المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي (ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568		عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	**Lebanon**	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

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

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

ISBN 978-2-7451-8337-8

9 782745 183378 90000

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة

جامعة بيروت الإسلامية

الجزء الأول

المحتوى:

الطهارة - الصلاة - الجنائز - السجدات - الزكاة - العشر والخراج

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدِّمة التحقيق

الحمد لله، وبحمده يستفتح الكلام، والحمد لله حمده من أفضل ما تحركت به الألسن وجرت الأقلام، أحمده تعالى على الدوام، وأشكره على ما هدانا للإسلام، وأبان لنا الحلال والحرام، وشرع لنا الشرائع وأحكم الأحكام، وأمرنا بالبر والاجتماع على الحق والاعتصام، ونهانا عن الجفاء وسائر الآثام، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، الملك القدوس السلام، وليِّ كل إنعام، ذو الآلاء الجسام، والمنن العظام، وأشهد أن نبينا محمدًا عبد الله ورسوله، هو للأمة بدر التمام، وللأنبياء مسك الختام، المصطفى من الرسل والمجتبى من الأنام، صلى الله وسلم وبارك عليه وعلى آله البررة الكرام، وصحبه الأئمة الأعلام، والتابعين ومن تبعهم بإحسان.

أما بعد:

إن المذهب الحنفي نشأ من عام ١٢٠هـ يوم أن جلس الإمام أبو حنيفة للتدريس والإفتاء بعد وفاة شيخه حماد بن أبي سليمان.

وإذا كان المذهب نشأ بأبي حنيفة فإنه نما واشتهر بعناية أصحابه وتلاميذه به؛ فالمذهب الحنفي من المذاهب التي كتب الله لها الاستمرار وتلقَّتها الأمة بالقبول.

❖ **أما الأسباب التي ساعدت - بعد توفيق الله وإكرامه للإمام - على نموِّ مذهبه واستقراره كمدرسة متبعة عبر العصور فقد أرجعها الإمام أبو زهرة إلى ثلاثة أمور:**

• **أولها:** كثرة تلاميذ أبي حنيفة وعنايتهم بنشر آرائه.

• **ثانيها:** جاء بعد تلاميذ الإمام طائفة أخرى عنيت باستنباط علل الأحكام ثم جمع فروع المذهب ووضع القواعد والنظريات التي جمعت أشتاته.

• **ثالثها:** انتشاره في مواطن كثيرة ذات أعراف مختلفة، وكونه مذهب بعض الدولة العباسية والدولة العثمانية الرسمي.

ولم يؤثر أن الإمام أبا حنيفة ألف في الفقه، لأن التدوين في الفقه لم يكن معروفًا في زمانه، وكل ما نُقل إلينا بعد ذلك من مسائل الأصول كتبه تلاميذه نقلًا عنه.

وقد نقل إلينا أصحاب الإمام أبي حنيفة فقهه وجمعوا الآراء التي كان يقولها في مجلس تدريسه. وأول من دوَّن من تلاميذ أبي حنيفة تلميذه الأكبر أبو يوسف الذي ألَّف في الأصول والأمالي.

أما أكثرهم اهتمامًا بالتدوين فهو الإمام محمد بن الحسن الشيباني الذي قام بتدوين ذلك الفقه مما رواه بنفسه عن أبي حنيفة أو مما رواه عن أبي يوسف، وقد كان يضع المؤلَّف ويعرضه على أبي يوسف.

والكتب الأولى التي وضعها الإمام محمد بن الحسن جمعت كلام الإمام وكلام أصحابه أيضًا، وسميت (ظاهر الرواية). وهي المراجع الأصلية الأولى للفقه الحنفي، التي وصلت إلينا - بحمد الله - كاملة. وهي ستة كتب:

١- المبسوط أو الأصل، ٢- الجامع الصغير، ٣- والجامع الكبير، ٤- والسير الصغير، ٥- والسير الكبير، ٦- والزيادات.

وسُمِّيت بظاهر الرواية؛ لأنها رويت عن محمد برواية الثقات فهي متواترة أو مشهورة عنه. وهي تؤخذ بما فيها، ولا يرجح عليها غيرها إلا بترجيح خاص.

ولمحمد بن الحسن من غير هذه الكتب الستة كتب كثيرة، مثل: الحجة على أهل المدينة، والرقيات، والنوادر، والهارونيات، والجرجانيات.

وهذه الكتب لم ترو بالدرجة التي رويت بها الكتب الستة السابقة، فلم تصل إلينا برواية الثقات، فليس لها ما للأولى من الشهرة والقبول واطمئنان النفس، ولذلك سميت كتبًا غير ظاهر الرواية.

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

نذكر من هذه الكتب: الكافي للحاكم الشهيد محمد بن محمد (ت ٣٤٤هـ)، وكتاب المُنْتَقَى للمؤلف نفسه، والمبسوط للسرخسي (ت ٤٨٣هـ) وهو شرح على الكافي، ومختصر القُدُوْرِي لأبي الحسين أحمد (ت ٣٦٢هـ)، وتحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (ت ٥٤٠هـ)، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (ت ٥٨٧هـ)، والهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني (ت ٥٩٣هـ)، وغيرها.

ومن أهم كتب الفقه الحنفي التي اعتمد عليها الشرَّاح وكتب الفتاوى بعد ذلك كتاب «**المحيط الرضوي**» للإمام رضيِّ الدين السرخسي (ت ٥٧١هـ)، وهو كتاب فريد، جمع فيه مسائل كتب ظاهر الرواية للإمام محمد بن الحسن الشيباني، وأهم النوادر والفتاوى والواقعات، والفوائد التي استفادها من أهم العلماء السابقين على عصره، وبهذا جمع في مؤلفه بين كل مسائل الفقه الحنفي على اختلاف درجاتها مبينًا اختلافات المذاهب الأخرى، ثم فصّل مسائل الكتاب تفصيلًا دقيقًا، وحلَّلها تحليلًا عميقًا، مؤيِّدًا ذلك بالأدلة التي عوّل عليها المتقدمون واعتمدها المتأخرون.

ولهذا يُعد كتاب «**المحيط الرضوي**» بحق موسوعة فقهية عظيمة، لا غنى عنها لمن أراد الاطلاع على فقه السادة الحنفية، والوقوف على معظم مسائلهم ودقيق أقوالهم، كما لا غنى عنه لأصحاب المذاهب الأخرى لأنه جمع تقريبًا آراء كبار الأئمة، موضحًا سائر الاختلافات بين المذاهب.

وقد وفَّق الله الإمام رضي الدين السرخسي في اختيار اسم «**المحيط**»، فالكتاب محيط جامع لكبار علماء المذهب وأقوالهم، ولأهم كتب الفقه الحنفي، ومسائل ونوازل المذهب. وقد قال في مقدمته: «فجمَعْتُ في هذا الكتاب عامة مسائل الفقه مع مبانيها، على حُسن ترتيبها وتجنيسها، وجودة تقسيمها وتفصيلها، وسعيت في وجازة مبانيها، ووفارة معانيها، وإيضاح مُشكلاتها بأوضح الدليل؛ طلبًا

للتخفيف وحذفًا للتطويل، وتسهيلًا على ذوي التحصيل، فمن حفظها كان كمن حفظ الكتب بأسرها، واستأثر بنُكتها، واجتنى من أزهارها، وقطف من ثمارها».

وقد ظل هذا الكتاب الرائع حبيسًا لمكتبات المخطوطات عدة قرون - وكم من كنوز دفينة مطوية في غياهب المكتبات - حتى وفقنا الله في العثور عليه، وجمع سبع نسخ خطية لهذه الموسوعة الفقهية، وقد حاولنا جاهدين إخراجه في أبهى صورة، ونسأل الله التوفيق.

وصلَّى الله وسلم على سيّد البلغاء من الناس مُحمّدِ بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسانٍ إلى يَوْم الدين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

ترجمة الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان[1]

❖ **اسمه ونسبه:**

هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زُوطَى - بضم الزاي وفتح الطاء - الخزَّاز الكوفي.

نسبته إلى الخَزَّاز[2] بفتح المعجمتين وتشديد الزاي. وإنما قيل ذلك لأنه كان يبيع الخز ويأكل منه طلبًا للحلال.

أما نسبته بالكوفي؛ فلأن موطنه الذي ولد وعاش فيه هو الكوفة.

أما نسبته بالتيمي؛ فلأن جدَّه زوطى مولى لبني تيم الله بن ثعلبة من بني ربيعة.

❖ **مولده وموطنه:**

ولد الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى سنة ثمانين من الهجرة بالكوفة، في خلافة عبد الملك بن مروان، وقيل أنه ولد سنة إحدى وستين. حكاه الخطيب في تاريخه، وقال: "لا أعلم لصاحب هذا القول متابعا". وقال المكي في مناقب أبي حنيفة: "هذه الرواية تخالف ما تقدم، والصحيح هي الرواية الأولى تجميع عليها".

---

(١) انظر ترجمته في المعارف لابن قتيبة ص٤٩٥؛ والفهرست لابن النديم ص٢٥٥؛ والتاريخ الكبير للبخاري ٨١/٨؛ والجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٤٤٩/٨؛ وطبقات الفقهاء للشيرازي ص٨٦؛ والطبقات الكبرى لابن سعد ٣٦٨/٦، ٣٦٩؛ وتاريخ بغداد ٣٢٣/١٣ - ٤٥٤؛ وتذكرة الحفاظ ١٦٨/١؛ وسير أعلام النبلاء ٣٩٠/٦؛ والكامل في التاريخ ٥٨٥/٥؛ ووفيات الأعيان ٤٠٥/٥ - ٤١٥؛ وميزان الاعتدال ٢٦٥/٤؛ والنجوم الزاهرة ١٢/٢؛ وتهذيب التهذيب ٤٤٩/١٠؛ والطبقات لخليفة بن خياط ص١٦٧؛ وشذرات الذهب ٢٧٧/١؛ وطبقات الحفاظ للسيوطي ص٧٣، وإسنادها صحيح ورجال السند ثقات.

(٢) الخزُّ: هي ثياب منسوجة من صوف وإبرسيم أو المنسوجة من إبرسيم. تاج العروس ٣٣/٤؛ فمن يبيع الخز أو يصنعه يسمى خزازًا، وكان أبو حنيفة خزازًا يبيع الخز. انظر: تاريخ بغداد ٣٢٤/١٣.

❖ نشأته:

ولد الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى في الكوفة، وقضى سنوات عمره الأولى فيها، أما كيفية نشأته فإن كتب التراجم ضَنَّت علينا بالأخبار في هذا الصدد، ولم تذكر سوى أنه اشتغل في مبدأ أمره تاجرًا في الخز، وله دكان معروف في دار عمر بن حريث، وأنه كان أمينا في تجارته ولا يغش، ولا يخدع أحدًا، حتى أصبح عريفًا على الحاكة بدار الخَزَّازين، ثم توسعت تجاراته، ونمت وازدهرت حتى أصبح له معمل لحياكة الخز، وعنده صنّاع وأجراء.

❖ صفاته:

• أولًا: صفاته الخلقية:

كان الإمام أبو حنيفة رحمه الله تعالى، فصيح اللسان، عذب المنطق، إن تكلم أحسن الناس منطقا، وأحلاهم نغمة، وأنبههم على ما يريد، وكان جميلا تعلوه سمرة، حسن الوجه والهيئة نظيف الملبس، طيب الرائحة، حتى إنه يعرف بريح الطيب إذا أقبل أو إذا خرج من منزله قبل أن يرى.

وصفه تلميذه أبو يوسف بقوله: "كان أبو حنيفة ربعا من الرجال، ليس بالقصير ولا بالطويل، وكان أحسن الناس منطقا وأحلاهم نغمة، وأنبههم على ما يريد".

ووصفه عمر بن حماد بقوله: "إن أبا حنيفة كان طوالا، تعلوه سمرة، وكان لبسا، حسن الهيئة، كثير التعطر يعرف بريح الطيب إذا أقبل وإذا خرج من منزله قبل أن تراه".

قال الهيثمي: "ولا تنافي بين كونه ربعة وبين كونه طوالا لأنه قد يكون مع كونه ربعة أقرب إلى الطول".

ووصفه تلميذه عبد الله بن المبارك بقوله: "كان حسن السمت، حسن الوجه، حسن الثوب".

وقال أبو نعيم الفضل بن دكين يصفه: "كان أبو حنيفة حسن الوجه، والثوب، والنعل، وكثير البر والمواساة لكل من أطاف به".

وجملة القول في هذا المقام أن الإمام أبا حنيفة كان حسن السمت والمظهر، نظيف الملبس، مع حسن العشرة والبر والمواساة لمجالسيه.

• **ثانيًا: صفاته الخُلقية:**

وأما صفاته الخُلُقية فكان رحمه الله ورعًا تقيًّا شديد الذَّبِّ عن محارم الله أن تؤتى، زاهدا عرضت عليه الدنيا والأموال العظيمة فنبذها وراء ظهره، ولقد ضُرب بالسياط وعذّب ليقبل تولِّي القضاء أو بيت المال فأبى. روى الصيمري عن الربيع بن عاصم قال: "أرسلني يزيد بن عمر بن هبيرة[1] فقدمت بأبي حنيفة عليه، فأراده على بيت المال فأبى، فضربه عشرين سوطا".

كذلك عرض عليه ابن هبيرة - والي العراق - قضاء الكوفة فأبى وامتنع، فحلف ابن هبيرة إن هو لم يفعل ليضربه بالسياط على رأسه، فقيل لأبي حنيفة فقال: ضربة لي في الدنيا أسهل عليّ من مقامع الحديد في الآخرة، والله لا أفعلنّ ولو قتلني، فحكي قوله لابن هبيرة فقال: بلغ قدره أن يعارض يميني بيمينه، فدعاه فحلف إن لم يل القضاء ليضربن على رأسه حتى يموت، فقال له أبو حنيفة: هي موتة واحدة، فأمر به فضرب عشرين سوطا على رأسه، فقال أبو حنيفة: اذكر مقامك بين يدي الله، فإنه أذل من مقامي بين يديك، ولا تهددني فإني أقول: لا إله إلا الله، والله سائلك عني حيث لا يقبل منك جوابا إلا بالحق، فأومأ إلى الجلاد أن أمسك وبات أبو حنيفة في السجن، فأصبح وقد انتفخ وجهه ورأسه من الضرب، فقال ابن هبيرة: إني قد رأيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يقول لي: أما تخاف الله تضرب رجلا من أمَّتي بلا جرم وتهدِّده، فأرسل إليه فأخرجه واستحلّه.

وكذلك عرض عليه الخليفة العباسي المنصور القضاء، فأبى، فسجنه، ومات محبوسا في السجن، رحمه الله.

ولعل رفضه لهذا المنصب يعود إلى جملة أسباب منها: خوفه من الله تعالى؛ حيث خشي أن يجور في حكم من الأحكام التي تعرض عليه، فلذلك آثر الضرب

---

(١) هو يزيد بن عمر بن هبيرة أبو خالد الفزاري، أمير وقائد من ولاة الدولة الأموية، قال عنه الذهبي: "كان بطلًا شجاعًا سائسًا جوادًا فصيحًا خطيبًا"، قتله السفاح سنة ١٣٢هـ.

بالسياط في الدنيا على مقامع الحديد في الآخرة.

أضف إلى ذلك أن القضاة تعرض عليهم منازعات يتصل بعضها بأمراء ذلك العصر وحكّامه، والإمام لا يمالئ أميرًا أو يجامل وزيرًا، أو يحابي كبيرًا، في محارم الله أن تؤتى. وكان مع زهده وورعه كثير العبادة، حتى قيل: إنه سمي: الوتد؛ لكثرة صلاته وتهجّده وطول قيامه.

وكان كريمًا جوادًا، سخيًّا بماله، ينفق على العلماء مثلما كان ينفق على عياله، وإذا اكتسى ثوبا فعل مثل ذلك، وإذا جاءته الفاكهة والرطب، وكل شيء يريد أن يشتريه لنفسه ولعياله، لا يفعل ذلك حتى يشتري للعلماء مثله، ثم يشتري بعد ذلك لعياله.

وكان إذا اشترى للصدقة أو لبرِّ إخوانه شيئا اشترى ما يقدر عليه، وكان يتساهل فيما يشتريه لنفسه ولعياله. هذا فعله مع العلماء، أما من يعلمه، فهو يبرّهم ويواسي فقيرهم بماله، وينفق عليه ويزوج من احتاج إليه، حتى إنه كان يعول أبا يوسف وعياله عشر سنين.

قال شريك: "كان أبو حنيفة يصبر على من يعلمه، وإن كان فقيرا أغناه، وأجزل عليه وعلى عياله، حتى يتعلم، فإذ تعلم قال له: قد وصلت إلى الغنى الأكبر بمعرفة الحلال والحرام".

وقال الفضيل بن عياض: "كان أبو حنيفة معروفا بكثرة الأفعال، وقلة الكلام وإكرام العلم وأهله".

وجملة القول في هذا المقام أن الإمام أبا حنيفة، رحمه الله تعالى؛ قد جمع الكثير من الخصال والصفات الحميدة، والأخلاق والشمائل الكريمة، فقد أُلِّفت في مناقبه مصنفات وأجزاء.

أختتم هذا المبحث بقول أبي يوسف يصف خصال الإمام الحسنة، حينما سأله عنها الخليفة العباسي هارون الرشيد فقال: "يا أبا يوسف صف لي أخلاق أبي حنيفة رضي الله عنه، فقال: إن الله تعالى يقول: ﴿مَّا يَلْفِظُ مِن قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ ﴿١٨﴾﴾ [ق: ١٨].

وهو عند لسان كل قائل، كان علمي بأبي حنيفة أنه كان شديد الذب عن محارم الله أن تؤتى، شديد الورع أن ينطق في دين الله بما لا يعلم، يحبُّ أن يطاع الله ولا يعصى، مجانبا لأهل الدنيا في زمانهم، لا ينافس في عزِّها، طويل الصمت، دائم الفكر، على علم واسع، لم يكن مهذارا، ولا ثرثارا، إن سئل عن مسألة كان عنده فيها علم نطق وأجاب فيها بما سمع، وإن كان غير ذلك قاس على الحق واتبعه، صائنا نفسه ودينه، بذولًا للعلم والمال، مستغنيًا بنفسه عن جميع الناس، لا يميل إلى طمع، بعيدا عن الغيبة، لا يذكر أحدا إلا بخير، فقال له الرشيد: هذه أخلاق الصالحين، ثم قال للكاتب: اكتب هذه الصفة وادفعها إلى ابني ينظر فيها...".

❖ نشأته العلمية:

أدرك الإمام أبو حنيفة في صغره بعض الصحابة[1] كأنس بن مالك، وعبد الله بن أبي أوفى. لكن لم يجد في حال ترعرعه من يرشده إلى الأخذ عنهم[2]، فاشتغل بالتجارة في ثياب الخز وتوسع في ذلك، حتى كان له دار كبيرة لعمل الخز، وعنده صنَّاع وأُجراء ومكث على هذه الحال إلى أن قيض الله له الإمام الشعبي؛ فحثّه على الاشتغال بالعلم، كما حكى ذلك الإمام أبو حنيفة حيث قال: "مررت يوما على الشعبي وهو جالس فدعاني وقال: إلى من تختلف؟ فقلت: أختلف إلى السوق،

---

(١) حكى القاري عن السيوطي أنه قال: قال الحافظ ابن حجر: "أدرك الإمام أبو حنيفة جماعة من الصحابة، لأنه ولد بالكوفة سنة ثمانين من الهجرة وبها يومئذ من الصحابة عبد الله بن أبي أوفى فإنه مات بعد ذلك بالاتفاق، وبالبصرة يومئذ أنس بن مالك ومات سنة تسعين أو بعدها" شرح مسند أبي حنيفة للقاري ص٥٨١، وقال أبو إسحاق الشيرازي: "كان في زمانه أربعة من الصحابة: أنس بن مالك، وعبد الله بن أبي أوفى، وسهل بن سعد، وأبو الطفيل ولم يأخذ عن أحد منهم" الطبقات السنية ٩٦/١.

(٢) قال السخاوي: "والثنائيات في الموطأ والوحدان في حديث الإمام أبي حنيفة لكن بسند غير مقبول؛ إذ المعتمد أنه لا رواية له عن أحد من الصحابة"، فتح المغيث ١١/٣، وقد ادّعى القاري رواية أبي حنيفة عن الصحابة وأن مسنداته عن الصحابة قد بلغت خمسين حديثا. انظر شرح مسند أبي حنيفة ص٥٨٢.

وسميت له أستاذي، فقال: لم أعنِ الاختلاف إلى السوق، عنيت الاختلاف إلى العلماء، فقلت له: أنا قليل الاختلاف إليهم، فقال لي: لا تفعل، وعليك بالنظر في العلم ومجالسة العلماء؛ فإني أرى فيك يقظة وحركة؛ قال: فوقع في قلبي من قوله فتركت الاختلاف إلى السوق، وأخذت في العلم فنفعني الله بقوله"[١].

ويظهر أنه استمر في تجاراته بعد أن أخذ في طلب العلم وأقبل عليه، فهذا قيس بن الربيع[٢] يحدِّث كما روى الخطيب في تاريخه: "أنه كان يبعثه بالبضائع إلى بغداد، فيشتري بها الأمتعة، ويحملها إلى الكوفة ويجمع الأرباح عنده من سنة إلى سنة فيشتري بها حوائج الأشياخ المحدثين وأقواتهم وكسواتهم وجميع حوائجهم، ثم يدفع باقي الأرباح من الدنانير إليهم ويقول: أنفقوا في حوائجكم ولا تحمدوا إلا الله، فإني ما أعطيتكم من مالي شيئا، لكن من فضل الله عليّ فيكم، وهذه أرباح بضائعكم، فإنه هو والله مما يجريه الله على يدي مما في رزق الله حولٌ لغيره".

❖ ثناء العلماء عليه:

قال محمد بن سعد العوفي: سمعت يحيى بن معين يقول: كان أبو حنيفة ثقة لا يحدث بالحديث إلا بما يحفظه، ولا يحدث بما لا يحفظ.

وقال صالح بن محمد: سمعت يحيى بن معين يقول: كان أبو حنيفة ثقة في الحديث. قال محمد بن أيوب بن الضريس: حدثنا أحمد بن الصباح، سمعت الشافعي قال: قيل لمالك: هل رأيت أبا حنيفة؟ قال: نعم، رأيت رجلا لو كلَّمك في هذه السارية أن يجعلها ذهبا لقام بحجَّته، وعن أبي معاوية الضرير قال: حبُّ أبي حنيفة من السُّنَّة.

---

(١) انظر: مناقب أبي حنيفة للمكي ص٥٤.

(٢) هو قيس بن الربيع الأسدي أبو محمد الكوفي قال عنه ابن حجر: "صدوق تغير لما كبر، أدخل عليه ابنه ما ليس من حديثه فحدث به من السابعة مات سنة بضع وستين ومائة"، تقريب التهذيب ١٢٨/٢. وانظر ترجمته في تهذيب التهذيب ٣٩١/٨ - ٣٩٥.

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

وروى حيان بن موسى المروزي، قال: سئل ابن المبارك: مالك أفقه أو أبو حنيفة؟ قال: أبو حنيفة.

وقال الخريبي: ما يقع في أبي حنيفة إلا حاسد أو جاهل.

وقال يحيى بن سعيد القطان: لا نكذب الله، ما سمعنا أحسن من رأي أبي حنيفة، وقد أخذنا بأكثر أقواله.

وقال علي بن عاصم: لو وزن علم الإمام أبي حنيفة بعلم أهل زمانه لرجح عليهم.

وقال حفص بن غياث: كلام أبي حنيفة في الفقه أدقُّ من الشَّعر، لا يعيبه إلا جاهل.

ورُوي عن الأعمش أنه سئل عن مسألة فقال: إنما يحسن هذا النعمان بن ثابت الخزاز، وأظنه بورك له في علمه.

وقال الشافعي: الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة.

❖ شيوخه:

أدرك الإمام بعض الصحابة في صغره، لكنه لم يجد في حال نشأته من يرشده لطلب العلم والأخذ عمن كان يمكنه السماع ممن أدرك منهم؛ فاشتغل بالبيع والشراء إلى أن قيَّض الله تعالى له الإمام الشعبي فنبَّهه وحثَّه على الاشتغال بالعلم فأخذ من مشايخ وقته ما امتازوا به من العلوم.

ولقد ذكر المزي في «تهذيب الكمال» طائفة من شيوخ أبي حنيفة بلغ عددهم من ذكرهم خمسين شيخًا، ومن أشهر هؤلاء الشيوخ الذين أخذ عنهم:

١- حماد بن أبي سليمان:

هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري، مولاهم أبو إسماعيل الكوفي الفقيه.

قال عنه الذهبي: "العلّامة الإمام فقيه العراق... أصله من أصبهان، روى عن أنس بن مالك، وتفقّه بإبراهيم النخعي، وهو أنبل أصحابه وأفقههم وأقيسهم وأصبرهم بالمناظرة والرأي... وكان أحد العلماء الأذكياء، والكرام الأسخياء له ثروة وحشمة وتجمُّل".

٢- زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي العلوي المدني:

قال عنه الذهبي: "كان ذا علم وجلالة وصلاح، هفا وخرج فاستشهد... خرج متأوِّلًا وقتل شهيدًا وليته لم يخرج".

٣- عطاء بن أبي رباح:

هو عطاء بن أبي رباح، بفتح الراء، واسم أبي رباح أسلم القرشي مولاهم المكي مفتي أهل مكة ومحدِّثهم، قال عنه الذهبي: "الإمام شيخ الإسلام، مفتي الحرم، أبو محمد القرشي مولاهم المكي: يقال ولاؤه لبني جمح".

وقال عنه ابن حجر: "ثقة فقيه فاضل، لكنه كثير الإرسال، من الثالثة، مات سنة أربع عشرة ومائة على المشهور".

٤- عبد الملك بن أبي المخارق:

بضم الميم وبخاء معجمة، أبو أمية المعلم المصري، واسم أبيه قيس، وقيل: طارق، نزيل مكة.

قال معمر: "سألني حماد - يعني ابن أبي سليمان - عن فقهائنا، فذكرتهم فقال: قد تركت أفقههم، يعني عبد الكريم أبا أمية". قال أحمد بن حنبل: "كان يوافقه على الإرجاء".

قال عنه ابن حجر: "ضعيف، له في البخاري زيادة في أول قيام الليل من طريق سفيان، عن سليمان الأحول، عن طاووس، عن ابن عباس في الذكر عند القيام... وله ذكر في مقدمة مسلم، وما روى له النسائي إلا قليلا، من الثالثة، مات سنة ست وعشرين ومائة".

٥- قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز السدوسي البصري الضرير الأكمه:

قال عنه الذهبي: "حافظ العصر، قدوة المفسرين والمحدِّثين...".

٦- محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي أبو جعفر الباقر:

قال عنه الذهبي: "الإمام الثبت الهاشمي العلوي المدني أحد الأعلام... وكان سيد بني هاشم في زمانه اشتهر بالباقر من قولهم بقر العلم، يعني شقّه فعلم أصله وخفِيَّه".

٧- محمد بن المنكدر بن عبد الله بن الهدير القرشي التيمي المدني:

قال عنه الذهبي: "الإمام الحافظ القدوة شيخ الإسلام".

وقال عنه أبو حاتم البستي: "كان من سادات القراء".

وقال مالك: "كان ابن المنكدر سيد القراء".

وقال عنه ابن حجر: "ثقة فاضل من الثالثة مات سنة ثلاثين ومائة أو بعدها".

٨- نافع أبو عبد الله القرشي ثم العدوي العمري مولى ابن عمر وراويتُه:

قال عنه الذهبي: الإمام المفتي الثبت عالم المدينة".

قال عنه ابن حجر: "ثقة ثبت فقيه مشهور من الثالثة، مات سنة سبع عشرة ومائة أو بعد ذلك".

❖ تلاميذه:

أخذ العلم عن الإمام أبي حنيفة كثيرون، من محدثين وفقهاء. ولقد ذكر المزي في تهذيب الكمال، طائفة ممن أخذوا العلم عن أبي حنيفة بلغ عدد من ذكرهم سبعين تلميذا، من أشهر هؤلاء التلاميذ الذين أخذوا عنه:

١- جرير بن عبد الحميد بن قرط الضبي الكوفي:

قال عنه النسائي وأبو حاتم والعجلي: "ثقة".

وقال عنه أحمد: "لم يكن بالذكي، اختلط عليه حديث أشعث وعاصم الأحول".

وقال عنه ابن حجر: "الكوفي نزيل الري وقاضيها ثقة صحيح الكتاب، قيل كان

في آخر عمره يتهم في حفظه، مات سنة ثمان وثمانين ومائة، وله إحدى وسبعون سنة"[١].

٢- الحسن بن زياد اللؤلؤي مولى الأنصار:

قال عنه الخطيب: "أحد أصحاب أبي حنيفة الفقيه، حدَّث عن أبي حنيفة، روى عنه محمد بن سماعة القاضي، ومحمد بن شجاع الثلجي، وشعيب بن أيوب الصريفيني، وهو كوفيٌّ نزل بغداد".

وقال عنه الذهبي: "العلّامة فقيه العراق... كان أحد الأذكياء البارعين في الرأي، ولي القضاء بعد حفص بن غياث ثم عزل نفسه".

قال فيه يحيى بن معين والنسائي: كذاب خبيث، وكذَّبه أيضا أبو داود، وأبو ثور، ويعقوب والدارقطني وغيرهم.

وقال عنه ابن المديني: "لا يكتب حديثه".

وقال أبو حاتم، وأبو داود والنسائي، وغيرهم: "ليس بثقة ولا مأمون".

وقال الدارقطني: كذابٌ كوفيٌّ متروك الحديث.

مات سنة أربع ومائتين[٢].

٣- حفص بن غياث بن طلق بن معاوية أبو عمر الكوفي القاضي:

قال عنه الذهبي: "الإمام الحافظ أبو عمر النخعي الكوفي قاضي بغداد ثم قاضي الكوفة".

وقال عنه ابن حجر: "القاضي ثقة فقيه تغيَّر حفظه قليلا في الآخر، من الثامنة، مات سنة أربع أو خمس وتسعين ومائة، وقد قارب الثمانين"[٣].

---

(١) انظر ترجمته في تقريب التهذيب ١/١٢٧؛ وتهذيب التهذيب ٢/٧٥؛ والجواهر المضية في طبقات الحنفية ٢/١٠.

(٢) انظر ترجمته في تاريخ ابن معين ١/١١٤، ٣/٣٦؛ ومجموعة رسائل للنسائي ص٧١؛ وكتاب الضعفاء له ص٨٩؛ والضعفاء للعقيلي ١/٢٢٧ - ٢٢٨؛ والجرح والتعديل ٣/١٥؛ وتاريخ بغداد ٧/٣١٤ - ٣١٧؛ والكامل لابن عدي ٢/٧٣١؛ وسير أعلام النبلاء ٩/٥٤٣؛ وميزان الاعتدال ١/٤٩١؛ ولسان الميزان ٢/٢٠٨، ٢٠٩؛ والفوائد البهية ص٦١.

(٣) انظر ترجمته في تذكرة الحفاظ ١/٢٩٧؛ وميزان الاعتدال ١/٥٦٧؛ والثقات ٦/٢٠٠؛ وتقريب التهذيب ١/١٨٩؛ وتهذيب التهذيب ٢/٤١٥.

٤- حماد بن أبي حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي:

قال عنه الذهبي: "ضعفه ابن عدي وغيره من قبل حفظه".

وقال عنه ابن خلكان: "كان على مذهب أبيه رضي الله عنه، وكان من الصلاح والخير على قدر عظيم".

"تفقَّه على أبيه وأفتى في زمانه، وتفقَّه عليه ابنه إسماعيل، وهو من طبقة أبي يوسف ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد، وكان الغالب عليه الورع والزهد، استُقْضي على الكوفة بعد القاسم بن معين الكوفي تلميذ أبي حنيفة"[(١)].

ولم أقف له على تاريخ وفاة.

٥- الحكم بن عبد الله بن مسلم أبو مطيع البلخي الخراساني:

قال عنه ابن معين: "ليس بشيء".

وقال عنه أبو حاتم: "تركوا حديثه وكان جهميًّا".

وقال ابن حبان: "كان من رؤساء المرجئة ممن يبغض السنن ومنتحليها".

وقال عنه الذهبي: "أبو مطيع البلخي الفقيه صاحب أبي حنيفة، تفقَّه به أهل تلك الديار، وكان بصيرا بالرأي علّامة كبير الشأن، ولكنه واهم في ضبط الأمر... ولي أبو مطيع قضاء بلخ، ومات سنة تسع وتسعين ومائة عن أربع وثمانين سنة"[(٢)].

٦- زُفَر - بضم الزاي وفتح الفاء - بن الهُذَيل - بضم الهاء وفتح الذال المعجمة وسكون الياء المثناة - بن قيس العنبري:

قال عنه الذهبي: "الفقيه المجتهد الرباني العلّامة... هو من بحور الفقه، تفقه بأبي حنيفة، وهو أكبر تلامذته، وكان ممن جمع بين العلم والعمل وكان يروي الحديث ويتقنه".

---

(١) انظر ترجمته في الجرح والتعديل ١٤٩/٣، والكامل لابن عدي ٦٦٩/٢؛ ووفيات الأعيان ٢٠٥/٢؛ وميزان الاعتدال ٥٩٠/١؛ ولسان الميزان ٣٤٦/٢ - ٣٤٧؛ والجواهر المضية ١٥٣/٣؛ والفوائد البهية ص٦٩.

(٢) انظر ترجمته في تاريخ ابن معين ٣٥٦/٤؛ والضعفاء للنسائي ص٢٥٩؛ والمجروحين لابن حبان ٢٥٠/١؛ والجرح والتعديل ١٢٢/٣؛ والكامل لابن عدي ٦٣١/٢؛ والميزان ٥٧١٤/١؛ واللسان ٣٣٤/٢؛ والفوائد البهية ص٦٨.

وقال عنه ابن خلكان: "الفقيه الحنفي كان قد جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث، غلب عليه الرأي، وهو أقيس أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه.

مات سنة ثمان وخمسين ومائة[١].

٧- عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي:

قال عنه الذهبي: "الإمام شيخ الإسلام عالم زمانه وأمير الأتقياء في وقته أبو عبد الرحمن الحنظلي، مولاهم التركي، ثم المروزي الحافظ الغازي أحد الأعلام".

وقال الخطيب: "وكان من الربانيين في العلوم، الموصوفين بالحفظ، ومن المذكورين بالزهد".

وقال عنه أسود بن سالم: "كان ابن المبارك إماما يقتدى به، وكان من أثبت الناس في السنة. إذا رأيت رجلا يغمز ابن المبارك بشيء فاتهمه على الإسلام".

مات سنة إحدى وثمانين ومائة وهو ابن ثلاث وستين[٢].

٨- محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني:

قال عنه الذهبي: "العلّامة فقيه العراق أبو عبد الله الشيباني الكوفي صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط، ونشأ بالكوفة، وأخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه، وتمَّم الفقه على القاضي أبي يوسف... ولي القضاء للرشيد بعد القاضي أبي يوسف، وكان مع تبحُّره في الفقه يُضرب بذكائه المثل".

وقال عنه الخطيب: "أبو عبد الله الشيباني مولاهم... صاحب أبي حنيفة وإمام أهل الرأي... نشأ بالكوفة وطلب العلم وطلب الحديث، وجالس أبا حنيفة وسمع منه ونظر في الرأي فغلب عليه، وعرف به ونفذ فيه، وقدم بغداد فنزلها واختلف إليه الناس، وسمعوا منه الحديث والرأي، وخرج إلى الرَّقّة[٣]، وهارون أمير المؤمنين

---

(١) انظر ترجمته في وفيات الأعيان ٣١٧/٢؛ وسير أعلام النبلاء ٣٨/٨؛ وشذرات الذهب ٢٤٣/٢؛ والجواهر المضية ٢٠٧/٢؛ والفوائد البهية ص٧٥.

(٢) انظر ترجمته في تاريخ بغداد ١٥٢/١٠؛ وسير أعلام النبلاء ٣٧٨/٨؛ والجواهر المضية ٣٢٤/٢؛ والفوائد البهية ص١٠٣.

(٣) الرقة بفتح أوله وثانيه وتشديده وأصله كل أرض إلى جنب واد ينبسط عليها الماء وجمعها رُقاق، وهي مدينة مشهورة على الفرات معدودة في بلاد الجزيرة لأنها من جانب الفرات الشرقي. معجم البلدان ٥٨/٣، ٥٩.

بها، فولَّاه قضاء الرقة، ثم عزله فقدم بغداد، فلما خرج هارون إلى الري[١] الخرجة الأولى أمره فخرج معه؛ فمات بالري سنة تسع وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وخمسين سنة"[٢].

٩- نوح بن أبي مريم المروزي أبو عصمة القرشي مولاهم:

قال ابن المبارك: "يضع الحديث كما يضع المعلَّى".

وقال عنه أحمد بن حنبل: "كان أبو عصمة يروي أحاديث مناكير، وكان شديدًا على الجهمية والرد عليهم".

وقال عنه البخاري: "نوح بن أبي مريم ذاهب الحديث جدًّا".

وقال: "منكر الحديث".

وقال مسلم وغيره: "متروك الحديث".

وقال ابن حبان: "نوح الجامع جمع كل شيء إلا الصدق".

وقال عنه اللكنوي: "أبو عصمة المروزي الشهير بالجامع... وهو وإن كان فقيهًا جليلًا إلا أنه مقدوح فيه عند أهل الحديث".

وقال عنه ابن حجر: "يعرف بالجامع لجمعه العلوم، لكن كذبوه في الحديث".

مات سنة ثلاث وسبعين ومائة[٣].

١٠- يعقوب بن إبراهيم أبو يوسف القاضي:

قال عنه الخطيب: "القاضي صاحب أبي حنيفة... سكن بغداد وولاه موسى بن مهدي القضاء بها ثم هارون الرشيد من بعده، وهو أول من سمي قاضي القضاة في الإسلام".

---

(١) الري: بفتح أوله وتشديد ثانيه، وهي مدينة مشهورة بينها وبين نيسابور مائة وستون فرسخا. انظر معجم البلدان ١١٦/٣.

(٢) انظر تاريخ بغداد ١٧٢/٢؛ وسير أعلام النبلاء ١٣٤/٩؛ والجواهر المضية ٢٢/٣؛ والفوائد البهية ص١٦٣.

(٣) انظر ترجمته في ميزان الاعتدال ٢٧٩/٤، ٢٨٠؛ وشذرات الذهب ٢٧٣/١؛ والجواهر المضية ٧٢/٢.

وقال عنه طلحة بن محمد بن جعفر: "أبو يوسف مشهور الأمر ظاهر الفضل، وهو صاحب أبي حنيفة، وأفقه أهل عصره، ولم يتقدَّمه أحد في زمانه، وكان النهاية في العلم والحكم والرئاسة والقدر، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة وأملى المسائل ونشرها، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض".

وقال عنه اللكنوي: "كان صاحب حديث حافظًا. ولزم أبا حنيفة وغلب عليه الرأي، وولي قضاء بغداد فلم يزل بها حتى مات سنة ثلاث وثمانين ومائة في خلافة هارون الرشيد"[1].

❖ **وفاته:**

توفي رحمه الله ليلة النصف من شعبان سنة خمسين ومائة من الهجرة، ودفن في مقابر الخيزران ببغداد، ولما مات كان عمره سبعين عامًا.

قال الذهبي في وصف قبر أبي حنيفة: "وعليه قبة عظيمة، ومشهد فاخر ببغداد".

---

(١) انظر ترجمته في طبقات خليفة بن خياط ص٣٢٨؛ والفوائد البهية ص٢٢٥، والجواهر المضية ٣/٦١٣.

أصول المذهب الحنفي ومنهجه

كل مذهب من المذاهب الفقهية له قواعد وأصول سار عليها علماؤه وأئمَّته الكرام، ولكلِّ فريق مصادر للأدلة الشرعية المعتمدة في استنباط الأحكام.

بعض هذه المصادر متفق عليها بين المذاهب الأربعة وهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

والبعض الآخر مختلف فيها، ففي حين يصلح بعضها للاستدلال عند بعض المذاهب، يرى البعض الآخر أنها غير صالحة للاستدلال، وقد سميت هذه المصادر بالمصادر التبعية؛ وأهمها: الاستحسان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، والعرف، وقول الصحابي، وشرع من قبلنا، وسد الذرائع، وعمل أهل المدينة.

أصول المذهب الحنفي ومصادر الأدلة الشرعية المعتمدة عند الأحناف عشرة، وهي:

الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والاستحسان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، والعرف، وقول الصحابي، وشرع من قبلنا.

١- القرآن الكريم:

ويعتبر القرآن الكريم المصدر الأول من مصادر التشريع عند الحنفية بلا خلاف كما هو الحال عند جميع الأئمة والمجتهدين.

يقول أبو حنيفة - رحمه الله -: "آخذ بكتاب الله إذا وجدت فيه الحكم". فما وجد فيه من أحكام أخذ دون البحث في المصادر الأخرى.

ويعتبر القرآن الدليل الأول والأقوى بين كل الأدلة لأنه قطعي الثبوت. كما أنه يشتمل على كليات الشريعة، وهو عمدة الدين.

وقد اتفق المسلمون على حجِّيته، ووجوب العمل بما فيه، وعدم العدول عنه إلى غيره من الأدلة إلا إذا لم يوجد فيه الحكم المطلوب.

ولا خلاف بين أحد من المسلمين أن القرآن قد نقل بكلامه بالتواتر فهو لذلك قطعي الثبوت يكفَّر منكره، وما نقل بغير طريق التواتر فلا يسمى قرآنًا قطعيًّا.

إلا أن الحنفية ذهبوا إلى أن القراءة الشاذة وهي التي وردت بغير طريق التواتر تعتبر حجة ظنية توجب العمل دون العلم أي الاعتقاد لأنها مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم، والناقل عدل؛ فهي سنة، والسنة يجب العمل بها.

٢- السنة النبوية:

وتعد السنة النبوية المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عند الحنفية المصدر الثاني من مصادر التشريع بعد كتاب الله - سبحانه وتعالى - .

يقول الإمام أبو حنيفة رحمه الله: "آخذ بكتاب الله إذا وجدت فيه الحكم، وإلا بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم".

والحنفية مثل بقية الأئمة متفقون إجمالًا على تقديم السنة النبوية على غيرها من الأدلة غير القرآن الكريم.

إلا أن السنة غير القرآن في ثبوتها، فهي ليست جميعها قطعية الثبوت، بل إن منها القطعي ومنها الظني الثبوت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومنها المتواتر ومنها المشهور ومنها أحاديث الآحاد. كما أن منها القوي ومنها الضعيف ومنها الحسن.

ولقد أدى الاختلاف في العلم بالسنة والوثوق بها، والميزان الذي ترجح به رواية على رواية إلى الاختلاف في قبول الروايات أو رفضها بين الأئمة، كما أدى إلى اختلافهم في درجة صحة الحديث من جهة، وفي تقديم وتأخير الحديث على القياس من جهة أخرى.

أما أبو حنيفة وأصحابه من مجتهدي العراق فقد كانوا يتشددون في قبول الرواية ويحتجون بالسنة المتواترة والمشهورة بين أهل الفقه، ويرجحون ما يرويه الثقات من فقهاء العراق دون غيرهم من الرواة، وترتب على ذلك أنهم جعلوا المشهور عندهم في حكم المتواتر وخصصوا به العام في القرآن وقيدوا به المطلق فيه.

وفي الوقت ذاته رفضوا أغلب أحاديث الآحاد المروية خارج العراق إلا إذا توفرت فيه شروط معيَّنة لقبولها.

❖ **شروط أبي حنيفة للأخذ بخبر الواحد:**

١- ألَّا يعارض ما هو أقوى منه كنص الكتاب والسنة المتواترة والمشهورة.

٢- ألَّا يعارض عمل الصحابة أو الإجماع.

٣- ألَّا يخالف الراوي ما روى، فإن خالفه فالعمل بما رأى لا بما روى؛ لأنه لا يخالف روايته إلا لأنه قد اطلع على قدح في الرواية أو استند إلى دليل أقوى.

٤- ألَّا يكون الخبر فيما تعمُّ به البلوى، فإن عموم البلوى يوجب اشتهاره، فإذا روي آحادًا فهو علة قادحة عنده.

٥- أن يكون الراوية فقيهًا إذا جاءت الرواية بالمعنى. وعليه إذا تعارض خبران يقدَّم خبر الراوي الفقيه.

٦- ألَّا يخالف القياس (أي القواعد العامة)، فإذا تخلف هذا الشرط فالحديث المعارض للقياس لا يقبل إذا عرفت العلة بنص راجح على الخبر ووجدت العلة قطعًا في الفرع، أما إذا وجدت العلة ظنًّا في الفرع فالإمام يتوقف، ويقبل الحديث المخالف للقياس.

هذه هي شروط أبي حنيفة للأخذ بخبر الواحد؛ فإذا توفرت هذه الشروط في خبر الواحد أخذ به ولو كان ضعيفًا ويقدِّمه على القياس، وإن لم تتوفر تلك الشروط في خبر الواحد اعتبر الحديث شاذًّا، وتركه وأخذ بالقياس.

٣- الإجماع:

الإجماع أصل شرعي عند جمهور المسلمين، ويأتي من حيث الاحتجاج به بعد الكتاب والسنة وقبل القياس، وهو معتبر عند الحنفية في كل عصر ولا يقتصر على عصر الصحابة.

❖ **أما شروط الإجماع عند الحنفية فهي:**

١- اتفاق جميع أهل الاجتهاد وقت نزول الحادثة، ولا يكفي الأكثر أو إجماع

أهل العترة، أو إجماع أهل المدينة. وعلى هذا قال الحنفية: التابعي المجتهد يعتبر عند انعقاد إجماع الصحابة، فلا يكون إجماعًا عند مخالفته إياهم. فالإجماع معتبر في كل عصر وليس فقط في عصر الصحابة فيحتاج إلى اتفاق جميع المجتهدين.

٢- ألَّا تكون المسألة مجتهدًا فيها زمن الصحابة واختلفوا فيها. وهذا الشرط وإن كان نسب إلى أبي حنيفة إلا أنه لا تصح نسبته إليه.

❖ **أنواع الإجماع عند الحنفية ثلاثة هي:**

١- **الإجماع الصريح:** ويسميه بعض الحنفية عزيمة في الإجماع. وهي أن يتم الاتفاق على المسألة قولًا أو فعلًا.

٢- **الإجماع السكوتي:** ويسميه بعضهم رخصة في الإجماع. وهو أن يجيب واحد ويسكت الآخرون، ولكنهم يرون ذلك على ما يرى طريقًا لتأييده، كأنهم بترك الاعتراض موافقون على صحة الحديث، فيكون خبرًا عند عامتهم لأنهم لو كان عندهم خبر يخالفه ما تأخَّروا على الرد.

٣- **الإجماع على أن لا قول آخر في المسألة**، وذلك إذا اختلف الصحابة في مسألة على قولين أو أقوال محصورة، فهذا إجماع على أن ما عداها باطل.

والحنفية بالإضافة إلى الإجماع الصريح كثيرًا ما يذكرون الإجماع السكوتي ويعتبرونه مصدرًا من مصادر التشريع، كما أنهم يعتبرونه النوع الثالث من الإجماع ويخصّ أكثرهم هذا النوع بالصحابة وهم أهل الفضل والسابقة.

وقد ذكر النسفي وغيره أن الإجماع على مراتب:

١- فأقوى مراتب الإجماع إجماع الصحابة رضي الله عنهم الصريح فهذا يكفُر جاحده عند أكثر الحنفية.

٢- ثم الإجماع السكوتي عن الصحابة رضوان الله عليهم فهذا دون الأول.

٣- ثم إجماع من بعدهم على حكم لم يظهر منه خلال من سبقهم، وهذا بمنزلة المشهور.

٤- ثم إجماعهم على قول سبق فيه خلاف من سبقهم، وهذا بمنزلة خبر الواحد يوجب العمل دون العلم.

وكل هذه الإجماعات مقدَّمة على القياس عند الحنفية.

٤- القياس:

المصدر الرابع من مصادر التشريع عند الحنفية القياس.

ولقد توسع الحنفية في القياس في غير الحدود والكفارات والمقدرات الشرعية.

❖ **أسباب كثرة القياس عند الحنفية عديدة، من أهمها:**

١- أن الإمام أبا حنيفة أقل من غيره من الأئمة في رواية الحديث؛ بسبب الشروط الخاصة للإمام في قبول الحديث، ولتشدُّده في رواية الحديث بسبب فشو الكذب في العراق وكثرة الفتن.

٢- لتقدم عهده على عهد بقية الأئمة.

٣- تأثر أبي حنيفة بمنهج مدرسة الكوفة وهي نتاج أقضية عمر وعلي وابن مسعود.

٤- بعض القواعد الأصولية عند الحنفية كاعتبار العام قطعي الدلالة لا يُزاد عليه إلا بقطعي الدلالة مثله، لأن الزيادة نسخ عندهم.

٥- الوقائع المتجددة الكثيرة التي كانت في بيئة العراق.

٦- ظهور الفقه التقديري وهو افتراض أجوبة لحوادث لم تقع.

وقد كان الإمام يقدِّم القياس على حديث الآحاد الذي لم تنطبق عليه الشروط التي حددها.

كما أنه لم يتقيد بقول سابق للصحابة والتابعين ما لم يتبين له صحة ما نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد روي عنه في النص الآنف الذكر أنه قال:

"آخذ بكتاب الله إذا وجدت فيه الحكم، وإلا بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن لم أجد في كتاب الله ولا سنة رسول الله أخذت بقول الصحابة، آخذ بقول مَن شئت منهم وأدع قول من شئت، ولا أخرج عن قولهم إلى قول غيرهم، فأما إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي وابن سيرين وعطاء وسعيد بن المسيب فإني أجتهد كما اجتهدوا".

من أجل ذلك يعدُّ الأحناف أبعد الفقهاء أثرًا وأرسخهم قدمًا في القياس.

وبسبب كثرة اعتماد أبي حنيفة وأصحابه على القياس سمي هو ومن معه أصحاب الرأي.

٥- الاستحسان:

الاستحسان: هو العدول بالمسألة عن نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.

وقد أكثر الحنفية من الاستحسان. وتوسع الإمام أبو حنيفة في الأخذ بهذا الأصل، فكان يقيس ما استقام القياس، فإذا قبح القياس استحسن ولاحظ تعامل الناس، وقال: "أستحسن وأدع القياس".

ولقد كان إكثار الحنفية من الاستحسان مثار طعن عليهم ممن لم يعرف مصطلحهم فيه، حتى قيل: "إن الاستحسان قول بالتشهِّي". ونقل عن الشافعي أنه قال: "من استحسن فقد شرع".

وهذا الإنكار مرجعه في الحقيقة إلى عدم معرفة حقيقة الاستحسان الذي أراده الحنفية، فالاستحسان في الحقيقة راجع إلى أدلة شرعية معتبرة فهو راجع إما إلى النص من الكتاب والسنة، أو إلى الإجماع، أو إلى الضرورة، أو إلى القياس.

❖ **انواع الاستحسان:**

يقسم الحنفية الاستحسان إلى أنواع بحسب سنده الذي كان العدول بسببه، وهي:

١- **استحسان النص:** وهو العدول عن حكم القياس الظاهر إلى حكم مخالف له ثبت بالأثر، كالسلم والإجارة فإن القياس يأبى جواز هذه العقود ولكنها جازت بالنص.

٢- **استحسان الإجماع:** وهو العدول عن حكم القياس الظاهر إلى حكم مخالف له ثبت بالإجماع، كصحة عقد الاستصناع الذي ثبت بالإجماع.

٣- **استحسان الضرورة:** وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضياتها. ومثالها: تطهير الحياض والآبار، فإن القياس ينافي تطهيرها؛ إذ لا يمكن تطهيرها بصب الماء عليها. وكذا الماء الداخل في الحوض أو

الذي ينبع من البئر يتنجس بملاقاة النجس، ولكنهم تركوا العمل بموجب القياس للضرورة.

٤- **استحسان القياس الخفي**: وهو أن يكون في المسألة وصفان يقتضيان قياسين متباينين، أحدهما ظاهر وهو القياس الاصطلاحي، والآخر يقتضي إلحاقها بأصل آخر فيسمى استحسانًا. ومثاله سؤر الطير نجس اللحم ولكنه طاهر لأن الطير تشرب بمنقارها ومنقارها طاهر.

هذه هي أنواع الاستحسان عند الحنفية وإن كان بعض العلماء لا يسميها جميعًا استحسانًا لأن الحكم الثابت بها إنما يضاف ثبوته إلى النص أو الإجماع.

٦- قول الصحابي:

يلحق الحنفية قول الصحابي بالكتاب والسنة؛ لأن قول الصحابي إنما يستمد حجته من كونه محمولًا على السماع من النبي صلى الله عليه وسلم.

وقد علمنا أن من أصول أبي حنيفة الالتزام بمجموع أقوال الصحابة وعدم الخروج عنها.

وقد ذهب الحنفية إلى حجية قول الصحابي مع تفصيل وبعض خلاف نذكره فيما يلي:

- قول الصحابي منه ما لا يدرك بالقياس فهذا باتفاق الحنفية حجة لأنه يحمل على السماع من النبي صلى الله عليه وسلم، وقد ألحقه الحنفية بالسنة.

- ومن قول الصحابة ما يدرك بالقياس والاجتهاد فجمهور الحنفية يرون أنه ملحق بالسنة، وهو أيضًا قول المتأخرين من الحنفية. وإن كان بعضهم لا يرى أن يلحقه بالسنة.

وهناك فريق ثالث فصَّل في المسألة فأوجب تقليد الخلفاء الراشدين وأمثالهم في الفضيلة.

ومنهم من أوجب تقليد الخلفاء الأربعة فقط. وقال بعضهم يجب تقليد الشيخين فقط.

أما عمل الإمام أبي حنيفة وأصحابه فالذي يظهر أنهم لم يخالفوا قول الصحابي الذي لا مخالف له.

وخلاصة القول: أن قول الصحابي الذي لا مخالف له حجة عند جمهور الحنفية سواء كان قوله مما لا يدرك بالقياس أو مما يدرك بالقياس. وإن كان له مخالف فيجب الترجيح.

٧- العُرف:

وقد عُرِّف بتعاريف منها: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقَّته الطباع السليمة بالقبول.

والذي يبدو للناظر في المذاهب الفقهية أنها جميعها قد أخذت بالعرف، وجعلته أصلًا ينبني عليه شطر عظيم من أحكام الفقه.

ومن العبارات المشهورة: (المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا).

أنواع العرف: ينقسم العرف إلى أقسام:

١- منها أنه ينقسم إلى عرف قولي وعرف عملي.

٢- ومنها أنه ينقسم إلى عرف عام وعرف خاص.

٣- ومنها أنه ينقسم إلى عرف مقبول وعرف مردود لمخالفته للشرع.

أما الحنفية فلا يفرقون بين العرف القولي والعرف العملي.

أما العرف العام والعرف الخاص فلهما فيهما تفصيل.

وقد بيَّن ابن عابدين أن العرف العام ما لم يعارض الدليل الشرعي يثبت به الحكم العام، والعرف الخاص ما لم يعارض الدليل الشرعي يثبت به الحكم الخاص.

فالعرف المعتبر عندهم هو ما لم يعارض الدليل الشرعي سواء كان عامًّا أو خاصًّا، ولو عارض المنصوص في كتب المذهب، وإذا عارض العرف الدليل الشرعي من كل الوجوه يترك ولا يلتفت إليه، وإذا عارضه من بعض الوجوه فإن العرف العام يصلح مخصصًا للأثر ويترك به القياس، والعرف الخاص لا يصلح مخصصًا ولا يترك به القياس.

٨- الاستصلاح:

وهو بناء الأحكام على المصالح المرسلة.

والمصالح المرسلة: هي المصالح التي أرسلها الشارع، ولم يقم دليل على إلغائها، أو اعتبارها.

وقد جاءت الشريعة لتحقيق خمسة أنواع من المصالح، وهي على هذا الترتيب: الدين، والحياة، والعقل، والنسل أو العرض، والمال.

وكيفية الاستدلال بذلك الدليل أن العالِم الفقيه يرى أمامه مصلحة حديثة العهد طارئة، لم تكن موجودة من قبل تقتضي حكمًا شرعيًّا، ولكن هذا الفقيه لا يجد عليه (أي على الحكم الشرعي) دليلًا من القرآن أو السُّنَّة، ولا يجد دليلًا على حكم يشبهه للقياس لا سلبًا ولا إيجابًا، فيعود بهذه المسألة في الحكم إلى جنس هذه المصلحة التي يحققها الحكم، فينظر هل هي واحدة من هذه المصالح الخمس التي جاءت الشريعة بحمايتها ورعايتها؟ فإن كانت واحدة من هذه المصالح وكان الأخذ بها لا يُفَوِّت مصلحة أهمّ منها، يجتهد على وفق هذه المصلحة.

ولم يتكلم الحنفية في هذا الدليل في كتبهم مما يفهم منه أن الحنفية لا يحتجون بهذا الدليل ولا يعملون به، إلا أن بعض الكتّاب المعاصرين بيَّنوا أن الحنفية يعملون بالمصالح ولكن ليس كدليل مستقل وإنما من خلال أدلة أخرى.

وإذا كان الحنفية لم يبحثوا في المصالح المرسلة بحثًا موضوعيًّا يبيِّنون فيه مناهجهم وشرائطهم في رعايتها، كما فعل المالكية إلا أنهم فرَّعوا كثيرًا وأفتوا كثيرًا فتاوى استحسانية من نوع استحسان الضرورة الذي يقوم عندهم على أساس رعاية المصالح الحقَّة، ورفع الحرج، والسياسة الشرعية، وهي النوع الذي تندرج فيه المصالح المرسلة في تعبير غيرهم.

٩- الاستصحاب:

ومعناه باختصار في اصطلاح الأصوليين: الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على أنه كان ثابتًا في الزمان الأول. أو هو التمسُّك بالحكم الثابت في حال

البقاء لعدم الدليل المغيّر. أو هو الحكم ببقاء أمر تحقق ولم يظن عدمه.

والاستصحاب أنواع بعضها معتبر يجب العمل به بلا خلاف، وبعضها مختلف في اعتباره.

❖ **فالاستصحاب المعتبر الذي يجب العمل به بلا خلاف هو:**

١- **استصحاب الحكم العقلي**: وهو كل حكم عرف وجوبه أو امتناعه، وحسنه أو قبحه بمجرد العقل.

٢- **استصحاب الحكم الشرعي**: الذي ثبت تأييده وتوفيقه نصًّا أو ثبت مطلقًا وبقي بعد وفاة النبي.

وهذان النوعان يجب العمل بهما لقيام دليل البقاء وعدم الدليل المزيل.

❖ **أما الاستصحاب المختلف فيه فهو:**

استصحاب الحكم الذي ثبت بدليل مطلق غير متعرض للزوال أو البقاء، فهذا قبل البحث عن الدليل ليس بحجة باتفاق، وبعد البحث عن الدليل المغير وعدم ظهوره فقد اختلف فيه:

١- فذهب بعض الحنفية إلى أنه ليس بحجة أصلًا لا لإثبات أمر لم يكن ولا لإبقاء ما كان على ما كان.

٢- ذهب البعض إلى أنه حجة لإبقاء ما كان على ما كان ولإثبات حكم مبتدأ.

٣- وذهب أكثر المتأخرين من الحنفية إلى أنه حجة للدفع لا للإلزام - أي حجة في نفسه ولا يصحُّ الاحتجاج به على غيره - .

١٠- شرع من قبلنا:

مذهب الحنفية في شرع ما قبلنا أنه إن ورد في شرعنا ما ينسخه فليس بحجة لنا، وإن ورد وأُقرّ فهو شرع لنا، وهذا القدر لا خلاف فيه لأحد.

وإن ورد ولم يُقرّ فهذا حجة عند الحنفية يجب العمل به على أنه شرع نبيِّنا صلى الله عليه وسلم حتى يقوم الدليل على نسخه أو إنكاره أو على خلافه.

هذه هي أهم مصادر استنباط الأحكام عند الأحناف.

ومن المعلوم أن الإمام أبي حنيفة لم يدوِّن كتابًا جامعًا في أصول الفقه كالرسالة

للشافعي، وكذلك لم يرد أن أحدًا من أصحاب أبي حنيفة دوّن كتابًا في أصول الفقه، وإن كان قد ورد أن أبا حنيفة وبعض أصحابه كتبوا بعض المباحث المتفرقة في أصول الفقه.

إلا أن عدم وجود هذه الأصول مدونة لا يعني أن أبا حنيفة بنى فقهه على غير أصول وقواعد، ذلك أن تأخُّر تدوين هذه الأصول لا يعني عدم وجودها؛ يدل على ذلك التراث الفقهي الضخم المنقول عن الإمام وأصحابه، فهذه الفروع الفقهية يدرك المتأمِّل فيها أن بينها ترابطًا وتماسكًا يدلَّان على أن واضع هذه الفروع يتعلق بقواعد لا يخرج عنها.

ثم إن العلماء الذين جاؤوا فيما بعد ودوَّنوا أصول المذهب الحنفي إنما استنبطوا هذه القواعد من خلال الفروع المنقولة عن الإمام وأصحابه، حيث لاحظوا أن مجموعات من الفروع تنتظمها قواعد معينة، ولولا أن هذه القواعد كانت معتمدة عند الإمام وأصحابه لما جاءت تلك الفروع متسقة ومترابطة. وأول من دوّن أصول الفقه على طريق الحنفية أبو الحسن الكرخي (ت ٣٤٠هـ).

❖ **أما أشهر الكتب المؤلفة في أصول المذهب الحنفي على طريقة الفقهاء فهي:**

١- رسالة الكرخي في الأصول، لأبي الحسن الكرخي (ت ٣٤٠هـ)، وهي رسالة صغيرة في أصول الفقه أقرب إلى القواعد الفقهية.

٢- أصول الفقه، لأبي علي الشاشي (ت ٣٤٤هـ)، وهو أقدم كتاب وصلنا في أصول الفقه.

٣- الجدل في أصول الفقه، لأبي منصور الماتريدي (ت ٣٣٠).

٤- الفصول في الأصول، لأبي بكر الرازي الجصاص (ت ٣٧٠هـ).

٥- تأسيس النظر، لأبي زيد الدبوسي (ت ٤٣٠هـ)، بيَّن فيه أصول الخلاف بين الحنفية وغيرهم.

٦- كنز الوصول إلى معرفة الأصول، لفخر الإسلام البزدوي (ت ٤٨٢هـ)، وهو من أشهر كتب الأصول عند الحنفية، وأكثرها اعتمادا؛ لذا كثرت عليه الشروح.

٧- (أصول السرخسي)، للإمام أبي بكر السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، وقد توسَّع فيه بالشواهد والأدلة حتى أصبح من أوسع كتب الأصول عند الحنفية.

٨- ميزان الأصول في نتائج العقول، لأبي بكر السمرقندي (ت ٥٣٨هـ).

٩- المنتخب في أصول المذهب، لأبي عبد الله الحسام الأخيسكي (ت ٦٤٤هـ) اعتمده الحنفية بالشرح والتعليق وكثرت عليه الشروح.

١٠- المغني في أصول الفقه، لجلال الدين الخبازي (٦٩١هـ)، وهو كتاب مختصر سهل العبارة، وله شروح عديدة.

١١- (بديع النظام الجامع بين أصول البزدوي والإحكام)، لابن الساعاتي (ت ٦٩٤هـ)، لخص فيه كتاب الإحكام للآمدي، وزاد عليه من أصول البزدوي. وهو أول كتاب جمع بين الطريقتين في الأصول.

١٢- منار الأنوار، للإمام حافظ الدين النسفي (ت ٧١٠هـ)، وله شروح عديدة منها كشف الأسرار للمؤلِّف نفسه.

وبعد ذلك تتالت المؤلَّفات التي قامت بالشرح والتعليق على الكتب السابقة. فظهرت مؤلَّفات كثيرة على طريقة الفقهاء هذه من مختصرات ومطوَّلات وشروح وحواش، أُلِّفت كتب خاصة في بيانها.

مصطلحات المذهب الحنفي

إن الناظر في كتب الحنفية يجد العديد مما اصطلحوا عليه من الألفاظ وتداولوه حتى صار متعارفًا عليه بينهم أو عند عدد منهم، وليس هذا أمرًا تفرَّدوا به عن بقية المذاهب الفقهية الأخرى، ولكنَّهم قد تنوعت عندهم هذه المصطلحات وتبعثرت في كتبهم على كثرتها، وسنعرض بعض مشهور هذه المصطلحات لما لمعرفتها من أهمية للدَّارس والباحث في كتب الحنفية.

❖ أولًا: المصطلحات التي يشار بها إلى علماء الحنفية:

الإمام: يطلقونها كثيرًا في كتبهم، ويريدون صاحبَ المذهبِ الإمامَ أبا حنيفة النعمان رحمه الله تعالى.

- **الإمام الأعظم:** وهو الإمام أبو حنيفة أيضًا.
- **الثاني أو الإمام الثاني:** هو الإمام أبو يوسف رحمه الله تعالى.
- **الثالث:** هو الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى.
- **الإمام الرباني:** وهو الإمام محمد بن الحسن أيضًا.
- **الأئمة الثلاثة:** هم: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن.
- **الشيخان:** هما: أبو حنيفة، وأبو يوسف.
- **الصاحبان:** هما: أبو يوسف، ومحمد بن الحسن.
- **الآخِران:** هما: أبو يوسف، ومحمد بن الحسن.
- **الطرفان:** هما: أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن.
- **لفظ: (له):** أي: لأبي حنيفة.
- **لفظ: (لهما) أو (عندهما) أو (مذهبهما):** أي: مذهب الصاحبين.
- **أصحابنا:** المشهور عند إطلاقها أنهم: أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن.

وقد يطلقون "أصحابنا" ويريدون بذلك: أبا يوسف ومحمد، وقد يطلقونها ويريدون: علماء المذهب الحنفي عمومًا.

- **شمس الأئمة:** يراد بها الإمام السرخسي صاحب (المبسوط) عند الإطلاق، وقد يراد بها غيره مع التقييد دون إطلاق، فيقال مثلًا: شمس الأئمة الحلواني، وشمس الأئمة الكَرْدَرِي.
- **شيخ الإسلام:** ذكر ابن عابدين أنه يراد به عند الإطلاق: أبو بكر خواهر زاده، وذكر أبو محمد القرشي أنه علي بن محمد الإسبيجاني عند الإطلاق.
- **فخر الإسلام:** يراد به عند الإطلاق: أبو العسر علي بن محمد البزدوي.
- **الأستاذ:** يراد به عبد الله بن محمد السبذموني.
- **صدر الشريعة الأول:** هو أحمد بن عبيد الله المحبوبي، ويسمى صدر الشريعة الأكبر.
- **صدر الشريعة الثاني:** هو عبيد الله بن مسعود المحبوبي، ويسمى صدر الشريعة الأصغر.

وعند الإطلاق فـ(صدر الشريعة) هو الثاني؛ لما له من شهرة أكبر، ونتاج علمي أكبر في الفقه والأصول.

- **المحقق:** يراد به عند الإطلاق: الكمال بن الهُمام صاحب "فتح القدير".
- **السلف:** يطلق على فقهاء المذهب الحنفي من الإمام أبي حنيفة وإلى محمد بن الحسن (ت ١٨٩هـ).
- **الخلف:** يطلق على فقهاء المذهب من الإمام محمد بن الحسن إلى شمس الأئمة الحلواني (ت ٤٥٠هـ).
- **المتقدمون:** هم علماء الحنفية الذين أدركوا الأئمة الثلاثة، وقيل: من كانوا قبل السنة ثلاثمائة الهجرية.
- **المتأخرون:** هم علماء الحنفية الذين لم يدركوا الأئمة الثلاثة، وقيل: من كان بعد السنة ثلاثمائة الهجرية.
- **المشايخ:** هم علماء الحنفية الذين لم يدركوا الإمام أبا حنيفة.

- **العامة (عامة المشايخ)**: المراد أكثر علماء المذهب عند الحنفية.

❖ ثانيًا: المصطلحات التي يشار بها إلى كتب الحنفية:

هناك مصطلحات يطلقها الحنفية إشارةً إلى بعض كتب المذهب، ومن جملة ذلك:

- **الأصل**: يطلقونها في كتبهم ويريدون به كتاب (المبسوط) للإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى.
- **الأصول**: وهي الكتب الستة المعروفة بكتب ظاهر الرواية عندهم، وكلها للإمام محمد بن الحسن، وهي: المبسوط (الأصل)، الجامع الصغير، الجامع الكبير، والزيادات، والسير الصغير، والسير الكبير.
- **المتون الثلاثة**: وهي ثلاثة متون لها أهميتها في المذهب، وهي: مختصر القُدُوري، ووقاية الرواية للمحبوبي، وكنز الدقائق للنسفي.
- **المتون الأربعة**: وهي: مختصر القُدُوري، ووقاية الرواية للمحبوبي، وكنز الدقائق للنسفي، والمختار للموصلي أو مجمع البحرين لابن الساعاتي.
- **الكتاب**: ويراد بإطلاق هذا اللفظ عند الحنفية أشهر المتون لديهم، وهو مختصر القُدُوري.
- **المبسوط**: يراد به عند الإطلاق كتاب (المبسوط) لشمس الأئمة السرخسي.
- **المحيط**: يراد به عند الإطلاق كتاب "المحيط البرهاني" لبرهان الدين البخاري، وقيل: يطلق في الغالب على "المحيط السرخسي" لرضي الدين السرخسي، ويسمى "المحيط الرضوي" أيضًا، وإطلاقه على الأخير في كتب المتأخرين من علماء المذهب أكثر.

❖ ثالثًا: المصطلحات التي يشار بها إلى الأقوال في المذهب:

من أشهر هذه المصطلحات وأكثرها انتشارًا عند علماء الحنفية ما يلي:

- **ظاهر الرواية**: والأشهر الأكثر أن المراد ما روي من المسائل عن أئمة المذهب الثلاثة: أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن في الكتب الستة

للإمام محمد بن الحسن، والتي تعارفوا على تسميتها بكتب ظاهر الرواية، وقد سبق عدها.

- **ظاهر المذهب:** هو ظاهر الرواية، ولا فرق.
- **مسائل الأصول:** والأشهر أنه يراد بها ظاهر الرواية أيضًا.
- **النوادر:** وهي المسائل التي رويت عن أئمة المذهب الثلاثة في كتب الإمام محمد بن الحسن الأخرى، عدا كتبه المعروفة بظاهر الرواية، ككتابه "الجرجانيات"، و"الرّقِّيّات"، و"الكيسانيات"، و"الهارونيات"، أو كتب غيره من أصحاب الإمام أبي حنيفة، كأمالي أبي يوسف، أو ما روي من المسائل المفردة برواية مفردة.
- **الفتاوى:** وهي مسائل أفتى فيها المجتهدون المتأخرون في المذهب لما لم يجدوا رواية فيها عن الأئمة المتقدمين.
- **الواقعات:** هي الفتاوى، ولا فرق، وتسمى النوازل أيضًا.

❖ رابعًا: المصطلحات التي يشار بها إلى الآراء والترجيحات في المذهب:

هناك ألفاظ يشار بها إلى الأقوال الراجحة في كتب المذهب الحنفي، ومن ذلك:

- **عليه عمل الأمة:** فيه إشارة لإجماع المتأخرين من علماء الحنفية عليه، وهذا اللفظ مرجَّح على غيره من مصطلحات الإفتاء في المذهب.
- **عليه الفتوى:** وفيه إشارة لأصحِيَّة هذا القول، والإذن بالإفتاء به.
- **به يفتَى:** وهو كاللفظ السابق، إلا أنه آكد منه؛ لأنه يفيد الحصر، أي: أن الفتوى لا تكون إلا به.
- **الصحيح والأصح:** فيه إشارة لرجحان ذلك القول على غيره من الأقوال، واللفظ الثاني أقوى من الأول في الدلالة على ذلك عند جمهور الحنفية؛ لأنه يفيد أن بقية الأقوال صحيحة عند القائل إلا أن ذلك القول أصح منها كلها.
- **المعتمد:** يفيد أنه المقدَّم من بين الأقوال لاعتبارٍ معيَّن، كقوَّة دليله، أو كونه أحوط، أو غير ذلك.

- **الأوجه والأظهر**: وهما بمعنى واحد، ويطلقان على القول الذي استبان للمفتي رجحان دليله، ولا يلزمه الإفتاء بقول الإمام.
- **الأشبه**: ويطلق على ما كان راجحًا وأقرب في المعنى للمروي عن الإمام أو صاحبيه.
- **به جرى العُرف**: ويطلق على القول المتعارف عليه والمألوف في ذلك الزمان.

ترجمة المؤلف

❖ **اسمه ونسبه:**

هو الإمام الفقيه الأصولي مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن مُحَمَّد الْعَلامَة الملقب بـ(رَضِي الدّين) وبرهان الْإِسْلَام السَّرخسِيّ الحنفي.

❖ **حياته:**

كان السرخسي إمامًا جليلًا كما تشهد تآليفه، ولكن كانت في لسانه لُكْنة، فتعصب عليه جماعة من الفقهاء الحنفية بحلب، وصغّروا أمره عند نور الدين إلى أن عزله عن التدريس بها، فتوجه إلى دمشق، وتوفي بها رحمه الله في سنة ٥٧١هـ، وَكَانَ أَكثر النَّاس في ذَلِك تعصبًا عَلَيْهِ الشيخ افتخار الدّين ابْن الْفضل الْهَاشِمِي.

قَالَ ابْن العديم: أَخْبرنِي خَليفَة بن سُلَيْمَان بن خَليفَة قَالَ: قدم الرضي السَّرخسِيّ صَاحب الْمُحِيط حَلَبَ، وَذكر الدَّرْس، وَكَانَ في لِسَانه لُكْنة، فتعصب عَلَيْهِ الْفُقَهَاء وَكَتَبُوا فِيهِ رِقَاعًا إِلَى نور الدّين مَحْمُود بْن زنكي، يذكرُونَ أَنهم أخذُوا عَلَيْهِ تصحيفًا كثيرًا، من ذَلِك أَنه قَالَ في الجباير: الخباير، فعُزِلَ عَن التدريس فَسَار الخاتونية إِلَى دمشق، وَكَانَ الكاساني صَاحب الْبَدَائِع قد ورد في ذَلِك الزَّمَان رَسُولا، فَكتب لَهُ نور الدّين خطة بِالْمَدْرَسَةِ الحلاوية فَمضى في الرسَالَة، ثمَّ عَاد وتولي التدريس بهَا، وَتَوَلَّى الرضي بِدِمَشْق تدريس الخاتونية، فَلَمَّا مرض فتق كعاب الْمُحِيط وَأخرج مِنْهُ سِتّمائَة دِينَار، وَأوصى أَن تفرق على الْفُقَهَاء بِالْمَدْرَسَةِ الْمَذْكُورَة.

❖ **مصنَّفاته:**

اشتهر بأنه مُصَنف الْمُحِيط، وَهُوَ أَربعة مصنفات: الْمُحِيط الْكَبِير وَهُوَ نَحْو من أَرْبَعِينَ مجلدًا، وَالْمُحِيط الثَّانِي عشرة مجلدات، وَالْمُحِيط الثَّالِث أَربعة مجلدات، وَالْمُحِيط الرَّابع في مجلدين.

وقال حاجي خليفة في كشف الظنون ٢/١٦٢٠: و(محيطه): ثلاثة محيطات.

الأول: عشرة مجلدات.

والثاني: أربعة مجلدات.

والثالث: مجلدان.

وهذه الثلاثة: موجودة بمصر، والشام، والروم.

وقال ابن الحنائي في: (حاشيته على الدرر): على قوله في أوائل الكتاب، واختاره في (المحيط) ما نصه، أراد (محيط) الإمام رضي الدين: محمد بن محمد السرخسي.

وهو: ثلاث نسخ:

الأولى: كبرى، وهي: المشهورة والمرادة: (بالمحيط)، حيث أطلق غالبا.

والثانية: وسطى.

والثالثة: صغرى.

وله مؤلفات أخرى: (الطريقة الرضوية - خ) فقه، و(الوسيط - خ) و(الوجيز - خ) في إسطنبول، و(عيون المسائل). و(فوائد الجامع الصغير للشيباني).

❖ **وفاته:**

توفي يوم الجمعة، آخر جمعة من رجب سنة ٥٧١هـ.

وقال الزركلي في الأعلام: تناقلت المصادر وفاته سنة (٥٤٤هـ)، واستوقفني ما في الجواهر المضية ٢: ١٢٩ من أن فقهاء حلب تعصَّبوا عليه وكان أشدّهم افتخار الدين عبد المطلب بن الفضل الهاشمي المتوفى سنة (٦١٦هـ)، فرجعت إلى ترجمة هذا فوجدت ولادته سنة (٥٣٩هـ) ولا يعقل أن تكون وفاة السرخسي بعدها بخمس سنوات، ثم رأيت في نهاية مخطوطة من الجزء الأول من كتابه (الوسيط) أنه قرئ عليه سنة (٥٦٣هـ) أو بعدها. وأظفرني أخيرًا أحد الأصدقاء بنص في كتاب نهر الذهب في تاريخ حلب ٢: ٢٢٢ يقول: (فتولى التدريس - في المدرسة الحلاوية - الإمام الفاضل رضي الدين محمد بن محمد أبو عبد الله السرخسي، كان قدم حلب، فولَّاه محمود زنكي التدريس، وكان في لسانه لُكْنة، فتعصَّب عليه جماعة من

الفقهاء الحنفية، فصغَّروا أمره عند نور الدين، فمات يوم الجمعة آخر جمعة من رجب سنة ٥٧١) وهذا يتفق مع سنِّ افتخار الدين، ومع تاريخ قراءة الجزء من الوسيط عليه، فليصحَّح به ما في المصادر الأخرى.

❖ مصادر الترجمة:

طاش كبري: طبقات الفقهاء ١٠١، ابن قطلوبغا: تاج التراجم ٤٣، القرشي: الجواهر المضية ٢: ١٢٨ - ١٣٠، حاجي خليفة: كشف الظنون ١٦٢٠، ٢٠٠٢، الزركلي: الأعلام ٧: ٢٤٩، ٢٥٠، ١٠: ٢٢٣، ٢٢٤، سيد: فهرس المخطوطات المصورة ١: ٢٧٦، البغدادي: إيضاح المكنون ٢: ٥١٤، اللكنوي: الفوائد البهية ١٨٨ - ١٩١، البغدادي: هدية العارفين ٢: ٩١، ٣٧٥، ٣٧٤، كحالة: معجم المؤلفين ٢٧٩/١١.

عملنا في الكتاب

سار عملنا في الكتاب وفق المنهج التالي:

١- نسخ المخطوط نسخًا علميًّا دقيقًا من نسخة الأصل (ص).

٢- مطابقة النص على نسخة المكتبة السليمانية (س).

٣- مطابقة النص على نسخة فيض الله أفندي (ك).

٤- تخريج الآيات القرآنية وفق مواضعها من المصحف الشريف.

٥- تخريج الأحاديث النبوية الشريفة وفق مواضعها من كتب السنة النبوية المطهرة.

٦- التعليق على المواضع التي تحتاج زيادة إيضاح، أو بسط مسألة، أو بيان مشكل.

٧- ترقيم النص حسب قواعد الترقيم الحديثة.

٨- صنع ترجمة وافية للإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان مؤسِّس المذهب، مع التعريف بتلاميذه الذين قاموا من بعده بنشر المذهب الحنفي.

٩- التعريف بأصول المذهب الحنفي ومصادر الأدلة الشرعية المعتمدة عند الأحناف وهي كالآتي: الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس، والاستحسان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، والعرف، وقول الصحابي، وشرع من قبلنا.

١٠- التعريف بأهم مصطلحات المذهب الحنفي وأكثرها انتشارًا.

١١- صنع ترجمة وافية للمؤلف الإمام رضي الدين السرخسي الحنفي.

١٢- عمل فهارس تفصيلية لأبواب الكتاب.

وأخيرًا فهذا هو جهد المقل، والمرجو ممن يطلع على كتابنا فيجد فيه عيبًا أن يبادرنا بالنصيحة والتصويب، فكلٌّ معرض للخطأ، ولا كمال إلا لله سبحانه وتعالى.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم.

المحقق

وصف النسخ الخطية

اعتمدنا في تحقيقنا لهذا الكتاب الطيب المبارك على سبع نسخ خطية، وهي كالآتي:

❖ **النسخة الأولى (ص):**

وهي النسخة التي اعتمدناها أصلًا لعملنا في التحقيق، وهي نسخة محفوظة في المكتبة السليمانية في إسطنبول بتركيا، وهي نسخة جيدة كُتبت بخط نسخ عادي، وكُتبت فيها العناوين بالمداد الأسود، ويقع في الصفحة حوالي (٢٥) سطرًا، وفي السطر (من ١٢ إلى ١٥) كلمة، ورمزنا لها بالرمز (ص)، **وهي نسخة كاملة تقع في ثمانية مجلدات:**

• **المجلد الأول:** محفوظ برقم (٤٩٧) ويقع في (٢٩٩) لوحة، وقد وقع في أوله بعض الاضطراب في ترقيم الصفحات، ولكننا بفضل الله تعالى رتبناها مستعينين بالنسخ الأخرى، وجاء فيه كتب: الطهارة والجنائز والزكاة والصوم والحج وجزء من كتاب البيوع تم إعادته ثانية في المجلد الثاني.

• **المجلد الثاني:** محفوظ برقم (١٣٩) ويقع في (٢٨٣) لوحة، وجاء فيه كتب: البيوع والصرف والنكاح والنفقات وجزء من كتاب الطلاق.

• **المجلد الثالث:** محفوظ برقم (١٤٠) ويقع في (٣٠٦) لوحة، وجاء فيه كتب: بقية الطلاق والرضاع والعدة والعتاق والمكاتب والولاء وجزء من كتاب الإيمان.

• **المجلد الرابع:** محفوظ برقم (١٤١) ويقع في (٢٥٦) لوحة، وفيه حتى كتاب الهبة.

• **المجلد الخامس:** محفوظ برقم (١٤٢) ويقع في (٣٢٦) لوحة، وفيه حتى كتاب الإجارات.

• **المجلد السادس:** محفوظ برقم (١٤٣) ويقع في (٢٩٢) لوحة، وفيه حتى كتاب الإقرار.

• **المجلد السابع:** محفوظ برقم (١٤٤) ويقع في (٤٤٥) لوحة، وفيه حتى كتاب الحدود.

• **المجلد الثامن:** محفوظ برقم (١٤٥) ويقع في (٢٨٨) لوحة، وقد سقط منه لوحتين في أوله أكملناهما من النسخ الأخرى، وبه يكتمل الكتاب، وجاء في آخره:

«تم الجزء الثامن من كتاب المحيط، وبتمامه تم الكتاب بحمد الله وعونه، والحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه».

❖ **النسخة الثانية (س):**

وهي نسخة محفوظة في المكتبة السليمانية برقم (٦٠٢)، وهي تقع في (٨٧٢) لوحة، وهي نسخة تامة وكاملة، كتبت بخط نسخ دقيق، وكتبت العناوين فيها بالمداد الأحمر، وقد أصابتها بعض الرطوبة، فانمحت بعض العناوين وخاصة أسماء الكتب، ويقع في اللوحة (٤١) سطرًا، وفي السطر حوالي (٣٠) كلمة، ورمزنا لها بالرمز (س).

❖ **النسخة الثالثة (ك):**

وهي نسخة محفوظة في فيض الله أفندي بتركيا بأرقام (من ٩٥٨ إلى ٩٦١)، وهي نسخة جيدة كتبت بخط نسخ عادي، وكتبت العناوين بالمداد الأحمر، وفي الصفحة حوالي (٣١) سطرًا، وفي السطر حوالي (٢٠) كلمة، وهي تقع في أربعة مجلدات كالآتي: المجلد الأول: (٣٠٦) لوحة. والمجلد الثاني: (٣٢٠) لوحة. والمجلد الثالث: (٣٣٠) لوحة. والمجلد الرابع: (٣٠٥) لوحة. ورمزنا لها بالرمز (ك).

❖ **النسخة الرابعة (ش):**

وهي نسخة محفوظة في مكتبة شستربيتي برقم (٤٥٢٨) ورقم (٥٠٥٥)، وهما مجلدان كبار، يقع الأول في (٢٧٥) لوحة، وفي الصفحة (٢٤) سطرًا، وفي السطر حوالي (١٣) كلمة، وكتب بخط نسخ جميل.

ويقع الثاني في (٣١٤) لوحة، وفي الصفحة (٣٣) سطرًا، وفي السطر حوالي (١٩) كلمة، وكتبت بخط نسخ جيد ودقيق. ورمزنا لها بالرمز (ش).

وقد تميَّزت هذه النسخة بعدَّة أبواب عن الأصل، وهي: كتاب الحيل، والمأذون، والحجر.

❖ **النسخة الخامسة (ج):**

وهي نسخة محفوظة في الجامعة الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، ويوجد منها الجزء الأول برقم (٧٨٢٧) ويقع في (٤١٢) لوحة، وفي الصفحة (٢٩) سطرًا، وفي السطر (١٩) كلمة، كتبت بخط نسخ عادي ودقيق. ورمزنا لها بالرمز (ج).

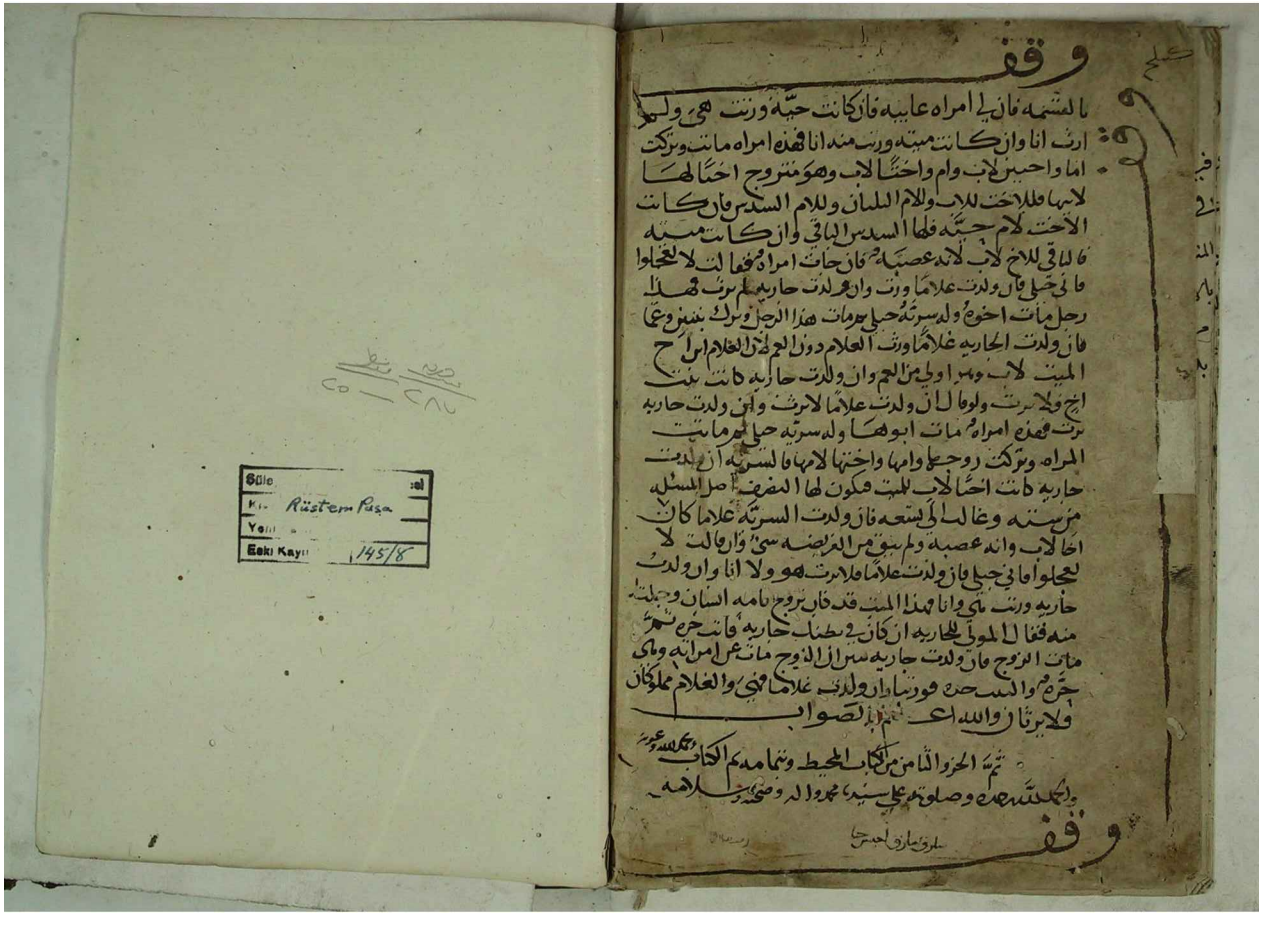
❖ **النسخة السادسة (م):**

وهي نسخة محفوظة في مكتبة الحرم المكي بالسعودية برقم (٢٠٩٨) فقه حنفي، وهي قطعة من الكتاب تقع في (٣٠٩) لوحة، تبدأ من كتاب ما يمنع الإنسان منه وما لا يمنع وحتى آخر كتاب العتاق، ورمزنا لها بالرمز (م).

❖ **النسخة السابعة (ب):**

وهي نسخة محفوظة في مكتبة بلدية الإسكندرية برقم (١١٢٧)، وهي قطعة تبدأ من كتاب القصاص حتى كتاب الفرائض، ورمزنا لها بالرمز (ب).

نماذج من صور النسخ الخطية



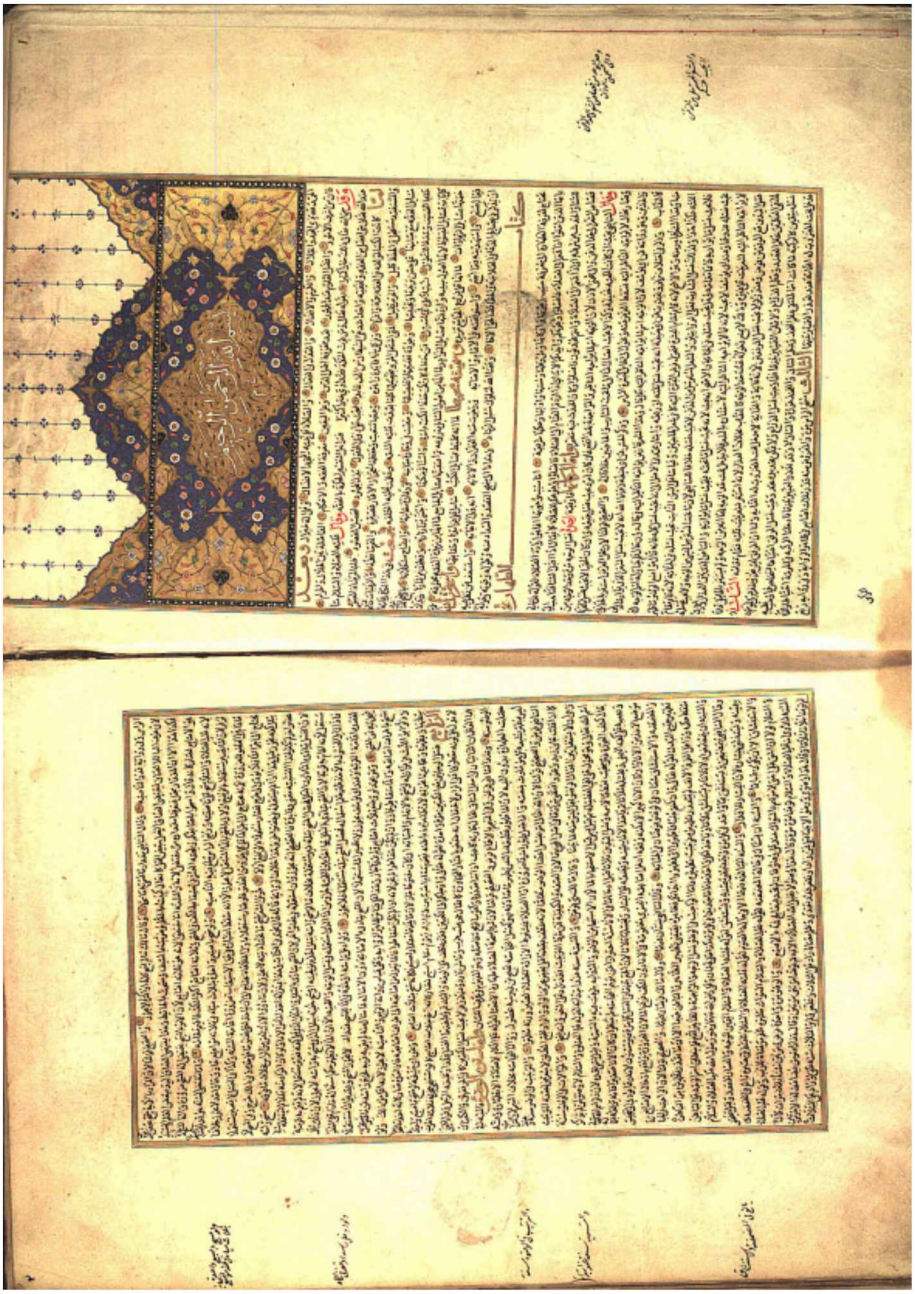
وقف

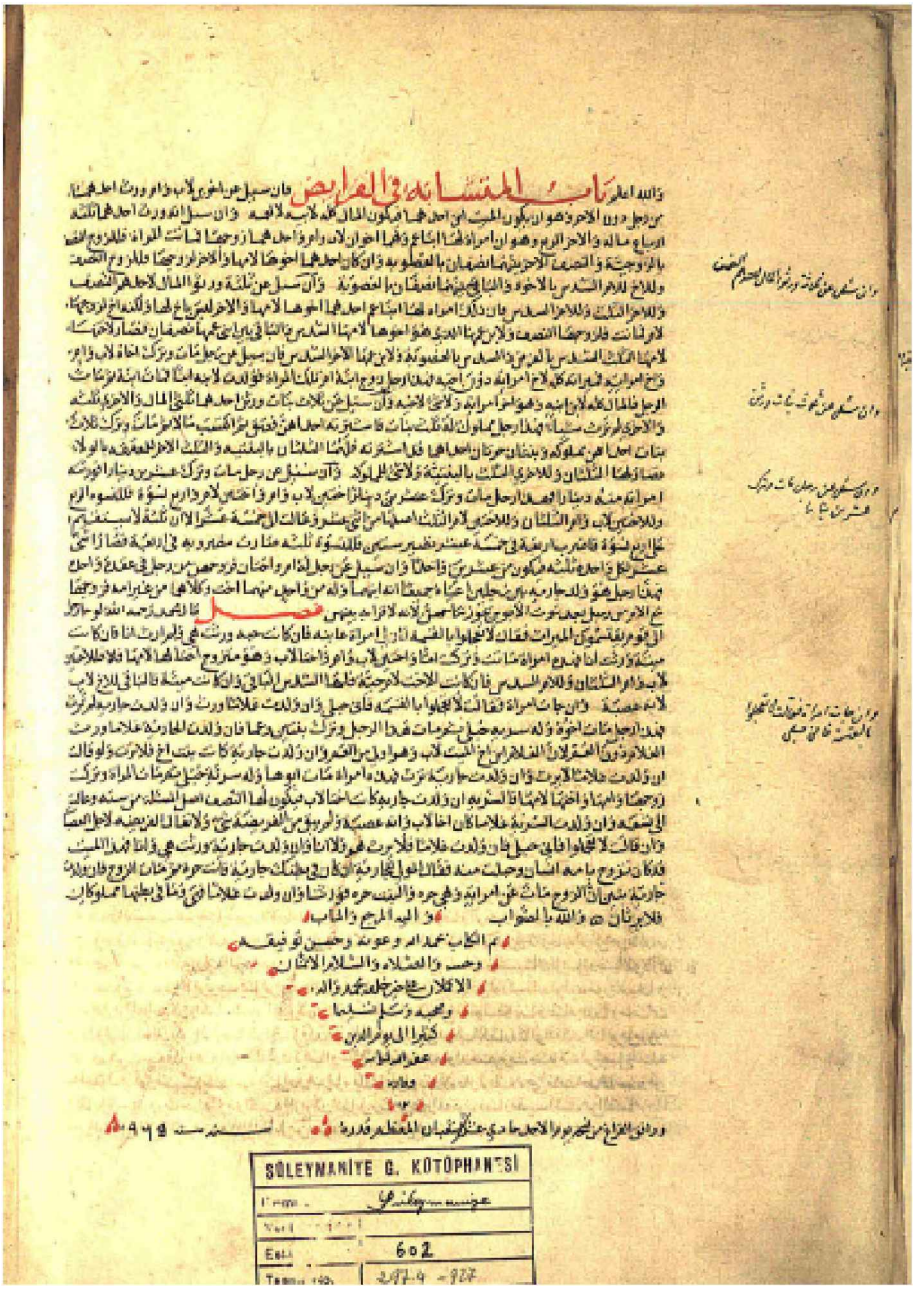
بالقسمة فان لي امراه عاتبه فان كانت حيه ورثت هي ولم
ارث انا وان كانت ميته ورثت منه انا فهذه امراه ماتت وتركت
اما واخوين لاب وام واختا لاب وهو متزوج اختها
لابيها فللاخت للاب وللام الثلثان وللام السدس فان كانت
الاخت لام حيه فلها السدس الباقي وان كانت ميته
فالباقي للاخ لاب لانه عصبه فان جاءت امراه فقالت لا تحلوا
فاني حبلى فان ولدت غلاما ورث وان ولدت جاريه لم يرث فهذا
رجل مات اخوه ولد سريته حبلى ثم مات هذا الرجل وترك بنين وعما
فان ولدت الجاريه غلاما ورث الغلام دون العم لان الغلام ابن اخ
الميت لاب وهو اولى من العم وان ولدت جاريه كانت بنت
اخ ولا ترث ولو قال ان ولدت غلاما لا ترث وان ولدت جاريه
ترث فهذه امراه مات ابوها وله سريه حبلى ثم ماتت
المراه وتركت زوجها وامها واختها لامها فالسريه ان ولدت
جاريه كانت اختا لاب للميت فيكون لها النصف اصل المسئله
من ستة وغالب الى تسعه فان ولدت السريه غلاما كان
اخا لاب واند عصبه ولم يبق من الفريضه شيء وان قالت لا
تحلوا فاني حبلى فان ولدت غلاما فلا ترث هو ولا انا وان ولدت
جاريه ورثت هي وانا فهذا الميت قد فان يزوج بامه انسان وجعلت
منه فقال المولى للجاريه ان كان في بطنك جاريه فانت حره ثم
مات الزوج فان ولدت جاريه من الزوج مات عن امراته وهي
حره والنسب حر فورثها وان ولدت غلاما فهي والغلام مملوكان
فلا يرثان والله اعلم بالصواب

تم الجزء الثامن من الكتاب المحيط وتمامه في الكتاب ان شاء الله تعالى
والحمد لله حمدا وصلوته على سيدنا محمد واله وصحبه وسلامه

وقف

Süle... Rüstem Paşa
Yeni
Eski Kayıt 145/8





والله اعلم باب المناسخات في الفرائض فان سئل عن اخوين لاب وام وورث احدهما
من رجل دون الاخر وهو ان يكون الميت ان احدهما يكون المال كله لابيه لا غير وان سئل عن ورث احدهما ثلثة
ارباع ماله والاخر الربع وهو ان امرأة لها اخوان لاب وام واحد منهما جدة وجدا فماتت المرأة فللزوج النصف
بالزوجية والنصف الاخر بينهما نصفان بالقطوبة وان كان احدهما اخوها لامها والاخر زوجها فللزوج النصف
وللاخ للام السدس بالاخوة والباقي بينهما نصفان بالعصوبة وان سئل عن ثلثة ورثوا المال لاحدهم النصف
وللاخر الثلث وللاخر السدس فان ذلك امرأة لها اخوان احدهما اخوها لامها والاخر لغير باع لها فلذلك اخ لزوجها
لام فماتت فللزوج النصف ولاخيها الذي هو اخوها لامها السدس والباقي بينهما نصفان فصار للاخ ثلث
لانها الثلث السدس بالفرض والسدس بالعصوبة ولان لها الاخ السدس فان سئل عن خمسة اخوة لاب وام
وخمس اخوات لاب وام كل لام امرأة دون اخيه لهذا رجل وزوجة ابنه امرأتان فولدت لابنه ابنا فماتت ابنه فورثت
الرجل فلما مات كله لابن ابنه وهو اخو امرأته ولاخيه ولاخيه وان سئل عن ثلاث بنات ورثن احدهما الثلثين المال والاخرى ثلثه
والاخرى لم ترث شيئا لهذا رجل مملوك له ثلث بنات فاشتراه احدهن فتزوجه فاكتسب مالا فورثت ثلاث
بنات احدهن مملوكه وبنتان حرتان احداهما في استرقه فلهما الثلثان بالبنتية والثلث الاخر لمملوكه مالا
فصار لهما الثلثان وللاخرى الثلث بالبنتية ولاخيها المملوكة وان سئل عن رجل مات وترك عشرين دينارا فورثه
امرأته منه دينارا فهذا رجل مات وترك عشرين دينارا خمسة لاب وام واختين لام واربع نسوة للنسوة الربع
وللاختين لاب وام الثلثان وللاختين لام الثلث اصلها من اثني عشر وقالت الى خمسة عشر الان ثلثة لا يستقيم
على اربع نسوة فاضرب اربعة في خمسة عشر تصير ستين فللنسوة ثلثه عشرة وللاختين لام ثلثه عشرة وللاختين لاب وام
عشرين فصار اثنى عشر فلكل واحدة ثلثه فيكون من عشرين واحدا وان سئل عن رجل لهذا امرأة واختان فورثهن من رجل في عقد واحد
فهذا رجل هو ولد جارية بين رجلين اشتراها جميعا اتفاقا ابوهما وله من واحد منهما اخت ولاخيها من غير امه فورثهما
مع الاب من رجل بعد موت الاب يجوز ذلك عن لانه لا فرق بينهما فصل قال الشيخ رحمه الله لو جاء
الى قوم يقسمون المواريث فقال لا تجلوا بالفتيا فان امرأة عابدة فان كانت جدة ورثت هي فلم ارث انا فان كانت
ميتة ورثت انا فزوج امرأة ماتت وتركت امها واختين لاب وام واختا لاب وهو متزوج اختا لها لامها فلا اعلم
لاب وام الثلثان وللام السدس فان كانت الاخت لاخيه فلها السدس الباقي وان كانت ميتة فالباقي للاخ لاب
لانه عصبة وان جاءت امرأة فقالت لا تجلوا بالفتيا فاني جبل وان ولدت غلاما ورث وان ولدت جارية لم ترث
هذا رجل مات اخوه وله سرية حبلى بنو مات هذا الرجل وترك بنتين وعما فان ولدت الجارية غلاما ورث
الغلام ذو الفقرين لان الغلام ابن اخ الميت لاب وهو ابن العم وان ولدت جارية كانت بنت اخ فلا ترث ولو قالت
ان ولدت غلاما لا يرث وان ولدت جارية ترث هذا رجل مات وامرأة مات ابوها وله منها حبلى بنو مات المرأة وترك
زوجها وابنها واختها لامها فالسرية ان ولدت جارية كانت اختا لاب فيكون لها النصف اصل المسئلة من ستة وعالت
الى سبعة وان ولدت السرية غلاما كان اخا لاب وامه عصبة ولم يبق من الفريضة شيء ولا تعال الفريضة لاجل العصبة
وان قالت لا تجلوا فاني حبلى فان ولدت غلاما فلا ترث وان ولدت جارية ورثت هي فانا اخذ الميت
فكان تزوج بامه انسان وحبلت منه فقال اهل الجارية ان كان في بطنك جارية فانت حرة من مات الزوج فان ولدت
جارية بين ان الزوج مات عن امرأته وهي حرة والبنت حرة ورثتا وان ولدت غلاما فهي قنة في بطنها مملوكا
فلا يرثان والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

تم الكتاب بحمد الله وعونه وحسن توفيقه
وصلى الله على خير خلقه محمد وآله
الاقلاف سلخ جمادى الآخر
وصحبه وسلم تسليما
كتبه الى يوم الدين
عفى الله عنه
وعلى
وفرغ من تحريره الاحد حادي عشر شعبان المعظم قدره سنة ٩٦٩

SÜLEYMANİYE G. KÜTÜPHANESİ
Fonu
Yeri
Esas 602
Tasnif

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد كماله وصحبه وسلم

الحمد لله ذي الحمد والجلال والتحرم والافضال والعدل في الفعال والصلوة على سيد المحمد الافضال وعلى اله خير
آل اما بعد فان من اشرف الامور وافضل الامور عند الجمهور تعلم معرفة اصل الدين وعلم الفقه معرفة العقد والحكم
الفاصل بين الحلال والحرام وقد سمى الله تعالى ذلك خيرا كثيرا بقوله تعالى ومن يؤت الحكمة فقد اوتي خيرا كثيرا فسر اهل
التفسير الحكمة بالفقه وقال عليه الصلاة والسلام ما عبد الله تعالى بشيء افضل من الفقه وله فقيه واحد اشد على الشيطان
من الف عابد فيجب على ذوي العقول بذل الجهود لتحصيل المقصود طلبا لمرضاة المعبود ولما كانت الكتب المؤلفة في
الفقه جمة وافرة وفي كلها فائدة ظاهرة وجمها متعب وحفظها متعذر اذ الاعمار قصيرة والهمم ساقطة والرغبات
نائية والمستفيد مستعجل والحفظ كليل والدهر يطلب فني استعمل الدهر تحصيلها كلها بعدت عليه المشقة وعظمت عليه الكلفة فجمعت
وهذا الكتاب عامة مسائل الفقه مع بيانها على احسن ترتيبها وتهذيبها وجودة تقسيمها وتفصيلها وسميت في وجازة مبانيها
ووفارة معانيها وايضاح مشكلاتها بادخال الدلائل للتخفيف وحذفا للتطويل تسهيلا على ذوي التحصيل فرحفظه كان كمن
حفظ الكتب باسرها واستاثر مسكها واجتنى من ازهارها وقطف من ثمارها وبدان كل باب مسائل المبسوطات لانها لما انها
اصول سنية وارد فيها مسائل النوادر لما انها من اصول المسائل متروكة ثم اعقبتها بمسائل الجامع لما انها من زبدة الفقه مجموعة
وختمتها بمسائل الزيادات لما انها على وزع الجامع مزيدة وسميته محيطا لما انه محيط بمسائل الكتب شامل على فوائدها
وحقائقها فاستخرت الله تعالى فيما اصنع واستمددته فيما اجمع واستوفقته في الاتمام والاصابة ورجوت
منه الغفران والاثابة انه ولي الاجابة واستشفعت من نظر فيه ان يتكرم بصالح الدعاء في العلانية والخفاء
لمحل الاجابة وفقنا الله لسلوك سبيل الرشاد وهدانا الى منهج القصد والسداد بمنه وطوله ونوته وحوله

كتاب الطهارة

الحاجة الى معرفة الطهارة الى معرفة سبب وجوبها واركانها وشروطها وسننها وادابها وحكمها سر بعثة
اما سبب وجوبها انما هو ارادة الصلوة لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم وايديكم الاية
اي اذا اردتم القيام الى الصلوة وجوبه حتى للصلوة كما يقال اذا اقبل الشتاء فتهيأ اي للشتاء والحدث من
شروطها اي اذا قمتم الى الصلوة وانتم محدثون فاغسلوا وكان الحدث هو نقضها
واما اركانها فاربعة احدها غسل الوجه مرة وحد الوجه من قصاص الشعر
الى محل الذقن والى محل الاذن لان الوجه اسم لما يواجه الناظر اليه والمواجهة بهذا تقع
فان كان امرد يجب غسل جميعه وان كان ملتحيا لا يجب غسل ما تحتها وقال الشافعي
يجب ان كانت اللحية خفيفة وكذي لا يجب ايصال الماء الى ما تحت الشارب والحاجبين
خلافا له والصحيح قولنا لان محل الفرض تستر بالحاجب وصار كالرأس لا يواجه الناظر اليه فسقط
ويتحول الى المحاذاة كشعر الرأس وذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله تعالى انه لا يجب
غسل الشعر الذي يواري الذقن والخدين وهو رواية عن ابي يوسف لان الوجه اسم لما يواجه
الناظر اليه كل حال وهذا الشعر عارض يواجه الناظر اليه في حال دون حال فلم يتناوله
اسم الوجه كالقناع ذكر في اختلاف زفر ويعقوب عن ابي حنيفة انه يجب غسل ثلثه او ربعه

فاشار

واشار محمد في الاصل الى انه يجب غسل كله فانه قال لو اوضع الوضوء ما ظهر منه وهذا الشعر ظاهر منه وهو الاصح لانه
قائم مقام البشرة فيحول فرض البشرة اليه كما في شعر الحاجبين وقياسا على الشعر النابت تحت غسله في الجنابة لانه
قائم مقام الشفة وكذا هذا وكذلك غسل الشارب فعلى الروايتين وانما الشعر المسترسل من الذقن لا يجب
غسله خلافا للشافعي لان ما تحت المسترسل ليس من الوجه ولا يجب غسله فلا يجب غسل ما يواريه قائما مقامه
والبياض الذي بين العذار والاذن يجب غسله عندهما وعند ابي يوسف لا يجب لانه ليس بواجهة
الناظر اليه لاستتاره بالشعر فلا ندخل تحت حد الوجه لهما انه من الوجه ولم يستتر بالحائل وانما لا
يواجه الناظر اليه لشعر نبت على غيره وذلك لا يمنع دخوله تحت حد الوجه كالنقاب بخلاف العذار
لانه يستتر بشعر نبت عليه فقام مقامه ○ والشافعي غسل اليدين مع المرفقين فرض وعند زفر
لا يجب غسل المرفقين لانه غاية والغاية لا يدخل تحت المضروب له الغاية اما ان المرفق ليس بعضو
منفرد بل هو اسم لمنتهى العظمين عظم العضد وعظم الذراع ولا يمكن التمييز بينهما فلما وجب غسل الذراع
ولا يمكن تحديده وجب غسل المرفق احتياطا ليتحقق عما وجب عليه غسله بيقين كالركبة لما كانت
اسما لمنتهى عظم الفخذ وعظم الساق والفخذ عورة والساق لا وقد تعذر التمييز بينهما فادخلنا
الركبة في الحرمة احتياطا والغاية تدخل تحت المضروب له الغاية عند تعذر التمييز بينهما فادخلنا
مسح الرأس مرة والمفروض منه قدر ثلاثة اصابع في ظاهر الرواية وفي رواية ربع الرأس وفي رواية
الناصية وقال الشافعي مقدار ما يسمى به ماسحا وقال مالك ما لم يمسح كله او اكثره لا يجوز الصحيح
قولنا لان المراد بالمائة مسح بعض الرأس لان حرف الباء للالصاق فيقتضي الصاق الفعل بمعنى المحل
كما يقال كتبت بالقلم وضربت بالسيف ومسحت بالحائط وهذا يقتضي الصاق اليد بمعنى القلم
والسيف فكذي هذا الا ان المقدار المحل يعرفنا مقداره من مقتضى الاية والسنة اما مقتضى الاية
هو ثلاثة اصابع لان الامر بالمسح يقتضي الة المسح ضرورة والة المسح عادة هي الاصابع فصار كانه
قال وامسحوا باصابعكم وليعقد العشر في استيعاب الكف في المسح وثلاثة اصابع اكثر الكف
فافهم مقامه ولما مقتضى السنة هو حد الناصية لانه عليه الصلاة والسلام مسح على ناصيته ومسح الرأس
ملء مسح باصبع واحدة ثلاث مياه في ثلاثة مواضع جاز وبما واحد لا يجوز خلافا لزفر لان الماء صار
مستعملا بالوضع اولا وبالمسح بالماء المستعمل لا يجوز الا ان سقط اعتباره في حق الاستيعاب ضرورة
اقامة السنة وكذي في الغسل لا يصير مستعملا ما دام على العضو للضرورة لانه يحتاج الى التحرز الما
على كل جزء من العضو فلو صار مستعملا لما زال الملاقاة يحتاج الى ان ياخذ كل عضو ماء على حدة
وفي ذلك حرج وفي المسح لا يحتاج الى التحرز الما فلا يؤدي الى الحرج فصار مستعملا بالوضع اولا طويل الشعر
مسح ما تحت اذنيه لا يجوز لان ما دون ليس من الراس بخلاف ما فوقه مسح راسه ببلل كفه يجوز فعل هذا
اذا لم يستعمله في عضو اخر وهذا خلاف الرواية فانه قال محمد في كتاب
وهذا بمنزلة اخذه الماء من الاناء ولو كان المراد منه بللا لم يستعمله في عضو اخر
لم يكن لهذا التشبيه معنى وفائدة الصحيح انه يجوز وان استعمله
في عضو واحد لان المسح يتادى بالبلل والبلل الذي في كفه غير مستعمل لانه لم يقم به قربة

كتاب الرضاع

يحتاج إلى معرفة شرعية الرضاع وقدره وركنه وسببه وحكمه **أما شرعيته**
فلقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن وقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب أي يحرم بالرضاع مثل ذلك ولان جوع الصبي
لا يندفع الا باللبن حالة الصغر ولهذا قالت عائشة رضي الله تعالى عنها وعن ابيها
الرضاعة من المجاعة أي الرضاعة من مجاعة لا يندفع الجوع الا باللبن وذلك في الصغر
فيكون الارضاع واجبا اهـ الآلة فاما تفسيره لغة وشريعة هو الرضع بدون الأمية لشرب
اللبن في وقت الرضاع **وأما ركنه** وهو فعله ولانه يقوم به **وأما وجوبه** هو اجابة
لعباد الله واستبقاء مهجته بدفع الجوع والهلاك عنه **وأما شرطه** فهو ان يكون في وقته
ومدة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما حولان وعند زفر ثلاثة
احوال ومدة الرضاع في حق استحقاق الاجرة على الأب مقدرة بحولين بالاجماع حتى لو كان للمرأة
المطلقة بعد الحولين المطالبة بأجرة الرضاع **لهما** قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين
كاملين علق تمام الرضاع بحولين وقوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الحولين **له** قوله تعالى
وفصاله فان أراد اتصالا من تراضيهما فالوقت على تراضيهما بعد الحولين فلو كانت مدة
الرضاع منقضية بحولين لما وقف الفصال على تراضيهما لثبوت الفصال على تراضيهما بعد الحولين وتشاورهما
فدل ذلك على تمام مدة الرضاع ولانه علق تقدير الرضاع بحولين لمن اراد ان يتم الرضاعة وما كان
من المقدر حتما يثبت لا يجوز الزيادة عليه لا يتعلق بالارادة الا ان الزيادة على الحولين هي سنة أشهر
مستفادة من قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا والمراد به الرضاع لان المراد
من الحمل المذكور في الآية الحمل الأكثر والمحمول حالة الرضاع لا الحمل بالبطن لان الحمل
بالبطن غير مقدر بثلاثين شهرا ولان الحمل بالبطن مستفاد بقوله تعالى حملته أمه
كرها ووضعته كرها فلو حمل هذا على الحمل بالبطن غير مفيد أدى الى التكرار وفيها اشكال حمل كلام المصنف
على فائدة جديدة لا يحمل على التكرار **وأما وجوب أجرة**
الرضاع مقدر بحولين لانه وقت نقصان احدهما بدل على انها مقدرة بحولين
والاخر يدل على الزيادة على الحولين والرضاع مذكر استحقاق الأجرة وحرمة
الرضاع فاعتبرنا المقدار بالحولين في حق وجوب الأجرة حتى لا يجب الزيادة بالشك
واعتبرنا المقدار الثاني في حق التحريم احتياطا للحرمة عملا بالنص بقدر الامكان
فكان ما قال الامام ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه احوط واوفق **وأما**
حكمه فبيان احدهما حقيقي وهو التغذي

التغذي والتربية به والآخر شرعي وهو الحرمة والله أعلم بالصواب واليه
المرجع والمآب
وهو حسبنا ونعم الوكيل

٩٥٩

باب معرفة من يحرم

بالرضاع ومن لا يحرم

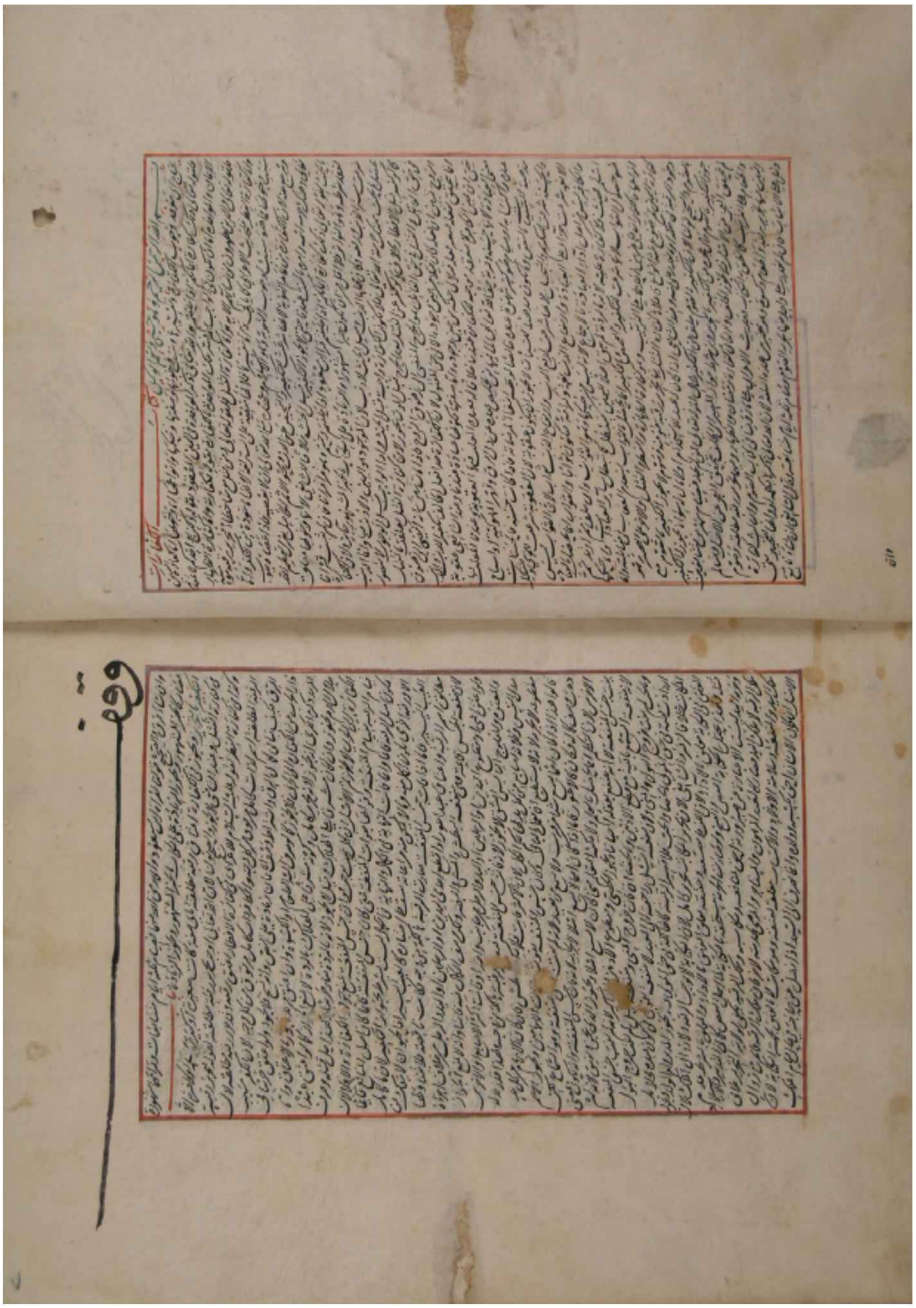
المبسوط سبب الباب على سبيل الجدها في كتابه الارضاع والفصل
الثاني في الحرمة على المرضعة والفصل الثالث في الحرمة على وجهها **فصل**
ولا ينبغي ان يدنع الرجل ولده الى المرأة الحمقاء لقوله عليه السلام روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم نهى عن لبن الحمقاء لقوله عليه السلام اللبن يعدي وتنازع رسول الله عليه وسلم لان الدفع الى الحمقاء فيه
تعريض ولده للهلاك بسبب قلة تحفظها له وترك تعهده اياه اولى وهو الادب فانها لا تحسن تأديبه
وقوله عليه الصلاة والسلام اللبن يعدي يحتمل ان الحمقاء لا تحتمل من الاشياء الضرة بالولد
ويؤثر في لبنها فيضر الصبي وهذا القول موافق لما يقوله الاطباء فان الاطباء يأمرون المرضعة بالاحتمال
عن اسباب تورث بالصبي علة وتحمل انه صلى الله عليه وسلم انما نهى عن ذلك حتى اذا اتفق اتفاق
لا يتفاق الى العدوى كما روي عن علي بن ابي طالب رضوان الله عليه انه قال لا تسأل ولد القرد في
العقرب فهذا ان صح عن علي رضي الله عنه فانه انما نهى عن ذلك لئلا يتفق اتفاق فينسب الى كون
القرد في العقرب فيكون تيانا بالنجوم وتكذيبا للاخبار المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم في هذا
الباب ٥٥٥ **فصل** قال علماؤنا رحمة الله عليهم والمحرم من النسب نكاحا وجها في
النكاح محرم في الرضاع لقول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا في مسائل
احداها انه يجوز للرجل ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك في النسب لانها في النسب تكون
بنت امرأته التي وطئها فتحرم عليه لاجل المصاهرة لا لاجل النسب وذلك لا يوجد في الرضاع **والثانية**
انه يجوز ان يتزوج الرجل مرضعة اخيه ولا يجوز له ان يتزوج امرأة اخيه من النسب لانها في النسب تكون
موطوءة ابيه فكانت محرمة عليه للمصاهرة وهذا لا يوجد في الرضاع **هامش** اطلقت لتهاون
ثديها ثم انها ارضعت صبية بهذا اللبن كانت ابنتها حقيقة لانها ولدت وحدث وجاء فطلقها الزوج قبل ان يدخل
بها فللزوج ان يتزوج هذه الصبية المرضعة وان دخل بها فلا يجوز له ان يتزوج بالصبية لانها تكون
ربيبة المدخول بها ٥ واذا ارضعت المرأة صبيا فالمرضعة ام الرضيع واولادها اخوة واخوات له
حتى يحرم عليه اولادها من تقدم منهم ومن تأخر ولا يجوز له ان يتزوج شيئا من ولدها ولا ولد
ولدها وان سفل ٥ والاصل في ذلك ومواد كل نسب يجتمع على امرأة فصار اخوال لي
نجوز لاحدهما ان يتزوج بالآخر ولا بولده كما ذكرنا في النسب والله اعلم ٥ **فصل**
قال عامة العلماء رحمة الله عليهم ان الله تعالى حرمة من جانبه الرضاع كما في النسب من جانب المرأة

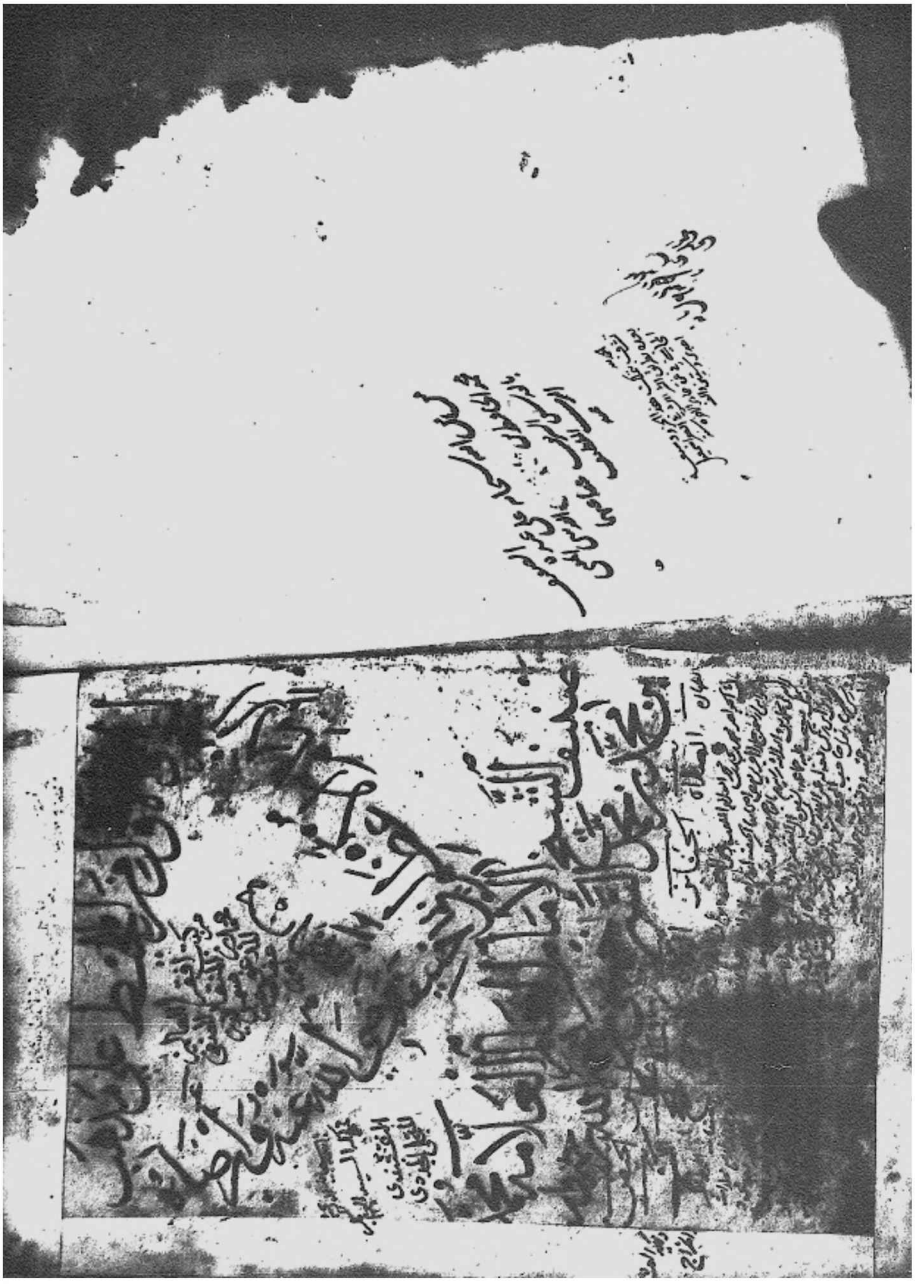
بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى وصحبه أجمعين

كتاب المضاربة

يحتاج إلى معرفة شرعية المضاربة وتفسيرها وركنها وشرط جوازها وأحكامها وأنواعها أما شرعيتها
فلإجماع الصحابة عليها ولأن للمضاربة كانت في الجاهلية لجهلة وقررهم النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك
حين روى ابن العباس رضي الله عنه كان يبيع ماله ويشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا ولا ينزل به واديا
ولا يشتري به ذات الكبد رطبة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه ولأن المضاربة مشتملة على الوكالة
والشركة والإجارة لأنه وكيل عن رب المال بالشراء وشريك له في الربح ورب المال استأجره ليعمل له ببعض ما
يستفاد من الربح فيكون ما شرط من الربح كالأجرة على عمله ولهذا إذا فسدت المضاربة ظهر معنى
الإجارة حتى استوجب أجر المثل وكل ذلك جائز وهذا لأن كل أحد لا يهتدي إلى التصرف لاستنمائه ماله ولا يجد
ذا مال يشاركه ولو أكلها فنى ماله وصار عيالا على غيره فيحتاج إلى دفع ماله مضاربة إلى غيره ليهتدي إلى
التجارات لتحصل له منفعة المال مع بقاء أصله على ملكه ويرتفق الفقير بربح ماله فجوزها الشرع
لحاجة الناس كما جوز الإجارة وأما تفسيرها لغة فالمضاربة مأخوذة من الضرب وهو السير قال
الله تعالى وإذا ضربتم في الأرض أو سرتم الآن متعارف الشرع لإيراد بها السير وإنما يراد بها عقد
مخصوص يعقد للتصرف لتحصيل الربح العظام لأن تحصيل الربح العظام لا يحصل غالبا إلا بالسير في الأرض
فسمي العقد مضاربة لما فيها من السير وأما ركنها أن يقول دفعت هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة
أو معاملة أو في آخر هذا المال والعمل به على أن يكون نصف الربح أو ثلثه أو ما أبيع به متاعا فإن كان من فضل
فلك كذا فهذا كله مضاربة إما صريحا أو كناية فالمضاربة صريح اللفظ والمقارضة هي المضاربة لغة الأرض
للمضاربة لغة أهل العراق والمقارضة لغة أهل الحجاز فكانا لغتين جريان عن معنى واحد كالمعطية والعطية
وغيرها يمكن من المضاربة لتضمنه معنى المضاربة لأنه يعمل في المال بعض من الربح أن العمل اسم عام يتناول البيع والشراء
فصار البيع والشراء مذكورا بذكر العمل ولذلك إذا قال خذ هذه الألف فاعمل بها بالنصف أو بالثلث جاز استحسانا لأن
البيع والشراء مذكورا بذكر العمل وتضمنه من الربح صار مذكورا عرفا لأن النصف متى ذكر عقب البيع والشراء
فما أراد به النصف من الربح عرفا والثابت عرفا كالثابت نصا فقد ذكر جميع ما تتضمنه المضاربة إما صريحا أو
دلالة ولو قال خذ هذه الألف واشتر بها وبيا بالنصف ولم يزد عليه لم يكن مضاربة لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع
واسم الشراء لا يتناول البيع والنصف متى ذكر عقب الشراء خاصة لا يراد به النصف عرفا النصف من الربح
لأن الربح لا يتحقق من غير بيع الشيء لجواز أن يكون قيمة المشترى أقل من ثمن الشراء ألف يوم البيع
فيتوقف أمر الربح على البيع فلم يذكر جميع ما تنتظم المضاربة فلم يكن مضاربة وشبه إجارة وهذه إجارة فاسدة لأن
العمل مجهول والبدل مجهول حتى لو اشترى كان له أجر مثله لأنه أوفى منفعة بعقد فاسد ولو قال خذ هذا
المال بالنصف كان مضاربة استحسانا لأن الشراء خاصة ولو قال خذ هذا
المال بالنصف كان مضاربة استحسانا لأن الشراء خاصة

الاستحسان أن البيع والشراء مذكورا ضمنا وأيضا لأنه شرط له شيئا والعوض لا يستحق إلا بالبيع والشراء
فصار كالمنصوص عليه ولو قال خذ مضاربة على أن جميع الربح لي وبضاعة لأن نص على معنى البضاعة لأن
المضارب لا يبيع لعمله عوضا لما رضي أن يكون جميع الربح لرب المال فكان أيضا معنى ولو قال على
أن الربح كله للمضارب فهو قرض عليه ملكا له ولا يجب لأن المضارب لا يستحق كل الربح لا يجب أن يكون
رأس المال ملكا له لأن الربح فرع رأس المال كالثمرة للشجرة والولد للأم وإذا كان الربح لا يملك إلا بملك
رأس المال فإذا شرط رب المال جميع الربح للمضارب فقد ملك جميع رأس المال فيقتضي استرداد جميع الربح
له وشرط عليه رد رأس المال بقوله مضاربة فإن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صاحبه فصار تقديرها
ولأن القرض قال للمشتري عين لأنه انقطع الحق عن العين دون المالك والهبة تقطع الحق عن العين أصلا
فكان أثبت لأقل وأنه متيقن أولى **وأما** شرائط صحتها فخمسة أحدها المضاربة لأنها لا تكون إلا
بالنقدين عندهما وقال محمد تكون بالفلوس أيضا لأنه ثمن عندهما لا عنده وكل ما يصلح رأس مال
الشركة يصلح رأس مال المضاربة وإلا فلا لأن المضاربة مشتملة على ما يشتمل عليه عقد الشركة وزيادة فيما بينا
وأما المضاربة بدين في ذمة على وجهين أحدهما أن كان لمديون على رجل فقال له أعطه مضاربة فيما له عليه
بالنصف لا تصح المضاربة بالإجماع ويكون ما اشترى له والدين في ذمته كما له عند أبي حنيفة وعندهما
الوكالة صحيحة وما اشتراه لرب المال وله أجر مثله إما فساد المضاربة لأن الدين لا يصلح رأس المال
لأن المضاربة شرعت لاستنماء المال ولا يتصور استنماء المال إلا بأن يكون المال عينا ما شيا في الشركة
ومتى فسدت المضاربة بقي أمرا وتوكيلا بالشراء بالدين الذي عليه وهذا لأنه جعل عنده أنه اشترى فوقع الشراء
للوكيل ويكون المشترى له وأما في الوجه الثاني لو قال اقبض الدين الذي على فلان ثم اعمل مضاربة جاز لأنه وكله
بقبض دين له على غيره وأضاف المضاربة إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده وكلامها جائز بخلاف الأول
لأنه لا يصلح وكيلا بقبض الدين من نفسه فلم يصح قابضا للدين فلم تصح المضاربة مضافة إلى المقبوض العين
وكذلك لو دفع إليه دنانيرا وعبدا فقال بعه وأقبض ثمنه واعمل به مضاربة فباعه بدراهم أو دنانير
وتصرف جاز المضاربة لأنه أضاف المضاربة إلى ثمن المقبوض والعبد كأنه نص بالمضاربة فإن باع العبد
بعشرة أكر حنطة وعمل فالمضاربة فاسدة عند أبي حنيفة وعندهما المضاربة صحيحة العبد لرب
المال لأنه عنده الوكيل البيع ملك البيع بالثمن كان وعنده لا يملك الا المال وهو والدنانير
ولو قال لآخر اقبض دينا على فلان ثم اعمل به مضاربة فعل به قبل أن يقبض كله جاز ولو قال فاعمل به لا
يجوز **والفرق** أن كلمة ثم في اللغة للترتيب والتراخي فصار الإذن بالعمل مضافا إلى ما بعد القبض
كأنه قال له اقبض وفي اللغة ثم اعمل به فلا يصير مأذونا في العمل بالقبض الكل فأما كلمة الفاء والواو
للعطف والاشتراك لا للترتيب فتقتضي وجودهما كيف ما وجد معا أو متعاقبا فلم يتأخر الإذن عن
القبض مقتضى العطف وإنما تتأخر صورة أنه لا يمكنه العمل قبل القبض فإذا وجد قبض العين أمكنه
العمل بصريح ما أذن له فإذا قال اقبض دينا له على فلان مضاربة أو اعمل به لا نصير مأذونا بالعمل بقبض الكل
لأن قوله اعمل به أو تعمل به لا يستقيم الابتداء به فيعتبر تعلقا بما قبله حتى لا يلغوا فإذا اعتبر تعلقا صار
أحدهما بمنزلة الشرط والآخر بمنزلة الجزاء فجعلنا القبض شرطا والعمل جزاء لأن العمل لا يصلح شرطا للقبض

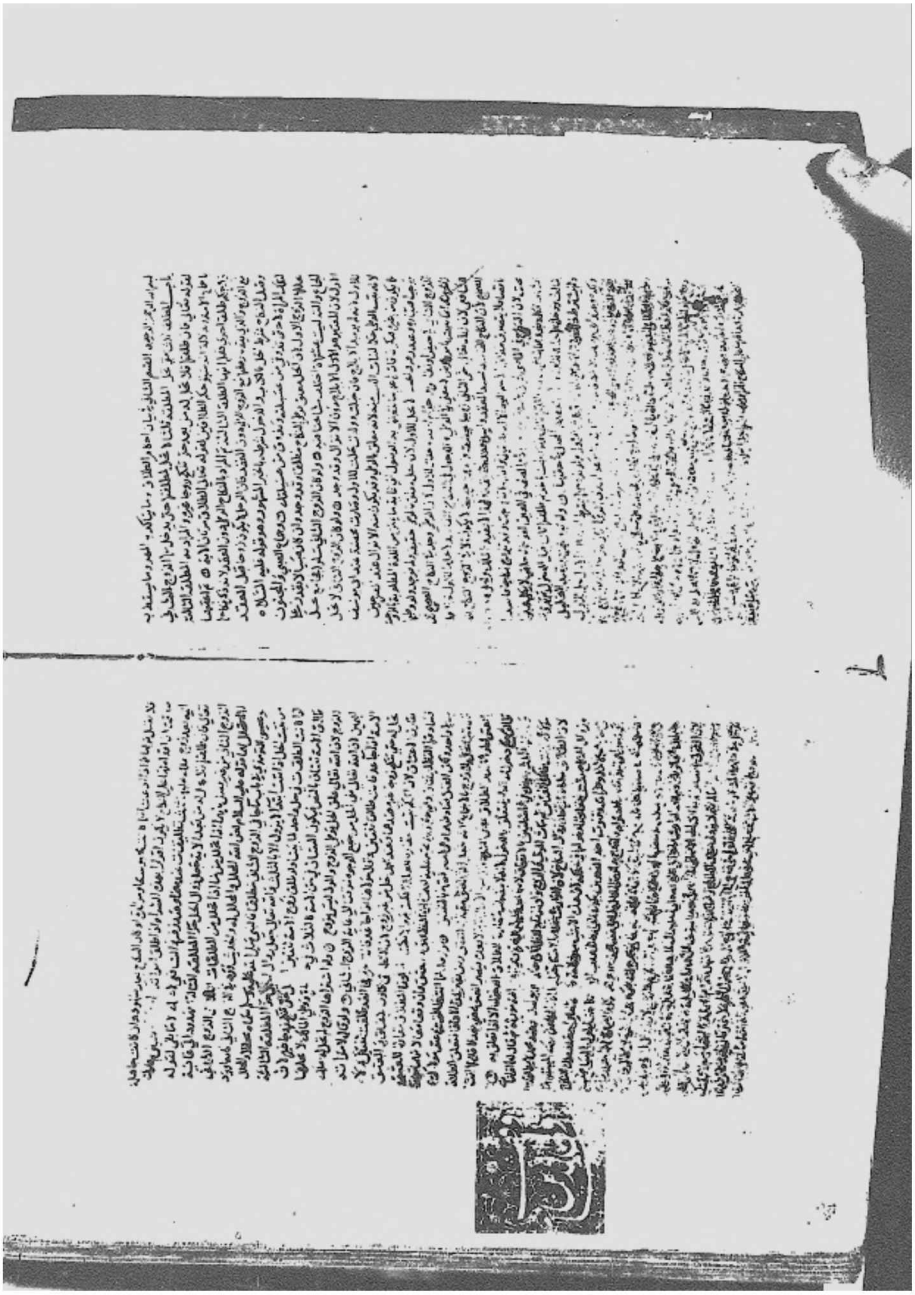


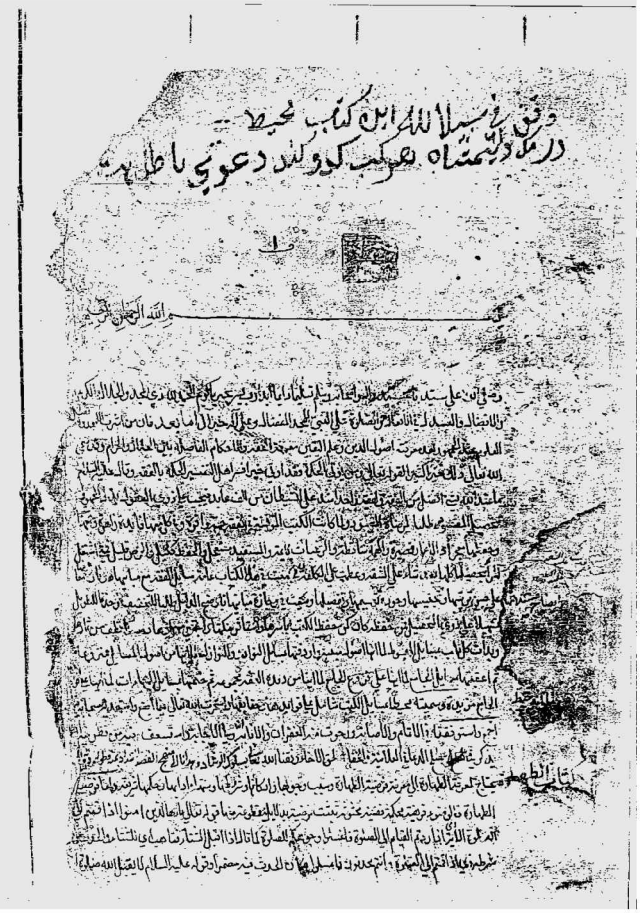


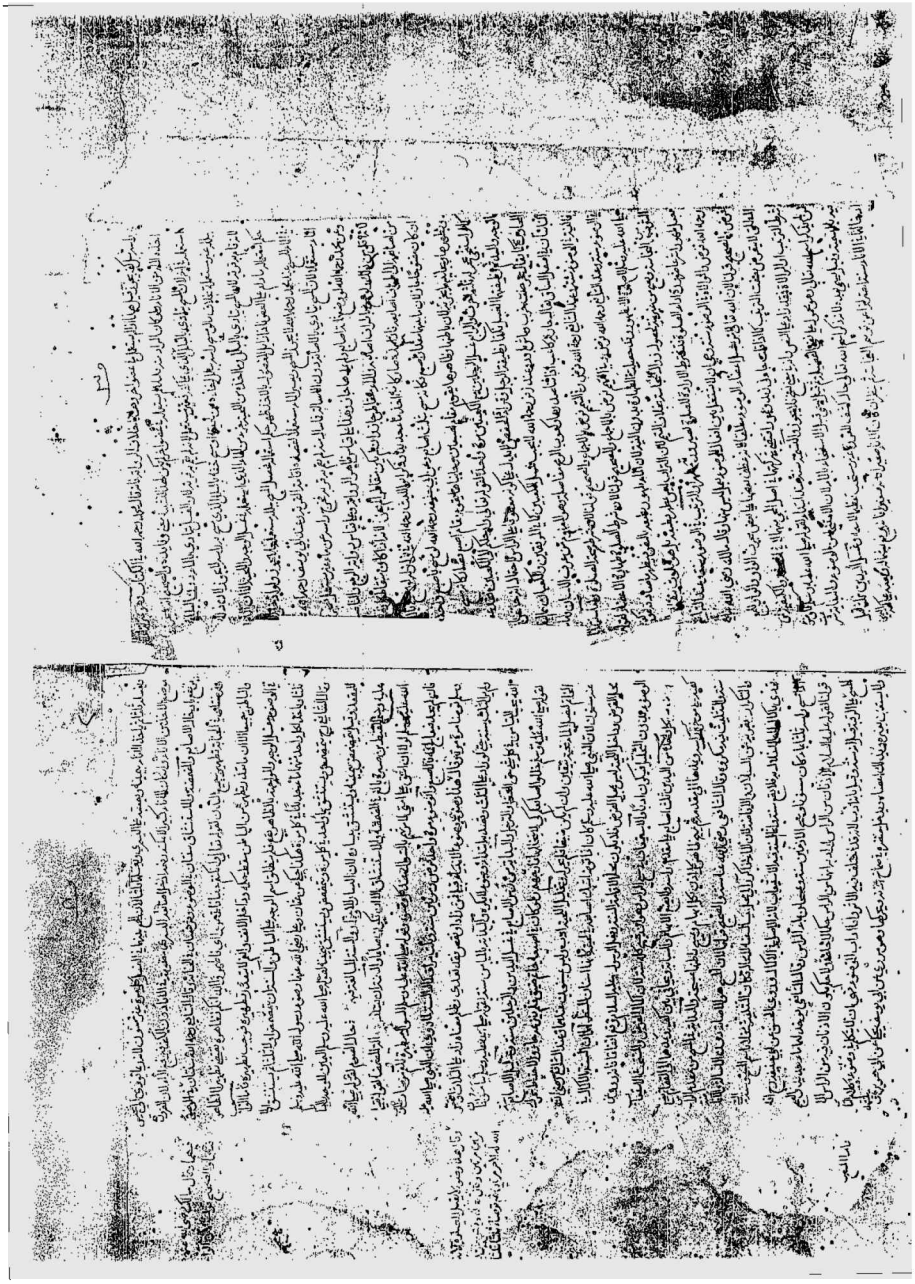
بسم الله الرحمن الرحيم وبه الثقة

الحمد لله ذي المجد والجلال والاضفال والعدل في الفعال والصلوة على نبيه المجتبى
المفضال وعلى آله الغر الميامين وبعد فان من اشرف العلوم وافضل العلوم علم
الفقه الذي هو علم المفتين ومعرفة الفقه والاحكام الفاضلة من
الحلال والحرام وقد سماه الله تعالى ذلك خيرا كثيرا بقوله ومن يؤت الحكمة فقد اوتي
خيرا كثيرا فشرف اهل التفسير الحكمة بالفقه وقال عليه السلام ما عبد الله بشيء افضل
من الفقه ولفقيه واحد اشد على الشيطان من الف عابد فيجب على ذوي العقول
بذل المجهود لتحصيل المقصود لما لمرضاه المعبود ولما كانت الكتب المؤلفة
في الفقه جمة وافرة وفي جمعها اذن زاهر وجمعها متعب وحفظها مخ اذ
الاعمار قصيرة والهمم ساقطة والرغبات نائمة والتسفيد مستعجل والحفظ
قليل والحرص قليل فاني استخرت المولى وجعلت لها يعدن عليه الشفقة وعظمت
عليه الكلفة فجمعت في هذا الكتاب جامعة مسائل الفقه مع مبانيها على
حسن ترتيبها وتحسينها وجودة تقسيمها وتفصيلها وسعت في جمع مبانيها ووفاء
معانيها [illegible] على ذوي الهمم [illegible] حفظ الكتب باسرها واستاثر بحفظها والجمع
من ازهارها وابتلفت ثمارها [illegible] كل باب بمسائل المبسوط لما انها اصول
بسيطة وارده فيها مسائل الفوائد [illegible] من اصول المسائل مزوجة ثم لعقبتها
مسائل الجامع لما انها من زبد الفقه مجموعة ثم ختمتها بمسائل الزيادات لما
انها على فروع الجامع مزيدة وسميته محيطا لما انه محيط بمسائل الكتب شامل
على فوائدها وحقائقها فاسئل الله بما اصنع ولتهديه فيما اجمع واسئل فقه
في الامام والاصحاب وجوث منه الغفران والانابة انه ولي الاجابة ولست
من يطمع فيه ان يذكر في معالج الدعاة العلامة والحنا فتاح الاخيار
وفقنا الله لسلوك سبيل الرشاد وهدانا الى منهج القصد والسداد بمنه وطوله
وبه وحوله تمت كتاب الطهارة

محتاج لمعرفة الطهارة الى معرفة سببه وجوبها واركانها وسننها وادابها
شريعة اما سبب وجوبها انما هو ارادة الصلوة [illegible] يا ايها الذين امنوا اذا قمتم
الى الصلوة الاية اي اذا اردتم القيام الى الصلوة [illegible] مقدم للصلوة كما تقال
اذا اكل الشاة فاهب اي للشاة والحدث من شرطه [illegible] الى الصلوة وانتم محدثون
فاغسلوا وان كان الحدث منه معنى واما اركانها فاربعة احدها غسل الوجه من وجه
الوجه من قصاص الشعر الى احد الاذنين الى منحنى الاذن لان الوجه اسم لما يواجه الناظر اليه
والمواجهة بهذا القدر فان كان له لحية يجب غسل جميعه وان كان ملتحيا لا يجب غسل ما
تحتها وقال الشافعي يجب ان كانت اللحية خفيفة وهذا لا يجب ايصال الماء الى ما تحت
الشارب والجلبين خلافا له والصحيح قولنا لان فعل الفرض استثمارا بحال وجاز بحال
لا يواجه الناظر اليه فسقط الفرض عنه وتحول الى الحائل كبشرة الراس وذكر الحسن
عن ابي حنيفة انه لا يجب غسل الشعر الذي وراء الاذن وهو رواية عن ابي يوسف
في الوجه اسم لما يواجه الناظر اليه بكل حال [illegible] هذا الشعر عارض يواجه الناظر اليه
في حال دون حال فلم يتناوله اسم الوجه كالذقن وذكر في الخلاف رفر ويعقوب
عن ابي حنيفة انه يجب غسل بلته اوبيه وانتار محمد في الاصل الى انه يجب غسل
كله فانه قال مواضع الوضوء ما ظهر منه وهذا الشعر ظاهر منه وهو لا يواجه لانه قائم
مقام البشرة فيتحول فرض البشرة اليه كما في شعر الحاجبين وقياسا على الشعر النابت يجب
غسله في الجنابة لانه قائم مقام اللحية فلذا هذا وكذلك الشارب فعلى الروايتين
والشعر المسترسل من الذقن لا يجب غسله خلافا للشافعي لان ما تحت المسترسل ليس
من الوجه ولا يجب غسله فلا يجب غسل ما يواريه قياسا مقامه والبياض الذي بين
العذار والاذن يجب غسله عندهما وعند ابي يوسف لا يجب لانه مما لا يواجه
الناظر اليه لاستتاره بالشعر فلا يدخل تحت حد الوجه لهما انه من الوجه
يستتر بالحائل وانما لا يواجه الناظر اليه لشعر [illegible] حد الوجه كالنقاب بخلاف العذار لانه لا يستتر [illegible]
غسل اليد مع المرفقين فرض وعند زفر لا يجب غسل [illegible]







بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين رب اعن على اتمامه

كتاب القصاص

يحتاج الى معرفة شرعية القصاص وسبب وجوبه وتفسيره لغة
وشريعة وركنه وشرطه وحكم شرعيته اما شرعيته فلقوله تعالى
يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى
يا ايها الذين امنوا كتب ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا
الاية فقد ابت لولي القتيل سلطنة القتل وولاية استيفائه
وقال عليه السلام للعمد قود اي موجب العمد القود ولان
في شرع القصاص ابقا العالم على النظم والاستقامة لان الله
تعالى لما حكم ببقا العالم الى حين ولا بقا الا ببقا جنس الادميين
فشرع القصاص حفظا وصونا لبنية الادميين عن العدم والافنا
لان اسفهاء والانسان لا ينزجرون عن ارتكاب الكبائر وعن التجاسر
على مباشرة الجرايم وعن سفك الدما المحرمة بمجرد الوعيد والتوبيخ
اعتمادا منهم على التجاوز والعفو من الله تعالى فلا بد من ملحق
عقوبة زاجرة او غرامة باهرة ليزجروا وينصدوا عنهما خوفا من
الله تعالى ومن العقوبة المعجلة والغرامة المنجزة يبقى
العالم على الاستقامة وفي القصاص ابقا الفرد لا ابقا
جنس الادميين وابقا الفرد لا ابقا الجنس من مقتضى الحكمة
والشريعة وايه انفا وقوله تعالى ولكم في القصاص حيوة
معناه ان من هم بقتل انسان لو علم انه يقتل لعله يمتنع عن
يبقى حيوة النفس [illegible]

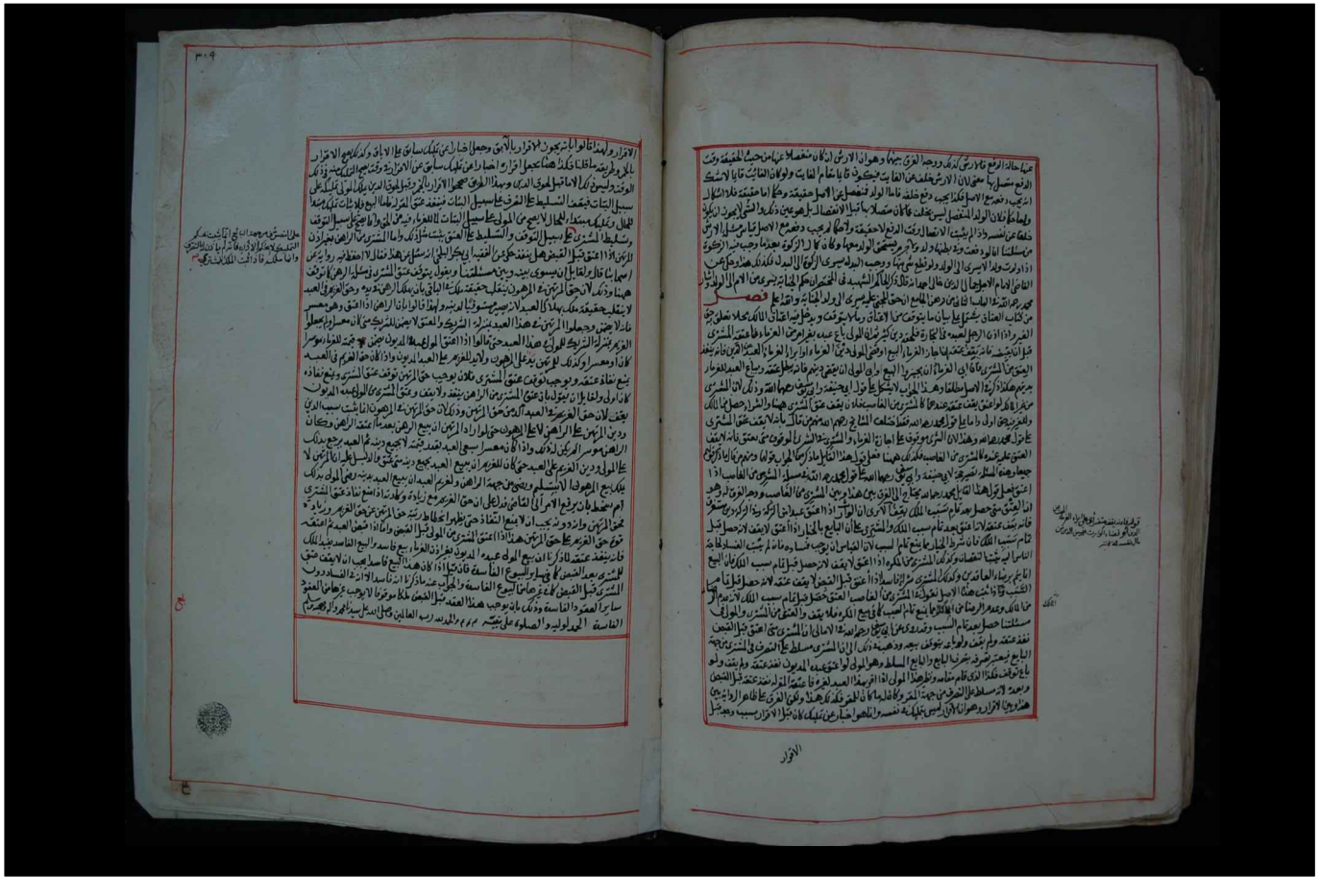
عدوانا وتحقيق حرام لانه مؤثر في وجوب القصاص لما وضعنا
ان تفسيره في القصاص في اللغة عبارة من المساواة ومنه
سميت المقصة مقصة لتساوي جنبيه يقال تقاص الدينان
اذا تساويا في السقوط او يكون عبارة عن اعتقاب الفعل بفعل
مثله قال الله تعالى في قصة موسى عليه السلام مع صاحبه
فارتدا على اثارهما قصصا اي اصطحبا في الطريق الذي سارا فيه
راجعين فاعقبا الفعل بفعل مثله وفي الشريعة اتباع المثل
بالمثل جزاء انه واما ركنه هو التساوي وهو فعل يضاف
الى العباد يلازمه فوات الحياة بجري العادة واما شرطه
فالمماثلة والمعادلة في الاستيفا لان المماثلة مشروطة
في اجزية السيات وضمان العدوانات لقوله تعالى من جا بالسيئة
فلا يجزى الا بمثلها ولان في ايجاب الناقص بخس بحق المظلوم
وفي ايجاب الزيادة جور وحيف بالظالم والبخس غير مشروع والحيف
حرام فكان الانصاف والانتصاف في ايجاب المثل الا ترى انه
سقط اعتبار المماثلة في محال الافعال في الانفس لنوع ضرورة
وهو ان مثل الواحد بطريق الاجتماع غالب وجودا وبطريق الافراد
نادر وقوعا فلو لم يعتبر الواحد بالجماعة اعتبرنا المماثلة في محل
الافعال يودي الى فتح باب العدوان وسد باب القصاص فلا
فايدة في شرع القصاص فسقط اعتبار المماثلة في الانفس لضرورة
وبقيت المماثلة في الاطراف معتبرة فان الاجتماع على الذاهب الطرف
ليس بغالب بل هو نادر واما حكمه [illegible] الذنوب [illegible]

وكان في ذلك سهم ضممنا إليها في يد الوارث وذلك سهمان
وبين أخرى نصيب كل واحد منهم سهم مثل ما أعطيت بالنصيب وما في يد بينة
وحصل الموصى له سهمان وذلك خمسا المال ونخرجه
على طريقة الجبر والمقابلة أن تأخذ مالا مجهولا ونعطي
بالنصيب شيئا مجهولا يبقى معك مال إلا شيء ثم تسترجع من
الوصية بالاستثناء نصف مال إلا نصف شيء وهو نصيب
ابن بالكل لو كان فصار معك مال ونصف مال إلا شيء ونصف
شيء فاجبر هذا النقصان بشيء ونصف شيء فصير معك
مال ونصف مال إلا شيء فزد فيما يقابله مثله حتى يكون للموصى له
مثل ما للوارث فزدنا عليه شيئا ونصف شيء فصير
شيئين ونصف شيء وحاجتنا إلى فك واحد ثم اطرح عما يقابله
مثله وهو خمسة أسداس اجعل كل شيء ستة أسداس فيكون
شيئان ونصف خمسة عشر سدسا فبقي شيء وثلثا شيء
فاجعل ثلث كل شيء سهما فصار شيء وثلثا شيء خمسة أسهم
وحين أعطينا بالنصيب شيئا أعطينا بالثلثة وحين استرجعنا
مثل نصف ما بقي في يد الوارث استرجعنا وارثنا وخرجه
على طريقة الدينار والدرهم وهو أن تجعل المال دينارا أو
درهمين فنجعل النصيب دينارا والباقي درهمين
ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما بقي وذلك درهم
وهو نصيب ابن بالكل فضم إلى ما بقي وذلك درهمان فصير

[illegible] سهم وعدل ذلك [illegible] علمنا أن الدينار [illegible]
[illegible] دراهم ثم استرجع من النصيب درهما ضمه إلى ما في
يد الوارث وذلك درهمان فصير ثلثة دراهم مثل ما
أعطينا بالنصيب قبل الاسترجاع ونخرجه على طريقة
الخطأين وأن تجعل المال أربعة لحاجتنا إلى أن نسترجع
من النصيب شيئا ونضمه إلى ما بقي يكون المضموم ثلثة
وأول ذلك اثنان فصار المال أربعة فأعطينا بالنصيب سهمين
يبقى سهمان ثم استرجع من النصيب مثل نصيب الابن لو كان
وذلك سهم ضمه إلى ما في يد الوارث وذلك سهمان فصير
ثلثة فظهر أن الخطأ وقع بزيادة سهم حيث أعطينا بالنصيب
سهمين فأعطينا للوارث ثلثة وينبغي أن نعطيه سهمين
لا غير فنزد في النصيب نصف سهم ولا نزد سهما كاملا لأنا إذا
زدنا سهما كاملا يظهر الصواب بخطأ واحد والسبيل
في الخطأين أن يظهر الصواب بالخطأين فصار النصيب
سهما ونصف سهم والباقي سهمان وجميع المال خمسة ونصف
ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما بقي وذلك سهم وضمه إلى
ما بقي في يد الوارث وذلك سهمان فصير ثلثة فظهر أن الخطأ
بزيادة نصف سهم لأنا أعطينا بالنصيب سهمين ونصف فينبغي
أن نعطي للوارث كذلك وقد أعطيناه ثلثة فنزد في النصيب
نصف سهم آخر حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب
ثلثة والباقي سهمان والمال خمسة ثم التخريج على نحو ما ذكره

بسم الله الرحمن الرحيم عونك ويا اسعين رب يسر يا كريم ٥٥

كتاب ما يتخذ الانسان منه وما لا ينفع وبيان ما يحل للانسان ان يفعله وما لا يحل وهذا الكتاب يشتمل على اربعة فصول الفصل الاول في تحليل ثبات في طريق العامة وفي الطريق الخاص الفصل الثاني في القنوات والانهار المشتركة الفصل الثالث في الاشجار المتولية اغصانها الى ملك الغير الفصل الرابع في القنوات الفصل الاول في تحليل ثبات في طريق العامة وفي الطريق الخاص هذا الفصل يشتمل على انواع النوع الاول اذا اراد الرجل حفر قناة في طريق العامة هذا على وجهين ان كان في ملك يضر بالعامة فلكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع والطرح وقال محمد رحمه الله لكل واحد من آحاد المسلمين حق المنع عن الاحياء ما ليس في حق الطرح وقال ابو حنيفة رحمه الله ليس له حق المنع ولا حق الطرح وان اراد احداث ظلة في سكة غير نافذة فان لا يعتبر فيه الضرر وعدمه الضرر عندنا لا يعتبر ضرر ان الشركة والاطلاع والاستطراق ذكر على التساوي حتى لو اراد ان يحدث قناة في السكة شبابا لا يملك ذلك الا برضا من كان في تلك السكة وقد جاء في الصحيح اذا اراد الرجل ان يحدث في سكة غير نافذة فان لا يعتبر فيه وشبه هذا المطلوب من كل واحد اربعة الطريق للاستراحة والانتفاع بالشرب وحرية المشي وقال ابو يوسف رحمه الله اذا اراد الرجل ان يبني كنيفا او ظلة في طريق العامة فان لا يعتبر فيه ان يكون بين يديه اختصار انظرت فان كان كان قدر ضرر لم يترك ان يفعل ولم يكن ضرر يترك وان كان يضر بالمارة ولم يكن ضرر يترك وان كان يضر بالمارة ولم يكن ضرر يترك وان كان يضر بالمارة



الاقرار

٣٠٩

[مقدمة المصنف]

بسم الله الرحمن الرحيم

[وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم][1]

[رب يسر واختم بخير برحمتك][2]

الحمد لله ذي المجد والجلال، والكرم والإفضال، والعدل في الفعال، والصلاة على نبيه الممجد [المفضال][3]، وعلى آله خير آل.

أما بعد:

فإن من أشرف الأمور وأفضل [العلوم][4] عند الجمهور بعد معرفة أصل الدين وعلم اليقين: معرفة الفقه والأحكام الفاصلة بين الحِلِّ والحرام، وقد سمّى الله تعالى ذلك خيرًا بقوله تعالى: ﴿وَمَن يُؤْتَ ٱلْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِىَ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [البقرة: ٢٦٩]، فسَّر أهل التفسير الحكمة بالفقه، وقال عليه السلام: «**[ما عُبِدَ الله بِشَيءٍ]**[5] **أَفْضَلَ مِنَ الفِقْهِ، وَلَفَقِيهٌ وَاحِدٌ أَشَدُّ عَلَى الشَّيْطانِ مِنْ أَلْفِ عَابِدٍ**»[6]؛ فيجب على ذوي العقول بذل المجهود لتحصيل المقصود طلبًا لمرضاة المعبود، ولما كانت الكتب المؤلفة في الفقه جمَّة وافرة، وفي كل منها فائدة زاهرة، وجمعها متعبٌ، وحفظها مُعجز [إذ الأعمار قصيرة][7]، والهمم ساقطة، والرغبات نائمة، والمستفيد مستعجل،

---

(١) ما بين المعكوفتين أثبتناه من (ك)، وسقط في الأصل و(س).

(٢) ما بين المعكوفتين سقط في (س) و(ك).

(٣) هكذا بالأصل، وفي (س) و(ك): الأفضال.

(٤) هكذا بالأصل، وفي (ك): الأمور.

(٥) هكذا في الأصل، وفي (س) و(ك): ما عند الله تعالى شيء.

(٦) أخرجه الطبراني في الأوسط (١٩٤/٦، رقم ٦١٦٦) قال الهيثمي (١٢١/١): فيه يزيد بن عياض، وهو كذاب. والبيهقي في شعب الإيمان (٢٦٦/٢ رقم ١٧١٢) وقال: فيه يزيد بن عياض ضعيف. والخطيب (٤٠٢/٢)، وابن عساكر (١٨٦/٥١)، وذكره الحكيم (٥٨/٤).

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س)، و(ك).

والحفظ كليل، والحرص قليل، فمتى اشتغل المرء بتحصيلها كلها بَعُدت عليه الشُّقّة، وعظمت عليه الكُلفَة، فجمَعْتُ في هذا الكتاب عامة مسائل الفقه مع مبانيها، على حُسن ترتيبها وتجنيسها، وجودة تقسيمها وتفصيلها، وسعيت في وجازة مبانيها، ووفارة معانيها، وإيضاح مُشكلاتها بأوضح الدليل؛ طلبًا للتخفيف وحذفا للتطويل، تسهيلا على ذوي التحصيل، فمن [حفظها][1] كان كمن حفظ الكتب بأسرها، واستأثر بنُكتها، واجتنى من أزهارها، وقطف من ثمارها.

وبدأتُ كل باب بمسائل [(المبسوط)][2] لما أنها أصول مبينة.

وأردفتها بمسائل (النوادر) لما أنها من أصول المسائل منزوعة.

ثم أعقبتها بمسائل (الجامع) لما أنها من زُبدة الفقه مجموعة.

ثم ختمتها بمسائل (الزيادات) لما أنها على فروع الجامع مَزيدَة.

وسميته "**مُحيطًا**" لما أنه محيط بمسائل الكتب، شامل على فوائدها وحقائقها.

فاستخرت الله تعالى فيما أصنع، واسْتَهديتُه فيما أجمع، واستوفقته في الإتمام والإصابة، ورجوت منه الغفران والإنابة، إنه وَليُّ الإجابة.

وأسْتَسْعِفُ مَنْ نظرَ فيه أن يَذْكُرَنِي بصالح الدُّعاء في العلانية والخفاء قضاء لحق الإخاء، وفقنا الله لسلوك سُبل الرشاد، وهدانا إلى منهج القصد والسداد بِمَنِّه وطَوْلِه وَقوّتِه وَحَوْلِه.

---

(١) هكذا بالأصل، وفي (س) و(ك): حفظه.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): المبسوطات.

كتاب الطهارة

يحتاج [لمعرفة][1] الطهارة إلى معرفة: سبب وُجوبِهَا، وَأركانها، وشرُوطها، وسُنَنها، وآدابها، وحُكمها [شرعًا][2].

❖ **أما سبب وُجوبِهَا:**

إنما هو إرادة الصلاة لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ الآية [المائدة: ٦] أي: إذا أردتم القيام إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم للصلاة، كما يقال: إذا أقبل الشتاء فتأهب، أي: للشتاء.

والحَدَث[3] من شرطه، أي: إذا قمتم إلى الصلاة وأنتم مُحدِثون فاغسلوا؛ فكان الحدَثُ فيه مضمرًا.

❖ **وأما أركانها فأربعة:**

• **أحدُها:** غسل الوجه مَرّة، وحَدُّ الوجه: من قصاص الشعر إلى حدة الذقن، ومن شحمة الأذن إلى شحمة الأذن؛ لأن الوجه اسم لما يواجه الناظر إليه، والمواجهة بهذا تقع.

فإن كان أمردًا[4] يجب غسل جميعه، وإن كان ملتحيًا لا يجب غسل ما تحتها.

وقال الشافعي[5] رحمه الله: إن كانت اللحية خفيفة يجب.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): إلى معرفة.

(٢) هكذا بالأصل، وفي (س) و(ك): شريعة.

(٣) الحَدَث (عند الفقهاء): النَّجاسة الحُكْمية التي ترتفع بالوضوء أَو الغُسْل أو التيمُّم.
الحدث الأكبر كالجنابة، والحدث الأصغر كالبول والغائط.

(٤) أمرد: شابٌّ طلع شاربُه ولم تنبت لحيتُه.

(٥) هو الإمام هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع. من بني المطلب من قريش. صاحب أحد المذاهب الأربعة، وإليه ينتسب الشافعية. جمع إلى علم الفقه القراءات وعلم الأصول والحديث واللغة والشعر. قال الإمام أحمد: (ما أحد ممن بيده محبرة أو ورق إلا =

وكذا لا يجب إيصال الماء إلى ما تحت الشارب والحاجبين خلافًا له.

والصحيح قولنا؛ لأن محل الفرض استتر بالحائل وصار بحال لا يواجهه الناظر إليه فسقط الفرض عنه، وتحول إلى الحائل كبشرة الرأس.

وذكر الحَسنُ عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب غسل الشعر الذي يُواري الذقن والخدين. وهو رواية عن أبي يوسف[1] رحمه الله؛ لأن الوجه اسم لما يواجه الناظر بكل حال وهذا الشعر حائل عارض يواجه الناظر إليه في حال دون حال، فلم يتناوله اسم الوجه كالنقاب.

وذكر في اختلاف زفر[2] ويعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب غسل ثُلُثه

=

وللشافعي عليه مِنَّة). كان شديد الذكاء. نشر مذهبه بالحجاز والعراق. ثم انتقل إلى مصر (١٩٩هـ) ونشر بها مذهبه أيضا وبها توفي. من تصانيفه: (الأم) في الفقه؛ و(الرسالة) في أصول الفقه؛ و(أحكام القرآن)؛ و(اختلاف الحديث) وغيرها. [الأعلام للزركلي، وتذكرة الحفاظ ٣٢٩/١؛ وطبقات الحنابلة ٢٨٠/١ - ٢٨٤؛ وتاريخ بغداد ٥٦/٢ - ١٠٣] الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٥٥/١).

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، القاضي الإمام، من ولد سعد بن حبتة الأنصاري صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم. أخذ الفقه عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو المقدم من أصحابه جميعا. ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد. وهو أول من سمي قاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زيًّا خاصًا. وثَّقه أحمد وابن معين وابن المديني. روي عنه أنه قال: (ما قلت قولا خالفت فيه أبا حنيفة إلا وهو قول قاله ثم رغب عنه) قيل: إنه أول من وضع الكتب في أصول الفقه. من تصانيفه: (الخراج)؛ و(أدب القاضي)؛ و(الجوامع). [الجواهر المضية ص٢٢٠ - ٢٢٢؛ وتاريخ بغداد ٢٤٢/١٤؛ والبداية والنهاية ١٨٠/١٠] الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٣٩/١).

(٢) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، أصله من أصبهان، فقيه إمام من المقدمين من تلاميذ أبي حنيفة، وهو أقيسهم، وكان يأخذ بالأثر إن وجده. قال: ما خالفت أبا حنيفة في قول إلا وقد كان أبو حنيفة يقول به. تولَّى قضاء البصرة، وبها مات. وهو أحد الذين دوَّنوا الكتب. [الجواهر المضية ٢٤٣/١؛ ٢٤٤؛ والفوائد المضية؛ والأعلام للزركلي ٧٨/٣]. [الأعلام للزركلي، وتذكرة الحفاظ ٣٢٩/١؛ وطبقات الحنابلة ٢٨٠/١ - ٢٨٤؛ وتاريخ بغداد ٥٦/٢ - ١٠٣] الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٥٥/١)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٥٣/١).

أو رُبعه، وأشار محمد[1] رحمه الله في الأصل إلى أنه يجب غسل كله، فإنه قال: مواضع الوضوء ما ظهر منه، وهذا الشعر ظاهر منه. وهو الأصح لأنه قامَ مقام البشرة فتحول فرض البشرة إليه كما في شعر الحاجبين، وقياسًا على السن النابت يجب غسله في الجنابة؛ لأنه قائم مقام اللثة، فكذا هذا.

وكذلك غسل الشارب على الروايتين، والشعر المسترسل من الذقن لا يجب غسله خلافًا للشافعي رحمه الله، لأن ما تحت المسترسل ليس من الوجه ولا يجب غسله فلا يجب غسل ما يوازيه قائمًا مقامه.

والبياض الذي بين العِذَار[2] والأذن يجب غسله عندهما، وعند أبي يوسف لا يجب؛ لأنه مما لا يواجه الناظر إليه لاستتاره بالشعر، فلا يدخل تحت حَدّ الوجه.

لهما: أنه من الوجه ولم يستتر بالحائل وإنما لا يواجه الناظر إليه كشعر نبت على غيره، وذلك لا يمنع دخوله تحت حد الوجه كالنقاب بخلاف العِذَار لأنه استتر بشعر نبت عليه فقام مقامه.

• **والثاني**: غسل اليدين مع المرفقين فرض، وعند زفر رحمه الله: لا يجب عليه غسل المرفقين؛ لأنه غاية، والغاية لا تدخل تحت المضروب له الغايةُ، لنا أن المرفق ليس بجزء منفرد بل هو اسم لملتقى العظمين؛ عظم العضد وعظم الذراع، ولا يمكن التمييز بينهما، فلما وجب غسل الذراع ولا يمكن تحديده بحدٍّ وجب غسل المرفق احتياطًا؛ ليتخلص عما وجب عليه غسله بيقين، كالركبة لما

---

(١) هو محمد بن الحسن بن فرقد، نسبته إلى بني شيبان بالولاء، أصله من (حرستا) من قرى دمشق، منها قدم أبوه العراق، فولد له محمد بواسط، ونشأ بالكوفة. إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف. من المجتهدين المنتسبين، هو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة. ولي القضاء للرشيد بالرقة، ثم عزله واستصحبه الرشيد في مخرجه إلى خراسان، فمات محمد بالري. من تصانيفه: (الجامع الكبير)؛ و(الجامع الصغير)؛ و(المبسوط)؛ و(الزيادات). وهذه كلها التي تسمى عند الحنفية كتب ظاهر الرواية. وله (كتاب الآثار)؛ و(الأصل). [الفوائد البهية ص١٦٣؛ والأعلام للزركلي ٦/٣٠٩؛ والبداية والنهاية ١٠/٢٠٢] الموسوعة الفقهية الكويتية (١/٣٧٠).

(٢) عِذَارُ الشَّعْرِ: الشَّعْرُ المُحَاذِي لِلأُذُنِ مِنْ جَانِبِ اللِّحْيَةِ.

كانت اسمًا لملتقى العظمين عظم الفخذ وعظم الساق، والفخذ عورة والساق لا، وقد تعذر التمييز بينهما فأُدخلت الركبة في الحُرمَة احتياطًا، والغاية تدخل تحت المضروب له للغاية عند تعذُّر التمييز بينهما.

• **والثالث**: مسح الرأس مرة، والمفروض منه قدر ثلاثة أصابع في ظاهر الرواية، وفي رواية: ربع الرأس. وفي رواية: قدر الناصية.

وقال الشافعي رحمه الله: مقدار ما يُسمّى به ماسحًا.

وقال مالك[1] رحمه الله: ما لم يمسح كله أو أكثره لا يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأن المراد بالآية مسح بعض الرأس لأن حرف الباء للإلصاق فيقتضي إلصاق الفعل ببعض المحل، كما يقال: كتبتُ بالقلم، وضربتُ بالسيف، ومسحتُ بالحائط، فهذا يقتضي إلصاق اليد ببعض القلم والسيف، فكذا هذا إلا أن المقدار مجمل فتعرفنا مقداره من مقتضى الآية والسُّنَّة.

أما مقتضى الآية هو ثلاثة أصابع لأن الأمر بالمسح يقتضي آلة المسح ضرورة، وآلة المسح عادة هي الأصابع، فصار كأنه قال: وامسحوا بأصابعكم، ويلحقه العُسر في استيعاب الكف في المسح، وثلاثة أصابع أكثر الكف فأقيم مقامه.

---

(١) هو الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري إمام دار الهجرة، وأحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة. أخذ العلم عن نافع مولى ابن عمر، والزهري، وربيعة الرأي، ونظرائهم. وكان مشهورا بالتثبُّت والتحرِّي: يتحرى فيمن يأخذ عنه، ويتحرى فيما يرويه من الأحاديث، ويتحرى في الفتيا: لا يبالي أن يقول: (لا أدري). وروي عنه أنه قال: (ما أفتيت حتى شهد سبعون شيخا أني موضع لذلك). اشتهر في فقهه باتباع الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة. كان رجلا مهيبا، وجه إليه الرشيد ليأتيه فيحدثه فأبى وقال: العلم يؤتى. فأتاه الرشيد فجلس بين يدي مالك. وقد امتحن قبل ذلك، فضربه أمير المدينة ما بين ثلاثين إلى مائة سوط. ومدت يداه حتى انحلت كتفاه. وكان سبب ذلك أنه أبى إلا أن يفتي بعدم وقوع طلاق المكره. ميلاده ووفاته بالمدينة. من تصانيفه: (الموطأ)؛ و(تفسير غريب القرآن)؛ وجمع فقهه في (المدونة). وله (الرد على القدرية)، و(الرسالة) إلى الليث بن سعد. [الديباج المذهب ص١١ - ٢٨؛ وتهذيب التهذيب ٥/١٠؛ ووفيات الأعيان ٤٣٩/١] الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٦٩/١).

وأما مقتضى السنّة هو قدر الناصية؛ لأنه عليه السلام مسح على ناصيته، وربع الرأس يبلغ قدر الناصية، ولو مسح بإصبع واحد بثلث مياه في ثلاثة مواضع جاز، وبماء واحد لا يجوز خلافًا لزفر؛ لأن الماء يصير مُستعملًا بالوضع أولًا، والمسح بالماء المستعمل لا يجوز إلا أنه سقط اعتباره في حق الاستيعاب ضرورة إقامة السنّة.

وكذا في الغُسل لا يصير مُسْتعملًا ما دام على العضو للضرورة؛ لأنه يحتاج إلى إجراء الماء على كل جُزء من العضو، فلو صار مستعملًا بأول الملاقاة يحتاج إلى أن يأخذ لكل جزء ماءً على حدة، وفي ذلك حرج، وفي المسح لا يحتاج إلى إجراء الماء فلا يؤدي إلى الحرج فصار مستعملًا بالوضع أولًا.

طويل الشعر مسح ما تحت أذنيه لا يجوز؛ لأن ما دون الأذن ليس من الرأس بخلاف ما فوقه.

مسح رأسه ببلل كفه يجوز، قيل هذا إذا لم يستعمله في عضو آخر، وهذا خلاف الرواية، فإنه قال محمد رحمه الله في الكتاب: وهذا بمنزلة أخذه الماء من الإناء، ولو كان المراد منه بللًا لم يستعمله في عضو آخر لم يكن لهذا التشبيه معنى وفائدة، فالصحيح أنه يجوز وإن استعمله في عضو آخر؛ لأن المسح يتأدى بالبلل، والبلل الذي على كفه فغير مستعمل لأنه لم يقم به قربة لأن الغسل يتأدى بالماء دون البلل فحصل المسح ببلةٍ غير مستعملةٍ، بخلاف ما لو مسح رأسه ببللٍ أخذه من لحيته أو مسح خُفه ببللِ الذي مسح به رأسه لا يجوز؛ لأن ذلك بللٌ مُسْتعملٌ لأنه أقام به قربة، لأن المسح يتأدى بالبلل، وما أخذه من اللحية جزء من الماء الذي استعمله في غسل الوجه واللحية إلا أن الماء لا يظهر حكم استعماله ما دام على العضو، فإذا زايل المغسول بالأخذ ظهر حكم استعماله فحصل المسح بِبِلّة مستعملة فلا يجوز، ولو أدخل رأسه أو خفَّه في الماء للمسح عند محمد لا يجوز المسح ويصير الماء مستعملًا لقصده إقامة القربة، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز ولا يصير الماء مستعملًا؛ لأن المسح يتأدى بالإصابة دون الإسالة، فما سال منه لم يقم به قربة فخرج رأسه عن ماء غير مستعمل فيجزيه عن المسح، وعن محمد: لو وضع ثلاث

أصابع ولم يمدها جاز، وهذا على قياس ظاهر الرواية، وعلى قياس رواية الربع والناصية لا يجوز؛ لأنه أقل من ذلك، فلو مسح بأطراف أصابعه والماء متقاطر جاز، وإن لم يكن متقاطرًا لم يجز؛ لأنه إذا كان متقاطرًا فالماء ينزل من أصابعه إلى أطراف أصابعه، فإذا مدّه صار كأنه أخذ ماءً جديدًا.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): لو مسح بالإبهام والسبابة إن كان مفتوحًا جاز؛ لأن ما بينهما مقدار إصبع، فكأنه مسح بثلاثة أصابع.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: لو مسح بإصبع واحدة ببطنها وبظهرها وبجانبيها يجزيه؛ لأن ظاهره وباطنه يقوم مقام إصبعين وجانباه يقوم مقام إصبع فصار كأنه مسح بثلاثة أصابع، كما لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف.

• **والرابع**: غسل الرجلين مع الكعبين مرة واحدة لقوله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى ٱلْكَعْبَيْنِ﴾ [المائدة: ٦] فقد عطف على الوجه واليد ثم وظيفتهما الغسل، فكذا وظيفة الرجل، وقراءة الخفض لا تدل على كونه معطوفًا على الرأس لاحتمال أنه خفض باعتبار المجاورَة، كما يُقال: جُحرُ ضَبٍّ خربٍ، وماءُ شنٍّ باردٍ.

وعند زفر: لا يجب غسل الكعبين كما في المرفقين. والكعبان: هما العظمان الناتئان في أسفل الساق، يقال: جارية كاعب؛ إذا نتأ صدرها، وكعوب الرمح: مفاصله، وهو المفهوم في عرف اللسان.

❖ **وأما سنن الوضوء:**

١- فالنية في الوضوء سُنّةٌ، وعند الشافعي رضي الله عنه فرضٌ، وفي التيمم فرضٌ بالإجماع.

والصحيح قولنا؛ لأن شرط صحة الصلاة طهارة الأعضاء؛ لقوله عليه السلام: «**لا صلاة إلا بطهورٍ**»[1]. وقد حصلت الطهارة بدون النية لأن الماء طهور بطبعه بالنص

---

(١) أخرجه «مسلم» ١/١٤٠ (٤٥٥) قال: حدثنا سعيد بن منصور، وقتيبة بن سعيد، وأبو كامل الجحدري، واللفظ لسعيد، قالوا: حدثنا أبو عوانة. وفي (٤٥٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، =

يُطهر ما صادفه فهو كغسل الثوب النجس النجاسة يصح من غير النية لحصول زوال النجاسة بخلاف التيمم؛ لأن التراب ليس بمطهر بطبعه بل هو ملوث بنفسه، وإنما جُعِلَ طهورًا شرعًا ضرورة أداء الصلاة فيشترط الإرادة للصلاة لصيرورته مطهرا.

٢- والترتيب في الوضوء سُنّةٌ، وعند الشافعي رحمه الله فرضٌ.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى أمر بغسل أعضاء الوضوء مطلقًا؛ لأنه عطف بعضها على بعض بحرف الواو، والواو للجمع المطلق لا يتعرض بصفة الترتيب كما إذا قلت: جاءني زيد وعمرو، اقتضى شركتهم في أصل مجيئهما لا في الصفة والكيفية، فمَنْ شرط الترتيب فقد زاد على الأصل (النص) وإنه في معنى النسخ.

٣- والموالاة في الوضوء سُنّة، وهي أن لا يشتغل بين أفعال الوضوء بعمل ليس منه لما بيّنّا.

وقال مالك رحمه الله: هي فرضٌ والتسميةُ سُنّةٌ عند ابتدائه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم:

=

تقال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة، قال أبو بكر: ووكيع، عن إسرائيل. و«ابن ماجه» (٢٧٢) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا إسرائيل (ح) وحدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا شعبة. و«الترمذي» قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: أخبرنا أبو عوانة (ح) وحدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع، عن إسرائيل. و«أبو يعلى» (٥٦١٤) قال: حدثنا عمرو بن محمد الناقد، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، قال: حدثنا إسرائيل. وفي (٥٦١٥) قال: حدثنا عمرو بن محمد، قال: حدثنا معاوية بن عمرو، قال: حدثنا زائدة. وفي (٥٦١٦) قال: حدثنا عمرو بن محمد، قال: حدثنا أبو أحمد الزبيري، قال: حدثنا إسرائيل. وفي (٥٦٧٧) قال: حدثنا مسروق بن المرزبان، قال: حدثنا ابن أبي زائدة، عن إسرائيل. وفي (٥٧٥٠) قال: حدثنا خلف بن هشام البزار، قال: حدثنا أبو عوانة. و«ابن خزيمة» قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر (ح) وحدثنا الحسين بن محمد الذارع، قال: حدثنا يزيد بن زريع (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا أبو داود، قالوا جميعا: حدثنا شعبة. و«ابن حبان» (٣٣٦٦) قال: أخبرنا ابن الجنيد، ببست، قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا أبو عوانة.

أربعتهم: (زائدة بن قدامة، وإسرائيل بن يونس، وشعبة بن الحجاج، وأبو عوانة اليشكري) عن سماك بن حرب، عن مصعب بن سعد، فذكره.

«لَا وُضُوءَ لِمَنْ لَمْ يَذْكُرِ اِسْمَ اللهِ تَعَالَى»[1]. وهو محمول على نفي الفضيلة.

ثم قيل: يسمي قبل الاستنجاء بالماء؛ لأن الاستنجاء من الوضوء، والبداية شرعت فيه بالتسمية. وقيل: يسمي بعده؛ لأن ذكر اسم الله تعالى حال كشف العورة غير مستحبٍّ تعظيمًا لاسمه.

٤- وغسل اليدين ثلاثًا قبل إدخالهما في الإناء سُنّة؛ احترازًا عن توهم النجاسة، ثم ينظر إن كان الإناء صغيرًا فإنه يرفعه بشماله ويصبه على كفه اليمنى ويغسلها ثلاثًا، ثم يأخذ الإناء بيمينه ويصبُّه على اليسرى ويغسلها ثلاثًا؛ لأن الجمع بينهما في الغسل كل مرة غير مسنون لأنه ربما يؤدي إلى تنجيس موضع الأخذ من الإناء.

وإن كان كبيرًا لا يمكنه رفعه أدخل أصابع يده اليسرى مضمومة في الإناء دون الكف فيرفع الماء؛ لأن الضرورة ترتفع بإدخال الأصابع.

٥- والمضمضة والاستنشاق سُنَّتان في الوضوء، فرضان في الجنابة.

وقال الشافعي رحمه الله: سنَّتان فيهما.

وقال مالك رحمه الله: فرضان فيهما.

والصحيح قولنا؛ لأن الواجب في الجنابة تطهير جميع البدن؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن

---

(١) أخرجه «أحمد» ٤١/٣ (١١٣٩٠) قال: حدثنا زيد بن الحباب. وفي (١١٣٩١) قال: حدثنا أبو أحمد. و«عبد بن حميد» (٩١١) قال: حدثنا عبد الملك. و«الدارمي» (٧٣٦) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا أبو عامر العقدي. و«ابن ماجه» (٣٩٧) قال: حدثنا أبو كريب، محمد بن العلاء، قال: حدثنا زيد بن الحباب (ح) وحدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا أبو عامر العقدي (ح) وحدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا أبو أحمد الزبيري. و«أبو يعلى» (١٠٦٠) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا زيد بن الحباب. وفي (١٢٢١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن عبد الله الزبيري، أبو أحمد.

ثلاثتهم: (زيد بن الحباب، ومحمد بن عبد الله، أبو أحمد الزبيري، وعبد الملك أبو عامر العقدي) عن كثير بن زيد، عن ربيح بن عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري، عن أبيه، عن جده، فذكره.

كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ [المائدة: ٦] أي: فطهروا أبدانكم، فظاهره يقتضي تطهير الظاهر والباطن جميعًا إلا أن ما تعذر تطهيره من الباطن سقط حكمه، وداخل الفم والأنف لم يتعذر تطهيره فوجب تطهيره.

فأما الواجب في الوضوء غسل الوجه والمواجهة بالظاهر تقع فلم ينطلق اسم الوجه على الباطن، والسنة أن يتمضمض أولًا ثلاثًا ثم يستنشق ثلاثًا ويأخذ لكل واحد منهما ماءً جديدًا في كل مرة، هكذا حكى عثمان وعلي رضي الله عنهما وضوءَ رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وقال الشافعي رضي الله عنه: يتمضمض ويستنشق بماءٍ واحدٍ في كل مرة ويتمضمض ويستنشق بيمينه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**اليمينُ للوجهِ والشمالُ للمقعَدِ**».

وقيل: يتمضمض بيمينه؛ ويستنشق بشماله؛ لأن اليسار للأقذار.

والسنة المبالغة فيهما إلا في حالة الصوم؛ لقوله عليه السلام للقيط بن صَبرة[1]:

---

(١) قال البخاري: لقيط بن عامر، ويقال: لقيط بن صبرة بن المنتفق، أبو رزين، العقيلي، له صحبة. «التاريخ الكبير» ٢٤٨/٧، وقال أبو عيسى الترمذي: سمعت محمدا، يعني البخاري، يقول: أبو رزين العقيلي اسمه لقيط بن عامر، وهو عندي لقيط بن صبرة، قال: قلت له: لقيط بن صبرة هو أبو رزين؟ قال: نعم، قال: فقلت: فحديث أبي هاشم، عن عاصم بن لقيط بن صبرة، عن أبيه، هو عن أبي رزين؟ قال: نعم، قال أبو عيسى: وأما أكثر أهل الحديث فقالوا: لقيط بن صبرة هو لقيط بن عامر. «ترتيب علل الترمذي الكبير» من آخر الكتاب، وقال أبو حاتم الرازي: لقيط بن عامر بن المنتفق، ويقال: لقيط بن صبرة بن المنتفق، أبو رزين العقيلي، له صحبة، روى عنه وكيع بن عدس، وابنه عاصم. «الجرح والتعديل» ١٧٧/٧، وقال المزي: لقيط بن صبرة، وهو لقيط بن عامر بن صبرة بن عبد الله بن المنتفق بن عامر بن عقيل بن كعب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة، أبو رزين العقيلي، له صحبة، عداده في أهل الطائف، هكذا نسبه غير واحد من الأئمة، ومنهم من جعل لقيط بن عامر، غير لقيط بن صبرة، قال أبو عمر، ابن عبد البر: وليس بشيء، وقال عبد الغني بن سعيد المصري الحافظ: أبو رزين العقيلي، وهو لقيط بن عامر بن المنتفق، وهو لقيط بن صبرة، وقيل: إنه غيره، وليس بصحيح. «تهذيب الكمال» ٢٤٨/٢٤.

«بالغ في المضمضةِ والاستنشاقِ إلا أن تكونَ صائمًا»[1].

(١) أخرجه «أحمد» ٣٢/٤ (١٦٤٩٤) و٣٣/٤ (١٦٤٩٥ و١٦٤٩٦) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٦٤٩٧) قال: حدثنا عبد الرحمن، عن سفيان. وفي ٢١١/٤ (١٨٠٠٠) قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج. و«الدارمي» (٧٥٠) قال: أخبرنا أبو عاصم، قال: أخبرنا ابن جريج. و«البخاري»، في «الأدب المفرد» (١٦٦) قال: حدثنا أحمد بن محمد، قال: حدثنا داود بن عبد الرحمن. و«ابن ماجه» (٤٠٧ و٤٤٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يحيى بن سليم الطائفي. و«أبو داود» (١٤٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، في آخرين، قالوا: حدثنا يحيى بن سليم. وفي (١٤٣) قال: حدثنا عقبة بن مكرم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا ابن جريج. وفي (١٤٤) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أبو عاصم، قال: حدثنا ابن جريج. وفي (٢٣٦٦ و٣٩٧٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا يحيى بن سليم. و«الترمذي» (٣٨) قال: حدثنا قتيبة، وهناد، قالا: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي (٧٨٨) قال: حدثنا عبد الوهاب بن عبد الحكم الوراق، وأبو عمار، الحسين بن حريث، قالا: حدثنا يحيى بن سليم. و«النسائي» ٦٦/١ قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا يحيى بن سليم (ح) وأنبأنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا وكيع، عن سفيان. وفي ٧٩/١ قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثني يحيى بن سليم (ح) وأنبأنا محمد بن رافع، قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان. وفي «الكبرى» (٩٩) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وكيع، عن سفيان. وفي (١١٦) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان (ح) وأخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا يحيى بن سليم (ح) وأخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا يحيى بن سليم. وفي (٣٠٣٥) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الرحمن، عن سفيان. وفي (٦٦٦٥) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا عبد الملك بن جريج. و«ابن خزيمة» (١٥٠) قال: حدثنا الزعفراني، وزياد بن يحيى الحساني، وإسحاق بن حاتم بن بيان المدائني، ورزق الله بن موسى، والجماعة، قالوا: حدثنا يحيى بن سليم. وفي (١٦٨) قال: حدثنا الحسن بن محمد، وأبو الخطاب، زياد بن يحيى الحساني، وإسحاق بن حاتم بن بيان المدائني، وجماعة غيرهم، قالوا: حدثنا يحيى بن سليم. و«ابن حبان» (١٠٥٤) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا يحيى بن سليم. وفي (١٠٨٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يحيى بن سليم. وفي (٤٥١٠) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا يحيى بن سليم الطائفي.

=

والسنة أن يستاك في حالة المضمضة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**السواكُ مَطْهَرةٌ للفمِ مَرْضَاةٌ لِلربِّ**»[١]. وقوله صلى الله عليه وسلم: «**لولا أن أشقَّ على أمّتي لأمرتهُم بالسواكِ عند كلِّ وضوء**»[٢]. فإن لم يجد فيعالج فمه بالإصبع.

٦- والوضوء مَرة مرة فرض، ومرتين سنة، وثلاث مرات كمال السُّنَّة؛ لما رُوي أنه صلى الله عليه وسلم توضأ مرّةً مرّة وقال: «**هذا وضُوءٌ لا يقبَلُ الله الصلاةَ إلَّا بهِ**». ثم توضأ مَرّتين مرتين وقال: «**هذا وضوءُ من يضاعفُ الله لهُ الأجر مرتينِ**». ثم

=

أربعتهم: (سفيان الثوري، ويحيى بن سليم، وعبد الملك بن جريج، وداود بن عبد الرحمن) عن أبي هاشم، إسماعيل بن كثير، عن عاصم بن لقيط بن صبرة، فذكره.

(١) أخرجه «أحمد» ٤٧/٦ (٢٤٧٠٧) قال: حدثنا إسماعيل، عن محمد بن إسحاق. وفي ٦٢/٦ (٢٤٨٣٦) قال: حدثنا عبدة بن سليمان الكلابي، قال: حدثنا محمد بن إسحاق. وفي ١٢٤/٦ (٢٥٤٣٨) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا عبد الرحمن بن أبي عتيق. وفي ٢٣٨/٦ (٢٦٥٤٢) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق. و«النسائي» ١٠/١، وفي «الكبرى» قال: أخبرنا حميد بن مسعدة، ومحمد بن عبد الأعلى، عن يزيد، وهو ابن زريع، قال: حدثني عبد الرحمن بن أبي عتيق. و«أبو يعلى» (٤٥٩٨) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: حدثنا إسماعيل، عن محمد بن إسحاق. وفي (٤٩١٦) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا أيضا الدراوردي عبد العزيز بن محمد، عن ابن أبي عتيق. و«ابن حبان» (١٠٦٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان الشيباني، قال: حدثنا روح بن عبد المؤمن المقرئ، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن عبد الرحمن بن أبي عتيق.

كلاهما: (محمد بن إسحاق، وعبد الرحمن بن أبي عتيق) عن عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن بن أبي بكر، المعروف بابن أبي عتيق، فذكره.

(٢) أخرجه أحمد ٤٦٠/٢ (٩٩٣٠) قال: قرأت على عبد الرحمن. وفي ٥١٧/٢ (١٠٧٠٧) قال: حدثنا روح. و«النسائي» في «الكبرى» (٣٠٣١) قال: أخبرنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا بشر بن عمر. و«ابن خزيمة» (١٤٠) قال: حدثنا علي بن معبد، قال: حدثنا روح بن عبادة.

ثلاثتهم: (عبد الرحمن بن مهدي، وروح، وبشر بن عمر) عن مالك بن أنس، عن ابن شهاب الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف، فذكره.

- قال أبو بكر ابن خزيمة: هذا الخبر في «الموطأ»، عن أبي هريرة: لولا أن يشقَّ على أمَّته، لأمرهم بالسواك عند كل وضوء، ورواه الشافعي، وبشر بن عمر كرواية روح.

توضأ ثلاثًا ثلاثًا وقال: «**هذا وضوئِي ووضوءُ الأنبياءِ قبلي فمن زادَ أو نقصَ فقد تعدّى وظلمَ**»[1]؛ معناه: زاد على الثلاث ونقص ولم ير الثلاث سنة، حتى لو زاد على الثلاث وقصد به ابتداء وضوء لا يكره.

٧- والبداية بالميامن سُنّة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**تيامنوا؛ فإنَّ الله تعَالَى يُحِبُّ التيَامن فِي كُلِّ شيءٍ حتى التّنعلَ وَالتَّرجُّل**»[2].

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٤٢٠) قال: حدثنا جعفر بن مسافر، قال: حدثنا إسماعيل بن قعنب، أبو بشر، قال: حدثنا عبد الله بن عرادة الشيباني، عن زيد بن الحواري، عن معاوية بن قرة، عن عبيد بن عمير، فذكره.

أخرجه العقيلي، في «الضعفاء» ٢٩٨/٣، في ترجمة عبد الله بن عرادة، وقال: يخالف في حديثه، ويهم كثيرًا، ثم ساق هذا الحديث بسنده، وقال: فيه نظر.

وقال أبو الحسن الدارقطني: رواه عبد الله بن عرادة، عن زيد العمي، عن معاوية بن قرة، عن عبيد بن عمير، عن أبي بن كعب، ولم يتابع عليه. «العلل» (٣١٢٤).

قلنا: رواه عبد الرحيم بن زيد بن الحواري، عن أبيه، عن معاوية بن قرة، عن ابن عمر، وسيأتي في مسنده، إن شاء الله تعالى، وانظر قول الدارقطني كاملا في فوائده هناك.

(٢) أخرجه «البخاري» ٥٣/١ (١٦٨) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة. وفي ١١٦/١ (٤٢٦) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة. وفي ٨٩/٧ (٥٣٨٠) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا شعبة. وفي ١٩٨/٧ (٥٨٥٤) قال: حدثنا حجاج بن منهال، قال: حدثنا شعبة. وفي ٢١١/٧ (٥٩٢٦) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة. و«مسلم» ١٥٥/١ (٥٣٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: أخبرنا أبو الأحوص. وفي ١٥٦/١ (٥٣٨) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٤٠١) قال: حدثنا هناد بن السري، قال: حدثنا أبو الأحوص (ح) وحدثنا سفيان بن وكيع، قال: حدثنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«أبو داود» (٤١٤٠) قال: حدثنا حفص بن عمر، ومسلم بن إبراهيم، قالا: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (٦٠٨)، وفي «الشمائل» (٣٤) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو الأحوص. وفي «الشمائل» (٨٥) قال: حدثنا أبو موسى، محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«النسائي» ٧٨/١ و١٨٥/٨، وفي «الكبرى» (١١٥ و٩٢٦٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة. وفي ٢٠٥/١ قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله، =

٨- والبداية من رؤوس الأصابع في غسل اليدين والرجلين سنة، وتخليل الأصابع سنة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**خللوا أصابعكُم كي لا تخللها نارُ جهنّم**»[(١)].

ولو كان في إصبعه خاتم ضيِّق فلم ينزعه جاز، والاحتياط أن يحرك الخاتم ليصل الماء تحته بيقين، فإن لم يكن ضيقًا فلا يحركه.

وتخليل اللحية أدب وليس بمسنون عندهما، وعند الشافعي رضي الله عنه مسنون؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان إذا توضَّأ شبّك أصابعه في لحيته كأنها أسنان المشط.

لهما: أن السنة بالإكمال في محل الفرض، وداخل اللحية ليس بمحل الفرض، فلا يكون محلًّا لإقامة السنة، وفعل الرسول صلى الله عليه وسلم وقع اتفاقًا؛ فإنه رُوي عنه الوضوء بدون التخليل، فيكون أدبًا.

٩- والاستيعاب في مسح الرأس، وهو أن يمسح كله سُنَّة؛ لأنه إكمال الفرض. والمستحب في الاستيعاب أن يضع من كل واحدة من اليدين ثلاثة أصابع على مقدم رأسه ولا يضع الإبهام والسبابة، ويجافي بين كفيه ويمدهما إلى القفا، ثم يضع كفَّيه على مؤخر رأسه ويمدُّهما إلى مقدَّمه، ثم يمسح ظاهر كل أذن بكل إبهام ويمسح باطنه [بمُسبحَته][(٢)]، والبداية في المسح من مقدم الرأس سُنَّة، والتثليث فيه

=

عن شعبة. و«أبو يعلى» (٤٨٥١) قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا أبو الأحوص. و«ابن خزيمة» (١٧٩) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا خالد، يعني ابن الحارث، قال: حدثنا شعبة. وفي (٢٤٤) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن شعبة. و«ابن حبان» (١٠٩١) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن خزيمة، وعمر بن محمد، قالا: حدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد بن الحارث، قال: حدثنا شعبة. وفي (٥٤٥٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، بالبصرة، قال: حدثنا عبد الله بن رجاء، قال: أخبرنا إسرائيل.

خمستهم: (شعبة بن الحجاج، والجراح والد وكيع، وأبو الأحوص، سلام بن سليم، وعمر بن عبيد، وإسرائيل بن يونس) عن أشعث بن أبي الشعثاء، عن أبيه، عن مسروق، فذكره.

(١) أخرجه عبد الرزاق (١/٢٢، رقم ٦٧).

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): بالمُسَبّحَة.

مكروه، وقال الشافعي رضي الله عنه وأرضاه: سُنة.

والصحيح قولنا؛ لأن المسح هو الإصابة دون الإسالة، والتكرار يقربه من السيلان والإفاضة، لأن الماء إذا كُرّرَ على محل ينسال عنه لا محالة، فكان التثليث مخلًّا باسم المسح، وسنة الشيء تودَّى بإكماله لا بالإخلال به فلا يقع سُنة، وإنما السنة فيه الاستيعاب لأنه هو الأصل في الإكمال. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إذا مسح رأسه ثلاثًا بماء كان مَسْنونًا.

١٠- ومسح الأُذُنين سُنّة، ويمسحان بماء الرأس.

وقال الشافعي رضي الله عنه: يؤخذ لهما ماءٌ جديد.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الأذنان من الرأسِ**»[1]؛ أراد بهما أنهما من الرأس حُكمًا لا خِلقة، ولا حُكم يكون الأذنان فيه من الرأس إلا المسح.

وأما المسح على الرقبة قيل بأنه سُنَّة، وقيل بأنه أدب؛ لأنه قد اختلف فيه الأثر.

❖ **وأما آداب الوضوء:**

فهي أن لا يتكلم في وضوئه بكلام الناس، ولا يستعين بغيره، ويدلك أعضاءه، ويدخل خنصره في صماخ أذنه ويحركها، وهو مرويٌّ عن أبي يوسف محكيٌّ عن أبي هريرة رضي الله عنه، ويتشهد عند غسل كل عضو، ويتشهد إذا فَرَغَ، وإذا فَرّغَ الآنية من الماء ملأها لتكون عُدَّة له لوضوء آخر، وفي الآداب كثرة.

والفرق بين الأدب والسنة: أن السنة ما واظب عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتركه إلا مرة أو مرتين. والأدب ما فعله مرة وتركه أخرى.

---

(١) أخرجه أحمد ٢٥٨/٥ (٢٢٥٧٦) قال: حدثنا عفان. وفي ٢٦٤/٥ (٢٢٦٣٨) قال: حدثنا يونس. وفي ٢٦٨/٥ (٢٢٦٦٦) قال: حدثنا يحيى بن إسحاق. و«ابن ماجه» (٤٤٤) قال: حدثنا محمد بن زياد. و«أبو داود» (١٣٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب (ح) وحدثنا مسدد، وقتيبة. و«الترمذي» (٣٧) قال: حدثنا قتيبة.

سبعتهم: (عفان، ويونس بن محمد، ويحيى، ومحمد بن زياد، وسليمان، ومسدد، وقتيبة) عن حماد بن زيد، عن سنان بن ربيعة، أبي ربيعة، صاحب السابري، عن شهر بن حوشب، فذكره.

❖ **وأما حكمُها:**

فهو مفتاح الصلاة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**مفتاحُ الصّلاةِ الطهورُ**»[1]، والله أعلم.

(بَابُ مَا يَنْقُضُ الوُضُوء وَمَا لا يَنْقُضُ)

فيه فصول:

فصل في الخارج من السبيلين.

وفصل في الخارج من غيرهما.

وفصل في الحدَث الدائم.

وفصل في النوم.

---

(١) أخرجه «أحمد» ١/١٢٣ (١٠٠٦) قال: حدثنا وكيع. وفي ١/١٢٩ (١٠٧٢) قال: حدثنا عبد الرحمن. و«الدارمي» (٧٣٢) قال: أخبرنا محمد بن يوسف. و«ابن ماجه» (٢٧٥) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٦١ و٦١٨) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع. و«الترمذي» قال: حدثنا قتيبة، وهناد، ومحمود بن غيلان، قالوا: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«أبو يعلى» (٦١٦) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا وكيع.

أربعتهم: (عبد الرزاق بن همام، ووكيع بن الجراح، وعبد الرحمن بن مهدي، ومحمد بن يوسف) عن سفيان الثوري، عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن محمد ابن الحنفية، وهو ابن علي بن أبي طالب، فذكره.

في رواية أبي داود: «ابن عقيل» غير مسمى.

قال أبو عيسى الترمذي: هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسن.

وعبد الله بن محمد بن عقيل هو صدوق، وقد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه.

وسمعت محمد بن إسماعيل يقول: كان أحمد بن حنبل، وإسحاق بن إبراهيم، والحميدي، يحتجون بحديث عبد الله بن محمد بن عقيل، قال محمد: وهو مقارب الحديث.

قال العقيلي: روى عبد الله بن محمد بن عقيل، عن ابن الحنفية، عن علي، عن النبي صلى الله عليه وسلم؛ مفتاح الصلاة الطهور، وتحريمها التكبير، وتحليلها التسليم.

ورواه أبو سفيان السعدي، عن أبي نضرة، عن أبي سعيد، وكلاهما إسنادين لِيّنين. «الضعفاء» ٢/٥٢٧.

(فصل في كل ما خرج من السَّبيلَيْن)

وكُلّ ما خرج من السبيلين: الدُّبُر والذّكَر أو فَرج المرأة، مثل: البول والغائط والريح والدم والمذي والودي والمني من غير شهوة ففيه الوضوء؛ لقوله عليه السلام: «**يُعاد الوضوء من سبعٍ: من نومٍ غالب، وقيءٍ ذارعٍ، وتقطار بولٍ، ودمٍ سائلٍ، ودسعةٍ**[1] **تملأ الفمَ، والقهقهةُ في الصّلاةِ، والحدَث**»[2].

وكذلك الدودة والحصاة واللحم إذا خرجت عن السبيلين لأنها لا تنفك عن أجزاء النجاسة فينتقض الوضوء بخروج النجاسة. [والدودة][3] واللحم إذا سقط عن رأس الجرح لا ينقض الوضوء؛ لأن عين الساقط ليس بنجس، وإنما النجس ما عليها من الرطوبات، وذلك قليل، وقليل النجاسة حدَث في السبيلين لأنها لا تنفك عن أجزاء النجاسة فينتقض الوضوء بخروج النجاسة لوجود الخروج، وليس بحدث في غيرهما لعدمه كما تبيَّن.

وكذلك الريح من الدُّبر ينقض الوضوء، والجشأ لا؛ لأن النجاسة ما جاوره لأن الريح متى انبعث عن موضع النجاسة لا يخلو عن قليل النجاسة، وقليل النجاسة حدَث في السبيلين لا في غيرهما.

وأما الريح الخارجة من قُبُل المرأة وذكر الرجل، روى الكرخي[4] عن أصحابنا أنها لا تنقض الوضوء؛ لأن النجس لا يجاورها، ولهذا لا تخرج منتنة إلا أن تكون

---

(١) "دسعة": هي الدفعة الواحدة من القيء.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (١/٤٤): رواه البيهقي في الخلافيات، وفيه سهل بن عفان والجارود بن يزيد وهما ضعيفان. وقال الحافظ في الدراية (١/٣٣، رقم ٢٥) وقال: أخرجه البيهقي وإسناده واه جدًّا.

(٣) ما بين المعكوفتين في (ك): الدود.

(٤) هو عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن الكرخي. فقيه حنفي. انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق. مولده بالكرخ ووفاته ببغداد. من تصانيفه: رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، و(شرح الجامع الصغير)، و(شرح الجامع الكبير)؛ وكلاهما في فقه الحنفية. [الأعلام للزركلي؛ والفوائد البهية ص١٠٧] الموسوعة الفقهية الكويتية (١/٣٦٦).

المرأة مفضَاةً فيُسْتَحب لها الوضوء احتياطًا لاحتمال أن الريح خرجت من دُبرها لا من قُبُلها.

ومن توضأ فرأى البلل سائلا من ذَكرِه أعاد الوضوء لخروج النجاسة، وإن كان يُريه الشيطان ذلك كثيرًا ولا يعلم ما هو يمضي على صلاته؛ لأنه من وساوس الشيطان، والسبيل في الوسوسة قطعها لا اتباعُهَا، وينضح فرجه بالماء ليحيل على النضح؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الشيطان يقول: أحدَثت أحْدَثت، فانضح فرجك بالماء**». قيل: هذا إذا لم يجفَّ البلل، فأما إذا جفَّ ثم رأى بللًا أعاد الوضوء؛ لأن البلل حينئذ يكون محالًا على البول دون الماء.

وإذا شك في بعض وضوئه إن كان أول شكه يغسل لأنه يقين بالحدث وشك في زواله وأمكنه إزالته من غير حرج فلزمه، وإن كان يعتريه كثيرًا لا يغسل لأنه لا حرج في الدين.

ومن تيقن بالوضوء وشك في الحدَث أو تيقن بالحدَث وشك في الوضوء أخذ باليقين؛ لأن الشك لا يعارض اليقين.

المتوضئ إذا حلق شعره أو قَلَمَ ظفره لم ينتقض الوضوء فيه؛ لأنه أقام طهوره، ولا أثر لها في نقض الطهارة.

وكذلك لو برأت القرحة وارتفع قشرها وأطراف القرحة موصولة بالجلد والأطراف يخرج منها القيح ولا يصل الماء إلى ما تحت القشر يجزيه وضوءه لأنه من الباطن، ولا ينتقض الوضوء بمس الذكر ولا لمس النساء خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن اللمس بدون هيجان الشهوة.

وانتشار الآلة ليس بسبب لخروج المذي غالبًا، بل يكون نادرًا فلا يُقام مقامه، ولو باشرها متجردين وانتشر بها انتقض وضوؤه خلافًا لمحمد له: أنه حال يقظة وانتباه فيوقف على حقيقة الخروج من غير حرج فلا يقام السبب مقامه.

لهما: أن مباشرة الفاحشة سبب لخروج المذي غالبًا وعدم خروجه يكون نادرًا؛ فيلحق النادر بالعدم ويقام السبب مقام أمر الخروج احتياطًا للعبادة كالتقاء الختانين.

(**النوادر**) عن محمد: لو أدخل قطنة أو حقنة في دُبره أو في إِحْلِيلَهِ[١] فغيبها كلها ثم أخرجها ينقض الوضوء؛ لأنها لا تنفك عن بلة ولو كان طرفها في يده ثم أخرجها لا ينقض، وهو محمول على أنه لا بلة عليها، فإن كان عليها بلة نقض الوضوء لخروج النجاسة، ولو احتقن بدهن ثم سال منه يعيد الوضوء؛ لأنه يصل الدهن إلى الجوف فيختلط بنجاسة الجوف فيخرج مع النجاسة.

ولو أقطر في إحليله دهنًا فسال منه لا يعيد الوضوء عند أبي حنيفة خلافًا لأبي يوسف، له: أن الظاهر أنه يصل إلى المثانة فيختلط بالبول فيخرج معه. لأبي حنيفة: أن في وصوله إلى المثانة شك واحتمال فلا ينتقض الوضوء بالشك.

ولو صب دهنًا في أذنه فمكث في دماغه ثم سال من أذنه أو أنفه لا ينقض الوضوء؛ لأن الدماغ ليس بموضع النجاسة. وعن أبي يوسف: إن خرج من فمه فعليه الوضوء؛ لأنه لا يخرج من الفم إلا بعدما وصل إلى المعدة وهي موضع النجاسة فصار في حكم القيء.

عن محمد: الدم إذا وصل إلى قصبة الأنف نقض الوضوء؛ لأنه نزل إلى موضع يلحقه حكم التطهير. وقيل: الصحيح عنده أنه لا ينقض ما لم يخرج من القصبة؛ لأن الأنف شبيه الفم، وللفم حكم الباطن فيما يخرج إليه من قليل القيء أو الدم عند محمد رحمه الله، فكذا يعطى الأنف حكم الباطن فيما يخرج إليه من قليل الدم، وإن نزل البول إلى قصبة الذكر لا ينقض؛ لأنه لم يخرج إلى محل يلحقه حكم التطهير، وفي الأقلف[٢]: لو خرج البول أو المني إلى القلفة لزمه الوضوء والغسل لأنه زايل الباطن، والأقلف إذا اغتسل من الجنابة لا يلزمه إيصال الماء داخل الجلدة، لأن ذلك خلقة له، فعلى قياس هذه ينبغي أن لا يلزمه الوضوء والغسل بخروج البول والمني إلى القلفة، لأنه لم يخرج إلى موضع يلحقه حكم التطهير، ولو خرج إلى الفرج الخارج للمرأة نقض الوضوء؛ لأنه لحق بموضع يجب تطهيره.

---

(١) إحليله: عضوه التناسلي.

(٢) الأقلف: من لم يختن أو يطهر. وأقلف: عظيم «القلفة»، وهي جلدة عضو التناسل.

وإن حشى إحليله بقطنة أو ربط الجراحة إن نفذ البلل إلى خارجها نقض الوضوء، وإلا فلا؛ لأن الظاهر [يجب تطهيره][(١)] دون الباطن، فلو كان الرباط ذو طاقين فنفذ إلى البعض نقض الوضوء، ولو احتشت المرأة بقطنة فابتل [خارجها][(٢)]، إن كانت القطنة في الشفرين [الخارجين][(٣)] عليها الوضوء، وإن كانت داخل الفرج لا وضوء عليها.

وقال أبو يوسف: إذا عَلِم أنه لو لم يحشُهُ ظهر، فإذا أخرج القطنة وعليها بلة فهو مُحْدِث ساعة إخراج القطنة.

(فصل الخَارج النّجس من غَيْر السَّبيلين)

الخارج النجس من غير السبيلين ينقض الوضوء خلافًا للشافعي رحمه الله، ومذهبنا مذهب العشرة الذين بُشِّروا بالجنة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم.

خرجت من جراحته نجاسة فمسحها إن كان بحيث لو تركها سال ينتقض الوضوء وإن لم يسل فلا، وكذلك لو أمسك الجراحة ومنع من خروج الدم حتى انضمت لا ينتقض وضوءه؛ لأن تحت كل جلدة دم ورطوبة والجلدة حائلة، فإذا انشقت الجلدة وانقطعت البشرة صارت النجاسة بادية لا خارجة، فحد الخروج الانتقال من الباطن إلى الظاهر وذلك يعرف بالسيلان عن موضعه، فعبر عن الخروج عن السيلان بخلاف ما لو ظهرت النجاسة على رأس السبيلين فإنه ينقض الوضوء، وإن لم يسل لأن رأس السبيلين ليس مكان النجاسة، وإنما يوجد بالانتقال من مكانها إليه، فعُرف الانتقال بالظهور فأقيم الظهور مقام الخروج، وحَدّ السيلان أن يعلو فينحدر عن رأس الجُرح، هكذا فسَّره أبو يوسف؛ لأنه ما لم ينحدر عن رأس الجرح لم ينتقل عن مكانه، فإن ما يواري الدم من أعلى الجرح مكانه كمن على سطح الدار لا يكون خارجًا من الدار لأنه في مكانه بعد.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): تطهيره واجب.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): داخلها.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

وقال زُفَرُ رحمه الله: ظهور النجاسة من غير السبيلين حَدَثٌ، ولو خرج الدم من فمه إن غلب على الريق أو يُساويه نَقَضَ الوضوء؛ لأنه سال لقوَّة نفسه لمكان الغلبة، وإذا استويا احتمل أنه سال بنفسه واحتمل أن غيره أساله فوجد الحدث من وجه فرجحنا [حكم الوجود][1] احتياطًا بخلاف ما لو شك في الحدَث لأنه لم يوجد إلا مجرد الشك، وإنه لا عبرة له مع اليقين، وإن كان الريق غالبًا لم ينقض؛ لأن الظاهر أن الريق أساله ولم يسل بنفسه.

(النوادر) لو خرج من سُرَّته ماء أصفر وسال نَقَضَ الوضوء.

القُرَادُ[2] إذا مَصّ عضو إنسان فامتلأ إن كان صغيرًا لا ينتقض الوضوء؛ لأن الدم فيه ليس بسائل كما لو مَصّ الذباب أو البعوض، وإن كان كثيرًا ينتقض، وكذا العَلقة إذا مصت عضو إنسان حتى امتلأت من دمه انتقض الوضوء.

المجبُوب إذا ظهر البول منه من مخرج البول ينظر إن كان يقدر على استمساكه متى شاء أرسله ومتى شاء أمسكه نقض الوضوء، وإن كان لا يقدر على إمساكه لا ينقض الوضوء ما لم يسل لأنه حينئذ في مكانه.

ولو كان به حصاة فبط ذلك الموضع فأخرج منه الحصاة فاندمل واستمال البول إلى ذلك الموضع فهو بمنزلة الجرح السائل لا ينقض الوضوء حتى يسيل.

والخنثى إذا تبين أنه رجل أو امرأة فالفرج الآخر بمنزلة الجُرح لا ينقض الوضوء بما ظهر منه حتى يسيل.

(فصل في الحدَث الدائم)

المستحاضَة وصاحب الجرح السائل ومن في معناه يتوضأ لوقت كل صلاة ويُصلي به في الوقت ما شاء من الصلوات وإن سال الدم.

وقال الشافعي رحمه الله: يتوضأ لكل صلاة مكتوبة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): جانب الوضوء.

(٢) القُرَادُ: دُوَيْبَّةٌ متطَفِّلَة من المَفْصِلِيَّات، ذات أربعة أَزواج من الأَرجل، تعيش على الدوابّ والطُّيور وتمتصُّ دَمَها، ومنها أَجناسٌ، وهي كالقُمَّل للإنسان. الواحدةُ: قُرادَةٌ.

لنا: قوله عليه السلام «**المستحاضةُ تتوضّأ لوقت كلّ صلاةٍ**»، وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم: «**المستحاضةُ تتوضأُ لكلّ صلاةٍ**»[1] أي: لوقتها؛ لأن اللام

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٦٦ (٢٢٨) قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي ١/٨٤ (٣٠٦) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن هشام بن عروة. وفي ١/٨٧ (٣٢٠) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا سفيان، عن هشام. وفي ١/٨٩ (٣٢٥) قال: حدثنا أحمد بن أبي رجاء، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: سمعت هشام بن عروة. وفي ١/٩٠ (٣٣١) قال: حدثنا أحمد بن يونس، عن زهير، قال: حدثنا هشام. و«مسلم» ١/١٨٠ (٦٧٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا وكيع، عن هشام بن عروة. وفي (٦٨٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا عبد العزيز بن محمد، وأبو معاوية (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا جرير (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا خلف بن هشام، قال: حدثنا حماد بن زيد، كلهم عن هشام بن عروة. وفي (٦٨١) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث، عن ابن شهاب. وفي ١/١٨١ (٦٨٥) قال: وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن جعفر، عن عراك. وفي ١/١٨٢ (٦٨٦) قال: حدثني موسى بن قريش التميمي، قال: حدثنا إسحاق بن بكر بن مضر، قال: حدثني أبي، قال: حدثني جعفر بن ربيعة، عن عراك بن مالك. و«ابن ماجه» (٦٢١) قال: حدثنا عبد الله بن الجراح، قال: حدثنا حماد بن زيد (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، عن هشام بن عروة. وفي (٦٢٤) قال: حدثنا علي بن محمد، وأبو بكر بن أبي شيبة، قالا: حدثنا وكيع، عن الأعمش، عن حبيب بن أبي ثابت. و«أبو داود» (٢٧٩) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن جعفر، عن عراك. وفي (٢٨٢) قال: حدثنا أحمد بن يونس، وعبد الله بن محمد النفيلي، قالا: حدثنا زهير، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٢٨٣) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن هشام. وفي (٢٩٠) قال: حدثنا يزيد بن خالد بن عبد الله بن موهب الهمداني، قال: حدثني الليث بن سعد، عن ابن شهاب. وفي (٢٩٢) قال: حدثنا هناد، عن عبدة، عن ابن إسحاق، عن الزهري. (قال أبو داود: ورواه أبو الوليد الطيالسي، ولم أسمعه منه، عن سليمان بن كثير، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة؛ استحيضت زينب بنت جحش، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: «**اغتسلي لكلّ صلاةٍ**»، وساق الحديث). وفي (٢٩٨) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن الأعمش، عن حبيب بن أبي ثابت. و«الترمذي» (١٢٥) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع، وعبدة، وأبو معاوية، عن هشام بن عروة. وفي (١٢٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا =

تستعار للوقت كما قال عليه السلام: «**إنّ للصّلاةِ أولًا وآخرًا**»[1] أي: لوقتها، ويقال: آتيك لصلاة الظهر، أي: لوقتها.

ولو أصاب الدم ثوبه أكثر من قدر الدرهم وهو بحيث لا يصيبه ثانيًا يغسله ولا يصلي معه؛ لأنه قادر على إزالته من غير حرج، وإن كان يصيبه مرة بعد أخرى لم يغسله لأنه لا يفيد.

قيل: إذا أصابه خارج الصلاة يغسله لأنه قادر على افتتاح الصلاة في ثوب طاهر، فأما في الصلاة فلا؛ لأنه لا يمكنه التحرز عنه.

وإن سال الدم من موضع آخر انتقضت طهارته؛ لأنه لا ضرورة له في حق حدث آخر، فيكون بمنزلة الصحيح في حقه.

ولو منع الجرح عن السيلان بعلاج لا يبقى صاحب جرح سائل وكذلك المفتصد لا يكون صاحب جرح سائل.

=

الليث، عن ابن شهاب. و«النسائي» ١/١١٧ و١٨١، وفي «الكبرى» (٢٠٨) قال: أخبرنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سهل بن هاشم، قال: حدثنا الأوزاعي، عن الزهري. وفي ١/١١٩ و١٨١، وفي «الكبرى» (٢٠٥) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن شهاب. وفي ١/١١٩ و١٨٢، وفي «الكبرى» (٢٠٦) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن جعفر بن ربيعة، عن عراك بن مالك. قال النسائي: أخبرنا قتيبة مرة أخرى، ولم يذكر جعفرا. وفي ١/١٢٢ و١٨٤ قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبدة، ووكيع، وأبو معاوية، قالوا: حدثنا هشام بن عروة. وفي ١/١٢٣ و١٨٥، وفي «الكبرى» (٢١٧) قال: أخبرنا يحيى بن حبيب بن عربي، قال: حدثنا حماد، وهو ابن زيد، عن هشام بن عروة. وفي ١/١٢٤ و١٨٦ قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك، عن هشام بن عروة. وفي ١/١٢٤ و١٨٦، وفي «الكبرى» (٢١٨) قال: أخبرنا أبو الأشعث، قال: حدثنا خالد بن الحارث، قال: سمعت هشام بن عروة. وفي ١/١٨٦ قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله، عن هشام بن عروة.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١/٣١٧ (٣٢٤١) و١٤/١٠٨ (٣٧٠٥٠). وأحمد ٢/٢٣٢ (٧١٧٢). والترمذي (١٥١) قال: حدثنا هناد.

ثلاثتهم: (أبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، وهناد بن السري) عن محمد بن فضيل، قال: حدثنا الأعمش، عن أبي صالح، فذكره.

ثم طهارة ذوي الأعذار ينتقض بخروج الوقت، أي: عنده بالحدث السابق لا بدخوله عندهما، وعند زُفر بدخوله، وعند أبي يوسف بأيهما كان.

وصورته: لو توضأ بعد طلوع الفجر انتقضت طهارته بطلوع الشمس.

وعند زُفر رحمه الله: لا ينتقض لعدم الدخول، ولو توضأ بعد طلوع الشمس لا ينتقض حتى يذهب وقت الظهر.

وعندهما: ينتقض بدخول وقت الظهر، وفي غير هذين الوقتين كلما خرج وقت دخل وقت آخر فينتقض الوضوء بالإجماع.

لهما: أن الشرع قدر طهارة المستحاضة بوقت صلاة كامل، فلو لم ينتقض عند الدخول لازدادت المدة على الوقت.

له: أن سقوط اعتبار الحدث باعتبار الحاجة، وخروج الوقت دليل انقضاء الحاجة، ودخوله دليل قيام الحاجة، فيجب إضافة الانتقاض إلى الخروج الذي هو دليل عدم الحاجة لا إلى الدخول الذي هو دليل الحاجة، وإنما جوَّزنا زيادة المدة للضرورة حتى يمكنها شَغل كل الوقت بالأداء.

ولو توضأ صاحب العذر لصلاة العيد فصلى به الظهر، فالصحيح أنه يجزئه؛ لأن صلاة العيد هي صلاة الضحى في الأصل.

ولو توضأ للضُّحى فله أن يصلي الظهر بذلك الوضوء فكذا هذا، ولو توضأ للظهر ثم صلى ثم توضأ وضوءًا آخر للعصر ودخل وقت العصر فالصحيح أنه لا يصلي العصر بذلك الوضوء؛ لأن كل طهارة وقعت في وقت مكتوبة ينتقض بخروجه.

(**الجامع**): أصله أن الوضوء نوعان: كامل وناقص.

فالكامل: أن يتوضأ والدم منقطع وهو ينتقض بحدث آخر وبالسيلان لا بخروج الوقت.

والناقص: أن يتوضأ والدم سائل وهو لا ينتقض بالسيلان وينتقض بحدث آخر، لأنه لا ضرورة فيه، وبخروج الوقت أي: عنده بالسيلان السابق، فإن الوقت جُعل مانعًا من ظهور حُكم الحَدَث ضرورة الحاجة إلى أداء العبادة، فإذا زال المانع استند الحكم إلى سببه.

وانقطاع الدم نوعان:

كامل: وهو أن يستغرق وقت صلاة كامل.

وناقص: وهو أن لا يستغرق.

فالانقطاع الكامل ينقض الوضوء الناقص؛ لأنه يزيل العذر.

والانقطاع الناقص لا ينقض الوضوء الناقص؛ لأنه لا يزيل العذر، لأن الدم يسيل مرة وينقطع أخرى، فلو كان الانقطاع القليل ينقض الوضوء الناقص يبقى في التوضؤ آناء الليل والنهار، فصار قليل الانقطاع عَفوًا، ولم يصر فاصلًا بين الدمين نفيًا [للحرج][1].

مستحاضة توضأت والدم سائل وخرج الوقت وهي في صلاة الوقت توضأت واستقبلت لأنه انتقضت طهارتها عند خروج الوقت مستندًا إلى السيلان السابق فظهر أنها شرعت بلا طهارة.

ولو توضأت والدم منقطع ثم سال في الوقت وهي في صلاة توضأت وبنت لأن الانتقاض اقتصر على الحال فصار كَمُصَلٍّ سبقه الحدث [وهو][2] في الصلاة.

رجل توضأ للظهر والدم سائل وشرع في الصلاة والدم منقطع أو انقطع فيها يتوضأ للعصر إذا دخل وقتها، فإن توضأ وافتتح العصر فسال الدم مضى عليها.

وإن لم يسل وقت العصر حتى دخل وقت المغرب أعاد الظهر؛ لأن انقطاع الدم قد استغرق وقت صلاة كامل فتبين أنه صلى الظهر بطهارة العُذر ولا عذر به فيفسد، وإن لم يُعد العصر لأنه صلاها ولم يظهر له فساد الطهر فأشبه الناسي في حق سقوط الترتيب عنه.

وإن صلى الظهر والدم سائل لا يعيد الظهر لأن العذر إنما زال بعد الفراغ فهو كالمتيمِّم إذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة.

مستحاضة توضأت للعصر في وقته والدم سائل ثم انقطع فصلت من العصر ركعة فدخل وقت المغرب تعيد الوضوء وتستقبل لانتقاض وضوءها مستندًا إلى الحدَث السابق على الشروع. ولو دخل وقت العصر ودمها سائل انقطع وتوضأت وصلَّت ركعتين من العصر ثم دخل وقت المغرب مضت على صلاتها.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): للخروج.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

طعن عيسى[1] وقال: تستقبل الصلاة لأن وضوءها ناقص لاقتران الحدَث به حُكمًا لأن الانقطاع القليل لا يفصل بين الدَّمَيْن فيُجعَل كالسائل حُكمًا والوضوء الناقص يبطل بخروج الوقت.

لنا: أن وضوءها كامل لأنها توضأت والدم منقطع حقيقة وحُكمًا؛ لأن الانقطاع القليل إنما لم يفصل بين الدمين تخفيفًا وتيسيرًا عليها، وهنا في الاتصال بينهما

(١) • **عيسى بن أبان بن صدقة:** هو فقيه العراق، وقاضي البصرة، أبو موسى، عيسى بن أبان بن صدقة.

• **مولده:** لم أجد من ذكره.

• **علمه:** قال محمد بن سماعة: كان عيسى بن أبان حسن الوجه، وكان يصلّي معنا، وكنت أدعوه إلى أن يأتي محمد بن الحسن، فيقول: هؤلاء قوم يخالفون الحديث. وكان عيسى حسن الحفظ للحديث، فصلى معنا يوما الصبح، فكان يوم مجلس محمد، فلم أفارقه حتى جلس في المجلس، فلما فرغ محمد أدنيته إليه، وقلت له: هذا ابن أخيك أبان بن صدقة الكاتب، ومعه ذكاء ومعرفة بالحديث، وأنا أدعوه إليك، فيأبى، ويقول: إنا نخالف الحديث. فأقبل عليه، وقال له: يا بني ما الذي رأيتنا نخالفه من الحديث؟ لا تشهد علينا حتى تسمع منا. فسأله يومئذ عن خمسة وعشرين بابًا من الحديث، فجعل محمد بن الحسن يجيبه عنها، ويخبره بما فيها من المنسوخ، ويأتي بالشواهد والدلائل، فالتفت إليَّ بعدما خرجنا، فقال: كان بيني وبين النور ستر، فارتفع عني، ما ظننت أن في ملك الله مثل هذا الرجل يظهره للناس. ولزم محمد بن الحسن لزومًا شديدًا حتى تفقَّه.

• **من شيوخه:** ١. محمد بن الحسن. ٢. الحسن بن زياد.٣. إسماعيل بن جعفر. ٤. هاشم بن بشر. ٥. يحيى بن زكريا بن أبي زائدة.

• **من تلاميذه:** ١. أبو خازم القاضي عبد الحميد أستاذ الطحاوي. ٢. بكار بن قتيبة.

• **ثناء العلماء عليه:** قال بكار بن قتيبة: سمعت هلال بن يحيى يقول: ما ولي البصرة منذ كان الإسلام وإلى وقتنا هذا قاض أفقه من عيسى بن أبان.

قال أبو خازم القاضي: "ما رأيت لأهل بغداد أكثر حديثًا من عيسى وبشر بن الوليد".

• **مصنفاته:** قال الذهبي: "وله تصانيف وذكاء مفرط، وفيه سخاء وجود زائد." وفي الفوائد البهية: "له كتاب الحج".

• **وفاته:** بالبصرة، في المحرم، سنة ٢٢١هـ.

• **مصادر الترجمة:** انظر ترجمته في: السير (١٠/٤٤٠)، وأخبار القضاة لوكيع (٢/١٧٠ - ١٧٢)، وتاريخ بغداد (١١/١٥٧ - ١٦٠)، والجواهر المضية (١/٤٠١)، والفوائد البهية (١٥١)، وأخبار أبي حنيفة وأصحابه، للصيمري (١٤٧).

تغليظ وتشديد عليها وهو إيجاب تجديد الوضوء فلا يُحكَمُ بالاتصال ويبقى الأمر على حقيقة الانقطاع والوضوء الكامل لا يبطل بذهاب الوقت.

وإن سال دمها في وقت المغرب وهي في العصر توضأت ومضت على صلاتها.

ولو توضأت للظهر وصلَّت ودمها سائل ثم انقطع فأحدَثَتْ غير الدم وتوضأت والدم منقطع فلا وضوء عليها للعصر.

طعن عيسى وقال: ينبغي أن تُعيد الوضوء للعصر؛ لأن الانقطاع ناقص فلا يعتبر فاصلًا بين الدمين.

لنا: أن وضُوءها وقع للحدث كاملا لما مر فلا يبطل بدخول وقت العصر.

وإن توضأت للعصر بحدَثٍ آخر ثم سال الدم توضأت ولم ينفعها الوضوء الأول.

طعن عيسى وقال: لا ينتقض لما مر.

لنا: أن الوضوء وقع للحدث كاملًا لوجوده حقيقة لا للسيلان لعدمه فيبطُل بالسيلان.

(فصل [في القيء])

ومن قاء ملء الفم مرة أو ماء نقض وضوءه وإلا فلا.

وقال زُفر رحمه الله: قليله ينقض أيضًا.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «**أو دَسَعَة تملأُ الفم**» [ولأنه][1] ظاهر من وَجْهٍ باطن من وَجْهٍ حقيقة وحُكمًا.

أما حقيقة فلأنه متى ضم شفتيه صار باطنًا، ومتى فتح فاه صار ظاهرًا.

وأما حُكمًا فإنه لو مَجَّ الماء بفيه لا يفسد صَوْمُهُ اعتبارًا بالظاهر، ولو ابتلع ريقَهُ أو شيئًا بقي في أسنانه لم يفطره اعتبارًا بالباطن، ولكونه باطنًا من وجه لا يعطي له حُكْمُ الخروج متى لم يملأ الفم، ولكونه ظاهرًا من وجه أعطى له حُكمُ الخروج متى ملأ الفم توفيرًا على الشبهين حظهما.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): ولأن الفم.

والحد الصحيح في ملأ الفم أن لا يمكنه إمساكه إلا بكُلفة ومشقة؛ لأنه متى خرج مع ضبطه وإمساكه دل ذلك على امتلاء فمه.

(وذكر في النوادر): إذا قاء قليلًا قليلًا بحيث لو جمع يبلغ ملءَ الفم.

قال أبو يوسف رحمه الله: إن اتحد المجلس جمع ذلك كله، وإلا فلا؛ [لأن لاتحاد المجلس أثر في الجمع كما في التلاوة والإقرار][1].

وقال محمد رحمه الله: إن اتحد السبب جُمع ذلك كله وإلا فلا، وتفسير اتحاد السبب أن يصيب الإنسان غثيان فقاء [قليلًا قليلًا قبل أن يسكن غثيانه، فإن سكن ثم قاء فهو حدث جديد فلا يجمع إلى الأول.

وإن قاء ملء الفم بلغمًا إن نزل][2] من الرأس لا ينقض، وإن صعد من الجوف لم ينقض عندهما خلافًا لأبي يوسف، له: أن البلغم ينجس لمجاورته الأنجاس فأشبه الماء والمرّة.

لهما: أن البلغم ظاهر؛ لأن الناس كانوا يتنخمون ويأخذون على أطراف أذيالهم وأرديتهم من غير نكير، ولأنه لزج صقيل يتعلق بأطراف المعدة فلا يتداخل النجاسة في أجزائه كالسيف الصقيل.

هذا إذا قاء بلغمًا صرفًا، فإن كان مخلوطًا بشيء من الطعام وغيره، فإن كان الطعام ملء الفم يكون حدثًا وإلا فلا؛ لأنه يعتبر ملء الفم في النجس المجاور له وإلا فالبلغم لم يتنجس بمجاورة النجس، فعلى هذا ماء فم النائم طاهرٌ وإن انبعث من الجوف؛ لأنه يتولد من البلغم فيكون طاهرًا عندهما.

وإن قاء دَمًا وارتقى من الجوف فإن علقًا لا ينقض الوضوء ما لم يملأ الفم لجواز أنه سَودًا انجمد أو صفرًا انعقد أو بلغمًا احترق، فشرطنا فيه ملء الفم كالطعام، وإن كان مائعا نقض الوضوء عندهما وإن كان يسيرًا.

وعند محمد: لا ينقض ما لم يملأ الفم وهو الأصح؛ لأنه خارج نجس من المعدة فيُشترَط فيه ملء الفم كالمرّة والطعام.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

لهما: أن المعدة ليست بموضع الدم وإنما يخرج من قرحة في الجوف، والفم إنما أُعطِيَ له حكم الباطن فيما يخرج من المعدة لا فيما يخرج من غيرها فشرطنا فيه السيلان كالدم الخارج من العروق.

(فصل النَّوم)

النوم ليس بحَدَث في كل حالة إلا مضطجعًا أو متورِّكًا على إحدى أَلْيَتَيْهِ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لَيْسَ عَلَى مَنْ نَامَ قَائِمًا أَوْ رَاكِعًا أَوْ سَاجِدًا أَوْ قَاعِدًا الوُضُوءُ، وَإِنَّمَا الوُضُوءُ عَلَى مَنْ نَامَ مُضْطَجِعًا، فَإِنَّه إِذَا اضْطَجَعَ اسْتَرْخَتْ مَفَاصِلُهُ**»[1].

ولأن النوم ليس بحدث في نفسه وإنما هو سبب لخروج النجاسة بواسطة استرخاء المفاصل وزوال مُسْكة اليقظة، ولا استرخاء إذا بقي في هذه الأحوال على هيئته، إذ لو استرخت مفاصله لتغيرت حالته وهيئته.

وعند الشافعي رضي الله عنه: النوم حدَث إلا لمستوي الجلوس.

---

(١) أخرجه «أبو داود» (٢٠٢) قال: حدثنا يحيى بن معين، وهناد بن السري، وعثمان بن أبي شيبة. و«الترمذي» (٧٧) قال: حدثنا إسماعيل بن موسى، وهناد، ومحمد بن عبيد المحاربي، المعنى واحد. و«أبو يعلى» (٢٤٨٧) قال: حدثنا أبو بكر. وفي (٢٦١٠) قال: حدثنا ابن نمير.

قال أبو داود: قوله: «الوضوء على من نام مضطجعا» هو حديث منكر، لم يروه إلا يزيد الدالاني، عن قتادة، وروى أوله جماعة، عن ابن عباس، ولم يذكروا شيئا من هذا.

وقال: «كان النبي صلى الله عليه وسلم محفوظا»، وقالت عائشة: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «**تَنَامُ عَيْنَايَ، وَلَا يَنَامُ قَلْبِي**».

وقال شعبة: إنما سمع قتادة من أبي العالية أربعة أحاديث: حديث يونس بن متى، وحديث ابن عمر في الصلاة، وحديث «القضاة ثلاثة»، وحديث ابن عباس: حدثني رجال مرضيُّون.

وقال أبو عيسى الترمذي: وأبو خالد، اسمه: يزيد بن عبد الرحمن.

قال أبو عيسى الترمذي في (٧٨): وقد روى حديث ابن عباس سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن ابن عباس، قوله، ولم يذكر فيه أبا العالية، ولم يرفعه.

قال الترمذي: سألت محمدا - يعني ابن إسماعيل البخاري - عن هذا الحديث، فقال: هذا لا شيء، رواه سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن ابن عباس، قوله، ولم يذكر فيه «أبا العالية»، ولا أعرف لأبي خالد الدالاني سماعا من قتادة. «ترتيب علل الترمذي الكبير» (٤٣).

وأخرجه الدارقطني، في «السنن» (٥٩٦)، وقال عقبه: تفرَّد به أبو خالد، عن قتادة، ولا يصح.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه إذا تعمَّد النوم في سجوده ينقض الوضوء والصلاة لأنه يزيل التماسك.

ولو صلى المريض مضطجعًا فنام فيها، فالصحيح أنه ينقض وضوءه؛ لأنه نام مضطجعًا، ونوم المضطجع سبب لاسترخاء المفاصل فيكون سببًا لخروج الريح.

(**النوادر**): لو نام خارج الصلاة على هيئة السجود، فإن كان رافعًا بطنه عن فخذيه مجافيًا عضديه عن جنبيه لا وضوء عليه، وإن كان ملصقًا بطنه بفخذيه واعتمد على ذراعيه فعليه الوضوء؛ لأنه بمنزلة النوم مضطجعًا في استرخاء المفاصل، وإن نام قاعدًا واضعًا أَلْيَتَيْهِ على عقبيه شبه الكلب، قال محمد: عليه الوضوء. وقال أبو يوسف: لا وضوء عليه، وهو الأصح.

وإن نام قاعدًا مستندًا إلى شيء، ذكر الطحاوي[1]: لو أزيل سَنده فسقط فعليه الوضوء.

---

(١) • هو الإمام العلّامة الحافظ الكبير، محدِّث الديار المصرية وفقيهها، أبو جعفر، أحمد بن محمد بن سلامة بن سلمة بن عبد الملك، الأزدي الحجري المصري الطحاوي الحنفي، صاحب التصانيف.

• **مولده**: سنة (٣٢٩هـ).

• **علمه**: كان يقرأ على المزني الشافعي، وهو خاله. وكان يكثر النظر في كتب أبي حنيفة، فقال له المزني: والله لا يجيء منك بشيء. فغضب، وانتقل من عنده، وتفقَّه في مذهب أبي حنيفة، وصار إمامًا، فكان إذا درس أو أجاب في شيء من المشكلات يقول: رحم الله خالي، لو كان حيًّا لكفَّر عن يمينه.

رحل إلى الشام، فأخذ عن القاضي أبي خازم.

كان إمامًا في الأحاديث والأخبار، وسمع الحديث من كثير من المصريين، والغرباء القادمين إلى مصر.

انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بمصر، وناب في القضاء عن أبي عبيد الله محمد بن عبدة، قاضي مصر سنة بضع وسبعين ومئتين.

وترقى حاله، فحكي أنه حضر رجل معتبر عند القاضي ابن عبدة فقال: أيش روى أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود، عن أمه، عن أبيه؟ فقلت أنا (أي الطحاوي): حدثنا بكار بن قتيبة، حدثنا أبو أحمد الزبيري، حدثنا سفيان، عن عبد الأعلى الثعلبي، عن أبي عبيدة، عن أمه، عن أبيه، أن =

=

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**إن الله ليغارُ للمؤمنِ فليغر**». وحدثنا به إبراهيم بن أبي داود، حدثنا سفيان بن وكيع، عن أبيه، عن سفيان موقوفًا. فقال لي الرجل: تدري ما تقول وما تتكلم به؟ قلت: ما الخبر؟ قال: رأيتك العشية مع الفقهاء في ميدانهم، ورأيتك الآن في ميدان أهل الحديث، وقلَّ من يجمع ذلك، فقلت: هذا من فضل الله وإنعامه.

عدَّه اللكنوي في (الفوائد البهية) من المجتهدين المنتسبين، خلافًا لابن كمال باشا.

• **من شيوخه:** ١. المزني، وهو خاله. ٢. أبو جعفر بن أبي عمران. ٣. أبو خازم القاضي، عن عيسى بن أبان عن محمد.

• **من تلاميذه:** روى عنه خلقٌ كثير منهم:

١. أبو محمد عبد العزيز بن محمد التميمي الجوهري، قاضي الصعيد. وأحمد بن القاسم بن عبد الله البغدادي، المعروف بابن الخشاب الحافظ.

٢. وأبو بكر مكي بن أحمد بن سعدويه البردعي.

٣. وأبو القاسم سلمة بن القاسم بن إبراهيم القرظي.

٤. وأبو القاسم عبيد الله بن علي الداؤودي القاضي، شيخُ أهل الظاهر في عصره.

٥. والحسن بن القاسم بن عبد الرحمن أبو محمد الفقيه المصري، والقاضي الكبير ابن أبي العوام.

٦. وأبو الحسن محمد بن أحمد الإخميمي.

٧. وأبو بكر محمد بن إبراهيم علي المقري الحافظ، وسمع منه كتابه "معاني الآثار".

٨. وابنه أبو الحسن علي بن أحمد الطحاوي.

٩. وأبو القاسم سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني (صاحب المعجم).

• **من ثناء العلماء عليه:** ذكره أبو سعيد بن يونس، فقال: عداده في حجر الأزد: وكان ثقةً ثبتًا فقيها عاقلا، لم يخلف مثله.

قال أبو عمر بن عبد البر: كان الطحاوي كوفي المذهب، وكان عالمًا بجميع مذاهب الفقهاء.

الذهبي في السير: من نظر في تواليف هذا الإمام عَلِمَ محلَّه من العلم، وسعة معارفه.

• **من مصنفاته:** ١. اختلاف العلماء. ٢. الشروط الكبير والصغير والأوسط والمحاضر والسجلات والوصايا والفرائض. ٣. مناقب أبي حنيفة. ٤. له كتاب تاريخ كبير. ٥. النوادر الفقهية. ٦. الرد على أبي عبيد فيما أخطأ فيه في كتاب النسب. ٧. الرد على عيسى بن أبان. ٨. حكم أراضي مكة. ٩. وقسم الفيء والغنائم. ١٠. أحكام القرآن. ١١. معاني الآثار. ١٢. مشكل الآثار. ١٣. المختصر المشهور بـ(مختصر الطحاوي). ١٤. شرح الجامع الكبير. ١٥. شرح الجامع الصغير.

=

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: إن لم يكن مُستقرًّا على الأرض يكون حدَثًا، وإن كان مستقرًّا لا يكون حدثًا، وهو الصحيح؛ لأن أليته متى كانت مستوثقة على الأرض لا يكون النوم سببًا لخروج الريح غالبًا.

ولو نام قائمًا أو قاعدًا فسقط، إن انتبه قبل السقوط أو في حال السقوط أو سقط نائمًا ثم انتبه من ساعته لا ينقض الوضوء، فإن استقر ثم انتبه نقض لأنه وُجِدَ النوم مضطجعًا في هذه الحالة، وقبلها لا.

وقيل: إذا زال مَقْعَدَهُ عن الأرض ينتقض الوضوء، والصحيح هو الأول.

ولو نام على دابة وهو عُريان، قالوا: إن كان في حالة الصعود والاستواء لا يكون حَدَثًا، وإن كان في حالة الهبوط يكون حدثًا، لأن مقعده متجاف عن ظهر الدابة فتكون المسْكة زائلة من مستوى جلوسه فيكون سببًا لخروج الريح.

والإغماء والجنون والسُّكْرُ الذي يستر العقل ينقض الوضوء؛ لأنه فوق النوم مضطجعًا في استدعاء الحدث.

والقهقهة في كل صلاة لها ركوع وسجود تفسد الوضوء والصلاة خلافًا للشافعي رحمه الله، لما رُوي أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي بالناس في المسجد فدخل أعرابي في بصره سوء، فوقع في بئر عليها خصفة فضحك بعض القوم، فلما فرغ من صلاته قال: «**مَنْ قهقه منكم في صلاته فليُعد الوضوء والصلاة**».

وكذا لو قهقه بعدما قعد قَدْرَ التشهد الأخير أو في سجود السهو أو بعدما توضأ لحدَثٍ سبقه في الصلاة قبل أن يبني ينتقض وضوءه خلافًا لزفر؛ لأن ضحكته لاقت

=

• **وفاته:** سنة ٣٢١هـ.

• **مصادر الترجمة:** انظر ترجمته في: الفوائد البهية (٣١). الجواهر المضية (١/١٠٢ - ١٠٥). الطبقات السنية (١٣٧). السير (١٥/٢٧). طبقات الشيرازي (١٤٢). وفيات الأعيان (١/٧١ - ٧٢). تذكرة الحفاظ (٣/٨٠٨ - ٨١١). العبر (٢/١٨٦). مرآة الجنان (٢/٢٨١). البداية والنهاية (١١/١٧٤). غاية النهاية (١/١١٦). لسان الميزان (١/٢٧٤ - ٢٨٢). النجوم الزاهرة (٣/٢٣٩). طبقات الحفاظ (٣٣٧). حسن المحاضرة (١٩٨). شذرات الذهب (٢/٢٨٨).

حرمة الصلاة، إلا أنه إن وُجِدَتْ قبل الفراغ من أركان الصلاة تَفْسدُ، وبعد الفراغ منها لا تفسد، ويخرج من الصلاة لأنه كلام بمنزلة التسليم.

والتبسُّم لا ينقض الوضوء والصلاة لما رُوي «**أنه صلى الله عليه وسلم كانَ إذا رأى جريرَ بن عبد الله تبسّم ولو كان في الصّلاةِ**».

والضحك من غير قهقهة قيل: ينقض الصلاة دون الوضوء؛ لأن النص ورد في القهقهة فلم يصر ما دونها مناقضًا للوضوء شرعًا ويكون مناقضًا للصلاة؛ لأنه كلام [تام][1].

وَحَدُّ القهقهة ما يُسْمعُ نفسه وجيرانه.

وَحَدُّ الضَّحك ما يُسمعُ نفسه دُون غيره.

وَحَدُّ التبسُّم ما لا يَسْمَعُه أحدٌ.

القهقهة في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة لا تنقض الوضوء؛ لأن النص وَرَدَ في صلاة مُطلقة، وهذه ليست بصلاة مُطلقة.

والكلام الفاحش وأكل ما مسته النار لا ينقض الوضوء؛ لأنه لم يوجد الحدَث حقيقة ولا ما هو دالٌّ عليه، والأحاديث التي وردت في انتقاض الوضوء [بذلك][2] غير صحيحة لأنها وردت فيما تعُمُّ به البلوى ولم تشتهر فلا تقبل، [والله أعلم بالصواب][3].

(بَابُ الاسْتِجْمَارِ)

الاسْتِجْمَارُ سُنَّةٌ فيما خرج من السبيلين من بول أو غائط وما له عين مرئية.

وقال الشافعي رحمه الله: واجب؛ لأن من أصله أنَّ قليل النجاسة لا يُعفى عنه كالكثير، والشرع أقام الاستجمار مقام الإزالة.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: «**من استجمرَ فليوتر، مَنْ فعل [فحسنُ]**[4]،

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

(٤) ما بين المعكوفتين في (ك): فقد أحسن.

ومن لا فلا حرجَ»[١].

ولأنَّ قليل النجاسة عَفْوٌ فإن الحَجر لا يستأصل النجاسة [بل][٢] يقللها.

وأما الريح فلا استنجاء فيها وليس فيه عدد لازم والشرط هو الإنقاء.

وعند الشافعي رحمه الله: الثلاثة شرط، إلا أن يكون حجرًا له ثلاثة أحرف لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يجتزى في الاستنجاء بأقل من ثلاثة أحجار.

والصحيح قولنا؛ لأن الاستجمار إنما شُرع لإزالة العين لا لإزالة الأثر، فإن الأثر لا يزول بالحَجر، والعَين قد تزول بالحجر الواحد فلا يحتاج إلى العدد، والحديث محمول على ما إذا لم يحصل الإنقاء بالواحد.

والأعيان الظاهرة كلها سواء كالعود والخرقة ونحوهما، ويكره الاستنجاء بالعظم والروث.

وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأن الاستنجاء شُرِع للإنقاء وقد يحصل بهما الإنقاء فلم يكن تاركًا للسنة، إلا أنه يُكره لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستنجاء بالعَظم والروث وقال: «**أما الروثُ فرِكْس**[٣]**، وأمّا العظم فزاد إخوانكُم الجنُّ**»[٤].

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٤٣ (١٦١) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يونس. و«مسلم» ١/١٤٦ (٤٨٣) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. و«ابن ماجه» (٤٠٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا زيد بن الحباب، وداود بن عبد الله، قالا: حدثنا مالك بن أنس. و«النسائي» ١/٦٦، وفي «الكبرى» (٩٥) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك (ح) وحدثنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا عبد الرحمن، عن مالك. و«ابن خزيمة» (٧٥) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد (ح) وحدثنا يونس أيضا، قال: حدثنا ابن وهب، أن مالكًا حدثه (ح) وحدثنا عتبة بن عبد الله، قال: أخبرنا ابن المبارك، قال: أخبرنا يونس (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا عثمان بن عمر، قال: أخبرنا يونس، ومالك.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): لكن.

(٣) قوله: «رِكْس» بكسر الراء وإسكان الكاف، هو: النجس، وفي "الدر النثير" الركس الرجيع.

(٤) أخرجه «الترمذي» (٣٢٥٨) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: أخبرنا إسماعيل بن إبراهيم. و«النسائي» في «الكبرى» (١١٥٥٩) قال: أخبرني أحمد بن منيع، عن يحيى بن زكريا. =

والاستنجاء بالماء كان أدبًا في عصر النبي صلى الله عليه وسلم، ثم صار سُنَّة بعد عصره بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإنه سُئِلَ الحسن البصري عن الاستنجاء بالماء فقال: إنه سُنة، فقيل له: كيف يكون سنة والنبي صلى الله عليه وسلم والكبار من الصحابة تركوه؟ فقال: هم كانوا يبعرون بعرًا وأنتم تُثْلِطُونَ ثَلْطًا[1]، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُواْ﴾ [التوبة: ١٠٨] وهو إتباع الماء للحجارة.

والغُسل في الاستنجاء غير مقدر بل يغسل حتى يطمئن قلبه؛ لأن العبرة لإزالتها إما بيقين أو غلبة الظن.

ولو كان على شط نهر أو مشرعة ليس ثمة سيرة فإنه لا يستنجي ثمة ولو فعل يصير فاسقًا؛ لأنه كشف العورة من غير عذر، وينبغي أن يستنجي بعدما خطى خطوات لأنه عسى يخرج منه شيء فيحتاج إلى إعادة الطهارة.

وإن تجاوزت النجاسة مخرجها [المعتاد][2] وجب غسلها عند محمد؛ لأنه متى زاد على قدر الدرهم صار كثيرًا فلا يقع العفو عنها.

وعندهما: يكفيه الاستجمار؛ لأن النجاسة التي على المخرج سقط اعتبارها شرعًا، ولهذا يطهر من غير غسل ولا يُكره تركها، ولو كانت لها عبرة لكُره تركها فبقيت العبرة لما جاوز مخرجها وذلك أقل من قدر الدرهم فصار معفوًّا.

=

و«أبو يعلى» (٥٢٣٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«ابن خزيمة» (٨٢) قال: حدثنا أبو موسى، محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى (ح) قال: وحدثنا أبو هاشم، زياد بن أيوب، قال: حدثنا يحيى، يعني ابن أبي زائدة. و«ابن حبان» (١٤٣٢) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله الهاشمي، قال: حدثنا عمرو بن زرارة، قال: أخبرنا ابن أبي زائدة. وفي (٦٣٢٠) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. وفي (٦٥٢٧) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الأعلى.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١/١٤٢، رقم ١٦٣٤)، والبيهقي (١/١٠٦، رقم ٥١٨).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (ك).

ويستنجي بيساره دون يمينه ولا يستعمل في الاستنجاء أكثر من ذلك - أعني: ثلاثة أصابع - لأن هذا القدر كاف للتطهير، ويَنزع الخاتم من يساره إذا كان مكتوبًا على فصه اسم الله تعالى تعظيمًا لاسمه، ويستنجي بعرض الأصابع لا برؤوسها.

وقيل: الاستنجاء بالإصبع يورث الباسُور.

وأما في المرأة قيل كذلك، وقيل: تستنجي برؤوس أصابعها؛ لأنها لا يمكنها تطهير فرجها الخارج إلا برؤوس أصابعها.

وعن محمد في (المنتقى): ومن استنجى ولم يدخل إصبعه فليس بتنظيف، وإن أدخل إصبعه في دُبره عند الاستنجاء ينتقض صومه، لأن إصبعه لا يخلو عن البلة السائلة، وإذا أخرج دُبره وهو صائم ينبغي أن لا يقوم من مقامه حتى ينشف ذلك الموضع بخرقة لكي لا يدخل الماء جوفه فيفسد صومه، ولهذا قالوا: لا يتنفس في الاستنجاء إذا كان صائمًا.

وإن استنجى فجرى الماء تحت خفيه، فإن كان خفه صحيحًا فإنه يطهره الماء الآخر كما يطهر موضع الاستنجاء، ألا ترى أنه يطهر يده مع طهارة الموضع، وإن كان منخرقًا ينجس داخل خفه ورجله ولفافته ولم يوجد تطهير ذلك فبقي نجسًا، [والله أعلم بالصواب][1].

(بَابُ الجَنَابَة والغُسْلِ)

تحتاج إلى معرفة وجُوب الغسل، وسبب وجوبه، وما يتعلق به وجوبه، وتفسيره، ومقدار الماء الذي يغتسل به، وأنواعه.

❖ **أما وجوبه:**

فالاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس فرض على كل من وجب عليه الصلاة لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا﴾ [المائدة: ٦]، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] أي: يغتسلن.

ولقوله صلى الله عليه وسلم: «**تحتَ كلّ شعرةٍ جنابةٌ، ألا فبُلّوا [الشعورَ]**[2]،

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): الشعر.

وأنقوا البشرةَ»[١].

❖ **وأما سبب وجوبه:**

فإرادة ما لا يحل فعله مع الجنابة والحيض والنفاس؛ لأنه وجب لاستباحته كما في الوضوء.

❖ **وأما ما يتعلق به وجوبه:**

فهو إحدى معانٍ ثلاثة: الجنابة، والحيض، والنفاس.

أما الجنابة: فإنما تثبت بشيئين؛ أحدهما: خروج المني على وجه الدفق والشهوة من غير إيلاج باللمس والنظر والاحتلام والاستمناء وغيرها، وفيه الغُسْل؛ لأن الله تعالى علق وجوب الغسل بالجنابة بقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَٱطَّهَّرُواْ﴾ [المائدة: ٦] وإنما يقال: أَجْنَبَ الرَّجُلُ إِذَا قَضَى شَهْوَتَهُ، فلا تتحقق الجنابة إلا بخروج المني عن شهوة، وهذا إذا كان من أهل وجوب الصلاة عليه، فإن لم يكن من أهله كالحائض والنفساء والمجنون والكافر والصبي فلا غسل عليهم؛ لأن الغُسل يجب لأجل الصلاة ولا صلاة عليهم.

وإن خرج المني من غير شهوة بأن حمل شيئًا ثقيلًا أو ضُرب على ظهره فسبقه المني فلا غُسل فيه خلافًا للشافعي رحمه الله، لما رُوي أن أم سلمة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل[٢]، فقال صلى الله عليه وسلم: «**أتجدُ لذةً؟**» فقالت: نعم، قال: «**عليها الاغتسالُ**».

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٥٩٧). وأبو داود (٢٤٨). والترمذي (١٠٦) عن نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا الحارث بن وجيه، قال: حدثنا مالك بن دينار، عن محمد بن سيرين، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ١/٤٤ (١٣٠) قال: حدثنا محمد بن سلام، قال: أخبرنا أبو معاوية. وفي ١/٧٩ (٢٨٢) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٤/١٦٠ (٣٣٢٨) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى. وفي ٨/٢٩ (٦٠٩١) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى. وفي ٨/٣٥ (٦١٢١) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك. و«مسلم» ١/١٧٢ (٦٣٨) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: أخبرنا أبو معاوية. وفي (٦٣٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، قالا: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«ابن ماجه» (٦٠٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع. و«الترمذي» (١٢٢) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«النسائي» ١/١١٤، وفي «الكبرى» (١٩٩ و٥٨٥٦) قال: أخبرنا شعيب بن يوسف، قال: حدثنا يحيى. و«أبو يعلى» =

فقد شرط صلى الله عليه وسلم اللذة لوجوب الغسل، وتلك باقتضاء الشهوة، ولأنه إذا لم يكن الخروج عن دفق وشهوة لا يدري أنه منيّ أو رطوبة أخرى تتصور بصورة المني، بل الظاهر أنه لم يكن منيًّا فوقع الشك في وجوب الغسل فلا يجب بالشك.

وأما إذا انفصل المني عن شهوة وخرج لا عن شهوة فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: يجب الغُسل.

وعند أبي يوسف: لا يجب.

حتى لو احتلم أو جامع ثم اغتسل قبل النوم والبول ثم خرج من ذكره مني أو على صورة المذي أو احتلم فأمسك [قضيبه][1] حتى سكنت شهوته ثم خرج المني بلا شهوة فعليه الغسل ثانيًا.

عندهما: استحسانًا.

وعند أبي يوسف: لا يجب قياسًا؛ لأنه خرج لا عن دفق وشهوة فوقع الشك في ثبوت الجنابة وفي وجوب الاغتسال، فلا يجب بالشك.

لهُمَا: أن انفصاله كان على وجه الشهوة وهو أصل، والخروج تَبَعٌ له فتحققت الجنابة باعتبار الأصل وهو الانفصال فأوجبنا الاغتسال احتياطًا في باب العبادة.

ولو بال أو نام ثم خرج المني أو المذي فلا غسل عليه؛ لأنهما يقطعان مادة المني الزائل عن مكانه بشهوة فيكون الثاني زائلًا عن مكانه بغير شهوة فلا يوجب الغُسل، فعلى هذا رجل بال فخرج من ذكره مني أنه إن كان منتشرًا فعليه الغسل؛ لأن في ذلك دلالة خروجه عن شهوة، وإن كان منكسرًا عليه الوضوء.

=

(٧٠٠٤) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع. و«ابن خزيمة» (٢٣٥) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا وكيع (ح) وحدثنا سلم بن جنادة، قال: حدثنا أبو معاوية (ح) وحدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: أخبرنا ابن وهب، أن مالكا حدثه. و«ابن حبان» (١١٦٥) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا القعنبي، عن مالك. وفي (١١٦٧) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): قصبته.

ولو أن رجلًا عزبًا به فرط شهوة له أن يستمني بعلاج لتسكين شهوته، ولا يكون مأجورًا عليه ليت ينجو رأسًا برأس، هكذا رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله.

احتلم ولم ير بللًا لا غُسل عليه، وإن رأى بللًا إن كان منيًّا يجب الغُسل، وإن كان وديًّا يجب الوضوء، وإن كان مذيًا ولم يذكر احتلامًا عليه الغسل عندهما، وعند أبي يوسف: لا غسل عليه.

له: أن الأصل هو الطهارة وقع الشك في وجوب الاغتسال فلا يجب بالشك كما لو رأى وديًا.

لهما: ما روتْ عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عمّن وجد على فراشه بللًا ولم يذكر احتلامًا، فقال: «**عليه [الاغتسالُ]**»[1]، وإن احتلم ولم ير بللًا «**لا غسْل عليْه**»[2].

ولأن سبب خروج المذي إما الوطء أو ملاعبة المرأة أو الاحتلام، وقد انعدم الوطء والملاعبة هنا فتعين الاحتلام فيحال بالخروج على الاحتمال فصار كما لو تذكر احتلامًا.

ولو تذكر احتلامًا يلزمه الغُسل بالإجماع لوجود سبب خروج المني بخلاف الودي لأن سببه متعين وهو البول.

(**وذكر في النوادر**): لو أفاق السكران أو المغمى عليه فوجد مذيًا لا غُسل عليه؛ لأنه وجد سبب خروج المذي وهو السُّكر والإغماء فيحال بالخروج عليه.

رجل وامرأة ناما في فراش واحد فلما استيقظا وجدا في الفراش بللًا لا يُعرف من أيهما هو، اختلفوا فيه؛ قيل: ينظر إن كان أصفرًا فعلى المرأة الغُسل، وإن كان

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): الغُسل.

(٢) أخرجه «أحمد» ٢٥٦/٦ (٢٦٧٢٥) قال: حدثنا حماد بن خالد. و«الدارمي» (٨١٣) قال: أخبرنا يحيى بن موسى، قال: حدثنا عبد الرزاق. و«ابن ماجه» (٦١٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حماد بن خالد. و«أبو داود» (٢٣٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد بن خالد الخياط. و«الترمذي» (١١٣) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا حماد بن خالد الخياط. و«أبو يعلى» (٤٦٩٤) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا حماد بن خالد.

أبيضًا فعلى الرجل الغسل. وقيل: إن كان وقع طولًا فهو من الرجل، وإن وقع عرضًا فهو من المرأة، والاحتياط أن يغتسلا جميعًا.

والمني: خاثر أبيض يفتر منه الذكر.

والمذي: رقيق يضرب إلى البياض يخرج عند مُلاعبة الرجل أهله.

والوذي: رقيق يخرج بعد البول، هكذا منقول عن عائشة رضي الله عنها.

وفي البول والمذي والوذي الوضوء؛ لأنه خارج نجس.

والمرأة كالرجل في الاحتلام لما روينا إلا أنهما يفترقان من وجه، وهو أن الرجل لو احتلم فنزل الماء إلا أنه لم يظهر على رأس الْإِحْلِيلِ لا غسل عليه؛ لأنه ما لم يخرج عن الإِحْلِيلِ لا يعطى له حُكم الخروج كما في البول.

ولو احتلمت المرأة ولم يخرج الماء إلى ظاهر فرجها فعليها الغُسل؛ لأن فرجها بمنزلة الفم وعليها تطهيره، فأعطي له حُكم الخروج، حتى لو كان الرجل أقْلفًا فخرج المني إلى القَلْفَة يلزمه الغُسل لما قدمناه.

أَجْنَبَت المرأة ثم حاضت فلا بأس بتأخر الاغتسال إلى أن تطهر؛ لأنه لا يفيد في الحال.

أكل الجُنب أو نام أو عاود امرأته جاز، وإن أراد أن يأكل أحب إليّ أن يغسل يديه ويتمضمض ثم يأكل، هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم.

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم ربما كان يطوف على أهله في ليلة واحدة بغُسل واحد[1].

---

(١) أخرجه «أحمد» ٩٩/٣ (١١٩٦٨) قال: حدثنا هشيم. وفي ١٨٩/٣ (١٢٩٩٨) قال: حدثنا إسماعيل. و«أبو داود» (٢١٨) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا إسماعيل. و«النسائي» ١٤٣/١، وفي «الكبرى» (٢٥٥) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، ويعقوب بن إبراهيم، واللفظ لإسحاق، قالا: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«أبو يعلى» (٣٧١٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا هشيم. وفي (٣٧١٩) قال: حدثنا أبو سعيد القواريري، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. وفي (٣٨٨٦) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا إسماعيل. و«ابن حبان» (١٢٠٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا إسماعيل. وفي (١٢٠٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا هشيم.

وأما السبب الثاني [هو الإيلاج][(١)] في القبل، إذا توارت الحشفة فعليهما الغسل أنزل أو لم يُنزل، لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا التقى الخِتَانَانِ وتوارتِ الحشفةُ وجبَ الغسلُ أنزل أو لم يُنزل**»[(٢)]، ولأنه سبب لإنزال المني غالبًا فيقام مقامَهُ احتياطًا.

وكذا الإيلاج في الدُّبر يوجب الغسل عليهما، ذكره في (الزيادات) لأنه سبب لاستطلاق وِكاء المني كالإيلاج في القبل فيُقام مقام الإمناء احتياطًا ويجب الغسل على المفعول احتياطًا؛ لأن المفعول لمّا ساوى الفاعل فيما بُني على الدّرءِ وهو الحَدّ فلأن يساويه فيما بُني على الاحتياط وهو الغُسل أولى.

ولو جامع فيما دون الفرج لا غُسل عليه ما لم يُنزل؛ لأن وجوب الغسل معلق بخروج المني عن شهوة، أو بما هو سبب لخروجه غالبًا وهو الإيلاج وقد انعدما.

والإيلاج في البهائم لا يُوجب الغسل ما لم ينزل؛ لأنه ليس بسبب لإنزال المني غالبًا لأن المحل [لم يكن مشتهى][(٣)] طبعًا وإن حصل اقتضاء الشهوة لغلبة الشهوة وفرط الشفة كما يقضي شهوته بمس الذكر.

(**النوادر**) قال محمد رحمه الله: في البكر إذا جُومعت فيما دون الفرج فحَبِلتْ فعليها الغُسل؛ لأنها قد أنزلت لأنه لا حبَل بدونه.

وعن محمد: مراهق له امرأة بالغة وهو يجامعها فعليها الغُسل ولا غُسل عليه، ولكن يؤمر بالغسل احتياطًا، وكذلك في المراهقة.

وعن محمد: لو أتى امرأته وهي عذراء لا غُسل عليه ما لم يُنزل؛ لأن العُذرَة مانعة من مُواراة الحشفة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): فهو إيلاج الحشفة.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٨٩/١ (٩٦١). وأحمد ١٧٨/٢ (٦٦٧٠). وابن ماجه (٦١١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة.

كلاهما: (أبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل) قالا: حدثنا أبو معاوية، عن حجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(٣) ما بين المعكوفتين في (ك): ليس بمشته.

ولو قالت امرأة: معي جنيّ يأتيني فأجد في نفسي ما أجد إذا جامعني زوجي؛ لا غُسل عليها؛ لانعدام سببه وهو الإيلاج أو الاحتلام.

❖ **وأما تفسير الغُسْل:**

للغُسْل رُكنٌ وشرائط وسُنَن وآداب.

• **أما ركنه:** فهو أن يسيل الماء على جميع ما يمكن غسله من بدنه مرة واحدة حتى لو ترك شيئًا يسيرًا لم يصبه الماء بقي جنبًا؛ لأن الواجب بالنص تطهير جميع البدن إلا ما تعذر تطهيره من الباطن كما بيَّنَّا، وكذا تسييل الماء في الوضوء ركن لا يجوز ما لم يتقاطر لأن الغُسل لا يتحقَّق إلا به، لأن الغُسل لا يغاير المسح إلا بالإسالة والإفاضة لأن الغسل مأخوذ من الإسالة لغة.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز حتى لو توضأ بالثلج لا يجوز إلا أن يكون ذائبًا بحيث يتقاطر عن يديه.

وقال أبو يوسف: يجوز أن يبل أعضاءه، وكذا لو أصاب بعض جسده بول فبَلّ يده ثلاثًا ومسحها عليه إن كانت البلة من يده متقاطرة جاز وإلا فلا.

ويجب إيصال الماء إلى أصول الشعر وإلى أثنائه، إلا إذا كان ضفيرًا فلا يجب الإيصال إلى أثنائه؛ لأن في نقضه حرجًا لأنه يحتاج إلى ظفره ثانيًا، وربما يشق عليه ذلك أو يتناثر شعره فيلحقه فساد.

حتى لو كان الشعر منقوضًا يجب إيصال الماء إلى داخل أثنائه ويجب إيصال الماء إلى أثناء اللحية كما يجب إلى أصولها لأنه لا حرج فيه.

ولا يجب إيصال الماء إلى داخل العينين لما فيه من الضرر ولهذا سقط غسلهما عن حقيقة النجاسة.

ويجب إيصال الماء إلى داخل السُّرَّة، وينبغي أن يُدخل إصبعه فيها للمبالغة.

ويجب على المرأة غسل فرجها الخارج في الجنابة والحيض والنفاس، ويسن في الوضوء لأنه بمنزلة الفم يمكن غسله.

وثمن ماء اغتسالها وماء وضوئها هل يجب على الزوج؟

قيل: يجب عليه غنيَّةً كانت أو فقيرة؛ لأنه لا بد لها منه فصار كماء الشرب.

وقيل: لا يجب عليه بل يجب عليها؛ لأنه بالجماع يستوفي منافع البُضْعِ وقد ضمن بإزائه عوضًا وهو المهر فلا يضمن بدلًا آخرًا، ولأن الغسل والوضوء وجب عليها حقًّا للشرع فكان مؤنتُهُ عليها.

وقيل: لا يجب عليه، لكن إن كانت المرأة فقيرة يقال للزوج: ائذن لها بنقل الماء، أو انقل الماء إليها، لأنها محبوسة بحقه، وإليه أشار محمد في الكسب فإنه قال: وعلى الناس أن يتَّخذوا أوعية لنقل الماء إلى النساء وأهل البيوت لأنهم متى لم ينقلوا الماء إليهن احتجن إلى إقامة الوضوء والغُسل في الصحراء ولا يحل لهن ذلك لأنهن عورة.

(**النوادر**): قال محمد رحمه الله: جُنُب شرب ماء، إن كان الشُّرب يأتي على جميع فمه أجزأه من المضمضة، وإلا فلا؛ لأنه زالت الجنابة بوصول الماء إليه.

ولو اغتسل وبين أسنانه طعام جاز؛ لأن ما بين الأسنان رطب والماء شيء لطيف يصل إلى كل موضع غالبًا.

وكذا لو بقي الدرن بين أظفاره جاز؛ لأن الدرن تولد من هناك فلا يجب إيصال الماء تحته، ولو بقي العجين بين أظفاره لم يجز الغسل؛ لأن العجين يبس غالبًا فلا يصل الماء تحته ظاهرًا.

• **وأما شرط جوازه**: فكون الماء طهورًا كما في الوضوء.

• **وأما سُنَنه**: فهي أن يبدأ المغتسل فيغسل يديه ويتوضأ وضوءه للصلاة غير رجليه، ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده، ثم يتنحَّى عن [ذلك الموضع][1] فيغسل رجليه. هكذا حكت ميمونة اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم من الجنابة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتوضأ ولا يمسح رأسه؛ لأنه لا فائدة في المسح لوجود إسالة الماء من بعد، وذلك يعدمُ معنى المسح.

والصحيح: أنه يمسح؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ وضوءه للصلاة غير رجليه، والوضوء يشتمل الغُسل والمسح جميعًا، وإنما لا يغسل رجليه لأن غسلهما

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): مغتسله.

لا يفيد لأنهما يتنجسان ثانيًا لاجتماع الغُسَالة تحتهما حتى لو لم تجتمع الغُسالة تحتهما بأن كان واقفًا على حجر ونحوه فلا يؤخر غسلهما.

❖ **وأما قدر الماء الذي يغتسل به:**

ذُكِرَ في ظاهر الرواية: وأدنى ما يكفي من الماء للاغتسال صاع، وللتوضُّؤ مُدّ، لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بالمُدِّ[1] ويَغْتَسِلُ بالصَّاعِ[2].

---

(١) المد بالضم في اللغة: مكيال من المكاييل التي يقدر بها الأشياء، ويقدر بملء كفَّي الإنسان المعتدل.

انظر: مختار الصحاح ص٥٤٤، والمصباح المنير ص٢١٦، والنهاية في غريب الحديث، والأثر ١٢٣/٣.

قال ابن فارس: "الميم والدال أصل واحد يدل على جر شيء في طول، واتصال شيء بشيء في استطالة، تقول: مدَدْت الشيء أمدُّه مدًّا، ومد النهرُ، ومده نهر آخر أي زاد فيه، وواصله فأطال مدَّته، ... ومن الباب المدّ من المكاييل؛ لأنه يمدُّ المكيل بالمكيل مثله". انظر: مقاييس اللغة ٢٦٩/٥.

واتفق أهل الفقه واللغة على أن المدَّ ربع صاع.

وهو أصغر أنواع المكاييل على الإطلاق، كما أنه من المكاييل الشرعية الأساسية التي يترتب عليها أحكام فقهية كثيرة.

انظر: بدائع الصنائع ١٠٨/١، والكافي لابن عبد البر ٣٤٠/١، ومغني المحتاج ١٢١/١، والمغني ٢٩٤/١، وفتح الباري ٣٦٥/١، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠٢/٣٨، والمقادير الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بها ص١٦٢.

(٢) قال ابن فارس: "الصاد والواو والعين أصل صحيح، وله بابان: أحدهما يدلُّ على التفرُّق والتصدُّع، والآخر إناء. فالأول: قولهم: تصَوَّعوا، إذا تفرقوا، ... ويقال: تصوَّع شعره إذا تشقَّق...

فأما الإناء فالصاع والصواع، وهو إناء يشرب به، وقد يكون مكيال من المكاييل صاعًا، وهو من ذوات الواو وسمي صاعًا؛ لأنه يدور بالمكيل" [انظر: مقاييس اللغة ٣٢١/٣].

فالصاع في اللغة هو: التفرق، والإناء ما يكال به، ويقال الصُّواع بالضم والكسر الصِّواع.

انظر: مختار الصحاح ص/٣٢٨، والمصباح المنير ص/١٣٤، والنهاية في غريب الحديث والأثر ١٢٣/٣٠.

الصاع اصطلاحًا: يعتبر الصاع من أشهر المكاييل الإسلامية، وتدور عليه أحكام المكاييل في الفقه، وهو من مضاعفات المد، وعرف بأنه: مكيال يسع أربعة أمداد [انظر: المغني ٢٩٣/١، والمصباح المنير ص/١٣٤، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩٦/٣٨].

=

وروى الحسن عن أبي حنيفة [رحمهما الله][1] أنه قال: في الاغتسال كَفَاهُ صاع، وفي الوضوء إن كان الرجل متخففًا ولا يستنجي كفاه رطل لغُسَالة الوجه واليدين ومسح الرأس، وإن كان يستنجي كفاه رطلان؛ رطل للاستنجاء ورطل للباقي، وإن لم يكن متخففًا كفاه ثلاثة أرطال؛ رطل للاستنجاء، ورطل للقدمين، ورطل للباقي.

وقال بعض مشايخنا: في الاغتسال كفاهُ صَاع إذا ترك الوضوء، فأما إذا جمع بين الوضوء والغُسل يتوضأ بالمُدّ من غير الصاع ويغتسل بالصاع.

وقال عامة مشايخنا: الصاع كاف للوضوء والغُسل جميعًا، وهو الأصح، والأول خلاف الرواية والأثر، فإنه رُوي أنه صلى الله عليه وسلم كان يغتسل بالصاع.

والاغتسال: اسم يعمُّ جميع فرائضه وسُنَنه، والوضوء من سُننه، فيجب أن يكون كافيًا لهما.

قال مشايخنا: هذا بيان مقدار أدنى الكفاية وليس بتقدير لازم، بل إن كفاه أقل من ذلك نقص عنه، وإن لم يكفه زاد عليه بقدر ما لا إسراف فيه ولا تقتير؛ لأن ذلك مما يختلف باختلاف أحوال المستعمل.

=

وقُدِّر أيضًا بأربع حفنات بكفِّ الرجل الذي ليس بعظيم الكفَّين ولا صغيرها [انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ١٢٣/٣، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠٤/٢٦.].

وقد اتفق الفقهاء وأهل اللغة على أنه يساوي أربعة أمداد، ولكن هذا الاتفاق لا أثر له؛ لأن أهل العلم اختلفوا في مقدار المد كما سبق بيانه، ولذا يختلف قدر الصاع بالوزن عندهم بناء على اختلافهم في قدر المدِّ بالرطل، وقدر الدرهم بالحبَّات.

انظر: بدائع الصنائع ٣٠٨/٢، الكافي لابن عبد البر ٣٤٠/١، ومغني المحتاج ١٢١/١ والمغني ٢٩٤/١، وفتح الباري ٣٦٥/١، والموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠٢/٣٨، والمقادير الشرعية والأحكام الفقهية المتعلقة بها ص/١٩٠ و١٩١.

أخرجه «مسلم» ١٧٧/١ (٦٦٤) قال: حدثنا أبو كامل الجحدري، وعمرو بن علي، كلاهما عن بشر بن المفضل. قال أبو كامل: حدثنا بشر. وفي (٦٦٥) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن علية (ح) وحدثني علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل. و«ابن ماجه» (٢٦٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«الترمذي» (٥٦) قال: حدثنا أحمد بن منيع، وعلي بن حجر، قالا: حدثنا إسماعيل ابن علية.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في الأصل، وأثبتناه من (ك).

❖ **وأما أنواع الغسل فتسعة:**

ثلاثة منها فريضة وهي: الغُسل من الجنابة، والحيض، والنفاس.

وواحد واجب وهو: غسل الموتى.

وأربعة سنة وهي: غسل يوم الجمعة، ويوم العيدين، ويوم عرَفة، وعند الإحرام.

وواحد مستحب وهو: غسل الكافر إذا أسلم، والمجنون إذا أفاق، والصبي إذا أدرك، لأنهم غير مخاطبين بالشرائع.

قيل: هذا إذا أدرك الصبي بالسن، فأما إذا أدرك بالإنزال يلزمه الغُسل؛ لأنه تحققت الجنابة وتيقنت بعد البلوغ فيخاطب بإزالتها بالغسل كما لو أحْدَثَ ثم أدرك يلزمه الوضوء.

والكافر إذا أجنب ثم أسلم، أو الكافرة إذا أجنبت أو طهرت من حيضها أو نفاسها ثم أسلمت قيل: يستحب الغسل ولا يلزمه، والأصح أنه يلزمه وعليه نص محمد رحمه الله في "السير الكبير" فقال: وينبغي للكافر إذا أسلم أن يغتسل غُسل الجنابة؛ لأن المشركين لا يغتسلون من الجنابة ولا يدرون كيف الغُسل، معناه أنهم لا يأتون بالمضمضة والاستنشاق وهما فرضان في الجنابة، وفيه بيان أن صفة الجنابة تتحقق في حق الكافر بمنزلة الحَدَث إذا وُجِدَ سَبَبُهُ، وصفة الجنابة صفة مستدامة فاستدامته بعد الإسلام كإنشائه، ولو اغتسل الكافر قبل إسلامه وهو يعلم به صَحّ لوجود سببه وهو إيصال الماء إلى جميع بدنه.

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن ثُمامَة بن الحنفي أسلم فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل، والأمر للوجوب.

ثم غسل يوم الجمعة لأجل صلاة الجمعة عند أبي يوسف رحمه الله لأن تحصيل أكمل الطهارتين يستجب لأجل الصلاة لا للوقت. وعند محمد والحسن رحمهما الله لليوم لأنه مختص باليوم لا بالصلاة حتى لو اغتسل يوم الجمعة ثم أحدَث فتوضأ وصلى لا ينال فضيلة الاغتسال عند أبي يوسف. وعندهما ينال.

ولو اغتسل عن الجنابة يوم الجمعة وصلى به الجمعة ينال فضيلة الاغتسال بالإجماع؛ لأنه وُجدَ الاغتسال يوم الجمعة وصلى به.

(بَابُ مَا يَجُوز الوضُوء به ومَا لا يَجُوز)

❖ **الماء نوعان:** مُطْلَق وَمُقَيَّد.

• **فالمُطْلَق:** ماء العيون والآبار والبحار.

• **والمُقَيَّدُ:** ماء الأشجار والثمار وماء الورد [والباقلاء][1] ونحوه.

❖ **والطهارة نوعان:**

• **الحقيقية:** وهي إزالة النجاسة الحقيقية.

• **والحُكميَّة:** وهي الوضوء والغسل.

وكلا الطهارتين تحصل بالماء المطلق بقوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا ﴿٤٨﴾﴾ [الفرقان: ٤٨]. والطهور: هو الطاهر بنفسه المُطهّر لغيره كالقطوع ما يقطع غيره.

والطهارة الحُكميَّة لا تحصل بالماء المقيد بالإجماع، والحقيقية تحصل به وبسائر المائعات الطاهرة عندهما، خلافا لمحمد وزفر.

لهُمَا: أن القياس يأبى زوال النجاسة بالماء؛ لأنه لما خالطه النجاسة وامتزجه صار نجسًا بأول الملاقاة، والماء النجس لا يزيل النجاسة فلا يلحق به غيره.

لنا: أن هذا المائع يعمل عمل الماء في إزالة النجاسة وقلعها حسًّا؛ لأن النجس المجاور للثوب يحتمل للزوال والانتقال بدليل أنه ينجس المائع متى اتصل بها، فإذا ورد المائع عليها مرة بعد أخرى يزول بعضها في كل مرة فيزول النجس عن المحل بالكلية ضرورة، كالمائع إذا ورد على الطين، والنقش الذي على اللوح يزيله [عن اللوح][2] قطعًا، فكان زوال النجاسة بالمائع محسوسًا لكن الشرع أقام استعماله ثلاثًا مقام الاستعمال مرارًا تيسيرًا بخلاف الطهارة الحكمية؛ لأنها شرعت للتزيين والتنظيف وذا لا يحصل بغير الماء، وبماء الورد يحصل لكن فيه قلة، وفي الحاجة

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): الباقلي.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ك).

إلى الوضوء كثرة، ولا يحصل بكل ما لا ينعصر بالعصر؛ لأنها لا تعمل عمل الماء في الإزالة وكذا بالدهن والمرقة.

وفي اللبن روايتان: في رواية: يحصل، وفي رواية: لا يحصل؛ لأن فيه دسومات تبقى في الثوب فيبقى النجس المجاور معه.

فأما إذا خالط الماءَ المطلقَ شيءٌ من المائعات الطاهرة:

(**ذكر في النوادر**): أن عند أبي يوسف العبرة لغلبة اللون أو الطعم، فإن لم يوجد كلاهما فالغلبة لغلبة الأجزاء، فإن كان المخلوط شيئًا يخالف لونه لون الماء كاللبن والخل وماء الزعفران ونحوه، فإن كان لون الماء غالبًا جاز التوضؤ به وإلا فلا، وكذلك ماء الباقلاء والمرقة وسائر الأنبذة؛ لأنه متى تغير لونه أو طعمه صار مطلقًا بغرض آخر مستعملًا في غرض آخر فانعدم معنى الماء عنه.

وإن كان شيئًا لا يظهر لونه أو طعمه في الماء يعتبر غلبة الأجزاء، فإن كان أجزاء الماء غالبًا جاز التوضؤ به وإلا فلا، ونظير هذا ما روى ابن سماعة[1] عن

---

(١) • **محمد بن سماعة التميمي**: هو قاضي بغداد، العلّامة، أبو عبد الله، محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال بن وكيع، التميمي الكوفي. مولده: سنة ١٣٠هـ.

• **علمه**: أخذ الفقه عن القاضي أبي يوسف ومحمد بن الحسن، والحسن بن زياد، وولي القضاء للمأمون ببغداد بعد موت يوسف بن الإمام أبي يوسف، ثم استعفى لما ضعف بصره. وهو من الحفّاظ الثقات.

• **من شيوخه**: ١. أبو يوسف القاضي. ٢. محمد بن الحسن. ٣. الليث بن سعد. ٤. الحسن بن زياد.

• **من تلاميذه**: ١. أبو جعفر، أحمد بن أبي عمران البغدادي، شيخ الطحاوي. ٢. أبو بكر بن محمد القمي. ٣. أبو علي، عبد الله بن جعفر، الرازي.

• **من ثناء العلماء عليه**: قال عنه يحيى بن معين لما مات: "مات ريحانة العلم من أهل الرأي".

• **من مصنفاته**: ١. أدب القاضي. ٢. المحاضر والسجلات. ٣. كَتَبَ النوادر عن أبي يوسف ومحمد.

• **وفاته**: ٢٣٣هـ، فيكون قد عُمّر مئة وثلاث سنين.

• **مصادر الترجمة**: انظر ترجمته في: السير (١٠/٦٤٦). أخبار القضاة (٣/٢٨٢) مروج الذهب (٧/٢٠٩). تاريخ بغداد (٥/٣٤١ - ٣٤٣). تذهيب التهذيب (٣/٢٠٨/٢). تهذيب =

أبي يوسف في الرضاع: لو خلط لبن امرأة بمائع فإن كان يوجد فيه لون اللبن أو طعمه فشرب صبي تثبت الحُرمة، وإن لم يوجد كلاهما لا يثبت، وكذلك لو شرب خمرًا مخلوطًا بخلاف الماء إذا تغير لونه أو طعمه بوقوع الأوراق والثمار فيه أو اختلط به التراب [الظاهر][1] وتغير الماء إلى الكُدرة جاز الوضوء لأنه تعذر صيانة الماء عنها فعُفي عنها.

وعند محمد: العبرة لغلبة الأجزاء دون اللون والطعم، فإن كان أجزاء الماء غالبًا جاز الوضوء به وإلا فلا؛ لأنه متى غلب أجزاؤه لم تنعدم صورة الماء ومعناه عن كونه، لكونه سَيَّالًا مُرَطبًا مُرويًا مُسَكِّنًا للعطش فبقي ماء حقيقة كماء السِّدْر والحُرُض[2]، ومتى كان الماء مغلوبًا فقد ذهب معناه الخاص وصار مستهلكًا في غيره فذهب حقيقة الماء بخلاف المرقة.

[وماء][3] الباقلاء لا يجوز الوضوء به؛ لأن الماء بالطبخ صار [مع خليطه][4] شيء آخر لتغير اسمه ومعناه، فإنه يُطلَب منه التعدي دون الإرواء، وإن طبخ الماء ما يقصد به المبالغة في النظافة كالأشنان والصابون جاز الوضوء به بالإجماع، إلا إذا صار ثخينًا فلا يجوز؛ لأنه زال عنه اسم الماء ومعناه، فعلى هذا الوضوء بنبيذ التمر لا يجوز عند أبي يوسف والشافعي رضي الله عنهما، وهي رواية أبي حنيفة رجوعًا إليه [وبه نقول][5]؛ لأنه زال عنه لون الماء وطعمه فلم يبق ماء مطلقًا.

وعند أبي حنيفة وزفر: يجوز الوضوء به عند عدم الماء ولا يتيمم معه.

=

التهذيب (٩/٢٠٤). النجوم الزاهرة (٢/٢٧١). خلاصة تذهيب الكمال (٣٣٩). الجواهر المضية (٢/٥٨، ٥٩) الفوائد البهية (١٧٠، ١٧١).

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): الطاهر.

(٢) الحرض: بضمتين أو إسكان الراء وهو الأشنان بضم الهمزة. الصحاح للجوهري ٣/١٠٧٠ «حرض».

(٣) ما بين المعكوفتين في (ك): وأما.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط في الأصل، وأثبتناه من (ك).

وعند محمد: يتيمم معه، وأصله حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن، فقال لي: «**هل معك ماء يا ابن مسعود؟**» قلت: لا، إلا نبيذًا في إداوة، فقال صلى الله عليه وسلم: «**[تَمْرَةٌ][1] طَيِّبَةٌ وَمَاءٌ طَهُورٌ**». وأخذ وتوضأ به[2].

فصَحَّ الحديث عند أبي حنيفة ولم يثبت نَسْخُهُ فأخذ به وترك القياس، وثبت نَسْخُهُ عند أبي يوسف رحمه الله بآية التيمم؛ لأن ذلك كان بمكة وآية التيمم نزلت بالمدينة [فنسخته][3]، والله تعالى نقل الحكم من الماء المطلق إلى التراب دون النبيذ وهو ليس بماء مطلق لما بيَّنَّا.

وعند محمد: اشتبهت الآثار فإنه روى عن علقمة أنه قال: قلت لعبد الله بن مسعود: هل كنت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن؟ فقال: ما كان منا أحد. فلما اشتبه يجمع بينهما احتياطًا.

ولا نص عن أبي حنيفة في الغسل به وقيل: يجزيه كالوضوء. وقيل: لا يجزيه؛ لأن جواز الوضوء به ثبت نصًّا معدولًا عن القياس فلا يصح قياس غيره عليه،

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): ثمرة.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٦٩٣) عن الثوري، وإسرائيل. و«ابن أبي شيبة» ١/٢٥ (٢٦٤) قال: حدثنا وكيع، عن أبيه. و«أحمد» ١/٤٠٢ (٣٨١٠) و١/٤٥٠ (٤٣٠١) قال: حدثنا يحيى بن زكريا، عن إسرائيل. وفي ١/٤٤٩ (٤٢٩٦) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان. وفي ١/٤٥٨ (٤٣٨١) قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن ابن إسحاق، قال: حدثني أبو عميس، عتبة بن عبد الله بن عتبة بن عبد الله بن مسعود. و«ابن ماجه» (٣٨٤) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، عن أبيه (ح) وحدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، عن سفيان. و«أبو داود» (٨٤) قال: حدثنا هناد، وسليمان بن داود العتكي، قالا: حدثنا شريك. و«الترمذي» (٨٨) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا شريك. و«أبو يعلى» (٥٠٤٦) قال: حدثنا منصور بن أبي مزاحم، قال: حدثنا شريك بن عبد الله. وفي (٥٣٠١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا أبي.

خمستهم: (سفيان الثوري، وإسرائيل بن يونس، والجراح بن مليح، والد وكيع، وأبو عميس، وشريك بن عبد الله) عن أبي فزارة العبسي، عن أبي زيد، مولى عمرو بن حريث، فذكره.

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

والنبيذ الذي يجوز الوضوء به هو الماء الذي أُلقي فيه التمر فصار حلوًا، فأما المُسْكر فلا يجوز الوضوء به.

ولو كان مطبوخًا أدنى طبخة؛ قال الكَرْخي: يجوز الوضوء به حلوًا كان أو مُسْكرًا.

وقال أبو طاهر الدَّباس[1]: لا يجوز، وهو الأصح لأنه ما طُبخ مع التمر فيعتبر كماء طُبخ مع الباقلاء، ولا يجوز [الوضوء][2] بسائر الأنبذة؛ لأن الحديث ورد في نبيذ التمر خاصة فبقي ما عداه على أصل القياس.

(فصل)

الماء المستعمل في وضوء أو غسل طاهر غير طهور في رواية محمد عن أبي حنيفة وهو قوله، وهو الأشهر والأقيس.

وفي رواية أبي يوسف عنه: أنه نجس نجاسة حقيقية، وهو قوله.

وفي رواية الحسن عنه: أنه نجس نجاسة غليظة، وهو قوله.

وقال زفر: إن كان المستعمل مُحْدثًا فهو طاهر غير طهور، فإن كان طاهرًا فهو طاهر طهور، وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه.

وقال مالك رضي الله عنه: هو طاهر طهور بكل حال.

لأبي يوسف: قوله صلى الله عليه وسلم: «**لَا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ، ولا**

---

(١) أبو طاهر الدباس: هو محمد بن محمد بن سفيان، الفقيه الحنفي. إمام الحنفية بما وراء النهر. قال ابن النجار: (إمام أهل الرأي بالعراق). درس الفقه على القاضي أبي خازم، كان من أهل السنة والجماعة، صحيح المعتقد. وهو من أقران أبي الحسن الكرخي. تخرَّج به جماعة من الأئمة. ولي القضاء بالشام وخرج منها إلى مكة وجاور وتوفِّي فيها، ولم أعثر على تاريخ وفاته، نقل عنه السيوطي في أول الأشباه والنظائر أنه ردَّ جميع مذهب أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، وأنه كان ضريرا. [الجواهر المضية ١١٦/٢؛ والفوائد البهية ١٨٧/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٦ ط. مصطفى محمد] الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٣٧/١).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في الأصل، وأثبتناه من (ك).

يغتسلن فيه من جنابة»[1] سوّى بين البول والاغتسال فيه.

لمحمد: أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربون وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم ويمسحون به أعضاءهم، ولو كان نجسًا لمنعهم عن ذلك، ولأنه طاهرٌ لاقى طاهرًا؛ لأنه لا نجاسة على أعضاء الجُنب والمُحْدث، ألا ترى أن عَرَقَهُمَا طاهر.

ولو صلى حاملًا محدِثًا أو جُنُبًا جازت صلاته، فلم يتحول إلى الماء نجاسة فبقي طاهرًا، إلا أنه زالت عنه صفة الطهورية؛ لأنه الماء متى استعمل في محلٍّ انتقل حكم المحلِّ إليه، ثم حُكم أعضاء المحدث أنه تجوز الصلاة معها، فإنه لو صلى حاملا محدثا جاز ولا تحول الصلاة بها، فإن المحدث لو صلى لا تجوز فتحول هذا الحكم إلى الماء فتجوز الصلاة معه ولا تجوز الصلاة به لو توضأ به.

ثم الماء ما دام على البدن لا يصير مستعملًا، فإذا زايل البدن يصير مستعملًا، وإن لم يستقر في مكان.

وقيل: ما لم يستقر في مكان لا يصير مستعملًا، وهو مذهب سفيان الثوري رحمه الله دون مذهبنا، فإنه ذكر في ظاهر الرواية: لو مسح رأسه ببلل أخذه من لحيته أو مسح على خفَّيه ببلل مسح به رأسه لا يجوز، وإن لم يستقر في مكان، وعند سفيان رحمه الله يجوز.

وكذلك لو بقيت على عضوه لمعة فبلها ببلل عضو آخر لا يجوز؛ لأنه لما زال ذلك العضو صار مستعملًا، ولو بلَّها بِبِلَّةِ ذلك العضو جاز، وفي الاغتسال جاز كيف ما كان؛ لأن الأعضاء كلها في الجنابة كعضو واحد وفي الوضوء لا لاختلاف وظائفها، ثم الماء إنما يصير مستعملًا بإقامة القُرْبَة أو برفع الحدث، ذكره أبو عبد الله الجرجاني بلا خلاف.

---

(١) أخرجه «ابن ماجه» (٣٤٤) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر. و«أبو داود» (٧٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى. و«ابن حبان» (١٢٥٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يحيى القطان كلاهما: (أبو خالد الأحمر، سليمان بن حيان، ويحيى بن سعيد القطان) عن محمد بن عجلان، قال: سمعت أبي يحدث، فذكره.

وذكر أبو بكر الرازي خلافًا وقال: إنه يصير مستعملًا بإقامة القربة أو برفع الحدث عندهما.

وعند محمد بإقامة القربة لا غير استدلالًا بمسألة الجنب إذا انغمس في البئر لطلب الدلو، فعند محمد الماء طاهر والرجل طاهر لعدم إقامة القربة، وهذا الخلاف صحيح عند محمد؛ لأن تغير الماء عند محمد باعتبار إقامة القربة به لا باعتبار تحول نجاسة حكمية [إلى الماء.

وعندهما: بتغير الماء باعتبار أنه تحول إليه نجاسة حكمية وفي الحالين تحول إلى الماء نجاسة حكمية][1] فأوجب تغيره.

وعند زفر والشافعي رحمهما الله: يصير مستعملًا بإزالة الحدث لا غير.

ولو توضأ بنية إقامة القربة كالصلاة المعهودة وصلاة الجنازة ودخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن ونحوها إن كان محدثًا صار الماء مستعملًا بالإجماع لوجود إزالة الحدث وإقامة القربة، وإن كان طاهرًا يصير مستعملًا عندنا لوجود إقامة القربة، وعند زفر والشافعي رحمهما الله: لا؛ لعدم إزالة الحدث.

ولو توضأ المحدث للتبرُّد والتنظيف لا للوضوء صار مستعملًا عندهما لزوال الحدث، وعند محمد: لا؛ لعدم إقامة القربة.

ولو أخذ جنب بفمه ماء ولا يريد به المضمضة فغسل به يده لم يجز عند أبي يوسف؛ لأنه صار مستعملًا، وإن غسل به قذرًا من ثوب أجزأه، وعند أبي حنيفة ومحمد طهرت اليد والفم؛ لأنه لم يصر مستعملًا لعدم إقامة القربة، ولأن الجنابة وإن زالت عن فمه ولكن لم يحكم باستعمال الماء للضرورة.

اغتسل طاهرٌ في بئر أفسده لوجود إقامة القربة، ولو انغمس جنب في بئر طالبًا للدلو ولم يكن يتدلك فيه؛ رُوي عن أبي حنيفة: الرجل نجس والماء نجس؛ لأنه زالت نجاسة الجنابة إلى الماء من غير قصده فنجس الماء فعاد الرجل نجسًا بنجاسة الماء المستعمل.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ك).

وعند أبي يوسف: كلاهما بحاله؛ لأنه لا يحكم بزوال الجنابة هنا للضرورة؛ لأن بالناس حاجة إلى استخراج الدلاء من الآبار خصوصًا لأهل المفاوز وإصابة الجنابة مما يكثر، فلو زالت الجنابة بالماء ينجس الماء فيؤدي إلى الحرج وصار كما لو أدخل الجنب يده في الإناء.

وعند محمد: هما طاهران، أما الماء لأنه لم يقصد إقامة القربة فبقي الماء طاهرًا وزالت الجنابة عنه؛ لأن زوالها لا يقف على النية أو لما فيه ضرورة فسقط اعتبار استعماله وإن زالت الجنابة عنه.

أدخل الجنب يده في الإناء لا يضره استحسانًا؛ لأنه ربما لا يمكنه استعمال الماء إلا بالاغتراف منه فسقط اعتباره دفعًا للضرورة حتى لو قصد به غسل اليد يفسد الماء؛ لأن الضرورة تندفع إذا لم ينو الغسل، وإن أدخل فيه غير اليد من الأعضاء أفسده؛ لأنه لا ضرورة فيه.

وغُسَالة الميت من المياه الثلاثة نجسة؛ لأنها لاقت محلًّا نجسًا، وإن أصابت ثوب الغاسل فما دام في علاج الغسل لا ينجسه لعدم إمكان التحرُّز عنه.

وغُسَالة غير الآدمي من الأعيان الطاهرة غير المستعملة؛ لأن الجمادات لا يلحقها حكم العبادات.

(**النوادر**): ولو غسل يده للطعام أو منه صار الماء مستعملا؛ لأنه أقام به قربة؛ لأنه سُنَّةٌ لقوله عليه السلام: «**الوضوءُ قبل الطّعام ينفي الفقرَ، وبعده ينفي اللمم**»[1].

ولو غسل يده من الوسخ لا يصير مستعملًا لعدم إزالة الحدث وإقامة القربة.

امرأة وصلت شعر آدمي إلى ذوائبها فغسلت ذلك الشعر الواصل لم يَصِر الماء مستعملًا.

ولو غسل رأس إنسان مقتول قد بان منه صار الماء مستعملا؛ لأن الرأس إذا وجد مع البدن ضم إلى البدن وصُلّي عليه فيكون بمنزلة البدن فتكون غُسَالته مستعملة والشعر لا يصح مع البدن فبالاتصال لم يبق له حكم البدن فلا تكون غُسَالَته مستعملة.

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٧١٦٦)، وانظر المجمع (٥/٢٣).

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لو خاض الرجل في ماء الحمام بعدما غسل قدميه لا يغسلهُمَا إذا خرج إلا إذا علم أن في الحمام جنبًا فلا يجزيه إلا الغسل، والاحتياط أن يغسلهما في الحالتين.

وعلى قياس رواية محمد عنه في الماء المستعمل يجزيه أن لا يغسلهما، ويُكره الوضوء في المسجد عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا بأس به إذا لم يكن عليه قذر؛ لأن الماء المستعمل طاهر عنده نجس عند أبي يوسف رحمه الله تعالى.

(باب ما يَنْجُسُ من الماء وما لا يَنْجُسُ)

الماء على ضربين: جار، وراكد.

فالجاري إذا وقعت فيه نجاسة، فإن كانت غير مرئية كالبول والخمر، فإنه لا ينجس ما لم يتغير طعمه أو ريحه أو لونه، هكذا ذكر في الأشربة.

لو صب خابية من خمر في الفرات وأسفل منه مُتَوَضِّئٌ، إن وجد فيه شيئًا من موضع آثار النجاسة لم يجز؛ لأنه دلالة اختلاط النجاسة بجميع أجزائه بيقين، وإن لم يجد جاز ويتوضأ من أي موضع شاء من موضع وقوع النجاسة فيه أو من غيره؛ لأن النجاسة لا تستقر في موضع وقوعها بل تتحول عنه بجريان الماء وتشيع فيه والأصل فيه للماء هو الطهارة فلا يحكم بنجاسته بالشك، وإن كانت النجاسة مرئية مثل الجيفة والعذرة، فإن كان النهر كبيرًا لا يتوضأ من أسفل الجانب الذي فيه الجيفة ويتوضأ من جانب آخر، وإن كان النهر صغيرًا، فإن كان أكثر الماء يجري عليها فهو نجس، وإن كان أقله يجري عليها فهو طاهر اعتبارًا بالغالب، وإن كان النصف يجري عليها جاز التوضؤ به في الحكم لوقوع الشك في النجاسة ولكن الأحوط أن لا يتوضأ به.

وكذلك العذرة إذا كانت على السطح عند الميزاب، وإن كانت على السطح في مواضع متفرقة لا يصير الماء نجسًا؛ لأنه بمنزلة الماء الجاري.

وعن محمد في ماء المطر إذا مرَّ بالنجاسة ولا يجد أثر النجاسة فيه؛ يتوضأ منه

لأنه بمنزلة الماء الجاري.

وحد الجريان قيل: لو ألقى فيه تبنة فذهب بها فهو جارٍ وإلا فلا. وقيل: لو وضع يده عرضًا في الماء لم ينقطع جريانه فهو جارٍ، وإلا فلا، والأصح ما قيل فيه الجاري ما يعده الناس جاريا.

(**النوادر**): الماء الجاري إذا سد من فوق النهر فتوضأ إنسان بما يجري فيه جاز؛ لأنه ماء جارٍ.

حوضان صغيران يخرج الماء من أحدهما ويدخل في الآخر وتوضأ إنسان في خلال ذلك جاز؛ لأنه ماء جارٍ.

الماء إذا كان يجري ضعيفا فتوضأ إنسان منه، فإن كان وجهه إلى مورد الماء جاز؛ لأنه يذهب الماء بغسالته، وإن كان وجهه إلى مسيل الماء لا يجوز إلا أن يمكث بين كل غرفتين مقدار ما يذهب الماء بغسالته.

وسئل نصير بن يحيى عن مشرعة صغيرة يدخل الماء فيها ويخرج ولا تتبين حركة الماء فيها، فتوضأ إنسان منه، فإن كان الماء يقع من يده لا يذهب ويدور فيها فلا خير فيه؛ لأنه بقيت النجاسة في موضع الطهارة.

وعن أبي يوسف: في حوض الحمام إذا انصبَّ فيه الماء من الأنبوب والناس يغترفون منه غرفًا متداركًا فهو كالماء لا ينجس.

(فصل)

الماء الراكد إن كان كثيرًا لا ينجس بوقوع النجاسة فيه، وإن كان قليلًا ينجس والكثير هو ما لا يخلص بعضه إلى بعض.

وقال الشافعي رحمه الله: إذا بلغ الماء قلَّتين لا ينجس وهو مائتان وخمسون منًّا.

وقال مالك رحمه الله: لا ينجس ما لم يتغير طعمه أو لونه.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: «**لا يبولنّ أحدكم في الماءِ الدّائمِ ولا يغتسلنّ فيه من جنابةٍ**» فلو لم ينجس لما نهى عن البول والاغتسال فيه، كذا في الأخبار الواردة في نزح البئر إبطال القولين، ولأنه متى خلص بعض الماء إلى بعض شاعت النجاسة في جميع الماء فلا يصل إلى استعمال شيء منه إلا وفيه شيء من

النجاسة، ومتى لم يخلص لم تصل النجاسة إلى الجانب الآخر بتحريك المستعمل بل ربما يصل بطبع الماء، فإنه مائع سيال بطبعه فيصير كالماء الجاري فلا يحكم بنجاسته بالشك دفعا للحرج عن الناس ولا حجة لنا في قوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا بلغَ الماءُ قلتين لا يحملُ خبثًا**»؛ لأن في سنده ضعف ذكره أبو داود في سننه وفي متنه اضطراب، فإنه قال في بعض الروايات: «**إذا بلغَ الماء أربعينَ قلةً**»، والقلة في نفسها مجهولة، لأنها تطلق على قامة الرجل، وعلى رأس الجبل وعلى الجرة، وقوله: «**لَا يَحْمِلُ خُبْثًا**» أي يضعف عن احتمال الخبث يعني ينجس كما يقال: فلان لا يحتمل الضرب، وذلك الأمر، أي يعجز عن حمله، وأما تفسير الخلوص اتفقت الروايات عن أصحابنا أنه يعتبر الخلوص بالتحريك إذا حرك جانب منه لا يتحرك الجانب الآخر فهو مما لا يخلص، وإذا تحرك فهو مما يخلص، إلا أنه روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قوله.

وروى محمد: أنه يعتبر التحريك بالوضوء، وهو الأصح؛ لأنه أوسط.

وعن أبي حنيفة: أنه موكول إلى غلبة الظن في خلوص النجاسة، فإن كان غالب ظنِّه أنه لا يخلص إلى ما يستعمله جاز استعماله، وإلا فلا؛ لأن غالب الرأي دليل عند عدم اليقين.

ورُوي عن محمد: أنه يعتبر المساحة عشر في عشر والاعتماد على التحريك إلا أن الأئمة امتحنوا الخلوص بالمساحة فوجدوا عشرا في عشر مما لا يخلص فقد رأوه بهذا تيسيرا على الناس ثم قال مشايخنا بالعراق بأن حكم النجاسة المرئية وغير المرئية في الماء الراكد سواء، فإنه لا يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه النجاسة؛ لأنه استيقن بحصول النجاسة فيه ويتوضأ من الجانب الآخر بخلاف الماء الجاري.

وقال مشايخنا في المرئية كذلك، وفي غير المرئية يجوز أن يتوضأ من موضع وقوع النجاسة فيه كما في الجاري حتى قالوا: لو كان صفا على شط النهر والمشرعة يتوضؤون منه جاز، وهو الأصح؛ لأن النجاسة ربما تحولت عن ذلك الموضع ولم تستقر فيه باضطراب الماء وبتحريك المستعملين فلا نحكم بنجاسته بالشك حتى لو تيقن النجاسة فيه لا يتوضأ منه، وإن كان الماء له طول وليس له

عرض كالماء الراكد في النهر فالأصح أنه إن كان بحال لو ضم طوله إلى عرضه يصير عشرًا في عشر يجوز التوضؤ منه ولا ينجس بوقوع النجاسة فيه؛ لأن اعتبار العرض يوجب تنجيسه واعتبار الطول لا يوجب فوقع الشك في تنجيسه، والأصل فيه هو الطهارة فيبقى طاهرًا.

وأما العمق هل يعتبر مع الطول والعرض ذكر أبو سليمان الجوزجاني[1] عن أصحابنا أنهم اعتبروا البسط دون العمق، وقيل: إن كان إنسان رفع الماء بكفيه ينحسر أسفله فلا يتوضأ به، وإن كان لا ينحسر يتوضأ به؛ لأنه متى انحبس بعضه ينقطع الماء بعضه عن بعض ويصير في مكانين حقيقة وذلك قليل فتنجس قبل أن يتصل أحدهما بالآخر، وقيل: مقدار شبر، وقيل: مقدار ذراع، والصحيح أنه إذا أخذ الماء وجه الأرض يكفي.

(**النوادر**): الحوض الكبير إذا كان أعلاه عشرا في عشر وأسفله أقل من ذلك وهو ممتلئ يجوز التوضؤ به.

الحوض إذا حكم بنجاسته ثم دخل الماء فيه وخرج منه قيل: لا يطهر ما لم يخرج مثل ما في الحوض ثلاث مرات فيصير ذلك بمنزلة غسله ثلاث مرات.

وقال أبو جعفر الهندواني[2] رحمه الله: يطهر إذا خرج منه بعضه؛ وهو الأصح وكذلك البئر على هذا؛ لأن الماء الجاري لما اتصل به صار في الحكم جاريا والماء الجاري طاهر، فلو كان الماء في الحوض منجمدًا فقور في موضع فوقعت فيه النجاسة إن كان الماء متصلا بالجمد ينجس؛ لأنه يمنع حركة الماء فلا يتلاشى عن

---

(١) موسى بن سليمان، أبو سليمان الجوزجاني، ثم البغدادي، الحنفي. أصله من "جوزجان" من كوربلخ أفغانستان. فقيه، صحب محمد بن الحسن، وأخذ الفقه عنه. عرض عليه المأمون القضاء، فقال: يا أمير المؤمنين احفظ حقوق الله في القضاء ولا تولِّ على أمانتك مثلي، فإني والله غير مأمون الغضب، ولا أرضى لنفسي أن أحكم في عباده، فأعفاه.

(٢) هو أبو جعفر، محمد بن عبد الله الهندواني (ت ٣٦٢هـ) ويعرف كثيرا بأبي جعفر الفقيه.

وقال عبد الحي اللكنوي: (أبو جعفر: هو البلخي الهندواني، كان بارعًا في الفقه شيخ زمانه، يقال له: أبو حنيفة الأصغر، توفي ببخارى سنة اثنتين وستين وثلاثمائة).

النجاسة فصار بمنزلة القصعة، وإن كان الماء منفصلا عن الجمد لا ينجس؛ لأن الماء يتحرك فيتلاشى عن النجاسة فيصير بمنزلة الحوض المسقف.

غدير كبير يروث فيه الدواب والناس في الصيف ثم يملأ ماء في الشتاء ويرفع منه الجمد، فإن كان الماء أولا يرد على مكان نجس فالماء والجمد نجس وإن كثر؛ لأنه كلما دخل الماء صار نجسا فلا يطهر وإن صار كثيرًا؛ لأن انبساط الماء لا تأثير له في زوال النجاسة، وإن كان الماء أولًا يستقر في مكان طاهر حتى صار عشرا في عشر ثم انتهى إلى النجاسة فالماء والجمد طاهر.

غدير كبير ليس له مشارع والماء متصل بألواح المشرعة لا يضطرب فتوضأ رجل في مشرعه لا يجوز؛ لأنه بمنزلة ماء راكد أقل من عشر في عشر، وإن كان الماء أسفل من الألواح قليلا جاز.

الحوض إذا كان مدورًا يعتبر ثمانية وأربعين ذراعًا مساحة دورة، وقيل: أربعة وأربعين فالأول أحوط.

حوض فيه عصير عشر في عشر فوقع البول فيه لا يفسده كالماء.

(باب الأواني والآبار)

فيه فصلان:

فصل في الأواني.

وفصل في الآبار.

(فصل)

الواقع في [المائع][1] القليل في الأواني لا يخلو إما أن كان نجاسة أو حيوانًا، فإن كان نجاسة يفسده سواء كانت [منجمدة] [2] أو مائعة كالبول والخمر؛ لأن المائع يشيع فيه فلا ينفك جزء منه عن جزء من النجاسة، والمنجمدة يدخل المائع

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): الماء.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): متجسدة.

في أجزائها فتنجس ثم يخرج فيشيع في الماء، فإن تغير وصف الماء أو طعمه أو ريحه بوقوع النجاسة فيه لم يجز الانتفاع به أصلًا لكون النجس غالبًا، وإن لم يتغير الماء جاز الانتفاع به في غير الشرب والتطهير مثل بلّ الطين وسقي الدواب، وإذا اختلط بالتراب الطاهر أو على العكس اختلفوا فيه، والصحيح أنه أينما كان نجسًا فالطين نجس؛ لأن النجاسة عن أحدهما لا تزول بالاختلاط بخلاف السِّرْقِين[1] إذا جعل في الطين للتطيُّن لا ينجس؛ لأن فيه ضرورة إلى إسقاط اعتبار نجاسة ذلك النوع لا يتهيأ إلا به.

والتبن النجس إذا كان مستعملًا في الطين، فإن كان يرى مكانه يكون نجسا وإلا فلا؛ لأن يكون مستهلكا فيه فأما الواقع فيه إن كان حيوانا ومات فيه فلا يخلو إما أن كان له دم سائلا أو لم يكن، ولا يخلو إما أن كان بريًّا أو مائيًّا، فإن كان بريًّا وله دم سائل كالوزغة والحيَّة البرية تنجس المائع؛ لأن الدم السائل نجس فينجس ما يخالطه بالموت، وإن لم يكن له دم سائل كالذباب والعقرب والزنابير ونحوها لا ينجس المائع خلافا للشافعي رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا وقعَ الذّبابُ في طَعَامِ أحدكُم فامقلوه ثم انقلوهُ، فإنّ في أحد جناحيهِ داءً وفي الآخرِ دواءً وإنه ليقدم الداء على الدواءِ**»، وإذا مقل فيه ثلاث مرات يموت لا محالة ولو كان منجسا لما أمر به؛ ولأن الموت لا تأثير له في تنجيس المحل وإنما يتنجس لما فيه من الدماء السيالة فما لا دم له يتنجس بالموت فلا يتنجس ما يموت فيه من المائع.

فأرة ماتت في سمن جامد يرمى بها وما حولها ويؤكل الباقي؛ لأنه لا تتعدى النجاسة عن موضعها، وإن كان ذائبًا ينتفع به سوى الأكل من دبغ الجلد والاستصباح؛ لأنه شاعت النجاسة وهي الرطوبة في الكل ويغسل الجلد؛ لأنه صار نجسًا لمجاورته والمشروب معفوًّا؛ لأنه قليل لا يمكن الاحتراز عنه.

(**النوادر**): الفأرة إذا ماتت في الخمر واستخرجت ثم صارت الخمر خلًّا

---

(١) السِّرقِينُ: السِّرجينُ. (وهي كلمة معرَّبة). السَّرْجينُ والسِّرْجينُ: ما تُدْمَلُ به الأَرضُ، وقد سَرْجَنَها.

الجوهري: السِّرْجين، بالكسر، معرَّب لأَنه ليس في الكلام فَعْليل، بالفتح، ويقال سِرْقين.

فالصحيح أن الفأرة إن لم تنفسخ فيها حَلَّ أكله لأنها صارت شيئًا آخر بالتغير فزالت صفة النجاسة عنها، وإن تفسخت فيها لم يحل أكله لأنه قد بقي فيها جزء منها والخمر إذا وقع في الماء أو الماء إذا وقع في الخمر ثم صارت خلا يطهر الماء؛ لأن نجاسة الماء بمجاورة الخمر، فإذا لم يبق المجاورة وهو الخمر لم يبق النجاسة كما لو وقع رغيف طاهر في خمر ثم ألقي في الخل طهره الخل ويؤكل الرغيف، فأما إذا كان الحيوان مائيًا كالسمك والضفدع المائي والسرطان ونحوه إن مات في الماء ليس يفسده، وقال الشافعي رحمه الله: يفسده إلا السمك.

والصحيح قولنا؛ لأن الماء لا دم له حقيقة، وإن كان يشبه لون الدم؛ لأن الدموي لا يعيش في الماء بل يخنقه الماء، وإذا شمِّس ذلك يبيض ولو كان دمًا كان يسود وإن مات في غير الماء كاللبن والخل قيل بأنه يفسده.

ورُوي عن محمد أنه لا يفسده، وهكذا ذكر الكرخي وهو الأصح؛ لأنه ليس له دم حقيقة فلا ينجس بموته لكن يحرم أكله لفساد الغذاء وخبثه، ويستوي بين المنفسخ وغيره إلا أنه يكره شرب المائع؛ لأنه لا يخلو عن أجزائه وهو غير مأكول.

وعن محمد: أنه يستوي في الضفدع أن يكون بريًّا أو بحريًّا ولكن قالوا في الضفدع البري: إن كان له دم سائل أفسده وإلا فلا، وكذا المائي إذا مات خارج الماء ثم وقع فيه لا يفسده، والمائي ما لا يعيش إلا في الماء، والبري ما لا يعيش إلا في البر، فأما الذي يعيش فيهما جميعا كالبط والأوز ونحوه روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يفسد الماء؛ لأن له دما سائلا وهو غير مائي الأصل وإنما هو مائي المعاش.

(فصل)

الواقع في البئر لا يخلو إما أن كان نجاسة أو حيوانًا، فإن كان حيوانًا لا يخلو إما أن أخرج حيًّا أو ميتًا، فإن أخرج حيًّا إن كان نجس العين كالخنزير ينزح جميع الماء كما لو وقع فيها دم أو بول.

وأما الكلب (**ذكر في النوادر**): لو وقع حيوان في بئر فاستخرج حيًّا لا يجب نزح الماء إلا الكلب والخنزير، وهكذا رُوي عن أبي يوسف: كلب وقع في الماء فخرج فانتفض فأصاب ثوب إنسان أفسده؛ لأن الماء أصاب جلده وجلده نجس؛ لأنه لا يخلو عن رطوبة تتولَّد من باطنه وتلك الرطوبة نجسة، ولو أصابه ماء المطر فانتفض فأصاب ثوب إنسان لم يفسده؛ لأنه أصاب شعره وشعره طاهر حتى لو أصاب جلده أفسده أيضًا.

وقد اختلف مشايخنا في كونه نجس العين حتى ذكر أبو الليث في نوازله: لو مشى الكلب في طين وردغة أو في ثلج رطب فوطئ إنسان على أثر رجله تنجس رجله والصحيح أنه ليس بنجس العين، وهكذا رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكلب إذا وقع في الماء ثم خرج حيا فلا بأس به بدليل أنه يطهر جلده بالدباغ وكله بالذكاة، ولو صلى وفي كمه جرو كلب جازت صلاته، وذكر أبو الليث رحمه الله في نوازله لو أخذ الكلب عضو إنسان أو ثيابه في حالة الغضب لا يجب غسله؛ لأنه يأخذه بالأسنان ولا رطوبة في أسنانه، وإن أخذه في حالة المزاح يجب غسله؛ لأنه يأخذه بالشفتين وشفتاه رطبتين، وأما إذا كان حيوانا طاهرا ولم يكن على بدنه أو مخرجه نجاسة كالآدمي وحيوان مأكول اللحم لم ينزح منه شيئًا؛ لأنه لاقى طاهرا، وإن كان على مخرجه نجاسة نزح كله لاختلاط النجاسة بالماء.

وذكر القدوري رحمه الله إن نوى الغسل أو الوضوء كان الآدمي محدثا نزح أربعون دلوا، وإن كان جنبا نزح كله؛ لأن الحدث زال عن جميع البدن فصار الماء مستعملًا من كل وجه، وحكم الحدث أخفُّ من الجنابة فيقضى في النزح وهذا عندهما، فأما عند محمد رحمه الله إن نوى الغسل أو الوضوء يفسد الماء، وإلا فلا، وهو المختار لِمَا بيَّنَّا.

وإن كان حيوانا لا يؤكل لحمه كسباع الوحش والطيور اختلفوا فيه والصحيح أنه لا ينجسه، وكذلك في الحمار والبغل لا يصير الماء مشكوكا فيه؛ لأن بدن سائر الحيوانات طاهرة لأنها مخلوقة لنا استعمالًا، وإنما تصير نجسة بالموت، وهذا كله إذا لم يصل إلى الماء شيء من لعابه، وإن وصل يصير حكم الماء حكم لعابه، فأما إذا أخرج ميتا، فإن كان منتفخًا أو متفسِّخًا ينزح الماء كله؛ لأنه لا يخلو عن بلة

نجسة تخرج فيشيع في الماء؛ ولهذا قال محمد: ذنب الفأرة أو قطعة من ذنبها وقعت في بئر ينزح كله لانتشار الرطوبة التي على موضع القطع في الماء.

(**وذكر في النوادر**): هرة أخذت فأرة فوقعتا في البئر، فإن أخرجتها الهرة ينزح ماء البئر كله، وإن لم تخرجها وماتت الفأرة وخرجت الهرة حية ينزح عشرون دلوا، وإن ماتت الهرة وخرجت الفأرة حية ينزح أربعون دلوا، وإن خرجتا حيَّتين لا ينزح شيء.

وإن لم يكن منتفخا ولا متفسخا فقد جعله في ظاهر الرواية على ثلاث مراتب في الفأرة ونحوها ينزح عشرون دلوا أو ثلاثون. وفي الدجاجة والسِّنَّور والحمامة ونحوه أربعون أو خمسون، وفي الآدمي والجدي ونحوه كل الماء، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه جعله على خمس مراتب: في الحلمة ونحوها عشر دلاءٍ، وفي الفأرة عشرون، وفي الحَمَام ونحوه ثلاثون، وفي الدجاجة ونحوها أربعون، وفي الآدمي ونحوه كل الماء. وهذا كله استحسانًا والقياس أن لا ينجس البئر بموت الحيوان فيها؛ لأن ماء البئر في حكم الجاري؛ لأنه ينبع من أسفله ويوجد من أعلاه فصار كحوض الحمام إذا انصبت الماء فيه من جانب ويؤخذ من جانب آخر لم ينجس فكذا هذا إلا أنَّا حكمنا بنجاسته وبطهارته بنزح البعض لورود الآثار فيه ولإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين عليه، فإنه رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر في الفأرة تموت في البئر أن ينزح منها عشرون دلوا أو ثلاثون.

وعن أبي سعيد الخدري قال في الدجاجة ماتت في البئر أنه ينزح منها أربعون دلوا ولم ينكر عليه أحد.

ورُوي أن زنجيًّا مات في بئر زمزم فأمر ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما بنزح الماء كله.

وإن كان الواقع أكثر من واحد رُوي عن أبي يوسف أنه قال: في الفأرة ينزح عشرون دلوا إلى الأربع، فإذا بلغت خمسا ينزح أربعون إلى التسع، فإذا بلغ عشرا نزح ماء البئر كله.

وعن محمد: في الفأرتين ينزح عشرون، وفي الثلاث أربعون؛ لأن الثلاث منها ما يبلغ جثثهم جُثَّة الدجاجة.

وإن كانت الفأرتان هيأتهما كهيئة الدجاجة ينزح أربعون.

فإن غلبهم الماء ولم يمكنهم نزح جميعه؛ فعن محمد: أنه ينزح مائتان أو ثلاثمائة دلوا وفي رواية مائتان وخمسون؛ لأن ماء الآبار غالبا لا يتجاوز عن هذا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: قدر ما كان فيها وطريق معرفته أن يرسل خشبة في الماء ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها عشر دلاء ثم يرسل ثانيا فينظر كم انتقص الماء من العلامة، فإن نقص قدر شبر نزح مكان كل شبر عشرة دلاء حتى لا تبقى من القصبة شيء.

ويُنزح الماء بعد إخراج الفأرة؛ لأن قبله المنجس فيها قائم.

وإن نزح مقدار ما وجب نزحه على التفاريق جاز والمعتبر دلو ذلك البئر صغيرًا كان أو كبيرًا، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قدَّره بما يسع فيه صاع.

والنزح بدلو تسع فيه عشرون دلوا بدلوهم جائز خلافًا لزفر رحمه الله؛ لأن المقصود نزح هذا القدر من الماء دون إدلاء الدلاء وهذا أولى؛ لأن العائد من القطرات فيه أقل ويطهر الدلو والرشا والبكرة ونواحي البئر ويد المستقي بطهارة البئر مروي ذلك عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن نجاسة هذه الأشياء كانت بنجاسة ماء البئر حكما فيكون طهارتها بطهارة البئر حكمًا نفيا للحرج كالدن إذا تنجس بنجاسة الخمر ثم صارت خلًّا حكم بطهارة الدن تبعًا، وكمن أخذ عروة الإناء بيد نجسة وكلما غسل يده يأخذ عروة الإناء فَطُهْرة العروة مع طهارة اليد.

أزيل الدلو الأخير عن وجه الماء لا يجوز التوضؤ بمائها ما لم ينفصل عن رأسها عندهما، وقال محمد: يجوز؛ لأن النجس تميز من الطاهر والقطرات التي تعود إليها عفو لتعذُّر الاحتراز عنها.

لهما: أن الدلو ما دام في البئر فهو كالمتصل بالماء؛ لأن العائد من القطرات جعلت كالباقي فيها فكان النجس ما يبقى في الدلو دون القطرات العائدة إليها، وهذه القطرات متصلة بماء الدلو فيعتبر اتصال هذه القطرات بماء الدلو كاتصال

الدلو بماء البئر، فلم يتميز الطاهر من النجس حكما، فإن صب الدلو الأخير في بئر طاهرة ينزح دلو مثله، وإن صب الثاني ينزح تسعة عشر دلوا فيطهر للثانية بما تطهر به الأولى؛ لأن القياس أن لا ينجس البئر بموت الحيوان فيها لما قدمنا إلا أن الشرع ورد بنزح البعض تعبُّدا وتحكما، فإذا صب ذلك في بئر حلت الثانية محل الأولى فتطهر بما تطهر به الأولى، وإن أخرجت الفأرة يُنزح عشرين دلوا؛ لأن الأولى تطهر بهذا.

بئران ماتت في كل واحدة فأرة فنزح من إحديهما عشرون دلوا وصب في الأخرى ينزح من الثانية عشرون، ولو ماتت فأرة في بئر ثالثة فنزح من الأوليين أربعون وصب فيها ينزح منها أربعون، وإن صب فيها من إحدى البئرين عشرون ففي الثانية عشرة ينزح منها ثلاثون وأصله أن ينظر إلى المصبوب وإلى ما وجب فيها، فإن استويا يكتفى بنزح أحدهما، وإن كان أحدهما أكثر يكتفى بنزح الأكثر؛ لأن الأكثر ينوب عن الأقل، والمثل عن المثل، ولا ينوب الأقل من الأكثر ولا يجب نزح العددين؛ لأن المنصوب فيه بمنزلة وقوع الفأرة فصار هذا كوقوع الفأرتين وبوقوعهما لا يجب إلا نزح عشرين فكذا هذا.

(**وفي النوادر**) فأرة ماتت في جنب بئر فأريق الماء في البئر.

قال محمد: ينزح الأكثر من المصبوب ومن عشرين دلوا، وهو الأصح؛ لأن الفأرة لو وقعت فيها ينزح عشرون دلوا، فكذا إذا صبت فيها ما وقع فيه إلا إذا زاد المصبوب فينزح الزيادة مع عشرين دلوا، وقال أبو يوسف: ينزح المصبوب وعشرون دلوا؛ لأنه يصير بمنزلة ما لو وقعت الفأرتان في البئر يجب نزحهما ونزح عشرون دلوا فكذا هذا.

ومن توضأ في بئر فوجد فيها فأرة ميتة ولم تنتفخ ولم يعلم متى وقعت أعاد صلاة يوم وليلة، وإن كانت منتفخة فثلاثة أيام ولياليها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يعيد لأنا تيقَّنَّا بطهارته وشككنا في نجاسته قبل الوضوء، واليقين لا يزال بالشك.

لأبي حنيفة رحمه الله: وقوع الحيوان في الماء سبب لموته ظاهرا فيحال بالموت عليه، وإن كان يحتمل بسبب آخر كما في الجرح إلا أنه لما وقع في الماء

لا يموت، ولما مات لا ينتفخ فقدَّرْنَا مُدَّة الموت وعدم الانتفاخ بيوم وليلة؛ لأن ما دون ذلك ساعات لا يمكن التحديد بها، وإن كانت منتفخة دل أنه مات منذ ثلاثة أيام، فإن الميت لا ينفسخ إلا بالأيام وأقلها ثلاثة أيام؛ لأنه لا ينفسخ إلا بعد ثلاثة أيام ولو رأى في ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولا يدري متى أصابته لا يعيد شيئًا من صلاته بالإجماع، وهو الأصح؛ لأن الثوب شيء طاهر فلما أصابته النجاسة يطلع عليه صاحبه أو غيره، فإذا لم يشعر به هو ولا غيره علم أنه أصابته للحال ولا كذلك البئر فإنها غائبة مخفية عن الأعين لا يُدرَى ما فيها.

وقال المعُلَّى[1] على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله: ينظر إن كانت طريَّة أعاد صلاة يوم وليلة، وإن كانت يابسة أعاد صلاة ثلاثة أيام ولياليها.

---

(١) • هو معلى بن منصور الرازي العلّامة الحافظ الفقيه أبو يعلى الحنفي، نزيل بغداد ومفتيها. ولد في حدود الخمسين ومائة.

• **وحدث عن:** عكرمة بن إبراهيم الأزدي، وسليمان بن بلال، وشريك القاضي، وعبد الله بن جعفر المخرمي، ومالك بن أنس، وحماد بن زيد، وأبي عوانة، وخالد بن عبد الله، وهشيم، ويحيى بن حمزة القاضي، وصدقة بن خالد، والليث بن سعد، وعمرو بن أبي المقدام، وعبد الرحمن بن أبي الموال، وعبد الوارث، وأبي أويس عبد الله بن عبد الله، وابن المبارك، والقاضي أبي يوسف، وتفقَّه به مدة، وكتب عن خلق كثير، وأحكم الفقه والحديث.

• **حدث عنه:** أبو ثور الفقيه، ومحمد بن عبد الله المخرمي، ومحمد بن عبد الرحيم صاعقة، وحجاج بن الشاعر، وأحمد بن الأزهر، والفضل بن سهل الأعرج، ومحمد بن يحيى الذهلي، ومحمد بن إسحاق الصاغاني، ومحمد بن إسماعيل البخاري في غير "الصحيح"، ويعقوب بن شيبة، وأبو قدامة السرخسي، وعباس الدوري، وابن منصور الرمادي، والحسن بن مكرم، وخلق كثير.

• **مصادر الترجمة:** انظر: طبقات ابن سعد: ٣٤١/٧، وتاريخ الدارمي، الترجمة ٨١٦، وتاريخ خليفة: ٤٧٤، وطبقاته: ٣٢٩، وتاريخ البخاري الكبير: ٧/ الترجمة ١٧٢٢، وتاريخه الصغير: ٣٢٣/٢، والكنى لمسلم، الورقة ١٢٦، وثقات العجلي، الورقة ٥٢، وضعفاء العقيلي، الورقة ٢١٢، والجرح والتعديل: ٨/ الترجمة ١٥٤١، وثقات ابن حبان: ١٨٢/٩، والكامل لابن عدي: ٣/ الورقة ١٣٤، ورجال صحيح مسلم لابن منجويه، الورقة ١٧٢، وتاريخ الخطيب: ١٨٨/١٣، ورجال البخاري للباجي: ٧٣٩/٢، والجمع لابن القيسراني: ٥٠٦/٢، وسير أعلام النبلاء: ٣٦٥/١٠، وتذكرة الحفاظ: ٣٧٧/١، والكاشف: ٣/ الترجمة ٥٦٥٩، والمغني: =

وذكر ابن رستم[1] في "نوادره": إن وجد في ثوبه منيًّا أعاد الصلاة من آخر نومة نامها فيه؛ لأنه تيقن بفساد ذلك وشك فيما قبله، وإن رأى دمًا لا يعيد حتى يستيقن أنه صلى فيه، فإن كان الثوب قد تلبسه غيره فالنطفة والدم سواء لا يلزمه الإعادة حتى يستيقن.

ولو فتق جبَّة فوجد فيها فأرة ميتة ولم يعلم متى دخلت فيها، فإن لم يكن للجبة

=

٢/ الترجمة ٦٣٥٩، والعبر: ٣٦١/١، وتذهيب التهذيب: ٤/ الورقة ٥٥، وتاريخ الإسلام، الورقة ١٥٧ (أيا صوفيا ٣٠٠٧) وميزان الاعتدال: ٤/ الترجمة ٨٦٧٦، ونهاية السول، الورقة ٣٨١، وتهذيب التهذيب: ٢٣٨/١٠ - ٢٤٠، والتقريب: ٢٦٥/٢، وخلاصة الخزرجي: ٣/ الترجمة ٧١٢٢، وشذرات الذهب: ٢٧/٢.

(١)• **إبراهيم بن رستم المروزي:** هو أحد الأعلام، واسمه أبو بكر، إبراهيم بن رستم، المروزي، من أصحاب محمد بن الحسن.

• **مولده:** لم أجد من ذكره.

• **علمه:** تفقَّه على محمد بن الحسن وروى عنه (النوادر).

قال العباس بن مصعب: كان إبراهيم بن رستم من أهل كرمان، ثم نزل مرو في سكة الدباغين، وكان أولًا من أصحاب الحديث، فحفظ الحديث، فنقم عليه من أحاديث، فخرج إلى محمد بن الحسن وغيره من أهل الرأي، فكتب كتبهم، وحفظ كلامهم، فاختلف الناس إليه، وعُرض عليه القضاء، فدعاه المأمون، فقرَّبه منه، وحدثه.

وعرض عليه المأمون القضاء فامتنع وانصرف إلى منزله فتصدَّق بعشرة آلاف درهم.

• **شيوخه:** ١. محمد بن الحسن. ٢. سمع منصور بن عبد الحميد، وهو شيخ يروي عن أنس بن مالك. ٣. وسمع أيضًا مالك بن أنس. ٤. ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب. ٥. وسفيان الثوري. ٦. وروى عن أبي عصمة نوح بن أبي مريم. ٧. وأسد بن عمر. وغيرهم.

• **تلاميذه:** قدم بغداد غير مرة، وحدَّث بها، فروى عنه العراقيين: ١. سعيد بن سليمان سعدويه، ٢. وأحمد بن حنبل، ٣. وزهير بن حرب، وغيرهم. وتفقَّه عليه الجمُّ الغفير.

• **مصنفاته:** روى (النوادر) عن محمد بن الحسن.

• **وفاته:** مات بنيسابور في يوم الأربعاء لعشرين من جمادى الآخر سنة (٢١١هـ).

• **مصادر الترجمة:** انظر ترجمته في: الفوائد البهية (٩). الطبقات السنية في تراجم الحنفية (٦٠/١). تاريخ بغداد (٧٢/٦). الجواهر المضية (٣٨/١).

ثقب يعيد الصلاة منذ يوم ندف[1] القطن فيها، وإن كان فيه ثقب يعيد صلاة ثلاثة أيام ولياليها عند أبي حنيفة كما في مسألة البئر.

وإن كان الواقع في البئر نجاسة، فإن كانت مائعة نزح ماء البئر كله، وإن كانت صلبة كبعر الإبل والغنم لا يفسد البئر استحسانًا ما لم يفحش؛ لأن فيه بلوى وضرورة؛ لأن آبار المفازة ليست لها رؤوس حاجزة فالمواشي تبعر حولها ثم الريح تسفر بها فتقلبها في البئر فلا يمكن الاحتراز عن سقوطها وسوى في اللباب بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر؛ لأن الضرورة في الكل سواء، وفي المنكسر أشد وهو الصحيح وعن أبي حنيفة رحمه الله إن كان رطبا يفسد؛ لأن الرطب ثقيل ملتصق بالأرض فقل ما تنقله الريح، واختلفوا في بئر الأمصار قيل بأنه ينجس؛ لأنه يكون حولها توابيت فلا يتحقق فيها الضرورة والصحيح أنه لا ينجس؛ لأن الضرورة قد تقع في الجملة في المصر أيضًا وَحَدُّ الكثير الفاحش عن أبي حنيفة رحمه الله ما استكثره للناس فهو كثير، وعن محمد أن يأخذ ربع وجه الماء، وقيل: أن يأخذ جميع وجه الماء، وقيل: أن لا يخلو كل دلو عن واحد أو اثنين، وقيل: الثلاث كثير، وهو فاسد، فإنه قال في الكتاب إذا وقعت بعرة أو بعرتان في البئر لا يفسد ما لم يكن كثيرا فاحشا، والثلاث ليس بكثير فاحش.

وفي (**المنتقى**) فيمن يحلب شاة فبعرت في المحلب فرمى بها من ساعته لا ينجس لعموم البلوى والضرورة؛ لأن من عادتها أنها تبعر عند الحلب والسرقين والروث قليله وكثيره رطبه ويابسه مفسد؛ لأنه بعد السقوط يتفتت فينتشر في الماء فشابه قليله الكثير من البعر، وعن أبي يوسف رحمه الله: قليله اليابس لا يفسد للضرورة وهو الأوجه؛ لأن البلوى والضرورة في المتفتت أشد.

وأما أخثاء[2] البقر قيل: ينجس، وقيل: إن كان صلبا مستمسكا فهو بمنزلة البعر والمعتبر هو الضرورة، فإن كان في موضع يتحقق الضرورة فيها كما في البعر يكونان في الحكم سواء وإلا فلا.

---

(١) أي: وضع القطن فيها.

(٢) الخِثْي: ما يَرْمِي به البقرُ أو الفيلُ، الجمع: أَخْثَاءٌ، وخُثِيٌّ.

بعر الفأرة وقع في وقر حنطة وطحنت أو في رق دهن لم يفسده ما لم يتغير طعمه.

ولو وقع بول الفأرة في الماء ينجس ولو أصاب الثوب أو الطعام لا ينجس؛ لأنه أمكن صون الماء عن بولها دون الثياب، والطعام أدنى ما ينبغي أن يكون بين بئر الماء والبالوعة خمسة أذرع، وفي رواية: سبعة أذرع، والصحيح قدر ما لا يخلص أحد الماءين إلى الآخر عرف ذلك بتغير الماء.

بئر بالوعة حفروها وجعلوها بئر ماء، فإن حفروها مقدار ما وصلت إليه النجاسة فالماء طاهر وجوانبها نجسة. وإن حفروا أوسع من الأول طهر الماء والبئر كله.

(**النوادر**)، وإذا وقع الماء المستعمل في البئر يفسد الماء وينزح كله عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه نجس، وعند محمد لا يفسده ويجوز التوضؤ به ما لم يغلب على الماء، وهو الصحيح؛ لأن الماء المستعمل طاهر غير طهور فصار كالماء المقيد إذا اختلط بالماء المطلق.

الميت إذا وقع في الماء قبل الغسل ينجس؛ لأنه نجس وإن وقع بعد الغسل لا ينجس إلا أن يكون كافرًا، فإنه ينجس وإن غسل، وهو بمنزلة الخنزير؛ لأن غسل المسلم شرع تطهيرا له؛ ولهذا تعلق به حكم شرعي وهو جواز الصلاة عليه فصار كأنه وقع كافر ميت قبل غسله، وروى الحسن رحمه الله: لو وقع السقط يفسد الماء وإن غسل؛ لأنه لا يصلى عليه فكان في حكم الكافر، وإذا وقع عظم الميتة في البئر، فإن كان عليه لحم أو دسم ينجس، وإن لم يكن لم ينجس.

قال محمد: عصب الميتة وجلدها إذا يبس فوقع في الماء لا يفسده؛ لأن باليبس زالت عنه الرطوبات النجسة.

جلدة الإنسان إذا وقعت في الماء أو قشره إن كان قليلا مثل ما يتناثر من شقوق الرجل لا يفسده، وإن كان كثيرًا يفسده ومقدار الظفر كثير؛ لأن هذا من جملة لحم الآدمي، وقد بان من الحي فيكون نجسا إلا أن في القليل تعذر الاحتراز عنه فلم يفسد الماء لأجل الضرورة ولو وقع الظفر لا يفسده؛ لأنه عظم.

بئر وقعت فيها نجاسة فنضب ماؤها وجفَّت ثم عاد الماء؛ في رواية: يطهر بالجفاف؛ لأنه صار بمنزلة النزح؛ لأن نجاسته بنجاسة الماء، فإذا ذهب الماء حكم بطهارته، وفي رواية عن محمد أنه لا يطهر إلا بالنزح؛ لأنه غير ذلك الماء النجس.

(باب الأَسآر)

الأَسْآر[1] على أربعة أوجه:

طاهرٌ لا كراهة فيه وهو سؤر الآدمي بكل حال إلا في حال شرب الخمر لنجاسة فمه حتى لو ابتلع بزاقه مرارًا طهر منه؛ لأن لعابه مترشح من لحمه ولحمه طاهر لكنه لا يؤكل لاحترامه لا لنجاسته، وكذا سؤر ما يؤكل لحمه من الدواب والطيور ما خلا الدجاجة المخلاة والإبل والبقر الجلالة فسؤرها مكروه لاحتمال أن يكون على منقارها أو فمها نجاسة، حتى لو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها تحت قدميها فلا يكره، وإن وصل فهي بمعنى المخلاة لاحتمال أنها تجول في عذرات نفسها.

وأما سؤر الفرس فعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية: مكروه كلحمه، وفي ظاهر الرواية: طاهر، وهو قولهما؛ لأن كراهة لحمه لاحترامه؛ لأنه آلة الجهاد يذهب به عدو الله تعالى لا لنجاسته فلا يؤثر في كراهة سؤره كالآدمي.

وسؤر طاهر مكروه وهو سؤر الهرة وسكان البيوت كالفأرة والحية والعقرب ونحوها.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا أكره سؤر الهرة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغي لها الإناء فتشرب منه.

لنا: قوله عليه السلام: «**يُغْسلُ الإناءُ من ولوغِ الهرةِ مرةً**»[2]؛ ولأن عامة مأكولاتها النجاسة فيتوهم أن يكون على فمها نجاسة إلا أنه لما تعذر صون الأواني عنها لا

---

(١) أَسْآر: جمع سُؤر، والسُّؤْرُ: بقيَّة الشيءِ، وفي حديث الفضل بن العباس - حديث شريف -: «**لا أُوثِرُ بسُؤْرِكَ أَحَدًا**».

(٢) أخرجه الطحاوي (١/١٩)، وذكره ابن عبد البر في التمهيد (١/٣٢٦).

يحكم بنجاسة سؤرها ولكن لا أقل من الكراهة وحديثه محمول على ما إذا كان لم تأكل الفأرة، وعن هذا قالوا: إذا لحست عضو المرء يكره أن يصلي من غير غسله، وكذلك إذا مضغ لها شيء فأكلت بعضها، فلا ينبغي أن يؤكل ما بقي منها.

(**وفي النوادر**): عن أبي حنيفة رحمه الله في الهرة أكلت فأرة ثم شربت من الإناء على الفور ينجس، فإن مكثت ساعة ثم شربت لا ينجس؛ لأنها غسلت فمها بلعابها ولعابها طاهر، وهو قول أبي يوسف؛ لأن عنده النجاسة، وإن كانت لا تزول إلا بالصبِّ عليها ولكن في مثل هذا يحكم بزوالها بدون الصبِّ للضرورة.

وقال محمد: ينجس الماء في الحالين؛ لأن عنده النجاسة لا تزول إلا بالماء.

وكذا سؤر سباع الطيور كالحدأة والبازي والصقر ونحوها طاهر مكروه لأنها تنقَضُّ من الهواء وتشرب من الأواني فتعذر صون الأواني عنها خصوصًا في الصحاري فأشبه الهرة إلا إذا كان البازي مأخوذا يأكل اللحم الذكي فغير مكروه لعدم توهُّم النجاسة على منقارها.

وسؤر نجس: وهو سؤر ما لا يؤكل لحمه من الدواب والسباع.

وقال الشافعي رحمه الله: سؤر سباع الوحش طاهر.

لنا: أن سؤرها لا يخلو عن لعابها، ولعابها مترشح من لحمها، ولحمها نجس؛ لأن حرمة لحمها لنجاستها وخبثها لا لاحترامها.

وعن محمد: أن سؤر الفيل نجس كسؤر السباع.

وسؤر الخنزير والكلب نجس.

وعند مالك رضي الله عنه: سؤر الكلب طاهر.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «**يُغسلُ الإناء من ولوغ الكلب ثلاثًا**»[1]. وغسل الإناء لا يكون تعبُّدًا؛ فدل ذلك على نجاسته، ولأن عامة مأكولاته نجاسة، واللعاب يتولد من رطوبة المأكولات فكان نجسًا ضرورة.

---

(١) انظر: فتح القدير ١/٩٤ - ٩٥ ط. دار إحياء التراث العربي، والاختيار شرح المختار ١/١٩ نشر دار المعرفة، ومراقي الفلاح وحاشية الطحطاوي عليه ص١٨.

ثم عند الشافعي رحمه الله: يغسل الإناء من ولوغه سبعًا؛ لقوله عليه السلام: «**إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فاغسلوه سبعًا وعفِّروا الثامنة من التراب**»[١].

وعندنا: يغسل ثلاثًا[٢] لما روينا، وحديثه كان في الابتداء حين كان يشدد في أمر الكلاب فانتسخ بما روينا، ولأن نجاسة بوله أشد من نجاسة سؤره وثمة يكتفي بالثلاث فهذا أولى.

وسؤر مشكوك فيه وهو سؤر الحمار والبغل، وقال الشافعي رضي الله عنه: هو طاهر طهور، ثم قيل: الشك في طهوريته لا في طهارته، رُوي عن محمد ذلك نصًّا فروي عنه أيضًا: في لبن الأتان أنه طاهر ولا يؤكل، فإذا كان لبنه طاهرًا فلأن يكون سؤره طاهر أولى.

وقيل الشك في طهارته وطهوريته؛ لأن حرمته حرمة لحمه ونجاسته تدل على نجاسة لعابه وسؤره وتحقق البلوى وللضرورة فيه تدل على طهارته؛ لأن الحمار يربط على أقنية الدور فيشرب من الأواني وللضرورة أثر في إسقاط حكم النجاسة كما في الهرة، إلا أن الضرورة في الحمار متقاصرة وليست كضرورة الهرة فإنها تدخل مضايق البيوت والحمار لا يدخل، فلوجود أصل الضرورة لا نحكم بنجاسته ولانعدام الضرورة المتناهية لا نحكم بطهارته فبقي مشكوكا فيه لتعارض الأدلة، والشك هو التوقف فيه، ولعابهما وعرقهما إذا أصاب الثوب لا يفسده وإن فحش؛ لأنه مشكوك فيه فلا ينجس طاهرًا ولا يطهر نجسًا.

ورُوي عن أبي حنيفة ما لم يفحش؛ لأنه نجس بدلالة حرمة لحمهما إلا أنه خفَّت نجاسته للضرورة كبول ما يؤكل لحمه ويفسد الماء ويصير الماء بمنزلة سؤره مشكوكًا.

---

(١) انظر: "المهذب" للشيرازي ١/٤٨، و"نَيْل الأوطار" ١/٣٣، و"المُغني" ١/٦٣، و"فتح الباري" ١/٣٦٨.

(٢) حديث: «**يغسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثا**» أخرجه الدارقطني موقوفا على أبي هريرة بلفظ «**إذا ولغ الكلب في الإناء فأهرقه، ثم اغسله ثلاث مرات**»، وقال الشيخ تقي الدين في "الإمام" هذا سند صحيح (نصب الراية ١/١٣١، وإعلاء السنن ١/١٩٦ نشر إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - باكستان).

وقال محمد: لبن الإناث طاهر ولا يؤكل وهو بمنزلة لعابه، وعرقه يفسد الماء دون الثوب، ولو وقع سؤر الحمار في الماء يجوز التوضؤ به ما لم يغلب عليه؛ لأنه طاهر غير طهور كالماء المستعمل عند محمد، وعرق كل دابة مثل سؤره؛ لأنه متولد من لحمه كلعابه.

(باب الأنجاس)

كل ما خرج من بدن الإنسان مما يوجب الوضوء أو الغسل فهو نجس؛ كالغائط والبول والدم والصديد والمني ونحوها.

وقال الشافعي رحمه الله: المني طاهر.

لنا: حديث عمار بن ياسر رضي الله عنه أنه كان يغسل ثوبه من النجاسة فمرَّ عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «**ماذا تصنع يا عمار؟ فأخبره بذلك، فقال: ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك إلا سواءٌ، وإنما يغسل الثوب من خمس: بول وغائط وقيء ودم ومني**»[1].

ولأن كل خارج يوجب انتقاض الطهارة يكون نجسا؛ لأن الطهارة لا تنتقض بوجود ما يضادُّها ويناقضها وهو النجاسة، وكذلك كل ما يخرج من سائر أبدان الحيوانات من الأبوال والأرواث ونحوها نجس.

وقال زفر ومالك رضي الله عنهما: روث ما يؤكل لحمه طاهر.

لنا: ما رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب منه ليلة الجن أحجار الاستنجاء، فأتى بحجرين وروثة، فأخذ الحجرين ورمى بالروثة وقال: "إنها رجس"[2].

---

(١) أخرجه أبو يعلى (١٨٥/٣ رقم ١٦١١)، والعقيلي (١٧٦/١ ترجمة ٢٢٠ ثابت بن حماد) وقال: مجهول. وأخرجه أيضًا: الدارقطني (١٢٧/١)، والطبراني في الأوسط (١١٣/٦، رقم ٥٩٦٣). قال الهيثمي (٢٨٣/١): مدار طرقه عند الجميع على ثابت بن حماد وهو ضعيف جدًّا.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤٣/١ (١٥٦) قال: حدثنا أبو نعيم. و«ابن ماجه» (٣١٤) قال: حدثنا أبو بكر بن خلاد الباهلي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان. و«النسائي» ٣٩/١، وفي =

ولأنه مما أحاله الطبع إلى نتن وفساد فيكون نجسًا كرجيع الآدمي وبوله بل أولى؛ لأن الآدمي أطهر الحيوانات وأطيبها ذاتا وغذاء فلما كانت هذه الأشياء نجسة منه فمن غيره أولى.

وبول ما يؤكل لحمه طاهر عند محمد، نجس عندهما، لكن يباح شربه للتداوي عند أبي يوسف، ولا يباح عند أبي حنيفة رحمه الله.

لمحمد: ما رُوي أن قومًا من عرنة عكل أصابهم الاستسقاء بالمدينة وأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بشرب أبوال الإبل وألبانها، ولو كانت نجسة لما أمرهم.

ولهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «**اسْتَنْزِهُوا مِن الْبَوْلِ، فَإِنَّ عَامَّةَ عَذَابِ الْقَبْرِ مِنْهُ**»[1]. ولم يفصل، وحديث العرنين كان في ابتداء الإسلام فنسخ كما نسخ المثلة، أو يحتمل أنه صلى الله عليه وسلم عرف بطريق الوحي أن شفاهم فيه، فحل لهم كما حل للمضطر تناول الميتة.

وإن أصاب الثوب لا يفسده ما لم يفحش لخفَّة نجاسته لما تبين، وعند محمد لا يفسده وإن امتلأ منه؛ لأنه طاهر ولو وقع قطرة منه في الماء ينجسه عندهما، وعند محمد لا. وخرء الدجاج والأوز والبط نجس؛ لأنه مما أحاله الطبع إلى نتن وفساد، وخرء ما يؤكل لحمه من الطيور كالحمامة والصقر طاهر خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن إجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد من غير ضرورة

=

«الكبرى» (٤٣) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا أبو نعيم. و«أبو يعلى» (٥١٢٧) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر، قال: حدثنا يحيى.

أربعتهم: (يحيى بن آدم، وسليمان بن داود، وأبو نعيم، ويحيى بن سعيد) عن زهير بن معاوية، عن أبي إسحاق، قال: ليس أبو عبيدة ذكره، ولكن عبد الرحمن بن الأسود، عن أبيه، فذكره.

(١) انظر: ابن عابدين ٢١٢/١، والاختيار ٣٢/١، والتاج والإكليل بهامش الحطاب ١٠٨/١، والمهذب ٥٦/١، وشرح منتهى الإرادات ٩٨/١، ٩٩. وحديث: "استنزهوا من البول". أخرجه الدارقطني (١٢٨/١ - ط. شركة الطباعة الفنية) من حديث أبي هريرة وقال: الصواب مرسل.

دليل على طهارته، إذ لو كان نجسًا لما اعتادوا اقتناءها في المساجد فإنها أولى الأماكن بالتنزيه عن النجاسات، وخرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور لا يفسد الثوب، وعند محمد يفسده إذا زاد على قدر الدرهم؛ لأنه نجس مما أحاله الطبع إلى نتن وفساد وأمكن التحامي عنه؛ لأن ما لا يؤكل لحمه من الطيور لا يخالطنا، فإنه يسكن المروج.

واختلفوا على قولهما، قيل: بأنه طاهر حتى لو وقع في الماء لا يفسده؛ لأنه لم ينفصل عن الطيور نتن وخبث رائحة ولا ينحى شيء من الطيور عن المساجد، فعرفنا أن خرء جميع الطيور طاهر، وقيل بأنه نجس حتى لو وقع في الماء أفسده، ولو أصاب ثوبا لا يمنع الجواز ما لم يفحش؛ لأنه مما أحاله الطبع إلى فساد لكن التقدير في الثوب بالكثير الفاحش لأجل الضرورة؛ لأنه تذرق من الهواء فلا يمكن التحامي عنه وفي تميز ما يخالطنا من الطيور مما لا يخالطنا حرج فلا يميز، وليس بول الخفافيش وخرؤها بشيء لتعذر الاحتراز عنه.

وخرء الفأرة وبولها نجس؛ لأنه مستحيل إلى نتن وفساد، والاحتراز عنه ممكن في الماء، وغير ممكن في الطعام والثياب، فصار معفوًّا فيها وليس دم البق والبراغيث بشيء؛ لأنه ليس بدم مسفوح في الأصل والنجس الدم المسفوح.

وذكر الكرخي في (مختصره): وما بقي في العروق واللحم من الدم طاهر؛ لأنه ليس بمسفوح ولهذا حل تناوله.

وعن أبي يوسف: أنه معفو في الأكل غير معفو في الثياب لتعذر الاحتراز عنه في الأكل دون الثوب.

وكذا القليل الذي لا يسيل عن رأس الجرح طاهر، وهو مروي عن أبي يوسف، محكيٌّ عن ابن عمر رضي الله عنه أنه أدخل إصبعه في أنفه فدميت فمسح بثوبه ومضى على صلاته، ولأنه ليس بدم مسفوح ولا يكون نجسا كالدم الذي يبقى في الذكية، وعن محمد أنه نجس؛ لأنه دم والدم وإن قلّ يكون نجسًا حتى لو أخذه بقطنة وألقاها في الماء ينجس على هذه الرواية، وعلى الأولى لا ينجس، وكذا قليل القيء ليس بنجس حتى لو لم يغسل فاه أو أصاب ثوبه لا يمنع جواز الصلاة، وإليه أشار

محمد في (**الأصل**) لو قاء في الصلاة أقل من ملء فمه يمضي في صلاته، ولو كان نجسا لتنجس فمه فلا يمضي في صلاته.

ودم الحَلَمَة نجس، وهي ثلاثة أنواع: قُراد وحَمْنَانَة[1] وحَلَمَة، فالقُراد أصغر أنواعه والحمنانة أوسط أنواعه، وليس لهما دم سائل، والحَلَمَة أكبر أنواعه ولها دم سائل.

ودم السمك طاهر عندهما؛ لأنه ليس بدم حقيقة كما بيَّنَّا. وعند أبي يوسف والشافعي رضي الله عنهما نجس.

وغسالة الميت نجسة لأنها لاقت محلًّا نجسًا ولا ينجس من غير الإنسان والخنزير الشعر والصوف والوبر والريش والقرن والعصب والعظم والسن والحافر والخف والظلف. وقال الشافعي رحمه الله: الكل نجس.

لنا: إنه لا حياة في هذه الأشياء بدلالة أنه لا يتألم بقطعها، فلو كانت فيها حياة لتألمت كما في اللحم والإنسان إنما يتألم بكسر العظم بسبب اللحم المتصل به بدليل أنه لو انفصل العظم عن اللحم كطرف السن والظفر، فإنه لا يتألم بقطعه وأنفحة الميتة ولبنها في ضرعها وقشر البيضة الخارجة من الميتة والسخلة الساقطة من أمها وهي مبتلة طاهرة عند أبي حنيفة وعندهما اللبن نجس والأنفحة المايعة نجسة والجامدة والبيضة والسخلة طاهرة ويغسل ظاهرها وينتفع بها.

لهما: أن وعاء هذه الأشياء تنجس بالموت؛ لأنه متصل بالميت وله روح فيحله الموت فينجس ما في الوعاء لمجاورته، كما لو جعل في إناء نجس إلا ما كان جامدا والنجاسة تقتصر على ظاهره ولا تخلص إلى الكل.

له: أن هذه الأشياء لا يحلها الموت فلا تنجس بالموت ولا تنجس بنجاسة الوعاء لأنها كانت في معدنها ومظانها والشيء ما دام في وعائه ومعدنه ومظانه لا يتنجس بمجاورة النجس؛ إذ لو تنجس ما جازت صلاة آدمي أبدًا، وأصله: قوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ لَكُمْ فِي ٱلْأَنْعَٰمِ لَعِبْرَةً نُّسْقِيكُم مِّمَّا فِي بُطُونِهِۦ مِنۢ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَّبَنًا ﴾ [النحل: ٦٦] أخبر أن اللبن يخرج من بين فرث ودم فكان اللبن طاهرا.

---

(١) الحَمْنانَةُ: قُرادٌ. قال الأصمعي: أوله قَمْقامَةٌ صغيرٌ جدًّا، ثم حَمْنانَةٌ، ثم قُرادٌ، ثم حَلَمَةٌ، ثم عَلٌّ وطِلْحٌ.

ولو خرجت البيضة من الدجاجة الحية فوقعت في الماء، قيل: إن كانت يابسة لا يفسده، وإن كانت رطبة يفسده؛ لأنها خرجت من مخرج نجس بعدما انتقل من معدنها فتنجس ظاهرًا، وقيل: لا يفسده رطبة كانت أو يابسة ما لم يعلم أن عليها قذر؛ لأن رطوبة المخرج ليست بنجسة، ولهذا قالوا بأن مجرى البول طاهر حتى تَطَهَّر موضع المني بالفرك، وشعر الإنسان طاهر، خلافًا للشافعي رضي الله عنه؛ لأنه لا دم ولا حياة فيه إلا أنه لا يجوز بيعه والانتفاع به احترامًا للآدمي كرامة له.

وعظم الإنسان فالصحيح أنه طاهر، وعظم الخنزير وشعره وسائر أجزائه نجس إلا أنه رخص في شعره للخرازين لأجل الحاجة.

وقال محمد: شعره طاهر حتى لو وقع في الماء القليل لا ينجس؛ لأن جل الانتفاع به يدل على طهارته، وفي ظاهر الرواية ينجس؛ لأنه نجس العين شرعا إلا أنه يباح الانتفاع به للأساكفة للضرورة ولا ضرورة في هذا.

ولو صلى ومعه من شعره أكثر من قدر الدرهم يجوز الصلاة عند محمد. وفي ظاهر الرواية: لا يجوز، واختلفوا في قدر الدرهم، قيل: إذا كان أكثر من وزن قدر الدرهم، وقيل: إذا كان من بسط الدرهم.

وأما عظم الفيل؛ رُوي عن محمد أنه نجس؛ لأنه يشبه الخنزير في الخلقة، وعن أبي يوسف أنه طاهر، وهو الأصح؛ لأنه ظهر للتعامل بين الناس في الانتفاع من غير نكير، فيدل على طهارته.

(باب مقدار النجاسة التي تمنع جواز الصلاة)

النجاسة نوعان: غليظة وخفيفة.

فالغليظة عند أبي حنيفة رحمه الله: ما ثبتت نجاسته بنصٍّ لا يعارضه نصٌّ يدل على طهارته، وإن اختلف الناس في نجاسته، والمخففة ما تعارض النصَّان في طهارته ونجاسته.

وعندهما المغلظة: ما اتفق على نجاسته وليس في إصابته ضرورة وبلوى. والمخففة: ما اختلف في نجاسته؛ لأن ما شاع الاجتهاد في طهارته أوجب خفَّةً

في نجاسته فالمغلظة كالدم والبول إذا كانت قدر الدرهم أو أقل لا يمنع جواز الصلاة. وعند الشافعي رحمه الله: يمنع إلا قدر اللمعة.

لنا: قول عمر رضي الله عنه: إذا كانت النجاسة قدر ظفري هذا فلا يمنع جواز الصلاة حتى يكون أكبر منه، وكان ظفره قريبًا من ظفرنا وكفِّنا، وقول عمر رضي الله عنه يبطل قول الشافعي رحمه الله؛ لأنه لا يرى التقدير ولأن في القليل ضرورة عامة لتعذر الاحتراز عنه فصار معفوًّا.

(**وذكر في النوادر**): الدرهم الكبير ما يكون مثل عرض الكف كالدرهم الشهليلي، وذكر في صلاة الأصل الدرهم الكبير المثقال معناه ما يبلغ وزنه مثقالًا؛ قال الفقيه أبو جعفر: أراد محمد بذكر العرض تقدير النجاسة المائعة ويذكر الوزن بتقدير النجاسة المستجسدة كالعذرة، فإن كانت أكثر من مثقال وزنا يمنع وإلا فلا، والصحيح عند مشايخنا؛ لأن التقدير بالعرض في المستجسدة يؤدي إلى أمر قبيح، فإنه يؤدي إلى أن يصيب ثوبه كتلة من نجاسة تبلغ مثاقيل وتصلي معه وهذا قبيح وإنما قدروا بالدرهم كناية عن موضع الحدث، فإنه معفو وذلك مبلغ قدر الدرهم.

ويكره أن يصلي ومعه قدر درهم أو دونه من النجاسة وهو عالم به لاختلاف الناس فيه، وإن لم يعلم به جاز من غير كراهة.

ولو اتضح عليه من البول مثل رؤوس الإبر لا يضره؛ لأنه تعذر دفعه وما تعذر دفعه تقدَّر عفوه.

وقال أبو عصمة: لو أصاب ذلك الموضع ما لم ينجسه، وإن سال عليه شيء لا يعرفه إن كان أكثر ظنه أنه نجس يغسله، وإن كان لا يدري ما هو فغسله أحسن احتياطا والترك جائز؛ لأن الأصل في المائعات السيالات الطاهرة.

(**وذكر في [النوادر]**[1]) إن رجلٌ رمى بعذرة في نهر وانتضح الماء من وقوعها

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): النوازل.

فأصاب ثوب إنسان أو حمار بال في الماء فأصاب من ذلك الرش ثوب إنسان لا يضره إلا أن يظهر فيه لون النجاسة؛ لأن في إصابة النجس شك.

توضأ من جبٍّ يوضع كوزه على الأرض جاز؛ لأن الأصل في الأرض هو الطهارة.

والنجاسة المخففة التقدير فيها بالكثير الفاحش وهو الربع فصاعدا في رواية عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو الأصح؛ لأن للربع حكم الكل في أحكام الشرع فيما يحتاط فيه، وقيل: هو ربع جميع الثوب، وقيل: هو ربع كل طرف أصابته النجاسة كربع الذيل والكم وهو الأصح، وعند أبي يوسف رحمه الله شبر في شبر، وعند محمد ذراع في ذراع.

الأرواث كلها نجسة نجاسة مغلظة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن نجاستها ثبتت بنص لا يعارضه نص آخر وهو ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه. وعندهما: نجاستها مخففة لاختلاف العلماء فيها، ولأن للناس ضرورة في طرقهم وخاناتهم خصوصا لمن يباشر علف الدواب فيعفى ما لم يفحش، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: لا ضرورة فيه؛ لأن العين تبصره ويمكنه التحاشي عنه ولا ضرورة في إزالته؛ لأنه يصيب الخف والنعل وهو يطهر بالمسح والمشي على الأرض.

وبول ما لا يؤكل لحمه نَجِسٌ نجاسة غليظة بالإجماع، وبول ما يؤكل لحمه نجس نجاسة خفيفة لتعارض النصَّين عندهما، وعند محمد طاهرة ونجاسة العذرات وخرء الدجاج والبط ونحوها غليظة بالإجماع.

(فصل)

طهارة الثوب والبدن والمكان شرط لصحَّة الصلاة.

أما طهارة الثوب؛ لقوله تعالى: ﴿وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ ۝٤﴾ [المدثر: ٤] ولما وجب تطهير الثوب فلأن يجب تطهير البدن أولى؛ لأنه أقرب إلى معنى التعظيم؛ لأن قيامه طاهرًا بين يدي ربه في المناجاة من باب التعظيم.

وأما طهارة المكان؛ لأن المصلي يستعمل المكان بالصلاة كما يستعمل الثوب والبدن، ولو صلى وتحت قدميه نجاسة أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته، ولو كانت تحت أحدهما قيل: يجزيه؛ لأن المفروض من القيام يتأدّى بأحدهما فيجعل وضع الآخر على النجاسة كالعدم، والأصح أنه لا يجزيه؛ لأن القيام مضاف إليهما؛ لأنه ليس أحدهما بأن يضاف القيام عليه بأولى من الآخر فيضاف إليهما كما في القراءة، ولو كانت النجاسة في موضع سجوده وموضع قدميه طاهر جازت صلاته في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده السجود على الأنف دون الجبهة جائز والأنف يأخذ من النجاسة أقل من قدر الدرهم، وفي رواية عنه: لا يجوز، وهو قولهما، وهو الأصح؛ لأن السجود على الجبهة فرض عندهما وعنده، وإن كان فرض السجود يتأدّى بأرنبة الأنف متى اقتصر عليه لكن إذا وضع الجبهة مع الأنف يتأدّى الفرض بهما؛ لأنه ليس وضع أحدهما بأن يجعل فرضا بأولى من الآخر كما في القراءة وذلك يأخذ أكثر من قدر الدرهم، وإن كانت النجاسة في موضع يديه أو ركبتيه يجزيه خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله تعالى؛ لأن وضع اليدين والركبتين ليس بفرض عندنا فجعل وضعهما على النجاسة كالعدم.

ولو صلى على أرض أصابتها النجاسة فجفت وذهب أثرها جاز ولا يجزيه التيمم؛ لأن بالجفاف وذهاب الأثر تقللت النجاسة وقليلها لا يمنع الصلاة ويمنع التطهر بها.

وإن صلى على بساط أصابته النجاسة لم يجز وإن ذهب أثره إلا أن يفترش عليه الثوب الطاهر؛ لأن النجاسة قائمة كما هي، فإن البساط لا يغير النجاسة عن ماهيتها بخلاف الأرض؛ لأن من طبع الأرض إعدام النجاسة وتغيرها.

ولو صلى على الدابة وعلى سرجها نجاسة مثل الدم والعذرة أكثر من قدر الدرهم فصلاته فاسدة. وإن كان عرق الحمار أو لعابه فصلاته جائزة؛ لأنه مشكل والصحيح أنه يجزيه، وإن كان عليه دم أو عذرة لما يأتي في باب الصلاة على الراحلة.

(**النوادر**): لو سجد على مكان نجس ثم أعادها على مكان طاهر جاز؛ لأن الوضع ليس باستعمال للنجاسة حقيقة وإنما هو سببه الاستعمال فانحطت درجته عن الحمل فلم يفسد الفعل لكنه لم يقع معتدًّا به.

وعن محمد: لو سجد على ظهر ميت وعليه لبد إن كان لا يجد حجم الميت جاز؛ لأنه سجد على اللبد، وإن وجد حجمه لم يجز؛ لأنه سجد على الميت.

ولو صلى على مكان طاهر إلا أنه إذا سجد وقع ثيابه على أرض نجسة جازت صلاته؛ لأن قيامه على مكان طاهر.

ولو افتتح الصلاة على مكان طاهر ثم تحول منه إلى مكان نجس ثم تحول إلى مكان طاهر جازت الصلاة إلا أن يمكث؛ لأنه جعل القيام على مكان نجس كالعدم.

ولو افتتح الصلاة على مكان نجس لم تنعقد الصلاة؛ لأنا لو جعلنا الابتداء كالعدم والبناء عليه لا يتصور.

ولو صلى على بساط وعلى طرف منه نجاسة قيل: يجوز في الكبير دون الصغير وحدّه: إذا رفع أحد طرفيه لا يتحرك الطرف الآخر فهو كبير وإن تحرك فهو صغير والأصح أنه يجوز صغيرًا كان أو كبيرًا؛ لأنه بمنزلة الأرض فلا يصير مستعملًا للنجاسة.

ولو تعمم وعلى طرف منه نجاسة ملقى على الأرض لا يجوز إن كان يتحرك بحركته؛ لأنه يكون حاملا للنجاسة، وإن لم يتحرك يجوز؛ لأنه لا يكون حاملا للنجاسة ولا مستعملًا لها.

وكذلك لو صلى وفي يده حبل مشدود على عنق الكلب تجوز صلاته؛ لأن الحبل لما سقط على الأرض فقد انقطع حكم الاتصال به فصار كالعمامة الطويلة أحد طرفيها نجس ملقًى على الأرض.

ولو كانت على بطانة مصلاة أو في حشوها جازت صلاته عليها إذا لم يكن أحدهما مخيطًا على صاحبه ولا مضربًا؛ لأنه يكون بمنزلة ثوبين بسط الطاهر منهما على النجس، فإن كان أحدهما مخيطًا على صاحبه ففي رواية نوادر الصلاة أنه يجوز، وهذا قول محمد. وعند أبي يوسف: لا يجوز. لمحمد: أنهما بالخياطة والتضريب لم يصر الثوب واحدًا؛ لأن الاتصال بينهما اتصال مجاورة لا اتصال تركيب والثوبان بالمجاورة لا يصيران كثوب واحد.

لأبي يوسف: أنه يكون كثوب واحد معنى؛ لأن بالخياطة اتصل أحدهما بالآخر كما يتصل أحدهما بالآخر بالتركيب، ولهذا لو أقر بأحدهما الإنسان واستثنى الآخر لم يصح الاستثناء، كما لو كان ثوبًا واحدًا وصار كما لو كانت النجاسة في حشو جبَّة أو بطانتها لا يجوز وكذا المكعب إذا كان أسفله نجسًا فنزع ومقام عليه جاز عند محمد كما في مصلى مبطن. وعند أبي يوسف: لا يجوز.

ولو قام على النجاسة وفي رجليه نعلان أو جوربان لم تجز صلاته؛ لأنه قام على مكان نجس.

ولو افترش نعليه وقام عليهما جازت صلاته؛ لأنه بمنزلة ما لو بسط الثوب الطاهر على الأرض النجسة وصلى عليه جاز.

واللبنة والآجرة إذا كان أحد وجهيها نجس فقام على الوجه الطاهر وصلى إن كانت الآجر مفروشة جاز لأنها صارت في حكم الأرض لاتصالها بالأرض اتصال قرار كما لو كان ظاهر الأرض ظاهرًا وباطنها نجسًا. وإن لم تكن مفروشة رُوي عن محمد رحمه الله: أنه لا يجوز؛ لأنه شيء واحد، ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز؛ لأن الآجر جزء من أجزاء الأرض، ولو كان جزء من الأرض ظاهره طاهر وأسفله نجس جازت الصلاة عليه فكذا هذا.

ثوب ذو طاقين ينجس الظهارة قدر الدرهم ونفذت إلى البطانة لو ضم لزاد على قدر الدرهم أو كان عليه ثوبان فأصاب أحدهما نجاسة ونفذت إلى الآخر، فإنه يجمع بينهما، وكذا في الدرهم أمكن الفصل بين الجانبين.

وعند أبي يوسف: يجوز لأنهما بالخياطة صارا بمنزلة ثوب واحد، ولو كان الثوب ذا طاق واحد فالنجاسة من الجانبين متحدة فلا تعتبر متعددة.

رجل صلى ومعه جزء كلب أو كل ما لا يجوز أن يتوضأ بسؤره، قيل: لم يجز، والأصح أنه إن كان فمه مفتوحا لم يجز؛ لأن لعابه يسيل في كمه فيصير مبتلًّا بلعابه فيتنجس كمُّه فيمنع جواز الصلاة إن كان أكثر من قدر الدرهم، وإن كان فمه مشدودًا بحيث لا يصل لعابه إلى ثوبه جاز؛ لأن ظاهر كل حيوان طاهر ولا

يتنجس إلا بالموت ونجاسة باطنه في معدنه فلا يظهر حكمها كنجاسة باطن المصلِّي.

ولو صلى وفي كمه قارورة مصمومة فيها بول لم تجز صلاته؛ لأنه في غير معدنه ومظانه، ولو صلى وفي كمه بيضة مذرة قد صار مخها دما جازت؛ لأنه في معدنه والشيء ما دام في معدنه لا يعطي له حكم النجاسة، ولو صلى ومعه جلد حية أكثر من قدر الدرهم لا يجوز مذبوحة كانت أو غير مذبوحة؛ لأن جلدها لا يحتمل الدباغة، ولو صلى وفي كمِّه فرخة حية فلما فرغ من صلاته رآها ميتة، فإن كان غالب رأيه أنها ماتت في الصلاة أعادها وإلا فلا.

امرأة صلَّت وفي عنقها قلادة فيها سنُّ كلبٍ أو ثعلب أو أسد جازت صلاتها؛ لأنه عظم من يقع عليه الذكاة لا يكون نجسا، ولو بانت أسنانه أو قطعت أذنه ثم أعادها إلى مكانها وصلى معها أو صلى وأذنه أو سنه في كمه لا يجوز عند محمد إذا كانت أكثر من قدر الدرهم.

وقال أبو يوسف: يجوز، وهو الأصح؛ لأن العظم لا يحله الموت فلا ينجس بالموت.

وعند محمد: امرأة صلت ومعها صبي ميت إن لم يستهل أو استهل ولم يغسل فصلاتها فاسدة. وإن استهل وغسل فصلاتها تامة؛ لأنه طهر بالغسل كما بيَّنَّا.

وعن أبي يوسف: إن كان الصبي ولدًا ميتا لم تفسد صلاته، وإن صلى وهو حامل رجلًا شهيدًا وعليه دم كثير تجزيه صلاته؛ لأن دم الشهيد ما دام عليه فهو محكوم بطهارته لضرورة جواز الصلاة عليه مع قيام الدم عليه، وإن أصاب ذلك الدم ثوب المصلي أكثر من قدر الدرهم لم تجز صلاته لانعدام الضرورة هنا فلم يسقط اعتبار نجاسته.

ولو صلى ومعه نافجة مسك إن كانت النافجة متى أصابها ماء لم تفسد جازت الصلاة لأنها بمنزلة جلد ميتة مدبوغ. وإن فسدت، فإن كانت نافجة دابة قد ذكيت جاز لأنها من أجزاء الدابة الذكية، وإن لم تذكَ لا يجوز لأنها بمنزلة جلد ميتة لم تدبغ.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لو أن رجلا انكسر فأدخل مرارة في إصبعه للتداوي يكره له ذلك.

ولو صلى معها وفيها ما أجزأه إلا أن يكون كثيرًا فاحشًا فلم يجزه، وقال أبو يوسف: لا يكره لمكان الحاجة.

(**الزيادات**) أصله: أن من ابتلى ببليتين وامتحن بشرَّين فعليه أن يختار أهونهما هذا هو قضية الحكمة والشريعة.

معه ثوبان نجسان أحدهما أكثر من قدر الدرهم والآخر أقل لم تجز الصلاة إلا في الأقل؛ لأنه تجوز الصلاة مع قدر الدرهم من النجاسة عند الاختيار ولا تجوز مع أكثره.

ولو كان نجاسة كل واحد منهما أكثر من قدر الدرهم دون الربع وأحدهما أكثر من الآخر يستحب في الأقل.

وإن صلى في الأكثر جاز لاستوائهما في الحكم حالة الاختيار، فإن بلغ أحدهما الربع والآخر أقل لم يجز إلا في الأقل؛ لأن للربع حكما خاصا، فإن من النجاسات ما لا يمنع الجواز ما لم يبلغ الربع كبول ما يؤكل لحمه فكان الصلاة في الثوب الذي نجاسته دون الربع أقرب إلى الجواز فيلزمه الصلاة فيه عند الاضطرار، ولو كان نجاسة أحدهما الربع ونجاسة الآخر أكثر من الربع يصلي في أيهما شاء؛ لأنه لا يختص بأحدهما حكم حالة الاختيار، ولو كان نجاسة أحدهما قدر الربع والآخر أكثر لم يجز إلا في ثلاثة الأرباع؛ لأن طهارة الربع كطهارة الكل حتى لو كان للمسافر ثوب ثلاثة أرباعه نجس لا يصلي عريانا، وإن كان أحدهما مملوء دما والآخر أقل من ربعه طاهر يصلي في أيهما شاء لاستوائهما عند الضرورة، ولو كان الدم في ناحية من الثوب والطاهر منه بقدر ما يمكنه أن يتَّزر به لم يجز إلا أن يصلي فيه؛ لأنه يمكنه ستر العورة بثوب طاهر ولم يفصل بينهما إذا تحرك الطرف الآخر أو لم يتحرك.

امرأة لا تقدر إلا على ثوب واحد تغطي جسدها وربع رأسها فلم تستر من رأسها لم تجز صلاتها؛ لأن للربع حكم الكل فصار كما لو قدرت على ستر الكل ولم تستر.

ولو كان لا يستر إلا أقل من الربع جاز، وإن لم تستره، ألا ترى لو انكشف من رأسها دون الربع جازت صلاتها، وإن انكشف مقدار الربع لم يجز حالة الاختيار.

(باب تطهير هذه النجاسات)

النجاسة نوعان:

متجسدة كالروث والعذرة، ومائعة كالبول والخمر، ولا يخلو إما أن تصيب البدن والثوب أو الخف والنعل، فإن أصابت البدن والثوب أيهما كانت رطبة أو يابسة لا تطهر إلا بالغسل؛ لأن الثوب لين مخلخل الأجزاء فتدخل رطوبة النجاسة في أجزائه وتنشف فيها فلا يخرجها إلا الماء.

وللبدن رطوبة فبالمسح والفرك تزداد الرطوبة فيؤدي إلى تكثيرها.

وأما المني فما دام رطبا لا يطهر إلا بالغسل، وإذا يبس يطهر بالفرك إذا أصاب الثوب استحسانًا لا قياسًا وهو قول زفر؛ لأنه يتشرَّب رطوبة المني فيه فبالفرك لا يزول ما تشرب فيه. وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها في المني: "إذا رأيته في ثوبك رطبًا فاغسليه، وإذا رأيتِهِ يابسًا فافركيه"[1].

وإن كان على البدن وجف، روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يطهر بالفرك؛ لأن لين البدن ورطوبته يمنع جرم المني من كشف النجاسة.

وذكر الكرخي عن أصحابنا أنه يطهر؛ لأن البدن أقل تشرُّبًا من الثوب، والبلوى فيه أكثر فالنص الوارد في الثوب يكون واردا في البدن بطريق الأولى.

وروى الحسن عن أصحابنا: لو كان رأس ذكره نجسًا بالبول لا يطهر بالفرك؛

---

(١) لا يُعرفُ هذا الحديث مرفوعًا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم، والمنقول أن عائشة رضي الله عنها كانت تفعلُ ذلك من غير أن يأمرَها. قالت: كنتُ أفركُ المَنِي من ثَوْب رسولِ الله صلى الله عليه وسلم إن كان يابسا، وأغسلهُ إذا كان رَطبًا.

انظر: "نصب الراية" للزيلعي ٢٠٩/١ و"شرح معاني الآثار" ٤٩/١ و"سنن الدارقطني" ١٢٥/١ وذكره الهيثمي في "مجمع الزوائد" ٢٧٩/١ عن أم سلمة وقال: رواه الطبراني في"الكبير" وفيه أبو بكر الهُذليُّ وهو ضَعيف. وانظر "المعجم الصغير" للطبراني ٢٥/١.

لأنه متى اختلط بالبول فالبول بالفرك لا يطهر، وما سواه من النجاسات إذا أصابت الخف والنعل ونحوهما إن كانت مائعة لا يطهر إلا بالغسل رطبة كانت أو يابسة؛ لأنها مجرد بلة تتنشَّف فيما أصابته فلا يخرجها إلا الماء، وقيل: إذا مشى على البول ثم مشى على الرمل أو التراب فالتصق به وجفَّفهُ فمسحه على الأرض يطهر، وهو الصحيح؛ لأن التراب يجذب الرطوبة إلى نفسها فصارت مستجسدة إذ لا فرق بين أن يكون جرم النجاسة منها أو من غيرها.

وإن كانت النجاسة مستجسدة فما دامت رطبة لا تطهر إلا بالغسل؛ لأن المسح بالأرض يزيل العين ولا يزيل الرطوبة، وعن أبي يوسف أنه إذا مسح خفه بالأرض على سبيل المبالغة يطهر ومشايخنا على هذه الرواية للضرورة؛ لأن الطرق لا تخلو عن النجاسة فلا تخلو الخفاف والنعال عن النجاسة فلو أمر بالغسل لضاق الأمر على الناس.

وإذا يبست فحتَّها على الخف طهر عندهما، وعند محمد رحمه الله: لا يطهر إلا بالغسل؛ لأنه مما يتشرَّب ويتداخل رطوبتها في الخف والمشرب فيه لا يزول إلا بالغسل[1].

لهما: قوله عليه السلام: «**إذا أتى أحدكم المسجد فليقلب نعليه، فإن رأى فيهما أذى نجاسة فليمسحها، فإن الأرض طهور لهما**»[2]، ولأن النجاسة تَحْتَهُ

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨٤/١، وحاشية ابن عابدين ٢٠٦/١، والإنصاف ٣٢٣/١، وجواهر الإكليل ١٢/١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤١٧/٢ (٧٩٧٤) قال: حدثنا يزيد بن هارون، عن حماد بن سلمة. وفي ٤١٨/٢ (٧٩٨٤) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«أحمد» ٢٠/٣ (١١١٧٠) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا حماد بن سلمة. وفي ٩٢/٣ (١١٨٩٩) قال: حدثنا أبو كامل، قال: حدثنا حماد. و«عبد بن حميد» (٨٨١) قال: حدثنا محمد بن الفضل، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«الدارمي» (١٤٩٥) قال: حدثنا حجاج بن منهال، وأبو النعمان، قالا: حدثنا حماد بن سلمة. و«أبو داود» (٦٥٠) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد. و«أبو يعلى» (١١٤٩) قال: حدثنا محمد بن إسماعيل، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا حماد. وفي (١١٩٤) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«ابن خزيمة» =

والجلد له صلابة فالظاهر أنه لا يتشرَّب فيه إلا قليل، وأن ما عليه من الرطوبة يعود إلى جرم النجاسة إذا يبست، فإذا حتها لا يبقى على الخف من النجاسة إلا شيء قليل وذلك عفو لتعذر الاحتراز عنه بخلاف الثوب؛ لأنه يتشرَّب فيه الكثير من النجاسة والاحتراز عنه ممكن فيجب إزالتها بالماء.

وإن أصابت النجاسة السيف والمرأة ونحوهما فما دامت رطبة لا تطهر إلا بالغسل؛ لأن المسح لا يزيل الرطوبة، فإن جفت أو جفَّفهُ بالتراب يطهر بالمسح والحت؛ لأنه لا يتشرَّب النجاسة في الحديد والرطوبة ذهبت بالجفاف فتزول الأجرام بالمسح.

وإن أصابت النجاسة الأرض، فإن كانت رخوة طهرت بالصَّبِّ عليها إلى عند غالب رأيه أنها طهرت؛ لأنه صلى الله عليه وسلم أمر بصب ذنوب من الماء على الموضع الذي بال فيه الأعرابي من المسجد؛ ولا ينقل الماء إذا صُبَّ عليها فينشف فيصير وجه الأرض طاهرًا.

وإن كانت صلبة، فإن كانت منحدرة يصب الماء عليها ويحفر عند مصب الماء حفيرة حتى يسيل الماء المغسول فيها ثم يكسو الحفيرة بالتراب، وإن كانت مستوية لا يغسل؛ لأن في غسلها تكثير النجاسة ولكن يحفر موضع النجاسة فيجعل أعلاه أسفله وأسفله أعلاه.

ولو غسل العضو النجس في الأواني يطهر عندهما، وعند أبي يوسف لا يطهر إلا بصب الماء عليه.

=

(٧٨٦) قال: حدثنا محمد بن عقيل، قال: حدثنا حفص، قال: حدثني إبراهيم، عن الحجاج. وفي (١٠١٧) قال: حدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: حدثنا حماد بن سلمة (ح) وحدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا حماد بن سلمة (ح) وحدثنا محمد بن يحيى أيضا، قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«ابن حبان» (٢١٨٥) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي، عن حماد بن سلمة.

كلاهما: (حماد بن سلمة، والحجاج بن حجاج الباهلي الأحول) عن أبي نعامة السعدي، عن أبي نضرة، المنذر بن مالك، فذكره.

ولو غسل الثوب النجس في ثلاث إجانات يطهر الثوب والمياه كلها نجسة استحسانًا.

والقياس أن لا يطهر الثوب وهو قول زفر وإحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأنه لما ألقاه في الماء ينجس الماء بأول ملاقاته والماء النجس لا يطهر النجاسة؛ لأنه يبقى البلة النجسة فيه؛ لأن الشرع أسقط اعتبار هذه النجاسة حالة صب الماء عليه لأجل الضرورة وهي ضرورة إمكان التطهير ولا ضرورة في الغسل في الأواني فيتنجس الماء بأول ملاقاته النجاسة.

ثم فرق أبو يوسف بين العضو والثوب في رواية، وهو أن في الثوب ضرورة، فإن العادة قد جرت بغسل الثياب في الأواني وفي قطع العادة حرج عظيم.

لهما: أن الماء مطهر بطبعه يطهر ما صادفه سواء ورد على النجس أو ورد النجس على الماء بدليل أنه تحولت النجاسة إلى الماء في الحالين حتى ينجس الماء والنجاسة متى تحولت إلى الماء زالت عن المحل ضرورة فتبيَّن طهارته ضرورة.

ولو بقي فيه شيء قليل من النجاسة ولكن القليل جعل عفوًا للضرورة، وكذلك إذا اتحد الإناء وجد الماء.

ولو اغتسل جنب في عشرة آبار بأن أفسد كلها ولا يجزيه غسله عند أبي يوسف، وعند محمد يخرج من الثالثة طاهرًا سواء كان على بدنه نجاسة حقيقية أو لم يكن، ثم ينظر إن كان على بدنه نجاسة حقيقية فالمياه الثلاثة نجسة وبعد الثلاث مستعمل، وإن لم يكن فالمياه الثلاثة نجسة مستعملة وما وراءها إن وجد منه نية القربة يصير مستعملًا وإلا فلا.

وكذلك لو أدخل يده النجسة في عشر أوانٍ يطهر عندهما خلافا لأبي يوسف، ولو أدخل يده النجسة في عشر خوابي خلٍّ يطهر عند أبي حنيفة كالماء، وعند محمد: لا يطهر؛ لأن عنده إزالة النجاسة بغير الماء من المائعات لا يجوز.

ثم النجاسة نوعان: مرئية، وغير مرئية.

فالمرئية: تطهر بإزالة عينها وبقاء الأثر بعد زوال العين لا يضره إذا لم يمكن إزالته خلافا للشافعي رضي الله عنه وأرضاه لقوله صلى الله عليه وسلم للمرأة الحائض في دم الحيض: «**حُتِّيهِ، ثُمَّ اقْرُصِيهِ، ثُمَّ اغْسِلِيهِ بِالْمَاءِ**»[1] ولا يضرك أثره

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٦٦ (٢٢٧) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى، عن هشام. وفي ١/٨٤ (٣٠٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن هشام. و«مسلم» ١/١٦٦ (٦٠١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا هشام بن عروة (ح) وحدثني محمد بن حاتم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن هشام بن عروة. وفي (٦٠٢) قال: وحدثنا أبو كريب، قال: حدثنا ابن نمير (ح) وحدثني أبو الطاهر، قال: أخبرني ابن وهب، قال: أخبرني يحيى بن عبد الله بن سالم، ومالك بن أنس، وعمرو بن الحارث، كلهم عن هشام بن عروة. و«ابن ماجه» (٦٢٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن هشام بن عروة. و«أبو داود» (٣٦٠) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق. وفي (٣٦١) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك، عن هشام بن عروة. وفي (٣٦٢) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا حماد (ح) وحدثنا مسدد، قال: حدثنا عيسى بن يونس (ح) وحدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، يعني ابن سلمة، عن هشام. و«الترمذي» (١٣٨) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن هشام بن عروة. و«النسائي» ١/١٥٥ و١٩٥، وفي «الكبرى» (٢٨١) قال: أخبرنا يحيى بن حبيب بن عربي، عن حماد بن زيد، عن هشام بن عروة. و«ابن خزيمة» (٢٧٥) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: أخبرنا حماد بن زيد (ح) وحدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا ابن عيينة (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد (ح) وحدثنا سلم بن جنادة، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: أخبرنا ابن وهب، أن مالكا حدثهم، كلهم عن هشام بن عروة (ح) وحدثنا محمد بن العلاء بن كريب، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: حدثنا هشام (ح) وحدثنا محمد بن عبد الله المخرمي، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٢٧٦) قال: حدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا عمر بن علي، قال: حدثنا محمد بن إسحاق (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن محمد بن إسحاق. و«ابن حبان» (١٣٩٦) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب البلخي، قال: حدثنا شريح بن يونس، قال: حدثنا سفيان، عن هشام بن عروة. وفي (١٣٩٧) قال: أخبرنا ابن سلم، قال: حدثنا حرملة، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، عن هشام بن عروة. وفي (١٣٩٨) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا إبراهيم بن الحجاج السامي، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن هشام بن عروة. كلاهما: (هشام بن عروة، ومحمد بن إسحاق) عن فاطمة بنت المنذر، فذكرته.

ولأن الأثر ربما لا يزول كالخضاب بالحناء النجس أو لا يمكن إزالته إلا بحرج والحرج مدفوع، فإن زال العين والأثر بمرة واحدة قيل: لا يطهر ما لم يغسله ثلاثًا؛ لأن الرطوبة التي تشرَّبت في الثوب لا تزول بمرة واحدة غالبًا وقيل بأنه يطهر لأنا تيقَّنَّا بزوال المنجس فاستحال بقاء النجاسة.

وأما غير المرئية: فيغسل ثلاث مرات ويعصر في كل مرة؛ لأن الرطوبات المتشربة فيه لا تزول بمرة واحدة غالبًا وتزول بمرات فقدرنا بالثلاث كما ورد الحديث بغسل اليد للمستيقظ من منامه، وعند مشايخ العراق الطهارة موقوفة على غلبة الظن لأنها تعمل عمل اليقين والتقدير بالثلاث في السنة إنما كان لحصول غلبة الظن عنده غالبًا.

وعند الشافعي رحمه الله: يغسل مرة واحدة، وهو رواية عن أبي يوسف، فإن غسل في الماء الرابع كان هذا الماء طاهرًا والمياه الثلاثة نجسة متفاوتة فالأول إذا أصاب شيئًا يطهر بالثلاث والثاني بالمثنى والثالث بالواحد فيكون حكمه في الثوب الثاني مثل حكمه في الثوب الأول، وإذا استنجى بالماء ثلاثا كان نجسًا، وإن استعمل الماء بعد الإنقاء صار مستعملًا، ثم النجس إن كان شيئًا مما لا يتشرب فيه النجاسة كالحجر والحديد ونحوه، فإنه يطهر بالغسل ثلاثًا من غير عصرٍ، وكذلك إن كان شيئًا يتشرَّب فيه القليل؛ كالبدن والخفِّ والنعل لأنَّ الماء يستخرج ذلك القليل من غير عصر، وإن كان شيئًا يتشرب فيه الكثير، فإن كان مما يمكن عصره كالثوب ونحوه، فإنه لا يطهر إلا بالغسل ثلاثا والعصر في كل مرة؛ لأن المتشرب فيه لا يخرج إلا بالعصر، وإن كان مما لا يمكن عصره كالحصر واللبود والبسط، فإن لم يتشرب فيه النجاسة يطهر بالغسل ثلاثا من غير عصر، وإن تشربت قال أبو يوسف: ينقع في الماء ثلاث مرات ويجفف في كل مرة ويطهر؛ لأنه لما تعذر العصر أقمنا التجفيف مقامه لأنه يؤثر في تقليل النجاسة.

وقال محمد: لا يطهر أبدًا؛ لأنه لا يزول المتشرب فيه إلا بالعصر وعلى هذا الخزف والحديد والآجر الجديد إذا تشربت فيه النجاسة، والحنطة إذا تشربت فيها النجاسة. والجلد إذا دبغ بالدهن النجس، والسكين إذا مُوِّه بالماء النجس، واللحم إذا طبخ بالماء النجس، والحنطة إذا طبخت بالخمر فعند أبي يوسف رحمه الله:

يغسل ثلاثا ويموه السكين بالماء الطاهر ثلاثا ويجفف ويطبخ اللحم والحنطة بالماء الطاهر ثلاثا ويجفف في كل مرة، وعند محمد لا يطهر أبدًا.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا طبخت الحنطة في الخمر لا تطهر أبدًا إلا إذا جعلها في خلٍّ فتطهر.

قدر طبخ فوقعت فيها نجاسة، فإن كان في حال الغليان لا يطهر اللحم أبدًا عند محمد؛ لأنه شربت فيه النجاسة، فإن لم يكن في حال الغليان يطهر بالغسل؛ لأنه لم يتشرب فيه.

وكذلك الحوض إذا تنجَّس ثم غاب الماء عند أبي يوسف رحمه الله يملأ الحوض ثلاثا ويجفف في كل مرة، وعند محمد رحمه الله لا يطهر أبدا.

وقالوا: البساط إذا تنجس فأجرى عليه الماء إلى أن يتوهم زوالها طهر؛ لأن إجراء الماء قد يقام مقام العصر، وكذلك إذا تنجس بطانة الخف فغسلها ودلكها ثم ملأها الماء ثلاثا وأهرقه طهرت؛ لأنه لا يتهيأ عصره فأقيم جريان الماء مقام العصر للحاجة.

(**النوادر**): الأرض إذا أصابتها النجاسة فيبست وذهب أثرها ثم أصابها ماء، وكذا المني إذا فرك ثم أصابه الماء، والخف النجس إذا حُتَّ ثم أصابه ماء، والحوض إذا تنجس فغاب ماؤه ثم عاد فيه روايتان في رواية: يعود نجسا، وهو الأصح؛ لأن النجاسة تقلل بالفرك والجفاف، ولا تزول أصلًا فيتكثر بإصابة الماء، وفي رواية: لا يعود نجسا؛ لأنه لما حكم بطهارته بالجفاف صار بمنزلة غسله، ولو غسل محلا نجسا وجف ثم ابتل لا يعود نجسا فكذا هذا.

الحمار إذا وقع في الملحة فصار ملحًا، أو السرقين إذا احترق فصار رمادًا، أو بئر البالوعة إذا صار طينًا يطهر عندهما، وعند أبي يوسف لا يطهر؛ لأن الرماد أجزاء ذلك النجس فتبقى النجاسة من وجه فالتحقت بالنجس من كل وجه احتياطًا.

لهما: أنه استحال بطبعه وصورته فتزول نجاسته لزوال عينه كالخمر إذا تخلل.

رجل غمس يده في سمن نجس ثمَّ غسل يده بالماء ثلاثا بغير حرضٍ وأثر

السمن باق على يديه طهرت يده؛ لأن نجاسة السمن بالمجاورة وقد زال المجاور ولو تنجس الدهن ثم غسل قيل: لا يطهر؛ لأنه لا يتأتى فيه الغسل.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه يجعل في إناء فيصب عليه الماء ثلاث مرات فيعلو الدهن على الماء فيرفع شيئًا هكذا في كل مرة فيطهر.

التنور المسعورة إذا مسحها بخرقة نجسة مبتلة ثم خبز فيها، إن كانت حرارة النار أكلت بلة النجاسة قبل إلصاق الخبز بالتنور لا ينجس الخبز؛ لأنه زالت النجاسة بالحرق، وإن لم تكن النار أكلتها ينجس الخبز.

وكذا رأس شاة متلطخ بالدم فأحرقه بالنار حتى زال عنه الدم، فحرقه بالنار طهر؛ لأن الحرق كالغسل.

ولو مسح موضع المحجمة بثلاث خرقات رطبات نظاف أجزأه من الغسل؛ لأنه يعمل عمل الغسل.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجزيه حتى يغسله.

رجل أصابته نجاسة فلحسها بلسانه حتى ذهب أثرها طهر، وكذلك إذا أصابت السيف فلحسها بلسانه طهر، وكذا الصبي إذا قاء على ثدي أمه ثم مص ذلك مرارا طهر.

ولو ذبح الشاة بسكين ثم مسحه السكين على صوفها وذهب أثر الدم عنه طهر، لما روي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يقتلون الكفار ويمسحون السيف ويصلون معه.

حب عصير غلا واشتد وقذف بالزبد ثم سكن وانتقضت الخمر عما كانت ثم صارت خلا طهر الحب كله حتى يخرج الخل طاهرا لعموم البلوى.

خمر صبت في إناء جديد أو على ثوب فتشربت فيه ثم صب فيه الخل يطهر.

رجل علم بنجاسة الثوب لكن خفي عليه مكانه غسل الثوب كله احتياطًا، وإذا علم أنه أصاب الكم ولا يدري أي الكمين هو غسلهما، وكذا لو علم أنه أصاب الذيل ولا يدري موضعه غسل جميع الذيل.

(باب تطهير جلود الميتة)

وتطهير الجلود كلها بالدباغ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم[١]: «**أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهُرَ**» إلا جلد الإنسان والخنزير[٢].

أما جلد الإنسان إذا دبغ يندبغ ويطهر لكن يحرم سلخه ودبغه والانتفاع به احترامًا له كما لا يحل الانتفاع بشعره، والخنزير نجس العين، وقيل: جلده لا يقبل

---

(١) أخرجه «مسلم» ١/١٩١ (٧٤٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا سليمان بن بلال، عن زيد بن أسلم. وفي (٧٤١) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، قالا: حدثنا ابن عيينة (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني ابن محمد (ح) وحدثنا أبو كريب، وإسحاق بن إبراهيم، جميعا عن وكيع، عن سفيان، كلهم عن زيد بن أسلم. وفي (٧٤٢) قال: حدثني إسحاق بن منصور، وأبو بكر بن إسحاق، قال أبو بكر: حدثنا، وقال ابن منصور: أخبرنا عمرو بن الربيع، قال: أخبرنا يحيى بن أيوب، عن يزيد بن أبي حبيب، أن أبا الخير حدثه، قال: رأيت على ابن وعلة السبئي فروا، فمسسته، فقال: ما لك تمسه؟ وفي (٧٤٣) قال: وحدثني إسحاق بن منصور، وأبو بكر بن إسحاق، عن عمرو بن الربيع، قال: أخبرنا يحيى بن أيوب، عن جعفر بن ربيعة، عن أبي الخير حدثه. و«ابن ماجه» (٣٦٠٩) قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن زيد بن أسلم. و«أبو داود» (٤١٢٣) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان، عن زيد بن أسلم. و«الترمذي» (١٧٢٨) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، وعبد العزيز بن محمد، عن زيد بن أسلم. و«النسائي» ٧/١٧٣، وفي «الكبرى» (٤٥٥٣) قال: أخبرنا قتيبة، وعلي بن حجر، عن سفيان، عن زيد بن أسلم. وفي ٧/١٧٣، وفي «الكبرى» (٤٥٥٤) قال: أخبرني الربيع بن سليمان بن داود، قال: حدثنا إسحاق بن بكر، وهو ابن مضر، قال: حدثني أبي، عن جعفر بن ربيعة، أنه سمع أبا الخير. و«أبو يعلى» (٢٣٨٥) قال: حدثنا أبو خيثمة، عن ابن عيينة، عن زيد بن أسلم. و«ابن حبان» (١٢٨٧) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن زيد بن أسلم. وفي (١٢٨٨) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن إسماعيل، ببست، قال: حدثنا ابن أبي عمر العدني، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، قال: حدثني زيد بن أسلم. ثلاثتهم: (زيد بن أسلم، والقعقاع بن حكيم، وأبو الخير، مرثد بن عبد الله اليزني) عن عبد الرحمن بن وعلة السبئي المصري، فذكره.

(٢) انظر: أصول السرخسي ١/٢٧١، وكشف الأسرار ٢/٢٦٦، وتيسير التحرير ١/٢٦٤.

الدباغة، وعن أبي يوسف رحمه الله إن الجلود كلها بالدباغ تطهر وجلد الكلب يطهر بالدباغ خلافًا للشافعي رحمه الله وهي رواية عن أصحابنا؛ لأن الكلب ليس بنجس العين عندنا لما روينا وعنده نجس العين.

وأما الفيل كالخنزير عند محمد[1].

---

(١) اخْتَلَفَتْ أَقْوَالُ الْفُقَهَاءِ فِي طَهَارَةِ الْعَاجِ أَوْ نَجَاسَتِهِ عَلَى ثَلاثَةِ أَقْوَالٍ:

الأَوَّلُ: أَنَّهُ نَجِسٌ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ، وَالصَّحِيحُ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ، وَقَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ مِنَ الْحَنَفِيَّةِ، قَالُوا: إِنَّ الْعَاجَ الْمُتَّخَذَ مِنْ عَظْمِ الْفِيلِ نَجِسٌ لأَنَّ عَظْمَهُ نَجِسٌ، وَسَوَاءٌ أُخِذَ الْعَظْمُ مِنَ الْفِيلِ وَهُوَ حَيٌّ أَوْ وَهُوَ مَيِّتٌ، لأَنَّ مَا أُبِينَ مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيِّتٌ، وَسَوَاءٌ أُخِذَ مِنْهُ بَعْدَ ذَكَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ.

وَاسْتَدَلُّوا عَلَى نَجَاسَتِهِ بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣] وَالْعَظْمُ مِنْ جُمْلَتِهَا فَيَكُونُ مُحَرَّمًا وَالْفِيلُ لا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، فَهُوَ نَجِسٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ.

وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ كَذَلِكَ بِمَا رَوَى عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا أَنَّهُ كَرِهَ أَنْ يُدْهِنَ فِي عَظْمِ فِيلٍ، لأَنَّهُ مَيْتَةٌ، وَالسَّلَفُ يُطْلِقُونَ الْكَرَاهَةَ وَيُرِيدُونَ بِهَا التَّحْرِيمَ، وَلأَنَّهُ جُزْءٌ مُتَّصِلٌ بِالْحَيَوَانِ اتِّصَالَ خِلْقَةٍ فَأَشْبَهَ الأَعْضَاءَ.

وَأَمَّا مَا رُوِيَ مِنْ "أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امْتَشَطَ بِمُشْطٍ مِنْ عَاجٍ"، وَمَا رُوِيَ مِنْ "أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَلَبَ مِنْ ثَوْبَانَ أَنْ يَشْتَرِيَ لِفَاطِمَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهَا قِلادَةً مِنْ عَصَبٍ وَسِوَارَيْنِ مِنْ عَاجٍ"، فَلا دَلِيلَ فِي ذَلِكَ عَلَى الطَّهَارَةِ، لأَنَّ الْعَاجَ هُوَ الذَّبْلُ وَهُوَ عَظْمُ ظَهْرِ السُّلَحْفَاةِ الْبَحْرِيَّةِ، كَذَا قَالَهُ الأَصْمَعِيُّ وَابْنُ قُتَيْبَةَ وَغَيْرُهُمَا مِنْ أَهْلِ اللُّغَةِ، وَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ الْبَغْدَادِيُّ: الْعَرَبُ تُسَمِّي كُلَّ عَظْمٍ عَاجًا.

الْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ طَاهِرٌ، قَالَ بِذَلِكَ الْحَنَفِيَّةُ - غَيْرُ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ - وَهُوَ طَرِيقٌ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ، ذَكَرَهَا صَاحِبُ الْفُرُوعِ، وَخَرَّجَ أَبُو الْخَطَّابِ مِنَ الْحَنَابِلَةِ أَيْضًا الطَّهَارَةَ، قَالَ فِي الْفَائِقِ وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بْنُ تَيْمِيَّةَ، قَالَ ابْنُ تَيْمِيَّةَ: الْقَوْلُ بِالطَّهَارَةِ هُوَ الصَّوَابُ.

وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ وَهْبٍ مِنَ الْمَالِكِيَّةِ.

وَاسْتَدَلُّوا بِأَنَّ الْعَظْمَ لَيْسَ بِمَيِّتٍ؛ لأَنَّ الْمَيْتَةَ مِنَ الْحَيَوَانِ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ اسْمٌ لِمَا زَالَتْ حَيَاتُهُ لا بِصُنْعِ أَحَدٍ مِنَ الْعِبَادِ، أَوْ بِصُنْعٍ غَيْرِ مَشْرُوعٍ وَلا حَيَاةَ فِي الْعَظْمِ فَلا يَكُونُ مَيْتَةً، كَمَا أَنَّ نَجَاسَةَ الْمَيْتَاتِ لَيْسَتْ لأَعْيَانِهَا، بَلْ لِمَا فِيهَا مِنَ الدِّمَاءِ السَّائِلَةِ وَالرُّطُوبَاتِ النَّجِسَةِ، وَلَمْ تُوجَدْ فِي الْعَظْمِ.

=

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف: أنه ينتفع به ويطهر بالذكاة؛ لأنه حيوان منتفع به شرعًا.

(**وفي النوادر**) عن محمد: إذا صلح مصارين شاة ميتة أو دبغ المثانة وأصلحها طهرت، ألا ترى أنه يتخذ منها الأوتار، وفي الكرش إن كان يقدر على إصلاحه كما في المثانة يطهر.

وقال أبو يوسف في الكرش: لا يطهر، وهو كاللحم؛ لأنه وإن يبس يعود لحما

=

وَاسْتَدَلُّوا مِنَ السُّنَّةِ بِمَا رَوَاهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبَّاسٍ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ﴾، أَلا كُلُّ شَيْءٍ مِنَ الْمَيْتَةِ حَلالٌ إِلا مَا أُكِلَ مِنْهَا»، وَبِمَا رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَمْتَشِطُ بِمُشْطٍ مِنْ عَاجٍ».

الْقَوْلُ الثَّالِثُ: وَهُوَ التَّفْصِيلُ بَيْنَ ذَكَاةِ الْحَيَوَانِ الْمَأْخُوذِ مِنْهُ الْعَاجُ - وَهُوَ الْفِيلُ - أَوْ عَدَمِ ذَكَاتِهِ، وَهُوَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمَالِكِيَّةُ فِي الْمَشْهُورِ عِنْدَهُمْ، جَاءَ فِي الدَّرْدِيرِ وَحَاشِيَةِ الدُّسُوقِيِّ: الظَّاهِرُ مَا ذُكِّيَ مِنَ الْحَيَوَانِ ذَكَاةً شَرْعِيَّةً، وَكَذَلِكَ جُزْؤُهُ مِنْ عَظْمٍ لَحْمٍ وَظُفْرٍ وَسِنٍّ وَجِلْدٍ إِلا مُحَرَّمُ الأَكْلِ كَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ وَالْخِنْزِيرِ، فَإِنَّ الذَّكَاةَ لا تَنْفَعُ فِيهَا وَالنَّجِسُ مَا أُبِينَ مِنْ حَيَوَانٍ نَجِسِ الْمَيْتَةِ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا مِنْ قَرْنٍ وَعَظْمٍ وَظِلْفٍ وَظُفْرٍ وَعَاجٍ أَيْ سِنِّ فِيلٍ.

وَفِي الْمَوَّاقِ: قَالَ ابْنُ شَاسٍ: كُلُّ حَيَوَانٍ غَيْرِ الْخِنْزِيرِ يَطْهُرُ بِذَكَاتِهِ كُلُّ أَجْزَائِهِ مِنْ لَحْمٍ وَعَظْمٍ وَجِلْدٍ.

وَعَلَى ذَلِكَ فَإِذَا أُخِذَ الْعَاجُ مِنْ عِظَامِ الْفِيلِ وَهُوَ حَيٌّ، أَوْ وَهُوَ مَيِّتٌ لَمْ يُذَكَّ فَهُوَ نَجِسٌ، وَإِذَا أُخِذَ بَعْدَ ذَكَاتِهِ فَهُوَ طَاهِرٌ هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ.

وَهُوَ وَجْهٌ شَاذٌّ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ.

قَالَ النَّوَوِيُّ: فِي بَابِ الأَطْعِمَةِ: وَجْهٌ شَاذٌّ أَنَّ الْفِيلَ يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، فَعَلَى هَذَا إِذَا ذُكِّيَ كَانَ عَظْمُهُ طَاهِرًا.

انظر: مراقي الفلاح/٨٩، والشرح الصغير ٤٤/١ وما بعدها، والمغني ٦٠/١، وبدائع الصنائع ٦٣/١، وتبيين الحقائق ٢٦/١، وأحكام القرآن للجصاص ١٤٩/١، والإنصاف للمرداوي ٩٢/١، والذخيرة للقرافي ١٨٣/١، والتفريع لابن جلاب ٤٠٨/١، وتفسير الرازي ١٥/٥، والكافي لابن عبد البر ٤٣٩/١، وبداية المجتهد ٧٨/١، وأحكام القرآن للكيا الهراسي ٧٢/١، والمجموع شرح المهذب ٢٣١/١، والمغني لابن قدامة ٩٧/١، ومختصر الفتاوى المصرية لابن تيمية ص٢٦، وحاشية ابن عابدين ١٣٨/١.

وما طهر جلده بالدباغ طهر بالذكاة، وكذلك جميع أجزائه تطهر بالذكاة إلا الدم وهو الصحيح من المذهب، وعند الشافعي رحمه الله لا يطهر.

لنا: أن الذكاة أبلغ في اقتضاء الطهارة من الدباغ؛ لأن الدباغ يزيل عنه الدماء والرطوبات بعد التشرب، والذكاة تمنع التشرب فيه بل تسلها وتسفحها من معادنها، فإذا زالت بالذكاة طهر جميع أجزائه وحدُّ الدباغ أن يخرج عن حد الفساد حتى إذا ترَّبه وشمَّسه حتى يبس فقد اندبغ وطهر؛ لأنه زالت الرطوبات النجسة عنه.

وعند الشافعي رحمه الله: لا يكون الدباغ بالتراب والشمس.

وإذا جف ولم يستحل لم يطهر، وقال أبو يوسف: إذا كان يمنعه من الفساد فهو دباغ.

(باب التيمم)

كيفية التيمم: أن يضرب يديه على الأرض ثم ينفضهما ويمسح بهما وجهه بحيث لا يبقى منه شيء وإن قلَّ، ثم يضرب يديه ثانيًا على الأرض ثم ينفضهما فيمسح بهما كفَّيه وذراعيه كلهما إلى المرفقين[1].

وقال مشايخنا: يضرب يديه ثانيًا ويمسح بأربع أصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤوس الأصابع إلى المرفقين، ثم يمسح بكفه اليسرى باطن يده اليمنى إلى الرسغ ويمر بباطن إبهامه اليسرى على ظاهر إبهامه اليمنى، ثم يفعل باليد اليسرى كذلك وهذا أحوط؛ لأن فيه احترازًا عن استعمال التراب المستعمل بقدر الممكن، فإن التراب الذي على يده يصير مستعملًا بالمسح، فإنه لو ضرب يده مرة ومسح بهما وجهه وذراعيه لا يجوز.

وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما: التيمم ضربتان: ضربة للوجه وضربة لليدين إلى الرسغين.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**التّيمّمُ ضربتانِ: ضربةٌ للوجهِ**

---

(١) انظر: ابن عابدين ١/١٦٧، والشرح الصغير ١/١٨٨، والجمل ١/٢٠٢ - ٢٠٤، والمغني ١/٢٤٠، وكشاف القناع ١/١٦٥، وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ص٦٤.

وضربةٌ للذراعينِ إلى المرفقينِ»[1].

ولا يجوز التيمم بأقل من ثلاثة أصابع؛ لأنه مسح مشروع في طهارة معهودة فصار كمسح الرأس والمسح على الخفين.

وعن محمد (**في النوادر**): رجل يرى التيمم إلى الرسغ أو الوتر ركعة واحدة ثم رأى التيمم إلى المرفقين والوتر ثلاثا لا يعيد ما صلى؛ لأنه مجتهد فيه، فإن فعل ذلك من غير أن يسأل أحدا ثم سأل فأمر بثلاث يعيد ما صلى؛ لأنه غير مجتهد.

واستيعاب العضوين بالتيمم واجب في ظاهر الرواية؛ لأنه خلف عن الوضوء وفي الوضوء الاستيعاب واجب فكذا في التيمم؛ إذ حكم الخلاف لا يخالف حكم الأصل حتى لو لم يمسح تحت الحاجبين وفوق العينين أو لم يحرك خاتمه وهو ضيق لا يجزيه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا تيمم الأكثر جاز؛ لأن الأصل في الممسوحات أن يقام الأكثر مقام الكل كمسح الرأس، فعلى ظاهر الرواية ينبغي أن يخلل بين أصابعه في التيمم، وعلى رواية الحسن لا يخلل. وتلطيخ العضوين بالتراب ليس بشرط خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن المأمور بالكتاب مسحهما لا إيصال التراب إليهما.

مقطوع اليدين يمسح ذراعيه خلافا للشافعي رحمه الله لما عرف.

مقطوع الذراعين يمسح موضع القطع خلافا لزفر؛ لأنه طاهر له وظيفة فيقام وظيفته فيه.

وإن كان القطع فوق المرفق لا يجب المسح.

(فصل)

ولا يصح التيمم إلا بالنية خلافًا لزفر رحمه الله؛ لأنه ليس بطهور حقيقة بل هو

---

(١) أخرجه الطبراني (١٢/٣٦٧، رقم ١٣٣٦٦)، والحاكم (١/٢٨٧، رقم ٦٣٤). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (١/١٨٠)، والبيهقي (١/٢٠٧، رقم ٩٤١)، وابن عدي (٥/١٨٧ ترجمة ١٣٤٦ على ابن ظبيان) وقال: الضعف على حديثه بين، وقال يحيى: ليس بشيء، وقال النسائي: متروك الحديث.

تلويث وتغيير، وإنما جُعل طهورًا شرعًا ضرورة أداء الصلاة، فيشترط الإرادة للصلاة لصيرورته طهورًا شرعًا بخلاف الوضوء؛ لأن الماء مطهر بطبعه من غير نية لما قدمنا.

فإن تيمم ونوى إباحة الصلاة أو مطلق الطهارة أجزأه، فإنه رُوي عن محمد: الجنب إذا تيمم يريد به الوضوء أجزأه من الجنابة؛ لأنه وُجدت إرادة إقامة القربة ويصلي بتيمم واحد ما شاء من الفرائض والنوافل ما لم يحدث أو يجد الماء.

وقال الشافعي رضي الله عنه: يتيمم لكل فريضة؛ لأن عنده التيمم طهارة ضرورية؛ لأنه لا يزيل الحدث حقيقة ويباح له الصلاة بالتيمم مع قيام الحدث لضرورة صحة الصلاة كطهارة المستحاضة.

وعندنا: التيمم طهارة مطلقة شرعًا خلفًا عن الوضوء[1] لقوله عليه السلام: «**التَّيَمُّمُ طهور الْمُسْلِمِ وَلَوْ إِلَى عَشْرِ حِجَجٍ مَا لَمْ يَجِدِ الْمَاءَ أَوْ يُحْدِثْ**»[2] فيبقى حكمه ما دام فاقدًا للماء فعلى هذا لو تيمم قبل الوقت جاز عندنا خلافا له.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٤٢/١، والبدائع ٤٦/١ وما بعدها، والدسوقي ١٥٤/١، ومغني المحتاج ٩٧/١، كشاف القناع ١٧٤/١، وابن عابدين ١٦١/١.

(٢) أخرجه «أبو داود» (٣٣٢) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا خالد (ح) وحدثنا مسدد، قال: حدثنا خالد، يعني ابن عبد الله الواسطي، عن خالد الحذاء. و«الترمذي» (١٢٤) قال: حدثنا محمد بن بشار، ومحمود بن غيلان، قالا: حدثنا أبو أحمد الزبيري، قال: حدثنا سفيان، عن خالد الحذاء. و«النسائي» ١٧١/١، وفي «الكبرى» (٣٠٧) قال: أخبرنا عمرو بن هشام، قال: حدثنا مخلد، عن سفيان، عن أيوب. و«ابن خزيمة» (٢٢٩٢) قال: حدثنا الحسين بن الحسن، قال: أخبرنا يزيد بن زريع، أبو معاوية، قال: حدثنا خالد. و«ابن حبان» (١٣١١) قال: أخبرنا شباب بن صالح، قال: حدثنا وهب بن بقية، قال: أخبرنا خالد، عن خالد. وفي (١٣١٢) قال: أخبرنا محمد بن علي الصيرفي، غلام طالوت بن عباد، بالبصرة، قال: حدثنا الفضيل بن الحسين الجحدري، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا خالد الحذاء. وفي (١٣١٣) قال: أخبرنا أحمد بن عيسى بن السكين، بواسط، وكان يحفظ الحديث ويذاكر به، قال: حدثنا عبد الحميد بن محمد بن المستام، قال: حدثنا مخلد بن يزيد، قال: حدثنا سفيان الثوري، عن أيوب السختياني، وخالد الحذاء.

كلاهما: (خالد الحذاء، وأيوب السختياني) عن أبي قلابة الجرمي، عن عمرو بن بجدان، فذكره.

ولـو تـيمم لـصلاة الجنـازة أو لـسجود الـتلاوة أو لقـراءة القـرآن جـاز لـه أن يـصلي بـذلك التـيمم؛ لأنهـا قربـة مقـصودة بنفـسها، لأنهـا بعـض مـن أبعـاض الصلاة وهي قربة مقصودة فما كان بمعناها ألحق بها وما لا فلا؛ ولو تيمم لدخول المسجد أو لمس المصحف لا يجزيه أن يصلي به؛ لأنه ليس بقربة مقصودة ولا من جنس أجزاء الصلاة حتى يكون ذلك نية للصلاة فجعل التراب طهورًا في حقهما لا غير.

متوضئ أو متيمم ارتد لا يبطل وضوؤه ولا تيمُّمه. وقال زفر: يبطل تيمُّمه.

لنـا: أن الكفـر اعتـرض علـى صـفة الطهـارة للمتـيمم، وهـو صـفة كونـه طـاهرا لا علـى التـيمم، والكفـر لا ينـافي صـفة كونـه طـاهرًا؛ كمـا لـو اعتـرض علـى الوضوء.

كافر تيمم بنية الإسلام ثم أسلم لا يصح تيممه خلافًا لأبي يوسف؛ لأنه تيمم بنية العبادة.

لهما: إن التيمم ليس بطهور حقيقة، وإنما جعل طهورًا شرعًا لضرورة مباشرة فعل لا صحة له بدون الطهارة، والإسلام يصح بدون الطهارة فلم تمس الضرورة إلى جعل التيمم طهورا في حقه وبه فارق الصلاة.

ولو توضأ أو اغتسل ثم أسلم صح؛ لأنه طهور حقيقة ولا يفتقر إلى النية فيصح من الكافر، وعند الشافعي رحمه الله: لا يصح لافتقاره إلى النية.

(فصل)

ويجوز التيمم بكل ما كان من جنس الأرض.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز إلا بالتراب أو بالرمل، ورُوي عنه أخيرًا: أنه لا يجوز إلا بالتراب، وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [المائدة: ٦] والصعيد: اسم لوجه الأرض والطيب اسم للمنبت من الأرض؛ لأن الطيب متى قرن بالأرض فإنما يزاد به المنبت قال الله تعالى: ﴿وَٱلْبَلَدُ ٱلطَّيِّبُ

يَخْرُجُ نَبَاتُهُۥ بِإِذْنِ رَبِّهِۦ﴾ الآية [الأعراف:٥٨] وهكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما: هو تراب الحرث.

لهما: أن الصعيد اسم عام يتناول جميع أجزاء وجه الأرض، والطيب يحتمل الطاهر ويحتمل المنبت، وبالإجماع صار الطاهر مرادًا فلا يكون غيره مرادًا؛ لأن اللفظ المشترك لا عموم له فلا يُنِيطهما كاسم القرء والعين وقوله عليه السلام: «**جُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِدًا وَطَهُورًا، أينما أدركتني الصلاة تيممت وصلّيت**»[1] واسم الأرض يتناول الكل.

ثم الفاصل بين جنس الأرض وغيرها أن كل ما لا يلين ولا ينطبع بالنار فهو من جنس الأرض كالزرنيخ والنورة والجص والطين الأحمر والأصفر والكحل والمرداسبخ[2] المعدني دون المتخذ من شيء آخر والملح الجبلي دون المائي والسبخة المنعقدة من الأرض دون المائية وكل ما ينطبع ويلين بالنار أو يحترق كالرماد والحديد والصفر وعين الذهب والفضة والزجاج والرصاص والورق فليس من جنس الأرض؛ لأن من طبع الأرض أن لا تحترق بالنار ولا تلين به.

ولو تيمم بالياقوت والفَيْرُوْزَج[3] والمرجان والزمرد جاز لأنهما أحجار مضيئة.

---

(١) أخرجه «مسلم» ٢/٦٤ (١١٠٣) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، وقتيبة بن سعيد، وعلي بن حجر، قالوا: حدثنا إسماعيل، وهو ابن جعفر. و«ابن ماجه» (٥٦٧) قال: حدثنا يعقوب بن حميد بن كاسب، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم (ح) وحدثنا أبو إسحاق الهروي، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. و«الترمذي» (١٥٥٣م) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. و«أبو يعلى» (٦٤٩١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. وفي (٦٤٩٢) قال: حدثنا منصور بن أبي مزاحم، قال: حدثنا إسماعيل. و«ابن حبان» (٢٣١٣ و٦٤٠١ و٦٤٠٣) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر.

ثلاثتهم: (عبد الرحمن، وإسماعيل، وعبد العزيز) عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الجهني، عن أبيه، فذكره.

(٢) المرداسبخ: مادة ترابية معدنية ذات رائحة طيبة.

(٣) الفيروزج: حجر كريم لونه أزرق سماويّ مائل إلى الخُضرة، يستعمل في ترصيع الحُلِيّ.

ولو تيمم باللآلئ المدقوقة [أولًا] [1] لا يجوز لأنها جزء من حيوان البحر وليس من الأرض.

ولو تيمم بالذهب والفضة إن كان مسبوكا لا يجوز، وإن لم يكن مسبوكًا وكان مختلطًا بالتراب والغلبة للتراب جاز، ولا يجوز بالآجر في رواية؛ لأنه بالطبخ تغير عن حاله وصار بحال لا يوجد مثله من جنسه خلقة في الأرض، وفي ظاهر الرواية يجوز؛ لأنه طين مستحجر فيكون كالحجر الأصلي.

ويجوز بالخزف إن كان من طين خالص، وإن كان من طين مخلوطة بما ليس من جنس الأرض لا يجوز كالزجاج المتخذ من الرمل وشيء آخر ليس من جنس الأرض.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله يجوز التيمم بجزء من أجزاء الأرض، وإن لم يكن عليه غبار حتى لو ضرب يده على حجر أملس، أو حائط لا غبار عليه أو على أرض نديَّةٍ ولم يلتزق بيده شيء جاز، وعند محمد لا يجوز ما لم يلتزق بيده شيء منه.

ورُوي عن محمد مثل قول أبي حنيفة رحمه الله.

لمحمد: أن استعمال جزء من التراب شرط لقوله تعالى: ﴿فَٱمۡسَحُواْ بِوُجُوهِكُمۡ وَأَيۡدِيكُم مِّنۡهُۚ﴾ الآية [المائدة: ٦] قالها كناية عن الصعيد وكلمة (من) للتبعيض فقد أمر بالمسح ببعض الصعيد.

لأبي حنيفة: أن استعمال جزء منه ليس بشرط بدليل أنه ينفضهما حتى يتناثر ما عليه من التراب، وإنما المعتبر هو الإمساس والكل فيه سواء، وكلمة (من) تذكر للتبعيض والتمييز جميعا فكان محتملا لهما فكان المأمور هو المسح على جزء من الصعيد.

ولو تيمم بغبار ثوبه أو بنفاضة لبده، أو هبَّت الريح فارتفع الغبار فأصاب وجهه وذراعيه فمسحه جاز؛ لأنه جزء من التراب.

وقال أبو يوسف: لا يجوز؛ لأنه تراب ناقص إلا إذا عجز عن التراب فحينئذ

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

أقيم مقام التراب ضرورة، وإذا لم يجد إلا الطين والردغة يلطخه بثوبه، فإذا جف تيمم به، وقيل: عند أبي حنيفة: لو تيمم من الطين جاز، وهو الصحيح؛ لأن الواجب عنده وضع اليد على الأرض لا استعمال جزء منه والطين من جنس الأرض إلا إذا صار مغلوبًا بالماء فلا يجوز التيمم.

تمعك في التراب يجزيه عن التيمم إن أصاب التراب جميع مواضع التيمم؛ لأنه أتى بالمفروض وزيادة.

ولا يتيمم بالصعيد القذر لقوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ الآية [المائدة: ٦] أي طاهرًا.

ولو تيمم اثنان من مكان واحد جاز؛ لأنه ما صار مستعملا؛ لأن التيمم إنما يتأدى بما التزق بيده لا بما فضل.

[أصاب بدن المتيمم قذر فصلى ولم يمسحه جاز؛ لأن المسح لا يزيل النجاسة، والمستحب أن يمسح تقليلا للنجاسة](١).

ويجوز التيمم للجنب والحائض والنفساء لأنها بمنزلة الجنب، وإنما جاز للجنب لحديث عمار حين رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم يتمعَّكُ تمعك في التراب، فسأله عنه، فقال: إني جنب، فقال عليه السلام: «**يكفيكَ ضربتانِ: ضربةٌ للوجهِ، وضربة لليدينِ إلى المرفقينِ**»(٢).

المسافر يطأ جاريته وإن علم أنه لا يجد الماء؛ لأن التراب شرع طهورًا حال عدم الماء ثم لا يكره اكتساب الجنابة حال وجود الماء قذرًا حال وجود التراب.

(فصل في متى يُتَيَمَّمُ؟)

وينتظر فاقد الماء آخر الوقت إذا كان يرجو وجود الماء؛ لأن في التأخير رجاء أداء الصلاة بأكمل الطهارتين في وقته فلا يؤديها بأنقصهما.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (س) و(ك).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١/٢٥٩ - ٢٦٠ ط. الأميرية، تبيين الحقائق ١/٩١ ط. الأميرية، فتح القدير ١/١٦٩ ط. الأميرية، جواهر الإكليل ١/٣٦ - ٣٧ ط. المعرفة، روضة الطالبين ١/١٩٩ ط. المكتب الإسلامي، المهذب ١/٦٣ - ٦٤ ط. الحلبي، المغني ١/٤٠٦ - ٤٠٨ ط. الرياض.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يؤخر ما لم يتيقن وجود الماء في آخر الوقت، وإن لم يرجُ لا يؤخر؛ لأنه لا فائدة في التأخير، وإن لم ينتظر جازت صلاته؛ لأنه يعجز عن استعمال الماء للحال متحقق والقدرة موهومة، وإذا غلب ظن المسافر أن بقربه ماء أو أخبر به وجب عليه الطلب مقدار الصلاة ونحوها وبدون الإخبار أو غلبة الظن لا يجلب الطلب خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن الظاهر في المفاوز عدم الماء والحكم للظاهر إلا إن ظهر دليل بخلافه فيعذر فيه ولا يؤمر بالطلب.

وعن محمد رحمه الله: أن يبلغ في الطلب ميلا، وإن كان بينه وبين الماء أقل من ميل لم يجزه التيمم، وإن خاف فوت الوقت؛ لأن الصلاة لو فاتته تفوته إلى بدل وهو القضاء وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدر البعد بالميل والميل ثلث الفرسخ.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إذا كان بحال لو ذهب لا تغيب القافلة عن بصره يكون قريبًا، وإن كان يغيب يكون بعيدًا، ولو تيمم في أول الوقت وصلى وهو عالم أن الماء يقرب منه، فإن كان أقل من ميل لا تجوز صلاته، فإن كان ميلا فصاعدا جازت؛ لأن حد البعد هو الميل.

(فصل في أين يُتَيمَّمُ؟)

وإنما يجوز التيمم لفاقد الماء حقيقة أو حكمًا خارج المصر مسافرًا كان أو مقيمًا، أما عدم الماء حقيقة أن يكون بعيدًا عنه قطعًا أو غالبًا وعدم الماء حكما أن يعجز عن استعماله لموانع مع كونه بمقرب منه بأن وجد بئرًا لا يستطيع الأخذ منها أو كان بينه وبين الماء عدوٌ أو سبع أو لصٌّ يخاف على نفسه الهلاك أو الضرب أو كان معه ماء وهو يخاف العطش؛ لأن خوف الهلاك ألحقه بالعاجز عن الاستعمال أو وجده بثمن غال وهو ما لا يتغابن الناس في تلك الزيادة تيمم؛ لأنه لا يصل إلى استعماله إلا بالإتلاف في بعض ماله بلا عوض، وحرمة المال كحرمة النفس قال عليه السلام: «**حرمةُ مال امرئ مسلمٍ كحرمةِ دمهِ**»[1].

---

(١) انظر: تكملة رد المحتار ٢/٢٣١، ٢٣٢ ط. مصطفى الحلبي، ومنتهى الإرادات ٢/٣٢٧، والمهذب ١/٤١٥.

وإن وجده بمثل الثمن لزمه شراؤه ولا يتيمم؛ لأن البدل يُوصِلُهُ إلى الأصل، فتكون القدرة على البدل كالقدرة على الأصل، كمن عليه الكفارة إذا لم يملك رقبة وله ثمنها لا يجزيه التكفير بالصوم فكذا هذا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إن كان يمكنه أن يشتري ما يساوي درهما بدرهم ونصف لا يتيمم؛ لأن هذا القدر مما يقع بين تقويم المقومين فيكون شراء بمثل ثمنه من وجه فألزمناه الشراء احتياطيا.

وكذا لو قرب من الماء وهو لا يعلم به ولم يكن بحضرته من يسأله عن الماء أجزأه التيمم؛ لأن الجهل يعجزه عن استعمال الماء كالبعد يعجزه ولم يكن مقصرًا في جهله، وإن كان بحضرته من يسأله فلم يسأله حتى تيمم وصلى ثم سأله فأخبره بماء قريب لم تجز صلاته؛ لأنه قادر على استعمال الماء بواسطة السؤال، فإذا لم يسأل جاء التقصير من قبله؛ كالذي نزل بالعمران ولم يطلب الماء لم يجز تيمُّمه؛ وإن سأله في الابتداء فلم يخبره حتى تيمم وصلى ثم أخبره بماء قريب جازت صلاته؛ لأنه فعل ما عليه.

وكذا مع رفيقه ماء فصلى بالتيمم ولم يطلبه لا تجوز صلاته؛ لأنه قادر على استعمال الماء بواسطة السؤال؛ لأن الظاهر أنه يعطيه، ولو طلبه فلم يعطه جازت.

وذكر في (**المنتقى**): هذا قول أبي يوسف، وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أجزأه وإن لم يطلبه؛ لأن القدرة عنده لا تثبت إلا بالملك وقد فقد الملك.

قال محمد رحمه الله: المتيمِّم المصلي رأى مع رفيقه ماء إن كان أكثر رأيه أنه يعطيه يقطع صلاته؛ لأنه قادر على استعمال الماء غالبًا، وإن كان يشك فيه يمضي على صلاته، فإذا أتم سأله، فإن أعطاه توضأ وأعاد الصلاة؛ لأنه ظهر أنه كان قادرًا، وإن أبى تمت صلاته، فإن أعطاه بعدما أبى لم ينتقض ما مضى؛ لأنه فعل ما عليه. وعن محمد في رجلين مع أحدهما إناء يغترف من البئر ووعد صاحبه أن يعطيه الإناء؛ ينتظر وإن خرج الوقت، وكذا الكاسي إذا وعد العاري أن يعطيه الثوب إذا فرغ من صلاته لم تجز صلاته عريانا؛ لأنه بالوعد صار قادرا ظاهرًا؛ لأن الظاهر أنه يفي بالوعد.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يتيمم وتجوز صلاته عريانا بخلاف ما إذا كان مع رفيقه ماء فوعد لصاحبه أن يعطيه لا يجزيه التيمم؛ لأن الاستطاعة في الماء تثبت بالإباحة؛ لأن الأصل فيه هو الإباحة والخطر فيه عارض فعلق الوجوب بالقدرة الثابتة بالإباحة. وفي غير الماء الاستطاعة عنده لا تثبت إلا بالملك كما في الحج ولم يوجد الملك وعندهما تثبت بالإباحة.

تيمم وفي رحله ماء لا يعلم به [أو نسيه]، فصلى أجزأته عندهما خلافًا لأبي يوسف.

له: أنه واجدٌ للماء؛ لأن الرجل لا يخلو عن الماء عادة وإنه علم على وجود الماء، فإذا لم يطلب اعتبر مقصرًا كما لو نزل بقرية عامرة.

لنا: أنه عجز عن استعمال الماء مع النسيان فلا يبقى مخاطبًا باستعماله كما لو كان الماء قريبا منه وهو لا يشعر به، فالماء الذي في الرحل لا مادة له وأنه عرضة الاستعمال فالظاهر أنه لا يفضل عن الحاجة فلا يعد معدنا في الماء فلا يلزمه الطلب، بخلاف المكفر إذا نسي المال في ملكه وكفر بالصوم قيل: يجوز، والأصح أنه لا يجوز؛ لأنه يتمكن من الإعتاق بدون العلم بأن يقول: كل عبد لي فهو حر عن كفارتي.

ولو صلَّى عريانًا وفي رحله ثوب نسيه؛ قيل: لا يجوز بالاتفاق؛ والأصح أنه على الاختلاف.

ولو كان المرء على شاطئ النهر، فعن أبي يوسف فيه روايتان، ولو تيمم وفي عنقه إداوةٌ فيها ماء لم يعلم به. قال أبو يوسف: لا يجزئه؛ لأنه نسي ما لا ينسى وجهل ما لا يجهل.

ولو كان الماء معلقًا على الإكاف يُنظر إن كان راكبًا والماء مؤخر الرحل جاز، وإن كان الماء مقدم الرحل لا يجوز؛ لأنه في مرأى عينه، وإن كان سابقًا إن كان الماء مؤخر الرحل لا يجوز، وإن كان مقدم الرحل جاز، وإن كان قائدًا جاز كيف ما كان؛ لأنه لا يكون معاينا له فجاز نسيانه، ولو ظن أن ماءه قد فني ثم تبين أنه لم يفن لا يجوز تيممه؛ لأنه أخطأ في ظنه وأمكنه تحقيقه بالطلب والتفحُّص.

(**وفي الفتاوى**): الماء الموضوع في الفلاة في الخب أو نحوه لا يمنع جواز التيمم؛ لأنه لم يوضع للوضوء غالبا، وإنما يوضع للشرب، إلا أن يكون الماء كثيرا فيستدل بكثرته على أنه وضع للشرب والوضوء جميعا يتوضأ به ولا يتيمم.

(**وفي النوادر**): قال أبو يوسف في جنب وميت وامرأة طهرت من حيضها ومعهم من الماء قدر ما يكفي لأحدهم، فإن كان الماء مباحا فالجنب أحق به؛ لأن غسله فريضة ويكون إماما للمرأة ويؤمم الميت، وإن كان لأحدهم فهو أحق به، وإن كان لهم جميعًا فلا ينبغي لواحد منهم أن يغتسل؛ لأن للميت فيه نصيب وينبغي أن يصرفا نصيبهما إلى غسل الميت ويتيمَّما ولا يجوز التيمُّم في المصر إلا بعذر كالمريض في المصر إذا خاف زيادة المرض باستعمال الماء أو لا يضر استعمال الماء ولكن لا يقدر عليه بنفسه ولا يجد من يوضئه جاز له التيمم، ولو وجد من يوضئه يجزيه التيمم عند أبي حنيفة وعندهما لا يجزيه.

ولو كان له خادم أو أجير لا يجزيه بالاتفاق.

وكذا لو كان مريضًا لا يقدر على استقبال القبلة أو في فراشه نجاسة لا يقدر على التحوُّل عنه، ووجد من يحوِّله ويوجِّهه إلى القبلة، أو الأعمى وجد قائدًا يقوده إلى الجمعة لا يفترض عليه ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما يفترض.

لهما: أنه قدر على ذلك الفعل بإعانة غيره؛ لأن المسلم لا يمتنع عن إعانته على تحصيل القربة عرفا وعادة وصار كفاقد الماء إذا بدل له غيره ما لا يجزيه التيمم فكذا هذا له أن الاستطاعة على الفعل في غير الماء لا تثبت إلا بالملك؛ لأن القدرة صفة القادر بحيث لو أراد أن يفعل يتمكن منه وهذا لا يثبت بالبدل والإباحة؛ لأن للمسح قدرة الامتناع من الفعل ومع قدرته على الامتناع من الفعل لا يثبت قدرته على الفعل وصار كالابن إذا بدل الزاد والراحلة لأبيه في الاحتجاج لا يفترض عليه وكالمريض إذا لم يقدر على الصلاة فإنما لم يلزمه القيام، وإن أعان غيره عليه بخلاف الماء؛ لأن القدرة فيه في الأصل معلق بالإباحة ولا يجري فيه المنع والتمَوُّل[1] عادة.

---

(١) تموَّلَ يَتموَّل، تَمَوُّلًا، فهو مُتَمَوِّل، والمفعول مُتَموَّل (للمتعدِّي).

تموَّل الرَّجلُ: ازداد مالهُ ونما واقتنى مالًا، مُدّ بالمالِ (تموّلتِ الشّركةُ بأموال عربيّة).

بعامة جسده علة لا يلزمه غسل الباقي ويتيمم، ولو كان في الأقل مسح عليه وغسل الصحيح.

وقال الشافعي رحمه الله: غسل الصحيح في الموضعين وتيمم.

لنا: أن الجمع بين الغسل والتيمم لا يجوز؛ لأنه يكون جمعا بين البدل والمبدل في حكم واحد، فلا بد من ترجيح أحدهما فاعتبرنا الترجيح بالغلبة؛ لأن المغلوب ساقط الاعتبار بمقابلة الغالب حتى لو كان نصفه مجروحًا قيل يغسل الصحيح ويمسح على الباقي، وهو الأصح؛ لأن الغسل طهارة حقيقة والتيمم لا فكان الغسل أولى. وقيل: يتيمم؛ لأن غسل البعض طهارة ناقصة والتيمم طهارة كاملة فكان التيمم أولى.

واختلفوا في حد الكثرة؛ قيل: إن كان أكثر أعضاء وضوئه جريحًا يجزيه التيمم، ويقال: إن كان الأكثر من كل عضو من أعضاء وضوئه جريحًا يجزيه التيمم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: مقطوع الرجلين من الساق وإحدى اليدين من الساعد لا يجوز له التيمم؛ لأنه فات أكثر أعضاء الوضوء وبقي أكثر أعضاء التيمم فوجب اعتبار بقاء، الأثر، كما لو كان لعامة بدنه جراحة تيمم إلا أنه لو توضأ جاز؛ لأن العذر لا ينافي بقاء الفرض وهنا لا يجوز؛ لأن فوات العضو منع بقاء الفرض فيه.

جنب صحيح في مصر يخاف البرد إذا اغتسل تيمم عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يجزيه إلا في السفر؛ لأن الغالب في المصر وجدان الماء الساخن فلا يتحقق فيه خوف الهلاك على نفسه.

لأبي حنيفة: إن عدم الماء الجاري في المصر في حقه ليس بنادر؛ لأنه قد يكون في غربة فقد لا يجدون ماء ساخنا ولا ثمنه ولا موضعًا يدفنون به فيتحقق فيه خوف الهلاك كما في السفر.

المحبوس في السجن يصلي بالتيمم ويعيد الوضوء؛ لأن العجز إنما يتحقق بصنع العباد وصنع العباد لا يؤثر في إسقاط حق الله تعالى فأمرناه بالصلاة بالتيمم للعجز حقيقة وبالإعادة لكون العجز متحققا لصنع العبد اعتبارا للمعنيين كمن قيد رجلا حتى صلى قاعدًا يؤمر بالإعادة.

ورُوي عن أبي حنيفة: أنه لا يتيمم ولا يصلي وهو قول زفر؛ لأنه لا فائدة في الأمر بالأداء إذا وجب الإعادة، وعن أبي يوسف أنه يصلي ولا يعيد.

ولو حبس في السفر تيمم وصلى ولا يعيد؛ لأنه انضم عذر السفر إلى العجز الحقيقي والغالب في السفر عدم الماء فيتحقق العدم من كل وجه.

والمحبوس في الحرج لا يجد طهورا لا يصلي عندهما.

وعند أبي يوسف: يصلي بالإيماء ثم يعيد وهو رواية عن محمد تشبها بالمصلين قضاء لحق الوقت كما في الصوم.

لهما: أنه ليس بأهل للأداء لمكان الحدث فلا يلزمه التشبه كالحائض، وبهذه المسألة تبين أن الصلاة بغير الطهارة متعمدا ليس بكفر، فإنه لو كفرٌ لما أمر أبو يوسف به.

وقيل: لو صلى بغير الطهارة أو إلى غير القبلة أو مع الثوب النجس يكفر؛ لأنه كالمستخف بها.

والأصح أنه لو صلى إلى غير القبلة أو مع الثوب النجس متعمدًا لا يكفر؛ لأن ذلك يجوز أداؤه بحال ما، ولو صلى بغير الطهارة متعمدا يكفر؛ لأنه يحرم ذلك بكل حال، فإذا صلى بغير الطهارة فقد تهاون واستخف بأمر الشرع فيكفر.

قال أبو حنيفة رحمه الله (**في النوادر**): متوضئ محبوس في مكان قذر لا يجد مكانًا طاهرًا يصلي فيه بالإيماء ثم يعيد كالمحبوس في مكان طاهرٍ لا يجد الماء.

ولو كان بأكثر مواضع وضوئهِ جراحة يخشى إمساس الماء وبأكثر مواضع التيمم جراحة يضره التيمم لا يصلي. وقال أبو يوسف: يغسل ما قدر ويصلي ويعيد.

ومن خاف فوت صلاة الجنازة أو العيد تيمَّم لهما، خلافًا للشافعي رحمه الله، بناء على أن صلاة الجنازة والعيد لا تعاد عندنا فيكون خشية الفوات قائمة فصار عادما للماء في حقهما حكما وعنده يعاد فلا تكون خشية الفوات قائمة.

وعن أبي حنيفة في الولي لا يتيمم لصلاة الجنازة؛ لأنه لا يخاف فوتها.

والإمام إذا تيمم لصلاة العيد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجزيه؛ لأنه لا يخاف الفوت، فإنه لا يجوز للناس أن يصلوها دونه كما في الولي،

وفي ظاهر الرواية يجزيه؛ لأنه يخاف الفوت بخروج الوقت فربما تزول الشمس قبل فراغه من الوضوء، حتى لو لم يخف ذهاب الوقت لا يجزيه التيمم.

ولو افتتح العيد بالوضوء ثم أحدث بنى المتيمم عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز؛ لأنه لا يخاف الفوت؛ لأن اللاحق يقضي الباقي بعد فراغ الإمام عنه.

له: أن يوم العيد يوم كثرة وازدحام فقلّما يسلَمُ الإنسان عند انصرافه عن آفة تنتقض بها صلاته فكان خشية الفوت قائمة.

ولو علم أنه لو اشتغل بالوضوء لا يفرغ الإمام من صلاته لا يجزيه التيمم؛ لأنه لا يخاف فوتها؛ لأنه إن فسدت صلاته بآفة يدرك الإمام في الباقي.

ولو افتتح بالتيمم ثم أحدث تيمم وبنى بالإجماع؛ لأنه متى أمر بالوضوء فسدت صلاته.

ولا يصلي الجمعة بالتيمم وإن خاف فوتها لأنها تفوت إلى خلف وهو الظهر.

والمسافر يؤدي سجدة التلاوة بالتيمم دون المقيم في المصر؛ لأنه لا يخشى فوتها لا أداء ولا قضاء فلا يجوز أداؤها بالتيمم إلا في حال يجوز أداء الصلاة بالتيمم.

جنب مر على مسجد فيه ماء تيمم للدخول.

وعند الشافعي رضي الله عنه: يدخل من غير تيمُّم؛ لأن عنده يباح للجنب المرور في المسجد.

وعندنا: لا، لما يأتي، وإن كان فيه عينًا صغيرًا لا يستطيع الاغتراف منه لا يغتسل فيه ويتيمم؛ لأن الاغتسال فيه يفسده فلا يخرج طاهرًا فلا يكون مفيدا.

ولو أصابته جنابة في المسجد قيل لا يباح له الخروج من غير تيمم اعتبارا بالدخول وقيل يباح؛ لأن في الخروج تنزيه المسجد عن النجاسة وفي الدخول تلويثه بالنجاسة.

جنب معه ماء قدر ما يتوضأ به، فإنه يتيمم.

وعند الشافعي رضي الله عنه: يتوضأ به ثم يتيمم.

لنا: أن استعمال الماء شرع تطهيرًا لاستباحة أداء الصلاة لا لعينه؛ لأنه لا يعقل معنى التطهير فيه إلا زوال المنع وإباحة الصلاة به، فإذا لم يفد استعمال ذلك القدر زوال المنع وإباحة الصلاة فلا يوضئه بخلاف إزالة النجاسة الحقيقية حيث يلزمه؛ لأن استعمال ذا القدر مفيد لما فيه تقليل النجاسة.

وكذا لو وجد شيئًا يستر بعض العورة، فإنه يستر بقدره لما فيه تقليل انكشاف العورة، فإن أحدث بعد ذلك يتوضأ به؛ لأنه وجد ما يرفع الحدث فلو لم يجد هذا الماء وتيمم للحدث ثم وجد ما يكفيه لوضوئه انتقض تيممه؛ لأنه لو كان موجودا منع التيمم، فإذا وجد بعده يرفعه، فإن توضأ به ولبس خفيه ثم مر بالماء فلم يغسل ثم حضرت الصلاة تيمم؛ لأنه برؤية الماء عاد جنبا، فإن أحدث بعده يتوضأ وينزع خفيه ويغسل رجليه؛ لأنه إنما عاد جنبا بسبب سابق على اللبس وهو رؤية الماء فسرى الحدث السابق إلى القدمين.

جنب غسل أعضاء الوضوء وشيئًا من باقي جسده فأهرق الماء فتيمم ثم قهقه في صلاته يبطل تيممه ووضوؤه ولا يبطل غسله بقدر ما وجد؛ لأن القهقهة حدث والحدث يبطل الوضوء والتيمم دون الغسل.

جنب بقيت منه لمعة لم يصبها الماء وتيمم للمعة فأحدث ثم وجد الماء، فإن كفى للمعة والوضوء غسلهما، وإن لم يكف لواحد منهما تيمم للحدث ويغسل شيئًا من اللمعة إن شاء تقليلا للجنابة، وإن كفى للمعة دون الوضوء غسل اللمعة وتيمم للحدث، وإن كفى الوضوء دون اللمعة توضأ به وتيمُّمه للجنابة باقي وهو كجنب تيمم للجنابة ثم أحدث فوجد ما يكفيه للوضوء يتوضأ به ولا يَبْطُل تيمُّمه، وإن كفى لأحدهما غسل اللمعة وتيمم للحدث؛ لأن الجنابة أغلظ من الحدث فكانت أولى بالإزالة وبأيهما بدأ جاز.

وفي رواية الزيادات: يبدأ بغسل اللمعة ليصير عادما للماء فيجزيه التيمم؛ وجه رواية الأصل أن الماء صار مستحقًّ الصرف إلى اللمعة فصار عادمًا للماء حكمًا كالماء المستحق للعطش حتى لو توضأ بذلك الماء لم تجزه الصلاة؛ لأنه عاد جنبا برؤية الماء، وقيل: ما ذكر في (**الزيادات**) قول محمد، وما ذكر في (**الأصل**) قول أبي يوسف.

مسافر محدث نجس الثوب معه ما يكفيه لأحدهما يغسل به النجاسة وتيمم للحدث لما فيه من تحصيل الطهارتين جميعا طهارة النجاسة وطهارة الحدث؛ لأن التيمم يطهره عن الحدث عند عدم الماء، ولو تيمم أولًا ثم توضأ ثمَّ غسل النجاسة يعيد التيمم؛ لأنه تيمم وهو قام على ما قدر ما يتوضأ به.

(فصل)

وما يبطل الوضوء يبطل التيمم ويبطله رؤية الماء على الخصوص؛ لقوله عليه السلام: «**التّيممُ طهورُ المسلمِ ما لم يجدِ الماءَ أو يحدث**»[1].

متيمم وجد الماء في صلاته أو بعدما أحدث وانصرف للتيمم تبطل صلاته خلًافا للشافعي رضي الله عنه؛ لأن برؤية الماء بطل تيممه صار محدثًا ورؤية الماء ليست بحدث، واستند صيرورته محدثًا إلى الحدث السابق ضرورة، ولهذا يعود جنبًا إن كان جنبًا، ومحدثا إن كان محدثًا، فصار كأنه شرع في الصلاة مع الحدث غير أنه لا يظهر بطلان التيمُّم في حق ما فرغ عنه دفعًا للحرج.

وفي النفل يلزمه القضاء؛ لأن المستندان شبهان وحكمان شبه الاقتصار للحال وشبه الطهور فباعتبار الانتقاض للحال يلزمه القضاء وباعتبار الطهور لا يلزمه، فيلزمه القضاء بالشك احتياطا ولا يجوز النبأ بالشك.

ولو رأى الماء بعدما قعد قدر التشهُّد قبل السلام تبطل صلاته عند أبي حنيفة، وعند محمد وأبي يوسف: لا تبطل، وعلى هذا الخلاف عدة مسائل:

الماسح على الخفين إذا انقضى وقت مسحه أو نزع خفيه بعمل يسير، أو سقطت الجبيرة عن بروءٍ، وصاحب الحدث الدائم إذا ذهب الوقت، ومصلي الفجر

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٦٩/١ وما بعدها، ومراقي الفلاح ص٢١، واللباب ٣٧/١ وما بعدها، والبدائع ٥٦/١، والشرح الكبير بحاشية الدسوقي ١٥٦/١ - ١٥٨، والشرح الصغير بحاشية الصاوي ١٥٨/١، ومغني المحتاج ١٠١/١، وكفاية الأخيار ١١٦/١ وما بعدها، والمهذب ٣٦/١، والمغني ٢٦٨/١ وما بعدها، وكشاف القناع ١٧٧/١ - ١٧٨، وغاية المنتهى ٦٣/١ وما بعدها.

إذا طلعت الشمس، ومصلي الجمعة إذا خرج الوقت، ومتذكر الفائتة لصلاة قبلها، وقاضي الفائتة إذا دخل وقتٌ مكروهٌ، والأمي إذا تعلم سورة، والعاري إذا وجد السترة، والمومئ إذا قدر على الركوع والسجود، والقارئ إذا استخلف أميًّا، والمصلي في ثوب عليه نجاسة كبيرة فوجد ما يكفيه لغسلها؛ فعند أبي حنيفة تبطل صلاته في هذه المسائل، خلافًا لهما بناء على أصل وهو أن الخروج من الصلاة بفعل المصلي فرض عنده وعندهما ليس بفرض؛ لأن الخروج يحصل بما يضاد الصلاة، كالحدث العمد والقهقهة والكلام، وما يضاد الشيء لا يكون من جملة أركانه.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن الخروج سبب يتوصل به إلى أداء فرض آخر؛ لأنه لا يمكنه أداء صلاة أخرى إلا بعد الخروج عن الأولى، وما يتوصل به إلى أداء فرض يكون فرضًا كالانتقال من ركن إلى ركن يكون فرضًا؛ لأنه يتوصل به إلى أداء ركن آخر فكذا هذا، وإنما صار فرضا لقطع الصلاة لا لتحصيلها وقطعها كما يحصل إنما هو قربة يحصل أيضًا بما ليس بقربة.

وقيل في مسألة القارئ: إذا استخلف أمِّيًّا ينبغي أن لا تفسد صلاتهم؛ لأن استخلافه إياه صنع منه، فأما فساد الصلاة هنا ضرورة حكم شرعي وهو أنه لا يصلح الأمي إماما لهم لا مستندا إلى فعله واستخلافه.

وعلى هذا الخلاف إذا وجد هذه العوارض في سجدتي السهو؛ لأن العود إلى سجدتي السهو يرفع السلام دون التشهد فكأنه وجده بعد التشهد قبل السلام، ولو تذكر بعد السلام أن عليه سجدة التلاوة والصلبية فعاد إليهما ثم عرض له شيء منها قبل أن يقعد قدر التشهد فسدت صلاته بالإجماع؛ لأن العود إليهما يرفع التشهد.

ولو عرض بعد التسليمة الأولى لا يفسد المتوضئ أحدث في صلاته ولم يجد ماء فتيمم ثم وجد الماء قبل عوده إلى مكانه يتوضأ ويبني استحسانًا؛ لأنه صار محدثا بالحدث السابق فصار كأنه لم يتيمم ووجد الماء.

ولو وجده بعد عوده إلى مكانه يستقبل؛ لأنه أدى جزءًا من الصلاة بالتيمم بعد

وجود الماء ففسد ذلك الجزء ففسد الكل لعدم التحري وفي الصورة الأولى لم يؤد شيئًا من صلاته مع الحدث.

وجد سؤر حمار أو بغل يجمع بين الوضوء به والتيمم؛ لأن سؤره مشكوك فيجمع بينهما احتياطا ليكون مؤديا للصلاة بيقين وبأيهما بدأ جاز؛ لأنه إن كان مطهرًا لا يجوز تيممه، وإن كان غير مطهر جاز كيف ما كان، وقال زفر: لا يجوز ما لم يقدم الوضوء على التيمم.

ولو قدر على ماء مشكوك وعلى نبيذ التمر والصعيد عند أبي حنيفة يتوضأ بنبيذ التمر، وعند أبي يوسف يتوضأ بالماء المشكوك ويتيمم، وعند محمد يجمع بينهم احتياطا.

متيمم رأى في صلاته سؤر حمار أو نبيذ التمر مضى ثم توضأ وقضى وكذا المتوضئ بأحدهما يرى الآخر؛ لأن الشروع قد صح فلا يقطع بالشك ولكن يعيدها احتياطًا، وفي نبيذ التمر عند أبي يوسف لا يعيد؛ لأن عنده ليس بماء، وعند أبي حنيفة يقطع؛ لأن نبيذ التمر عنده بمنزلة الماء.

وإن افتتح بنبيذ التمر والتيمم ثم وجد سؤر الحمار؛ هكذا عن محمد، وعن أبي حنيفة: أنه لا يعيد في نبيذ التمر كما عرف.

ولو مشى إلى السراب تفسد صلاته دون تيممه، وكذا لو ظن أنه ترك فرضًا من وضوئه أو ظن أن في ثوبه نجاسة، أو الماسح على الخفين ظن أنه انقضت مدة مسحه أو مصلي الظهر ظن أنه لم يصلِّ الفجر فانحرف عن القبلة ثم علم بذلك فسدت صلاته؛ لأن الانحراف لم يكن لإصلاح صلاته بدليل أنه لو تحقق ما توهم تبطل صلاته وإنما كان لنقض الوضوء ورفع التحريمة وقد اتصل فعله بقصده فبطلت.

ولو ظن أنه أحدث ثم علم أنه لم يحدث بنى على صلاته ما لم يخرج من المسجد، وعن محمد أنه لا يبني، وكذا الغزاة إذا رأوا سوادًا فظنوه عدوًّا فذهب قوم ليقوموا بإزاء العدو فظهر أنَّهُ سواد بنوا ما لم يجاوزوا الصفوف وإن جاوزوا الصفوف فتبطل؛ لأن الانصراف لإصلاح صلاته وذلك ليس بقاطع، بدليل أنه لو

تحقق ما توهم بنى؛ لأن الصلاة يلائمها ما يصلحها إلا إذا خرج من المسجد وجاوز الصفوف لأن اختلاف المكانين مبطل للصلاة إلا عند تحقق العذر.

وكذا لو استخلف حين ظن أنه أحدث فسدت صلاتهم، وإن كان في المسجد؛ لأن الاستخلاف في غير موضعه منافٍ بمنزلة الخروج من المسجد.

ويؤم المتيمم المتوضئين عندهما.

وقال محمد: لا يؤم؛ لأن التيمم طهارة ناقصة ضرورية؛ لأنه غير مطهر حقيقة والوضوء طهارة كاملة أصلية فمتى قدر المقتدي على أداء الصلاة بطهارة كاملة أصلية لا يكون التيمم طهارة في حقه كالصحيح إذا اقتدى بصاحب العذر الدائم.

لهما: أن التراب شرع طهورًا شرعًا حال عدم الماء مطلقًا، والعدم ثابت في حق المقتدي، فكان التراب طهورا في حقهم أيضًا فكان طهارة الإمام طهارة في حق المقتدي أيضًا.

أمَّ المتيمِّمُ قومًا متوضِّئين ومتيمِّمين فرأى بعض من خلفه الماء فسدت صلاة الرائين خاصة.

وعند زفر: لا تفسد إن كان الرائي متوضئًا، وكذلك لو كان مع المتوضئ ماء فاقتدى بالمتيمم لم يصح خلافًا له.

لنا: أن في زعمهم صلاة إمامهم فاسدة؛ لأن التراب إنما جعل طهورا عند عدم الماء، والعدم غير ثابت في حقهم فلا يكون طهارة الإمام طهارة في حقهم، كما لا يكون طهارة صاحب العذر الدائم طهارة في حق الصحيح، وعلى هذا لو اقتدي بمصلِّي الظهر والإمام لم يصلِّ الفجر وهو لا يذكر والمقتدي يعلم به لم تجز صلاته، وكذا لو خفي عليهم القبلة في ليلة مظلمة فتحرُّوا وصلُّوا بجماعة وعلم المقتدي مخالفة إمامه في القبلة.

المتيمم أمَّ المتوضئين فأحدث فاستخلف متوضئًا، ثم رجع فوجد الماء؛ تبطل صلاته دون الباقين؛ لأنه صار كواحد من القوم وفساد صلاة المقتدي لا توجب فساد صلاة غيره.

وإن كان الخليفة متيمِّمًا فرأى الماء في صلاته تفسد صلاة الكل؛ لأن الخليفة صار إمامًا لهم.

(**النوادر**): متيممٌ مرَّ على الماء وهو لا يعلم به أو كان نائمًا أو كان لا يستطيع النزول إليه لخوف العدو أو السبع لا ينتقض تيممه؛ لأنه عاجز عن استعماله.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله في النوم أنه ينتقض تيممه؛ لأن الحكم لا يتعلق بحقيقة النوم واليقظة؛ لأن المرء قد يكون متناومًا وهو يقظان حقيقة فَيُنطقُ الحكم بالسبب الظاهر وهو المرور على الماء.

إمام متوضئ صلى بقوم بعضهم متيمم من حدث وبعضهم متيمم من جنابة، فقال لهم رجل: هذا كوز الماء لمن شاء منكم فسدت صلاة المتيمِّمين من حدث وصحت صلاة المتيمِّمين من جنابة؛ لأنهم لم يجدوا من الماء مقدار ما يكفيهم، ولو كان إمامهم متيمم من حدث فسدت صلاة الكل.

وإن كان متيممًا من جنابة فصلاتهم تامة إلا صلاة المتيممين من حدث ففاسدة.

وعن محمد: متيمم صلى بقوم متيممين، فجاء رجل بكوز ماء وقال: هذا لفلان من القوم فسدت صلاته خاصة، فإذا فرغوا سألوه الماء، فإن أعطاه للإمام توضأ، واستقبلوا معه الصلاة وإن منع القوم تمت صلاتهم وعليه الاستقبال.

أربعة رجال متيممين أَمَّهم فجاء رجل وقال: يا فلان خذ الماء وتوضأ، فظن كل واحد أنه يدعوه فسدت صلاة الكل.

(**الزيادات**): متيمِّمون قال لهم رجل معه ما يكفي لأحدهم ليتوضأ به: أيُّكم شاء؛ انتقض تيممهم؛ لأن كل واحد صار قادرًا على استعماله، فإن له أن يمد يده ويأخذه ويتوضأ به.

ولو قال له: هو لكم؛ فقبضوه لم ينتقض تيممهم؛ لأنه ملكهم جميعا؛ لأن هبة المشاع جائزة عندهما. وعند أبي حنيفة رحمه الله: فاسدة ولكن اتصل بها القبض فتقيد الملك فملك كل واحد منهم ما لا يكفيه لوضوئه فلم ينتقض تيممه.

فإن أذنوا لأحدهم في استعماله ينتقض تيممه؛ لأنه قدر على ما يكفيه لوضوئه، والله أعلم.

(باب المسح على الخفَّين والجبائر)

المسح على الخفين مشروع في حق المقيم والمسافر جميعًا.

وقال مالك رحمه الله: مشروع في حق المسافر دون المقيم.

وقالت الشيعة: غير مشروع أصلًا.

ورُوي عن أبي حنيفة أنه قال: من أنكر المسح على الخفين يخاف عليه الكفر؛ لأنه وردت فيه من الأخبار ما يشبه المتواتر مثل ضوء النهار، فإنه روى سبعون نفرًا من الصحابة رضي الله عنهم أنه عليه السلام مسح على خفَّيه.

ورُوي أن قتادة لما قدم الكوفة دخل عليه أبو حنيفة وهو صبي فقال له قتادة: من أين أنت؟ قال: من الكوفة، فقال: أنت من القوم الذين اتخذوا دينهم شيعًا، قال: لا، لكني أُفضِّل الشيخين، وأحب الختنين، وأرى الصلاة خلف كلِّ برٍّ وفاجر، ولا أُكفِّر أحدًا بذنب، ولا أُخرج واحدًا من الإيمان إلا من الوجه الذي دخل فيه، وأرى المسح على الخفين، فقال له قتادة: أصبت فالزم؛ ثلاث مرات.

(فصل)

يمسح المقيم يومًا وليلة، والمسافر ثلاثة أيام ولياليها[1]؛ لما روى عدة من الصحابة رضوان الله عليهم جميعًا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**يمسح المقيم يومًا وليلة، والمسافر ثلاثة أيام ولياليها**»[2].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١/١٨٠ دار إحياء التراث العربي، الفتاوى الهندية ١/٣٣ المطبعة الأميرية ١٣١٠هـ، مواهب الجليل ١/٣٢٠ دار الفكر ١٩٧٨ وانظر القوانين الفقهية ص٣٠، كفاية الطالب الرباني ١/٢٠٧ دار المعرفة، القليوبي وعميرة ١/٥٧ ط. عيسى الحلبي، كشاف القناع ١/١١٤ عالم الكتب ١٩٨٣م. والاختيارات للبعلي ص١٥.

(٢) أخرجه الطيالسي (١/١٥، رقم ٩٢)، والحميدي (١/٢٥، رقم ٤٦)، وعبد الرزاق (١/٢٠٣، رقم ٧٨٩)، وابن أبي شيبة (١/١٦٢، رقم ١٨٦٦)، وأحمد (١/١١٣، رقم ٩٠٦)، والدارمي (١/١٩٥، رقم ٧١٤)، ومسلم (١/٢٣٢، رقم ٢٧٦)، والنسائي في الكبرى (١/٩٢، رقم ١٣١)، وفي الصغرى (١/٨٤، رقم ١٢٩)، وابن ماجه (١/١٨٣، رقم ٥٥٢)، وابن خزيمة (١/٩٧، رقم ١٩٤)، والطحاوي (١/٨٤)، وابن حبان (٤/١٦٠، رقم ١٣٣١).

ويعتبر مدة المسح من وقت الحدث بعد اللبس حتى إن من توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف، ثم أحدث عند طلوع الشمس، ثم توضأ عند الزوال ومسح على الخف، فإنه يعتبر المدة من وقت طلوع الشمس، فمتى طلعت الشمس من اليوم الثاني في حق المقيم، وفي حق المسافر من اليوم الرابع تمت المدة فينزع خفيه ويغسل قدميه ثم يعيد المسح بعده وذلك؛ لأن الخف جعل مانعًا من سريان الحدث إلى الرجل نفيًا للحرج، ولهذا يشترط أن يكون ملبوسًا على الطهارة وإنما يصير مانعًا من سريان الحدث بعد الحدث لا قبله فلا يعتبر لأشياء قبله في حق حكمه، ويمسح من كل حدث إلا الجنابة فلا يمسح عنها لما رُوي عن صفوان أنه قال: «**أمرنا رسولُ الله صلى الله عليه وسلم إذا كنّا سفرًا أن لا ننزعَ خفافنَا ثلاثةَ أيامٍ إلا من جنابةٍ، لكن من بولٍ أو غائطٍ أو نومٍ** »[1].

---

(١) أخرجه «ابن ماجه» (٢٢٦) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٧٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٤٠٧٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبيد الله بن موسى، عن إسرائيل. و«الترمذي» (٩٦) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو الأحوص. وفي (٢٣٨٧) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٣٨٧م و٣٥٣٦) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، قال: حدثنا حماد بن زيد. وفي (٣٥٣٥) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ١/٨٣، وفي «الكبرى» (١٤٤) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا سفيان. وفي ١/٨٣، وفي «الكبرى» (١٤٤) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان الرهاوي، قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان الثوري، ومالك بن مغول، وزهير، وأبو بكر بن عياش، وسفيان بن عيينة. وفي ١/٩٨، وفي «الكبرى» (١٣١ و١٤٥) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة. وفي ١/٩٨ قال: أخبرنا عمرو بن علي، وإسماعيل بن مسعود، قالا: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا شعبة. وفي «الكبرى» (١١١١٤) قال: أخبرنا محمد بن النضر بن مساور، قال: حدثنا حماد. و«ابن خزيمة» قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، قال: أخبرنا حماد، يعني ابن زيد (ح) وحدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا ابن عيينة (ح) وحدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٩٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى، ومحمد بن رافع، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (١٩٦) قال: حدثنا محمد بن عبد الله المخرمي، ومحمد بن رافع، قالا: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» =

ولأن الجوار باعتبار الحرج، والحرج يتحقق في الأحداث بتكرار وقوعها وكثرة وجوبها والجنابة بخلافها.

مقيم سافر في مدة المسح يستكمل مدة مسح السفر خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن حكم الحدث بعد السفر لم يخل بالرجل فليستكمل امتناع حكم الحدث في هذه المدة نفيًا للحرج عنه. والمسافر إذا أقام يمسح تمام مدة الإقامة؛ لأن السفر قد بطل رخصته، وإن لم يبق شيئًا من مدة الإقامة غسل رجليه.

(فصل)

وشرطه: أن يكون ملبوسًا بطهارة كاملة سواء كانت الطهارة بعد اللبس أو قبله، حتى لو غسل رجليه ثم لبس الخف ثم أكمل الطهارة جاز المسح، وكذا إذا أدخلهما في الخف عن طهارة ثم خاض الماء فأصاب الماء موضع الطهارة جاز المسح.

وقال الشافعي رحمه الله: الشرط أن يلبسهما بعد طهارة كاملة.

لنا: أن الشرط كمال الطهارة عند الحدث؛ لأن الخف جعل مانعًا لحلول حكم الحدث بالرجل لا رافعًا؛ لأن الحدث متى حل بالرجل لا يرتفع بلبس الخف فيكون محل ظهور حكمه إنما هو الحدث فيعتبر الشرط وهو الطهارة عنده.

=

(٨٥ و١٣٢٥) قال: أخبرنا ابن خزيمة، قال: حدثنا محمد بن يحيى، ومحمد بن رافع، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أنبأنا معمر. وفي (٥٦٢ و١٣٢٠) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن أبي معشر، بحران، قال: حدثنا عبد الرحمن بن عمرو البجلي، قال: حدثنا زهير بن معاوية. وفي (١١٠٠ و١٣٢١) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٣١٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر.

جميعهم (سفيان الثوري، ومعمر، وسفيان بن عيينة، وحماد بن سلمة، وحماد بن زيد، وإسرائيل بن يونس، وأبو الأحوص، ومالك بن مغول، وزهير بن معاوية، وأبو بكر بن عياش، وشعبة بن الحجاج) عن عاصم بن أبي النجود، وهو ابن بهدلة، سمع زر بن حبيش، فذكره.

ويجوز المسح على الخفين وما كان في معناه كالخف الذي ليس له ساق مثل المكعب الكبير إذا ستر الكعبين والميثم.

ولو كانت مقدِّمته مشقوقة إلا أنها مشدودة جاز المسح عليه لأنها بمنزلة المجزوزة، وإن حلَّه بعدما أحدث وانكشف من أسفل الكعب قدر ثلاثة أصابع لا يمسح عليه، ولو انكشف ما دونها يمسح عليه، ولا يجوز المسح على العمامة والقَلنسوة والخمار والقفازين؛ لأن المسح على الخف إنما شرع دفعًا لحرج نزع الخف ولا حرج هنا في نزعها فلا يلحق به ويبقى وظيفتها الأصلية.

ولا يجوز المسح على الجوربين إلا إذا كان مجلَّدين أو منعَّلين عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز إذا كانا ثَخِينَيْنِ[1] غير منعَّلين كالجورب من الصوف.

ورُوي عن أبي حنيفة أنه رجع إلى قولهما وعليه الفتوى؛ لِمَا رُوي عن عشرة من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين مثل قولهم، ولأن الحاجة داعية إلى لبسه والمشقَّة لاحقة في نزعه فيجوز المسح عليه، كما لو كان منعَّلًا أو مجلَّدًا. له: أن المسح شرع تخفيفًا على المسافر لحاجته إلى المشي ولا يمشي عليه بدون النعل؛ فلا يلحقه الحرج في النزع.

والخف من اللبد على هذا التفصيل ويجوز المسح على الجُرْمُوقين[2] فوق الخفَّين خلافا للشافعي رضي الله عنه بناء على أن عنده لو لبس الجرموقين على الانفراد لا يجوز المسح عليهما فلا يمنع سريان الحدث أي ما تحته، فلو جاز

---

(١) ثخينين: أي يستمسكان على الرجل من غير شد ولا يشفان الماء، انظر: اللباب في شرح الكتاب ٧١/١.

(٢) الجُرْمُوق: الخُفُّ القصير يُلبس فوقَ خُفٍّ. (وهي كلمة معرَّبة).

وفي بعض الحديث أنه مسح على الجُرْمُوق.

قال الفقهاء: إن كان أحدهما منخرقًا جاز المسح.

واختلفوا في المسح إذا كانا صحيحين، فللشافعي قولان: **أحدهما**: يجوز، وهو قول أهل العراق.

والثاني: لا يجوز، وهو قول مالك.

المسح عليهما فإنما يجوز بدلا عن المسح على الخف والمسح على الخف بدل عن الغسل والبدل لا يجعل له بدلًا آخر.

وعندنا: لو لبس الجرموقين ابتداء جاز المسح؛ لأنه بمعنى الخف، فكذا إذا لبس على الخفين لأنهما كخف ذي طاقين في تكميل المشي فمنع سريان الحدث إلى الخفين فلم يصر المسح عليهما بدلا عن المسح على الخفين.

وكذا لو لبس الخف على الخف ولو كان الجرموقان من كرباس لا يجوز المسح عليهما إلا أن يكون رقيقا يصل البلل إلى ما تحته؛ لأنه مما لا يمكن قطع السفر به.

فإن مسح على الخفين ثم لبس الجرموقين لا يمسح على الجرموقين؛ لأنه استقر حكم المسح على الخفين فلا يتحوَّل إلى غيرهما.

ولو لبس الجرموقين بعد انتقاض الطهارة التي لبس بها الخفين لا يمسح عليهما بل ينزعهما ويمسح على خفيه؛ لأن حكم الحدث يحلُّ بالخف، فلو جاز المسح على الجرموقين فإنما يجوز بدلا عن المسح على الخفين، وهذا لا يجوز؛ لأن البدل لا يجعل له بدل.

(**وفي النوادر**): ولو لبس جرموقين واسعين فوق الخفين، ثم أحدث فتوضأ وأدخل يده تحت الجرموقين فمسح على الخفين لم يجز؛ لأن الواجب عليه أن يمسح فوق الجرموقين، ولو كان بعضًا من الجرموق على الخف مقدار ثلاثة أصابع فمسح على تلك الفضلة لم يجزه إلا إذا أخرج رجليه إلى تلك الفضلة أجزأه.

ولو أزال رجليه عن ذلك الموضع أعاد المسح، ولو مسح على جرموقيه ثم نزعهما مسح على خفيه؛ لأنه زال الممسوح؛ لأن الجرموق مزايل عن الخف غير متصل به فلا يكون المسح عليه مسحا على الخف، بخلاف ما لو مسح على خف ذي طاقين ثم نزع أحد طاقيه أو مسح على خفيه فقشر جلد ظاهرهما، أو كان الخف مشعرا كالخف اليماني فمسح على ظاهر الشعر ثم حلق الشعر لا يمسح على ما تحته؛ لأن الممسوح متصل بالآخر؛ فصار الحكم الاتصال كشيء واحد والمسح على ظاهره يكون مسحًا لما تحته كالشعر مع بشرة الرأس.

ولو نزع أحدهما مسح على الخف البادي والجرموق الباقي.

وقال زفر: لا ينتقض مسح الجرموق الباقي؛ لأن الممسوح قائم ويمسح على الخف البادي لزوال الممسوح.

لنا: أنه لما انتقض بعض المسح انتقض كله؛ لأنه مما لا يتجزأ؛ لأن انتقاض الطهارة لا يتبعَّض فصار كما لو نزع أحد الخفين ينتقض مسحه في الرجلين فكذا هذا. وفي رواية أخرى: ينزع الجرموق الباقي ويمسح على الخفين قياسا على الغسل.

(**وذكر في النوادر**): رجل لبس خفيه على طهارة كاملة ومسح عليهما ثم دخل الماء في أحد خفيه، فإنه ينظر إن بلغ الماء الكعب يجب عليه غسل الرجل الأخرى؛ لأنه صار إحدى رجليه مغسولة، وإن لم يبلغ الماء الكعب لا يجب عليه غسل الرجل الأخرى.

والخرق لا يمنع إلا مقدار ثلاثة أصابع فصاعدا من أصغر أصابع الرجل.

وعند زفر والشافعي رضي الله عنهما: يمنع وإن قل.

وعند مالك وسفيان: لا يمنع وإن كثر.

لنا: أن خفاف الناس لا يخلو عن قليل خرق فلو اعتبرنا قليله مانعًا لوقعوا في الحرج، وفي الكثير لا؛ فقدَّرنا الكثر بثلاثة أصابع الرِّجل أصغرها ذكره في (الزيادات)؛ لأنه مما يمتنع المشي فيه.

والخرق المانع من المسح هو المنفرج الذي ينكشف ما تحته أو يكون منضمًّا لكن ينفرج عند المشي وتظهر القدم.

وإذا كان طولًا منضمًّا لا ينكشف ما تحته فلا يمنع، كذا روى المعُلَّى عن أبي يوسف.

ولو كان تنكشف الظهارة وفي داخله بطانة من جلد لا يمنع المسح.

ولا يجمع الخروق في الخفين ويجمع في خف واحد حتى لو بلغ مجموعه قدر ثلاثة أصابع منع بخلاف النجاسة في الخفين، وفي ثوب المصلي وسراويله أو في بدنه وثوبه أو تحت قدميه، أو كان الخرق في موضع العورة حيث يجمع، والفرق أن الخرق غير مانع من المسح لعينه بل لكونه مانعًا من تتابع المشي فيه

وقطع السفر به، والخروق في خفٍّ واحد يوجب وهنًا فيمنع من تتابع المشي فيه وفي الخفين فلا. وأما النجاسة مانعة لعينها؛ لأنها منافية للطهارة وكذا انكشاف العورة مانع لعينه.

وقيل: لو كان الخرق تحت القدم لا يمنع ما لم يبلغ أكثر القدم؛ لأنه لو كان في موضع الأصابع قدر بأكثر الأصابع ففي موضع القدم يجب أن يقدر بأكثره.

ولو كان الخرق على الخف فوق الكعبين لا يمنع وإن كثر؛ لأن عدمه لا يمنع إذا كان الكعب مستورًا.

ولو كان كعبه مكشوفًا مقدار ثلاثة أصابع لا يمسح، وإن كان أقل منه يمسح.

مستحاضة توضأت ولبست خفيها مع [الحدث][1] مسحت في الوقت ولا تمسح بعد ذهابه.

وقال زفر: تمسح.

لنا: أن الوقت جُعل مانعًا عن ظهور حكم الحدث فمتى خرج الوقت زال المانع، وظهر حكم الحدث السابق فظهر أنها لبست خفيها مع الحدث، وإن لم يكن الدم سائلًا حين الوضوء لا تكمل مدة المسح؛ لأن اللبس حصل على طهارة كاملة.

وحاصله: أنه متى انتقضت طهارتها بحدث سابق على اللبس أو مقارن له لا تمسح، ومتى انتقضت بحدث متأخِّر عن اللبس تمسح.

(فصل)

المشروع مسح ظاهر الخف دون باطنه، حتى لو مسح باطنه أو عقبه أو جوانبه لم يجزه؛ لقول علي رضي الله عنه: «لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح، لكن رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح ظاهرهما خطوطًا بالأصابع»[2].

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): والدم سائل.

(٢) أخرجه «أبو داود» (١٦٢ و١٦٤) قال: حدثنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا حفص بن غياث، عن الأعمش، عن أبي إسحاق. وفي (١٦٣) قال: حدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا يحيى بن =

ولا يسن مسح باطن الخف مع ظاهره خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن السنة شرعت مكملة للفرائض والإكمال إنما يتحقق في محل الفرض لا في غيره، ويمسح مرة بثلاثة أصابع بكلتي يديه يبدأ به من قبل أصابع رجليه هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولو بدأ من قبل الساق إلى الأصابع أو على ظهر القدم عرضا جاز.

ثم مقدار المفروض من ثلاثة أصابع اليد نص عليه محمد رحمه الله في صلاة الأثر.

وقال الكرخي: مقدر بثلاثة أصابع الرجل كما في الخرق، والأول أصح؛ لأن التقدير بالثلاث من مقتضى استعمال الآلة وآلة المسح اليد دون الرجل.

ولو مسح بإصبع أو إصبعين لم يجزه كما في مسح الرأس، ولو أصاب موضع المسح ماء قدر ثلاث أصابع جاز؛ لأن الشرط إصابة الماء دون النية كما لو أصاب رجليه، وكذا لو مشى على حشيش مبتلٍ من المطر أجزأه، وإن كان مبتلًا من الطل قيل: يجزيه؛ لأن الطلَّ ماء، وقيل: لا يجزيه؛ لأنه نفس دابة في البحر يجذبه الهواء فينزل على الأرض.

(**في النوادر**): عن محمد: مقطوعة رجله إذا بقي من ظهر القدم قدر ثلاثة أصابع فلبس فوقه الخف أجزأه المسح، وإن بقي أقل منه لم يجزه، وإن بقي مما يلي

=

آدم، قال: حدثنا يزيد بن عبد العزيز، عن الأعمش، بهذا الحديث. وفي (١٦٤م) قال: حدثنا حامد بن يحيى، قال: حدثنا سفيان، عن أبي السوداء، عن ابن عبد خير. و«عبد الله بن أحمد» ١/١١٤ (٩١٧) قال: حدثنا إسحاق بن إسماعيل، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش، عن أبي إسحاق. وفي ١/١١٤ (٩١٨) و١/١٢٤ (١٠١٤ و١٠١٥) قال: حدثني إسحاق بن إسماعيل، قال: حدثنا سفيان، عن أبي السوداء، عن ابن عبد خير. وفي ١/١٢٤ (١٠١٣) قال: حدثنا إسحاق بن إسماعيل، وأبو خيثمة، قالا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش، عن أبي إسحاق. و«النسائي» في «الكبرى» (١١٨) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، عن الأعمش، عن أبي إسحاق. وفي (١١٩) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا سفيان، عن أبي السوداء، عن ابن عبد خير. و«أبو يعلى» (٣٤٦ و٦١٣) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، قال: حدثنا الأعمش، عن أبي إسحاق. كلاهما: (ابن عبد خير، وأبو إسحاق السبيعي) عن عبد خير، فذكره.

العقب قدر ثلاثة أصابع ولم يبق مما يلي الأصابع مقدار ذلك لم يجزه المسح؛ لأن ذلك ليس بموضع المسح.

(فصل)

وإذا انقضت مدة المسح وهو طاهر لا يجب إلا غسل رجليه، وقال الشافعي رحمه الله: يعيد الوضوء، وكذلك إذا نزع خفَّيه أو أحدهما غسل رجليه فقط؛ لأن الحدث السابق سرى إليهما وقد غسل عن ذلك الحدث سائر أعضائه دون قدميه فيغسلهما، حتى لو خاف من نزع خفيه على ذهاب رجليه من البرد جاز له المسح على خفَّيه للضرورة.

ووقعت قدمه إلى الساق ينتقض مسحه ويغسل رجليه، وعند الشافعي رحمه الله: له أن يمسح على خفيه.

لنا: أن الخف إنما جُعل مانعًا من حلول الحدث بالرجل لما يلحقه من الحرج في نزعهما، ولا حرج في نزعهما بعدما خرج إلى الساق فلا يبقى الخف مانعًا فحل الحدث بهما فلزمه غسله، وبنزع أحدهما يسري الحدث السابق إلى إحدى رجليه والحدث مما لا يتحرى فيسري إليهما ضرورة، ولو نزع بعضه رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: إن أخرج أكثر عقبة إلى ساق الخف انتقض مسحه وإلا فلا؛ لأنه لا يمكن المشي معه فلا حرج في نزعه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن أخرج أكثر القدم إلى الساق انتقض مسحه وإلا فلا اعتبار للأكثر.

وقال محمد رحمه الله: إذا بقي في الخف من رجله قدر ثلاثة أصابع لم ينتقض مسحه، وقيل: إن كان بحال يقدر أن يمشي لا ينتقض، وإن لم يقدر انتقض؛ لأن اللبس لأجله وقع، وإن كان خفُّه واسعًا، فإذا رفع القدم ارتفع العقب، وإذا وضع العقب عاد إلى موضعه جاز المسح عليه ما بقي فيه مقدار ثلاثة أصابع؛ لأن بعض القدم يرتفع من عامة الخفاف حالة المشي، ويمكن المشي معه، فلو اعتبرنا ارتفاع بعضه عن الخف مانعا أدى إلى الحرج.

لبس الخف على الوضوء بنبيذ التمر أو التيمم ثم وجد الماء نزع خفيه؛ لأنه عند رؤية الماء يصير محدثًا بالحدث السابق فظهر أن لبس الخف حصل على غير طهارة.

(مسائل [المسح على الجبائر][1])

المسح على الجبيرة والخرقة المربوطة على القرحة جائز إذا خاف زيادة العلة والضرر؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عليًّا كرم الله وجهه لما انكسر زنده يوم أحد بالمسح عليه.

وإن كانت الجبيرة زائدة على رأس الجرح أو افتصد فتجاوز الرباط موضع الجراحة ينظر إن كان حل الخرقة وغسل ما تحتها يضر بالجراحة يجوز المسح على الكل تبعا لموضع الجراحة؛ لأنه لا يمكنه ربط موضع الجراحة فحسب، وإن كان الحل والمسح لا يضر بالجرح لا يجزيه المسح على الخرقة بل يغسل ما حول الجراحة ويمسح عليها لا على الخرقة، وإن كان يضره المسح ولا يضره الحل، فإنه يمسح على الخرقة التي على رأس الجراحة ويغسل حواليها وما تحت الخرقة الزائدة هكذا فسره الحسن بن زياد؛ لأن جواز المسح لأجل الضرورة فيتقدَّر بقدر الضرورة.

ولو ترك المسح على الجبائر والمسح يضره جاز، وإن لم يضره لم يجز تركه ولا تجوز الصلاة بدونه عند أبي يوسف ومحمد، ولم يحك في الأصل قول أبي حنيفة، وقيل: عنده يجوز تركه.

والصحيح: أن عنده المسح على الجبيرة واجب وليس بفرض حتى تجوز صلاته بدونه؛ لأن الفرضية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به وحديث علي رضي الله عنه أخبار الآحاد؛ فأوجب العمل به دون العلم فحكمنا بوجوب المسح عملًا به ولم يحكم بفساد الصلاة حال عدم المسح؛ لأن الحكم بالفساد يرجع إلى العلم وهذا الدليل لا يوجبه.

ولو مسح على بعض الجبيرة ذكر الحسن: إن مسح على الأكثر أجزأه وإلا فلا؛ لأنه أقام الأكثر مقام الكل دفعًا للحرج، ولو كانت على جانب من رأسه جراحة يلزمه أن يمسح على بقيَّته؛ لأن كل الرأس محل المسح، ولو انكسر ظفره فجعل

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

عليه الدواء أو العلك ويضرُّه نزعه عنه جاز المسح عليه ولو كان المسح على العلك يضرُّه ذكر الكرخي رحمه الله أنه يجزيه ترك المسح عليه كما لو ترك المسح على الخرقة يضره، وقيل بأنه لا يجزيه تركه؛ لأن المسح عليه لا يضره عادة؛ لأن العلك مما لا تنشف البلة إلى نفسها فلا تخلص شيء من الماء إلى الجراحة، فأما الخرقة مما تنشف الماء فيخلص الماء إلى الجراحة فيضره المسح.

مسح على الجبيرة فسقطت عنه في الصلاة إن كان عن برءٍ يستقبل الصلاة؛ لأنه طهر حكم الحدث السابق على الشروع، فصار كأنه شرع من غير غسل ذلك العضو، ولا يجب عليه إعادة ما صلى خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عليًّا كرم الله وجهه بالمسح على الجبيرة وبالصلاة ولم يأمره بإعادة ما صلى مع الحاجة إلى البيان، وإن لم يكن عن برء يمضي عليها.

وأما خارج الصلاة سقطت عن برء يغسل موضع الجبائر لا غير إن لم يحدث بعد المسح، وإن سقطت من غير برء أعادها وأبدلها بأخرى، ولا يعيد المسح لبقاء العذر، ولو مسح على الجبيرة ثم لبس خفيه ثم برأ تنتقض مدته؛ لأنه لزمه غسل ما برأ بحدث سابق على اللبس فصار كأنه لبس الخف على طهارة ناقصة، وإن لبس الخف ثم مسح على الجبيرة ثم برأ يكمل مدته؛ لأنه لزمه غسل ما برأ بحدث متأخر عن اللبس، وإن لم يحدث حتى برأ فغسل موضعه ثم أحدث فله أن يمسح على خفيه؛ لأنه لما غسل ذلك الموضع فقد كملت الطهارة ويكون الحدث طارئا على طهارة كاملة، وإن أحدث قبل أن يغسل موضع الجراحة بعد البرء لا يمسح بل ينزع الخف؛ لأن الحدث طرأ على طهارة ناقصة.

(**الزيادات**): الأصل: أن المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها ما دامت العلة باقية والمسح على الخفين ليس كالغسل لما تحتها حتى يجوز المسح على الجبائر سوى شدها وهو طاهر أو محدث ولا يجوز المسح على الخفين إلا إذا لبسهما على الطهارة والمسح على الجبائر غير مؤقت بالمدة والمسح على الخفَّين مؤقت بالمدة المعلومة.

ولو سقطت الجبائر عن غير برء ثم أعادها لم يلزمه إعادة المسح.

ولو نزع الخفين أو سقط بعد المسح يلزمه غسل الرجلين، فعرفنا بتفرقة هذه

الأحكام بينهما أن المسح على الجبائر كالغسل لما تحتها والمسح على الخفين لا، ولا يجوز الجمع بين الغسل والمسح في الرجلين؛ لأن فرض الطهارة فيهما ثبت بخطاب واحد فلا يجوز أن يكون في أحدهما مسحا وفي الأخرى غسلا.

رجل توضأ بسؤر الحمار ولبس خفيه ولم يتيمم حتى أحدث جاز أن يتوضأ بسؤر الحمار ويمسح على خفيه ثم يتيمم ويصلي؛ لأنه إن كان طهورًا فقد حصل اللبس على طهارة كاملة فجاز المسح، وإن لم يكن طهورًا فالطهارة تحصل بالتيمم والرجل لا حظ له من التيمم.

بإحدى رجليه جراحة وعليها جبيرة فتوضأ ومسح على الجبيرة وغسل الأخرى ثم لبس الخف في الصحيحة لا يجوز المسح على الخف؛ لأن المسح على الجبيرة كالغسل لما تحتها، فلو جوَّزنا المسح على الخف صار جامعا بين الغسل والمسح وهذا لا يجوز.

ولو كان المسح على الجبيرة يضره فمسح على الخف جاز؛ لأن فرض الطهارة في الرجل المجروح ساقط أصلًا فيصير بمنزلة من ليس له إلا رجل واحدة.

ولو مسح على الجبيرة ولبس الخفين جاز له المسح على الخفين؛ لأن مسح الجبيرة كغسل الرجل فصار كأنه غسل الرجلين.

ومن قطعت إحدى رجليه فغسلهما ولبس خفيه ثم أحدث، فإن بقي من ظهر رجله موضع المسح المقطوعة قدر ثلاثة أصابع يمسح عليهما، وإن بقي أقل من ذلك لا يمسح؛ لأن موضع المسح ظهر القدم ولم يبق من موضع المسح في أحدهما قدر ما يتأدى به فرض المسح، فوجب عليه غسل هذه الرجل، ومتى وجب عليه غسل إحديهما وجب عليه غسل الأخرى؛ لاستحالة الجمع بين المسح والغسل، بخلاف ما إذا لبس خفيه فظهر تحت أحدهما وأسفل الكعب أقل من ثلاثة أصابع جاز المسح عليهما؛ لأن ما ظهر لا يجب غسله؛ لأن ما انكشف ساقط الاعتبار شرعا، وكذا إذا قطعت إحداهما من المفصل لم يمسح عليهما خلافا لزفر؛ لأن الكعبان يغسلان عندنا فوجب عليه غسل موضع القطع من المقطوعة لأنه من الكعب، فوجب غسل الأخرى إلا أن يكون القطع فوق الكعب حينئذ يمسح على الصحيحة؛ لأنه سقط عنه غسل المقطوعة فلا يؤدي إلى الجمع بين الغسل والمسح.

كتاب الصلاة

يحتاج لمعرفة الصلاة إلى معرفة سبب وجوبها، وتفسيرها لغة وشريعة، وأركانها، وشروطها، وواجباتها، وسننها، وآدابها، وحكمتها شريعة.

❖ **أما سبب وجوبها:** هو تتابع وترادف نعم الله تعالى على عباده من صحة البدن وسلامة الجوارح ونحو ذلك في كل وقت من هذه الأوقات الخمسة. سبب وجوب الصلاة فيه شكرًا لما أنعم الله تعالى عليهم والوقت طرف للنعم ويكون شرطًا لوجوب الصلاة وطرف الأداء فيضاف الوجوب إليه مجازًا.

❖ **وأما تفسيرها لغة:** فهي عبارة عن الدعاء والثناء قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ وَمَلَٰٓئِكَتَهُۥ يُصَلُّونَ عَلَى ٱلنَّبِيِّۚ﴾ [الأحزاب: ٥٦] أي يثنون عليه.

وفي الشريعة: اسم لهذه الأفعال المعلومة المعهودة.

❖ **وأما شروطها:** فستة:

وهي **الطهارة** بأنواعها كما ذكرنا.

وستر العورة؛ لقوله تعالى: ﴿خُذُواْ زِينَتَكُمۡ عِندَ كُلِّ مَسۡجِدٖ﴾ [الأعراف: ٣١] أي عند كل صلاة، والمراد بالزينة أخذ الستر.

واستقبال القبلة؛ لقوله تعالى: ﴿فَوَلِّ وَجۡهَكَ شَطۡرَ ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡحَرَامِۚ﴾[البقرة: ١٤٤].

والوقت؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّلَوٰةَ كَانَتۡ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ كِتَٰبٗا مَّوۡقُوتٗا ١٠٣﴾ [النساء: ١٠٣] أي صارت فرضا مؤقَّتا.

والنية؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ﴾ [البينة: ٥] والإخلاص إنما يتحقق بالنية.

والتكبيرة الأولى شرط، وعند الشافعي رحمه الله ركن، حتى يجوز بناء النفل على تحريمة الفرض عندنا، وعنده لا يجوز.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَذَكَرَ ٱسۡمَ رَبِّهِۦ فَصَلَّىٰ ١٥﴾ [الأعلى: ١٥] نزلت الآية في تكبيرة

الافتتاح؛ فالله تعالى أعقب الصلاة ذكر اسم الله تعالى؛ لأن حرف الفاء للتعقيب والتعقيب إنما يتحقق بين الشيئين فيكون الصلاة غير الذكر، ولو كان الذكر ركنا من الصلاة لا يستقيم تعقيب الصلاة عليه.

❖ **وأما أركانها: فستة:**

القيام؛ لقوله تعالى: ﴿وَقُومُواْ لِلَّهِ قَٰنِتِينَ ﴿٢٣٨﴾﴾ [البقرة: ٢٣٨].

والقراءة؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِۚ﴾ [المزمل: ٢٠].

والركوع والسجود؛ لقوله تعالى: ﴿ٱرۡكَعُواْ وَٱسۡجُدُواْ﴾ [الحج: ٧٧].

والانتقال من ركن إلى ركن؛ لأنه وسيلة إلى أداء الفرض فيكون فرضا.

والقعدة الأخيرة مقدار التشهد؛ لقوله صلى الله عليه وسلم للأعرابي: «**إذا رفعتَ رَأْسَكَ مِنْ آخِرِ سَجْدَةٍ وَقَعَدْتَ قَدْرَ التَّشَهُّدِ فَقَدْ تَمَّتْ صَلَاتُكَ**» علَّق التمام بالقعدة إلا أن الانتقال والقعدة ليسا بركن أصلي؛ لأن الانتقال مشروع لغيره وهو أداء ركن آخر لا لعينه، وكذا القعدة مشروعة للتحلُّل وللختم لا لعينها[1].

❖ **وأما واجبات الصلاة:** فثمانية: قراءة الفاتحة، والسورة في الأولتين فأصل القراءة فرض وتعيينها وهو الفاتحة مع السورة واجب، والجهر بالقراءة فيما يجهر، والمخافتة فيما يخافت، وتعديل الأركان عند بعضهم على قول أبي حنيفة رحمه الله، ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررًا من الأركان كالسجدة، والقعدة الأولى، وقراءة التشهُّد في القعدتين، والقنوت في الوتر، وتكبيرات العيدين.

❖ **وأما سننها وآدابها:** نذكرها في مواضعها.

❖ **وأما حكمتها:** فسقوط الواجب عن ذمته بالأداء في الدنيا ونيل الثواب والفوز في الآخرة.

---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار ١/٥٣، ٥٤، وابن عابدين ١/٣٠٦، ٣١٣، والقوانين الفقهية ٧٠، وجواهر الإكليل ١/٤٩، وحاشية الدسوقي ١/٢٤٣، ٢٥١، والزرقاني ١/٢٠٥، ونهاية المحتاج ١/٥١٨، والأذكار/٦٠، وروضة الطالبين ١/٢٦١، والمغني ١/٥٣٢، ٥٣٣، وكشاف القناع ١/٣٨٩، ٣٨٥.

(باب مواقيت الصلاة)

وقت الفجر من حين يطلع الفجر الصادق وهو البياض المعترض في الأفق إلى طلوع الشمس؛ لقوله عليه السلام: «**إن للصّلاةِ أولًا وآخرًا، وإنّ أول وقتِ الفجرِ حين يطلعُ الفجر وإن آخر وقتها حين تطلعُ الشمسُ**»[1].

والفجر فجران:

فجر كاذب: وهو أن يرتفع البياض طولا كذنب السرحان ثم ينكتم فيعقبه الظلام.

وفجر صادق: وهو البياض المنتشر في الأفق.

فبطلوع الكاذب لا يخرج وقت العشاء ولا يحرم السحور، وبطلوع الصادق يدخل وقت الفجر ويحرم السحور؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الفجرُ فجرانِ: فجرٌ مستطيلٌ يحلّ به الطعامُ ويحرمُ فيه الصلاة، وفجرٌ مستطيرٌ أي منتشرٌ يحرم به الطعامُ ويحل فيه الصّلاةُ**»[2].

وأول وقت الظهر حين تزول الشمس وآخره إذا صار ظلُّ كل شيء مثليه سوى في الزوال عند أبي حنيفة، وعندهم: إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى في الزوال خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وروى أسد بن عمرو عنه: إذا صار الظل قامة خرج وقت الظهر، وإذا صار قامتين دخل وقت العصر؛ فعلى هذه الرواية يكون بينهما وقت مهمل.

والصحيح قول أبي حنيفة؛ لما رُوي أن جبريل عليه السلام صلى برسول الله صلى الله عليه وسلم في اليوم الأول الظهر حين زالت الشمس والعصر حين صار ظل كل شيء مثله، وصلى به العصر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثليه فصار آخرهما ناسخا لأوَّلهما.

---

(١) أخرجه الترمذي (١/٢٨٣، رقم ١٥١).

(٢) أخرجه ابن خزيمة (٣٥٦ و١٩٢٧) قال: حدثنا محمد بن علي بن محرز، أصله بغدادي، بالفسطاط، قال: حدثنا أبو أحمد الزبيري، قال: حدثنا سفيان، عن ابن جريج، عن عطاء، فذكره.

ومعرفة الزوال أن يغرز خشبة قبل الزوال فما دام ظل العود على النقصان لم تزل الشمس بعد، وإن استوى الظل فهذا وقت قيام الظهيرة، وإذا أخذ الظل في الزيادة والشمس قد زالت فخط على رأس موضع الزيادة خطا فيكون من رأس الخط إلى العود في الزوال، فإذا صار ظل العود مثله من رأس موضع الزيادة الخط لا من العود خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر، والخلاف في آخر الوقت في الظهر خلاف في أول وقت العصر وآخر وقت العصر حتى تغرب الشمس؛ لقوله عليه السلام: «**من أدركَ ركعة من العصرِ قبل أن تغربَ الشمس فقد أدركَها**»[1].

ووقت المغرب من حين تغرب الشمس إلى أن يغيب الشفق وهو البياض عند أبي حنيفة، وعندهم الحمرة، وهو رواية أسد بن عمرو، وعن أبي حنيفة رحمه الله لهم قوله صلى الله عليه وسلم: «**الشَّفَقُ الْحُمْرَةُ**»[2].

له: ما رُوي عن أنس رضي الله عنه: أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم: متى أصلِّي العشاء؟ فقال: «**حين يسودُّ الأفق**».

ولأن الشفق اسم يتناول الحمرة والبياض جميعًا قال الخليل بن أحمد: الشفق هو الحمرة.

وقال الفراء: هو البياض، فمتى وقع الاشتراك بينهما حمل الشفق على البياض احتياطًا.

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٠٣/٢ (١٣٢٠) قال: حدثنا حسن بن الربيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك وفي (١٣٢١) قال: وحدثناه عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا معتمر. و«أبو داود» (٤١٢) قال: حدثنا الحسن بن الربيع، قال: حدثني ابن المبارك. و«النسائي» ٢٥٧/١، وفي «الكبرى» (١٥١٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر. و«أبو يعلى» (٥٨٩٣) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد النرسي، قال: حدثنا معتمر بن سليمان. و«ابن خزيمة» (٩٨٤) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، وأحمد بن المقدام العجلي، قالا: حدثنا معتمر. و«ابن حبان» (١٥٨٢ و١٥٨٥) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق.

أربعتهم: (رباح بن زيد الصنعاني، وعبد الله بن المبارك، ومعتمر بن سليمان، وعبد الرزاق بن همام) عن معمر بن راشد، عن عبد الله بن طاووس، عن أبيه، عن عبد الله بن عباس، فذكره.

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٦٩/١ رقم ٣، ٤).

ووقت العشاء من حين يغيب الشفق إلى طلوع الفجر لقول ابن عباس رضي الله عنهما: ووقت العشاء من حين يغيب الشفق إلى انفجار الصبح. وذلك لا يعرف إلا سماعًا فصار كالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

وقال الشافعي رضي الله عنه في قول آخر: وقت العشاء حين يمضي الثلث من الليل وفي قول: حين يمضي نصفه.

(فصل في الأوقات المستحبة)

السماء إذا كانت مُصْحِيَة فالإسفار[1] بالفجر أفضل.

وعند الشافعي رحمه الله: التَّغْلِيسُ[2] أفضل.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «**أَسْفِرُوا بِالْفَجْرِ، فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْأَجْرِ**»[3]، ولأنه وقت نوم وغفلة، فيكون في التغليس بقليل الجماعة، وفي التنوير بكثيرها؛ فكان التنوير

---

(١) الإسفار: أسفر الصبح: أي أضاء، قال الله تعالى: ﴿وَٱلصُّبۡحِ إِذَآ أَسۡفَرَ ٣٤﴾ [المدثر: ٣٤].
وأسفر القوم: أي صاروا في الإسفار.
وأسفر وجهُهُ: أي أشرق، قال الله تعالى: ﴿وُجُوهٞ يَوۡمَئِذٖ مُّسۡفِرَةٞ ٣٨﴾.

(٢) التغليس: غَلّس بالصلاة: إذا صلّاها بالغَلَس، وفي الحديث: «صلّى النبي عليه السلام الغداة فغلّس بها، ثم صلّاها فأسفر بها، ثم لم يعد إلى الإسفار» قال الشافعي: تعجيل جميع الصلوات في أول وقتهن أفضل من التأخير.
وهو قول زيد بن علي ومن وافقه.
وقال أبو حنيفة: التعجيل في صلاة المغرب أفضل، وفي صلاة الظهر إلا في شدة الحر، والتأخير في سائرها أفضل.
وغَلَّس القومُ الماءَ: أي وردوه بِغَلَس. وغَلّسوا: أي ساروا بغلس.

(٣) أخرجه «ابن ماجه» (٦٧٢) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: أنبأنا سفيان بن عيينة، عن ابن عجلان. و«أبو داود» (٤٢٤) قال: حدثنا إسحاق بن إسماعيل، قال: حدثنا سفيان، عن ابن عجلان. و«الترمذي» (١٥٤) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا عبدة، عن محمد بن إسحاق. و«النسائي» ١/٢٧٢، وفي «الكبرى» (١٥٤٢) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، عن ابن عجلان. و«ابن حبان» (١٤٨٩) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، عن ابن عجلان. وفي (١٤٩٠) قال:
=

أفضل، وما كان أفضل كان أولى بالمغفرة، إلا للحاج بمزدلفة، فإن التغليس هناك أفضل، ولا يؤخرها تأخيرًا يقع الشك في طلوع الشمس ويسفر بها من حيث لو ظهر فساد صلاته يمكنه أداؤها في وقتها[١].

ويبرد بالظهر في الصيف؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أَبْرِدُوا بِالظهر، فَإِنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ**»[٢]. ويعجل في الشتاء لما روى أنس رضي الله عنه: «**كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي الظهر في الشتاء وما يدري ما ذهب من النهار أكثر أم ما بقي**»، ويؤخر العصر ما دامت الشمس بيضاء نقية في الشتاء والصيف لما روي أنه ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على التنوير بالفجر وتأخير العصر، ولأنه لا نفل بعد العصر فتعجيلها يؤدي إلى تقليل النفل، ويكره تأخيرها إلى أن تتغير الشمس بحمرة أو صفرة لقوله صلى الله عليه وسلم: «**ألا أخبركُم بصلاةِ المنافقين، يدعُ أحدكم العصر حتى إذا صارت الشمسُ بين قرني الشيطان قام أحدهم فينقرهنّ كنقرات الديك، لا يذكرن الله فيهنّ إلا قليلا**»[٣].

=

أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا يزيد بن هارون، ومحمد بن يزيد، عن ابن إسحاق. وفي (١٤٩١) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن إسماعيل، قال: حدثنا ابن أبي عمر العدني، قال: حدثنا سفيان، عن محمد بن عجلان. كلاهما: (محمد بن عجلان، ومحمد بن إسحاق) عن عاصم بن عمر بن قتادة، عن محمود بن لبيد، فذكره.

(١) انظر: حاشية الطحطاوي على المراقي ص٩٨، وابن عابدين ١٧٨/٢ ط. أولى، وبدائع الصنائع ١٢٥/١.

(٢) أخرجه البخاري ١١٣/١ (٥٣٣ و٥٣٤) قال: حدثنا أيوب بن سليمان، قال: حدثنا أبو بكر، عن سليمان، قال صالح بن كيسان: حدثنا الأعرج، عبد الرحمن، وغيره، عن أبي هريرة (ح) ونافع، مولى عبد الله بن عمر، عن عبد الله بن عمر، أنهما حدثاه، فذكراه.

(٣) أخرجه أبو يعلى (٤٦٤٢). وابن حبان (٢٦٠) قال: أخبرنا أبو يعلى، بالموصل، قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرنيه أسامة بن زيد، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة.

قال مشايخنا: التأخير إلى هذا الوقت مكروه فأما الأداء فغير مكروه؛ لأنه مأمور به.

(**في النوادر**): ذكر محمد عن أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف: أن المعتبر التغيير في قرص الشمس لا في الضوء الذي يكون على الحيطان، وإنما يعرف التغيير في القرص إذا أمكنه إحاطة النظر إليها.

ويُعجَّل المغرب في الأوقات كلها ويكره تأخيرها إلى وقت اشتباك النجوم.

ويؤخر العشاء إلى ثلث الليل في الشتاء، ويعجَّل في الصيف؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لن تزال أمتي بخير ما لم يؤخروا المغرب إلى اشتباك النجوم**»[1].

ويؤخر العشاء إلى ثلث الليل في الشتاء ويعجل في الصيف لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ: «**إذا كان الشتاء فأخّر العشاء لآخره؛ لأن الليل طويل، وإن كان بالصيف فعجِّل العشاء، فإن الليل قصير**».

وتأخيره إلى نصف الليل مباح وإلى ما بعد النصف مكروه لما فيه من تقليل الجماعة بلا عذر، قال عليه السلام: «**لولا أن أشقَّ على أمَّتي لأمرتهم بتأخير العشاء إلى ثلث الليل**»[2]. وفي رواية أنس: «**إلى نصف الليل**».

---

(١) أخرجه «أبو داود» (٤١٨) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«ابن خزيمة» (٣٣٩) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، ومؤمل بن هشام اليشكري، قالا: حدثنا ابن علية (ح) وحدثنا الفضل بن يعقوب الجزري، قال: حدثنا عبد الأعلى. وفي (٣٣٩م) قال: حدثنا محمد بن موسى الحرشي، قال: حدثنا زياد بن عبد الله.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤/٢ (٨٨٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. و«مسلم» ١٥١/١ (٥١٠) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، قالوا: حدثنا سفيان. و«ابن ماجه» (٦٩٠) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، عن سفيان. و«النسائي» ١٢/١، وفي «الكبرى» (٦) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. وفي ٢٦٦/١، وفي «الكبرى» (٣٠٣٤) قال: أخبرنا محمد بن منصور المكي الجواز، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٦٢٧٠) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان. وفي (٦٣٤٣) قال: حدثنا داود بن عمرو الضبي، قال: حدثنا ابن أبي الزناد. و«ابن خزيمة» (١٣٩) قال: حدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا ابن عيينة (ح) =

وفي يوم الغيم ينور في الفجر كما في حال الصحوة ويؤخر الظهر لئلا يقع مطر أو ثلج مانع من الجماعة.

وكل صلاة في أول اسمها عين تعجل، وما ليس في أول اسمها عين تؤخَّر.

ولا يجمع بين صلاتين في وقت واحد ما خلا بعرفة ومزدلفة.

وعند الشافعي رحمه الله: يجمع لعذر السفر والمطر.

والصحيح قولنا؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: "ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة قبل ميقاتها إلا بعرفة ومزدلفة".

ولأن أثر السفر في الترفيه والتخفيف وذلك في قصر الصلاة لا في إسقاط الوقت، وقيل: الجمع بين الصلاتين فعلا بعذر السفر والمطر جائز وذلك بتأخير الظهر وتعجيل العصر وتأخير المغرب وتعجيل العشاء.

فأما الجمع بين العصر والمغرب فعلا لا يجوز؛ لأنه يؤخر العصر إلى وقت مكروه.

ووقت الوتر ما هو وقت العشاء عند أبي حنيفة، إلا أنه لا يجوز تقديمه على العشاء؛ لأنه شرع مرتبا عليها لوقت قضاء الفائتة ما هو وقت أداء الوقتية، لكن الوقتية شرعت مرتبة على الفائتة وعندهم وقته بعد العشاء بناء على أن الوتر واجب عنده فلا يكون تبعا للعشاء، فيكون وقته بعد العشاء فلا يتعلق دخول وقتها بالفراغ عن العشاء كسائر الصلوات، وعندهم سنة فيكون تبعًا للعشاء فيكون وقته بعد العشاء، ويستحب أن يوتر في آخر الليل إن كان يثق من نفسه باليقظة وإلا فيوتر أول الليل لقوله عليه السلام لأبي بكر الصديق رضي الله عنه حين قال: أوتِرُ قبل المنام: «**أخذت بالثقة**»، ولعمر رضي الله عنه: أوتر بعد المنام: «**أخذت بالفضيلة**».

ووقت الجمعة ووقت الظهر واحد ووقت صلاة العيدين من طلوع الشمس إلى زوالها هكذا المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

=

وحدثنا عبد الجبار بن العلاء، وسعيد بن عبد الرحمن، قالا: حدثنا سفيان، وهو ابن عيينة. و«ابن حبان» (١٠٦٨) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. أربعتهم: (مالك بن أنس، وسفيان بن عيينة، وورقاء بن عمر، وعبد الرحمن بن أبي الزناد) عن أبي الزناد، عبد الله بن ذكوان.

(فصل)

الأوقات المكروهة خمسة: ثلاثة منها يكره فيها الفرض والتطوع والواجب كصلاة الجنازة وصلاة المنذورة وسجدة التلاوة وسجدة السهو: عند طلوع الشمس والاستواء والغروب إلا عصر يومه؛ لما رُوي عن عقبة بن عامر: «**أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نصلي في ثلاث أوقات، وأن نقبر فيها موتانا: عند طلوع الشمس، وزوالها، وغروبها**»، ولم يُرِدْ بالإقبار الدفن، وإنما أراد به صلاة الجنازة وسجدة التلاوة بمعناها، وهذا النهي ورد لمعنى في الوقت وهو أنه وقت عبادة الكفرة فيكره التشبُّه بهم[1].

وأما عصر يومه فلقوله صلى الله عليه وسلم: «**من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها**»[2] ولأنه مأمور بأداء الوقتية في الوقت بالكتاب ولا يجوز تركه بخبر الواحد ولا يجوز فيها قضاء الفرائض[3].

وقضاء الواجبات والنوافل التي لها سبب كركعتي الطواف والسنن الرواتب؛ لأن القضاء لزمه كاملا والسنن شرعت بصفة الكمال والمؤدى في الوقت

---

(١) انظر: المشرب الوردي ص٢٣٦، ومراقي الفلاح وحواشيه ص١٠٧، ١٠٨، والدر مع ابن عابدين ١/٢٦١ - ٢٦٣.

(٢) أخرجه «مسلم» ٢/١٠٣ (١٣٢٠) قال: حدثنا حسن بن الربيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك وفي (١٣٢١) قال: وحدثناه عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا معتمر. و«أبو داود» (٤١٢) قال: حدثنا الحسن بن الربيع، قال: حدثني ابن المبارك. و«النسائي» ١/٢٥٧، وفي «الكبرى» (١٥١٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر. و«أبو يعلى» (٥٨٩٣) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد النرسي، قال: حدثنا معتمر بن سليمان. و«ابن خزيمة» (٩٨٤) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، وأحمد بن المقدام العجلي، قالا: حدثنا معتمر. و«ابن حبان» (١٥٨٢ و١٥٨٥) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق.

أربعتهم: (رباح بن زيد الصنعاني، وعبد الله بن المبارك، ومعتمر بن سليمان، وعبد الرزاق بن همام) عن معمر بن راشد، عن عبد الله بن طاووس، عن أبيه، عن عبد الله بن عباس، فذكره.

(٣) انظر: ابن عابدين ١/٢٤٠، وبلغة السالك ١/٨٣، ونهاية المحتاج ١/٣٥٣، والمغني ١/٣٩٥.

ناقص والكامل لا يتأدى بالناقص.

وقال الشافعي رحمه الله: يجوز ذلك كله من غير كراهة إلا التطوع المبتدأ، وعن أبي يوسف أنه جوّز التطوع وقت الزوال يوم الجمعة، وقيل: في صلاة الجنازة الأفضل أن يؤديها ولا يؤخرها لقوله عليه السلام: «**ثلاث لا تؤخِّروهُنَّ: الجنازة إذا حضرت**»[1] ولأن وقت وجوبها وقت حضور الجنازة فمتى حضرت الجنازة وقت المكروه وجب أي الصلاة فيه بمنزلة أداء العصر في وقت مكروه[2].

ولو شرع في النفل في هذه الأوقات فالأفضل أن يقطعها، ولو قطعها لزمه القضاء في الرواية المشهورة ويقضيها في وقت مباح؛ لأن المنهي هو الصلاة واسم الصلاة لا يطلق على ما دون الركعة، ولهذا لو حلف لا يصلي فما لم يقيدها بالسجدة لا يحنث فيكون الجزء المؤدى عبادة، فإذا أبطله لزمه القضاء بخلاف الصوم في يوم النحر.

ولو قضاها في وقت مكروه جاز وقد أساء خلافا لزفر رحمه الله؛ لأنه لو أتمها في وقت مكروه جاز؛ لأنه أداها كما التزم فكذا إذا قضاها في وقت مكروه؛ لأن القضاء مثل الأداء، وكذلك في سجدة التلاوة والصلاة المنذورة الأفضل أن يقطعها ويؤديها في وقت مباح؛ لأنه وجب أداؤها مطلقا فلا يتصور تفويتها عن الوقت.

ووقتان يكره فيهما التطوع وصلاة المنذورة وركعتي الطواف ولا يكره فيهما الفرض وقضاء الفوائت وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة، وهما: ما بعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس وبعد العصر إلى غروب الشمس؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا صلاة بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس، ولا بعد صلاة العصر حتى تغرب**

---

(١) أخرجه أحمد ١/١٠٥ (٨٢٨) قال: حدثنا هارون بن معروف (قال عبد الله بن أحمد: وسمعته أنا من هارون). و«ابن ماجه» (١٤٨٦) قال: حدثنا حرملة بن يحيى. و«الترمذي» (١٧١ و١٠٧٥) قال: حدثنا قتيبة.

ثلاثتهم: (هارون، وحرملة، وقتيبة) عن عبد الله بن وهب، قال: حدثني سعيد بن عبد الله الجهني، أن محمد بن عمر بن علي بن أبي طالب حدثه، عن أبيه، عن جده، فذكره.

(٢) انظر: ابن عابدين ١/٢٥٠.

الشمس»[1]. إلا أن النهي هاهنا ما ورد لمعنى في الوقت بل لمعنى في غيره وهو مراعاة جعل كل الوقت مشغولًا بفرض الوقت؛ لأن ثواب الفرض أعظم فكان صون كل الوقت إليه أهم فلا يظهر النهي في حق مثله من الفرض ويكره صرفه إلى التطوع؛ لأنه دونه وكذا أداء ركعتي الطواف لأنها وجبت لغيرها وهو ختم الطواف به. فبقيت نفلا في حق نفسه وكذا الصلاة المنذورة فلأنها وجبت بالتزامه فبقيت نفلا كما كانت فيما يرجع إلى الوقت، كما لو شرع في النافلة لزمه الإتمام حفظًا للمؤدَّى وهو نفل في نفسه.

وكذلك لو افتتح الصلاة في وقت مستحبٍّ ثم أفسدها فقضاها بعد صلاة العصر

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/١٥٢ (٥٨١) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا هشام. وفي (٥٨١م) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثني يحيى، عن شعبة. و«مسلم» ٢/٢٠٧ (١٨٧٣) قال: حدثنا داود بن رشيد، وإسماعيل بن سالم، جميعا عن هشيم، قال داود: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا منصور. وفي (١٨٧٤) قال: وحدثنيه زهير بن حرب، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن شعبة (ح) وحدثني أبو غسان المسمعي، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا سعيد (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا معاذ بن هشام، قال: حدثني أبي. و«ابن ماجه» (١٢٥٠) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا همام. و«أبو داود» (١٢٧٦) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا أبان. و«الترمذي» (١٨٣) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا منصور، وهو ابن زاذان. و«النسائي» ١/٢٧٦، وفي «الكبرى» (٣٦٧) قال: أخبرنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا منصور. و«أبو يعلى» (١٤٧) قال: حدثنا محمد بن الصباح، وزحمويه، قالا: حدثنا هشيم، قال: حدثنا منصور. وفي (١٥٩) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، عن شعبة. و«ابن خزيمة» (١٢٧١) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد، يعني ابن جعفر (ح) وحدثنا الصنعاني، قال: حدثنا خالد، يعني ابن الحارث، قالا: حدثنا شعبة. وفي (١٢٧٢) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا منصور، وهو ابن زاذان. وفي (٢١٤٦) قال: حدثنا عبد الوارث بن عبد الصمد بن عبد الوارث، قال: حدثني أبي، قال: حدثنا هشام (ح) وحدثنا عبد الوارث، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا همام. ستتهم: (همام بن يحيى، وأبان بن يزيد، وشعبة بن الحجاج، وسعيد بن أبي عروبة، وهشام الدستوائي، ومنصور بن زاذان) عن قتادة بن دعامة، قال: حدثني أبو العالية، عن ابن عباس، فذكره.

قبل مغيب الشمس لا يجزيه؛ لأنها وجبت لغيرها وبقيت نفلا، وكذا إذا أفسد سنة الفجر ثم قضاها بعد الفجر لم يجز ولا يكره أداء ركعتي الفجر قبل صلاة الفجر؛ لأنها تابعة لها شرعت تكميلا لها فلا يظهر النهي في حقها.

ولو صلى من الفجر ركعة ثم طلعت الشمس فسدت؛ لأن ما بعد الطلوع وقت القضاء وهو مكروه فيكون هذا قضاء للكامل بالناقص والكامل لا يتأدى بالناقص.

ولو صلى من العصر ركعة ثم غربت الشمس لا تفسد؛ لأنه لا كراهة في الوقت بعد الغروب فيكون هذا قضاء بوصف الأكمل.

ويكره النفل بعد الغروب حتى يصلي المغرب؛ لأن فيه تأخير المغرب عن وقته، والله أعلم.

(باب الأذان)

الأذان سنة مؤكدة؛ لما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال في قوم صلوا في المصر بجماعة بغير أذان وإقامة: إنهم أخطؤوا السنة وخالفوا وأثموا.

وقيل: الأذان واجب؛ لما رُوي عن محمد رحمه الله: لو اجتمع أهل بلدة على ترك الأذان لقاتلناهم، وإنما تقاتل على ترك الواجب دون السنة؛ وكلا القولين متفاوتان؛ لأن السنة المؤكدة بمنزلة الواجب في حق لحوق الإثم بتاركهما وإنما يقاتل على تركه؛ لأنه من شعائر الإسلام وخصائص الدين.

قال أبو يوسف رحمه الله: لو امتنع أهل بلدة من أداء الزكاة وإقامة الفرائض قاتلتهم، ولو امتنع واحد ضربته؛ لقول أبي بكر رضي الله عنه: والله لو منعوني عقالًا مما أدوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه.

وأما السنن نحو: صلاة العيد، وصلاة الجماعة، فإني آمرهم وأضربهم وإلا قاتلتهم.

(فصل)

الأذان في اللغة عبارة عن الإعلام قال الله تعالى: ﴿ وَأَذَٰنٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦٓ ﴾ [التوبة: ٣] أي: إعلام منهما، والأصل في ثبوته ما رُوي أن عبد الله بن زيد رضي الله

عنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: "رأيت وكنت بين النائم واليقظان نازلا من السماء قائم على جذم حائط واستقبل القبلة وقال: الله أكبر الله أكبر، وذكر الأذان إلى آخره ثم قعد هُنَيَّةً[1] ثم قام وقال مثل ذلك، إلا أنه قد زاد فيه: قد قامت الصلاة مرتين، قال عليه السلام: «**عَلِّمْهُ بِلَالًا فَإِنَّهُ أَنْدَى صَوْتًا مِنْكَ**»[2].

ثم الاختلاف في الأذان في ثلاثة مواضع:

أحدها: أنه يختم الأذان بقوله: لا إله إلا الله، وقال مالك رحمه الله: لا إله إلا الله والله أكبر.

والثاني: أنه لا ترجيع في الأذان، وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما: يرجع، وذلك أن يبتدئ بالشهادتين يخفض بهما صوته ثم يرجع إليهما فيرجع بهما صوته؛ لقوله عليه السلام لأبي محذورة: «**ارجع فمُدَّ بها صوتك**».

لنا: أنه اتفقت الروايات أن بلالا كان لا يرجع، وحديث أبي محذورة: «**ارجع فمُدَّ بها صوتك**»[3] كان في ابتداء الإسلام وكان جهير الصوت فأخفى كلمة الشهادتين حياء من قومه، فقال له صلى الله عليه وسلم: «**ارجع فَمُدَّ بها صوتك**»[4].

---

(١) (هُنَيْهَةٌ، وهُنَيَّةٌ) - يقال: أَقام هُنَيْهَةً، وهُنَيَّةً: قليلًا من الزَّمَان.
وفي الحديث: «أَنه أَقام هُنَيَّةً» وهُنَيَّةٌ: تصغير هَنَة على القياس، وهُنَيْهةٌ على إِبدال الهاء من الياء في هُنَيَّة.

(٢) أخرجه أحمد ٤٠٨/٣ (١٥٤٥٣) قال: حدثنا سريج بن النعمان، قال: حدثنا الحارث بن عبيد، عن محمد بن عبد الملك بن أبي محذورة. و«البخاري» في «خلق أفعال العباد» (١٩٠) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الوهاب، قال: قال إبراهيم بن عبد العزيز بن عبد الملك بن أبي محذورة. و«أبو داود» (٥٠٠) قال حدثنا مسدد، قال: حدثنا الحارث بن عبيد، عن محمد بن عبد الملك بن أبي محذورة. وفي (٥٠٤) قال: حدثنا النفيلي، قال: حدثنا إبراهيم بن إسماعيل بن عبد الملك بن أبي محذورة. و«ابن حبان» (١٦٨٢) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا الحارث بن عبيد، عن محمد بن عبد الملك بن أبي محذورة.

(٣) أخرجه النسائي (٥/٢ - ٦ رقم ٦٣١).

(٤) انظر: البحر الرائق ومنحة الخالق ٢٦٩/١، وحاشية ابن عابدين ٢٥٩/١، والمغني مع الشرح الكبير ٤١٧/١.

والثالث: الإقامة مثنى مثنى كالأذان، وقال الشافعي رحمه الله: فرادى فرادى لما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بلالا بأن يشفع الأذان ويوتر الإقامة**»[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/١٢٤ (٦٠٣) و٤/١٦٩ (٣٤٥٧) قال: حدثنا عمران بن ميسرة، قال: حدثنا عبد الوارث، قال: حدثنا خالد الحذاء. وفي (٦٠٥) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن سماك بن عطية، عن أيوب. وفي (٦٠٦) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا عبد الوهاب، قال: أخبرنا خالد الحذاء. وفي ١/١٢٥ (٦٠٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا خالد. قال البخاري: قال إسماعيل: فذكرت لأيوب، فقال: «إلا الإقامة». و«مسلم» ٢/٢ (٧٦٧) قال: حدثنا خلف بن هشام، قال: حدثنا حماد بن زيد (ح) وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا إسماعيل ابن علية، جميعا عن خالد الحذاء. زاد يحيى، في حديثه عن ابن علية، فحدثت به أيوب، فقال: «إلا الإقامة». وفي (٧٦٨) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: أخبرنا عبد الوهاب الثقفي، قال: حدثنا خالد الحذاء. وفي ٢/٣ (٧٦٩) قال: وحدثني محمد بن حاتم، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا وهيب، قال: حدثنا خالد الحذاء. وفي (٧٧٠) قال: وحدثني عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا عبد الوارث بن سعيد، وعبد الوهاب بن عبد المجيد، قالا: حدثنا أيوب. و«ابن ماجه» (٧٢٩) قال: حدثنا عبد الله بن الجراح، قال: حدثنا المعتمر بن سليمان، عن خالد الحذاء. وفي (٧٣٠) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا عمر بن علي، عن خالد الحذاء. و«أبو داود» (٥٠٨) قال: حدثنا سليمان بن حرب، وعبد الرحمن بن المبارك، قالا: حدثنا حماد، عن سماك بن عطية (ح) وحدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب، جميعا عن أيوب. وفي (٥٠٩) قال: حدثنا حميد بن مسعدة، قال: حدثنا إسماعيل، عن خالد الحذاء. و«الترمذي» (١٩٣) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي، ويزيد بن زريع، عن خالد الحذاء. و«النسائي» ٢/٣، وفي «الكبرى» (١٦٠٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا عبد الوهاب، عن أيوب. و«أبو يعلى» (٢٧٩٢) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا وهيب، قال: حدثنا أيوب. وفي (٢٧٩٣) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا خالد الحذاء، وكان يكنى أبا المنازل. وفي (٢٨٠٤) قال: حدثنا جعفر بن مهران، قال: حدثنا عبد الوارث، عن أيوب. و«ابن خزيمة» (٣٦٦) قال: حدثنا بشر بن هلال، قال: حدثنا عبد الوارث، يعني ابن سعيد، عن أيوب (ح) وحدثنا بندار، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا أيوب (ح) وحدثنا بندار، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا خالد (ح) عن محمد، غير مفسر (ح) وحدثنا أبو الخطاب، قال: حدثنا بشر، يعني ابن المفضل، قال: حدثنا خالد (ح) وحدثنا زياد بن أيوب، قال: حدثنا =

لنا: حديث عبد الله بن زيد ورُوي عن أبي محذورة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علَّمني الإقامة سبعة عشر كلمة، وإنما تكون سبعة عشر كلمة إذا كانت مثنى، مثنى، وما رواه محمول على الإيثار قولًا بحيث لا يقطع الصوت.

يثوِّب في الفجر خاصة لما روي أن بلالا وقف على باب حجرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأذَّن فقيل له: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نائم، فقال بلال: الصلاة خير من النوم، فقال عليه السلام: «**ما أحسن هذا اجعله في تأذين الفجر**»[1]، ولأنه وقت نوم وغفلة والتثويب فيه زيادة إعلام وحث فيليق به، وقد عدم ذلك في سائر الصلوات ومحل التثويب بعد الأذان[2].

وفي رواية البلخي وأبي يوسف عن أصحابنا محله في الأذان بعد الصلاة والفلاح؛ لقوله عليه السلام لبلال: «**اجْعَلْهُ فِي أَذَانِكَ**»[3]؛ لكن تأويله: اجعله من جملة

=

هشام، عن خالد (ح) وحدثنا سلم بن جنادة، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن خالد الحذاء. وفي (٣٦٧) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا المعتمر، قال: سمعت خالدا. وفي (٣٦٨) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي، قال: حدثنا خالد. وفي (٣٦٩) قال: حدثنا محمد بن يحيى القطعي، قال: حدثنا روح بن عطاء بن أبي ميمونة، قال: حدثنا خالد الحذاء. وفي (٣٧٦) قال: حدثنا محمد بن معمر القيسي، قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا سماك بن عطية، عن أيوب. و«ابن حبان» (١٦٧٥) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا محمد بن كثير العبدي، قال: أنبأنا شعبة، عن أيوب. وفي (١٦٧٦) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن خالد الحذاء. وفي (١٦٧٨) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن خزيمة، قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر بن سليمان، قال: سمعت خالدا الحذاء.

كلاهما: (خالد الحذاء، وأيوب) عن أبي قلابة، فذكره.

(١) أخرجه ابن ماجه (٧١٦) قال: حدثنا عمرو بن رافع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، عن معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، فذكره.

(٢) انظر: لسان العرب، وشرح منتهى الإرادات ١/١٢٧ ومغني المحتاج ١/١٣٦، وابن عابدين ١/٢٦٠، ٢٦١ ط. بولاق.

(٣) أخرجه ابن ماجه (١/٢٣٧، رقم ٧١٦).

ما تعلم به الناس[١].

وقال محمد رحمه الله في (الأصل): كان التثويب الأول في الفجر بعد الأذان: الصلاة خير من النوم؛ مرتين، فأحدث الناس هذا التثويب وهو قوله: حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بعد الأذان، وهو الذي اختاره علماء أهل الكوفة وهو حسن، قال عليه السلام: «**مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ**»[٢].

وتثويب كل بلدة على ما يتعارفه أهلها إما بالتنحنح أو بقول المؤذِّن: الصلاة الصلاة، فإن المقصود الزيادة في الإعلام وذلك يحصل بما يتعارفونه، واستحسن المتأخرون في زماننا التثويب في كل صلاة لتغير الناس وغفلتهم واشتغالهم بأمور الدنيا وينتظرون الإقامة، فلو لم يردد في الإعلام أدى إلى التخلف عن الجماعة فصار كل الأوقات في حقنا بمنزلة وقت الفجر.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس بالتثويب لمن اشتغل بصلاح عامة المسلمين مثل الأمير والقاضي والمفتي في جميع الصلاة، وهو أن يقول لهم عند الباب: السلام عليك حي على الصلاة - مرتين - الصلاة يرحمك الله؛ لأن لهم زيادة شغل في أمور المسلمين فلا بد من زيادة الإعلام لهم.

(فصل في سنن الأذان)

السنة أن يترسَّل في الأذان ويحدر في الإقامة.

والترسل أن يفصل بين الكلمتين، والحدر أن يصل بينهما؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لبلال رضي الله عنه: «**إِذَا أَذَّنْتَ فَتَرَسَّلْ، وَإِذَا أَقَمْتَ فَاحْدُرْ**»[٣]؛ لأن الأذان

(١) انظر: ابن عابدين ٢٦٠/١ والهداية ٤١/١ ط. المكتبة الإسلامية ومغني المحتاج ١٣٦/١، ومنح الجليل ١١٨/١، ومنتهى الإرادات ١٢٦/١ - ١٢٧.

(٢) حديث: «**ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن**»، ورد موقوفًا على ابن مسعود، أخرجه أحمد في المسند (٣٧٩/١ - ط. الميمنية) وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٧/١ - ١٧٨ - ط. القدسي): "رجاله موثقون".

(٣) أخرجه «الترمذي» (١٩٥) قال: حدثنا أحمد بن الحسن، قال: حدثنا المعلى بن أسد. وفي (١٩٦) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: حدثنا يونس بن محمد.

إعلام للتأهُّب والإحضار والترسُّل فيه أبلغ في الإعلام، والإقامة للإسراع إلى الصلاة والحدر بحالها أشبه، ويرتب بين كلمات الأذان والإقامة كما شرع حتى لو قدَّم شيئًا في الأذان والإقامة ترك المقدم وألَّف الخلال به يرتفع والإعلام يحصل ويستقبل القبلة في الأذان والإقامة، وإذا انتهى إلى الصلاة والفلاح حوَّل وجهه يمنة ويسرة ولا يحوِّل قدميه، وأما الصلاة والفلاح دعاء إلى الصلاة، وأحسن أحوال الداعي أن يكون مقبلا على المدعوِّين؛ لأنه في حالة الذكر والثناء على الله تعالى والشهادة له بالوحدانية ولنبيه بالرسالة، والأحسن أن يكون مستقبل القبلة إلا إذا كان على المنارة فلا بأس بأن يستدير في صومعته ليخرج رأسه من نواحيها؛ لأن الإعلام لا يحصل بدونه، ويجعل إصبعه في أذنيه ليكون أندى لصوته وإن ترك لم يضره؛ لأنه ليس من السنن الأصلية وإنما ذلك لإقامة سنة الصوت ويرفع صوته؛ لأنه أبلغ في الإعلام، ولا يجهد نفسه لقول عمر رضي الله عنه لمؤذِّن: أما تخشى أن ينشق مريطاك - وهو ما بين السرَّة إلى العانة-، ونهاه عنه، ولا يتكلم في أذانه وإقامته ولا يرد السلام؛ لأنه يقطع النظم ويبطل معنى الإعلام، ولا يكره أن يتطوع في مئذنه.

ولو جعل الأذان إقامة لا يستقبل، ولو جعل الإقامة أذانا يستقبل؛ لأن في الإقامة التغيير وقع مزاولها إلى آخرها؛ لأنه لم يأت بسنَّتها وهو الحدر[1]. وفي الأذان التغيير وقع في آخره؛ لأنه أتى بسنته في أوله وهو الترسُّل؛ فلهذا لا يعيد.

ويفصل بين الأذان والإقامة؛ ويفصل بينهما بالسكوت عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجلس جلسة خفيفة؛ لأن الجلسة هي التي تحقق الفصل بينهما كما بين الخطبتين. له: أن مبنى المغرب على التعجيل والقيام أقرب إليه فكان الفصل بقيام

---

(١) انظر: ابن عابدين ٢٥٩/١، والاختيار شرح المختار ٤٢/١ ط. دار المعرفة، ومراقي الفلاح ص١٠٦، والنظم المستعذب في شرح غريب المهذب بذيل المهذب في فقه الإمام الشافعي ٦٥/١، ونهاية المحتاج للرملي ٣٩١/١، والمغني لابن قدامة ٤٠٧/١م الرياض الحديثة، ومواهب الجليل بشرح مختصر خليل ٤٣٧/١م الرياض الحديثة، ومواهب الجليل بشرح مختصر خليل ٤٣٧/١م النجاح ليبيا.

ساعة أولى فيسكت بينهما مقدار ثلاث آيات، وإن وصل بين الأذان والإقامة كره؛ لأن الفصل بينهما سنة مؤكدة.

ويستحب أن يكون المؤذن على وضوء، وإن أذن المحدث لا يكره؛ لأنه لا يكره منه قراءة القرآن فذكر الله تعالى أولى، ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يكره.

وأذان الجنب يكره ويعاد؛ لأن الأذان سببه الصلاة، فإنه شرع مستقبل القبلة وله تعلقا بالبيت وإيصالا بالوقت كالصلاة فشرطت الطهارة فيه عن أغلظ الحدثين ولم يشترط عن أخفِّهما توفيرا على الشبهين حطهما، كما في قراءة القرآن شرطت الطهارة عن الجنابة دون الحدث وإقامة الجنب والمحدث مكروهة لما فيه من الفصل بين الإقامة والصلاة وذلك غير مشروع ولا يعاد؛ لأن تكرار الأذان مشروع دون تكرار الإقامة.

ويستحب إعادة أذان أربعة نفر: الجنب والمرأة والسكران والمجنون؛ لأنه لا يقع به الإعلام؛ لأن الصلحاء لا يعتمدون على أذانهم وأذان الصبي المراهق جائز والصبي الذي لا يعقل والمغلوب يعاد أذانهما؛ لأن صوتهما لا يعتبر كصوت الطيور، ويكره أذان الأعمى، والمرأة للرجال؛ لأن الأعمى، لا يستقبل القبلة كما يجب ولا يعلم بأوقات الصلوات. وصوت المرأة عورة واجب الإخفاء.

ويكره الأذان قاعدًا؛ لأنه يخل بالإعلام، وإن أخذ لنفسه قاعدًا فلا بأس به، ويجوز للمسافر أن يؤذن راكبًا.

وعن أبي يوسف: أنه يؤذن حيث كان وجهه وينزل للإقامة؛ لأن أداء الصلاة قد يتراخى عن الأذان، فكان في تكليف النزول ضررًا بخلاف الإقامة، وفي الحضر يكره أن يؤذن راكبًا في ظاهر الرواية؛ لأنه يُخلُّ بمعنى الإعلام وليس في التكليف بالنزول ضرر به. وعن أبي يوسف: أنه لا بأس به، ويكره للمسافر ترك الإقامة ولا يكره ترك الأذان؛ لأن الأذان شرع لإعلام الغائبين بالإحضار وهم حاضرون فلا حاجة لهم إليه، والإقامة شرعت لإعلام الشروع في الصلاة وهم محتاجون إليه.

المنفرد في المصر لو اكتفى بأذان الناس وإقامتهم لا يكره، وإن أذَّن وأقام فحسن، والمسافر لو صلى وحده وترك الإقامة يكره؛ لأن مؤذِّن الحي انتصب نائبا

عن أهل المحلة في الأذان والإقامة؛ لأنهم نصبوه كذلك فيقوم فعل المؤذن مقام فعلهم ولم يوجد ذلك في حق المسافر فكره، ومن قضى فائتةً يقضيها بأذان وإقامة، جمعًا كان أو فردًا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى الصلوات يوم الخندق بالأذان والإقامة، ولأن الفوائت إنما تقضى على حسب ما فاتت وإن أذن للأولى واقتصر على الإقامة للبواقي فهو جائز، فإنه رُوي أنه عليه السلام أذَّن وأقام لكلِّ صلاة، ورُوي أنه أذن للأولى وأقام لكلِّ صلاة، ولا بأس بأن يؤذِّن رجل ويقيم غيره.

وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما: يكره؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لبلال حين أراد أن يقيم: إن أخا صداء أذَّن ومن أذَّن فهو يقيم.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن زيد لما ذكر الأذان: «**لَقِّنْهُ بلالًا**» فأذن بلال فقال لعبد الله بن زيد: أقم أنت، وحديث الصُّدَائي[1] إنما قال ذلك لقرب عهده بالإسلام استمالة لقلبه كي لا يشقَّ عليه، فإنه كان يحبُّ الأذان والإقامة، والذي أذَّن أولى بالإقامة والحق له إلا أن يقيم غيره بإذنه.

غشي على المقيم يستقبل؛ لأن الإغماء يقطع النظم والوصل، وكذلك إذا أحدث فتوضأ وعاد يبتدئ.

أذَّن ثم ارتدَّ يستحب الإعادة كي لا تكون الصلاة مؤداة بأذان من هو مرتد في تلك الحالة، وإن لم يعيدوا جاز، ويجوز أذان العبد والأعرابي وولد الزنا، والأفضل أن يكون صالحًا تقيًّا عالمًا بالسنة وبأوقات الصلاة مواظبًا على ذلك، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه كره أن يكون المؤذن فاجرًا وإن صلُّوا بأذانه جاز.

---

(١) هو زِيَادُ بن الحَارِث الصَّدَائي، وَصُدَاء حَيّ من اليمن، والصُّدَائي: بضم المهملة، وقيل: زياد بن حارثة. قال الْبُخَارِيُّ: والحارث أصح.
له حديث طويل في قصَّة إسلامه، وفيه: "مَنْ أَذَّنَ فَهُوَ يُقِيمُ." أخرجه أَحْمَدُ بطوله. وأخرجه أصحاب السّنن، وفي إسناده الإفريقي. قال ابْنُ السَّكَنِ: في إسناده نظر. قلت: وله طريق أخرى، مِنْ طريق المبارك بن فضالة، عن عبد الغفار بن مَيْسرة، عن الصُّدائي، ولم يسمه. وروى البَاوَرْدِيُّ، من طريق عبد الله بن سليمان، عن عَمْرو بن الحارث، عن بَكر بن سَوَادة، عن زياد بن نعيم، عن زياد الصُّدائيّ؛ فذكر طرفًا من الحديث الطّويل.

ويكره أن يأخذ على الأذان أجرًا؛ لما رُوي عن عثمان بن العاص الثقفي أنه قال: آخر ما عهد إليَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**صل بالناس صلاة أضعفهم ولا تأخذنَّ على الأذان أجرًا**».

(فصل)

والأذان في الصلوات المكتوبات، ولا أذان في الوتر والنوافل وصلاة الاستسقاء والكسوف والخسوف وصلاة العيدين والجنازة؛ لأن الأذان شرع للإعلام ولا حاجة إليه إلا في المكتوبات، وفي الجمعة أذان وإقامة لقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ﴾ [الجمعة: ٩]، ولأن الحاجة إلى الإعلام بدخول الوقت وإلى الدعاء للاجتماع فيها أَمَسّ، ويؤذِّن إذا صعد الإمام المنبر، ويقيم إذا نزل وهو المعتبر حتى يجب الاستماع والإجابة لهذا دون ما يؤتى به لأعلى المئذنة لما رُوي أنه كان الأذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على المنبر حتى زاد عثمان رضي الله عنه أذانا آخر على الزوراء يعني المئذنة، ولا أذان ولا إقامة للنساء؛ لأنه سنة الجماعة وجماعتهن منسوخة.

وقال الشافعي رحمه الله: لا ترفع صوتها بالأذان، وكذا في حق العبيد وكل من لا جماعة عليه.

ويعاد الأذان قبل الوقت في الصلوات كلها عندهما، وعن أبي يوسف، وهو قول الشافعي رحمه الله: لا يعاد في الفجر[1].

لنا: قوله عليه السلام لبلال: «**لَا تُؤَذِّنْ للفجر حَتَّى يَسْتَبِينَ لَكَ الْفَجْرُ هَكَذَا - وَمَدَّ يَدَيْهِ عَرْضًا -**»[2]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا يغرنّكم أذانُ بلال، فإنه يؤذِّن بليلٍ؛**

---

(١) انظر: البدائع ١٥٤/١، ومغني المحتاج ١٣٩/١، ومنتهى الإرادات ١٢٩/١ والحطاب ٤٢٨/١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٢١٤/١ (٢٢٣٤). وأبو داود (٥٣٤) قال: حدثنا زهير بن حرب.

كلاهما: (ابن أبي شيبة، وزهير) قالا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا جعفر بن برقان، عن شداد، فذكره.

ليرجع قائمكم وينتبه نائمكم ويتسحَّر صائمكم»[1]، ويكره تكرار الجماعة بأذان وإقامة في مسجد واحد بعدما صلى فيه أهله أو بعض أهله، وعند الشافعي لا بأس به.

لنا: أن فيه تعليل الجماعة وتفريقها؛ لأن كل واحد يعتمد على جماعته، ولا يترصد للأذان المعروف ولا يجتهد للحضور، بل يتخلف عن الأولى ليصليها في الثانية وتكثير الجماعة مندوب وتقليلها مكروه.

رُوي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: أنه إنما يكره إذا كان على سبيل الاجتماع والتداعي وقام في المحراب، فأما إذا صلى بواحد أو اثنين في ناحية من المسجد بغير أذان وإقامة فلا يكره، ولو صلى فيه غير أهله بالجماعة فلا بأس لأهله أن يصلوا فيه بالجماعة؛ لأن قضاء حق المسجد بإقامة الجماعة فيه على أهله، ولهذا كانت المرمة والجمارة على أهله وهم لم يؤدوا حقه، وصار كالأجنبي إذا صلى على الميت كان للولي أن يعيدها، ولو كان مسجدًا ليس له أهل معروف كالمساجد التي

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٢٩/٣ (٢٥١١) قال: حدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا عبد الوارث، عن عبد الله بن سوادة القشيري. وفي ١٣٠/٣ (٢٥١٢) قال: وحدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية، قال: حدثني عبد الله بن سوادة. وفي (٢٥١٣) قال: وحدثني أبو الربيع الزهراني، قال: حدثنا حماد، يعني ابن زيد، قال: حدثنا عبد الله بن سوادة القشيري. وفي (٢٥١٤) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة. وفي (٢٥١٥) قال: وحدثناه ابن المثنى، قال: حدثنا أبو داود، قال: أخبرنا شعبة. و«أبو داود» (٢٣٤٦) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن عبد الله بن سوادة القشيري. و«الترمذي» (٧٠٦) قال: حدثنا هناد، ويوسف بن عيسى، قالا: حدثنا وكيع، عن أبي هلال. و«النسائي» ١٤٨/٤، وفي «الكبرى» (٢٤٩٢) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا شعبة. و«ابن خزيمة» (١٩٢٩) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا ابن علية، عن عبد الله بن سوادة.

أربعتهم: (أبو هلال، محمد بن سليم، وشعبة بن الحجاج، وهمام بن يحيى، وعبد الله بن سوادة) عن سوادة بن حنظلة، فذكره.

في رواية محمد بن جعفر، عن شعبة، عند أحمد (٢٠٣٣٩): عن شيخ من بني قشير، وفي رواية روح، عن شعبة، قال: سمعت سوادة القشيري، وكان إمامهم. قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث حسن.

على شوارع الطرق فلا بأس بتكرار الجماعة فيه لانعدام ذلك المعنى فيه.

ولو فاتته الجماعة في مسجد حيِّه إن شاء صلى وحده في مسجده، وإن شاء صلى في مسجد آخر بالجماعة؛ لأن لكل واحد منهما في الفضيلة والثواب ما لصاحبه، واختار بعضهم اتباع الجماعة الأخرى.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله في (**المنتقى**): أنه إن علم بفوت الجماعة قبل أن يدخل مسجد حيِّه اتبع مسجدًا آخر للجماعة، وإن علم بفوتها بعدما دخل فيه صلى فيه وحده ولا يخرج منه وهذا أجود.

رجلٌ له مسجد في محلته فحضر مسجد الجامع لكثرة جماعته فالصلاة في مسجده أفضل وإن قلّ أهله؛ لأن المسجد عليه حق وليس لذلك المسجد عليه حق فلم يقع التعارض ليترجَّح بكثرة الجمع.

وعن أبي حنيفة في (**المنتقى**): من بنى مسجدًا فهو أحق الناس بمرمَّته وبالقيام به وبالأذان والإقامة إن كان أهلًا لذلك، ولا يجوز قسمة المسجد؛ لأن فيه تعطيل موضع الحائط، فإن قسموا فالأفضل أن يكون لكل قسم مؤذن وإمام لأنهما مسجدان، فإن جعلوا لهما مؤذنًا واحدًا جاز؛ لأن في الحقيقة مسجد واحد، وفي الفتاوى مسجدان أحدهما أقدم بناءً يصلي في أقدمهما بناء؛ لأن للقديم زيادة حرمة، فإن كانا سواء يصلي في أقربهما إلى منزله وإن استويا فهو مخير، فإن كان قومُ أحدهما أكثر، فإن كان هو فقيها يذهب إلى الذي قومُه أقل ليكثر الناس بذهابه إليه، وإن لم يكن يذهب حيث أحب، والله أعلم.

(فصل)

ويجب على السامعين عند الأذان الإجابة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أَرْبَعٌ مِنَ الْجَفَاءِ**»[1] وذكر من جملتها: «**ومن سمع الأذان والإقامة ولم يجُب**» والإجابة أن يقول ما قاله المؤذن، والرد في قوله: حي على الصلاة حي على الفلاح، فإنه يقول

(١) أخرجه ابن عدي (١٢٥/٧، ترجمة ٢٠٤٢ هارون بن هارون بن عبد الله بن الهدير التيمي)، والبيهقي (٢٨٥/٢، عقب رقم ٣٣٦٧). وأخرجه أيضًا: الديلمي (٣٧٢/١، رقم ١٥٠١).

مكان قوله: حي على الصلاة: لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، ومكان قوله: حي على الفلاح: ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن؛ لأن إعادة ذلك تشبه المحاكاة والاستهزاء، وكذا إذا قال المؤذن: الصلاة خير من النوم؛ لا يقول السامع مثله ولكن يقول: صدقت وبررت، وينبغي أن لا يتكلم السامع في حال الأذان والإقامة، ولا يقرأ القرآن ولا يسلم ولا يرد السلام ولا يشتغل بشيء من الأعمال سوى الإجابة، ولو كان في قراءة القرآن حين يسمع الأذان ينبغي أن يقطع القراءة ويستمع الأذان وحيث ذكره في الفتاوى.

(باب ستر العورة)

ستر العورة شرط لصحة الصلاة إذا قدر عليه لما ذكرنا، وعورة الرجل من السرة إلى الركبة، وعورة الحرة جميع أعضائها إلا الوجه واليدين إلى الرسغين والقدمين إلى الكعبين على ما يأتي في كتاب الكراهية.

واللبس في الصلاة ثلاثة أنواع: مستحب، وجائز، ومكروه.

فالمستحب أن يصلي في ثلاثة أثواب قميص وإزار ورداء أو عمامة؛ لأن الواجب ستر العورة وأخذ الزينة وتمام الزينة يحصل بهذا، والجائز أن يصلي في ثوب واحد متوشح به؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الصلاة في ثوب واحد فقال: «**أَوَكُلُّكُمْ يَجِدُ ثَوْبَيْنِ**»[1]، ورُوي أن آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه برد متوشحًا[2] به.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٨٢/١ (٣٦٥) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. و«مسلم» ٦١/٢ (١٠٨٦) قال: حدثني عمرو الناقد، وزهير بن حرب، قال عمرو: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن أيوب. و«ابن حبان» (٢٢٩٨ و٢٣٠٦) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا داود بن شبيب، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: حدثنا عاصم بن سليمان الأحول، وأيوب، وحبيب بن الشهيد، وهشام.

(٢) قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ حَاكِيًا عَن الْأَخْفَشِ: إِنَّ التَّوَشُّحَ، هُوَ أَنْ يَأْخُذَ طَرَفَ الثَّوْبِ الْأَيْسَرِ، مِنْ تَحْتِ يَدِهِ الْيُسْرَى، فَيُلْقِيَهُ عَلَى مَنْكِبِهِ الْأَيْمَنِ، وَيُلْقِيَ طَرَفَ الثَّوْبِ الْأَيْمَنِ، مِنْ تَحْتِ يَدِهِ الْيُمْنَى، عَلَى مَنْكِبِهِ الْأَيْسَرِ، قَالَ: وَهَذَا التَّوَشُّحُ الَّذِي جَاءَ عَن النَّبِيِّ - صلى الله عليه وسلَّم-: أَنَّهُ =

والمكروه أن يصلي في سروال واحد؛ لأنه ترك أصل الزينة وأصل الزينة واجب، ألا ترى أن الدخول بإزار واحد مما يقبح فيما بين الناس فكيف عند قيامه مقام مناجاة ربه.

ولو صلى في قميص واحد رقيق يصف ما تحته لا يجوز؛ لأنه مكشوف العورة معنى، ولهذا قال عليه السلام: «**لعن الله الكاسيات العاريات**»[1].

والمستحب في حق المرأة ثلاثة أثواب: إزار ودرع وخمار، وإن صلت في ثوب واحد متوشحة[2] لا يجوز، إلا إذا سترت بالثوب الواحد رأسها وجميع جسدها، والشعر النازل من رأسها فيه روايتان والأصح أنه عورة؛ لأنه لو لم يكن عورة يجوز للأجنبي النظر إلى طرف صدغ الأجنبية وطرف ناصيتها وهذا أمر يؤدي إلى الفتنة فالأحوط أن يكون شعرها عورة.

=

صَلَّى فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ مُتَوَشِّحًا بِهِ. وَعَنْ عُمَرَ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ قَالَ: رَأَيْت النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلَّم يُصَلِّي فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ مُتَوَشِّحًا بِهِ فِي بَيْتِ أُمِّ سَلَمَةَ قَدْ أَلْقَى طَرَفَيْهِ عَلَى عَاتِقَيْهِ. رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ. قَوْلُهُ: (مُتَوَشِّحًا بِهِ) فِي الْبُخَارِيِّ وَالتِّرْمِذِيِّ "مُشْتَمِلًا"، وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ مُسْلِمٍ "مُلْتَحِفًا بِهِ"، وَقَدْ جَعَلَهَا النَّوَوِيُّ بِمَعْنًى وَاحِدٍ، فَقَالَ: الْمُشْتَمِلُ، وَالْمُتَوَشِّحُ، وَالْمُخَالِفُ بَيْنَ طَرَفَيْهِ، مَعْنَاهُ وَاحِدٌ هُنَا، وَقَدْ سَبَقَهُ إلَى ذَلِكَ الزُّهْرِيُّ، وَفَرَّقَ الْأَخْفَشُ بَيْنَ الِاشْتِمَالِ وَالتَّوَشُّحِ فَقَالَ: إنَّ الِاشْتِمَالَ هُوَ أَنْ يَلْتَفَّ الرَّجُلُ بِرِدَائِهِ أَوْ بِكِسَائِهِ مِنْ رَأْسِهِ إلَى قَدَمِهِ وَيَرُدَّ طَرَفَ الثَّوْبِ الْأَيْمَنِ عَلَى مَنْكِبِهِ الْأَيْسَرِ قَالَ: وَالتَّوَشُّحُ وَذَكَرَ مَا قَدَّمْنَاهُ عَنْهُ، وَفَائِدَةُ التَّوَشُّحِ وَالِاشْتِمَالِ وَالِالْتِحَافِ الْمَذْكُورَةِ فِي هَذِهِ الْأَحَادِيثِ أَنْ لَا يَنْظُرَ الْمُصَلِّي إلَى عَوْرَةِ نَفْسِهِ إذَا رَكَعَ، وَلِئَلَّا يَسْقُطَ الثَّوْبُ عِنْدَ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ. ا هـ.

(١) أخرجه أحمد ٣٥٥/٢ (٨٦٥٠) قال: حدثنا أسود بن عامر، قال: حدثنا شريك. وفي ٤٤٠/٢ (٩٦٧٨) قال: حدثنا أبو داود الحفري، عن شريك. و«مسلم» ١٦٨/٦ (٥٦٣٣) و١٥٥/٨ (٧٢٩٦) قال: حدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا جرير. و«أبو يعلى» (٦٦٩٠) قال: حدثنا بشر بن الوليد، قال: حدثنا شريك. و«ابن حبان» (٧٤٦١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير بن عبد الحميد. كلاهما: (شريك بن عبد الله النخعي، وجرير بن عبد الحميد) عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، فذكره.

(٢) اتَّشَحَتِ المرأَةُ: لَبِسَت الوِشاحَ.

واتشح فلانٌ بثوبه: تغطى به ثم أَخْرَجَ طَرَفَه الذي أَلقاه على عاتقه الأَيسر من تحت يده اليمنى، ثم عقد طرفيهما على صدرِه.

وأما غسله في الجنابة لا يجب، وهو الصحيح؛ لأن فيه حرجًا، بخلاف شعر الرجال يجب غسله؛ لأنه لا ضرورة فيه.

الأمة أو المدبَّرة أو أم الولد إذا صلَّت مكشوفة الرأس جاز؛ لأن رأسها ليس بعورة.

مراهقة صلَّت بغير وضوء أو عريانة تؤمر بالإعادة، وإن صلت بغير قناع فصلاتها تامة استحسانًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا تصلِّي حائض بغير قناع**» فلا يتناول غير الحائض، ولأن ستر الرأس لما سقط بعذر الرق فبعذر الصبي أولى؛ لأنه يسقط بعذر الصبي الخطاب بالفرائض بخلاف غيره من الشرائط؛ لأنه لا يسقط بعذره فلا يسقط بعذر الصبي.

أمة صلَّت بغير قناع فأعتقت في صلاتها، فإن لم تستر من ساعتها فسدت صلاتها، وإن سترت من ساعتها بعمل قليل جازت؛ لأنه لزمها الستر بخطاب توجه عليها للحال، وقد سترت للحال كما قدرت بخلاف العاري إذا وجد الكسوة في حال الصلاة لزمه الاستقبال؛ لأنه لزمه الستر بسبب سابق على الشروع وهو كشف العورة؛ لأنه حرام إلا أنه سقط عنه الستر بعذر العدم أو نحوه، فإذا وجد الستر استند الوجوب إلى سببه فتبين أنه كان واجبا من ذلك الوقت من وجه وقد تركه فيفسد كالمتيمم إذا رأى الماء في خلال الصلاة، وكذلك إذا وقع عن المصلي ثوبه فأخذ من ساعته وستر عورته لا تفسد صلاته، خلافًا لزفر رحمه الله.

لنا: أن كثير انكشاف العورة في قليل المدة ساقط الاعتبار نفيا للضرورة.

أمة صلَّت بغير قناع فرعفت ثم أعتقت فتوضأت ثم تقنعت وعادت إلى الصلاة جازت؛ لأنها ما أدت شيئًا من الصلاة مع كشف العورة، وإن عادت ثم تقنعت فسدت لأنها أدت شيئًا من صلاتها مع الكشف.

وروى هشام عن محمد فيمن صلى بغير إزار وهو محلول الجيب، وكان لو نظر لرأى عورة نفسه من رتقه لم يجز، ورُوي عنه أنه يجوز، وهو الأصح؛ لأن الستر إنما يجب عن العين؛ لأن عورته عورة في حق غيره لا في حقه حتى يحل له مسه والنظر إليه.

وفي نوادر ابن شجاع[1]: قال أبو حنيفة وأبو يوسف: المصلي لو نظر إلى فرج مطلقته بشهوة يصير مراجعا ولا تبطل صلاته، أما الرجعة لكون النظر حلالًا، وأما عدم فساد الصلاة؛ لأنه ليس بعمل كثير ولو نظر إلى فرج نفسه لا تبطل.

امرأة صلَّت وربع ساقها مكشوف تعيد الصلاة عندهما، وعند أبي يوسف: لا تعيد حتى يكون أكثر من النصف مكشوفًا، وفي النصف عنه روايتان، وأصله: أن قليل الانكشاف معفو للضرورة؛ لأن ثياب الفقر لا تخلو عن قليل خرق والكثير مفسد؛ لأن الثوب يسلم عنه وهما قدَّرا الكثير بالربع؛ لأن الربع قام مقام الكل في موضع الاحتياط كما في مسح ربع الرأس وحلق ربع الرأس في حق المحرم،

---

(١) • هو الفقيه، أبو عبد الله، محمد بن شجاع، البغدادي، الحنفي.

ويعرف بابن الثلجي، نسبة إلى ثلج بن عمرو بن مالك بن عبد مناف، وليس هو منسوبًا إلى بيع الثلج.

• **مولده:** حكى أبو عبد الله الهروي صاحب الثلجي قال: سمعت الثلجي يقول: ولدت في رمضان سنة إحدى وثمانين ومئة (١٨١هـ).

• **علمه:** برع في العلم وكان فقيه العراق في وقته.

• **من شيوخه:** ١. الحسن بن زياد. ٢. الحسن بن أبي مالك. ٣. وحدَّث عن يحيى بن آدم. ٤. وإسماعيل ابن علية. ٥. ووكيع. ٦. وأبي أسامة. ٧. والواقدي.

• من **تلاميذه:** روى عنه: ١. يعقوب بن شيبة. ٢. محمد بن أحمد بن يعقوب.

كلام العلماء فيه: اختلفت فيه كلمة العلماء، فنُقل عن الإمام أحمد أنه قال - لما سئل عنه -: مبتدع وصاحب هوى.

قال العيني في النهاية: كان ديِّنًا صالحًا عابدًا فقيه أهل الرأي في وقته.

وتوسط اللكنوي فقال: هو مضعف في رواية الحديث عند المحدِّثين، وإن كان في نفسه من الكاملين.

• **وفاته:** مات فجأة ساجدًا في صلاة العصر، سنة ٢٦٦هـ.

• **مصنفاته:** ١. المناسك، ذكر في السير أنه في بضع وستين جزءًا. ٢. الرد على المشبهة، ذكره العيني في النهاية. ٣. تصحيح الآثار. ٤. النوادر. ٥. المضاربة.

انظر ترجمته في: السير (٣٧٩/١٢). الفهرست (٢٥٩). ميزان الاعتدال (٥٧٧/٣، ٥٧٨). العبر (٣٣/٢، ٣٤). تهذيب التهذيب (٢٢٠/٩). النجوم الزاهرة (٤٢/٣). الفوائد البهية (١٧١). شذرات الذهب (١٥١/٢). المنتظم (٥٧/٥، ٥٨).

وأبو يوسف رحمه الله قدَّره بالزيادة على النصف اعتبارًا للحقيقة؛ لأن الكثير من الشيء أكثره، وكذلك في العورة الغليظة وهي السَّوْأتان ذكره في الزيادات.

امرأة صلَّت فانكشف شيء من فخذها وشيء من ساقها وشيء من صدرها وشيء من عورتها، ولو جمع بلغ ربع عضو صغير منها لم تجز صلاتها فقد سوى بين العورة الغليظة والخفيفة وجمع بين الانكشاف المتفرق في أعضاء العورة؛ لأن جميع أعضاء العورة عند الانكشاف كعضو واحد فيجمع ذلك كله كالنجاسة في مواضع متفرقة تجمع وكالطيب للمحرم في أعضاء متفرقة يجمع بخلاف الخرق في الخفين؛ لأن الأعضاء في حق الطهارة متفرقة حتى لا يجوز نقل الماء من أحد الرجلين إلى الأخرى في الوضوء، وقدَّر الكرخي الانكشاف في العورة المغلظة بما زاد على قدر الدرهم احتياطًا كالنجاسة الغليظة وهذا احتياطًا يرجع إلى المناقضة؛ لأن موضع الحدث أقل من ذلك فيؤدي ذلك إلى كشف كله لا يقطع الصلاة والذكر يعتبر بانفراده، وكذلك الانتشار وهو الأصح كما في الديّة، ومنهم من ضم الأنثيين إلى الذكر، والركبة عضو على حدة عند بعضهم، فيعتبر منها ربع على حدة وعند بعضهم جزء من الفخذ فيعتبر منها قدر الربع وثدي المرأة إن كانت ناهدة فهي تبع للصدر، وإن كانت منكسرة فهي أصل بنفسها فيعتبر منها ربع على حدة.

ولو انكشف ما بين سرَّته وعانته قدر تفسد صلاته؛ لأن ذلك عضو كامل والمراد منه حول جميع البدن. رجل معه نجس ربعه طاهر لا يصلي إلا فيه؛ لأن للربع حكم الكل، وإن كان أقل من الربع، فإن شاء صلى عريانا، وإن شاء فيه عندهما، وعند محمد: يصلي فيه؛ لأن استعمال النجاسة أهون من كشف عورة؛ لأن استعمال النجاسة لا تحرم إلا في الصلاة وكشف العورة يحرم مطلقًا.

لهما: أن كشف العورة ونجاسة الثوب هما شيئان في حق الصلاة، فإنه كما لا تجوز الصلاة عريانا حالة الاختيار لا تجوز في الثوب مملوء دمًا؛ فيجب النظر إلى المساواة بينهما في الصلاة لا في غيرها، وإذا استويا يختار أيهما شاء.

(باب استقبال القبلة)

استقبال القبلة من شرائط الصلاة، فكل من كان بحضرة الكعبة يتوجَّه إلى عينها، وإن كان نائيًا عنها يتوجه إلى جهتها؛ لأنه لما عجز عن التوجه إلى عينها أقيم جهة الكعبة مقام عينها؛ لأن التوجه إلى الكعبة شرط زائد للصلاة بدلالة أنه صحت النافلة على الراحلة بدون التوجه إلى الكعبة، والأصل في الشروط الزائدة إذا تعذر اعتبارها أن يحذف أصلًا أو يقام غيرها مقامها، وهنا تعذر اعتبار عين الكعبة فأقيمت جهتها مقام عينها حتى لو دخل بلدة وعاين المحاريب المنصوبة يصلي إليها ولا يتحرى؛ لأن الجهة صارت قبلة لهم باجتهادهم المبني على الأمارات الدالَّة عليها من النجوم الثابتة والشمس الطالعة فيكون فوق الاجتهاد بالتحري.

وكذا لو كان في المفازة والسماء مصحية وله علم بالاستدلال بالنجوم على القبلة لا يتحرى، وكذا لو دخل مسجدا لا محراب فيه وبحضرته أهله فتحرى وصلَّى لا يجزيه؛ لأن الخبر في الدلالة على القبلة فوق التحري إلا إذا علم أنه أصاب القبلة، فإنه يجزيه؛ لأن السؤال افترض لإصابة القبلة، فإذا أصاب سقط فرضية السؤال كما لو ترك التحري عند الاشتباه وأصاب يجزيه، ولو سألهم فلم يخبروه فتحرى وصلى جاز، وإن تبين أنه أخطأ لأنه فعل ما عليه من السؤال، ثم القبلة موضع الكعبة والهواء من هناك إلى السماء لا بناؤها.

وعند الشافعي رحمه الله: القبلة هي البناء والعرصة جميعًا حتى لو اصطفُّوا حول مكانها جاز خلافًا له وتجوز الصلاة على ظهر الكعبة خلافا له.

لنا: أن البناء مما يبدل ويحول، ولو صلَّى إليها بعد زوال البناء عمدًا جاز، ولو صلَّى على جبل مرتفع على الكعبة جاز، وإن لم يكن متوجِّهًا إلى البناء؛ فدلَّ أنه لا معتبر بالبناء.

وفي (**المنتقى**): لو صلى في المسجد الحرام ووجهه إلى الحجر دون الكعبة: إن علم بذلك فصلاته فاسدة، وإن لم يعلم وظن أن وجهه إلى الكعبة فصلاته جائزة، ولو صلى متوجها إلى الحطيم لم يجزه؛ لأنه وقع الشك في كونه من الكعبة؛ لأن كونه من البيت ثبت بخبر الواحد وإنه في مظنة الشبهة.

وعن أبي يوسف رحمه الله: لو صلَّى ركعة بالتحري وآخر يعرف أنه مخطئ ثم أبصر القبلة فتحول إليها فاقتدى به وذاك الرجل يجزيه؛ لأنه علم أن الإمام كان على الخطأ في أول صلاته، نظيره الأعمى إذا صلَّى ركعة على غير القبلة، فجاء رجل وأقامه إلى القبلة واقتدى به؛ ينظر إن وجد الأعمى وقت الافتتاح إنسانًا يسأله لا تجوز صلاته والاقتداء به؛ لأنه قادر على جهة الكعبة، وإن لم يجد جازت صلاته ولا يجوز الاقتداء به؛ لأن عنده إن أول صلاة إمامه على الخطأ، ولا يجوز ترك التوجُّه إلى القبلة مع العلم بها إلا عند العجز؛ نحو أن يخاف على نفسه من عدوٍّ أو سبع لو استقبل القبلة أو مريض لا يجد من يحوِّله إلى القبلة مع العلم بها، أو كان على خشبة في البحر يخاف إن انحرف إلى القبلة يغرق غالبًا؛ لأن العذر موسع للأمر أو عجز عنه بسبب اشتباه القبلة عليه بأن يكون في المفازة في ليلة مظلمة، ولا يجد علامة يستدل بها على القبلة ولا من يسأل عنه، فعليه أن يصلي بالتحري إلى أي جهة شاء، ومسائل اشتباه القبلة تأتي في كتاب التحري.

(باب النية)

النية شرط لصحَّة الصلاة، وهي: إرادة الصلاة والإرادة عمل القلب فالنية بالقلب فرض وذكرها باللسان سنة، فإنه قال محمد رحمه الله في كتاب المناسك: إذا أردت أن تحرم بالحج إن شاء الله تعالى فقل: اللهم إني أريد الحج فيسِّره لي وتقبَّله مني، فينبغي أن تقول هنا: اللهم إني أريد صلاة كذا فيسرها لي وتقبلها مني؛ ثم لا يخلو إما أن كان إماما أو منفردا أو مقتديا، فإن كان إمامًا أو منفردًا أو يريد التطوع يكفيه نية أصل الصلاة؛ لأن مطلق اسم الصلاة ينصرف إليه؛ لأنه أدنى وإنه متيقن والزيادة مشكوك فيها فلا تثبت بالشك، وإن كانت فرضًا أو قضاء أو نذرًا فلابد من أن ينوي فرض الوقت أو ظهر الوقت؛ لأن الفرائض متبوعة مشروعة في الوقت فلا بد من التعيين.

وإن نوى الظهر ولم ينو ظهر الوقت قيل: لا يجزيه؛ لأنه ربما يكون عليه ظهر فائتة. وقيل: يجزيه؛ لأن [ظهر][1] الوقت مشروع وإنه أصلي والفائتة عارضي في

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): فرض.

الوقت، ومطلق الاسم ينصرف إلى الأصلي دون العارضي بمنزلة نقد البلد مع غيره من النقود وكذا ينبغي أن ينوي صلاة الجمعة وصلاة العيدين وصلاة الجنازة، وإن كان مقتديًا ينوي فرض الوقت والاقتداء بالإمام فيه، أو ينوي الشروع في صلاة الإمام، أو ينوي الاقتداء بالإمام في صلاته.

ولو نوى الاقتداء به لا غير؛ قيل: لا يجزيه؛ والأصح أنه يجزيه؛ لأنه جعل نفسه تبعا للإمام مطلقا والتبعية من كل وجه إنما تتحقق إذا صار مصليًا ما صلَّاهُ الإمام، ولو قال: نويت صلاة الإمام؛ لا يجزيه؛ لأنه تعيين لصلاة الإمام وليس باقتداء به، ويجوز تقديم النية على التحريم إذا لم يشتغل بعد النية بعمل آخر؛ هكذا رُوي عن محمد رحمه الله فيمن خرج عن منزله يريد الفرض في الجماعة، فلما انتهى إلى الإمام كبَّر ولم تحضره النية وقت الشروع؛ يجوز؛ لأنه بالإقبال على تحقيق ما نوى باقٍ على عزمه ونيته ما لم يبدِّلها بغيرها.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجزيه تقديم النية إلا في الصوم؛ لأن النية شرطت للتعيين فتشترط حالة الشروع؛ بخلاف الصوم؛ لأن حالة شروعه حالة سهو وغفلة فلم يشترط للضرورة ولا كذلك في غيره.

وذكر الطحاوي أنه يكبِّر تكبيرة مخالطة مع النية وهو الأحوط.

ولو نوى بعد التكبير لا تجوز؛ لأن أول جزء القيام خلا عن النية فلا يتعين للعبادة فلا يتعين الباقي للعبادة أيضًا؛ لأنه بناء عليه ويكون تكبيره التطوع؛ لأنه لا يحتاج إلى النية المعينة.

ورُوي عن الكرخي رحمه الله: أنه يجوز إذا نوى وقت الثناء، ولو نوى بعد قوله: الله؛ قبل قوله: أكبر؛ لا يجزيه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يصح التحريمة عنده بقوله: الله.

وعن أبي سليمان الجوزجاني: إن كان بحال لو سُئِل عنه: أي صلاة تصلي؟ أمكنه أن يجيب عما يصلي من غير تفكير؛ تجوز صلاته ويكون ذلك منه نية.

ونية الكعبة شرط عند بعضهم، وعند بعضهم ليس بشرط؛ لأن القيام كما تعين للصلاة بالنية تعين للاستقبال للصلاة ضرورة.

وقيل: إن كان يصلي إلى [المحراب][1] لا يشترط، وإن كان يصلي في الصحراء يشترط.

ثم إن نوى بناء الكعبة لا يجزيه؛ لأن الكعبة اسم للعرصة لا للبناء، إلا أن يريد بالبناء جهة الكعبة فيجوز.

نظيره: إذا نوى مقام إبراهيم ولم ينو الكعبة إن كان هو أتى بمكة لم يجزه، وإن كان لم يأت مكة وعنده أن المقام والبيت واحد أجزأه؛ لأنه قد نوى البيت.

رجل صلَّى سنين ولم يعرف النافلة من المكتوبة، فإن علم أن كلها فريضة أجزأه صلاته؛ لأن النفل يتأدّى بنية الفرض، والفرض لا يتأدّى إلا بنية الفرض، وإن علم أن بعضها فريضة وبعضها سنة لكنه لا يعرف التمييز فعليه إعادة جميع الفرائض، وكذا إن لم يعلم الفرائض أصلًا إلا صلاته صلاها خلف الإمام أجزأه إذا نوى صلاته.

(باب تكبيرة الافتتاح)

لا يصح افتتاح الصلاة إلا بالتكبير، أو بكل لفظ يشتمل على الثناء والتعظيم لله تعالى كالتهليل والتسبيح وغيره.

عند أبي يوسف: لا يصح إلا بالتكبير إلا أن لا يُحسِنَهُ.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح إلا بقوله: الله أكبر، الله الأكبر.

وقال مالك رحمه الله: لا يصح إلا بقوله: الله أكبر.

لهم: قوله عليه السلام: «**لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول: الله أكبر**»؛ فهذا النص يقتضي أن لا يجوز بغيره من الألفاظ إلا عند أبي يوسف يجوز بقوله: الله الكبير؛ لأن (أكبر) في أسماء الله تعالى بمعنى (الكبير)؛ لأنه لا يراد بـ (أكبر) إثبات الزيادة في صفة كبرياء الله تعالى؛ لأنه لا يساويه أحد في صفة الكبرياء ليكون أفعل للزيادة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): المحاريب.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَذَكَرَ ٱسْمَ رَبِّهِۦ فَصَلَّىٰ ﴿١٥﴾﴾ [الأعلى: ١٥] فقد اعتبر مطلق الذكر، ولأن الواجب عليه فعل التعظيم باللسان كعمل سائر الجوارح والتكبير آلة التعظيم، وكذلك كل عبادة آلة التعظيم والتعظيم يحصل بسائر أسمائه تعالى كما يحصل بالتكبير.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه كره الافتتاح إلا بقوله: الله أكبر، والأصح أنه لا يكره لما رُوي عن مجاهد رحمه الله قال: كان الأنبياء يفتتحون الصلاة بـ: لا إله إلا الله؛ ونبيُّنا من جملتهم، فدل أنه كان يفتتح أحيانا بهذه الكلمة، ولو كان مكروهًا لما فعله.

ويصح الافتتاح بقوله: الله أو الرحمن أو الرحيم عند أبي حنيفة لوجود معنى التعظيم فيه.

وعند محمد: لا يصح ما لم يقرن بالاسم الصفة فيقول: أجلُّ وأعظم؛ لأن معنى التعظيم خالص بل هو مشوب بحاجة العبد وبقوله: اللهم، قيل: لا يصح؛ لأن تقديره: يالله أمنا بخير، أي: اقصدنا به واصرفه إلينا، وقيل: يصح، وهو الأصح؛ لأن معناه: يا الله، والميم المشددة خلف عن حرف البدء. ويجوز التكبير بالفارسية.

وكذا القراءة في الصلاة عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يجوز؛ إلا إذا كان لا يحسن العربية.

وذكر أبو بكر الرازي: أنه رجع إلى قولهما في القراءة وعليه الاعتماد.

لهما: أن القرآن اسم للمنزل بلغة العرب؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَٰهُ قُرْءَٰنًا عَرَبِيًّا﴾ [يوسف: ٢] والمراد بالعربي نظمه، فأما المعنى لا يختصُّ بلُغةٍ، فمتى تغيَّر نظمه لم يكن قرآنًا؛ فيلزمه الإعادة مراعاة للمعنى والنظم جميعًا.

له: قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِى زُبُرِ ٱلْأَوَّلِينَ ﴿١٩٦﴾﴾ [الشعراء: ١٩٦] وإنما يوجد فيها معناه؛ لأنه نظمه ولأن الركن قراءة القرآن بمعناه لا باللفظ والنظم، إنما اللفظ للفضيلة والكمال؛ لأن العبرة في الكلام للمعنى لا للفظ، وإنَّما اللفظ لأداء المعنى، والمعنى كما يتأدى بالنظم المنزل يتأدى بلفظ آخر، ولهذا يجوز إذا كان لا يحسن العربية، ولو لم يكن تلاوة القرآن لما صار تلاوة عند العجز كإنشاد الشعر، ولهذا لو قرأ الجنب والحائض القرآن بالفارسية على نظم المنزل لا يجوز، ومحمد جوَّز التكبير بلفظ العربية ولم

يُجوِّز بالفارسية؛ لأن التعظيم بذكر الفارسية لا يكون مثل التعظيم بذكر العربية وإن اتحد المعنى.

وأما الأذان بالفارسية: روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إذا أذَّن بالفارسية وعلم الناس أنه أذان جاز، وإن لم يعلموا ذلك لم يجز؛ لأن المقصود منه الإعلام وذلك لا يحصل إلا بالمعهود.

وفي التشهد عن أبي حنيفة فيه روايتان: في رواية: يجوز أن يتشهَّد بعبارة أخرى، وفي رواية: لا يجوز؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: «**كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهُّد كما يعلِّمنا السورة من القرآن، وكان يأخذ علينا بالواو والألف**»[1].

وفي التلبية عند الإحرام عن أبي يوسف روايتان، والأصح أنه يصير محرمًا بأي لسان لبَّى؛ لأن المقصود إظهار إجابة الداعي، ولو سمى على الذبيحة بالفارسية يحل؛ لأن الشرط هو ذكر اسم الله تعالى على الخلوص وقد وجد.

والأخرس والأمِّيُّ افتتحا بالنية أجزأهما لأنهما أتيا بأقصى ما في وسعهما.

ولا يصح الافتتاح إلا في حالة القيام حتى لو كبَّر قاعدا ثم قام لا يصير شارعا في الصلاة؛ لأن القيام فرض حالة الافتتاح كما بعده، ولو جاء إلى الإمام وهو راكع فحنى ظهره ثم كبَّر: إن كان إلى القيام أقرب يصحُّ، وإن كان إلى الركوع أقرب لا يصحُّ، ولو أدرك الإمام وهو راكع فكبَّر قائمًا وهو يريد تكبيرة الركوع جازت صلاته؛ لأن نيَّته لغت نفي التكبير حالة القيام.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١/٢٩٤ (٣٠٢١) قال: حدثنا يحيى بن آدم. و«أحمد» ١/٣٩٤ (٣٧٣٨) قال: حدثنا يحيى بن آدم. و«أبو داود» (٩٦٩م) قال: حدثنا تميم بن المنتصر، قال: أخبرنا إسحاق، يعني ابن يوسف. و«ابن حبان» (٩٩٦) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، بخبر غريب، قال: حدثنا عبد الله بن سعد بن إبراهيم، قال: حدثنا عمي، يعقوب بن إبراهيم.

ثلاثتهم: (يحيى بن آدم، وإسحاق بن يوسف، ويعقوب بن إبراهيم) عن شريك بن عبد الله القاضي، عن جامع بن أبي راشد، عن أبي وائل، فذكره.

ويجوز افتتاح صلاة التطوع قاعدا مع القدرة على القيام؛ لأن القيام في التطوع ليس بفرض.

كبَّر قبل إمامه لا تجوز صلاته ما لم يجدد؛ لأنه اقتدى بمن ليس في الصلاة فلا يدخل في صلاته وهل يصير شارعا في صلاة نفسه؛ فالصحيح أنه إن نوى الاقتداء به لا يصير شارعا؛ لأنه قصد صلاة الاشتراك وهي غير صلاة الانفراد، وإن لم ينو الاقتداء به يصير شارعا في صلاة نفسه.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: لو افتتح المؤتمُّ بقوله: الله؛ قبل أن يقول الإمام؛ لم يصر داخلا في صلاته؛ لأنه صار شارعًا في صلاة نفسه قبل شروع الإمام؛ لأن الشروع يصح بمجرد الاسم عنده، وعندهما: لمَّا سبق الإمام في الاسم فالشروع حصل بمجرد التكبير؛ فلم يصحَّ[1].

ولو كبَّر المؤتمُّ مع تكبيرة الإمام جاز وهو الأفضل عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر، وعندهما: الأفضل أن يكبِّر بعد تكبيرة الإمام؛ لقوله عليه السلام: «**إِنَّمَا جُعِلَ الإِمَامُ إمامًا لِيُؤْتَمَّ بِهِ، فَإِذَا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا**»[2]، والفاء للتعقيب.

---

(١) انظر: البدائع ٢٠٠/١، وابن عابدين ٣٣٣/١، ونهاية المحتاج ٢١٢/٢ - ٢١٧، ومغني المحتاج ٢٥٥/١، ٢٥٧، والدسوقي ٣٤١/١ - ٣٤٢، وكشاف القناع ٤٦٥/١.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٣٩/١ (٦٨٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ١٤٧/١ (٧٣٢) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. وفي ١٤٧/١ (٧٣٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي ١٦٠/١ (٨٠٥) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان غير مرة. وفي آخره، قال سفيان: كذا جاء به معمر؟ قلت: نعم، قال: لقد حفظ، كذا قال الزهري: «ولك الحمد» حفظت: «من شقه الأيمن»، فلما خرجنا من عند الزهري، قال ابن جريج، وأنا عنده: «فجحش ساقه الأيمن». وفي ٤٧/٢ (١١١٤) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا ابن عيينة. و«مسلم» ١٨/٢ (٨٥١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وقتيبة بن سعيد، وأبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، وأبو كريب، جميعا عن سفيان، قال أبو بكر: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٨٥٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث. وفي (٨٥٣) قال: حدثني حرملة بن يحيى، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. وفي (٨٥٤) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا =

له: أن الأفضل للمؤتمِّ المشاركة في جميع أجزاء القيام كما في سائر الأركان، ولا تتحقق المشاركة في جميع أجزاء القيام إلا بالمشاركة في التكبير.

وأما الحديث: قلنا: كلمة الفاء هنا لم تدخل على الجزاء، فإن قوله: «**فَكَبِّرُوا**» ليس بجزاء؛ بدليل أنه يوجد مع تكبيرة الإمام فكان لبيان الحال دون التعقيب؛ كما يقال: إذا دخلت على الأمير فالبس؛ يراد به بيان الحال دون التعقيب.

والأفضل أن يسلِّم بعد سلام الإمام؛ لأن السلام خروج عن العبادة، فالأفضل فيه الإبطاء دون المبادرة، والتكبير شروع في العبادة، فالأفضل فيه المسارعة والمبادرة.

=

معن بن عيسى، عن مالك بن أنس. وفي (٨٥٥) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن ماجه» (٨٧٦ و١٢٣٨) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (٦٠١) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (٣٦١) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٢/٨٣ و١٩٥، وفي «الكبرى» (٦٥٢ و٨٧١) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن ابن عيينة. وفي ٢/٩٨، وفي «الكبرى» (٩٠٨) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي (٧٤٧٣) قال: أخبرنا أبو الأشعث، قال: حدثنا محمد بن عبد الرحمن الطفاوي، قال: حدثنا أيوب. و«أبو يعلى» (٣٥٥٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو خيثمة، قالا: حدثنا ابن عيينة. وفي (٣٥٩٥) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا سفيان. و«ابن خزيمة» (٩٧٧) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان بن عيينة (ح) وحدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، وعلي بن خشرم، وعبد الله بن محمد الزهري، وأحمد بن عبدة، قال علي: أخبرنا ابن عيينة، وقال الآخرون: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (١٩٠٨) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢١٠٢) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، وأبو بكر بن أبي شيبة، قالا: حدثنا سفيان. وفي (٢١٠٣) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا جويرية بن أسماء، عن مالك. وفي (٢١٠٨) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا عمرو بن عثمان بن سعيد، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعيب بن أبي حمزة. وفي (٢١١٣) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد. ثمانيتهم: (مالك، ومعمر، وابن جريج، وسفيان بن عيينة، وشعيب، والليث بن سعد، ويونس، وأيوب) عن ابن شهاب الزهري، فذكره.

ولو مد الإمام التكبير وأحرم رجل خلفه ففرغ قبل فراغ الإمام أجزأه على قياس قولهما، وعلى قول أبي يوسف: لا يجزيه.

ولو كبَّر المؤتمُّ ولم يعلم أنه كبر قبل الإمام أم بعده، فإن كان أكبر رأيه أنه كبر قبله لا يجزيه وإلا فيجزيه؛ لأن أمره محمول على الصلاح حتى يتبين الخطأ بيقين أو بغالب الرأي.

(فصل)

السنة أن يحذف التكبير، ولا يُطوّل، ويرفع يديه حذاء أذنيه حتى يحاذي بإبهاميه شحمتي أذنيه مقارنًا للتكبير، ويجعل باطن كفيه مستقبل القبلة ناشرًا لأصابع يديه، أي: يرفعهما منصوبتين حتى تكون الأصابع مع الكف نحو القبلة، ولا يفرج بين الأصابع تفريجًا، وهكذا في تكبيرة القنوت وتكبيرة افتتاح صلاة الجنازة وتكبيرات العيدين.

وقال الشافعي رحمه الله: يرفع يديه حذو منكبيه.

وقال مالك رحمه الله: حذاء رأسه.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم لوائل بن حجر رضي الله عنه: «**إذا افتتحت الصلاة فارفع يديك حذاء أذنيك، وترفع المرأة حذاء ثدييها**»[1]، ولأن الرفع عند التكبير إنما شرع لإعلام من خلف الإمام بحاله والرفع إلى الأذنين أبلغ في الإعلام، فإنه ربما يكون خلفه أصم فلا يعلم بحاله إلا بالرفع.

وترفع المرأة يدها حذاء منكبيها لما روينا؛ ولأن ذلك أستر لها، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنها ترفع يدها حذاء أذنيها؛ لأن كفيها ليس بعورة.

والسنة أن يقوم الإمام والقوم إذا قال المؤذن: حي على الفلاح.

وقال زفر والحسن: يقوم إذا قال: قد قامت الصلاة.

لنا: أن قوله: حي على الفلاح؛ أمر بالمسارعة إلى الصلاة فيستحب الائتمار بما

---

(١) أخرجه الطبراني (١٩/٢٢، رقم ٢٨) قال الهيثمي (١٠٣/٢) رواه الطبراني من طريق ميمونة بنت حجر عن عمتها أم يحيى بنت عبد الجبار ولم أعرفها وبقية رجاله ثقات.

أمرهم المؤذن، ولأن قوله: قد قامت الصلاة؛ إخبار عن فعلها تحقيقا فلا بدَّ من أن يكون القيام من قبل الإخبار عنه ليكون للمؤذن فيه إجابة وتصديقا، وإن لم يكن الإمام حاضرا أو كان الإمام هو المؤذن لا يقومون حتى يصل إليهم، وقيل: حتى يقف الإمام مكانه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا تقوموا حتى رأيتموني قمت مقامي**». وقيل: يقومون متى اختلط الإمام بالقوم ليتهيؤوا الاقتداء من إحضار النية وغيرها، وقيل: كل صف ينتهي إليه الإمام يقومون وهو الأظهر؛ لأنه صار الإمام في حق ذلك الصف كأنه وقف مكانه؛ لأنه صار ذلك الصف بحيث لو اقتدوا بالإمام أمكنهم.

ولو كان الإمام يدخل قدام المسجد فكما رأوه يقومون؛ لأنه لما دخل صار قائمًا في مكان صلاته، ولو كان المؤذن هو الإمام أو غيره فهو بالخيار إن شاء أتم الإقامة في مكانه اعتبارًا بالأذان، وإن شاء أتمها ماشيًا لأنها يقع الفصل بين الصلاة والإقامة.

إذا قال المقيم: قد قامت الصلاة يكبِّر الإمام عندهما، وقال أبو يوسف والشافعي رضي الله عنهما: لا يكبِّر حتى يفرغ المقيم؛ لما فيه من إحراز فضيلة تكبيرة الافتتاح للمؤذن.

لهما: ما رُوي عن بلال أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن كنت تسبقني بالتكبير فلا تسبقني بالتأمين؛ وهذا يدل على أنه صلى الله عليه وسلم لم ينتظر فراغه من الإقامة، ولأن المؤذن أمين وقد أخبر عن قيام الصلاة فيجب تصديقه فيما أخبر بالتكبير، فكأن في هذا إحراز الفضيلتين للجماعة وهو تصديق المؤذن فيما أخبر وإجابته في قوله: قد قامت الصلاة؛ لأن جوابه بالفعل لا بالقول فكان هذا أولى.

(باب ما يفعله المصلي بعد الافتتاح)

وإذا افتتح وضع يمينه على يساره تحت السرة.

وعند الشافعي رحمه الله: يضع على صدره.

وعند مالك رحمه الله: يرسلهما.

لنا: قوله عليه السلام: «**ثلاث من أخلاق الأنبياء: تعجيل الإفطار، وتأخير السحور، ووضع اليمين على اليسار في الصلاة تحت السرة**»[(١)].

وقول علي وابن عباس رضي الله عنهما: من السنة في الصلاة وضع الأكفِّ على الأكفِّ تحت السرة؛ ولأن الوضع أقرب إلى الخشوع والخضوع وأكمل في التعظيم والتفخيم وفي الوضع تحت السرة حفظ الإزار عن السقوط فيكون جمعًا بين الوضع والستر فيكون أولى والمرأة تضع يدها على صدرها؛ لأنه أستر لها. ويقبض بكفه اليمنى رسغه اليسرى كلما فرغ من التكبير[(٢)].

ورُوي عن محمد في (**النوادر**): حين فرغ من الثناء، بناء على أن الاعتماد عنده سنة القراءة؛ لأن الاعتماد إنما شرع رخصة مخافة اجتماع الدم في رؤوس الأصابع، وإلا فمضي العبادة على المشقة لا على الاستراحة وإنما يخاف عن ذلك حالة القراءة؛ لأن السنة في القراءة تطويلها فيعتمد عند القراءة، وعندهما: الاعتماد سنة القيام؛ لأنه إنما سن؛ لأنه أقرب إلى الخضوع وأبلغ في التعظيم، وهذا المعنى يأتي قبل القراءة فكونه من سنة القيام أولى وفي صلاة الجنازة وعند القنوت.

ورُوي عن أبي يوسف ومحمد: أنه يضعهما وهو اختيار مشايخ سمرقند؛ لأن هذا قيام فيه ذكر مسنون والوضع أقرب إلى التعظيم فكان الوضع أولى.

وذكر الطحاوي والكرخي عن أصحابنا أنه يرسلهما.

وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وهو اختيار مشايخنا؛ لأن الوضع زيادة عمل في الصلاة فكان تركه أولى؛ لأن مبنيٌّ الصلاة على السكينة والوقار وفي القيام بين الركوع والسجود وبين تكبيرات العيدين يرسلهما؛ لأن الوضع لا يفيد ثم

---

(١) أخرجه الطبراني كما في مجمع الزوائد (١٠٥/٢) قال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير مرفوعًا وموقوفًا على أبي الدرداء والموقوف صحيح والمرفوع في رجاله من لم أجد من ترجمه.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٢٠/١، ٣٢٧، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٥٠/١، بلغة السالك ٢٤٦/١ ط. عيسى الحلبي. مغني المحتاج ١٨١/١، شرح روض الطالب ١٤٥/١، والمجموعة ٣١٠/٣ المكتبة السلفية المدينة المنورة كشاف القناع ٣٣٣/١، ٣٩١.

يقول: سبحانك اللهم وبحمدك... إلى آخره، إلا أنه يقول في آخره: وأنا من المسلمين؛ ولا يقول: وأنا أول المسلمين؛ لأنه كذب ويبدأ بأيهما شاء لما رُوي: "أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة قال: «**وجهت وجهي**»".

لنا: ما رُوي عن عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا افتتح الصلاة كبر وقال: «**سبحانك اللهم وبحمدك**». وعن عمر رضي الله عنه أنه أتاه وفد العراق ليعلموا ماذا يقرأ عمر بعد التكبيرة، فصلى عمر رضي الله عنه وكبر وقرأ: سبحانك اللهم... إلى آخره، وما رواه محمول على النافلة ثم قيل: يستحب أن يقول: وجهت وجهي؛ قبل التكبير؛ لأنه أبلغ في العزيمة، وقيل: لا يستحب؛ لأنه يؤدي إلى أن يطول مكثه قائمًا مستقبل القبلة غير مصلٍّ وأنه مذموم شرعًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**ما لي أراكم سافرين**».

ويتعوَّذ إن كان إمامًا أو منفردًا ولا يتعوَّذ إذا كان مقتديًا، وقال أبو يوسف: يتعوَّذ بناء على أن التعوُّذ عنده تبع للثناء، وعندهما تبع للقراءة.

له: أن التعوُّذ شرع بعد الثناء وهو من جنسه فيكون تبعًا له.

لهما: أنه شرع لافتتاح القراءة بالنص كالشرط لها وشرط الشيء يقع له كالطهارة للصلاة ولا قراءة على المقتدي فكذا التعوُّذ.

وكذا المسبوق إذا قام للقضاء يتعوَّذ عند ابتداء القراءة عندهما.

وعند أبي يوسف: يتعوَّذ عند التسبيح وكذا الإمام في صلاة العيد يتعوَّذ بعد التكبيرات، وعنده: قبل التكبيرات كالتسبيح ولا يجهر بالتعوُّذ؛ لما رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: ويخفي التسمية.

وعند الشافعي رحمه الله: يجهر بها بناء على أن التسمية عنده من الفاتحة قولًا واحدًا ومن رأس كل سورة له فيه قولان لما رُوي أنه صلى الله عليه وسلم قرأها وعدَّها آية من الفاتحة، وقد وجب الجهر بالفاتحة فيجب الجهر بها أيضًا.

وعندنا: قيل: إنها ليست من القرآن؛ لأنه اختلفت الأخبار والعلماء فيها، فأورث

شبهة والقرآن لا يثبت مع الشبهة[1].

وروى الجصاص عن محمد: أنها آية من القرآن أنزلت للفصل بين السورة والمبتدأ بها تبرُّكًا، وليست من الفاتحة ولا من رأس كل سورة، وهذا القول أعدل وأوضح، ولهذا كتبت بقلم الوحي ليدل على أنها آية من القرآن، وكتبت بخط على حدة ليدلَّ على أنها ليست من تلك السورة، فثبت كونها آية من القرآن بحجة محتملة غير مقطوعة فلا يكفر جاحدها ويحرم قراءتها على الجنب والحائض إذا أراد به قراءة القرآن احتياطًا لأمر الحرمة، ولا يجوز الصلاة بقراءتها بالشك، ولا يجهر بها لأنها ذكر يؤتى بها لافتتاح القراءة بها تبرُّكًا لا على سبيل القراءة، ولا يأتي بالتسمية في الركعة الثانية في رواية أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنها شرعت مفتاحًا للقراءة كالتعوُّذ، ثم يأتي التعوُّذ مرة واحدة، وفي رواية عنه: يأتي بها في كل ركعة، وهو قولهم؛ لأن التسمية لاستفتاح القراءة، وكل ركعة أصل في القراءة فيبتدئ بالتسمية ولا يأتي بها عند رأس كل سورة، عندهما: لأنها ليست بآية من رأس كل سورة ولا شرعت مفتاحا لها، وعند محمد: إذا جمع بين السور، فإن أسرَّ بالقراءة ذكرها على رأس كل سورة.

وإن جهر لم يذكر؛ لأن كتابتها بقلم الوحي على رأس كل سورة يوجب أن تكون بينها وإفرادها بخط على حدة يمنع فألحقناها بالسورة في حق القراءة احتياطًا، إلا أنه إذا جهر بالقراءة لم يذكرها كي لا يختلف نظم قراءتها بإخفائها.

(باب القراءة في الصلاة)

القراءة في الصلاة أنواع: فرض، وواجب، ومكروه، ومستحبٌّ.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٢٩/١ - ٣٣٠ ط. بيروت، وبدائع الصنائع ٢٠٣/١ شركة المطبوعات العلمية، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٥٢/١ ط. دار الفكر بيروت، وشرح الزرقاني ٢١٦/١ - ٢١٧ ط. دار الفكر بيروت، وكشاف القناع ٣٣٥/١ - ٣٣٦ مكتبة النصر الحديثة بالرياض، والمغني ٤٧٦/١، وتفسير الجصاص ٨/١ ط. المكتبة البهية المصرية، وتفسير ابن كثير ٣٠/١ ط. أندلس، والمبسوط للسرخسي ١٦/١ ط. دار المعرفة بيروت.

❖ **أما الفرض**: فالقراءة فرض في الأولتين حتى لو تركها في الأولتين قضاها في الآخرتين، وقال الشافعي رحمه الله: فرض في الكل. وقال مالك رحمه الله: فرض في الثلث. وقال الحسن البصري رحمه الله: فرض في الواحدة.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**القراءة في الأولتين قراءة في الآخرتين**»؛ أي: تنوب عنهما، كما يقال: لسان الوزير لسان الأمير؛ ولأن الكتاب يقتضي وجوب القراءة في ركعة واحدة؛ لأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار ولكن ألحقنا الثانية بالأولى لاستوائهما في الركنية، وليست الآخرتان كذلك؛ لأنهما زيدتا على الأولتين بدليل أنهما يسقطان بالسفر، ولا قراءة على المقتدي خلافا للشافعي رحمه الله.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «**إنما جُعل الإمام ليؤتمَّ به، فلا تختلفوا عليه، فإذا كبَّر فكبِّروا، وإذا قرأ فأنصتوا**»؛ أمرهم بالإنصات خلف الإمام، وعن الشعبي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لا قراءة خلف الإمام**»، وعن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**مَنْ كَانَ لَهُ إِمَامٌ فَقِرَاءَةُ الْإِمَامِ لَهُ قِرَاءَةٌ**»[1].

وقراءة الفاتحة على التعيين ليس بفرض، وعند الشافعي رحمه الله: فرض؛ لقوله عليه السلام: «**لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب**»[2].

---

(١) أخرجه أحمد ٣/٣٣٩ (١٤٦٩٨) قال: حدثنا أسود بن عامر. و«عبد بن حميد» (١٠٥١) قال: حدثنا أبو نعيم. و«ابن ماجه» (٨٥٠) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا عبيد الله بن موسى.

ثلاثتهم: (أسود، وأبو نعيم، وعبيد الله) عن الحسن بن صالح، عن جابر بن يزيد الجعفي، عن أبي الزبير، فذكره.

(٢) أخرجه أحمد ٣/٣ (١١٠١١) قال: حدثنا عبد الصمد. وفي ٣/٤٥ (١١٤٣٥) قال: حدثنا بهز، وعفان. وفي ٣/٩٧ (١١٩٤٤) قال: حدثنا عفان. و«عبد بن حميد» (٨٨٠) قال: حدثني أبو الوليد. و«البخاري»، في «القراءة خلف الإمام» قال: حدثنا أبو الوليد. وفي (١٢١)، تعليقا، قال البخاري: روى همام. و«أبو داود» (٨١٨) قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي. و«أبو يعلى» (١٢١٠) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الصمد. و«ابن حبان» (١٧٩٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا عبد الصمد بن عبد الوارث.

=

لنا: قوله تعالى: ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِۚ﴾ [المزمل: ٢٠] أمر بقراءة القرآن مطلقًا، والأمر للوجوب، ولا وجوب إلا في حق الصلاة وفي تعيين الفاتحة نسخ خلاف الكتاب، ونسخ جواز الصلاة مع ما تيسر له من القرآن، ولا يجوز نسخ الكتاب بخبر الواحد؛ فيكون حديثه محمولًا على نفي الفضيلة والكمال.

وقدر فرض القراءة آية صغيرة قصيرة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: ثلاث آيات قصار أو آية طويلة تعدلها.

لهما: أن القرآن معجز والإعجاز يتعلق بسورة لا بآية قصيرة؛ قال الله تعالى: ﴿فَأۡتُواْ بِسُورَةٖ مِّن مِّثۡلِهِۦ﴾ وأقل السورة آية سورة الكوثر، وهي ثلاث آيات.

له: قوله تعالى: ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِۚ﴾ من غير اعتبار القدر.

والقراءة في كل ركعة من التطوع فرض؛ لأن كل شفع منه صلاة على حدة فصار كركعتي الفجر، وكذلك في كل ركعة من الوتر لأنا ألحقناه بالنفل في حق القراءة احتياطا لما تبيَّن.

❖ **وأما الواجب**: فقراءة الفاتحة والسورة في الأولتين واجبة وقراءة الفاتحة لا غير في الآخرتين سنة؛ هكذا ورد به الأثر.

ولو سبح فيهما ولم يقرأ لا يكون منسيا؛ لأن القراءة فيهما شرعت على سبيل الذكر والثناء حتى قالوا: ينوي بها الذكر والثناء دون القراءة، بدليل أنه شرعت المخافتة فيهما في عموم الأحوال وذلك يختص بالأذكار، ولهذا تعينت الفاتحة للقراءة؛ لأن كلها ذكر وثناء، وإن سكت فيهما عمدا يكون منسيا؛ لأنه ترك السنة، وإن كان ساهيًا لم يلزمه سجدتا السهو في ظاهر الرواية.

ورُوي عن أبي يوسف: هو بالخيار في الآخرتين إن شاء قرأ، وإن شاء سبّح، وإن شاء سكت.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن القراءة في الآخرتين واجب حتى لو ترك ساهيًا يلزمه سجدتا السهو.

=

أربعتهم: (عبد الصمد بن عبد الوارث، وبهز بن أسد، وعفان بن مسلم، وأبو الوليد الطيالسي) عن همام، قال: حدثنا قتادة، عن أبي نضرة، المنذر بن مالك، فذكره.

وفي ظاهر الرواية سنة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**المصلِّي في الآخرتين بالخيار إن شاء قرأ، وإن شاء سبّح، وإن شاء دعا**».

ويجهر بالقراءة في موضع الجهر ويسر في موضع الإسرار كما هو المتوارث اليوم وهو واجب لما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جهر في البعض وأسر في البعض وقال: «**صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي**»[1].

وإن كان وحده جهر إن شاء في صلاة يجهر فيها وأسمع نفسه، وإن شاء أسر؛ لأنه غير محتاج إلى إسماع غيره بخلاف الإمام؛ لأنه يحتاج إلى إسماع غيره، والجهر أفضل؛ لأنه صلى على هيئة الجماعة، وقال عليه السلام: «**من صلى على هيئة الجماعة صلَّت بصلاته صفوف من الملائكة**»، وفي صلاة لا يجهر فيها لا يجهر ويسمع أذنيه ولو جهر فيها عمدًا يكون مسيئًا، وإن كان ساهيا لا يلزمه السهو بخلاف الإمام لما يأتي.

(**وفي الجامع الصغير**): قضاء العشاء بالنهار جهر الإمام؛ لأن القضاء على حسب الفوات، وإن كان وحده قيل: يخير كما في الوقت، وقيل: خافت حتما؛ لأنه إنما يتخيَّر في الوقت؛ لأنه مأمور بالجماعة في الوقت ومن سنَّتها الجهر، وإن عجز عن الجماعة لم يعجز عن الجهر، وبعد خروج الوقت لم يبق الأمر بالجماعة فلم يبق الجهر مشروعا دون الانفراد، والمتطوع في النهار يخافت بالقراءة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**صَلَاةُ النَّهَارِ عَجْمَاءُ**»[2]؛ أي: لا يسمع فيها قراءة[3].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٦/١، ٢٢٣٨/٥، ٢٦٤٧/٦)، وهو عند ابن حبان (٥٤١/٤)، وابن خزيمة (٢٠٦/١)، والدارقطني (٢٧٢/١)، والدارمي (٣١٨/١)، والبيهقي (٣٤٥/٢)، والشافعي (٥٥/١).

(٢) حديث "صلاة النهار عجماء" أخرجه عبد الرزاق من قول مجاهد وأبي عبيدة واستغربه الزيلعي، وقال النووي في المجموع: هذا حديث باطل لا أصل له. ونقل السخاوي عن الدارقطني قوله: لم يرو عن النبي صلى الله عليه وسلم، وإنما هو من قول الفقهاء (نصب الراية ١/٢، ٢ ط. مطبعة دار المأمون، والمجموع للنووي ٣٨٩/٢ ط. المنيرية، والمقاصد الحسنة ص٢٦٥ نشر مكتبة الخانجي بمصر).

(٣) انظر: فتح القدير ٢٨٤/١ - ٢٨٥، ٤٤٠ ط. دار إحياء التراث العربي، ورد المحتار على الدر المختار ٣٥٧/١ - ٣٥٨ ط. دار إحياء التراث العربي، والاختيار لتعليل المختار ٥٠/١ =

وفي الليل هو بالخيار إن شاء جهر، وإن شاء خافت، لما رُوي: «**أنه كان عليه السلام يجهر في صلاة الليل طورًا ويخافت طورًا**».

وأدنى الجهر عند الكرخي أن يسمع نفسه وأدنى المخافتة تحصيل الحروف؛ لأن القراءة فعل اللسان وذلك بإقامة الحروف لا بالسماع، فإن السماع فعل الأذنين.

وعند الهندواني والفضلي: أدنى الجهر أن يسمع غيره، وأدنى المخافة أن يسمع نفسه، وهو الأصح؛ لأن القراءة كلام وكلامنا في اللغة عبارة عن حروف منظومة مفهومة مظهرة لما في الضمير بصوت مسموع في الجملة، ألا ترى أن الكتابة لا تسمى كلاما وإن وجد إقامة الحروف؛ لأنه لم يوجد الصوت المسموع وعلى عكسه ألحان الطيور لا يكون كلاما وإن وجد الصوت المسموع لانعدام إقامة الحروف.

وأما المقدار المستحب يقرأ في الفجر بأربعين آية مع الفاتحة؛ أي: سورة الفاتحة.

وفي (**الجامع الصغير**): ستين آية، وعن الكرخي: في الركعة الأولى من أربعين إلى ستين، وفي الثانية من عشرين إلى ثلاثين.

وبكل ذلك ورد الآثار، وقيل: بني الأمر على حال القوم، فإن كانوا كسالى أو ضعفًا يقرأ فيها بأربعين آية، وإن كانوا عُبَّادًا لا يثقل عليهم التطويل يقرأ إلى المائة، فإن كانوا وسطا يقرأ خمسين أو ستين؛ لأن الآثار في الباب مختلفة فسبيلها التوفيق، وبناء الإمامة على التخفيف فيقرأ قدر ما لا يؤدي إلى الملايكة له والسآمة كي لا يؤدي إلى تنفير الناس عن الجماعة، فإنه رُوي في الخبر: أن من الأئمة الفرارون، أي بالتثقيل على القوم في القراءة وغيرها، ويقرأ في الظهر نحو ذلك أو دونه، وفي العصر والعشاء عشرين آية، وفي المغرب بالفاتحة وسورة قصيرة، وأصله: أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال

=

ط. دار المعرفة، والمهذب ٨١/١، والشرح الكبير ٣١٣/١، والفواكه الدواني ٣٣/١، والمغني لابن قدامة ٥٦٩/١ ط. مكتبة الرياض الحديثة، وكشاف القناع عن متن الإقناع ٣٤٤/١ ط. النصر الحديثة.

المفصل، وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل، وفي المغرب بقصار المفصل، وهذا كله في الحضر.

فأما في السفر إن كان في حالة الضرورة يقرأ بالفاتحة وأي سورة شاء لما رُوي: «**أنه صلى الله عليه وسلم قرأ في صلاة الفجر المعوّذتين**»، وفي حالة الأمن يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت، وفي الظهر مثل ذلك، وفي العصر والعشاء دون ذلك، وفي المغرب بالقصار جدًّا؛ لأن السفر أوجب قصر الصلاة تخفيفًا فيوجب قصر القراءة تيسيرًا أولى.

وليس في الوتر شيء مقدَّر، ورُوي: «**أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الأولى ﴿سَبِّحِ ٱسْمَ رَبِّكَ ٱلْأَعْلَى ۝١﴾، وَفِي الثَّانِيَةِ ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ ۝١﴾، وَفِي الثَّالِثَةِ ﴿قُلْ هُوَ ٱللَّهُ أَحَدٌ ۝١﴾**»[1]، والسُّنَّة أن يقرأ في كل ركعة سورة تامة؛ هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم.

---

(١) أخرجه «ابن ماجه» (١١٧١) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو حفص الأبار، قال: حدثنا الأعمش، عن طلحة، وزبيد، عن ذر. وفي (١١٨٢) قال: حدثنا علي بن ميمون الرقي، قال: حدثنا مخلد بن يزيد، عن سفيان، عن زبيد اليامي. و«أبو داود» (١٤٢٣) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو حفص الأبار (ح) قال: وحدثنا إبراهيم بن موسى، قال: أخبرنا محمد بن أنس، عن الأعمش، عن طلحة، وزبيد. وفي (١٤٣٠) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثنا أبي، عن الأعمش، عن طلحة الإيامي، عن ذر. و«عبد الله بن أحمد» ١٢٣/٥ (٢١٤٥٩) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو حفص الأبار، عن الأعمش، عن طلحة، وزبيد، عن ذر. وفي (٢١٤٦٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثنا أبي، عن الأعمش، عن طلحة الإيامي، عن ذر. وفي (٢١٤٦١) قال: حدثنا محمد بن عبد الرحيم البزاز، قال: حدثنا أبو عمر الضرير البصري، قال: حدثنا جرير بن حازم، عن زبيد، عن ذر. و«النسائي» ٢٣٥/٣، وفي «الكبرى» (١٤٣٦ و١٠٥٠٢) قال: أخبرنا علي بن ميمون، قال: حدثنا مخلد بن يزيد، عن سفيان، عن زبيد. وفي ٢٣٥/٣ قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا عيسى بن يونس، عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة. وفي ٢٣٥/٣، وفي «الكبرى» (٤٤٦ و١٠٥٠٨) قال: أخبرنا يحيى بن موسى، قال: أنبأنا عبد العزيز بن خالد، قال: حدثنا =

ولو قرأ سورة في الركعتين قيل: يكره، والأصوب أن لا يكره؛ لما رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقرأ في الفجر سورة بني إسرائيل في الركعتين.

والمستحب أن لا يجمع بين السورتين في ركعة واحدة؛ لأن السنة نُقلت بسورة واحدة وإن جمع فلا، وعن محمد رحمه الله: لا بأس بأن يقرأ من وسط السورة أو آخرها.

ويطوِّل الأولى من الفجر على الثانية دون سائر الصلاة عندهما.

وعند محمد: يطوِّل الأولى في جميع الصلوات لحديث أبي قتادة رضي الله عنه: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يطيل الركعة الأولى على غيرها في الصلوات كلها**».

لهما: أن وقت الفجر وقت نوم وغفلة فيطيل الأولى ليدرك الناس الأولى، ووقت غير الفجر وقت علم ويقظة فلا يطيل، والحديث محمول على أنه يطيل في حق القيام لما فيه من الثناء والتعوُّذ، وإنما يكره التفاوت بثلاث آيات فصاعدا لا بما دونها؛ لأنه عليه السلام قرأ في المغرب المعوذتين وآخرهما أطول من الأولى، ولأن الاحتراز عن التفاوت القليل عسير.

(**وذكر في الفتاوى**): الإمام إذا طوَّل القراءة في الركعة الأولى لكي يدرك الناس ركعة لا بأس به إذا كان تطويلًا لا يثقل على القوم.

=

سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن عزرة. وفي ٣/٢٤٤، وفي «الكبرى» (١٤٣٣ و١٠٤٩٧) قال: أخبرنا محمد بن الحسين بن إبراهيم بن إشكاب النسائي، قال: أنبأنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثنا أبي، عن الأعمش، عن طلحة، عن ذر. وفي ٣/٢٤٤ قال: أخبرنا يحيى بن موسى، قال: حدثنا عبد الرحمن بن عبد الله بن سعد، قال: حدثنا أبو جعفر الرازي، عن الأعمش، عن زبيد، وطلحة، عن ذر. و«ابن حبان» (٢٤٣٦) قال: أخبرنا أحمد بن الحسن بن عبد الجبار الصوفي، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا أبو حفص الأبار، عن الأعمش، عن زبيد الإيامي، وطلحة، عن ذر. وفي (٢٤٥٠) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، عن أبيه، عن الأعمش، عن طلحة بن مصرف، عن ذر.

خمستهم: (ذر بن عبد الله، وزبيد، وطلحة الإيامي، وقتادة، وعزرة) عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى، عن أبيه، فذكره.

قرأ في صلاته من التوراة لم يجز، قيل: إذا قرأ ما يوافق معناه معنى القرآن فأراد قراءة القرآن جاز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما؛ فأما إذا لم يزد لا يجوز؛ لأنه لم يقرأ القرآن.

(**وفي الفتاوى**): قراءة القرآن على التأليف في الصلاة لا بأس به؛ لأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يقرؤون القرآن على التأليف في الصلاة، ومشايخنا استحسنوا قراءة المفصل ليستمع القوم ويتعلَّموا.

وأما المكروه: فأن يقرأ الفاتحة وحدها أو قرأ معها آية قصيرة.

والمسنون: أن يقرأ الفاتحة مع سورة قصيرة قدر ثلاث آيات، أو آية طويلة، ولو قرأ في كل ركعة آخر سورة على حدة يكره عند أكثر مشايخنا، ولو قرأ في الركعتين آخر سورة لا يكره، ولو قرأ سورة في الصلاة يكره أن يتركها ويقرأ سورة أخرى؛ لقوله عليه السلام: «**إذا افتتحت سورة فاقرأها على نحوها**».

ويكره أن يتخذ شيئًا من القرآن لشيء من الصلوات حتما؛ لأن فيه هجر الباقي وليس شيء من القرآن مهجور؛ ولو قرأ ذلك لأنه تيسرَّ عليه أو يتبرك بقراءة النبي صلى الله عليه وسلم عالمًا أنه وغيره سواء فلا بأس.

كبر في الصلاة للركوع ثم بدا له أن يزيد في القراءة لا بأس به ما لم يركع؛ لأنه في محل القراءة وهو القيام.

القراءة في الأسباع جائزة وفي المصحف أحب؛ لأن الصحابة كانوا يقرؤون بالمصحف، والأسباعُ محدَثَةٌ.

وقراءة ﴿قُلْ هُوَ ٱللَّهُ أَحَدٌ ۝١﴾ ثلاث مرات عند ختم القرآن مستحسن عند أهل العراق وأئمة الأمصار؛ لأن ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن إلا أن يكون ختم القرآن في الصلاة المكتوبة فلا يزيد على مرة واحدة، ومن يختم القرآن في الصلاة إذا فرغ من المعوذتين في الركعة الأولى يركع، ثم يقوم في الركعة الثانية ويقرأ فاتحة الكتاب وشيئًا من سورة البقرة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**خير الناس الحال المرتحل**»؛ يعني الخاتم المفتتح، وإذا فرغ من الفاتحة يقول: آمين؛ إمامًا كان أو منفردا أو مقتديا، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يقول الإمام: آمين؛ لأن الإمام داعٍ والمأموم

مستمع، وإنما يؤمر المستمع لا الداعي كما في خارج الصلاة، وجه ظاهر الرواية: قوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا أمَّن الإمام فأمِّنوا، فإن الملائكة تؤمِّن بتأمينه، فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غُفِرَ له ما تقدَّم من ذنبه وما تأخَّر**»[1]. ولا يجهر به، وقال الشافعي رحمه الله: يجهر به في صلاة يجهر فيها بالقراءة. وقال مالك رحمه الله: يأتي به المقتدي دون الإمام والمنفرد.

لنا: ما روينا من حديث ابن مسعود، ولأن التأمين دعاء والأصل في الدعاء المخافتة والإسرار.

(باب الركوع)

ويكبّر عند الركوع ولا يرفع يديه، وقال الشافعي رحمه الله: يرفع عند الركوع وعند رفع الرأس منه.

لنا: ما رُوي عن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**لا تُرفع الأيدي إلا في سبعة مواطن: عند تكبيرة الافتتاح، وتكبيرات الأعياد، وتكبيرة**

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/١٥٦ (٧٨٠) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك و«مسلم» ٢/١٧ (٨٤٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (٨٤٦) قال: حدثني حرملة بن يحيى، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. و«ابن ماجه» (٨٥٢) قال: حدثنا بكر بن خلف، وجميل بن الحسن، قالا: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا معمر (ح) وحدثنا أحمد بن عمرو بن السرح المصري، وهاشم بن القاسم الحراني، قالا: حدثنا عبد الله بن وهب، عن يونس. و«أبو داود» (٩٣٦) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (٢٥٠) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا زيد بن حباب، قال: حدثني مالك بن أنس. و«النسائي» ٢/١٤٤، وفي «الكبرى» (١٠٠٢ و١١٨٩٢/١) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. وفي «الكبرى» (١١٨٩٢/٢) وعن سويد بن نصر، عن عبد الله بن المبارك، عن يونس. و«ابن خزيمة» (١٥٨٣) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى الصدفي، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس.

ثلاثتهم: (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، ويونس بن يزيد) عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن، أنهما أخبراه، فذكراه.

القنوت»[١] وذكر أربعًا في الحج.

ورُوي: **أنه صلى الله عليه وسلم رأى أقوامًا يرفعون أيديهم عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع فقال: «ما لي أراكم رافعي أيديكم كأنها أَذْنَابُ خَيْلٍ شُمْسٍ، اسكنوا في الصلاة»**[٢]، ولأن مبنى الصلاة على السكينة والوقار، وذلك في ترك الرفع، ويضع يديه على ركبتيه ويفرّج بين أصابعه لما روى وائل: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا ركع كبَّر، وإذا وضع يديه على ركبتيه فرّج بين أصابعه**»، ولأن التفرُّج أمكن للآخذ من الضم فيكون أولى.

ويبسط ظهره لما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يبسط ظهره بحيث لو وضع عليه قدح ماء لاستقرَّ**» ، ولا ينكس رأسه ولا يرفعه؛ لما رُوي: «أنه **عليه السلام كان إذا ركع لم يشخص رأسه ولم يصوبه**»، ويقول في ركوعه: سبحان ربي العظيم؛ ثلاثًا، وذلك أدناه وإن زاد فهو أفضل، ولا يطول على القوم إذا كان إمامًا حتى لا يثقل عليهم فلا يؤدي إلى تنفير القوم عن الجماعة، فإذا اطمأنَّ راكعًا رفع رأسه

---

(١) أخرجه الطبراني (٣٨٥/١١، رقم ١٢٠٧٢). قال الهيثمي (٢٣٨/٣): رواه الطبراني في الكبير والأوسط، وفي الإسناد الأول محمد بن أبي ليلى وهو سيئ الحفظ وحديثه حسن إن شاء الله وفي الثاني عطاء بن السائب وقد اختلط.

(٢) أخرجه «مسلم» ٢٩/٢ (٨٩٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا أبو معاوية. وفي (٩٠٠) قال: وحدثني أبو سعيد الأشج، قال: حدثنا وكيع (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس. و«أبو داود» (١٠٠٠) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا زهير. و«النسائي» ٤/٣، وفي «الكبرى» (٥٥٧ و١١٠٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا عبثر. و«أبو يعلى» (٧٤٧٢) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا جرير. وفي (٧٤٨٠) قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان. و«ابن حبان» (١٨٧٨) قال: أخبرنا أبو عروبة، الحسين بن محمد بن مودود، بحران، قال: حدثنا عبد الرحمن بن عمرو البجلي، قال: حدثنا زهير بن معاوية. وفي (١٨٧٩) قال: أخبرنا محمد بن عمر بن يوسف، قال: حدثنا بشر بن خالد العسكري، قال: حدثنا محمد بن جعفر، عن شعبة.

ثمانيتهم: (أبو معاوية، وشعبة، ويحيى، ووكيع، وعيسى، وزهير، وعبثر، وجرير) عن سليمان الأعمش، قال: سمعت المسيب بن رافع، عن تميم بن طرفة، فذكره.

ويقول: سمع الله لمن حمده؛ وتفسيره، سمع الله حمد كل من يحمده، ويقول من خلفه: ربنا لك الحمد؛ أو: اللهم ربنا لك الحمد؛ ورد الأثر بهما، و: اللهم ربنا لك الحمد؛ أفضل لما فيه من زيادة كلمة.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يجمع الإمام ولا القوم بين الذكرين، وعندهما: يجمع الإمام دون القوم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول: سمع الله لمن حمده، ربنا لك الحمد**»؛ ولأن الإمام حرض غيره على التحميد فمن المحال أن ينسى نفسه.

له: قوله عليه السلام: «**إنما جُعِلَ الإمامُ إمامًا ليؤتمَّ به فلا تختلفوا عليه، فإذا كبَّر فكبِّروا، وإذا قرأ فأنصتوا، وإذا قال: ولا الضآلين؛ فقولوا: آمين، وإذا قال: سمع الله لمن حمده؛ قولوا: ربنا لك الحمد**»، قسم الأذكار بينهما، والقسمة تقطع الشركة والمنفرد يجمع بينهما عندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لما أتى بالتسميع، وإنّه حثٌّ وتحريضٌ على التحميد ولم يمتثل به أحد؛ فعليه أن يحمد.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يأتي بالتسميع لا غير؛ لأنه متى جمع بينهما يقع أحدهما في حال الاعتدال أو الانتقال، والانتقال ليس بركن مقصود، فشرع ذكر حالة الانتقال ولم يشرع حالة الاعتدال ليظهر نقصان رُكنيَّته وانحطاط رتبته كما في القعدة بين السجدتين. وعند الشافعي رضي الله عنه: الكل يأتون بهما.

والطمأنينة في كل حالة قائمًا أو راكعًا أو ساجدًا ليست بفرض. وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله: فريضة، وعلى هذا القومة التي بعد الركوع والقعدة التي بين السجدتين.

لهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الأعرابي بإعادة الصلاة لما ترك الطمأنينة فيها.

لنا: أن الله تعالى أمر بالركوع وهو الميل والانحناء؛ يقال: ركعت النخلة: إذا مالت وانحنت، وأمر بالسجود وهو الوضع والانخفاض؛ يقال: سجد البعير: إذا وضع حرانه على الأرض، فإذا وجد أدنى ما ينطلق عليه الاسم اقتضى الكتاب جوازه والطمأنينة

دوام عليه، والأمر بالفعل لا يقتضي الدوام عليه؛ فلا يجوز الزيادة على الكتاب بخبر الواحد، وعلى أنه يقتضي الوجوب دون الفرضية والطمأنينة في الذكر واجبة عندهما ذكره الكرخي؛ لأنها مشروعة لإكمال ركن مقصود فتكون واجبة كإكمال القراءة شرعت بالواجب وهو السورة.

وذكر أبو عبد الله الجرجاني أنهما سنة والطمأنينة في الانتقال سُنَّة بالإجماع؛ لأنه ليس بمقصودٍ بنفسه وإنما المقصود به أداء ركن آخر فشرع لكماله بالسنة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا رفع رأسه من ركوع سكت قدر تسبيحة، وإذا طأطأ رأسه قليلًا وكان إلى تمام الركوع أقرب منه إلى القيام أجزأه، وإن كان إلى القيام أقرب لم يجزه.

(باب السجود)

ويكبر للسجود ويضع ركبتيه في السجود قبل يديه، وعند مالك والشافعي رضي الله عنهما على عكسه، لما رُوي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**إذا سجد أحدكم فليضع ركبتيه قبل يديه ولا يبرك بروك الجمل**». والجمل يضع يديه للبروك أولًا؛ لأن فيه استقبال القبلة بوجهه فكان هذا أولى، ويضع يديه في السجود حذو أذنيه ويوجِّه أصابعه نحو القبلة ويعتمد على راحتيه، هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويبدي ضِبْعيه بجزم الباء وضبعيه بالرفع وهما لغتان، وذلك لما روي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا سجد جافى عضديه عن جنبيه حتى يُرى بياض إبطيه**»[1].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١/٢٥٧ (٢٦٥٦) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ٤/٣٤٢ (١٩٢٢١) قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. وفي ٥/٣٠ (٢٠٦٠٣) قال: حدثنا وكيع. وفي ٥/٣١ (٢٠٦٠٣م) قال: حدثنا عفان. و«ابن ماجه» (٨٨٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٩٠٠) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم. و«أبو يعلى» (١٥٥٢) قال: حدثنا أبو موسى، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي.

أربعتهم: (وكيع، وابن مهدي، وعفان، ومسلم) عن عباد بن راشد، عن الحسن البصري، فذكره.

ويعتدل في سجوده ولا يفترش ذراعيه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**اعتدلوا في السجود ولا يفترش أحدكم ذراعيه افتراش الكلب**»[1].

ويجافي بطنه عن الأرض وعن الفخذ، والمرأة تفترش ذراعيها وتلزق بطنها بفخذها؛ لأن ذلك أستر لها، ويقول في سجوده: سبحان ربي الأعلى ثلاثًا، وذلك أدناه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا ركع أحدكم فليقل في ركوعه: سبحان ربي**

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/١١٢ (٥٣٢) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا يزيد بن إبراهيم. وفي ١/١٦٤ (٨٢٢) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«مسلم» ٢/٥٣ (١٠٣٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن شعبة. وفي (١٠٣٨) قال: حدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا محمد بن جعفر (ح) قال: وحدثنيه يحيى بن حبيب، قال: حدثنا خالد، يعني ابن الحارث، قالا: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٨٩٢) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا سعيد. و«أبو داود» (٨٩٧) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (٢٧٦) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا شعبة. و«عبد الله بن أحمد»٣/٢٧٩ (١٤٠١٨) قال: حدثني عبد الله بن سعد، قال: حدثني عمي يعقوب، عن شريك، عن شعبة. و«النسائي» ٢/١٨٣، وفي «الكبرى» (١١٠٢) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك، عن سعيد بن أبي عروبة، وحماد بن سلمة. وفي ٢/٢١١، وفي «الكبرى» (٦٩٤) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: حدثنا أبو العلاء، واسمه أيوب بن أبي مسكين. وفي ٢/٢١٣، وفي «الكبرى» (٧٠٢) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبدة، قال: حدثنا سعيد (ح) وأخبرنا إسماعيل بن مسعود، عن خالد، عن شعبة. و«أبو يعلى» (٢٨٥٣) قال: حدثنا كامل بن طلحة الجحدري، قال: حدثنا حماد بن سلمة. وفي (٢٩٨٦) قال: حدثنا أبو موسى، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن سعيد. وفي (٣٢١٦) قال: حدثنا أحمد، قال: حدثنا بهز، ووهب بن جرير، قالا: حدثنا شعبة. و«ابن حبان» (١٩٢٦) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة. وفي (١٩٢٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا كامل بن طلحة الجحدري، قال: حدثنا حماد بن سلمة.

سبعتهم: (شعبة، وسعيد بن أبي عروبة، وهمام، ويزيد، وهشام، وأيوب بن أبي مسكين أبو العلاء، وحماد) عن قتادة، فذكره.

العظيم ثلاثًا، وفي سجوده: سبحان ربي الأعلى ثلاثًا»[١]. وذلك أدناه، ولو سبح مرة رُوي عن محمد رحمه الله: أنه يكبره ثم يرفع رأسه مكبِّرًا حتى يطمئن قاعدًا، ثم يكبِّر وينحط للسجدة الثانية لما رُوي: «**أنه عليه السلام كان يكبِّر في كل خفض ورفع وركوع وسجود**»[٢]، ويفعل في الثانية مثل ما فعل في الأولى، وإن لم يستقم

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١/٢٥٠ (٢٥٩٠) قال: حدثنا وكيع، وأبو معاوية. و«ابن ماجه» (٨٩٠) قال: حدثنا أبو بكر بن خلاد الباهلي، قال: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٨٨٦) قال: حدثنا عبد الملك بن مروان الأهوازي، قال: حدثنا أبو عامر، وأبو داود. و«الترمذي» (٢٦١) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: أخبرنا عيسى بن يونس.

خمستهم: (وكيع بن الجراح، وأبو معاوية الضرير، وأبو عامر العقدي، وأبو داود الطيالسي، وعيسى) عن ابن أبي ذئب، عن إسحاق بن يزيد الهذلي، عن عون بن عبد الله بن عتبة، فذكره.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ١/٢٣٩ (٢٤٩١) قال: حدثنا أبو الأحوص. وفي ١/٢٩٩ (٣٠٦٣) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا زهير. و«أحمد» ١/٣٨٦ (٣٦٦٠) قال: حدثنا يحيى، عن زهير. وفي ١/٣٩٤ (٣٧٣٦) قال: حدثنا أبو كامل، قال: حدثنا زهير. وفي ١/٤١٨ (٣٩٧٢) قال: حدثنا يحيى بن آدم، وأبو أحمد، قالا: حدثنا إسرائيل. وفي ١/٤٢٦ (٤٠٥٥) قال: حدثنا سليمان بن داود، قال: حدثنا زهير. و«الدارمي» (١٣٦١) قال: أخبرنا أبو الوليد الطيالسي، قال: أنبأنا أبو خيثمة. و«الترمذي» (٢٥٣) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا أبو الأحوص. و«النسائي» ٢/٢٠٥، وفي «الكبرى» (٦٧٤) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا معاذ، ويحيى، قالا: حدثنا زهير. وفي ٢/٢٣٠، وفي «الكبرى» (٧٣٢) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا الفضل بن دكين، ويحيى بن آدم، قالا: حدثنا زهير. وفي٢/٢٣٣، وفي «الكبرى» (٧٣٩) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا أبو الأحوص. وفي ٣/٦٢، وفي «الكبرى» (١٢٤٣) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا معاذ بن معاذ، قال: حدثنا زهير. و«أبو يعلى» (٥١٢٨) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر، قال: حدثنا يحيى، ومعاذ بن معاذ، عن زهير. وفي (٥٣٣٤) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا الحسن بن موسى، وحميد بن عبد الرحمن، قالا: حدثنا زهير.

ثلاثتهم: (أبو الأحوص، سلام بن سليم، وزهير بن معاوية أبو خيثمة، وإسرائيل بن يونس) عن أبي إسحاق السبيعي، عن عبد الرحمن بن الأسود، عن أبيه الأسود، وعلقمة، فذكراه.

قاعدًا حتى يسجد ثانيًا؛ روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إن كان إلى القعود أقرب جاز سجوده، وإن كان إلى الأرض أقرب لا يجوز.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الركن أدنى ما ينطلق عليه الاسم، وهو الأصح؛ لأن السجود وضع الجبهة على الأرض والوضع يحصل بأدنى ما يتناوله اسم الرفع بخلاف الركوع؛ لأنه هو الميل والانحناء للظهر، فإذا وجد بعض الانحناء دون البعض يرجح الأكثر منهما وصارت العبرة له، والسنة في السجود أن يسجد على الجبهة والأنف واليدين والركبتين والقدمين؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء: الوجه، واليدين، والركبتين، والقدمين**». وإن سجد على أنفه دون جبهته جاز، وقد أساء عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يجوز إلا إذا كان بجبهته علة، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**السجود على الجبهة فرض، وعلى الأنف تطوُّع**»[1].

له: أن السجود عبارة عن وضع الوجه ووضع الكل متعذر؛ لأن الجبهة والأنف عظمان ناتئان يمنعان وضع الكل، فكان المراد والأمر بالسجود وضع بعض الجبهة وقد وجد، فاقتضى الكتاب جوازه، ولهذا لو كان بجبهته عذر فسجد على أنفه جاز، إلا أن السجود على الخدِّ والذقن لا يجوز؛ لأن السجود عليهما لم يعرف تعظيمًا في الشاهد فلم يصيرا محلًّا للسجود بالإجماع، ولو سجد على جبهته وحدها جاز ولم يسئ، والسجود على اليدين والركبتين والقدمين ليس بواجب.

وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما: فرض؛ لأنا أمرنا أن نسجد على سبعة أعضاء.

لنا: السجود عبارة عن وضع الوجه على الأرض فقد أتى به، فاقتضى الكتاب جوازه، والحديث محمول على بيان الفضيلة والكمال لئلَّا يكون زيادة على الكتاب بخبر الواحد.

ولو سجد على كور عمامته وطرف ثوبه جاز خلافًا للشافعي رحمه الله.

---

(١) انظر: انظر مراقي الفلاح وحاشية الطحطاوي عليه (١٩٧) ط. الثانية ببولاق مصر ١٣١٨هـ.

لنا: ما روى أبو هريرة رضي الله عنه: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسجد على كور عمامته**»[١]؛ ولأنه لو سجد على ثوب منفصل عنه جاز، فكذا على ما هو متصل به؛ لأن الحيلولة بين الجبهة والأرض بالمتصل والمنفصل على نمط واحد كما لو صلى ورجلاه متحققتان[٢].

(**وفي الفتاوى**): لو سجد على كمه لنفي التراب عن وجهه يكره؛ لأن هذا نوع تكبُّر، والأصل أنه كما يجوز السجود على الأرض يجوز على ما هو بمعنى الأرض بأن يأخذ جبهته حجمه وكالطنفسة والحصيرة ونحوه ويستقر عليها؛ لإجماع الأمة خلفا عن سلف وبسط الحصير واللبود في المساجد والصلاة عليها.

ولو سجد على الحشيش أو القطن إن وجد حجمه وتمكن منه جاز وإلا فلا.

ولو سجد على الثلج إن لبده جاز؛ لأنه بمعنى الأرض؛ لأن الجبهة تجد قرارًا عليه، وإن لم يلبده ولا يجد حجمه لا يجوز؛ لأنه بمنزلة السجود في الهواء.

ولو سجد على الأرزِّ والذرة والجَاوَرْس[٣] لا يجوز؛ لأن الجبهة لا تجد قرارًا عليه، ولو سجد على الحنطة والشعير جاز؛ لأن الجبهة تجد قرارًا عليهما.

ولو سجد على السرير والعِرْزَال[٤] جاز.

ولو سجد على العجلة إن كانت على الأرض [مستقرة] [٥] جاز، وإن كانت على

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٥٦٤) قال: أخبرنا عبد الله بن محرر، قال: أخبرني يزيد بن الأصم، فذكره.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين (٣٣٦/١)، حاشية الدسوقي ٢٥٣/١، المجموع ٤٢٣/٣، كشاف القناع ٣٥٢/١.

(٣) الجَاوَرْس: الدُّخْن، وفي المحكم: حَبُّ الجاوَرْس، واحدته دُخْنَة. والدُّخَان: العُثانُ، دخان النار معروف، وجمعه أَدْخِنة ودَواخِن ودَواخِينُ.

(٤) العرزال: كوخ يتخذ من أغصان الشجر في الحقول أو فوق الأشجار، والعِرْزالُ: موضع يتَّخِذُه النّاطِر فوق أَطْراف النَّخْل والشجر يكون فيه فِرَارًا وخوْفًا من الأَسد، وعِرْزالُ الصائد: خِرَقُه وأَهْدامُه يَمْتَهِدُها ويَضْطَجِع عليها في القُتْر.

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (س).

البقرة سائرة لا يجوز؛ لأن السجود عليها كالسجود على ظهر البقر؛ لأن قرار العجلة على البقر.

ولو سجد على ظهر رجل في الصلاة جاز إذا لم يجد موضعًا آخر وقال: ليس يشترط هذا.

وعند الحسن بن زياد والشافعي رضي الله عنهما: لا يجزيه.

لنا: ما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه لما رأى الناس يصلون على قارعة الطريق قال: هذا المسجد بناه رسول الله صلى الله عليه وسلم، ونحن المهاجرون والأنصار معه فمن لم يجد موضعًا للسجود يسجد على ظهر أخيه.

ولو سجد على ظهر غير المصلي لا يجزيه؛ لأنا إنما جوَّزنا السجود على ظهر المصلي للضرورة، ولا ضرورة في حق غير المصلي؛ لأن الإنسان لا يمكث في المسجد إلا للصلاة غالبًا.

(**وفي المنتقى**): لو سجد على فخذه بغير عذر لا يجوز؛ لأن محل السجود يجب أن يكون غير الساجد، وإن سجد لعذر جاز؛ لأن العذر موسع للأمر، ولو سجد على ركبتيه لعذر لا يجزيه؛ لأنه يكفيه الإيماء، ولو سجد على ظهر ميت وعليه لبد: إن وجد حجم الميت لم يجز؛ لأنه سجد على الميت، وإن لم يجد حجمه جاز؛ لأنه سجد على اللبد.

(**وفي الفتاوى**): لو سجد وهو نائم أعاد السجدة؛ لأن الاختيار شرط أداء العبادة ولم يوجد حالة النوم، ولو نام في ركوعه أو سجوده لا يعيد شيئا؛ لأن الوضع والرفع حصل بالاختيار فوقع معتدًّا به.

ولو قرأ النائم في صلاته، قيل: يجوز؛ وإليه ذهب الفقيه أبو الليث؛ لأن الشرع جعل النائم كالمنتبه في حق الصلاة تعظيمًا لأمر المصلي، والقراءة ركن زائد يسقط بحال فجاز أن يعتد بها مع عذر النوم بخلاف السجود، فإنه ركن أصلي لا يسقط بحال ما بل يجب إما أصله أو خلفه فلا يعتد به مع النوم والأصح أنه لا يجوز لما بيَّنَّا.

النائم في الصلاة لو قرأ وركع فسدت صلاته؛ لأنه زاد ركعة لا يعتد بها، ولو

تكلم النائم في صلاته تفسد؛ لأن الكلام قاطع للصلاة مطلقًا، ولو قهقه فيها لا يفسد وضوءه؛ لأن القهقهة إنما جعلت حدثا بشرط أن يكون جناية وفعل النائم لا يكون جناية، وينهض من السجود إلى القيام على صدور قدميه معتمدًا بيديه على ركبتيه لا على الأرض ولا يقعد، ويرفع يديه من الأرض قبل ركبتيه.

وقال الشافعي رحمه الله: يجلس جلسة خفيفة ثم يقوم ويعتمد على الأرض دون ركبتيه.

لنا: ما روى أبو هريرة رضي الله عنه: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه**»[1]، وإذا خاف الانقلاب لضعفه فله أن يعتمد بيديه على الأرض.

وقال الطحاوي: لا بأس بأن يعتمد بيديه على الأرض، ثم يفعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الأولى.

(باب القعود)

ويقعد على رأس الركبتين، وهذه القعدة سنة عند الطحاوي والكرخي، وعند المتأخرين واجبة، حتى لو تركها ساهيًا يلزمه سجود السهو، وقراءة التشهد فيها سنة عند بعضهم وهو أقيس، وعند بعضهم واجبة، وهو الأصح؛ لأن محمدًا أوجب بترك التشهد ساهيًا سجود السهو، ولا يتصور الترك ساهيًا إلا في التشهد الأول، ولا يجب سجود السهو وهو واجب إلا بترك الواجب، والقعدة الأخيرة فرض وقراءة التشهد فيها واجبة. وقال الشافعي رحمه الله: فرض.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم للأعرابي: «**إذا رفعت رأسك من آخر سجدة وقعدت قدر التشهُّد فقد تمَّت صلاتك**»، علَّق التمام بالقعدة دون قراءة التشهد ومقدار فرض القعدة مقدار التشهد حتى لو فرغ المقتدي من التشهد قبل فراغ الإمام

(١) أخرجه مالك (٢٣٧). وعبد الرزاق (٣٠٤٤) عن مالك، عن صدقة بن يسار، عن المغيرة بن حكيم، فذكره.

فتكلَّم؛ فصلاته تامة؛ لأن المعتبر هو القعدة دون القراءة وقد تم قعدة الإمام في حق المقتدي، ألا ترى أن الإمام لو رتَّل وأطال قراءة التشهد وهو بحال أمكنه قراءته بأدنى ذلك فقد تمَّت صلاته، وإن لم يتم التشهد والسنة في القعدتين فله أن يفترش رجله اليسرى ويجلس عليها وينصب اليمنى نصبًا، ويوجه أصابعهما نحو القبلة؛ هكذا روت عائشة رضي الله عنها ووائل بن حجر جلسة رسول الله صلى الله عليه وسلم[1].

وقال الشافعي رحمه الله: في الأولى مثل ذلك، وفي الثانية: يجلس على وركيه، ويرسل رجليه من الجانب الأيمن، ويجلس على الأرض.

وقال مالك رحمه الله: يجلس فيهما هكذا، والمرأة تقعد كأستر ما يكون لها.

وذكر ابن شجاع في نوادره: أنها تجلس متورِّكة.

وذكر الطحاوي: أنه يضع يديه على ركبتيه ويفرق بين أصابعه؛ لأن مبنى الصلاة على البسط والبسط إنما يحصل بهذا.

وعن محمد رحمه الله: أنه يضع يديه على فخذيه؛ لما رُوي: «**أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا قعد للتشهُّد وضع كفَّه الأيمن على فخذه الأيمن وكفَّه اليسرى على فخذه الأيسر**»، ولأن فيه توجُّه الأصابع إلى القبلة أكثر، ومراعاة أمر القبلة أهم من مراعاة أمر البسط، والتطوع أن يقعد في صلاته حالة القراءة كيف شاء متربعًا أو محتبيًا أو منتصبًا، فإن النبي صلى الله عليه وسلم «**كان يحتبي في صلاته في آخر عهده**»؛ ولأن فرض القيام ساقط عنه فوصف القعود أولى، وعن محمد: أنه يقعد متربعًا.

وعن زفر: أنه يقعد كما يقعد في حالة التشهد.

ثم متى تحل القعدة؟ قال محمد رحمه الله: تحلُّها عند الركوع؛ لأنه حالة

---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار ١/٥٣، ٥٤، وابن عابدين ١/٣٠٦، ٣١٣، والقوانين الفقهية ٧٠، وجواهر الإكليل ١/٤٩، وحاشية الدسوقي ١/٢٤٣، ٢٥١، والزرقاني ١/٢٠٥، ونهاية المحتاج ١/٥١٨، والأذكار/٦٠، وروضة الطالبين ١/٢٦١، والمغني ١/٥٣٢، ٥٣٣، وكشاف القناع ١/٣٨٩، ٣٨٥.

الانتقال، وقال أبو يوسف: يحلُّها عند السجود؛ لأن للركوع حكم القيام وفي حقيقة القيام لا تحل القعدة، فكذا فيما له حكم القيام، وفي حالة التشهد يقعد كما يقعد في المكتوبة ثم يتشهَّد، والتشهُّد أن يقول: التحيَّات لله والصلوات والطيِّبات، إلى قوله: عبده ورسوله، وهو تشهُّدُ عبد الله بن مسعود، وقال الشافعي رحمه الله: التشهُّدُ: التحيَّات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته.

والصحيح مذهبنا؛ لما رُوي أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يعلمان الناس تشهُّد ابن مسعود رضي الله عنه على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكان بمحضرٍ من الصحابة من غير نكير فكان إجماعًا، ولأن بزيادة واو العطف يصير كل كلام ثناء على حدة؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه وبدون كلمة الواو يكون الكل ثناء واحدًا وبعضه صفة للبعض، فإن من قال: والله والرحمن والرحيم لا أفعل كذا؛ كانت أيمانا، ولو قال: والله الرحمن الرحيم لا أفعل كذا؛ يكون يمينًا واحدًة، ثم قيل: لا يشهد بالمسبحة عند قوله: أشهد أن لا إله إلا الله.

وقد نص محمد رحمه الله في كتاب المسبحة على أنه يشهد فقال: حدثنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك، أي يشهد وقال: يصنع بصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقولنا: ولا يزيد على هذا في القعدة الأولى.

وقال الشافعي رحمه الله: يزيد عليه: اللهم صل على محمد.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم لابن مسعود: «**ولا تزد على هذا في القعدة الأولى**».

وقال الشافعي رحمه الله: يزيد عليه، ولأن الزيادة عليه دعاء ، والدعاء مشروع في آخر الصلاة لا في وسطها، ويزيد في الثانية من الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وما شاء من الدعاء، ويقدم الصلوات؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا صلَّى أحدكم فليبدأ بالحمد لله تعالى والثناء، عليه، ثم يصلِّي عليَّ، ثم يدعو**»، والصلوات سنة كما روينا.

وعند الشافعي رحمه الله فرض.

وفي خارج الصلاة قال الكرخي: الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم واجب

على الإنسان في عمره مرة واحدة؛ لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ صَلُّواْ عَلَيۡهِ﴾ [الأحزاب: ٥٦]، والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار بل يقتضي الوجوب مرة واحدة.

وقال الطحاوي: يجب عند سماع اسمه في كل مرة وهو الصحيح؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أربع من الجفاء**» وذكر من جملتها: «**إذا سمع اسمي ولم يصلِّ عليَّ**».

(**وفي النوادر**) قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يصلى على أحد غير النبي؛ لقول ابن عباس رضي الله عنهما: «**لا يصلَّى على أحدٍ بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم**» إلا أنه لا يكره أن يصلى على آله متى ذكر على أثر الرسول؛ لأن ذلك تعظيم للرسول لا لغيره، ويسلم عن يمينه ويساره ويكون أولهما أرفع والثاني أخفض؛ لقول علي رضي الله عنه: «**كان رسول الله صلى الله عليه وسلَّم يسلِّم تسليمتين أولهما أرفعهما**».

ولفظة السلام ليس بركن خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله؛ لقوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه بعدما علَّمه التشهُّد: «**إذا فعلت هذا وقلت هذا فقد تمت صلاتك، فإن شئت أن تقوم فقم، وإن شئت أن تقعد فاقعد، واختر من أطيب الكلام ما شئت**»، ولأن إصابة السلام شرعت للتحلل، والتحلل كما يحصل بالسلام يحصل بالكلام الآخر إلا أن التحلل بالسلام أكمل؛ لأنه موافق للسُّنَّة.

ثم قال بعض مشايخنا: هو سنة.

وقال بعضهم: هو واجب، وهو الأصح.

ويروى عن محمد رحمه الله: أن التسليمة الأولى للتحية والخروج عن الصلاة، والثانية للتسوية بين القوم في التحية.

ولو سلَّم أوَّلًا عن يساره، فإنه يسلِّم عن يمينه ولا يعيد عن يساره، ولو سلَّم تلقاء وجهه يعيد عن يساره؛ لأن صرفه إلى اليمين أولى؛ هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وينوي بكل تسليمة من في تلك الجهة من الحفظة والحاضرين؛ لأنه لاشتغاله بمناجاة ربه صار بمنزلة الغائب عن الخلق، وعند

التحليل يصير حاضرًا؛ فيسلِّم وينوي من حضر؛ لأنه لا يصحُّ خطاب الغالب، ولا ينوي النساء في زماننا لأنهن لا يحضرن الجماعات، وقيل: ينوي بالتسليمتين كافة المؤمنين والمؤمنات؛ لأن بالتحريمة حصل التَّحرُّم عن الكلام في حق كافة الناس، فالتَّحلُّل بالسلام يجب أن يكون كذلك والمنفرد ينوي الحفظة لا غير؛ لأن غيرها ليسوا بحضور والمقتدي ينوي الإمام أيضًا؛ لأنه من الحضور، فإن كان الإمام في جانب الأيمن نواه فيهم، وإن كان في الأيسر ففي الأيسر، وإن كان بحذاه فعن أبي يوسف رحمه الله: أنه ينويه في الأيمن ترجيحا لليمين.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه ينويه فيهما جميعًا؛ لأنه أمكن الجمع عند التعارض فلا يصار إلى الترجيح، ثم قدم ذكر بني آدم على الحفظة في (الجامع الصغير) وأخَّره في (المبسوط)، وهذا لا يدل على تفضيل المقدم على المؤخر؛ لأن الواو للجمع لا للترتيب.

واختلفوا في هذه المسألة؛ قالت المعتزلة: جملة الملائكة أفضل من جملة بني آدم؛ لأن عندهم صاحب الكبيرة خارج من الإيمان وقلَّ ما يسلم مؤمن عنها.

وقال بعض أهل السنة: جملة بني آدم أفضل من جملة الملائكة، فإن عندنا صاحب الكبيرة كامل الإيمان، ثم هو مبتلى بالإيمان بالغيب، فكان أحق من الملائكة، والمختار عندنا أن خواص بني آدم وهم المرسلون أفضل من جملة الملائكة، وعوامُّ بني آدم من الأتقياء أفضل من عوامِّ الملائكة، وخواصُّ الملائكة أفضل من عوامِّ بني آدم، والله أعلم.

(باب ما يستحب في الصلاة وما يكره فيها)

ينبغي للمصلِّي أن يخشع ويكون قلبه فيها على الخوف من عدله والرجاء من فضله؛ لقوله تعالى: ﴿قَدْ أَفْلَحَ ٱلْمُؤْمِنُونَ ۝١ ٱلَّذِينَ هُمْ فِي صَلَاتِهِمْ خَٰشِعُونَ ۝٢﴾ [المؤمنون: ١، ٢]، «**وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا صلى يُسمع من جوفه**

أَزِيزٌ[١] **كَأَزِيزِ الْمِرْجَلِ**[٢]**، ويكون منتهى بصره إلى موضع سجوده في قيامه، وفي ركوعه إلى أصابع رجليه، وفي سجوده إلى طرف أنفه، وفي قعوده إلى حجره»**[٣]؛ لأنه منهيٌّ عن الالتفات مأمور بإرسال عينيه، وإذا أرسل ولم يتكلف يقع بصره هكذا ولا يلتفت في صلاته ولا يعبث بشيء من جسده أو ثيابه؛ لأنه يخل بالخشوع ولا يفرقع أصابعه ولا يشبكها؛ لقوله عليه السلام لعلي: «**إنِّي أحبُّ لك ما أحبُّ لنفسي، لا تفرقع أصابعك في الصلاة**».

ولا يضع يديه على خاصرته؛ لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاختصار في الصلاة ولا يتمطَّى ولا يتثاءب، فإن غلبه شيء من ذلك كظم ما استطاع، فإن لم يستطع فليضع يده على فمه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا تثاءب أحدكم في صلاته فليُغطِّ فاه، فإن الشيطان يدخل فيه**».

ويكره تغطية الفم؛ لأنه عليه السلام «**نهى أن يصلِّي الرجل متلثِّما**»، والتلثُّم أن يغطي فاه وأنفه بخرقة، ولأنه تشبُّه بفعل المجوس حال عبادة النيران.

---

(١) الأزيز: حَنين من الخوف، وهو صوت البكاء، وقيل هو أن يَجِيش الجوف ويَغْلي بالبكاء.

(٢) المرجل: إناء يغلى فيه الماء، سواء كان مِن نحاس وغيره، وله صوت عند غليان الماء فيه.

(٣) أخرجه أحمد ٤/٢٥ (١٦٤٢١) قال: حدثنا يزيد. وفي (١٦٤٢٦) قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. وفي ٤/٢٦ (١٦٤٣٥) قال: حدثنا عفان. و«عبد بن حميد» (٥١٤) قال: حدثني سليمان بن حرب. و«أبو داود» (٩٠٤) قال: حدثنا عبد الرحمن بن محمد بن سلام، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن هارون. و«الترمذي»، في «الشمائل» (٣٢٢) قال: حدثنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك. و«النسائي» ٣/١٣، وفي «الكبرى» (٥٤٩ و١١٣٦ و١١٧٩٩) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله. و«أبو يعلى» (١٥٩٩) قال: حدثنا حوثرة. و«ابن خزيمة» (٩٠٠) قال: حدثنا عبد الوارث بن عبد الصمد العنبري، قال: حدثني أبي. و«ابن حبان» (٦٦٥) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا حوثرة بن أشرس العدوي. وفي (٧٥٣) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا يزيد بن هارون.

سبعتهم: (يزيد بن هارون، وعبد الرحمن بن مهدي، وعفان بن مسلم، وسليمان بن حرب، وعبد الله بن المبارك، وحوثرة بن أشرس، وعبد الصمد العنبري) عن حماد بن سلمة، عن ثابت البناني، عن مطرف بن عبد الله بن الشخير، فذكره.

ويكره أن يكف ثوبه[١] لما فيه من ترك سنة اليد[٢].

ويكره أن يغمض عينيه؛ لأنه عليه السلام نهى عنه.

ويكره عقص الشعر، والعقص أن يشدَّ ضفيرتيه حول رأسه كما يفعله النساء أو يجمع شعره فيعقد به في مؤخِّر رأسه؛ وذلك يكره؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أمرتُ أن أسجد على سبعة أعضاء، وأن لا أكفَّ ثوبًا ولا شعرًا، ومن عقص شعره فقد كفَّه**»[٣].

ويكره الاعتجار[٤]؛ لأنه عليه السلام نهى عنه، والاعتجار: أن يكوّر عمامته ويترك وسطه مكشوفًا كهيئة الأشرار فيكون تشبهًا بالشطارين وأهل الفساد.

---

(١) المقصود بكف الثوب، هو ضمُّه عند الركوع أو السجود، وكذلك شد وسطه بشيء يجعل ثوبه لا يلمس الأرض، وكذلك تشمير كمه؛ لأن تشمير الكم وكف الثوب وعقص الشعر يمنعه من السجود معه.

قال في المنهاج: وحكمته منع ذلك من السجود معه. انتهى.

لأن بعض الناس يفعل ذلك كبرًا، قال في العناية شرح الهداية: ولا يكف ثوبه؛ لأنه نوع تجبُّر. انتهى.

(٢) سنة اليد: أن يضع يمينه على شماله. انظر: تحفة الفقهاء ١/٢٤٣.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ٢/٤٣٤ (٨١٢٦) قال: حدثنا أبو أسامة. و«أحمد» ٦/١٠ (٢٤٣٧٥) قال: حدثنا محمد بن جعفر. و«ابن ماجه» (١٠٤٢) قال: حدثنا بكر بن خلف، قال: حدثنا خالد بن الحارث (ح) وحدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر.

(٤) معنى الاعتجار اللغوي:

١- قال ابن منظور في لسان العرب بعد ذكره أقوالًا في الاعتجار: والعِجْرَة بالكسر نوع من العمة، يقال: فلان حسن العِجرة، وفي حديث عبيد الله بن عدي الخيار: وجاء وهو معتجر بعمامته ما يرى وحشي منه إلا عينيه ورجليه، الاعتجار بالعمامة هو أن يلفها على رأسه ويرد طرفها على وجهه ولا يعمل منها شيئًا تحت ذقنه.

وقال ابن الأثير: "وفي حديث عبيد الله بن عدي بن الخيار: (جاء وهو معتجر بعمامته، ما يرى وحشي منه إلا عينيه ورجليه)، الاعتجار بالعمامة: هو أن يلفها على رأسه، ويرد طرفها على وجهه، ولا يعمل منها شيئا تحت ذقنه". [النهاية في غريب الحديث والأثر ٣/١٨٥].

٢- قال محمد بن الحسن: "لا يكون الاعتجار إلا مع تنقُّب، وهو أن يلف بعض العمامة على رأسه، وطرفا منه يجعله شبه المعجر للنساء، وهو أن يلفه حول وجهه". [المبسوط ١/٣١. انظر: عودة الحجاب ٣/٢٨٨].

=

وقيل: أن ينتقب بعمامته فيغطي أنفه كمِعْجَر[١] النساء إما لأجل الحَرِّ أو البرد أو للتكبُّر، وهو مكروه؛ لقول ابن عباس رضي الله عنهما: لا يغطي الرجل أنفه وهو يصلي.

ويكره السدل في الصلاة، وهو أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفه، ثم يرسل أطرافه من جوانبه؛ **لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن السدل**[٢] ولأنه يشبه صنيع أهل الكتاب.

ويكره لبسه الصماء وهو أن يجمع طرفي ثوبه ويخرجهما تحت إحدى يديه على أحد كتفيه، ولا يبزق على حيطان المسجد ولا بين يديه على الحصاة ولا فوق

=

والمعنى الشرعي: قال الشيخ صفي الرحمن المباركفوري: فهذا يفيد أن معنى الاعتجار هو ستر الوجه بحيث لا يرى منه إلا العينان. (إبراز الحق والصواب في مسألة السفور والحجاب ص٤٨).

(١) المِعْجَرُ بالكسر ما تشده المرأة على رأسها يقال: اعْتَجَرَتِ المرأة، والاعْتِجارُ أيضًا: لف العمامة على الرأس. مختار الصحاح.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٢/٢٥٩ (٦٥٤٨) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن عسل بن سفيان. و«أحمد» ٢/٢٩٥ (٧٩٢١) قال: حدثنا يزيد، وأبو كامل، قالا: حدثنا حماد بن سلمة، عن عسل بن سفيان. وفي ٢/٣٤١ (٨٤٧٧) قال: حدثنا أبو سعيد، قال: حدثنا وهيب، وحماد، عن عسل. وفي ٢/٣٤٥ (٨٥٣٢) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: أخبرنا عسل بن سفيان التميمي. وفي ٢/٣٤٨ (٨٥٦٥) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا سعيد، يعني ابن أبي عروبة، عن عسل. و«الدارمي» (١٤٩٦) قال: أخبرنا سعيد بن عامر، عن سعيد بن أبي عروبة، عن عسل. و«الترمذي» (٣٧٨) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا قبيصة، عن حماد بن سلمة، عن عسل بن سفيان. و«ابن خزيمة» (٧٧٢ و٩١٨) قال: حدثنا محمد بن عيسى، قال: حدثنا عبد الله، يعني ابن المبارك، عن الحسن بن ذكوان، عن سليمان الأحول. و«ابن حبان» (٢٢٨٩) قال: أخبرنا عمران بن موسى بن مجاشع، قال: حدثنا هدبة بن خالد، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن عسل بن سفيان. وفي (٢٣٥٣) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: حدثنا عبد الله، عن الحسن بن ذكوان، عن سليمان الأحول.

كلاهما: (عسل بن سفيان، وسليمان بن أبي مسلم الأحول) عن عطاء بن أبي رباح، فذكره.

البواري ولا تحتها، وكذا المخاط، ولكن يأخذ بثوبه، وإن فعل فعليه أن يرفعه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إن المسجد لينزوي من النخامة كما تنزوي الجلدة من النار**»[1]؛ أي: ينقبض ويجتمع، ولأن تنزيه المسجد عن التلويث بالمستقذرات واجب.

وإن اضطر إلى ذلك فدفنه في المسجد تحت الحصاة يرخص له في ذلك، ولكن لو فعل على فوق **البواري** خير من تحتها؛ لأن **البواري** ليست من المسجد حقيقة، وإن كان لها حكم المسجد وما تحتها من المسجد حقيقة، فإذا ابتلي ببليَّتين يختار أهونهما، وكذا لو مشى في الطين كره أن يمسحه بحائط المسجد أو باسطوانته وإن مسح بحصير المسجد لابأس به؛ لأنه ليس من المسجد، والأولى أن لا يفعل، وإن مسح بتراب في المسجد، فإن كان التراب مجموعًا لا بأس به، وإن كان منبسطًا يكره وهو المختار؛ لأن له حكم الأرض فكان من المسجد، وإن مسح بخشبةٍ موضوعة في المسجد لا بأس به؛ لأنه ليس لهذه الخشبة حكم المسجد.

ويكره أن يدخل في الصلاة وبه بول أو غائط، وإن فعل فإن كان الاهتمام يشغله عن الصلاة قطعها، وإن مضى عليها أجزأه وقد أساء.

ويكره أن يميل أصابع يديه ورجليه عن القبلة، ويكره للمصلي أن يعتمد على شيء إلا لعذر؛ لأن الاعتماد ينقض القيام، ولا يتربَّع إلا من عذر ولا يقعي؛ لما روى أبو درانة قال: «**نهاني خليلي صلوات الله عليه عن ثلاث: أن أنقر نقر الديك، وأن أقعي إقعاء الكلب، وأن أفترش افتراش الثعلب**»[2].

قال الكرخي: الإقعاء أن ينصب قدميه، ويقعد على عقبيه واضعًا يديه على الأرض.

قال الطحاوي: الإقعاء أن يقعد على أليتيه وينصب فخذيه ويضم ركبتيه إلى صدره ويضع يديه على الأرض وهذا أشبه بإقعاء الكلب.

ويكره أن يطول ركعة من التطوع ويقصر أخرى في القراءة، ويكره للمأموم أن

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١/٤٣٣، رقم ١٦٩١).

(٢) أخرجه أبو يعلى (٢٦١٩) قال: قرئ على بشر بن الوليد: أخبركم أبو يوسف، عن محمد بن عبيد الله، عن عطاء، فذكره.

يسبق الإمام بالركوع والسجود، وأن يرفع رأسه فيهما قبل الإمام لما فيه من مخالفة الإمام وهي منهية.

ويستحب للمصلي إذا كان قائمًا أن يكون بين قدميه أربع أصابع يديه؛ لأن هذا أقرب إلى الخشوع، ويستحب إذا دخل المسجد والإمام راكع أن يأتي إلى الصف وعليه السكينة والوقار.

ويكره أن يُكبّر خلف الصف ثم يلحق به؛ لأن المشي فعل منافٍ للصلاة حتى قالوا: لو مشى خطوة لا تفسد صلاته، وإن مشى خطوتين أو أكثر فسدت صلاته، وقدَّر بعضهم بموضع سجوده.

وتكره الصلاة خلف الصفوف وحده؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا صلاة [للمنفرد]**[1] **خلف الصفوف**» إلا أن لا يجد فرجة في الصف فلا يكره؛ لأن حالة الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: إذا لم يجد فرجة في الصف ينتظر حتى يجيء آخر فيقوم معه، فإن لم يجئ أحد حتى ركع الإمام يجذب واحدًا من الصف فيقوم معه لئلا يصير مرتكبًا للمنهي عنه.

وإن كان في الصحراء قيل: يكبِّر أولا ثم يجذب واحدًا من الصف حتى تأخذ تلك البقعة حرمة للصلاة فلا تفسد صلاة المجذوب، وقيل: وإن لم يكبر لا تفسد صلاته؛ لأنه متى أراد الصلاة فقد أخذ تلك البقعة حرمة للصلاة.

(**وفي النوادر**) عن أبي حنيفة رحمه الله: الإمام إذا سمع خفق النعال في الركوع فطوله ليدرك الجائي الصلاة أكره له ذلك وأخشى عليه أمرًا عظيمًا؛ لأنه أشرك في صلاته غير الله تعالى.

(**وفي الفتاوى**): إن كان الإمام عرف الجائي يكره؛ لأنه يشبه الميل إليه، وإن لم يعرف لا بأس به مقدار ما لا يثقل على من خلفه؛ لأن فيه إعانة على الطاعة.

صلى منفردًا تطوعًا فمرَّ بذكر النار استعاذ أو بذكر الجنة فسأل جاز، ويستحب لما رُوي عن حذيفة: «**أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ البقرة وآل عمران في**

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): للمفرد.

صلاة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة إلا وسألها الله تعالى، ولا ذكر النار إلا استعاذ منها».

فإن كان إمامًا يكره له ولمن خلفه، أما الإمام فلأنه يؤدي إلى تطويل الصلاة والتثقيل على القوم، وأما المؤتمُّ فلأنه مأمور بالسكوت والاستماع، وإن كان منفردًا يصلِّي المكتوبة يكره أيضًا، خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن الاشتغال بالدعاء يقطع نظم القراءة وإنه مكروه ولكن تركنا هذا في التطوع بالنص.

ويكره عد الآي والتسبيح في الصلاة؛ لأنه ليس من أعمال الصلاة، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: أنه لا بأس به لمراعاة سُنَّة القراءة، ولو احتاج في صلاة التسبيح ونحوها إلى العدِّ عدَّ إشارة لا إفصاحًا فلا حاجة إلى العد بأصابعه.

صلَّى وهو حامل صبيًّا أو أخذ بيده أو فمه شيئًا جازت صلاته ويكره؛ لأنه أدخل فيها ما ليس منها، وما روي أنه صلى الله عليه وسلم صلَّى وهو حامل بنت أبي العاص يحتمل أنه فعل؛ لأنه لم يكن هناك من يحفظها ويتعهَّدها وهي تبكي فلم يكره له لهذا، ويكره أن يكون الإمام على الدكان والقوم على الأرض أو على عكسه في ظاهر الرواية لما روى أبو هريرة رضي الله عنه: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يكون مكان الإمام أنشز من مكان القوم**»، ولأن فيه تشبُّهًا بأهل الكتاب، فإنهم يجعلون لإمامهم مكانا على حدة، وإذا كان مكان القوم أرفع فلأنه يشبه اختلاف المكانين فأورث الكراهة.

وذكر الطحاوي: لا بأس أن يكون مكان القوم أرفع، ويكره أن يكون مكان الإمام أرفع، وقدَّر الارتفاع مكان القوم بقدر القامة ولا بأس بدونه، هذا إذا كان وحده على الدكان أو على الأرض، فإن كان بعض القوم معه قيل: يكره، والأصح أنه لا يكره، وبه جرت العادة في جوامع المسلمين في أغلب الأمصار، وهذا في غير حالة العذر، فأما عند العذر، بأن كان لضيق المكان فلا بأس به كما في صلاة الجمعة والأعياد.

(**وفي الجامع الصغير**): ولا بأس أن يقوم الإمام في المسجد وسجوده في الطاق، ويكره أن يقوم في الطاق؛ لأنه يشبه اختلاف المكانين؛ ولأنه ربما يشتبه حاله على

بعض القوم، ممن كان في ميمنة الصف أو في ميسرته فيكره، وإذا كان مقامه في المسجد لا يشتبه حاله على القوم فلا يكره، فعلى هذا إذا كان المحراب مجوَّفا أو مستكًّا بالخشبة فلم يلتبس على القوم حاله فلا يكره، وعلى المعنى الأول يكره، ويكره أن يكون المحراب حمامًا أو قبرًا أو مخرجًا لما رُوي «**أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صلاة في سبعة مواضع: في المجزرة، والمزبلة، والمقبرة، والحمام، وقارعة الطريق، ومعاطن الإبل، وفوق ظهر بيت الله تعالى**»، وإنما نهى لعدم خلوِّ هذه المواضع عن النجاسة غالبا فيكره التوجه إليها، كما يكره أن يصلي وقدامه عذرة، حتى لو كان بينها وبينه حائل لا يكره[1].

(**وفي الفتاوى**): لو صلى في الحمام إن كان فيه تماثيل يكره، وإن لم يكن وكان الموضع طاهرًا فلا بأس به.

وأما القراءة فيه إن رفع صوته يكره وإلا فلا.

ولو صلى على الطريق يكره؛ لأن فيه منع الناس عن المرور، والطريق حق الناس أعد للمرور فيه، ولا يجوز شغله بما ليس له حق الشغل.

وإذا ابتلي بين الصلاة في الطريق وبين أرض غيره، فإن كانت مزروعة فالأفضل أن يصلي في الطريق؛ لأن له حقًّا في الطريق ولا حق له في الأرض، وإن لم تكن مزروعة، فإن كانت لمسلم يصلي فيها؛ لأن الظاهر أنه يرضى به؛ لأنه إذا بلغه سُرَّ بذلك أن ينال أجرا من غير اكتساب منه، وفي الطريق لا إذن؛ لأن الطريق حقُّ المسلم والكافر.

وإن كانت لكافر يصلي على الطريق؛ لأنه لا يرضى به، ويكره التمثال في قبلة المسجد إلا مقطوع الرأس؛ لأن فيه تشبُّهًا بعبادة الأوثان، وإن كان مقطوع الرأس فليس بتمثال؛ لأنه لا يعبد بدون الرأس وقطع الرأس أن يمحي رأسه بخيط يخاط عليه حتى لا يبقى للرأس أثرًا أصلًا أو يطلي وجهه بالمغرة، فأما إذا خيط بين الرأس والجسد فلا يعتبر؛ لأن من الطير ما هو مطوق وذلك مثل من توجَّه في

(١) انظر: حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ١٩٦، ١٩٧، حاشية الدسوقي ١/١٨٨، ١٨٩، ومغني المحتاج ١/٢٠٣، وكشاف القناع ١/٢٩٣.

صلاته إلى تنُّور فيه نار يتوقد أو إلى كانون فيه نار يكره؛ لأنه يشبه التغليب، ولو توجه إلى قنديل أو إلى سراج لم يكره؛ لأنه لا يعبد، وإن كان التمثال مؤخر الظهر والقبلة لا يكره في رواية الأصل؛ لأنه لا يشبه تعبُّده.

(**وفي الجامع الصغير**): ويكره أن تكون التماثيل فوق رأس المصلي وعن يمينه ويساره وورائه؛ لحديث جبريل عليه السلام أنه قال: «**إنَّا معاشر الملائكة لا ندخل بيتًا فيه كلب أو صورة**»[1]، وبيت لا تدخله الملائكة شرُّ البيوت ولأن إمساك الصورة

---

(١) أخرجه «البخاري» ٤/١١٤ (٣٢٢٥) قال: حدثنا ابن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا معمر. وفي ٤/١٣٠ (٣٣٢٢) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي ٥/٨٢ (٤٠٠٢) قال: حدثنا إبراهيم بن موسى، قال: أخبرنا هشام، عن معمر. وفي ٧/١٦٧ (٥٩٤٩) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. قال البخاري: وقال الليث، قال: حدثني يونس. و«مسلم» ٦/١٥٦ (٥٥٦٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وإسحاق بن إبراهيم، قال يحيى، وإسحاق: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي ٦/١٥٧ (٥٥٦٦) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. وفي (٥٥٦٧) قال: وحدثناه إسحاق بن إبراهيم، وعبد بن حميد، قالا: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن ماجه» (٣٦٤٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«الترمذي» (٢٨٠٤) قال: حدثنا سلمة بن شبيب، والحسن بن علي الخلال، وعبد بن حميد، وغير واحد، قالوا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«النسائي» ٧/١٨٥، وفي «الكبرى» (٤٧٧٥) قال: أخبرنا قتيبة، وإسحاق بن منصور، عن سفيان. وفي ٨/٢١٢ قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٨/٢١٢، وفي «الكبرى» (٩٦٨٦) قال: أخبرنا محمد بن عبد الملك بن أبي الشوارب، قال: حدثنا يزيد، قال: حدثنا معمر. وفي «الكبرى» (٩٦٨٣) قال: أخبرنا يزيد بن محمد بن عبد الصمد، قال: حدثنا هشام بن إسماعيل، قال: حدثنا هقل، وهو ابن زياد، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي «الكبرى» (٩٦٨٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان (ح) وأخبرنا محمد بن منصور، عن سفيان. وفي (٩٦٨٥) قال: أخبرني وهب بن بيان، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. و«أبو يعلى» (١٤١٤) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن عيينة. وفي (١٤٣٠) قال: حدثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٥٨٥٥) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: حدثنا يونس.

خمستهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، ومحمد بن عبد الرحمن، ابن أبي ذئب، ويونس بن يزيد، وعبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي) عن ابن شهاب الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، عن ابن عباس، فذكره.

يشبه عبادة الصنم فيكره، ويكره في الثوب واللباس والبساط غير أنه على البساط أيسر؛ لأنه استهانة به[١].

(**وفي الجامع الصغير**): إن كان في موضع سجوده يكره، وإن كان في موضع قيامه وجلوسه لا يكره؛ لأنه استهانة به، وكذلك على الوسادة إن كانت قائمة يكره؛ لأنه يكون تعظيما لها، وإن كانت مفروشة لا يكره؛ هذا إذا كان التمثال كبيرا، فإن كان صغيرًا لا يكره لما رُوي أنه كان على خاتم أبي هريرة رضي الله عنه ذبابتان، وعلى خاتم دانيال النبي عليه السلام أسد ولبؤة وبينهما صبي يلحسانه، وأصل ذلك أنه لما ألقي في غيضة وهو رضيع فقيَّض الله تعالى له أسد يحفظه ولبؤة ترضعه وهما يلحسانه فنقش ذلك على خاتمه ليحفظ مِنَّةَ الله تعالى عليه.

رجل في يديه تصاوير وهو يؤم الناس لا تكره إمامته؛ لأنها مستورة بالثياب فصار كصورة في نقش خاتم وهو غير مستبين.

ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلاة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**اقْتُلُوا الأَسْوَدَيْنِ**»[٢]، ولو كنت في الصلاة والأسودان الحية والعقرب قيل: إنما يقتل الحية إذا تمكن من قتلها بضربة واحدة كما في العقرب.

---

(١) قَالَ الْعُلَمَاء: سَبَبُ امْتِنَاعِهِمْ مِنْ بَيْتٍ فِيهِ صُورَة، كَوْنُهَا مَعْصِيَةً فَاحِشَة، وَفِيهَا مُضَاهَاةٌ لِخَلْقِ اللهِ تَعَالَى، وَبَعْضُهَا فِي صُورَةِ مَا يُعْبَدُ مِنْ دُونِ اللهِ تَعَالَى، وَسَبَبُ امْتِنَاعِهِمْ مِنْ بَيْتٍ فِيهِ كَلْب، لِكَثْرَةِ أَكْلِهِ النَّجَاسَات، وَلِأَنَّ بَعْضَهَا يُسَمَّى شَيْطَانًا كَمَا جَاءَ بِهِ الْحَدِيث، وَالْمَلَائِكَةُ ضِدُّ الشَّيَاطِين، وَلِقُبْحِ رَائِحَةِ الْكَلْب، وَالْمَلَائِكَةُ تَكْرَهُ الرَّائِحَةَ الْقَبِيحَة، وَلِأَنَّهَا مَنْهِيٌّ عَن اتِّخَاذهَا؛ فَعُوقِبَ مُتَّخِذُهَا بِحِرْمَانِهِ دُخُولَ الْمَلَائِكَةِ بَيْتَه، وَصَلَاتُهَا فِيهِ، وَاسْتِغْفَارُهَا لَهُ، وَتَبْرِيكُهَا عَلَيْهِ وَفِي بَيْتِه، وَدَفْعِهَا أَذَى الشَّيْطَانِ، وَهَؤُلَاءِ الْمَلَائِكَةُ الَّذِينَ لَا يَدْخُلُونَ بَيْتًا فِيهِ كَلْبٌ أَوْ صُورَة، هُمْ مَلَائِكَةٌ يَطُوفُونَ بِالرَّحْمَةِ وَالتَّبْرِيكِ وَالِاسْتِغْفَار، وَأَمَّا الْحَفَظَةُ، فَيَدْخُلُونَ فِي كُلِّ بَيْت، وَلَا يُفَارِقُونَ بَنِي آدَمَ فِي كُلِّ حَالٍ، لِأَنَّهُمْ مَأْمُورُونَ بِإِحْصَاءِ أَعْمَالِهِمْ وَكِتَابَتِهَا.
قَالَ الْخَطَّابِيُّ: وَإِنَّمَا لَا تَدْخُلُ الْمَلَائِكَةُ بَيْتًا فِيهِ كَلْبٌ أَوْ صُورَةٌ مِمَّا يَحْرُمُ اقْتِنَاؤُهُ مِن الْكِلَابِ وَالصُّوَر، فَأَمَّا مَا لَيْسَ بِحِرَامٍ، مِنْ كَلْبِ الصَّيْدِ وَالزَّرْعِ وَالْمَاشِيَةِ، وَالصُّورَةِ الَّتِي تُمْتَهَنُ فِي الْبِسَاطِ وَالْوِسَادَةِ وَغَيْرِهِمَا، فَلَا يَمْتَنِعُ دُخُولُ الْمَلَائِكَةِ بِسَبَبِهِ. شرح النووي على مسلم - (ج٧/ ص٢٠٧).

(٢) أخرجه «ابن ماجه» (١٢٤٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، ومحمد بن الصباح، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن معمر. و«أبو داود» (٩٢١) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا علي بن =

ولو احتاج إلى مشي ومعالجة كثيرة لا نقبلها؛ لأنه يكون عملًا كثيرًا وأنه مفسد للصلاة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما: لو لم يخف أن يؤذيه، فإنه يكره قتلهما، وقالوا: وينبغي أن لا يقتل الحية البيضاء التي تمشي مستوية؛ لأنها جان؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**اقتلوا ذا الطُّفْيَتَيْنِ وَالأَبْتَرَ، وإياكم والحية البيضاء فإنها من الجن**»[1].

وقال الطحاوي: لا بأس بقتل الكُل؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم عهد مع الجن أن لا تدخلوا بيوت أمته، وإذا دخلوا لم يَظهَرُوا لهُم، فإذا فعلوا فقد ناقضوا عهدهم فلا حرمة لهم، والأولى هو الإعذار والإنذار، فيقال: ارجع بإذن الله تعالى، فإن أَبَىَ قَتَلَهُ.

=

المبارك. و«الترمذي» (٣٩٠) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية، عن علي بن المبارك. و«النسائي» ١٠/٣، وفي «الكبرى» (٥٢٥ و١١٢٦) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن سفيان، ويزيد، وهو ابن زريع، عن معمر. وفي ١٠/٣، وفي «الكبرى» (١١٢٧) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا سليمان بن داود، أبو داود، قال: حدثنا هشام، وهو ابن أبي عبد الله، عن معمر. و«ابن خزيمة» (٨٦٩) قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن معمر (ح) وحدثنا محمد بن هشام، قال: حدثنا يحيى بن اليمان (ح) وحدثنا أبو موسى، قال: حدثنا عبد الأعلى (ح) وحدثنا يعقوب الدورقي، قال: حدثنا غندر (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قالوا: حدثنا معمر. و«ابن حبان» (٢٣٥١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: حدثنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا معمر. وفي (٢٣٥٢) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم الفراهيدي، قال: حدثنا علي بن المبارك الهنائي.

ثلاثتهم: (معمر بن راشد، وهشام بن أبي عبد الله الدستوائي، وعلي بن المبارك) عن يحيى بن أبي كثير، عن ضمضم بن جوس، فذكره.

(١) أخرجه البخاري (١٢٠١/٣، رقم ٣١٢٣)، ومسلم (١٧٥٢/٤ رقم ٢٣٣)، وأبو داود (٣٦٤/٤ رقم ٥٢٥٢)، والترمذي (٧٦/٤ رقم ١٤٨٣) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (١٦٩/٢ رقم ٥٣٥). وأخرجه أيضًا: الحميدي (٢٧٩/٢، رقم ٦٢٠)، وابن حبان (٤٥٥/١٢، رقم ٥٦٣٨)، والطبراني (٣٠/٥، رقم ٤٤٩٨).

(**وفي النوادر**): قال محمد رحمه الله: قتل القملة في الصلاة أحب إليَّ من دفنها؛ لأن به يزيل الأذى عن نفسه كقتل العقرب.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقتل القملة في الصلاة ويدفنها تحت الحصاة لما رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يصلي فأخذ قملة فدفنها.

وقال أبو يوسف: يكره قتلها ودفنها لما «**رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلًا أخذ قملة من ثوبه وهو في المسجد فقال: أَعِدْها إلى ثوبك حتى تخرج من المسجد**»[(١)].

وينبغي للمصلي أن يدرأ المارَّ بين يديه؛ لقوله عليه السلام: «**لا يقطع الصلاة مرور شيء فادرؤوا مما استطعتم**»، ويدرأ من غير مشي ومعالجة بيده بل يدفع بالإشارة أو بالتسبيح لما روي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلَّى في بيت أم سلمة، فقام عمر بن أم سلمة ليمرَّ بين يديه، فأشار إليه بأن قف، فوقف، فقامت زينب بنت أم سلمة لتمرَّ بين يديه فأشار إليها أن قفي، فأبت ومرَّت، فلما فرغ من صلاته قال صلى الله عليه وسلم: ناقصات العقل والدين صواحب يوسف وَكُرْسُفَ يغلبن الكرام ويغلبهن اللئام**». وكُرْسُف[(٢)]: عابد فتنته النساء[(٣)].

---

(١) قال الحسيني في البيان والتعريف (١/١١٠): أخرجه البغوي عن شيخ من أهل مكة من قريش.

(٢) قصة كرسف: قَالَ أَبُو يَعْلَى: ثنا أَبُو طَالِبٍ عَبْدُ الْجَبَّارِ بْنُ عَاصِمٍ، ثنا بَقِيَّةُ بْنُ الْوَلِيدِ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ يَحْيَى، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ مُوسَى، عَنْ مَكْحُولٍ، عَنْ غُضَيْفِ بْنِ الْحَارِثِ، عَنْ عَطِيَّةَ بْنِ بُسْرٍ الْمَازِنِيِّ، قَالَ: جَاءَ عَكَّافُ بْنُ وَدَاعَةَ الْهِلَالِيُّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يَا عَكَّافُ أَلَكَ زَوْجَةٌ؟" قَالَ: لَا. الْحَدِيثَ، وَفِيهِ: "أَنَّهُنَّ صَوَاحِبُ يُوسُفَ، وَدَاوُدَ، وَكُرْسُفَ". فَقَالَ: وَمَا كُرْسُفُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "رَجُلٌ كَانَ فِي بَنِي إِسْرَائِيلَ، عَلَى سَاحِلٍ مِنْ سَوَاحِلِ الْبَحْرِ، يَصُومُ النَّهَارَ، وَيَقُومُ اللَّيْلَ، لَا يَفْتُرُ مِنْ صَلَاةٍ، وَلَا صِيَامٍ، ثُمَّ كَفَرَ بَعْدَ ذَلِكَ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ فِي سَبَبِ امْرَأَةٍ عَشِقَهَا، فَتَرَكَ مَا كَانَ عَلَيْهِ مِنْ عِبَادَةِ رَبِّهِ، فَتَدَارَكَهُ اللَّهُ بِمَا سَلَفَ مِنْهُ فَتَابَ عَلَيْهِ".

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ١/١٠٤، وابن عابدين ١/٤٢٩، ومراقي الفلاح وحاشية الطحطاوي عليه ص٢٠١ - ٢٠٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي وحاشية الشلبي بهامشه ١/١٦١ - ١٦٢.

وإذا سبّح وأشار كره؛ لأن بأحدهما مقنع، ويكره للمارِّ أن يمرَّ بين يدي المصلِّي، لقوله عليه السلام: «**لو علم المارُّ بين يدي المصلي ماذا عليه لوقف أربعين**»[1].

ومن صلى في الصحراء غرز بين يديه مقدار ذراع؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أيعجز أحدكم إذا صلَّى في الفضاء أن يكون بين يديه مثل مؤخِّرة الرحل**».

ويجزئ بكونه بين يدي الإمام لما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلَّى في الجبانة ونصب بين يديه عَنَزَة، ولم يكن للقوم سترة والخط ليس بشيء؛ لأنه لا يصير حائلا بينه وبين المارة**».

ويقرب من السترة لقوله عليه السلام: «**من صلَّى إلى سُتْرَةٍ فَلْيَدْنُ مِنْهَا**»[2]، ولا بأس بترك السترة إذا أمن المرور؛ لأن الداعي إليه قد عدم ومقدار ما يكره المرور

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/١٣٦ (٥١٠) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. و«مسلم» ٢/٥٨ (١٠٦٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (١٠٦٨) قال: حدثنا عبد الله بن هاشم بن حيان العبدي، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«ابن ماجه» (٩٤٥) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (٧٠١) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (٣٣٦) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك بن أنس. و«النسائي» ٢/٦٦، وفي «الكبرى» (٨٣٤) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. و«ابن حبان» (٢٣٦٦) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: حدثنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

كلاهما: (مالك بن أنس، وسفيان الثوري) عن سالم أبي النضر، مولى عمر بن عبيد الله بن معمر، عن بسر بن سعيد، فذكره.

(٢) أخرجه الحميدي (٤٠٥). وابن أبي شيبة ١/٢٧٩ (٢٨٩١). وأحمد ٤/٢ (١٦١٨٨). و«أبو داود» (٦٩٥) قال: حدثنا محمد بن الصباح بن سفيان (ح) وحدثنا عثمان بن أبي شيبة، وحامد بن يحيى، وابن السرح. و«النسائي» ٢/٦٢، وفي «الكبرى» (٨٢٦) قال: أخبرنا علي بن حجر، وإسحاق بن منصور. و«ابن خزيمة» (٨٠٣) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء (ح) وحدثنا أحمد بن منيع، وأحمد بن عبدة. و«ابن حبان» (٢٣٧٣) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا إبراهيم بن بشار.

جميعهم (عبد الله بن الزبير الحميدي، وأبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، وابن الصباح، وعثمان، وحامد، وأبو الطاهر بن السرح، وابن حجر، وإسحاق، وعبد الجبار، وأحمد بن =

بين يدي المصلي موضع سجوده ولا يكره ما وراءه وهو الأحسن؛ لأن ذلك القدر موضع صلاته دون ما وراءه وقيل: مقدار ما بين الصفين؛ لأن هذا القدر في الصحراء اعتبر حائلا في حق منع صحة الاقتداء فكذلك يجعل حائلا بينه وبين المارَّة.

وكذا لو مر عن بعد في المسجد فالأصح أنه لا يكره.

ولو كان يصلي على الدكان، فإن كانت أعضاء المار تحاذي أعضاء المصلي يكره وإلا فلا، وكل صلاة لا سنة بعدها فإن شاء الإمام يستقبل القوم؛ لما رُوي: «**أنه عليه السلام كان يستقبل القوم بعد الفجر ويقول: هل فيكم من رأى رؤيا**»، فإن ذكر له عبَّر، إلَّا إذا كان بحذاه من يصلي لا يستقبل كي لا يصير المصلي مستقبلا الصورة، وإن شاء انحرف لما روى جابر رضي الله عنه: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلَّى بنا في مسجد الخيف بمنى فلما سلَّم انحرف**»[1]، والمستحب أن ينحرف إلى يمين القبلة، وكذلك إذا أراد أن ينتقل بعد المكتوبة.

ويستحب أن يتطوع في يمين القبلة؛ لأن لليمين فضلا عن اليسار، ويمين القبلة ما بحذاء اليسار المستقبل وكل صلاة بعدها سنة يكره له القعود بعدها بل يشتغل بالسنة؛ لأنه ترك ما يعنيه إلى ما لا يعنيه، لئلا يقع الفصل بين السنة والمكتوبة. ولا يتطوع في مكان الفرض لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أيعجز أحدكم إذا فرغ من صلاته أن يتقدَّم أو يتأخَّر لسبحته**»[2] لأنه ربما يشتبه حاله على الداخل فيحسب أنه في الفرض فيقتدي به في النفل وإنه لا يجوز.

=

منيع، وأحمد بن عبدة، وإبراهيم بن بشار) عن سفيان بن عيينة، قال: حدثنا صفوان بن سليم، قال: أخبرني نافع بن جبير بن مطعم، فذكره.

- قال أبو داود: ورواه واقد بن محمد، عن صفوان، عن محمد بن سهل، عن أبيه، أو عن محمد بن سهل، عن النبي صلى الله عليه وسلم، وقال بعضهم: عن نافع بن جبير، عن سهل بن سعد، واختلف في إسناده.

(١) انظر: الاستيعاب ١٥٧١/٤، وأسد الغابة ١٠٣/٥، والإصابة ٣٥١/٣، وتهذيب التهذيب ٣١٣/١١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٠٨/٢ (٦٠٦٥) قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«أحمد» ٤٢٥/٢ (٩٤٩٢) قال: حدثنا إسماعيل. و«ابن ماجه» (١٤٢٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال:

=

وكذا السنة للقوم أن يكثروا الصفوف لما روينا، ولا يكره مسح جبهته من التراب وهو في وسط الصلاة؛ لأنه مما يزيل الأذى، وفي بعض الروايات يكره إلا للأذى، وهو الأصح؛ لأنه إذا مسح مرة يحتاج إلى أن يمسح عند كل سجود يتلطخ به فلا يفيد المسح.

ولا بأس به بعد الفراغ قبل السلام؛ لأنه يكفيه مرة واحدة والترك أفضل؛ لأنه عمل ليس من الصلاة.

(باب صلاة التطوع قبل الفرض وبعده)

التطوع قبل الفجر ركعتان وهو سنة مؤكدة[1]؛ لقوله عليه السلام: «**لا تَدَعُوا ركعتي الفجر، فإن فيهما الرغاب والرّهاب**».

وقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا تتركوا ركعتي الفجر وإن طردتكم الخيل**»[2].

وقوله صلى الله عليه وسلم: «**ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها**». فداوم عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا يجوز أداؤهما قبل طلوع الفجر في غير وقته.

ولو وافق شروعه فيهما طلوع الفجر قالوا: بأنه يجوز؛ لأنه يتم طلوع الفجر مع تمام التحريمة فيقع الأداء كله بعد الطلوع، ولو شك في الطلوع لا يجوز؛ لأنه شك في وقوعه بعد الوقت فلا يجوز بالشك، ولو صلى ركعتين مرتين بعد الطلوع فالسنة

=

حدثنا إسماعيل ابن علية. و«أبو داود» (١٠٠٦) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا حماد، وعبد الوارث.

ثلاثتهم: (إسماعيل بن إبراهيم ابن علية، وحماد بن زيد، وعبد الوارث بن سعيد) عن ليث بن أبي سليم، عن الحجاج بن عبيد، عن إبراهيم بن إسماعيل، فذكره.

(١) انظر: البدائع ٢٨٤/١، وحاشية ابن عابدين ٤٥٢/١.

(٢) أخرجه أحمد ٤٠٥/٢ (٩٢٤٢ و٩٢٥٨) قال: حدثنا خلف بن الوليد. و«أبو داود» (١٢٥٨) قال: حدثنا مسدد.

كلاهما: (خلف بن الوليد، ومسدد بن مسرهد) عن خالد بن عبد الله الواسطي، عن عبد الرحمن بن إسحاق المدني، عن محمد بن زيد بن مهاجر، عن ابن سيلان، فذكره.

آخرهما؛ لأنه أقرب إلى المكتوبة ولم يتخلل بينهما صلاة، والسنة ما يؤدى متصلًا بالمكتوبة.

ويكره الكلام بعد انشقاق الفجر إلا بخير؛ لما رُوي: «**أنه صلى الله عليه وسلم كان في سفر والحادي يحدو فلما طلع الفجر قال له: مه، فإن هذا أوان الذكر**»، ولأنه وقت تختتم فيه صحيفة الليل وتفتتح فيه صحيفة النهار فيستحب أن يشتغل بذكر الله تعالى ليكون خاتمة صحيفة الليل وافتتاح صحيفة النهار ذكر الله تعالى.

والتطوع قبل الظهر أربعًا يسلم في آخرهن وهو سنة، وبعده ركعتان لما رُوي عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يداوم على أربع قبل الظهر، فقلت: يا رسول الله؛ إنك لتداوم على أربع قبل الظهر؟ فقال: إن هذه لساعة تفتح فيها أبواب السماء، ما من شيء إلا وهو يسبِّح الله تعالى في هذه الساعة، فأحب أن يصعد لي فيها عمل صالح**».

وإن تطوع قبل العصر بأربع فحسن لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من صلَّى قبل العصر أربع ركعات حرَّم الله تعالى لحمه ودمه على النار**»[1].

وعن أبي حنيفة رحمه الله: ركعتان، وبعد المغرب ركعتان، وبعد العشاء ركعتان.

ورُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلَّى أربعًا**».

وذكر الكرخي: وأربعًا بعد العشاء.

قيل: الأفضل أن يصلي أربعًا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: ركعتان أفضل، بناء على أن صلاة الليل أربعًا أفضل عنده، وعندهما مثنى أفضل.

وقيل: الصحيح هو الأول؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من صلى اثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتًا في الجنة، ركعتان بعد طلوع الفجر، وأربع قبل الظهر، وركعتان بعدها، وركعتان بعد المغرب، وركعتان بعد العشاء**»[2].

والتطوع قبل الجمعة أربع وبعدها أربع، وفي رواية كتاب الصوم والاستحسان:

---

(١) أخرجه أيضًا: الطبراني في الأوسط (٨٨/٣، رقم ٢٥٨٠). قال الهيثمي (٢٢/١): فيه حجاج بن نصر والأكثرون على تضعيفه. وقال في موضع آخر (٢٢٢/٢): فيه عبد الكريم أبو أمية وهو ضعيف وهو في الكبير مختصرًا.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٨١/٢ رقم ٤٢٠).

فالأول مروي عن ابن مسعود، والثاني عن علي رضي الله عنهما، وقيل: ما ذكر في الصلاة قول أبي حنيفة رحمه الله، وما ذكر في الصوم قولهما.

ورُوي عن أبي يوسف أنه قال: ينبغي أن يصلي أربعًا ثم ركعتين حتى لا يكون متنفِّلًا بعد صلاة الفرض بمثلها، فيدخل قوله صلى الله عليه وسلم: «**لا يصلَّى بعد صلاةٍ مثلها**»، وقيل: أراد به تكرار الجماعات في المساجد وهو تأويل حسن بدليل أنه يصلي ركعتي الفجر ثم يصلي الفرض، ويصلي المسافر ركعتي الظهر ثم ركعتي السنة.

والسنن إذا فاتت عن وقتها لم يقضها إلا ركعتي الفجر إذا فاتتا عن الفرض يقضيهما بعد طلوع الشمس إلى وقت الزوال ثم تسقط؛ لما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فاتته صلاة الفجر غداة ليلة التعريس قضى ركعتي الفجر مع الفجر قبل الزوال**»، وإذا فاتتا بدون الفرض لا يقضي عندهما خلافا لمحمد؛ لأنه صلى الله عليه وسلم لما قضاهما مع الفرض قبل الزوال علم أن ذلك وقت لأدائهما، ووقت السنة ما دام باقيا يسن إقامتها إحياء لها.

لهما: أنه سنة فاتت عن وقتها فلا تقضى أصلًا ومقصودًا؛ لأن السنة إنما جاءت بالقضاء تبعا للفجر، فإذا قضاهما مقصودا لم يكن استنانًا بالسنة ولا إحياء لطريقة رسول الله صلى الله عليه وسلم كما في سائر السنن.

واختلفوا في سنة الظهر هل تقضى بعد الفرض في الوقت؟

قيل: لا تقضى، وقيل: تقضى؛ وهو الأصح؛ لقول عائشة رضي الله عنها: «**كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا فاتته الأربع قبل الظهر قضاها بعد الظهر**».

ثم ظهر الاختلاف "في النوادر" أنه يبدأ بالركعتين أم بالأربع، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: يبدأ بالركعتين، وقال محمد: يبدأ بالأربع.

ثم هل ينوي القضاء؟ فعندهما ينوي؛ لأن عائشة رضي الله عنها أطلقت اسم القضاء، والقضاء اسم لما يقام مقام الفائت لا لما يفعل ابتداء.

وعند أبي حنيفة: لا ينوي القضاء؛ لأن هذا من النبي صلى الله عليه وسلم يكون قضاء؛ لأنه متى واظب على شيء كتب عليه، فأما على غيره فلا يكون قضاء حقيقة

بل يكون تطوعا مبتدأ، فلا يفتقر إلى نية القضاء وهذا كله دليل على أن سنة الظهر تقضى في الوقت، فإن خرج الوقت لا يقضيها وحدها ولا تبعا للفرض.

ثم قيل: لا بأس بترك سنة الفجر والظهر إذا صلى وحده؛ لأنه عليه السلام لم يأت بهما إلا عند أداء المكتوبة بالجماعة، فإذا أتى بهما عند الصلاة وحده لم يكن استنانًا بسنة النبي صلى الله عليه وسلم.

وقيل: لا يجوز تركهما بكل حال؛ لأن السنة المؤكدة بمنزلة الواجب وقد ورد الوعيد بتركها؛ قال صلى الله عليه وسلم: «**من ترك الأربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي**»، وهذا أحوط.

رجل ترك سنن الصلوات إن لم ير السنن حقًّا فقد كفر؛ لأنه ترك استخفافًا، فأما إذا رأى حقًّا فالصحيح أنه يأثم؛ لأنه جاء الوعيد بالترك.

(باب التطوع المطلق)

والتطوع المطلق يستحب أداؤه في كل وقت لما فيه من تعظيم المعبود والتقرب إليه بالمناجاة معه، والتطوع ركعتان أو أربع أو ست أو ثمان بتسليمة، بكل ذلك وردت الآثار في تهجُّد رسول الله صلى الله عليه وسلم، والزيادة على الثمان يكره عند بعضهم؛ لأنه لم يرد فيه الأثر، وعند بعضهم لا يكره.

وعند الشافعي رحمه الله: تكره الزيادة على الأربع وهذا خلاف ما ورد به الأثر.

والأربع في الليل والنهار أفضل عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: مثنى مثنى بالليل أفضل وأربع بالنهار.

وعند الشافعي رحمه الله: مثنى بالليل والنهار أفضل؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**صلاة الليل والنهار مثنى مثنى**».

لهما: قوله عليه السلام: «**صَلَاةُ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى**»[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/٢٥ (٩٩٥) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن زيد. و«مسلم» ٢/١٧٤ (١٧١٠) قال: حدثنا خلف بن هشام، وأبو كامل، قالا: حدثنا حماد بن زيد. وفي =

له: ما رُوي عن عائشة رضي الله عنها أنها سُئلت عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان بالليل، فقالت: «**كانت صلاته في رمضان وغيره سواء، كان يصلي أربعًا بعد العشاء لا تسأل عن حسنهِنَّ وطولهِنَّ، ثم أربعًا لا تسأل عن حسنهِنَّ وطولهِنَّ**»[1].

=

(١٧١١) قال: وحدثنا ابن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (١١٤٤ و١١٧٤ و١٣١٨) مفرقا، قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: أنبأنا حماد بن زيد. و«الترمذي» (٤٦١) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حماد بن زيد. و«النسائي» في «الكبرى» (٤٣٧) قال: أخبرنا أحمد بن عبدة، قال: حدثنا حماد. و«أبو يعلى» (٥٧٦٨ و٥٧٦٩) مفرقا، قال: حدثنا أبو الربيع الزهراني، قال: حدثنا حماد بن زيد. و«ابن خزيمة» (١٠٧٣ و١١١٢) مفرقا، قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: أخبرنا حماد بن زيد.

أربعتهم: (حماد بن سلمة، وشعبة بن الحجاج، وحبيب بن الشهيد، وحماد بن زيد) عن أنس بن سيرين، فذكره.

(١) أخرجه «البخاري» ٦٦/٢ (١١٤٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف. وفي ٥٩/٣ (٢٠١٣) قال: حدثنا إسماعيل. وفي ٢٣١/٤ (٣٥٦٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة. و«مسلم» ١٦٦/٢ (١٦٧٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى. و«أبو داود» (١٣٤١) قال: حدثنا القعنبي. و«الترمذي» (٤٣٩)، وفي «الشمائل» (٢٧٠) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن. و«النسائي» ٢٣٤/٣ قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن القاسم. وفي «الكبرى» (٣٩٢) قال: الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن القاسم. وفي (٣٩٣ و١٤٢٥) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد. وفي (٤١١ و٤٥٣) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا عبد الرحمن. و«ابن خزيمة» (٤٩ و١١٦٦) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى الصدفي، قال: أخبرنا ابن وهب. و«ابن حبان» (٢٤٣٠) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر. وفي (٢٦١٣) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا القعنبي. وفي (٦٣٨٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان الشيباني، وأحمد بن علي بن المثنى، قالا: حدثنا محرز بن عون.

جميعهم (عبد الرزاق بن همام، وعبد الرحمن بن مهدي، وإسحاق بن عيسى، وأبو سلمة، منصور بن سلمة، وعبد الله بن يوسف، وإسماعيل بن أبي أويس، وعبد الله بن مسلمة القعنبي، ويحيى بن يحيى، ومعن بن عيسى، وعبد الرحمن بن القاسم، وقتيبة، وعبد الله بن وهب، وأحمد بن أبي بكر، ومحرز بن عون) عن مالك بن أنس، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، فذكره.

ولأن التتابع أشق وأتعب على البدن فيكون أفضل وثوابه أجزل كما في الصوم، ألا ترى أن من نذر أن يصلي أربعًا بتسليمة فصلاهما بتسليمتين لم يجزه، ولو نذر أن يصلي أربعًا بتسليمتين فصلاهما بتسليمة واحدة جاز عن نذره، ذكره في (الزيادات)، وإنما اخترنا في التراويح مثنى مثنى لأنها تؤدى بالجماعة وأداؤها مثنى مثنى على الناس أخف وأيسر.

ولو صلى أربعًا تطوعًا ولم يقعد في الثانية جازت استحسانًا، وعن محمد رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله: لا يجوز قياسًا؛ لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة بدليل أنه يقرأ فيه بالفاتحة والسورة.

ولو أقام إلى الثالثة من غير قعدة يؤمر بالعود إلى القعدة، فإذا لم يقعد فقد ترك فرض الشفع الأولى فيفسد.

لهما: أن التطوع كما شرع ركعتين شرع أربعًا فلما انتقل إلى الشفع الثاني تبين أن التحريمة أوجبت أربعًا فصار كالفروض من ذوات الأربع إلا أنه إذا قام إلى الثالثة من غير قعدة قيل: لا يعود إلى القعدة؛ لأنه صار كالفروض من ذوات الأربع، وقيل: يعود إليها ما لم يقيدها بالسجدة؛ لأن كل شفع صلاة واحدة من وجه في حق القراءة فأمرناه بالعود إلى القعدة احتياطًا ومتى عاد تبين أن القعدة وقعت فرضًا فيكون رفض الفرض لمكان الفرض فيجوز ومتى لم يعد لا يفسد؛ لأنه تبين أنه لم يترك فرضا، ولهذا قالوا: لو قام إلى الثالثة يستفتح كما يستفتح في الابتداء، وكذلك لو صلى ستًّا أو ثمانٍ ولم يقعد في إلا في آخرها، وهو الصحيح.

ويجوز التطوع قاعدًا مع القدرة على القيام؛ لما رُوي أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي في الليل قاعدًا، فإذا بقي من السورة مقدار عشرين أو ثلاثين آية قام فأتمها.

ولو افتتح قاعدًا ثم أتمها قائمًا جاز ولا يكره؛ لأنه أدى الأنقص بالأكمل، ولو افتتح قائمًا فأتمها قاعدًا بعذر أجزأه وبغير عذر جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز.

وكذا لو توكأ على عصا أو حائط بغير عذر يكره في الفريضة ولا يكره في التطوع وعندهما يكره.

لهما: أن الشروع في الالتزام بمنزلة النذر.

ولو نذر أن يصلي قائمًا يلزمه قائمًا ويكره الاعتماد على شيء فكذا هذا، له أن الشروع إنما جعل التزاما ضرورة صيانة المؤدى على القربة لا بنفسه والمؤدي هاهنا يبقى قربة وعبادة وإن فات القيام؛ لأن فوات القيام لا يبطل التطوع ابتداء فبقي أولى وبه فارق النذر؛ لأنه التزم القيام صريحًا فيلزمه كذلك، حتى لو نذر أن يصلي مطلقا لم يلزمه القيام، وهو الصحيح؛ لأن القيام زيادة صفة في التطوع فلا يلتزم إلا بالشرط كالتتابع في الصوم إلا أنه مع هذا إذا توكأ بغير عذر يكره؛ لأن ابتداء الصلاة لم يشرع بهذه الصفة، ولو قعد لا يكره؛ لأن ابتداءها مشروع بهذه الصفة وطول القيام أفضل من طول الركوع والسجود؛ لأنه صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الصلاة فقال: «**طُولُ الْقُنُوتِ**»[1]؛ أي طول القيام، ولأن بطول القيام تكثر القراءة وبالسجود يكثر التسبيح؛ والقراءة أفضل من التسبيح.

ويكره التطوع بالجماعة ما خلا قيام رمضان وصلاة الكسوف؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**صلاة الرجل في بيته أفضل إلا المكتوبة**»[2]، وإن فسد تطوعا يلزمه القضاء خلافا للشافعي رحمه الله وهو يأتي في الصوم.

ومن افتتح أربعا فأفسدها في الأولتين قضى ركعتين عندهما.

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٧٥/٢ (١٧١٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا أبو معاوية. و«أبو يعلى» (٢١٣١) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا محمد بن خازم. وفي (٢٢٩٦) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي. و«ابن خزيمة» (١١٥٥) قال: حدثنا أبو هاشم، زياد بن أيوب، قال: حدثنا أبو معاوية، ويعلى (ح) وحدثنا سلم بن جنادة، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا إبراهيم بن بسطام الزعفراني، قال: حدثنا أبو علي الحنفي، قال: حدثنا مالك بن مغول. و«ابن حبان» (١٧٥٨) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا محمد بن كثير العبدي، قال: أخبرنا سفيان الثوري.

ستتهم: (سفيان الثوري، ووكيع، وأبو معاوية، محمد بن خازم، ويعلى بن عبيد، وعبد الله بن نمير، ومالك بن مغول) عن سليمان الأعمش، عن أبي سفيان، فذكره.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٥٢/٢، رقم ٦٣٦٢)، والطبراني (١٤٤/٥، رقم ٤٨٩٦). وأخرجه أيضًا: أحمد (١٨٦/٥، رقم ٢١٦٦٦).

وعند أبي يوسف: يقضي أربعًا. وعنه روايتان فيما إذا افتتح ستًّا أو ثمان ثم أفسدها، في رواية: يقضي أربعًا، وفي رواية: يقضي جميع ما نوى، قيل: هذا عند أبي يوسف فيما إذا أفسدها بما لا يوجب الخروج عن التحريمة كترك القراءة، أما إذا أفسدها بالكلام ونحوه لا يلزمه إلا ركعتان وهو مذكور في (المنتقى).

له: أن الشروع سبب الوجوب كالنذر، وقد قارنت نية الأربع؛ فيلزمه الأربع.

لهما: أنه لم يوجد الشروع في الشفع الثاني حقيقة ولا حكما؛ لأنه لا يتعلق صحة الشفع الأول بالثاني فبقي مجرد النية وبها لا تجب شيء.

ثم الأصل أن عند محمد: التحريمة تنقطع بترك القراءة؛ لأنها شرعت للأداء، فإذا فسد الأداء بترك القراءة انقطعت التحريمة فلا يصح شروعه في الشفع الثاني.

وعندهما: لا تنقطع التحريمة؛ لأن فساد الأداء لا يكون أقوى من ترك الأداء، ثم تترك الأداء لا تنقطع التحريمة فبالفساد أولى وإنما القاطع للتحريمة ارتكاب محظور ومن محظورات التحريمة ولم يوجد فلا تنحل التحريمة.

ثم لأبي حنيفة رحمه الله أصل آخر وهو أن التحريمة تتأكد بالقراءة في إحدى الأوليتين وتفسد بترك القراءة فيهما؛ لأن التحريمة مشروعة الأداء والأداء يتم بركعة واحدة؛ لأن الصلاة تشتمل على أفعال وأذكار، فإذا استجمعت في ركعة واحدة تم الأداء فاستحكمت التحريمة فصح بناء الأخرتين عليها، وإذا لم تستجمع في ركعة لم يتم الأداء ففسد الأداء ففسدت التحريمة فلم يصح بناء الأخرتين عليها.

قرأ في الأخيرتين لا غير قضى الأولتين بالإجماع ويكون الآخرتان صلاةً عند أبي يوسف؛ لأنه أدى عن تحريمة صحيحة، وعند محمد: لا تكون صلاة لانقطاع التحريمة، وكذلك أبي حنيفة رحمه الله، وهو الصحيح؛ لأن شروعه في الأخيرتين حصل بتحريمة فاسدة فلا يلزمه، كما لو شرع في صوم يوم النحر ثم أفسده، وثمرة ذلك تظهر في صحة الاقتداء به، وإذا قهقه فيهما هل يكون حدثا.

ولو قرأ في الأوليين دون الأخرتين قضى الأخرتين إذا قعد قدر التشهد، وإن لم يقعد قضى الأربع؛ لأنه يفسد الأولتان بفساد الأخرتين، كما لو أحدث.

ولو قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخرتين قضى أربعًا عندهما؛ لعدم انقطاع

التحريمة فصح شروعه في الشفع الثاني، وعند محمد: قضى ركعتين، وهو رواية أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله.

ولو قرأ في إحدى الأولتين وإحدى الأخرتين قضى الآخرتين بالإجماع، ولو قرأ في الأخريين وإحدى الأولتين قضى الأولتين بالإجماع، والآخرتان صلاة عندهما خلافا لمحمد.

ولو قرأ في إحدى الأولتين لا غير فعندهما: يقضي الأربع، وعند محمد يقضي ركعتين، ولو قرأ في إحدى الأخرتين لا غير قضى الأربع عند أبي يوسف، وعندهما: قضى الأولتين، ولو لم يقرأ في الكل يلزمه ركعتان، وعند أبي يوسف أربع.

الداخل مع الإمام في الأولتين من التطوع إذا تكلم قبل أن يدخل أمامه في الأخرتين لا يلزمه إلا الأولتين عندهما؛ لأنه صار مقتديا في الركعتين لا غير.

ولو تكلم بعدما قام الإمام في الثالثة وقرأ في الأربع يقضي أربعا؛ لأنه بالقيام إلى الشفع الثاني صار شارعا فيه مع الإمام، ولو اقتدى به في الأخرتين وصلاهما معه قضى الأولتين؛ لأنه بالاقتداء التزم ما لزم الإمام.

اقتدى المتطوع بمصلى الظهر في أوله أو آخره ثم تكلم قضاه أربعا؛ لأنه بالاقتداء التزم ما لزم الإمام تحقيقًا للمتابعة.

(النوادر): اقتدى المتطوع بمصلي الظهر، ثم ذكر أنه لم يصلِّ الظهر؛ قطعها واستأنف التكبير للظهر فلا قضاء عليه؛ لأن الصلاة واحدة، فإذا صلاها لم يكن عليه أن يقضيها.

رجل يصلي الظهر فقال آخر: لله عليّ أن أصلي خلف هذا الرجل هذه الصلاة تطوعا أربعًا، ثم ذكر أنه لم يصل الظهر فدخل معه ينوي الظهر؛ أجزأه من الظهر ولا يلزمه قضاء شيء.

رجل صلى أربعًا تطوعًا فاقتدى به رجل في الخامسة ثم أفسدها يقضي المقتدي ستًّا؛ لأنه بالاقتداء التزم مثل ما لزم الإمام بالشروع قد لزمه ستًّا؛ فيلزم المقتدي كذلك تبعًا له.

ولو اقتدى به بعدما صلى ركعتين فرعف المقتدي، فانطلق يتوضأ فصلَّى إمامه

ثالثة ثم تكلم المقتدي ثم أتم الإمام الصلاة ستًّا؛ يقضي المقتدي أربعا؛ لأنه لم يصر شارعا معه في الشفع الثالث.

صلى ركعة تطوعًا ثم طلع الفجر كان الإتمام أفضل؛ لأنه وقع في التطوع بعد طلوع الفجر لا عن قصد فلا يكره.

امرأة افتتحت الصلاة ثم حاضت، فإن كانت فريضة لا يلزمها شيء، وإن كانت نافلة يلزمها ركعتان؛ لأنها بالشروع أوجبت ذلك على نفسها كما لو نذرت. صلى التطوع قاعدًا، فإذا أراد الركوع قام فركع؛ فالأفضل أن يقوم ويقرأ شيئًا ثم يركع ليكون موافقا للسنة لما روينا، ولو لم يقرأ واستوى قائما وركع أجزأه، وإن لم يستو قائمًا وركع لم يجزه؛ لأن ذلك لا يكون ركوع قائم ولا ركوع قاعد.

ولو نذر أن يصلي الظهر ثماني ركعات لم يلزمه إلا الظهر؛ لأن الظهر لم يشرع إلا أربعا، وكذا لو قال: إن رزقني الله مائتي درهم فعليَّ زكاتها عشرة؛ لا يلزمه إلا خمسة، ولو نذر صلاة بغير وضوء لا يلزمه شيء؛ لأنه لا يكون قربة بحال ما فلا يكون إيجابه صحيحا، وقال أبو يوسف رحمه الله: يلزمه بوضوء؛ لأن إيجاب أصل الصلاة صحيح وإلحاقه بهذا الوصف باطل.

ولو نذر أن يصلي بغير قراءة أو عريانا يلزمه لأنها بتلك الأوصاف قد يكون قربة بحال فيكون إيجابه صحيحا، وعند زفر رحمه الله لا يلزمه؛ لأنه معصية.

نذر أن يصلي نصف ركعة: لا شيء عليه في رواية عن أبي يوسف وهو قول زفر؛ لأنه لا يكون قربة أصلًا، وفي رواية عنه: عليه ركعتان؛ لأن الركعة غير متجزئة حكما فيكون ذكر نصفها كذكر كلها فصار ملتزما للركعة وهي قربة.

ولو نذر أن يصلي ركعة أو يصوم نصف يوم يلزمه ركعتان وصوم يوم؛ لأن الركعة قربة في الجملة لأنها صلاة وصوم يوم قربة كالإمساك غداة يوم الأضحى فصح التزامه ثم يلزمه حفظه وإتمامه ضرورة عدم يجزيه شرعًا.

نذر أن يصلي ثلاث ركعات فعليه أربع عند أبي يوسف، وعند زفر ركعتان كما بيَّنَّا.

(باب الرجل يدرك الفريضة في جماعة)

أصله: أن نقض القربة للإكمال جائز؛ لأنه إكمال معنى كهدم المسجد للإصلاح والصلاة لجماعة أكمل، فإن للجماعة ضرب مزية سبع وعشرين درجة على صلاة الفرد، فجاز القطع لها كمن أصاب جبهته شوك في سجوده فرفع ثم وضع لم يجعل سجدتين، فكذا هذا.

صلى ركعة من الفجر ثم أقيمت قطعها، وكذلك إن ركع في الثانية؛ لأنه لو أضاف إليها أخرى تفوته فضيلة الجماعة فيرفضها إحرازا لفضيلة الجماعة وإكمالا للصلاة معنى، وإن قيد الثانية بسجدةٍ أتمها؛ لأنه أتى بالأكثر وللأكثر حكم الكل والصلاة بعد التمام لا تحتمل النقض والرفض ويخرج لأنه لا تطوع بعد الفجر والمكث بلا صلاة من سوء الأدب.

ولو كان في الظهر فصلى ركعة أضاف إليها أخرى ثم يسلم ويدخل معهم في الفريضة؛ لأنه أمكنه إحراز النفل مع إدراك فضيلة الجماعة فتحرز، وإن كان قائمًا في الركعة الأولى أو راكعا، قيل: يتم ركعتين، وقيل: يقطعها ما لم يقيدها بسجدة وهو الأشبه؛ لأنه ليس لما دون الركعة حكم الصلاة، ولهذا لو حلف لا يصلي لا يحنث بهذا القدر، ولو قام إلى الثالثة وركع قطعها؛ لأن الثالثة تحتمل الرفض فيقطعها إحرازا لفضيلة الجماعة، ثم كيف يقطع؟ قيل: يعود إلى القعدة ثم يسلم، وقيل: يقطع قائما بتسليمة واحدة، وهو الأصح؛ لأن القعدة شرط التَّحلُّل وهذا قطع وليس بتحلُّل، فإن التحلل من الظهر لا يكون على رأس ركعتين ويكفيه تسليمة واحدة للقطع.

ولو سجد في الثالثة أتمها ويدخل معهم تطوعا، وكذلك العشاء والعصر، غير أنه لا يدخل معهم تطوعا في العصر بعد الفراغ؛ لأن التطوع بعده مكروه وفي المغرب يقطعها ما لم يقيد الثانية بسجدة؛ لأنه متى قيدها بسجدة لا يمكنه قطعها لإتيانه بالأكثر، وإن سجد في الثانية أتمها ولا يدخل معهم؛ لأن التنفُّل بثلاث ركعات غير مشروع، فإن دخل لزمه أربع وهو مسيء؛ لأنه وافق إمامه واقتصر على الثلاث فهو غير مشروع، وإن صلى أربعا فقد خالف إمامه وكل ذلك بدعة، ولو كان

في سنة الظهر فأقيمت، قيل: يقطعها، والأصح: أنه لا يقطعها؛ لأن ذلك القطع ليس لإكمالها فبقي إبطالا حقيقة وإبطال القربة أصلًا حرام، فإن قطعها قضى ركعتين عندهما، وعلى قياس ما رُوي عن أبي يوسف: أنه يقضي أربعا في كل تطوع فيقضي هنا أربعا، وهو اختيار الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري لأنها بمنزلة صلاة واحدة واجبة حتى لو أخبر الشفيع فيها بالشفعة فقام إلى الشفع الثاني لم تبطل شفعته، وكذا يمنع صحة الخلو.

ولو شرع في التطوع ثم أقيمت المكتوبة أتم الشفع الذي فيه ولا يزيد عليه.

ولا يتطوع إذا أخذ المؤذن في الإقامة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ، فلَا صَلَاةَ إِلَّا الْمَكْتُوبَةُ**»[1]، إلا ركعتي الفجر، فإنه يصليهما إذا كان يرجو

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٥٣/٢ (١٥٩١) قال: حدثني أحمد بن حنبل، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن ورقاء. وفي ١٥٤/٢ (١٥٩٢) قال: وحدثنيه محمد بن حاتم، وابن رافع، قالا: حدثنا شبابة، قال: حدثني ورقاء، بهذا الإسناد. وفي (١٥٩٣) قال: وحدثني يحيى بن حبيب الحارثي، قال: حدثنا روح، قال: حدثنا زكريا بن إسحاق. وفي (١٥٩٤) قال: وحدثناه عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا زكريا بن إسحاق، بهذا الإسناد مثله وفي (١٥٩٥) قال: وحدثنا حسن الحلواني، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا حماد بن زيد، عن أيوب. و«ابن ماجه» (١١٥١) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أزهر بن القاسم (ح) وحدثنا بكر بن خلف، أبو بشر، قال: حدثنا روح بن عبادة، قالا: حدثنا زكريا بن إسحاق. وفي (١١٥١م) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا حماد بن زيد، عن أيوب. و«أبو داود» (١٢٦٦) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا حماد بن سلمة (ح) وحدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن ورقاء (ح) وحدثنا الحسن بن علي، قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج (ح) وحدثنا الحسن بن علي، قال: حدثنا يزيد بن هارون، عن حماد بن زيد، عن أيوب (ح) وحدثنا محمد بن المتوكل، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا زكريا بن إسحاق. و«الترمذي» (٤٢١) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا زكريا بن إسحاق. و«النسائي» ١١٦/٢، وفي «الكبرى» (٩٣٩) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله بن المبارك، عن زكريا. وفي ١١٦/٢، وفي «الكبرى» (٩٤٠) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، ومحمد بن بشار، قالا: حدثنا محمد، عن شعبة، عن ورقاء بن =

إدراك ركعة من الفجر بالجماعة، خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم حين رجع عن صلح بين الأنصار وجد الناس في الفجر، فدخل منزله وصلى ركعتي الفجر ثم خرج واشتغل بالجماعة**»، ولأن لركعتي الفجر من الفضيلة ما ليس لسائر السنن، حتى جاء من الوعيد في تركهما ما لم يجئ في سائر السنن، وإن خشي أن تفوته الركعتان دخل مع الإمام ولا يصليهما؛ لأن ثواب الصلاة بالجماعة أعظم والوعيد بتركها أكثر وألزم، وإن كان يرجو إدراك القعدة لم يذكره في الكتاب نصًّا.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: عندهما: يصلي ركعتي الفجر خلافًا لمحمد رحمه الله؛ لأن إدراك القعدة عندهما كإدراك ركعة، وعنده لا، كما لو أدرك الإمام في القعدة في الجمعة، ثم الأفضل أن يصلي ركعتي الفجر وسائر السنن في المنزل لقوله صلى الله عليه وسلم: «**خير صلاة الرجل في المنزل إلا المكتوبة**».

ثم يؤدي خارج المسجد عند بابه إذا كان ثمة موضع لذلك، ولو صلاهما في المسجد الخارج والإمام يصلي في المسجد الداخل، قيل: لا يكره؛ لأنه لا يتصور

=

عمر. و«أبو يعلى» (٦٣٧٩) قال: حدثنا محمد بن الخطاب، قال: حدثنا مؤمل، قال: حدثنا حماد بن سلمة. وفي (٦٣٨٠) قال: حدثنا داود بن عمرو الضبي، قال: حدثنا محمد بن مسلم الطائفي. و«ابن خزيمة» (١١٢٣) قال: حدثنا محمد بن بشار، وعمرو بن علي، ومحمد بن عمرو بن العباس، قال محمد بن عمرو: حدثنا غندر، وقال الآخران: حدثنا محمد بن جعفر، قال بندار، قال: حدثنا شعبة، قال: سمعت ورقاء، وقال الآخران: عن شعبة، عن ورقاء. وفي (١/١١٢٣) قال: حدثنا يعقوب الدورقي، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا زكريا بن إسحاق. و«ابن حبان» (٢١٩٠) قال: أخبرنا ابن خزيمة، وعمر بن محمد الهمداني، وغيرهما، قالوا: حدثنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا زياد بن عبد الله، عن محمد بن جحادة. وفي (٢١٩٣) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا زكريا بن إسحاق. وفي (٢٤٧٠) قال: أخبرنا محمد بن سفيان الصفار، بالمصيصة، قال: حدثنا ابن علية، عن أيوب. سبعتهم: (أيوب بن أبي تميمة السختياني، وورقاء بن عمر، وزكريا بن إسحاق، وحماد بن سلمة، وعبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، ومحمد بن مسلم، ومحمد بن جحادة) عن عمرو بن دينار المكي، عن عطاء بن يسار، فذكره.

بصورة المخالف للقوم لاختلاف المكان حقيقة، وقيل: يكره؛ لأن ذلك كله كمكان واحد، وإذا اختلف المشايخ فيه كان الأحوط أن لا يفعل، وإن تعذر يصلِّي خلف سارية؛ لما رُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه صلاها خلف سارية والنبي صلى الله عليه وسلم في الفجر.

وأشد الكراهة أن يصليهما مخالطًا للصَّفِّ مخالفًا للجماعة.

ثم خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف.

دخل مسجدًا قد أُذِّن فيه يكره له أن يخرج حتى يصلي؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا يخرج من المسجد بعد النداء إلا منافق، أو رجل يخرج لحاجة يريد الرجعة**»[1]، فإن كان رجلا مؤذنا أو إمام مسجد ويتفرق الجماعة بسبب غيبته لا بأس بالخروج هذا إذا لم يصل، فإن كان قد صلى مرة ففي الظهر والعشاء لا بأس بالخروج ما لم يأخذ المؤذن في الإقامة، فإن أخذ الإقامة لم يخرج حتى يصليهما تطوعا؛ لأن ذلك خلاف للجماعة عيانا.

وفي العصر والمغرب والفجر يخرج لكراهة التطوع بعدها، وإن مكث ولم يدخل معهم يكره؛ لأن في مخالفة الجماعة وزر عظيم.

(باب صلاة الوتر)

عن أبي حنيفة رحمه الله: في الوتر ثلاث روايات، في رواية: فريضة؛ وهو قول زفر، وفي رواية: سنة مؤكدة؛ وهو قولهم، وفي رواية: واجبة؛ وهو آخر أقواله، وهو الصحيح.

لهم: قوله صلى الله عليه وسلم: «**ثلاث كُتبت عليَّ ولم تكتب عليكم، وهي لكم سنة: الوتر والضحى والأضحى**»[2].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١/٥٠٨، رقم ١٩٤٦)، والبيهقي (٣/٥٦، رقم ٤٧١٨).

(٢) انظر: مطالب أولي النهى ٥/٣٠، طبع المكتب الإسلامي، والخصائص الكبرى ٣/٢٥٣، وحديث ابن عباس: "ثلاث كتبت عليَّ..." أخرجه الدارقطني وغيره، وقال عنه ابن حجر: في تلخيص الحبير ٣/١١٨، الحديث ضعيف من جميع طرقه.

لـه: قولـه صـلى الله عليـه وسـلم: «**إن الله تعـالى زادكـم صـلاة ألا وهـي الـوتر، فـصلُّوها مـا بـين العـشاء إلـى طلـوع الفجـر**»[١]، وإنمـا تتـصور الزيـادة علـى المقـدرات دون النوافـل وقـد أمـر بأدائهـا والأمـر ظـاهره الوجـوب، والخبـر والواحـد دليل فيه شبهة والواجب ما ثبت وجوبه بدليل فيه شبهة والـوتر كـذلك، وأمـا الفـرض مـا ثبـت وجوبـه بـدليل مقطـوع بـه إلا أنـه وجبـت القـراءة فـي الكـل احتياطًـا عنـد تعـارض الأدلـة، والـوتر أعلـى رتبـة مـن سـائر الـسنن، وأدون رتبـة مـن الفـرض حتـى لا يجوز أن يـوتر قاعـدًا مـع القـدرة علـى القيـام ولا علـى راحلتـه مـن غيـر عـذر؛ لأن عنـده الـوتر واجـب وأداء الواجبـات والفـرائض علـى راحلتـه مـن غيـر عـذر لا يجوز عندهما، وإن كان سنة لكن صلاة التسبيح عـن النبي صـلى الله عليه وسـلم أنـه كـان يتنفَّـل علـى راحلتـه مـن غيـر عـذر فـي الليـل، وإذا بلـغ الـوتر نـزل فيـوتر علـى الأرض.

ولـو فاتـه الـوتر يقـضي خلافـا للـشافعي رحمـه الله؛ أمـا عنـده: فلأنـه واجـب. وأمـا عندهما: فلقوله صلى الله عليه وسلم: «**مَنْ نَامَ عَنْ وِتْرِهِ أَوْ نَسِيَهُ فَلْيُصَلِّهِ إِذَا ذَكَرَهُ**»[٢] ولأنـه لا يفـرد بـالأذان والإقامـة ولا يـصلى بجماعـة فـي كـل وقـت؛ لأن ذلـك مـن الشعائر فاختص بالمكتوبات، وجاحده لا يكفر لوقوع الشبهة في وجوبه، وينبني عليه من صلى العشاء بغير وضوء ناسيًا، أو ظن أنه صلى العشاء وأوتر ثـم ذكـر أعـاد العـشاء دون الوتر عند أبي حنيفة؛ لأنه لما كان واجبا قائمًا بنفسه لـم تجـب إعادتـه؛ كمـن صـلى

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٢/٢٩٧ (٦٩٢٩) قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج. و«أحمد» ٢/١٨٠ (٦٦٩٣) و٢/٢٠٨ (٦٩٤١) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا الحجاج بن أرطاة. وفي ٢/٢٠٥ (٦٩١٩) قال: حدثنا محمد بن سواء، أبو الخطاب السدوسي، قال: سألت المثنى بن الصباح. كلاهما: (حجاج بن أرطاة، والمثنى بن الصباح) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(٢) أخرجه أحمد (٣/٣١، رقم ١١٢٨٢)، وأبو داود (٢/٦٥، رقم ١٤٣١)، والترمذي (٢/٣٣٠، رقم ٤٦٥)، وابن ماجه (١/٣٧٥، رقم ١١٨٨)، وأبو يعلى (٢/٣٦١، رقم ١١١٤)، والدارقطني (٢/٢٢) والحاكم (١/٤٤٣، رقم ١١٢٧) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٢/٤٨٠، رقم ٤٣١٠).

العصر على ظن أنه صلى الظهر ثم ظهر أنه لم يصلها أو ظهر فسادها؛ لم يعد العصر، وعندهما: يعيد الوتر؛ لأنه تبع للعشاء فلما وجب إعادة المتبوع يعيد التبع معه.

وذكر الكرخي رحمه الله: أن هذا الاختلاف بناء على اختلافهم في وقت الوتر؛ فعنده: لما كان وقت الوتر وقت العشاء كله، فقد أوتر في وقته على ظن أنه صلى العشاء؛ فيجوز. وعندهما: وقته بعد العشاء فقد أوتر قبل وقته فلا يجوز، والوتر ثلاث ركعات لا يسلم إلا في أجرهن.

وقال الشافعي رحمه الله: إن شاء أوتر بركعة أو ثلاث أو خمس أو سبع أو تسع أو إحدى عشرة ركعةً.

والصحيح قولنا؛ لقول ابن مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم: «**كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أوتر يوتر بثلاث ركعات**»[1]، وقال عبد الله: والله ما

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٦٩٦٠ و٣٠٣٣١ و٣٧٦٢٢) قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثني أبي، عن الأعمش، عن طلحة، عن ذر. و«عبد بن حميد» (١٧٦) قال: أخبرنا عبد الرحمن بن سعد، قال: أخبرنا أبو جعفر الرازي، عن الأعمش، عن زبيد، وطلحة، عن ذر. و«ابن ماجه» (١١٧١) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو حفص الأبار، قال: حدثنا الأعمش، عن طلحة، وزبيد، عن ذر. وفي (١١٨٢) قال: حدثنا علي بن ميمون الرقي، قال: حدثنا مخلد بن يزيد، عن سفيان، عن زبيد اليامي. و«أبو داود» (١٤٢٣) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو حفص الأبار (ح) قال: وحدثنا إبراهيم بن موسى، قال: أخبرنا محمد بن أنس، عن الأعمش، عن طلحة، وزبيد. وفي (١٤٣٠) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثنا أبي، عن الأعمش، عن طلحة الإيامي، عن ذر. و«عبد الله بن أحمد» ١٢٣/٥ (٢١٤٥٩) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو حفص الأبار، عن الأعمش، عن طلحة، وزبيد، عن ذر. وفي (٢١٤٦٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثنا أبي، عن الأعمش، عن طلحة الإيامي، عن ذر. وفي (٢١٤٦١) قال: حدثنا محمد بن عبد الرحيم البزاز، قال: حدثنا أبو عمر الضرير البصري، قال: حدثنا جرير بن حازم، عن زبيد، عن ذر. و«النسائي» ٢٣٥/٣، وفي «الكبرى» (١٤٣٦ و١٠٥٠٢) قال: أخبرنا علي بن ميمون، قال: حدثنا مخلد بن يزيد، عن سفيان، عن زبيد. وفي ٢٣٥/٣ قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا عيسى بن يونس، عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة. وفي ٢٣٥/٣، وفي «الكبرى» (٤٤٦ و١٠٥٠٨) =

أخَّرت ركعة قط، وقوله: «**أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الْبُتَيْرَاءِ**[1]، **ولا قنوت إلا في الوتر**».

وقال الشافعي رحمه الله: يقنت في الفجر.

لنا: ما روى ابن مسعود رضي الله عنه: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم قنت في الفجر شهرًا ثم ترك ولم يقنت**»، فصار منسوخًا ويقنت قبل الركوع في جميع الأوقات.

وعند الشافعي رحمه الله: يقنت بعده في النصف الأخير من شهر رمضان فحسب.

لنا: ما روي عن علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم: أن كل واحد راعى صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بالليل فأوتر بثلاث وقنت قبل الركوع.

قنت الإمام في الفجر لا يتابعه ويسكت عنهما عندهما، وعند أبي يوسف: يتابعه؛ لأنه مجتهد فيه كما في تكبيرات العيد.

=

قال: أخبرنا يحيى بن موسى، قال: أنبأنا عبد العزيز بن خالد، قال: حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن عزرة. وفي ٣/٢٤٤، وفي «الكبرى» (١٤٣٣ و١٠٤٩٧) قال: أخبرنا محمد بن الحسين بن إبراهيم بن إشكاب النسائي، قال: أنبأنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثنا أبي، عن الأعمش، عن طلحة، عن ذر. وفي ٣/٢٤٤ قال: أخبرنا يحيى بن موسى، قال: حدثنا عبد الرحمن بن عبد الله بن سعد، قال: حدثنا أبو جعفر الرازي، عن الأعمش، عن زبيد، وطلحة، عن ذر. و«ابن حبان» (٢٤٣٦) قال: أخبرنا أحمد بن الحسن بن عبد الجبار الصوفي، قال: حدثنا يحيى بن معين، قال: حدثنا أبو حفص الأبار، عن الأعمش، عن زبيد الإيامي، وطلحة، عن ذر. وفي (٢٤٥٠) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، عن أبيه، عن الأعمش، عن طلحة بن مصرف، عن ذر.

خمستهم: (ذر بن عبد الله، وزبيد، وطلحة الإيامي، وقتادة، وعزرة) عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى، عن أبيه، فذكره.

(١) عزاه الزيلعي في نصب الراية (٢/١٢٠ ط. المجلس العلمي بالهند) إلى التمهيد لابن عبد البر، ونقل عن ابن القطان أنه قال: هذا حديث شاذ لا يعرج على روايته.

لهما: أن القنوت في الفجر منسوخ والمتابعة في المنسوخ باطلة، وإذا لم يتابعه ماذا يصنع؟ قيل: يقف قائمًا ليتابعه فيما يجب متابعته، وقيل: بل يقعد تحقيقا للمخالفة؛ لأن الساكت شريك الداعي.

وليس في القنوت دعاء مؤقت؛ لاختلاف الآثار فيه، ورُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ: اللهم إنا نستعينك، واللهم اهدنا**».

ورُوي: «**أنه كان يقرأ: اللهم إني أعوذ بعفوك من عذابك، وبرضاك من سخطك، وأعوذ بك منك، لا أحصي ثناء عليك، أنت كما أثنيت على نفسك**»، قيل: معنى قول محمد: ليس فيه دعاء مؤقت؛ غير قوله: اللهم إنا نستعينك، واللهم اهدنا؛ فإن هذا مؤقت في الوتر بالعربية؛ لأن الأخبار قد تواترت به، وجرى التوارث به.

(**وفي الفتاوى**): من لا يحسن الدعاء في الوتر بالعربية يقول: اللهم اغفر لنا؛ مرارًا، أو: ربنا آتنا في الدنيا حسنة... إلى آخره، ولا يصلِّي على النبي صلى الله عليه وسلم في القنوت عند بعضهم؛ لأن هذا ليس موضعه.

واختار الفقيه أبو الليث أن يصلي عليه، وهو المرويُّ عن إبراهيم النخعي رضي الله عنه: أنَّه يستحب في كل دعاء الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، ومن يقضي الصلوات والأوتار يقنت في الأوتار احتياطًا، ويكبِّر ويرفع يديه حين يقنت ثم يكفهما قيل: معناه أن يمنعهما من الإرسال فيضعهما، وقيل: منعناه أن يمنعهما من الاعتماد ويرسلهما لما قدمناه.

(**النوادر**): قال أبو يوسف رحمه الله: الإمام إذا قنت في الوتر في رمضان يقرأ المقتدي أيضًا وهو المختار؛ لأنه دعاء حقيقة كسائر الأدعية، وقال محمد: لا يقرأ بل يؤمّن؛ لأن القنوت له شبهة القرآن لاختلاف الصحابة في قوله: اللهم إنا نستعينك؛ أنه من القرآن أم لا؟ فأورث شبهة. والمقتدي لا يقرأ حقيقة القرآن، وكذا ما له شبهة القرآن احتياطًا.

وهل يجهر بالقنوت؟ إن كان منفردًا فهو بالخيار إن شاء جهر، وإن شاء خافت، وإن كان إمامًا عند محمد رحمه الله: يجهر؛ لأن له شبهة القرآن، وعند أبي يوسف: لا يجهر، وهو الأصح؛ لأنه دعاء حقيقة والسبيل في الأدعية المخافتة.

شك في الوتر في القيام أنه في الثانية أو في الثالثة؛ يقنت في تلك الركعة لجواز أنها الثالثة، ثم يقعد ويصلي ركعة أخرى ويقنت فيها أيضًا احتياطا؛ لجواز أن الثالثة هذه. والمسبوق في الوتر في شهر رمضان إذا قنت مع الإمام لا يقنت ثانيا فيما يقضي؛ لأن المسبوق مأمور بأن يقنت مع الإمام متابعة له فصار ذلك موضعًا للقنوت، فلو قنت ثانيًا يتكرر القنوت في موضعه، وتكرار القنوت في موضعه غير مشروع، وفي المسألة المتقدِّمة لا يدري أيهما في موضعه فيقنت ثانيًا ليكون آتيًا بالقنوت في موضعه بيقين.

وذكر الناطفي[1] في "أجناسه": لو شك أنه في الأولى أو في الثانية أو في الثالثة، فإنه يقنت في الركعة التي هو فيها، ثم يقعد، ثم يقوم فيصلي ركعتين بقعدتين، ويقنت فيهما احتياطًا، وفي قول آخر: لا يقنت في الكل أصلًا؛ لأن القنوت في الركعة الأولى والثانية بدعة وترك السنة أسهل من الإتيان بالبدعة، والأول أصح؛ لأن القنوت واجب وما تردد بين الواجب والبدعة يأتي به احتياطًا.

(باب صلاة التراويح)

عامَّة مسائلها مذكورة في (**النوادر**).

التراويح سنة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد أقامها في بعض الليالي، وبيَّن العذر في ترك المواظبة عليها وهو خشية أن تكتب علينا، ثم واظب عليها خلفائه الراشدون رضي الله عنهم أجمعين، وقد قال عليه السلام: «**عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مِنْ بَعْدِي**»[2].

---

(١) هو أحمد بن محمد بن عمر أبو العباس الناطفي: فقيه حنفي، من أهل الريّ. نسبته إلى عمل الناطف. من كتبه (الأجناس - خ) في أوقاف بغداد، و(الفروق) و(الروضة - خ) في البلدية (ن ١٢٠٨ ب) و(الواقعات) و(الأحكام - خ) فقه، الأعلام للزركلي (٢١٣/١)، معجم المؤلفين(١٤٠/٢).

(٢) أخرجه أحمد ١٢٦/٤ (١٧٢٧٢) قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا معاوية، يعني ابن صالح، عن ضمرة بن حبيب. وفي (١٧٢٧٤) قال: حدثنا الضحاك بن مخلد، عن ثور، =

وقال صلى الله عليه وسلم: «**أصحابي كالنجوم بأيِّهُم اقتديتم اهتديتم**».

روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله قال: القيام في شهر رمضان سنة لا ينبغي تركها، وينبغي لكلِّ أهل مسجدٍ أن يُصلُّوا في مسجدهم كل ليلة خمس ترويحات، يأمُّهم رجل يقرأ في كل ركعةٍ عشر آياتٍ أو نحوها، ويسلِّم في كل ركعتين، وكلما صلى ترويحة انتظر بين الترويحتين قدر الترويحة، وينتظر بعد الخامسة قدر ترويحة؛ لأنه متوارث من السلف، ولأن اسم التراويح ينبني عن ذلك وهو الاستراحة والانتظار.

والاستراحة على خمس تسليمات، وقيل: لا بأس به، وقيل: لا يستحب إلا عند تمام كل ترويحة، وهو الأصح؛ لأنه خلاف المتوارث عن السلف ثم يوتر بهم فيصير عشرين ركعة سوى الوتر.

وقال مالك رحمه الله: يقومون ستًّا وثلاثين ركعة.

لنا: ما رُوي أن عمر رضي الله عنه كان يجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أُبي بن كعب رضي الله عنه في رمضان، حتى كان يصلي بهم عشرين ركعة في كل ليلة، ولم ينكر عليه أحد فحلَّ محلَّ الإجماع وإقامتها بالجماعة سنة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قدر ما صلَّى التراويح صلَّى بجماعة، وكذلك الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، ومن ترك التراويح في الجماعة وصلاها في البيت فقد أساء عند بعضهم، والصحيح أن إقامتها بالجماعة على الكفاية سنة حتى لو ترك أهل المسجد كلهم الجماعة فقد أساؤوا وأثموا.

وإن أقيمت التراويح بالجماعة في البيت فقد حاز إحدى الفضيلتين وهي فضيلة

=

عن خالد بن معدان. و«الدارمي» (١٠١) قال: أخبرنا أبو عاصم، قال: أخبرنا ثور بن يزيد، قال: حدثني خالد بن معدان. و«ابن ماجه» (٤٣) قال: حدثنا إسماعيل بن بشر بن منصور، وإسحاق بن إبراهيم السواق، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن معاوية بن صالح، عن ضمرة بن حبيب. وفي (٤٤) قال: حدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا عبد الملك بن الصباح المسمعي، قال: حدثنا ثور بن يزيد، عن خالد بن معدان. و«الترمذي» (٢٦٧٦) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا بقية بن الوليد، عن بحير بن سعد، عن خالد بن معدان. وفي (٢٦٧٦م) قال: حدثنا بذلك الحسن بن علي الخلال، وغير واحد، قالوا: حدثنا أبو عاصم، عن ثور بن يزيد، عن خالد بن معدان.

الجماعة، وترك الأخرى وهي ترك فضيلة الجماعة في المسجد ولا يزيد الإمام على قدر التشهد إن علم أنه يثقل على القوم؛ لأن الدعوات ليست بسنة، وإن علم أنه لا يثقل عليهم يزيد، ويأتي بالدعوات، ويأتي بالثناء في كل تكبيرة الافتتاح منها.

(فصل)

قال بعض مشايخنا: وقت التراويح ما بين العشاء والوتر، حتى لو صلاها قبل العشاء أو بعد الوتر لا يجوز.

والأصح أن وقتها ما بين العشاء إلى وقت طلوع الفجر، حتى لو صلاها قبل العشاء لا يجوز، ولو صلى بعد الوتر جاز؛ لأنها تبع للعشاء دون الوتر كسُنَّة العشاء.

وذكر الناطفي في "واقعاته": إمام صلى العشاء على غير وضوء ناسيًا ثم صلى بهم إمام آخر التراويح ثم علموا فعليهم أن يعيدوا العشاء والتراويح؛ لأنها أديت في غير وقتها.

والأفضل استيعاب أكثر الليل بالصلاة والتأخير إلى نصف الليل لا يستحب عند بعضهم كتأخير العشاء، والأصح أنه يستحب لأنها قيام الليل وقيام الليل في آخر الليل أفضل وإذا فاتت التراويح عن وقتها فالأصح أنها لا تقضى لأنها ليست بآكد من سنَّة المغرب والعشاء، وتلك لا تقضى؛ فهذه كذلك.

ولو نوى صلاة مطلقة أو تطوعا في التراويح؛ قيل: لا يجوز؛ لأنها سنة والسنة لا تتأدى بنية الصلاة والتطوع، كما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن ركعتي الفجر لا تتأدّى إلا بنية السنة.

وقال عامة مشايخنا: إن التراويح وسائر السنن تتأدَّى بمطلق النية؛ لأنها نافلة لكنه واظب عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم والنوافل تتأدَّى بمطلق النية، والأحوط أن ينوي التراويح أو سنة الوقت أو قيام الليل، وفي سائر السنن ينوي السنة؛ ليكون أبعد من الخلاف، وعلى هذا الخلاف لو صلَّى التراويح مقتديًا بمن يصلي مكتوبة أو وترًا أو نافلة؛ قيل: يصح الاقتداء به في التراويح، والأصح: أنه لا يصح الاقتداء به؛ لأنه مكروه وهو مخالف لعمل السلف، ولو اقتدى من يصلي

التسليمة الأولى بمن يصلي التسليمة الثانية، فالصحيح أنه يجوز؛ لأن الصلاة متَّحدة ونية الأولى والثانية لغو، ألا ترى أنه لو اقتدى في الركعتين بعد الظهر لمن يصلي الأربع قبل الظهر جاز فهذا أجوز.

(فصل)

اختلف المشايخ في قدر القراءة في التراويح، قيل: يقرأ فيها كما يقرأ في المغرب؛ لأنها من أخفِّ المكتوبات.

وقيل: يقرأ كما يقرأ في العشاء؛ لأنها توابع العشاء.

وقيل: يقرأ في كل ركعة من عشرين إلى ثلاثين؛ لأن عمر رضي الله عنه دعا ثلاثة من الأئمة فاستقرأهم وأمر أحدهم أن يقرأ في كل ركعة ثلاثين آية، وأمر الثاني أن يقرأ في كل ركعة خمسًا وعشرين آية، وأمر الثالث أن يقرأ في كل ركعة عشرين آية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه يقرأ في كل ركعة عشر آيات.

فما قاله عمر فضيلة، وما قاله أبو حنيفة سنة؛ لأن السنة أن يختم القرآن في التراويح مرة، وذلك بما قاله أبو حنيفة، والفضيلة أن يختم مرتين وذلك بما قاله عمر رضي الله عنه.

والأفضل في زماننا أن يقرأ مقدار ما لا يؤدي إلى تنفير القوم عن الجماعة لكسلهم؛ لأن تكثير الجمع ومحافظتها أفضل من تطويل القراءة، والأفضل تعديل القراءة بين التسليمتين وإن خالف فلا بأس، وفي التسليمة الواحدة تستحب التسوية بين الركعتين عندهما، وعند محمد رحمه الله: يطول قراءة الأولى على الثانية.

(فصل)

لو صلى ترويحة بتسليمة وقعد في الثانية قدر التشهد، قيل: لا يجزيه إلا عن تسليمة واحدة.

وقال عامة مشايخنا: يجزيه عن تسليمتين، وهو الصحيح.

وكذلك لو صلى التراويح بتسليمة واحدة وقعد في كل ركعتين؛ فالأصح أنه يجوز عن الكل؛ لأنه قد أكمل الصلاة ولم يخل بشيء من الأركان إلا أنه جمع المفترق واستدام التحريمة فكان أولى بالجواز؛ لأنه أشق وأتعب على البدن.

صلى ترويحة بتسليمة ولم يقعد في الركعة الثانية: تفسد صلاته عند محمد، وعندهما: يجوز لما عرف.

ثم قيل: يجوز عن تسليمتين، والأصح أنه يجوز عن تسليمة؛ لأنه لم يكمل الشفع الأول بالقعدة والسنة كاملة والكاملة لا تتأدى بالناقصة.

ولو صلى ثلاث ركعات بتسليمة واحدة ولم يقعد في الثانية، قيل: يجزئه عن تسليمة واحدة، وقيل: لا يجزئه عن شيء؛ بناء على أنه لو تَنَفَّلَ بثلاث ولم يقعد إلا في آخرها جاز عند الأولين؛ لأن الفرض يجوز بمثل هذه الصفة وهي المغرب، فكذا النفل ولا يجوز عند الآخرين؛ لأن القعدة في الثالثة في النوافل غير مشروعة فصار كأنه لم يقعد فيها أصلًا، وإن لم يقعد فيها لا يجوز، وإذا لم يجز النفل لم تجز التراويح، ثم إن كان ساهيًا في الثالثة لم يلزمه قضاء شيء؛ لأنه شرع في مظنون.

وإن كان عامدًا فعند الأولين يلزمه ركعتان؛ لأنه قد صحت الثالثة لبقاء التحريمة على الصحة وإن لم يكملها بضم أخرى إليها فيلزمه القضاء، وعند الآخرتين لزمه ركعتان عند أبي يوسف رحمه الله.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يلزمه شيء؛ لأن التحريمة قد فسدت بترك القعدة في الثانية فقد شرع في الثالثة بتحريمة فاسدة، وذلك لا يوجب القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله، فعلى هذا لو صلى عشر تسليمات كل تسليمة ثلاث ركعات بقعدة واحدة، ولو صلى التراويح كلها بتسليمة واحدة ولم يقعد إلا في آخرها؛ قيل: يجزيه عن التراويح كلها، والأصح: أنه يجزيه عن تسليمة واحدة؛ لأنه أخلَّ بكل شفع بترك القعدة.

(فصل)

ولا يستحب أن يصلي الترويحة الواحدة إمامان، بل يصلي كل ترويحة إمام

واحد، عليه عمل أهل الحرمين والسلف، ويكون تبديل الإمام بمنزلة الانتظار.

صلى التراويح قاعدًا من غير عذر جاز ولا يستحب؛ لأنه خلاف المتوارث عن السلف.

وَروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: لو صلى ركعتي الفجر قاعدًا من غير عذر لا يجوز؛ لأن هذه سنة اختصت بزيادة توكيد وترغيب وتوعيد وترهيب فالتحقت بالواجبات.

إمام يصلي التراويح في مسجدين في كل مسجد على الكمال لا يجوز؛ لأن السنة لا تتكرر في وقت واحد، وغير الإمام لو صلى التراويح في مسجدين لا بأس به؛ لأنه اقتداء المتطوع بمن يصلي السنة فيجوز كما لو صلى المكتوبة ثم أدرك الجماعة ودخل فيها جاز.

صلوا التراويح ثم أرادوا أن يصلوها ثانيا يصلون فرادى؛ لأنه تطوُّع، والتطوُّع بالجماعة مكروه، والله أعلم.

(باب الصلاة بالجماعة)

الجماعة سنة مؤكدة وشريعة ماضية لا يرخص لأحد تركها إلا لعذر، حتى لو تركها أهل مِصْرٍ يؤمرون بها، فإن ائتمروا وإلا يحل مقاتلتهم؛ لأنها من شعائر الإسلام وخصائص هذا الدين، فإنها لم تكن مشروعة في سائر الأديان والملل، وما كان من شعائر هذا الإسلام وخصائصه فالسبيل فيه إظهاره وإشعاره ويزجر عن تركه واندراسه.

وقال مكحول الشامي رحمه الله: السنة سنتان، أخذها هدى وتركها ضلالة، وهي ما كانت من أعلام الإسلام وشعائره، وسنة أخذها فضيلة وتركها لا إلى حرج كصلاة الليل ونحوها.

والسنة أن يخفف الإمام تخفيفًا عن تمام مراعاة لحق الناس في التخفيف كي لا يؤدي التطويل إلى التنفير ومراعاة لحق الله تعالى في التتميم، وهكذا روي عن أنس بن مالك رحمه الله أنه قال: «**ما رأيت أحدًا أقصر صلاة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في تمام**».

ولا تجب الجماعة على ذوي الأعذار كالمريض والأعمى والزَّمِنِ، ولو وجد الأعمى قائدًا أو كان الزَّمِنُ غنيا له مركب وخادم يحمله؛ لا تجب عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما لما يأتي في باب الجمعة.

وأقل الجماعة في غير الجمعة اثنان وهو أن يكون واحدًا مع الإمام لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الاثنان فما فوقهما جماعة**»[1]؛ لم يرد به حقيقة الجماعة وإنما أراد به حكمها ولأنه وجد الجمع معنى؛ لأن الجمع عبارة عن الاجتماع، وهو انضمام الشيء إلى مثله وقد وجد ولم يوجد الجمع اسما فاعتبرنا معنى الجمع احترازًا لفضيلة الجماعة بخلاف الجماعة كما تبين[2].

ولو كان معه امرأة أو صبي يعقل كانت جماعة لأنهما من أهل الصلاة، ولا جماعة على النساء؛ لأن جماعتهن صارت منسوخة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**صلاة المرأة في دارها أفضل من صلاتها في مسجدها، وصلاتها في بيتها أفضل من صلاتها في دارها، وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها**»[3].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٥٣١/٢ (٨٩٠٣) قال: حدثنا يزيد بن هارون. و«عبد بن حميد» (٥٦٧) قال: حدثنا يحيى بن إسحاق السيلحيني. و«ابن ماجه» (٩٧٢) قال: حدثنا هشام بن عمار. و«أبو يعلى» (٧٢٢٣) قال: حدثنا خالد بن مرداس.

أربعتهم: (يزيد، ويحيى، وهشام، وخالد) عن الربيع بن بدر، المعروف بعليلة، عن أبيه، عن جده عمرو بن جراد، فذكره.

(٢) انظر: ابن عابدين ١٧٨/١، ٢٧٩، ٣٧٠، والطحطاوي على مراقي الفلاح ١٥٨/١، والمغني ٢٣١/٢، ٩٣/٣، ونهاية المحتاج ١٤٣/١، ٢٠٠/٢، وجواهر الإكليل ٨١/١، وكشاف القناع ٨٧/١، ٣١٤.

(٣) أخرجه أبو داود (٥٧٠) قال: حدثنا ابن المثنى. و«ابن خزيمة» (١٦٨٨) قال: حدثنا محمد بن بشار. وفي (١٦٩٠) قال: حدثنا أبو موسى. كلاهما: (محمد بن المثنى، أبو موسى، ومحمد بن بشار) عن عمرو بن عاصم، قال: حدثنا همام، عن قتادة، عن مورق العجلي، عن أبي الأحوص، فذكره.

وقال أبو بكر بن خزيمة: باب اختيار صلاة المرأة في بيتها على صلاتها في المسجد، إن ثبت الخبر، فإني لا أعرف هل سمع قتادة خبره من مورق، عن أبي الأحوص أم لا؛ بل كأني لا أشك أن قتادة لم يسمع من أبي الأحوص، لأنه أدخل في بعض أخبار أبي الأحوص بينه وبين أبي الأحوص مورقا، وهذا الخبر نفسه أدخل همام وسعيد بن بشير بينهما مورقا.

وقال أيضا: باب اختيار صلاة المرأة في بيتها على صلاتها في حجرتها، إن كان قتادة سمع هذا الخبر من مورق.

=

ونهى عمر رضي الله عنه النساء عن الخروج إلى المساجد لما رأى فيه من الفتنة، ولا يباح للشوابِّ منهن الخروج إلى الصلوات كلها، خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن خروجهن يصير سببًا للوقوع في الفتنة[1].

ولا بأس للعجائز أن يشهدن العشاء والفجر والجمعة والعيدين دون غيرها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يشهدن جميع الصلوات؛ لأن خروجهن لا يصير سببًا للوقوع في الفتنة؛ لأنها ليست بمشتهاةٍ، ولهذا يحلُّ لها مصافحة الرجال، له: أن وقت صلاة النهار وقت يكثر فيه انتشار الفُسَّاق، والحريص منهم يرغب في العجائز؛ فيصير خروجهنَّ سببًا للوقوع في الفتنة، وفي صلاة الليل تخرج العجوزة مستترة وظلمة الليل تحول بينها وبين نظر الرجال عليها، وصلاة الجمعة والعيد تقام في موضع واسع فيمكنها أن تعتزل ناحية عن الرجال، وفي رواية عنه: بحيث لا يقع بصر الرجال عليها ثم إذا خرجن في صلاة العيد؛ ففي رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: يصلين بعد صفوف الرجال. وفي رواية عنه: يقمن ناحية ولا يصلين تكثيرا للسواد، والمتأخرون كرهوا ذلك كله للنساء شابة كانت أو عجوزة للفتنة.

ولا جماعة على العبيد لما في خروجه إليها تعطيل حق المولى في خدمته. ومن فاتته الجماعة جمع بأهله في منزله؛ لِمَا رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم لمَّا فاتته الصلاة بجماعة حين كان يصلح بين الأنصار دخل حجرته وجمع بأهله**».

(باب الإمامة)

كل من هو أهل للصلاة المكتوبة فهو أهل للإمامة حتى يجوز إمامة العبد وولد

=

وأخرجه عبد الرزاق (٥١١٦) قال: أخبرنا معمر، عن أيوب، عن حميد بن هلال، عن أبي الأحوص، عن ابن مسعود، قال: صلاة المرأة في بيتها أفضل من صلاتها فيما سواها، ثم قال: إن المرأة إذا خرجت تشوف لها الشيطان. «موقوف».

(١) انظر: ابن عابدين ٣٧٢/١، ٣٧٣، ٤٤٣، ٤٧٣، والحطاب مع المواق ٨٢/٢، ١١٧، والفواكه الدواني ٢٤١/١، ٢٤٥، ومغني المحتاج ٢٣٠/١، والقوانين الفقهية (٥٥) نشر دار الكتاب العربي، وكشاف القناع (٤٥٦/١ - ٤٥٧) وشرح منتهى الإرادات ٢٣١/١، ٢٤٥، والمغني ١٧٨/٢ - ١٧٩، ٢٠٣.

الزنا والأعرابي والأعمى والفاسق؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**صَلُّوا خَلْفَ كُل بَرٍّ وَفَاجِرٍ**»[١]، وغيرهم أفضل؛ لأن تقديمهم سبب لتعطيل الجماعة؛ لأن الناس يستنكفون عن متابعتهم[٢].

وأما الأعمى فلجهله باستقبال القبلة ولعدم إمكانه التوقي من النجاسات كما ينبغي حتى لو لم يكن غيره من البصراء أفضل منه، فإنه يكون أولى؛ ألا ترى رسول الله صلى الله عليه وسلم استخلف ابن أم مكتوم في المدينة حين خرج إلى غزوة تبوك وهو يومئذ كان ضريرا.

ولا يصلي خلف فاسق من كان معروفا بأكل الربا؛ لأنه أهل للإهانة، والاقتداء من باب الكرامة مذكور في النوازل.

ولو صلى خلف فاسق ينال فضل الجماعة لكن لا ينال كما ينال خلف تقيٍّ ورعٍ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من صلَّى خلف تقيٍّ عالم فكأنما صلَّى خلف نبيٍّ من الأنبياء**».

(**المنتقى**): عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه كان لا يرى الصلاة خلف المبتدع، وعن أبي يوسف: أنه يكره الصلاة خلف الجهمية والرافضة والمبتدعة، وعن محمد: أنه لا يجوز الصلاة خلف من يقول بخلق القرآن.

وروى هشام عن محمد: أنه لا تجوز الصلاة خلف الرافضة والجهمية والقدرية لأنهم لم يؤمنوا بالعلم، أي بالدليل الذي يوجب العلم؛ لأن الروافض أنكروا خلافة أبي بكر رضي الله عنه، وقد أجمعت الصحابة رضي الله عنهم على خلافته.

والجهمية من اعتقد أن الله تعالى لا يعلم الشيء قبل حدوثه وهو كفر.

والحاصل أنَّه إن كان هو يكفره لا تجوز الصلاة خلفَهُ، وإن كان لا يكفره تجوز؛ ويكره.

والصلاة خلف شفعويِّ المذهب جائزة إن كان يحتاط في مواضع الخلاف؛ بأن

---

(١) أخرجه البيهقي (١٩/٤، رقم ٦٦٢٣). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (٥٧/٢) وقال: مكحول لم يسمع من أبي هريرة ومن دونه ثقات.

(٢) انظر: ابن عابدين ٣٧٦/١، وقليوبي ٢٢٧/٣، وكشاف القناع ٤٧٥/١.

كان لا يميل عن القبلة، ويجدد الوضوء عند الفصد والحجامة، ويغسل ثوبه من المني، ولا يقطع وتره ونحو ذلك، ولم يكن متعصبًا ولا شاكًّا في إيمانه ولم يجوّز الآخرون الاقتداء به، فإنه روى مكحول الدمشقي عن أبي حنيفة رحمه الله: أن من رفع يديه من الركوع وعند رفع الرأس منه تفسد صلاته؛ لأنه عمل كثير.

ولا تجوز إمامة الصبي العاقل في الفرائض؛ لأنه لا يصح منه أداء الفرائض.

وفي التراويح والنوافل المطلقة تجوز عند بعضهم، ولا تجوز عند عامتهم؛ لأن صلاة النفل مضمونة على البالغ حتى لو قطعها يلزمه القضاء غير مضمونة على الإمام فتصير بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل وذلك لا يجوز.

وعند الشافعي رحمه الله: إمامته في الكل جائزة.

ولا تصح إمامة الرجل بالمرأة حتى ينوي إمامتها، وعند زفر يصح بغير نية.

لنا: أنه لو صحَّ اقتداؤها به من غير نية ربما يلحق الإمام ضرر من جهتها؛ لأنه يتوهم فساد صلاته من جهتها بأن وقفت بجنبه، فكان للإمام أن يحترز عن ذلك بترك النية.

وفي صلاة الجمعة والعيدين، قيل: لا يصح اقتداؤها به ما لم ينو الإمام إمامتها.

وقيل: يصح لأن المرأة لا تعذر على أداء هذه الصلوات وحدها فجوّزنا اقتداءها لرفع الضرر عنها للحال ويحمل وهم الضرر في حق الإمام، ثم ينظر إن كان خلف الإمام بجنبها رجل لا يصح اقتداؤها إلا بنية الإمامة؛ لأنه يفسد الصلاة الذي بجنبها لا محالة وهو مولى عليه من جهة الإمام فتوقف ما يلزمه من الفساد على التزام إمامه، فإن لم يكن بجنبها رجل؛ في رواية: لا يصح أيضًا؛ لأنه احتمل فساد صلاة الإمام؛ وفي رواية: يصح؛ لأنه لا فساد للحال لكن بشرط أن لا يلزمه فساد، فإن لم يتقدم بقي الاقتداء صحيحًا، وإن تقدمت بطل اقتداؤها.

ويكره أن يؤم النساء وحدهن في موضع خلوة كالمنزل؛ لأن الخلوة بالأجنبية مكروهة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**ألا لا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ غير ذات محرم، فإن**

ثالثهما شيطان»[١].

وكذا في حق الجماعة؛ لأن ما يخشى عليه في حق الواحدة يتوقع في حق الجماعة إلا مع محرم منهن؛ لأن المحرم مانع من القربان فلا تتحقق الخلوة ولا يكره في غير موضع الخلوة كالمسجد والصحراء؛ لأنه يدخل ويمر به كل أحد فلا تقع الخلوة بالنساء ولا يؤم الرجل الرجل في بيته بغير إذنه لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا يأمُّ الرجل الرجل في بيته، ولا يُجْلَسُ عَلَى تَكْرِمَتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ**»[٢].

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٩/٣ (١٨٦٢) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن زيد. وفي ٥٩/٤ (٣٠٠٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧٢/٤ (٣٠٦١) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان، عن ابن جريج. وفي ٣٧/٧ (٥٢٣٣) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ١٠٤/٤ (٣٢٥١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، كلاهما عن سفيان، قال أبو بكر: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٣٢٥٢) قال: وحدثناه أبو الربيع الزهراني، قال: حدثنا حماد. وفي (٣٢٥٣) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا هشام، يعني ابن سليمان المخزومي، عن ابن جريج. و«ابن ماجه» (٢٩٠٠) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا شعيب بن إسحاق، قال: حدثنا ابن جريج. و«النسائي» في «الكبرى» (٩١٧٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٢٣٩١) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا ابن عيينة. وفي (٢٥١٦) قال: حدثنا داود بن عمرو، قال: حدثنا محمد بن مسلم. و«ابن خزيمة» (٢٥٢٩) قال: حدثنا أبو عمار، الحسين بن حريث، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٥٣٠) قال: حدثنا عبد الجبار، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٢٧٣١) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان. وفي (٣٧٥٦ و٥٥٨٩) قال: أخبرنا أحمد بن محمود بن مقاتل، الشيخ الفاضل الصالح، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان. وفي (٣٧٥٧) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان.

أربعتهم: (سفيان بن عيينة، وابن جريج، وحماد بن زيد، ومحمد بن مسلم الطائفي) عن عمرو بن دينار، عن أبي معبد، مولى ابن عباس، فذكره.

(٢) أخرجه «مسلم» ١٣٣/٢ (١٤٧٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو سعيد الأشج، كلاهما عن أبي خالد، قال أبو بكر: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن الأعمش. وفي (١٤٧٨) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا أبو معاوية (ح) وحدثنا إسحاق، قال: أخبرنا جرير، وأبو معاوية (ح) وحدثنا الأشج، قال: حدثنا ابن فضيل (ح) وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، كلهم =

قال مشايخنا: لو استأذنه فهو أحسن، وإن لم يستأذنه وصلى به فلا بأس به؛ لأن صاحب البيت أذن له ظاهرًا، وهكذا رُوي عن محمد رحمه الله.

(فصل)

والأولى بالإمامة الأعلم بالسنة إن كان يحسن من القراءة ما تجوز به الصلاة.

=

عن الأعمش، بهذا الإسناد مثله. وفي (١٤٧٩) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قال ابن المثنى: حدثنا محمد بن جعفر، عن شعبة. و«ابن ماجه» (٩٨٠) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«أبو داود» (٥٨٢) قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي، قال: حدثنا شعبة. وفي (٥٨٣) قال: حدثنا ابن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة. وفي (٥٨٤) قال: حدثنا الحسن بن علي، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، عن الأعمش. و«الترمذي» (٢٣٥) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش (ح) وحدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو معاوية، وابن نمير، عن الأعمش. وفي (٢٧٧٢) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش. و«النسائي» ٧٦/٢، وفي «الكبرى» (٨٥٧) قال: أخبرنا قتيبة، قال: أنبأنا فضيل بن عياض، عن الأعمش. وفي ٧٧/٢، وفي «الكبرى» (٨٦٠) قال: أخبرنا إبراهيم بن محمد التيمي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن شعبة. و«ابن خزيمة» (١٥٠٧) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش (ح) وحدثنا هارون بن إسحاق، قال: حدثنا ابن فضيل، عن الأعمش (ح) وحدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا ابن علية، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا أبو عمار، وسلم بن جنادة، قالا: حدثنا وكيع، قال أبو عمار: حدثنا فطر بن خليفة، وقال سلم: عن فطر. وفي (١٥١٦) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا ابن علية، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا الصنعاني، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا شعبة. و«ابن حبان» (٢١٢٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله الهاشمي، قال: حدثنا عبد الله بن عمر بن ميمون بن الرماح، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش. وفي (٢١٣٣) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن الأعمش. وفي (٢١٤٤) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا أبو الوليد، وابن كثير، والحوضي، قالوا: حدثنا شعبة.

ثلاثتهم: (سليمان بن مهران الأعمش، وشعبة بن الحجاج، وفطر بن خليفة) عن إسماعيل بن رجاء الزبيدي، عن أوس بن ضمعج، فذكره.

وذكر في الكتاب: أَقْرَؤُهُمْ أولى.

قالوا: هذا في الصدر الأول؛ لأن أَقْرَأهُمْ كان أعلمهم، فأما في زماننا فالأعلم أولى؛ لأن الحاجة إلى العلم أشد، حتى إذا عرض له عارض أمكنه إصلاح صلاته والأقرأ إذا لم يكن عالمًا ربما تفسد صلاته وهو لا يشعر به، ولهذا قالوا: العالم بالسنة إذا كان يجتنب الفواحش الظاهرة وغيره أورع منه لكن غير عالم بالسنة فتقديم العالم أولى، وإن استويا فيه قالوا: أحسنهما خلقًا أولى، فإن استويا فأحسنهما أولى، فإن استويا فأحسنهما وجها أولى؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**ليؤمَّ القوم أَقْرَؤُهُمْ لكتاب الله تعالى، فإن كانوا سواء فأعلمهم بالسنة، فإن كانوا سواء فأقدمهم هجرة، وإن كانوا سواء فأكبرهم سنًّا، فإن كانوا سواء فأحسنهم خلقًا، فإن كانوا سواء فأحسبهم، فإن كانوا سواء فأصبحهم وجهًا**»[1].

ولو كان أحدهم أكبر والآخر أورع؛ فالأكبر أولى إذا لم يكن فيه فسق ظاهر أو لم يكن متهمًا به؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الكُبْرَ الكُبْرَ**»[2] والله أعلم بالصواب.

(باب مقام الإمام والمأموم)

ويتقدم الإمام القوم لما روى أنس رضي الله عنه: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى في دارنا، فأقامني واليتيم خلفه، وأقام أمي وراءنا**».

فإن لم يتقدم جازت صلاته وقد أساء؛ لأنه ترك السنة بغير عذر، وكذا لو تقدم ولكن قام في ميمنة الصف أو ميسرته؛ لأن السنة أن يقوم الإمام أمام وسط الصف، ألا ترى المحاريب ما نصبت إلا في وسط المساجد متعينًا لمقام الإمام.

---

(١) أخرجه مسلم (١/٤٦٥، رقم ٦٧٣)، وأبو داود (١/١٥٩، رقم ٥٨٢)، والترمذي (١/٤٥٨، رقم ٢٣٥) وقال: حسن صحيح. والنسائي (٢/٧٧، رقم ٧٨٠)، وابن ماجه (١/٣١٣، رقم ٩٨٠)، والبيهقي (٣/٩٠، رقم ٤٩١١). وأخرجه أيضًا: الحميدي (١/٢١٧، رقم ٤٥٧)، وابن الجارود (ص٨٥، رقم ٣٠٨)، وأبو عوانة (١/٣٧٦، رقم ١٣٦٣) وابن حبان (٥/٥٠٠، رقم ٢١٢٧).

(٢) أخرجه مالك (٢٥٧٤). وعبد الرزاق (١٨٢٥٨). والنسائي ٨/١١، وفي «الكبرى» (٦٨٩٤) قال: الحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، عن ابن القاسم.

ولو كان معه اثنان قاما خلفه لما روينا، ولأن الاصطفاف خلف الإمام من سنة الجماعة وقد وجدت الجماعة؛ لأن الإمام عد من القوم شرطا في حق الاصطفاف؛ لأنه ليس بشرط لجواز هذه الصلاة، فكانت الجماعة شرطا مع الإمام بخلاف الجماعة؛ لأن ثمة الإمام شرط لجوازها بانفراده، والجماعة شرط بانفرادها فيشترط الثلاث سوى الإمام له.

ولو قام الإمام وسطهما قيل: لا يكره؛ لأن ابن مسعود رضي الله عنه صلى بعلقمة والأسود رضي الله عنهما وقام وسطهما.

وقيل: يكره؛ لأنه ترك السنة بغير عذر، فإن كان معه رجل واحد يقف على يمينه، ولو وقف على يساره جاز وقد أساء؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «**وقفت على يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يصلي فأخذ بأذني وأدارني وراء الظهر وأقامني على يمينه**».

ولو قام خلفه جاز ولم يذكر الإساءة؛ لأن ابن عباس رضي الله عنهما وحده قام خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعلم والفقه، وقيل: يصير مسيئًا.

وإن كان معه رجل وامرأة أقامه على يمينه وأقامها خلفه، وإن كان معه رجلان وامرأة أقام الرجلين خلفه والمرأة خلفهما، ولو قام المؤتم أمام الإمام لا يصح اقتداءه؛ لأن التبع لا يسبق متبوعه.

ويلي الإمام أفضلهم لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لِيَلِيَنِّي**[1] **منكم أولو الأحلام والنهى، ثم الذين يلونهم**»[2].

---

(١) روي بإثبات الياء الثانية وتشديد النون، وروي بحذفها وتخفيف النون. اهـ "نيل الأوطار".

(٢) أخرجه «مسلم» ٢/٣٠ (٩٠٥) قال: حدثنا يحيى بن حبيب الحارثي، وصالح بن حاتم بن وردان. و«أبو داود» (٦٧٥) قال: حدثنا مسدد. و«الترمذي» (٢٢٨) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي. و«النسائي» في «الكبرى» (١١٦٦٠) عن حميد بن مسعدة. و«أبو يعلى» (٥١١١) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر. وفي (٥٣٢٤) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يونس بن محمد. وفي (٥٣٢٥) قال: حدثنا القواريري. و«ابن خزيمة» (١٥٧٢) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، وبشر بن معاذ العقدي. و«ابن حبان» (٢١٨٠) قال: أخبرنا محمد بن زهير، أبو يعلى، بالأبلة، قال: حدثنا نصر بن علي بن نصر.

=

وإذا اجتمع الجماعة الرجال والنساء والصبيان والخناثى يقوم أولا الرجال وبعدهم الصبيان الذكور وبعدهم الخناثى المشكل حالهم وبعدهم النساء الكبار وبعدهن الصبيَّات لقوله صلى الله عليه وسلم: «**خير صفوف الرجال أوَّلها وشرُّها آخرها، وخير صفوف النساء آخرها وشرُّها أوَّلها**[1]»[2].

وإمامة النساء وجماعتهن مكروهة خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن الجماعة

=

عشرتهم: (يونس بن محمد، وزكريا بن عدي، ويحيى بن حبيب، وصالح بن حاتم، ومسدد بن مسرهد، ونصر بن علي، وحميد بن مسعدة، ومحمد بن أبي بكر، والقواريري، وبشر العقدي) عن يزيد بن زريع، قال: حدثنا خالد الحذاء، عن أبي معشر، عن إبراهيم، عن علقمة بن قيس، فذكره.

(١) الْمُرَادُ بِالْحَدِيثِ: صُفُوفُ النِّسَاءِ اللَّوَاتِي يُصَلِّينَ مَعَ الرِّجَال، وَأَمَّا إِذَا صَلَّيْنَ مُتَمَيِّزَات، لَا مَعَ الرِّجَال، فَهُنَّ كَالرِّجَالِ، خَيْرُ صُفُوفِهِنَّ أَوَّلُهَا وَشَرُّهَا آخِرُهَا.

وَالْمُرَادُ بِشَرِّ الصُّفُوفِ فِي الرِّجَالِ وَالنِّسَاء: أَقَلُّهَا ثَوَابًا وَفَضْلًا، وَأَبْعَدُهَا مِنْ مَطْلُوبِ الشَّرْعِ، وَخَيْرُهَا بِعَكْسِهِ، وَإِنَّمَا فَضَّلَ آخِرَ صُفُوفِ النِّسَاء الْحَاضِرَاتِ مَعَ الرِّجَال، لِبُعْدِهِنَّ مِنْ مُخَالَطَةِ الرِّجَالِ وَرُؤْيَتِهِمْ، وَتَعَلُّقِ الْقَلْبِ بِهِمْ عِنْدَ رُؤْيَةِ حَرَكَاتِهِمْ، وَسَمَاعِ كَلَامِهِمْ، وَنَحْو ذَلِكَ، وَذَمَّ أَوَّلَ صُفُوفِهِنَّ لِعَكْسِ ذَلِكَ. شرح النووي (ج٢/ ص١٨٣).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ١/٧ (٤٤) و١/٢٥٣ (٢٦١٤) و١/٣٧٩ (٣٨٣٧ و٣٨٣٩) و٢/٥٤ (٤٦٨٦) و٢/٣٨٥ (٧٧١٠) مفرقا، قال: حدثنا يحيى بن أبي بكير، قال: حدثنا زهير بن محمد. و«أحمد» ٣/٣ (١١٠٠٧) قال: حدثنا أبو عامر، عبد الملك بن عمرو، قال: حدثنا زهير، يعني ابن محمد. وفي ٣/١٦ (١١١٣٨) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا شريك. و«عبد بن حميد» (٩٨٥) قال: حدثني زكريا بن عدي، قال: حدثنا عبيد الله بن عمرو الرقي. و«الدارمي» (٧٤٣) قال: حدثنا زكريا بن عدي، قال: حدثنا عبيد الله بن عمرو. وفي (٧٤٤) قال: حدثنا موسى بن مسعود، قال: حدثنا زهير، هو ابن محمد. و«ابن ماجه» (٤٢٧ و٧٧٦ و٨٧٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يحيى بن أبي بكير، قال: حدثنا زهير بن محمد. و«أبو يعلى» (١٣٥٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا يحيى بن أبي بكير، قال: حدثنا زهير بن محمد. و«ابن خزيمة» (١٧٧) قال: حدثنا أبو موسى، وأحمد بن عبدة، قال أبو موسى: حدثنا، وقال أحمد: أخبرنا أبو عامر، قال: حدثنا زهير بن محمد.

ثلاثتهم: (زهير بن محمد، وشريك بن عبد الله النخعي، وعبيد الله) عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن سعيد بن المسيب، فذكره.

شرعت لإظهار شعار الإسلام من الأذان والإقامة ويكره لهن الأذان والإقامة، فتكره لهن الجماعة، وما رُوي عن عائشة رضي الله عنها صلَّت بنسوة العصر وقامت وسطهن كان في ابتداء الإسلام حين كانت النساء يحضرن الجماعات ثم انتسخت جماعتهن، وإن صلين بجماعة يقوم إمامهن وسط الصف؛ لأن ذلك أستر لها كالعاري وإن تقدمت جاز.

العاري يصلي قاعدًا بإيماء، وإن صلوا قياما بركوع وسجود جازت صلاتهم؛ لأن الصلاة بإيماء أستر لسوأتيه الغليظتين، وترك القيام أخف من انكشاف العورة بدليل أنه يجوز الصلاة على الراحلة بإيماء مع القدرة على الأركان، ولا تجوز الصلاة عريانا مع القدرة على الستر، وقد ابتلي العاري بإحديهما فيختار أيهما شاء لكن اختيار الأخف أولى، وعند زفر رحمه الله لا يجزيه إلا قائما بركوع وسجود، وإن كانوا جماعة يصلُّون فرادى لئلَّا يقع بصره على عورة غيره، وإن صلوا جماعة يقعد الإمام وسط الصف؛ لأنه أستر له.

امرأة اقتدت بإمام وقد نوى إمامتها فقامت بجنبه فسدت صلاة الكل خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن الإمام ترك فرض القيام في صلاته وهو تأخيرها عن نفسه في الصف لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أَخِّرُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَخَّرَهُنَّ اللَّهُ تعالى**»[1] والمراد به مكان الصلاة بالإجماع، ففسدت صلاته بترك الفرض وتفسد صلاة القوم بفساد صلاة الإمام[2].

ولو قامت في الصف فسدت صلاة من على يمينها ويسارها وخلفها ولا تفسد صلاتها، وعند زفر رحمه الله: تفسد صلاتها أيضًا بتركها فرضًا وهو التأخير؛ لأن من ضرورة كونه مأمورا بتأخيرها كونها مأمورة بالتأخير.

لنا: أن الرجل هو المقصود بخطاب التأخير دونها، فيختص بخطاب التأخير دونها

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٤٩/٣، رقم ٥١١٥)، وابن خزيمة (٩٩/٣، رقم ١٧٠٠)، والطبراني (٢٩٥/٩، رقم ٩٤٨٤)، قال الهيثمي (٣٥/٢): رجاله رجال الصحيح.

(٢) انظر: ابن عابدين ٣٨٩/١، والهندية ٨٥/١، ٨٦، والدسوقي ٣٢٢/١، ٣٢٩، ٣٣٣، وكشاف القناع ٤٧٦/١، ٤٨٠ - ٤٨٤.

بهذا الفرض، كالمعتدي يختص بفساد صلاته إذا تقدم إمامه؛ لأنه مقصود بخطاب ترك التقدم على إمامه، وإن كن صفًّا تامًّا فسدت صلاته كلها خلفهن استحسانًا لقول عمر رضي الله عنه من كان بينه وبين إمامه طريق أو نهر أو صف من نساء فليس هو مع الإمام.

وإن كنَّ ثلاثا فسدت صلاة واحد عن يمينهن وواحد عن يسارهن وثلاثا ثلاثا خلفهن إلى آخر الصفوف؛ لأن الثلاث جمع صحيح فكان بمنزلة الصف في حق من صرن حائلات بينه وبين إمامه، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، ورُوي عنه أنه تفسد صلاة واحد عن يمينهن وواحد عن يسارهن وثلاثا خلفهن لا غير؛ لأنه محاذاة بينهن وبين ما وراء ذلك من الصفوف كما في الواحد.

ولو كانتا اثنتين فسدت صلاة اثنين خلفهما وواحد عن يمين إحديهما وواحد عن يسار الأخرى؛ لأن الاثنين ليس بجمع صحيح، ولهذا لا ينعقد بهما الجماعة فيكون حكمهما كحكم الواحد.

وفي رواية عن أبي يوسف: تفسد صلاة اثنين اثنين إلى آخر الصفوف؛ لأن للاثنين حكم الجمع بدليل أن لهما حكم الثلاث في الاصطفاف.

وذكر الجرجاني في آحاده: لو كبَّرت في الصف الأول وركعت في الصف الثاني وسجدت في الصف الثالث فسدت صلاة من على يمينها ويسارها وخلفها في كل صف؛ لأنها أدت في كل صف ركنًا من أركان صلاتها فصار كالمدفوع إلى صف النساء ثم شرائط المحاذاة ثلاثة وهي: أن تكون في صلاة مشتركة مطلقة وقد استويا في البقعة والمرأة من أهل الشهوة حتى لو لم تكن المرأة مشتهاة بأن كانت صغيرة أو كان إحداهما على الدكان أو كانا في صلاة الجنازة فلا محاذاة بينهما، ولا محاذاة أيضًا إذا كان بينهما حائل وأدناه مثل مؤخرة الرحل أو مقدمته؛ لأن أدنى أحوال الصلاة القعود فقد زادني الحائل به.

(**وفي النوادر**): قوم صلوا على ظهر طلة في المسجد وتحتهم وقدامهم نساء لا يجزيهم صلاتهم؛ لأنه تخلل بينهم وبين إمامهم صف نساء فمنع اقتداؤهم به، وإن كان بحذائهم من تحتهم نساء أجزأهم؛ لأنه ليس بينهم وبين الإمام نساء وبينهم

وبينهن حائل وهو ارتفاع المكان، فلا تتحقق المحاذاة كما لو كان بينهما حائط، وإن كان النساء فوق الحائط والرجال تحتهن بحذائهن، فإن كان الحائط قدر قامة فهو سترة، وإن كان أقل فليس بسترة وتفسد صلاتهم.

(**المنتقى**): قال أبو يوسف رحمه الله: رجل نوى أن يؤم الرجال والنساء إلا امرأة بعينها فاقتدت به تلك المرأة وقامت بجنبه لم تفسد صلاته لما عرف.

محاذاة المراهقة تفسد صلاته كالمرأة استحسانًا؛ لأن صلاتها صحيحة نفلا فوجدت المحاذاة في صلاة مشتركة وهي مشتهاة.

ولو اقتدت به بنية التطوع فسدت صلاتهما إذا حاذته؛ لوجود المحاذاة في صلاة مشتركة ويقضي التطوع؛ لأن شروعهما فيه قد صح.

وإن نوت العصر والإمام في الظهر فحاذته فسدت صلاتها خاصة، قيل: هذا عند محمد رحمه الله، وعندهما: تفسد صلاة الكل؛ لأن عند محمد مع اختلاف الفرضين لا يصح التحريمة أصلًا وعندهما تصح في النفل فتصير شارعة في صلاة الإمام تطوعا فيكون اقتداء المتطوع بالمفترض فصح.

قامت المرأة أمام الإمام لا تصح صلاتها خاصة؛ لأنها لم تصر شارعة في صلاة الإمام.

رجل وامرأة قاما يقضيان ما سبقا به فتحاذيا؛ لم تفسد صلاته لأنهما لم يشتركا في صلاة واحدة؛ لأن المسبوق فيما يقضي منفرد، ألا ترى أنه يقرأ فيه ويسجد لسهوه.

وإن أدركا أول الصلاة وناما أو أحدثا ثم قاما يقضيان وتحاذيا فسدت صلاته لأنهما لاحقان واللاحق بمنزلة من يصلي خلف الإمام بدليل أنه لا يقرأ فيه ولا يسجد لسهوه.

ولو حاذته في الذهاب للوضوء أو الرجوع عنه لم تفسد صلاته استحسانًا؛ لأنه لم يحصل أداء شيء من الصلاة بجنبها فلم تتحقق المحاذاة في حقيقة الصلاة.

(باب اختلاف فرض الإمام والمأموم)

أصله: أن صلاة المقتدي تنبني على صلاة الإمام صحة وفسادًا؛ لقوله

صلى الله عليه وسلم: «**الإمامُ ضامنٌ**»[١]؛ أي: بصلاته صلاةَ المؤتَمِّ صحة وفسادًا[٢].

وبناء الناقص على الكامل يجوز، وبناء الكامل على الناقص لا يجوز؛ لأن الناقص لا يصلح أساسًا للكامل؛ لأنه بقدر النقصان بناء الشيء على العدم وإنه محال ولا تجوز إمامة العريان اللابسين، ولا صاحب العذر الدائم الأصحَّاء، ولا الأمي القارئ ولا الأخرس المتكلم؛ لأن صلاة الإمام ناقصة وصلاة المقتدي كاملة والكامل لا ينبني على الناقص، ولا يؤم الأخرس الأمي ذكره الكرخي؛ لأن الأمي يقدر على إيجاد التحريمة والأخرس لا، والصلاة لا تصح بدونها في الأصل، وقد سقط في حق الأخرس للعذر، ولا عذر في حقِّ الأمِّيِّ فبقيت تحريمة الإمام شرطًا في حقه ولم توجد، فصار كما لو انعدم شرط من سائر الشروط، ولا يؤم المومئ من يركع ويسجد، خلافًا لزفر لأن الصلاة بالإيماء ليست بصلاة حقيقةً لكن جعلت صلاة في حق المومئ لأجل الضرورة فبقيت غير صلاة في حق المقتدي.

ويجوز إمامة هؤلاء لأمثالهم لاستواء أحوالهم وصلاتهم، ويجوز اقتداء القاعد والمومئ بالقائم؛ لأنه بناء الناقص على الكامل، ويجوز اقتداء القائم بالقاعد عندهما. وعند محمد رحمه الله: لا يجوز؛ لأن صلاة الإمام أنقص؛ لأن الصلاة قاعدًا أنقص من الصلاة قائمًا وبناء الكامل على الناقص لا يجوز.

لهما: ما رُوي «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى في آخر عمره قاعدًا والناس خلفه قيام**»؛ ولأن القعود قيام بالنصف الأعلى وأنه أصل، والقيام بالنصف الأسفل كالتابع له لأن النصف الأعلى يبقى حيًّا بدون الأسفل، والأسفل لا يبقى بدون الأعلى فيكون تبعًا للأعلى؛ فوجد أصل القيام وانعدم وصف الكمال فيه، فلا يمنع صحة

---

(١) قوله: (الْإِمَام ضَامِن) أَيْ: مُتَكَفِّل لِصَلَاةِ الْمُؤْتَمِينَ بِالْإِتْمَامِ، فَالضَّمَان هُنَا لَيْسَ بِمَعْنَى الْغَرَامَة، بَلْ يَرْجِع إِلَى الْحِفْظ وَالرِّعَايَة. قَالَ الْخَطَّابِيُّ: قَالَ أَهْل اللُّغَة: الضَّامِن فِي كَلَام الْعَرَب مَعْنَاهُ الرَّاعِي، وَالضَّمَان الرِّعَايَة، فَالْإِمَام ضَامِن بِمَعْنَى أَنَّهُ يَحْفَظ الصَّلَاة وَعَدَد الرَّكَعَات عَلَى الْقَوْم. وَقِيلَ: مَعْنَاهُ ضَمَان الدُّعَاء يَعُمّهُمْ بِهِ وَلَا يَخْتَصّ بِذَلِكَ دُونهمْ، وَلَيْسَ الضَّمَان الَّذِي يُوجِب الْغَرَامَة مِنْ هَذَا بِشَيْءٍ. وَقَدْ تَأَوَّلَهُ قَوْم عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ يَتَحَمَّل الْقِرَاءَة عَنْهُمْ فِي بَعْض الْأَحْوَال، وَكَذَلِكَ يَتَحَمَّل الْقِيَام أَيْضًا إِذَا أَدْرَكَهُ الْمَأْمُوم رَاكِعًا. عون المعبود - (ج٢/ ص٤٠).

(٢) انظر: الطحطاوي على مراقي الفلاح ص١٥٧، وفتح القدير ١/٣١٨، والهندية ١/٨٤، ومغني المحتاج ١/٢٤١، وكشاف القناع ١/٤٧٦.

الاقتداء به كالمستوي اقتدى بالمنحنيِ ظهره، وكما جاز اقتداء جاز البناء عندهما خلافًا لمحمد رحمه الله.

وتجوزُ إمامة الماسح الغاسلين؛ لأن طهارته كطهارة الغاسل؛ لأن رجلاه كانتا مغسولتين والحدث لم يحل بهما؛ لأن الخف جعل مانعًا من حلول الحدث بهما.

وإمامة الماسح على الجبائر للغاسلين لا تجوز عند بعضهم كصاحب الجرح السائل ويجوز عند بعضهم؛ لأن المسح على الجبيرة كالغسل لما تحتها.

وإمامة الخنثى المشكل لمثله لا تجوز لجواز أن يكون الإمام امرأة والمقتدي رجلا.

وإمامة الخنثى المشكل للنساء جائزة أن يقدمهن، وإن قام وسطهن فسدت صلاتهم لوجود المحاذاة منهن.

إن كان الإمام رجلا أميًّا أمَّ أميين وقارئين فسدت صلاتهم جميعًا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: صلاة الأميين تامة والقارئين فاسدة؛ لأن اقتداء القارئ بالأمي لم يصح فصار كأنه لم يقتد به، وأم الأمي بأمثاله وصار كالعاري أم العراة والكساة، وصاحب العذر أمَّ أمثاله والأصحاء جازت صلاة من هو مثله، فكذا هذا. له: أن الأمي قدر على الصلاة بقراءة؛ لأنه يمكنه أن يقتدي بالقارئ فيصير صلاته بقراءة؛ لأن قراءة الإمام قراءة المقتدي؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**قراءة الإمام قراءة لمن خلفه**»، فإذا لم يقتد به فقد ترك صلاة بقراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته، وتفسد صلاة القوم بفساد صلاته بخلاف تلك المسائل؛ لأن فعل الإمام لا يكون فعلا للمقتدي.

ولو صلى أُمِّيٌّ بجنب قارئ فسدت صلاة الأمي عند بعضهم؛ لأنه يمكنه الاقتداء بالقارئ، فقد ترك القراءة مع القدرة عليها، وعند بعضهم: لا تفسد؛ لأن القارئ لم يظهر من نفسه الإمامة.

وذكر الكرخي في مختصره: لو اقتدى القارئ بالأمي ولم ينو الأمي إمامته لم تفسد صلاته؛ لأن القارئ لا يدخل في صلاة الأمِّيِّ إلا بالنية؛ لأن الأمي يلحقه

الفساد من جهة القارئ فصار كالرجل مع المرأة، وقيل: تفسد بغير نية الإمامة؛ لأن الفساد لا يلحقه باقتداء القارئ به بل باعتبار تمكُّنه من الاقتداء بالقارئ؛ لما قلنا.

أمِّيٌّ تعلَّم سورة في خلال الصلاة؛ فسدت صلاته خلافًا للشافعي؛ لأنه تفرَّقت حالته وتكامل آخر صلاته فالكامل لا ينبني على الناقص كالمومئ إذا قدر على الركوع والسجود.

ولو اقتدى بالقارئ ثم تعلم سورة قيل: لا تفسد صلاته؛ لأن قراءة الإمام جعلت قراءة له، فقد تكامل أول صلاته وبناء الكامل على الكامل يجوز، وتفسد عند عامة المشايخ؛ لأنه متى قدر على القراءة حقيقة فقد تفوَّقت هذه الحالة على تلك الحالة؛ لأن الصلاة بالقراءة حقيقة فوق الصلاة بالقراءة حكمًا؛ فلا يمكنه البناء عليها.

استخلف القارئ أمِّيًّا فسدت صلاة الكل؛ لأنه أنقص حالا منه فلا يصلح إمامًا له.

ولو قرأ في الأولتين ثم استخلف أُميًّا في الآخرتين فسدت صلاتهم، وعن أبي يوسف رحمه الله: لا تفسد؛ لأن فرض القراءة صار مُؤدًّى فيستوي الأمِّيُّ والقارئ بعده.

لنا: أن الأمي أضعف حالا وأنقص صلاة من القارئ فلا يصلح إماما للأول، كالمرأة والصبي فقد استخلف من لا يصلح إمامًا له فتفسد صلاتهم.

أُمي مسبوق كان إمامه قارئًا لا تفسد صلاته إذا سلم استحسانًا؛ لأنه لو فسدت تحصل صلاته كلها بغير قراءة، ولو لم تفسد تحصل بعضها بقراءة فكان هذا أولى، وكذلك الحكم في الآخرتين. والله أعلم بالصواب.

(باب ما يمنع صحَّة الاقتداء وما لا يمنع)

أصله: أن اتحاد الصلاتين شرط لصحة الاقتداء؛ لأنه متى تغاير الفرضان واختلفا فتحريمة الإمام لم تنعقد لصلاة المقتدي، فلا يجوز البناء على صلاة الإمام ولا يصح اقتداء مصلي الظهر بمصلي العصر ومصلي ظهر يومه بمصلي ظهر غده ولا اقتداء المفترض بالمتنفل.

وقال الشافعي رحمه الله: يصح، والصحيح قولنا؛ لأن صلاة المقتدي تبتنى على صلاة الإمام صحة وفسادًا ونقصانًا لما قدَّمنا وكمالا حتى تنتقص صلاته بسهو الإمام، ولهذا لا يصح الاقتداء بمن ليس من أهل الإمامة والصلاة، كالمرأة والجنب والكافر

والبناء على المعدوم محال وعلى الموجود صحيح، وتحريمة المقتدي انعقدت لصلاة موصوفة بصفة هي معدومة في صلاة الإمام فكان هذا بناء على المعدوم فلم تصح، حتى لو كانت صلاة واحدة فأتمها من يوم واحد فصح اقتداء أحدهما بالآخر؛ لأن صلاة الإمام والمؤتم بصفة واحدة.

ويصح اقتداء المتنفل بالمفترض؛ لأن تحريمة الفرض اشتملت على الأصل والوصف والنفل يتأدى بأصل التحريمة فجاز بناء النفل على تحريمة الفرض، فأما إحرام النفل اشتمل على الأصل دون الوصف، والفرض لا يتأدى بأصل الإحرام.

(**النوادر**): ولا يجوز اقتداء الناذر بالناذر؛ لأن الصلاة المنذورة إنما وجبت بالتزامه وله ولاية على نفسه دون غيره فظهر وجوبها في حق نفسه وبقيت نفلا في حق غيره فتصير بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل، حتى لو نذر رجل بصلاة ورجل آخر نذر بتلك الصلاة التي نذر بها الأول فاقتدى أحدهما بالآخر صح؛ لأنه صلاة متحدة وجبت على كل واحد بالتزامه فيصير بمنزلة اقتداء المفترض بالمفترض في صلاة واحدة بعينها، وكذا لو أفسد كل واحد تطوعه ثم اقتدى أحدهما بالآخر في القضاء لا يصح؛ لأنهما صلاتان مختلفتان.

ولو اشتركا في نافلة وأفسداها ثم اقتدى أحدهما بالآخر صح؛ لأن الواجب متحد.

ويصح اقتداء الحالف بالحالف؛ لأن الصلاة هنا ما وجبت لعينها بل لغيرها وهو تحقيق البر فبقيت نفلا في نفسها فيكون بمنزلة المتطوع، ولا يجوز اقتداء الناذر بالحالف؛ لأنه بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل.

ويصح اقتداء الحالف بالناذر؛ لأنه بمنزلة اقتداء المتنفل بالمفترض. نوى الظهر مع الإمام، فإذا هي الجمعة أو على عكسه لا يجوز؛ لأنهما فرضان مختلفان قدرًا ووصفًا وشرطًا فيمنع صحة الاقتداء، وإن نوى صلاة الإمام ولا يدري أنها الظهر أو غيرها فوافق صلاته صلاة الإمام جاز.

اقتدى أحد المسبوقين بالآخر لا تجوز صلاة الجمعة، المؤتم وكذا المقيمان صليا خلف المسافر وقاما إلى القضاء؛ لأنه اقتدى في موضع الانفراد؛ لأنه فيما يقضي منفرد إلا أنه لو اقتدى به آخر لا يصح؛ لأن تحريمته بناء على تحريمة الإمام.

وذكر الجرجاني في آحاده: لو نوى المقتدي أن ينفرد بصلاته فركع وسجد فسدت صلاته عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يفسد؛ لأن صلاة المنفرد والمؤتم متحدة، ألا ترى أن من سبقه الحدث وخلفه مؤتم واحد يصير منفردًا، وكذلك المسبوق فيما يقضي ولكن تختلفان في القراءة فلم يكن في نية الانفراد أكثر من فعل القراءة، ولو قرأ المؤتم لم تفسد صلاته وكذا هذا.

له: أن بين الاقتداء والانفراد تنافٍ؛ لأنه بالاقتداء يصير تبعا لغيره وبالانفراد يصير أصلًا وبينهما تنافٍ إلا أنه ما لم ينفرد بزيادة ركعة لا تفسد صلاته؛ لأن زيادة ما دون الركعة لا تفسد الصلاة.

ولو نوى المؤتم أن يأتم بغير إمامه فسدت صلاته بمجرد النية مع التكبير؛ لأن للإمام الآخر تحريمة أخرى، فمتى نوى الاقتداء به فقد بنى أفعال صلاته على تحريمةٍ مخالفة الأولى فصار كما افتتح بنفسه صلاة أخرى بخلاف ما لو نوى الانفراد بنفسه؛ لأنه بالنية لم يخرج عن التحريمة الأولى ولا بنى على تحريمة أخرى، فلا يعتد بمجرد النية، كمن نوى إفساد صلاته ولم يأت بالمفسد.

(**النوادر**): رجلان افتتحا الصلاة معا ونوى كل واحد أن يكون إمامًا لصاحبه فصلاتهما تامة؛ لأن الإمامة تصح من غير النية فلغت النية فصار كل واحد شارعا في صلاة نفسه، وإن نوى كل واحد أن يأتم بصاحبه فصلاتهما فاسدة؛ لأن كل واحد قصد صلاة الاشتراك، فلم تصح لاستحالة كون كل واحد إمامًا ومؤتمًّا وإنه ضد صلاة الانفراد فلم تصح أيضًا للمضادة.

رجلان أمَّ أحدهما صاحبه فلم يدريا أيهما الإمام يركعان ويسجدان معا ويقرآن جميعا، فإن تخالفا بينهما فصلاتهما فاسدة؛ لأن الإمام إذا اقتدى أو المقتدي إذا انفرد في غير محلة تفسد صلاته ولا يدري حالهما فتفسد صلاتهما احتياطا.

(فصل)

بينه وبين الإمام حائط جازت صلاته، فقد أطلق محمد رحمه الله، قالوا: هذا إذا كان الحائط قصيرًا مثل قامة الرجل بحيث لا يمنعه من الوصول إلى الإمام، وإن

كان كبيرًا لا تجوز صلاته، اشتبه عليه حال الإمام أم لا؛ لأنه حينئذ يكون حائلا بينه وبين الإمام كالنهر العظيم والطريق العريض، فإن كان على الحائط الكبير نقب، فإن كان النقب كبيرا مثل الباب يصح الاقتداء به، وإن كان صغيرا مثل نقب الصخرة قيل: لا يصح الاقتداء؛ لأنه يمنعه من الوصول إلى الإمام لو قصده فيصير حائلا بينه وبين الإمام.

وقيل: يصح؛ لأن الحائط إنما منع صحة الاقتداء بسبب اشتباه حال الإمام عليه والاشتباه يزول بمثل هذا النقب، وإن كان على الحائط باب مشدود، قيل: لا يصح الاقتداء؛ لأنه يمنعه من الوصول إلى الإمام فيصير حائلًا بينهما، وقيل: يصح؛ لأن وضع الباب للوصول فيكون المسدود كالمفتوح.

ولو كان الإمام على سطح المسجد والقوم على الأرض أو على عكسه، قيل: إن كان عليه باب ومنفذ يصح الاقتداء، وإلا فلا، كما في الحائط، وقيل: إن كان لا يشتبه عليه حال إمامه صح وإلا فلا.

ولو كان على سطح داره بجنب المسجد لا يصح اقتداؤه، وهو الصحيح؛ لاختلاف المكان إلا إذا كان على رأس حائط المسجد.

ولو اقتدى بالإمام في المسجد عن بعد صح إذا لم يشتبه عليه حال إمامه؛ لأن المسجد مع تباين أكنافه وتباعد أطرافه جعل كبقعة واحدة.

ولو اقتدى بالإمام في الصحراء وبينهما قدر الصفين فصاعدًا لا يصح الاقتداء ودونه يصح؛ لأن مقدار ما دون الصفين صار مكان الصلاة لضرورة صحة الاقتداء وما زاد فلا، وإن كان بينهما طريق عام أو نهر عظيم لم تجز صلاته خلافًا للشافعي رحمه الله لقول عمر رضي الله عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى النبي صلى الله عليه وسلم: «**من كان بينه وبين الإمام نهر أو طريق أو صفٌّ من نساء فليس هو مع الإمام**» ولأنه تخلل بين الإمام والمقتدي ما ليس بمكان الصلاة؛ لأن الطريق أعد للمرور والنهر للماء لا للصلاة؛ فاختلاف المكان يمنع صحة الاقتداء كما لو كان خارج المسجد فاقتدى بإمام في المسجد لا يصح، بخلاف ما لو كان الطريق والنهر صغيرا؛ لأن الاحتراز عنه في الصحراء غير ممكن؛ لأنه لا بد من أن يتخلل بينه وبين الإمام فرجة ليست من مكان الصلاة.

ومقدار الطريق العام قيل: ما يمر فيه العام، وما يمر فيه الواحد والاثنان يكون طريقا خاصًا، وقيل: ما يمر فيه العجلة وحمل البعير؛ لأن أقل ذلك يسير.

ومقدار النهر العظيم ما تجري فيه السفن ذكره في (**المنتقى**) عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح، وعن أبي يوسف: ما يمكن المشي في بطنه.

ولو كان على النهر جسر وعليها صفٌّ وعلى الطريق صف متصل بالصفوف صح؛ لأن باتصال الصفوف صار كبقعة واحدة، ولو كان على الطريق واحد لا يثبت الاتصال، وإن كان ثلاثا يثبت؛ لأن الثلاث جمع صحيح فيكون له حكم الصف، وإن كان اثنان قال محمد رحمه الله: حكمهما كحكم الواحد، وقال أبو يوسف: حكمهما كحكم الثلاث لما قدمناه، والله أعلم.

(باب حكم اللاحق والمسبوق[1])

المسبوق: من سبقه الإمام بشيء من صلاته، واللاحق: من أدرك أول الصلاة مع الإمام وعجز عن إتيان الباقي بالعذر أو بالنوم أو بمزاحمة الناس حتى عجز عن الركوع والسجود، أو سبقه الحدث ونحوه.

والمسبوق يصلي أولا ما أدرك مع الإمام ثم يقضي ما يسبق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «**مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا، وَمَا فَاتَكُمْ فَاقْضُوا**»[2].

---

(١) انظر: ابن عابدين ١/٤٠١، وكشاف القناع ١/٤٦١، ٤٦٢.

(٢) أخرجه «البخاري» ١/١٢٩ (٦٣٥)، وفي «القراءة خلف الإمام» (١٧٨) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا شيبان. و«مسلم» ٢/١٠٠ (١٣٠٤) قال: حدثني إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا محمد بن المبارك الصوري، قال: حدثنا معاوية بن سلام. وفي ٢/١٠١ (١٣٠٥) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا معاوية بن هشام، قال: حدثنا شيبان. و«ابن خزيمة» (١٦٤٤) قال: حدثنا بحر بن نصر بن سابق الخولاني، قال: حدثنا يحيى بن حسان، قال: حدثنا معاوية بن سلام. و«ابن حبان» (٢١٤٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا شيبان.

كلاهما: (شيبان بن عبد الرحمن، ومعاوية بن سلام) عن يحيى بن أبي كثير، عن عبد الله بن أبي قتادة، فذكره.

واللاحق يقضي أولا ما فاته مع الإمام ثم يتابعه إن أدركه ليقع قضاؤه مرتبًا كما فاته، واللاحق لا يقرأ فيما يقضي؛ لأنه بمنزلة المقتدي؛ لأنه اقتدى به ليصلي معه لكنه تخلف عنه بعارض فيصلي مثل ما يصلي خلف إمامه حقيقةً.

والمسبوق يقرأ فيما يقضي مثل ما قرأ إمامه الفاتحة والسورة؛ لأن ما يقضي أول صلاته في حق الأذكار لما تبين[1].

والقراءة في أول الصلاة فرض، وإن قرأ خلف إمامه فيما أدرك لا ينفعه؛ لأنه منهي عنها والمنهي عنه لا ينوب عن المأمور به، ولا ينفعه قراءة الإمام فيما أدرك معه؛ لأن قراءة الإمام في الآخرتين تطوع أو قضاء عن الأولتين والتطوع لا ينوب عن الفرض والقضاء يلتحق بمحله وهو الشفع الأول فبقي الأخريان بغير قراءة.

أدرك مع الإمام الركعة الثالثة من المغرب قضى الأولى والثانية بقراءة ويجلس في كل ركعة بناء على أن ما يقضي المسبوق أول صلاته في حق الأذكار، والقراءة فرض في أول الصلاة، وقراءة الإمام في الثالثة تطوُّعٌ، والتطوُّع لا ينوب عن الفرض وإنما يقعد عقيب كل ركعةٍ احتياطًا؛ لأن ما يقضي إن كان أول صلاته حكما فهو آخر صلاته حقيقة فأوجبناها باعتبار الحقيقة احتياطًا ثم ما يقضي المسبوق أول صلاته حكمًا عندهما، وهو المروي عن علي وابن عمر رضي الله عنهما، وعن محمد والشافعي رحمهم الله آخر صلاته إلا في حق القراءة، وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه؛ لأن ما أدرك أول صلاته حقيقة لأنه يلي تحريمته فيكون أوَّلًا حكمًا اعتبارًا للحقيقة. لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «**وما فاتكم فاقضوا**»، والفائت له مع الإمام أول صلاته ولأن ما أدرك آخر صلاة الإمام فيكون آخر صلاة المقتدي حقيقة للتبعية، وفائدة هذا الخلاف لا يظهر في حق المرأة ولا في حق القنوت حتى لو أدرك ثالثة الوتر فقنت مع الإمام لا يقنت فيما يقضي بالإجماع لما قدمنا، وإنما يظهر في حق الاستفتاح فعندهما المسبوق يستفتح فيما يقضي، وعند محمد يستفتح للحال.

ولو أدرك الإمام في الركعة الأولى إن كانت صلاة يجهر فيها بالقراءة لا يأتي بالثناء؛ لأنه مأمور بالاستماع؛ فلو اشتغل بالثناء يفوته الاستماع، وإن كانت صلاة يخافت فيها

---

(١) انظر: كشاف القناع ١/٤٦١، والفتاوى الهندية ١/٩١، وابن عابدين ١/٤٠٠.

بالقراءة، قيل: يأتي بالثناء؛ لأنه لا يتضمن فوات الاستماع، وقيل: لا يأتي؛ لأنه مأمور بالاستماع والإنصات بالنص، فإن عجز عن الاستماع لا يعجز عن الإنصات فلزمه.

ولو أدركه في الركوع يكبر بالافتتاح ثم يكبر أخرى للانحطاط، ولا يأتي بالثناء بل يشتغل بتسبيحات الركوع؛ لأن الثناء سنة كتسبيحات الركوع والتسبيحات في محلها والثناء لا فكان الإتيان بها أولى.

ولو أدركه في القعود يكبر الافتتاح ثم يكبر أخرى للانحطاط ولا يأتي بالثناء بل يشتغل بتسبيحات الركوع وقعد يتابعه في التشهد؛ لأنه مشروع في وسط الصلاة ولا يتابعه في الدعوات لأنها مشروعة في آخر الصلاة، وعن محمد أنه يدعو بالدعوات المذكورة في القرآن؛ لأنه يومي لمثل هذه الدعوات في وسط الصلاة بأن يقرأ في حالة القراءة، وقيل بأنه يكرر؛ لأن القعدة شرعت محلًّا للتشهد دون الدعاء وقيل بأنه يسكت؛ لأنه لو كرر التشهد فيصير مخالفا لإمامه والدعاء لم يشرع في وسط الصلاة فتعين السكوت[1].

(**النوادر**): ولو قعد الإمام في الثانية وقام المقتدي يعود ويقعد، فإن فاته الركوع، وكذا لو قام الإمام إلى الثالثة ولم يتم المأمور يشهده وإن فاته الركوع؛ لأن الركوع لا يفوته في الحقيقة؛ لأنه مدرك فيقضي ما فاته مع الإمام والقعدة والتشهد في محله وهو واجب وفيه تحقيق المتابعة أيضًا؛ فوجب تقديمه في رعاية الترتيب فيه.

ولو سلم الإمام أو تكلم في آخر صلاته والمقتدي لم يقرأ التشهد قرأه، وإذا أحدث الإمام عمدا لم يقرأه؛ لأن المقتدي يبقى في حرمة الصلاة بعد صلاة الإمام وكلامه ولا يبقى بعد الحدث العمد.

ولو نام خلف إمامه حتى افتتح الصلاة وترك الإمام سجدة من الركعة الأولى وقضاها في الثانية ولم يقعد فيها، ثم انتبه وعلم بذلك يسجد تلك السجدة في محلها من الركعة الأولى؛ لأن الإمام إنما أتى بها في الثانية قضاء والقضاء يلتحق بمحل الأداء فكأنه أتى بها في محلها ولا يقعد تحقيقا للمتابعة.

ولو رفع المقتدي رأسه من الركوع أو السجود قيل: الإمام ينبغي أن يعود لقصد إتمام الأول متابعة للإمام؛ لأن متابعته واجبة[2].

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/٩١، وابن عابدين ١/٤٠٠.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١/٤٩٩، روضة الطالبين ١/٣١٤، المجموع للنووي ٤/١٤٧، المغني لابن قدامة ١/٤١ - ٤٢، كشاف القناع ١/٤٠٨.

(**المبسوط**): ولو أدرك الإمام في الركوع وشاركه فيه صار مدركًا للركعة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من أدرك الإمام في الركوع وشاركه فيه صار مدركًا تلك الركعة**»[١]، ولأنه أدرك فيما له حكم القيام فصار كما لو أدركه في حقيقة القيام، وكذا لو أدرك الإمام في القيام ولم يركع معه حتى رفع رأسه ثم ركع؛ لأنه شاركه في حقيقة القيام ولكن تخلف عنه في الركوع فصار لاحقًا فيه فعليه أن يتبعه فيه[٢].

ولو كبر والإمام راكع ووقف حتى رفع الإمام رأسه لم يدرك الركعة خلافا لزفر رحمه الله؛ لأن الاقتداء أشركه ولا شركة في الإحرام وإنما الشركة في الفعل ولم توجد المشاركة في الفعل لا في حقيقة القيام ولا فيما له حكم القيام فلا يصير مدركًا للركعة[٣].

(**وفي النوادر**): مُصَلي رَفع رأسه من الركوع فظن أنه لم يقرأ السورة فقرأ فاقتدى به رجل ثم علم أنه إن كان قرأها ثم ركع ثانيًا لا يصير المسبوق مدركًا لهذه الركعة؛ لأنه تبيَّن أن الركوع الأول فرضٌ، والثاني نفلٌ فصار كأن المسبوق لم يدرك الركوع من هذه الركعة.

رجل أتى إلى الإمام وهو ساجد فكبر يتبعه في السجدة تحقيقًا للمتابعة، فإن لم يشاركه فيها حتى رفع الإمام رأسه يتبعه في السجدة الثانية ما لم يركع الركعة الأخرى؛ لأنه مدرك فيها فعليه أن يأتي بها تحقيقًا للمتابعة، إلا إذا خاف فوت الركوع الثاني، فإنه لا يأتي بالسجدة الثانية؛ لأن الركوع يعتد من صلاته والسجدة لا فكانت المتابعة فيما هو معتد من صلاته أولى ولا بأس بالسجدة الأولى إن لم يخف فوات الركوع؛ لأنه لم يدرك أول السجدة مع الإمام، فلو تابعه فيها كان قضاء

---

(١) أخرجه البخاري في "القراءة خلف الإمام" (ص/١٣٧) موقوفا، وانظر "البدر المنير" (٥١٢/٤).

(٢) انظر: المغني ٥٠٤/١ وما بعدها، وجواهر الإكليل ٣٩٩/١، ٨٤، ٤٦، وحاشية ابن عابدين ٤٥٦/١، وحاشية القليوبي ٢١٥/١.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٨٤/١، وبداية المجتهد ١٨٩/١، والشرح الصغير ٤٥٨/١، والمجموع ٢١٦/٤، والقوانين الفقهية ص٧٢ ، والمغني ٥٠٦/١، والإنصاف ٢٢٣/٢ - ٢٢٤.

لما سبق به في حق أول السجدة قبل فراغ الإمام وأنه لا يجوز، ولو أتى بالركوع وشارك الإمام في السجدتين لا تفسد صلاته؛ لأنه انفرد عن إمامه بأقل من ركعة واحدة.

أطال الإمام السجود فرفع المقتدي رأسه فظن أن الإمام سجد ثانيا فسجد إن نوى الأولى أو لم يكن له نية يكون عن الأولى تحقيقًا للمتابعة وحملًا لفعله على الموافقة؛ إذ هو مأمور بالمتابعة منهي عن المخالفة، وكذا إن نوى الثانية والمتابعة للإمام؛ لأنه يترجح نية المتابعة لما فيها تحقيق الموافقة وإنه مأمور بها ولغت نية الثانية لكون المخالفة منهية، وإن نوى الثانية لا غير يكون عن الثانية لأنها لا تحمل الأولى لما عينها للثانية، فإن شاركه الإمام فيها جاز خلافا لزفر رحمه الله، وكذا لو ركع قبل إمامه فأدركه فيه جاز خلافا لزفر رحمه الله؛ لأن قدر ما شاركه الإمام فيه ينطلق عليه اسم الركوع والسجود فيقع بتوقيعه كما لو شاركه في الطرف الأول دون الثاني، وذلك لأن الوضع وسيلة، فإذا حصل المقصود سقطت الوسيلة.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: لو سجد المقتدي قبل رفع الإمام رأسه من الركوع ثم أدركه الإمام فيها لا يجزيه؛ لأنه سجد قبل أوان السجدة في حق الإمام فكذلك في حقه؛ لأنه تبع له فصار كما لو سجد قبل الركوع، فعلى قياس هذه الرواية ينبغي أنه لو سجد ثانيًا قبل رفع الإمام رأسه من السجدة الأولى لا يجزيه وإن شاركه فيها، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجوز؛ لأن قدر ما شاركه الإمام فيه وقع موقعه كما بينا.

وإن أطال المؤتم السجود فسجد الإمام الثانية فرفع المؤتم رأسه فظن الإمام في السجدة الأولى فسجد ثانيا يكون عن الثانية وإن نوى الأولى لا غير؛ لأن النية لم تصادف محلها لا باعتبار فعله ولا باعتبار فعل الإمام فلغت بخلاف ما لو نوى الثانية لا غير في المسألة المتقدمة؛ لأن النية صادفت مجملها باعتبار فعله فإنها ثانية في حقه فصحت.

المقتدي يركع مع الإمام ويسجد سجدة قبله وأخرى معه هكذا فعل في ركعتين فعليه أن يسجد سجدتين؛ لأن ما فعل قبله غير معتدٍّ به إلا أن ينوي بإحديهما من

الركعة الثانية قضى عن الركعة الأولى فعليه سجدة واحدة للركعة الثانية.

(**الأصل**): إن الاقتداء في موضع الانفراد وإن كان في ركن واحد يفسد الصلاة، والانفراد في موضع الاقتداء لا تفسد الصلاة إلا بركعة تامة؛ لأن الاقتداء هو المتابعة والانفراد هو الأصالة وبينهما تنافٍ، والمتابعة تتحقق في ركن واحد فتبطل الأصالة والمتابعة لا تفوت بالانفراد بركن واحد أصلًا؛ لأنه يأتي بعد الإمام ما أتى به الإمام كاللاحق فكان المفسد للصلاة حالة الانفراد شروعه في صلاة أخرى لا فوات المتابعة وذلك إنما يتحقق إذا أتى بركعة واحدة.

قضى المسبوق ما فاته قبل أن يقعد الإمام قدر التشهد لم يجزه؛ لأنه يلزمه متابعة الإمام في القعدة، فإذا انفرد بركعة في موضع المتابعة بطلت صلاته.

وذكر في نوادر الصلاة: إن قرأ بعدما قعد الإمام قدر التشهد ما تجوز به الصلاة لا يفسد؛ لأن ما وجد من القراءة قبله لم يقع معتبرًا؛ لأنه أتى به في حال هو مقتدٍ بالإمام فعلا يعتد بها بخلاف ما بعده، وإن كان مسبوقًا بثلاث ركعات، فإن قام بعد قعود الإمام أجزأه؛ لأنه يقضي القراءة في الآخرتين، وإن لم يقم بطلت قيامه حال تشهد الإمام غير معتد به؛ لأنه كان في حال يجب عليه متابعة الإمام.

أدرك الإمام بعدما رفع رأسه من الركوع أو أدركه في السجدة الأولى فركع وسجد سجدتين لا تفسد صلاته؛ لأنه لم ينفرد إلا بزيادة ركوع قد وجب عليه متابعة إمامه في السجدتين والانفراد بزيادة ركن لا يفسد الصلاة، ولو أدركه في السجدة الثانية فركع وسجد سجدتين تفسد صلاته؛ لأنه انفرد بزيادة ركعة تامة وهو الركوع والسجود.

ولو نام خلف إمامه فانتبه وقد سجد الإمام سجدة التلاوة فظن أنه ركع وسجد فركع هذا الرجل وسجد يريد اتباع هذا الإمام لا تفسد صلاته؛ لأنه متبع للإمام في السجدة فلم ينفرد إلا بزيادة ركوع، فإن سجد أخرى فسدت؛ لأنه انفرد بزيادة ركعة وسجدة ولا تكون سجدة التلاوة فاصلةً بين الركوع والسجدة الثانية.

إمام صلى بقوم أربع ركعات ولم يقعد في الرابعة وقام إلى الخامسة وركع وتابعه القوم وعاد إلى القعدة ولم يعلم القوم حتى سجدوا فصلاة الكل جائزة؛ لأنه

لما رجع عن الركوع إلى القعود بطل ركوعه فبطل ركوع القوم فبقي لهم زيادة سجدة أو سجدتين وذلك لا يفسد الصلاة.

ولو كبر المسبوق ينوي الاستقبال يخرج من صلاته؛ لأن حكم صلاة المنفرد مختلفان بدليل أن الاقتداء بالمسبوق لا يصح وبالمنفرد يصح، فإذا أقبل على إحديهما وكبر ينتقل عن الأخرى، وكذا من كان في المكتوبة فكبَّر ينوي النافلة أو كان في النافلة فكبَّر ينوي المكتوبة أو في الظهر فكبَّر ينوي الجمعة أو في الجمعة فكبَّر ينوي الظهر؛ يخرج عن الأولى؛ لأنه نوى الشروع فيما هو ليس فيه فصحَّت نيته فصار شارعا فيه ومن ضرورة شروعه فيه خروجه عن الأولى لأنهما حكمان مختلفان حكما.

ولو شك المصلي في تكبيرة الافتتاح فأعاد التكبيرة علم أنه كبَّر لا يكون قطعًا لصلاته؛ لأنه نوى اتحاد الموجود ونية اتحاد الموجود لغو يبقى مجرد التكبير وذلك لا يقطع الصلاة.

صلى من المغرب ركعة فظن أنه لم يكبِّر فكبَّر ثانيا وصلى ثلاثا فصلاته جائزة؛ لأن بالتكبير المستأنف لم يخرج عن التحريمة فمتى صلى ركعتين بعد الأولى يقعد على رأسهما لأنها ثانية صلاته في زعمه ثالثة حقيقة فقد تمت صلاته، وإذا صلى ركعة أخرى فقد انتقل من الفرض إلى النفل بعد إكمال الفرض فلا يضره.

وإن صلى ركعتين ثم كبر ثانيًا وصلى ثالثًا فسدت صلاته؛ لأنه لما صلى ركعة أخرى فقد كان في زعمه أنها أول صلاته وهي ثالثة حقيقة، فإذا لم يقعد عقيبها وصلى ركعة أخرى فقد انتقل إلى النفل قبل تمام الفرض ففسدت إلا إذا صلى ركعة وقعد التشهد أجزأه، وكذا في ذوات الأربع إن صلى ركعة ثم استقبل وصلى أربعًا فسدت صلاته؛ لأنه لا يقعد على رأس الثالثة وهي رابعة حقيقة، فإن صلى ركعتين ثم استأنف جازت صلاته؛ لأنه يقعد على رأس الركعتين.

سلم الإمام في الفجر فقال له رجل من القوم: تركت سجدة من صلب الصلاة، فكبر الإمام واستأنف الصلاة لا يجزيه لا الأولى ولا الثانية؛ لأن هذه التكبيرة لم

تخرجه عن الأولى فقد خلط المكتوبة بالنافلة قبل تمامها.

مسبوق بركعة ولاحق في ركعتين، فإن نام فيهما ويدرك في ركعة بأن انتبه فيها يصلي أوّلًا ما فاته مع الإمام ثم يتابع الإمام فيما أدركه ثم يقضي ما سبقه الإمام ليقع الأداء مرتبا كما فاته، فإن تابع الإمام فيما أدرك أولا ثم يقضي ما سبقه الإمام ثم صلى ما نام فيه لا تفسد صلاته؛ لأنه خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله بناء على أن الترتيب في أفعال الصلاة ليس بشرط لصحَّتها خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله بدليل أنه لو ترك سجدة من الركعة الأولى وسجدها في آخر صلاته جازت صلاته بالإجماع وكذا المسبوق لو أدرك الإمام في السجود يتابعه فيه وفيه ترك الترتيب، وفيما لم يشرع مكررًا من أفعال الصلاة فالترتيب شرط الصحة حتى لو ركع قبل الإمام أو سجد قبل الركوع لم يجز؛ لأن افتتاح فعل الصلاة شرط بالقيام الذي فيه أصل الخضوع واختتامه شرع بالسجود الذي هو نهاية الخضوع، فإذا قدم الركوع على القيام أو السجود على الركوع فقد قلب المشروع وعكسه، وقلب المشروع باطل.

ولو صلى على نحو ما ذكرناه فعليه أن يقعد على رأس كل ركعة، أما فيما أدرك متابعة لإمامه وفيما سبق به لأنها ثانيته وفي الثالثة لأنها ثانية إمامه فيقعد تخفيفا لمتابعة إمامه وفي الرابعة لأنها ختم صلاته.

(باب قضاء المتروك في صلاته)

الأصل: أنه لو ترك فرضًا أو واجبًا هو قربة بانفراده فعليه قضاؤه ما لم يخرج عن صلاته؛ لأنه متى كان الفائت قربة بانفراده أمكن استدراكه بقضاء مثله فلزمه قضاءه في صلاته وإنما يصير فائتا عن محله إذا تخلل بين أدائه وبين محله ركعة تامة، وإن تخلل بينهما ما دون الركعة لا يكون فائتا؛ لأن ما دون الركعة يحتمل الرفض فيرتفض ويلحق بمحله، والقيام والركوع والقعدة لا يقضى بعد فواته؛ لأنه لم يشرع قربةً بانفراده والقراءة والسجدة الصلبية وسجدة التلاوة تقضى ما دام في الصلاة لأنها شرعت قربة بانفرادها كما في خارج الصلاة.

ولو ترك القراءة في الأولتين قضى في الآخرتين؛ لأنه أمكن قضاؤها بمثلها، ولو ترك الفاتحة في الأولتين إن شاء قرأها في الآخرتين ولم يكن قضاء، وإن ترك السورة في الأولتين يقضيهما في الآخرتين؛ لأن قراءة الفاتحة إنما شرعت في الأولتين بصفة ترتيب السورة عليها بخبر الواحد، ولهذا لو نسي الفاتحة فذكرها في الركوع يقرؤها ويعيد السورة عقيبها فلو قرأها في الآخرتين وحدها لم يكن قضاء بصفة المشروع فتعذر قضاؤها بمثلها، وقراءة السورة معها في الآخرتين غير مشروعة؛ لأن قراءة الفاتحة وقعت قضاء فالتحقت بمثلها وهو الأوليان فبقيت قراءة السورة وحدها في الآخرتين وذلك غير مشروع، فأما السورة فأمكن قضاؤها بمثلها في الآخرتين؛ لأنها شرعت مرتبة على الفاتحة وقراءة الفاتحة وحدها مشروعة فيها فيقرؤها ثم يرتب السورة عليها ثم يجهر بهما أم بالسور خاصة في صلاة يجهر فيها، فعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان: في رواية: أنه يجهر في السورة خاصة؛ لأن السورة فاتت لصفة الجهر، فيقضي كما فاتت، والفاتحة مؤدَّاة في محلِّها فلا تجهر بها، وفي رواية عنه: أنه لا يجهر بهما، وقيل: يجهر بهما وهو الأصح؛ لأنه لما وجب الجهر بالسورة وجب الجهر بالفاتحة لكي لا يؤدي إلى أمر غير مشروع وهو الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة.

وعن أبي حنيفة في (المنتقى): لو ترك قراءة السورة في إحدى الأولتين من المغرب قرأ السورة في الثالثة ولا يجهر بها وهو قول أبي يوسف رحمه الله، وفي رواية عنه: أنه يجهر بها.

ولو ترك القراءة في الفجر أو في الأولتين من المغرب تفسد صلاته؛ لأنه لا يتصور قضاؤهما، ولو ترك السورة فذكرها قبل السجود عاد وقرأها، وكذا لو ترك الفاتحة فذكرها قبل السجود قرأها ويعيد السورة؛ لأن قراءة السورة تقع فرضا؛ لأنه ليس بعض القراءة بأن يجعل فرضا بأولى من البعض فوقع الكل فرضًا ورفض الفرض لإتيان فرض مثله جاء كمن صلى الظهر ثم صلى الجمعة يرفض ظهره؛ ولأن في قراءة السورة أو الفاتحة تكميل الفرض وهو القراءة، ورفض الفرض ونقضه لإكمال الفرض جائز كما لو شرع في الظهر فأقيمت يقطعها لإكمال الفرض بالجماعة.

ولو ترك القنوت وذكر في الركوع لا يعود؛ لأن فيه رفض الفرض لأداء الواجب وأنه لا يجوز؛ لأنه دونه، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يعود إلى القنوت أو إلى قراءة السورة أو الفاتحة يعيد ركوعه؛ لأن العود إلى إقامة هذه الواجبات توجب ارتفاض الركوع؛ لأن محل أدائها قبل الركوع لا ما بعده فكان من ضرورة صحة أداء هذه الواجبات في محلِّها ارتفاض الركوع.

ولو ذكر في ركوعه أو سجوده سجدة تلاوة أو صلبية يقضيها ولا يعيد ركوعه؛ لأن جميع الصلاة وقت لأدائها فلا حاجة إلى رفض ركوعه فلا يرتفض الركوع ولكن يستحب أن يعيده؛ لأن انتقاله من الركوع لم يكن على قصد الاتمام فكانت الإعادة أحق، ومتى أعاد صار فرضا فيرتفض الأول ضرورة أن الركوعين لم يشرعا في ركعة واحدة ويكون هذا رفض الفرض لفرض أكمل منه وإنه جائز.

نهض في الثانية إن استتم قائمًا لا يعود؛ لأنه لو عاد يرتفض القيام؛ لأن محل القعدة قبل القيام إلى الثالثة ولا يجوز رفض الفرض لكامل الواجب.

وإن لم يستتم قائمًا يعود لما رُوي: أن النبي صلى الله عليه وسلم قام ولم يستتم قائمًا، فسبح القوم به، فعاد[1].

ورُوي: أنه قام في وقت آخر واستتم فسبحوا فلم يعد، ولأنه إذا لم يستتم قائمًا وإذا كان إلى القعود أقرب فكأنه لم يقم بعد، ولو ترك قراءة التشهد الأول وقام لا يعود وفي التشهد الآخر يعود؛ لأنه ليس فيه رفض فرض.

مريض يصلي بإيماء فقرأ في حالة التشهد الأول فالقراءة تقوم مقام القيام ولا يعيد التشهد، وإن قرأ في حال التشهد الأول الأخير يعود إلى التشهد كما في

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٣٤٨٣) عن يحيى، عن الثوري. و«أحمد» ٤/٢٥٣ (١٨٤٠٩) قال: حدثنا أسود بن عامر، قال: حدثنا إسرائيل. وفي (١٨٤١٠) قال: حدثنا حجاج، قال: سمعت سفيان. وفي ٤/٢٥٤ (١٨٤١٩) قال: حدثنا حجاج، قال: حدثني شعبة. و«ابن ماجه» (١٢٠٨) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (١٠٣٦) قال: حدثنا الحسن بن عمرو، عن عبد الله بن الوليد، عن سفيان.

ثلاثتهم: (سفيان الثوري، وإسرائيل، وشعبة) عن جابر بن يزيد الجعفي، قال: حدثنا المغيرة بن شبيل الأحمسي، عن قيس بن أبي حازم، فذكره.

الصحيح، وإن نهض إلى الثالثة في التطوع من غير قعدة يعود ما لم يقيدها بالسجدة لما قدمنا، ولو قام إلى الثالثة في الوتر ولم يقعد لا يعود؛ لأن الوتر ثالثها صلاة واحدة بمنزلة المغرب.

ولو تذكر القنوت قبل أن يستمر راكعًا في الثالثة يعود ويقنت؛ لأن الركوع لم يتم بعد فصار كأنه لم يوجد.

ترك سجدة من ركعة قضاها وحدها وتمت صلاته، وقال الشافعي رحمه الله: يقضيها ويقضي ما بعدها بناء على أن الترتيب في أفعال الصلاة ليس بشرط عندنا خلافا له ذكر سجدتين من ركعتين بدأ بالأولى، وكذلك إن كانت إحداهما تلاوة؛ لأن الفوائت تقضى، كما مر فائت.

ترك سجدة من ركعة ثم سجد سجدة تلاوة عليه لم يجز عن الصلبية؛ لأنه انصرفت نيته إلى قضاء سجدة التلاوة فلا تنصرف السجدة إلى غيرها، ولو ظن أن عليه سجدة تلاوة فسجدها وليست عليه أجزأته عن الصلبية إذا لم يتخلل بينهما ركعة تامة كالسجدة في الركعة الرابعة؛ لأنه يكون أداءً فلا يفتقر إلى النية؛ فنابت هذه السجدة منابتها، وإذا تخلَّل بينهما ركعة تكون قضاءً، فيفتقر إلى نية القضاء، وقد انعدم، فلا يجزيه عن الفائتة، وكذلك لو سلم وعليه سهوٌ فسجد ثم ترك سجدة صلبية إن تخلل بينهما ركعة عن الصلبية فتفسد صلاته؛ لأنه صارت قضاء وانعدمت نية القضاء، وإن لم يتخلل يجزيه لأنها بقيت واحدة، فنابت إحدى سجدتي السهو عن الصلبية إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله.

تَشَهَّد في الثانية وقام ثم تذكر أنه ترك سجدة من الأولى فسجد ما لم يعد التشهد؛ لأنه يكون قضاء؛ لأنه تخلل بينهما ركعة وهي لا تحتمل الارتفاض فلا ترفض فبقي التشهد والقيام معتبرا، وإن كانت السجدة من الثانية أعاد التشهُّد؛ لأن المتخلل بينهما ما دون الركعة فيرتفض التشهد والقيام ليحصل الأداء في محله فيلزمه إعادتها.

وكذلك لو ترك سجدة من الأولى وأخرى من الثانية يأتي بهما ويعيد التشهد؛ لأن إحدى السجدتين يقع أداء فيرتفض ما بينها وبين محلها، وكذا لو تذكر سجدة من الثانية في الركوع في الثالثة يسجدها ثم يتشهَّد لازمًا دون الركعة بمحل

الارتفاض فإذا رفضه ارتفض، وكذلك لو ذكر في السجدة الأولى من الثالثة، فأحدث فيها فذهب وتوضَّأ فإنه يسجدها ويتشهد ثم يصلي الثالثة والرابعة بركوعها وسجودها.

ذكر قبل الخروج من المسجد سجدة صلبية عاد إلى صلاته وسجدها، وإن خرج يستقبل؛ لأن سلام السهو لا يخرج عن الحرمة ما دام في السجدة؛ لأنه جعل كمكان واحد، وإذا خرج فقد تبدل مكان صلاته فبطلت.

(فصل)

ولو سجد في ركعة ولم يركع لم يعتد بها؛ لأن القيام بلا ركوع غير معتبر؛ لأنه لا يقف على وجود الركوع؛ لأن الركوع لا يقضى بعد فواته، ولو ركع ولم يسجد ثم سجد في ركعة ولم يركع كانت ركعة واحدة؛ لأن القيام الأول والركوع قد حصلا في محلهما وتوقف صيرورتهما ركعة تامة على انضمام السجدة إليهما والقيام الثاني لم يكن معتبرا؛ لأنه لا يتغير إلا بعد تمام الركعة الأولى فانضمت السجدة إلى القيام الأولى وركوعه فصارت ركعة تامة.

ولو لم يسجد في الركعة الأولى والثانية وسجد في الثالثة ولم يركع صار مصليا ركعة واحدة والمعتد به هو الركوع الثاني دون الأول على رواية باب السهو؛ لأن السجود يعقبه فصرفه إلى ما يليه أولى؛ لأنه لا يتخللها فعل غير معتدٍّ به، وعلى رواية باب الحدث المعتد به هو الركوع الأول دون الثاني؛ لأنه حصل عقيب قيام معتد به والثاني: حصل عقيب قيام غير معتد به فيلتحق السجود بالأول وهذه المسألة تدل على أن زيادة كما أن زيادة ما دون الركعة لا يفسد الصلاة؛ لأنه من جنس أفعال الصلاة وهو محل للفرض.

قام ولم يقرأ وركع ثم رفع رأسه فقرأ وركع وسجد سجدتين فاقتدى به إنسان في الركوع الثاني يكون مدركًا لتلك الركعة؛ لأن الركوع الأول لم يقع معتبرًا لتقدمه على القراءة والثاني وقع معتبرًا لتخلُّفه عنها.

ولو قرأ وركع ولم يسجد ثم قرأ في الثانية وركع وسجد لم يصر مدركًا للركوع الثاني مدركًا للركعة؛ لأن المعتبر هو الركوع الأول فالتحق السجود بالأول، وإذا صح الأول بطل الثاني؛ لأنه وقع مكررًا.

ولو سجد سجدتين في الأولى ولم يركع، وركع في الثانية ولم يسجد، وركع في الثالثة وسجد سجدتين؛ فسجدتا الركعة الأولى لا يعتد بهما لكونهما قبل الركوع، والركوع الثاني لا يعتد به على رواية باب السهو بل يعيد بالركوع الثالث؛ لأن السجود يعقبه وعلى رواية باب الحدث المعتد هو الركوع الثاني ويلتحق بسجدتي الثالثة.

(**النوادر**): ركع مع الإمام ولم يقدر على السجود وركع مع الإمام ثانيا ثم سجد أربع سجدات.

لهما: يكون السجدتان منهما للركوع الأول ويعيد الركعة الثانية كلها؛ لأن أحد الركوعين لم يقع معتبرًا؛ لوقوعه قبل السجود فمتى سجد سجدتين التحقا بأحد الركوعين وارتفض الآخر، فإذا سجد آخرتين فالسجدتان بغير ركوع فلا يُعتدُّ بهما.

ولو ترك القراءة في الأولى، وترك سجدة في الثانية، وترك الركوع في الثالثة، وترك سجدة في الرابعة؛ فعليه قضاء سجدتين وركعة؛ لأنه صلى ثلاث ركعات بغير سجدتين من ركعتين فقد تقيد كل ركعة بسجدة فوقعت معتدًّا بها فيقضي سجدتين تتميمًا لهما وركعة إتمامًا للصلاة.

(باب السهو)

أصله: أنه متى غيّر واجبًا أو بدَّل فرضًا ساهيًا يلزمه سجود السهو، ولا يلزمه بترك السنة؛ لأن سجود السهو واجب في ظاهر الرواية؛ لأنه شرع لرفع نقص يمكن في الصلاة، ورفع ذلك واجب، والواجب فوق السنة فلا يلزمه إلا بترك ما هو مثله.

وذكر القدوري أنه سنة ولا يجب بتركه أو يتغير به عمدا؛ لأن السجدة شرعت جائزة نظرًا للمعذور ولا للمتعمد.

ولو قعد فيما يقام، أو قام فيما يقعد، أو قدَّم السورة في الأولتين على الفاتحة، أو تركهما في الأوليتين أو إحديهما، أو أخر القراءة عن الأولتين، أو ترك القنوت، أو قراءة التشهد، أو تكبيرات العيدين، أو زاد سجدة أو ركوعا، أو ترك تعديل الأركان، أو القومة التي بين الركوع والسجود، أو سلَّم ساهيا ولم يستتمَّ لزمه سجدتا السهو؛ لأنه غير واجبًا أو تركه أو بدل فرضا، وإن سهى عن البناء والتعوذ والتسمية وتكبيرات الركوع والسجود وتسبيحاتهما لا يسجد للسهو، ولو خفض في الثانية ساهيًا ولم يستتمَّ قائمًا يقعد ويسجد؛ لأنه أخَّر واجبًا.

وذكر في (النوادر): لو قام على ركبتيه لينهض قبل أن يقعد للسهو قعد ويسجد للسهو، ولو رفع إليتيه من الأرض وركبتاه على الأرض قعد ولا يسجد؛ لأنه لم يوجد شيء من القيام فلم يؤخر واجبًا.

ولو أراد أن يقرأ سورة فأخطأ فقرأ غيرها لا يلزمه السجدة؛ لأنه لم يترك واجبًا ولا غيره؛ إذ هو مخير يقرأ أي سورة يشاء.

ولو خافت الإمام فيما يجهر أو يجهر فيما يخافت لزمه السهو؛ لأنه ترك واجبًا.

وذكر في نوادر الصلاة: إن جهر يما يخافت فكذلك وإن خافت فيما يجهر، فإن كان من الفاتحة أكثرها أو من السورة ثلاث آيات أو آية طويلة عندهما، أو آية قصيرة عند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه السهو وإلا فلا؛ لأن حكم الجهر أشد من حكم المخافتة، فإن المنفرد مخير بين الجهر والمخافتة في الصلاة التي يجهر فيها وفي الصلاة التي يخافت فيها يلزمه المخافتة، وكذا الصلاة التي تخافت فيها لا حظ لها في الجهر، والتي يجهر فيها لها حظ من المخافتة في الآخرتين فلغلظ حكم الجهر يلزمه السهو متى جهر فيما يخافت، وإن قل ولحقه حكم المخافتة لا يلزمه متى خافت ما لم يكثر وإنما شرط في الفاتحة أكثرها؛ لأن الفاتحة كلها دعاءٌ وثناءٌ، ولهذا شرع في الثانية على سبيل الدعاء فأعطى لها حكم الدعاء والثناء من وجه، وإن كانت تلاوة حقيقة والجهر بالثناء لا يوجب السهو وبالتلاوة توجب فيعتبر فيه الأكثر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا جهر أو خافت مقدار ما يجوز به الصلاة يلزمه السهو وإلا فلا؛ لأنه يصير مصليًا بالقراءة جهرًا أو مخافتة مقدار ما يجوز به الصلاة يلزمه السهو وإلا فلا؛ لأنه يصير مصليًا بالقراءة جهرًا أو مخافتةً، وإن كان وحده لم يلزه السهو؛ لأنه مخيَّرٌ بين الجهر والإخفاء فيما يجهر.

ولو شك في شيء من صلاته فتفكر واستقر ولم يذكر بطل تفكره ولا يلزمه السهو؛ لأن الاحتراز عنه متعذر، وإن طال تفكره حتى شغله عن فعل فأخره كالسلام وغيره يلزمه سجود السهو؛ لأنه أخَّر ركنًا أو واجبًا.

ولو ترك في آخر صلاته سجدة تلاوة وجبت عليه فيها أو سلم ساهيًا يلزمه

سجود السهو؛ لأنه أخر ركنا أو واجبًا، ولو ترك في آخر صلاته سجدة تلاوة وجبت فيها، أو سلَّم ساهيًا يلزمه سجود السهو؛ لأنه أخَّر واجبًا من صلاته أو تركه بما هو ليس من أفعال صلاته، وفي رواية النوادر: لا يلزمه؛ لأنها ليست بواجب أصلي للصلاة؛ لأنها سببٌ لتحريمة وإنما صارت من أفعال الصلاة بعارض فبفواتها لا يتمكن نقص في التحريمة.

(**المنتقى**): لو قرأ الحمد في الأولتين ثم تبرأ وقرأ أكثرهما ثم عاد فيها ساهيًا يلزمه السهو؛ لأنه أخر السورة عن موضعها، ولو قرأ الحمد في الأخرتين مرتين فلا سهو عليه، وإن قرأ الحمد في الأولتين ثم السورة ثم الحمد لا يلزمه السهو وصار كأنه قرأ سورة طويلة، ولو قرأ بعض السورة ثم تذكر أنه لم يقرأ الفاتحة فإنه يقرأ الفاتحة ثم السورة ويلزمه السهو، ولو قرأ أكثر الفاتحة ونسي بقيتها لا يلزمه السهو، ولو بقي منها الأكثر يلزمه؛ لأن للأكثر حكم الكل، ولو قرأ في الآخرتين الفاتحة والسورة لا يلزمه السهو، وهو الأصح؛ لأن قراءة الفاتحة وحدها في الآخرتين سنة وليست بواجبة.

ولو قرأ في ركوعه أو سجوده أو تشهَّد يلزمه السهو؛ لأنه ليس بموضع القراءة فقد أخَّر ركنًا أو واجبًا بذكر ليس بمشروع فيما فيه هذا إذا بدأ بالقراءة ثم بالتشهد وإن بدأ بالتشهد ثم بالقراءة فلا سهو عليه.

وذكر الفقيه أبو الليث في (العيون): لو شهد في ركوعه أو سجوده أو قيامه لا يلزمه السهو؛ لأن هذا ثناء الركوع والسجود والقيام محل البناء.

وذكر الناطفي في "أجناسه" عن محمد رحمه الله: لو تشهد في قيامه قبل قراءة الفاتحة لا يلزمه السهو؛ لأنه بمنزلة الثناء وبعدها يلزمه وهو الأصح؛ لأنه موضع قراءة السورة دون الثناء، فقد أخَّر الواجب عن محله فيلزمه، ولو تشهد في الآخرتين لا يلزمه لأنهما محل الثناء، ولو تشهَّدَ في ركوعه أو سجوده يلزمه السهو، ولو شهد مرتين لا يلزمه السهو؛ لأنه قراءة في محله كما لو قرأ الحمد في الآخرتين مرتين.

ولو ترك قراءة بعض التشهد يلزمه السهو؛ لأنه ترك واجبًا، ولو نسي قراءة التشهد في القعدة الأخيرة ثم تذكر قبل السلام فقرأه فعن أبي حنيفة رحمه الله: فيه روايتان؛ أحدهما: أنه لا يلزمه السهو؛ لأن له أن يطول القعدة ويقرأ التشهد فيها كيف ما كان. والأخرى: أنه يلزمه السهو؛ لأن زيادة القعدة يكون بعد فراغه من التشهد فأما قبله فلا يفعل.

(فصل)

سها الإمام يجب على من خلفه تحقيقًا للتبعية كما لو ينوي الإقامة في صلاتـه، ولو سهى خلف الإمام لا يجب عليه؛ لأنه تبع والإمام متبوع، فإذا لـم يجب على المتبوع لا يجب على التبع تحقيقًا للتبعية، واللاحق لا يسجد لسهوه فيما يقضي كما عرف.

ولـو سهى إمامه سجد معه ولا يسلم كان معه حال السهو أو لـم يكن؛ لأن المسبوق يلزمه متابعة الإمام فيما أدرك ولا يعيد في آخر صلاته؛ لأن ما أدرك مع الإمام آخر صلاته حكما، فإن لم يسجد قضى ما فاته يسجدهما استحسانًا لا قياسًا؛ لأن السجود إنما كان يلزمه على سبيل المتابعة وقد انقطعت المتابعة. وجه الاستحسان أن صلاته انتقصت بنقصان صلاة الإمام والسجود يشرع لجبر نقص حل فيها فيلزمه، ولو سهى فيما نقص كفاه سجدتان؛ لأن التحريمة واحدة، والسهو وإن كثر في تحريمه واحدة يكفيه سجدتان.

وإن سجد مع الإمام ثم سهى فيما يقضي يلزمه ثانيًا؛ لأنه بمنزلة المنفرد فكان ما يقضي في حكم صلاة أخرى ولأن السجدة المتقدمة لا ترفع النقصان المتأخِّر، فأما السجدة المتأخرة ترفع النقصان المتقدم واللاحق.

إذا سجد للسهو مع الإمام لا يعتدُّ به ويسجد في آخر صلاته؛ لأن ما أدرك ليس بآخر صلاة الإمام فلا يكون آخرا في حقه، فيكون السجود في غير أوانه فلا يعيد به بخلاف المسبوق؛ لأن ما أدركه آخرًا صلاة الإمام فيعتبر آخرًا في حقه تحقيقًا للتبعية والمقيم خلف المسافر حكمه حكم المسبوق في سجدتي السهو.

ولو أدرك الإمام في السجدتين سجد معه؛ لأن المتابعة واجبة عليه، وإن أدركه في السجدة الثانية اتبع الإمام فيها ولـم يقضِ الأولى؛ لأنه لـم يلزمه أداؤها بحكم المتابعة؛ لأنه لم يكن في صلاته وقت أدائها فلا يجب عليه القضاء، ولذلك لو دخل بعدما سجدهما لم يقضهما، ولو ترك الإمام سجود السهو فلا سجود على المأموم؛ لأنه إنما يأتي بحكم المتابعة وقد انقطعت.

الإمام إذا سها ثم أحدث فقدم مسبوقًا أتمها إلا السلام، فإنه يقدم رجلًا أدرك أول الصلاة فيسلم ويسجد للسهو ويسجد معه المسبوق، فإن لم يكن فيهم من أدرك أول الصلاة قام كل واحد إلى قضاء ما سبق به ويسجد كل واحد لسهوه في آخر صلاته؛ لأن جبر النقصان في صلاته لا يمكن إلا بهذا الوجه.

مسبوق بثلاث ركعات ولاحق في ركعة وعلى إمامه سهو فسلَّم الإمام وسجد، فإنه يقضي ركعة بغير قراءة؛ لأنه لاحق فيها ويتشهد ويسجد للسهو؛ لأن ذلك موضع سجود الإمام، ثم يصلي ركعة بقراءة ويقعد لأنها ثانية صلاته ثم ركعتين إحداهما بقراءة.

ولو كان لاحقًا في ثلاث ومسبوقًا بركعة يسجد للسهو بعد الثالثة، ولو سلم المسبوق مع الإمام ساهيا إن سلم مقارنا لسلام الإمام لا يلزمه السهو؛ لأنه سها وهو مقتدٍ وإن سلم بعده يلزمه؛ لأنه سها وهو منفرد، ولو فاتته ركعة مع الإمام فسلم الإمام ثم سها الرجل فلم يدر أفاتته ركعة أم لا ثم علم فقضاها فعليه السهو؛ لأنه سها بعدما انفرد.

(**المبسوط**): وينبغي للمسبوق أن يمكث ساعة بعد سلام الإمام ثم يقوم للقضاء لجواز أن يكون على الإمام سهو، فلو قام للقضاء ثم تذكر الإمام سجدة السهو فعاد إليها فعليه أن يعود أن لم يقيد الركعة بالسجدة؛ لأنه مأمور بمتابعة الإمام، وما دون الركعة يمكن رفضه وإن تطوع؛ لأنه لا يخرج عن حرمة صلاة الإمام ما لم ينفرد بركعة تامة فبقي مقتديا به فيكون ما أتى به تطوعا لا يعتد من صلاته فيرتفض بالعود إلى المتابعة، وإن لم يعد لا تفسد صلاته؛ لأن عود الإمام إلى السهو لا يرفع التشهد؛ لأنه شرع بعده من صلاته فقد قام للقضاء بعد تشهد الإمام.

ولو قيدها بسجدة لا يعود ؛ لأنه انفرد عن إمامه ووقعت الركعة معتدة من صلاته فلا يمكن رفضها، ولو عاد فسدت صلاته؛ لأنه اقتدى به بعدما انفرد بزيادة ركعة، والاقتداء في فعل واحد في موضع الانفراد تفسد الصلاة لما قدمنا.

وإن ذكر الإمام سجدة تلاوة فعاد يعود، وإن لم يعد لم تجز صلاته؛ لأن عود الإمام إلى التلاوة يرفع التشهد حتى تلتحق بمحلها؛ لأن محلها قبل التشهد؛ لأن

هذه القعدة شرعت لختم الصلاة وما لم يتم الأداء لا يتحقق الختم فلا تتم القعدة، ورفض الفرض قبل التمام جائز كما لو تذكر القعدة الأولى قبل أن يستتم قائمًا، ولهذا لو لم يتشهد الإمام بعدما سجد للتلاوة فسدت صلاته، وإن قيد ركعة بالسجدة بعد عود الإمام إلى السجود فسدت صلاته؛ لأنه خرج عن صلاة الإمام وعليه ركن وهو القعدة، وإن قيدها بالسجدة قبل عود الإمام ثم عاد، فإن تابعه فسدت صلاته؛ لأنه اقتدى به بعدما انفرد بزيادة، وإن لم يتابعه جازت صلاته في رواية صلاة الأصل ورواية نوادر الصلاة والمنتقى، وفي رواية أخرى: تفسد صلاته؛ لأن بعود الإمام إلى التلاوة ارتفض قعدةُ الإمام فخرج هذا عن صلاة الإمام وعليه ركن فتفسد صلاته.

وجه ظاهر الرواية: أن المقتدي حين خرج عن صلاة الإمام لم يكن عليه؛ لأن القعدة وقعت معتدًّا بها بدليل أنه لو لم يعد إلى التلاوة أجزأه فصح خروجه عن صلاة الإمام وارتفاض قعدة الإمام تتبيَّنُ بعد انقطاع المتابعة فلا يظهر الارتفاض في حقه، ألا ترى أنه لو سلم وتفرق القوم أو تكلموا، ثم تذكر في مكانه سجدة التلاوة فسجدها لم تفسد صلاتهم.

وكذا إمام مسافر صلى ركعتين وتشهد وتفرق القوم أو تكلموا ثم نوى الإقامة بعد ذلك، فصلاتهم تامة، ولا يأتي بسجدة التلاوة في آخر صلاته؛ لأن سجدة التلاوة إنما لزمته في صلاة الإمام وقد صار خارجا عن صلاة الإمام وشارعا في صلاة نفسه، وسجدة التلاوة متى وجبت في صلاة لا تؤدَّى في صلاة أخرى بتحريمة الأولى، كما لو لزمه في الفرض ثم بنى التطوع على تحريمة الفرض لا يأتي بها.

ولو تذكر الإمام سجدة صلبية ولم يقيد المسبوق الركعة بالسجدة يعود، وإن لم يعد فسدت صلاته وإن قيد تفسد عاد أو لم يعد؛ لأنه انفرد في حال يجب عليها المتابعة في السجدة.

وفي نوادر الصلاة: لو ذكر قراءة التشهد فعاد إليها ولم يتمَّ التشهد ثانيًا؛ قال أبو يوسف رحمه الله: جازت صلاته، وهو رواية عن محمد وفي رواية عنه:

أنه تفسد صلاته؛ لأن العود إلى قراءة التشهد يرفض التشهد كالعود إلى سجدة التلاوة.

وجه ظاهر الرواية: أن قراءة التشهد مشروعة في القعدة لا قبلها فلا يتضمن العود إليها رفض التشهد؛ لأنها وإن شرعت مقارنًا باللفظ للقعدة ولكن المقارن إن اعتبر سابقا أوجب الرفض، وإن اعتبر لاحقًا لا يوجب الرفض فلا يرتفض بالشك، بخلاف سجدة التلاوة؛ لأنها مشروعة قبل القعدة، ولو تابع المسبوق إمامه في سجدتي السهو ثم تبين أنه لم يكن على الإمام سهو فسدت صلاته؛ لأنه اقتدى في موضع وجب عليه الانفراد.

(**وفي الفتاوى**): إن لم يعلم المسبوق أنه لم يكن على الإمام سهو لم تفسد صلاته؛ لأن كثيرًا ما يقع بجهلة الأئمة فسقط اعتبار المفسد هنا للضرورة، وإن علم فسدت.

سجد الإمام للسهو في صلاة الخوف يسجد معه الطائفة التي معه والطائفة الثانية حال الفراغ عن قضاء ما عليهم؛ لأن الطائفة التي معه مسبوقة والأخرى لاحقة.

صلى الظهر خمسًا وقعد في الرابعة قدر التشهد، فإن تذكر قبل أن يُقيِّد الخامسة بالسجدة يعود إلى القعدة؛ لأن ما دون الركعة يحتمل الرفض لأنه ليس بصلاة فيعود ليخرج من الصلاة بما هو الواجب الأصلي وهو السلام، وإن كان قيدها بالسجدة لا يعود ويضيف إليها ركعة أخرى ويسجد للسهو في آخر الصلاة؛ لأنه انتقل إلى النفل بعد إكمال الفرض، والركعة لا تحتمل الرفض فتم انتقاله إلى النفل ولم يبق عليه إلا السلام، وإنه واجب فوجب السجود بتأخيره عن محله والركعتان تطوع، وإن لم يتم الركعتين فلا شيء عليه خلافا لزفر، فإنه شرع فيه ساهيا مسقطا للفرض لا ملتزما للنفل لما يأتي في الصوم، فإن شرع معه رجل في السادسة يصلي ركعتين عند أبي يوسف، وعند محمد ستًّا بناء على أن إحرام الفرض انقطع بالانتقال إلى النفل عند أبي يوسف؛ لأن من ضرورة الانتقال إلى النفل وهو مخالف للفرض انقطاع للفرض فلم يصر شارعا إلا في هذا الشفع، وعند محمد: لم ينقطع إحرام الفرض وهو الأصح؛ لأنه صار شارعا في النفل من غير تكبيرة جديدة.

ولو انقطعت التحريمة لاحتاج إلى تكبيرة جديدة؛ لأن الإحرام الجديد لا ينعقد إلا بتكبيرة جديدة، ولما بقيت التحريمة صار شارعًا في الكل فإن قطع المقتدي هذا النفل؛ قال محمد رحمه الله: لا شيء عليه؛ لأن هذه الصلاة غير مضمونة على الإمام فلا تصير مضمونة على المقتدي، وقال أبو يوسف رحمه الله: يلزمه قضاء ركعتين، وهو الأصح؛ لأن النفل مضمون في الأصل، وإنما يصير مضمونًا على الإمام هنا بعارض وهو شروعه فيه ساهيًا، وقد انعدم هذا المعارض في حق المقتدي فبقيت صلاة الإمام مضمونة في حق المقتدي فصارت صلاة المقتدي أيضًا مضمونة عليه، بخلاف اقتداء البالغ بالصبي في النوافل لا يصح عند عامة المشايخ؛ لأن التطوع إنما لم يَصِرْ مضمونًا على الصبي بأمر أصليٍّ فلا يمكن أن يجعل معدومًا في حق المقتدي فبقي بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل.

قال مشايخنا: وهاتان الركعتان لا تجزيان عن سنة الظهر لأنها ناقصة غير مضمونة؛ فلا تنوب عن السنة الكاملة المضمونة، وكذلك في العصر والعشاء إلا أن في العصر لا يضيف إليها ركعة أخرى عند بعضهم؛ لأن التنفل بعده مكروه. وروى هشام عن محمد: لا بأس به؛ لأن النفل بعد العصر يكره إذا قصده، فأما إذا وقع فيه لا يقصده لا يكره؛ لأنه لا بعضيَّة بدون العمد، ولو لم يقعد في الرابعة حتى قام إلى الخامسة إن لم يقيِّدها بالسجدة يعود؛ لأن ما دون الركعة يحتمل الرفض وإن قيدها فسدت؛ لأنه انتقل عن الفرض إلى النفل قبل إكمال الفرض، والركعة فصاعدًا لا تحتمل الرفض فاستحكم خروجه عن الرفض؛ ففسد الفرض لكن كما وضع الجبهة عند أبي يوسف، وعند محمد: إذا رفع حتى لو سبقه الحدث في هذه السجدة جازت صلاته عند محمد فيتوضأ ويبني، وعند أبي يوسف: يطلب؛ لأن تمام السجدة عنده بالوضع؛ لأن وضع الجبهة سجود كامل فتم الانتقال إلى النفل، وعند محمد رحمه الله: تمام السجدة بالرفع وهو المختار؛ لأنه لو تم قبل الرفع لا ينقضه الحدث أصلًا كما لو سبقه الحدث بعد الرفع ومع الحدث لا يتحقق الرفع فلا تتم السجدة فلم ينتقل عن الفرض ومتى فسدت انقلب الكل نفلا عندهما.

وعند محمد رحمه الله: تبطل أصلًا بناء على أن الفريضة متى فسدت لا تنقطع التحريمة عندهما وعنده تنقطع؛ لأن التحريمة انعقدت للفرض دون النفل، فإذا

انقطعت في حق الفرض لم يبق في حق النفل.

لهما: أن التحريمة انعقدت للأصل والوصف جميعا إلا أنه بطل الوصف، وبطلان الوصف لا يوجب بطلان الأصل، فيبقى أصل القربة والعبادة فيبقى أصل التحريمة، كمن صلى الظهر يوم الجمعة ثم قدر على الجمعة ينقلب ظهره تطوعا.

ولو اقتدى به إنسان في الخامسة ثم أفسدها، فإن عاد الإمام إلى القعدة يقضي أربع ركعات وإن مضى يقضي ستًّا عندهما، وعند محمد لا يتصور القضاء.

إمام لم يقعد في الرابعة من الظهر وقام إلى الخامسة وركع وتابعه القوم، ثم عاد الإمام إلى القعدة يقضي أربع ركعات وإن مضى يقضي ستًّا عندهما، وعند محمد: لا يتصور.

(**وذكر في النوادر**): إمام لم يقعد في الرابعة من الظهر وقام إلى الخامسة، فركع وتابعه القوم، ثم عاد الإمام إلى القعدة ولم يعلم القوم حتى سجدوا سجدة لا تفسد صلاتهم لأنهم لما عاد الإمام إلى القعدة ارتفض ركوعه فيرتفض ركوع القوم أيضًا تبعا له؛ لأنه بناء عليه فبقي لهم زيادة سجدة وذلك لا يفسد الصلاة.

(**وفي المنتقى**): مسافر صلى ركعتين وقعد، ثم قام ساهيا، فاقتدى به رجل ثم قطع الإمام صلاته قبل أن يركع ويسجد فلا شيء على المقتدي، وإن عاد إلى القعدة وسلَّم يلزمه ركعتان؛ لأن قيامه كان موقوفا، فإن لم يعد وقطع صلاته كان أول قيامه رفضًا للصلاة، وإن عاد لم يكن رفضًا كمن صلى خلف مسافر فقام بعدما تشهد إمامه فهذه الركعة موقوفة إن نوى الإمام الإقامة فعليه أن يبطلها ويتبع إمامه، وإن لم ينوه يمضي فيها، وإن لم يقعد الإمام في الثانية وقام ثم قطع صلاته يلزم المقتدي ركعتان.

ولو قعد في الثانية ثم صلى ركعتين يلزم المقتدي أربعًا؛ لأنها صلاة واحدة، ولو سلم وعليه سهو ففعل ما يقطع الصلاة لم يسجد؛ لأنه فات حرمة الصلاة، ولو طلعت الشمس بعد السلام أو احمرت لم يسجد لما بينا.

ولو سلم في الركعتين ناسيًا لا تفسد صلاته؛ لأن سلام الساهي لا يقطع التحريمة نظرًا للمعذور ويسجد للسهو وإن سلم متعمدًا تفسد؛ لأنه أتى بالمحلل قصدا فصار قاطعًا للتحريمة.

مصلي الظهر سلم على ظن أنه أتمَّها، فتذكر بعدما انحرف عن القبلة قبل الخروج من المسجد يبني عندهما.

وعند محمد: لا يبني لأنه انصرف على عزيمة الترك والرفض فيكون سلامه عمدًا.

لهما: أنه سلم على عزيمة الترك فيكون سلامه سهوًا فلا يقطع التحريمة، بقي مجرد الانحراف من غير قصد وذلك لا ينافي الصلاة فعل هذا المصلي لو حول وجهه عن القبلة لا تفسد صلاته خلافًا له، ولو صلى العشاء ركعتين فظن أنها ترويحة فسلم، أو صلى الظهر ركعتين فظن أنها الجمعة وسلم؛ روى ابن رستم عن محمد: أنه يستقبل الصلاة؛ لأنه يكون سلامه عمد.

وفي كتاب السجدات لعلي بن مقاتل الرازي رحمه الله: أن يتم صلاته عندهما خلافا لمحمد؛ لأنه سلم على ظن أنه أتم صلاته، فإذا هو لم يتم فيكون سلامه سهوًا.

سلم وهو ذاكر لسجدة التلاوة ناسٍ للصلبية تفسد صلاته؛ لأن سجدة التلاوة عدت فعلا من أفعال الصلاة، فإذا سلم وهو ذاكر لها يكون سلامه عمدًا باعتبار التلاوة سهوًا باعتبار الصلبية وجانب العمد يوجب الفساد فرجحنا جانب العمد احتياطًا للعبادة؛ لأن الصلاة متى فسدت من وجه تحكم بالفساد احتياطًا، وكذا لو سلم وهو ذاكر للتشهد ناسٍ للصلبية، وكذا لو سلم وعليه سجدة التلاوة وقراءة التشهد وهو ذاكر لأحدهما ناسٍ لآخر.

سلم فاقتدى به رجل ظن أنه في الصلاة ثم تذكر الإمام سجدة التلاوة أو قراءة التشهد فتكلم الإمام فهو مقتد به؛ لأن سلام سهو فلم يقطع التحريمة فصح الاقتداء.

ولو تذكر سهوًا عليه فسجد له فالداخل مُقتدٍ به وإلا فلا.

وقال محمد وزفر: هو مقتد به بكل حال بناء على أن سلام من عليه السهو يخرجه من حرمة الصلاة خروجا موقوفًا عندهما.

وعند محمد وزفر: لا يخرجه؛ لأن السجود شرع لجبر نقصان حل في الصلاة، فكان من ضرورته أن يكون في إحرام الصلاة كما في التلاوة.

لهما: أن السلام حل محله فيعمل عمله لقوله صلى الله عليه وسلم: «**وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ**»[1]. ولا يسقط عمله إلا لضرورة والضرورة عند الاشتغال بالسجود لا عند عدمه فأوجب التوقف، فإذا عاد يرتفع السلام وتعود الحرمة، بخلاف سجدة التلاوة؛ لأن السلام لم يحل محله؛ لأن محله بعد سجدة التلاوة وقراءة التشهد فلم يعمل عمله ويبني عليه.

لو قهقه قبل أن يعود إلى السجود لا ينتقض الوضوء وسقط عنه السجود

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٢٩/١ (٢٣٩٥) و٣٦١/١ (٣٦٥٢) قال: حدثنا ابن فضيل. و«ابن ماجه» (٢٧٦) قال: حدثنا سويد بن سعيد، قال: حدثنا علي بن مسهر (ح) وحدثنا أبو كريب، محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو معاوية. وفي (٨٣٩) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا محمد بن الفضيل (ح) وحدثنا سويد بن سعيد، قال: حدثنا علي بن مسهر. وفي (١٣٢٤) قال: حدثنا هارون بن إسحاق الهمداني، قال: حدثنا محمد بن فضيل. و«الترمذي» (٢٣٨) قال: حدثنا سفيان بن وكيع، قال: حدثنا محمد بن الفضيل. و«أبو يعلى» (١٠٧٧) قال: حدثنا عبد الغفار، قال: حدثنا علي بن مسهر. وفي (١١٢٥) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا حسان بن إبراهيم.

أربعتهم: (محمد بن فضيل، وعلي بن مسهر، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وحسان بن إبراهيم) عن أبي سفيان، طريف بن شهاب السعدي، عن أبي نضرة، المنذر بن مالك، فذكره.

قَالَ ابنُ بَطَّالٍ: فِيهِ رَدٌّ عَلَى مَنْ قَالَ: إِنَّ مَنْ أَحْدَثَ فِي الْقَعْدَةِ الْأَخِيرَةِ أَنَّ صَلَاتَهُ صَحِيحَةٌ، لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا يُضَادُّهَا..

وَتَقْرِيرُ ذَلِكَ أَنَّ الْبُخَارِيَّ بَنَى عَلَى أَنَّ التَّحَلُّلَ مِنَ الصَّلَاةِ رُكْنٌ مِنْهَا، فَلَا تَصِحُّ مَعَ الْحَدَثِ، وَالْقَائِلُ بِأَنَّهَا تَصِحُّ يَرَى أَنَّ التَّحَلُّلَ مِنَ الصَّلَاةِ ضِدُّهَا، فَتَصِحُّ مَعَ الْحَدَثِ.

قَالَ: وَإِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَحَقُّقِ كَوْنِ السَّلَامِ رُكْنًا دَاخِلًا فِي الصَّلَاةِ، لَا ضِدًّا لَهَا، وَقَدِ اسْتَدَلَّ مَنْ قَالَ بِرُكْنِيَّتِهِ بِمُقَابَلَتِهِ بِالتَّحْرِيمِ؛ لِحَدِيثِ: (تَحْرِيمُهَا التَّكْبِيرُ وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ)، فَإِذَا كَانَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ رُكْنًا، كَانَ الطَّرَفُ الْآخَرُ رُكْنًا.

وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّ السَّلَامَ مِنْ جِنْسِ الْعِبَادَاتِ؛ لِأَنَّهُ ذِكْرُ اللهِ تَعَالَى، وَدُعَاءٌ لِعِبَادِهِ، فَلَا يَقُومُ الْحَدَثُ الْفَاحِشُ مَقَامَ الذِّكْرِ الْحَسَنِ.

وَانْفَصَلَ الْحَنَفِيَّةُ بِأَنَّ السَّلَامَ وَاجِبٌ لَا رُكْنٌ، فَإِنْ سَبَقَهُ الْحَدَثُ بَعْدَ التَّشَهُّدِ، تَوَضَّأَ وَسَلَّمَ، وَإِنْ تَعَمَّدَهُ، فَالْعَمْدُ قَاطِعٌ، وَإِذَا وُجِدَ الْقَطْعُ، انْتَهَتِ الصَّلَاةُ، لِكَوْنِ السَّلَام لَيْسَ ركنا. فتح (٣٢٩/١٢).

عندهما لفوات حرمة الصلاة، وعند محمد: ينتقض ولا يسقط السجود[١].

ولو نوى المسافر الإقامة قبل أن يعود إلى السجود لا يتعين فرضه أربعًا فيقع سجوده في خلال الصلاة فلا يعيد به فلا فائدة في الاشتغال به، وعند محمد يتمه أربعًا ويسجد في آخر صلاته، وإن سجد لسهوه سجدة أو سجدتين ثم نوى الإقامة يتمها أربعا ويسجد في آخرها للسهو؛ لأن النية صادفت حرمة الصلاة فصار مقيمًا.

(فصل)

ويسجد سجدتي السهو بعد السلام.

وقال الشافعي رحمه الله: قبله.

وقال مالك: إن كان عن نقصان فقبله، وإن كان عن زيادة فبعده.

وألزمه أبو يوسف رحمه الله بما لو كان عنهما فتخير. والصحيح مذهبنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لِكُلِّ سَهْوٍ سَجْدَتَانِ بعد السلام**»[٢].

وما رُوي أنه صلى الله عليه وسلم سجد قبله محمول على السلام الثاني، ولأنه لو سجد قبل السلام لا يرتفع به النقصان المتمكن بالسهو الثاني بأن سها عن السلام فأخره؛ لأن التكرار عن مشروع فبقي النقص لازمًا في الصلاة فوجب تأخيره عن السلام ليرتفع النقصان إذا تمكن فيها بالسهو الثاني، ولو سجد قبل السلام لا يعيد؛ لأنه لو عاد يتكرر وإنه خلاف الإجماع وذاك كان مجتهدا عليه، ورُوي عن أصحابنا

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ١/٢٤٠ وما بعدها، والشرح الصغير ١/٣١٥، ٣٢١، ومغني المحتاج ١/١٧٧، ١٧٨ وما بعدها، وحاشية الباجوري ١/١٦٣، ١٦٤ ط. الحلبي بمصر، وكشاف القناع ١/٣٨٨ وما بعدها، والمغني لابن قدامة ١/٥٥١ - ٥٥٨.

(٢) أخرجه أحمد ٥/٢٨٠ (٢٢٧٨١) قال: حدثنا الحكم بن نافع. و«أبو داود» (١٠٣٨) قال: حدثنا عمرو بن عثمان.

كلاهما: (الحكم، وعمرو) عن إسماعيل بن عياش، عن عبيد الله بن عبيد الكلاعي، عن زهير بن سالم العنسي، عن عبد الرحمن بن جبير بن نفير، عن أبيه جبير بن نفير، فذكره.

أنه لا يجزيه ويعيد[١].

وينبغي أنه إذا تشهد يسلم تسليمة واحدة عن يمينه وعند بعضهم يسلم تسليمتين، والأول أصوب؛ لأن السلام الأول للتحليل والثاني للتحية وهذا السلام للتحليل لا للتحية فكان ضم الثاني إلى الأول عبثا.

وينبغي أن لا ينحرف في هذا السلام؛ لأن ذلك بمعنى التحية دون التحليل وقد سقط معنى التحية هنا.

ثم يكبر ويخر ساجدًا ويسبح في سجوده ثلاثا ثم يفعل ثانيًا كذلك ثم يتشهد ويأتي بالدعاء في التشهد الثاني لا في الأول عند بعضهم؛ لأن الدعاء مشروع بعد الفراغ من الأداء ولا فراغ إلا بعد سجود السهو بأن شك، وقال الطحاوي: يدعو في التشهدين؛ لأن كل واحد منهما في آخر الصلاة.

ولو سها مرارًا كفاه سجدتان لقوله صلى الله عليه وسلم: «**سجدتان تجزيان في كل زيادة ونقصان**».

ولو سها بعدما سلم تسليمة واحدة أو في سجود السهو بأن شك فيه فتحرى لم تجب السجدة؛ لأن تكرار سجود السهو غير مشروع ولأنه ربما يسهو في السجدة الثانية فلو ألزمناه ثانيا يؤدي إلى ما لا نهاية له.

سجد سجدتي السهو قبل السلام في النوافل وأراد أن يزيد في صلاته لم يسعه؛ لأنه لو زاد تحصل السجدات في وسط الصلاة وأنه غير مشروع إلا على سبيل المتابعة.

وإن جاز وينبغي أن يعيد سجدتي السهو ثانيًا؛ لأن الأول ما وقع في محله فلا يعتدُّ به، ولو سبقه الحدث بعدما سجد للسهو يتوضأ ويبني، وإن كان إمامًا يستخلف غيره ليتم لهم.

أحدث الإمام وقد سهى خليفته أيضًا كفاه سجدتان؛ لأن الصلاة واحدة، وإن لم

---

(١) انظر: ابن عابدين ١/٥٢٠، ٥٢١ ط. بولاق، بدائع الصنائع ١/١٨١ ط. الجمالية، وتبيين الحقائق ١/٢٠٧ ط. دار المعرفة، والبحر الرائق ٢/١٣٥، ١٣٦ ط. العلمية، والاختيار ١/٧٦ ط. دار المعرفة.

يكن الأول سها وسها الثاني لزمه السجود ويتابعه الأول إن أدركه؛ لأنه صار مقيدًا به.

(فصل)

صلى ولم يدر أثلاثًا صلى أم أربعًا وذلك أول ما سها؛ استقبل الصلاة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ أَنَّهُ كَمْ صَلَّى فَلْيَسْتَقْبِلِ الصَّلَاةَ**»[1]، ولأنه يصير مؤديًا صلاته بيقين، وإن لقيه ذلك غير مرة يجزي؛ لقوله عليه السلام: «**من شك في صلاته ولم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليتحرَّى أقرب ذلك إلى الصلاة وليبن عليه ويسجد سجدتي السهو**»[2]، ولأن التحري حجة توجب العلم ظاهرًا فيجب العمل بها عند فقد الأدلة كما في أمر القبلة ولا يستقبل لأنه لا يؤمن من أن يقع له في القضاء فيؤدي إلى العجز عن إقامة الصلاة[3].

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٧٣/٢ - ط. المجلس العلمي): حديث غريب، يعني أنه لا أصل له كما نص في مقدمة كتابه، ثم قال: وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر قال في الذي لا يدري كم صلى أثلاثًا أو أربعًا؟ قال: يعيد حتى يحفظ.

(٢) أخرجه أحمد ٢٠٤/١ (١٧٤٧) و٢٠٥/١ (١٧٦١) قال: حدثنا روح. وفي ٢٠٥/١ (١٧٥٢) قال: حدثنا حجاج. و«أبو داود» (١٠٣٣) قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم، قال: حدثنا حجاج. و«النسائي» ٣٠/٣، وفي «الكبرى» (١١٧٤) قال: أخبرنا محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا حجاج. وفي ٣٠/٣، وفي «الكبرى» (١١٧٥) قال: أخبرنا هارون بن عبد الله، قال: حدثنا حجاج، وروح، هو ابن عبادة. و«أبو يعلى» (٦٧٩٢) قال حدثنا موسى بن محمد، قال: حدثنا روح بن عبادة. وفي (٦٨٠٠) قال: حدثنا محمد بن إسماعيل بن أبي سمينة، قال: حدثنا روح. و«ابن خزيمة» (١٠٣٣) قال: حدثنا أبو موسى، محمد بن المثنى، قال: حدثنا روح.

كلاهما: (روح بن عبادة، وحجاج بن محمد) عن ابن جريج، قال: أخبرني عبد الله بن مسافع، أن مصعب بن شيبة أخبره، عن عتبة بن محمد بن الحارث، فذكره.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ١٣٠/١، البناية ٦٨٠/٣، وشرح الزرقاني ٢٣٦/١ - ٢٣٧، الشرح الصغير ٣٨٠/١، الجمل على شرح المنهج ٤٥٤/١، المجموع للنووي ١٠٦/٤، كشاف القناع ٤٠٦/١، الكافي ١٦٧/١ - ١٦٨.

وأما الشك في أركان الحج: ذكر الجصاص أنه يتحرى كما في الصلاة، وقال عامة مشايخنا: يؤدي ثانيًا؛ لأن تكرار الركن والزيادة عليه لا يفسد الحج، وزيادة الركعة تفسد الصلاة؛ فكان التحري في باب الصلاة أحوط.

فإن لم يكن له رأي بنى على الأقل فيجعلها ثلاثًا لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أثلاثًا صلى أم أربعًا فليلق الشك وليبني على اليقين الأقل**»، ولا يمكن الجمع بين الأحاديث عملا إلا عمل كل واحد على الوجه الذي ذكرنا.

ثم يقعد في الموضع الذي يتوهم أنه آخر صلاته ثم يضيف إليها ركعة أخرى احتياطا؛ لأنه إن كان تلك آخر صلاته فلم يضره زيادة ركعة بعد التشهد ويضره ترك التشهد، وإن لم تكن آخر صلاته فلا يضره زيادة القعدة، وإذا سكت بعد الفراغ من الصلاة إنه صلى ثلاثا أم أربعًا لا شيء عليه ويجعل كأنه صلى أربعا حملا لأمره على الصلاة، ولو شك في الفجر في حالة القيام بين الأولى والثانية يتم الركعة ويقعد ثم يأتي بركعة أخرى احتياطًا.

ولو شك أنه صلى اثنتين أو ثلاثًا أو في المغرب والوتر صلَّى ثالثةً أم رابعةً، أو في ذوات الأربع أنه صلى أربعًا أو خمسًا، فإن كان قائمًا يقعد لجواز أن هذه آخر صلاته، ثم يصلي ركعة أخرى احتياطا، وإن كان قاعدا يتحرى، فإن رأى أنها ثانية يجزيه، وإن لم يكن له رأي يفسد لجواز أنه ترك القعدة في الثانية فيحتمل الفساد فيفسدا احتياطًا.

أحدث فانطلق ليتوضأ فسها فلم يدر كم صلى؛ إن شغله عن الوضوء يلزمه السهو وإلا فلا؛ لأنه في حرمة للصلاة.

شك في صلاة صلاها قبل ذلك فتفكَّر فطال تفكره ذكر في بعض الروايات: لا سجدة عليه؛ لأنه لم يسه في هذه الصلاة؛ لأنه لم ينس شيئًا من أفعال هذه الصلاة فلا يلزمه السجدة وإن أخَّر فعلًا لسهو عن أمر من أمور الدنيا فتفكَّر حتى أخَّر ركنًا، وفي بعض الروايات أنه يلزمه السهو؛ لأنه بهذا السهو أخر ركنًا أو واجبًا فتمكن

نقص في صلاته كما تمكن بالسهو في فعل من أفعال هذه الصلاة بخلاف السهو في أعمال الدنيا؛ لأنه لم يجب عليه حفظها في الصلوات، أما يجب عليه حفظ أفعال صلاة أخرى حتى يعلم الجواز هذه وفسادها، كما يجب عليه حفظ أعمال هذه الصلوات.

صلى من الظهر ركعة ثم شك أنهما العصر ثم علم لا سجدة عليه؛ لأنه لم يوخِّر ركنًا ولا واجبًا.

(باب الحَدَثْ في الصلاة[1])

ومن سبقه الحدث في الصلاة توضأ وبنى خلافًا للشافعي؛ لقوله صلى الله عليه وسلَّم: «**من قاء أو رعف في صلاته؛ فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلَّم أو يحنث**»[2].

وإن استقبل فهو أفضل ليجوز بالاتفاق، وإن تعمد الحدث أو قهقه أو أغمي عليه أو جن أو نام في صلاته فاحتلم أو نظر إلى امرأة فأنزل استقبل؛ لأنه لا نص فيه وإنه مما لا يغلب وجوده في الصلاة فتمسكنا فيه بالقياس وهو أن الحدث مضاد للصلاة وكذا المشي والانحراف عن القبلة مفسد للصلاة[3].

ولو خاف أن يسبقه الحدث فانصرف ثم سبقه الحدث لا يبني؛ لأنه انحرف عن القبلة ومشى في الصلاة من غير عذر سبق الحدث فيكون منافيا للصلاة، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يبني إذا عجز عن المضي فيها فصار كما لو انصرف بعد سبق الحدث، ثم إنما يجوز له البناء إذا فعل ما لا بد منه كالمشي والاغتراف من الإناء.

وإن استقى ماء الوضوء لوضوئه أو حرر دلوه أو انتهى إلى نهر فجاوز إلى نهر آخر ونحوه فسدت صلاته؛ لأن للوضوء منه بدٌّ في الجملة وأنه يوجد بدونه غالبًا،

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ١/١٤٥.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٢٢١) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا الهيثم بن خارجة، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، فذكره.

(٣) انظر: المبسوط ١/١٧٠، ١٧١، حاشية رد المحتار ١/٦١٤، ٦١٥.

وإن كان لا يستغنى عنه لحكم الحال فلم يكن من ضرورات البناء، وعن محمد رحمه الله: أنه يستنجي من تحت ثيابه إذا احتاج إليه، وكذا لو أتى بسائر سنن الوضوء، فإنه يبني لأنها من باب إكمال الفرض، وإن كشف عورته لا يبني؛ لأن كشف العورة من غير ضرورة منافٍ للصلاة.

ولو توضأ ورجع فتذكر أنه لم يمسح برأسه فمسح يجزيه؛ لأنه لا بدَّ منه.

ولو أحدث فأصاب منه بدنه أو ثوبه كثير يتوضأ ويغسل ويبني؛ لأنه لا بدَّ للبناء عليه منه؛ لأن الوضوء لا يعمل بدونه.

ولو إنتضح البول على بدن المصلي أكثر من قدر الدراهم لا يبني عندهما وعند أبي يوسف يبني؛ لأن الأثر ورد بجواز البناء فيما يجب الوضوء وغسل البدن والثوب من النجاسة وهنا يجب غسل البدن خاصة فلا يجوز البناء أولى.

لهما: أن الانصراف ثمة للوضوء وهنا ينصرف مع قيام الوضوء بغسل النجاسة فلم يكن بمعنى فأورد فيه النص فبقي على قضية القياس.

ولو انتضح البول على ثوبه، فإن كان عليه ثوبان طرح النجس منهما من ساعته وصلى في الآخر؛ لأن كثير النجاسة في قليل المدة ساقط الاعتبار نفيًا للضرورة، وإن لم يكن معه إلا ثوب واحد يستقبل عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله، وكذا لو وقع عن المصلي ثوبه فأخذه وستر عورته من ساعته لا تفسد صلاته لما قدمنا.

ولو مكث عريانا إن عجز عن رفع ثوبه لا يفسد ما لم يؤدِّ ركنا من الصلاة مع الكشف، وإن قدر على رفعه فسدت عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله، لنا: أنه لم يؤد شيئًا من الصلاة مع هذه العوارض، فلا يفسد، كما لو سكت بعذر.

لهما: أن فوات هذه الشرائط قاطع للتحريمة، والشرع إنما ورد بإبقائها إذا انصرف من ساعته، فإذا لم ينصرف انقطعت لوجود القاطع.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: لو وقع المقتدي للزحام في مكان بينه وبين الإمام طريق فسدت صلاته في الحال؛ لأن هذا مانع لصحة الاقتداء بكل حال ولم يعرف بين السلف فيه خلافٌ، فصار مما لا يسوغ فيه الاجتهاد، فلم يسقط اعتبار منافاته عند الضرورة فصار بمنزلة الكلام والحدث العمد، بخلاف المسائل

المتقدمة؛ لأن فيها خلافًا بين السلف فساغ الاجتهاد فيها مجازًا أن يسقط اعتبار المنافي عند الضرورة.

ولو أصاب ثوبه نجاسة لحدث سبقه، وأصابه نجاسة لحدث آخر فغسل التي أصابته لحدث آخر؛ فسدت صلاته، سواء كانتا في محلين أو في محل واحد؛ لأنه ليس من ضرورات الوضوء والبناء.

أصاب المصلي حدث بغير فعله بأن أصابته بندقة فشجته ونحوه لا يبني عندهما، وعند أبي يوسف: يبني؛ لأنه لا صنع له فيه فصار كالسماوي.

لهما: أنه حدث بصنع العباد وهو مما لا يغلب وجوده فلا يلحق بالسماوي.

ولو وقع عليه مدر من سطح أو كان يصلي تحت شجرة فوقع عليه الكمثرى أو السفرجل فشجه أو أصابه حشيش المسجد فأدماه؛ قيل: يبني؛ لأنه حصل لا بصنع العباد، وقيل: على هذا الخلاف؛ لأن السقوط بسبب الوضع وإنبات الشجر، والوضع والإنبات كان بصنع العباد.

ثم إذا جاز البناء، فإنه ينظر إن كان إماما أو منفردا، فإذا توضأ يتخير إن شاء أتم صلاته في بيته، وإن شاء عاد إلى مصلاه.

وذكر الكرخي والفَضْلي: أن الأفضل له أن يعود إلى مصلَّاه ليحصل صلاته كلها في مكان واحد، وقيل: الإتمام في بيته أفضل لما فيه من تقليل المشي في صلاته من غير حاجة، وفي ظاهر الرواية لا يفسد؛ لأن في المشي نوع حاجة وهو أن تصير الصلاة مؤداة في مكان واحد فيسقط اعتبار منافاة المشي للحاجة، وإن كان مقتديًا إن علم أن إمامه قد فرغ فكذلك؛ لأنه سقط عنه الاقتداء، وإن لم يفرغ الإمام فعليه أن يعود إلى مكانه.

ولو صلى في بيته تفسد صلاته؛ لأن الاقتداء واجب عليه وقد بنى في موضع لا يصح اقتداؤه به ثمة ولا يجوز انفراده؛ لأن الانفراد في موضع الاقتداء مفسد للصلاة، وإن عاد يقضي ما فاته أولا ثم يدخل مع الإمام؛ لأنه لاحق؛ لأنه في المعنى كأنه خلف الإمام، ولو فعل شيئًا مما يفسد الصلاة يقطع البناء؛ لأنه ينافي التحريمة.

أحدث في الركوع أو السجود فتوضأ إن لم يعده فسدت صلاته؛ لأنهما لا يتمان إلا بالانتقال لما بينا ولم يوجد؛ لأنه لو اعتبر هذا الانتقال يصير مؤديًا جزءًا من الصلاة مع الحدث فيفسد الباقي، بخلاف ما لو ذكر في ركوعه أو سجوده سجدة فائتة فقضاها ولم يعده أجزأه؛ لأن الانتقال حصل مع الطهارة فحصل متممًا له فجاز أن يعتد بهما.

ولو سبقه الحدث فأدى شيئًا من صلاته مع الحدث أو مكث على مكانه قدر ما يؤدي ركنًا منها فسدت صلاته؛ لأنه متى مكث ساعة يصير مؤديًا جزءًا من الصلاة مع الحدث فيفسد ذلك الجزء لوجود المفسد ففسد الكل لعدم التجزي.

(**المنتقى**): إن لم ينو بمقامه الصلاة لم تفسد؛ لأنه لا يصير مؤديًا جزءًا من الصلاة، وإن نوى فسدت.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: لو أحدث في سجوده فرفع رأسه وكبَّر يريد به إتمام السجود أو لا نية له فسدت صلاته؛ لأنه يصير مؤديًا جزءًا من صلاته مع الحدث، وإن أراد به الانصراف ولم يرد إتمام السجود لم تفسد؛ لأن الانصراف مما ينافي الأداء فلم يصر مؤديا جزءًا من صلاته مع الحدث.

ولو أحدث الإمام في السجود ورفع رأسه وكبر ورفع القوم رؤوسهم وكبروا فسدت صلاة الكل؛ لأن صلاة الإمام فسدت حين أدى جزءًا مع الحدث فتفسد صلاة القوم أيضًا بفساد صلاة الإمام.

ولو ذهب ليتوضأ فسبح في ذلك الوقت لم تفسد صلاته؛ لأنه لم يؤد جزءًا من صلاته.

ولو قرأ؛ قيل: إن قرأ ذاهبًا قبل التوضؤ تفسد، وإن قرأ جانبًا بعد التوضؤ لا تفسد، وقيل: على العكس، والصحيح أنه يفسد كيف ما كان؛ لأنه إن قرأ ذاهبا فقد أدى ركنًا مع الحدث، وإن قرأ جانبًا فقد أدى ركنًا من صلاته مع المشي وإنه منافٍ للصلاة فيفسد، قال محمد: وقد يكون الرجل في الصلاة ولا يكون مصليًا كالمحدث يذهب ليتوضأ فهو في الصلاة وليس بمصلٍّ، وكذا النائم في الصلاة هو في الصلاة وليس بمصلٍّ، وينبني على هذا الماسح على الخفين.

لو أحدث وذهب ليتوضأ فذهب وقت مسحه في خلال وضوئه له أن يغسل رجليه ويبني على صلاته؛ لأنه إنما يلزمه غسل رجليه بحدث حل بهما للحال، فصار كحدث سبقه في الحال، وقال في الإملاء: يستقبل الصلاة؛ وهو الصحيح؛ لأن انقضاء المدَّة ليس بحدث ولكن عنده ظهر حكم الحدث السابق على الشروع، فصار كأنه شرع في الصلاة من غير غسلهما، كما لو أحدث المتيمم في الصلاة فذهب ليتوضأ فوجد الماء لم يبن، وكذا المستحاضة إذا أحدثت في الصلاة ثم ذهب الوقت لما بينا، ولو سبقه الحدث في آخر الصلاة وتوضأ وبنى للخروج عن الصلاة على وجه المسنون بالسلام؛ لأن الحدث السابق لا يقطع التحريمة.

(باب القهقهة في الصلاة)

قهقة الإمام بعد التشهد أو أحدث متعمدًا ثم قهقه القوم فعليه الوضوء دونهم.

وعند زفر: لا وضوء عليه؛ لأن القهقهة إنما عرف حدثا بالنص بواسطة أن تكون مفسدة للصلاة وهذه لم تفسد الصلاة فلا تكون حدثا.

لنا: أن قهقهته لاقت جزءًا من صلاته فأفسدت ذلك الجزء فكان حدثًا لكن استغنى عن ذلك الجزء؛ لأنه ليس بركن فلم تفسد صلاته ولا وضوء عليهم؛ لأنهم خرجوا عن الصلاة لضحك الإمام فضحكهم لم يلاق حرمة الصلاة.

وإن قهقهوا معًا أو القوم ثم الإمام فعليهم الوضوء؛ لأن ضحكهم لاقت حرمة الصلاة ولا تفسد صلاة الإمام؛ لأنه خرج عن الصلاة بالفعل الناقض، لهما: وليس عليه شيء من الصلاة.

قهقهه الإمام أو أحدث عمدًا وخلفه مسبوق تفسد صلاة المسبوق عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا تفسد؛ لأنه إنما تفسد تبعًا لفساد صلاة الإمام وصلاة الإمام لا تفسد فصلاته أولى.

له: أن الحدث العمد من محظورات الصلاة لما فيه ترك التعظيم فأفسد الجزء الذي لاقاه من صلاة الإمام، ففسد ذلك الجزء من صلاة المقتدي تبعًا له، إلا أن الإمام يستغني عن ذلك الجزء فلا تفسد صلاته، والمسبوق لا يستغني عنه ففساد ذلك الجزء يمنعه من بناء الباقي على الماضي، بخلاف ما لو تكلم الإمام أو سلم لا تفسد صلاة المسبوق؛ لأن السلام محلل وليس بمفسد؛ لأنه ليس من محظورات

الصلاة، فإذا صادف جزءًا لم يفسده لكن يقطعه، وفي السلام كلام فألحق الكلام به؛ فيكون قاطعا لا مفسدا.

إمام سبقه الحدث فقدم مسبوقا فقهقه الثاني بعد التشهد وبقي له الثالثة فسدت صلاته، ولا تفسد صلاة القوم؛ لأنه تمت صلاتهم، وأما الأول فإن كان صلى مع الثاني وقد فرغ من صلاته فصلاته تامة، وإن لم يفرغ لا تفسد في رواية أبي حفص؛ لأن الثاني لم يبق إمامًا له لما انتهى إلى هذه الحالة، وتفسد في رواية أبي سليمان وهي الأصح؛ لأن عليه البناء فصار بمنزلة المسبوق.

(**النوادر**): ولو سلم الإمام بعد التشهد ثم قهقه القوم فسد وضوءهم عندهما، وعند محمد: لا يفسد بناء على أن المقتدي لا يخرج عن الصلاة بسلام الإمام عندهما، وعنده: يخرج؛ لأنه لم يبق عليه إلا السلام وإنه شرع لغيره لا لعينه وقد أمكن تحقيق المقصود وهو الخروج بسلام الإمام، فإن المقتدي يخرج من الصلاة بخروج الإمام والكلام في الحدث العمد فكذلك بالسلام.

لهما: أنه بقي عليه واجب من صلاته وهو السلام فلا يخرج عنها بخروج الإمام لتمكنه إقامة هذا الواجب كما لو كان عليه قراءة التشهد أو سجدة التلاوة.

ولو تكلم الإمام فعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان: في رواية: لا يخرج المقتدي عن الصلاة كالسلام، وفي رواية: يخرج، حتى لو قهقه لا وضوء عليه؛ لأن السلام واجب لغيره وهو الخروج، فباعتبار أنه واجب لم يخرج بسلام الإمام؛ لأن السلام لا يمنع أداء الواجب بأن كان سهوا أو باعتبار أنه وجب لغيره خرج بالكلام؛ لأن الكلام مانع أداء الواجب بكل حال كما لو تكلم المقتدي، فعلى هذا لو سلم الإمام أو تكلم فعلى القوم أن يسلموا، ولو أحدث أو قهقه فليس عليهم أن يسلموا، ولو سلم المقتدي قبل سلام الإمام ثم قهقه فلا وضوء عليه؛ لأن القهقهة حصلت خارج الصلاة.

ولو تشهَّد الإمام والقوم ولم يقرأ التشهد، فقهقه الإمام ثم القوم؛ فعليه الوضوء دونهم؛ لأن الإمام لما أفسد بضحكه جزءًا من صلاته فسد ذلك الجزء من صلاة المأموم فضحكهم بعده لم يصادف حرمة الصلاة، وعن أبي يوسف رحمه الله

عليهم الوضوء أيضًا؛ لأن المقتدي لما بقي عليه واجب من صلاته لم يخرج عنها بخروج الإمام ليمكنه إقامة الواجب.

ولو قرأ الإمام التشهد دون القوم فقهقه الإمام ثم القوم فعليهم الوضوء؛ لأنهم لم يخرجوا بخروج الإمام، ولو كان العكس فعليه الوضوء دونهم، وهذا يستقيم على رواية أبي يوسف رحمه الله: صلى ركعة من الفجر بغير قراءة، أو طلعت الشمس فيها، أو تذكر فائتة في صلاة، أو كان في الجمعة فدخل وقت العصر، أو صحيح افتتح الصلاة المكتوبة قاعدا، أو المتوضئ خلف المتيمم رأى الماء، أو كان على الإمام فائتة لا يذكرها والمؤتمُّ يذكرها، أو كان الإمام على غير القبلة وهو لا يعلمه والمؤتمُّ يعلمه فقهقه فعليه الوضوء عندهما خلافا لمحمد وزفر، بناءً على أن الفريضة متى فسدت لا تنقطع التحريمة خلافًا لمحمد، وكذا التحريمة متى فسدت بأمر مختلف في إفساده لا ينقطع عندهما خلافا له.

ولو افتتح الصلاة عريانًا ثم وجد ثوبًا فقهقه، أو نوى إمامة النساء فحاذته امرأة ثم قهقه، أو صلَّت أمة بغير قناع ثم أعتقت وهي تعلم فقهقهت؛ لا وضوء عليه، وهو الصحيح؛ لأن التحريمة انقطعت هنا بهذه العوارض، ولهذا لا يؤمر بالإشفاع بضم ركعة أخرى إليها وفي المسائل المتقدمة يؤمر بالإشفاع.

ولو اقتدى القارئ بالأمي فقهقه؛ ذكر في (**المنتقى**): عليه الوضوء.

وذكر في (**نوادر الصلاة**): لا وضوء عليه، ولهذا اختلفوا في صحة اقتدائه، قال مشايخ العراق: يصح اقتداء القارئ بالأمي ثم يبطل إذا جاء أوان القراءة.

وقال مشايخنا: لا يصح اقتداؤه أصلًا؛ لأنه اقتدى بمن لا يصلح إمامًا له؛ لأن الأمي لا يصلح إمامًا للقارئ لما قدمنا فلم يلاق الضحك حرمة الصلاة فلم ينقض الوضوء.

ولو افتتح التطوع راكبًا في المصر ثم خرج، أو في خارج المصر ثم دخل راكبا فقهقه لا وضوء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لانقطاع التحريمة، وعند أبي يوسف عليه الوضوء لقيام التحريمة على ما عُرف.

(باب الاستخلاف[1])

إمَام سَبقَه الحدث فلا يخلو، إما أن قدَّم هو رجلا أو القوم أو تقدَّم واحد من القوم من غير استخلاف، فإن قدم الإمام رجلا جاز؛ لأنه عجز عن المضي في الصلاة بنفسه فيصح استخلافه كما في الإمامة الكبرى، ثم هو على إمامته لم يخرج من المسجد، أو يستخلف رجلا فيقوم الخليفة مقامه ينوي الإمامة حتى لو وجد الماء في آخر المسجد وتوضأ به وعاد إلى مكانه وأتم جاز.

ولو اقتدى به إنسان ساعته قبل الوضوء صح، هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف، وقال بشر بن غياث المريسي: الاقتداء به.

والصحيح قولنا؛ لأن الحدث السابق لا بناء في التحريمة؛ لأن التحريمة شرط للصلاة فلا يشترط لها الطهارة، وإنما ينافي فعل الصلاة وصحة الاقتداء يعتمد قيام التحريمة؛ لا نفس الصلاة، ولهذا يصح استخلافه ويمكنه البناء على صلاته؛ فدل أن التحريمة قائمة والمكان متحد فصح الاقتداء، وإذا أقام الخليفة مقامه خرج من الإمامة؛ لأن الخليفة يصير إماما في هذه الصلوات ولا يجتمع إمامان في صلاة واحدة في حالة واحدة، وإذا خرج من المسجد اختلف مكان الإمام والقوم فبقي القوم بلا إمام في المسجد والاقتداء بدون الإمام لا يتحقق فتفسد صلاتهم[2].

فأما صلاة الإمام ذكر الطحاوي: أنه تفسد صلاته أيضًا، وفي ظاهر الرواية: لا تفسد، وهكذا ذكر أبو عصمة عن أصحابنا؛ لأنه منفرد في حق نفسه؛ لأنه أصْلٌ بنفسه.

ولو قدَّم الإمام واحدًا من آخر الصفوف وخرج من المسجد قبل قيام الثاني من

---

(١) انظر: ابن عابدين ١/٤٢٢، والشرح الصغير ١/٤٦٥ دار المعارف، والدسوقي ١/٣٨٢، والمجموع ٤/٥٧٦، ونهاية المحتاج ٢/٣٣٦، ٣٣٧ والمغني، ٢/١٠٢ الرياض.

(٢) انظر: الدر وحاشية ابن عابدين ١/٤٢٢، ٥٦٢، والزرقاني على خليل ٢/٣٣، والشرح الصغير ١/٤٦٥.

مقامه، فإن نوى الثاني الإمامة من ساعته لا تفسد صلاتهم وتحوَّلت الإمامة إليه، وإن لم ينو فسدت لخروجه من المسجد ولم تحوَّل الإمامة عنه[1].

ولو قدَّم رجلا جاء ساعتئذٍ قبل أن يقتدي به، فإن تقدم وكبر نيته صلاة الإمام الأول صح؛ لأن تحريمة صلاة الأول باقية، فصح الاقتداء به؛ فصار كأنه قدَّمه بعد الاقتداء به.

ولو كبر بنية صلاة نفسه جازت صلاته وفسدت صلاة القوم؛ لأنه لم يبن صلاته على صلاة الأول، فلم يصر إمامًا لهم، فأما صلاة الأول قيل: تفسد؛ لأنه بالاستخلاف حصل مقتديًا بمن ليس في صلاته فصار كما لو استخلف محدثًا، وقيل: لا تفسد؛ لأنه خرج من المسجد من غير استخلاف، وإذا كانت الصفوف متصلة خارج المسجد فقدَّم رجلا من الصفوف الخارجة؛ فسدت صلاة القوم عندهما، وقال محمد: لا تفسد؛ لأن خارج المسجد بمنزلة المسجد إذا اتصلت الصفوف بدليل جواز الاقتداء به.

لهما: أن خارج المسجد مباين من المسجد حقيقة وإنما يعطى له حكم المسجد في حق جواز الاقتداء لضرورة ضيق المسجد، حتى لو كان في المسجد سعة يجوز اقتداؤهم به، فلا يظهر ذلك في حق جواز الاستخلاف لعدم الضرورة، فإنه يمكنه الاستخلاف من الصفوف الداخلة، ولهذا لو كبَّر الإمام يوم الجمعة وحده في المسجد الجامع والقوم خارج المسجد متصلا صفوفهم به وكبروا؛ لا تنعقد الجمعة لاختلاف المكان، فأما إذا كان يصلي بقوم في غير المسجد فأحدث الإمام فما دام في الصفوف صح استخلافه. وإن جاوز الصفوف لا يصح؛ لأن مواضع الصفوف صارت كمكان واحد في حق الصلاة لضرورة جواز الاقتداء وصحة الاستخلاف، بأن يمشي الإمام قدامه وليس بين يديه مقدار الصفوف التي خلفه؛ لأن قدامه أحد جانبيه وهذا القدر من المشي ليس بمنافٍ للصلاة لو وجد في أحد الجانبين وهو الجانب الخلف، فكذا في الجانب الآخر وهو القدام.

---

(١) انظر: الدر والحاشية ٥٦٢/١، والبدائع ٥٨٩/٢ ط. الإمام.

فإن كان قدامه حائطًا أو سترة فجاوزها فسدت صلاتهم؛ لأن حكم ما وراءها منقطع عنهم حتى يباح للمار المرور وراءها ولا يباح داخل السترة فلم يجعل لما وراءها حكم المسجد، وهذه المسائل مروية عن أبي يوسف في النوادر.

ولو صلوا في البيت صار الخروج من البيت كالخروج من المسجد.

رجل يصلي في الصحراء فتأخر عن موضع قيامه لا تفسد صلاته حتى يتأخر مقدار موضع سجوده من خلفه وعن يمينه ويساره كما في إتمامه، وهذا كله إذا كان مع الإمام جماعة، فإن كان خلفه واحد صار إمامًا، وإن لم يقدمه؛ لأنه متعين للخلافة؛ لأن الاستخلاف إنما شرع لصيانة صلاة القوم فمتى لم يوجد إلا واحدا تعين الخلافة لعدم المزاحمة فلا يحتاج إلى تقديمه كالخلافة الكبرى.

وإن كان خلفه ممن لا يصلح للخلافة فالأصح أنه تفسد صلاة المقتدي دون الإمام؛ لأنه لم يتحول كخلافة الإمامة عنه فبقي إمامًا وبقي المقتدي بلا إمام له، فإن أحدث الثاني ومعه آخر صار الثالث إمامًا، فإن أحدث الثالث فخرج قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما فسدت صلاة الأول والثاني؛ لأنه لم يبق لهما إمام في المسجد، وإن رجع أحدهما فدخل المسجد ثم خرج الثالث جازت صلاتهم؛ لأن الإمامة تحولت إليه.

ولو دخل الأول والثاني فلم يقدم أحدهما حتى خرج الثالث فسدت صلاتهما؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر بالإمامة فلا بد من تعيين أحدهما للإمامة، فإذا لم يتعين لم تتحوَّل الإمامة عن الثالث، فإذا خرج لم يبق لهما إمام في المسجد فبطلت صلاتهما، إلا إذا قام أحدهما مقام الآخر وأتم به الآخر قبل خروج الثالث جازت صلاتهما؛ لأن الإمامة تحولت إلى هذا المتقدم.

ولو أحدث الإمام فذهب ليتوضأ وخلفه متطوع وحده هل تفسد صلاة الإمام؟ اختلف المشايخ فيه؛ قيل: تفسد؛ لأنه لو صح صار مقتديا به، واقتداء المفترض بالمتطوع لا يصح، وقيل: لا تفسد؛ لأنه لم يقصد الاقتداء به.

أم لرجل فأحدثا معًا وخرجا من المسجد؛ فصلاة الإمام تامة وصلاة المقتدي فاسدة؛ لأنه لم يبق له إمام في المسجد.

ولو قدم الإمام رجلا محدثًا أو صبيًا أو امرأة فسدت صلاتهم جميعًا.

وقال زفر رحمه الله: لو قدم المرأة فصلاة النساء تامة؛ لأن المرأة تصلح لإمامة النساء.

لنا: أنه استخلف من لا يصلح إماما له، فلم يصح الاستخلاف في حقه، فلا يصح في حق النساء؛ لأنهن تبع للرجال في حق إقامة الجماعة، وإذا لم يصح الاستخلاف بقي إمامًا، وباستخلاف من لا يصح للإمامة حصل مقتديا بالمرأة ففسدت صلاته قبل تحول الإمامة عنه فتفسد صلاة القوم.

ولو تقدمت امرأة منهن ولم يقدمها هو روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه تفسد صلاة الإمام؛ لأنه لا فرق بين تقدم واحد من القوم وبين تقديم الإمام إياه.

وذكر محمد رحمه الله في النوادر: أنه لا تفسد؛ وهو الأصح؛ لأنه متى استخلفها لم يصر مقتديًا بها فلا يلزمه الفساد بدون التزامه فصار كأنه لم يتقدَّم واحدة منهن في حقه، وأما إذا قدم القوم رجلا قبل خروج الإمام من المسجد جاز وبعد خروجه لا يجوز؛ لأن الإمام في الاستخلاف عامل للقوم، فلا يجوز استخلافهم وهم عاملون لأنفسهم أولى كالإمامة الكبرى فإنما قدرنا بالخروج عن المسجد؛ لأن بقاع المسجد كبقعة واحدة فما لم يخرج من المسجد فهو على إمامته وبعده لا.

ولو قدَّم القوم رجلين ينظر إن قدم إحدى الطائفتين قبل الأخرى جازت صلاة الطائفة الأولى دون صلاة الثانية؛ لأنه صح استخلاف الطائفة الأولى للحاجة لما فيه من إصلاح صلاتهم وصار الخليفة إماما للكل فصار الكل مقتدين به، فإذا قدم الطائفة الثانية آخر واقتدوا به فقد انفردوا عن الأولى، والمقتدي متى انفرد فسدت صلاته، وإن كان الاستخلاف من الطائفتين معا جازت صلاة أكثر الطائفتين ولا تجوز صلاة الأقل؛ لأن نصب الإمامين في مسجد واحد غير جائز لما فيه من الفتنة والاختلاف كما لا يجوز في العالم إلا أن فعل الأكثر كفعل الكل كما في إمامة الكبرى، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه لما توفي وترك أمر الخلافة شورى اجتمع أكثر الناس على خلافة عثمان رضي الله عنه وصار خليفة ولم يعتبر خلاف الباقين؛ فكذا هذا.

وإن استوت الطائفتان فسدت صلاتهم جميعًا؛ لأن إحداهما ليست بأولى من

الأخرى فلم يصح الاستخلاف منهما فصار كأنه لم يوجد الاستخلاف أصلًا، وأما إذا تقدّم واحد منهم من غير أن يقدمه أحد جاز؛ لأن واحدًا من القوم لما قدم غيره جاز، فإذا تقدم بنفسه فأولى لما فيه من إصلاح صلاته.

وعن محمد رحمه الله: أن من نوى من القوم الإئتمام به يصير إمامًا لهم، وإن لم ينووا فلا، والأول أصح.

ولو تقدم رجلان للخلافة فأيهما سبق إلى مقام الإمام الأول فهو الخليفة، وإن تقدما معًا فأيهما اقتدى به القوم فهو الإمام، وإن اقتدى بعضهم بهذا وبعضهم بذاك؛ يعتبر الأكثر فصلاة الأكثرين رجلا وإمامهم جائز وصلاة الأقلين وإمامهم فاسد لما مر.

وإن استووا فسدت صلاة الكل لما بيَّنَّا، وأما إذا قدَّم الإمام وقدم آخر، فإن كان على التعاقب فالسابق أولى كالوليين في باب النكاح، وإن كان معًا فخليفة الإمام أولى أنهم فوَّضوا الرأي والتدبير إلى الإمام حتى جعلوه إمامًا فصار استخلافه كاستخلافهم فيترجح استخلافه على استخلافهم.

(**الجامع الصغير**): أحضر الإمام في الصلاة في القراءة فتأخر وقدم رجلا؛ جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يجوز؛ لأن جواز الاستخلاف في الحدث عرفناه نصًّا لا قياسا، وهذا ليس في معناه؛ لأن الحدث في الصلاة مما يكثر وقوعه وتعمُّ به البلوى ونسيان جميع القرآن يندر وجوده فأشبه الجنابة. له: ما رُوي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه كان يصلي بالناس في مرض النبي صلى الله عليه وسلم، فخرج، فلما شعر به أبو بكر الصديق رضي الله عنه ارتج عليه، فتأخر، وتقدم النبي صلى الله عليه وسلم فصلى بهم[1]، ولأنه عجز عن إتمام ما ضمن فحصل

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/١٧٣ (٦٧٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن هشام بن عروة. وفي ١/١٧٤ (٦٨٣) قال: حدثنا زكريا بن يحيى، قال: حدثنا ابن نمير، قال: أخبرنا هشام بن عروة. وفي ١/١٨٣ (٧١٦) و٩/١٢٠ (٧٣٠٣) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثنا مالك بن أنس، عن هشام بن عروة. وفي ٤/١٨٢ (٣٣٨٤) قال: حدثنا بدل بن المحبر، قال: أخبرنا شعبة، عن سعد بن إبراهيم. و«مسلم» ٢/٢٣ (٨٧٣) قال: حدثنا أبو بكر بن =

الاستخلاف بعذر، فيجوز، كما لو عجز بسبب الحدث بل العجز هنا أبلغ؛ لأن المحدث ربما يصيب ما في المسجد فيتوضأ فيبني، فأما الناسي لما حفظ لا يعلم إلا بالتعلم أو بالتذكر وذلك بعد مدة فيمتنع المضي لا محالة، فصار الاستخلاف هنا ألزم بخلاف الجنابة، فإن الجنابة في الصلاة نادر والعجز عن القراءة ليس بنادر[1].

وقيل: لو أحصر بعدما قرأ مقدار ما يجوز به الصلاة لا يجوز استخلافه، ولو استخلف فسدت صلاته لانعدام الحاجة، والاستخلاف عمل كثير وإنه مفسد للصلاة.

(فصل)

أحدث الإمام فقدم مسبوقًا ينبغي أن لا يتقدم؛ لأنه عاجز عن السلام في وقته، فإن تقدم أتم صلاة الإمام وتأخَّر وقدَّم رجلا أدرك أول الصلاة يسلِّم بهم؛ لأنه عجز عن الخروج بنفسه فله أن يستخلف غيره، كما لو سبقه الحدث وقضى المسبوق ما فاته، وإذا توضأ الأول أتم بالثاني؛ لأنه صار إماما له بتقديمه وصار الأول كواحد من القوم حتى لو فسدت صلاة الثاني فسدت صلاة الكل، ولو فسدت صلاة الأول لا تفسد صلاة القوم.

=

أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا ابن نمير، عن هشام (ح) وحدثنا ابن نمير، وألفاظهم متقاربة، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا هشام. و«ابن ماجه» (١٢٣٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، عن هشام بن عروة. و«الترمذي» (٣٦٧٢) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك، عن هشام بن عروة. و«النسائي» في «الكبرى» (١١١٨٨) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: أخبرنا ابن القاسم، عن مالك، قال: حدثني هشام بن عروة. و«أبو يعلى» (٤٤٧٨) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا حماد، عن هشام بن عروة. و«ابن حبان» (٦٦٠١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن هشام بن عروة. كلاهما: (هشام بن عروة، وسعد بن إبراهيم) عن عروة بن الزبير، فذكره.

(١) انظر: الدر المختار ورد المحتار ٥٥١/١، ومغني المحتاج ٢٤٠/١، وحاشية الدسوقي ٣٢٧/١، ومنار السبيل ١٢٤/١، وكشاف القناع ٤٧٦/١، ٤٧٧. ط. دار الفكر.

ولو أحدث الإمام بعدما صلى ركعة فقدم لاحقًا فينبغي أن لا يتقدم؛ لأنه لا يمكنه القيام بما فوض إليه للحال إلا بارتكاب مكروه؛ لأن الواجب عليه أن يأتي أولا بما فاته مع الإمام، فإن قدمه فله أن يتأخر ويقدم رجلا، فإن تقدم أشار إليهم بأن لا يتبعوه لأنهم صلوا هذه الركعة فقضاها ثم اتبعوه ليقع الأداء مرتبًا، وكذلك لو ذكرها بعدما صلى ركعة أشار إليهم ليقضيها، فإن لم يفعل وأتم صلاة الإمام ثم تأخر وقدم من سلم بهم جاز خلافا لزفر بناءً على أن مراعاة الترتيب في أفعال الصلاة ليس بشرط خلافا له.

رجل نام خلف إمامه فصلى إمامه أربع ركعات وترك من كل ركعة سجدة ثم أحدث فقدَّم النائم لا ينبغي أن يتقدم، فإن تقدم أشار إليهم كي لا يتبعوه ليصلي ركعة وسجدة لأنهم قد أدوا هذه الركعة إلا سجدة منها ثم يسجد أخرى فيتبعه القوم فيها؛ لأن عليهم قضاء هذه السجدة، وكذلك يصلي كل ركعة؛ لأنه إمام لهم فيما لم يؤدوا غير إمام فيما أدوا، ومثل هذا جائز فإن المسبوق فيما يقضي منفرد في حق القراءة وسجودة السهو مقتدٍ في حق التحريمة حتى لا يصح الاقتداء به فكذا هذا.

(**وذكر في النوادر**): رجل أدرك الإمام في الركوع فأحدث الإمام فيه واستخلف هذا الرجل إن مكث في ركوعه بعد الاستخلاف تصح صلاته، فإن لم يمكث تفسد؛ لأن ركوع الإمام قد انتقض.

إمام مسافر أحدث فقدَّم مقيمًا أتمَّ صلاة إمامه ثم قدم مسافرًا فيسلم بهم ثم يصلي كل مقيم ركعتين منفردا؛ لأن اقتداءهم انعقد إلى هذه الحالة، ولو أنه قام وصلى بهم أربعا فسدت صلاة المقيمين لأنهم اقتدوا به في حال وجوب الانفراد عليهم ولا تفسد صلاة المسافرين؛ لأنهم انتقلوا إلى النفل بعد إكمال الفرض، ولو لم يقعد خليفة الإمام في الركعتين فسدت صلاتهم جميعًا وصلاة الأول أيضًا؛ لأنه خليفة المسافر فصارت القعدة فرضًا عليه كما لو كانت على الأصل، فإذا تركها فقد ترك فرضا من فروض صلاته فتفسد.

مسافر أمَّ قومًا مسافرين ومقيمين فصلَّى بهم ركعة وسجدة ثم أحدث فقدَّم رجلا جاء من ساعته لا ينبغي له أن يقدمه، فإن قدمه سجد الثانية وأتمها؛ لأنه بمنزلة الأول.

وإن سها عن الثانية، وصلى ركعةً وسجدة ثم أحدث فقدَّم رجلًا جاء من ساعته، فتقدم ثم رجع الإمام الأول والثاني؛ فإنه يسجد السجدة الأولى ويتابعه فيها؛ لأنه ركع لهذه السجدة ولا يسجد معه الثاني؛ لأنه لم يركع عليها وعليه إعادة تلك الركعة فلا يبدأ بالسجدة منها، وفي رواية النوادر: يسجدها الثاني؛ لأن المسبوق يلزمه متابعة الإمام في أفعاله، وإن كان لا يعتد من صلاته كما لو أدرك الإمام في السجود أو التشهد ثم يسجد السجدة الثانية ويتابعه الثاني دون الأول؛ لأن الأول لم يركع لها فإنه لاحق فيبدأ بالأول إلا أن يكون صلى تلك الركعة فانتهى إلى هذه السجدة فحينئذ يسجدها، والأول يصلي الركعة الثانية بلا قراءة، ويتشهد الإمام الثالث ثم يتأخر ويقدم رجلا يسلم؛ لأنه عاجز عن السلام بنفسه فيستعين بمن يقدر عليه، ويسجد الرابع سجدتي السهو ويسجد معه القوم، ويصلي الإمام الثاني الركعة الأولى بقراءة؛ لأنه مسبوق فيها.

ولو كان الأئمة مقيمين وتركوا أربع سجدات من كل ركعة سجدة ورجع الأئمة الأربعة وكل واحد اتبعه في السجدة من ركعته ولا يتبعه بعد ذلك إلا أن يدركه بأن يقضي ما عليه.

وذكر في النوادر: أنهم يسجدون معه إلا الأول؛ لأنهم مسبوقين ويقدم الخامس آخرًا ليسلم بهم ويسجد للسهو ويتابعه القوم كلهم غير الأول؛ لأنه لاحق.

ولو أدركوا أول الصلاة اتبعوه جميعًا في السجدة الأولى وفي الثانية إلا الأول؛ لأنه لم يدركها، وفي الثالثة إلا الأول والثاني لأنهما ما أدركا هذه الركعة ويقضون بغير قراءة.

(الزيادات): أصله: أن الصلاة متى صحَّت من وجه أو من وجوه وفسدت من وجه يحكم بالفساد احتياطًا لأنا تيقَّنَّا بوجوبها عليه وشككنا في سقوطها عنه فلا تسقط بالشك، وإذا صلى مسافر ومقيم ثم أشكل أيهما الإمام بعدما صليا ركعة فصلاتهما فاسدة؛ لأن الإمام منفرد والمنفرد إذا اقتدى أو المقتدي إذا انفرد في غير محله فسدت صلاته ولا يدرى بحالهما فترددت صلاتهما بين الصحة والفساد فتفسد احتياطا، فإن لم يشكا حتى أحدث أحدهما وخرج ثم أحدث الثاني وخرج فصلاة الخارج أولا فاسدة؛ لأنَّا تيقَّنَّا بفساد صلاته؛ لأنه إن كان مقتديا فبخروج إمامه بعده

تفسد صلاته؛ لأنه إن كان مقتديًا فبخروج إمامه بعده تفسد صلاته وإن كان إمامًا فحين خرج من المسجد تحولت الإمامة إلى صاحبه وصار هو مقتديا به، وإذا خرج صاحبه من المسجد لم يبق له إمام في المسجد فتفسد صلاته، وصلاة الثاني جائزة؛ لأنه إن كان إماما فبخروج المقتدي لا تفسد صلاته، وإن كان مقتديًا صار إمامًا بخروج الأول فلا يفسد، إلا أنه يصلي أربعا ويقعد في الثانية؛ لأنه إن كان مقيما يحتمل أنه كان مقتديا بالمسافر فيلزمه القعدة في الثانية، وإن كان مسافرًا يحتمل أنه كان مقتديًا بالمقيم فيلزمه أربع ركعات. ويقرأ في الركعة الثانية؛ لأن الإمام إن كان مسافرًا فالقراءة في الثانية فريضة، وإن خرجا معًا فصلاتهما فاسدة؛ لأن كل واحد تردد حاله بين أن يكون مقتديا أو إماما، فإن كان إماما جازت صلاته، وإن كان مقتديًا فسدت فيفسد احتياطا.

وكذلك إن خرج أحدهما أولا، ولا يدرى أيهما خرج أولا فصلاتهما فاسدة لاحتمال أن كل واحد خرج أولا وهو مقتدٍ.

ولو صليا ركعتين وقعدا قدر التشهد ثم شكًّا أيهما الإمام لم تجزِ صلاة المقيم ويتم منفردا؛ لأنه كيف ما كان فسبيله التفرد في الإتمام. والمسافر إن أتم مقتديا بالمقيم جاز، وإن لم يفعل فعليه الاستقبال؛ لأنه إن كان مقتديًا بالمقيم فعليه الإتمام مقتديًا به، وإذا لم يفعل تفسد صلاته، فتفسد صلاته من وجه فيحكم بالفساد احتياطًا، وإن لم يشكا حتى أحدث أحدهما فخرج ثم أحدث الآخر فخرج فصلاة الأول فاسدة وصلاة الثاني جائزة كما قلنا.

وإن خرجا معا فصلاة المقيم تامة؛ لأنه تم اقتداؤه بتمام الركعتين وصلاة المسافر فاسدة؛ لأنه إن كان مقتديا صار فرضه أربعا ثم بخروج إمامه فسدت صلاته.

وإن خرج أحدهما قبل الآخر ولا يدري فصلاتهما فاسدة، أما المسافر فلما مر، وأما المقيم فلاحتمال أنه كان إماما وخرج أولا وتحولت الإمامة إلى المسافر وخرج المسافر ولم يبق للمقيم إمام في المسجد.

ولو أشكل الأمر بعدما صليا ثلاث ركعات يجعل في الحكم المقيم إماما حَملًا لأمرهما على الصحة وهو الظاهر من حالهما؛ لأنه لو كان الإمام مسافرًا لا يزيد على الركعتين لما فيه من خلط المكتوبة بالنافلة، وكذا إذا قام إلى الثالثة

فالظاهر أن المقيم لا يقتدي به؛ لأنه اقتداء المفترض بالمتنفل وإنه لا يحل شرعًا؛ نظيره مسألتان: إحداهما: مسافر ومقيم أمَّ أحدهما صاحبه ولم يقعد قدر التشهد أو تركا القراءة في الأولتين أو في إحديهما فلما سلَّما وسجدا لسهو شكا فلم يدريا أيهما الإمام؛ يجعل الإمام هو المقيم حملا لأمرهما على الصلاح. والثانية: رجل أمَّ قوما في مصر وسلم عن ركعتين وذهب وقام القوم وأتموا ولم يعلموا أنه كان مسافرا أو مقيما فسدت صلاتهم؛ لأن الظاهر من حال من هو في المصر أنه مقيم.

سلم عن ركعتين ناسيا، في خارج المصر لا تفسد صلاتهم؛ لأن الظاهر أنه مسافر.

(باب ما يقطع الصلاة وما لا يقطعها)

الكلام عمده وسهوه يقطع الصلاة، وقال الشافعي رضي الله عنه: سهوه قليلًا لا يقطع كالسلام[1].

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم**»[2] فقد مد الركعة بالبناء إلى غاية التكلم فعلم أنه قاطع للتحريمة مطلقًا، ولأن الكلام عمده وسهوه منافٍ للصلاة لما فيه من ترك التعظيم والتفخيم في مناجاته مع المعبود، فإن من يناجي غيره إذا أعرض واشتغل بالكلام مع غيره قبل إتمامه يعد من باب الاستصغار والتهاون، والتهاون يضاد التعظيم ومبنى الصلاة على التعظيم فكانا في طرفي نقيض، وحاشيتي تضاد، ولهذا قال عليه السلام: «**إن صلاتنا هذه لَا يَصْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ، إنما هي التسبيح والتهليل والتحميد**»[3] أي: لا يصاحبها، كما يقال: هذا الثوب لا يصلح للبس

---

(١) انظر: شرح الدر وحاشية ابن عابدين ١/٧٥٠ ط.٣ بولاق.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٢٢١) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا الهيثم بن خارجة، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، عن ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، فذكره.

(٣) أخرجه «البخاري» في «خلق أفعال العباد» (٢٠٢) قال: حدثنا عبد الله بن محمد الجعفي، قال: حدثنا أبو حفص التنيسي، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي «القراءة خلف الإمام» (٨٦) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا أبان. وفي (٨٧) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن الحجاج الصواف. و«مسلم» ٢/٧٠ =

بخلاف السلام، فإنه يشبه الأذكار لما فيه من ذكر اسم الله تعالى وهو السلام، ويشبه كلام الناس بصيغة الخطاب فالتحق بالذكر حالة السهو للعذر.

النفخ المسموع بأن قال: أفَّ وتف؛ يفسد الصلاة عندهما، وقال أبو يوسف: لا يفسد؛ لأنه ليس بكلام في عُرف الناس بل هو بمنزلة السعال [والتنحنح] [1].

=

(١١٣٦) قال: حدثنا أبو جعفر، محمد بن الصباح، وأبو بكر بن أبي شيبة، وتقاربا في لفظ الحديث، قالا: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن حجاج الصواف. وفي ٧١/٢ (١١٣٧) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي ٣٥/٧ (٥٨٧٣) قال: وحدثنا محمد بن الصباح، وأبو بكر بن أبي شيبة، قالا: حدثنا إسماعيل، وهو ابن علية، عن حجاج الصواف (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا الأوزاعي. و«أبو داود» (٩٣٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى (ح) وحدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، المعنى، عن حجاج الصواف. وفي (٣٢٨٢ و٣٩٠٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن الحجاج الصواف. و«النسائي» ١٤/٣، وفي «الكبرى» (٥٦١ و١١٤٢) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي «الكبرى» (٨٥٣٥) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا حجاج. و«ابن خزيمة» (٨٥٩) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا الحجاج، وهو الصواف (ح) وحدثنا أبو هاشم، زياد بن أيوب، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية، قال: حدثني الحجاج بن أبي عثمان (ح) وحدثنا محمد بن هشام ، قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني الحجاج (ح) وحدثنا محمد بن عبد الله بن ميمون، قال: حدثنا الوليد، يعني ابن مسلم، عن الأوزاعي (ح) وحدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: أخبرنا بشر، يعني ابن بكر، عن الأوزاعي (ح) وحدثنا زياد بن أيوب، قال: حدثناه مبشر، يعني ابن إسماعيل الحلبي، عن الأوزاعي. و«ابن حبان» (١٦٥) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن حجاج الصواف. وفي (٢٢٤٧) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي (٢٢٤٨) قال: أخبرنا ابن خزيمة، وأبو خليفة، قالا: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى القطان، قال: حدثنا الحجاج الصواف.

خمستهم: (معمر بن راشد، والحجاج بن أبي عثمان الصواف، وهمام بن يحيى، وأبان بن يزيد، وعبد الرحمن الأوزاعي) عن يحيى بن أبي كثير، عن هلال بن أبي ميمونة، عن عطاء بن يسار، فذكره.

(١) هكذا وردت في (ك)، وفي الأصل: والتنفخ.

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم لرباح حين نفخ في صلاته: «**لا تنفخ، فإن مَنْ نَفَخَ فِي صَلَاتِهِ فَقَدْ تَكَلَّمَ**»[1] ولأن الكلام اسم لحروف منظومة مسموعة من مخرج الكلام؛ لأن الإفهام بهما يقع وأدنى ما يقع به انتظام الحروف حرفان.

وإذا قال: أف، وتف، وفف؛ فقد وجد انتظام حرفين بصوت مسموع فيكون كلاما، وكذا لو قال: أُخ وأَخ؛ يفسد بالإجماع، وإن لم يكن مسموعا لا يفسد ويكره لأنه ليس بكلام.

ولو أنَّ أو تأوه أو بكى في صلاته إن كان من ذكر الجنة والنار لا تقطع الصلاة؛ لأنه بمعنى التسبيح؛ لأنه بمعناه استعاذة من النار وإظهار الشوق إلى الجنة وإنه لتعظيم الله تعالى، ولهذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول في صلاة الكسوف: «**أف أف ألم تعدني أن لا تعذبهم وأنا فيهم**»[2]، وإن كان من وجع أو

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٤١٥/١، حاشية الدسوقي ٢٨١/١، وما بعدها، ٢٨٤، ٢٨٩، مغني المحتاج ١٩٦/١، مطالب أولي النهى ٥٢٠/١، ٥٢١.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٤٩٣٨) عن الثوري. و«ابن أبي شيبة» ٤٦٧/٢ (٨٣٨٥) قال: حدثنا ابن فضيل. و«أحمد» ١٥٩/٢ (٦٤٨٣) قال: حدثنا ابن فضيل. وفي ١٦٣/٢ (٦٥١٧) قال: حدثنا يحيى، عن شعبة. وفي ١٨٨/٢ (٦٧٦٣) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة (ح) قال عبد الله بن أحمد: قال أبي: قال ابن فضيل: «لم تعذبهم وأنا فيهم؟ لم تعذبنا ونحن نستغفرك» قال أبي: ووافق شعبة زائدة، وقال: «من خشاش الأرض» حدثناه معاوية. وفي ١٩٨/٢ (٦٨٦٨) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان. و«أبو داود» (١١٩٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد. و«الترمذي» في «الشمائل» (٣٢٤) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا جرير. و«النسائي» ١٣٧/٣، وفي «الكبرى» (١٨٨٠) قال: أخبرنا هلال بن بشر، قال: حدثنا عبد العزيز بن عبد الصمد. وفي ١٤٩/٣، وفي «الكبرى» (١٨٩٦) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن بن المسور الزهري، قال: حدثنا غندر، عن شعبة. وفي «الكبرى» (٥٥٢) قال: أخبرنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا أبو صالح، قال: حدثنا حماد. و«ابن خزيمة» (٩٠١ و١٣٨٩ و١٣٩٢) قال: حدثنا يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير. و«ابن حبان» (٢٨٢٩) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن فضيل. وفي (٢٨٣٨) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير. وفي (٥٦٢٢) قال: أخبرنا الحسين بن عبد الله القطان، قال: حدثنا حكيم بن سيف، قال: حدثنا عبيد الله بن عمرو، عن زيد بن أبي أنيسة.

=

مصيبة يقطع خلافا لأبي يوسف؛ لأنه من كلام الناس لوجود حده وهو الحروف المنظومة المسموعة.

ولو تنحنح لعذر به أو لإصلاح الصوت وتحسينه أو عطس أو تجشَّأ فحصل منه كلام لا يفسد لتعذر الاحتراز عنه ولإصلاح القراءة.

ولو تنحنح بغير عذر قطع صلاته عندهما.

ولو تكلم في صلاته بحيث استمع نفسه دون غيره تقطع صلاته، وإن لم يسمع نفسه اختلفوا فيه كما إذا قرئ في الصلاة لم يسمع نفسه وقد مر.

رجل عطس فقال المصلي: يرحمك الله؛ تفسد صلاته؛ لأنه من كلام الناس بصيغة بمنزلة قوله: أطال الله بقاءك وعافاك الله.

ولو قال له: الحمد لله، قيل: لم تفسد وإن أراد به التحميد لأن الجواب لا يستعمل لجواب العاطس عرفًا، فلم يأت بما يصير مجيبًا للعاطس وقيل: تفسد؛ لأنه قد يستعمل التحميد لجواب العاطس، فإذا أراد به الجواب صار جوابًا.

وإن حمد السامع قبل أن يحمد العاطس لا تفسد؛ لأن ذلك ليس بجواب.

وعن محمد رحمه الله: العاطس في الصلاة إذا خاطب نفسه فقال: يرحمك الله؛ لم يضره؛ لأنه لا يكلم غيره وإنما يدعو لنفسه، وإذا استأذن على المصلي غيره فسبح إعلامًا أنه في الصلاة لا تفسد لما رُوي عن علي رضي الله عنه: «**كنت إذا قرعت الباب على النبي صلى الله عليه وسلم وهو في الصلاة سبَّح**»[1].

=

ثمانيتهم: (سفيان الثوري، ومحمد بن فضيل، وشعبة بن الحجاج، وزائدة بن قدامة، وحماد بن سلمة، وجرير بن عبد الحميد، وعبد العزيز بن عبد الصمد، وزيد بن أبي أنيسة) عن عطاء بن السائب، عن أبيه، فذكره.

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٩٩/١، ونهاية المحتاج للرملي ٤٤/٢، والمهذب في فقه الإمام الشافعي ٩٥/١، وحاشية العدوي بهامش الخرشي على مختصر خليل ٣٢١/١، وكشاف القناع عن متن الإقناع ٣٨٠/١م النصر الحديثة.

والمـرأة تـصفق للإعـلام؛ لقولـه صـلى الله عليـه وسـلم: «**التَّـسْبِيحُ لِلرِّجَـال، وَالتَّصْفِيقُ لِلنِّسَاءِ**»[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/١٣٧ (٦٨٤) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٢/٦٢ (١٢٠١) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم. وفي ٢/٦٣ (١٢٠٤) قال: حدثنا يحيى، قال: أخبرنا وكيع، عن سفيان. وفي ٢/٦٦ (١٢١٨) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد العزيز. وفي ٢/٧٠ (١٢٣٤) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا يعقوب بن عبد الرحمن. وفي ٣/١٨٢ (٢٦٩٠) قال: حدثنا سعيد بن أبي مريم، قال: حدثنا أبو غسان. وفي ٣/١٨٣ (٢٦٩٣) قال: حدثنا محمد بن عبد الله، قال: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله الأويسي، وإسحاق بن محمد الفروي، قالا: حدثنا محمد بن جعفر. وفي ٩/٧٤ (٧١٩٠) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد. و«مسلم» ٢/٢٥ (٨٧٩) قال: حدثني يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي ٢/٢٦ (٨٨٠) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني ابن أبي حازم (ح) وقال قتيبة: حدثنا يعقوب، وهو ابن عبد الرحمن القاري. وفي (٨٨١) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: أخبرنا عبد الأعلى، قال: حدثنا عبيد الله. و«ابن ماجه» (١٠٣٥) قال: حدثنا هشام بن عمار، وسهل بن أبي سهل، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٩٤٠) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك. وفي (٩٤١) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا حماد بن زيد. و«النسائي» ٢/٧٧، وفي «الكبرى» (٨٦١) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا يعقوب، وهو ابن عبد الرحمن. وفي ٢/٨٢، وفي «الكبرى» (٨٧٠) قال: أخبرنا أحمد بن عبدة، عن حماد بن زيد. وفي ٣/٣، وفي «الكبرى» (٥٢٩ و١١٠٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى، قال: حدثنا عبيد الله، وهو ابن عمر. وفي ٨/٢٤٣، وفي «الكبرى» (٥٩٣٠) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٧٥١٣ و٧٥١٧) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا سفيان. وفي (٧٥٢٤) قال: حدثنا خلف بن هشام البزار، قال: حدثنا حماد بن زيد. وفي (٧٥٤٥) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن. و«ابن خزيمة» (٨٥٣) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، قال: أخبرنا حماد، يعني ابن زيد (ح) وحدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم (ح) وحدثنا إسماعيل بن بشر بن منصور السليمي، قال: حدثنا عبد الأعلى، عن عبيد الله (ح) وحدثنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا عبيد الله، يعني ابن عمر. وفي (٨٥٤) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان (ح) وحدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا ابن عيينة. وفي (١٥١٧) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: أخبرنا حماد، يعني ابن زيد. وفي (١٥٧٤) قال: حدثنا =

أُخبر بما يسوؤه فاسترجع، أو بما يسره فحمد الله تعالى، وأراد به جوابه تفسد صلاته عندهما خلافا لأبي يوسف إلا في الاسترجاع، وإن لم يرد جوابه وأراد به إعلامه أنه في الصلاة لم تفسد بالإجماع.

لأبي يوسف: أنه ذكر وثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ككلام الناس لا يتغير ثناء بعزيمته.

لهما: أنه خرج مخرج الجواب، وهو مستعمل في موضع الجواب، وقد أراد به الجواب فيصير جوابًا.

وكذا لو قال لرجل اسمه يحيى وعنده كتاب موضوع: ﴿يَٰيَحۡيَىٰ خُذِ ٱلۡكِتَٰبَ بِقُوَّةٖ﴾[1]، وأراد به كلامه، أو كان في سفر فقيل له: على ماذا مررت؟، فقال: مررت بـ ﴿بِئۡرٖ مُّعَطَّلَةٖ وَقَصۡرٖ مَّشِيدٍ﴾[2]، وأراد به جوابه فسدت صلاته، وكذا لو أنشد شعرًا يوجد

=

إسماعيل بن بشر بن منصور السليمي، ومحمد بن عبد الله بن بزيع، قالا: حدثنا عبد الأعلى، قال محمد: قال: حدثنا عبيد الله. قال إسماعيل: عن عبيد الله. وفي (١٦٢٣) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: حدثنا حماد بن زيد (ح) وحدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم (ح) وحدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان (ح) وحدثنا يونس بن عبد الأعلى الصدفي، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، أن مالكا حدثه. و«ابن حبان» (٢٢٦٠) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: حدثنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٢٢٦١) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا خلف بن هشام البزار، قال: حدثنا حماد بن زيد.

جميعهم (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وجرير بن عبد الحميد، وعبد الحميد بن جعفر، ومحمد بن إسحاق، وعبد الرحمن بن عبد الله المسعودي، وحماد بن زيد، وعبيد الله بن عمر، وسفيان الثوري، وحماد بن سلمة، وعبد العزيز بن أبي سلمة الماجشون، وسعيد بن عبد الرحمن، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي، وعبد العزيز بن أبي حازم، ويعقوب بن عبد الرحمن، وأبو غسان، محمد بن مطرف، ومحمد بن جعفر بن أبي كثير) عن أبي حازم، سلمة بن دينار، فذكره.

(١) سورة مريم الآية ١٢.

(٢) سورة الحج الآية ٤٥.

عينه في القرآن مثل قول الشاعر[١]: [الخفيف]

أَرَأَيْتَ الَّذِي يُكَذِّبُ بِالدِّينِ فَذَلِكَ الَّذِي يَدُعُّ اليَتِيمَا

وقوله أيضًا[٢]: [الوافر]

وَيُخْزِهِمْ وَيَنْصُرْكُمْ عَلَيْهِمْ وَيَشْفِ صُدُورَ قَوْمٍ مُؤْمِنِينَا

وأراد به إنشاد الشعر.

ومن أصابه وجع فقال: بسم الله، فسدت صلاته في قياس قولهما؛ لأنه صار من كلام الناس.

(**النوادر**): المصلي سمع الأذان فقال مثل ما يقول المؤذن إن أراد جوابه تفسد، وإن لم يرد لا تفسد، وإن لم يكن له نية تفسد؛ لأن الظاهر أنه أراد الإجابة، وكذلك إذا سمع اسم النبي صلى الله عليه وسلم فصلى عليه، وهذا إجابة فتفسد، وإن صلى عليه ولم يسمع اسمه لا تفسد، ولو صلى جرى على لسانه: نعم، فإن كان يعتاد أن يجري في كلامه: نعم؛ تفسد صلاته، وإن لم يعتد ذلك لا تفسد؛ لأنه يجعل ذلك من القرآن.

المصلي يقرأ: ﴿۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ﴾ [النساء: ٤٣]، رفع رأسه وقال: لبيك سيدي، فالأحسن أن لا يفعل، ولو فعل قيل: لا تفسد صلاته؛ لأنه بمنزلة الثناء والدعاء وقيل: يفسد؛ لأنه ليس من القرآن بل هو من كلام الناس.

(**المبسوط**): دعا في صلاته بدعاء في القرآن أو ما هو في نظيره بأن دعا ما يستحيل سؤاله من العباد مثل سؤال العافية والمغفرة والرزق بأن قال: اللهم ارزقني الحج أو اغفر لي؛ لا تفسد صلاته.

ولو دعا بما لا يستحيل سؤاله من العباد مثل قوله: اللهم أطعمني أو اقض ديني أو زوِّجني فلانة تفسد؛ لأنه من كلام الناس خلافا للشافعي رضي الله عنه.

---

(١) سورة الماعون الآيتان ١، ٢، والبيت لشهاب الحجازي في شرح عقود الجمان ١/٤٢٠.

(٢) سورة التوبة الآية ١٤، والبيت لدعبل في ديوانه ١/٢٧٨.

ولو قال: اللهم ارزقني فلانة؛ فالصحيح أنه تفسد؛ لأن هذا اللفظ إنما يستعمل فيما بين العباد، فإن محمدا قال: الأمير إذا رزق الجيش.

ولو قال: اللهم اغفر لوالديَّ؛ لا تفسد؛ لأنه موجود في القرآن.

ولو قال: اللهم اغفر لأخي، ذكر للشيخ الإمام أبو الفضل البخاري رحمه الله أنه تفسد؛ لأن قوله: أخ من كلام الناس.

قرأ الإمام من المصحف فسدت صلاتهم عند أبي حنيفة، وعندهما: لا تفسد؛ لما رُوي أن ذكوان مولى عائشة رضي الله عنها كان يؤمُّها في رمضان وكان يقرأ من المصحف، ولأن حمل المصحف وتقليب الأوراق عمل قليل لا يوجب الفساد.

له: أنه عمل كثير ليس من الصلاة وهو: حمل المصحف، وتقليب الأوراق، ووضعه عند الركوع، ورفعه عند القيام، ومن عمل هذه الأعمال إذا رآه الناظر يستيقن أنه ليس في الصلاة ويستكثر ذاك منه، فعلى هذا لو كان موضوعًا بين يديه على رجل ولا يقلب أوراقه أو قرأ مكتوبًا على المحراب ينبغي أن لا تفسد؛ لأنه عمل قليل ولأنه يلقن من المصحف فكان تعلمًا منه فأشبه المتلقن ممن ليس في الصلاة، فعلى هذا لو كان موضوعًا بين يديه أو قرأ من المحراب يفسد، وحديث ذكوان محمول على أنه كان يقرأ من المصحف قبل الشروع في الصلاة ليستظهر القرآن فيقرأ في الصلاة دليل أنه مكروه ولا يظن بالصحابة أنهم يرضون بالمكروه.

ولو نظر إلى شيء مكتوب ففهمه إن نظر غير مستفهم لكنه فهمه لا تفسد صلاته، وإن نظر مستفهما لا تفسد عند أبي يوسف، وقيل عند محمد: تفسد، والأصح: أنه لا تفسد عنده، مروي ذلك عنه نصًّا؛ لأن الفساد متعلق بالكلام ولم يصر متكلما بخلاف ما لو حلف لا يقرأ كتاب فلان ونظر فيه وفهم؛ حنث عند أبي حنيفة؛ لأن ثمة المقصود العلم بما في الكتاب دون القراءة فانصرفت اليمين إلى العلم دون القراءة.

ارتج الإمام في القراءة يكره للمقتدي أن يفتح عليه من ساعته لجواز أن يتذكر الإمام من ساعته فيصير قارئًا خلف الإمام من غير حاجة، ولو فتح على إمامه لا تفسد صلاته لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إِذَا اسْتَطْعَمَكُمُ الإِمَامُ** - **أي: إذا**

استفتحكم - فافتحوا عليه»[1]، ولأن الفتح على إمامه لا يفسد صلاته؛ لأنه من أعمال صلاته؛ لأنه يقصد به إصلاح صلاته، قيل: هذا إذا سكت ولم ينتقل إلى آية

(١) أخرجه البيهقي (٣/٢١٣، رقم ٥٥٨٥).

قَال ابْنُ عَابِدِينَ: إِنْ حَصَل التَّذَكُّرُ بِسَبَبِ الْفَتْحِ تَفْسُدُ مُطْلَقًا، سَوَاءٌ أَشْرَعَ فِي التِّلَاوَةِ قَبْل تَمَامِ الْفَتْحِ أَمْ بَعْدَهُ، لِوُجُودِ التَّعَلُّمِ، وَإِنْ حَصَل تَذَكُّرُهُ مِنْ نَفْسِهِ لَا بِسَبَبِ الْفَتْحِ لَا تَفْسُدُ مُطْلَقًا، وَكَوْنُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ حَصَل بِالْفَتْحِ لَا يُؤَثِّرُ بَعْدَ تَحَقُّقِ أَنَّهُ مِنْ نَفْسِهِ، وَيَشْمَل هَذَا إِذَا كَانَ الْمَفْتُوحُ عَلَيْهِ مُصَلِّيًا أَوْ غَيْرَ مُصَلٍّ، وَإِنْ سَمِعَ الْمُؤْتَمُّ مِمَّنْ لَيْسَ فِي الصَّلَاةِ فَفَتَحَ بِهِ عَلَى إِمَامِهِ فَسَدَتْ صَلَاةُ الْكُل، لأَنَّ التَّلْقِينَ مِنْ خَارِجٍ، وَفَتْحُ الْمُرَاهِقِ كَالْبَالِغِ فِيمَا ذُكِرَ.

هَذَا كُلُّهُ قَوْل أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَال أَبُو يُوسُفَ: إِنَّ الْفَتْحَ عَلَى الإِمَامِ لَا يَكُونُ مُفْسِدًا لِلصَّلَاةِ، فَلَا تَفْسُدُ صَلَاةُ الْفَاتِحِ مُطْلَقًا، لأَنَّهُ قِرَاءَةٌ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِقَصْدِ الْقَارِئِ.

وَقَال الْمَالِكِيَّةُ: إِذَا أُرْتِجَ عَلَى الإِمَامِ فِي الْفَاتِحَةِ يَجِبُ عَلَى الْمَأْمُومِ أَنْ يَفْتَحَ عَلَيْهِ عَلَى الْقَوْل: بِأَنَّ قِرَاءَةَ الْفَاتِحَةِ تَجِبُ فِي الصَّلَاةِ كُلِّهَا أَوْ جُلِّهَا.

أَمَّا عَلَى الْقَوْل: بِأَنَّ الْفَاتِحَةَ تَجِبُ فِي جُل الصَّلَاةِ لَا فِي كُلِّهَا، وَحَصَل الرِّتَاجُ بَعْدَ قِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ فِي جُل الصَّلَاةِ، كَأَنْ يَقِفَ فِي ثَالِثَةِ الثُّلاثِيَّةِ، أَوْ رَابِعَةِ الرُّبَاعِيَةِ، فَالْفَتْحُ عَلَيْهِ سُنَّةٌ، أَمَّا صَلَاةُ الإِمَامِ فَصَحِيحَةٌ مُطْلَقًا، لأَنَّهُ كَمَنْ طَرَأَ لَهُ الْعَجْزُ عَنْ رُكْنٍ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ، أَمَّا فِي غَيْرِ الْفَاتِحَةِ فَيُسَنُّ الْفَتْحُ عَلَيْهِ إِنْ وَقَفَ حَقِيقَةً: بِأَنِ اسْتَفْتَحَ وَلَمْ يَنْتَقِل لِغَيْرِ سُورَةٍ وَلَمْ يُكَرِّرْ آيَةً، أَوْ وَقَفَ حُكْمًا: بِأَنْ رَدَّدَ آيَةً، إِذْ يُحْتَمَل أَنْ يَكُونَ لِلتَّبَرُّكِ أَوِ التَّلَذُّذِ بِهَا، وَيُحْتَمَل لِلاسْتِطْعَامِ، كَقَوْلِهِ: ﴿وَٱللَّهُ﴾ وَيُكَرِّرُهَا أَوْ يَسْكُتُ فَيُعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّ بَعْدَهَا ﴿غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢١٨].

وَمِنَ الْحُكْمِيِّ أَيْضًا: خَلْطُ آيَةِ رَحْمَةٍ بِآيَةِ عَذَابٍ، أَوْ تَغْيِيرُهُ آيَةً تَغْيِيرًا يَقْتَضِي الْكُفْرَ، أَوْ وَقْفُهُ وَقْفًا قَبِيحًا فَيَفْتَحُ عَلَيْهِ بِالتَّنْبِيهِ عَلَى الصَّوَابِ، وَلَا سُجُودَ عَلَيْهِ لِلْفَتْحِ عَلَى إِمَامِهِ، وَأَمَّا إِنِ انْتَقَل إِلَى آيَةٍ أُخْرَى مِنْ غَيْرِ الْفَاتِحَةِ، أَوْ لَمْ يَقِفْ فَيُكْرَهُ الْفَتْحُ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ وَلَا تَبْطُل صَلَاةُ الْفَاتِحِ وَلَا سُجُودَ عَلَيْهِ.

وَذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ إِلَى أَنَّ الْفَتْحَ عَلَى الإِمَامِ مُسْتَحَبٌّ، قَال النَّوَوِيُّ: إِذَا أُرْتِجَ عَلَى الإِمَامِ وَوَقَفَتْ عَلَيْهِ الْقِرَاءَةُ اسْتُحِبَّ لِلْمَأْمُومِ تَلْقِينُهُ، وَكَذَا إِذَا كَانَ يَقْرَأُ فِي مَوْضِعٍ فَسَهَا وَانْتَقَل إِلَى غَيْرِهِ اسْتُحِبَّ تَلْقِينُهُ، وَإِذَا سَهَا عَنْ ذِكْرٍ فَأَهْمَلَهُ، أَوْ قَال غَيْرَهُ اسْتُحِبَّ لِلْمَأْمُومِ أَنْ يَقُولَهُ جَهْرًا لِيَسْمَعَهُ، وَاسْتَدَلُّوا بِمَا رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: "كَانَ أَصْحَابُ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُلَقِّنُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا فِي الصَّلَاةِ" وَالأَخْبَارِ السَّابِقَةِ فِي مَشْرُوعِيَّةِ الْفَتْحِ عَلَى الإِمَامِ.

وَلَا يَقْطَعُ الْفَتْحُ عَلَى الإِمَامِ مُوَالَاةَ الْفَاتِحَةِ، لأَنَّهُ فِي مَصْلَحَةِ الصَّلَاةِ، فَلَا يَجِبُ اسْتِئْنَافُهَا، وَإِنْ كَانَ التَّوَقُّفُ فِي قِرَاءَةِ غَيْرِ الْفَاتِحَةِ، لأَنَّهُ إِعَانَةٌ لِلإِمَامِ عَلَى الْقِرَاءَةِ الْمَطْلُوبَةِ.

=

أخرى، فأما إذا انتقل ففتح عليه تفسد صلاته؛ لأنه ليس فيه إصلاح صلاته فبقي تعليمًا وجوابًا له، وقيل: لا تفسد.

وذكر في (الأصل) و(الجامع الصغير): أنه إذا فتح على إمامه أنه يجوز مطلقًا؛ لأن الفتح وإن كان تعليمًا ولكن التعليم ليس بعمل كثير وأنه تلاوة حقيقة فلا يكون مفسدًا، وإن لم يكن محتاجًا إليها.

ويكره للإمام أن يلجئهم إليه بل يأخذ في آية أخرى أو سورة أخرى؛ لأن القرآن كله سواء فكره له الكف عن القراءة مع إمكانها.

ولو فتح على غير إمامه يفسد إلا إذا عنى به التلاوة دون التعليم خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن التعليم جواب له، وهذا مما يتعارف جوابًا فصار كلامًا مفسدًا للصلاة، ثم شرط في (الأصل) أن يفتح عليه غير مرة؛ لأن الفتح عليه مرة عمل يسير والعمل اليسير لا يفسد الصلاة.

وذكر في (**الجامع الصغير**): وإن فتح عليه مرة واحدة فسدت صلاته؛ لأنه الْتحق بكلام الناس متى أراد تعليمه وجوابه.

=

وَلَا بُدَّ فِي الْفَتْحِ عَلَيْهِ مِنْ قَصْدِ الْقِرَاءَةِ، وَلَوْ مَعَ الْفَتْحِ، وَإِلَّا بَطَلَتْ صَلَاةُ الْفَاتِحِ عَلَى الْمُعْتَمَدِ.

وَيَكُونُ الْفَتْحُ عَلَى الإِمَامِ إِذَا تَوَقَّفَ عَنِ الْقِرَاءَةِ وَسَكَتَ، وَلَا يَفْتَحُ عَلَيْهِ مَا دَامَ يُرَدِّدُ.

فَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ الْقِرَاءَةَ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ عَلَى الْمُعْتَمَدِ إِنْ كَانَ عَالِمًا، وَإِلَّا فَلَا تَبْطُل؛ لأَنَّهَا مِمَّا يَخْفَى عَلَى الْعَوَامِّ غَالِبًا، وَالْفَتْحُ مَنْدُوبٌ عِنْدَهُمْ وَلَوْ فِي الْقِرَاءَةِ الْوَاجِبَةِ، وَفِي حَاشِيَةِ الْقَلْيُوبِيِّ: وَفِيهِ نَظَرٌ فِي الْقِرَاءَةِ الْوَاجِبَةِ فِي الرَّكْعَةِ الأُولَى مِنَ الْجُمُعَةِ، وَقِيَاسُ نَظَائِرِهِ الْوُجُوبُ فِي هَذِهِ، وَأَنَّهُ لَا يَقْطَعُ مُوَالَاةَ الْفَاتِحَةِ وَإِنْ طَال، وَهُوَ كَذَلِكَ عَلَى الْمُعْتَمَدِ.

وَقَال الْحَنَابِلَةُ: إِذَا أُرْتِجَ عَلَى الإِمَامِ فِي الْقِرَاءَةِ الْوَاجِبَةِ كَالْفَاتِحَةِ لَزِمَ مَنْ وَرَاءَهُ الْفَتْحُ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِنْ غَلِطَ فِي الْفَاتِحَةِ، لِتَوَقُّفِ صِحَّةِ صَلَاتِهِ عَلَى ذَلِكَ، كَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَنْبِيهُهُ عِنْدَ نِسْيَانِ سَجْدَةٍ وَنَحْوِهَا مِنَ الأَرْكَانِ الْفِعْلِيَّةِ.

انظر: البحر الرائق ٦/٢ - ٧، وابن عابدين ٤١٨/١، وفتح القدير ٣٤٧/١، وشرح الزرقاني ٢٤٢/١، وحاشية الدسوقي ٢٨١/١، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٣٤٨/١، والقليوبي ١٤٩/١ - ١٥٠، والمجموع شرح المهذب ٢٣٨/٤ وما بعده.

(فصل)

العمل الكثير يفسد الصلاة، والعمل القليل لا؛ لأنه قلَّما يمكن الاحتراز عنه في الصلاة من كف يديه أو تسوية الحصا لإمكان السجود أو تسوية الصف ونحوها فصار القليل معفوًّا نفيًا للحرج، واختلفوا في الفاصل بينهما، قيل: العمل الكثير ما لا يمكنه إقامته إلا باليدين واليسير مما يمكنه إقامته بإحديهما.

وروى البلخي عن أصحابنا: الكثير ما لو رآه الناظر يستيقن أنه ليس في الصلاة بخلاف اليسير وهو الأحسن.

أكل أو شرب ناسيًا أو عامدا أو سرح لحيته أو قابلة أرضعت صبيًّا أو ادهن تفسد صلاته؛ لأنه عمل كثير، ولو صب الدهن على رأسه بيد واحدة لا تفسد، وإن أخذ وعاء الدهن وادهن رأسه بيد آخر فسدت صلاته؛ لأنه عمل كثير.

ولو ابتلع شيئًا من أسنانه لا يفسد، وإن كان مقدار حمصة بخلاف الصوم؛ لأن فساد الصوم معلق بوصول المغذي إلى جوفه وقد وجد، فأما فساد الصلاة معلق بعمل كثير ولم يوجد.

ولو أخذ سمسمة من خارج الفم فابتلعها فسدت؛ لأن الأكل عمل كثير وكذا لو رمى بقوس وأراد به إذا أخذ السهم ووضعه على الوتر ورمى به، فإذا رمى بالقوس وحده لا تفسد لأنه عمل قليل.

ولو رمى طيرا بحجر لا تفسد.

وذكر أبو الليث في نوازله: إن رمى بأطراف أصابعه لا بكفه واحدًا أو اثنين لا تفسد، وإن رمى ثالثًا تفسد؛ لأنه عمل كثير.

ولو قلس أقل من ملء الفم وعاد لا تفسد، ولو قلس ملأ الفم وعاد تفسد.

ولو تعمم أو امرأة تخمرت فسدت؛ لأنه عمل كثير.

ولو سوى كور عمامته أو وضعها على رأسه لا تفسد؛ لأنه قليل، وإن شد إزاره قيل: فسدت؛ لأنه لا يمكنه إلا باليدين، وإن حله لا تفسد؛ لأنه يمكنه بيد واحدة وقيل على عكسه؛ لأن الحل عمل كثير لا يحتاج إليه، والشد وإن كان كثيرًا إلا أنه

يحتاج إليه لإصلاح صلاته فلم يصر مفسدًا للضرورة وكذا إن ألجم دابته فسدت، وإن نزع اللجام منها لا تفسد.

وذكر في (**المنتقى**): أو تروح بطرف كمه لا تفسد، ولو تروح بالمروحة قالوا: تفسد؛ لأن الناظر إليه يستيقن أنه ليس في الصلاة.

وذكر الناطفي: أن محمدًا ذكر في الهارونيات: لو تروح بالمروحة مرة أو مرتين لا تفسد، ولو قتل القمل مرارًا متداركًا فسدت، وإن كان بين القتلات فرجة لا تفسد، ولو مضغ العلك كثيرًا فسدت، وكذا لو كان في فمه إهْلِيْلجَة[1] فلاكها، فإن دخل حلقه منها شيء يسير من غير أن يلوكها لا تفسد، وإن كثر ذلك فسدت، ذكره في (**المنتقى**).

ولو شم ريحًا طيبة أو نزع قميصًا عليه أو لبس قميصًا أو قلنسوة أو نزعها أو زر قميصًا عليه أو قباءً أو حلَّةً لا تفسد صلاته.

ولو تَسَرْوَل أو تخفف فسدت.

ولو خلع الخف وهو واسع لا تفسد.

وقال محمد رحمه الله: لو كتب في صلاته على شيء يرى فسدت، وإن كتب على شيء لا يرى لا تفسد؛ لأنه لا يسمى كتابة.

صبي مص ثدي امرأة مصلية إن خرج اللبن فسدت وإلا فلا؛ لأنه متى خرج اللبن يكون إرضاعا وبدونه لا.

وإن لمس امرأته بشهوة أو قبّلها بشهوة أو غير شهوة فسدت؛ لأنه في معنى الوطء وإنه عمل كثير.

---

(١) الإِهْلِيلَج: شجر ينبت في الهند وكابُل والصين، ثمره على هيئة حَبِّ الصَّنَوْبر الكبار.
والهَلِيلجُ والإِهْلِيلَجُ والإِهْلِيلجَةُ: عِقِّيرٌ من الأَدوية معروف، وهو معرّب.
الجوهري: ولا تقل هَلِيلجةٌ.
قال الفراء: وهو بكسر اللام الأَخيرة، قال: وكذلك رواه الإِيادي عن شمر؛ وقيل: هو الإِهْلِيلَجُ، بفتح اللام الأَخيرة؛ قال ابن الأَعرابي: وليس في الكلام إِفْعِيلِل، بالكسر، ولكن إِفْعِيلَل مثل إِهْلِيلَج وإِبرِيسَم وإِطْرِيفَل.

وإن لمسته امرأته بشهوة وهو لم يشتهِ لم تفسد، وإن قبلته امرأته على فمه ولم يقبلها هو لا تفسد.

وإن فتح بابًا أو أغلقه فدفعه بيده لم تفسد.

وإن عالجه بمفتاح غلقٍ أو قفل فسدت؛ لأنه عمل كثير.

ولو صافح إنسانًا يريد به التسليم عليه فسدت؛ لأنه سلام، ولو سلم على إنسان أو رد السلام فسدت؛ لأنه كلام.

(باب قضاء الفائتة)

مراعاة الترتيب بين الفائتة والوقتية شرط حتى لا يجوز أداء الوقتية قبل قضاء الفائتة، وقال الشافعي رحمه الله: ليس بشرط.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من تذكر صلاة وهو يصلِّي مع الإمام فليصل التي هو وقتها، ثم ليقض التي تذكر، ثُمَّ لِيُعِد الَّتِي صَلَّى مَعَ الإِمَامِ**»[1].

ويسقط الترتيب عند النسيان وضيق الوقت خلافا لمالك رحمه الله، ويسقط عند كثرة الفوائت خلافا لزفر.

والصحيح قولنا؛ لأن الاشتغال بقضاء الفوائت عند الكثرة وعند ضيق الوقت سبب لفوات الوقتية عن وقتها، ومراعاة الوقتية في الوقت واجبة بالكتاب فلا يسقط بخبر الواحد؛ لأنه لا يجوز العمل به متى تضمَّن إبطال العمل بالكتاب ولأنه ليس من حكمة الحكيم إضاعة الموجود في طلب المفقود، وأما النسيان فلأنه موسع للأمر مسقط للتكليف.

وجه الكثرة في ظاهر الرواية أنه إذا فاتته ست صلوات ودخل وقت السابعة يسقط الترتيب.

وعن محمد: إذا فاتته خمس صلوات ودخل وقت السادسة يسقط الترتيب لأن الكثير من كل شيء كل جنسه، وكل الجنس إنما هو الخمس كالكثير في باب الصوم كل الشهر.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤٢١/١) وصوب وقفه على ابن عمر.

وجه ظاهر الرواية: أن الكثير ما يدخل في حد التكرار كالكثير في المقسوم إنما يتحقق بزيادة أحد القسمين على الآخر إلَّا أنَّا أقمنا دخولها في حد التكرار مقام كثرة الفوائت بحيث لا وسع لها في الوقت مع الوقتية تيسيرا ونفيا للحرج؛ لأن من عليه الفوائت يحتاج أن يتأمل في سعة الوقت وضيقه وفي ذلك حرج فأقمنا سبب الكثرة في مقامها نفيًا للحرج. وهذا إذا كانت الفوائت حديثة، فإن كانت قديمة، بأن كان على الرجل صلوات فائتة واشتغل بأداء الصلوات قبل قضاء تلك الفوائت ثم ترك صلاة أخرى ثم صلى صلاة أخرى وهو ذاكر لهذه المتروكة الحديثة قيل: يجزيه؛ لأن قضاء الكل يفوِّت الوقتية عن وقتها، وقيل: لا يجزيه ويجعل الماضي كأن لم يكن زجرًا له عن التهاون. ثم كثرة الفوائت كما سقط الترتيب في الأداء يسقط الترتيب في القضاء حتى إن من ترك صلاة شهر ثم قضى ثلاثين فجرًا ثم قضى ثلاثين ظهرًا ثم هكذا صح؛ لأن الفوائت لما أسقطت الترتيب في أغيارها فلأن يسقط في أنفسها أولى.

ومتى سقط الترتيب لم يعد في أصح الروايات حتى لو ترك صلاة شهرًا فقضاها إلا صلاة ثم صلى الوقتية وهو ذاكر لها جاز؛ لأن الساقط لا يحتمل العود كماءٍ قليل نجس وَرَدَ عليه الماء الجاري حتى كثر ثم عاد قليلا لا يعود نجسًا فكذا هذا.

رجل لم يصل الفجر وصلى بعدها أربع صلوات من كل يوم شهرا؛ قيل: لا يجزيه الصلوات الأربعة في اليوم الأول، ويجزيه في اليوم الثاني لسقوط الترتيب عنه بكثرة الفوائت، ولا يجزيه في اليوم الثالث لترك الترتيب، وهكذا يجزي في كل عشر صلوات ست صلوات فاسدة وأربع منها جائزة، وكذا لو صلى الفجر شهرا ولم يصل سائر الصلوات يجزيه خمس عشر صلوات من الفجر ولا يجزيه غيرها. وقيل: أنه يجزيه الصلوات الأربعة في كل يوم إلا في اليوم الأول ويجزيه كل الفجر إلا الفجر الثانية؛ لأنه صلى الفجر الثانية وعليه أربع صلوات فلم تجز لقلة الفوائت وبعد ذلك كثرت الفوائت، فسقط الترتيب والترتيب متى سقط لا يعود. ولو صلى الفجر وهو ذاكر أنه لم يوتر فهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يجب قضاؤه عنده، فالتحق بالفرضية في حق العمل احتياطا، وعندهما: هي جائزة؛ لأن الوتر سنة.

ولو تذكر فائتة في تطوُّعه لم يفسد تطوعه؛ لأن الترتيب عرف واجبًا في الفرض بخلاف القياس فلا يلتحق به غيره.

ومن ترك صلاة واحدة ثم صلى شهرا وهو ذاكر لها أعادها خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يعيد يومًا وليلة، وكذا لو ترك خمس صلوات ثم صلى السادسة فهي موقوفة حتى لو أدى السابعة جازت ولم يعد السادسة عنده، وعندهما: يعيدها.

لهما: أن سقوط الترتيب حكم كثرة الفوائت والحكم ثبت بعد العلة لا قبلها، فلم يسقط الترتيب في حق تلك الصلوات فحكمنا بفسادها.

له: إنا لا نحكم بفساد المفعولات للحال بل بوقف حكمها؛ لأن الترتيب يجب على تقدير عدم كثرة الفوائت فلو فسدت المفعولات ويلزمه إعادتها بكثرة الفوائت ومتى كثرت الفوائت ثبتت صفة الكثرة للكل فلم يجب الترتيب من الأصل، فظهر أن المفعولات وقعت صحيحة كصاحبة العادة في الحيض إذا رأت الام زيادة على معروفتها فاغتسلت وصلّت يتوقف ما صلّت إن جاوز الدم العشرة جازت، وإن لم يجاوز فسدت.

صلى العصر وهو ذاكر أنه لم يصل الظهر وهو يظن أنه يجزيه يعيدهما.

وقال زفر: لا يعيد العصر؛ لأنه صلاها، وعنده: أن ذلك جائز فصار كالناسي للفائتة. لنا: أن مراعاة الترتيب واجبة عليه وظنه جهل وأنه تقصير من قبله فلا يعتبر عذرا لإسقاط ما عليه، فلو أعاد الظهر ولم يعد العصر وصلى المغرب أعاد العصر ولم يعد المغرب؛ لأن العصر غير متروكة بيقين لاختلاف العلماء في فسادها، والخبر إنما أوجب الترتيب في متروكة بيقين، فإذا لم توجد لم يجب العمل بخبر الواحد بخلاف الظهر فإنها متروكة بيقين فلزم العمل بالخبر في وجوب الترتيب ولم يعذر بالجهل.

(**النوادر**): لو صلى الظهر على ظن أنه متوضئ ثم توضأ وصلى العصر ثم تبين يعيد الظهر خاصة؛ لأنه بمنزلة الناسي في حق الظهر فلم يلزمه مراعاة الترتيب بخلاف ما لو صلى الظهر يوم عرفة على ظن أنه متوضئ ثم صلى العصر بوضوء ثم تبين يعيدهما؛ لأن العصر ثمة تبع للظهر لا يجوز العصر بدونه لما يأتي، وعن محمد رحمه الله: لو ترك صلاة يوم وليلة وقضى من الغد مع كل صلاة صلاة فالفوائت كلها صحيحة قدَّمها أو أخَّرها، فأما الوقتية إن قدَّمها فهي فاسدة كلها؛ لأنه

متى صلَّى واحدة منها صارت الفوائت ستًّا ثم إذا قضى فائتة بعدها عادت خمسا ثم لا يزال هكذا فلا يعود إلى الجواز، وإن أخرها فهي فاسدة إلا العشاء، لأنه صلاها وعنده أنه لا صلاة عليه فصار كالناسي.

ولو افتتح العصر وهو ذاكر أنه لم يصل الظهر ويخاف أنه لو قضى الظهر لوقع العصر في وقت مكروه، قيل: يجوز عصره؛ لأن الأداء في وقت مكروه منهي فيكون في تقديم الفائتة نقصان الوقتية فيكون حراما كنقصان الفوائت عن الوقت وقيل: لا يجوز؛ لأن تحمل هذا النقصان مع قيام الأداء في الوقت عملا بخبر الواحد مع الكتاب أولى من العمل بأحدهما.

وقيل: عندهما لا يسقط الترتيب. وعند محمد: يسقط شرعا لمصلي الجمعة إذا تذكر أن عليه الفجر، وعلم أنه لو قضاه يدرك الظهر دون الجمعة لم يسقط الترتيب عندهما لعذر فوات الجمعة، فلأن يسقط العذر بفوات العصر عن وقت المستحب أولى، وعند محمد: يسقط الترتيب ثمة فكذا هذا والأصح أنه يسقط الترتيب لما فيه من تغيير حكم الكتاب وهو نقصان الوقتية بخبر الواحد وذاك لا يجوز.

ولو افتتح الصلاة في وقت مستحب وهو ذاكر للفائتة وأطال حتى ضاق الوقت لا يجزيه المؤدى بلا خلاف، وهو الصحيح؛ لأن الترتيب يسقط بضيق الوقت مقتصرًا على الحال غير مستند إلى أول الصلاة؛ لأن وقت الشروع متسع ولا يتَّصف بالضيق، وإن ضاق الوقت من بعد فلم يزل المفسد فبقي الفساد بخلاف ما لو صلى مع ذكر الفائتة ست صلوات جازت عنده؛ لأن ثمة المفسد زال فله المؤدى وقد زال لهذا الوصف عن المؤدى بكثرة الفوائت فلم يتقرر المفسد.

ولو صلى ركعة من العصر ثم غربت الشمس فذكر أن الظهر عليه يتم العصر ويجزيه؛ لأنه ضاق الوقت عند الشروع فسقط الترتيب وإن اتسع الوقت بعد.

(باب الشك في الفوائت)

ترك الظهر والعصر في يومين ولا يدري أيتهما الأولى تحرى؛ لأن شهادة القلب حجة حالة الاشتباه كما في القبلة، فإن لم يكن له رأي يعيد إحديهما مرتين يبدأ بالظهر ثم بالعصر عند أبي حنيفة، وقالا: لا نأمره إلا بالتحري؛ لأنه سقط عنه فطاب الترتيب لعجزه عنه فلا يلزمه إحديهما مرتين، له: أنه أمكنه مراعاة الترتيب بطريق الاحتياط، وهو أن يؤدَّى إحديهما

مرتين ليقع القضاء مرتبا بيقين فيخلص عما عليه بيقين والاحتياط واجب في العبادات.

ولو شك في ثلاث صلوات الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب، قيل: يسقط الترتيب ويصلي كيف شاء، وهو الأصح؛ لأن المتخلل بين الفوائت كثير، فإن المفعولات بوصف الصحة يضم إلى الفائتة في حق تكميل الفوائت لما مر حتى قالوا: لو نسي صلاة فذكرها بعد شهر فصلى بعدها الوقتية وهو ذاكر لها أجزأه التخلل؛ لأن المتخلل بينهما كثير، وقيل: لا تسقط؛ لأن الفوائت يعتبر أن تكون في نفسها ستًّا لسقوط الترتيب فيصلي صلوات الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب، ثم الظهر ثم العصر، ثم الظهر، وأصله أن تعتبر الفائتتان بانفرادهما فيعيد إحديهما مرتين ثم يأتي بالثانية، ثم يفعل بعدهما ما كان يلزمه في الصلاتين، فعلى هذا لو فاتته أربع صلوات من أربعة أيام يصلي سبع صلوات كما ذكرنا ثم يصلي العشاء ثم يصلي سبعًا.

ولو فاتته خمس صلوات يصلي خمس عشر كما ذكرنا ثم يصلي الخامسة ثم يعيد خمسة عشر، وهذا القول غير صحيح؛ لأن إيجاب قضاء هذه الصلوات في وقت واحد يصير سببا لفوات الوقتية عن وقتها وذلك لا يجوز.

ولو ترك صلاة واحدة من يوم وليلة أو سجدة من صلاة ولا يدري أية صلاة هي أعاد صلاة يوم وليلة احتياطًا، وقال سفيان الثوري: يصلي أربعا بثلاث قعدات بنية ما عليه، وقال بشر المريسي: يعيد الفجر والمغرب ثم يصلي أربعا بنية ما عليه.

والصحيح قولنا؛ لأن القضاء لا يجوز إلا بتعيين النية وفيما قالا لا تتعيَّن النية لجواز أن يكون عليه صلاة أخرى غير المتروكة في هذا اليوم وهو لا يشعر به فلا تتعين متروكة هذا اليوم بنية ما عليه فكان الأحوط إعادة صلاة يوم ليتخلص عما عليه بيقين. ولأن ما قالاه يتضمن ارتكاب مكروه وهو القعدة على رأس الثالثة إن كانت المتروكة من ذوات الأربع أو يقع الخلل في سنة القراءة، فإنه لا يدري أنه يجهر بالقراءة أم يخافت فكان أحوط وأوثق مما قلنا.

(**النوادر**): قال محمد رحمه الله في (**المنتقى**): لو نسي صلاتين من يومين ولا يدري أي الصلاتين؛ أعاد صلاة يومين، ولو نسي صلاة ثلاث صلوات من ثلاثة أيام

أو خمس صلوات من خمسة أيام ولا يدري أيهن أعاد صلاة ثلاثة أيام وخمسة أيام.

رجل صلى شهرًا ثم تذكر أنه ترك عشر سجدات من هذه الصلوات يقضي صلاة عشرة أيام لجواز أنه ترك كل سجدة في يوم.

رجل صلى الغداة ثم توضأ ثانيًا وصلى الظهر ثم تذكر أنه ترك المسح على الرأس من إحدى الطهارتين ولا يدري من أيهما ترك ينظر إن كان أحدث بين الطهارتين، فإنه يعيد الفجر والظهر جميعًا احتياطا، وإن لم يحدث فيما بينهما يعيد الفجر دون الظهر؛ لأنه صلى الظهر على الطهارتين فقد تيقنا أنه مسح في إحديهما.

ولو شك في الظهر أنه صلى الفجر أم لا فلما فرغ تيقَّن أنه لم يصل الفجر يعيد الفجر ثم الظهر؛ لأنه لمَّا تحقق ظنه صار كأنه في الابتداء كان متيقنا كالمتيمم رأى في صلاته سرابا فلمّا سلَّم ظهر أنه كان ماءً يعيد الصلاة.

ولو شك في صلاة أصلّاها أم لا، فإن كان في الوقت يعيدها؛ لأن سبب الوجوب قائم والسبب إنما لا يعمل بشرط الأداء قبله وفيه شك فعمل السبب في الوجوب، وإن شك بعد الوقت فلا شيء عليه؛ لأنه فات سبب الوجوب وإنما يجب القضاء بشرط عدم الأداء قبله وفيه شك فلا يجب.

إمام صلى بقوم فلما ذهب قال بعضهم: هي الظهر، وقال بعضهم: هي العصر، فإن كان في وقت الظهر فهي الظهر، وإن كان في وقت العصر فهي العصر؛ لأن الظاهر شاهد لذلك، وإن كان مشكلًا جاز للفريقين؛ لأن الشك وقع في وجوب الإعادة فلا يجب بالشك كقطرة دم وقعت ممن خلف الإمام ولا يدري ممن هي.

صلى خمس صلوات ثم علم أنه لم يقرأ في الأولتين من إحديهما ولا يعلم أيتهن لا يعيد إلا الفجر والمغرب؛ لأنه إذا قرأ في الآخرتين من غيرهما أجزأه.

(**المنتقى**): إذا فرغ القوم من صلاتهم فشكُّوا في الإتمام فلا شيء عليهم؛ لأن الظاهر هو الإتمام حملًا لأمرهم على الصلاح، فإن استيقن واحد بالتمام وواحد بالنقصان وشك الإمام والقوم فلا إعادة إلا على المستيقن بالنقصان؛ لأنه وقع الشك في وجوب الإعادة فلا تجب بالشك، فإن استيقن الإمام بالنقصان وواحد استيقن بالتمام يقتدي القوم بالإمام؛ لأنه تيقن أنه لم يؤدِّ كاملة، ولا يعيد المستيقن بالتمام؛

لأنه تيقن أنه أدَّى، شك الإمام فأخبره عدلان أنه لم يتم الصلاة تجب الإعادة وبقول الواحد استحسن ذلك ولا تجب الإعادة؛ لأن هذا شهادة؛ لأن حكمه يلزم الغير دون المخبر وشهادة الفرد لا تقبل.

ومن شك في إتمام وضوء إمامه جازت صلاته.

رأى المقتدي نجاسة على ثوب إمامه أقل من قدر الدرهم وهو يرى أنَّ الصلاة لا تجوز معها والإمام يرى ذلك جائزًا؛ يعيد المقتدي الصلاة، ولو رأى الإمام فسادها ورأى المقتدي جوازها وعلم بها المقتدي دون الإمام لا يعيد المقتدي الصلاة.

أمَّ قومًا شهرين ثم قال: كان في ثوبي قذرًا، يعيدوا الصلاة إلا أن يكون ماجنًا؛ لأن قول الواحد الفاسق لم يكن حجة في أمور الدين.

(باب ما يتعلق الوجوب من الوقت)

اختلفت الروايات عن أصحابنا في وجوب الصلاة قبل تضييق الوقت.

روى البلخي عن أصحابنا: أنها واجبة في أول الوقت على طريق التوسع وهو مذهب الشافعي رحمه الله بدليل أن المؤدى يقع واجبا وهذا يستدعي سابقة الوجوب.

وروى الكرخي عن أصحابنا: أنها تجب في آخر الوقت لا في أوله لكون المكلف مخيرًا في أوله بين الإيجاد والترك لا إلى بدل، والواجب ما لا يتخير المرء فيه بين الإيجاب والترك، إلا أنه إذا صلى في أول الوقت يقع فيها فرضا؛ لأنه إذا اختار إيجاده في أوَّل ذلك الوقت تعين ذلك الوقت للوجوب فيه.

ورُوي عنه وهي المعتمد عليها: أن الصلاة تجب فيجزئ مطلق من الوقت وللمكلف خيار تعيينه بالأداء، فإن أداها في أوله يقع واجبًا، وإن أخر لا يأثم؛ لأنه لم يجب قبل التعيين، وإن لم يؤد حتى يضيق الوقت سقط خيار التعيين وتعين ذلك الوقت للوجوب فيه حتى يأثم بالتأخير عنه، وذلك لأن الله تعالى أمر بالصلاة في مطلق الوقت بقوله: ﴿ أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ إِلَىٰ غَسَقِ ٱلَّيْلِ ﴾، ونحوه فلا يجوز

التقييد بأوله أو وسطه وإن الأمر أوجب الأداء في جزء من الوقت لا في كله إذ لو وجب في كله للزمه أن يأتي بالتحريمة في أوله أو التحليلة في آخره ولا يجب كذلك إجماعا، وإن بقي من الوقت مقدار التحريمة يجب عليه الصلاة خلافا لزفر رحمه الله، وثمرة الخلاف تظهر في الحائض إذا طهرت في آخر الوقت والصبي إذا بلغ والكافر إذا أسلم والمجنون والمغمى عليه يفيقان والمسافر أقام والمقيم سافر يلزمهم الفرض ويتعين، وعند زفر لا يلزمهم ولا يتعين إذا أدرك من الوقت ما يسع فيه الأداء؛ لأن الأمر للأداء ولا يمكن إيجاب أداء الكل فيه؛ لأنه تكليف ما ليس في الوسع فلم يجب الأداء أصلًا.

لنا: أنه لا يجب عليه أداء الكل في الوقت ليكون تكليف ما ليس في الوسع ولكن يجب في الوقت بقدر ما يسعه فيه ويكون أداء، ويجب الباقي في الوقت الذي يليه ويكون قضاء، والصلاة الواحدة تجوز أن يكون بعضها أداء وبعضها قضاء كمصلي العصر غربت الشمس عليه في خلال صلاته يتم الباقي قضاء لا أداء، وكذا الصوم يجب على الحائض قضاء لا أداء. ولو اعترضت هذه الموانع في آخر الوقت لم يجب الفرض خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن آخر الوقت يتعين للوجوب وهذه العوارض تمنع الوجوب فامتنع الوجوب.

صبي صلى العشاء ثم نام فاحتلم وانتبه قبل طلوع الفجر يقضي العشاء خلافًا للشافعي؛ لأنه لم يؤد الواجب؛ لأنه حين صلاها لا وجوب عليه؛ لأن الواجب ما يستحق اللوم والذم على تركه وهذا ليس بثابت في حق الصبي فوقع المؤدى نفلا فلا ينوب عن الفرض خصوصا قبل الوجوب بخلاف الصبية إذا بلغت بالحيض قبل طلوع الفجر لا يلزمها قضاء العشاء؛ لأن الحيض لو طرأ على الوجوب أسقط الوجوب، فإذا قارنه أولى أن يمنع وإن بلغت بالسن يلزمها القضاء.

وحكي أن محمد بن الحسن رحمه الله دخل على أبي حنيفة رحمه الله وكان يلقن هذه المسألة، فقام محمد خلف سارية وصلى، فلما فرغ سأله أبو حنيفة فقال: ابتُليتُ بهذا، فقال: يكون لهذا الغلام نبأ.

ولو لم ينتبه حتى طلع الفجر قيل: يقضي العشاء؛ لأن النوم لا يمنع الوجوب كما في الصوم وقيل: لا يقضي؛ لأن النائم عاجز عن الفعل فيمنع الوجوب ابتداء.

مسلم صلى الفرض ثم ارتد ثم أسلم في الوقت فعليه إعادته خلافا للشافعي رحمه الله، وكذلك لو حج حجة الإسلام ثم ارتد ثم أسلم يلزمه إعادته خلافا له.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ﴾ [المائدة: ٥] فقد علق الإحباط للعمل بنفس الكفر ومتى حبط عمله بنفس الكفر صار كأنه لم يوجد أصلًا فيلزمه إعادته ككافر صلى ثم أسلم في الوقت.

ولو أسلم المرتد لا يلزمه قضاء ما ترك من العبادات في حال الردة خلافًا للشافعي رحمه الله بناء على أن الكافر الأصلي لا يخاطب بالعبادات عندنا؛ لأنه تكليف ما ليس في الوسع؛ لأنه لا يقدر على أدائها حالة الكفر لفقد شرطه وهو الإيمان ولا بعد الإسلام؛ لأن الإسلام مسقط لما قبله؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الإِسْلَامُ يَجُبُّ مَا قَبْلَهُ**»[1].

ومن أسلم في دار الحرب ومكث سنة ولم يصل لجهله بوجوبها ثم خرج لم يؤمر بالإعادة، ولو كان في دار الإسلام يؤمر بالإعادة؛ لأن حكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب قبل علمه به؛ لأن الخطاب يعتمد الوسع وليس في وسعه الائتمار والامتثال به قبل العلم إلا أن الخطاب في دار الإسلام شائع وأعلام الوجوب ظاهرة من الأذان وإقامة الجماعات وعدم خلوها عمن يرجع إليه في معرفة الشرائع فكان جهله بالشرائع تقصير من قبله فلم يعذر ولا كذلك في دار الحرب[2]؛ فإن بلغه رجل في دار الحرب يلزمه؛ لأن كل أحد مأمور بالتبليغ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**نضَّر الله امرأً سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها**»[3].

---

(١) جزء من قصة طويلة أحمد (١٩٨/٤، ٢٠٤، ٢٠٥)، البيهقي (١٢٣/٩).

(٢) انظر: ابن عابدين ٤٩٤/١ و٣٠٢/٣، وأشباه ابن نجيم ١٨٩، ٣٢٦، وحاشية الدسوقي ٣٠٧/٤، والمهذب ٥١/١، والجمل ٢٨٨/١، وكشاف القناع ١٨٤/٦.

(٣) أخرجه أحمد ٢٢٥/٣ (١٣٣٨٣) قال: حدثنا أبو المغيرة. و«ابن ماجه» (٢٣٦) قال: حدثنا محمد بن إبراهيم الدمشقي، قال: حدثنا مبشر بن إسماعيل الحلبي.

=

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: ما لم يخبره رجلان أو رجل وامرأتان لا يلزمه؛ لأن هذا خبر ملزم فيشترط فيه العدد كما في عزل الوكيل.

(باب صلاة المريض)

من لم يقدر على القيام في الفريضة صلى قاعدًا بالركوع والسجود، فإن لم يستطع أومأ قاعدًا، فإن لم يستطع صلى مضطجعًا على قفاه وقدماه نحو القبلة ويجعل سجوده أخفض من ركوعه.

وقال الشافعي رحمه الله: يصلي على جنبه الأيمن لقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن الحصين: «**صَلِّ قائمًا، فإن لم تستطع فقاعدًا، فإن لم تستطع فعلى الجنب تومئ إيماء**».

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «**يصلي المريض قائمًا، فإن لم يستطع فقاعدًا، فإن لم يستطع فعلى قفاه يومئ إيماء، فإن لم يستطع فالله أحق بالعذر**»[1]، ولأن الإيماء إنما يقع إلى القبلة إذا كان نائمًا على قفاه، فأما النائم على جنبه فإذا أومأ يقع إيماؤه إلى يسار القبلة والصلاة تؤدى إلى جهة القبلة مهما أمكن فكانت السنة ما قلناه، وحديثه محمول على أنه كان لا يقدر على النوم على القفا؛ لأنه كان به ناسور فصار معذورا، فإن عجز عن الاستلقاء على قفاه نام على شقه الأيمن متوجها إلى القبلة، وإن عجز عن الإيماء سقطت عنه الصلاة.

وقال زفر: يومئ بحاجبيه، فإن عجز فبعينيه، فإن عجز فبقلبه.

وقال الشافعي رحمه الله: يومئ بقلبه وعينيه.

وقال الحسن بن زياد: يومئ بعينيه وحاجبيه لا بقلبه.

والصحيح قولنا؛ لأن الصلاة فعل والعين والقلب لا حظ لهما من الفعل فترك

=

كلاهما: (أبو المغيرة، ومبشر) عن معان بن رفاعة، قال: حدثني عبد الوهاب بن بخت المكي، فذكره.

(١) انظر: الهداية ٤/٢ حديث: "يصلي المريض قائما، فإن لم يستطع فقاعدًا، فإن لم يستطع فعلى قفاه يومئ إيماء...". أورده الزيلعي في نصب الراية (١٧٦/٢) وقال: حديث غريب.

وجوده، وعدمه بمنزلة تحريك الحاجبين، وإن كان فعلًا ولكن الإيماء عرف صلاة نصًّا لا حقيقة والإشارة بما دون الرأس في اللغة يسمى إيحاءً لا إيماء فلا يتناوله النص، ثم إذا عجز عن الإيماء، فإن مات من ذلك المرض فلا شيء عليه ولا يلزمه فدية؛ لأنه لم يقدر على أداء الصلاة في حال ليجب فلم يتناوله نص الأداء فيجب خلفه عند العجز، وإن برأ وصح قيل: يلزمه القضاء، وإن كثر كما في النوم.

والصحيح أنه إن ترك صلاة يوم وليلة يقضي، وإن ترك أكثر من ذلك لا يقضي نفيا لوقوع الحرج في القضاء كما في الإغماء.

ومن أغمي عليه أو جن يومًا وليلة ثم أفاق يقضي ما ترك من الصلوات، وإن كان أكثر من يوم وليلة لا يقضي لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنه أغمي عليه أكثر من يوم وليلة فلم يقضيهن، وعمار بن ياسر أغمي عليه أقل من يوم وليلة فقضاهن، ولأنه متى كثر الإغماء تكثر الفوائت فيتضاعف الواجب فيحرج في القضاء، ومتى قل لا يحرج فجعلنا الفاصل بينهما دخول الفوائت في حد التكرار، ثم محمد في ظاهر الرواية اعتبر أكثر من يوم وليلة بأوقات الصلاة وهما اعتبرا بالساعات حتى لو أغمي عليه قبل الزوال ثم أفاق من الغد بعد الزوال عندهما لا قضاء عليه. وعند محمد: عليه القضاء ما لم يدخل وقت الصلاة السابعة؛ لأن المسقط للقضاء وقوعه في الحرج وإنما يقع في الحرج متى دخلت الفوائت في حد التكرار.

لهما: أن النص إنما أسقط القضاء متى وجد الإغماء أكثر من يوم وليلة وذلك عبارة عن الساعات والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى.

ولو شرب الخمر حتى ذهب عقله أكثر من يوم وليلة لا يسقط عنه القضاء؛ لأن الإغماء حصل بما هو معصية فلا يوجب التخفيف والترفيه.

ولو شرب البنج أو الدواء حتى أغمي عليه، قال محمد: يسقط عنه القضاء متى كثر؛ لأنه إنما حصل بما هو حصل بما هو مباح فصار كما لو أغمي عليه بمرض.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يلزمه القضاء؛ لأن النص ورد في إغماء حصل بآفة سماوية فلا يكون واردًا في إغماء حصل بصنع العباد؛ لأن العذر متى جاء من جهة غير من له الحق لا يسقط الحق.

ولو أغمي عليه بفزع من سبع أو آدمي أكثر من يوم وليلة لا يلزمه القضاء بالإجماع؛ لأنه حصل بآفة سماوية؛ لأن الخوف والفزع إنما يجيء لضعف قلبه فيكون بمعنى المرض.

ولو نام أكثر من يوم وليلة يقضي؛ لأن النوم مما لا يمتد يومًا وليلة غالبًا فلا يحرج في القضاء بخلاف الإغماء لأنه مما يمتد أكثر من يوم وليلة في العادة.

وعند الشافعي رحمه الله: لو أغمي عليه وقت صلاة لا يقضي ودونه يقضي.

والمريض إذا فاتته الصلوات فقضاها في حالة الصحة فعل كما يفعله الأصحاء، ولو قضاها كما فاتت لا يجوز، فإن فاتته في الصحة فقضاها في المرض صلى بالإيماء؛ لأن المعتبر حالة الشروع في القضاء؛ لأن وجوب القضاء موسع متراخٍ وإنما يتضيق الوجوب وقت الشروع فيعتبر حالة الشروع، وينبغي للمريض أن يأتي بالأركان كلها مثل الصحيح، ولو قدر على القيام دون الركوع والسجود صلى قاعدًا بالإيماء، ولو أوسى قائمًا جاز. وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما: يصلي قائمًا لا قاعدا؛ لأن القيام ركن فلا يسقط من غير عذر.

لنا: أن فرضيَّة القيام لأجل الركوع والسجود؛ لأن الصلاة مبناها على الخضوع والخشوع وأصله يوجد بالقيام ويزداد بالركوع ويتناهى بالسجود فكان القيام كالتابع لهما، فإذا سقط الأصل سقط التبع، ولهذا سقط القيام عن الراكب لعجزه عن الركوع والسجود.

ولو صلى المريض لغير القبلة متعمدًا لا يجوز، ولو كان خطأ يجوز إن اشتبهت عليه القبلة؛ لأن قبلته حالة الاشتباه جهة يشهد قلبه أنها جهة الكعبة كما في الصحيح.

مريض مجروح تحته ثياب نجسة إن كان لا ينبسط تحته شيئًا لا ينجس من ساعته، له أن يصلي على حاله، وكذا إن لم يتنجس لكن يزداد مرضه ويلحقه مشقة بتحريكه، وكذا إذا خاف زيادة المرض بالقعود بأن نزع الماء من عينيه يجزيه أن يصلي مستلقيا بالإيماء؛ لأن ترك الفرض لضرر يلحقه جائز كالصائم إذا خاف الضرر بالصوم جاز له الفطر.

افتتح قائمًا ثم أصابه علة فقعد جاز؛ لأنه إذا بنى صار مؤديا بعض الصلاة كاملا وبعضها ناقصًا، وإذا استقبل صار مؤديًا للكل ناقصًا فكان البناء أولى.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يستقبل إذا صار إلى الإيماء، ولو صلى ركعة بإيماء ثم قدر على الركوع والسجود يستقبل خلافا لزفر كما بينا في باب اختلاف فرض الإمام والمأموم، ويكره دفع شيء أو وسادة إلى المريض المومئ ليسجد عليه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على مريض يفعل ذلك فنهاه وأمره بالإيماء، وإن رفع فسجد عليه من غير أن يومئ لم يجز، وإن كان يومئ جاز؛ لأن الفرض في حقه هو الإيماء، وإن كان يصلي بركوع وسجود فرفع إليه شيء فسجد عليه قالوا: إن كان إلى السجود أقرب منه إلى القعود جاز وإلا فلا.

ولو كان المريض يستطيع القيام لو صلى في بيته ولو خرج إلى الجماعة لا يستطيع قيل: يصلي في بيته قائمًا؛ لأن القيام فرض والجماعة سنة ولا يترك الفرض لأجل السنة وقيل: يصلي في الجماعة؛ لأن القيام إنما يفترض عليه حالة الأداء وهو عاجز عن حالة الأداء فلم يكن تاركًا فرضًا لأجل السنة.

(**وفي المنتقى**): مريض راكب لا يقدر على من ينزله يجزيه أن يصلي المكتوبة راكبا، وإن قدر على النزول أو على من ينزله لم يجزه.

(**في الفتاوى**): عبد مريض لا يستطيع أن يتوضأ يجب على مولاه أن يوضئه؛ لأن في المعاهدة إصلاح ملكه وإصلاح الملك على المالك واجبٌ، بخلاف المرأة المريضة لا يجب على الزوج أن يعاهدها لأنها حرة فكان إصلاحها عليها.

رجل في رمضان إن صام صلى قاعدًا، وإن أفطر صلى قائمًا، يصوم ويصلي قاعدًا؛ لأن الجمع بينهما أولى من ترك أحدهما.

(**الزيادات**): أصله: أنَّ من ابتُلي ببليَّتين أو امتحن بشرّين فعليه أن يختار أيسرهما وأهونهما، وترك أركان الصلاة أيسر من تحمل الحدث، بدليل جواز التطوع على الدابة بالإيماء مع القدرة على النزول ولا يجوز مع الحدث بحال، وذلك لأنَّ الصلاة بغير وضوء معصية ولا يتحقق التشبه بالمطيعين فيما هو معصية، فأما الصلاة بالإيماء ليست بمعصية فيتحقق بها التشبه بالمطيعين فيكون مطيعًا بحسب طاقته.

رجل بحلقه جرح لا يقدر على السجود ويقدر على القيام والركوع صلى قاعدًا بالإيماء؛ لأن فرضية القيام والركوع؛ لأجل السجود؛ ولأن كمال القربة وتمام الخضوع

في الخرور للسجود على ما نطق به الكتاب ﴿يَخِرُّونَ لِلْأَذْقَانِ سُجَّدًا ﴿١٠٧﴾﴾ [الإسراء: ١٠٧]، والخرور سقوط من القيام فكان القيام والركوع وسيلتان إلى الخرور فكانا كالتابع له فكل قيام وركوع لا يعقبه سجود لم يكن من فرائض الصلاة.

رجل إن صلى قائمًا سلس بوله أو لا يقدر على القراءة، وإن قعد لم يسلس بوله يصلي قاعدًا بركوع وسجود؛ لأن ترك القيام أهون من ترك القراءة وتحمل الحدث، فإن كان لو سجد انفلت بوله صلى بالإيماء؛ لأنه أقرب إلى الجواز من الصلاة مع الحدث، فإن كان لو قام أو قعد سال بوله، وإن استلقى لم يسل يصلي قائمًا أو قاعدا؛ لأن الصلاة مستلقيًا لا تجوز عند الاختيار بحال ما كما لا تجوز مع الحدث فاستويا من هذا الوجه لكن إذا صلى بركوع وسجود يكون مصليا مع عذر واحد وهو الحدث.

ولو صلى مستلقيًا يكون مصليًا مع أعذار وهي ترك القيام والركوع والسجود، وإنه ليس بصلاة حقيقية فكان هذا أشد وذاك أيسر، ولهذا يصلي العريان قاعدا بالإيماء، ولا يجزيه أن يصلي مستلقيًا بخلاف ما لو قعد ولم يسل؛ لأن القعود قيام من وجه حتى جاز ذلك من غير عذر فلم يجز تحمل الحدث.

وفي رواية ابن رستم عن محمد: أنه يصلي مستلقيًا؛ لأن الصلاة مع الاستلقاء صلاة معتبرة شرعا عند العذر ومع الحدث لا فلكان أيسر.

(باب صلاة المسافر)

أقل السفر الذي يبيح القصر ثلاثة أيام ولياليهن.

وقال الشافعي: يوم وليلة.

ورُوي عن أبي حنيفة: يومان وأكثر اليوم الثالث، وهو رواية عنهما.

لنا: قوله عليه السلام: «**يمسح المقيم يومًا وليلة، والمسافر ثلاثة أيام ولياليها**»[1].

---

(١) أخرجه مسلم (١/٢٣٢، رقم ٢٧٦)، والنسائي في الكبرى (١/٩٢، رقم ١٣١)، وفي الصغرى (١/٨٤، رقم ١٢٩)، وابن ماجه (١/١٨٣، رقم ٥٥٢)، وابن خزيمة (١/٩٧، رقم ١٩٤)، والطحاوي (١/٨٤)، وابن حبان (٤/١٦٠، رقم ١٣٣١).

وإنما يمسح المسافر ثلاثة أيام إذا كان أدنى مدة السفر ثلاثة أيام، ولأن الإنسان بسير يومٍ لا يسمى مسافرًا كمن خرج إلى ضيعةٍ أو سار إلى القرى يومًا وبسير الأيام يسمى مسافرًا وأقل الأيام ثلاثة فقدرنا به، والمعتبر بسير الإبل ومشي الأقدام؛ لأنه هو المتوسط؛ لأن أسرع السير سير البريد وأبطأه سير العجلة وأوسطه سير الإبل والمشي وخير الأمور أوسطها، ويعتبر في الخيل ما يليق بحال الخيل، فإن كان في السهل يقع بمدة يسيرة، وإن كان في البحر يعتبر أن تكون الرياح مستوية غير غالبة ولا ساكنة كم يسير فيجعل ذلك أصلًا[1].

ويقصر المسافر إذا جاوز عمران مصره، هكذا رُوي عن علي عليه السلام ولأنه ما لم يخلف عمرانه فهو في المصر وكذا إذا عاد من سفره إلى مصره لم يتم حتى يدخل العمران.

ولا يصير مسافرًا بالنية حتى يخرج ويصير مقيمًا بمجرد النية؛ لأن السفر إنشاء الفعل والإنسان لا يصير فاعلا بالنية، والإقامة ترك السفر وقد اقترنت النية بترك الفعل فصار مقيمًا؛ لأن الترك يحصل بمجرد النية كما لو ترك المفطرات ونوى الصوم يصير صائمًا، ولهذا لو كان المسافر يصلي في سفينة فجرت به السفينة حتى دخل مصره يتم صلاته أربعًا.

ولو افتتح الصلاة في مصره في سفينة فجرت به حتى خرج من مصره وهو على عزيمة السفر لا يصير مسافرا، وكذا لو نوى الكافر أن يسلم لا يصير مسلمًا؛ لأنه نوى إحداث اعتقاد لم يكن اعتقده فلم تصل النية بالمنويِّ فلغت.

ولو نوى المسلم أن يكفر - والعياذ بالله - يصير كافرا؛ لأنه نوى ترك اعتقاد اعتقده فاتصلت النية بالمنوي فعملت.

خرج من مصره فافتتح الصلاة ثم أحدث فنوى دخول المصر وهو قريب، فإن كان أقل من ثلاثة أيام أتمها، وإن لم يدخل مصره؛ لأنه بالانصراف عزم رفض عزيمة السفر قبل تمامه فارتفضت بها نية السفر وصار مقيما بمجرد النية من ساعته، وإن كان ثلاثة أيام قصر ما لم يدخل مصره؛ لأن نية الانصراف وجدت بعد تمام السفر فلا يرتفض بها نيَّة السفر.

---

(١) انظر: الاختيار شرح المختار للموصلي ٧٨/١ ط. الحلبي.

ولو خرج ما دون المرحلة يصلي أربعا فإن بدا له أن يخرج مرحلة أخرى يصلي أربعا، هكذا وإن طاف الآفاق.

ولو سافر بعد ذهاب وقت الصلاة يتمها؛ لأنه وجب في ذمته صلاة المقيمين وتقرَّر فلا يتغيَّر بالسفر.

ولو أقام بعد ذهاب الوقت قصر؛ لأنه وجب في ذمته صلاة المسافرين فلا تتغير بنية الإقامة.

(**النوادر**): مقيم افتتح الصيام في السفينة في طرف البحر فنقلها الريح فنوى السفر تتم صلاته عند أبي يوسف خلافا لمحمد؛ لأنه اجتمع في هذه الصلاة ما يوجب الأربع وما يمنع فرجحنا ما يوجب الأربع احتياطًا.

صبي وكافر سافرا فأسلم الكافر وأدرك الصبي، فإن بقيَ إلى مقصدهما مسيرة سفر قصرا، وإن بقيَ دون ذلك فالكافر يقصر؛ لأن نية السفر كانت صحيحة؛ لأنه من أهل النية فصار مسافرًا من وقت خروجه والصبي يتم صلاته؛ لأن نيته كانت فاسدة؛ لأنه ليس من أهل النية.

رجل صلى الظهر ثم سافر في الوقت ثم صلى العصر في وقته ثم ترك السفر قبل غروب الشمس، ثم ذكر أنه صلى الظهر والعصر بغير وضوء يصلي الظهر ركعتين والعصر أربعا.

ولو صلى الظهر والعصر وهو مقيم ثم سافر قبل غروب الشمس ثم ذكر أنه صلاهما بغير وضوء يصلي الظهر أربعا والعصر ركعتين؛ لأن الوجوب يتعلق بآخر الوقت، فإن كان مقيما تجب صلاة المقيمين، وإن كان مسافرًا تجب صلاة المسافرين.

وذكر في السير الكبير: ولا يكره الخروج للسفر يوم الجمعة قبل الزوال أو بعده، وعند الشافعي رحمه الله: يكره بعده؛ لأن عنده تجب عليه صلاة الجمعة في أول الوقت فيكون سفره فرارًا عن أدائها فيكره، وعندنا الوجوب في آخر الوقت، فلا تجب عليه الجمعة قبل ضيق الوقت، فلا يكون سفره فرارًا عن أداء الواجب كما قبل الزوال، وكما لو سافر في رمضان لا يكره ولم يكن فيه فرار عن أداء الصوم، فكذا هذا.

وإن كان يعلم أنه لا يخرج من مصره إلا بعد مضي الوقت يلزمه أن يشهد الجمعة ويكره له الخروج قبل أدائها؛ لأنه تلزمه الجمعة متى كان في المصر في آخر الوقت.

(فصل)

ويصلي كل مكتوبة من ذوات الأربع ركعتين.

وعند الشافعي رضي الله عنه: الأربع فرض والركعتان رخصة.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «**إن الله تعالى فرض عليكم الصلاة على لسان نبيكم للمقيم أربعًا وللمسافر ركعتين**»[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٩٨ (٣٥٠) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن صالح بن كيسان. وفي ٢/٥٤ (١٠٩٠) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي ٥/٨٧ (٣٩٣٥) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا معمر، عن الزهري. قال البخاري: تابعه عبد الرزاق، عن معمر. و«مسلم» ٢/١٤٢ (١٥١٦) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرات على مالك، عن صالح بن كيسان. وفي (١٥١٧) قال: وحدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: حدثنا ابن وهب، عن يونس، عن ابن شهاب. وفي ٢/١٤٣ (١٥١٨) قال: وحدثني علي بن خشرم، قال: أخبرنا ابن عيينة، عن الزهري. و«أبو داود» (١١٩٨) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن صالح بن كيسان. و«النسائي» ١/٢٢٥، وفي «الكبرى» (٣١٣) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا سفيان، عن الزهري. وفي ١/٢٢٥ قال: أخبرنا محمد بن هاشم البعلبكي، قال: أنبأنا الوليد، قال: أخبرني أبو عمرو، يعني الأوزاعي، أنه سأل الزهري عن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم، بمكة قبل الهجرة إلى المدينة. وفي ١/٢٢٥ قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك، عن صالح بن كيسان. و«أبو يعلى» (٢٦٣٨) قال: قرئ على بشر بن الوليد: أخبركم أبو يوسف، عن عبد الله بن علي، عن إسحاق بن عبد الله، عن صالح بن كيسان. وفي (٤٦٤٥) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا عبد الوهاب بن عبد المجيد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«ابن خزيمة» (٣٠٣) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء العطار، قال: حدثنا سفيان، قال: سمعت الزهري. وفي (٣٠٣م) قال: وحدثنا به سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، قال: حدثنا سفيان، بمثله. و«ابن حبان» (٢٧٣٦) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن صالح بن كيسان. وفي (٢٧٣٧) قال: أخبرنا =

ورُوي «**أنه صلى الله عليه وسلم كان يقصر الصلاة في السفر إلا الفجر والمغرب**».

ولا قصر في السنن؛ لأن القصر إنما شرع تخفيفًا للمسافر والتخفيف يحتاج إليه في الفرائض لأنها لازمة، فأما السنن فغير لازمة متحتمة بل هو مخير فيها فلا يحتاج إلى التخفيف، ولأن أمارة الفرضية لم تبق في الآخرتين، فإنه لا يأثم بتركهما ولا يلزمها القضاء بفوتهما بخلاف الصوم؛ لأن أمارة الفرضية قائمة وهو لزوم القضاء بقومه.

صلى المسافر أربعًا ولم يقعد في الثانية لم يجز، وإن قعد جاز لأنها القعدة الأخيرة في حقه وهي فرض، فإذا لم يقعد فقد اشتغل بالتطوع قبل إكمال الفرض فيفسد، وكذا لو ترك القراءة في الأوليين أو في إحديهما.

وسفر الطاعة والمعصية سواء في رخصة القصر والإفطار وجواز الصلاة على الراحلة عند الخوف وأكل الميتة عند الضرورة وغيره.

وقال الشافعي رحمه الله: سفر المعصية لا يقيِّد الرخصة.

لنا: أن النصوص الواردة في هذه الرخص مطلقة لا يفصل بين سفر وسفر، ولو قضى في سفره صلاة فائتة في حالة الإقامة صلَّى أربعًا، وإن قضى في حالة الإقامة فائتة في السفر قضى ركعتين؛ لأنه لزمه ذلك.

(فصل)

ويبطل حكم السفر بنية الإقامة في مكان صالح للإقامة أو بالدُّخول في مصره؛ لأن ذلك يضاد السفر وينافيه.

ولو نوى الإقامة خمسة عشر يومًا في مصر أو قرية أتم صلاته.

=

أحمد بن عبد الله، بحران، قال: أخبرنا النفيلي، قال: حدثنا عبيد الله بن عمرو، عن يحيى بن سعيد. أربعتهم: (صالح بن كيسان، ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري، وهشام بن عروة، ويحيى بن سعيد الأنصاري) عن عروة بن الزبير، فذكره.

وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما: إذا أقام أربعًا أتم أربعًا؛ لقول عثمان رضي الله عنه: من أقام أربعًا صلى أربعًا.

لنا: قول ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما: إذا قدمت بلدة وأنت مسافر وفي عزمك أن تقيم خمسة عشر يومًا فأكمل الصلاة، وإن كنت لا تدري متى تطعن فاقصر، ولأن المسافر لا بدَّ له من المقام في المنازل إما للاستراحة أو لطلب الرفقة أو لاستعداد النفقة وهذه الحوائج لا ترتفع بأربعة أيام ولا تمتد إلى شهر فقدرنا مدتها بخمسة عشر يوما؛ لأنه بين الشهر والأيام.

ولو نوى الإقامة خمسة عشر يومًا في موضعين، فإن كان كل واحد منهما أصلًا بنفسه نحو مكة ومنى والكوفة والحيرة لا يصير مقيما؛ لأنه لو جازت نية الإقامة في موطنين لجازت فيما زاد على ذلك فيؤدي إلى أن يصير مقيما بنفس الإقامة في كل موطن وهذا لا يجوز.

وإن كان أحدهما تبعًا للآخر حتى تجب على سكانه، فإنه يصير مقيما لأنهما في الحكم كموطن واحد.

ولو نوى الإقامة خمسة عشر يوما بقريتين النهار في إحديهما والليل في الأخرى يصير مقيمًا إذا دخل التي نوى البيتوتة فيها؛ لأن موضع إقامة الرجل حيث يبيت فيه، ألا ترى إنه إذا قيل للسوقي: أين تسكن؟ يقول: في محلة كذا وكذا، وهو بالنهار يكون في السوق.

امرأة سافرت مع زوجها فنوى الزوج الإقامة في مصر دون المرأة تصير مقيمة تبعًا له، قيل: هذا إذا استوفت مهرها من زوجها، وإن لم تستوف مهرها فالعبرة لنيتها؛ لأن لها أن تحبس نفسها عن الزوج ولا تسكن حيث يسكن هو فلم تصر تبعا له.

وكذلك كل من كان تبعًا لإنسان تلزمه طاعته يصير مقيمًا بإقامته ومسافرًا بنيته وخروجه للسفر كالعبد مع سيده والأجير مع مستأجره والمحمول مع حامله والجيش مع الأمير، قيل: هذا إن كان الجند من مرتزقته، فإن كان رزقهم في مالهم فالعبرة لبيتهم؛ لأن لهم أن يذهبوا حيث شاؤوا لطلب الرزق.

وأما الغريم مع صاحب الدين إن كان الغريم مليًا فالنية إليه؛ لأنه يمكنه قضاء الدين فيقيم في أي موضع شاء ويرتحل، وإن كان مفلسًا يصير تبعًا له؛ لأن للدائن حق حبسه وملازمته فلا يمكنه أن يفارق صاحب الدين فيصير مقيما تبعا له.

وأما الأعمى إذا كان له قائد يقوده في السفر، فإن كان القائد أجيرًا يعتبر نية الأعمى، وإن كان متطوِّعًا في قياده يعتبر نيته. والعبد إذا كان بين اثنين فخرج مع مولاهما في السفر ثم نوى أحدهما الإقامة، قيل: لا يصير العبد مقيمًا؛ لأنه وقع الشك في صيرورته مقيمًا فبقي مسافرًا كما كان، وقيل: يصير مقيمًا ترجيحًا لنية الإقامة احتياطًا لأمر العبادة، وهذا كله إذا علم التبع بإقامة الأصل، فإن لم يعلم بها؛ قيل: يصير مقيما؛ لأن ما يلزمه من زيادة فرض يلزمه حكما لا قصدا وذلك جائز، وإن تضرر به كعزل الوكيل يصح حكمًا لا قصدًا، وقيل: لا يصير مقيما، وهو الأصح؛ لأن في لزوم الحكم قبل العلم به حرج وضرر وهو مدفوع شرعا، ولهذا لم يلزم المخاطب حكم الخطاب قبل السماع بخلاف الوكيل، فإنه غير ملجأ إلى البيع، فإن له أن لا يبيع فيمكنه دفع الضرر بالامتناع عن البيع، فإذا باع بنى على ظاهر أمره ولحقه ضرر كان الضرر ناشئًا عن وجه من جهته من وجه، ومن جهة الموكل من وجه فيصح العزل حكمًا لا قصدًا وهاهنا التبع مأمور بقصر صلاته ممنوع عن إتمامها فكان مضطرا فيه فلو صار فرضه أربعًا بإقامة الأصل وهو لا يشعر به لحقه ضرر عظيم من جهة غيره من كل وجه وإنه منفي.

(**وفي المنتقى**): مسلم أسره العدو إن كان مسيرة العدو ثلاثة أيام يقصر، وإن كان دون ذلك يتم، وإن كان لا يعلم يسأله عن ذلك، وإن سأله فلم يخبره ينظر إن كان العدو مسافرًا يقصر، وإن كان مقيمًا يتم؛ لأنه لما أسره صار تحت يده وقهره كالعبد.

وكذلك العبد إذا خرج مع مولاه يسأله، فإن لم يخبره أتم صلاته، فإن صلى أربعًا أيامًا ولم يقعد في الثانية ثم أخبره مولاه أنه قصد مسيرة سفر حين خرج يعيد الصلوات؛ لأنه صار مسافرا من ذلك الوقت.

(**وذكر في الفتاوى للسمرقندي**): مسافر دخل مصرا فأخذه غريم وحبسه، فإن كان معسرا يقصر؛ لأنه لم ينو الإقامة ولا يحل للطالب حبسه، وإن كان موسرًا إن

عزم على أن يقضي دينه أو لم يعزم شيئًا يقصر؛ لأنه لم يعزم الإقامة ويمكنه تخليص نفسه عن الحبس والذهاب إلى أين شاء، وإن عزم واعتقد أن لا يقضي دينه يتم أربعا؛ لأن الطالب حل له حبسه، فإذا عزم أن لا يعطي حقه فكأنه نوى الإقامة أبدا.

وهذا دليل على أن الحاجَّ إذا وصلوا إلى بغداد ولم ينووا الإقامة يتمون أربعا لأنهم لما عزموا أن لا يخرجوا إلا مع القافلة ويعلمون أن بين هذا الوقت وبين خروج القافلة خمسة عشر يوما فصاعدا فكأنهم نووا الإقامة.

وذكر في نوادر هشام: قال محمد رحمه الله: إن كان المحبوس يقدر على الأداء فالنية إليه، وإن لم يقدر فالنية نية الحابس، فإن نوى أن لا يخرجه خمسة عشر يوما يتم المحبوس صلاته.

(**المبسوط**): ولو نوى المسافر الإقامة في الصلاة في الوقت أتمها منفردًا كان أو مقتديًا مسبوقًا كان أو مدركًا، وإن كان لاحقًا فنوى الإقامة بعد فراغ إمامه لم يتمها.

وأصله: أن نية الإقامة تعمل في الأداء بتغييره أربعًا ولا تعمل في القضاء؛ لأن القضاء مثل الأداء والمغير إذا لم يتصل بالأداء فوجب أن لا يغير القضاء تحقيقًا للماثلة، فاللاحق يقضي ما فاته مع الإمام والفائت ركعتان فلا يتغير بنية الإقامة؛ لأنه استحكم الفرض حتى لا يتغيَّر في حق إمامه فكذا في حقه تحقيقا للمتابعة، بخلاف ما لو نوى الإقامة قبيل فراغ الإمام؛ لأنه مؤدٍّ مع الإمام فتعمل نية الإقامة فيها.

والمسبوق فيما يصلي بعد فراغ إمامه منفرد فيكون مؤديا لا قاضيا، ونية الإقامة تعمل في الأداء، فإن تكلم اللاحق بعدما نوى الإقامة صلى أربعًا إن كان في الوقت؛ لأن المتابعة قد انقطعت فيلزمه فرض نفسه وإن خرج الوقت صلى ركعتين لأنها صارت قضاء فلا تتغير بإقامته.

اقتداء المسافر بالمقيم يجوز في الوقت ويتم معه أربعًا؛ لأن فرضه بالاقتداء صار أربعا؛ لأنه جعل نفسه تبعا للمقيم في هذه الصلاة فيلزمه صلاة المقيم تبعًا له كالعبد يصير مقيمًا بإقامة المولى تبعا له. ولا يجوز بعد ذهاب الوقت؛ لأن فرضه

بعد ذهاب الوقت صار قضاءً فلا يتغير أربعًا، ولهذا لا يملك تحويل فرضه بنية الإقامة بنفسه فكذلك بالاقتداء فبقي القعدة الأولى فرضًا في حقه وفي حق المقيم تطوع فيصير في حق القعدة اقتداء المفترض بالمتنفل ولا يجوز.

وكذا لا يصح اقتداء المسافر بالمقيم في الآخرتين؛ لأنه يكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القراءة، فإن القراءة في الآخرتين تطوع للإمام أو قضاء عن الأولتين والتطوع لا ينوب عن الفرض والقضاء يلتحق بمحله فلا يبقى للآخرتين قراءة.

واقتداء المقيم بالمسافر يجوز في الوقت وبعده؛ لأن فرض المقيم لا يتغير بالاقتداء فيكون اقتداء المتنفل بالمفترض في حق القعدة فيجوز.

وإذا سلَّم الإمام يقضي المقيم ركعتيه لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أَتِمُّوا صَلَاتَكُمْ يَا أَهْلَ مَكَّةَ، إِنَّا قَوْمٌ سَفْرٌ**»[1]، ولا قراءة عليه فيما يقضي إذا أدرك أول الصلاة؛ لأن فرض الصلاة صار مؤدًّى[2].

وذكر الكرخي رحمه الله أنه كاللاحق، وذكر في (الأصل) في باب السهو أنه إذا سها في الإتمام يلزمه سجود السهو فجعله كالمسبوق في حق السهو؛ لأنه بمنزلة المنفرد؛ لأنه لا متابعة في الإتمام؛ لأنه لم يفته مع الإمام.

مسافر اقتدى بمقيم ولم يجلس الإمام في الركعتين، قيل: صلاة المسافر جائزة؛ لأن صلاته انقلبت أربعًا فلم تبق القعدة الأولى فرضًا في حقه أيضًا، وقيل: تفسد صلاته؛ لأن القعدة الأولى فرض على المسافر والمسافر لا يصير مقيمًا إلا أنه يصلي أربعًا اتباعًا للإمام فمحال أن يلزمه ما لم يكن فرضًا عليه وهو الركعتان الزائدتان تبعًا للإمام ويسقط ما كان فرضًا عليه وهو القعدة، وهذا كمن أدرك الإمام

---

(١) أخرجه أحمد (٤/٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢)، الترمذي (٢/٤٣٠)، البيهقي (٣/١٥٧). وأخرجه الطحاوي (شرح معاني الآثار ١/٤١٧ نشر مطبعة الأنوار المحمدية) من حديث عمران بن حصين بلفظ: "يا أهل مكة قوموا فصلوا ركعتين أخراوين فإنا قوم سفر".

(٢) انظر: البدائع ١/٩٢، ٩٣، والشرح الكبير ١/٣٦٠، ومغني المحتاج ١/٢٦٠، وكشاف القناع ١/٣٢٥.

في القعدة في الجمعة؛ صلَّى عند محمد رحمه الله أربعًا ولو لم يقعد في الركعتين فسدت صلاته.

مسافر صلى خلف مقيم فنام حتى خرج الوقت ثم انتبه أتمها؛ لأن بالمتابعة لزمه الإتمام في الوقت، فإن تكلم هو وإمامه في الوقت أو بعده صلى ركعتين؛ لأنه إنما لزمه الإتمام بالمتابعة لا بالالتزام وقد انقطعت المتابعة فبطل الحكم المتعلق بها، بخلاف ما لو اقتدى به بنية التطوع ثم أفسدها يقضي أربعًا؛ لأنه بالشروع التزم مثل صلاة الإمام وهنا شرع لإسقاط ما عليه لا للالتزام فلا يلزمه الأربع إلا بالمتابعة.

مسافر اقتدى بمسافر فأحدث الإمام فاستخلف مقيما لم يلزم المسافر الإتمام؛ لأنه ما التزم متابعة المقيم وإنما لزمه متابعته لضرورة إصلاح صلاته مقيمًا وراء ذلك لم يلزمه متابعته، وذكر أبو الليث في نوازله: ولو استخلف مسافرًا فنوى الخليفة الإقامة لم يلزم القوم الإتمام؛ لأنه صار حكمه حكم المقيم إذا استخلفه المسافر.

ولو لم يحدث الأول ولكن نوى هو الإقامة أتم هو والقوم جميعا لأنهم التزموا متابعته فصار فرضهم أربعًا تبعا للإمام.

مسافر صلى ركعتين من الظهر بغير قراءة ثم نوى الإقامة قبل السلام يصلي ركعتين بقراءة عندهما، وعند محمد رحمه الله صلاته فاسدة؛ لأنها فسدت بترك القراءة فيهما وانقطعت التحريمة عنده.

لهما: أن لا يحكم بفسادها للحال للتوهم لا إنه يحدث شطر آخر بالإقامة فيقضي فيه القراءة وذلك؛ لأن التحريمة متى انعقدت صحيحة يقينا لا يحكم بفسادها بالشك.

ولو قام إلى الثالثة وقرأ وركع ثم نوى الإقامة تحول فرضه أربعًا ويعيد القراءة والركوع في الثالثة؛ لأنهما قبل نية الإقامة نفل فلا ينوب عن الفرض.

ولو قيد الثالثة بالسجدة ثم نوى الإقامة فسدت صلاته؛ لأن نية الإقامة حصلت بعد خروجه عن الفرض فلا تعمل في حق الفرض.

ولو كان قرأ في الأولتين وقعد ثم قام إلى الثالثة وركع ثم نوى الإقامة تحول أربعًا ويعيد القيام والركوع، وإن لم يعد فسدت، وإن قيد الثالثة بالسجدة ثم نوى الإقامة فصلاته تامة ويضيف إليها ركعة أخرى فتكون الركعتان نافلة؛ لأنه خرج من

الفرض إلى النفل بعد إكماله فلم يصادف نية الإقامة حرمة الفرض، فإن قام عن الركعتين ساهيا ولم يقعد ثم نوى الإقامة لا يعود إلى القعدة؛ لأن فرضه لما تحول أربعًا صارت هذه القعدة واجبة، أو نفلا كما لو كان فرضه أربعًا في الابتداء ولم يقعد على رأس الثانية.

وذكر في نوادر الصلاة: مسافر صلَّى بمسافر ومقيم ركعتين وقعد ثم تكلم المسافر ثم نوى الإمام الإقامة فصلاتهم تامة؛ لأن فرض الإمام إنما تحول أربعًا بعدما خرج المقتدي من صلاته.

ولو قام المقيم للإتمام فقرأ وركع وسجد ثم نوى الإمام الإقامة لا يتابع الإمام؛ لأنه خرج عن صلاة الإمام وشرع في صلاة أخرى.

ولو تابعه فسدت صلاته؛ لأنه اقتدى به بعدما صار منفردًا، وإن لم يقيد الركعة بالسجدة يتابعه، وإن لم يتابعه فسدت صلاته؛ لأنه ما لم يسجد فهو باقٍ في حرمة صلاة الإمام فصار فرضه أربعًا تبعًا للإمام فحين سجد خرج عن صلاة الإمام قبل التمام فتفسد صلاته.

ولو كان الإمام لم يقرأ في الأولتين فقام المقيم إلى الثالثة وقيدها بالسجدة ثم نوى الإمام الإقامة فسدت صلاته؛ لأنه خرج عن صلاة الإمام وعليه ركن، وإن لم يقيدها بالسجدة رفض ركعته وأتم الصلاة مع الإمام عندهما خلافًا لمحمد رحمه الله.

(فصل)

الموضع الصالح للإقامة هو موضع لبث وقرار في العادة نحو الأمصار والقرى، فأما المفازة والجزيرة والسفينة والرباط فليست بموضع للإقامة حتى إن أهل الكلأ في المفازة كالأعراب والأكراد والتراكمة الذين يسكنون في الأخبية والفساطيط لا يصيرون مقيمين، وإن نووا الإقامة في رواية عن أبي يوسف رحمه الله، وفي رواية: عنه أنهم يصيرون مقيمين، وعليه الفتوى؛ لأن موضع مقامهم المفاوز عادة.

ولو ارتحلوا عن موضع إقامتهم وقصدوا موضعًا آخر للإقامة وبينهما مسيرة سفر يصيرون مسافرين في الطريق.

وكذا صاحب السفينة والملاح لا يصير مقيمًا بإقامته في السفينة؛ لأنها ليست بموضع الإقامة عادة إلا أن يكون قريبًا من وطنه.

الغزاة المحاصرون للكفار الكفار لا يكمّلون وإن أقاموا سنة، وكذلك إن حاصروا أهل البغي في دار الإسلام.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إن كانوا في مدنية في البيوت صاروا مقيمين وفي الفسطاط لا؛ لأن الأبنية موضع الإقامة دون الصحراء.

وقال زفر رحمه الله: إن كانت الشوكة لهم صاروا مقيمين لأنهم يتمكنون من القرار ظاهرًا.

لنا: أن دار الحرب ليست بموضع الإقامة وإنما هم يقيمون لغرض المحاربة والمحارب بين أن يَهزِم فيقر وبين أن ينهزم فيفرَّ فلم تلاق نية الإقامة محلها فصارت حالهم مبطلة عزيمتهم.

الأوطان ثلاثة:

وطن أصلي: وهو الذي يكون منشأه به أو تأهل ببلدة من أهلها.

ووطن إقامة: وهو البلدة التي نوى المسافر الإقامة فيها خمسة عشر يومًا.

ووطن سكنى: وهو أن ينوي الإقامة فيه أقل من خمسة عشر يوما.

فالوطن الأصلي لا يبطل إلا بوطن مثله وهو أن يستحدث في بلدة أخرى أهلًا؛ لأن الشيء يبطل بما هو مثله لا بما هو دونه. ووطن الإقامة والسكنى دونه فلا يصلح مبطلًا له؛ لما رُوي أن عثمان رضي الله عنه كان حاجًّا فصلَّى بعرفات أربعًا فعاتبوه فاعتذر، وقال: إني تأهلت بمكة، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «**من تأهَّل ببلدة فهو منها**»[1].

---

(١) أخرجه البخاري (١/٣٦٧، ٢/٥٩٦)، مسلم (١/٤٨٢)، وهو عند أحمد (٢/١٦، ٤٤، ٥٥، ١٤٠، ١٤٨)، والنسائي (٣/١٢١).

ولو كان له أهل بالكوفة وأهل بالبصرة فمات أهله بالبصرة وبقي له دور وعقار بالبصرة قيل: البصرة لا يبقى وطنا له؛ لأنها إنما كانت وطنًا له بالأهل لا بالعقار، ألا ترى أنه لو تأهل ببلدة فلم يكن له فيها عقار صارت وطنا له، وقيل: تبقى وطنًا له؛ لأنها كانت وطنا له بالأهل والدار جميعًا فبزوال أحدهما لا يرتفع الوطن كوطن الإقامة يبقى ببقاء الأهل، فإن أقام بموضع آخر.

ووطن الإقامة يبطل بالوطن الأصلي وبوطن الإقامة لأنه مثله وبإنشاء السفر لأنه ضده والشيء لا يبقى مع وجود ضده ولا يبطل بوطن السكنى لأنه دونه ولا بالخروج إلا بنية السفر ليس بضده ووطن السكنى يبطل بالكل إلا بالخروج لا بنية السفر.

ثم يقدم السفر هل يشترط الثبوت وطن الإقامة؛ فيه روايتان: في رواية: يشترط، حتى لو كان بينه وبين الوطن الأصلي أقل من مسيرة السفر فهو وطن سكنى لا وطن إقامة؛ لأن ثبوت الإقامة لا يتصور إلا بسبق السفر، وفي رواية: لا يشترط؛ لأن وطن الإقامة اسم لوطن يثبت بترك السير ويراعي وجود السير لا سير هو سفر وقد وجد.

كوفي خرج إلى مكة واستوطنها ثم خرج منها يريد خراسان ومرَّ بالكوفة يصلي بها ركعتين؛ لأن وطنه بمكة وطن أصلي فيبطل به وطنه بالكوفة.

ولو دخل مكة ولم يستوطنها ثم خرج إلى خراسان فمرَّ بالكوفة يصلي بها أربعًا؛ لأن وطنه بمكة وطن سكنى فلا يبطل به الوطن الأصلي.

خراساني أقام بالكوفة خمسة عشر يوما ثم خرج إلى الحيرة ونوى الإقامة خمسة عشر يوما ثم خرج منها يريد خراسان ومر بالكوفة يصلي ركعتين؛ لأن الكوفة كانت وطن إقامة له فبطل إقامته بالحيرة. وإن كان لم ينو الإقامة بالحيرة صلى أربعًا بالكوفة؛ لأن الحيرة كانت له وطن سكنى فلم يبطل به وطنه بالكوفة، وليست بين الحيرة والكوفة مسيرة سفر فبقيت وطنا له.

كوفي خرج إلى القادسية لحاجة، ثم خرج منها إلى الحيرة لحاجة، ثم خرج منها يريد الشام وله بالقادسية ثقل يريد أن يحمله فمر بها يصلّي ركعتين؛ لأن وطنه

بالقادسية كانت وطن سكنى وقد ظهر له بالحيرة وطن سكنى فيبطل به الأول.

ولو خرج من القادسية إلى الحيرة فقبل أن يصل إلى الحيرة رجع إلى القادسية ليحمل ثقله منها ويرتحل إلى الشام صلى أربعًا بالقادسية؛ لأنه لم يظهر له بالحيرة وطن سكنى آخر ما لم يدخلها فلا يبطل وطنه السكنى بالقادسية كما لو خرج منها لبول أو غائط أو ليشيع جنازة أو لاستقبال قادم لا يبطل وطنه بالقادسية.

(**الزيادات**): خراساني قدم من بغداد إلى الكوفة ونوى الإقامة بها ومكّي قدم الكوفة ونوى الإقامة بها ثم خرجا إلى القصر ونويا الإقامة ثم انتقلا إلى الكوفة ليقيما يومًا وينصرفان إلى بغداد يتمان الصلاة إلى الكوفة وبها وفي الرجوع إلى بغداد؛ لأن وطن كل واحد بالكوفة كان وطن إقامة فانتقض بنية الإقامة بالقصر؛ لأنه مثله فلما خرجا إلى الكوفة وبين الكوفة والقصر أقل من مسيرة سفر لم يبطل وطنهما بالقصر ووطنهما بالكوفة وطن سكنى فلا يبطل به وطن الإقامة أيضًا، فلما خرجا إلى بغداد والقصر لهما وطن في الطريق وليس بين القصر وبغداد مسيرة سفر فيتمان.

ولو لم ينويا الإقامة بالقصر والمسألة بحالها يتمان إلى الكوفة وبها يقصران إلى بغداد؛ لأن وطنهما بالقصر وطن سكنى ووطنهما بالكوفة وطن سكنى فيبطل به وطنهما بالقصر، فإذا خرجا إلى بغداد فقد أنشأا سفرًا تامًّا فيقصران ويتمان من القصر إلى الكوفة؛ لأن وطن السكنى لا يبطل بالخروج لا بنية السفر، وإن خرج الخراساني من بغداد قاصدًا الكوفة والمكي من الكوفة قاصدًا بغداد فالتقيا بالقصر ونويا الخروج منها إلى الكوفة ثم منها إلى بغداد يقصران في الجميع؛ لأن وطن كل واحد وطن سكنى فبطل بإنشاء السفر فبقيا مسافرين.

كوفي وبغدادي خرج كل واحد يريد القصر فلما التقيا بالقصر خرجا يريدان الكوفة ثم يخرجان إلى بغداد ونويا الإقامة بالقصر أو لم ينويا يصلّيان إلى الكوفة أربعًا ثم إلى بغداد ركعتين.

وقال زفر رحمه الله: صلى البغدادي أربعًا في الجميع.

لنا: أن البغدادي لم يبطل وطنه الأصلي بالخروج إلى القصر وإن نوى الإقامة

به؛ لأنه وطن إقامة أو سكنى فلما خرج من القصر لم يوجد إنشاء السفر فيتم وبالكوفة أيضًا، فإذا خرج إلى بغداد أنشأ سفرًا تاما فيقصر، وكذا الكوفي، فإذا قدما بغداد أتم البغدادي؛ لأنه دخل وطنه الأصلي وقصر الكوفي؛ لأنه ما لم ينو الإقامة لما عرف.

وإن قصد الكوفي بغداد والبغدادي الكوفة فلما بلغا القصر نويا الخروج إلى الكوفة والمسألة بحالها، فإن البغدادي يقصر في الجميع والكوفي يتم في رجوعه إلى الكوفة؛ لأنه رفض سفره حين عزم الرجوع إلى وطنه الأصلي وليس بينه وبين وطنه الأصلي مسيرة سفر، فأما البغدادي ماض على سفره كما عزم من الابتداء.

كوفي أقبل من مكة فاستقبله ابنه بالحيرة ونويا الإقامة بالحيرة ثم قصد الرجوع إلى مكة فلما انتهيا إلى القادسية بدا لهما الخروج إلى خراسان وقصدا المرور بالكوفة قصر الأب إلى الكوفة وأكمل الابن؛ لأن الأب كان مسافرًا وكان وطنه بالحيرة وطن إقامة وبطل بخروجه عنه بنية السفر وعاد مسافرًا كما كان، فأما الابن إنما صار مسافرًا بخروجه إلى مكة فلما رجع من القادسية رفض سفره وفسخ عزمه فصار مقيما؛ لأن بين القادسية والكوفة أقل من مسيرة سفر فيتم، وإن قصدا أن يمرا بجنب الكوفة يقصر الابن أيضًا؛ لأنه لم يرفض سفره إذا لم يقصد دخول وطنه.

كوفي نقل أهله ليتوطن بمكة فلما دخلها بدا له أن يرجع إلى بغداد ومر بالكوفة يقصر من مكة إلى بغداد؛ لأن وطنه الأصلي بالكوفة انتقض بمثله وإن لم يشتر دارًا بمكة؛ لأن الرجل قد يكون متوطنا مدة عمره وإن لم يكن له دار؛ لأن العبرة بنية المقام هناك مع عياله، وإن لم يدخل مكة بعياله ودخل وحده فبدا له الرجوع إلى بغداد يتم بالكوفة؛ لأنه متى لم يدخل أهله مكة لم ينتقض وطنه بالكوفة لما عرف.

(باب الصلاة على الراحلة)

الصلاة على الراحلة أنواع ثلاثة: فرض، وواجب، وتطوع.

أما الفرض: لا يجوز على الدابة إلا من ضرورة وهي بعذر النزول لخوف زيادة

المرض أو خوف العدو والسبع فيجوز أن يصلي على الراحلة خارج المصر بإيماء ويجعل السجود أخفض من الركوع، وكذا لو صلى في شق محمل على دابة لا يجزيه إلا أن يركز تحت محمله خشبة حتى صار قرار المحمل عليها، فإنه يجوز؛ لأنه حينئذ يكون قرار المحمل على الأرض حقيقة لا على الدابة فيكون السجود في المحمل كالسجود على السرير، وحكي أن أبا يوسف رحمه الله أمر هارون الرشيد رحمه الله أن يفعل هكذا.

وكذلك الصلاة الواجبة كصلاة الجنازة والتطوع الذي وجب قضاؤه بالإفساد وكالوتر عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك الصلاة المنذورة وسجدة التلاوة متى وجبت على الأرض لا يجوز على الدابة لأنها وجبت كاملة فلا تتأدَّى بما هو ناقص، ولو تلا آية السجدة أو سمعها وهو راكب فسجدها وهو عليها بالإيماء جاز؛ لأنه أداها كما التزمها.

ولو نذر صلاة وهو راكب ذكر الكرخي أنه يجوز أن يؤديها راكبا؛ لأنه أداها كما التزمها.

وذكر في (**الأصل**): لو نذر أن يصلي فصلاها راكبًا لم يجزه ولم يفصل بينهما شيء ما إذا كان الناذر على الأرض أو على الدابة؛ لأنه نذر بالصلاة المطلقة ومطلق اسم الصلاة ينصرف إلى الصلاة المعهودة الكاملة والصلاة بإيماء ناقصة فلا ينصرف مطلق الاسم إليها بخلاف سجدة التلاوة؛ لأن سبب وجوبها التلاوة أو السماع وقد تحقق منه راكبا فيلزمه كذلك.

ويجوز التطوع على الدابة خارج المصر مسافرًا كان أو مقيمًا ويومئ حيث ما توجهت الدابة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي على راحلته حيث ما توجهت به وينزل للوتر والمكتوبة؛ ولأن التطوع خير دائم فلو ألزمناه النزول لأدائه ربما يشق عليه النزول فيمتنع عن أداء ما ينشط فيه من التطوعات أو ينقطع سفره لو اشتغل بها، فأما المكتوبة شرعت في أوقات مخصوصة فلا يشق عليه النزول، ولا تمنعه نجاسة السرج ونجاسة الدابة أشد من ذلك، قيل: هذا إذا كانت النجاسة في باطنه دون ظاهره، وإن كانت في موضع الجلوس أو الركابين لا تجزيه صلاته اعتبارًا بالصلاة على الأرض.

والصحيح أنه يجزيه إن كانت في موضع الجلوس؛ لأنه لما سقط عنه أركان الصلاة

مع التمكن من النزول والأداء للضرورة وهي أن لا يلحقه مشقة في النزول والأركان أقوى من سائر الشرائط فلأن يسقط شرط طهارة المكان للضرورة أولى ولا يجوز في المصر عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعند محمد يجوز ويكره وعند زفر يجوز ولا يكره.

لهما: ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم في بعض سكك المدينة كان على حمار وهو يصلي إلا أن محمدًا كره لكثرة الشغب فيما بين الناس فلا يأمن أن يغلط في القراءة.

له: أن القياس أن لا تجوز الصلاة على الراحلة لما فيها من ترك أركانها مع القدرة على أدائها، وإنما جوزنا خارج المصر بالأثر، وورود الأثر في السفر لا يكون ورودًا في المصر دلالة؛ لأنه لا ضرورة في المصر فيؤخذ فيه بأصل القياس والحديث شاذ في ما تعمُّ به البلوى فلا يكون حجَّة.

ولو افتتح على الدابة ثم نزل بنى، وإن افتتح على الأرض ثم ركب استقبل؛ لأن إحرام النازل انعقد للأداء بركوع وسجود، فإذا أداها من غير ركوع وسجود فقد أدى الكامل بالناقص فلا يجوز، فأما إحرام الراكب انعقد للأداء بالإيماء، فإذا أداها بركوع وسجود فقد أدى الناقص بالكامل فيجوز.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أنه يستقبل في الوجهين. أما الراكب فلما مرَّ، وأما النازل فلأنه بنى صلاته بركوع وسجود على صلاة بإيماء وذلك لا يجوز كالمريض المومئ إذا قدر على الركوع والسجود، وعند زفر يبني على الوجهين؛ لأن عنده يجوز بناء الصلاة بركوع وسجود على صلاة بالإيماء.

رجلان في شق محمل أو كانا في شقين على دابة واحدة فاقتدى أحدهما بالآخر جاز؛ لأنه ليس بينهما حائل يمنع صحة الاقتداء إلا أنه يكره أن يأتم به إذا كان على يسار الإمام، فإن كان كل واحد على دابة لم يجز صلاة المقتدي؛ لأن بين الدابتين طريق مستطرق وإنه مانع صحة الاقتداء.

ورُوي عن محمد أنه يجوز إذا كانوا صفًّا واحدًا والإمام وسطهم؛ لأن تلك الفرجة لا يعتد بها في الفصل كما بين الصفين في الصلاة على الأرض والله أعلم بالصواب.

(باب الصلاة في الماء والطين)

وإذا كان في طين وردغة لا يقدر على النزول أومأ على الدابة؛ لأن الإيماء خلف والمصير إلى الخلف عند العجز عن الأصل جائز، وإن أومأ على الدابة وهي تسير لا يجوز إذا قدر على إيقافها، وإن لم يقدر جاز؛ لأن السير منافٍ للصلاة فلا يسقط إلا بعذر، ويتوجه إلى القبلة إن قدر عليه، وإن عجز سقط، وإن قدر على النزول ولم يقدر على القعود والسجود نزل وأومأ إيماء، وإن قدر على القعود دون السجود أومأ قاعدًا؛ لأن السقوط بقدر الضرورة، وإن كانت الأرض ندية مبتلة ولم يكن طينًا يغب وجهه فيه صلى على الأرض.

(باب الصلاة في السفينة)

المستحب أن يخرج من السفينة للفريضة إذا قدر عليه؛ لأنه إذا خرج كان قلبه أسكن وعلى مراعاة الإخلاص أقدر.

ولو صلى فيها، فإن كانت مشدودة على الحد مستقرة على الأرض فصلى قائمًا جاز لأنها بمنزلة الأرض، وإن لم تكن مستقرة ويمكنه الخروج عنها لم تجز الصلاة فيها لأنها لم تصر بمعنى الأرض، وإن لم تكن مربوطة جازت الصلاة فيها، وإن كانت سائرة لأنها صارت بمعنى الأرض عند عجزه عن الخروج عنها، فإنه يباح الركوب فيها والجلوس عليها للقرار كما على الأرض فصارت بمنزلة البيت عند العجز.

ولو صلى فيها قاعدًا مع القدرة على القيام جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز، وكذا لو صلى جالسًا للعجز وهو قادر على الخروج إلى الأرض أجزأه عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجزيه؛ لأن القيام ركن فلا يسقط إلا بعذر كما لو كان على الأرض.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن الغالب في السفينة دوران الرأس واسوداد العين والعجز عن القيام والعذر الغالب ألحق بالقيام الواقع تيسيرا.

وأما إذا قدر على الخروج فلأن الغرق وفوات السفينة أمر واقع واستيثاق

السفينة على الحد متعذر فلا يلزم الخروج، قيل: هذا إذا كانت السفينة جارية، فإن كانت راسية فلا يجزيه الصلاة فيها قاعدًا عنده؛ لأن لا يدور رأسه في هذه الحالة فلا يعجز عن القيام غالبًا، هكذا ذكر الحسن بن زياد بإسناده عن سويد بن غفلة أنه قال: سألت أبا بكر وعمر رضي الله عنهما عن الصلاة في السفينة؟ فقالا: إن كانت جارية يصلي قاعدًا، وإن كانت راسية يصلي قائمًا.

ولو صلى فيها قائمًا بالإيماء مع القدرة على الركوع والسجود لا يجوز.

ولو دارت السفينة وهو يصلي توجه إلى القبلة حيث دارت؛ لأنه يمكنه الاستقبال من غير مشقة بخلاف الدابة؛ لأنه لا يمكنه الاستقبال مع سير الدابة إلى غير القبلة.

أَمَّ قومًا في سفينة مقرونة بسفينته جاز لأنهما بالربط يصيران كسفينة واحدة ولو لم تكن مقرونة لا يجوز؛ لأن بينهما طائفة من النهر، وكذا لو أمَّ قوما على الحد وبينه وبينهم طريق أو طائفة من النهر لم يجز.

ولو استوثق السفينة وهو في الصلاة استقبلها؛ لأنه عمل كثير، ويجوز له قطع صلاته إذا خاف على ماله أو رأى أعمى يتردى في بئر؛ لأنه يمكنه تلافي الصلاة بالاستقبال ولا يمكنه تلافي المال والنفس بعد الفوات، ولم يفصل في الكتاب بين القليل والكثير ومشايخنا قدروا ذلك بالدرهم فصاعدا؛ لأن ما دون الدرهم حقير لا يقطع الصلاة لأجله قال الحسن: لعن الله الدانق ومن دنق الدانق.

(باب صلاة الجمعة)

فرض الوقت الظهر لكن العبد مأمور بإسقاطه عنه بأداء الجمعة عندهما.

وعند محمد: الفرض هو الجمعة وله أن يسقط بالظهر رخصة.

ورُوي عنه: الفرض أحدهما لا يعينه ويتعين ذلك بأدائه.

وعند زفر والشافعي رضي الله عنهما: الفرض هو الجمعة والظهر بدل عنها في حق المعذور؛ لأن فرض الوقت ما يكلف العبد بأدائه وإنما يؤمر العبد بأداء الجمعة لا بأداء الظهر.

ولهما: أن التكليف يعتمد الوسع والقدرة والعبد يقدر على أداء الظهر بنفسه دون الجمعة؛ لأن الظهر ينبني على قدرة المخاطب وحده، فأما الجمعة تستدعي شرائطا هي قائمة بغير المخاطب لا يقدر المخاطب على تحصيلها بل هي متعلقة باختيار غيره فلا تدخل هذه القدرة في شروط التكليف، ولهذا لو فاتته الجمعة يلزمه قضاء الظهر دون الجمعة، ولو كان الفرض الأصلي هو الجمعة، فإذا فاتته وجب أن لا يلزمه شيء.

وينبني على هذا من صلى الظهر في منزله من غير عذر قبل أداء الناس الجمعة يقع فرضا وقد أساء؛ لأنه أدى فرض الوقت.

وقال زفر رحمه الله: لا يجزيه إلا بعد فراغ الإمام من الجمعة.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجزيه إلا بعد خروج الوقت.

ولو صلى المعذور الظهر في بيته نحو العبد والمريض والمسافر يقع عن الفرض ولم يسئ بالإجماع؛ لأن فرض الوقت هو الظهر في حق الكل إلا أن المعذور مأمور بإسقاطه بأداء الجمعة حتمًا فيأثم بترك الفرض والمعذور مأمور بإسقاط الجمعة رخصة فلا يأثم بترك الرخصة.

ولو صلى المعذور الظهر في بيته ثم حضر الجمعة فسد ظهره، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يفسد الظهر؛ لأن الظهر عندهما بدل وقد قدر على الأصل بعد حصول المقصود بالبدل فلا يبطل حكم البدل.

لنا: أنه مأمور بإسقاط الظهر بأداء الجمعة إذا قدر عليه؛ لأن الله تعالى أمر المخاطبين أجمع بالسعي إلى الجمعة إلا أنه رخص للمعذورين بترك السعي دفعًا للمشقة عنهم، فإذا لم يترخصوا وحضروا الجمعة وقدروا عليها انتقض ظهرهم ضرورة تمكن أداء الجمعة.

ولو صلى غير المعذور الظهر في منزله ثم شهد الجمعة صار ظهره تطوعًا، فإن خرج من منزله والإمام في الجمعة يحضر وقد فرغ الإمام أعاد الظهر عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يعيد ما لم يشارك الإمام.

وذكر الطحاوي رحمه الله: إذا كان خروج المصلي وفراغ الإمام معًا لم ينتقض الظهر.

لهما: أنه مأمور بترك الظهر حكمًا لأداء الجمعة لا قصدًا؛ لأن نقض العبادات قصدًا لا يجوز، فإن وجد الأداء انتقض وإلا فلا.

له: أنه مأمور بالسعي إلى الجمعة والسعي إلى الجمعة لا يتصور مع بقاء الظهر فرضًا؛ لأنه لا جمعة مع بقاء الظهر فكان من ضرورة السعي إلى الجمعة ارتفاض الظهر بخلاف ما إذا كان خروجه مع فراغ الإمام معا؛ لأنه لم يبق مأمورًا بالسعي.

وذكر الحسن: لو شرع في الجمعة وقطعها لم يرتفض ظهره عندهما؛ لأنه متى لم تتم الجمعة لم تصر الجمعة فرض الوقت، وعند أبي حنيفة ترتفض؛ لأن قدر المؤدي وقع جمعة ومن ضرورة وقوع المؤدي فرضًا ارتفاض الظهر.

ومن شرع في الجمعة ثم ذكر فائتة إن كان بحال لو اشتغل بقضائها تفوته الجمعة والظهر عن وقتها لا يقطعها، وإن كان بحال لو قضاها تفوته الجمعة دون الظهر قطعها وقضاها؛ لأن فرض الوقت لا يفوته عن الوقت، وقال محمد وزفر: لا يقطع.

وفي (**المنتقى**): رجل صلى بقوم الظهر فحضر الجمعة فصلاها فالظهر له تطوع وللقوم يجزئ عن الفرض؛ لأن ظهره انقلب تطوعًا بعدما وقع لهم فرضًا.

(فصل)

للجمعة شرائط:

منها: أن يكون المصلي ذكرًا بالغًا حرًّا عاقلًا صحيحًا مقيمًا حتى لا تجب الجمعة على النسوان والصبيان والعبيد والذمنى والمرضى والمسافرين؛ لأنه رخص للمعذورين بترك السعي للجمعة دفعًا للمشقة عنهم وصيانة لحق المولى عن الاختلال[1].

ولا جمعة على الأعمى وإن وجد قائدًا عند أبي حنيفة خلافًا لهما كما سنبين في المناسك.

وإذا حضر هؤلاء الجمعة أجزأهم عن الفرض؛ لأن عدم لزوم الأداء لعذر

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١/٢٧٥، المبسوط ٢/٣٧، وتحفة الفقهاء ١/٢٨٤.

الحرج والمشقة وقد زال العذر بالحضور.

ومنها: المصر شرط حتى لا تجب إلا على أهل الأمصار.

وقال الشافعي رحمه الله: ليس بشرط حتى يجوز إقامتها في كل قرية يسكنها أربعون رجلًا أحرارًا بالغين عقلاء لا يظعنون عنها شتاء ولا صيفًا إلا ظعن حاجة لقول ابن عباس رضي الله عنهما: إن أول جمعة جمعت في الإسلام بعد الجمعة بالمدينة إنما جمعت بِجُوَاثَى وهي قرية من قرى عبد القيس بالبحرين[1].

لنا: قوله عليه السلام: «**لَا جُمُعَةَ وَلَا تَشْرِيقَ إِلَّا فِي مِصْرٍ جَامِعٍ**»[2].

وجُوَاثَى مصر بالبحرين، وتسمية الراوي قرية لا ينفي أن يكون بلدة، فإن البلدة تسمى قرية قال الله تعالى: ﴿وَلِتُنذِرَ أُمَّ ٱلْقُرَىٰ﴾ [الأنعام: ٩٢] وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ شِئْنَا لَبَعَثْنَا فِى كُلِّ قَرْيَةٍ نَّذِيرًا ﴿٥١﴾﴾ [الفرقان: ٥١].

وفي حد المصر أقاويل:

قال أبو يوسف: كل موضع فيه والٍ وقاضٍ ينفذ الأحكام ويقيم الحدود فهو مصر جامع، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، ورُوي عنه: المصر الجامع ما يجتمع فيه مرافق أهله دينا ودنيا.

وقيل: حده أن يعيش كل صانع بصناعته.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥/٢ (٨٩٢) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا أبو عامر العقدي، قال: حدثنا إبراهيم بن طهمان. وفي ١٦٩/٥ (٤٣٧١) قال: حدثني عبد الله بن محمد الجعفي، قال: حدثنا أبو عامر عبد الملك، قال: حدثنا إبراهيم، هو ابن طهمان. و«أبو داود» (١٠٦٨) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، ومحمد بن عبد الله المخرمي، لفظه، قالا: حدثنا وكيع، عن إبراهيم بن طهمان. و«ابن خزيمة» (١٧٢٥) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا أبو عامر، قال: حدثنا إبراهيم، وهو ابن طهمان.

كلاهما: (محمد بن أبي حفصة، وإبراهيم بن طهمان) عن أبي جمرة الضبعي، نصر بن عمران، فذكره.

(٢) أخرجه البيهقي (١٧٩/٣، رقم ٥٤٠٥)، وعبد الرزاق (١٦٨/٣، رقم ٥١٧٧). ضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير (٥٤/٢ ط. الأثرية)، والزيلعي في نصب الراية (١٩٥/٢ ط. المجلس العلمي).

وقيل: إذا اجتمع في القرية من لا يسعهم مسجد واحد بنى لهم الإمام جامعًا.

وعن أبي يوسف في (**المنتقى**): لو خرج الإمام عن المصر معه أهله لحاجة مقدار ميل أو ميلين فحضرت الجمعة جاز أن يصلي بهم الجمعة؛ لأن فناء المصر بمنزلة المصر إذا كان من حوائج أهل المصر، وأداء الجمعة من حوائجهم فألحق بالمصر في حقهم من قصر الصلاة ليس من حوائجهم فلا يلحق الفناء بالمصر في حقه.

ولا جمعة على من كان خارج المصر.

وعن محمد: أنها تجب على أهل السواد إذا كان على ثلاثة أميال من المصر.

وعن أبي يوسف: أنها تجب على كل من سمع النداء، وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الجمعة على من سمع النداء**»[1].

لنا: قول حذيفة رضي الله عنه: لا جمعة على أهل السواد وإن كانوا على رأس ميل، ولأن الجمعة لا تجب على المسافرين، وإن كان في المصر نفيًا للحرج عنه لكونه مشتغلا بتسوية أسبابه والحرج لأهل السواد بالحضور إلى الجمعة أشد فكان إسقاط الجمعة عنهم أحق وحديثه متروك الظاهر بالإجماع؛ لأنه علق الوجوب بسماع النداء والوجوب لا يتعلق بالسماع.

(**وفي الفتاوى**): القروي إذا دخل المصر ونوى أن يمكث يوم الجمعة لزمه الجمعة؛ لأنه صار كواحد من أهل المصر في حق هذا اليوم، وإن نوى أن يخرج في يومه ذلك لا يلزمه.

(**وفي الجامع الصغير**): ويجمع بمنى إن كان الإمام من أهل الحجاز أو الخليفة،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٧٨/١، رقم ١٠٥٦)، والبيهقي (١٧٣/٣، رقم ٥٣٧١). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (٦/٢)، والديلمي (١١٧/٢ رقم ١٦١٦). قال المناوي (٣٥٨/٣): قال عبد الحق: الصحيح وقفه، وقال ابن القطان: فيه أبو سلمة بن نبيه مجهول وعبد الله بن هارون مجهول، وفي الميزان أبو سلمة بن نبيه نكرة تفرد عنه محمد بن سعيد الطائفي وشيخه ابن هارون كذلك.

وعند محمد رحمه الله: لا يجمع بمنى بحال؛ لأنه ليس بمصر جامع بل هو قرية فيها ثلاث سكك، وقيل: يجوز الجمعة عندهما بمنى في أيام الموسم؛ لأن منى في هذه الأيام تتمصر لاجتماع مرافق الدين والدنيا بها ولا يجوز في غير هذه الأيام، بخلاف عرفات لأنها مفازة وليست بمصر، وقيل: يجوز في جميع الأيام؛ لأن منى من فناء مكة.

ولا بأس بصلاة الجمعة في موضعين وثلاثة في مصر واحد عند محمد دفعًا للحرج والمشقة عن الناس؛ إذا كانت البلدة كبيرة فإنه يشق على كل جانب المصر إلى جانب آخر وصار كصلاة العيد يجوز في موضعين وأكثر.

وعند أبي يوسف: لا يجوز في موضعين إلا إذا كان مصرا له جانبان بينهما نهر فيصير في حكم مصرين كبغداد فيجوز في موضعين ولا يجوز في أكثر منهما، وإن لم يكن بينهما نهر فالجمعة لمن سبق منهما، وإن صلى أهل مسجدين معا فصلاتهم فاسدة؛ لأن المقصود من إقامة الجمعة تحقيق معنى الشعار، ولهذا طويت الجماعات كلها وهذا المقصود يفوت أو يختل بالإقامة في موضعين أو أكثر. ومنها السلطان شرط حتى لا يجوز إقامتها بغير أمره أو أمر نائبه خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام في خطبته: «**إن الله تعالى فرض عليكم الجمعة في يومي هذا في شهري هذا في مقامي هذا، فمن تركها جحودا أو استخفافا بحقها في حياتي أو بعد موتي وله إمام عادل أو جائر فلا جمع الله شمله ولا بارك الله في أمره، ألا لا صلاة له، ألا لا زكاة له، ألا لا صوم له، ألا لا حج له، إلا أن يتوب فمن تاب تاب الله عليه**»[1] فقد شرط الإمام إلحاق الوعيد بتاركها ولأنا إن لم نعتبر الإمام لتبادر كل فرقة إلى إقامتها فيؤدي إلى التفويت على الباقين أو التشاجر والتنازع.

(**النوادر**): والي مصر مات ولم يبلغ موته الخليفة فجمع بهم خليفة الميت أو صاحب شرطته أو القاضي جاز؛ لأنه فوض إليهم أمر العامة.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١/٣٤٣ - ط. الحلبي) من حديث جابر بن عبد الله، وأورده البوصيري في مصباح الزجاجة (١/٢٠٣ - ط. الجنان) وقال: إسناده ضعيف.

ولو اجتمع الناس على رجل فجمع بينهم رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يجزيهم.

وعن محمد قال: لو مات عامل إفريقية أو عامل بعيد من الخليفة فاجتمع الناس على رجل يجمع بهم أجزأهم، وهو الصحيح؛ لأن عثمان رضي الله عنه لما أُحصر اجتمع الناس على عليّ كرم الله وجهه فصلى بهم الجمعة، ولأن الخليفة إنما يأمر بذلك لأجلهم نظرًا لهم، فإذا نظروا لأنفسهم كان ذلك بمنزلة أمر الإمام إياهم.

وفي (**المنتقى**): لو مات الخليفة وله ولاةٌ وأمراء على أمور المسلمين فهم على ولايتهم يقيمون الجمعة ما لم يعزلوا لأنهم أقيموا للمسلمين.

ولو تغلَّب على مصر متغلِّب فجمع بهم جاز إذا كان سيرته سيرة الأمراء يحكم في رعيته بحكم الولاية؛ لأن بهذا تدارك السلطنة فتحقق الشرط.

ولو استعمل صبي أو نصراني على مصر ثم أسلم فأدرك فليس له أن يصلي بالناس الجمعة ولم يجز حكمه؛ لأنه لم يصح تفويض ذلك إليه لعدم الأهلية.

ولو قال له: إذا أسلمت أو أدركت فصلِّ بالناس أو اقض بينهم جاز ذلك؛ لأنه فوض ذلك إليه بعد الإسلام والبلوغ فصح.

ولو أذن الأمير رجلا أن يخطب للجمعة فهو إذن بإقامة الجمعة دلالة، ولو أذن بإقامة الجمعة فهو أذن بالخطبة؛ لأن الجمعة لا تصح بدون الخطبة والأمر بالشيء أمر بما لا يصح الشيء بدونه.

ومنها: الجماعة شرط وهي ثلاثة سوى الإمام.

وقال أبو يوسف رحمه الله: ينعقد باثنين سوى الإمام.

وقال الشافعي رحمه الله: يعتبر أربعون رجلا.

والصحيح قولنا؛ لأن اسم الجمعة يدل على اعتبار معين الجماعة فيها ولا غاية للجمعة فلا بد من أن يعتبر الأقل وأقل الجمع الصحيح ثلاثة غير أن الجماعة شرط بانفرادها والإمام شرط بانفراده فيشترط وجود الجماعة سوى الإمام بخلاف سائر الصلوات كما قدمنا.

وتنعقد الجمعة بائتمام العبيد والمسافرين والمرضى خلافًا للشافعي لأنهم يصلحون للإمامة فيصلحون مقتديًا وكذا بالأميين والخرسى؛ لا يصلح إمامًا في الجمعة لمن هو بمثل حاله فيصلح مؤتمًا لمن فوقه.

وتجوز إمامة العبد والمسافر في صلاة الجمعة خلافا لزفر؛ لأن الجمعة افترضت عليهما ولكن لم يلزمهما حضور الجمعة كما قدمنا، فإذا حضرا وأديا الجمعة وقعت منهما فرضا فيصلحان إمامًا.

مر الإمام بمدينة وهو مسافر فصلى بهم الجمعة جاز خلافا لزفر؛ لأنه إنما تجوز جمعة أهل المصر بأمره، فإذا أقام هو بنفسه أولى.

ولو خطب وفرغ فنفر الناس إلا رجلين صلى الظهر، وإن بقي ثلاثة سواه صلى الجمعة، ولو نفروا بعدما كبر الإمام استقبل الظهر عند أبي حنيفة وعندهما يتم الجمعة، ولو صلى بهم ركعة ثم نفروا أتمها، وقال زفر: يستقبل الظهر؛ لأن الشرط يعتبر دوامه كالطهارة والوقت.

لهما: أن الجماعة شرط لانعقاد الجمعة لا شرط الأداء فلا يشترط دوامها كالخطبة بدليل أن من أدرك الإمام في التشهد أتم الجمعة والإمامة شرط كالجماعة، ثم إذا لم تعتبر الإمامة والجماعة في الكل صحت صلاة المؤتم فلأن لا يعتبر الجماعة في الكل لصحة صلاة الإمام أولى.

له: أن الجماعة شرط الانعقاد ولكن الانعقاد بالشروع في الصلاة والشروع لا يتم ما لم يقيد الركعة بالسجدة؛ لأنه ليس لما دونها حكم الصلاة، ولهذا لو سها عن القعدة الأخيرة وقام إلى النافلة لا يصير شارعا فيها ما لم يقيد الركعة بالسجدة حتى لم تفسد صلاته إلا أنه لم يشترط الجماعة في ركعة تامة في حق المؤتم؛ لأنه تبع فمتى وجد شرط الانعقاد في حق الأصل استغنى التبع عنه كما في الخطبة.

وذكر في نوادر الصلاة: لو خطب الإمام يوم الجمعة فنفر الناس وجاء آخرون فصلَّى بهم الجمعة أجزأه؛ لأنه خطب والقوم حضور وصلى والقوم حضور فتحقق الشرط.

ولو كبر الإمام وخلفه لم يكبروا معه حتى جاء قوم وأحدث الأولين فصلاتهم تامة؛ لأن شرط انعقاد الجمعة حضور قوم متهيئين لإقامة الجمعة لا المشاركة مع

الإمام في التكبير؛ لأن حقيقة المشاركة مما يتعذر اعتبارها فأقيم السبب المؤدي إلى المشاركة وهو كونهم متهيئين للمشاركة مقامها، وقد وجد حتى لو كبر الإمام وخلفه محدثون ثم جاء آخرون ودخلوا معه يستقبل التكبير، ولو أحدث الأولون ثم جاء آخرون وكبروا قبل خروج الأوليين من المسجد فصلاتهم تامة وإن كبروا بعد خروجهم تفسد صلاتهم؛ لأن الجمعة انعقدت بحضور الطائفة الأولى قبل الحدث، فإذا سبقهم الحدث فقد زال التهيؤ لهم لإقامة الجمعة قبل دخول الطائفة الثانية فلم تقم الثانية مقام الأولى إلا بالتكبير قبل خروج الأولى؛ بخلاف ما إذا دخلت الطائفة الثانية قبل حدث الأولى تصح صلاتهم، وإن لم تكبر الثانية قبل خروج الأولى؛ لأنه حين دخلت الثانية فالتهيؤ للجمعة قائم للأولى فقامت الثانية مقام الأولى.

وفي (**المنتقى**): عن محمد رحمه الله: إمام كبّر للجمعة والناس لم يكبروا حتى ركع ثم كبروا وركعوا معه تجزيهم الجمعة لوجود المشاركة في الركوع، ولو رفع رأسه قبل أن يركعوا لا يجزيهم، ولو كبروا مع الإمام ثم نفروا وخرجوا من المسجد ثم جاؤوا وكبروا وركعوا قبل رفع الإمام رأسه من الركوع أجزأهم الجمعة لإدراكهم الركعة مع الإمام.

ومن أدرك ركعة من الجمعة أو أدرك التشهد أو سجدتي السهو أتمها جمعة.

وقال محمد وزفر والشافعي رضي الله عنهم: يصلي أربعًا إذا أدرك التشهد لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من أدرك ركعة من الجمعة أضاف إليها أخرى، وإن أدركهم جلوسًا صلى أربعًا**»[1].

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١١٢٣) قال: حدثنا عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي. و«النسائي» ١/٢٧٤ قال: أخبرني موسى بن سليمان بن إسماعيل بن القاسم. وفي «الكبرى» (١٥٥٢) قال: أخبرني عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار، وموسى بن سليمان بن إسماعيل بن القاسم، واللفظ له.

كلاهما: (عمرو بن عثمان، وموسى بن سليمان) عن بقية بن الوليد، قال: حدثنا يونس بن يزيد الأيلي، عن الزهري، عن سالم، فذكره.

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «**مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا، وَمَا فَاتَكُمْ فاقضوا، وما فاته جمعة فيصلي جمعة**»[(١)].

وقوله صلى الله عليه وسلم: «**من أدرك الإمام في التشهُّد يوم الجمعة فقد أدرك الجمعة**»[(٢)].

وتأويل حديثهم أن يدركهم جلوسًا بعد السلام ولأنه شرع في تحريمة الجمعة فيصلي الجمعة؛ لأن الظهر لا ينبني على تحريمة الجمعة لأنهما فرضان مختلفان.

وقال الطحاوي عن محمد: إنه لا بد من القراءة في الأولتين والقعود عقيبهما؛ لأن افتتاحهما افتتاح جمعة وإتمامها إتمام ظهر فتوفر عليها حكم الجمعة والظهر وهذا الاحتياط لا معنى له؛ لأن بين الجمعة والظهر تنافٍ حتى لا يتأدى أحدهما بتحريمة أخرى فلا يمكن أن يعتبر جمعة وظهرا.

ويكره الظهر بجماعة يوم الجمعة في مصر وإن كانوا في السجن؛ لأن إقامة الجمعة من أعلام الدين وشعائر الإسلام وقد أمرنا فيه بالتكثير، فلو جاز عقد الجماعة للظهر في المساجد لتكاسلوا في حضورها فتقل الجماعة، ويصلي الظهر بجماعة في موضع لا جمعة فيه؛ لأنه لا يؤدي إلى تقليل الجماعة في الجمعة.

ومنها: الخطبة شرط حتى لا تنعقد الجمعة بدونها لما رُوي عن ابن عمر

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٢٩/١ (٦٣٥)، وفي «القراءة خلف الإمام» (١٧٨) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا شيبان. و«مسلم» ١٠٠/٢ (١٣٠٤) قال: حدثني إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا محمد بن المبارك الصوري، قال: حدثنا معاوية بن سلام. وفي ١٠١/٢ (١٣٠٥) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا معاوية بن هشام، قال: حدثنا شيبان. و«ابن خزيمة» (١٦٤٤) قال: حدثنا بحر بن نصر بن سابق الخولاني، قال: حدثنا يحيى بن حسان، قال: حدثنا معاوية بن سلام. و«ابن حبان» (٢١٤٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا شيبان.

كلاهما: (شيبان بن عبد الرحمن، ومعاوية بن سلام) عن يحيى بن أبي كثير، عن عبد الله بن أبي قتادة، فذكره.

(٢) انظر: تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار، وحاشية ابن عابدين ٥٦٩/١، المغني لابن قدامة ٢٥٨/٢ - ٢٧٦، والدسوقي ٣٨٣/١، ونهاية المحتاج ٣٣٤/٢، والقليوبي ٢٩٠/١.

وعائشة رضي الله عنهم أنهما قالا: إنما قصرت الجمعة لأجل الخطبة[١]، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل الجمعة بدون الخطبة فصار شرطًا وشرط الشيء ما يسبقه لا ما يلحقه، ولو سبَّح أو ذكر أو هلَّل أي قدر كان جاز من خطبته عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز حتى يأتي بما يسمى خطبة عرفا، وقال الشافعي رحمه الله: لا بد من الخطبتين وهو السنة عندنا.

لهما: أن الواجب بالإجماع هو الخطبة وهذه الكلمة لا تسمى خطبة عرفًا.

له: ما رُوي عن عثمان رضي الله عنه حين صعد المنبر ليخطب يوم الجمعة فقال: الحمد لله، ثم أرتج عليه فقال: إن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يعدان لهذا المقام مقالا، وإنكم إلى إمام فعال أحوج إلى إمام قوال، وسآتيكم بالخطب من بعد، ثم نزل وجمَّع بحضرة الصحابة من غير نكير، ولأن هذه الكلمة مع قصرها صيغة منتظمة معنى الخطبة متَّسمة باسمها؛ لأن الخطبة مأخوذة من المخاطبة والمخاطبة تتحقق بالكلمة القصيرة كما تتحقق بالطويلة.

ورُوي أن رجلا قال بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم: مَنْ يُطِعِ اللهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ رَشَدَ وَمَنْ يَعْصِهِمَا فَقَدْ غَوَى، فقال عليه السلام: «**بِئْسَ الْخَطِيبُ أَنْتَ**»[٢] فقد سماه خطيبًا بهذه الكلمة.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: لو عطس الخطيب فقال: الحمد لله، يريد الحمد لعطاسه ثم نزل وصلى لم يجزه، كما في اشتراط التسمية لحلّ الذبيحة ولا يطول الخطبة لقول ابن مسعود: طول الصلاة وقصر الخطبة مَئِنَّةٌ من فقه الرجل.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١/٢٦٦.

(٢) أخرجه «مسلم» ٣/١٢ (١٩٦٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، ومحمد بن عبد الله بن نمير، قالا: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (١٠٩٩ و٤٩٨١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى. و«النسائي» ٦/٩٠، وفي «الكبرى» (٥٥٠٥) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أنبأنا عبد الرحمن. و«ابن حبان» (٢٧٩٨) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن خزيمة، قال: حدثنا محمد بن إسماعيل الأحمسي، قال: حدثنا وكيع. ثلاثتهم: (وكيع بن الجراح، وعبد الرحمن بن مهدي، ويحيى بن سعيد) عن سفيان بن سعيد الثوري، عن عبد العزيز بن رفيع، عن تميم بن طرفة الطائي، فذكره.

وَروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه يخطب خطبة خفيفة يحمد الله تعالى ويثني عليه ويتشهد ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويعظ الناس ويذكرهم ويقرأ آيات، وفي الثانية كذلك ويدعو مكان الوعظ ويكون قدر الخطبتين مقدار سورة من طوال المفصل ويخطب قائمًا ثم يجلس جلسة خفيفة ثم يخطب قائمًا، والجلوس سنَّة ويستقبل القوم بوجهه مستدبرًا القبلة ويستقبل القومُ الإمامَ بوجوههم.

ورُوي أن أبا حنيفة رحمه الله كان لا يستقبل الإمام حتى يفرغ المؤذن من الأذان، فإذا أخذ في الخطبة انحرف إليه.

ولو خطب جنبًا جاز ويكره.

وقال أبو يوسف والشافعي رضي الله عنهما: لا يجوز؛ لأن الخطبة بمنزلة شطر الصلاة؛ لقول عائشة رضي الله عنها: إنما قصرت الجمعة لأجل الخطبة، فتشترط الطهارة لصحَّتها كالصلاة.

لنا: أن الخطبة ذكر مجرد وليس بصلاة حقيقة بدليل أنها تؤدى غير مستقبل القبلة ولا يفسدها الكلام فعدم الطهارة لا يمنع صحَّتها كما في سائر الأذكار، وتأويل الحديث أنها في حكم الثواب كشطر الصلاة لا في اشتراط شرائط الصلاة، ويكره الكلام في الخطبة؛ لأنه يقطع نظمها ويسقط خطرها كما في الأذان ولا بأس بما يشبه الأمر بالمعروف؛ لأن الخطبة كلها وعظ وأمر بالمعروف.

وينصت الناس إذا خطب الإمام؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱسۡتَمِعُواْ لَهُۥ وَأَنصِتُواْ﴾[الأعراف: ٢٠٤] نزلت الآية في الخطبة، وإن كان بعيدًا عن الخطيب لا يستمع، قيل: يقرأ القرآن في نفسه، وقيل: يسكت وهو الأصح؛ لأنه مأمور بالاستماع والإنصات، فإن عجز عن الاستماع لم يعجز عن الإنصات فلزمه، والحكم بن زهير كان يناظر في الفقه وهو من كبار أصحابنا، ولا يشمِّتون العاطس ولا يردون السلام ولا يقرؤون القرآن.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه يرد السلام ويشمِّت العاطس في نفسه، وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لأنه يمكنه إقامة هذا الواجب على وجه لا يُحيلُ الاستماع، والأصوب أنه لا يجب؛ لأنه يُحيلُ الإنصات وإنه مأمور به، وإذا لم يرد السلام

للحال، فعند محمد يرد بعد الفراغ من الخطبة؛ لأن المجلس واحد فيكون الرد في آخره كالرد حال فور الخطاب، وعند أبي يوسف: لا يردّه لأن ردَّ السلام بمنزلة الجواب من الخطاب، وسبيل الجواب أن يكون على فور الخطاب، فإذا لم يمكنه الرد بعد الفراغ من الخطبة لو لم يرده في الحال في نفسه يفوته ردُّ السلام أصلًا ومتى ردَّه للحال فاته الإنصات للبعض فكان رد السلام أولى.

وإن ذُكِرَ النبي صلى الله عليه وسلم في الخطبة ينصت؛ لأن الإنصات فرض، والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم ليس بفرض إلا في العمر مرة، ولا يجوز ترك الفرض للإتيان بما ليس بفرض، ولهذا حرم عليهم الكلام بما هو أمر بالمعروف مع أنه فرض.

ورُوي عن أبي يوسف أنهم يصلُّون في نفوسهم وهو اختيار الطحاوي؛ لأنه يبلغهم أمرًا فعليهم الامتثال.

ويكره التطوع من حين يخرج الإمام إلى الخطبة إلى أن يفرغ من الصلاة، وقال الشافعي رحمه الله: يصلي ركعتين، وكذلك الكلام عند أبي حنيفة، وعندهما: لا بأس به قبل الخطبة وبعدها ما لم يدخل الإمام في الصلاة؛ لأن النهي عنه لوجوب استماع الخطبة فيقتصر على حالة الخطبة بخلاف الصلاة؛ لأنها تمتد غالبًا فربما لا يمكنه قطعها فيفوته الاستماع متى أخذ الإمام في الخطبة، فأما الكلام يمكنه قطعه متى أخذ الإمام في الخطبة.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام حتى يفرغ**»[1]، وحديث سُلَيْك الغَطَفاني: **أنه دخل المسجد والنبي صلى الله عليه وسلم في خطبته فقال له: «أركعت ركعتين؟ فقال: لا، قال: اركع ركعتين**[2] **ثم أمسك عن**

---

(١) انظر: الطحطاوي ٢٨١ - ٢٨٣، الفتاوى الهندية ١/١٤٧.

(٢) أخرجه «البخاري» ٢/١٢ (٩٣٠)، وفي «جزء القراءة» (١٧٢) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن زيد. وفي ٢/١٢ (٩٣١) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٣/١٤ (١٩٧٣) قال: حدثنا أبو الربيع الزهراني، وقتيبة بن سعيد، قالا: حدثنا حماد، وهو ابن زيد. وفي (١٩٧٤) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، ويعقوب الدورقي، عن ابن علية، عن أيوب. وفي (١٩٧٥) قال: وحدثنا قتيبة بن سعيد، وإسحاق بن إبراهيم، قال =

الخطبة حتى صلَّى سُليك وقال: لا تعودن بمثل هذا»، ولو جاز لما أمسك، فإن شرع في التطوع ثم خرج الإمام سلم عن ركعتين إذا كان انتقل إلى الشفع الثاني فيتمها.

ولو شرع في الأربع قبل الجمعة ثم شرع الخطيب في الخطبة هل يقطع؟ اختلفوا فيه كما في الأربع قبل الظهر والأصح أنه يتم أربعًا.

وفي (**الفتاوى**): لو تذكر أنه لم يصل الفجر والإمام في الخطبة يقضي الفجر؛ لأنه لو سمع الخطبة وقضى الفجر بعدها لفاتته الجمعة فجاز له ترك الاستماع.

ولو خطب إمام فقدم غيره، فإن لم يشهد القادم الخطبة يصلي الظهر؛ لأن شهود الخطبة شرط الافتتاح للجمعة في حق المفتتح لها والثاني هو المفتتح لها ولم يوجد هذا الشرط في حقه فلم يجز له افتتاحها.

ولو أمر القادم رجلا ممن شهد الخطبة فجمع بهم، قيل: يجزيه لاجتماع شرائطها في حقه، وقيل: لا يجزيه؛ لأن القادم لمَّا لم يملك إقامتها بنفسه لم يصح تفويضه وأمره بها لغيره.

=

قتيبة: حدثنا، وقال إسحاق: أخبرنا سفيان. وفي (١٩٧٦) قال: وحدثني محمد بن رافع، وعبد بن حميد، قال ابن رافع: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج. و«أبو داود» (١١١٥) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد. و«الترمذي» (٥١٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حماد بن زيد. و«النسائي» ٣/١٠٣، وفي «الكبرى» (١٧١٦) قال: أخبرنا إبراهيم بن الحسن، ويوسف بن سعيد، قالا: حدثنا حجاج، عن ابن جريج. وفي ٣/١٠٧، وفي «الكبرى» (١٧٢٩) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا حماد بن زيد. و«أبو يعلى» (١٨٣٠) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٩٦٩) قال: حدثنا عمرو، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٩٨٨) قال: حدثنا عبيد الله القواريري، قال: حدثنا حماد. وفي (١٩٨٩) قال: حدثناه إسحاق، قال: حدثنا حماد بن زيد. و«ابن خزيمة» (١٨٣٣) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، وبشر بن معاذ، وأحمد بن المقدام، قالوا: حدثنا حماد، وهو ابن زيد (ح) وحدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا ابن علية، عن أيوب (ح) وحدثنا بشر بن معاذ، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم (ح) وحدثنا عبد الله بن إسحاق الجوهري، قال: أخبرنا أبو عاصم، عن ابن جريج. وفي (١٨٣٤) قال: حدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج.

خمستهم: (ابن جريج، وسفيان بن عيينة، وحماد، وأيوب، وروح) عن عمرو بن دينار، فذكره.

ولو شهد القادم الخطبة ولم يعزل الأول فأمر رجلا أن يجمع بهم جاز؛ لأنه لما شهد الخطبة فكأنه خطب بنفسه فملك إقامتها بنفسه فيملك تفويضها إلى غيره.

ولو صلى الأول الجمعة ولم يعلم بقدوم الثاني أجزأهم؛ لأنه لا ينعزل قبل العلم به، وإن علم بقدومه، قيل: لم يجزهم؛ لأنه انعزل.

وذكر في (**الفتاوى**) و(**المنتقى**): أنه يجزيهم وله أن يصلي حين خطب ولا ينعزل ما لم ينهه القادم أو وجد منه ما يستدل به على عزل الأول من جلوسه للحكم ونحوه، وكذا لو افتتح الإمام الجمعة ثم قدَّم وأتى آخر مضى على صلاته؛ لأن افتتاحه قد صح فصار كرجل أمره الإمام أن يصلي الجمعة إن حجر عليه قبل الدخول عمل حجره، وإن حجر بعد الدخول لا يعمل حجره.

وإذا أحدث الإمام فقال لواحد: اخطب ولا تصل بهم أجزأه أن يصلي بهم؛ لأنه إنما نهاه عن الصلاة لكي يحضر هو فيصلي بهم، فإذا لم يحضر هو كان هذا تفويض الصلاة إلى الثاني دلالة.

خطب ثم أحدث فقدم رجلا لم يشهد الخطبة لا تجوز جمعته لانعدام شرط افتتاح الجمعة في حقه وهو شهود الخطبة، ولو قدَّمه بعدما افتتح جازت جمعته؛ لأن الثاني باني صلاته على صلاة الأول وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح دون البناء، ألا ترى أن المقتدي يصلي الجمعة، وإن لم يشهد الخطبة؛ لأنه وجد ذلك الشرط في حق الأصل فيغني عن اعتباره في حق التبع.

ولو أفسد الثاني صلاته ثم افتتح بهم الجمعة جاز؛ لأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة الأول التحق بمن شهد الخطبة حكمًا.

ولو أمر جنبًا أن يتقدَّم فأمر ذلك الجنب رجلا جاز؛ لأنه يصلح للإمامة إذا تطهَّر فصح أمر الأول واستخلافه فيفيد للثاني ولاية الاستخلاف لغيره.

وإن كان صبيًّا أو امرأة أو مريضًا يومئ إيماء أو أخرسَ أو أُمِّيًّا فقدَّم غيره لا يجوز؛ لأنهم لا يصلحون للإمامة فلا يصح التفويض إليهم فلا يملكون ولاية الاستخلاف لغيرهم لأنها تبع لثبوت ولاية الإقامة بنفسهم.

ولو قدم من لم يشهد الخطبة فأمر هو من شهد الخطبة لم يذكره في الأصل، وذكر الحاكم[١] في مختصره أنه لا يجوز؛ لأنه لم يصح الاستخلاف في حقه فلا يصحُّ استخلافه لغيره، وذكر في النوادر أنه يجوز؛ لأن من لم يشهد الخطبة يصلح إماما فيصح التفويض إليه لكنه عجز للحال لفقد الشرط وهو سماع الخطبة فملك التفويض إلى غيره كالجنب.

ولو قدَّم الذِّمِّيَّ وهو لا يعلم فأمر الذِّمِّيُّ مسلمًا لم يجز، ولو أمر هؤلاء قبل الجمعة فأسلم الذمي وبرأ المريض والأخرس وتعلم الأمِّيُّ فجمع بهم جاز في رواية؛ لأن التفويض ليس بلازم وما ليس بلازم كان للبقاء حكم الابتداء فصار كأنه فوض إليهم للحال.

وذكر في (**المنتقى**): أنه لا يجوز على ما تقدم، ولو قدم عبدًا جاز لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أطيعوا أمراءكم، ولو ولي عليكم عبد حبشي أجدع**»[٢] ولو لم يتقدم الإمام فتقدم صاحب شرطته أو القاضي أو قدم غيره جاز؛ لأنه منصوب لمصالح المسلمين من أمر الديانة والسياسة فتكون إقامة الجمعة منه بإذن الإمام دلالة.

---

(١) هو محمد بن محمد بن أحمد، أبو الفضل، المروزي، السلمي البخلي؛ الشهير بـ(الحاكم الشهيد). قاض وزير التربية. كان عالم مرو وإمام الحنيفة في عصره. ولي قضاء بخارى، ثم ولي الوزارة لبعض الأمراء الساسانية. قتل صغيرا بسبب وشاية ودفن بمرو. من تصانيفه: (الكافي)؛ و(المنتقى) كلاهما في الفقه الحنفي. [الجواهر المضية ١١٢/٢؛ والفوائد البهية ص١٩٥؛ والأعلام للزركلي ٢٤٢/٧]. الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٤٦/١).

(٢) أخرجه «مسلم» ١٤/٦ (٤٧٨٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ١٥/٦ (٤٧٨٧) قال: وحدثناه ابن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، وعبد الرحمن بن مهدي، عن شعبة. وفي (٤٧٨٨) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، عن شعبة. وفي (٤٧٨٩) قال: وحدثنا عبد الرحمن بن بشر، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤٧٩٠) قال: وحدثني سلمة بن شبيب، قال: حدثنا الحسن بن أعين، قال: حدثنا معقل، عن زيد بن أبي أنيسة. و«ابن ماجه» (٢٨٦١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، عن شعبة. و«النسائي» ١٥٤/٧، وفي «الكبرى» (٧٧٦٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة.

ثلاثتهم: (شعبة بن الحجاج، وأبو إسحاق السبيعي، عمرو بن عبد الله، وزيد بن أبي أنيسة) عن يحيى بن الحصين، فذكره.

قيل: هذا إذا كان مأذونًا في التقديم بأن كان في منشورهما إقامة الجماعات إلا أنه أطلق الجواب في الكتاب ولم يفصل.

ولو قدم الناس رجلًا أو تقدم واحد منهم وأتموا به والإمام في المسجد جاز ذكره في نوادر الصلاة؛ لأن الإمامة تثبت مرة بتفويض الإمام ومرة باجتماع الناس عليه اعتبارًا بالإمامة الكبرى، فإن تكلم المقدَّم أو ضحك فأمَرَ غيره أن يصلي بهم لا يجوز؛ لأنه إنما يجوز البناء ضرورة إصلاح صلاتهم، فإذا خرج عن صلاة الإمام لم يبق إماما؛ لأن الإمام لم يفوض إليه استخلاف غيره وإذن الإمام شرط انعقاد الجمعة ابتداء ولم يشترط في البناء كما في الخطبة والجماعة.

وفي (**المنتقى**): عن أبي حنيفة: لو خطب وهو جنب فذهب واغتسل ثم رجع فصلى تجوز؛ لأن هذا من عمل الصلاة فلا يكون فاصلًا بينها وبين الخطبة.

ولو تغدّى أو جامع فاغتسل ثم رجع استقبل الخطبة؛ لأن هذا ليس من عمل الصلاة فصار فاصلًا بينهما.

وعن أبي يوسف رحمه الله: لو خطب ثم نزل وصلى ركعتين تطوعًا أو تذكر أن عليه الفجر فقضاها وافتتح الجمعة فأفسدها، فإنه يعيد الخطبة، وإن لم يعدها لا يجزئه والخطبة يوم الجمعة قبل الصلاة لقوله تعالى: ﴿فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩] والمراد به الخطبة، ولو كانت الصلاة قبل الخطبة لكان السعي إلى الصلاة لا إلى الخطبة ولأنه صلى الله عليه وسلم خطب قبل الصلاة.

وعن محمد: أنه لا تجوز الخطبة إلا بحضرة الرجال، ولو خطب بحضرة النساء لم يجز إن كنَّ وحدهنَّ، وهو رواية عن أبي حنيفة، أنه لو خطب وحده جاز وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لأنها أقيمت مقام الشفع فلا يجوز إقامتها إلا عند الجماعة.

وفي رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لو خطب وحده جاز لأنها من الشرائط وليست بصلاة حقيقة وإقامة سائر الشروط جائز بدون الجماعة فكذا هذا.

وعن أبي يوسف رحمه الله: لو كان هناك رجال نيامٌ أو صُمًّا جاز؛ لأنه أقام الخطبة بحضرة من تنعقد الجماعة بجماعته.

ومنها: الوقت شرط لا يجوز تقديمها على الزوال ولا يجوز بعد خروج الوقت؛

لقوله صلى الله عليه وسلم لمصعب بن عمير: «**إذا مالت الشمس فصلِّ بالناس الجمعة**».

وفي (**المنتقى**): لو نام خلف الإمام في الجمعة ولم ينتبه حتى خرج الوقت فسدت صلاته؛ لأنه لو أتم لصار قاضيًا وقضاء الجمعة في غير وقتها لا يجوز، ولو انتبه في الوقت لم تفسد صلاته؛ لأنه صار مؤديًا الجمعة في وقتها.

ولو خطب قبل الزوال لا يجوز؛ لأن الخطبة بمنزلة شطر الصلاة حكمًا لا حقيقة فباعتبار الحكم لا يجوز إقامتها قبل الوقت وباعتبار الحقيقة لا تشترط الطهارة لأجلها.

ومنها: الأداء على سبيل الاشتهار شرط حتى لو أغلق أمير باب قصره وصلى فيه بحشمه لا يجوز؛ لأنها من شعائر الإسلام وخصائص الدين فيجب إقامتها على سبيل الاشتهار، وإن فتح أبواب قصره وأذن للناس بالدخول جاز ويكره؛ لأنه لم يقض حق المسجد الجامع.

(فصل)

وصلاة الجمعة ركعتين، يقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب وأي سورة شاء، ويجهر بالقراءة فيها لورود الأثر بالجهر فيها.

وإن استتم قائمًا عن التشهد في الجمعة عاد بمنزلة القعدة الأخيرة من الظهر، ويستحب لمن حضر الجمعة أن يدَّهن ويمسَّ طيبًا إن وجده، ويلبس أحسن ثيابه، ويغتسل ويحضر الجمعة، ويجلس في الصف الأول؛ لأن الصلاة فيه أفضل، ثم تكلموا في الصف الأول، قيل: هو خلف الإمام في المقصورة، وقيل: مما يلي المقصورة، وبه أخذ الفقيه أبو الليث؛ لأنه يمنع العامة عن الدخول في المقصورة فلا يتطرق العامة إلى نيل فضيلة الصف الأول، ومن مات يوم الجمعة يرجى له فضل، وكذا لو مات بمكة لأن لبعض الأيام والبقاع فضل على البعض فيرجى لمن مات فيه أن يكون له فضل، والله أعلم.

(باب صلاة العيدين)

صلاة العيد واجبة؛ فإنه ذكر في الأصل: لا يصلى تطوُّعٌ بجماعة ما خلا قيام رمضان وصلاة الكسوف، وهذا يدل على أن صلاة العيد واجبة فإنها تقام بجماعة.

روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يجب العيد على من تجب عليه صلاة الجمعة.

وذكر في (**الجامع الصغير**): أنها سنة، وهو قول الشافعي رضي الله عنه.

والأصح أنها واجبة؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِتُكَبِّرُوا۟ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمْ﴾[البقرة: ١٨٥]؛ جاء في التفسير: المراد به صلاة العيد، وظاهر الأمر الوجوب لأنها شعيرة مقصودة بنفسها من شعائر الإسلام ومعالم الدين، فتكون واجبة إذ لو كانت سنَّة عسى لا يقام بها فلا يحصل معنى الشعار.

وشرائط صلاة العيدين كشرائط الجمعة إلا الخطبة، فإنها سنة بعد الصلاة، وتجوز الصلاة بدونها، هكذا وردت السنة المستفيضة، ولأن هذه الخطبة شرعت للعظة والتذكير والحث والتحريض على ما تجب إقامته في يوم العيد لا شرطا للجواز فيؤخر إلى ما بعد الصلاة.

وإن خطب قبل الصلاة جاز ويكره؛ لأنها خطبة وعظ وتذكير فلا تختص بوقت دون وقت ويكره لما فيه من مخالفة السُّنَّة، وعن عمر رضي الله عنه: أنه كان يخطب للعيد قبل الصلاة أحيانًا لكي لا ينفر الناس فيفوتهم ثواب الخطبة.

ويستمع لها القوم وينصتون؛ لأنها شرعت لتعليم ما يجب إقامته في هذا اليوم وإنما يحصل التعليم بالاستماع والإنصات.

ولا أذان فيها ولا إقامة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلى العيدين بغير أذان وإقامة، ووقتها من حين تبيض الشمس إلى أن تزول هكذا المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن تركها في اليوم الأول في يوم الفطر بغير عذر سقطت أصلًا.

وإن تركت لعذرٍ تُصلَّى في الغد لما رُوي أن قومًا شهدوا برؤية الهلال في آخر يوم من رمضان فأمروا بالخروج إلى المصلى من الغد، وإن ترك في الغد بعذر أو بغير عذر لم تُصلَّ بعده؛ لأن القياس أنها إذا فاتت عن وقتها لا تقضى وإنما تركنا القياس في اليوم الثاني بالأثر ففيما وراءه بقي على أصل القياس.

وفي عيد الأضحى إن تركها في يوم النحر بعذر أو بغير عذر تؤدَّى في اليوم الثاني، وإن ترك في اليوم الثاني تؤدَّى في اليوم الثالث ولا تُصلَّى بعد ذلك بعذر ترك أو بغير عذر؛ لأنه يجوز الأضحية في اليوم الثاني والثالث فصارت هذه الأيام أيام النحر وصلاة العيد تؤدى في أيام النحر فجازت في هذه الأيام استدلالًا لجواز الأضحية ومن فاتته صلاة العيد مع الإمام لا يقضيها.

وقال الشافعي رحمه الله: يقضيها وحده بناء على أن صلاة العيد لم تشرع إلا بجماعة وسلطان، وليس في وسع المنفرد تحصيلهما وعنده تجوز بدونهما فأمكنه القضاء وحده.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا أفسدها بعد الشروع تُقْضَى؛ لأن الشروع في الإيجاب كالنذر.

(فصل)

يصلي الإمام ركعتين فيكبر تكبيرة الافتتاح، ثم يستفتح، ثم يكبر ثلاثًا، ثم يقرأ جهرًا، ثم يكبر تكبيرة الركوع، فإذا قام إلى الثانية قرأ ثم كبَّر ثلاثًا، وركع بالرابعة فتكون التكبيرات الزوائد ستًّا: ثلاثًا في الأولى، وثلاثًا في الثانية، وثلاثًا أصليات: تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع، فيكبر في الركعتين تسع تكبيرات، ويوالي بين القراءتين وهو مذهب ابن مسعود رضي الله عنه وبه أخذ أصحابنا.

ورُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: يكبر فيهما ثلاث عشر تكبيرة، سبعًا في الأولى، وستًّا في الثانية مع تكبيرة الافتتاح، وتكبيرتي الركوع، فالزيادة في كل ركعة خمس، ويقدم التكبير فيها على القراءة.

ورُوي عنه: اثنتا عشرة تكبيرة، وبه أخذ الشافعي رحمه الله، إلا أنه حمل على ذلك

الزوائد فتصير التكبيرات عنده في رواية خمس عشرة وفي رواية: ست عشرة.

وعن علي رضي الله عنه: يكبر في الفطر إحدى عشرة تكبيرة ستًّا في الأولى وخمسًا في الثانية مع تكبيرة الافتتاح وتكبيرتي الركوع، فالزيادة أربع أربع، وفي الأضحى يكبر خمس تكبيرات ثلاثًا في الأولى وثنتين في الأخرى فالزيادة تكبيرة تكبيرة، ويقدِّم القراءة فيهما على التكبيرات وإنما قضي التفاوت بين العيدين تخفيفًا في الأضحى لاشتغال الناس بالقرابين.

وقد تعارف أهل بلادنا العمل بمذهب ابن عباس رضي الله عنهما موافقة لبني العباس لأنهم كتبوا ذلك في مناشيرهم، وإلا فمذهب ابن مسعود أولى؛ لما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم كبر في صلاة العيد أربعًا أربعًا ثم قال: لا تسهوا أربع كأربع الجنائز؛ وأشار بإصبعه وحبس إبهامه**»، ففيه عمل وقول وإشارة واستدلال وتأكيد، وإنما قلنا بالموالاة بين القرابتين لتكون التكبيرات مجتمعة لأنها من أعلام الشريعة، ولذلك وجب الجهر بها والجمع يحقق هذا المقصود إلا أن في الركعة الأولى تخللت الزوائد بين تكبيرة الافتتاح وتكبيرة الركوع لا غير فوجب الضم إلى إحديهما فصار الضم إلى تكبيرة الافتتاح أولى لأنها سابقة وفي الركعة الثانية الأصل فيها تكبيرة الركوع لا غير فوجب الضم إليها ضرورة.

وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يسكت بين كلِّ تكبيرتين مقدار ثلاث تسبيحات لكي لا يختلط ويشتبه على من كان نائيًا عن الإمام ويرفع يديه في تكبيرات العيد.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا ترفع يديه في شيء منها لما فيه من ترك السكينة والوقار فإنه يخلُّ بمعنى التعظيم.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: «**لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن**»[1] وذكر منها تكبيرات العيدين، ولأن الإعلام لا يتم إلا بالجهر ورفع اليدين؛ لأنه ربما يكون

---

(١) أخرجه البخاري تعليقا، في «رفع اليدين» (١٤٣) قال: وقال وكيع. و«ابن خزيمة» (٢٧٠٣) قال: حدثناه عبد الله بن سعيد الأشج، قال: حدثنا المحاربي.

كلاهما: (وكيع بن الجراح، وعبد الرحمن بن محمد المحاربي) عن ابن أبي ليلى، عن نافع، عن ابن عمر (ح) وعن ابن أبي ليلى، عن الحكم، عن مقسم، عن ابن عباس، فذكراه.

خلفه أصم لا يعلم بالتكبير إلا برفع الأيدي بخلاف تكبيرة الركوع؛ لأن الإعلام يتم بالجهر والانتقال[1].

ولو كبر الإمام أكثر من تسع تكبيرات اتبعه ما لم يكبِّر قدر ما لم تجئ به الآثار؛ لأنه مولى عليه فليزمه العمل برأي الإمام كالمقضي عليه مع القاضي وذلك إلى ستة عشر، فإذا زاد لم يلزمه متابعته؛ لأنه مخطٍ فيه بيقين، ولا متابعة في الخطأ، ألا ترى أن المقتدي لا يتابع إمامه في رفع اليدين عند الركوع والجهر بالتأمين وفي القنوت في الفجر؛ لأنه منسوخ ويتابعه في القنوت بعد الركوع في الوتر؛ لأنه مجتهد فيه.

ولو سمع التكبيرات من المكبرين، فإنه يأتي بالكل احتياطًا، وإن كثر لاحتمال الغلط من المنادي فلو ترك البعض ربما يترك ما أتى به الإمام، ولهذا قيل: ينوي بكل تكبيرة الافتتاح لاحتمال التقدم على الإمام في كل تكبيرة.

ومن سبق بركعة فقام يقضي يقرأ ثم يكبر؛ لأنه لو بدأ بالتكبير يصير مواليا بين التكبيرات ولم يقل به أحد من الصحابة.

ولو بدأ بالقراءة لكان فعله موافقا لقول علي فكان هذا أولى.

في (**النوادر**): يكبر ثم يقرأ.

قيل: ما ذُكِرَ في (النوادر) قولهما، وما ذُكِرَ في عامة الروايات قول محمد، بناء على أن ما يقضي المسبوق أول صلاته في حق الأذكار عندهما وفي أول الصلاة يبدأ بالتكبير، وعند محمد رحمه الله آخر صلاته فيقدم القراءة، وقيل فيها روايتان.

ويستخلف من يصلي بأصحاب العلل في المصر، وإن لم يفعل جاز لما رُوي أن عليًّا رضي الله عنه استخلف بالكوفة من يصلي بالضعفة، وخرج هو إلى المصلى مع الأقوياء وللمولى أن يمنع عبده من حضور الجمع والجماعات والأعياد؛ لأن فيه تعطيل حق المولى في خدمته بخلاف المكتوبات لأنها صارت مستثناة عن حق المولى؛ لأنه بقي على أصل الحرية فيها.

ولو حضر مع مولاه ليحفظ دابته فالأصح أنه يصلي بالجماعة بغير إذنه إذا كان لا يخل بحق مولاه في إمساك دابته.

---

(١) انظر: ابن عابدين ٦١١/١، ومغني المحتاج ٣٤١/١، وكشاف القناع ١١٢/٢، والطحطاوي على المراقي ٢٤٢، وشرح مسلم ٣٠٩/١، والشرح الصغير ٥٥٦/١.

(فصل)

ومن أصبح يوم العيد يستحب له أن يغتسل ويستاك ويذوق شيئًا، ويلبس أحسن ثيابه جديدًا كان أو غسيلًا، ويتطيب لكي لا يؤذي جليسه برائحة خبيثة، ويخرج صدقة فطره إن كان غنيًّا قبل الخروج إلى المصلَّى.

وفي عيد الأضحى: إن كان في الرساتيق[1] يذبح حين يصبح ويذوق منه، وفي المصر لا يذبح حتى يفرغ من الصلاة، ولا يذوق شيئًا في أول اليوم حتى يكون تناوله من القرابين؛ لأنَّه يوم ضيافة بلحوم القرابين ويكبر في حال ذهابه إلى المصلى جهرًا، فإذا انتهى إليه يترك وفي رواية: لا يقطعها ما لم يفتتح الإمام الصلاة؛ لأنه وقت التكبير، فإنه لو يكبر عقيب الصلوات جهرًا فيبين الإجهار بالتكبير إظهارًا للشعار.

وفي عيد الفطر: لا يكبر جهرًا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكبر جهرًا لقوله تعالى: ﴿وَلِتُكْمِلُوا۟ ٱلْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا۟ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٥] الآية، ولا تكبير بعد إكمال العدة إلا هذا التكبير، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأصل في الأذكار هو الاحتفال لا فيما ورد به الأثر، والأثر ورد في عيد الأضحى، فإنه عليه السلام كان يكبر في الطريق في عيد الأضحى ولم يكبر في عيد الفطر.

ويستحب مخالفة الطريق في صلاة العيد بأن يرجع في طريق غير الذي أتى المصلَّى فيه، ويستحب تعجيل صلاة الأضحى ليمكن الناس التعجيل بالتضحية.

(**الجامع**): أصله: أن المنفرد يتبع رأي نفسه في التكبيرات والمقتدي يتبع رأي إمامه تحقيقا للمتابعة ونفيا للمخالفة حتى يظهر خطأه بيقين فلا يتابعه فيه.

ومن أدرك الإمام راكعًا في صلاة العيد فخشي أن يرفع رأسه يركع ويكبر في ركوعه، وعند أبي يوسف لا يكبر؛ لأن التكبيرات شرعت في محض القيام فلا يصح أداؤها في الركوع كالقراءة والسكوت.

لهما: أن للركوع حكم القيام في حق المسبوق حتى صار بإدراكه مدركًا للركعة، والركعة اسم يشتمل على القيام والركوع والسجود لا يتم الركعة بدون القيام، فلما

---

(١) هي المواضع التي فيها زرع وقرى أو بيوت مجتمعة.

جعله الشرع مدركا للركعة بإدراك الركوع علم أنه أعطى الركوع حكم القيام فكان محلًّا للتكبير في حقه فيأتي بها احتياطًا، ولهذا قيل: لو أدرك الإمام قائمًا ولم يكبر حتى ركع الإمام لا يكبر في الركوع؛ لأنه ليس لهذا الركوع حكم القيام، وقيل: يكبر في الركوع؛ لأن ما هو من جنس تكبيرات العيد وهو تكبيرة الركوع مشروعة في الركوع فيأتي بالكل احتياطا وهذا غير صحيح؛ لأن تكبيرة الركوع شرعت في حالة الانحطاط والطرف الأول منها يلاقي القيام فكان التكبير واقعا في حالة القيام من وجه فجاز ولم يشرع حال استقرار الانحطاط فلو أتى المسبوق هنا بالتكبيرات في الركوع ولم يعط لركوعه حكم القيام كانت واقعة في غير حالة القيام حقيقة وحكما فلا يجوز.

ولو ركع الإمام قبل أن يكبر، فإنه لا يكبر في الركوع؛ لأنه ليس لركوعه حكم القيام؛ لأنه سبقه حقيقة القيام ولا يعود إلى القيام فيكبر في ظاهر الرواية لما فيه من رفض الركن وهو الركوع لما هو واجب، وفي رواية النوادر: يعود ويكبر وقد انتقض ركوعه. هكذا ذكره الكرخي وهو على قياس ما لو تذكر في الركوع أنه لم يقنت لا يعود في أظهر الروايتين، وفي الأخرى يعود، فإن رفع الإمام رأسه يتابعه ويسقط عنه ما بقي؛ لأن المتابعة واجبة وهي في محلها من كل وجه، والتكبير في غير محله من وجه، بخلاف ما لو قام الإمام إلى الثالثة والمؤتم لم يتم التشهد يتمه ولا يتابعه؛ لأن التشهد واجب وهو في محله من كل وجه، فتجب مراعاة الترتيب فيه. ومن فاته أول الصلاة مع الإمام يكبر في الحال؛ لأنه لا يمكنه التأخير إلى آخر الصلاة؛ لأنه ليس محل التكبير ويكبر بتكبير نفسه؛ لأنه مسبوق فكان بمنزلة المنفرد فيعمل برأي نفسه، والمسبوق إنما لا يشتغل بقضاء ما سبق به أوَّلًا فيما يمكنه القضاء آخرا تحريًّا للموافقة مع الإمام وهنا لا يمكنه القضاء آخرا؛ لأنه لو أخر يفوته التكبيرات أصلًا فيقضي للحال، وإن كان يختل استماع القراءة؛ لأنه لا يفوته الاستماع أصلًا بل يختل، ولو لم يكبِّر للحال تفوته التكبيرات أصلًا فكان الجمع بينهما أولى، ويكبِّر في الثانية ما يكبر الإمام؛ لأنه مقتدٍ به، وإن كان الإمام يرى تكبير ابن مسعود رضي الله عنه فبدأ بالقراءة سهوا ثم تذكَّر، فإن فرغ من قراءة

الفاتحة والسورة يكبِّر ويمضي في صلاته؛ لأن محل التكبير قائم من كل وجه والتكبير واجب فلا ينتقض فرض القراءة لأجله.

وإن تذكر ولم يقرأ إلا الفاتحة كبَّر وأعاد القراءة؛ لأن القراءة إذا لم تتم كان التكبير امتناعًا عن الإتمام لا أنه رَفْضٌ للقراءة، ولما حصل الامتناع عن القراءة يلزمه إعادتها تتميمًا لها ورفعًا للنقصان المتمكن فيها، وهذا كما لو تذكر سجدة تلاوة في الركوع فخرّ ساجدًا يعيد الركوع؛ لأنه تمكن نقص فيه فكذا هذا، ومتى أعاد الفاتحة ترتفض الأولى بالثانية ضرورة؛ لأن الثانية أكمل من الأولى فلا يؤدي إلى تكرارها في ركعة واحدة معنى كما في سجدة التلاوة، وإذا تحول رأي الإمام بعدما صلى ركعة كبّر بالقول الثاني؛ لأن كل مجتهد مأمور بالعمل باجتهاده، فإن تحول إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما بعدما كبّر بقول ابن مسعود رضي الله عنه وقرأ. إن لم يفرغ من القراءة يكبر ما بقي من تكبيرات ابن عباس ويعيد القراءة. وإن فرغ من القراءة كبر ما بقي ولا يعيد القراءة؛ لأنه ليس في العمل بالاجتهاد الثاني نقض ما أمضاه بالاجتهاد الأول بل إكمال له معنى؛ لأن ما أتى من التكبيرات معتدٌّ بها فيلزمه العمل بالرأي الثاني فيما بقي من التكبيرات وهذا كمن اشتبهت عليه القبلة فصلى ركعة إلى جهة بالتحري ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى، فإنه يتحول إلى تلك الجهة ولا ينقض ما أمضاه فكذا هذا، وما أتى به من التكبيرات بعد القراءة وقع قضاء لفواتها عن وقتها وهو ما قبل القراءة، والقضاء يلتحق بمحله فلا يصير مواليا بين التكبيرات حكما كما لو ترك الكل في الابتداء وقضاها بعد القراءة، والله أعلم.

(باب التكبير في أيام التشريق)

والتكبير: الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد.

بذلك جاءت السنة وتواترت الأمة وهو واجب لقوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ فِيٓ أَيَّامٖ مَّعۡدُودَٰتٖۚ ﴾ [البقرة: ٢٠٣] قال أهل التفسير: المراد هذه الأيام أمر بالتكبير وظاهره للوجوب. ويكبر في أيام التشريق من صلاة الغداة يوم عرفة إلى العصر من يوم النحر ثمانِ صلوات عند أبي حنيفة وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه.

وعندهما: إلى العصر من آخر أيام التشريق ثلاثة وعشرون صلاة وهو مذهب علي رضي الله عنه وإحدى الروايتين عن عمر رضي الله عنه، وفي رواية عنه: يقطع بعد صلاة الظهر من آخر أيَّام التشريق. وقال شُبَّان الصحابة كابن عباس وابن عمرو وزيد بن ثابت أنه يبدأ من صلاة الظهر من يوم النحر.

واختلفوا في القطع؛ قال ابن عباس رضي الله عنهما: يقطع بعد الظهر من آخر أيام التشريق، وبقوله أخذ الشافعي رضي الله عنه ابتداء وانتهاء.

وقال ابن عمر رضي الله عنهما: يقطع بعد الفجر من ذلك اليوم.

لهما: ما رُوي عن جابر قال: صلَّى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح من يوم عرفة ثم أقبل إلينا بوجهه كأنه فلقة فضة فقال: «**السلام عليكم ورحمة الله، ثم قال: الله أكبر الله أكبر... إلى آخره**».

ولأن التكبيرات إنما شرعت لإظهار فضيلة وقت الحج وإبانة خطره، وإعظام قدره ومعظم أركان الحج الوقوف بعرفة فينبغي أن يكون التكبير مشروعًا في وقته، وأما الكلام في القطع لهما أن الأخذ بالأكثر عند وقوع الاختلاف أحوط وأوثق؛ لأن الإتيان بما ليس عليه أولى من ترك ما عليه.

ولأبي حنيفة: أن الجهر بالذكر بدعة في الأصل والسبيل في الأدعية الإخفاء لقوله تعالى: ﴿ٱدۡعُواْ رَبَّكُمۡ تَضَرُّعٗا وَخُفۡيَةً﴾ [الأعراف: ٥٥] فكان الأخذ فيه بالأقل أحوط؛ لأن ترك البدعة أهم من الإتيان بالسنة، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يكبر إلا في أدبار الصلوات المكتوبات في الجماعات وذلك على أهل الأمصار المقيمين الأحرار وقالا: على كلِّ من يصلِّي المكتوبة.

وقال الشافعي: على كلِّ من يصلِّي فرضًا أو نفلًا.

لهما: أنه تبع للمكتوبة شُرِعَ إعلامًا على الصلوات فيجب على كل من يصلي.

لأبي حنيفة: قوله عليه السلام: «**لا جمعة ولا تشريق**[1] **ولا ضحى ولا فطر إلا في مصر جامع**»، والمراد بالتشريق التكبير، قال الخليل والنضر بن شميل: التشريق في اللغة هو التكبير.

---

(١) أخرجه البيهقي (١٧٩/٣، رقم ٥٤٠٥)، وعبد الرزاق (١٦٨/٣، رقم ٥١٧٧).

ولأن الجهر بالتكبير من شعائر الإسلام وأعلامه فيختص بالأمصار وجماعات الرجال كصلاة العيد وذلك لأن الأصل في التكبير هو الإخفاء دون الإجهار وإنما تركنا هذا الأصل في حالة مخصوصة ففيما عداها تمسكنا بالأصل، ثم قيل: لا يشترط الحرية لوجوب التكبير عليه عنده؛ لأن الحُرَّ والعبد سيان في حق الجماعة والجهر بالتكبير مختص بالصلاة بجماعة. وقيل: يشترط لأنَّا لمّا شرطنا الذكورة والإقامة والمصر فيشترط لها الحرية كصلاة العيد والجمعة. ومن دخل مع الإمام من النساء والمسافرين والعبيد لزمه التكبير؛ لأنه تكبير مختص بالصلاة تبعٌ لها قبله فيلزمه متابعة الإمام فيه تحقيقا للموافقة ولا تكبير في الوتر ولا يؤدي بالجماعة عنده، وعندهما: سنة.

ولا يعيد صلاة العيد لأنها ليست بمكتوبة والتكبير بصوت جهر عقيب المكتوبات عرفناه شرعا لا قياسا فلا يصح إلحاق غيرها بها.

ويكبِّر عقيب الجمعة لأنها مكتوبة محتومة، وعلى القوم أن يكبروا إذا نسي الإمام؛ لأنه لا يؤدَّى في حرمة الصلاة فيمكن للقوم الإتيان به بخلاف ما إذا نسي الإمام سجود السهو لم يسجد القوم؛ لأنه يؤدى في حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به، فلا يأتون به دونه، وإن كان محرمًا وقد سها يسجد للسهو ثم كبر ثم لبى؛ لأن السجدة تؤدى في حرمة الصلاة فيبدأ بها والتكبير يؤدى عقيبها موصولًا بها والتلبية شرعت في سائر الأوقات فكان وصل التكبير بالصلاة أولى.

والمسبوق لا يتابع إمامه في تكبير التشريق والتلبية، وإن لبَّى تفسد صلاته وإن كبَّر لا تفسد؛ لأن التكبير ثناء بصيغته وجنسه مشروع في الصلاة، والتلبية جواب لخطاب سبق وهو دعوة إبراهيم صلوات الله عليه فكان يشبه كلام الناس.

نَسِيَ الإمام التكبير فذكر قبل خروجه من المسجد كبَّر، وإن ذكر بعد خروجه من المسجد لا يكبِّر، وأصله: أن التكبير شرع موصولا بالتحريمة فما يقطع التحريمة يسقط التكبير وما لا فلا، والانصراف قبل الخروج من المسجد لا يقطع التحريمة حتى لا يمنع البناء فلا يسقط التكبير والخروج من المسجد يقطعها فيسقط.

ولو تكلم عامدًا أو ساهيًا أو أحدث عامدًا لا يكبِّر وإن أحدث غير عامد كبَّر،

وإن لم يتطهر؛ لأنه يقطع التحريمة والتكبير يؤدى في غير حرمة الصلاة فلا تشترط الطهارة لإتيانه.

(**الجامع**): ومن نسي صلاة من أيام التشريق فقضاها في أيام التشريق من تلك السنة كبر؛ لأن التكبير مختص بهذه الأيام والقضاء على حسب الأداء ونهجه وقد فاته مع التكبير فيقضي كذلك.

وإن قضاها بعدها لم يكبِّر خلافًا للشافعي رحمه الله، وكذلك لو قضاها في أيام التشريق من العام القابل لم يكبِّر؛ لأن التكبير جهرًا عرف قربة شرعًا في أيام ورد النص بالأداء فيها وفي غيرها مكروه وبدعة نصًّا فسقط عنه بانقضاء هذه الأيام كرمي الجمار والوقوف بمزدلفة والأضحية وهذه الأيام من العام القابل ما عرف محلًّا للتكبير إلا في حق ما شرع فيها أداءً فلا تكون محلا للتكبير بصوت جهير قضاء كالجمعة والأضحية.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يكبر؛ لأنه يمكنه القضاء مع التكبير وقد فاتته مع التكبير، ولو فاتته في غير هذه الأيام فتذكر في هذه الأيام يقضي ولا يكبر؛ لأنه فاتته بلا تكبير. والله أعلم بذلك.

(باب صلاة الخوف)

صلاة الخوف جائزة بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال الحسن وهو رواية عن أبي يوسف: أنها لم تبق مشروعة لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَوٰةَ﴾ [النساء: ١٠٢]؛ فقد شرط كونه فيهم لإقامة صلاة الخوف، ولأن الأصل في الصلاة أن تصان عن المشي والانحراف، وإنما تحمل المنافي في زمنه عليه السلام لإحراز فضيلة الصلاة خلفه وقد انعدم هذا المعنى بعده.

لنا: أن الصحابة رضوان الله عليهم فعلوها بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصار ذلك إجماعًا على إقامتها ويجعل الإمام الناس طائفتين طائفة بإزاء العدو وطائفة تصلِّي معه ركعة وينصرف إلى وجه العدو وتأتي الثانية فيصلُّون معه ركعة

ثم يسلِّم الإمام وترجع هذه الطائفة إلى وجه العدو وتأتي الأولى فتقضي الفائتة بلا قراءة لأنها لاحقة ثم يسلم وينصرف وتأتي الثانية فتقضي ركعة بقراءة لأنها مسبوقة.

وعن أبي يوسف: إذا كان العدو في جانب القبلة يجعل الناس صفَّين فيصلِّي بهم فيقوم في الصلاة ويقومون معه ويركع ويركعون معه، فإذا سجد السجدة الأولى سجد معه الصف الأول ويحرس الثاني العدو ثم يتأخر هذا الصف ويتقدم الصف الثاني فيسجد بهم السجدة الثانية ويحرس الأول العدو ثم يصلي الركعة الثانية على هذا الوجه وهذا جائز عندنا لكن الأفضل ما ذكره محمد؛ لأن الآية شاهدة لذلك وهو قوله تعالى: ﴿وَلْتَأْتِ طَآئِفَةٌ أُخْرَىٰ لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ﴾ [النساء: ١٠٢] الآية، ولأنه أبلغ في الحراسة، لأنهم في حال الركوع لا يأمنون الكرَّ من العدو فكان التفريق أبلغ في الحراسة فكان أولى.

ولو كانت الطائفة الثانية حين سلَّم الإمام قضوا ركعتهم في مكانهم ثم انصرفوا جاز والأفضل ما ذكرناه ندبًا، وإن كان الإمام مقيما صلى بكل طائفة ركعتين وفي المغرب يصلي بالأولى ركعتين؛ لأنه لا تقبل التنصيف ولهم حق السبق فكانوا هم أولى بإكمال الركعتين.

وقال مالك والشافعي رحمهما الله: يصلِّي الإمام بطائفة ركعة ثم يتمُّون هذه الطائفة صلاتهم ويسلِّمون وينصرفون إلى وجه العدو، ثم تأتي الطائفة الأخرى فيصلي بهم الركعة الثانية ثم يسلِّم ويقومون فيتمُّون صلاتهم، إلا أنه قال الشافعي: لا يسلِّم الإمام ولكن ينتظر حتى تقضي الطائفة الثانية الركعة الأولى ثم يسلِّم ويسلِّمون معه، والكلُّ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلًا لكن ما قالوه مخالف للأصل؛ لأنه يؤدي إلى فراغ المؤتمِّ من الصلاة قبل فراغ الإمام، وهذا مخالف لوضع الاقتداء.

ولو كان العدو في القبلة وقدر أن يصلي بهم جملة فصلَّى بالطائفتين جاز لوجود المبيح وهو الخوف، فإن ركبت طائفة أو قاتلت فسدت صلاتهم خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله؛ لما رُوي: «**أن النبي صلَّى الله عليه وسلم ترك أربع صلوات يوم الخندق**». ولو كان القتال غير مفسد لها لما تركها؛ ولأن بالقتال عمل

كثير ولا يتحقق فيه الحاجة لا محالة فيكون مفسدا للصلاة كتخليص الغريق وإتباع السارق لاسترداد المال والأمر باتخاذ الأسلحة لقوله تعالى: ﴿وَلْيَأْخُذُوا۟ حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ﴾ [النساء: ١٠٢] الآية إنما كان لكي لا يطمع فيهم العدو إذا رأوهم مستعدِّين متهيِّئين للقتال.

ولو أخذ سلاحًا لا يفسد بالنص ولا يصلُّون جماعة ركبانا لاختلاف مكان الإمام والمأموم، وعن محمد: أنه يجوز، وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لينالوا فضيلة الجماعة فقد جوزنا لهم ما هو أعظم من ذلك وهو الذهاب والمجيء لإحراز فضيلة الجماعة، وإنا نقول إنما أثبتنا الرخصة في الذهاب والمجيء بالنص ولا مدخل للرأي في إثبات الرخصة فيقتصر على مورد النص.

والراكب إن كان طالبًا لا تجوز صلاته على الدابة لعدم ضرورة الخوف في حقه، وإن كان مطلوبًا فلا بأس بأن يصلي وهو سائر؛ لأن السير فعل الدابة حقيقة وإنما أضيفت إليه معنًى لتسييره، فإذا جاء العذر انقطعت الإضافة إليه بخلاف ما إذا صلَّى وهو يمشي حيث لا يجوز؛ لأن المشي فعله حقيقة وهو منافٍ للصلاة.

ولو صلوا للخوف ولم يعاينوا العدو أو رأوا سوادًا فظنوه عدوا، فإذا هو إبل جازت للإمام خاصة؛ لأنه لم يتحقق العذر؛ لأن الخوف من العدو لا يتحقق بدون العدو وإنما جازت للإمام؛ لأنه لم يوجد منه الذهاب والمجيء.

(**الزيادات**): أصله: أن من انصرف في غير أوان الانصراف تفسد صلاته وفي أوانه لا تفسد؛ لأن الانصراف انحراف عن القبلة والانحراف مفسد إلا عند الضرورة والضرورة في أوانه لا في غير أوانه، ومن أقبل في غير أوان الإقبال لا تفسد؛ لأنه توجه لإصلاح صلاته وإتمامها، ومن لبث في أوان الانصراف لا تفسد؛ لأنه ترك المشي في الصلاة، وإنه لا يفسدها بل يلائمها وهو مشي؛ لأنه ترك سنة تعلقت بها مصلحة. ومن دخل في قسم غيره صار حكمه حكم ذلك الغير إلا إذا دخل بعدما فرغ من قسم نفسه.

ولو صلى بالطائفة الأولى ركعة من المغرب وانصرفت وبالثانية ركعتين وانصرفت فسدت صلاتهما؛ لأن الانصراف الأَوْلى بعد الركعتين، فإذا انصرفوا

بعد ركعة كان انصرافهم في غير أوانه، والثانية لما دخلوا في الركعة الثانية صاروا من الطائفة الأولى فينبغي أن ينصرفوا بعدما صلوا ركعة فلما لبثوا وصلوا الثالثة وانصرفوا فقد انصرفوا في غير أوانه فتفسد. وإن جعلهم ثلاث طوائف وصلى بكل طائفة ركعة فصلاة الأولى وحدها فاسدة لانصرافهم في غير أوانه، والطائفة الثانية من الأولى حكمًا لما دخلوا في قسمهم وقد انصرفوا في أوانه فلا تفسد والثالثة هي الطائفة الثانية حقيقة وقد انصرفوا في أوانه؛ لأن أوان انصرافهم بعد سلام الإمام.

ولو كان الإمام والقوم مقيمين فصلى بهم الظهر بالأولى ركعة وبالثانية ركعة، ثم بالأولى ركعة ثم بالثانية ركعة وانصرفوا فصلاتهم فاسدة، أما الأولى لما دخلوا في قسمهم فيكون أوان انصرافهم بعد الركعتين، فإذا انصرفوا بعد السلام فقد انصرفوا في غير أوانه بل هذا أوان إقبالهم على الأداء فتفسد. ولو لم تنصرف الثانية بعدما صلى الإمام صلاته وأتموا صلاتهم لا تبطل، ولو جعل الإمام القوم أربعًا وصلى بكل طائفة ركعة فصلاة الأولى والثالثة فاسدة لانصرافهم في غير أوانه وصلاة الثانية والرابعة صحيحة؛ لأن الثانية من الأولى وقد انصرفوا في أوانه والرابعة من الثانية وقد انصرفوا في أوانه؛ فتقضي الثانية ثلاث ركعات ركعتين بغير قراءة ويتشهَّدون لأنهم لاحقون فيها فيبدأ بهما ثم يقضون ركعة بقراءة ويتشهَّدون ويسلِّمون لأنهم مسبوقون فيها، والطائفة الرابعة يقضون ثلاث ركعات يقرأ فيهن إن شاءت، وإن شاءت لم تقرأ في الثانية كالحكم في المسبوق بثلاث ركعات، فإن صلى الظهر بالطائفة الأولى ركعتين فانصرفوا إلا رجلًا بقي حتى صلى الثالثة ثم انصرف فصلاته تامة؛ لأنه وإن دخل في قسم الثانية لكن لم تصر منها؛ لأنه فرغ عن قسمه فبقي من الطائفة الأولى وما بعد شطر الصلاة إلى أن يفرغ الإمام أوان انصراف الطائفة الأولى.

ويجوز صلاة العيد في الخوف ويصلي بكل طائفة ركعة لأنها دون المكتوبات فلما جاز هذا في المكتوبات ففي ما دونها أولى.

ولو افتتح الصلاة ثم حضر العدو جاز أن يصلي صلاة الخوف؛ لأن العدو الطارئ كالعذر المقارن للابتداء كما لو عجز عن القيام جاز أن يتم قاعدًا، والله أعلم.

(باب صلاة الكسوف)

يصلَّى في كسوف الشمس ركعتان بجماعة مع الإمام الذي يصلي الجمعة.

وقال الشافعي رحمه الله: يصلِّي ركعتين كل ركعة بركوعين.

لنا: ما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى في كسوف الشمس ركعتين كهيئة صلاتنا بجماعة**[1]».

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/٤٢ (١٠٤٠) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: حدثنا خالد، عن يونس. وفي ٢/٤٤ (١٠٤٨) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن يونس. قال البخاري عقبه: لم يذكر عبد الوارث، وشعبة، وخالد بن عبد الله، وحماد بن سلمة، عن يونس: «يخوف بها عباده»، وتابعه موسى، عن مبارك، عن الحسن، قال: أخبرني أبو بكرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم؛ إن الله تعالى يخوف بهما عباده، وتابعه أشعث، عن الحسن. وفي ٢/٤٩ (١٠٦٢) قال: حدثنا محمود، قال: حدثنا سعيد بن عامر، عن شعبة، عن يونس. وفي (١٠٦٣) قال: حدثنا أبو معمر، قال: حدثنا عبد الوارث، قال: حدثنا يونس. وفي ٧/١٨٢ (٥٧٨٥) قال: حدثني محمد، قال: أخبرنا عبد الأعلى، عن يونس. و«النسائي» ٣/١٢٤، وفي «الكبرى» (١٨٥٣ و١١٤٠٧) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا حماد، عن يونس. وفي ٣/١٢٦، وفي «الكبرى» (١٨٥٩) قال: أخبرنا محمد بن كامل المروزي، عن هشيم، عن يونس. وفي ٣/١٢٧، وفي «الكبرى» (١٨٦٠) قال: أخبرنا عمرو بن علي، ومحمد بن عبد الأعلى، قالا: حدثنا خالد، قال: حدثنا أشعث. وفي ٣/١٤٦، وفي «الكبرى» (١٨٨٩) قال: أخبرنا عمران بن موسى، قال: حدثنا عبد الوارث، قال: حدثنا يونس. وفي ٣/١٤٦، وفي «الكبرى» (١٨٩٠) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد، عن أشعث. وفي ٣/١٥٢، وفي «الكبرى» (٥٠٥ و١٩٠٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن زريع، قال: حدثنا يونس. وفي «الكبرى» (١٨٥٥) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا أشعث. و«ابن خزيمة» (١٣٧٤) قال: حدثنا أحمد بن المقدام العجلي، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا يونس. و«ابن حبان» (٢٨٣٣) قال: أخبرنا بكر بن أحمد بن سعيد العابد، قال: حدثنا نصر بن علي بن نصر، قال: أخبرنا نوح بن قيس، قال: حدثنا يونس بن عبيد. وفي (٢٨٣٤) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا هدبة بن خالد القيسي، قال: حدثنا مبارك بن فضالة. وفي (٢٨٣٥) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن يونس بن عبيد. وفي (٢٨٣٧) قال: أخبرنا =

ولا بأس بأن يصلوا فرادى ولكن الجماعة أفضل، ولا يجهر بالقراءة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجهر؛ لما روت عائشة رضي الله عنها: أن النبي صلى الله عليه وسلم جهر فيها بالقراءة، ولأن هذه صلاة تقام على سبيل الجمع والتشهير والجهر أقرب إلى التشهير فأشبه صلاة الجمعة والعيدين.

له: ما روى ابن عباس رضي الله عنهما: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف فلم أسمع منه حرفًا**».

وتأويل حديث عائشة أنه جهر اتفاقًا أو تعليمًا للناس أن القراءة فيها مشروعة ثم إنها سنة؛ وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال في كسوف الشمس: إن شاؤوا صلوا ركعتين وإن شاؤوا أربعًا، والتخيير يدل على أنها سنة.

وقال بعض مشايخنا: إنها واجبة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا رأيتم شيئًا من هذه الأفزاع فافزعوا إلى الصلاة**»[1].

وظاهر الأمر للوجوب ثم يكون الدعاء بعد الصلاة؛ لأنه أقرب إلى الإجابة ولا يصعد الإمام المنبر للدعاء ولا خطبة فيه ولا خروج؛ لأنه لم يرد به الأثر.

ويصلي في خسوف القمر لما رُوي أنه انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم توفي إبراهيم، فقال الناس: انكسفت الشمس لموت إبراهيم، فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في خطبته: «**إِنَّ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ آيَتَان مِنْ آيَاتِ اللهِ تعالى لَا يَنْكَسِفَانِ لِمَوْتِ أَحَدٍ وَلَا لِحَيَاتِهِ، فإذا رأيتم ذلك فَافْزَعُوا إِلَى الصَّلَاةِ**؛[2] **ثم نزل فصلى ركعتين**».

=

إسحاق بن إبراهيم التاجر المروزي، بمرو، قال: حدثنا عبد الكريم بن عبد الله السكري، قال: أخبرنا النضر بن شميل، قال: أخبرنا أشعث.

ثلاثتهم: (يونس بن عبيد، والمبارك بن فضالة، وأشعث بن عبد الملك الحمراني) عن الحسن البصري، فذكره.

(١) أخرجه البخاري (١/٣٦٠، رقم ١٠١٠)، ومسلم (٢/٦٢٨، رقم ٩١٢).

(٢) أخرجه «البخاري» ١/١٥ (٢٩) و١/٩٤ (٤٣١) و٢/٣٧ (١٠٥٢) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة. وفي ١/١٥٠ (٧٤٨) و٤/١٠٨ (٣٢٠٢) قال: حدثنا إسماعيل بن أبي أويس. وفي =

ويصلُّون وحدانًا خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأنه وقت ظلمة فيعسر الخروج للجماعة والاجتماع في الليل سبب الوقوع في الفتنة، وكذلك في غيره من الأفزاع كالريح الشديدة والظلمة الهائلة والأمطار الدائمة والخوف الغالب من العدو؛ ولأنها من آيات الله تعالى المخوفة لأنها مبدلة للنعمة، والله تعالى إنما يخوِّف عباده ليتركوا المعاصي ويرجعوا إلى طاعته التي فيها فوزهم وفلاحهم وأقرب أحوال العبد في الرجوع إلى ربه حال الصلاة، والله أعلم.

(باب صلاة الاستسقاء)

لا يُصلى فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن يُدعى لقوله تعالى: ﴿ٱسۡتَغۡفِرُواْ رَبَّكُمۡ إِنَّهُۥ كَانَ غَفَّارٗا ١٠﴾ [نوح: ١٠] فقد أمر بالاستغفار في الاستسقاء لا بصلاة.

وقالا: يُصلى فيه ركعتين بجماعة؛ لحديث ابن عباس رضي الله عنهما: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بالجماعة في الاستسقاء ركعتين كصلاة العيد**».

له: ما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم استسقى يوم الجمعة على المنبر ولم يصلِّ للاستسقاء**»، ولو كان سنَّة لما تركها.

=

٣١/٧ (٥١٩٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف. و«مسلم» ٣٤/٣ (٢٠٦٥) قال: حدثناه محمد بن رافع، قال: حدثنا إسحاق، يعني ابن عيسى. و«أبو داود» (١١٨٩) قال: حدثنا القعنبي. و«النسائي» ١٤٦/٣، وفي «الكبرى» (١٨٩١) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: حدثنا ابن القاسم. و«ابن خزيمة» (١٣٧٧) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى الصدفي، قال: أخبرنا ابن وهب (ح) وحدثنا الربيع، قال: قال الشافعي (ح) وحدثنا أبو موسى، محمد بن المثنى، قال: حدثنا روح. و«ابن حبان» (٢٨٣٢) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر. وفي (٢٨٥٣) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر. جميعهم (عبد الرزاق بن همام، وإسحاق بن عيسى، وعبد الرحمن بن مهدي، ومحمد بن إدريس الشافعي، وعبد الله بن مسلمة القعنبي، وإسماعيل، وعبد الله بن يوسف، وعبد الرحمن بن القاسم، وعبد الله بن وهب، وروح بن عبادة، وأحمد بن أبي بكر) عن مالك بن أنس.

ثم عند الشافعي رحمه الله فيها تكبيرات كتكبيرات العيد.

وعندهما: لا يكبِّر فيها؛ لما رُوي: «**أنه صلى الله عليه وسلم استسقى فصلَّى قبل الخطبة ولم يكبِّر إلا تكبيرة واحدة افتتح بها**». ثم عندهما: يخطب بعد الفراغ نحو خطبة الجمعة ويتنكَّب قوسه أو يعتمد على سيفه هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم.

وعن أبي يوسف: أنه يخطب خطبة واحدة، ولا يخطب عند أبي حنيفة؛ لأن الخطبة تبع الصلاة ولا صلاة فيه عنده ولا يقلب الإمام رداءه؛ لأنه ليس فيه معنى الثناء والعبادة فلا يفيد، وقالوا: يقلب رداءه. وهو أن يجعل الجانب الأيمن على الأيسر والأيسر على الأيمن لأنه عليه السلام قلب رداءه.

قلنا: إنما قلب رداءه ليكون أثبت على عاتقه عند رفع اليدين في الدعاء، أو عرف من طريق الوحي تغيير الحال عند تغيير ردائه، ثم يشتغل بالدعاء قائمًا مستقبل القبلة والناس قعود مستقبلون بوجوههم إلى القبلة؛ لأن الدعاء مستقبل القبلة أقرب إلى الإجابة، وإن رفع يديه نحو السماء فحسن، وإن لم يفعل وأشار بإصبعه السبَّابة فحسن.

وقال محمد: أحبُّ إليَّ أن يخرج الناس إلى الاستسقاء ثلاثة أيامٍ متتابعة ولا يحضره أهل الذمة؛ لأن اللعنة والسخط ينزل عليهم.

(باب الصلاة بمكة)

وإذا صلى بمكة صلى إلى أي جهات الكعبة شاء مستقبلًا لشيء منها.

وإن صلى جماعة استداروا حول الكعبة، ومن كان منهم أقرب إلى الكعبة من الإمام، فإن كان في الجهة التي يصلِّي إليها الإمام لم يجز لتقدُّمه على الإمام. وإن كان في جهة أخرى جاز؛ لأنه خلف الإمام حكما فلا يضرُّ القرب إلى الكعبة.

وإن وقفت امرأة بجنب الإمام متوجهة إلى جانبه بطلت صلاته وصلاة القوم، وإن كانت غير متوجهة إلى جانبه أو كانت أمامه مستقبله لهم فصلاتهم جائزة لأنها غير متقدمة على الإمام ولا بمحاذية إياه بل هي خلف الإمام حكمًا.

ولو اقتدوا بالإمام في البيت واختلفت وجوههم جازت صلاتهم إلا من كان

قفاه إلى وجه الإمام، فإنه لا يجوز؛ لأنه تقدم إمامه ومن سواه لم يتقدم إمامه وتوجه إلى القبلة فتجوز.

وكذا لو تحلَّقوا في الكعبة حلقة أجزأهم، فإن كان قدام الإمام مستقبلا بوجهه إليه لأنهم مستقبلون للقبلة متابعون للإمام.

وينبغي أن يكون بين الإمام وما يقابله سترة؛ لئلَّا تكون الصلاة تجاه الصورة، وإن كان الإمام في الكعبة فاقتدى به قوم خارج الكعبة جاز؛ لأن وقوف الإمام في الكعبة والباب مفتوح كوقوفه في المحراب في سائر المساجد وتجوز الصلاة على ظهر الكعبة لما مر.

(باب سجود التلاوة)

تحتاج إلى معرفة: وجوب سجدة التلاوة، وسبب وجوبها، وشرائط أدائها، وركنها، وسننها، ومن تجب عليه، ومن لا تجب عليه.

أما وجوبها: فلأنها واجبة خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**السجدة على من يسمعها أو تلاها**». ولأن آيات السجود كلها دالَّة على الوجوب لما في بعضها من الأمر بالسجود وفي بعضها من إلحاق الوعيد بتاركها وفي بعضها من ذكر طاعة الأنبياء والاقتداء بهم لازم لقوله تعالى: ﴿فَبِهُدَىٰهُمُ ٱقْتَدِهْ﴾ [الأنعام: ٩٠] وفي بعضها ذكر استنكاف الكفرة ومخالفتهم في ذلك واجبة.

ويسجد في أربعة عشر موضعًا:

﴿الٓمٓصٓ﴾.

و﴿ٱلرَّعْدُ﴾.

و﴿ٱلنَّحْلِ﴾.

و﴿سُبْحَانَ﴾.

و﴿مَرْيَمَ﴾.

والأولى في ﴿ٱلْحَجِّ﴾.

و﴿ٱلْفُرْقَانَ﴾.

و﴿ٱلنَّمۡلُ﴾.

و﴿الٓمٓ ۝١ تَنزِيلُ﴾.

و ﴿صٓ﴾.

﴿حمٓ﴾ السجدة.

و﴿ٱلنَّجۡمُ﴾.

و﴿إِذَا ٱلسَّمَآءُ ٱنشَقَّتۡ ۝١﴾.

و ﴿ٱقۡرَأۡ بِٱسۡمِ رَبِّكَ﴾.

وقال الشافعي في الحج سجدتان.

وفي ﴿ص﴾ سجدة الشكر لا سجدة التلاوة.

وقال مالك رحمه الله: لا سجدة في المفصل.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن عثمان رضي الله عنه قرأ سورة ص وسجد وسجد الناس معه ولم ينكر عليه أحد، ولو كان سجدة شكر ما جاز إدخالها في الصلاة.

وعن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما قالا: سجدة التلاوة في الحج هي في الأولى والثانية سجدة الصلاة؛ وهو الظاهر لأنها مقرونة بالركوع فقال: ﴿ٱرۡكَعُواْ وَٱسۡجُدُواْ﴾ [الحج: ٧٧] والسجدة المقرونة بالركوع سجدة الصلاة.

وأما سبب وجوبها: فالتلاوة أو السماع لتلاوة صحيحة بالنص.

وتجب بالسماع ممَّن تلاها، وإن كان كافرًا أو صبيًّا عاقلًا أو حائضًا أو نفساء أو جنبًا أو محدثًا سجد؛ لأن تلاوة هؤلاء صحيحة؛ لأن صحَّتها إنما تكون معتبرة بمعرفة التالي وتمييزه وقد وجد، حتى لو قرأها مجنون أو نائم أو طُوطِيّ[1] لا تجب على من سمعها؛ لأن تلاوته صدرت من غير معرفة وتمييز. ولو قرأها سكران تجب عليه وعلى من سمعها؛ لأنه اعتبر عقله قائمًا حُكما زجرًا له، ولهذا تلزمه العبادات.

ومن لا تجب عليه الصلاة ولا قضاؤها كالحائض والنفساء والكافر والمجنون والصبي فلا سجود عليه؛ لأن السجدة قطعة معظمة من الصلاة، ولهذا يشترط

(١) طوطي: ببغاء (معرب).

لأدائها جميع شرائط الصلاة، وكل من هو أهل الوجوب الصلاة تجب عليه وما لا فلا والجنب والمحدث تجب عليهما.

وأما شرائط أدائها: فإنه يشترط لأدائها جميع شرائط الصلاة من الطهارة من الأحداث والأنجاس بدنًا ومكانًا وثيابًا وستر العورة واستقبال القبلة ونحوها؛ لأنها بعض الصلاة فيشترط لأدائها ما هو شرط للكلِّ.

وكل ما يفسد الصلاة من الكلام والقهقهة والحدث العمد يفسد السجدة.

وإن سبقه الحدث فيها توضأ وأعادها اعتبارا بسجدة الصلاة، قيل: هذا قول محمد رحمه الله؛ لأن تمام السجدة عنده بالرفع، وعند أبي يوسف: تمامها بالوضع، وقد حصل الوضع من غير حدث فلا تنتقض السجدة.

وأما سننها: فالتكبير ابتداء وانتهاء فيكبِّر رافعًا وساجًدا هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يكبِّر عند الانحطاط، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن التكبير للانتقال من الركن ولم يوجد عند الانحطاط. ويسبِّح فيها ولا يسلم؛ لأن السلام للتَّحَلُّل عن التحريمة ولا تحريمة لها، ويقول في سجوده: سبحان ربي الأعلى؛ ثلاثًا وذلك أدناه ولا يرفع الإمام رأسه قبل التالي؛ لأنه أمام السامعين؛ لما رُوي أن رجلا تلا آية السجدة عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسجد لها الرجل ولم يسجدها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: «**كنت إمامًا لنا لو سجدت لسجدنا معك**»؛ يعني لو سجدت على الفور لسجدنا معك فأخرها للمتابعة، وهذا يدل على أن السجدة لا تجب على الفور بل على التراخي إن شاء سجد في الحال، وإن شاء سجد في المآل. ويكره له ترك آية السجدة من سورة يقرؤها؛ لأنه يصير كالفار منها.

ولو قرأ آية سجدة من وسط سورة فالمستحب أن يقرأ معها آيات لكيلا يؤدي إلى إيهام تفضيل آية على آية.

ويكره للإمام أن يقرأها في صلاةٍ يخافت فيها؛ لأنه يؤدي إلى اشتباه الأمر على القوم فيوهموا أنه نسي الركوع فيركع بعضهم، ولو قرأها يسجد القوم معه، وإن لم

يسمعوها؛ لأنه يلزمهم بحكم المتابعة كما يلزمهم سجود السهو بسهو الإمام.

ولو تلاها بالفارسية تجب على التالي والسامع عند أبي حنيفة رحمه الله فهم أو لم يفهم إذا أخبر أنها سجدة.

وقيل: عندهما: تجب على من فهم ولا تجب على من لم يفهم إن بنى على القراءة بالفارسية، وقيل: تجب عليه بالإجماع، وهو الصحيح؛ لأن القراءة بالفارسية قرآن معنى لا نظما فاعتبار المعنى يوجب السجدة واعتبار النظم لا يوجب فتجب احتياطا بخلاف الصلاة عندهما فإنها تجوز باعتبار المعنى ولا تجوز باعتبار النظم فلا تجوز بالشك.

ولو تلاها بالعربية تجب فهم أو لم يفهم، ولو قرأ آية السجدة بالهجاء لم تجب عليه السجدة؛ لأنه لا يقال قرأ القرآن، ولو فعل ذلك في الصلاة لم تفسد؛ لأنه قرأ الحروف التي في القرآن، ولو تلاها في صلاته إن شاء ركع بها وإن شاء سجد ثم قام فقرأ قياسًا وبالقياس نأخذ، ولا يجوز الركوع بها استحسانًا وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لأن المقصود من السجدة إظهار الخضوع والخشوع للمعبود خلافا للكفرة فإنهم كانوا يستنكفون عنها وذلك يحصل بالركوع كما يحصل بالسجود فناب الركوع منابه. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن السجود أفضل؛ لأن الخضوع والخشوع فيه أتم.

ويتأدى بالسجدة [الصَّلبية] [1] لأنها توافقها من كل وجه وينوي بهما أداء سجدة التلاوة. ولو لم ينو لا يجزيه، نص عليه في النوادر؛ لأن الواجب الأصلي هو السجدة والركوع يماثلها معنى يخالفها صورة، والسجدة الصلبية تخالفها حكما فلا تنوب منابها إلا بالنية، وقيل: إنه يجوز بدون النية.

ولو نوى في الركوع قيل: تجوز، وقيل: لا تجوز.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): الصلابية.

السجدة الصلبية: هي السجدة التي هي من صلب الصلاة أي جزء منها، ومثلها في الحكم السجدة التلاوية؛ لأنها لما وقعت في الصلاة أعطيت حكم الصلبية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أن السجود الذي عقيب الركوع ينوب عن سجدة التلاوة دون الركوع؛ لأن المجانسة بينهما أظهر، وقيل: الركوع ينوب عنها؛ لأنه أقرب إلى موضع التلاوة وإن سجد بها؛ لأنه يفتقر إلى النية؛ لأنه أتى بعين الواجب والنية يحتاج إليها لإقامة غير الواجب مقامه لا لإتيان عين الواجب ثم يقوم.

ويستحب أن يقرأ آيات ثم يركع لئلَّا يترتب الركوع على السجود، فإن الركوع في الصلاة لم يشرع مرتبا على السجود. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: إن كانت السجدة في آخر السورة مثل الأعراف والنجم أو قريبًا منه مثل بني إسرائيل وانشقت فركع بها أجزأه، وإن خرج إلى سورة أخرى لم يجزه، وعن أبي يوسف: إذا قرأ بعد آية السجدة ثلاث آيات فصاعدا لم يجز الركوع بها، وإن كان أقل من ذلك أجزأه؛ لأن وقت أدائها مقدَّر بقراءة ثلاث آيات؛ لأنه يمضي بقراءة آيات كثيرة ولا يمضي بقراءة آية واحدة فقدَّرناه بالثلاث؛ لأنه أقل الجمع.

وإذا فات وقت الأداء صارت دينًا عليه وصارت مقصودة بنفسها فلا ينوب الركوع عنها كالسجدة الصلبية لا ينوب عنها وهذه تدل على أنه لا يجوز الركوع عنها إلا بالنية إذ لو جازت بدون النية لما فاتت عن وقتها وصارت دينا عليه.

وأما من لا تجب عليه: ولو تلاها مقتدٍ لم تجب عليه ولا على الإمام ولا على القوم، وقال محمد رحمه الله: تجب عليه وعلى من سمعه إذا سلم؛ لأن تلاوته صحيحة لصدورها من أهلها بمنزلة تلاوة الجنب والحائض إلا أنه لا يأتي بها في الصلاة؛ لأنها ليست من أفعال الصلاة.

لهما: أن تلاوة المقتدي فاسدة شرعًا؛ لأنه محجور عن التلاوة لكيلا يؤدي إلى المغالبة والمغالطة للإمام في القراءة، ولهذا نفذت قراءة الإمام عليه وذلك دليل الولاية، والولاية دليل حجر المولى عليه، ومتى صار محجورًا عن التلاوة لم تقع تلاوته صحيحة، فلا توجب السجدة كتلاوة المجنون بخلاف الجنب والحائض؛ لأنهما محجوران عن تلاوة آية كاملة لا عمّا دونها ووجوب السجدة يتعلق بما دونها لا بآية كاملة فتكون تلاوتهما ذلك القدر صحيحة.

ولو سمع من المقتدي من لا يصلي معه؛ قيل: لا يلزمه السجدة. وذكر في نوادر الصلاة أنه تلزمه السجدة؛ لأن المقتدي إنما حجر عن التلاوة لئلا يقع خللٌ في صلاتهم فيظهر الحجر في حقهم؛ لأنه في حق من ليس في صلاتهم كحجر الصبي عن التصرفات ظهر في حقه لا في حق غيره حتى يصح تصرفه لغيره.

ولو سمعها مصلٍّ من غيره تلزمه إذا سلم لأنها ليست بصلاتيَّة لأنها وجبت بما ليس من أفعال صلاته وهو سماعه تلاه من ليس في صلاته.

ولو سجدها في الصلاة لم يجز ولا تفسد صلاته في رواية الأصول إلا في رواية عن محمد لأنها من جنس أفعال الصلاة محتملة للرفض، ولو سمعها رجل من إمام ثم دخل في صلاته يسجدها مع الإمام، وإن دخل بعدما سجدها سقطت عنه؛ لأنه صار شريك الإمام في هذه الصلاة وهذه السجدة صلاتيَّة في حق الإمام فتكون صلاتية في حقه، والصلاتية لا تؤدى خارج الصلاة ولا يسجدها في الصلاة وحده لما فيه من مخالفة الإمام وما يتلوها خارج الصلاة لا يقضيها في الصلاة وما يتلوها في الصلاة لا يقضيها خارج الصلاة.

(**النوادر**): ولو قرأها الإمام في أول ركعة فسجدها فظن بعضهم أنه قد ركع وسجد فركعوا وبعضهم ركعوا وسجدوا سجدة وبعضهم ركعوا وسجدوا سجدتين فمن ركع ولم يسجد يرفض ركوعه ويسجد للتلاوة ومن ركع وسجد فصلاته تامة وسجدته تجزيه عن التلاوة، ومن ركع وسجد سجدتين فصلاته فاسدة؛ لأنه انفرد بركوع وسجدة فقد انفرد بركعة.

رجل قرأ آية السجدة فسجدها وسمعها المصلي فسجد معه إن أراد اتباعه فسدت صلاته؛ لأنه اقتدى بمن ليس بإمام له ولا تجزيه السجدة عما سمع لأنها ناقصة.

(فصل)

قرأ آية واحدة في مجلس واحد مرارًا تكفيه سجدة واحدة استحسانًا؛ لأن تكرار

كلام الله تعالى في مجلس واحد للحفظ والتعليم ولإقامة الأحكام به أمر لا بد منه فكان في إيجاب التكرار إيقاع الناس في الحرج، وهذا كمن سمع اسم النبي صلى الله عليه وسلم مرارًا لا يلزمه الصلاة إلا مرة واحدة عند المتقدمين من أصحابنا لما أن تكرار اسمه واجب لحفظ السنن التي بها قوام الشرائع وأساس الدين في إيجاب الصلاة في كل مرة حرج فلم يلزمه.

ولو قرأها في مجالس أو قرأ آيات السجدة في مجلس واحد يجب بعدد ما قرأ؛ لأنه لا حرج عند اختلاف المجالس وعند اختلاف الآية في مجلس واحد، وإن تبدل مجلس التالي دون السامع، قيل: يتكرر الوجوب على التالي والسامع جميعًا؛ لأن التلاوة سبب في السماع شرط والحكم يضاف إلى السبب دون الشرط. وقيل: لا يتكرر الوجوب على السامع؛ لأن مجلسه متحد والسماع سبب لوجوب السجدة كالتلاوة لما قدمنا، وكذلك لو تبدل مجلس السامع دون التالي تكرر الوجوب على السامع دون التالي. ولو تلاها فسجد ثم أطال الجلوس أو القراءة فأعادها لا تجب عليه لاتحاد المجلس؛ لأن المجلس لا يتبدل بالإطالة، ولهذا يصح قبول الإيجاب في آخر المجلس وإن طال، فإن عمل في المجلس عملًا يسيرًا بأن أكل لقمةً أو شرب شربة أو نام قاعدًا أو نحوه لم تجب ثانيًا؛ لأن هذا القدر لا يعتبر قطعًا للمجلس عرفًا؛ لأنه لا يضاف المجلس إليه كما في خيار المخيرة، وإن كان عملا كبيرا بأن أكل كثيرًا أو نام مضطجعًا أو باع ونحوه تجب ثانيا استحسانًا؛ لأن المجلس تبدَّل بهذه الأعمال اسمًا وصار مضافًا إليها عرفا، ألا ترى أن القوم إذا جلسوا لدرس العلم يكون مجلسهم مجلس العلم ثم إذا اشتغلوا بالأكل يصير مجلسهم مجلس الأكل وكذا بالبيع، ولهذا ينقطع المجلس في حق بطلان خيار المخيرة فكذا هذا.

ولو تلاها فسجد ثم قام فأعادها لم تجب وإن مشى خطوتين؛ لحديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أنه كان يعلم الناس القرآن بالبصرة وكان يتعلم منه ستة آلاف نفر، فاتخذ له دُكّانان وهو يسير بينهما على بغلة ويلقن الناس آية السجدة عن يمينه ويساره وكان لا يسجد إلا مرة واحدة، ولأن المعلم ربما يحتاج إلى قليل مشي في حال تعليم الصبيان فلا يعتبر ذلك قطعًا للمجلس.

وذكر في (**المنتقى**) عن محمد: لو تحول عن موضعه نحو عرض المسجد أو طوله لا يسجد ثانيا، وكذلك لو تلاها في المسجد ثم أعادها في ناحية أخرى منه؛ لأن المسجد مع تباين أكنافه وتباعد أطرافه جعل كبقعة واحدة، وفي النوادر: إن كان المسجد كبيرا يلزمه سجدتان؛ لأنه حينئذ يكون المشي فاحشًا.

ولو قرأها على الدابة مرارًا وهو يسير في غير الصلاة يسجد في كل مرة؛ لأن سير الدابة مضاف إلى راكبها لأنها في يده تسير بتسييره وتقف بإيقافه فاعتبر مكانة الأرض لا ظهر الدابة وإنه مختلف.

ولو قرأ في السفينة وهي تجري يكفيه سجدة واحدة؛ لأن سير السفينة غير مضاف إلى راكبها وإنما جريانها بالماء والريح فصار عين السفينة مكان راكبها وإنه متحد.

ولو كان على شجرةٍ فتلا آيةً على غصن ثم تحول إلى غصن آخر فأعادها، قيل: يكفيه سجدة واحدة؛ لأن العبرة لأصل الشجرة وإنه متحد، وقيل: يلزمه أخرى، وهو الأصح؛ لأن المكان قد تبدَّلَ حقيقة بالانتقال إلى غصن آخر، وكذا لو كان على دوارة الكدس فقرأها مرارًا فالأصح أنه تلزمه لكل تلاوة سجدة، وكذلك لو كان يسدي الكرباس يلزمه بكل تلاوة سجدة؛ لأن المجلس قد تبدل حقيقة.

ولو قرأها فسجد ثم افتتح الصلاة مكانه ثم قرأها ثانيا فعليه سجدة أخرى؛ لأن الصلاتيَّة أكمل وأقوى من غير الصلاتيَّة؛ لأن لها حرمتان حرمة التلاوة وحرمة الصلاة، ولهذا لو ضحك في الصلاتيَّة يكون حدثا، ولو ضحك في الخارجية لا يكون حدثا والأنقصُ لا ينوب عن الأكمل ولا ينتظمه فوجبت أخرى ضرورة.

فإن كان لم يسجد الأولى عليه سجدة واحدة حتى لو لم يؤدها في الصلاة لم تسقط؛ لأن المجلس متحد حقيقة واعتبارا؛ لأن بالصلاة لم ينقطع مجلس التلاوة؛ لأن في الصلاة تلاوة أيضًا الصلاتيَّة أقوى وأكمل فينوب الأقوى عن الأوهى فصارت السجدة صلاتيَّة فصارت الثانية منتظمة للأولى.

وذكر في النوادر: أنه يلزمه سجدتان صلاتيَّة وخارجية؛ لأن الصلاتيَّة إن تفوت

بحرمة الصلاة، فالخارجية تفوت بالسبق فاستويا والسابقة لا تجعل تبعا للاحقة فوجب اعتبار كل واحدة منهما.

ولو تلاها في صلاته بعدما سمعها من غيره فعليه سجدة واحدة؛ لأنه تلا عين ما سمع في مجلس واحد والصلاتيَّة أقوى من السماعيَّة؛ لأنها وجبت بما ليس من أفعال صلاته وهو سماعه تلاوة من ليس في الصلاة، والصلاتيَّة أقوى من غير الصلاتيَّة فينوب الأقوى عن الأوهى فصارت السجدة صلاتيَّة.

وذكر في النوادر: أنه يلزمه سجدتان؛ لأن السماعية سابقة والسابقة لا تجعل تبعًا للاحقة، ولو تلاها أولا ثم سمعها فعليه سجدة واحدة باتفاق الروايات لما عرف.

قرأ آية السجدة في ركعة ثم أحدث فانصرف وتوضأ ثم عاد وسمعها من غيره عليه سجدتان. وفي النوادر: عليه سجدة واحدة؛ لأن السماع من الغير بمنزلة التلاوة منه، ولو تلاها على هذا الوجه يلزمه سجدة واحدة فكذا هذا، وجه ظاهر الرواية أن تلاوة غيره ليس من أفعال صلاته وتلاوته من أفعال صلاته والمجلس قد تبدَّل حقيقةً وحكمًا فيما ليس من أفعال صلاته ولم يتبدل حكما فيما هو من أفعال صلاته.

ولو تلاها في ركعة ثم سجدها ثم أعادها في تلك الركعة لا تجب ثانيا، وكذا لو أعادها في الركعة الثانية عند أبي يوسف، وعند محمد: تجب؛ لأن التلاوة ركن في كل ركعة فتعذر الحكم بالاتحاد لما فيها من إبطال معنى الركنية فيكون تلاوة الثانية مبتدأةً. لأبي يوسف رحمه الله: أنه تعتبر التلاوة متحدة في حق السجدة ضرورة اتحاد المجلس وتجعل متعددة في حق جواز الصلاة، ويجوز أن تعتبر التلاوة المكررة لآيةٍ واحدة متحدة في حق حكم متعددة في حق حكم آخر كما لو تلا آية السجدة وسجد ثم تلاها ثانيا فسمعها من غيره، فإنه تجب على السامع دون التالي.

قرأ الإمام في ركعة وسجد ثم أحدث في الركعة الثانية وقدم رجلًا فقرأها ثانيا يسجد ثانيا اتفاقا؛ لأنه لم يسمع الأولى ولم يسجدها فلا يكون تكرارا في حقه ويسجدها القوم معه بحكم المتابعة. ولو تلاها في الصلاة فسجدها ثم سلم ويكلم ثم قرأها ثانيا عليه سجدة أخرى. وذكر في النوادر: لا سجدة عليه. ولم يذكر التكلم

وبه يختلف الحكم وهو الصحيح؛ لأنه متى سلم ولم يتكلم لم ينقطع به المجلس؛ لأنه كلام يسير وبالكلام اليسير لا يتبدل المجلس خصوصًا بالسلام، فإنه لا ينقطع به مجلس الصلاة حتى لو ترك شيئًا من صلاته، فإنه يأتي به ومتى سلم وتكلم فقد انقطع المجلس؛ لأنه كلام كثير؛ ولأنه تكلم ثلاث مرات بسلامين وبكلام آخر، ولهذا لا يمكنه البناء على صلاته فجعلنا الفاصل بين القليل والكثير ثلاث كلمات وهي قاطعة للمجلس فالتحق هذا بالعمل الكثير.

ولو تلاها في ركعة على الدابة ثم سارت الدابة فأعادها لا تجب ثانيًا؛ لأن المكان متحد حكمًا؛ لأن حرمة الصلاة تجعل الأمكنة المختلفة كمكان واحد ضرورة صحة الصلاة والسجدة صلاتيَّة فيظهر الاتحاد في حقها.

ولو سمع المصلي الراكب سجدة من رجل ثم سارت الدابة ثم سمعها ثانيا عليه سجدة واحدة ذكره في الأصل. وذكر في (**المنتقى**): عليه سجدتان. وهو الصحيح؛ لأنها ليست بصلاتيَّة؛ لأن سماعه تلك التلاوة ليس من أفعال صلاته فلا يظهر اتحاد المجلس في حقها بحكم التحريمة فبقيت العبرة للحقيقة وقد تبدل المجلس حقيقة.

ولو تلاها المصلي الراكب مرارًا في ركعة واحدة والدابة تسير ورجل آخر معه يسوق الدابة فعلى التالي سجدة واحدة وعلى السائق بكل تلاوة سجدة؛ لأنه تبدَّل مجلس السائق دون التالي.

وذكر في (**المنتقى**): لو كان كل واحد منهما على دابة يصلي فيقرأها كل واحد منهما مرارًا فصلى كل واحد منهما بتلاوته سجدة وبتلاوة صاحبه بعدد ما تلا؛ لأن مجلس كل واحد منهما متحد في حقه حكما مختلف في حق صاحبه.

قرأها على الدابة ثم نزل فقرأها أو قرأ ثم ركب فقرأها لا يلزمه ثانيا؛ لأن النزول والركوب عمل يسير فلا يتبدل به المجلس كما لو تلاها قائمًا ثم قعد أو قاعدًا فقام.

ولو سارت الدابة ثم نزل فتلاها أخرى يلزمه أخرى؛ لأن سير الدابة كمشيه فيتبدّل به المجلس.

ولو قرأها على الدابة فنزل ثم ركب فسجد على الدابة يجوز عند أبي يوسف ومحمد؛ لأنه أداها كما وجبت، وعند زفر: لا يجوز؛ لأنه لما نزل كَمُلَ الواجب لزوال العذر فلا يبطل وصف الكمال باعتراضه العذر، وكذلك لو قرأها عند الطلوع ثم سجدها عند الغروب جاز خلافا لزفر.

ولو تلاها في وقت مباح فسجدها في أوقات مكروهة لم يجز، ولو تلاها في أوقات مكروهة فسجدها في هذه الأوقات جاز لما عرف.

ولو قرأها نازلا فأصابه خوف فركب فسجدها أجزأه في حالة الخوف ولا يجزيه في حالة الأمن كما في الصلاة. وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا أرى سجدة الشكر واجبة؛ لأنها لو وجبت لوجبت في كل لحظة؛ لأن نعم الله تعالى على عباده متواترة مترادفة وفيه تكليف ما لا يطاق والسجدة المفردة مكروهة عندهما؛ لأن السجدة الواحدة بمنزلة الركوع فلا تكون عبادة مقصودة، وعند محمد: سجدة الشكر مسنونة؛ لأنها عبادة مقصودة، والله أعلم.

كتاب الجنائز[1]

تحتاج إلى معرفة: وجوب الصلاة على الميت، وسبب وجوبها، وصفتها، وركنها، وشرطها، وسننها.

أما وجوبها: فلقوله تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ﴾ [التوبة: ١٠٣] وعليه إجماع الأمة.

وأما سبب وجوبها في الميت: لأنها شرعت قضاء لحقه بالدعاء والاستغفار له لما تبين.

وأما صفتها: فإنها فرض كفاية حتى لا يسع تركها ومتى قام بها البعض سقط عن الباقين لأنها مشروعة لقضاء حق الميت بالدعاء والاستغفار له، فإذا أقامها البعض صار حقه مقضيًّا ولا يمكن إيجابها على كل واحد لتعذُّر اجتماع الكل فصار بمنزلة الجهاد.

وأما ركنها: فالتكبيرات والقيام؛ لأن كل تكبيرة من تكبيرات الجنازة قائمة مقام ركعة بدليل أنه لو ترك واحدة منها لا تجزيه صلاته كما لو ترك ركعة من الظهر، ولهذا قالت الصحابة رضي الله عنهم أجمعين: أربع كأربع الظهر.

وأما شرائطها: على الخصوص اثنان:

أحدهما: كون الميت مسلمًا لأنها شرعت دعاء واستغفارا وشفاعة للميت، والكافر محروم عن ذلك.

والثاني: كون الميت مغسولا؛ لأنه بمنزلة الإمام للقوم بدليل أنه لا تجوز الصلاة بدونه ويشترط تقديمه على القوم كالإمام، ولهذا قال ابن مسعود رضي الله عنه: الجنازة متبوعة وطهارة الإمام شرط لجواز صلاة القوم فكذلك طهارة

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/١٥٤، ومختصر المزني ١/١٦٩، وغاية المنتهى باختصار ١/٢٢٨، وبلغة السالك ١/٢٦٦.

الميت[١].

وأما سننها: فالتحميد والثناء والدعاء فيها لما تبين، وإذا احتضر المريض أي قرب من الموت يضجع على شقه الأيمن. والاضطجاع للمريض أنواع:

أحدها: في حالة الصلاة وهو أن يستلقي على قفاه لما ذكرنا.

والثاني: إذا قرب من الموت يضجع على شقه الأيمن لما ذكرنا نحو القبلة وهو السنة المنقولة واختار أهل بلادنا الاستلقاء وهذا أيسر لخروج الروح.

والثالث: في حالة الصلاة على الميت يضجع على قفاه معترضًا للقبلة.

والرابع: في اللحد يضجع على شقه الأيمن. ووجهه نحو القبلة؛ هكذا توارثنا السنة.

ويلقن بالشهادة ولا يؤمر بها ولكن يذكر، وهو يسمع؛ لقوله عليه السلام: «**لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله**»[٢]؛ أي: المحتضرين من.....

---

(١) انظر: الاختيار ٧٢/٥ - ٧٦، وكشاف القناع ٣٣٥/٤، ٣٥١، ومغني المحتاج، وشرح الروض ٦٧/٣.

(٢) أخرجه «مسلم» ٣٧/٣ (٢٠٧٩) قال: حدثنا أبو كامل الجحدري، فضيل بن حسين، وعثمان بن أبي شيبة، كلاهما عن بشر، قال أبو كامل: حدثنا بشر بن المفضل. وفي (٢٠٨٠) قال: وحدثناه قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني الدراوردي (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا خالد بن مخلد، قال: حدثنا سليمان بن بلال، جميعا بهذا الإسناد. و«ابن ماجه» (١٤٤٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سليمان بن بلال. و«أبو داود» (٣١١٧) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا بشر. و«الترمذي» (٩٧٦) قال: حدثنا أبو سلمة، يحيى بن خلف، قال: حدثنا بشر بن المفضل. و«النسائي» ٥/٤، وفي «الكبرى» (١٩٦٥) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا بشر بن المفضل (ح) وأخبرنا قتيبة، قال: حدثنا عبد العزيز. و«أبو يعلى» (١٠٩٦) قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا بشر بن المفضل. وفي (١١١٧) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا بشر بن =

الموت[١]، واختلف مشايخنا في التلقين بعد الموت؛ فإذا مات شد لحياه وغمض عيناه؛ لأنه إذا ترك مفتوح العينين يصير كريه المنظر ويقبح في أعين الناس وأسرع في جهازه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**[عجلوا تجهيز موتاكم، فإن يك خيرًا قدمتوه إليه، وإن يك شرًّا فبعدًا لأهل النار]**»[٢]. ولا بأس بإعلام الناس بموته ليقضوا حقه بالصلاة عليه، وكره بعضهم النداء في الأسواق؛ لأنه يشبه عزاء أهل الجاهلية والأصح أنه لا بأس به؛ لأن أهل الجاهلية كانوا يبالغون في مدح ميتهم فيتكلمون بما هو كذب ولغو، فأما النداء لتكثير الجماعة من المستغفرين للميت بالصلاة عليه وتحريض الناس على الطهارة وحثهم على الاستعداد لها فلا بأس به[٣]، والله أعلم.

=

المفضل. وفي (١٢٣٩) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا أبو عامر العقدي، عن سليمان بن بلال. و«ابن حبان» (٣٠٠٣) قال: أخبرنا إبراهيم بن إسحاق الأنماطي، قال: حدثنا حميد بن مسعدة، قال: حدثنا بشر بن المفضل.

ثلاثتهم: (سليمان بن بلال، وبشر بن المفضل، وعبد العزيز الدراوردي) عن عمارة بن غزية، عن يحيى بن عمارة الأنصاري، فذكره.

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/١٥٧، وفتح القدير ١/٤٦٦، ونهاية المحتاج ٢/٤٢٨.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٦٢٦٥) عن ابن عيينة. و«أحمد» ١/٣٧٨ (٣٥٨٥) قال: حدثنا سفيان، قال: وليس منها من يقدمها، وقرئ على سفيان. وفي ١/٣٩٤ (٣٧٣٤) قال: حدثنا أبو كامل، قال: حدثنا زهير. وفي ١/٤١٥ (٣٩٣٩) قال: حدثنا موسى بن داود، قال: أخبرنا زهير. وفي ١/٤١٩ (٣٩٧٨) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان. وفي ١/٤٣٢ (٤١١٠) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا حسن. و«ابن ماجه» (١٤٨٤) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: أخبرنا عبد الواحد بن زياد. و«أبو داود» (٣١٨٤) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو عوانة. و«الترمذي» (١٠١١) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وهب بن جرير، عن شعبة. و«أبو يعلى» (٥٠٣٨) قال: حدثنا نعيم بن هيصم، قال: حدثنا خالد، يعني الواسطي. وفي (٥١٥٤) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير. وفي (٥٤٠٤) قال: حدثنا عبد الواحد بن غياث، قال: حدثنا أبو عوانة. تسعتهم: (سفيان بن عيينة، وزهير بن معاوية، وسفيان الثوري، وحسن بن صالح، وعبد الواحد، وأبو عوانة الوضاح، وشعبة، وخالد الواسطي، وجرير بن عبد الحميد) عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر، عن أبي ماجد الحنفي، فذكره.

(٣) انظر: الهندية ١/١٥٤، ومختصر خليل ٣٧، والمزني ١/٦٩، والغاية ١/٢٢٨.

(باب غُسْل الميت)

تحتاج إلى معرفة: وجوب الغسل، وسبب وجوبه، وكيفيته، ومن يغسل، ومن يحل له غسل الميت.

أما وجوب غسل الميت: فلقوله صلى الله عليه وسلم: «**للمسلم على المسلم ست حقوق**» ومن جملتها أن يغسله بعد موته؛ ولأن ما بعد موته حال عرضه على الله تعالى ورجوعه إليه فوجب تطهيره بالغسل تعظيمًا لله تعالى كما في حال تعبُّده وتقرُّبه بالصلاة حال حياته.

وأما سبب وجوبه: فهو الموت؛ لأنه إنما وجب غسله لتطهير نجاسةٍ حلَّت به بالموت؛ لأن الآدمي ينجس بالموت كسائر الحيوانات الدموية، ولهذا لو وقع في الماء القليل قبل الغسل ينجس الماء، ولو صلى وهو حامل الميت لا تجوز؛ فيجب تطهيره بالغسل شرعا كرامة له وشرفا.

وأما كيفيته: فإنه يجرد الميت ويوضع على تخت، وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يجرد. والصحيح قولنا؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم هموا بتجريد النبي صلى الله عليه وسلم فهتف هاتف: لا تجردوا نبيكم وغسلوه وعليه قميصه فقصدهم دليل على أن التجريد سنة، وإن كان مشهورًا فيما بينهم والنبي صلى الله عليه وسلم كان مخصوصًا بعدم التجريد لعظم قدره، ولأن التجريد أبلغ في التطهير وأيسر على الغاسل غسله فصار كالغسل في الحياة ويستر عورته بخرقة من السُّرَّة إلى الركبة؛ لأن النظر إلى العورة حرام. ويغسل عورته تحت الخرقة بعد أن يلف على يده خرقة لتصير الخرقة حائلة بين يده والعورة؛ لأن المسَّ حرام كالنظر ويستنجى عندهما؛ لأن موضع الاستنجاء من الميت قلّ ما يخلو عن نجاسة فيجب إزالتها، وعند أبي يوسف: لا يستنجى؛ لأن مسكته استرخت بالموت وبالاستنجاء يزداد الاسترخاء فتخرج زيادة نجاسة فلا يفيد.

ويوضأ إلا المضمضة والاستنشاق. فرق بين غسل الميت وغسل الجنب من أربعة أوجه:

أحدها: أن الميت لا يمضمض ولا يستنشق بخلاف الجنب؛ لأن المضمضة إدخال الماء في الفم وإدارته حتى يبلغ جميع بشرة الفم ثم استخراجه والاستنشاق تقريب الماء من أنفه وجذبه إلى المياشيم ثم الانتثار وهذا يتعذر في الميت وفي الجنب لا.

والثاني: في الميت يبدأ بغسل وجهه والجنب يبدأ بغسل يديه؛ لأن الجنب هو الغاسل نفسه فلا بد من غسل يديه حتى يمكنه غسل غيرها من الأعضاء، وفي الميت الغاسل غيره فيُسنُّ في حق الغاسل غسل يديه حتى يمكنه تطهير

والثالث: الميت لا يمسح برأسه، هكذا رُوي عن محمد في (**النوادر**) بخلاف الجنب؛ لأن المسح إنما عرف مزيلا للحدث نصًّا لا قياسًا وفي الجنابة حدث وزيادة فيفيد المسح إزالة الحدث عن الرأس، فأما الميت فيُغسَل لنجاسة الموت لا للحدث وغيره، والحدث من النجاسة لم يعرف زوالها بالموت.

وذكر الشيخ الإمام أبو بكر المعروف بجواهر زاده في (**شرح المبسوط**): الصحيح أن الميت كالجنب في مسح الرأس على رواية (**النوادر**): لا يمسح، وعلى ظاهر الرواية: يمسح؛ لأن الميت كما يغسل لإزالة النجاسة بالموت، فإنه يغسل للحدث أيضًا، فإن في الموت حدث وزيادة كما في الجنابة.

والرابع: لا يؤخر غسل رجليه بخلاف الجنب؛ لأن الجنب رجلاه في مستنقع الماء المستعمل فيتنجس ثانيًا فلا يفيد، وفي الميت غسالته لا تجتمع تحت رجليه فكان غسلهما عند الوضوء مفيدًا.

ويضجع على شقه الأيسر فيغسل بالماء الذي أُغليَ بالسدر والخطمي أو الحرض إن وجد؛ لأنه أبلغ في التنظيف، وإن لم يجد فالماء القراح حتى ينقيه؛ لأن الماء الحار أبلغ في التنظيف من البارد، فإن به يزداد الاسترخاء فيخرج جميع ما في باطنه بعد المرة الثانية حالة المسح ويخلص الماء إلى ما يلي التخت ثم يضجع على شقه الأيمن فيغسل الأيسر حتى ينقيه، ثم يقعده فيسنده إلى نفسه ويمسح يده على بطنه مسحا رفيقا؛ لأنه ربما يكون في باطنه نجاسة منعقدة فتلين بعدما غسل مرتين بماء حار فكان المسح بعد الغسل مرتين أقدر على إخراج ما فيه من النجاسة

فيكون أولى من المسح قبل الغسل، فإن سال منه شيء مسحه ويغسل ذلك الموضع ولا يجب إعادة الوضوء بخروج شيء منه، وعند الشافعي رضي الله عنه: يعاد الوضوء. والصحيح قولنا؛ لأن غسل الميت ما وجب لرفع الحدث بدليل أنه وجب غسل جميع البدن وإنما وجب تطهير النجاسة حلت به بالموت ونجاسة الموت بمنزلة النجاسة الحقيقية حتى أن المصلي إذا حمل من الميت أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته.

والبدن إذا غسل عن حقيقة النجاسة ثم أصاب بعضه نجاسة لا تنتقض الطهارة إلا في موضع الإصابة ثم يضجعه على شقه الأيسر ويغسله؛ لأن التثليث مسنون في غسل الحي فكذلك غسل الميت.

ثم ينشفه بثوب؛ لئلَّا يبتلَّ الكفن، ولا يسرح لحيته ولا يقص أظفاره ولا شاربه ولا ينتف إبطه ولا يحلق عانته خلافا للشافعي رضي الله عنه؛ لأن هذا من باب الزينة والميت استغنى عن الزينة ويدفن بجميع ما كان عليه، ألا ترى أنه لم يسن أخذ الشارب واللحية وإن كان فيه نظافة وزينة.

وأما من يغسِل ويغسِّل كل ميت مات بعد الولادة، فإن ولد ميتًا رُوي عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يغسل؛ لأن الغسل لأجل الصلاة ولا يصلى عليه فلا يغسل أيضًا؛ لأنه لم تحل به نجاسة الموت فلا يجب تطهيره، وعن أبي يوسف: أنه يغسل، وكذا ذكره الطحاوي؛ لأن المولود ميتا يشبه الجزء من وجه ويشبه النفس من وجه فيغسل اعتبارا بالنفوس ولا يصلى عليه اعتبارًا بالأجزاء للشبهتين جميعا، ولهذا الكافر يغسل، وإن لم يصل عليه فكذلك الجنين.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا استهل المولود سمي وغسِّل وصلِّي عليه وورث ويورث عنه، وإن لم يستهل لم يسمَّ ولم يغسَّل ولم يرث؛ لأن الاستهلال دلالة الحياة، وأما من يحل له الغسل فيغسل المرأة زوجها لإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولا يغسلها الزوج خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن حل الغسل والمس يثبت ضرورة ملك النكاح وحل الاستمتاع لا مقصودًا بعقد النكاح؛ لأن النكاح وضع عرفا وشرعا لاستفادة حل الاستمتاع لا لإفادة حل الغسل والمس ومتى ارتفع حل

الاستمتاع بالموت ارتفع حل المسِّ ضرورة؛ إذ لو بقي بدونه لانقلب أصلًا ومقصودا وهذا خلاف الأصل ومتى ارتفع الحل حرم النظر والمسُّ؛ لقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠]؛ فحرمة النظر ثابتة بصريح النص وحرمة المسِّ بدلالته بخلاف جانبها؛ لأن ثمة بقي ملك النكاح ما بقيت العدة، ولهذا لو جاءت بولد يثبت النسب من الميت فجاز أن يبقى حل المسِّ تبعا للملك.

ولا تغسِّله أمته ومدبرته وأم ولده؛ لأن الأمة زالت عن ملكه إلى الورثة، والمدبرة وأم الولد عتقت بموته فصارت أجنبية منه، وإنما وجبت العدة عليها بطريق الاستبراء بسبب زوال الملك فلا يدل على حل المسِّ كما لو أعتقها في حياته حتى وجبت العدة ثم مات المولى وكالمبانة في العدة.

ولو طلقها رجعيًّا ثم مات عنها وهي معتدة تغسله؛ لأن الزوجية قائمة، وإن أبانها فمات وهي معتدة لم تغسله؛ لأنها بانت منه وحرمة المسُّ قبل الموت.

ولو مات عنها وهي حامل فوضعت لا تغسله؛ لأنها صارت أجنبية بانقضاء العدة.

والصبي والصبية إذا لم يبلغا حد الشهوة يغسلان رجلًا كانا غاسلهما أو امرأة؛ لأنه يحل مسهما والنظر إليهما.

والمجبوب والخصي مثل الفحل.

والصبي والصبية إذا كان يعقلان فهُما في الغسل كالبالغ، وإن كانا لا يعقلان لا يوضآن عند الغسل.

مات رجل بين النساء الأجنبيات يُيَمِّمنَهُ بيدٍ غير متجرِّدةٍ ويصلين عليه فقامت الإمامة وسطهن؛ لأن تعذر غسله لفقد الغاسل كتعذر غسله لفقد ما يغسل به وهو الماء وفقد الماء يبيح التيمم فكذا فقد الغاسل وإنما لا يكره لهن صلاة الجنازة بجماعة بخلاف المكتوبة بجماعة؛ لأن صلاة الجنازة فريضة وقيام الإمام وسطهن مكروه وإقامة الفرض مع ارتكاب المكروه أولى من تركه تحرزًا عن ارتكاب المكروه، فأما إقامة المكتوبة بالجماعة سنة وترك السنة أولى من ارتكاب البدعة.

وكذلك لو ماتت امرأة بين الأجانب يمَّموها، فإن كانت حرة أخذ خرقة بيده؛ لأنه لا يحل له مسها بيد متجردة، وإن كانت أمة أو ذات رحم محرم منه جاز بيده متجردة كما في حال الحياة. وكذلك لو مات الرجل يمَّمنه ذوات محارمه بيدٍ متجردةٍ؛ لأنه يحل له مسها موضع التيمم حالة الحياة فكذا بعد الوفاة، فإن كانت معهم امرأة كافرة أو مع النساء رجل كافر علم الكافر والكافرة الغسل؛ لأنه يجوز لهما غسل المسلم والمسلمة في حياتهما فكذا بعد وفاتهما.

ويغسل المسلم ذوات محارمه بيدٍ متجردةٍ منه ومن الكافر ويكفنه ويدفنه من غير أن يراعي فيه السنة ولا يصلي عليه لما رُوي أنه لما مات أبو طالب قال علي رضي الله عنه لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن عمك الضال قد مات، فقال صلى الله عليه وسلم: «**غسله وكفنه وواره ولا تحدث شيئًا حتى تلقاني**»[1]؛ أي: لا تصلِّ عليه، ويكره أن يدفن الكافرُ المسلمَ؛ لأنه ينزل على الكافر اللعنة والسخط.

(**المنتقى**): قال أبو يوسف: رجل مات فلم يجدوا أصحابه ماء فيمَّموه وصلوا عليه، ثم وجدوا ماءً يغسلوه ويصلون عليه ثانية؛ لأنه انتقض تيميمهم له بوجود الماء كما في حالة الحياة.

وقال أبو يوسف: إذا وجد الغريق في الماء فذلك غسله ويغسل مرَّتين لإقامة السنة.

وفي الفتاوى: ميت وجد في الماء لا بد من غسله؛ لأن الخطاب بالغسل يوجه على بني آدم ولم يوجد منه فعل إلا أن يحركه في الماء بنية الغسل وقت الإخراج.

ولو أصابه المطر لا يجزئ من الغسل لانعدام فعل الغسل من الحي، وإن كان الميت ينفسخ صب عليه الماء صبًّا.

---

(١) أخرجه أحمد ١/١٠٣ (٨٠٧) قال: حدثنا إبراهيم بن أبي العباس. و«عبد الله بن أحمد» ١/١٢٩ (١٠٧٤) قال: حدثني زكريا بن يحيى، زحمويه. وحدثنا محمد بن بكار. وحدثنا إسماعيل أبو معمر، وسريج بن يونس. و«أبو يعلى» (٤٢٤) قال: حدثنا زكريا بن يحيى الواسطي.

خمستهم: (إبراهيم، وزكريا، وابن بكار، وأبو معمر، وسريج) عن الحسن بن يزيد الأصم، مولى قريش، قال: سمعت السدي إسماعيل يذكره، عن أبي عبد الرحمن السلمي، فذكره.

(**النوادر**): وإن ارتدت المنكوحة بعد موت زوجها أو قبّلت ابنه أو وطئت بشبهة روى الحسن عن أبي حنيفة: أنها لا تغسله، وهو الأصح؛ لأن هذه المعاني تدفع جلَّ المسِّ والنظر بعد الموت كما تدفعه قبله، ورُوي عنه: أنها تغسله، وهو قول زفر؛ لأن هذه المعاني توجب حرمة الاستمتاع والحرمة قد حصلت بالموت فلا يمنع الغسل ولو ظاهر من امرأته ثم مات قبل أن يكفِّر؛ ففيه روايتان: إحداهما: أنها لا تغسله لأنها محرمة عليه بالظهار، والأخرى: أنها تغسله، وهو الأصح؛ لأن ملك النكاح قائم.

ولو وطئ أخت امرأته بشبهة ثم مات وهي تعتد منه لم تغسله امرأته؛ لأن المحرِّم للمسِّ قائم وهو عدة أختها، فإن انقضت عدتها بعد موته غسلته لزوال سبب الحرمة وملك النكاح قائم فظهر الحل، وكذلك لو أسلم الزوج وامرأته مجوسية ثم مات قبل عرض الإسلام عليها لا تغسله لأنها محرمة عليه، فإن أسلمت تغسله اعتبارًا بحالة الحياة.

رجل مات فأقامت امرأتان كل واحدة البينة أنه تزوجها ودخل بها وهما أختان لم تغسله واحدة منهما، وإن علم الأولى منهما؛ لأن أختها تعتد منه.

ولو طلق إحدى امرأتيه ثلاثًا وقد دخل بها ثم مات قبل البيان لم تغسله واحدة منهما لجواز أن كل واحدة منهما مطلَّقة، والله أعلم.

(باب التكفين)

تحتاج إلى معرفة: صفة التكفين، ومن عليه التكفين، ومقدار الكفن، وكيفية إلباسه الميت.

أما صفته: فتكفين الميت سُنَّة؛ لما رُوي في قصة آدم صلوات الله عليه أن الملائكة قالت لولده بعدما غسلوه وكفنوه ودفنوه: هذه سنة موتاكم.

وأما من عليه: فعلى ورثته أن يكفنوه من جميع ماله قبل الدين والوصايا والمواريث؛ لأن هذا من حوائج الميت وهو سترة عورته ومواراة سوأته.

ويكفن كفن مثله وهو ما هو مثل ثيابه في الحياة لخروج العيدين.

وإن لم يكن له مال فكفنه على من تجب عليه نفقته في حال حياته؛ لأن هذا كسوته بعد مماته والسبب الموجب قائم وهو القرابة فتوجب الكسوة على قريبه صلة كما في حال حياته إلا المرأة لا يجب كفنها على زوجها عند محمد رحمه الله؛ لأن الوجوب بالزوجية وقد انقطعت بالموت. وعند أبي يوسف: يجب عليه وعليه الفتوى؛ لأنه لو لم يجب عليه لوجب على الأجانب وهو بيت المال فكان هو أولى بإيجاب الكسوة عليه حال حياتها فكذا بعد مماتها، ولا يجب كفنه عليها؛ لأنها لم تكن عليها الكسوة حال حياته فكذا بعد وفاته ومن لم يكن له مال ولا من ينفق عليه فكفنه في بيت المال؛ لأنه أعد لحوائج المسلمين ونوائبهم، وإذا نبش وسرق كفنه، فإن كان الميت طريًّا لم يتمزق يكفن ثانيا كما كفن في أول مرة من رأس المال إن لم يقسم. وإن قسم الميراث فالقاضي يخبر الورثة على أن يكفنوه من الميراث؛ لأن الكفن مقدم على الميراث فتنتقص القسمة في قدره، وإن كان عليه دين ولم يقضوه بعد كفنوه ثانيا قبل الدين، وإن قضوا غرماءه لا يسترد منهم شيء؛ لأنه زال ملك الميت بخلاف الميراث؛ لأن ملك الوارث غير ملك المورث حكما؛ لأن الوارث يقوم مقامه في الملك ولا كذلك الغرماء، وإن تفسخ وتمزق يلف في ثوب واحد ويدفن، ولو وجد بعض الميت أو عظمه يلف في خرقة ويدفن تكريمًا له.

وأما مقدار الكفن: فأكثر ما يكفَّنُ به الرجل: ثلاثة أثواب: إزار ورداء وقميص. وأدنى ما يكفن: ثوبان رداء وإزار. وقال الشافعي: لا قميص فيها، إنما الكفن ثلاث لفائف.والصحيح قولنا؛ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم: كُفن في ثلاثة أثواب منها قميصه**»[1]، ولأن اللبس مشروع لستر

(١) أخرجه «البخاري» ٩٥/٢ (١٢٦٤) قال: حدثنا محمد بن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله. وفي ٩٧/٢ (١٢٧١) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٢٧٢) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى. وفي (١٢٧٣) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك. و«مسلم» ٤٩/٣ (٢١٣٧) قال: وحدثناه أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث، وابن عيينة، وابن إدريس، وعبدة، ووكيع (ح) وحدثناه يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا عبد العزيز بن محمد. =

العورة عن الناس؛ لأنه لا بد للميت من إخراجه إلى الناس للصلاة وللدفن ولبس المخيط أستر للعورة فيكون أولى لكن لا يجعل له دِخْرِيْص[1] لأنه إنما يفعل ليتسع أسفله للمشي، ولا جيب لأنه خزانة الحي.

وأكثر ما تكفن به المرأة خمسة أثواب: إزار ورداء ودرع وخمار وخرقة تربط فوق الكفن عند الصدر فوق الثديين؛ هكذا فعل برقية بنت النبي صلى الله عليه وسلم ولأن مبنى حالها على الستر فيزاد في كفنها ليكون أستر لها.

وأدنى ذلك: ثلاثة أثواب إزار ورداء وخمار.

والصبي والصبية المراهقين بمنزلة البالغ، وإن كان لم يراهق يكفن في خرقتين إزار ورداء، وإن كفن في واحد أجزأه؛ لأن بدنه ليس بعورة وليس له حرمة كاملة.

والسقط يلف في خرقة وكذا المولود ميتا؛ لأن حرمته غير متكاملة. وفي حالة الضرورة يكفن فيما يوجد.

=

و«ابن ماجه» (١٤٦٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث. و«أبو داود» (٣١٥١) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي (٣١٥٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حفص. و«الترمذي» (٩٩٦) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث. و«النسائي» ٣٥/٤، وفي «الكبرى» (٢٠٣٦) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. وفي ٣٥/٤، وفي «الكبرى» (٢٠٣٧ و٧٠٧٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حفص. و«ابن حبان» (٣٠٣٧) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

جميعهم (مالك بن أنس، وسفيان الثوري، وحفص بن غياث، وعبد الله بن إدريس، ويحيى بن سعيد، ووكيع بن الجراح، والنضر بن شميل، وعبد الله بن المبارك، وسفيان بن عيينة، وعبدة بن سليمان، وعبد العزيز بن محمد) عن هشام بن عروة، عن عروة بن الزبير، فذكره.

(١) دِخْرِيْصُ القميص: ما يزادُ في عَرْضِه، وهو التَّريزة، والجمعُ: دخَارِيص، وهو التّرايزُ.

الدخريص: بكسر الدال، وأيضا: دخرص ودخرصة، الجمع: دخاريص معرب وقيل عربي، الثوب.

الشق في أسفل الثوب ليساعد لابسه على المشي.

وما جاز لبسه في الحياة يكفن فيه وما لا فلا، ولا بأس بأن تكفن المرأة في الحرير والأفضل أن يكون الكفن أبيضا لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إن الله تعالى خلق الجنة بيضاء، فإن أحب الثياب إلى الله تعالى البيض فليلبسها أحياؤكم وكفنوا فيها موتاكم**»[١].

والجديد والخلق فيه سواء لقول أبي بكر رضي الله عنه: «**كفنوني في ثوبي هذين فإنهما للمهل والصديد والحي أحوج إلى الجديد**». ويجمر كفنه وترًا لقوله عليه السلام: «**إِذَا أَجْمَرْتُم الْمَيِّتَ، فَأَجْمِرُوهُ وترًا**»[٢].

وأما كيفية إلباس الميت: فهو أن يبسط اللفافة وهي الرِّدا طولا يستر من القرن إلى القدم، ثم يقمص الميت فيوضع عليه، ثم يوضع الحنوط في رأسه ولحيته وسائر جسده ويوضع الكافور على مساجده يعني جبهته وأنفه ويديه وركبتيه وقدميه؛ لأنها مواضع السجود، فتحصن بزيادة الكرامة لشرفها. ولا بأس بسائر الطيب في الحنوط غير الزعفران والورس؛ لأنه يستعمل في الأغذية أو يستعمل للزينة لا للتطيب عادة فلا يسن التطيب بهما بعد الوفاة وتحشى منافذه إذا خشي خروج شيء منها، ثم يعطف الإزار على الميت من شقه الأيسر على رأسه وسائر جسده ثم يعطف من قبل شقه الأيمن كذلك، فإن خيف انتشار الكفن يعقد بشيء ليحمل وتحل العقدة في القبر، وكذلك في حق المرأة تبسط اللفافة ثم الإزار وتلبَّس الدرع والخمار فوق الدرع والإزار واللفافة فوق الخمار[٣].

وتربط الخرقة فوق الأكفان عند الصدر فوق الثديين. ويسدل شعرها بين ثدييها من الجانبين فوق الذراع تحت الإزار؛ لأن السدل وراء الظهر من الزينة والحالة ليست بحالة الزينة ثم يعطف الإزار واللفافة على ما ذكرنا.

---

(١) أخرجه الطبراني (١٠٩/١١، رقم ١١٢٠١) وقال الهيثمي (٦٦/٤): فيه حمزة النصيبي، وهو متروك. وأخرجه ابن عدي (٣٧٧/٢، ترجمة ٥٠٢ حمزة بن أبي حمزة النصيبي).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٦٥/٣ (١١٢٣٢). وأحمد ٣٣١/٣ (١٤٥٩٤). وأبو يعلى (٢٣٠٠) قال: حدثنا ابن نمير. و«ابن حبان» (٣٠٣١) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير. ثلاثتهم: (أبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، وابن نمير) قالوا: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا قطبة بن عبد العزيز، عن سليمان الأعمش، عن أبي سفيان، فذكره.

(٣) انظر: ابن عابدين ١٦٢/٢، والدسوقي ٤١٨/١، والمجموع ٢٠٩/٥، والمغني ٣٣٢/٢.

(باب حمل الجنازة)

ثم تحمل على سرير ولا تتبع بنار يعني الإجمار؛ لنهي الصحابة رضي الله عنهم ولأنه صنع أهل الجاهلية وقد نهينا عن التشبه بهم حالة الحياة فكذا بعد الوفاة.

وتحمل الجنازة من جوانبها الأربعة يؤخذ الأيمن المقدم ثم الأيمن المؤخر ثم الأيسر المقدم ثم الأيسر المؤخر.

وقال الشافعي رحمه الله: السنة أن يحملها اثنان على الكتفين كل واحد منهما يدخل بين عمودي الجنازة وهذا مكروه، عندنا: نص عليه في "المجرد"؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: إن من السنة أن تحمل الجنازة من جوانبها الأربعة، ولأن فيه تخفيف للحاملين وصيانة للميت عن السقوط والانقلاب. وتعجيل وإسراع بالجنازة؛ لأنه مندوب إليه ولا يمكن الإسراع بها متى حملها اثنان.

ويسرع بالجنازة لقوله عليه السلام: «**أسرعوا بجنائزكم، فإن كان خيرًا قدمتموه، وإن كان شرًّا وضعتموه عن أعناقكم**»[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٠٨ (١٣١٥) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٣/٥٠ (٢١٤٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، جميعا عن ابن عيينة، قال أبو بكر: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٢١٤٣) قال: وحدثني محمد بن رافع، وعبد بن حميد، جميعا عن عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر (ح) وحدثنا يحيى بن حبيب، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة. و«ابن ماجه» (١٤٧٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وهشام بن عمار، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣١٨١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (١٠١٥) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«النسائي» ٤/٤١، وفي «الكبرى» (٢٠٤٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٣٠٤٢) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا سفيان.

ثلاثتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، ومحمد بن أبي حفصة) عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، فذكره.

والمشي خلف الجنازة أفضل. وقال الشافعي رحمه الله: قدامها أفضل.

والصحيح قولنا؛ لما روى طاووس عن أبيه أنه قال: «**ما مشى رسول الله صلى الله عليه وسلم على من مات إلا خلف الجنازة**»، ولأن المشي خلفها أقرب إلى الاتعاظ والاعتبار؛ لأنه ينظر إليها فيتذكر الموت فيتعظ به، وإن مشى أمامها كان واسعًا لما رُوي أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يمشيان أمام الجنازة وعلي رضي الله عنه خلفها، فقيل لعلي عليه السلام: ما بال أبي بكر وعمر رضي الله عنهما يمشيان أمام الجنازة؟ فقال: إنهما يعلمان أن المشي خلفها أفضل من المشي أمامها كفضل صلاة الجمع على صلاة الفرد، لكنهما يسهلان بالناس[1].

ويكره أن يتقدم الكل عليها لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الجنازة متبوعة وليست بتابعة، ليس معها من تقدمها**»[2] إلا أنه لا بأس إن تقدمها البعض نفيًا للزحام.

وفي نوادر المعلَّى قال أبو يوسف رحمه الله: رأينا أبا حنيفة رحمه الله يتقدم الجنازة وهو راكب ثم قعد حتى تأتيه. وإن كان الكل خلفها لا بأس.

ويكره الجلوس عند القبر قبل وضع الجنازة لنهيه عليه السلام عنه، ولا يكره بعده.

---

(١) أخرجه البيهقي (٤/٢٥، رقم ٦٦٥٩).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٦٢٦٥) عن ابن عيينة. و«أحمد» ١/٣٧٨ (٣٥٨٥) قال: حدثنا سفيان، قال: وليس منها من يقدمها، وقرئ على سفيان. وفي ١/٣٩٤ (٣٧٣٤) قال: حدثنا أبو كامل، قال: حدثنا زهير. وفي ١/٤١٥ (٣٩٣٩) قال: حدثنا موسى بن داود، قال: أخبرنا زهير. وفي ١/٤١٩ (٣٩٧٨) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان. وفي ١/٤٣٢ (٤١١٠) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا حسن. و«ابن ماجه» (١٤٨٤) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: أخبرنا عبد الواحد بن زياد. و«أبو داود» (٣١٨٤) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو عوانة. و«الترمذي» (١٠١١) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وهب بن جرير، عن شعبة. و«أبو يعلى» (٥٠٣٨) قال: حدثنا نعيم بن هيصم، قال: حدثنا خالد، يعني الواسطي. وفي (٥١٥٤) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير. وفي (٥٤٠٤) قال: حدثنا عبد الواحد بن غياث، قال: حدثنا أبو عوانة. تسعتهم: (سفيان بن عيينة، وزهير بن معاوية، وسفيان الثوري، وحسن بن صالح، وعبد الواحد، وأبو عوانة الوضاح، وشعبة، وخالد الواسطي، وجرير بن عبد الحميد) عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر، عن أبي ماجد الحنفي، فذكره.

ويكره النوح والصياح في الجنازة[١] ومنزل الميت لقوله صلى الله عليه وسلم: «**النياحة من عمل الجاهلية**»[٢]، وإن كان مع الجنازة نائحة زجرت، فإن لم تنزجر فلا بأس بأن تمشي معها ويطيل الصمت إذا تبع الجنازة ويكره رفع الصوت بالذكر مخالفة لأهل الكتاب[٣].

ويكره أن يحمل جنازة الصبي على الدابة؛ لأنه تشبه بحمل الأنفال وإنه إهانة به وفي حمله على الأيدي إكرام الميت.

ولا بأس بأن يحمله إنسان على يديه وهو راكب.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: لا بأس بأن يحمل الصغير في سقط يتداولونه على أيديهم؛ لأن معنى الكرامة حاصل.

ويكره لمشيعي الجنازة أن يقعدوا قبل وضع الجنازة لأنها متبوعة وهم أتباع والتبع لا يقعد قبل قعود الأصل تعظيما له، والأفضل أن لا يجلسوا ما لم يُسَوّوا عليه التراب لما رُوي أنه صلى الله عليه وسلم كان لا يقوم حتى يسوى عليه التراب، ولأن في القيام إظهار العناية بأمر الميت فيستحب، والله أعلم.

(باب وضع الجنائز إذا اجتمعت)

ولو اجتمعت جنائز رجل وصبي وخنثى وامرأة وصبية، وضع الرجل بين يدي الإمام والصبي وراءه، ثم الخنثى، ثم المرأة، ثم الصبية؛ لأن حال الحياة في الجماعة يقفون كذلك فبعد الوفاة يوضعون هكذا.

---

(١) انظر: عون المعبود ٣٩٩/٨، وحاشية ابن عابدين ٣٤/٥، والمنهل العذب المورود ٢٨٠/٨.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٦٦٨٦). و«أحمد» (٢٣٣٦٨) قال: حدثنا عبد الرزاق. وابن ماجه (١٥٨١) قال: حدثنا العباس بن عبد العظيم العنبري، ومحمد بن يحيى، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن ابن معانق، أو أبي معانق، فذكره.

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٩٦/١، وحاشية ابن عابدين ٥٩٨/١، وحاشية الدسوقي ٤٢٢/١، والقليوبي وعميرة ٣٤١/١، ٣٤٢، وكشاف القناع ١٤٣/٢.

وإن كان حرًّا ومملوكًا فكيف ما وضعت أجزأه كما في الوقوف بالجماعة ولكن الأفضل أن يجعل الحر مما يلي الإمام والعبد خلفه إظهارا لفضيلته.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يضع أفضلهما مما يلي الإمام وأسنهما، فإن شاء جعل صفًّا واحدًا طولًا كما في حالة الحياة فإنهم يصطفون حالة الصلاة طولا فكذا بعد الوفاة، فإن وضع واحد خلف الآخر، فإن جعل رأس الآخر أسفل من رأس الأول فحسن؛ لأن النبي عليه السلام وصاحبيه رضي الله عنهما دفنوا على هذه الصفة فيوضع للصلاة كذلك تعظيما للأفضل.

وإن وضع رأس كل واحد منهم بحذاء رأس صاحبيه فحسن ليصير الإمام قائمًا بحذاء الكل، فإنه ليس البعض بأن يقوم بحذائه بأولى من البعض. والسنة أن يقوم الإمام بحذاء الميت.

وإن اجتمعت الجنائز فالإمام بالخيار إن شاء صلى عليها دفعة واحدة، وإن شاء صلى على كل جنازة على حدة لما رُوي «**أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على كل عشرة من شهداء أحد صلاة واحدة**»، ولأن صلاة الجنازة دعاء للميت واستغفار له وشفاعة له، وهذا يحصل للكل بصلاة واحدة؛ لأن المصلي يعمُّ الكل في الدعاء والشفاعة.

(باب مَنْ يُصلى عليه ومَنْ لا يُصلى عليه)

ويُصلى على كل مسلم مات بعد الولادة إلا البغاة ونحوهم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**صلُّوا على كلِّ برٍّ وفاجر**»[1].

ولا يُصلى على مَنْ وُلِدَ ميت؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إذا استهلَّ المولود صُلِّي عليه، ومتى لم يستهل لم يصلَّ عليه**»[2].

---

(١) أخرجه البيهقي (١٩/٤، رقم ٦٦٢٣). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (٥٧/٢) وقال: مكحول لم يسمع من أبي هريرة ومن دونه ثقات.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٥٠٨ و٢٧٥٠) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا الربيع بن بدر. و«الترمذي» (١٠٣٢) قال: حدثنا أبو عمار، الحسين بن حريث، قال: حدثنا محمد بن يزيد الواسطي، عن إسماعيل بن مسلم المكي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٦٣٢٤) قال: أخبرنا يحيى بن موسى البلخي، قال: حدثنا شبابة بن سوار، قال: حدثنا المغيرة بن مسلم. =

ولأن الصلاة إنما شرعت على الميت وشرط الموت تقدم الحياة، وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا خرج بعض الولد يتحرك ثم مات، فإن كان خرج أكثره صُلِّي عليه، وإن كان أقله لم يصلَّ عليه. وإذا وجد الأكثر من الإنسان يغسل ويصلى عليه؛ لأن للأكثر حكم الكل، وإن وجد النصف أو أقل لا يغسل ولا يصلى عليه. وعند الشافعي رضي الله عنه: يغسل ويصلى على كل جزء منه قل أو كثر.

والصحيح قولنا؛ لقول ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهما: أنه لا يصلي على عضو، ولأن صلاة الجنازة ما عرف قربة بدون الميت، والميت اسم يجمع البدن فمتى وجد أكثر البدن يترجح جانب الموجود على المعدوم ويسقط اعتبار العدم[1]. ومتى وجد الأقل يترجح العدم على الموجود فكأنه لم يوجد.

والبغاة وقطاع الطريق والمكابرون في المصر بالسلاح ومن يقتل الناس خنقًا حتى يأخذ أموالهم لا يغسلوا ولا يصلى عليهم خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا؛ لحديث علي رضي الله عنه أنه لما قاتل أهل نهر النهروان لم يغسلهم ولم يصل عليهم، فقيل له: أكفارٌ هم؟ فقال: لا، ولكن إخواننا بغوا علينا[2]، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون إجماعًا.

وقطاع الطريق والمكابرون بمعنى البغاة فالتحق بهم، ولأنهم يسعون في الأرض بالفساد ونص القرآن شاهد عليهم بالخزي والتنكيل لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي ٱلدُّنْيَا﴾ [المائدة: ٣٣] وحلول الخزي والتنكيل بهم ينافي الدعاء لهم والمرحمة عليهم.

=

و«ابن حبان» (٦٠٣٢) قال: أخبرنا عمران بن موسى بن مجاشع، قال: حدثنا محمد بن أحمد بن أبي خلف القطيعي، قال: حدثنا إسحاق الأزرق، قال: حدثنا سفيان الثوري. أربعتهم: (الربيع، وإسماعيل، والمغيرة، وسفيان) عن أبي الزبير، فذكره.

(١) انظر: كشاف القناع ٤٧٣/١، والبدائع ١٥٧/١، ١٥٨، والفتاوى الهندية ١٨٣/١، والمغني لابن قدامة ١٨٥/٢، ونهاية المحتاج ١٧٤/٢، وجواهر الإكليل ٨٣/١، وابن عابدين ٣٧٦/١، ٣٧٨، والاختيار ٥/١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٥٣٥/٧، رقم ٣٧٧٦٣)، والبيهقي (١٧٣/٨، رقم ١٦٤٩٠).

وذكر في النوادر والنوازل: أهل البغي إن قتلوا في الحرب لا يصلَّ عليهم، وإن قتلوا بعدما وضعت الحرب أوزارها صُلِّيَ عليهم، لأنهم تركوا البغي، وكذا قطاع الطريق إن قتلوا في حربهم لا يصلى عليهم، وإن أخذهم الإمام وقتلهم صلى عليهم لأنهم تركوا القطع وندموا على ما فعلوا ومشايخنا جعلوا حكم المقتولين بالعصبة حكم أهل البغي على هذا التفضيل.

وذكر في (**المنتقى**): ومن قُتِلَ مظلومًا صلي عليه ولم يغسل، ومن قُتِلَ ظالمًا يغسل ولا يصلى عليه؛ لأنه ساع بالفساد. ومن قتل نفسه بحديدة؛ قيل: يصلى عليه؛ وقيل: لا يصلى عليه؛ لأنه باغ على نفسه، ولا يصلى على الباغي.

(باب كيفية صلاة الجنازة)

ويقوم الإمام بحذاء صدره من الرجل والمرأة؛ لأن الصدر أشرف المواضع؛ لأنه محل الإيمان ومعدن العلم والحكمة ولا بد من أن يحاذي إلى جزء من الميت فكان القيام بمحاذاة الصدر أولى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يقوم من الرجل بحذاء صدره ومن المرأة بحذاء وسطها؛ لأن أنسًا رضي الله عنه هكذا فعل، ولكن هذا يحتمل أن جنازتها لم تكن منعُوشة فأراد أن يحول بينها وبين الرجال.

ويكبر أربع تكبيرات لقوله صلى الله عليه وسلم في تكبيرات صلاة العيد: «**لا تسهو أربع كأربع الجنائز**».

ويرفع يديه في الأولى ويثني فيها، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يكبر في الأولى ويقول: سبحانك اللهم وبحمدك... إلى آخره، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في الثانية، ويستغفر للميت في الثالثة ولأموات المسلمين إلا إذا كان الميت صبيًّا أو مجنونًا فيقول: اللهم اجعله لنا فَرطًا، اللهم اجعله لنا ذُخرًا، اللهم اجعله لنا شافعًا مُشَفَّعًا[1]، ولا يستغفر؛ لأنه لا ذنب له، ثم يكبر الرابعة ولا

(١) أخرجه البيهقي (٤/٩ - ١٠ ط. دار المعرفة) موقوفا على أبي هريرة.

يدعو بشيء ويسلم تسليمتين ويخافت في الكل إلا في التكبير هكذا فعل السلف والخلف.

ولا يقرأ القرآن. وقال الشافعي رحمه الله: يقرأ الفاتحة.

والصحيح قولنا؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: لم يؤقّتْ لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلاة الجنازة دعاء ولا قراءة.

كبر كلما كبر الإمام واختر من أطيب الكلام ما شئت ولأنها ليست صلاة حقيقة ولكنها شرعت دعاء واستغفارًا للميت كما بينا.

ولو قرأ الفاتحة فيها بنية الدعاء فلا بأس به وإن قرأها بنية القراءة لا يجوز لأنها محل الدعاء دون القراءة.

ولو كبر الإمام على جنازة ثم جيء بأخرى أتم على الأولى واستقبل على الأخرى؛ لأنه لو اقتصر على بقية التكبيرات عليهما يكون مكبرا على الأخرى ثلاثا وأنه لا يجوز ولو زاد على الأربع لا يجوز؛ لأن الزيادة على الأربع لا يتأدى بتحريمة واحدة.

ولو كبر الثانية ينوي بهما فهي على الأولى؛ لأنه غير رافض للأولى فلا يصير شارعا في الثانية مع بقائه في الأولى كمن صلى المكتوبة فكبر ينوي بها وينوي النافلة لا يخرج من المكتوبة. وإن نوى بها الثانية وحدها فهي للثانية. ذكره محمد في نوادر الصلاة، كمن كبر في صلاته بنية صلاة أخرى، فإذا فرغ أعاد الصلاة على الأولى.

ولو كبر الإمام تكبيرتين ثم جاء رجل لم يكبر حتى يكبر الإمام ثم يقضي قبل أن ترفع الجنازة عندهما.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكبر واحدة حين حضر؛ لأن السنة في حق المسبوق أن يشارك الإمام في التحريمة على أي حالة صادفه عليها اعتبارًا بسائر الصلوات.

لهما: أن كل تكبيرة بمنزلة ركعة واحدة بدليل أنه لو ترك واحدة منها لا يجوز قالت الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين: أربع كأربع الظهر؛ فلو كبر كان قاضيا ما سبقه الإمام قبل فراغ الإمام وذلك باطل، ويقضي ما فاته بلا دعاء؛ لأنه لو قضى مع

الدعاء رفع الميت فيفوته التكبير، وإذا رفع الميت قطع التكبير؛ لأن الصلاة على الميت ولا ميت فلا يتصور.

ولو جاء بعدما كبر الإمام الرابعة لم يكبر عندهما وقد فاتته الصلاة، وعند أبي يوسف رحمه الله: يكبر، فإذا سلم الإمام قضى ثلاث تكبيرات، قالوا: على قول محمد يكبر هنا أيضًا؛ لأنه لو انتظر الإمام هنا فاتته الصلاة بخلاف ما لو أدركه بعد الثالثة؛ لأنه لا تفوته الصلاة؛ لأنه لا يكبر الإمام بعدها. ولو كان واقفًا خلف الإمام ولم يكبر الأولى مع الإمام، فإنه يكبر ما لم يكبر الإمام الثانية؛ لأن الحاضر بمنزلة المدرك، ألا ترى أنه لو كبر تكبيرة الافتتاح بعد الإمام يقع أداء لا قضاء، وكذا لو كبر الإمام أربعا والرجل حاضر، فإنه يكبر ما لم يسلم الإمام ويقضي الثلاث وهذا قول أبي يوسف وعليه الفتوى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه لا يكبر بعدما كبر الإمام أربعًا وقد فاتته الصلاة، ولو كبر الإمام خمسًا فالمقتدي لا يتابعه؛ لأنه منسوخ لما رُوي أن آخر صلاة صلاها رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على امرأة من الأنصار وقد كبر عليها أربعًا؛ فصار هذا ناسخًا لما قبله، وهكذا اجتمعت الصحابة عليه.

ثم ماذا يصنع؟ فعن أبي حنيفة رحمه الله: فيه روايتان: في رواية: يسلم في الحال تحقيقا للمخالفة؛ لأن البقاء في حرمة الصلاة بعد التكبيرة الرابعة خطأ؛ لأن التحليل مشروع عقبها بلا فصل فلا يتابعه في البقاء.

وفي رواية: يمكث حتى يسلم معه، وهو الأصح؛ لأن البقاء في حرمة الصلاة ليصير متابعا فيما وجبت المتابعة وهو السلام ليس بخطأ وإنما الخطأ في المتابعة فيما زاد على الأربع ولا يصلي على جنازة إلا مرة واحدة.

وقال الشافعي رحمه الله: يعاد.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه: «**إن الصلاة على الجنازة لا تعاد**» ولأنها مشروعة لحق الميت، فإذا أقامها البعض صار حقه مقضيًا، فيكون الأداء بعده نفلا والتنفل بصلاة الجنازة غير مشروع بالإجماع، وما

روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه صلى على النجاشي بعدما صلى عليه قومه[(١)]؛ لأنه هو الولي فكان الحق له لقوله تعالى: ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ[(٢)] بِٱلْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٦] وغير الولي متى صلى على الميت كان للولي حق الإعادة.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٨٦/٢ (١٣١٧) قال: حدثنا مسدد، عن أبي عوانة، عن قتادة. وفي ٨٦/٢ (١٣٢٠) قال: حدثنا إبراهيم بن موسى، قال: أخبرنا هشام بن يوسف، أن ابن جريج أخبرهم. وفي ٥١/٥ (٣٨٧٧) قال: حدثنا أبو الربيع، قال: حدثنا ابن عيينة، عن ابن جريج. وفي (٣٨٧٨) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد، قال: حدثنا قتادة. و«مسلم» ٥٥/٣ (٢١٦٧) قال: حدثني محمد بن حاتم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج. و«النسائي» ٦٩/٤، وفي «الكبرى» (٢١٠٨) قال: أخبرنا محمد بن عبيد، عن حفص بن غياث، عن ابن جريج. وفي «الكبرى» (٨٢٤٧) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، عن ابن جريج. و«أبو يعلى» (١٧٧٣) قال: حدثنا محمد بن عبيد بن حساب، قال: حدثنا أبو عوانة، عن قتادة. وفي (٢١٨٥) قال: حدثنا محمد بن المنهال، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد، عن قتادة. كلاهما: (ابن جريج، وقتادة) عن عطاء بن أبي رباح، فذكره.

(٢) أَيْ: أَحَقّ بِهِمْ، وَأَقْرَب إِلَيْهِمْ.

وَقِيلَ: مَعْنَى الْأَوْلَوِيَّة: النُّصْرَة وَالتَّوْلِيَة، أَيْ: أَنَا أَتَوَلَّى أُمُورهمْ بَعْدَ وَفَاتِهِمْ، وَأَنْصُرُهُمْ فَوْقَ مَا كَانَ مِنْهُمْ لَوْ عَاشُوا. عون المعبود - (ج٦/ ص٤٣٢).

قال القرطبي في تفسيره (١٢١/١٤): هَذِهِ الْآيَةُ أَزَالَ اللهُ تَعَالَى بِهَا أَحْكَامًا كَانَتْ فِي صَدْرِ الْإِسْلَامِ، مِنْهَا: "أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم كان لَا يُصَلِّي عَلَى مَيِّتٍ عَلَيْهِ دَيْنٌ، فَلَمَّا فَتَحَ اللهُ عَلَيْهِ الْفُتُوحَ، قَالَ: أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، فَمَنْ تُوُفِّيَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ، وَمَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ" أَخْرَجَهُ الصَّحِيحَانِ.

وَفِيهِمَا أَيْضًا: "فَأَيُّكُمْ تَرَكَ دَيْنًا أَوْ ضَيَاعًا، فَأَنَا مَوْلَاهُ".

قَالَ ابْنُ الْعَرَبِيِّ: فَانْقَلَبَتِ الْآنَ الْحَالُ بِالذُّنُوبِ، فَإِنْ تَرَكُوا مَالًا، ضُوِيقَ الْعَصَبَةُ فِيهِ، وَإِنْ تَرَكُوا ضَيَاعًا، أُسْلِمُوا إِلَيْهِ.

فَهَذَا تَفْسِيرُ الْوَلَايَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي هَذِهِ الْآيَةِ بِتَفْسِيرِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَتَنْبِيهِهِ، (وَلَا عِطْرَ بَعْدَ عَرُوسٍ).

قَالَ ابْنُ عَطِيَّةَ: وَقَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ الْعَارِفِينَ: هُوَ أَوْلَى بِهِمْ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، لِأَنَّ أَنْفُسَهُمْ تَدْعُوهُمْ إِلَى الْهَلَاكِ، وَهُوَ يَدْعُوهُمْ إِلَى النَّجَاةِ.

=

حضرت جنازة وغربت الشمس بدؤوا بالمغرب لأنها أقوى وآكد.

(النوادر) ولا ينبغي أن يرجع من تبع جنازة حتى يصلي عليه. وتكره صلاة الجنازة في المسجد خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**مَنْ صَلَّى عَلَى الجَنَازَةِ فِي الْمَسْجِدِ فَلَا شَيْءَ لَه**»[1]، ولأن تنزيه المسجد

=

قَالَ ابْنُ عَطِيَّةَ: وَيُؤَيِّدُ هَذَا قَوْلُهُ صلى الله عليه وسلم: "أَنَا آخِذٌ بِحُجَزِكُمْ عَنِ النَّارِ، وَأَنْتُمْ تَقْتَحِمُونَ فِيهَا تَقَحُّمَ الْفَرَاشِ".

قُلْتُ: هَذَا قَوْلٌ حَسَنٌ فِي مَعْنَى الْآيَةِ وَتَفْسِيرِهَا، قَالَ الْعُلَمَاءُ: الْحُجْزَةُ لِلسَّرَاوِيلِ، وَالْمَعْقِدُ لِلْإِزَارِ، فَإِذَا أَرَادَ الرَّجُلُ إِمْسَاكَ مَنْ يَخَافُ سُقُوطَهَ، أَخَذَ بِذَلِكَ الْمَوْضِعِ مِنْهُ وَهَذَا مَثَلٌ لِاجْتِهَادِ نَبِيِّنَا صلى الله عليه وسلم فِي نَجَاتِنَا، وَحِرْصِهِ عَلَى تَخَلُّصِنَا مِنَ الْهَلَكَاتِ الَّتِي بَيْنَ أَيْدِينَا، فَهُوَ أَوْلَى بِنَا مِنْ أَنْفُسِنَا، وَلِجَهْلِنَا بِقَدْرِ ذَلِكَ، وَغَلَبَةِ شَهَوَاتِنَا عَلَيْنَا، وَظَفَرِ عَدُوِّنَا اللعين بنا، صِرْنَا أَحْقَرَ مِنَ الْفَرَاشِ، وَأَذَلَّ مِنَ الْفَرَاشِ، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللهِ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ!.

وَقِيلَ: "أَوْلَى بِهِمْ" أَيْ: أَنَّهُ إِذَا أَمَرَ بِشَيْءٍ، وَدَعَتِ النَّفْسُ إِلَى غَيْرِهِ، كَانَ أَمْرُ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَوْلَى.

وَقِيلَ: "أَوْلَى بِهِمْ" أَيْ: هُوَ أَوْلَى بِأَنْ يَحْكُمَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ، فَيُنَفَّذُ حُكْمُهُ فِي أَنْفُسِهِمْ، أَيْ: فِيمَا يَحْكُمُونَ بِهِ لِأَنْفُسِهِمْ، مِمَّا يُخَالِفُ حُكْمَهُ.

الثَّانِيَةُ: قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ: يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَقْضِيَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ دَيْنَ الْفُقَرَاءِ اقْتِدَاءً بِالنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم فَإِنَّهُ قَدْ صَرَّحَ بِوُجُوبِ ذَلِكَ عَلَيْهِ، حَيْثُ قَالَ: "فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ". ا هـ.

(١) روى أبو داود (٣١٩١) وابن ماجه (١٥١٧) وأحمد (٩٤٣٧) والطيالسي في "مسنده" (٢٤٢٩) وعبد الرزاق في "المصنف" (٦٥٧٩) من طرق عن ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ حَدَّثَنِي صَالِحٌ مَوْلَى التَّوْأَمَةِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (مَنْ صَلَّى عَلَى جَنَازَةٍ فِي الْمَسْجِدِ فَلَا شَيْءَ لَه).

ولفظ أبي داود: (مَنْ صَلَّى عَلَى جَنَازَةٍ فِي الْمَسْجِدِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ).

والمحفوظ اللفظ الأول؛ ويدل عليه رواية الطيالسي وفيها: قَالَ صَالِحٌ: "وَأَدْرَكْتُ رِجَالًا مِمَّنْ أَدْرَكُوا النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَبَا بَكْرٍ إِذَا جَاؤوا فَلَمْ يَجِدُوا إِلَّا أَنْ يُصَلُّوا فِي الْمَسْجِدِ رَجَعُوا فَلَمْ يُصَلُّوا". راجع: "السلسلة الصحيحة" (٥/٤٦٢ - ٤٦٣).

=

=

وهذا الحديث اختلف فيه أهل العلم، وعامتهم على تضعيفه وعدم ثبوته ومخالفته لما هو أصح منه، وحجة من صححه أنه من رواية ابن أبي ذئب عن صالح مولى التوأمة، وصالح كان قد خرف واختلط، وسماع من أخذ عنه قبل الاختلاط صحيح، وكان ابن أبي ذئب ممن سمع منه قبل الاختلاط، قال ابن معين: ثقة حجة، فقيل له: إن مالكا ترك السماع منه، فقال: إن مالكا إنما أدركه بعد أن كبر وخرف، والثوري إنما أدركه بعدما خرف وسمع منه أحاديث منكرات، ولكن ابن أبي ذئب سمع منه قبل أن يخرف، وقال الجوزجاني: تغير أخيرا فحديث ابن أبي ذئب عنه مقبول لسنه وسماعه القديم، وقال ابن عدي: لا بأس به إذا روى عنه القدماء مثل ابن أبي ذئب وابن جريج وزياد بن سعد، ومن سمع منه بآخره وهو مختلط -يعني فهو ضعيف. "تهذيب التهذيب" (٤/٤٠٦).

وقال ابن القيم رحمه الله: "هَذَا الْحَدِيثُ حَسَنٌ؛ فَإِنَّهُ مِنْ رِوَايَةِ ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ عَنْهُ، وَسَمَاعُهُ مِنْهُ قَدِيمٌ قَبْلَ اخْتِلَاطِهِ، فَلَا يَكُونُ اخْتِلَاطُهُ مُوجِبًا لِرَدِّ مَا حَدَّثَ بِهِ قَبْلَ الِاخْتِلَاطِ" انتهى من "زاد المعاد" (١/٤٨٢).

وحجة من ضعفه أن ابن أبي ذئب وإن كان من قدماء أصحابه، إلا أنه روي عنه أيضا منكرات. قال الإمام أحمد: سمع ابن أبي ذئب من صالح أخيرا، وروى عنه منكرا. "تهذيب التهذيب" (٤/٤٠٦).

وقال البخاري: سَمَاعُ ابْنُ أَبِي ذِئْبٍ مِنْهُ أَخِيرًا، يُرْوَى عَنْهُ مَنَاكِيرَ. "معرفة السنن والآثار" للبيهقي (٥/٣٢٠).

وقال ابن حبان: "روى عَنْهُ ابن أَبِي ذِئْب وَالنَّاس، تغير فِي سنة خمس وَعشْرين وَمِائَة، وَجعل يَأْتِي بالأشياء التي تشبه الموضوعات عَن الْأَئِمَّة الثِّقَات، فاختلط حَدِيثه الْأَخير بحَديثه الْقَدِيم وَلَمْ يتَمَيَّز، فَاسْتحقَّ التّرْك... وقال ابن معين: صَالِحٌ مَوْلَى التَّوْأَمَةِ قَدْ كَانَ خَرِفَ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ فَمَنْ سَمِعَ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَخْتَلِطَ فَهُوَ ثَبْتٌ، قَالَ ابن حبان: هَذَا الَّذِي قَالَه أَبُو زَكَرِيَّا رَحْمَة اللَّه عَلَيْهِ هُوَ كَذَلِكَ لَو تميز حَدِيثه الْقَدِيم من حَدِيثه الْأَخير، فَأَما عِنْدَ عدم التَّمْيِيز لِذَلِكَ، واختلاط الْبَعْض بِالْبَعْضِ، يرْتَفع بِهِ عَدَالَة الإِنْسَان حَتَّى يصير غَيْر مُحْتَج بِهِ وَلَا مُعْتَبر بِمَا يرويهِ". "المجروحين" (١/٣٦٦).

وقد روى مسلم (٩٧٣) أَنَّ عَائِشَةَ رضي الله عنها: "أَمَرَتْ أَنْ يَمُرَّ بِجَنَازَةِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ فِي الْمَسْجِدِ، فَتُصَلِّيَ عَلَيْهِ فَأَنْكَرَ النَّاسُ ذَلِكَ عَلَيْهَا، فَقَالَتْ: مَا أَسْرَعَ مَا نَسِيَ النَّاسُ! مَا صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى سُهَيْلِ بْنِ الْبَيْضَاءِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ".

قال النووي رحمه الله: "فِي هَذَا الْحَدِيث دَلِيل لِلشَّافِعِيِّ وَالْأَكْثَرِينَ فِي جَوَاز الصَّلَاة عَلَى الْمَيِّت فِي الْمَسْجِد، وَمِمَّنْ قَالَ بِهِ أَحْمَد وَإِسْحَاق، وَقَالَ ابْن أَبِي ذِئْب وَأَبُو حَنِيفَة وَمَالِك

=

=

عَلَى الْمَشْهُور عَنْهُ: لَا تَصِحّ الصَّلَاة عَلَيْهِ فِي الْمَسْجِد بِحَدِيثِ فِي سُنَن أَبِي دَاوُدَ (مَنْ صَلَّى عَلَى جِنَازَة فِي الْمَسْجِد فَلَا شَيْء لَهُ) وَدَلِيل الشَّافِعِيّ وَالْجُمْهُور حَدِيث سُهَيْل بْن بَيْضَاء، وَأَجَابُوا عَنْ حَدِيث سُنَن أَبِي دَاوُدَ بِأَجْوِبَةٍ:

أَحَدهَا: أَنَّهُ ضَعِيف لَا يَصِحّ الِاحْتِجَاج بِهِ، قَالَ أَحْمَد بْن حَنْبَل: هَذَا حَدِيث ضَعِيف تَفَرَّدَ بِهِ صَالِح مَوْلَى التَّوْأَمَة، وَهُوَ ضَعِيف.

وَالثَّانِي: أَنَّ الَّذِي فِي النُّسَخ الْمَشْهُورَة الْمُحَقَّقَة الْمَسْمُوعَة مِنْ سُنَن أَبِي دَاوُدَ "وَمَنْ صَلَّى عَلَى جِنَازَة فِي الْمَسْجِد فَلَا شَيْء عَلَيْهِ" وَلَا حُجَّة لَهُمْ حِينَئِذٍ فِيهِ.

الثَّالِث: أَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْحَدِيث وَثَبَتَ أَنَّهُ قَالَ: "فَلَا شَيْء له" لَوَجَبَ تَأْوِيله عَلَى "فَلَا شَيْء عَلَيْهِ" لِيَجْمَع بَيْن الرِّوَايَتَيْنِ وَبَيْن هَذَا الْحَدِيث وَحَدِيث سُهَيْل بْن بَيْضَاء، وَقَدْ جَاءَ (لَهُ) بِمَعْنَى (عَلَيْهِ)، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا.

الرَّابِع: أَنَّهُ مَحْمُول عَلَى نَقْص الْأَجْر فِي حَقّ مَنْ صَلَّى فِي الْمَسْجِد وَرَجَعَ وَلَمْ يُشَيِّعهَا إِلَى الْمَقْبَرَة لِمَا فَاتَهُ مِنْ تَشْيِيعه إِلَى الْمَقْبَرَة وَحُضُور دَفْنه. وَاللَّهُ أَعْلَمُ. انتهى من "شرح مسلم" (٤٠/٧).

وقال الخطابي رحمه الله معالم السنن (٣١٢/١): "صالح مولى التوأمة ضعفوه وكان قد نسي حديثه في آخر عمره، وقد ثبت أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما صُلي عليهما في المسجد، ومعلوم أن عامة المهاجرين والأنصار شهدوا الصلاة عليهما، ففي تركهم إنكاره دليل على جوازه" انتهى.

وكان ممن ضعفه من العلماء: الإمام أحمد - كما في مسائل ابنه عبد الله (ص١٤٢) - وابن المنذر في "الأوسط" (٤١٦/٥)، والخطابي في "معالم السنن" (٣١٢/١) والبيهقي كما في "سننه" (٨٦/٤) وابن حزم في "المحلى" (٣٩١/٣)، وابن الجوزي في "العلل المتناهية" (٤١٤/١)، وإسماعيل بن إسحاق - كما في "شرح صحيح البخاري" لابن بطال (٣١١/٣) -، وقال ابن حبان في "المجروحين" (٣٦٦/١): "هَذَا خَبَرٌ بَاطِلٌ".

وممن حسنه: ابن القيم في "زاد المعاد" (٤٨٢/١) وصححه الألباني في "الصحيحة" (٢٣٥١) ثم تراجع عن تصحيحه وضعفه في "الثمر المستطاب" (ص: ٧٦٨) حيث قال بعد أن حكى كلام ابن القيم المتقدم في الاحتجاج برواية ابن أبي ذئب خاصة عن صالح:

"وهذا هو الحق لو أن ابن أبي ذئب لم يسمع منه بعد ذلك؛ وليس كذلك؛ فقد قال الترمذي عن البخاري عن أحمد بن حنبل قال: سمع ابن أبي ذئب من صالح أخيرا، وروى عنه منكرا، حكاه ابن القطان عن الترمذي هكذا.

=

واجب، للتعظيم، وفي إدخال الميت احتمال وقوع النجاسة فيه؛ فيكره كما يكره إدخال الصبي والمجنون؛ لأنه لا يؤمن من تلويث المسجد فكذا هذا.

ولو وضعت الجنازة خارج المسجد وقام الإمام خارج المسجد ومعه صف والباقي في المسجد اختلفوا فيه:

قيل: لا يكره الصلاة عليه، وهكذا رُوي عن أبي يوسف في النوادر؛ لأنه ليس فيه احتمال تلويث المسجد.

وقيل: يكره؛ لأن المسجد أعد لأداء المكتوبات فلا يقام فيه غيرها قصدًا إلا بعذر، وهذا تأويل حديث عمر رضي الله عنه أنه صُلِّيَ عليه في المسجد؛ قيل: إنّما صُلِّي عليه في المسجد لأنه كان بعذر وهو خوف الفتنة والصد عن الدفن عند النبي صلى الله عليه وسلم.

واختلفوا في الموضع الذي أعدَّ لصلاة الجنازة هل له حكم المسجد؟ والصحيح أنه ليس بمسجد؛ لأنه ما أعد للصلاة حقيقة؛ لأن صلاة الجنازة ليست بصلاة حقيقة، ولهذا يجوز إدخال الميت فيه وحاجة الناس ماسَّة إلى أنه لم يكن مسجدا توسعةً للأمر عليهم واختلفوا في مصلى العيد أنه هل هو مسجد، والصحيح أنه مسجد في حق جواز الاقتداء وإن انفصل الصفوف؛ لأنه أعد للصلاة حقيقة، والله أعلم.

(باب من أحق بالصلاة على الميت)

ذكر في الأصل: إمام الحي أحق بالصلاة، فإن لم يكن فالولي.

=

قلت: وفي هذا بيان لسبب تضعيف أحمد للحديث، وهو أنه روى ابن أبي ذئب عنه بعد الاختلاط أيضا، ولعله عمدة ابن حبان في قوله في كتاب الضعفاء: "اختلط بآخره ولم يتميز حديث حديثه من قديمه فاستحق الترك"، ثم ذكر له هذا الحديث وقال:

إنه باطل، وكيف يقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد صلى على سهيل بن بيضاء في المسجد؟

فتبين بهذا علة الحديث وأنه ضعيف، فلا يقاوم حديث عائشة الصحيح.

فالحق: أن إدخال الجنازة إلى المسجد والصلاة فيه جائز بدون كراهة، لكن لم يكن ذلك من عادته عليه الصلاة والسلام، بل الغالب عليه الصلاة عليها خارج المسجد فهو أولى" انتهى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن الإمام الأعظم أو السلطان أحق بالصلاة عليه إن حضر، فإن لم يحضر فأمير المصر أو القاضي، فإن لم يحضر فإمام الحي، وإنما ذكر في الأصل إمام الحي دون السلطان؛ لأن السلطان لا يوجد في كل موضع أو لا يحضر الجنازة عادة ومتى حضر الإمام فتقديمه واجب.

وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: الولي أولى بكل حال وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] ولأنه إقامة حق الميت فيكون القريب مقدما على السلطان في الإقامة كما في الغسل والتكفين.

والصحيح قولنا؛ لما روي أن الحسن بن علي رضي الله عنهما لما مات قدَّم الحسينُ رضي الله عنه سعيد بن العاص أمير المدينة ليصلِّي عليه وقال: لولا السُّنَّة لما قدمتك، ولأنه إمام الأئمة بالتراضي والبيعة.

وصلاة الجنازة تؤدى بالجماعة فكان هذا أمرا يتصل بالعامة، وما اتصل بالعامة فالسلطان أحق بالإمامة والآية وردت في المواريث، فإن لم يحضر الإمام الأعظم فإمام الحي أولى؛ لأن الميت كان راضيًا بإمامته حال حياته فكذا بعد وفاته؛ لأن الصلاة شرعت لقضاء حق الميت فمن رضي الميت بإمامته كان راضيًا بالصلاة عليه، ولهذا لو أوصى الميت بأن يصلي عليه فلان؛ فالوصية جائزة ويؤمر فلان بالصلاة عليه، ذكره في نوادر ابن رستم.

وذكر في (**المنتقى**): أن الوصية باطلة.

فإن لم يكن فالأب أولى ثم الابن ثم الأقرب فالأقرب.

وقيل: عند أبي حنيفة الابن أحق من الأب كما في ولاية التزويج لكن كره له أن يتقدم على أباه احترامًا له.

والأصح: أن الأب أحق عند الكل؛ لأن للأب فضيلة على الابن، والفضيلة تعتبر ترجيحًا في استحقاق الإمامة اعتبارًا بسائر الصلوات بخلاف ولاية التزويج، فإن تساووا في القرابة فأكبرهم سنا وليس للأسن أن يقدِّم غيرهما إلا بإذن الآخر؛ لأن الولاية لهما وإنما قدم الأسن لسنِّه وللأقرب أن يقدِّم من شاء؛ لأن الولاية له

خاصة وسائر القرابات أولى من الزوج؛ لأن الزوجية قد انقطعت بالموت فصار بمنزلة الأجانب.

ولو تركت أبا وزوجا وابنا من هذا الزوج لم يكن للابن أن يقدم أباه إلا برضى الجد؛ لأن له ولاية أيضًا ومولى الموالاة أحق من الأجنبي، وإن مات العبد وله أب وابن حُرَّان فالمولى أحق بالصلاة منهما؛ لأنه مات على حكم ملكه، وكذلك المكاتب يموت من غير وفاء.

ولو حضر جنازة الأمة الزوج وابن المولى والمولى حاضر في المصر لم يحضرها فابن المولى أولى.

وإن تشاجر الوليَّان فيقدم الأجنبي بغير إذنهما، فإن صلى للأولياء خلفه جاز؛ لأنه صار مأذونًا دلالة، وإن لم يصل الولي معه فله أن يعيد الصلاة عليه.

ولو قدم الأخوان من الأب والأم كل واحد منهما رجلا فالذي قدمه أكبرهما أولى.

وإن غاب الأقرب بمكان يفوت الصلاة بحضوره فالأبعد أولى؛ لأن الخارج من المصر في حق الصلاة بمنزلة الغائب غيبة منقطعة؛ لأنه لا ينتظر وصلاة الجنازة لا تؤخر.

فإن قدم الغائب غيره بكتاب كان للأبعد أن يمنعه؛ لأن الولاية تحولت إلى الأبعد.

والمريض يقدم من شاء وليس للأبعد منعه؛ لأن الولاية لم تتحول عنه فلو كان لامرأة زوج وابن منه فالولاية لابنها ويقدم أباه تعظيمًا له.

(باب ما يوجب كراهة صلاة الجنازة وفسادها)

وتكره الصلاة على الجنازة عند طلوع الشمس وزوالها وغروبها لما قدمنا.

وإن صلوا في أحد هذه الأوقات لم يعيدوا؛ لأنها فرض كفاية، وإنما تجب على الإنسان بالشروع فيه وقد وجد الشروع في الوقت المكروه فوجبت ناقصا بمنزلة عصر الوقت فيجزيه وكمن تلا آية السجدة في هذه الأوقات وسجدها لا يلزمه إعادتها.

ولو صلى على الجنازة راكبا أو قاعدا من غير عذر يجزيه قياسًا لأنها دعاء ولا يجزيه استحسانًا؛ لأن صلاة الجنازة ليست إلا القيام كما بيَّنَّا، فإذا ترك القيام لم يجزه.

ولو صلى على صبي وهو محمول على الدابة أو على أيدي الرجال لم يجز لأنه بمنزلة الإمام، بدليل أنه لا يجوز بدون الميت، ولهذا وجب تقديم الميت، والإمام متى كان على الدابة والقوم على الأرض لا يجوز لاختلاف المكان فكذا هذا.

ولو صلى الإمام من غير طهارة أعادوا؛ لأنه لا صحة لها بدون الطهارة، فإذا لم تصح صلاة الإمام لم تصح صلاة القوم.

ولو كان الإمام على طهارة والقوم على غير طهارة لا تعاد؛ لأن صلاة الإمام قد صحَّت فلو أعادوا تتكرر الصلاة وإنه لا يجوز، وبهذا تبين أنه لا تجب صلاة الجماعة. ومحاذاة الرجل المرأة في صلاة الجنازة لا يفسد صلاته لما مر.

ولو صلي على ميت قبل أن يغتسل غسل ثم صلي عليه إن كان لم يهل التراب عليه؛ لأن طهارة الميت شرط لجواز الصلاة عليه كطهارة من يصلي عليه، وكذلك لو غسلوه وبقي عضو منه، فإن كان قد لُفَّ في كفنه وبقي عضو منه لم يصبه الماء؛ ينقض الكفن ويغسل ثم يصلي.

ولو بقي إصبع أو نحوه ينقض الكفن عند محمد ويغسل؛ لأن الإصبع في حكم العضو كما في اغتسال الحي وعندهما لا ينقض الكفن؛ لأنه لا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فلعل أسرع إليه الحقوق لقلته فلا يحل نقض الكفن بالشك؛ لأنه لا يحل نقضه بخلاف العضو؛ لأنه لا يتسارع إليه الحقوق من بين سائر البدن فيتيقن أنه لم يصبه الماء فجاز نقض الكفن لعذر الغسل.

وكذلك لو وضعوه لغير القبلة أو رأسه في موضع رجليه ينزع اللبن ويسوى؛ لأن الدفن إنما يتم بإهالة التراب عليه ولم يوجد فلم يتم الدفن فكأنه بعد في أيدينا.

وإن أهالوا التراب عليه لم ينبش ولا يصلى على قبره، وعن محمد في النوادر أنه يصلى على قبره؛ لأن الطهارة إنما شرطت عند القدرة لا عند العجز وقد تحقق العجز بسبب الدفن فسقط الغسل. وجه ظاهر الرواية أن الصلاة بدون الغسل غير مشروعة ولا وجه إلى الغسل؛ لأنه يتضمن أمرًا حرامًا وهو نبش القبر مع أن الغسل

بعد النبش مشكوك فيه؛ لأنه ربما يكون على صفة لا يمكن إخراجه من القبر وغسله فيسقط الغسل والصلاة.

ولو دفن بعد الغسل ولم يصلى عليه يصلى على قبره إلى ثلاثة أيام دون ما بعده؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم «**صلَّى على قبر المسكينة**»[1]، ولأن الصلاة شرعت على بدن الميت وبدنه قائم في القبر قبل مضي هذه المدة؛ لأن الهيأة والتركيب يبقى إلى هذه المدة ظاهرًا، وإن غاب عن أعيننا لكن رؤية بدنه ليس بشرط لجواز الصلاة عليه كما قبل الدفن، وعن محمد أنه يصلى عليه ما لم يتمزق.

وإذا شك في ذلك لم يصلِّ عليه لوقوع الشك في الجواز، وإن وقع في القبر ثوب لرجل ينبش وإن أهالوا التراب؛ لأن حق العبد مقدم على حق الشرع لافتقاره واستغني للشرع.

وفي (**المنتقى**): ينبغي لمن صلى على الجنازة أن يرجع إلا بإذن أهل الجنازة.

(باب الدفن[2])

السنة هو اللحد، وقال الشافعي رحمه الله: الشق أولى.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**اللَّحْدُ لَنَا وَالشَّقُّ لِغَيْرِنَا**»[3]. ولأن اللحد أستر للميت، فإنه يقع باللحد مواراة الميت كله بالأرض والشق لا يستغنى

---

(١) انظر: ابن عابدين ٥٩٢/١، والاختيار ٩٤/١، وشرح الزرقاني ١٢٢/٢، وجواهر الإكليل ١١١/١، وأسنى المطالب ٣٢٣/١، وروضة الطالبين ١٣٠/٢، والمغني ٥٥٣/٢.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٩٩/١، والفتاوى الهندية ١٦٦/١.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٦٣٨٥) عن الثوري، عن سلم بن عبد الرحمن، عن عثمان أبي اليقظان. و«الحميدي» (٨٢٧) قال: حدثنا سفيان، عن ثابت بن أبي صفية أبي حمزة. و«ابن أبي شيبة» ٣٢٢/٣ (١١٧٤٨) قال: حدثنا شريك، عن عثمان أبي اليقظان. و«أحمد» ٣٥٧/٤ (١٩٣٧١) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن الحجاج، عن عمرو بن مرة. وفي (١٩٣٧٢) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا عبد الواحد، قال: حدثنا الحجاج بن أرطاة، قال: حدثنا عثمان البجلي. وفي ٣٥٩/٤ (١٩٣٩٠) قال: حدثنا إسحاق بن يوسف، قال: حدثنا أبو جناب. وفي (١٩٣٩١) قال: حدثنا أسود بن عامر، قال: حدثنا عبد الحميد بن =

عن بناء فوقه وأهل المدينة توارثوا الشق لضعف أراضيهم بالبقيع، وإذا وضع في اللحد قال واضعه: بسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم. وهو مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، ولا يضر وتر دخل قبره أم شفع؛ لأن المعتبر قدر ما يقع به الكفاية.

وذو الرحم المحرم أولى بإدخال المرأة القبر من غيره. وإن لم يكن لها محرم يضعها الأجانب ولا يدخل أحد من النساء القبر؛ لأنه يجوز للأجنبي مسها فوق الثوب عند الضرورة ويدخل من قبل القبلة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أدخل قبره من قبل القبلة، ولأن جانب القبلة معظم مختار للجلوس حالة الحياة باستقباله فكذا بعد وفاته يختار لإدخاله، وعند الشافعي رضي الله عنه يُسَلُّ إلى قبره وهو أن يوضع على يمين القبلة ثم يجر إلى قبره، ويحل عقد أكفانه إذا وضع في القبر.

ويجعل على القبر اللبن والقصب ويكره الآجر ورفوف الخشب؛ لأنه عليه السلام نهى أن تشبه القبور بالعمران، ولأنه وضع لإحكام البناء وهذا محل البلاء والتلف، وقال الشافعي رحمه الله: لا بأس بالآجر لما رُوي أن دانيال النبي عليه السلام وجد في تابوت من حجر.

قلنا: هذا محمول على حالة العذر؛ لأنه لم يكن موضوعا في القبر، وهذا لما رُوي أن يوسف صلى الله عليه وسلم اتخذ لنفسه تابوتًا من زجاج وأوصى أن يوضع فيه ويلقى في ركيَّةٍ أو عين ماء خوفًا من أن يُعبد، حتى أمر موسى صلوات الله عليه بنقله فدلته عليه عجوز فاستخرجه ونقله إلى حظيرة إسحاق عليه السلام.

ويسجى قبر المرأة بثوب ولا يسجى قبر الرجل؛ لأن بناء أمرها على الستر، ألا ترى أن جنازتهن خصت بوضع النعش عليها، ولهذا استحسن مشايخنا اتخاذ

=

أبي جعفر الفراء، عن ثابت. وفي ٣٦٢/٤ (١٩٤٢٥) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن أبي اليقظان، عثمان بن عمير البجلي. و«ابن ماجه» (١٥٥٥) قال: حدثنا إسماعيل بن موسى السدي، قال: حدثنا شريك، عن أبي اليقظان.

أربعتهم: (عثمان أبو اليقظان البجلي، وثابت بن أبي صفية، وعمرو بن مرة، وأبو جناب الكلبي) عن زاذان، أبي عمر، الكوفي، فذكره.

التابوت للنساء، فإنه أقرب إلى الستر وإلى التحرُّز عن مسها عند الوضع في القبر، فأما مبنى حال الرجل على الانكشاف فلا يسجى قبره بثوب كما لا ينعش على جنازته؛ لأنه ممنوع عن التشبُّه بالنساء في حياته، فلا يشبه بهن أيضًا بعد مماته إلا أن يكون هناك ضرورة من ثلج أو مطر فلا بأس به.

ويسنَّم القبر مرتفعًا من الأرض قدر أربعة أصابع أو شبر ولا يزيد عليه من غير تراب القبر شيئًا. ذكره الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله، وعن محمد: لا بأس بأن يزاد على تراب القبر.

وقال الشافعي رحمه الله: يربع ويسطح ولا يسنم.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن إبراهيم أنه قال: أخبرني من رأى قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبر أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنه كان مسنمًا ناشزًا بهذا القدر[1]، ولأن التربيع صنيع أهل الكتاب وقد نهينا عن التشبُّه بهم، ولا يجصَّص ولا يطيَّن.

وكره أبو حنيفة رحمه الله البناء على القبر وأن يعلم بعلامة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور[2] وتجصيصها وتطيينها والبناء عليها، ولا بأس برش الماء عليه تسوية للتراب عليه.

وعن أبي يوسف أنه كره الرش؛ لأنه يجري مجرى التطيين ولا بأس بحجر أو آجر يوضع عليه لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع على قبر أبي دجانة حجرًا وقال: «**هذا لأعرف قبر أخي**».

---

(١) أخرجه محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الآثار (ص٨٠) قال التهانوي في إعلاء السنن (٢٧١/٨): فيه مجهول.

(٢) انظر: ابن عابدين ٦٠١/١، وفتح القدير ١٠٠/٢ - ١٠٢ دار إحياء التراث العربي، والاختيار شرح المختار ٩٦/١، دار المعرفة، والفتاوى الهندية ١٦٦/١، ومراقي الفلاح ٣٣٥، وجواهر الإكليل ١١١/١، والشرح الكبير ٤١٨/١، ومواهب الجليل بشرح مختصر خليل ٢٤٢/٢، وكشاف القناع ١٣٨/٢م النصر الحديثة، والمغني لابن قدامة ٥٠٥/٢م الرياض الحديثة. وحديث: "نهى عن تربيع.." أورده الزيلعي في نصب الراية (٤٠٣/١) وعزاه إلى كتاب الآثار لمحمد بن الحسن الشيباني ولم يتكلم عليه في شيء.

وكره أبو يوسف أن يكتب عليه كتابًا، وإن احتيج إلى الكتابة حتى لا يذهب الأثر ولا يمتهن فلا بأس به، فأما الكتابة من غير عذر فلا، واليوم اعتادوا التسنيم باللبن في بعض البلاد صيانة عن النبش ورأوا ذلك حسنا[1].

ولا يدفن اثنان أو ثلاثة في قبر واحد إلا عند الحاجة، فيوضع الرجل مما يلي القبلة، ثم خلفه الغلام، ثم خلفه الخنثى، ثم خلفه المرأة، ويجعل بين كل ميتين حاجزًا من التراب؛ ليصير في حكم قبرين، هكذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم في قتلى أحد وقال: «**قَدِّمُوا أَكْثَرَهُمْ قُرْآنًا**»[2].

وكره أبو حنيفة رحمه الله أن يوطأ على قبر أو يجلس أو ينام عليه أو يقضى عليه حاجة من بول أو غائط لما فيه من الإهانة.

ومن مات في السفينة يغسل ويكفن ويصلَّى عليه ويرمى به في البحر.

---

(١) انظر: البدائع ٣٢٠/١، وجواهر الإكليل ١١١/١، وتحفة المحتاج ١٧٣/٣، والمغني لابن قدامة ٥٠٤/٢.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٦٥٠١) قال: أخبرنا معمر، وابن عيينة، عن أيوب. و«أحمد» ١٩/٤ (١٦٣٥٩) قال: حدثنا وكيع، عن سليمان بن المغيرة. وفي (١٦٣٦٢) قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن أيوب. وفي ٢٠/٤ (١٦٣٦٤) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثنا أيوب. وفي (١٦٣٦٧) قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا سليمان بن المغيرة. وفي (١٦٣٦٩) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن أيوب. و«أبو داود» (٣٢١٥) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، أن سليمان بن المغيرة حدثهم. وفي (٣٢١٦) قال: حدثنا أبو صالح، يعني الأنطاكي، قال: أخبرنا أبو إسحاق، يعني الفزاري، عن الثوري، عن أيوب. و«النسائي» ٨٠/٤، وفي «الكبرى» (٢١٤٨) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا إسحاق بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. وفي ٨٣/٤، وفي «الكبرى» (٢١٥٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا وكيع، عن سليمان بن المغيرة. وفي ٨٣/٤، وفي «الكبرى» (٢١٥٦) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا أيوب. و«أبو يعلى» (١٥٥٣) قال: حدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا سليمان بن المغيرة.

كلاهما: (أيوب السختياني، وسليمان بن المغيرة) عن حميد بن هلال، فذكره.

(باب الشهيد[1])

يحتاج إلى معرفة: ما حد اسم الشهيد، وتفسيره، وحكمه، وكيفية تكفينه.

أما اسمه: قيل إنما سُمي قتيل المشرك: شهيد؛ لأن الملائكة يشهدون موته إكراما له فكان مشهودا والمفعول يسمى فعيلا كالمقتول يسمى قتيلا وقيل: إنما سمي شهيدًا؛ لأنه مشهود له بالجنة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ ٱلَّذِينَ قُتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [آل عمران: ١٦٩] الآية.

أما تفسيره: فالشهيد كل مسلم قتل ظلمًا بأي آلة قتل، ولم يحمل عن مكانه، ولم ينتفع بحياته ولم يجب عن دمه عوض مالي.

أصله: شهداء أحد، فإنهم قتلوا ظلما بأي آلة قتل ولم يحمل عن مكانه ولم ينتفعوا بحياته وماتوا في مصارعهم ولم يرثوا ولم يؤخذ عن دمهم عوض دنيوي وكلُّ من كان في معناهم ألحق بهم وأنزل منزلهم، وإلا فلا، ومن قتل في المعركة وهو يقاتل الكفار المحاربين أو قطاع الطريق أو البغاة، أو قتل مدافعا عن نفسه أو ماله أو عن أهله أو المسلمين أو أهل الذمة بأي آلة قتل بحديد أو حجر أو خشب فهو شهيد؛ لأنه قتل مظلوما ولم يجب عن دمه عوض.

وكذلك لو قتل في المصر ظلما بحديد خلافا للشافعي رحمه الله بناء على أن عنده القتل العمد يوجب المال. وعندنا يوجب القصاص، وليس فيه منفعة مالية بل هي عقوبة زاجرة رادعة فلا تنقض معنى للشهادة.

فأما إذا قتل في المصر بما دون السلاح كالحجر العظيم والخشب الكبير فليس بشهيد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه تجب الديّة عنده وعندهما شهيد؛ لأنه يجب القصاص ومن قتل بإذن الشرع فليس بشهيد؛ لأن الشهيد باذل نفسه لابتغاء مرضاة

---

(١) انظر: فتح القدير ١٠٢/٢، الفتاوى الهندية ١٦٧/١، مواهب الجليل ٢٤٦/٢، وروضة الطالبين ١١٨/٢، المجموع ٢٦٠/٥، المغني ٥٢٨/٢، الإنصاف ٤٩٨/٢.

الله تعالى، وهذا يبذل نفسه لإيفاء حق مستحق عليه، وكذا من وجد مقتولا في محله؛ لأنه وجب عن دمه عوض وهو القسامة.

ومن حُمِلَ من المعركة حيًّا ثم مات فليس بشهيد؛ لأن عمر وعليًّا رضي الله عنهما لما حُمِلَ حيًّا غسل، وعثمان رضي الله عنه مات في مصرعه فلم يغسل هذا إذا حمل للتداوي؛ لأنه بقدر ما نال من الراحة انتقص حاله في الشهادة.

ولو حمل من بين الصفين لكي لا تطأه الخيول فمات لا يغسل؛ لأنه لم يحمل لإيصال الراحة إليه، ومن وجد ميتا في المعركة وليس عليه أثر القتل غسل خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن القتل إنما يخالف الميت بالأثر؛ لأنه لو كان قتيلا لكان به أثر الضرب، فإذا لم يكن به أثر فالظاهر أن روحه لم تزهق بفعل العدو بل لما التقى الصفَّان انخلع قناع قلبه من شدة الفزع والخوف فمات والجبان يبتلى بذلك وكونه في المعركة ليس سبب القتل بدون الإصابة، فإنه لا يتصور القتل بدون الإصابة فلم يقم مقام القتل.

ولو كان به جرح لم يغسل؛ لأن الظاهر أن موته حصل به وإنه كان من العدو، فإن خرج الدم من أنفه أو دبره أو ذكره غسل؛ لأن الدم يخرج عن هذه المواضع عادة من غير جرح لعلة أو مرض، فإن صاب الباسور يخرج الدم عن دبره والإنسان قد يبول دما لشدة الفزع فلا يستدل به على القتل، وإن خرج من عينه أو أذنه لا يغسل؛ لأن الدم لا يخرج منهم عادة إلا بالضرب على رأسه، وإن خرج من فمه غسل لاحتمال أنه نزل من رأسه من غير جرح وما ينزل من الرأس يخرج من الفم تارة ومن الأنف أخرى. وإن تيقن أنه صعد من جوفه إن كان سائلا لا يغسل؛ لأنه دليل جرح في الباطن، وإن كان متجمدًا متعلقًا يغسل؛ لأنه قد يكون صفرًا أو حمرًا أو سودًا لتجمد فلا يدل على جرح في الباطن.

وإن تردى من موضع أو سقط عليه حائط أو افترسه سبع أو غرق أو حرق غسل؛ لأنه قتيل ظلمًا بل موته بصنع الله تعالى، وقتيل السبع لا يوصف بالظلم فلم يكن بمنزلة شهداء أحد.

وأما حكمه: فإنه لا يُغسل ويُصلى عليه، وقال الحسن البصري رحمه الله: غسل وصلي عليه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يصلى عليه. والصحيح قولنا؛ لما روي

عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في شهداء أُحد: «**زَمِّلُوهُمْ بِكُلُومِهِمْ وَدِمَائِهِمْ وَلَا تُغَسِّلُوهُمْ؛ فإنهم يُبعثون يوم القيامة وأَوْدَاجُهُمْ تَشْجُبُ دمًا، اللون لون الدم والرِّيحُ ريحُ المسك**»[1].

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى على شهداء أُحد صلاته على الجنازة، حتى رُوي أنه صلى على حمزة رضي الله عنه سبعين صلاة[2].

وتأويله: أنه كان موضوعًا بين يديه فيؤتى بواحد واحد فيصلى عليه، فظن الراوي أنه كان يصلي عليه في كل مرة، ولأن الصلاة دعاء وسبيل لزيادة الرحمة، والعبد فإن علت منزلته لا يستغني عن زيادة الرحمة، ألا ترى أنهم صلوا على الأنبياء ودرجتهم فوق درجة الشهداء.

وإذا قتل أهل الحرب قرية لم يغسلوا إلا الصبيان عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا تغسل الصبيان أيضًا؛ لأن البالغ إنما لا يغسل لتطهره عن دنس الذنوب والصبي في الطهارة عن الذنوب فوقه فأولى أن لا يغسل.

له: أن القياس أن يغسل الشهيد؛ لأنه ينجس بالموت لمجاورة الدم إياه وإنما يغسل نصًّا لأنا أمرنا بتبقية أثر الشهادة عليه ليكون شاهدًا له على خصمه يوم القيامة والخاصم في حقوق الصبي هو الله تعالى، فلا حاجة إلى إبقاء أثر الشهادة عليه، فلم يكن في معنى البالغ فالنص الوارد فيه لا يكون واردًا في الصبي.

---

(١) أخرجه أحمد ٤٣١/٥ (٢٤٠٥٦) قال: حدثنا هشيم، عن محمد بن إسحاق. وفي (٢٤٠٥٧) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق. وفي (٢٤٠٥٨) قال: حدثنا سفيان، قال: وثبتنيه معمر. وفي ٤٣٢/٥ (٢٤٠٦١) قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن ابن إسحاق. و«النسائي» ٧٨/٤ و٢٩/٦، وفي «الكبرى» (٢١٤٠ و٤٣٤١) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن ابن المبارك، عن معمر. و«أبو يعلى» (٢٦٢٩) قال: قال: قرئ على بشر بن الوليد، أخبركم أبو يوسف، عن إسحاق بن راشد. أربعتهم: (ابن إسحاق، وسفيان بن عيينة، ومعمر، وإسحاق بن راشد) عن الزهري، عن عبد الله بن ثعلبة بن صعير.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٢٤/١٢ (٣٣٩٥٥) و٣٩٨/١٤ (٣٧٩٢٦) قال: حدثنا يزيد بن هارون. وفي ٤٠٢/١٤ (٣٧٩٣٨) قال: حدثنا عفان. و«أحمد» ٤٦٣/١ (٤٤١٤) قال: حدثنا عفان.
كلاهما: (يزيد بن هارون، وعفان بن مسلم) عن حماد بن سلمة، قال: حدثنا عطاء بن السائب، عن الشعبي، فذكره.

ومن استشهد وهو جُنب غُسل عند أبي حنيفة.

وعندهما والشافعي رضي الله عنهم: لا يُغسل؛ لعموم الحديث الوارد في الشهداء.

لـه: أن حنظلـة قتـل جنبًـا فغـسلته الملائكـة، وغـسل الملائكـة للتعلـيم فـصار مخصوصا عـن الحـديث العـام ولأن الـشهادة مانعـة مـن النجاسـة وليـست بمطهـرة وهاهنا الحاجة إلى التطهير؛ لأن الجنب نجس ممنوع عن التلاوة ودخول المسجد ولا كذلك المحدث.

وكذلك إذا قتلت الحائض النفساء بعد انقطاع الدم غسلت عند أبي حنيفة؛ لأن الغسل وجب قبل الموت كما وجب بالجنابة، وإن قتلت قبله فعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان والأصح أنها تغسل؛ لأن الانقطاع قد حصل بالموت والدم للسائل عند الانقطاع موجب للاغتسال.

وأما تكفينه: فإنه يكفن الشهيد في ثيابه ولا ينزع عنه إلا السلاح والفرو والحشو والخف والقلنسوة ونحوه لقوله صلى الله عليه وسلم في شهداء أحد: «**زمِّلوهم بكلومهم ودمائهم وثيابهم**» ويجوز أن يزاد في كفنه؛ لأنه لا يزيل أثر الشهادة.

(**الزيادات**): أصله: أن من صارع مقتولا بفعل مضاف إلى العدو مباشرة أو تسببًا يكون شهيدًا وإلا فلا؛ لأن الشهيد اسم لقتيل العدو فلا بد وأن يصير القتل مضافًا إليهم مباشرة أو تسببًا.

وقال أبو يوسف: وإن صار مقتولا في المعركة بفعل غير مضاف إلى العدو يكون شهيدًا؛ لأنه قد كان في شهداء أحد من رمت به دابَّته ثم عمَّهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في حكم الشهادة.

وقال الحسن بن زياد: إن صار مقتولا بفعل مضاف إلى العدو مباشرة يكون شهيدًا وإلا فلا؛ لأن شهداء أحد كانوا مقتولين بالمباشرة، وإذا وجد في المعركة غريقا لا يدرى كيف حاله أو وطأه مشرك بدابَّته والمشرك يعلم أو لا يعلم أو نفَّروا دابة مسلم فرمت به أو رموه من سور البلدة أو ألقوا عليه حائطًا أو رموا بنار فرمت به الريح إلى سفن المسلمين في البحر فأحرقتهم يغسلوا؛ لأن موتهم مضاف إلى فعل الكافر مباشرة أو تسبُّبا؛ لأن فعل الدابة مضاف إلى راكبها.

ولو انقلبت دابة مشرك ليس عليها أحد فوطئت مسلما أو رمى مسلم إلى المشركين فأصاب مسلمًا أو نفرت دابته من دابة الكافر فرمته وهربوا المسلمين فألجأهم الكفار إلى باب أو خندق أو جعل المسلمين الحسك حولهم فمشوا عليها وماتوا يغسلون خلافا لأبي يوسف؛ لأنه غير مضاف إلى فعل الكافر مباشرة ولا تسببا، وفي الغرق والحرق لما أوقعوا أنفسهم صاروا مباشرين فيه ومباشرتهم تقطع تسبب العدو، وإن كانوا مضطرين فيه حتى لو طعنوهم بالرمح فألقوهم في الماء أو النار وماتوا لم يغسلوا لأنهم قتيل الأعداء مباشرة، ومن عاش في المعركة يوما وليلة ومات فيها يغسل، وإن عاش أقل من ذلك لا يغسل؛ لأن القتيل يعيش يسيرا ولا يعيش طويلا فلا بد من الفاصل بينهما فقدرنا الطويل بيوم وليلة؛ لأن فيما دون ذلك التقدير بالساعات وفيه حرج.

وعن أبي يوسف: إن عاش وقت صلاة كامل وهو يعقل ويقدر على أداء الصلاة غسل؛ لأنه وجبت عليه تلك الصلاة والصلاة لا تجب إلا على الحي.

وذكر الكرخي في مختصره: إن عاش في مكانه وهو لا يعقل لا يغسل، وإن زاد على يوم وليلة؛ لأنه لا ينتفع بحياته فكأنه ميت.

ولو أكل أو شرب في مكانه معتادا يغسل؛ لأنه انتفع بحياته فخف ظلمه فيكون نقصًا في شهادته، ولهذا الساقي كان يطوف على شهداء أحد وينادي بالماء كلما عرض على واحد منهم أشار إلى صاحبه ولم يشرب لكي لا يتمكن نقص في شهادتهم.

ولو أوصى لا يغسل، وعن أبي يوسف: أنه يغسل قيل: الاختلاف بينهما فيما إذا أوصى بأمور الآخرة. فأمَّا إذا أوصى بشيء من أمور الدنيا يغسل بالإجماع، وقيل: لا خلاف بينهما بجواب أبي يوسف فيما إذا أوصى بأمر الدنيا، وجواب محمد فيما إذا أوصى بأمر الآخرة، وهو الأظهر؛ لأن الوصية بأمر الدنيا من أمور الأحياء فقد أصابه مرافق الحياة فينقص معنى الشهادة.

فأما الوصية بأمر الآخرة من أمور الموتى وصنيع من آيس من نفسه فيوصي بما يفك به رقبته ويبرد جلدته على النار ويدخر لنفسه في الآخرة ذخيرة كما في وصية سعد بن ربيع لما بلغه سلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: الحمد لله على سلامته الآن طابت نفسي للموت، أقرئ رسول الله صلى الله عليه وسلم مني السلام، وأقرئ الأنصار مني السلام وقل لهم: لا عذر لكم عند الله إن قُتِلَ محمد وفيكم عين تطرف، والله أعلم.

كتاب السجدات

مسائلها مبنية على أصول: منها أن السجدة متى أديت في محلها تصح بدون النية؛ لأن نية أصل الصلاة كافية لها ومتى فاتت عن محلها لا تصحُّ إلا بالنية؛ لأنه وجب عليه قضاؤها والقضاء لا يتأدى إلا بالنية المعينة ثم إنما تصير فائتة عن محلِّها إذا تخلل بينها وبين مجملها ركعة كاملة تامة؛ لأن ما دون الركعة يحتمل الرفض فيرتفض ويلتحق بمجملها فحصل إذا السجدة في وقتها ومنها أنه متى وقع الشك في ترك ركعة أو سجدة، فإنه يجمع بينهما ليخرج عما عليه بيقين ويقدم السجدة على الركعة.

ولو قدم الركعة عليها فسدت صلاته لجواز أنه ترك ركعة أو سجدة السجدة لا غير، فإذا أتى بها تمت صلاته فلا يضره زيادة ركعة فمتى قدم الركعة عليها يصير منتقلا إلى التطوع كما قبل الفرض فيفسد صلاته، ومنها أن ما يتردد بين الواجب والبدعة يأتي به احتياطا وما تردد بين البدعة والسنة تركه؛ لأن ترك البدعة لازم وأداء السنة غير لازم، ومنها أنه ينظر إلى المتروكة من السجدات وإلى المؤداة فأيهما أقل فالعبرة له؛ لأن اعتبار الأقل أسهل ليخرج ثم المسائل على فصلين: إما أن ترك السجدات من المكتوبة، أو لم يزد عليها، أو زاد عليها.

وكل فصل على ثلاثة أقسام: أما إذا ترك السجدة من ذوات الثنتين أو ذوات الثلاث أو الأربع:

أما الفصل الأول:

القسم الأول: لو ترك سجدة من الفجر سهوا ثم ذكرها قبل أن يتكلم سجدها وقعد وتشهد ويسلم ثم سجد للسهو؛ لأنه ترك ركنا وأمكنه قضاؤه لبقاء التحريمة فيقضيها وينوي به ما عليه لجواز أنه تركها من الركعة الأولى فتكون فائتة عن

محلها فينوي ما عليه ليخرج عن الواجب بيقين ويشهد ثانيا؛ لأن التشهد الأول ارتفض بالعود إلى السجود لأنها شرعت قبل التشهد.

ولو ترك سجدتين سجد سجدتين أولا ويقعد بعدهما ثم قضى ركعة ويتشهد؛ لأنه يحتمل أنه تركها من ركعتين فيلزمه قضاؤهما لا غير؛ لأن كل ركعة تقيدت بسجدة ويحتمل أنه تركها من ركعة فلا تكون الركعة محسوبة من صلاته لوقوعها قبل السجود فلزمه قضاء ركعة فيجمع بينهما احتياطا ليخرج عن الواجب بيقين ويبدأ بالسجدتين؛ لأنه لو كان عليه ركعة فتقديم السجدتين لا يضره؛ لأن زيادة ما دون الركعة لا يفسد الصلاة، وإن كان عليه سجدتان لا غير فتقديم الركعة يضره لأنها تفسد فيسجد أولا ويقعد بعدها؛ لأنه أخر صلاته من وجه.

ولو ترك ثلاث سجدات ذكر في الأصل بأن سجد سجدة أخرى حتى يتم ركعة ثم يصلي ركعة أخرى.

قال الفقيه أبو جعفر: الصحيح أنه سجد ثلاث سجدات ويتشهد ثم يصلي ركعة ويتشهد؛ لأن المؤداة أقل فيعتبر لتخرج المسألة فقد أتى بسجدة واحدة فتقيدت بها ركعة واحدة، فإذا تقيدت الأولى بالسجدة، فإذا سجد سجدة أخرى يلتحق بالركوع الثاني باتفاق الروايات فحصل مصليا ركعتين كل ركعة سجدة فمتى صلى ركعة أخرى صار متطوعا بالثالثة وعليه سجدتان من الفرض فتفسد صلاته فيجب أن يسجد سجدتين آخرتين حتى يتم الفرض، وإن كانت الثانية تقيدت بالسجدة، فإنه يرتفض أحد الركوعين، فإذا عليه باعتبار هذه الحالة سجدة وركعة وباعتبار الحالة الأولى عليه ثلاث سجدات وركعة فيجمع بينهما احتياطا ثم إن نوى في واحدة من السجدات ما عليه، فإنه يجزيه، وإن ترك النية في الكل لا يجزيه؛ لأن السجدة الثانية من غير نية تلتحق بالركوع الثاني إن كان المقيد بالسجدة الركعة الأولى فتصير الركعة الثانية فاصلةً بين الأولى وبين سجدتها فيحتاج إلى النية وإن ترك أربع سجدات سجد سجدتين ويصلي ركعة.

وأما القسم الثاني: لو تركه من المغرب أربعًا سجد سجدتين ثم يصلي ركعتين؛ لأنه أتى بسجدتين لا غير ويحتمل أنه أتى بهما في ركعة فعليه ركعتان ويحتمل أنه

أتى بهما في ركعتين فعليه سجدتان وركعة إلا أن الركعة داخلة في الركعتين فيسجد سجدتين ولا يقعد ثم يصلي ركعتين ويقعد بينهما؛ لأن صلاته قد تمت باعتبار الوجه الأول.

ولو ترك خمسًا سجد سجدة وصلى ركعتين، قالوا: هذا إذا نوى بالسجدة عن الركعة التي قيدها بالسجدة الواحدة، فأما إذا لم ينو تفسد صلاته لاحتمال أن الركعة الأولى تقيدت بالسجدة فتلحق السجدة الثانية بالركوع الثاني فصار مصليا ركعتان كل ركعة بسجدة، فإذا صلى ركعتين أخريين تفسد صلاته.

وأما القسم الثالث: لو ترك من الظهر ثلاث سجدات سجد ثلاث سجدات وقعد ثم صلى ركعة؛ لأنه إن تركها من ثلاث ركعات والسجدتين من الركعة الأخيرة فعليه ثلاث سجدات لا غير، وإن تركها من ركعتين قبل الركعة الأخيرة فعليه ركعة وسجدة إلا أن السجدة داخلة في ثلاث سجدات فيقضي ثلاث سجدات أولا ويتشهد ثم يصلي ركعة.

وإن ترك أربع سجدات سجد أربع سجدات ويصلي ركعتين لاحتمال أنه تركها من ركعتين فلزمه قضاء ركعتين فيأخذ بالاحتياط فيسجد أربع سجدات ثم يقعد؛ لأن صلاته قد تمت من وجه باعتبار أنه تركها من أربع ركعات، ثم يصلي ركعة ويقعد لاحتمال أنه ترك سجدتين من ركعتين وسجدتين من ركعة فقد تمت صلاته على هذا الوجه فيقعد ثم يصلي ركعة أخرى ثم يقعد ويسجد للسهو.

وإن ترك خمس سجدات سجد ثلاث سجدات ثم يصلي ركعتين؛ لأن المؤداة هنا أقل فيعتبر لتخريج المسألة، فنقول: هذا الرجل أتى بثلاث سجدات، فإن أتى بهن في ثلات ركعات فعليه ثلاث سجدات وركعة، وإن أتى بهن في ركعتين فعليه سجدة وركعتان إلا أن السجدة داخلة في الثلاث والركعة في الركعتين فيقضي ثلاث سجدات أولا ولا يقعد بعدها؛ لأن هذه القعدة ترددت بين السنة والبدعة؛ لأنه إن تم له ركعتان فالقعدة سنة، فإن تم له ثلاث فالقعدة بدعة فتركها أولى ويقعد بين الركعتين احتياطا؛ لأن صلاته تمت باعتبار الوجه الأول.

وإن ترك شيئًا سجد سجدتين وثلاث ركعات؛ لأنه أتى بسجدتين، فإن أتى بهما في ركعتين فعليه سجدتان وركعتان، وإن أتى بهما في ركعة فعليه ثلاث ركعات فيجمع بينهما فيسجد سجدتين ثم لا يقعد لما مر، ثم يصلي ركعتين ثم يقعد؛ لأن صلاته قد تمت باعتبار الوجه الأول، ثم يصلي ركعة لاحتمال الوجه الثاني، وإن ترك سبعا سجد سجدة وصلى ثلاث ركعات، قالوا: هذا إذا نوى بالسجدة عن الركعة التي قيدها بالسجدة فلما بينا، وإذا سجد من غير نية ساهيا ثم تذكر فالحيلة لجواز صلاته أنه يأتي بسجدتين وينوي بإحداهما ما عليه حتى يلتحق إحديهما بالركعة الأولى ويلتحق الثانية بالركعة الثانية فصار مصلِّيًا ركعتين، ثم إذا صلى ثلاث ركعات وتشهَّد في الثانية من الثلاث ثم صلى الرابعة جازت صلاته، وإن ترك ثماني سجدات سجد سجدتين وثلاث ركعات لما عرف، وكذلك العصر والعشاء.

(الفصل الثاني)

ولو صلى الفجر ثلاث ركعات ولم يقعد في الثانية وترك منها سجدة وهو لا يعلم كيف ترك فسدت صلاته؛ لأن الثالثة تقيَّدت بسجدة واحدة فتم انتقاله إلى النفل قبل إكمال الفرض، وكذلك لو قعد في الثانية قدر التشهُّد فسدت صلاته أيضًا لاحتمال أنه تركها من الأولتين وقد انتقل إلى التطوع قبل إكمال الفرض فيحكم بالفساد احتياطًا.

ولو ترك سجدتين فيه قولان: في قول: لا تفسد صلاته؛ لأن الشروع قد صح بيقين فلا يحكم بالفساد بالشك، وفي قول: تفسد وهو الأصحُّ؛ لاحتمال أنه تركهما من الفريضة فدارت بين الصحة والفساد فيحكم بالفساد احتياطا، وكذلك لو ترك ثلاث سجدات لاحتمال أنه تركهن من ثلاث ركعات، ولو ترك أربعًا لا تفسد؛ لأنه أتى بسجدتين فلا يتقيد بهما أكثر من ركعتين فلا يصير منتقلًا إلى التطوع ويسجد سجدتين ثم يقعد ثم يصلي ركعة كما لو ترك من الغداة سجدتين. وأصله أن المتروك من السجدات إذا كان نصفها أو أقل يفسد الصلاة، وإن كان أكثر من النصف لا يفسد.

ولو صلى الظهر خمسًا وترك سجدة فسدت، ولو ترك سجدتين ففيه قولان كما مر، وكذلك لو ترك ثلاثًا أو أربعًا أو خمسًا تفسد لاحتمال أنه تركهن من خمس ركعات، وإن ترك شيئًا لم تفسد وهو كمن صلى الظهر أربعًا وترك أربع سجدات لما مر.

وإن ترك سبعًا لم تفسد ويسجد ثلاث سجدات ويصلي ركعتين بمنزلة ما لو صلى الظهر أربعًا وسجد ثلاث سجدات.

ولو ترك ثماني سجدات سجد سجدتين ويصلي ثلاث ركعات، ولو صلى المغرب أربعًا وترك سجدة تفسد صلاته وفي سجدتين قولان، وكذلك لو ترك ثلاثا أو أربعًا، ولو ترك خمسا لا تفسد ويسجد ثلاث سجدات ويصلي ركعة، ولو ترك ستا سجد سجدتين وصلى ركعتين كما لو صلى المغرب ثلاثا وسجد سجدتين، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب. وهو حسبنا ونعم الوكيل، وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

كتاب الزكاة[1]

يحتاج لمعرفة الزكاة إلى معرفة: صفتها، وتفسيرها، وركنها، وسببها، وشروطها، وحكمها.

❖ **أما صفتها**: فالزكاة فريضة محكمة ومكتوبة ومحتومة لا يسع تركها ويكفر جاحدها؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣] ويقتل مانعها لقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه: وَاللهِ لَوْ مَنَعُونِي عَنَاقًا[2] مما كانوا يؤدونه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم عليه[3].

---

(١) انظر: المغني ٦٢٢/٢، وفتح القدير والعناية على الهداية ٤٨٣/١ وما بعدها، وبدائع الصنائع ٤/٢، ٥ القاهرة، شركة المطبوعات العلمية، ١٣٢٧هـ، والدسوقي ٤٥٥/١، والمجموع ٣٢٩/٥ - ٣٣١.

(٢) العَناق: الأنثى من المَعْزِ إذا قَوِيَت، ما لم تَستكمل سنة.

(٣) أخرجه «البخاري» ١٣١/٢ (١٣٩٩ و١٤٠٠) قال: حدثنا أبو اليمان، الحكم بن نافع، قال: أخبرنا شعيب بن أبي حمزة. وفي ١٤٧/٢ (١٤٥٦ و١٤٥٧) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب (ح) وقال الليث: حدثني عبد الرحمن بن خالد. وفي ١٩/٩ (٦٩٢٤ و٦٩٢٥) قال: حدثنا يحيى بن بكير، قال: حدثنا الليث، عن عقيل. وفي ١١٥/٩ (٧٢٨٤ و٧٢٨٥) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث، عن عقيل. و«مسلم» ٣٨/١ (٣٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث بن سعد، عن عقيل. و«أبو داود» (١٥٥٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد الثقفي، قال: حدثنا الليث، عن عقيل. وفي (١٥٥٧) قال: حدثنا ابن السرح، وسليمان بن داود، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. و«الترمذي» (٢٦٠٧) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن عقيل. و«النسائي» ١٤/٥ و٧٧/٧، وفي «الكبرى» (٢٢٣٥ و٣٤١٨) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن عقيل. وفي ٥/٦، وفي «الكبرى» (٤٢٨٤) قال: أخبرنا كثير بن عبيد، عن محمد بن حرب، عن الزبيدي. وفي ٥/٦ و٧٨/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٢١ و٤٢٨٥) قال: أخبرنا أحمد بن محمد بن مغيرة، قال: حدثنا عثمان بن سعيد، عن شعيب. وفي ٥/٦، وفي «الكبرى» (٤٢٨٥) قال: أنبأنا كثير بن عبيد، قال: حدثنا بقية، عن شعيب. و«ابن حبان» (٢١٦) قال: أخبرنا محمد بن عبيد الله بن الفضل الكلاعي، بحمص، =

=

قال: حدثنا عمرو بن عثمان بن سعيد، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعيب بن أبي حمزة. وفي (٢١٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن عقيل. ستتهم: (شعيب، ومعمر، وعبد الرحمن بن خالد، وعقيل، ويونس، والزبيدي) عن ابن شهاب الزهري، قال: أخبرني عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود.

قَالَ الْخَطَّابِيّ: زَعَمَ الرَّوَافِضُ أَنَّ حَدِيثَ الْبَابِ مُتَنَاقِضٌ؛ لِأَنَّ فِي أَوَّلِهِ أَنَّهُمْ كَفَرُوا، وَفِي آخِرِهِ أَنَّهُمْ ثَبَتُوا عَلَى الْإِسْلَامِ، إِلَّا أَنَّهُمْ مَنَعُوا الزَّكَاة، فَإِنْ كَانُوا مُسْلِمِينَ، فَكَيْفَ اسْتَحَلَّ قِتَالَهُمْ وَسَبْيَ ذَرَارِيّهِمْ؟، وَإِنْ كَانُوا كُفَّارًا، فَكَيْف احْتَجَّ عَلَى عُمَرَ بِالتَّفْرِقَةِ بَيْن الصَّلَاة وَالزَّكَاة؟، فَإِنَّ فِي جَوَابِهِ إِشَارَةً إِلَى أَنَّهُمْ كَانُوا مُقِرِّينَ بِالصَّلَاةِ.

قَالَ: وَالْجَوَابُ عَنْ ذَلِكَ أَنَّ الَّذِينَ نُسِبُوا إِلَى الرِّدَّةِ كَانُوا صِنْفَيْنِ، صِنْفٌ رَجَعُوا إِلَى عِبَادَةِ الْأَوْثَان، وَصِنْفٌ مَنَعُوا الزَّكَاة، وَتَأَوَّلُوا قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَوٰتَكَ سَكَنٌ لَّهُمْ﴾ [التوبة: ١٠٣]، فَزَعَمُوا أَنَّ دَفْعَ الزَّكَاةِ خَاصٌّ بِهِ صلى الله عليه وسلم؛ لِأَنَّ غَيْرَهُ لَا يُطَهِّرُهُمْ، وَلَا يُصَلِّي عَلَيْهِمْ، فَكَيْف تَكُونُ صَلَاتُهُ سَكَنًا لَهُمْ؟، وَإِنَّمَا أَرَادَ عُمَرُ بِقَوْلِهِ الصِّنْفَ الثَّانِي، لِأَنَّهُ لَا يَتَرَدَّدُ فِي جَوَازِ قَتْلِ الصِّنْفِ الْأَوَّل، كَمَا أَنَّهُ لَا يَتَرَدَّدُ فِي قِتَالِ غَيْرِهِمْ مِنْ عُبَّادِ الْأَوْثَانِ وَالنِّيرَان، وَالْيَهُودِ وَالنَّصَارَى، قَالَ: وَكَأَنَّهُ لَمْ يَسْتَحْضِرْ مِن الْحَدِيثِ إِلَّا الْقَدْرَ الَّذِي ذَكَرَهُ، وَقَدْ حَفِظَ غَيْرُهُ فِي الصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَعًا، وَقَدْ رَوَاهُ عَبْد الرَّحْمَن بْن يَعْقُوب بِلَفْظٍ يَعُمُّ جَمِيعَ الشَّرِيعَةِ، حَيْثُ قَالَ فِيه: "وَيُؤْمِنُوا بِي وَبِمَا جِئْت بِهِ"، فَإِنَّ مُقْتَضَى ذَلِكَ أَنَّ مَنْ جَحَدَ شَيْئًا مِمَّا جَاءَ بِهِ صلى الله عليه وسلم وَدُعِيَ إِلَيْهِ، فَامْتَنَعَ وَنَصَبَ الْقِتَالَ، أَنَّهُ يَجِبُ قِتَالُه، وَقَتْلُه إِذَا أَصَرَّ، قَالَ: وَإِنَّمَا عَرَضَت الشُّبْهَةُ لِمَا دَخَلَهُ مِن الِاخْتِصَارِ، وَكَأَنَّ رَاوِيهِ لَمْ يَقْصِدْ سِيَاقَ الْحَدِيثِ عَلَى وَجْهِه، وَإِنَّمَا أَرَادَ سِيَاقَ مُنَاظَرَةِ أَبِي بَكْر وَعُمَر، وَاعْتَمَدَ عَلَى مَعْرِفَةِ السَّامِعِينَ بِأَصْلِ الْحَدِيث، انْتَهَى.

قُلْت: وَفِي هَذَا الْجَوَاب نَظَر؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عِنْدَ عُمَرَ فِي الْحَدِيث "حَتَّى يُقِيمُوا الصَّلَاة، وَيُؤْتُوا الزَّكَاة"، مَا اسْتَشْكَلَ قِتَالَهُمْ، لِلتَّسْوِيَةِ فِي كَوْنِ غَايَةِ الْقِتَالِ تَرْكَ كُلٍّ مِن التَّلَفُّظِ بِالشَّهَادَتَيْنِ، وَإِقَامِ الصَّلَاة، وَإِيتَاءِ الزَّكَاة.

قَالَ عِيَاض: حَدِيثُ ابْنِ عُمَر نَصٌّ فِي قِتَالِ مَنْ لَمْ يُصَلِّ وَلَمْ يُزَكِّ، كَمَنْ لَمْ يُقِرَّ بِالشَّهَادَتَيْنِ، وَاحْتِجَاجُ عُمَرَ عَلَى أَبِي بَكْرٍ، وَجَوَابُ أَبِي بَكْرٍ، دَلَّ عَلَى أَنَّهُمَا لَمْ يَسْمَعَا فِي الْحَدِيثِ الصَّلَاةَ وَالزَّكَاةَ، إِذْ لَوْ سَمِعَهُ عُمَرُ، لَمْ يَحْتَجَّ عَلَى أَبِي بَكْر، وَلَوْ سَمِعَهُ أَبُو بَكْر، لَرَدَّ بِهِ عَلَى عُمَر وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى الِاحْتِجَاج بِعُمُومِ قَوْله "إِلَّا بِحَقِّهِ".

=

ووافقه الصحابة على ذلك فصار إجماعًا، ثم اختلفوا في كيفية فرضيتها:

قال أبو الحسن الكرخي: إنها على الفور، وذكر في (المنتقى): أنه إذا لم يزك حتى حال عليه حولان فقد أساء وأثم.

وعن محمد رحمه الله: إن من لم يؤد الزكاة لا تقبل شهادته وإن التأخير لا يجوز لأنها وجبت لرفع حاجة الفقراء لسدِّ خلَّتهم وردِّ جوعتهم وحاجة الفقير متعجلة وجوعته للحال متحقِّقة فيكون الوجوب متجِّزًا.

وذكر ابن شجاع عن أصحابنا: أنها على التراخي.

وهكذا قال أبو بكر الجصاص؛ لأن النصوص وردت مطلقة والمصالح في الوجوب مختلفة منها قد يكون على الفور ومنها قد يكون على التراخي، فلا يجوز حمل النصوص المطلقة على الفور بدلالة محتملة كنص القضاء والكفارة فصار جميع العمر وقتا لأدائها، ولهذا لو هلك المال مع عدم التفريط في الأداء لا يجب الضمان.

❖ **وأما تفسيرها:** فهو النمو والزيادة يقال زكى الزرع إذا نمى وازداد فسميت الزكاة زكاة لأنها سبب لنموِّ المال وزيادته قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَنفَقۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَهُوَ يُخۡلِفُهُۥۖ﴾ [سبأ: ٣٩] وقيل: هي عبارة عن الطهرة ومنه قوله تعالى: ﴿وَزَكَوٰةٗۖ وَكَانَ تَقِيّٗا ١٣﴾ [مريم: ١٣] أي طاهرا سميت الزكاة زكاة لأنها مطهرة صاحبها عن نجاسة الآثام.

❖ **فأما ركنها:** هو إخراج المال إلى الله تعالى في ضمن الصرف إلى الفقير لأنها عبادة والفقير محل صرفها لما تبين.

❖ **وأما سببها:** فملك مال معدٍّ ومرصد للنماء والزيادة الفاضل عن الحاجة لأنها أوجبت بطريق الشكر وللمال تأثير في استدعاء الشكر؛ لأنه نعمة والنعمة مستدعية

=

قُلْت: إِنْ كَانَ الضَّمِيرُ فِي قَوْله "بِحَقِّهِ" لِلْإِسْلَامِ، فَمَهْمَا ثَبَتَ أَنَّهُ مِنْ حَقِّ الْإِسْلَام تَنَاوَلَهُ، وَلِذَلِكَ اتَّفَقَ الصَّحَابَةُ عَلَى قِتَالِ مَنْ جَحَدَ الزَّكَاة. فتح الباري (١٩/٣٨٢).

للشكر والزكاة صلحت شكرا لما فيها إظهار النعمة والشكر عبارة عن الإظهار حتى كان ضده وهو الكفران كتمانا فاستقام تعليقها بنعمة المال وإعداده وإرصاده للنماء بإعداده للتجارة شرط انعقاده سببا لما تبين.

❖ **فأما شروطها:** فشرط وجوبها كمال النصاب ليصير الشخص غنيًّا شرعًا فيصير به أهلا لوجوب الزكاة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ**»[1]، ولأن النماء لا يحصل إلا بمدة فالشرع قدر تلك المدة بالحول الذي يشتمل على فصول السنة لحصول النماء فيها غالبا بانتهاء فصولها وأقام تجدد الحول مقام تجدد النماء تيسيرًا وترفيهًا للأمر على الناس. والله أعلم بذلك.

(باب زكاة الذهب والفضة)

وتجب الزكاة في الذهب والفضة مضروبة أو تبرًا حلية أو حليًّا جيدًا أو رديئًا نوى التجارة أم لا إذا بلغت الفضة مائتي درهم والذهب عشرين مثقالًا.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجب في حلي يحل استعماله.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه: «**يا علي، ليس**

---

(١) أخرجه الحميدي (٥٤) قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ١٥٢/٣ (١٠٢٣٧) و٢٤٢/١٤ (٣٧٥٣٨) قال: حدثنا ابن عيينة. وفي (١٠٢٣٨) قال: حدثنا ابن مبارك، عن حجاج. و«أحمد» ١٢١/١ (٩٨٤) قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا حجاج. وفي ١٣٢/١ (١٠٩٧) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي ١٤٦/١ (١٢٤٣) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا سفيان، وشريك. و«عبد بن حميد» (٦٥) قال: حدثنا عبد الملك بن عمرو، قال: حدثنا سفيان. و«ابن ماجه» (١٧٩٠) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي (١٨١٣) قال: حدثنا سهل بن أبي سهل، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو يعلى» (٢٩٩) قال: حدثنا عبيد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي (٥٦١) قال: حدثنا القواريري، قال: حدثنا محمد بن عبد الواحد بن أبي حزم، قال: حدثنا عمر بن عامر. وفي (٥٨٠) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا ابن عيينة. خمستهم: (سفيان بن عيينة، وحجاج بن أرطاة، وسفيان الثوري، وشريك النخعي، وعمر بن عامر) عن أبي إسحاق السبيعي، عن الحارث الأعور، عن علي.

عليك في الذهب شيء حتى يبلغ عشرين مثقالًا، فإذا بلغ ففيها نصف مثقال»[١].
ولم يفصِّل ولأنها نعمة متكاملة فتوجب الزكاة شكرا كما بيَّناه.

والمعتبر في الدنانير وزن المثاقيل[٢]، وفي الدراهم وزن سبعة، وهو أن تكون كل عشرة تزن سبعة مثاقيل على هذا جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أن الزكاة تجب في الدراهم النبهرجة والزيوف[٣] وفيما كان الغالب عليه الفضة؛ لأن الغش مغمور مستهلك فيها فيتناولها مطلق اسم الدراهم.

وإن كانت ستوقة وهو ما يغلب غشه على فضته إن لم يكن للتجارة فلا زكاة فيها إلا أن يبلغ ما فيها من الفضة نصابًا، وإن كانت للتجارة، فإن بلغت قيمتها مائتي ففيها الزكاة، وكذلك الفلوس لأنها بمنزلة سلع التجارة.

وأما الغطارفة قيل: تجب في كل مائتين منها خمسة منها عددا؛ لأنها أعز الأثمان والنقود عندهم.

وقال السلف: ينظر إن كانت أثمانًا رابحة وسلعًا للتجارة تجب الزكاة في قيمتها كالفلوس، وإن لم تكن للتجارة فلا زكاة فيها؛ لأن ما فيها من الفضة مستهلك لغلبة

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١١٧/٣ (٩٩٥٣) و١٢٤/٣ (٩٩٩٦) و١٣٣/٣ (١٠٠٦٦) و١٣٧/٣ (١٠١٠٤) و١٣٨/٣ (١٠١١٦) و١٤٤/٣ (١٠١٧٣) قال: حدثنا علي بن هاشم، عن ابن أبي ليلى، عن عبد الكريم، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(٢) المثقال عيار إسلامي يساوي وزن درهم وثلاثة أسباع درهم أو وزن ١٠٠ (مائة) حبة شعير (العناية ٢٤/١) أو ٤.٢٥ غرامًا، والدينار اسم للعملة الذهبية التي وزنها مثقال.

(٣) الدراهم أربعة أنواع: جياد، ونبهرجة، وزيوف، وستوقة. واختلفوا في تفسير النبهرجة فقيل: هي التي تضرب في غير دار السلطان. والزيوف: هي المغشوشة. والستوقة: نحاس مموه بالفضة. وقال عامة المشايخ: الجياد فضة خالصة تروج في التجارات، وتوضع في بيت المال. والزيوف: ما زيفه بيت المال أي رده، ولكن تأخذه التجار في التجارات، ولا بأس بالشراء بها، ولكن يبين للبائع أنها زيوف، والنبهرجة: ما يرده التجار، والستوقة: أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما نحاس، وليس لها حكم الدراهم. وهكذا: فالزيوف أجود، ثم النبهرجة، ثم الستوقة (رد المحتار: ٢٢٨/٤).

النحاس عليه فصار بمنزلة الستوقة، وما كان الغالب فيها الذهب كالذهب المحمودية فحكمها حكم الذهب، وما كان الغالب فيها الفضة كالهروية والمزوية، فإن كانت ثمنًا رابحة أو للتجارة يعتبر قيمتها وإلا فيعتبر قدر ما فيها من الذهب والفضة وزنا؛ لأن كل واحد منهما يخلص بالإذابة.

ولا شيء في الزيادة على النصاب حتى يبلغ أربعين درهما ففيها درهم وفي الذهب أربعة مثاقيل فيجب فيها قيراطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تجب في الزيادة بحساب الأصل لقوله صلى الله عليه وسلم: «**في مائتي درهم خمسة دراهم**»[1]، وما زاد فبحساب ذلك. له: قوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ: «**لا تأخذ من الكسور شيئًا حتى يبلغ مائتي درهم فتأخذ منها خمسة دراهم، ولا تأخذ مما زاد شيئًا حتى يبلغ أربعين درهما فتأخذ منه درهمًا**»، ولأن في اعتبار الكسور حرجا بالناس والحرج مدفوع شرعا وحديثهم موقوف على علي رضي الله عنه ولم ينقله أحد من الثقات مرفوعا فكان الأخذ بما رويناه أولى، ويضمُّ الذهب إلى الفضة ويكمل نصاب أحدهما بالآخر خلافا للشافعي رحمة الله عليه؛ لأنهما متَّحدان فيما يتعلق به وجوب الزكاة؛ لأن الزكاة تعلقت بهما باعتبار المالية وماليتهما باعتبار كونهما ثمنا ووسيلة إلى كسب الأعيان المنتفعة لا باعتبار أعيانها وصورها؛ لأنها غير منتفعة باعتبار أعيانها مقصودًا وقد اتحدا في معنى الثمنية فيجب الضم تكميلا للنصاب نظرا للفقراء كما في عروض التجارة بخلاف السوائم؛ لأن الزكاة متعلقة بالصورة والمعنى فلا يتحقق تكميل النصاب عند اختلاف الجنس.

ولو زاد على النصابين شيء أقل من أربعة مثاقيل وأقل من أربعين درهما يضم إحدى الزيادتين إلى الأخرى ليتم أربعين درهما أو أربعة مثاقيل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه تجب الزكاة في الكسور عنده، وعندهما لا يضم لأنها تجب في الكسور.

---

(١) انظر: المغني ٦٢٠/٢، وفتح القدير ٥٠٢/١، ٥٠٣، وشرح المنهاج ٣/٢، والدسوقي على الشرح الكبير ٤٣٥/١ وما بعدها. وحديث: "في مائتي درهم خمسة دراهم وفي أربعين شاة شاة" أخرجه أحمد (٣٥/٣ - ط. الميمنية) وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٧٢/٣ - ٧٣ - ط. القدسي) وقال: رجاله رجال الصحيح.

ولو ضم أحد النصابين إلى الآخر حتى يؤدَّى كله من الفضة أو من الذهب فلا بأس به لكن يجب أن يكون التقويم بما هو أنفع للفقراء قدرًا ورواجا وإلا فيؤدي من كل واحد ربع عشره، ثم قال أبو حنيفة رحمه الله: يضم باعتبار القيمة، وقالا: يضم باعتبار الأجزاء.

وصورته إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب قيمتها مائة درهم تجب الزكاة فيه عند أبي حنيفة، وعندهما لا تجب حتى يكون عشرة دنانير فيكون النصف من هذا النصاب والنصف من الآخر.

لهما: أن التقويم في النقود ساقط الاعتبار؛ لأن الجودة فيها غير متقوِّمة شرعًا، وإنما المعتبر هو الوزن، ألا ترى أنه لو ملك إبريق فضة وزنه مائة وقيمته عشرون دينارًا لا تجب الزكاة. له: أن الضم كان باعتبار المعنى وهو القيمة لا باعتبار الصورة؛ لأن كمال النصاب لا يكون إلا عند اتحاد الجنس، والجنسية تثبت باعتبار المالية دون العينية فوجب الضم باعتبار القيمة احتياطا في باب العبادة نظرًا للفقراء بخلاف مسألة الإبريق؛ لأن القيمة إنما يمكن اعتبارها عند المقابلة بغير جنسها لا عند انفرادها؛ لأن الجودة والصنعة لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها.

ولو كان له مائة درهم وعشرة دنانير قيمتها مائة وأربعون فعند أبي حنيفة رحمه الله: تجب ستة دراهم، وعندهما: يكون نصابا تامًّا نصفه ذهب ونصفه فضة فيجب في كل نصف ربع عشرة.

ولو كان له مائة وخمسون درهما وخمسة دنانير قيمتها خمسون تجب الزكاة بالإجماع.

ولو كان له مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها خمسون لا تجب.

ولو كان له مائة درهم وعشرة دنانير قيمتها أقل من مائة تجب الزكاة عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله اختلفوا فيه؛ والصحيح أنه يجب؛ لأنه إن لم يمكن تكميل نصاب الدراهم باعتبار قيمة الدنانير أمكن تحصيل تكميل نصاب الدنانير باعتبار قيمة الدراهم؛ لأن قيمتها تبلغ عشرة دنانير فتكمل احتياطا لإيجاب الزكاة نظرا للفقراء.

ولو كان له إبريق فضة وزنه مائة وقيمته لصناعته مائتان لا تجب الزكاة فيها باعتبار القيمة؛ لأن الجودة والصنعة في أموال الربا لا قيمة لها عند انفرادها ولا عند المقابلة بجنسها.

رجل له مائتا درهم وخمسة دراهم فحال عليها حولان فعليه عشرة دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن في الحول الأول وجبت خمسة في المائتين ولم تجب في الخمسة شيء؛ لأنه كسر فيبقى النصاب كاملا في الحول الثاني، وعندهما: يجب خمسة دراهم وثمن درهم لما عرف، وإن هلك منها درهم بعد الحولين فعليه خمسة دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله.

قال أبو حنيفة: لو كانت له ألف فحال عليها ثلاثة أحوال يزكي للحول الأول خمسة وعشرين وللحول الثاني أربعة وعشرين؛ لأن خمسة وعشرين مشغول بدين الزكاة فلا يصلح نصابا ولا يجب في خمسة عشر أيضًا شيء لأنها كسر فيجب في تسعمائة وستين أربعة وعشرين ويزكي للحول الثالث ثلاثة وعشرين؛ لأن تسعة وأربعون مشغول بدين الزكاة واحد وثلاثون لا يجب فيه شيء؛ لأنه كسر يبقى زكاة تسعمائة وعشرين وذلك ثلاثة وعشرون.

(باب [زكاة][1] أموال التجارة)

أصله: أن المعتبر في باب التجارة وهو القيمة دون العين؛ لأن سبب وجوب الزكاة هو المال النامي الفاضل عن الحاجة الأصلية تيسيرًا وترفيهًا على أرباب الأموال ليؤدوا الزكاة من نماء المال فيبقى أصل المال سالمًا لهم، ويستمر وظيفة الزكاة متى انتقص النصاب في الحول الثاني ويستمر دفع حاجة الفقير وكفاية وقته غالبا والنماء في مال التجارة بالاستنماء والاسترباح وذلك من حيث المالية إلا أنه تعذر اعتبار حقيقة النماء لخفائها فأقيم سبب النماء، وهو التجارة ومقام النماء، وتجب الزكاة في عروض التجارة لأنها معدة للاستنماء والاسترباح، وما سوى

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (ك).

الذهب والفضة لا يصير للتجارة إلا بالنية والتجارة جميعا ومال التجارة يخرج عن التجارة بالنية؛ لأن التجارة فعل والفعل لا يصير موجودا بالنية ما لم يتصل الفعل بها كالسفر والابتدال ترك الفعل فيحصل بالنية كترك السفر وكمال النصاب يعتبر في ابتداء الحول وآخره ونقصانه في إثباته لا يعتبر، وكذلك نصاب السوائم.

وقال زفر رحمه الله: يعتبر الكمال في أوله إلى آخره، وهو قول الشافعي رحمه الله في نصاب السائمة، وقال في مال التجارة: يعتبر الكمال في آخره لا غير.

والصحيح قولنا؛ لأن أصل المال سبب لوجوب الزكاة لكونه نعمة والنعمة مستدعية لوجوب وكمال النصاب شرط لوجوب الزكاة فيعتبر في ابتداء الحول وآخره؛ لأنه حال انعقاد السبب وحال ثبوت الحكم ولا يعتبر في أثنائه؛ لأنه ليس حال انعقاد السبب ولا حال الوجوب كما في نصاب التجارة وعقد المضاربة.

ولو استبدل مال التجارة أو النقدين بجنسها أو بغير جنسها لا ينقطع حكم الحول خلافا للشافعي رحمه الله في النقدين حتى لا تجب الزكاة في مال الصيارفة عنده.

والصحيح قولنا؛ لأن الزكاة فيها متعلقة بالمعنى وهو المالية دون العين.

والمالية لم تتبدل بل الاستبدال يحقق ما هو المقصود بمال التجارة وهو الاسترباح.

ولو استبدل السائمة بجنسها أو بغير جنسها ينقطع حكم الحول.

وقال زفر: لا ينقطع إذا استبدلها بجنسها.

لنا: أن الزكاة في السائمة متعلقة بالعين دون المالية حتى تعتبر نصابها من حيث العين والنماء مطلوب من عينها درًّا أو سمنا وذلك باستبقائها في ملكه عادة والاستبدال نصًّا وما هو المقصود بالسائمة فعلم أن الزكاة متعلقة بعينها والعين قد تبدل فلم يتم الحول على النصاب لا حقيقة ولا تقديرا.

وذكر في النوادر: لو أراد بالبيع الفرار من الزكاة لا يكره عند أبي يوسف، وعند محمد يكره، وعلى هذا الخلاف لو احتال المشتري لإسقاط الشفعة أو لإسقاط الاستبراء.

لمحمد: أن الزكاة عبادة، والفرار من العبادة أو من حكم الشريعة ليس من أخلاق المؤمنين فيكره لأبي يوسف رحمه الله، وهو الأصح أن هذا فرار عن المعصية؛ لأنه ربما يخاف أنه لا يمكنه القيام بالواجب ولا يمتثل بأمره فيصير عاصيًا والفرار عن المعصية طاعة فلا يكره كمن امتنع من جمع المال حتى لا يلزمه الزكاة والحج حتى لو قصد بالبيع النحل دون الفرار عن المعصية يكره، هكذا حكي عن الشيخ أبي حفص الكبير[1]، وتقوم عروض التجارة يوم حال الحول بأوفر

---

(١) الفقيه العلّامة، شيخ ما وراء النهر، فقيه المشرق، أبو حفص، أحمد بن حفص البخاري الحنفي، ووالد العلّامة شيخ الحنفية أبي عبد الله محمد بن أحمد بن حفص الفقيه.

عُرف بأبي حفص الكبير بالنسبة إلى ابنه؛ فإنه يُكنى بأبي حفص الصغير.

• **مولده:** لم أجد من ذكره.

• **علمه:** انتهت إليه رياسة الحنفية في بخارى، له اختيارات يخالف فيها جمهور الأصحاب، منها أن نية الإمامة للإمام شرط للاقتداء.

تُحكى عنه حكاية مشهورة في كتب الحنفية مع الإمام البخاري (صاحب الصحيح) استبعدها اللكنوي في (الفوائد البهية)، وهي أن أبا حفص نهى البخاري عن الفتوى وقال له: لست بأهل له، فلم ينته حتى سئل عن صبيين شربا من لبن شاة أو بقرة، فأفتى بالحرمة، فاجتمع الناس عليه وأخرجوه من بُخارى! قال اللكنوي: ".. ولكني أستبعد وقوعها بالنسبة إلى جلالة قدر البخاري، ودقة فهمه وسعة نظره، وغور فكره ما لا يخفى على من انتفع بصحيحه، وعلى تقدير صحتها فالبشر يُخطئ".

• **من شيوخه:** ١. محمد بن الحسن. ٢. شمس الأئمة.

• **من تلاميذه:** في الطبقات السنية: "وله أصحاب لا يحصون".

١. ابنه محمد. ٢. حاتم بن نصر بن مالك الغجدواني.

• **من ثناء العلماء عليه:** قال عبد الله بن محمد بن عمر الأديب: سمعت الليث بن نصر الشاعر يقول: تذاكرنا الحديث: "إن على رأس كل مئة سنة من يصلح أن يكون علم الزمان" فبدأت بأبي حفص أحمد بن حفص، فقلت: هو في فقهه وورعه وعمله يصلح أن يكون علم الزمان، ثم ثنيت بمحمد بن إسماعيل البخاري، فقلت: هو في معرفة الحديث وطرقه يصلح أن يكون علما، ثم ثلَّثت بأحمد بن إسحاق السرماري، فقلت: رجل يقرأ على منبر الخليفة هاهنا يقول: شهدت مرة أن رجلا وحده كسر جند العدو - عنى نفسه - فإنه يصلح أن يكون علم الزمان. قالوا: نعم.

=

القيمتين من الدراهم والدنانير عند أبي حنيفة حتى إذا بلغت بالتقويم بأحدهما نصابًا ولم يبلغ بالآخر قومت بما يبلغ النصاب؛ لأن ذلك أنفع للفقر أو الزكاة شرعت نظرًا للفقراء ولرب المال، ورب المال استوفى حظه من هذا المال بالاسترباح والاسترفاق في جميع الحول فيجب اعتبار حظ الفقير في آخر الحول بتقويمه بما هو أنفع وأنظر له. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يقومها بما اشتراها به، وإن كان اشتراها بالعروض يقومها بالنقد الغالب في ذلك المصر؛ لأن الثمن بدل هذا المال وللبدل حكم الأصل، وقال محمد: يقومها بالنقد الغالب في المصر على كل حال كما في المغصوبات والمتلفات.

والذهب والفضة يضمان إلى عروض التجارة لكن عند أبي حنيفة يضم باعتبار القيمة، فإن شاء قوم العروض فيضمُّ قيمتها إليهما، وإن شاء قوَّمها وضمَّ قيمتها إلى قيمة عروض التجارة وعندهما: يضمُّ باعتبار الأجزاء، فيقوم العروض، فيضم قيمتها إليهما ولا يقوم الذهب والفضة أصلًا في باب الزكاة عندهما.

ولو قبل الهبة والوصية والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد بنية التجارة عند محمد: لا يكون للتجارة؛ لأن هذه الأشياء ليست بتجارة فتجردت النية عن عمل التجارة، وعند أبي يوسف: يكون للتجارة؛ لأن التجارة عقد اكتساب المال فما لا يدخل في ملكه فهو كسبه فيكون تجارة معنى فصح اقتران نية التجارة بفعله كالشراء والإجارة.

وذكر الحاكم في مختصره: أن عند أبي يوسف رحمه الله لا يكون، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله، وعند محمد يكون.

(**النوادر**): ولو ورث مالًا فنوى به التجارة لا يكون للتجارة؛ لأن النية تجردت

=

• **وفاته:** سنة ٢٦٤هـ.

• **من مصنفاته:** نسب في كشف الظنون كتاب (الرد على أهل الأهواء) إلى أبي حفص الكبير، ونفى ذلك اللكنوي في (الفوائد البهية) وقال هي زلة قلم والصواب أنه للصغير. ووجدتُ نسبة الكتاب للكبير في [الطبقات السنية، ٥٨/١] والله أعلم.

وله (فتاوى أبي عبد الله) [كشف الظنون، ١٢٢٠/٢].

انظر ترجمته في: السير (١٥٧/١٠). الفوائد البهية (١٨). الطبقات السنية (٥٨/١ و٢١٥/١).

عن العمل إلا أن يكون ذهبا أو فضة أو سائمة فهي على ما ورثها لما يأتي في باب زكاة الدين.

ولو اشترى خادما للخدمة وهو ينوي إن أصاب ربحًا يبيعه لا يكون للتجارة؛ لأن المشتري للخدمة كذلك يكون إذا أصاب ربحًا يبيعه.

صبَّاغٌ اشترى عصفرًا أو زعفرانًا ليصبُغ به للناس فحال عليه الحول ففيه الزكاة، وأصله: أن كل عين يبقى أثرها في المحل كالعصفر والزعفران ونحوهما ففيه الزكاة؛ لأنه تتحقق فيه معنى التجارة؛ لأنه يصير معتاضًا[1] عن الصبغ القائم في الثوب وما لا يبقى له أثر في العين كالصابون والحرض والخطب والملح ونحوها فلا زكاة فيه لأنه لا تتحقق فيه معنى التجارة، وكذا الدباغ يشتري العفص ليدبغ الجلد أو الدهن والشحم ليدهن به الجلود فلا زكاة فيه وآلات الصناع الذين يعملون بها وظروف أمتعة التجار فلا زكاة فيها لأنها غير معدَّةٍ للتجارة.

ولو اشترى نحَّاس الدواب الجلال والبراقع[2] والمقاود، فإن كان يبيعها مع الدواب ففيها الزكاة، وإن كان لحفظ الدواب بها فلا زكاة فيها كآلة الصنَّاعين.

وكذلك العطار إذا اشترى القوارير.

ولو اشترى جوالقا ليؤجره للناس فلا زكاة فيه؛ لأنه اشتراه للغلة لا للمبايعة.

ولو اشترى عصيرًا للتجارة ثم تخمَّر ثم تخلَّل فهو للتجارة وكذا الشاة إذا ماتت فدبغ جلدها فهو للتجارة.

ولو كان له عبد للتجارة فقتله عبد خطأ فدفع به فالثاني للتجارة؛ لأنه بدل عن مال التجارة، ولو قتله عمدًا فصالحه المولى عن الدم على العبد أو على غيره لم يكن للتجارة؛ لأنه بدل عما ليس بمال، ولو كاتبه فعجز ورُدَّ في الرقِّ لا يعود للتجارة؛ لأن بالكتابة بطل وصف التجارة مع قيام ملكه فيه؛ لأن الكتابة بمنزلة نية الخدمة فلا يعود إلا بالاستئناف عمل التجارة.

---

(١) مُعتاض: فاعل من اعتاضَ، اعتاضَ ممَّا فَقد تعوَّض، أخذ بدلًا منه أو مقابلًا له اعتاض من خسارته.

(٢) ما يُوضع على ظهر الحِمار أو البغْل ليُرْكَبَ عليه، وهي كالسَّرج للفرس.

(**الجامع**): ولو اشترى المضارب طعاما لنفقة عبيد التجارة وحال عليه حول وجبت فيه الزكاة.

والمالك لو اشترى طعامًا لنفقة عبيد التجارة لا تجب فيه الزكاة؛ لأن المضارب لا يملك الشراء من مال التجارة لغير التجارة، فوقع للتجارة بغير نية والمالك يملك الشراء للتجارة ولغيرها فلا يتعين للتجارة إلا بالنية.

ولو اشترى بغرض التجارة عرضًا فالثاني للتجارة؛ لأن نيته البدلة؛ لأن إقامتها مقام الأول يدل على نية التجارة إلا أن ينص بخلافه بخلاف ما إذا اشترى بالذهب والفضة عرضًا لا يكون للتجارة إلا بالنية لأنهما كانا للتجارة بأصل الخلقة والفطرة لا بقصده ونيّته، والعرض لا يحتمل أن يكون للتجارة بأصل الخلقة فلم يقم مقامها دلالة لانعدام قصده، ولو لم يكن العرض للتجارة فاشترى به عرضًا كان عبد صاحبه للتجارة لا يكون للتجارة إلا بالنية؛ لأن البدل يقوم مقام المبدل ما لم ينو بخلافه، والله أعلم بذلك وأحكم. انتهى.

(باب زكاة الإبل السائمة)

وفي الإبل إلى خمس وعشرين في كل خمس شاة، وفي خمس وعشرين بنت مخاض، وفي ست وثلاثين بنت لبون، وفي ست وأربعين حقَّة، وفي إحدى وستين جذعة، وفي ست وسبعين بنتا لبون، وفي إحدى وتسعين حقتان إلى مائة وعشرين، فإذا ازدادت عليها استؤنفت الفريضة؛ ففي مائة وخمسة وعشرين حقتان وشاة، وفي مائة وثلاثين حقتان وشاتان، وفي مائة وخمسة وثلاثين حقَّتان وثلاث شياه، وفي مائة وأربعين حقتان وأربع شياه، وفي مائة وخمسة وأربعين حقَّتان وبنت مخاض، وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق، فإذا ازدادت استؤنفت الفريضة ففي كل خمس من الزيادة شاة إلى خمس وعشرين ففيها بنت مخاض مع ثلاث حقاق، وفي ست وثلاثين بنت لبون مع ثلاث حقاق، وفي ست وأربعين حقة مع ثلاث حقاق إلى مائتين، فإذا ازدادت استؤنفت الفريضة مثل ما استؤنفت الفريضة بعد مائة وخمسين إلى مائتين، ثم هكذا أبدًا وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما، وهكذا كتبه

النبي صلى الله عليه وسلم كتاب الصدقات لأبي بكر الصديق رضي الله عنه[١].

وقال الشافعي رحمه الله: إذا زادت واحدة على مائة وعشرين ففيها ثلاث بنات لبون إلى مائة وثلاثين، ثم تجعل كل تسعة عفوا ويجب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة هكذا أبدًا.

ولو وجب في إبله ابنة مخاض ولم توجد تؤخذ قيمتها، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله: يؤخذ ابن لبون؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**في خمس وعشرين من الإبل ابنة مخاض، فإن لم يكن فابن لبون ذكر**»[٢].

قلنا: هذا الحديث ساكت عن جواز أخذه باعتبار العين أو باعتبار القيمة، وعندنا يجوز أخذه بطريق القيمة لما فيه من تحقيق المعادلة؛ لأن أخذه من اعتبار القيمة

---

(١) انظر: فتح القدير ١/٤٩٥، ٥٠٧، ٥٠٨، والشرح الكبير مع الدسوقي ١/٥٠٢، ومجموع الفتاوى الكبرى ٢٥/٤٦ ط. الرياض، ١٣٨٢هـ.

(٢) أخرجه «البخاري» ٢/١٤٤ (١٤٤٨ و١٤٥٠) و٢/١٤٥ (١٤٥١ و١٤٥٣) و٢/١٤٦ (١٤٥٤) و٢/١٤٧ (١٤٥٥) و٣/١٨١ (٢٤٨٧) و٩/٢٩ (٦٩٥٥) مطولا ومختصرا قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن المثنى الأنصاري، قال: حدثني أبي. و«ابن ماجه» (١٨٠٠) قال: حدثنا محمد بن بشار، ومحمد بن يحيى، ومحمد بن مرزوق، قالوا: حدثنا محمد بن عبد الله بن المثنى، قال: حدثني أبي. و«أبو داود» (١٥٦٧) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد. و«النسائي» ٥/١٨، وفي «الكبرى» (٢٢٣٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا المظفر بن مدرك، أبو كامل، قال: حدثنا حماد بن سلمة. وفي ٥/٢٧، وفي «الكبرى» (٢٢٤٧) قال: أخبرنا عبيد الله بن فضالة بن إبراهيم النسائي، قال: أنبأنا سريج بن النعمان، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«أبو يعلى» (١٢٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يونس بن محمد، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«ابن خزيمة» (٢٢٦١ و٢٢٧٣ و٢٢٧٩ و٢٢٨١ و٢٢٩٦) مطولا ومختصرا قال: حدثنا محمد بن بشار بندار، ومحمد بن يحيى، وأبو موسى، محمد بن المثنى، ويوسف بن موسى، قالوا: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري، قال: حدثني أبي. و«ابن حبان» (٣٢٦٦) قال: أخبرنا عمر بن محمد بن بجير البجيري، وإسحاق بن إبراهيم، ببست، قالا: حدثنا محمد بن بشار، ومحمد بن المثنى، قالا: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري، قال: حدثني أبي.

كلاهما: (حماد بن سلمة، وعبد الله بن المثنى بن عبد الله بن أنس بن مالك الأنصاري) عن ثمامة بن عبد الله بن أنس بن مالك، عن أنس بن مالك، فذكره.

يؤدي إلى الإضرار بالفقراء والإجحاف بأرباب الأموال.

ومن وجب في إبله سن ولم يوجد فالمصدق بالخيار إن شاء أخذ قيمته، وإن شاء أخذ الفضل وَرَدَّ عليه فضل قيمته، وإن شاء أخذ دونه وأخذ فضل القيمة؛ لأن أخذ البدل أقل قيمة أو أكثر من الواجب فتعتبر القيمة تحقيقًا للمعادلة، وقيل: يخيَّر صاحب السائمة في ذلك تيسيرًا عليه.

والخيار إلى المصدق فيما إذا وجب سنٌّ فأراد المالك أن يدفع بعض سن أعلا منه فيخير المصدق بين أن يأخذ ذلك أو قيمته.

لأن الشقص في الأعيان المجتمعة عيب فله أن لا يرضى به.

ولا زكاة في غير السائمة من الحيوان خلافا لمالك رحمه الله؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**ليس في الحوامل والعوامل والبقر المثيرة صدقة**»[1]، ولأن سبب وجوب الزكاة هو المال المعدُّ للنماء وذلك بالإسامة أو التجارة؛ لأنه مفضي إلى النماء غالبا فأقيم مقامه.

وتجب في السائمة ذكورها وإناثها ومختلطها؛ لأن النصوص غير فاصلة، والسائمة هي التي تسام في البراري لقصد الدر والنسل أو الزيادة في السن والسمن، حتى لو أسيمت للحمل والركوب لا للدرِّ والنسل فلا زكاة فيها، ولو أسيمت للتجارة ففيها زكاة التجارة دون زكاة السائمة، وعند الشافعي رحمه الله: فيها زكاة السائمة. والصحيح قولنا؛ لأن الإبل إنما صارت سائمة بجعله فتخرج عن كونها سائمة بإخراجه، فلهذا يملك إبطال الإسامة بجعلها علوفة وحمولة فمتى جعلها وأعدها للتجارة صارت معدَّة ومرصدة للتجارة فلا تبقى معدَّة للإسامة لتضادٍّ بينهما؛ لأن المعدَّ للتجارة معدٌّ للإخراج عن ملكه والمعدُّ للإسامة معدٌّ للإمساك في ملكه ليتحقق النماء نسلًا ورسلًا وسنًّا وسمنًا.

وإن كانت تسام في بعض السنة وتعلف في البعض، فإن أسيمت في أكثرها

---

(١) أخرجه ابن عساكر (٤٦/٣٤٤).

فهي سائمة وإلا فلا؛ لأن العبرة للأكثر؛ لأن أصحاب السوائم لا يجدون بُدًّا من أن يعلفوا سوائمهم في زمان البرد والثلج فجعلنا الأقل تبعا للأكثر.

ولو اشتراها للتجارة ثم جعلها سائمة يعتبر الحول من وقت الجعل؛ لأن حول زكاة التجارة يبطل بجعلها للسوم؛ لأن زكاة السائمة وزكاة التجارة يختلفان قدرًا وسببًا، فلا يبنى حول أحدهما على الآخر.

وبحسب الصغير والأعمى في العدد ولا يؤخذان في الزكاة؛ لقول عمر رضي الله عنه لساعيه: عدَّ عليهم السخلة ولو جابها الراعي يحملها على كفِّه ولا تأخذها منهما.

ولا يؤخذ الرُّبَّا والأكولة الماخض والفحل وخيار السائمة، ويؤخذ من أوساطها؛ لقوله عليه السلام: «**لا تؤخذ في الصدقة الهرم وذات العوار، عليكم بالوسط، والرُّبَّى الْمُرَبِّيَةُ وَلَدَهَا وَالْأَكُولَةُ الَّتِي تُسَمَّنُ لِلْأَكْلِ والماخض الحامل**»[1].

وعن أبي يوسف في (**المنتقى**): ليس في الإبل والبقر والغنم العمي ومقطوعة القوائم شيء لأنها ليست بسائمة.

وعنه في رجل له خمس من الإبل عجاف ولا تساوي شاة إن شاء أعطى شاة، وإن شاء واحدة منها لئلا يؤدي إلى الإجحاف به.

(**الزيادات**): خمس من الإبل مهازيل وجب فيها شاة بقدرهن، ومعرفة ذلك أن ينظر إلى الشاة الوسط كمن هي من بنت مخاض وسط، فإن كانت قيمة بنت مخاض وسط خمسون وقيمة الشاة الوسط عشرة تبين أن الشاة الوسط خمس بنت مخاض، فوجب في المهازيل شاة قيمتها قيمة خمس واحدة منهن، وإن كان سدسا فسدس وعلى هذا قياسه، وإن كان لا تبلغ قيمة كلها قيمة بنت مخاض وسط ينظر إلى قيمة أعلاهن فيجب فيها من الزكاة قدر خمس أعلاهن.

وإن كانت قيمة أعلاهن عشرين فخمسه أربعة فيجب فيها شاة تساوي أربعة دراهم، وإن كانت قيمة أعلاهن ثلاثين فخمسه ستة دراهم؛ لأنه لا وجه لإنجاب

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/١٧٧.

الشاة الوسط؛ لأنه لعل قيمتها تبلغ قيمة واحدة من العجاف أو تربو عليها فتؤدِّي إلى الإجحاف بأرباب الأموال؛ فأوجبنا شاة بقدرهن ليعتدل النظر من الجانبين، وكذا في العشرة منها يجب شاتان بقدرهن هكذا إلى خمس وعشرين فتجب واحدة من أفضلهن.

ولو كان له عشر بنات مخاض عجاف إلا واحدة منهن وسط فعليه شاتان وسطان؛ لأن العجاف تابعة للوسط فصار كأن الكل مثلها في الصفة كما لو كان كلها صغار وواحدة مسنة.

فإن كان له خمس وعشرين عجاف وفيه أفضلها مثل قيمة بنت مخاض وسط أخذ منه قيمة بنت مخاض وسط، وإن نقصت قيمة أفضلها عن قيمة بنت مخاض وسط فعليه قيمة بنت مخاض مثل أفضلها قيمة؛ لأن قيمة بنت مخاض وسط ربما يكون مثل ثنتين من العجاف فيؤدي إلى أخذ بعيرين من خمس وعشرين وهذا لا يجوز إلا أن يعطي أفضلها فيؤخذ منه.

ولو كانت ستًّا وثلاثين وليس فيها ما يبلغ قيمته قيمة بنت مخاض وسط يجب بنت لبون بقدرهن، وفي ست وأربعين وجبت حقَّة بقدرهن، ومعرفة ذلك أن تنظر إلى قيمة بنت مخاض وسط وقيمة بنت لبون وسط، فإن كانت قيمة بنت مخاض أربعين وقيمة بنت لبون ستين ظهر أن بنت لبون مثل بنت مخاض ومثل نصفها فيجب في المهازيل بنت لبون قيمتها مثل واحدة منهن ومثل نصفها إن كن مستويات في العجف.

وإن كانت متفاضلات وليس منهن شيء يساوي بنت مخاض وسط كأنهن بنت لبون قيمتها مثل قيمة أفضلهن ونصف قيمة التي تليها ومعرفة الحقة بقدرهن أن تنظر إن كان قيمة حقة وسط مائة وعشرين وقيمة بنت مخاض وسط أربعون فعلم أن الحقة مثل ثلاث بنات مخاض، فإن كان ما عنده من بنات المخاض مستويات في العجف فزكاتهن حقة تعدل ثلاث بنات مخاض إن شاء أداءها، وإن شاء قيمتها، وإن شاء ثلثا عنده، فإن كن متفاضلات في العجف فكانت قيمة كل واحدة عشرة إلا ثلثا قيمة واحدة منهن خمسون وقيمة الآخرين عشرون عشرون فزكاتهن حقَّة تعدل

الثلث، الفواضل قيمتها تسعون إن شاء أدى الثلث الفواضل عينهنَّ، وإن شاء قيمتهن، وإن شاء حقة قيمتها تسعون؛ لأن قيمة ثلاث من أفضلهن تسعون.

ولو كان مكان بنات مخاض بنات لبون عجاف إلا واحدة وسط قيمتها سبعون وقيمة البواقي أربعون أربعون فزكاتها حقة قيمتها مائة وأربعة وثلاثون، وطريق معرفته أن تنظر إلى قيمة حقة وسط وقيمة بنت مخاض وسط وقيمة هذه الواحدة الوسط، فإن كان قيمة حقة وسط مائة وخمسين وقيمة بنت مخاض وسط خمسين فيقول: لو كانت هذه الإبل بنات مخاض أوساط وجبت حقة وسط وهي مقدار ثلاث منهن، فإذا كن بنات لبون نظر إلى قيمة بنت لبون وسط، فإذا كانت قيمتها سبعون فنقول: لو كن البواقي بنات مخاض أوساط كان عليه هذه البنت اللبون التي قيمتها سبعون والباقي إلى تمام مائة وخمسين وذلك ثمانون درهما وهو بنت مخاض وسط وثلاثة أخماس أخرى، فلما كان البواقي عجافا وجبت هذه الواحدة التي قيمتها سبعون والواحدة التي تليها وقيمتها أربعون وثلاثة أخماس أخرى وذلك أربعة وعشرون؛ فالجملة مائة وأربعة وثلاثون وذلك قيمة الحقة بقدرهن، فإن قيل: لم تغلب قيمة ابنة المخاض معيارا في هذه الفصول؛ قلنا: لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**فِي خَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ السَّائِمَةِ شَاةٌ**»[1]، وابنة المخاض مراد بهذا بالإجماع، حتى لو كانت واحدة من الخمس من ابنة مخاض وأربع فصلان يجب فيها شاة وبدونها لا فكذلك فيما بعده من النّصب إلى مائة وعشرين[2].

(باب زكاة البقر[3])

ليس في أقل من ثلاثين من البقر السائمة صدقة، وفي الثلاثين تبيع أو تبيعة وهو

---

(١) أخرجه الحاكم (٣٩٦/١ - ط. دائرة المعارف العثمانية) من حديث عمرو بن حزم، وصححه الإمام أحمد كما في نصب الراية (٣٦٨/٢ - ط. المجلس العلمي).

(٢) انظر: المغني ٥٩٤/٢، وابن عابدين على الدر ١٨/٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٢٦٢/١، وفتح القدير ٤٩٩/١، ٥٠٠، وبدائع الصنائع ٢٨/٢، والمبسوط ١٨٧/٢.

الذي تمت له سنة وطعنت في الثانية، وفي الأربعين مسنة وهي التي طعنت في الثالثة لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضي الله عنه: «**خذ من كل ثلاثين من البقر تبيعًا**[1] **أو تبيعة، وما زاد على الأربعين فبحساب المُسِنَّة**»[2].

عند أبي حنيفة رحمه الله: حتى لو كانت الزيادة واحدًا يجب فيه جزء من أربعين جزءًا من مسنة.

روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أن لا شيء في الزيادة حتى تبلغ خمسين ففيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع.

وروى أسد بن عمرو عن أبي حنيفة: أنه لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين ففيها تبيعان أو تبيعتان، وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم، وهذه الرواية أعدل لما رُوي عن معاذ رضي الله عنه أنه قيل له: ما تقول فيما بين الأربعين والستين؟ فقال: تلك أوقاص[3] لا شيء فيها؛ ولأن مبنى الزكاة السائمة على أن لا يجب فيها الأشقاص دفعًا للضرر عن أرباب الأموال؛ لأن الشقص عيب في الحيوان حتى أوجب في الإبل عند قلة العدد من خلاف جنسه تحرزا عن إيجاب الشقص وكذلك في زكاة البقر لا يجوز إيجاب الشقص.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن إثبات الوقص والنصاب بالرأي لا يجوز، وإخلاء المال

---

(١) التَّبيعُ وَلَدُ البقرة والجمع: تِبَاعٌ، وتَبَائِعُ، وأَتْبِعَةٌ.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢٦/٣ (١٠٠١٣) قال: حدثنا عبد السلام. و«أحمد» ٤١١/١ (٣٩٠٥) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا مسعود بن سعد. و«ابن ماجه» (١٨٠٤) قال: حدثنا سفيان بن وكيع، قال: حدثنا عبد السلام بن حرب. و«الترمذي» (٦٢٢) قال: حدثنا محمد بن عبيد المحاربي، وأبو سعيد الأشج، قالا: حدثنا عبد السلام بن حرب. و«أبو يعلى» (٥٠١٦) قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا عبد السلام. كلاهما: (عبد السلام بن حرب، ومسعود بن سعد) عن خصيف الجزري، عن أبي عبيدة، فذكره.

(٣) الوَقَصُ في اللغة: كُسَار العِيدان يُلقى في النار ليزيدَها اشتعالًا.

الوَقَص في الصَّدقة: (الفقه) ما بين الفريضتين، نحو أن تبلغ الإبلُ خمسًا ففيها شاة ولا شيءَ في الزِّيادة حتَّى تبلغ عَشْرًا؛ فما بين الخمس إلى العشر وقَصٌ، وبعضُ العلماء يجعل الوَقَص في البقَر خاصّة.

عن الواجب لا يجوز فأوجبنا فيما زاد بحسابه احتياطًا لأمر العبادة، وتحملنا إثبات الشقص لضرورة تعذر اخلائه عن الواجب وحديث معاذ رضي الله عنه لم يصح، فإنه روى طاووس عن معاذ قال: لم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم في الأوقاص شيئًا، فإذا أراد على الستين يدار الحساب على الأربعينات والثلاثينات في النصاب وعلى الأتبعة والمسان في الفريضة ففي سبعين مسنة وتبيع وفي الثمانين مسنتان وفي التسعين ثلاثة أتبعة وفي المائة مسنة وتبيعان هكذا أبدًا.

والجواميس بمنزلة البقر؛ لأنه بقر حقيقة فيتناوله مطلق اسم البقر، ولهذا لو حلف لا يشتري بقرًا فاشترى جاموسًا يحنث بخلاف البقر الوحشي؛ لأنه ملحق بخلاف الجنس كالحمار الوحشي وإن ألفت فيما بيننا لا يلتحق بالأهلي حكما حتى ينفي خلال الأكل فكذا البقر الوحشي.

(**الزيادات**): له أربعون من البقر عجافًا فعليه مسنَّة بقدرهن، ومعرفة ذلك أن تنظر إلى قيمة التبيع الوسط وقيمة المسنَّة الوسط، فإن كانت قيمة التبيع أربعين وقيمة المسنة خمسين تبين أن المسنة مثل تبيع وربع تبيع فعليه واحدة من أفضلهن وربع الذي تليه، وإن كانت قيمة أفضلهن ثلاثين وقيمة التي تليها عشرين فعليه مسنة قيمتها خمسة وثلاثون وعلى هذا تجري المسائل.

(باب زكاة الغنم)

وليس في أقل من أربعين من الغنم السائمة صدقة، ثم في كل مائة شاة، فإذا بلغ أربعين ففيها شاة، وفي إحدى وعشرين ومائة شاتان، وفي مائتين وشاة ثلاث شياه، وفي أربعمائة أربع شياه، ثم في كل مائة شاة بهذا وردت السنة وعليه أطبقت الأمة والمتولد بين الغنم والظباء يعتبر فيها الأم، فإن كانت غنما وجبت فيه الزكاة وتكمل به النصاب وإلا فلا، وكذا المتولِّد بين البقر الأهلي والوحشي؛ لأنه ترجح بجانب الأم؛ لأنه يصير ولدًا بمعنى في الأم وهو الحضانة والتربية ويصير ماء الفحل مستهلكا بحضانتها، ولهذا يتبع الولد الأم في الرق والحرية.

وقال الشافعي رحمه الله: لا زكاة فيه ولا تؤخذ في زكاة الغنم إلا الثنيُّ فصاعدًا،

وهو الذي تم له سنة وطعن في الثانية؛ لقول علي رضي الله عنه موقوفًا ومرفوعًا: "لا يجزئ في الزكاة إلا الثني".

وروى ابن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله: يجوز الجذع من الضأن، وهو قولهما؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إنما حقُّنا في الجذع والثنية**» والصحيح هو الأول.

ويجوز أخذ الذكر والأنثى؛ لأن الأحاديث وردت باسم الشاة واسم الشاة يتناول الذكر والأنثى، وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز الذكر إلا إذا كانت كلها ذكورًا.

(باب صدقة الحملان والفُصْلان والعجَاجِيل)

وليس في صغار الحيوان كالفصلان والحملان والعجاجيل زكاة عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد.

وقال أبو يوسف والشافعي رضي الله عنهما: فيها واحدة منها.

وقال زفر ومالك رحمهما الله: يجب فيهما ما يجب في المسان.

وتكلموا في صورة المسألة فإنها مشكلة؛ لأن الزكاة لا تجب بدون مضي الحول وبعد الحول لم يبق صغارا، أو قيل: صورتها أن الحول هل ينعقد على هذه الصغار بأن ملكها في أول الحول، ثم تم الحول عليها هل تجب الزكاة فيها، وإن لم يبق صغارا، وقيل: صورتها إذا كانت له أمهات فمضت ستة أشهر فولدت أولادا ثم ماتت الأمهات وبقي الأولاد ثم تم الحول عليهم وهم صغار هل تجب الزكاة فيها وهو الأصح.

لزفر: أن النصوص واردة باسم الشاة والإبل، وهذا اسم جنس فيتناول الصغار والكبار.

لأبي يوسف: إنا لو أوجبنا فيها ما يجب في المسان أجحفنا بأرباب الأموال، ولو لم يوجب فيها شيئًا أضررنا بالفقراء وأوجبنا واحدة منها استدلالًا بالمهازيل، فإن نقصان الوصف كما أثر في تخفيف الواجب لا في إسقاطه فكذلك نقصان السن.

والصحيح قول أبي حنيفة؛ لأن النص أوجب الزكاة أسنانا مرتبة في نصب مرتبة، ولا مدخل للقياس في ذلك، فإن أمكن إيجابها كما ورد الشرع به يجب وإلا فلا، وأدنى ما ورد الشرع بإيجابه ابنة مخاض وهي لا توجد في الفصلان.

ثم عن أبي يوسف ثلاث روايات: في رواية لا شيء فيها حتى تبلغ خمسا وعشرين ففيها واحدة منها، ثم لا شيء في الزيادة حتى تبلغ عددا لو كان كبارا يجب ثنتان منها، وذلك ست وسبعين فيجب اثنتان منها، وذلك مائة وخمسة وأربعين فيجب ثلث منها، وهكذا يجزي.

وفي رواية: في الخمس خمس فصيل، وفي العشر خمسا فصيل، وفي خمسة عشر ثلاثة أخماس فصيل، وفي عشرين أربعة أخماس فصيل، وفي رواية: ينظر إلى قيمة شاة وسط وإلى خمس فصيل أيهما كان أقل يجب، ثم هكذا إلى خمس وعشرين.

ولو كان له أربعة وعشرون فصيلا ومسنة يجب عليه بنت مخاض؛ لأن الواجب وهو المسنَّة موجود في النصاب فاستتبعت المسنة الصغار في حق الوجوب، وقد بيَّنت الحكم تبعا فيما لا يثبت أصلًا كالأضحية إذا ولدت يضحَّى بالولد مع الأم تبعا.

ولو كان لا يجوز التضحية بالولد أصلًا، فإن هلكت المسنّة بعد الحول سقطت الزكاة؛ لأنه إذا فات الأصل سقط الحكم عن التبع، فإن بقيت المسنَّة وهلك الباقي يبقى بقدر ما بقي؛ لأنه فعل الصغار في حق سقوط الزكاة على صفة المسنة دفعا للضرر عن أرباب الأموال.

ولو كان له مسنَّتان ومائة وتسعة عندهما لا تجب فيها مسنتان.

ولو كان له مسنة ومائة وعشرون حملا يجب فيها مسنة واحدة عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله تجب المسنة وحمل، وعند زفر: شاتان وسطان، وإن هلكت تلك المسنة سقطت الزكاة، وعند أبي يوسف: يجب في الباقي حمل.

(**الزيادات**): ولو كانت له تسعة وثلاثون حملان وواحدة مسنة عجفاء لا تبلغ قيمتها قيمة مسنة وسط لا تجب عن العجفاء؛ لأن وجوب الزكاة لأجل تلك الواحدة العجفاء فلا يجوز أن يجب لأجلها أكثر منها.

فإن هلكت العجفاء بطلت الزكاة عندهما خلافا لأبي يوسف لما مر، وإن كانت له شاة وسط ومائة وعشرون عجاف فعليه شاتان سمينة وعجفاء هي أفضل العجاف؛ لأن الواجب شائع في الكل فيكون في كل شاة جزء من مائة واحد وعشرين من شاتين جزء من العجفاء وجزء من السمينة، فإن هلكت الشاة السمينة بعد الحول فعليه شاة عجفاء في قياس قولهما؛ لأن السمينة جعلت كأن لم تكن؛ لأن عندهما النصاب الأول أصل وما بعده تبع له فيصرف الهالك إلى التبع كما تبين، وعند محمد عليه مائة وعشرون جزءًا من مائة واحد وعشرين جزءًا من شاتين عجفاوتين؛ لأن عنده الواجب شائع في الكل فما هلك يهلك بزكاته وما بقي يبقى بزكاته والزيادة من حيث السمن إنما تجب لأجل تلك السمينة وقد هلكت فصار كأن الكل عجفاء فهلكت الواحدة.

ولو كانت مائتا شاة عجاف وشاة سمينة فعليه ثلاث شياه واحدة سمينة وشاتان عجفان من أفضلهما، فإن هلكت السمينة بعد الحول فعليه شاتان عجفان، وعند محمد عليه مائتا جزء من مائتين وواحدة من ثلاث شياه.

ولو كان له عشرون شاة عجافا وعشرون سمانا فهلكت عشرة من السمان بعد الحول فعليه ثلاثون جزءًا من أربعين جزءًا من شاة سمينة عندهما، وعند محمد نصف سمينة وربع مهزولة؛ لأن السمينة وجبت في نصفها في السمان ونصفها في العجاف تبعا للسمان؛ لأن كل سمينة تستتبع مهزولة، فإذا هلك عشر من السمان سقط ما وجب فيهن وهو ربع السمينة أصلًا وسقط ما وجب في عشر من العجاف، ولو هلك واحدة من السمان تجب في الباقي تسعة وثلاثين جزءًا من أربعين جزءًا من سمينة، وعند محمد رحمه الله جزء من العجفاء وثمانية وثلاثون جزءًا من السمينة.

(باب زكاة الشركاء)

ولا زكاة في النصاب بين خليطين خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لقوله صلى الله عليه

وسلم: «**إذا انتقصت شاة الرجل من أربعين فليس فيها شيء**»[١]، ولأن كل واحد منهما لم يملك نصابًا فيكون فقيرًا بدليل أنه يحل له الصدقة وحل الصدقة يدلُّ على الفقراء؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ**»[٢].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٤٤ (١٤٤٨ و١٤٥٠) و٢/١٤٥ (١٤٥١ و١٤٥٣) و٢/١٤٦ (١٤٥٤) و٢/١٤٧ (١٤٥٥) و٣/١٨١ (٢٤٨٧) و٩/٢٩ (٦٩٥٥) مطولا ومختصرا قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن المثنى الأنصاري، قال: حدثني أبي. و«ابن ماجه» (١٨٠٠) قال: حدثنا محمد بن بشار، ومحمد بن يحيى، ومحمد بن مرزوق، قالوا: حدثنا محمد بن عبد الله بن المثنى، قال: حدثني أبي. و«أبو داود» (١٥٦٧) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد. و«النسائي» ٥/١٨، وفي «الكبرى» (٢٢٣٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا المظفر بن مدرك، أبو كامل، قال: حدثنا حماد بن سلمة. وفي ٥/٢٧، وفي «الكبرى» (٢٢٤٧) قال: أخبرنا عبيد الله بن فضالة بن إبراهيم النسائي، قال: أنبأنا سريج بن النعمان، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«أبو يعلى» (١٢٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يونس بن محمد، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«ابن خزيمة» (٢٢٦١ و٢٢٧٣ و٢٢٧٩ و٢٢٨١ و٢٢٩٦) مطولا ومختصرا قال: حدثنا محمد بن بشار بندار، ومحمد بن يحيى، وأبو موسى، محمد بن المثنى، ويوسف بن موسى، قالوا: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري، قال: حدثني أبي. و«ابن حبان» (٣٢٦٦) قال: أخبرنا عمر بن محمد بن بجير البجيري، وإسحاق بن إبراهيم، ببست، قالا: حدثنا محمد بن بشار، ومحمد بن المثنى، قالا: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري، قال: حدثني أبي.

كلاهما: (حماد بن سلمة، وعبد الله بن المثنى بن عبد الله بن أنس بن مالك الأنصاري) عن ثمامة بن عبد الله بن أنس بن مالك، عن أنس بن مالك، فذكره.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧١٥٥) عن الثوري. و«ابن أبي شيبة» ٣/٢٠٧ (١٠٧٦٦) و١٤/٢٧٤ (٣٧٦٦٢) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«أحمد» ٢/١٦٤ (٦٥٣٠) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي ٢/١٩٢ (٦٧٩٨) قال: حدثنا وكيع، وعبد الرحمن، عن سفيان. و«الدارمي» (١٧٦٢) قال: أخبرنا محمد بن يوسف، وأبو نعيم، عن سفيان. و«أبو داود» (١٦٣٤) قال: حدثنا عباد بن موسى الأنباري الختلي، قال: حدثنا إبراهيم، يعني ابن سعد. و«الترمذي» (٦٥٢) قال: حدثنا أبو بكر، محمد بن بشار، قال: حدثنا أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا سفيان بن سعيد (ح) وحدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان. كلاهما: (سفيان بن سعيد الثوري، وإبراهيم بن سعد) عن سعد بن إبراهيم، عن ريحان بن يزيد العامري، فذكره.

والصدقة على الفقير لقوله عليه السلام: «**لا تَجْمَعَ بَيْنَ مُفْتَرِقٍ، وَلَا تُفَرِّقَ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خشية الصدقة**»[1] إنه إذا كان ثمانون لرجل يجب فيها شاة ولا يفرق كأنها لرجلين فتوجد شاتان، وإن كان الثمانون لرجلين فعلى كل واحد منهما شاة.

ولو كان ثمانون من الغنم بين من تجب عليه الزكاة وبين من لا تجب عليه الزكاة كالصبي والمجنون ففيها شاة على من تجب عليه لوجود كمال النصاب في حقه.

شاة مشتركة بين اثنين وبين أحدهما وبين الآخر تسع وسبعون شاة فعلى الذي تم نصابه زكاة، وقال زفر: لا زكاة عليه؛ لأنه ملك تسعة وثلاثين ونصفان من شاتين فلا يكمل العدد.

لنا: أنه ملك أربعين شاة شائعة بدليل أنه لو كان شريكه فيها واحدا يجب عليه الزكاة فيتعدد الشركاء لا ينتقص ملكه ولا ينعدم صفة الغناء في حقه، بل هو غني يملك أربعين شاة، وكذلك ثمانون شاة بينه وبين ثمانون رجلا كل شاة بينه وبين واحد منهم أو ثمانون بقرًا بينه وبين نفر، كذلك أو عشرة من الإبل كذلك فعليه زكاة في نصيبه، خلافًا لزفر رحمه الله.

وتجب الزكاة على المضارب إن بلغ نصيبه من الربح نصابا خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن حصة المضارب من الربح مملوكة له قبل القبض عندنا، وعنده لا

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢٦/٣ (١٠٠٠٨) و٥٠/١٣ (٣٤٥٧٦) قال: حدثنا هشيم، عن هلال بن خباب، عن ميسرة أبي صالح. و«أحمد» ٣١٥/٤ (١٩٠٤٢) قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا هلال بن خباب، قال: حدثني ميسرة أبو صالح. و«الدارمي» (١٧٥٣) قال: أخبرنا الأسود بن عامر، قال: حدثنا شريك، عن عثمان الثقفي، عن أبي ليلى، هو الكندي. و«ابن ماجه» (١٨٠١) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا شريك، عن عثمان الثقفي، عن أبي ليلى الكندي. و«أبو داود» (١٥٨٠) قال: حدثنا محمد بن الصباح البزاز، قال: حدثنا شريك، عن عثمان بن أبي زرعة، عن أبي ليلى الكندي. و«النسائي» ٢٩/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٤٩) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن هشيم، عن هلال بن خباب، عن ميسرة أبي صالح. كلاهما: (ميسرة أبو صالح، وأبو ليلى الكندي) عن سويد بن غفلة، فذكره.

يملك[١].

(**النوادر**): ثمانون شاة بين رجلين أثلاثا فأخذ المصدق منها شاة لزكاة صاحب الثلثين فلصاحب الثلث أن يرجع عليه بقيمة الثلث؛ لأنه لا زكاة عليه، ولو كان الغنم مائة وعشرون بين رجلين لأحدهما وللآخر ثلثاها فوجب على كل واحد منهما شاة، ثم أخذ المصدق منها شاتان فلصاحب الثلثين أن يرجع على صاحب الثلث بقيمة ثلث شاة؛ لأن نصيب صاحب الثلثين من الشاتين شاة وثلث، فإذا أخذ المصدق شاة كاملة لأجل صاحب الثلث فقد أخذ ثلثًا من نصيب صاحب الثلثين لأجل زكاة صاحب الثلث فيرجع بذلك عليه، وهذا معنى قوله صلى الله عليه وسلم: «**وما كان بين الخليطين فإنهما يتراجعان بالسوية**»[٢].

ولو كان مائتان وخمسون شاة بين اثنين لأحدهما مائة وللآخر مائة وخمسون، فأخذ المصدِّق منها ثلاث شياه يرجع صاحب المائة على الآخر بخمس شاة.

ثلاثة نفر لكل رجل خمسين شاة فخلطوها وصارت مشتركة بينهم وأخذ المصدق منها شاتين فعليهم أن يعطوا فيما بينهم وبين ربهم شاة.

(باب زكاة الخيل)

قال أبو حنيفة رحمه الله: الخيل السائمة إذا كانت ذكورًا أو إناثًا ففيها الزكاة، إن شاء أعطى عن كل فرس دينارًا، وإن شاء قوَّمها وأدَّى من كلِّ مائتي درهم خمسة دراهم. وقالوا: لا زكاة فيها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**عَفَوْتُ لَكُمْ عَنْ صَدَقَةِ الْخَيْلِ وَالرَّقِيقِ**»[٣].

---

(١) انظر: شرح المحلي على المنهاج ١٩٦/٣، والمجموع ١٩١/٦، وشرح منتهى الإرادات ٤٢٥/١، والإنصاف ٢١٩/٣، وحاشية ابن عابدين ٥٩/٢.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ١٨١/١.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٦٨٧٩ و٧٠٧٧) عن الحسن بن عمارة. وفي (٦٨٨٠) عن ابن جريج، قال: أخبرت عن أبي إسحاق. و«ابن أبي شيبة» ١١٧/٣ (٩٩٥٤) قال: حدثنا ابن نمير، عن الأعمش. وفي ١١٨/٣ (٩٩٥٥) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثني عمار بن رزيق. و«أحمد» ٩٢/١ (٧١١) قال: حدثنا سريج بن النعمان، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١١٣/١ (٩١٣) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا الأعمش. و«الدارمي» (١٧٥٢) قال: أخبرنا =

لأبي حنيفة رحمه الله: قوله صلى الله عليه وسلم: «**في كل فرس سائمة دينار وليس في الرابطة شيء**»[1]، وحديثهم محمول على ما إذا كانت للغزو أو للركوب والحمل.

وفي الذكور المفردة روايتان عن أبي حنيفة، وكذلك في الإناث المفردة والمشهور منهما أن لا زكاة فيها لأنها غير معدَّة للاستنماء؛ لأن معنى النسل لا يحصل منها ومعنى السمن فيها غير معتبر؛ لأنها غير مأكولة اللحم ولا تجب في الحمير والبغال، وإن كانت سائمة لقوله صلى الله عليه وسلم: «**ليس في الكسعة صدقة**»، والكسعة: الحمير ولأنها لا تسام للاستنماء.

=

المعلى بن أسد، قال: حدثنا أبو عوانة. و«أبو داود» (١٥٧٤) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا أبو عوانة. و«الترمذي» (٦٢٠) قال: حدثنا محمد بن عبد الملك بن أبي الشوارب، قال: حدثنا أبو عوانة. و«عبد الله بن أحمد» ١/١٤٥ (١٢٣٣) قال: حدثني العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١/١٤٨ (١٢٦٧) قال: حدثنا أحمد بن محمد بن أيوب، قال: حدثنا أبو بكر بن عياش، عن الأعمش. وفي (١٢٦٩) قال: حدثني محمد بن إشكاب، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثني أبي، عن الأعمش. و«النسائي» ٥/٣٧، وفي «الكبرى» (٢٢٦٨) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٥/٣٧، وفي «الكبرى» (٢٢٦٩) قال: أخبرنا حسين بن منصور، قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن خزيمة» (٢٢٦٢ و٢٢٩٧) قال: حدثنا علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا أيوب بن جابر. وفي (٢٢٨٤) قال: حدثنا موسى بن عبد الرحمن المسروقي، قال: حدثنا أبو أسامة، عن سفيان الثوري. سبعتهم: (الحسن بن عمارة، ومن أخبر ابن جريج، وسليمان الأعمش، وعمار بن رزيق، وأبو عوانة الوضاح، وسفيان الثوري، وأيوب بن جابر) عن أبي إسحاق السبيعي، عن عاصم بن ضمرة، عن علي.

(١) أخرجه الدارقطني (٢/١٢٥) وقال: تفرد به غورك عن جعفر وهو ضعيف جدا ومن دونه ضعفاء. والبيهقي (٤/١١٩، رقم ٧٢١٠) وقال: تفرد به غورك. والخطيب (٧/٣٩٧). وأخرجه أيضًا: الطبراني في الأوسط (٧/٣٣٨، رقم ٧٦٦٥) قال الهيثمي (٣/٦٩): فيه الليث بن حماد وغورك وكلاهما ضعيف. وأورده ابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/٤٩٦، رقم ٨١٩) وقال: لا يصح وغورك ليس بشيء وقال الدارقطني هو ضعيف جدًّا. والحديث موضوع كما قال الحافظ أحمد الغماري في المغير (ص٧٧).

لنا: بل هو معدٌّ للحمل والركوب ولكنها تسام في غير وقت الحاجة للتخفيف في الحفظ ودفع مؤنة العلف ولو كانت للتجارة يجب فيها الزكاة.

(باب زكاة الفائدة)

المستفاد إذا كان متولدا من النصاب كالأولاد والأرباح يضم إليه ويزكى الكل بحول الأصل؛ لأن في اعتبار الحول لكل ولد وربح تعسر وتشديد فاكتفى بمضي ما بقي من حول الأصل شرطا لوجوب الزكاة فيها دفعا للتعسير والتشديد والمستفاد بالهبة والميراث ونحوهما يضم إلى النصاب من جنسه في حوله خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن المستفاد يكثر وجودها لكثرة أسبابها كغلة المستغلات وأجرة العمل والصناعات وبدل عروض التجارات ونحو ذلك، فلو شرطنا لكل مستفاد حولا على حدة يلحقه التعسير والتشديد في مراعاته لابتداء الحول وانتهائه، ويدوم هذا العسر إلى آخر العمر بحيث ينتهي إلى عدم الإمكان فاكتفى بمُضيِّ ما بقي من الحول دفعا للتعسير كما في الولاء والأرباح.

والمستفاد من خلاف جنسه كالإبل مع الشاة لا يضم؛ لأنه لا يؤدي إلى التعسير؛ لأنه لا ينعقد الحول عليه ما لم يبلغ نصابًا، ثم كلَّما يستفيده من هذا الجنس يضم إليه والمستفاد بعد الحول لا يضم إلى النصاب في الحول الماضي وإنما يضم إليه في الحول الباقي.

ولا يضم أثمان الإبل والبقر والغنم المزكاة إلى ما عنده من جنسه عند أبي حنيفة، وعندهما يضم؛ لأن استبدال أموال الزكاة مما يكثر في وجوده في أثناء الحول، فلو راعينا لكل بدل حولا على حدة يؤدي إلى التعسير فلم يشترط دفعا للتعسير كما في سائر المستفادات وصار كما لو جعل السائمة علوفة ثم باعها يضم ثمنها إلى ما عنده.

له: أن في الضم تحقيق الثناء في الصدقة؛ لأن الثناء إيجاب الزكاة مرتين على مالك واحد في مال واحد في حول واحد وهنا المالك متَّحد حقيقة والمال متَّحد معنى؛ لأن الثمن بدل مال أديت الزكاة عنه والبدل يقوم مقام المبدل كأنه هو معنى

واتحاد الحول معنى؛ لأن ما مضى من الحول على النصاب شرط لوجوب الزكاة في المستفاد؛ إذ بدونه لا تجب الزكاة في المستفاد وشرط الشرط بمنزلة الشرط فاتحد الشرط وهو الحول معنى فتحقق الثناء معنى وإنه منفي لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا ثناء في الصدقة**»[1].

ولو جعلت السائمة علوفة بعدما زكاها ثم باعها يضم ثمنها إلى ما عنده؛ لأنها بالأعلاف خرجت بمن أن يكون مال الزكاة لفوات وصف النماء فصار كأنه هلك مال الزكاة وحدث مال آخر معنى فلا يؤدي إلى الثناء.

وكذلك لو جعل العبد المؤدي زكاته للخدمة ثم باعه يضم ثمنه إلى ما عنده؛ ولو أدى صدقة الفطر عن عبد الخدمة أو أدى عشر الطعام ثم باعه ضم ثمنه إلى ما عنده؛ لأنه ليس بدل مال أديت الفطرة عنه؛ لأن الفطرة إنما تجب بسبب رأس يمونه ويلي عليه دون المالية، ألا ترى أنه يجب عن أولاده الأحرار والثمن بدل المالية والعشر إنما يجب بسبب أرض نامية لا بالخارج لما تبين فلم يثبت الإيجاب حتى لو باع الأرض النامية لا يضم ثمنها إلى ما عنده عند أبي حنيفة رحمه الله، ومن عنده نصابان من جنس واحد أحدهما ثمن إبل مزكاة فاستفاد نصابا من جنسهما، فإنه يضمه إلى أقربهما حولا لأنهما استويا في علة الضم وترجح أحدهما باعتبار القرب لكونه أنفع للفقراء أو لو كان المستفاد ربحًا أو ولدها ضمه إلى أصله، وإن كان أبعد حولا؛ لأنه ترجح باعتبار التفرع والتولد؛ لأنه تبع وحكم التبع لا يقطع عن الأصل.

(**النوادر**): قال أبو حنيفة رحمه الله: لو أدى زكاة الدراهم ثم اشترى بها سائمة وعنده من جنسها سائمة لم يضمها إليه لأنها بدل مال أديت الزكاة عنه، ولو ذهب له ألف ثم أفاد ألفا قبل الحول ثم رجع الواهب في هبته بقضاء قاضٍ؛ فلا زكاة عليه في الألف الفائدة حتى يمضي حول منذ ملكها؛ لأنه بطل حول الأصل وهو الموهوب فيبطل في حق التبع.

---

(١) أخرجه الديلمي (٥/١٦٠، رقم ٧٨١٤).

رجل له مائتا درهم فحال عليها ثلاثة أحوال إلا يوم، ثم أفاد خمسة يزكي للحول الأول خمسة لا غير؛ لأنه انتقص النصاب في الحول الثاني والثالث بدين الزكاة.

ومن كان له عشر من الإبل فلم يزكها سنتين فعليه في الأولى شاتان وفي الثانية شاة؛ لأن في الثانية انتقص من النصاب الثاني قدر شاة.

(باب زكاة الدَّيْن)

الديون على مراتب عند أبي حنيفة رحمه الله: دين قوي، ودين وسط، ودين ضعيف.

• **فالقوي**: ما يملكه بدلا عن مال الزكاة كثمن عروض التجارة ونحوها، فإذا تم نصابا وتم الحول عليه تجب الزكاة فيه؛ لأن الخلف يأخذ حكم الأصل فتجب الزكاة فيه بحول الأصل، لكن لا يلزمه الأداء حتى يقبض منه أربعين درهما فيزكيها درهما، وكذلك يؤدي درهما من كل أربعين قبض؛ لأن الزكاة لا تجب في الكسور من النصاب الثاني عنده ما لم يبلغ أربعين درهما دفعا للحرج، وكذلك لا يجب الأداء ما لم يبلغ أربعين درهما دفعا للحرج.

وذكر في (**المنتقى**): رجل له ثلاثمائة درهم دين حال عليها ثلاثة أحوال، فقبض مائتين؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله: يزكي السنة الأولى خمسة والثانية والثالثة أربعة عن ستين ومائة ولا شيء عليه في المائة أفضل؛ لأنه دون الأربعين.

• **وأما الدين الوسط**: فهو بدل عما ليس للتجارة كثمن ثياب البدلة وعبيد الخدمة وفيه روايتان:

في رواية الأصل: تجب الزكاة فيه ولا يلزمه الأداء حتى يقبض مائتي درهم فيزكيها.

وفي رواية ابن سماعة عن أبي حنيفة رحمه الله: لا زكاة فيه حتى يقبض ويحول عليه الحول؛ لأنه صار مال الزكاة الآن؛ لأنه لم يكن بدل مال الزكاة فصار كالحارث ابتداء فشابه المهر وجه ظاهر الرواية أن الملك في الأصل متكامل واليد فيه متحققة

غير أنه لا تجب الزكاة فيه لانعدام وصف التجارة، وبالإقدام على البيع صيَّره للتجارة وهو قابل لها فصار مال الزكاة قبيل البيع، فكذلك بدله بدل مال الزكاة، إلا أنه يشترط قبض المائتين لوجوب الأداء؛ لأن هذه اليد مستأنفة غير مبنية على اليد الأولى؛ لأن يده على الأصل لم تكن يد زكاة، ثم أصل الوجوب في الملك المستأنف يستدعي كمال النصاب فكذلك وجوب الأداء يستدعي كمال اليد المستأنفة على النصاب.

• **وأما الدين الضعيف:** فهو ما يكون بدلًا عما ليس بمال كالمهر والديّة وبدل الخلع والصلح ودم العمد وبدل الكتابة ودين الموصى به؛ فلا زكاة فيه حتى يقبض المائتين ويحول عليها الحول عنده.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم: تجب الزكاة في جميع هذه الديون وما قبضه زكاة بحسابه إلا بدل الكتابة والدِّية قبل القضاء؛ لأن الملك في الدين كامل لوجود آثار كماله، وهو ملك جميع التصرفات المختصة بالملك لكن اليد قاصرة عنه فباعتبار كمال الملك وجبت وباعتبار تقاصر اليد تأخر وجوب الأداء بخلاف بدل الكتابة؛ لأن الملك فيه ناقص لوجود المنافي له وهو صيرورة المكاتب أحق بمكاسبه، ولهذا لا تصح الكفالة به وبخلاف الديّة لأنها تجب صِلةً دفعا للوحشة عن أولياء القتيل وإطفاء لثائرة القتل، والصلات لا تملك قبل القبض وبخلاف السائمة إذا كانت مهرا بغير أعيانها؛ لأن إسامة ما في الذمة لا يتصور.

له: أن الملك في الديون الضعيفة ناقص؛ لأن معنى الملك وهو الانتفاع والارتفاق بالمملوك إنما يحصل بقيام اليد ويذهب بافتقاد اليد، فإذا فقدت اليد ذهب معنى الملك فتقاصر الملك، فلا ينعقد نصاب كمال الضمان وكالديّة إلا أنه متمكن من القبض شرعا، وبهذا لا تثبت القدرة على الانتفاع حقيقة لكون يد الغير مانعة له من القبض حسًّا، ولكن ذلك يكفي لبقاء اليد كما في سائر الديون، فإن اليد كانت ثابتة والثابت لا يزول بالشك فجعلنا اليد باقية باعتبار التمكن شرعا كما لو أقرض النصاب، وهنا اليد غير ثابتة وغير الثابت لا يثبت بالشك فلم يثبت باعتبار التمكن شرعًا.

وأما المبيع قبل القبض قيل: لا يكون نصابا؛ لأن الملك فيه ناقص؛ لافتقاد اليد

والصحيح أنه يكون نصابا؛ لأنه عوض عن مال كانت يده ثابتة عليه وقد أمكنه احتواء اليد على العوض فتعتبر يده باقية على النصاب باعتبار التمكن شرعًا.

وإن ورث دينًا إن كان بدلًا عما ليس بمال لا يكون نصابا حتى يقبض، وإن كان بدلا عن مال ليس للتجارة تجب الزكاة ولا يجب الأداء حتى تقبض منه مائتي درهم؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في حق الملك لا في حق التجارة؛ لأنه عمل قد مضى وانقضى فأشبه بدل مال لم يكن للتجارة.

وفي نوادر الزكاة: لا يجب حتى يحول عليه الحول؛ لأن الوارث ملكه ابتداءً لا بإزاء عوض؛ فكان دون الدين المملوك بإزاء عوض ليس بمال وهو المهر؛ فصار كثمن ثياب البذلة.

وأما الدين الموصى به لا يكون نصابا قبل القبض؛ لأن الموصى له ملكه ابتداء من غير عوض ولا قائم مقام الموصي في الملك فصار كما لو ملك بِهِبَةٍ.

وإن كان الموروث والموصى به عينا وحال عليه الحول ولم يقبضه تجب الزكاة في الذهب والفضة.

وفي السائمة ومال التجارة إن نوى الورثة التجارة أو الإسامة بعد الموت تجب الزكاة، وإن لم ينو قبل يجب؛ لأنه خلف عن الميت فينتقل المال إليه على الوصف الذي كان للميت ما لم يوجد التغيير من جهته وهو نية الابتدال والاعتلاف وقيل: لا تجب؛ لأن الملك قد زال عن الميت ويجدد للوارث والموصى له فلا بدَّ من تجديد النية منه.

وضمان عتق العبد المشترك ينظر فيه إلى العبد، فإن كان للتجارة فهو كدين أصله للتجارة، وإن كان للخدمة فهو كدين أصله مال ليس للتجارة، فإن لم يضمن الشريك واستسعى العبد فلا زكاة في مال السعاية حتى يحول عليه الحول بعد القبض؛ لأنه بمنزلة بدل الكتابة، قيل: هذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده، وعندهما بمنزلة حر عليه دين، فتجب الزكاة قبل القبض، وقيل: لا زكاة فيه بالإجماع؛ لأن دَينَ السعاية يجب عليه الابتداء إلا بسبب صدر من العبد فكان صلة منه في حق المولى فلا يتم الملك فيه إلا بالقبض.

وفي أجره دار التجارة أو عبد التجارة فيه روايتان: في رواية لا زكاة فيها حتى تقبض ويحول عليها حول؛ لأن المنفعة ليست بمال فصارت كالمهر، وفي ظاهر

الرواية تجب الزكاة فيها ويجب الأداء إذا قبض منها مائتي درهم لأنها بدل عن مال ليس بمحل لوجوب الزكاة فيه؛ لأن المنافع مال حقيقة؛ لأن مالية الأعيان تثبت باعتبارها، ولهذا يصلح مهرا في المناكحات ولا يجب الحيوان دينا في الذمة بدلا عنها لكنها ليست بمحل لوجوب الزكاة لأنها لا تصلح نصابا لأنها لا تبقى عينة وهذا كله إذا لم يكن له مال غير الدين، فإن كان له مال عين فما قبض فهو بمنزلة الفائدة فيضم إلى ما عنده.

(**النوادر**): ولو كان له مائتا درهم دين فاستفاد في خلال الحول مائة درهم، فإنه يضم المستفاد إلى الدين في حوله بالإجماع، وإذا تم الحول على الدين فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يلزمه الأداء من المستفاد ما لم يقبض أربعين درهما، وعندهما يلزمه، وإن لم يقبض من الدين شيئًا وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا مات من عليه دين مفلسا سقطت عنه الزكاة المستفاد عنده وعندهما تجب؛ لأن المستفاد لما اعتبر مضموما إلى الدين في حق الحول صار المستفاد كالموجود وقت انعقاد الحول.

ولو كان موجود وقت انعقاد الحول فعليه أن يزكي العين دون الدين فكذا هذا.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن المستفاد لما جعل مضموما إلى الدين جعل تبعا له في حق وجوب الزكاة حتى تجب بوجوب الزكاة فيه، ويسقط بسقوطه عنه فما لم يجب الأداء عن الأصل لا يجب عن التبع عبد ما دون في يده مال من كسبه، فإن كان عليه دين ففيه الزكاة ويزكي المولى متى أخذه من العبد، ذكره محمد في نوادر الزكاة.

وقيل: ينبغي أن يلزمه الأداء قبل الأخذ؛ لأنه مال عين المملوك للمولى وهو بسبيل من أخذه فصار كالوديعة.

والصحيح: أنه لا يلزمه الأداء قبل الأخذ؛ لأنه مال تجرد عن يد المولى؛ لأن يد العبد عليه يد أصالة عن نفسه لا يد نيابة عن المولى بدليل أنه يملك التصرف فيه إثباتا وإزالة، ولهذا انتصب خصما لمن ادعى حقًّا في يده؛ لأن المأذون بالإذن يصير بمنزلة الحر يدا كالمكاتب فلم تكن يد المولى ثابتة على ما في يده حقيقة وحكمًا فلا يلزمه الأداء ما لم تصل يده إليه كما في الديون ولا كذلك الوديعة. رجل باع

عبدا من رجل بمائتي درهم للتجارة وقيمة العبد مائتين وقبض البائع الثمن ولم يقبض المشتري العبد حتى حال عليه الحول، ثم هلك في يد البائع؛ فالبائع يزكي الثمن؛ لأنه مكث في ملكه حولا، والمشتري يزكي المائتين اللتين يأخذهما من البائع؛ لأنه يأخذهما عوضا عن العبد، وإن كان قيمة العبد مائة فعلى البائع زكاة المائتين ولا زكاة على المشتري.

رجل له ألف دين على رجل فحال عليهما ثلاث سنين ثم قبض منها أربعمائة وللثانية أربعمائة إلا ما أدى من الزكاة وللثالثة أربعمائة إلا ما أدى من الزكاتين.

ولو هلكت المائتان الأوليتان بعدما زكاها ثم قبض المائتين الآخرتين يزكي لسنة واحدة، ولو بقي خمسة من المائتين الأوليتين يضم هذه إليها ويزكيها لسنتين عشرة دراهم خمسة للسنة الأولى عن المائتين دون الخمسة؛ لأنه قد أدى زكاتها مع ما هلك وخمسة للسنة الثانية عن الخمسة الأولى عما بقي من المائتين الآخرتين.

رجل وهب دينًا له على رجل ووكله بقبضه فلم يقبضه حتى وجبت فيه الزكاة فالزكاة على الواهب؛ لأن قبض الموهوب له كقبض صاحب المال.

رجل له ألف درهم التقط لقطة ألف درهم فعرّفها سنة ثم تصدَّق بها فعليه زكاة ألفه استحسانًا؛ لأن الألف المتصدق لم تصر دينا عليه للحال لجواز أن يجيز صاحبها بالتصدق.

(فصل)

كل دين عليه وله مطالب من جهة العباد يمنع وجوب الزكاة بقدر الدين حالًّا أم مؤجَّلًا خلافا للشافعي رحمه الله لأن بقدر الدين يحتاج إليه حاجة أصلية وهي قضاء الدين؛ لأنه لا يندفع عنه المطالبة والحبس في الدنيا والمأثم في الآخرة إلا بصرف هذا المال إليه، فلو أمر بصرف بعضه إلى الفقير يبقى في ورطة الحبس في الدنيا وضرر المأثم في الآخرة فيؤدي إلى التعسير والتشديد عليه والله تعالى يريد بنا اليسر ولا يريد بنا العسر فلا ينعقد سببا دفعا للتعسير عنه كما في ثياب البذلة وعبيد الخدمة.

وأما الدين المعترض في خلال الحول ذكر في العيون أن عند محمد رحمه الله يمنع وجوب الزكاة؛ لأنه إذا طرأ عليه أخرجه من أن يكون سببا لوجوب الزكاة، وعند أبي يوسف لا يمنع؛ لأنه بمنزلة نقصان النصاب ونقصان النصاب في خلال

الحول لا يمنع وجوب الزكاة إذا كمل طرفاه، وكذلك مهر المرأة يمنع مؤجلا كان أو معجلا؛ لأنه مطالب به، وقيل: المؤجل لا يمنع غير مطالب به عادة، فأما المعجل فمطالب به عادة فمنع، وقيل: إن كان الزوج على عزم من قضائه يمنع، وإن لم يكن فلا يمنع لأنه يعدُّ دينًا في زعمه والمرجو أخذ بما في زعمه في باب الأحكام وكل دين لا مطالب له من جهة العباد كدين الله تعالى من النذور والكفارات وصدقة الفطر ووجوب الحج لا يمنع وجوب الزكاة؛ لأن وقت أدائه جميع العمر فلم يصر هذا المال محتاجًا لقضائه.

وأما النفقة فلا تمنع ما لم يقض بها، فإذا قضى بها منعت؛ لأنه لا يصير دينا إلا بالقضاء.

ولو ضمن دركا فالمستحق المبيع لم تسقط الزكاة ودين الزكاة والعشر والخراج يمنع وجوب الزكاة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الأموال الظاهرة والباطنة.

وصورته: إذا حال الحول على النصاب ووجبت الزكاة فيه لم تجب في الحول الثاني، ولو أتلف النصاب حتى صارت الزكاة دينا في ذمته يمنع ذلك وجوب الزكاة، وقال زفر: لا يمنع كلاهما، وقال أبو يوسف: وجوب الزكاة يمنع ودين الزكاة لا يمنع؛ لأنه دين لا مطالب له من جهة العباد كالنذور والكفارات، فأما وجوب الزكاة فجزءٌ من النصاب صار مستحقا فانتقص النصاب به.

لهما: أن هذا دين له مُطالب من جهة العباد؛ لأن حق الأخذ كان للإمام في الأموال الظاهرة والباطنة إلى زمن عثمان رضي الله عنه ثم فوضها إلى أربابها في الأموال الباطنة مخافة أن سعاة السوء يفتشوا أموال الناس فيطمعون في كرائم أموالهم ويجري أيضًا فيه خيانات خفية فقوض أداؤها إلى ملاكها لمصلحة رأي فيه فصار أرباب الأموال كالوكلاء عن السعاة فلا تبطل حق الأخذ للإمام، ولهذا قالوا: لو علم الإمام من أهل بلدة أنهم يتركون أداء الزكاة من الأموال الباطنة، فإنه يطالبهم بها لكن ليس له أن يأخذها بنفسه من غير تهمة الترك منهم لما فيه من مخالفة إجماع الصحابة.

(**النوادر**): رجل استقرض من رجل ألف درهم فطلب عنه الكفيل فكفل عنه عشرة رجال كل رجل ألف درهم ولكل واحد منهم ألف درهم في بيته، وحال الحول عليها، فلا زكاة، على كل واحد سهم؛ لأن على كل واحد ألف درهم دينا بالكفالة وللمكفول له أن يأخذ من أيهم شاء.

وذكر في (**المنتقى**): رجل له ألف درهم اغتصب من رجل ألفًا وغصبها منه رجل آخر فاستهلكها وله ألف درهم فحال الحول على مال الغاصبين ثم أبرأهما يزكي الغاصب الأول ألفًا والغاصب الثاني لا لأنه الغاصب لأول لو ضمن يرجع على الثاني والثاني لو ضمن لا يرجع على الأول؛ فصار الدين عليه مانعا.

رجل له ألف درهم ثم أتلف لرجل متاعا فتمت ألف ثم أبرأه صاحب المتاع من ضمانه، قال أبو يوسف: إذا تم للألف حول منذ ملكها زكاها؛ لأن عنده الدين الطارئ في خلال الحول لا يخرج النصاب من أن يكون سببا كما بَيَّنَّا، وقال زفر: يستقبل الحول لها.

(**الجامع**): ومن كان له سائمة ونقد وعروض للتجارة وقنية وعليه دين صرف دينه إلى النقد؛ لأن قضاء الدين منه أيسر؛ لأنه مخلوق للتقلب والتصرُّف معدٌّ ومرصد للإخراج ولأن ذلك أنظر للفقراء؛ لأن ولاية أخذ زكاة السوائم للسعاة وولاية صرف زكاة النقد لأربابه، فلو صرفنا الدين إلى السوائم عسى يلحق الشح والظِنَّة لصاحب المال فيقتصر في أداء زكاة النقد ثم يصرف إلى عروض التجارة؛ لأن القضاء منه أيسر من السائمة؛ لأنه معدٌّ للبيع والسائمة معدَّة للاقتناء ثم السائمة لأنها فاصلة عن حاجته وأموال القنية مشغولة بحاجته ثم إلى مال القنية دون العقارات؛ لأن بيع مال القنية أيسر من بيع العقار، فإن كان في القنية ثياب وعبيد للخدمة قيل: يصرف إلى الثياب لأن القضاء منه أيسر، وقيل: يصرف إلى العبيد؛ لأنه أدعى لإيجاب الحق من الثياب حتى وجب فيه صدقة الفطر.

ولو كان عليه دين وله سوائم مختلفة يصرف الدين إلى أقلها زكاة حتى لو كان أربعون من الغنم وثلاثون من البقر وخمس من الإبل صرف إلى الغنم أو إلى الإبل دون البقر؛ لأن التبيع فوق الشاة.

ولو كان الدين يزيد على الغنم والإبل ولا يزيد على البقر ينظر إن كان قيمة التبيع أكثر من قيمة الشاتين صرف إلى الإبل والغنم؛ وإن كانت قيمة الشاتين أكثر صرف إلى البقر، ولو كانت الإبل خمسًا وعشرين صرف الدين إلى الغنم لأنه أقلهما زكاة وإن كان الدين يزيد على الغنم صرف إلى البقر إن كان قيمة بنت مخاض أكثر من قيمة الشاة والتبيع، وإن كان أقل منهما صرف الدين كله إلى الإبل.

وذكر في النوادر: رجل له مائتا درهم وعليه مثلها دين وله أربعون شاة سائمة فعليه زكاة السائمة؛ لأن الدين مصروف إلى الدراهم، فإن لم يحضر المصدق وقيمة الغنم مائتان زكى أيهما شاء؛ لأن حظ الفقير فيهما سواء، وإن كان قيمة الغنم أكثر لا يصرف الدين المائة لما فيه من إبطال حق الفقراء، وإن كان له خمس من الإبل تساوي مائتان وأربعون شاة تساوي مائتان وعليه مائتان، فإن أدى بنفسه أدى أيهما شاء، وإن أخذ المصدق يأخذ زكاة الإبل؛ لأنه أنفع للفقير؛ لأنه لا ينتقص نصاب الإبل فتجب الزكاة فيه من بعد.

ولو أخذ من الغنم ينتقص نصابه فلا يجب فيه زكاة من بعد.

(**وفي الجامع**): ومن له مائتا درهم فاستقرض خمسة دراهم أقفزة من الحنطة لغير التجارة فحال الحول والحنطة عنده فلا زكاة عليه في المائتين.

وقال زفر: تجب؛ لأن قضاء الدين من الجنس أيسر، فكان صرف الدين إلى الحنطة أحق.

لنا: أن الدين يصرف إلى مال التجارة؛ لأنه فاضل عن حاجته ولا يصرف إلى الحنطة لأنها مشغولة بحاجته فيكون قضاء الدين من الدراهم أيسر.

ولو استقرض الحنطة للتجارة فعليه زكاة المائتين؛ لأن الدين صرف إلى الحنطة لأنها فاضلة عن حاجته كالدراهم وإنها أيسر المالين قضاء.

(باب الزكاة في الإجارة)

(**المنتقى**): رجل أجر أرضه ثلاث سنين كل سنة بثلاثمائة درهم فحين مضى ثمانية أشهر ملك مائتي درهم فينعقد عليها الحول، وإذا مضى حول بعد ذلك فعليه الزكاة خمسمائة؛ لأنه ملك ثلاثمائة أخرى في هذا الحول لما عرف أن الأجرة عندنا إنما تملك باستيفاء المنفعة وباستيفاء المنفعة كل سنة تملك ثلاثمائة فإذا مضى حول بعد ذلك يزكي ثمانمئة إلا ما وجب عليه من زكاة خمسمئة، وذلك اثنا عشر درهمًا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يجب في عشرين لأنه كسر، ولا يجب في ثمانية وعشرين أيضًا لأنه كسر، فعليه زكاة سبعمائة وستين درهما في الحول الثاني عنده.

(**الجامع**): رجل له ألف درهم لا مال له غيرها استأجر بها دارا عشر سنين لكل سنة مائة، فدفع الألف ولم يسكنها حتى مضت السنون والدار في يد الآجر زكى الآجر في السنة الأولى عن تسعمائة وفي الثانية عن ثمانمائة إلا زكاة السنة الأولى، ثم تسقط لكل سنة زكاة مائة أخرى وما وجب عليه في السنين الماضية؛ لأنه ملك، بالتعجيل الألف كلها، فإذا لم يسلم الدار إليه سنة انتقصت الإجارة في العشر ليستهلك المعقود عليه قبل التسليم يزال عن ملكه مائة وصار مصروفا إلى الدين، وكذلك في كل حول له ينتقص مائة وتصير مائة دينا عليه فيرفع ذلك من النصاب.

ثم عند أبي حنيفة يزكي السنة الثانية سبعمائة وستين، وعندهما: سبعمائة وسبعة وسبعين ونصف لأنه زكاة في الكسور عنده، وعندهما: فيه زكاة، ولا زكاة عليه في السنة الأولى والثانية لنقصان نصابه في الأولى ولعدم تمام الحول في الثانية، ويزكي في الثالثة ثلاثمائة؛ لأن استفاد مائة أخرى ثم يزكي لكل سنة مائة أخرى وما استفاد قبلها إلا أنه يرفع عنه زكاة السنين الماضية.

ولو كان أجر الدار يجاريه للتجارة قيمتها ألف والمسألة بحالها فلا زكاة على الأجر؛ لأن عين الجارية صارت مستحقة والاستحقاق بمنزلة الهلاك، وعلى المستأجر زكاة كما وصفناه، وإن كانت الأجرة مكيلًا أو موزونًا تعين عينة فهو بمنزلة الدراهم، وإن كان بعينه فهو بمنزلة الجارية، ولو سلم الدار ولم يقبض

الأجرة ينقلب فيصير حكم المستأجر كحكم المؤاجر، وحكم المؤاجر حكم المستأجر وقد مرَّ بيانه.

(باب مال الصبي والمجنون والضِّمَارِ[1])

لا زكاة في مال الصبي والمجنون خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن الزكاة عبادة؛

---

(١) المال الضمار: هو كل مال غير مقدور الانتفاع به مع قيام أصل الملك كالحيوان الآبق، والمال المفقود، والمال الساقط في البحر، والدين المجحود، والمال المدفون في الصحراء إذا خفي على المالك مكانه.

وقد اختلف الفقهاء في حكم زكاته على أقوال أذكر أشهرها:

القول الأول: ذهب أبو حنيفة وأحمد في رواية وابن تيمية وابن حزم إلى أنه لا زكاة في المال الضمار إذا عاد إلى صاحبه إلا بعد مرور عام هجري من يوم الاستلام.

واستدلوا بأدلة منها:

١. عموم قول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

حيث قالوا: إن القول بوجوب أداء زكاة ما مضى من السِّنين عن المال الضمار فيه حرج وقد أسقطه الله تعالى.

٢. الزَّكاة وجبت في مقابلة الانتفاع بالنماء فلا تجب إلَّا في مال نامٍ، وحيث لا نماء في مال الضمار لعدم القدرة على التصرُّف فلا تجب فيه الزكاة.

٣. المال الضمار غير منتفَع به في حقِّ المالك؛ لعدم وصول يده إليه، فلا يكون صاحبه غنيًّا به، ولا زكاة على غير الغني.

٤. من شروط وجوب الزَّكاة أن يكون المال مملوكا ملكًا تامًّا وهذا غير متحقَّق فيه؛ فلا تجب فيه زكاة.

القول الثاني: ذهب المالكية وبعض السلف إلى أنه لا تجب الزكاة في المال الضمار إذا قبض إلا لعام واحد فقط.

واستدلوا بأن الزَّكاة تجب في العين المقدور على تنميتها وتكون في يد مالكها أما إن كانت في يد غيره، ومُنع من تنميته، فلا تجب في الزكاة لما مضى من السنين.

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى وجوب زكاة المال الضمار عن كل سنة مضت.

الرأي الراجح: هو عدم وجوب الزكاة في المال الضمار؛ لقوة الأدلة ولأن الأصل براءة الذمة، كما ويتفق مع مقاصد الشريعة من رفع الحرج وينسجم مع مقصد التيسير.

لأن العبادة فعل هو موضوع لتعظيم الله تعالى؛ لأن العبادة في اللغة عبارة عن الخضوع والتذلل يقال: طريق معبد؛ أي: مذلل. وناقة معبدة؛ أي: مذللة، وكل فعل لا يؤتى به إلا تعظيما لله تعالى وامتثالًا لأمره يقع خضوعًا وتذلُّلا لله تعالى فيكون عبادة، وأداء الزكاة فعل موضوع لامتثال أمر الله تعالى والانقياد له تعظيمًا لأمره وتبجيلًا لشأنه فكان التمليك من الفقير عبادة إلى تعظيم الله تعالى كالفدية في باب الصوم تمليك المال من الفقير وهي عبادة والعبادة لا تتأدى إلا بالاختيار تحقيقًا لمعنى الابتلاء ليظهر المطيع من العاصي بامتثال أمر ربه والتعظيم لمعبود باختياره فيستحق جزاءه ثوابا ولا جزاء إلا بناء على الاختيار والصبي والمجنون لا اختيار لهما، واختيار الصبي العاقل فاسد في حق التصرفات الضارة، ونيابة الولي ثبتت بإنابة الشرع لا باختياره فلا يتحقق فيه معنى الابتلاء بخلاف صدقة الفطر لأنها مزكية عن معنى العبادة والمؤنة كما يأتي، والعشر مؤنة فيها شبهة العبادة وحقوق العبادة تتأدَّى بنيابة حكمية.

وإن كان الجنون أصليًّا ثم أفاق يعتبر ابتداء الحول من حين الإفاقة.

وإن كان الجنون طارئًا؛ فعن أبي يوسف روايتان: في رواية إن كان مفيقًا في أكثر الحول تجب الزكاة وإلا فلا؛ كالذِمِّيِّ إذا مرض في بعض السنة وصح في أكثرها يلزمه الجزية وإلا فلا.

وفي رواية عنه: إن كان مفيقًا في جزء من الحول وجبت الزكاة، وهو قول محمد أن السنة في حق الزكاة بمنزلة الشهر في حق الصوم، وثمة إذا كان مفيقًا في جزء منه يلزمه الصوم فكذا هذا، ولا زكاة على المكاتب؛ لأنه لا ملك له حقيقة، ولهذا يحل له أخذ الزكاة وزكاة مال عبد المأذون على مولاه إن لم يكن عليه دين، وإن كان فلا زكاة في ماله؛ لأنه لا يملكه المولى عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما: إن كان يملكه فهو مشغول بالدين وأنه لا يصلح نصابًا.

ولا زكاة في المال الضمار كالضالة والمأسور والمدفون في غير الحرز إذا نُسي مكانه، والمغصوب والدين المجحود والوديعة المجحودة خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأنه مال انقطعت وتقاصرت عنه يده لانسداد طريق الوصول وانحسام بابه عليه فلا ينعقد سببا لوجوب الزكاة؛ لأنه يعري عن الفائدة؛ لأن فائدة الوجوب هي الأداء

ولا يجب الأداء حالا لعجزه عن الوصول إليه ولا يجب بعد الوصول إليه؛ لأنه حينئذ يتضاعف ويتراكم عليه الواجبات؛ لأن الظاهر أنه لا تصل يده إليه إلا بعد مدة مديدة فتستغرق الواجبات جميع المال فيحرج في الأداء.

وعن محمد رحمه الله: أنه لا زكاة في المال المغصوب والمجحود، وإن كان له بينة؛ لأن البينة قد تقبل وقد لا تقبل إذ ليس كل شاهد يعدل.

وقال عامة مشايخنا: إن كان له بينة عادلة ففيه الزكاة؛ لأن الظاهر أن البينة العادلة تقبل فأمكنه الوصول إليه بواسطة إقامة البينة، وعن أبي يوسف: أن الدين المجحود إذا لم يكن له بينة يكون نصابا ما لم يحلفه عند القاضي لاحتمال أن غريمه يتَّكل عن اليمين فيتوصل إليه بنكوله، وإن كان القاضي يعلم بالدين فعليه الزكاة لتمكُّنه من أخذه بعلم القاضي.

ولو كان الغريم يقر في السر ويجحد في العلانية فلا زكاة فيه؛ لأنه لا ينتفع بإقراره سرا وتجب الزكاة في المدفون في الحرز؛ لأن الوصول إليه متيسِّر.

واختلفوا في المدفون في أرضه أو كرمه؛ قيل: تجب الزكاة فيه؛ لأنه يمكنه حفر جميع أرضه، وقيل: لا تجب؛ لأنه يحرج في الوصول إليه بحفر جميع الأرض، والحرج منهيٌّ شرعًا فصار كما ليس في وسعه الوصول إليه، وفي الدين على معسر مقرٍّ به زكاة لأنه مؤجل شرعًا إلى الميسرة، والوصول في كل ساعة متوهم فصار كما لو كان مؤجَّلًا شرطًا. وروى الحسن أنه لا زكاة فيه؛ لأن الوصول إليه متعسر.

وفي الدين على مفلس قد فلسه الحاكم زكاة عندهما؛ لأن الإفلاس لا يتحقق عندهما، وقال محمد: لا زكاة فيه؛ لأن الإفلاس يتحقق عنده.

وعن محمد: فيمن أودع رجلا لا يعرفه ثم أصابه بعد سنين فلا زكاة عليه؛ لأن طريق الوصول إليه منسدٌّ، وإن كان يعرفه فنسيه فعليه الزكاة؛ لأنه إذا عرفه كان المودع ممن يودع عنده عادة ونسيان من يودع عنده عادة نادر فسقط اعتباره شرعا.

وفي (**المنتقى**) عن محمد: لو كان له دين على والٍ وهو مقرٌّ به إلا أنه لا يعطيه وقد طالبه بباب الخليفة ولم يعطه فلا زكاة فيه.

ولو هرب غريمه وهو يقدر على طلبه أو التوكيل بذلك فعليه الزكاة، وإن لم يقدر على ذلك فلا زكاة عليه.

(باب زكاة المريض)

وإذا مات من عليه زكاة وصدقة الفطر والنذور والكفارات، فإن كان أوصى بها أديت من ثلثه، وإن لم يوص لا تجب الأداء ويسقط بموته، خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن الزكاة عبادة فلا تتأدى إلا باختياره ولا يتصور منه الاختيار ولم يوجد منه استنابة غيره عن اختياره ليكون أداء نائبه عن اختياره بمنزلة أدائه عن اختيار، ولأن النصاب صار ملكا للورثة والزكاة وجب إخراجها من ملك المورث فلا يصح أداؤها من ملك غيره إلا بأمره؛ لأن حق العبد مقدم على حق الله تعالى لاستغنائه عنه لا تهاونًا بحقه.

ولو مات صاحب السائمة في خلال الحول ينقطع الحول لخروجها عن ملكه كما لو باعها، وعند الشافعي رحمه الله: يبني على حوله، فإذا تم حوله لزم الوارث أداء الزكاة.

(**المنتقى**): مريض له مال وعليه زكاة مثله لم يسعه أن يعطيه الفقراء، ولو أعطاه فللورثة أن يرجعوا عليهم بثلثيه؛ لأنه تعلق حقهم بثلثي ماله لما عرف في موضعه.

(**وفي الفتاوى**): رجل أخر زكاة ماله حتى مرض يتصدق سرًّا من ورثته لئلَّا يعلموا فينقضوا تصرفه في ثلثيه، وإن لم يكن له مال وأراد أن يستقرض إن كان أكثر رأيه أنه يمكنه قضاء الدين يستقرض ويؤدي الزكاة، ثم إن لم يقدر على قضائه حتى مات يرجو أن الله تعالى يقضي دينه في الآخرة من كنوزه، وإن كان أكثر رأيه أنه لا يقدر فالترك أفضل؛ لأن الزكاة حق الله تعالى والدين حق العبد وخصومة العباد أشد، وكذلك إذا فرَّط في الحج حتى أعسر، والله أعلم.

(باب تصرف الرجل في ماله بعد الحول)

أصله: أن من عليه الحق لو حوَّله إلى محل مثله لم يضمن؛ لأنه يصير مستهلكًا له.

بيع مال الزكاة بعد الحول نافذ، وعند الشافعي رحمه الله: لا ينفذ في قدرها؛ لأنه تعلق به حق الفقراء.

لنا: أنه يملك نقل هذا الحق من النصاب إلى غيره قصدا فيملك نقله حكما.

ولو باع السائمة بعد الحول يضمن؛ لأنه استهلك محل حقهم؛ لأن الزكاة فيها متعلقة بالعين صورة ومعنى.

وأخذ المصدق من المشتري ما داما في المجلس، وإن شاء أخذ من البائع القيمة، وإن تفرقا لم يأخذ من المشتري؛ لأن قبل التفرق زوال المبيع عن ملكة البائع مختلف فيه والساعي مجتهد في مال الصدقة كالقاضي في سائر الأحكام، فإن أدى اجتهاده إلى نقض البيع وأخذ العين ساغ له ذلك ولا كذلك بعد التفرق.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا خيار للساعي بعد نقل الماشية عن مكانها وقبل النقل له الخيار فقد اعتبر النقل ولم يعتبر افتراق المتعاقدين، وهكذا ذكره الكرخي؛ لأن المبيع إنما يدخل في ضمان المشتري بالنقل حتى لو هلك بعد التخلية قبل النقل لم يضمن المشتري شيئًا بخلاف ما بعد النقل.

ولو باع مال التجارة بالدراهم والدنانير أو بعروض التجارة لم يضمن؛ لأنه حول الحق إلى محل مثله.

ولو باعه بغير مال الزكاة كعبيد الخدمة وثياب البذلة يضمن؛ لأنه لم يحوِّله إلى محلِّ مثله، وكذا لو باعه بالسائمة يضمن؛ لأن زكاة التجارة خلاف زكاة السائمة فيكون استهلاكا، وكذا لو جعله مهرا أو بدل الصلح عن دم العمد والخلع ونحوها يضمن.

ولو باعه بعروض التجارة وحابى قدر ما يتغابن الناس في مثله لم يضمن، فإن حابى قدر ما لا يتغابن الناس فيه يضمن قدر المحاباة؛ لأن الاحتراز عن الغبن اليسير غير ممكن وعن الكثير ممكن؛ فصار متلفًا حقِّهم في ذلك القدر.

وقدَّر محمد رحمه الله الغبن اليسير[1] بده نيم، والكثير بالزيادة عن ده ونيم، لما يأتي في موضعه.

تزوج امرأة على ألف وقبضها وحال الحول ثم طلقها قبل الدخول؛ زكت الألف كلها؛ لأن ردَّ عينها غير مستحق عليها، لأنها لا تتعين في العقود وإنما المستحق عليها رد مثلها فهذا دين لحقها بعد الحول فلا يسقط الزكاة.

ولو كان الصداق سائمة أو عرضا زكت نصفها؛ لأنه استحق عليها نصف غير الصداق، والاستحقاق بمنزلة الهلاك.

(**النوادر**): رجل تزوَّج أمة وهو لا يعلم أنها أمة ودفع المهر إليها فمكث في يدها

---

(١) يقسم الغبن إلى نوعين:

أولًا: الغبن اليسير: اختلف الفقهاء في تحديد الغبن اليسير إلى عدة أقوال:

أ- جمهور الفقهاء، ويرون أن الغبن اليسير هو ما اعتاده الناس من فرق بين قيمة الشيء وبدله، حيث جرى فيه التسامح والتساهل؛ لأنه يدخل تحت تقويم المقوِّمين، ويحتمل غالبًا فيغتفر.

ب- حدد الغبن اليسير بما دون الثلث، وهو قول للمالكية.

ج- ما كان دون العُشر، وهو قول للشافعية.

د - ما كان دون نصف العُشر، وهو قول للحنفية.

والراجح عدم التحديد، وترك ذلك للعرف، فما يحتمل غالبًا في عرف الناس يكون يسيرًا.

ثانيًا: الغبن الفاحش: اختلاف الفقهاء السابق يرد هنا، ولكن الراجح أن الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين عادة، فكل ما خرج عن تقويم المقومين يكون فاحشًا.

وتم تقدير الغبن الفاحش في المجلة في المادة (١٦٥)، وجاء فيها: الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العُشر في العُروض، والعُشر في الحيوانات، والخُمس في العقار أو زيادة.

مثال على الغبن اليسير والفاحش: أن يقول بعض المقومين عن شيء: إنه يساوي ستة، والآخر: خمسة، ويقع البيع بعشرة، فهذا غبن فاحش؛ لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد، أما إذا قال بعضهم: ثمانية، وبعضهم: تسعة، وبعضهم: عشرة، فهذا غبن يسير، ويوجد فرق في الأحكام بين الغبن اليسير والغبن الفاحش؛ فبيع مال اليتيم بالغبن اليسير صحيح، وبالغبن الفاحش باطل، وكذلك مال الوقف وأموال الدولة، والغبن اليسير ولو اقترن بالتغرير فلا يكون مثبتًا لخيار الغبن عند القائلين به، بخلاف الغبن الفاحش، فإنه إذا اقترن بالتغرير فيجب فيه الخيار.

حولا ثم علم أنها أمة وردَّ المولى نكاحها، وردَّ المهر على الزوج فلا زكاة على أحد لأن الأمة لا ملك لها، والزوج لا يد له لأن لها ولاية المنع عنه فكان بمعنى الضمان، وكذا لو حلق رأس رجل فقضى عليه بالديّة فدفعها إليه فمكث حولا ثم نبت شعره وردت عليه الديّة فلا زكاة على أحد.

أما الحالق فلأن المال لم يكن في ملكه.

وأما المحلوق فلأنه لما استحق عليه المال ظهر أنه لم يكن مالا، وكذا لو وهب من رجل ألف درهم فحال الحول عليها في يد الموهوب له ثم رجع الواهب في هبته فلا زكاة على أحد، وكذا لو أقر بدين لرجل ودفعه إليه وحال الحول ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فلا زكاة على أحد.

(**المنتقى**) ولو أقرض النصاب بعد الحول فنوى عليه فلا زكاة عليه؛ لأنه لم يستهلكه؛ لأنه لم يخرجه عن مال الزكاة، وكذا لو أعار ثوبا للتجارة فهلك.

ولو باع عرض التجارة بعد الحول بالدراهم ثم أبرأه من ثمنه والمشتري موسر يضمن الزكاة؛ لأنه صار مستهلكا، وإن كان معسرًا أو لا يدري فلا زكاة عليه؛ لأنه صار دينا عليه وهو فقير فصار كأنه وهبه منه.

ولو وهب الدين ممن عليه وهو فقير يسقط عنه الزكاة لما تبين، ولو كان له ألف على معسر فاشترى منه بالألف دينارا ثم وهب منه الدينار فعليه زكاة الألف؛ لأنه صار قابضا لها بالدينار.

عن أبي يوسف ومحمد: رجل اشترى عبدًا للتجارة بمائة درهم تساوي ثلاثمائة فحال عليها الحول ثم استحق نصفه يزكي مائتا درهم؛ لأن نصفه بقي في يده وهو مائة وخمسون ويرجع على البائع بخمسين نصف الثمن.

ولو كان اشتراه بخمسين فلا زكاة عليه قال أبو يوسف رحمه الله: رجل اشتري له عبدا للتجارة قيمته ألف فباعه بعد الحول بتسعمائة وظن أنه لا يساوي إلا ذلك؛ فعليه زكاة تسعمائة كأن المائة هلكت لأنها ذهبت بلا صنعة، فإنه لم يوجد منه المحاباة فيها وهو معذور في ظنه وحسبانه لتعذر الاحتراز عنه.

ولو حال عليه الحول وقيمته ألف ثم حال آخر وقيمته ألفان ثم حال حول ثالث وقيمته ثلاثة آلاف، ثم باعه بألفين فظن أنه لا يساوي إلا ذلك يزكي للسنة الأولى

ثلثي الألف وللثانية ثلثي الألفين إلا ما نقصتها الزكاة وللثالثة الألفين إذا ما نقصت الزكاة؛ لأن الألف الثالثة ذاهبة فيذهب ثلثها من الألف الأولى وثلثها من الثانية وثلثها من نفسها موزعة على الكل.

(**الجامع**): رجل وهب الألف بعد الحول ثم رجع فيها نقضًا أو رضًا وهلكت في يده فلا زكاة عليه؛ لأن الرجوع في الهبة فسخ من الأصل فعادت إلى قديم ملك فخرج عن الضمان.

ولو اشترى بها جارية للخدمة ثم رد بقضاء أو غيره وقبض الألف ثم هلكت ضمن الزكاة؛ لأنه لم تجب عليه رد عينها فصار بمنزلة عين أخرى، فعاد إليه ملك آخر لا عين مال الزكاة فلم ترتفع إلا بالألف فلم تخرج عن الضمان.

ولو كان مكان الدراهم عرض فاشترى جارية للخدمة ثم ردها بعيب واسترد العوض وهلك إن رد بقضاء لا يضمن الزكاة؛ لأن وجوب الرد تعلق بعينه فقد عاد عين مال الزكاة إلى قديم ملكه فعاد بما فيه، وإن رد بغير قضاء يضمن؛ لأنه بيع جديد في حق الثالث والزكاة حق الثالث فصار كما لو اشترى بها شيئًا آخر.

تزوجت امرأة على إبل سائمة وقبضتها وحال الحول ثم قبلت ابن الزوج قبل الدخول بها حتى سقط كل المهر سقطت الزكاة؛ لأن السقوط غير مستند إلى القبلة بدليل أنه لو وجد بعد الدخول لا يسقط المهر بل هو مضاف إلى وهاء وجوبه وعدم تأكده وتقرره فلم يزل ملكها عن الصداق بالتقبيل فلم تصر مستهلكة به، وإن كان الصداق نقدا فقبلت ابن الزوج يزكى الكل؛ لأنه لا يجب عليها ردُّ عينه لما عرف.

وذكر في نوادر الزكاة: لو تزوج امرأة على عبد للتجارة بعدما وجبت فيه الزكاة ثم فجر بها ابن زوجها فعاد العبد إليه وهلك في يده لم يضمن الزكاة؛ لأنه لما انفسخ النكاح عاد عين مال الزكاة إلى قديم ملكه.

ولو هلك العبد في يدها وقبض الزوج قيمته فيه روايتان: في رواية: تسقط الزكاة؛ لأن القيمة قائمة مقام العبد فصار عود القيمة إليه لعود العبد. وفي رواية: لا يسقط وهي الأحوط؛ لأن القيمة قائمة مقام العبد حكما لا حقيقة فيزول الاستهلاك من

وجه دون وجه فبقي الاستهلاك على حاله لوقوع الشك في زواله فبقي ضامنا للزكاة.

ولو تزوجها على ألف بعدما وجبت فيها الزكاة فعادت إليه وضاعت عنده لا تسقط الزكاة لما بيَّنَّا.

وإذا ازداد المهر زيادة متصلة فطلقها قبل الدخول وردت ضمنت الزكاة؛ لأن هذه الزيادة تمنع بنصف الصداق فوجب عليها رد قيمة نصف المهر وهذا دين لحقها بعد الحول فلا يسقط الزكاة وهذا عندهما، فأما عند محمد رحمه الله: يجب أن لا تضمن.

رجلان لكل واحد عبد للتجارة قيمته أحدهما ألف وقيمة الآخر مائتان فمضى عند كل واحد ستة أشهر ثم تقايضا وكمل الحول ولا مال لهما إلا هذا ثم إن مشتري الأوْكَس[1] رده على بائعه بعيب العور بقضاء أو رضاء فلا زكاة على واحد منهما؛ لأن الأعور لم يبلغ نصابا كاملا والآخر لم يمكث عند صاحبه حولًا تامًّا.

ولو حال الحول بعد البيع وجبت الزكاة على مشتري الأرفع دون مشتري الأوْكَس كما عرف.

فإن ردَّه صاحب الأوْكَس بعد الحول بعيب العور بقضاء فعلى الآخر زكاة مائة؛ لأنه استحق عليه مال الزكاة ولم يحلفه بدلا إلا في قدر مائة، فصار كما لو هلك تسعمائة وحول مائة إلى خلف.

وإن كان بغير قضاء فزكاه تسعمائة دين في ذمته وتبقى زكاة مائة في العبد؛ لأنه بيع جديد في حق الشرع فيصير مستهلكا قدر تسعمائة ومحولا قدر مائة إلى خلف، ولو لم يكن بالأوْكَس عيب ولكن وجد بالأرفع عيب ينقصه مائتي درهم فرده بقضاء أو رضاءٍ يزكي قيمة المردود؛ لأن الرد كان باختياره فصار مستهلكا قدر ستمائة محوِّلًا قدر مائتين إلى خلف، فزكاة ستمائة دين في ذمته وزكاة مائتين في عبده.

---

(١) أَوْكَسَ، يُوْكِسُ، المصدر: إِيكَاسٌ. "أَوْكَسَ مَالُ التَّاجِرِ": ذَهَبَ.

ويزكي الآخر من العبد المردود مائتين؛ لأنه تم الحول وماله مائتين ثم استفاد الزكاة يؤدِّه بعد الحول فلا يضم إليه في الحول الماضي.

ولو كان لأحدهما عبد للتجارة قيمته ألف وللآخر عبد للخدمة قيمته ألف فتبايعا بعد ستة أشهر وهما ينويان التجارة ثم تم الحول، فعلى من كان عبده للتجارة الزكاة؛ لأنه تم الحول على نصاب التجارة، ولا زكاة على الآخر؛ لأنه لم يحل حولٌ تامٌّ بعبد ما جعله للتجارة.

وإن وجد بأحدهما عيبًا فرده يعتبر على الوجه الذي مر من الرد بقضاء أو رضاء ومن اختيار الرد وعدم الاختيار.

(باب هلاك مال الزكاة)

هلك النصاب بعد الحول سقطت زكاته خلافًا للشافعي رضي الله عنه؛ لأن محل إتيان الزكاة الواجب هو النصاب لقوله صلى الله عليه وسلم: «**في أربعين شاة شاة، وفي عشرين مثقال ذهب نصف مثقال**»[1]؛ جعل النصاب ظرفًا للواجب فانصرف مقتضى أن يكون المظروف فيه لا محالة إلا أنه جاز له إذا بدل بإذن الشرع

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢١/٣ (٩٩٨١) و١٢٤/٣ (٩٩٩٩) و١٣١/٣ (١٠٠٥٧) و١٣٣/٣ (١٠٠٧١) و١٣٦/٣ (١٠٠٩١) مطولا ومختصرا، قال: حدثنا عباد بن العوام. و«أحمد» ١٤/٢ (٤٦٣٢) قال: حدثنا عباد بن العوام. و١٥/٢ (٤٦٣٤) قال: حدثنا محمد بن يزيد، يعني الواسطي. و«الدارمي» (١٧٤٣ و١٧٤٩) قال: أخبرنا الحكم بن المبارك، قال: حدثنا عباد بن العوام، وإبراهيم بن صدقة. وفي (١٧٥٠) قال: حدثنا محمد بن عيينة، عن أبي إسحاق الفزاري. و«أبو داود» (١٥٦٨) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا عباد بن العوام. وفي (١٥٦٩) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن يزيد الواسطي. و«الترمذي» (٦٢١) قال: حدثنا زياد بن أيوب البغدادي، وإبراهيم بن عبد الله الهروي، ومحمد بن كامل المروزي، المعنى واحد، قالوا: حدثنا عباد بن العوام. و«أبو يعلى» (٥٤٧٠) قال: حدثنا مجاهد بن موسى الختلي، قال: حدثنا عباد بن العوام. وفي (٥٤٧١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا عباد بن العوام. و«ابن خزيمة» (٢٢٦٧) قال: حدثنا الفضل بن يعقوب، قال: حدثنا إبراهيم بن صدقة. أربعتهم: (عباد بن العوام، ومحمد بن يزيد، وإبراهيم بن صدقة، وأبو إسحاق الفزاري) عن سفيان بن حسين، عن ابن شهاب الزهري، عن سالم، فذكره.

وإطلاقه لما تبين، وهذا لا يدل على أنَّ النصاب لم يكن محلًّا لأداء الواجب منه وكالعبد الجاني وجب دفعه حتى لو هلك سقط الخطاب بالدفع ويجوز للمولى فداه فكذلك هنا يجوز أداء بدله، فإذا هلك سقط الواجب عنه لفوات محلِّه.

ولو استهلكه يجب عليه؛ لأنه فوت محلا تعلق به حق الغير فيضمن كالمولى إذا أتلف العبد الجاني.

ولو طالبه الساعي بالزكاة فلم يدفع إليه؛ قال الكرخي: بأنه يضمن؛ لأنه بالمنع يصير متعديا كالمودع إذا منع الوديعة.

وقال عامة مشايخنا: بأنه لا يضمن؛ لأن هذا المنع لم يتضمن تفويت الحق ولا تفويت يد صاحب الحق فَلِمَ يصير استهلاكًا، وفي الوديعة يضمن فوات يد المودع فصار المنع استهلاكا معنًى.

وإن بقي بعضه بقيت الزكاة بقدره؛ لأنه محل الواجب فيبقى الواجب ببقائه.

(**الأصل**): عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف: أن الواجب متعلق بالنصاب لا بالوقص؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**في أربعين شاة شاة**» وليس في الزيادة شيء إلى مائة وعشرين بقي الوجوب في الزيادة ولأن الشرع سماه عفوا والعفو ما لا يتعلق به الوجوب.

وعند محمد وزفر رحمهما الله: يتعلق بهما لأنهما في كونهما نعمة سواء فيستويان في استدعاء الوجوب ثم عندهما النصاب الأول أصل والآخر تابع له بدليل أنه لو عجل زكاة نصيب بعد النصاب الأول جاز، ولو كان الثاني أصلًا كالأول لما جاز التعجيل حكمه قبل وجوده، فإذا هلك منه شيء تصرف الهالك إلى التابع ويجعل الهالك كأن لم يكن كما لو هلك شيء من مال المضاربة، وفيه ربح يصرف الهالك إلى الربح، وعند زفر وهي رواية النوادر عن أبي يوسف رحمه الله: النصب أصول كلها لاستواء الكل في سببه الوجوب، ومن له ثمانون من الغنم مات منها أربعون بعد الحول أدى شاة؛ لأنه لم يهلك محل الواجب.

وقال محمد وزفر: يسقط نصف الشاة؛ لأنه هلك نصف محل الواجب.

ولو كان له مائة وواحد وعشرون شاة وهلك منها بعد الحول إحدى وثمانون ففيها شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف كأنه لم يملك إلا الأربعين.

وعند محمد وزفر وهو رواية عن أبي يوسف: فيها أربعون جزءًا من مائة، وإحدى وعشرين جزءًا من شاتين.

وروى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة مثل قولهما.

ولو كانت له أربعون من الإبل وهلك منها عشرون بعد الحول ففي الباقي أربع شياه عند أبي حنيفة، وهو ظاهر الرواية عن أبي يوسف؛ لأن الهالك يصرف إلى ما زاد على عشرين، ويجعل الهالك كأنه لم يكن.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يجب عشرون جزءًا من ستة وثلاثين جزءًا من بنت لبون؛ لأنه يقسم الهالك على الكل والعفو هنا أربع فبقي الواجب من ستة وثلاثين، فإذا بقي منها عشرون بقي الواجب بقدره، وعند محمد: يجب نصف بنت لبون لما عرف.

ولو كان له خمس وعشرون من الإبل فهلك منها عشرة يجب ثلاث شياه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يجب تتمة أسداس ثلاثة أخماس ابنة مخاض، ولو كان الإبل ثلاثون فهلك منها خمس يجب بنت مخاض وتجعل الهالك كأن لم يكن، وعند محمد: يجب خمسة أسداس ابنة مخاض.

ولو كان له ثمانون شاة حال عليها حولان ثم هلك الأربعون، ففي الباقي شاة عندهما؛ لأنه يجعل الهالك لم يكن وحال على الأربعين حولان، ولو هلك عشرون ففي الباقي شاتان، وعند محمد تجب شاة ونصف.

ولو كان له أحد وأربعون فحال عليه حولان وهلكت شاة فعليه شاة، وكذا لو كان له مائتا درهم وعشرة وحال عليها ثلاثة أحوال ثم هلك منها عشرة فعليه زكاة واحدة؛ لأنه يجعل الهالك كأن لم يكن.

(النوادر) الأصل: أن النصاب متى اختلط بالمستفاد قبل الحول ثم هلك البعض فعندهما يعزل النصاب الأول ويصرف الهالك إلى ما زاد على النصاب الأول والمستفاد بالسوية؛ لأن النصاب الثاني تبع للأول في حق ما يجب في الثاني وكذا

المستفاد تبع في حق وجوب الزكاة لما مر، والهلاك يصرف إلى التبع كما في مال المضاربة بخلاف المستفاد بعد الحول، فإنه يصرف الهالك إلى الكل؛ لأنه ليس بتبع بل هو أصل في حق ما يجب فيه، وعند محمد: الهالك يصرف إلى الكل؛ لأن الواجب عنده شائع في الكل فما هلك يهلك بزكاته وما بقي يبقى بزكاته.

رجل له خمسة وعشرون بعيرًا فأفاد عشرة أبعرة بعد الحول وخلطها ثم ضاع عشرة لا يعلم من أيهما هي فعند محمد وزفر عليه خمسة أسباع بنت مخاض؛ لأن الهالك عندهما يصرف إلى المالين فيقسم عشرة على سبعة أسهم سهمان من المستفاد وخمسة مما فيه الزكاة وذلك سبعة أبعرة وسبع بعير يبقى سبعة عشر وستة أسباع بعير وذلك خمسة أسباع خمس وعشرين، وعندهما: عليه ثلاث شياهٍ؛ لأن الهالك يصرف إلى ما زاد على النصاب الأول وما وراه ثلاثون عشرون مما فيه الزكاة وعشرة مستفادة وكلا المالين تبع وليس أحدهما يصرف الهلاك إليه بأولى من الآخر فيقسم الهالك وهو عشرة عليهما أثلاثا ثُلُثُهُ من المستفاد وثلثاه من ما فيه الزكاة فبقي مما فيه الزكاة ثلاثة عشر وثلث سهم يضم إليه خمسة فيصير ثمانية عشر فلم تجب فيها إلا ثلاث شياه.

ولو خلط خمسة وعشرين بعيرا بمثلها بعد الحول ثم ضاع نصفها فعليه نصف بنت مخاض عند محمد، وعندهما شاتان؛ لأن ما وراء النصاب الأول خمسة وأربعون خمسة وعشرون مستفاد وعشرون مما يفيد الزكاة، فيجعل كل خمسة سهما فيكون الحل تسعة أسهم، فما هلك يهلك على تسعة وما بقي يبقى على تسعة، فيبقى مما فيه الزكاة ثمانية أبعرة ثمانية أتساع بعير فيضم إلى النصاب الأول فيصير ثلاثة عشر وثمانية أتساع بعير وفي ذلك شاتان.

رجل له ألف فاستفاد ألفًا بعد الحول فخلطهما ثم هلك النصف فعند محمد تزكى خمسمائة؛ لأن الهلاك يصرف إليهما لضرورة تعذر الثمنين بينهما، وعندهما: يعزل النصاب الأول فيبقى ثمانمائة مما فيه الزكاة والألف المستفاد فيقسم ما بقي عليهما على تسعة أسهم خمسة للمستفاد وأربعة مما فيه الزكاة وأربعة أتساعه يضم إلى المائتين؛ فيصير كله خمسمائة وخمس وخمسين وخمسة أتساع درهم، فيزكي

ذلك القدر إن عزل مائة درهم عن النصاب، فعندهما: يعزل مائة أخرى حتى يكمل ما هو الأصل يبقى ثمانمائة والألف المستفادة فيقسم الهالك على تسعة كما ذكرنا، وعند محمد: يزكي هذه المائة وتسعة أسهم من تسعة عشر سهما مما بقي؛ لأنه من الألف الزكاتية تسعمائة وقد اختلط بالألف المستفادة، فيجعل كل مائة سهما فيصير تسعة عشر سهما فما هلك يهلك على هذا.

وذكر الناطفي رحمه الله في أجناسه: لو كان له مائتان ثم ورث مائتان بعد الحول فخلطهما ثم هلك النصف سقط نصف الزكاة ولم يذكر خلافا وهذا عند محمد، فأمَّا عندهما: لا يسقط شيء؛ لأن الهلاك كله يصرف إلى الألف المستفادة، ولو ربح في المائتين مائتين بعد الحول ثم هلك النصف لا يسقط شيء؛ لأن الربح تبع لأصله فكان بمنزلة العفو.

رجل له جارية للتجارة قيمتها مائتي درهم ثم صارت أربعمائة بعد الحول ثم أعوزت فصارت مائة؛ فعندهما: يزكي مائة درهم؛ لأن الهلاك يصرف إلى ما زاد على النصاب فصار كأن ماله مائتان لا غير وقد هلك نصفه وبقي نصفه، وعند محمد: يزكي خمسين درهما؛ لأن الهلاك يصرف إلى الكل عنده.

رجل له ثلاثمائة درهم فحال عليها ثلاثة أحوال ثم ضاع نصفها يزكي مائة وخمسين درهما لسنة واحدة عندهما؛ لأنه يصرف الهلاك إلى ما وراء النصاب فصار كأنه لم يكن له إلا مائتان وحال عليها ثلاثة أحوال، وعند محمد يصرف الهلاك إليهما وعليه زكاة ثلاثمائة في ثلاث سنين فيسقط نصفه ويبقى نصفه.

رجل له جارية للتجارة فأعوزت ثم صحت قبل تمام الحول؛ يزكيها صحيحة؛ لأنها كانت صحيحة في طرفي الحول ناقصة في أثنائه، والنقصان في أثناء الحول لا يمنع الزكاة، وإن زال العوز بعد الحول يزكيها عوزاء إذا بلغت قيمتها نصابا؛ لأن ما ازداد بالصحة زيادة مستفادة بعد الحول والمستفاد بعد الحول لا يضم في الحول الماضي.

وإن أعوزت بعد الحول، فإنه يزكيها عوزاء؛ لأن العوز بمنزلة هلاك البعض، فإن زال العوز يزكي عن الزيادة؛ لأن ما فات بالعوز كان بمعنى الضمان؛ لأنه قد ترجى

عوده، وإن كان لا يعود غالبًا، ومال الزكاة إذا صار ضمانًا بعد الحول بأن سرق نصابه أو غصب منه ولا بينة عليه ثم عاد إليه فعليه الزكاة، بخلاف ما لو صار ضمانًا قبل الحول ثم زال الضمان بعد الحول فلا زكاة عليه والفرق أن الضمان هالك من وجه من حيث إنه لا يرجى عوده غالبا قائمًا من وجه من حيث إنه يتصور عوده ويتوهم الوصول إليه يوما، فإذا كانت الزكاة واجبة يقع الشك في السقوط فلا يسقط بالشك، وإذا لم تكن واجبة يقع الشك في الوجوب فلا تجب بالشك.

رجل دفع إلى رجل ألفًا مضاربة فحال الحول ثم ربح فيها تسعة آلاف ثم ضاع كله إلا ألف فلا زكاة عليه إلا في مائة منها؛ لأنه ضاع من كل ألف تسعمائة، وهذا قول محمد. فأما عندهما: فعليه زكاة الألف الباقية؛ لأن الهلاك كله مصروف إلى الربح.

ولو دفع ألفًا مضاربة بالنصف فربح فيها ألفًا بعد الحول ثم حال الحول الثاني عليهما ثم ضاع الألف فالألف الباقية لرب المال إذا نقص المضاربة ويزكي خمسمائة للحول الأول وسبعمائة وخمس للتالي إلا زكاة الخمسمائة؛ لأنه ضاع من الألف الأولى نصفها وضاع من حصة رب المال من الألف الزائدة وهي خمسمائة مائتان وخمسون فيجتمع مائتين وخمسين إلى خمسمائة فيزكيها وهذا قول محمد.

(باب تعجيل الزكاة)

ويجوز تعجيل الزكاة عن النصاب الكامل لسنتين وأكثر.

وقال مالك رضي الله عنه: لا يجوز أصلًا.

وقال زفر: لا يجوز إلا السنة الأولى.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من العباس رضي الله عنه زكاة سنتين**»، ولأنه تحقق سبب الوجوب وهو ملك نصاب كامل معدٌّ للنماء فيترتب عليه الوجوب إلا أنه لم ينحتم عليه الأداء للحال وتراخى إلى ما بعد الحول تحقيقًا للنماء تيسيرًا وتسهيلًا على أرباب الأموال، فإذا عجل بالأداء فقد حمل الأداء بعد الوجوب فجاز كصوم رمضان في حق المسافر والمريض، والمراد

بقوله صلى الله عليه وسلم: «**لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ**»[1] نفي لزوم الأداء لا نفي أصل الوجوب أو نفي تضيق الوجوب لا نفي أصله.

ولا يجوز قبل ملك النصاب لأنه قبل سبب الوجوب.

ولو ملك نصابا فعجل الزكاة عن نصب جاز خلافا لزفر رحمه الله؛ لأن ما بعد النصاب الأول تبع له، بدليل أنه جعل تبعًا له حق الحول في حق وجوب الزكاة حتى يزكي بحول الأول تيسيرًا أو ترفيهًا، فكذا يجعل تبعًا له في حق جواز التعجيل تيسيرًا، فتحقق السبب وهو الأصل فكان تعجيلا بعد وجود السبب فيجوز، وإنما يجوز التعجيل إذا بقي النصاب أو بعضه إلى آخر الحول وكمل في طرفيه حتى لو هلك الكل ثم استفاد نصابا لم يجز ما عجل عنه لما بيَّنَّا.

(**النوادر**): ولو عجل زكاة ألفين وله ألف فقال: إن أصبت ألفًا أخرى قبل الحول فهي عنهما، وإلا فهي عن هذه الألف في السنة الثانية؛ أجزأه ذلك؛ لأنه يجوز تعجيل الزكاة عن أيهما شاء.

ولو كان له مائتان فعجل عنها خمسة للحول الثاني، فجاء الحول الأول ولم يتم المائتان ثم حال الحول الثاني وعنده مائتان فعجل عنها لم يجزه؛ لأنه لم يكمل النصاب في ابتداء الحول الثاني.

رجل له مائة وخمسة وتسعون درهما وثوب قيمته خمسة للتجارة فأعطى الثوب المصدق من الزكاة قبل الحول فصارت قيمة الثوب في يده عشرة ثم ذهب من

---

(١) أخرجه مالك (٦٥٧). وعبد الرزاق (٧٠٣٠) عن عبيد الله بن عمر. وفي (٧٠٣١) عن معمر، عن قتادة، وأيوب. و«ابن أبي شيبة» ٣/١٥٩ (١٠٣١٦) قال: حدثنا علي بن هاشم، عن ابن أبي ليلى. وفي (١٠٣٢٤) قال: حدثنا يحيى بن يعلى التيمي، عن منصور، عن يعلى بن نعمان. و«الترمذي» (٦٣٢) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي، قال: حدثنا أيوب.

ستتهم: (مالك، وعبيد الله بن عمر، وقتادة بن دعامة، وأيوب السختياني، وابن أبي ليلى، ويعلى بن نعمان) عن نافع، أن عبد الله بن عمر كان يقول: لا تجب في مال زكاة حتى يحول عليه الحول.

الدراهم خمسة ثم حال الحول، فإنه يأخذ نصف الثوب من المصدق؛ لأنه لم ينقلب المؤدى زكاة يكون يد المصدق كيد صاحب المال لما تبين.

قال محمد رضي الله عنه: رجل له أربعون شاة فعجل منها شاة فولدت في يد المصدق عناقًا إن حال الحول ولم ينقص من النصاب شيء فهما صدقة، وإن نقص أخذ العناق والشاة صدقة؛ لأن بالعناق يكمل النصاب فيعتبر يد المصدق فيه كَيَدِ صاحب المال ولا كذلك إذا لم ينقص النصاب لما تبين.

رجل له ألف فعجل زكاتها عشرين ثم حال الحول فهلك منها ثمانمائة فعليه درهم واحد؛ لأنه أعطى عن كل مائتين أربعة وبقي لكل مائتين درهم، وإن هلكت الثمانمائة قبل الحول فلا شيء عليه؛ لأنه تبين أنه لا زكاة عليه إلا في المائتين، فإن هلك مائتان وبقي ثمانمائة فعليه أربعة دراهم، وإن هلك المائتان فلا شيء عليه.

رجل له أربعمائة درهم فظن أن عنده خمسمائة، فأدى زكاة خمسمائة، ثم علم فله أن يحسب الزيادة للسنة الثانية؛ لأنه أمكن أن تعجل الزيادة تعجيلا.

ولو أخذ المصدق رب المال أكثر مما عليه على ظن أن ماله أكثر وعليه ذلك تحسب الزيادة للسنة الثانية؛ لأنه أخذ لعزم الزكاة، وإن أخذ الزيادة وعلم أنها ليست عليه لا تحسب؛ لأنه أخذ غصبًا.

(**الجامع**): ومن له مائتا درهم وعشرين مثقالًا من الذهب وعروض التجارة فعجل زكاة أحدهم بعينه ثم هلك المؤدى عنه قبل الحول وقع المؤدى عن الباقي؛ لأن الباقي كجنس واحد بدليل أنه يضم بعضه إلى بعض، والتعبير والتمييز في جنس واحد باطل حتى لو لم يهلك أحدهما وحال الحول يقع المؤدى عنهما، وفي رواية النوادر: يقع عمَّا نوى، ولو ملك نصبًا من حيوانات مختلفة فعجل زكاة البعض ثم هلك المؤدى عنه لا يقع عن الباقي لأنهما مالان مختلفان في المقصود والوظيفة، ولهذا لا يكمل النصاب أحدهما بالآخر فصح التعيين؛ لأنه للتمييز وذلك يتحقق في الجنس المختلف المتحد، ولو عجل زكاة أحد النقدين ثم حال الحول عليهما ثم هلك المؤدي بقي الثاني بزكاته؛ لأن الزكاة تعلقت بعين كل واحد فصحَّت نية التعيين فيهلك بما فيه.

ولو استحقّ أحدهما قبل الحول أو بعده فعليه أن يزكي عن الآخر؛ لأنه ظهر أنه أدى زكاة مال الغير فلا يقع عن زكاة ماله، ومن له مائتا درهم فحال عليها الحول وأدى خمسة ثم عجل خمسة للسنة القابلة ثم تم المال وحال الحول جاز التعجيل. طعن عيسى وقال: لا يجوز؛ لأنه كما تم الحول وجبت الزكاة فانتقص من النصاب بقدره فدخل الحول الثاني والنصاب منتقص، وأنا أقول: الوجوب مقارن دخول الحول الثاني فيكون الانتقاص بعده؛ لأنه حكم الوجوب فيتعقَّبه فصادف انعقاد الحول الثاني نصابا كاملا فانعقد وإنما النقصان حصل في أثناء الحول فلا يمنع التعجيل.

(**الزيادات**): أصله: أن قبض المصدق للصدقة الواجبة يكون للفقراء؛ لأنه ثابت عنهم في القبض واتصالها إليهم فصار وصول الصدقة إلى يد المصدق كوصولها إلى يد الفقير وقبضه الصدقة النافلة لصاحب المال؛ لأنه ليس له ولاية أخذها فصار كون المال في يد المصدق ككونه في يد صاحب المال، وإن اشتبه عند الدفع أنها واجبة أو نفل كان حكمها موقوفًا، فإن ظهر أنها فرض صارت يد المصدق يد الفقير من يوم الأخذ، وإن ظهر أنها نفل صارت يده يد صاحب المال ومن أفرز زكاة ماله فضاعت عنده لم يجز عن زكاته لأنها لم تصل إلى يد الفقراء ولا إلى يد نائبهم، فإن دفعها إلى المصدق فضاعت عنده أجزأته؛ لأنه دفع الحق إلى نائب المستحق فصار كأنها وصلت إلى يد المستحق.

ولو عجل خمسة إلى المصدق وحال الحول ولم يستفد المالك خمسة أخرى؛ **فالمسألة على ثلاثة أوجه:**

الأول: إذا حال الحول والخمسة المعجلة قائمة في يد المصدق فلا زكاة على رب المال قياسا؛ لأن المؤدى خرج عن ملكه، حتى لو أراد أن يستردَّه من الساعي قبل تمام الجواب لم يملكه فلم يكمل نصابه يوم الحول وعليه زكاة استحسانًا؛ لأن وجودها في يد المصدق كوجودها في يده؛ لأنه نائب عنه ما لم ينقلب المؤدى زكاة كما بيَّنَّا فيعتبر كالباقي على ملكه حكما؛ لأنه لو لم يعتبر باقيًا على ملكه حكمًا لا يجب عليه الزكاة، فيثبت له حق الاسترداد وبالاسترداد يعود إلى قديم ملكه فتبين في

الآخرة أن نصابه كان كاملا فيلزمه الزكاة وجاز المعجل عما لزمه فكان في إبطاله تجويزه فوجب أن يعتبر باقيا على ملكه لئلا يؤدي إلى الدور إلا أنه لم يملك الاسترداد قبل الحول؛ لأنه لما عينه للزكاة فما بقي عرضه وجوب الزكاة كان في المدفوع نوع حق للفقراء لكن تعلق حق الفقراء به لا يخرجه من أن يكون نصابا للزكاة.

وكذلك لو استهلكها المصدق أو كلها فرضا أو أخذها عما له جازت عن الزكاة؛ لأنه لو لم يجز الأداء صارت الخمسة مضمونة على المصدق، فصار قيام المثل في ذمته كقيام العين في يده فيلزمه الزكاة وجاز المعجل عما لزمه.

فإن قيل: المعجل دين فكيف يجوز أداء الدين من العين قلنا: المعجل يصير زكاة من حين دفعه وعند الدفع كان عينًا، ولو دفعها المصدق إلى الفقراء قبل الحول فلا زكاة عليه ولا ضمان على المصدق؛ لأنه يصدق بإذنه وبالوصول إلى الفقراء ثم خروج المعجل عن ملكه فلم يكمل نصابه عند تمام الحول فلا يلزمه الزكاة، فكذلك لو أكلها صدقة لحاجته؛ لأن التصدق بها على نفسه كالتصدق على فقير آخر؛ لأن صاحب المال أمره أن يجعل المدفوع لله تعالى خالصًا، وذلك يحصل بالوصول إلى محتاج وهو وغيره فيه سواء نظيره من قال لوصيِّه: ضع ثلث مالي حيث شئت؛ كان له أن يضعه في نفسه، وإن ضاعت من يد المصدق قبل الحول ثم أصابها المصدق بعد الحول بعينها يردُّها على المالك؛ لأن يد المصدق في الصدقة الموقوفة كيد صاحبها فكأنها ضاعت من يده بعد الحول.

ولو تصدقها أو أكلها لحاجة قبل الاسترداد ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عدم الوجوب عند الحول كالنهي عن التصدق، وعندهما: لا يضمن ما لم ينهه صريحا فيبقى الإذن بالتصدق وهذا بناء على أن الوكيل بأداء الزكاة إذا أدى بعدما أذن الموكل ضمن عنده خلافا لهما.

(**والفصل الثاني**): لو ملك خمسة أخرى قبل الحول جاز ما عجله عن زكاته في الفصول كلها ولا يلزمه شيء آخر، وإن كان المدفوع قائمًا في يد المصدق لأن

المدفوع إنما جعل قائمًا على ملكه حكما في حق وجوب الزكاة في النصاب كي لا يؤدي إلى الدور أما في حق وجوب الزكاة فيه فلا.

(**والفصل الثالث**): لو انتقص في المال شيء قبل الحول فلا زكاة عليه في الفصول كلها لنقصان نصابه عند تمام الحول.

فإن كانت الخمسة المعجلة في يد المصدق يردها، وإن استهلكها أو أخذها عمالة أو قرضا يضمن؛ لأنه إنما دفع إليه ليكون من زكاة ماله ولم تجب عليه الزكاة فيكون له الاسترداد كما لو كان في يد وكيله بالزكاة، ولو كان تصدق بها قبل الحول أو أنفقها على نفسه صدقة لم يضمن؛ لأنه أمره بالتصدق بها وقد امتثل أمره، ولو تصدق بها بعد الحول أو أكلها صدقة ضمن عنده خلافا لهما؛ بناءً على أن الوكيل بأداء الزكاة إذا أدى الموكل بنفسه.

ولو عجل خمسة ثم أنفق كل المال لا يسترد الخمسة قبل الحول؛ لأن تلك الخمسة كأنها في يده فبقي الحول منعقدًا ببقائها حتى لو استفاد نصابًا قبل تمام الحول يلزمه الزكاة فلم ينقطع عرضته في كون المعجل زكاة فلا يسترد كالمشتري بشرط الخيار للبائع إذا عجل الثمن لم يكن له الاسترداد، فإن حال الحول ولم يفد مالا فله أن يستردها؛ لأن غرضه كونها زكاة قد انقطع.

ولو عجل بنت مخاض من خمس وعشرين من الإبل السائمة ثم حال الحول وهي في يد المصدق يستردها إلا مقدار أربع شياهٍ قياسًا لأنها خرجت عن ملكه فلم يكمل نصابه يوم الحول ولا يسترد استحسانًا؛ لأن وجودها في يد المصدق كوجودها في يده؛ لأنه نابت عنه ما لم ينقلب المؤدى زكاة فكمل نصابه.

ولو عجل شاة من أربعين فحال الحول وهي في يد المصدق جاز، وإن كان أنفقها عمالة أو قرضًا ضمن قيمتها وليس على هذا الرجل زكاة؛ لأن نصاب السائمة لا يكمل بالقيمة فيكون التضمين مقيدا بخلاف نصاب الدراهم؛ لأنه يكمل بالدين فلا يكون التضمين ثمة مقيدًا.

ولو عجل ستة دراهم عن مائتين وأربعين فحال الحول وهي في يد المصدق؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله: يستردُّ درهما قياسًا ولا يسترده استحسانًا، وكذلك عندهما

في الاستحسان؛ لأن قيام المال في يد المصدق كقيامه في يد صاحبه، فقد تم الحول وفي ملكه مائتان وأربعون، وعندهما كان كل درهم زكاة عن نفسه وعن أربعين سواه فصار كل درهم أحد وأربعون جزءًا فلما نقص ستة يرد ستة أجزاء من أحد وأربعين جزءًا من درهم.

ولو حال الحول وقد انتقص ما في يده درهم؛ فعند أبي حنيفة رحمه الله: يستردُّ درهما قياسًا واستحسانًا، وعندهما سبعة أجزاء من أحد وأربعين جزءًا من درهم قياسًا، وفي الاستحسان يرد جزءًا من أحد وأربعين جزءًا من درهم؛ لأنه لم يظهر إلا نقصان درهم.

ولو عجل شاةً من أربعين فأخذها المصدِّق عمالة فحال الحول وهي قائمة في يده يردها وليس على صاحب الغنم زكاة؛ لأن ما أخذ المصدق عمالة خرج عن ملك صاحبه فلم يكمل نصابه عند تمام الحول، فلم يلزمه الزكاة؛ فيردُّها؛ لأنها مقبوضة للتملُّك بسبب فاسد؛ لأن عمالته في الزكاة الواجبة، وهذه غير واجبة فصار كالمقبوض في البيع الفاسد.

ولو عجل مسنة من أربعين من البقر ثم حال الحول وقد هلكت بقرة أخرى قبل الحول والمسنة عند المصدق فله أن يستردها إلا قيمة تبيع أو تبيعة، فإن أراد أن يسترد المسنة بعينها فالمصدق بالخيار إن شاء ردَّها وأخذ الواجب، وإن شاء رد الفضل دراهم؛ لأنه أعطى المسنة عما يلزمه من الزكاة في هذا الحول وقد لزمه بقدر تبيع قيم الأداء في ذلك القدر بتراضيهما فلا ينفرد باستردادها.

ولو أخطأ المصدِّق في العدِّ فللمالك أن يستردَّ ويعطي الواجب وليس للمصدق خيارٌ؛ لأنه ظهر أنه لم يرض كل واحد منهما بهذا القبض، ولو أخذه المصدق على كره منه وهو يعلم الخطأ وتصدق به ضمن الفضل؛ لأنه أخذه غصبًا.

وإن لم يعلم لا ضمان عليه؛ لأنه عامل للمسلمين فصار كالقاضي إذا أخطأ، فإن قدر المصدق على المساكين ضمنهم الفضل إن أراده المالك، وإن لم يقدر رد الفضل مما في يده من أموال الزكاة، فإن لم يكن لا يرد شيئًا؛ لأنه عامل للفقر فيكون ضمان ما أخطأ على من له العمل.

وإذا أخذ المصدق الصدقات فضاعت في يده بطلت عمالته ولا يعطى له من بيت المال شيئًا وما أنفقه من ذلك فرضًا يضمنه؛ لأن الاستحقاق معلَّق بتمام العمل ولم يوجد.

(باب ما يجوز أداؤه عن الزكاة)

ويجوز دفع القيم والأبدال في الزكاة والعشر والخراج وصدقة الفطر ونحو ذلك خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا[1]؛ لما روى أبو عبيد في "غريب الحديث" بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنه خرج إلى إبل الصدقات فرأى فيها ناقة كوماء؛ فغضب، فقال صلى الله عليه وسلم: «**ألم أنهكم عن أخذ كرائم أموال الناس**»، فقال الساعي: ارتجعتها ببعيرين يا رسول الله، فسكت[2]. والارتجاع أخذ سن آخر مكان سن واجب، هكذا فسره أبو عبيد، وهذا لا يكون إلا باعتبار القيمة، ولأن الزكاة حق لله تعالى تعبدًا كما بيَّنَّا، ثم أمر الغني بصرفها إلى الفقير كفاية لوقته وقضاء لحقه والرزق الموعود سدًّا لخلته وردًّا لجوعته وأداء القيمة أبلغ في تحقيق معنى الكفاية وأوفر في تحصيل مصالحه؛ لأن يملك عين الشاة يتوصل إلى نوع كفاية وهي الأكل ويملك قيمتها يتوصل إلى أنواع من الكفاية والمصالح؛ فكان أمر الشارع الغني بصرف الواجب إلى الفقير كفاية له وقضاء لحقه إذنًا له بنقل حقه من عين الشاة إلى القيمة دلالة؛ فسقط حقه عن صورة الشاة بإذنٍ ثابت منه بدلالة النص لا بالتعليل.

قال أبو حنيفة رحمه الله: المالك مخيَّر في أموال التجارة بين إخراج ربع العشر من العين أو القيمة تيسيرًا أو ترفيها؛ لأنه ربما يكون النصاب جارية حسناء أو فرسًا فلو تعلق الواجب بعينها يؤدي إلى تنقيصها وتبعيضها فيتضرر به فوجب تخييره

---

(١) انظر: البدائع: ٢/٢٥، الدر المختار: ٢/٢٩، اللباب: ١/١٤٧، فتح القدير: ١/٥٠٧.

(٢) ورد النهي عن ذلك في حديث ابن عباس عند الجماعة بلفظ: «فإياك وكرائم أموالهم» (نيل الأوطار: ٤/١١٤).

وتعتبر القيمة أصلًا كالعين في الوجوب؛ لأن النصاب هنا يكمل باعتبار العين؛ فصارت القيمة أصلًا ومقصودًا وهي قائمة بالعين فصار العين أيضًا أصلًا.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الواجب الأصلي هو العين والقيمة بدل عن العين قائمة مقامه؛ لأن الواجب إخراج جزء من النصاب لما بينا، وإنما جوَّزنا القيمة بإذن صاحب الحق ضرورة الأمر بالصرف إلى الفقير، ثم تعتبر القيمة يوم الوجوب عنده لأنها اعتبرت أصلًا في الوجوب كالعين وعندهما يعتبر يوم الأداء.

وصورته: إذا كان له طعام للتجارة قيمته مائتا درهم فحال عليه الحول فلم يؤدِّ زكاته حتى صارت قيمته مائة لسعر السوق، فإن أدى من الطعام أدى ربع عشره وهو خمسة أقفزة، وإن أدى الدراهم أدى خمسة دراهم قيمتها يوم الوجوب عند أبي حنيفة؛ لأنه إذا اختار أحدهما ظهر أنه هو الواجب من الأصلي فتعتبر القيمة يوم الوجوب، وعندهما: يؤدي درهمين ونصف قيمته يوم الأداء؛ لأن الواجب إخراج جزء من النصاب والقيمة جزء أدائها بدلا عنه تيسير فيعتبر يوم الأداء.

ولو كانت له إبل سائمة فوجبت زكاتها فلم يؤدها حتى تغير السعر، فإنه يعتبر القيمة يوم الأداء بالإجماع، وهو الأصح؛ لأن الواجب في السائمة متعلق بالعين لا بالقيمة، ألا ترى أن نصابها بالعين دون القيمة وإنما اعتبرت القيمة لنقل الواجب من العين فيجب اعتبارها عند النقل.

وذكر في الجامع: ولو فسدت في الحنطة بماء أصابها حتى صارت قيمتها مائة إن أدى عينها يؤدي خمسة أقفزة، وإن أدى قيمتها أدى درهمين ونصف بلا خلاف؛ لأنه هلك جزء من العين فسقط ما تعلق به من الواجب.

وإن زادت الحنطة في نفسها قيمة بأن كانت بريَّةَ فيبست: إن أدى الحنطة أدى خمسة أقفزة كما كانت، وإن أدى القيمة أداها يوم حال الحول؛ لأن نفسه زيادة في العين مستفادة بعد الحول ولا زكاة في المستفاد بعد الحول، وذكر مسألة الجارية هكذا وقال: يؤدي عن قيمتها يوم حال الحول وفي النقصان يوم يزكي.

(فصل)

وركن الزكاة هو الإخراج إلى الله تعالى بالتمليك من الفقير أو إلى من هو نائب عنه؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، والإيتاء هو الإعطاء وهو التمليك، ولا يجوز إخراجها إلا بالنية لأنها عبادة.

وذكر الطحاوي رحمه الله: أنه لا تجزي الزكاة عمن أخرجها إلا بنية مخالطة لإخراجه إياها.

والصحيح: أنه يعتبر النية عند الدفع أو عند إفرازها، فإنه ذكر في (المنتقى): لو أفرز زكاة ماله فتصدق ولم تحضره النية عند الدفع يجزيها؛ لأن الدفع إذا تفرق تعذر إحضار النية في كل دفعة فاكتفي بالتعين عند الإفراز.

ولو تصدق بجميع النصاب ولم ينو الزكاة أجزأه عن الزكاة؛ لأن الواجب جزء من النصاب وقد لاقى كف الفقير ووصل إلى مستحق فوقع عن الفرض.

وذكر في النوادر: لو تصدَّق ببعضه ولم ينو الزكاة، قال محمد رحمه الله: يسقط زكاة ما تصدَّق به؛ لأن الواجب شائع في الكل.

وقال أبو يوسف: عليه زكاة الكل؛ لأن الأصل أن لا يتأدى الزكاة بدون النية فما بقي شيء من النصاب بقينا الواجب فيه جريا على قضية الأصل.

وفي (**المنتقى**): لو أدى الزكاة إلى الفقير فوجد درهما منها ستوقًا فجاء به ليرده فقال صاحب المال: رُدَّ عليّ الباقي؛ لأنه ظهر أن النصاب كان ناقصًا أو أنه لا زكاة عليَّ؛ ليس له ذلك أن يسترده؛ لأنه وقع قربة نفلا ونقض القربات لا يجوز.

رجل فرض عليه القاضي نفقة قرابته فأعطاه من زكاة ماله: إن لم يحسب من نفقته جاز، وإن حسب لم يجز، وأداء العين عن العين وعن الدين جائز، وأداء الدين عن العين وعن دين بقبض لا يجوز، وأداء الدين عن دين لا يقبض يجوز.

بيانه: لو أدى خمسة عن مائتين عين أو دين جاز، وكذا لو كان له دين على رجل فأمر فقيرًا بقبضه منه عن زكاة ماله فقبضه أجزأه؛ لأن قبض المأمور بمنزلة قبضه؛ فكأنه قبضه بنفسه ثم صرف إليه بنية الزكاة فيكون مؤدِّيًا العين عن الدين.

ولو كان له على فقير مائتان دين فتصدق عليه بخمسة منها ناويًا عن زكاة ماله عينًا أو دينًا لم يجز؛ لأنه إنما يخاطب بإخراج الزكاة عن الدين إذا صار عينًا بالقبض فيصير على هذا الوجه أداء الدين عن العين وهذا لا يجوز؛ لأنه أداء الناقص عن الكامل وجب له الجواز أن يعطيه خمسة زكاة ثم يأخذها منه قضاء عن دينه.

ولو كان له على فقير دين فتصدق عليه بخمسة منها عن زكاة الكل لم يجز إلا عن زكاة بخمسة؛ لأن الباقي يصير عينًا بالقبض فيصير مؤديًا الدين عن العين وبقدر الخمسة أدى الدين عن دين لا يقبض فيجوز، ولو تصدق بجميعه عليه سقطت عنه الزكاة، وإن لم ينو؛ لأن قدر الزكاة حصل للفقير.

ولو كان من عليه الدين غنيًّا فوهبه منه بعد الحول ففي رواية الجامع: يضمن قدر الزكاة؛ لأنه أتلف حق الغير، وفي رواية النوادر: لا يضمن؛ لأنه إنما يخاطب بأداء الزكاة إذا قبضه ولم يقبضه فكان هذا امتناعا عن سبب وجوب الأداء لا إبطالًا للحق.

ورواية الجامع أصح؛ لأنه باعتبار أصل الوجوب يلزمه الضمان؛ لأن الحق قد وجب في المال ولكن تراخي لزوم الأداء إلى وقت القبض فباعتبار عدم لزوم الأداء للحال لا يلزمه الضمان فيلزمه الضمان احتياطا لأمر العبادة.

(**الجامع**): لو أعطى شاة سمينة يبلغ قيمتها قيمة شاتي وسط جاز عن شاتين؛ لأن الجودة في غير أموال الربا متقوِّمة، فبقدر الوسط يقع عن نفسه وبقدر قيمة الجودة عن شاة أخرى، وكذلك في عروض التجارة لو أدى الثوب الجيد عن الثوبين الرديئين جاز، ولو أدى الرديء مكان الجيد لا يجوز؛ لأن الجودة متقوِّمة.

وإن كان مال الزكاة من أموال الربا كالمكيل والموزون، فإن أدى من خلاف جنسه أدى قدر قيمة الواجب، وإن أدى من جنسه فعندهما: يعتبر القدر دون القيمة، وعند زفر: تعتبر القيمة دون القدر، وعند محمد: يعتبر ما هو الأنفع للفقراء.

بيانه: لو أدى خمسة أقفزة رديئة عن خمسة أقفزة جيدة، أو أدى خمسة دراهم رديئة عن خمسة جيدة جاز عندهما ويكره، وعند محمد وزفر: يؤدي قيمة الجودة اعتبارًا للقيمة عند زفر؛ لأنه لا ربا بين العبد وربه ليسقط قيمة الجودة واعتبار الأنفع

للفقراء عند محمد أداء الزكاة وجبت لنفعهم ودفع حاجتهم فيعتبر ما هو الأنفع لهم.

لهما: أن الجودة لا قيمة لها في مال الربا عند مقابلتها بجنسها والربا يجري بين العبد وربه؛ لأنه عامل عبيده عمل المكاتبين والأحرار، ألا ترى أنه استقرض منهم وملكهم.

ولو أدى أربعة أقفزة جيدة قيمتها خمسة أقفزة رديئة مما فيه زكاة، أو أدى أربعة دراهم جيدة قيمتها خمسة دراهم رديئة مما فيه زكاة: لم يجز إلا عن أربعة، وعند زفر: يجوز عن الكل مهما اعتبر القدر وهو ناقص، ومحمد اعتبر الأنفع واعتبار القدر هنا أنفع، وإن أدى ذاك من خلاف جنسها جاز؛ لأن قيمة الجودة تظهر عند المقابلة بخلاف جنسها فوقع عن الواجب بأصله وجودته، ولو نذر التصدُّق بقفيز جيد فأدَّى قفيزًا رديئًا خرج عن النذر، وعندهما: يرد كسبه الفضل كالزكاة سرًّا. ولو نذر التصدق بشاتين فتصدق بشاة سمينة تساوي شاتين جاز.

ولو أوجب هدي شاتين فأهدى شاة سمينة تساوي شاتين لم يجز إلا عن واحدة؛ لأن القربة هنا في إراقة الدم لا في التمليك، والإراقة الواحدة لا تعدل إراقتين كما في الأضحية.

وكذا لو نذر عتق رقبتين فأعتق رقبة تساوي رقبتين لا يجوز؛ لأن القربة في إزالة الملك وتخليصه عن ذلِّ الرقِّ؛ فلا ينوب الواحد عن اثنين كما لو أعتق رقبة عن يمينين، والله أعلم.

(باب الرجل يأمر غيره بأداء الزكاة)

ولو دفع الزكاة إلى رجل وأمره أن يدفع إلى الفقراء فدفع ولم ينو عند الدفع جاز؛ لأن المعتبر نية الأمر وهو المؤدي في الحقيقة والمأمور نائب عنه.

ولو دفعها إلى ذمِّيٍّ ليدفعها إلى الفقراء جاز لوجود النية من الأمر.

ولو أدى زكاة غيره بغير أمره فبلغه فأجاز لم يجز؛ لأنها وجدت نفاذًا على المتصدق لأنها ملكه ولم يصر نائبًا عن غيره فنفذت عليه.

ولو تصدق عنه بأمره جاز؛ لأن الفقير ينتصب نائبا عن الأمر في القبض أوَّلًا؛ فوقع الملك للأمر بقبض نائبه ثم يصير قابضا لنفسه ويرجع المأمور بما دفع على الأمر عند أبي يوسف؛ لأنه أمره بأن يقضي عنه حقا واجبا، فصار كما لو قال: اقض ديني، وعند محمد: لا يرجع؛ لأن الملك للآخر في المدفوع يثبت ضمنا للقضاء، فإنما يثبت له على حسب ما ثبت للقابض بالاقتضاء وفي الزكاة الملك يثبت للقابض وهو الفقير بغير بدل، فيثبت للأمر مثله؛ إذ المتضمن يثبت على صفة المتضمَّن وصار، كما لو قال له: هب فلانا عني ألف درهم؛ لا يرجع به على الأمر، فكذا هذا بخلاف الأمر بقضاء الدين؛ لأن ثمة ثبت الملك للقابض ببدل؛ لأن ما قبض يصير مضمونًا عليه بالمثل وله عليه مثله فيلتقيان قصاصا، ولهذا لو ظهر أن لا دين عليه كان للقاضي أن يرجع عليه ومتى ثبت الملك للقابض ببدل ثبت للمأمور كذلك، والملك ببدل ليس إلا الفرض؛ فكأنه قال: أقرضني قدر الدين، ثم اقضي به ديني.

ولو أمر المتعاوضان كل واحد منهما صاحبه أن يؤدي زكاة ماله فأديا معًا ضمن كل واحد منهما نصف ما أدَّى، ولو أدَّى أحدهما قبل صاحبه ضمن الثاني ما أدى عن صاحبه دون الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يضمن، وكذا الوكيل بالزكاة إذا أدَّى بعد أداء موكِّله ضمن، علم به أو لم يعلم، وعندهما: لا يضمن، وكذا الوكيل بالإعتاق عن الظهار إذا أعتق بعدما كفر الموكل لا ينفذ عنده علم به أو لم يعلم، وعندهما: ينفذ.

لهما: أن الأمر أمره بالإعتاق، ويدفع إلى الفقير لا يجعل المؤدى زكاة أو كفارة؛ لأنه لا يملكه وقد امتثل أمره فلم يضمن.

لأبي حنيفة رحمه الله: إن أمره بأداء الزكاة والكفارة ولم يؤد؛ لأن موجب أداء الزكاة سقوط الفرض عن ذمته، وقد سقط بأداء الأمر، فلا يتصور إسقاطه بأداء الوكيل فيضمن أداء الموكل عن الوكيل حكما بخلاف الوكيل بقضاء الدين إذا قضى بعد قضي الموكل إن علم به ضمن وإلا فلا؛ لأن ثمة الموكل يتمكن من استرداد المقبوض من القابض إن كان قائمًا وتضمينه إن كان هالكا فلم يتضمن أداؤه عزل الوكيل وهنا لا يتمكن من ذلك.

(**المنتقى**): ولو أعطى رجلا دراهم يتصدق بها تطوعا فلم يتصدق بها حتى نوى الأمر أن يكون من زكاته، ثم تصدق بها المأمور جاز عن زكاته، وكذلك لو قال: تصدق بها عن كفارة يميني؛ ثم نوى عن زكاة ماله ثم تصدق؛ جاز عن زكاته؛ لأن دفع وكيله بمنزلة دفعه فصار كأنه نوى ثم دفع بنفسه.

ولو قال: إن دخلت هذه الدار فلله عليَّ أن أتصدق بهذه المائة؛ وهو ينوي بدخولها أن يتصدق عن زكاة ماله، فدخل ثم تصدق بها؛ لا تجزيه عن الزكاة؛ لأن اليمين لازمة لا يملك الرجوع، فإذا دخل الدار لزمه التصدق بجهة اليمين.

(باب الزكاة وما يوجبه على نفسه)

(**الجامع**): لو قال: لله عليَّ أن أتصدَّق بمائة من هاتين المائتين؛ فحال الحول قبل أن يتصدق؛ وجبت الزكاة فيها، ويؤدي سبعة وتسعين درهمًا ونصف درهم من المنذور؛ لأن الزكاة شائعة في الكل فصار ذلك القدر فهو درهمان ونصف مستحق للزكاة من المائه فبطل من النذر هذا القدر.

ولو تصدق بمائة عن نذره هل يسقط عنه زكاة المائة؟ في رواية الجامع: يسقط؛ لأن حق الفقير متعلق بها فعلى أي وجه وصل إلى الفقير يقع عن جهة المستحق، كما لو وهب كل النصاب للفقير لأبنية الزكاة، وفي رواية النوادر: لا تسقط؛ لأنه لما تصدق بها عن النذر فقد نقل حق الفقير منها إلى مال آخر وله ولاية النقل فانتقل.

ولو نذر بأن يتصدق بمائة ولم يقل منها يزكي بخمسة دراهم ويتصدق بمائة درهم؛ لأنه وجب المنذور في الذمة ولم يتعين له محل.

(**المنتقى**): لو قال: لله عليّ أن أتصدَّق بهاتين المائتين بعد الحول؛ ثم تصدق منها بخمسة عن نذره؛ لم يكن شيء منها من الزكاة، ولو تصدق بالبقية عن نذره أجزأه منه ومن الزكاة ما خلا ثمن درهم فعليه زكاته، ألا ترى أنه لو تصدق بالنصاب كله تطوعًا أجزأه من الزكاة، ولو تصدق ببعضه لا يجزيه، ولو تصدق بكله في مجلس واحد أو مجالس متفرقة ونوى أن يتصدق بكله في ابتدائه أجزأته عن الزكاة استحسانًا، وإن لم تكن له نية لا يجزيه؛ لأن العبرة للنية.

قال أبو يوسف: لو نذر أن يتصدق بعشرة من هذه العشرين، فتصدق منها بعشرة ولا نية له لم يجز عن النذر، ولو تصدق بالعشرين ولم ينو أجزأه عن النذر؛ لأنه تعين محلًّا للنذر.

قال محمد رحمه الله: لو قال: لله عليّ أن أزكِّي هاتين المائتين عشرة دراهم؛ فعليه كفارة يمين إن أراد يمينا؛ لأن زكاة المائتين لا تكون عشرة، كما لو قال: لله عليَّ أن أصوم رمضان أربعين يمينًا.

(باب من له أخذ الصدقات)

ويجوز دفع الزكاة إلى الإمام أو إلى عامل الصدقة، ولو دفع إلى الفقير بنفسه فللإمام أخذها ثانيًا في الأموال الظاهرة، خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن حق الأخذ للإمام؛ لأنه لو فوَّض الإعطاء إلى أرباب الأموال ربما يقصرون فيه ويبخلون به وليس للفقراء قوة الأخذ منهم فيفوت الحق، وللإمام قوة الأخذ وشفقة الإيصال إليهم والأموال في البراري صارت محفوظة بحفظ الإمام محمية بحمايته، فالشرع أثبت حق الجباية لصاحب الحماية لتكون ولاية الأخذ بإزاء الحماية تحقيقا لهذه المصلحة.

ثم له ولاية الإعطاء إلى من شاء من الفقراء واختيار الأصلح فالأصلح والإمساك والادخار إلى وقت الحاجة، فتضمنت ولاية الأخذ للإمام مصالح جمة، فلا يملك الغني إبطالها بالأداء بنفسه فيقلب الأول نفلا، والثاني يقع زكاة، وهو الصحيح، بخلاف الأموال الباطنة؛ لأن ولاية الأخذ كانت ثابتة للإمام إلى زمن عثمان رضي الله عنه، فلما كثرت الأموال وعزَّ على الأئمة التفحُّص عنها لكونها في البيوت والمخادع المستترة عن أبصارهم فوض الأداء إلى أربابها لنوع مصلحة ودفع مشقة مخصوصة.

وعن أبي بكر الأعمش رحمه الله: لو علم الإمام أنه دفع الزكاة إلى الفقير لا يأخذ منه ثانيا، ومن امتنع عن أداء الزكاة فالساعي لا يأخذ منه كرها، ولو أخذ لا يقع عن الزكاة خلافا لزفر والشافعي رضي الله عنهما؛ لأنها عبادة والعبادة لا تتأدَّى إلا باختيار من عليه لما بيَّنَّا.

ولكن للساعي أن يخبره على الأداء بالحبس فيؤدِّي بنفسه؛ لأن الإكراه لا يسلب الاختيار بل يسلب الطواعية فيتحقق الأداء عن اختياره البغاة إذا أخذوا الصدقات والخراج لا يأخذ إمام العدل منهم ثانيا؛ لأن حق الأخذ بسبب الحماية، فإذا لم يحمهم بطل حقه في الأخذ، والمستحب أن يؤدِّي الزكاة بنفسه ثانيا؛ لأنا نعلم أنهم لا يصرفون إلى الفقراء لا يعيدون الخراج؛ لأن الخراج يصرف إلى المقاتلة وهم يقاتلون العدو ويذبُّون عن حريم المسلمين، ولهذا السلطان الجائر إذا أخذ جاز.

ولو أخذ الصدقات إن نوى المؤدي عند الدفع الصدقة عليه جاز؛ لأنه فقير حقيقة؛ لأنه لو حسب بما عليه كان فقيرًا أو إن لم ينو قيل: يعيدون ثانيًا؛ لأنه لا يضع موضعها، وقيل: لا يعيدون؛ وعليه الفتوى؛ لأن ولاية الأخذ للسلطان فسقط عنهم، فبعد ذلك إن لم يضع موضعها لا تبطل أخذه عنه، ولهذا قالوا: لو أخذ السلطان مال رجل بغير حق فنوى صاحبه عند الدفع زكاته وعشره وخراجه جاز وقيل: لا يجزيه؛ لأن علم من يأخذ بما يأخذ شرط والأحوط أن يعاد ليكون بعيدا من الخلاف، ومن كان في عسكر أهل البغي سنين فلم يؤدِّ الزكاة ثم تاب لم يؤخذ منه؛ لأنه لم يكن تحت حماية الإمام وقت الوجوب ولكن يؤدِّي بنفسه.

ولو قال المالك للمصدق: عليّ دين، أو ليست السائمة لي، أو لم يحل الحول، وحلف، صُدِّق؛ لأنه أنكر وجوب الحقِّ في ماله.

ولو قال: أديت إلى غيرك؛ وحلف وجاء بالبراءة صُدّق إن كان في تلك السَّنَة مُصّدّق آخر؛ لأنه أخبر ولصدق خبره علامة وهي البراءة فصار كدعوى الشجة لا يصح ما لم تر الشجة، وفي رواية: يُصدَّق وإن لم يأت بالبراءة؛ لأن البراءة خط، والخط يشبه الخط ويدخله التزوير فلا يكون علما للصدق.

حلف أنه أدى الصدقة إلى مصدِّق آخر فظهر كذبه أخذه بها وإن ظهره بعد سنين؛ لأن حق الأخذ ثابت فلا يسقط باليمين الكاذبة.

ويؤخذ من سائمة من بني تغلب ضعف ما يؤخذ من المسلم لأنهم استنكفوا من الجزية فواضعوا عمر رضي الله عنه على ضعف الصدقة، وتابعه أصحابه فحلَّ محلَّ

الإجماع، ولا يؤخذ من فقرائهم وصبيانهم، ويؤخذ من نسائهم، ولا يؤخذ من مواليهم إلا الجزية.

وقال زفر: يضاعف عليه الصدقة؛ لقوله عليه السلام: «**إن موالي القوم منهم**»[1].

لنا: أن المولى لا يلحق بالأصل في حق التخفيف كمولى المسلم إذا كان كافرًا يوضع عليه الجزية مع أن الإسلام أعلى أسباب التخفيف، والحديث ورد في حرمة الصدقة والمأخوذ منهم يوضع موضع الخراج؛ لأنه بدل الجزية في حقنا وفي حقهم زكاة حتى يراعي فيه شرائط الزكاة.

ولو قال التغلبي: ليس لي هذا المال، أو عليّ دين، أو لم يحل الحول، وحلف صُدِّق؛ لأنه يؤخذ منهم بطريق الزكاة، ولا يصدق الحربي إلا في قوله: هؤلاء أمهات أولادي، أو لغلمانه: هؤلاء أولادي؛ لأن النسب في أمومية الولد تثبت في دار الحرب فلم ينو مالا، وأما ديونهم غير معتبرة ولا يعتبر لأخذه الحول؛ لأن الحربي لا يمكن من المقام في دار الإسلام حولًا، ولا يعتبر قوله: ليس للتجارة؛ لأن المعتبر في حق الحربي عصمة أصل المال وحمايته وقد حصلت له بنفس الأمان[2].

(**وفي المنتقى**): قال أبو حنيفة: حربي قال لرجال في يديه: هؤلاء بنيَّ؛ ومثلهم لا يولدون له يعتقون عليه ويعشرون؛ لأنه أقر لهم بالعتق فلا يصدق في حق غيره.

(باب مَنْ تُوضع فيه الصدقات)

أهل الصدقات ما قال الله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ ...﴾ الآية

---

(١) أخرجه «أحمد» ٤/٣٤٠ (١٩٢٠١ و١٩٢٠٢) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٩٢٠٣) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا بشر، يعني ابن المفضل. و«البخاري»، في «الأدب المفرد» (٧٥) قال: حدثنا عمرو بن خالد، قال: حدثنا زهير.

ثلاثتهم: (سفيان الثوري، وبشر، وزهير بن معاوية) عن عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن إسماعيل بن عبيد بن رفاعة بن رافع الزرقي، عن أبيه، عن جده، فذكره.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/٦٨، ٦٩ وحاشية الدسوقي ١/٤٩٤، والميزان للشعراني ٢/١٧، والمغني ٢/٥١٩.

[التوبة: ٦٠] وذكرها ولاء لبيان محلية الصرف باعتبار الحاجة لا بطريق الاستحقاق؛ لأنهم كثير لا ينحصرون، فتعذَّر إثبات الحق لهم والصرف إليهم حتى لو صرف إلى صنف واحد من هذه الأصناف جاز.

وعند الشافعي رضي الله عنه: لا يجوز، إلا إذا صرف إلى ثلاثة من كل صنف.

ولو أوصى بثلث ماله للأصناف السبعة فصرف إلى صنف واحد، قيل: يجوز؛ لأنه تعذر الصرف إليهم لأنهم كثير مجهولون، وظاهر حال الموصي يدل على أنه علق الاستحقاق بالحاجة لا بالاسم، وقيل: لا تجوز، وفرق بين الزكاة والوصية، والفرق أن في أوامر الله تعالى يراعى المعنى والحكمة دون الاسم والصورة؛ لأنه حكيم لا يعري كلامه وحكمه عن حكمةٍ وفائدة، وفي أوامر العباد يراعى الاسم والمعنى جميعًا؛ لاحتمال أنه لم يقصد به المعنى والفائدة، وإنما قصد الصورة والاسم؛ لأنه قد يخلو قوله وفعله عن فائدة والعامل يعطى أجره عمله لا بطريق الزكاة مقدار ما يكفيه وأعوانه؛ لأنه يستحقُّه بطريق العمالة، بدليل أنه يأخذ مع الغناء فيتقدر بقدر العمل، ولهذا لو أدى صاحب المال الزكاة إلى الإمام، فإنه لا يعطي للعامل شيئًا.

وقال الشافعي رحمه الله: يعطي للعامل الثمن ولم يحلَّ للهاشمي؛ لأن للعمالة شبهة الصدقة والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمة.

وأما المؤلَّفة قلوبهم: فهم قوم من العَرَبِ أسلموا، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيهم من الصدقة ليؤلِّفهم على الإسلام، وقد سقط سهمهم لوقوع الاستغناء عنهم.

وأما الرقاب فهم المكاتبون يعاونون في رقابهم بالصدقة والغارمون المديونون إذا لم يفضل له عن الدين قدر النصاب.

وفي سبيل الله، قال أبو يوسف رحمه الله: المراد به فقراء الغزاة؛ لأنه عند الإطلاق ينصرف إليهم.

وقال محمد رحمه الله: هو الحاجُّ المنقطع، ويجوز الصرف إليهما لكونهما فقيرا يدًا، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا أوصى بثلث ماله في سبيل الله لما يأتي في الوصايا.

وابن السبيل كل منقطع عن ماله، وإن كان غنيًّا في أهله، وإن كان تاجرًا له دين

على الناس لا يقدر على أخذه ولا يجد شيئًا؛ يحل له أخذ الزكاة؛ لأنه فقير يدًا كابن السبيل.

❖ **وللزكاة شرائط.**

• **منها: التمليك:** ممن هو من أهل التمليك حتى لا يجوز الإعتاق والإباحة وبناء المساجد والرباطات وتكفين الأموات وقضاء ديون فقير ميت.

ولو قضى دين فقير حي بأمره جاز ويكون القابض كالوكيل بالقبض عنه، ولو تصدق على صبي أو مجنون وقبض له وليه أو وصيه أو قريبه الذي يعوله أو الأجنبي الذي يعوله جاز، وكذلك الملتقط بقبض للقيط جاز؛ لأن قيض هؤلاء فيما هو نفع محض صحيح.

وفي (**المنتقى**): أن من عال يتيما فيكسوه ويطعمه وينوي به عن زكاة ماله يجوز في الكسوة، وفي الطعام لا يجوز، إلا إذا دفع إليه بيده فيجوز أيضًا؛ لأنه إذا دفع إليه فقد وجد التمليك، وإن لم يدفع انعدم التمليك.

• **ومنها: الفقر:** حتى لا يجوز صرفها إلى الأغنياء؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ، وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ**»[1].

وكذا لا يجوز صرف الصدقات الواجبة كالنذور والكفارات والعشر وصدقة الفطر إليهم ولا يجوز صرفها إلى ولد غني إذا كان صغيرًا؛ لأنه يعدُّ غنيًّا بمال أبيه عرفًا إن كان فقيرًا كبيرًا جاز؛ لأنه لا يعدُّ غنيًّا بمال أبيه[2].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧١٥٥) عن الثوري. و«ابن أبي شيبة» ٣/٢٠٧ (١٠٧٦٦) و١٤/٢٧٤ (٣٧٦٦٢) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«أحمد» ٢/١٦٤ (٦٥٣٠) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي ٢/١٩٢ (٦٧٩٨) قال: حدثنا وكيع، وعبد الرحمن، عن سفيان. و«الدارمي» (١٧٦٢) قال: أخبرنا محمد بن يوسف، وأبو نعيم، عن سفيان. و«أبو داود» (١٦٣٤) قال: حدثنا عباد بن موسى الأنباري الختلي، قال: حدثنا إبراهيم، يعني ابن سعد. و«الترمذي» (٦٥٢) قال: حدثنا أبو بكر، محمد بن بشار، قال: حدثنا أبو داود الطيالسي، قال: حدثنا سفيان بن سعيد (ح) وحدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان.

كلاهما: (سفيان بن سعيد الثوري، وإبراهيم بن سعد) عن سعد بن إبراهيم، عن ريحان بن يزيد العامري، فذكره.

(٢) انظر: فتح القدير ٢/٢٨، والمغني ٦/٤٢٣، والمحلي على المنهاج ٣/١٩٦، والمجموع ٦/١٩٠.

ويجوز الدفع إلى امرأة الغني وهي فقيرة أو إلى ابنته الكبيرة الفقيرة، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأنها لا تصير غنية بغنى زوجها وأبيها؛ لأن مقدار النفقة لا يغنيها كأخت فقيرة لغني فرض عليه نفقتها.

ولا يجوز الدفع إلى عبدِ الغني ومدبَّره وأمِّ ولده إذا لم يكن عليه دين مستغرق برقابهم؛ لأن الملك يقع للمولى، وكذا إن كان عليه دين لكن غير ظاهر في حق المولى حتى يكون مؤخرا إلى ما بعد العتق، وإن كان ظاهرًا في حق المولى كدين الاستهلاك والتجارة يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يملك كسبه، وعندهما: لا يجوز.

ويجوز الدفع إلى مكاتبه بالنص، ولا يجوز دفعها إلى هاشمي ولا إلى مولى هاشمي؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا تحلُّ الصَّدقة لمحمَّد ولا لآل محمَّد**»[1]، فإن مولى القوم منهم وبنو هاشم الذين يحرم عليهم الصدقة: آل عباس وآل علي وآل عقيل وآل جعفر وولد الحارث بن عبد المطلب عليهم السلام.

وقد قالوا: بأنه لا يجوز لمكاتب هاشمي؛ لأن الملك يقع للمولى من وجه والشبهة ملحقة بالحقيقة في حقهم، ويجوز صرف التطوُّعات وصدقات الأوقاف إليهم إذا سموا في الوقف؛ مرويٌّ عن أبي يوسف ومحمد في النوادر؛ لأن في الواجب المؤدي يطهر نفسه بإسقاط الفرض فيتدنَّس المؤدى بمنزلة الماء المستعمل؛ فنزَّه الشرع الهاشمي عنه كرامة له، فأما في النفل تبرَّع المؤدي بما ليس عليه فلا يتدنس المؤدى؛ كمن تبرد بالماء ويكون بمنزلة العطية.

ثم الغناء أنواع ثلاثة:

غناء يتعلق به وجوب الزكاة وهو ملك نصاب كامل نامي.

وغناء يحرم الصدقة ويوجب صدقة الفطر والأضحية، وهو أن يملك ما يبلغ قيمته مائتي درهم من الأموال الفاضلة عن حاجته بأن كان له ثياب وفرش ودور وحوانيت ودواب زيادة ما تحتاج إليه؛ لقوله عليه السلام: «**لا تحلُّ الصَّدقة لغنيٍّ**، قيل: ومن الغني يا رسول الله؟ قال: **من له مائتا درهم**».

---

(١) أخرجه مالك (٢٨٥٦) أنه بلغه، فذكره.

وغناء يحرم السؤال دون الصدقة، وهو أن يكون له قوت يومه وما يستر به عورته، وإن لم يكن فلا بأس به؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**من سأل الناس عن ظهر غنى فإنَّما يستكثر من نار جهنم**، قيل: وما ظهر الغنى؟ قال: **أن يكون عنده غداء أو عشاء**».

ولو كان الفقير مكتسبًا قويًّا لا يحل له السؤال، وقال الشافعي رحمه الله: لا تحل له الصدقة أيضًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ، وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ**».

وقال بعضهم: لا تحل الصدقة لمن ملك أوقية فصاعدًا وهي أربعون درهمًا.

وقال مالك رحمه الله: لا يحل لمن ملك خمسين درهمًا؛ لقوله عليه السلام: «**من سأل وعنده ما يغنيه فقد سأل إلحافًا**، قيل: وما الذي يغنيه؟ قال: **خمسون درهمًا أو عدلها**».

والصحيح قولنا، فإنه ذكر الطحاوي أن ما رويناه ناسخ لسائر الأحاديث؛ لأن ما رويناه أيسر، والظاهر أن الأيسر هو الناسخ للأعسر؛ لقوله تعالى: ﴿۞ مَا نَنسَخۡ مِنۡ ءَايَةٍ أَوۡ نُنسِهَا نَأۡتِ بِخَيۡرٖ مِّنۡهَآ أَوۡ مِثۡلِهَآۗ﴾[البقرة: ١٠٦] أو نوفِّق بين الأحاديث فيحمل ما رووا على السؤال وما روينا على حرمة أخذ الصدقة.

وعن الحسن البصري رضي الله عنه قال: إن الصدقة كانت تحلُّ للرجل وله دار وخادم وكراع وسلاح يساوي عشرة آلاف وينهى عن بيعها.

(**المنتقى**): قال محمد: لو كان لرجل دار تساوي عشرة آلاف وليس فيها فضل عن سكناه تحل له الزكاة، وإن كان فيها فضل عن سكناه ما يساوي مائتا درهم لا تحل له الزكاة؛ لأنه فاضل عن حاجته وعن محمد رحمه الله: رجل له تسعة عشر دينارًا تساوي ثلاثمئة درهم؛ تحلُّ له الزكاة، ومن له ضيعة وعقار قيمتها مائتا درهم وغلتها لا يكفيه وعياله لا يحل له الزكاة عندهما؛ لأنها فاضلة عن حاجته الحالية وإنما يحتاج إليها في المستقبل فلا يعتبر في تحريم الصدقة؛ لأن ما من مال إلا وتقع الحاجة إليه في المستقبل.

وعند محمد رحمه الله: تحلُّ له؛ لأنها مشغولة بحاجته الحالية؛ لأنه يشق عليه بيعها لو لم تحل له الصدقة؛ لأن الملك في الضيعة مما لا يستحدث ساعة فساعة فيعتبر من الحوائج الحالية دفعها للمشقة عنه، وإن كان له بقر للحراثة فعندهما يعتبر في تحريم الصدقة، وعند محمد: لا يعتبر؛ لأنه لا بدَّ للضيعة منه.

رجل له كتب العلم إن كان يحتاج إليها للحفظ والدراسة والتصحيح حلَّ له الصدقة فقهيا كان أو حديثا أو أدبا، وكذلك المصحف الواحد لا يحرم، وما زاد على قدر الحاجة وهو يساوي مائتين يحرم.

رجل له مائتا درهم على رجل، فإن كان المديون معسرًا يحلُّ له الصدقة؛ لأن يده زائلة عن ماله؛ فصار بمنزلة ابن السبيل، وإن كان موسرًا وهو مقرٌّ لا يحلُّ؛ لأن يده ثابتة على ماله، وإن كان منكرًا وله بينة عادلة لا يحل، وإن لم يكن له بينة عادلة لا يحل ما لم يرفع الأمر إلى القاضي فيُحلِّفه؛ لأن الوصول إليه مأمول، وإذا حلف يحل.

فقير له على رجل دين مؤجل يحل له الصدقة إلى وقت حلول الأجل.

(**الفتاوى**): رجل اشترى طعامًا للقوت مقدار ما يكفيه شهرا يساوي مائتين تحل له الصدقة، وإن كان لأكثر من الشهر لا تحل؛ لأن الشهر هو الوسط فيما يدخر للقوت فكان مشغولا بحاجته.

غنيٌّ وجبت عليه الزكاة ولا يؤدي لا يحل للفقير أن يأخذ من ماله بغير علمه، فإن أخذ كان له أن يستردَّ إن كان قائمًا ويضمن إن كان هالكا؛ لأن الحق ليس لهذا الفقير بعينه، ومنها أن لا يكون منافع الأملاك متصلة بينه وبين المدفوع إليه؛ لأن الواجب هو التمليك من العين من كل وجه، فإذا كانت المنافع متصلة بينهما عادة ولا تتحقق إزالة ملكه من كل وجه فيكون صرفا إلى نفسه من وجه.

ولا يجوز الدفع إلى الوالدين وإن علوا وإلى المولودين وإن سفلوا؛ لاتصال منافع الأملاك بينهم، ولهذا لا تقبل شهادة بعضهم البعض ويعطي غريمهم من

الأقارب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أفضل الصدقة لذي الرحم الكاشح**[١]»[٢].

(**وفي الفتاوى**): لو دفع الزكاة إلى أخته وهي تحت زوج ومهرها مائتا درهم أو أكثر إن كان مؤجَّلًا أو معجَّلًا والزوج معسر جاز لأنها فقيرة، وإن كان الزوج موسرًا فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا يحلُّ، ووجوب الأضحية وصدقة الفطر على هذا، ويفتى بقولهما احتياطًا.

ولا يعطي زوجته ولا تعطي المرأة زوجها عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لاتصال منافع الأملاك بينهما عادة، وعندهما: تعطيه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم: «**أذن لامرأة ابن مسعود رضي الله عنه أن تعطي زوجها، وقال: لك أجران؛ أجر الصَّدقة وأجر الصِّلة**».

وعنده هو محمول على النافلة.

ولو أعطى عبده أو مكاتبه لا يجوز؛ لأنه مستبقٍ على ملكه من وجه.

• **ومنها: الإسلام**: شرط في حق الزكاة والعشر بالإجماع حتى لا يجوز صرفهما إلى كافر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أُمِرْتُ أَنْ آخُذَ الصَّدَقَةَ مِنْ أَغْنِيَائِكُمْ وَأَرُدَّهَا فِي فُقَرَائِكُمْ**»[٣]، وأنها مأخوذة من أغنياء المسلمين، فكانت مصروفة إلى فقرائهم، ويجوز صرف صدقة الفطر والصدقة المنذورة والكفارات إلى فقراء أهل الذمة؛ لأن المصرف هو الفقير بنص الكتاب والحديث خص الزكاة عن الكتاب فبقي ما عداه على قضية الكتاب.

---

(١) الكاشح: هو الذي يضمر عداوته في كشحه وهو خصره، والمعنى: أن أفضل الصدقة على ذي الرحم القاطع الذي يضمر العداوة في باطنه.

(٢) أخرجه أحمد ٤٠٢/٣ (١٥٣٩٤) قال عبد الله بن أحمد بن حنبل: وجدت في كتاب أبي، بخط يده. و«الدارمي» (١٨٠٢).

كلاهما: (أحمد، والدارمي) عن سعيد بن سليمان، عن عباد بن العوام، عن سفيان بن حسين، عن الزهري، عن أيوب بن بشير الأنصاري، فذكره.

(٣) لم نره في المصادر الحديثية التي بين أيدينا بهذا اللفظ، وإنما المعروف هو ما أخرجه البخاري (الفتح ٢٦١/٣ - ط. السلفية) وغيره من حديث ابن عباس "وأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم".

وفي رواية عن أبي يوسف: أنه لا يجوز إلا التطوع اعتبارًا بالزكاة؛ لأن التصدق على الكافر ليس بقربة أصلًا.

ولا يجوز صرف الكل إلى الحربي بالإجماع؛ لأن الشرع نهانا عن الإحسان والمبرة بهم؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ..﴾ الآية [الممتحنة: ٩]، ولو أعطى غنيًّا أو قريبًا لا تقبل له شهادته أو هاشميًّا أو ذميًّا وهو لا يعلم ثم علم جاز عن زكاته عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد، وعند أبي يوسف: لا يجوز.

وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز إلا في الغني؛ لأن الفقر والغنى مما لا يوقف على حقيقتها فصار مأمورًا بالصرف إلى من هو فقير عنده، وما عدا الفقر يوقف على حقيقته.

وجه ظاهر الرواية حديث معن بن يزيد قال: دفع أبي زكاة ماله إلى رجل ليلا ليفرِّقها على المساكين، فأعطاني فلما أصبح رآها في يدي قال: ما إياك أردت[1] يا بني، فقلت: ما أنا بالذي أردها إليك، فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «**يا مَعْنُ لَكَ مَا أَخَذْتَ**[2]، **ويا يزيد لَكَ مَا نَوَيْتَ**[3]»[4]، ولما جاز في الابن فَلَأَنْ يجوز في غيره أولى.

---

(١) أَيْ: لَوْ أَرَدْتُ أَنَّكَ تَأْخُذُهَا، لَنَاوَلْتُهَا لَك، وَلَمْ أُوَكِّلْ فِيهَا، أَوْ كَأَنَّهُ كَانَ يَرَى أَنَّ الصَّدَقَةَ عَلَى الْوَلَدِ لَا تُجْزِئُ، أَوْ يَرَى أَنَّ الصَّدَقَةَ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ أَفْضَل. فتح الباري (ج٥/ ص٢٠).

(٢) أَيْ: لِأَنَّكَ أَخَذْتَهَا مُحْتَاجًا إِلَيْهَا، وَاسْتُدِلَّ بِهِ عَلَى أَنَّ لِلْمُتَصَدِّقِ أَجْرَ مَا نَوَاهُ، سَوَاءٌ صَادَفَ الْمُسْتَحِقَّ أَوْ لَا، وَأَنَّ الْأَبَ لَا رُجُوعَ لَهُ فِي الصَّدَقَةِ عَلَى وَلَدِهِ، بِخِلَافِ الْهِبَة. فتح الباري (ج٥/ ص٢٠).

(٣) أَيْ: إِنَّك نَوَيْتَ أَنْ تَتَصَدَّقَ بِهَا عَلَى مَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، وَابْنُكَ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا، فَوَقَعَت الْمَوْقِع، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَخْطُرْ بِبَالِكَ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا. فتح (٥/٢٠).

(٤) أخرجه «مسلم» ٢/١٣٠ (١٤٥٩) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا عبثر، عن سليمان التيمي. وفي (١٤٦٠) قال: وحدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا المعتمر (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، كلاهما عن التيمي. وفي (١٤٦١) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، قال: حدثنا عباد بن عباد، قال: حدثنا عاصم. وفي (١٤٦٢) قال: وحدثنا سعيد بن عمرو الأشعثي، ومحمد بن أبي عمر، كلاهما عن ابن عيينة (ح) وحدثنا =

ولو أعطى عبده أو مكاتبه وهو لا يعلم ثم علم لم يجز؛ لأنه مستبقًى على ملكه إما حقيقة أو شبهة.

فإذا ظهر أنه حربي يجوز في رواية الأصل؛ لأن المانع الكفر وذلك يعرف بالاجتهاد كالذِّمِّيِّ، وفي رواية: لا يجوز؛ لأنه لم يوجد صفة القربة لما بيَّنَّا.

ويكره أن يعطي فقيرًا نصابًا كاملًا إلا أن يكون عليه دين أو له عيال. ولو أعطاه جاز، خلافًا لزفر رحمه الله؛ لأن الأداء لاقى كفَّ الفقير، والغنى إنما يثبت بحكم ملكه، وحكم الشيء لا يصلح مانعًا له؛ لأن المانع ما يسبقه لا ما يلحقه إلا أنه كره لأنه جاور المفسد.

ويُعطي الزكاة أهلَ بلده؛ لأن لهم حق القرب والمجاورة فكان الصرف إليهم أحق، ويجوز إخراجها إلى بلدة أخرى لحاجة.

خلافا للشافعي رضي الله عنه لما رُوي عن معاذ رضي الله عنه أنه قال: ائتوني بخميس أو لبيس آخذها منكم مكان الصدقة، فإنه أهون عليكم وأنفع للمهاجرين والأنصار بالمدينة، وكان يأخذها ويبعث بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

=

سعيد بن أزهر الواسطي، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا أبي، كلهم عن عاصم. و«ابن ماجه» (٧٨٣) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: حدثنا عباد بن عباد المهلبي، قال: حدثنا عاصم الأحول. و«أبو داود» (٥٥٧) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا سليمان التيمي. و«عبد الله بن أحمد» ١٣٣/٥ (٢١٥٣٥) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ بن معاذ العنبري، قال: حدثنا المعتمر، قال: قال أبي رحمه الله. وفي (٢١٥٣٦) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، قال: حدثنا عباد بن عباد، قال: حدثنا عاصم. و«ابن خزيمة» (٤٥٠ و١٥٠٠) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، قال: أخبرنا عباد، يعني ابن عباد المهلبي، عن عاصم. وفي (١٥٠٠) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا المعتمر، عن أبيه (ح) وحدثنا يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير، عن سليمان التيمي. و«ابن حبان» (٢٠٤٠) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، عن يحيى بن سعيد، عن التيمي. وفي (٢٠٤١) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير، عن سليمان التيمي. كلاهما: (سليمان التيمي، وعاصم) عن أبي عثمان النهدي، فذكره.

ورُوي عن أبي حنيفة: أنه لا يخرجها إلى بلدة أخرى إلا لذي قرابة، وهو قول محمد رحمه الله لما فيه من صلة الرحم مع إسقاطه الفرض عن نفسه.

وعن محمد: يعتبر في الزكاة جوار المال لا جوار المزكي؛ لأن الواجب في المال لا في ذمته، وفي صدقة الفطر إن كان يؤدي عن نفسه يؤدي حيث هو، وإن كان يؤدي عن ولده وعبيده، عند أبي يوسف يؤدي حيث العبيد، وعند محمد: يؤدِّي حيث المولى، وهو الأصح؛ لأن الواجب في ذمة المولى حتى لو هلك العبد لم تسقط عنه، والله أعلم.

(باب ما يمر به على العاشر)

ومن مر على العاشر بأقل من مائتي درهم لم يأخذ منه شيئًا مسلمًا كان أو ذمِّيًّا أو حربيًّا علم أن له مال آخر في منزله أو لم يعلم؛ لأن حق الأخذ للعاشر باعتبار الحماية لأن الأموال في البراري صارت محميةً بحماية الإمام وقدر ما صار محميًّا بحمايته فلا زكاة فيه، والباقي ليس في حمايته ولكن فيما بينه وبين ربه يلزمه الزكاة ويأخذ من المسلم ربع العشر، ومن الذمي نصف العشر، ومن الحربي العشر؛ هكذا أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه سعاته إلا أن يأخذوا من تجارنا أكثر أو أقل فيؤخذ منهم كذلك تحقيقا للمجازاة، وكذلك إن أخذوا منا أقل من مائتي درهم يؤخذ منهم كذلك. وإن لم يأخذوا منا شيئًا لم نأخذ منهم مجازاة لهم على صنيعهم ترغيبًا لهم في ترك الأخذ منا. وإن أخذوا منا جميع المال يؤخذ منهم جميع المال إلا قدر ما يبلغه إلى مأمنه؛ لأن علينا تبليغه إلى مأمنه؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ﴾ الآية [التوبة: ٦]، ولا يأخذ من مكاتب الحربي وصبيانهم إلا إذا أخذوا من صبياننا ومكاتبينا، ولا نأخذ من المضارب والمستبضع والعبد المأذون لأنهم أمروا بالحفظ والتصرف لا بأداء الزكاة.

ولو قال صاحب المال: هو فوهي وفي فتحه ضرر حلفه ولم يفتحه؛ لأن الإضرار غير مشروع، ولا يأخذ من المسلم والذمي أكثر من مرة واحدة في الحول؛

لأن المأخوذ منهما زكاة وهي لا تتكرر في الحول والحربي كلما عاد إلى دار الحرب ثم خرج إلينا أخذ منه العشر؛ لأن ما يؤخذ منهم يؤخذ بطريق الجزية بإزاء الأمان وقد استفاد الأمان في كل مرة ويستفيد عصمة جديدة في كل كرة.

ولو عاد الحربي إلى دار الحرب فلم يعلم به العاشر ثم خرج ثانيا لم يأخذه بما مضى؛ لأن ما مضى سقط لانقطاع الولاية.

ولو مر المسلم والذمي على العاشر ولم يعلم بهما ثم علم في الحول الثاني يأخذ منهما؛ لأن الوجوب قد ثبت والمسقط لم يوجد.

ومن مر على عاشر أهل البغي فعشره لم يحتسب به عاشر أهل العدل؛ لأن التقصير جاء من صاحب المال لما مرَّ عليه، فلا يسقط به حق عاشر أهل العدل.

ومن مر على العاشر بما يتسارع إليه الفساد كالبطيخ وقيمته تبلغ نصابًا؛ لم يعشره عند أبي حنيفة وعندهما: يعشره؛ لأنه من أموال التجارة وحق الأخذ إنما يثبت للعاشر بسبب حمايته مال التجارة وقدر وجوب الزكاة.

وقد وجد لأبي حنيفة رحمه الله: أن هذا مما لا يحتاج إلى الحماية غالبا؛ لأن للسراق وقطَّاع الطريق لا يقصدون الخضر والنماء إلا بقدر ما يؤكل في الحال فلا يثبت للعاشر فيه حق الأخذ بل يفوض الأداء إلى صاحب المال ويعشر خمر الكافر من قيمتها دون الخنزير.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يعشرهما.

وقال زفر: يعشرهما، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لقيام ماليتهما ويقومهما في حق أهل الذمة.

لنا: أن العاشر يملك حماية خمر نفسه لتخللها فيملك حماية الخمر على غيره، ولا يملك حماية الخنزير لنفسه فلا يملك على غيره، فإذا لم تصح الحماية لا تصح الكفاية.

(باب المعدن والرِّكَاز)

وما يستخرج من الأرض ثلاثة أنواع:

منها: ما ينطبع بالنار كالذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس وأشباهها

أخرجه حرٌّ أو عبدٌ أو ذمي أو صبي أو امرأة ففيه الخمس وما بقي فللآخذ.

وقال الشافعي رحمه الله: في الذهب والفضة ربع العشر وفي غرمهما الخمس.

لنا: قوله عليه السلام: «**وَفِي الرِّكَازِ**[1] **الْخُمُسُ**»، قيل: يا رسول الله، وما الركاز؟ قال: «**الذهب والفضة خلقهما الله تعالى في الأرض يوم خلق السموات والأرض**»[2].

---

(١) قَالَ النَّوَوِيّ: فِيهِ تَصْرِيحٌ بِوُجُوبِ الْخُمْس فِي الرِّكَاز، وَهُوَ دَفِين الْجَاهِلِيَّة، وَهَذَا مَذْهَبنَا وَمَذْهَب أَهْل الْحِجَاز وَجُمْهُور الْعُلَمَاء، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَة وَغَيْره مِنْ أَهْل الْعِرَاق: هُوَ الْمَعْدِن، وَهُمَا عِنْدهمْ لَفْظَانِ مُتَرَادِفَانِ، وَهَذَا الْحَدِيث يَرُدّ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلَّم فَرَّقَ بَيْنهمَا وَعَطَفَ أَحَدهمَا عَلَى الْآخَر. عون المعبود (ج١٠/ ص١١١).

(٢) أخرجه الحميدي (٦٠٨) قال: حدثنا سفيان، قال: سمعناه من داود بن شابور، ويعقوب بن عطاء. و«ابن أبي شيبة» ٢٢٤/٣ (١٠٨٧١) و٢٥٥/١٢ (٣٣٣٦٨) قال: حدثنا محمد بن بشر العبدي، قال: حدثنا هشام بن سعد. وفي ٨٢/٦ (٢٠٦٧٨) و٤٥٠/٦ (٢٢٠٥١) قال: حدثنا ابن أبي زائدة، عن محمد بن إسحاق. وفي ٤٦٠/٦ (٢٢٠٧٨) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا هشام بن سعد. وفي ٤٧٠/٩ (٢٨٦٧٢) قال: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان، عن محمد بن إسحاق. و«أحمد» ١٨٠/٢ (٦٦٨٣) قال: حدثنا يعلى، قال: حدثنا محمد بن إسحاق. وفي ١٨٦/٢ (٦٧٤٦) قال: حدثنا الحسين، قال: حدثني ابن أبي الزناد، عن عبد الرحمن، يعني ابن الحارث. وفي ٢٠٣/٢ (٦٨٩١) قال: حدثنا ابن إدريس، قال: سمعت ابن إسحاق. وفي ٢٠٧/٢ (٦٩٣٦) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق. وفي ٢٢٤/٢ (٧٠٩٤) قال: حدثنا حماد بن خالد، قال: حدثنا هشام بن سعد. و«ابن ماجه» (٢٥٩٦) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا أبو أسامة، عن الوليد بن كثير. و«أبو داود» (١٧٠٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، عن حماد بن سلمة، عن عبيد الله بن عمر. وفي (١٧١٠ و٤٣٩٠) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن ابن عجلان. وفي (١٧١١) قال: حدثنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو أسامة، عن الوليد، يعني ابن كثير. وفي (١٧١٢) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو عوانة، عن عبيد الله بن الأخنس. وفي (١٧١٣) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد (ح) وحدثنا ابن العلاء، قال: حدثنا ابن إدريس، عن ابن إسحاق. و«الترمذي» (١٢٨٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن عجلان. و«النسائي» ٤٤/٥ و٨٤/٨، وفي «الكبرى» (٢٢٨٥ و٥٧٩٧ و٧٤٠٣) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا أبو عوانة، عن عبيد الله بن الأخنس. وفي ٨٥/٨، وفي «الكبرى» (٥٧٩٥ و٧٤٠٤) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، =

ولأن المعادن كانت في أيدي الكفرة؛ لأن السهل والجبل كلها كانت في أيدي الكفرة وعروق الذهب والفضة بمنزلة سائر أجزاء الأرض من حيث إنه مركب فيه خلقه فيصير في أيديهم تبعًا للأرض، ألا ترى أن من اشترى أرضًا فوجد فيها معدنًا، فإنه يكون ملكا له تبعًا للأرض ثم صارت المعادن في أيدينا بحكم القمير والغلبة فصار غنيمة وفي الغنائم الخمس إلا أنه لا يجب فيها الخمس قبل الظهور للعجز كما في الكنز.

والحربي المستأمن إذا عمل بغير إذن الإمام لم يكن له شيء؛ لأنه لا حقَّ له في الغنيمة، وإن عمل بإذنه فله ما شرط؛ لأن استعمله فيه، وسواء وجد في أرض عشرية أو خراجية؛ لأن النص لا يفصل.

وإذا عمل رجلان في طلب الركاز وإصابة أحدهما يكون للواجد؛ لأنه عليه السلام جعل أربعة أخماسه للواجد.

وعن أبي يوسف رحمه الله: لو وجد ركازًا فباعه بعوض فالخمس على الذي في يده الركاز ويرجع على البائع بخمس الثمن.

ومنها ما يكون مائعًا كالقار والنفط والملح وغيره فلا شيء فيه؛ لأنه مائع ينبع من الأرض فيكون ملحقًا بالماء؛ لأنه مما لا يقصد بالاستيلاء فلم يكن في أيدي الكفار فلم يكن من الغنائم.

ويجب الخراج في الموضع الذي يتأتى فيه الزراعة.

=

عن ابن عجلان. وفي ٨/٨٥، وفي «الكبرى» (٥٧٩٦ و٧٤٠٥) قال: الحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، عن ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، وهشام بن سعد. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٧) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، وهشام بن سعد. وفي (٢٣٢٨) قال: حدثناه يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير، عن محمد بن إسحاق.

عشرتهم: (داود بن شابور، ويعقوب بن عطاء، وهشام بن سعد، ومحمد بن إسحاق، وعبد الرحمن بن الحارث، والوليد بن كثير، وعبيد الله بن عمر، ومحمد بن عجلان، وعبيد الله بن الأخنس، وعمرو بن الحارث) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

ومنها ما ليس بمائع ولا ينطبع بالنار كالجص والنورة، والجواهر كالياقوت والفيروزج والزمرد فلا شيء فيه؛ لأنه من أجزاء الأرض كالتراب والأحجار والفصوص أحجار مضيئة.

ويجب الخمس في الزئبق خلافًا لأبي يوسف رحمه الله؛ لأنه غير منطبع بنفسه فيكون ملحقا بالقير والنفط.

لهما: أنه ينطبع بالماء من غيره، فإن حجاره تطبخ فيسيل منها الزئبق كما تخرج حجار الفضة فيخرج منها الفضة فيكون كالفضة والرصاص.

ولو وجد مسلم أو ذمي في عقاره معدنا لا خمس فيه عند أبي حنيفة، وعندهما: فيه الخمس.

وعن أبي حنيفة في (الجامع الصغير): يجب في أرضه دون داره.

لهما: أنه مال مستخرج من معدنه وقد كانت عروقه في يد أهل الحرب ووقعت في يد المسلمين بإيجاف[1] الخيل فيكون مغنومًا كالكنز.

لأبي حنيفة: أن ما في المعدن من أجزاء الأرض وقد ملكه الإمام العقار بجميع أجزائها وأطباقها على أن لا مؤنة فيها بخلاف الكنز؛ لأنه مودع فيه وجه رواية الجامع: أن الأرض لم تملك خالية عن حقوق الله تعالى، ألا ترى أنه يجب فيها العشر والخراج فكذا في أجزائها؛ إذ الجزء لا يخالف الكل.

ولو وجد مسلم ركازًا أو معدنًا في دار الحرب في الصحراء يكون له ولا خمس فيه؛ لأنه لم يكن ملكًا لأحد وهو بمنزلة المتلصِّص غير مجاهد فلم يكن في معنى الغنيمة.

وإن وجد في ملكهم إن دخل بأمان رده عليهم؛ لأنه التزم بعقد الأمان أن لا يخونهم وفي أخذ الركاز غدر وخيانة لما فيه من التعرُّض لما تحت أيديهم.

---

(١) وجَفَ البعيرُ والفرس يَجِف وجْفًا ووجِيفًا: أَسْرعَ.
الجوهري: الوجِيفُ ضرب من سير الإبل والخيل، وقد وجف البعير يجف وجفًا ووجيفًا.
وأَوجف دابته إذا حثَّها، وأَوجفْته أَنا. وفي الحديث: ليس البِرُّ بالإيجاف.

ولو لم يرده وأخرجه إلى دار الإسلام يكون ملكا له ولا يطيب كالمملوك شرا فاسدا.

وإن دخل بغير أمان يكون له من غير خمس؛ لأنه أخذه متلصصا حتى لو دخل جماعة ممتنعين في دار الحرب وظفروا على كنوزهم، فإن يجب فيها الخمس.

ولو أصاب حربي معدنا أو كنزا في دار الإسلام يؤخذ منه كله؛ لأنه مغنوم.

ومن وجد كنزا في دار الإسلام في أرض غير مملوكة كالفلاة، فإن كان على ضرب أهل الإسلام فهو بمنزلة اللقطة، وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالدراهم المنقوشة عليها الصليب أو الصنم ففيه الخمس وأربعة أخماسه الواحد؛ لأنه بمنزلة الغنيمة، وإن لم يكن فيها علامة يستدل بها، قيل: حكمه حكم مال الجاهلية؛ لأن الكنوز غالبا من الكفرة، وقيل: هو بمنزلة اللقطة في زماننا؛ لأن مدة الإسلام قد طالت فالظاهر أنه لا يكون من الجاهلية.

ولو وجد كنزًا في دار فهو للمختلط أولا أو لورثته وورثة ورثته إن عرفوا، وإن لم يعرفوا يكون لأقصى مالك الدار أو لورثته، وإلا فيكون لبيت المال وهذا عندنا وهو مروي عن علي رضي الله عنه، وعن أبي يوسف رحمه الله: يكون للواجد؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**الرِّكازُ لِمَنْ وَجَدَهُ**»، ولأن قسمة الإمام لاقت الظاهر دون الباطن؛ لأن شرط القسمة المعادلة، ولو دخل الباطن تحت القسمة لذهبت المعادلة، فبقي ما في الباطن على الإباحة، وكل من سبقت يده إليه كان أحق به.

لهما: أن يد المختَط له تثبت على الباطن حكما لثبوتها على الظاهر؛ لأن الإمام ملكه الأرض بجميع أجزائها فقد سبقت يد المختط له على الخلوص، كمن اصطاد سمكة وفي بطنها درَّة ملكها، وفي البيع ملك المشتري الدار دون ما تحتها كمال مدفون للبائع في داره، وكما لو باع السمكة وهو لا يعلم بالدُّرَّة فيها لا يملكها المشتري، وإذا استأجر أجيرًا للعمل في المعدن فالمصاب للمستأجر لأنهم يعملون له.

(فصل)

ولا شيء فيما يستخرج من البحر؛ كاللؤلؤ والمرجان والعنبر وغيرها عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله: فيه الخمس؛ لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر.

لهما: حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أنه سئل عن العنبر، فقال: شيء دسوه البحر لا خمس فيه، ولأن البحار لم تكن في أيدي الكفار حتى يكون ما فيها ملكهم فيكون غنيمة، ولهذا الذهب والفضة إذا استخرجا من البحر فلا شيء فيهما، وحديث عمر رضي الله عنه فيما يوجد في الساحل البحر فكان مأخوذا من أيدي الكفار.

ثم تكلموا في اللؤلؤ، قيل: إنه مطر الربيع يقع في الصدف فيصير لؤلؤا، وقيل: الصدف حيوان يخلق فيه اللؤلؤ.

وأما العنبر: فعند محمد رحمه الله حشيش في البحر يأكله السمك، هكذا روى ابن رستم عن محمد فيمن اشترى سمكة فوجد في بطنها عنبرًا فهي للمشتري؛ لأنه حشيش يأكله السمك، وقيل: بأنه شجرة تنكسر فيصيبها الموج فيلقيها في الساحل. وقيل: إنه خثي دابة في البحر وليس من في الأشجار وأخثاء الدواب شيء.

(باب صدقة الفطر)

يحتاج إلى معرفة: وجوب صدقة الفطر، وسبب وجوبها، وتفسيرها لغة، وركنها، وشرط جوازها، ووجوبها، وإلى بيان من تجب عليه، وبيان قدر الواجب، وبيان وقت الوجوب، والأداء.

❖ **أما وجوبها:** فلقوله صلى الله عليه وسلم في خطبته: «**أدُّوا صدقة الفطر عن كلِّ عبدٍ وحُرٍّ صغيرٍ وكبيرٍ نصف صاع من بُرٍّ، أو صاعًا من تمرٍ، أو صاعًا من شعير**»[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٣٠ (١٥٠٣) قال: حدثنا يحيى بن محمد بن السكن، قال: حدثنا محمد بن جهضم، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن عمر بن نافع. وفي (١٥٠٤) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي (١٥٠٧) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا الليث. وفي ٢/١٣١ (١٥١١) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا أيوب. وفي (١٥١٢) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«مسلم» ٣/٦٨ (٢٢٤٠) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة بن قعنب، وقتيبة بن سعيد، قالا: حدثنا مالك (ح) وحدثنا يحيى بن يحيى، واللفظ له، قال: قرأت على مالك. وفي (٢٢٤١) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، واللفظ له، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، =

=

وأبو أسامة، عن عبيد الله. وفي (٢٢٤٢) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا يزيد بن زريع، عن أيوب. وفي (٢٢٤٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث. وفي ٦٩/٣ (٢٢٤٤) قال: وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا ابن أبي فديك، قال: أخبرنا الضحاك. و«ابن ماجه» (١٨٢٥) قال: حدثنا محمد بن رمح المصري، قال: حدثنا الليث بن سعد. وفي (١٨٢٦) قال: حدثنا حفص بن عمرو، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا مالك بن أنس. و«أبو داود» (١٦١١) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: حدثنا مالك، وقراءة على مالك أيضا. وفي (١٦١٢) قال: حدثنا يحيى بن محمد بن السكن، قال: حدثنا محمد بن جهضم، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن عمر بن نافع. وفي (١٦١٣) قال: حدثنا مسدد، أن يحيى بن سعيد، وبشر بن المفضل حدثاهم، عن عبيد الله (ح) وحدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبان، عن عبيد الله. و«الترمذي» (٦٧٥) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. وفي (٦٧٦) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك. و«النسائي» ٤٦/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٩١) قال: أخبرنا عمران بن موسى، عن عبد الوارث، قال: حدثنا أيوب. وفي ٤٧/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٩٢) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي ٤٨/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٩٣ و١١٦٥٩) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا مالك. وفي ٤٨/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٩٤) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، واللفظ له، عن ابن القاسم، قال: حدثني مالك. وفي ٤٨/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٩٥) قال: أخبرنا يحيى بن محمد بن السكن، قال: حدثنا محمد بن جهضم، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن عمر بن نافع. وفي ٤٩/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٩٦ و١١٦٥٧) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا عيسى، قال: حدثنا عبيد الله. وفي «الكبرى» (١١٦٥٨) عن قتيبة، عن الليث. و«أبو يعلى» (٥٨٣٤) قال: حدثنا عبد الله، قال: حدثنا جويرية. و«ابن خزيمة» (٢٣٩٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا المعتمر، عن أبيه. وفي (٢٣٩٣) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا أيوب. وفي (٢٣٩٥) قال: حدثنا أحمد بن منيع، وزياد بن أيوب، ومؤمل بن هشام، والحسن بن محمد الزعفراني، قالوا: حدثنا إسماعيل، قال الزعفراني: ابن علية، قال أحمد وزياد: قال: أخبرنا أيوب، وقال مؤمل والزعفراني: عن أيوب. وفي (٢٣٩٧) قال: حدثنا عمران بن موسى القزاز، قال: حدثنا عبد الوارث، قال: حدثنا أيوب. وفي (٢٣٩٨) قال: حدثنا أبو سلمة، يحيى بن المغيرة المخزومي، قال: حدثنا ابن أبي فديك، عن الضحاك، وهو ابن عثمان. وفي (٢٣٩٩) قال: حدثنا الحسن بن محمد الزعفراني، قال:

=

❖ **وأما سبب وجوبها:** فرأس يمونه ويلي عليه[١].

• **أما المؤنة:** فلقوله صلى الله عليه وسلم: «**أَدُّوا عمَّن تَمُونُونَ**»[٢].

=

حدثنا عبد الله بن نافع الزبيري، ومحمد بن إدريس، قالا: حدثنا مالك. وفي (٢٤٠٠) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: أنبأنا ابن وهب، أن مالكا أخبره. وفي (٢٤٠٣) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى (ح) وحدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: أخبرنا عبد الأعلى، قالا: حدثنا عبيد الله (ح) وحدثنا الصنعاني، قال: حدثنا المعتمر، قال: سمعت عبيد الله. وفي (٢٤٠٤) قال: حدثنا محمد بن عزيز الأيلي، قال: حدثنا سلامة، قال: حدثني عقيل. وفي (٢٤٠٥) قال: حدثنا الحسن بن قزعة، قال: حدثنا الفضيل بن سليمان، قال: حدثنا موسى بن عقبة. وفي (٢٤٠٩) قال: حدثنا الحسن بن محمد الزعفراني، قال: حدثنا قبيصة بن عقبة، قال: أخبرنا سفيان، عن عبيد الله. وفي (٢٤١١) قال: حدثنا الحسن بن عبد الله بن منصور الأنطاكي، قال: حدثنا محمد بن كثير، عن عبد الله بن شوذب، عن أيوب. وفي (٢٤١٦) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا الحميدي، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم، عن موسى بن عقبة. و«ابن حبان» (٣٣٠٠) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي، قال: حدثنا ليث بن سعد. وفي (٣٣٠١) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٣٣٠٢) قال: أخبرنا محمد بن سليمان بن فارس النيسابوري، قال: حدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا ابن أبي فديك، قال: حدثنا الضحاك بن عثمان. وفي (٣٣٠٣) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا يحيى بن محمد بن السكن، قال: حدثنا محمد بن جهضم، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن عمر بن نافع. وفي (٣٣٠٤) قال: أخبرنا أبو الحسن، أحمد بن عمير بن يوسف بن جوصا، بدمشق، وعمر بن محمد بن يوسف بن بجير الهمداني، قالا: حدثنا كثير بن عبيد، قال: حدثنا أبو حيوة، شريح بن يزيد، قال: حدثنا أرطاة بن المنذر، عن المعلى بن إسماعيل المدني.

جميعهم (مالك بن أنس، وأيوب السختياني، وعبيد الله بن عمر، وابن أبي ليلى، وعبد الله بن عمر، وأيوب بن موسى، والضحاك بن عثمان، ومحمد بن إسحاق، وعمر بن نافع، والليث بن سعد، وجويرية بن أسماء، وسليمان التيمي والد المعتمر، وعقيل بن خالد، وموسى بن عقبة، والمعلى بن إسماعيل) عن نافع، فذكره.

(١) انظر: تحفة الفقهاء ج١١/٦٨٢ - ٦٨٣ في صدقة الفطر، الطبعة الأولى جامعة دمشق سنة ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨، ابن عابدين ٢/٧٧ وما بعدها وفتح القدير ٢/٣٠.

(٢) أخرجه الدارقطني (٢/١٤١ - ط. دار المحاسن)، وصوب وقفه على ابن عمر.

• **وأما الولاية:** فلأن رأس من يلي عليه يصير بمنزلة رأسه في الذب والنصرة عنه، وكما وجب عليه صدقة رأسه تجب عليه صدقة من هو في معنى رأسه، ولهذا اعتبر الشرع الولاية حين أوجبها عن الصغار والمماليك[1].

❖ **وأما تفسيرها:** فإنها في اللغة اسم لما يعطي صلة ترحمًا لا تكرُّمًا بخلاف الهبة، فإنها اسم لما يعطى صلة تكرُّمًا لا ترحُّمًا.

❖ **وأما ركنها:** فالإيتاء والتمليك كالزكاة.

وأما شرط جوازها: فكون المصروف إليه فقيرًا؛ لأنها شرعت لإغناء الفقير؛ وكفايته لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أَغْنُوهُمْ عن المسألة في مثل هذا اليوم**»[2].

❖**وأما شرط وجوبها:** هو الإسلام والحرية والغنى حتى يجب على حرٍّ مسلم موسِرٍ. أما الإسلام فلأن فيها معنى العبادة، ولهذا لا تتأدى إلا بالنية والكفر ينافي العبادة، وأما الغنى شرط عندنا، وعند الشافعي رضي الله عنه ليس بشرط حتى يجب على الفقير أداء كان يملك زيادة على قوت يومه صاعًا. والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا صدقة إلا عَنْ ظَهْرِ غِنًى، وَابْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ**»[3]، ولأنها إنما

---

(١) انظر: حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ٣٩٥، وابن عابدين ٧٦/٢، بداية المجتهد ٢٨٦/١، والمغني ٥٧/٣ ط. الرياض.

(٢) انظر: البدائع: ٢/٧٢ وما بعدها، والفتاوى الهندية: ١/١٧٩، فتح القدير: ٢/٣٦ - ٤١، الكتاب مع اللباب: ١/١٤٧، ١٦٠، تبيين الحقائق: ١/٣٠٨ وما بعدها.

(٣) أخرجه «البخاري» ٦٩/٣ (٢١٤١) قال: حدثنا بشر بن محمد، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا الحسين المكتب. وفي ٨٣/٣ (٢٢٣٠) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا إسماعيل، عن سلمة بن كهيل. وفي ١١٩/٣ (٢٤٠٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا حسين المعلم. وفي ٧٣/٩ (٧١٨٦) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثنا سلمة بن كهيل. و«مسلم» ٩٨/٥ (٤٣٥٤) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا المغيرة، يعني الحزامي، عن عبد المجيد بن سهيل (ح) وحدثني عبد الله بن هاشم، قال: حدثنا يحيى، يعني ابن سعيد، عن الحسين بن ذكوان المعلم. و«ابن ماجه» (٢٥١٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد، عن سلمة بن كهيل. و«أبو داود» (٣٩٥٥) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا هشيم، عن عبد الملك بن أبي سليمان (ح) وإسماعيل بن =

شرعت لإغناء الفقير وإقعاده عن السؤال، والفقير محتاج إلى إغنائه فكيف يخاطب بإغناء غيره وحدُّ الغنى ما ذكرنا.

وأما الحرية شرط عندنا خلافا للشافعي رضي الله عنه حتى تجب على العبد صدقة فطرة عبده، ويتحمل عنه المولى حتى لو لم يؤدِّ عنه المولى فعليه أن يؤدي بعد العتق، وعندنا تجب على مولاه لا عليه بناء على أن الغنى شرط والعبد لا ملك له وعنده ليس بشرط.

=

أبي خالد، عن سلمة بن كهيل. وفي (٣٩٥٦) قال: حدثنا جعفر بن مسافر، قال: حدثنا بشر بن بكر، قال: أخبرنا الأوزاعي. و«النسائي» ٣٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٩٨٣) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، وابن أبي خالد، عن سلمة بن كهيل. وفي ٢٤٦/٨ قال: أخبرنا عبد الأعلى بن واصل بن عبد الأعلى، قال: حدثنا محاضر بن المورع، قال: حدثنا الأعمش، عن سلمة بن كهيل. وفي «الكبرى» (٤٩٨٠) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا المعلم، يعني حسينا. وفي (٤٩٨١ و٥٩٣٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا المغيرة، عن عبد المجيد بن سهيل. وفي (٤٩٨٢) قال: أخبرني محمود بن خالد الدمشقي، قال: حدثنا عمر، عن الأوزاعي. وفي (٤٩٨٤) قال: أخبرنا أبو داود، قال: حدثنا محمد بن عبيد، قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد، عن سلمة بن كهيل. وفي (٤٩٨٥) قال: أخبرنا أبو داود، قال: حدثنا محاضر، قال: حدثنا الأعمش، عن سلمة بن كهيل. وفي (٤٩٨٦) قال: أخبرني هلال بن العلاء، قال: حدثني أبي، قال: حدثنا عبيد الله، عن عبد الكريم. و«أبو يعلى» (٢١٦٦) قال: حدثنا الحسن بن عمر بن شقيق، قال: حدثنا يزيد، عن حسين. وفي (٢٢٣٦) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا روح، قال: حدثنا حسين المعلم. و«ابن حبان» (٤٢٣٤) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن خليل، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا بشر بن بكر، قال: حدثنا الأوزاعي. و(٤٩٢٩) قال: أخبرنا روح بن عبد المجيب، أبو صالح، ببلد الموصل، قال: حدثنا أبو عبد الرحمن الأذرمي، عبد الله بن محمد بن إسحاق، قال: حدثنا وكيع، عن أبي عمرو بن العلاء. وفي (٤٩٣٣) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، ببيت المقدس، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا بشر بن بكر، قال: حدثنا الأوزاعي.

سبعتهم: (سلمة بن كهيل، وعبد الكريم بن أبي المخارق، والحسين المعلم المكتب، وعبد المجيد بن سهيل، وعبد الملك بن أبي سليمان، وعبد الرحمن الأوزاعي، وأبو عمرو بن العلاء) عن عطاء بن أبي رباح، فذكره.

وأما العقل والبلوغ فليسا بشرط عندهما، وعند محمد وزفر: شرط حتى تجب على الصبي والمجنون إذا كان لهما مال ويؤدي الولي من مالهما.

وعند محمد وزفر: لا تجب في مالهما وتجب على الأب إذا كان غنيًّا؛ لأنها عبادة بدليل أنه لا تتأدى إلا بالنية، والصبي ليس من أهل العبادة فلا تجب عليه كالزكاة، وتجب على الأب لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أدُّوا صدقة الفطر عن كل عبد وحرٍّ صغيرٍ أو كبيرٍ**» ولم يفصل بين أن يكون للصغير مال أو لم يكن.

لهما: أن فيها معنى العبادة والمؤنة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**صدقة الفطر طُهْرَةٌ لِلصَّائِمِ وَطُعْمَةٌ لِلْمَسَاكِينِ**»[1]؛ لأنها شرعت لإغناء الفقير وكفاية وقته فيجب اعتبارهما فلكونها مؤنة أوجبنا في ماله؛ لأن المؤنة ما يتعلق به نوع مصلحة فيجوز إيجابها في ماله كسائر المؤن ولكونها قربة أوجبنا أداءها على الولي ليصدر أداؤها عن نية واختيار توفيرا على المعنيين حظهما بقدر الإمكان، وعن محمد فيمن بلغ مجنونا فالصدقة على أبيه، وإن كان مفيقًا ثم جن لم تجب عليه ولا على أبيه؛ لأنه لما بلغ مفيقًا زالت ولاية الأب عنه فلا تعود إليه.

قال محمد رحمه الله: لو جن في صغره فلم يزل مجنونا حتى ولد له ولد لم يكن عليه صدقة الفطر عن ولده.

وأما بيان من تجب عليه صدقة الفطر: لأجل الغير فالأب يؤدي عن أولاده الصغار، ومماليكه المسلمين والكفار، وعن أمهات أولاده ومدبريه. وقال الشافعي رحمه الله: لا يؤدي إلا عن مسلم. والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أدُّوا صدقة الفطر عن كلِّ حُرٍّ وعبدٍ يهوديٍّ أو نصرانيٍّ**». ولأن سبب الوجوب هو رأس يموّنهُ ويلي عليه يحقق في

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨٢٧) قال: حدثنا عبد الله بن أحمد بن بشير بن ذكوان، وأحمد بن الأزهر. و«أبو داود» (١٦٠٩) قال: حدثنا محمود بن خالد الدمشقي، وعبد الله بن عبد الرحمن السمرقندي. أربعتهم: (عبد الله بن أحمد بن بشير، وأحمد بن الأزهر، ومحمود بن خالد، وعبد الله بن عبد الرحمن) عن مروان بن محمد، قال: حدثنا أبو يزيد الخولاني، عن سيار بن عبد الرحمن الصدفي، عن عكرمة، مولى ابن عباس، فذكره.

حق المولى لا في حق العبد، فيراعى حال المولى في الكفر والإسلام لا حال العبد.

ولا تجب على كافر عن مماليكه المسلمين لفقد أهلية الوجوب.

ولا تجب على المسلم عن أولاده الكبار وأبويه ومكاتبيه. وقال الشافعي رحمه الله: تجب إذا كانوا محتاجين وفي عياله.

لنا: إن الأصل في الوجوب رأسه وإنما يصير رأس غيره بمنزلة رأسه باعتبار الولاية والمؤنة، وهنا إن وجبت المؤنة فقد انقطعت الولاية فيتبقى الوجوب كما هو قضية القياس، وهو أن لا يجب على إنسان حق لأجل غيره ولا عن زوجته خلافا للشافعي رضي الله عنه لانقطاع الولاية فيما عدا أحكام الزوجية.

وعن أبي يوسف: لو أخرج عن زوجته وأولاده الكبار الذين هم في عياله بغير أُمِّهم أجزأهم؛ لأنه مأذونٌ فيه عادة.

وإن كان الأب فقيرًا مجنونًا تجب على ابنه صدقة فطره لوجود الولاية والمؤنة، ولا تجب عن حَوَافِده الصغار وإن كانوا في عياله؛ لأنه لا ولاية له عليهم ولاية مطلقة لانعدامها حال قيام الأب، وكذا لا يمونهم كل المون بل تشاركه الأمُّ أو الأخ في النفقة فصارت ولايته ومؤنته قاصرة فصار كالوصي.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنها تجب عليه، وهو قول الشافعي رضي الله عنه؛ لقيام الولاية والمؤنة.

ولا تجب على المكاتب عن نفسه؛ لأنه لا ملك له حقيقة، ولأنه فقير بدليل أنه تحل له الصدقة.

والمستسعَى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما بمنزلة حرٍّ عليه دينٌ، فإن كان في يده فاضل عن دين السعاية لزمته الصدقة عندهما، ولا تجب عن مملوك ابنه إذا لم يكن للابن مال بالاتفاق؛ لأنه لا يمونهم، فإنه ليس عليه نفقة عبيد أبيه إذا لم يكن للابن مالٌ بالاتفاق لأنه لا يمونهم؛ فإنه ليس عليه نفقة عبيد ابنه وإن كان للولد مال فعلى الخلاف الذي ذكرنا في الصغير، ولا يجب على مماليكه للتجارة خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأنه انعدمت المؤنة معنى؛ لأن ما ينفق عليه يزيد في مال التجارة بالاستنماء فيه، ولهذا يلحقه برأس المال متى باع فيحصل له عوضه فلا يكون مؤنة معنى، ولا تجب عن رقيق عبد التجارة؛ لأنه لا

يمونهم، وتجب عن عبده المأذون وإن علقت رقبته بدينه؛ لأنه يلي عليه ويمونه ومماليك هذا العبد فلا صدقة فيهم سواء كان عليه دين أو لم يكن لأنهم عبيد التجارة، وتجب عن عبد الوديعة والمستعاد والمستأجر والمرهون إن كان عنده وفاء بالدين وفضل مائتين؛ لأنه يلي عليه؛ لأنه يملك بيعه منه فأمن غيره برضاه، ويمونه لأن نفقة المستأجر والموصول على المولى.

ونفقة المستعار فعلى المستعير صورة ولكن على المولى معنى؛ لأن المستعير إنما ينفق عليه بعوض يحصل له من جهة المولى وهو منافع العبد والعبد الجاني قبل الدفع فصدقته على مالكه؛ لأنه قبل الدفع ملكه تحت ولايته ومؤنته.

وصدقة الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر على مالك الرقبة؛ لأن حق الآخر متعلق بمنفعته لا برقبته فصار كالمستعير والمستأجر بخلاف العبد الآبق؛ لأنه معجوز الانتفاع به، وهنا يمكنه الانتفاع به بوجه، فإنه يملك بيعه من الموصى له بالخدمة فصار كالعبد الرضيع.

ولا تجب عن الآبق والمغضوب المجحود لانعدام الولاية والمؤنة، وإذا كاتب عبدًا للتجارة ثم عجز وردَّ في الرق أدى صدقة فطره في المستقبل؛ لأنه عاد للخدمة؛ لأن بالكتابة بطل وصف التجارة لما بيَّنَّا، وليس في رقيق الأخماس ورقيق القوام الذين يقومون بمرافق العوام مثل بئر زمزم ونحوها صدقة؛ لأنه ليس لها مالك معين.

وإذا كان بين رجلين مماليك لم تجب عليهم الصدقة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: تجب على كل واحد نصفها بناء على أن العبيد لا تقسم عنده ولا تجعل نصيب كل واحد في عبد فلا يكون لكل واحد عبد كامل، وعندهما: يقسم قسمة جمع فيكون لكل واحد عبد كامل، ولو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فجاءت بولد فادَّعياه فلا صدقة على واحد في الأم؛ لأنه ليس لكل واحد منهما عليها ولاية كاملة.

وأما الولد، قال أبو يوسف: على كل واحد صدقة تامة؛ لأن البنوَّة ثابتة في حق كل واحد كاملة؛ لأن ثبات النسب لا يتجزأ، ألا ترى أنه لو مات أحدهما كان

الولد للباقي منهما فيجب على كل واحد صدقة كاملة.

وقال محمد: عليهما صدقة واحدة؛ لأن الولاية لهما والمؤنة عليهما فكذا الصدقة عليهما؛ لأنها قابلة للتجزؤ كالمؤنة وذكر الزعفراني قول أبي حنيفة رحمه الله مثل قول أبي يوسف.

ولو اشترى عبدًا على أن أحدهما بالخيار والعبد مقبوض وجبت على من صار العبد له.

وقال زفر والحسن والشافعي رضي الله عنهم: الصدقة على من كان العبد في ملكه يوم الفطر إن كان الخيار للبائع فعليه، وإن كان للمشتري فعلى المشتري.

وقال مالك رحمه الله: الصدقة على البائع بكل حال، لهم: أن الصدقة تعتمد قيام الملك ووقت وجوبها لا دوام الملك واستمراره فيجب على من كان الملك له فيه وقت وجوبها وإن زال ملكه عنه من بعد.

لنا: أن الصدقة تجب باعتبار الولاية والمؤنة، وهما ينبيان بالملك، والملك موقوف فكانت الولاية والمؤنة موقوفة؛ إذ التوقف في السبب يوجب التوقف في الحكم، ولهذا يوقف في كسب المبيع وولده إلا أنه لم يظهر التوقف في حق العبد حتى يؤمر من كان الملك له بالاتفاق عليه صيانة لحقِّ العبد عن الفوات ولنفسه عن الهلاك ولا ضرورة في حق صدقة الفطر، فظهر التوقف في حقها ضرورة توقف الملك فيجب على من تم له الملك، وإن كان البيع باتًّا فلم يقبض العبد، فإن قبضه بعد ذلك فعليه صدقته؛ لأن الملك كان ثابتا وقد تقرر بالقبض، وإن لم يقبضه حتى هلك لم تجب على واحد منهما، أما المشتري؛ لأنه لم يتم ولم يتيقن ملكه فيه، وأما البائع؛ لأنه عاد إليه غير منتفع به فكان بمنزلة العبد الآبق.

وإن لم يمت لكن ردَّه المشتري بخيار عيب أو رؤية بقضاء أو رضاء فعلى البائع، وإن ردَّه بهذا بعد القبض فعلى المشتري؛ لأنه زال ملكه عنه بعد تمامه وتأكده فلا تسقط عنه الصدقة كما لو مات قبل القبض زال ملكه قبل تمامه وعاد إلى قديم ملك البائع منتفعًا، فعاد بحقوقه ولو ردَّه بخيار شرط البائع؛ فعلى البائع ردٌّ بقضاء أو رضاء.

وإن اشتراه فاسدًا فقبضه قبل الفطر فباعه أو أعتقه فصدقته عليه؛ لأنه تقرر ملكه فيه، ولو قبضه بعد الفطر فعلى البائع؛ لأن الملك كان للبائع يوم الفطر.

ولو تزوج امرأة على عبد بعينه ودفع إليها ثم طلقها قبل الدخول حتى عاد إليه نصفه فالصدقة عليها؛ لأن الاستحقاق بمنزلة الهلاك، وإن كان عبد الزوج فليس عليها في قولهم جميعا؛ لأن صدقة الفطر تعتمد الولاية التامة والمؤنة لا مجرد الملك ولا مؤنة عليها قبل القبض وولايتها قاصرة فلم يتحقق السبب بخلاف الزكاة عندهما لأنها وظيفة الملك وملكها في الصداق قبل القبض كامل كما بيَّنَّا.

❖ **وأما بيان قدر الواجب:** فصدقة الفطر نصف صاع من بُرٍّ أو صاعٍ من شعير أو صاع من تمر.

وقال الشافعي رحمه الله: صاع من بر.

والصحيح قولنا؛ لما روى عدة كثيرة من الصحابة رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**أدُّوا صدقة الفطر عن كلِّ عبد وَحُرٍّ صغير وكبير نصف صاع من بُرٍّ أو صاع من تمر أو صاعا من شعير**». وهو يروي حديثا لكنه غريب فلا تقبل بمقابلة المشهور.

وأما الزبيب: فقد ذكر في الجامع الصغير نصف صاع عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يؤكل بجميع أجزائه مع عجمه والتمر لا يؤكل مع النواة فيقرب المأكول منه نصف صاع من الحنطة.

ورُوي عن أبي حنيفة صاع وهو قولهما؛ لأن التمر أعلى حالًا من الزبيب ثم من التمر مقدر بصاع فلا يكون من الزبيب أولى.

ثم قيل: يجوز أداؤه باعتبار العين؛ لأنه نص على الزبيب.

رُوي في بعض الروايات: أو صاعًا من زبيب، وفي بعضها أو نصف صاع من زبيب، والأحوط أن تراعى فيه القيمة؛ لأن كون الزبيب منصوصًا عليه غير مشهور.

ودقيق الحنطة والشعير وسويقهما مثلهما، وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز.

والصحيح قولنا؛ لما روى أبو الحسين القدوري في كتابه عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**قدِّموا قبل الخروج زكاة الفطر، فإن على كلِّ**

مسلم **مُدَّين قمح أو دقيق**»، ولأنها شرعت لإغناء الفقير، والدقيق مثل الحنطة في الإغناء بل فوقها.

وعن أبي يوسف رحمه الله: الدقيق أحبُّ إليَّ من الحنطة، والدراهم أحب إلي من الدقيق، والخبز لا يجوز إلا باعتبار القيمة وهو الأصح؛ لأنه موزون والنص إنما ورد باسم الكيل فلم يكن بمعنى المنصوص عليه.

ولهذا ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد رحمه الله: لو أدى أربعة أرطال من حنطة عن نصف صاع لا يجزيه إلا بالكيل؛ لأن الحنطة يكون ثقيلًا وخفيفًا وربما لا يبلغ أربعة أرطال نصف صاع.

وأما الأقط فيجوز باعتبار القيمة؛ لأنه غير منصوص عليه.

وعند مالك والشافعي رضي الله عنهما: يجوز باعتبار العين؛ لقول أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: من الأقطِّ صاع؛ لكنا نقول هذه الزيادة غير مشهورة ولا يزاد على الخبر المشهور بما ليس بمشهور.

ويجوز أداء القيمة في جميع ذلك خلافا للشافعي رحمه الله لما مر.

ولو أدى ربع صاع من حنطة جيدة تبلغ قيمته قيمة نصف صاع، أو نصف صاع من شعير جيد مكان صاع من شعير؛ لا يجوز عن الكلِّ، بل يقع عن نفسه وعليه تكميل الباقي؛ لأنه لو وقع عن الباقي وقع باعتبار الجودة والجودة لا قيمة لها في مال الربا وكذا الوادي ربع صاع من حنطة عن صاع من شعير لا يجوز؛ لأن المأكولات قد جعلت جنسًا واحدًا لاتحاد المقصود منهما وهو إغناء الفقير بجهة القوت والغذاء فكانت الجودة فيها ساقطة العبرة.

ولو أعطى ما يجب عن واحد مسكينًا أو أعطى ما يجب عن جماعة مسكينًا جاز؛ لأن الواجب عليه مراعاة قدر الصاع لا مراعاة عدد المساكين وقد أتى به.

وصدقة الفطر كالزكاة في حق المصارف.

والصاع ثمانية أرطال، وهو صاع عمر بن الخطاب رضي الله عنه؛ لحديث أنس رضي الله عنه: «**أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم كان يَتَوَضَّأُ بِالْمُدِّ رطلين، وَيَغْتَسِلُ**

بِالصَّاعِ ثمانية أرطال»[1]، وقال أبو يوسف رحمه الله والشافعي قدَّس الله روحه: خمسة أرطال وثلث رطل وهو صاع أهل المدينة.

وعن أبي حنيفة رحمه الله إذا وزن ثمانية أرطال وأدى جاز لازمًا في الصاع مقدر بالوزن، وعن محمد أنه لا يجوز إلا كيلًا؛ لأن الشرع تعبَّدَنا بالكيل فلا يقوم الوزن مقامه.

(فصل)

وأما وقت الوجوب: فبعد طلوع الفجر الثاني من يوم الفطر.

وعند الشافعي رضي الله عنه: ليلة الفطر؛ فمن مات قبل ذلك لم تجب صدقته ومن ولد أو أسلم قبله وجبت، ومن ولد أو أسلم بعده لم تجب، وكذا الفقير إذا أيسر قبله يجب ولو افتقر الغني قبله لا يجب، وعند الشافعي نوَّر الله ضريحه على عكس هذا.

والصحيح قولنا؛ لأن الشرع أضاف الصدقة إلى الفطر فلا بد له من اختصاصه بالفطر، وإنما تختص بالفطر في يوم العيد؛ لأنه كان يصوم في مثله من رمضان والآن يفطر فيه لا الفطر عند غروب الشمس في آخر يوم من رمضان؛ لأنه كان مشروعا في كل يوم.

وعن أبي يوسف رحمه الله في (**المنتقى**): لو قال لعبده: إذا جاء يوم الفطر فأنت حُرٌّ؛ فجاء يوم الفطر عتق وعليه صدقة فطره؛ لأنها وجبت عليه قبل العتق بلا فصل.

ولو كان للتجارة فعليه الزكاة إذا كان يحول الحول بانشقاق الفجر من يوم الفطر.

---

(١) أخرجه «مسلم» ١/١٧٧ (٦٦٤) قال: حدثنا أبو كامل الجحدري، وعمرو بن علي، كلاهما عن بشر بن المفضل. قال أبو كامل: حدثنا بشر. وفي (٦٦٥) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن علية (ح) وحدثني علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل. و«ابن ماجه» (٢٦٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«الترمذي» (٥٦) قال: حدثنا أحمد بن منيع، وعلي بن حجر، قالا: حدثنا إسماعيل ابن علية.

ثلاثتهم: (إسماعيل بن إبراهيم ابن علية، وعلي بن عاصم، وبشر بن المفضل) عن أبي ريحانة، فذكره.

والأداء قبل الصلاة أفضل؛ لأنه مسارعة إلى العبادة.

ويجوز تعجيل صدقة فطره لسنة وسنتين؛ لأن سبب الوجوب رأس يمونه ويلي عليه، والوقت شرط وجوب الأداء والتعجيل بعد سبب الوجوب جائز كما في الزكاة.

وعند الشافعي رحمه الله: لا يجوز إلا في رمضان، ولا تسقط الصدقة الواجبة وإن طالت المدة لأنها وجبت في ذمته وجميع العمر وقت لأدائها.

(باب من يوضع فيه الخمس وغيره)

وإذا تصدق بخمس الركاز بنفسه ليس للإمام أخذه ثانيا؛ لأنه أوصله إلى مستحقِّه وهو في إصابة الركاز غير محتاج إلى حماية الإمام ويسعه أن يمسكه لنفسه ويصرفه إلى أقاربه بشرط الحاجة؛ لأن في كونه مصرفا كغيره.

وما يجبى إلى بيت المال أنواع أربعة:

أحدها: الزكاة والعشر ومصرفهما ما ذكرنا.

والثاني: خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفها اليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما قال الله تعالى: ﴿۞ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾ الآية [الأنفال: ٤١] فسهم الله ورسوله واحد وذكر الله للتبرك ولإظهار فضيلة هذا المال، وسهم الرسول سقط بموته؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إِنَّ الْأَنْبِيَاءَ لَمْ يُوَرِّثُوا دِينَارًا وَلَا دِرْهَمًا، وإنما ورَّثوا هذا العلم، فمن أخذ هذا العلم فقد أَخَذَ بِحَظٍّ وَافِرٍ**»[1].

---

(١) أخرجه أحمد ١٩٦/٥ (٢٢٠٥٩) قال: حدثنا الحكم بن موسى، قال: حدثنا ابن عياش. و«الدارمي» (٣٥٨) قال: أخبرنا نصر بن علي، قال: حدثنا عبد الله بن داود. و«ابن ماجه» (٢٢٣) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا عبد الله بن داود و«أبو داود» (٣٦٤١) قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا عبد الله بن داود. و«ابن حبان» (٨٨) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق الثقفي، قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا عبد الله بن داود الخريبي.

=

وسهم ذوي القربى ساقط عندهما كما يأتي.

والثالث: الأخرجة والجزية وما يؤخذ من تجار أهل الذمة والحرب وما صولح عليه من بني نجران من الحلل، ومع بني تغلب من المضاعفة ويصرف إلى عطايا المقاتلة وسد الثغور وبناء الحصون ثمة وإلى مراصد الطرق في دار الإسلام حتى يقع الأمن عن قطع اللصوص الطرق وإلى إصلاح القناطر والجسور وبناء الرباطات والمساجد وإلى سد البثق وتحصين ما يخاف عليه البثق وكذا الأنهار العظام وإلى أرزاق الولاة وأعوانهم وأرزاق القضاة والمقتدين والمحتسبين والمعلمين وكل من تقلَّد شيئًا من أمور المسلمين وإلى ما فيه صلاح المسلمين؛ لأن الخراج قائم مقام الغنيمة؛ لأنه لا يوظف إلا على أراضي فتحت عنوة قهرا، فصارت غنيمة للمسلمين يمنُّ الإمام بها على أهلها بالخراج ولجميع المسلمين حظ في الغنيمة وإنها مصروفة إلى نوائب المسلمين وحوائجهم فكذلك الخراج الذي قائم مقامها.

والرابع: اللقطات والتركات التي لا وارث لها ومصرفها نفقة اللقيط والمرضى وأدويتهم إذا كانوا فقراء وتكفين الموتى الذين لا مال لهم وعقل جناية اللقيط؛ لأنه لجميع المسلمين فيصرف إلى نوائبهم؛ فعلى الإمام أن يجعل بيت المال أربعة لكل بيت؛ لأن لكل مال حكما يختص به لا يشاركه مال آخر، فإن لم يكن في بعضها شيئًا فللإمام أن يستقرض عليه مما فيه مال، وإن استقرض من بيت مال الصدقات على بيت مال الخراج، فإذا أخذ مال الخراج يقضي المستقرض من الخراج؛ لأن الصدقات مصروفة إلى المحتاجين خاصة، فإذا صرفها إلى المقاتلة وإلى نوائب المسلمين ولا حظ لهم فيها صار ذلك قرضًا عليهم، إلا أن يكون المقاتلة فقراء فلا يصير قرضا؛ لأن لهم حظ فيها، وإن استقرض من بيت مال الخراج على بيت مال الصدقات وصرفه إلى الفقراء لا يصير قرضا عليهم؛ لأن الخراج له حكم الفيء والغنيمة وللفقراء حظ فيه وإنما لا يعطي إليهم لاستغنائهم بالصدقات، فإذا احتاجوا

=

كلاهما: (إسماعيل بن عياش، وعبد الله بن داود) عن عاصم بن رجاء بن حيوة، عن داود بن جميل، عن كثير بن قيس، فذكره.

إليه يصرف إليهم، فعلى الإمام أن يتقي الله تعالى من صرف الأموال إلى مصارفها، وإيصال الحقوق إلى أربابها ولا يحبسها عنهم على ما يرى من تفضيل وتسوية من غير أن يميل في ذلك إلى هوى، ولا يحل لهم إلا ما يكفيهم ويكفي أعوانهم بالمعروف، وإن فضل من المال شيء بعد إيصال الحقوق إلى أربابها قسموه بين المسلمين، فإن قصروا في ذلك وقعدوا عنه كان الله حسيبا عليهم.

ولا شيء لأهل الذمة في بيت المال لأنه حق المسلمين، فلا يستحق منه شيء إلا بوصلة الدين، إلا أن يرى الإمام ذمِّيًّا يهلك جوعًا فعليه أن يعطيه من مال بيت المال؛ لأنه من أهل دار الإسلام فكان عليه إحياؤه.

كتاب العُشْرِ والخَراج

(باب معرفة أرض العُشْر والخراج)

الأراضي نوعان: عشرية وخراجية.

❖ **فالعشرية خمسة:**

• **أحدها:** أرض العرب كلها عشرية، وهي من عذيب إلى مكة حرسها الله تعالى، ومن عدن إلى مهرة في أقصى اليمن، وكما لا رق على الغرب كذا الإخراج على أراضيهم، والقياس في أرض مكة أن تكون خراجية لأنها افتتحت عنوة لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج.

• **والثاني:** كل أرض أسلم أهلها طوعا فهي عشرية؛ لأن المسلم لا يبتدئ بالخراج صيانة له عن معنى الصغار لما فيه معنى الجزية، وفي العشر معنى القربة؛ فكان إيجابه على المسلم أليق نظرا وكرامة له.

• **والثالث:** كل أرض فتحت عنوة وقسمت بين المسلمين فهي عشريَّة كما بيَّنَّا.

• **والرابع:** المسلم إذا جعل داره بستانًا أو كرمًا فهي عشريَّة؛ لأنه ما تبتدي عليه المؤنة فالعشر أولى.

• **والخامس:** المسلم إذا أحيا أرضًا ميتة، قال أبو يوسف رحمه الله: إن كان بقرب من أرض العشر فهي عشرية، وإن كان بقرب من أرض الخراج فهي خراجية؛ لأن ما هو بقرب الشيء يعطى له حكمه كحريم الدار يعطى له حكم الدار وصاحبها أحق بالانتفاع بفناء داره.

وقال محمد: إن أحياها بماء العشر فهي عشرية، وإن أحياها بماء الخراج فهي خراجية؛ لأن الخراج لا يوظف على المسلم إلا بالتزامه، فإذا ساق إليها ماء الخراج فقد التزم الخراج فيلزمه وإلا فلا.

وكذلك كل أرض خراج انقطع عنها ماء للخراج ويستقي بماء العشر فهي عشرية.

❖ **وأما الخراجية فخمسة:**

• **أحدها:** كل أرض فتحت عنوة وقهرًا وتركت على أيدي أربابها فهي خراجية، أسلموا أو لم يسلموا كما فعل عمر رضي الله عنه حين فتح سواد الكوفة تركها عليهم ووظف عليها الخراج، وكذلك سواد العراق فأرض العجم كلها خراجية لأنها فتحت عنوة، وكذلك إذا أجلاهم ونقل إليها قومًا آخرين.

• **والثاني:** كل بلدة صار أهلها ذمة يوظف عليها الخراج؛ لأن وظيفة الأراضي في الابتداء هو الخراج وإنما انتقلت إلى العشر في حق المسلم كرامة لهم ولم يوجد فبقيت خراجية.

• **والثالث:** الإمام إذا نقل أهل الذمة من بلدة إلى بلدة، فالبلدة المنتقل إليها خراجية؛ لأن توظيف العشر على الكافر ابتداء لا يجوز.

• **والرابع:** كل أرض انقطع عنها ماء العشر وتسقى بماء الخراج فهي خراجية، وكذلك المسلم إذا أحيا أرضا ميتة وهي تسقى بماء الخراج.

• **والخامس:** ذمِّيٌّ اتَّخذ داره بستانًا أو أحيا أرضًا ميتة بإذن الإمام أو رضخ له أرضًا من الغنيمة إذا قاتل مع المسلمين فهي خراجية والماء العشري ماء السماء والآبار والعيون في أرض العشر والبحار لأنها ليست تحت حماية أحد.

والماء الخراجي ماء هذه الأنهار الصغار التي حفرتها الأعاجم تقع عليها الأيدي وتدخل تحت حماية السلطان وماء بئر حفرت في أرض الخراج أو عين في أرض الخراج، وأما ماء الجيحون والسيحون والدجلة والفرات فهو خراجيٌّ عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه أمكن إثبات اليد عليها وإدخالها تحت الحماية بشدِّ السفن بعضها على بعض حتى يصير شبه القنطرة، وعند محمد رحمه: الله عشريٌّ؛ لأنه لا يمكن إثبات اليد عليها فأشبه ماء البحار.

مسلم اشترى من كافر أرضًا خراجية بقي الخراج على المسلم؛ لأن إبقاء الخراج على المسلم مشروع كما لو أسلم الكافر.

ولو اشترى ذمي من مسلم عشرية فعلى الذمي الخراج عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: عليه عشران يوضع موضع الخراج، وقال محمد: عشر واحد يوضع موضع الصدقة.

لمحمد: أن في العشر معنى القربة والمؤنة، فلا يجب على الكافر ابتداء بالشرك ولا يبطل عند انتهاء بالشك.

لأبي يوسف: أنه لا سبيل لإبقائه؛ لأنه بمعنى العبادة، ولا سبيل إلى التبديل كرها فيضعف؛ لأن ذلك مشروع عند الضرورة كما شرع في حق التغلبي.

لأبي حنيفة: إن في العشر معنى القربة، والكافر ليس من أهل القربة، فبطل العشر ووضع عليه الخراج، وهذا لأن مؤنة الأرض لا تتغير عن حالها إلا لضرورة وفي حق الذمي ضرورة فتغير.

ولو باع المسلم من كافر أرضًا عشرية على أنه بالخيار أو باع بيعا فاسدا ثم تفاسخا؛ عادت عشرية؛ لأنه عاد إلى قديم ملكه كأنه لم يزل الملك.

وفي الجامع الصغير: وكذلك لو استحقها مسلم بالشفعة على الكافر؛ لأن الشفيع يتقدم على المشتري في استحقاق موجب العقد، فإذا استحقه صار كأن البيع وقع معه في الحكم.

ولو وجد المشتري بها عيبًا بعدما وضع عليها الخراج لا يردها بالعيب لأنها انتقصت عنده موضع الخراج، ويرجع بحصَّة العيب إلا أن يرضى البائع فيرد عليه وتكون خراجية كما لو اشترى ابتداء.

وفي (**المنتقى**): قال أبو حنيفة رضي الله عنه: ذمي وهب له مسلم أرض عشر وضع عليها الخراج لضرورة أنه لا يجوز توظيف العشر عليه، وقال أبو يوسف: أضاعف عليها العشر، فإن رجع المسلم فيها لا تعود عشرية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف: تعود عشرية.

ولو اشترى تغلبيٌّ من مسلم أرضا عشرية فعليهم عشران عندهما؛ لقضية عمر رضي الله عنه، وقال محمد: عشر واحد؛ لأن عنده وظيفة الأرض لا تتغير بتغير المالك.

ولو أسلم التغلبي عليها أو باعها من مسلم فغلبه العسر مضاعفًا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: عشر واحد، وذكر بعد هذا قول محمد مع أبي يوسف.

والصحيح من قوله: أن الأرض إن كانت في الأصل للتغلبي فعليه عشران. وإن كان الملك فيها مستحدثًا فعيله عشر واحد.

لأبي يوسف: إن التضعيف في حق التغلبي باعتبار كفره، وقد زال ذلك؛ فيسقط التضعيف.

لأبي حنيفة: إن ما يؤخذ من التغلبي عشر مسمى خراج معنى حتى يوضع موضع الخراج، والخراج لا يتبدَّل بتبدُّل المالك وإسلامه كما لو كان خراج مقاسمه، ولو باع التغلبي من ذمي فعليه عشران؛ لأن التضعيف على كل كافر جائز.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أن عليه الخراج والدين لا يمنع وجوب العشر والخراج لأنهما بمنزلة النفقة.

ومن اشترى أرضًا عشرية للتجارة فليس عليه إلا العشر، وعند الشافعي رحمه الله: عليه الزكاة مع العشر.

لنا: أنه لا يجب بسبب ملك مال واحد حقًّا لله تعالى كزكاة السائمة وزكاة التجارة، وإذا تعذَّر الجمع بينهما فإيجاب العشر أولى؛ لأنه آكد؛ لأنه لا يسقط بعذر ما، والزكاة تسقط بالأعذار، والعشر والخراج لا يجتمعان خلافا للشافعي رضي الله عنه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا يجتمع في أرض مسلم عشر وخراج**»[1]، ولأن في الجمع بينهما تضعيف الواجب بسبب واحد؛ لأن الخراج وظيفة الأرض باعتبار نموِّها وفوائدها، وهو الخارج منها لا باعتبار ذاتها؛ لأن الوظائف لو رتبت على أعيان الأموال لا على ما يستفاد منها نموًّا وفائدة يؤدي إلى استئصالها وإفنائها فيجري مجرى العقوبات وأنه لا يليق بحكمة الحكيم؛ فكان الوجوب متعلقا بالنماء

---

(١) حديث ضعيف جدًّا ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة، قال ابن حبان: ليس هذا الحديث من كلام النبوة (انظر فتح القدير: ٤/٣٦٦، كشاف القناع: ٢/٢٥٥) ويحمل على الخراج الذي هو الجزية.

والخارج معنى، ولهذا يختلف الخراج باختلاف الخارج، فكان الواجب هو الخارج معنى فلو أوجبنا العشر في الخارج منها كان إيجاب حقين بسبب واحد وأنه لا يجوز لما فيه من إجحاف أرباب الأموال، وإذا اشترى دارًا للتجارة يجب فيها الزكاة ولا عشر فيها.

(باب ما يجب فيه العُشْر)

قال أبو حنيفة رحمه الله: يجب العشر في كل ما أخرجته الأرض، ويقصد بزراعته نماء الأرض ويستنبت في الجنان سواء كانت له ثمرة باقية كالحبوب أو لم يكن كالخضر والرّطاب والبقول والرياحين، وعندهما لا تجب إلا فيما له ثمرة باقية وهو مما يقتات الناس ويأكله الأنعام وكقصب السكر والذرة ونحوها[1].

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: «**ليس في الخضروات صدقة**»[2].

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ ﴾ [البقرة: ٢٦٧] ولم يفصل.

وقوله صلى الله عليه وسلم: «**ما سقته السماء ففيه العشر، وما سقي بعرق أو دالية**[3] **ففيه نصف العشر**»[4] ولم يفصل.

---

(١) انظر: البدائع: ٢/٥٦، الشرح الكبير: ١/٤٨٥ وما بعدها، مغني المحتاج: ١/٣٨٢، كشاف القناع: ٢/٢٤٢، غاية المنتهى: ١/٢٦٦ وما بعدها.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧١٨٥) عن ابن جريج، قال: حدثت عن عطاء بن السائب وغيره، عن موسى بن طلحة.

(٣) الغرب: الدلو العظيمة، والدالية: الناعورة يديرها الماء.

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٦٨٧٩ و٧٠٧٧) عن الحسن بن عمارة. وفي (٦٨٨٠) عن ابن جريج، قال: أخبرت عن أبي إسحاق. و«ابن أبي شيبة» ٣/١١٧ (٩٩٥٤) قال: حدثنا ابن نمير، عن الأعمش. وفي ٣/١١٨ (٩٩٥٥) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثني عمار بن رزيق. و«أحمد» ١/٩٢ (٧١١) قال: حدثنا سريج بن النعمان، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١/١١٣ (٩١٣) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا الأعمش. و«الدارمي» (١٧٥٢) قال: أخبرنا =

ولأن السبب هو الأرض النامية بالخارج والاستنماء بالخضروات فوق الاستنماء بغيرها.

ويجب في قليل الخارج وكثيره عند أبي حنيفة، وعندهما والشافعي: لا يجب عليهم فيما دون خمسة أوسق؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ صَدَقَةٌ**»[1]. والمراد به العشر لا الزكاة؛ لأن الزكاة تجب فيما دون خمسة

=

المعلى بن أسد، قال: حدثنا أبو عوانة. و«أبو داود» (١٥٧٤) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا أبو عوانة. و«الترمذي» (٦٢٠) قال: حدثنا محمد بن عبد الملك بن أبي الشوارب، قال: حدثنا أبو عوانة. و«عبد الله بن أحمد» ١/١٤٥ (١٢٣٣) قال: حدثني العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١/١٤٨ (١٢٦٧) قال: حدثنا أحمد بن محمد بن أيوب، قال: حدثنا أبو بكر بن عياش، عن الأعمش. وفي (١٢٦٩) قال: حدثني محمد بن إشكاب، قال: حدثنا محمد بن أبي عبيدة، قال: حدثني أبي، عن الأعمش. و«النسائي» ٥/٣٧، وفي «الكبرى» (٢٢٦٨) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٥/٣٧، وفي «الكبرى» (٢٢٦٩) قال: أخبرنا حسين بن منصور، قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن خزيمة» (٢٢٦٢ و٢٢٩٧) قال: حدثنا علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا أيوب بن جابر. وفي (٢٢٨٤) قال: حدثنا موسى بن عبد الرحمن المسروقي، قال: حدثنا أبو أسامة، عن سفيان الثوري. سبعتهم: (الحسن بن عمارة، ومن أخبر ابن جريج، وسليمان الأعمش، وعمار بن رزيق، وأبو عوانة الوضاح، وسفيان الثوري، وأيوب بن جابر) عن أبي إسحاق السبيعي، عن عاصم بن ضمرة، عن علي.

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٠٧ (١٤٠٥) قال: حدثنا إسحاق بن يزيد، قال: أخبرنا شعيب بن إسحاق، قال: قال الأوزاعي: أخبرني يحيى بن أبي كثير. وفي ٢/١١٦ (١٤٤٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٢/١١٦ (١٤٤٧م) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثني يحيى بن سعيد. و«مسلم» ٣/٦٦ (٢٢٢٥) قال: حدثني عمرو بن محمد بن بكير الناقد، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٢٢٢٦) قال: وحدثنا محمد بن رمح بن المهاجر، قال: أخبرنا الليث (ح) وحدثني عمرو الناقد، قال: حدثنا عبد الله بن إدريس، كلاهما عن يحيى بن سعيد. وفي (٢٢٢٧) قال: وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج. و«أبو داود» (١٥٥٨) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: قرأت على مالك بن أنس. و«الترمذي» (٦٢٦) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا

=

=

عبد العزيز بن محمد. وفي (٦٢٧) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان، وشعبة، ومالك بن أنس. و«النسائي» ٥/١٧، وفي «الكبرى» (٢٢٣٧) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا سفيان (ح) وأخبرنا محمد بن المثنى، ومحمد بن بشار، عن عبد الرحمن، عن سفيان، وشعبة، ومالك. وفي ٥/١٨، وفي «الكبرى» (٢٢٣٨) قال: أخبرنا عيسى بن حماد، قال: أخبرنا الليث، عن يحيى بن سعيد. وفي ٥/٣٦، وفي «الكبرى» (٢٢٦٥) قال: أخبرنا يحيى بن حبيب بن عربي، عن حماد، قال: حدثنا يحيى، وهو ابن سعيد. وفي ٥/٤٠، وفي «الكبرى» (٢٢٧٥) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي ٥/٤٠، وفي «الكبرى» (٢٢٧٨) قال: أخبرنا أحمد بن عبدة، قال: حدثنا حماد، عن يحيى بن سعيد، وعبيد الله بن عمر. و«أبو يعلى» (٩٧٩) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٠٧١) قال: حدثنا محمد بن بكار، قال: حدثنا فليح بن سليمان. و«ابن خزيمة» (٢٢٦٣) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان (ح) وحدثنا أحمد بن عبدة، قال: أخبرنا محمد بن دينار (ح) وحدثنا أحمد بن عبدة، قال: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، وعبيد الله بن عمر (ح) وحدثنا أبو موسى، عن عبد الرحمن، هو ابن مهدي، قال: حدثنا سفيان، ومالك، وشعبة. وفي (٢٢٩٣) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا عبيد الله. وفي (٢٢٩٤) قال: حدثنا عمران بن موسى القزاز، قال: حدثنا حماد، يعني ابن زيد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي (٢٢٩٥) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: أخبرنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا يحيى بن سعيد. وفي (٢٢٩٨) قال: حدثنا عيسى بن إبراهيم الغافقي، قال: حدثنا ابن وهب، قال: وحدثنيه عبيد الله بن عمر، ويحيى بن عبد الله بن سالم، ومالك بن أنس، وسفيان الثوري. وفي (٢٣٠١) قال: حدثنا أبو الخطاب، زياد بن يحيى، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. و«ابن حبان» (٣٢٦٨) قال: أخبرنا عمران بن موسى بن مجاشع، والحسن بن سفيان، قالا: حدثنا محمد بن عبيد بن حساب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن عبيد الله بن عمر، وأيوب. وفي (٣٢٧٥) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا شعبة، وسفيان، ومالك. وفي (٣٢٧٦) قال: أخبرنا محمد بن المسيب بن إسحاق، قال: حدثنا زياد بن يحيى الحساني، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٣٢٨١) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن منهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم، وسعيد. وفي (٣٢٨٢) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا زكريا بن يحيى الواسطي،

=

أوسق إذا بلغت قيمتها نصابًا، قلنا: المراد من الحديث الزكاة؛ لأن مطلق اسم الصدقة ينصرف إليها لا إلى العشر إلا أنه قدر بخمسة أوسق؛ لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق في الأسواق وقيمة خمسة أوسق في ذلك الزمان تبلغ نصابا فيحتمل الزكاة فلا يكون حجة.

ولا عشر في الحطب والحشيش والقصب والطرفاء والسعف؛ لأن الأرض لا تستنمي بهذه الأشياء بل تفسدها حتى لو استنمى بقوائم الخلاف والحشيش والقصب أو فيها دلب أو صنوبر ونحوها وكان يقطعه ببيعه يجب فيه العشر.

ولا عشر في التين؛ لأن العشر قبل إدراك الزرع كان واجبا في الساق حتى لو قصله وجب العشر في القصيل، فإذا أدرك تحول العشر من الساق إلى الحب وما أصاب في الأرض لا يملك كالحبال وغيرها يجب فيه العشر؛ لأن النص لا يوجب الفصل، وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يجب؛ لأنه مال مباح كالحطب والصنوبر.

رجل في داره شجرة مثمرة لا يجب فيها العشر، وإن كانت البلد عشرية؛ لأن بقعة داره ليست بعشرية بخلاف الثمار التي في الجبال؛ لأن الجبال عشرية.

ولا عشر فيما هو تابع للأرض كالنخل والأشجار، وكذلك كل شيء يتبع الأرض في البيع بغير شرط فلا عشر فيه؛ لأنه بمنزلة أجزاء الأرض، وكل شيء لا يتبع الأرض إلا بشرط ففيه العشر؛ كالحبوب والتمر والبذور التي لا تصلح إلا للزراعة؛ كبذر البطيخ والقثاء ونحوهما؛ فلا عشر فيهما لأنها غير مقصودة في نفسها وإنما المقصود ثمارها، ويجب في العصفر والكتان وبذره؛ لأن الحب والبذر مقصود ويجب في العصفر والكتان على سبيل التبع بخلاف التين؛ لأن التين ليس بخارج

=

قال: حدثنا هشيم، عن يحيى بن سعيد الأنصاري. جميعهم (مالك بن أنس، وعبد الملك بن جريج، وسفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، ويحيى بن سعيد، وشعبة بن الحجاج، ووهيب بن خالد، ويحيى بن أبي كثير، وعبد العزيز بن محمد، وروح بن القاسم، وعبيد الله بن عمر، وفليح، ومحمد بن دينار، ويحيى بن عبد الله، وأيوب السختياني، وسعيد بن أبي عروبة) عن عمرو بن يحيى بن عمارة بن أبي الحسن المازني.

يستنمى به الأرض ولا يمكن إيجاب العشر فيه تبعا للحب، فأما العصفر والكتان خارج نفيس تستنمى به الأرض، فأمكن إيجاب العشر فيه تبعا للقرطم.

ولا شيء في القنب؛ لأنه بمنزلة الخشب. ويجب في بذره؛ لأنه نفيس تستنمى به الأرض، وكذلك كل شيء يخرج من الخشب؛ كالصمغ والقطران؛ فلا عشر فيه.

ويجب في الكراويا والكمون والخردل وعندهما لا يجب فيما هو من جملة الأدوية كالسَّعتر والشونيز والحلبة ونحوها.

ويجب فيما هو من جملة الحبوب، وعن أبي يوسف: أنه أوجب العشر في الحناء والزعفران؛ لأنه يبقى وينتفع به انتفاعًا عامًّا.

وقال محمد: لا شيء في الحناء؛ لأنه من الرياحين.

وعند محمد روايتان في التين والإجاص والعناب وفي الثوم والبصل في رواية: لا شيء فيها؛ لأنها من الخضر والثمار؛ لأنه لا يبقى سنة غالبا وفي رواية: فيها العشر؛ لأنه يبقى سنة ومنفعته عامة.

(فصل)

ولا شيء في العسل إذا كان نحله في أرض الخراج، وإن كان في أرض عشر ففيه العشر خلافا للشافعي رحمه الله؛ لما رُوي: أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن: «**أن يؤخذ مِنَ الْعَسَلِ الْعُشْرَ**»[1]، ولأن الأراضي تستنمى باتحاد الخلايا عادة فأشبه أموال الأرض ويجب في قليله وكثيره عند أبي حنيفة.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١٨٢٤) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا نعيم بن حماد، قال: حدثنا ابن المبارك، قال: حدثنا أسامة بن زيد. و«أبو داود» (١٦٠٠) قال: حدثنا أحمد بن أبي شعيب الحراني، قال: حدثنا موسى بن أعين، عن عمرو بن الحارث المصري. وفي (١٦٠١) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، قال: حدثنا المغيرة، ونسبه إلى عبد الرحمن بن الحارث المخزومي، قال: حدثني أبي. وفي (١٦٠٢) قال: حدثنا الربيع بن سليمان المؤذن، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني أسامة بن زيد. و«النسائي» ٤٦/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٩٠ و٢/٥٧٤٣) قال: أخبرني المغيرة بن عبد الرحمن، قال: حدثنا أحمد بن أبي شعيب، عن =

وعن أبي يوسف: إذا بلغ عشرة أرطال ففيه العشر.

وعند محمد: إذا بلغ خمسة أفراق ففيه العشر، والفرق ستة وثلاثون رطلا بالعراقي.

وإذا كانت الخلايا في أرض رجل وهو لا يعلم بها فأخذها رجل آخر فهي لصاحب الأرض؛ لأنه صار محذرًا له بملكه؛ لأن الأراضي تعد لذلك فقد سبقت يده إليه حكما بخلاف الطير إذا فرَّخ أو باض في أرض رجل فأخذه غيره فهو للآخذ؛ لأن الأرض ما أعدَّت لأخذ الصيد فانعدم أخذه حقيقة وحكمًا فسبقت يد الآخذ إليه.

ولو أصاب بعض الغزاة العسل في أرض الحرب فهو غنيمة لما عرف.

وكل أرض سقتها السماء لو سقيت فتحًا ففيها العشر وما سقي بالدِّلاء أو السواقي ففيه نصف العشر لما روينا.

(باب ما يُضَمُّ بعضهُ إلى بعضٍ)

مسائل الباب تفريعات مذهبهما وما لا يدخل تحت الكيل ففيه العشر عند أبي حنيفة قل أو كثر، وعند أبي يوسف يعتبر أن تكون قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يدخل تحت الوسق؛ لأنه لم يرد نصٌّ في تقدير نصاب هذه الأشياء فوجب اعتبار نصابه بالقيمة كما في عروض التجارة، وعند محمد تعتبر خمسة أعداد على ما يقدر به جنسه؛ ففي القطن أحمال، وفي الزعفران والسكر خمسة أمناء لأن العين

=

موسى بن أعين، عن عمرو بن الحارث. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٤) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، عن المغيرة، وهو ابن عبد الرحمن بن الحارث (ح) وحدثناه مرة، قال: حدثنا مغيرة بن عبد الرحمن، قال: حدثني أبي عبد الرحمن. وفي (٢٣٢٥) قال: حدثنا الربيع، قال: حدثنا ابن وهب، قال: حدثني أسامة.

ثلاثتهم: (أسامة بن زيد، وعمرو بن الحارث، وعبد الرحمن بن الحارث) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

معتبرة؛ لأن العشر يجب باعتبار العين لا باعتبار القيمة فنصابها يكون بمعياره، فيقدّر نصابه بأقصى ما يقدر به ذلك من معاييره.

وإذا أخرجت الأرض حبوبا مختلفة ولم تبلغ كل نوع منها خمسة أوسق فعن أبي يوسف رحمه الله فيه ثلاث روايات:

في رواية: يضم بعضها إلى بعض، فإذا بلغ خمسة أوسق يجب العشر فيؤدي من كل جنس حصته؛ لأن في الضم والتكميل نظر ونفع للفقراء فيكمل كما في الذهب والفضة.

وفي رواية: إن ما أدرك في وقت واحد كالحنطة والشعير والحمص والقمح ضم بعضه إلى بعض؛ لأنه اتحد الواجب ووقت الوجوب فَجُعِلَ النصاب متحدا معنىً، وهو معنى الاقتيات والاعتداء وإن اختلفت العين صورة كما في الذهب والفضة، وإن لم يدرك في وقت واحد لا يضم؛ لأنه متى اختلف الوقت يكون في الضم تعسُّر فلا يضم، وفي رواية عنه: لا يضم أصلًا، وهو قول محمد؛ لأن العشر في الموسْقات يجب باعتبار العين والتكميل باعتبار العين متعذِّرٌ لاختلاف الجنس كما في السوائم.

وإن كان الخارج من نوع واحد حصل من أراضٍ متفرِّقة في رساتيق مختلفة، فإن كان العامل واحدًا يضم ويأخذ وإن اختلفت العمال قال أبو يوسف: لم يكن لأحدهم حق المطالبة حتى يكمل النصاب ولكن المالك يؤدي بنفسه؛ لأن حق الأخذ باعتبار الحماية، وقد وجد من كل واحد حماية بعض النصاب فلا يثبت له حق الأخذ كمن مر على العاشر بما دون النصاب.

وقال محمد: لكل واحد حق الأخذ بحصة ما كان في ولايته؛ لأن الأراضي كلها محميَّة بحماية الإمام، والعاشر نائب عنه في الأخذ ثم يثبت للإمام حقُّ الأخذ باعتبار حماية الكل فكذا النائب بخلاف المال الممرور؛ لأن ما في بيته لم يكن محميا بحماية الإمام وإنما الممرور صار محميًّا بحمايته لا غير وإنه لم يبلغ نصابا فلا يثبت له حق الأخذ.

وإذا أخرجت الأرض المشتركة خمسة أوسق ففيها العشر في إحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأن المعتبر هو الخارج دون المالك، ورُوي عنه أنه لا يجب، وهو قول محمد كما في نصاب السوائم.

(باب ما يُحْتَسَبُ لصاحب الأرض)

ويجب العشر في جميع الخارج ولا يحتسب لصاحبها ما أنفق من سقي أو عمارة أو أجرة حافظ؛ لأنه وجب باسم العشر وأنه يقتضي الشركة في جميعه ولا ينبغي له أن يأكل جميع الخارج قبل أداء العشر؛ لأنه مشترك، فإنه أكل حق الغير فلا يحل، وإن أفرز العشر يحل له أكل الباقي كما في الطريق المشترك إذا أفرز نصيب صاحبه يحل، وإن كان بغير إذنه. ولا ينبغي له أن يأكل جميع الخارج قبل أداء الخراج، قيل: هذا في خراج المقاسمة؛ لأنه يجب في الخارج فكان الخارج مشتركا، فأما خراج الوظيفة يجب في الذمة فيحل له، وقيل: لا بل فيهما؛ لأن الإمام حق حبس الخارج بالخراج، فلو أكل قبل أداء الخراج يصير مبطلًا حقه في الحبس كالمشتري لا يحل له أكل الطعام قبل نقد الثمن بغير إذن البائع.

وقال أبو حنيفة: ما أكل من الثمرة أو أطعم غيره ضمن عشره، وعن أبي يوسف: أنه لا يضمن بقدر ما يكفيه وعياله ولكنه يعتبر في تكميل الأوسق.

وما تلف أو ذهب منه بغير صنعة سقط عنه بقدره، إلا إذا أخذ من متلفه ضمان المتلف ففيه العشر؛ لأنه بدل مال مشترك ووقت الوجوب عند أبي حنيفة عند ظهور الثمرة؛ لقوله تعالى: ﴿وَمِمَّآ أَخۡرَجۡنَا لَكُم مِّنَ ٱلۡأَرۡضِۖ﴾ [البقرة: ٢٦٧]، وعند أبي يوسف عند الإدراك؛ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦۖ﴾ [الأنعام: ١٤١]؛ جاء في التفسير المراد منه العشر.

وعند محمد: عند استحكامه وتصفيته وحصوله في الحظائر؛ لأنه لما تتناهى الثمرة عند ذلك، وثمرته إنما تظهر عند أبي حنيفة فيما إذا استهلكه بعد الوجوب يضمن العشر وقبله لا، وعندهما في هذا وفي تكميل النصاب.

ولو عجل عشر أرضه قبل الزرع لم يجز، ولو عجل بعد الزرع قبل النبات أو عجل عشر الثمار قبل طلوعها جاز عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز؛ لأن السبب هو الأرض النامية وذلك لا يتحقق إلا بحدوث الزرع وطلوع الثمر.

لأبي يوسف: أن الزرع سبب لحصول النماء غالبًا فصارت الأرض نامية به، وكذلك النخل سبب لحدوث الثمر؛ لأن الشجرة للثمرة بمنزلة ساق الزرع للحب، ويؤخذ العشر من التركة، وإن لم يوص به؛ لأنه نبت مشتركا بينه وبين الفقراء.

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه لا يؤخذ؛ لأنه صار ملكا للغير.

ولو كان له نخل بعضه برني[1] وبعضه شهريز[2] وبعضه دقل، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: يأخذ من كل نخل حصتها من العشر؛ لأن ثمرة كل نخلة طلعت مشتركة، وقال محمد ومالك: يجعله ثلاثة أصناف جيد ورديء ووسط، فيأخذ من الوسط باعتبار الزكاة.

(باب بيع الطعام المعْشُور)

وإذا باع الطعام المعشور فللمصدق أن يأخذ عشره من المشتري وإن تفرقا؛ لأن الحب نبت مشتركا تسعة أعشاره للمالك وعشره للفقراء، ولهذا صار المالك ممنوعا من الانتفاع به فلم ينفذ بيعه في مقدار العشر بخلاف بيع مال الزكاة؛ لأنه يملك نقل الحق من النصاب إلى مال آخر فلم يصر ممنوعا من الانتفاع به فنفذ بيعه فيه، وإن شاء أخذ من البائع لإتلافه محل حق الفقراء.

وذكر في (**المنتقى**): وإن قبضه المشتري وغيبه أخذ العشر من الثمن.

ولو باعه بأكثر من قيمته ولم يقبضه المشتري فللمصدق أن يأخذ عشر الطعام، وإن شاء أخذ عشر الثمن ويكون هذا إجازة للبيع.

وإن كان البائع حابى فيه بما لا يتغابن الناس فيه فليس للمصدق إلا أخذ عشر الطعام، وإن كان استهلكه أخذ من البائع عشر طعام مثله إلا أن يعطيه مقدار قيمته من الثمن.

---

(١) برني: اسود اللون، يؤكل تمرًا ورطبًا.

(٢) السهريز: (شهريز)، ويسمى: (السوادي)، ويقال له: (القطيعاء)، وهو الاوتكي، منه في العراق ولونه أحمر.

وإن كان المشتري استهلكه فالمصدق بالخيار إن شاء ضمن البائع، وإن شاء ضمن المشتري مثل عشره؛ لأن كل واحد متلف حقه.

وقال محمد: ليس له أن يضمن المشتري؛ لأنه إنما استهلكه بأمر مالكه، ألا ترى أنه لو لم يبعه وأطعم الناس فأكلوه ليس له أن يضمنهم، أرأيت لو كان المشتري لم يستهلكه ولكنه باعه وسلمه أو وهبه من آخر وسلمه لم يكن للمصدق أن يأخذ العشر من المشتري الثاني والموهوب له ولكنه يرجع بالضمان على البائع الأول فكذا هذا.

ولو باع المصدق عشر الطعام من رب الأرض أو من غيره قبل قبضه جاز؛ لأنه شريك فيه بالعشر ولا يجوز في الزكاة؛ لأنه ليس بشريك فيها، وعن محمد: أنه لا يجوز في العشر أيضًا.

ولو باع أرضًا وفيها زرع قد أدرك فعلى البائع العشر؛ لأنه انتهى الزرع في ملكه وسلم له بغير عوض، فأما المشتري استحقه عوضًا عن الثمن فلا شيء عليه، وكذلك إن باعه وهو قصيل فقصله المشتري فعشره على البائع في ثمنه؛ لأن الخارج سلم للبائع بغير عوض معنى، والقصيل وإن كان تبنًا ولا عشر في التبن لكنه سبب لانعقاد الحب، فإذا باعه بشرط أن يقصله المشتري فقد منع انعقاد الحب في ملكه بعد وجود سببه ففات الحب بصنعة فيضمن كالمحرم إذا كسر بيضة صيد ضمن، وإن باع الزرع وهو بقل أو قصيل فتركه المشتري حتى أدركه فعلى المشتري العشر؛ لأن الحب هو المقصود، فإذا انعقد في ملك المشتري وجب فيه العشر فلا يجب في البقل كما قبل البيع، وعن أبي يوسف: عشر البقل على البائع وعشر الزيادة على المشتري؛ لأن البقل سلم للبائع بغير عوض والحب سلم للمشتري بغير عوض.

وكذلك لو اشترى الثمار بعد طلوعها وتركها بإذن البائع حتى بلغ أو اشترى الأرض مع الثمار بعد طلوعها، ولو باع العنب أخذ العشر من ثمنه؛ لأن حق الفقراء تعلق بعينه والثمن بدله، وكذلك لو اتخذه عصيرا ثم باعه فعليه عشر ثمن العصير؛ لأن العين ما تبدل من كل وجه؛ لأن أجزاء العنب موجودة في العصير.

ولو اتخذه ناطفًا فباعه فعليه قيمة العنب؛ لأنه استهلك العين باتخاذه ناطفا.

(باب إجارة أرض العُشر والخراج وإعارتها وأخواتها)

ولو أجر أرضًا عشرية فالعشر على الآجر عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما على المستأجر؛ لأن العشر يجب في الخارج وهو ملك المستأجر وصار كما لو أعارها منه.

لأبي حنيفة: أن الخارج في معنى حاصل للآجر لحصول الأجر له؛ لأن الأراضي كما تستنمي بالزراعة تستنمي بالإجارة ويسلم الخارج للمستأجر بعوض؛ لأن الأجرة تقابل المنفعة ومنفعة الأرض ليست إلا الخارج، ولو هلك الخارج قبل الحصاد لا يجب العشر على الآخر، وإن هلك بعد الحصاد لا يسقط العشر عن الآجر، وعندهما لو هلك قبل الحصاد أو بعده، فإنه يهلك بما فيه.

ولو أعارها من مسلم فزرعها فالعشر على المستعير؛ لأن الخارج سلم له صورة ومعنى بغير عوض، ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب على المعير، وهو قول زفر؛ لأنه وهب المنفعة منه فصار كما لو وهب الزرع منه.

ولو أعارها من كافر فالعشر على المعير عند أبي حنيفة؛ لأنه تعذر إيجاب العشر على المستعير وهو الكافر لما فيه معنى القربة والخارج إنما يسلم للمستعير من جهة المعير فيعتبر سالما له معنى إذا الأراضي النامية لا تخلو عن حق ومؤنة فمتى تعذر إيجابه على المستعير أوجبنا على المعير إذا التعذُّر حصل بفعله، وعندهما: على الكافر، لكن عند محمد: عشر واحد. وعند أبي يوسف عشران لما مر، ولو دفعها مزارعة، فعندهما: المزارعة جائزة والعشر في الخارج، وعند أبي حنيفة: المزارعة فاسدة، ولو خرج الزرع وأدرك فعشر الخارج كله على رب الأرض؛ لأنه إن كان البذر من قبل ربِّ الأرض فجميع الخارج له وللمزارع أجر عمله، وإن كان البذر من قبل المزارع فالخارج له ولربِّ الأرض أجر مثل أرضه فكأنه أجرها منه إلا

أن في حصته يجب في عينه وفي حقه المزارع يكون دينا في ذمته؛ لأن نصيب المزارع لا يسلم له حقيقة وإنما يسلم له بدله.

ولو هلك الخارج سقط العشر عنهما عندهما، وعند أبي حنيفة قبل الحصاد كذلك؛ لأنه هلك قبل وجوب العشر وبعده لا يسقط عنه عشر حصة المزارع؛ لأنه يكون دينا عليه والدين لا يسقط بهلاك المال كصدقة الفطر ويسقط في حصته؛ لأنه متعلق بعين الخارج.

ولو استهلكه رجل بعد الاستحقاق قبل الحصاد أو سرقه في المزارعة والإجارة فلا عشر حتى يؤدي المستهلك للضمان؛ لأنه لو هلك قبل الحصاد ولم يخلف بدلا سقط العشر أصلًا، فإذا هلك وخلف بدلا تأخر الأداء إلى قبض البدل فيجب على ربِّ الأرض عشر البدل عند أبي حنيفة، وعندهما: عليهما؛ لأن البدل قائم مقام الخارج فصار كما لو سلم لهما عين الخارج.

ولو غصبها غاصب فزرعها؛ فعندهما: العشر على الغاصب، وعنده: ينظر إن انتقصت الأرض بالمزارعة فعلى المالك وعلى الغاصب نقصان الأرض كأنه أجرها منه، وإن لم تنقص فعلى الغاصب كالعادِيَةِ سواء، وإن كان الغاصب كافرا فلا عشر على واحد منهما، وإن كانت الأرض خراجية فالخراج على رب الأرض في الوجوه كلها إلا في الغصب؛ لأن في المزارعة سلم له بعض الخارج حقيقة، وفي الإجارة سلم له بدل الخارج وهو الأجر؛ فيكون سلامة البدل كسلامة المبدل، وفي الإعارة فَلِأَنَّ وجوب الخراج معلق بالتمكن من الزراعة لا بحقيقة الخارج؛ إذ لو علق بحقيقة سوى الخارج ربما لا يزرع صاحب الأرض أبدا فلا يصل من له الحق في الخراج إلى حقه، وصار كوجوب الأجرة في الإجارة معلق بالتمكُّن من استيفاء المنفعة لا بحقيقة الاستيفاء، والمعير كان متمكنا من الزراعة، وإنما فات التمكن بتقصير من قبله فلا يعتبر فائتا بخلاف العشر، فإنه متعلق بحقيقة الخارج والخارج سلم للمستعير حقيقة، وأما في الغصب إذا لم ينقصها الزراعة فالخراج على الغاصب؛ لأنه لم يسلم للمالك الخارج ولا بد له، ولم يترك الزرع مع الإمكان حتى يجعل زارعًا حكمًا، حتى لو كان الغاصب مقرًّا أو كان له على ذلك بيِّنة عادلة ولم

يأخذ من الغاصب فالخراج على رب الأرض؛ لأنه ترك الزراعة مع تمكُّنه منها فصار كما لو أعارها منه، فإن نقصتها الزراعة وغرم الغاصب ما نقصتها كأنه أجرها.

وقال محمد: إن كان نقصان الأرض أكثر فالخراج على رب الأرض، فإن كان أقل فعلى الغاصب وسقط عنه ضمان النقصان؛ لأن إيجاب الخراج على رب الأرض يؤدي إلى الإجحاف به، فإنه لم يرض يتحمل الخراج متى كان ضمان النقصان أقل من الخراج بخلاف الأجر؛ لأنه رضي بتحمل الخراج لما رضي بالأجر اليسير فأوجبنا كله على الغاصب وتعذر إيجابه مع ضمان النقصان؛ لأنه حينئذ يكون الخارج سالما بعوض فلا يلزمه كالمستأجر، وجه ظاهر الرواية: إن رب الأرض لما اختار تضمين النقصان فقد رضي بتحمل العشر والخراج كالآجر رضي بتحمل الخراج باشتراط الأجرة لنفسه وصار كالتغريم كأنه أجرها منه حتى لو لم يغرم الغاصب نقصان الأرض يلزم الخراج الغاصب دونه؛ لأن الخارج سلم له بغير عوض، وعن أبي يوسف رحمه الله ومحمد في النوادر: بقدر ضمان النقصان يجب على رب الأرض ما زاد على الغاصب.

وذكر في كتاب العشر والخراج: لو غرس المستعير أو المستأجر فيها أشجارًا ملتفة أو كرمًا أو زرع رطابًا فعلى رب الأرض خراج الزرع ما لم يدرك الكرم والأشجار كما لو غرس بنفسه، فإذا أدرك تجب وظيفة الكرم والرطاب على المستعير والمستأجر؛ لأن المنفعة حصلت لهما حقيقة وحصولها غير مضاف إلى تمكين المالك؛ لأنه تخلل بينهما فعل فاعل مختار وهو الغرس والزرع فيكون الحصول مضافا إلى المباشرة دون التسبب إلا أن صاحب الأرض كان متمكِّنا من استيفاء إحدى المنفعتين إما منفعة الزراعة أو منفعة الكرم ولا يتمكن من استيفائهما جميعًا في حالة واحدة، فلا بد من اعتبار إحديهما وإسقاط الأخرى فكان اعتبار التمكن من منفعة الزراعة أولى؛ لأن منفعة الزرع أقل وإنه متيقن والأكثر مشكوك فيه، وقد فات هذا التمكن من جهته فاعتبرناه متمكنا من منفعة الزراعة في حق إيجاب وظيفة الزرع عليه، فصار كأنه فوت إمكان منفعة الزراعة لا غير فيلزمه

وظيفة الزرع ما بقيت وظيفته، فإذا تبدلت إلى وظيفة الكرم وهو لم يبق متمكِّنا منفعة الكرم حقيقة وحكما فلا يلزمه.

(باب الخراج)

الخراج وظيفة قديمة موظفة في الجاهلية كفاية للمقاتلة؛ لأن الانتفاع بالأراضي لا يتهيأ إلا بالحماية؛ لأن العدو يمنع من الانتفاع بهذا والحماية بالمقاتلة، ولا بد للمقاتلة من الكفاية إذا عدوا أنفسهم للقتال فوظف الخراج على أرباب الأراضي كفاية للمقاتلة وهذا كان رسم كسرى فصار ذلك حكمًا شرعيًّا بالسنة والإجماع.

أما السنة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**مَنَعَت الْعِرَاقُ قَفِيزَهَا**[1] **ودِرْهَمَهَا، وَمَنَعَت الشَّامُ دِينَارَهَا ومُدْيَهَا**[2]**، وَمَنَعَتْ المِصْرُ دِينَارَهَا وإِرْدَبَّهَا**[3] - يعني يستمتع - **وقد عدتم كما بدأتم** - يعني كانوا يأخذون الأخرجة في الابتداء - **ثم جاء قوم آخرون ومنعوا، ثم يجيء قوم وتأخذ منكم**»[4]، فقد ذم أهل هذه البلاد بمنع الخراج والإنسان إنما يذم بمنع واجب.

---

(١) (الْقَفِيز) مِكْيَالٌ مَعْرُوفٌ لِأَهْلِ الْعِرَاق، يسعُ اثنا عشر صاعا، ويعادِل حاليا ستة عشر كيلو جراما.

(٢) (الْمُدْي) بِضَمِّ الْمِيم عَلَى وَزْن (قُفْل): مِكْيَالٌ مَعْرُوفٌ لِأَهْلِ الشَّام، يسعُ خمسة عشر صاعًا ونصفًا.

(٣) (الْإِرْدَبُّ): مِكْيَالٌ مَعْرُوفٌ لِأَهْلِ مِصْر، يَسعُ أربعةً وعشرين صاعًا، وأراد بالقفيز: العُشْر، وأراد بالدرهم: الخراج، وَمَعْنَى "مَنَعَت الْعِرَاق" وَغَيْرهَا أَنَّ الْعَجَمَ وَالرُّومَ يَسْتَوْلُونَ عَلَى الْبِلَادِ فِي آخِرِ الزَّمَان، فَيَمْنَعُونَ حُصُولَ ذَلِكَ لِلْمُسْلِمِينَ، وَقَدْ رَوَى مُسْلِمٌ هَذَا عَنْ جَابِر، قَالَ: يُوشِكُ أَلَّا يَجِيءَ إِلَيْهِمْ قَفِيزٌ وَلَا دِرْهَم، قُلْنَا: مِنْ أَيْنَ ذَلِكَ؟، قَالَ: مِنْ قِبَلِ الْعَجَمِ، يَمْنَعُونَ ذَاكَ، وَذَكَرَ فِي مَنْعِ الرُّومِ ذَلِكَ بِالشَّامِ مِثْلَه، وَهَذَا قَدْ وُجِدَ فِي زَمَانِنَا فِي الْعِرَاق، وَهُوَ الْآنَ مَوْجُود.
وَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّ الْكُفَّارَ الَّذِينَ عَلَيْهِم الْجِزْيَةُ تَقْوَى شَوْكَتُهُمْ فِي آخِرِ الزَّمَان، فَيَمْتَنِعُونَ مِمَّا كَانُوا يُؤَدُّونَهُ مِن الْجِزْيَةِ وَالْخَرَاجِ وَغَيْر ذَلِكَ. النووي (٩/٢٧٥).

(٤) أخرجه «مسلم» ٨/١٧٥ (٧٣٨٠) قال: حدثنا عبيد بن يعيش، وإسحاق بن إبراهيم، قالا: حدثنا يحيى بن آدم بن سليمان، مولى خالد بن خالد. و«أبو داود» (٣٠٣٥) قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن يونس.

وأما الإجماع فما رُوي عن عمر رضي الله عنه: لما فتح سواد العراق عنوة وتركها على أربابها، وبعث عثمان رضي الله عنه ابن حنيف ليمسح للأراضي، وجعل حذيفة بن اليمان مشرفًا عليه فمسح فوظف الخراج على كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة درهما وقفيزا مما يزرع، وعلى كل جريب رطبة خمسة دراهم، وعلى كل جريب كرم عشرة دراهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله عنهم فصار إجماعًا.

ثم الخراج نوعان: خراج وظيفة، وخراج مقاسمة.

فالوظيفة: ما وظفه عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة درهم وقفيز مما يزرع فيها، فالقفيز هو الصاع والدرهم هو الفضة الخالصة وزنه وزن سبعة.

والجريب أرض طولها ستون ذراعًا وعرضها ستون بذراع الملك ملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضه، قيل: هذا جريب سواد العراق، فأما جريب أرض كل بلدة ما هو المتعارف عندهم، وفي الجريب الذي فيها أشجار مثمرة ملتفّة لا يمكن زراعتها؛ قال محمد رحمه الله: يوظف عليها بقدر ما تطيق؛ لأنه بمعنى البستان لا بمعنى الكرم، فإن البستان اسم لمحوّطٍ فيه أشجار وليس فيه رياحين والكرم اسم لمحوّطٍ فيه رياحين ولم يرد من عمر رضي الله عنه تقدير في البستان فيكون التقدير فيه مفوضا إلى الإمام.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يوظف بقدر ما تطيق ولا تزاد على جريب الكرم؛ لأن البستان بمعنى الكرم فالتقدير الوارد في الكرم واردا فيه دلالة.

وإن كانت الأشجار متفرقة فلا شيء فيها لأنها تابعة للأرض بدليل أنها تدخل في البيع من غير ذكر فتكون وظيفة الأرض وظيفة الأشجار.

وفي جريب يتخذ منها الزعفران قدر ما يطيق فينظر أن كان عليها تبلغ غلة الأرض المزروعة يوجد منها قدر الخراج الزرع، وإن كانت تبلغ غلة الرطبة يؤخذ خمسة دراهم.

وفي ديارنا ما وظفوا بوظيفة عمر رضي الله عنه وإنما وظفوا من الدراهم وفتوى الأئمة المتقدمين كذلك، وعن محمد رضي الله عنه في النوادر: أن الخراج يجب عند

بلوغ الغلة على اختلاف البلدان؛ لأنه إنما يجب بإزالة سلامه الخارج إما حقيقة أو تقديرًا، فصار كالبدل عن الخارج فما لم يسلم لرب الأرض الخارج لا يسلم للإمام الخارج الخراج تحقيقا للمبادلة؛ لأن المبادلة تقتضي المساواة وله أن يحول بينه وبين غلاته حتى يستوي الخراج؛ لأن الخارج إنما يسلم لرب الأرض بحماية الإمام ببدل لاستوجب عليه، فله أن يحبس المبدل حتى يستوفي البدل كما في البيع.

ويستوفي الخراج بقدر ما يستوفي رب الأرض الخارج تحقيقا للمساواة.

وإن أخرجت الأرض مقدار مثلي الخراج فصاعدا يؤخذ جميع الخراج، وإن أخرجت قدر الخراج لا غير يؤخذ نصفه تحقيقًا للنظر من الجانبين؛ لأنه لو أخذ جميع الخراج متى كان الخارج مثله يكون إجحافًا بصاحب الأرض، ولو نقص منه شيء كان الخارج ضعف الخراج فصاعدًا كان حيفًا بالمقابلة؛ لأنه توظيف نصف الخراج هنا ابتداء يجوز فأبقاه أجور.

له أرض فغرسها كرمًا فعليه خراج الأرض ما لم تثمر؛ لأنه لم يصر كرمًا معنى فلا تتبدل الوظيفة، فإن أثمر فعليه خراج الكرم، فإن قيِّمةُ عشرين درهما يؤخذ جميع الخراج، وإن كان أقل يؤخذ نصفه، وإن كان أقل من قفير ودرهم يؤخذ منه قفير ودرهم؛ لأن هذا القدر إنما فات بصنعه، وهو ترك الزراعة باتخاذها كرما، وكذلك إذا زرع فيها رطبة أو أشجارا ملتفَّة ولو كان فيها لعمة أو طرفا أو قصب أو دلب أو خلاف أو صنوبر، فإن كان يقطع ويباع ففيها الخراج؛ لأن الأراضي تستنمى بهذه الأشياء، وإن كان لا يقطع ولا يباع، فإن أمكن إصلاحها للزراعة ففيها الخراج وإلا فلا.

وذكر في النوادر: قوم اشتروا ضيعة فيها كرم وأرض قراح فاشترى أحدهم الكرم والآخر الأرض، فإن كان حصة كل شيء من الخراج معلومة فهو على ما عرف وإن تكن معلومة إن كان الكرم كرمًا في الأصل لم يعرف هو إلا كرمًا والأرض كذلك فعلى الكرم خراج الكرم وعلى الأرض خراج الأرض، وإن كان الكل دراهم تقسم على قدر المنافع، وإن كان الكرم في الابتداء أرضًا قسم الخراج على الأرض كأن الكلَّ أرضٌ.

عطل أرض الخراج فعليه خراجها؛ لأن سبب وجوب الخراج هو الأرض النامية بالخارج تحقيقًا أو تقديرًا فمتى تمكن من الزراعة ولم يزرعها فقد حصل النماء تقديرًا لقيام التمكن مقام النماء تحقيقا؛ كما في الإجارة أقيم التمكن من الانتفاع مقام حقيقة الانتفاع، فإن زرعها فاصْطلمته آفة بطل عنه الخراج؛ لأنه لما خرج الزرع تعلق الحكم بحقيقة النماء وسقط اعتبار النماء تقديرا، فإذا هلك الخارج ذهب الحكم بذهاب علته.

وكذا لو منعه إنسان عن الزراعة لا خراج عليه؛ لأنه لا يتمكن من الزراعة.

وذكر في النوادر: الزكاة إن بقيت من السنة مقدار ما لو زرع يخرج مثلي الخراج بأن بقي مقدار ما يزرع الدُّخن أو الجاوَرْس ويصير قصيلا ولم يزرع فعليه الخراج؛ لأنه حصل له الخارج تقديرًا.

اشترى أرضًا خراجية وبنى فيها دارًا يجب الخراج على المشتري؛ لأنه هو الذي عطل فصار كالمتمكن معنى.

والأرض السبخة إن كان يبلغها الماء ويمكن إصلاحها يجب فيها الخراج وإلا فلا؛ لأنه متى تمكن من إصلاحها فقد تمكن من زراعتها فقد حصل له الخارج تقديرًا.

وأما خراج المقاسمة: أن يمن الإمام على أهل بلدة فتحها فيجعل على أراضيهم مقدار ربع الخارج أو ثلثه أو نصفه ولا يزيد على النصف؛ لأن التقدير ورد بالنصف فإنه رُوي: «**أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر لأهلها معاملةً بالنِّصف**»[1]،

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/٩٤ (٢٢٨٥) و٣/١٤٠ (٢٤٩٩) و٣/١٩٠ (٢٧٢٠) و٥/١٤٠ (٤٢٤٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا جويرية بن أسماء. وفي ٣/١٠٤ (٢٣٢٨) قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر، قال: حدثنا أنس بن عياض، عن عبيد الله. وفي ٣/١٠٥ (٢٣٢٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله. وفي (٢٣٣١) قال: حدثنا محمد بن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا عبيد الله. و«مسلم» ٥/٢٦ (٣٩٦٢) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، وزهير بن حرب، واللفظ لزهير، قالا: حدثنا يحيى، وهو القطان، عن عبيد الله. وفي (٣٩٦٣) قال: وحدثني علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا علي، وهو =

والتقدير الشرعي إما لمنع الزيادة أو لمنع النقصان، وهذا التقدير لم يمنع النقصان بالإجماع فوجب أن يمنع الزيادة لئلا يتعطل التقدير ولا يتعرى عن الفائدة، ويكون حكم هذا كحكم العشر إلا أنه يوضع موضع الخراج؛ لأنه في الحقيقة خراج، ومن أدى العشر والخراج بنفسه فللإمام أن يأخذه منه ثانيا؛ لأن حق الأخذ له[1].

(**النوادر**): إذا لم يطلب الإمام الخراج يتصدق به على الفقراء؛ لأنه إذا لم يطلب لم يمكنه الأداء إليه بقي طريق الأداء التصدق ليخرج عن العهدة.

ولو ترك السلطان لرجل خراج أرضه يجوز عند أبي يوسف، وعند محمد لا

=

ابن مسهر، قال: أخبرنا عبيد الله. وفي (٣٩٦٤) قال: وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا عبيد الله. وفي (٣٩٦٥) قال: وحدثني أبو الطاهر، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرني أسامة بن زيد الليثي. وفي ٢٧/٥ (٣٩٦٦) قال: وحدثنا ابن رمح، قال: أخبرنا الليث، عن محمد بن عبد الرحمن. و«ابن ماجه» (٢٤٦٧) قال: حدثنا محمد بن الصباح، وسهل بن أبي سهل، وإسحاق بن منصور، قالوا: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (٣٠٠٨) قال: حدثنا سليمان بن داود المهري، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني أسامة بن زيد الليثي. وفي (٣٤٠٨) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. وفي (٣٤٠٩) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، عن الليث، عن محمد بن عبد الرحمن، يعني ابن عنج. و«الترمذي» (١٣٨٣) قال: حدثنا إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله. و«النسائي» ٥٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٦٤٦ و١١٧٣٧) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن محمد بن عبد الرحمن. وفي ٥٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٦٤٧ و١١٧٣٨) قال: أخبرنا عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الحكم، قال: حدثنا شعيب بن الليث، قال: حدثنا أبي، عن محمد بن عبد الرحمن. خمستهم: (عبيد الله بن عمر، وعبد الله بن عمر، وجويرية بن أسماء، وأسامة بن زيد الليثي، ومحمد بن عبد الرحمن بن عنج) عن نافع، فذكره.

(١) انظر: البدائع ٢٠٧/٤، ٢٠٨، وابن عابدين ٥٣/٥، والمدونة ١٠٧/١١، والمواق شرح مختصر خليل ٥/٥، والدسوقي ٣٠/٤ - ٣٣، ٩٤، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٥٥/٤، وشرح المحلى للمنهاج مع حاشية القليوبي ٨٧/٣، ونهاية المحتاج ٢٥/٥ و٢٤٩/٤، وشرح الروض ٣٥/٤، ومغني المحتاج ١٢٨/٢، والمغني ٤٦/٦ - ٤٨ ط. المنار، والإنصاف ٦٨/٦، ٦٩، وشرح منتهى الإرادات ٢٣١/٢، ٣٧٦.

يجوز ولو وهب العشر منه لا يجوز بالإجماع فمحمد سوى بينهما؛ لأن الخراج مؤنة الأرض وهو فيءٌ لجماعة المسلمين كالعشر كما بينا.

وأبو يوسف فرق والفرق أن للسلطان في الخراج حق، فإذا ترك صح، وهو بمنزلة صلة منه ولا كذلك العشر؛ لأنه حق الفقراء على الخلوص وعليه الفتوى.

ولو عجل خراج أرضه لسنتين جاز؛ لأنه أدى بعد انعقاد سبب الوجوب وهو الأرض النامية فيجوز كما في العشر.

ولو عجل الخراج ثم عجز عن الزراعة يرد عليه إن كان قائمًا، وإن كان دفعه إلى المقاتلة فلا شيء عليه كما في الزكاة.

وذكر محمد في نوادر الزكاة: إن زرعها السنة الثانية يحسب له ذلك بما عليه؛ لأن ما عليه مثل ما له على الإمام فيلتقيان قصاصا.

(**الزيادات**): ويجوز النقصان عن وظيفة عمر رضي الله عنه عند قلة الريع وعدم الطاقة؛ لأن هذا الحق مبني عن الطاقة لقول عمر رضي الله عنه لحذيفة وعثمان بن حنيف رضي الله عنهما حين مسحا سواد العراق ووظفا الخراج ورجعا: لعلكما حملتما ما لا يطيق، فقالا: لا بل حملنا ما نطيق ولو زدنا لطاقت.

وأما الزيادة أجمعوا على أنه لا تجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه على الأراضي التي وظفها من سواد العراق لما فيه من مخالفة إجماع الصحابة رضوان الله عليهم، وكذلك على ما وظفه إمام آخر في أرض مثل ما وظفه عمر رضي الله عنه؛ لأن الوظيفة الأولى حكم صدر عن اجتهاد فلا يحل لآخر أن ينقضه باجتهاد مثله وفي الزيادة على الوظيفة الأولى نقض حكم أمضاه الأول باجتهاده باجتهاد مثله؛ لأن الزيادة على المقدر شرعا نسخ وتبديل للأول.

ولو أراد أن يوظف ابتداء تجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه بقدر ما يطيق عند محمد وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأنه ليس فيه نقض حكم أُمضي عن اجتهاد باجتهاد مثله إنما هو حكم ينشئه ابتداء باجتهاد فيوظف على حسب ما يؤدي إليه اجتهاده.

وتقدير عمر رضي الله عنه الخراج في سواد العراق ليس بنهي عن الزيادة في غيرها بل هو مسكوت عنها فيكون مفوضا إلى اختيار الإمام، ولا تجوز عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن الخراج مقدر شرعا؛ لأن اتباع إجماع الصحابة في التقدير واجب؛ لأن المقادير لا تعرف إلا سماعًا وتوقيفًا، والتقدير إنما يكون لمنع الزيادة والنقصان وبالإجماع لا يمنع النقصان فدل على أن تمنع الزيادة لئلا تفوت فائدة التقدير، ولهذا لم يرد عمر رضي الله عنه في الوظيفة مع وجود الطاقة، وإن حولهم الإمام من وظيفة إلى أخرى برضاهم أجاز؛ لأنه صارت وظيفة بتراضيهم، وإن كان بغير رضاهم، وقد ظهر المسلمون على تلك الأراضي قهرا فكذلك؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه؛ لأن من الناس من قال في الأراضي الممنونة بها على أهلها هي مملوكة للمسلمين وهي بمنزلة الإكراه، وقيل: هم عبيد للمسلمين ضربنا عليهم الضرائب وعندنا الأراضي مملوكة لهم وما يوجد منهم خراج لكن حكم الإمام في محل الاجتهاد نافذ كما لو وظفه ابتداء.

وإن كانوا صالحوا عليها قبل الظهور عليهم فتحويله باطل؛ لأن في التحويل غرورًا وليس نقضا في فصل مجتهد فيه فلا يجوز أصلًا.

أرض ارتد أهلها ثم أسلموا بعد أن ظهر عليها المسلمون، فإن شاء الإمام قسمها بين المقاتلة، وإن شاء وضع عليها الخراج، وإن شاء العشر وصرفه إلى المقاتلة مكان الخراج، وإن شاء إلى الفقراء إن كانت المقاتلة أغنياء؛ لأنه نصب للمصلحة فيفعل ما يراه أصلح، وإن رأى أن ينقلهم إلى أرض أخرى وينقل غيرهم إليها جاز لأنهم ليس لهم في الأراضي حقوق محترمة فلا يكون في التحويل إبطال حقهم.

ولو منَّ عليهم بترك الأراضي لا يحولهم عنها إلا بعذر؛ لأن بعد المَنِّ صاروا ذمة وتقدر ملكهم في الأراضي فلا ينزعها عنهم إلا بعذر وهو أن يخاف أن يصيروا عونا للمشركين فجاز التحويل نظرا للمسلمين، فإذا حولهم يحولهم بعوض كما أجلى عمر رضي الله عنه يهود خيبر بعوض ويضع على أراضيهم الخراج لأنها صارت مستحقة للغانمين قبل الإسلام وبالمن قطع حقهم عنها فلا بد من توظيف

الخراج ليصرف إلى المقاتلة فيكون ذلك عوضا عن حقهم فلم يكن بمعنى ابتداء التوظيف بل بمعنى لبقاء الخراج بعد الإسلام صاحبه.

ولو حول الإمام قومين كل قوم إلى دار آخر جاز للمصلحة وعلى كل قوم وظيفة البلاد التي كانوا فيها، وذكر بعد هذا وظيفة الأرض المنتقل إليها قيل فيه روايتان، والصحيح أنه اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضع المسألة هنا فيما إذا كان المالك بمقابلة الجماجم والأراضي فلا يمكن التحويل في حصة الجماجم ولا في حصة الأراضي بدون الجماجم فلهذه الضرورة وجب عليهم وظيفة البلدة التي كانوا فيها وموضوع المسألة هناك فيما إذا كان حصة الجماجم مسماة وحصة الأراضي مسماة فيجب عليهم وظيفة الأرض المنتقل إليها.

ولو غلب الكفار على بلدة إسلامية بعضها عشري وبعضها خراجي، ثم غلب الإمام عليها فله أن يجعل كلها خراجية، وإن شاء عشرية، وإن شاء قسمها بين الجند؛ لأنه انقطع حكم الأول وصار كالابتداء حتى لو أسلموا عليها فهي على الحالة الأولى.

ولو حضر بعض أهلها من المسلمين فأخذ أرضه عادت إلى ما كانت خراجية أو عشرية؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه فعاد بصفته الأولى.

رجل له أرض خراج فعجز عن الزراعة وعن أداء الخراج يؤاجر الأرض من غيره ويؤخذ الخراج من الأجرة، فإن لم يجد من يستأجرها باعها الإمام فأخذ الخراج ورد عليه الفضل وهذا قول الكل.

أما عندهما فلأن الخراج دين وللإمام ولاية بيع مال المديون عندهما.

وأما عند أبي حنيفة؛ لأن في هذا ضرر خاص لنفع خاص فلا يتحمل ذلك.

وعن أبي حنيفة في (**النوادر**): إذا هرب أهل الخراج إن شاء الإمام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين، وإن شاء دفع إلى قوم وأطمعهم على شيء فكان ما يأخذ للمسلمين؛ لأن فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها بأن يؤاجرها، فإن لم يجد من يزرعها ذكر في نوادر الزكاة أنه يبيعها؛ لأنه لو لم يبع يفوت حق المقاتلة

في الخراج أصلًا، ولو باع يفوت حق المالك عن العين إلى خلف والفوات إلى خلف لا يعد فواتا فيتبع تحقيقًا للنظر من الجانبين.

(باب بيع أرض الخراج)

(**المنتقى**): ولو باع أرض الخراج إن بقي من السنة مقدرًا ما لو زرعها المشتري وأدرك الزرع فالخراج عليه؛ لأن الخارج سلم له إما حقيقة أو تقديرا، وإن لم يبق فالخراج على البائع؛ لأن الخارج سلم له وذلك مقدر بثلاثة أشهر لأنها مدة يدرك الزرع فيها غالبًا، وإن كان فيها زرع لم يبلغ ولم ينعقد الحب فالخراج على المشتري بكل حال، وإن كان لم يعقد الحب فهو بمنزلة ما لو باع أرضًا فارغة.

ولو باعها من رجل ثم المشتري باعها من آخر بعد شهر ثم الثاني ثم الثالث كذلك حتى مضى الحول فلا خراج على واحد منهما، إلا على من كان في يده وقد بقي لتمام السنة ثلاثة أشهر.

وعن محمد رحمه الله: لو أوصى لرجل بأن يزرع في كل سنة عشرة أجربةٍ من أرضه فالبذر والسقي والخراج على الموصى له.

وإن أوصى أن يزرع له في كل سنة عشرة أجربةٍ من أرضه فالبذر والخراج في مال الميت؛ لأن الوصية وقعت بالزراعة في مال الميت.

وعن أبي حنيفة رحمه الله لو أوصى لرجل بثمرة نخله أو زرع قد أدرك فالخراج على الموصى له؛ لأن الخارج سلم له بغير عوض قبل وجوب الخراج على الموصي.

ولو قطع الثمرة وحصد الزرع ثم أوصى به لرجل فالخارج على الموصي؛ لأنه أوصى بعد وجوب الخراج عليه.

ولا يعتبر المالك والأهلية في العشر والخراج حتى تجب في الأراضي الموقوفة وأراضي المكاتب والصبي والمجنون؛ لأن مؤنة الأرض وجبت حقا لحفظة الدار وحاميها وهؤلاء يحتاجون إلى الحماية كغيرهم فتجب عليهم.

ولو مات من عليه الخراج لا يؤخذ من تركته، ذكره محمد في نوادر الزكاة؛ لأن الخراج صلة يستحق على رب الأرض لأرزاق المقاتلة؛ لأنه لا يسلم إليه عوض بإزائه فشابه نفقة الأقارب والزوجات فتسقط بالموت.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخذ الخراج بعد موته من تركته؛ لأن الخراج وظيفة تستحق بسبب الأرض فيؤخذ بعد وفاته كالعشر والرواية الأولى أصح.

(باب [أخذ][1] الجزية)

تحتاج إلى معرفة: شرعية عقد الذمة، وأخذ الجزية، ومعرفة قدر الواجب، ووقت وجوبها، ومن يقبل منه الجزية ومن لا يقبل.

أما الأولى: فيجوز عقد الذمة وأخذ الجزية من سائر الكفار غير مشركي العرب والمرتدين، فإنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف لما يأتي، أما أهل الكتاب لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ٢٩﴾ [التوبة: ٢٩] فالله تعالى أمر بقتل الكفرة إلى غاية إعطاء الجزية والحكم الممدود إلى غاية ينتهي بوجود الغاية ليكون حكم ما بعد الغاية مخالفًا لما قبلها، ولأن إباحة قتل الكافر بسبب المحاربة لا باعتبار كفره لما يأتي في موضعه ولما قبل عقد الذمة فقد ترك المحاربة وصار سلما لنا فسقط عنه المقاتلة.

وأما مشركي العجم فلحديث عمر رضي الله عنه كما نذكر.

وأما بيان قدر الواجب: فإنه يجب على الفقير والمعْتمِل أي القادر على العمل والكسب اثني عشر درهما وعلى الوسط الحال أربعة وعشرون وعلى الغني الفائق في الغنى ثمانية وأربعين درهما لحديث عمر رضي الله عنه أنه فتح سواد العراق وضرب الجزية على جماجمهم ووضع الخراج على أراضيهم ووضع على الفقير المعْتمِل اثني عشر درهما وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما وعلى الغني الفائق

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

في الغنى ثمانية وأربعين درهما وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فَحَلَّ محلَّ الإجماع.

وعند الشافعي رضي الله عنه: يوضع على كل حالم منهم دينارا أو ما يعدله، وإن كان فقيرا غير معتمل لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ رضي الله عنه حين بعثه إلى اليمن: «**خذ من كل حالم وحالمة دينارًا أو عدله مغافر**»[1].

والصحيح قولنا؛ لأن عمر رضي الله عنه لم يضع على فقير غير معتمل شيئًا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦٨٤١) قال: أخبرنا معمر، والثوري، عن الأعمش، عن أبي وائل. و«أحمد» ٥/٢٣٠ (٢٢٣٦٣) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن الأعمش، عن أبي وائل. و«الدارمي» (١٧٤٧) قال: حدثنا عاصم بن يوسف، قال: حدثنا أبو بكر بن عياش، عن عاصم، عن أبي وائل. وفي (١٧٤٨) قال: حدثنا أحمد بن يونس، عن أبي بكر بن عياش، بنحوه. و«ابن ماجه» (١٨٠٣) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا يحيى بن عيسى الرملي، قال: حدثنا الأعمش، عن شقيق. و«أبو داود» (١٥٧٧) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، والنفيلي، وابن المثنى، قالوا: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش، عن إبراهيم. وفي (١٥٧٨) قال: حدثنا هارون بن زيد بن أبي الزرقاء، قال: حدثنا أبي، عن سفيان، عن الأعمش، عن أبي وائل. وفي (٣٠٣٩) قال: حدثنا النفيلي، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش، عن إبراهيم. و«الترمذي» (٦٢٣) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن الأعمش، عن أبي وائل. و«النسائي» ٥/٢٥، وفي «الكبرى» (٢٢٤٢) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا مفضل، وهو ابن مهلهل، عن الأعمش، عن شقيق. وفي ٥/٢٦، وفي «الكبرى» (٢٢٤٤) قال: أخبرنا أحمد بن حرب، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش، عن إبراهيم. و«ابن خزيمة» (٢٢٦٨) قال: حدثنا أبو موسى، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش، عن إبراهيم (ح) وحدثنا يوسف بن موسى، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مغراء، قال: حدثنا الأعمش، عن شقيق بن سلمة، وإبراهيم (ح) وحدثنا محمد بن الوزير الواسطي، قال: حدثنا إسحاق الأزرق، عن سفيان الثوري، عن الأعمش، عن أبي وائل (ح) وحدثنا سعيد بن أبي زيدون، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن الأعمش، عن أبي وائل. و«ابن حبان» (٤٨٨٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا يحيى بن عيسى، قال: حدثنا الأعمش، عن شقيق. كلاهما: (شقيق بن سلمة، أبو وائل، وإبراهيم النخعي) عن مسروق بن الأجدع، فذكره.

ولأنه اعتبر الطاقة في جوار التوظيف لما ذكرنا ولا طاقة للفقراء الذين لا يعتملون شيئًا، وحديثه محتمل يحتمل أن الأخذ منهم كان بطريق الصلح بدليل أنه قال خذ من كل حالم وحالمة ولا تؤخذ الجزية من المرأة إلا بطريق الصلح أو يحتمل أن الكل كانوا فقراء معتملين.

ثم تكلموا في الغنى قيل: الغني من يملك ما يكفيه وعياله ويفضل عنه والوسط من يملك ما يكفيه وعياله ولا يفضل.

والفقير من يأكل من كد يده ومخلب يمينه من العمل.

والصحيح أنه ينظر إلى حال كل بلدة، فإن عادة البلدان مختلفة فصاحب العشرة آلاف ببلخ لا يعد من المكثرين ما لم يكن صاحب خمسين ألفًا، وصاحب الخمسين ببغداد لا يعد من المكثرين ما لم يكن صاحب مائة ألف، وفي البلاد الصغار يعد صاحب عشرة آلاف من المكثرين.

وينبغي أن تؤخذ الجزية على وصف الذل والصغار وهو أن يقعد الآخذ ويقيم الذمي بين يديه ويأخذ تلبيته ويهزه هزًّا ويقول: اعطِ الجزية يا عدو الله؛ حتى لا يجزئ فيها النيابة عند أبي حنيفة؛ لأنها صغار وعقوبة والنيابة لا تجزئ في العقوبات، وعندهما تجزئ فيها النيابة لأنها شرعت للإيلام والزجر والردع بتنقيص المال وتنقيص المال لا يختلف بأدائه وأداء غيره من ماله.

ويعتبر فيها الحول؛ لأنه لا يمكن أخذها في كل ساعة ولحظة فلا بد من التقدير بزمان فقدرنا بالحول اعتبارا بسائر المؤن.

وأما وقت وجوبها: فإنها تجب في أول الحول حتى أن للإمام أن يطالبه بها كما قبل عقد الذمة، وعند الشافعي رحمه الله تجب في آخرها.

والصحيح قولنا؛ لأن الجزية إنما وجبت لدفع حاجة المقاتلة وكفاية أرزاقهم وحاجتهم متنجزة للحال فيكون الوجوب أيضًا متنجزًا لا متأجلا إلا أنا اعتبرنا الحول للتخفيف والترفيه، وكذلك الزكاة تجب في أول الحول عند بعضهم لأنها وجبت شكرًا لنعمة المال بإعطائها للفقير لدفع حاجته والنعمة متحققة وحاجة الفقير متنجزة فيكون الواجب متنجزًا أو الحول اعتبر للتيسير والترفيه والحديث ورد

لنفي لتضييق الوجوب لا لنفي أصله وعند بعضهم تجب الزكاة في آخره؛ لأن سبب وجوبها نامي والنمو لا يتحقق إلا بمدة فقدر مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لا يتم النماء فلا يتحقق السبب فلا تجب.

ويجوز تعجيل الجزية لسنتين وأكثر اعتبارا بالزكاة والخراج.

نصراني عجل خراج رأسه لسنتين ثم أسلم يرد عليه خراج سنة؛ لأنه أدى خراج السنة الثانية قبل الوجوب، ولو أدى خراج سنة ثم أسلم في أول السنة لا يرد عليه؛ لأنه أداه بعد الوجوب، وعن أبي يوسف أنه يؤخذ الجزية حين تدخل السنة ويمضي شهران فيقضي ما عليه لشهرين ونحو ذلك ولا يؤخر ذلك حتى يتم السنة لأنها تجب في أول الحول جزاء على كفره وجزاءً له عنه.

وأما بيان من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل: الأصل فيه أن الجزية إنما شرعت على الذمي زجرًا وردعًا عن الكفر وحملا وحثًّا إلى الإسلام لأنها صالحة لذلك لكونها مؤلمًا موهنًا مصغِّرا محقرًا فيرى محاسن الإسلام ومعاليه وصغار أنفسهم وذلهم في إعطاء الجزية فيحملهم على الإسلام فيجري به مجرى القتل في أصل الزجر فمن لا يعاقب بالقتل لا يؤخذ بالجزية.

ثم الجزية تجب على الرجال المقاتلة العقلاء البالغين الأحرار الأصحاء ولا تؤخذ الجزية من النسوان والصبيان والمجانين والعميان والشيخ الفاني والمرضى والذمنى والفقير والذي لا يعتمل؛ لأن عمر رضي الله عنه لم يضع عليهم الجزية ولأنها شرعت زاجرة رادعة عن الكفر، والزجر مشروع في حق الأصول وهم المقاتلة لا في الأتباع؛ لأن الأصل متى انزجر عن الكفر انزجر التبع ضرورة فيحصل زجر الأتباع بزجر الأصول معنى.

وتؤخذ من القسيسين والرهابين وأصحاب الصوامع إذا كانوا معتملين عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا تؤخذ بناء على أن الجزية تجب على من يقتل وهؤلاء يقتلون عنده وعندهما لا يقتلون.

ولا تضرب على رؤوس المماليك لأنهم مملوكين لمواليهم والمولى قد أدى

زيادة في الجزية باعتبارهم؛ لأنه بهم صار غنيا وقد وجب على الغني زيادة في الجزية فلا يؤدي ثانيا.

ولا شيء على التغلبي الفقير؛ لأن الصدقة المضاعفة جزية حقيقة.

ولو مرض الذمي أكثر السنة وهو موسر لا تجب عليه الجزية؛ لأن الصحة شرط وقد فقدت في أكثر السنة وللأكثر حكم الكل.

ولو أدرك الصبي وأفاق المجنون وعتق العبد وقبل الحربي الذمة وبرأ المريض قبل وضع الإمام الجزية على الرجال تؤخذ الجزية منهم وبعد الوضع لا تؤخذ بخلاف ما لو أيسر الفقير بعد الوضع تجب عليه الجزية لتلك السنة والفرق أن وقت وجوب الجزية اعتبر وقت الوضع دفعا للحرج عن الإمام لأنها لو وجبت قبل الوضع يجب على الإمام التعرف عن حالهم كل ساعة؛ لأن منهم من يبلغ ويفيق ويسلم ويعتق فيخرج فيه فأسقطنا اعتبار ما قبله نفيا للحرج واعتبرنا الأهلية وقت الوضع والفقير أهل لوجوب الجزية وقت الوضع إلا أنه سقط عند الأداء لعجزه عنه، وإذا قدر عليه باليسار يؤمر بالأداء وفي حق من عداه أهلية الوجوب مفقودة وقت الوضع فلا يؤمر بالأداء وإن صار أهلا بعد الوضع لانعدام الوجوب قبله.

ولو أسلم الذمي أو مات كافرًا سقطت جزيته خلافا للشافعي رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم: «**ليس على مسلم جزية**»[1] نفى وجوب الجزية عن المسلم مطلقًا ابتداء وبقاء، ولأنه لا فائدة في بقائها بعد الموت والإسلام؛ لأنها شرعت زجرًا لهم عن الكفر وحملًا لهم على الإسلام والزجر والحمل لا يتحقق بعد

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٩٧/٣ (١٠٦٨٠) قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد. و«أحمد» ٢٢٣/١ (١٩٤٩) و٢٨٥/١ (٢٥٧٧) قال: حدثنا جرير. وفي ٢٨٥/١ (٢٥٧٦) قال عبد الله بن أحمد: وجدت هذا الحديث في كتاب أبي بخطه: حدثنا أسود بن عامر، قال: حدثنا جعفر الأحمر. و«أبو داود» (٣٠٣٢) قال: حدثنا سليمان بن داود العتكي، قال: حدثنا جرير. وفي (٣٠٥٣) قال: حدثنا عبد الله بن الجراح، عن جرير. و«الترمذي» (٦٣٣) قال: حدثنا يحيى بن أكثم، قال: حدثنا جرير. وفي (٦٣٤) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا جرير. كلاهما: (جرير بن عبد الحميد، وجعفر الأحمر) عن قابوس بن أبي ظبيان، عن أبيه، فذكره.

الموت والإسلام فانعدمت الفائدة المطلوبة من أخذ الجزية فتسقط مع أن القياس ينفي وجوب المال على الذمي؛ لأنه لم يصدر منه سبب يوجب المال عليه، فإذا عرى أخذها عن فائدة الزجر بقي الوجوب منتفيًا بقضية القياس.

ولو مضت عليه سنون لم يؤخذ إلا خراج السنة التي هو فيها عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الزجر والحمل لا يتصور في الماضي وإنما يتحقق الزجر عن الكفر في المستقبل وعندهما يؤخذ بجميع ما مضى؛ لأنه ليس لامتداد المدة تأثير في إسقاط الواجب كما في سائر المؤن الواجبة.

(فصل)

ويجب على أهل نجران وأراضيهم في كل سنة ألفي حُلة نجرانية قيمة كل حلة خمسون درهمًا يؤخذ نصفها في المحرم ونصفها في رجب؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم صالح مع بني نجران على جزية رؤوسهم وخراج أراضيهم على ألفي حُلة كل حُلة خمسون درهما يؤخذ نصفها في المحرم ونصفها في رجب.

ونقسم ذلك على رؤوس الرجال وأراضيهم؛ لأن الصلح وقع عنهما، ولأن الأراضي النامية في دار الإسلام لا يجوز أن تخلو عن مؤنة، ورؤوس أهل الذمة لا تخلو عن الجزية فيوزع عليهما، فما أصاب الرؤوس يكون جزية، وما أصاب الأرض يكون خراجًا، ومن أسلم منهم أو مات لا يسقط شيء من ألفي حلة، ولكن يُسقط عنه خراج رأسه ويجعل ذلك على من بقي منهم وعلى الأرضين؛ لأنه عليه السلام كان يأخذ منهم كل سنة ألفي حُلة مع علمه أن منهم من يسلم ومنهم من يموت، ولأن الرؤوس بمنزلة التبع للأراضي كما تبين، وفوات التبع لا يوجب سقوط الأصل كفوات طرف المبيع لا يوجب سقوط شيء من الثمن.

ولهذا قال مشايخنا رحمهم الله: إذا مات جميع رجالهم أو أسلموا لا يسقط شيء من ألفي حلة؛ لأنه بدل عن الخراج، ووظيفة الأرض إذا انفردت لا تتبدل بتبدل المالك.

ولا يجعل على نسائهم وصبيانهم شيء من ذلك؛ لأن هذه جزية والجزية لا تؤخذ من هؤلاء.

(**الزيادات**): صالح الإمام بعض أهل الذمة على مال معلوم كل سنة على رؤوسهم وأراضيهم جاز كما في بني نجران ثم يقسم المال كل سنة على رؤوسهم وأراضيهم بالعدل لأنه قوبل بهما، والبدل متى قوبل بشيئين يقسم عليهما بالحصص.

وكذلك لو جعلوا كل المال على الجماجم خاصة أو على الأراضي خاصة قسم عليهما وبطل الحصص؛ لأن فيه تعيين حكم الشرع؛ لأن الذمي لا تخلو رقبته عن الجزية وأرضه عن الخراج.

فإن أسلموا أو ماتوا تحول الكل إلى الأرض إن طاقت؛ لأن الأرض أصلٌ في التوظيف والجماجم تبع لها، لأنها لا تقوم بدون الأرض، والأرض تقوم بدونها، ومنفعة الأرض تبقى للمقاتلة والجماجم لا، والتبع له حصة من البدل ما دام قائمًا، فإذا فات لا يسقط شيء من المبدل، كما لو اشترى أرضًا فيها نخيل فاحتراق النخيل قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن.

ولو ترَّب الأرض أو غرقت لا تحول وظيفتها إلى الجماجم لأنها تابعة، ولو كثرت الجماجم وعجزوا عن عمارة بعض الأرضين ينقص من في الأرض ويزاد في الجماجم؛ لأنه تعذر إسقاط شيء من المال؛ لأنه مسمى في الصلح جملة وقد أمكن التحويل إلى الجماجم فتحول كما لو ازداد النخيل يزداد حصة النخيل وينقص من حصة الأرض.

وإن كان الإمام بيّن نصيب الأرض من نصيب الجماجم في الصلح سقط حصة الجماجم بالموت أو الإسلام؛ لأنه لما سمى بمقابلة كل واحد منهما بدلًا صار كل واحد أصلًا كما في بيع الأرض والنخيل إذا سمى لكل واحد منهما ثمنًا فاحترقت النخيل تسقط حصتها.

ولو ظهر الإمام على أهل حرب لا أرض معهم فأراد أن يَمُنّ عليهم بوضع الجزية ويترك أموالهم وذراريهم لهم ليس له ذلك؛ لأن الأصل في المن هي الأراضي والرقاب تابعة لها؛ لأن في المن إبطال حق المقاتلة إلا أن في الأراضي إبطال إلى خَلَفٍ وهو الخراج وإنه يصلح خلف؛ لأنه يدوم وقليل يدوم خير من

كثير لا يدوم، أما الجزية لا تصلح خلفًا عن حقهم لأنها لا تدوم بل تسقط بالموت والإسلام إلا أنه يملك إبطال حقهم عن الرقاب بالقتل لما فيه من دفع شرهم بالكلية وذلك يصلح خلفًا عن الرقاب وعلى أن بعد القتل تبقى الأموال والذراري للمسلمين، وبعد المن لا يبقى، فبطل قياس هذا على ذلك.

وإن ظهر على قوم وأخذ أموالهم ونسائهم ثم بدا له أن يُصَيّرهم ذمة لا يرد ما أخذ من أموالهم؛ لأنه صار حقًّا للمسلمين فلا يُرد إلا لحاجة إلا إذا كانوا لا يقدرون على العمل إلا برده فلا بأس بالرد؛ لأنه لو منع لتقاعدوا عن العمل والزراعة فيؤدي إلى إبطال حق الغانمين، ألا ترى أنهم لو احتاجوا إلى شيء يتمكنون به من الزراعة كان للإمام أن يعطيهم من بيت المال، فما أُخذ منهم أولى أن يُدفع إليهم.

وإن استغنوا عن بعض ما في أيديهم فللإمام أن يأخذ ذلك منهم؛ لأن الترك باعتبار حاجتهم، فيؤخذ عند غنيتهم والترك أفضل؛ لأن المن إنما يكون للتأليف على الإسلام رجاء أن يقفوا على محاسن الإسلام ومحامده فيسلموا، وفي أخذ بعض أموالهم إيحاشهم وإتعابهم بخلاف ما إذا أخذ قبل ذلك؛ لأن منع المأخوذ لا يؤدي إلى الإيحاش عند سلامة أبدانهم وما في أيديهم، وكذلك في الذراري والنسوان.

والمقتدى في هذا الباب عمر رضي الله عنه، وهو لم يأخذ شيئًا من أموال أهل السواد من أيديهم، ولم يرد عليهم شيئًا مما كان أُخذ منهم قبل الظهور عليهم، والله أعلم.

فهرس المحتويات

مقدِّمة التحقيق ٣

ترجمة الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان ٧

اسمه ونسبه ٧

مولده وموطنه ٧

نشأته ٨

صفاته ٨

نشأته العلمية ١١

ثناء العلماء عليه ١٢

شيوخه ١٣

تلاميذه ١٥

وفاته ٢٠

أصول المذهب الحنفي ومنهجه ٢١

مصطلحات المذهب الحنفي ٣٣

ترجمة المؤلف ٣٨

اسمه ونسبه ٣٨

حياته ٣٨

مصنفاته ٣٨

وفاته ٣٩

مصادر الترجمة ٤٠

عمل المحقق في الكتاب ٤١

وصف النسخ الخطية ٤٢

نماذج من صور النسخ الخطية ٤٥
مقدمة المصنف ٦٣
كتاب الطهارة ٦٥
بَابُ مَا يَنْقُضُ الوُضُوء وَمَا لا يَنْقُضُ ٧٩
فصل في كل ما خرج من السَّبيلَيْن ٨٠
فصل الخَارج النَّجس من غَيْر السَّبيلين ٨٣
فصل في الحدَث الدائم ٨٤
فصل في القيء ٩٠
فصل النَّوم ٩٢
بَابُ الاسْتِجْمَارِ ٩٦
بَابُ الجَنَابَة والغُسْلِ ٩٩
بَابُ مَا يَجُوز الوضُوء به ومَا لا يَجُوز ١١٠
فصل ١١٤
باب ما يَنْجُسُ من الماء وما لا يَنْجُسُ ١١٨
فصل ١١٩
باب الأواني والآبار ١٢٢
فصل ١٢٢
فصل ١٢٤
باب الأَسآر ١٣٣
باب الأنجاس ١٣٦
باب مقدار النجاسة التي تمنع جواز الصلاة ١٤٠
فصل ١٤٢
باب تطهير هذه النجاسات ١٤٨

باب تطهير جلود الميتة ١٥٦
باب التيمم ١٥٩
فصل ١٦٠
فصل ١٦٢
فصل في متى يتيمم؟..... ١٦٥
فصل في أين يتيمم؟ ١٦٦
فصل ١٧٤
باب المسح على الخفين والجبائر..... ١٧٩
فصل ١٧٩
فصل ١٨١
فصل ١٨٥
فصل ١٨٧
مسائل المسح على الجبائر ١٨٨
كتاب الصلاة ١٩١
باب مواقيت الصلاة ١٩٣
فصل في الأوقات المستحبة..... ١٩٥
فصل ١٩٩
باب الأذان ٢٠٢
فصل ٢٠٢
فصل في سنن الأذان ٢٠٦
فصل ٢١٠
فصل ٢١٢
باب ستر العورة ٢١٣
باب استقبال القبلة ٢١٨

باب النية..... ٢١٩
باب تكبيرة الافتتاح ٢٢١
فصل ٢٢٦
باب ما يفعله المصلي بعد الافتتاح..... ٢٢٧
باب القراءة في الصلاة..... ٢٣٠
باب الركوع ٢٣٨
باب السجود ٢٤١
باب القعود..... ٢٤٧
باب ما يستحب في الصلاة وما يكره فيها..... ٢٥١
باب صلاة التطوع قبل الفرض وبعده ٢٦٥
باب التطوع المطلق..... ٢٦٨
باب الرجل يدرك الفريضة في جماعة..... ٢٧٥
باب صلاة الوتر..... ٢٧٨
باب صلاة التراويح ٢٨٣
فصل ٢٨٥
فصل ٢٨٦
فصل ٢٨٦
فصل ٢٨٧
باب الصلاة بالجماعة..... ٢٨٨
باب الإمامة..... ٢٩٠
فصل ٢٩٤
باب مقام الإمام والمأموم..... ٢٩٥
باب اختلاف فرض الإمام والمأموم..... ٣٠٠
باب ما يمنع صحة الاقتداء وما لا يمنع..... ٣٠٣

فصل ٣٠٥
باب حكم اللاحق والمسبوق..... ٣٠٧
باب قضاء المتروك في صلاته..... ٣١٤
فصل ٣١٨
باب السهو ٣١٩
فصل ٣٢٢
فصل ٣٣٠
فصل ٣٣٢
باب الحَدَث في الصلاة..... ٣٣٤
باب القهقهة في الصلاة..... ٣٣٨
باب الاستخلاف ٣٤١
فصل ٣٤٦
باب ما يقطع الصلاة وما لا يقطعها ٣٥٠
فصل ٣٦٠
باب قضاء الفائتة ٣٦٢
باب الشك في الفوائت ٣٦٥
باب ما يتعلق الوجوب من الوقت..... ٣٦٨
باب صلاة المريض ٣٧١
باب صلاة المسافر..... ٣٧٥
فصل ٣٧٨
فصل ٣٧٩
فصل ٣٨٥
باب الصلاة على الراحلة ٣٨٩
باب الصلاة في الماء والطين ٣٩٢

باب الصلاة في السفينة ٣٩٢
باب صلاة الجمعة ٣٩٣
فصل ٣٩٥
فصل ٤١٠
باب صلاة العيدين ٤١١
فصل ٤١٢
فصل ٤١٥
باب التكبير في أيام التشريق ٤١٧
باب صلاة الخوف ٤٢٠
باب صلاة الكسوف ٤٢٤
باب صلاة الاستسقاء ٤٢٦
باب الصلاة بمكة ٤٢٧
باب سجود التلاوة ٤٢٨
فصل ٤٣٣
كتاب الجنائز ٤٣٩
باب غُسْل الميت ٤٤٢
باب التكفين ٤٤٧
باب حمل الجنازة ٤٥١
باب وضع الجنائز إذا اجتمعت ٤٥٣
باب مَنْ يُصلى عليه ومَنْ لا يُصلى عليه ٤٥٤
باب كيفية صلاة الجنازة ٤٥٦
باب من أحق بالصلاة على الميت ٤٦٣
باب ما يوجب كراهة صلاة الجنازة وفسادها ٤٦٥
باب الدفن ٤٦٧

باب الشهيد..... ٤٧١

كتاب السجدات ٤٧٧

الفصل الأول..... ٤٧٧

الفصل الثاني..... ٤٨٠

كتاب الزكاة ٤٨٢

باب زكاة الذهب والفضة..... ٤٨٥

باب زكاة أموال التجارة..... ٤٨٩

باب زكاة الإبل السائمة..... ٤٩٤

باب زكاة البقر..... ٤٩٩

باب زكاة الغنم..... ٥٠١

باب صدقة الحملان والفُصْلان والعجَاجِيل..... ٥٠٢

باب زكاة الشركاء..... ٥٠٤

باب زكاة الخيل..... ٥٠٧

باب زكاة الفائدة..... ٥٠٩

باب زكاة الدَّيْن..... ٥١١

فصل..... ٥١٥

باب الزكاة في الإجارة..... ٥١٩

باب مال الصبي والمجنون والضِّمَارِ..... ٥٢٠

باب زكاة المريض..... ٥٢٣

باب تصرف الرجل في ماله بعد الحول..... ٥٢٣

باب هلاك مال الزكاة..... ٥٢٩

باب تعجيل الزكاة..... ٥٣٤

باب ما يجوز أداؤه عن الزكاة..... ٥٤١

فصل ٥٤٣
باب الرجل يأمر غيره بأداء الزكاة ٥٤٥
باب الزكاة وما يوجبه على نفسه ٥٤٧
باب من له أخذ الصدقات ٥٤٨
باب مَنْ تُوضع فيه الصدقات ٥٥٠
باب ما يمر به على العاشر ٥٥٩
باب المعدن والرّكَاز ٥٦٠
فصل ٥٦٤
باب صدقة الفطر ٥٦٥
فصل ٥٧٦
باب من يوضع فيه الخمس وغيره ٥٧٧
كتاب العُشْرِ والخَراج ٥٨٠
باب معرفة أرض العُشْر والخراج ٥٨٠
باب ما يجب فيه العُشْر ٥٨٤
فصل ٥٨٨
باب ما يُضَمُّ بعضهُ إلى بعضٍ ٥٨٩
باب ما يُحْتَسَبُ لصاحب الأرض ٥٩١
باب بيع الطعام المعْشُور ٥٩٢
باب إجارة أرض العُشر والخراج وإعارتها وأخواتها ٥٩٤
باب الخراج ٥٩٧
باب بيع أرض الخراج ٦٠٥
باب أخذ الجزية ٦٠٦
فصل ٦١١
فهرس المحتويات ٦١٥

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية كلية الشريعة

الجزء الثاني

المحتوى:

الصوم - الحيض - الحج - الكسب - البيوع - الصرف

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي (ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568		عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	**Lebanon**	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

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

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

ISBN 978-2-7451-8337-8

9 782745 183378 90000

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصوم

يحتاج إلى معرفة: فرضية الصوم، وتفسيره لغة وشريعة، وسبب وجوبه، وشرطه، وحكمه شريعة.

أما فرضيته: لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ﴾ [البقرة: ١٨٣] أي: فُرض عليكم، وقوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥].

وأما تفسيره لغة: فهو عبارة عن الإمساك عن أي شيء كان، يقال: صامت الريح، إذا أمسكت عن السير. وصامت الشمس، إذا قامت على كبد السماء.

وقال النابغة[1]: [البسيط]

خَيْلٌ صِيامٌ وخَيْلٌ غيرُ صَائِمَةٍ تحتَ العَجَاجِ وأُخْرَى تَعْلُكُ اللُّجُمَا

أي: ممسكات عن الاعتلاف.

وفي الشريعة: عبارة عن الإمساك عن المفطرات في زمان مخصوص مقرون بالنية من مكلف بصفة، وهي صفة كونه طاهرًا عن الحيض والنفاس.

والمفطرات الأصلية ثلاثة: الأكل والشرب والوقاع؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱلْـَٔـٰنَ بَـٰشِرُوهُنَّ...﴾ إلى قوله: ﴿... ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾ [البقرة: ١٨٧] فالله تعالى أباح

---

(١) للنابغة الذبياني جاء في ملحقات ديوانه: (٢٠٢) وهو له في المقاييس (صوم، علك): (١٣٢/٤)، وفي اللسان (صوم).

الأكل والشرب والوقاع في ليالي رمضان، ثم أمر بالكف عنها في [نهار رمضان][(١)] من وقت طلوع الفجر إلى دخول الليل فيكون مقدرًا باليوم.

وأما سبب وجوبه: هو ترادف نعم الله تعالى عليه، وهي اقتضاء شهوة البطن والفرج سنة كاملة، فوجب عليه الشكر بالامتناع والكف عن ذلك شهرًا لوجه الله تعالى قهرًا للنفس الأمارة بالسوء، فيكون الوقت طرفًا للنعم، فيضاف الوجوب إلى الوقت مجازًا إلا أنه سبب الوجوب في الحقيقة؛ لأنه لا تأثير للوقت في الوجوب.

وأما شرطه: النية؛ لأن الإمساك متردد بين العادة والعبادة، فلا تتميز العبادة إلا بالنية، والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقيق الأداء دون الوجوب.

(باب الدخول في الصوم)

ولا يصح الصوم إلا بالنية لما مر.

وقال زفر رحمه الله: الصحيح المقيم لو صام بدون النية تصح.

وتجدد النية لكل يوم؛ لأن صوم كل يوم عبادة على حدة، فيفتقر إلى نية جديدة ليخلص العمل لله تعالى.

وقال مالك رحمه الله: يكفيه نية واحدة في أول الشهر.

ووقت نية كل يوم بعد غروب الشمس ولا يجوز قبله؛ لأن تقديم النية إنما جُوّزت باعتبار الحاجة، والحاجة اندفعت بتقديمها في ليلة هذا اليوم.

والنية أن يعرف بقلبه أنه يصوم.

ولو أغمي عليه أو جن أو نام في رمضان بعد غروب الشمس، ثم أفاق في اليوم الثاني بعد الزوال، جاز صوم الأول دون الثاني؛ لأنه كان مفيقًا بعد غروب الشمس وهو يعلم أنه يصوم غدًا، فكانت النية موجودة، وفي اليوم الثاني لم يكن من أهل النية وقت النية.

ويجوز صوم رمضان بمطلق النية، وبنية النفل وبنية واجب آخر وهو مقيم.

وعند الشافعي رضي الله عنه: لا يجوز إلا بنية الفرض.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): بالنهار.

لنا: إن أصل النية كافٍ لصيرورة العمل لله تعالى؛ لأن به أخلصه لله تعالى؛ لأن كل عمل الصوم هو الإمساك عن المفطرات، والفرضية والنفلية صفة الأمر والطلب لا صفة الإمساك؛ لأنها موجودة قبل وجود الإمساك، وصفات الذات لا تتصَوّر قبل وجود الذات، فلا يشترط القصد إليها، وإنما يشترط القصد إلى الإمساك المجرد وقد وُجد؛ لأن العمل متى كان متبوعًا إلى مأمور ومندوب كما في خارج رمضان، يشترط نية الوصف لتعيين العمل لله تعالى، وهنا العمل متعين وهو المأمور به فلا يفتقر إلى نية الفرضية للتعيين، ويكفيه أصل النية لضرورة العمل لله تعالى، وإذا نوى النفل فلأن الوقت قابل لأصل الصوم غير قابل لوصفه، فبطلت نية الوصف وبقيت نية الأصل فهي كافية لصيرورة العمل لله تعالى.

ولو نذر صوم يوم بعينه فصام بمطلق النية وبنية النفل، يقع عن المنذور إلا في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يقع عمّا نوى.

ولو صام بنية واجب آخر يقع عما نوى؛ لأن الوقت تعين للمنذور بولاية قاصرة؛ لأن للعبد ولاية التصرف فيما له لا فيما عليه، فظهر التعيين فيما هو حقه وهو التطوع لا فيما هو حق الله تعالى وهو الواجبات، فبقيت الأوقات محلًّا لها، فأما صومة رمضان تعين الوقت له بتعيين الشرع، وله ولاية كاملة فظهر التعيين مطلقًا في حق نسخ سائر الصيامات.

ولو نوى المسافر والمريض مطلقًا [لا][1] يقع عن رمضان، وإن نوى واجبًا آخر يقع عما نوى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يقع عن رمضان؛ لأن المشروع متعين في حق الكل لكن رُخص لهما الفطر، فإذا لم يترخصا صارا والمقيم سواء.

له: أنه لما نوى واجبًا، فقد ترخص برُخص الشرع معنى؛ لأنه صرف الزمان إلى ما هو الأهم وهو القضاء؛ لأن وجوبه مُعَجّل ووجوب الأداء مؤجل إلى عدة من أيام أخر، فلم يبق الزمان متعينًا لصوم رمضان في حقه.

وإن نوى النفل، فعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان، والأصح أنه يقع عن

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

رمضان؛ لأنه لم يترخص بصرف الزمان إلى ما هو الأهم؛ لأن الفرض أهم من النفل فبقي الزمان متعينًا في حقه.

والقضاء والنذور المطلقة والكفارات لا تصح إلا بتعيينه؛ لأن نية الوصف لتعيين الوقت لا ليصير العمل عبادة، وكل صوم عين كصوم رمضان والمنذور في وقت بعينه، يجوز بنية قبل الزوال خلافًا للشافعي رضي الله عنه؛ لأنه لما جاز بنية مقدمة مع أن العزيمة لم تصادف جزءًا من الصوم حقيقة، فلأن يجوز بنية متأخرة والعزيمة هنا صادفت جزءًا من الصوم حقيقة كان بطريق الأولى؛ لأن النية إنما [شرعت][1] لإخلاص العمل لله تعالى، والإخلاص لا يتحقق إلا بالنية المحققة، فكان الأصل اعتبار النية المحققة، إلا أنه لما تعذر قران النية المحققة بجميع أجزاء الصوم، واكتفينا بقران العزيمة بجزء منه تحقيقًا وقد وُجِدَ، وجواز الصوم بالنية المقَدّرة ثبت معدولًا به عن القياس بطريق الرخصة تيسيرًا للأمر على العباد.

ويجوز النفل بنية قبل الزوال بالإجماع ولا يجوز بنية بعد الزوال؛ لأنه خلى أكثر العمل عن النية فلم تقع عبادة، وللأكثر حكم الكل فصار كما لو خلى الكل عن النية.

ولا يجوز القضاء والكفارات والنذور المطلقة إلا بنية من الليل؛ لأنه خارج رمضان متعين للنفل شرعًا؛ لأن الزمان موضوع له وغيره كالعارض فيه والعارض لا يزاحم الأصلي، فإذا لم ينو من الليل بقي الوقت متعينًا للنفل، فوقع الإمساك عنه فلا يملك تغييره.

ولو اشتبه على المأسور شهر رمضان فصام متحريًا، جاز إن كان بعده ونوى من الليل سوى يوم العيد وأيام التشريق؛ لأنه قضى ما عليه في وقته، ولا يجوز قبله؛ لأنه أداهُ قبل الوجوب.

ولو صام في دار الحرب قبل رمضان سنين، لا يجوز صوم السنة الأولى بالاتفاق؛ لأنه صام قبل الوجوب، ويجوز صوم السنة الثانية قضاء عن الأولى،

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): شرطت.

والثالثة قضاء عن الثانية عند بعضهم، ولا يجب عليه إلا قضاء السنة الأخيرة، وعند بعضهم لا يجوز عن القضاء؛ لأنه لم ينو عنه، ونية التعيين شرط في القضاء.

وقال الفقيه أبو جعفر: إن نوى صوم رمضان مبهمًا يجوز عن القضاء، وإن نوى عن السنة الثانية مفسرًا لا يجوز، وهو الأصح.

(**الجامع**) أصله: أنه متى نوى شيئين مختلفين متساويين في الوكادة والفرضية ولا رجحان لأحدهما على الآخر بطلا؛ لأنه تعذر إثباتهما جميعًا، وليس أحدهما بأولى من الآخر فبطلا، ومتى ترجح أحدهما على الآخر، يثبت الراجح ويندفع المرجوح بالراجح؛ لأن إثبات الآكد والأقوى أحق.

ولو نوى التطوع وقضاء رمضان، وقع عن القضاء عند أبي يوسف، وعند محمد يقع عن التطوع.

ولو نوى قضاء رمضان وكفارة الظهار، يقع عن القضاء عند أبي يوسف، وعند محمد عن التطوع.

وكذلك الزكاة لو أدى خمسة ينوي بها الزكاة والتطوع، يقع عن الزكاة عند أبي يوسف، وعند محمد عن التطوع.

وكذلك لو كبر للصلاة ينوي الدخول في الظهر والتطوع، جاز من الفرض عند أبي يوسف، وعند محمد لا يكون داخلا في الصلاة.

وقد روى الحسن عن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف.

لمحمد: إن الفرض مع النفل في باب الصلاة، جنسان مختلفان ولا رجحان لأحدهما على الآخر في التحريمة، ألا ترى لو كان في الفرض فكبر ينوي الشروع في النفل أو على عكسه صار خارجًا عن الأولى وداخلًا في الثانية، فمتى نواهُما تعارضت البينتان فلغتا.

فأما النفل والفرض في باب الصوم والزكاة، جنس واحد حتى لم يصر خارجًا عن أحدهما بنية الآخر، فمتى نواهما وقع التعارض بين الجهتين، فلغت نية الجهة والصفة، وبقي مطلق النية.

لأبي يوسف: إن الفرض أقوى وآكد من النفل والكفارة، والأوهى والأدنى لا يعارض الأقوى، فاندفعت نية الأدنى بالأعلى وخلصت النية للفرض، كمن أحرم ونوى حجة الإسلام والتطوع كان محرمًا عن الفرض، ولأن نية الفرض محتاج إليها ونية التطوع غير محتاج إليها حتى صار شارعًا في النفل بمطلق النية وإذا لم يحتج إلى نية النفلية لم يقع التعارض بين الجهتين فلغت نية النفلية، فكأنه نوى الفرض ونوى أصل الصوم أو الصلاة.

ثم قال محمد على أبي يوسف: ألا ترى لو قال لعبد لا يملكه: إن اشتريتك فأنت حُرٌّ تطوعًا، ثم قال: إن اشتريتك فأنت حر عن ظهاري ثم اشتراه، فهو حر عن التطوع إن نوى التطوع والفرض جميعًا؟

والجواب عنه: أنه لو وُجد نية التطوع والفرض حالة اليمين معًا بأن قال: إن اشتريتك فأنت حر عن التطوع وعن كفارة الظهار، يكون عن الظهار عند أبي يوسف، وإن نوى التطوع ثم نوى الظهار على التعاقب، لا يجزئه عن الظهار؛ لأن نية التطوع قد محت وانعقدت اليمين عليه، فإذا نوى الظهار بعد ذلك فقد أراد تغيير ما ثبت باليمين، وهو لا يقدر على رَفع اليمين أصلا فكذا لا يقدر على تغيير حكمه.

ولو نوى الصوم عن كفارة الظهار والقتل، أو عن قضاء رمضان وعن كفارة القتل، يقع عن القتل بالاتفاق؛ لأنه لا رجحان لأحدهما على الآخر، فلغت نية الجهة وبقي مطلق النية، فإن نية التغيير والجهة، محتاج إليها في الأجناس المختلفة، لأنها لا تمتاز بعضها عن بعض إلا بالتعيين، فكان كل واحدة من النيتين محتاجًا إليها فتعذر اعتبارهما فبطلتا.

وكذا لو تصدق بدرهم عن أمرين واجبين كالزكاة والظهار، أو كفارة الظهار واليمين يقع نفلًا كما في الصوم متى نوى فرضين.

وعن أبي يوسف في (**المنتقى**): أنه يجعله عن أيهما شاء.

ولو نوى أن يصوم عن قضاء يومين عن رمضان أجزأه عن أحدهما؛ لأنه اتحد

الجنس، ونية التعيين في الجنس الواحد ليس بشرط؛ ولأن نية القضاء محتاج إليها، ونية أن يكون عن يومين غير محتاج إليها، فلغت نية أن يكون عن يومين وبقيت نية القضاء، كما لو أعتق رقبة عن الظهار ناويًا عن المرأتين، تصح بنية الظهار ولغت نيته عن المرأتين، وكذا لو نوى أن يصوم عن ظهارين.

وإن نوى أن يصوم عن قضاء يومين من رمضانين قيل: يجزيه لاتحاد الجنس، والصحيح: أنه لا يجزيه، لاختلاف الجنس حكمًا كما لو نوى عصرين من يومين.

ولو كبر ينوي مكتوبة وجنازة، لم يجز ذلك عنهما ولم يحك فيه خلافًا.

واختلف المشايخ على قول أبي يوسف رحمه الله، قيل: لا يجزيه عنهما بالاتفاق؛ لأن نية صلاة الجنازة، محتاج إليها كنية المكتوبة، فتعذر إلغاء إحداهما واعتبار الأخرى.

وقيل عند أبي يوسف: يجوز عن المكتوبة؛ لأن المكتوبة أقوى وآكد من صلاة الجنازة؛ لأن المكتوبة فرض عين، وصلاة الجنازة فرض كفاية، وفرض العين آكد من فرض الكفاية، ولأنها في الحرمة دون المكتوبة؛ لأنها شرعت بركن واحد، ولهذا القهقهة في صلاة الجنازة لا تكون حدثًا، ومحاذاة المرأة الرجل فيها لا تفسدها.

(**المنتقى**): ولو نوى نافلة وجنازة فهي نافلة، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله فهي جنازة.

ولو نوى مكتوبتين فهي للتي دخل فيها؛ لأن الوقتية واجبة للحال وغيرها؛ لا، ولو نوى فائتتين فهي للأولى منهما؛ لأن الثانية لا تجوز إلا بعد قضاء الأولى.

ولو نوى فائتة ووقتية فهي من الفائتة إلا أن يكون في آخر وقت الوقتية فتكون لها لما عرف.

وعن محمد: لو [نوى][1] صوم يوم معين فصامه بنية النذر وكفارة اليمين، فهو

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): نذر.

عن النذر لأنهما تعارضا فتساقطا فبقي مطلق النية فيقع عن المنذور.

ولو أعطى شاة عن الزكاة لا ينوي بها عن الإبل أو الغنم، يجعلها من أيهما شاء عند أبي يوسف؛ لأن الواجب متحد.

ولو نوى من الزكاة وكفارة اليمين فهو من الزكاة؛ لأن الزكاة أقوى.

ولو نوى الزكاة وكفارة الظهار، تقع نفلًا لأنهما استويا في الوكادة والفرضية فتعارضا فتساقطا، وفي رواية: يجعله من أيهما شاء. والله أعلم.

(باب الأوقات التي يُكرهُ فيها الصوم)

ولو نذر صوم يوم العيد وأيام التشريق صحّ وأفطر وقضاه، ولو صام يجزيه عن النذر ويكون مسيئًا.

وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما: لا يصح نذره.

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه لا يصح نذره، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله.

لهما: أن الصوم في هذه الأيام منهيّ عنه، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أَلَا لَا تَصُوموا فِي هَذه الأيَّام؛ فإنَّها أيَّام أكْلٍ وشُربٍ وبعال**"[1]. والمنهي لا يكون مشروعًا لتضاد بينهما، فقد نذر ما ليس بمشروع فلا يصح.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٤/٢٠ (١٥٤٩٩) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«أحمد» ٣/٤١٥ (١٥٥٠٦) قال: حدثنا وكيع، قال: أخبرنا سفيان (ح) وعبد الرحمن، عن سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. وفي (١٥٥٠٨) قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني حبيب بن أبي ثابت. وفي ٤/٣٣٥ (١٩١٦٣) قال: حدثنا سريج، قال: حدثنا حماد، يعني ابن زيد، عن عمرو بن دينار. وفي (١٩١٦٤) قال: حدثنا ابن مهدي، عن سفيان، عن حبيب. و«الدارمي» (١٨٩٤) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن عمرو بن دينار. و«ابن ماجه» (١٧٢٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«النسائي» ٨/١٠٤، وفي «الكبرى» (٢٩٠٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد، عن عمرو. وفي «الكبرى» (٢٩٠٤) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن حبيب. وفي حبيب. وفي =

لنا: أنه نذر بما هو قربة؛ لأنه التزم قهر النفس الأمّارة بالسوء بالكف عن اقتضاء الشهوتين في زمان دعا المطيع إليه لابتغاء مرضاة الله تعالى، وقهر النفس بكسر الشهوة وإماتتها مندوب إليه لما فيه مُعاداة النفس، أعدى عدوه في الدين، ومعاداة من يعادينا في الدين مندوب بل هو مأمور عقلًا، فعرفنا شرعية الصوم وحسنه عقلا قبل ورود السمع، والنهي عما عُرف حُسنُهُ عقلا لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى التناقض في حُجج الله تعالى والتضاد في أحكامه، فوجب صرف النهي المضاف إلى الصوم إلى عين متصل به أو مجاوز له، وهو الإعراض عن ضيافة الله تعالى بلحوم القرابين تنزيهًا لأحكامه وحججه عن التناقض، كما في الصلاة في الأرض المغصوبة وفي الأوقات المكروهة.

ولو شرع في صوم هذه الأيام ثم أفطر، لم يلزمه القضاء عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يلزمه؛ لأن قدر المؤدي حصل قربة، فإذا أبطله يلزمه القضاء كغيره من الأيام.

له: أنه مأمور بإبطاله منهيّ عن حفظه؛ لأنه لا ينفك عن مباشرة المعصية، ومن أبطل حق غيره بإذنه لا يلزمه الضمان، بخلاف ما لو شرع في الصلاة في الأوقات المكروهة ثم قطعها يلزمه القضاء؛ لأن ثمة المنهيّ هو الصلاة، واسم الصلاة لا يطلق على ما دون الركعة، فلم يكن الجزء الأول منهيًّا فيكون قربة ويجب حفظه، فصار سببًا لالتزام الباقي صيانة له، وهنا المنهي هو الصوم، واسمه ينطلق على الجزء الأول من الإمساكات فيكون منهيًّا فلم يلزمه حفظه.

ولو صام في هذه الأيام عن واجب آخر لا يجوز؛ لأن الواجب عبادة كاملة والمؤدي ناقص والكامل لا يتأدى بالناقص.

ولو صلى في الأرض المغصوبة قضاء عن الفائتة، لا يجوز في رواية، وفي ظاهر

=

(٢٩٠٦) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا أبو النعمان، الحكم بن عبد الله، قال: حدثنا شعبة، عن حبيب. و«ابن خزيمة» (٢٩٦٠) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، عن حماد بن زيد، عن عمرو (ح) وحدثنا سعيد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن عمرو. كلاهما: (حبيب، وعمرو) عن نافع بن جبير، فذكره.

الرواية: [يصح][1]؛ لأن المنهي شغل أرض الغير وأنه مجاوز للصلاة؛ لأنه يتصور وجود كل واحد بدون الآخر، وهذا هو حد المجاوزة، فلم تكن الصلاة سببًا لوجود المعصية وهو الشغل، فلم تنتقص فجاز أن ينوب عن الكامل بخلاف الصوم؛ لأن ثمة المنهي وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى متصل بالصوم؛ لأن حد المتصل أن يتصور وجود أحدهما بدون الآخر، وإن كان لا يتصور وجود الآخر بدونه، والصوم يتصور بدون ترك الإجابة، وإن كان ترك الإجابة لا يتحقق بدون الصوم وهذا يكفي لإثبات المغايرة؛ لأنه لو كان من ذات الصوم لما يتصور وجوده بدونه حتى قالوا: لو ترك الأكل من غير نية الصوم لا يأثم؛ لأنه ليس بشرط، كونه مجيبًا دعوة الله تعالى، أن يكون آكلا ولكن لما كان متمكنًا من الأكل كان مجيبًا، والتمكن يفوت بالصوم فيكون الصوم سببًا للمعصية وهي ترك الإجابة، فينقص معنى العبادة فيه فلا ينوب عن الكامل.

ويكره صوم يوم الشك بنية رمضان ولا يكره بنية التطوع، وعند الشافعي رحمه الله: يكره.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يصَامُ يومَ الشّكِّ إلَّا تطَوّعًا**"[2].

واختلفوا في الأفضل؛ قيل: إن كان يوافق صومًا كان يصومه، بأن كان يصوم يوم الخميس والجمعة فيوافقه ذلك، فالصوم أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا تُقدِّموا رمضَانَ بصَومِ يومٍ أو يَومينِ إلَّا أن يُوافقَ يومًا كَان يصُومُهُ أحدُكُم قبلَهُ**"[3].

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): يجوز.

(٢) انظر: فتح القدير: ١/٥٣ وما بعدها، الدر المختار: ٢/١١٩ وما بعدها، مراقي الفلاح، ص١٠٧.

(٣) أخرجه «البخاري» ٣/٣٥ (١٩١٤) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام. و«مسلم» ٣/١٢٥ (٢٤٨٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قال أبو بكر: حدثنا وكيع، عن علي بن مبارك. وفي (٢٤٨٦) قال: وحدثناه يحيى بن بشر الحريري، قال: حدثنا معاوية، يعني ابن سلام (ح) وحدثنا ابن المثنى، قال: حدثنا أبو عامر، قال: حدثنا هشام (ح) وحدثنا ابن المثنى، وابن أبي عمر، قالا: حدثنا عبد الوهاب بن عبد المجيد، قال: حدثنا أيوب (ح) =

وإن أفرده بصوم التطوع، فالفطر أفضل احترازًا عن ظاهر النهي، والمختار أنه يفتى بالصوم في حق الخاص، وباللوم للعوام إلى وقت الزوال لكي لا يعتادوا الصوم فيه، فيظنه الجهال زيادة على رمضان وإنه تشبيه بأهل الكتاب.

ولو صام فيه بنية واجب آخر يكره، فإن ظهر أنه من رمضان وقع عنه، وإن ظهر أنه من شعبان قيل يكون تطوعًا، والصحيح أنه يجزئه عما نواه؛ لأن المنهي هو صوم بنية رمضان قبله، لا كل صوم تحرزًا عن التشبه بأهل الكتاب كان ينبغي أن لا يكره بنية واجب آخر، إلا أنه وُصف بنوع كراهة احتياطًا فلا يؤثر في نقصان الصوم كالصلاة في الأرض المغصوبة.

وإن نوى إن كان غدًا من رمضان يصوم، وإن كان من شعبان لا يصوم لم يجز؛ لأنه وقع الشك والتردد في وجود أصل النية.

=

وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا شيبان. و«ابن ماجه» (١٦٥٠) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا عبد الحميد بن حبيب، والوليد بن مسلم، عن الأوزاعي. و«أبو داود» (٢٣٣٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام. و«الترمذي» (٦٨٥) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع، عن علي بن المبارك. و«النسائي» ١٤٩/٤، وفي «الكبرى» (٢٤٩٣) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا الوليد، عن الأوزاعي. وفي ١٤٩/٤، وفي «الكبرى» (٢٤٩٤) قال: أخبرني عمران بن يزيد بن خالد، قال: حدثنا محمد بن شعيب، قال: أخبرنا الأوزاعي. وفي ١٥٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٥١١) قال: أخبرنا عبد الملك بن شعيب بن الليث بن سعد، قال: أخبرني أبي، عن جدي، قال: أخبرني شعيب بن إسحاق، عن الأوزاعي، وابن أبي عروبة. و«أبو يعلى» (٥٩٩٩) قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا مبشر بن إسماعيل الحلبي، عن الأوزاعي. و«ابن حبان» (٣٥٨٦) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد، عن الأوزاعي. وفي (٣٥٩٢) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا عبد الحميد بن أبي العشرين، قال: حدثنا الأوزاعي.

جميعهم (معمر بن راشد، وعلي بن المبارك، وهشام بن أبي عبد الله الدستوائي، وهمام بن يحيى، وأبان بن يزيد، وحسين بن ذكوان، ومعاوية بن سلام، وأيوب بن أبي تميمة السختياني، وشيبان بن عبد الرحمن، وعبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، وسعيد بن أبي عروبة) عن يحيى بن أبي كثير اليمامي، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، فذكره.

وإن نوى إن كان من رمضان فصومه عنه، وإن لم يكن فعن التطوع يكره، فإن ظهر أنه من رمضان يجزئه عنه، وإن ظهر أنه من شعبان يكون تطوعًا.

ولو أفسد لا يقضي؛ لأنه لم يوجد الالتزام لما دخل إسقاط الفرض في عزيمته من وجه، وإن نوى عن رمضان إن كان، وإن لم يكن فعن واجب آخر يكره، فإن ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه، وإن ظهر أنه من شعبان لم يجزه عن الواجب؛ لأنه وقع التردد في الجهة، فبطلت الجهة وبقي أصل النية، وأنه كافٍ لصوم رمضان لا يكفي للواجب فيبقى صائمًا تطوعًا، فإن أفطر لم يقضه لما بينا.

والصوم قبل رمضان بيوم ويومين مكروه، أي صوم كان بالنص، ولا يكره قبله بثلاثة أيام.

وقال أبو يوسف: يكره أن يوصل برمضان صوم ستة شوال، خوفًا من أن يلحق بالفرضية، وهو قول مالك رحمه الله.

والأصح أنه لا بأس به؛ لأن الكراهية إنما كانت خوفًا من أن يعد ذلك من رمضان، فيكون تشبهًا بالنصارى واليوم زال ذلك المعنى فلا يكره.

ويكره صوم الوصال، وهو أن يصوم ولا يفطر لقوله عليه السلام: "**لَا صَام مَن صَامَ الدَّهرَ**"[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥٤/٢ (١١٥٣) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان، عن عمرو. وفي ٤٠/٣ (١٩٧٧) قال: حدثنا عمرو بن علي، قال: أخبرنا أبو عاصم، عن ابن جريج، قال: سمعت عطاء. وفي (١٩٧٩) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا حبيب بن أبي ثابت. وفي ١٦٠/٤ (٣٤١٩) قال: حدثنا خلاد بن يحيى، قال: حدثنا مسعر، قال: حدثنا حبيب بن أبي ثابت. و«مسلم» ١٦٤/٣ (٢٧٠٤) قال: حدثني محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج، قال: سمعت عطاء يزعم. وفي (٢٧٠٥) قال: وحدثنيه محمد بن حاتم، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: أخبرنا ابن جريج، بهذا الإسناد. وفي (٢٧٠٦) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثني أبي، قال: حدثنا شعبة، عن حبيب. وفي ١٦٥/٣ (٢٧٠٧) قال: وحدثناه أبو كريب، قال: حدثنا ابن بشر، عن مسعر، قال: حدثنا حبيب بن أبي ثابت. وفي (٢٧٠٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن =

ولو واصل الصيام ولا يفطر إلا في الأيام المكروهة، قيل: بأنه لا يكره؛ لأنه ليس بوصال حقيقة فلا يتناوله النهي.

وقيل: يكره؛ لأن معنى الكراهة في صوم الدهر، إنما كان لأنه يضعفه عن أداء العبادات، وعن القيام بمصالح المعيشة واكتساب المال والخيرات، ولهذا أشار صلى الله عليه وسلم أنه لما نهى عن صوم الوصال فقيل: إنك تواصل؟ فقال: "**إنّي أَبِيتُ عندَ ربِّي يُطعِمُني ويَسقِينِي**"[1].....

=

عمرو. و«ابن ماجه» (١٧٠٦) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن مسعر، وسفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«الترمذي» (٧٧٠) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع، عن مسعر، وسفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«النسائي» ٢٠٦/٤ و٢١٥، وفي «الكبرى» (٢٧٠٤ و٢٧٢٢) قال: أخبرني إبراهيم بن الحسن، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: قال ابن جريج: سمعت عطاء. وفي ٢١٣/٤، وفي «الكبرى» (٢٧١٨) قال: أخبرنا محمد بن عبيد، عن أسباط، عن مطرف، عن حبيب بن أبي ثابت. وفي ٢١٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٧١٩) قال: أخبرنا علي بن الحسين، قال: حدثنا أمية، عن شعبة، عن حبيب. وفي ٢١٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٧٢٠) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني حبيب بن أبي ثابت. وفي ٢١٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٧٢١) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن عمرو بن دينار. و«ابن خزيمة» (٢١٠٩) قال: حدثنا محمد بن الحسن بن تسنيم، قال: أخبرنا محمد، يعني ابن بكر (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قالا: أخبرنا ابن جريج، قال: سمعت عطاء يزعم. وفي (٢١٥٢) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، وسعيد بن عبد الرحمن، قالا: حدثنا سفيان، عن عمرو. و«ابن حبان» (٦٢٢٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا القواريري، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا حبيب بن أبي ثابت.

ثلاثتهم: (عطاء بن أبي رباح، وعمرو بن دينار، وحبيب بن أبي ثابت) عن أبي العباس الأعمى المكي الشاعر، فذكره.

(١) أخرجه «البخاري» ٤٨/٣ (١٩٦٥) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب، عن الزهري. وفي ٢١٦/٨ (٦٨٥١) قال: حدثنا يحيى بن بكير، قال: حدثنا الليث، عن عقيل، عن ابن شهاب. وفي ١١٩/٩ (٧٢٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا هشام، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. و«مسلم» ١٣٣/٣ (٢٥٣٤) قال: حدثني حرملة بن يحيى، قال:
=

وذلك المعنى موجود هنا فيكره[1].

ونهى عن صوم الصمت، وهو أن لا يتكلم فيه، ولأنه تشبه بالمجوس فإنهم يفعلون هكذا.

ويكره صوم يوم النيروز والمهرجان إذا تعمده، والمختار أنه إن كان يصوم قبله، فالأفضل له أن يصوم، وإلا فالأفضل أن لا يصوم؛ لأنه يشبه تعظيم هذا اليوم وأنه حرام.

وحُكي عن أبي حفص الكبير أنه قال: من أهدى يوم النيروز إلى بعض المجوس بيضة، يريد به تعظيم ذلك اليوم، فقد كفر.

ويكره صوم يوم السبت ويوم عاشوراء مفردًا؛ لأنه تشبه باليهود.

وقال عامة العلماء: صوم يوم الخميس ويوم الجمعة وحده مستحب، لأن لهذه الأيام فضيلة، وفي الصوم تعظيمها، ولم يكن فيه تشبهًا بغير أهل القبلة.

وصوم أيام البيض مستحب لكثرة الأحاديث فيه.

وصوم يوم عرفة في حق غير الحاج مستحب، وكذا في حق الحاج إن كان لا يضعفه عن الوقوف بعرفة ولا يخل بالدعوات؛ لأن له فضيلة على عامة الأيام، وإن كان يضعفه فالمستحب أن يتركه.

=

أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس، عن ابن شهاب. و«النسائي» في «الكبرى» (٣٢٥١) قال: أخبرني عمرو بن عثمان بن سعيد، قال: حدثنا أبي، عن شعيب، عن الزهري. و«ابن حبان» (٣٥٧٥) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري.

كلاهما: (ابن شهاب الزهري، ومحمد بن عمرو بن علقمة) عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، فذكره.

(١) انظر: الْفَتَاوَى الْهِنْدِيَّة ٢٠١/١، وَجَوَاهِر الإِكْلِيل ٢٧٤/١، وَشَرْح الْخَرَشِيّ وَحَاشِيَة الْعَدَوِيّ ١٦٣/٣، وَالشَّرْح الْكَبِير وَحَاشِيَة الدُّسُوقِيّ ٢١٣/٢، وَالْمَجْمُوع شَرْح الْمُهَذَّب ٣٥٦/٦ - ٣٥٩، وَدَلِيل الْفَالِحِينَ ٥٨٦/٤ - ٥٨٧، والقليوبي عَلَى الْمَحَلِّيّ ٦١/٢، وَأَسْنَى الْمَطَالِب، وَحَاشِيَة الرَّمْلِيّ ٤١٩/١، ١٠١/٣، وَمُغْنِي الْمُحْتَاج ٤٣٤/١، وَكَشَّاف الْقِنَاع (٣٣٢/٢، ٣٤٢).

(باب ما يُكره للصائم أن يفعله وما يُستحب)

كره مجاهد أن يقال: جاء رمضان وذهب، وقال: ولا أدري لعل رمضان اسم من أسماء الله تعالى، ولكن يقال: جاء شهر رمضان، وقد قيل: بأنه يكره، فإن محمدًا رحمه الله لم يرد على مجاهد قوله.

والأصح أنه لا يكره؛ لأنه لو كان رمضان من أسماء الله تعالى، لكان من الأسماء المشتركة، فلا يكره قرانه بالذهاب والمجيء كاسم الحكيم والعليم ونحوه.

والسحور مندوب إليه لقوله عليه السلام: "**إن فصلًا بَيْنَ صِيَامِنَا وَصِيَامِ أَهْلِ الْكِتَابِ أَكْلَةُ السَّحَرِ**"(١).

ويستحب تعجيل الإفطار وتأخير السحور، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ثَلاثٌ مِن سُننِ المُرسلينَ: تَعجيلُ الإفطارِ، وتَأخيرُ السّحورِ، ووَضعُ اليَمينِ على الشّمالِ تحت السُّرة**"(٢).

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٣٠/٣ (٢٥١٨) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي ١٣١/٣ (٢٥١٩) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، جميعا عن وكيع (ح) وحدثنيه أبو الطاهر، قال: أخبرنا ابن وهب. و«أبو داود» (٢٣٤٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك. و«الترمذي» (٧٠٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ١٤٦/٤، وفي «الكبرى» (٢٤٨٧) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«أبو يعلى» (٧٣٣٧) قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا وكيع. و«ابن خزيمة» (١٩٤٠) قال: حدثنا محمد بن أبي صفوان الثقفي، قال: حدثنا عبد الرحمن (ح) وحدثنا يونس، قال: حدثنا عبد الله بن وهب (ح) وأخبرني ابن عبد الحكم، أن ابن وهب أخبرهم (ح) وحدثنا محمد بن عيسى، قال: حدثنا عبد الله، يعني ابن المبارك (ح) وحدثنا جعفر بن محمد، قال: حدثنا وكيع. و«ابن حبان» (٣٤٧٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثني حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله.
تسعتهم: (أسامة بن زيد، ووكيع بن الجراح، وابن مهدي، ويزيد بن هارون، وزيد بن الحباب، ووهب، وليث بن سعد، وعبد الله بن وهب، وعبد الله بن المبارك) عن موسى بن علي بن رباح اللخمي، عن أبيه، عن أبي قيس، مولى عمرو بن العاص، فذكره.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٦٣/٢٢، رقم ٦٧٦). وأخرجه أيضًا: في الأوسط (٢٦٩/٧، رقم ٧٤٧٠)، قال الهيثمي (١٥٥/٣): فيه عمر بن عبد الله بن يعلى وهو ضعيف. والعقيلي =

ومن شك في طلوع الفجر لم يتسحر توقيًا عن الوقوع في الحرام، وإن أكل فصومه تام؛ لأن بقاء الليل أصل وهو كان ثابتًا بيقين، وطلوع الفجر لم يثبت بنوع دليل بل فيه شك وحسبان، واليقين لا يزال بالشك، فبقي الليل على حاله فلا يجب القضاء.

وإن تسحر وأكثر رأيه أنه طالع قضاه؛ لأن غالب الرأي دليل واجب العمل به، فثبت طلوع الفجر بنوع دليل فيجب القضاء احتياطًا.

وعن أبي يوسف: أنه لا يلزمه القضاء؛ لأن الأصل هو الليل فلا ينقل عنه إلا بيقين.

تسحر على ظن أن الفجر لم يطلع وهو طالع، أو أفطر على ظن أن الشمس قد غربت وهي لم تغرب، قضاه ولا كفارة عليه؛ لأنه ما تعمد الإفطار.

ولو كان أكثر رأيه أن الشمس قد غربت لا يفطر، ولو أفطر لا قضاء عليه؛ لأن الغالب ملحق بالمتيقن في حق العمل، فثبت الغروب بنوع دليل فصار كأنه ثبت بيقين.

وإن كان أكثر رأيه أنه أكل قبل الغروب قضى، وقيل: يلزمه الكفارة؛ لأنه متيقن بالنهار شاك في الليل، واليقين لا يزال بالشك فبقي النهار على حاله.

والصحيح أنه لا يلزمه الكفارة؛ لأن احتمال الغروب قائم وأنه يكفي شبهة لسقوط الكفارة.

ويكره الذوق للصائم؛ لأنه تعريض صومه للإفساد لأنه ربما يسبق شيء منه إلى جوفه، ولا يفطره لأنه لم يصل شيء إلى جوفه.

ويجوز أن يقال: لا بأس بذوق الصائم العسل أو الطعام ليشتريه، ليعرف جيده ورديئه كي لا يغبن فيه متى لم يذقه، وهو المروي عن الحسن البصري رحمه الله.

ولا بأس للمرأة أن تمضغ الطعام لصبيها إذا لم تجد منه بدًّا؛ لأن الضرورة تبيح المحظور فأولى أن تبيح المكروه.

=

(١٧٧/٣ ترجمة ١١٧١ عمر بن عبد الله) قال الذهبي في الميزان (٢٥٣/٥ ترجمة ١٦٢ عمر بن عبد الله) وقال: ضعفه أحمد ويحيى والنسائي وقال البخاري: يتكلمون فيه. وقال الدارقطني: متروك.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يكره للصائم المضمضة والاستنشاق لغير الوضوء، ولا بأس به للوضوء، وكره الاغتسال وصب الماء على الرأس، والاستنشاق والاستنقاع في الماء، والتلفف في الثوب المبلول لأنها إظهار ضجر عن العبادة.

وقال أبو يوسف: لا يكره، وهو الأظهر لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم "صب على رأسه ماء من شدة الحر وهو صائم" ولأنه ليس فيه تعريض الصوم للفساد ولا فيه إظهار الضجر عن العبادة، بل فيه إظهار ضعف بنيته وعجز بشرته، فإنه خلق الإنسان ضعيفًا.

وللصائم أن يستاك بالرطب واليابس أول النهار وآخره، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**خَيرُ [خِصالِ]**[1] **الصّائمِ السِّواك بلَا فضلٍ**"[2] ولأن فيه تنقية الفم وتطهيره عن الدرن والوسخ والرائحة الكريهة، وليس فيه إزالة الخلوف؛ لأن ذلك بخلو المعدة عن الطعام[3].

وعند الشافعي رحمه الله: يكره في آخر النهار.

وقال مالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمهم الله: أنه يكره إذا كان مبلولًا بالماء؛ لأن فيه إدخال الرطوبة فمه لا للمضمضة، فصار كما لو أخذ الماء بفمه للتبرد وتسكين العطش.

والاكتحال لا يضره وإن وجد طعمه خلافًا لمالك رحمه الله وابن أبي ليلى؛ لأنه عليه السلام "اكتحل وهو صائم"، ولأن عينيه لا تصل إلى جوف الرأس؛ لأنه ليس بينه وبين العين منفذ وإنما يصل أثره، وذلك لا يفسد الصوم كما لو أخذ حنظلة في فيه فوجد في حلقه مرارتها، أو ماء فوجد عذوبته وندوته في حلقه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): خلال.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٦٧٧) قال: حدثنا عثمان بن محمد بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو إسماعيل المؤدب، عن مجالد، عن الشعبي، عن مسروق، فذكره.

(٣) انظر: فتح القدير: ١/١٥ وما بعدها، اللباب: ١/١٤، الشرح الصغير: ١/١٢٤ - ١٢٦، المجموع: ١/٣٢٩ - ٣٤٢، الشرح الكبير: ١/١٠٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ١/٥٥ وما بعدها، المهذب: ١/١٣، المغني: ١/٩٥ - ٩٧، كشاف القناع: ١/٧٨ - ٨١.

ويكره مضغ العلك للصائم لما فيه من التشبه بالفطر، لتوهم سبق شيء منه إلى جوفه فيكون معرضًا صومه للفساد، وقيل: هذا إذا كان معجونًا، فإن كان متفتتًا، فإنه يفطره؛ لأنه يصل شيء منه إلى جوفه لا محالة.

وقيل: هذا إذا كان أبيض، فإن كان أسود يفطره، وإن كان معلوكًا معجونًا؛ لأنه مما يذوب بالمضغ ويتفتت فيصل شيء منه إلى الجوف، وهذا إشارة إلى أنه لا يكره العلك لغير الصائم، لكن يستحب للرجال تركه إلا من عذر بخلاف النساء لما يأتي في كتاب الاستحسان.

ولا بأس للصائم بالقبلة والملامسة إذا أمن على نفسه ما سوى ذلك، لما رُوي أن شابًّا وشيخًا سألا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم[1]، فنهى الشاب ورخص للشيخ، ولأنه متى لم يأمن على نفسه تهيج منيه منه، فيفضي إلى الجماع أو الإنزال فيكره، ومتى أمن لا يفضي إليه فلا يكره.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه كره المعانقة والمباشرة؛ لأن الغالب أن المباشرة تدعو إلى المواقعة أو الإنزال بخلاف القبلة[2].

وذكر أبو الليث رحمه الله في نوازله: لو ضاجع امرأته وليس بينهما ثوب، وإن كان لا يمس فرجه فرجها لا بأس به إذا أمن على نفسه، وإن كان يمس يكره؛ لأن المباشرة الفاحشة قد تفضي إلى المواقعة أو الإنزال[3].

ولا بأس بالحجامة للصائم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ثلَاث لا يُفطّرنَ الصّائمَ: القَيءُ، والحِجامةُ، والاحتلَامُ**"[4].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٨٢/٤، رقم ٧٤٠٦)، وابن أبي شيبة (٣١٥/٢، رقم ٩٤١٠).

(٢) انظر: ابن عابدين ١٣٢/٢، والحطاب ٤٦٢/٢، وجواهر الإكليل ١٥٩/١ ط. عباس شقرون، والشرح الصغير ٧٢٨/١، ٧٣٥ ط. دار المعارف، ونهاية المحتاج ١٩/٣ ط. الحلبي، والجمل ٣٦٣/٢ الميمنية، والإنصاف ١٦٨/١، ٣٧٢/٣ ط. أولى، والمحرر ٢٣٢/١ مطبعة السنة المحمدية.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٢٤٤/١، المغني مع الشرح الكبير ط. بولاق ٣٣٠/٣، والحطاب ٤٢٣/٢، والجمل على المنهج ٥١٧/٢.

(٤) أخرجه عبد بن حميد (٩٦٠) قال: حدثنا إسماعيل بن أبي أويس. و«الترمذي» (٧١٩) قال: حدثنا محمد بن عبيد المحاربي. و«أبو يعلى» (١٠٣٩) قال: حدثنا عبد الأعلى. =

ومن أصبح جنبًا أو احتلم في النهار لم يضره؛ لأنه عليه السلام كان يُصبح جنبًا من غير احتلام ثم يتم صوم يومه[1]، ولأن الله تعالى أباح الوقاع في جميع الليل

=

و«ابن خزيمة» (١٩٧٢) قال: حدثناه يحيى بن المغيرة، أبو سلمة المخزومي، قال: حدثنا إسماعيل بن أبي أويس (ح) وحدثناه محمد بن يحيى، قال: حدثنا سعيد بن منصور.

أربعتهم (إسماعيل، ومحمد بن عبيد، وعبد الأعلى، وسعيد بن منصور) عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، عن عطاء بن يسار، فذكره.

(١) أخرجه «البخاري» ٣/٣٨ (١٩٢٥) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك، عن سمي، مولى أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة. وفي ٣/٤٠ (١٩٣١ و١٩٣٢) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك، عن سمي، مولى أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة. و«مسلم» ٣/١٣٧ (٢٥٥٨) قال: حدثني محمد بن حاتم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج (ح) وحدثني محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق بن همام، قال: أخبرنا ابن جريج، قال: أخبرني عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن. وفي ٣/١٣٨ (٢٥٦١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك، عن عبد ربه بن سعيد. و«أبو داود» (٢٣٨٨) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك (ح) وحدثنا عبد الله بن محمد بن إسحاق الأذرمي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن مالك، عن عبد ربه بن سعيد. و«الترمذي» (٧٧٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن شهاب. و«النسائي» في «الكبرى» (٢٩٤٤) قال: أخبرنا عمرو بن علي، عن فضيل بن سليمان، قال: حدثنا أبو حازم، قال: حدثنا عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام. وفي (٢٩٤٥) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا ابن جريج، قال: حدثني عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث. وفي (٢٩٤٦) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: أخبرنا ابن القاسم، عن مالك، قال: حدثني سمي. وفي (٢٩٥٧) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث بن سعد، عن ابن شهاب. وفي (٢٩٥٨) قال: أخبرنا نصر بن علي، قال: أخبرنا عبد الأعلى، قال: حدثنا معمر، عن الزهري. وفي (٢٩٦٢) قال: أخبرنا الربيع بن سليمان بن داود، قال: حدثنا إسحاق بن بكر بن مضر، قال: حدثني أبي، عن جعفر بن ربيعة، عن عراك بن مالك. وفي (٢٩٧١) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن القاسم، عن مالك، عن عبد ربه بن سعيد. و«ابن خزيمة» (٢٠١١) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا أيوب، عن عكرمة بن خالد (ح) وحدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى، عن ابن جريج، قال:

=

ومن استوفى الوقاع ليلًا يقع غسله نهارًا ولأنه لم يوجد الوقاع لا صورة ولا معنى وهو الإنزال بالمباشرة والملامسة[١].

ولو سافر نهارًا لا ينبغي له أن يفطر؛ لأنه تعين اليوم للصوم لكونه مقيمًا في أوله.

ولو أراد المسافر أن يقيم في مصر أو يدخل مصره كره أن يفطر؛ لأنه اجتمع في اليوم المبيح وهو السفر والمحرم وهو الإقامة فرجحنا المحرم احتياطًا.

(باب ما يُفَطِّرُه وما لا يُفَطِّرُه)

ومن جامع أو أكل ناسيًا يفطره قياسًا لوجود المنافي للصوم، وبه أخذ مالك رحمه الله، ولم يفطره استحسانًا لقوله صلى الله عليه وسلم لمن أكل أو شرب ناسيًا: "**تم عَلى صومِكَ، فإنَّما أطعَمكَ الله وسقَاكَ**"[٢]. وهذا الحديث معلول بمعنى يقتضي

=

حدثني عبد الملك بن أبي بكر. و«ابن حبان» (٣٤٨٦) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن خزيمة، قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى، عن ابن جريج، قال: حدثني عبد الملك بن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام. وفي (٣٤٨٧) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث، عن ابن شهاب. وفي (٣٤٨٩) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن عبد ربه بن سعيد. وفي (٣٤٩٦) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث، عن ابن شهاب. وفي (٣٤٩٩) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي السري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري.

ستتهم: (عبد ربه بن سعيد، وسمي، وابن شهاب الزهري، وعبد الملك بن أبي بكر، وعراك بن مالك، وعكرمة بن خالد) عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، فذكره.

(١) انظر: مراقي الفلاح ص٣٧٣، والدر المختار ورد المحتار ١١٤/٢، والمغني ٤٥/٣، وروضة الطالبين ٣٦١/٢.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤٠/٣ (١٩٣٣) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا هشام. و«مسلم» ١٦٠/٣ (٢٦٨٦) قال: حدثني عمرو بن محمد الناقد، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن هشام القردوسي. و«أبو داود» (٢٣٩٨) قال: حدثنا موسى بن =

التسوية بين الأكل والشرب والوقاع، وهو فعل سماوي غير مضاف إليه فصار وجوده كعدمه نظرًا للمعذور.

وعن محمد: لو جامع امرأته ناسيًا فذكر فنزع مع الذكر، أو كان يشرب الماء فقطعه، أو ألقى اللقمة، أو طلع الفجر وهو مواقع فنزع مع الطلوع فصومه تام.

وقال زفر: يفطر. وتجب الكفارة في الجماع دون الأكل.

وقال أبو يوسف: يلزمه القضاء في فصل الطلوع.

لزفر: أن في حالة النزع مخالطًا لأهله ومباشر لأهله حقيقة ما لم يتم النزع والقطع، فإن عنده لو حلف لا يسكن هذه الدار فأخذ في النقلة من ساعته يحنث؛ لأنه ساكن حقيقة فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن النزع والقلع جماع صورة؛ لأنه وُجِد فيه مماسَّة الفرجين ومخالطة العضوين، والجماع هو إمساس الفرجين، لكن الإقلاع لما كان نقضًا وتركًا له، لم يكن جماعًا معنى والصوم لم يكن ثابتًا، فلا يثبت مع وجود الجماع

=

إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن أيوب، وحبيب، وهشام. و«الترمذي» (٧٢١) قال: حدثنا أبو سعيد الأشج، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج بن أرطاة، عن قتادة. و«النسائي» في «الكبرى» (٣٢٦٢) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا عوف. وفي (٣٢٦٣) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، عن هشام. و«أبو يعلى» (٦٠٣٨) قال: حدثنا أبو سعيد الأشج، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج، عن قتادة. وفي (٦٠٧١) قال: حدثنا المعلى بن مهدي، قال: حدثنا عمران بن خالد. و«ابن خزيمة» (١٩٨٩) قال: حدثنا إسماعيل بن بشر بن منصور السليمي، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا هشام. و«ابن حبان» (٣٥١٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا هشام. وفي (٣٥٢٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله، عن هشام.

ستتهم: (هشام بن حسان القردوسي، وعوف بن أبي جميلة الأعرابي، وأيوب بن أبي تميمة السختياني، وحبيب بن الشهيد، وقتادة بن دعامة، وعمران بن خالد) عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة.

صورة بخلاف المجامع ناسيًا؛ لأن الصوم كان ثابتًا فلا يرتفع بوجود الجماع صورة؛ لأن المنع أسهل من الرفع.

لمحمد: أن النزع والقلع ليس بجماع ولا أكل؛ لأنه ترك للفعل ونقض له، وترك الشيء ونقضه لا يكون إيجادًا له كنقض البناء يكون هدمًا لا بناءً، وهذا لأن الجماع إدخال، والأكل ابتلاع، والنزع إخراج، وبينهما تضاد فصار كالمجامع ناسيًا.

ولو داوم على ذلك يلزمه القضاء دون الكفارة؛ لأنه يُوجِدَ الوقاع والأكل معنى وهو قضاء الشهوة دون الصورة، وهو الإيلاج والابتلاع، ولو أقلع ثم عاد فعليه الكفارة.

ولو أولج قبل الصبح، فلما خشي الصبح أقلع، وأمنى بعد الصبح فلا شيء عليه؛ لأنه لم يوجد الجماع بعده لا صورة ولا معنى.

وعن أبي يوسف: رجل يأكل ناسيًا فقيل له: إنك صائم، فأكل وهو لا يذكر صومه؛ فطّره، وهو قول أبي حنيفة؛ لأن قول الواحد في باب الديانات حجة.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): رجل نظر إلى صائم يأكل ناسيًا يكره أن لا يذكّره إذا كان يتقوى على إتمام صومه، لجوز صومه بيقين عند الأكل، وإن كان يضعف بالصوم لا يكره؛ لأن ما يفعل ليس بمعصية عند عامة العلماء.

ولو دخل الذباب أو الدخان أو الغبار حلقه لم يفطره، وكذلك لو بقي بلل بعد المضمضة فابتلعه مع البُزاق؛ لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه؛ لأنه لا بد من أن يفتح فاه للتكلم، ومتى فتح لا يمكنه التحرز عنه بخلاف ما لو دخل المطر أو الثلج حلقه؛ لأنه يمكنه التحرز عنه في الجملة، ولأنه لم يوجد الفطر صورة وهو الابتلاع، ولا معنى وهو صلاح البدن، حتى لو دخل الذباب حلقه فابتلعه فسد صومه لوجود الفطر صورة.

ولهذا قالوا: لو خاض الماء فدخل الماء أذنه لم يفطره، ولو دخل الدهن في أذنه بغير صُنعه فطره لوجود المعنى وهو صلاح البدن.

ولو صب الماء بنفسه في أذنه، فالصحيح أنه لا يفطره لانعدام الفطر صورة ومعنى وهو صلاح البدن؛ لأن الماء يضر بالدماغ.

ولو تمضمض فسبق الماء حلقه أو صُبّ في حلقه وهو نائم، أو كان مكرهًا أو انصب المطر في حلقه وهو ذاكر لصومه، فسد صومه خلافًا للشافعي رحمه الله.

وقال زفر في النائم: لا يفسد.

لنا: إن ركن الصوم هو الكف عن اقتضاء الشهوتين؛ لأنه شاق على البدن متعب النفس فيتحقق به معنى العبادة وهو التذلل، وبوصول المغذي إلى جوفه يفوت ركن الصوم، وهو الكف عن اقتضاء شهوة البطن، ضرورة فوات المكفوف عنه كالكف عن دخول الدار، يفوت بوقوعه فيها بغير فعله، وكالمصلي لضغطه آخر حتى سبقه الحدث لا يبقى مُصَلّيًا.

ولو ابتلع ما بين أسنانه لم يفطره، وقال زفر: عليه القضاء والكفارة؛ لأنه وصل المغذي إلى جوفه إلا أنه متغير فصار كاللحم المنتن.

لنا: أنه تعذر الاحتراز عن قليله؛ لأنه متى أكل لا بد وأن يبقى شيء بين أسنانه فصار كالريق، وأمكن الاحتراز عن كثيره فيفطره وهو مقدار الحمصة فصاعدا.

هكذا فصّل أبو حنيفة في (المنتقى) والكثير إذا دخل جوفه لا بصنعه فطره؛ لأنه مغذي، وقيل: لا يفطره؛ لأنه لم يوجد الأكل صورة وهو الابتلاع ولا معنى؛ لأن هذا لا يتغذى به ولا يصلح به البدن، وإن ابتلعه لا كفارة؛ لأنه دخل في معنى الغذاء تغير وقصور، فإنه استحال، ولهذا يرمي به وتكون له رائحة كريهة فلم يكمل الفطر.

(**وفي المنتقى**) عن محمد: لو ابتلع سمسمة بين أسنانه لم يفطره؛ لأنه قليل لا يمكن التحرز عنه، ولأنه لم يوجد الأكل صورة وهو الابتلاع، ولا معنى وهو اقتضاء للشهوة، وإن تناولها من الخارج إن مضغها لم يفطره؛ لأن الظاهر أنه لا تصل إلى حلقه متى مُضغ، بل يبقى بين أسنانه وفمه لقلته، إلا أنه إن وجد طعمها في حلقه، فإنه يفطره؛ لأن وجود الطعم دليل الوصول إليه وإن ابتلعها فطره.

واختلفوا في [وجوب][1] الكفارة؛ قيل: لا يلزمه، لأنا لا نتيقن بالوصول إلى جوفه لقلته فتمكن فيه شبهة عدم الفطر.

وقيل: إنها تجب، وهكذا رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله نصًّا وهو الأصح؛ لأنه

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): وجود.

حصل الفطر بما يؤكل عادة وقد علم بالوصول إلى حلقه متى ابتلعها.

ولو جمع ريقه في فيه ثم ابتلعه لم يفطره، ولو أخرجه من فيه ثم أعاده إليه وابتلعه فطره ولا كفارة، وكذلك لو ابتلع بزاق غيره؛ لأن الناس يعافون البزاق بعدما خرج من الفم فصار كمن أكل مدرة أو حصاة.

ولو دخل دموع عينيه أو عرق جبينه في فمه، إن كان قليلًا كالقطرة والقطرتين لم يفطره لتعذر التحرز عنه، وإن كان كثيرًا حتى وجد ملوحته في فمه فطره.

وكذا لو خرج الدم من بين أسنانه ودخل حلقه، إن كانت الغلبة للبزاق لا يضره، وإن كانت الغلبة للدم أو كانا سواء يفطره؛ لأن له حكم الخروج كما في الوضوء.

ولو دخل المخاط أنفه من رأسه ثم استشمه فأدخل حلقه عمدًا لم يفطره؛ لأنه بمنزلة ريقه.

(**المبسوط**): ولو أكل حصاة أو نواة فطره ولا كفارة؛ لأنه وُجد الأكل صورة وهو الابتلاع وانعدم معنى وهو التغذي، فانتقض ركن الصوم صورة فحكم بانتقاضه احتياطًا، ولكنه تقاصرت الجناية فلم يلزمه الكفارة.

ولو جامع امرأته فيما دون الفرج فأنزل فطره، وكذا لو قبلها أو باشرها فأنزل فطره، وكذا المرأة إن أنزلت لوجود الجماع معنى، وهو اقتضاء الشهوة بفعله.

والنظر لا يفطر وإن أنزل؛ لأنه حصل الإنزال واقتضاء الشهوة لا بصنعه مُلاصقًا بمحل بالتفكر، فلا يكونُ شبيه بالجماع لا صورة ولا معنى كما لو احتلم.

ولو استمنى بالكف فطره؛ لأنه حصل اقتضاء شهوته بفعله فيكون بمعنى الجماع.

ولو جامع البهيمة فأنزل فطره ولا كفارة؛ لأنه يمكن القصور في اقتضاء الشهوة لكون المحل غير مشتهى في حق الآدمي، فصار كالجماع فيما دون الفرج.

ولو أولج في البهيمة ولم ينزل لا يفطره بخلاف الإيلاج في الآدمي؛ لأنه سبب لاقتضاء الشهوة ظاهرًا فأقيم مقامه، وفي البهائم لا.

والسعُوط والقطورُ[١] في الأذن والحقنة والوجُور[٢] يفطره؛ لأن الدواء مصلح للبدن مقومًا له كالغذاء فيكون بمعنى الغذاء، ووصول المصلح للبدن إلى جوف الرأس كوصوله إلى جوف البدن؛ لأنه محتاج لتربية الدماغ كما هو محتاج لتربية البدن؛ لأن قوام البدن بهما أو يحكم بالوصول إلى جوف البدن احتياطًا؛ لأن جوف الرأس له منفذ أصلي إلى البدن ولا يلزمه الكفارة لعدم قصد الإفطار.

والإقطار في الإحليل لا يفطره عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يفطره، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقف في هذا، وهذا راجع إلى معرفة أصل طبي أن المثانة هل لها منفذ إلى البطن؟ فعند أبي يوسف: لها منفذ يخرج منه البول، وعند أبي حنيفة ليس لها منفذ إلى البطن وإنما البول يترشح منه كما يترشح الماء من الخزف الجديد، والبول يدفع ما أقطر في الإحليل من الترشح إلى الجوف فلا يصل المفطر إلى جوفه.

قيل: وهذا إذًا يصل إلى المثانة، وإن لم يصل إليها ولكن في القصبة بعد، فإنه لا يفطره.

ومن داوى جائفة أو آمة[٣] بدواء يابس لم يفطره، وإن كان الدواء رطبًا يصل إلى جوفه ودماغه فطره عند أبي حنيفة، وعندهما لم يفطره؛ لأن المنفذ إذا لم يكن أصليًّا ربما ينضم وربما يتسع فلا يتيقن بالوصول إلى جوفه.

له: أن رطوبة الدواء تنضم إلى رطوبة الجراحة، فتزداد الرطوبة فيسيلها إلى الأسفل طبعًا، فتصل نداوته المصلحة إلى الجوف ظاهرًا وغالبًا فيجب القضاء احتياطًا، فأما اليابس يستمسك على رأس الجرح، وينشف رطوبات الجرح فلا يسيل الدواء إلى الأسفل للحال، وإنما ينسال بعد أن يرق الدواء برطوبات الجراحة، بعد مضي رمضان وبعد مضي زمان لا يبقى للدواء قوة الإصلاح لاستحالته، فلا يكون بمعنى الغذاء فلا يفطره.

---

(١) القَطُورُ: سائل يُقطَرُ في العين للعلاج أو الغسل.

(٢) السعوط: أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره. والوجور: أن يصب في حلقه صبا من غير الثدي.

(٣) الجائفة: اسم لجراح وصلت إلى الجوف، والآمة: اسم لجراح وصلت إلى الدماغ.

ولو طعن برمح فوصل إلى جوفه لم يفطره.

وقيل: إن نزعه لم يفطره، وإن بقي الزج[١] في جوفه فطره؛ لأن ما دخل جوفه دخل بصنع العباد فصار كما لو دخله بصنعه.

نظيره لو ابتلع لحمًا مربوطًا على خيط ثم انتزعه من ساعته لم يفطره، لم يستقر في محله حتى يدفع الجوع عنه، ولو انفصل عن الخيط فطره.

وقيل: لا يفطره، وإن بقي الزج في جوفه، وظاهر إطلاق محمد يدل على هذا وهو الصحيح؛ لأنه وصل إلى جوفه غير المغذي، لا من منفذ أصلي فلم يوجد الأكل صورة وهو الابتلاع ولا معنى وهو التغذي.

(**النوادر**): ولو أدخل عودًا في دبره، فإن كان طرفه خارجًا لم يفطره؛ لأنه لم يتم دخوله، وإن لم يكن فطره، وكذلك لو ابتلع خيطًا وطرفه في يده ثم أخرجه لم يفطره، ولو ابتلع كله فطره.

ولو أدخل إصبعه في دبره، اختلفوا في وجوب الغسل والقضاء، والأصح أنه لا يجب الغسل والقضاء؛ لأنه بمنزلة الخشبة.

ولو جعلت المرأة القطنة في قبلها إن انتهت إلى الفرج الداخل وهو رحمها أفسد صومها، وإلا فلا، ولو استقصى في استنجائه حتى بلغ الماء مبلغ الحقنة فطره. والأصل في ذلك كله قوله صلى الله عليه وسلم: "**الْفِطْرُ مِمَّا دَخَلَ**"[٢].

(**المبسوط**): ومن ذرعه القيء لم يفطره، وإن استقاء فطره ولا كفارة عليه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَن قَاء فلَا قضَاء عليهِ، ومَن استقَاء فعَليهِ القَضاءُ**".

(**النوادر**): ومن ذرعه القيء ثم عاد شيء منه إلى جوفه، وهو أقل من ملء فم لم يفطره؛ لأنه لم يعط له حكم الخروج بدليل أنه لم ينتقض به الطهارة فلم يوجد الوصول من الخارج إلى الباطن، وإن كان ملء الفم يفطره عند أبي يوسف؛ لأنه

---

(١) زج الرمح: جعل له زجا، أي: حديدة في أسفله.

(٢) أخرجه البخاري عنهما تعليقا (فتح الباري ١٧٣/٤) ورواه البيهقي وعبد الرزاق في مصنفه بسنده، موقوفا على ابن مسعود، وابن أبي شيبة موقوفا على ابن عباس. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا يثبت (نصب الراية ٤٥٤/٢).

وصل المغذي من وجهٍ إلى جوفه؛ لأنه ما دام الطعام في المعدة لم يستحل من كل وجه، بل بقي فيه معنى الغذاء من وجه فيحكم بفساد الصوم احتياطًا.

وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله: لم يفطره وهو الصحيح؛ لأنه لم يوجد الفطر صورة وهو الإدخال، ولا معنى وهو وصول المغذي إلى جوفه؛ لأن هذا لا يصلح غذاء ولا يتغذى به عادة بل يستقذره الطبع ويعاف عنه، فصار كما لو دخل الذباب حلقه.

وإن أعاده، إن كان ملء الفم يفسد صومه بالإجماع؛ لأنه وجد الخروج ثم الإدخال والابتلاع فوجد الأكل صورة.

وإن كان أقل من ملء الفم فسد عند محمد وزفر؛ لأن عند زفر، أعطى الماء دون ملء الفم حكم الخروج، فَوُجد الإدخال من الخارج إلى الداخل، وعند محمد لم يعط لهذا حكم الخروج، ولكن هذه الرواية منه تدل على أن قوله مثل قول زفر في انتقاض الطهارة.

وعند أبي يوسف: لا يفسد وهو الصحيح؛ لأنه ليس بخارج شرعًا بدليل أنه لا يُنتقض به الوضوء، والإدخال إنما يتصور بعد الخروج، فإذا لم يوجد الخروج لم يوجد الإدخال كالريق، هذا كله إذا قاء.

وإن استقاء إن كان ملء الفم فطره، وإن كان أقل من ملء الفم فطره عند محمد وزفر، وعند أبي يوسف لا يفطره، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

لمحمد: إن الشرع علق الفساد بالتقيؤ ولم يفصل لقوله عليه السلام: "**مَن تَقيَّأ فَعليهِ القَضاءُ**". والتقيؤ عبارة عن إخراج شيء من المعدة وقد وُجد.

لأبي يوسف: إن الفطر مما دخل لا مما يخرج لقوله عليه السلام: "**الفطرُ ممَّا دَخلَ**" وهذا ليس بخارج شرعًا، فلا يتصور فيه الدخول، إذ الدخول يترتب على الخروج، فإن عاد لم يفسد عند أبي يوسف لعدم تحقق الخروج، وإن أعاد ففيه عنه روايتان، والصحيح أنه يفسد لما بينا.

(باب الأعذار التي تبيح الإفطار)

وهي ستة: السفر، والمرض الذي يزداد أو يتأخر برؤه بالمرض، وحبل المرأة

وإرضاعها إذا أضر بولدها، والعطاش الشديد، والجوع الذي يخاف منه الهلاك، والشيخ الفاني إذا عجز عن الصوم، وأصله قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤] ثم بنفس السفر يترخص له الإفطار، وإن لم تلحقه المشقة، وبالمرض لا يترخص له الإفطار حتى يخاف زيادة المرض؛ لأن السفر لا يخلو من المشقة بترك الأكل فأقيم مقام حقيقة المشقة.

فأما المرض قد يخلو عن المشقة بترك الأكل، فإنه قد يكون صلاح المريض في ترك الأكل حمية فلا يكون سببًا للمشقة وزيادة للمرض، فتعلقت الرخصة بلحوقه زيادة المرض وبحقيقة المشقة بالصوم والصوم للمسافر أفضل.

وعند الشافعي رحمه الله: الفطر أفضل.

لنا: قوله عليه السلام في المسافر: "**إن أفطرَ فرخصةٌ وإن صَام فهوَ أفضلُ**"[(١)]؛ ولأن رخصة المسافر رخصة ترفيه وتأخير إلى بدل، وهو الصوم إلى عدة أيام أخر؛ لا رخصة إسقاط وتعطيل بدليل أنه لو صام يقع موقعه، فكان التعجيل أفضل لما فيه من المسارعة إلى العبادة وإلى التخلص من العهدة.

وإن لحقه المشقة فالفطر أفضل، لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على رجل يصب عليه الماء فقال: "**مَا هَذا؟**" فقيل: صام في السفر، فقال عليه السلام: "**لَيْسَ مِن الْبِرِّ الصِّيَامُ فِي السَّفَرِ**"[(٢)].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٥/٣ (٨٩٧٤) قال: حدثنا أبو معاوية، ومروان بن معاوية، عن عاصم.

(٢) أخرجه «البخاري» ٣٤/٣ (١٩٤٦) قال: حدثنا آدم. و«مسلم» ١٤٢/٣ (٢٥٨١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، ومحمد بن المثنى، وابن بشار، جميعا عن محمد بن جعفر. قال أبو بكر: حدثنا غندر. وفي (٢٥٨٢) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي. وفي (٢٥٨٣) قال: وحدثناه أحمد بن عثمان النوفلي، قال: حدثنا أبو داود. و«أبو داود» (٢٤٠٧) قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي. و«النسائي» ١٧٧/٤، وفي «الكبرى» (٢٥٨٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، وخالد بن الحارث. و«ابن خزيمة» (٢٠١٧) قال: حدثنا أبو موسى، قال: حدثنا محمد بن جعفر. و«ابن حبان» (٣٥٥٢) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، ومحمد بن جعفر.

جميعهم: (محمد بن جعفر، غندر، وأبو النضر، هاشم بن القاسم، ويزيد بن هارون، وإسماعيل ابن علية، ويحيى، وعفان بن مسلم، وأبو الوليد الطيالسي، وآدم بن أبي إياس، =

ولو سافر في رمضان جاز عند عامة الصحابة رضي الله عنهم خلافًا لعلي وابن عباس رضي الله عنهما؛ لأن النص مطلق وهو قوله تعالى: ﴿أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾ الآية، ولأن الداعي إلى الرخصة وهو لحوق المشقة شامل للأحوال أجمع.

ولو سافر نهارًا لا يباح له الفطر في ذلك اليوم؛ لأنه وجب عليه الصوم حتمًا لكونه مقيمًا في أوله، والسفر معنى يحدثه الإنسان باختياره، فلا يؤثر في إسقاط ما وجب عليه حالة الإقامة بخلاف ما لو مرض يحل له الفطر؛ لأن المرض عذر جاء من جهة من له الحق فيؤثر في إسقاط حقه، وإن أفطر لا كفارة عليه خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن السبب المبيح للفطر قائم وهو السفر، فأورث شبهة الإباحة بخلاف ما لو أفطر ثم سافر؛ لأن السبب المبيح لم يوجد وقت الفطر فلم يورث شبهة، ويباح له الفطر في غيره من الأيام خلافًا لمالك رحمه الله، بناء على أن صيام رمضان عنده بمنزلة صوم يوم واحد حتى يتأدى بنية واحدة، وعندنا صيامات وعبادات متفرقة، فيكون السفر قبل طلوع الفجر من اليوم الثاني كالسفر قبل دخول الشهر.

ومن أفطر بعذر وقدر على القضاء فعليه القضاء على التراخي بالنص.

ولو استدام العذر حتى مات فلا قضاء عليه؛ لأن العاجز لا يُكَلَّف، وإن زال العذر ومات قبل القضاء، يجبُ عليه الفدية وهي أن يُطعم لكل يوم مسكينًا بقدر ما يجب في صدقة الفطر، لما يأتي مع فروعه في كتاب الكفارات.

ولو صَحَّ المريض ثم مات لزمه القضاء بعدد ما يقدر ما صَحَّ.

وذكر الطحاوي هنا خلافًا، والصحيح أنه بالإجماع وإنما الخلاف في المريض إذا نذر أن يصوم شهرًا إن برأ، ثم برأ يومًا يلزمه الإيفاء بالإطعام لجميع الشهر عندهما.

وعند محمد: يلزمه بقدر ما صح؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وفي إيجاب الله تعالى لا يلزمه إلا بقدر ما صح فكذا هذا.

=

ومعاذ بن معاذ، وأبو داود الطيالسي، وخالد، وعبد الرحمن) عن شعبة بن الحجاج، عن محمد بن عبد الرحمن بن سعد بن زرارة، عن محمد بن عمرو بن الحسن بن علي، فذكره.

لهما: أن إيجابه قد صح في حق وجوب الأصل وهو الصوم إن قدر عليه، وفي حق وجوب الخلف وهو الفدية إن عجز عن الأصل وصار كالصحيح نذر صوم شهر ثم مات قبل تمام الشهر يلزمه الإيفاء به فكذا هذا، وإيجاب الله تعالى يفارق إيجاب العبد، فإن الله تعالى أوجب على عبده حجة واحدة ولو نذر بألف حجة يلزمه.

والمجنون إذا أفاق في بعض الشهر يلزمه قضاء ما مضى خلافًا لزفر والشافعي رضي الله عنهما.

لهما: أن الصوم لو وجب عليه إما أن يجب قضاء أو ابتداء:

لا يجب قضاء؛ لأن وجوب القضاء يستدعي سابقة وجوب الأداء، ووجوب الأداء يعتمد قيام الأهلية، والأهلية للمجنون مفقودة.

ولا يجب ابتداء؛ لأنه إنما يجب ابتداء نظرًا له وهو إحراز المثوبة، وذلك يحصل له بالصوم تطوعًا فلا حاجة له إلى الوجوب؛ لأنه يتردد بين النظر والضرر لاستحقاق العقوبة بواسطة الترك.

لنا: أنَّ الصوم إنما وجب على المنتبه عن النوم والمفيق عن الإغماء ابتداءً قائمًا مقام صوم رمضان إحرازًا للمثوبة لطفًا ونظرًا، وحقه لما عجز عن إحراز مثوبة صوم رمضان؛ لأن التكليف بالعبادات إلطاف وإنظار من الشارع في حق العباد؛ لأن العبادات شرعت ووضعت سببًا لإحراز المثوبات ونيل الدرجات لا لاستحقاق العقوبات، والمجنون يساويه في العجز واستحقاق النظر والاحتياج إلى إحراز المثوبة فالشرع الوارد بالوجوب ثمة وارد هنا دلالة.

وإن استوعب جنونه كل الشهر لم يقضه؛ لأن الجنون إذا طال تتضاعف الواجبات فيخرج في القضاء، وإذا قصر لا تتضاعف فلا يخرج، فقدرنا الفاصل بينهما بشهر؛ لأنه جميع مدة هذه العبادة ولا يمكن التقدير بما دونه؛ لأنه في حد التعارض.

ومن أغمي عليه كل الشهر لزمه قضاؤه؛ لأن امتداد الإغماء كل الشهر نادر فلا يخرج في القضاء، فأما امتداد الجنون كل الشهر غالب فيخرج في القضاء.

ولو أدرك صبي لا يلزمه قضاء ما مضى؛ لأن الصبي مما يمتد قطعًا فيخرج في القضاء.

ولو أغمي عليه في ليلة من رمضان أو في يوم منه فأفاق قبل الزوال ونوى أجزأه، وكذلك المجنون؛ لأنه من أهل النية وقت النية؛ لأن الإغماء والجنون يسلب أهلية النية لا أهلية الإمساك.

ولو جُنَّ في رمضان ثم أفاق بعد سنين في رمضان، فعليه قضاء الشهر الذي جن فيه والذي أفاق فيه دون ما بين ذلك؛ لأن الجنون في الشهر الأول والآخر لم يستوعبه، وفيما بين ذلك استوعبه.

(**النوادر**): ولو بلغ مجنونًا ثم أفاق في رمضان، يلزمه قضاء ما مضى عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يلزمه بمنزلة صبي أدرك في بعض الشهر، وفي ظاهر الرواية لم يفصل بين الجنون الطارئ على البلوغ والمقارن له؛ لأن حكم ما بعد البلوغ يعتبر منقطعًا عما قبله، لاختلاف السبب المسقط للتكليف.

الغازي إذا علم أنه يقاتل العدو في رمضان وهو يخاف الضعف على نفسه فله أن يفطر، فعلى قياس هذا قالوا فيمن له حمى غب وأفطر في أول اليوم على ظن أن الحمى تعتريه فتضعفه لا بأس به؛ لأنه بحكم الغلبة كالكائن.

ولو أفطر ثم لم تعتريه الحمى يلزمه الكفارة؛ لأنه لم يتمكن فيه شبهة إباحة الإفطار لانعدام سبب المبيح وقت الفطر وهو المرض، وكذلك المرأة إذا كان لها أيام معروفة في الحيض فأفطرت في أول يوم معروفتها ثم لم تحض فيه يلزمها الكفارة، والله أعلم.

(باب من يلزمه إمساك بقية اليوم بعد الإفطار)

ولو طهرت الحائض، وقدم المسافر، وأفاق المجنون، وبلغ الصبي، وأسلم الكافر، وبرئ المريض في بعض النهار، وأفطر الصائم خطأً أو متعمدًا، يمسك بقية يومه تشبهًا بالصائمين؛ لأنه عجز عن قضاء حق هذا اليوم بالصوم مع كونه أهلًا للصوم للحال فيلزمه القضاء بما شرع خلفًا عنه وهو الإمساك لا خلفًا عن الصوم؛

لأن القضاء يجب خلفًا عنه، فكيف يكون الإمساك خلفًا عنه والإمساك في بعض اليوم شرع قربة كما في غداة يوم الأضحى فوجب التشبه به، وأصله قوله عليه السلام في يوم عاشوراء: "**أَلَا مَنْ أَكَل فَلَا يَأْكُلن بَقِيَّةَ يَوْمِهِ**"[١] فصار هذا أصلا[٢].

لنا: أن من عجز عن قضاء حق الوقت بالصوم يلزمه الإمساك قضاء لحق الوقت.

والطاهرة إذا حاضت أو نفست في حالة الصوم لا تمسك؛ لأنه نوع مرض فيضعفها الإمساك.

ولو طهرت من حيضها ليلًا صامت الغد إن كان أيام حيضها عشرًا، أو إن كانت دونه، فإن أدركت من الليل مقدار الغسل وزيادة ساعة لطيفة تقضي العشاء وتصوم الغد، وإن طلع الفجر مع فراغها من الغسل لا تقضي العشاء ولا تصوم الغد؛ لأن مدة الاغتسال من جملة حيضها فيمن كانت أيامها دون العشرة فلا بد من زمان طهر بعدها لتصير أهلا للوجوب.

امرأة أصبحت تنوي الصوم ثم أكلت ثم حاضت قضت يومًا.

وقال زفر: لا قضاء عليها؛ لأن الحيض مناف للصوم، والصوم مما لا يتجزأ فوجود المنافي في بعضه كالموجود في كله اعتبارًا فلم يصح الشروع.

لنا: أن الشروع قد صح منها لكونها طاهرة عند الشروع، والحيض ينافي الصوم حكمًا فيعتبر بالمنافي حسًّا وهو الأكل، ثم وجود الأكل في آخر النهار لا يجعل كالموجود في أوله فالحيض أولى، فحصل قدر المؤدي قربة قبل وجود المنافي فصادفها الإفطار عملا هو قربة فيلزمها القضاء، ولو حاضت ثم أكلت لا تقضي.

ولو أسلم الكافر وبلغ الصبي في خلال الشهر، لم يلزمهما قضاء ما مضى ولا قضاء اليوم الذي أسلم وبلغ فيه؛ لأنه لا وجوب لعدم الأهلية في الجزء الأول؛ لأن الكفر يسلب أهلية العبادة.

---

(١) الحديث ذكره الموصلي من الحنفية (١/١٢٦ و١٢٧) ولم يعزه إلى أي مصدر حديثي، ولم نهتد كذلك إلى من أخرجه بهذا اللفظ.

(٢) انظر: الاختيار ١/١٢٧، ورد المحتار ٢/٨٥، وقارن بالمجموع ٦/٣٠١.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه إذا أسلم قبل الزوال ونوى الصوم يجزئه، وإن لم ينو فعليه القضاء؛ لأن الكفر ينافي أهلية الصوم حكمًا لا حقيقة، فإذا زال المنافي وقت النية وهو أهل للعزيمة يجوز كما لو أصبح بنية الفطر ثم نوى قبل الزوال.

ولو أسلم قبل الزوال ولم يأكل فصام تطوعًا، ففي رواية "النوادر" أنه يصح صومه، وفي ظاهر الرواية لا يصح لعدم الأهلية في أول النهار وصوم اليوم مما لا يتجزأ، فإذا انعدم في بعضه انعدم في كله كما لو أكل في بعضه.

(باب مَنْ تلزمه الكفارة بالإفطار ومَنْ لا تلزمه)

ومن جامع متعمدًا فعليه القضاء والكفارة.

أما القضاء؛ فلأنه فوّت حق الله تعالى بالفطر وهو التعبد بامتثال الأمر، فوجب القضاء [جابرا][1] له ليقوم مقامه في التعبد فيندفع عنه ضرر العصيان والوزر والويل.

وأما الكفارة؛ فلحديث الأعرابي أنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: هلكت وأهلكت، فقال: "**مَاذا صَنعتَ؟** فقال: واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدًا، فقال له: **اعتق رقبة**، والكفارة إعتاق رقبة، **فَإن لم تَجد فَصيامُ شَهرين متَتابعينِ، فَإن لم تَستطِع فإطعَام ستّينَ مِسكينًا**"[2]. على هذا الترتيب منصوص عليه في حديث الأعرابي.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): جائزًا.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤١/٣ (١٩٣٦) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. وفي ٤٢/٣ (١٩٣٧) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ٢١٠/٣ (٢٦٠٠) و١٨٠/٨ (٦٧١٠) قال: حدثنا محمد بن محبوب، قال: حدثنا عبد الواحد، قال: حدثنا معمر. وفي ٨٦/٧ (٥٣٦٨) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد. وفي ٢٩/٨ (٦٠٨٧) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا إبراهيم. وفي ٤٧/٨ (٦١٦٤) قال: حدثنا محمد بن مقاتل، أبو الحسن، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا الأوزاعي. قال البخاري: تابعه يونس، عن الزهري، وقال عبد الرحمن بن خالد، عن الزهري: ويلك. وفي ١٨٠/٨ (٦٧٠٩) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي (٦٧١١) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٢٠٦/٨ (٦٨٢١) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«مسلم» =

=

١٣٨/٣ (٢٥٦٤) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، وابن نمير، كلهم عن ابن عيينة، قال يحيى: أخبرنا سفيان بن عيينة. وفي ١٣٩/٣ (٢٥٦٥) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن منصور. وفي (٢٥٦٦) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة، قال: حدثنا ليث. وفي (٢٥٦٧) قال: وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا إسحاق بن عيسى، قال: أخبرنا مالك. وفي (٢٥٦٨) قال: حدثني محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج. وفي (٢٥٦٩) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن ماجه» (١٦٧١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٢٣٩٠) قال: حدثنا مسدد، ومحمد بن عيسى، المعنى، قالا: حدثنا سفيان. وفي (٢٣٩١) قال: حدثنا الحسن بن علي، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٢٣٩٢) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. قال أبو داود: رواه ابن جريج، عن الزهري، على لفظ مالك: «أن رجلا أفطر، وقال فيه: أو تعتق رقبة، أو تصوم شهرين، أو تطعم ستين مسكينا». و«الترمذي» (٧٢٤) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، وأبو عمار، والمعنى واحد، قالا: أخبرنا سفيان بن عيينة. و«النسائي» في «الكبرى» (٣١٠١) قال: أخبرنا محمد بن نصر النيسابوري، ومحمد بن إسماعيل الترمذي، قالا: حدثنا أيوب بن سليمان، قال: حدثني أبو بكر، وهو ابن أبي أويس، عن سليمان، قال يحيى بن سعيد. وفي (٣١٠٢) قال: أخبرني محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، قال: حدثنا أشهب، أن مالكا، والليث حدثاني. وفي (٣١٠٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. وفي (٣١٠٤) قال: أخبرنا محمد بن منصور، عن سفيان. وفي (٣١٠٥) قال: أخبرني محمد بن قدامة المصيصي، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي (٣١٠٦) قال: أخبرني الربيع بن سليمان بن داود، قال: حدثنا أبو الأسود، وإسحاق بن بكر بن مضر، قالا: حدثنا بكر بن مضر، عن جعفر بن ربيعة، عن عراك بن مالك. وفي (١١٦٦٢) عن هارون بن عبد الله، عن معن بن عيسى، عن مالك. و«أبو يعلى» (٦٣٩٣) قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم، قال: حدثنا مبشر، عن الأوزاعي. و«ابن خزيمة» (١٩٤٣) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: أخبرنا ابن وهب، أن مالكًا حدثهم (ح) وحدثنا الربيع بن سليمان، قال: قال الشافعي: أخبرنا مالك (ح) وحدثنا عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج (ح) وحدثنا محمد بن تسنيم، قال: أخبرنا محمد بن بكر، قال: أخبرنا ابن جريج. وفي (١٩٤٤) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٩٤٥) قال: حدثنا يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي (١٩٤٩) قال: أخبرنا محمد بن عزيز الأيلي، أن سلامة حدثهم، عن عقيل. وفي (١٩٥٠)

=

وكذلك من أكل أو شرب متعمدًا خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن الكفارة إنما وجبت بالمواقعة لتكفير جناية الإفساد ومحو إثمها أو للزجر عنها، لأنها صالحة لذلك وجناية الإفساد بالأكل والشرب مثل جناية الإفساد بالمواقعة؛ لأن ركن الصوم هو الإمساك عن الأكل والشرب والوقاع، ومتى استويا في الإفساد استويا في الإثم والجناية والحاجة إلى شرع الزاجر فيستويان في وجوب الساتر وشرع الزاجر.

وعلى المرأة المطيعة الكفارة خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأنها تجب ساترة ماحية لجناية الإفساد زاجرة عنها وأنها جانية بالتمكين؛ لأن التمكين منها إفساد لصومها كالمواقعة من الرجل؛ لأنها بالتمكين مقوية ركن الصوم وهو الكف عن قضاء الشهوتين، فيجب لستر جنايتها وزجرها عنه كالرجل[1]، وإن كانت مكرهة فلا كفارة عليها.

ولو أكرهت زوجها على الجماع فجامعها قيل: تلزمها الكفارة؛ لأن الزوج لا

=

قال: حدثنا أبو موسى، محمد بن المثنى، قال: حدثنا مؤمل، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا منصور. و«ابن حبان» (٣٥٢٣) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس بن المبارك بن الهيثم الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٣٥٢٤) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب البلخي، ببغداد، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا سفيان. وفي (٣٥٢٥) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن مصعب، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، قال: حدثنا إسحاق بن بكر بن مضر، عن أبيه، عن جعفر بن ربيعة، عن عراك بن مالك. وفي (٣٥٢٦ و٣٥٢٧) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، عن الأوزاعي. وفي (٣٥٢٩) قال: أخبرنا محمد بن عبيد الله بن الفضل الكلاعي، بحمص، قال: حدثنا عمرو بن عثمان بن سعيد، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعيب بن أبي حمزة.

جميعهم (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، والحجاج بن أرطاة، وعبد الملك بن عبد العزيز، ابن جريج، ومحمد بن أبي حفصة، وإبراهيم بن سعد، وشعيب بن أبي حمزة، ومنصور بن المعتمر، وعبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، والليث بن سعد، ويحيى بن سعيد، وعراك بن مالك، وعقيل بن خالد) عن محمد بن مسلم بن شهاب الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف المدني، فذكره.

(١) انظر: فتح القدير ٤٥٦/٢، المغني ٣٤٠/٣، وأسنى المطالب ٥١٢/١، والشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٩٤/٢ - ٩٥.

يجامعها إلا بعد اللذة وانتشار الآلة، وإذا جاء الانتشار زال الإكراه.

وقد نص محمد رحمه الله أنه لا كفارة عليه؛ لأن هذا إفطار بعذر؛ لأن الإكراه يوجب الرخصة كسائر الأعذار.

وذكر في نوادر الصوم: لو وطئت النائمة والمجنونة يفسد صومهما خلافًا لزفر والشافعي رضي الله عنهما.

لهما: أن النائمة والمجنونة أعذر من الناسية؛ لأنه انعدم منهما أصل العقل ولا ينعدم من الناسي أصل العقل.

لنا: أنه وُجِد ما يُضَاد ركن الصوم وهو الكف عن الوقاع، فصار كما لو صب الماء في حلقه، والحكم في الناسي ثبت نصًّا لا قياسًا فلا يتعدى إلى غيره مع أن النائم ليس في معنى الناسي؛ لأن الجنون والنوم لا يكثر وجوده في حالة الصوم والنسيان يكثر.

قيل: المراد من المجنونة المجبورة؛ لأنه لا يتصور الصوم من المجنونة، وقيل: يتصور الصوم مع الجنون، فإنه لو جُنَّ قبل طلوع الفجر وكان قد نوى الصوم يكون صائمًا من الغد إذا أمسكت عن المفطرات، ولا كفارة عليهما لانعدام الإثم وارتفاع المؤاخذة.

ومن جامع ولم ينزل تلزمه الكفارة؛ لأن الجماع هو الإيلاج وقد وجد، فأما الإنزال للإشباع وأنه يكون حالة الفراغ فلا عبرة به، ألا ترى أنه يجب الحد به في الزنا فتجب الكفارة بالإفطار به.

وإن وطئ في الدبر فعليه الكفارة بالإجماع وهو الصحيح؛ لأنها معلقة باقتضاء الشهوة على الكمال وقد وجد بخلاف الإنزال فيما دون الفرج؛ لأنه وجد القصور في اقتضاء الشهوة فكان دون الجماع في الجناية وبخلاف الحد؛ لأنه معلق بالزنا ولم يوجد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنها لا تجب لتمكن القصور في اقتضاء الشهوة.

وذكر في النوادر: امرأة علمت طلوع الفجر وكتمت من زوجها حتى واقعها

وهو لا يعلم فعليها الكفارة دونه؛ لأن إفطارها عريَ عن شبهة الإباحة وإفطاره تمكنت فيه الشبهة، ثم الأصل أنه متى أفطر بما يتغذى به لزمته الكفارة، وإن أفطر بما لا يتغذى به لا تلزمه الكفارة؛ لأن الكفارة شرعت للزجر وإنما تحتاج إلى الزجر فيما يؤكل عادة، حتى ينزجر عن أكله لمكان الكفارة، فأما الامتناع عن الأكل فيما لا يؤكل عادة، ثابت من حيث الطبيعة والعادة فلا يحتاج إلى الزجر فيه كالحد بشرب الخمر؛ لأنه محتاج فيه إلى الزجر ولا يجب بشرب الدم والبول؛ لأنه غير محتاج فيه إلى الزجر، ثم الفاصل فيما يتغذى وفيما لا يتغذى، أن كل ما يؤكل عادة مقصودًا أو تبعًا لغيره، فهو مما يتغذى، وكل ما لا يؤكل عادة أصلا فهو ملحق بما لا يتغذى، وإن كان في نفسه متعديًا.

ولو ابتلع جوزة رطبة أو لوزة يابسة لم تلزمه الكفارة؛ لأنه لا يؤكل مع قشره عادة، ولو ابتلع لوزة رطبة أو بطيخة صغيرة يلزمه الكفارة لأنها تؤكل مع قشرها عادة.

وعن أبي يوسف: إذا مضغ الجوزة اليابسة واللوزة حتى وصل المضغ إلى جوفه يلزمه الكفارة؛ لأنه أكل ما هو مأكول وهو اللب مع ما ليس بمأكول وهو القشر، وقيل: لا يلزمه الكفارة؛ لأن اعتبار وقوع الفطر بما يتغذى به إن كان يوجب الكفارة، فاعتبار وقوع الفطر بما لا يتغذى به يمنع وجوب الكفارة فوقع الشك في وجوبها فلا يجب بالشك كما لو ابتلعها.

وإن كان عجينًا أو دقيقًا فلا كفارة؛ لأنه لا يؤكل عادة ولا مقصودًا ولا تبعًا لغيره.

وعند محمد في الدقيق: عليه الكفارة.

وإن قضم حنطة فعليه الكفارة لأنها تؤكل.

وإن ابتلع شعيرًا إن كان مقليًا يلزمه الكفارة، وإن كان غير مقلي لا يلزمه؛ لأن المقلي يؤكل عادة وغير المقلي لا يؤكل.

ومن أكل الطين وما لا يؤكل عادة لا كفارة عليه.

وعن محمد رحمه الله: إن أكل الطين الأرمني[١] فعليه الكفارة؛ لأنه يتداوى به، وكذلك الطين المختوم[٢] والمقلوّ الذي يؤكل وينتقل، وكذلك لو أكل كافورًا أو مسكًا أو زعفرانًا أو ابتلع إهْلِيلَجَة[٣]؛ لأنه مما يؤكل للتداوي عادةً، وما يتداوى به فهو ملحق بما يتغذى به لما فيه من إصلاح البدن.

ولو أكل ورق الشجر، فإن كان مما يؤكل عادة فعليه الكفارة، ولو مص سكرًا حتى دخل الماء حلقه فعليه الكفارة، ولو أكل شحمًا غير مطبوخ قيل: لا يلزمه الكفارة؛ لأنه لا يؤكل عادة، وقيل: يلزمه.

وإن أكل لحمًا غير مطبوخ يلزمه بالاتفاق؛ لأن الشحم القديد واللحم القديد كلاهما مما يؤكل عادة.

ولو مضغ لقمة ليأكلها ناسيًا ثم تذكر الصوم فابتلعها قبل أن يخرجها من فمه فعليه الكفارة، وإن أخرجها ثم أعادها إلى فيه فلا كفارة وهو الأصح؛ لأنها ما دامت

---

(١) الطين الأرمني: هو طين كان يؤتى به من أرمينيا، وهو طين يابس جدًّا يقرب لونه إلى الصفرة. وهو بارد في الأولى يابس في الثانية يحبس الدم، وينفع من الطواعين شربا وطلاء، وينفع من الجراحات والقلاع، ويمنع النزلة والسل، وينفع من الحمى الوبائية وهو علاج ضيق النفس من النوازل وقدر ما يتداوى به مثقال، فإن كان هناك حمى فليؤخذ بماء بارد وماء ورد، وينفع من كسر العظام مع الأفانيا طلاء.

(٢) طين مختوم: قيل أنه يوجد في مغارة بجزءة من بلاد الروم يروق ويصفى ويجفف بدم عنز ويختم بخاتم ملك تلك الجزءة ويرفع، وهذا هو المستعمل في الترياق.
وهو مبرد ليس دواء أقطع منه للدم حتى إن الأعضاء لا تحتمل قوته إذا كان بها وهن وورم. حار وخصوصا الناعم وهو يدمل الجراحات الطرية والقروح العسرة، ويمنع الحرق من التقريح، ويحفظ الأعضاء عند السقط، وينفع من السل ونفث الدم وثجج الأمعاء شربا وحقنا وقدر ما يؤخذ منه إلى درهمين ويقاوم السموم والنهوش شربا وطلاء بالخل.
والحامض منه إذا سقي لا يزال يغثي، ويقذف السم ومن عضة الكلب قال بعضهم: الطين المختوم إذا استعمل في موضع يرتاب فيه بسقي شيء من السموم لم يؤثر في بدن متناوله شيء من السموم، فإن من أخذ منه وزن درهم إلى مثقال ثم أكل طعاما مسموما أو شرابا تقيأه في الحال، وإن لم يكن طعاما مسموما أجاد هضمه.

(٣) الإِهْلِيلَج: شجر ينبت في الهند وكابُل والصين، ثمره على هيئة حَبِّ الصَّنَوْبر الكبار.

في فمه فهي بحال يتلذذ بها، وإذا أخرجها صارت بحال تستقذر ويعاف منها فدخل القصور في معنى الغذاء.

ولو ابتلع رمانة أو بيضة بقشرها لا يلزمه الكفارة لأنهما لا يؤكلان كذلك عادة.

(فصل)

الأصل: أن شبهة الاشتباه بالنظير يورث شبهة بأن وجد لما اشتبه عليه نظيرًا في الشرع فشبهه به وأخذ الحكم منه؛ لأن الاستدلال بالنظير ضرب من الدليل وقيامه يورث الشبهة، ولهذا شبهة الاشتباه بالنظير توجب سقوط الحد، حتى لو وطئ الابن جارية أبيه أو الزوج وطئ جارية امرأته وظن أنها تحل له لا حد عليه، وكذا اختلاف العلماء يورث الشبهة؛ لأن ما للاجتهاد فيه مساغ كان للشبهة فيه مجال.

ثم المسائل على أوجه:

الأول: لو أكل أو شرب أو جامع ناسيًا فظن أنه يفطره فأكل عامدًا لا كفارة عليه؛ لأنه ظن في موضع الاشتباه بالنظير وهو الأكل عامدًا، فإن الأكل مضاد للصوم ساهيًا أو عامدًا فأورث شبهة، وكذا فيه شبهة اختلاف العلماء، فإن مالكًا يقول بفساد صوم من أكل ناسيًا، وإن علم أن الأكل ناسيًا لا يفطره بأن بلغه الحديث أو الفتوى. رُوي عن أبي يوسف ومحمد والحسن رحمهم الله: أن عليه الكفارة؛ لأنه علم أن القياس متروك فكان ظنه في غير موضع الاشتباه فلا يعتبر.

وكذا اختلاف العلماء إنما يورث شبهة إذا كان الاختلاف واقعًا في الصدر الأول من الصحابة؛ لأن قولهم حجة، فأما الخلاف الواقع بين التابعين لا يورث شبهة؛ لأن قولهم ليس بحجة، واختلفوا على قول أبي حنيفة رحمه الله، والصحيح أنه لا كفارة عليه وإن بلغه الخبر؛ لأن العلماء اختلفوا في قبوله، فإن فقهاء المدينة كمالك وغيره رحمهم الله لم يقبلوا فصار شبهة فيبقى كون القياس معمولًا به، واختلاف التابعي إذا كان موافقًا للقياس يورث شبهة كقول الصحابي لما عرف في أصول الفقه.

والثاني: لو ذرعه القيء فظن أنه يفطره فأفطر لا كفارة عليه، وكذلك لو احتلم ذكره ابن سماعة في نوادره عن محمد؛ لأنه وجدت شبهة الاشتباه بالنظير، فإن القيء والتقيؤ متشابهان؛ لأن مخرجهما من الفم، فربما يستدل بالقيء على التقيؤ في فساد الصوم كما في الأكل ناسيًا، وكذا في الاحتلام، الفعل في حالة النوم واليقظة سيان ويتشابهان في قضاء الشهوة، ولهذا لو جومعت النائمة فسد صومها، ويجب الاغتسال بالاحتلام كما يجب بالجماع، وكذلك لو بلغه الحديث "أنه صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر"[1] وعمل به ولم يعرف تأويله فلا كفارة عليه إلا عند أبي يوسف؛ لأن قول المفتي أورث شبهة، فقول النبي صلى الله عليه وسلم أولى أن يورث شبهة، وإن كان منسوخًا إذا لم يبلغ به النسخ؛ لأنه حجة في الأصل، وإن علم أن ذلك لا يفطره فعليه الكفارة؛ لأنه لم توجد شبهة الاشتباه ولا شبهة الاختلاف.

والثالث: لو احتجم أو اغتاب فظن أنه يفطره ثم أكل إن لم يستفت فقيهًا ولا بلغه الخبر فعليه الكفارة؛ لأن هذا مجرد جهل وإنه لا يكون عذرا في دار الإسلام.

وإن استفتى فقيهًا فأفتاه بالفطر فلا كفارة عليه؛ لأن العامي يجب عليه تقليد العالم إذا كان يعتمد على فتواه فكان معذورًا فيما صنع، وإن كان المفتي مخطئًا فيما أفتى إذ لا دليل له بعمل سوى هذا ولا عقوبة على المعذور.

---

(١) أخرجه أحمد ٦/٤٤٣ (٢٨٠٥٠ و٢٨٠٥١) قال: حدثنا عبد الصمد. و«الدارمي» (١٨٥٥ و١٨٥٦) قال: أخبرنا عبد الصمد بن عبد الوارث. و«أبو داود» (٢٣٨١) قال: حدثنا أبو معمر، عبد الله بن عمرو. و«الترمذي» (٨٧) قال: حدثنا أبو عبيدة بن أبي السفر، وإسحاق بن منصور، قال أبو عبيدة: حدثنا، وقال إسحاق: أخبرنا عبد الصمد بن عبد الوارث. و«النسائي» في «الكبرى» (٣١٠٧) قال: أخبرني محمد بن علي بن ميمون الرقي، قال: حدثنا أبو معمر. وفي (٣١٠٨) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثني عبد الصمد بن عبد الوارث. و«ابن خزيمة» (١٩٥٧) قال: حدثنا محمد بن يحيى القطعي، والحسين بن عيسى البسطامي، وجماعة، عن عبد الصمد بن عبد الوارث.

كلاهما: (عبد الصمد، وأبو معمر، عبد الله بن عمرو) عن عبد الوارث بن سعيد، عن حسين المعلم، عن يحيى بن أبي كثير، قال: حدثني عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، عن يعيش بن الوليد بن هشام، أن أباه حدثه، قال: حدثني معدان بن أبي طلحة، فذكره.

وإن لم يستفت ولكن بلغه قوله صلى الله عليه وسلم: "**أَفْطَرَ الْحَاجِمُ وَالْمَحْجُومُ**"[1]، وقوله: "**الغِيبةُ تُفطرُ الصَّائمَ**" ولم يعلم نسخه ولا تأويله، فلا كفارة

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧٥٢٢) قال: أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي قلابة. و«أحمد» ٥/٢٧٧ (٢٢٧٤١) قال: حدثنا إسماعيل، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي قلابة. وفي ٥/٢٨٠ (٢٢٧٧٤) قال: حدثنا أبو المغيرة، قال: حدثنا الأوزاعي، قال: حدثني يحيى بن أبي كثير، عن أبي قلابة. وفي ٥/٢٨٢ (٢٢٧٩٦) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر (ح) وروح، قال: حدثنا هشام بن أبي عبد الله، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي قلابة. وفي ٥/٢٨٣ (٢٢٨١٤) قال: حدثنا حسن بن موسى، وحسين بن محمد، قالا: حدثنا شيبان، عن يحيى، قال: وأخبرني أبو قلابة. و«الدارمي» (١٨٥٩) قال: أخبرنا وهب بن جرير، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي قلابة. و«ابن ماجه» (١٦٨٠) قال: حدثنا أحمد بن يوسف السلمي، قال: حدثنا عبيد الله، قال: أخبرنا شيبان، عن يحيى بن أبي كثير، قال: حدثني أبو قلابة. و«أبو داود» (٢٣٦٧) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن هشام (ح) قال: وحدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا حسن بن موسى، قال: حدثنا شيبان، جميعا عن يحيى، عن أبي قلابة. وفي (٢٣٧١) قال: حدثنا محمود بن خالد، قال: حدثنا مروان، قال: حدثنا الهيثم بن حميد، قال: أخبرنا العلاء بن الحارث، عن مكحول. وقال أبو داود عقبه: ورواه ابن ثوبان، عن أبيه، عن مكحول، بإسناده، مثله. و«النسائي»، في «الكبرى» (٣١٢٣) قال: أخبرني محمود بن خالد، عن مروان، وهو ابن محمد الطاطري، قال: حدثنا الهيثم بن حميد، عن العلاء بن الحارث، عن مكحول. وفي (٣١٢٤) قال: أخبرني محمود بن خالد، قال: حدثنا مروان، قال: حدثنا يحيى بن حمزة، قال: حدثني راشد بن داود. وفي (٣١٢٥) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي قلابة. وفي (٣١٢٨) قال: أخبرني عبد الرحمن بن محمد بن سلام الطرسوسي، قال: حدثنا ريحان بن سعيد، قال: حدثنا عباد، عن أيوب، عن أبي قلابة. و«ابن خزيمة» (١٩٦٢) قال: حدثنا علي بن سهل الرملي، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثني أبو عمرو، يعني الأوزاعي، قال: حدثني يحيى، قال: حدثني أبو قلابة الجرمي. وفي (١٩٦٣) قال: وحدثنا زياد بن أيوب، قال: حدثنا مبشر، يعني ابن إسماعيل، عن الأوزاعي، قال: حدثني يحيى بن أبي كثير، قال: حدثني أبو قلابة الجرمي. وفي (١٩٨٣) قال: حدثنا أحمد بن نصر، قال: حدثنا محمد بن كثير، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي قلابة. و«ابن حبان» (٣٥٣٢) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، =

عليه عندهما؛ لأنه اعتمد على الحديث وهو حجة في الأصل، ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم أعلى حالًا من قول المفتي، وقول المفتي أورث شبهة، وإن كان مخطئًا فقول النبي صلى الله عليه وسلم أولى بأن يورث شبهة وإن كان منسوخًا، وعند أبي يوسف رحمه الله عليه الكفارة؛ لأنه يجب على العامي الاستفتاء من المفتي دون العمل بظاهر الحديث؛ لجواز أن يكون منسوخًا أو سقيمًا متروك الظاهر وهو لا يعرفه، فلم يعذر في العمل به فلا يصير شبهة.

والرابع: لو لمس امرأة أو قبلها بشهوة، أو اكتحل فظن أن ذلك يفطره ثم أفطر فعليه الكفارة؛ لأن ذلك لا يبطل الصوم ولا يضاره فيكون مجرد جهل وإنه لا يكون عذرًا في دار الإسلام، واختلاف ابن أبي ليلى رحمه الله ومالك رضي الله عنه في الاكتحال لا يورث شبهة؛ لأن قول التابعي وأنه مخالف للقياس إلا إذا استفتى فقيهًا فأفتاه بالفطر فلا كفارة عليه، وكذا إن بلغه الخبر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**الصَّائمُ إذا قبَّل الصَّائمةَ أفطرَ**"، أو قوله عليه السلام: "**إذا نَام أحَدكُم فليَكتحِل بالإثمدِ، ولِيَتَّقِهِ الصَّائِمُ**" وعمل به فلا كفارة عليه عندهما خلافا لأبي يوسف لما بينا.

ولو نوى الصوم قبل الزوال ثم أفطر لم يلزمه الكفارة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يلزمه؛ لأنه جناية متكاملة؛ لأنه إفساد للصوم مع هتك حرمة الشهر كما لو نوى من الليل.

له: أنه تمكن القصور في الجناية بدليل أنه لو أفطر في ابتداء اليوم لا تجب الكفارة فكذا في انتهائه؛ لأن اليوم كالجزء الواحد في حق الصائم مع أن الاختلاف واقع في جواز هذا الصوم، وأدنى الاختلاف المعتبر إيراد الشبهة فتمكنت الشبهة في إفساده والقصور في جنايته.

ولو أصبح ولم ينو فلا كفارة عليه؛ لأنه لم يوجد إفساد الصوم أصلا.

=

قال: حدثنا الأوزاعي، قال: حدثني يحيى بن أبي كثير، قال: حدثني أبو قلابة. ثلاثتهم: (أبو قلابة، ومكحول، وراشد) عن أبي أسماء الرحبي، فذكره.

وقال زفر: عليه الكفارة؛ لأنه صار صائمًا عنده بلا نية.

وقال أبو يوسف: إن أكل قبل الزوال عليه الكفارة؛ لأنه فَوّت إمكان تحصيل الصوم فصار كأنه فوّت حقيقة الصوم في حق إيجاب الكفارة زجرًا له عن ذلك، وإن أكل بعده فلا كفارة.

ولو أفطرت المرأة متعمدة ثم حاضت أو مرضت يومها ذلك، قضت ولا كفارة عليها.

وقال زفر: تُكَفِّر في المرض دون الحيض، وقال الشافعي رحمه الله: تُكَفِّر فيهما.

لزفر: إن الحيض مناف للصوم شرعًا كالأكل في اليوم في حق الصوم مما لا يتجزأ، فإذا وجد المنافي في آخره ظهر أنها لم تكن صائمة في أوله، فأما المرض لا ينافي الصوم وإنما يفيد له رخصة الترك فلا يتبين أنه لم يوجد الإفطار في أوله بغير عذر.

لنا: إن الحيض والمرض ينافيان استحقاق الصوم عليهما؛ لأنه عذر جاء من [جهة][1] الشرع، فإذا انعدم الاستحقاق في بعض اليوم انعدم في كله لضرورة عدم التجزيء، فتبين أن الصوم لم يكن مستحقًّا عليهما، فتبين أن الإفطار صادف صومًا غير مستحق عليهما فلم ينعقد موجبًا للكفارة.

وكذلك لو أفطر ثم أغمي عليه.

ولو أفطر ثم سافر فعليه الكفارة؛ لأن السفر لا ينافي استحقاق الصوم عليه، وإنما يفيد له رخصة ترك الأداء لا غير، فصادف إفطاره صومًا مستحقًّا عليه، ولو أكره على السفر فعندهما عليه الكفارة؛ لأنه عذر جاء لا من جهة من له الحق فصار كما لو سافر باختياره.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه لا كفارة عليه؛ لأنه من حيث إنه ما جاء من جهة من عليه الحق يشبه المرض فأورد شبهة في سقوط الكفارة.

ولو سافر وخرج من مصره ثم رجع إليه، ثم سافر وأفطر فعليه الكفارة؛ لأنه لما رجع فقد رفض سفره فصار مقيمًا.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): قِبَل.

ولو أفطر في رمضان مرارًا فعليه كفارة واحدة إلا إذا كَفَّر عن الأولى ثم أفطر فعليه ثانية، وقال الشافعي رحمه الله: [عليه][1] لكل يوم كفارة؛ لأنه وُجد في كل يوم إفساد كامل.

لنا: إن الكفارة إنما وجبت تكفيرًا للذنب لحكمة الزجر، وإلا فالتوبة كافية لمحو الذنب فلا حاجة إلى شرع الكفارة، وإنها صالحة للزجر لكونها مخوفة وقد مست الحاجة إلى الزجر؛ لأن [الشهوة][2] الطبيعية داعية إلى الفطر، وبتحمل مشقة كفارة واحدة حصل الانزجار في المستقبل فلا حاجة إلى الكفارة الثانية لحصول الانزجار، فلا يشرع كالحدود إذا اجتمعت تداخلت بخلاف ما لو كفر ثم أفطر ثانيا؛ لأن بالإفطار ثانيا تبين أن الزجر لم يحصل بالأولى، فشرعنا الثانية لينزجر بالثانية إن لم ينزجر بالأولى.

ولو أفطر في رمضانين تجب كفارة واحدة في ظاهر الرواية لما بينا، وفي رواية النوادر تجب كفارتان؛ لأن الإفطار في رمضان الثاني جناية متكاملة؛ لأنه صادف حرمة غير مهتك فتجب الكفارة تكفيرًا لها.

(**النوادر**): ولو أفطر في ثلاثة أيام من رمضان، فأعتق للأول حين أفطر ثم للثاني والثالث كذلك فاستحقت الرقبة الثالثة فعليه كفارة اليوم الثالث؛ لأن ما تقدم من الكفارة لا يجزئ عما بعدها لأنها وقعت قبل الفطر، وإن استحقت الثانية أيضًا فعليه كفارة واحدة لليوم الثاني والثالث لأنها تجزئ عما تقدمها، ولو استحقت الأولى خاصة أو الثانية فلا شيء عليه؛ لأن [الثالثة][3] تجزئ عما قبلها من الإفطارات.

فقير أفطر متعمدًا فصام أحدًا وستين يومًا جاز للقضاء والكفارة ولم يعين يومًا للقضاء جاز؛ لأن الظاهر أنه يبدأ بالقضاء ثم بالكفارة فصار كأنه نوى القضاء في اليوم الأول وستين يومًا للكفارة. والله أعلم.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): يلزمه.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): الحاجة.

(٣) ما بين المعكوفتين في (ك): الثانية.

(باب الشروع في صوم التطوع)

ومن شرع في صوم التطوع ثم أفطر قضاه خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن المؤدى وقع عملًا لله تعالى بندبه وبالإفطار أبطل العمل المؤدى؛ لأنه أخرجه من أن يكون سببًا لاستحقاق الثواب الموعود على الصوم لإجماعنا على أنه لا يثاب على صوم بعض اليوم مع الإفطار في بعضه، ولهذا ما اعتاد الناس بصوم بعض اليوم.

ولو كان سببًا لاستحقاق الثواب، لاعتاده فيكون الإفطار في بعضه إخلاء للعمل عن المنفعة المقصودة منه، فيكون إبطالًا له كتخريق الثوب، وإبطال العمل حرام بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَٰلَكُمْ ۝٣٣﴾ [محمد: ٣٣] فلحقه بالإبطال ضرر الوزر والوبال، فوجب القضاء جبرًا للفوات ودفعًا لضرر الوزر والوبال، كإبطال صوم رمضان.

ومن أصبح صائمًا بظنه عليه، فعلم أنه ليس عليه فالأحسن أن يتمه، وإن أفطر لا قضاء عليه خلافًا لزفر، وكذلك إن أيسر وهو في صوم الكفارة.

له: إن بَعُدَ التبين بقي في نفل صحيح فيلزمه حفظه وصيانته ولا يمكنه حفظ المؤدى إلا بإتمام الباقي فيلزمه الإتمام ضرورة، وإذا بطل يلزمه القضاء كما لو شرع في النفل ابتداءً.

لنا: أنه قصد عبادة واجبة عنده لا عبادة نافلة، فما قصد لم يبق وما بقي فيه لم يقصده فينبغي أن لا يبقى صائمًا؛ لأن العبادة لا تتأدى إلا بالقصد والنية لكن الشرع جعله صائمًا بتلك العزيمة نظرًا له، والنظر فيما له وهو الثواب، فبقي متنفلًا فيما له وهو الثواب لا فيما عليه وهو لزوم القضاء بالإفطار كما في عبادة الصبي، بخلاف ما لو شرع في الحج على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه يلزمه المضي فيه؛ لأنه شرع لازمًا، فإذا وقع المرء فيه لا يمكنه الخروج عنه إلا بأداء أفعال يقع بها التحلل.

(**النوادر**) وذكر في (**المنتقى**): أنه إذا أصبح صائمًا متطوعًا يباح له الفطر من غير عذر لقول عائشة رضي الله عنها: دخل عليّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت

له: إنا قد خبأنا لك حبيسًا أو خبيصًا، فقال عليه السلام: "**أمّا إنِّي أصبَحتُ صَائمًا، لَكن قرِّبيه سَأصومُ يَومًا مَكانَهُ**"[1]، ولأن الإفطار لعزيمة القضاء لا يعد إبطالًا معنى؛ لأن القضاء يقوم مقامه ويجبر فواته.

وذكر الكرخي عن أصحابنا: أنه لا يباح له الفطر إلا بعذر لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إنَّ أَخوفَ ما أَخافُ عَلى أمَّتي الرِّياءُ والسُّمعةُ وَالشَّهْوَةُ الْخَفِيَّةُ**، فقيل: يا رسول الله؛ وما الشهوة الخفية؟ قال: **أَن يُصبحَ أَحدكُم صَائمًا ثمَّ يفطرَ بطعَام**

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٥٩/٣ (٢٦٨٤) قال: حدثنا أبو كامل، فضيل بن حسين، قال: حدثنا عبد الواحد بن زياد. وفي (٢٦٨٥) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٢٤٥٥) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان (ح) وحدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع. و«الترمذي» (٧٣٣) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع. وفي (٧٣٤)، وفي «الشمائل» (١٨٢) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا بشر بن السري، عن سفيان. و«النسائي» ١٩٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٦٤٦) قال: أخبرنا أحمد بن حرب، قال: حدثنا قاسم، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٩٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٦٤٧) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى. وفي ١٩٥/٤، وفي «الكبرى» (٢٦٤٨) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وكيع. وفي «الكبرى» (٣٢٨٦) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٤٥٦٣) قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا أبو معاوية. وفي (٤٥٩٦) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: حدثنا إسماعيل بن زكريا. و«ابن خزيمة» (٢١٤١) قال: حدثنا الحسن بن محمد، وأبو قلابة، عبد الملك بن محمد الرقاشي، قالا: حدثنا روح، قال: حدثنا شعبة. وفي (٢١٤٣) قال: حدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد (ح) وحدثنا جعفر بن محمد، قال: حدثنا وكيع. و«ابن حبان» (٣٦٢٨) قال: أخبرنا عمران بن موسى بن مجاشع، قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع. وفي (٣٦٢٩) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن خزيمة، قال: حدثنا الحسن بن محمد بن الصباح، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا شعبة. وفي (٣٦٣٠) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا محمد بن الصباح الدولابي، قال: حدثنا إسماعيل بن زكريا.

تسعتهم: (سفيان بن عيينة، ويحيى بن سعيد، ووكيع بن الجراح، وعبد الله بن نمير، وعبد الواحد، وسفيان بن سعيد الثوري، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وإسماعيل بن زكريا، وشعبة بن الحجاج) عن طلحة بن يحيى بن طلحة بن عبيد الله، عن عمته عائشة بنت طلحة، فذكرته.

يَشتهيهِ"[1]. ولأن فيه إبطال العمل وإنه حرام إلا بعذر.

وعن محمد: إذا دعاه واحد من إخوانه إلى الطعام يفطر ويقضي لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَن أَفطرَ لِحقّ أخيهِ يكونُ لهُ ثوابُ صومِ ألفِ يومٍ، وَمتى قَضى يومًا يُكتبُ لهُ ثوابُ صومِ ألفي يومٍ**". ولأن الامتناع عن إجابة أخيه إيحاش له وفي الإجابة إكرام له فيكون ذلك عذرًا في إباحة الإفطار.

ولو صام عن قضاء رمضان يكره له أن يفطر؛ لأنه خلف فيكون حكمه حكم الأصل، وعلى هذا لو حلفه رجل بطلاق امرأته أن يفطر إن كان متطوعًا يفطر، وإن كان صائمًا عن القضاء لا يفطر.

(فصل)

ولا تصوم المرأة تطوعًا بغير إذن زوجها رعاية لحقه؛ لأن للزوج حقًّا في منافعها فلا يجوز لها تعطيل حقه، وإن كان صومها لا يضر به بأن كان الزوج صائمًا أو مريضًا فلها أن تصوم وليس له منعها؛ لأنه ليس فيه إبطال حقه.

ولا يجوز للعبد والمدبر والأمة وأم الولد أن يصوموا بغير إذن المولى، وإن لم يضر بالمولى؛ لأن منافعهم مملوكة للمولى والتصرف في ملك الغير لا يجوز، وإن لم يتضرر به إلا بإذنه بخلاف المرأة، فإن منافعها غير مملوكة للزوج لأنها حرة، لكن للزوج حق الاستمتاع بها، وللمولى والزوج أن يفطرهما إذا كان الشروع بغير إذنه.

وتقضي المرأة إذا أذن لها الزوج أو بانت منه، ويقضي العبد إذا أذن المولى أو عتق؛ لأنه صح النذر في حقهما؛ لأنه حصل من مكلفٍ مخاطبٍ إلا أنه منع من إقامة المنذور بحق غيره، فإذا زال حق الغير أخذ به.

---

(١) أخرجه أحمد ١٢٤/٤ (١٧٢٥٠) قال: حدثنا زيد بن الحباب، قال: حدثني عبد الواحد بن زيد. و«ابن ماجه» (٤٢٠٥) قال: حدثنا محمد بن خلف العسقلاني، قال: حدثنا رواد بن الجراح، عن عامر بن عبد الله، عن الحسن بن ذكوان.

كلاهما: (عبد الواحد بن زيد، والحسن بن ذكوان) عن عبادة بن نسي، فذكره.

ولا يصوم الأجير تطوعًا إلا بإذن المستأجر إن كان بصومه يضر به في الخدمة، وإن كان لا يضر به فله أن يصوم بغير إذنه. والله أعلم.

(باب الشهادة على رؤية الهلال)

إذا غُمَّ على الناس هلال رمضان أكملوا عدة شعبان ثلاثين يومًا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ، وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَتِهِ، فَإِنْ غُمَّ عَلَيْكُمْ فأكملُوا شعبانَ ثلاثينَ يَومًا ثم صُوموا**"[1].

وكذلك إذا غُمَّ عليهم هلال شوال أكملوا ثلاثين يومًا ثم أفطروا.

ولو كانت السماء مصحية، فإنه لا يجب الصوم إلا برؤية الهلال.

ولو صام أهل مصر بغير رؤية الهلال ثلاثين يومًا، وصام رجل تسعة وعشرين بالرؤية فلا شيء على الرجل؛ لأنه أخطأ أهل المصر حين صاموا بغير الرؤية والرجل أصاب فيما صنع؛ لأن الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما.

وذكر هشام في "نوادره" عن محمد: لو صام أهل مصر ثلاثين يومًا للرؤية وصام أهل مصر آخر تسعة وعشرين يومًا للرؤية فعلى هؤلاء قضاء يوم آخر، وهذا إذا كان بين البلدين بعد بحيث لا يختلف فيه مطالع الهلال؛ لأن الرؤية لا تتفاوت ولا تختلف فيلزم أحدهما حكم الآخر، وإن كان بينهما مسافة فاحشة مديدة بحيث يختلف فيهما المطالع لم يلزم أحدهما حكم الآخر.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/٣٤ (١٩٠٩) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة. و«مسلم» ٣/١٢٤ (٢٤٨٢) قال: حدثنا عبد الرحمن بن سلام الجمحي، قال: حدثنا الربيع، يعني ابن مسلم. وفي (٢٤٨٣) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة. و«النسائي» ٤/١٣٣، وفي «الكبرى» (٢٤٣٨) قال: أخبرنا مؤمل بن هشام، عن إسماعيل، عن شعبة. وفي ٤/١٣٣، وفي «الكبرى» (٢٤٣٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا ورقاء، عن شعبة. و«ابن حبان» (٣٤٤٢) قال: أخبرنا أبو عروبة، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن يزيد المقرئ، قال: حدثنا أبي، عن ورقاء، عن شعبة.

ثلاثتهم: (حماد بن سلمة، وشعبة بن الحجاج، والربيع بن مسلم) عن محمد بن زياد الجمحي، فذكره.

وذكر في النوادر: صاموا رمضان، فإذا هو ثمانية وعشرين يومًا، ينظر إن عدوا شعبان ثلاثين يومًا برؤية الهلال ثم صاموا قضوا يومًا؛ لأنه عُلِمَ أن رمضان انتقص بيوم، وإن عدوا شعبان ثلاثين يوًما بغير الرؤية الهلال قضوا يومين؛ لأنه لم يعلم أن رمضان انتقص بيوم لجواز أنهم غلطوا في شعبان بيومين.

وتقبل شهادة الواحد الثقة في رؤية الهلال لرمضان إذا كانت السماء متغيمة أو متغيرة رجلا كان أو امرأة أو عبدًا أو محدودًا في قذف؛ لأن قول الواحد الثقة حجة في أمور الدين إذا لم يكذبه الظاهر؛ لأن تهمة الكذب منتفية عنه، والظاهر لا يكذبه لجواز أن السحاب انكشف في ساعة لطيفة فرآه من خلال السحاب ثم انطبق وانحجب الهلال به، وينبغي أن يفسر جهة الرؤية، فإن احتمل انفراده برؤيته تقبل وإلا فلا.

وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل به إلا شهادة رجلين عدلين، وإن كانت السماء مصحية لا تقبل حتى يخبر جماعة يقع العلم بخبرهم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه تقبل شهادة اثنين وهو قول الشافعي رضي الله عنه؛ لأن الظاهر لم يكذبهما؛ لأن رؤية الاثنين لا تمنع في العادة إذا كان المرئي دقيقًا بعيدًا عن [البصر][1] لجواز أن يكون الرائي أحَدّ بصرًا وأكمل تبصرًا من غيره.

وجه ظاهر الرواية: أن يفرد الواحد والاثنين بالرؤية من بين سائر الناس مع استوائهم إياه في النظر والمنظر، وآلة البصر تُوْرث [تهمة][2] الغلط والتخيل في الرؤية، وتفرده بحدة البصر من بين جماعة كثيرة أمر بخلاف العادة فتمكنت تهمة الكذب أو الغلط في خبره فلا يقبل.

ثم قيل: تقبل شهادة أهل محلة.

ورُوي عن أبي يوسف أنه قُدّر ذلك بعدد القسامة خمسون رجلًا.

وعن محمد: أنه فوّض مقدار ذلك إلى الإمام بقدر ما يقع له العلم بخبرهم.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): العادة.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): علمه.

وإن جاء واحد من خارج المصر أو من أعلى الأماكن في المصر كالقمندر والمنارة، فإنه تقبل شهادته، نص عليه محمد في الاستحسان.

وقيل: لا تقبل؛ لأن المطالع لا تختلف إلا عند المسافة البعيدة الفاحشة، وعند اتفاق المطالع لا تختلف الرؤية.

وجه ظاهر الرواية: أن الرؤية تختلف باختلاف صفوة الهواء وكدرته وباختلاف انهباط المكان وارتفاعه، فإن هواء الصحراء أصفى من هواء المصر، وقد يرى الهلال من أعلى الأماكن ما لا يرى من الأسفل، فلا يكون تفرده بالرؤية خلاف الظاهر بل على موافقة الظاهر.

ولا يقبل على هلال الفطر والأضحى إلا شهادة [حرين][1] أو رجل وامرأتين إن كانت السماء متغيمة.

وذكر الحاكم في (**المنتقى**): أنه يقبل قول الواحد؛ لأن هذه شهادة قامت على أمر من أمور الدين وهو حرمة الصوم وإباحة الأكل، تثبت للعبادة تبعًا لما هو حق الله تعالى وهو حرمة الصوم، ولأن حرمة الصوم ووجوب التضحية يلزم المخبر أولًا ثم يتعدى إلى غيره فلا يكون متهمًا فيه.

وجه ظاهر الرواية: أن هذه الشهادة كما قامت على حرمة الصوم قامت على إباحة الأكل؛ لأن الإباحة تستفاد برؤية الهلال كالحرمة لأنهما متلازمان، وفي سقوط الصوم وإباحة الأكل نفع للشاهد وللناس فكانت هذه شهادة فردٍ قامت على حق العبادة فيشترط فيها العدد.

ومن أبصر هلال رمضان وحده فردَّ الإمام شهادته صام، فإن أفطر قضاه ولا كفارة عليه خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن تفرده بالرؤية من بين سائر الناس مع مساواة الكل إياه في النظر والمنظر، يورث الغلط والتخيل فيورث شبهة عدم وجوب الصوم، والكفارة تسقط بالشبهة والصوم يجب مع الشبهة احتياطًا.

ولو أكمل هذا الرجل ثلاثين يومًا لم يفطر إلا مع الإمام احتياطًا.

(**النوادر**): ولو أبصر هلال الفطر فرَدَّ الإمام شهادته صام، وإن أفطر قضاه ولا كفارة؛ لأن الشبهة في الرؤية لم تلحق بالعدم في حق حل الإفطار احتياطًا.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): رجلين.

الإمام إذا رأى هلال شوال وحده لا يخرج إلى المصلى لتمكن الشبهة في رؤيته.

ولو شهد واحد على هلال رمضان فصاموا ثلاثين يومًا فلم يروا هلال شوال يصوموا يومًا آخر؛ لأن الرمضانية في حق ثبوت الفطر عند إكمال العدة لم تثبت بهذه الشهادة؛ لأن حل الفطر حق العباد وإنه لا تثبت بشهادة الفرد، ولو صاموا بشهادة الشاهدين أفطروا عند إكمال العدة لأنها تثبت بهذه الشهادة. والله أعلم.

(باب الاعتكاف[1])

يحتاج إلى معرفة: صفة الاعتكاف، وركنه، [وشرطه][2]، وما يفسده وما لا يفسده.

أما صفة الاعتكاف: فإنه سنّة مؤكدة فعله النبي صلى الله عليه وسلم وواظب عليه، فإنه كَانَ يَعْتَكِفُ فِي الْعَشْرِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ حتى توفاه الله تعالى[3].

---

(١) انظر: البحر الرائق ٣٢٩/٢، وبدائع الصنائع ١٠٥٩/٣، وكفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي ٣٢٩/٢، وبداية المجتهد ٣١٥/١، والمجموع ٤٩١/٦، وروضة الطالبين ٤٠١/٢، ومغني المحتاج ٤٥٦/١، والمغني ٢١١/٣، والكافي ٣٦٩/١، ٣٧٦، وكشاف القناع ٣٥٤/٢.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): وشرائطه.

(٣) أخرجه «البخاري» ٦٣/٣ (٢٠٣٣) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن زيد. وفي (٢٠٣٤) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٦٦/٣ (٢٠٤١) قال: حدثنا محمد، هو ابن سلام، قال: أخبرنا محمد بن فضيل بن غزوان. وفي ٦٧/٣ (٢٠٤٥) قال: حدثنا محمد بن مقاتل، أبو الحسن، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا الأوزاعي. و«مسلم» ١٧٥/٣ (٢٧٥٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا أبو معاوية. وفي (٢٧٥٦) قال: وحدثناه ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان (ح) وحدثني عمرو بن سواد، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرنا عمرو بن الحارث (ح) وحدثني محمد بن رافع، قال: حدثنا أبو أحمد، قال: حدثنا سفيان (ح) وحدثني سلمة بن شبيب، قال: حدثنا أبو المغيرة، قال: حدثنا الأوزاعي (ح) وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا أبي، عن ابن إسحاق. و«ابن ماجه» (١٧٧١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يعلى بن عبيد. و«أبو داود» (٢٤٦٤) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو معاوية، ويعلى بن عبيد. و«الترمذي» (٧٩١) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية. =

ولم يعتكف سنة بعارض ثم قضاها في شوال.

ثم الاعتكاف نوعان:

واجب: وهو ما نَذر به.

ونفل: وهو ما شرع فيه.

وأما ركنه: فهو اللبث والمكث في المسجد؛ لأن اسمه يبني عن اللبث والمكث لغة.

وأما شرائطه: فأنواع:

أحدها: الصوم في الاعتكاف الواجب حتى لا يصح الاعتكاف إلا به.

وقال الشافعي رضي الله عنه: يصح بدون الصوم.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا اعتِكافَ إلَّا بالصَّومِ**"[1] ولأن في الصوم إكمال ركن الاعتكاف وإتمامه؛ لأن من نذر اعتكاف يوم فاللفظ بوضعه مشعر بلزوم

=

و«النسائي» ٢/٤٤، وفي «الكبرى» (٧٩٠) قال: أخبرنا أبو داود، قال: حدثنا يعلى. وفي «الكبرى» (٣٣٣١) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، أبو الحسين الرهاوي، قال: حدثنا مسكين بن بكير الحراني، عن الأوزاعي. وفي (٣٣٣٣) قال: أخبرنا محمد بن منصور، عن سفيان. و«أبو يعلى» (٤٥٠٦ و٤٩١٢) قال: حدثنا سويد بن سعيد، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. و«ابن خزيمة» (٢٢١٧) قال: حدثنا محمد بن الوليد، قال: حدثنا يعلى بن عبيد. وفي (٢٢٢٤) قال: حدثنا الربيع بن سليمان، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث. و«ابن حبان» (٣٦٦٦) قال: أخبرنا عمران بن موسى بن مجاشع، قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو معاوية، ويعلى. وفي (٣٦٦٧) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث.

جميعهم: (سفيان بن عيينة، وأبو خالد، سليمان بن حيان، وعبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، ويعلى، وحماد، ومالك، ومحمد بن فضيل، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وعمرو بن الحارث، وسفيان بن سعيد الثوري، ومحمد بن إسحاق، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي) عن يحيى بن سعيد الأنصاري، عن عمرة بنت عبد الرحمن، فذكرته.

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨٠٤١) عن معمر. وفي (٨٠٥٤) عن الثوري. وفي (٨٠٦٣) عن ابن جريج. و«ابن أبي شيبة» ٣/٨٧ (٩٧١٨) و٣/٨٩ (٩٧٣٩) قال: حدثنا وكيع.

أربعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن سعيد الثوري، وعبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، ووكيع بن الجراح) عن هشام بن عروة، عن أبيه، قال: لا اعتكاف إلا بصوم.

اللبث. واللبث في كل اليوم وللصوم تأثير في تقليل الخروج؛ لأنه يقلل الأسباب الداعية إلى الخروج؛ لأن تقليل الأكل والشرب يوجب تقليل الحاجة، والصائم يلازم المسجد أكثر مما يلازمه المفطر فكان الصوم من تتمات ركن الاعتكاف، ومن التزم شيئًا يلزمه ما هو من تتماته، إلا أن الشرع رخص له الخروج لقضاء الحاجة مع أنه عدول عن مقتضى اللفظ للضرورة.

وفي اشتراط الصوم لاعتكاف النفل روايتان[1]: في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله شرط، وفي رواية محمد ليس بشرط، فإنه ذكر محمد في الأصل، ولو اعتكف تطوعًا فقطعه لا شيء عليه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه بالشروع يلزمه اعتكاف يوم؛ لأن عند محمد الاعتكاف غير مُقَدّر؛ لأن معنى القربة يحصل بأصل اللبث والمجاورة في المسجد كالوقوف بعرفة.

وعند أبي حنيفة مقدر بيوم؛ لأنه لا اعتكاف إلا بالصوم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا اعتِكاف إلَّا بِصومٍ**" وهذا بإطلاقه يتناول الواجب والنفل جميعًا.

وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنه قال: أقل مدة الاعتكاف أكثر النهار حتى لو شرع في صوم تطوع ثم نذر الاعتكاف قبل الزوال يصح نذره عنده.

والثاني: لا يصح الاعتكاف للرجال إلا في المسجد يصلي فيه الجماعات لقوله تعالى: ﴿وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] ولقوله عليه السلام: "**الاعتِكافُ في كلِّ مَسجدٍ لهُ إمامٌ ومُؤذنٌ**" فقد قيد الاعتكاف بالمسجد فيجب اعتبار تقييده؛ ولأن المسجد إذا لم يكن له إمام ومؤذن ولا يصلى فيه جماعة يكون ناقصًا في كونه مسجدًا فلم يدخل تحت مطلق الاسم.

ولا تعتكف المرأة إلا في مسجد بيتها ولا تخرج إلى المنزل، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنها لو اعتكفت في مسجد الجماعة جاز ويُكره.

---

(١) انظر: ابن عابدين ٤٤١/٢ ط. الحلبي، وبلغة السالك مع الحاشية ٥٣٨/١ - ٥٣٩، والدسوقي مع الشرح الكبير ٥٤١/٢، وكفاية الطالب ٣٥٤/١ - ٣٥٥، والروضة ٣٩١/٢، وحاشية الجمل ٣٦١/٢ - ٣٦٢، وكشاف القناع ٣٤٧/٢.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز في مسجد بيتها.

والصحيح قولنا؛ لأن مسجد بيتها أعطي له حكم مسجد الجماعة في حقها صونًا لها عن الخروج لما فيه من الفتنة، والاعتكاف يختص بمكان الصلاة.

وما كان من المساجد أعظم وأكثر أهلا فهو أولى؛ لأن الصلاة فيه أفضل.

والثالث: الإمساك عن الوقاع شرط لصحة الاعتكاف لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمۡ عَٰكِفُونَ فِي ٱلۡمَسَٰجِدِۗ﴾ الآية، حتى لو جامع امرأته ناسيًا أو عامدًا ليلًا أو نهارًا فسد اعتكافه؛ لأن الجماع محظور الاعتكاف لا نقيضه؛ لأن ركنه هو اللبث لا الكف عن الجماع وارتكاب محظور العبادة يفسدها؛ لأنه يبطل معنى القربة عنها كما في الإحرام وكالكلام في الصلاة، وكذلك لو قبّل أو لمس فأنزل، وإن لم ينزل لا يفسد؛ لأن التقبيل واللمس مع الإنزال بمعنى الجماع وبدون الإنزال لا.

ولو أكل المعتكف ناسيًا لم يضره؛ لأنه ليس محظور الاعتكاف ولا نقيضه، وإنما هو نقيض الصوم، وأنه لا يفسد مع النسيان.

وإن نظر فأنزل لم يفسد اعتكافه؛ لأنه ليس بمعنى الجماع، ولهذا لا يفسد الصوم.

وأما ما ينقضه وما لا ينقضه: ويحرم خروجه من معتكفه ليلًا أو نهارًا إلا لما لا بد منه من الوضوء والبول والغائط والخروج إلى الجمعة.

وقال الشافعي: لا يخرج إلى الجمعة.

لنا: إن الخروج يضاد ركن الاعتكاف وهو اللبث، ولا بقاء للشيء مع وجود ضده فكان ناقضًا له وإبطال العبادة حرام، إلا أن الخروج للحاجة لم يجعل ناقضًا له لأجل الضرورة، وإقامة الجمعة ضرورة لازمة لأنها فرض عليه فصار مستثنى عنه.

ولا يخرج لأكل وشرب ونوم ولا لعيادة المريض وصلاة الجنازة؛ لأنه يجوز النوم والأكل والشرب في معتكفه، وصلاة الجنازة فرض يقوم بالغير فلم يكن ضرورة لازمة، ويخرج للجمعة حين تزول الشمس ويمكث في المسجد مقدار ما يصليها بسنّتها قبلها أربعًا وبعدها أربعًا أو ستًّا.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: مقدار ما يصلي أربعًا قبلها وبعدها أربعًا.

وقال محمد: إذا كان منزله بعيدًا يخرج حين يرى أنه يبلغ المسجد عند النداء؛ لأن الفرض أداء الجمعة فتقدر بوقت يمكنه فيه أداء الجمعة بسنّتها.

ولو أقام في الجامع يومًا وليلة لم ينتقض اعتكافه، ويكره ذلك؛ لأن الجامع يصلح لابتداء الاعتكاف فيه فيصلح للبقاء لكن الإتمام في الموضع الذي ابتدأ فيه مندوب؛ لأنه التزم الاعتكاف فيه بالشروع.

ولو انهدم المسجد أو أخرج مكرهًا فدخل مسجدًا آخر من ساعته لا يفسد استحسانًا؛ لأنه مضطر فيه؛ لأنه لا يحل له اللبث حتى ينهدم عليه السقف.

ولو خرج ساعة بغير حاجة فسد اعتكافه عند أبي حنيفة، وعندهما لا يفسد حتى يخرج أكثر من نصف يوم؛ لأن قليل الخروج عفو نفيًا للحرج؛ لأنه لا بد للمعتكف منه لإقامة حوائجه وأسباب معيشته؛ لأنه قد لا يجد نائبًا والكثير ليس بعفو فقدرناه بأكثر من النصف.

له: الاعتكاف لبث والخروج يضاده قل أو كثر، ولا بقاء للشيء مع ضده إلا لضرورة ماسة، والحوائج تتأدى بالنائب فلا تصير مستثناة عن الاعتكاف.

ولو خرج ناسيًا من المسجد فسد اعتكافه؛ لأن الناقص لا يختلف عمله بالنسيان والعمد كالكلام في الصلاة، ولكن جعل النسيان في باب الصوم عذرًا نصًا لا قياسًا.

ولا بأس بأن يخرج رأسه من المسجد ليغسله، وإن غسله في المسجد في إناء جاز، وصعود المئذنة لا يفسد اعتكافه، وإن كان بابها خارج المسجد؛ لأن الظاهر من حال المؤذن أنه لا يترك الأذان لأجل الاعتكاف؛ لأنه خير منه من حيث إنه شعار الإسلام فصار الخروج للأذان مستثنيًا عن اعتكافه دلالة كما لو استثناه صريحًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يفسد؛ لأن الأذان قد يتأدى بغيره والخروج لأجله يكون لغير عذر.

وإن أحرم المعتكف بحجة أو عمرة أقام في اعتكافه إلى أن يفرغ منه ثم يمضي في الإحرام؛ لأنه أمكنه إقامة الأمرين، وإن خاف فوت الحج يدع الاعتكاف ويحج

ثم يستقبل الاعتكاف؛ لأن الحج أهم من الاعتكاف؛ لأنه يفوت بمضي يوم عرفة وإدراكه في سنة أخرى موهوم وإنما يستقبل اعتكافه؛ لأن هذا الخروج وإن وجب شرعًا قائمًا وجب بعقده وإيجابه، وعقده لم يكن معلوم الوقوع فلا يصير مستثنى عن الاعتكاف.

ولو جُنَّ في اعتكافٍ واجبٍ جنونًا مطبقًا سنين ثم أفاق قضاه؛ لأنه فات شرط صحته وهو الصوم وقد وجب عليه في الصحة فلا يسقط بالجنون.

(باب النذر بالاعتكاف)

ولو أوجب اعتكاف يوم صح؛ لأنه أضاف النذر إلى وقت يصح فيه الصوم؛ لأن اليوم المفرد اسم لبياض النهار حقيقة، ويدخل المسجد قبل طلوع الفجر إلى أن تغرب الشمس؛ لأن اليوم اسم من وقت طلوع الفجر إلى غروب الشمس.

ولو أوجب اعتكاف ليلة لا يلزمه خلافًا للشافعي رضي الله عنه؛ لأن الليلة اسم لسواد الليل حقيقة وهي ليست بمحل للصوم شرعًا والصوم شرط لصحة الاعتكاف فقد أضاف النذر إلى وقت لا يصح فيه الصوم فلا يلزمه.

وإن نوى اليوم معها ذكر الكرخي أنه لا تصح نيته؛ لأن ذكر الليلة لا يتضمن ذكر اليوم؛ لأن الليلة تتصور من غير يوم.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: أنه تصح نيته وتلزمه؛ لأنه نوى ما يحتمله؛ لأن الليلة تُذكر ويراد بها الوقت، كاليوم يُذكر ويُراد به الوقت قال الله تعالى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ ﴾ [الأنفال: ١٦] وأراد به الوقت.

ولو أوجب يومين أو ليلتين أو أكثر تلزمه يومين بليلتيهما أو ليلتين بيوميهما، وعن أبي يوسف رحمه الله: في ليلتين لا يصح نذره، وفي يومين يلزمه يومان وليلة متخللة بينهما؛ لأن الليالي متى ذُكرت بلفظ الجمع دخلت الأيام فيها تبعًا، فكذا الأيام متى ذكرت على سبيل الجمع دخلت الليالي فيها تبعًا هكذا ورد الاستعمال، وهنا ذكرهما على سبيل التثنية دون الجمع فلا يتضمن ذكرهما ذكر ما يقابلهما من

الأيام والليالي، فبقي النذر مضافًا إلى الليلتين المفردتين فلم يصح، وفي اليومين إنما دخلت الليلة المتوسطة ضرورة أن الاعتكاف متتابع لا بذكر اليومين.

وجه ظاهر الرواية: أن ذكر الأيام والليالي يستتبع ما بإزائهما من الليالي والأيام ذكرت بلفظة الجمع أو التثنية:

أما بلفظة الجمع: قال الله تعالى: ﴿ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١] وقال في موضع آخر: ﴿ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا ۝١٠﴾ [مريم: ١٠] ذكره تارة بالأيام وتارة بالليالي، والقصة واحدة لولا ما قلنا لصار خلفًا.

وأما لفظة التثنية: تقول لآخر: لم أرك منذ يومين أو منذ ليلتين، والمراد اليومان بليلتيهما، وكذا يقال: ليلتين خلتا من الشهر، ويراد به ليلتان بيوميهما.

وإن نوى بالأيام النهار أو نوى بالليالي حقيقة كلامه صح؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

ولو أوجب اعتكاف شهر بغير عينه أو ثلاثين يومًا يعتكف شهرًا متتابعًا.

وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما: لا يلزمه التتابع؛ لأنه لم يلتزم صفة التتابع نصًّا فلا يلزمه كما في الصوم.

لنا: أنه التزم التتابع دلالة؛ لأن الشهر اسم لزمان متتابع وهو ثلاثون يومًا بلياليها والاعتكاف يصح فيه ليلًا ونهارًا، فإذا قدره بوقت متتابع يلزمه متتابعًا ولا يثبت التفرق إلا بدليل عرفًا كما لو نذر اعتكاف يوم بخلاف ما لو أوجب صوم ثلاثين يومًا فرق إن شاء؛ لأن الصوم فيه لا يقع إلا متفرقًا لتخلل الليالي بين النهار، فصار ذكر الشهر عبارة عن ثلاثين يومًا بدون الليالي عرفًا، فلا يلزمه التتابع إلا بدليل ويفتتح متى شاء؛ لأنه ذكر شهرًا منكرًا فكان التعيين إليه كما لو أوجب صوم شهر.

ولو أقام شهرًا بالنهار دون الليالي لزمه النهار دون الليل؛ لأنه التزم الاعتكاف في النهار دون الليالي فيلزمه بقدر ما التزمه.

وإن نوى النهار ولم يصرح تلفظًا لم تصح نيته؛ لأن الشهر تناول الأيام والليالي بحقيقته فالتخصيص لا يثبت بمجرد عزيمته ما لم يتكلم به؛ لأن التخصيص بمعنى الاستثناء.

ولو نذر اعتكاف ثلاثين يومًا ونوى النهار خاصة فهو كما نوى وله أن يفرقه.

ولو نذر اعتكاف يوم العيد يقضيه في وقت آخر، وإن اعتكف فيه أجزأه وقد أساء كما عرف.

وإن نذر الاعتكاف ثم مات يُطعم لكل يوم نصف صاع من حنطة إن أوصى؛ لأنه وقع اليأس عن أدائه فوجب القضاء بالإطعام كما في الصوم والصلاة، فإن كان مريضًا حين أوجب ثم مات قبل أن يصح لا يلزمه شيء، وإن صَحَّ لزمه بقدر ما صح، قيل هذا عند محمد، وعندهما جميع ما التزم.

لمحمد: إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وفي إيجاب الله تعالى لا يلزمه إلا بقدر ما صح فكذا هذا.

لهما: أن الاعتكاف عبادة واحدة لا تتجزأ؛ لأنه وجب متتابعًا يدوم ليلًا ونهارًا فصار لزوم بعضه كلزوم كله، كمن أدرك آخر وقت الصلاة لزمه كل الصلاة.

ولو أفطر يومًا من اعتكاف واجب يستقبل؛ لأنه انعدم شرطه وهو التتابع، وإن كان أوجبه في وقت معين قضى ذلك اليوم وحده ولا يستقبل؛ لأنه لو استقبل يقع الكل في غير وقت الذي أوجب فيه فلا يكون أداء للمنذور به أصلا.

ولو أوجب اعتكاف وقت قد مضى ولم يعلم لم يلزمه شيء؛ لأن المنذور به مستحيل الكون.

ولو نذر اعتكاف شهر ثم ارتد ثم أسلم لم يلزمه شيء؛ لأن ما وجب بإيجاب الله تعالى يسقط عنه بالردة فما وجب بإيجابه أولى.

ولو نذر المملوك والمرأة اعتكافًا لزمهما لأنهما من أهله لكونهما مخاطبين وللمولى والزوج المنع؛ لأن فيه تعطيل حقهما من المنافع؛ لأن منافعهما في حق ما عدا الفرائض مستحقة للزوج والمولى، ولا يمنع المكاتب؛ لأنه صار أحق بمنافعه.

(**النوادر**): ولو أذن الزوج لامرأته في الاعتكاف فاعتكفت لم يكن له المنع بعد ذلك، والمولى لو أذن لعبده فله المنع ويُكره؛ لأن منافع العبد مملوكة للمولى وإنما أعارها من العبد فيمكنه الرجوع في العارية.

فأما منافع الزوجة مملوكة لها لا له لأنها حرة، وإنما منعت لحق الزوج في الاستمتاع بها، فإذا أذن فقد أسقط حق نفسه فيظهر حقها الأصلي فلم يكن له أن يرجع فيه، وقيل: له أن يمنعها أيضًا كالعبد ويكره؛ لأن ملك النكاح باق بعد الإذن كملك اليمين.

وذكر في (**المنتقى**): لو أذن لها في الاعتكاف شهرًا فأرادت أن تعتكفه متتابعًا فللزوج أن يأمرها بتفريقه؛ لأنه لم يأذن لها بالاعتكاف متتابعًا لا نصًّا ولا ضرورة، ولو أذن لها في اعتكاف أو صوم شهر بعينه فاعتكفت أو صامت فيه متتابعًا فليس له أن يمنعها؛ لأنه أذن لها بالتتابع ضرورة؛ لأن اعتكاف شهر بعينه متتابع وقوعًا.

ولو صام يومًا تطوعًا ثم نذر اعتكاف هذا اليوم لا يصح؛ لأن صوم الاعتكاف واجب والصوم من أول النهار انعقد تطوعًا فتعذر جعله واجبًا.

(**الجامع**): ولو نذر اعتكاف شهر رمضان يعتكفه بالليل والنهار؛ لأن الصوم شرط الاعتكاف، والشروط يعتبر وجودها في نفسها لا إيجادها بجهة المشروط له كالطهارة للصلاة، فالشرط أن يكون طاهرًا وقت الصلاة لا أن تجرد الطهارة للصلاة، فكذا هذا الشرط أن يكون المعتكف صائمًا؛ لا أن تجرد الصوم للاعتكاف، وإن لم يعتكف قضى شهرًا بصوم؛ لأن القضاء على حسب الأداء فكما لا أداء بدون الصوم فكذا لا قضاء؛ لأن الاعتكاف لم يشرع قربة إلا بالصوم.

فإن لم يعتكف حتى دخل رمضان آخر فاعتكف فيه لم يجزه؛ لأن الصوم صار دينًا في ذمته لما فات عن وقته، وصار مقصودًا بنفسه؛ لأن ما لا يكون مقصودًا بنفسه من القرب لا يصير دينًا في الذمة كالطهارة والسعي.

وكل صوم وجب في ذمته مقصودًا لا يتأدى بغيره من الصيامات، ولهذا لو نذر باعتكاف شهر ثم اعتكف رمضان لا يجزيه؛ لأن الصوم وجب دينًا في الذمة مقصودًا بالالتزام بخلاف كما لو نذر اعتكاف رمضان؛ لأنه ما أوجب الصوم مقصودًا بالالتزام بل أوجب الاعتكاف في وقت هو صائم عن غيره.

ولو أفطر رمضان فقضى صوم الشهر مع الاعتكاف أجزأه؛ لأن القضاء مثل الأداء قائم مقامه نائب منابه ملتحق بمحله معنى وقد كان الأداء يصلح شرطًا

للاعتكاف فكذلك القضاء، وهو بمنزلة ما لو نذر أن يعتكف رجب فلم يصمه ثم اعتكف قضاء مع الصوم صح، وإن صام متفرقًا لا يجزئه عن الاعتكاف ويجزئه عن رمضان؛ لأنه لما لم يعتكف في رمضان صار اعتكاف شهر بغير عينه دينًا في الذمة فيلزمه متتابعًا حتى لو أفسد يوما استقبل؛ لأن موضوع الاعتكاف على التتابع؛ لأن مما يدوم ليلًا ونهارًا يجري على موضوعه حتى يغيره بالشرط لما بينا.

(**النوادر**): قال أبو حنيفة رحمه الله: ليلة القدر في رمضان تتقدم وتتأخر.

وقالا: هي متعينة في النصف الأخير من رمضان حتى أن من قال لامرأته: أنت طالق في ليلة القدر، فإن كان الحالف عاميًّا لا يعرف اختلاف العلماء تطلق امرأته في ليلة السابع والعشرين من رمضان في هذه السنة؛ لأن العوام يعرفونها ليلة القدر.

وإن كان فقيهًا يعرف الاختلاف، فإن كان حلف قبل دخول رمضان تطلق بمضيه، وإن كان حلف في نصف رمضان فعندهما لا تطلق حتى يجيء النصف من رمضان قابل؛ لأن عندهما بقي ليلة بعينها، فإذا جاء وقت الإيقاع من القابل علمنا أنها قد مضت، وعند أبي حنيفة لا يقع حتى يمضي رمضان آخر في القابل لجواز أنها في النصف الأول في هذه السنة، وفي النصف الأخير في السنة القابلة وعليه الفتوى. والله أعلم بالصواب.

كِتابُ الحَيْض

يحتاج إلى معرفة: تفسير الدماء لغة وشريعة، ومقدارها، وألوانها، ومكانها، وأحكامها.

أما تفسيرها لغة: فالدماء ثلاثة: دم حيض، ودم نفاس، ودم استحاضة.

فدم الحيض في اللغة: اسم لخروج الدم، يقال: حاضت الأرنب إذا خرج الدم من فرجها. وحاضت الشجرة إذا خرج منها الصمغ الأحمر.

وأما في الشريعة: ذكر الكرخي في (مختصره): أن الحيض هو الدم الخارج من الرحم الذي تصير المرأة بالغة بابتدائه الممتد إلى وقت معلوم.

وذكر الفضلي: أن الحيض هو الدم الذي ينفضه رحم المرأة السليمة عن الداء والصغر دَلّ عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] جاء في التفسير عن عكرمة رحمه الله: أن المراد به الحيض. وعن مجاهد رحمه الله: أن المراد به الحيض والولد.

فالحيض مراد بالقولين جميعًا؛ ولأن الحيض جعل عَلَمًا على براءة الرحم عن الشغل، ولهذا أوجب الاستبراء به، ولو لم يكن مخلوقًا في الرحم لما جعل علمًا على براءته[1].

وأما دم النفاس ففي اللغة: هو ما نفست به الرحم عقيب الولادة.

وفي الشريعة: اسم لدم يخرج مع الولد أو عقيبه الممتد إلى وقت معلوم.

وأما دم الاستحاضة: فالاستحاضة لغة: استفعال من الحيض؛ إلا أن الحيض شرعًا اسم لدم خارج من الرحم، والاستحاضة اسم لدم خارج من الفرج دون الرحم، لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بِنْت أَبِي حُبَيْشٍ رضي الله عنها حين

---

(١) انظر: رد المحتار على الدر المختار ١/١٩٠، وفتح القدير ١/١٥٨، وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح.

قالت: إِنِّي أُسْتَحَاضُ فلَا أَطْهُرُ، فقال: "**لَيسَ تلكَ بالحيضَةِ إنَّما هيَ رَكْضَةٌ**[1] **مِن الشَّيطانِ، أو عِرْق عَنِدَ**، أي: انقطع، **أو دَاء اعترَضَ، فَتوضَّئي لكل صلاةٍ**"[2].

(١) الرَّكْضَة: ضَرْب الْأَرْض بِالرِّجْلِ حَال الْعَدْو كَمَا تَرْكُض الدَّابَّة وَتُصَاب بِالرِّجْلِ، أَرَادَ بِهَا الْإِضْرَار وَالْأَذَى، يَعْنِي أَنَّ الشَّيْطَان قَدْ وَجَدَ بِهِ طَرِيقًا إِلَى التَّلْبِيس عَلَيْهَا فِي أَمْر دِينهَا وَطُهْرهَا وَصَلَاتهَا حَتَّى أَنْسَاهَا ذَلِكَ عَادَتهَا، وَصَارَ فِي التَّقْدِير كَأَنَّهُ رَكْضَة نَالَتْهَا مِنْ رَكَضَاته. عون المعبود - (ج١/ ص٣٣٢).

(٢) أخرجه «البخاري» ١/٦٦ (٢٢٨) قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي ١/٨٤ (٣٠٦) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن هشام بن عروة. وفي ١/٨٧ (٣٢٠) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا سفيان، عن هشام. وفي ١/٨٩ (٣٢٥) قال: حدثنا أحمد بن أبي رجاء، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: سمعت هشام بن عروة. وفي ١/٩٠ (٣٣١) قال: حدثنا أحمد بن يونس، عن زهير، قال: حدثنا هشام. و«مسلم» ١/١٨٠ (٦٧٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا وكيع، عن هشام بن عروة. وفي (٦٨٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا عبد العزيز بن محمد، وأبو معاوية (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا جرير (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا خلف بن هشام، قال: حدثنا حماد بن زيد، كلهم عن هشام بن عروة. وفي (٦٨١) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث، عن ابن شهاب. وفي ١/١٨١ (٦٨٥) قال: وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن جعفر، عن عراك. وفي ١/١٨٢ (٦٨٦) قال: حدثني موسى بن قريش التميمي، قال: حدثنا إسحاق بن بكر بن مضر، قال: حدثني أبي، قال: حدثني جعفر بن ربيعة، عن عراك بن مالك. و«ابن ماجه» (٦٢١) قال: حدثنا عبد الله بن الجراح، قال: حدثنا حماد بن زيد (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، عن هشام بن عروة. وفي (٦٢٤) قال: حدثنا علي بن محمد، وأبو بكر بن أبي شيبة، قالا: حدثنا وكيع، عن الأعمش، عن حبيب بن أبي ثابت. و«أبو داود» (٢٧٩) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن جعفر، عن عراك. وفي (٢٨٢) قال: حدثنا أحمد بن يونس، وعبد الله بن محمد النفيلي، قالا: حدثنا زهير، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٢٨٣) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن هشام. وفي (٢٩٠) قال: حدثنا يزيد بن خالد بن عبد الله بن موهب الهمداني، قال: حدثني الليث بن سعد، عن ابن شهاب. وفي (٢٩٢) قال: حدثنا هناد، عن عبدة، عن ابن إسحاق، عن الزهري. (قال أبو داود: ورواه أبو الوليد الطيالسي، ولم أسمعه منه، عن سليمان بن كثير، عن الزهري، عن =

فأما مقدارها: فأقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام.

وعن أبي يوسف: أقله يومان وأكثر اليوم الثالث.

وهكذا ذكر محمد في نوادر الصلاة.

=

عروة، عن عائشة؛ استحيضت زينب بنت جحش، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: اغتسلي لكل صلاة، وساق الحديث). وفي (٢٩٨) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن الأعمش، عن حبيب بن أبي ثابت. و«الترمذي» (١٢٥) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع، وعبدة، وأبو معاوية، عن هشام بن عروة. وفي (١٢٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن شهاب. و«النسائي» ١/١١٧ و١٨١، وفي «الكبرى» (٢٠٨) قال: أخبرنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سهل بن هاشم، قال: حدثنا الأوزاعي، عن الزهري. وفي ١/١١٩ و١٨١، وفي «الكبرى» (٢٠٥) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن شهاب. وفي ١/١١٩ و١٨٢، وفي «الكبرى» (٢٠٦) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن يزيد بن أبي حبيب، عن جعفر بن ربيعة، عن عراك بن مالك. قال النسائي: أخبرنا قتيبة مرة أخرى، ولم يذكر جعفرا. وفي ١/١٢٢ و١٨٤ قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبدة، ووكيع، وأبو معاوية، قالوا: حدثنا هشام بن عروة. وفي ١/١٢٣ و١٨٥، وفي «الكبرى» (٢١٧) قال: أخبرنا يحيى بن حبيب بن عربي، قال: حدثنا حماد، وهو ابن زيد، عن هشام بن عروة. وفي ١/١٢٤ و١٨٦ قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك، عن هشام بن عروة. وفي ١/١٢٤ و١٨٦، وفي «الكبرى» (٢١٨) قال: أخبرنا أبو الأشعث، قال: حدثنا خالد بن الحارث، قال: سمعت هشام بن عروة. وفي ١/١٨٦ قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله، عن هشام بن عروة. و«أبو يعلى» (٤٤٨٦) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا حماد، عن هشام بن عروة. وفي (٤٧٩٩) قال: حدثنا زكريا بن يحيى، قال: حدثنا وكيع، وعبد الله بن داود، وعثام بن علي، وعبيد الله بن موسى، عن الأعمش، عن حبيب بن أبي ثابت. و«ابن حبان» (١٣٥٠) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن هشام بن عروة. وفي (١٣٥٤) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن النضر الخلقاني، قال: حدثنا محمد بن علي بن الحسن بن شقيق، قال: سمعت أبي، قال: أخبرنا أبو حمزة، عن هشام بن عروة. وفي (١٣٥٥) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن النضر في عقب خبر أبي حمزة، قال: حدثنا محمد بن علي بن الحسن بن شقيق، قال: سمعت أبي يقول: حدثنا أبو عوانة، عن هشام بن عروة.

أربعتهم: (هشام بن عروة، وحبيب بن أبي ثابت، ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري، وعراك بن مالك) عن عروة بن الزبير، فذكره.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أقله ثلاثة أيام وليلتان بينهما.

وقال الشافعي رحمه الله: أقله يوم وليلة وأكثره خمسة عشر يومًا.

وقال مالك رحمه الله: أقله ما يوجد.

وجه رواية أبي يوسف رحمه الله: أن استيعاب ثلاثة أيام ليس بشرط لصيرورتها حائضًا، وما لا يشترط استيعابه يقوم الأكثر منه مقام الكل كالنية في باب الصوم.

وجه رواية الحسن: أن في الآثار ذكر التقدير بالأيام دون الليالي إلا أن يتخللها من الليالي يتبعها ضرورة.

وجه ظاهر الرواية: ما روى أبو أمامة الباهلي وواثلة بن الأسقع رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**أقلُّ الحيضِ ثَلاثةُ أيّامٍ، وأكثرُه عشرةٌ، ومَا زَاد فهو استِحاضةٌ**"[1].

وهذا مذهب عامة الصحابة[2].

وذكر الأيام يتضمن ذكر الليالي لغة فدخلت الليالي فيها تبعًا لما بينا في الصوم.

وأقل الطهر خمسة عشر يومًا؛ لأن الله تعالى أقام كل شهر مقام حيض وطهر في حق الآيسة والصغيرة وما أضيف إلى شيئين مختلفين انقسم عليهما نصفين فاقتضى هذا أن يكون نصف الشهر حيضًا ونصفه طهرًا، لكن قامت الدلالة على نقصان الحيض عن خمسة عشر يومًا فبقي الطهر على ظاهر القسمة.

وأكثر الطهر لا غاية له؛ لأن الطهر هو انقطاع الدم، فما دام الدم منقطعًا كان الطهر موجودًا، إلا إذا ابتليت بالاستمرار حتى ضَلّت أيامها ووقعت الحاجة إلى نصب العادة فهو مقدر إلا على قول أبي عُصمة، فإنه لا يقدر طهرها بشيء ولا

---

(١) روي من حديث أبي أمامة عند الطبراني والدارقطني، ومن حديث واثلة بن الأسقع عند الدارقطني، ومن حديث معاذ بن جبل عند ابن عدي، ومن حديث أبي سعيد الخدري عند ابن الجوزي، ومن حديث أنس بن مالك عند ابن عدي، ومن حديث عائشة عند ابن الجوزي، وكلها ضعيفة (نصب الراية: ١/١٩١).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١/١٨٩ دار إحياء التراث العربي، فتح القدير ١/١٤٢، ١٤٣ دار إحياء التراث العربي، الفتاوى الهندية ١/٣٦ المطبعة الأميرية ١٣١٠هـ.

تنقضي عدتها أبدًا عنده؛ لأن نصب المقادير يكون بالسماع والتوقيف دون الرأي ولا توقيف هنا من جهة الشارع، وعامة مشايخنا قدروه؛ لأنه لو لم يقدر أكثر طهرها بشيء أدى إلى أن تتضاعف عليها الواجبات، فإنه يجب عليها قضاء صلوات أيام طهرها فتخرج، فيه وأدى إلى أن لا تنقضي عدتها فتبقى حبيسة معلقة فتقع في بلية عظيمة.

ثم اختلفوا في تقديره؛ قيل: هو ستة أشهر إلا ساعة؛ لأن الطهر المتخلل بين دمي الحيض يكون دون مدة الحبل عادة، وأدنى مدة الحبل ستة أشهر فينقص أكثر الطهر عنه بساعة.

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله: أنه مقدر بشهرين وقد اختاره الحاكم في المختصر؛ لأن العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر مما يتكرر في الشهرين عادة؛ لأن الغالب أن النساء تحيض في كل شهر مرة، فإذا طهرت شهرين فقد طهرت في أيام حيضها مرتين، والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها وهو المعتاد في حق النساء فوجب التقدير به.

وقيل: سبعة وعشرين يومًا؛ لأنه إذا زاد على ذلك لم يبق من أيامها ما يصلح حيضًا فيتصف هو بالكثرة.

وقيل: سبعة وعشرين يومًا؛ لأن الشهر يشتمل على الحيض والطهر وأقل الحيض ثلاثة يبقى للطهر سبعة وعشرين يومًا.

(مثاله) امرأة حاضت عشرة أيام وطهرت عشرين، ثم استمر بها الدم فعادتها في الحيض عشرة وفي الطهر عشرون.

ولو حاضت عشرة وطهرت خمسين ثم استمر فعادتها في الطهر خمسون.

ولو حاضت عشرة وطهرت ستين ثم استمر بها الدم فعادتها في الطهر ستون، فإن طهرت أكثر من ستين تنتقل عادتها في الطهر إلى عشرين في قول محمد وهو الأصح.

ولو طلقها زوجها تنقضي عدتها على قوله في سبعة أشهر، لجواز أنه كان طلقها

في أول الطهر فتحتاج إلى ثلاثة أطهار كل طهر شهران، وثلاث حيض كل حيض عشرة أيام، ويخرج على كل قول نحو ذلك وبيان قدر النفاس يأتي في بابه.

وأما ألوان الدماء: فكل ما تراه المرأة في أيام الحيض والنفاس من سواد وحمرة وصفرة وخضرة وكُدْرة وتربيَّة فهو حيض إلا البياض الخالص[1].

وقال الشافعي رحمه الله: لا يكون شيء من ذلك حيضًا إلا السواد والحمرة.

وقال أبو يوسف رحمه الله: الكُدْرَة لا تكون حيضًا في أول الأيام وفي آخرها حيض؛ لأن كدرة الشيء يتبع خروجه خروج صافية لأنها بقيته فيستوضح حالها بما قبلها، فإن كانت على أثر دم يكون حيضًا وإلا فلا.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن النساء كن يعرضن الكَراسِف على عائشة رضي الله عنها لتنظر إليها، فكانت إذا رأت كُدْرَة قالت: لا حتى ترين القصة البيضاء، يعني: البياض الخالص، فإن القصة هي [الدم][2].

ورُوي عن أم عطية رضي الله عنها وكانت غزت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنتي عشرة غزوة وقالت: كنا نعد التربية حيضًا؛ ولأن الكدرة والصفرة من ألوان الدم وأجزائه؛ لأن اللون الأصلي للدم هي الحمرة عند اعتدال الطبيعة، وعند غلبة السوداء يضرب إلى السواد، وعند غلبة الصفراء يرق ويضرب إلى الصفرة، وعند فساد في الرحم يضرب إلى الكدرة، ولهذا لو رأتها في آخر أيامها تكون حيضًا، وآخر الدم في أيام الحيض يكون حيضًا بكل حال اعتبارًا بسائر الألوان، والكدرة قد

---

(١) صرّح الحنفيّة بأنّ ألوان دم الحيضة ستّة، وهي السّواد والحمرة، والصّفرة، والخضرة، والكدرة، والتّربيّة قالوا: والكدرة ما هو كالماء الكدر، التّربيّة نوع من الكدرة على لون التّراب، والصّفرة كصفرة القزّ، والتّبن، والسّدر على الاختلاف، ثمّ إنّ المعتبر حال الرّؤية لا حالة التّغيّر، كما لو رأت بياضًا فاصفرّ باليبس، أو رأت حمرةً أو صفرةً فابيضّت باليبس، وأنكر أبو يوسف الكدرة في أوّل الحيض دون آخره، ومنهم من أنكر الخضرة.

قال ابن عابدين: والصّحيح أنّها حيض من ذوات الأقراء دون الآيسة. وزاد المالكيّة على الصّفرة والكدرة التّربيّة - وهو الماء المتغيّر دون الصّفرة - والتّربيّة عند المالكيّة تساوي التّربيّة عند الحنفيّة، حيث إنّهم وصفوا التّربيّة بأنّها دم فيه غبرة تشبه لون التّراب.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): الحيض.

تسبق الصافي إذا سال من أسفل الإناء، فالدم يخرج من أسفل الرحم فقد سبق خروج الكدرة خروج الصافي، والخضرة بمنزلة الكدرة، وهو الصحيح؛ لأن الدم قد يضرب إلى الخضرة فكما يضرب إلى البياض عند شرب المبردات وأكل العناب.

والتربية ما يكون لونها كلون التُّراب وهو نوع من الكُدرة.

وأما مكانها: فحكم الحيض والنفاس والاستحاضة لا تثبت إلا ببروز الدم وظهوره على الفرج.

وعن محمد: أنه يثبت حكم الحيض إذا أحست بالنزول إلى فرجها وإن لم يظهر، ولا يثبت حكم الاستحاضة إلا بالظهور؛ لأن الحيض والنفاس وقتًا معلومًا فيتعلق حكمهما بالخروج والنزول في وقتهما، والاستحاضة حدث كسائر الأحداث وليس لها وقت معلوم فلا يثبت حكمه إلا بالظهور.

وجه ظاهر الرواية: أنه ما لم يظهر فهو في معدنه، والشيء ما دام في معدنه لا يعطى له حكم ما لم يظهر كالبول نزل إلى [قضيب][(١)] الذكر.

واتخاذ الكرْسُف[(٢)] سُنّة عند الحيض، وهي قطعة خِرقة أو قطن [تحبسه][(٣)] المرأة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: "[اجتنبي واغتسلي][(٤)] وصلي وإن قطر الدم [على الحصير][(٥)]"[(٦)].

والسُّنة أن تُطيب الكرسف بمسك أو غالية ليدفع أثر رائحة دمها، ولهذا

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): قصبة.

(٢) الكُرْسُف: القُطن وهو الكُرسوف، واحدته كُرْسُفة، ومنه كُرْسُف الدَّواةِ.

وفي الحديث: أَنه كُفِّن في ثلاثة أَثواب يَمانِيةٍ كُرْسُفٍ؛ الكُرْسُفُ: القُطن، قال ابن الأَثير: جعله وصفًا للثياب وإن لم يكن مشتقًّا كقولهم مررت بحَيّة ذراع وإبل مائة.

وفي حديث المستحاضة: أَنْعَتُ لكِ الكُرسفَ.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): تحتشيه.

(٤) ما بين المعكوفتين في (ك): التحمي واستثفري.

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل و(س)، وأثبتناه من (ك).

(٦) أخرجه ابن ماجه (١/٢٠٤، رقم ٦٢٤). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (١/٢١٢).

قال عليه السلام لامرأة استُحيْضَتْ: "خُذِي فِرْصَةً مُمَسَّكَةً"[١].

ويستحب للثيب الكرسُف بكل حال لأنها لا تأمن عن خروج شيء منها فيحتاط في ذلك خصوصًا في حالة الصلاة، وللبكر يستحب في حالة الحيض [ليلا][٢] كي لا تلطخ ثيابها دون الطُّهر لوقوع الأمن لها عن خروج شيء منها حالة الطُّهر.

ثم للمرأة فرجان داخل وخارج، فالفرج الداخل بمنزلة الدبر، والخارج بمنزلة الأليتين، فإذا وضعت الكرسف في الفرج الخارج فابتل الجانب الداخل منه كان ذلك حيضًا، وإن لم ينفذ إلى الخارج؛ لأنه صار طاهرًا به، وإن وضعته في الفرج الداخل فابتل الجانب الداخل منه لم يكن حيضًا؛ لأنه بمنزلة قصبة الذكر، وإن نفذت البلة إلى الجانب الخارج، فإن كان الكرسف غالبًا عن رأس الإحليل[٣] أو محاذيًا له يكون حيضًا لظهور البلة، وإن كان منشغلا عنه لم يكن حيضًا وعلى هذا

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٨٥ (٣١٤) و٩/١٣٤ (٧٣٥٧) قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا ابن عيينة. وفي ١/٨٦ (٣١٥) قال: حدثنا مسلم، قال: حدثنا وهيب. وفي ٩/١٣٤ (٧٣٥٧م) قال: حدثنا محمد، هو ابن عقبة، قال: حدثنا الفضيل بن سليمان النميري البصري. و«مسلم» ١/١٧٩ (٦٧٤) قال: حدثنا عمرو بن محمد الناقد، وابن أبي عمر، جميعا عن ابن عيينة، قال عمرو: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٦٧٥) قال: وحدثني أحمد بن سعيد الدارمي، قال: حدثنا حبان، قال: حدثنا وهيب. و«النسائي» ١/١٣٥، وفي «الكبرى» (٢٤٤) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. وفي ١/٢٠٧ قال: أخبرنا الحسن بن محمد، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب. و«أبو يعلى» (٤٧٣٣) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«ابن حبان» (١١٩٩) قال: أخبرنا ابن خزيمة، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٢٠٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حميد بن مسعدة، قال: حدثنا الفضيل بن سليمان. ثلاثتهم: (سفيان بن عيينة، ووهيب بن خالد، والفضيل بن سليمان) عن منصور بن عبد الرحمن الحجبي، عن أمه صفية بنت شيبة، فذكرته.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

(٣) الإحليل جمع أحاليلَ وله معنيان:

١- (التشريح) مجرى البول الخارجيّ، وهو قناة بين المثانة وفتحة الإحليل يخرج منها البول: - أُصيب بالتهاب في الإحليل.

٢- مخرج اللّبَن من الثَّدي والضَّرع.

التفصيل إذا حشى الرجل إحليله بقطنة فابتلت وهذا كله إذا لم تسقط القطنة، فإن سقطت فهو حيض كيف ما كان لظهور البلة.

وعن محمد - رحمه الله - بن سلمة: أنه كان يكره للمرأة أن تضع المرأة كرسفها في الفرج الداخل؛ لأنه يشبه ذلك النكاح بيدها، وإن وضعت الكرسف في أول الليل ونامت فلما أصبحت نظرت إلى الكرسف فرأت البياض الخالص يلزمها قضاء العشاء لأنا تيقنا طهرها من حين وضعت الكرسف، وإن كانت طاهرة حين وضعت الكرسف ونامت ثم أصبحت فوجدت البلة على الكرسف فإنها تجعل حائضا من أقرب الأوقات وهو ما بعد الصبح أخذا باليقين والاحتياط حتى يلزمها قضاء العشاء إن لم تكن صلت.

وأما أحكامها: فأحكام الحيض عشرة منها لا تصوم ولا تصلي لقوله صلى الله عليه وسلم: "**تقعد إِحْدَاهُنَّ شَطْرَ عُمْرِهَا لَا تَصومُ ولَا تصلِّي**"[1]، ومنها أنها تقضي الصيام دون الصلاة لما رُوي أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها: ما بال إحدانا تقضي صيام أيام الحيض دون الصلاة، فقالت لها: أَحَرُورِيَّةٌ[2] أنتِ؟ كنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نقضي صيام أيام الحيض ولا نقضي الصلاة[3].

---

(١) نقل الزركشي في المعتبر (ص١٩٤ ط. دار الأرقم) عن جماعة من الحفاظ منهم البيهقي أنه بهذا اللفظ لا أصل له، وإنما الذي رواه مسلم: "**وتمكث ليالٍ لا تصلي وتفطر في رمضان، فهذا نقصان الدين**". وحديث مسلم هو في صحيحه (١/٨٧ الحلبي) من حديث عبد الله بن عمر.

(٢) الحَرورية: طائفة من الخوارج نسبوا إلى حَرُورَاء.

(٣) أخرجه «البخاري» ١/٨٨ (٣٢١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا همام، قال: حدثنا قتادة. و«مسلم» ١/١٨٢ (٦٨٧) قال: حدثنا أبو الربيع الزهراني، قال: حدثنا حماد، عن أيوب، عن أبي قلابة (ح) وحدثنا حماد، عن يزيد الرشك. وفي (٦٨٨) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن يزيد. وفي (٦٨٩) قال: وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن عاصم. و«ابن ماجه» (٦٣١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة. و«أبو داود» (٢٦٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب، قال: حدثنا أيوب، عن أبي قلابة. و«الترمذي» (١٣٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب، عن أبي قلابة. و«النسائي» ١/١٩١ قال: أخبرنا عمرو بن زرارة، قال: أنبأنا =

ولأن الصلاة يتضاعف ويترادف وجوبها والحيض يصيبها كل شهر فيخرج في القضاء، فأما الصوم لا يجب في السنة إلا شهرًا واحدًا فلا يخرج في القضاء وهو عشرة أيام فأمرت بالقضاء إحرازًا للمثوبة صوم رمضان بأداء خلفه.

ومنها أن الحائض والجنب لا يدخلان المسجد، وعند الشافعي رحمه الله: الجنب يدخل للعبور والاجتياز[١].

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**سدُّوا الأبوابَ عنِ المَسجدِ، فإنّي لَا أُحِلُّ المسجد لحائضٍ ولَا لجُنبٍ**"[٢].

وتأويل قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ﴾ [النساء: ٤٣] هو: المسافرين، فإن المسافر يسمى عابر السبيل لعبوره على الطريق، ولهم أن يقربوا الصلاة قبل الاغتسال بالتيمم، وقربان الصلاة إنما يكون بإرادة الصلاة والتيمم إليها ولا يطوف بالبيت لقوله عليه السلام: "**تَقضِي الحَائضُ المَناسكَ غيرَ أنَّها لَا تطُوف بالبيتِ**"[٣] ولأن الطواف يكون في المسجد وهي لا تدخله.

=

إسماعيل، عن أيوب، عن أبي قلابة. وفي ١٩١/٤، وفي «الكبرى» (٢٦٣٩) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أنبأنا علي، يعني ابن مسهر، عن سعيد، عن قتادة. و«ابن خزيمة» (١٠٠١) قال: حدثنا أحمد بن عبدة، قال: أخبرنا حماد، يعني ابن زيد، عن أيوب، عن أبي قلابة، ويزيد الرشك. و«ابن حبان» (١٣٤٩) قال: أخبرنا عمران بن موسى بن مجاشع، قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية، عن أيوب، عن أبي قلابة.

أربعتهم: (عاصم بن سليمان الأحول، وأبو قلابة، عبد الله بن زيد، وقتادة بن دعامة، ويزيد بن أبي يزيد الرشك) عن معاذة العدوية، فذكرته.

(١) انظر: البناية ٦٣٦/١، وحاشية ابن عابدين ١١٥/١، ١٩٤، وكشاف القناع ١٤٨/١، ١٩٨، والمجموع ١٦٠/٢، ١٧٢، ٣٥٨، ومواهب الجليل ٣٧٤/١، وجواهر الإكليل ٢٣/١، ٣٢.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٢) قال: حدثنا مسدد. و«ابن خزيمة» (١٣٢٧) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا معلى بن أسد.

كلاهما: (مسدد بن مسرهد، ومعلى) عن عبد الواحد بن زياد العبدي، قال: حدثنا أفلت بن خليفة، قال: حدثتني جسرة بنت دجاجة، فذكرته.

(٣) أخرجه «البخاري» ٨١/١ (٢٩٤) قال: حدثنا علي بن عبد الله. وفي ١٢٩/٧ (٥٥٤٨) قال: حدثنا مسدد. وفي ١٣٢/٧ (٥٥٥٩) قال: حدثنا قتيبة. و«مسلم» ٣٠/٤ (٢٨٨٩) قال: حدثنا

=

ومنها: لا تقرأ القرآن خلافًا لمالك رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يقرَأ الجنبُ ولا الحائِضُ شَيئًا من القَرآنِ**"[١].

ولا تقرأ ما دون آية عند الكرخي؛ لأن الكل قرآن ولا بأس به عند الطحاوي؛ لأن النظم والمعنى يقصر فيما دون الآية ويجري مثله في محاورات الناس وكلامهم فتمكنت منه شبهة عدم القرآن، ولهذا لا يجوز به الصلاة وهذا إذا قرأت على قصد التلاوة[٢].

ولو قرأت على وجه الذكر والثناء نحو قولها: بسم الله أو الحمد لله رب العالمين، أو الحائض والجنب تعلم الصبيان حرفًا حرفًا فلا بأس به بالاتفاق لأجل العذر والضرورة.

=

أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب. و«ابن ماجه» (٢٩٦٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد. و«النسائي» ١/١٥٣ و١٨٠، وفي «الكبرى» (٢٧٩) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم. وفي ٥/١٥٦، وفي «الكبرى» (٣٧٠٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع. وفي ٥/٢٤٥ قال: أخبرنا محمد بن رافع، عن يحيى، وهو ابن آدم. و«أبو يعلى» (٤٧١٩) قال: حدثنا عبد الأعلى. و«ابن خزيمة» (٢٩٠٥) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء (ح) وحدثنا علي بن خشرم (ح) وحدثنا أبو موسى. وفي (٢٩٣٦) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء. و«ابن حبان» (٣٨٣٤) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم.

جميعهم: (الحميدي، وأبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، وعلي بن عبد الله ابن المديني، ومسدد، وقتيبة بن سعيد، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، وعلي بن محمد، وإسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن عبد الله بن يزيد، والحارث بن مسكين، ويحيى بن آدم، وعبد الأعلى بن حماد، وعبد الجبار، وعلي بن خشرم، وأبو موسى محمد بن المثنى) عن سفيان بن عيينة، عن عبد الرحمن بن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، عن أبيه، فذكره.

(١) أخرجه ابن ماجه (٥٩٥) قال: حدثنا هشام بن عمار. و«الترمذي» (١٣١) قال: حدثنا علي بن حجر، والحسن بن عرفة.

ثلاثتهم: (هشام بن عمار، وعلي بن حجر، والحسن بن عرفة) قالوا: حدثنا إسماعيل بن عياش، قال: حدثنا موسى بن عقبة، عن نافع، فذكره.

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار ١/١٣، والقوانين الفقهية ص٣٦ ط. دار الكتاب العربي، والمجموع ٢/١٦٢، والمغني ١/١٤٣، ١٤٤.

ويكره لهما قراءة التوراة والإنجيل والزبور؛ لأن الكل كلام الله تعالى وفي التلاوة مع النخاسة ترك تعظيمه ولا يكره قراءة دعاء القنوت في ظاهر الرواية؛ لأنه ليس بقرآن، وعن محمد أنه يكره؛ لأن له شبهة القرآن لما مر في الصلاة. ومنها لا تمس المصحف ولا شيئًا مكتوبًا عليه آية القرآن لقوله تعالى: ﴿لَّا يَمَسُّهُۥٓ إِلَّا ٱلْمُطَهَّرُونَ ﴿٧٩﴾﴾ [الواقعة: ٧٩] ولما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى بعض القبائل: "**لَا يمسُّ القُرآن حائضٌ ولا جُنبٌ**"[(١)].

والمحدث لا يمس المصحف ويقرأ القرآن.

وعند الشافعي رحمه الله: يباح له المس كالتلاوة.

لنا: أن الحدث حل آلة اللمس المس، فمنع المس ولم يحل آلة القراءة وهو اللسان فلا يمنع القراءة، ولما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه: "**كَانَ لَا يَحْجِزُهُ شَيْءٌ عَنْ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ إِلَّا الْجَنَابَةُ**"[(٢)]، فإن غسل الجُنب فمه ليقرأ أو غسل يده ليمس، لو غسل المحدث يده لم يطلق لهما ذلك؛ لأن الجنابة والحدث لا يتجزأ وجودا وزوالا؛ لأنه متى حل به صار ممنوعًا عن المس والتلاوة فلا يزول المنع إلا بزوال الجنابة عن الكل كما في الصلاة[(٣)].

وأما مس البياض الذي عليه الكتابة ومس الجلد الذي عليه قيل: لا يكره؛ لأنه لم يمس القرآن حقيقة بل مس الجلد والقرطاس وقيل لا يحل؛ لأن المتصل بالمصحف تبع للمصحف، بدليل أنه يدخل تحت بيع المصحف من غير ذكر فيعد ماسًّا للمصحف وهذا أقرب إلى التعظيم والأول أقرب إلى القياس ولا بأس بمسِّ علاقة المنفصل عنه كالخريطة ونحوها؛ لأن المنفصل لا يكون تبعًا له، ألا ترى لو

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٩٢) قال: حدثنا محمد بن العلاء، قال: أخبرنا ابن إدريس، قال: أخبرنا محمد بن عمارة، عن أبي بكر بن محمد بن حزم.

(٢) أخرجه أحمد (٨٤/١ - ط. الميمنية) من حديث علي بن أبي طالب، والنووي في المجموع (١٥٩/٢ - ط. المنيرية)، وقال الحفاظ المحققون: هو حديث ضعيف.

(٣) انظر: الاختيار ١٣/١، ومنهج الجليل ٧٨/١ - ٧٩، ومغني المحتاج ٧١/١ ومنتهى الإرادات ٧٧/١.

كان المصحف في صندوق فلا بأس للجنب أن يحمله أو كان في بيت فلا بأس بأن يمس حيطانه وهذا مثله.

ولو مست المصحف بكمها أو بذيلها يكره عند بعضهم؛ لأن الثوب تبع للحامل فلا يصير حاملا بينه وبين المصحف، ألا ترى أنه لو حلف لا يجلس على الأرض فجلس وذيله بينه وبين الأرض حنث.

ولو صلى وقام على النجاسة وفي رجليه نعلان أو جوربان لم يجز.

وذكر في النوادر: أنه لا بأس به؛ لأن المحرم هو المس وإنه اسم للمباشرة باليد من غير حائل، ألا ترى أن المرأة إذا وقعت ردعة حل للأجنبي أن يأخذ يدها بحائل ثوب، وكذا حرمة المصاهرة لا يثبت بالمس بحائل ويكره لهما مس التفسير وكتب الفقه والسنن؛ لأنه لا يخلو عن آيات القرآن ولا بأس بالكم بلا خلاف.

وكره بعضهم دفع المصحف واللوح الذي عليه القرآن مكتوب إلى الصبي.

والصحيح: أنه لا بأس به؛ لأن في تكليف الطهارة حرجًا بهم وفي التأخير تضييع حفظ القرآن.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يترك الكافر أن يمس المصحف؛ لأنه لا يخلو عن الجنابة والحدث؛ لأنه لا يعتقد الوضوء والاغتسال.

وقال محمد: لا بأس به إذا اغتسل ولا بأس لهما بكتابة القرآن إذا كانت الصحيفة على الأرض عند أبي يوسف؛ لأنه لا يمس القرآن بيده وإنما يكتب حرفًا حرفًا وليس الحرف الواحد بقرآن أحب إليّ أن لا يكتب؛ لأنه في حكم المماس للحروف وهو يكتبها قرآن.

ويكره لهما أن يمسكا تفهمًا ما عليه أنه من القرآن؛ لأنه يكون مسًّا له، وأما ما عليه من الأذكار، فلم ير بعضهم بمسّه بأسًا والأولى عند عامة مشايخنا ألا يمسه إلا بحائل كمًّا وغيره.

ولو كان المكتوب رقية في غلاف متجاف عنه لم يكره الدخول به في الخلاء مع أن الاحتراز عن مثله أفضل.

ويكره كتابة القرآن وأسماء الله تعالى على ما يبسط ويفرش، وكتابة القرآن على المحاريب والجدران ليس بمستحسن لما يخاف من سقوط الكتابة فيوطأ بالأقدام.

ويكره كتابة سورة الإخلاص على الدراهم حين ضربت حتى لا تمتهن بمس من ليس أهلا لذلك وحتى لا يكسر فيتناثر، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم "عن كسر السكة"[١] أي: الدراهم المضروبة الصحاح لما عليها من القرآن وأسماء الله تعالى فيتناثر عند الكسر والاحتياط في نثر الدراهم والدنانير واجب حتى لا يقع [تحت قوائم الخيول][٢] والتراب.

ويكره قراءة القرآن في المخرج والمغتسل والحمام إلا بحرف؛ لأنه موضع الأنجاس، وعند محمد: لا بأس به في الحمام؛ لأن الماء المستعمل عنده طاهر فلم يكن الموضع موضع النجاسة، ومنها لا يقربها زوجها لقوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلۡمَحِيضِ﴾ الآية [البقرة: ٢٢٢] والقربان المضاف إلى المرأة يراد الجماع في الفرج، حتى روى ابن رستم عن محمد رحمه الله: أن من قال بأن جماع الحائض حلال فقد كفر، أي: يعتقد أنه ليس بمنهي عنه؛ لأنه يصير جاحدا لحكم الكتاب بأن جامعها وهو عالم بالتحريم فليس عليه إلا التوبة والاستغفار؛ لأنه باشر كبيرة كفارتها غير مشروعة إلا التوبة، ويستحب أن يتصدق بدينار أو بنصف دينار هكذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك لمن سأله عن ذلك.

ويستمتع عن الحائض ما فوق الإزار؛ لا ما تحته عندهما، وقال محمد والشافعي رضي الله عنهما: يجتنب شعار الدم لا غير لقوله صلى الله عليه وسلم: "**يَصنعُ الرَّجلُ بِامرأتهِ الحَائضِ كلَّ شيءٍ إلَّا الجماعَ**".

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: "**لهُ مَا فوقَ الإزَارِ وليسَ لهُ ما دونَهُ**"[٣] ولأن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٢١٥/٧ (٢٣٣٥٤). و«أحمد» ٤١٩/٣ (١٥٥٣٦). و«ابن ماجه» (٢٢٦٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وسويد بن سعيد، وهارون بن إسحاق. و«أبو داود» (٣٤٤٩) قال: حدثنا أحمد بن محمد بن حنبل.

أربعتهم: (أحمد، وأبو بكر، وسويد، وهارون) عن المعتمر بن سليمان التيمي، عن محمد بن فضاء، عن أبيه، عن علقمة بن عبد الله، فذكره.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): في قوائم الخيل.

(٣) أخرجه أحمد ٣٤٢/٤ (١٩٢١٦و١٩٢١٧) و٢٩٣/٥ (٢٢٨٧٢) قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا معاوية بن صالح. و«الدارمي» (١١٦٦) قال: أخبرنا أحمد بن الحجاج، =

الاستمتاع بما تحته يفضي إلى الجماع في الفرج غالبًا فيتجنب عنه احتياطًا[١].

واختلفوا في تفسير ما فوق الإزار؛ قال إبراهيم النخعي: أراد به أنه يستمتع بما فوق السرة لا بما تحتها إلى الركبة.

وقال الحسن البصري رحمه الله: يستمتع مع الإزار فوقه لا مكشوفًا ولا يأتيها في دبرها خلافًا لبعض أصحاب الظواهر لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَن أَتَى امرأتَهُ الحَائضَ، أو أتَاها فِي دُبرهَا، أَو أَتَى كَاهنًا فصدَّقهُ فيمَا يقولُ فَقد كفرَ بمَا أُنزلَ عَلى محمَّدٍ صلَّى اللهُ عَليهِ وسلَّم**"[٢] ومراده: إذا استحل ذلك. ومنها يلزمها

=

قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن معاوية بن صالح. وفي (١١٦٨) قال: أخبرنا مروان بن محمد، قال: حدثنا الهيثم بن حميد. و«ابن ماجه» (٦٥١ و١٣٧٨) قال: حدثنا أبو بشر، بكر بن خلف، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن معاوية بن صالح. و«أبو داود» (٢١١) قال: حدثنا إبراهيم بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: حدثنا معاوية بن صالح. وفي (٢١٢) قال: حدثنا هارون بن محمد بن بكار، قال: حدثنا مروان، يعني ابن محمد، قال: حدثنا الهيثم بن حميد. و«الترمذي» (١٣٣) قال: حدثنا عباس العنبري، ومحمد بن عبد الأعلى، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا معاوية بن صالح. وفي «الشمائل» (٢٩٧) قال: حدثنا عباس العنبري، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن معاوية بن صالح. و«ابن خزيمة» (١٢٠٢) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا عبد الرحمن، يعني ابن مهدي، قال: حدثنا معاوية بن صالح (ح) وحدثنا عبد الله بن هاشم، قال: حدثنا عبد الرحمن، عن معاوية (ح) وحدثنا بحر بن نصر الخولاني، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: حدثنا معاوية بن صالح.

(١) انظر: الدر المختار ٤٩٩/٣، وتحفة الفقهاء ٣٣٦/٢.

(٢) أخرجه أحمد ٤٠٨/٢ (٩٢٧٩) قال: حدثنا عفان. وفي ٤٧٦/٢ (١٠١٧٠) قال: حدثنا وكيع. و«الدارمي» (١٢٣٩) قال: أخبرنا أبو نعيم. و«ابن ماجه» (٦٣٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٣٩٠٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل (ح) وحدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى. و«الترمذي» (١٣٥) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، وعبد الرحمن بن مهدي، وبهز بن أسد. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٩٦٧) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وكيع. وفي (٨٩٦٨) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى، وعبد الرحمن، وبهز بن أسد.

=

الاغتسال عند انقطاع الدم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ والإطهار هو الاغتسال.

وذكر في النوادر: امرأة تحيض من دبرها لا تدع الصلاة؛ لأنه ليس بحيض ويستحب الانقطاع عند انقطاعه ويستحب للزوج أن لا يأتيها لمكان الصورة.

ومنها: ما يتقدم به الاستبراء وتنقضي به العدة ويثبت به البلوغ وللبلوغ ثلاث أمارات الحيض والإنزال بالوطء أو بالاحتلام والسن، فعند أبي حنيفة رحمه الله: يحكم ببلوغ الغلام إذا تم له ثماني عشرة سنة ولم يحتلم، وببلوغ الجارية إذا تم لها سبع عشرة سنة وعندهما إذا بلغا خمس عشرة سنة، وعند زفر إذا بلغا ثماني عشرة سنة.

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: "**إذَا بلغَ الصّبيُّ خمسَ عشرةَ سنةً كُتبَ لهُ وَعليهِ**" ولأن هذه مدة إنزاله عادة فيعتبر لبناء الحكم عليه.

له: قوله صلى الله عليه وسلم: "**رُفعَ القلمُ عنِ الصَّبي حتَّى يَحتلمَ أو يبلغَ ثمانِي عشرةَ سنةً**"[1] إلا أنه نقص في حق الصبية سنة؛ لأن عادة الأنثى أنها تكون أسرع بلوغا من الذكر والتسوية بينهما محال.

=

سبعتهم: (عفان بن مسلم، ووكيع بن الجراح، وأبو نعيم، الفضل بن دكين، وموسى بن إسماعيل، ويحيى بن سعيد، وعبد الرحمن بن مهدي، وبهز بن أسد) عن حماد بن سلمة، قال: أخبرنا حكيم الأثرم، عن أبي تميمة الهجيمي، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٦٨/٥ (١٩٥٩١) قال: حدثنا يزيد بن هارون. و«أحمد» ١٠٠/٦ (٢٥٢٠١) قال: حدثنا عفان. وفي ١٠١/٦ (٢٥٢١٠) قال: حدثنا حسن بن موسى، وعفان، وروح. وفي ١٤٤/٦ (٢٥٦٢٧) قال: حدثنا يزيد. و«الدارمي» (٢٤٤٥) قال: أخبرنا عفان. و«ابن ماجه» (٢٠٤١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يزيد بن هارون (ح) وحدثنا محمد بن خالد بن خداش، ومحمد بن يحيى، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«أبو داود» (٤٣٩٨) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا يزيد بن هارون. و«النسائي» ١٥٦/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٩٦) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«أبو يعلى» (٤٤٠٠) قال: حدثنا شيبان بن فروخ. و«ابن حبان» (١٤٢) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا شيبان بن فروخ.

=

والنفاس كالحيض في جميع ما ذكرنا إلا في العدة والاستبراء والبلوغ لا ينقضي ولا يثبت به حتى لو اشترى جارية بعدما ولدت لا يعتبر نفاسها من الاستبراء أو لا يطأها إلا بعد انقضاء حيضة بعد النفاس؛ لأن الاستبراء بالحيضة واجب بالنص وهو قوله عليه السلام في سبايا أوطاس: "**ألَا لَا تُوطأ الحَبالى حتَّى يَضعنَ، ولا الحيالَى حتَّى يَستبرئنَ بِحيضَةٍ**"[1].

=

ستتهم: (يزيد بن هارون، وعفان بن مسلم، وحسن بن موسى، وروح بن عبادة، وعبد الرحمن بن مهدي، وشيبان بن فروخ) عن حماد بن سلمة، عن حماد بن أبي سليمان، عن إبراهيم بن يزيد النخعي، عن الأسود بن يزيد النخعي، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٦٩/٤ (١٧٧٥٠) قال: حدثنا أبو معاوية، عن محمد بن إسحاق، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق، مولى تجيب. و«أحمد» ١٠٨/٤ (١٧١١٧) قال: حدثنا يحيى بن إسحاق، قال: أخبرنا ابن لهيعة (ح) وقتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ابن لهيعة، عن الحارث بن يزيد. وفي (١٧١١٨) قال: حدثنا يحيى بن إسحاق، قال: أخبرنا ابن لهيعة، عن الحارث بن يزيد. وفي (١٧١٢٢) قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن ابن إسحاق، قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق، مولى تجيب. وفي ١٠٩/٤ (١٧١٢٤) قال: حدثنا حسن بن موسى، قال: حدثنا ابن لهيعة، قال: حدثنا الحارث بن يزيد. و«الدارمي» (٢٦٣٤ و٢٦٤٥) قال: أخبرنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا محمد، هو ابن إسحاق، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق، مولى لتجيب. و«أبو داود» (٢١٥٨) قال: حدثنا النفيلي، قال: حدثنا محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق. وفي (٢١٥٩) قال: حدثنا سعيد بن منصور، قال: حدثنا أبو معاوية، عن ابن إسحاق، بهذا الحديث، قال: «**حتى يستبرئها بحيضة**» زاد فيه: «بحيضة» وهو وهم من أبي معاوية، وهو صحيح في حديث أبي سعيد. وفي (٢٧٠٨) قال: حدثنا سعيد بن منصور، وعثمان بن أبي شيبة، المعنى، قال أبو داود: وأنا لحديثه أتقن، قالا: حدثنا أبو معاوية، عن محمد بن إسحاق، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق، مولى تجيب. و«ابن حبان» (٤٨٥٠) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا أبو الطاهر، قال: حدثنا ابن وهب، عن يحيى بن أيوب، عن ربيعة بن سليم التجيبي.

كلاهما: (أبو مرزوق، حبيب بن الشهيد، وقيل: ربيعة بن سليم، والحارث بن يزيد) عن حنش الصنعاني، فذكره.

(باب معرفة الدماء الفاسدة)

الدماء الفاسدة أنواع:

منها: ما نقص عن أقل الحيض أو زاد على أكثره أو جاوز أكثر مدة النفاس فهو استحاضة، وحكمه حكم الحدث؛ لأن الحيض والنفاس مقدر شرعًا، والتقدير الشرعي يمنع من أن يكون لما فوق المقدر حكم المقدر لكي لا تبطل فائدة التقدير، فإذا كان حكم المقدر الصحة يكون حكم ما فوقه أو دونه الفساد.

ومنها: ما تراه الصغيرة جدًّا فهو فاسد؛ لأنه يسبق أوانه فلو أعطى له حكم الصحة لحكم ببلوغ الصغيرة به وهو محال في الصغيرة جدًّا، ثم اختلفوا في أدنى مدة البلوغ عند بعضهم اثنتا عشرة سنة، فإذا رأت الدم وهي صحيحة لا دأبها فهو حيض وإلا فهو من المرض اعتبارا للعادة في زمانها وعند بعضهم سبع سنين لقوله عليه السلام: "**مُرُوهُمْ بِالصَّلَاةِ إِذَا بلغُوا سَبعًا**"[1]، والأمر حقيقته الوجوب ولا وجوب إلا بعد البلوغ فيقتضي هذا تصور البلوغ عند السبع وعند عامتهم تسع سنين؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم بنى بعائشة رضي الله عنها وهي بنت تسع سنين[2]، والظاهر أنه بنى بها بعد البلوغ ولأن رؤية الدم والإنزال فيما دون ذلك نادر

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٣١/١، رقم ٦) والطبراني في الأوسط (٢٥٦/٤ رقم ٤١٢٩) قال الهيثمي (٢٩٤/١): فيه داود بن المحبر ضعفه أحمد والبخاري وجماعة ووثقه ابن معين. وأخرجه أيضًا: الحارث (٢٣٨/١، رقم ١٠٦).

(٢) أخرجه «البخاري» ٧٠/٥ (٣٨٩٤) و٢٧/٧ (٥١٥٦) و٢٨/٧ (٥١٦٠) قال: حدثني فروة بن أبي المغراء، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن هشام. وفي ٢٢/٧ (٥١٣٣) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن هشام. وفي (٥١٣٤) قال: حدثنا معلى بن أسد، قال: حدثنا وهيب، عن هشام بن عروة. و«مسلم» ١٤١/٤ (٣٤٦٣) قال: حدثنا أبو كريب، محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو أسامة (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: وجدت في كتابي: عن أبي أسامة، عن هشام. وفي ١٤٢/٤ (٣٤٦٤) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا أبو معاوية، عن هشام بن عروة (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا عبدة، هو ابن سليمان، عن هشام. وفي (٣٤٦٥) قال: وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. و«ابن ماجه» (١٨٧٦) قال: حدثنا سويد بن سعيد، قال: حدثنا علي بن مسهر، قال: حدثنا هشام بن عروة. و«أبو داود» (٢١٢١) قال: حدثنا =

ولا حكم للنادر، وكان لأبي مطيع البلخي بنية صارت جدة وهي ابنة تسع عشرة سنة حتى قال: فضحتنا هذه الجارية، ومنها: ما تراه ومنها: ما تراه الكبيرة جدًّا.

وذكر محمد في نوادر الصلاة: العجوزة الكبيرة لو رأت الدم مدة الحيض فهو حيض لقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ قَآئِمَةٌ فَضَحِكَتْ﴾ [هود: ٧١] أي: حاضت وهي كانت ابنة ثلاث وثمانين سنة، ولأنها لو رأت على الدوام كان حيضا فانقطاعه من قبل لا يمنع كونه حيضا لأنا تيقنا بكونها ممن تحيض وفي إياسها شك وتوقف فمتى عاودها الدم تبين أنها لم تكن آيسة.

وقال محمد بن مقاتل الرازي: هذا إذا لم نحكم بإياسها، فإن حكم بإياسها ثم رأت الدم لا يكون حيضا وهو الصحيح؛ لأنا قد حكمنا بإياسها بالاجتهاد فلا ينقض هذا باجتهاد مثله، والدم المريء يحتمل أن يكون حيضا ويحتمل أن لا يكون فلا ينقض الحكم باليأس بالشك والاحتمال وعلى أن وجود الحيض من الآيسة

=

سليمان بن حرب، وأبو كامل، قالا: حدثنا حماد بن زيد، عن هشام بن عروة. وفي (٤٩٣٣) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد (ح) وحدثنا بشر بن خالد، قال: حدثنا أبو أسامة، قالا: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٤٩٣٤) قال: حدثنا إبراهيم بن سعيد، قال: حدثنا أبو أسامة، مثله. وفي (٤٩٣٥) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، قال: أخبرنا هشام بن عروة. وفي (٤٩٣٦) قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: أخبرنا أبو أسامة، قال: حدثنا هشام بن عروة. و«النسائي» ٨٢/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٤٦) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا أبو معاوية، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي ٨٢/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٤٧) قال: أخبرنا محمد بن النضر بن مساور، قال: حدثنا جعفر بن سليمان، عن هشام بن عروة. وفي ١٣١/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٤٣) قال: أخبرنا محمد بن آدم، عن عبدة، عن هشام. و«أبو يعلى» (٤٦٠٠) قال: حدثنا حوثرة بن أشرس، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن هشام بن عروة. وفي (٤٨٩٧) قال: حدثنا عبد الله بن الرومي، قال: حدثنا أبو أسامة، عن هشام بن عروة. و«ابن حبان» (٧٠٩٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا إبراهيم بن سعيد الجوهري، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٧١١٨) قال: أخبرنا أبو عروبة الحراني، قال: حدثنا زكريا بن الحكم، قال: حدثنا الفريابي، قال: حدثنا سفيان، عن هشام بن عروة. كلاهما: (هشام بن عروة، ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري) عن عروة بن الزبير، فذكره.

غير معتاد بل كان معجزة لرسول من الرسل فلا يتصور وجوده إلا على وجه المعجزة وقيل إن رأت الدم سائلا كما تراه في حيضها فهو حيض.

وإن رأت بلة يسيرة لم يكن حيضا بل يكون ذلك من نتن الرحم فكان فاسدًا لا يتعلق به حكم الحيض، ثم الإياس على نوعين؛ **أحدهما**: أن تكون المرأة من ذوات الحيض فبلغ مبلغا لا تحيض، واختلفوا في حد الإياس قيل يعتبر أترابها من قرابتها وقيل يعتبر تركيبها؛ لأن الناس مختلفو الطباع باختلاف البلدان والأهوية والأزمنة، ألا ترى أن المنعمة يبطؤ إياسها والفقيرة البائسة يسرع إياسها فلا يمكن التقدير فيه بالأزمان فقدرنا بأترابها وتركيبها، وعن محمد رحمه الله أنه قدره بستين سنة؛ لأن الإياس عن الحيض غالبا إنما يكون في آخر عمرها وستين سنة آخر عمرها غالبًا على ما قال عليه السلام: "**أَعمارُ أُمَّتي مَا بينَ ستّينَ إلى سَبعينَ**".

وعن محمد أنه قال: في الروميات خمسة وخمسين، وفي المولدات ستين؛ لأن الروميات أنعم من المولدات فكن أسرع تكسرا من المولدات وقيل هو خمسون سنة لقول عائشة رضي الله عنها: إذا بلغت المرأة خمسين سنة لا ترى قرة عين، يعني: لا تلد لإياسها من الحيض.

وأفتوا عامة مشايخنا بخمس وخمسين سنة وهو أعدل الأقوال وأوسط الأوقات وأقرب العادات، **والثاني**: المرأة إذا لم تحض ابتداء وقد بلغت مبلغا تحيض أمثالها فيه غالبا، فإنه يحكم بإياسها.

وذكر في الجامع الصغير: إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض يحكم بإياسها ومنها: ما تراه الحامل فليس بحيض خلافًا للشافعي رضي الله عنه؛ لأنه بالحبل انسد فم الرحم فلا يكون الدم المرئي من الرحم فكان فاسدًا.

(فصل)

المستحاضة أنواع: مبتدأة، ومعتادة، ومختلفة العادة.

فالمبتدأة: هي التي ابتدأت بالدم فرأت الدم أكثر من عشرة أيام فالعشرة حيض وما زاد عليها فهو استحاضة.

وعند زفر والشافعي رحمهما الله: ترد إلى أقل الحيض؛ لأن أقله متيقن وما زاد عليه مشكوك فيه.

والصحيح قولنا؛ لأنها رأت الدم في وقت الحيض وهي من أهل الحيض ولا عادة لها في الحيض والطهر فتجعل حيضها عشرة لتأيده بسبب ظاهر وهو سيلان الدم في أوانه، وباقي الشهر يكون طاهرًا لاشتمال الشهر على الحيض والطهارة عادة وذلك عادة عامة النساء.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يؤخذ في حكم انقطاع الدم الرجعة والصوم والصلاة بأقل الحيض وفي الحبل للأزواج بأكثره احتياطا وهو ضعيف؛ لأن دليل بقائها حائضا ظاهر وهو سيلان الدم فلا معنى للاحتياط والمستحاضة إذا استحاضت والمعتادة زيادة على عادتها، فإن انقطع على العشرة فالكل حيض؛ لأن حيض المرأة لا يستقر على نمط واحد بل يزيد مرة وينقص أخرى وقد تيقنا بكونها حائضًا مأمورة بترك الصلاة وشككنا في كون الزيادة حيضًا أم استحاضة فلا يسقط الحكم الثابت بيقين بالشك والاحتمال[1].

وإن جاوز العشرة فعادتها حيض والباقي استحاضة، وقال الشافعي رحمه الله: يحكم بكون الدم فما دام على لون واحد من السواد والحمرة فهو حيض وإن تغيّر فهو استحاضة، وإن استوى لونه فحينئذ ترد إلى أيامها لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حُبيش وقد كانت استحاضت: "**إذَا كَانت دَم الحيضِ ولَونُه أسودُ تَدعِي الصَّلاةَ، وإن كَان أحمرَ فصلِّي، فإنَّهُ دمُ عرقٍ**"[2].

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**المُستحاضةُ تَدَعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا**"[3]

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٣١٥/١، ومراقي الفلاح بحاشية الطحطاوي ٧٩، ومغني المحتاج ١٠٨/١، وشرح العناية ١٦٣/١، وكشاف القناع ١٧٧/١، وحاشية رد المحتار على الدر المختار ١٨٨/١، وفتح القدير ١٤١/١.

(٢) أخرجه أبو داود (٧٥/١، رقم ٢٨٦)، والنسائي (١٢٣/١، رقم ٢١٥، ٢١٦)، والحاكم (٢٨١/١، رقم ٦١٨).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢٨/١ (١٣٧٤). والدارمي (٨٤٠) قال: أخبرنا محمد بن عيسى. و«ابن ماجه» (٦٢٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وإسماعيل بن موسى. و«أبو داود» (٢٩٧) قال: حدثنا محمد بن جعفر بن زياد (ح) وحدثنا عثمان بن أبي شيبة. و«الترمذي» (١٢٦) قال: حدثنا قتيبة. وفي (١٢٧) قال: حدثنا علي بن حجر.

=

أي: أيام حيضها. وقوله عليه السلام: "**المُستحاضةُ تردُّ إلى أيَّامِها المُعتادَة**"[1] وما روينا مشهور رُوي بطرق وألفاظ مختلفة، وما رواه شاذ لم يروا للون إلا بطريق واحد فلا يقبل بمقابلة للمشهور؛ فلأن اللون يختلف باختلاف الأغذية والطباع والأهوية وأسنان النساء والسقم والصحة، فلا يمكن تمييز الحيض باللون فسقط اعتبار اللون وأقيم الأيام مقام حقيقة الحيض؛ لأن أيامها المعتادة دلالة على حيضها عادة.

وأما مختلفة العادة: فهي امرأة لا قرار لعادتها تحيض مرة خمسًا ومرة ستًّا فاستحيضت فما رأته في الخمس فهو حيض، فإذا مضى اليوم الخامس اغتسلت لتوهم خروجها من الحيض وصلت وصامت وينقطع الرجعة، فإذا مضى اليوم السادس تغتسل ثانيا وحل للزوج وطؤها وتقضي الصوم الذي صامت في اليوم السادس احتياطا؛ لأنه يحتمل أن يكون حيضها خمسًا ويحتمل ستًّا فيؤخذ في ذلك كله بالاحتياط ولا تعيد صلوات اليوم والليلة لأنها إن كانت طاهرة فيه فقد صلت، وإن كانت حائضًا فلا صلاة عليها.

وإن زاد الدم على الست وانقطع على العشرة فالكل حيض لما بينا. وهذا الجواب يستقيم على قول من يعتبر أوسط الأعداد عادة لها؛ لأنه لأوسط العددين ولا يستقيم على قول من يعتبر أقل المرتين عادة لها؛ لأنه يجعل الخمسة عادة لها في حق الصلاة وانقضاء العدة وحل التزوج، وإن زاد الدم على الست وانقطع على العشرة فالكل حيض لما بينا، والله أعلم.

(باب أحكام انقطاع الدم)

وانقطاع الدم لا يخلو إما أن يكون بعد العشرة أو قبلها، أو قبل عادتها أو بعدها،

=

سبعتهم: (أبو بكر بن أبي شيبة، ومحمد بن عيسى، وإسماعيل، ومحمد بن جعفر، وعثمان، وقتيبة بن سعيد، وابن حجر) عن شريك بن عبد الله النخعي، عن أبي اليقظان، عثمان بن عمير، عن عدي بن ثابت، عن أبيه، عن جده، فذكره.

(١) انظر: شرح رسالة الحيض (مجموعة رسائل ابن عابدين) ١/٨٦ - ٨٧.

فإن انقطع دمها على العشرة في آخر الوقت، ولو اغتسلت خرج الوقت يلزمها تلك للصلاة؛ لأن بمجرد الانقطاع تيقنا بخروجها من الحيض؛ لأنه لا يزيد على العشرة وإنما بقي عليها الاغتسال ووجوب الاغتسال لا يبقي وجوب الصلاة ويحل للزوج قربانها قبل الاغتسال.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يقربها بعد تمام مدة أكثر الحيض ما لم تغتسل.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] أي: حتى ينقطع الدم عنهن؛ لأن قوله يطهرن بالتخفيف يقتضي حصول الطهارة حكما للانقطاع من غير صنعها، يقال طهرت الحائض أي: انقطع دمها وقرئ بالتشديد حتى يطهرنّ أي: حتى يغتسلنّ فتحمل قراءة التخفيف على العشرة وقراءة التشديد على ما دونها عملا بهما وصيانة لصدر الآية عن النسخ؛ لأن الله تعالى أوجب الاعتزال وحرم القربان في حالة الحيض بقوله: ﴿فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾، فلو توقف حل القربان على الاغتسال بعد انقطاع الدم أوجب الاعتزال وحرم القربان في غير حالة الحيض فيكون ناسخًا لصدر الآية.

وأما إذا انقطع حيضها فيما دون العشرة ونفاسها دون الأربعين ولم يدرك من الوقت مقدار ما يمكنها الغسل لا يلزمها تلك الصلاة ولا يقربها زوجها حتى تغتسل أو يمضي وقت صلاة، وإن أدركت من الوقت ما يمكنها الغسل والتحريمة للصلاة ولم تفعل يلزمها تلك الصلاة ويقربها زوجها بعد مضي الوقت قبل الغسل، وعند زفر لا يحل حتى تغتسل.

لنا: أن مدة الاغتسال من حيضها؛ لا تقل، لا ترى الدم على الولاء ولكن يسيل مرة وينقطع مرة أخرى فبمجرد الانقطاع لا يخرج عن الحيض لجواز أن يعاودها الدم فيكون حيضًا، فإذا اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة نحكم بطهارتها؛ لأنه حكم من أحكام الطاهرات.

وكذا إذا تيممت في السفر أو في المرض في الحضر يحكم بطهارتها حتى يحل له وطؤها، ولو تيممت ثم رأت الماء حل للزوج وطؤها ولكنها لا تقرأ القرآن لأنها

متى تيممت فقد خرجت من الحيض فيباح قربانها فلما وجدت الماء وجب عليها الغسل فصارت بمنزلة الجنب.

وأما المعتادة إذا انقطع دمها دون عادتها في حيض أو نفاس اغتسلت وصلت ولا يقربها زوجها حتى تمضي عادتها احتياطًا؛ لأن حيضها قد يزداد مرة وينتقص أخرى فالانقطاع قبل عادتها طهر ظاهرًا مع احتمال بطلانه بمعاودة الدم فلكونه طاهرًا اغتسلت وصلت احتياطًا، ولاحتمال حيضها بمعاودة الدم لا يقربها زوجها احتياطًا، وكذا صاحب الاستبراء لا يطأ الجارية المشتراة حتى تمضي عادتها احتياطًا ولا تتزوج بزوج آخر إذا كان آخر عدتها حتى تتم عادتها احتياطًا لتوهم أنها حائض.

وأما إذا انقطع دمها بعد استكمال عادتها اغتسلت في آخر الوقت وصلت وأتاها زوجها وتزوجت، ولا تنتظر تمام العشرة في الحيض ولا تمام الأربعين في النفاس؛ لأن الانقطاع طهر ظاهرًا وقد تأيّد هذا الظاهر بشهادة العادة ولم يتأيد احتمال العود بشيء فسقط اعتبار توهم العود بشهادة العادة، وكذلك المبتدأة لو انقطع دمها على الخمس أو في النفاس انقطع على العشرين يأتيها زوجها وتزوجت ولا تنتظر خلافه؛ لأن العادة في حق المبتدأة تحصل بالمرة فالتحقت بصاحبة العادة.

وكذلك لو كانت نصرانية انقطع دمها فيما دون العشرة ولم يبق من الوقت مقدار ما يغتسل فأسلمت تصوم وتصلي العشاء ويأتيها زوجها، ولها أن تتزوج وتنقطع الرجعة إن كان آخر عدتها لأنها خرجت من الحيض بنفس الانقطاع؛ لأن الاغتسال لا يفترض عليها لأنها لا تخاطب بالشرائع، ولكنها لا تقرأ القرآن ما لم تغتسل لأنها بمنزلة الجنب وهذه تدل على أن الكافرة إذا أجنبت ثم أسلمت يلزمها الاغتسال.

ولو أسلمت ثم انقطع دمها فهي والمسلمة سواء؛ لأنه بالانقطاع افترض عليها الاغتسال فيعتبر اتساع الوقت للاغتسال والتحريمة الصلاة كما لو كانت مسلمة.

وإن كانت أيام حيضها عشرة فانقطع الدم قبل طلوع الفجر من رمضان في وقت لا تقدر على الغسل حتى يطلع الفجر، لزمها العشاء ويجزئها الصوم لأنها طهرت

عن الحيض بمجرد الانقطاع في آخر الوقت فقد طلع الفجر وهي طاهرة فيجزئها الصوم، وإن كانت أيامها دون العشرة لا يجزئها صوم هذا اليوم إذ لم يبق من الوقت ما يكفي للاغتسال والتحريمة، يجزئها صومه، صارت العشاء دينا في ذمتها وإنه حكم من أحكام الطاهرات فحكم بطهارتها ضرورة.

(باب نَصْب العَادَةِ لِلمُبْتَدأَةِ)

مبتدأة رأت دمًا تركت الصلاة كلما رأته عند مشايخنا.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: لا تترك ما لم يستمر دمها ثلاثة أيام؛ لأن الطهارة متيَقنَة والحيض مشكوك فيه لجواز انقطاع دمها فيما دون الثلاث، واليقين لا يُزال بالشك.

والأول أصح؛ لأن الله تعالى وصف الحيض بأنه أذى، وقد رأته في وقته، فلا يخرج المرئي من أن يكون حيضًا بتوهُّم انقطاعه فيما دون الثلاث؛ لأن اليقين لا يزال بالشك، كصاحبة العادة تترك الصلاة بنفس رؤية الدم مع توهُّم انقطاعه فكذا هذا.

ولو رأت خمسة دمًا وخمسة عشر طهرًا ثم استمر بها الدم فإنها تترك الصلاة من أول الاستمرار خمسة وتصلي خمسة عشر وذلك عادتها؛ لأن الانتقال عن حالة الصغر عادة في النساء فتحصل بمرة واحدة بخلاف المعتادة لما تبين.

ثم العادة نوعان: أصليَّة، وجعليَّة.

فالأصلية على وجهين:

أحدهما: أن ترى دمين خالصين وطهرين خالصين متفقين على الولاء بأن رأت مبتدأة ثلاثة دمًا وخمسة عشر طُهرًا وثلاثة دمًا وخمسة عشر طهرًا ثم استمر بها الدم فإنها تدع الصلاة من أول الاستمرار ثلاثة وتصلي خمسة عشر؛ لأن ذلك صار عادة أصلية لها بالتكرار.

وكذا لو رأت ثلاثة دمًا وخمسة عشر طُهرًا وأربعة دمًا وستة عشر طهرًا ثم

استمر الدم فحيضها ثلاثة وطهرها خمسة [عشر][(١)] عادة أصلية لها، فتصلي من أول الاستمرار ستة عشر لأنها حين رأت أربعة دمًا فثلاثة منها مدة حيضها ويوم من حساب طهرها، فلما طهرت ستة عشر، فأربعة عشر تمام طهرها ويومان من حيضها ثم لم تر فيهما الدم فتصلي إلى موضع حيضها الثاني وذلك ستة عشر ثم تدع الصلاة وتصلي خمسة عشر.

والثاني: أن ترى دمين وطهرين مختلفين، بأن رأت مبتدأة ثلاثة دمًا وخمسة عشر طهرًا، وأربعة دمًا وستة عشر طهرًا ثم استمر بها الدم، فعند أبي يوسف رحمه الله: أيام حيضها وطهرها ما رأت آخر مرة؛ لأن عنده العادة تنتقل برؤية المخالف مرة واحدة لما يأتي.

واختلفوا على قولهما، قيل: عادتها ما رأته أول مرة؛ لأن ذلك صار عادة للمبتدأة بالمرة الواحدة والعادة لا تنتقل برؤية المخالف مرة واحدة.

عندهما: فيكون حيضها ثلاثة وطهرها خمسة عشر، فلما رأت في المرة الثانية أربعة دمًا فاليوم الرابع من طهرها، فلما طهرت ستة عشر، فأربعة عشر منه بقية طهرها ويومان من حيضها الثاني، ولكنها لم تر فيهما دمًا فلا تترك الصلاة فيما بقي من مدة حيضها يوم وذلك لا يكون حيضًا فتصلي إلى موضع حيضها الثاني وذلك ستة عشر.

وقيل: عادتها أقل المرتين فتترك من أول الاستمرار ثلاثة وتُصلي خمسة عشر؛ لأن العادة للمبتدأة إنما تحصل [بالمرة الواحدة][(٢)] لأجل الضرورة، وإلا فالعادة مشتقة من العود وذلك لا يتحقق بالمرة ولا ضرورة في بناء الدم الصحيح على الصحيح للمساواة والمعارضة بينهما، بل الضرورة في بناء الفاسد على الصحيح فجعل أقل المرتين عادة لها؛ لأن الأقل موجود في الأكثر.

وأما العادة الجَعليَّة: فهي أن ترى ثلاثة دمًا وأطهار مختلفة ثم استمر الدم بأن رأت خمسة دمًا وسبعة عشر طُهرًا وأربعة دمًا وستة عشر طهرًا وثلاثة دمًا وخمسة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ك).

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): بمرة واحدة.

عشر طهرًا، قال بعضهم: تجعل عادتها أوسط الأعداد فتدع من أول الاستمرار أربعة وتصلي ستة عشر؛ لأن عند التعارض العدل هو الوسط؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**خَيْرُ الأُمُورِ أَوْسَاطُهَا**".

وقال بعضهم: عادتها أقل المرتين الأخيرتين تدع من أول الاستمرار ثلاثة وتصلي خمسة عشر؛ لأن أقل المرتين الآخرتين تأكد بالتكرار؛ لأن القليل موجود في الكثير فيصير ذلك عادة لها في زمان الاستمرار، والفتوى على هذا؛ لأنه أيسر على النساء لأنه يتعسر عليهن حفظ جميع ما يرى ليتبين الأوسط من ذلك.

مبتدأة رأت ثلاثة دمًا وخمسة عشر طهرًا، وأربعة دمًا وستة عشر طهرًا، وخمسة دمًا وسبعة عشر طهرًا، ثم استمر الدم، فعادتها أربعة في الدم وستة عشر في الطهر اتفاقًا؛ لأن ذلك أقل المرتين الآخرتين وأوسط الأعداد.

مبتدأة رأت ثلاثة دمًا وخمسة عشر طهرًا، وأربعة دمًا وستة عشر طهرًا، وثلاثة دمًا وخمسة عشر طهرًا، فإنها تدع الصلاة من أول الاستمرار ثلاثة وتصلي خمسة عشر وذلك عادة جعلية لها؛ لأنها لو رأت متفقين على الولاء كانت عادة أصلية لها، فإذا كان بينهما مخالف صار ما رأت مرتين متفقين عادة جعلية لها أي: جعلنا ما رأت جزءًا آخرًا مضمومًا إلى ما رأته أولًا؛ لأنه تأكد ذلك بالتكرار وصار عادة لها.

(فصل)

الأصل: أن الدم الصحيح ما لا يقصر عن ثلاثة أيام ولا يزيد على العشرة، والطهر الصحيح أن يكون خمسة عشر يومًا فصاعدًا لا يشوبه دم ولا تصلي في شيء منه بدم.

ثم المسائل على أربعة أوجه: إما أن يفسد الدم والطهر جميعًا، أو يفسد الدم ويصح الطهر، أو على العكس، أو يصح الدم ويصح الطهر ظاهرًا لكنه يفسد بطريق الضرورة.

مثال الأول: مبتدأة رأت أربعة عشر يوما دما وأربعة عشر يوما طهرا ثم استمر بها الدم فحيضها من أول ما رأت عشرة وطهرها عشرون؛ لأنه لما فسد الدم والطهر صارت كأنها ابتليت بالاستمرار ابتداء وقد مضى ثمانية عشر من طهرها

فتصلي يومين من أول الاستمرار ثم تدع عشرة وتصلي عشرين، وكذلك إن كان الدم خمسة عشر والطهر أربعة عشر، فأول الاستمرار يوافق ابتداء حيضها فتدع عشرة وتصلي عشرين ثم هكذا إلى أن ترى الدم ثلاثة وعشرين والطهر أربعة عشر فالعشرة من أول ما رأت حيض بقي ثلاث عشر وذلك أول الظهر تصلي فيه بقي سبعة من أربعة عشر تمام طهرها وسبعة من موضع حيضها الثاني لم تر فيها دما وقد بقي ثلاثة من موضع حيضها الثاني وهي حيض كامل فتدع ثلاثة من أول الاستمرار ثم تصلي عشرين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين وذلك دأبها، وإن كان الدم أربعة وعشرين فستة من أربعة عشر بقية طهرها بقي ثمانية من موضع حيضها الثاني لم تر فيه دما وقد بقي منه يومان ويومان لا يكون حيضا، فهذه لم تر الحيض مرة فتصلي إلى موضع حيضها الثاني وذلك اثني وعشرين يوما من أول الاستمرار ثم تدع عشرة وتصلي عشرين، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله.

فأما عندهما تدع الصلاة عشرة من أول الاستمرار؛ لأن عند أبي يوسف العادة تنتقل بعدم الرؤية مرة، ومحمد يرى الإبدال لما يأتي.

ومثال الثاني: مبتدأة رأت أحد عشر يوما طهرا ثم استمر بها الدم اختلفوا فيه قيل حيضها عشرة وطهرها ستة عشر؛ لأن فساد الدم باليوم الحادي عشر يوما دما وخمسة عشر يوما لما لم يؤثر في الدم حتى كانت العشرة حيضًا فلأن لا يؤثر في الطهر أولى.

والصحيح أن حيضها عشرة وطهرها عشرة؛ لأن الدم لما فسد بالزيادة على العشرة فقد فسد الطهر بفساد الدم لأنها صلت في أول يوم من الطهر بالدم؛ لأن اليوم الحادي عشر من الطهر ورؤية الدم الفاسد في أيام الطهر يؤثر في فساده وقد بقي من طهرها أربعة فتصلي أربعة أيام من أول الاستمرار، ثم تدع عشرة وتصلي عشرين ثم هكذا إلى أن ترى الدم اثنين وعشرين والطهر خمسة عشر، فالعشرة من أولها حيض وبقي اثني عشر من أول الطهر فكان ثمانية من خمسة عشر تمام طهرها وسبعة من موضع حيضها الثاني، بقي ثلاثة أيام وهو حيض كامل فتدع ثلاثة من أول الاستمرار ثم تصلي عشرين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين، فإن كان الدم ثلاثة وعشرين فتخريجه ما مر.

ومثال الثالث: مبتدأة رأت خمسة دما وأربعة عشر طهرا، ثم استمر بها الدم فحيضها خمسة وطهرها بقية الشهر خمسة وعشرين فجاء الاستمرار وقد بقي من طهرها أحد عشر يوما، فتصلي أحد عشر يوما ثم تدع خمسة وتصلي خمسة وعشرين وذلك دأبها.

ومثال الرابع: مبتدأة رأت ثلاثة دما وخمسة عشر طهرا، ويوما دما ويومين طهرا، ثم استمر بها الدم فحيضها ثلاثة وطهرها سبعة وعشرون وقد مضى من طهرها ثمانية وعشرون وبقي تسعة، فتصلي من أول الاستمرار تسعة ثم تدع ثلاثة وتصلي سبعة وعشرين؛ لأن طهر خمسة عشر صحيح ظاهرًا لكنه فسد لما رأت بعده يومًا دما ويومين طهرًا؛ لأنه لا يمكن أن يجعل هذه الثلاثة حيضًا؛ لأن ختمها يقع بالطهر فتصلي في هذه الأيام ضرورة، وإذا فسد ذلك الطهر خرج من أن يكون صالحا لنصب العادة.

ولو رأت أربعة دما وخمسة عشر طهرا، ثم يوما دما ويومين طهرا ثم استمر، وهذا الطهر صحيح؛ لأن هذه الثلاثة أمكن أن يجعل حيضًا؛ لأن عادتها في الحيض أربعة فيكون يوما من أول الاستمرار تمام الأربعة، فابتداء الحيض الثاني وختمه بالدم فتدع الصلاة من أول الاستمرار يوما وتصلي خمسة عشر ثم تدع أربعا وتصلي خمسة عشر.

ولو رأت عشرة دما وخمسة عشر طهرا، ثم يوما دما وثلاثة طهرا، ويومًا دما وثلاثة طهرا، ثم استمر الدم قبل طهر خمسة عشر صحيح صالح لنصب العادة؛ لأنه يجر من أول الاستمرار يومين إلى ما رأت بعد خمسة عشر حتى يصير عشرة فجعل كلها حيضًا، فكان الطهر خمسة عشر خالصًا، وقيل: طهر خمسة عشر فاسد لأنها صلت في شيء منه بدم؛ لأن اليوم والثلاثة بعد خمسة عشر لا يكون حيضًا وإنما حيضها الستة بعد ذلك ففسد طهر خمسة عشر فكان حيضها عشرة وطهرها عشرون، وقد مضى خمسة عشر ثم خمسة قد صلت فيها فصار عشرون، ثم ثلاثة طهر ولا ينبذ الحيض بالطهر وقد بقي من أيام حيضها سبعة فتدع سبعة وتصلي عشرين ثم تدع عشرة وتصلي عشرين وعلى هذا القياس يجري هذا النوع من المسائل.

(فصل)

مبتدأة بلغت بالحبل بأن حبلت من زوجها قبل أن تحيض فولدت واستمر بها الدم فنفاسها أربعون لما يأتي ثم يجعل طهرها عشرين وحيضها عشرة؛ لأنه كما لا يتوالى حيضان ليس بينهما طهر لا يتوالى حيض ونفاس ليس بينهما طهر عادة فقدرنا طهرها بعشرين وحيضها بعشرة؛ لأن حيض المبتدأة وطهرها إذا ابتليت بالاستمرار هكذا، وكذلك لو طهرت بعد الأربعين أربعة عشر يوما؛ لأن هذا طهر قاصر لا يصلح للفصل بين الحيض والنفاس فكان كالدم المتوالي، وإن طهرت بعده خمسة عشر يوما ثم استمر الدم فحيضها عشرة من أول الاستمرار؛ لأن طهر خمسة عشر صحيح فيصير عادة لها بالمرة الواحدة ولا عادة لها في الحيض فيكون حيضها عشرة ودورها في كل خمسة وعشرين يوما، ثم هكذا نسوق المسألة إلى أن طهرت بعد الأربعين أحد وعشرين يوما، ثم استمر بها الدم اختلفوا فيه قيل تدع الصلاة من أول الاستمرار تسعة ثم تصلي أحد وعشرين يوما؛ لأن عادتها في الحيض والطهر تجتمع في شهر واحد، فإذا صار أحد وعشرين يوما عادة لها في الطهر بقي حيضها تسعة كما لو حاضت خمسة في الابتداء، ثم طهرت أربعة عشر واستمر بها الدم يجعل حيضها خمسة وطهرها بقية الشهر خمسة وعشرين وكذا هذا، وقيل تدع من أول الاستمرار عشرة ثم تصلي عشرين يوما وذلك دأبها؛ لأنا إنما قدرنا الطهر بما بقي من الشهر؛ لأنه ليس لأكثره غاية معلومة، فأما لأكثر الحيض غاية معلومة فهو عشرة، فقدرناه بعشرة ثم تسوق المسألة إلى أن طهرت سبعة وعشرين يوما ثم استمر بها الدم فعلى قول الأولين حيضها من أول الاستمرار ثلاثة؛ لأنه هو الباقي من الشهر، وعلى قول الآخرين حيضها عشرة وطهرها سبعة وعشرين، فيكون دورها في كل سبعة وثلاثين يوما، فإن طهرت ثمانية وعشرين يوما ثم استمر الدم فحيضها عشرة من أول الاستمرار بالاتفاق؛ لأنه لم يبق من الشهر ما يمكن أن يجعل حيضًا، فلأجل التعذر رجعنا إلى اعتبار أكثر الحيض وتركنا معنى اجتماع الحيض والطهر في شهر واحد، فإن رأت أحد وأربعين يوما دما كما ولدت ثم خمسة عشر طهرها ثم استمر بها الدم قبل نفاسها أربعين وطهرها عشرون لأنها صلت في الحادي والأربعين بالدم فيفسد به

طهر خمسة عشر فلا يصلح لنصب العادة فيكون طهرها عشرين فتصلي أربعة من أول الاستمرار تمام طهرها ثم تدع عشرة.

وقال أبو علي الدقاق: طهرها ستة عشر كما بينا، ثم تدع عشرة من أول الاستمرار وتصلي ستة عشر يوما وذاك دأبها.

(باب انتقال العادة)

العادة نوعان: أصلية، وجعلية.

فالعادة الأصلية في الحيض والطهر لا تنتقل إلا برؤية خلاف عادتها مرتين عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله تنتقل بمرّة لأن العادة في الحيض والطهر تثبت برؤية الدم والطهر مرة كما في المبتدأة، وكذلك جاز أن تنتقل العادة بالرؤية مرة، ويصير الثاني عادة لها تيسيرًا للأمر على النساء ودفعًا للتعسر عنهن والفتوى على قوله لهذا.

لهما: أن العادة مشتقة من العَود، ولا يتحقق العود بدون التكرار، فلا يصير عادة بخلاف المبتدأة إذا رأت الدم يصير عادة لها بمرة؛ لأن الحاجة ثمة إلى نصب العادة فكان اعتبار ما رأته في نصب العادة أولى من اعتبار ما لم تر، وأما هاهنا الحاجة إلى نسخ العادة الأولى وإثبات الثانية وانتقال الثانية، فلا تنسخ الأولى ولا تتحقق الثانية إلا بالتكرار ثم الانتقال على ضربين انتقال عدد وانتقال موضع وانتقال فيهما.

بيانه: امرأة رأت خمسة دما في أول كل شهر وخمسة وعشرين طهرا فهذا عادتها الأصلية في الحيض والطهر عددا ووقتا، فإن رأت في وقت خمستها ستا أو سبعا مرتين انتقلت عادتها عددًا لا وقتًا، وإن رأت خمستها في وقت آخر مرتين وفي وقتها الطهر مرتين انتقلت عادتها وقتًا لا عددًا، وإن رأت خمستها طهرا مرتين ورأت بعدها ستا أو سبعا انتقلت عادتها عددًا ووقتًا.

وانتقال الموضع تارة يحصل برؤية الدم في غير موضع أيامها مرتين وتارة يحصل بطهر أيامها مرتين، بيانه أنها إذا اعتادت أن تحيض وتطهر في كل شهر فطهرت شهرين فصاعدا ولم تر فيهما دما، فقد انتقلت عادتها وقتًا إلى حيث ترى والعدد بحاله حتى لو استمر بها الدم بعد ذلك فحيضها من أول الاستمرار خمسة وطهرها خمسة وعشرون.

وعلى قياس قول أبي يوسف ينبغي أن تنتقل عادتها بطهر أيامها مرة كما تنتقل برؤية الدم في غير أيامها مرّة.

وأما العادة الجعلية تنتقض برؤية المخالف مرة واحدة بالاتفاق؛ لأنها أضعف من العادة الأصلية وثبوتها ما كان بسبب التكرار فلا يتوقف انتقاضها على وجود التكرار في رؤية المخالف بخلاف العادة الأصلية، ثم العادة الجعلية متى طرأت على العادة الأصلية لا تنتقض بها العادة الأصلية عند أئمة بلخ؛ لأن الجعلية دون الأصلية والشيء لا ينتقض بما هو دونه؛ لأن ما ثبت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، وقد تحققت الضرورة في إثبات عادة لها ولا ضرورة في نقض عادة كانت لها، وعند مشايخ بخارى تنتقض؛ لأنه لا بد من أن تتكرر في العادة الجعلية خلاف ما كان في العادة الأصلية، فإن المرأة متى كانت عادتها الأصلية في الحيض خمسة فلا تثبت العادة الجعلية إلا برؤية ستة وسبعة وثمانية، وتتكرر فيها خلاف العادة الأصلية مرارًا لأن سبعة وثمانية تتكرر فيها ستة، والعادة الأصلية تنتقص بالتكرار بخلافها لكن لكونها مختلفة متفاوتة في نفسها تكون العادة الثانية جعلية لا أصلية. والله أعلم.

(باب الحَيْضِ والطُّهر إذا اختلفا قَدْرًا)

الأصل عند أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله: أن الطهر المتخلل بين الدمين إذا انتقص عن خمسة عشر لا يفصل بينهما ويكون كله كدم متوالٍ وخمسة عشر فصاعدا يفصل؛ لأن الدم لا يسيل دائمًا بل يسيل مرة وينقطع أخرى فلم يصر قليل الطهر فاصلا والكثير فاصلا فجعلنا الكثير الفاصل أقل الطهر الصحيح وهو خمسة عشر؛ لأن ما دونه فاسد ولا تتعلق بالفاسد أحكام الصحيح لتنافٍ بينهما إن كانت في أحد طرفيه ما يمكن أن يكون حيضًا فهو حيض وإلا فهو استحاضة.

(**والأصل**) عند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله وهو الأصح: أن الطهر المتخلل بين الدمين إذا انتقص عن ثلاثة أيام لا يفصل بينهما؛ لأن قليل

الطهر غير معتبر؛ لأن الحيض لا يخلو عنه وما دون الثلاث من الحيض لا حكم له فكذلك من الطهر، وإن كان ثلاثًا فصاعدًا، إن كان الطهر من الدمين في العشرة فصل اعتبارا للغالب، وإن كان أقل أو مثل الدمين لا يفصل؛ لأن الدم إن كان أكثر فالعبرة له، وإن استويا ترجح حكم الدم على الطهر لكون الدم في ميقات الحيض وأيامه، والطهر ليس في ميقاته ولأن اعتبار الدم يوجب حرمة الصلاة واعتبار الطهر يوجب الحل، فاستوى الطهر والإباحة فيغلب جانب الحظر احتياطًا كما في التحري في الأواني يجوز إذا كانت الغلبة للنجاسة أو كانا سواء، ومتى فصل ينظر إن أمكن أن يجعل أحد الدمين حيضا جعل الآخر استحاضة، وإن تعذر أن يجعل أحدهما حيضًا يكون كلاهما استحاضة، وإن أمكن أن يجعل كلاهما حيضًا جعل أولهما حيضًا وآخرهما استحاضة إلا إذا كان بينهما طهر صحيح فيجعل كلاهما حيضًا.

وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله: إنه إذا رأت أقل الحيض في العشرة يجعل حيضا ولا عبرة بالطهر في العشرة؛ لأن المرئي إذا بلغ هذا المقدار كان قويا مستقبلا بنفسه فيجعل أصلا وما يتخلله من الطهر تبعا له، وإن كان الدم دون هذا فلا عبرة له فلا يمكن جعل الطهر المتحلل تبعا له.

ثم بيان أصل أبي يوسف: مبتدأة رأت يوما دما وثمانية طهرا أو تسعة طهرا ويوما دما فالعشرة حيض عنده، وكذلك لو رأت يوما دما وأربعة عشر طهرا يوما دمًا فالعشرة من أول ما رأت حيض عنده وعندهما ليس شيء من ذلك حيض.

وأما بيان أصل محمد: أما الأول: لو رأت يوما دما ويومين طهرًا ويومًا دما فالأربعة حيض عند الكل؛ لأن الطهر المتخلل بين الدمين دون الثالث فلم يفصل بينهما، فصار كالدم المتوالي كأنها رأت أربعة دماء، وكذلك لو رأت دما ساعة وثلاثة أيام غير ساعتين طهرا وساعة دما فالكل حيض؛ لأن الطهر قاصر عن ثلاثة أيام فلم يفصل.

وأما بيان الثاني: لو رأت يومين دمًا وخمسة طهرًا وثلاثة دمًا فالعشرة حيض بالإجماع، وكذلك لو رأت يومًا دمًا وثلاثة طهرًا ويومين دمًا، فالسّنة كلها حيض لأنهما مثلان فلا يصير الطهر فاصلا بين الدمين.

وأصل بيان الثالث: لو رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويوما دمًا لم يكن شيء منه حيضًا عند محمد؛ لأن الطهر ثلاثة أيام وهو غالب على الدمين فصار فاصلا.

وأما بيان الرابع: لو رأت ثلاثة دمًا وستة طهرًا وثلاثة دمًا فالثلاثة الأولى حيض ويوما دما فعند محمد الثلاثة الأولى حيض؛ لأن الطهر أكثر من الدمين فيفصل بينهما واليوم الأخير استحاضة، وكذلك لو رأت يوما دمًا وستة طهرًا وثلاثة دمًا فالثلاثة الأخيرة حيض.

ولو رأت ثلاثة دمًا وستة طهرًا وثلاثة دمًا فالثلاثة الأولى حيض؛ لأن عدد الدمين في العشرة أربعة وعدد الطهر ستة فيكون الطهر أكثر، فيفصل بينهما والثلاثة الأخيرة استحاضة؛ لأنه لم يتحلل بين الدمين طهر صحيح.

(فصل)

اختلف مشايخنا على قول محمد رحمه الله في أنه إذا اجتمع طهران معتبران وصار حكم أحدهما لاستواء الدم بطرفيه كالدم المتوالي هل يتعدى حكمه إلى الطهر الآخر حتى يصير الكل حيضًا أم لا، قيل: يتعدى. وقيل: لا يتعدى، وهو الأصح.

بيانه: مبتدأة رأت يومين دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دما اختلفوا فيه؛ قيل: العشرة كلها حيض؛ لأن الستة من أولها كالدم المتوالي لاستواء الدم والطهر فيها فصار كأنها رأت ستة دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دمًا وقيل حيضها الستة الأولى؛ لأنه تخلل في العشرة طهران كل واحد منهما ثلاثة أيام ولا يميز أحدهما عن الآخر فيكون الطهر غالبًا فلا يمكن جعل العشرة حيضًا فجعلنا الستة الأولى حيضًا لاستواء الدم والطهر فيها، وإن رأت يوما دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دمًا وثلاثة طهرًا ويومين دمًا فعند الأولين العشرة كلها حيض وعند الآخرين الستة من آخرها حيض لاستواء الدم والطهر فيها، وإن رأت يوما دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دمًا وثلاثة طهرًا وثلاثة دمًا فعند الأولين العشرة من آخرها حيض وعند الآخرين السبعة من آخرها حيض.

ولو رأت يوما دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دمًا وثلاثة طهرًا ثم استمر الدم فعند الأولين يجر يومين من أول الاستمرار إلى ما سبق، فيصير الطهر الأخير لاستواء الدم بطرفيه كالدم المتوالي فتكون العشرة كلها حيضًا، وعند الآخرين حيضها عشرة أربعة مما قبل الاستمرار وستة من أول الاستمرار.

ولو رأت يومين دمًا وثلاثة طهرًا ثم استمر الدم، فعند الأولين حيضها عشرة تسعة مما رأت قبل الاستمرار والعاشر من الاستمرار، وعند الآخرين حيضها ستة من أول ما رأت لاستواء الدم والطهر فيها ولا يكون شيء من أول الاستمرار حيضًا؛ لأن الطهر الثاني يصير فاصلا لا يحيط بطرفيه دم يومين في العشرة فيكون الطهر غالبا فيفصل بينهما.

(فصل)

الأصل: أنه متى لم يمكن جعل العشرة حيضًا بأن وقع الختم بالطهر طرح الطهر الذي يقع به الختم ونظر إلى ما قبله، إن أمكن جعله حيضًا يجعل حيضًا، وإن لم يمكن لانتقاص الدم عن الطهر ولأقل من ثلاثة أيام دمًا في أولها أسقط اعتبار دم وطهر واحد من أول ما رأت وينصب الحساب بعد المسقط إلى العشرة، فإن أمكن جعل الحيض في العشرة الثانية وإلا أسقط اعتبار دم وطهر واحد من أول هذه العشرة، ثم هكذا نسوق بيانه: مبتدأة رأت يومين دمًا وخمسة طهرًا ويوما دمًا ويومين طهرًا ويوما دمًا.

قال محمد: الأربعة من آخرها حيض؛ لأنه تعذر جعل العشرة حيضًا؛ لأنه تقع ختم العشرة بالطهر وتعذر جعل ما قبل الطهر الثاني حيضًا؛ لأن الغلبة للطهر فطرحنا الدم الأول والطهر الأول يبقى بعده يوما دمًا ويومين طهرًا ويوما دمًا والطهر بينهما أقل من ثلاثة فجعلنا الأربعة حيضًا.

ولو رأت يومين دمًا وخمسة طهرًا ويومين دمًا وستة طهرًا ويوما دمًا وأربعة طهرًا ويومين دمًا وثلاثة طهرًا ويومين دمًا وأربعة طهرًا ويوما دمًا فحيضها ستة مما قبل الطهر الأخير متصلا به؛ لأنه تعذر جعل العشرة الأولى حيضًا لوقوع ختمها بالطهر وتعذر جعل ما قبل الطهر حيضًا؛ لأن الغلبة للطهر فسقط اعتبار دم وطهر

واحد من أول ما رأت وذلك يومان وخمسة، وكذلك بعذر جعل العشرة الثانية والثالثة حيضًا لوقوع ختمها بالطهر ولا ما قبل الطهر الذي يقع به الختم لغلبة الطهر فسقط اعتبار دم وطهر من أول كل عشرة وذلك يومان وستة ويوم وأربعة وأمكن جعل ما قبل الطهر الأخير حيضًا وذلك ستة أيام لاستواء الدم والطهر فيهما؛ لأنه يومان دم وثلاثة طهرًا ويوم دم فجعلنا الستة حيضا وألغينا ما سواها.

(باب استمرار [الدم][1] المنقطع)

أصله: أن عند أبي يوسف رحمه الله يبدأ الحيض بالطهر ويختم به بشرط أن يكون في طرفيه دم، فإن كان قبله دم ولم يكن بعده ببداية ولا يختم به وعلى عكسه يختم به ولا يبدأ به وعنده ينقلب الطهر حيضًا بإحاطة الدمين به؛ لأنه لا عبرة بالطهر عنده إذا انتقص عن خمسة عشر فجعل كالدم المتوالي.

وعند محمد رحمه الله: لا يبدأ الحيض بالطهر ولا يختم به ولا ينقلب الطهر حيضًا بإحاطة الدمين؛ لأن الطهر ضد الحيض ولا يبدأ الشيء بما يضاده ولا يختم به لأن ما لم يكن حيضًا بنفسه مستحيل أن يجعل غيره حيضًا لكن المتخلل بين الطرفين يجعل تبعا لهما.

بيانه: مبتدأة رأت يوما دمًا ويوما طهرًا ثلاثة أشهر فالتسعة من كل شهر حيض واحد وعشرون طهر عند محمد رحمه الله؛ لأنه لا يختم الحيض بالطهر واليوم العاشر طهر فلم يكن حيضًا، وعند أبي يوسف عشرة من كل شهر حيض وعشرون طهر؛ لأنه يختم الحيض بالطهر فيكون اليوم العاشر حيضًا عنده.

ولو رأت يومين دمًا ويومين طهرًا ثلاثة أشهر، فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد في الشهر الأول عشرة من أوله حيض وعشرون طهر، وفي الشهر الثاني يومان من أوله طهر وستة حيض واثنان وعشرون طهر، وفي الثالث عشرة حيض والباقي طهر وطريق معرفة قدر حيضها في المسألة الأولى من الأول خذ دمًا وطهرا، وذلك اثنان واضربهما فيما يبلغ عشرة وذلك خمسة فيكون عشرة ختمها بالطهر فيكون حيضها تسعة ومعرفته في الشهر الثاني، خذ دمًا وطهرًا واضربهما فيما يبلغ ثلاثين وذلك خمسة عشر فيكون ثلاثين ختمها بالطهر وابتدأ الشهر الثاني بالدم فيكون حيضها تسعة ومعرفته في الشهر الثالث، اضرب دمًا وطهرًا فيما يبلغ ستين وذلك ثلاثين فيكون

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

ستين ختمه بالطهر فيكون ابتداء الشهر الثالث بالدم أيضًا.

وأما المسألة الثانية خذ دمًا وطهرًا وذلك أربعة واضربها فيما يقرب من عشرة وذلك اثنان لأنا لم نجد ما يبلغ عشرة فيكون ثمانية ختمها بالطهر ثم بعدها يومان دم وذلك ختم العشرة فتكون العشرة حيضًا ومعرفته في الشهر الثاني، اضرب دمًا وطهرًا وذلك أربعة فيما يقرب من ثلاثين وذلك سبعة فيكون ثمانية وعشرين ختمه بالطهر ثم بعده يومان دم تمام الشهر فيكون ابتداء الشهر الثاني، يومان طهر وانتهاء العشرة يومان طهر فيكون حيضها الستة التي بين ذلك ثم اضرب الأربعة فيما يبلغ ستين وذلك خمسة عشر فيبلغ ستين وآخر المضروب طهر فيكون ختمه بالطهر وابتداء الشهر الثالث بالدم، وكذلك لو رأت أربعة دمًا وأربعة طهرًا ثلاثة أشهر فالعشرة من أول ذلك حيض واثنان وعشرين طهرًا ثم اضرب دمًا وطهرًا وذلك ثمانية فيما يقرب من ثلاثين وهو أربعة فصار اثنين وثلاثين ختمه بالطهر فيكون يومان من أول الشهر الثاني طهرًا ثم أربعة بعدهما حيضًا وأربعة من آخر العشرة طهر ثم اضرب ثمانية فيما يقرب من ستين وهو ثمانية فصار أربعة وستين ختمه بالطهر فيكون ابتداء الشهر الثالث أربعة طهرًا ثم بعده أربعة دمًا فيكون حيضها.

وعلى هذا تخرج المسائل وإن كثرت، وإن رأت يومين دمًا ويوما طهرًا ثلاثة أشهر فخذ دمًا وطهرًا وذلك ثلاثة واضربه فيما يقارب العشرة وذلك ثلاثة فيكون تسعة ثم بعدها يوم دم فختم العشرة بالدم فيكون حيضها عشرة في الشهر الأول ثم اضرب ثلاثة فيما يبلغ ثلاثين وذلك عشرة، فيكون ثلاثين ختمه بالطهر وابتداء الشهر الثاني بالدم فيكون دورها في كل شهر عشرة، حيض وعشرين طهرًا، وكذلك لو رأت يوما دمًا ويومين طهرًا، وإن رأت ثلاثة دمًا ويومين طهرًا فحيضها ثمانية في الشهر الأول؛ لأن ختم العشرة بالطهر ثم اضرب دمًا وطهرًا وذلك خمسة فيما يبلغ ثلاثين وذلك ستة فيكون ثلاثين ختمها لطهر فيكون دورها في كل شهر ثمانية حيض واثنين وعشرين طهرًا ولو كان على القلب رأت يومين دمًا وثلاثة طهرًا فحيضها سبعة؛ لأن ختم العشرة بالطهر ثم اضرب دمًا وطهرًا وذلك خمسة فيما يبلغ ثلاثين وذلك ستة فيكون ثلاثين ختمه بالطهر فيكون دورها وفي كل شهر سبعة حيض وثلاثة وعشرون طهرًا، وإن رأت أربعة دمًا وثلاثة طهرًا فحيضها عشرة في

الشهر الأول؛ لأن ختم العشرة بالدم ثم اضرب دمًا وطهرًا وذلك سبعة فيما يقارب ثلاثين وذلك أربعة فيكون ثمانية وعشرين ثم بعده أربعة دم يومان تمام الشهر الأول ويومان من ابتداء الشهر الثاني يكون حيضًا فيكون حيضها في الشهر الثاني تسعة؛ لأن اليوم العاشر كان طهرًا ثم اضرب سبعة فيما يقارب ستين وذلك تسعة فيكون ثلاثة وستين وآخر المضروب طهر، فيكون ابتداء الشهر الثالث ثلاثة طهرًا ثم بعده أربعة دم وثلاثة طهر فيكون حيضها أربعة، ثم اضرب سبعة فيما يقارب تسعين وذلك ثلاثة عشر فيكون أحد وتسعين فيكون ابتداء الشهر الرابع يوما طهرًا ثم بعده أربعة دم وثلاثة طهر ويومان دم تمام العشرة فيكون ذلك حيضها وهو تسعة ثم افعل كذلك لمعرفة ختم كل شهر أنه بمادي يكون إلى سبعة أشهر، ففي كل سبعة أشهر يعود الأمر إلى ما كان في الأول، وإن رأت دماء وأطهارًا مختلفة بأن رأت يوما دمًا ويومًا طهرًا ويومين دمًا ويومين طهرًا وثلاثة دمًا وثلاثة طهرًا فخذ الدماء المختلفة وهي ستة والأطهار المختلفة وهي ستة أيضًا فالجملة اثنا عشر ولا صرف هنا؛ لأن الجملة أكثر من عشرة فهذا الاثنا عشر ختمه بالطهر وهي ثلاثة أطهار فاطرحها تبقى تسعة حيضها في الشهر الأول ثم اضرب اثني عشر فيما يقارب ثلاثين فذلك اثنان فبلغ أربعة وعشرين ختمه بالطهر ثم بعده يوم دم ويوم طهر ويومان دم ويومان طهر وذلك ختم الثلاثين فابتداء الشهر الثاني يكون ثلاثة دمًا وثلاثة طهرًا ويوما دمًا ويومًا طهرًا ويومان دمًا وذلك تمام العشرة فيكون ختمها بالدم فحيضها في الشهر الثاني عشرة وقس على هذا ما يأتيك من المسائل.

(باب الزيادة والنقصان في الحيض)

المعتادة إذا رأت الدم زيادة على عادتها تجعل ذلك حيضًا ما لم يجاوز العشرة لما بينا، وإن كانت عادتها في الحيض خمسة ثم رأت الدم في اليوم السادس اختلفوا فيه قيل تؤمر بالاغتسال والصلاة؛ لأن هذه الزيادة مترددة بين الحيض والاستحاضة فلا تترك الصلاة مع التردد والشك، وقيل: لا تؤمر بالاغتسال والصلاة، وهو الأصح؛ لأن دليل بقائها حائضا ظاهر وهو رؤية الدم في أوانه وفي خروجها من الحيض شك فبقيناها حائضا حتى يتبين أمرها؛ لأن هذه الزيادة لا

تكون استحاضة حتى تجاوز العشرة، فإن جاوز العشرة فحينئذ تؤمر بقضاء ما تركت من الصلاة كما في المبتدأة.

امرأة عاد بها خمسة من أول كل شهر ورأت ثلاثة دمًا، ثم انقطع سبعة أيام أو ستة ثم رأت يوما أو أكثر دمًا فخمستها المعروفة حيض عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه يختص الحيض بالطهر وطهر دون خمسة عشر لا يفصل بين الدمين فصار كالدم المتوالي، وعند محمد رحمه الله الثلاثة الأولى حيض؛ لأنه لا يرى ختم الحيض بالطهر وقد تخلل بين الدمين طهر غالب فصار فاصلا.

وإن رأت من أول العشرة يومين دمًا وفي آخرها يومين دمًا فخمستها حيض عند أبي يوسف رحمه الله وفيه نظر؛ لأن الدم لم يجاوز العشرة فيجب أن تكون العشرة حيضًا ولكن هذا إنما يصح على أصله إذا كان الطهر بعد العشرة فاسدًا فتصير مستحاضة فترد إلى أيامها، وعند محمد ليس شيء منه حيضًا بانفراده.

وإن رأت في أولها يوما أو يومين دمًا ورأت العاشر والحادي عشر والثاني عشر دمًا فخمستها حيض عند أبي يوسف لما عرف، وعند محمد رحمه الله الثلاثة الأخيرة حيض إذا كان بينها وبين الدم الذي يحدث بعدها خمسة عشر يومًا طهر؛ لأن الطهر المتخلل غالب فصار فاصلًا والثلاثة الأخيرة أمكن أن تجعل حيضًا على طريق البدل عن أيامها؛ لأنه يبقى بعدها إلى موضع حيضها الثاني مدة طهر كامل.

فإن رأت في أولها يوما دمًا ويومًا طهرًا حتى جاوز العشرة فخمستها حيض اتفاقًا؛ لأن ابتداءها وانتهاءها دم والطهر المتخلل قاصر فلا يصير فاصلًا، فإن رأت في أولها يوما طهرًا ويوما دمًا ويوما طهرًا حتى جاوز العشرة فاليوم الأول ليس بحيض؛ لأنه طهر ولم يتقدمه دم والأربعة الباقية حيض من معروفتها عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه يرى ختم الحيض بالطهر إذا تعقبه دم، وعند محمد ثلاثة أيام بعد الأول حيض؛ لأن الأول طهر وهو لا يفتتح به والخامس طهر وهو لا يختتم به والطهر المتخلل قاصر، فإن وقف على العشرة فما بعد الأول حيض كله بالاتفاق؛ لأنه لم يتخللها طهر فاصل وختم العشرة أيضًا بالدم فكان حيضًا.

وإن رأت يومًا دمًا قبل رأس الشهر ومن أول الشهر يومًا طهرًا ويومًا دمًا إلى

تمام العشرة باليوم الأول فالكل حيض إلا اليوم العاشر؛ لأنه لم تر فيه دمًا ولا بعده وما سوى ذلك يحيط الدم بطرفيه فيجعل حيضًا، فإن جاوز العشرة فخمستها حيض عند أبي يوسف، وعند محمد: الثاني والثالث والرابع من معروفتها حيض؛ لأن الأول والخامس طهر.

(باب تقديم الحيض وتأخيره)

فيه فصول:

فصل في المتقدم.

وفصل في المتأخر.

وفصل في الجمع بينهما.

وفصل في الإبدال بهما.

وفصل فيهما بالإفراد والشفوع.

(الفصل الأول)

مسائله على ثلاثة أوجه: في وجه يكون حيضًا بالاتفاق، وفي وجه اختلفوا فيه، وفي وجه فيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله.

الأول: إذا رأت قبل أيامها ما لا يكون حيضًا وفي أيامها ما يكون حيضًا فالكل حيض؛ لأن ما رأته قبل أيامها غير مستقل بنفسه فيجعل حيضًا تبعًا لما رأته في أيامها؛ لأن السابق في باب الحيض أبدًا يكون تبعًا للاحق؛ لأنه متى رأت دما يتوقف حكم المرئي على ما يوجد في آخره إن تم ثلاثًا يكون حيضًا وإلا فلا، وذكر محمد رحمه الله في نوادر الصلاة عن أبي حنيفة مطلقًا أن المتقدم لا يكون حيضًا.

وقال بعض مشايخنا: تأويله إذا كان المتقدم بحيث يمكن أن يجعل حيضًا بانفراده وبعضهم أخذوا بالظاهر وقالوا المتقدم عنده لا يكون حيضًا بكل حال؛ لأن السابق لا يكون تبعًا للاحق حقيقة، ولو جعلنا المتقدم حيضًا يكون نقل عادتها من حيث المكان مقصودا لا تبعًا وهذا لا يجوز.

والثاني: إذا رأت قبل أيامها ما يكون حيضًا ولم تر في أيامها شيئًا، أو رأت في أيامها ما لا يكون حيضًا، لم يكن شيء منه حيض عند أبي حنيفة ما لم يعاودها في الشهر الثاني، وعندهما يكون حيضًا لأنها رأت الدم عقيب طهر صحيح، وقد أمكن أن يجعل حيضًا فيجعل الكل حيضًا كالمتأخر عن أيامها ويكون عادة لها عند أبي يوسف رحمه الله.

له: أن ما رأته قبل أيامها مستقل بنفسه؛ لأنه ينفرد حيضًا بنفسه فكان له حكم نفسه فلا يمكن أن يجعل حيضًا تبعا لأيامها ولا يمكن أن يجعل حيضًا بانفراده؛ لأن العادة لا تنتقل برؤية المخالف مدة عنده بخلاف المتأخر؛ لأن هناك الحاجة إلى إبقاء صفة الحيض والبقاء لا يستدعي دليلًا موجبًا وهنا الحاجة إلى إثبات الحيض فيستدعي دليلًا موجبًا ولم يوجد.

والثالث: إذا رأت قبل أيامها ما يكون حيضًا وفي أيامها ما يكون حيضًا، أو رأت قبل أيامها ما لا يكون حيضًا وفي أيامها كذلك ولو جمعًا يكون حيضًا، فالكل حيض عندهما وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية نوادر الصلاة عنه ما رأت في أيامها يكون حيضًا وما قبلها فلا؛ لأن كل واحد إن صلح حيضًا يكون مستقلًّا بنفسه فلا يمكن أن يجعل تبعًا لغيره، وإن كان كل واحد لا يصلح حيضًا فلا يكون ما رأته في أيامها مستقلًّا بنفسه فلا يستتبع ما قبله، وجه ظاهر الرواية أن المتقدم وإن كان مستقلًّا ولكن السابق في باب الحيض تبع للّاحق؛ لأنه يتوقف كون المرئي حيضًا على وجوه أخر فجعل المتقدم حيضًا تبعا لأيامها، كأنها رأت الكل في مكانها وهذا كله إذا وقف على العشرة، فإن جاوزها ترد إلى معروفتها، فإن رأت في أيامها ما يكون حيضًا يكون حيضًا وما قبله استحاضة، وإن لم تر فيها ما يكون حيضًا فالكل استحاضة عند أبي حنيفة وعندهما من أول ما رأت مثل أيامها يكون حيضًا والزيادة استحاضة، وإن رأت الدم قبل أيامها فعندهما تؤمر بترك الصلاة كما رأته إذا كان الباقي من أيام طهرها ما لو ضم إلى أيام حيضها لم تجاوز العشرة؛ لأن المتقدم عندهما حيض بكل حال متى رأت الدم عقيب طهر صحيح، وعند أبي حنيفة إن كان الباقي من طهرها ثلاثة أو أكثر لم تؤمر بترك الصلاة؛ لأن

هذا المتقدم عنده ليس بحيض، وإن كان يومًا أو يومان قال أئمة بلخ: تؤمر بترك الصلاة؛ لأن هذا المتقدم عنده يكون حيضًا، وقال أئمة بخارى: لا تؤمر به؛ لأن هذا المتقدم عنده لا يكون حيضًا إلا بشرط أن يرى في أيامها ما يكون حيضًا، وفي وجود هذا الشرط للحال شك، فلا يؤمر بترك الصلاة بالشك وهو نظير الاختلاف الذي في باب المتقدم.

(الفصل الثاني)

وما تراه المرأة بعد أيامها فعلى خمسة أوجه: إما أن رأت في أيامها ما يكون حيضًا وبعده ما يكون حيضًا، أو رأت في أيامها ما يكون حيضًا وبعدها ما لا يكون حيضًا، أو رأت في أيامها ما لا يكون حيضًا وبعدها ما لا يكون حيضًا، ولو جمعا يكون الكل حيضًا ولم يجاوز العشرة فالكل حيض اتفاق؛ لأن الحيض كان ثابتا بيقين وقع الشك في الطهر بعده، إن جاوز العشرة يكون طهرًا، وإن اقتصر عليها فلا واليقين لا يزال بالشك فيبقى الحيض ثابتا وإنما نقلنا عادتها برؤية خلاف عادتها تبعًا لا مقصودًا وهذا جائز، ولو رأت في أيامها ما لا يكون حيضًا وبعدها ما يكون حيضًا أو لم تر في أيامها شيئًا ورأت بعدها ما يكون حيضًا فالكل حيض عندهما وهو رواية محمد عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عند أبي يوسف صار عادة لها بمرة واحدة، وعند محمد فلأنه يرى الإبدال عن أيامها وفي رواية عن أبي حنيفة لا يكون حيضًا حتى يعاودها في الشهر الثاني؛ لأنه لا يرى الإبدال لما تبين، فإن جاوز الدم العشرة فحكمه ما قلنا في المتقدم.

(الفصل الثالث)

ولو رأت قبل أيامها وبعدها والكل حيض عندهما ما لم يجاوز العشرة، وإن جاوز العشرة فحيضها أيامها دون ما تقدم وما تأخر وعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان: في رواية أن حيضها أيامها وما تأخرها دون ما تقدمها، وفي ظاهر الرواية عنه إن كان المتقدم أقل من ثلاثة أيام فالكل حيض، وإن كان ثلاثة أيام فحيضها

أيامها وما بعدها دون ما قبلها؛ لأن عنده، المتقدم إذا كان لا يستقل بنفسه يجعل حيضًا تبعًا لأيامها، وإذا استقل لا يجعل حيضًا.

(الفصل الرابع)

الأصل: أن المعتادة إذا طهرت أيامها ورأت بعد أيامها ما يكون حيضًا، فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجعل ما رأت بعد أيامها حيضًا بدلًا عن أيامها؛ لأن في الإبدال نقل العادة بالمرأة الواحدة وذلك لا يجوز عنده ولكن يجعل حكمه موقوفا، فإن تأكد بالتكرار انتقلت عادتها ويتبين أن ما سبق كان حيضًا وإلا فلا، ومحمد يجعل المتأخر حيضًا بدلًا عن أيامها إذا أمكن، وهو أن يبقى بعد الإبدال إلى موضع حيضها الثاني خمسة عشر طهرًا فصاعدًا، سواء كان الطهر خالصًا أو فيه استمرار وإن بقي من طهرها أقل من ذلك، فإنه يجز من موضع حيضها الثاني ما يتم به الطهر خمسة عشر إن بقي بعد الجزّ من حيضها الثاني ما يمكن أن يجعل حيضًا، وإن بقي دون ذلك فلا يبدل لها، ويصلّي إلى موضع حيضها الثاني ويجعل أيضًا المتقدم على أيامها بدلًا عن أيامها إذا كان الدم المتقدم عقيب طهر صحيح؛ لأن عادة النساء في الحيض لا تستقر على صفة واحدة بل يتقدم تارة ويتأخر أخرى، فمتى أمكن جعله حيضًا يجعل حيضًا اعتبارًا للمعهود والعادة، وإذا أمكن الإبدال قبل أيامها يبدل لها قبل أيامها؛ لأنه أسرعهما إمكانًا وإنما يبدل لها مثل أيامها أو أقل ولا يبدل أكثر من أيامها إلا بشرط أن يكون بين طهرين صحيحين لا استمرار فيهما؛ لأنه لا يمكن جعل الزيادة حيضًا ابتداءً إلا وأن يكون مرة بين طهرين صحيحين، مثال الإبدال قبل أيامها: امرأة حيضها خمسة وطهرها عشرون، فطهرت خمسة عشر ثم رأت خمسة دمًا ثم طهرت أيامها، فعند محمد يجعل الخمسة المتقدمة حيضًا بدلًا عن أيامها، وعند أبي حنيفة رحمه الله تصلّي إلى موضع حيضها الثاني.

ولو طهرت أربعة عشر ثم رأت ستة دمًا ثم طهرت أيامها لا يبدل لها شيء من المتقدم؛ لأنها رأت عقيب طهر فاسد لأنها صلت في يوم منه بدم، وإن كان معروفتها ثلاثة من أول كل شهر، فرأت قبل أيامها أحد عشر يوما دمًا ولم تر في

أيامها ولا بعدها، فعند محمد ثلاثة من أول الأحد عشر حيض بدلا عن أيامها ولم يجعل الزيادة بدلا لما بينا، وكذلك عند أبي يوسف؛ لأنه ينقل العادة بمرة، وعند أبي حنيفة، وذلك استحاضة إلا أن يعاودها الدم الأحد في مثل تلك الحالة أحد عشر يوما أخرى، فحينئذ يكون ثلاثة أيام من أول الأحد عشر الأولى حيضًا، وكذلك من الأحد عشر الأخيرة؛ لأنه لا يجوز الإبدال والعادة لا تنتقل بمرة عنده فتوقف الأمر، مثال الإبدال بعد أيامها: امرأة عادتها في الحيض خمسة وطهرها عشرون فطهرت مرة ثلاثة وعشرون ثم استمر بها الدم، فعند أبي حنيفة رحمه الله تصلي إلى موضع حيضها وذلك اثنين وعشرين يوما، وعند محمد يبدل لها خمسة من أول الاستمرار، وكذلك إن طهرت أربعة وعشرين أو خمسة وعشرين ثم استمر الدم، يبدل لها خمسة، فتدع خمسة وتصلي خمسة عشر، ثم تدع خمسة وتصلي عشرين.

وإن طهرت ستة وعشرين ثم استمر الدم فعند محمد يبدل لها خمسة؛ لأن الإبدال بطريق الجز ممكن، لأنا متى أبدلنا لها خمسة صار أحدًا وثلاثين وبقي إلى موضع حيضها الثاني من الطهر أربعة عشر، فيجز من موضع حيضها الثاني يوما إلى بقية طهرها ليتم خمسة عشر، فيدع من أول الاستمرار خمسة ثم تصلي خمسة عشر يوما، يوم منها من موضع حيضها بطريق الجز، ثم تدع أربعة ثم تصلي عشرين ثم تدع خمسة وتصلي عشرين، وكذلك إن طهرت سبعة وعشرين، فإن طهرت ثمانية وعشرين ثم استمر بها الدم لا يبدل لها إلا بعد الإبدال، يبقى من الطهر اثنا عشر فلو جردت إليه ثلاثة لا يبقى من موضع حيضها الثاني ما يمكن أن يجعل حيضًا، فلا يبدل لها ولكنها تصلي إلى موضع حيضها الثاني وذلك سبعة عشر يوما، ثم تدع خمسة وتصلي عشرين، ومثال إمكان الإبدال قبل أيامها وبعد أيامها: امرأة حيضها عشرة وطهرها عشرون، تطهرت خمسة عشر يوما بعد حيضها ثم رأت ثلاثة دمًا ثم طهرت اثني عشر يوما ثم استمر بها الدم، فعند محمد حيضها الثلاثة التي رأتها قبل أيامها؛ لأنه مريبة عقيب طهر صحيح لا ما رأته بعد أيامها؛ لأنه لم يوجد عقيب طهر صحيح، ثم تصلي من أول الاستمرار إلى تمام طهرها الثاني وذلك عشرون، ثم تدع الصلاة عشرة وتصلي عشرين.

امرأة معروفتها خمسة من أول كل شهر، فرأت قبلها خمسة دمًا وطهرت أيامها ثم رأت بعدها ثلاثة، فعند أبي يوسف حيضها معروفتها؛ لأنه يقلب الطهر حيضًا بإحاطة الدمين به، وعند محمد حيضها الخمسة المتقدمة دون الثلاثة المتأخرة؛ لأنه لم يوجد عقيب طهر صحيح، وكذلك إن رأت يومين دمًا من أول أيامها مع ذلك أو من آخرها؛ لأن ما رأته في أيامها لا يصلح حيضًا بانفراده.

وإن رأت ثلاثة دمًا في أيامها مع ذلك من أولها أو آخرها، فحيضها هذه الثلاثة عند محمد؛ لأنه يصلح حيضًا ولم يجاوز العشرة.

ولو رأت في خمستها دمًا ثم استمر بها الدم إلى تمام الشهر ثم انقطع في خمستها ثم استمر، فخمستها حيض عند أبي يوسف رحمه الله لإحاطة الدم بجانبيها، وعند محمد خمسة بعدها هي حيضها؛ لأن شرط الإبدال في المتقدم أن يكون مريبا عقيب طهر صحيح لا استمرار فيه ولم يوجد، فيبدل لها حيض بعد أيامها، ولو لم تر كذلك ولكنها رأت قبل أيامها خمسة دمًا وطهرت أيامها، فتلك الخمسة حيض عند محمد لوجود شرط الإبدال في المتقدم وهو كونه مريبا عقيب طهر صحيح، فإن رأت في المرة الثانية تلك الخمسة دمًا وأيامها وزيادة يوم، فحيضها الخمسة المعروفة لأنها مستحاضة فترد إلى عادتها المعروفة، ولو لم تر في المرة الثانية في أيامها شيئًا ثم رأت في المرة الثالثة تلك الخمسة ومعروفتها وزيادة يوم، فحيضها الخمسة الأولى؛ لأن العادة انتقلت إليها وتبين أن الانتقال يقع بطهر أيامها مرتين كما يقع برؤية الدم في غير أيامها مرتين، غير أنه تنتقل العادة في المكان دون العدد لأنها لم تر خلاف عادتها عددًا مرتين.

(الفصل الخامس)

أصله: أن المتقدم متى كان بفرد فإنها لا ترى في أيامها أصلًا، ومتى كان بشفع فإنها ترى في أيامها الثاني دون الأول، مثال المتقدم: امرأة أيام حيضها ثلاثة من أول كل شهر وطهرها سبعة وعشرون، فتقدم بيوم فطهرت ستة وعشرين ثم رأت دمًا يومًا ويومًا طهرًا، فعند أبي حنيفة رحمه الله يتوقف حكمها على ما يرى في الشهر الثاني، وعند محمد يجعل ثلاثة من أول الرؤية حيضًا لها بدلا عن أيامها،

ويتوقف حكم انتقال العادة على ما يرى في الشهر الثاني، وإن تقدم بيومين بأن طهرت خمسة وعشرين ثم رأت يومًا دمًا ويومًا طهرًا، فيومان من أول ما رأت من تمام طهرها فيكون في أيامها يوم دم ويوم طهر ويوم دم فيكون ابتداؤها وختمها بالدم، ثم خذ دمًا وطهرًا وذلك اثنان، فاضربهما فيما يوافق اثنين وثلاثين وذلك ستة عشر، فيكون اثنان وثلاثون وآخره طهر، فيكون ابتداء أيامها في الشهر الثاني وختمها بالدم وهكذا فخذ في كل مرة، ثم تسوق المسألة إلى أن طهرت ستة عشر يوما ثم رأت يوما دمًا ويومًا طهرًا كذلك فقد بقي من زمان طهرها أحد عشر، فخذ دمًا وطهرًا فاضربه فيما يقارب أحد عشر وذلك خمسة، فيكون عشرة وآخره طهر ثم دم يوم يتم بها طهرها فيكون ابتداء أيامها وختمها بالطهر، فيتوقف حكمها عند أبي حنيفة على ما ترى في المرة الثانية وعند محمد رحمه الله ثلاثة من أول ما رأت بجعل حيضها بدلا عن أيامها، وحكم انتقال العادة موقوف على ما ترى في المرة الثانية، فخذ دمًا وطهرًا واضربه فيما يقارب أحد وأربعين وذلك عشرين فيكون أربعين فآخره طهر ثم يوم دم من تمام طهرها، فيكون أيامها في المرة الثانية يوما طهرًا ويوما دمًا ويوما طهرًا فلم يكن حيضًا، وانتقلت عادتها إلى موضع الإبدال لعدم الرؤية في أيامها مرتين ثم هكذا خذ في كل مرة، فإن طهرت خمسة عشر ثم رأت يوما دمًا ويوما طهرًا فقد بقي من طهرها اثنا عشر، فخذ دمًا وطهرًا واضربه فيما يوافق اثني عشر وذلك ستة، فيكون اثنا عشر وآخر المضروب طهر فاستقبلها في أيامها يوم دم ويوم طهر ويوم دم فيكون حيضها، ثم هكذا تجد في كل مرة هذا كله إذا تقدم المرئي على أيامها، فإن تأخر بيوم بأن طهرت ثمانية وعشرين، ثم رأت يوما دمًا ويوما طهرًا فلم تجد في هذه المدة أيامها فتصلي إلى موضع حيضها، عند أبي حنيفة تجعل الثلاثة من أول ما رأت حيضها بدلا.

وكذلك إن تأخر بيومين بأن طهرت تسعة وعشرين ثم رأت يوما دمًا ويوما طهرًا، فعند محمد تبدل لها ثلاثة حيضًا من أول ما رأت، فإن رأت بعدما طهرت سبعة وعشرين يومين دمًا ويوما طهرًا أشهرا، فعندهما ترد إلى أيامها لأنها مستحاضة، وعند محمد حيضها خمسة من أول كل شهر وهذا الجواب غير مطرد

على أصله؛ لأنه لا يختم الحيض بالطهر وقد رأت اليوم الثالث طهرًا، ولا يجوز الإبدال زيادة على أيامها، لكنه اضطر إلى ضم جزء من اليومين اللذين بعد أيامها إلى أيامها ليكون خاتمة الحيض بالدم، ثم كان حكم اليومين واحدًا لاتصال بعضه ببعض؛ لأنه دم واحد، فإذا وجب ضم شيء منه إلى أيامها يضم كله ضرورة، فيجعل حيضها خمسة من أول كل شهر.

وقال أبو عبد الله الزعفراني: الأصح عندي أن يجعل حيضها ثلاثة أيام وساعة، فإن الزيادة للضرورة فيتقدر بقدرها، وترتفع هذه الضرورة بزيادة ساعة من أيام الدم ولكن الصحيح ما ذكره محمد لما بينا.

وإن رأت يومين دمًا ويوما طهرًا ثم استمر الدم، فثلاثة من حين استمر حيض وما قبلها استحاضة عند محمد؛ لأنه أمكن جعل الثلاثة حيضًا من أول الاستمرار من غير حاجة إلى الزيادة في أيامها، وإلغاء يومين دم ويوم طهر قبل الاستمرار أهون من الزيادة في أيامها، لأنا لو اعتبرنا أيامها من أول الرؤية كان ختمها بالطهر.

وإن رأت بعد طهر سبعة وعشرين يوما دمًا ويومين طهرًا فإنها لا تجد أيامها في كل مرة؛ لأن ختم الثلاثة بالطهر، فلا بد من الزيادة في مدة حيضها، فيجعل حيضها من أول ما رأت أربعة ليكون ابتداؤها وختمها بالدم ثم طهرها بقية الشهر وذلك ستة وعشرين.

امرأة حيضها عشرة من أول كل شهر، فرأت الدم فيها ثم طهرت ثلاثين يوما ثم مر بها الدم أشهرًا، فعشرة من أول الاستمرار حيض وخمسة عشر طهر عشرة تمام الشهر الثاني، وخمسة جزها من أيامها من الشهر الثالث، يبقى خمسة من أيامها في الشهر الثالث فيكون حيضًا، وكذلك إن بقي من أيامها ثلاثة بعد الجز، وإن بقي أقل كان حيضها عشرة وصارت عادتها منتقلة إلى العشرة الثانية لما عرف من أصله.

(باب الإضلال)

فيه فصول:

فصل في الإضلال بالعَدَد.

وفصل في الإضلال بالمكان.

وفصل في الإضلال بهما.

(فصل)

أصله: أنها متى تيقنت بالطهر في وقتٍ، صلت فيه بالوضوء لوقت كل صلاة وصامت، ومتى تيقنت بالحيض في وقتٍ، تركتهما فيه، ومتى شكّت في وقتٍ أنه وقت حيض أو طهر [تحرت][1] [فالأصل الحيض][2]؛ لأن غلبة الظن حجة عند فَقْدِ الأدلّة، وإن لم يكن لها رأي، تصلي فيه بالوضوء لوقت كل صلاة وتصوم وتقضي الصوم دون الصلاة احتياطًا، ومتى شكّت في وقتٍ أنه وقت حيض أو طهر أو خروج عن الحيض، تصلي فيه بالغسل لكل صلاة لجواز أنه وقت الخروج عن الحيض، ولا يأتيها زوجها بحال لاحتمال الحيض.

معتادة انقطع الدم عنها أشهرًا ثم عاودَهَا الدم واستمر، وقد نسيت عدد أيامها، تدع الصلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار لتيقنها بالحيض فيها، فإنّ عادتها قد انتقلت إلى أول الاستمرار لرؤية الطهر في موضع أيامها مرارًا، ثم تغتسل سبعة أيامٍ لكل صلاة لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض، ثم تتوضأ عشرين يومًا لوقت كل صلاة لتيقنها فيه بالطُّهر ويأتيها زوجها فيه، وهذا إذا علمت أن حيضها في شهرٍ مرَّةً واحدةً، فإن لم تعلم ذلك فهو على ثلاثة أوجه:

أحدها: إذا لم تعلم عَدَد حيضها [وطهرها فإنها][3] تدع الصلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار، ثم تصلي سبعة بالاغتسال لكل صلاة لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر [والخروج من الحيض][4]، ثم تصلي ثمانية بالوضوء لوقت كل صلاة لتيقنها بالطهر فيها ويأتيها زوجها فيها، ثم تصلي ثلاثة بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر، ثم تصلي بالاغتسال لكل صلاة بالشك؛ لأنه ما

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (ك).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ك).

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك)، وجاء في موضعه: في كل شهر مرة.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

من وقتٍ إلا ويتوهم أنه وقت خروجها من الحيض إما لزيادة حيضها على الثلاثة أو لزيادة طهرها على خمسة عشر.

والثاني: إذا علمت أن طهرها خمسة عشر ولم تعلم عدد حيضها، فإنها تدع الصلاة ثلاثة أيام ثم تصلي سبعة بالغسل بالشك، ثم تصلي ثمانية بالوضوء بيقين ثم تصلي ثلاثة بالوضوء بالشك، فبلغ ذلك أحد وعشرين يومًا، وإن كان حيضها ثلاثة فابتداء طهرها الثاني بعد أحد وعشرين، وإن كان حيضها عشرة فابتداء طهرها الثاني بعد خمسة وثلاثين، فتصلي في هذه الأربعة عشر بالاغتسال لكل صلاة لتَرَدّد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض، ثم تغتسل ثم تصلي يومًا بالوضوء لوقت كل صلاة [بيقين لتيقنها بالطهر فيه، ثم تصلي ثلاثة بالوضوء لوقت كل صلاة][1] لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر، ثم تغتسل لكل صلاة أبدا؛ لأنه ما من ساعة إلا ويتوهم أنه وقت خروجها من الحيض.

والثالث: إذا علمت أن حيضها ثلاثة ولا تعلم عدد طهرها، فإنها تدع الصلاة ثلاثة أيام من أول الاستمرار ثم تصلي خمسة عشر يومًا بالوضوء لوقت كل صلاة لتيقنها بالطهر فيه، ثم تصلي ثلاثة بالوضوء لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر، ثم تغتسل لكل صلاة أبدًا لتوهم خروجها عن الحيض في كل ساعة.

وإن علمت أنها كانت تحيض في كل شهر مرة في أوله أو آخره ولا تدري العدد، تتوضأ ثلاثة أيام في أول الشهر لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر، ثم تغتسل سبعة أيام لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر والخروج من الحيض، ثم تتوضأ إلى آخر الشهر ويغتسل مرة واحدة لتمام الشهر لجواز أنها خرجت من الحيض؛ لأن الشك في العشرة الأولى والأخرى لا في الوسطى.

وإذا تيقنت المستحاضة بالطهر في اليوم العاشر واليوم العشرين واليوم الثلاثين ولا يذكر غير ذلك.

توضأت من أول الشهر ثلاثة أيام ثم تغتسل ستة أيام لاحتمال خروجها من الحيض في كل ساعة، ثم تتوضأ العاشر وتصلي ثم تتوضأ بعده ثلاثة أيام لتردد

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

حالها فيه بين الحيض والطهر، ثم تغتسل ستة لتوهم خروجها من الحيض في كل ساعة، ثم تصلي اليوم العشرين بالوضوء ثم تصلي ثلاثة بعده بالوضوء، ثم تغتسل ستة ثم تصلي اليوم الثلاثين بالوضوء ولا يحرمها صوم تسعة أيام، فلتصم ثمانية عشر ضعف ما عليها لما تبين.

وإن قضت في هذه الأيام الثلاثة التي تيقنت بالطهر فيها يكفيها تسعة أيام. والله أعلم بالصواب.

(فصل في الإضلال بالمكان)

أصله: أنها متى أضلت أيامها في ضعفها من العدد أو في أكثر من الضعف، فلا تتيقن هي بالحيض في شيء منه، كما لو أضلت ثلاثة في ستة أو أكثر، ومتى أضلت أيامها فيما دون ضعفها من العدد تتيقن بالحيض في شيء منه، كما إذا أضلت ثلاثة في خمسة فإنها تتيقن بالحيض في اليوم الثالث، فإنه أول الحيض أو آخره.

وإن علمت أن أيامها كانت ثلاثة أو أربعة ولا تعلم موضعها من الشهر، تصلي ثلاثة أيام من أول الشهر بالوضوء لوقت كل صلاة لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر، ثم تغتسل سبعة وعشرين لكل صلاة لتوهم خروجها عن الحيض في كل ساعة.

وإن علمت أن أيامها كانت ثلاثة في العشر الأول أو الآخر من الشهر ولا تدري موضعها منها، توضأت من أول العشرة ثلاثة أيام وصلت، ثم تغتسل لكل صلاة إلى آخر العشرة لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر والخروج من الحيض.

وإن علمت أن أيامها أربعة، توضأت في الأربعة ثم اغتسلت لكل صلاة إلى آخر العشرة، وكذلك لو علمت أن أيامها خمسة، توضأت خمسة ثم اغتسلت إلى آخر العشرة.

ولو علمت أن أيامها ستة، توضأت أربعة من أول العشرة وتدع الصلاة والصوم يومين لتيقنها بالحيض فيهما، ثم تغتسل أربعة لكل صلاة لتوهم خروجها عن الحيض في كل ساعة.

وإن علمت أن أيامها سبعة، فصلت بالوضوء ثلاثة أيام من أولها وتدع أربعة أيام لتيقنها بالحيض فيها، ثم تغتسل لكل صلاة ثلاثة أيام، وكذلك على هذا القياس ثمانية وتسعة.

وإن علمت أنها كانت تطهر في آخر الشهر ولا تدري عدد أيامها، توضأت إلى تمام سبعة وعشرين وتصلي وتدع الصلاة ثلاثة أيام، ثم اغتسلت غسلًا واحدًا لتيقنها بالطهر في عشرين وبالحيض في ثلاثة وتردد حالها بين الطهر والحيض في سبعة.

وإن علمت أنها كانت ترى الدم بعد عشرين متصلا بها ولا تدري عدد أيامها، تدع الصلاة ثلاثة أيام بعد العشرين، ثم اغتسلت لكل صلاة إلى آخر العشرة لتوهم الخروج من الحيض، وتعيد صوم هذه العشرة في عشرة أخرى من شهر آخر.

وإن علمت أنها كانت ترى الدم بعد سبعة وعشرين ولا تدري كم كانت تحيض ولا متى تحيض من العشرة، توضأت ثلاثة أيام لجواز كونها طاهرة، ثم اغتسلت سبعة أيام لأنها لا تعلم أن حيضها كان متصلا بمضي السبعة عشر من الشهر، وإنما تعلم كونها في العشرة التي بعدها، وفي المسألة المتقدمة تعلم الاتصال بمضي عشرين.

وإن علمت أنها كانت ترى الدم في اليوم الحادي والعشرين من الشهر ولا تذكر أوله وآخره، صلت إلى ذلك اليوم بالوضوء وتدع الصلاة فيه واغتسلت تسعة أيام.

وإن علمت أنها كانت ترى الدم عشرة في الشهر ولا تدري أوله وآخره، وعلمت أنها ليست الوسطى، صلت من أول الشهر إلى العشرة بالوضوء لتردد حالها فيه بين الحيض والطهر، ثم اغتسلت مرة وتوضأت وصلت إلى تمام الشهر، ثم تغتسل مرة لاحتمال خروجها من الحيض عند تمام الشهر إن كان حيضها العشرة الأخيرة.

(فصل في الإضلال بهما)

امرأة استحيضت ونسيت عدد أيامها ومكانها فإنها تتحرى خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن غلبة الرأي حجة عند فقد سائر الأدلة؛ لأن غلبة الرأي تفيد علم الظاهر والعمل بالعلم الثابت بغالب الرأي واجب، كما في أمر القبلة وكالقياس حجة عند عدم النص.

وإن لم يكن لها رأي في ذلك اغتسلت لكل صلاة ولا تمسك عن الصلاة والصوم في شهر رمضان.

وقال أبو علي الدقاق: الاستحسان أنها تغتسل لوقت كل صلاة مرة دفعًا للحرج عنها كما في المستحاضة تتوضأ لكل صلاة.

وزعم أن هذا قول محمد.

والصحيح ما ذكر محمد لما رُوي: أن أم حبيبة بنت جحش لما استحيضت سبع سنين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة[1]، ولأن العبادات مبناها على الاحتياط، فما دار بين السقوط والوجوب يجب احتياطًا، وما دار بين الحظر والإباحة يحرم احتياطا تجنبًا عن الحرام، وهنا يحتمل خروجها من الحيض

---

(١) أخرجه أحمد ١٤١/٦ (٢٥٦٠٨) قال: حدثنا يزيد، قال: قال ابن أبي ذئب. و«الدارمي» (٨١٦) قال: أخبرنا أبو المغيرة، عن الأوزاعي. و«البخاري» ٨٩/١ (٣٢٧) قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر، قال: حدثنا معن، قال: حدثني ابن أبي ذئب. و«مسلم» ١٨١/١ (٦٨٢) قال: حدثنا محمد بن سلمة المرادي، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، عن عمرو بن الحارث. و«ابن ماجه» (٦٢٦) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا أبو المغيرة، قال: حدثنا الأوزاعي. و«أبو داود» (٢٨٥ و٢٨٨) قال: حدثنا ابن أبي عقيل، ومحمد بن سلمة المصريان، قالا: حدثنا ابن وهب، عن عمرو بن الحارث. وفي (٢٩١) قال: حدثنا محمد بن إسحاق المسيبي، قال: حدثني أبي، عن ابن أبي ذئب. و«النسائي» ١١٧/١، وفي «الكبرى» (٢٠٩) قال: أخبرنا عمران بن يزيد، قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي ١١٨/١، وفي «الكبرى» (٢١٠) قال: أخبرنا الربيع بن سليمان بن داود، قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: حدثنا الهيثم بن حميد، قال: أخبرني النعمان، والأوزاعي، وأبو معيد، وهو حفص بن غيلان. وفي ١١٩/١، وفي «الكبرى» (٢١١) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: حدثنا ابن وهب، عن عمرو بن الحارث. و«ابن حبان» (١٣٥٢) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، ببيت المقدس، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث. وفي (١٣٥٣) قال: أخبرنا الحسين بن عبد الله القطان، قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: أخبرنا الليث، والأوزاعي. ستتهم (محمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، وعبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، وعمرو بن الحارث، والنعمان بن راشد، وحفص بن غيلان، والليث بن سعد) عن ابن شهاب الزهري، عن عروة بن الزبير، وعمرة بنت عبد الرحمن، فذكراه.

في كل ساعة فدار الاغتسال بين الوجوب وعدمه، فلزمها الاغتسال لكل صلاة احتياطا، وفي المستحاضة جاء الأثر بالوضوء لوقت كل صلاة، وهنا بالاغتسال لكل صلاة فاتبعنا الأثر فيهما.

ثم مسائله على نوعين:

أحدهما: في الصلاة.

والثاني: في الصوم.

أما الصلاة فعلى ضربين: أداء وقضاء.

أما الأداء: فإنها تصلي المكتوبات والسنن المشهورة؛ لأنها تبع للمكتوبات شرعت جبرا للنقصان المتمكن فيها فتكون حكمها حكم الفرائض.

وفيما يصلي يقرأ في كل ركعة آية واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ثلاث آيات بقدر ما تجوز به الصلاة، وقال بعض مشايخنا: يقرأ الفاتحة والسورة في الأولتين من المكتوبة وفي السنن في كل ركعة؛ لأن قراءتهما واجبة، ولا يقرأ في الآخرتين من المكتوبة عند بعضهم أصلا؛ لأنها لو تركتها جازت صلاتها فتركتها احتياطًا لجواز أنها حائض، وعند بعضهم يقرأ فيهما الفاتحة لأنها واجبة في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله وترك الواجب لا يجوز، وفي رواية سنّة فيأتي بها كسائر السّنن ويصلي الوتر؛ لأنه إما واجب أو سنّة مؤكدة فهو أقوى من السّنن المشهورة.

قال مشايخنا: ولا يقنت فيه باللهم نستعينك؛ لأنهما سورتان من القرآن عند عمر رضي الله عنه فيكون له شبهة القرآن وغيره من الدعوات يقوم مقامه فلا يقرأه احتياطا ولا تصلي ولا تصوم تطوعًا؛ لأن أداء التطوعات في الطهر مباح وفي الحيض حرام، وما تردد بين الحرمة والإباحة فالتحرز عنه واجب، ولا تقرأ القرآن خارج الصلاة ولا تمس المصحف ولا تدخل المسجد لما بينا.

وإن سمعت آية السجدة فسجدت في الحال لا يجب عليها الإعادة؛ لأنها إن كانت طاهرة فقد صح أداؤها، وإن كانت حائضًا لم يلزمها، وإن سجدت بعد ذلك تعيده بعد العشرة لاحتمال أنها كانت طاهرة وقت السماع حائضًا وقت السجود فلم تجزها السجدة، فإذا أعادت بعد العشرة فقد تيقنا بحصول إحداهما في الطهر.

وأما قضاء الفائتة: فإن كانت عليها صلوات فائتة فقضتها فعليها إعادتها بعد عشرة أيام؛ لاحتمال أنها كانت حائضًا وقت القضاء فتقضي ثانيًا بعد العشرة ليحصل القضاء في الطهر بيقين.

وقال أبو علي الدقاق: تعيدها بعد العشرة قبل أن يزيد على خمسة عشر يوما وهو الصحيح؛ لأنه بعد انقضاء خمسة عشر يوما يجوز أن يعود حيضها، وإن حجت فلا تأتي بطواف التحية لأنها سنّة وتطوف للزيارة؛ لأنه ركن الحج، ثم تعيده بعد عشرة أيام وتطوف للصدر؛ لأن طواف الصدر واجب على الطاهر دون الحائض، فإن كانت حائضًا لا يجب عليها، وإن كانت طاهرة فقد أتت به، ولا يأتيها زوجها تجنبًا عنه في الحيض ولا يطأها بالتحري؛ لأن التحري في باب الفروج لا يجوز.

وأما الصوم فعلى ضربين: صوم رمضان وصوم كفارة.

أما صوم رمضان: فإنها تصوم في كل الشهر لاحتمال أنها طاهرة في كل صوم، وتعيد بعد رمضان عشرين يوما وهو على ثلاثة أوجه: الأول إن علمت أن ابتداء حيضها يكون بالليل فإنها تقضي عشرين يومًا لجواز أن حيضها في كل شهر عشرة، فإذا قضت عشرة يجوز أنه حصل في الحيض فتقضي عشرة أخرى ليتخلص عما عليها بيقين. والثاني: إن علمت أن ابتداء حيضها يكون بالنهار، تقضي اثنين وعشرين يوما؛ لأن أكثر ما فسد صومها في الشهر أحد عشر يومًا، فتقضي ضعف ذلك احتياطًا.

وإن لم تعلم شيئًا قال عامة مشايخنا: تقضي عشرين يوما؛ لأن الحيض لا يزيد على عشرة.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: تقضي اثنين وعشرين يوما وهو الأصح؛ لجواز أن يكون ابتداء حيضها من النهار في اليوم الحادي عشر فيفسد صومها فيه فيلزمها قضاء أحد عشر يومًا فتقضي ضعف ذلك احتياطا.

وإن علمت أن حيضها في كل شهر تسعة وعلمت أن ابتداء حيضها من الليل فإنها تقضي ثمانية عشر يوما.

وإن علمت أن ابتداء حيضها كان من النهار ولا تعلم شيئًا، تقضي عشرين يوما وهذا كله إذا علمت أن دورها كان في كل شهر. فإن لم تعلم ذلك، فإن علمت أن

ابتداء حيضها كان بالليل، تقضي خمسة وعشرين يوما لجواز أن حيضها كان عشرة من أول الشهر، وطهرها خمسة عشر وخمسة من آخرها أيضًا حيضًا، أو خمسة من أوله بقية حيضها وعشرة من آخره فيفسد صومها في خمسة عشر، فعليها قضاء خمسة عشر يوما ثم إن قضته موصولا بالشهر، فإن كان حيضها عشرة من أول الشهر وخمسة من آخره، فخمسة أيام من شوال بقية حيضها الثاني، فلا يجزئها صومها فيها ويجزئها في خمسة عشر بعدها.

وإن كان حيضها في آخر الشهر عشرة فيوم الفطر أول يوم من طهرها لا تصوم فيه، ثم يجزئها الصوم في أربعة عشر يوما لا يجزئها في عشرة ثم يجزئها في يوم آخر فجملته خمسة وعشرون، فعليها أن تصوم خمسة وعشرين يوما من هذا الوجه، ومن الوجه الأول يلزمها صوم تسعة عشر يومًا فتقضي خمسة وعشرين احتياطًا، وكذلك إن قضته مفصولًا عنه لتوهم أن ابتداء القضاء وافق أول يوم من حيضها، فلا يجزئها الصوم في عشرة ثم يجزئها في خمسة عشر.

وإن علمت أن ابتداء حيضها كان بالنهار تقضي اثنين وثلاثين يومًا إن قضته موصولًا برمضان؛ لأن أكثر ما فسد من صومها في الشهر ستة عشر يومًا، فإن كان أول الشهر ابتداء حيضها، فيوم الفطر هو السادس من حيضها الثاني فلا تصوم فيه، ثم لا يجزئها الصوم في خمسة أيام؛ لأن بعض اليوم الخامس من تتمة حيضها، ويجزئها في أربعة عشر ثم لا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في يومين، فجملته اثنان وثلاثون، وإن كان يوم الفطر أول طهرها فلا تصوم فيه، ثم يجزئها الصوم من أربعة عشر ثم لا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في يومين، فتكون الجملة سبعة وعشرين يوما فعليها قضاء سبعة وعشرين يومًا، من هذا الوجه، ومن الوجه الأول قضاء اثنين وثلاثين فتصوم اثنين وثلاثين احتياطًا، وإن قضته مفصولًا، تقضي ثمانية وثلاثين يومًا لتوهم أن ابتداء القضاء وافق أول يوم من حيضها، فلا يجزئها الصوم في أحد عشر ثم يجزئها في أربعة عشر، ثم لا يجزئها في أحد عشر، ثم يجزئها في يومين، فجملته ثمانية وثلاثون، وإن كانت لا تعلم شيئًا قال عامة مشايخنا: تصوم خمسة وعشرين يومًا.

وقال الفقيه أبو جعفر: إن قضت موصولًا صامت اثنين وثلاثين، وإن قضت مفصولًا عنه صامت ثمانية وثلاثين وهو الأصح لما بينا، وهذا كله إذا كان رمضان

كاملًا، فإن كان ناقصًا وعلمت أن ابتداء حيضها كان بالليل، وإن قضت موصولًا قضت عشرين يومًا، وإن قضت مفصولًا قضت أربعة وعشرين يومًا.

وإن علمت أن ابتداء حيضتها كان بالنهار أو لا تعلم شيئًا، إن وصلت قضت ثلاثة وثلاثين يومًا لأنا تيقنا لجواز الصوم في أربعة عشر وبفساده في خمسة عشر، فيلزمها قضاء خمسة عشر ثم لا يجزئها الصوم في سبعة من أول شوال؛ لأنه بقية حيضها، ويجزئها في أربعة عشر ولا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في يوم فجملته ثلاثة وثلاثون، وإن فصلت عنه قضت سبعة وثلاثين يوما، لجواز أن يوافق ابتداء صومها ابتداء حيضها، فلا يجزئها الصوم في أحد عشر ثم يجزئها في أربعة عشر، ثم لا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في يوم فجملته سبعة وثلاثون.

وأما صوم الكفارة: لو كان عليها صوم شهرين متتابعين في كفارة القتل أو الفطر قبل هذه الحالة، فإن بالفطر في هذه الحالة لا يلزمها الكفارة؛ لتمكن الشبهة في كل يوم لتردد بين الحيض والطهر.

ثم هذا على وجهين: إما أن تعلم أن دورها يكون في كل شهر أو لا تعلم، فإن علمت أن دورها في كل شهر وعلمت أن ابتداء حيضها كان بالليل فعليها أن تصوم تسعين يومًا؛ لأن عليها صوم ستين يومًا متتابعة وقد تيقنا بجواز صومها في عشرين يومًا من كل ثلاثين يومًا فإذا صامت تسعين فقد تيقنت بجواز صومها في ستين، وإن علمت أن ابتداء حيضها كان بالنهار، تصوم مائة يوم وأربعة أيام؛ لجواز أن ابتداء صومها وافق ابتداء حيضها، فلا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في تسعة عشر ثم هكذا إلى أن يبلغ تسعين، فقد صار صومها منه في سبعة وخمسين ثم لا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في ثلاثة تتمة ستين.

وإن لم تعلم شيئًا فعند عامة مشايخنا تصوم تسعين يومًا، وعند الفقيه أبي جعفر تصوم مائة وأربعة أيام فهو الأحوط، فإن لم تعلم أن دورها في كم يكون وعلمت أن ابتداء حيضها بالليل، فإنها تصوم مائة يوم لتيقنا بجواز صومها في خمسة عشر يوما من كل خمسة وعشرين، وإن علمت أن ابتداء حيضها بالنهار، تصوم مائة وخمسة عشر يوما لجواز أن ابتداء صومها وافق ابتداء حيضها، فلا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في أربعة عشر ثم هكذا إلى مائة، ثم لا يجزئها في أحد عشر ثم يجزئها في أربعة تتمة ستين، وإن لم تعلم شيئًا فهو على الاختلاف الذي مر.

ولو وجب عليها صوم كفارة يمين، فإن علمت ابتداء حيضها بالليل تصوم ثلاثة أيام متتابعة ثم أفطرت عشرة ثم صامت ثلاثة فوافق أحد الثلاثين زمان طهرها فجاز.

وإن علمت أن ابتداء حيضها بالنهار ذكر محمد رحمه الله في الأصل: أنها صامت ثلاثة ثم أفطرت أحد عشر ثم صامت ثلاثة، وقيل: هذا خطأ لجواز أن يكون اليوم الأول من الثلاثة الأولى يوم خروجها من الحيض، واليوم الثالث من الثلاثة الأخيرة يوم دخولها في الحيض فلا يجزئها أحد الثلثين.

والصحيح ما قاله أبو علي الدقاق: أنها تصوم ثلاثة أيام وتفطر تسعة ثم تصوم أربعة أو يفعل على قلبه فيطهر صحته لا محالة.

(باب النفاس)

أكثر النفاس أربعون يومًا.

وقال مالك رحمه الله: سبعون يومًا.

وقال الشافعي رضي الله عنه: ستون يومًا.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**تَقعدُ النفساءُ أربَعينَ يَومًا إلّا أن تَرى الطُّهرَ قبل ذَلك**"[1].

وأقله ما يوجد لعموم قوله عليه السلام: "**إلَّا أن تَرى الطُّهر قبلَ ذلكَ**" حتى لو رأت الدم يومًا ثم طهرت فذلك اليوم نفاس بخلاف الحيض، فإن أقله مقدر؛ لأن لدم النفاس علامة يستدل بها على أنه من الرحم، وهو تقدم خروج الولد فلا حاجة إلى التقدير فيه بالمدة، فأما الحيض فلا تسبقه علامة يستدل بها على أنه من الرحم فجعلنا العلامة فيه الامتداد ويستدل به على أنه ليس بدم عرق.

---

(١) أخرجه الحاكم (٢٨٣/١، رقم ٦٢٥). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (٢٢١/١) وقال: عمرو بن الحصين وابن علاثة ضعيفان متروكان. وابن الجوزي في العلل المتناهية (٣٨٦/١ رقم ٦٤٩) وقال: ليس في هذه الأحاديث ما يصح، قال الدارقطني: أبو بلال ضعيف، وعطاء بن عجلان متروك الحديث، وعمرو بن الحصين وابن علاثة متروكان.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: أن أقل النفاس خمسة وعشرون يومًا وليس المراد به أنه إذا انقطع فيما دون ذلك لا يكون نفاسًا، ولكن المراد به أنه إذا وقعت الحاجة إلى نصب العادة لها في النفاس لا ينقص ذلك من خمسة وعشرين إذا كان عادتها من الطهر خمسة عشر؛ لأنه لو نصب لها دون ذلك أدى إلى نقض العادة، لأنا لو قدرنا بأقل من ذلك ربما يعاودها الدم قبل تمام الأربعين، فيكون الكل نفاسا عنده وفي الإخبار بانقضاء العدة قدر مدة نفاسها بخمسة وعشرين، وعن أبي يوسف رحمه الله أقله أحد عشر يومًا في حق الإخبار بانقضاء العدة لما يأتي في كتاب العدة.

ثم الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله: أن الطهر المتخلل في الأربعين، وإن كثر لا يفصل بين الدمين ويكون كله نفاسا؛ لأن الأربعين للنفاس بمنزلة العشرة للحيض ثم الطهر المتخلل بين الدمين في العشرة لا يفصل عنده فكذا هذا، وعندهما إن كان الطهر أقل من خمسة عشر يوما لا يفصل، إن كان خمسة عشر فصاعدا يفصل بين الدمين، فالأول نفاس والآخر حيض إذا كان ثلاثة أيام فصاعدا.

وأبو حنيفة رحمه الله مر على أصله في الحيض والنفاس، وأبو يوسف مر على أصله فيهما، ومحمد فرق بينهما فقال: في الحيض إذا كانت الغلبة للطهر يفصل بين الدمين، وإن كان دون خمسة عشر وفي النفاس لا يفصل.

والفرق أن في مدة النفاس لا يتصور طهر ما دون خمسة عشر وهو غالب على الدم، وإنما يتصور ذلك في مدة الحيض، ثم هناك الدم قد يتقدم وقد يتأخر فلو لم يعتبر غلبة أحدهما على الآخر أدى إلى القول بجعل زمان هو طهر كله حيضًا وذلك لا يجوز بخلاف النفاس.

بيانه: لو رأت ساعة دمًا ثم انقطع إلى الأربعين غير ساعة، ثم رأت ساعة دمًا فالأربعون يقاس عنده وعندهما الدم الأول نفاس فقط.

ولو رأت خمسة دمًا وطهرت خمسة عشر، ثم رأت خمسة دمًا ثم طهرت خمسة عشر، ثم رأت خمسة دمًا ثم طهرت خمسة عشر، ثم استمر الدم فعنده نفاسها خمسة وعشرون؛ لأنه لا عبرة بالطهر الأول لإحاطة الدم بطرفيه والطهر الثاني معتبر؛ لأن به تم الأربعون وصار ذلك عادة لها في الطهر بالمرة الواحدة لأنها

مبتدئة ولا عادة لها في الحيض، فيجعل حيضها من أول الاستمرار عشرة وطهرها خمسة عشر وعندهما نفاسها الخمسة الأولى وعادتها في الطهر خمسة عشر وحيضها الخمسة الأخيرة، وصار ذلك عادة لها بالمرة الواحدة لأنها مبتدئة فيكون حيضها من أول الاستمرار خمسة وطهرها خمسة عشر.

وإن رأت ثلاثين دمًا وعشرة طهرًا ويوما دمًا، فعند أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة الأربعون نفاس؛ لأنه يختم النفاس بالطهر الفاسد ويقلب الطهر نفاسا بإحاطة الدمين كما في الحيض.

وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة: ثلاثون نفاس؛ لأنه لا يختم النفاس بالطهر كالحيض.

وإن جاوز النفاس الأربعين إن كانت مبتدأة في النفاس يجعل نفاسها أربعين وتغتسل عند تمام الأربعين، ثم تصلي بالوضوء لوقت كل صلاة مقدار عادتها في الطهر قبل الحبل، ثم تدع الصلاة مقدار عادتها في الحيض قبل الحبل ثم تغتسل وذلك دأبها.

وإن كانت معتادة في النفاس يجعل معروفتها نفاسًا وما زاد عليها استحاضة.

بيانه: أنها إذا اعتادت أن يكون نفاسها عشرين وطهرها خمسة عشر وحيضها خمسة، فإنه يجعل عشرون نفاسًا وخمسة عشر طهرًا وخمسة حيضًا.

(فصل)

امرأة ولدت ولم تر دمًا فعند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله عليها الغسل احتياطا؛ لأن خروج الولد لا يخلو عن قليل دم ظاهرًا فتحتاط في إيجاب الغسل، وعند أبي يوسف لا غسل عليها؛ لأن وجوبه معلق بالنفاس حقيقة ولم يوجد.

فإن خرج بعض الولد رأت الدم فعند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف: إن خرج أكثره فهي نفساء؛ لأن بقاء الأقل لا يمنع خروج الدم من الرحم فصار خروج أكثره كخروج كله، وإن كان خرج أقله فلا، وكذلك لو تقطع الولد فيها، فإن خرج أكثره فهي نفساء وإلا فلا، وعند محمد وزفر لا يكون نفاسا؛ لأن عندهما النفاس إنما يثبت بوضع الحمل كله لما تبين، ثم كيف تصلي؟ قالوا: تؤتى بقدر فتجعل تحتها أو تحفر لها حفيرة وتجلس عليها وتصلي كي لا تؤذي الولد.

وإن ولدت وفي بطنها آخر فالنفاس من الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لا تصوم ولا تصلي فيما بين الولدين، وإن كان بين الولدين أربعون يومًا والدم بعد الولد الثاني، يكون استحاضة ولا تغتسل بعد ولادة الولد الثاني؛ لأنه لا يتوالى نفاسان ليس بينهما طهر كما لا يتوالى حيضان ليس بينهما طهر.

وعند محمد وزفر: النفاس من الأخير، وتنقضي العدة بالولد الأخير بالإجماع.

لهما: أن النفاس معلق بالولادة؛ لأنه مأخوذ من تنفس الرحم أو تنفس الولد، ولم توجد الولادة من كل وجه لقيام الولد الثاني، والصلاة كانت واجبة قبل الولادة فلا تسقط بالاحتمال، كما لو كان الولد واحدًا وخرج أقله لا يكون الدم المرئي عقيبه نفاسا فكذا هذا.

لنا: أنه اسم لدم يتنفس به الرحم عقيب الولادة، وبولادة الولد الأول انفتح فم الرحم وتحققت الولادة من كل وجه بخروج الولد، فالدم الذي يعقبها يكون نفاسا بخلاف الحيض؛ لأنه بالحبل انسد فم الرحم فلا يكون المرئي دم رحم وإنما هو دم عرق، فلا يكون حيضًا وبخلاف انقضاء العدة؛ لأنه متعلق بفراغ الرحم ولا فراغ مع بقاء شيء من الشغل.

وإن كان بين الولدين ستة أشهر، فإنه يجعل أربعون نفاسًا من الأول وأربعون نفاسًا آخر من الثاني؛ لأن هذا حمل به حادث وقد تخلل بين الولادتين طهر كامل.

وإن ولدت ثلاثة أولاد وكان بين الأول والثاني أقل من ستة أشهر، وبين الثاني والثالث كذلك، ولكن بين الأول والثالث أكثر من ستة أشهر، فالصحيح أنه يجعل كحمل واحد.

وذكر في نوادر الصلاة: امرأة ولدت في غرة رمضان فصامت رمضان كله، ثم جاءت بولد آخر بعد رمضان لأقل من ستة أشهر من رمضان قضت صوم النصف الأول وصلاة النصف الأخير؛ لأن الولد الثاني من علوق حادث؛ لأنه تخلل بين ولادة ولدين أقل مدة الحمل وهو ستة أشهر، والمرأة لا تلد من علوق حادث لأقل من ستة أشهر فعلمنا أنها حبلت في النصف الأخير من رمضان ودم الحامل لا يكون نفاسا، فكانت طاهرة في النصف الأخير فتقضي ما تركت من الصلوات فيه

إلا أن تكون اغتسلت على رأس النصف الأخير؛ لأن الاغتسال عن النفاس شرط لصحة الصلاة ولا تقضي صوم هذا النصف؛ لأن الاغتسال ليس بشرط لجواز الصوم وتقضي صيام النصف الأول؛ لأن صومها لم يصح فيه ولا تقضي صلواته لأنها كانت حائضًا فيه.

وإن كانت اغتسلت يوم الفطر وصامت شوال بنية رمضان وصلّت، قضت صوم يوم واحد وصلاة خمسة عشر يوما؛ لأنها قضت صيام رمضان في شوال وهي طاهرة فأجزأها إلا يوم الفطر، وعليها قضاء صلاة النصف الأخير من رمضان؛ لأنها كانت طاهرة ولم تصلّ أو صلت من غير اغتسال.

ولو خرج ولدها ميتًا من قبل سرّتها لا تصير نفساء؛ لأن دم النفاس اسم لدم يخرج من الرحم عقيب الولادة ولم يوجد.

ولو سال الدم من الأسفل صارت نفساء؛ لأنه وجد خروج الدم من الرحم عقيب الولادة.

ولو كانت معتدة تنقضي عدتها، لأنها وضعت حملها وتصير الجارية أم ولد له، وإذا أسقطت سقطًا قد استبان شيء من خلقه من يد أو رجل أو إصبع، فهو ولد والدم الذي يعقبه نفاس وتنقضي به العدة وتصير الجارية أم ولد له، ويحنث إذا علق اليمين بولادة الولد؛ لأنه ولد أظهر علامة الولد لكنه ناقص الخلقة ونقصان الخلقة لا يمنع ثبوت أحكام الولادة كما لو ولدت ولدًا ليس له بعض أطرافه، وإن لم يستبن شيء من خلقه فليس بولد ولا يثبت له حكم الولادة؛ لأن هذه علقة أو مضغة فلم يكن الدم المرئي عقيبه نفاسا بل يكون حيضًا إن كان ثلاثة أيام وإلا فهو استحاضة ثم المسألة على وجهين: إما أن ترى الدم قبل إسقاط السقط أو بعده، فإن رأت قبله وقد استبان شيء من خلقه تقضي ما تركت من الصلاة والصوم؛ لأنه تبين أنها كانت حاملا وإن لم يستبن خلقه، فإن كانت رأت قبل السقط ثلاثة أيام وقد وافق أيام عادتها فهو حيض؛ لأنه تبين أنها لم تكن حاملا وما رأته بعد السقط استحاضة، فإن رأت قبل السقط يوم أو يومين تكمل ثلاثة مما رأت بعد السقط والباقي استحاضة.

وأما إذا رأت الدم بعد إسقاط السقط ولم تر دمًا قبله، فإن أمكن جعله حيضًا تجعل حيضًا وإلا فهو استحاضة.

(فصل في الإضلال في النفاس)

امرأة أسقطت في بئر المخرج سقطا ولا تدري أنه مستبين الخلق أم لا، فهو على وجهين: إما أن رأت الدم قبل إسقاط السقط أو بعده، فإن رأت بعده وحيضها كان عشرة وطهرها عشرون فإنها تدع الصلاة عقيب السقط عشرة؛ لأنها فيها إما حائض أو نفساء؛ لأن السقط إن كان مستبين الخلق فهي نفساء، وإن لم يكن فهي حائض فلم تكن الصلاة واجبة عليها بكل حال، ثم تغتسل وتصلي عشرين يومًا بالوضوء لتردد حالها فيه بين الطهر والنفاس ثم تدع عشرة لأنها فيها إما حائض أو نفساء، ثم تغتسل لما مر مدة النفاس أو الحيض، وإن رأت قبل الإسقاط ينظر إن رأت ثلاثة دمًا لا تدع الصلاة، وإن رأت دونها تدع قدر ما يتم به مدة حيضها ولا تدع الصلاة فيما رأت قبل الإسقاط بكل حال؛ لأنه إن كان السقط مستبين الخلق لم يكن ما رأت قبله حيضًا، وإن لم يكن كان حيضًا فتردد حالها فيه بين الحيض والطهر فلا تترك الصلاة بالشك.

ولو رأت قبل الإسقاط عشرة دمًا ثم أسقطت صلّت تلك العشرة بالوضوء، ثم اغتسلت بعد السقط عشرين يوما بالوضوء بالشك لتردد حالها فيه بين الطهر والنفاس، ثم تدع الصلاة عشرة بيقين لأنها فيها إما حائض أو نفساء، ثم تغتسل وتصلي عشرين يوما عشرة بالشك لتردد حالها فيها بين الطهر والنفاس، ثم تغتسل وتصلي عشرة لتردد حالها فيها بين الطهر والحيض، ثم تغتسل وهكذا دأبها أن تغتسل في كل وقت تتوهم أنه وقت خروجها من الحيض والنفاس.

وإن رأت قبل السقط خمسة أيام دمًا، تدع الصلاة خمسة أيام بعد السقط؛ لأن هذه الخمسة إما من تمام مدة حيضها إن لم يكن السقط مستبين الخلق أو من نفاسها إن كان مستبين الخلق، فتكون فيها إما حائضًا أو نفساء ثم تغتسل وتصلي عشرين بالوضوء لوقت كل صلاة لتردد حالها فيه بين الطهر والنفاس، ثم تدع عشرة

لأنها فيها إما حائض أو نفساء، ثم تغتسل وتصلي خمسة بالوضوء ثم تغتسل لتمام الأربعين لاحتمال أنه وقت خروجها من النفاس ثم تصلي خمسة عشر بالوضوء؛ لأنه طهرها بيقين، ثم تصلي خمسة بالوضوء لتردد حالها فيها بين أول الحيض إن لم يكن مستبين الخلق وبين آخر الطهر إن كان مستبين الخلق فبلغ ستين، ثم تدع خمسة لتيقنها بالحيض فيها ثم تغتسل وتصلي خمسة بالوضوء بالشك ثم تغتسل مرة أخرى؛ لأن هذا آخر حيضها إن كان السقط مستبين الخلق ثم تصلي خمسة عشر بالوضوء؛ لأنه طهرها وهكذا دأبها أن تترك في كل مرة الصلاة في كل خمسة فيها بيقين بالحيض، وأن تغتسل في كل وقت يتوهم أنه وقت خروجها من الحيض.

فإن ولدت ولدا أو سقطا مستبين الخلق واستمر بها الدم فهي على ثلاثة أوجه.

أما إن شكّت في الحيض وتيقنت بالطهر، أو شكّت في الطهر وتيقنت بالحيض أو شكت فيهما، فإن شكت في الحيض أنه خمسة أو عشرة وتيقنت بالطهر أنه عشرون، فإنها تدع الصلاة أربعين يومًا؛ لأنه نفاسها، ثم تغتسل وتصلي عشرين؛ لأنه طهرها بيقين، ثم تدع خمسة لأنها حيضها بيقين، ثم تغتسل لاحتمال أن حيضها خمسة فيكون هذا وقت خروجها من الحيض، ولها حسابان: أقصر وأطول، ففي الحساب الأقصر استقبلها طهر عشرون وفي الحساب الأطول بقي من حيضها خمسة فتصلي خمسة بالوضوء بالشك لتردد حالها فيها بين الحيض والطهر، ثم تغتسل وتصلي خمسة عشر بالوضوء؛ لأنه طهرها بيقين في الحساب الأقصر استقبلها الحيض خمسة، وفي الأطول بقي من طهرها خمسة فتصلي خمسة بالوضوء بالشك وهكذا دأبها، وعلى نحو هذا يخرج ما إذا شكّت في الطهر وتيقنت بالحيض أو شكّت فيهما والله أعلم بالصواب وبه الثقة.

كتاب الحج

يحتاج إلى: معرفة تفسير الحج، وفرضيته، وسبب وجوبه، وشرائط وجوبه، وأركانه، وواجباته، وسننه.

أما تفسيره:

فالحج في اللغة: عبارة عن القصد والزيارة، يقال: حَجّ فلان فلانًا، إذا قصده وزاره.

وفي الشريعة: عبارة عن زيارة بقاع مخصوصة على صفة مخصوصة وهو كون الزائر محرما في أوقات معلومة وهي أشهر الحج.

ويسمى الحج نُسكًا وأفعاله مناسك.

والنُّسك: عبارة عن القربة والطاقة لقوله تعالى: ﴿إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي﴾ [الأنعام: ١٦٢] أي: قربتي ومنه يسمى النسيكة للشاة التي تذبح على وجه القربة يقال: فلان ناسك إذا كان ملازما للقرب والطاعات.

وأما فرضيته: فالحج فريضة محكمة مختومة تثبت فرضيتها بدلائل مقطوعة حتى يكفر جاحدها، فإنه لا تجب في العمر إلا مرة لما رُوي أنه لما نزلت آية الحج قال الأقرع بن حابس رضي الله عنه: يا رسول الله؛ ألعامنا هذا أم للأبد؟ فقال عليه السلام: "**للأَبدِ**"[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٤٠ (١٥٥٧) و٥/١٦٤ (٤٣٥٢) و٩/١١٢ (٧٣٦٧) قال: حدثنا المكي بن إبراهيم، عن ابن جريج. قال أبو عبد الله، وهو البخاري، تعليقا: وقال محمد بن بكر: حدثنا ابن جريج. وفي ٢/١٦٠ (١٦٥٢م) تعليقا، قال: وقال عبد الملك، عن عطاء. و«مسلم» ٤/٣٦ (٢٩١٥) قال: حدثني محمد بن حاتم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج. وفي ٤/٣٧ (٢٩١٦) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثني أبي، قال: حدثنا عبد الملك بن أبي سليمان. وفي ٤/٣٨ (٢٩١٨) قال: حدثنا محمد بن معمر بن ربعي القيسي، قال: حدثنا أبو هشام، المغيرة بن سلمة المخزومي، عن أبي عوانة، عن أبي بشر. =

وسُئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الحج فقال: "**يَلزمُ مرّةً وَاحدةً فمَن زادَ فهوَ تطوُّع**"(١).

=

و«ابن ماجه» (١٠٧٤) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا أبو عاصم، وقرأته عليه، قال: أنبأنا ابن جريج. وفي (٢٩٨٠) قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم الدمشقي، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا الأوزاعي. و«أبو داود» (١٧٨٧) قال: حدثنا العباس بن الوليد بن مزيد، قال: أخبرني أبي، قال: حدثنا الأوزاعي، قال: حدثنا من سمع عطاء بن أبي رباح. قال الأوزاعي: سمعت عطاء بن أبي رباح يحدث بهذا، فلم أحفظه، حتى لقيت ابن جريج، فأثبته لي. و«النسائي» ١٥٧/٥ و٢٠٢، وفي «الكبرى» (٣٧١٠ و٣٨٤١) قال: أخبرني عمران بن يزيد، قال: حدثنا شعيب، عن ابن جريج. وفي ١٧٨/٥، وفي «الكبرى» (٣٧٧٣) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا ابن علية، عن ابن جريج. وفي ٢٤٨/٥، وفي «الكبرى» (٣٩٧١) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا عبد الملك. و«ابن خزيمة» (٩٥٧ و٢٧٨٦) قال: حدثنا محمد بن بشار، بندار، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: أخبرنا ابن جريج. و«ابن حبان» (٣٧٩١) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن ابن جريج. وفي (٣٩٢١) قال: أخبرنا ابن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا الأوزاعي.

أربعتهم: (عبد الملك بن جريج، وعبد الملك بن أبي سليمان، وأبو بشر، جعفر بن إياس، وعبد الرحمن الأوزاعي) عن عطاء بن أبي رباح، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٨٥/٤ (١٥٩١٨) قال: حدثنا يزيد بن هارون، عن سفيان بن حسين. و«أحمد» ٢٥٥/١ (٢٣٠٤) و٢٩٠/١ (٢٦٤٢) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا سليمان بن كثير، أبو داود الواسطي. وفي ٣٥٢/١ (٣٣٠٣) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا سفيان. وفي ٣٧٠/١ (٣٥١٠) قال: حدثنا روح، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة. وفي ٣٧١/١ (٣٥٢٠) قال: حدثنا روح، قال: حدثنا زمعة. و«عبد بن حميد» (٦٧٨) قال: أخبرنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا سفيان بن حسين. و«الدارمي» (١٩١٦) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: حدثنا سليمان بن كثير. و«ابن ماجه» (٢٨٨٦) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا سفيان بن حسين. و«أبو داود» (١٧٢١) قال: حدثنا زهير بن حرب، وعثمان بن أبي شيبة، المعنى، قالا: حدثنا يزيد بن هارون، عن سفيان بن حسين. و«النسائي» ١١١/٥، وفي «الكبرى» (٣٥٨٦) قال: أخبرنا محمد بن يحيى بن عبد الله النيسابوري، قال: حدثنا سعيد بن أبي مريم، قال: أنبأنا موسى بن سلمة، قال: حدثني

=

والحج يجب على الفور عند أبي يوسف رحمه الله، وهو أصح الروايتين عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى يأثم بالتأخير عن السنة الأولى ويرتفع الإثم بالأداء في العمر.

وقال محمد: يجب على التراخي وهو رواية عن أبي حنيفة، وهو قول الشافعي رضي الله عنهم؛ لأن الأمر بالحج مطلق عن الوقت، وجميع العمر وقت لأدائه فنزل مدة العمر في حق الحج بمنزلة وقت الصلاة في حقها، وثمة يباح التأخير عن أول الوقت، فكذا هذا لأبي يوسف رحمه الله. أن التأخير عن العام الأول تفويت لأداء الواجب بيقين، وإنما يرتفع الفوات بإدراكه الوقت في العام القابل وحياته إليه وبقاء الاستطاعة في مظنة الشك والاحتمال، وليس العيش بأرجح من الموت على وفق العادة المستمرة فلا يرتفع الفوات فيحرم التأخير.

وأما سبب وجوبه: هو ترادف نعم الله تعالى على عبده، فإنه يجب على العبد خدمة مولاه ولزوم حضرة بابه لكونه عبدًا مستغرقًا في نعمه متحل بكرامته، فلما أضاف البيت إلى نفسه إظهارًا لشرفه وإعظامًا لقدره، يجب على عبيده زيارة بيته ولزوم حضرته والوقوف عند فناء بيته كما في الشاهد، لكن بفضله وكرمه اجترئ منهم في العمر مرة دفعًا للحرج عنهم.

وأما شرائطه: فكثيرة فمنها: الإسلام والبلوغ والعقل والحرية، حتى لا يجب على الصبي والمجنون والكافر؛ لأن الخطاب قاصر عنهم ولا يجب على العبد، وإن أذن له المولى؛ لأن منافعه في حق الحج غير مستثناة عن ملك المولى لما فيه تعطيل حقه مدة مديدة، وإذا أذن له المولى فقد أعاره منافع بدنه، والحج لا يجب بقدره عارية كالأجنبي إذا أعار لغيره الزاد والراحلة بخلاف الفقير إذا حج ماشيا تقع عن الفرض؛ لأنه مالك لمنافع بدنه وإنما لم يجب عليه لعدم ملكه الزاد والراحلة، فمتى قدر على الحج بالمشي وجب عليه فوقع عن الفرض كالجمعة في حق

=

عبد الجليل بن حميد. خمستهم: (سفيان بن حسين، وسليمان بن كثير، ومحمد بن أبي حفصة، وزمعة، وعبد الجليل بن حميد) عن ابن شهاب الزهري، عن أبي سنان الدؤلي، فذكره.

المسافر ومنها: الاستطاعة شرط؛ لأن الله تعالى علق الوجوب بشرط الاستطاعة؛ لأن من كلمة شرط، ثم اختلفوا في تفسير الاستطاعة؛ قال أبو حنيفة رحمه الله: هي صحة البدن وملك الزاد والراحلة.

وقالوا جميعًا وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: هو ملك الزاد والراحلة دون صحة البدن حتى لا يجب على المقعد والزمِن والمريض إن ملك الزاد والراحلة عنده.

وعندهم: يجب حتى يلزمهم الإحجاج بماله لهم، أنه إن عجز عن الأداء بنفسه ولكنه قدر على الأداء بالبدل فيلزمه الإحجاج كالفدية فتجب على الشيخ الفاني بدلا عن الصوم وكذا هذا.

له: أن وجوب الحج معلق بمطلق الاستطاعة وإنها عبارة عن القدرة على الأداء لا يثبت إلا بصحة البدن وملك الزاد والراحلة جميعا، فإذا لم يجب الحج لفقد سلامة البدن لا يلزمه البدل وهو الإحجاج؛ لأن البدل إنما يجب بعد وجوب الأصل بخلاف الفدية في الصوم؛ لأنه إنما وجبت حالة اليأس عن الصوم نصًّا لا قياسًا.

ولا يجب على الأعمى وإن وجد قائدًا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال الشافعي رحمه الله: يجب. وهو رواية عن أبي حنيفة رحمة الله عليه؛ لأن الأعمى قادر بنفسه لكنه لا يهتدي إلى الطريق وذلك يحصل بالقائد.

لأبي حنيفة: أن الأعمى وإن كان قادرًا ولكن قدرته لا تعمل بدون القائد وإباق القائد وموته محتمل فلا تثبت الاستطاعة معنى.

ولم يذكر في الأصل قولهما، وقيل: يجب عليه عندهما قياسًا على الجمعة.

وقيل: لا يجب بخلاف الجمعة؛ لأن الاستطاعة لا تثبت بالبدل والإباحة في باب الحج؛ لأن البدل في القياد في الحج نادر، والنادر لا عبرة به فالتحق بالعدم، فأما البدل في القياد إلى الجمعة معتاد غالب، فالتحقت القدرة الثانية بالبدل عادة بالقدرة الثانية باعتبار سلامة الآلة، والاستطاعة لا تثبت ببذل غيره الزاد والراحلة حتى لا يجب عليه الحج.

وعند الشافعي رحمه الله: يجب عليه ببذل ابنه الزاد والراحلة، ولو امتنع عن البذل يجبر عليه بعد إحرام المبذول له وقبله لا يجبر، ولو وهبه إنسان مالًا يحج به لا يجب القبول عليه عندنا.

والصحيح قولنا؛ لأن الاستطاعة لا تثبت إلا بالملك؛ لأن القدرة صفة القادر بحيث لو أراد أن يفعل فعلا يتمكن منه وهذا لا يثبت بالبذل والإباحة؛ لأن للمبيح قدرة المنع والظاهر منه هو الامتناع من البذل؛ لأن الظاهر من حال الإنسان الشح والضنّة بالمأكول والمشروب ومع امتناعه من البذل لا يثبت قدرة المبذول له على الفعل بخلاف الماء؛ لأن البذل والإباحة فيه غالب؛ لأنه لا يجري فيه الشح والضنّة فتثبت استطاعته ظاهرًا وغالبا والأحكام مبنية على ما يغلب لا على ما يشذ ويندر.

وتفسير ملك الزاد والراحلة: أن يكون له مال فاضل عن حاجته وهو ما سوى مسكنه وملبسه وخدمه وأثاث بيته قدر ما يبلغه إلى مكة ذاهبًا وجائيًا راكبًا لا ماشيًا وسوى ما يقضي به ديونه ويمسك لنفقة عياله ومرمة مسكنه ونحوها إلى وقت انصرافه؛ لأن الاستطاعة تثبت بمال فاضل عن حاجته؛ لأن المستحق لحاجته صار كالمعدوم حكما كما في صدقة الفطر والأضحية، وعن أبي يوسف: ونفقة شهر بعد رجوعه أيضًا.

وعن أبي عبد الله الجرجاني: ونفقة يومه بعد رجوعه إلى وطنه؛ لأنه كما رجع إلى وطنه لا يمكنه الاشتغال بالكسب لنفقة يومه، وغيره من مشايخنا لم يعتبروا هذا وإنما اعتبروا قدر الكفاية في الذهاب والمجيء بمال فاضل عن حاجته.

وذكر ابن شجاع: إذا كانت له دار لا يسكنها وعبد لا يستخدمه يجب عليه أن يبيع ويحج به وتحرم عليه الزكاة إذا بلغ نصابًا؛ لأنه ملك نصابا فارغًا عن حاجته فيكون غنيًّا، وإن أمكنه أن يبيع منزله ويشتري منزلا دونه ببعض ثمنه ويحج بالفضل لا يلزمه ذلك؛ لأنه مشغول بحاجته.

وقال أبو يوسف: إذا كان عنده دراهم وليس له مسكن ولا خادم ولا قوت عياله ويزيد على الذهاب والرجوع يلزمه الحج، وإن صرفها إلى شيء آخر أثم.

وإن ملكها في أول السنة قبل مخرج أهل بلده إلى الحج يسعه أن يصرفها إلى ما شاء؛ لأن التأهب ليس بواجب عليه للحال وهذا في حق البعيد عن مكة، فأما

أهل مكة ومن حولها يجب عليهم إذا قدروا بغير راحلة وقيل لا يجب بدون الراحلة؛ لأن المشي راجلا فيه حرج والله تعالى ما جعل في الدين من حرج، وبين مكة وعرفات أربع فراسخ وكل أحد لا يقدر على مشي أربعة فراسخ راجلا ومنها أمن الطريق شرط؛ لأنه لا يجب الحج بدون الزاد والراحلة، ولا بقاء للزاد والراحلة بدون الأمن.

واختلفوا أنه شرط الوجوب أم شرط الأداء؟ ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه شرط الوجوب، وهكذا ذكر الكرخي وأبو حفص الكبير؛ لأن الاستطاعة لا تثبت إلا بملك الزاد والراحلة، ولا استدامة لهما إلا بالأمن ومن أصحابنا من جعله شرط الأداء؛ لأن الاستطاعة هي القدرة على الأداء والقدرة على الأداء في الحال، ليس بشرط للوجوب في الذمة بعدما تحقق سبب الوجوب والأهلية، كما في الصوم والصلاة والزكاة وإنما جعلنا الاستطاعة بملك الزاد والراحلة شرطا نصًّا لا قياسًا فبقي ما وراءهما من الاستطاعة على قضية القياس.

وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الوصية، فمن جعله شرط الوجوب لا بقوله بوجوب الوصية، ومن جعله شرط الأداء يقول بوجوب الوصية.

ومنها: وجود المحرم في حق المرأة شابة كانت أو عجوز إذا كان بينها وبين مكة مسيرة سفر لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا تحجُّ المَرأةُ إلَّا ومعهَا زَوجُهَا أَو ذُو رَحمٍ محرم منهَا**"[1] ثم وجود المحرم شرط الوجوب أم شرط الأداء فهو على

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/٤٣ (١٠٨٦) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: قلت لأبي أسامة: حدثكم عبيد الله. وفي (١٠٨٧) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. قال البخاري: تابعه أحمد، عن ابن المبارك، عن عبيد الله. و«مسلم» ٤/١٠٢ (٣٢٣٧) قال: حدثنا زهير بن حرب، ومحمد بن المثنى، قالا: حدثنا يحيى، وهو القطان، عن عبيد الله. وفي (٣٢٣٨) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، وأبو أسامة (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي، جميعا عن عبيد الله. وفي (٣٢٣٩) قال: وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا ابن أبي فديك، قال: أخبرنا الضحاك. و«أبو داود» (١٧٢٧) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله. و«ابن خزيمة» (٢٥٢١) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. و«ابن حبان» (٢٧٢٠) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، =

الاختلاف الذي ذكرنا، والمحرم كل من لا يجوز له مناكحتها على التأبيد لقرابة أو رضاع أو صهرية، والحر والعبد والمسلم والذمي في ذلك سواء إلا أن يكون مجوسيا يعتقد إباحة مناكحتها فلا تسافر معه، وكذا المسلم إذا لم يكن مأمونا ولا عبرة للصبي الذي لا يحتلم والمجنون الذي لا يفيق؛ لأن الحفظ لا يحصل بهما، وإذا لم يخرج المحرم إلا بنفقة منها[1].

ذكر القدوري أنه يلزمها؛ لأنها لا تتمكن من الحج إلا بمحرم كما لا يتمكن إلا بالزاد والراحلة، وقد احتبس المحرم بحقها فصار كالمرأة إذا احتبست بحق الزوج.

وذكر الطحاوي: أنها لا يلزمها نفقته ولا يجب عليها الحج؛ لأنه لا تتمكن من الحج إلا بمحرم ولا يجب على المحرم الخروج معها فلم يصر محبوسا بحقها، وإن لم يكن لها محرم لا يجب عليها الحج.

وقال الشافعي رحمه الله: يجب إذا كان في الرفقة امرأة ثقة.

والصحيح قولنا لما روينا، ولأن النساء لحم على وضم إلا ما ذب عنهن ويخاف عليها الوقوع في الفتنة بالزنا، وحفظها عن الزنا إنما يقع بالرجال لا بالنساء لأنهن شريعة الاغترار والانخداع، ألا ترى أنه لا يباح لها الخروج في سفر التجارة مع النساء الثقات بخلاف سفر الهجرة، فإنه يباح لها الخروج بدون المحرم لأنها لو

=

قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا حسان بن إبراهيم، قال: حدثنا إبراهيم الصائغ. وفي (٢٧٢٢) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا هارون بن عبد الله الحمال، قال: حدثنا ابن أبي فديك، عن الضحاك بن عثمان. وفي (٢٧٢٩) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. وفي (٢٧٣٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا هشام بن عمار، عن أنس بن عياض، قال: حدثني عبيد الله بن عمر. ثلاثتهم: (عبيد الله بن عمر، والضحاك بن عثمان، وإبراهيم الصائغ) عن نافع، فذكره.

(١) انظر: المبسوط للسرخسي: ٩/٤٤، البدائع: ٧/٣٩، فتح القدير: ٤/١٣٤، ١٣٦، مختصر الطحاوي ص٢٦٢، مغني المحتاج: ٤/١٤٧، المهذب: ٢/٢٦٧، ٢٧١، حاشية الدسوقي: ٤/٣١٣، ٣٢٢، بداية المجتهد: ٢/٤٢٧، المنتقى على الموطأ: ٧/١٣٧، القوانين الفقهية: ص٣٥٤، الشرح الصغير: ٤/٤٤٧، المغني لابن قدامة: ٨/١٦٦، كشاف القناع: ٦/٩٠.

لم تخرج تخاف على نفسها إما القتل أو الكفر، فرخص لها ذلك للضرورة حتى قال مشايخنا لا يقصد السفر ولكن يقصد مرحلة فمرحلة؛ لأنه أمكنها العود بهذا الطريق من غير ارتكاب محظور.

وإن وجد محرمًا لم يكن للزوج منعها من الفرض وله منعها في النفل، وقال الشافعي رضي الله عنه: له أن يمنع من الفرض.

والصحيح قولنا؛ لأن الحج من الفرائض اللازمة فتكون منافعها مستثناة عن ملك الزوج في حقه وذلك؛ لأن لله تعالى على العبد حق الاستعباد وهو القيام بأعباء تكاليفه بأصل الفطرة، وفي حق الزوج في الاستمتاع بها ثبت بعارض النكاح، فلم يظهر حقه في منافعها في إبطال حق الله تعالى بخلاف الحجة المنذورة؛ لأنها وجبت بإيجابها وهي لا تملك إبطال حق الزوج فلم يصح إيجابها في حق الزوج كما في الصلاة والصوم المنذور. ومنها: الوقت شرط لقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة: ١٩٧] والمراد به وقت الحج وهو شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة ويوم النحر من أشهر الحج.

وقال أبو يوسف: ليس منها بدليل أن الحج يفوت بفوات عرفة.

لنا: قوله تعالى: ﴿يَوْمَ ٱلْحَجِّ ٱلْأَكْبَرِ﴾ [التوبة: ٣] فسره بعض السلف بيوم النحر ولأن أحد الركنين يقع فيه وهو طواف الزيارة فيكون من وقت الحج.

ومنها: الإحرام شرط حتى لا تصح أفعال الحج بدونه. وقال الشافعي رحمه الله: الإحرام ركن حتى لو قدم الإحرام على وقت الحج ينعقد ويكره عندنا، وعند الشافعي رحمه الله ينعقد للعمرة دون الحج.

والصحيح قولنا؛ لأن الإحرام عقد على الأداء بالتزام الكف والامتناع عن محظوراته؛ لأن اللفظ ينبني عنه لغة وأداء الحج متأخر عنه؛ لأن الحج لغة عبارة عن الزيارة إلا أن في الشريعة زيد عليه الوقوف بعرفة وشيء من هذا لا يوجه بالإحرام فيكون الإحرام شرطا فيجوز مباشرته قبل وقت الحج كالطهارة للصلاة وإنما كره التقدم مخافة أن يقع في محظورات إحرامه.

فأما ركن الحج فشيئان: الوقوف بعرفة وطواف الزيارة؛ لأنه يقوم بهما.

وأما واجباته فخمسة: الوقوف بمزدلفة والسعي بين الصفا والمروة ورمي الجمار والحلق والتقصير وطواف الصدر لما عرف كل واحد في بابه.

(باب العمرة)

وأما العمرة فتفسيرها في اللغة: عبارة عن الزيارة يقال اعتمر فلان فلانا إذا زاره وفي الشريعة عبارة عن زيارة البيت والسعي بين الصفا والمروة على صفة مخصوصة وهو أن يكون مع الإحرام.

وأما ركنها: الطواف.

وأما واجباتها: فالسعي بين الصفا والمروة والحلق أو التقصير.

وأما شرائطها: فما هو شرائط في الحج.

وأما وقتها: فالسنة كلها ويكره العمرة في خمسة أيام يوم عرفة والنحر وثلاثة أيام التشريق.

وقال مالك رحمه الله: لا يجوز العمرة في السنة إلا مرة كالحج.

وقال الشافعي رحمه الله: يجوز في السنة كلها من غير كراهة.

والصحيح قولنا لقول عائشة رضي الله عنها: العمرة تؤدى في السنة كلها إلا في خمسة أيام، وهي ما ذكرنا، وتخصيص العبادة ببعض الأوقات لا يدرك قياسا وإنما يعرف سماعا فصار كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وعن أبي يوسف رحمه الله: الإحرام بالعمرة يوم عرفة لا يكره قبل الزوال؛ لأنه ليس بوقت لأداء الحج؛ لأن الوقوف بعرفة يكون بعد الزوال فيبقى وقت الحج مجردًا لأفعال الحج.

وأما العمرة فسنة، وعند الشافعي رحمه الله فريضة.

والصحيح قولنا لما رُوي أن أعرابيًّا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الإيمان والشرائع، فبين إلى أن قال: "**وأَن تُقيمَ الصّلاةَ المَكتوبةَ وتؤدّي الزَّكاةَ المَفروضةَ**

وتحجّ البيتَ" فقال الأعرابي: هل عليَّ شيء سوى هذا؟ فقال: "**لَا، إِلَّا أَنْ تَطَّوَّعَ**"[١]. ولم يذكر فيه العمرة.

ورُوي عن جابر قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هي؟ قال: "**لَا، وأن تَعتمرَ خَيرٌ لكَ**"[٢].

وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم: "**العُمرةُ فَريضةٌ**" أي: مقدرة، فإن الفرض قد يذكر ويراد به التقدير، يقال: فرض القاضي النفقة، أي: قدر، فكان محتملا للتأويل،

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/١٨ (٤٦) و٣/١٧٩ (٢٦٧٨) قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثني مالك. وفي ٣/٢٤ (١٨٩١) و٩/٢٣ (٦٩٥٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. و«مسلم» ١/٣١ (٨) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد بن جميل بن طريف بن عبد الله الثقفي، عن مالك بن أنس، فيما قرئ عليه. وفي ١/٣٢ (٩) قال: حدثني يحيى بن أيوب، وقتيبة بن سعيد، جميعا عن إسماعيل بن جعفر. و«أبو داود» (٣٩١) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. وفي (٣٩٢ و٣٢٥٢) قال: حدثنا سليمان بن داود العتكي، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر المدني. و«النسائي» ١/٢٢٦، وفي «الكبرى» (٣١٥) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي ٤/١٢٠، وفي «الكبرى» (٢٤١١) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل، وهو ابن جعفر. وفي ٨/١١٨ قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: حدثنا ابن القاسم، عن مالك. و«ابن خزيمة» (٣٠٦) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن جعفر. و«ابن حبان» (١٧٢٤) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان الطائي بمنبج، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٣٢٦٢) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

كلاهما: (مالك بن أنس، وإسماعيل بن جعفر) عن أبي سهيل، نافع بن مالك بن أبي عامر الأصبحي، عن أبيه، فذكره.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٣٨٢٦) قال: حدثنا أبو معاوية. و«أحمد» ٣/٣١٦ (١٤٤٥٠) قال: حدثنا أبو معاوية. وفي ٣/٣٥٧ (١٤٩٠٦) قال: حدثنا معمر بن سليمان الرقي. و«الترمذي» (٩٣١) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا عمر بن علي. و«أبو يعلى» (١٩٣٨) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. و«ابن خزيمة» (٣٠٦٨) قال: حدثناه بشر بن معاذ، قال: حدثنا عمر بن علي.

ثلاثتهم: (أبو معاوية، محمد بن خازم، ومعمر، وعمر بن علي المقدمي) عن الحجاج بن أرطاة، عن محمد بن المنكدر، فذكره.

وما رويناه محكم لا يحتمل الفرض فترجح أن: وقع التعارض بينهما فلم يثبت الوجوب للتعارض وهي مندوب إليها[١].

(باب الإحرام)

يحتاج إلى معرفة: أنواع المحرمين، وإلى مواقيت إحرامهم، وإلى معرفة ركن الإحرام، وشرائطه، وسننه، وآدابه.

أما بيان أنواع المحرمين: فالمحرمون أربعة: المفرد بالحج، والمفرد بالعمرة، والقارن بهما، والمستمتع بهما.

فالمفرد أن يحرم بالحج أو العمرة لا غير، والقارن أن يحرم بالحج والعمرة معًا، والمتمتع أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج أو قبله ثم يحج من عامه من غير أن يلم بأهله سواء حل من إحرامه الأول أو لا.

وقال الشافعي رحمه الله: إنما يكون متمتعًا إذا أحرم بالعمرة في أشهر الحج.

وعندنا لا عبرة بالإحرام وإنما العبرة بالأفعال، فإذا أتى بأكثر أفعال العمرة في أشهر الحج صار كما لو أتى بالكل.

وأما المواقيت: فأهل المواقيت أصناف ثلاثة آفاقي وميقاتي وهو من كان داخل المواقيت خارج الحرم ومكي[٢].

أما مواقيت الآفاقيِّ[٣] فخمسة: الحج والعمرة كما بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه "**وَقَّتَ لأَهْلِ الْمَدِينَةِ ذَا الْحُلَيْفَةِ، ولأهل الشَّامِ الْجُحْفَةَ، ولأهل اليَمن**

---

(١) انظر: الدر المختار: ٢/٢٠٦، فتح القدير: ٢/٣٠٦، البدائع: ٢/٢٢٦، مراقي الفلاح: ص١٢٦، الشرح الصغير: ٢/٤، القوانين الفقهية: ص١٤٢، بداية المجتهد: ١/١٣١٢. ويلاحظ أن الكاساني في البدائع اختار القول بوجوب العمرة كصدقة الفطر والأضحية والوتر.

(٢) انظر المبسوط ١٦٦/٤، والهداية ١٣١/٢، ورد المحتار ٢٠٧/٢.

(٣) **أوَّلًا:** تعريفُ الآفاقيِّ:

الآفاقيُّ: هو من كان منزِلُه خارِجَ منطِقَةِ المواقيتِ التي حددها رسول الله صلى الله عليه وسلم.

=

يَلَمْلَمَ، ولأهل نَجْدٍ قَرْنَ، ولأهل العراق ذات عِرْق، وقال: **هنّ لأهلهنّ ولمن مرّ عليهنّ مِمَّنْ أَرَادَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ**"[1].

=

ثانيًا: مواقيتُ الآفاقيّ:

تَتنوَّعُ مواقيتُ الآفاقِ باعتبارِ جِهَتِها من الحَرَم؛ فلكُلِّ جِهةٍ ميقاتٌ مُعيَّنٌ، ويرجِعُ كلامُ أَهْل العِلْم في المواقيتِ إلى سِتَّةِ مواقيتَ:

الميقاتُ الأوَّلُ: ذو الحُليفةِ: ميقاتُ أهْلِ المدينةِ، ومَن مَرَّ بها مِن غيرِ أهْلِها، وهو موضِعٌ معروفٌ في أوَّلِ طريقِ المدينَةِ إلى مكَّةَ، بينه وبين المدينةِ نحوُ سِتَّةِ أميالٍ (١٣ كيلومترًا تقريبًا)، وبينه وبين مكَّة نحوُ مائتَي مِيلٍ تقريبًا (٤٠٨ كيلومترًا تقريبًا)، فهو أبعَدُ المواقيتِ من مكَّة، وتُسمَّى الآن (آبارَ عليٍّ)، ومنها أحرَمَ رسولُ اللهِ صلَّى الله عليه وسَلَّم لحَجَّةِ الوداعِ.

الميقاتُ الثَّاني: الجُحْفَةُ: ميقاتُ أهْلِ الشَّامِ، ومَن جاء مِن قِبَلِها: مِنْ مِصْرَ، والمغْرِب، ومَن وراءَهم، وهي قريةٌ كبيرةٌ على نحو (١٨٦ كيلومترًا تقريبًا) من مكَّة، سُمِّيَتْ جُحْفةً؛ لأنَّ السَّيلَ جَحَفَها في الزَّمنِ الماضي، وحَمَلَ أهْلَها، وهي التي دعا النبيُّ صلَّى الله عليه وسَلَّم أنْ يُنقَلَ إليها حُمَّى المدينةِ، وكانت يومئذٍ دارَ اليهودِ، ولم يكن بها مُسلِمٌ، ويُقالُ: إنَّه لا يَدْخُلُها أحدٌ إلَّا حُمَّ، وقد اندثَرَت، ولا يكاد يَعْرِفُها أحدٌ، ويُحرِمُ الحُجَّاجُ الآن من (رابغ)، وهي تقعُ قبل الجُحْفَة بيسيرٍ إلى جهَةِ البَحرِ، فالْمُحْرِمُ من (رابغ) مُحْرِمٌ قبل الميقاتِ، وقيل: إنَّ الإحرامَ منها أحوَطُ لعَدَمِ التيقُّنِ بمكانِ الجُحفَةِ.

الميقاتُ الثَّالِثُ: قَرْنُ المنازِلِ (السَّيلُ الكَبيرُ): ميقاتُ أهْلِ نَجْدٍ، و(قَرْن) جبلٌ مُطِلٌّ على عَرفاتٍ، ويقال له: قَرْن المُبارَك، بينه وبين مكَّةَ نحو أربعينَ مِيلًا (٧٨ كيلومترًا تقريبًا)، وهو أقرَبُ المواقيتِ إلى مكَّةَ.

الميقاتُ الرَّابع: يَلَمْلَمُ: ميقاتُ أهلِ اليمَنِ وتِهامَةَ، ويلملَمُ: جبلٌ من جبالِ تِهامَةَ، جنوبَ مكَّةَ، وتقع على نحو (١٢٠كيلومترًا تقريبًا) من مكَّةَ.

الميقاتُ الخامِسُ: ذاتُ عِرْقٍ: ميقاتُ أهْلِ العِراقِ، وسائِرِ أهْلِ المَشْرِقِ، وهي قريةٌ بينها وبين مكَّة اثنان وأربعون ميلًا، (١٠٠ كيلومترٍ تقريبًا) وقد خَرِبَتْ.

(١) أخرجه «البخاري» ٩/١٠٦ (٧٣٤٤) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٤/٦ (٢٧٧٨) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ويحيى بن أيوب، وقتيبة بن سعيد، وعلي بن حجر، قال يحيى: أخبرنا، وقال الآخرون: حدثنا إسماعيل بن جعفر. و«ابن خزيمة» (٢٥٩٣) قال: حدثنا علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن جعفر. و«ابن حبان» (٣٧٥٩) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان الطائي، قال: حدثنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٣٧٦٠) قال:
=

أراد بـه أن المـدني إذا أراد دخـول مكـة مـن قبـل العـراق فميقاتـه ذات عـرق، والعراقي إذا أراد دخول مكة من قبل المدينة فميقاته ذو الحليفة، وهكذا في جميع المواقيت وكل من قصد مكة من طريق غير مسلوك أحرم إذا حاذى ميقاتا من هذه المواقيت؛ لأنه بمنزلة الميقات في القرب إلى مكة.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: إن أحرم من مصره فهو أفضل إذا ملك نفسه في إحرامه.

وعند الشافعي رحمه الله: الإحرام من الميقات أفضل.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**تَمامُ الإحرامِ أن يُحرمَ الرّجلُ من دُويرة أهلهِ**"[1] ولأنه لا ينفك عن معنى القربة والعبادة.

وأما ميقات الميقاتي: كأهل بستان بني عامر فميقاتهم في الحج والعمرة من داره إلى الحرم لا يباح لهم دخول الحرم لقصد الحج والعمرة إلا محرما، وكذلك الآفاقيّ إذا حصل بالبستان أو المكي إذا خرج من الحرم إليه يكون حكمها حكم أهل البستان. وأمّا ميقات من كان داخل الحرم كأهل مكة فميقاته للحج من الحرم وميقاته للعمرة من الحل.

وأما ركن الإحرام: فهو ما يوجد منه فعل هو من خصائص الحج وهو نوعان: أحدهما قولا بأن يقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك. وكثيرات أصوب؛ لأن عليه السلام كثره ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلام: "**أَفْضَلُ الْحَجِّ الْعَجُّ وَالثَّجُّ**"[2].

=

أخبرنا محمد بن عبد الرحمن السامي، قال: حدثنا يحيى بن أيوب المقابري، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. أربعتهم: (مالك بن أنس، وشعبة بن الحجاج، وسفيان الثوري، وإسماعيل بن جعفر) عن عبد الله بن دينار، فذكره.

(١) انظر: هداية ١٣٤/٢، والبدائع ١٦٦/٢، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٨/٢، والمسلك المتقسط ص٥٧، ورد المحتار ٢١٢/٢.

(٢) أخرجه الترمذي (١٨٩/٣، رقم ٨٢٧) وقال: غريب. وابن ماجه (٩٧٥/٢، رقم ٢٩٢٤)، والحاكم (٦٢٠/١، رقم ١٦٥٥) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (٤٢/٥، رقم ٨٧٩٨).

=

والعج: هو رفع الصوت بالتلبية، والثج: هو تسييل الدم بالذبح.

وإذا زاد عليها فحسن بأن يقول: لبيك إله الحق، لبيك غفار الذنوب، لبيك وسعديك والخير كله في يديك والرغبات إليك.

وإن اقتصر عليها فحسن وبه ورد الأثر أيضًا ولا ينقص منها، وهي مرة شرط والزيادة سنّة ويلزمه بتركها الإساءة؛ لأنها بمنزلة التكبيرة لتحريمة الصلاة.

ولا يصح الدخول في الإحرام بدون الذكر أو ما يقوم مقامه، ويصح بكل ما هو ثناء على الله تعالى وبأي لسان ذكره.

وعن أبي يوسف: أنه لا يصير محرمًا بدون التلبية إلا إذا كان لا يحسنها كما في تكبيرة الافتتاح للصلاة والصحيح أن هذا بالاتفاق؛ لأن باب الحج أوسع من الصلاة، فإن النيابة جارية في أموره بخلاف الصلاة فجاز أن يقوم ذكر آخر مقام التلبية، ألا ترى أن تقليد البدنة يقوم مقام التلبية فكذا ذكر آخر يقوم مقامها والثاني فعلا وهو أن يقلد بدنة وساقها وتوجه معها يريد الحج يصير محرما، وإن لم يلب سواء قلد بدنته تطوعا أو نذرًا أو جزاء صيد ونحوه؛ لأن تقليد البدنة مع التوجه من خصائص أفعال الحج؛ لأن الحاج يقلدون بدنهم، وإذا اتصلت النية بفعل هو من خصائص الحج يصير محرما لما عرف أن مجرد النية لا تعتبر ما لم تقترن بالفعل.

وصفة التقليد: أن يربط على عنق [دابته][1] قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجرة ونحوها، وإن بعث بها على يدي رجل ولم يتوجه معها ثم توجه لم يكن محرما حتى يلحقها ويتوجه معها إلا هدي متعة أو قران، فإنه محرم حين توجه قبل أن يلحقها؛ لأن في غير المتعة والقران الإنسان ربما يبعث الهدي ولا يحرم فاعتبرنا التوجه معه ليصير فاعلا فعل المناسك فتقترن النية بالفعل فصح.

=

وأخرجه أيضًا: الدارمي (٢/٤٩ رقم ١٧٩٧)، وأبو يعلى (١/١٠٨، رقم ١١٧)، والضياء (١/١٥٣، رقم ٦٥). قال المناوي (٢/٣١): فيه يعقوب بن محمد الزهري، أورده الذهبي في الضعفاء وقال: ضعفه أبو زرعة وغير واحد، وفيه أيضًا محمد بن إسماعيل بن أبي فديك أورده في ذيل الضعفاء وقال: ثقة مشهور. قال ابن سعد: ليس بحجة.

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): بدنته.

فأما في المتعة فالهدي مستحق عليه وشرع نسكا من مناسك الحج وضعا وأصلا فجعل الإقبال عليه بمنزلة اللحوق به.

ولو قلد شاة وتوجه معها لا يصير محرما؛ لأن تقليد الشاة ليس من خصائص الحج؛ لأن المحرمين لا يقلدون الشاة وإنما يقلدون البُدن.

ولو اشترك قوم في بدنة وهم يَؤُمُّونَ البيت فقلدها أحدهم بأمرهم فقد أحرموا؛ لأن التقليد يجري فيه النيابة فصار كما لو فعلوا بأنفسهم وتغير أمرهم، صار هو محرما دونهم لانعدام الاستنابة منهم ولا يصير محرما بالتجليل والإشعار فالتجليل أن يلبس بدنته الجل والإشعار لغة هو الإدماء بالجرح، وتفسيره أن تطعن في سنامها في جانب الأيسر فسال منه الدم ونوى به الإحرام لا يصير محرما؛ لأن التجليل ليس بقربة ونسك من مناسك الحج بل يفعل ذلك لصيانة الدواب.

والإشعار مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يشبه المثلة، وعندهما وإن كان سنّة ولكن ليس من خصائص الحج؛ لأن الناس تركوه.

وأما شرطه: فالنية حتى لا يصير محرمًا بالتلبية بدون نية الإحرام خلافا للشافعي رضي الله عنه؛ لأن التلبية مترددة بين أن يكون التعليم وغيره وبين أن يكون للإحرام فما لم ينو الإحرام لا يتعين له كالتكبيرة في باب الصلاة والأفضل أن يذكر النية باللسان مع عمل القلب فيقول: اللهم إني أريد الحج أو العمرة فيسره لي وتقبله مني، وإن نوى بقلبه ولم يذكره بلسانه جاز خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن تعيين الفعل للعبادة يحصل بقصد القلب وإرادة الضمير؛ لأن الضمائر عند الله تعالى علانية فلا حاجة إلى الذكر باللسان إلا أن الأثر لما ورد بالذكر باللسان صار الذكر سنّة.

والأخرس يحرك لسانه إن قدر وينوي فيصير محرما؛ لأنه عاجز فيكتفي بتحريك اللسان وقال: تحريك اللسان مستحب وليس بشرط كما في حق القراءة في الصلاة، وقد نص محمد رحمه الله على أنه شرط؛ لأنه لو كان ناطقا لزمه الذكر وتحريك اللسان، فإذا عجز عن الذكر وقدر على التحريك فما قدر عليه لزمه وما عجز سقط عنه.

وأما في حق القراءة في الصلاة اختلفوا فيه؛ قيل: يحرك لسانه كما يحرك في التلبية والأصح أنه لا يحرك؛ لأن التحريك لا يقوم مقام الذكر والقراءة فبقي عملا ليس من أعمال الصلاة، ويكره إدخال ما ليس من أعمال الصلاة فيها وفي الحج التحريك يقوم مقام التلبية؛ لأن النيابة جارية في أمور الحج.

ثم إن كان مفردًا ينوي الحج أو العمرة، وإن كان قارنًا ينويهما ويذكر العمرة أولًا ثم الحجة؛ لأن العمرة مقدمة على الحج في حق الأداء فكذلك في حق النية، وإن كان متمتعا، فإن شاء لبى بحجة أو بعمرة أو بهما جميعا.

ومن عليه حجة الإسلام فأحرم بحجة لا ينوي فريضة ولا تطوعا فهي عن الفريضة استحسانًا ولو نوى تطوعا يقع عن التطوع، وعند الشافعي رحمه الله يقع عن الفرض.

والصحيح قولنا؛ لأن هذه عبادة لم يتعين وقتها فلا يتأدى فرضها بنية نفلها كالصلاة وذلك؛ لأن جميع العمر وقت لأداء حجة الفرض خصوصا عنده، فإن الحج عنده يجب على التراخي فبقي النفل مشروعا في هذا الوقت، فإذا نواه يقع عنه كما في الصلاة بخلاف ما إذا أطلق النية؛ لأنه ترجح جانب الفرض بدلالة عقله ودينه؛ لأن الظاهر من حال العامل أنه لا يتحمل المشاق العظيمة ويسعى في التنفل ويترك ذمته مشغولة بالفرض وقرينة الحال لتقييد المطلق كصريح المقال فكانت نية الفرض ثابتة دلالة ولكن الدلالة إنما تعتبر إذا لم يوجد الصريح بخلافها، فإذا نوى النفل وجد الصريح بخلافها فلا تعتبر الدلالة.

ولو لبى بنية الإحرام أو لم تحضره نية حجة أو عمرة مضى في أيهما شاء قبل الطواف؛ لأن الإحرام شرط الأداء بمنزلة الطهارة للصلاة، فإذا طاف بالبيت شوطًا كان إحرامه للعمرة؛ لأن الطواف رُكن في العمرة وهي أدنى، وأنه متيقن وأمكن حمل الطواف عليها فحملنا عليها، وكذلك لو لم يَطُف حتى أحصَرَ أو جامَعَ كان للعمرة لأنها الأقل والأقل ثابت قطعًا.

(**المنتقى**): أحرم ولم ينو حجة ولا عمرة ثم أحرم بحجة فالأولى عمرة، وإن أحرم بعمرة فالأولى حجة؛ لأن الإحرام الثاني لما تعين لأحدهما تعين الأول للآخر

ضرورة، فإن لم ينو بالإحرام الثاني شيئًا وهو قارن؛ لأنه لا يحرم بحجتين أو عمرتين لعدم تصور أدائهما جملة فانصرف أحدهما إلى حجة والآخر إلى عمرة دلالة.

ولو لبى بالحج وهو ينوي العمرة أو لبى العمرة وهو ينوي الحج فهو كما نوى؛ لأن العبرة لنية القلب لا للذكر باللسان كما لو جرى على لسانه ذكر النفل عند تكبيرة [الافتتاح][1] وهو ينوي بقلبه الفرض يقع عن الفرض.

ولو لبى بحجة وهو ينوي العمرة والحجة كان قارنًا.

وأما سننه وآدابه: وإذا أراد الإحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل وأنه سنّة هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم، ولأنه إنما يسن الاغتسال لكي لا يغلبه الدرن والوسخ بعد الإحرام فيصير ذلك سببا لكثرة القمل ومتى كثر ربما يضطر إلى إزالته فيقع في المحظور ولبس ثوبين إزار ورداء جديدين أو غسيلين والجديد أفضل؛ لأن المحرم ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من إزار يستر عورته ورداء يقيه الحر، وتطيب وتدهن بما شاء لقول عائشة رضي الله عنها: "طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لإحرامه حين أحرم، ولإحلاله حين أحل قبل أن يطوف بالبيت، ولقد رأيت وبيص الطيب في مفارقه بعد إحرامه بثلاثة أيام"[2]. ولأنه يطول مكثه في

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): الإحرام.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٦٨/٢ (١٥٣٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٢١٩/٢ (١٧٥٤) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي ٢١٠/٧ (٥٩٢٢) قال: حدثني أحمد بن محمد، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يحيى بن سعيد. و«مسلم» ١٠/٤ (٢٧٩٦) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي ١٢/٤ (٢٨١٢) قال: حدثني أحمد بن منيع، ويعقوب الدورقي، قالا: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا منصور. و«ابن ماجه» (٢٩٢٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث بن سعد. و«أبو داود» (١٧٤٥) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك (ح) وحدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا مالك. و«الترمذي» (٩١٧) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا منصور، يعني ابن زاذان. و«النسائي» =

الإحرام ويشهد المجامع ولا يجوز له التطيب والادهان بعده فسن له الاغتسال والتطيب قبل الإحرام لئلا يتأذى الناس برائحته وسن الادهان لئلا تغلبه اليبوسة بسبب حرارة المكان فيتأذى به.

وعن محمد رحمه الله: أنه كره أن يتطيب بطيب يبقى عينه بعد الإحرام وهو قول مالك رحمه الله؛ لأنه منتفع بعينه بعد إحرامه وأنه حرام.

وفي ظاهر الرواية: لا يُكره؛ لحديث عائشة رضي الله عنها على ما روينا، ولأن

=

١٣٧/٥، وفي «الكبرى» (٣٦٥١) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. وفي ١٣٧/٥، وفي «الكبرى» (٣٦٥٢) قال: أخبرنا حسين بن منصور بن جعفر النيسابوري، قال: أنبأنا عبد الله بن نمير، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي ١٣٨/٥، وفي «الكبرى» (٣٦٥٧) قال: أخبرنا أحمد بن حرب، قال: حدثنا ابن إدريس، عن يحيى بن سعيد. وفي ١٣٨/٥، وفي «الكبرى» (٣٦٥٨) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا هشيم، قال: أنبأنا منصور. وفي «الكبرى» (٤١٤٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. وفي (٤١٤٤) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا يحيى. وفي (٤١٤٥) قال: أخبرني المغيرة بن عبد الرحمن، قال: حدثنا عيسى، هو ابن يونس، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي (٤١٤٨) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الضعيف، قال: حدثنا عبد الوهاب، عن أيوب. وفي (٤١٥١) قال: أخبرنا هارون بن موسى الفروي، قال: حدثنا أبو ضمرة، عن عبيد الله. و«أبو يعلى» (٤٧١٢) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا سفيان. و«ابن خزيمة» (٢٥٨١) قال: حدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا ابن عيينة. وفي (٢٥٨٢ و٢٩٣٣) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٥٨٣) قال: حدثنا يعقوب الدورقي، وأحمد بن منيع، ومحمد بن هشام، قالوا: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا منصور، وهو ابن زاذان. و«ابن حبان» (٣٧٦٦) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: حدثنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٣٧٧٠) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن أبي عون، قال: حدثنا يعقوب بن حميد بن كاسب، قال: حدثنا هشيم، عن منصور بن زاذان. وفي (٣٧٧١) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة.

جميعهم: (مالك بن أنس، وسفيان بن عيينة، وسفيان بن سعيد الثوري، ومنصور بن زاذان، وشعبة بن الحجاج، وصخر بن جويرية، وحماد بن سلمة، ويحيى بن سعيد الأنصاري، والليث بن سعد، وعبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، وأيوب بن أبي تميمة السختياني، وعبيد الله بن عمر) عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، فذكره.

المُحرَّم هو الطيب ولم يوجد منه التطيب بعد الإحرام وإنما وصل إليه رائحة التطيب وذلك غير مكروه كما إذا اشتم الطيب، وكما لو [أحرم][1] بطيب تبقى رائحته بعد الإحرام لا يُكره.

ثم يصلي ركعتين لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أَتانِي الليلةَ آتٍ مِن ربّي فقالَ لِي: قُم وصلّ فِي هَذا الوَادي المُباركِ ولبِّ بعمرةٍ وحجٍّ**".

ثم يلبي في دبر [كل صلاة][2] أو بعدما تستوي به راحلته وكلاهما مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم، والأفضل أن يلبي عقيب الصلاة؛ لأنه مسارعة إلى الإحرام والمسارعة إلى العبادة أفضل، والمرأة كالرجل في جميع ما ذكرنا غير أنها لا ترفع صوتها بالتلبية؛ لأن صوتها عورة.

(باب الجمع بين إحرامين)

أحرم بحجتين أو عمرتين لزمتاهُ عندهما.

وعند محمد والشافعي رضي الله عنهما: يلزمه أحدهما؛ لأن الإحرام عقد على الأداء وليس بلزام محض بدليل أنه لو أحرم بحجة ينصرف إلى حجة هذه السّنَّة بعينها، ولو كان التزاما كالنذر لا ينصرف إلى حجة مطلقة والعقد على الأداء ينعقد على وجه يتصور الأداء، وأداء حجتين وعمرتين معًا لا يتصور؛ لأنه كما اشتغل بإحداهما ارتفض الأخرى فلا ينعقد عليهما الإحرام.

لنا: أن الإحرام التزام محض لأداء الأعمال بدليل أنه يصح منفصلا عن الأداء والعقد على الأداء لا يصح منفصلا عنه كتحريمة الصلاة فنزل منزلة النذر والجمع بينهما نذرا جائزًا فكذلك إحرامًا إلا أنه بالإحرام التزم أداء حجة هذه السنّة دلالة فانصرف إليها.

ثم قال أبو يوسف: يصير رافضًا لأحدهما عقيب الإحرام؛ لأن البقاء للأداء وأداؤهما معا لا يتصور فلا معنى للبقاء.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): أجمر.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): صلاته.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يصير رافضًا حين يسير قاصدًا إلى مكة؛ لأنه لا منافاة في الالتزام والبقاء؛ لأن البقاء عبارة عن الوجود في الزمان الثاني، وإنما المنافاة في الأداء، ولا أداء بعد الإحرام فيبقى كذلك إلى أن يشتغل بالأداء فحينئذ ترتفض إحداهما حتى لو قتل صيدا أو أحضر قبل الاشتغال بأداء أحدهما عليه قيمتان وهديان للتحلل عنده؛ لأنه محرم بإحرامين.

وعند أبي يوسف رحمه الله عليه قيمة وهدي واحد؛ لأنه محرم بإحرام واحد، وإذا لم يحج من عامه ذلك فعليه عمرتان وحجتان؛ لأنه فاته حجتان في هذه السنة؛ لأنه صح الإحرام بهما، وإن كان لا يتصور أداؤهما في سنة واحدة؛ لأن شرع حجج كثيرة في سنة واحدة لا يستحيل؛ لأن الحجج تتأدى بالأفعال لا بالوقت فظهر شرعيته في حق صحة الإحرام والالتزام بهما.

وإن لم يظهر في حق الأداء كمن حلف ليصومن اليوم الذي أكل فيه صحت اليمين وظهر شرعية الصوم بعد الأكل في حق صحة اليمين لا في حق الأداء فكذا هذا.

ولو أحرم بشيء بعينه ثم نسبه لزمه حجة وعمرة؛ لأنه يحملهما فأوجبنا عليه أداؤهما احتياطا ليتخلص عما عليه بيقين كمن ترك صلاة من يوم وليلة وقد نسيهما يقضي صلاة يوم وليلة ليخرج عما عليه بيقين.

ويقدم أفعال العمرة على أفعال الحج ولا يكون قارنا ولا يلزمه هدي القران؛ لأنه تيقن أنه مفرد بأحدهما.

ولو أحضر يحل بهدي واحد لأنا تيقنا أنه محرم بإحرام واحد ثم يقضي حجة وعمرة احتياطا كما في الأداء، ولو جامع مضى فيهما وعليه دم واحد ويقضيهما إن شاء جمع بينهما، وإن شاء فرق.

ولو أهل بشيئين ثم نسيهما لا يدري أحجتين أو عمرتين لزمه في القياس حجتان وعمرتان؛ لأنه يحتمل أنه أحرم بحجتين، ويحتمل أنه أحرم بعمرتين فيجمع بين الكل احتياطًا ليخرج عما عليه بيقين، وفي الاستحسان يلزمه حجة وعمرة حملا لأمره على المعتاد والصلاح، فإن العادة ما جرت بأن يهلوا بحجتين أو عمرتين

لعدم تصور أدائهما جملة ولكراهة الجمع بين إحراميهما، فإنه يرفض أحدهما قبل أداء أفعاله فيصير جانيا على أحد الإحرامين، والظاهر من حال المسلم أن لا يباشر المكروه فيحمل إحرامه على القران حملا لأمره على الصلاح والسداد وعليه هدي القران.

ولو أُحْصِرَ بعث هَدْيَيْن؛ لأنه في إحرامين وعليه قضاء حجة وعمرتين لأنا جعلناه قارنا.

ولو وقف مفرد بحجة بعرفات ثم أهل بأخرى بعرفات ليلا أو نهارا رفض الثانية وعليه دم وعمرة وحجة من قابل عندهما، وعند محمد لا يصح التزامه الثانية، ثم عند أبي يوسف رحمه الله ارتفض كما انعقد، وعند أبي حنيفة رحمه الله ارتفض بوقوفه بعرفة لما مر وعليه دم للرفض كالمحصر والقضاء لزمه الشروع فيها والخروج عنها قبل الأداء وأما العمرة؛ لأنه فائت الحج لما تبين.

رجل فرغ من عمرته إلا الحلق فأحرم بأخرى فعليه دم؛ لأنه منهي عن الإحرام بالأخرى في هذه الحالة لما فيه من الجمع بين العمرتين، فإنه بدعة فتمكن النقض فيهما فلزمه دم.

والجمع بين إحرامي الحج لا يكره في أظهر الروايتين؛ لأن في العمرة إنما كره الجمع بين الإحرامين؛ لأنه يصير جامعا بينهما في الفعل؛ لأنه يؤديهما في سنة واحدة وفي الحج لا يصير جامعا بينهما في الأداء في سنة واحدة فلا يكره.

ومن أحرم بعمرة ثم جامع فيها فأهل بأخرى يرفض هذه ويمضي في الأولى؛ لأن المضي في العمرة الفاسدة واجبة كما في الصحيحة، فإن نوى رفض الأولى والعمل للثانية لم يكن عمله للأولى.

وكذلك هذا في الحجتين؛ لأنه لا يتحلل عن الأولى إلا بفعلها فلا يصح تحلله عنها بالقول أو النية.

ولو أحرم بحجة أخرى بعد طلوع الفجر من يوم النحر يلزمه ويقضي ما بقي من حجته الأولى ويقسم حراما إلى أن يجيء وقت الحج من العام القابل؛ لأن الإحرام الثاني إنما يرتفض لتعذر الأداء ولا تعذر هنا في الأداء؛ لأن إحرامه انصرف إلى

حجة في السنة القابلة فيتصور الأداء على حسب ما انعقد عليه الإحرام فيلزمه وعليه دمّان دم بتأخير الحلق أو بالحلق في الإحرام الثاني ودم لجمعه بينهما؛ لأنه إن لم يحلق صار جامعا بين أفعال الحجة الأولى وبين أفعال الحجة الثانية في الإحرامين.

وإن حلق صار جامعًا بينهما في الإحرام الثاني؛ لأن بعض أفعال الأولى وقع في الإحرام الثاني فقد أدخل في إحرامه ما لم ينعقد عليه إحرامه فصار جانيا كمن أدخل زيادة في تحريمة الصلاة بالسهو يلزمه سجود السهو كالمكي إذا قرن ومضى فيهما يلزمه دم بالجمع بخلاف ما لو أحرم بحجتين في وقت الوقوف حتى صار رافضا لأحدهما لا يلزمه دم؛ لأنه لم يدخل زيادة فعل في كل واحد من الإحرامين فلم يصر جانيا والله أعلم بالصواب.

(باب ما يَفْعَلهُ المحرم بعد إحرامه)

وإذا أحرم تبقى ما نهى الله تعالى عنه من الرفث والفسوق والجدال لقوله تعالى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧] فالرفث الجماع، وقيل: مذاكرته ودواعيه عند حضرة النساء من اللمس والقبلة هكذا فسره ابن عباس رضي الله عنه.

وقيل: الكلام القبيح؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إنّ الله تَعالَى كَرهَ لكمُ الرَّفثَ في الصَّومِ والصَّلاة، والضَّحكَ عندَ المَقابرِ**". والمراد به الكلام الفاحش[1].

وأما الفسوق هو المعاصي وهو الخروج عن طاعة الله تعالى؛ لأن الفسق في اللغة: عبارة عن الخروج يقال: فسقت الفأرة إذا خرجت من جحرها.

وفي الشرع: يراد به الخروج عن طاعة الله تعالى.

وأما الجدال: هو المخاصمة مع رفيقه وقيل مجادلة أهل الجاهلية في وقت الحج وتقديمه وتأخيره لأنهم كانوا إذا فرغوا من حجهم يجتمعون ويذكرون آباءهم ويتفاخرون بذكرهم حتى كان أفضى إلى القتال والسباب.

---

(١) انظر: فتح القدير ٢/٢٤، أسنى المطالب ١/٤١٤، ٤١٧.

وقيل: هو المراء في الخروج يجب أن لا يماري في حالة الإحرام غير أنه إذا رفث يفسد حجه، وإذا فسق أو جادل لا يفسد؛ لأن الجماع من محظورات الإحرام والفسق والجدال لا؛ ولا يلبس مخيطا ولا عمامة ولا قلنسوة ولا خفين إلا إذا لم يجد إزارًا فيفتق سراويله ويتزر بِهِ، وإن لم يجد رداء شق قميصه فارتدى به، وإن لم يجد نعلين يقطع الخفين أسفل الكعبين.

لقوله عليه السلام: "**لَا يلبس المحرمُ القميصَ ولَا السراويلاتِ ولَا البرانسَ ولَا العمائمَ ولا القلانسَ ولا الخفافَ ولا الأقبيةَ ولا ثوبًا مصبوغًا بالزعفرانِ والورسِ إلّا أن يكونَ غسيلًا، فإن لم يجد أحدُكم نعلينِ فليلبس خفَّينِ وليقطعهمَا أسفلَ من الكعبين**"[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٣٩ (١٣٤) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. وفي ١/٨٢ (٣٦٦) قال: حدثنا عاصم بن علي، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. وفي ٢/١٣٧ (١٥٤٢) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٣/١٥ (١٨٣٨) قال: حدثنا عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا الليث. وفي ٧/١٤٣ (٥٧٩٤) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي ٧/١٤٤ (٥٨٠٣) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك. وفي (٥٨٠٥) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا جويرية. و«مسلم» ٤/٢ (٢٧٦١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. و«ابن ماجه» (٢٩٢٩ و٢٩٣٢) قال: حدثنا أبو مصعب، قال: حدثنا مالك بن أنس. و«أبو داود» (١٨٢٤) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. وفي (١٨٢٥) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«الترمذي» (٨٣٣) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٥/١٣١ و١٣٣، وفي «الكبرى» (٣٦٣٥ و٣٦٤٠) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي ٥/١٣٢، وفي «الكبرى» (٣٦٣٦) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا عبيد الله. وفي ٥/١٣٣، وفي «الكبرى» (٣٦٣٩ و٥٨٤٧) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. وفي ٥/١٣٤، وفي «الكبرى» (٣٦٤١) قال: أخبرني محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، وعمرو بن علي، قالا: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: حدثنا يحيى، وهو ابن سعيد الأنصاري، عن عمر بن نافع. وفي ٥/١٣٤، وفي «الكبرى» (٣٦٤٢) قال: أخبرنا أبو الأشعث، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا أيوب. وفي ٥/١٣٤، وفي «الكبرى» (٣٦٤٣) قال: أخبرنا أبو الأشعث، أحمد بن المقدام، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا ابن عون. وفي ٥/١٣٥، وفي «الكبرى» (٣٦٤٤) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن =

ولا يلبس ثوبًا مصبوغًا بعصفر أو زعفران أو غيره إلا أن يكون غسيلا فلا بأس به بحيث لا ينقض بلبسه، قيل: في النقض أن لا يتناثر صبغه على البدن، وقيل: لا تفوح رائحته وهو الأصح؛ لأنه متى فاح منه رائحة طيبة يكون مستعملًا للطيب فلا يباح لبسه كالثوب المنحر[1].

=

ابن أبي زائدة، قال: أنبأنا عبيد الله بن عمر. وفي ١٣٥/٥، وفي «الكبرى» (٣٦٤٦) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا هشيم، قال: أنبأنا ابن عون. وفي ١٣٥/٥، وفي «الكبرى» (٣٦٤٧) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله بن المبارك، عن موسى بن عقبة. و«أبو يعلى» (٥٨٠٥) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا مالك. وفي (٥٨١٢) قال: حدثنا شيبان، قال: حدثنا جرير. و«ابن خزيمة» (٢٥٩٧) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا بشر، يعني ابن المفضل، قال: حدثنا عبيد الله. وفي (٢٥٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن سعيد الأشج، قال: حدثنا حفص بن غياث، عن عبيد الله. وفي (٢٥٩٩) قال: حدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا عيسى، يعني ابن يونس، عن ابن جريج، قال: أخبرني موسى بن عقبة. وفي (٢٦٨٢) قال: حدثنا أحمد بن المقدام العجلي، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي (٢٦٨٣) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا ابن عون (ح) وحدثنا محمد بن هشام، قال: حدثنا هشيم، عن ابن عون. وفي (٢٦٨٤) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا بشر بن المفضل، قال: حدثنا عبيد الله. وفي (١/٢٦٨٤) قال: حدثناه أبو هاشم، زياد بن أيوب، وأحمد بن منيع، قالا: حدثنا إسماعيل، قال: أخبرنا أيوب. وفي (٢/٢٦٨٤) قال: حدثناه محمد بن معمر، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: أخبرنا ابن جريج. و«ابن حبان» (٣٧٦١) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، بنسا، وأحمد بن علي بن المثنى التميمي، بالموصل، قالا: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، أبو الفضل، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر بن حفص العمري. وفي (٣٧٨٤) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٣٩٥٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر.

جميعهم: (مالك بن أنس، وإسماعيل بن أمية، وأيوب السختياني، وأيوب بن موسى، وعبيد الله بن عمر، وعبد الله بن عون، وابن أبي ذئب، والليث بن سعد، وعمر بن نافع، وجويرية بن أسماء، وموسى بن عقبة، وجرير بن حازم، وعبد الملك بن جريج) عن نافع، فذكره.

(١) انظر: الكافي ٤٠٨/١، وكشف القناع ٤٢٩/٢، ومسائل الهاشمي ٣٧٢/١.

وقال الشافعي رحمه الله: لو لبس الثوب المصبوغ بالزعفران بعد الغسل تلزمه الكفارة.

والصحيح قولنا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا تلبسَوا في الإحرامِ ثوبًا مصبوغًا إلّا أن يكونَ غسيلًا**" ولأن ما على الثوب من الصبغ بعد الغسل لون الطيب وليس بطيب؛ لأنه لم يبق له رائحة طيبة حتى لو كان مصبوغًا بصبغ لا يكون طيبًا كالمغرة والمشق ونحوه فلا بأس بلبسه قبل الغسل.

ثم إنما نهي المحرم عن لبس المخيط؛ لأن الإحرام حرم عليه الارتفاق بالدنيا؛ لأنه عبادة سفر وهجرة وانقطاع عن الأهل والوطن وعن المرافق واللذات وسائر أملاك الدنيا فكأنه تجرد لله تعالى عن مرافق الدنيا ولا يغطي وجهه ولا رأسه.

وقال الشافعي رحمه الله: يجوز له تغطية الوجه.

والصحيح قولنا؛ لأن إحرام المرأة لما أوجب كشف وجهها فإحرام الرجل أولى؛ لأن الكشف أليق بحاله والستر بحالها.

ويباح للمرأة لبس المخيط في جميع بدنها لأنها عورة، غير أنها لا تغطي وجهها وتسدل على وجهها ثوبا إن أرادت وتجافيه عن وجهها لقول عائشة رضي الله عنها: كنا محرمات مع النبي صلى الله عليه وسلم مكشوفات الوجه، فإذا استقبلنا ركب أسدلنا خمرنا على وجهنا ونجافي بها عن وجهنا ولأنها مستظلة بخمارها، ولو استظلت بظل خيمة جاز فكذا هذا ودلت المسألة والأثر على أن المرأة منهية عن إظهار وجهها للأجانب من غير ضرورة لأنها منهية عن تغطية الوجه لحق النسك لولا أن الأمر كذلك وإلا لم يكن لهذا الإرخاء فائدة.

وتستر رأسها وتلبس الخفين؛ لأنه أستر لها وتلبس القفازين والحلي إن أحبت؛ لأنه ليس من محظورات إحرامها ولا تتطيب ولا تدّهن، ولا يأخذ من شعره وظفره شيئًا؛ لأن هذه الأشياء تزيل التفل وتنافي الشعث وقد قال صلى الله عليه وسلم:

"**المحرم الشَّعِثُ**[١] **التَّفِلُ**[٢] **الذي لا طيب له**"[٣]، وقال عليه السلام: "**إنّ اللهَ تعالى يقولُ عشيةَ عَرفة: ملائكتي؛ انْظُرُوا إِلَى عِبَادِي، جَاؤوا شُعْثًا غُبْرًا مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ، اشهدُوا أنّي قد غفرتُ لَهم**"[٤].

ولا يغسل لحيته ورأسه وجسده بالخَطْميّ[٥]؛ لأن له رائحة ملتذة ويزيل الشعث فكان بمنزلة الطيب، ولا بأس بالحمام والغسل بالماء القراح لما رُوي أنه سئل عمر رضي الله عنه عن محرم يغسل لحيته وجسده بالماء، فقال: لا بأس به وهل يزيد الماء إلا شعثًا، ولأنه يحتاج إلى الغسل للتطهر عن الجنابة وغيرها وليس فيه قتل هوام الرأس فلا يكره بخلاف الغسل بالخَطْميّ.

ولا يطلي بنورَة[٦] ولا يحك رأسه، وإذا حك فليرفق بحكه خوفا من تناثر الشعر

---

(١) (الشَّعِثُ): الْمُغْبَرُّ الرَّأسِ مِنْ عَدَمِ الْغَسْلِ، مُفَرَّقُ الشَّعْرِ مِنْ عَدَمِ الْمَشْطِ، وَحَاصِلُهُ تَارِكُ الزِّينَةِ. تحفة الأحوذي.

(٢) (التَّفِلُ) أَيْ: تَارِكُ الطِّيبِ، فَيُوجَدُ مِنْهُ رَائِحَةٌ كَرِيهَةٌ، مِنْ (تَفَلَ الشَّيْءَ مِنْ فِيهِ) إِذَا رَمَى بِهِ مُتَكَرِّهًا لَهُ. تحفة الأحوذي.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ٤/٤٥٤: ١ (١٥٢٨٧) و٤/٩٠: ٢ (١٥٩٤٦) قال: حدثنا وكيع. و«ابن ماجه» (٢٨٩٦) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا مروان بن معاوية (ح) وحدثنا علي بن محمد، وعمرو بن عبد الله، قالا: حدثنا وكيع. و«الترمذي» (٨١٣) قال: حدثنا يوسف بن عيسى، قال: حدثنا وكيع. وفي (٢٩٩٨) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق.

ثلاثتهم: (وكيع بن الجراح، ومروان بن معاوية، وعبد الرزاق بن همام) عن إبراهيم بن يزيد المكي، عن محمد بن عباد بن جعفر المخزومي، فذكره.

(٤) أخرجه أبو يعلى (٢٠٩٠) قال: حدثنا محمد بن عمرو بن جبلة، قال: حدثنا محمد بن مروان، عن هشام. و«ابن خزيمة» (٢٨٤٠) قال: حدثناه محمد بن يحيى، قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا مرزوق. و«ابن حبان» (٣٨٥٣) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن عمرو بن جبلة، قال: حدثنا محمد بن مروان العقيلي، قال: حدثنا هشام، هو الدستوائي. كلاهما: (هشام الدستوائي، ومرزوق الباهلي) عن أبي الزبير، فذكره.

(٥) الخَطْمِيّ: نباتٌ من الفصيلة الخُبَّازية، كثير النفع، يُدَقُّ ورقه يابسًا ويجعل غِسْلا للرأْس فينقِّيه.

(٦) **أولًا**: النورة هي مركب من الكالسيوم والزرنيخ كان يستعمل في إزالة الشعر، يدهن به المكان ثم يترك قليلًا ثم يغسل فينزل الشعر. انظر: "القاموس الفقهي" (١/٣٦٣) و"زاد المعاد" (٤/٣٦٤).

=

وقتل القمل وهو ممنوع عنهما، وإن لم يكن على رأسه شعر أو أذى فلا بأس بالحك الشديد، ويكثر من التلبية ما استطاع في أدبار الصلوات وكلما لقي ركبًا أو علا شرفًا أو هبط واديا وبالأسحار هكذا ورد الأثر والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

(باب القِرَانِ)

القران والتمتع والإفراد مشروع بالكتاب.

أما شرعية القران ثابتة بقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦].

وشرعية التمتع مستفادة بقوله: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ﴾.

وشرعية الإفراد متلقاة بقوله: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ﴾ [البقرة: ١٩٧] أي: لبى بالحج، فكان المراد من قوله: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ شرعية القران ليصير كل آية محمولة على فائدة جديدة لا على التكرار والإعادة.

والقران أفضل، ثم التمتع، ثم الإفراد في ظاهر الرواية.

=

ثانيًا: وأما استعمال الرسول صلى الله عليه وسلم لها، فقد ورد ذلك في بعض الأحاديث، غير أنها كلها ضعيفة ولا تصح.

فقد روى ابن ماجه (٣٧٥١) عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ رضي الله عنها أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَطَّلِي بِالنُّورَةِ.

والحديث ضعفه البوصيري في مصباح الزجاجة، والألباني في ضعيف سنن ابن ماجه وشعيب الأرنؤوط في تحقيق زاد المعاد.

وأخرج ابن عساكر من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتنور في كل شهر ويقلم أظفاره في كل خمسة عشر يوما.

وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير رقم (٤٥٣٦).

والحاصل أنه لم يصح في استعمال النبي صلى الله عليه وسلم لها حديث، لكن لا حرج في استعمالها أو استعمال غيرها مما يزيل الشعر، في غير مضرة، لكن الحلق أولى، لوروده في السنة. وإلى أفضلية الحلق ذهب جمهور الفقهاء. ينظر: "الموسوعة الفقهية" (٨٣/١٤).

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: الإفراد أفضل من التمتع.

وقال الشافعي رحمه الله: الإفراد أفضل منهما.

وقال مالك رضي الله عنه: التمتع أفضل.

والصحيح قولنا؛ لأن القران جمع بين العبادتين بإحرامين بدلالة تسميته قرانا وهو الجمع بين الشيئين، والجمع بين العبادتين أفضل من إفرادهما لما في الجمع من حق الأفعال من المسارعة إلى أدائها، وفي الإفراد بكل واحد منهما تأخير لأحدهما والمسارعة إلى العبادة أفضل من التأخير فصار كالاعتكاف مع الصوم وليس لأهل المواقيت ولأهل مكة قران ولا تمتع خلافًا للشافعي رحمه الله لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِى ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ [البقرة: ١٩٦] أي: ذلك القران والمتعة؛ لأن ذلك يصلح كناية عنهما لا عن الهدي؛ لأن المتعة والقران مشروع لنا والهدي علينا، وكلمة "ذلك" تستعمل لما لنا لا لما علينا، والتمتع والقران مذكوران اقتضاء؛ لأن قوله تمتع فعل والفعل لا ينفك عن مصدر.

وتفسير حاضر المسجد الحرام من كان من أهل المواقيت وما بعدها إلى مكة؛ لأنهم بمنزلة أهل مكة حكما حتى حل لهم دخول مكة بغير إحرام كالمكي إذا خرج إلى الميقات وكذا ميقاتهم من دويرة أهله كميقات المكي.

ولو خرج المكي إلى الكوفة وقرن صح قرانه؛ لأنه صار حكمه حكم الكوفي.

ولا يكون المكي متمتعًا بحال؛ لأنه إذا تحلل بالعمرة صار من أهل مكة فيعتبر الحج من وطنه ولا يكون بناء على سفرة سابقة وكذا إذا ساق هديا لمتعته من الكوفة.

ثم القارن قد يلبي بالعمرة ثم يلبي بالحجة وقد يلبي بهما جميعا.

ولو لبى بحجة أولًا ثم أضاف إليها عمرة فقد أساء وهو قارن.

ولو لبى بعمرة وأتى بشيء من أعمالها ثم أضاف إليها حجة فقد أحسن وهو قارن لقول علي رضي الله عنه السنة أن العمرة لا تضاف إلى الحج والحج يضاف إلى العمرة ويأتي القارن بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج؛ لأن القارن بمعنى المتمتع

والله تعالى جعل الحجة غاية لإحرام العمرة في حق المتمتع لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ﴾ وكلمة إلى كلمة غاية فكذلك في حق القارن، فإذا أتى بالحجة فقد وجد المضروب له الغاية فلا يبقى إحرام للعمرة.

كوفي طاف بحجته شوطا ثم أهلّ بعمرة رفض العمرة، وكذلك لو أهلّ بعمرة بعرفة أو يوم النحر أو أيام التشريق قبل أن يحل من حجته أو بعدما حل قبل أن يطوف بالبيت رفضها؛ لأن كره إضافة العمرة إلى عمل الحج وكذا نهى عن العمرة في أيام النحر لما بينا فيرفضها لئلا يصير مباشرا للمكروه، فإن لم يرفضها ومضى فيها جاز كما لو صام يوم النحر وعليه دم لإساءة الجمع بينهما، كالمكي إذا قرن ومضى فيهما فإن أحرم بالعمرة بعدما حل من الحجة مضى فيها ذكره في الأصل قال مشايخنا: يريد به أنه يمضي في إحرام العمرة لا في أفعالها؛ لأنه نهى عن العمرة في هذه الأيام تعظيما للحج وتخليصا لها، والعمرة عبارة عن الأفعال لا عن الإحرام فلا يلزمه رفض إحرامها ويلزمه رفض أفعالنا امتناعا عن المنهي بخلاف الصلاة في الأوقات المكروهة، فإنه يؤمر بقطعها في الحال؛ لأن تحريمة الصلاة شرعت متصلة بالأداء فالمضي فيها لا ينفك عن الأداء، فأما هنا الإحرام منفك عن الأداء والأداء متراخى عنه، فبالمضي في الإحرام لا يصير مرتكبا للمنهي، وإن مضى فيها لا شيء عليه؛ لأنه أداها كما التزم؛ لأن الإحرام انعقد مع النقصان، فبالمضي لا يمكن في العمرة نقصان لم يكن نذر صوم هذه الأيام وصام فيه، وإذا لم يطف القارن لعمرة أو طاف ثلاثة أشواط حتى وقف بعرفة ارتفض عمرته، وإن لم ينو الرفض، وعند الشافعي رضي الله عنه لا ترتفض عمرته.

والصحيح قولنا؛ لأن موجب إحرامه تقديم أداء العمرة على الحج، فإذا فعل من عمل الحج ما لا يمكن رفضه بعذر الإتيان بالعمرة، فارتفضت العمرة ضرورة كمن لم يقعد في الرابعة وقيد للخامسة بالسجدة بطل فرضه وعليه دم لرفضها؛ لأنه رفض إحرامه قبل أداء أفعاله فصار جانيا على إحرامه، فلزمه دم كما في المحصر وعليه قضاؤها وسقط عنه دم القران؛ لأنه لم يبق قارنا.

وإن كان طاف لعمرته أربعة أشواط ثم وقف لم يصر رافضا لعمرته وأتمها يوم النحر وهو قارن؛ لأنه لما أتى بأكثر الطواف وللأكثر حكم الحل، فقد أتى بما هو

الركن في طواف العمرة فتأكدت عمرته وانتهت نهايتها فلا ترتفض بالوقوف.

وإذا توجه القارن إلى عرفات قبل طواف العمرة صار رافضا للعمرة في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن التوجه إلى عرفات سبب يتوصل به إلى الوقوف بعرفة، وكان له حكم الوقوف كمصلي الظهر إذا توجه إلى الجمعة قبل فراغ الإمام يرتفع ظهره وفي ظاهر الرواية عنه لا يصير رافضا حتى يقف وهو قولهما؛ لأنه مأمور بأداء العمرة قبل الحج، منهي عن التوجه إلى الحج قبل أداء العمرة فلا يكون التوجه سببا للوقوف حكما، فلم ترتفض به العمرة بخلاف مصلي الظهر إذا توجه إلى الجمعة؟ لأنه منهي عن أداء الظهر قبل الجمعة مأمور برفضه بالجمعة، فإذا توجه إليها صار رافضا لها؛ لأن السعي سبب يتوصل به إلى أداء الجمعة فكان له حكم الأداء.

وإن طاف أولا وسعى لحجته ثم وقف بعرفة وقع طوافه وسعيه عن عمرته، وكذلك لو قدّم أو أخّر كان المقدم لعمرته والمؤخر لحجته؛ لأن المستحق عليه تقديم أفعال العمرة على الحجة، فعلى أي وجه، ما أتى به يقع عنها ولا تتغير بعزيمته كمن سجد في الصلاة يريد بها تطوعا يقع عن المفروضة عليه بحكم التحريمة وكذا هذا.

وإذا طاف القارن لعمرته ثلاثة أشواط وسعى لها ثم طاف لحجته كذلك ثم وقف بعرفة فما طاف للحجة، محسوب من طواف العمرة لما مر ويقضي شوطًا واحدًا من طواف العمرة ويعيد السعي لهما للحجة واجبا؛ لأن سعي الحجة صار منقولا إلى العمرة، وللعمرة استحسانًا ليكون بعد طواف كامل وهو قارن، فإن رجع إلى أهله قبل أن يفعل ذلك فعليه دم لترك ذلك الشوط ودم لترك السعي في الحج؛ لأن سعي الحجة وقع عن العمرة؛ لأن سعي العمرة قد ضاع لوقوفه قبل أكثر الطواف، فلا يعيد به كما لو سعى قبل الطواف فلم يبق للحجة سعي ولا شيء عليه لسعي العمرة؛ لأنه أتى به بعد أكثر الطواف.

مكي أو ميقاتي ومن دونه إلى مكة أحرم بعمرة وحجة رفض العمرة ومضى في الحج وعليه عمرة ودم، وكذلك لو أحرم المكي بعمرة ثم أحرم بحجة قبل أن

يطوف للعمرة رفض عمرته ومضى في الحج، فإن مضى فيهما لزمه دم لجمعه بينهما؛ لأنه لا يجوز له الجمع، فإذا جمع فقد احتمل وزرًا وارتكب حظرا فلزمه دم كفارة لا شكرا ثم لا بد من رفض أحدهما نزوعا من المعصية، فرفض العمرة أولى لأنها أخف وأيسر رفعًا وعليه قضاؤها؛ لأنه التزمها بالشروع.

فإن طاف لعمرته ثلاثة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يرفض العمرة لأنها أخف مؤونة وأقصر أداء وقضاء فكان رفضها أولى.

له: أنه أدى بعض أفعال العمرة فيكون الرفض إبطالا للعبادة، ولم يؤد شيئًا من أعمال الحج فيكون الرفض امتناعا عن أداء الحج، والامتناع أسهل من الإبطال إذ نهى عن إبطال العبادة.

وإن طاف لعمرته أربعة أشواط أتمها وفرغ من حجته وعليه دم؛ لأنه إذا أتى بالأكثر صار كالآتي بالكل؛ لأن الركن في الطواف أكثره، لما تبين، فلا يمكن رفضها ويمكن الجمع بينهما في الجملة، كما في الآفاقي فيصير مؤدى غير أنه منهي عنه فيلزمه دم.

كوفي دخل لعمرة فأفسدها في أشهر الحج وأتمها، ثم أحرم بمكة بعمرة وحجة يرفض عمرته ويمضي في حجته وعليه دم عمرة ودم؛ لأنه بمنزلة المكي.

ولو اعتمر في أشهر الحج فأفسدها وأتمها ثم جاوز وقتا ثم قرن كان قارنا، وكذلك المكي؛ لأنه لا تعلق للقران بالسفر كما للمتمتع.

(باب التمتع)

قد ذكرنا صورة التمتع، فيحتاج إلى معرفة: وقت الجمع بينهما، وإلى وقت التحلل عنهما، وإلى من شرع في حقه، وإلى ما يبطل، وإلى حكمه.

وأما وقت الجمع بينهما: فإنه يجمع بين أفعال العمرة أو أكثرها، وإحرام الحج في أشهر الحج من غير أن يلم بأهله حلالا، أو يحرم للحج بعد الفراغ من العمرة من الحرم أين شاء منه يوم التروية، ولو أحرم قبل يوم التروية فهو أفضل.

وعند الشافعي رحمه الله: التأخير إلى يوم التروية أفضل.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ أرادَ الحَجَّ فلْيَتَعجَّلْ**"[1] ولأنه مبادرة إلى العبادة، وإذا طاف المعتمر ثلاثة أشواط في رمضان وأربعة في شوال ثم حج من عامه ذلك كان متمتعًا؛ لأن الركن في الطواف أربعة أشواط فمتى وجد ما هو الركن في أشهر الحج كان متمتعا؛ لأن ما وراء الركن تابع له فصار كأن الكل وجد في أشهر الحج، وإن طاف أكثره في رمضان وأقله في أشهر الحج، لم يكن متمتعا لانعدام الركن فيها وإنما اختص المتعة بأفعال العمرة في أشهر الحج؛ لأن أشهر الحج كان متعينا للحج قبل الإسلام فأدخل الله تعالى العمرة فيها إسقاطا للسفر الجديد عن الغرباء فكان اجتماعهما في وقت واحد في سفر واحد رخصة وتمتعا، ولو طاف كله في رمضان وهو جنب أو محدث ثم أعاده في شوال لم يكن متمتعا.

أما طواف المحدث فلأنه لا يرتفض بالإعادة فلا يجتمع العمرة والحج في أشهر الحج، وأما طواف الجنب فكذلك لا يرتفض بالإعادة على قول الكرخي لما يأتي فكان الفرض هو الأول، ولم يوجد في أشهر الحج. وعلى قول أبي بكر الرازي وغيره: يرتفض الأول بالإعادة لكن تعلق بهذا الطواف في رمضان المنع عن المتعة بهذا السفر، بدليل أنه لو أتم هذه العمرة ثم ابتدأ إحرام العمرة في أشهر الحج واعتمر عمرة جديدة وحج من عامه، لم يكن متمتعا فلا يرتفض هنا الطواف الأول بالإعادة بخلاف طواف الزيارة؛ لأنه لم يتعلق به منع عن شيء حتى ينتقض بالإعادة.

وأما وقت التحلل عنهما: فالمتمتع نوعان:

متمتع ساق الهدي مع نفسه وهو لا يتحلل إلا يوم النحر بعد الفراغ من الحج.

---

(١) أخرجه أحمد ١/٢١٤ (١٨٣٤) و١/٣٥٥ (٣٣٤٠). وابن ماجه (٢٨٨٣) قال: حدثنا علي بن محمد، وعمرو بن عبد الله. ثلاثتهم: (أحمد بن حنبل، وعلي بن محمد، وعمرو بن عبد الله) عن وكيع، قال: حدثنا أبو إسرائيل العبسي، عن فضيل بن عمرو، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، عن الفضل، أو أحدهما عن الآخر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**مَن أَرادَ الحجَّ فليتعجَّل، فإنَّه قد يمرضُ المَريضُ، وتضلُّ الضّالةُ، وتعرضُ الحَاجةُ**".

ومتمتع لم يسق الهدي مع نفسه وهو يتحلل بالحلق إذا فرغ من أفعال العمرة.

وعند الشافعي رضي الله عنه: يتحلل في الحالين.

والصحيح قولنا؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم ساق الهدي في حجة الوداع وأمر أصحابه بأن يحلوا ولم يحل هو، فقالوا: أتأمرنا بالإحلال ولا تحل أنت؟ فقال عليه السلام: "**لَو استقبلتُ مِن أمري ما استدبرتُ لما سقتُ الهديَ وتحللتُ كما حلوا، ومن ساقَ منكمُ الهدي فلا يتحلَّل حتّى يتحللَ معنا يومَ النَّحر**".

فأما من شرع التمتع في حقه: فالتمتع مشروع في حق الآفاقي دون المكي والميقاتي وقد ذكرنا في باب القران.

ولو أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فقضاها وتحلل وأقام بمكة فأحرم بعمرة أخرى ثم حج من عامه لم يكن متمتعا؛ لأنه صار بمنزلة أهل مكة، ألا ترى أنه لو حج، فإنه يحرم للحج من جوف مكة ولا متعة لهم، فإن كان حين فرغ من الأولى خرج فجاوز الميقات قبل أشهر الحج وأهلّ منه بعمرة في أشهر الحج وحج من عامه فهو متمتع؛ لأن وقت الحج دخل وهو في مكان جاز لأهله التمتع.

وإن كان جاوز الميقات في أشهر الحج لم يكن متمتعًا إلا إذا رجع إلى أهله ثم اعتمر ثم حج من عامه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما هو متمتع جاوز الميقات قبل أشهر الحج أو بعدها؛ لأنه أتى مكانا لأهله حق المتعة فصار ملحقا بأهله؛ لأن من أتى مكانا وسكن فيه صار في حكم الإحرام من أهله تقديرًا كالآفاقيّ إذا أحرم من ذلك المكان.

لأبي حنيفة أنه أدركته أشهر الحج وهو ليس من أهل التمتع لتوطنه بمكة، فتقرر حكم فساد التمتع فلا يرتفض الفساد إلا باستئناف السفر من وطنه ليرتفع حكم السفر الأولى؛ لأن ابتداء السفر الأولى كان من وطنه فلا ينتقض إلا بالعود من وطنه.

وأما ما يبطل التمتع:

بالإلمام بأهله نوعان: صحيح وفاسد.

فالصحيح: أن يلم بأهله حلالا.

والفاسد: أن يلم بأهله حرامًا.

فالإلمام الصحيح بين الحج والعمرة يبطل التمتع، وهو ما إذا اعتمر في أشهر الحج ثم حل منها ورجع إلى أهله ثم حج من عامه لم يكن متمتعا. خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا؛ لأن شرط المتعة أن لا يلم بأهله بين العمرة والحجة؛ لأن حكم التمتع وجوب الهدي شكرًا على ما نال من توفيق الجمع بين النسكين بسفرة واحدة، وقد بطل ذلك بإلمامه بأهله حلالا، ولهذا لا يكون المكي متمتعًا؛ لأنه يصير ملما بأهله فيما بينهما، والإلمام الفاسد لا يبطل التمتع، وهو ما إذا اعتمر في أشهر الحج وطاف لها ثلاثة أشواط وحل ورجع إلى أهله، ثم رجع إلى مكة وقضى ما بقي عليه من عمرته وحل وحج من عامه فهو متمتع؛ لأنه ألم بأهله محرما؛ لأنه لم يؤد ما هو ركن الطواف فكان إلمامه فاسدًا وذلك لا يبطل التمتع؛ لأنه جمع بين أكثر الطواف وبين الحج في أشهر الحج من غير أن يلم بأهله فيما بينهما فصار كما لو جمع بين كل الطواف والحج في أشهر الحج.

ولو كان طاف أربعة أشواط ثم رجع والمسألة بحالها لم يكن متمتعا؛ لأنه ألم بأهله حلالا؛ لأن الركن صار مؤدًّى فكان إلمامه صحيحًا والإلمام الصحيح يبطل التمتع.

ولو أهل بالعمرة وساق هديا لمتعته وهو يريد الحج من عامه، فطاف لعمرته ثم انصرف إلى أهله ثم عاد وحج من عامه كان متمتعا عندهما، وعند محمد لا يكون متمتعا.

له: أنه ألمّ بأهله فيما بينهما إلماما صحيحا؛ لأنه ليس من ضرورة صحة الإلمام أن يكون حلالا، ألا ترى أن المكي لا يكون متمتعًا وإن ساق الهدي لوجود الإلمام منه إلماما صحيحا، ولكن شرط صحة الإلمام أن لا يكون العود إلى مكة مستحقا عليه وهنا العود إلى مكة غير مستحق عليه؛ لأن العود إنما يستحق عليه لوجوب الذبح بمكة، وهنا لو بدا له في التمتع لم يجب عليه ذبح الهدي بمكة.

لهما: أنه ألم بأهله محرمًا؛ لأن سوق الهدي يمنعه من التحلل عن العمرة؛ لأنه ما دام على نية التمتع فالعود إلى مكة مستحق عليه للذبح؛ لأنه لما حج من عامه واتصلت العمرة بالحجة ظهر أن الذبح كان واجبًا عليه وقت الإلمام فظهر أن العود كان مستحقًّا عليه للذبح وليس كالمكي؛ لأنه لا يتصور منه التمتع فلم يصح سوق الهدي منه فلم يمنع صحة إلمامه، فأما الكوفي يصح منه سوق الهدي للتمتع فمنع صحة الإلمام.

فإن ذبح الهدي ورجع إلى أهله فله أن لا يحج؛ لأنه لم يوجد في حق الحج إلا مجرد النية وبمجرد النية لا يلزمه الحج، فإذا نوى أن لا يحج ارتفضت نية الحج بضدها فصار كأنه لم ينو الحجة في الابتداء، وإن أراد أن ينحر هديه ويحل ولا يرجع إلى أهله ويحج من عامه لم يكن له ذلك؛ لأنه يقيم على عزيمة التمتع فيمنعه الهدي من الإحلال.

فإن فعله ثم رجع إلى أهله ثم حج لا شيء عليه؛ لأنه غير متمتع.

ولو حل بمكة ونحر هديه ثم حج قبل أن يرجع إلى أهله لزمه دم لمتعته؛ لأنه لم يلم بأهله فيما بين نسكين وعليه دم آخر؛ لأنه حل قبل يوم النحر.

ولو اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما فسد مضى فيه ولا يكون متمتعا؛ لأن دم المتعة إنما شرع نسكا شكرا وبالإفساد صار عاصيا فسقط عنه الدم الذي يجب شكرا.

وأما حكم التمتع فعلى المتمتع دم وهو دم نسك شكرًا لما أنعم الله تعالى عليه من الجمع بين النسكين بسفرة واحدة ويجوز له التناول منه.

وعند الشافعي رضي الله عنه: هو دم جبر لا يحل للغني التناول منه.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حج حجة الوداع وهو كان قارنا ساق بمائة بدنة فنحر بعضها وولى الباقي عليًّا كرم الله وجهه، وأمر بأن يؤخذ من كل واحدة شيء وطبخ له مرقة فحسا مرقته وأكل من لحمها.

ولأن التمتع جمع بين النسكين وليس بإخلال بنسك ولا ارتكاب محظور فكيف يجب الدم كفارة وجبرا، ولهذا شرع بدله وهو الصوم غير مقدر بالدم، ولو كان دم

جبر لشرع معدلا بالدم كدم جزاء الصيد، فإن لم يجد الهدي ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦] كما نص الله تعالى في كتابه، فيصوم ثلاثة أيام قبل يوم عرفة بعد إحرام العمرة ولا يجوز قبله؛ لأن قبل الإحرام لم يوجد السبب وهو المتعة، فلم يجب الدم، فلم يلزمه الصيام خلفا عنه، وأداء الواجب قبل الوجوب وقبل سببه مستحيل.

ولو صام بعد إحرام العمرة جاز، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يحرم بالحج لقوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ﴾.

والصحيح قولنا؛ لأنه صام بعد وجود سبب وجوبه؛ لأن سببه هو التمتع وهو يحصل بالعمرة على نية المتعة لأنها طريق موصل إلى المتعة وأداء الشيء بعد وجود سبب وجوبه جائز؛ لأنه يستند وجوبه إلى وقت سببه ولا حجة له في الآية؛ لأن كلمة (في) للظرف والحج لا يصلح ظرفا للصوم فعلم أن معناه في وقت الحج.

والأفضل أن يصوم ما قبل يوم التروية، ويوم التروية ويوم عرفة؛ لأن الصوم بدل فكان التأخير إلى آخر الوقت أولى لجواز أن يقدر على الأصل وهو الهدي فيبطل البدل، فإن مضت ولم يصم لا يحل إلا بالهدي.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يفوت الصوم لتصور القضاء.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ﴾ أي: في وقت الحج، فإذا فات وقت الحج عاد الأمر إلى الأصل، فإن لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم للتمتع ودم للتحلل قبل الهدي.

وأما صوم السبعة فيجوز بعد الفراغ من أفعال الحج ولا يجوز قبله، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز قبل الرجوع إلى أهله لقوله تعالى: ﴿وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ علق الوجوب بالرجوع وتأويله عندنا: إذا فرغتم من أفعال الحج كذا قاله أهل التفسير.

ولو قدر على الهدي قبل إكمال الصوم الثلاثة أو بعدما أكمل قبل يوم النحر

لزمه الهدي وبطل صومه؛ لأن الهدي للتحلل والصوم بدل عنه والقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل وهو التحلل، يبطل حكم البدل كالمتيمم إذا رأى الماء في صلاته، ولو وجد الهدي بعدما حلق قبل صوم السبعة فلا هدي عليه لحصول المقصود بالبدل.

ولو لم يحل حتى مضت أيام التحريم وجد الهدي فصومه تام ولا هدي عليه؛ لأن التحلل يباح له بعد يوم النحر فحصل المقصود وهو التحلل.

(**المنتقى**): قال أبو حنيفة رحمه الله: ومن لم يصم الثلاثة فليس عليه صوم السبعة؛ لأن المشروع بدلا للتحلل صوم عشرة كاملة وقد فات متى لم يصم ثلاثة أيام.

وإذا تمتع العبد ولم يصم الثلاثة حتى جاء يوم النحر، فعليه هديان إذا أُعتق هدي للتمتع متى فات الصوم وهدي لإحلاله قبل الهدي.

(باب مُجَاوَزَة الميقات بغير إحرام)

ومن جاوز الميقات وهو يريد الحجة أو العمرة غير محرم فلا يخلو إما أن أحرم داخل الميقات أو عاد إلى الميقات ثم أحرم.

فإن أحرم داخل الميقات ينظر إن خاف فوات الحج متى عاد، فإنه لا يعود ويمضي في إحرامه ولزمه دم لترك الإحرام من الميقات لقول ابن عباس رضي الله عنه: ومن جاوز الوقت بغير إحرام إن كان لا يخاف فوات الحج عاد إلى الوقت وأحرم، وإن كان يخاف فوت الحج، فإنه يمضي وعليه دم ولأن الحج فرض والإحرام من الميقات واجب وترك الواجب أهون من ترك الفرض، وإن كان لا يخاف فوات الحج، فإنه لا يعود إلى الوقت؛ لأن مجاوزة الميقات محرما واجب وقد أمكنه إقامة هذا الواجب من غير تفويت فرض، وإذا عاد إلى الوقت فلا يخلو إما أن عاد حلالا أو محرما، فإن عاد حلالا ثم أحرم سقط عنه الدم؛ لأنه أتى بما لزمه الدم لأجله، وإن عاد فقد تدارك ما فاته فسقط عنه الدم كمن طاف للزيارة محدثا أو جنبا، ثم طاف ظاهرا في أيام النحر سقط عنه الدم وإن عاد إلى الوقت محرمًا.

قال أبو حنيفة رحمه الله: إن لبى سقط عنه الدم، وإن لم يلب لا يسقط.

وعندهما: يسقط.

وعند زفر: لا يسقط في الوجهين؛ لأن الدم لزمه بالجناية وهي ترك إنشاء الإحرام من الميقات، ولم ينشئ الإحرام من الميقات فلم يتدارك ما فات.

لهما: أن الواجب عليه مجاوزة الميقات محرما لا ملبيا بدليل أنه لو أحرم من داره فجاوز الميقات ولم يلب لا يلزمه شيء، فإذا عاد محرما فقد تدارك ما عليه في أوانه.

لأبي حنيفة: أنه لما بلغ الميقات حلالا وجب عليه أن يجاوز الميقات محرما ملبيا؛ لأنه وجب عليه الإحرام والإحرام لا يكون إلا بالتلبية فصارت التلبية مستحقة عليه أيضًا، فإذا عاد ولبى فقد تدارك جميع ما عليه، وإذا لم يلب لم يتدارك الكل فلا يسقط عنه الدم بخلاف ما لو أحرم من داره؛ لأن الواجب عليه التلبية للإحرام عند أحد الميقاتين وقد لبى من أفضل الميقاتين فلا يلزمه التلبية من آخرهما وأدونهما، ولو لم يعد إلى الوقت وعمل بعد الإحرام عملا نحو أن طاف شوطا أو وقف بعرفة ثم عاد فلبى لم يسقط عنه الدم؛ لأنه اتصل الفعل بإحرام ناقص فوقع المؤدي معتدا به فلا يحتمل الرفض بالعود فلا يعود حكم الابتداء.

ومن جاوز وقته غير محرم ثم أتى وقتًا آخر أقرب منه وأحرم، جاز ولا شيء عليه؛ لأن المواقيت كلها سواء في حق الإحرام؛ لأن الواجب عليه الإحرام من الميقات تعظيما لدخول مكة من أي وقت كان والأولى أن يحرم من وقته. وعن أبي يوسف رحمه الله: إن كان هذا الميقات محاذيا للميقات الذي جاوزه أو أبعد إلى الحرم يسقط عنه الدم وإلا فلا.

ولو جاوز الميقات ويريد بستان بني عامر لحاجة دون مكة فلا شيء عليه؛ لأن الإحرام إنما وجب لدخول مكة وهو لم يرد دخول مكة وهو الحيلة في إسقاط الإحرام، فإن بدا له أن يدخل مكة لحاجة بغير إحرام فله ذلك؛ لأنه صار كواحد من أهل المكان في حق الإحرام.

وعن أبي يوسف: أنه لا يسقط إحرامه ما لم ينو أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوما ليثبت حكم التوطن فيه.

كوفي جاوز الميقات بغير إحرام وأهلّ بعمرة ثم أهلّ بحجة فهو على أوجه: إما أن أحرم بالعمرة أولا ثم بالحجة أو أحرم بالحجة ثم بالعمرة من الحرم أو قرن بينهما، فإن أحرم بالعمرة ثم بالحجة أو قرن بينهما فعليه دم واحد استحسانًا.

وقال زفر رحمه الله: عليه دمان قياسًا على ما لو ارتكب محظورًا آخر من محظورات الإحرام.

لنا: أن القارن، وإن كان محرمًا بإحرامين ولكن دم الوقت لا يجب بالجناية على الإحرام وإنما يجب بالجناية على الوقت والجناية متحدة؛ لأنه ترك الإحرام من ميقات العمرة لا غير؛ لأن ميقات حجته من الحرم فلم يصر تاركا إحرام الحجة من ميقاته.

وإن أحرم بالحجة أولا ثم بالعمرة من الحرم فعليه دمان **أحدهما**: لترك إحرام الحجة من الوقت. **والثاني**: لترك إحرام العمرة من الحل؛ لأن ميقات العمرة من الحل.

رجل جاوز الوقت فأحرم بحجة فأفسدها أو فاته الحج فقضاها سقط عنه دم الوقت؛ لأن الدم إنما وجب جبرًا لما انتقض بالقضاء يستدرك ما فات؛ لأن الإحرام في القضاء من الميقات ينوب عما ترك في الأداء فلا فائدة في الجبر، كمن سمى في صلاته ثم أفسدها فقضاها لم يلزمه سجود السهو في القضاء.

وإذا جاوز العبد الميقات بغير إحرام ثم أذن له مولاه أن يحرم فأحرم لزمه دم الوقت إذا عتق؛ لأنه من أهل الإحرام فلزمه الإحرام من الميقات، فإذا لم يفعل لزمه الدم.

وأما الكافر يدخل مكة ثم يسلم ثم يحرم فلا شيء عليه؛ لأنه ليس من أهل الإحرام حال مجاوزة الوقت فلم يلزمه، وكذلك الغلام تجاوز ثم يحتلم ويحرم بمنزلة الكافر.

ولو أحرم الصبي والمجنون والكافر بالوقت ثم بلغ وأفاق وأسلم ووقت بالحج باق، فإن جددوا الإحرام يجزئهم عن حجة الإسلام؛ لأن إحرام المجنون والكافر لم يصح لعدم الأهلية، وإحرام الصبي العاقل صحيح لكنه غير ملزم، فانعقد للنفل ولم يلزمه المضي فيه فجاز له رفضه، فإذا جدد الثاني ارتفض الأول كمصلي النفل كبّر بنية الفرض.

ولو أحرم العبد بإذن المالك ثم عتق، لا يجوز عن حجة الإسلام جدد الإحرام أو لم يجدد؛ لأن إحرام العبد لازم فلزمه المضي للنفل؛ لأنه ليس عليه حجة الإسلام فلا يحتمل الرفض بإحرام جديد.

(باب دخول مكة بغير إحرام)

ولا يجوز للآفاقيّ أن يدخل مكة بغير إحرام نوى النسك أم لا، ولو دخلها فعليه حجة أو عمرة.

وعند الشافعي رحمه الله: إن دخلها لحاجة يجوز، وإن دخلها مريدًا للنسك بغير إحرام يأثم ولا شيء عليه.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يحلُّ دُخولُ مكّةَ بِغيرِ إحرامٍ**". وقوله عليه السلام: "**لَا يجاوزُ أحدٌ الميقات إلّا محرمًا إلّا مَن كانَ أهلهُ دونَ الميقاتِ**". فكان دخول مكة سببًا لوجوب الإحرام.

ومن لزمه الإحرام لا يخرج عنه إلا بأداء حجة أو عمرة كما لو نذر بإحرام، ولأن من شرف هذه البقعة وعظم قدرها لزوم عبادة بالدخول فيها إظهارا لشرفها على سائر البقاع، والحكمة فيها إظهار التقشف والتشعث ورفض التزين وهجران الاستمتاع ليتصور بصورة العبد المسخوط عليه مولاه، فيتعرض لما يتعاطاه من أحواله لعطف سيده عليه ويستجلب مرحمته لديه.

ومن كان أهله في الميقات جاز له دخول مكة بغير إحرام، لأنهم بقيامهم بعمارتها وكونهم رصدًا لحفظها وحمايتها صاروا معظمين لها وصار ذلك حظهم من التعظيم، ولأن دخولهم مكة مما يتكرر لإقامة مصالحهم، فلو لزمهم الإحرام بكل دخول يلحقهم الحرج.

وكذلك المكي إذا خرج إلى الحل للاحتطاب والاحتشاش ثم دخل مكة يباح له الدخول بغير إحرام، وأصله أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص للحطابين الدخول من غير إحرام، وكذلك من كان في حوالي مكة من أهل الحل دون المواقيت، لأنهم يحتاجون إلى الدخول فيها لحوائجهم وإقامة مصالحهم ودخولهم مما يتكرر،

فلو لزمهم الإحرام لكل دخول لحرجوا في ذلك، وكذلك الآفاقيّ إذا صار من أهل البستان بأن قصد دخوله؛ لأنه صار من أهل البستان حكمًا، ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا يسقط ما لم ينو أن يقيم بالبستان خمسة عشر يوما.

ولو أحرم بالحج أو بالعمرة ولم يرجع إلى الميقات فعليه دم لتمكن النقصان في إحرامه، فإن أقام بمكة حتى تحولت السنة ثم أحرم بحجة قضاء عما لزمه بالمجاوزة جاز.

ولو عاد في تلك السنة إلى الوقت فأهل بحجة الإسلام جاز عن حجة الإسلام ومن دخوله الأول بغير إحرام استحسانًا خلافا لزفر رحمه الله؛ لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام المطلق لا بإحرام مفرد بدليل أنه لو دخل ابتداء بإحرام حجة الإسلام كان جائزا وقد يلاقي المتروك في وقته فيخرج من أن يكون مفرطا.

وإن تحولت السنة فأحرم بحجة الإسلام لا يجزئه عما وجب لمجاوزة الوقت؛ لأنه مائلا في المتروك في وقته، فصار مفوتا قضاء حق البقعة، فصار ذلك دينا عليه مقصودا، فلزم الأداء بإحرام له مقصودا كمن نذر أن يعتكف رمضان فلم يعتكف حتى دخل رمضان القابل، فاعتكف فيه قضاء عما لزمه لم يجز فكذا هذا.

وكذلك لو أحرم بعمرة منذورة بعد السنة لم يجز عما لزمه بالمجاوزة، ولو دخل مكة بغير إحرام وعاد إلى وطنه ثم دخل مرة أخرى بغير إحرام يلزمه لكل دخول إحرام، فإن أحرم بحجة الإسلام في سنته عن الدخول الثاني جاز، ولم يجز عن الدخول الأول لأن الدخول الثاني إذا وجد صار الأول منقطعًا عما بعد الثاني لتخلله بينهما فصار ذلك كمضي السنة، والله أعلم.

(باب خروج الحاج من مكة إلى عرفات)

يستحب أن يخرج من مكة إلى منى يوم التروية بعد الزوال ويصلي بها خمس صلوات الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر؛ لما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "**أن جبريلَ صلواتُ اللهِ عليهِ خبأَهُ وحملَهُ إلَى منى وصلّى به هذه الصلواتِ وقالَ: هكذا فعلتُ بإبراهيمَ عليه السلامُ**".

وإن صلى بمكة لا يضره ويبيت ليلة عرفة بمنى ليكون أكثر تأهبًا للوقوف بعرفة فكأن البيتوتة بمنى سنة كالانتظار للصلاة والإقامة بمنى بعد الزوال يوم التروية أدب؛ لأنها إنما شرعت تتمة للبيتوتة بمنى تبعًا لها، وما شرع تبعًا للسنّة يكون دونها فيكون أدبا وينزل بمنى بقرب مسجد الخيف؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان ينزل بالخيف، وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: صلى في مسجد الخيف سبعون نبيا.

فإذا طلعت الشمس يوم عرفة خرج إلى عرفات وينزل حيث أحب من عرفات؛ لأنه لا تفضيل لبعض أماكن عرفات على البعض؛ لأن كلها موقف، فإذا زالت الشمس اغتسل إن أحب، ويصعد الإمام المنبر ويؤذن المؤذن وهو عليه؛ لأن هذه خطبة تقام لصلاة غيرت عن سنتها فأشبه خطبة يوم الجمعة، وفي خطبة الجمعة يصعد الإمام المنبر أولا ثم يؤذن المؤذن فكذا هذا، وعن أبي يوسف رحمه الله في النوادر أنه يؤذن المؤذن ثم يخرج الإمام من فسطاطه بعد الأذان ويصعد المنبر ثم يخطب بعد الأذان خطبتين قائمًا ويجلس بينهما كما في يوم الجمعة.

وفي الحج ثلاث خطب خطبة مكة قبل يوم التروية بعد صلاة الظهر، وخطبة يوم عرفة بعد الزوال، وخطبة بعد يوم النحر بمنى بعد صلاة الظهر، هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن هذه الخطب إنما شرعت لتعليم الناس أمور المناسك، ولو علمهم جميع أمور المناسك قل ما يمكنهم ضبطها، فيعلمهم ذلك في ثلاث خطب متفرقات ليكون أثبت في القلوب وأقرب إلى الضبط.

وقال الشافعي رحمه الله: في الحج أربع خطب، ثلاث كما ذكرنا، وخطبة تخطب في أول يوم النحر.

والصحيح قولنا؛ لأن ما تحتاج إليه في هذا اليوم من إقامة أمور المناسك كله يحصل في خطبة يوم عرفة فاستغنى فيه عن الخطبة كما في يوم التروية.

والخطبة سنّة تجوز الصلاة بدونها لأنها للوعظ ولتعليم المناسك كخطبة العيد، ثم ينزل ويقيم المؤذن فيصلي الإمام الظهر والعصر في وقت بأذان وإقامتين، هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم ولا يجهر فيهما ولا يتطوع بينهما إمام ولا مأموم؛

لأنه إنما قدم العصر على وقته لغرض المبادرة إلى الوقوف، فأولى أن يكره التطوع ويعيد الأذان للعصر إذا تطوع الإمام بينهما أو يشغله أمر عن الدخول في الأخرى عندهما؛ لأنه فرق بينهما، وقال محمد لا يعيد؛ لأنه لما جمع بينهما في الوقت كفاه أذان واحد.

وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا أخر الإمام الدخول في العصر لا يكره للمأموم أن يتطوع إلى أن يدخل الإمام فيه، فإن كان الإمام مقيما من أهل مكة أتمها ويتم القوم معه، وإن كان مسافرًا قصرها ويقول لهم بعد الفراغ أتموا يا أهل مكة فإنا قوم سفر.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله: إحرام الحج والإمام والجماعة شرط وعندهما الإحرام شرط لا غير.

وعند الشافعي رحمه الله: السفر شرط لا غير حتى لا يجوز الجمع بين الظهر والعصر إلا بجماعة مع الإمام الأعظم أو نائبه عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز لكل من وقف بعرفة، وعند الشافعي رحمه الله يجوز للمسافر دون المقيم.

لهما: أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما لعذر الوقوف صيانة له ليتفرغوا بعد ذلك لأشغالهم ويستريحوا فكل من كان يحتاج إلى الوقوف تجمع، والانفراد والجماعة في ذلك سواء.

لأبي حنيفة: أن تقديم العصر كان لحق الجماعة صيانة لها؛ لأن الموقف فلاة عظيمة متباينة الأطراف، فإذا اشتغل المسلمون بالمناجاة تعذر جمعهم، والجماعة من أعظم شعائر الإسلام خصوصا في ذلك المكان في مثل ذلك اليوم فلم يصح الجمع مشروعا في حق المنفرد مع أن الكتاب ناطق بفساد تقديم العصر على وقته.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله هذه الأشياء شرط في الظهر والعصر جميعا.

وعند زفر: شرط في العصر لا غير.

له: أن الظهر مؤدى في وقته والعصر معجل على وقته فوقع التغيير في العصر دون الظهر فتراعى شرائط الشروع في العصر خاصة.

لأبي حنيفة: أن جواز تقديم العصر عرفناه نصًّا لا قياسًا مرتبًا على طهر كامل بالجماعة والإمام، فلا يجوز أن يرتب على طهر دونه في الكمال قياسًا؛ لأن ما ثبت معدولا به عن القياس يراعى هيئته، ولهذا لو صلى الظهر مع الإمام قبل إحرامه أو محرم بإحرام العمرة ثم أحرم للحج متمتعًا لم يصلّ العصر إلا في وقتها عنده وعندهم يجوز تقديمه، وينبني على هذا لو صلى الظهر في منزله ثم أدرك في العصر لم يجزه العصر عند أبي حنيفة.

وإن أدرك شيئًا من الظهر مع الإمام ودخل في العصر معه جاز؛ لأنه لما أدرك جزءًا من الظهر والعصر مع الإمام فقد أدركها بجماعة، وإن لم يدرك شيئًا من العصر مع الإمام لم يصلّ العصر إلا في وقتها؛ لأنه لم يدركها بجماعة.

ولو تقدم رجل بغير إذن الإمام فصلى بهم لم يجز خلافا لهما؛ لأن الإمام شرط عنده، وعندهما لا.

ولو لحق الناس الفزع بعرفات فصلى الإمام وحده الصلاتين جميعا لا يجزئه العصر عنده؛ لأن الجماعة شرط لجواز الجمع عنده.

ولو نفر الناس عن الإمام فصلى وحده الصلاتين جاز ذكره مطلقا لكن إن كان بعد الشروع يجوز بالاتفاق.

وإن كان قبل الشروع اختلفوا فيه؛ قيل: يجوز عندهما، وعند أبي حنيفة لا يجوز؛ لأن الجماعة شرط الجمع وقيل يجوز عندهم جميعا؛ لأن الجماعة ليست بشرط في حق الإمام؛ لأنه لا يملك أحد أن يجعل نفسه إماما لغيره فأما الإمام شرط في حق غيره؛ لأن كل أحد يملك أن يجعل نفسه مقتديا بغيره.

ولو مات أميرهم جمع خليفته أو صاحب شرطته؛ لأن عمال الخليفة لا ينعزلون بموته؛ لأن الخليفة فيما يفعل نائب عن جماعة المسلمين فيكون فعله كفعلهم، فإن لم يكن صلوا كل صلاة لوقتها ولا يجمعون وهذا يؤيد قول من قال بأن الجواب في المسألة الأولى قولهما، وعلى قياس ما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال في أهل بلدة مات أميرهم وليس فيهم ذو سلطان فقدموا رجلا فأقام بهم الجمعة: أجزأهم، فهنا إذا قدموا رجلا ليصلي بهم يجزئهم أيضًا.

ولو سبق الإمام الحدَث في الظهر فاستخلف رجلا، يصلي الخليفة الظهر والعصر؛ لأنه بمنزلته؛ لأن الظهر والعصر في هذا اليوم جعلا كصلاة واحدة والظاهر أن الإمام استخلفه فيهما، وإن لم يأذن له بالعصر صريحًا، وإن رجع الأول بعد فراغه من العصر لا يصلي العصر إلا في وقتها؛ لأنه صار هو كواحد من القوم فصار الإمام شرطًا في حقه فلم يجز له العصر لعدم الإمام إلا لفوات [الجمعة][1].

ولو أحدث الإمام بعد الخطبة قبل الشروع فقدم رجلا لم يشهد الخطبة جاز.

ولو صلى الظهر قبل الزوال على ظن أن الشمس زالت والعصر بعده أعاد الخطبة والصلاتين استحسانًا وفي القياس لا يعيد إلا الظهر؛ لأنه صلى العصر وهو ناسٍ بأن الظهر عليه فصار كمن صلى العصر في سائر الأيام ناسيًا ظهره.

وجه الاستحسان: أن الشرع إنما جوَّز العصر في وقت الظهر بشرط أن يكون مرتبًا على أداء الظهر في وقتها ولم يوجد شرطه فلا يجوز. والله أعلم بذلك.

(باب الوقوف بعرفة)

وقت الوقوف بعرفة من حين تزول الشمس يوم عرفة إلى طلوع الفجر من يوم النحر؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم وقف بعرفة بعد الزوال، وكان فعلهُ بيانًا لوقت الوقوف، فمن وقف بعد الزوال أو ليلة النحر قبل طلوع الفجر أجزأه لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الحجُّ عَرفة، فَمن وقفَ بها بليلٍ أو نهارٍ فقد تمَّ حجهُ وقضى تفثهُ**"[2].

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجماعة.

(٢) أخرجه «أحمد» ١٥/٤ (١٦٣٠٩) قال: حدثنا هشيم، عن ابن أبي خالد، وزكريا. وفي (١٦٣١٠) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زكريا. وفي ٢٦١/٤ (١٨٤٨٩) قال: حدثنا يحيى، عن إسماعيل. وفي (١٨٤٩٠) قال: حدثنا روح، قال: حدثنا شعبة، قال: سمعت عبد الله بن أبي السفر. وفي (١٨٤٩١) قال: حدثنا أبو النضر، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي (١٨٤٩٢) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا شعبة، قال: عبد الله بن أبي السفر حدثني. وفي ٢٦٢/٤ (١٨٤٩٣) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. و«الدارمي» (٢٠١٩) قال: أخبرنا يعلى، قال: حدثنا إسماعيل. وفي (٢٠٢٠) قال: أخبرنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. و«ابن ماجه» (٣٠١٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن =

وقال مالك رضي الله عنه: ما لم يصل وقوفهُ بالنهار يجز من الليل لم يجز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الحجُّ عرفة، فمن وقفَ بليلٍ فقد تمّ حجَّهُ، ومَن فاتهُ بليلٍ فقد فاتَهُ الحجُّ**".

=

محمد، قالا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد. و«أبو داود» (١٩٥٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن إسماعيل. و«الترمذي» (٨٩١) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن داود بن أبي هند، وإسماعيل بن أبي خالد، وزكريا بن أبي زائدة. و«النسائي» ٢٦٣/٥، وفي «الكبرى» (٤٠٣٤) قال: أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن إسماعيل، وداود، وزكريا. وفي ٢٦٣/٥، وفي «الكبرى» (٤٠٣٣) قال: أخبرنا محمد بن قدامة، قال: حدثني جرير، عن مطرف. وفي ٢٦٣/٥، وفي «الكبرى» (٤٠٣٢) قال: أخبرنا علي بن الحسين، قال: حدثنا أمية، عن شعبة، عن سيار. وفي ٢٦٤/٥، وفي «الكبرى» (٤٠٣١) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال حدثنا خالد، عن شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٢٦٤/٥، وفي «الكبرى» (٤٠٣٥) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، عن إسماعيل. و«أبو يعلى» (٩٤٦) قال: حدثنا زحمويه، قال: حدثنا صالح، يعني ابن عمر، عن مطرف. و«ابن خزيمة» (٢٨٢٠) قال: حدثنا علي بن حجر السعدي، قال: أخبرنا هشيم، قال: أخبرنا إسماعيل بن أبي خالد، وزكريا بن أبي زائدة (ح) وحدثنا علي أيضا، قال: حدثنا علي بن مسهر، وسعدان، يعني ابن يحيى، عن إسماعيل (ح) وحدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا المعتمر، قال: سمعت إسماعيل (ح) وحدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى، ويزيد بن هارون، قال يحيى: حدثنا، وقال يزيد: أخبرنا إسماعيل (ح) وحدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا ابن فضيل، قال: حدثنا إسماعيل (ح) وحدثنا عبد الله بن سعيد الأشج، وسلم بن جنادة، قالا: حدثنا وكيع، عن إسماعيل بن أبي خالد. وفي (٢٨٢١) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان، عن زكريا. وفي (٢٨٢١م) قال: حدثنا عبد الجبار في عقبه، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا داود. (قال أبو بكر ابن خزيمة: داود هذا هو ابن يزيد الأودي). و«ابن حبان» (٣٨٥٠) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي (٣٨٥١) قال: أخبرنا زكريا بن يحيى الساجي، قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، قال: حدثنا سفيان، عن داود بن أبي هند، وإسماعيل، وزكريا.

سبعتهم: (إسماعيل بن أبي خالد، وزكريا بن أبي زائدة، وعبد الله بن أبي السفر، وداود بن أبي هند، ومطرف بن عبد الله بن الشخير، وسيار أبو الحكم، وداود بن يزيد الأودي) عن عامر بن شراحيل الشعبي، فذكره.

ولكنا نقول: هذا الحديث غريب، وما رويناه مشهور، والحديث الشاذ لا يقبل بمقابلة المشهور.

ولو طلع الفجر ولم يدرك فقد فاته الحج، ويجب أن يقفوا إلى الغروب؛ لأن أصل الوقوف ركن وامتداده إلى الغروب واجب لقوله عليه السلام: "**امْكُثُوا عَلَى مَشَاعِرِكُمْ؛ فَإِنَّكُمْ عَلَى إِرْثٍ مِنْ إِرْثِ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْه**"[1]، فقد أمر بالمكث والأمر للوجوب والثابت بخبر الواحد يكون واجبًا لا ركنًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: الأفضل أن يقف على راحلته؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا وقف، ولأنه متى وقف راكبًا يكون قلبه فارغًا عن جانب الدابة فيكون قلبه من الدعاء أسكن وللمناجاة أخلص، وإن وقف قائمًا أو جالسًا جاز؛ لأن الوقوف هو الكينونة فيه، وكل من كان وقوفه إلى الإمام أقرب فهو أفضل؛ لأن الإمام يعلّم الناس أمور المناسك حتى يستمع منه، ووراء الإمام أفضل من أمامه؛ لأن تقديم الإمام مستحب كما في الصلاة.

والنية غير شرط في الوقوف حتى لو مر بها وهو لا يعلم أو وقف نائمًا أو مغمى عليه جاز خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا؛ لأنه عليه السلام جعل الوقوف مطلقًا حجًّا ولم يشترط النية والعلم في الوقوف، ولأن نية الحج في وقت الإحرام شملت كل ركن يوجد فيه، فلا يفتقر إلى تجديد النية كركوع الصلاة وسجودها بخلاف الطواف، فإنه يفعل بعد التحلل فيفرد بالنية.

ووقوف الحائض والجنب ومن لم يصلّ الصلاتين يجزئ ولا يلزمه شيء لما روينا.

وعرفات كلها موقف إلا بطن عُرَنَة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**وَارْتَفِعُوا عَنْ عُرَنَةَ**"[2].

---

(١) أخرجه أبو داود (١٨٩/٢، رقم ١٩١٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣٠١٢) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا القاسم بن عبد الله العمري، قال: حدثنا محمد بن المنكدر، فذكره.

وترفع الأيدي بسطا مستقبل القبلة بوجهه ويديه لما روى ابن عباس رضي الله عنه: رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رافعًا يديه كالمستطعم المسكين.

والمستحب في الدعاء الرغبة أن يجعل بطن كفه نحو السماء، وفي دعاء الرهبة أن يجعل ظهر كفه نحو صدره كأنه يدفع البلاء عن نفسه، ويكبرون ويهللون ويلبون ويحمدون الله تعالى ويثنون عليه ويصلون على النبي صلى الله عليه وسلم ويسألون الله تعالى حوائجهم، فإنه وقت مرجوّ، قال صلى الله عليه وسلم: "**أفضلُ الدّعاء دعاءُ أهل عرفة، وأفضلُ ما قلتُ وقالت الأنبياءُ صلواتُ الله عليهمُ أجمعينَ قَبلي عشية يوم عرفة: لَا إله إلا الله وحدَه لا شريكَ لهُ، لهَ الملكُ وله الحمدُ يُحيي ويميتُ وهوَ حيٌّ لا يموتُ بيده الخيرُ وهو على كلّ شيءٍ قديرٌ**".

وقال عليه السلام: "**إنّ الله تعالى يباهي ملائكتهُ يومَ عرفة فيقولُ: انظرُوا إلَى عبادِي جَاؤوا شُعثًا غُبرًا يأتونَ من كلّ فجٍّ عميقٍ يطلبونَ رضاي ويلتمسُون مغفرتِي، اشهدُوا أنّي قد غفرتُ لَهم، فيرجعونَ كيوم ولدتهُم أمُّهم**".

والليالي كلها تابعة للأيام [المستقبلة][1] لا للأيام الماضية إلا في الحج فإنها في حكم أيام ماضية لا في حكم نهار [مستقبلة] كليلة عرفة تابعها ليوم تروية حتى لا يجوز للحاج الوقوف فيها كما لا يجوز في يوم التروية وليلة النحر تابعة ليوم عرفة حتى يجوز للحاج الوقوف فيها كما يجوز في يوم عرفة وكذا لا يجوز التضحية فيها كما لا يجوز في يوم عرفة، وكذا ليالي الرمي تابعة لما قبلها حتى لو ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر يرميها في الليلة التي بعده، ولو رمى الجمار الثلاث في هذه الليلة لا يصح.

(**المنتقى**): أهل عرفة وقفوا في يوم فشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر جاز حجهم؛ لأن الاحتراز عن الخطأ متعذر والتدارك غير ممكن فوجب أن يسقط التكليف صيانة لجميع المسلمين.

---

(١) ما بين المعكوفتين في الأصل وفي (س): المؤتنقة، وفي (ك): المؤتنفة.

وانظر: فتح باب العناية في شرح كتاب النقاية ٢/٦٠.

وإذا التبس عليهم هلال ذي الحجة فوقفوا يوم النحر على ظنِّ أنه يوم عرفة جاز حجهم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**حجُّكم يومَ تحجُّونَ**" ولأن فيه ضرورة.

ولو وقفوا يوم التروية على ظنِّ أنه يوم عرفة لم يجزهم؛ لأنه لا ضرورة فيه فإنهم يقفون من غد.

قال محمد رحمه الله: ولو شهدوا عند الإمام عشية يوم عرفة برؤية الهلال، فإن أمكنه الوقوف في بقية الليل مع عامة الناس أو أكثرهم وقف، وإن لم يمكنه لم تقبل تلك الشهادة ووقف من الغد.

وكذلك لو شهدوا يوم عرفة أن اليوم يوم الأضحى لم تقبل شهادتهم لأنهم يريدون أن يفوت الحج الناس وتقف الشهود مع الناس من غد ويجزئهم.

وكذلك لو شهد رجلان والسماء مصحية فرُدّت شهادتهُما فوقفا مع الإمام يجزئهما.

ولو وقف بشهادتهما قوم لم يجزهم.

ولو وقف واحد رأى الهلال لم يجزه وعليه أن يقف مع الإمام؛ لأن العبرة للجمع لما روينا.

(باب الدفع من عرفات)

وإذا غربت الشمس دفع الإمام والناس وعليهم السكينة حتى أتوا المزدلفة؛ لأن الله تعالى أمر بالإفاضة إلى مزدلفة بقوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أَفَضۡتُم مِّنۡ عَرَفَٰتٖ فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ﴾ [البقرة: ١٩٨] والمشعر الحرام المزدلفة فقد أمر بالذكر عند المشعر الحرام والأمر للوجوب ولا يمكنه إقامة هذا الواجب إلا بالإفاضة من عرفات فعلم أنه أراد به الأمر وعليهم السكينة في المشي؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أفاض من عرفات، رأى أصحابه يتسارعون في

المشي فقال: "**ليسَ البرُّ في إيجافِ[١] الخَيلِ ولا في إِيضَاعِ[٢] الإبلِ، عليكُم بالسّكينةِ والوقارِ**"[٣].

ولأن الإسراع في المشي من الكل يؤدي إلى إيذاء البعض فيكره، حتى إن من أمكنه الإسراع بلا إيذاء فالسنّة أن يسرع في الإفاضة لما رُوي أنه صلى الله عليه وسلم دفع من عرفات فكان يمشي العنق فإذا وجد فجوة نص، فيفتي بذلك للخواص لا للعوام وإن أبطأ الإمام بالدفعة دفعوا قبل الإمام، وإن دفعوا أسرع قبل غروب الشمس حتى جاوز عرفة لزمه دم، وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه.

لنا: أن الوقوف إلى الغروب واجب لما روينا، فإذا دفع من عرفة قبل الغروب تمكن في الوقوف نقصان فيجبره بالدم بخلاف الليل إن مر بعرفات بالليل

---

(١) الوَجْفُ: سُرْعة السير. وجَفَ البعيرُ والفرس يَجِف وجْفًا ووجِيفًا: أَسْرعَ. والوجِيف: دون التقريب من السير. الجوهري: الوجِيفُ ضرب من سير الإبل والخيل، وقد وجف البعير يجف وجفًا ووجيفًا. وأَوجف دابته إذا حثَّها، وأَوجفْته أَنا.
وفي الحديث: ليس البِرُّ بالإيجاف.
وفي حديث عليّ، كرم اللّه وجهه: وأَوجَفَ الذِّكْرَ بلسانه أَي: حرَّكه، وأَوجفَه راكبُه.
وحديث علي عليه السلام: أَهونُ سيرِها فيه الوَجِيف؛ هو ضرب من السير سريع.

(٢) إيضاع: مصدر أَوضَعَ، أَوْضَعَ الرّاكبُ الدابةَ: حملها على السَّير السريع.

(٣) أخرجه «أحمد» ١/٢٣٥ (٢٠٩٩) و١/٣٤٤ (٣٢٠٣) قال: حدثنا وكيع، عن المسعودي. وفي ١/٢٥١ (٢٢٦٤) قال: حدثنا إسماعيل بن عمر، قال: حدثنا المسعودي. وفي ١/٢٦٩ (٢٤٢٧) قال: حدثنا مؤمل بن إسماعيل، قال: حدثنا سفيان، عن الأعمش. وفي ١/٢٧٧ (٢٥٠٧) قال: حدثنا عثمان بن محمد، قال: حدثنا جرير، عن الأعمش. وفي ١/٣٢٦ (٣٠٠٥) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا أبو الأحوص، عن الأعمش. وفي ١/٣٢٦ (٣٠٠٨) قال: حدثنا عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا المسعودي. وفي ١/٣٥٣ (٣٣٠٩) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا المسعودي. وفي ١/٣٧١ (٣٥١٣) قال: حدثنا أسود بن عامر، قال: حدثنا أبو بكر، عن الأعمش. و«أبو داود» (١٩٢٠) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان، عن الأعمش (ح) وحدثنا وهب بن بيان، قال: حدثنا عبيدة، قال: حدثنا سليمان الأعمش، المعنى. و«الترمذي» (٨٩٣) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا وكيع، عن المسعودي.
كلاهما: (عبد الرحمن بن عبد الله المسعودي، وسليمان الأعمش) عن الحكم بن عتيبة، عن مقسم، فذكره.

لا يلزمه شيء؛ لأن امتداد الوقوف فيه غير واجب وقيل إنما يلزمه الدم لإفاضته قبل الإمام؛ لأن متابعة الإمام في الإفاضة واجب، وإن عاد بعد الغروب إلى عرفات لا يسقط عنه الدم؛ لأن الدم إنما لزمه إما لتركه الإفاضة مع الإمام أو لتركه الامتداد إلى الغروب ولم يستدرك واحدًا منهما متى عاد، وإن عاد قبل الغروب بعد إفاضة الإمام عنها لا يسقط الدم؛ لأنه لم يستدرك ما فاته من كل وجه، وإن عاد قبل إفاضة الإمام سقط عنه الدم في رواية؛ لأنه إنما لزمه لترك الإفاضة مع الإمام وقد أفاض معه فقد استدرك ما فاته وفي رواية لا يسقط؛ لأنه إنما لزمه بترك امتداد الوقوف ولم يستدركه؛ لأن الوقوف في هذا الوقت واجب فوقع عن نفسه فبقي النقص في وقوفه.

وذكر في النوادر: قال أبو يوسف رحمه الله: لو كان على بعير قيده فأخرجه من عرفات قبل دفع الإمام منها أو ند فيتبعه لزمه دم لتمكن النقص في وقوفه، وإذا أتوا المزدلفة نزلوا حيث شاؤوا ولا ينزلوا على جادة الطريق لا يتأذى بهم المارون.

والمزدلفة كلها موقف غير وادي محسر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مُزدلفة كلُّها موقفٌ وارتفعُوا عَن محسر**"، وإذا غاب الشفق يؤذن المؤذن ويقيم فيصلي الإمام المغرب ويتبعها العشاء ولا يعيد الأذان والإقامة.

وقال زفر رحمه الله: يصليهما بإقامتين كالجمع بين الظهر والعصر بعرفة.

لنا: ما روى أبو داود في سننه أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين المغرب والعشاء بمزدلفة بأذان وإقامة واحدة.

ولأن العشاء مفعولة في وقتها فعرفوا جواز فعلها بدخول وقتها فاستغنى عن التعريف بتجديد الإقامة، وأما العصر بعرفة مفعولة قبل دخول وقتها يحتاج إلى إعلام الناس بإقامتها لأنهم لا يعرفون جواز فعلها قبل وقتها ولا يتطوع بينهما بشيء، فإن تطوع لو تشاغل بشيء أعاد الإقامة؛ لأنه قطع الجمع فيحتاج إلى إعلام جديد.

ولو صلى المغرب والعشاء وحده أجزأه؛ لأن العشاء تقع في وقته أداء والمغرب تقع قضاء بخلاف ما مر في عرفة.

والأفضل أن يصليهما مع الإمام بالجماعة، ولو صلى المغرب قبل أن يأتي المزدلفة أو صلى العشاء بعد دخول الوقت في الطريق فعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف والشافعي رضي الله عنهم أجمعين لا يعيد وقد أساء؛ لأنه صلاها في وقتها وإباحة التأخير كان رخصة، فإذا لم يترخص جاز كالمسافر، ولهذا إذا لم يعد المغرب حتى طلع الفجر لم يلزمه الإعادة.

لنا: أنه صلاها قبل وقتها لما رُوي أن أسامة رضي الله عنه كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم من عرفات إلى مزدلفة فقال: الصلاة يا رسول الله، فقال: **الصّلاة أمامكَ ولم يُرد به فعلهَا**؛ لأنه لا يتقدم فاعلها فعلم أنه أراد به وقتها أو مكانها فعلم أنها تختص بذلك المكان، وإن لم يعد حتى طلع الفجر يسقط القضاء، وفي رواية عن أبي حنيفة إذا مضى نصف الليل؛ لأن هذا من أخبار الآحاد فيوجب العمل ولا يوجب العلم فأمرناه بالإعادة ما بقي الوقت عملا به، فإذا مضى لا يؤمر بالقضاء لما فيه من الحكم بفساد صلاته وذلك من باب العلم.

وذكر في (**المنتقى**): لو صلاهما بعدما جاوز المزدلفة جاز، ومن ضل الطريق فيما بين عرفات ومزدلفة أو كان مريضًا ليس له محمل ولا يستطيع المشي لا يصليهما دون المزدلفة إلا أن يخاف طلوع الفجر قبل بلوغ المزدلفة فصلاهما جاز كي لا يفوت الوقت.

ويبيت بمزدلفة، وإذا أصبح صلى الفجر وغلس ووقف الناس وراء الإمام أو حيث شاؤوا وإن استطاعوا أن يكون موقفهم عند الجبل الذي يقال له قزح من وراء الإمام فعلوا، ويدعو الله تعالى ويرفع يديه ويستقبل بهما وجهه بسطا لما روى جابر رضي الله عنه: "أن النبي صلى الله عليه وسلم بات بمزدلفة حتى طلع الفجر فلما تبين الصبح صلى الفجر ثم ركب ناقته حتى أتى المشعر الحرام فَرَقَاهُ، فحمد الله تعالى وأثنى عليه وهلل وكبر"[1].

---

(١) أخرجه «مسلم» ٤/٢٧ (٢٨٨٠) قال: حدثنا أبو غسان، محمد بن عمرو، قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد، عن يحيى بن سعيد. وفي ٤/٣٨ (٢٩٢٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، جميعا عن حاتم، قال أبو بكر: حدثنا حاتم بن إسماعيل المدني. وفي =

=

٤٣/٤ (٢٩٢٣ و٢٩٢٤) قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثنا أبي. وفي (٢٩٢٥) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان. وفي ٦٤/٤ (٣٠٢٨) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة بن قعنب، قال: حدثنا مالك (ح) وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (٣٠٢٩) قال: حدثني أبو الطاهر، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرني مالك، وابن جريج. و«ابن ماجه» (١٠٠٨ و٢٩٦٠) قال: حدثنا العباس بن عثمان الدمشقي، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا مالك بن أنس. وفي (٢٩١٣) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا يحيى بن آدم، عن سفيان. وفي (٢٩١٩) قال: حدثنا زيد بن أخزم، قال: حدثنا مؤمل بن إسماعيل، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٩٥١) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا أبو الحسين العكلي، عن مالك بن أنس. وفي (٣٠٧٤) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. وفي (٣١٥٨) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (١٨١٣ و١٩٠٧) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي (١٩٠٥) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، وعثمان بن أبي شيبة، وهشام بن عمار، وسليمان بن عبد الرحمن الدمشقيان، وربما زاد بعضهم على بعض الكلمة والشيء، قالوا: حدثنا حاتم بن إسماعيل. وفي (١٩٠٨ و١٩٣٦) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا حفص بن غياث. وفي (١٩٠٩) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان. وفي (٣٩٦٩) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل (ح) وحدثنا نصر بن عاصم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«الترمذي» (٨١٧ و٨٦٢ و٢٩٦٧) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٨٥٦) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: أخبرنا سفيان الثوري. وفي (٨٥٧) قال: حدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، عن مالك بن أنس. وفي (٣٧٨٦) قال: حدثنا نصر بن عبد الرحمن الكوفي، قال: حدثنا زيد بن الحسن. و«النسائي» ١٢٢/١ و١٩٥، وفي «الكبرى» (٢١٩) قال: أخبرنا محمد بن قدامة، قال: حدثنا جرير، عن يحيى بن سعيد. وفي ١٥٤/١ و٢٠٨، وفي «الكبرى» (٢٨٠) قال: أخبرنا عمرو بن علي، ومحمد بن المثنى، ويعقوب بن إبراهيم، قالوا: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي ٢٧٠/١ و٢٩٠ و١٥/٢ و١٦ و٢٦٧/٥ و٢٧٤، وفي «الكبرى» (١٥٨٨ و١٦٣١ و١٦٣٢ و٣٩٥٤ و٣٩٨٧ و٣٩٩٠ و٤٠٣٨ و٤٠٤٦ و٤٠٦٨ و٤١٥٣) قال: أخبرنا إبراهيم بن هارون، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. وفي ١٤٣/٥ و١٥٧، وفي «الكبرى» (٣٦٧٨ و٣٧٠٩ و٤١١٩) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي ١٥٥/٥ و٢٣٩ و٢٤٣ و٢٥٥ و٢٦٥، وفي «الكبرى» (٣٧٠٦ و٣٩٤٨ و٣٩٥٠ و٣٩٦٤ و٣٩٩٤ و٤١٠٥)

=

=

قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي ١٦٢/٥ و١٧٦ و٢٤٠، وفي «الكبرى» (٣٧٢٢ و٣٧٦٦ و٣٩٥٢ و٣٩٦٣) قال: أخبرنا عمران بن يزيد، قال: أنبأنا شعيب بن إسحاق، قال: أنبأنا ابن جريج. وفي ١٦٤/٥ و٢٣٥ و٢٤٠ و٢٤٣، وفي «الكبرى» (٣٧٢٧ و٣٩٥٣ و٤١٢٦) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، عن شعيب، قال: أنبأنا الليث، عن ابن الهاد. وفي ١٦٤/٥ و٢٣٦ و٢٤٤، وفي «الكبرى» (٣٧٢٨ و٣٩٤١ و٣٩٦٥ و٤١٢٥) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أنبأنا إسماعيل، وهو ابن جعفر. وفي ٢٢٨/٥، وفي «الكبرى» (٣٩٢٢) قال: أخبرني عبد الأعلى بن واصل بن عبد الأعلى، قال: حدثنا يحيى بن آدم، عن سفيان. وفي ٢٣٠/٥ و٢٤٠ و٢٤٣ و٢٣١/٧، وفي «الكبرى» (٣٩٢٦ و٣٩٥١ و٣٩٦١ و٤٤٩٣) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن القاسم، قال: حدثني مالك. وفي ٢٣٩/٥ قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: أنبأنا عبد الرحمن بن القاسم، قال: حدثني مالك. وفي ٢٤٣/٥، وفي «الكبرى» (٣٩٦٢) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، عن سفيان. و«أبو يعلى» (١٨١٠) قال: حدثنا عبد الأعلى، عن مالك. وفي (١٨٨٢ و٢٢٠٢) قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن سالم المفلوج، ثقة، قال: حدثنا محمد بن جعفر بن محمد بن علي بن حسين. وفي (١٩٢٦) قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا حفص بن غياث. وفي (٢٠٢٧) قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا وهيب. وفي (٢٠٢٨ و٢١٢٦) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان. وفي (٢١٨٨) قال: حدثنا مسروق بن المرزبان، قال: حدثنا حفص. و«ابن خزيمة» (٢٥٣٤ و٢٦٠٣ و٢٨٩٢) قال: حدثنا علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. وفي (٢٥٩٤ و٢٦٢٦ و٢٧٠٩ و٢٨١٥ و٢٨٥٧ و٢٨٩٢ و٢٩٢٤) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي (٢٦٢٠) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا ابن أبي حازم. وفي (٢٦٨٧ و٢٨٠٢ و٢٨٠٩ و٢٨١٢ و٢٨٢٦ و٢٨٥٣ و٢٨٥٥ و٢٨٦٤ و٢٩٤٤) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. وفي (٢٧١٧) قال: حدثنا أبو سلمة، يحيى بن المغيرة، قال: حدثنا أبو عاصم. وفي (٢٧١٨) قال: حدثنا إسماعيل بن موسى الفزاري، قال: أخبرنا مالك (ح) وحدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، عن مالك بن أنس. وفي (٢٧٥٥) قال: حدثنا محمد بن العلاء بن كريب، قال: حدثنا معاوية بن هشام، قال: حدثنا سفيان الثوري. وفي (٢٧٥٦) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٨٠٩) قال: حدثنا محمد بن الوليد، قال: حدثنا يزيد، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. وفي (٢٨١١) قال: حدثنا علي بن سعيد بن مسروق الكندي، قال: حدثنا حفص بن غياث.

=

والوقوف بالمزدلفة واجب لو تركه أو تعجل عن المزدلفة بليل بغير عذر يلزمه دم وليس بركن، وقال مالك والشعبي وعلقمة رضي الله عنهم ركن.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى أمر بالذكر لا بالوقوف لقوله تعالى: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ﴾ [البقرة: ١٩٨] والفرضية والركنية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به، ولم يوجد في الوقوف إلا أن الوقوف شرع تبعا لغيره لا مقصودا في باب الحج، وما شرع تبعا يكون واجبا لا ركنا كرمي الجمار والسعي وإن تركه لعذر به أو خاف زحام الناس فلا بأس بأن يتعجل بليل ولا شيء عليه؛

=

وفي (٢٨٥٥) قال: قال لنا محمد بن يحيى، قال لنا الحسن بن بشر، عن حاتم. وفي (٢٨٥٨ و٢٨٩٠) قال: حدثنا عبد الله بن سعيد الأشج، قال: حدثنا حفص، يعني ابن غياث. وفي (٢٩٢٤) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، والزعفراني، قالا: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (١٤٥٧ و٤٠١٨) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. وفي (٣٨١٠) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. وفي (٣٨١٣) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا القعنبي، عن مالك. وفي (٣٨٤٢) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، بمنبج، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٣٩٤٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا وهيب بن خالد. وفي (٣٩٤٤) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا هشام بن عمار (ح) وأخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قالا: حدثنا حاتم بن إسماعيل. وفي (٤٠٢٠) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب البلخي، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا سفيان. وفي (٦٣٢٢) قال: أخبرنا زكريا بن يحيى الساجي، بالبصرة، قال: حدثنا أبو كامل الجحدري، قال: حدثنا فضيل بن سليمان.

جميعهم: (مالك بن أنس، وسفيان بن عيينة، وحاتم بن إسماعيل، وحفص بن غياث، ويحيى بن سعيد القطان، ومحمد بن ميمون، وابن جريج، وسليمان بن بلال، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وسفيان الثوري، وزيد بن الحسن، وعبد العزيز بن عمران، وإسماعيل بن جعفر، ويزيد بن عبد الله ابن الهاد، ومحمد بن جعفر بن محمد بن علي، ووهيب بن خالد، وابن أبي حازم، وأبو عاصم، الضحاك بن مخلد، وعبد العزيز بن محمد، وفضيل بن سليمان) عن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين، عن أبيه، فذكره.

لأنه عليه السلام قدم ضعفة أهله من مزدلفة ليلًا مخافة الزحام ولو مر بالمزدلفة بعد طلوع الفجر من غير أن يبيت بالليل بها جاز ولا شيء عليه؛ لأن النية في الوقوف ليست بشرط كما في عرفة والبيتوتة بها سنّة لأنها شرعت للتأهب للوقوف بها، ولم تشرع نسكا ووقت الوقوف بمزدلفة بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى أن يسفر جدا؛ لأنه عليه السلام إنما وقف بعد طلوع الفجر وتوقيت العبادة لا يعرف إلا سماعًا وتوقيفًا.

ورُوي عن محمد: أنه حدد الأسفار فقال: إذا اصفرّ النهار بحيث لم يبق إلى وقت طلوع الفجر إلا مقدار ما يصلي ركعتين يدفع وهذا التحديد مروي عن عمر رضي الله عنه.

ولو وقف بمزدلفة بعدما أفاض الناس عنهما قبل طلوع الشمس يجزئه ولا شيء عليه؛ لأنه وقف في وقته، وكذلك بعرفة لو تخلف إنسان بعد إفاضة الإمام لا شيء عليه، ولو دفع منها قبل الناس أو قبل أن يصلي الفجر جاز ولا شيء عليه؛ لأنه ترك السنّة؛ لأن السنّة مد الوقوف إلى الأسفار وأن يصلي مع الإمام.

(باب الدَّفع من مُزْدَلفَةَ)

يدفع قبل طلوع الشمس فيأتي مِنَى لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إنّ أهلَ الجاهليّة كانت تنفرُ من هذا المقامِ والشمسُ على رؤوسِ الجبالِ فخالفوهُم ولا تفيضُوا بعد طلوعِ الشّمسِ**".

ثم مسائل رمي الجمار على فصول:

الأول: أنه يأخذ حصى الجمار من قارعة الطريق ويغسلها بالماء لما رُوي عن الفضل بن عباس أنه قال: أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ألتقط له سبع حصيات من قارعة الطريق وأغسلها بالماء. ولأن الجمار مما يقع به القربة فيجب أن يكون طاهرًا.

والثاني: أنه يجوز الرمي بكل ما كان من جنس الأرض كالحجر والمدر

والمُرْدَاسَنْج[1] وكسره آجره ونحوه؛ لأن فعل الرمي يحصل بالكل.

ولا يجوز بما ليس من جنس الأرض كالذهب والفضة واللؤلؤ والعنبر؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يرمي بما كان من وجه الأرض وشرع إقامة هذه القربة عرف تعبدًا لا قياسًا فيجوز كما ورد الشرع به.

والثالث: لا يأخذ من الجمار التي رميت عند الجمرة لأنها حصى من لم يقبل حجه، فإنه جاء في الحديث: "**ومَن قُبِلَ حجُّهُ رُفِعَ حصاهُ**".

ولو رمى بحصى المرمي جاز وقد أساء، وقال مالك: لا يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأنه أقام الرمي بما كان من جنس الأرض ولا تأثير للقربة فيه؛ لأنه لم يزل إلى هذا الحجر نجاسة حكمية وعلى أنه لو رمى بحجر نجس يجوز إلا أنه أساء؛ لأنه ترك السنّة بغير عذر.

والرابع: أنه يرمي بالصغار مثل حصى الخذف؛ لأنه صلى الله عليه وسلم رمى جمرة العقبة بمثل حصى الخذف، ولأن الرمي إنما شرع لاستخفاف الشيطان ورغمه فشرع بالصغار من الحصاة ليكون أبلغ في التحقير والتصغير.

والخامس: أنه كيف يرمي؟ اختلفوا فيه؛ قيل: يضع الحصى على ظفر الإبهام ثم يضع الإبهام على طرف السبابة كأنه عاقد سبعين؛ لأن الرمي إنما شرع لاستخفاف الشيطان وترغيمه والرمي على الوجه أبلغ في الاستخفاف والتحقير فيكون أفضل.

وقيل: يحلق سبابته ويضعها على مفصل إبهامه كأنه عاقد عشرة فيرميها.

وقيل: يأخذ الحصى بطرف إبهامه وسبابته كأنه عاقد ثلاثين.

وقيل: كيفما رمى جاز بعد أن يكون رميا لا وضعا؛ لأن الواجب هو الرمي مطلقًا.

والسادس: أنه من أين يرمي؟ فإنه يأتي جمرة العقبة فيرميها بسبع حصيات من بطن الوادي من أسفل إلى أعلى بعد طلوع الشمس.

والسابع: يكبر مع كل حصاة، هكذا نُقِلَ عن النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) كلمة فارسية تعني العظم الهش. انظر: تاريخ آداب اللغة العربية ١/٤١٩.

ويقول: "بسم الله والله أكبر رغمًا للشيطان وحزبه"، وإذا وقف للرمي جعل مِنَى عن يمينه والكعبة عن يساره ووقف حيث يرى موضع الحصاة.

والثامن: أنه يقطع التلبية مع أول [كل][1] حصاة يرمي بها، وقال مالك رحمه الله: يقطعها بعرفة.

لنا: أنه عليه السلام كان يلبي حتى أتى جمرة العقبة ولا يرمي يومئذ من الجمار غيرها ولا يقوم عندها؛ لأنه عليه السلام لم يقم عندها.

والتاسع: في أوقات الرمي: وله أوقات ثلاثة يوم النحر وثلاثة من أيام التشريق.

أولها: يوم النحر ووقت الرمي فيها ثلاثة أنواع: مكروهة، ومسنون، ومباح.

فما بعد طلوع الفجر إلى وقت طلوع الشمس وقت مكروه وما بعد طلوع الشمس إلى زوالها وقت مسنون وما بعد الزوال إلى غروب الشمس وقت مباح والليل وقت مكروه.

أما الأول: فلأنه عليه السلام قدم ضعفة أهله وقال: "**لَا ترمُوا جمرةَ العقبةِ حتّى تكونُوا مُصبحينَ**" فقد جعل ما بعد الصبح وقتًا للرمي ولكن مع الإساءة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا عيلة بني هشام لا تَرموا جمرةَ العقبةِ حتّى تطلع الشّمسُ**" فقد نهى عن الرمي قبل طلوع الشمس.

وأما الثاني: فلأنه رمى جمرة العقبة بعد طلوع الشمس وأما فعله كان مسنونا.

وأما الثالث: لأن النبي صلى الله عليه وسلم رخص للرعاة الرمي في الليل وإطلاق لفظة الرخصة تدل على أن الليالي وقت مكروه؛ لأن الرخصة إطلاق بعد الحظر فكان الليل وقتا مكروها بغير عذر ومرخصا بعذر الرعي وغيره، وهذا يدل على أن ما بعد الزوال إلى الغروب وقت مباح فلو لم يرم جمرة العقبة حتى الليل فعليه أن يرميها عن الليل ولا شيء عليه؛ لأن الليلة وقت الرمي إلا أنه يكره تأخير الرمي إليه بغير عذر فوقع الرمي فيه معتدا به شرعا كتأخر العصر إلى وقت مكروه، وعن أبي يوسف وهو قول سفيان الثوري رحمهما الله لا يرمي في الليل وعليه دم

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

ولو لم يرم جمرة العقبة في يوم النحر حتى يصبح من الغد رماها وعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا شيء عليه بناء على أن بتأخير النسك عن وقته يجب دم عنده خلافا لهما لما يأتي.

وأما وقت الرمي في اليوم الثاني والثالث فهو ما بعد الزوال إلى طلوع الشمس من الغد حتى لا يجوز الرمي فيهما قبل الزوال إلا أن ما بعد الزوال إلى غروب الشمس وقت مسنون وما بعد الغروب إلى طلوع الفجر وقت مكروه، هكذا ذكر في ظاهر الرواية. وذكر الحاكم في المنتقى: أنه يجوز الرمي فيهما قبل الزوال؛ لأن المشروع في هذين اليومين رمي الجمار الثلاث فوجب توسيع وقته لا تضييقه استدلالًا باليوم الرابع، وجه ظاهر الرواية: أن أوقات العبادات لا يعرف قياسًا وإنما يعرف نصًّا وسماعا، ولا نص في اليومين بإثبات ما قبل الزوال وقتا للرمي فلم يصر وقتا له.

وأما وقت الرمي في اليوم الرابع فعند أبي حنيفة رحمه الله من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، إلا أن ما قبل الزوال وقت مكروه وما بعده مسنون وعندهما وقته ما بعد الزوال حتى يجوز الرمي قبل الزوال عنده وعندهما لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله، لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم رمى جمرة العقبة يوم النحر ضحى ورمى في بقية الأيام بعد الزوال.

لأبي حنيفة: قول ابن عباس رضي الله عنهما: إذا انتفخ النهار من آخر أيام التشريق جاز الرمي ولم يرو عن غيره خلاف فحل محل الإجماع، وفي حديثهم جواز الرمي بعد الزوال وليس فيه نفي الجواز قبله بل هو مسكون عنده، ولأنه يحتاج إلى تعجيله لينفر قبل المغيب مخافة أن يعان عليه فيكون وقت الرمي أكثر من نصف النهار قياسًا على يوم النحر بخلاف اليوم الثاني والثالث، فإنه مخير بين النفر والإقامة فيهما فلا يحتاج إلى زيادة الوقت لتعجيل النفر. والعاشر في مقدار مشروعية رمي الجمار في كل يوم، ففي اليوم الأول المشروع رمي واحد فيأتي جمرة العقبة فيرميها بسبع حصيات ثم يأتي منزله فيحلق ويقصر وأراد بمنزله موضع رجله وليس ذلك بشرط حتى لو حلق عند الرمي جاز، فإن كان قارنا أو متمتعا ذبح ثم حلق؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك.

ثم حل له كل شيء إلا النساء.

وقال مالك رضي الله عنه: حل له كل شيء إلا الطيب والنساء.

والصحيح قولنا لقوله عليه السلام: "**إذَا رَميتُم وحلقتُم فَقد حلَّ لكُم كلُّ شيءٍ إلّا النساءَ، فإذا طفتُم حللنَ لكُم**".

وعن ابن عباس رضي الله عنه قال: "رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلق ثم ضمّخ رأسه بالمسك قبل أن يطوف".

ثم يزور البيت من يومه ذلك فيطوف به أسبوعا وهو طواف الزيارة وقد حل له النساء.

ثم يرجع إلى منى ويبيت بها، فإن لم يبت فقد أساء ولا شيء عليه، وعند الشافعي رحمه الله عليه دم إن ترك البيتوتة بمنى ثلاث ليالٍ وإن ترك ليلة واحدة ففي أحد قوليه يلزمه ثلث دم وفي الليلتين ثلثا دم وفي قول يلزمه في ليلة مد من طعام وفي الليلتين مدان.

والصحيح قولنا أن البيتوتة بمنى سنّة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن للعباس رضي الله عنه في البيتوتة بمكة وترك البيتوتة بمنى لأجل السقاية، ولأن البيتوتة بمنى شرعت تبعا للرمي ليكون منهيا لإقامته، ولهذا تتوقت البيتوتة بوقت الرمي، والرمي واجب فما شرع تبعا له يكون دونه فيكون سنّة فصار كالبيتوتة بمنى ليلة عرفة، وأما في اليوم الثاني، فإنه يرمي الجمار الثلاث حين تزول الشمس كل جمرة سبع حصيات يبدأ بالتي بالمسجد ويكبر مع كل حصاة ثم يقف بالمقام الذي يقوم فيه الناس ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو بحاجته ولم يوقت محمد رحمه الله في الدعاء.

وذكر أبو يوسف رحمه الله في مناسكه لهارون الرشيد ويقول: اللهم اجعله حجًّا مبرورًا وذنبًا مغفورًا، اللهم إليك أفضت ومن عذابك أشفقت وإليك رغبت ومنك رهبت، فاقبل نُسكي وعظم أجري وارحم تضرعي واقبل توبتي واستجب دعائي وأعطني سؤلي.

ثم يأتي جمرة الوسطى فيرميها بسبع حصيات كذلك ويصنع كما صنع في الأولى ثم يأتي جمرة العقبة فيرميها بسبع حصيات ولا يقوم عندها، هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم أنه وقف عند الجمرتين الأولتين ولم يقف عند الثالثة،

ولو لم يقم عند الجمرتين الأولتين لا يلزمه شيء؛ لأنه للدعاء ويرفع يديه للدعاء حذو منكبيه لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا تُرفع الأيدي إلّا في سَبعةِ مَواطنَ**" وذكر منها عند الجمرتين.

وأما في اليوم الثالث، فإنه يرمي الجمار الثلاث حتى تزول الشمس كذلك ثم ينفر إن أحب من يومه لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ٢٠٣] أي: من تعجل النفر في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلم ينفر فلا إثم عليه فقد خيره بين النفر والإقامة بعد رمي الجمار في اليوم الثاني من أيام التشريق، وإن لم ينفر حتى غربت الشمس من اليوم الثالث لا يلزمه الرمي في اليوم الرابع نص عليه محمد رحمه الله في الرقيات وإليه أشار في الأصل.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه يلزمه وهو قول الشافعي رحمه الله حتى لو نفر قبل الرمي يلزمه؛ لأن اليوم الرابع وقت للرمي كالأول والثاني فيلزمه الرمي فيه إذا لم ينفر في اليومين؛ لأن الله تعالى علق سقوطه بالنفر في اليومين ولم يوجد فلم يوجد المسقط فبقي واجبا كما لو نفر بعد طلوع الفجر من اليوم الرابع، وجه الرواية الأولى أنه أعطى لليلة التي تلي اليوم الثاني حكم النهار الماضي في حق الرمي حتى لو ترك الرمي في النهار ورمى في الليلة التي تليه جاز، فكذلك تعطي لها حكم النهار في حق النفر فصار النفر فيها كالنفر اليوم الثاني حكمًا، فقد وجد النفر في وقته حكما فسقط عنه الرمي في اليوم الرابع.

والأفضل أن لا ينفر في اليوم الثاني حتى يرمي الجمار في الرابع، فإن أقام حتى طلع الفجر من اليوم الرابع يلزمه الرمي وفعل كما فعل بالأمس.

ثم ينفر من منى؛ لأنه لم يبق عليه الرمي والحادي عشر في صفة الرمي قال أبو حنيفة رحمه الله: له أن يرمي الجمار كلها راجلا أو راكبا؛ لأن الرمي يتحقق في الحالين.

وقال أبو يوسف رحمه الله: كل رمي بعده وقوف فالأفضل أن يرمي ماشيا؛ لأن الماشي أقدر على الوقوف من الراكب وكل رمي لا وقوف بعده يرميها راكبا؛ لأن

الانصراف مستحق عليه فالراكب أمكن للانصراف من الراجل.

ووضع الحصاة لا يجزئه عن الرمي؛ لأن الرمي إزالة يده عن المرمي قبل وصوله إلى الأرض، فإن لم تقع الحصاة عند الجمرة ولا قريبا منها لم يجزه؛ لأنه لم يرم الجمرة وإنما رمى إلى بقعة أخرى وإن وقع قريبا منها جاز؛ لأن القريب من المكان في حكمه كمن رمى سهما إلى هدف فوقع قريبا منه تعده الرماة راميًا إليه، وإن بعد منه لا يعد راميًا إليه المريض لا يستطيع الرمي يوضع الحصاة في كفه ليرمي به أو يرمي عنه غيره؛ لأنه تجوز النيابة في أعمال الحج عند العجز ولو رمى الجمرة فوقعت على رأس رجل فلم تلبث حتى سقطت أجزأته وإن لبثت حتى طرحها الرجل لم تجزه، وكذلك إذا وقعت في مجمل؛ لأن لم يوجد الرمي إلى الجمرة.

والثاني عشر: في ترك الترتيب في رمي الجمار ولو رمى إحدى الجمار بسبع حصيات رمية واحدة فهي بمنزلة حصاة واحدة؛ لأنه مأمور برمي الجمار بسبع مرات وقد رمى مرة فكان عليه أن يرمي ست مرات ومن زاد على السبع لم يضره؛ لأنه أتى الواجب وزيادة، وكذلك لو رمى بأكبر من حصى الخذف.

فإن بدأ في اليوم الثاني بجمرة العقبة فرماها ثم بالوسطى ثم بالتي تلي المسجد إن أعاد الوسطى والعقبة فحسن؛ لأن الترتيب مسنون، وإن لم يعد أجزأه خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن رمي كل جمرة قربة تامة بنفسها وليست بتابعة للبعض فلا يتعلق جوازها بتقديم البعض دون البعض كالطواف قبل الرمي يقع معتدا به، وإن كان مسنونا بين الرمي.

فإن رمى كل جمرة بثلاث أتم الأولى بأربع ثم أعاد الوسطى بسبع ثم العقبة بسبع؛ لأنه رمى من الأولى أقلها والأقل لا يقوم مقام الكل فلا عبرة به فكأنه أتى بهما قبل الأولى أصلا فيعيدهما، وإن رمى كل واحدة بأربع أتم كل واحدة بثلاث ثلاث؛ لأنه أتى الأكثر من الأولى وللأكثر حكم الكل فكأنه رمى الثانية والثالثة بعد الأولى وإن استقبل رميهما فهو أفضل ليكون إتيانه فيه على وجه المسنون.

(**المنتقى**): وعن محمد لو رمى الجمرات الثلاث، فإذا في يده أربع حصيات لا

يدري من أيتهن بقي برميهن على الأولى ويستقبل الجمرتين الباقيتين لاحتمال أنها من الأولى فلم يجوّز من الآخرتين.

ولو كان ثلاثا أعادها على كل جمرة واحدة، وكذلك لو كانت حصاة أو حصاتين أعاد على كل واحدة ويجزئه؛ لأنه متى رمى على كل واحدة بأكثرها وقع معتدا به ولكن لم يقع مسنونا.

والثالث عشر: في ترك الرمي في كل يوم أو بعضه ولو ترك حصاة أو حصاتين أو ثلاثا إلى الغد رمى وتصدق بنصف صاع لكل حصاة؛ لأن وقت الرمي قائم فيلزمه قضاؤه وقد يجب بتأخير كله أو أكثره.

وإن ترك أربعة إلى الغد رماها وعليه دم؛ لأن للأكثر حكم الكل وبتأخير الكل يلزمه دم فكذا بتأخير أكثره.

ولو ترك جمرة العقبة في اليوم الأول فعليه دم؛ لأنه كل الرمي في اليوم الأول.

ولو ترك أحد الجمار في اليوم الثاني لزمه صدقة؛ لأنه ثلث الرمي؛ لأن المشروع فيه ثلاث جمار فيجب في الكل دم وفي الأقل الصدقة، ولو ترك جمرة العقبة في اليوم الثاني وثلاث حصيات من الأولى لم يلزمه الدم؛ لأنه ليس بأكثر الواجب لأن الواجب فيه رمى أحدًا وعشرين حصاة ولو ترك عشرا.

ولو ترك أربع حصيات مع جمرة العمرة لزمه دم؛ لأنه ترك الأكثر وهو أحد عشر من أحد وعشرين.

ولو أخر رمي الجمار كلها إلى اليوم الرابع رماها على التأليف؛ لأن أيام التشريق كلها وقت الرمي فيقضي مرتبا تداركا للمسنون وعليه دم واحد عند أبي حنيفة رضي الله عنه؛ لأن الجنايات اجتمعت من جنس واحد فيتعلق بها كفارة واحدة كما لو لبس قميصا وسراويل وقباء لما يأتي.

ولو تركها حتى غابت الشمس من آخر أيام التشريق يسقط الرمي لانقضاء وقته وعليه دم واحد اتفاقًا؛ لأنه ترك واجبًا عن وقته، وبترك الواجب يجب الدم اتفاقًا وبتأخير الواجب عن وقت الأداء يلزمه دم عنده، وعندهما: لا.

ولو ترك حصاة من البعض لا يدري من أيتهن ترك أعادَ لكل واحدة حصاة ليخرج عن الواجب بيقين؛ لأنه لو رمى إلى جمرة والمتروك من جمرة أخرى لا يجزئه.

(باب قَطْع التَّلْبِيَة)

والقارن يقطع التلبية مع أول حصاة لما ذكرنا، والمعتمر يقطع التلبية إذا استلم الحجر؛ لأن الطواف رُكن في العمرة فيقطع التلبية قبل الشروع فيه.

وفائت الحج إذا تحلل بالعمرة يقطع التلبية حين يأخذ في الطواف؛ لأن العمرة واجبة عليه فصار كالمعتمر.

وإن كان قارنًا يقطع حين يأخذ في الطواف الثاني؛ لأنه يتحلل بعدة ويقطع المُحصَر إذا ذبح هديه؛ لأن الذبح للتحليل.

ولو حلق الحاج قبل أن يرمي جمرة العقبة قطع التلبية؛ لأنه تحلل بالحلق.

وإن زار البيت قبل الرمي جمرة العقبة والحلق والذبح قطعها عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد؛ لأن التلبية يؤتى بها في مطلق الإحرام ولم يبق الإحرام إلا في حق النساء فيكون بمنزلة معتمر لم يبق عليه إلا الحلق، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يلبي ما لم يحلق أو تزول الشمس يوم النحر؛ لأن وقت الرمي قائم والتلبية تقطع بعد الرمي.

ولو لم يرم جمرة العقبة حتى زالت الشمس روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلبي حين يرميها إلا أن تغيب الشمس فيقطع التلبية وهو رواية عن محمد؛ لأن بعد الزوال وقت الرمي عنده، وعن محمد رحمه الله أنه يلبي حتى تمضي أيام النحر، وإن كان وقت الرمي قبل الزوال عنده؛ لأنه يمكنه القضاء، وقال أبو يوسف: يقطعها بعد الزوال؛ لأن وقت الرمي إذا قبل الزوال ولم يبق.

وإذا ذبح قبل الرمي قطع التلبية إذا كان دم قران أو متعة؛ لأنه تحلل به.

(باب الحلق والتقصير)

الحلق والتقصير نُسك مشروع بالكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ

﴿وَمُقَصِّرِينَ﴾ [الفتح: ٢٧] والتقصير هو أخذ شعر الرأس بالمقراض والحلق أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم: "**رَحمَ اللهُ المُحلّقينَ**، فقيل: والمقصرين، فقال: **رَحمَ اللهُ المحلّقينَ**، فقيل: والمقصرين، فقال: **رَحمَ اللهُ المحلّقينَ**، فقيل: والمقصرين، فقال: **والمُقصّرين**". فدعا للمحلقين ثلاثا وللمقصرين مرة، ولأن الحلق أكمل وأنظف من التقصير فيكون أفضل كالاغتسال للصلاة أفضل من الوضوء؛ لأنه أنظف.

وليس على المرأة حلق ولكنها تقصر من كل شعرة مقدار أنملة لقول عائشة رضي الله عنها: ليس على النساء حلق ولا رمل، وتقصر المرأة من كل شعرة مقدار أنملة، ولأن الحلق في حقها مثله؛ لأن شعر الرأس للمرأة زينة كاللحية للرجل وحلق اللحية مثلة فكذلك حلق رأسها والمثلة حرام.

والمسنون حلق جميعه أو تقصيره والواجب ربعه ولا يحل بدون الربع.

وعند الشافعي رحمه الله يحل بجز ثلاث شعرات كمسح الرأس عنده يتأدى ببل ثلاث شعرات.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى نص على حلق الرأس، واسم الرأس يتناول الكل فظاهر النص يقتضي وجوب حلق جميع الرأس، إلا أنا أقمنا حلق الربع مقام حلق الكل لأنا نجد في العادة حلق ربع الرأس للزينة والراحة قائمًا مقام حلق الكل كما يكون من العباسية والأتراك، وإذا قصر لا يأخذ من لحيته شيئًا، وقال الشافعي رحمه الله: يأخذ.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى نص على حلق الرأس وتقصيره لا غير فمن أوجب أخذ شيء من اللحية فقد زاد على النص وأنه نسخ.

ويجري الموسى على رأسه إن لم يكن عليه شعر تشبها بالحالقين.

واختلفوا في أنه واجب أو سنّة قيل بأنه واجب لقوله صلى الله عليه وسلم في المحرم حضره يوم النحر وليس على رأسه شعر: "**أجرِ الَموسى عَلى شعرِكَ**"، وأمر بإجراء الموسى والأمر للوجوب.

وقيل بأنه سنّة؛ لأن إجراء الموسى إنما وجب لإزالة الشعر لا لعينه بدليل أنه لو

أزال الشعر بالنورة يسقط عنه إجراء الموسى فكذلك إذا لم يكن عليه شعر لا يجب إجراء الموسى والمراد من أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإجراء الموسى الاستحباب دون الوجوب.

ولو حلق بالنورَة أجزأه؛ لأن المقصود من الحلق إزالة الشعر والتطهير والتنظيف وقد حصل ذلك بالنورة والمستحب الحلق؛ لأن السنّة وردت بلفظة الحلق، والحلق إزالة الشعر بالموسى لا بالنورة.

(**المنتقى**): قال محمد رحمه الله: لو كان برأسه قروح ولا يستطيع معها أن يمر الموسى على رأسه ولا يصل إلى تقصيره فقد حل بمنزلة من حلق رأسه؛ لأنه عجز عن الحلق والتقصير فسقط عنه، والأحسن أن يؤخر الإحلال إلى آخر الوقت من أيام النحر، وإن لم يؤخره فلا شيء عليه كالمتيمم إذا طبع الماء في آخر الوقت، وإن لم يكن به قروح ولكنه خرج إلى بعض البوادي ولا يجد موسى أو من يحلقه فلا يجزئه إلا الحلق أو التقصير وليس هذا بعذر؛ لأن إصابة الأداة مرجو موهوم في كل ساعة ولا كذلك برء القروح واندمالها، فإنه لا يكون إلا بعد مدة مديدة غالبًا فاعتبر عذرًا للحال، وإذا لم يجد موسى حتى قدر على الحلق فالقياس أنه قد حل بغير حلق وإن حلق وأمرَّ الموسى على رأسه فهو أفضل.

(**المبسوط**): ولو أخر الحلق عن يوم النحر فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وعند أبي يوسف لا شيء عليه فعند أبي حنيفة الحلق يختص بمكان وهو الحرم وزمان وهو يوم النحر، وعند أبي يوسف لا يختص بهما، وعند محمد يختص بمكان وهو الحرم لا بزمان، وعند زفر يختص بزمان لا غير.

لأبي يوسف: أن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه حضروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم.

ولأن قضية القياس أن لا يجب شيء بتأخير النسك عن المكان وعن الزمان مع لزوم قضائه؛ لأن بالقضاء نجبر الفوات كما في سائر العبادات وإنما أوجبنا الدم بتأخير الإحرام عن الميقات نصًّا لا قياسًا.

لمحمد: أن هذه عبادة شرعت زيارة للبقاع فاختصت بالمكان وبالزمان فيها من

الزوائد والتوابع فجعل الأصل مضمونا دون الزوائد.

لأبي حنيفة: أن الحلق صار نسكا شرعا لا يعقل قربة بنفسه فيتبع فيه الأثر، والنبي صلى الله عليه وسلم حلق يوم النحر بمكة فصار فعله بيانا لكونه نسكا مؤقتا بزمان ومكان فلا يكون قربة في غير هذا المكان والزمان كالذبح، والنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه حلقوا عام الحديبية في الحرم؛ لأن الحديبية بعضها في الحل وبعضها في الحرم وليس في تأخير الحلق في العمرة شيء؛ لأن الحلق فيها غير مؤقت بالزمان؛ لأن أصل العمرة لا يتأقت بالزمان فالحلق عنها أولى.

ولو أتيح له التحلل فغسل رأسه بالخطمي أو قلم ظفره قبل الحلق فعليه دم؛ لأن الإحرام باقٍ؛ لأنه لا يحل إلا بالحلق فقد جنى عليه بالتطيب.

وذكر الطحاوي رحمه الله: لا دم عليه عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأنه أبيح له التحلل فيقع به التحلل.

ولا حلق على المحصر، فإن فعل فحسن، وقال أبو يوسف رحمه الله: عليه الحلق، وإن لم يحلق فلا شيء عليه. وعن أبي يوسف (في النوادر) إن لم يحلق فعليه دم فعلى ظاهر الرواية لا يتحقق عنه الخلاف؛ لأنه بيّن بقوله إن لم يحلق فلا شيء عليه إن الحلق مسنون وليس بواجب؛ لأن ترك الواجب يوجب الدم وترك المسنون لا يوجب وإنما يتحقق الخلاف على رواية النوادر عنه هو احتج بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه عام الحديبية بالحلق حين أحصروا والأمر للوجوب.

لهما: أن المقصود من الحلق التحلل عن الإحرام وقد حصل التحلل بذبح الهدي، فإن الواجب على المُحصَر بالكتاب الهدي للتحلل فلا يبقى الحلق معتبرًا كمن خرج عن الصلاة لا بالسلام لا يبقى السلام واجبا للتحلل والمراد من الأمر الندب لا الوجوب لما بينا.

قارن حلق قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة، وعندهما: عليه دم واحد، وأصله: أن دم القران واجب على القارن فلما قدَّم الحلق على الذبح فقد أخَّر الذبح عن وقته والتأخير موجب للدم عنده وعندهما غير موجب.

(**المنتقى**): قال محمد رحمه الله: قارن طاف لعمرته ثم حلق فعليه دمان ولا يحل من عمرته بالحلق، ولو أحرم لعمرة وطاف لها ثم أضاف إليها حجة ثم حلق يحل من عمرته ولا شيء عليه؛ لأنه بمنزلة من أحرم بالحجة بعدما حل من العمرة.

(باب دخول مكة وطواف التحية)

وإذا أتى مكة فلا يضره ليلًا دخلها أو نهارًا أو كلاهما مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم.

ويطوف بالبيت للتحية وهذا الطواف سنّة وليس بواجب خلافا لمالك رضي الله عنه؛ لقوله عليه السلام: "**مَن حجّ هذا البيتَ فليحيّه بالطّوافِ**". ولفظ التحية ينافي الوجوب؛ لأن التحية في اللغة اسم لإكرام يبتدئه الإنسان تبرعا فقد قرن بالأمر ما ينافي الوجوب فعلم أنه أراد به الندب والاستحباب لقوله صلى الله عليه وسلم: "**من دَخلَ مَسجدًا فَليحيّه بِركعَتينِ**". فكان الطواف للبيت بمنزلة ركعتي تحية المسجد ويبدأ بالطواف بالحجر الأسود فيستلمه ما لم يؤذ مسلما؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم بدأ بالحجر الأسود فاستلمه وبكى ثم التفت فرأى عمر رضي الله عنه يبكي فقال: ما يبكيك؟ فقال: بكيت لبكائك، فقال عليه السلام: "**مِن هاهُنا تُسكبُ العبراتُ**".

ويكبر ويهلل ويحمد الله تعالى ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويرفع يديه مستقبلا بوجهه إليه، والاستلام سنّة لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه: "**أنتَ رجلٌ قويٌّ فلَا تُزاحمِ النّاسَ في الحَجر الأسودِ فتُؤذي الضّعيفَ، ولكِن إذَا وجدت مسلكًا فاستلِم وإلّا فاستقبِل وهلّل وكبّر**".

ولو كان واجبًا لما سقط عنه والأفضل أن يقبّل الحجر إن أمكنه؛ لأن عمر رضي الله عنه لما دخل المسجد توجه إلى الحجر الأسود وقال: أما أني أعلم أنك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أني رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قبّلك وإلا لم أقبّلك فقال علي رضي الله عنه: لا تقل هكذا يا أمير المؤمنين فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "**يُجاءُ بالحجرِ يومَ القيامةِ ولهُ عينانِ يبصرانِ ولسانٌ ينطقُ فيشفع لمنِ استلمهُ**" فقال عمر رضي الله عنه: لا خير في عيش قوم لست فيهم يا أبا الحسن.

وأما أصل الحجر قيل: إنه حجر أهبط من الجنة وكان أبيض من اللبن إلا أن الكفار والفجار مسته فصار أسود.

وقيل: إنه لو لم تمسه الفجار ما مسه ذو عاهة إلّا برئ من تلك العاهة.

وقيل: الحكمة في استلام الحجر أن الرجل إذا كان عنده شهادة فإن المشهود له يتبصبص عنده قبل أداء الشهادة ويقول: تفضل بأداء الشهادة إذا جاء وقتها فشرع هكذا في حق الحجر، فإن كان الحجر لا يمنع أداء الشهادة ثم يأخذ عن يمينه على باب الكعبة فيطوف بالبيت سبعة أشواط ويرمل في الثلاثة الأول في كل شوط منها من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود، والرمل هو إسراع المشي مع هز الكتفين، فإن زحمه الناس في الرمل فأمر، فإذا وجد مسلكا رمل؛ لأن الرمل سنّة الطواف هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم فلا بد من الأداء على وجه السنّة.

ويطوف الأشواط الأربعة الأخيرة مشيًا على هيئته؛ لأن الأصل في أفعال العبادة السكينة والوقار فلا تترك السكينة إلا حيث جاءت السنّة، والسنّة جاءت بالرمل في الثلاثة الأول ويكون طوافه في كل شوط من وراء الحطيم؛ لأنه من البيت، وإذا استلم الركن اليماني فهو حسن، وإن تركه لا يضره؛ لأنه عليه السلام استلمه مرة ولم يستلمه مرة والأدب ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم مرة وتركه أخرى، وإذا استلمه لا يقبّله لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم استلم الركن اليماني ولم يقبّله.

وذكر هشام عن محمد أنه يستلمه ويفعل به ما يفعل بالحجر الأسود ولا يستلم الركن العراقي ولا الركن الشامي، لما رُوي أن معاوية رضي الله عنه لما حج استلم الركن العراقي والشامي فقال له عبد الله بن عباس رضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يستلمها فقال معاوية رضي الله عنه: ليس شيء من البيت مهجورا فقال: بلى ولكن لنا في رسول الله أسوة حسنة، وكلما مررت بالحجر الأسود في طوافك هذا فاستلمه إن استطعت من غير أن تؤذي مسلمًا هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم، ولأن استلام الحجر عند افتتاح الطواف أقيم مقام المصافحة فيما بيننا عند اللقاء والزيارة والحاج زائر للبيت، فشرع زيارة البيت على مثال الزيارة بيننا وكل شوط زيارة على حدة فاستحب الاستلام عند كل شوط، وإن لم يستطع فاستقبله وكبر وهلل؛ لأن الاستقبال مع التكبير والتهليل يقوم مقام الاستلام والتقبيل.

والاضطباع[1] سنّة في الطواف، وهو أن يجمع أطراف ردائه فيدخلها تحت إبطه الأيمن فيلقيها على عاتقه الأيسر، وإن افتتح باستلام الحجر وختم به أجزأه أي صار مقيما سنة الاستلام، وإن تركه فيما بينهما؛ لأن الاستلام بمنزلة المصافحة عند الزيارة فيما بيننا ومن سنّة الزيارة فيما بيننا المصافحة عند اللقاء والرجوع، فكذلك في الاستلام يسن عند اللقاء والرجوع ويكون أدبا فيما بين ذلك من الأشواط.

وإذا فرغ من الطواف يصلي ركعتين عند المقام أو حيث تيسر عليه من المسجد وهي واجبة، وعند الشافعي رحمه الله سنّة.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أطاف أتى المقام وصلى ركعتين وقرأ قوله تعالى: ﴿وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة: ١٢٥] بيّن أن المراد منه الأمر بفعل الصلاة لا باتخاذ البقعة مصلى؛ لأنه كان ثابتًا من قبل، وإذا فرغ من ركعتي الطواف يعود إلى الحجر الأسود فيستلمه إن أمكنه وإلا فيستقبله ويكبر ويهلل ويحمد الله تعالى حتى يكون افتتاح السعي باستلام الحجر كما يكون افتتاح الطواف به.

(باب السعي بين الصفا والمروة)

يحتاج إلى معرفة: صفة السعي، وكيفيته، وسننه، ووقت أدائه.

أما صفته: فالسعي واجب وليس بركن.

---

(١) الاضطباع في اللغة: افتعال من الضبع، وهو وسط العضد، وقيل: الإبط (للمجاورة). ومعنى الاضطباع المأمور به شرعا: أن يُدخل الرجل رداءه الذي يلبسه تحت منكبه الأيمن فليلقيه على عاتقه الأيسر وتبقى كتفه اليمنى مكشوفة، ويطلق عليه التأبط والتوشح.

والاضطباع في طواف القدوم مستحب عند جمهور الفقهاء، فعن يعلى بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف مضطبعًا وعليه برد. رواه ابن ماجه والترمذي وصححه، وأبو داود وقال: ببرد له أخضر، وأحمد ولفظه: لما قدم مكة طاف بالبيت وهو مضطبع ببرد له حضرمي. وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه اعتمروا من جعرانة فرملوا بالبيت، وجعلوا أرديتهم تحت آباطهم، ثم قذفوها على عواتقهم اليسرى. رواه أحمد وأبو داود وسكت عنه، ورجاله رجال الصحيح. فإذا فرغ من الطواف سواه فجعله على عاتقيه.

وعند الشافعي رحمه الله: ركن.

والصحيح قولنا؛ لأن ركن العبادة لا يثبت إلا بدليل مقطوع به كأصل العبادة ولم يوجد؛ لأنه ثبت وجوبه بخبر الواحد وهو قوله عليه السلام: "**كُتبَ عَليكمُ السَّعي، فاسعَوا**". وخبر الواحد في مظنة الشبهة وما يوجب بدليل فيه شبهة يسمى واجبًا لا فرضًا والسعي واجب في العمرة حتى لا يتحلل بدونه لقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ ۖ فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ أَوِ ٱعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا ۚ﴾ [البقرة: ١٥٨] فقد شرع السعي في حق العمرة والحجة جميعا.

ولو ترك السعي أو أكثره في العمرة أو الحج بغير عذر ورجع إلى أهله لزمه دم والدم أحب إلي من الرجوع؛ لأن السعي غير مقصود، فإن عاد يعود بإحرام جديد.

وعند الشافعي رحمه الله: لا يسقط عنه إلا إذا سعى له بناء على أن السعي ركن عنده وعندنا واجب.

ولو ترك أقله كان عليه لكل شوط نصف صاع إلا أن يبلغ دمًا فيطعم ما شاء، وكذلك لو فعله راكبا لما مر إن ما في ترك كله دم، فإن كان في ترك بعضه صدقة.

وأما كيفيته: فإنه إذا فرغ من الطواف، فإنه يخرج إلى الصفا والمروة من أي باب شاء.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يخرج من باب بني مخزوم فيبدأ بالصفا فيصعد عليها ويستقبل القبلة فيكبر ويهلل ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو الله بحاجته ثم يهبط منها نحو المروة فيمشي على هيئته حتى يأتي بطن الوادي، فإن كان عند الميل الأخضر يسعى في بطن الوادي سعيا حتى يتجاوز الميل الأخضر؛ لأنه لم يبق لبطن الوادي اليوم أثر؛ لأن السيول كنسته وقد جعل هناك ميلان أخضر وأصفر ليعلم أنه بطن الوادي، وإذا خرج منه يمشي على هينته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويقوم مستقبل القبلة فيحمد الله تعالى ويكبر ويهلل ويلبي ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويفعل ما يفعل على الصفا، ويطوف بينهما هكذا سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط، وبعد البداية شوطا والعود شوطا هكذا روى جابر رضي الله

عنه فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وصار فعله بيانا لمجمل الآية فصار كأن الله تعالى أمر بسبعة أشواط في السعي كما في الطواف، وسئل النبي صلى الله عليه وسلم بأيهما نبدأ فقال: "**ابدؤُوا بمَا بدأَ اللهُ بهِ**" وأراد به قوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ ﴾.

ثم الانفصال من الصفا إلى المروة شوط والرجوع من المروة إلى الصفا شوط آخر وهو الصحيح وإليه أشار محمد رحمه الله، فإنه قال: يطوف بينهما هكذا سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة، ذكر البداية والختم للكل لا لكل شوط لتصير البداية بالصفا شرطا لكل شوط وقال الطحاوي يبدأ بالصفا في كل شوط ويختم بالمروة ولم يعد الرجوع من المروة إلى الصفا شوطا، وذلك لأن البداية من الصفا شرط في الشوط الأول ليقع معتدا به بالإجماع، فكذلك في الأشواط الأخر ليكون لكل شوط حظ من البداية بالصفا والختم بالمروة كما نطق به النص وصار كالطواف. وجهُ قولِ الصحيح: أن الله تعالى بدأ بالصفا وختم بالمروة بداية واحدة وختمًا واحدًا لجميع الأشواط لا في كل شوط فصارت البداية والختم شرطا لجميع الأشواط فمن شرط ذلك في كل شوط فقد خالف النص.

ولأن الشوط الأول يتم متى انتهى إلى المروة بالإجماع، فيحصل بداية الشوط الثاني من المروة ضرورة أن لا يتخلل بين الشوطين شوط لا يعتد به بخلاف الطواف؛ لأن الشوط الأول لا يتم ما لم ينتهِ إلى الحجر ومتى انتهى إليه حصلت بداية الثاني من الحجر ضرورة، فإن بدأ بالمروة وختم بالصفا أعاد شوطا لقوله عليه السلام: "**ابدَؤوا بمَا بدأَ اللهُ تعالَى بهِ**" وقد ترى المأمور به بالكتاب فلا يجزئه كما لو ترك البداية من الحجر في الطواف لا يعتد به فكذا هذا، وعن أبي حنيفة رحمه الله لا شيء عليه؛ لأنه ليس فيه إلا ترك الترتيب في العبادة كما في الوضوء.

وأما سننه: فالصعود على الصفا والمروة سنّة حتى يكره أن لا يصعد عليهما؛ لأنه ثبت بفعل النبي صلى الله عليه وسلم على سبيل الابتداء بتتميمه للسعي بين الصفا والمروة لا بيانا لمجمل الكتاب فيكون سنّة، والرمل في الثلاثة الأشواط الأول والمشي على هينته في الأربعة الأخيرة سنة حتى لو رمل في كل متبعيه أو مشي في كله كره ولا شيء عليه؛ لأنه ترك سنّة كما في الطواف.

وأما شرطه: بأن يكون قريبًا بعد الطواف حتى لو سعى ثم طاف أعاد السعي إن كان بمكة وإن رجع إلى أهله فعليه دم؛ لأن السعي شرع مرتبا على الطواف؛ لأنه صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت ثم سعى وقال: "**خُذوا عنّي مناسككُم**" وهو لا يعقل قياسًا فيكون مشروعا كما ورد به الأثر، فإذا ترك الترتيب بطل ولأنه شرع تبعا للطواف لإكماله وتقديم التبع على الأصل لا يجوز.

ولو سعى بعد الإحلال والجماع جاز، وكذلك بعد أشهر؛ لأن السعي غير مؤقت وشرط آدائه بعد الطواف وقد وجد والحيض والجنابة لا تمنع صحة السعي لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها: "**اصنَعي مَا يصنعُ الحاجُّ غيرَ أنَّك لَا تطُوفي بالبيتِ**" ولأن السعي ليس بصلاة حقيقة ولا حكما، فإنه لا تعلق له بالبيت فلم تكن الطهارة شرطًا لصحته كالوقوف بعرفة.

ثم المفرد بالعمرة إذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة فقد تمت عمرته وحل بالحلق أو التقصير وإن ساق المعتمر هديا أقام محرما لقوله عليه السلام: "**مَن كانَ معهُ هديٌ فليقُم علَى إحرامهِ ومَن لَم يكُن معهُ هديٌ فليحلِق**" ولأن سوق الهدي دليل قصد المتمتع.

والمتمتع لا يحل ما لم يفرغ من الحج.

والمفرد بالحج إذا أتى بطواف القدوم تحية للبيت فالأفضل أن لا يسعى بعده؛ لأن طواف التحية سنّة والسعي واجب ولا ينبغي أن يجعل الواجب تبعا للسنّة ولكنه يسعى بعد طواف الزيارة؛ لأنه ركن والواجب يجعل تبعا للركن لكن العلماء رخصوا في إثبات السعي عقيب التحية؛ لأن يوم النحر يوم أشغال كثيرة من الذبح ورمي الجمار ونحوه نقل ما يتفرغ للسعي، وإذا سعى عقيب طواف التحية ينبغي أن يرمل فيه كما في طواف العمرة.

وإن أخر السعي عن طواف التحية، فإنه لا يرمل فيه؛ لأن الرمل سنّة في طواف يعقبه السعي عرفناه نصًّا لا قياسًا فيقتضي على مورد النص والقارن يطوف ويسعى للعمرة ثم يطوف ويسعى للحج كما وصفناه.

وقال الشافعي رحمه الله: يطوف طوافًا واحدًا ويسعى سعيًا واحدًا.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن علي رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قرن

وطاف لهما طوافين وسعى سعيين، وحديث ابن عمر رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قرن وطاف لهما طوافًا واحدًا محمول على طواف التحية توقيفا بينهما، ولأن الحج والعمرة عبادتان مقصودتان فلا يتأديان بأداء أفعال واحدة كالسجدة الصُّلبية لا تنوب إحداهما عن الأخرى، فإن طاف لهما طوافين ثم سعى سعيين جاز وقد أساء ولا شيء عليه؛ لأن السعي الأول وقع للعمرة؛ لأنه ليس شرط صحة السعي أن يكون على أثر الطواف بدليل أنه لو تخلل بين الطواف والسعي عمل من أعمال الدنيا لا يمنع الاعتداد بالسعي، فإذا كان المتخلل بينهما نسكا من مناسك الحج أو لا إلا أن يقدم سعي العمرة على عمل الحج المسنون، فإذا أخر صار مسيئا؛ لأن ترك السنّة يوجب الإساءة ولا يوجب الدم، والمتمتع يؤخر طواف الحج والسعي إلى يوم النحر؛ لأن وقته يوم النحر، ولو سعى بعد طواف القدوم يرخص له ذلك دفعًا للحرج؛ لأن يوم النحر وقت أشغال كثيرة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه إذا أحرم بالحج يوم التروية أو قبله، فإن طاف وسعى قبل أن يأتي منى فهو أفضل إلا أن يكون أهلّ بعد الزوال يوم التروية؛ لأن الرواح إلى منى مستحق عليه فلا يتركه لغيره، والرجل والمرأة في جميع ذلك سواء إلا أربعة أشياء: ليس عليها رمل وسعي في بطن الوادي لأنها عورة فربما ينكشف شيء منها ولا حلق عليها.

وتغطي رأسها وتلبس المخيط وقيل لا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع والله أعلم بالصواب.

(باب طواف الزيارة)

يحتاج إلى معرفة: صفة الطواف، وكيفيته، ووقته، ومكانه، وشرطه، وسننه، وما يكره فيه وما لا يكره.

أما صفته: فطواف الزيارة ركن لا يتم الحج إلا به.

لقوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴿٢٩﴾﴾ [الحج: ٢٩] والمراد به طواف الزيارة؛ لأنه أمر به بعد قضاء التفث وهو الحلق ولا طواف بعد الحلق إلا طواف الزيارة.

والركن في الطواف أربعة أشواط وما زاد عليها واجب لتتمة الركن وهو الصحيح نص عليه محمد رحمه الله في (المبسوط).

وذكر أبو عبد الله الجرجاني: الركن في الطواف أكثره وهو ثلاثة أشواط وثلثا شوط، وقال الشافعي رحمه الله: الركن سبعة أشواط حتى لو ترك خطوة من الشوط الأخير يلزمه العود إلى مكة.

والصحيح قولنا؛ لأن الشوط الواحد مفروض بنص الكتاب؛ لأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار والعدد ولكن يحتمله متى أريد به الكل، فأما بدون إرادة الكل ينصرف إلى أدنى ما ينطلق عليه الاسم وهو الواجب كما في الأمر بالطلاق والنكاح فالشوط الواحد مفروض بيقين وما زاد عليه وذلك ستة محتمل احتمل أن يكون فعل النبي صلى الله عليه وسلم فيه بيانًا لكتاب الله تعالى واحتمل أن يكون ابتداءً فجعلناه في النصف بيانا للكتاب، فصار كأن الله تعالى أمر بأربعة أشواط وجعلناه في النصف ابتداء عملا بالاحتمالين جميعا وجعلنا الثلاث واجبًا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**خذُوا عنّي مناسككُم**" حتى لو طاف للزيارة ثلاثة أشواط ولم يطف للصدر ثم رجع إلى أهله عاد بالبقية كأنه لم يطف؛ لأنه لم يأت بما هو الركن في الطواف.

ولو طاف أربعة أشواط أو أكثر ثم رجع لا يعود وعليه دم؛ لأنه أتى ما بما هو الركن في الطواف إلا أنه ترك أقله وهو واجب وترك الواجب يوجب الدم.

وأما كيفيته: فالطواف سبعة أشواط لما مر، ولو طاف لعمرته أو لزيارته ثمانية أشواط لم يلزمه شيء، يريد به إذا طاف الشوط الثامن على ظن أنه سابع لا يلزمه الإتمام؛ لأنه شرع فيه مسقطا لا ملتزما كالشروع في العبادة المظنونة، أما إذا علم أنه الثامن اختلفوا فيه، والصحيح أنه يلزمه فيتمه هكذا روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله؛ لأنه شرع ملتزما فيه والقيام في الطواف واجب، وعند الشافعي رحمه الله سنة حتى لو طاف راكبا أو محمولا على عتق غيره أو بمحفة إن كان بعذر لا شيء عليه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم طاف للزيارة راكبًا واستلم الأركان بمحجنه لوجع أصابه ولو ترك القيام في الصلاة بعذر يجزئه ففي الطواف أولى، وإن فعله بغير عذر تلزمه

الإعادة ما دام بمكة، ودم إن خرج، وعند الشافعي رحمه الله: لا شيء عليه.

والصحيح قولنا؛ لأن بترك المشي يمكن القصور في الطواف؛ لأن فعل الدابة والحامل، وإن كان مضافا إليه معنى لكنه غير مضاف إليه صورة، فانعدم صورة فعل الطواف منه حقيقة فتمكن النقص فيه وصار كما لو طاف زحفا لزمه دم لتمكن النقصان فيه فكذا هذا.

ولو قال: لله عليَّ أن أطوف زحفًا فطاف، كذلك قيل: لا يلزمه شيء؛ لأن الطواف زحفا قربة مشروعة بدون القيام، كصلاة التطوع قاعدا ولكنها ناقصة وقد أدى ناقصا كما لو نذر صوم يوم النحر وصامه وقيل عليه الإعادة إن كان بمكة وعليه دم إن رجع قبل الإعادة؛ لأنه التزم قربة مشروعة وقرن بها صفة غير مشروعة وهي ترك القيام فيه فلغى التزام تلك الصفة ولزمه الطواف كاملا؛ لأن للطواف حاجة إلى القيام فيكون من توابعه.

وإيجاب الأصل يتضمن إيجاب التبع، وصار كما لو نذر الصلاة بغير قراءة تلزمه الصلاة بقراءة، وقد أتى به ناقصا فلزمه جبره بالدم بخلاف صوم يوم النحر، لأنا لو ألغينا الوقت عن نذره يصير المنذور به شيئًا آخر لا يصير مطلقا ومرسلا عن الوقت فينصرف إلى غير وقت المكروه فيتبدل المنذور به، وهنا لو ألغينا الزحف لا يتبدل المنذور بل يتقرر ويتكامل.

وأما وقته: فأيام النحر أفضلها أولها، وإذا حلق يوم النحر بعد الرمي طاف طواف الزيارة في يومه أو من الغد أو بعد الغد.

وعند الشافعي رحمه الله: غير مؤقت.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَٰتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ إلى قوله: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ ﴿٢٩﴾﴾ [الحج: ٢٨، ٢٩] فقد عطف الطواف على النحر، والنحر مؤقت بثلاثة أيام فكذلك ما عطف عليه؛ لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه، ولو أخر فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: لا شيء عليه، وكذا من أخر نسكًا عن وقته أو قدم نسكًا على نسك لزمه دم عنده خلافًا لهما.

لهما: ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عام حجة الوداع عمن ذبح قبل أن يرمي؟ قال: "**ارمِ ولَا حرَج**"، وما سُئِلَ يومئذ عن شيء قدمه أو أخره إلا قال: "**افعَل ولا حرَج**" ولأن بقضاء المتروك انجبر النقص والفوات؛ لأنه قائم مقام الأداء فلا يلزمه بالتأخير شيء كما لو فاتته صلاة عن وقتها ثم قضاها.

له: أن تفويت العبادة عن وقتها يوجب نقصانًا فيه فيجب جبره بالدم كمن أخر الإحرام عن ميقاته لزمه دم، وكمن أخر ركنًا أو واجبًا من الصلاة عن وقته ساهيًا لزمه الجبر بالسجود، والحديث محمول على أنهم فعلوا بعذر، إذ لا يُظنّ بالصحابة رضي الله عنهم تأخير النسك عن وقته من غير عذر؛ لأنه حرام بالإجماع، والتأخير بعذر لا يوجب الدم، وعلى أن في الحديث نفي الحرج لا نفي الدم ولا دم على الحائض لتأخير طواف الزيارة، لأنها كانت ممنوعة عن الطواف فكان التأخير بعذر.

(**المنتقى**): حائض طهرت في آخر أيام النحر ويمكنها الطواف قبل الغروب فلم تفعل، فعليها دم لتأخير طواف الزيارة بغير عذر عن أبي حنيفة رحمه الله، وإن لم يمكنها أن تطوف أربعة أشواط فلا شيء عليها؛ لأنه لم يلزمها الطواف.

ولو حاضت في وقت لم تقدر على الطواف لزمها دم لأنها مفرطة.

ولو حاضت في وقت قدرت أن تطوف أربعة أشواط لم يلزمها شيء لأنها لم تصر مفرطة بالتأخير.

صاحب العذر الدائم طاف أربعة أشواط بخروج الوقت ثم خرج الوقت توضأ وبنى ولا يشبه هذا الصلاة؛ لأن الطائف لو أحدث متعمدا في طوافه توضأ وبنى لما تبين.

وأما مكانه: فهو داخل المسجد الحرام، حتى لو طاف بالبيت من وراء زمزم أو من وراء السَّوَارِي جاز، وخارج المسجد لا يجوز وعليه أن يعود؛ لأنه لا يمكنه الطواف ملاصقا بحائط البيت فلا بد من حد فاصل بين القريب والبعيد فجعلنا الفاصل هو حائط المسجد؛ لأنه في حكم بقعة واحدة، فإذا طاف خارج المسجد فقد طاف بالمسجد دون البيت؛ لأن حيطان المسجد تحول بينه وبين البيت.

ولو طاف طواف الواجب في جوف الحطيم، فالأفضل أن يعيد الطواف على كل البيت، والواجب أن يعيده على الحطيم لا غير؛ لأن الحطيم من البيت فيجب

الطواف وراءه، فإذا تركه فقد دخل نقص فيه فأمر بالإعادة ليكون بصفة الكمال، وتفسير الإعادة أن يتسوّر الحائط فيطوف حول الحطيم خاصة سبعة أشواط؛ لأن الحائط ليست من الحطيم لحديث عائشة رضي الله عنها: أن الكعبة أضر بها السيول وتداعت إلى الخراب فاجتمعت قريش وبنوها ثانيا فقصرت بهم النفقة، فأخرجوا الحطيم من البيت وجعلوا حوله حائطا نحوًا من الساق، وجعلوا له بابين وكبسوا البيت بنقص الحطيم، وإن رجع إلى أهله ولم يعد فعليه دم ويجزئه خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن الحطيم جعل من البيت بخبر الواحد فكان الطواف حوله واجبا لا فرضا فوقع الطواف معتدا به بالكتاب والمتروك أقل الحملة فيجب جبره بالدم كشوط أو شوطين.

وأما واجبه: فالتيامن في الطواف واجب وهو أن يأخذ على يمينه في الطواف من باب الكعبة فيكون يساره ملاقيا للكعبة.

وعند الشافعي رحمه الله: فرض، حتى لو طاف منكوسا بأن يأخذ على يساره في الطواف أو أكثره منكوسا بغير عذر، يلزمه الإعادة إن كان بمكة وإن خرج يلزمه دم.

وعند الشافعي رحمه الله: عليه أن يعود إلى مكة فيطوف متيامنًا ولا يجزئه الدم.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى أمر بالطواف وإنه عبارة عن الدوران حول البيت مطلقا ولا يتناول أوصاف الفعل من حيث التيامن والتياسر، فلم يثبت صفة التيامن بالكتاب وإنما ثبت بخبر الواحد، فإنه عليه السلام لما تيامن في الطواف وقد قال: «**خُذوا عنّي مناسككُم**» وظاهر الأمر للوجوب وما ثبت بخبر الواحد يكون واجبًا لا فرضًا، كالطهارة في الطواف فمتى ترك التيامن في الطواف فقد ترك واجبًا فيتمكن النقص فيه فما دام بمكة أمكنه قضاؤه بمثله فيعيد، وإذا خرج إلى أهله فقد عجز عن القضاء فيجبره بالدم.

وافتتاح الطواف من الحجر الأسود سنّة عند عامة مشايخنا حتى لو افتتح الطواف من غير الحجر جاز ويكره.

وذكر محمد رحمه الله في الرقيات: أنه لم يجزه ذلك القدر وعليه الإعادة وإليه أشار في الأصل، فقد جعل البداية من الحجر فرضًا وذلك لأن الكتاب وإن ورد

بالطواف مطلقا ولم يتعرض لافتتاحه من محل لكن فعل النبي صلى الله عليه وسلم في حق البداية من الحجر ورد بيانا لمجمل الكتاب، فصار كأنه قال ابدؤوا الطواف من الحجر، وجه عامة مشايخنا أن المأمور به بالكتاب هو الطواف مطلقا وقد وجد فاقتضى الكتاب جوازه وفعل النبي صلى الله عليه وسلم يحتمل البيان ويحتمل الابتداء، فحملناه على ابتداء السنة لئلا يكون نسخًا لإطلاق الكتاب كما أن النبي صلى الله عليه وسلم افتتح الطواف بالحجر، افتتح بالاستلام ثم افتتاحه بالاستلام سنة فكذلك بالحجر.

وأما سننه: فالرمل في الثلاثة الأول والمشي على هينته في الأربعة الأخيرة سنة هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم وواظب عليه.

ولو رمل في طوافه كله فلا شيء عليه؛ لأن ترك السنّة لا توجب شيئًا ولو ترك الرمل في الشوط الأول لم يرمل إلا في الشوطين بعده؛ لأن سنّة الرمل في الشوط الأول قد فات عن محله، والسنّة متى فاتت عن محلها لا تقضى ولم تفت عن الشوطين فيقيمهما.

ولو نسي الرمل في الثلاثة لم يرمل في الباقي؛ لأن الرمل في الثلاثة الأول سنة والمشي على هينته في الأواخر سنة فلو رمل في الأواخر لترك سنتين وترك إحداهما أسهل، وأداء ركعتين بين الأسبوعين من الطواف سنة مؤكدة حتى يكره أن يجمع بين أسبوعين ولا يصلي لكل أسبوع عندهما.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا بأس إذا انصرف عن وتر بأن يجمع بين ثلاثة أسابيع أو خمسة أو سبعة وهو المروي عن عائشة رضي الله عنها، ولأن الصلاة شرعت لختم الطواف وللتحلل عنه كالسلام للصلاة ثم الجمع بين أشفاع الصلاة بتسليمة واحدة لا بأس به، فكذا الجمع بين أسابيع الطواف وترا بصلاة واحدة لا بأس به؛ لأن الطواف شرع وترًا والصلاة شفعًا. لهما: قوله عليه السلام: "**يَا بَني عبدِ منَاف لا تمنعُوا أحدًا طافَ بهَذا البيتِ فِي أيّ ساعةٍ شاءَ من ليلٍ أو نهارٍ**".

وليصل لكل أسبوع ركعتين ولأن الصلاة للطواف كالقعدة الأخيرة للصلاة لا كالسلام؛ لأنه ليس للطواف تحريمة فلا يشرع له تحليل فعلم أن الصلاة للفصل بين الأسابيع تتمة للطواف كالقعدة للفصل بين الأشفاع.

ولو صلى شفعين ولم يقعد بينهما يكره فكذا إذا طاف أسبوعين ولم يصل بينهما إلا أن الصلاة تقضى والقعدة لا تقضى لأنها ما شرعت عبادة منفردة، فإذا فاتت لا تقضى كالأضحية بخلاف الصلاة.

ولو خرج من الحرم ولم يصل الركعتين قضاهما لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه طاف قبل طلوع الشمس ثم خرج حتى إذا كان بذي طوى وارتفعت الشمس صلى ركعتين ثم قال ركعتان مكان ركعتين.

ولو طاف شوطا أو شوطين من الأسبوع الثاني ثم تذكرهما أتم ثم يصلي لكل أسبوع ركعتين؛ لأن وصل الأشواط ونظمها سنة كالصلاة بين الأسبوعين.

ولو ترك الأسبوع الثاني لصار تاركا سنة أخرى وهي الوصل؛ لأن الصلاة فاتت عن محلها ولو أتم أخل بسنة واحدة فكان الإخلال بإحداهما أولى من الإخلال بهما.

ولو تذكرهما قبل إتمام الشوط الأول قالوا ينبغي أن يعود إلى الصلاة؛ لأن ما دون الشوط بمنزلة ما دون الركعة فيكون بمحل الرفض فيرفضه لتحصل الصلاة في محلها ولا كذلك الشوط؛ لأنه بمنزلة الركعة فلا يحتمل رفضه ومن طاف قبل طلوع الشمس أو بعد العصر لم يصل حتى تطلع الشمس وحتى يصلي المغرب؛ لأن ركعتي الطواف مكروهة في هذين الوقتين كالصلاة المنذورة لما مر في الصلاة، فأما الطواف، هل يكره فيهما؟ فالصحيح أنه لا يكره لما رُوي أن عمر رضي الله عنه طاف قبل طلوع الشمس أشواطًا وصلى ركعتي الطواف بعد طلوع الشمس ولأن النهي ورد عن الصلاة والطواف ليس بصلاة حقيقة فلا يتناوله النهي.

ولا يجوز المكتوبة عن ركعتي الطواف لأنها وجبت في ذمته مقصودة فلا ينوب غيرها عنها كالصلاة المنذورة.

وأما ما يكره فيه وما لا يكره: ويكره إنشاد الشعر والحديث والبيع في الطواف لقوله عليه السلام: "**الطّواف صلاةٌ إلّا أن الله تعالَى أحلّ فِيه النطقَ، فمَن نطقَ فلَا ينطقنَّ إلّا بخيرٍ**".

ولأن الطواف عبادة شرط فيها الإخلاص وهذه الأفعال تنافي الإخلاص فيكره إلا لحاجة هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لا بأس للإنسان بأن يفتي

في الطواف ويشرب وكل ما يحتاج إليه لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج من الطواف ودخل السقاية وشرب وعاد وبنى.

وقيل لا بأس بإنشاد الشعر الذي فيه حمد وثناء في الطواف لما رُوي أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يطوف ويقول:

إن تغفر اللهم فاغفر جمّا وأي عبد لك لا ألمّا

ولكنا نقول هذا محمول على الابتداء قبل مقالة رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ لأنه كلام لا يحتاج إليه الطائف.

ويقرأ القرآن في نفسه ولا يرفع به صوته؛ لأن في رفع الصوت أذى للناس بشغل أسماعهم وتشويش حالتهم في المناجاة واشتغالهم والحمد والثناء في الطواف ولو خرج من طوافه إلى جنازة أو مكتوبة أو تجديد وضوء ثم عاد وبنى؛ لأن التفريق بين الأشواط لا يبطل الطواف فلا يمنع بناء الباقي على الماضي، ولو طاف الرجل مع المرأة لم يفسد طوافه؛ لأنه ليس بصلاة حقيقة ولئن كان فلا شركة فيه.

(باب طواف الصَّدَرِ)

يحتاج إلى معرفة: صفة طواف الصدر، وتفسيره، وكيفيته، ووقته، ومن يجب عليه وما يجب بتركه.

أما صفته: فطواف الصدر واجب على الحج إذا أرادوا الخروج من مكة لقوله عليه السلام: "**مَن حجّ البيتَ فليكُن آخِر عهدهِ بالبيتِ الطّواف**". فظاهر الأمر للوجوب[1].

وأما تفسيره: فالمراد من الصدر هو الصدور والرجوع عن أفعال الحج.

وعند الشافعي رحمه الله: هو الصدور والخروج عن مكة، وينبني عليه لو طاف للصدر ثم أقام بمكة لشغل لم يلزمه الإعادة عندنا وعنده يلزمه الإعادة.

والصحيح قولنا؛ لأنه أتى بطواف الصدر؛ لأن الطواف أضيف إلى الصدر والإضافة للاختصاص والاختصاص إنما يكون إما باعتبار أن الصدور سبب لوجوبه

(١) انظر: فتح القدير ١٨٧/٢ - ١٨٨، وحاشية ابن عابدين ٥٥٧/٢.

أو شرط له والسبب أو الشرط أبدًا يكون سابقا على حكمه فمتى كان المراد من الصدر هو الصدور من مكة كان السبب أو الشرط لاحقا لوجوبه ومتى كان المراد منه هو الصدور عن أفعال الحج كان السبب أو الشرط سابقا عليه فكان هذا أحق والفراغ من أفعال الحج يسمى صدورًا ورجوعًا عنها إلى الحالة التي كانت من قبل كما يقال لكل من تلبس بعمل متى فرغ منه رجع وعاد إلى ما كان.

ورُوي عن أبي حنيفة: أنه إذا طاف ثم أقام إلى العشاء فأحب إليّ أن يطوف طوافا آخر ليكون توديع البيت آخر عهده.

وأما كيفيته: فإنه يطوف للصدر سبعا ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين ثم يأتي زمزم فيشرب من مائها قائمًا ويصب بعضه على وجهه ورأسه ثم يأتي الملتزم وهو بين الحجر الأسود والباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بأستار الكعبة ويدعو الله تعالى بحوائجه ثم يستلم الحجر ويكبّر الله تعالى، فإن أمكنه أن يدخل البيت فحسن، وإن لم يدخل أجزأه.

وأما وقته: فبعد الفراغ من أفعال الحج قبل الصدور من مكة.

(**المنتقى**): حائض طهرت قبل أن تخرج من مكة يلزمها طواف الصدر لأنها صارت من أهله في وقته وإن جاوز من سور مكة مسيرة سفر فطهرت فليس عليها أن تعود، وكذا لو انقطع دمها فلم تغتسل ولم يذهب وقت الصلاة حتى خرجت من مكة لم يلزمها العود؛ لأنه لم يثبت لها أحكام الطاهرات في وقت الطواف، ولهذا لم يلزمها الصلاة.

وإن خرجت وهي حائض ثم اغتسلت ثم رجعت إلى مكة قبل أن تجاوز الميقات فعليها الطواف.

وكذلك من نفر قبل الطواف رجع ما لم يجاوز الميقات؛ لأنه يمكنه الإتيان بالطواف من غير تجديد الإحرام، فإن جاوز لم يرجع؛ لأنه لا يمكنه العود إلا بتجديد الإحرام، فإن عاد بعمرة ابتدأ بالعمرة ثم طاف للصدر؛ لأن الإحرام انعقد لطواف العمرة فيبتدئ به. وأما من يجب عليه فطواف الصدر يجب على الآفاقيّ دون المكي والميقاتي ومن دونهم؛ لأنه شرع توديعًا للبيت عند المفارقة، والآفاقيّ

مفارق للبيت فيحتاج إلى توديعه والمكي غير مفارق للبيت فلا يحتاج إلى التوديع وهذا كطواف التحية شرع في حق الآفاقيّ دون المكي؛ لأن التحية من سنة القادم دون الحاضر.

وقال أبو يوسف رحمه الله: أحب إليَّ أن يطوف المكي؛ لأنه يختم المناسك.

ولا يجب على الحائض والنفساء؛ لأنه صلى الله عليه وسلم رخص للنساء الحيّض تركه.

ولا يجب على المعتمر؛ لأن وجوب طواف الصدر عرف نصًّا لا قياسًا فيقتصر على مورد النص والنص ورد بإيجابه في الحج فلا يكون واردًا في العمرة دلالة لأنها دون الحجة وركن العمرة هو الطواف فكيف يصير مثل ركنه تبعًا له بل يقع عن نفسه ولا على فائت الحج؛ لأن الواجب عليه العمرة وليس للعمرة طواف الصدر.

كوفي حج واتخذ مكة دارا ثم خرج منها لم يكن عليه طواف الصدر لأنها لمّا استوطنها صار من أهلها والْتحق بالمكي.

والمكي إذا أراد أن يخرج من مكة لا يجب عليه طواف الصدر فكذا هذا، وإن لم يكن [توطنها][1] وأقام بها سنين لم يسقط عنه طواف الصدر؛ لأنه لم يصر من أهلها؛ لأن وطنه بمكة وطن إقامة ووطن المكي وطن أصلي فلم يصر بمنزلة المكي.

(**النوادر**): ولو نوى الإقامة بمكة أبدا، فإن كان قبل أن يحل النفر الأول ليس عليه طواف الصدر؛ لأنه لما لم يرد الخروج عن مكة فقد نوى أن يتوطن بها وطنا أصليا فصار بمنزلة المكي، وإن نوى الإقامة بعد حل النفر الأول لزمه طواف الصدر عندهما؛ لأنه وجب عليه طواف الصدر قبل الإقامة؛ لأنه جاء وقت الوجوب وهو لم يصر مكيا فلا يسقط عنه باختياره للسكنى والإقامة من بعد.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يسقط عنه إلا إذا شرع فيه؛ لأن الأداء ليس بمؤقت

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): يواظبها.

بوقت، فإذا صار متوطنا والوقت قائم سقط عنه، وأما ما يجب بتركه، فإنه يجب في ترك الأكل أو الأكثر من طواف الصدر دم؛ لأن ترك الواجب يوجب الدم والتارك للأكثر كالتارك للكل؛ لأن الأكثر حكم الكل وفي ترك أقله صدقة؛ لأنه لا يجوز التسوية بين موجب القليل والكثير وفي ترك الأقل من طواف الزيارة دم؛ لأن أقله واجب وهو ما زاد على أربعة أشواط وترك الواجب يوجب الدم في تأخير أقله صدقة؛ لأن التأخير دون الترك فلا تجوز التسوية بين موجب التأخير وموجب الترك.

(باب الطواف ومناسك الحج بغير النية)

ومن طاف طوافًا من هذه الوجوه في وقته وقع عنه نوى عنه أو لم ينو أو نوى طوافا آخر؛ لأن النية تعتبر في الإحرام؛ لأنه عقد على الأداء ولا يعتبر في الأداء كتحريمة الصلاة، فإن الركوع والسجود يتأديان بلا نية؛ لأن نية أصل الإحرام كافية لكل ركن من العبادة. مثاله: محرم بالعمرة إذا قدم مكة وطاف وقع عن العمرة، وإن كان حاجا وقع عن طواف التحية، وإن كان قارنا فالأول يقع عن العمرة والثاني عن الحج، وكذلك في طواف الزيارة إذا نفر في النفر الأول ثم طاف فهو للزيارة وإن طاف بعده فهو للصدر ولو طاف بعد طواف الزيارة ينوي به عن التطوع وقع عن الصدر؛ لأنه مستحق عليه.

(**المنتقى**): لو طاف هاربا من سبع أو عدو أو طالبا لغريم ولم ينو الطواف لم يعتبر وليس هذا كالوقوف بعرفة؛ لأن الوقوف يحصل في مطلق الإحرام فلا يعتبر فيه النية أصلا؛ لأن نية أصل الإحرام كافية والطواف يؤتى به خارج الإحرام لكنه وجب بالإحرام عينا؛ لأن الطواف في هذا الوقت من غير هذه الجمعة غير مشروع فمن حيث إنه وجب بالإحرام عينا لا يحتاج إلى نية التعيين ومن حيث إنه يؤتى به خارج الإحرام يحتاج إلى أصل النية كصوم رمضان لما وجب عينا يحتاج إلى أصل النية ولا يحتاج إلى نية التعيين.

استأجروا رجالا فحملوا امرأة فطافوا بها ونووا الطواف أجزأهم ولهم الأجر، أما

الجواز فلأن المرأة حين أحرمت نوت الطواف، والنية تعتبر وقت الأداء لكن يشترط النية منهم ليعلم أنهم أتوا بالطواف.

وإن لم ينووا الطواف بل ينوون طلب غريم لهم إن كان المحمول يعقل فنوى الطواف أجزأه، وإن كان مغمى عليه لم يجز.

مريض لا يستطيع الطواف فطاف به أصحابه وهو نائم إن كان أمرهم به ثم نام أجزأه؛ لأن فعل المأمور كفعل الأمر عند العذر، وإن كان لم يأمرهم لم يجزه.

مريض لا يستطيع الرمي توضع الحصاة في كفه ليرمي به أو يرمي عنه غيره بأمره؛ لأنه تجوز النيابة في أعمال الحج عند العجز.

ولو أُغمي على رجل عند الميقات فأهلّ عنه رجل من أصحابه وعن نفسه ووقفه بالمناسك كلها يجزئه عن حجة الإسلام عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهم لا يجوز وهذا بناء على أن العقد بالرفقة هل يكون إذنا بالإحرام عند العجز دلالة عندهما لا يكون إذنا؛ لأن الإنابة إنما تثبت دلالة إذا كانت معلومة عند الناس والإذن بالإحرام عن غيره دلالة لا يعرفه كل فقيه فكيف العامي وعنده يكون إذنا دلالة؛ لأن عقد الرفقة إنما يعقد للاستعانة من أصحابه فيما يعجز عن تحصيله وهو محتاج إليه ومعظم الحاجة في هذا السفر الحج فتضمن عقد الرفقة إذنا لأصحابه بالإحرام حالة العجز عنه، وهذه الاستعانة معلومة على سبيل الإبهام والنيابة جارية في الإحرام؛ لأن المقصود من الإحرام ليس إلا تحريم المحظورات وهذا المقصود يحصل بالنائب فصحت النيابة كالأب يحرم عن ولده الصغير وكالطهارة تجري فيها النيابة، وإن كانت بدنية وإن أحرم عنه من ليس من رفقته اختلفوا فيه لا يجزئه عنده؛ لأنه لم يوجد منه الإذن بالنيابة عنه صريحا ولا دلالة عقد الرفقة وقيل يجزئه؛ لأنه وجد الإذن دلالة؛ لأنه أنفق مالا عظيما حتى بلغ إلى الميقات فالظاهر أنه يكون إذنا لكل واحد من آحاد الناس بالإحرام عنه إذا لم يحرم عنه أهل رفقته كمن اشترى الأضحية فذبحها غيره من عرض الناس جاز لوجود الإذن دلالة.

ولو أغمي عليه بعد الإحرام وطافوا به ووقفوا به أو وضعوا الجمار على يديه ورموا بها يجزئه خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن الأمر به ثابت دلالة عقد الرفقة

عنده فكانت هذه الأمور حاصلة بأمره وعندهما هذا، إعانة وليست بنيابة؛ لأن المغمى عليه يصير طائفا وواقفا بنفسه ولكن بإعانتهم والإعانة جائزة، فأما في الإحرام لو صار محرما لصار محرما بتلبيته صاحبه والنيابة في هذا غير جائزة، وإن طاف به أو رمى عنه من ليس من رفقته فهو على الخلاف الذي ذكرنا، فإن أصاب المهل صيدا لم يكن عليه جزاؤه لإحرامه عن المغمي عليه وعليه ذلك لإحرامه عن نفسه؛ لأن الجناية صدرت منه كما في المحرم عن الميت ولو طاف وهو حامل لغيره بأمره، فإنه يجزئه عنهما، وعند الشافعي رحمه الله لا يجزئه عن الحامل.

والصحيح قولنا؛ لأن المقصود من الطواف حصول الطائف في جميع أماكن الطواف ليصير زائرا لجميع البيت وقد حصل هذا المقصود في الحامل وإن وقع الفعل عن المحمول معنى إذ العبرة للمقصود لا لعين الفعل وصار كما لو وقف بعرفة وهو حامل لغيره.

وللأب أن يقضي المناسك عن صبيه الذي حج به ويرمي عنه الجمار؛ لأنه عجز عن الأداء بنفسه فكان للأب أن ينوب عنه كما لو عجز الأب بنفسه ولو ترك رمي الجمار والوقوف بالمزدلفة لا يلزمه شيء تحقيقا للنظر له، وكذلك المجنون يحرم عنه أبوه؛ لأنه أعجز من الصبي.

والطواف أفضل للآفاقيّ من صلاة التطوع؛ لأنه لا يمكنه تدارك الطواف متى فاته ويمكنه للصلوات في الأوقات كلها متى رجع إلى أهله والصلاة للمكي أفضل؛ لأن معنى العبادة فيها أظهر وأكمل ويمكنه تدارك الطواف؛ لأنه لا يفوته الطواف أصلا، فإنه يطوف في الأوقات التي يكره فيها الصلاة وهذا كالأضحية لمن ليس عليه الأضحية أفضل من التصدق بثمنها حتى قالوا: لو ذبح شاة قيمتها عشرة كان أفضل من أن يتصدق بمائة درهم؛ لأنه لا يمكنه إحراز قربة الإراقة في الأوقات كلها ويمكنه التصدق في الأوقات كلها.

(باب الطواف جُنُبًا أو مُحْدِثًا أو مع النجاسة في ثوبه [أو عُرْيَانًا[1]])

ولو طاف جنبًا أو محدثًا يجزئه حتى يتحلل به عن حرمة النساء.

وقال الشافعي رحمه الله: لا يجزئه.

والصحيح قولنا: لقوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴿٢٩﴾﴾ [الحج: ٢٩].

أمر بمطلق الطواف ولم يأمر بالطهارة فكان اشتراط الطهارة زيادة على حكم الكتاب وذلك نسخ فلا يجوز بخبر الواحد فجعلناها واجبة بشرط لا فريضة شرط الجواز عملا بالكتاب والأثر وهو قوله عليه السلام: "**الطّواف بالبيتِ صَلاةٌ**" أي: حكمه حكم الصلاة.

ولو طاف للزيارة كله أو أكثره جنبا فما دام بمكة يجب إعادته، وإن لم يعده يلزمه بدنة، ولو طاف للزيارة محدثا أو أكثره يستحب إعادته، وإن لم يعده يلزمه شاة؛ لأن النقص المتمكن فيه بالجناية أفحش وأغلظ من النقص المتمكن فيه بالحدث؛ لأن للطواف تعلقا بالبيت والجنابة تمنع دخول المسجد والحدث لا، فكذا الجنابة تمنع قراءة القرآن والحدث لا، فكان الطواف مع الجنابة أقرب إلى العدم وترجح جانب عدمه على وجوده فيجب إعادته ومع الحدث أقرب إلى الوجود؛ لأن عامة بدنه طاهر وإنما عدمت الطهارة في أربعة أعضاء فلا يتصور القضاء؛ لأن القضاء يستدعي تقدم الفوات ولم يوجد، ومتى تغلظ النقص بالجنابة يجب جبره بأعظم الدماء ومتى تخفف النقص بالحدث يجب جبره بأخف الدماء وهو الشاة.

ولو طاف للزيارة جنبا أو حائضا ويرجع إلى أهله، فإن شاء عاد بإحرام جديد فيطوف للزيارة، وإن شاء بعث بدنة وهو أفضل؛ لأن الطواف وقع معتدا به لكنه مع النقصان المتغلّظ فيه فله أن يعيده كاملا بإحرام جديد؛ لأن التحلل قد حصل بالطواف الأول والطواف لا يؤتى به إلا في الإحرام وله أن يجبر النقصان بتعب

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

بدنه وهو أفضل؛ لأنه منفعة القضاء تخصه ومنفعة بعث البدنة تعود إلى الفقراء وما يعود نفعه إلى غيره أفضل مما يخصه نفعه.

ولو طاف للزيارة محدثا ورجع بعث شاة ولا يعود إلى مكة؛ لأن النقصان فيه يسير فيجبره بالدم ولو طاف للزيارة جنبا ثم أعاده قيل يرتفع به نقص الأول؛ لأن الأول وقع معتدا به حتى وقع به التحلل فيكون الثاني جبرًا لا قضاءً، وقيل: يرتفض الأول بالثاني لأن الطواف مع الجنابة أقرب إلى العدم لتفاحش النقصان فيه وترجح جانب عدمه على وجوده فكأنه لم يوجد أصلا ووقوع التحلل به موقوف إن لم يعد ظهر أن التحلل به واقع، فإن أعاد ظهر أن التحلل لم يكن واقعا به كما لو تذكر في الركوع أنه نسي السورة إن عاد إليها ارتفض الركوع وإلا فلا.

ولو طاف محدثا فأعاده يرتفع به نقص الأول بلا خلاف؛ لأن النقص فيه يسير فكان أقرب إلى الوجود فكان جبر نقصه أولى من رفضه، ولو طاف للزيارة جنبا أو محدثا ثم قضاه في أيام النحر فلا دم عليه وبعدها عليه دم عند أبي حنيفة خلافا لهما؛ لأن طواف الزيارة مؤقت عنده وتأخير النسك موجب للدم عنده وعندهما؛ لأنه لو طاف للزيارة أكثره طاهرا وأقله محدثا يتصدق لكل شوط بنصف صاع؛ لأن النقص بترك الطهارة في أقله دون النقص بترك الطهارة في أكثره فيخف موجبه.

وإن طاف للصدر جنبا فعليه شاة، وكذلك لو طافه محدثا في رواية أبي حفص؛ لأنه طواف واجب فيترك الوضوء فيه يلزمه دم كطواف العمرة، وفي رواية أبي سليمان عليه صدقة؛ لأن نقصان الحدث أخف فيجب الأقل من الدم وهو الصدقة لئلا تقع التسوية بين الجنابة المغلظة والمخففة.

ولو طاف للعمرة جنبا أو محدثا فعليه شاة؛ لأن البدنة لا مدخل لها في نقائص العمرة؛ لأن النقصان في العمرة دونه في الحج؛ لأن الحج فريضة والعمرة سنة والجنابة تخف لمعنى في المحل فيشبه طواف العمرة طواف الصدر فورود النص بإيجاب البدنة لفحش النقصان في طواف الحج لا يدل على إيجابها في العمرة وهي دونه فأوجبنا الشاة؛ لأن لها مدخلا في نقائص العمرة لورود الأثر به.

وكذا لو ترك في طواف العمرة شوطا يلزمه دم؛ لأنه لا مدخل للصدقة في طواف العمرة فتعذر إيجاب الجناية والصدقة في نقائصه بخلاف طواف الصدر محدثا على رواية أبي سليمان؛ لأن للصدقة فيه مدخلا فلم تجز التسوية بين موجب الجنابة وموجب الحدث.

ولو طاف للتحية محدثا وسعى بعده فعليه أن يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده؛ لأن الأول حصل بعد طواف ناقص، وإن لم يعد فلا شيء عليه؛ لأنه سعى عقيب طواف معتد به.

ولو طاف جنبا يلزمه الإعادة والرمل ودم إن لم يعد؛ لأن النقص فيه متغلظ فيلزمه الإعادة احتياطا، وقال محمد ليس عليه أن يعيد طواف التحية؛ لأنه سنة وإن أعاد فهو أفضل.

وإن طاف طوافين وسعى سعيين لهما محدثا أعاد طواف العمرة قبل يوم النحر ولا شيء عليه؛ لأنه يمكنه الجبر بجنسه بالقضاء في وقته فلا يجبر بخلاف جنسه وهو الدم وإن استفتى يوم النحر فعليه دم من أجل طوافه للعمرة محدثا؛ لأنه تمكن فيه نقصان عدم الطهارة ولا يمكن جبره بالقضاء لفوات وقته، فيجب جبره بالدم ويرمل في طواف الزيارة يوم النحر ثم يسعى بين الصفا والمروة استحبابا لتحصل السعي والرمل عقيب طواف كامل، وإن لم يفعل فلا شيء عليه؛ لأنه سعي عقيب طواف معتد به إذا الحدث لا يمنع الاعتداد بالطواف.

وإن طافهما جُنبًا فعليه دم لطواف العمرة وهو جنب ويعيد السعي للحج، وإن لم يعد فعليه دم؛ لأن الإعادة في الجنابة واجبة والسعي تبع للطواف فلما وجب إعادة الأصل وجب إعادة التبع.

والحائض كالجنب في هذا؛ لأن نقص الجنابة والحيض سواء، ولو طاف وفي ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم كره ولا شيء عليه؛ لأن النجاسة دون الحدث بدليل جواز الصلاة مع النجاسة بحال بخلاف الحدث، فلا يجوز التسوية بينهما والطهارة عن الحدث واجب في الطواف، والطهارة عن النجاسة يجب أن تكون سنة وبترك السنة لا يجب شيء وإنما يكره؛ لأن استعمال النجاسة أكثر من قدر الدرهم

يحرم في الصلاة فيكره في الطواف؛ لأن له شبيه بالصلاة حتى لو كانت قدر الدرهم لا يكره في الطواف؛ لأنه يكره ذلك في الصلاة فيستحب تركه في الطواف.

ولو طاف عُريانا أو مكشوف العورة قدر ما لا يجوز الصلاة معه أعاده ما دام بمكة، وإن خرج لزمه دم لقوله عليه السلام: "**ألَا لَا يطوفنّ بالبيتِ مشركٌ ولَا عريانٌ**" فتمكن النقص فيه بكشف العورة.

(**المنتقى**): لو غمس ثوبه كله في بول ثم طاف فيه كان بمنزلة من طاف عريانا.

(باب تكميل طواف الزيارة من طواف الصدر)

ولو طاف للزيارة جُنبًا وطاف للصدر طاهرًا في آخر أيام التشريق كان طواف الصدر للزيارة؛ لأن عقد الإحرام أوجب أداء أفعال المناسك على الترتيب الذي شرع ونيته بخلاف موجب العقد باطلة، فوجب صرف طواف الصدر إلى ما لزمه إعادته وعليه دم لترك طواف الصدر ودم لتأخير طواف الزيارة عند أبي حنيفة رحمه الله ثم قيل ينفسخ طواف الزيارة ويقع الصدر عنه وقيل ينجبر به نقصه لما بينا.

ولو طاف للزيارة محدثًا وطاف للصدر في آخر أيام التشريق طاهرًا لا يكون الصدر للزيارة؛ لأن طواف المحدث لم تجب إعادته بل وقع معتدا به فلم يقم الثاني مقامه بخلاف طواف الجنب؛ لأنه واجب الإعادة فجاز إقامة غيره مقامه.

ولو طاف للزيارة جنبا وطاف للصدر في أيام النحر محدثا بنفل الصدر إلى الزيارة؛ لأن نقصان الحدث أقل وعليه دم لطواف الزيارة جنبا، وإن كان بمكة يطوف للصدر وعليه دم آخر إن رجع لترك طواف الصدر.

(**الأصل**): إن كل طواف يجب الإعادة بترك كله أو أكثره يجب دم بترك أقله، وكل طواف لا يجب الإعادة بترك كله أو أكثره يجب بترك أكثره دم وبترك أقله صدقة؛ لأنه لا يجوز التسوية بين موجب القليل والكثير.

وكل طواف وجب بترك أقله دم يجب بتأخيره صدقة؛ لأن التأخير دون الترك.

ولو طاف للزيارة أقلها وللصدر كله ورجع أكمل الزيارة من الصدر؛ لأن طواف الزيارة مستحق عليه قبل طواف الصدر فعلى أي وجه ما أتى به يقع عما هو

مستحق عليه، وعليه دم لترك الأكثر من طواف الصدر؛ لأن ترك الأكثر كترك الكل؛ لأن للأكثر حكم الكل وعليه دم لتأخير الأكثر من الزيارة عن وقته؛ لأن تأخير الأكثر كتأخير الكل.

ولو طاف من كل واحد أكثره ورجع يكمل الزيارة من الصدر عليه دم لترك الأكثر من الصدر وصدقة لتأخير الأقل من الزيارة؛ لأن ترك أقله يوجب الدم فتأخير أقله يوجب الصدقة.

ولو طاف من كل واحد أقله يكمل الزيارة من الصدر وعليه دم لترك الصدر وصدقة لتأخير الأقل من الزيارة، ولو طاف للزيارة أقلها وللصدر أكثره فعليه دمان دم لتأخير أكثر الزيارة ودم لترك الصدر.

(باب من يَفُوتُه الحج)

وفائت الحج لا يخلو إما أن كان مفردًا أو قارنًا أو متمتعًا.

فإن كان مفردًا يتحلل بأفعال العمرة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الحجُّ يحلُّ بعمرةٍ**"؛ ولأن العمرة من الحج ينزل منزلة التطوع من المكتوبة في باب الصلاة، وإذا فاتته المكتوبة بأن خرج وقت الجمعة، فإنه يتحلل عن تحريمته المكتوبة بالتطوع فكذا هذا.

وعليه الحج من قابل؛ لأن الحج لزمه بالشروع في الإحرام ولم يؤده فعليه قضاؤه كما في الصلاة ولا دم عليه خلافا للحسن وللشافعي رضي الله عنهما.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**فَائتُ الحجّ يحلُّ بعمرةٍ**". ولم يوجب دما، فمن أوجب دما للتحليل فقد زاد على النص، فإنه نسخ ولأن أفعال العمرة في حقه للتحلل بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يلزمه شيء آخر للتحلل ولم يباشر محظور الإحرام فلا تجب كفارة.

ولو حبس في منزله يبقى محرما إلى أن يحل بعمرة ولا يسعه الجلوس؛ لأنه يمكنه الإتيان بما جعل تحليلا ولا يحل بالهدي أن يبعث به.

(**النوادر**): قال أبو حنيفة رحمه الله ومحمد: يبقى في إحرام الحج ويتحلل

بأفعال العمرة؛ لأن في جعله إحرام عمرة إعدام الموجود وإثبات المعدوم، وذلك لا يجوز إلا لضرورة ماسة الحاجة ولا ضرورة، فإنه يجوز أداء العمرة بإحرام الحج؛ لأن إحرام الحج يشتمل على ما في العمرة وهو الطواف والسعي والزيارة، فكان بمنزلة التطوع من المكتوبة فبقينا إحرام الحج كما كان إلا أن العمرة لا تتأدى بإحرام الحج قبل الفوات؛ لأنه صار مستحق الصرف إلى الحج فلا يملك صرفه إلى شيء آخر، وبعد الفوات الشرع أمره بالتحلل عنه بأفعال العمرة فتتأدى العمرة بإحرام الحج، وقال أبو يوسف ينقلب إحرامه للعمرة؛ لأن أفعال العمرة تخالف أفعال الحج فلا يتأدى إحداهما بتحريمة الأخرى، ومع هذا جوّز الشرع أداء العمرة بهذا الإحرام علم أن الشرع جعل إحرامه إحرام العمرة، ولهذا لا يتأدى الحج في السنة القابلة بهذا الإحرام ولو بقي إحرام حجة، لأمكنه أداء الحجة به كما قبل الفوات وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا فاته الحج فأهلّ بحجة أخرى حل من الأولى بعمرة وترفض الأخرى عند أبي حنيفة، وعند محمد لا يصح الثاني وعند أبي يوسف يمضي في الأخرى؛ لأن عنده إحرام الأول انقلب للعمرة وهذا محرم للعمرة أضاف إليها حجة وعندهما لما بقي إحرامه، فإذا أحرم بحجة أخرى يرفضها لكي لا يكون جامعًا بين إحرامي حج وعليه دم وعمرة وحجتان من قابل؛ لأن الشرع جعل العمرة بدلا عن أفعال الحج متى عجز عنها والبدل يقوم مقام الأصل كأنه هو فصار قيام العمرة كقيام الحجة.

ولو كانت الحجة قائمة فأحرم بحجة أخرى صح ويرفضها، فكذا إذا أحرم بحجة أخرى قبل أداء بدله وهي العمرة فعليه حجتان، فإنه فاته حجتان وعمرتان إلا أنه أتى بإحداهما فبقي عليه الأخرى فكان عليه عمرة وحجتان ودم للرفض؛ لأنه رفض الأخرى قبل الأداء، فإن كان نوى بالثانية قضاء الفائتة فهي هي وعليه القضاء؛ لأنه باقٍ في إحرام الحج، فإذا نوى به القضاء يصير ناويًا الإحرام القائم فلا تصح نيته ولا يصير محرما بإحرام آخر كمصلي الظهر نوى الظهر فيها لا يلزمه أخرى.

ومن فاته الحج فأقام حراما حتى حج من قابل بذلك الإحرام لم تجزه؛ لأن إحرامه وإن بقي إحرام حجة إلا أنه صار مستحقا للعمرة شرعا فلا يملك صرفه إلى الحجة.

ولو أضاف إليها عمرة أخرى يرفضها؛ لأن الواجب عليه أفعال العمرة فمتى لم يرفض الثاني يصير جامعا بين العمرتين أداءً وقد تعذر الجمع بين الفعلين أداءً، ولهذا امتنع الجمع بين إحرامَي العمرة.

ومن أهلّ بحجة فجامع ثم فاته الحج فعليه دم بجماعة وتحل بعمل العمرة؛ لأنه بعد الجماع بقي في الإحرام فلزمه أن يأتي بأفعال الحج مع الفساد ليتحلل عن الإحرام، فإذا فاته أفعال الحج لزمه أن يأتي بأفعال العمرة ليتحلل عن الإحرام.

وذكر في (**المنتقى**): لو فاته الحج ثم حج من قابل يريد قضاء تلك الحجة فأفسد حجته لم يكن عليه إلا قضاء حجة واحدة كما لو أفسد قضاء صوم رمضان، وأما القارن إذا فاته الحج طاف للعمرة وسعى؛ لأنه لم تفته العمرة فعليه أن يأتي بها ثم طاف لفوات الحج وسعى ويحلق؛ لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة ويبطل عنه دم القران؛ لأنه لم يبق قارنا وعليه الحج من قابل.

(**المنتقى**): قارن فاته الحج فوجب عليه عمرتان فجامع قبل أن يطوف لواحدة منهما فعليه أن يمضي في عمرتين وعليه دمان لجماعه وقضاء العمرة؛ لأنه أفسدها الجماع ولا يجب قضاء العمرة الثانية؛ لأنه لم يفسدها الجماع.

وأما المتمتع إذا فاته الحج وقد ساق الهدي بطلت متعته لما بينا وصنع بهديه ما شاء؛ لأن الهدي للجمع بين الحج والعمرة ولم يوجد كالمحصر إذا اشترى هديا للإحصار ثم زال الإحصار، وكذلك إن جامع ولم يفته.

والطواف قبل يوم النحر لا يجزئه عن طواف العمرة الذي يحل به فائت الحج؛ لأنه طواف تحية وطواف العمرة فرض والنفل لا ينوب عن الفرض وليس عليه طواف الصدر؛ لأنه بمنزلة المعتمر وفائت الحج لا يكون محصرًا؛ لأنه لا يتصور المنع عن الحج بعد فواته.

ومن أهلّ بحجة فجامع ثم فاته الحج فعليه دم لجماعه ويحل بعمل العمرة؛ لأنه بعد الجماع بقي في الإحرام فلزمه أن يأتي بأفعال الحج مع الفساد ليتحلل عن الإحرام، فإذا فاته أفعال الحج لزمه أن يأتي بأفعال العمرة ليتحلل عن الإحرام، وكذلك إن أصاب صيدا عليه الكفارة؛ لأنه محرم بعد الجماع.

(باب الجماع في الحج)

المجامع في الحج إما أن يكون مفردًا بحجة أو بعمرة، أو قارنًا بهما، أو متمتعًا.

فإن كان مفردًا بحجة فلا يخلو، إما أن جامع قبل الوقوف أو بعده، فإن جامع امرأته قبل الوقوف بعرفة وهما محرمان فعلى كل واحد شاة.

وقال الشافعي رحمه الله: على كل واحد بدنة.

والصحيح قولنا؛ لأنه لما وجب القضاء به وصار الفائت مستدركًا به علم أن ما وجب من الدم وجب جزاءً على رفض صحة الإحرام قبل أوانه لا جبرًا لما تمكن فيه من النقصان بسبب الجماع؛ لأن المتمكن بالجماع فساد الإحرام، ثم ما شرع جزاءً على رفض أصل الإحرام قبل أوانه وهو دم الإحصار شاةً فما شرع جزاءً على رفض صحة الإحرام قبل أوانه أولى؛ لأن رفض الصفة دون رفض الأصل بخلاف ما لو جامع بعد الوقوف لا يفسد حجة وعليه بدنة أما لا يفسد لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الحجُّ عرفَة فمَن أدركَها فقد تمّ حجُّه**" ومن حكمه التمام وقوع الأمن عن الفساد، وأما لزوم بدنة؛ لأنه لما لم يجب قضاء علم أنه شرع لجبر نقصان تمكن في الحج لا جزاء على رفض الإحرام، والنقصان المتمكن بالجماع متفاحش فوق النقصان المتمكن بسائر المحظورات، ولما ازداد النقصان وتغلظت الجناية ازداد الجبر وتغلظت الكفارة، ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل؛ لأن الإحرام شرع لازمًا وهو أدنى الأفعال مع وصف الفساد والمستحق عليه أداء الأفعال بوصف الصحة والكمال، والناقص لا ينوب عن الكامل فيلزمه القضاء ولا يتفرقان في القضاء، وإن خافا المعاودة يستحب لهما.

وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يفترقان، لكن عند زفر كلما أحرما يفترقان؛ لأن الاجتماع حالة الإحرام يكون تسببا إلى الوقاع الحرام لا قبله.

وعند الشافعي رحمه الله: يفترقان إذا انتهيا إلى الموضع الذي جامعها فيه لأنهما يتذكران المجامعة متى انتهيا إلى ذلك الموضع فيدعوهما إلى الوقاع.

والصحيح قولنا؛ لأن الافتراق لا يجب نسكا؛ لأنه ليس بنسك في الأداء، ولهذا لا يجب في الإحرام الأول فلا يكون نسكا في القضاء ولا يجب احترازًا عن الوقوع في الوقاع؛ لأن الاحتراز عنه ممكن بدون الافتراق كما في الابتداء ولئن كان في الاجتماع خوف الوقوع في الوقاع ففي الافتراق خوف وقوعهما في الزنا لأنها لحم على وضم إلا ما ذب عنها، فإذا تعذر الاحتراز عنهما وجب الاحتراز عن أهمهما.

ويُحرم للقضاء من أي ميقات شاء، وعند الشافعي رحمه الله يحرم من المكان الذي أحرم للأداء.

والصحيح قولنا؛ لأن بالشروع التزم أصل القربة دون الكمال والفضيلة؛ لأن الفضيلة لا يلزم بالشروع، ألا ترى أنه لو أحرم من شوال ثم جامع لا يلزمه في القضاء للإحرام من شوال، وإن كان الإحرام في أول الوقت أفضل وكما لو نذر أن يحرم من دويرة أهله لا يلزمه الإحرام من دويرة أهله فكذا هذا.

ولو جامع بعد الوقوف لم يفسد حجه وعليه بدنة، ولو جامع ثانيا فعليه شاة؛ لأن الوطء الأول صادف إحرامًا متأكدًا لا متحرمًا فتغلظت جنايته فعظم الجزاء، والوطء الثاني صادف إحرامًا متحرمًا منتهكًا بالوطء الأول فلم يكن الوطء الثاني مفسدًا للحج لأن فساد الحج لا يتكرر فبقي الوطء الثاني بارتكاب محظور بلا إفساد الحج فخفت الجناية فخف الجزاء كما في سائر المحظورات، ويستوي فيه الوطء عن نسيان وعمد وإكراه ونوم ومن البالغ والمجنون، وقال الشافعي رحمه الله: جماع الناسي لا يفسد الحج.

والصحيح قولنا؛ لأن الفساد إنما يثبت به؛ لأنه من محظورات الإحرام لكونه ارتفاقًا كاملا، وهذا لا يختلف فيه المعذور وغير المعذور كالحدث في نقض الطهارة. والوطء في الدبر لا يفسد الحج في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لقصور معنى الوطء، وفي رواية يفسده وهو قولهما؛ لأن الارتفاق يحصل به كاملا وهو قضاء الشهوة، ولهذا يفسد به الصوم وتلزمه الكفارة.

والجماع في ما دون الفرج واللمس والقبلة بشهوة لا يفسد الحج والعمرة أنزل أو لم ينزل وعليه دم؛ لأنه تمكن القصور في الاستمتاع والارتفاق فلم يفسد به الحج، ولكنه وجد معنى الوقاع وهو قضاء للشهوة بالاجتماع والاختلاط فحرم

احتياطا بخلاف الصائم إذا قبل ولم ينزل فسد صومه، وهنا لا يفسد إحرامه والفرق أن فساد الحج معلق بالجماع حقيقة عرفناه نصًّا لا قياسًا والجماع في الدبر معنى دون الجماع حقيقة في الجناية، ولهذا لا يجب الحد بالجماع فيما دون الفرج فلم يلحق بالوطء حقيقة في إفساد الإحرام، فأما فساد الصوم معلق بقضاء الشهوة؛ لأنه ضده؛ لأن ركن الصوم هو الكف عن قضاء الشهوة، وقد وجد قضاء الشهوة بالإنزال وبالقبلة والملامسة عن شهوة.

والنظر لا يوجب شيئًا وإن أنزل؛ لأنه لم يوجد الجماع من كل وجه وهو قضاء الشهوة بالإجماع، ولهذا لا يفسد به الصوم.

محرم عبث بذكره فلا شيء عليه وإن أنزل فعليه دم؛ لأنه وجد قضاء الشهوة بالمس فصار كما لو مس امرأة بشهوة فأنزل.

ولو أتى بهيمة فأنزل لم يفسد حجه وعليه دم كالجماع فيما دون الفرج، وإن لم ينزل فلا شيء عليه.

وإن لم يفرد بالعمرة، لو جامع قبل الطواف تفسد عمرته ويمضي فيها وعليه عمرة وشاة، وقال الشافعي رضي الله عنه: عليه بدنة.

والصحيح قولنا؛ لأن النص ورد بإيجاب البدنة في الحجة والعمرة دون الحجة فخفت الجناية فيها، فإيجاب البدنة في الحجة تعظيما لأمرها لا يدل على إيجابها في العمرة؛ لأن لخفة الجناية أثرا في خفة الجزاء.

ولو جامع بعد الطواف لم تفسد عمرته وعليه دم كما في الحج، وكذلك لو جامع بعد الفراغ من السعي؛ لأن الإحرام قائم.

وأما القارن إذا جامع قبل الوقوف والطواف للعمرة، فسدت العمرة والحجة وعليه شاتان وقضاء عمرة وحجة؛ لأنه في إحرامين وبالجماع جنى عليهما.

ولو طاف لعمرته أربعة أشواط ولم يقف، فسد الحج دون العمرة كما في حالة الإفراد.

ولو جامع بعد الوقوف قبل الخلق لم يفسد الحج ولا العمرة وعليه للحج بدنة وللعمرة شاة؛ لأن إحرام العمرة يبقى إلى أن يحلق، والجماع بمعنى الحلق من حيث

إنه رافض للصحة، والحلق رافض للصحة والأصل جميعا، وإحرام العمرة باق في حق الحلق فكذلك في حق الجماع.

وإذا أفسد الحج أو العمرة سقط دم القران لفوات القران.

ومن أهلّ بعمرة ثم أفسدها بالجماع ثم أهلّ بحجة لزمه ولم يكن قارنا؛ لأن دم القران يوجب شكر النعمة للجمع بين نسكين صحيحين ولم يوجد؛ لأنه جامع بين عمرة فاسدة وحجة صحيحة والمتمتع كالقارن. وعن محمد فيمن جامع وهو فائت الحج أنه يمضي وعليه دم وقضاء الفائت؛ لأنه جنى على الإحرام والتزم الحج بالشروع، ومن طاف للزيارة أربعة أشواط ثم جامع، فإن كان قص قبل الجماع فلا شيء عليه؛ لأنه تحلل بالتقصير الحاصل بعد أكثر الطواف، وإن لم يقص فعليه دم؛ لأنه لم يتحلل، وعن محمد فيمن طاف للزيارة جنبا فجامع ثم أعاد يلزمه دم استحسانًا؛ لأن النقص متمكن في طوافه، ولهذا أمر بالإعادة، فإذا خفت هذه النقيصة بالإعادة اكتفى بالشاة.

ولو طاف محدثا فجامع لا يلزمه شيء، وإن لم يعد؛ لأن حكم الحدث أخف، وعن محمد رحمه الله فيمن طاف أربعة أشواط للزيارة يتجوف الحجر في طوافه ثم جامع فعليه بدنة، وكذلك لو فعل ذلك في طواف العمرة فسدت عمرته؛ لأن الحجر من البيت، فإذا ترك الطواف به لم يأت بالأكثر فصار كالجماع قبل الطواف.

وإذا جاوز الميقات فلزمه دم ثم أحرم ثم أفسد ما أحرم به سقط دم الوقت؛ لأنه لما وجب القضاء صار نقصان ترك الوقت مستدركا فيه فسقط ما وجب لأجله.

(بَابُ الْمُحْصَرِ)

يحتاج إلى: معرفة الإحصار، وحكمه، وزواله.

أما الإحصارُ فنوعان:

أحدهما: إذا منعه العدو كفارًا كان أو مسلمين عن الوصول إلى البيت بعدما أحرم بحجة أو عمرة أو بهما فهو محصر بالإجماع.

والثاني: إذا منعه المرض أو العلة من المشي فهو محصر خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦] الآية، ولفظ الإحصار مستعمل في المرض والعدو جميعًا، يقال: أحصره المرض فهو محصر أي: منعه من التقلب والتصرف.

وقال بعض أهل اللغة: الإحصار بالمرض والحصر بالعدو، فإنه قال صاحب الجمهرة أحصر الرجل إذا منع من التصرف بمرض، وحصر إذا حبس في السجن، فكان الإحصار في اللغة اسما لمنع يكون بالمرض إلا أنه سقط قيد المرض بالإجماع، فيجب العمل بإطلاق هذا اللفظ، ولأن المنع بالمرض أشد من المنع بالعدو وهو سماوي محض، فأولى أن يكون عذرا في فسخ الإحرام.

قال محمد رحمه الله: إذا سرقت نفقته، فإن قدر على المشي لم يكن محصرًا، وإن عجز عن المشي جاز له التحلل.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن قدر على المشي للحال وخاف أن يعجز جاز له التحلل؛ لأن المشي لا يوصله إلى المناسك.

وإن أحرمت المرأة بحجة الإسلام فلم تجد محرمًا أو مات عنها زوجها فهي محصرة؛ لأنها الوقوع في عجزت عن الوصول إلى مكة لكونها ممنوعة عن السفر بغير زوج ومحرم بالخبر.

ولو أحرمت بحجة تطوعا بغير إذن الزوج فللزوج أن يحللها بغير هدي، ولو أحرمت بحجة الإسلام بغير إذنه ذكر في الأصل أن للزوج أن يحللها بغير هدي.

وذكر الكرخي أنه لا يحللها إلا بالهدي؛ لأن التحلل ليس بمستحق للزوج في الفرض لكنها عجزت عن المضي لفقد المحرم.

وجه رواية الأصل: أن التحلل مستحق للزوج صيانة لحقه في الاستمتاع؛ لأن إحرامها لم ينعقد لازمًا في حق الزوج؛ لأنه لو انعقد لازمًا بطل حقه في الاستمتاع فلم يلزم في حقه كما في النفل، ولا يتحلل إلا أن يصنع بها أدنى ما يحرم بالإحرام كقص ظفرٍ ونحوه.

وإن حللها بالمجامعة قيل: يُكرَهُ تعظيمًا لأمر الحج. وقيل: لا يُكره؛ لأن المواقعة لا تخلو عن تقديم مسٍّ يقع به التحلل فيصيبها بعد التحلل وعليها هدي الإحصار وقضاء عمرة وحجة، لأنها صارت محصرة بمنع الزوج، فإن أذن لها في عامها ذلك فعليها قضاء الحج لا غير، فإن أحرمت في عامها ونوت القضاء أو لم تنو يكون قضاء؛ لأنه لزمها حجة هذه السنة وأنها متعينة فلا تفتقر إلى النية المتعينة.

وقال زفر: لا يكون قضاء ما لم ينوها.

ولو أحرم المملوك بغير إذن مولاه، فللمولى أن يحلله بغير هدي صيانة لحق المولى، وعليه هدي في ذمته وقضاء حجة وعمرة بعد العتق.

وإذا أذن المولى لمملوكه في الحج فأحرم كره له أن يحلله؛ لأن فيه خلاف الوعد، وإن حلله لا يجب على المولى الدم، وقال الشافعي رحمه الله بأنه لا يتحلل.

والصحيح قولنا؛ لأن اللزوم لم يظهر في حق السيد؛ لأن منافعه مملوكة للسيد وبالإذن صار معيرًا منافعه، وللمعير أن يسترد ما أعار بخلاف المنكوحة إذا أحرمت بإذن الزوج فليس له أن يحللها؛ لأن منافعها مملوكة لها حقيقة وإنما للزوج فيها حق وقد أسقط حقه بالإذن، وكذا لو أحرم بإذن المولى ثم أحصر لا يجب الدم على المولى بل يجب على العبد بعد العتق.

(**المنتقى**): ورُوي عن أبي يوسف لو أذن المولى لعبده في الحج فأحرم لم يكن له أن يمنعه، فإن باعه من آخر كان للمشتري أن يحلله؛ لأن الإذن لم يوجد منه وقال زفر: ليس للمشتري أن يحلله؛ لأن ملكه ينبني على ملك بائعه.

وقال محمد: يكره للبائع أن يحلله ولا يكره للمشتري؛ لأنه مسبق من البائع إذن ولم يوجد من المشتري إذن أصلا، وإن أذن لأمته المزوجة في الحج فليس للزوج أن يمنعها؛ لأن منافع بدنها مملوكة للسيد دون الزوج، ولهذا يملك استخدامها.

أحرمت امرأته أو أمته بغير إذنه، فجامعها أو قبّلها وهو لا ينوي به تحليلها إن علم بإحرامها، فهو تحليل منه لها.

وأما حكم الإحصار: فنوعان: حكمه حالا، وحكمه مآلا.

أما حكمه حالًا: فهو أن يبعث بهدي إلى الحرم أو يأمر رجلا ليشتري هديا ثمة ويواعده بأن يذبح عنه في يوم معين حتى يعلم المحصر وقت إحلاله عند أبي حنيفة؛ لأن دم الإحصار عنده لا يتوقت بيوم النحر فلا يصير وقت الإحلال معلومًا للمحصر من غير مواعدة، وعندهما دم الإحصار في الحج يتوقت بيوم النحر، فكان وقت الإحلال معلوما فلا يحتاج إلى المواعدة في الحج وإنما يحتاج إليها في المحصر بالعمرة؛ لأن دم الإحصار في العمرة غير مؤقت ولا يتحلل إلا بذبح الهدي، وقال مالك رحمه الله يتحلل بغيره من المحظورات.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾. معناه، فإن أحصرتم وأردتم التحلل فحللوا بالهدي بدلالة قوله: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦]. فقد نهى عن الحلق قبل بلوغ الهدي محله، فلو كان يتحلل قبل بلوغ الهدي محله بارتكاب محظور الإحرام، لم يكن للنهي عن الحلق معنى وفائدة.

وكل شيء صنعه قبل ذبح الهدي عنه يلزمه موجبه، وكذلك لو ذبح هديه في الحل فحل على ظن أنه ذبح في الحرم.

والمحصر المعسر لا يحل أبدا إلا بدم، وعند الشافعي رحمه الله يتحلل بالبدل.

والصحيح قولنا؛ لأنه علق الإحلال بالهدي نصًّا فلا يجوز إثبات البدل له قياسًا ولا يجوز ذبحه إلا في الحرم، وعند الشافعي رحمه الله يجوز في غير الحرم.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾. أي مكانه؛ لأن المحل اسم للمكان حقيقة ومحله للحرم فيقيد به.

ويجوز قبل يوم النحر في الحج والعمرة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما في الحج لا يجوز إلا يوم النحر؛ لأن دم الإحصار قام مقام الحلق في حق إفادة التحلل فكان خلفا عنه.

(**والأصل**): مؤقت بيوم النحر فكذا ما كان خلفا عنه وصار كدم القران والمتعة. لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا اليوم شرع لتعجيل الإحلال فلا يكون مؤقتا بيوم النحر؛ لأن التحلل نوعان في أوانه وقبل أوانه. فالتحلل في أوانه يتوقت بيوم النحر

لأن الركن الأصلي هو الوقوف، وإنما ينتهي الوقوف بطلوع الفجر يوم النحر فيقع الدم في يوم النحر ضرورة، فأما التحلل من غير أوانه لا يتوقف على أداء أفعال الحج، فلا يتوقف بيوم النحر لعدم الضرورة بخلاف دم المتعة والقران؛ لأنه شرع للتحلل على سبيل التمام فكان كالحلق فاختص بحال التمام.

وإذا بعث الهدي، إن شاء رجع وإن شاء أقام، سواء ذبح عنه أم لا؛ لأنه لا فائدة في الإقامة.

والقارن يبعث بهديين؛ لأن الهدي وإن شرع للتحلل، والتحلل عن الإحرامين يقع بمحل واحد كما في الحلق، لكن الهدي بحكم أنه شرع للتحلل قربة مقصودة بنفسها بدون التحلل كما في الأضحية، وما شرع قربة مقصودة بنفسه لا ينوب الواحد عن اثنين، كالهدي لا ينوب عن أفعال العمرة، وإن كان المقصود من أفعال العمرة التحلل وقد حصل بالهدي لأنها قربة مقصودة بنفسها، ولو بعث بهدي واحد للتحلل من الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل من واحد منهما؛ لأن التحلل منهما شرع دفعة واحدة كما في المدرك، ولو بعث بهديين ولم يعين أحدهما للحج أو للعمرة لم يضره؛ لأن إحراميهما في حق الكف عن المحظورات سواء فكان الجنس متحدًا، فترك التعيين لا يمنع الجواز كقضاء يومين من رمضان يصح من غير تعيين.

ولو بعث القارن بثمن هديين فلم يوجد بذلك بمكة إلا هدي واحد فذبح عنه. ذكر الحسن في مناسكه أنه لا يتحلل عن الإحرامين ولا عن أحدهما؛ لأن الله تعالى شرع الإحصار عقيب القران ثم شرع التحلل بالهدي، وعلى القارن هديان، فله التحلل بالهديين فيكون تعليقا للحل بذبح هديين فلا يتحلل بأحدهما.

مفرد محصر بعث هديين يحل بأولهما؛ لأن المستحق واحد والثاني نفل، ومن أهلّ بعمرتين وسار إلى مكة ليؤديهما فأحصر يلزمه هدي واحد من عمرة واحدة؛ لأنه حيث سار صار رافضا لأحدهما ولو لم يسر حتى أحصر لزمه هديان عند أبي حنيفة، وعليه عمرتان عندهما خلافا لمحمد لما مر.

وأما حكمه مآلًا: فعلى المحصر في الحج حجة وعمرة إن شاء أتى بهما قارنًا في القضاء، وإن شاء مفرَدا.

وقال الشافعي رحمه الله: عليه حجة لا غير.

مذهبنا مروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم قالوا: على المحصر حجة وعمرة من قابل ولأنه في معنى فائت الحج؛ لأنه تعذر الإتيان بأعمال الحج فلزمه التحلل بأعمال العمرة، فإذا لم يعمل لزمه قضاؤها مع قضاء الحج، وعلى المحصر بعمرة قضاء عمرة؛ لأنه فاته عمرة لزمه بالإحرام، فإن كان طاف وسعى للعمرة ثم أحصر لا يلزمه للعمرة شيء؛ لأنه فرغ منها، وعلى المحصر القارن حجة وعمرتان؛ أما الحجة لأنه شرع فيها ولم يؤدها، وعمرتان **إحداهما**: لالتزام العمرة بالشروع فيها؛ لأنه محرم بإحرامين ولم يؤدها، **والثانية**: بسبب فوت الحج للتحلل عنه كما في المفرد، ثم إن شاء أدى عمرتين متفرقتين والحجة مفردة فيكفيه دم الإحصار، وإن شاء ضم إحدى العمرتين إلى الحجة فيكون قارنا فيلزمه ثلاثة دماء؛ لأن بالشروع التزم أصل القربة لا صفته وهو القران؛ لأن الأصل القربة منه يد، فلا يلزمه بالشروع كما لو شرع بالتطوع قائمًا لا يلزمه القيام عند أبي حنيفة رحمه الله.

وأما حكم زوال الإحصار: محصر بعث بالهدي ثم زال الإحصار فهو على ثلاثة أوجه: إما أن علم أنه لو ذهب يدرك الهدي والحج أو علم أنه لا يدركها جميعا أو علم أنه يدرك أحدهما، فإن علم أنه يدركهما لزمه الذهاب؛ لأنه قدر على التحلل بالأصل وهو الحلق فلا يحصل التحلل بالبدل؛ لأن التحلل بالهدي إنما شرع بدلا عن الحلق عند الضرورة وقد زالت الضرورة ويفعل بهديه ما شاء؛ لأنه بعثه بناء على سبب، فإذا زال السبب صار كأنه لم يبعثه.

وإن علم أنه لا يدركها لا يلزمه الذهاب؛ لأنه لم يقدر على التحلل بالأصل فبقي التحلل بالهدي مشروعا، وإن علم أنه يدرك أحدهما، فإن كان يدرك الهدي دون الحج لا يلزمه الذهاب؛ لأن الذهاب يراد للحج وقد فاته الحج، وإن كان يدرك الحج دون الهدي يلزمه الذهاب قياسًا؛ لأنه زال الإحصار قبل وقوع التحلل بالهدي فلا يقع به التحلل كما لو أمكنه إدراكه ولا يلزمه استحسانًا، فإن شاء أحرم بحج وحج، وإن شاء رجع إلى بيته؛ لأنه عجز عن صرف الهدي عن تلك الجهة فصار كالمصروف إلى تلك الجهة لكي لا يزول الهدي عن ملكه بلا فائدة تحلل تحصل

به فتحلل بذبحه، وهذا يتصور في الحج عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه يجوّز تقديم ذبح الهدي على أيام النحر عنده، وعندهما لا يجوز بل يتوقت بيوم النحر.

وكل من قدر على الحج قدر على الهدي، فلا يتصور هذا في الحج عندهما وإنما يتصور في العمرة.

(**المنتقى**): رجل أحصر بحجة أو عمرة فبعث بهدي الإحصار، ثم زال الإحصار وحدث إحصار آخر، فإن علم أنه يدرك الهدي ونوى أن يكون لإحصاره الثاني جاز وحل به، وإن لم ينو حتى نحر لم يجزه.

وكذلك لو دفع خمسة آصُع من طعام إلى رجل وأمره أن يتصدق بها على عشرة مساكين عن كفارة يمينه، فلم يتصدق بها المأمور حتى كفر الآمر لتلك اليمين وحنث في يمين أخرى، ثم تصدق المأمور عن اليمين الثانية جاز إذا نواها الآمر، وإن لم ينوها لم يجز؛ لأنه ما لم يتصدق بها المأمور بقي على ملك الآمر فجاز صرفه إلى أي جهة شاء، كذلك لو بعث هديا لجزاء صيد ثم أحصر الآمر فنوى أن يكون الهدي للإحصار جاز، وإن قلد بدنة وأوجبها تطوعا ثم أحصر فنوى أن يكون لإحصاره جاز وعليه بدنة مكان ما أوجب عندهما.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجزئه إلا من التطوع؛ لأنه إذا قلد بدنة وأوجبها تطوعا صار بمنزلة الوقف وخرجت عن ملكه عنده، فلا يملك صرفها إلى غير تلك الجهة التي ألزمناه، ولا يكون الحاج محصرًا بعد الوقوف بعرفة خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأنه تم حجه وما بقي عليه يمكنه التحلل بالحلق فلا يتحلل بذبح الهدي؛ لأن التحلل بالذبح شرعا بدلا عن التحلل بالحلق حال عجزه عنه؛ لأن التحلل عن الإحرام إنما شرع بما هو محظور الإحرام والذبح ليس من محظوراته فيجب أن لا يقع به التحلل، وإنما تعلق به التحلل شرعًا حال عجزه عن التحلل بالحلق، وهنا قدر عليه فلا يتحلل بالذبح ويبقى حراما ليطوف للزيارة والصدر ويحلق، وعليه لترك الوقوف بالمزدلفة دم لرمي الجمار دم ولتأخير الحلق دم ولتأخير الطواف دم عند أبي حنيفة وعندهما لا شيء للتأخير.

وإذا دخل مكة فأحصر لم يكن محصرًا خلافا للشافعي رحمه الله ذكر الجواب في الأصل مطلقًا.

وذكر محمد في "النوادر" جوابه مفصلا وقال: إن كان يمكنه الوقوف بعرفة أو الطواف بالبيت للزيارة لم يكن محصرًا وإلّا فهو محصرًا؛ لأنه إن أمكنه الوقوف فقد أمكنه التحلل بالحلق، وإن أمكنه الطواف أمكنه الإتيان بأعمال العمرة، فأمكنه التحلل بالحلق فلا يتحلل بالدم. وجه جواب الأصل أن الإحصار عنهما بمكة نادر، والنادر لا عبرة له فيكون وجوده كعدمه كما لو عدم الماء في المصر لا يتيمم؛ لأن عدم الماء في المصر نادر فكذا هذا.

(باب الهَدْي)

يحتاج إلى: معرفة الهدي، وما يجوز به الهدي، وما لا يجوز، وإلى مسنونه، ومكروهه، وإلى ما يفعل به بعد الذبح، وإلى النذر به.

أما الهدي: فهو من الإبل والبقر والغنم؛ لأنه اسم لما يهدى إلى مكة والبدن من الإبل والبقر خاصة.

وعند الشافعي رحمه الله: من الإبل خاصة.

والصحيح قولنا؛ لأن البدنة مشتقة من البدانة وهي الضخامة والكبر، وجثتهما موصوفة بالكبر دون جثة الشاة، وهما سواء في الضخامة والكبر شرعا بدليل أن الشرع جوّز البقرة عن سبع كما جوّز البدنة عن سبعة.

وأما ما يجوز به وما لا يجوز: ولا يجوز في الهدي إلا ما يجوز في الضحايا مما يكون سليما عن العيوب وغيره؛ لأنهما نوع واحد من حيث إنه إراقة الدم لابتغاء مرضاة الله تعالى. ولا يجوز في الهدايا إلا الثني إلا إذا كان جذعًا عظيمًا من الضأن، فإنه يجوز استحسانًا كما في الضحايا.

ولو ساق بدنة إلى مكة لا ينوي بها الهدي فقد هدى استحسانًا؛ لأن نية الهدي ثابتة بدلالة العرف؛ لأن سوق البدنة إلى مكة في العرف والعادة يكون للهدي لا للركوب والتجارة؛ لأن السوق للتجارة قل ما يكون لصعوبة الطريق وقد ترك الركوب باختياره فتعين السوق للهدي باعتبار العرف والعادة.

وأما مسنوناته: فتقليد الهدي مسنون لقوله تعالى: ﴿وَٱلْهَدْىَ وَٱلْقَلَٰٓئِدَ﴾ [المائدة: ٩٧] ورُوي أنه عليه السلام قلد هديه، ويقلد هدي المتعة والقران والمنذور والتطوع من الإبل والبقر؛ لأنه عليه السلام أهدى مائة بدنة وقلدها، وكان الواجب سبع بدنة فثبت أن التطوع يقلد ولأنه دم نسك يتقرب به إلى الله تعالى، فيستحب تعظيمه بالتقليد ولا يقلد هدي الإحصار وجزاء الصيد وكل هدي وجب بارتكاب محظوراته؛ لأنه دم كفارة وجبر لا دم ابتداء قربة فلا يستحب تقليده، ولا يقلد الغنم خلافا للشافعي رحمه الله لقوله تعالى: ﴿وَٱلْهَدْىَ وَٱلْقَلَٰٓئِدَ﴾. عطف القلائد على الهدي، والهدي اسم يقع على الشاة فدل أنها غير القلائد، إذ لو لم يكن غير القلائد يكون عطف الشيء على نفسه في كل ما يطلق عليه اسم الهدي وهذا لا يستقيم، ولأن التقليد إنما يسن ليكون علما على أنه هدي فلا ينتفع به حملا وركوبا في الطريق تعظيما له لا للأمن عن الاختطاف؛ لأن الأمن عنه وقع بالإسلام شرعا وعادة، والإبل والبقر يصلح للحمل والركوب فيحتاج إلى هذه العلامة، والشاة لا تصلح للحمل والركوب فلا يحتاج إلى العلامة.

والتجليل حسن؛ لأنه صلى الله عليه وسلم فعله وقال لعلي رضي الله عنه: "**تَصدق بجلالِها وخطامِها**" وإن ترك لا يضره؛ لأنه يفعل ذلك لصيانة الدواب.

ويكره الإشعار عند أبي حنيفة وعندهما والشافعي رضي الله عنهم سنة؛ لأنه عليه السلام أشعر البدن من الجانب الأيسر.

له: ما رُوي عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهم الإشعار ليس بسنة، وإنما أشعر النبي صلى الله عليه وسلم لئلا تتناولها أيدي المشركين ولأنه تعذيب ومثلة خالي عن فائدة؛ لأن الغرض من الإشعار العلامة على كونه هديا وهذا يحصل بالتقليد والتحليل، فبقي الإشعار مثله عارية عن الفائدة فيكون حراما كما لو أشعر الشاة.

وذكر الطحاوي رحمه الله: أن أبا حنيفة رحمه الله إنما كره إشعار أهل زمانه وهو المبالغة في الصبغ على وجه يخاف منه السراية فسد الباب عليهم بالكراهة، فإن لم تجاوز الحد فهو حسن والصحيح أنه يكره، والإشعار هو الطعن في صفحة السنام اليسرى عندهما؛ لأن صيانة الأيمن عن تلويث النجاسة أولى من صيانة الأيسر، وعند الشافعي رحمه الله مكان الطعن صفحة سنامها الأيمن.

وأما ما يُفعل بالهدي قبل الذبح وبعده: ولا يركب الهدي إلا في حالة الضرورة خلافا للشافعي رحمه الله، لقوله صلى الله عليه وسلم لذلك الرجل الذي ساق الهدي مع نفسه وأجهده المشي: "**ارْكَبْهَا بِالْمَعْرُوفِ حَتَّى تَجِدَ ظَهْرًا**"[1] دَلَّ أنه لا يجوز الركوب إلا لضرورة ولأن تعظيم الهدي واجب لقوله تعالى: ﴿وَمَن يُعَظِّمْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ فَإِنَّهَا مِن تَقْوَى ٱلْقُلُوبِ ﴿٣٢﴾﴾ [الحج: ٣٢] فقد جعل تعظيم الشعائر من تقوى القلوب، والتقوى واجب، فيكون التعظيم واجب وفي الحمل والركوب استدلاله وابتداله وإنه ينافي التعظيم فيحرم وتأويل قوله تعالى: ﴿ لَكُمْ فِيهَا مَنَٰفِعُ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾[الحج: ٣٣] أي إلى أن يعجل هديا ثم يحرم عليكم الانتفاع بها إلى أن يبلغ محلها وهو البيت العتيق ليكون عملًا بالغايتين لأنه متى حل له الانتفاع بها إلى وقت الذبح، لا يتصور الغاية الأولى وهي الأجل المسمى.

وإن نقضها بركوبه أو بحمل متاع ضمن النقصان وتصدق به؛ لأنه لو أتلفه ضمنه، فإذا أتلف جزءًا منه ضمن ما نقص، ولا يحلبها؛ لأنه انتفاع بجزء منها، وقبل الإراقة لا يحل الانتفاع بشيء منها؛ لأنه جعل كلها لله تعالى، وينضح ضرعها بالماء

---

(١) أخرجه «مسلم» ٤/٩٢ (٣١٩٣) قال: حدثني محمد بن حاتم، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج. وفي (٣١٩٤) قال: وحدثني سلمة بن شبيب، قال: حدثنا الحسن بن أعين، قال: حدثنا معقل. و«أبو داود» (١٧٦١) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج. و«النسائي» ٥/١٧٧، وفي «الكبرى» (٣٧٧٠) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا ابن جريج. و«أبو يعلى» (١٨١٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن ابن جريج. وفي (٢١٩٩) قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا محمد بن بكر، عن ابن جريج. وفي (٢٢٠٤) قال: حدثنا عبد الله بن عامر بن زرارة، قال: حدثنا ابن أبي زائدة، عن ابن جريج. و«ابن خزيمة» (٢٦٦٣) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى، عن ابن جريج. وفي (٢٦٦٤) قال: حدثنا محمد بن معمر القيسي، قال: حدثنا محمد، يعني ابن بكر، قال: حدثنا ابن جريج. و«ابن حبان» (٤٠١٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن ابن جريج. وفي (٤٠١٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن ابن جريج. ثلاثتهم: (عبد الملك بن جريج، وعبد الله بن لهيعة، ومعقل بن عبيد الله) عن أبي الزبير، فذكره.

ليذهب لبنها وما حلبها تصدق به أو بقيمته إن استهلكه.

وإن اشتراها للهدي فولدت ذبح ولدها معها، وإن شاء تصدق به؛ لأن الحق متى ثبت في الأصل سرى إلى ولده كصَوف الأم ولبنها، وكما في ولد الأضحية.

وإن عَطَبَ الهدي في الطريق نحر، فإن كان عن واجب فهو لصاحبه يصنع به ما شاء وعليه هدي مكانه؛ لأنه خرج من أن يتأدى به الواجب، وإن كان تطوعا نحره وصبغ نعله بدمه ثم ضرب بها صفحته ولم يأكل منه شيئًا وتصدق به، ولا يطعم غنيا لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث ستة عشر هديا على يدي رجل فقال: أرأيت لو عطب منها شيء في الطريق فقال عليه السلام: "**انحَرها واصبغ نعلَها بدَمِها واضرب بهَا صفحةَ وجههَا ولا تَأكل منهَا أنتَ ولَا أحدٌ مِن رفقَائِك**" يعني إذا كانوا أغنياء، ولأنه لما اشتراه بنية الهدي وجب عليه شيئان الإراقة والتصدق بعد الإراقة، فإذا عطب فقد عجز عن الإراقة وقدر على التصدق، فما عجز سقط عنه وما قدر عليه لزمه ومتى لزمه التصدق لا يحل له الأكل.

ومن اشترى هديا فضل فاشترى مكانه أخرى فقلده ووجهه ثم وجد الأول، فإن نحرهما فهو الأفضل، وإن نحر أحدهما وباع الآخر جاز، وإن كان الأول أكثر قيمة تصدق بالفضل على ما يعرف في الأضحية، ومن ساق بدنة إلى مكة يستحب أن يتصدق بجلالها وخطامها؛ لأنه صار تبعا للهدي والتحق بسائر أجزائه، ولا يعطي أجر الجزار منها ويتصدق بثلث الهدي كما في الأضحية.

وأما النذر بالهدي: لو قال لله عليَّ أن أهدي ولا نية له يلزمه شاة؛ لأن الهدي في عرف الشرع صار عبارة عن الإبل والبقر والغنم، ولكن عند الإبهام والإطلاق ينصرف إلى الأدنى من المتعارف وهو للشاة.

ولو نذر أن يهدي بشيء من ماله لزمه؛ لأن الهدي اسم لما فيه قربة فصح التزامه كما لو نذر التصدق بماله، ثم ينظر إن كان المنذور شيئًا يراق دمه يلزمه الذبح في الحرم والتصدق بلحمه، فإن أهدى بقيمته جاز في رواية أبي سليمان؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، ثم ما أوجب الله تعالى من الهدي في جزاء الصيد يتأدى بالقيمة كما يتأدى بالإراقة فكذا ما أوجبه العبد.

وفي رواية أبي حفص أجزأه أن يهدي مثله لأنه في معناه لأنه حصل به التقرب بإراقة الدم والتصدق باللحم.

وفي رواية ابن سماعة: لا يجوز أن يهدي بقيمته؛ لأنه أوجب شيئين؛ التقرب بإراقة الدم والتصدق باللحم، فلا يجوز الاقتصار على التصدق كما في هدي المتعة.

والقران وهدي الإحصار بخلاف جزاء الصيد؛ لأنه كما أوجب الهدي أوجب غيره وهو الإطعام، فهنا الناذر ما أوجب إلا الهدي فيعتبر بما أوجبه الله تعالى من الهدي لا غير.

ولو بعث بقيمته واشترى بمكة مثله وذبحه جاز.

قال الحاكم في «المختصر»: ويحتمل أن يكون هذا تأويل قوله في رواية أبي سليمان: أجزأه أن يهدي بقيمته.

ولو ذبح مكان الشاة جزورًا جاز؛ لأنه أتى بقدر الواجب وزيادة ولا يجوز ذبح الشاة مكان الجزور؛ لأنه أتى بأنقص من الواجب.

وإن كان المنذور شيئًا لا يراق دمه، ينظر إن كان منقولا كالعروض ونحوها إن شاء تصدق بقيمته أو بعينه، وإن لم يكن منقولا كالعقار يتصدق بقيمته؛ لأن الهدي اسم لما بعث إلى مكة، فما أمكن نقله تصدق بعينه إن شاء وما لا يمكن نقله تصدق بمعناه وهو القيمة؛ لأنها تقوم مقام الواجب شرعا فتقوم مقام الواجب نذرا.

وإن قال: كل ما لي هدي، فعليه أن يهدي كله إلا قدر ما يقوته، ثم إذا استفاد مالا يؤدي قدر ما أمسك وهو قول زفر وهو القياس، وفي الاستحسان يتصدق بالأموال الزكاتية على ما يأتي في كتاب الهبة.

ولو قال: ثوبي هذا ستر للبيت يلزمه أن يهديه؛ لأن ستر البيت قربة لما فيه من تعظيم البيت، وتعظيم البيت قربة.

وإن قال: اضرب به حطيم الكعبة يلزمه أن يهديه استحسانًا ولا شيء عليه قياسًا؛ لأنه لا ينبني عن القربة؛ لأن ضرب الثوب على حطيم الكعبة ليس بقربة غير أنه في العرف يراد به إيجاب الهدي كما تعارفوا إيجاب الحج بلفظة المشي، فصار هذا عبارة عن الإهداء عرفا فيلزمه التصدق به استحسانًا.

ولو قال: إن فعلت كذا فغلامي هذا هدي ثم باعه ثم فعل لم يكن عليه شيء؛

لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند وجوده، ولو قال عند الشرط هذا هدي وهو لا يملكه لا يلزمه شيء فكذا هذا.

وكذلك إن لم يكن في ملكه يوم حلف ثم اشتراه ثم فعل؛ لأن النذر لم يحصل في ملكه، ولا مضافا إلى ملكه فلا يصح، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا نذرَ فيمَا لَا يملكُهُ ابنُ آدمَ**".

ولو قال: إن كلمته فهذا المملوك هدي ثم اشتراه فكلمه ثم اشتراه عليه أن يهديه؛ لأنه إضافة إلى الملك، وإن اشتراه ثم كلمه لا شيء عليه؛ لأنه أضاف النذر إلى مملوك يملكه بعد الكلام دون ما يملكه قبل الكلام.

وإن قال: هذه الشاة هدي إلى البيت أو إلى مكة أو إلى الكعبة وهو يملكها فعليه أن يهديها، ولو قال: إلى الحرم والمسجد الحرام لا يلزمه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما، وهذا بناء على أن اختلافهم في قوله على المشي إلى الحرم وكل هدي أوجب على نفسه يذبح بمنى إن كان في أيام النحر، وبمكة في غيرها من الأيام اعتبارا بالمفروض وهو هدي المتعة والقران، ويجوز ذبحه في جميع الحرم لقوله عليه السلام: "**فِجاجُ مكّة كلُّها منحرٌ**".

ولو أوجب بدنة يتناول الجزور والبقر أيهما نوى وذبحه جاز، فإن نوى نحرها بمكة يلزمه، وإن لم ينو شيئًا ينحر حيث شاء عندهما.

وقال أبو يوسف وزفر: لا ينحر إلا بمكة لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ ﴾ [الحج: ٣٦] جعل البدنة من الشعائر فيختص بالحرم كالهدي.

لهما: أن اسم البدنة مأخوذ من عظم البدن وكبر الجثة، وليس فيه ما ينبئ عن النقل من مكان إلى مكان ولا يقتضي التخصيص بمكان، فجاز في أي مكان كما لو نذر نحر الجزور أو البقرة يجوز نحره حيث شاء بالإجماع، والآية أوجبت بدنة موصوفة مقيدة بكونها من شعائر الله.

ولو قيد الناذر البدنة بهذه الصفة يلزمه الإراقة بمكة؛ لأن الشعائر تختص بالحرم، فأما إذا أوجب بدنة مطلقة فالآية ساكتة عنه واللفظ لا يقتضي التقييد بمكان

فلا تتقيد بخلاف الهدي؛ لأن فيه ما ينبئ عن النقل إلى مكة لقوله تعالى: ﴿وَٱلْهَدْىَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُۥ﴾ [الفتح: ٢٥].

(بَاب مَا يَجْتَنِب المُحرم من اللبس وما لا يجتنب عنه)

ولبس المحرم نوعان: لبس حالة الاختيار، ولبس حالة الاضطرار.

أما اللبس حالة الاختيار فنوعان: ما يحرم عليه، وما لا يحرم.

أما ما يحرم عليه: فهو لبس المخيط على وجه المعتاد حتى لو لبس لا على وجهه المعتاد بل اتزر بالسراويل أو اتشح بالقميص والرداء فلا بأس به؛ لأنه ليس بلبس معتاد، وكذا لا بأس بأن يتحزّم بعمامته ولا يعقدها؛ لأنه يشبه المخيط.

ولا يلبس الجوربين ولا الخفين لما قدمناه.

وأما ما لا يحرم لبسه فهو أن يتزر بإزار أو يرتدي برداء أو يتطلس؛ لأنه ليس بلبس معتاد؛ لأجل الزينة والارتفاق ولا يزر الطيلسان؛ لأنه [إذا زرره][1] انتفع به انتفاع المخيط؛ لأنه هكذا ينتفع بالمخيط ولا يعقده على عنقه؛ لأنه يشبه التزرير فيكره.

ويكره أن يعقد الإزار أو يخلله بخلال؛ لأنه بمعنى التزرير وإن فعل فلا شيء عليه؛ لأنه ليس بمخيط حقيقة.

ولو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين أو وضع الدواج على منكبيه ولم يدخل يديه في كميه لا بأس به، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: عليه دم؛ لأن القباء يلبس هكذا عادة.

والصحيح قولنا؛ لأنه انتفع به انتفاع الرداء لا انتفاع المخيط؛ لأن الرداء هكذا يوضع على المنكبين والقباء، وإن كان يلبس هكذا في العادة إلا أنه عادة انتفاع بالرداء لا عادة انتفاع بالمخيط.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): متى زره.

ولا بأس بشد الهِمْيَان[1] والمِنْطَقَة والخاتم؛ لأنه يحتاج إليه لحفظ ماله أو لتقويته على السير وليس كما لو توشح بثوب وعقد، فإنه يكره؛ لأن هذا العقد غير محتاج إليه؛ لأنه بمعنى التزرير والتزرير حرام فما هو بمعناه يكره.

ولا بأس بأن يستظل بالفسطاط؛ لأنه ليس بلبس.

وإن دخل تحت ستر الكعبة إن كان يصيب وجهه أو رأسه يكره؛ لأنه يشبه الستر، وإن كان متجافيًا عنده فلا بأس كمن دخل خيمة لا يكون ساترا نفسه بها لأنها متجافية عنه، وعن محمد لو حمل على رأسه شيئًا إن كان مما يلبس فهو كالمحرم يغطي رأسه، وإن كان مما لا يلبس كالإجانة أو عدل بر فلا شيء عليه؛ لأنه حامل وليس بلابس، وأما ما يلزمه بلبس المحظور لو لبس ثوبا يوما فعليه دم وفي أقل من يوم صدقة؛ لأن المقصود من اللبس دفع الحر والبرد والتزين تبع له وهذا المقصود، لا يحصل إلا باستمرار اللبس ودوامه فقدرناه باليوم أو بالليلة إذ العادة أن ثياب النهار تلبس يوما وتنزع ليلا وثياب الليل تنزع نهارًا، فإذا لبس يوما فقد لبس لبسا كاملا فكملت الجناية فتغلظ الموجب، وإذا لبس أقل من يوم لم يتكامل اللبس فخفت الجناية فخف الموجب، فكذلك لو اتزر طيلسانا يوما فعليه دم وفي أقل من يوم صدقة؛ لأن التزرير انتفاع المخيط ولم يذكر في الأصل كيفية الصدقة، وعن محمد إن لبس ثلث اليوم تصدق بثلث قيمة الدم وإن لبس نصفه يتصدق بنصف قيمة الدم وعلى هذا الاعتبار يجري.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه يطعم نصف صاع من بر لأنها كفارة وأقل الكفارة لمسكين واحد نصف صاع، وكذلك كل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع إلا في قبل القملة والجراد فهي كف من طعام، فإن غطى ربع وجهه أو رأسه ناسيا أو عامدا يوما أو أكثره فعليه دم وفي الأقل صدقة؛ لأنه محظور الإحرام وللربع حكم الكل لما تبين.

---

(١) الهِمْيَانُ: بكسر الهاء. لفظ معرب، الجمع: همايين وهماين، كيس تجعل فيه النقود ويشد على الوسط.

ورُوي عن محمد أنه لا يجب الدم حتى يغطي الأكثر من رأسه؛ لأنه لو ستر جميع رأسه فعليه الدم، فإذا ستر أقله فعليه الصدقة كما لو لبس المخيط أقل من يوم.

فإن غطى رأس محرم أو وجهه وهو قائم يوما كاملا فعليه دم؛ لأن التعمد ليس بشرط بل المعتبر حصول الارتفاق؛ لأنه هو المحظور ولا تأثير للعذر في إسقاط الحرمة، ألا ترى لو انقلب في نومه على صيد فقتله كان عليه جزاؤه، وكذا لو حلق ناسيا يلزمه الكفارة.

وإن عصب رأسه يوما فعليه صدقة؛ لأنه يسير أقل من ربعه فيلزمه صدقة كما في الحلق.

ولو عصب شيئًا آخر من جسده لم يلزمه شيء ويكره بغير عذر؛ لأنه لو غطى بالرداء لا شيء عليه فكذا بالعصابة، إلا أنه يكره عقد العصابة كما يكره عقد الرداء على عنقه، وإن لبس ثوبا مصبوغا مشبعا بعصفر أو زعفران يوما أو أكثر فعليه دم وفي أقل من يوم صدقة؛ لأن لبسه محظور لمكان الطيب، واللبس المحظور إن تم يوما فعليه دم وفيما دونه صدقة.

(**المنتقى**): ولو لبس قميصا يوما أو أكثر فأهراق لذلك دما ثم تركه فعليه كفارة أخرى؛ لأنه بالتكفير سقط حكم اللبس السابق فكان الدوام عليه جناية مبتدأة.

ولو أحرم وهو لابس فتركه عليه يومًا أو أكثر فعليه كفارة واحدة وكان تركه عليه بمنزلة لبسه، وإن لبس الثياب كلها معًا ولبس الخفين فعليه دم واحد؛ لأن الجنايات متى اجتمعت من جنس واحد يكتفى بجبر واحد لما تبين.

ولو لبس قميصًا بعض يومه ثم لبس في يومه سراويل ثم لبس خفين وقلنسوة فعليه كفارة واحدة؛ لأنه استمر لبس الكل يوما وجهة اللبس متحدة، وإن اختلف الملبوس فيلزمه دم واحد، ولو لبس بالنهار ونزع بالليل وهو لم يعزم على ترك اللبس فعليه دم واحد، وأما اللبس حالة الاضطرار:

(**المنتقى**): لو لبس المحرم المخيط يوما لعذر نحو مرض أو برد، فعليه كفارة الضرورة وهو أن يتخير بين الصيام والصدقة.

والشاة لما يأتي في باب كفارة محظورات الإحرام؛ لأنه باشر محظور الإحرام عن عذر فصار كما لو حلق عن عذر.

ولو لبس قميصين لعذر فعليه كفارة واحدة؛ لأن جهة اللبس متحدة فصار كما لو لبس الجبة مكان القميصين، وكذلك لو اضطر إلى تغطية رأسه فلبس قلنسوة ولف عمامة يلزمه كفارة واحدة.

ولو وضع قميصًا على رأسه وقلنسوة يلزمه للضرورة فدية وللقميص دم؛ لأنه لا حاجة إلى القميص للرأس فأما قد يحتاج إلى القلنسوة ولف العمامة عليها.

ولو لبس قميصًا للضرورة ولبس خفين من غير ضرورة فعليه دم وفدية؛ لأنه اختلف سبب الكفارة.

ولو لبس قميصًا للضرورة بعض اليوم ثم لبس قميصًا آخر وقلنسوة لغير الضرورة حتى مضى اليوم ففي لبس القميص أقل من يوم صدقة وفي القلنسوة كفارة غير كفارة الضرورة.

ولو لبس قميصًا بعض يوم للضرورة فذهبت الضرورة فتركه عليه حتى مضى اليوم فما دام في شك من الضرورة فذلك ضرورة كله، وإذا استيقن أن الضرورة قد زالت عنه فعليه كفارتان؛ لأنه اختلف جهتا الكفارة.

محرم مريض يحتاج إلى اللبس بالليل لدفع البرد ويستغني عنه بالنهار، فيلبسه بالليل وينزعه بالنهار، فعليه كفارة واحدة بمنزلة رجل به جرح داواه الطبيب مرة بعد مرة فعليه كفارة واحدة.

ولو احتاج إلى اللبس بالليل ويستغني عنه بالنهار والعلة لازمة فلبس الثياب ليلًا ونهارًا فعليه كفارة للضرورة؛ لأن جهة الكفارة متحدة واللبس من جنس واحد فتتحد الكفارة.

ولو كان به حمى غب فلبسه يومًا ويومًا لا، فعليه كفارة واحدة ما لم يبرأ من تلك الحمى وتأتيه حمى أخرى؛ لأنه لما دامت الحمى قائمة فاللبس متحد للضرورة ومتى زالت تلك الحمى وحدثت أخرى اختلف حكم اللبس فيلزمه كفارة أخرى،

وكذلك لو كان اللبس لأجل العدو فيلبس السلاح ويقاتل بالنهار وينزع بالليل، فهذا لبس واحد ما لم يذهب هذا العدو ويجيء آخر.

(باب التطيب والتدهين)

يحتاج إلى: معرفة الطيب، وإلى ما يلزمه بالتطيب.

أما الطيب: فكل ما له رائحة طيبة مستلذة فهو طيب، كالزعفران والبنفسج والياسمين ونحوه، والحناء طيب خلافًا للشافعي رحمه الله، حتى لو خضب رأسه ولحيته بالحناء فعليه دم عندنا وعنده لا شيء عليه.

والصحيح قولنا؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة عن الحناء وقال: "**الحناءُ طيبٌ**". ولأن له رائحة طيبة مستلذة فكان طيبا حقيقة، كالزعفران والوسمة ليست بطيب، حتى لو خضب بالوسمة فلا شيء عليه؛ لأنه ليس لها رائحة مستلذة، وعن أبي يوسف رحمه الله الوسمة له بمنزلة الحناء والخطمي طيب عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بطيب حتى لو غسل رأسه ولحيته بالخطمي يلزمه دم عنده وعندهما صدقة.

وعند الشافعي رحمه الله: لا شيء عليه.

لهما: أن الخطمي لا يستعمل استعمال الطيب، وإنما يستعمل استعمال الحرض والصابون لذهاب الوسخ فلم يكن طيبا، إلا أنه سبب مؤد إلى قتل الهوام فيقام السبب مقام القتل؛ لأن في الوقوف على حقيقة القتل حرجًا فيلزمه الصدقة، لأبي حنيفة أن له رائحة طيبة مستلذة فيكون طيبا ويزيل الشعث ويقتل الهوام فتغلظت جنايته وقيل لا خلاف في خطمي العراق؛ لأن له رائحة مستلذة، فإن غسل رأسه بالحرض والصابون فلا رواية فيه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قياس ما ذكرنا أن لا شيء عليه؛ لأنه ليس بطيب ولا هو سبب لقتل الهوام غالبا بدليل أن الثياب إذا غسلت بالصابون لا تموت القملة به.

وقال أبو يوسف رحمه الله: القسط طيب؛ لأنه يتبخر به ولو ادهن بدهن البنفسج أو دهن الياسمين وأكثر فعليه دم؛ لأنه طيب؛ لأن له رائحة طيبة مستلذة،

وإن ادهن بزيت أو بدهن لا طيب فيه فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما عليه صدقة؛ لأنه ليس بطيب؛ لأنه ليس له رائحة طيبة مستلذة وإنما حرم التدهن لما فيه من إزالة التشعث فتقاصرت الجناية فوجبت الصدقة له: أن الدهن طيب حكما؛ لأن الدهن إذا التقى فيه ورق البنفسج أو الورد حتى أخذ رائحته صار طيبا، حتى يلزمه دم باستعماله وإنما لزمه دم باستعمال عين الدهن دون الرائحة؛ لأن الرائحة المنفردة عن غير الطيب لا يوجب دما كمن لبس ثوبا مبخرا لكنه يوكل مع ذلك فشابه الزعفران فحصل التطيب من وجه ومعنى الارتفاق من وجه فتكاملت الجناية، وإن كان مطبوخًا بطيب فعليه دم.

ولو ادهن بشحم أو سمن فلا شيء عليه؛ لأنه ليس بطيب أصلا، وإن أدهن شقاق رجله بزيت أو غيره أو داوى به جراحه لم يلزمه شيء؛ لأنه طيب من وجه وليس بطيب حقيقة، فإذا استعمله على وجه التطيب لزمه دم، وإن استعمله لإصلاح البدن لا للتطيب، لا يلزمه شيء توفيرا على الشبهين حقهما، وأما ما يلزمه بالتطيب:

ولو طيب المحرم كثيرًا فعليه دم، وإن كان قليلا فعليه صدقة، وقال الشافعي رحمه الله: عليه دم قل الطيب أو كثر.

والصحيح قولنا؛ لأنه لا يجوز التسوية بين قليل الجناية وبين كثيرها في الموجب؛ لأن لغلظ الجناية وخفتها أثرا في غلظ الموجب وخفته كالجنايات الواقعة على الآدمي، ثم اختلفوا في الحد الفاصل بين القليل والكثير، قيل: الكثير هو ربع عضو والقليل ما دونه اعتبارا بالحلق حتى لو اكتحل بكحل فيه طيب لا يجب الدم؛ لأن العين لا تبلغ ربع عضو كثير، وقيل: الكثير هو العضو الكامل الكبير كالرأس والوجه والساق والفخذ والقليل ما دون العضو؛ لأن العادة في التطيب هو تطيب العضو الكامل لا الاختصار على بعضه، فاعتبرنا تطيب كله ليصير كثيرا بخلاف الحلق؛ لأن حلق ربع الرأس معتاد فيما بين الناس فاعتبرنا الكثير فيه بالربع.

وذكر الفقيه أبو جعفر: الكثرة تعتبر في نفس الطيب لا في العضو، فإن كان الطيب في نفسه كثيرا ككفين من ماء الورد وككف من الغالية والمسك بقدر ما

استكثره الناس، فإنه يكون كثيرا وإن كان في نفسه قليلا بقدر ما تستقله الناس ككف من ماء الورد، فإنه يكون قليلا وإلى كل قول أشار محمد رحمه الله، والصحيح أن يوفق بين أقاويله فنقول: إن كان الطيب قليلا فالعبرة للعضو لا للتطيب حتى لو طيّب به عضوًا كاملًا يكون كثيرا ويلزمه دم وفيما دونه صدقة.

وإن كان الطيب كثيرًا فالعبرة للطيب لا للعضو، حتى لو طيّب به ربع عضو يلزمه دم وذلك لأن الفعل يتكثر بتكثره المحل ويتقلل بقلته وله محلان طيب وعضو، فإن كان الطيب كثيرًا وقد طيّب به عضوًا كبيرًا كاملًا فقد كثر فعل التطيب باعتبار المحلين.

وإن كان الطيب قليلا وطيّب به بعض العضو أو عضوا صغيرا كالعين والأنف فقد قل فعل التطيب باعتبار المحلين فيلزمه صدقة، وإذا كثر أحد المحلين وقل الآخر فقد كثر فعل التطيب من وجه دون وجه، فاعتبار الكثرة توجب الدم واعتبار القلة توجب الصدقة، فوجب الدم من وجه دون وجه فأوجبناه احتياطا، ونظيره ما قاله محمد في تقدير النجاسة الكثيرة: اعتبر المساحة النجاسة الرقيقة واعتبر الوزن في النجاسة الكثيفة، ثم معرفة مقدار الصدقة أن ينظر إلى العضو والطيب، فإن كان كل واحد منهما بلغ نصف الكثير أو ثلثه يتصدق بنصف ثمن شاة أو بثلث قيمتها.

وإن بلغ الطيب ثلث الكثير والعضو يبلغ ربعه، فإنه يعتبر الطيب لما في اعتباره من الزيادة فكان اعتباره أحوط، وإن بلغ الطيب ثلث الكثير والعضو نصفه فاعتبار العضو أولى؛ لأن الاحتياط فيه.

وقال أبو يوسف في النوادر: أن يطيب شاربه كله أو بقدره من اللحية أو الرأس فعليه دم جعل الشارب بمنزلة العضو، وإن طيب بعض الشارب أو بقدره من اللحية فعليه صدقة.

وذكر في الجامع الصغير: محرم خضب بكفه بالحناء يجب دم جعل الكف عضوا كاملا.

وإن شم طيبا أو مسه كره ولا يلزمه شيء، وقال الشافعي رحمه الله يلزمه صدقة. والصحيح قولنا؛ لأنه لم يلتزق به شيء فلا يسمى متطيبا؛ لأن وصول الرائحة

إليه لا يسمى تطيبا ولأنه لا يمكن الاحتراز عن وصول الرائحة إليه فصار كالصائم إذا فتح فاه فدخل الغبار حلقه لا يفسد صومه، وإن لزق بكفه منه شيء قليل فعليه صدقة، وإن كان كثيرا فعليه دم؛ لأنه وجد التطيب.

(**النوادر**): وإن مس طيبًا بإصبعه فأصاب إصبعه كلها أو ادهن ربع لحيته أو ربع رأسه فعليه دم وفيما دونه صدقة؛ لأنه حصل التطيب ولا يعتبر قصده، ولو علق شيء كبير من خلوق البيت بثوبه فعليه دم؛ لأنه تطيب به.

ولو دخل بيتًا قد أجمر فيه فعلق بثوبه رائحته فلا شيء عليه؛ لأنه غير منتفع بعينه بخلاف ما لو استجمر ثوبه فعلق بثوبه، فإن كان كثيرا فعليه دم، وإن كان قليلا فعليه صدقة؛ لأنه منتفع بعينه؛ لأن الاستجمار انتفاع بالتطيب، وإن لم يعلق به منه شيء فلا شيء عليه؛ لأن لا يعلق به إلا رائحته وذلك لا يضره.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا ينبغي للمحرم أن يتوسد ثوبا مصبوغا بالزعفران ولا ينام عليه؛ لأنه مستعمل للطيب.

(**الأصل**): ولو اكتحل بكحل ليس فيه طيب فلا بأس به؛ لأنه متداوٍ أو متزين وكلاهما لا يوجب شيئًا، ألا ترى أن له لبس ثوب الخز والقصب وثوب المصبوغ إذا لم ينفض، وإن كان فيه طيب لزمه صدقة لأنه خفت الجناية؛ لأنه ليس بتطيب من كل وجه، فإن كان الطيب أكثر أو فعله مرارا كثيرة يلزمه دم؛ لأنه تغلظت الجناية باستعمال الطيب الكثير مرارا في عضو صغير كما تغلظت باستعمال الطيب الكثير في عضو كبير مرة.

وإن داوى قرحة بدواء فيه طيب ثم داوى قرحة أخرى حدثت بدواء فيه طيب، إن لم تبرأ الأولى فعليه كفارة واحدة؛ لأن الثانية تجعل من سراية الأولى، فكانت الأولى تعدت من موضعها فتصير قرحة واحدة معنًى وإن برأت الأولى ثم داوى الثانية فعليه كفارتان كفر الأولى أولا عندهما؛ لأنه انقطع سرايتها، وقال محمد: إن لم يكفر يكفيه كفارة واحدة لما يأتي نظيره في باب قلم الأظفار.

(**وذكر في المنتقى**): لو مس طيبًا كثيرًا فأصابه فأهراق له دمًا ثم ترك الطيب عليه

فعليه دم آخر، ولو تطيب ثم أحرم فترك الطيب عليه فلا شيء عليه؛ لأن ذلك فعل ما له أن يفعل وهذا فعل ما ليس له أن يفعل.

وإن أكل الزعفران وحده فعليه دم وإلا فصدقة عند أبي حنيفة، وعندهما لا شيء عليه.

لهما: إن الزعفران يستعمل في الأطعمة ولا يستعمل استعمال الطيب، وإذا استعمل استعمال الطعام فيكون طعامًا استعمالًا، فالتحق بالطعام عرفًا وسقط اعتبار معنى الطيب فيه، له: أن الزعفران طيب حقيقة؛ لأن له رائحة طيبة ولا يسقط اعتبار هذه الحقيقة، إلا بصيرورته تبعا للطعام كالمسك إذا جعل في الطعام.

وإن كان في طعام فلا شيء عليه لمسته النار أو لم تمسه؛ لأنه صار مستهلكا فيه فسقط حكمه، كما لو جعل لبن امرأة في طعام وطعمه صبي لا تثبت حرمة الرضاع.

ولو جعل في الملح الزعفران، فإن كان غالبا ففيه الكفارة، وإن كان الملح غالبًا فلا كفارة فيه؛ لأن العبرة للغالب.

ولو جعل الطيب في طعام قد طبخ وتغير فلا شيء في أكله؛ لأنه تغير معناه، وإن لم يطبخ كره أكله إذا كانت ريحه موجودة ولا شيء عليه؛ لأن الطعام غالب فصار الطيب مستهلكا، وليس شرب دواء فيه طيب كأكل دواء فيه طيب؛ لأن من الطيب ما يقصد شربه، فإذا خلطه بمشروب لم يصر تبعا لمشروب مثله إلا أن يكون المشروب غالبًا، كما لو خلط اللبن بالماء فشربه صبي ثبت حرمة الرضاع إلا أن يكون الماء غالبا، وكل شيء من الطيب ما يقصد أكله عادة، فإذا خلط بالطعام صار تبعا للطعام وسقط حكمه.

(باب الحَلق في الإحرام)

ولو حلق المحرم أقل من ربع رأسه أو لحيته أو مسه فانتشر منها شعر فعليه صدقة، ولو حلق ثلث رأسه أو ثلث لحيته فعليه دم.

وذكر في (**الجامع الصغير**): أو ربع رأسه.

وعند أبي يوسف: يجب الدم بحلق الأكثر؛ لأن للأكثر حكم الحل. وعن محمد يحلق عشر الرأس؛ لأن العشر جزء يقدر به الأشياء في الشريعة فيقام مقام الكل في موضع الاحتياط.

وقال مالك رحمه الله: لا يجب إلا بحلق الكل؛ لأن المنهي حلق الرأس وإنه اسم للحل.

وقال الشافعي رحمه الله: يجب بحلق ثلاث شعرات كما في مسح الرأس عنده.

والصحيح قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الحلق حرام لما فيه من الرفقة الكاملة والزينة التامة والربع يعمل عمل الكل في الارتفاق والزينة في العادات الغالبة؛ لأن العادة قد جرت بحلق بعض الرأس كالأقفية والنواصي للتزين وإزالة الأذى كالأعراب والأتراك ونحوهم فكملت الجناية بحلق الربع أو الثلث، وكذلك الأخذ من اللحية معهودة بالعراق وأرض العرب، وإنما يؤخذ منها الربع وما يشبهه فيكون رفقا كاملا، إلا أن في رواية (الأصل) حدد الكثير بالثلث اعتبارا بالوصية وفي رواية (الجامع الصغير) حدده بالربع؛ لأن الغرض المتعلق يتأدى بالربع كما يتأدى بالكل.

ولو حلق شاربه يجب صدقة؛ لأنه تبع للحية وهو قليل؛ لأنه عضو صغير، وقيل ينظر أن الشارب كم يكون من ربع اللحية فيلزمه من الصدقة بقدره، حتى لو كان مثل ربع اللحية يلزمه ربع قيمة الشاة.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: إذا حلق شاربه فعليه دم؛ لأنه حلق عضوا كاملا فصار كما لو حلق الإبط أو العانة.

ولو حلق أو نتف إبطيه أو أحدهما أو أطلى بنورة فعليه دم؛ لأن في نتف أحدهما وحلقه تنظيف عضو كامل فيكون ارتفاقا تاما وفي حلقهما وجد جنايتان من جنس واحد فيكتفى بجزء واحد.

ولو حلق أكثر أحد إبطيه لا يجب دم؛ لأنه ليس بارتفاق كامل وحلق بعضه ليس بمعتاد فلا يعطى لأكثره حكم الكل بخلاف حلق ربع الرأس؛ لأنه معتاد.

ولو حلق موضع الحجامة فعليه دم عند أبي حنيفة، وعندهما صدقة.

لهما: أن موضع المحاجم تبع في حق الحلق غير مقصود به للتزين ونيل الراحة وإنما يحلق تبعا للرأس لأجل الحجامة، فصار بمنزلة حلق بعض شعر الصدر أو الساق لكن فيه إزالة شيء من النفث فلزمه صدقة.

له: أن حلق هذا الموضع لمن يحتاج إلى الحجامة مقصود، ألا ترى أنه يحلق للحجامة مقصودا فصار كحلق العانة ونتف الإبط.

ولو حلق جميع الرقبة أو أكثرها يجب دم اتفاقا؛ لأن هذا عضو كبير كامل وهو مقصود بالحلق، ولهذا يحلق مع الرأس عادة.

ولو حلق عضوًا كاملا كالساق والصدر والعانة فعليه دم؛ لأن ذلك مقصود بالتنوير فصار رفقا كاملا.

ومن حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره طائعًا أو مكرهًا فعلى المحلوق دم؛ لأنه ارتفق وتزين به والمقصود من الحلق هو الزينة والراحة، وقد حصل ذلك للمحلوق والعبرة للمقصود لا للإزالة بخلاف ما لو تناثر شعر بالمرض أو بالنار فلا شيء عليه؛ لأن ما هو المقصود وهو الزينة والراحة غير حاصل له بل يشين به ولا يرجع على الحالق، وإن كان مكرها خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن النفع حصل له فكأنه حصل له عوض ما ضمن، ولو رجع يحصل له بإزاء ما ضمن عوضان أو ينفي له ما هو المقصود من الحلق من غير جزاء وهذا لا وجه له، وإذا حلق المحرم رأس حلال أو محرم أو قلم أظافيره فعليه صدقة، وعند الشافعي رحمه الله لا شيء عليه.

والصحيح قولنا؛ لأن الارتفاق حصل له من وجه؛ لأن الإنسان يتأذى برؤية نفث غيره كما يتأذى برؤية نفث نفسه خصوصا فيما بين الأزواج والزوجات، إلا أن التأذي ثمة أقل وفي نفسه أكثر ولكن لما وجد نفس التأذي يحصل بإزالته أصل الارتفاق فيلزمه الصدقة ولأن المحرم إنما نهى عن إزالة شعره؛ لأن لشعره حياة نمو من وجه فثبت له الأمن من وجه فيحرم إزالته كما يحرم عليه قلع الشجر لما أن له حياة نمو وحياة النمو موجودة في شعر غيره فثبت له الأمن بالإحرام فصار جانيا بإزالته إلا أنه تقاصرت الجناية فيلزمه الصدقة.

(المنتقى): محرم أصلع على رأسه شعر أقل من ربعه فحلقه فعليه صدقة؛ لأنه حلق من ربع رأسه، وإن بلغ شعره ربع شعر رأسه لو كان دافئًا فعليه دم.

قال محمد رحمه الله: ولو سقط من شعر رأس المحرم أو لحيته ثلاث شعرات فعليه كف من طعام، وإن أخبز العبد المحرم فاحترق بعض شعر يده في التنور فعليه إذا عتق صدقة؛ لأن جنايته يسيرة، وإن أطلى من غير أذى فعليه دم إذا عتق؛ لأن جنايته غليظة.

(باب قلم الأظفار)

ولو قص أظفار يديه ورجليه فعليه دم؛ لأنه رفق كامل وزينة تامة فيكون مضمونًا بالدم كإزالة الشعر.

ولو قص أظفار يد واحدة فعليه دم؛ لأن قص أظافير يد واحدة تبع الكل وهو رفق كامل وزينة تامة فألحق بالكل احتياطًا.

ولو قص أقل من يد واحدة فعليه صدقة لكل ظفر نصف صاع من حنطة إلا أن يبلغ قيمته شاة فيعطي ما شاء.

ولو قص ثلاثة أظفار يد أو رجل فعليه صدقة قياسًا.

وقال زفر: عليه دم استحسانًا، وهو قول أبي حنيفة أولا، وجه الاستحسان أن أكثر الشيء قد يقام مقام كله خصوصًا في باب المناسك كأربعة أشواط من الطواف أقيم مقام كله، فكذا هذا. وجه القياس أن قص ثلاثة أظافير ليس برفق كامل وزينة تامة فخفت الجناية فخف موجبها.

ولو قلم خمس أظافير من أعضاء متفرقة لزمه الصدقة عندهما، وقال محمد: يلزمه الدم لأنها ربع الكل وللربع حكم الكل كما لو قص خمسة من عضو واحد.

لهما: أن عند الافتراق لا يحصل كمال الزينة والارتفاق، بل المرء يتأذى بقلم بعضها فوق ما يتأذى بترك كلها لاختلاف ما ينتفع به فلا يلحق الربع بالكل؛ لأن الربع إنما يلحق بالكل إذا تم الارتفاق به ولم يتم هنا.

ولو انكسر ظفره أو انقطع منه شظية فقطعه فلا شيء عليه؛ لأنه بالانكسار خرج عن النماء فصار كشجر الحرم انكسر فقطعه حتى لو كانت بحيث لو تركه ينمو فقطعه فعليه صدقة.

ولو قص إحدى يديه ثم قص الأخرى في مجلس واحد أو حلق رأسه ولحيته وإبطيه أو جامع مرارًا قبل الوقوف في مجلس واحد فعليه دم واحد وإن اختلف المجالس يلزمه لكل شيء دم عندهما.

وقال محمد: عليه دم واحد ما لم يكفر عن الأول، فمتى كفر عن الأول يلزمه الثاني دم، له: أن الجنايات اجتمعت من جنس واحد، حصلت في حرمة واحدة، فصارت كجناية واحدة معنى كما في الإفطار في رمضان، وكما لو حلق ربع رأسه ثم ربعه الآخر في مجلس آخر، ثم وثم ربعه حتى أكمل في أربعة مجالس يكفيه دم واحد.

لهما: أن هذه جنايات متعددة حقيقة لأنها تحل محالا مختلفة متفرقة، لكنها جناية واحدة معنى لاتحاد المقصود وهو الارتفاق، فمتى اتحد المجلس جعلنا الكل جناية متحدة اعتبارًا للمعنى، ومتى اختلف المجالس بقيت جنايات متعددة اعتبارا للحقيقة كاللبس والتطيب، إذا حصل مرارا في مجلس يلزمه بكل مرة كفارة بخلاف حلق الرأس في مجالس؛ لأن الجناية متحدة حقيقة لاتحاد المحل وهو الرأس وبخلاف كفارة الفطر؛ لأنها شرعت للزجر بمنزلة الحد فتداخلت فهذه الكفارة شرعت لجبر النقص المتمكن في العبادة، ولهذا تجب على المعذور ولا تسقط بالشبهة فيحتاط في إيجابها ولا يحتال لرداءتها، والله أعلم بغيبه.

(باب كفارة محظورات الإحرام)

وكل ما هو محظور الإحرام إذا فعله بغير عذر فعليه دم لما ثبتنا، وإذا فعله بعذر فعليه أي الكفارات شاء كما نص الله تعالى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦] فالصيام ثلاثة أيام، والصدقة إطعام ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من بر، والنسك شاة، هكذا فسره النبي صلى الله عليه وسلم لقوله لكعب بن

عجرة: "**أَيؤذيكَ هوامُّ رأسكَ؟** قال: نعم، قال: **احلِق واذبَح شاةً، أو صُم ثلاثة أيام أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من بر**".

وقال الشافعي رضي الله عنه: يتخير في الحالين بين هذه الثلاثة.

والصحيح قولنا؛ لأن النص ورد بالتخيير في كفارة الحلق حالة العذر، وللعذر أثر في التخفيف فلا يكون واردا حال عمده، وللعمد أثر في التغليظ والتشديد فجميع المحظورات من جنس واحد معنى من حيث إن ارتكابه يوجب نقصا في الإحرام ولا يفسده، فثبت الحكم في الحلق بصريح النص وفي غيره بدلالة النص.

ويجوز أن يكفر بالإطعام والصيام في أي بلد شاء؛ لأن النص لم يقيدهما بمكان ولأنهما قربتان في المواضع كلها.

والذبح لا يجوز إلا في الحرم؛ لأنه ذكره بلفظة النسك، والنسك في العرف اسم لقربة اختصت بمكان كمناسك الحج، ولأن إراقة الدم لا تعقل قربة؛ لأنه إزالة روح عن ذي روح، فإنه لا يعقل قربة فيما بين ملوك الأرض وإنما صارت قربة شرعا في مكان أو زمان مخصوص، وهذا الدم غير مختص بالزمان فكان مختصا بالمكان وهو الحرم، وإذا ذبح ثم هلك المذبوح أو سرق قبل التصدق به أجزأه خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأن هذه قربة تتأدى بالإراقة كما في الأضحية وقد وجد فتم إخراجه إلى الله تعالى ووجب صرفها إلى الفقراء فهذه صدقة متعلقة بالعين فتفوت بفواتها كالزكاة تسقط بهلاك النصاب.

وإذا ذبح بمكة وأراد الصدقة، فالأفضل أن يتصدق على مساكين مكة، ولو تصدق به على مساكين بلد آخر أجزأ، وعند الشافعي رحمه الله لا يجزئه إلا التصدق على فقراء الحرم.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى أمر بالصدقة مطلقا ولم يعين لذلك مكانا فيجب العمل بإطلاقه، ولأن الصدقة شرعت قربة في الأوقات كلها وفي الأماكن بأسرها لما فيه اتصال النفع إلى الفقير، فلا يختص جوازه بالحرم كالأضحية بخلاف الذبح، ويجوز ذبح كل ما وجب من الدماء قبل يوم النحر سوى دم المتعة والقران ويوم النحر أفضل؛ لأن هذه دماء كفارة وجبر فلا يختص بوقت كسائر الكفارات، ودم

المتعة والقران لا يجوز إلا في يوم النحر خلافا للشافعي رحمه الله بناء على أن دم المتعة والقران دم جبر عنده حتى لا يحل للغني التناول منه، وعندنا دم نسك حتى يحل للغني التناول منه فيتوقت بيوم النحر كالأضحية ودم الإحصار غير مؤقت عند أبي حنيفة وعندهما مؤقت بيوم النحر لما مر ولا يأكل من دماء الكفارة ويتصدق به ويأكل من دم المتعة والقران والأضحية؛ لأن الكفارة إنما شرعت للزجر عن ارتكاب المحظور، ومعنى الزجر يفوت أو يقل بإباحة الأكل؛ لأن الزاجر ما يكون مخوفا ولا يخاف من إراقة الدم متى أبيح له الأكل بخلاف دم المتعة والقران لأنها شرعت قربة مبتدأة؛ لأن أجره عن مباشرة المحظور وتسبيل القربة تحصيلها وقد حصلت بالإراقة ويستوي في كفارة محظور الإحرام الناسي والعامد والمكره والطائع.

وعند الشافعي رحمه الله: لا كفارة على الناسي والمكره؛ لأن حكمهما مرفوع بالنص.

والصحيح قولنا؛ لأن بمباشرة محظور إحرامه بمكان النقص فيه فيجب رفعه بالكفارة وقد أمكن إيجابها على المعذور لأنها قربة شرعت للخير ورفع النقص كما وجب سجود السهو لجبر النقص المتمكن في الصلاة.

(باب النذر بالحج)

النذر بالحج نوعان: صريح وكناية.

أما الصريح بأن قال: لله عليَّ حجة، يلزمه؛ لأنه التزم عبادة لله تعالى من جنسها واجب.

ولو قال: لله عليَّ مائة حجة يلزمه كلها؛ لأن ما لا يقدر عليه يظهر الوجوب في حق وجوب الإيصاء[1] عند الموت لما بينا في الصوم.

ولو قال: إنا لحج فلا حج عليه؛ لأنه ما أتى بصيغة الإيجاب.

---

(١) الإيصاء: أن يعهد الرجل قبل موته إلى مَن يثق به بالإشراف على أولاده، وتنفيذ وصيته، وقضاء ديونه، وردّ ودائعه، ونحو ذلك. والوصية والإيصاء بمعنى واحد، لكن الفقهاء خصّوا الإيصاء بموضوع الإشراف على شؤون القاصرين مثلًا.

وذكر في (**المنتقى**): لو قال: إن دخلت الدار فأنا أحج فدخل لزمه حجة؛ لأنه جعل الحج جزاء والجزاء يجب عند الشرط فصار كالنذر به.

ولو قال: علي حجة إن شاء الله لم يلزمه شيء؛ لأنه علق وجوب الحجة بمشيئة من لم تعرف مشيئته فيكون إعداما من الأصل.

وإن قال: إن شاء فلان فشاء لزمه؛ لأنه بمنزلة التعليق بسائر الشروط ثم هل يقتضي مشيئة فلان على المجلس، اختلفوا فيه:

قيل: يقتصر كما في الطلاق والعتاق وقيل لا يقتصر وهو الأصح وإليه أشار في الكتاب، فإنه قال وهذا بمنزلة قوله: إن فعلت كذا فعلى حجة فقد جعل التعليق بالمشيئة كالتعليق بشرط آخر والتعليق بشرط آخر لا يقتصر على المجلس فكذا هذا، وذلك؛ لأنه علق بمشيئة فلان إيجاب القربة، والقربة لا تقبل التمليك من الغير فتكون مشيئة فلان شرطًا محضًا كما لو علق إيجاب الحج بكلام فلان بخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه مملوك له فيقبل التمليك من غيره فيكون تعليقه بمشيئة فلان تمليكا معنى لا تعليقا فيقتصر على المجلس.

ولو قال: إن كلمت فلانا فعلي حجة يوم أكلمه ينوي أن يجب عليه يوم يكلمه فكلمه حجة يقضيها متى شاء ولم يكن محرما ما لم يحرم فلا يصير كما لو أوجب الحجة في تلك الحالة؛ لأنه علق بالكلام وجوب الحج لا إنشاء الإحرام فما لم ينشئ الإحرام لا يصير محرما.

ولو قال: إن قلت كذا فأنا أحج بفلان فلا يخلو إما أن نوى به الحج مع فلان أو نوى به إحجاج فلان أو لا نية له، فإن لم يكن له نية أو نوى الحج معه فعليه أن يحج وليس عليه أن يحج بفلان؛ لأن الباء من حروف الصلات وإنها يتعاقب بعضها بعضا فيجوز أن نذكر الباء ويراد به (مع) فيصير كأنه قال أنا أحج مع فلان.

ولو نص على هذا يلزمه أن يحج بنفسه لا غير؛ لأن حجه بنفسه قربة وكون غيره معه ليس بقربة فصح نذره بما فيه قربة دون ما لا قربة فيه، وكذلك إن لم يكن له نية؛ لأن ذلك أدنى وإحجاج غيره أقوى فعند الإطلاق يحمل على الأدنى؛ لأنه متيقن والأعلى مشكوك فيه.

وإن نوى إحجاج فلان لزمه أن يحجه؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن قوله أحج لازم واللازم يصير متعديًا بإلصاق حرف الباء به كما يقال ذهبت به فصحت نيته وإحجاج غيره قربة لا يكون إما بدفع المال إليه أو بالإنفاق عليه وكل ذلك قربة فصح نذره فإن أرسله فأحجه جاز وإن أحج معه جاز؛ لأنه أتى بما نذر.

ولو قال: فعلي أن أحج فلانا لزمه كما ذكر؛ لأنه صرح به وأما الكناية وهو أن يقول لله علي المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى مكة أو الكعبة لزمه حجة أو عمرة والبيان إليه.

ولو قال عليَّ المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام أو إلى زمزم أو إلى أسطوانة الكعبة ونحوه لا يصح نذره عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح.

ولو قال: لله عليّ الذهاب أو الخروج أو الإتيان إلى مكة لا يصح بالإجماع.

لهما: أنه التزم بنذره المشي إلى موضع لا يتهيأ له الوصول إليه إلا بإحرام فيكون هذا المشي وسيلة إلى القربة فيكون قربة فيصح نذره، كما لو قال: لله عليّ المشي إلى بيت الله تعالى بخلاف ما عدا لفظة المشي؛ لأن النص ورد بلفظة المشي لا بغيره من الألفاظ. له: أن القياس أن لا يصح النذر بلفظة المشي إلى المواضع الثلاثة؛ لأن المشي إلى بيت الله تعالى ليس بقربة في نفسه إلا أنا صححنا النذر ثمة ليعرف الناس المقرر بالنص، فإن الناس تعارفوا إيجاب النسك بهذه اللفظة وقد ورد النص مقررا لذلك وهو ما رُوي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إن أختي نذرت المشي إلى بيت الله تعالى حافية حاسرة، فقال صلى الله عليه وسلم لعقبة: "**إنّ اللهَ تعالَى غنيٌّ عَن تعذِيبِ أُختكَ، مُرها فلتركَب ولتحرِم إن شاءَت بحجّةٍ أو عُمرةٍ ولتذبَح لركوبِها شاةً**" فصار إيجاب المشي إلى بيت الله تعالى باعتبار العرف المؤيد بالنص إيجابا للإحرام فصار كأنه قال: علي إحرام فله الخيار إن شاء غير الإحرام للحجة أو للعمرة ولا عرف فيما عدا الألفاظ الثلاثة فبقي على أصل القياس.

وقيل في زمن أبي حنيفة رحمه الله: لم يجر العرف بلفظ المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام بخلاف زمنهما فلهذا اختلف جوابهم.

ولو كان الناذر بالمشي إلى بيت الله تعالى في الكعبة يلزمه؛ لأن المحرم لا ينفك عن مشي أينما كان، فإن ركب فيما لزمه المشي في الكل أو الأكثر منه لزمه دم، وإن ركب في الأقل تصدق بقدره من الكل من قيمة الشاة؛ لأن المشي واجب عليه؛ لأنه التزم قرنه بصفة الكمال وهو الحج أو العمرة ماشيا فلزمته بتلك الصفة كمن التزم الصوم بصفة التتابع إلا أن الشرع رخص له الركوب وأمره أن يجبره بالدم دفعًا للحرج عنه. قال الفقيه أبو جعفر: وإنما يركب إذا بعدت المسافة وشق عليه المشي، فإن قربت ولم يشق عليه المشي ينبغي أن لا يركب.

وكذلك لو قال: إن فعلت فعلي المشي إلى بيت الله تعالى ففعل لزمه إما حجة أو عمرة؛ لأنه علق الوجوب بالشرط وقد وجد الشرط ثم متى يبتدئ بالمشي ومتى يركب ذكر محمد وقت الركوب فقال: في الحجة يركب متى طاف طواف الزيارة وفي العمرة إلى أن يفرغ من السعي؛ لأن انتهاءها بذلك فينتهي المشي أيضًا بذلك ولم يذكر ابتداء المشي واختلفوا فيه قيل حين أحرم؛ لأن المشي إنما يلزمه متى أخذ في أفعال الحج؛ وإنما يأخذ في أفعاله حين أحرم. وقيل: يمشي حين خرج من بيته لأنه كما خرج من بيته فقد أخذ في عمل من أعمال الحج لأن المشي من بيته قبل الإحرام من أفعال حجه اعتبارًا؛ لأنه لا يتوصل إلى الأفعال إلا به، ولهذا لو أوصى أن يحج عنه، فإنه يحج عنه من منزله لا من الميقات.

وقد رُوي عن أبي حنيفة في (المنتقى) ما يدل على هذا، فإنه قال: بغذاذي قال: إن كلمت فلانًا فعليّ حجة ماشيًا، فكلمه بالكوفة يلزمه أن يمشي من بغذاذ.

فإن جعلها عمرة وقرنها بحجة الإسلام جاز ويصير قارنًا؛ لأن بضم حجة الإسلام إلى العمرة المنذورة يزداد الجواز؛ لأن القران أفضل من الإفراد، فإن أداهما راكبا لزمه دمان دم لركوبه في العمرة ودم للقران، وإن أداهما ماشيا فليس عليه إلا دم القران في ظاهر الرواية؛ لأنه أدى العمرة كما التزم ماشيًا.

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمهما الله: عليه دم آخر للعمرة؛ لأنه ترك بعض المشي للعمرة المنذورة؛ لأنه جعل المشي للحجة والعمرة جميعا فيكون للعمرة نصف المشي.

وإن نذر المشي إلى بيت الله ونوى مسجد المدينة أو بيت المقدس لا يلزمه

شيء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، فإن المساجد كلها بيوت الله عز وجل ولو صرح المنوي لا يلزمه شيء فكذا إذا كنى عنه، وإن لم تكن له نية فعلى المسجد الحرام؛ لأن عند الإطلاق هذا اللفظ يراد به الكعبة.

(المنتقى): رجل حلف أن يهدي لفلان على أشفار عينيه إلى بيت الله تعالى أو أحجه على عنقي فلا شيء عليه؛ لأنه لا يراد بهذه اللفظة الإيجاب عرفا.

ولو نذر بحجة ماشيًا فأحرم في الميقات بعمرة تطوعا ثم أضاف إليها الحجة أجزأه ما لم يطف لعمرته وهو قارن ولو أحرم بعدما طاف لعمرته لم يجز وعليه دم لما عرف.

(باب الرجل يحج عن غيره)

فيه فصول:

فصل في جواز الإِحْجَاج[1].

وفصل في الإيصاء به.

وفصل فيما يلزم المأمور في الحج.

(فصل)

ومن قدر على الحج ببدنه لم يجز أن يحج عنه غيره؛ لأن الحج عبادة بدنية والنيابة لا تجري في العبادات البدنية لأنها أوجبت ابتلاء والابتلاء إنما يكون بإتعاب البدن وتحمل المشاق ليحصل به قهر النفس وهذا لا يحصل بفعل غيره.

ومن حج عن الحج ينظر إن كان عجزا لا يزول مثل الزمانة والعمى جاز أن يحج عنه غيره، وإن كان عجزًا يزول كالمرض والحبس، فإن استمر إلى الموت يجزئه، وإن زال العجز لا يجزئه ويلزمه حجة الإسلام، وأصله: حديث الخثعمية وهو ما رُوي أن خثعمية جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: إن فريضة الله تعالى في الحج أدركت أبي وهو شيخ كبير لا يستمسك الراحلة فأحج عنه؟

---

(١) الإِحجاج: أحججْتُ الرَّجُلَ: أي: بعثته ليحج.

فقال عليه السلام: "**حجّي عَن أبيكِ**". فالحديث ورد في الشيخ الفاني الذي لا ترجى منه القدرة على الأداء فعلمنا أن استدامة العجز إلى الموت شرط لجواز النيابة في الحج.

وإن استدام العجز فقد وجد شرط جواز النيابة، وإذا لم يستدم فقد فُقد شرط جواز النيابة كالشيخ الفاني إذا دام عجزه إلى الموت يجوز له الفدية عن الصوم، وإن قدر بطل فداؤه فكذا هذا المأمور بالحج إذا حج يقع الحج عنه تطوعًا وسقط عن الآمر حجة أيضًا.

وعند الشافعي رحمه الله: يقع الحج عن الآمر.

والصحيح قولنا؛ لأن الحج عبادة بدنية؛ لأنه ليس إلا زيارة البقعة المعظمة والوقوف بعرفة والنيابة لا يجري في العبادة البدنية لما بينا فوقع الأفعال عن المأمور، ولهذا يشترط أهلية المأمور دون الآمر ولو كانت الأفعال واقعة للآمر لكان يشترط أهلية الآمر دون المأمور فوقع الحج عن المأمور تطوعا لا فرضا؛ لأن فرض الحج لا يتأدى إلا بنية الفرض أو بمطلق النية ولم يوجد وإنما وجد منه نية الحج عن الآمر إلا أنه سقط الحج عن الآمر؛ لأنه سبب لحصول الحج بالاتفاق فيه فالشرع أقام التسبب مقام المباشرة خلفا عنها في حق العاجز الميؤوس نظرا له كالفدية عن الصوم فأقام مقامه عند العجز عنه.

ولو أحج من لم يحج عن نفسه جاز خلافا للشافعي رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم للخثعمية: "**حجّي عَن أبيكِ**"، ولم يسألها عن الحج عن نفسها، ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولأن سقوط الحج عن الآمر باعتبار تسببه إلى الحج بالاتفاق وفرضية الحج على المأمور لا يمنع وقوع التسبيب من الآمر متى قصد المأمور إيقاع الحج عنه لا عن نفسه فيقع الحج عن الآمر تسبيبا وتصحيحا لقصده والأفضل أن يحج من قد حج عن نفسه؛ لأنه متى حج مرة يكون هو أعرف بأمور المناسك وليكون أبعد من الخلاف، ويكره أن يحج عنه امرأة لأنها ناقصة الأفعال، وكذلك العبد والأمة بإذن المولى لأنهما ناقصة الفضيلة؛ لأن للمولى منعهما ولكن يجوز لأنهما من أهل العبادة.

(فصل)

ومن مات وعليه حجة الإسلام فلا يخلو إما أن أوصى بأن يحج عنه أو لم يوص به، فإن لم يوص بأن يحج عنه لم يلزم الوارث خلافا للشافعي رحمه الله لما مر في الزكاة، ولو أحج الوارث عنه رجلا أو حج عنه بنفسه يسقط عن الميت حجة الإسلام إن شاء الله تعالى، لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم سأله رجل وقال: إن أمي ماتت ولم تحج فأحج عنها؟ فقال عليه السلام: "نَعم". وإنما قرنه بالاستثناء؛ لأن الحكم بالجواز من باب العلم وسقوط الحج بفعل الوارث بغير أمره ثبت بخبر الواحد وهو لا يوجب العلم قطعا فتعلق السقوط بالمشيئة احترازا عن الشهادة على الله تعالى من غير علم قطعا، وإن أوصى بأن يحج عنه فتطوع عنه رجل لم يجز، وكذلك إذا حج عن الشيخ الكبير بغير أمره؛ لأن الفرض عليه هو الإحجاج بالاتفاق والواصل إليه ثواب البقعة ولم يوجد، وإذا أوصى بأن يحج عنه وارثه لم يجز إلا بإجازة سائر الورثة خلافا لزفر؛ لأن هذا يشبه الوصية للوارث بالنفقة؛ لأنه إيصال النفع من ماله بمجرد قوله.

ولو أوصى بأن يحج عنه من ماله فهو على ثلاثة أقسام؛ القسم الأول: لو أوصى بأن يحج عنه مطلقا يحج عنه من ثلث ماله؛ لأنه بمنزلة التبرعات، فإن بلغ ثلثه أن يحج عنه من بلده يجب ذلك؛ لأن الواجب عليه الحج من بلده الذي يسكنه، وكذلك إن خرج لغير الحج ومات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه من بلده، وإذا خرج للحج قال أبو حنيفة رحمه الله يحج من بلده، وقالا: يحج من حيث يبلغ لهما أن خروجه بنية الحج معتد به من الحج ولم يسقط اعتباره بالموت قال الله تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ الآية [النساء: ١٠٠]. له: أن الحج لما لم يتصل بذلك الخروج خرج من أن يكون وسيلة إليه، وإن كان حكم الثواب قائمًا بوعد الله تعالى، ألا ترى أنه إذا خرج بنية الحج ثم أقام في بعض البلاد حتى تحولت السنة فأوصى بالحج عنه يحج عنه من بلده وعلى هذا الوصي لو أحج رجلا فمات في الطريق يحج عنه من حيث يبلغ عندهما خلافا له كالموصي، ولو كان للموصي أوطان حج عنه من أقرب أوطانه إلى مكة؛ لأنه متيقن به، وإن لم يكن

له وطن فمن حيث مات. وعن أبي يوسف رحمه الله: مكي مات بالكوفة فأوصى بحجة حج عنه من مكة وإن أوصى بالقران قرن من الكوفة؛ لأن القران لا يصح من مكة فيجب حمل الوصية على ما يصح.

وذكر أبو الليث في نوازله: رجل له منزل ببلخ ومنزل بنيسابور فمات بطالقان وأوصى بأن يحج عنه، فإن خرج من بلخ حاجا يحج عنه من طالقان، وإن خرج لا حاجا يحج من نيسابور؛ لأنه أقرب أوطانه إلى مكة وإن أوصى بحجتين، فإن خرج حاجا يحج حجة من طالقان وحجة أخرى من نيسابور، وإن خرج لا حاجا يحج كلاهما من نيسابور.

وإذا أحج الوصي من غير بلده، فإن كان ذلك مقدار ما يخرج ويرجع إليه قبل الليل جاز ذلك؛ لأن هذه المسافة لا يعتد بها فصار بمنزلة اختلاف المحال في بلدة واحدة وإن لم يبلغ ثلث ماله، أن يحج عنه من بلده، فالقياس أن تبطل الوصية لأنه لا يمكن تنفيذها على ما قصده الوصي.

وفي الاستحسان يحج عنه من حيث يبلغ؛ لأن قصده إسقاط الفرض عن نفسه، فإن لم يكن على الكمال يصرف إلى قدر الممكن، وإن لم يمكن أن يحج عنه بثلث ماله من مكان بطلت الوصية ويورث عنه.

وإن بلغ الثلث أن يحج عنه راكبا فأحج عنه ماشيا لم يجز؛ لأن الحج راكبًا أكمل وأفضل؛ لأن الإنفاق فيه أكثر فيكون ثوابه للميت أجزل، وإن لم يبلغ الحج راكبًا من بلده ويبلغ الحج ماشيًا من بلده.

قال محمد: يحج عنه من حيث يبلغ راكبًا؛ لأن الله تعالى فرض الحج راكبًا فتصرف الوصية إليه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمها الله: إن أحجوا عنه من بلده ماشيًا جاز، وإن أحجوا راكبًا من حيث يبلغ جاز؛ لأن في كل واحد قصور من وجه وكمال من وجه فاستويا.

وذكر في (**المنتقى**): لو أحج الوصي رجلا ليحج عنه في محمل احتاج إلى ألف ومائتين، وإن حج راكبًا لا في محمل يكفيه ألف وكل ذلك يخرج من الثلث يجب أقلهما؛ لأنه متيقن.

ولو أوصى بأن يحج عنه من غير بلده حج عنه كما أوصى؛ لأن الإحجاج لا يجب بدون الوصية فيجب بمقدار الوصية.

رجل أوجب عليه الحج فمات في طريق الحج ليس عليه أن يوصي بالحج إلا أن يتطوع؛ لأنه لم يؤخر بعد الوجوب.

وأما **القسم الثاني**: وهو ما إذا أوصى بأن يحج عنه بثلث ماله وثلثه يبلغ حججًا فهو على أوجه، إما أن أوصى بأن يحج عنه حجة واحدة أو أوصى بأن يحج عنه وسكت أو أوصى بأن يحج عنه في كل سنة حجة.

فإن أوصى بأن يحج عنه حجة واحدة فما فضل عنها يرد إلى الورثة؛ لأنه مال الميت وقد فضل عن حاجته.

وإن أوصى بأن يحج عنه وسكت فالوصي بالخيار إن شاء أحج عنه في كل سنة حجة، وإن شاء أحج عنه في سنة حججًا؛ لأن الوصي أجمل الوصية وأمر بإنفاق ثلث ماله في طريق الحج إلا أن الأفضل أن يحج عنه في سنة حججًا؛ لأنه تعجيل بتنفيذ الوصية ومسارعة إلى أداء هذه الأمانة وذلك أفضل؛ لأنه ربما يمتلك المال.

وإن أوصى بأن يحج عنه في كل سنة حجة لم يذكره في الأصل.

ورُوي عن محمد رحمه الله في "النوادر": أن هذا وذاك سواء؛ لأن شرط التفريق لا يفيد ولا يعتبر من الشروط ما لا يفيد فصار هذا التنفيذ والإطلاق سواء، ونظير ما ذكر في (**المنتقى**) لو أمر الوصي رجلا أن يحج عن الميت في هذه السنة وأعطاه النفقة فلم يحج حتى مضت السنة وحج من قابل جاز عن الميت ولا يضمن النفقة؛ لأن ذكر السنة للاستعجال لا لتنفيذ الأمر به إذ التقييد لا يفيد فلا يتقيد الأمر بهذه السنة كمن وكل رجلا بعتق عبده أو يبيعه غدًا فأعتقه بعد غد جاز.

ولو أوصى بأن يحج عنه بثلث ماله أو أوصى بأن يحج عنه ولم يقل شيئًا فهلكت النفقة في يد المأمور قال أبو حنيفة رحمه الله: يحج عنه بثلث ما بقي من ماله.

وقال أبو يوسف: يحج بما بقي من ثلث ماله.

وقال محمد: لا يجب شيء.

لمحمد: أن الوصي قائم مقام الموصي في إخراج المال للحج.

ولو دفع الموصي ألفًا إلى رجل ليحج بها عنه بعد موته فهلكت بطلت الوصية فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن محل الوصية الثلث فما بقي شيء منه وجب تنفيذ الوصية فيه.

لأبي حنيفة: أن القسمة لا تصح قبل تنفيذ الوصية؛ لأنه لا خصم هنا ليقبض قسم القسمة فكان تمامها بالصرف إلى جهة الوصية فما لم تصر الوصية منفذة مؤداة لم تصح القسمة فصار كأنه هلك المال قبل القسمة فتنفذ الوصية من ثلث ما بقي كما لو هلك في يد الوصي.

وأما **القسم الثالث**: لو أوصى بأن يحج عنه بمال مسمى، فإن بلغ ذلك أن يحج عنه من بلده يحج من بلده وإلا يحج عنه من حيث يبلغ؛ لأنه يجب الحج بهذا القدر من المال.

(**النوادر**): ولو أوصى بأن يحج عنه بمائة درهم وثلثه أقل من مائة حج عنه بالثلث من حيث يبلغ؛ لأنه لا عبرة للمسمى في الحج، فإنه يجوز النقصان عنه حتى لو حج الوصي عنه رجلا بأقل من مائة جاز؛ لأن الموصى به لا يختلف فصار كأنه أوصى بأن يحج عنه بثلث ماله بخلاف ما لو أوصى بأن يشتري نسمة ويعتق عنه بمائة وثلثه أقل من مائة بطلت الوصية؛ لأن في العتق لا يجوز النقصان عن المسمى حتى لو اشترى نسمة بأقل منه لا يجوز؛ لأنه يختلف الموصى به باختلاف مقدار الثمن ولو أوصى بأن يحج عنه بمائة وبما بقي من ثلثه لآخر وبالثلث لآخر وثلثه مائة يحج عنه بخمسين درهما ولصاحب الثلث خمسون وليس للآخر شيء؛ لأنه لم يبق من الثلث شيء.

(**المنتقى**): ولو أوصى بألف لرجل وأوصى بألف للمساكين وأوصى بأن يحج عنه بألف حجة الإسلام وثلثه يبلغ ألفي درهم يقسم الثلث بينهما أثلاثا ثم ينظر إلى حصة المساكين فتضاف إلى حجة حتى تكمل الحجة فما فضل فهو للمساكين؛ لأن

الحج فريضة والتصدق تطوع والبداية بالفرض أهم، فإن كان عليه حجة وزكاة وأوصى لإنسان يتخاصمون في الثلث ثم ينظر إلى الزكاة فيبدأ بما بدأ به الموصي.

وإن كان فريضة ونذرًا بدأ بالفريضة، وإن كان تطوعا ونذرًا بدأ بالنذر، وإن كان كلها تطوعا أو كلها فريضة أو كلها واجبًا يبدأ بما بدأ به الميت؛ لأنه دل على أنه أهم في حقه.

ولو أوصى بأن يحج عنه بألف درهم وذلك النقد لا يروج في الحج فللوصي أن يصرفها في الدراهم التي تروج في الحج، وإن شاء يدفع الدنانير بقيمتها ولو أوصى بأن يحج عنه ولم يوص إلى أحد فاجتمعت الورثة وأحجوا رجلا عنه جاز.

وإن تكارى الوارث للحج واشترى أداة الحج ثم يعطي رجلا لا يجوز؛ لأن الاستئجار والشراء وقع له فلا يصير دافعًا مال الميت إليه.

(**الجامع**): ولو أوصى بأن يحج عنه فقيل: إن ثلثك لا يبلغ حجة فقال: أعينوا به في الحج، فالقياس أنه باطل لجهالة الموصى له؛ لأنه ينتظم الفقير والغني وهم لا يحصون. وفي الاستحسان: يعان به الفقراء من الحاج؛ لأنه إنما يعان في الحج الفقراء دون الأغنياء فثبت بدلالة الإعانة أنه أراد به الفقراء والثابت دلالة كالثابت صريحا.

ولو أوصى بنسمة فقيل له ذلك، فقال: أعينوا به في الرقاب، أعين به المكاتبون لقوله تعالى: ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ [البقرة: ١٧٧] والمراد به المكاتبون فتكون الوصية لله تعالى.

ولو قال: أحجوا فلانا حجة، ولم يقل عني، ولم يسم، كم يُعطى، فإنه يعطى قدر ما يحجه وله أن لا يحج به؛ لأنه لما لم يقل عني كان وصية بالمال له بقدر ما يحج به وأشار عليه بصرفه إلى جهة فكان مخيرا فيه كمن وهب ثوبا لإنسان ليلبسه.

(فصل)

وكل دم يلزم الحاج عن غيره فهو عليه إلا دم الإحصار، فعلى وصي الميت أن يبعث الهدي من مال الميت لينحر فيحل وهذا عندهما.

وعند أبي يوسف رحمه الله: على الحاج كان نفعه يعود إلى المأمور دون الآمر؛ لأن نفع الآمر في مضيه على الإحرام دون الخروج عنه. له: أن المحصر لا صنع له في التزامه وإنما لزمه ضرورة التخلص عن مشقة السفر والآمر أوقعه في هذه المشقة فعليه التخليص عن مشقة السفر بخلاف سائر الدماء لأنها وجبت بفعله وقوله من مال الميت قيل من ثلث ماله؛ لأنه صلة وقيل من جميع ماله؛ لأنه وجب حقا للمأمور فصار دينا نظيره.

رجل أوصى بأن يباع عبده هذا ويتصدق بثمنه على المساكين فباع الوصي وسلمه وقبض ثمنه فضاع الثمن عنده ثم استحق العبد غرم الوصي الثمن للمشتري ويرجع في جميع المال عند أبي حنيفة؛ لأن ذلك حق الوصي ليتخلص فصار دينا له، وعن محمد أنه يرجع في ثلث ماله؛ لأنه من توابع الآمر بالصدقة فصار صلة.

ولو أفسد الحج بالجماع قبل الوقوف بعرفة ضمن ما أنفق من مال المحجوج عنه؛ لأنه مأمور بحج صحيح، فإذا أفسد فقد خالف فيضمن وعليه القضاء.

وإن فاته الحج صنع كما يصنع فائت الحج ولم يضمن النفقة؛ لأنه لم يخالف والفوات حصل لا بصنعه وعليه الحج قابل من مال نفسه؛ لأن الحجة لزمته بالدخول، فإذا فاتت لزمه قضاؤها.

وإذا مات الحاج عن الميت بعد الوقوف بعرفة أجزأه عن الميت، وإن لم يمت وانصرف إلى منزله قبل الطواف للزيارة يعود للطواف بغير إحرام بنفقته ويقضي ما بقي؛ لأن هذا من جنايته وما فضل من النفقة بعد رجوعه يرده على الورثة؛ لأنه فضل عن حاجة الميت؛ لأن النفقة لا تصير ملكا للحاج؛ لأن الاستئجار على الطاعة لا يجوز ولكن ينفق المال على حكم ملك الميت في الحج، فإذا فرغ من الحج يجب صرفه إلى الورثة إلا أن يكون الميت أوصى بالفضل للحاج فيكون له عند بعضهم وعند بعضهم لا يجوز الوصية لأنها وصية بالمجهول والأصح أنه يجوز؛ لأنه يصير معلومًا بالحاج ويحج الوصي بما بقي من النفقة إنسانا من حيث يبلغ وهذا إذا أوصى بمال معين أن يحج به وإلا فهو على الخلاف الذي مر.

(**المنتقى**): وإذا مرض المأمور في الطريق لم يجز أن يدفع النفقة إلى غيره إلا

أن يكون الآمر أذن فيه؛ لأنه مأمور بالحج غير مأمور بالإحجاج.

ولو ضاع المال منذ قبل الإحرام فأنفق من عنده حتى قضى حجة لم يجز عن الميت؛ لأن الشرع أقام التسبيب مقام الحج وذا بالإنفاق في كل الطريق من مال الميت ولم يوجد.

ولو ضاع بعد الإحرام جازت الحجة عن الميت ولم يرجع بما أنفق على أحد؛ لأنه متبرع به والإحرام متى وقع للآمر يقع أفعال الحج له تسبيبا ولوصي الميت أو لورثته أن يسترد المال عن المأمور ما لم يحرم؛ لأن المال أمانة في يده، وإن أحرم حين أراد الأخذ منه فله أن يأخذه ويكون إحرامه تطوعا عن الميت، فإن استرد فنفقته إلى بلده في مال الميت؛ لأنه خرج بأجره للعمل له.

وذكر في الفتاوى: إن استرد لخيانة ظهرت منه فالنفقة في ماله، وإن استرد لا لخيانة بل لجهله بأمور المناسك أو لضعف رأي فيه فالنفقة في مال الميت؛ لأنه استرد لمنفعة الميت.

ولو دفع إلى رجل مالا ليحج به عنه فأهل بحجة ثم مات الآمر فللورثة أن يأخذوا ما بقي من المال منه ويضمنوه ما أنفق منه بعد موته ولا يشبه الورثة الآمر في هذا؛ لأن نفقة الحج كنفقة ذوي الأرحام فتبطل بالموت ويرجع المال إلى الورثة.

(باب ما يخالف الحاج عن غيره وما لا يخالف)

فيه فصول:

فيما يخالف بالإحرام.

وفصل فيما يخالف في الفعل.

وفصل فيما يخالف في النفقة.

(فصل)

المأمور بالحج لو أحرم بحجتين إحداهما عن نفسه والأخرى عن الآمر ثم رفض

التي أهلّ بها عن نفسه تكون الباقية عن الآمر كأنه أهلّ بها وحدها.

ولو أمره رجلان بالحج فأهلّ بحجة عنهما ضمن لهما مالهما؛ لأنه لا يتصور أن يوقع لهما وليس أحدهما بأولى من الآخر، وكذلك لو أمره أحدهما بالحج والآخر بالعمرة ولم يأمره بالجمع فجمع يرد مالهما؛ لأن كل واحد منهما أمره بإخلاص السفر له وبإنفاق ماله في كل السفرة ولم يفعل، فإن أمره بالجمع جاز؛ لأنه وافق والهدي على المحرم؛ لأنه لو كان مأمورًا بالقران من جهة واحدة قدم القران على المحرم؛ لأنه دم نسك فكذا هنا.

ولو أمره رجلان كل واحد أن يحج عنه فأحرم عن أحدهما لا بعينه يصرفه إلى أيهما شاء عندهما.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يجوز عن أحدهما؛ لأن كل واحد أمره بالتعيين، فإذا أبهم صار مخالفا كإتيان أمره كل واحد منهما بشراء عبد له فاشترى لأحدهما يلزم المأمور.

لهما: أن الإحرام شرط الأداء وليس من الأداء فكل تبعا للأداء والتعيين يعتبر في المقصود وهو الإفعال لا في التبع فالإبهام لا يمنع صحة الإحرام وإنما يمنع صحة الأداء وهذا الإبهام يتصور دفعه بتعيين الأداء فصلح الإحرام شرطا للأداء بواسطة التعيين فلا يقع العجز عن الامتثال فلا يتحقق الخلاف وصار كمن أحرم مبهمًا فله حق التعيين فكذا هذا بخلاف ما لو أتى بفعل من أفعال الحج قبل التعيين؛ لأن العمل مقصود بالأمر وهو المستحق عليه فيعتبر فيه التعيين، فإذا لم يعين وقع عن المأمور ولا رواية في مسألة الوكالة ويحتمل أن يصير مخالفا؛ لأن الشراء ثمة بمنزلة الأداء والأداء عن أحدهما مبهما غير ممكن.

ولو أحرم وسكت عن المحجوج عنه معينا ومبهما ينبغي أن يصح للتعيين بالإجماع، وكذلك لو أهلّ بالحج عن أحد أبويه فله أن يجعله في أيهما شاء وفي رواية أبي حفص عن أبي يوسف أدى ذلك عن نفسه، وعلى ظاهر الرواية يحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين هذه وبين الأولى والفرق له أن الولد فيما يفعل لأبويه غير مأمور به بل هو متبرع بإنشاء العمل يجعل ثوابه لأبويه قاصدًا البر بأحدهما والبر

إنما يحصل بما بقي بعد الإحرام لا بما مضى، فأما المأمور بالحج بأمور يجعل جميع أفعال الحج للآمر ولا يمكنه أن يجعل الإحرام للآمر؛ لأنه مضى وانقضى.

ولو خرج المأمور بالحج يريد العمرة عنه ناسيا لوصيته فقدم بالكوفة ثم ذكر ذلك فأحرم عنه بحجة يجزئه؛ لأنه خرج على إرادة الإحرام عنه.

(فصل)

ولو أمره بالإفراد بحجة أو عمرة فقرن فهو مخالف ضامن للنفقة عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز للميت ودم القران على الحاج؛ لأنه أتى بما أمر به؛ لأنه مأمور بقطع جميع المسافة بحجة الأمر وقد قطع جميع السفرة للحجة؛ لأن العمرة تبع للحجة متى أدي مع الحجة؛ لأن العمرة من الحجة بمنزلة التطوع من المكتوبة والتطوع يقع تبعا للفرض إذا أدي مع الفرض، فإذا نوى بالعمرة عن الميت وقعت العمرة للميت تبعا للحجة فصارت السفرة كلها للحجة معنى.

لأبي حنيفة: أنه أمره بتجريد السفرة للحجة بأن يقطع جميع السفرة بنفقة الآمر في حجته وقد أنفق من مال الآمر في عمرة نفسه؛ لأن العمرة لم تقع عن الآمر؛ لأنه ما أمره بالعمرة فوقع عن المأمور فصار كأنه حج عنه واعتمر لنفسه يصير مخالفا وكذا هذا.

ولو أمره بالحج فاعتمر ثم حج من مكة فهو مخالف؛ لأنه مأمور بحج ميقاتي.

ولو أمره بالعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه لم يكن مخالفا؛ لأنه أتى بالعمرة للآمر أولا ثم حج لنفسه والنفقة في مقدار مقامه للحج في ماله؛ لأنه أقام لمنفعة نفسه.

وإن حج أولا ثم اعتمر، فإنه يصير مخالفًا؛ لأنه جعل جميع المسافة للحجة وإنه لم يؤمر به فصار مخالفًا، وإن كانت الحجة أفضل من العمرة؛ لأنه خلاف من حيث الجنس كالوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار.

وذكر في (**المنتقى**): المأمور بالحج إذا بدأ بالحج عن الميت ثم بالعمرة لنفسه

لا يضمن النفقة وما دام مشغولًا بالعمرة فنفقته في ماله؛ لأنه عامل لنفسه، وإذا فرغ منها فنفقته في مال الميت حتى يرجع إلى منزله، وإن بدأ بالعمرة لنفسه ثم بالحج عن الميت يضمن النفقة؛ لأنه خالف أمره.

وقال محمد: إذا حج عن الميت وطاف للحجة ثم أضاف إليها عمرة عن نفسه لم يكن مخالفًا؛ لأنه وجب عليه رفض العمرة فصار وجودها وعدمها سواء، ولو جمع بينهما على هذه الصفة ثم وقف بعرفة ورفض العمرة لم ينفعه ذلك؛ لأنه إذا أحرم صار مخالفًا فلا يتغير حكمه بعد.

(فصل)

وإذا دفع إلى رجل مالا ليحج عن ميت فأنفق المأمور شيئًا من مال نفسه فهو على وجهين: إما أن كان في مال الميت وفاء بالنفقة أو لم يكن، فإن كان فيه وفاء بالنفقة لا يصير مخالفًا ويرجع بما أنفق من مال الميت استحسانًا ولا يرجع قياسًا؛ لأنه تبرع بالإنفاق من مال نفسه. وجه الاستحسان: أنه مأمور بالإنفاق، والإنفاق أن يشتري مأكولا ويستأجر مركوبا والثمن والأجرة يجب في ذمته، فإذا أدى من ماله ليرجع به في مال الميت جاز كالوكيل بالشراء إذا اشترى وأدى الثمن من ماله رجع على الموكل، وكما لو دفع إلى رجل ألف درهم ليقضي به دينه فقضى الوكيل من ماله جاز ويرجع به في مال الموكل فكذا هذا، وإن لم يكن في مال الميت وفاء بالنفقة فأنفق شيئًا من ماله ينظر إن كان أكثر النفقة من مال الميت جاز ووقع الحج عن الميت وإلا فلا.

وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لأن الشرع أقام التسبيب بالنفقة مقام مباشرة الحج وهذا التسبيب بالإنفاق، وكذا الآمر في البعض دون البعض فكأنه وجد منه بعض الأفعال دون البعض. وجه الاستحسان: أن المأمور لا يمكنه الإنفاق على نفسه في جميع الطريق من مال الأمر؛ لأنه لا بد له من أن يدعى إلى ضيافة في الطريق فيأكل منه فلو صار المأمور بذلك مخالفا لضاق الأمر على الناس فصار قليل الإنفاق من مال نفسه معفوًا للضرورة والكثير لا لعدم الضرورة فجعلنا الفاضل بينهما الأكثر؛ لأنه يقوم مقام الكل فكأنه كان جميع النفقة من مال الميت.

(فصل)

المأمور بالحج إذا أخذ طريقًا أخرى أبعد وأكثر نفقة، فإن كان الحاج يسلك فله ذلك كبغدادي ترك طريق الكوفة وسلك طريق البصرة حتى أخذ منه النفقة لا يضمن؛ لأنه ربما يكون الذهاب في هذا الطريق أيسر.

ولو خرج المأمور بالحج قبل أيام الحج ثم يرتحل وينفق من مال الميت حتى يتحقق الأمر إلى بغداد أو إلى الكوفة ثم يقيم بها وينفق من مال نفسه حتى جاء أوان الحج ثم يرتحل وينفق من مال الميت حتى يتحقق التسبيب وهو الإنفاق في الطريق من مال الميت.

ولو أنفق في إقامته من مال الميت يضمن؛ لأنه أنفق بغير إذن الآمر، وكذلك إن نوى الإقامة خمسة عشر يوما بمكة لا ينفق من مال الآمر وما دون خمسة عشر ينفق؛ لأن الآمر أذن له بالإنفاق من ماله حالة السفر لا حالة الإقامة وبالإقامة خمسة عشر انقطع حكم السفر وصار مقيما فبطلت وانقطعت نفقته عن ماله؛ لأن هذه الإقامة ليست لأجل النسك وبما دونها لا ينقطع حكم السفر ولا بد له من قليل مكث وإقامة فلا تنقطع نفقته عن مال الآمر، ولو ترك الإقامة تعود النفقة؛ لأن المانع عن استحقاق النفقة هو الإقامة وقد زال.

ورُوي عن أبي يوسف أنه ينفق من مال نفسه؛ لأنه بطلت نفقته عن مال الميت فلا يعود، وإذا أخذ ألفًا يحج بها عن ميت فخلطها بدراهمه فقد ضمنها، فإن حج بعد ذلك أجزأه عن الميت ولا يرجع الوصي عليه بشيء إلا بما فضل من النفقة.

المأمور بالحج لا بأس به بالنهد في الطريق وهو أن يخلط الدراهم للنفقة مع الرفقة للعرف وله أن يعطي أجر الحمام وأجر الحارس وغير ذلك ما يفعله الحاج؛ لأن ذا معروف والمعروف كالمنصوص.

ولو اشترى المأمور منها حمارًا فركبه يجزئه، ولو اشترى بها متاعًا لنفسه للتجارة وحج بمثلها عن الميت يرد والحج عن نفسه، ذكره في (**المنتقى**).

وروى هشام عن أبي يوسف قال: يتصدق بالربح وقد أجرت الحج عن الميت

في قول أبي حنيفة وهو الأصح كما لو خلطها بدراهم نفسه حتى صار ضامنا ثم حج عن الميت وفي قولي الربح له.

ولو أوصى بأن يعطي بعيره هذا رجلا ليحج عنه فدفع إلى رجل وأكراه الرجل وأنفق الكري على نفسه في الطريق وحج ماشيًا جاز عن الميت استحسانًا وإن خالف أمره وهو الأصح؛ لأنه لما ملك أن يبيعه ويحج بثمنه وجب أن يملك أن يؤاجره ويحج ببدل المنفعة؛ لأنه لو لم يملك ذلك تكون الأجرة له ولا يصير ضامنا للنفقة كالغاصب لو أجر يكون الأجر له فيقع الحج للمأمور فيتضرر الميت فوجب أن يملك الإكراء نظرًا للميت ثم يرد البعير إلى ورثة الميت؛ لأنه ملك المورث.

رجل مات وترك ابنين وأوصى بأن يحج عنه بثلاثمائة وترك تسعمائة فأنكر أحدهما وأقر الآخر وأخذ كل واحد نصف المال ثم إن المقر دفع مائة وخمسين فحج عن الميت ثم أقر الآخر، فإن حج بأمر القاضي يأخذ المقر من الجاحد خمسة وسبعين درهما؛ لأنه جاز الحج عن الميت بمائة وخمسين وبقي مائة وخمسون ميراثا لهما فيكون لكل واحد نصفه، وإن حج لا يأمر القاضي بحج مرة أخرى بثلاثمائة؛ لأنه لم يجز الحج عن الميت؛ لأنه أمره بثلاثمائة، ولو رجع المأمور عن الطريق وقال: منعت لم يصدق ويضمن ما أنفق إلا أن يكون أمرًا ظاهرًا على صدق مقالته؛ لأن سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق إلا بدليل ظاهر.

المأمور بالحج إذا قال: حججت عنه وأنكرت الورثة فالقول قوله مع يمينه لأنهم أرادوا الرجوع عليه بالنفقة وهو ينكر إلا إذا كان للميت دين على إنسان فقال: حج عني بهذا المال فحج عنه بعد موته لا يصدق إلا ببينة؛ لأنه يدعي الخروج عن عهدة ما عليه والورثة ينكرونه.

(باب ما يَحْرُمُ من قتل الصيد على المحرم وما لا يحرم)

فيه فصلان:

فصل في معرفة الصيد.

وفصل فيما يحرم منه وما لا يحرم.

(فصل)

الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش في أصل الخلقة إما بجناحه أو بقوائمه.

وصيد البر ما كان توالده ومثواه فيه.

وصيد البحر ما كان توالده ومثواه في الماء والمعتبر هو التوالد؛ لأنه هو الأصل والكينونة بعده أمر عارض فيعتبر الأصل.

فالدجاج والبط الأهلي لم يكن صيدًا؛ لأنه غير متوحش بأصل الخلقة والبط الذي يطير صيد؛ لأنه متوحش بجناحه والحمام المُسَرْوَل[1] صيد؛ لأنه متوحش باعتبار أصل الخلقة.

وإن ألف الناس بعارض؛ لأن العارضي لا يبدل حكم الأصلي كالظبي وحمار الوحش يألفه الناس لا يخرج عن كونه صيدًا، فإن قيل أليس أنه لا يحل بذكاة الاضطرار وإنه إذا رمى سهما إلى برج حمام فأصابه ومات لا يحل، ولو كان صيدًا لحل بذكاة الاضطرار والجواب عنه أن مشايخنا اختلفوا فيه قيل يحل بذكاة الاضطرار وقيل لا يحل ولكن ليس كل ما لا يحل بذكاة الاضطرار يدل على أنه لا يكون صيدًا، ألا ترى أن الصيد بعد الأخذ يذكى والفرج لا يحل بذكاة الاضطرار.

ولو قتله فعليه الجزاء فالحل بذكاة الاضطرار معلق بالعجز عن ذكاة الاختيار لا بكونه صيدًا ولا عجز هنا عن ذكاة الاختيار؛ لأن الحمام يأوي إلى البرج فيمكنه أخذه والضب واليربوع والسمور والسنجاب ونحوه صيد؛ لأنه ممتنع متوحش، وكذلك القرد والخنزير والفيل حتى يلزمه الجزاء بقتله.

وقال زفر: لا شيء في الخنزير والقرد.

والصحيح قولنا؛ لأنه ممتنع متوحش بقوائمه وحرمة التناول لا تخرجه عن كونه صيدًا كالثعلب وعن أبي حنيفة السنور الأهلي والوحشي والكلب العقور وغير

---

(١) المُسَرْوَلُ من الحَمامِ: ما كان في رجليه ريش.

و- من الخيل: ما جَاوَزَ بياض تَحْجيله العَضُدَيْن والفَخِذَيْن.

العقور ليس بصيد؛ لأنه عين متوحش بأصل الخلقة والسباع كلها صيود حتى يجب الجزاء بقتلها خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا؛ لأنه ينطلق عليها اسم الصيد لغة قال الشاعر:

صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال

ولأنه ممتنع متوحش لا يمكن أخذه إلا بحيلة وضرر لا يتصل بنا لبعده عنا فيكون مضمونا كاليربوع هو مؤذٍ بطبعه لكن ضرره لما لم يصل بنا كان مضمونا.

(فصل)

الصيد نوعان: صيد البر وصيد البحر.

فصيد البحر: وهو السمك وكل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] وصيد البر محرم على المحرم لقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ إلا ما استثني منه وهو الفواسق وهم: الذئب والأسد والفأرة والغراب والحدأة والحية لقوله صلى الله عليه وسلم: "**خمسٌ مِن الفَواسقِ يُقتلنَ في الحلِّ والحرم: الحيّةُ والعقربُ والفأرةُ والحدأةُ والكلبُ العقورُ**"[1]. وفي رواية: "**الغراب الأبقع**". وفي رواية: "**السّبعُ الغادي**" وهو الذئب والأسد.

وقال أبو يوسف: الغراب المستثنى ما يأكل الجيف؛ لأنه هو الذي يبتدئ بالأذى وطير البحر كطير البر لا يحل ذبحه؛ لأن مبيضه ومفرخه في البر ويعيش في البحر والبر جميعا فكان صيد البر من وجه فاجتمع الحظر والإباحة فغلب الحظر الإباحة، ولو صال عليه السبع فقتله فلا شيء عليه خلافا لزفر؛ لأن الإحرام أوجب ترك التعرض لا تحمل الأذى بدليل أنه لا يحرم قتل الفواسق، فإذا لم يجب تحمل الأذى لم تثبت عصمته وحرمته في حال الأذى فلم يباشر محظور إحرامه بخلاف الجمل الصائل؛ لأن الأصل فيه حرمة الإتلاف حقا لمالكه إلا أنه عند توجه الهلاك رخص له الدفع بشرط الضمان نظرًا للمالك ولا كذلك الصيد.

---

(١) أخرجه مسلم (١١٩٩) (٧٩). وابن حبان (٣٩٦٢).

(**المنتقى**): وإذا تعرض للمحرم شيء من ضواري الطير، فإن أمكنه دفعه عنه بغير سلاح فقتله فعليه الجزاء، وإن لم يمكن دفعه إلا بسلاح مثل العقاب والنسر فلا شيء عليه؛ لأن المباح له دفع الشر دون القتل فمهما أمكنه بدون القتل لا يحل له قتله وهذا في غير الفواسق، فأما في الفواسق يحل له قتله مبتدأ كان أو دافعا لإطلاق النص وليس في قتل هوام الأرض كالقنافذ والخنافس ونحوها شيء؛ لأن الهوام ليس بصيد وليس في قتل البرغوث والبعوض والذباب وصياح الليل والزنبور والنملة والحلمة شيء؛ لأن هذه الأشياء ليست بصيود ولا من النفث لأنها لا تتولد من البدن وهي أيضًا مؤذية بطباعها ويكره قتل القملة وما تصدق به فهو خير منها.

وقال الشافعي رحمه الله: إن أخذه من الرأس فعليه الجزاء، وإن أخذها من موضع آخر فلا جزاء عليه.

والصحيح قولنا؛ لأنها متولدة من البدن وفي إزالتها إرفاق وقضاء تفث بمنزلة إزالة الشعر، وعن أبي يوسف يتصدق بكف من طعام، وعن محمد بكسرة خبز، ولو قتلها وهي على الأرض فلا شيء عليه لأنها ليست بصيد وهي مؤذية.

محرم وقع في ثيابه قمل كثير فألقى ثيابه في الشمس ليموت القمل فمات فعليه نصف صاع من حنطة؛ لأنه تسبب لقتلهم، ولو ألقى ثوبه ولم يقصد به قتل القمل فمات من حرارة الشمس فلا شيء عليه؛ لأنه لم يتسبب لقتله بل قصد إلقاء الثوب لا غير، ألا ترى لو غسل ثيابه فمات القمل فلا شيء عليه.

محرم أخذ قملتين أو ثلاثا من رأسه أطعم قبضة من طعام، وإن كان كثيرا أطعم نصف صاع من طعام؛ لأن طعام المسكين مقدر بنصف صاع وقد كثر الارتفاق فيكثر الجزاء.

محرم دفع ثوبه إلى حلال ليقتل ما فيه من القمل فقتله فعلى الأمر جزاؤه؛ لأن فعل المأمور كفعله، وكذلك لو قال لحلال: ارفع هذا القمل عني.

محرم قتل كلب الماء فلا شيء عليه؛ لأنه صيد البحر وفي الجرادة تمرة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة.

مملوك أصاب جرادة في إحرامه إن صام يوما فقد زاد، وإن شاء جمعها حتى يصير عدة جرادات فيصوم يوما.

محرم ذبح سلحفاة فلا شيء عليه؛ لأنها من جملة الخبائث فلا تستوجب أمانا فحل للمحرم قتلها كالفأرة والوزغة.

(باب معرفة جزاء الصيد)

محرم قتل صيدًا، يُنظر إن كان صيدًا له مثل من النعم في المنظر كالظبي وحمار الوحش والنعامة فعليه قيمته، يحكم به ذوا عدل في الموضع الذي قتل فيه أو في أقرب المواضع إليه عندهما.

وقال محمد ومالك والشافعي رضي الله عنهم: عليه مثله خلقة ومنظر فيكون في النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة وفي الضبع شاة وفي الظبي شاة وفي الأرنب عناق وفي اليربوع جفرة.

وإن كان صيدًا لا مثل له من النعم كالحمامة والعصفور والطيور الصغار ففيه القيمة بالإجماع وأصله قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] قالوا: المراد بالمثل نظيره من النعم خلقة وصورة لا المثل من حيث القيمة بدليل أنه أوجب المثل من النعم لا من القيمة فمن أوجب مثلا بالقيمة فقد خالف. وقالا: المراد به المثل من حيث القيمة؛ لأن الله تعالى وصف الجزاء بكونه مثلا والمثل المعقول المعهود في الشرع هو المثل صورة ومعنى أو معنى بلا صورة كما في ضمان المتلفات، فأما المثل صورة بلا معنى فلا نظير له في أصول الشرع والمثل صورة ومعنى متعذر هنا فيجب حمل المثل على المثل من حيث المعنى ليمكن العمل بعموم الآية دل عليه قوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾، ولو كان الواجب هو المثل خلقة لم يحتج إلى حكم العدلين إذ ذلك يعلم مشاهدة وعيانا وإنما يحتاج إلى حكم العدلين في القيمة التي يتفاوت الناس فيها ليثبت صدق الحكمين في الإخبار عن قدر القيمة بعدالتهما.

ثم إذا ظهرت قيمة المقتول فالقاتل بالخيار إن شاء كفر بالهدي، وإن شاء بالطعام، وإن شاء بالصوم لقوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ الآية، فإن اختار التكفير بالهدي، فإن بلغ قيمته هديا اشترى بها شاة وذبحها في الحرم، وإن ذبحها في الحل لم يجزه من الهدي وأجزأه من الطعام إذا تصدق بلحمه على الفقراء على كل فقير قدر قيمة نصف صاع من حنطة فيجزئه بدلا عن الطعام إذا بلغت قيمته وإلا فيكمل؛ لأن أداء الواجبات بالقيمة جائز عندنا وإنما لم يجزئ الهدي؛ لأن النص قيده بمكان مخصوص وما لم تبلغ قيمته ثمن جذع من الضأن أو ثني من المعز صام فيه أو أطعم عند أبي حنيفة وعندهما الشافعي رحمه الله يذبح العناق والحمل في جزاء الصيد لقوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾، ولم يفصل.

ورُوي عن الصحابة رضي الله عنهم أنهم حكموا في الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة لأبي حنيفة رحمه الله أن الواجب مسمى باسم الهدي ومطلق اسم الهدي لا يتناول هذا في متعارف الشرع كما في هدي المتعة والقران وذلك؛ لأن إراقة الدم إنما عرفت قربة نصًّا لا عقلا والنص إنما جعل الإراقة قربة في الثني والجذع من الضأن فلا يكون قربة فيما دونهما فلا يتأدى به جزاء الصيد كذبح الظبية والأثر محمول على التصدق بعينه دون إراقة الدم حتى لو تصدق بالمذبوح وقيمته مثل قيمة المقتول أجزأه.

ولا يقوم في الجزاء على المحرم إلا قيمته لحما نحو أن يكون بإزاء صيودا أو حماما ما يجيء من المواضع؛ لأن الضمان يتعلق بكونه صيدًا والصناعة أمر عارض فلا يختلف به الحكم، وإن اختار التكفير بالإطعام اشترى بها طعاما وأعطى كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعيرا أو صاعا من تمر، وإن اختار التكفير بالصوم صام عن كل نصف صاع يوما فإن بقي منه مد صام له يوما، وإن شاء أعطاه مسكينا بخلاف كفارة اليمين، فإنه لا يجوز الجمع بين الإطعام والصوم فيها والفرق أن في كفارة الصيد الصوم أصل كالإطعام حتى يجوز الصوم مع القدرة على الإطعام فجاز الجمع بينهما وإكمال أحدهما بالآخر، فأما في كفارة اليمين

الصوم شرع بدلا عن المال حتى لا يجوز الصوم مع القدرة على التكفير بالمال والجمع بين البدل والمبدل ممتنع لأنهما متنافيان فلا يتصور إتمام أحدهما بالآخر وله أن يفرق الصوم في جزاء الصيد؛ لأنه أمر بالصوم مطلقا عن صفة التتابع، وإن زادت قيمته على قيمة هدي ولا تبلغ تلك الزيادة هديا فهو في الزيادة بالخيار إن شاء صرفها إلى الطعام أو الصوم.

وذكر الكرخي عن محمد كذلك؛ لأن هذه الكفارة شرعت بكلمة أو فيكون الخيار إلى المكفر لا إلى غيره ككفارة اليمين ولأن الاختيار شرع رفقا لمن عليه فوجب أن ينفرد به وإنما التحكيم لمعرفة القيمة.

وذكر الطحاوي عن محمد وهو قول الشافعي رحمهم الله: الخيار إلى الحكمين لقوله تعالى: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا﴾، فقد انصب الهدي لوقوع الحكم عليه معناه يحكم الحكم هديا عليه إن شاء طعاما، وإن شاء صوما، قلنا: هذا دليلنا؛ لأن الله تعالى عطف الطعام والصيام على الجزاء دون الهدي؛ لأنه لا يصلح أن يكون عطفا على الهدي؛ لأنه خالفه في الإعراب؛ لأن قوله أو كفارة بالدفع لا يصلح عطفا على قوله هديا بالنصب وما نصبه لوقوع الحكم عليه وإنما نصبه على التفسير، فإنه تفسير لقوله به؛ لأن الهاء مجملة ففسر بقوله هديا فيصير معناه يحكم به ذوا عدل منكم بالهدي.

ولا يجزئ من الطعام أن يعطي مسكينا أقل من نصف صاع أو قيمته؛ لأن النص جعله كفارة وفي الكفارة لا يجزئ أقل من ذلك ويجوز التصدق بجميع الهدي على مسكين واحد كما في هدي المتعة والقران ولا يعطي كل مسكين أكثر من نصف صاع؛ لأن وظيفة كل مسكين مقدرة بنصف صاع ولا نجوّز أن يعطي الطعام إلى مسكين واحد لقوله تعالى: ﴿أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ﴾، فوجب عليه مراعاة عدد المساكين كما في كفارة اليمين.

فإن أعطى كل مسكين نصف صاع من حنطة ففضل منه شيء أعطاه مسكينا؛ لأن الواجب عليه مراعاة المقدار وعدد المساكين وهنا قدر على مراعاة عدد المساكين فلزمه وعجز عن مراعاة المقدار فسقط عنه بخلاف كفارة اليمين لأنها

مقدرة بإطعام عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع لا يزيد ولا ينقص فأما كفارة الصيد مقدرة بقيمة الصيد وقيمته تزداد وتنقص.

ولا يتصدق بشيء من جزاء الصيد على من لا تقبل شهادته له ويجوز على أهل الذمة والمسلم أحب إليَّ؛ لأنه كفارة، ولو أكل من جزاء الصيد غرم قيمة ما أكل؛ لأنه أتلف مالا لزمه التصدق به ويتصدق بها إن شاء على مسكين أو مساكين؛ لأنه بدل اللحم، ولو تصدق باللحم على مسكين واحد أجزأه فكذا بدله، ولو قتل المحرم صيدًا خطأ فعليه الجزاء؛ لأن العمد والخطأ يستوي في محظورات الإحرام لما مر وإنما خص الله تعالى العامد بالذكر بقوله: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا﴾؛ لأنه ذكر الوعيد عليه بقوله ليذوق وبال أمره وإنه مختص بالعمد وليس في الآية نفي الجزاء عن قتل الخطأ بل هي ساكتة عنه وما لا يؤكل لحمه كالسباع ففيه الجزاء لا يجاوز به دمًا وينقص منه.

وقال زفر: يجب بالغة ما بلغت.

لنا: أن المجاوزة عن الدم لاعتبار القيمة وغير مأكول اللحم ليس بمتقوم من كل وجه؛ لأنه لا ينتفع بلحمه وإنما ينتفع بجلده وقيمته لكونه صيدًا لا يزيد على شاة وعلى القارن قيمتان لا تجاوز دمين؛ لأنه جنى على إحرامين.

(باب قتل المحرم الصيد وجرحه والدلالة عليه)

فيه فصول:

فصل في قتله.

وفصل في جرحه.

وفصل في أخذه.

وفصل في الدلالة عليه.

(فصل)

الأصل: أن الواجب بقتل الصيد كفارة وبدل.

وعند زفر: كفارة محضة.

وعند الشافعي رحمه الله: بدل محض.

لزفر: إن هذا جزاء واجب بارتكاب محظور الإحرام لا بدلا عن المتلف؛ لأن من شرط وجوب البدل أن يكون المتلف مالًا متقومًا والصيد قبل الإحرام غير متقوم؛ لأنه مباح والمباح لا يتقوم إلا بالإحراز فلم يمكن أن يجعل بدلا فجعل كفارة.

والصحيح قولنا؛ لأنه اجتمع سبب وجوب الكفارة وهو الجناية على الإحرام بارتكاب محظور وسبب وجوب البدل وهو إتلاف صيد متقوم؛ لأن الصيد قبل الإحراز متقوم؛ لأنه ثبت تقومه وحظره بحرمة القتل، ولهذا يتقدر الواجب بقيمة المحل كما في صيد الحرم ثبت تقومه بحرمة القتل فجعلنا الواجب بدلا من وجه وكفارة من وجه عملا بالسببين، ولهذا سماه الله تعالى كفارة بقوله تعالى: ﴿أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ﴾، واعتبر المماثلة بين المقتول وبين الجزاء والمماثلة تشترط بين البدل والمبدل فيثبت معنى البدلية بذكر المماثلة دلالة ومعنى الجزائية بذكر الكفارة نصًا فاعتبرناه كفارة في حق الجناية على الإحرام لدفع إثمها فاعتبرناه بدلا في حق الجناية على الصيد؛ لأنه تلف بإتلافه جماعة محرمين قتلوا صيدًا واحدًا فعلى كل واحد جزاء؛ لأن الواجب كفارة في حق الجاني وجبت جزاء على فعله وفعل كل واحد جناية على حدة فتعذر الجزاء بتعذر الجناية كما في كفارة القتل بخلاف جماعة محلين قتلوا صيد الحرم فعليهم جزاء واحد؛ لأن الواجب ثمة بدل التالف لا جزاء الجناية على الإحرام والتالف متحد فاتحد ضمانة وصار هذا كجماعة قتلوا واحدًا خطأ يجب دية واحدة لكونها ضمان المتلف وعلى كل واحد كفارة لكونها جزاء الفعل.

وعلى القارن جزاءان؛ لأنه جنى على إحرامين فأوجب جزاءين كفارة، وإن كانت الجناية على الصيد متحدة، وعند الشافعي رحمه الله في الكل جزاء واحد؛ لأن الواجب عنده بدل عن الصيد والصيد واحد.

ولو قتل المحرم ظبية حاملا فعليه قيمتها حاملا؛ لأن الحمل بمنزلة الجزء والوصف وهي بجميع أجزائها وأوصافها مضمونة.

وذكر في (**المنتقى**): لو حلب المحرم الصيد فعليه ما نقص؛ لأن اللبن من أجزاء الصيد من حيث إنه يتولد منه فاستحق الأمن والحرمة بالإحرام تبعا للصيد فيكون مضمونا عليه محرم شوى بيض صيد أو كسره فعليه قيمة البيض، لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم سُئِلَ عن محرم كسر بيضة فقال: "**عَليهِ ثمنُهَا**" أي: قيمتها، ولأنه أتلف بيضة متقومة بغير حق؛ لأن البيضة من أجزاء الصيد وهو بجميع أجزائه حرام على المحرم فيضمن قيمته كما لو أتلف بيضًا مملوكًا لغيره ويجوز أكله؛ لأنه لا يفتقر إلى الزكاة فلا يصير ميتة، ولهذا يباح أكلها قبل الشي، وإن كان في البيضة فرخ ميت فعليه قيمة الفرخ حيًّا خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأنه احتمل أنه كان حيا فمات بفعله واحتمل أنه كان ميتا فدار الضمان بين الوجوب والسقوط فيجب احتياطًا؛ لأن هذا مما يحتاط فيه حتى لو علم أنه كان ميتًا قبل الكسر فلا يضمن.

ولو ضرب بطن ظبية فطرحت جنينًا ميتًا وماتت فعليه قيمتها أخذا بالثقة لاحتمال التلف بفعله.

(فصل)

محرم جرح صيدًا فهو على أوجه: إما أن مات منه، أو برأ منه، أو لا يدري أنه مات أو برأ.

فإن مات منه يضمن قيمته؛ لأن الجراحة سبب للموت ظاهرًا، فإذا ظهر الموت عقيبه كان مضافا إلى الجرح فصار قابلا للصيد كما لو جرح صيدًا مملوكا لغيره ومات بعد الجراحة.

وإن برئ منه ولم يبق له أثر لا يضمن؛ لأن سبب الضمان قد زال فيزول الضمان كما في الصيد المملوك.

وإن بقي له أثر يضمن النقصان خلافًا لمالك رضي الله عنه؛ لأن إتلاف الصيد حرام على المحرم كلًّا وبعضًا؛ لأنه ممنوع عن تعرضه وفي الجراحة تعرضه فيكون حرامًا فيلزمه الجزاء بقدر المتلف.

وإن لم يعلم أنه مات أو برئ يضمن النقصان قياسًا؛ لأن قيمة جميع الصيد لم

تكن واجبة فوقع الشك في وجوبها فلا تجب بالشك وضمان النقصان وجب بنفس الجرح ووقع الشك في سقوطه إن برأ سقط وإلا فلا، فلا يسقط بالشك وصار كما لو جرح صيدًا مملوكا لغيره وغاب ولا يدري يضمن النقصان، وفي الاستحسان يلزمه جميع القيمة؛ لأن جزاء الصيد سلك به مسلك العبادة؛ لأنها وجبت كفارة رافعة للذنب والعبادة إذا وجبت من وجه دون وجه يترجح جانب الوجوب احتياطًا كمن أخذ صيدًا من الحرم ثم أرسله ولا يدري أنه دخل الحرم أم لا بخلاف الصيد المملوك؛ لأن ضمانه يجب حقا للعبد وحق العبد لا يجب بالشك.

ولو جرحه جرحًا أخرجه من أن يكون صيدًا نحو قطع الرجل وجناح الطير فعليه جميع الجزاء؛ لأنه أتلفه معنى بتفويته الانتفاع والتوحش فصار هالكا في حق الأمن.

ولو قلع سن ظبي أو نتف ريش صيد أو ضرب عين صيد فابيضت ثم ذهب البياض فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف عليه صدقة؛ لأن أثر الفعل وإن انعدم في حق المحل فالجناية على الإحرام لم تنعدم ولكنها خفت فخف موجبها.

له: أن الجناية إنما تتحقق باعتبار ظهور الأثر فمتى زال الأثر انعدمت الجناية مع انعدام الجناية لا يمكن إيجاب الضمان كما لو قلع سن جارية فنبت مكانها أخرى.

ولو جرح صيدًا فكفر ثم قتله كفر أخرى؛ لأن الكفارة وقعت عن جناية الجراحة لا عن جناية القتل فقد كفّر للجراحة قبل وجوب كفارة القتل وقبل وجود سببها؛ لأن الموت لم يبق مضافا إلى الجرح.

ولو لم يكفر حتى قتله كفته كفارة واحدة وما نقصته الجراحة الأولى؛ لأن النقصان حصل بالجرح الأول فيضمن النقصان والنفس هلكت بالفعل الثاني وهي منقوصة فلزمه ضمانها مجروحة.

(**الجامع**): محرم بعمرة جرح صيدًا جرحًا لا يستهلكه، ثم أضاف إليها حجة ثم

جرحه أيضًا فمات من الكل فعليه قيمته صحيحا للعمرة وقيمته للحج وبه الجرح الأول.

ولو حل من العمرة ثم أحرم بالحجة ثم جرحه ثانيا فعليه للعمرة قيمته وبه الجرح الثاني وللحج قيمته وبه الأول والفرق بينهما أنه إذا لم يحل من العمرة فالجناية الثانية لاقت إحرامين؛ لأن إحرام العمرة قائم.

ولو لم يضم إليها حجة فما فات بالجناية الثانية يكون مضمونا عليه لإحرام العمرة فلا يسقط عنه شيء بضم الحجة إليها إلا أنه لما ضمن قيمة الصيد مرة بالجناية الأولى على إحرام العمرة لا يضمن مرة أخرى فيلزمه قيمة أخرى بالجناية على إحرام الحجة وبه الجرح الأول؛ لأن الجرح الثاني لاقى صيدًا مجروحًا فائتا إذا حل من العمرة فقد انعدم إحرام العمرة فلا يضمن ما فات بالجناية الثانية لإحرام العمرة فيطرح عنه ذلك كما لو جرحه وهو حلال ثم جرحه ثانيا بعدما أحرم بالحجة.

ولو كان حين حل من العمرة قرن بحجة وعمرة ثم جرح صيدًا فمات ضمن للعمرة القيمة وبه الجرح الثاني وضمن للقران قيمتين به الجرح الأول؛ لأنه جنى على إحرامين.

ولو كان الجرح الأول استهلاكا بأن قطع يده والمسألة بحالها غرم للأولى قيمته صحيحا؛ لأنه صار مستهلكا للحال معنى وهو غير منقوص وغرم للقران قيمتين به الجرح الأول؛ لأنه استهلك معنى تأثر الفعل وهو منقوص بالجرح الأول.

ولو كان الثاني أيضًا قطع يد فهذا والجرح سواء؛ لأنه صار مستهلكا بالأول مرة فلا يتصور استهلاكه مرة أخرى؛ لأن الجنس والمحل متحد وهو تفويت معنى التوحش والتنفر.

(فصل)

(**الأصل**): أن إزالة الأمن عن الصيد يوجب الضمان حقًّا لله تعالى كإزالة اليد المحترمة عن المال بالغصب أو الإتلاف فوجب الضمان حقًّا للعبد؛ لأن بقاء حياة

الصيد بحرمة تعرضه وأمنه عن الأخذ فكان تفويت الأمن عنه إتلافًا له معنى كتفويت يد المالك عن ماله ثم الصيد إنما يصير أمنا بثلاثة أشياء شيئًا بإحرام الصائد لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ الآية [المائدة: ٩٥] وبدخول الصيد لقوله تعالى: ﴿وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا﴾ [آل عمران: ٩٧] وبدخول الصائد الحرم خلافًا لزفر؛ لأن الأمن للصيد يثبت بفعل الاصطياد وبدخوله الحرم يحرم عليه الاصطياد كما يحرم بالإحرام.

وكل ما صنعه المحرم بالصيد مما يعرضه للتلف فعليه جزاؤه إلا إذا علم أنه يسلم منه؛ لأنه ممنوع عن تعرضه لما فيه إزالة الأمن عنه، ولو أحرم وفي ملكه صيد لم يزل ملكه عنه.

وقال مالك وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنهما: يزول عن ملكه؛ لأن الإحرام إذا قارن سبب الملك في الصيد منع وقوع الملك فيه فإذا طرأ عليه أو وجب رفعه، والصحيح قولنا لأن الملك يقبل الفصل عن الحل، فإن الملك يبقى في الخمر مع وجود الحرمة فلم يكن من ضرورة حرمه إيقاع الفعل في محل زوال ملكه عنه فلا يزول الصيد عن ملكه بالإحرام صيانة لحقه بخلاف ما إذا قارن الإحرام سبب الملك؛ لأنه منع وليس بإبطال ولزمه إرساله إن كان في يده؛ لأنه متعرض له بيده حقيقة في كل ساعة؛ لأن حقيقة اليد لا تدوم إلا باختيار وقوة تحدث حالة الدوام وهو منعه عن الذهاب، ألا ترى لو ترك الإمساك زال الصيد عن يده فكان هذا بمعنى إيقاع فعل مبتدأ في الصيد يتأدى به الصيد فيحرم بالإحرام كالقتل ولا يلزمه أن كان في بيته أو كان في قفصه؛ لأنه في يده حكما وهو غير متعرض له يدا حسًّا وذلك لا يفوت الأمن حقيقة فصار كالملك.

ولو هلك في حال إمساكه فعليه الجزاء؛ لأن لهذه اليد حالة البقاء حكم الإنشاء في حق تفويت الأمن، فإن أرسله آخر من يده غرم قيمته لصاحب اليد عند أبي حنيفة وعندهما والشافعي رضي الله عنهم لا ضمان عليه؛ لأن الإرسال واجب عليه فكان إقامته من غير حسبة ورفع ومعصية فلم يلزمه عهده.

لأبي حنيفة: إن ملك المحرم باقٍ في الصيد؛ لأن إحرامه لا يبطل ملكه؛ لأن

بالإحرام يجب عليه إزالة يده لا تضييع حقه، ولهذا لو أرسله في بيته لا شيء عليه.

ولو كان في بيته أو قفصه لا يجب عليه الإرسال وملكه محترم متقوم، فإذا أرسله غيره على وجه التضييع يلزمه الضمان بالتضييع لا بإزالة يده، فإن أرسله ذو اليد ثم حل فوجد في يد آخر فله أخذه؛ لأنه ملكه.

محرم أخذ صيدًا في الحرم وأرسله في الحل فقتله رجل فعلى المحرم الجزاء؛ لأنه بإخراجه فوت عليه الأمن ولم يعد إليه ثانيا بإرساله في الحل ما لم يدخل الحرم فبقي ضامنا.

وإن أرسله في جوف البلد لا يبرئ؛ لأنه لا يوجد إرسال معتبر؛ لأنه لم يصر به ممتنعا متواريا، ولهذا لو أخذه إنسان يكره أكله.

محرم أخذ صيدًا فأرسله محرم آخر فلا شيء على واحد منهما؛ لأن الأخذ لم يتملك الصيد؛ لأنه لم يجعل محلا للمالك في حق المحرم؛ لأنه محرم العين بالنص فبالإرسال لم يمكن متلفا ملكه ولو قتله في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه على القاتل بالقتل وعلى الآخذ بالأخذ ثم يرجع الأخذ على القاتل بقيمته، وقال زفر لا يرجع.

له: أن الأخذ لم يملك الصيد بالأخذ ولا بالضمان؛ لأنه وجب جزاء على فعله لا بدلا عن المتلف عنده فلا يفيد الملك في المضمون ولا في بدله فلا يرجع على القاتل بحكم الملك ولا باعتبار أنه أكد عليه ضمانا؛ لأن تأكيد الكفارة دون إيجابها وفي إيجاب الكفارة على الغير بغير حق ابتداء لا يوجب حق الرجوع كما لو حلق رأس محرم مكرهًا أو نائمًا فتأكيد الكفارة أولى.

لنا: أن أداء الضمان يوجب ثبوت الملك في المضمون بالأخذ السابق فلئن تعذر هنا إظهار الملك في عين الصيد أظهر باقي بدله؛ لأنه قائم مقام المالك في حق الرجوع ببدله.

كمن غصب مدبرا وقتله إنسان في يده يرجع بما ضمن على القاتل، وإن لم يملكه المدبر فكذا هذا بل أولى؛ لأن المدبر لا يملك بسبب ما والمحرم يملك الصيد بالإرث إن لم يملك بسائر الأسباب.

ولو كان القاتل نصرانيا أو صبيا فلا جزاء عليه لله تعالى ويرجع عليه الأخذ بقيمته؛ لأن يلزمه حقوق العباد دون حقوق الله تعالى.

وذكر في (**المنتقى**): إن كان المحرم كفر بمال رجع به عليه، وإن صام عنه لم يرجع على القاتل بشيء؛ لأنه لم يغرم شيئًا.

ولو اشترى المحرم صيدًا لزمه إرساله ويفسد شراؤه، ولو قتله لزمه الجزاء؛ لأنه بالشراء استولى عليه ابتداء وعلى البائع الجزاء أيضًا إن كان محرمًا؛ لأنه مثبت يد المشتري عليه فيكون فوق الدلالة عليه، ولو تعقل الصيد بفسطاط المحرم ويكسر لفزعه منه فلا شيء عليه إلا إذا أفزعه فيضمن؛ لأنه مسبب غير متعدّ] في تسبيبه كما لو حفر بئرًا ليستقي منها فعطب فيها صيد، وإذا أفزعه فهو متعد في تسبيبه.

ولو نصب شبكة أو حفر بئرًا لا للماء فتعقل بها صيد ضمن؛ لأنه سبب للتلف وهو متعد فيه.

محرم صاد ظبية فولدت عنده ثم ذبحها يضمنهما؛ لأن الولد كما حدث استحق الأمن تبعًا للأم، ولهذا أوجب إرسالها كالأم وقد أزال الأمن عنه بإثبات اليد عليه فضمن.

محرم أصاب صيدًا كثيرًا أو ارتكب من محظورات إحرامه مرارًا على وجه التحلل والرفض لإحرامه فعليه جزاء واحد.

وقال الشافعي رحمه الله: عليه بكل صيد ومرة وكفارة.

والصحيح قولنا؛ لأن الأول قتله بلا تأويل فلزمه جزاؤه وما سواه قبله عن تأويل شرعي؛ لأنه أعقبه خروجه عن الإحرام بارتكاب محظور؛ لأن ارتكاب محظور الشيء قد يبطله كما في الصوم والصلاة وهذا التأويل، وإن كان فاسدًا لورود النص بخلافه لكنه حصل عن دليل شرعي وهو القياس على الصوم والصلاة فكان ملحقًا بالصحيح فيما يرجع إلى أحكام الدنيا فيمنع وجوب الضمان كالباغي إذا أتلف مال العادل، وإن لم يكن على وجه التحلل والرفض لزمه جزاء الكل واحد؛ لأنه لا تأويل في ارتكابه ولا يجوز للحلال أن يعين المحرم على قتل الصيد وعليه الاستغفار؛ لأنه معصية.

(**المنتقى**): حلال غصب من حلال صيدًا ثم أحرم الغاصب والصيد في يده يلزمه إرساله ويضمن قيمته لمالكه؛ لأنه لما وجب عليه الإرسال بإحرامه فقد عجز عن ردّه شرعًا فلزمه رد بدله وهو القيمة، فإن دفعه إلى المغصوب برئ من الضمان وقد أساء وعليه الجزاء.

ولو دفعه بعدما أحرم للمغصوب فعلى كل واحد منهما الجزاء، فإن عطب في الطريق برئ المالك من الجزاء، وإن عطب في يد المغصوب منه فعلى كل واحد منهما الكفارة، وإن كان المغصوب اصطاده وهو حلال فأدخله الحرم فعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن يضمن الغاصب؛ لأنه لم يرده إلى المالك ولا يضمن على قول أبي يوسف.

(فصل)

مسائله على أوجه:

أحدها: محرم دل محرمًا على صيد فقتله فعلى كل واحد منهما الجزاء؛ لأن كل واحد جنى على إحرامه.

والثاني: محرم دل حلالا على صيد فقتله فعلى الدال الجزاء خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح مذهبنا؛ لأنه مروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف فصار إجماعًا، هكذا ذكره الطحاوي؛ ولأن الدلالة مزيلة للأمن؛ لأن الأمن للصيد يبعده منا ويواريه عن أبصارنا وبالدلالة يزول الاختفاء فيزول أمنه ويجعله عرضة للأخذ فكانت الدلالة من محظورات إحرامه فلزمه الجزاء بالجناية على إحرامه لكن يتوقف أثره على القتل بناء على الدلالة، فإذا لم يقتل لم يضمن لعدم الأثر أو لأنه مال بعد الأثر بمنزلة الشاهد لا يضمن إلا بقتل الولي.

والثالث: حلال دل محرما أو حلالا على صيد الحرم فلا شيء على الدال وعلى القاتل الجزاء.

وقال زفر: على الدال الجزاء، وهو رواية عن أبي يوسف رحمهم الله فالحلال لا

يضمن بالدلالة شيئًا عندنا خلافا له؛ لأن الضمان إنما يجب على الحلال بقتل صيد الحرم بدلا عن المحل لا جزاء على فعله؛ لأن فعله جناية على الحرم ومباشرة الجناية على الحرم لا توجب شيئًا كما لو هدم شيئًا من البيت وبالدلالة لم يتلف المحل مباشرة ولا تسببا؛ لأن مباشرة المتلف لم يحدث بدلالته بل حصلت باختيار المباشرة فانقطع حكم الدلالة بالمباشرة بخلاف الدلالة من المحرم؛ لأن الكفارة تجب عليه جزاء على مباشرة الجناية على الإحرام وبالدلالة صار جانيا على إحرامه بإزالة الأمن عن الصيد.

محرم دل على صيد والمدلول كان عالمًا بمكانه وكذبه المدلول ثم دله آخر فصدقه وقتله فالجزاء على الثاني؛ لأن حكم دلالة الأول قد سقطت بالتكذيب فلم يصر متعرضا للصيد حكما.

ولو دل محرم على صيد فتحلل ثم أخذه المدلول فلا جزاء على الدال؛ لأن حكم الدلالة إنما يثبت باتصال فعل المدلول به فصار كالمشي في هذه الحالة.

ولو أمر محرم محرما بقتل صيد فأمر المأمور محرما آخر فقتله فعلى كل واحد منهم جزاء؛ لأنه وجد من كل واحد الدلالة على الصيد بالأمر والمحرم يضمن بالدلالة؛ لأنه بها يصير جانيًا على إحرامه.

ولو أخبر المحرم محرما بصيد فلم يره حتى أخبره محرم آخر فوجده وقتله فعلى كل واحد منهم جزاء كاملا؛ لأن يخبر الأول وقع له العلم بمكان الصيد غالبا وبالثاني استفاد علم اليقين فيصير كل واحد منهما دالا على الصيد، فإن كذب الأول به لم يكن على الأول جزاء؛ لأنه لما كذب في خبره لم يستفد علما بخبره فلم يصر دالا على الصيد.

وإن أرسل محرم إلى محرم فقال: إن فلانا يقول لك أن في هذا الموضع صيدًا فذهب فقتله فعلى الرسول والمرسل والقاتل الجزاء؛ لأن خبر الأول والثاني كلاهما أفاد له علما بمكان الصيد فالدلالة وجدت منهما.

وإن استعار من محرم سكينا فقتل به صيدًا فلا جزاء على المحرم ويكره له ذلك؛ لأنه يتوصل إلى قتله بدون سكينة بخنقه فصار وجوده وعدمه بمنزلة ما لو

استعار سكينا وعنده ما يقتل به وهكذا إذا قدر على ذبحه بغيره، وإن لم يقدر على ذبحه بغيره، فإنه يضمن، ولو استعار منه قوسًا فرمى به صيدًا فعلى المحرم الجزاء؛ لأنه لم يتوصل إلى الرمي إلا به.

وذكر في السير الكبير: محرم رأى صيدًا في موضع لا يقدر عليه فدله محرم آخر على الطريق إليه أو رأى صيدًا دخل غارًا ولم يعرف باب الغار فدله محرم آخر على بابه فذهب إليه فقتله فعلى الدال الجزاء أيضًا؛ لأنه حين دله على الطريق والباب كأنه دله على الصيد، وكذلك محرم رأى صيدًا في موضع لا يقدر عليه إلا أن يرميه بشيء فدله محرم على قوس ونشاب أو دفع ذلك إليه فرماه فقتله فعلى كل واحد جزاؤه كاملا.

(**المنتقى**): محرم قال لحلال خلف هذا الحائط صيد، فإذا خلفه صيود كثيرة فأخذهم فعلى الدال في كل واحد جزاء؛ لأنه أعلمه بمكانهم، ولو دله على صيد واحد، فإذا عند الصيد صيد آخر فقتلهما المدلول فعلى الدال جزاء واحد؛ لأنه أعلمه بصيد واحد صريحًا.

وكذلك لو قال: خذ أحد هذين وهو يراهما فأخذهما المدلول فعلى الدال جزاء واحد؛ لأنه أمره بأخذ أحدهما لا بأخذهما، وإن كان لا يراهما فعلى الدال جزاءان؛ لأنه يكون أمرا بأخذ أحدهما ودالًّا له على الآخر لما لم يعلم المأمور بهما.

أربعة من المحرمين نزلوا بيتًا بمكة وفيه نواهض وحمام فأمر ثلاثة منهم رابعهم أن يغلق الباب فأغلقه ثم خرجوا إلى منى فرجعوا فوجدوا الطيور قد ماتوا عطشًا فعلى كل واحد منهم الجزاء؛ لأن الأمر بالإغلاق تسبيب إلى الموت.

(باب حرمة ذبيحة المحرم والحلال من الصيد)

وما ذبحه المحرم فهو ميتة، وكذا ما ذبحه الحلال في الحرم من الصيد.

وقال الشافعي رحمه الله: يحل لغير المحرم.

والصحيح قولنا؛ لأن الشرع أخرجه من أن يكون محل الذبح بإضافة التحريم إلى عينه كالخنزير، وإن أدى جزاءه ثم أكل منه يلزمه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة

وعندهما لا شيء عليه سوى الاستغفار؛ لأنه أكل ميتة وتناول الميتة يوجب الاستغفار دون القيمة كما لو أكله غيره.

له: أنه تناول محظور إحرامه؛ لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن محلية الذكاة والذابح عن أهليته لولا إحرامه لإفادة الذبح الإباحة فصار كونه ميتة موجب إحرامه فأسند حرمة التناول بواسطة صيرورته ميتة إلى إحرامه فلزمه الجزاء لتناوله محظور إحرامه لا لتناوله الميتة حتى قال الجصاص: لو أطعم الكلاب يضمن أيضًا لأن حرمة الانتفاع من حيث إطعام الكلاب مضاف إلى إحرامه، وإن أكل قبل أداء الجزاء يدخل في ضمان النفس كمن نتف ريش طير وأعجزه عن الطيران ثم قتله قبل أداء الجزاء لا يضمن إلا قيمة واحدة، ولو أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه إلا الاستغفار؛ لأن حرمته في حق غيره لكونه ميتة لا لكونه محظور إحرامه وبتناول الميتة لا يجب الجزاء ويحل للمحرم أكل ما اصطاد الحلال وإن اصطاد له خلافا لمالك والشافعي رضي الله عنهما.

وذكر الطحاوي إن اصطاد له بأمره يحرم على المحرم.

وذكر أبو عبد الله الجرجاني أنه لا يحرم.

وذكر القدوري هذا غلط واعتمد على رواية الطحاوي.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**لَا بأسَ بأكلِ المحرمِ لحمَ الصّيد مَا لَم يصدهُ أَو يُصاد له**". يعني: إذا كان بأمره؛ لأنه أضاف الصيد إليه وإنما يصير الصيد له إذا صيد له بأمره أو كان الصائد أجيرًا له ومتى أمره بذلك يحرم عليه ولأنه لم يوجد من المحرم صنع فيه لا مباشرة ولا تسبيبا بالأمر به فتفيد الذكاة الإباحة؛ لأن حرمة الأكل معلقة بمباشرة محظور الإحرام ولم يوجد منه مباشرة محظور الإحرام.

(**المنتقى**): محرم اضطر إلى ميتة وصيد يأكل الميتة ويدع الصيد عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله والحسن يأكل الصيد ويكفر؛ لأن حرمة أكل الصيد أخف؛ لأنه مباح الأصل والميتة لا.

لنا: أن في أكل الصيد ارتكاب محظورين ارتكاب محظور الذبح وأكل الميتة؛

لأنه ميتة حكما وفي أكل الميتة ارتكاب محظور واحد فكان هذا أولى، فإن وجد صيدًا قد ذبحه محرم يأكل الصيد ويدع الميتة؛ لأنه ميتة حكما والآخر ميتة حقيقة.

وإن وجد صيدًا حيًّا ولحم كلب يأكل لحم الكلب؛ لأن في أكل الصيد ارتكاب محظورين وفي لحم الكلب ارتكاب محظور واحد.

وإن وجد صيدًا حيًّا ومال مسلم يأكل الصيد دون مال المسلم؛ لأن الصيد حرام حقا لله تعالى والمال حرام حقا للعبد فكان الترجيح لحق العبد لافتقاره.

وإن وجد لحم إنسان وصيدًا يأكل الصيد؛ لأن لحم الإنسان حرام حقا للعبد وحقا للشرع والصيد حرام حقا للشرع لا غير.

محرم وهب لمحرم مصيدًا فأكله، قال أبو حنيفة رحمه الله: على الآكل ثلاثة أجزئة قيمة للذبح وقيمة للكل المحظور وقيمة للواهب؛ لأن الهبة كانت فاسدة وعلى الواهب قيمته، وقال محمد: على الآكل قيمتان قيمة للواهب للذبح ولا شيء للآكل عنده.

(باب قتل الصيد وقطع الأشجار في الحرم)

ولا يحل قتل صيد الحرم وأخذه إلا ما استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام في صفة الحرم: "**لَا يختلَى خلاهَا ولَا يعضدُ شجرُها ولا ينفرُ صيدُها**". فلما حرم تنفير صيدها فلأن يحرم أخذه وقتله أولى ولأنه ثبت الأمن للصيد بدخوله الحرم تعظيما للحرم وإظهارًا لحظره وفي القتل إزالة الأمن عنه فيحرم.

ولو قتل خلال صيد الحرم لزمه قيمته ويهدي بها ويطعم ولا يجزيه الصوم، وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجزيه الصوم.

والصحيح قولنا؛ لأن الواجب بدل المتلف؛ لأنه في معنى إتلاف أموال الناس؛ لأن أخذ الصيد يفوّت الأمن للصيد وعمارة الحرم في الأمن فصار كإتلاف عمارة سائر المساجد؛ لأن منافعها ترجع إلى العباد فوجب ضمانه بطريق الجبر على نهج

ضمان الأموال والصوم لا يماثل المتلف فلا يصلح ضمانا بخلاف صيد الإحرام؛ لأن الواجب ثمة كفارة جزاء على الجناية والصوم يصلح كفارة.

وأما الهدي؛ روى الحسن عن أبي حنيفة أنه ينظر إن كان قيمة المذبوح مثل قيمة الصيد جاز، وإن لم يكن يتصدق بتمام القيمة؛ لأن الواجب هنا بدل محض والبدل المحض يتأدى بالقيمة دون الإراقة كما في الصيد المملوك وفي ظاهر الرواية يجزيه الإراقة، وإن كانت قيمة المذبوح أقل من قيمة الصيد؛ لأنه لما ارتكب محظورًا بإراقة الدم أوجبنا عليه إراقة هي قربة جزاء على عدوانه؛ لأن جزاء العدوان شرع بالمثل وإراقة الدم مثل إراقة الدم حقيقة لا تمليك المال كما في باب القصاص إلا أن التصدق بقيمته مثله معنى؛ لأن المتلف مال، فإن شاء تصدق بقيمته بدلا عن المتلف، وإن شاء مال إلى الإراقة ولا كذلك الصوم.

ولو أتلف حلال صيدًا مملوكًا في الحرم معلما كالبازي والحمام فعليه قيمته معلما للمالك وقيمته عن معلم لله تعالى؛ لأنه جنى على حقين لكن في حق الله تعالى يضمن من حيث إنه صيد لا من حيث إنه معلم.

ولو قتل محرم صيدًا في الحرم فالقياس أنه يلزمه جزاءان لوجود الجناية على الحرم والإحرام، وفي الاستحسان يلزمه جزاء واحد؛ لأن حرمة الإحرام أقوى من حرمة الحرم؛ لأن الإحرام لم يحرم القتل في الأماكن كلها والحرم لا فيجب اعتبار الأقوى وتضاف الحرمة إليه عند تعذر الجمع بينهما.

ومن أخرج صيدًا من الحرم يرد إلى مأمنه، فإن أرسله في الحل ضمنه؛ لأنه أزال أمنه بالإخراج فما لم يعد إليه أمنه بإرساله في الحرم لا يبرأ عن الضمان ولو أدخل حلال صيدًا في الحرم وجب إرساله ولم يجز بيعه وإن ذبحه فعليه الجزاء، وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه.

والصحيح قولنا؛ لأن الصيد استحق الأمن لحصوله في الحرم مراعاة لحرمة الحرم فصار من صيد الحرم كما لو أحرم والصيد في يده ولو أدخل الحرم بازيًا فأرسله فقتل حمام الحرم لم يضمن كأنه أقام واجبا وما قصد الاصطياد فلم يكن متعديا في التسبيب بل كان مأمورًا به فلا يضمن ولا يدخل الحرم الحجل واليعاقيب

حيًّا ولا يجوز بيعه؛ لأنه يصير من صيد الحرم؛ لأنه يستحق الأمن بإدخاله الحرم.

ولو قتل صيدًا بعض قوائمه في الحرم وبعضه في الحل فعليه جزاؤه؛ لأنه اجتمع فيه الحظر والإباحة فغلب الحظر الإباحة.

وفي (**النوادر**) عن محمد: ظبي قائم في الحل ورأسه في الحرم فقتله إنسان فلا شيء عليه؛ لأن المعتبر في الصيد قوائمه لا رأسه؛ لأن قوامه بالقوائم.

ولو كان قائمًا في الحل ورأسه في الحرم ضمن قيمته؛ لأنه غير مستقر بقوائمه وإنما هو ملقى على الأرض فاجتمع فيها الحل والحرمة.

ولو كان رابضًا في الحل ورأسه في الحرم فعليه قيمته.

ولو كان الصيد على أغصان شجرة متدلى في الحرم وأصل الشجرة في الحل فعليه جزاؤه فالمعتبر في الصيد مكانه لا أصل الشجر والمعتبر في الشجرة أصلها لا فرعها، وإن كان أصلها في الحرم فهو من شجر الحرم، فإن كان في الحل فهو من شجر الحل؛ لأن قيامها بالأصل وأغصانها تبع لها فكان الغصن في الحل تبعا للشجرة فأما الصيد فليس بتبع للشجر؛ لأنه يقوم بدون الشجر وكان الصيد في الحرم حقيقة كما لو كان طائرا في هواء الحرم، فإن كان بعض أصلها في الحل وبعضها في الحرم فهي في الحرم تغليبا لجانب الحرمة.

ولو أخرج ظبية من الحرم إلى الحل فولدت عنده فماتت الأم والولد ضمن قيمتهما بخلاف الولد المغصوب إذا مات في يد الغاصب لا يضمن والفرق بينهما من وجهين أحدهما أن الحق في ولد الظبية لله تعالى يطالبه برده في كل ساعة، فإذا لم يرده صار ضامنا؛ لأنه منع الحق بعد طلب صاحب الحق وفي ولد المغصوبة الحق للمالك وهو لم يطلب الرد حتى لو طلب رده منه ومنع الغاصب ضمن فعلى هذا لو هلك ولد الظبية قبل أن يتمكن من الرد لا يضمن كما في ولد المغصوبة.

والثاني: إن ولد صيد الحرم كما حدث يستحق الأمن تبعًا للأم، ولهذا وجب إرساله إلى الحرم، فإذا أثبت اليد عليه فقد أحدث الخوف فيه بعد أن كان مستحقا للأمن عنه فكان تفويتا للأمن فضمن فعلى هذا لو هلك قبل التمكن من الرد لا

يضمن وفي ولد المغصوبة سبب الضمان إزالة يد المالك عنه ولم يوجد من الغاصب في الولد.

(**المنتقى**): ولو أخرج ظبيًا من الحرم فأدى الجزاء ثم ولدت فمات أولادها لم يضمن شيئًا؛ لأنه لما كفر فقد ملك الأم بالجزاء فتحدث الأولاد على ملكه، ولو ذبح هذا الصيد قبل التكفير أو بعده يحل ويكره؛ لأنه للحال صيد الحل فحل إلا أنه تسبيب إليه بفعل هو محظور فيكره، فإن باعه واستعان بثمنه في الجزاء فله ذلك؛ لأن الحظر يظهر في حق التناول خاصة.

(فصل)

أشجار الحرم على أربعة أنواع: ثلاثة منها يحل قطعها والانتفاع به، وواحد يحرم قطعه ويلزمه الجزاء بقطعه، أما ما يحرم قطعه فكل شجرة وحشيش مما لا تنبته الناس وينبت بنفسه؛ لأنه من شجر الحرم؛ لأن حياته بالحرم؛ لأن للشجر حياة نمو، فإذا قطعه يضمن قيمته إلا الإذخر لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ولَا يعضدُ شجرُها ولا ينفرُ صيدُها ولا تحلُّ لقطتُها إلّا لمنشد**" فقال العباس: إلا الإذخر فإنه لقبورهم وبيوتهم، فقال عليه السلام: إلا الإذخر استثناء، وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه ويكره الانتفاع به قبل الغرس وبعده؛ ولأن الوقوف على حقيقة الإنبات غير ممكن أو فيه حرج فأقيم كونه مما تنبته الناس مقام حقيقة الإنبات، ولهذا يحل قطع شجر المثمر؛ لأنه أقيم كونه مثمرًا مقام إنبات الناس؛ لأن إنبات الناس في الغالب للمثمر.

ولو نبتت شجرة أم غيلان في أرض رجل فقطعه آخر فعليه جزاؤه وقيمة أخرى لمالك الأرض لأنها نبتت على ملكه وما يبس من أشجاره ونباته وسقط فلا بأس بانتفاعه؛ لأنه خرج عن حد النمو فكان حطبا ولا بأس بأخذ كماة الحرم لأنها ليست بنبات وإنما هي مودعة في الأرض ولا يرعى في حشيش الحرم عندهما.

وقال أبو يوسف: لا بأس به، ولا يجوز الاحتشاش بالاتفاق لأبي يوسف أنه

لا بد من إدخال الدواب الحرم والحفظ من الرعي غير ممكن فأبيح دفعا للضرورة وهو كحفر البئر فيه للبول والخبز يجوز وإن زال الحشيش به.

لهما: إنه حرم قطع الحشيش فحرم تسليط الدابة على تناوله كالزرع المملوك ولا ضرورة؛ لأنه أمكن الرعي خارج الحرم وعلى أن الضرورة ترفع الإثم وتزيل الحظر عن التناول ولكن لا يسقط الضمان كما لو قتل صيدًا وأكله حالة المخمصة ضمن فكذلك الرعي، يرخص له ولكن بشرط الضمان.

وعلى القارن في كسر الشجرة جزاء واحد؛ لأنه بدل المحل لا جزاء الفعل.

والحلال والمحرم في شجر الحرم سواء؛ لأنه ليس بمحظور الإحرام، قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: مقدار الحرم من قبل المشرق ستة أميال ومن الجانب الثاني اثنا عشر ميلا وفيه نظر، فإن من الجانب الثاني ميقات العمرة وهو التنعيم وهذا قريب من ثلاثة أميال ومن الجانب الثالث ثمانية عشر ميلًا ومن الجانب الرابع أربعة وعشرون ميلا وهذا شيء يعرف نقلًا لا قياسًا ولا حرم للمدينة عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لها حرم حتى لا يباح قتل صيد المدينة ولا قطع أشجارها ويضمن قيمته عنده.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن أبا عمير كان له طائر يقال نغير فمات فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمازحه ويقول: "**يا أبا عمير ما فعل النغير**" ولو كان للمدينة حرم لكان إرساله واجبًا عليه ولأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم في إمساكه ولا يمازحه فيه.

وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان لآل محمد عليه السلام وحوش، ولو كان للمدينة حرم لكانوا لا يمسكون الوحوش.

وقوله عليه السلام: "**إنّ إبراهيمَ عليه السّلام حرّم مكّةَ وإنّي حرمتُ المدينةَ لَا يصادُ صيدُها ولَا يعضدُ شجرُها**"[1]. من أخبار الآحاد وقد ورد فيما يعم به البلوى؛

---

(١) أخرجه «مسلم» ١١٣/٤ (٣٢٩٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، كلاهما عن أبي أحمد. قال أبو بكر: حدثنا محمد بن عبد الله الأسدي. و«النسائي»، في «الكبرى» =

لأن الحرم للمدينة أمر يعم به البلوى، وخبر الواحد إذا ورد فيما يعم به البلوى لا يقبل إذ لو كان صحيحًا لاشتهر نقله كما عمّ به البلوى.

(**المنتقى**): عن محمد فيمن قلع شجرة يابسة في الحرم إن كانت عروقها لا تسقيها يعني يابسة فلا بأس به لأنها حطب.

ولو قلع شجرة في الحرم فغرم قيمتها ثم غرسها مكانها فنبتت ثم قلعها ثانيا فلا شيء عليه؛ لأنه ملكها بالضمان.

ولو قطع شجرة في الحرم قال الحسن عليه قيمتها يتصدق بها ولا يجزيه في ذلك هدي، وقال أبو يوسف: إن شاء اشترى بها هديا فذبحه، وإن شاء تصدق بها كما في الصيد كما بيّنا ولا بأس بإخراج حجارة الحرم وترابه إلى الحل؛ لأنه يجوز استعماله في الحرم ففي الحل أولى.

(باب الصيد يجني عليه الرجلان)

(**الجامع**): محرم وحلال قتلا صيدًا في الحرم بضربة واحدة فعلى الحلال نصف قيمته وعلى المحرم قيمته كاملة لأنها بدل المحل في حق الحلال فيصير كأن الآخر حلال في حقه؛ لأن إحرام الشريك في حقه وجوده وعدمه سواء وفي حق المحرم جزاء الفعل وهو ارتكاب محظور إحرامه وإنه متكامل.

ولو ضربه كل واحد ضربة لكنهما وقعتا معا ضمن كل واحد ما نقصته ضربته صحيحًا؛ لأنه حين ضرب كان المحل صحيحًا وقد تفرد كل واحد منهما بإتلاف جزء منه لم يشاركه فيه صاحبه؛ لأن ضربة كل واحد لاقت موضعا آخر فيلزمه نقصان جراحته وعلى الحلال نصف قيمته مضروبا بالضربتين وعلى المحرم قيمته مضروبًا بالضربتين؛ لأن كل واحد ضمن ما انتقص بضربته فلا يضمن مرة أخرى وما انتقص بضربة شريكه لا يلزمه.

=

(٤٢٧٠) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن. و«أبو يعلى» (٢١٥١) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن.

ولو جرحه الحلال أولا ثم ثنى المحرم ضمن الحلال ما انتقص بجرحه صحيحًا ونصف قيمته به الجرحان؛ لأن النقصان بالجرح وهو صحيح والهلاك حصل بأثر الفعل وهو منقوص بالجرحين وعلى المحرم قيمته به الجرح الأول؛ لأنه حين خرج كان منقوصا بالجرح الأول.

حلال قطع يد صيد ثم فقأ محرم عينيه ثم جرحه قارن فمات فعلى الحلال قيمته كاملة؛ لأنه استهلكه معنى وهو صحيح؛ لأنه فوت عليه جنس المنفعة وعلى الفاقئ قيمته وبه الجرح الأول؛ لأنه استهلكه معنى من وجه آخر؛ لأن متوحش الصيد بقوائمه وعينيه فالأمن من حيث القوائم إن فات فمن حيث العين قائم وعلى القارن قيمتان به الجنايتان؛ لأنه أتلفه حقيقة بأثر الفعل وهو منقوص بهما.

محرم وقارن وحلال قتلوا صيدًا في الحرم بضربة واحدة فعلى القارن جزاءان؛ لأنه جنى على إحرامين وعلى المفرد جزاء واحد وعلى الحلال ثلاثة جزاءات؛ لأنه بدل المحل في حقه فيصير كأن الآخرين حلالان في حقه وإن بدأ الحلال ثم المفرد ثم القارن فمات من كله فعلى الحلال نقصان جنايته وهو صحيح؛ لأنه حل الفعل به وهو صحيح وثلث قيمته وبه الجراحتان الآخرتان.

وذكر الجصاص: أن هذا سهو والصحيح أن يضمن ثلث قيمته وبه الجراحات الثلاث؛ لأن ما تلف بجناية المفرد والقارن موضوع عنه وما تلف بجنايته قد ضمنه مرة فلا يضمنه مرة أخرى فيحمل قوله أنه الجراحتان الأخريان سوى الجراحة التي ضمنها وعلى المفرد قيمته وبه الجرح الأول والثالث.

وذكر في الأصل: أنه يضمن منقوصًا بالجرح الأول والثاني وهذا سهو من الكاتب؛ لأن الجرح الثاني فعله فلا يرفع عنه ما انتقص بفعله وإنما يرفع عنه ما انتقص بفعل غيره وهو الثالث وعلى القارن جزاءات وبه الجراحتان الأوليان لأنهما فعل الغير ويرفع عنه ما انتقص بفعل الغير.

ولو كانت الجراحة الأولى والثانية استهلاكا فعلى الحلال قيمته صحيحًا ولا يضمن بالشراية شيئًا؛ لأنه ضمن قيمته مرة بكمالها وعلى الفرد قيمته به الجراحة الأولى إن كان الأول قطع يده والثاني فقأ عينيه ليكون استهلاكا آخر، وإن كان الكل

قطع يد فالصحيح أن يقال وبه الجراحة الأولى والثالثة وعلى القارن قيمتاه وبه الجراحتان الأوليان.

رجل جرح صيدًا في الحرم جرحا لا يستهلكه ثم جرحه آخر مثله فمات منهما فعلى كل واحد ما انتقص بجرحه يوم جرح وباقي قيمته عليهما نصفان؛ لأن الأول تفرد بإتلاف جزء وهو صحيح فيضمن نقصانه صحيحا والثاني تفرد بإتلاف جزء وهو منقوص بالجراحة الأولى فيضمن كذلك وتصويره أن قيمة الصيد مثلا يوم جروحه الأول عشرة وقد انتقص بجراحته درهمان بقي قيمته ثمانية وقد انتقص بالجرح الثاني منه درهم يبقى سبعة تلف بشرائه جنايتهما فيكون ضمان ذلك عليهما نصفين، وإن كان كل واحد من الجرحين يستهلكه ينظر إن كان كل جنس واحد بأن كان كل واحد قطع يدًا أو رجلًا ضمن الأول قيمته كاملة يوم جرح؛ لأنه استهلكه معنى في حق الأمن؛ لأنه فوت عليه آلة التوحش والتنفر عمن قصده فيكون إتلافا له معنى في حق الأمن كما في الصيد المملوك ويضمن الثاني ما نقصه جنايته منه؛ لأنه بقي صيد حرم في حق نفسه حتى لا يجوز التعرض له؛ لأنه ما دام حيا بقي آمنًا أمن لا تزال حياته ولا يجوز تعرضه وإن زال توحشه؛ لأن الصيد به كانت ثابتة بالتوحش والحياة وقد زال أحدهما وبقي الآخر والثابت بشيئين لا يزول بزوال أحدهما فبقيت الصيد به على حالها فالجناية الثانية لاقت صيد الحرم فيضمن ما انتقص بفعله وبه الجرح الأول ولا يضمن قيمة الباقي؛ لأنه لم يتلفه حقيقة ولا معنى؛ لأنه لم يفوت جنسه منفعة المشي؛ لأنه كان فائتا بجناية الأول فيكون فعل الثاني نقصانا لا إتلافا، فإن مات فعلى الثاني نصف قيمة الباقي أيضًا؛ لأنه صار مستهلكا حقيقة بأثر الفعل وليس على الأول شيء آخر؛ لأنه ضمن كمال القيمة مرة فلا يضمن ثانيا.

وأما إذا لم يكن الجرح الثاني من جنس الأول بأن قطع الأول يده أو رجله والثاني فقأ عينيه، فإنه يضمن الثاني قيمته منقوصا بالجناية الأولى؛ لأن الثاني فوت جنس منفعة أخرى؛ لأن منفعة البصر غير منفعة المشي فصار متلفا للباقي كما في الصيد المملوك، فإن قتله الثاني بعد جناية الأول ضمن قيمته كاملة يوم القتل وبه الجناية الأولى؛ لأنه لما وجد تفويت الحياة حقيقة لم نضف الموت إلى القطع.

والإتلاف الحقيقي مع الحكمي يجتمعان كمن فقأ عيني عبدٍ يجب كمال القيمة حكمًا ويجب القصاص بقتله عمدًا.

ولو جرحه الأول جرحًا غير مستهلك ثم الثاني قطع يده أو رجله فعلى الأول ما نقصه جرحه صحيحًا وعلى الثاني قيمته وبه الجرح الأول، فإن مات من كله فعلى الأول نصف قيمته به الجنايتان؛ لأنه تلف بأثر الفعلين فكان الضمان عليهما إلا أن الثاني ضمن كمال القيمة مرة فلا يضمن ثانيا.

حلال جرح صيدًا في الحرم لا يستهلكه ثم جرحه محرم مثله فمات ضمن الحلال نصف قيمته وبه الجرح الثاني؛ لأنه بدل المحل في حقه وضمن المحرم قيمته كاملة وبه الجرح الأول؛ لأنه جزاء الفعل في حقه فيتعدد بتعدد الفعل وعلى القارن كفارتان.

(باب الصيد ازدادت قيمته أو انتقصت بعد الجناية)

(**الجامع**): حلال جرح صيدًا في الحرم فزادت قيمته من شعر أو بدن ثم مات من الجراحة فعليه ما نقصته الجراحة وقيمته يوم مات؛ لأن الضمان يجب بتفويت الأمن عن الصيد وهو مفوت في كل ساعة لقيام فوات المعنى التوحش في كل ساعة فصار للبقاء حكم الابتداء في فوات الأمن فبالجرح أزال الأمن عن جزء من الصيد فيضمن النقصان، فإذا مات فقد أزال الأمن عن الأصل والزيادة فيضمن قيمته مجروحًا كما لو جرح صيدًا مملوكًا لغيره ومات يضمن نقصان الجراحة وقيمته يوم مات مجروحا بخلاف ما لو جرح صيدًا مملوكا لغيره فزادت قيمته ثم مات من الجراحة لا يضمن الزيادة؛ لأن الضمان ثمة يجب بالإتلاف لا بتفويت الأمن والزيادة كانت معدومة وقت جنايته فلم يتلف بجنايته ولأن ثمة تملك الصيد بالضمان من وقت الجراحة فيظهر أن الزيادة حدثت على ملكه وفي صيد الحرم لا يملكه بالضمان فلا تحدث الزيادة على ملكه فيضمنها.

وإن نقصت قيمتها ينظر إن نقصت من شعره ثم مات من الجراحة ضمن القيمة يوم الجرح؛ لأن نقصان الشعر ليس بنقصان حقيقة؛ لأنه لم يفت شيء منه وإنما

يغير السعر لفترة حدثت في قلوب العباد وقلة رغبات لا لمعنى في المحل فلا يحط منه شيء من قيمته يوم الجراحة كما في الصيد المملوك.

وإن نقصت من يديه من غير الجراحة ثم مات بالجراحة يحط عنه النقصان؛ لأن ذلك الجزء لم يتلف بفعله ولا بأثر فعله فالصيد لم يدخل في ضمانه، ألا ترى لو قتله إنسان آخر أو افترسه سبع لا يضمن بخلاف ما لو أخذ الصيد ثم تلف جزء منه بفعل غيره أو بآفة سماوية يضمن؛ لأنه بالأخذ دخل في ضمانه وفوات شيء من المضمون في يد الضامن يقرر الضمان كما في المغصوب.

ولو جرحه فكفّر عنه ثم مات وقد زادت قيمته شعرًا أو بدنًا غرم الزيادة؛ لأنه تلف المحل بسراية[1] فعله، ولو أنشأ الفعل في هذه الحالة ضمن فكذا إذا تلف بأثر الفعل.

ولو رمى صيدًا في الحل من الحرم فجرحه ثم كفّر ثم ازدادت قيمته في الحل بدنًا أو شعرًا لم يضمن الزيادة؛ لأن المحل بحال لو أنشأ الجناية فيه لم يضمن فكذا إذا تلف بسراية الجناية وهذا بمنزلة ما لو جنى على صيد في الحرم وكَفَّرَ ثم جنى عليه ثانيا يلزمه كفارة أخرى.

ولو جنى على صيدٍ في الحل وهو في الحرم وكفّر ثم جنى عليه ثانيا لا يلزمه أخرى فكذا هذا وهذا؛ لأن صيد الحرم أكثر حرمة وأوفر خطرا من صيد الحل؛ لأن صيد الحرم حرام على كافة الناس وصيد الحل حرام على من في الحرم لا غير فلا يجوز التسوية بينهما فوجب إظهار قصور حرمة صيد الحل وذلك بعدم الضمان بعد التكفير وأظهرنا وفور حرمة صيد الحرم في لزوم الضمان بعد التكفير وقبله محرم جرح صيدًا في الحل ثم حل ثم ازدادت القيمة ثم مات قبل التكفير ضمن النقصان وقيمته كاملة يوم مات، وإن كفّر ثم مات لم يضمن شيئًا؛ لأنه بالتكفير بريء عن الضمان وانقطع حكم الجناية، ولهذا لو أنشأ الجناية في هذه الحالة لا يضمن فلم

---

(١) السراية: هي أن ينتقل الشيء من مكان إلى آخر، فيسري الجرح من المكان الأول إلى مكان آخر ويتسع، وكذلك الأعضاء، كما لو قطع أصبعًا فتآكلت الكف كلها، أو قطع أنملة فتآكل الأصبع كله، أو جرح موضحة بقدر الظفر ثم اتسعت حتى صارت بقدر الكف.

يضمن بالسراية أيضًا لأنها تبع للجناية وقيل التكفير، بقي حكم الجناية وهي مضمونة، ولهذا لو أنشأ الجناية في مثل هذه الحالة يضمن فيضمن بالسراية تبعًا للجناية ولأن بعد التكفير يملك الصيد بالضمان؛ لأنه صيد الحل وهو حلال، ولهذا يملك بسائر أسباب الملك فالزيادة حدثت على ملكه فلم يضمنها وقبل التكفير لم يملك الصيد فالزيادة لم تحدث على ملكه وقد تلفت بسراية جنايته فيضمن.

وإن كان محرما على حاله ثم ازدادت القيمة بعد التكفير يضمن الزيادة أيضًا؛ لأن السراية وجدت في حال لو أنشأ الجناية كانت مضمونة فكذلك السراية، وإن كان الصيد في يده بعد فأدى الجزاء ثم مات ضمن قيمته مستقبلة يوم مات؛ لأنه جنى بإمساكه فصار كما لو أنشأ الفعل في هذه الحالة بخلاف ما لو حل؛ لأن الإمساك ليس بجناية.

حلال أخرج ظبية من الحرم فزادت قيمتها من بدن أو شعر ثم مات فالزيادة مضمونة لما مر.

وإن فداها ثم زادت لم يضمن الزيادة؛ لأنه انعدم أثر الفعل بالتكفير حتى لو أنشأ الفعل فيه لم يضمن، وكذلك هذا في الزيادة المنفصلة يضمن قبل التكفير ولا يضمن بعده.

ولو أخرجها فباعها أو ذبحها وأكلها جاز البيع والأكل ويكره؛ لأنه مال مملوك؛ لأن قيام يده على الصيد وهما في الحل يفيد الملك له في الصيد كما لو أثبت اليد عليه ابتداء إلا أن لله تعالى حق فيه وهو رده إلى الحرم لكن حق الله تعالى في العين لا يمنع جواز البيع كبيع مال الزكاة والأضحية وحكم الزيادة عند المشتري قبل التكفير وبعده على ما ذكرنا قبل الشراء، حلال جرح صيدًا في الحرم لا يستهلكه ثم جرحه حلال آخر مثله ثم زادت قيمة الصيد ثم هلك منهما ضمن الأول نقصان الجناية الأولى والثاني نقصان جنايته وما بقي من القيمة فعليهما نصفان والزيادة عليهما نصفان؛ لأن الزيادة مضمونة، وإن كانت الزيادة بين الجنايتين ضمن الأول نقصان جنايته يوم جنى وضمن الثاني نقصان جنايته يوم جنى وما بقي من القيمة مع الزيادة بينهما نصفان؛ لأن الاستهلاك إنما وقع بأثر الفعلين.

ولو كان الأول قطع يده ثم ازدادت قيمته ثم قطع الثاني رجله ومات ضمن

الأول نقصان جنايته وقيمته زائدة وبه الجناية الأولى؛ لأنه استهلك الصيد بمباشرة الفعل واستهلك الزيادة بأثر الفعل فيضمنهما وضمن الثاني نقصان جنايته ونصف قيمته وبه الجنايتان؛ لأنه صار متلفا بالفعل الأول حكما فلا يتصور إتلافه ثانيًا حكما لاتحاد جنس المنفعة فيضمن الثاني نقصان الجناية والتلف حقيقة حصل بأثر الفعلين عن أن الأول ضمن كمال القيمة مرة فلا يضمن ثانيا فوجب على الثاني نصف القيمة والله أعلم بالصواب.

كتـاب الكَسْبِ

تحتاج إلى معرفة: شرعية الكسب، وتفسيره، وشرط إباحته، وحكمه شريعة.

أما شرعيته: فلقوله تعالى: ﴿أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٦٧] يعني بالتجارة ﴿وَمِمَّآ أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ﴾ أي: بالزراعة، ولما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحث الناس على الحرفة ويقول: "**الحرفةُ أمانٌ منَ الفَقرِ**".

ويحث على التجارة ويقول: "**التّاجرُ الصّدوقُ معَ الكرامِ البررةِ، وإنّ اللهَ تعالَى يحبُّ التّاجرَ الصّدوقَ**"، ولأن في ترك التكسب تعطيلا وتبطلا وأنه مذموم شرعًا لقوله عليه السلام: "**إنّ اللهَ تعالَى يُبغضُ الصّحيحَ الفارغَ**".

ورُوي عن عمر رضي الله عنه أنه مر بقوم يقرؤون القرآن فقال: من هؤلاء؟ فقيل: هم المتوكلون، فقال: كلا إنهم المتأكلون، يأكلون أموال الناس بالسؤال والباطل، ثم قال: المتوكل الذي يلقي حبة في أرضه ويتوكل على ربه وينتظر نباته.

وأما تفسيره لغة: فهو في اللغة اسم لعمل، يجر العامل إلى نفسه نفعًا أو يدفع عن نفسه ضررًا عاجلًا أو آجلًا، فإن عمل الآخرة يسمى كسبًا لما فيه من جلب منفعة أو دفع مضرة آجلا والسيئة إنما تُسمى كسبًا؛ لأن فاعلها يجر إلى نفسه منفعة عاجلة أو يدفع عن نفسه مضرة حالة.

وأما شرط إباحته: فكون العمل مباحًا لا محرمًا شرعًا؛ لأن كسبه لما كان حرامًا كان مكسوبه خبيثًا، وأما حكمه فثبوت الملك في المكسوب إن كان مالا، وإن لم يكن فائدة حصول المنفعة واللذة له أو اندفاع المضرة عنه، وقد حكي أنه قيل لمحمد: ألا تصنف في الزهد كتابًا؟ فقال: نعم، وقد كان فرغ من تصنيف "الأحكام" وخف دماغه، وأراد أن يصنف في الزهد مائة تصنيف فلم يتفرغ إلا لهذا الكتاب، وأنه كان في الزهد والورع، وقيل: إنه طُلب من محمد أن يفهرس تصانيفه فبلغ ألف تصنيف لو عاش لأتمها وأتعب المقتبسين، وقيل: موته رحمة وحياته رحمة.

(باب معرفة الكسب)

قال محمد بن سماعة رحمه الله: سمعت محمد بن الحسن يقول: طلب الكسب فريضة كما أن طلب العلم فريضة.

ذكر الكسب أراد به المكسوب كما قال عليه السلام: "**أطيبُ مَا يأكلُ الرّجلُ من كسبِهِ**"، أي مكسوبه، ثم الكسب. ينقسم إلى أربعة أقسام:

منها: ما هو فرض، وهو الكسب بقدر الكفاية لنفسه ولعياله أو لقضاء دينه؛ لأنه سبب يتوصل به إلى إقامة الفرض فيكون فرضًا.

قال مشايخنا: لو لم يكن في الاشتغال بالكسب إلّا فراغ قلوب الناس عنه، وفراغ قلبه لأداء العبادات والتعفف عن السؤال كان أمرًا عظيمًا، فإن السؤال ذل عظيم قال النبي صلى الله عليه وسلم: "**لَو علمَ السّائلُ مَا لهُ منَ الذّلِّ في السُّؤالِ مَا جاءَ أحدًا يسألهُ**".

ومنها: ما هو مستحب، وهو كسب الزيادة على أدنى الكفاية ليواسي به فقرا أو يجازي به قريبًا؛ لأنه سبب يتوصل به إلى إقامة ما هو مستحب فيكون مستحبا وأنه أفضل من التخلي لنفل العبادة؛ لأن منفعة العبادة تخصه ومنفعة الكسب تتعدى إلى غيره وقد قال عليه السلام: "**خيرُ النّاسِ مَن ينفعُ النّاسَ**"، وقال عليه السلام: "**تباهَتِ العباداتُ فقالتِ الصّدقةُ: أنا أفضلُهَا**".

ومنها: ما هو مباح وهو كسب الزيادة للتجمل والتزين والترفه والتنعم حتى يبنى البنيان وتنقش الحيطان ويشترى السراري والغلمان، وقد قال بعض الناس بأن هذا مكروه؛ لأنه ربما يكون سببا للطغيان والعصيان والتكاثر والتفاخر وذلك حرام شرعًا، والصحيح أنه مباح لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ﴾ الآية [الأعراف: ٣٢] وقوله تعالى: ﴿كُلُواْ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ﴾ [الأعراف: ١٦٠] وقوله عليه السلام: "**نعمَ المالُ الصّالحُ للرّجلِ الصّالحِ**" ولأن الاكتساب من الحلال للتجمل والترفه والتمتع سبب مؤد إلى ما هو مباح شرعًا فيكون مباحًا وإنما يكون سببًا للطغيان إذا كان اكتسابه من غير حل أو قصد به

الطغيان والعصيان كما هو عادة الكفرة الفجرة والظلمة الفسقة، فأما إذا لم يقصد به الطغيان فلا وهو الظاهر من حال المسلم الورع ومنها ما هو مكروه وهو جمع المال للتفاخر والتكاثر والأشر والبطر، وإن كان من حل؛ لأنه سبب يتوصل به إلى إقامة ما هو مكروه فيكون مكروهًا، ولهذا قال عليه السلام: "**إنّ الشّيطانَ يقولُ لَن ينجو منّي صاحبُ المالِ لإحدَى ثلاثٍ: إمّا أَن أزينهُ في عينيهِ فيمنعَ حقّهُ، أو أسهّلَ عليهِ سبيلهُ فيضعهُ بهِ في غيرِ حقٍّ، أو أحبّبهُ في قلبهِ فيجمعَ مِن غير حلةٍ**".

ثم المكسوب على مراتب أفضلها الجهاد ثم التجارة ثم الحراثة ثم الصناعة.

أما الجهاد أفضلها؛ لأن منفعته عامة لما فيه من الاستغنام ودفع شر الكفرة وإطفاء ثائرتهم عن المسلمين ليتمكنوا من الحراثة والتجارة بالنقل من بلدة إلى بلدة ثم التجارة؛ لأن منفعة التجارة تحدث في كل ساعة وتتكرر في كل وقت فيحصل بها كفاية الوقتية ومنفعة الحراثة تكون في الأحايين مرة فكانت التجارة أعم نفعًا ولأن التجارة غالبًا في موضع يقام فيه الجمع والأعياد والزراعة غالبا في القرى التي لا تقام فيها الجمع والأعياد ثم الحراثة لأنها سعي لقوام الأبدان المتحرمة والنفوس المشرفة، فإن قوامها بالمطعوم والملبوس إنما تحصل بالزراعة لا بالصناعة وقوله عليه السلام: "**لَا ترغبُوا فِي الصنعةِ فتركنُوا إلَى الدنيَا أو تَنسوا الآخرةَ**" محمول على من اشتغل بالزراعة وأعرض عن الجهاد، فأما من كان مقبلا على الجهاد فلا بأس بالحراثة وقد قال مشايخنا من أدى خراج أرضه سقط عنه الجهاد؛ لأن الجهاد مفروض بالنفس والمال جميعًا وهذا بذل المال إن لم تبذل النفس ووجب على الإمام أن يبعث بالخراج المبعوث إلى الثغور، فإذا ترك عاد الوبال عليه.

ثم قال محمد: كما أن طلب العلم فريضة ثم طلب العلم ينقسم إلى أربعة أقسام:

منها: ما هو فريضة مقدار ما يحتاج إليه لإقامة الفرائض، فإنه لا يتهيأ إقامة الفرائض إلا بعد العلم بصحتها وفسادها فيكون فرضا كالطهارة والسعي إلى الجمعة وإليه أشار محمد فقال: لو لم يكن طلب العلم فريضة لم يكن للناس مخرج من الإثم وما أمكنهم معرفة الحق من الباطل والخطأ من الصواب.

ومنها: ما هو مستحب وقربة كتعلم ما لا يحتاج إليه ليعلمه محتاجًا إليه كالفقير

يتعلم كتاب الزكاة والمناسك ليعلم من عليه الزكاة والحج؛ لأنه وسيلة لإقامة ما هو مستحب.

ومنها: ما هو مكروه وهو التعلم ليباهي به العلماء ويماري به السفهاء ويأكل أموال الأغنياء ويستخدم الفقراء. ثم قال وطلب العلم فريضة كما أن أداء العلم إلى الناس فريضة فقد جمع بين التعلم والتعليم في الفريضة وأراد به تعليم ما يحتاج المتعلم إليه لإقامة فروضه لقوله عليه السلام: "**مَن سئلَ عَن علمٍ عندهُ احتاجَ النّاسُ إليهِ فكتمهُ ألجمَ يومَ القيامةِ بلجامٍ مِن نارٍ**" ولأن العلماء يخلفون الأنبياء في تبليغ ما أنزل إليهم وتبليغ المنزل على نبيه كان فرضا فيفترض على من قام مقامه والتبليغ يحصل بالتعليم حتى قالوا يجب على المولى أن يعلم عبده القرآن والعلم بقدر ما يحتاج إليه لأداء الصلاة والصوم ثم يفترض على العالم تعليمه إلى أن يفهم المتعلم ويحفظه ويضبطه، وعند الشافعي رحمه الله إذا أفهمه سقط عنه فرض التعليم.

والصحيح قولنا؛ لأنه افترض عليه التعليم بقدر ما يحتاج المتعلم إليه لإقامة فرائضه ولا يتمكن من إقامة الفرائض إلا بالحفظ فيفترض عليه التعليم بقدر ما يحفظه، ثم قال: ألا ترى لو جاز لأهل الزمان كتمان العلم جاز لمن قبلهم ولو جاز لمن قبلهم جاز للتابعين والصحابة رضي الله عنهم، ولو فعلوا ذلك لبطلت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولتعطلت شرائعه وهذا لا وجه له.

وقال مشايخنا: لو ناظر مع غيره أن كلمه غيره متعلما مسترشدا غير متعنت لا يحل له التمويه والحيلة لطرحه في المناظرة معه؛ لأن ذلك يؤدي إلى إخفاء العلم وكتمانه عليه وإنه حرام، وإن كلمه متعنتا ويريد طرحه يحل له أن يحتال كل حيلة لدفعه عن نفسه؛ لأن الحيلة لدفع التعنت مشروعة، ولذلك كره أبو حنيفة رحمه الله تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة، فإنه روي أن حماد بن أبي حنيفة كان يتكلم في الكلام فنهاه أبوه عن ذلك فقال له حماد رأيتك وأنت تتكلم فما بالك تنهاني فقال يا بني كنا نتكلم وكل واحد منا كان الطير على رأسه مخافة أن يزل صاحبه ومن أراد أن يزل صاحبه فكأنه أراد أن يكفر صاحبه ومن أراد أن يكفر صاحبه فقد كفر قبل أن يكفر صاحبه ثم قال: وما رغب النبي صلى الله عليه وسلم فأداء ذلك إلى الناس فريضة ليرغبوا فيما رغب وينزجروا عما زجر، قيل: أراد بذلك

تعليم الفضائل والرغائب حتى تعلم الناس بشرعها فيعتقد كونها مشروعة فإنها مشروعة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة إذ لا تخيير ولا تردد في حق الاعتقاد، إنما التخيير في إقامتها وقيل أراد به فضائل لها حكم الفرائض كالأذان والإقامة والجماعة فإنها ملحقة بالفرائض في الأداء حتى لو امتنع أهل بلدة عن إقامة هذه الأشياء يقاتلون على تركها كما لو امتنعوا عن إقامة فرض، وكذلك قالوا: لو اجتمع أهل مصر على ترك الختان يحاربهم الإمام؛ لأن الختان سنة وهي من شعائر هذا الدين وخصائصه كالأذان والإقامة. ثم قال: ولا يجب على الفقيه أن يجيب عن كل ما يسأل وهذا إذا علم أنه متى لم يجب هو يجيب غيره وإن علم أنه لا يجيب غيره يلزمه الجواب؛ لأن الفتوى والتعليم فرض كفاية إذا أقام به البعض سقط عن الباقين.

وذكر محمد رحمه الله في السير الكبير: ولو طلب كافر من مسلم أن يعلمه القرآن ويفقهه في الدين فلا بأس به؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ القرآن على المشركين رجاء أن يقفوا على كونه معجزا فيقبل الله تعالى بقلبه فيؤمن، وكذلك في الفقه ليقف على حسن نظمه وجودة أحكامه ولطائف حكمه فيسلم. وحكي أن الجامع الكبير وقع في أيدي بعض النصارى فأسلم فعاتبه قومه على إسلامه فقال إني وقفت على نكتة وتحيل إلى ثلاثة ولم أقف على ثلثه فتعجبت من صاحبه كيف لم يدع النبوة مع تبحره في هذا العلم فما منعه دعوى النبوة إلا دين الحق فأسلمت ثم قال إلا لغائب حضر خروجه إن لم يحدثه لم يستفض العلم في مصره يريد به أنه إذا كان بحال لو لم يجبه ما سئل منه لم يمكنهم معرفة ذلك من غيره فحينئذ يفترض عليه ذلك، ثم قال: وكذلك الجهاد فريضة، فإذا قام به البعض سقط عن الآخرين لما عرف، وكذلك رفع الجنازة فريضة على كل من صلى عليه، فإذا حمل البعض سقط عن الآخرين؛ لأنه حصل المقصود وهو دفنه وإنما خص من صلى عليه برفع الجنازة وإن كان يجب رفعها على كل من علم بموته لأن الظاهر أن من صلى عليه يعلم بموته دون من لم يصل عليه فإنما خص المصلي لهذه الفائدة.

وذكر في العيون لأبي الليث: وكذلك غسل الميت واجب على كل أحد، ولهذا لو استأجر أجيرا لغسل الميت لا أجر له.

ولو استأجر لحمل الميت أو لحفر القبر أو لدفنه يجب الأجر؛ لأن الأول مما يحتسبه الناس ويعدونه قربة والثاني لا. ثم قال: وكذلك رد السلام فريضة على كل من سمع السلام إذا قام به البعض سقط عن الباقين والتسليم سنة والرد فريضة؛ لأن في الامتناع من الرد إهانة بالمسلّم واستخفاف له وإنه حرام إلا أن ثواب المسلّم أكثر من ثواب الراد لقوله عليه السلام: "**للبادئِ منَ الثّوابِ عَشرةٌ وللرّادِّ واحدٌ**". وفي رواية: "**للبادئِ منَ الثّوابِ عشرونَ وللرّاد عشرةٌ**" ولأن البادئ بالسلام هو المتسبب للجواب وهو البادئ للإحسان والراد مجازٍ إحسانه بالإحسان والمجازاة للإحسان أفضل ولكن ثواب المبتدئ به أجزل.

ثم إنما يصح رد السلام إذا سمعه المسلم؛ لأن الرد جواب سلامه والجواب إنما يكون جوابًا إذا سمعه المخاطب إلا إذا كان المسلم أصم فينبغي أن يريه بتحريك شفتيه، وكذلك جواب العطسة.

ولو سلَّم على قوم وفيهم صبي فرد سلامه إن كان لا يعقل لا يعتبر به، وإن كان يعقل قيل لا يسقط الرد عن الباقين؛ لأن رد السلام فرض والصبي ليس من أهل إقامة الفرض، وقد يسقط لأنه أهل لإقامة فرض لا يلحقه في إقامته مشقة ولهذا لو أسلم يصح إسلامه؛ لأنه فرض لا يلحقه في إقامته مضرة ومشقة.

ولو سلَّم الرجل على المرأة قيل يجب عليها الرد لأنها في حق إقامة الفرائض كالرجل وقيل لا يجب؛ لأن سلام الرجل على المرأة خطأ؛ لأن المسلّم طلب منها الجواب وطلب الجواب منها خطأ؛ لأن صوتها عورة وإن عطست المرأة، فإن كانت عجوزة تشمت الرجل عليها، وإن كانت شابة يرد عليها في نفسه.

وكذلك الجواب في رد سلامها على الرجل.

ولا يجب رد سلام السائل على باب الدار؛ لأنه قد سلم لشعار سؤاله لا للتحية ومن بلغ غيره سلاما من غائب ينبغي أن يرد عليهما السلام هكذا فعله النبي صلى الله عليه وسلم حين بلغه الحسن سلام أبيه ولأن الغائب محسن إليه بالسلام والرسول بالاتصال فينبغي له أن يجاز بهما بالجواب.

ولا ينبغي أن يسلم على من يقرأ القرآن؛ لأنه يشغله عن قراءته وإن سلم عليه فالأصح أنه يجب عليه رده؛ لأنه فرض وقراءة القرآن ليست بفرض فلا يدع

الواجب لاشتغاله بالنفل بخلاف ما لو سمع اسم النبي عليه السلام لا يجب عليه الصلاة؛ لأن قراءة القرآن على نظمه أفضل من الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم رجل جالس مع القوم فسلم عليه رجل وقال: السلام عليك ولم يسمه فرده بعض القوم ينوب ذلك عنه ويسقط عنه الجواب؛ لأن قصد المسلم التسليم على الكل ويجوز أن يشير إلى خطاب الجماعة بخطاب الواحد ومتى كان هذا تسليما على الكل يكتفي بجواب الواحد وإن سمى واحدًا فقال السلام عليك يا زيد فأجاب غيره لا يسقط عنه؛ لأنه سلم عليه خاصة.

وإذا اجتمع المسلمون والكفار يسلم عليهم وينوي بقلبه المسلمين دون الكفار؛ لأن الكفار ليسوا من أهل السلام عليهم بل هم أهل اللعنة والنقمة، ولو قال: السلام على من اتبع الهدى يجوز.

ولو قال مسلم لذمي: أطال الله بقاءك، فإن نوى بقلبه أن الله تعالى يطيل بقاءه لعله يسلم أو ليؤدي الجزية عن ذل وصغار لا بأس به؛ لأنه دعا له بالإسلام في الأول وفي الثاني منفعة للمسلمين، وإن لم ينو شيئًا لا يجوز، ولو قال لذمي: أرشدك الله أو هداك الله فحسن، والله أعلم بذلك.

(باب معرفة الأكل)

ولا يجوز للإنسان أن يروض نفسه بالجوع وبتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء العبادات، وإنما عليه إذا جاعت أطعمها.

ومن الناس من قال: لا بأس للرجل أن يقلل الطعام بكسرة أو السوء إذا خاف من فرط الشهوة أن يقع في الفاحشة.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إنّ نفسكَ مطيّتكَ، فَارفق بهَا، ومنَ الرّفقِ أن لَا تذلها ولا تجيعها**".

وقال عليه السلام: "**المؤمنُ القويُّ خيرٌ عندَ اللهِ تعالَى منَ المؤمنِ الضّعيفِ**".

ولأن ذلك يؤدي إلى ضعفه وتقاعده عن أداء الفرائض وإقامة الخيرات فيكون حرامًا وخوف وقوعه في السفاح يندفع بالنكاح فلا حاجة إلى تجويع النفس لدفعه.

ثم قال، فإن تركوا أكلهم وشربهم فقد عصوا؛ لأن من امتنع عن أكل الميتة عند المخمصة حتى مات عصى ربه ولقي الله تعالى بدمه فما ظنك فيمن ترك الحلال حتى مات بالمجاعة، وكذلك لو صام ولم يأكل حتى مات أثم لما فيه من إهلاك نفسه بخلاف ما لو استطلق بطنه أو رمدت عينيه فلم يعالج حتى أضعفه ومات لا يأثم؛ لأنه ليس في ترك المعالجة إهلاك النفس؛ لأنه ربما يصح من غير معالجة ولا تنفعه المعالجة.

ثم الأكل على ثلاث مراتب:

إحداها: ما هو فرض وهو مأجور فيه وهو ما يندفع عنه الهلاك لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إن ّالمُؤمنَ ليؤجرُ فِي كلّ شيءٍ حتّى اللقمةِ يرفعُها إلى فيهِ**"، وكذلك أكل ما زاد على ما يقوم به البدن ليمكنه الصلاة قائمًا والصوم وهو فرض وهو مأجور فيه والحساب عنه مرفوع؛ لأنه سبب يتوصل به البدن إلى إقامة الفرائض فيكون سببا للثواب فلا يكون سببا للحساب؛ لأن في الحساب نوع عذاب لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَن نوقشَ فِي الحسابِ عذّبَ**".

والثانية: ما هو مباح وهو أكل ما زاد على أدنى الكفاية إلى الشبع لتزداد به قوة البدن فهو مباح لا أجر ولا وزر فيه ويحاسب فيه حسابا يسيرا إن كان من حل لقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ لَتُسْـَٔلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ ٱلنَّعِيمِ ﴿٨﴾ ﴾ [التكاثر: ٨] وهو متنعم بهذه الزيادة.

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم أُتي بعرق فيه تمر ورطب قال: :**إنّكُم لتحاسبونَ في هذَا**"، فرفعه عمر رضي الله عنه ورفضه، وقال: أفي هذا حساب؟ فقال عليه السلام: "**إي واللهِ والّذي نفسِي بيدهِ إنكم لتحاسبونَ يومَ القيامةِ فِي الماءِ البارِدِ والماءِ الحارِّ إلّا خرقةً تسترُ بِها عورتكَ وكسرةَ خبزٍ ترد بهَا جَوعتكَ وشُربةَ ماءٍ تطفئُ بهَا عطشكَ**".

والثالثة: ما هو حرام وهو أكل ما فوق الشبع؛ لأنه سعي لإمراض نفسه، فإنه ربما يتخمه والتخمة ربما تصير سببا للمرض والموت وسعي لإضاعة المال وإفساده من غير فائدة، فإنه لا تندفع به جوعته ولا تزداد به قوته وإنه حرام ومن ارتكب حراما يحاسب عليه ويعذب فيه.

ثم قال مشايخنا: الأكل فوق الشبع حرام إلا في موضعين: أحدهما: أن يأكل فوق الشبع ليتقوى به لصوم الغد، والثاني: إن نزل به ضيف وقد تناهى أكله ولم يشبع ضيفه وهو يعلم أنه متى أمسك عن الأكل أمسك الضيف عنه حياء وخجلا فلا بأس بأكله فوق الشبع لكي لا يصير داخلا في جملة من أساء القربى، فإن إساءة القربى مذموم شرعًا، ولهذا الجهر بالسوء من القول حرام إلا في سوء القربى، قال الله تعالى: ﴿۞ لَّا يُحِبُّ ٱللَّهُ ٱلْجَهْرَ بِٱلسُّوٓءِ مِنَ ٱلْقَوْلِ إِلَّا مَن ظُلِمَ ۚ﴾ [النساء: ١٤٨] يعني منع من حقه في القربى، فإن نزل ضيف على إنسان فلم يضفه وهو محتاج إليه فلا بأس بأن يجهر قوله بالشكاية عنه.

وأما التفكه بأنواع الفاكهة لا بأس به لقوله تعالى: ﴿كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ ۚ﴾ [الأعراف: ١٦٠] وإن تركه حتى لا تنقص في الآخرة من درجاته كان أفضل؛ لأنه متى أذهب طيباته في حياته واستمتع بها تنقص درجاته في الآخرة.

ورُوي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه اشتهى عسلا ليشرب بلبن فقدم إليه فلما أن قدمه إلى فيه استبكى وتلا قوله تعالى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَٰتِكُمْ﴾ [الأحقاف: ٢٠] وآثر به غيره.

قال مشايخنا: ومن السَّرف أن يلقى على المائدة من الخبز أضعاف ما يحتاج إليه الآكلون، ومن السَّرف أن يصنع لنفسه ألوان الطعام والمباحات، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم عد ذلك من أشراط الساعة، وكان يتوعد أصحابه على ذلك ويكره تعليق الخبز على الخوان بل يوضع بحيث لا يتعلق، ويُكره وضع الخبز في جنب القصعة لتستوي القصعة، ويكره مسح الأصابع والسكين في الخبز، ويكره وضع المملحة على الخبز ولكن يوضع الملح وحده على الخبز؛ لأن في ذلك كله استخفافًا بالخبز وقد أُمرنا بتكريمه وتعظيمه لقوله عليه السلام: "**أكرمُوا الخُبزَ، فإنّ اللهَ تعالَى أخرجهُ فيمَا بينَ بركاتِ السّماءِ والأرضِ**"، وقال عليه السلام: "**مَا استخفّ قومٌ بحقّ الخبزِ إلّا ابتلاهمُ اللهُ بالجوعِ**".

وقيل: لولا الخبز ما عُبِدَ الله تعالى، ويكره أن يأكل ما انتفخ من الخبز أو وجهه ويترك الباقي.

وأما سنن الطعام وآدابه: فالسنة أن يغسل يديه قبل الطعام وبعده لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الوضوءُ قبلَ الطّعامِ ينفِي الفقرَ وبعدَهُ ينفِي اللّمَمَ**"، وعن سلمان الفارسي رضي الله عنه أنه قال: قرأت في التوراة أن بركة الطعام الوضوء بعده فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم وأخبرته بما في التوراة فقال عليه السلام: "**بَركةُ الطّعامِ الوضوءُ قَبلهُ وبعدهُ**".

والأدب في غسل الأيدي قبل الطعام أن يبدأ بالشباب ثم بالشيوخ وبعد الطعام يبدأ بالشيوخ ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل لكن يترك ليجف ليكون أثر الغسل باقيا وقت الطعام وبعد الطعام يمسح يده بالمنديل ليكون أثر الطعام زائلا بالكلية. وحكي عن أبي معمر البصري قال: أتيت أنس بن مالك رضي الله عنه فسلمت عليه فدعا لنا بالمائدة فقعدنا عنده ثم قال يا جارية هلمي بالمنديل فأتتنا بمنديل وسخ فقال يا جارية اسجري التنور وأوقديه ففعلت ثم أمر بالمنديل فطرح فيه فخرج أبيض كأنه لبن حليب لم يحترق منه هدبه فقلت ما هذا يا أبا حمزة فقال هذا منديل كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح به، فإذا اتسخ صنعنا به هكذا؛ لأن النار لا تأكل شيئًا مر على عضو رسول الله صلى الله عليه وسلم والتسمية على الطعام سنة لقوله عليه السلام: "**إذَا أكلَ أحدكمُ الطّعامَ فليقُل بسمِ اللهِ وإن نسيَ فِي أوّلهِ فليقُل فِي آخرهِ**".

وعن عمر رضي الله عنه ابن أم سلمة أنه دخل على النبي صلى الله عليه وسلم وعنده طعام فقال ادنُ يا نبي الله وقل بسم الله وكل بيمينك وكل مما يليك ولا بأس بأكل الخبز متكئا لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل يوم خيبر متكئًا.

ثم قال: وأما المؤمن فشكره إذا رزق أن يسمي الله تعالى عند أكله، وإذا رفع يده من الطعام حمد الله تعالى في أوله وعليه لقوله عليه السلام: "**إنّ اللهَ تعالَى ليرضَى مِن عبدهِ المؤمنِ إذَا قُدمَ إليهِ طعامٌ أَن يسمّي اللهَ تعالَى فِي أوّلهِ ويحمدُ اللهَ فِي آخرهِ**" وهذا كله إذا أكل من الحلال، فأما من الحرام فما حل منه وقد يحاسب فيه ويعاقب عليه لقوله عليه السلام: "**كلُّ لحمٍ نبتَ مِن سُحتٍ فالنّارُ أولَى بهِ**"، **وقال عليه السلام:** "**يُصبحُ أحدكُم أشعثَ أغبرَ فيقولُ: يَا ربِّ يَا ربِّ فلَا يستجابُ لهُ،**

وكيفَ يستجابُ ومَطعمهُ حرامٌ وملبسهُ حرامٌ"، حتى رُوي أنه قال عليه السلام لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه حين شكى إليه انتظار الإجابة: "**طيبُ طعمتكَ يستجابُ بهَا دعوتكَ**" ففعل ذلك ونال ما رجا حتى رُوي أنه كان يغتسل يوما فجاءت بنيته إلى باب مغتسله تنظر إليه فردها مرة أو مرتين فلم تبرح فقال لها لا كبرت فبلغ سنها خمسين سنة وما جاوز قدها خمسة أشبار لدعاء أبيها. ثم قال: وعلى الناس فريضة أن يتخذوا الأوعية لنقل الماء إلى النساء وأهل البيوت لأنهم متى لم ينقلوا الماء إليهن احتجن إلى إقامة الوضوء والغسل في الصحراء ولا يحل لهن ذلك لأنهن عورة فكان نقل الماء سببا يتوصل به إلى إقامة الفرض فيكون فرضًا.

ثم اتخاذ الأوعية من الخزف أفضل لقوله عليه السلام: "**مَن اتّخذَ أوانِي بَيتهِ خزفًا زَارتِ المَلائكةُ بيتهُ**".

واتخاذها من نحاس أو رصاص أو شبه ذلك مباح ومن الذهب والفضة حرام لما عرف في موضعه. ثم قال: وينفق على نفسه وعياله وولده ما يكفيهم، فإذا تكلف فوق الحاجة فهو فساد وسرف يزيد به أنه لا يسعى لجميع مناهم إنما يسعى لما يكفيهم بلا سرف في الإنفاق ولا تقتير؛ لأن كلاهما مذموم لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُواْ لَمۡ يُسۡرِفُواْ وَلَمۡ يَقۡتُرُواْ وَكَانَ بَيۡنَ ذَٰلِكَ قَوَامٗا ٦٧﴾ [الفرقان: ٦٧] فالقوام أن يكون بين السرف والتقتير وهو الوسط، والله أعلم.

(باب معرفة الكسوة)

الكسوة أربعة أنواع:

منها: ما هو فرض، وهو اتخاذها من القطن والكتان أدنى ما يستر به عورته ويواري مهجته ويدفع عنه الحر والبرد، وليس عليه في ذلك لين دون خشن ولا خشن دون لين بل يأخذ بالوسط في حق الكسوة كما يأخذ بالوسط في حق الأكل لا يلبس الندي من كل وجه حتى تحقره العيون ولا النفائس حتى يصير علما فيما بين الناس، لما رُوي أنه عليه السلام نهى عن الشهوتين من الثياب، معناه إذا كان له

دستان من الثياب: أحدهما بذة إذا لبسها يصير علما لبذاذتها، والأخرى نفيسة إذا لبسها يصير علما لنفاستها فقد أشار إلى أن السبيل في اللبس الوسط.

ومنها: ما هو مستحب، وهو ستر العورة وأخذ الزينة كما في الصلاة لما عرف.

ومنها ما هو مباح وهو لبس الثياب الجميلة للتزين والتجمل إلا أن تركها أفضل لما رُوي أنه عليه السلام "**كَان يحبُّ الْبَذَاذَةَ**[1] **في [الهيئات]**[2]"[3] حتى ذكر في شمائله وصفة ثوبه ثوب دهان لكثرة ما استعمله، ورُوي أنه كان له صوف وعلى كمه علم حرير فلبسه ثم نزعه وأثر به غيره وقال: "**إنّ علمهُ يشغلُنِي عنِ الصّلاةِ إذَا قمتُ لهَا**".

ورُوي أن أبا حنيفة رضي الله عنه ارتدى برداء ثمين قيمته أربعمائة دينار وكان يجره على الأرض فقيل له: أَوَلسنا نهينا عن هذا فقال: إنما ذلك لذوي الخيلاء ولسنا منهم.

ومنها: ما هو مكروه، وهو لبس الثياب الجميلة للتكبر والأشر والبطر؛ لأن التكبر حرام وتفسير ذلك أن يكون معها كما كان قبلها ويستحب لبس الثياب البيض لقوله عليه السلام: "**إنّ اللهَ تعالَى يحبُّ الثّيابَ البيضِ وإنّهُ خلقَ الجنّةَ بيضاءَ**". ويكره لبس الثوب الأحمر والمعصفر لنهيه عليه السلام عن لبس المعصفر وعن القراءة في الركوع، وقال عليه السلام: "**إيّاكُم والحَمرة فإنّها زَي الشّيطان**" ولأنه كسوة النساء ويكره التشبه بهن.

وأما السنة في لبس العمامة رُوي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله

---

(١) الْبَذَاذَةُ: التَّقَشُّفُ.

قَالَ أَبُو دَاوُد فِي سُنَنِهِ: الْبَذَاذَةُ: التَّقَحُّلُ.

وَفِي النِّهَايَةِ: قَحَلَ: إذَا الْتَزَقَ جِلْدُهُ بِعَظْمِهِ مِن الْهُزَالِ وَالْبِلَى.

وفِي النِّهَايَة: الْبَذَاذَة: التَّوَاضُع فِي اللِّبَاسِ، وَتَرْكُ الِافْتِخَار بِهِ. حاشية السندي على ابن ماجه (ج٧/ ص٤٧٧).

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): الهيئة.

(٣) أخرجه أبو داود (٤/٧٥، رقم ٤١٦١)، وابن ماجه (٢/١٣٧٩، رقم ٤١١٨). وأخرجه أيضًا: البيهقي في شعب الإيمان (٥/٢٢٧، رقم ٦٤٧٠).

عليه وسلم دعا عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه يجهر فإني باعثك في السرية وعلى عبد الرحمن عمامة لفها على رأسه فأقعده النبي صلى الله عليه وسلم بين يديه ونفض عمامته بيده ثم عممه بعمامة سوداء وأرخى بين كتفيه منها ففيه دليل على أن المستحب إرخاء ذنب العمامة بين الكتفين كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قدر ذلك بشبر ومنهم من قال إلى وسط الظهر ومنهم من قال إلى موضع الجلوس وفيه دليل على أن من أراد أن يجدد لف العمامة لا ينبغي أن يرفعها من رأسه ويلقيها على الأرض دفعة واحدة لكن ينفضها كما لفها؛ لأنه هكذا فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بعمامة ابن عوف رضي الله عنه وذلك بمنزلة الستر عن الطي فيكون أولى من النثر والإلقاء على الأرض دفعة واحدة لما فيه إهانتها.

(باب معرفة الإطعام)

يحتاج فيه إلى معرفة: أنواع المحتاجين، وصفة الإعطاء والأخذ، وأنواع الضيافات، وما يجوز أن يصنع فيها وما لا يجوز.

أما أنواع المحتاجين:

أحدها: محتاج اشتد جوعه وعجز عن طلب القوت فيفترض على كل من علم بحاله أن يواسيه بماله؛ لأنه أشرف على الهلاك فيجب على من علم به صونه عن الهلاك بإطعامه بنفسه أو يدل آخر عليه كمن رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردى في البئر يفترض عليه دفع الهلاك عنه، ولهذا قال عليه السلام: "**ما آمنَ مَن باتَ شبعانًا وجارهُ إلى جنبهِ طَاوي**" أي: جائع.

وقال عليه السلام: "**أيمَا رَجلٍ هلكَ بين قومٍ ضيَاعًا إلّا برِئت منهُم ذمةُ اللهِ وذمةُ رسولهِ**"، وإذا أطعمه واحد سقط عن الباقين؛ لأنه المقصود وهو اندفاع الهلاك عنه قد حصل فيكون فرض كفاية.

والثاني: محتاج جائع بحيث يقدر على التكسب إما بعمله أو بالسؤال من الناس وخاف إن ترك الطلب يموت جائعا يلزمه الكسب إن قدر عليه، وإن لم يقدر يلزمه

السؤال ولو ترك السؤال حتى مات أثم ولقي الله تعالى عاصيًا بدمه؛ لأنه يفترض على كل إنسان أن يدفع الهلاك عن نفسه ما أمكنه ويكون هذا سؤالا لا بد منه لاستبقاء مهجته فيكون فرضًا.

وقال بعض الناس بأن السؤال له رخصة لو تركه لا يأثم؛ لأن بالسؤال يلحقه الذل وإذلال نفسه حرام كإهلاكها فقد ابتلي بين شرين فيختار أيهما شاء، والصحيح أنه يأثم بتركه؛ لأن ذل السؤال أهون من الإهلاك حقيقة فيلزمه أن يختار أهونهما وهو السؤال كالإمام في الأسارى من النسوان والذراري يلزمه الاسترقاق، وإن كان إهلاكا كالقتل؛ لأنه أهونهما فكذا هذا.

والثالث: فقير له قوت يوم لا يحل له السؤال؛ لأنه يستذل نفسه بلا ضرورة وإنه حرام لقوله عليه السلام: "**حرامٌ علَى المؤمنِ أن يذلَّ نفسهُ**".

ثم قال أبو مطيع البلخي: لا يحل للرجل أن يعطي سؤال المسجد لما ورد فيه وعيد، فإنه رُوي عن الحسن البصري رحمه الله أنه قال: ينادي يوم القيامة منادٍ ليقم بغيض الله تعالى فيقوم سؤَّال المسجد.

والمختار أنه إن كان السائل لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدي المصلي ولا يسأل الناس إلحافا ويسأل لأمر لا بد منه فلا بأس بالسؤال والإعطاء له؛ لأن السؤال كانوا يسألون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد حتى رُوي أن عليًّا عليه السلام تصدق بخاتمه وهو في الركوع فمدحه الله تعالى بقوله: ﴿وَيُؤْتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَهُمْ رَٰكِعُونَ ﴿٥٥﴾﴾ [المائدة: ٥٥]، وإن كان يتخطى رقاب الناس ويمر بين يدي المصلي يكره إعطاؤه؛ لأنه لا إعانة على أذى الناس وعلى مباشرة أمر مكروه، ولهذا قال خلف بن أيوب: لوكلت قاضيًا لم أقبل شهادة من تصدق عليه، وقال إسماعيل المستملي: هذا فليس واحد يحتاج إلى سبعين فلسًا للكفارة.

وأما صفة الإعطاء: قال محمد رحمه الله: المعطي أفضل من الآخذ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**اليدُ العليَا خيرٌ منَ اليدِ السُّفلى**" أي: اليد المعطية خير من اليد الآخذة ولأن نفع الإعطاء يتعدى إلى غيره ونفع الأخذ يقتصر على الأخذ وما يتعدى نفعه إلى غيره أفضل مما يخصه؛ لقوله عليه السلام: "**خيرُ النّاسِ مَن ينفعُ النّاسَ**".

واختلفوا في أن الغني الشاكر أفضل أم الفقير الصابر، قيل: الغني الشاكر أفضل وإليه أشار محمد؛ لأن مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال إنما تؤخذ من الغني لا من الفقير بإيصال النفع وبره وإحسانه إلى غيره وقيل الفقير الصابر أفضل؛ لأنه صلى الله عليه وسلم اختار الفقر فقال أحيني مسكينا وأمتني مسكينا وقد عرضت عليه الدنيا بحذافيرها فلم يقبل وهو يختار ما هو الأفضل ولأن الفقير القادر على أخذ الدنيا بتركها جاد بكل ما قدر على أخذه على غيره من غير أن لوث نفسه بلوث الدنيا والغني جاد بالبعض بعدما لوث نفسه بلوث الدنيا ولأن ترك أخذ الدنيا أشق على البدن وأتعب على النفس.

وأفضل الأعمال أشقها لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أفضلُ الأعمالِ أحمزهَا**" أي: أشقها.

وذكر محمد رحمه الله في "السير الكبير": ولا بأس للمسلم أن يعطي كافرا حربيا أو ذميا وأن يقبل الهدية منه لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث خمسمائة دينار إلى مكة حين قحطوا وأمر بدفعها إلى أبي سفيان بن حرب وصفوان بن أمية ليفرقا على فقراء أهل مكة فقبلا، وقالا: ما يريد بهذا محمد إلا أن يخدع شبابنا.

ولأن صلة الرحم محمودة في كل دين والإهداء إلى الغير من مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال وقد قال عليه السلام: "**بعثتُ لأتمّمَ مكارمَ الأخلاقِ**"، ورُوي أنه عليه السلام كان يقبل الهدية من المشركين، واختلفت الصحابة رضي الله عنهم في جواز قبول هدية أمراء الجور فكان ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما يقبلان هدية المخبار، وكان أبو ذر وأبو الدرداء رضي الله عنهما لا يجوّزان ذلك حتى روي أن أميرا أهدى إلى أبي ذر مائة دينار فقال: هل أهدى إلى كل مسلم مثل هذا؟ قيل: لا، فردها وقال: ﴿كَلَّآ إِنَّهَا لَظَىٰ ﴿١٥﴾ نَزَّاعَةً لِّلشَّوَىٰ ﴿١٦﴾﴾ [المعارج: ١٥، ١٦].

وعن علي رضي الله عنه قال: للسلطان نصيب من الحلال والحرام، فإذا أعطاك شيئًا فخذه، فإن ما يعطيك حلال لك والمذهب الصواب فيه أن ينظر إن كان أكثر ماله حرام لم يحل قبول هديته ولا أكل طعامه، وإن كان أكثر ماله حلالا بأن كان

صاحب تجارة أو زرع وأكثر ماله من ذلك فلا بأس به ما لم يتبين عنده أنه حرام؛ لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام وتخلو عن كثيره فكانت العبرة للغالب والأحوط أن لا تقبل؛ لأن شبهة الحرام ربما توقعه في أخذ السحت والحرام.

ولو أهدى الفاكهة إلى الصبي يحل لوالديه أكلها؛ لأنه يراد به بر الوالدين عادة لكن أهدى إلى الصبي استصغارًا.

وأما أنواع الضيافات قال أبو يوسف: الوليمة هي طعام العرس. والخرس طعام الولادة. والمأدبة طعام الختان.

وقال محمد بن مقاتل في نوادره: الوكيرة طعام البناء، والعقيقة طعام الحلق، والنقيعة طعام القادم، والوضيمة طعام العزية[1].

وكلها ليست بسنة إلا الوليمة فإنها سنة قديمة وفيها مثوبة عظيمة، فإنه ذكر الحسن ابن زياد: لو بنى الرجل بامرأته ينبغي أن يولم، والوليمة حسنة وهي أن تدعو الجيران والأقرباء والأصدقاء وتصنع لهم طعاما وتذبح لهم وينبغي للرجل أن يجيب، وإن لم يفعل فهو آثم لقوله صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله ولأن في الإجابة مواصلة وتحقيق موجزة وفي عدمه إيحاش وإهانة بالداعي، فإن كان صائما أجاب ودعا، وإن لم يكن صائمًا أكل، وإن لم يأكل يكره؛ لأنه يكون استهزاء بالمضيف عادة ويكره اتخاذ الضيافة عند البلية في المصيبة؛ لأن الضيافة تتخذ عند السرور والفرح لا عند الحزن والترح.

وأما ما يجوز أن يصنع فيها وما لا يجوز ويحرم رفع الزلة بكل حال إلا بإذن صاحب المائدة؛ لأنه مأذون بالأكل لا بالرفع، ولو ناول الضيف لقمة من طعامه

---

(١) أسماء الأطعمة: القِرى: طعام الضيف، التحفة: طعام الزائر، الخرس: طعام الولادة، المأدبة: طعام الدعوة، الوليمة: طعام العرس، العقيقة: طعام المولود في يومه السابع، الغديرة: طعام الختان، الوضيمة: طعام المأتم، النقيعة: طعام القادم من السفر، الوكيرة: طعام الانتهاء من البناء، الإعذار: طعام الختان، النقاء: ما يلقى من الطعام، السلفة واللهنة: ما يؤكل سريعا قبل الغداء، الوجبة: الطعام الذي يؤكل مرة واحدة، اللقمة: مقدار ما يوضع في الفم من طعام، اللواسة: أقل من اللقمة.

ضيفًا آخر روى عن محمد أنه لا يحل للآخذ أن يأكل بل يضع ثم يأكل من المائدة؛ لأنه مأذون بالأكل لا بالإعطاء.

وقال عامة مشايخنا: إنه يحل له؛ لأنه مأذون فيه عادة لتعامل الناس في ذلك، وكذا لو ناول بعض الخدم الذي هو قائم على رأس المائدة جاز ولا يجوز أن يعطي سائلا أو إنسانا دخل هناك لحاجة؛ لأنه لا إذن فيه عادة، وكذلك لو ناول شيئًا من الخبز واللحم كلب صاحب البيت أو غيره لا يسعه، ولو ناوله الطعام أو الخبز المحترق وسعه؛ لأنه مأذون فيه عادة ويجوز لأهله أن يجمع كسيرات الخبز التي لا يشتهي أهلها أن يطعم حيوانا كالدجاجة والشاة وهو أفضل؛ لأن إطعام هذه الحيوانات جائز وهو مأذون فيه عادة ولا ينبغي أن يلقيها في البحر أو في الطريق إلا إذا وضع لأجل النمل ليأكل النمل فيجوز هكذا قاله بعض السلف رضي الله عنهم.

(باب معرفة الكلام)

الكلام على ثلاثة أقسام:

منها: ما يكتسب به أجرًا كالتحميد والتسبيح ونحوه، وقد لا يؤجر عليه ويأثم به في حال كمن ذكر الله تعالى أو سبح في مجلس الفسق على أنه يعمل عمل الفسق فهو حرام يأثم به وكذا التاجر لو فتح متاعه لمشتريه وسبح الله تعالى أو صلى على نبيه وأراد بذلك إعلام المشتري جودة متاعه يكره وكذا فقاعي يقول عند فتح الفقاع: لا إله إلا الله، أو يقول: صلى الله على محمد يأثم؛ لأنه يأخذ لذلك ثمنا بخلاف العالم إذا أمر بالصلوات في المجلس أو الغازي أمر بالتكبير حيث بارز لا يكره؛ لأنه يذكر للتعظيم والتفخيم.

ولو سبح في مجلس الفسق على وجه الاعتبار أو على نية أنهم يشتغلون بالفسق، وأنا أشتغل بالتسبيح فهو حسن ويؤجر عليه كمن سبح الله تعالى في السوق على عزيمة أن الناس يشتغلون بأمور الدنيا، وأنا أشتغل بالتسبيح فهو أفضل من تسبيحه وحده في غير السوق والترجيع بقراءة القرآن قيل: لا بأس لقوله صلى الله عليه وسلم: "**زيّنُوا القُرآنَ بأصواتِكُم**" وقال صلى الله عليه وسلم: "**ليسَ منّا مَن لَم يتغنَّ بالقُرآنِ**".

وقال عامة مشايخنا: بأنه مكروه ولا يحل الاستماع إليه؛ لأن فيه تشبهًا بفعل الفسقة في حال فسقهم وهو التغني وليس هذا كان في الابتداء، ولهذا يكره هذا النوع في الأذان. وكره أبو حنيفة رحمه الله قراءة القرآن عند القبور، وعند محمد لا يكره ومشايخنا أخذوا بقول محمد وينفع للميت لورود الآثار بقراءة آية الكرسي وسورة الإخلاص والفاتحة ونحو ذلك عند القبور ولا يكره التسبيح والتهليل ونحوه.

وذكر عن الحسن: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكره رفع الصوت عند ثلاث عند قراءة القرآن وعند الجنائز وعند الزحف إلى القتال.

ورُوي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يكرهون الصوت عند الثلاث الجنائز والقتال والذكر أي الوعظ ففي الحديثين كراهة رفع الصوت عند سماع القرآن والوعظ فتبين بهذا أن ما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة مكروه ولا أصل له في الدين عند سماع القرآن فما ظنك عند الغناء فأما رفع الصوت عند الجنائز والمراد به النوع وتمزيق الثياب وخمش الوجوه وذلك حرام.

ومنها: ما يكتسب به وزرًا وإثما كالكذب والنميمة والغيبة والشتيمة فالكذب محظور إلا في مواضع في القتال مع العدو للخدعة وفي الصلح بين اثنين وفي إرضاء الرجل أهله وفي دفع الظالم عن المظلوم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يصلحُ الكذبُ إلّا في ثَلاثٍ: فِي الصُّلحِ بينَ اثنينِ، وفِي القتالِ، وفِي إرضاءِ الرّجلِ أهلهُ**".

ثم قال بعضهم: يرخص الكذب في هذه الأحوال بلا تعريض لهذا الحديث.

وقال بعضهم: يرخص بالتعريض دون الكذب المحض وهو أن يريد المتكلم باللفظ غير ما وضع اللفظ له ولكنه يحتمله كما إذا قيل لآخر كل هذا الطعام فقال أكلت يريد به الأكل بالأمس لا الأكل للحال وكما قال علي رضي الله عنه يوم الخندق حين بارز عمرو بن عبد ود: أليس قد ضمنت أن لا تستعين عليّ بغيرك فمن هؤلاء الذين دعوتهم؟ فالتفت كالمستبعد لذلك فضرب على ساقيه بضربة فقطع رجليه وكقوله عليه السلام: "**إنّ الجنّةَ لَا يدخلُها العجائزُ**" فلما سمعت العجوز جعلت تبكي حتى تبين لها صفة أهل الجنة.

والتعريض بالكذب لغير حاجة وضرورة قيل لا بأس به؛ لأنه ليس بكذب؛ لأنه مما يحتمله اللفظ وقيل يكره؛ لأن اللفظ ظاهرة الكذب، وإن كان يحتمل الصدق، فإن السامع يفهم منه الكذب ظاهرًا فيكون في ذلك نوع تغرير وخداع والكذب إنما صار حرامًا لما فيه من التغرير والخداع فيكره من غير ضرورة وكذا الغيبة حرام إلا في حال وهو أن يكون رجلا يضر الناس باليد واللسان فلا غيبة في ذكره لقوله عليه السلام: "**اذكُروا الفَاجرَ بمَا فيهِ**" وإن أعلم السلطان ليزجره فلا إثم عليه.

ولو اغتاب أهل قرية لم تكن غيبة حتى يسمي قومًا معروفين؛ لأن الغيبة إنما تكون غيبة للمعلوم ولا يريد به أهل القرية فكان المراد مجهولًا.

ثم ظن المؤمن على نوعين ظن هو إثم وهو ظن السوء بالله تعالى بأن يظن أن لا يرزقه أو لا ينصره إما عاجلا أو آجلا وأنه حرام لقوله عليه السلام: "**لَا يموتنَّ أحدكُم إلّا وهُو حسنُ الظنّ باللهِ تعالَى**"، وكذا سوء الظن بالمسلم الذي ظاهره العدالة محظور وحسن الظن مأمور به لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أحسِنوا الظّنَّ بالمسلمِ**".

وظن هو مباح وهو ما يهجس بالقلب من خواطر الظنون؛ لأن ذلك مما لا يملكه الإنسان وقد قال عليه السلام: "**إذَا ظننتم فلَا تحققُوا**"، فعلى هذا لو خطر بقلبه أنه ليس بمؤمن وأنكره من ساعته فهو مؤمن؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه وإن استقر قلبه عليه فقد كفر.

ومنها: ما لا أجر ولا وزر فيه كقول الرجل: تعال وهلم وقم واقعد، وقد جعله محمد معطلا.

واختلفوا فيه أنه هل يكتب؟ قيل: لا يكتب أصلا، وقد روى محمد ما يدل عليه، فإنه قال: أخبرني هشام عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم أنه قال: إن الملائكة لا تكتب إلا ما كان فيه أجر أو وزر، وقيل: يكتب ذلك عليه ثم يستنسخ متى قوبل ما كتب عليه في اللوح المحفوظ كل اثنين وخميس فما كان فيه جزاء خير وشر يثبت وما لم يكن جزاء خير وشر يطرح لقوله تعالى: ﴿إِنَّا كُنَّا نَسْتَنسِخُ مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿٢٩﴾﴾ [الجاثية: ٢٩] وقيل يكتب ويستنسخ يوم القيامة؛ لأنه يوم الحساب والجزاء.

ثم قال محمد: أخبرني هشام عن أبيه عن عروة عن عائشة رضي الله عنهم أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**الدّواوينُ ثلاثةٌ: ديوانٌ بينَ العبدِ وربّهِ وهوَ مَا ليسَ فيهِ أجرٌ ولا وزرٌ**" ولم يرووا تمام الحديث، ورواه بتمامه للشيخ الإمام عبد العزيز بن أحمد الحلواني رحمه الله: "**الدّواوينُ ثلاثةٌ: ديوانٌ بينَ العبدِ وبينَ ربّهِ، وديوانُ الكفرةِ، وديوانُ المظالمِ، فأمّا الديوانُ الذي بينَ العبدِ وربّهِ ديوانُ طاعةٍ إن أَقضى فِيها، فإنّهُ يُرجَى أن يترحمَ اللهَ عليهِ بالعفو، وديوانُ الكفرةِ ففيهِ حسابٌ وعقابٌ، وديوانُ المظالمِ ففيهِ حسابٌ وقصاصٌ وانتصافٌ**".

وذكر في (**المنتقى**): قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس للجن ثواب خلافا لابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله، والله أعلم بغيبه.

(باب الأبنية الرَّفيعة والسَّرَاري الجميلة)

قال محمد رحمه الله: لا بأس بأن يبني بناء فنقشه بالجص وماء الذهب وغير ذلك أحب إليّ منه لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إنّ المؤمنَ ليؤجرُ في كلّ مَا ينفقُ إلّا فِي نفقةِ البُنيانِ**"، وإذا أدى ما افترض الله تعالى ثم أحب أن يتنعم في الدنيا بمنظر حسن رجوت أن لا يأثم، علّق عدم المأثم بالمشيئة؛ لأنه ربما يقع في المأثم لاشتغاله بالزيادة على ما له بد منه.

وكذا لا بأس بأن يشتري الجواري الجميلة بالأموال الكثيرة، فإنه كان لداود صلوات الله عليه تسعة وتسعون سرية، ونبينا عليه أفضل الصلاة والسلام كان يصطفي لتسرية من الإماء مع ما كانت له من النساء، وكذلك لا بأس بأن يستر بيته بالستر لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان على باب بيته سترٌ وعليه صورة فأمر بهتكه، وإنما أمر بالهتك لمكان الصورة لا لمكان الزينة.

وذكر محمد في "السير الكبير": ويكره إرخاء الستر على البيت؛ لأنه زينة وتكبر، ولا بأس بأن يستر الرجل حيطان البيت باللبود ونحوه للبَرد، فأما للزينة يكره لأنه يشبه بالكعبة، ولا بأس بأن يكون في بيت رجل سرير ذهب وفرش ديباج لا يقعد ولا ينام عليها، وكذا أواني الذهب للتجمل لا يشرب فيها؛ لأن الانتفاع حرام دون الإمساك.

ثم قال: وإن قنع بأدنى الكفاف وصرف الفضول إلى ما ينفعه في الآخرة كان أفضل وأحرى؛ لأن ما عند الله خيرٌ وأبقى، وينبغي للمسلم أن يحفظ نفسه عن الحرام، وأن لا يكسب حرامًا ولا يظلم مسلمًا ولا معاهدًا، فقد ذكر في آخره خصالًا هي ملاك الورع والزهد وأساس التقوى والرشد، والله أعلم بالصواب.

تمت العبادات من المحيط بحمد الله وعونه وحسن توفيقه.

ولواهب العقل الحمد بلا نهاية، وصلواته على سيد الأنبياء والرسل، محمدًا وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا، والحمد لله رب العالمين.

وما وجد فيه من خلل في النقل فليبسط لي بالعذر فقد بالغت فيه غاية المبالغة.

كتاب البيوع[1]

يحتاج إلى معرفة: شرعية البيع، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وحكمه، وأنواعه.

أما شرعيته: فلقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**رَحِمَ اللهُ امْرَأً سهل البيع وسهل الشراء**"[2]. ولأنه يحتاج إليه لإقامة حوائج العباد، وتحقيق مصالحهم؛ لأنه لا يتهيأ لكل واحد فينا جميع ما تقوم به مصالحه وتندفع به حوائجه، فلا بد من الأخذ والإعطاء لإقامتهما، ولا يتهيأ الأخذ على سبيل التغالب إلا بمشاجرة ومنازعة، فتعين الأخذ على سبيل التراضي والأخذ بغير عوض وهو الهبة يقل وجوده، فلا بد من الأخذ والإعطاء ببدل وهو التجارة.

وأما تفسيره: فالبيع لغة: عبارة عن تمليك الشيء بالشيء مالًا كان أو غير مال، لقوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠]، ورُوي: "أن النبي صلى الله عليه وسلم باع حرًّا بدينه يقال له: سُرَوق"[3]. والحر ليس بمال.

وفي متعارف الشرع ومتعاهد الناس: صار عبارة عن تمليك المال بالمال.

وأما ركنه: هو الإيجاب والقبول؛ لأنه يقوم به.

وأما شرطه: على الخصوص، فقيام المالية على البدلين حتى لا ينعقد متى عدمت المالية فيهما، أو في أحدهما؛ لأن البيع لم يشرع إلا لغرض تحصيل المال وتثميره.

---

(١) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٤٤/٢، والشرح الصغير ٩/٢ ط. الحلبي، وهامش الفروق ٢٩٠/٣، والبهجة شرح التحفة ٢٤/٢، وقليوبي ١٥٤/٢، وشرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢.

(٢) أخرجه أبو يعلى (٢١٢/١٢، رقم ٦٨٣٠). قال الهيثمي (٧٤/٤): فيه راو لم يسم. وقال في (١٨/٩): فيه راو لم يسم، وبقية رجاله وثقوا.

(٣) أخرجه البيهقي (١١٠٥٣). والحديث منسوخ، بقوله صلى الله عليه وسلَّم لغرماء رجل آخر: "**خُذوا مَا وجدتُم، وليسَ لكُم إلَّا ذلكَ**".

وأما حكمه: فثبوت الملك في المبيع للمشتري، وفي الثمن للبائع.

وأما أنواعه: فأربعة:

بيع المقايضة: وهو بيع العين بالعين كبيع الثوب بالعبد ونحوه.

وبيع مطلق: وهو بيع العين بالدين، كبيع السلع بالأثمان المطلقة والفلوس الرائجة، والمكيلات، والموزونات، والعدديات المقاربة دينا في الذمة.

وبيع صرف: وهو بيع الدين بالدين، كبيع الثمن المطلق، وهو الدراهم والدنانير بمثله.

وبيع سلم: وهو بيع الدين بالعين.

وكذا باعتبار تسمية البدل يتنوع إلى أربعة أنواع: بيع مساومة: وهو بيع الثمن الذي يتفقان عليه، وبيع مرابحة: وهو بيع بالثمن الأول وزيادة، وبيع تولية: وهو بيع بالثمن الأول لا غير، وبيع وضيعة: وهو بيع بأنقص عن الثمن الأول.

ثم البيع المشروع نوعان: حلال مطلق، واسمه الجائز، وحرام لغيره، واسمه الفاسد.

والجائز نوعان: لازم: وهو ما لا خيار فيه لأحد المتعاقدين، وغير لازم: وهو ما فيه خيار، ويذكر كل واحد في موضعه إن شاء الله تعالى وبه الثقة والعصمة.

(باب السَّلَمِ[1])

يحتاج إلى معرفة: شرعية السلم، وتفسيره، وركنه، وشروطه، وأحكامه.

أما شرعيته: فالسلم مشروع استحسانًا؛ لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم، ولأنه عقد شرع رخصة لضرورة حاجات المفالس إلى رأس المال؛ لأن الإنسان قد يضطر إلى بيع ما لا يملكه للحال سلمًا ليصرف ثمنه إلى حوائجه ونوائبه، فلو لم يجز السلم لضاق الأمر على الناس، فجوز دفعًا للضرورة عن الناس.

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١٧٩/٣.

وأما تفسيره: فالسلم لغة وشريعة: عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلا، وفي المثمن آجلا يسمى سلمًا، وإسلامًا، وسلفًا وإسلافًا لما فيه من تسلم رأس المال حالًا.

وأما ركنه: أن يقول لآخر: أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة، أو أسلفت، ويقول الآخر: قبلت.

وينعقد السلم بلفظة البيع في رواية الحسن وهو الأصح؛ لأنه نوع بيع؛ لأنه صلى الله عليه وسلم سماه بيعًا، لما رويناه، ولهذا الاستصناع إذا ضرب فيه الأجل يصير سلما، وإن لم يوجد فيه لفظ السلم.

وفي رواية "المجرد": لا ينعقد؛ لأن جواز السلم عرف نصًّا لا قياسًا، فلا ينعقد إلا بلفظ ورد به النص، والنص ورد بلفظة السلم، وينعقد البيع بلفظ السلم.

وأما شرائطه: فعشرة؛ ثلاثة في رأس المال، وسبعة في المسلم فيه.

أما التي في رأس المال:

أحدها: أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر بمعياره في المكيل والموزون عند أبي حنيفة وسفيان الثوري رحمهما الله، وهو أحد قولي الشافعي.

وعندهما: هذا ليس بشرط إذا كان معينًا؛ لأنه صار معلومًا بالإشارة؛ لأنها أبلغ أسباب الإعلام، لأنها تقطع الشركة، فلا يجب إعلامه ببيان القدر، كما لو كان رأس المال ثوبًا لا يجب إعلام قيمته ولا ذرعانه.

لأبي حنيفة: إن جهالة رأس المال قد تفضي إلى جهالة قدر المسلم فيه؛ لأنه ربما ينفق بعض رأس المال ويرد بعضه بالزيافة، ولا يستبدله في المجلس أو وجد الباقي ستوقًا[1]، أو مستحقًّا، فينفسخ العقد فيه، ولا يدري في كم بقي، وفي كم انفسخ، فبقي المسلم فيه مجهول القدر، والاحتراز عنه بمعرفة مقداره متيسر، فيجب تنزيه العقد عن هذه الجهالة كما لو أسلم في قيمان بعينه.

ولو كان رأس المال ثوبًا، أو حيوانًا، أو عدديًّا متفاوتًا يجوز السلم، وإن لم يعلم قيمته وذرعانه؛ لأن المسَلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان لتفاوتهما في الجودة،

---

(١) درهم سَتُّوق وسُتوق: زَيْفٌ بَهْرَجٌ لا خير فيه وهو معرّب.

ولا على القيمة؛ لأنها غير داخلة في العقد، فلا تزول هذه الجهالة الموهومة بإعلام قدرهما، فلا يفيد معرفتها فلا تعتبر.

وفي المثليات المسلم فيه ينقسم على قدر رأس المال، فتزول هذه الجهالة بإعلام قدره فيعتبر، وعلى هذا لو أسلم عشرة دراهم في كر حنطة، وكر شعير، أو في ثوبين مختلفين، ولم يبين حصة كل واحد منهما لا يجوز عنده خلافا لهما؛ لأن رأس المال ينقسم عليهما بالقيمة، فصار رأس مال كل واحد مجهولا، وذلك يفسد السلم عنده.

والثاني: كون الدراهم والدنانير منتقدة شرط لصحة السلم عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: ليس بشرط؛ لأن عنده ترك الانتقاد ربما يؤدي إلى فساد السلم، فإنها لا تخلو عن الزيوف على ما عليه غالب دراهم الناس، فمتى لم ينتقدها ربما يجد أكثرها زيوفًا، فيردها فيفسد السلم في قدر المردود، وإن استبدل منها جيادًا في مسلم الرد، والاحتراز عن هذا الفساد ممكن بالانتقاد، فيكون شرطًا كإعلام قدر رأس المال.

وعندهما: ترك الانتقاد لا يؤدي إلى الفساد؛ لأنه إن استبدل الزيوف جاز السلم في الكل، وإن لم يستبدل بطل في المردود، لكن هذا موهوم فساد يتفرع من قبل رأس المال، فلا يعتبر كترك إعلام رأس المال.

والثالث: كون رأس المال مسلمًا في مجلس العقد شرط لجوازه.

وقال الشافعي: إن كان رأس المال عينًا لا يشترط تعجيله.

والصحيح قولنا؛ لأن السلم لغة وشرعًا ينبني على تسليم أحد البدلين عاجلا، والآخر آجلا، ولم يشترط تسليم المسلم فيه بالإجماع، فيشترط تسليم رأس المال معجلًا ليكون عملًا باقتضاء لفظة السلم.

وذكر في النوادر: لو أسلم عشرة في كر حنطة فدخل بيته ليخرج الدراهم، إن دخل حيث يراه المسلم إليه لا يبطل السلم، وإن توارى عليه بطل، لأن بتواري أحدهما عن صاحبه حصل افتراقهما عن مجلس العقد من غير قبض.

ولو أسلم إلى رجل دينا له عليه لم يجز؛ لأنه دين بدين وأنه منهي عنه، وإن لم يتفرقا حتى نقده في المجلس صحَّ؛ لأنه تحقق الشرط وهو القبض في المجلس.

ولو أسلم إليه دراهم على ثالث لم يصح وإن نقده في المجلس صحَّ؛ لأنه تحقق الشرط وهو القبض في المجلس ولو أسلم إليه دراهم على ثالث لم يصح وإن نقده في المجلس لأن شرط تسليم رأس المال على غير العاقد وذلك شرط بغير مقتضى العقد وإنه مقارن للعقد فيفسده.

ولو أسلم دينًا وعينًا وافترقا جاز في حصة العين وبطل في حصة الدين؛ لأن المفسد وهو عدم القبض في المجلس طرأ على قدر الدين فيقتصر الفساد عليه بخلاف ما إذا قارن المفسد العقد، فإنه يفسد كله وذلك؛ لأن العقد في الابتداء يقوم بالإيجاب والقبول وبالمعقود عليه والإيجاب والقبول لا يقبل التجزيء فمتى قارن المفسد نفس العقد وأنه لا يقبل التجزيء فسد كله وفي حالة إلغاء العقد يقوم بالمعقود عليه وحده لا بالإيجاب والقبول؛ لأنه كلام قد مضى وانقضى والمعقود عليه متجزئ فاعتبر العقد متجزئا لتجزيء المعقود عليه، فإذا طرأ المفسد على البعض لم يسع الفساد في الكل كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض.

ولو كان له على آخر مائة درهم فأسلم إليه تلك المائة وعشرة دنانير أو مائة أخرى من غير جنسها في كر حنطة فسد في الكل إما بحصة الدراهم؛ لأنه دين وبحصة الدنانير فلأن حصتها من الكر مجهولة بخلاف ما لو أسلم المائة التي عليه ومائة أخرى من جنسها جاز في النصف؛ لأن حصة العين من الكر معلومة؛ لأن الكر ينقسم عليها على السواء لعدم التفاوت بينهما.

وأما الشرائط التي في المسلم فيه: أحدها: إعلام المسلم فيه ببيان جنسه كقوله حنطة أو شعير ونوعه كقوله سقيته سهلية أو جبلية وصفته كقوله جيدة أو رديئة أو وسط.

ومقداره كقوله: أنه كر أو قفيز؛ لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة لا ترتفع إلا بهذا. والثاني: أن لا يجمع البدلين أحد وصفي علة ربا الفضل وهو القدر أو الجنس كإسلام الثوب الهروي في الهري أو إسلام المكيلات في المكيلات كالحنطة في

الشعير أو الموزونات في الموزونات نحو الحديد في الرصاص أو بيع المكيل والموزون بعينه بمكيل أو موزون موصوف في الذمة دينا لا مؤجلا لا يجوز وهذا مطرد إلا في الأثمان، فإنه يجوز إسلامها في الموزونات لحاجة الناس، وعند الشافعي رضي الله عنه الجنس بانفراده لا يحرم النساء.

والصحيح قولنا؛ لأن للنقد فضلًا على النسيئة في المالية عادة وهذا فضل يمكن التحرز عنه فكانت الزيادة من حيث النقدية ربا، لقوله عليه السلام: "**لَا رِبَا إِلَّا فِي النَّسِيئَةِ**"[1].

وفي رواية: "**إنما الربا في النسيئة**" أجرى الربا فيه مطلقًا وذلك ما حققنا.

ولو أسلم ثوبًا هرويًّا في مروي جاز؛ لأن الفضل لا يظهر في مختلفي الجنس باعتبار النقدية؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع فكان لكل واحد منهما ضرب فضيلة ونوع مزية فيستويان في المالية فأما المتجانسان يستويان في جميع المقاصد ثم للنقد منهما فضل على النسيئة.

ولو أسلم مكيلا في مكيل وموزون بطل في الكل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في حصة الموزون؛ لأن الفساد يقدر بقدر المفسد والمفسد وهو الجنسية والقدر ولم يوجد في حصة الموزون له أن الصفقة المتحدة متى فسد بعضها بمفسد مقارن للعقد فيفسد في الكل لأنها غير قابلة للتجزيء فلا يتصور أن توصف بالصحة والفساد كما لو اشترى دينارًا بدينار وثوب.

ولو أسلم قوهيًّا بعينه في قوهي بعينه وفي مروي صفته كذا إلى شهر يجوز؛ لأن في حق القوهي بيع عين بعين وفي حق المروي سلم إلا أن الجنس يختلف فلا يحرم النساء وبهذه علم أن البيع ينعقد بلفظ السلم.

---

(١) أخرجه «مسلم» ٤٩/٥ (٤٠٩٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وإسحاق بن إبراهيم، وابن أبي عمر، واللفظ لعمرو، قال إسحاق: أخبرنا، وقال الآخرون: حدثنا سفيان بن عيينة. و«النسائي» ٢٨١/٧، وفي «الكبرى» (٦١٢٨) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا سفيان.

كلاهما: (سفيان، وابن جريج) عن عبيد الله بن أبي يزيد، عن ابن عباس، فذكره.

(**النوادر**): ولو أسلم قطن هروي في ثوب هروي جاز لانعدام المجانسة؛ لأن الثوب بالغزل والنسج خرج من أن يكون قطنا.

ولو أسلم شعرًا في مسح من شعر أو صوفا في لبد أو خزًّا في ثوب خز فإن كان لا ينقض فيعود شعرًا جاز لانعدام المجانسة كالقطن مع الثوب، وإن كان ينقض ويعود شعرا كاللبد لا يجوز؛ لأنه بقي صوفا، ألا ترى أنه يعود صوفا بالنقض.

ويجوز إسلام التمر في الناطف منه ولا يجوز إسلام رب التمر في الناطف منه؛ لأن الناطف إذا ذاب يعود ربا ولا يعود تمرًا ولو أسلم غزلا في ثوب غزل جاز؛ لأنه لا ينقض فيعود غزلا.

(**وذكر في المنتقى**): لو أسلم بيض الأوز أو النعام في بيض الدجاج أو بيضة النعام في بيضة الأوز جاز لاختلاف المجانسة، والثالث أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين حتى لا يجوز السلم في الدراهم والدنانير لأنهما قط لا يكونا مبيعًا بل خلقا ثمنا والمسلم فيه مبيع وجب دينا في الذمة بطريق الرخصة لحاجة الناس فأما بيع الثمن وليس الثمن في ملكه جائز مطلقا فلا حاجة إلى تجويزه سلما.

ولا يجوز السلم في التبر على قياس رواية الصرف؛ لأنه ألحقه بالمضروب وعلى رواية الشركة يجوز؛ لأنه ألحقه بالعروض وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا لأنه كالعروض.

(**وذكر في النوادر**): لو أسلم نقرة فضة أو ذهب في الوزنيات لا يجوز عند زفر رحمه الله؛ لأن الوزن يجمعهما وهما متعينان في العقود.

وعند أبي يوسف: يجوز؛ لأنه من جنس الثمن بل أصله فأشبه المضروب.

ولو أسلم الفلوس في الموزونات جاز؛ لأنه عددي وإسلام العددي في الوزني جائز.

ويجوز السلم في الفلوس لأنها ثمن باصطلاح الناس سلعة باعتبار الأصل فبإقدامهما على السلم فيه عاد سلعة في حقهما تصحيحًا لتصرفهما، ورُوي عن محمد أنه لا يجوز؛ لأنه ثمن مطلق عنده.

وذكر في "النوادر": لو أسلم فلوسًا في صعيد أو سيفًا في حديد أو قصبًا في بوري لا يجوز لوجود المجانسة بينهما؛ لأن البوري لم يخرج من أن يكون جنسًا للقصب.

وذكر في (**المنتقى**): لا بأس بأن يسلم القصب في البوري؛ لأنه بالنقض لا يعود قصبًا.

والرابع: أن يكون المسلم فيه مؤجلًا خلافًا للشافعي رضي الله عنه لقوله عليه السلام: "**من أسلم منكم فليسلم فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ**[1]"[2]، ولأنه أسلم في معجوز التسليم غالبًا فمتى لم يضرب له أجلا؛ لأن

---

(١) فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى وُجُوبِ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ، وَتَعْيِينِ الْأَجَلِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَأَنَّ جَهَالَةَ أَحَدِهِمَا مُفْسِدَةٌ لِلْبَيْعِ. قَالَ النَّوَوِيُّ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ: فِيهِ جَوَازُ السَّلَمِ، وَأَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ قَدْرُهُ مَعْلُومًا بِكَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ أَوْ غَيْرِهِمَا مِمَّا يُضْبَطُ بِهِ، فَإِنْ كَانَ مَذْرُوعًا كَالثَّوْبِ اُشْتُرِطَ ذِكْرُ ذَرِعَاتٍ مَعْلُومَةٍ، وَإِنْ كَانَ مَعْدُودًا كَالْحَيَوَانِ اُشْتُرِطَ ذِكْرُ عَدَدٍ مَعْلُومٍ، وَمَعْنَى الْحَدِيثِ أَنَّهُ إِنْ أَسْلَمَ فِي مَكِيلٍ فَلْيَكُنْ كَيْلُهُ مَعْلُومًا، وَإِنْ كَانَ مَوْزُونًا، فَلْيَكُنْ وَزْنُهُ مَعْلُومًا، وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا فَلْيَكُنْ أَجَلُهُ مَعْلُومًا، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ هَذَا اشْتِرَاطُ كَوْنِ السَّلَمِ مُؤَجَّلًا، بَلْ يَجُوزُ حَالًّا، لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ مُؤَجَّلًا مَعَ الْغَرَرِ، فَجَوَازُ الْحَالِّ أَوْلَى، لِأَنَّهُ أَبْعَدُ مِن الْغَرَرِ، وَلَيْسَ ذِكْرُ الْأَجَلِ فِي الْحَدِيثِ لِاشْتِرَاطِ الْأَجَلِ، بَلْ مَعْنَاهُ: إِنْ كَانَ أَجَلٌ فَلْيَكُنْ مَعْلُومًا، وَقَد اخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي جَوَازِ السَّلَمِ الْحَالِّ مَعَ إِجْمَاعِهِمْ عَلَى جَوَازِ الْمُؤَجَّلِ، فَجَوَّزَ الْحَالَّ الشَّافِعِيُّ وَآخَرُونَ، وَمَنَعَهُ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَآخَرُونَ، وَأَجْمَعُوا عَلَى اشْتِرَاطِ وَصْفِهِ بِمَا يَضْبِطُهُ بِهِ، انْتَهَى كَلَامُ النَّوَوِيِّ. تحفة الأحوذي - (ج٣/ ص٤٣٠).

(٢) أخرجه «البخاري» ٨٥/٣ (٢٢٣٩) قال: حدثنا عمرو بن زرارة، قال: أخبرنا إسماعيل ابن علية. وفي (٢٢٣٩م) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا إسماعيل. وفي (٢٢٤٠) قال: حدثنا صدقة، قال: أخبرنا ابن عيينة (ح) وحدثنا علي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٢٤١) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٨٧/٣ (٢٢٥٣) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٢٥٣م) وقال البخاري: وقال عبد الله بن الوليد، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٥٥/٥ (٤١٢٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وعمرو الناقد، قال عمرو: حدثنا، وقال يحيى: أخبرنا سفيان بن عيينة. وفي (٤١٢٦) قال: حدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا عبد الوارث. وفي ٥٦/٥ (٤١٢٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وإسماعيل بن سالم، جميعا عن ابن علية. وفي (٤١٢٨) قال: حدثنا أبو كريب، وابن أبي عمر، قالا: حدثنا وكيع =

القدرة على التسليم إنما تثبت بالملك والظاهر أنه لا يملك المسلم فيه للحال إذ لو ملكه لباعه بأوفر الثمنين فلا يقدر على تسليمه إلا بالكسب فضرب له أجل لتتمكن فيه من الكسب فيقدر على تسليمه.

وتقدير الأجل إلى المتعاقدين ذكره الكرخي؛ لأن مدة تحصيل المسلم فيه تختلف باختلاف قدر المسلم فيه، فإنه متى كان كثيرا يحتاج في تحصيله إلى زيادة مدة وفي القليل يحتاج إلى مدة قصيرة ففوضنا تقديره إلى رأي المتعاقدين.

وذكر الطحاوي رحمه الله أقله ثلاثة أيام؛ لأنه لا يمكنه التحصيل إلا بمدة كثيرة فقدرنا الكثرة بثلاثة أيام؛ لأنه أقل الجمع، وعن زفر رحمه الله أنه نصف النهار، وعن محمد أنه مقدر بشهر؛ لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل حتى لو حلف لأقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث.

والخامس: أن يكون موجودًا من وقت عقده إلى حين محله بلا انقطاع فيما بين ذلك، وعند الشافعي رحمه الله السلم في المنقطع جائز.

والصحيح قولنا؛ لأن السلم نوع بيع والقدرة على تسليم المبيع وقت وجوب التسليم شرط لجوازه ليفيد العقد فائدته وهو تمكنه من إقامة مصالحه ودفع حوائجه لكن تعذر اعتبار حقيقة القدرة في السلم ضرورة أن السلم بيع المفالس فشرطنا ما هو أقرب إلى الحقيقة وهو أن يكون موجودًا من وقت عقده مستداما إلى حين محله ليكون أقرب إلى تمكنه من إقامة مصالحه.

=

(ح) وحدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، كلاهما عن سفيان. و«ابن ماجه» (٢٢٨٠) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٤٦٣) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (١٣١١) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ٧/٢٩٠، وفي «الكبرى» (٦١٦٦ و١١٧١٢) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٢٤٠٧) قال: حدثنا زهير، عن ابن عيينة. و«ابن حبان» (٤٩٢٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا عبد الوارث. خمستهم: (معمر بن راشد، وسفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، وإسماعيل بن إبراهيم ابن علية، وعبد الوارث بن سعيد) عن عبد الله بن أبي نجيح، عن عبد الله بن كثير الداري، عن أبي المنهال، فذكره.

ومن أسلم وحل أجله فلم يقبضه حتى انقطع أخذ رأس ماله، وإن شاء تربص إدراكه؛ لأنه عجز عن التسليم بعد صحة العقد مع احتمال عود القدرة بمجيء أو أنه فصار كإباق العبد قبل القبض ويخمر الخل قبل القبض.

ورُوي عن أبي حنيفة أنه يبطل السلم؛ لأن انقطاع الأوان بمنزلة هلاك المبيع في بيع العين قبل القبض؛ لأنه لا يبقى بانقطاع أوانه كما لا تبقى العين بهلاكه وذا يوجب انتقاض العقد فكذا هذا. وحد الانقطاع أن لا يوجد في سوقه الذي يباع فيه، وإن كان يوجد في البيوت.

ولا يجوز السلم في طعام قرية بعينها؛ لأنه عليه السلام سئل عمن أسلم في ثمر حائط بعينه فأفسده وقال: "**لَو أذهبَ اللهُ تعالى ثمرتُه، فبمَ يستحلُّ أحدكُم مالَ أخيهِ المسلمِ**"[1] ولأنه يحتمل انقطاع ثمرته عن أيدي الناس والاحتراز عنه ممكن فوجب الاحتراز عنه.

ويجوز في طعام البلدة الكبيرة؛ لأنه لا يحتمل الانقطاع عن أيدي الناس ولو وجد المسلم فيه في إقليم دون إقليم لا يصح السلم فيه في الإقليم الذي لا يوجد

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٢٧/٢ (١٤٨٨) قال: حدثنا قتيبة، عن مالك. وفي ٧٧/٣ (٢١٩٥) قال: حدثنا ابن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله. وفي (٢١٩٧) قال: حدثني علي بن الهيثم، قال: حدثنا معلى، قال: حدثنا هشيم. وفي (٢١٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٧٨/٣ (٢٢٠٨) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. و«مسلم» ٢٩/٥ (٣٩٧٨) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، وقتيبة، وعلي بن حجر، قالوا: حدثنا إسماعيل بن جعفر. وفي (٣٩٧٩) قال: حدثني أبو الطاهر، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني مالك. وفي (٣٩٨٠) قال: حدثني محمد بن عباد، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. و«النسائي» ٢٦٤/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٧٢) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، واللفظ له، عن ابن القاسم، قال: حدثني مالك. و«أبو يعلى» (٣٧٤٠) قال: حدثنا سويد بن سعيد، عن مالك. وفي (٣٨٥١) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا يزيد. و«ابن حبان» (٤٩٩٠) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

ثمانيتهم: (مالك، وسهل، ويحيى، وعبد الله، وهشيم، وإسماعيل، وعبد العزيز، ويزيد) عن حميد، فذكره.

فيه كما لو أسلم في الرطب في خراسان لا يجوز ولا يجوز مكيال بعينه لا يعرف قدره؛ لأنه ربما يهلك المكيال قبل حلول الأجل فلا يدري كم يجب تسليمه فيؤدي إلى المنازعة.

ولو باعه بهذا المكيال جاز؛ لأنه يجب التسليم عقيب بيع العين فيسلم إليه للحال فلا يؤدي إلى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز؛ لأنه ليس بمكايلة ولا مجازفة.

والسادس: أن يبين مكان إيفائه فيما له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة وعندهما هذا ليس بشرط ويوفيه حيث وقع العقد؛ لأن مكان العقد متعين لكون العقد الموجب للتسليم فيه فيترجح هذا المكان على سائر الأماكن لوجود سبب وجوب التسليم فيه كما في بيع العين لأبي حنيفة: أن تعيين مكان العقد لم يوجد نصًّا فلو تعين إنما يتعين ضرورة وجوب تسليم المبيع في مكان العقد وفي بيع العين وجب تسليمه للحال فتعين مكان العقد وفي السلم لم يجب تسليمه للحال فلا يتعين مكان العقد للإيفاء ضرورة فبقي مكان للتسليم مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة؛ لأن قيمة الأشياء تختلف باختلاف الأمكنة كما في نقلها لحوق المؤنة والكري.

وذكر ابن رستم في نوادره: لو اشترى عبدًا بكر حنطة في الذمة إلى أجل لا يجوز ما لم يبين مكان إيفائه كما في السلم؛ لأنه لا يجب تسليم الكر للحال، وكذا لو اقتسما دارًا على أن يرد أحدهما على صاحبه كر حنطة في الذمة بها يجوز ما لم يبين مكان إيفائه وفيما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والكافور لا يشترط تعيين مكان الإيفاء بالإجماع وهل يتعين مكان العقد للإيفاء فعنه روايتان في رواية الإجارات لا يتعين ويوفيه حيث لقيه؛ لأنه لا يتفاوت المالية باختلاف الأمكنة؛ لأنه لا يلحقه المؤنة بنقله فلا يقع بينهما المنازعة وفي رواية البيوع والجامع الصغير يتعين وهو الأصح وهو قولهما لما تبين.

وأما إذا شرط مكانًا آخر للإيفاء فيما له حمل ومؤنة يتعين وفيما لا حمل له ولا مؤنة وفي رواية لا يتعين؛ لأنه لا يفيد لما مر وفي رواية أنّه يتعين وهو الأصح؛ لأنه يفيد؛ لأن قيمته تختلف باختلاف الأماكن، فإن قيمة الكافور في المصر أكثر من قيمته في السواد لكثرة رغبة أهل المصر وقلة رغبة أهل السواد.

ولو شرط أن يوفيه في مصر كذا فحيث سلم منه جاز؛ لأن المصر مع تباين محالها واختلاف أماكنها بمنزلة المكان الواحد؛ لأن القيمة لا تتفاوت محالها. قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيما، فإن كان عظيما بين نواحيه فرسخ لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه؛ لأن جهالتها مفضية إلى المنازعة، فإن شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله إلى منزله فلا جبر فيه؛ لأن العقد أوجب إيفاءه في المكان المشروط، فإذا أوفاه فيه فقد تعين ملك رب السلم فيه، فإذا شرط عليه حمله بعد الإيفاء فقد شرط إجارة أو استعانة في العقد فيفسد به العقد كما في بيع العين.

وإن شرط الحمل إلى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانًا؛ لأن اشتراط الحمل اشتراط للإيفاء؛ لأن الإيفاء لا يتحقق إلا بالحمل غالبًا.

وروى البلخي عن أصحابنا: أنه لا يجوز السلم؛ لأن الحمل مما لا يقتضيه العقد لأن على المسلم إليه الإيفاء دون الحمل وقد يتصور الإيفاء بدون الحمل بأن يشتري في المكان المشروط ويوفيه من غير حمل وإن شرط أن يوفيه إلى منزله جاز استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الإنسان قد يبدل المنزل فاشتراطه في منزله اشتراط في مكان مجهول فلم يجز وجه الاستحسان أن في العرف يراد به المنزل حال حلول الأجل فيتعين منزله حال حلول الأجل للإيفاء وقيل هذا فيما إذا شرط الإيفاء في موضع ثم الإيفاء في منزله فكان شرط الحمل في الوجه الأول لا يجوز قياسًا؛ لأنه بمنزلة اشتراط الحمل؛ لأن الإيفاء لا يتحقق إلا بالحمل ويجوز استحسانًا؛ لأن الإيفاء لا يتكرر وشرط الإيفاء في مكان يحتمل الفسخ فكان اشتراطه الثاني متضمنا فسخ الشرط الأول فصار كأنه شرط الإيفاء في منزله لا غير بخلاف الحمل؛ لأن حمل الموفي يتصور فلا يتضمن اشتراط الحمل بعد الإيفاء فسخ الشرط الأول.

وأما في بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه في منزله والعقد في المصر جاز عندهما استحسانًا، وعند محمد لا يجوز؛ لأن البيع يقتضي تسليمه في مكانه ومنزله ليس مكان العقد فاشتراطه لا يقتضيه العقد فلا يجوز كما لو شرط الحمل.

لهما: أنه شرط التسليم في مكان العقد حكما؛ لأن المصر جعل كمكان واحد

في حق الإيفاء لحاجة الناس؛ لأن كل واحد لا يقدر حمله بنفسه هذا إذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة، فإن كان لا يجوز البيع لما بينا، وإن كان العقد في المصر ومنزله خارج المصر أو على عكسه وشرط التوفية إلى منزله لا يجوز البيع؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد.

ولو اشترى طعامًا بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية إلى منزله لم يجز بالإجماع كيف ما كان؛ لأن منزله مكان العقد حكما لا حقيقة فباعتبار الحقيقة لم يجعله مكان العقد حال اتفاق الجنس احتياطا لأمن الربا؛ لأن في أحد الجانبين زيادة بدل وهو الحمل أو الإيفاء ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع إليه الكرى إلى الموضع المشروط صار قابضًا ولا يجوز أخذ الكرى؛ لأنه تعين حقه فيه وأخذ مال غيره لينقل ملك نفسه وهذا لا يجوز، وإن شاء رده إليه ليسلمه إليه في المكان المشروط؛ لأنه حقه.

والسابع: أن لا يكون فيه خيار شرط لهما أو لأحدهما حتى لو أسلم عشرة دراهم في كر حنطة على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبض المسلم إليه رأس المال وتفرقا بطل السلم؛ لأن خيار الشرط يمنع صحة القبض؛ لأن صحة القبض يبتني على الملك وشرط الخيار يمنع الملك كما في عقد الصرف، فإن أسقط الخيار قبل التفرق ورأس المال قائم في يد المسلم إليه صح خلافا لزفر رحمه الله، وإن كان رأس المال هالكا لا ينقلب جائزًا؛ لأنه لا يتصور قبضه صحيحًا.

ولو كان خيار رؤية أو عيب في رأس المال جاز السلم؛ لأنه لا يمنع الملك.

والثامن: أن يكون المسلم فيه مما يضبط بالوصف ويعلم قدره؛ لأن السلم إنما يقتضي بالمثل، فإذا لم يكن المسلم فيه مضبوطًا بالوصف لا يمكن قضاؤه بالمثل وذلك يكون من الأجناس الأربعة: المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات المتقاربة.

أما المكيلات والموزونات فيجوز السلم فيها كيلًا ووزنًا لأنها مما تضبط بالوصف ويعلم قدره بالكيل والوزن، ولو أسلم في المكيل وزنًا أو في الموزون كيلًا روى الطحاوي عن أصحابنا أنه يجوز؛ لأن الكيل أو الوزن إنما شرط ليصير

المسلم فيه معلوم القدر؛ لا لنفي الربا؛ لأنه لم يقابل بجنسه؛ لأن المؤدى عين الواجب في باب السلم حكما فيكون بدلًا عن رأس المال ولا ربا بينهما.

وروى الحسن عن أصحابنا: أنه لا يجوز؛ لأن المسلم فيه دين في الذمة والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب حقيقة إن كان عينه حكما فيصير مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز إلا كيلًا لما تبين.

ولو باع المكيل بالمكيل وزنًا أو الموزون بالموزون كيلًا فيما كيله منصوص عليه لا يجوز اتباعا للمنصوص عليه، وعن أبي يوسف ما غلب عليه بياعات الناس وزنا في الكيلي فهو وزني، فإذا تساويا وزنا جاز اعتبارًا للعرف وتسهيلا للأمر على الناس.

ولو باع كيليًّا بجنسه وزنا كالحنطة بالحنطة إذا بيعت وزنا أو وزنيًّا بجنسه كيلًا كما لو باع الدراهم بالدراهم كيلًا لم يجز؛ لأن الواجب بالشرع هو التساوي في الكيل ورب متساويين في الوزن متفاوتين في الكيل إلا أن يكون التساوي في الكيل تساويا في الوزن وكل ما يكال يكيل ينسب إلى الرطل فهو موزون كالأواقي من الذهب؛ لأنه موزون في الأصل فأقيمت الأوقية والرطل مقام الوزن دفعًا للحرج لتعسر الوزن عليهم في كل مرة فأما ما لا نص فيه في كونه مكيلا أو موزونًا فالعبرة فيه للعرف إن اعتاد الناس كيله كان كيليا وإن اعتادوا وزنه كان موزونًا وإن اعتادوا كيله ووزنه جميعًا كان مكيلًا وموزونًا حتى يجوز السلم في اللبن كيلا ووزنًا؛ لأنه مكيل وموزون عرفا.

ولا يجوز السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في موضع معلوم من الشاة؛ لأن الجهالة ترتفع بتعيين المكان ولا يبقى بعده إلا تفاوت يسير وذلك غير معتبر كما في الثياب، ولهذا يجوز استقراضه ويضمن بالمثل في الاستهلاكات.

له: أن قدر المسلم فيه مجهول وهو اللحم؛ لأنه يقل بكثرة العظم ويكثر بقلته وهذه جهالة توقعهما في المنازعة؛ لأنه يجري في ذلك المُمَاكَسَة[1] والتسليم غير واجب عقيب العقد فثبت الجهالة، فعلى هذا لو أسلم في منزوع العظم جاز في

(١) المماكسة: مفاعلة من ماكس فلانا في البيع: طلب منه أن ينقص الثمن.

رواية عنه وهو الأصح وفي رواية لا يجوز لتفاوت السمن والهزال وذلك أمر يجري فيه المُمَاكَسَة والمنازعة.

وأما استهلاكه: قال أبو حنيفة في (**المنتقى**): يضمن قيمته.

وذكر في (**الجامع**): أنه يضمن مثله ويجوز استقراضه، وهو الأصح؛ لأن القرض والضمان لا يكون إلا حالا وصفته في الحال معلومة أنه سمين أو مهزول قليل أم كثير.

ويجوز في الشحم والألية لأنها لا تختلف سمنًا وهزالًا والعظم في الألية ساقط الاعتبار عرفا ويجوز في السمك الطري الصغير كيلا أو وزنًا في حينه؛ لأنه قد ينقطع في زمان الشتاء بأن يجمد الماء وإنما جاز؛ لأن العظم والسمن فيه غير معتبر؛ لأن عظامه تؤكل معه، وفي الكبار عن أبي حنيفة روايتان في رواية لا يجوز لاختلاف السمن والهزال فيه والسمن مقصود في السمك الطري فصار كاللحم في ظاهر الرواية عنه وهو قولهما يجوز؛ لأن السمن والهزال فيه ليس بظاهر ولا يوقف عليه فلا يعتبر بخلاف اللحم ولا يجوز عددًا؛ لأنه متفاوت، ولا يجوز السلم في الرؤوس والأكارع عددًا ووزنا قيل: لا يجوز عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في اللحم، وقيل: لا يجوز بالاتفاق فهما يحتاجان إلى الفرق بينهما وبين اللحم والفرق أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرؤوس والأكارع أكثر من اللحم أو مثله فلا يمكن أن يجعل تبعا للحم فبقي معتبرًا ولا يدرى قدره فيصير قدر المسلم فيه مجهولا فأما العظم في اللحم قليل فيجعل تبعا للحم لقلته كما في عظم الألية.

(**النوادر**): ولا يجوز السلم في الخبز عندهما وعند أبي يوسف يجوز إذا بين ضربا ووزنا معلومًا؛ لأن التفاوت فيه يسير لا تجري المماكسة باعتباره كما في الثياب.

لهما: أن الخبز متفاوت تفاوتا فاحشا من حيث الغلظ والرقة والنضج.

وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: المختار أنه يجوز وزنا لحاجة الناس إليه لكن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من جنس المسمى لكي لا يصير استبدالًا للمسلم

فيه ولا يجوز استقراضه عند أبي حنيفة كالسلم وعند أبي يوسف يجوز وزنا لا عددًا كالسلم، وعند محمد يجوز عددًا وعليه أفعال الناس وحاجتهم ماسة إلى استقراضه عددًا.

ويجوز إسلام الخبز في الحنطة؛ لأن أحدهما موزون والآخر مكيل وأما المذروعات فيجوز السلم في كل مذروع إذا ذكر جنسه ونوعه وصفته وطوله وعرضه وذراعه استحسانًا والقياس أن لا يجوز؛ لأن الثياب متفاوتة، ولهذا يضمن بالقيمة في الإتلاف وجه الاستحسان أن مع الاستقصاء لا يبقى بين الثياب الجياد أو الأوساط إلا تفاوت يسير وأنه لا يمكن التحرز عنه في الأموال فسقط اعتباره في السلم لضرورة حاجة الناس إليه استدلالًا بالحنطة إذ لو اعتبرنا قليل التفاوت مفسدا للسلم لضرورة حاجة الناس في ضرورة الحاجة فلم يعتبر دفعًا للضرورة عنهم وهل يشترط الوزن في الحرير والديباج قيل لا يشترط؛ لأن الحرير ذرعي كالكتان والكرباس.

وقيل يشترط؛ لأن الحرير قد يباع وزنا مع الذرعان والتفاوت بين حرير وحرير من حيث الوزن معتبر فيما بين الناس فيجب اعتبار الوزن فيه.

ولو بين الوزن في الحرير وترك الذرع لا يجوز السلم؛ لأن الذرع في المذروعات بمنزلة الصفة فصار كما لو أسلم في موزون وبين الوزن وترك الصفة لا يجوز.

ولو شرط كذا وكذا ذراعا مطلقا فله ذراع وسط من فعل الذرع والخشب جميعا؛ لأن فعل الذرع مما يتفاوت قد يمد كل المد وقد يرخى كل الإرخاء.

وكذا الخشب مما يتفاوت في الأسواق قد يكون أطول وقد يكون أقصر فله الوسط منهما لا طويلا ولا قصيرا ولا يمد كل المد ولا يرخي كل الإرخاء في فعل الذرع نظرا لهما.

أما المعدودات فيجوز السلم في العدديات المتقاربة حتى يجوز في الجوز والبيض عددًا وكيلًا ووزنا؛ لأنه عددي غير معتبر تفاوته لاصطلاح الناس على إهداره، ألا ترى أن الرجل يعطي درهمًا ويأخذ عددًا من الجوز والبيض من غير

إشارة إلى العين، وعند زفر والشافعي رحمهما الله يجوز كيلًا ووزنًا لا عددًا.

وذكر في الزيادات أنه يجوز السلم في البيض متى تبين بيض الدجاجة أو الأوز، وإن لم يسم وسطًا ولا جيدًا؛ لأنه لما سقط التفاوت من حيث القدر فلأن يسقط من حيث الصفة أولى.

ولا يجوز السلم في المذروعات المتفاوتة مثل الدور والعقار والعدديات المتفاوتة مثل الجواهر واللآلئ والأدم والجلود والجذوع والرؤوس والأكارع والرمان والسفرجل والبطاطيخ والحطب إجمالا ونحوها؛ لأن التفاوت فيه فاحش فيؤدي إلى المنازعة، ولو بين في الأدم والجلود والجذوع طوله وعرضه وغلظه جاز لعدم الجهالة المفضية إلى المنازعة لأنها التحقت بالعدديات المتقاربة.

وذكر محمد في كتاب الشروط: لو أسلم في القصب حزما لم يجز إذا لم يبين طوله وغلظه ولو بين وقال كل طن كذا وكذا ذراعًا وغلظه كذا وكذا شبرًا جاز، وعن محمد بن شجاع أنه لا يجوز ما لم يقل كل قصبة كذا وكذا ذراعا وغلظها مقدار حلقة الإبهام والسبابة أو نصفها أو ثلثها حتى تصير طول كل قصبة وغلظها معلومًا.

ولا يجوز في الرطبة لأنها تباع حزما وأنها متفاوتة ويجوز في اللفت؛ لأنه يباع وزنا فيضبط بالوصف.

وروى الحسن: أن السلم في البصل والثوم يجوز كيلًا لا عددًا؛ لأنه عددي متفاوت.

ويجوز في الجوالق والمسوح والأكسية بصفة معلومة طولا وعرضًا ورفعة؛ لأنه يمكن ضبطها بالوصف ولا يجوز في الفراء لأنها متفاوتة ولا يجوز في التبن أو قارا لتفاوت فاحش بين الوقرين إلا إذا كان في قيمان معلوم من قيامين الناس لم يختلف فيجوز.

ويجوز في اللبن والآجر إذا بين ملبنًا معروفا؛ لأنه عددي متفاوت متى كان في الملبن واحدًا؛ لأنه يبقى بين لبن ولبن تفاوت يسير لا تجري المماكسة لأجله.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لو باع مائة آجر من أتون لم يجز؛ لأن بين آجر وآجر تفاوت في النضج وذلك تفاوت معتبر حتى تجري لأجله المماكسة فقد ألحقه بالعدديات المتقاربة في حق المسلم وفي البيع بالعدديات المتفاوتة كما فعله في الثياب.

ويجوز السلم في الزجاج المكسور؛ لأنه موزون؛ لأنه يباع وزنا وفي غير المكسور إن كان من العدديات المتقاربة يجوز، وإن كان من العدديات المتفاوتة لا يجوز.

ولا يجوز في الحيوان خلافا للشافعي رضي الله عنه؛ لأن بعد بيان جنسه ونوعه ووصفه ولحمه تبقى أوصاف معتبرة متفاوتة متفاحشة وهي المعاني التي لا يمكن دركها بالعبارة من جنس الجري وزيادة العرف وقبول التأدب وحسن التركيب والإيجاب في النسل والإعجاب في الرسل ونحوها، ولهذا يضمن الحيوان بالقيمة لا بالمثل وفي الحيوانات التي لا تتفاوت كالعصافير قيل يجوز وقيل لا يجوز وهو الأصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن السلم في الحيوان ولأن العصفور بمعنى المنقطع؛ لأنه مما لا يقتنى ولا يحبس للتوالد وقد يمكن أخذه وقد لا يمكن فلا رجحان لإمكان أخذ على عدمه فتبقى العبرة للانقطاع بخلاف السمك؛ لأن إمكان أخذه راجح فيقام مقام الوجود في أيدي الناس.

ولا يجوز في لحوم الطيور ذكره مطلقا قيل هذا في لحوم طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد؛ لأنه بمعنى المنقطع فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد قيل لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كما في اللحم وقيل يجوز بالاتفاق، وهو الأصح؛ لأن التفاوت في لحوم الطيور بسبب العظم غير معتبر، فإنه لا تجري المماكسة لأجله كما في السمك.

ويجوز سلم الذميين في الخمر ولا يجوز في الخنزير؛ لأنه حيوان، فإن أسلم أحدهما بطل؛ لأن القبض متابة بالعقد؛ لأنه يفيد ملك التصرف والمسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها والمسلم والنصراني سواء في أحكام السلم ما خلاف الخمر؛ لأن شرائطه اعتبرت دفعا لفساد المنازعة وهو واجب في حق أهل كل الدار وأما

حكم السلم فثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلا وللمسلم إليه في رأس المال معجلا.

ثم السلم والبيع يفترقان في بعض الأحكام وهي نوعان أحدهما في رأس المال والآخر في المسلم فيه أما ما كان في رأس المال فمنها لا يجوز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض؛ لأن قبضه شرط وبالاستبدال يفوت القبض حقيقة كما في بدل الصرف ويجوز الاستبدال بالثمن إذا كان دينًا؛ لأن قبضه ليس بشرط ومنها الاستبدال برأس المال بعد إقالة السلم لا يجوز والاستبدال بدل الصرف بعد الإقالة جائز والفرق أن الإقالة قبل قبض البدلين لم يتم لأنها إن تمت في حق ملك الرقبة لم تتم في حق ملك اليد فبقي الملك في المبدل قائمًا من وجه زائلا من وجه تحقيقا للتساوي بينهما ففي السلم بقي حق رب السلم في المسلم فيه من وجه فيكون هذا استبدالا بالمسلم فيه من وجه فلا يجوز كما لو باع المبيع بعد الإقالة من غير المشتري وفي الصرف في كل واحد من البدلين ثمن فيجوز الاستبدال بهما ومنها: قبض رأس مال السلم في مجلس الإقالة ليس بشرط لصحة الإقالة وفي الصرف شرط لصحة الإقالة؛ لأن إقالة الصرف فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وقبض بدل الصرف وجب حقا للشرع وهو ثالثهما فتعتبر الإقالة بيعًا جديدًا في حق اشتراط القبض فأما إقالة السلم حصلت قبل قبض المبيع فيكون فسخا في حق الكل كما في بيع العين فلم يكن سلما من كل وجه فلا يشترط قبض رأس المال.

ومنها: لو أبرأ المسلم إليه رب السلم عن رأس المال إن كان قبل البراءة بطل السلم؛ لأنه فات قبض رأس المال؛ لأنه لا يتصور قبضه بعد صحة الإبراء وإن رد البراءة لم يبطل؛ لأن الإبراء بمعنى الفسخ وصحة الفسخ يتوقف على تراضيهما.

ولو أبرأ عن ثمن المبيع العين صح من غير قبول إلا أنه يرتد بالرد والفرق أن قبض رأس المال في المجلس شرط لصحة السلم فلو صح الإبراء من غير قبول الآخر لا يفسخ السلم من غير رضاء صاحبه وهذا لا يجوز بخلاف الثمن؛ لأن قبضه ليس بشرط فلا ينفسخ البيع بالإبراء عنه ومنها تصح الحوالة والكفالة

والارتهان برأس المال كما يأتي في موضعه ثم إن وجد قبض رأس المال أو هلك الرهن في مجلس المتعاقدين جاز وإلا بطل؛ لأن العبرة لمجلس المتعاقدين وافتراقهما دون غيرهما؛ لأن حقوق العقد تتعلق بهما لا بغيرهما وأما التي في المسلم فيه فمنها: لا يجوز الاستبدال بالمسلم فيه ولا أن يشرك فيه شريكا ولا يوليه أحدًا؛ لأنه بيع المبيع قبل القبض وأنه لا يجوز.

وإن أبرأه من المسلم فيه جاز؛ لأن الإبراء عن دين لا يجب قبضه شرعا إسقاطًا لحقه لا غير فيملكه.

ولو أبرأه عن المبيع العين لا يصح؛ لأن الإبراء عن الأعيان لا يصح وفي السلم الفاسد يجوز الاستبدال عنه قبل القبض ولا يكون له حكم السلم كسائر الديون.

ومنها: لو أبرأ رب السلم المسلم إليه من نصف المسلم فيه وقبل رد نصف رأس المال إليه يكون إقالة بالنصف؛ لأن السلم نوع بيع وفي بيع العين لو وهب المشتري نصف المبيع من البائع قبل القبض وقبل البائع كانت إقالة في النصف بنصف الثمن فكذا هذا.

ومنها: لو أقاله في البعض في محل الأجل إن ترك الباقي إلى أجله جاز؛ لأنه يملك الإقالة في كله فيملك في بعضه، وإن شرط أن يكون الباقي معجلا لم يصح الشرط وصحت الإقالة؛ لأن حقه كان مؤجلا، فإذا استعجله كان التعجيل زيادة له على حقه؛ لأن المعجل خير من المؤجل في المالية فيكون أخذا زائدا على حقه فيكون ربًا فيكون شرط التعجيل فاسدا والإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة خلافا لأبي يوسف فبقي السلم كله عنده، وإذا حل لأجل فلا بأس له أن يأخذ بعض رأس ماله وبعض المسلم فيه خلافا لابن أبي ليلى؛ لأن فيه إسقاط بعض حقه عن المسلم فيه وإنه معروف جميل حسن؛ لأن المسلم فيه خير من رأس المال في المالية.

ولو أسقط كل حقه عنه جاز فكذا إذا أسقط بعضه ولو تقابلا عقد السلم لا يأخذ إلا رأس ماله لقوله عليه السلام: "**لَا يأخُذ إلا سلمكَ أو رأسَ مالكَ**" معناه إذا رضي المسلم إليه يأخذ المسلم فيه ومنها الكفيل بالمسلم فيه إذا صالح رب السلم

على رأس المال لا يجوز إلا بإجازة المسلم إليه عندهما، فإن أجاز أجاز ورد رأس المال على الكفيل.

وإن رده بطل عنه مع الكفيل، وقال أبو يوسف: يجوز إن كان رأس المال دينا ولا يجوز إن كان عينا له أن المسلم فيه دين فصح الصلح عنه مع الكفيل كالكفيل بسائر الديون يملك الصلح مع المديون وهذا؛ لأنه لا ضرر في الصلح على المسلم إليه؛ لأنه يصح في حقهما دون المسلم إليه بخلاف ما لو كان رأس المال عينا؛ لأن بالصلح باع مال المديون من رب الدين فتوقف على إجازته.

لهما: أن الصلح على رأس المال لا يصح إلا فسخا؛ لأن الاستبدال بالمسلم فيه قبض القبض لا يجوز والفسخ تصرف في العقد والكفيل أجنبي عن العقد فلا يملك فسخه إلا برضاء العاقد بخلاف الصلح في سائر الديون؛ لأنه استبدال وليس بفسخ والاستبدال من الكفيل جائز.

ولو أسلم رجلان إلى رجل فصالحه أحدهما على رأس ماله لا يجوز عندهما إلا بإجازة الآخر وعند أبي يوسف يجوز؛ لأنه تصرف في خالص حقه فيجوز كأحد ربي الدين صالح عن نصيبه جاز لهما الصلح فسخ للسلم وأحد ربي السلم لا يملك الفسخ إلا برضا شريكه؛ لأن ولاية الفسخ مشاعة عن العقد والعقد تم بهما فكذا ولاية الفسخ تتم بهما وليس كرجلين اشتريا عينا ففسخ أحدهما جاز؛ لأن ثمة العقد تبع لملك العين لكونه وسيلة إليه وهو بالفسخ يتصرف في نصيبه من الملك مقصودًا ثم ينفذ في العقد معًا وهنا العقد أصل في إيجاب السلم؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بالدين والعقد تم بهما فلا يصح فسخ أحدهما.

الكفيل بالمسلم فيه استوفاه قبل أن يوفي من ماله وتصرف فيه وربح يطيب له الربح؛ لأن الربح حصل على ملك صحيح لضرورة المقبوض ملكا له بالقبض؛ لأن الكفالة توجب دينا مؤجلا للكفيل على الأصيل، ألا ترى أنه لو حبس الكفيل كان له حبس الأصيل، فإذا استعجله ملكه.

ورُوي عن أبي حنيفة في رواية الكفالة يتصرف به؛ لأنه مأمور بالأداء والمأمور بالأداء لا يجب له على الأمر دين قبل الأداء فلم يصح الاقتضاء فلم يملكه فحصل

الربح في ملك غيره فلا يطيب له وفي رواية الجامع الصغير يستحب له أن يرده على المكفول عنه؛ لأنه يسأل من أن يقضيه بنفسه فيسترد من الكفيل ما أعطاه فأوجب ذلك شبهة العدم في الاقتضاء فيمكن شبهة الحنث لحق المكفول عنه.

ولو استوفاه بالرسالة بأن أدى إليه ليدفعه إلى الطالب فتصرف فيه وربح لا يطيب له خلافا لأبي يوسف رحمه الله كالمودع إذا تصرف في الوديعة وربح. ومنها: لو أسلم عشرة في ثوبين يهوديين وبين حصة كل واحد من رأس المال يبيع كل واحد مرابحة، ولو لم يبين لم يجز بيع أحدهما مرابحة عند أبي حنيفة وعندهما يجوز على خمسة لأنهما استويا في القيمة لاتفاقهما في النوع والصفة فينقسم البدل عليهما بالسوية كما لو أسلم عشرة في كري حنطة ببيع أحدهما مرابحة عند أبي حنيفة وعندهما يجوز على خمسة لأنهما استويا في القيمة لاتفاقهما في النوع والصفة فينقسم البدل عليهما بالسوية لا كما لو أسلم عشرة في كري حنطة ببيع أحدهما مرابحة على خمسة.

لأبي حنيفة: أن لقبض السلم شبهة عقد جديد؛ لأنه يفيد ملك العين؛ لأن حقه كان في الدين والعين غير الدين والشبهة تمنع المرابحة كالحقيقة فصار كأنه اشترى ثوبين بعشرة ثم باع أحدهما مرابحة لا يجوز فكذا هذا. والله أعلم.

(باب ما ينتقض القبض فيه)

ولو وجد رأس المال مستحقًّا أو معيبًا فلا يخلو إما أن كان رأس المال عينًا أو دينًا، فإن كان عينًا فوجده مستحقًّا أو معيبًا ورده في المجلس أو بعد الافتراق، فإن أجاز المستحق أو رضي المسلم إليه بالعيب جاز السلم؛ لأنه سلم إليه البدل من الأصل؛ لأن صحة القبض تقف على إجازته، فإذا أجاز ظهر أن قبضه وقع صحيحًا، وإن لم يجز المستحق ولم يرض المسلم إليه بالعيب بطل السلم؛ لأن العقد وقع على العين ولم يسلم له.

وإن كان رأس المال دينًا وقبضه فلا يخلو إما أن وجده مستحقا أو ستوقا أو زيوفا ولا يخلو إما أن وجد ذلك في المجلس أو بعد الافتراق، فإن وجده مستحقا في المجلس، فإن أجاز المستحق جاز إذا كان رأس المال قائمًا نص على ذلك في

(**الجامع**)، وإن لم يجز انتقض القبض بقدره من الأصل فصار كأنه لم يقبض، فإن قبض مثله في المجلس جاز وإلا فلا، وإن وجده ستوقا أو رصاصًا، فإن يجوز به بطل السلم؛ لأن هذا ليس من جنس حقه فيكون استبدالا برأس المال قبل القبض وذلك لا يجوز، وإن رده وقبض آخر مكانه في المجلس جاز السلم؛ لأنه لما رده وانتقض قبضه فكأنه لم يقبض وأخر القبض إلى آخر المجلس جاز.

وإن وجده زيوفا أن يجوز به جاز؛ لأنه من جنس حقه؛ لأنه يصلح رأس المال فيصير مستوفيا حقه مع النقصان وإن رده واستبدل مكانه في المجلس جاز.

فأما إذا تفرقا، فإن وجده مستحقا إن أجاز المالك ورأس المال قائم جاز وإلا فبطل لما بينا.

وإن وجده ستوقا انتقض السلم بقدره يجوز به أو رده؛ لأن الستوقة ليست من جنس حقه فيكون افتراقا لا عن قبض هذا القدر.

قال محمد في (**المنتقى**): لو أسلم درهمين أحدهما في حنطة والآخر في أرز ثم وجد أحدهما ستوقا ولا يدري من أيهما، فإن دفعهما معا فسد العقد في نصفهما؛ لأن رأس مال كل عقد نصف كل درهم، فإن دفعهما متعاقبا فسد فيهما؛ لأن الستوقة كلها رأس المال أحدهما وذلك مجهول فيشيع الفساد فيهما.

وإن وجده زيوفا أقل من النصف فأن يجوز به جاز؛ لأنه من جنس حقه، وإن رده واستبدل في مجلس الرد لم يبطل استحسانًا، ولو كان نصفها فما زاد فرده ينتقض بحصته عند أبي حنيفة وعندهما لا ينتقض بقدره قلّ المردود أم كثر قياسًا له أن الرد بعيب الزيافة ينتقض القبض من الأصل بدليل أنه لو لم يستبدل في مجلس الرد يبطل السلم، ولو لم ينتقض القبض من الأصل لما بطل كما لو وهب منه رأس المال فيكون الافتراق حاصلا من غير قبض على اعتبار الرد.

لهما: إن الزيافة عيب فلا يمنع صحة القبض كالعيب في المبيع العين، ولهذا لو يجوز به جاز فلم يكن افتراقا من غير قبض، فإذا رده انتقض القبض فيه مقصورًا على الحال واعتبرنا مجلس الرد بمجلس العقد؛ لأن العقد قائم وقت الرد حكما لقيام المعقود عليه وكون المقبوض رأس المال واعتبرنا القبض الثاني صحيحًا احتيالًا للجواز صونا للعقد عن البطلان.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن الرد ينقض القبض من الأصل؛ لأن حقه في الحياد لا في الزيوف لكن إذا تجوز به صح القبض باعتبار أنه من جنس حقه أصلا، فإذا رده انتقض القبض فيه من الأصل لأن دراهم الناس لا تخلو عن قليل زيف بحيث لا يمكن الاحتراز عنه فلا أجعله نقضا من الأصل في القليل دفعًا للحرج بخلاف الكثير وجعلنا الكثير ما زاد على النصف؛ لأنه أخذ حكم الكثرة باعتبار المقابلة وفي رواية النصف كثير وفي رواية الثلث وهو الأصح والأحوط؛ لأن أموال الناس تخلو عن الثلث زيوفا غالبا ولا تخلو عما دونه زيوفًا.

جاء المسلم إليه بستوقه من رأس المال فقال هذا نصفه وقال رب السلام ثلثه فالقول للمسلم إليه؛ لأن قبض الستوقة لم تقع صحيحًا فقد اختلفا في قدر المقبوض فرب السلم يدعي الزيادة وهو ينكر فيكون القول له، وإن كانت زيوفًا فالقول لرب السلم؛ لأن قبضه وقع صحيحًا فقد اتفقا على قبض الحق واختلفا في قدر ما انتقض القبض بالرد فالمسلم إليه يدعي الانتقاض في النصف ورب السلم ينكر فيكون القول له.

وإذا وجد رب السلم بالمسلم فيه عيبا فله أن يرده كما في المبيع العين.

وإن حدث به عيب آخر في يده لا يرده ولا يرجع إليه بشيء، عند أبي حنيفة؛ لأنه لو غرم نقصان العيب من رأس المال كان اعتياضًا عن الجودة وهي غير متقومة في مال الربا فيكون ربا.

وقال أبو يوسف: يضمن قيمة المقبوض معيبًا ويرجع تسليمه سليمًا كمن له على آخر عشرة جياد فاستوفاه فوجده زيوفا ثم هلك قبل الرد ضمن مثل المقبوض وأخذ حقه عنده وعندهما يبطل حقه، وإذا أنكر رب السلم جودة ما أتى به المطلوب أراه الحاكم عدلين من أهل تلك الصناعة، فإن اتفقا على جودته يجبر على قبضه؛ لأنه أتى بالمستحق عليه؛ لأن المستحق أدنى ما ينطلق عليه اسم الجيد؛ لأن ما من جيد إلا وفوقه ما هو أجود منه فلو صرفنا الاسم إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجيد وأنه لا حد له صار المسلم فيه مجهولا وقيل يجوز الاكتفاء بقول واحد.

(باب الزيادة في رأس المال أو في المسلم فيه)

وإن زاد رب السلم في رأس المال جاز عاجلًا ولا يجوز آجلًا؛ لأن الزيادة منه رأس مال السلم فلا يجوز إلا معجلا، قيل: عند أبي حنيفة لا يجوز، وإن عجل ما لم يبين حصة الزيادة من المسلم فيه وقيل يجوز بالإجماع؛ لأن الزيادة حلت في العقد تبعًا فلا يراعي لها شرائط الأصل وإن نقدها في مجلس الزيادة صح، وإن تفرقا قبل قبض الزيادة بطل من المسلم بقدر الزيادة؛ لأن الزيادة التحقت بأصل العقد فصار كرأس المال في الابتداء الأصل مع الزيادة ولم يتعد قدر الزيادة، وإن زاد المسلم إليه ينظر إن كان رأس المال عينا وهو قائم يجوز عاجلًا وآجلًا؛ لأن الزيادة في المسلم فيه لا تجوز؛ لأن الزيادة إن كانت عينا فالسلم في العين باطل، وإن كانت دينا دراهم أو دنانير فالسلم جوز لدفع حاجة المسلم إليه والزيادة منه في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل يزيد في حاجته ومتى تعذر أن يجعل زيادة في المسلم فيه جعل مشتريا بالزيادة بعض رأس المال من رب السلم تحريا للجواز فكانت الزيادة من جانبه ثمن بيع العين فيجوز آجلًا وعاجلًا، فإن كان رأس المال دينا أن زاد المسلم إليه عينًا جاز عاجلًا وآجلًا؛ لأنه تعذر أن يجعل زيادة في السلم فجعل تابعا العين الزيادة ببعض رأس المال، وإن زاد دينا دراهم أو دنانير يشترط قبض الزيادة في المجلس؛ لأنه صار مشتريا بعض رأس المال بالزيادة فكان صرفا وبدل الصرف يجب أن يكون مقبوضًا.

ولو أتى المسلم إليه بأجود مما شرط واستزاد درهما فهو على وجهين: إما أن كان المسلم فيه مكيلًا أو موزونًا أو مذروعًا أو معدودًا وكل وجه فهو وعلى وجهين إما أن أتى بأكثر قدرا أو نصف قدرا أو أتى بأجود أو أردى وصفا، فإن كان المسلم فيه مكيلًا أو موزونًا وقد أتاه بأزيد أو أنقص قدرًا بأن كان المسلم فيه عشرة أقفزة فأتاه بأحد عشر واسترد درهما أو بتسعة أقفزة ورد درهما جاز؛ لأنه يجوز بيع ذلك القدر الزائد منفردًا فكذلك مع غيره وتجوز الإقالة في البعض.

وإن أتاه بأجود منه واسترد درهما أو بأنقص وصفًا وَرَدَّ درهما لا يجوز عندهما، وعند أبي يوسف يجوز.

له: إن أمكن تصحيحه بطريق الزيادة والحط؛ لأن الحط والزيادة يلتحقان بأصل العقد فصار كأنهما باشرا العقد على هذا الوصف.

لهما: أن الزيادة والحط إنما يلتحقان بأصل العقد إذا أمكن تصحيحهما للحال ولا يمكن أما الزيادة فلأن الجودة في مال الربا غير متقومة بنفسها، ألا ترى لو عصب حنطة فعفنت عنده ليس للمالك استرداد الأصل وتضمين النقصان فلا يجوز أخذ الزيادة عوضا عنها في العقد وأما النقصان؛ لأنه فسخ العقد على مجرد الوصف ومجرد الوصف لا يقبل العقد فلا يقبل الفسخ.

وإن كان المسلم فيه مذروعًا، فإن أتاه بأزيد قدرًا أو استرد درهما أو أنقص قدرًا أو رد درهمًا إن كان بيَّن حصة كل ذرع من الثمن جاز، وإن لم يبين لا يجوز عندهما خلافا لأبي يوسف؛ لأن الذرع متى لم يجعل له حصة من الثمن فهو بمنزلة الصفة حتى تسلم الزيادة للمشتري وإن أخذه أنقص يحط عنه شيء من الثمن فكان العقد والإقالة على مجرد الوصف فلا يجوز ومتى تبين له حصة يكون بمنزلة القدر فيجوز العقد والإقالة عليه.

ولو أتاه بأزيد وصفا في المذروع والمعدود واسترد درهما جاز بالاتفاق؛ لأن الجودة في غير مال الربا متقومة بنفسها، ألا ترى لو باع ثوبًا جديدًا بثوب رديء وزيادة درهم بإزاء الجودة جاز فيجوز أخذ الزيادة عوضًا عنها وشراء الجودة مع الأصل جائز إنما لا يجوز بانفرادها كما لو باع الجودة بدون الثوب لا يجوز.

وإن أتاه بأنقص وصفًا ولم يرد شيئا جاز؛ لأنه رضي بدون حقه، وإن رد عليه شيئًا لم يجز عندهما؛ لأنه يكون إقالة على مجرد الوصف دون الأصل فبطل، وعند أبي يوسف يجوز؛ لأنه أمكن تصحيحه بطريق الحط لما بينا، والله أعلم وأحكم بغيبه.

(باب قبض السلم)

أصله: أن قبض المسلم فيه إنما يتحقق بقبض مضمون متأخر عن العقد؛ لأنه

صار مستحقًّا بالعقد والمُقَاصَّة[1] لا تقع بين دين السلم ودين وجب قبله؛ لأن الدينين إذا التقيا قصاصًا فآخر الدينين يكون قضاء عن أولهما؛ لأن المقتضي لغة صاحب أول الدينين والقاضي صاحب آخرهما، ألا ترى أن من أقرض رجلًا عشرة دراهم ثم أعطاه المستقرض عشرة فالمقرض يسمى لغة مقتضيا؛ لأنه صاحب أول الدينين والمستقرض يسمى قاضيًا.

(**المبسوط**) مسائله على أربعة أوجه:

(**الأول**): السلمان لا يتقاصان وصورته أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة ثم أسلم المسلم إليه إلى رب السلم عشرة في كر حنطة مثله وحل الأجلان لا يتقاصّان لأنهما لو تقاصّا يصير آخرهما قضاء عن الأول والقضاء بدين السلم لا يجوز؛ لأن القضاء بمعنى المبادلة والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز.

(**والثاني**): غير السلم يصير قصاصا عن غير السلم كمن استقرض من رجل كر حنطة ثم غصب المقرض من المستقرض كرًّا مثله يتقاصّان، فإن لم يتقاصّا؛ لأن آخر الدينين وهو دين الغصب يكون قضاء عن دين القرض إذ لا فائدة في بقائهما.

(**والثالث**): غير السلم يصير قصاصًا عن السلم كمن أسلم عشرة في كر حنطة ثم استقرض أو غصب منه كرا يتقاصان؛ لأن دين القرض وجب بعد السلم فيصير حنطة المسلم إليه قاضيا به دين السلم فيجوز.

(**والرابع**): دين السلم لا يصير قصاصًا عن غير السلم كمن استقرض أو غصب كر حنطة ثم أسلم لا يتقاصان وإن رضي به؛ لأن دين السلم وجب آخرا فصار رب السلم قاضيًا به دين القرض فلا يجوز؛ لأن القضاء في معنى المبادلة.

(**الجامع**): أسلم إلى آخر مائة في كر حنطة فاشترى المسلم إليه منه كرًّا مثله بمائتين مؤجلا فقبضه فهو على أوجه: إما أن كان الكر المبيع قائمًا في يده أو قبضه رب السلم منه أو غصب منه أجنبي، فإن كان قائمًا في يده فأراد رب السلم أن يقبضه عن كر السلم لم يجز؛ لأن للقبض مثابة العقد؛ لأنه يفيد ملك اليد ويؤكد

---

(١) المقاصة: بضم الميم وفتح الصاد المشددة مصدر: قاص فلانا: كان له مثل ما على صاحبه، فجعل الدين في مقابلة الدين.

ملك العين والمقبوض بالسلم عين الواجب حكما حتى لا يصير مستبدلا بالمسلم فيه قبل القبض فصار كأنه اشترى كر السلم بمائة فيكون هذا شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن من وجه فلا يجوز احتياطا لأمر الحرمة.

فإن قبضه وطحنه فعليه مثله؛ لأن القضاء لم يصح والمقبوض باقتضاء فاسد مضمون كالمقبوض بشراء فاسد ولا يصير الواجب عليه قصاصًا بالسلم وإن رضيا به؛ لأن الكر حين كان عينا كان قبضه فاسدًا وحين صار دينا لم يوجد أصلا فلا يصير قصاصًا، فإن قبض الضمان ثم قضاه إياه عن كر السلم جاز؛ لأنه قبض عينًا مضمونًا وهو غير المسلم فيه حقيقة وحكما؛ لأن الاستبدال به جائز؛ لأنه دين لم يجب بعقد سلم فصح الاقتضاء وصار هذا كما لو اشترى كرا بمتاع ثم اصطلحا على أن يكون الكر قصاصًا بالسلم لا يجوز؛ لأنه لم يوجد القبض أصلا وبعدما قبضه جاز.

ولو لم يطحن ولكن تعيب عنده، فإن شاء المسلم إليه أخذه، وإن شاء ضمنه مثله كما لو غصب طعامًا فتعيب عنده، فإن ضمنه مثله لا يصير قصاصًا؛ لأنه لم يوجد الاقتضاء كما في الطحن والهلاك وإن أخذه ثم قضاه جاز؛ لأن المقبوض مضمون عليه فثبوت القبض القائم حالة المقاصة عن قبض السلم كما ينوب عن قبض المشترى، وإن اختار أخذ الكر بعينه ولم يسترده فجعله قصاصًا جاز إذا رضيا به جميعا؛ لأن المبيع إذا تعيب جاز شراؤه بأقل مما باع قبل نقد الثمن فصح الاقتضاء وإنما شرط رضاهما؛ لأن حق رب السلم في الجيد والتسليم لا يبطل عنه إلا برضاه وحق المسلم إليه في التضمين بالعيب فلا يبطل عنه إلا برضاه.

ولو اصطلحا على المقاصة قبل أن يختار المسلم إليه شيئًا لم يذكره محمد في الكتاب وقد قالوا بأنه يجوز؛ لأن اصطلاحهما على وقوع المقاصة والمقاصة لا تصح إلا بعد أن يختار المسلم إليه الكر بعينه ويضمن إقدامهما على المقاصة اختيار المسلم إليه أخذ الكر فصار كأنه اختار أخذ الكر ثم جعله قصاصًا بكر السلم ورضي به رب السلم جاز فكذا هذا.

ولو لم يجعلاه قصاصًا واسترد منه المسلم إليه الكر المعيب ثم غصبه رب السلم فرضي به فهو قصاص؛ لأنه خرج عن عهدته بالاسترداد وقد يجوز بدون حقه

فجاز ولا يلتفت إلى رضاء المسلم إليه؛ لأنه ليس في هذه المقاصة ضرر عليه.

فأما إذا غصب الكر أجنبي من المسلم إليه ثم أحال المسلم إليه رب السلم على الغاصب ليقبضه عن سلمه لم يجز والحوالة باطلة؛ لأن قضاءه بأمره كقضائه بنفسه، ولو قضاه بنفسه لم يجز؛ لأنه يصير بائعًا ما اشترى بأقل مما اشترى قبل نقد الثمن فكذا إذا أمر غيره بالقضاء.

وإن تعيب عند الأجنبي ورضي به رب السلم جاز كما لو قضاه المسلم إليه يجوز، وكذلك لو كان عنده وديعة عند الأجنبي إلا أنه إذا هلك الكر المعيب قبل قبضه في الغصب لا تبطل الحوالة وفي الوديعة يبطل؛ لأنه لا ضمان على المودع فتعذر الاستيفاء منه وعلى الغاصب كر مثله فتبقى الحوالة لقيام المثل مقامه كالمبيع قبل القبض غصبه إنسان وهلك في يده يبقى البيع لقيام البدل مقامه.

(**الزيادات**): أسلم في كر وسط واشترى المسلم إليه عبدًا بكر أو دفع الكر ولم يقبض العبد فهو على ثلاثة أوجه إما أن كان البيع وقبض الكر بعد السلم أن كان كلاهما قبل السلم أو كان البيع كان للسلم وقبض الكر بعده، فإن كان كلاهما بعد السلم ثم هلك العبد في يد البائع أو رده عليه بعيب بقضاء أو رضا استرد المسلم إليه الكر وله أن يرد كرا مثله؛ لأنه انفسخ العقد والمستحق عند الفسخ ما هو المستحق بالعقد والمستحق بالعقد تسليم كر عين معين فكذلك المستحق بالفسخ.

فإن حل السلم قبل الرد صار قصاصًا رضي أم لا؛ لأن الكر بقي في يده مقبوضًا لا عوضًا عن شيء؛ لأن العوضية كانت تحكم العقد وقد انفسخ العقد من الأصل فقد وجد الاستيفاء عن جهة دين للسلم، فإن قبضه ثم رده فإن رده بغير قضاء أو بإقالة قبل حلول السلم أو بعده لم يصر قصاصًا وإن رضيا به؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض فسخ فيما هو من حقوق العقد بيع جديد فيما ليس من حقوقه لوجود معناه وهو المبادلة بالتراضي فالسلم ليس من حقوقه فيكون بمنزلة بيع جديد في حقه فيكون الكر واجبًا على رب السلم بعقد آخر فلا يكون مقبوضًا بجهة الاستيفاء عن السلم.

فأما إذا كان البيع وقبض الكر قبل ثم رد العبد بعد السلم أو هلك في يد البائع لم يكن الكر قصاصًا وإن رضيا به؛ لأن آخر الدينين يكون قضاء أولهما وآخر

الدينين هنا دين السلم فيصير الأول مقضيا به ولا يصير هو مقبوضًا فلا يجوز.

وإن كان البيع قبل السلم وقبض الكر بعده يصير قصاصًا، وإن لم يرض به؛ لأنه وجد بعد السلم قبض مضمون والعبرة لحالة القبض دون العقد فيقع عن قبض السلم باع دينارًا بعشرة دراهم وسلم الدينار ولم يقبض الدراهم ولم يتفرقا فباع ثوبًا من مشتري الدينار بعشرة وقبض العشرة ثم انتقض البيع في الثوب فهو كما ذكرناه في السلم، إلا في خصلة إن كان بيع الثوب وقبض ثمنه قبل الصرف ثم رد الثوب بعيب بقضاء قبل القبض أو بعده فرضيا بثمن الثوب قصاصًا بثمن الدينار لا يجوز قياسًا وهو قول زفر، ويجوز استحسانًا، وإن لم يرض أحدهما لا يصير قصاصًا لما يأتي في كتاب الصرف إن شاء الله تعالى.

(باب الاختلاف في السَّلم ورأس المال)

اختلفا في قدر المسلم فيه أو جنسه أو صفته أو ذرعانه، أو اختلفا في رأس المال كذلك تحالفا وترادا، كما لو اختلفا في المبيع العين أو الثمن تحالفا وترادا، والاختلاف في الوصف كالاختلاف في الذات؛ لأنه دين وهو غائب عنا والغائب يعرف بوصفه فيختلف أصله باختلاف وصفه بدليل أن الدين متى عين بصفتين مختلفتين لا يتصور إلا وأن يكونا عينين فيكون كل واحد منهما مُدّعيًا غير ما يدعيه صاحبه حتى لو اختلفا في صفة المبيع عينا لا يتحالفان؛ لأن العين المشار إليها قط لا يتصور عينين باختلاف الصفة.

فإن أقام أحدهما البينة قضى له وإن أقاما قضى لرب السلم؛ لأن بينته أكثر إثباتا.

ولو اختلفا في رأس المال وأقاما البينة قضى للمسلم إليه؛ لأن بينته تثبت زيادة في رأس المال.

ولو اختلفا في مكان التسليم فالقول للمطلوب عند أبي حنيفة، وعندهما يتحالفان؛ لأن قيمة الأشياء تختلف باختلاف الأمكنة فصار كالاختلاف في قدر المسلم فيه.

له: أنهما اختلفا في شرط زائد يوجد العقد بدونه وشرع التحالف عرف نصًّا لا قياسًا والنص إنما ورد به حال اختلافهما في المعقود عليه لا في الشروط ولأن فائدة الشروط تمحض للمشروط له لا عوض عليه بإزائه فيصير مدعيه مدعيًا محضًا والآخر منكرًا محضًا، وإن اختلفا في الأجل فالقول لمدعيه أنهما كان عند أبي حنيفة وعندهما للطالب ادعى أو أنكر.

لهما: أن الطالب بإنكاره الأجل، وإن كان يدعي فساد العقد لكنه بدعوى الفساد يدفع استحقاق مال عن نفسه؛ لأنه لو صح العقد يستحق عليه رأس المال للحال بلا عوض له بإزائه؛ لأن المسلم فيه أجل والأجل لا يعادل العاجل ودعوى الفساد متى تضمنت دفع استحقاق المال يكون القول لمدعيه، كما لو قال رب المال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة والمضارب يدعي نصف الربح كاملا فالقول لرب المال، وإن كان فيه فساد المضاربة لأنه يدفع استحقاق مال عن نفسه.

له: أن الأجل شرط لصحة السلم فالمنكر للأجل مُدّعٍ للفساد من غير دفع استحقاق المال؛ لأن ما يستحق كل واحد مثل ما يستحق عليه؛ لأن المسلم فيه زائد من رأس المال عادة؛ لأن السلم بيع بأقل الثمنين والزائد الأجل مثل الناقص العاجل فكان في كل واحد من البدلين ضرب نقصان ونوع زيادة فاعتدلا فسقط اعتبار استحقاق المال فبقي دعوى الفساد متعريا عن دفع الاستحقاق فيكون القول لمدعي الصحة؛ لأن الظاهر يشهد له وهو دفع المعصية عن فعلهما والقول قول من يدعي الأجل في بيان مقداره أيضًا وقيل القول قوله إلى أدنى الآجال وذلك شهر وفيما زاد عليه لا يقبل إلا ببينة.

وإن اختلفا في قدر الأجل فالقول للطالب مع يمينه لأنه ينكر زيادة ما يستفاد من جهته والعقد يوجد بدونه فلا يوجب التحالف.

وإن اختلفا في مضيه فالقول للمطلوب أنه لم يمض؛ لأن الطالب يدعي عليه إيفاء الحق بمضي المدة والمطلوب ينكر وإن أقاما البينة قبلت بينة المطلوب لأنها تثبت زيادة أجل فيكون أكثر إثباتًا.

تقايلا السلم ثم اختلفا في رأس المال فالقول للمطلوب؛ لأن المقصود من التحالف الفسخ وإقالة السلم لا يقبل الفسخ؛ لأن المسلم فيه دين وقد سقط بالإقالة بخلاف ما لو اختلفا في الثمن بعد الإقالة في بيع العين يتحالفان لأنها تقبل الفسخ؛ لأن المبيع قائم حتى لو تقايلا السلم بعدما قبض رب السلم المسلم فيه وهو قائم في يده ثم اختلفا في مقدار رأس المال فإنهما يتحالفان؛ لأن الإقالة في هذه الحالة تحتمل الفسخ؛ لأن المعقود عليه قائم.

(فصل)

الأصل: أنهما إذا اختلفا في جنس المسلم فيه أو قدره أو صفته أو في رأس المال من هذه الوجوه وأقاما البينة فعندهما يقضي بعقد واحد ما أمكن، فإن تعذر فبعقدين، وعند محمد يقضي بعقدين، فإن تعذر فبعقد واحد له أن البينات حجج شرعية فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن العمل بهما؛ لأنه قامت كل واحدة من البينتين على عقد غير ما يدعيه الآخر فيعمل بهما كما لو اختلفا في المبيع واتفقا في الثمن يقضي بعقدين مهما أمكن لهما أنهما تصادقا أنه لم يجز بينهما إلا عقد واحد والقضاء بعقدين قضاء بما لا يدعيانه فلا يجوز ولا ينظر إلى تصحيح البينة؛ لأن بينة المطلوب لا تقبل لإثبات رأس المال؛ لأنه ثابت له بإقرار رب السلم ولا تقبل لإثبات المسلم فيه لرب السلم؛ لأنه حقه وهو ينكره فسقطت بينة المطلوب بخلاف ما لو اختلفا في المبيع، لأن الثمن وإن سلم للبائع بإقرار المشتري لكن بإزاء ما يدعيه المشتري لا بإزاء ما يدعيه البائع وللبائع في سلامة الثمن بإزاء ما يدعيه غرض صحيح؛ لأنه ربحه أكثر فاعتبر دعواه لتحصيل مقصوده هذا إذا لم يتفرقا عن مجلس العقد، فإن تفرقا، فإنه يقضي بسلم واحد ببينة الطالب بالإجماع؛ لأنه تعذر القضاء بالعقدين؛ لأنه لم ينفذ رأس مال أحدهما فقضينا بعقد واحد ببينة الطالب لما فيه زيادة إثبات في المسلم فيه.

الاختلاف في المسلم لا يخلو إما أن يكون في المسلم فيه أو في رأس المال أو فيهما وكل وجه لا يخلو إما أن اختلفا في جنسه أو قدره أو صفته ورأس المال

في كل ذلك عين كالعروض أو دين كالأثمان، أما إذا اختلفا في المسلم فيه واختلفا في جنسه بأن ادعى أحدهما كر حنطة والآخر كر شعير أو في قدره بأن ادعى أحدهما كرَّي حنطة والآخر كرًّا أو في صفته بأن ادعى أحدهما جيدًا والآخر وسطًا ورأس المال دين وأقاما البينة يقضى بسلم واحد عندهما ببينة الطالب، وعند محمد بسلمين لما بينا.

وإن كان رأس المال عينًا يقضى بسلم واحد بالإجماع؛ لأنه تعذر القضاء بالعقدين؛ لأن العين الواحد تعذر أن يجعل بدلا في عقدين إذا فقد الشراء من المسلم إليه والشهود لم يشهدوا بالشراء منه.

وأما إذا اختلفا في رأس المال في جنسه بأن ادعى أحدهما عشرة دراهم والآخر دينارًا أو اختلفا في قدره بأن ادعى أحدهما عشرة والآخر عشرين أو في صفته بأن ادعى أحدهما غلة والآخر نقد بيت المال وأقاما البينة يقضى بعقد واحد عندهما ببينة المطلوب؛ لأن رأس المال حقه فكانت بينته مثبتة حقا لنفسه وبينة الطالب مثبتة الحق لغيره وهو المطلوب وهو ينكر فكانت بينة المطلوب أولى كما لو اختلفا في المسلم فيه، وعند محمد يقضى بعقدين؛ لأن الذمة متسعة لديون جمة فأمكن القضاء بعشرة دراهم في كر حنطة وبدينار في كر حنطة، وإن كان رأس المال عينًا واختلفا في جنسه يقضى بعقد واحد عندهما، وعند محمد بعقدين وإن اختلفا في قدره أو صفته يقضى بعقد واحد بالإجماع؛ لأنه تعذر القضاء بعقدين لما بينا.

وأما إذا اختلفا فيهما ورأس المال دين إن اختلفا في جنسهما بأن ادعى أحدهما عشرة دراهم في كر حنطة وادعى الآخر دينارا في كر شعير وأقاما البينة يقضى بالعقدين بالإجماع؛ لأنه تعذر القضاء بعقد واحد؛ لأن كل واحد منهما ادعى عقدًا غير ما ادعاه الآخر فقامت بينة كل واحد منهما على إثبات ما هو غير ثابت بإقرار صاحبه، وإن اختلفا في قدرهما أو صفتهما بأن ادعى أحدهما عشرة في كر حنطة والآخر عشرين في كر حنطة وأقاما البينة يقضي بعقد واحد عندهما؛ لأنه أمكن العمل بالبينتين في عقد واحد بأن يقول بينة كل واحد منهما في إثبات الزيادة فيقضي على رب السلم بعشرين وعلى المطلوب بكري حنطة؛ لأن الزيادة من

جنس ما أقر به صاحبه فأمكن أن يجعل تكرارًا كما لو أقر بخمسة لإنسان ثم بعشرة في ذلك المجلس جعل الإقرار بعشرة إقرارًا بزيادة خمسة وتكرارًا للخمسة الأولى فكذا هذا وفي المسألة المتقدمة لا يمكن أن تقبل بينة كل واحد على إثبات الزيادة؛ لأن الزيادة لا تتحقق في جنسين مختلفين كما لو أقر بعشرة ثم بدينار كانا إقرارين، وعند محمد يقضي بعقدين بثلاثين درهما على الطالب وبثلاثة أكرار على المطلوب.

وإن كان رأس المال عينا واختلفا في جنسهما وأقاما البينة يقضي بالعقدين بالإجماع، وإن اختلفا في قدرهما أو صفتهما يقضي بعقد واحد بالإجماع؛ لأنه تعذر القضاء بالعقدين وأمكن العمل بالبينتين في إثبات الزيادة؛ لأن الجنس متحد والله أعلم.

(القسم الثاني في البياعات الباتة والموقوفة)

(باب ما يقع به البيع)

يحتاج لمعرفة البيع إلى معرفة: ركنه، وشرطه، وحكمه شريعة.

أما ركنه: فنوعان:

أحدهما: هو الإيجاب والقبول.

والثاني: التعاطي وهو الأخذ والإعطاء.

أما الإيجاب والقبول فمرة يتحقق بلفظين وتارة يتحقق بثلاثة ألفاظ.

أما ما يتحقق بلفظين: قد ينعقد به البيع بدون النية وقد لا ينعقد إلا بالنية.

أما ما ينعقد بدون النية: فهو اللفظان بصيغة الماضي كقول البائع بعت وقول المشتري اشتريت أو ابتعت وما يؤدي معناه كقوله أخذت وقبلت ورضيت وفعلت ونحوه، وكذا لو بدأ المشتري فقال اشتريت منك هذا فقال البائع بعته منك أو أعطيته أو بذلته أو رضيت أو هو لك؛ لأن هذا اللفظ، وإن كان صيغته للماضي فهو في عرف أهل اللغة ومتعارف الشرع مستعمل في إثبات الملك للحال بعوض ولأنهما أخبرا عن البيع والشراء والخبر يستدعي وجود المخبر به سابقا عليه صونا للكلام عن اللغو والكذب فصار البيع موجودا سابقا على خبرهما تصحيحًا لخبرهما.

وأما ما لا ينعقد إلا بالنية فهو اللفظ بصيغة المستقبل كقول البائع: أبيعك هذا العبد بألف أو أبذله أو أعطيكه فقال المشتري: اشتريته أو أقبله أو آخذه أو كان أحدهما بلفظ الماضي والآخر بلفظ المستقبل إن نويا الإيجاب للحال فإنه ينعقد البيع وإلا فلا؛ لأن لفظ الاستقبال تحتمل الحال مجازًا كما في كلمة الشهادة فصحت النية، وإن كان أحدهما بلفظ الاستفهام بأن قال المشتري: أتبيع مني هذا فقال البائع بعت ونوى الإيجاب لا ينعقد؛ لأن لفظة الاستفهام لا تستعمل للحال إذا أمكن العمل بحقيقة الاستفهام.

وأما ما يتحقق بثلاثة ألفاظ: وهو ما إذا قال البائع اشتر مني هذا بكذا فقال المشتري اشتريت أو قال المشتري بعني فقال البائع بعت لا ينعقد حتى يقول الآخر بعد ذلك بعت أو اشتريت، وفي النكاح لو قال: زوجني، فقالت المرأة: زوجت، أو قال: أتزوجك، فقالت: زوجت، ينعقد النكاح.

وعند الشافعي رحمه الله كذلك.

والصحيح قولنا؛ لأن هذا اللفظ حقيقة للمساومة والطلب لا للإيجاب.

والمساومة والطلب يتحققان في البيع للحال، فإن البيع لا يكون بناء على مقدمة الطلب والعدة في العرف والعادة فحملت اللفظ على حقيقة إلا بدليل ولم يوجد وفي النكاح لا تتحقق المساومة؛ لأنه لا يكون إلا بناء على مقدمة الخطبة عادة فحملت اللفظ على الإيجاب بدلالة العرف والعادة.

ولو قال لآخر بعت وقال المشتري فعلت ينعقد البيع؛ لأن قوله فعلت تحقيق.

ولو قال نعم لا ينعقد؛ لأن هذا ليس بتحقيق، ألا ترى لو قال لامرأته: اختاري نفسك، فقالت: فعلت، كان اختيارًا ولو قالت: نعم، لا يكون اختيارًا.

ولو قال: بعتك، وقال الآخر: قبلت، وقال البائع: رجعت، وخرج الكلامان معا لم ينعقد البيع؛ لأنه قارن القبول ما يمنع صحة القبول وهو رجوع البائع عن الإيجاب.

ولو قال: بعت، وقال الآخر: اشتريت، ولم يسمع البائع قول المشتري لا ينعقد البيع؛ لأنه لم يسمع جوابه، وإن سمع ذلك أهل المجلس والبائع يقول لم أسمع وليس في أذنه وقر لا يصدق؛ لأن الظاهر يكذبه.

(وأما الثاني) ذكر الكرخي رحمه الله أن البيع ينعقد بالتعاطي بدون الإيجاب والقبول في خصائص الأشياء وفيما جرت العادة بين الناس بذلك كما لو وضع عند صاحب الرمان فلسًا وحمل رمانة برضاء صاحبها ولم يتكلم انعقد البيع، وكذا لو قال لقصاب كم تعطي من هذا اللحم بدرهم فقال منوين فقال الرجل زن فوزن القصاب ودفعه إليه وأخذ الدرهم ينعقد البيع وفيما لم تجر العادة لا ينعقد البيع بالتعاطي ونص محمد في الجامع على أنه ينعقد بالتعاطي في العبد وأنه من نفائس الأشياء ولم تجر العادة في بيعه بالتعاطي وهو الصحيح؛ لأنه إنما ينعقد بالإيجاب والقبول لا باعتبار عين الصيغة بل باعتبار أنه دلالة التراضي بالتمليك والتمليك والتعاطي دلالة التراضي فيكون تجارة عن تراضٍ فانعقد.

ولو وجد الإيجاب من أحدهما يصح قبول الآخر ما داما في المجلس ولم يوجد منهما ما يدل على الإعراض عنه ولا يصح القبول بعد افتراق أحدهما؛ لأن المجلس جعل جامعا لأقوال متفرقة ولخطابات متكررة للضرورة والحاجة، ألا ترى أنه جعل جامعا للتلاوات المتكررة والأقارير المتفرقة حكما دفعا للضرورة والحاجة فكذلك في حق الإيجاب والقبول.

ولو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابة أو دابتين وأوصلا بين كلاميهما ينعقد البيع وإن فصلا بينهما بسكوت لا ينعقد؛ لأن المجلس تبدل بالمشي والسير كما في تلاوة السجدة وخيار المخيرة[1].

وقال بعض مشايخنا: ينعقد وإن فصلا بينهما بسكوت ما لم يتفرقا بأبدانهما؛ لأن القيام عن المجلس دليل الإعراض عن الجواب، فأما السير بلا افتراق فليس بدليل الإعراض فصح القبول وهكذا قالوا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة؛ لأن التلاوات جعلت كتلاوة واحدة عند اتحاد المجلس للحاجة والمجلس قد تبدل بالسير حقيقة والأول أصح؛ لأن خيار القبول يقتصر على المجلس لقوله عليه

(١) انظر: فتح القدير ٤٦٤/٥، وابن عابدين ٢٠/٤، والحطاب ٤٠٩/٤.

السلام: "**الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا عن المجلسِ**"[(١)]. وهو محمول على خيار القبول وهو هذا منقول عن إبراهيم النخعي.

ولو وقفا وتبايعا جاز وإن وجد القبول بعد الإيجاب بسكتة لاتحاد المجلس.

ولو أوجب البائع فسار الآخر ثم قبل أو سار البائع قبل قبول المشتري لا يصح؛ لأن السير دليل الإعراض عن الإيجاب والقبول والبائع يملك الرجوع عن الإيجاب بخلاف ما لو خير امرأته وسار الرجل ووقفت المرأة فلها الخيار؛ لأن العبرة لجانبها فما دامت في مجلسها لم يوجد منها دليل الإعراض وكلام الزوج لا يبطل بالإعراض.

ولو عقد على دابة في محمل أو في السفينة وهي تجري ينعقد لأنهما بمنزلة البيت حكما بخلاف الدابة.

وذكر أبو الليث في نوازله لو قال البائع بعت وفي يد المشتري قدح ماء فشرب ثم قبل جاز؛ لأن بهذا لا يتبدل المجلس وليس دليل الإعراض، وكذا لو كان في الركعة الأولى من التطوع فأضاف إليها أخرى وسلم وقبل أو كان في الفريضة ففرغ منها فقبل ولا يتوقف أحد شطري البيع على قبول الغائب نحو أن يقول بعت من فلان الغائب فبلغه فقبل لا ينعقد إلا إذا كتب إليه كتابا أو أرسل إليه رسولا بذلك فلما بلغه فقبل في مجلسه تم البيع؛ لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر وكذا كلام الرسول بمنزلة كلام المرسل؛ لأن الرسول سفير ومعبر فنقل كلامه إليه، فإذا اتصل به الإيجاب ينعقد، وكذلك هذا في الإجارة والهبة والكتابة والنكاح وفي الخلع والعتق على مال يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر وراء المجلس حتى لو قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة على ألف أو

---

(١) أخرجه أحمد ١٨٣/٢ (٦٧٢١) قال: حدثنا حماد بن مسعدة. و«أبو داود» (٣٤٥٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«الترمذي» (١٢٤٧) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث بن سعد. و«النسائي» ٢٥١/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٣١) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: أنبأنا الليث. كلاهما: (حماد بن مسعدة، والليث بن سعد) عن محمد بن عجلان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

أعتقت عبدي فلان الغائب بألف فبلغهما فقبلا صح وفي جانب العبد والمرأة لا يتوقف إذا كان الزوج والمولى غائبين؛ لأن في جانب الزوج والمولى بمنزلة التعليق وفي جانبهما بمنزلة المعاوضة لما عرف في موضعه.

وفي كل موضع يتوقف شطر العقد لا يصح الرجوع عنه ويصح التعليق بالشروط.

وفي كل موضع لا يتوقف شطر العقد يصح الرجوع عنه ولا يصح تعليقه بالشروط؛ لأنه عقد معاوضة.

ومتى تم البيع فليس لأحد المتعاقدين فسخ العقد إلا برضى الآخر، وقال الشافعي رضي الله عنه لكل واحد منهما خيار المجلس.

والصحيح قولنا؛ لأن العقد تم بهما وتعلق به حق كل واحد منهما وأفاد الملك لهما؛ لأن التمليك وجد مرسلا فلو أطلق لأحدهما الفسخ بدون رضاء الآخر لتسلط على إبطال حق الغير وملكه بغير رضاه وأنه إضرار به فلا يجوز وحديثه محمول على خيار القبول لما بينا.

(المنتقى) باع أمة فقطعت يدها أو ولدت ولدًا ثم قبل المشتري لا ينعقد البيع؛ لأنه لو انعقد لدخل الأرش والولد تحت البيع أصلا والإيجاب لم يتناولهما وصار هذا كما لو باع عصيرًا فتخمر ثم تخلل ثم قبل المشتري لم ينعقد.

وكذا لو باع عبدين فقبل أحدهما وأخذ المولى قيمته ثم قبل المشتري لم يصح.

ولو وهب للأمة هبة ثم قبل المشتري جاز والهبة للبائع؛ لأنه لا حصة لها في البيع ولو ذهب عينها بآفة سماوية ثم قبل المشتري جاز.

ولو قال لآخر بعتك هذا العبد بألف فقال الرجل هو حر لا يعتق؛ لأنه لم يكن جوابا لإيجابه بل يكون كلاما مبتدأ، ولو قال: فهو حر يكون جوابا وعتق وعليه ألف؛ لأن مع حرف الفاء يستعمل للجواب.

ولو قال: بعتك هذا العبد بألف فقال المشتري اشتريت بألفين جاز، فإن قبل البائع الزيادة تم البيع بألفين، وإن لم يقبل صح البيع؛ لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل المشتري كأنه قال قبلت البيع بألف وزدتك ألفًا أخرى.

ولو قال: اشتريت منك بألفين فقال البائع بعتك بألف جاز البيع؛ لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل البائع كأنه قال بعت منك بألفين وحططت عنك ألفًا.

وأما شروطه: فنوعان: شروط الانعقاد وشروط النفاذ.

أما شروط الانعقاد: فمنها الأهلية وهي تنبني على العقل والنطق حتى لا ينعقد تصرف الطفل والمجنون وينعقد تصرف الصبي العاقل والمعتوه حتى لو موكلًا عن الغير بالبيع فباع ينعقد ولو تصرف في ماله ينعقد وينفذ بإذن المولى خلافا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا؛ لأن أساس الأهلية وعمادها هو العقل المميز واللسان الناطق المعبر؛ لأن بعقله يميز بين تصرف وتصرف ويعرف موجبه ومقاصده ومضاره ومفاسده، وبلسانه يعبر عنه باسمه الذي وضع علمًا عليه، والتصرف متى صدر من أهله في محله وجب القول بوجوده كالتصرف، فإن الحسية من الكسر والضرب توجد بوجود ركنه من أهله في محله والحقيقة نوع دليل والاحتجاج بها صحيح.

ومنها: وجود المبيع وذكر الثمن شرط لانعقاد البيع ليتحقق تمليكًا بإزاء تمليك وقيامه بالمبيع لا بالثمن لأن المبيع مال غير مال مشار إليه، والثمن دين، والوجود والإشارة إلى المبيع شرط لانعقاد العقد إلا في السلم، والإشارة إلى الثمن ليس بشرط لانعقاده؛ لأن البيع يتعلق بمثله دينًا في الذمة لا بعينه.

ومنها: كون المبيع مالًا متقومًا وكون الثمن مالًا شرط لانعقاده حتى لو باع الخمر والخنزير والميتة والدم لا ينعقد حتى لا يملك بالقبض، ولو باع بالخمر والخنزير ينعقد بالقيمة لما يأتي.

وأما شرط النفاذ: هو الملك والولاية بالأمر من المالك، وكذا الرضا شرط النفاذ دون الانعقاد حتى أن تصرفات الفضولي ينعقد ويتوقف النفاذ على إجازة المالك خلافًا للشافعي رضي الله عنه لما يأتي.

وأما حُكمه: فثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع إذا كان البيع باتًّا، وإن كان موقوفًا فثبوت الملك فيهما عند الإجازة، والله أعلم.

(باب قبول أحد المتبايعين بعض المبيع)

يحتاج إلى معرفة: جواز تفريق الصفقة وعدم جوازها، ومعرفة تمام الصفقة وعدم تمامها، ومعرفة اتحاد الصفقة وافتراقها.

أما الأول: فإن أحد المتبايعين لا يملك تفريق الصفقة على الآخر قبل تمامها قبولًا ولا قبضًا، أما قبولا لما فيه إضرار بالبائع؛ لأن المبيع إن كان واحدًا يتضرر البائع بعيب الشركة إذ الشركة في الأعيان المجتمعة عيب وأن المبيع أشياء يتضرر أيضًا؛ لأن العادة جارية بين التجار بضم الرديء إلى الجيد والتسوية بينهما في الثمن لترويج الرديء بسبب الجيد؛ لأنه إنما يرضى ببيع الجيد بعشرة لحصول البيع في الرديء بعشرة، وإلا لو باع الجيد مفردا لباعه بخمسة عشر والمشتري إنما رغب في الرديء بعشرة لحصول البيع في الجيد بعشرة، فإن قبل أحدهما يتضرر به صاحبه بأن زال الجيد عن ملكه وبقي الرديء على ملكه.

وأما قبضًا فلأنه ربما يقبض الجيد منه ويترك الرديء في يده فيهلك عنده فسقط عنه ثمنه وهو يساوي ثمن الجيد فيتضرر به صاحبه.

ويملك تفريق الصفقة بعد تمامها بالرد بالعيب ونحوه؛ لأن ما يلحق البائع من الضرر يلحقه من جهته؛ لأن من حق البائع أن لا يكتم العيب ولا يدلسه ويتفحص عن حاله، فإذا لم يفعل كان كالراضي بالتفريق ولأن في تفريقها بعد التمام ضرر المشتري أكثر؛ لأنه متى ردهما يبطل حقه عن العيب السليم رقبة ويدًا ومتى رد المعيب وحده فضرر البائع فيه موهوم محتمل؛ لأنه ربما يمكنه بيع المعيب بثمن الجيد فيدفع أعلى الضررين بأدناهما وفي تفريقها قبل تمامها ضرر البائع أكثر؛ لأنه يلحقه ضرر مالي؛ لأنه لا يمكنه ترويج الرديء بثمن الجيد وضرر المشتري ليس إلا ضرر بطلان مجرد القبول وإنه أقل.

وأما تمام الصفقة وعدم تمامها فالصفقة تتم بالقبض وعدم القبض يمنع تمامها؛ لأن العقد لا يتأكد ولا يتناهى في حق حكمه إلا بالقبض؛ لأنه لا يفيد ملك التصرف ولا يؤكد ملك العين إلا بالقبض.

وخيار الشرط يمنع تمام الصفقة؛ لأنه يمنع ثبوت حكمها وهو الملك لعدم الرضاء بثبوته فكان كحالة القبول، وكذلك خيار الرؤية ليتمكن الخلل في الرضى باعتبار جهالة الوصف فسلب وصف اللزوم عنه والصفقة متى لم تكن لازمة لا تكون تامة.

وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة؛ لأنه لا يمنع ثبوت حكمها وهو الملك وحق الفسخ ما ثبت أصلا وإنما ثبت لضرورة فوات حقه في صفة السلامة كما تبين في موضعه.

وأما اتحاد الصفقة وافتراقها فالصفقة لا تفرق مع اتحاد الثمن بحال ما وإن تعدد البائع والمشتري لأنها لو تفرقت لبطلت لأنها تصير بيعًا بالحصة وهي مجهولة، وإن كان الثمن متفرقا ينظر إن اتحد الإيجاب والقبول بأن اتحد البائع والمشتري فالصفقة متحدة؛ لأنه ترجح ما يوجب الاتحاد على ما يوجب التفرق.

وإن تفرق الإيجاب والقبول بأن تعدد البائع والمشتري فالصفقة متفرقة؛ لأن الكل متفرق.

فإن تفرق الإيجاب واتحد القبول أو على عكسه بأن كان البائع اثنين والمشتري واحدًا أو على عكسه فالصفقة متفرقة؛ لأن أحد الإيجابين متحد والآخر متفرق فتعارضا فرجحنا الافتراق بافتراق تسمية الثمن. قيل هذا عندهما، فأما عند أبي حنيفة فالصفقة متحدة فرعًا لمسألة مذكورة في النوادر: رجل باع عبدا من رجلين نصفه من هذا بخمسمائة ونصفه من الآخر بخمسمائة ورطل من خمر فسد البيع في الكل عند أبي حنيفة؛ فالصفقة متحدة؛ لأن الإيجاب والقبول متحد؛ لأن الإيجاب صدر مضافا إليهما فيعتبر كلامهما جملة جوابًا وقبولًا للإيجاب فترجح ما يوجب الاتحاد على ما يوجب التفرق وعندهما صح في نصيب الذي لم يشترط فيه الخمر لأنهما صفقتان كما بينا.

(**المبسوط**): ولو قال: بعتك هذين العبدين بألف وبين حصة كل واحد منهما أو لم يبين فقبل في أحدهما لم يصح؛ لأن الصفقة متحدة لاتحاد الإيجاب والقبول.

وكذلك لو قال: بعتك هذا العبد فقبل في نصفه لم يصح؛ لأن فيه إثبات ضرر

الشركة وذلك عيب إلا أن يرضى الآخر في المجلس وحصة كل واحد من الثمن معلومة؛ لأن قبوله في أحدهما كما لم يصح يكون هذا استئناف قبوله منه كأنه قال ابتداء اشتريت منك أحدهما ورضي به البائع.

ولو قال: بعتك هذا بمائة وهذا بمائتين فللمشتري أن يقبل في أيهما شاء؛ لأنه أفرد كل واحد منهما بإيجاب على حدة وتفرق تسمية الثمن فتفرق الصفقة.

(**الجامع**) مسائله على نوعين:

أحدهما: في تفريق القبول.

والآخر: في تفريق القبض.

أما **الأول**: لو قال لرجلين: بعتكما هذا العبد فقبل أحدهما لم يصح، وكذا لو قال المشتري لرجلين اشتريت منكما هذا العبد فأجابه أحدهما لم يصح؛ لأن الصفقة متحدة لاتحاد أحد الإيجابين والثمن.

ولو قال كل بائع: بعتك حصتي بمائة فقبل المشتري أحدهما صح؛ لأنه تفرق في الإيجاب والثمن فتفرقت الصفقة.

ولو قال البائع للمشتريين: بعتكما هذا العبد نصفه من هذا بخمسمائة ونصفه من هذا بخمسمائة فقبل أحدهما صح؛ لأن الصفقة قد تفرقت لتفرق أحد الإيجابين والثمن. قيل هذا عندهما فأما عند أبي حنيفة لا يصح؛ لأن الصفقة متحدة لما بينا.

رجلان اشتريا من رجلين عبدين بألف درهم ومائة دينار ولم يبينا ثمن كل واحد فالصفقة متحدة ضرورة اتحاد الثمن.

وأما **الثاني**: رجلان اشتريا عبدًا بألف فغاب أحدهما وفقد الآخر حصته ليس له قبض نصيبه؛ لأن الصفقة متحدة فلا يملك تفريقها قبضًا، وإن كان لا يلحق البائع ضرر باعتبار أنه يقبض الجيد ويترك الرديء ولكن يلحقه ضرر باعتبار أنه متى بقي الكل محبوسا يضجر المشتري زيادة ضجر فيحمله على نقد نصيب الآخر وهذا يفوت متى قبض أحدهما نصيبه، فإن نقد كل الثمن قبض كل العبد، فإذا حضر الغائب حبس نصيبه حتى يستوفي ثمنه عندهما وعند أبي يوسف ليس له ذلك؛ لأنه لا سبيل له على نصيب صاحبه، فإذا نقد نصيبه من الثمن كان قاضيا دين غيره بغير أمره فيكون متطوعًا.

لهما: أنه لا يتوصل إلى قبض نصيبه إلا بقبض الكل ولا يملك قبض الكل إلا بنقد جميع الثمن فصار مضطرًا في أداء نصيب شريكه من الثمن لإحياء حقه فيعتبر نائبا عن صاحبه في ذلك لا متبرعا إذ لا تبرع مع الاضطرار.

ولو اشتراه صفقة واحدة كل واحد نصفه بخمسمائة قبض نصيبه إن نقد حصته وعن الكرخي هذا إذا أعاد لفظ البيع فقال بعتك نصفه بخمسمائة وبعت نصفه من هذا بخمسمائة؛ لأنه بهذا التفصيل صار مفرقا للصفقة وإلا فلا وقول محمد في صفقة واحدة أي: خطاب واحد وقيل المذكور في الكتاب قولهما بتفصيل الثمن تتفرق الصفقة عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله فهي صفقة واحدة كما بينا.

ولو اشترى عشرة أثواب صفقة كل ثوب بعشرة فنقد عشرة أو أبرأه البائع عن ثمن ثوب منها بعينه وأجله به في نفس العقد أو بعده فليس له أن يقبض شيئًا حتى ينقد كل الثمن للحال، وكذلك إن اشترى أحدهما بدينار والآخر بدراهم؛ لأن الصفقة متحدة لاتحاد الإيجاب والقبول وإنما تفرق فترجح ما يوجب الاتحاد على ما يوجب التفرق فاتحدت الصفقة فلا يملك تفريقها قبضا، وكذلك الشفيع بمنزلة المشتري إن اتحدت الصفقة في الدار لم يأخذ إلا جملة وإن تفرقت فله الخيار؛ لأن الأخذ منه تملك.

(**الزيادات**): لو قال أجرتك هذين العبدين شهرًا بكذا فقبل في أحدهما لم يجز وكذلك القسمة لو قال قاسمتك هؤلاء الرقيق الأربعة على أن هذين لي وهذين لك فقال الآخر سلمت لك هذا ولا أسلم هذا الآخر لم يجز لأنهما بمنزلة البيع؛ لأن العادة قد جرت بضم الرديء إلى الجيد في الإجارة والقسمة فلا يجوز تفريق الصفقة فيهما قبل التمام.

ويجوز هذا في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال؛ لأن الرضا ليس بشرط لصحة هذه العقود بدليل أنها تصح من الهازل والمكره ففواته لا يسلب صحتها.

ولو قال لعبدين كاتبتكما على ألف فقبل أحدهما إن بين الصحة لكل واحد جاز وإلا فلا؛ لأنه إذا لم يبين صار حصة الذي قبل مجهولة والكتابة تبطل بمثل

هذه الجهالة كما لو باع من رجلين عبدين فقبل أحدهما إن كان الثمن مفصلا جاز وإلا فلا.

ولو جمع بين النكاح والبيع فقبل أحدهما إن قبل النكاح جاز وإن قبل البيع لم يجز لأنا نجعل المضموم إلى ما قبل كأنه من جنسه فمتى قبل النكاح خاصة صار البيع المضموم إليه كأنه نكاح آخر شرط معه والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة.

وإن قبل البيع خاصة صار النكاح المضموم إليه كأنه بيع آخر شرط معه؛ لأن النكاح صار شرطا في البيع وإنه يفسد البيع، وكذلك الإجارة والنكاح ولو جمع عتقا وطلاقا أو عتقا أو نكاحا أو طلاقا ونكاحا جاز قبول أحدهما لما مر.

ولو جمع عتقا ومكاتبة إن بين حصة المكاتبة جاز أيهما قبل، وإن لم يبين لم يجز قبول الكتابة لما بينا.

لرجل دم عمد على رجل بأن قتل أخويه فقال لمن عليه صالحتك منهما على عشرة آلاف فقال رضيت من دم فلأن جاز فيه بخمسة آلاف وله أن يقتله بالآخر؛ لأن الصلح عن دم إسقاط لا يحتمل الفسخ فلا يعتمد تمام الرضاء كالطلاق.

ولو قال من عليه صالحتك من دمي المستحق لك علي بالدمين على عشرة آلاف فقبل صاحب الحق الصلح في دم فلان لم يجز؛ لأنه إنما أضاف الصلح إلى دم نفسه ليستفيد به الحقن والعصمة بما يلتزم من المال ولم يحصل له ذلك بالقبول في أحدهما فيعتبر شرطه بخلاف الصورة الأولى؛ لأن مقصوده إسقاط دم أحدهما عن نفسه ودم أحدهما يتصور سقوطه بنصف المال المشروط فيسقط.

ولو قال: بعتك عبدي هذا بألف على أن أبيعك جاريتي هذه بمائة لا يجوز؛ لأن بيع كل واحد صار شرطا في الآخر فيفسد به.

ولو قال: أجرتك عبدي هذا شهرًا، وبعتك جاريتي هذه بألف، فقال: قبلت، جاز ويصير قابلا للعقدين؛ لأن كلامه يصلح جوابا للإيجابين جميعا ويقسم الألف على أجر مثل العبد وقيمة الجارية فما أصاب قيمة الجارية كان ثمنا لها وما أصاب أجر مثل العبد كان أجرا وهذا كمقابلة بستين في عقد المعاوضة، وكذلك لو جمع بين قسمة وإجارة.

(باب معرفة المبيع من الثمن)

الأعيان ثلاثة: أثمان أبدًا، ومبيع أبدًا، وما هو مبيع وثمن.

أما ما هو ثمن أبدًا: فالدراهم والدنانير قابلها أمثالها أو أعيان أخر صحبها حرف الباء أم لا، لأنها غير منتفعة بذاتها ولكنها خلقت في الأصل لتكون وسيلة وذريعة إلى ملك الأعيان المنتفعة وإنهما لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها في حق الاستحقاق، وإن عينت حتى لا يستحق عينها وللمشتري أن يمسكها ويرد غيرها ولكن يلزمه رد مثلها، وعند زفر والشافعي رضي الله عنهما يتعينان بالتعيين.

والصحيح قولنا؛ لأنه لا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات؛ لأن مثلها يقوم مقامها فيما هو الغرض الأصلي المطلوب منها وهو كونها وسيلة إلى الأشياء، فأما التجمل والتزين بها فليس بغرض أصلي بل هو من فضول الحوائج؛ لأنه لا يتعلق به البقاء وفي حق التوسل إلى الأشياء المعين وغيره إذا كان منقودًا سواء، فإن الناس لا يضعون للمعين فضلا عن غير المعين المنقود فكان التعيين وتركه سواء في حق الاستحقاق ويتعينان في المغصوب والأمانات والوكالات وعقود هي غير المعاوضات؛ لأن ثمة في رد عينها نوع فائدة ولا يتعينان في المعاوضات الفاسدة في رواية لأنها ملحقة بالجائزة؛ لأنه لو تعين صار ما هو ثمن مثمنا في تصرف يحتاج فيه إلى الثمن فلا يتعين ليبقى ثمنا وفي رواية يتعينان؛ لأنه وجب عليه رد عين المقبوض ليرتفع القبض الفاسد فيرتفع الفساد من كل وجه؛ لأن يرد مثل المقبوض لا ينتقض القبض حقيقة فلا يرتفع الفساد بالكلية فشابه الغصب.

والفلوس أثمان لا يتعين بالتعيين كالدراهم.

وأما ما هو مبيع أبدًا: فهي الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال والعدديات المتفاوتة إلا الثياب إذا وصفت وضرب لها أجل تصير ثمنا حتى لو اشترى عبدا بثوب موصوف في الذمة ولم يضرب للثوب أجلا لم يجز، وإن ضرب له أجلا جاز؛ لأن الثوب لا يجب في الذمة إلا سلما؛ لأنه ليس بمثلي فلا يجب دينًا في الذمة ثمنا كالحيوان ولكن الشرع ألحقه بالمثلي في باب السلم للحاجة فشرطنا الأجل في الثياب ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة.

ولو افترقا قبل قبض العبد لا يبطل البيع؛ لأن هذا العقد اعتبر سلمًا في حق الثوب بيعا في حق العبد لا يبطل لأن هذا العقد اعتبر سلمًا في حق الثوب بيعًا في حق العبد ويجوز أن يعتبر في عقد واحد حكم عقدين كالهبة بشرط العوض هبة لفظا بيع معنى وكقوله لعبده إن أديت إليّ ألفًا فأنت حر اعتبر فيه حكم اليمين وحكم المعاوضة.

وأما ما هو مبيع وثمن: فهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهي مبيعة باعتبار أنها منتفعة بأعيانها ثمن باعتبار أنها من ذوات الأمثال وصلحت قيمة الأعيان كالدراهم فيجب دينًا في الذمة مؤجلا ومعجلا، فإن قابلتها الأثمان فهي مبيعة؛ لأن الدراهم والدنانير أثمان أبدا وإن قابلتها أمثالها مكيل أو موزون أو عددي متقارب ينظر إن كان كلاهما عينا جاز وكلاهما مبيعان، وإن كان أحدهما عينًا والآخر دينًا موصوفًا في الذمة، فإن جعل العين مبيعا والدين ثمنا جاز ويشترط قبض الدين قبل التفرق لأن الجنس أو العدد بانفراد يحرم النساء وإن جعل الدين منهما مبيعًا والعين ثمنًا لا يجوز وإن قبض الدين قبل التفرق؛ لأنه يصير بائعًا ما ليس عنده فلا يجوز إلا بجهة السلم وعلامة الثمن أن يصحبه حرف الباء وعلامة المبيع أن لا يصحبه حرف الباء كقوله اشتريت منك هذا العبد بكذا حنطة موصوفة فهي ثمن.

ولو قال: اشتريت منك كذا حنطة موصوفة بهذا العبد فهي مبيعة فلا يجوز إلا بطريق السلم، وإن كان كلاهما دينًا لم يجز؛ لأنه بيع ما ليس عنده.

وأصله أن الشراء بثمن ليس عنده جائز وبيع ما ليس عنده لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان[1].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٤٢١٥) قال: أخبرنا معمر، عن أيوب. و«ابن أبي شيبة» (٢٢٤٧١) قال: حدثنا ابن فضيل، عن حجاج. و«أحمد» ١٧٤/٢ (٦٦٢٨) قال: حدثنا أبو بكر الحنفي، قال: حدثنا الضحاك بن عثمان. وفي ٢٠٥/٢ (٦٩١٨) قال: حدثنا أسباط بن محمد، قال: حدثنا ابن عجلان. و«الدارمي» (٢٧٢٢) قال: أخبرنا يزيد بن هارون، عن حسين المعلم. و«ابن ماجه» (٢١٨٨) قال: حدثنا أزهر بن مروان، قال: حدثنا حماد بن زيد (ح) وحدثنا أبو كريب، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية، قالا: حدثنا أيوب. و«النسائي» ٢٨٨/٧، وفي =

=

«الكبرى» (٦١٦٠ و١١٦٨٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، وحميد بن مسعدة، عن يزيد، قال: حدثنا أيوب. وفي ٢٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٦١٨٠ و١١٦٨٦) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، عن خالد، عن حسين المعلم. وفي ٢٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٦١٨٢ و١١٦٨٤) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن أيوب. وفي (١١٦٨٥) عن إبراهيم بن محمد التيمي، عن يحيى بن سعيد، عن حسين المعلم. وفي (١١٦٨٧) عن هارون بن إسحاق، عن عبدة بن سليمان، عن سعيد بن أبي عروبة، عن مطر الوراق. ستتهم: (أيوب السختياني، وحجاج بن أرطاة، والضحاك بن عثمان، ومحمد بن عجلان، وحسين المعلم، ومطر الوراق) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

قَالَ ابْن الْمُنْذِر: وَبَيْع مَا لَيْسَ عِنْدَك يَحْتَمِلُ مَعْنَيَيْنِ: أَحَدهمَا أَنْ يَقُولَ: أَبِيعُك عَبْدًا أَوْ دَارًا مُعَيَّنَةً وَهِيَ غَائِبَة، فَيُشْبِهُ بَيْع الْغَرَر، لِاحْتِمَال أَنْ تَتْلَف أَوْ لَا يَرْضَاهَا، ثَانِيهمَا أَنْ يَقُولَ: هَذِهِ الدَّارُ بِكَذَا، عَلَى أَنْ أَشْتَرِيَهَا لَك مِنْ صَاحِبِهَا، أَوْ عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهَا لَك صَاحِبُهَا. ا هـ.

وَقِصَّةُ حَكِيمٍ مُوَافِقَةٌ لِلِاحْتِمَالِ الثَّانِي. فتح الباري (ج٦/ ص٤٦٠).

(بيع ما ليس عندك) قال الخطابي: يريد بيع العين دون بيع الصفة، أَلَا ترى أنه أجاز السلم إلى الآجال، وهو بيع ما ليس عند البائع في الحال، وإنما نهى عن بيع ما ليس عند البائع من قبل الغرر، وذلك مثل أن يبيع عبده الآبق أو جمله الشارد.

قَالَ الْحَافِظ شَمْس الدِّين ابْن الْقَيِّم رَحِمَهُ الله: هَذَا الْحَدِيث أَصْل مِنْ أُصُول الْمُعَامَلَات، وَهُوَ نَصّ فِي تَحْرِيم الْحِيَل الرِّبَوِيَّة، وَقَد اشْتَمَلَ عَلَى أَرْبَعَة أَحْكَام: الْحُكْم الْأَوَّل: تَحْرِيم الشَّرْطَيْنِ فِي الْبَيْع، وَقَدْ أَشْكَلَ عَلَى أَكْثَر الْفُقَهَاء مَعْنَاهُ، مِنْ حَيْثُ إِنَّ الشَّرْطَيْنِ إِنْ كَانَا فَاسِدَيْنِ، فَالْوَاحِد حَرَام، فَأَيّ فَائِدَة لِذِكْرِ الشَّرْطَيْنِ؟، وَإِنْ كَانَا صَحِيحَيْنِ لَمْ يَحْرُمَا. فَقَالَ ابْن الْمُنْذِر: قَالَ أَحْمَد وَإِسْحَاق فِيمَن اشْتَرَى ثَوْبًا وَاشْتَرَطَ عَلَى الْبَائِع خِيَاطَته وَقَصَارَته، أَوْ طَعَامًا وَاشْتَرَطَ طَحْنه وَحَمْله - إِنْ شَرَطَ أَحَد هَذِهِ الْأَشْيَاء فَالْبَيْع جَائِز، وَإِنْ شَرَطَ شَرْطَيْنِ فَالْبَيْع بَاطِل. وَهَذَا فَسَّرَهُ الْقَاضِي أَبُو يَعْلَى وَغَيْره عَنْ أَحْمَد فِي تَفْسِيره رِوَايَة ثَانِيَة حَكَاهَا الْأَثْرَم، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيهَا عَلَى أَنْ لَا يَبِيعهَا مِنْ أَحَد وَلَا يَطَأهَا، فَفَسَّرَهُ بِالشَّرْطَيْنِ الْفَاسِدَيْنِ.

وَعَنْهُ رِوَايَة ثَالِثَة حَكَاهَا إِسْمَاعِيل بْن سَعِيد الشَّالَنْجِيّ عَنْهُ: هُوَ أَنْ يَقُول: إِذَا بِعْتهَا فَأَنَا أَحَقّ بِهَا بِالثَّمَنِ، وَأَنْ تَخْدُمنِي سَنَة وَمَضْمُون هَذِهِ الرِّوَايَة: أَنَّ الشَّرْطَيْنِ يَتَعَلَّقَانِ بِالْبَائِعِ، فَيَبْقَى لَهُ فِيهَا عَلَقَتَانِ: عَلَقَة قَبْل التَّسْلِيم، وَهِيَ الْخِدْمَة وَعَلَقَة بَعْد الْبَيْع، وَهِيَ كَوْنه أَحَقّ بِهَا.

فَأَمَّا اشْتِرَاط الْخِدْمَة: فَيَصِحّ، وَهُوَ اسْتِثْنَاء مَنْفَعَة الْمَبِيع مُدَّة كَاسْتِثْنَاءِ رُكُوب الدَّابَّة وَنَحْوه، وَأَمَّا شَرْط كَوْنه أَحَقّ بِهَا بِالثَّمَنِ: فَقَالَ فِي رِوَايَة الْمَرْوَزِيّ: هُوَ فِي مَعْنَى حَدِيث النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم: "**لَا شَرْطَانِ فِي بَيْع**" يَعْنِي: لِأَنَّهُ شَرَطَ أَنْ يَبِيعهُ إِيَّاهُ، وَأَنْ يَكُون الْبَيْع بِالثَّمَنِ

=

=

الْأَوَّل، فَهُمَا شَرْطَانِ فِي بَيْع، وَرَوَى عَنْهُ إِسْمَاعِيل بْن سَعِيد: جَوَاز هَذَا الْبَيْع، وَتَأَوَّلَهُ بَعْض أَصْحَابنَا عَلَى جَوَازه فَسَاد الشَّرْط.

وَحَمَلَ رِوَايَة الْمَرْوَزِيّ عَلَى فَسَاد الشَّرْط وَحْده، وَهُوَ تَأْوِيل بَعِيد، وَنَصّ أَحْمَد يَأْبَاهُ.

قَالَ إِسْمَاعِيل بْن سَعِيد: ذَكَرْت لِأَحْمَد حَدِيث ابْن مَسْعُود أَنَّهُ قَالَ: "ابْتَعْت مِن امْرَأَتِي زَيْنَب الثَّقَفِيَّة جَارِيَة، وَشَرَطْت لَهَا أَنِّي إِنْ بِعْتهَا فَهِيَ لَهَا بِالثَّمَنِ الَّذِي ابْتَعْتهَا بِهِ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لِعُمَر، فَقَالَ: لَا تَقْرَبهَا وَلِأَحَدٍ فِيهَا شَرْط" فَقَالَ أَحْمَد: الْبَيْع جَائِز وَلَا يَقْرَبهَا، لِأَنَّهُ كَانَ فِيهَا شَرْط وَاحِد لِلْمَرْأَةِ، وَلَمْ يَقُلْ عُمَر فِي ذَلِكَ الْبَيْع: إِنَّهُ فَاسِد. فَهَذَا يَدُلّ عَلَى تَصْحِيح أَحْمَد لِلشَّرْطِ مِنْ ثَلَاثَة أَوْجُه:

أَحَدهَا: أَنَّهُ قَالَ: "لَا تَقْرَبهَا" وَلَوْ كَانَ الشَّرْط فَاسِدًا لَمْ يُمْنَع مِنْ قُرْبَانهَا.

الثَّانِي: أَنَّهُ عَلَّلَ ذَلِكَ بِالشَّرْطِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ الْمَانِع مِن الْقُرْبَان هُوَ الشَّرْط، وَأَنَّ وَطْأَهَا يَتَضَمَّن إِبْطَال ذَلِكَ الشَّرْط، لِأَنَّهَا قَدْ تَحْمِل، فَيَمْتَنِع عَوْدهَا إِلَيْهَا.

الثَّالِث: أَنَّهُ قَالَ "كَانَ فِيهَا شَرْط وَاحِد لِلْمَرْأَةِ" فَذِكْره وَحْدَة الشَّرْط يَدُلّ عَلَى أَنَّهُ صَحِيح عِنْده، لِأَنَّ النَّهْي إِنَّمَا هُوَ عَن الشَّرْطَيْنِ.

وَقَدْ حَكَى عَنْهُ بَعْض أَصْحَابنَا رِوَايَة صَرِيحَة: أَنَّ الْبَيْع جَائِز، وَالشَّرْط صَحِيح، وَلِهَذَا حَمَلَ الْقَاضِي مَنْعه مِن الْوَطْء عَلَى الْكَرَاهَة، لِأَنَّهُ لَا مَعْنَى لِتَحْرِيمِهِ عِنْده مَعَ فَسَاد الشَّرْط. وَحَمَلَهُ ابْن عُقَيْل عَلَى الشُّبْهَة، لِلِاخْتِلَافِ فِي صِحَّة هَذَا الْعَقْد.

وَقَالَ الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّد: ظَاهِر كَلَام أَحْمَد: أَنَّهُ مَتَى شَرَطَ فِي الْعَقْد شَرْطَيْنِ بَطَلَ، سَوَاء كَانَا صَحِيحَيْنِ أَوْ فَاسِدَيْنِ لِمَصْلَحَةِ الْعَقْد أَوْ لِغَيْرِ مَصْلَحَته، أَخْذًا بِظَاهِرِ الْحَدِيث، وَعَمَلًا بِعُمُومِهِ، وَأَمَّا أَصْحَاب الشَّافِعِيّ وَأَبِي حَنِيفَة: فَلَمْ يُفَرِّقُوا بَيْن الشَّرْط وَالشَّرْطَيْنِ، وَقَالُوا: يَبْطُل الْبَيْع بِالشَّرْطِ الْوَاحِد، لِنَهْيِ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْع وَشَرْط، وَأَمَّا الشُّرُوط الصَّحِيحَة: فَلَا تُؤَثِّر فِي الْعَقْد وَإِنْ كَثُرَتْ، وَهَؤُلَاءِ أَلْغَوْا التَّقْيِيد بِالشَّرْطَيْنِ، وَرَأَوْا أَنَّهُ لَا أَثَر لَهُ أَصْلًا.

وَكُلّ هَذِهِ الْأَقْوَال بَعِيدَة عَنْ مَقْصُود الْحَدِيث غَيْر مُرَادَة مِنْهُ.

فَأَمَّا الْقَوْل الْأَوَّل، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِط حَمْل الْحَطَب وَتَكْسِيره، وَخِيَاطَة الثَّوْب وَقَصَارَته وَنَحْو ذَلِكَ، فَبَعِيد، فَإِنَّ اشْتِرَاط مَنْفَعَة الْبَائِع فِي الْبَيْع إِنْ كَانَ فَاسِدًا فَسَدَ الشَّرْط وَالشَّرْطَانِ.

وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا فَأَيّ فَرْق بَيْن مَنْفَعَة أَوْ مَنْفَعَتَيْنِ أَوْ مَنَافِع؟، لَا سِيَّمَا وَالْمُصَحِّحُونَ لِهَذَا الشَّرْط قَالُوا: هُوَ عَقْد قَدْ جَمَعَ بَيْعًا وَإِجَارَة، وَهُمَا مَعْلُومَانِ لَمْ يَتَضَمَّنَا غَرَرًا، فَكَانَا صَحِيحَيْنِ. وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَمَا الْمُوَاجِب لِفَسَادِ الْإِجَارَة عَلَى مَنْفَعَتَيْنِ وَصِحَّتهَا عَلَى مَنْفَعَة؟، وَأَيّ فَرْق بَيْن أَنْ يَشْتَرِط عَلَى بَائِع الْحَطَب حَمْله، أَوْ حَمْله وَنَقْله، أَوْ حَمْله وَتَكْسِيره؟

=

=

وَأَمَّا التَّفْسِير الثَّانِي، وَهُوَ الشَّرْطَانِ الْفَاسِدَانِ: فَأَضْعَف وَأَضْعَف، لِأَنَّ الشَّرْط الْوَاحِد الْفَاسِد مَنْهِيّ عَنْهُ، فَلَا فَائِدَة فِي التَّقْيِيد بِشَرْطَيْنِ فِي بَيْع، وَهُوَ يَتَضَمَّن زِيَادَة فِي اللَّفْظ، وَإِيهَامًا لِجَوَازِ الْوَاحِد، وَهَذَا مُمْتَنِع عَلَى الشَّارِع مِثْله، لِأَنَّهُ زِيَادَة مُخِلَّة بِالْمَعْنَى.

وَأَمَّا التَّفْسِير الثَّالِث، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِط أَنَّهُ إِنْ بَاعَهَا فَهُوَ أَحَقّ بِهَا بِالثَّمَنِ، وَأَنَّ ذَلِكَ يَتَضَمَّن شَرْطَيْنِ: أَنْ لَا يَبِيعهَا لِغَيْرِهَا، وَأَنْ تَبِيعهُ إِيَّاهَا بِالثَّمَنِ فَكَذَلِكَ، أَيْضًا فَإِنَّ كُلّ وَاحِد مِنْهُمَا إِنْ كَانَ فَاسِدًا فَلَا أَثَر لِلشَّرْطَيْنِ، وَإِنْ كَانَ صَحِيحًا لَمْ تَفْسُد بِانْضِمَامِهِ إِلَى صَحِيح مِثْله، كَاشْتِرَاط الرَّهْن وَالضَّمِين، وَاشْتِرَاط التَّأْجِيل وَالرَّهْن، وَنَحْو ذَلِكَ، وَعَنْ أَحْمَد فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَة ثَلَاث رِوَايَات:

إِحْدَاهُنَّ: صِحَّة الْبَيْع وَالشَّرْط، **وَالثَّانِيَة**: فَسَادهمَا، **وَالثَّالِثَة**: صِحَّة الْبَيْع وَفَسَاد الشَّرْط. وَهُوَ رضي الله عنه إِنَّمَا اعْتَمَدَ فِي الصِّحَّة عَلَى اتِّفَاق عُمَر وَابْن مَسْعُود عَلَى ذَلِكَ. وَلَوْ كَانَ هَذَا هُوَ الشَّرْطَيْنِ فِي الْبَيْع لَمْ يُخَالِفْهُ الْقَوْل أَحَد، عَلَى قَاعِدَة مَذْهَبه، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ عِنْده فِي الْمَسْأَلَة حَدِيث صَحِيح لَمْ يَتْرُكهُ لِقَوْلِ أَحَد، وَيُعْجَب مِمَّنْ يُخَالِفهُ مِنْ صَاحِب أَوْ غَيْره، وَقَوْله فِي رِوَايَة الْمَرْوَزِيّ: هُوَ فِي مَعْنَى حَدِيث النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم: "**لَا شَرْطَانِ فِي بَيْع**" لَيْس تَفْسِيرًا مِنْهُ صَرِيحًا، بَلْ تَشْبِيه وَقِيَاس عَلَى مَعْنَى الْحَدِيث، وَلَوْ قُدِّرَ أَنَّهُ تَفْسِير، فَلَيْس بِمُطَابِقٍ لِمَقْصُودِ الْحَدِيث كَمَا تَقَدَّمَ.

وَأَمَّا تَفْسِير الْقَاضِي فِي الْمُجَرَّد: فَمِنْ أَبْعَد مَا قِيلَ فِي الْحَدِيث وَأَفْسَده، فَإِنَّ شَرْط مَا يَقْتَضِيه الْعَقْد، أَوْ مَا هُوَ مِنْ مَصْلَحَته، كَالرَّهْنِ وَالتَّأْجِيل وَالضَّمِين وَنَقْد كَذَا: جَائِز، بِلَا خِلَاف، تَعَدَّدَت الشُّرُوط أَو اتَّحَدَتْ.

فَإِذَا تَبَيَّنَ هَذِهِ الْأَقْوَال، فَالْأَوْلَى تَفْسِير كَلَام النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم بَعْضه بِبَعْضٍ، فَنُفَسِّر كَلَامه بِكَلَامِهِ، فَنَقُول: نَظِير هَذَا نَهْيه صلى الله عليه وسلم عَنْ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَة، وَعَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَة، فَرَوَى سِمَاك عَنْ عَبْد الرَّحْمَن بْن عَبْد الله بْن مَسْعُود عَنْ أَبِيهِ قَالَ: "نَهَى رَسُول الله صلى الله عليه وسلم عَنْ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَة".

وَفِي السُّنَن عَنْ أَبِي هُرَيْرَة عَن النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ بَاعَ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعةٍ فَلَهُ أَوْكَسهمَا، أَو الرِّبَا**".

وَقَدْ فُسِّرَت الْبَيْعَتَانِ فِي الْبَيْعَة بِأَنْ يَقُول: "**أَبِيعك بِعَشَرَةٍ نَقْدًا، أَوْ بِعِشْرِينَ وَنَسِيئَة**"، هَذَا بَعِيد مِنْ مَعْنَى الْحَدِيث مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحدهمَا: أَنَّهُ لَا يُدْخِل الرِّبَا فِي هَذَا الْعَقْد.

الثَّانِي: أَنَّ هَذَا لَيْس بِصَفْقَتَيْنِ، إِنَّمَا هُوَ صَفْقَة وَاحِدَة بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ، وَقَدْ رَدَّدَهُ بَيْن الْأَوَّلِيَّيْنِ أَو الرِّبَا، وَمَعْلُوم أَنَّهُ إِذَا أُخِذَ بِالثَّمَنِ الْأَزْيَد فِي هَذَا الْعَقْد لَمْ يَكُنْ رِبًا، فَلَيْس هَذَا مَعْنَى الْحَدِيث.

=

=

وَفُسِّرَ بِأَنْ يَقُول "خُذْ هَذِهِ السِّلْعَة بِعَشَرَةٍ نَقْدًا، وَآخُذهَا مِنْك بِعِشْرِينَ نَسِيئَة، وَهِيَ مَسْأَلَة الْعِينَة بِعَيْنِهَا، وَهَذَا هُوَ الْمَعْنَى الْمُطَابِق لِلْحَدِيثِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مَقْصُوده الدَّرَاهِم الْعَاجِلَة بِالْآجِلَةِ، فَهُوَ لَا يَسْتَحِقّ إِلَّا رَأس مَاله، وَهُوَ أَوْكَس الثَّمَنَيْنِ، فَإِنْ أَخَذَهُ أَخَذَ أَوْكَسهمَا، وَإِنْ أَخَذَ الثَّمَن الْأَكْثَر فَقَدْ أَخَذَ الرِّبَا، فَلَا مَحِيد لَهُ عَنْ أَوْكَس الثَّمَنَيْنِ أَو الرِّبَا، وَلَا يَحْتَمِل الْحَدِيث غَيْر هَذَا الْمَعْنَى، وَهَذَا هُوَ بِعَيْنِهِ الشَّرْطَانِ فِي بَيْعٍ، فَإِنَّ الشَّرْط يُطْلَق عَلَى الْعَقْد نَفْسه، لِأَنَّهُمَا تَشَارَطَا عَلَى الْوَفَاء بِهِ فَهُوَ مَشْرُوط، وَالشَّرْط يُطْلَق عَلَى الْمَشْرُوط كَثِيرًا كَالضَّرْبِ يُطْلَق عَلَى الْمَضْرُوب، وَالْخَلْق عَلَى الْمَخْلُوق، وَالنَّسْخ عَلَى الْمَنْسُوخ، فَالشَّرْطَانِ كَالصَّفْقَتَيْنِ سَوَاء. فَشَرْطَانِ فِي بَيْع كَصَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَة، وَإِذَا أَرَدْت أَنْ يَتَّضِح لَك هَذَا الْمَعْنَى فَتَأَمَّلْ نَهْيه صلى الله عليه وسلم فِي حَدِيث ابْن عُمَر عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَة، وَعَنْ سَلَف وَبَيْع، وَنَهْيه فِي هَذَا الْحَدِيث عَنْ شَرْطَيْنِ فِي بَيْع وَعَنْ سَلَف فِي بَيْع، فَجَمَعَ السَّلَفَ وَالْبَيْع مَعَ الشَّرْطَيْنِ فِي الْبَيْع، وَمَعَ الْبَيْعَتَيْنِ فِي الْبَيْعَة. وَسِرّ ذَلِكَ: أَنَّ كِلَا الْأَمْرَيْنِ يَؤُولُ إِلَى الرِّبَا، وَهُوَ ذَرِيعَة إِلَيْهِ، أَمَّا الْبَيْعَتَانِ فِي بَيْعَة: فَظَاهِر، فَإِنَّهُ إِذَا بَاعَهُ السِّلْعَة إِلَى شَهْر ثُمَّ اشْتَرَاهَا مِنْهُ بِمَا شَرَطَهُ لَهُ، كَانَ قَدْ بَاعَ بِمَا شَرَطَهُ لَهُ بِعَشَرَةٍ نَسِيئَة، وَلِهَذَا الْمَعْنَى حَرَّمَ الله وَرَسُوله الْعِينَة، وَأَمَّا السَّلَف وَالْبَيْع: فَلِأَنَّهُ إِذَا أَقْرَضَهُ مِائَة إِلَى سَنَة، ثُمَّ بَاعَهُ مَا يُسَاوِي خَمْسِينَ بِمِائَةٍ، فَقَدْ جَعَلَ هَذَا الْبَيْع ذَرِيعَة إِلَى الزِّيَادَة فِي الْقَرْض الَّذِي مُوجِبه رَدّ الْمِثْل، وَلَوْلَا هَذَا الْبَيْع لَمَا أَقْرَضَهُ، وَلَوْلَا عَقْد الْقَرْض لَمَا اشْتَرَى ذَلِكَ.

فَظَهَرَ سِرّ قَوْله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يَحِلّ سَلَف وَبَيْع، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْع**"، وَقَوْل ابْن عُمَر: "نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَة وَعَنْ سَلَف وَبَيْع" وَاقْتِرَان إِحْدَى الْجُمْلَتَيْنِ بِالْأُخْرَى لَمَّا كَانَا سَلِمَا إِلَى الرِّبَا.

وَمَنْ نَظَرَ فِي الْوَاقِع وَأَحَاطَ بِهِ عِلْمًا فَهِمَ مُرَاد الرَّسُول صلى الله عليه وسلم مِنْ كَلَامه، وَعَلِمَ أَنَّهُ كَلَام مَنْ جُمِعَتْ لَهُ الْحِكْمَة، وَأُوتِيَ جَوَامِع الْكَلِم، فَصَلَوَات الله وَسَلَامه عَلَيْهِ، وَجَزَاهُ أَفْضَل مَا جَزَى نَبِيًّا عَنْ أُمَّته، وَقَدْ قَالَ بَعْض السَّلَف: أُطْلُبُوا الْكُنُوز تَحْت كَلِمَات رَسُول الله صلى الله عليه وسلم وَلَمَّا كَانَ مُوجِب عَقْد الْقَرْض رَدّ الْمِثْل مِنْ غَيْر زِيَادَة، كَانَت الزِّيَادَة رِبًا، قَالَ ابْن الْمُنْذِر: أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْمُسَلِّف إِذَا شَرَطَ عَلَى الْمُسْتَسْلِف زِيَادَة أَوْ هَدِيَّة، فَأَسْلَفَ عَلَى ذَلِكَ، أَنَّ أَخْذ الزِّيَادَة عَلَى ذَلِكَ رِبًا، وَقَدْ رُوِيَ عَن ابْن مَسْعُود وَأُبَيّ بْن كَعْب وَابْن عَبَّاس أَنَّهُمْ "نَهَوْا عَنْ قَرْض جَرّ مَنْفَعَة" وَكَذَلِكَ إِنْ شَرَطَ أَنْ يُؤَجِّرهُ دَاره، أَوْ يَبِيعهُ شَيْئًا، لَمْ يَجُزْ، لِأَنَّهُ سَلَّمَ إِلَى الرِّبَا، وَلِهَذَا نَهَى عَنْهُ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم وَلِهَذَا مَنَعَ السَّلَف مِنْ قَبُول هَدِيَّة الْمُقْتَرِض، إِلَّا أَنْ يَحْتَسِبهَا الْمُقْرِض مِن الدَّيْن.

=

=

فَرَوَى الْأَثْرَم: "أَنَّ رَجُلًا كَانَ لَهُ عَلَى سَمَّاك عِشْرُونَ دِرْهَمًا، فَجَعَلَ يُهْدِي إِلَيْهِ السَّمَك وَيُقَوِّمهُ، حَتَّى بَلَغَ ثَلَاثَة عَشَر دِرْهَمًا، فَسَأَلَ ابْن عَبَّاس فَقَالَ: أَعْطِهِ سَبْعَة دَرَاهِم.

وَرُوِيَ عَن ابْن سِيرِينَ "أَنَّ عُمَر أَسْلَفَ أُبَيّ بْن كَعْب عَشَرَة آلَاف دِرْهَم، فَأَهْدَى إِلَيْهِ أُبَيّ مِنْ ثَمَرَة أَرْضه، فَرَدَّهَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْبَلْهَا، فَأَتَاهُ أُبَيّ فَقَالَ: لَقَدْ عَلِمَ أَهْل الْمَدِينَة أَنِّي مِنْ أَطْيَبِهِمْ ثَمَرَة، وَأَنَّهُ لَا حَاجَة لَنَا، فَبِمَ مَنَعْت هَدِيَّتَنَا؟ ثُمَّ أَهْدَى إِلَيْهِ بَعْد ذَلِكَ فَقَبِلَ" فَكَانَ رَدّ عُمَر لَمَّا تَوَهَّمَ أَنْ تَكُون هَدِيَّته بِسَبَبِ الْقَرْض، فَلَمَّا تَيَقَّنَ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِسَبَبِ الْقَرْض قَبِلَهَا، وَهَذَا فَصْل النِّزَاع فِي مَسْأَلَة هَدِيَّة الْمُقْتَرِض.

وَقَالَ زِرّ بْن حُبَيْش: قُلْت لِأُبَيّ بْن كَعْب "إِنِّي أُرِيد أَنْ أَسِير إِلَى أَرْض الْجِهَاد إِلَى الْعِرَاق، فَقَالَ: إِنَّك تَأْتِي أَرْضًا فَاشٍ بِهَا الرِّبَا، فَإِنْ أَقْرَضْت رَجُلًا قَرْضًا، فَأَتَاك بِقَرْضِك لِيُؤَدِّيَ إِلَيْك قَرْضك وَمَعَهُ هَدِيَّة، فَاقْبِضْ قَرْضك، وَارْدُدْ عَلَيْهِ هَدِيَّته" ذَكَرهنَّ الْأَثْرَم.

وَفِي صَحِيح الْبُخَارِيّ عَنْ أَبِي بُرْدَة بْن أَبِي مُوسَى قَالَ "قَدِمْت الْمَدِينَة، فَلَقِيت عَبْد الله بْن سَلَام - فَذَكَرَ الْحَدِيث - وَفِيهِ: ثُمَّ قَالَ لِي: إِنَّك بِأَرْضٍ فِيهَا الرِّبَا فَاشٍ، فَإِذَا كَانَ لَك عَلَى رَجُل دَيْن، فَأَهْدَى إِلَيْك حِمْل تِبْن، أَوْ حِمْل قَتّ أَوْ حِمْل شَعِير، فَلَا تَأْخُذْهُ فَإِنَّهُ رِبًا "، قَالَ ابْن أَبُو مُوسَى: وَلَوْ أَقْرَضَهُ قَرْضًا ثُمَّ اسْتَعْمَلَهُ عَمَلًا، لَمْ يَكُنْ يَسْتَعْمِلهُ مِثْله قَبْل الْقَرْض، كَانَ قَرْضًا جَرَّ مَنْفَعَة، قَالَ: وَلَو اسْتَضَافَ غَرِيمه، وَلَمْ تَكُن الْعَادَة جَرَتْ بَيْنهمَا بِذَلِكَ حَسَبَ لَهُ مَا أَكَلَهُ.

وَاحْتَجَّ لَهُ صَاحِب الْمُغْنِي بِمَا رَوَى ابْن مَاجَه فِي سُنَنه عَنْ أَنَس قَالَ: قَالَ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم: "إِذَا اقْتَرَضَ أَحَدكُمْ قَرْضًا فَأُهْدِيَ إِلَيْهِ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى دَابَّته، فَلَا يَرْكَبْهَا وَلَا يَقْبَلْهُ، إِلَّا أَنْ يَكُون جَرَى بَيْنه وَبَيْنه قَبْل ذَلِكَ".

وَاخْتَلَفَت الرِّوَايَة عَنْ أَحْمَد فِيمَا لَوْ أَقْرَضَهُ دَرَاهِم، وَشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ يُوَفِّيه إِيَّاهَا بِبَلَدٍ آخَر، وَلَا مُؤْنَة لِحَمْلِهَا، فَرُوِيَ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَجُوز، وَكَرِهَهُ الْحَسَن وَجَمَاعَة وَمَالِك وَالْأَوْزَاعِيُّ وَالشَّافِعِيّ، وَرُوِيَ عَنْهُ الْجَوَاز، نَقَلَهُ ابْن الْمُنْذِر لِأَنَّهُ مَصْلَحَة لَهُمَا، فَلَمْ يَنْفَرِد الْمُقْتَرِض بِالْمَنْفَعَةِ، وَحَكَاهُ عَنْ عَلِيّ وَابْن عَبَّاس، وَالْحَسَن بْن عَلِيّ، وَابْن الزُّبَيْر، وَابْن سِيرِينَ، وَعَبْد الرَّحْمَن بْن الْأَسْوَد، وَأَيُّوب، وَالثَّوْرِيّ وَإِسْحَاق، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي.

وَنَظِير هَذَا: مَا لَوْ أَفْلَس غَرِيمه، فَأَقْرَضَهُ دَرَاهِم يُوَفِّيه كُلّ شَهْر شَيْئًا مَعْلُومًا مِنْ رِبْحهَا جَازَ، لِأَنَّ الْمُقْتَرِض لَمْ يَنْفَرِد بِالْمَنْفَعَةِ.

وَنَظِيره: مَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ حِنْطَة، فَأَقْرَضَهُ دَرَاهِم يَشْتَرِي لَهُ بِهَا حِنْطَة وَيُوَفِّيه إِيَّاهَا، وَنَظِير ذَلِكَ أَيْضًا: إِذَا أَقْرَضَ فَلَّاحًا مَا يَشْتَرِي بِهِ بَقَرًا يَعْمَل بِهَا فِي أَرْضه، أَوْ بَذْرًا يَبْذُرهُ فِيهَا، وَمَنَعَهُ ابْن أَبِي مُوسَى، وَالصَّحِيح جَوَازه، وَهُوَ اخْتِيَار صَاحِب الْمُغْنِي، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُسْتَقْرِض إِنَّمَا يَقْصِد نَفْع نَفْسه وَيَحْصُل انْتِفَاع الْمُقْرِض ضِمْنًا، فَأَشْبَهَ أَخْذ السَّفْتَجَة بِهِ وَإِيفَاءَهُ إِيَّاهُ فِي بَلَد

=

=

آخَر، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَصْلَحَة لَهُمَا جَمِيعًا، وَالْمَنْفَعَة الَّتِي تَجُرّ إِلَى الرِّبَا فِي الْقَرْض، هِيَ الَّتِي تَخُصّ الْمُقْرِض، كَسُكْنَى دَار الْمُقْتَرِض وَرُكُوب دَوَابّه، وَاسْتِعْمَاله، وَقَبُول هَدِيَّته، فَإِنَّهُ لَا مَصْلَحَة لَهُ فِي ذَلِكَ، بِخِلَافِ هَذِهِ الْمَسَائِل فَإِنَّ الْمَنْفَعَة مُشْتَرِكَة بَيْنهمَا، وَهُمَا مُتَعَاوِنَانِ عَلَيْهَا، فَهِيَ مِنْ جِنْس التَّعَاوُن وَالْمُشَارَكَة، وَأَمَّا نَهْيه صلى الله عليه وسلم عَنْ رِبْح مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَهُوَ كَمَا ثَبَتَ عَنْهُ فِي حَدِيث عَبْد الله بْن عُمَر حَيْثُ قَالَ لَهُ: "إِنِّي أَبِيع الْإِبِل بِالْبَقِيعِ بِالدَّرَاهِمِ، وَآخُذ الدَّنَانِير، وَأَبِيع بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذ الدَّرَاهِم، فَقَالَ: لَا بَأْس إِذَا أَخَذْتهَا بِسِعْرِ يَوْمهَا وَتَفَرَّقْتُمَا وَلَيْس بَيْنكُمَا شَيْء"، فَجَوَّزَ ذَلِكَ بِشَرْطَيْنِ:

أَحدهمَا: أَنْ يَأْخُذ بِسِعْرِ يَوْم الصَّرْف، لِئَلَّا يَرْبَح فِيهَا وَلِيَسْتَقِرَّ ضَمَانه.

وَالثَّانِي: أَنْ لَا يَتَفَرَّقَا إِلَّا عَنْ تَقَابُض، لِأَنَّهُ شَرْط فِي صِحَّة الصَّرْف لِئَلَّا يَدْخُلهُ رِبَا النَّسِيئَة.

وَالنَّهْي عَنْ رِبْح مَا لَمْ يُضْمَن قَدْ أَشْكَلَ عَلَى بَعْض الْفُقَهَاء عِلَّته، وَهُوَ مِنْ مَحَاسِن الشَّرِيعَة، فَإِنَّهُ لَمْ يَتِمّ عَلَيْهِ اسْتِيلَاء، وَلَمْ تَنْقَطِع عُلَق الْبَائِع عَنْهُ، فَهُوَ يَطْمَع فِي الْفَسْخ وَالِامْتِنَاع مِن الْإِقْبَاض إِذَا رَأَى الْمُشْتَرِي قَدْ رَبِحَ فِيهِ، وَإِنْ أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ، فَإِنَّمَا يُقْبِضهُ عَلَى إِغْمَاض وَتَأَسُّف عَلَى فَوْت الرِّبْح، فَنَفْسه مُتَعَلِّقَة بِهِ لَمْ يَنْقَطِع طَمَعهَا مِنْهُ، وَهَذَا مَعْلُوم بِالْمُشَاهَدَةِ، فَمِنْ كَمَالِ الشَّرِيعَة وَمَحَاسِنهَا النَّهْي عَن الرِّبْح فِيهِ حَتَّى يَسْتَقِرّ عَلَيْهِ وَيَكُون مِنْ ضَمَانه، فَيَيْأَس الْبَائِع مِن الْفَسْخ، وَتَنْقَطِع عُلَقه عَنْهُ، وَقَدْ نَصَّ أَحْمَد عَلَى ذَلِكَ فِي الِاعْتِيَاض عَنْ دَيْن الْقَرْض وَغَيْره: أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَاض عَنْهُ بِسِعْرِ يَوْمه لِئَلَّا يَرْبَح فِيمَا لَمْ يُضْمَنْ فَإِنْ قِيلَ: هَذَا يَنْتَقِض عَلَيْكُمْ بِمَسْأَلَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: بَيْع الثِّمَار بَعْد بُدُوّ صَلَاحهَا، فَإِنَّكُمْ تُجَوِّزُونَ لِمُشْتَرِيهَا أَنْ يَبِيعهَا عَلَى رُؤُوس الْأَشْجَار وَأَنْ يَرْبَح فِيهَا، وَلَوْ تَلِفَتْ بِجَائِحَةٍ لَكَانَتْ مِنْ ضَمَانَة الْبَائِع، فَيَلْزَمكُمْ أَحَد أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ تَمْنَعُوا بَيْعهَا، وَإِمَّا أَنْ لَا تَقُولُوا بِوَضْعِ الْجَوَائِح - كَمَا يَقُول الشَّافِعِيّ وَأَبُو حَنِيفَة - بَلْ تَكُون مِنْ ضَمَانه، فَكَيْفَ تَجْمَعُونَ بَيْن هَذَا وَهَذَا؟

الْمَسْأَلَة الثَّانِيَة: أَنَّكُمْ تُجَوِّزُونَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يُؤَجِّر الْعَيْن الْمُسْتَأْجَرَة بِمِثْلِ الْأُجْرَة وَزِيَادَة، مَعَ أَنَّهَا لَوْ تَلِفَتْ لَكَانَتْ مِنْ ضَمَان الْمُؤَجِّر، فَهَذَا رِبْح مَا لَمْ يُضْمَنْ، قِيلَ: النَّقْض الْوَارِد إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِمَسْأَلَةٍ مَنْصُوصٍ عَلَيْهَا، أَوْ مُجْمَع عَلَى حُكْمهَا، وَهَاتَانِ الْمَسْأَلَتَانِ غَيْر مَنْصُوص عَلَيْهِمَا وَلَا مُجْمَع عَلَى حُكْمهمَا، فَلَا يَرُدَّانِ نَقْضًا، فَإِنَّ فِي جَوَاز بَيْع الْمُشْتَرِي مَا اشْتَرَاهُ مِن الثِّمَار عَلَى الْأَشْجَار كَذَلِكَ رِوَايَتَانِ مَنْصُوصَتَانِ عَنْ أَحْمَد، فَإِنْ مَنَعْنَا الْبَيْع بَطَلَ النَّقْض، وَإِنْ جَوَّزْنَا الْبَيْع - وَهُوَ الصَّحِيح - فَلِأَنَّ الْحَاجَة تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ، فَإِنَّ الثِّمَار قَدْ لَا يُمْكِن بَيْعهَا إِلَّا كَذَلِكَ، فَلَوْ مَنَعْنَاهُ مِنْ بَيْعهَا أَضْرَرْنَا بِهِ، وَلَوْ جَعَلْنَاهَا مِنْ ضَمَانه إِذَا تَلِفَتْ بِجَائِحَةٍ أَضْرَرْنَا بِهَا أَيْضًا، فَجَوَّزْنَا لَهُ بَيْعهَا، لِأَنَّهَا فِي حُكْم الْمَقْبُوض بِالتَّخْلِيَةِ بَيْنه وَبَيْنهَا، وَجَعَلْنَاهَا مِنْ ضَمَان

=

=

الْبَائِع بِالْجَائِحَةِ، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي حُكْم الْمَقْبُوض مِنْ جَمِيع الْوُجُوه، وَلِهَذَا يَجِب عَلَيْهِ تَمَام التَّسْلِيم بِالْوَجْهِ الْمُحْتَاج إِلَيْهِ، فَلَمَّا كَانَتْ مَقْبُوضَة مِنْ وَجْه، غَيْر مَقْبُوضَة مِنْ وَجْه، رَتَّبْنَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ مُقْتَضَاهُمَا، وَهَذَا مِنْ أَلْطَف الْفِقْه.

وَأَمَّا مَسْأَلَة الْإِجَارَة: فَاخْتَلَفَت الرِّوَايَة عَنْ أَحْمَد فِي جَوَاز إِجَارَة الرَّجُل مَا اسْتَأْجَرَهُ بِزِيَادَةٍ عَلَى ثَلَاث رِوَايَات:

إِحْدَاهُنَّ: الْمَنْع مُطْلَقًا، لِئَلَّا يَرْبَح فِيمَا لَمْ يَضْمَن، وَعَلَى هَذَا فَالنَّقْض مُنْدَفِع.

وَالثَّانِيَة: أَنَّهُ إِنْ جَدَّدَ فِيهَا عِمَارَة جَازَت الزِّيَادَة، وَإِلَّا فَلَا، لِأَنَّ الزِّيَادَة لَا تَكُون رِبْحًا، بَلْ هِيَ فِي مُقَابَلَة مَا أَحْدَثَهُ مِن الْعِمَارَة. وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَة أَيْضًا فَالنَّقْض مُنْدَفِع.

وَالثَّالِثَة: أَنَّهُ يَجُوز أَنْ يُؤَجِّرهَا بِأَكْثَر مِمَّا اسْتَأْجَرَهَا مُطْلَقًا، وَهَذَا مَذْهَب الشَّافِعِيّ، وَهَذِهِ الرِّوَايَة أَصَحّ، فَإِنَّ الْمُسْتَأْجِر لَوْ عَطَّلَ الْمَكَان وَأَتْلَفَ مَنَافِعه بَعْد قَبْضه لَتَلِفَ مِنْ ضَمَانه، لِأَنَّهُ قَبَضَهُ الْقَبْض التَّامّ، وَلَكِنْ لَو انْهَدَمَت الدَّار لَتَلِفَتْ مِنْ مَال الْمُؤَجِّر لِزَوَالِ مَحَلّ الْمَنْفَعَة، فَالْمَنَافِع مَقْبُوضَة، وَلِهَذَا لَهُ اسْتِثْنَاؤُهَا بِنَفْسِهِ وَبِنَظِيرِهِ، وَإِيجَارهَا وَالتَّبَرُّع بِهَا، وَلَكِنَّ كَوْنهَا مَقْبُوضَة مَشْرُوط بِبَقَاءِ الْعَيْن، فَإِذَا تَلِفَت الْعَيْن زَالَ مَحَلّ الِاسْتِيفَاء، فَكَانَتْ مِنْ ضَمَان الْمُؤَجِّر، وَسِرّ الْمَسْأَلَة: أَنَّهُ لَمْ يَرْبَح فِيمَا لَمْ يَضْمَن وَإِنَّمَا هُوَ مَضْمُون عَلَيْهِ بِالْأُجْرَةِ.

وَأَمَّا قَوْله صلى الله عليه وسلم: "**وَلَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدك**" فَمُطَابِق لِنَهْيِهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْع الْغَرَر، لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ مَا لَيْسَ عِنْده، فَلَيْسَ هُوَ عَلَى ثِقَة مِنْ حُصُوله، بَلْ قَدْ يَحْصُل لَهُ وَقَدْ لَا يَحْصُل، فَيَكُون غَرَرًا، كَبَيْعِ الْآبِق وَالشَّارِد وَالطَّيْر فِي الْهَوَاء، وَمَا تَحْمِل نَاقَته وَنَحْوه، قَالَ حَكِيم بْن حِزَام: "يَا رَسُول الله، الرَّجُل يَأْتِينِي يَسْأَلنِي الْبَيْع لَيْسَ عِنْدِي فَأَبِيعهُ مِنْهُ، ثُمَّ أَمْضِي إِلَى السُّوق، فَأَشْتَرِيه وَأُسْلِمهُ إِيَّاهُ. فَقَالَ: "**لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدك**".

وَقَدْ ظَنَّ طَائِفَة أَنَّ السَّلَم مَخْصُوص مِنْ عُمُوم هَذَا الْحَدِيث فَإِنَّهُ بَيْع مَا لَيْسَ عِنْده، وَلَيْسَ كَمَا ظَنُّوهُ، فَإِنَّ الْحَدِيث إِنَّمَا تَنَاوَلَ بَيْع الْأَعْيَان، وَأَمَّا السَّلَم فَعَقْد عَلَى مَا فِي الذِّمَّة، بَلْ شَرْطه أَنْ يَكُون فِي الذِّمَّة، فَلَوْ أَسْلَمَ فِي مُعَيَّن عِنْده كَانَ فَاسِدًا، وَمَا فِي الذِّمَّة مَضْمُون مُسْتَقِرّ فِيهَا، وَبَيْع مَا لَيْسَ عِنْده إِنَّمَا نُهِيَ عَنْهُ لِكَوْنِهِ غَيْر مَضْمُون عَلَيْهِ، وَلَا ثَابِت فِي ذِمَّته، وَلَا فِي يَده، فَالْمَبِيع لَا بُدّ أَنْ يَكُون ثَابِتًا فِي ذِمَّة الْمُشْتَرِي أَوْ فِي يَده، وَبَيْع مَا لَيْسَ عِنْده لَيْسَ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَالْحَدِيث بَاقٍ عَلَى عُمُومه، فَإِنْ قِيلَ: فَأَنْتُمْ تُجَوِّزُونَ لِلْمَغْصُوبِ مِنْهُ أَنْ يَبِيع الْمَغْصُوب لِمَنْ يَقْدِر عَلَى انْتِزَاعه مِنْ غَاصِبِهِ، وَهُوَ بَيْع مَا لَيْسَ عِنْده؟ قِيلَ: لَمَّا كَانَ الْبَائِع قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمه بِالْبَيْعِ، وَالْمُشْتَرِي قَادِرًا عَلَى تَسْلِيمه مِن الْغَاصِب، فَكَأَنَّهُ قَدْ بَاعَهُ مَا هُوَ عِنْده وَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَهُ مَالًا وَهُوَ عِنْد الْمُشْتَرِي وَتَحْت يَده، وَلَيْسَ عِنْد الْبَائِع، وَالْعِنْدِيَّة هُنَا لَيْسَتْ عِنْدِيَّة الْحِسّ

=

"**واشترَى رسولُ الله صلَى الله عليه وسلّم مِن يهوديٍّ طعامًا نسيئة، ورهنهُ درعهُ**"[1]، ولأن اشتراط الملك في الثمن لا يفيد؛ لأنه لو كان في ملكه وأشار إليه لا يستحق عينه بل يستحق مثله دينًا في الذمة فلا يشترط واشتراط الملك في المبيع مفيد؛ لأنه يستحق غير المشار إليه فشرط الملك فيه.

ويجوز الصرف في الأثمان قبل القبض خلافا للشافعي رحمه الله وكذا يجوز التصرف في سائر الديون قبل القبض؛ لأن قبض الدين إنما يكون بقبض مثله فيلتقيان قصاصًا وفي هذا لا فرق بين أن يكون المقبوض من جنسه أو لا

=

وَالْمُشَاهَدَة، فَإِنَّهُ يَجُوز أَنْ يَبِيعهُ مَا لَيْسَ تَحْت يَده وَمُشَاهَدَته، وَإِنَّمَا هِيَ عِنْدِيَّة الْحُكْم وَالتَّمْكِين. وَهَذَا وَاضِح وَلله الْحَمْد. عون المعبود - (ج٧/ ص٤٩٩).

(١) أخرجه «البخاري» ٧٣/٣ (٢٠٦٨) و١٥١/٣ (٢٣٨٦) قال: حدثنا معلى بن أسد، قال: حدثنا عبد الواحد. وفي ٨٠/٣ (٢٠٩٦) قال: حدثنا يوسف بن عيسى، قال: حدثنا أبو معاوية. وفي ١٠١/٣ (٢٢٠٠) قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثنا أبي. وفي ١١٣/٣ (٢٢٥١) قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا يعلى. وفي (٢٢٥٢) قال: حدثني محمد بن محبوب، قال: حدثنا عبد الواحد. وفي ١٨٦/٣ (٢٥٠٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الواحد. وفي ١٨٧/٣ (٢٥١٣) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا جرير. و«مسلم» ٥٥/٥ (٤١٢١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، ومحمد بن العلاء، قال يحيى: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا أبو معاوية. وفي (٤١٢٢) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، وعلي بن خشرم، قالا: أخبرنا عيسى بن يونس. وفي (٤١٢٣) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: أخبرنا المخزومي، قال: حدثنا عبد الواحد بن زياد. وفي (٤١٢٤) قال: حدثناه أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث. و«ابن ماجه» (٢٤٣٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث. و«النسائي» ٢٨٨/٧، وفي «الكبرى» (٦١٥٨) قال: أخبرني محمد بن آدم، عن حفص بن غياث. وفي ٣٠٣/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٠١) قال: أخبرنا أحمد بن حرب، قال: حدثنا أبو معاوية. و«ابن حبان» (٥٩٣٨) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا بشر بن معاذ العقدي، قال: حدثنا عبد الواحد بن زياد.

عشرتهم: (سفيان بن عيينة، وحفص بن غياث، ومحمد بن فضيل، وأبو معاوية، محمد بن خازم، ويحيى بن زكريا، وعبد الله بن نمير، وعبد الواحد بن زياد، ويعلى بن عبيد، وجرير بن عبد الحميد، وعيسى بن يونس) عن سليمان بن مهران الأعمش، عن إبراهيم بن يزيد النخعي، عن الأسود بن يزيد، فذكره.

يكون من جنسه؛ لأنه كيف ما كان تقع المقاصة إذا تقاصا.

والمكيل والموزون إذا وجبا في الذمة ثمنا لا بد له من بيان مكان التسليم عند أبي حنيفة خلافا لهما كما بينا.

(المنتقى) اشترى بدانق شيئًا فهو على الفضة يعطيه سدس درهم فيكون الدرهم بينهما أسداسًا ولا يكسر الدرهم.

وذكر أبو الليث في (نوازله): لو قال: اشتريت منك هذه الدار بعشرة، أو قال: هذا الثوب بعشرة، أو قال: هذا البطيخ بعشرة، ولم يرد عليه، فإن كان في بلد يبتاع الناس بالدراهم والدنانير ففي الدار ينصرف إلى عشرة دنانير وفي الثوب إلى عشرة دراهم وفي البطيخ إلى عشرة أفلس؛ لأنه يتعين هذا بحكم الدلالة للعرف، وإن كان في بلد لا يبتاع الناس بهذه الجملة ينصرف إلى ما يبتاع الناس به.

(باب حق حبس المبيع للبائع)

وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن إن كان حالًا؛ لأن حق المشتري متعين في المبيع فوجب عليه أن يعين حق البائع في الثمن تحقيقًا للتساوي بينهما كما هو في قضية المعاوضة فكان له إمساكه حتى يتعين حقه، وإن كان الثمن مؤجلًا لم يكن له ذلك؛ لأنه بالتأجيل أسقط حق نفسه في المساواة فلا يسقط حق الآخر.

فإن أجل الثمن إلا درهمًا أو استوفى الثمن إلا درهمًا أو أبرأه عنه إلا درهمًا فله حبس كل المبيع حتى يستوفي الحال والباقي؛ لأن حق الحبس ما لا يتجزأ فملك حبس الكل كما في الرهن، ولو دفع بالثمن رهنًا أو كفل به كفيل لا يسقط حق الحبس للبائع؛ لأن هذا وثيقة للثمن فلا يبطل حقه في قبض الثمن.

اشترى شيئًا بثمن مؤجل فلم يقبض المبيع حتى حل الأجل فله قبضه قبل نقد الثمن؛ لأن حق البائع في الحبس قد سقط وما سقط بلا شيء وانعدم فلا يتصور عوده، ولو أجله بالثمن سنة مبهمة فلم يقبض المبيع حتى مضت مدة السنة فالأجل السنة المستقبلة عند أبي حنيفة، وإن كانت سنة معينة صار الثمن حالا، وعندهما الثمن حال في الوجهين؛ لأن السنة المطلقة تنصرف إلى السنة التي تلي العقد دلالة والتعيين كالتعيين نصًا، وإذا تعينت تلك السنة ينقضي الأجل بانقضائها.

لأبي حنيفة: أن الفائدة المطلوبة من تأجيل الثمن في حق المشتري هي تأخير المطالبة بالثمن عنه مع قبضه المبيع وتمكنه الانتفاع به فيعتبر الأجل من حين القبض لتظهر الفائدة المطلوبة منه في حقه بخلاف ما إذا كانت السنة معينة؛ لأنه تعذر التأجيل بعد مضيها لما فيه من تعيين منصوصهما وهذا لا يجوز.

ولو كان في البيع خيار الشرط والأجل مطلق فابتداؤه من حين يلزم العقد؛ لأن قبله لا يجب الثمن والأجل لا يثبت إلا فيما يجب.

وفي خيار الرؤية يعتبر الأجل من حين العقد؛ لأنه لا يمنع حق المطالبة بالثمن وينفسخ العقد بهلاك المبيع قبل التسليم؛ لأنه تعذر تسليمه بهلاكه فيمتنع تسليم بدله تحقيقا للتساوي وبدون القبض لا يفيد العقد فيفسخ ضرورة وكذا إذا تغيب في يد البائع؛ لأنه فات تسليمه سليما ففات حق المطالبة بالثمن.

ولو هلك الثمن العين قبل القبض وهو مثلي لا ينفسخ؛ لأنه يمكنه تسليم مثله، وإن لم يكن له مثل للحال بأن انقطع عن أيدي الناس اختلفوا فيه قيل ينفسخ؛ لأنه فات تسليمه وقيل لا ينفسخ؛ لأنه يتوهم القدرة على تسليم مثله واحتمال القدرة على التسليم يكفي لبقاء العقد كما لو أبق المبيع قبل القبض.

(**المنتقى**): باع من الحر جارية ووضعها عند متوسط ليوفيه المشتري الثمن فضاع عنده فهو على البائع؛ لأن العدل نائب عنه في الحبس فتكون يده على المبيع كيد البائع؛ لأن موجب البيع أن يد البائع على المبيع يد نفسه مطلقا فكذا يد من ينوب عنه في الحبس.

ولو قبض المتوسط بعض الثمن وسلم الجارية إلى المشتري بغير علم البائع فللبائع أن يستردها؛ لأنه لم يرض بتسليمها ومتى استرد فله أن لا يضعه على يدي المتوسط إلا إذا كان المتوسط عدلا، فإن تعذر رد الجارية ضمن العدل قيمتها للبائع؛ لأنه ليس له ولاية التسليم فقد أبطل حق الحبس واليد بغير إذن البائع وإبطال اليد في إيجاب الضمان كإبطال الملك كالعدل في الرهن إذا دفعه إلى الراهن وهلك في يده، فإنه يضمن للمرتهن فكذا هذا بخلاف ما لو أمره بالبيع ونهاه عن الدفع حتى يقبض الثمن فدفعه إليه لم يضمن؛ لأن له ولاية التسليم؛ لأن حقوق العقد راجعة إليه.

باع عبدًا برغيف بعينه فلم يتقايضا حتى أكل الرغيف صار البائع مستوفيا للثمن ولو رهن دابة وقفيز شعير عند رجل فأكلت الدابة الشعير لم يصر المرتهن مستوفيا من الدين بقدره.

"والفرق" أن طعام المبيع على البائع ما دام في يده وطعام المرهون على الراهن.

(**الزيادات**): لو أحال البائع غريما على المشتري سقط حقه في الحبس ولو أحال المشتري البائع بالثمن على إنسان لم يسقط.

"والفرق" أن حق الحبس للبائع بإزاء المطالبة بإيفاء الثمن لا بإزاء أصل الثمن بدليل أنه لو باع ثمن مؤجل لا يكون له الحبس ففي الصورة الأولى سقطت المطالبة بالحوالة فسقط حق الحبس وفي الصورة الثانية لم تسقط المطالبة؛ لأنه يمكن من مطالبة المحتال عليه وهو قائم مقام المشتري فبقي حق الحبس.

وذكر الكرخي رحمه الله أن هذا قول محمد، وعند أبي يوسف: يسقط حق الحبس في الوجهين؛ لأنه بالحوالة سقطت مطالبة البائع عنه.

وعن أبي حنيفة في المجرد: لو أحال الزوج المرأة بصداقها على غريمه فله أن يدخل بها قبل أن تأخذ المرأة المهر وفي رواية أبي سليمان هذا قياس وفي الاستحسان لا يدخل بها حتى تأخذ المهر، وإن أحالت المرأة غريمها على زوجها بالمهر فلها منع نفسها؛ لأن غريمها بمنزلة وكيلها والله أعلم.

(باب تسليم المبيع وتسلمه)

وتسليم المبيع هو التخلية بينه وبين المبيع بحيث يتمكن من قبضه، وكذا تسليم الثمن.

وعند الشافعي رضي الله عنه وأرضاه: التخلية ليست بقبض.

والصحيح قولنا؛ لأنه إذا أتى بالتمكن من القبض فقد أتى بما في وسعه فلا يجوز أن يتوقف التسليم على وجود الفعل من الآخر؛ لأنه ربما لا يقبض فبقي في العهدة أبدًا وأنه ضرر به ولو باع عينًا بعين أو دينًا بدين سلما معًا تحقيقًا للمساواة في القبض التي هي قضية المعاوضة.

ولو باع عينًا بدين سلم الدين أولا حتى يتعين ثم يقبض المبيع.

وقال الشافعي رحمه الله: يقبضان معًا.

والصحيح قولنا؛ لأن المعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاقدين وحق المشتري تعين في المبيع فوجب عليه تعيين حق البائع في الثمن ليتحقق التساوي بينهما في المالية؛ لأن الدين أنقص من العين في المالية فيجب أن يقبض الدين أولا ليصير مالًا حقيقة فيستويان في المالية فتتحقق المعادلة في المعاوضة المقتضية للمماثلة عادة.

ولو كان المبيع غائبا عن حضرتها فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه عقيب تسليم الثمن في ذلك في المجلس ليوجد القبض فيهما معا فيتحقق التساوي.

(**النوادر**): ويعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان، في أحدها: أن يقول البائع للمشتري خليت بينك وبين المبيع والثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري بحيث يتمكن من قبضه والثالث: أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق غيره.

(**أما الأول**): روى الحسن عن أبي حنيفة القبض في المبيع أن يقول البائع قد خليت بينك وبينه فاقبضه ويقول المشتري وهو عند المبيع قد قبضته، ولو كان المبيع دابة وأخذ المشتري برأسها أو بمقودها وقادها فهو قبض، وإن كان عبدا فقال له تعال معي أو امش فتخطى معه فهو قبض، وإن كان ثوبا فأخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فهو قبض، وإن كان المبيع حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض، وإن لم يكلمه؛ لأنه أمر بقبضها عادة، وإن لم يقل خليت بينك وبينها لا يكون قبضا؛ لأنه لم يأمر بقبضها عادة.

ولو قال: خذ، لا يكون قبضا. ولو قال: خذها، يكون قبضًا إذا كان يصل إلى أخذها.

ولو باع ساحة ملقاة في الطريق والمشتري واقف عليها ولم يحركها فهو قبض، ولو أحرقها رجل ضمن للمشتري قيمتها، وإن استحقها رجل ضمن المحرق للمستحق دون المشتري؛ لأنه لم يحولها وبالتخلية لا يصير غاصبًا كما يصير قابضا بحكم البيع؛ لأنه لا يتضمن إزالة اليد.

ولو باع دارًا غائبة عن حضرتهما فقال البائع سلمتها إليك وقال المشتري: قبضتها، ذكر هشام في نوادره: إن كان بحال يقدر على دخولها وإغلاقها يكون قبضًا وإلا فلا؛ لأن التخلية إنما تقام مقام القبض متى تصور القبض، فإذا لم يتصور لا تقام التخلية مقامه، وكذلك الهبة والصدقة.

ولو اشترى دارًا من إنسان ببلدة أخرى فله أن يمتنع عن أداء الثمن للحال؛ لأن البائع غير قادر على تسليم المبيع للحال فيؤمر البائع أن يخرج مع المشتري إلى تلك البلدة أو يبعث وكيلًا فيقبض الثمن هناك ويسلم الدار إليه.

ولو قال لآخر بعت منك هذه السلعة وسلمتها إليك وقبل الآخر لم يكن هذا تسليما؛ لأنه سلم قبل إتمام العقد فلا يعتبر.

(**وأما الثاني**): أن يكون المبيع بحضرة المشتري بحيث يمكن من قبضه شرط، فإنه ذكر محمد رحمه الله في "السير الكبير": اشترى فرسًا في حظيرة فقال البائع له سلمته إليك ففتح المشتري الباب فذهب الفرس، فإن أمكنه أخذه من غير عون كان مسلما، وإن لم يمكن أخذه إلا بعون لا يكون مسلما؛ لأنه لو مد يده لا يمكنه أخذه فلم تصح التخلية، وإن لم يمكنه أخذه إلا بعون وحيل ومعه عون وحيل فهو قبض، وإن لم يكن معه عون وحيل لا يكون قبضا. اشترى فرسًا والبائع ممسك بعناية فأمر المشتري بقبضه فقبضه والبائع ممسك بعناية فانفلت من يدهما فضاع على المشتري؛ لأنه صح التسليم؛ لأن تسليم الفرس كذلك يكون، وإن لم يقبضه المشتري ولكنه يقدر على أخذه فانفلت من يد البائع ضاع على البائع؛ لأنه ما دام في يد البائع لم تكن التخلية قبضا، ألا ترى لو اختلسه إنسان من يد البائع فهو من مال البائع، وأمره بقبضه فلم يقبضه حتى أخذه إنسان، فإن كان حين أمره البائع بقبضه أمكنه قبضه من غير قيام صح التسليم؛ لأنه أمكنه القبض حقيقة بمد اليد فيقام التمكن مقامه، وإن كان لا يمكنه قبضه إلا بقيام لا يصح التسليم.

ولو اشترى طيرًا في بيت والباب مغلق وأمره البائع بالقبض ففتح المشتري الباب فطار الطير، فإن قدر على أخذه فهو قابض؛ لأنه أمكنه القبض بأن يحتاط في

الفتح، فإن لم يفعل كان الضياع بتقصيره، وإن لم يقدر على أخذه لطيرانه فليس بقابض.

ولو فتح الباب غيره أو فتحته الريح لم يكن قابضا لما لم يقدر على أخذه قبل ذلك، وإن كان يقدر على أخذه وفتحت الريح الباب فطار الطير فهو قابض.

(**والثالث**): أن يكون المبيع مفرزًا غير مشغول بحق غيره حتى لو باع دارًا وسلمها إلى المشتري وله فيها متاع لا يصح التسليم؛ لأن يد البائع قائمة عليها حكما وهي تمنع التسليم، فإن أذن له بقبض المتاع صح التسليم؛ لأن المتاع صار وديعة عنده فزالت يد البائع عن الدار، وكذا لو باع ابنه أرضًا فيها زرع البائع وسلم لا يصح.

وذكر في الهاروني: لو باع الأب دارًا من ابنه الصغير في عياله أو هو فيها ساكن جاز البيع ولا يصير الابن قابضا حتى يفرغها الأب وإن انهدمت الدار والأب فيها ساكن يكون من مال الأب، وكذلك لو كان فيها متاع الأب أو عياله وليس هو بساكن فيها، فإنه لا يصير الابن قابضا.

وكذلك لو باع من ابنه الصغير جُبة هي على الأب أو طيلسانا لابسه أو خاتمًا في إصبعه لا يصير الابن قابضا حتى ينزع ذلك، وكذلك في الدابة والأب راكبها حتى ينزل عنها، فإن كان عليها حمولة حتى يحط عنها. باع من آخر حبا في بيت ولا يمكن إخراجه إلا بقلع الباب أخذ البائع بتسليمه خارج البيت؛ لأن التسليم واجب عليه فيؤخذ به.

باع خلا في دن في داره وخلي بينه وبين المشتري وختم المشتري على الدن وتركه في الدار فهو قابض وهو الأصح؛ لأنه يصير كأن البائع أعار منه الدار والدن جميعًا وهذا بمنزلة من اشترى من آخر حنطة ثم قال للبائع كلها في غرائرك فكاله والمشتري حاضر كان قابضًا.

(فصل)

ولو أتلف المشتري المبيع في يد البائع أو أحدث فيه عيبًا فهو قبض منه لاحتواء

اليد عليه حقيقة، وكذلك لو فعله البائع بأمره؛ لأن أمره بالإتلاف في ملكه صحيح وصار فعله مضافًا إليه حكمًا، وكذلك لو أعتقه أو دبره أو أقر أن الجارية أم ولد له؛ لأنه إتلاف حكما، وكذلك لو فعله البائع بأمره؛ لأنه صار مضافا إليه حكما وعرفا.

ولو زوّج الأمة المبيعة قبل القبض يصير قابضًا قياسًا، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن التزويج عيب في الجواري بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها ذات زوج له حق الرد بالعيب فصار كأنه عيبها ولا يصير قابضًا استحسانًا؛ لأنه ليس بعيب حقيقة؛ لأن الموجود منه ليس إلا مجرد القول وأنه لا يوجب بنقيض الملك والمالية والتعييب حقيقة إنما جعل قبضا لما فيه من الاستيلاء على المحل والنكاح أمر حكمي لا استيلاء فيه فلا يعتبر قبضا ولكنه عيب حكم معنوي فأوجب الخيار للمشتري، وكذلك لو أقر عليه بدين.

ولو وطئها الزوج في يد البائع يكون قبضا؛ لأن الزوج إنما يتسلط على الوطء بتسليط المشتري وإنه استيلاء على المحل وقبض له فصار هذا الفعل من حيث إنه قبض للمحل مضافا إلى المشتري حكما.

ولو وطئ المشتري الجارية المبيعة قبل القبض وعلقت فليس للبائع حبسها؛ لأنه لا يجوز بيعها فلا يجوز حبسها لأجل البيع، وإن لم تعلق فله حبسها وإن منعها البائع بموت من ماله؛ لأن المشتري بالوطء صار قابضًا والبائع بالمنع صار مستردًّا ولا عقر عليه لأنه وطئ ملك نفسه، وإن نقصها الوطء تأكد عليه حصة النقصان من الثمن؛ لأنه بالوطء أتلف جزءًا منها والوطء سقط اعتباره في حق غير النقصان لا في حقه فصار كأنه أدخل إصبعه في فرجها وأوجب نقصانا.

وإن وطئها البائع ولم ينقصها فلا خيار للمشتري ولا عقر عند أبي حنيفة وعندهما عليه العقر ويخير المشتري، فإن ترك سقط جميع الثمن، وإن أخذ يقسم الثمن على قيمتها وعقرها فيسقط من الثمن حصة العقر.

وإن نقصها وطؤه سقط حصة النقصان من الثمن عند أبي حنيفة وعندهما يسقط حصة الأكثر من العقر والنقصان.

لهما: أن الوطء بمنزلة استيفاء جزء من العين؛ لأن منافع البضع ملحقة

بالأجزاء، ولهذا يستحق بالبيع ويمنع الرد بالعيب فيسقط بإتلافها حصتها من الثمن كسائر الأجزاء ووطؤه لاقى ملك الغير فلا يخلو عن عقوبة أو غرامة ولا عقوبة فيلزمه الغرامة وهو العقر له أن المستوفي بالوطء ليس بمبيع؛ لأنه ليس بمال فلا يقابله شيء من الثمن، ولهذا لا يتأكد على المشتري بإتلافه شيء من الثمن فكان بمنزلة الاستخدام في حقه فلا يوجب الخيار ولا العقر؛ لأن الجارية كالباقية على ملك البائع في حق الوطء.

وإن حرم التناول بزوال ملك الرقبة بدليل أنه لو أقال البيع لا يجب على البائع الاستبراء.

ولو هلكت في يده هلكت على ملكه ولم يلزمه ضمان ولما كانت كالباقية على ملكه في حق الوطء لم يتقوم المستوفي بالعقر بخلاف امتناع الرد؛ لأنه لا يملك الرد إلا وأن يرد كما خرج من ملكه ولا يرد كذلك.

ولو أودع البائع المبيع عند المشتري أو أعاره منه لم يكن له أن يسترده في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف له ذلك؛ لأن يد العارية والوديعة ليست بلازمة فكان له حق الإعادة كما في الرهن وجه ظاهر الرواية أن الإيداع والإعارة من المالك لا يصح فكان هذا تسليما بحكم البيع فسقط حق الحبس بخلاف الرهن؛ لأنه أثبت المرتهن ملك اليد والحبس للاستيفاء فينزل منزلة المالك في حق اليد كأنه المالك، فإذا أعارها لغيره كان له أن يعيدها، فأما حق الحبس للبائع ما ثبت بالبيع؛ لأن البيع يوجب زوال حقه عن المحل لا ثبوت حق له فيه وإنما ثبت لضرورة تحقيق المساواة فلا ينزل منزلة المالك في حق اليد، فإذا خرج المحل عن يده برضاه سقط حقه عنه.

(**الجامع**): ولو أودع المشتري البائع أو أعاره منه أو أجره لم يكن قبضا؛ لأن يد البائع ثابتة على المحل بطريق الأصالة فلا يجوز أن يصير نائبا عن غيره مع قيام يده بجهة الأصالة ولا يجب الأجر لأن المبيع في ضمان البائع والأجر مع الضمان لا يجتمعان.

ولو أودع المشتري عند أجنبي أو أعاره منه وأمر البائع بالتسليم إليه يصير قابضًا؛ لأن يد أمينة كيده.

ولو أمر البائع بأن يؤاجره من إنسان يصير قابضًا والأجر الذي يأخذه يحتسب من الثمن؛ لأنه صح الأمر؛ لأنه صادف ملكه والمستأجر ينتصب نائبا عنه في القبض أولًا ثم يصير قابضًا بحكم الإجارة.

ولو أرسل المشتري العبد في حاجة صار قابضًا؛ لأنه استعمله، ألا ترى أن الأجنبي يصير به غاصبا فكذا المشتري يصير به قابضًا.

ولو سأل المشتري البائع أن يأمر العبد بعمل يعمله للمشتري فأمره فعمل صار المشتري قابضًا؛ لأنه لما عمل بأمر المشتري صار يده كيد المشتري والعبد يصلح نائبا عن مولاه في قبض رقبته فصار نائبا عنه بأمره.

(**المنتقى**): ولو جنى رجل على المبيع فاختار المشتري تضمين الجاني خرج عن ضمان البائع عند أبي يوسف، وعند محمد لا يخرج حتى يقبض الأرش؛ لأن البدل قائم مقام العين في حق بقاء العقد فلا بد من قبضه ليخرج عن ضمان البائع كما في العين.

لأبي يوسف: أنه لما اختار تضمينه فقد تملك الجاني المضمون من جهة المشتري والتمليك عليه من جهته إنما يكون بعد دخوله في ضمانه فيصير كأن الجاني فعله بأمره.

ولو قبل المبيع قبل القبض فعفا المشتري عن الدم فهذا اختيار منه للبيع، وللبائع أن يأخذ القيمة من القاتل فيكون رهنًا في يده لأنه لما يصح العفو في حق سقوط حقه في الحبس، فإذا أدى المشتري الثمن رد القيمة على العامل.

ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملا، فإن كان عملا لا ينقصه مثل القصارة والغسل بأجر أو بغير أجر لم يصر به قابضًا والأجرة واجبة، وإن كان عملا ينقصه يصير قابضًا؛ لأنه أتلف جزءًا منه بأمره فصار مضافا إلى المشتري.

ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري للبائع: احملني معك فحمله معه فعطبت الدابة هلكت على المشتري؛ لأن ركوب المشتري قبض منه هكذا ذكر أبو الليث في نوازله اشترى جارية بها حبل فأعتق ما في بطنها قبل القبض لا يكون قبضا لاحتمال أنه لم يصح إعتاقه فلم يصر متلفا.

ولو أودع البائع المبيع رجلا أو أجره منه بغير أمر المشتري فهلك في يده ليس

للمشتري أن يضمنه؛ لأنه لو ضمنه رجع بالضمان على البائع فيصير كأن البائع هو الذي أتلفه ولو أتلفه البائع يرجع بالثمن فكذا هذا.

ولو أعاره أو وهبه منه فهلك في يده فللمشتري أن يضمنه قيمته؛ لأنه لو ضمنه لا يرجع على البائع بما ضمن.

اشترى فصًّا في خاتم فدفع البائع الخاتم إليه فهلك في يده، فإن استطاع نزع الفص من غير ضرر فعليه ثمن الفص؛ لأن التسليم قد صح فتأكد الثمن وهو في الخاتم أمين، وإن لم يمكن نزعه إلا بضرر فلا شيء عليه؛ لأن التسليم لم يصح.

اشترى حنطة في سنبلها أو قطنا في فراشه فعلى البائع تخليصها بالكدس والتذرية والفتق؛ لأنه من التسليم.

ولو اشترى حنطة في بيت أو سفينة أو مخبأة أو ثيابا في جراب ففتح الجراب وباب البيت على البائع وإخراجها على المشتري للعادة؛ لأن بفتح الباب والجراب تمت التخلية، وكذا لو اشترى الثمرة على الشجرة أو الجزر والبصل فجذاذها وقلعه على المشتري لمكان العرف.

ولو اشترى صوفا في فراش فأبى البائع فتقه، فإن كان في فتقه ضرر لا يجبر عليه وإن لم يكن فيه ضرر يجبر لكن مقدار ما نظر إليه المشتري، فإن رضيه أجبر البائع على فتق كله وأجر فتق الفراش دون السنبل وأجرة الكيال والوزان والعداد على البائع؛ لأن مؤنة التسليم عليه وأجر جذاذ الثمر على المشتري؛ لأن الجذاذ عليه وأجرة الناقد ووزان الثمن على المشتري، وهو الصحيح؛ لأن عليه أن يوفيه الوزن والجودة جميعًا.

وروى ابن سماعة عن محمد: أن أجرة الناقد على من عليه الدين إلا أن يقبضه الطالب ثم احتكما في ذلك فيكون عليه؛ لأنه قد صار ملكه حين قبضها.

ورُوي عن محمد: أن أجرة الناقد على المستوفي وأجرة الوزان على الموفي.

ولو اشترى شيئًا بدراهم جياد فدفعها إلى البائع فأراها رجلا فانتقدها فوجد فيها قليل نَبَهْرَجة[1] فاستبدلها ثم وجد كلها نَبَهْرَجة فأراد ردها، فإن كان أقر البائع أنها

(١) النَّبَهْرَجة: الدرهمُ الزيف الرديء معرب بنهره بالفارسية.

جياد لا ترد؛ لأنه مناقض إلا إذا صَدّقه المشتري، وإن لم يقر يرد؛ لأنه غير مناقض.

(باب ما ينوب قبضه عن قبض الشراء وما لا ينوب)

(**الجامع**): أصله: أن البيع إذا وقع والمبيع مقبوض مضمون على المشتري بقيمته ينوب قبضه عن قبض الشراء؛ لأنه من جنس القبض المستحق بالشراء؛ لأن قبض الشراء مضمون بنفسه والقبضان إذا تجانسا تناوبا، وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى ولا ينوب الأدنى عن الأعلى.

غصب شيئًا ثم اشتراه فهو قابض؛ لأنه مضمون بقيمة نفسه فينوب عن قبض الشراء، ولو جعلاه بدل الصرف وافترقا لا يبطل.

وكذلك لو افترقا عن مجلس الصرف قبل قبض أحد البدلين ثم اشترى القابض ما قبض يصير قابضًا للحال؛ لأنه بقي المقبوض في يده على حكم عقد فاسد فكان مضمونا بقيمته فناب عن قبض الشراء وقبض الوديعة والعارية والإجارة لا ينوب عن قبض الشراء، حتى لو باع من المودع أو المستعير لم يصر قابضًا بمجرد العقد حتى لو هلك قبل أن يتخلى به المودع كان الهلاك على البائع ويملك البائع الأخذ من منزله قبل أن يصل إليه؛ لأن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض ضمان إلا إذا أتى منزله فقبضه ولم ينهه البائع أو كانت بحضرتهما فخلى بينه وبينها يصير قابضًا؛ لأن يد الوديعة قائمة فصار كما لو أودع البائع المشتري ابتداء يصير قابضًا بحكم البيع فكذا هذا.

ولو اشترى المرتهن لا يصير قابضًا؛ لأن قبض المرهون قبض أمانة في حق العين وإنما سقط الدين عند هلاكه لا لكونه مضمونًا بل لصيرورته مستوفيا حقه ولئن كان قبضه مضمونا ولكنه مضمون بغيره وهو الدين لا بنفسه فلا ينوب عن قبض الشراء.

ولو اشترى عبدًا وقبضه ونقد الثمن ثم تقايلا ثم اشتراه ثانيا وهو في يد المشتري صح الشراء، ولو باعه من غير المشتري لم يصح؛ لأن الإقالة فسخ في

حقهما فيعود إليه قديم الملك فلا يكون بيع المبيع قبل القبض وفي حق الثالث بيع جديد فيكون بيع المبيع قبل القبض في حقه فلم يصح ولا يصير قابضًا بنفس العقد حتى لو هلك قبل أن يقبضه يهلك بالعقد الأول وبطلت الإقالة والعقد الثاني؛ لأن المبيع في يده بعد الإقالة مضمون بغيره وهو الثمن الأول أمانة في نفسه فشابه المرهون فلا ينوب عن قبض الشراء، وكذا لو كان الثمن الأخير جنسًا آخر سوى الأول.

ولو اشترى عبدًا بجارية وتقابضا ثم تقايلا ثم اشترى العبد دخل في ضمانه بنفس الشراء؛ لأن العوضين قائمان فكان كل واحد منهما مضمونًا بقيمة نفسه حتى لو هلك أحدهما قبل الرد لم تبطل الإقالة وعليه قيمته.

ولو هلك أحد العبدين بعد الإقالة ثم اشترى الآخر يحتاج إلى قبض جديد؛ لأنه مضمون بقيمة العبد الآخر لا بقيمة نفسه فشابه المرهون الخيار للمشتري فقبض المبيع ثم تناقضا ثم اشتراه ثانيا لم يصر قابضًا؛ لأنه مضمون في يده بغيره وهو الثمن الأول لا بقيمته فشابه المرهون.

ولو كان الخيار للبائع يصير قابضًا؛ لأنه مضمون على المشتري فينوب عن قبض الشراء.

اشترى إبريق فضة بإبريق فضة وتقايضا ثم تقايلا ثم تبايعا قبل أن يفترقا ولم يتقابضا ثانيًا وافترقا بطل البيع الثاني والإقالة وعاد البيع الأول؛ لأن في المصارفة كل بدل مضمون بعد الإقالة بصاحبه لا بنفسه، ألا ترى لو هلك أحد البدلين تبطل الإقالة لأنها في حق القبض بمنزلة بيع جديد فكان مضمونا بغيره فشابه المرهون.

اشترى إبريق فضة بدينار وتقابضا ثم إنه زاده في الدينار صح إذا قبضها البائع في مجلس الزيادة ولا يشترط تجديد قبض فيما يقابل الزيادة؛ لأن الزيادة تثبت للحال ملتحقة بأصل العقد فمن حيث إنها تثبت للحال شرطنا قبضها في المجلس؛ لأن القبض فعل حسي لا يحتمل الإسناد ومن حيث إنها تلتحق بأصل العقد لا يشترط تجديد القبض في الأصل ولو لم يزد ولكن جدد البيع على العقد الأول؛

لأن تجديد العقد لا يصح إلا بعد انفساخ العقد الأول والمبيع في يده مضمون بالثمن في العقد الأول لا بنفسه فشابه المرهون.

ولو أرسل غلاما في حاجته ثم باع من ابنه الصغير جاز؛ لأن العبد خرج مطاوعًا له فلم تنقطع يده عنه فلا يفوت القدرة على التسليم عادة بخلاف ما إذا أبق، فإنه لا يجوز؛ لأنه خرج مراغما لمولاه متمردا عنه، فإن هلك الغلام قبل الرجوع مات من مال الأب؛ لأن يده عليه قائمة لكنها يد أمانة فلا ينوب عن قبض الشراء.

ولو رجع وتمكن الأب من قبضه صار قابضًا؛ لأنه وليه فإن رجع بعد بلوغ الابن لم يصر الأب قابضًا ويقبض الولد بنفسه؛ لأنه إنما صح هذا العقد على اعتبار أن الابن عاقد بنفسه بعبارة وليه وحقوق العقد ثابتة له ويصير الأب كالرسول والنائب عنه في ذلك لما بيّنا والنيابة انتهت بالبلوغ.

ولو اشترى من غيره للابن ثم بلغ الابن فحق القبض للأب كما كان؛ لأنه عاقد من جهته فقبضه بحكم أنه عاقد فيبقى بعد بلوغه.

ولو وهب الآبق من ابنه الصغير صح؛ لأن أصل اليد قائمة للأب بواسطة يد الإمام؛ لأنه لم يعترض على يده مسؤولية ظالمة قاطعة ليده فيكون يده باقية وهي يد أمانة وإنها كافية للهبة غير كافية للبيع؛ لأن المعتبر في الهبة أصل القبض متعريا عن وصف الضمان بخلاف البيع، ولو وهب الوديعة من المودع صح وصار قابضًا، وإن لم يكن بحضرتهما؛ لأن الهبة تفتقر إلى أصل القبض وقد وجد.

وهب البائع المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل الاسترداد صح وصار قابضًا أبق عبد الوديعة من المودع فوهبه منه المالك صح؛ لأنه في يده باعتبار الدار وهي كافية للهبة.

غصب من المستودع وادعى رقبته فوهبه المالك من المستودع لا يكون له حتى يقبضه من الغاصب لزوال يد المودع بالغصب والله عز وجل أعلم.

(باب قبض المبيع بغير إذن البائع)

ولو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن فللبائع أن يسترده منه حتى يعطيه

الثمن؛ لأن الحبس حقه فلا يبطل إلا برضاه كما في الرهن، ولو أخذ الثمن ليس له أن يسترده؛ لأن قبض الثمن منه يكون إذنًا بقبض المبيع دلالة، ولو تصرف المشتري فيه تصرفًا يحتمل الفسخ كالبيع والرهن والإجارة ونحوها فللبائع أن يرده وينقض تصرفه؛ لأن حق الحبس قائم وقبضه وقع فاسدًا فكان له الاسترداد كما في البيع الفاسد إذا قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع وتصرف فيه فللبائع نقضه وكذا هذا.

وإن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد، فإنه لا يسترد؛ لأنه لا يبقى حق الحبس؛ لأن تصرفه صادف ملكه وأنه لا يحتمل النقض فنفذ كالراهن إذا أعتق المرهون وحبس الحر من وجه لا يجوز فلا فائدة في بقاء الحبس.

ولو نقده الثمن ولم يقبض المبيع فوجده البائع زيوفًا أو ستوقًا أو مستحقًّا أو وجد بعضه كذلك فله منعه من القبض حتى يستبدل؛ لأنه لم يستوف كل حقه؛ لأن الستوقة ليست من جنس حقه والمستحق ملك غيره فلا يملكه فلم يوجد استيفاء الثمن أصلا وفي الزيوف الجودة حقه ولم يستوف حقه في الجودة وما بقي شيء من حقه في الثمن فله الحبس.

ولو قبضه ثم وجد الدراهم زيوفا أو نبهرجة فلا يخلو إما أن قبضه بإذن البائع أو بغير إذنه، فإن قبضه بغير إذنه فللبائع أن يسترده وإن قبضه بإذنه لا يسترده خلافا لزفر. له: أنه أذن له بالقبض بناء على قبض حقه في الثمن فصار الإذن معلقا بشرط أن يكون المقبوض تمام حقه ولم يقبض تمام حقه في الثمن فلا يثبت الإذن.

لنا: أن الزيوف حبس حقه، فإذا قبضها البائع على خيار أنها جيدة فقد ملكها، ولهذا لا يسترد منه إلا برضاه ولو هلكت قبل العلم به يهلك على البائع؛ لأنه حقه أصلا لا وصفا فيستتبع الأصل الوصف فيملكه لكن للبائع حق الرد نظرا له لاعتبار الوصف كما في البيع المعيب فصح قبضه عن حقه فصح الإذن بقبض المبيع بناء على قبض الثمن فصح فبطل حق البائع في الحبس فلا يعود حق الحبس كما لو أعاد المبيع منه.

وإن وجدها ستوقا أو مستحقا استرد المبيع؛ لأنه لم يصح القبض؛ لأنه غير حقه فلم يصح الإذن المبني عليه وعلى هذا إذا أدى بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى المقبوض زيوفا أو مستحقا مضى العتق لوجود شرطه وهو أداء الألف إليه.

ولو كان رصاصًا أو ستوقا لم يعتق لفقد شرطه وهو إذا ألف درهم وعلى هذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فقبضه زيوفا أو مستحقا فرد الزيوف أو استحقه المالك لم يحنث ويحنث في الرصاص والستوق.

ولو باع المشتري المبيع أو أجره أو رهنه ثم وجده ستوقا أو مستحقا أو زيوفا لا يبطل تصرفه إن كان قبض بإذنه؛ لأن المشتري تصرف بتسليط البائع فلم يكن له نقض ما سلطه عليه بخلاف المشتري شراء فاسدا، فإنه ينقض تصرفه؛ لأن النقص هنا لحق البائع فيسقط بتسليطه وهناك لحق الشرع دفعًا للمعصية فلا يسقط ما أمكن، وإن كان قبض بغير إذنه يبطل؛ لأنه تصرف بغير تسليط البائع فلم يبطل حقه في النقض والاسترداد.

ولو وجد المرتهن ما اقتضاه زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا بعد رد الرهن فله أن يسترد؛ لأن المرتهن لو أذن بقبض المرهون صريحًا له حق الاسترداد فكذلك حكما واعتبارا والبائع لو أذن بقبض المبيع صريحًا ليس له الاسترداد فكذلك اعتبارًا وفقهه أن حق الحبس في الرهن يثبت موجبًا للعقد فما بقي العقد يبقى حكمه وحق الحبس للبائع ما ثبت بالبيع وإنما موجبه الملك والإطلاق دون الحبس وإنما ثبت ضرورة تحقيق المساواة بينهما في العوضين، فإذا أذن البائع في القبض فقد رضي بإبطال حقه في المساواة فبطل حقه في الحبس.

ولو تصرف الراهن في الرهن بعد قبضه ثم وجد المرتهن بدينه بعض ما ذكرنا، فإن قبضه بغير إذن المرتهن فله أن ينقضه وإن قبضه بإذنه فلا ولكن يغرم الراهن قيمته فيكون رهنا مكانه؛ لأنه أتلف حق المرتهن بحبس الرهن فصار كما لو أتلف الرهن وهذا يدل على أن حق المرتهن لا يبطل بمطلق الإذن بالتصرف.

وكَّل المشتري غيره بقبض المبيع فقبضه بغير إذن البائع قبل نقد الثمن وهلك في يد الوكيل ضمن الوكيل قيمته للبائع؛ لأنه لم يصح أمره بالقبض في حق البائع

لقيام حقه في الحبس فصار قبضه كقبض الأجنبي، فإن أدى المشتري الثمن رجعت القيمة إلى الوكيل؛ لأن القيمة ملك الوكيل محبوسة عند البائع بالثمن، فإذا وصل إليه الثمن يلزمه رد القيمة إلى مالكها.

ولو هلكت القيمة في يد البائع رجع الوكيل على المشتري بها؛ لأنه لحقه ضمان بعمل عمله للمشتري بأمره فكان على المشتري تخليصه عنه.

ولو قبضه المشتري بغير إذن البائع فهلك لم يضمن إلا الثمن؛ لأنه مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضمونًا بالقيمة نفيًا لتوالي الضمانين وليس على الوكيل ثمن فيكون مضمونًا عليه بالقيمة.

ولو قبضه الوكيل ثم أعتقه المشتري وهذا وموته في يد الوكيل سواء؛ لأنه عجز عن رده بإعتاق المشتري.

ولو أمر المشتري رجلا أن يعتقه قبل القبض فأعتق يضمن القيمة قياسًا وهو قول أبي يوسف الأول؛ لأن العتق قبض حكما فيعتبر كما لو قبضه الوكيل حسا وفي الاستحسان لا يضمن إلا الثمن؛ لأن عتق الوكيل لا ينفذ إلا بإذن المشتري فصار مضافا إلى المشتري كأنه أعتقه بنفسه فلم يسقط إذن المشتري في حق البائع بخلاف القبض؛ لأن الوكيل يتصور منه القبض بغير إذن المشتري فسقط إذنه في حقه وصار الوكيل كأجنبي قبضه عن البائع.

ولو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأنه ينكر القبض، ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول للبائع.

ولو قال البائع للمشتري: قطعت يده فصرت قابضًا، وقال المشتري: لا بل أنت قطعت وانفسخ البيع فيها لم يقبل قول واحد منهما على الآخر إلا بحجة ويجعل كأنها تلفت بآفة سماوية.

(**المنتقى**): اشترى بابًا فقبضه بغير إذن البائع وسمّره بمسامير حديد أو كان ثوبا فصبغه أو أرضا فبناها أو غرسها فللبائع أن يأخذها ويحبسها؛ لأن حق الحبس لا يبطل بتصرف المشتري بغير إذن البائع، فإن قال البائع أنا أنزع المسمار وأقلع الكرم ليعود الرهن كما كان، فإن لم يكن في نزعه ضرر فله أن ينزعه، وإن كان فلا.

فإذا هلك في يد البائع ضمن البائع قيمة المسمار والصبغ.

اشترى أمة فقبضها بغير إذن البائع قبل نقد الثمن فولدت ولدًا يساوي ألفًا ثم زادت قيمته ثم البائع استرد الأمة دون الولد فماتت في يده، فإن شاء المشتري نقض البيع ورد الولد، وإن شاء أمسك الولد بحصة قيمته من الثمن يوم الخصومة؛ لأن الزيادة الحادثة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن إلا أنه لما هلكت الأم فقد تفرقت عليه الصفقة قبل تمامها فله حق النقض.

(**الجامع**): أصله: إن كان فعل يصير به الإنسان غاصبا يصير به البائع مستردا؛ لأن المبيع خرج عن ضمانه بقبض المشتري فلا يعود إلى ضمانه إلا بفعل لجواز أن يناط به الضمان.

أحدث المشتري بالمبيع عيبا قبل القبض فهو قابض لما مر، فإن منعه البائع بعد ذلك صار مستردا؛ لأن به يصير غاصبًا كالمودع إذا جحد الوديعة، ولبس البائع وركوبه منع ابتداء به أو بقي عليه؛ لأن به يصير غاصبا؛ لأن فعل اللبس والركوب لا يطلق له بعد البيع فصار به مستردا أو دوام اللبس وركوبه كإنشائه، ألا ترى أن من استعار ثوبًا أو دابة فداوم على اللبس والركوب بعد مضي اليوم يضمن.

وكون الثوب على عاتقه أو في يده وإمساكه لجام الدابة ليس بمنع؛ لأنه لا يصير به غاصبًا؛ لأنه مطلق له ذلك الحفظ فلا يصير به مستردا، ولو هدم المشتري بناء الدار صار قابضًا.

فإن سكنها البائع ابتداء وبقاء ولم يمنعها حتى عرفت لا يصير مستردا عندهما؛ لأن غصب العقار لا يتصور عندهما، وعند محمد يصير مستردا؛ لأن الغصب يتصور عنده، ولو قبض المبيع بغير إذن البائع وباعه من آخر فمات عند الآخر فللبائع الأول أن يضمنه قيمته؛ لأنه بمنزلة الغاصب في حق البائع الأول؛ لأنه أبطل حقه في حبسه العين، فإن أخذ منه القيمة فهلكت في يده بطل البيعان؛ لأن القيمة بمنزلة العين وهلاكها في يده ينزل منزلة هلاك العين.

ولو لم تهلك القيمة حتى نقد المشتري الأول الثمن كانت القيمة للمشتري الأول؛ لأنه انتقض ذلك البيع برد القيمة، كما لو انتقض برد العين ويتصدق بما زاد على الثمن إن كان من جنسه؛ لأنه يمكن فيه شبهة الربا؛ لأن للقبض مثابة بالعقد

والمشتري قبض ألفين من البائع أو أعطاه ألفًا وهذا في حقيقة العقد ربا حقيقة ففي شبهة العقد يكون ربا شبهة ويرجع الآخر على بائعه بالثمن إن كان أعطاه والله أعلم.

(باب التصرف في المكيل والموزون [ونحوه] [1] قبل الكيل والوزن)

مسائله على ثلاثة أوجه:

في وجه يحتاج فيه إلى الكيل والوزن مرتين.

وفي وجه يكفيه كيل أو وزن مرة واحدة.

وفي وجه لا يحتاج فيه إلى الكيل أو الوزن أصلا.

أما ما يحتاج فيه إلى الكيلين والوزنين: وهو أن يشتري المسلم إليه كر حنطة من آخر وأمر رب السلم أن يستوفيه من سلمه ينبغي أن يكيل للمسلم إليه أولا ثم لنفسه ثانيا نص عليه في (الجامع).

وكذا في بيع العين لو اشترى مكيلا واكتاله بحضرة رجل ثم باعه منه فعلى الرجل أن يكتاله ثانيا[2].

وأصله ما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ صاعَانِ، صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي**"[3] ولأنه وجد عقدان، وكل واحد يوجب كيلا لإباحة التصرف؛ لأن الكيل من تمام التسليم والقبض؛ لأن قدر المبيع لا يمتاز عن غيره إلا بالكيل والوزن بدليل أنه لو وجده أزيد فالزيادة للبائع، ولو وجده أنقص رجع بحصته من الثمن فلا يجوز التصرف فيه قبل ظهور قدر المبيع بالكيل والوزن فكان الكيل من تتمة التسليم والقبض وهنا يحتاج إلى قبض

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): وغيره.

(٢) انظر: رد المحتار ٣٠٩/٥، والمغني مع الشرح الكبير ٢٢٠/٤.

(٣) أخرجه عبد بن حميد (١٠٦٠) قال: أخبرنا عبيد الله بن موسى. و«ابن ماجه» (٢٢٢٨) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع. كلاهما: (عبيد الله، ووكيع بن الجراح) عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن أبي الزبير، فذكره.

المشتري الأول وقبض المشتري الثاني وقدر المبيع.

وإن تعين يكيل المشتري الأول بحضرة المشتري الثاني ولكن الكيل أقيم مقام القبض لتمييز قدر المبيع في الأصل مدار الحكم على الكيل لا على المعنى.

وأما ما يحتاج فيه إلى الكيل والوزن مرة: وهو أن يشتري المسلم إليه حنطة مجازفة أو استقرض أو استفاده من أرضه أو بالإرث ثم أوفى رب السلم أو في بيع العين. اشترى حنطة مجازفة أو استقرضها فباعها من غيره مكايلة، فإنه إن كاله بحضرة المشتري أو رب السلم لا يكال ثانيا؛ لأن الكيل لا يحتاج إليه في حق البائع لجواز تصرفه فيما اشتراه مجازفة أو استقرضه؛ لأنه جاز تصرفه فيه قبل كيله؛ لأن المبيع هو العين المشار إليه لا المقدار في بيع المجازفة والقرض إعارة معنى، وإن كان مبادلة له صورة فكان الواجب رد قدر المقبوض دون المذكور في القرض فصار كالشراء مجازفة والمستفاد من أرضه ملكة بغير عوض فلا بد مبادلة، وإنما يحتاج إلى الكيل في حق المشتري؛ لأن المبيع هو القدر والقدر لا يظهر إلا بالكيل وقدر المبيع صار معلومًا لهما بكيل واحد، وإن كاله عند غيبة المشتري يكال ثانيا؛ لأن الكيل من تتمة التسليم فلا بد من مسلم إليه حاضرا؛ لأن التسليم إلى الغائب لا يتصور.

وأما ما لا يحتاج فيه إلى الكيل والوزن أصلا: وهو ما اشتراه مجازفة أو أخذه قرضا فباعه مجازفة قبل أن يكيله أو تصرف فيه جاز كما بينا.

ولو اشتراه مكايلة شراء فاسدا فقبضه بغير كيل ثم باعه وقبضه المشتري فالبيع الثاني جائز؛ لأن إعادة الكيل إنما يعتبر في البيعين صحيحين؛ لأن المبيع في البيع الفاسد يملك بالقبض والقبض ورد على الكل فصار بمنزلة القرض، ولو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز تصرفه فيه قبل كيله؛ لأن الكيل من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض أصلا فلأن يجوز قبل تمامه أولى كما في المهر المكيل قبل كيله، ولو اشتراه مكايلة ثم باعه مجازفة قبل أن يكيله لم يجز في ظاهر الرواية.

وذكر ابن رستم في نوادره: أنه يجوز؛ لأن القدر كما هو مبيع فالعين المشار إليه

مبيع فمتى باعه مكايله فقد باع القدر مع العين والقدر غير مقبوض قبل الكيل فلم يجز ومتى باعه مجازفة فقد باع العين لا القدر والعين مقبوض فجاز. وجه ظاهر الرواية أن قدر المبيع العين لا يظهر في حق البائع إلا بالكيل والعين مقبوض والقدرغير مقبوض فمتى باعه مجازفة فقد باع مقبوضا وغير مقبوض صفقة واحدة فلا يجوز الكل.

وأما إذا اشترى ثوبًا مذارعة على أنه عشرة أذرع ولم يبين حصة كل ذراع من الثمن جاز له أن يتصرف فيه قبل الذرع؛ لأن الذرع يجري مجرى الصفة فكان المبيع هو الثوب المشار إليه؛ لا القدر وأنه متعين مشار إليه من غير ذرع فصار كما لو اشتراه مجازفة على أنه جيد.

وإن بين لكل ذراع ثمنا لا ينصرف فيه قبل الذرع؛ لأن المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر؛ لأن الذرع بمنزلة القدر متى بين لكل ذرع ثمنا وإنما يظهر قدر المبيع بالذرع فكان الذرع من تمام القبض.

وأما إذا اشترى عدديا عددا ذكر في الجامع الصغير لا يتصرف فيه ما لم يعده لنفسه قيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز؛ لأن العد بمنزلة الذرع؛ لأن تبعيض البعض يوجب نقصانا بالباقي فإن الكبار متى ميز من الجوز يصير الباقي ناقصا كما في الذرعيات، ولهذا لا يجري الربا بين المعدودين كما لا يجري بين المذروعين وكلام أبي حنيفة أوضح؛ لأن القدر متعين بالعد كما في الكيل، فإن الزيادة هنا مردودة، فإن من اشترى جوزا على أنه ألف فوجده ألفا وزيادة يلزمه رد الزيادة وإن انتقص رجع بحصته من الثمن فقد ساوى المكيل فيما يتعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة، وإن لم يكن مال الربا.

ولو اشترى كرًّا على أنه عشرة أقفزة فكاله فوجده أزيد من عشرة فالزيادة للبائع؛ لأن قدر المبيع عشرة أقفزة فإن كاله ثانيا فوجده أنقص لا يكملها؛ لأنه ظهر قدر المبيع بالكيل الأول وصار مسلما فلا يعتبر بالكيل الثاني وإن كاله أولا فوجده أنقص من عشرة يطرح من ثمنه، وإن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن شاء ترك لتفرق الصفقة عليه، فإن كاله ثانيا فوجده عشرة لا يزاد على الثمن وإلا فيبطل خياره والعبرة للكيل الأول.

(**الجامع**): ولو اشترى كر حنطة فكاله فزاد ومثله يزيد بين الكيلين فهو له، وإن

كان مثله لا يزيد بين الكيلين رد الزيادة على بائعه؛ لأن المكيل والموزون يتعين مبيعا بالكيل والوزن والكيال والوزان مجتهد فيه والمجتهد يخطئ ويصيب فسقط عنه ما ليس في وسعه الاحتراز عنه ولو ولاه آخر فكاله فزاد ومثله يزيد بين الكيلين فهو للمشتري الأول؛ لأن سلم للثاني جميع ما اشتراه والزيادة إنما ظهرت وتفرعت من الكيل الأول والتفرع من الأصل يكون لصاحب الأصل ولأن الثاني لو كاله فانتقص عن الكر فالنقصان على الأول فكذا إذا زاد فالزيادة له ليكون الخراج بالضمان.

ولو باع المشتري قفيزا من الكر ثم باع الباقي رجلا على أنه كر بالثمن الذي اشتراه فكاله فوجده كرًّا يقسم الثمن على أحد وأربعين فما أصاب أربعين يأخذه به؛ لأنه لما استوفى ثمن قفيز لم يبق ثمن الباقي جميع ما سماه في البيع الأول فكان هذا خيانة منه في التولية فيحط قدر الخيانة.

(**المبسوط**): ولو قال رب السلم للمسلم إليه: كُل الطعام في غرائري أو اطحنه ففعل وهو غائب لم يكن قبضا وفي بيع العين يكون قبضا فيهما؛ لأن في السلم أمره لم يصادف ملكه؛ لأن المسلم فيه لا يصير ملكا له قبل القبض فلم يصح أمره فصار المسلم إليه مستعيرا الغرائر منه فلم تبق الغرائر في يده حقيقة ولا تقديرا فلم يصر ما فيها واقعًا في يده وفي بيع العين أمر المشتري صادف ملكه؛ لأن العين صار ملكا بالبيع فصح أمره فصار البائع وكيله في إمساك الغرائر فبقي الغرائر في يده ببقاء يد نائبه فصار الواقع فيها واقعا في يده حتى لو أمر البائع أن يكيله في غرائر نفسه أو في جانب بيته فكاله لم يصر قابضًا؛ لأنه لا يد للمشتري على الغرائر والبيت.

(**النوادر**): وإن كان رب السلم حاضرًا في منزل المسلم إليه فكاله بحضرته لا يصير قابضًا ما لم يخل بينه وبين الطعام؛ لأن القبض إنما يثبت إما بالأخذ بتراجمه أو بالتخلية ولم يوجد واحد منهما.

وإن خلى بينه وبين الطعام هل يصير قابضًا رُوي عن أبي يوسف أنه لا يصير قابضًا بالتخلية في منزل البائع، وذكر هشام عن محمد أنه يصير قابضًا؛ لأن صحة

التخلية إنما يكون بإزالة البائع يده عن المبيع حقيقة ويمكنه من قبضه وقد أزالها حين خلى بينه وبين المبيع ومكنه من قبضه فصحت التخلية.

لأبي يوسف: إن التخلية لم تصح؛ لأن من شرط صحة التخلية زوال يد البائع عن المبيع بدليل أنه لو كان في يده حقيقة وقال: خليتك لا يصير قابضًا وهنا يد البائع قائمة عليه معنى؛ لأن المنزل في يده بما فيه يكون في يده أيضًا.

قال أبو يوسف: لو استعار المشتري من البائع جولقًا بغير عينه وأمره أن يكيل فيه فكاله، فإن كان المشتري حاضرًا يصير قابضًا بالتخلي، وإن كان غائبا فلا وإن استعار جولقا بعينه فكاله فيه صار قابضًا عند أبي يوسف، وعند محمد لا يصير قابضًا حتى يقبض الجولق فسلمه إليه؛ لأن في العارية لا تثبت يده على المستعار قبل القبض وما لم يتم العارية لا يصير الغرائر للأمر ملك منفعة فلا يحصل المبيع في غرائره بأمره فلا يصير قابضًا.

لأبي يوسف: أنه إذا قبض ثم رده على المالك انتقضت يد العارية فصار الحكم قبل القبض وبعده سواء لكن إذا عين الجوالق أنزلنا التعيين منزلة القبض؛ لأن مقصوده من الإعارة تصحيح القبض لا إعارة الغرائر بعينها فشرطنا التعيين ولم يشترط القبض تصحيحًا لقصده.

ولو استقرض من رجل حنطة فدفع إليه غرائر ليكيلها فيه ففعل لم يصر قابضًا؛ لأنه بمنزلة السلم، وكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف لو قال: زن لي الألف التي عليك في هذا الكيس ودفعه إليه فوزن الألف وجعلها في الكيس لا يكون قابضًا لألفه.

ولو اشترى كرًّا من طعام فقال له كل في هذا الوعاء كان قبضًا لما مر.

ولو اشترى منه كرًّا بعينه وله على البائع كر دين فأعطاه جولقا وقال: كلهما فيه فهو قابض عند أبي يوسف كال الدين أولا أو العين، وقال محمد رحمه الله: إن كال العين أولا صار قابضًا لهما وإلا فلا؛ لأن العين وقع في يد المشتري، فإذا خلط الدين بالعين يصير الدين واقعا في يده لاتصاله بملكه كمن استقرض كر حنطة من رجل وأمره بأن يزرعه في أرضه فزرع صار صاحب الأرض قابضًا بالاتصال بملكه فكذا هذا.

وإن كال الدين أولا لم يصر قابضًا للدين؛ لأنه انقطعت يد المشتري عن الجوالق؛ لأنه صار معير الجوالق منه لما بينا فبقي ملك البائع، فإذا خلط العين به فقد خلط ملك المشتري بملك نفسه فصار مستهلكًا المبيع قبل التسليم فينتقض البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما كانا شريكين فيه لما عرف.

وذكر في (**المنتقى**): اشترى سمنًا أو عسلًا في ظرف أو عينًا في وعاء كل رطل بكذا على أن يزيد الظرف من وزنه جاز ولا يتصرف فيه حتى يزن الظرف عند محمد؛ لأن المبيع لا يعلم إلا بوزن الظرف.

وقال أبو يوسف: له ذلك قبل وزن الظرف؛ لأن المبيع معلوم وهو ما يبقى بعد وزن الظرف لا يزداد ولا ينتقص.

وذكر في (**الجامع الصغير**): لو باع زيتًا على أن يزنه بزقه فيطرح مكان الزَّقّ[1] خمسة أرطال لا يجوز؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى العقد؛ لأن مقتضاه أن يطرح عنه مقدار وزن الظرف لا خمسة أرطال، وإن شرط أن يطرح بوزن الزق أو لمكانة خمسة دراهم جاز؛ لأن حط بعض الثمن لأجل الزق جائز.

اشترى حنطة مكايلة كان الكيل على البائع؛ لأنه من تمام التسليم وصبها في وعاء المشتري على البائع أيضًا لمكان عادات الناس وكذا صب الماء من القربة على البائع لمكان العادة.

(**المبسوط**): ذكر محمد في المأذون لو اشترى عشرة أرطال زيت بدرهم وأمره أن يكيله في قارورة فلما كال رطلا انكسرت فهو على وجهين: إما أن كانت القارورة صحيحة أو مكسورة، فإن كانت صحيحة فانكسرت فلا يخلو إما أن دفع المشتري القارورة إلى البائع أو أمسكها بيده وأمر بالصب فيها، فإن دفع القارورة إلى البائع وهي صحيحة فكال فيها رطلا فانكسرت ثم صب الباقي فيها فسأل ينظر إن كانا لا يعلمان بالانكسار فالرطل الأول هلك على المشتري ولزمه حصته من الثمن والباقي على البائع؛ لأن البائع في الرطل الأول ممتثل أمر المشتري وفي

---

(١) الزَّقُّ: وعاءٌ من جلدٍ يُجَزُّ شعرُهُ ولا يُنْتَف، للشراب وغيره.

الباقي لا؛ لأن أمر المشتري بصب الدهن أمر بالتحصين والحفظ؛ لأن القارورة بحال يستمسك الدهن متى كانت صحيحة وقت الأمر بالصب وليس بأمر باستهلاك وصب الرطل الأول فيها صب تحصين؛ لأنه صب فيها وهي صحيحة فكان بأمر المشتري فصار به قابضًا وصب الباقي فيها استهلاك وليس بتحصين فصار البائع مخالفا أمر المشتري فلا يصير به قابضًا.

ولو بقي من الرطل الأول فيها شيء فصب البائع الرطل الثاني في القارورة ضمن البائع ذلك الباقي من الرطل الأول يمثله؛ لأن الباقي للمشتري وقد خلطه البائع بزيت نفسه بغير أمر المشتري فصار مستهلكا للباقي فضمن مثله.

وأما إذا كانت القارورة بيد المشتري لم يذكره محمد في الكتاب وقالوا: يكون هلاك الكل على المشتري؛ لأنه متى أمسك القارورة بيده فمتى انكسرت بعدما صب البائع فيها رطلا ثبت من المشتري أمر مبتدأ جديد في كل ساعة بالصب فيها دلالة؛ لأن البائع إنما يصب فيها بتمكن المشتري فيكون المشتري معينا له بالصب فيها فيكون هذا أمر مبتدأ بالصب دلالة.

وكذلك إن كان المشتري عبدا مأذونا؛ لأن القارورة متى كانت في يده فالدهن يحصل في يده فيصير قابضًا وقبض المأذون باليد صحيح إن كان لا يصح قبضه بالأمر بالاستهلاك، وإن كانت القارورة مكسورة وقت الأمر بالصب، إن كانت مدفوعة إلى البائع وهما لا يعلمان بانكسارها فالهلاك على المشتري ولزمه جميع الثمن؛ لأنه يكون أمرًا بالتضييع والاستهلاك لا بالتحصين والإمساك؛ لأن التحصين لا يتحقق متى كانت القارورة مكسورة والمشتري يصير قابضًا بالأمر بالاستهلاك.

وكذلك إن كان المشتري عبدًا مأذونا؛ لأن هذا من المأذون أمر بتحصين المبيع من وجه من حيث إنه لا يعلم بانكسار القارورة وأمر بالاستهلاك من وجه فاعتبرناه أمر تحصين إذا كانا لا يعلمان بانكسارها فيصير المشتري به قابضًا واعتبرناه أمر تضييع متى كانا يعلمان بذلك توفيرا على الأمرين حظهما هذا كله إذا كانا لا يعلمان بانكسارها، فإن كانا يعلمان به، فإن كان المشتري حرًّا يكون الهلاك عليه.

وإن كان عبدًا مأذونا يكون على البائع؛ لأن في هذه الحالة يكون أمرا

بالاستهلاك من كل وجه والأمر بالاستهلاك يصح من الحر دون العبد، وإن كانت القارورة في يد المشتري فالهلاك عليه حرًّا كان أو عبدًا؛ لأن المبيع وقع في يده والحر والعبد سواء في القبض باليد.

وذكر في (**المنتقى**): لو اشترى سمنًا فدفع إلى البائع ظرفًا ليزنه فيه وفي الظرف خزق يعلم به البائع دون المشتري فتلف فهو على البائع؛ لأنه هو الراضي بالتلف، وإن علم به المشتري دون البائع أو علما فهو على المشتري؛ لأنه هو الراضي بالتلف.

ولو قال للبائع: ابعث هذا الوعاء مع غلامك إليّ، ففعل فانكسر في الطريق فهو على البائع.

ولو قال: ادفعه إلى غلامك فهو على المشتري؛ لأنه يصير وكيلًا له.

(باب بيع المكيل والموزون والمذروع يزيد أو ينقص)

(**المبسوط**): باع دارًا على أنها ألف ذراع كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة إن شاء أخذها [بحصتها][1]، وإن شاء تركها لتفرق الصفقة عليه، وإن وجدها زائدة إن شاء أعطى حصة الزيادة أو ترك؛ لأنه لما سَمّى لكل ذراع ثمنًا على حدة صار أصلًا؛ لأنه يحتمل أن يصير مقصودًا؛ لأن وجوده يزيد في قدر الأصل وقيمته فلا يسلم الزيادة للمشتري بغير شيء إلا أنه يلزمه زيادة ثمن لم يكن لازمًا في العقد فيخير.

ولو لم يُسمّ لكل ذراع ثمنًا سُلمت الزيادة للمشتري بغير شيء؛ لأن الذرع يجري مجرى الصفة؛ لأنه يزيد في الطول والعرض وطول الشيء وعرضه صفته والصفة تابعة للموصوف فيستحق باستحقاق الأصل، كما لو اشتراه على أنه رديء فوجده جيدًا أو عبدًا على أنه أعمى فوجده بصيرًا إلا أنه يحتمل معنى الأصالة، فإذا أفرده بالثمن صار أصلا وإلا يبقى تبعًا.

وإن انتقص يخير؛ إن شاء أخذها بكل الثمن أو تركها، وكذلك هذا في سائر المذروعات.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

(النوادر): لو اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فوجده عشرة أذرع ونصف أخذه بعشرة إن شاء، وإن وجده تسعة ونصف أخذه بتسعة إن شاء عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف: إن وجده عشرة ونصف أخذه بأحد عشر، وإن وجده تسعة ونصف أخذه بعشرة إن شاء؛ لأنه لما صح الشرط صار كل ذراع في حكم المقابلة كثوب على حدة بيع على أنه ذراع إذا انتقص لم ينتقص من ثمنه شيء ويخير فكذا هذا.

وقال محمد: إن وجده عشرة ونصف أخذه بعشرة ونصف، وإن وجده تسعة ونصف أخذه بتسعة ونصف لأن من ضرورة مقابلة كل ذراع بدرهم مقابلة نصفه بنصف درهم.

والصحيح قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الذرع بمنزلة الصفة كأطراف العبيد وإنما صار أصلا بشرط أن يسمي له ثمنا على حدة ولم يسم لما دون الذراع ثمنا؛ لأن الدرهم مقابل بالذراع والشرط مقيد به وقد عدم الذراع فيما زاد على العشرة فبطل الشرط فبقي وصفا كما كان.

وقالوا: وهذا في مذروع يتفاوت جوانبه، فأما في مذروع لا تتفاوت جوانبه كالكرباس إذا اشتراه على أنه عشرة أذرع بكذا فوجده زائدًا لا تسلم له الزيادة؛ لأنه إذا كان لا يضره الفصل تعتبر أشياء كما هو في الحقيقة كالموزون.

اشترى حنطة مجازفة في البيت فوجد فيها دكانا فله الخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء تركها، وكذا لو اشترى بئرا من حنطة على أنها كذا وكذا ذراعًا، فإذا هي أقل من ذلك فله الخيار.

ولو كان طعاما في حب، فإذا نصفه تبن يأخذه بنصف الثمن؛ لأن الحب وعاء يكال به فصار المبيع حنطة مقدرة والبيت والبئر لا يكال بهما فصار المبيع حنطة غير مقدرة لكن البائع أطمعه في شيء فوجده بخلافه وذا يوجب الخيار ولو اشترى سمكة على أنها عشرة أرطال ووزن البائع عليه فوجد المشتري في بطنها حجرًا يزن ثلاثة أرطال فهو بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن الوزن هنا

جار مجرى الجودة والوزن يجري مجرى الصفة في بعض الأشياء كما في اللآلئ والجواهر فهاهنا كذلك وفوات الوزن بمنزلة العيب، فإن شواها قبل أن يعلم والمسألة بحالها تقوم السمكة عشرة أرطال وتقوم سبعة أرطال فيرجع بحصة ما بينهما من الثمن؛ لأنه تعذر الرد بالعيب فيرجع بنقصان العيب.

(**الجامع**): أصله: أن القدر فيما لا يضره التبعيض اعتبر أصلا وفيما يضره التبعيض اعتبر وصفا؛ لأن فواته يوجب عيبًا ونقضا بالباقي، ولهذا لو اشترى قلب فضة بذهب على أن وزنه عشرة فوجده أحد عشر فالزيادة للمشتري؛ لأن القلب مما يضره التبعيض فاعتبر القدر وصفا والبيع متى ورد على ما يتبعض وعلى ما لا يتبعض فالزيادة والنقصان على المسمى يصرف إلى ما يتبعض؛ لأنه يحتمله.

اشترى زق زيت بمائة على أن الزق وما فيه مائة رطل فوجد الزق عشرين والزيت سبعين كان النقصان من الزيت وسقط حصته وله الخيار؛ لأن الزيت يزيد وينقص والظرف لا يزيد ولا ينقص فيصرف النقصان إلى الزيت والقدر في الزيت أصل؛ لأنه مما لا يضره التبعيض فيطرح حصة النقصان من الثمن، فإن وجد الظرف ستين إن كان لا يباع مثله عادة يرد بالعيب؛ لأن ثقل الظرف على وجه لا يكون في مبايعات الناس يعد عيبا؛ لأنه يوجب نقصا فيما هو المقصود بالبيع وهو الزيت.

ولو وجد مائة وخمسين رطلا الظرف مائة والزيت خمسون فالبيع فاسد؛ لأن المبيع من الزيت ما يبقى بعد وزن الظرف إلى تمام المائة، فإذا استغرق وزن الظرف المائة فقد عدم ما هو المبيع من الزيت ففسد البيع فيه لعدمه وفسد في الزق أيضًا لجهالة ثمنه فيصير كأنه اشترى شيئين وأحدهما معدوم.

ولو وجد الزيت مائة والزق عشرين يرد من الزيت عشرين؛ لأن الزيادة مصروفة إلى الزيت؛ لأن المبيع من الزيت ما بقي بعد وزن الزق إلى تمام المائة وذلك ثمانون رطلا ولا خيار له؛ لأنه سلم له شرطه، وكذلك لو كان الزيت على حدة والزق على حدة فاشتراهما جملة تصرف الزيادة والنقصان إلى الزيت كما بينا.

وإن اشترى الزيت في ظرف والسمن في ظرف على أن كله مائة رطل بغير ظرف فالمبيع من كل واحد منهما النصف ومتى زاد من أحدهما فالزيادة للبائع وإن

نقص يسقط حصته من الثمن وله الخيار؛ لأن الوزن في كل واحد أصل وقد أضاف البيع إليهما على السواء فيكون بائعًا من كل واحد خمسين رطلا، وكذلك في الحنطة والشعير، وكذلك إذا ورد البيع على ثلاثة أشياء موزونة يكون بائعًا من كل واحد الثلث أصله أن المبيع إن كان عينا مشارا إليه بيع بشرط الكيل فالزيادة الحادثة قبل الكيل للبائع وبعده للمشتري؛ لأن قدر المبيع لا يظهر إلا بالكيل فلا يتعين ملك المشتري إلا بالكيل فتكون الزيادة قبل الكيل حادثة على ملك البائع وبعده حادثة على ملك المشتري، وإن لم يكن المبيع عينا مشارا إليه فالزيادة الحادثة بعد الكيل قبل القبض للبائع وبعد القبض للمشتري؛ لأن غير المعين لا يتعين إلا بالقبض كما في السلم؛ لأن في التعيين ضرب ملك وهو ملك التصرفات فلا يثبت إلا بالعقد أو بما له شبهة بالعقد.

ثم المسائل على أوجه:

إما أن اشترى قفيزا بعينه أو قفيزا من صُبرة أو تبايعا قفيزًا بقفيز بأعيانهما أو بقفيز بعينه وقفيزا بغير عينه وكل وجه لا يخلو إما أن ابتل وازداد أو انتقص قبل الكيل والقبض أو بعده.

أما إذا اشترى طعامًا على أنه قفيز بدرهم فابتل قبل الكيل ثم كاله، فإذا هو قفيز وربع بسبب البلل، فإن شاء أخذ منه قفيزًا، وإن شاء ترك؛ لأن حقه في القفيز لا غير؛ لأنه شرط له قفيزًا واستحقاق المشتري لا يتجاوز عما شرط له والزيادة حدثت قبل الكيل فتكون للبائع وإنما يخير لمكان العيب؛ لأن نداوة الحنطة عيب.

وإن ازداد بعد الكيل بمحضر المشتري قبل القبض فالزيادة له؛ لأنه تعين ملكه فيه بالكيل وإنما بقي التسليم لا غير فكانت الزيادة حادثة على ملكه وتخير لمكان البلل؛ لأنه عيب حادث قبل القبض.

وإن انتقص بعد الكيل أخذه بجميع الثمن ولو انتقص قبله أخذه بحصته من الثمن إن شاء لما عرف.

وأما إذا اشترى قفيزًا من صُبرة بدرهم فعزل البائع منها قفيزًا وكاله للمشتري ولم يسلمه فأصاب الصُّبرة والمعزول ماء وزاد كل قفيز ربعا فللبائع أن يعطي

المشتري قفيزًا لا غير من أي الطعامين شاء وللمشتري الخيار في قبوله؛ لأن المبيع غير متعين فلا يتعين إلا بالقبض بدليل أنه لو هلك القفيز المعزول لا ينتقص البيع فصار إفرازه بالكيل هدرًا ولو نقص الصُّبرة والمعزول بأن كان نديا فجف كان له قفيز تام، ولا خيار لواحد منهما؛ لأن النقصان حدث قبل تعين ملك المشتري فيه فصار كما لو حدث قبل الكيل فيما إذا كان المبيع عينًا.

ولو اشترى قفيزًا من صُبرة فقبض قفيزًا من جملتها ثم رده بعيب انتقص المبيع؛ لأنه تعين مبيعا، وأما إذا تبايعا قفيزًا بقفيز بأعيانهما فابتل أحدهما بعد الكيل قبل القبض فزاد ربعا فذلك للمشتري وتخير؛ لأن الزيادة حدثت بعد الكيل في المبيع العين فسلمت له ولا يفسد البيع لمكان الزيادة؛ لأن هذه الزيادة ملكت بملك الأصل لا بالبيع فلا يكون ربعًا وصار كالنخلة المشتراة إذا أثمرت قبل القبض وكالعقر للجارية المبيعة قبل القبض إذا زاد على الثمن لا يفسد البيع فكذا هذا.

ولو كانت الزيادة قبل الكيل تخير صاحب الطعام اليابس بين أخذ قفيز وبين الترك عندهما، وقال محمد يفسد البيع؛ لأن الكيل بمنزلة إنشاء العقد؛ لأنه يظهر قدر المبيع ويفيد له ملك التصرفات فيه فأشبه ابتداء العقد كأنه باع اليابسة بالمبلولة وذلك جائز عندهما خلافا لمحمد رحمه الله.

وأما إذا تبايعا قفيزًا من صُبرة بقفيز بعينه فكال صاحب الصبرة قفيزًا منها ولم يسلمه إليه حتى أصابها والمعزول ماء فصاحب القفيز اليابس بالخيار إن شاء أخذ قفيزًا رطبا، وإن شاء ترك؛ لأنه لا يتعين حقه فيه بالكيل ما لم يقبض.

وعند محمد يفسد البيع ولو ابتل المعزول خاصة فعليه تسليم قفيز من اليابس ولا خيار لواحد منهما؛ لأن المعزول لم يتعين مبيعا.

اشترى كرًّا بمائة درهم على أنه أربعون قفيزًا فاكتاله وتقابضا فابتل فصار خمسين فأفسده الماء ثم باعه مرابحة أو تولية أو لم تبين جاز؛ لأنه تعيب بآفة سماوية والعيب السماوي لا يمنع المرابحة وللمشتري منه أربعون قفيزًا وبقيت له عشرة أقفزة؛ لأن الزيادة بعد الكيل حدثت من ملكه الصحيح في ضمانه فيكون طيبة له، فإن باع هذه العشرة الزائدة مرابحة أو تولية باعها على خمس الثمن؛ لأن ذلك

حصتها في العقد الأول وهذا على قياس قولهما وعلى قياس قول أبي حنيفة لا تبيع هذه العشرة مرابحة؛ لأنه وصل إليه جميع رأس المال فيكون ثمن هذه الأقفزة الزائدة ربحا حصل له بالبيع الأول فيجب طرحه من الثاني عنده، وإذا طرحت لا يبقى لهذه الزيادة ثمن فلا يبيعها مرابحة ولا تولية.

ولو أصابه الماء بعد الكيل الثاني قبل القبض أخذ المشتري كله بكل الثمن إن شاء؛ لأنه ازداد بعدما تعين حقه في المبيع فتكون الزيادة له وتعيب المبيع فتخير.

اشترى كرا وكاله وتقابضا ثم تقايلا وكاله البائع فنقض أو ازداد ما يكون بين الكيلين فهو للبائع بزيادته ونقصانه ولا يحط شيء من الثمن؛ لأن الإقالة فسخ في حقهما فيعود إليه قديم ملكه فكانت الزيادة والنقصان من قديم ملكه ومراعاة الكيل إنما تجب فيما يملكه ملكا جديدا لا فيما يعود إلى قديم ملكه كما لو حصل الفسخ بخيار الرؤية أو الرد بالعيب بالقضاء، وكذلك لو أصابه ماء فازداد، فإن كان الماء أفسده ولم يعلم البائع فله الرد بالعيب فتبطل الإقالة ويعود البيع؛ لأنه تعيب في يد المشتري.

وفي الرطب إن جف فانتقص عند المشتري ثم تقايلا فلا خيار له؛ لأنه لم يتعيب لما عرف، والله أعلم.

(باب التصرف في المبيع قبل القبض)

ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض[1]؛ ولأنه يمكن فيه غرر انفساخ العقد بهلاك المبيع قبل القبض فيصير المشتري بائعا ملك الغير، والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع فيه غرر، وكذا لا يجوز التصرف في كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد بهلاكه قبل القبض كالأجرة وبدل الصلح وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل القبض

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٤٢٥/٤، وابن عابدين ٥٦/٥ ط. بولاق ١٢٧٢هـ، والحطاب ٤١٧/٥ ط. النجاح، والهداية ٢٣٦/٣، والبدائع ٢٠٦/٤، وحاشية الدسوقي والشرح الكبير ٧/٤، ٨، والمهذب ٤٠٣/١، والمغني مع الشرح الكبير ٣٥/٦، ٥٥.

كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد؛ لأنه لم يتوهم فيه غرر انفساخ فانتفى المفسد ووجد المطلق وهو الملك فجاز.

ويجوز بيع العقار قبل القبض عندهما خلافا لمحمد والشافعي رضي الله عنهما.

لهما: أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المبيع قبل القبض مطلقًا[1].

لنا: أنه وجد المطلق للتصرف وهو الملك وانعدم المفسد وهو غرر انفساخ العقد بهلاكه؛ لأن هلاك العقار لا يتصور عادة؛ لأن المبيع هو العرصة وهلاكها غير متصور عادة حتى لو كان العقار على شط البحر والنهر لا يجوز بيعه قبل القبض، وكذا لو كان المبيع علوًا لا يجوز بيعه قبل القبض لتصور هلاكه والنهي ورد في المنقول؛ لأن القبض المطلق هو القبض الحقيقي وذلك يتحقق في المنقول دون العقار.

ثم إن كان المشتري الأول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ؛ لأنه قادر على التسليم؛ لأن البائع لا يمنع المبيع عنه، وإن لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الصحيح كبيع المرهون.

ولو اشترى عبدًا بعقار قيل يجوز بيع العبد قبل القبض؛ لأنه لا ينفسخ العقد بهلاك العبد وقيل لا يجوز لأن بهلاك أحد العوضين إن لم ينفسخ العقد ولكنه يفسد في العوض الآخر والمرء كما لا يشتري مال الغير لا يرضى بالفساد.

وإجارة العقار قبل القبض قيل على هذا الخلاف وقيل لا يجوز بلا خلاف لأن المعقود عليه في الإجارة المنفعة ومنفعة العقار يتصور هلاكها قبل القبض بهلاك البناء فيتمكن فيه الغرر.

وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته لأنها بيع منفعة فلا يجوز كبيع العين؛ لأنه يتمكن غرر انفساخ العقد في الإجارة بهلاك المستأجر.

ويجوز تزويج الأمة المبيعة قبل القبض؛ لأن تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه، ألا ترى لو زوج أمته الآبقة جاز وإن تمكن الغرر فيه، فإنه لا يدري أحي أم ميت.

---

(١) انظر: ابن عابدين ٣٨٨/٣ ط. الأميرية الأولى وما بعدها، والخرشي ٩٥/٧ ط. بولاق، والمغني ٥٧٥/٥.

(**النوادر**): ولو وهب أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه من غير بائعه لم يجز عند أبي يوسف؛ لأنه عقد تمليك بمنزلة البيع والإجارة ويجوز عند محمد، وهو الأصح؛ لأن هذه التصرفات لا تنفذ إلا بعد القبض وغير البائع يصلح نائبا عن المشتري في القبض فقبض المأمور بأمره قبض له أولا بحكم النيابة ثم صار قابضًا لنفسه بالتملك بخلاف البيع؛ لأنه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد.

ولو رهنه من البائع لم يصح؛ لأن البائع لا يصلح نائبا عنه في القبض.

ولو وهبه من البائع فقبله انفسخ البيع.

ولو باعه منه لم يصح وبقي البيع الأول؛ لأن الهبة تحتمل مجازا عن الإقالة يقال وهب له دينه أي أقاله ويقال: أقلني ديني وعثرتي فاتفقا في المعنى الخاص فجعلناها مجازا عن الإقالة والبيع لا يحتمل مجازًا عن الإقالة؛ لأنه ليس بمعناها بل ضدها.

ولو اشترى أرضًا فيها زرع والزرع بقل فدفع المشتري إلى البائع مزارعة بالنصف قبل القبض لا يجوز؛ لأنه يصير كالبائع للزرع قبل القبض.

ولو كاتب المبيع قبل القبض توقفت الكتابة وللبائع أن يحبسه بالثمن؛ لأن الكتابة محتملة للفسخ فلم ينفذ في حق البائع نظرا له، فإن نقد المشتري الثمن نفذت الكتابة؛ لأنه زال المانع.

ولو قال المشتري للبائع: بعه لنفسك فقبل فهو نقض للبيع الأول؛ لأنه لا يصير بائعًا لنفسه إلا بعد انفساخ الأول فيضمن الأمر بالبيع والقبول من البائع انفساخ الأول كقوله أعتق عبدك عني عليّ ألف.

ولو قال: بعه لي فباعه لم يصح ولا ينتقض الأول؛ لأن هذا توكيل بالبيع فكان بيعه للأمر فلا يصح لعدم القبض منه فلا يكون نقضا للأول.

ولو قال: بعه أو بعه ممن شئت، فيه روايتان عن أبي يوسف في رواية عنه وهو قول أبي يوسف البيع وقع فاسدًا للأمر؛ لأن هذا توكيل بالبيع؛ لأن الملك ثابت للأمر فصح الأمر بناء عليه فوقع البيع فاسدًا للأمر فلا ينتقض الأول وفي رواية عنه

البيع جائز للمأمور وينفسخ الأول لأنا متى حملناه على البيع للأمر يكون الأمر أمره بتصرف فاسد فحملناه على الأمر بالبيع للمأمور حملا لأمره على الصحة.

وكذا لو قال للبائع: أعتقه، فأعتقه جاز عتقه عن البائع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف عتقه باطل؛ لأن عنده إذا لم يتضمن فسخ البيع انصرف الأمر إلى العتق عن الأمر والإعتاق عن الأمر لا يصح؛ لأنه قبض للمبيع حكما والبائع لا يصلح نائبا عنه في القبض فكذا في الإعتاق.

لأبي حنيفة: أن الأمر بالإعتاق عن الأمر إذا لم يصح حملنا على الأمر بالإعتاق عن المأمور ليكون صحيحا فتضمن انفساخ البيع فيقع عن المأمور.

وذكر في (**المنتقى**): لو وهب المشتري المبيع والثمن من البائع قبل القبض لا تجوز الهبة في الثمن؛ لأن هبة المبيع كما جعلناها نقضًا للبيع فلا تجعله واهبًا للثمن؛ لأن اللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز.

باع عبدًا بألف وقبض الألف ثم وهبها للمشتري وقبضها ثم مات العبد في يد البائع انتقض البيع ولا شيء على البائع؛ لأنه قد رجع إلى المشتري ألفه بغير ثمن.

(باب حقوق المبيع)

مسائله على ثلاثة فصول:

الأول: في الأرض والكرم.

والثاني: في الدار والحانوت.

والثالث: في العبد والدابة.

(فصل)

اشترى أرضًا وكرمًا فلا يخلو إما أن ذكر حدودها لا غير، أو ذكر حدودها وحقوقها، أو ذكر حدودها وكل قليل وكثير هو فيها أو منها ولم يذكر الحقوق.

أما إذا ذكر حدودها لا غير: دخل في البيع ما ركب فيها للبقاء كالبناء والحيطان والأشجار والعرائش والكروم وكل ما له ساق لا ينقطع أصله حتى كان شجرًا لأنها

تابعة للأرض من كل وجه ومعدة للتأبيد والقرار؛ لأنه ليس لنهايتها مدة معلومة فصار كالأوصاف في الحيوان، وأما شجرة غير مثمرة والشجرة الصغيرة قيل لا يدخل؛ لأن لقلعها مدة معلومة، فإن غير المثمرة تقلع للحطب والخشب والصغيرة تقلع وتنقل من موضع إلى موضع فصار كالزرع وقيل يدخل الكل فظاهر إطلاق محمد يدل على هذا؛ لأن غير المثمرة والصغيرة ليس لنهايتها مدة معلومة بل تتفاوت بتفاوت الأرض تفاوتا فاحشا فصار بمعنى الكبيرة المثمرة ولا يدخل فيه ما ليس للبقاء، وإن كان متصلا بها كالزروع والثمار والقصب والحطب والحشيش، لقوله عليه السلام: "**منِ اشترى نخلةً مُؤَبَّرةً فثمرتُها للبائعِ إلّا أن يشترطَ المبتاعُ**"[1] والنص الوارد في الثمر وارد في الزرع ونحوه دلالة ولأنها معدة للقطع والقلع

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١١٥ (٢٣٧٩) قال: أخبرنا عبد الله بن يوسف، قال: حدثنا الليث. و«مسلم» ٥/١٧ (٣٩٠٣) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي (٣٩٠٤) قال: وحدثناه يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، قال يحيى: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٣٩٠٥) قال: وحدثني حرملة بن يحيى، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. و«ابن ماجه» (٢٢١١) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أنبأنا الليث بن سعد (ح) وحدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٤٣٣) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (١٢٤٤) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٧/٢٩٧، وفي «الكبرى» (٤٩٧٢ و٦١٨٧) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا سفيان. وفي «الكبرى» (٤٩٧٣ و١١٦٩١) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، عن عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«أبو يعلى» (٥٤٢٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا ابن عيينة. وفي (٥٤٦٨) قال: حدثنا محمد بن إسحاق المسيبي، قال: حدثنا أنس، يعني ابن عياض، عن يونس. وفي (٥٤٧٩) قال: حدثنا عمرو بن محمد، قال: حدثنا سفيان. وفي (٥٥٠٨) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد النرسي، قال: حدثنا وهيب، عن معمر. و«ابن حبان» (٤٩٢٢) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث. وفي (٤٩٢٣) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، عن سفيان.

خمستهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وسفيان بن حسين، والليث بن سعد، ويونس بن يزيد) عن ابن شهاب الزهري، عن سالم بن عبد الله بن عمر، فذكره.

ولقطعها نهاية معلومة فلم تكن تابعة للأرض من كل وجه، وكذلك ورق التوت والورد والآس لا يدخل؛ لأنه بمنزلة الثمر؛ لأن لقطعه مدة معلومة.

فأما أصل الآس والورد والزعفران يدخل؛ لأنه ليس لنهايته مدة معلومة فصار كالشجرة.

وأما قوائم الخلاف قيل لا يدخل؛ لأن لقطعها مدة معلومة فصار كالزرع وقيل يدخل؛ لأن مدة نهايته تتفاوت بتفاوت الأراضي تفاوتا فاحشا فصار بمنزلة الشجرة المثمرة.

وأما القطن فلا يدخل وهو كالثمرة وأصله قيل لا يدخل؛ لأن لنهايته مدة معلومة وقيل يدخل؛ لأن مدة قطعه تتفاوت بتفاوت الأرض، فإن في بلاد الحر لا يقطع إلا بعد سنين وفي بلادنا يقطع كل سنة.

وأما الكراث واللفت والرطبة فما هو على وجه الأرض لا يدخل؛ لأن لقطعها مدة معلومة فصار كالثمرة فأما عروقها وأصولها قيل لا تدخل؛ لأن لقلعها مدة معلومة وقيل تدخل؛ لأنه ليس لقلعها مدة معلومة لأنها تتفاوت بتفاوت الأراضي تفاوتا متفاحشا؛ لأن الرطبة يبست من عروقها مرة بعد أخرى ولا يدخل فيه الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص في ملك إنسان، وكذلك في الإقرار والوصية والصلح ونحوها ويدخل ذلك في الإجارة والقسمة والرهن والصدقة والموقوفة بغير ذكر الحقوق؛ لأن الإجارة تعقد للانتفاع والقسمة شرعت لتكميل المنفعة ولا انتفاع إلا بهذه الجملة فدخلت في العقد ضرورة، فأما البيع لا يعقد للانتفاع به لا محالة في الحال بل يعقد للملك وللانتفاع به في الجملة يمكن الانتفاع به بأن يشتري الشرب والطريق من غيره والرهن لا يصح إلا وأن يدخل فيه ذلك كله كما يأتي والبيع يصح بدونه فافترقا، فأما ذكر حدودها وحقوقها ولم يرد عليه لا يدخل الزرع والثمار فيه لأنهما ليس من الحقوق ويدخل فيه الشرب والطريق؛ لأنه من حقوقها؛ لأن حقوق الأرض ما لا بد للأرض منه ولا يقصد إليه إلا لأجلها كالشرب والطريق فأما الزرع والثمر يقصد بنفسه من غير أرض وللأرض منه بد.

وأما إذا ذكر حدودها وكل قليل وكثير هو فيها أو منها ولم يذكر الحقوق: دخل الزرع والثمار على رؤوس الأشجار ولا يدخل الشرب والطريق؛ لأن الزروع

والثمار موجودة فيها لأنها في حدودها ومنها لأنها متصلة بها للحال والشرب والطريق غير موجودة فيها إلا إذا قال هو فيها ومنها من حقوقها لا يدخل الزرع والثمار ويدخل الشرب والطريق؛ لأنه لما قال من حقوقها بين أنه أراد بقوله كل قليل وكثير فيها ومنها ما فيها ومنها من حقوقها والثمرة والزرع ليسا من حقوقها والشرب والطريق من حقوقها ولا يدخل فيه ما انفصل عن البيع بذكر الحقوق والقليل والكثير هو فيها ومنها كالثمار المصرومة والزروع المحصودة والخشب الموضوعة فيها، وقال زفر رحمه الله تعالى يدخل الكل فيه.

لنا: أن قوله ومنها في العرف إنما يذكر تفسيرًا لقوله فيها وقوله منها يتناول ما هو متصل بها فصار كأنه قال كل قليل وكثير فيها ما هو متصل بها والزرع قبل النبات لا يدخل في البيع؛ لأنه ما لم ينبت لا يصير تبعا ولو نبت ولم يصر له قيمة قيل لا يدخل.

والصحيح أنه يدخل نص عليه في شرح القدوري؛ لأنه صار تبعا للأرض.

وعن أبي يوسف لو باع ضيعة فيها رجا ماء بكل حق هو لها فالرجا ومتاعها للمشتري، ولو باع دارًا بكل حق هو لها وفيها رجا الإبل لا يكون له الرجا؛ لأن هذا من عمارة الضيعة وصلاحها وفي البيت من خراب الدار وفسادها لا في حقوقها.

وكذلك الدولاب في الضيعة للمشتري والدالية للبائع لأنها معلقة بغير بناء.

باع قرية ولم يسم حدودها فهو على موضع القرية البيوت والبناء دون المحترث.

ولو باع قرية بأرضها وللبائع قرية بجنبها، وذكر أن أحد حدودها قرية للبائع تدخل أرض القرية التي لم يبعها في البيع؛ لأن اسم القرية تتناول الأبنية دون الأراضي.

ولو قال أحد حدودها أرض قرية البائع لا يدخل في البيع.

اشترى نخلا في أرض رجل بطريقها من الأرض ولم يبين موضع الطريق.

قال أبو يوسف: يجوز الشراء ويأخذ إلى النخل طريقًا في أي النواحي شاء.

وقال محمد: لا يجوز؛ لأن الطريق مجهول كما يأتي في موضعه.

(فصل)

مسائله على أوجه:

إما أن اشترى دارًا أو منزلا أو بيتًا وكل وجه لا يخلو إما أن ذكر الحدود لا غير أو ذكر الحدود والحقوق والمرافق جميعًا أما إذا اشترى دارًا وذكر حدودها لا غير يدخل ما في حدودها من السفل والعلو والإصطبل والكنيف الشارع وبئر الماء والأشجار في صحتها والبستان فيها؛ لأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط وهذه الأشياء مما أدير عليها الحائط، وإن كان البستان خارج الدار إن كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل إلا بالشرط؛ لأنه خارج عن حدود الدار لم تشتمل عليه الدائرة، وإن كان أصغر منها يدخل لأنها تعد من الدار ومن توابعها عرفًا وعادة والظلة التي على ظهر الطريق وهو السَّابَاط[1] لا يدخل عند أبي حنيفة وعندهما يدخل إذا كان مفتحها إلى الدار لأنها حينئذ من الدار؛ لأن قرار أحد طرفيه بالدار متصل بها، ولهذا لو حلف لا يدخل الدار فدخلها يحنث.

له: أن الظلة تابعة للدار من وجه من حيث إنه قرار أحد طرفيه على حائط الدار وليست بتابعة لها من حيث إن قرار الطرف الآخر بدار أخرى أو بالأسطوانات خارج الدار فوقع الشك في كونها تابعة للدار المبيعة فلا يدخل فيه بالشك إلا بذكر الحقوق.

ولا يدخل مسيل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه ولا طريق خاص في ملك إنسان؛ لأن ذلك من حقوق الدار المبيعة الخارجة وحقوق المبيعة الخارجة لا تدخل في البيع من غير ذكر كالشرب والطريق ويدخل الطريق إلى السكة سواء كان إلى سكة نافذة أو غير نافذة؛ لأن له حق التطرق في السكة قبل العقد فبقي حق التطرق بعد العقد لا أنه دخل بحكم العقد وأما إذا ذكر الحقوق والمرافق أو القليل والكثير ذكر من حقوقه.

أو لم يذكر يدخل جميع ذلك في البيع.

---

(١) السَّابَاطُ: سقيفةٌ بينَ حائطيْن تحتَها مَمَرٌّ نافِذٌ. والجمع: سَوابيطُ، وساباطاتٌ.

ولو اشترى منزلا فوقه منزل إن ذكر الحقوق أو القليل والكثير يدخل فيه العلو، وإن لم يذكر لا يدخل وإن اشترى بيتا لا يدخل علوه وإن ذكر الحقوق ما لم ينص على العلو وفي الدار يدخل العلو، وإن لم يذكر الحقوق والفرق أن اسم الدار يشتمل على عرصة محدودة؛ لأنه اسم لما أدير عليه الحائط والحائط يدور على العلو والسفل جميعا والمنزل اسم لما يشتمل على مرافق السكنى؛ لأنه مأخوذ من النزول والنزول عبارة عن السكنى ليلا ونهارا والعلو يماثل سفله في السكنى من وجه ولا يماثله من وجه واحتمال السكنى فصار تابعا من وجه أصلا من وجه، فإن ذكره باسم الاتباع يدخل وإن سكت عنه لا يدخل بالشك.

فأما البيت اسم لما يبات فيه وعلوه مثله في البيتوتة وهي المقام بالليل فلا يكون من توابعه فلا يدخل إلا بالشرط.

(**النوادر**): ولو باع دارا وكان لها طريق قد سد صاحبها وجعل لها طريقا آخر فباعها بحقوقها فله الطريق الثاني دون الأول؛ لأن الداخل فيه ما كان من حقوق الدار وقت البيع ووقت البيع من حقوقها الطريق الثاني دون الأول باع بيتا من الدار فطريقه ومسيل مائه على سطح الدار لا يدخل.

ولو ذكر بحقوقه ومرافقه قيل لا يدخل أيضًا؛ لأن قوله بحقوقه ينصرف إلى حقوق هذا البيت في سكة العظمى وقيل يدخل، وهو الأصح؛ لأن الباب دخل بذكر الحقوق؛ لأنه من حقوقه بدليل أنه لو باع بيتا من داره بمرافقه ثم أراد أن يرفع باب الدار الأعظم فليس له ذلك؛ لأن باب الدار من مرافقه فلو باع بمرافقه من حقوقه فكذلك؛ لأن الطريق دخل في البيع بقوله من حقوقه فيدخل الباب أيضًا؛ لأن الباب منصوب على الطريق.

قال محمد في (**المنتقى**): لو باع منزلًا في دار بطريقه فله نصيبه من الطريق وكل ما كان متصلًا بالبناء يدخل في البيع؛ لأنه بالاتصال يصير تبعًا للبناء كمحائج الحانوت والإغلاق والمفتاح لا يدخل قياسًا؛ لأنه غير متصل بالبناء ويدخل استحسانًا للعرف، فإن العرف فيما بين الناس أن بائع الدار لا يمنع المفتاح من المشتري ويسلمون الدار بتسليم المفتاح والأقفال لا تدخل لعدم العرف فيه والسلم

إن كان ملصقًا بالبناء يدخل فيه، وإن لم يكن ملصقًا لا يدخل؛ لأنه لا عرف فيه والسرر والنَّضَدُ على هذا التفصيل، وقِدر الصباغين وطَنَاجِير[1] القصارين وجبابهم لا يدخل؛ لأنه ليس بمركب بالبناء ولا من حقوقه وإنما هو للعمال، وكذلك صندوق مثبت في البناء وخشب القصار الذي يدق عليه لا يدخل؛ لأنه من حقوق التجارة لا من حقوق الحانوت وقدر الحمام يدخل؛ لأنه مركب في البناء وأنه من حقوق الحمام ولا بد للحمام منه والبكرة والدلو الذي في الحمام لا يدخل؛ لأنه منفصل عن البناء.

ولو باع دارًا فيها بئر وعليها بكرة مثبتة في الأرض فالبكرة للمشتري؛ لأنها مركبة بالبئر والدلو والحبل للبائع إلا أن يذكر مرافقها فهو للمشتري ومقلاة السواقين وهي التي يقلى فيها السويق إذا كانت من حديد أو نحاس فهي للبائع، وإن كانت في البناء لأنها جعلت في البناء للعمل فلم تكن من جملة البناء، وإن كانت من خشب فللمشتري.

وإن اشترى رحا أو طاحونة يدخل فيه من الآلة ما كان ملصقا بالبيت من غير ذكر والحجر الأسفل يدخل؛ لأنه مركب بالبناء والأعلى لا يدخل قياسًا؛ لأنه غير مركب بالبناء فيدخل استحسانًا؛ لأن الرحا اسم لبيت فيه حجر دوّارة والدوارة فيه الحجر الأعلى ولما يديره من البكرة.

(فصل)

وثياب بدن الغلام والجارية تدخل في البيع بغير شرط للعرف؛ لأن الناس لم يتعارفوا التسليم عريانًا إلا أن يكون ثيابًا مرتفعة اللبس للعرض فلا يدخل إلا بالشرط لعدم العرف وإنما العرف في ثياب البذلة والمهنة.

ثم البائع إن شاء أعطى الذي عليه، وإن شاء أعطى غيره؛ لأن الداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها وليس لها حصة من الثمن، حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع، ولو وجد بها عيبًا لا يرد لأنها لم تدخل تحت البيع لكن البائع

---

(١) طَنَاجِيرُ: وِعَاءٌ يُعْمَلُ فِيهِ الْخَبِيصُ وَنَحْوُهُ.

صار مملكًا لها تبعا للمبيع عرفا حتى لو وجد بالجارية عيبا يردها بالعيب؛ لأن الثياب ليست بمبيعة ليمتنع رد الجارية بالعيب.

وسرج الدابة ولجامها لا يدخل إلا بالشرط لعدم العرف والعذار يدخل للعرف والحبل المشدود به على قرن البقر لا يدخل لعدم العرف وخطام البعير يدخل للعرف والحبل لا يدخل لعدم العرف، والبرذعة والإكاف والحبل المشدود في عنق الحمار يدخل في بيع الحمار للعرف، إلا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الأتان والعجول والحمل إن ذهب به مع الأم إلى موضع البيع دخل في البيع بدلالة الحال إلا أن يكون العرف بخلافه.

(باب كسب المبيع وإيهابه قبل القبض)

أصله: أن الكسب يملك بملك الرقبة؛ لأن الكسب علة لثبوت الملك في المكسوب غير أن الكاسب إن لم يكن أهلا للملك يقوم من تملك رقبته مقامه في الملك؛ لأنه أخص الناس وأحقهم به.

اشترى جارية فاكتسبت فلا يخلو إما أن كان البيع باتًّا أو بشرط الخيار، فإن كان باتًّا فوهب لها هبة أو اكتسبت قبل القبض فهي للمشتري تم البيع أو انتقض بموتها أو بالرد بالعيب قبل القبض أو بعده عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إن تم للمشتري وإن انتقض للبائع.

لهما: أن ملك المبيع لا يتم إلا بالقبض فلم تتم علة ملك الكسب، فإذا انتقض البيع يعود إلى قديم ملك البائع، ولهذا عادت الزوائد المتولدة من المبيع إليه، وإن تم الملك بالقبض تمت العلة فكان الكسب للمشتري ككسب المغصوب للغاصب إن ضمن قيمته، وإن رده فللمالك له أن ملك رقبة الكاسب ثابت للمشتري يوم الكسب وهو سبب للملك المكسوب فيملكه فبعد ذلك دوام الملك فيه لا يفتقر إلى دوام السبب كالموهوبة إذا اكتسبت في يد الموهوب له ثم رجع الواهب فيها يبقى الكسب للموهوب له بخلاف كسب المغصوب، فإن الغاصب بأداء الضمان يملك المغصوب مستندًا إلى وقت الغصب والبائع هنا يملكه من وقت الفسخ، ألا

ترى لو باع الغاصب المغصوب ثم ملكه بأداء الضمان نفذ بيعه والبائع لو باع من غيره ثم انفسخ البيع الأول لم ينفذ بيعه بخلاف الزوائد لأنها مبيعة تبعا، فإذا انفسخ البيع في الأصل ينفسخ فيها تبعا وأيهما استهلك الموهوب والمكسوب لا ضمان عليه، أما المشتري لأنه ملكه، وأما البائع لأنه لا يمكن تضمينه بالثمن؛ لأن الكسب ليس بمبيع ولا مضمون بالقيمة؛ لأنه تبع محض للكاسب في الأصل غير مضمون عليه بالقيمة قبل القبض فكذلك التبع؛ لأنه لا يفارق الأصل في حكمه كأوصاف المبيع غير مضمونة على البائع قبل القبض بالقيمة إذا استهلكها فكذا هذا.

ولو كانت الهبة والكسب بعد القبض سلمت للمشتري بالإجماع؛ لأنه تم ملكه فيها بالقبض رقبة وتصرفا ولم يبق للبائع فيها حق لا موقوفًا ولا متقررًا فيتم ملكه في الكسب أيضًا وضمنها البائع بالإتلاف؛ لأنه أمكن تضمينه بالقيمة؛ لأنه لو استهلك الأصل يضمن قيمته فكذلك التبع.

ولو اكتسب المبيع قبل القبض ثم قبضهما فعلى المشتري التصدق بالكسب سواء كان من جنس الثمن أو من خلافه؛ لأنه ربح ما لم يضمن؛ لأن الكسب لا ثمن له فكان ربحًا محضًا وقد نهى عليه السلام عن ربح ما لم يضمن بخلاف ولد المبيعة إذا قبضها لم يتصدق بالولد؛ لأنه صار مبيعًا مقصودًا بالقبض وصار له حصة من الثمن فلم يكن ربحًا.

ولو قتلت الجارية المبيعة قبل القبض فأخذ المشتري القيمة من جنس الثمن يتصدق بالفضل؛ لأنه ربح ما لم يضمن ومن خلاف جنسه لا يتصدق؛ لأن الفضل الخالي عن العوض إنما يظهر عند اتحاد المجانسة لا عند اختلافها فأما الكسب فهو خالٍ عن العوض بكل حال فكان ربحا لا على ضمانه فيتصدق به، وعن أبي يوسف أنه لا يتصدق بالكسب؛ لأن الربح إنما يظهر فيما صار مبيعا والكسب لم يصر مبيعا.

فأما إذا كان البيع بشرط الخيار، فإن كان الخيار للبائع فاتهبت أو اكتسبت في الثلث قبل القبض أو بعده إن تم البيع فللمشتري؛ لأنه يملك المبيع مستندا إلى وقت البيع، ولهذا يملك الزوائد وإن انتقض فللبائع؛ لأن ملك الرقبة كان للبائع يوم الكسب.

وإن استهلكه البائع والجارية مقبوضة فلا شيء عليه لأنه إن انتقض البيع فقد أتلف ملك نفسه.

وإن تم فلأنه لا يمكن تضمينه؛ لأنه لو استهلك الأصل لا يضمن قيمته فكذلك الكسب ولا يصير باستهلاك الكسب فاسخا للعقد؛ لأنه لم يصر مبيعًا.

وإن استهلكه المشتري يضمن إن انتقض البيع؛ لأنه لو استهلك الأصل يضمن قيمته فكذلك الكسب قيل هذا قولهما فأما عند أبي حنيفة لا يضمن وهو الأصح بناء على أن المغصوب إذا اكتسب فأتلفه الغاصب لم يضمن عنده وعندهما يضمن فكذا هذا؛ لأن كل واحد منهما مضمون في يده بالقيمة والكسب بدل المنفعة ولو أتلف المنفعة لم يضمن في الوجهين جميعا فكذلك بدله وهو للكسب.

ولو كان الخيار للمشتري فاكتسب بعد القبض فالكسب للمشتري تم البيع أو انتقض قيل هذا عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: إن تم البيع فله وإلا فللبائع؛ لأن خيار الشرط للمشتري عنده يمنع الملك للمشتري، فإذا لم يملك الأصل كيف يملك الكسب.

والصحيح أن هذا قول الكل؛ لأن المبيع زال عن ملك البائع من كل وجه وإن لم يدخل في ملك المشتري عنده فلم يبق أحد أحق به من المشتري؛ لأن سبب الملك انعقد له وحق الملك ثبت له وحق الملك كافٍ لثبوت الملك في الكسب ككسب المكاتب والمأذون يكون لهما وإن كانا لا يملكان الأصل حقيقة لكن لما ثبت لهما حق الملك ملكا الكسب فكذا هذا.

وكذلك لو ردها المشتري بخيار رؤية أو عيب فالكسب له، ولو استهلك الكسب بعدما علم بالعيب لم يكن ذلك رضا بالعيب ويردها بجميع الثمن، وكذلك لو كان الكسب عبدا فأعتقه أو باعه؛ لأن الكسب ليس بمبيع واستهلاكه لا يمنع الرد بالعيب ولا يكون رضاء به.

وإن كان البائع بالخيار فاكتسب بعد القبض ونقض البيع فالكسب له ولا يتصدق؛ لأنها في مدة الخيار مملوكة للبائع مضمونة على المشتري بالقيمة، وإن تم البيع فللمشتري وهل يتصدق به؟ فيه روايتان في رواية الزيادات يتصدق؛ لأن

الجارية لم تكن في ملكه وقت الكسب وصار ككسب المغصوب إذا ملكه الغاصب بأداء الضمان يتصدق به.

وفي رواية المأذون لا يتصدق؛ لأن عند سقوط الخيار يستند الملك إلى وقت البيع فتبين أن الكسب في ملكه وضمانه بسبب طيب بخلاف الغاصب؛ لأن ملكه بسبب خبيث.

ولو كانت غير مقبوضة فنقض البيع فاكتسب فهو للبائع طيبًا، وإن تم فللمشتري ويتصدق به؛ لأنه ربح ما لم يضمن والله أعلم بالصواب.

(باب الزيادة المتولدة من المبيع)

الزيادة المتولدة من المبيع كالولد والعقر والأرش والثمرة واللبن والصوف وغيرها مبيعة.

وعند الشافعي رضي الله عنه: ليست بمبيعة.

والصحيح قولنا؛ لأن المبيع ما يملك بالبيع وهذه الزوائد تملك بالبيع لأنها تملك بملك الأصل حالة الانخلاق والاتصال، والأصل ملك بالبيع فيضاف ملك الزوائد بواسطة ملك الأصل إلى البيع فقد ظهر فيه أثر البيع وحكمه فصار مبيعًا كولد المكاتب مكاتب وولد المدبر مدبر لثبوت أحكام الكتابة والتدبير فيه بواسطة الأم فكذا هذا لأنها مبيعة تبعا؛ لأنه لا يقابلها شيء من الثمن كما في الأطراف.

فإن حدثت بعد القبض فلا حصة لها من الثمن؛ لأن الثمن لا يجب إلا بالعقد أو بما له شبهة بالعقد وهو القبض ولم يوجد كلاهما.

وإن حدثت قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عند القبض؛ لأن للقبض شبهة العقد؛ لأنه يؤكد ملك الرقبة ويفيد ملك التصرف فألحقت شبهة العقد في حق الضمان احتياطا فصار كأنه ورد العقد عليها حقيقة فصارت مبيعة مقصودة فأخذت قسطها من الثمن.

فإذا قبض الأصل والزيادة قسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض لأن سبب الضمان في حق الأصل العقد وفي حق الزيادة القبض.

ولو هلكت الزيادة قبل القبض هلكت بغير شيء؛ لأنه ليس لها حصة من الثمن.

ولو استهلكها البائع سقط بحصتها من الثمن يقسم الثمن على قيمة الأم يوم البيع وقيمة الزيادة يوم الاستهلاك؛ لأن الاستهلاك لاقى ملك الغير فلا بد أن يكون مضمونًا عليه والزيادة تابعة للأصل والأصل كان مضمونًا على البائع بالثمن فكذلك التبع.

لأن حكم التبع لا يفارق حكم الأصل وصار كما لو أتلف جزءًا من المبيع.

ولو أتلفها أجنبي ضمن قيمتها فكانت القيمة مع الأصل مبيعا؛ لأن البدل قائم مقام المبدل ولا خيار للمشتري عند أبي حنيفة وعندهما له الخيار؛ لأنه تفرقت الصفقة عليه؛ لأن الزيادة صارت مبيعة بالإتلاف أصلا بدليل سقوط حصتها من الثمن فصار كأنه اشترى شيئين وتفريق الصفقة يوجب الخيار.

له: إن تفريق الصفقة إنما يوجب الخيار لما فيه ضرر بالمشتري وهنا التفريق نافع له وليس بضار به؛ لأنه رضي بأخذ الأصل بكل الثمن والآن يسلم له بعض الثمن فلا يثبت الخيار.

ولو اشترى أرضًا ونخلًا بألف وقيمة كل واحد ألف فأثمر في يد البائع ثمرة قيمتها ألف واستهلكها البائع سقط ثلث الثمن عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف آخرًا ربع الثمن بناء على أن الثمار تابعة للأرض والنخل عندهما، وعنده تابعة للنخل خاصة لأنها تولدت من النخل دون الأرض ألا ترى أنها لصاحب النخل دون صاحب الأرض فيقسم الثمن على الأرض والنخيل نصفين ثم ما يخص النخيل يقسم على النخيل والثمرة نصفين، وصار كمن اشترى جارية مع ولدها ثم ولد لولدها ولد فالولد الثاني يأخذ حصة الثمن من الأم دون الجدة.

لهما: أن النخيل تابع للأرض؛ لأن قوامها بالأرض، ولهذا يدخل في بيع الأرض من غير ذكر فالمتولد منه لا يكون تبعا له خاصة بل يكون تبعا له ولأصله كمن اشترى جارية فولدت ولدًا ثم ولد لولدها ولد فالولد الثاني يأخذ حصته من الأصلين جميعا فكذا هذا فيقسم الألف على قيمة الأرض والنخيل والثمرة أثلاثا فيسقط ثلث الثمن باستهلاك الثمرة ولا خيار له عند أبي حنيفة وعندهما له الخيار لما مر.

ولو سمى للنخيل ثمنًا على حدة فالثمرة تابعة للنخيل بالإجماع؛ لأنه جعله أصلا في البيع لما أفرده بالثمن فجاز أن يستتبع الثمرة في حكم الثمن، فإن أكلها البائع يسقط ربع الثمن كما لو اشترى جارية مع ولدها ثم ولد لولدها ولد فالولد الثاني تابع للأم خاصة.

ولو أثمرت مرتين والمسألة بحالها أسقط نصف الثمن عندهما؛ لأنه صار كما لو اشترى أربعة أشياء قيمتهم سواء فأتلف البائع اثنين وعند أبي يوسف ثلث الثمن؛ لأنه يقسم الثمن على الأرض والنخيل نصفين ثم نصف الذي للنخيل يقسم على النخيل والثمرتين أثلاثا ثلثاه بإزاء الثمن الثمرتين وثلاثة بإزاء النخيل وثلثا النصف ثلث الكل، ولو كان فيه ثمر يوم اشترى قيمته ألف فأكله سقط ثلث الثمن بالإجماع؛ لأنه موجود لدى العقد فبحصة ثلث الثمن.

فإن أثمرت بعد ذلك مرة أخرى والمسألة بحالها سقط خمسة أتساع الثمن عندهما؛ لأن بإتلاف الثمرة الموجودة لدى العقد سقط الثلث بقي سهمان يقسم على ثلاثة كأنه اشترى بثلثي الثمن ثلاثة أشياء وقد انكسر بالثلث يضرب ثلاثة في ثلاثة فيصير تسعة يسقط ثلاثة بإتلاف الثمرة الموجودة ويبقى ستة بإزاء النخل والأرض والثمرة الحادثة أثلاثا لكل واحد سهمان فقد سقط سهمان بإتلاف الثمرة الحادثة وثلاثة أسهم بإتلاف الثمرة الموجودة فيكون خمسة أتساع، وعند أبي يوسف سقط نصف الثمن؛ لأنه سقط الثلث بالإجماع بقي الثلثان بين النخل والأرض نصفان فنصيب النخل سهم احتجنا إلى تنصيفه فضعفناه فصار حصة الثمرة الموجودة سهمان وحصة الثمرة الحادثة سهم فيكون ثلاثة وهو النصف.

(**النوادر**): اشترى دجاجة بخمس بيضات بعينها فلم يقبضها حتى باضت الدجاجة خمس بيضات يأخذ المشتري الدجاجة والبيضات ولا يتصدق بشيء؛ لأن البيضات الزائدة صارت لها حصة من الثمن عند القبض فيصير بمنزلة ما لو اشترى دجاجة وخمس بيضات بخمس بيضات بعينها فيجوز.

ولو استهلك البائع البيضات وقيمة الدجاجة تبلغ قيمة عشر بيضات يأخذ المشتري الدجاجة بثلاث بيضات وثلث بيضة؛ لأن الثمن ينقسم على قيمة الدجاجة

وهو خمس بيضات أثلاثا فما أصاب خمس بيضات سقط وهو الثلث وما أصاب الدجاجة تقرر وهو الثلثان.

ولو اشترى الدجاجة بخمس بيضات بغير عينها وباضت خمسًا قبل القبض يتصدق بالزيادة؛ لأنه يصير بمنزلة ما لو اشترى دجاجة وخمس بيضات بخمس بيضات بغير عينها عند القبض وهذا لا يجوز فيتمكن فيه نوع خبث.

ولو استهلك البائع البيضات يأخذ الدجاجة بثلاث بيضات وثلث كما مر.

ولو اشترى جارية فأعتق ما في بطنها فولدت بعد العتق فمات الولد والأم فعلى المشتري حصة الولد من الثمن؛ لأنه صار قابضًا للولد بالعتق.

ولو اشترى جارية فزوجها قبل القبض ودخل بها الزوج ومنعها البائع ليستوفي ثمنها فماتت في يده فالمهر للمشتري وعليه حصته من الثمن عند أبي يوسف؛ لأن المهر بمنزلة الولد والثمرة، وعند أبي حنيفة لا حصة للمهر من الثمن، وهو الصحيح؛ لأن المهر ليس ببدل عن جزء المبيع بل هو بدل عن منافع البضع وهي ليست بمبيعة فكذلك بدلها فصار بمنزلة الكسب والغلة بخلاف الولد؛ لأنه جزء من المبيع.

اشترى أمة من إنسان وما في بطنها من آخر فأجاز الآخر البيع جاز ولا يكون لصاحب الولد شيء من الثمن؛ لأن الجنين ليس بمال متقوم ليكون له حصة من الثمن، وإن لم يجز الآخر البيع لم يجز؛ لأن الولد صار كالمستثنى ولو استثنى من المبيع ما لا يجوز إفراده بالبيع لا يجوز البيع لما تبين.

ولو ولدت ثم أجاز، فإن ولدت بعد القبض لا حصة له من الثمن وإن ولدت قبض القبض له حصة من الثمن عند القبض لما بينا.

(**الجامع**): أصله أن الثمن يقابل الأصل دون التبع والشجر تبع للأرض من وجه؛ لأن قوامه بالأرض والأصل من وجه؛ لأنه متى فصل من الأرض يبقى مالا متقوما فيجب العمل بالشبهين فمتى لم يسم للشجر ثمنا كان تبعا ومتى سمى له ثمنا صار أصلا في البيع كالذرع في المذروعات.

أرض لرجل ولآخر فيها نخل وقيمة كل واحد خمسمائة فباعها صاحب الأرض

بإذن الآخر بألف والثمن بينهما؛ لأن النخل أصل في حق المالكين؛ لأنه مملوك بانفراده وإن هلك النخل قبل القبض فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الأرض بكل الثمن، وإن شاء ترك؛ لأنه لم يفرد النخل بثمن على حدة فكان تبعا في حقه والبيع متى فات قبل القبض بآفة سماوية تخير والثمن كله لصاحب الأرض؛ لأنه صار كله بإزاء الأرض، فإن هلك نصف النخل يخير المشتري، فإن أخذها بكل الثمن فربعه لصاحب النخل وثلاثة أرباعه لرب الأرض؛ لأنه لو بقي النخل كله بنصف الثمن بينهما لاستواء قيمتهما يوم البيع ثم سقط نصف نصفه بفوات نصف النخل وبقي النصف ببقائه وهو الربع.

وعن الحسن بن زياد رحمه الله: يقسم أثلاثا ثلثه لصاحب النخيل؛ لأنه يجعل ما فات كالعدم فيصير كأنه باع الأرض وما بقي من النخيل فينقسم الثمن عليهما أثلاثا.

ولو لم يهلك ولكنها أثمرت قبل القبض ما يساوي خمسمائة فقبض المشتري كله ونفذ الثمن انقسم أثلاثا ثلثاه لصاحب النخيل عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الثمن عندهما تبع للأرض فتصير حصة الأرض ثلث الثمن كأنها أمة ولدت ولدين.

ولو سمى في العقد كل واحد خمسمائة والمسألة بحالها ذهب النخيل بثمنه وذهبت الأرض بثمنها؛ لأنه صار النخل أصلا متى أفرده بالثمن كأنه باع متفرقا وللمشتري الخيار.

وإن أثمر النخيل لم يزد من ثمنه شيء فانقسم ثمن النخيل عليه وعلى ثمرته؛ لأن النخيل لما صار أصلا صار الثمن تبعا له خاصة دون الأرض كرجل اشترى أمتين ولدت إحداهما قبل القبض.

اشترى أرضا ونخلا بكر ثمر فلم يقبضه حتى أثمر النخل كرا عند البائع لا يفسد العقد؛ لأن هذه الزيادة لم تكن مشروطة في البيع فلا تكون ربا.

فإن قضى المشتري الثمن من هذا الكر لم يجز قبل قبضه؛ لأنه يصير كأنه ملكه ابتداء وهو مبيع تبعا وتمليك المبيع قبل قبضه لا يجوز ويجوز بعد قبضه ويتصدق من الزيادة بما فضل على حصته من الثمن؛ لأن للقبض شبهة العقد، ولو دخلت هذه الزيادة تحت حقيقة العقد تثبت حقيقة الربا، فإذا دخلت شبهة العقد تثبت شبهة الربا وشبهة الربا ملحقة بحقيقته فتورث الكراهة.

(**الزيادات**): اشترى جارية بألف وهي قيمتها فولدت ما يساوي ألفًا ولم يقبض حتى زاد البائع غلاما يساوي ألفًا ثم قبض كله وقيمة الولد يوم قبض ألفان، ثم وجد المشتري بالولد عيبًا رده بثلث الثمن وترد الأم بسدسه والغلام بنصفه؛ لأنه يقسم الثمن أولا على الأم والعبد نصفان لاستوائهما في القيمة ثم النصف الذي بإزاء الأم يقسم عليها وعلى الولد أثلاثا ثلثاه للولد وثلثه للأم وذلك سدس الكل وثلثا النصف ثلث الكل.

(باب الزيادة في الثمن والمثمن والحط)

فيه فصلان:

فصل في الزيادة من المتعاقدين.

وفصل في الزيادة من الأجنبي.

(فصل)

يحتاج إلى معرفة صحة الزيادة، وشرط صحتها، وحكمها.

أما **الأول**: فالزيادة في الثمن والمثمن والمهر والمرهون والمستأجر جائزة وتلتحق بأصل العقد استحسانًا.

وعند زفر والشافعي رضي الله عنهما: لا يصح ثمنًا ومثمنًا، ويصح هبة مبتدأة؛ لأن الثمن اسم لما يقابلها المثمن والزيادة لا يقابلها شيء من الثمن؛ لأن المثمن كله صار مقابلا بأصل الثمن فتعذر تصحيح هذه الزيادة ثمنا ومثمنا فجعلناها هبة مبتدأة تصحيحا لتصرفها.

لنا: أن المتعاقدين قصدا إثبات الزيادة في الثمن والمثمن وقد أمكن تصحيحها زيادة في الثمن والمثمن؛ لأنهما جعلا الزيادة المشروطة كالزيادة المتولدة من الثمن والمثمن في حق صيرورتها تابعة للأصل كالمتفرعة عنه، فالزيادة المشروطة لا يستحيل أن تكون متولدة من الثمن والمثمن بأن باع جارية وزاد ولدها أو نخلا وزاد ثمرها وكذا الدراهم لا يستحيل تفرعها منها من حيث المالية والربح إن استحال من حيث العينية فجعلنا الزيادة تابعة الأصل في حق الثبوت والصحة تصحيحا

لتصرفهما وتحقيقا لغرضهما وهو أن يتغير العقد الخاسر عدلا والعدل رابحا ومتى صحت الزيادة ثمنا أو مثمنا التحقت بأصل العقد وصار كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعا ويصير للزيادة قسط من البدل كالزيادة المتولدة من المبيع قبل القبض.

ولو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر حتى افترقا بطلت الزيادة؛ لأنه إيجاب الزيادة فلا بد من انضمام القبول إليه كإيجاب الأصل بخلاف الزيادة المتولدة لأنها تملك بملك الأصل لا بالإيجاب فلا تفتقد إلى القبول ولا تصح الزيادة من المنكوحة والمسلم فيه؛ لأن الشرع ما ورد بتمليك الزيادة المتولدة من المنكوحة بالنكاح تبعا للمنكوحة والمسلم فيه معدوم حقيقة وإنما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم إليه والزيادة منه في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا يجوز.

وأما شرط صحتها: فأن يكون المعقود عليه قائمًا قابلا لتصرفه ابتداء حتى لا تصح الزيادة في الثمن بعد هلاكه حقيقة أو حكما بأن باع ثم اشترى ثم زاد في الثمن لأن بدل سبب الملك ارتفع بالعقد الأول وصار المعقود عليه هالكا حكما وذلك؛ لأن الزيادة تثبت ملحقة بأصل العقد ويأخذ قسطا من العوض وبعد هلاك المبيع وخروجه من أن يكون قابلا لتصرفه لا يبقى العقد فلا يتصور ثبوتها ملتحقة بأصل العقد وأخذها قسطًا من العوض ويصح الحط بعد هلاك المبيع؛ لأنه إسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد بخلاف الزيادة لأنها إثبات ثمنا فيستدعي قيام العقد والمبيع غير أنه لو كان المبيع قائمًا فحط بعض الثمن يلتحق الحط بأصل العقد، ولو حط الكل لا يلتحق؛ لأنه لو التحق جعل كأن الثمن لم يكن فيبطل الحط وفي رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط؛ لأن الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وإنما يقابلها عوض بعد التحاقها بأصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت.

وذكر محمد رحمه الله في (**المنتقى**): لو اشترى جارية وقبضها فماتت فزاده البائع جارية أخرى جاز؛ لأن هذه الزيادة تثبت مقابلة بالثمن والثمن قائم، ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز؛ لأن الزيادة من جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن.

وأما حكمها: فأن يصير لها حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت قبل القبض سقط بحصتها شيء من الثمن نص عليه في الجامع والصلح.

وكذا لو زوج أمته من إنسان ثم أعتقها ثم زاد الزوج في مهرها كانت الزيادة للسيد بخلاف الزيادة المتولدة إذا هلكت قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن.

والفرق أن الزيادة المشروطة صارت تبعًا للأصل في حق الثبوت ضرورة الصحة، فإذا صحت زالت الضرورة فزالت التبعية وبقيت الأصالة في حق الالتحاق بأصل العقد وإنها كانت موجودة وقت العقد فأمكن تقدير ورود العقد عليها وصار كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعًا.

فأما الزيادة المتولدة معدومة وقت العقد فلا يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن إلحاقها بأصل العقد فصارت مملوكة بملك الأصل، فإذا قبضها صارت أصلا بالقبض وله شبهة بالعقد فأخذت حصة من الثمن.

ويملك البائع حبس المبيع ليأخذ الزيادة لأنها صارت ثمن المبيع كالأصل.

(المنتقى): باع أمة فلم يقبضها المشتري حتى زاده البائع أمة أخرى ثم استحقت الأولى يأخذ المشتري الباقية بحصتها من الثمن كأن البيع وقع عليهما جميعًا.

ولو اشترى عبدين بألف فزاده مائة جازت الزيادة وانقسمت على قيمتهما؛ لأن الزيادة إذا التحقت بأصل العقد انقسمت على قدر القيمة كأصل الثمن، وكذلك لو سمى لكل عبد ثمنا على حدة.

ولو زاد في ثمن أحدهما لا بعينه فله أن يضع الزيادة في أيهما شاء.

ولو حط عنه من عينة ثمنهما مائة كان الحط نصفين فالحط مخالف للزيادة؛ لأنه لما قال حططت من ثمنهما فقد أدخلهما في الحط على السواء فانقسم الحط على الثمنين نصفين ولا عبرة لزيادة أحد الثمنين في الحط؛ لأن الحط غير مقابل بالثمن ليعتبر القدر لا محالة.

فأما انقسام الزيادة بقدر القيمة فيعتبر كذلك.

اشترى قفيز حنطة بعينه فحط عن البائع ربعه قبل القبض لم يجز؛ لأنه عين وإسقاط العين لا يصح.

ولو اشترى قفيزًا من صيدة ثم حط عنه ربعه قبل القبض جاز لأنه دين، وإسقاط الدين يصح.

ولو اشترى كر حنطة بعينه ولم ينقد الثمن فوجد به عيبا قبل القبض فأراد رده فزاده البائع قفيزين إلى شهر من طعام مثله ووصفه أن دفع الثمن إليه مكانه جاز وإلا فلا؛ لأن حصة القفيزين من الثمن سلم فيشترط قبضها في مجلس الزيادة.

(**الجامع**): اشترى عبدين بألف قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر خمسمائة ثم صارت قيمة الأقل ألفًا ثم زاد المشتري تقسم الزيادة عليهما يوم البيع أثلاثا لأنها تلتحق بأصل العقد فيعتبر الانقسام يوم العقد.

وإن كان أحدهما هالكا يوم الزيادة صحت الزيادة بقدر القائم وقيل ينبغي أن تصرف الزيادة كلها إلى القائم عند أبي حنيفة رضي الله عنه بناء على ما لو جمع بين من يحل وبين من لا يحل في النكاح بألف وقيل يختار فتبطل الزيادة لجمعه بين حي وميت وحجة المذكور في الكتاب، وهو الصحيح؛ أن الزيادة تصرف بناء على العقد الأول ولا يصح ابتداء فشابه الإجارة والإقالة، والإجارة والإقالة تصح بعد هلاك أحد العوضين في حق القائم؛ لأن العقد لا ينفسخ بهلاك أحدهما فكذلك الزيادة تصح.

اشترى جارية وكاتبها أو دبّرها أو استولدها أو وهبها وسلمها أو قتلت عنده أو ماتت أو طحن الحنطة المشتراة أو نسج الغزل أو صار العصير خمرا أو أسلم النصراني الذي اشترى الخمر ثم زاد لم تصح الزيادة؛ لأن المحل بعد هذه العوارض لم يبق قابلا لبيع جديد في حقه والزيادة متى صحت تصير بيعًا في حقه فلا بد لصحتها من محل قابل للبيع.

ولو رهنها وسلمها أو أجرها لو وطئها إنسان وأخذ عقرها أو قطعت يدها أو أخذ الأرش ثم زاد صحت الزيادة؛ لأن المحل قابل لإيراد العقد عليه في حقه، وكذلك بعد ذبح الشاة وسلخها وصيرورة العصير خلا وقطع الثوب وخياطته وجعل الحديد سيفا؛ لأن أصل المبيع قائم لقيام صورته وأكثر منافعه وإنما تغير وصفه فصحت الزيادة بخلاف ما لو خاط الغاصب الثوب أو جعل الحديد سيفا انقطع حق المالك عنه لا باعتبار هلاك العين بل لأنه أحدث صنعة متقومة فقطعنا حق المالك عن العين لعوض لئلا يبطل حق الغاصب في الصنعة وليس في تصحيح الزيادة هنا إبطال الصنعة على المشتري فصحت.

ولو صار العصير خمرا لا تصح الزيادة، فإن صار خلا بعد ذلك صحت الزيادة وأصله أن كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع حق المالك منع الزيادة إلا في مسألة الثوب والسيف لما مر، وإن لم ينقطع لا يمنع الزيادة؛ لأنه بقي المحل قابلا لتصرفه.

اشترى شيئًا وباعه فزاد المشتري الثاني بائعه ثم وجد به عيبًا فرده بقضاء رجع بالثمن والزيادة؛ لأن الزيادة صارت ثمنا كالأصل وللمشتري الأول الرد على بائعه؛ لأن الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فظهر الانفساخ في حق الكل فعاد المبيع إلى قديم ملكه فله أن يرد على بائعه.

ولو زاد المشتري الآخر في الثمن عرضا يساوي نصف ثمن المبيع وهلك قبل التسليم انتقض البيع في ثلث المبيع وعاد ذلك إلى البائع الثاني؛ لأن الزيادة متى ثبتت صارت لها حصة من المبيع فتهلك بحصتها، فإن وجد المشتري الآخر بالعبد عيبًا فرده بقضاء فلبائعه أن يرده على بائعه؛ لأنه انفسخ البيع في الثلث بهلاك الثمن قبل القبض فصار فسخا في حق الكل وفي الباقي انفسخ بقضاء فظهر في حق الكل، ولو أقاله البائع في الثلث ثم رد الثلثين بعيب بقضاء فالبائع الثاني لا يرد على بائعه؛ لأن الإقالة في الثلث بيع جديد في حق الثالث فبطل حق الرد فيه فيبطل في الباقي ضرورة؛ لئلا يصير تفريقا للصفقة عليه وقيل لا يرجع بنقصان العيب كما لو باعه ثم وجد به عيبًا لا يرجع.

(فصل)

أصله: أن الزيادة في الثمن من الأجنبي جائزة؛ لأن الزيادة يقابلها تسمية المال لا حقيقته لأنها بمنزلة الربح للحال، ألا ترى أن من باع عبدًا بألفين وقيمته ألف فالألف الزائدة لا يقابلها مال إلا تسمية فصارت الزيادة بمنزلة بدل الخلع والصلح عن دم العمد، فإنه لما لم يقابله مال حقيقة صح إيجابه على الأجنبي فكذا الزيادة، ثم إذا ثبت يلتحق بأصل العقد ويصير الأجنبي كفيلا بالزيادة ويظهر ثبوت الزيادة ثمنا على المشتري في حق صيرورة الأجنبي كفيلا ومطالبته بها لا في حق مطالبة المشتري بها؛ لأنها مما يتقرر به الزيادة من الأجنبي لا يخلو إما أن كانت حالة المساومة أو بعد العقد، فإن كانت حالة المساومة فعلى ثلاثة أوجه:

(**أحدها**) لو قال بع دارك من فلان بألف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل تلزمه الزيادة؛ لأنه جعل الزيادة مقابلة بالمبيع فصحت فصارت ثمنا وصار الأجنبي كفيلا بها.

(**والثاني**) لو قال: على أني ضامن لك خمسمائة سوى الألف ولم يقل من الثمن جاز البيع ولا تلزمه الزيادة؛ لأنه جعل الزيادة عوضا عن فعل البائع لا عن المبيع؛ لأن قوله سوى هذه الألف تنصيص على أنه لم يرد به الزيادة في الثمن بل أراد به نفي الزيادة ثمنا فيكون ضمانا للبائع بخمسمائة رشوة أو هبة أو عده ليبيع الدار من المشتري والبائع عامل لنفسه فلا يستوجب به حقا على غيره.

(**والثالث**) لو قال: بعه على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن ولم يقل سوى الألف يصير كفيلًا بخمسمائة من الثمن ولا تثبت الزيادة ذكره الحاكم في مختصر الجامع الكبير؛ لأنه تعذر أن يجعل ذلك زيادة في الثمن لما لم يقل سوى الألف وأمكن أن يجعل كفالة بخمسمائة؛ لأن خمسمائة من الثمن واجبة على المشتري، وإذا لزمته الزيادة في الصورة الأولى لم يكن للبائع حبس المبيع لاستيفائها؛ لأن صحة الزيادة لم تظهر في حق مطالبة المشتري بها فلا تظهر في حق حبس المبيع؛ لأنه مما يتضرر به المشتري ولا تظهر صحة الزيادة فيما يتضرر به المشتري وصار كالفضولي. خالع مع الزوج عن امرأته وضمن يعتبر خلعا في حقهما وفي حق المرأة طلاقا بغير مال فكذا هذا ويبيع المشتري الدار مرابحة على ألف لا غير؛ لأنه إنما يبيعها مرابحة بما ضمن وقام عليه لا على ما سمى ثمنا في البيع، ألا ترى لو حط عنه البائع خمسمائة ببيعه مرابحة على خمسمائة.

وإن سمى في البيع ألفًا ويأخذها الشفيع بألف؛ لأن الزيادة ليست بثمن في حقه لأنها لم تلزم المشتري، وإن تقايلا البيع رجع الأجنبي بخمسمائة؛ لأن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين فينفسخ العقد في حق البائع والزيادة ثبتت ثمنا في حقه فوجب عليه ردها إلى من أخذها منه ويحل للأجنبي أخذها وهذا كله إذا لم تكن الزيادة والكفالة من الأجنبي بأمر المشتري، فإن كانت بأمر المشتري يحبس البائع المبيع ليأخذها ولا يطالب المشتري بها ولكن يأخذ من الكفيل ويرجع بها على المشتري

قبل الأداء أو بعده؛ لأنه وكيل في حق الزيادة كفيل بها بأمره فتعلقت حقوق العقد به وصارت الزيادة ثمنا في حقهما ويبيعه المشتري مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن الزيادة ثبتت ثمنًا في حقه لما كان بأمره ويأخذ الشفيع بألف وخمسمائة لأنها ذكرت ثمنا في العقد.

وإن تفاسخا استرد الألف ولا يسترد الزيادة إلا الكفيل ويدفعها إلى المشتري إن كان رجع بها عليه؛ لأنه كفيل تتعلق حقوق العقد به.

فأما إذا زاد الأجنبي بعد العقد، فإن زاد بأمر المشتري فلا يخلو إما أن ضمن الزيادة أو لم يضمنها، فإن لم يضمنها فالزيادة على المشتري وهو المطالب بها؛ لأنه سفير ومعبر في حق الزيادة؛ لأنه لا يستغني عن إضافتها إلى المشتري بأن يقول: زدتك في ثمن العين الذي اشتراه فلان والرسول لا يتعلق به حقوق العقد، وإن ضمنها بأمره لزمه ويرجع بما أدى على المشتري كما في الخلع، فإن ضمنها بلا إذنه لزمه ولا يرجع، وإن أجاز المشتري من بعد؛ لأنه يكون متبرعًا فيه فنفذ عليه كما في [الخلع][1] والصلح إذا ضمن بلا إذن، فأما إذا زاد بلا إذنه ولم يضمنها تقف على إجازة المشتري؛ لأنه بالزيادة تصرف في عقد جرى بينه وبين البائع وإنه ضرر به فتوقف على إجازته وينفذ عليه بإجازته؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء وتعتبر الزيادة في حق الرد بالعيب والإقالة وبيع المرابحة؛ لأنه قام عليه بأصل الثمن مع الزيادة والشفيع يأخذ بدون الزيادة؛ لأن الزيادة إنما ذكرت بعد العقد وحق الشفيع يثبت سابقا على الزيادة عقيب العقد وتعلق حق الأخذ له بأصل الثمن فلم تصح الزيادة في حقه؛ لئلا يبطل حقه ومتى أخذها الشفيع بألف رجع الأجنبي بالزيادة على البائع سواء زاد بإذنه وضمن أو بغير إذنه؛ لأن الشفيع يأخذ بحق سابق على الزيادة فيفسخ العقد في حق الزيادة فصار كما لو انفسخ بالإقالة.

وإن كانت الزيادة في نفس العقد مضافة إلى الثمن بلا إذن المشتري فأخذ الشفيع بدون الزيادة هل يرجع الأجنبي على البائع قالوا: لا يرجع؛ لأنه

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

تصرف في صفقة وجب فيها حق الشفيع فللشفيع نقضه فيضمن أخذه بالشفعة نقض الزيادة وإبطالها.

(باب بيع الوالد والوصي على الولد الصغير)

ويجوز بيع الأب من ابنه الصغير وشراؤه منه لنفسه استحسانًا.

وعند زفر: لا يجوز قياسًا؛ لأن الواحد لا يلي طرفي البيع لمضادة بينهما في الأحكام، فإنه يصير مملكًا ومتملكًا ومطالبًا ومطالبًا ومستزيدًا أو مستنقصًا وهذا محال لغير الأب وجه الاستحسان أن الصبي محتاج إلى تصحيح هذا التصرف ليتميز ماله وأمكن تصحيحه بأن يجعل إذنًا للصبي بالتصرف ويجعل الصبي عاقدًا، وإن لم يعقل الصبي؛ لأن العقل يحتاج لصحة العبارة والصبي هنا يصير عاقدًا بعبارة الأب ويصير الأب سفيرًا ومعبرًا في حقه فيقوم العقد بالاثنين معنى وترجع الحقوق إلى الصبي ويقوم الأب مقامه فيها، ولهذا لو بلغ ملك مطالبة الأب بالثمن، ولو باع الأب من غيره فبلغ لا يملك المطالبة بنفسه ولا يحتاج الأب فيه إلى القبول حتى لو قال الأب: بعت من ولدي أو اشتريت منه تم البيع، وهو الصحيح؛ لأن القبول يسقط إذا وجد الرضاء دلالة بالتعاطي والرضا قد وجد هنا من حيث الدلالة فلا يفتقر إلى القبول ولفظ الأب يتناول الجد فيكون بمنزلته ويجوز هذا البيع من الأب بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: أنه لا يجوز إلا بمثل القيمة؛ لأنه متهم في حق نفسه؛ لأنه ربما يكون نظره لنفسه فوق نظره لولده فلا يجوز بغبن يسير كتصرف المريض وجه ظاهر الرواية أن الغبن اليسير لا يمكن التحرز عنه عادة وشفقته على ولده وافرة وهي مانعة من بزل النظر فالظاهر أنه ينظر في هذا التصرف للصبي فجعل الغبن اليسير عفوا كما في تصرفه مع الأجنبي ويجوز للوصي أن يبيع مال اليتيم من نفسه إذا كان نفعه ظاهرًا عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز؛ لأن شفقة الوصي قاصرة دون شفقة الأب فبقي تصرفه على أصل القياس ويكون الوصي بمنزلة الوكيل لو باع من نفسه لا يجوز.

له: أنه أمكن تصحيح تصرفه بجعله إذنًا للصبي وللوصي ولاية الإذن كما للأب إلا أنه لما كان قاصر الشفقة يعتبر في تصرفه حقيقة النظر لنفي التهمة، وقيل ذلك

بأن يبيع ما يساوي درهمًا بدرهمين، وقيل: النفع الظاهر بأن يبيع بأكثر من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله وهو الأصح ولم يشترط هذا الشرط في تصرفه مع الأجنبي؛ لأن الظاهر أن نظره إلى اليتيم فوق نظره إلى الأجنبي.

وذكر في المزارعة الصغيرة لو أجر الوصي دار اليتيم من نفسه أو من يتيم آخر في حجره جاز إن كان خيرًا لهما بأن استأجر بأجرة المثل أو مما يتغابن الناس في مثله بخلاف البيع. الفرق أن المنفعة دون العين، فإن المنفعة تضيع متى لم يؤاجرها والعين لا تتلف متى لم يبعه فشرط في بيع العين زيادة خير ونفع لليتيم ولم يشترط ذلك في الإجارة، ولو باع الوصي ماله من أجنبي بمثل قيمته يجوز لما بينا وقيل إنما يجوز تصرفه بأحد شرائط ثلاثة إما أن يبيع بضعف قيمته أو للصغير حاجة إلى ثمنه أو يكون على الميت دين لا وفاء إلا به وعليه الفتوى؛ لأن هذا مستحسن ولا يجوز بيع القاضي ماله من يتيم أصلا؛ لأنه يكون ذلك قضاء منه، ولهذا لا ترجع حقوق العقد إليه والإنسان لا يصلح قاضيا لنفسه.

(**النوادر**): باع الأب ضيعة أو عقارًا لابنه الصغير بمثل قيمته، فإن كان الأب محمودًا مستورًا عند الناس يجوز، وإن كان مفسدًا لا يجوز وهو الصحيح؛ لأنه متهم فيه فصار بمنزلة الوصي، وإن باع منقولًا وهو مفسد فيه روايتان في رواية يجوز ويؤخذ الثمن منه ويوضع على يدي عدل وفي رواية لا يجوز إلا إذا كان خيرًا للصغير وهو الأصح؛ لأنه متهم فيشترط في تصرفه حقيقة النظر كما في الوصي وبيع الأب على ابنه الكبير المجنون جنونا طويلًا جائز وقصيرًا لا يجوز؛ لأنه بمنزلة الإغماء والجنون الطويل مقدر بشهر فصاعدا والقصير بما دونه، وهو الأصح؛ لأن ما دون الشهر في حكم العاجل والشهر فصاعدا في حكم الأجل والثمن الذي لزم الأب بشراء مال ولده لنفسه لا يبرأ منه حتى ينصب القاضي وكيلًا عن الصغير فيقبضه من أبيه ثم يرده إليه فيكون وديعة عند أبيه في يده ومما إذا باع داره من ابنه وهو فيها ساكن لا يصير الابن قابضًا حتى يفرغها الأب ولم يشترط تسليمها إلى أمين القاضي لما قدمنا.

ولو اشترى لابنه الصغير دارًا أو نقد الثمن من مال نفسه ولم يشهد على أنه يرجع

في مال ابنه، فإنه لا يرجع به في ماله، وإن أشهد على أنه يرجع في ماله فله الرجوع نص عليه في نوادر ابن سماعة وفي البيوع إملاء.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله: إن لم يشهد الأب على الرجوع لكن نوى ونقد الثمن على هذه النية ويبيعه فيما بينه وبين الله تعالى أن يرجع في ماله.

واختلفت الروايات في اعتبار وقت الإشهاد:

في رواية يعتبر الإشهاد عند الشراء؛ لأنه وقت وجوب الثمن.

وفي رواية ابن سماعة عن محمد: يعتبر الإشهاد عند نقد الثمن؛ لأنه وقت استحقاق الرجوع.

وفي الوصي يرجع سواء أشهد أو لم يشهد؛ لأنه لا يتبرع بنقد الثمن من ماله في الشراء للصغير عادة بخلاف الأب؛ لأنه قد يتبرع بماله في الشراء لابنه الصغير.

ولو اشترى [لابنه][1] الكسوة والطعام يرجع بثمنه عليه، وإن لم يشهد عليه؛ لأنه مأمور به غير متطوع فيه بخلاف شراء الدار والعقار؛ لأنه غير مأمور به فيحتمل أن يكون متبرعا بنقد الثمن من ماله فلا يستحق الرجوع إلا بالإشهاد عليه.

ولو أمر القاضي الوصي بأن يشتري له شيئًا من مال اليتيم فاشتراه لا يجوز؛ لأن حقوق العقد من جانب اليتيم ومن جانب الأمر راجعة إليه فيؤدي إلى التضاد بخلاف ما لو اشتراه لنفسه جاز؛ لأن حقوق العقد من جانب اليتيم راجعة إلى اليتيم ومن جانبه راجعة إليه فلا يؤدي إلى التضاد.

ولو اشترى القاضي من وصيه مال اليتيم جاز؛ لأن الوصي نائب عن اليتيم لا عن القاضي.

امرأة اشترت لولدها الصغير شيئًا على أن لا يرجع عليه بالثمن جاز؛ لأنه يصير بمنزلة الهبة منه، ولو اشترت لابنها الصغير بماله دارا من أبيه جاز؛ لأن الأب لما باعها فقد أذن لها بالشراء، وكذلك لو كانت الدار مشتركة بين الأب والأجنبي فاشترت منهما للابن بماله يجوز؛ لأن الصفقة واحدة لا تجوز في النصف دون النصف فصار الأب إذنا لها بشراء النصيبين جميعًا.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): لولده.

(**الزيادات**): باع الأب مال ابنه الصغير من ابن آخر له صغير بما يتغابن الناس فيه جاز؛ لأنه لو اشتراه لنفسه جاز فكذا إذا اشتراه لآخر.

وكل الأب رجلا ببيع عبد الأب من ابنه لا يجوز إذا كان الابن صغيرًا لا يعبر عن نفسه؛ لأن هذا شطر العقد؛ لأن غير الأب والوصي لا يتولى طرفي البيع فلا يكون عقدا تاما لانعدام القبول ولا يمكن جعله قابلا للمضادة إلا إذا قبل الأب العقد من الوكيل جاز؛ لأنه يقوم قبوله مقام قبول الابن.

وذكر أبو يوسف رحمه الله في الأمالي: لو قال أحدهما: بعت، وقال الآخر: أجزت يجوز؛ لأنه إنما يشترط أن يكون القبول ليظهر رضاه حتى لو ظهر بالتعاطي يستغنى عن القبول ولم يذكر في الكتاب أن حقوق العقد يرجع إلى من قبل بأن الوكيل يخرج من البين وتكون العهدة على الأمر؛ لأن الوكيل يحضره الموكل سفير ومعبر، والصحيح أنه لا يخرج وحقوق العقد تثبت له وتكلموا في أن الآمر يكون متصرفا لنفسه وللصغير، والصحيح أنه متصرف للصغير نائب عنه؛ لأنه مأمور بالتصرف في مال الابن غير مأمور بالتصرف في مال نفسه فكان جعله نائبًا عنه أولى وما كان من حقوق العقد من جانب الابن فعلى الأب وما كان من جانب الأب فعلى الوكيل، وكذلك لو وكل ببيع مال أحد ابنيه من آخر فباع لا يجوز؛ لأن الوكيل لا ينزل منزلة الأب فصار كما لو وكله ببيع مال الأب من ابنه ولو وكل رجلين فتبايعا جاز لما عرف.

وكل الأب رجلا يبيع عبد ابنه فباعه الوكيل من الأب جاز، وكذا لو قال الأب لوكيله بعه من ابني والابن عاقل يعبر عن نفسه فقبل الابن وعلم بوكالة الأب أو قال اشتر من ابني الصغير والصغير يعلم بوكالة الأب جاز، وإن لم يعلم لا يجوز وفي كتاب المأذون أنه يجوز، وكذا لو قال لرجل بع عبدي فبايعه أو قال لرجل اشتر عبدي من فلان فاشترى المأمور العبد من المودع في رواية يجوز وفي رواية لا يجوز وجه رواية المأذون أن الإذن إنما يثبت ضمنا لأمر المخاطب بالتصرف وقد صح هذا الخطاب مقيدا حكمه فيما بينهما فيصح ما في ضمنه؛ لأن ثبوت المتضمن بثبوت المتضمن وصار كعزل الوكيل يصح ضمنا من غير علمه وجه رواية الزيادات أن أمر الحاضر لغو؛ لأن صحة شراء المأمور يستغنى عن الآمر فبقي الإذن بهذا

مقصودًا فصار كما لو أذن نصًّا فلا يصح بدون علمه؛ لأن حكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب قبل العلم به كخطاب الشرع.

ولو اشترى الوصي لأحد اليتيمين من الآخر لا يجوز؛ لأن تصرفه لا يصح إلا بنفع ظاهر وهو أن يكون أنفع بأحدهما فقد أضر بالآخر.

وكذلك إن أذن لهما في التجارة ليتبايعا من تجارتهما لا يجوز؛ لأن الوصي لو باشر ذلك لا يصح فكذلك من استفاد التصرف من جهته والوصي لو أذن لليتيم فباع مع الأجنبي بغبن فاحش جاز ولو تصرف مع الوصي لا يجوز والفرق أن الصبي يتصرف مع الأجنبي بولاية نفسه إلا أن في رأيه نوع قصور فيشترط انضمام رأي الوصي إليه حتى يتخير القصور.

والصبي يتصرف مع الوصي بإذن صدر من جهته فكان فيه شبهة النيابة فأظهرنا شبهة النيابة في حق الوصي ولم تظهر في حق الأجنبي، وكذلك لو أذن لعبديهما في التجارة فباع أحدهما من صاحبه لا يجوز وفي الأب يجوز وفي الابنين وعبديهما؛ لأن تصرفه غير مقيد بنفع ظاهر. اشترى الأب ذا رحم محرم من الصغير بماله نقد على الأب دون الصغير؛ لأن تصرفه على الصغير مقيد بشرط الأحسن وإلا نظر وفي هذا ضرر لا نظر.

ولو اشترى أم ولد ابنه المعتوه نفذ عليه في الواحدة استحسانًا وهو قول أبي يوسف ولا ينفذ قياسًا وهو قول محمد؛ لأنه لو نفذ على المعتوه صارت أم ولد له وفيه أتوا المالية فلم يكن التصرف واقعا بصفة النظر لهما أن فيه نظرًا للمعتوه؛ لأنه يمكنه أن ينتفع بها وطئا واستمتاعا واستخداما واستغلالا وصار كما لو زوجه امرأة بماله بل أولى؛ لأن هناك لا يملك استخدامها واستغلالها وهنا يملك وهذه المنفعة حاصلة بالواحدة فلا حاجة له فيما زاد عليها فلا ينفذ الشراء عليه فيما زاد على الواحدة بخلاف النكاح؛ لأنه يختص بعدد شرعا وقضاء، والله أعلم بالصواب.

(بَابُ بَيْعِ الفُضُولِيِّ والغَاصِبِ)

يحتاج إلى معرفة: تفسير التَّصرف والموقوف، ومن يقف على إجازته ومن لا يقف، وشرط صحة الإجازة.

أما تفسيره لغة: فالموقوف هو المحبوس والممنوع لغة، يقال: وقفت الدابة أي حبستها عن السير.

وتفسيره شرعًا: كل تصرف ينعقد فيما بين المتعاقدين ويتوقف نفاذه وعمله في حق الحكم على إجازة المالك فكان المحبوس عمله في حق إفادة الحكم لا ذاته وتصرف الفضولي منعقد موقوف على إجازة المالك خلافًا للشافعي رحمه الله.

والصحيح قولنا؛ لأن في انعقاده بدون نفاذه نفعًا بالعاقد لما فيه من صحة كلامه وصيانة نطقه وعبارته عن اللغو وليس فيه ضرر بالمالك؛ لأنه مخير إن شاء أجاز وإن شاء رد بل فيه نفع به؛ لأنه ربما يحتاج إلى بيع ماله ولا يظفر بمن يشتريه وإنفاع غيره والإحسان به مندوب ونفع نفسه مطلوب فكان راضيًا باعتبار عقله ودينه دلالة بانعقاد العقد فيما بينهما مع توقف النفاذ على إجازته دفعًا للضرر عنه.

ويملك الفضولي فسخ البيع قبل الإجازة؛ لأنه بالفسخ يفر من العهدة؛ لأن حقوق العقد راجعة إليه.

وشراء الفضولي إن أضافه إلى ما اشتراه بأن يقول للبائع: بع عبدك هذا من فلان فقال: بعت وقال المشتري: قبلت يتوقف على إجازة فلان؛ لأنه لا يمكن تنفيذه على المشتري لعدم الإضافة إلى نفسه فيتوقف على إجازة من أضاف إليه ضرورة.

ولو قال: اشتريت منك لفلان، وقال البائع: بعت منك ينفذ عليه؛ لأنه وجد نفاذًا على المشتري ظاهرًا؛ لأنه أضاف البيع إلى نفسه فلا ضرورة إلى التوقيف كالوكيل بالشراء إذا خالف أمر موكله ينفذ عليه والوكيل بالبيع إذا خالف يتوقف على إجازة موكله.

وأما من يقف على إجازته ومن لا يقف وكل عقد له مجيز حال وقوعه، فإنه يتوقف على إجازته وما لا مجيز له لا يتوقف حتى إن طلاق الفضولي وعتاقه ونكاحه وهبته في حق البالغ ينعقد موقوفا على إجازته وفي حق الصبي والمجنون لا ينعقد أصلا؛ لأنه ليس له مجيز حالة العقد لأنهما ليسا من أهل التصرف، وكذلك وليهما.

وكذا الصبي العاقل المحجور إذا باع ماله ينعقد موقوفا على إجازة وليه وعلى

إذن وليه بالتصرف؛ لأن في انعقاده فائدة لوجود المجيز للحال وهو الولي، وأما طلاقه وعتاقه وتبرعاته وإقراره لا يصح ولا يتوقف؛ لأنه لا مجيز لها للحال؛ لأن الولي لا يملك هذه التصرفات، وكذا لو باع العبد المحجور مال مولاه يتوقف على إجازة مولاه؛ لأنه بمنزلة الأجنبي فلو أذن له بالبيع والشراء فأجاز ذلك لا ينفذ إلا بالإجازة المولى؛ لأن العبد المأذون لا يملك بيع مال المولى ولا يملك الإجازة.

ولو اشترى شيئًا لمولاه بغير إذنه، فإنه يتوقف على إجازته فلو أذن له في التصرف نفذ الشراء على مولاه من غير إجازة مبتدأة لذلك؛ لأنه بالإذن ملك الشراء في حقه فيملك الإجازة؛ لأن الإجازة بمعنى إنشاء الشراء في حق الحكم.

وأما شرائط صحة الإجازة: فثلاثة: قيام المتبايعين والمبيع والمجيز.

أما المجيز؛ لأن بعد موته تتعذر الإجازة، ومتى تعذر إجازة الموقوف تبطل لعدم الفائدة وكذا بعد موت المتبايعين تتعذر الإجازة في حق إيجاب الحقوق عليهما.

وأما قيام المبيع؛ لأنه بالإجازة ينفذ للحال مستندا إلى وقت البيع حتى يستحق الكسب والزوائد المتصلة والمنفصلة فلا بد من قيام المحل للحال، ولو ملكه البائع لا ينفذ عليه؛ لأن الملك في التصرف الموقوف ثبت من وقت البيع حتى يستحق اكتساب المبيع وزوائده وهو لم يمكن مالكا لديه فلا يمكن تنفيذه عليه والبائع كالوكيل بعد الإجازة؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

ولو هلك الثمن في يده قبل الإجازة أو بعدها هلك أمانة؛ لأن الثمن مما لا يتعين فقيامه كهلاكه ولو هلك المبيع في يد المشتري فللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن المشتري يرجع بالثمن على البائع إن نفذه وإن ضمن البائع، فإن كان المبيع مضمونا عنده نفذ البيع؛ لأنه يملك المبيع مستندا إلى وقت القبض فيظهر أنه باع ملك نفسه، وإن كان أمانة عنده، فإن سلم أولا ثم باع نفذ البيع؛ لأن سبب ملكه سبق البيع وإن باع أولا ثم سلم لا ينفذ البيع ورجع بما ضمن على المشتري؛ لأن سبب ملكه تأخر عن البيع وهو كمن باع ملك غيره ثم ملكه لا ينفذ بيعه.

ولو باع ملك غيره بعرض فقيام العرض أيضًا شرط لصحة الإجازة، فإن أجاز

المالك كان العرض للبائع لا للمالك؛ لأنه يصير مشتريا للعرض لغيره والشراء لا يتوقف نفاذه على إجازة غيره غير أنه نفذ ملك غيره في عقد نفسه فإنما يتوقف النفذ على الإجازة فبالإجازة يكون مجيزًا للنفذ لا للعقد ويغرم العاقد للمجيز قيمة ماله أو مثله بخلاف ما لو كان الثمن دينا، فإن ثمة يصير مجيزًا للعقد.

(**النوادر**): باع ثوب غيره بغير أمره فصبغه المشتري فأجاز رب الثوب البيع جاز؛ لأن المبيع قائم ولو قطعه فخاطه ثم أجاز لم يجز؛ لأن المبيع قد هلك من وجه وصار شيئًا آخر من وجه، ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك ملكه.

وتصح إجازة المالك متى كان المبيع قائمًا إلا في مسألة واحدة ذكرها ابن سماعة عن محمد لو قال لرجل: بعتك هذا العبد وهو لفلان لم يأمرني به وقبض الثمن وهلك في يده والعبد قائم فأجاز صاحبه لم يجز إلا أن يكون الثمن قائمًا؛ لأنه قبض الثمن على وجه الأمانة، ولو صحت الإجازة لصار الثمن مضمونا عليه والأمانة لا تنقلب مضمونة بالإجازة فتعذر تصحيح الإجازة بخلاف ما عدا هذا الموضع؛ لأن الثمن مضمون في حق القابض.

رجل أمر رجلا بأن يحمل ترابا من منزله ليرميه فحمله المأمور فباعه من إنسان جاز والثمن للآمر؛ لما رضي بالرمي كان أرضى ببيعه فيكون البيع برضاه.

وروى ابن سماعة عن محمد: باع عبد غيره بغير أمره فقال المالك أحسنت أو أصبت أو وفقت لا يكون هذا إجازة منه للبيع؛ لأنه قد يكون على وجه التعجب والاستهزاء ولكنه إن قبض الثمن فهو إجازة، وروى ابن هشام عنه أنه يكون إجازة، وهو الأصح؛ لأن هذا يستعمل للإجازة غالبا والغالب بمنزلة الكائن.

ولو قال للبائع قد وهبت لك أو تصدقت به عليك فهو إجازة للبيع؛ لأن الهبة لم تتم للحال لعدم الموهوب في يد فيكون إذنا بتصرفه دلالة.

(**الجامع**): أصله: أن العقدين متى اجتمعا في شيء واستويا في الثبوت ينتصف الحكم بينهما إذا كان قابلا للشركة؛ لأنه يجب إعمالهما ولا يجوز تعطيلهما فعملنا بكل واحد في النصف عملا بالدليل بقدر الإمكان، وإن كان أحدهما أقوى يقدم الأقوى واندفع الأوهى به.

فضولي باع عبد غيره بألف وباعه فضولي آخر من آخر بألف فأجازهما المالك جاز ولكل مشتر نصفه؛ لأن البيعين استويا في الثبوت والانعقاد وملك اليمين قابل للشركة فيقضى بينهما نصفان وله الخيار؛ لأنه تفرق الملك في المبيع، وكذلك لو باعه منهما وكيل المولى، وكذلك لو كان الفضولي واحدًا باعه منهما.

وقال الكرخي: مسألة الفضولي الواحد فيما إذا باعه منهما وكيلا المولى وكذلك لو كان الفضولي واحدًا باعه منهما معًا؛ لأنه لو عاقب بين العقدين كان الثاني فسخا للأول ومن أصحابنا من لا يجعل الثاني فسخًا للأول وهو الصحيح؛ لأنه إنما انفسخ الأول حكما للثاني إذا نفذ الثاني قبل الزوال ولا نفاذ في الحال وانعقاد الأول موقوفا لا يمنع انعقاد الثاني موقوفا؛ لأنه مزاحمة في التوقف فيتوقف على إجازته بخلاف المالك باع ثم باع؛ لأن الأول نفذ في حقه وإنما توقف في حق المشتري ومن ضرورة نفاذ الأول في حق المالك أن لا يصح الثاني فتضمن إقدامه على الثاني فسخ الأول ضرورة تصحيح الثاني.

فضولي باع أمة رجل وزوجها فضولي آخر فأجازهما المولى جاز البيع دون النكاح؛ لأن البيع أقوى من النكاح؛ فبطل بورود البيع عليهما؛ لأن النكاح النافذ لا يمنع جواز بيع الأمة فالموقوف أولى.

وإذا نفذ البيع في الأمة بطل النكاح؛ لأنه تعذر إجازة النكاح من المالك القديم والجديد؛ لأنه طرأ على النكاح الموقوف حل ثان لغيره فبطل الموقوف حتى حكى الجصاص عن الكرخي: لو باع الفضولي الأمة من امرأة أو من رجل لا يحل له الأمة، فإنه يجوز البيع والنكاح جميعا ولأن البيع يفيد الرقبة والمنفعة فالنكاح لا يفيد إلا ملك المنفعة فكان البيع أقوى.

ولو كان أحدهما عتقا أو كتابة أو تدبيرا فالعتق والكتابة والتدبير أولى؛ لأنه أقوى؛ لأن العتق يثبت مع البيع، فإنه لو باع نصفه يجوز عتق الباقي والبيع لا يثبت مع شيء من ذلك، فإنه لو أعتق أو كاتب بعضه لا يصح بيع الباقي، ألا ترى لو وكل رجلا بعتق النصف ووكل آخر ببيع النصف فصدر العقدان من الوكيلين معا فالعتق أولى.

أحدهما بيع والآخر هبة مقبوضة فيما لا ينقسم فهما سيان لاستوائهما في

الثبوت كالبيعين ولو رد المشتري لم يكن للموهوب له أن يأخذ الكل؛ لأن المالك رد الهبة في النصف حين أجاز وإن كانا فيما ينقسم بطلت الهبة لأنها لا تصح مع الشيوع.

أحدهما بيع والآخر رهن بطل الرهن؛ لأن رهن المشاع لا يصح كيف ما كان رهنان بطلا لما مر.

هبة مقبوضة وإجازة فالهبة أولى لأنها تصح مع الإجازة والإجازة لا تصح مع الهبة قيل إن كانتا فيما لا ينقسم فالهبة أولى عند أبي حنيفة؛ لأن هبة المشاع فيما لا ينقسم صحيحة والإجازة لا وعندهما يجوز كلاهما في النصف؛ لأن إجازة المشاع جائزة عندهما، وإن كانتا فيما ينقسم بطل العقدان عند أبي حنيفة؛ لأن كلاهما شائع فيما ينقسم لا يجوز عنده وعندهما تجوز الإجازة دون الهبة؛ لأن إجازة المشاع فيما ينقسم جائزة والهبة لا.

رهن وإجازة فالإجازة أولى وقيل: هذا عندهما؛ لأنه يجوز إجازة النصف عندهما ولا يجوز رهن النصف فلم يبق الرهن مزاحما للإجازة، وعند أبي حنيفة يبطلان جميعا؛ لأنه لا يجوز كلاهما في النصف شائعا عنده.

(**الزيادات**): أصله: أن إقرار كل مقر حجة في حقه دون غيره؛ لأنه في حقه إقرار وفي حق غيره شهادة وشهادة الفرد غير مسموعة.

رجل قال لرجل: بعني هذا الغلام لفلان، فباعه ثم أنكر المشتري أن فلانا أمره بالشراء وقال فلان: أمرته فهو للآمر؛ لأن إقدامه على العقد إقرار منه بصحته ووكالته دلالة فلا يصح رجوعه عنه، وإن أنكر فلان الأمر لم يكن له ولزم المشتري؛ لأن إقرار الغير ليس بحجة في حق غيره بدون تصديقه إلا أن يسلمه للأمر فيكون تبعا مستقبلا بالتعاطي بينهما؛ لأنه أمكن تصحيح الأخذ بهذا الطريق.

باع عبدًا لرجل ثم قال لم يأمرني صاحبه لا يقبل قوله ولا تسمع بينته عليه، وكذلك لو ادعى هذا المشتري لمكان التناقض منهما؛ لأن إقدامهما على العقد إقرار منهما بولاية البيع وصحته إما بالملك أو بالإذن باعتبار عقله ودينه فكان الإنكار رجوعا عن الإقرار دلالة فلا يسمع فبطل الدعوى للتناقض والبينة لا تقبل بدون الدعوى ولا يمين على واحد منهما لما عرف.

فلو صدقه المشتري نقض بينهما؛ لأن التناقض لا يمنع التصادق؛ لأن العقد كان حقهما فيعمل تصادقهما في حقهما، فإن حضر فلان وأقر أنه أمره بالبيع يقبل قوله؛ لأن إقدامهما على العقد إقرار منهما بأمره دلالة لكن رجعا عن الإقرار فلا يعمل رجوعهما في حق المالك والنقض جائز بين المشتري والبائع ويغرم البائع الثمن لصاحبه عندهما، وعند أبي يوسف لا يبرأ المشتري عن الثمن ويأخذه منه المالك ثم يرجع به هو على البائع بناء على أن الوكيل بالبيع لو أبرأ المشتري عن الثمن يصح عندهما ويضمن فكذلك لو أبرأه عن الثمن بالإقالة، وعند أبي يوسف لا يملك الإبراء فلا يملك الإقالة.

فإن مات فلان وورثه البائع ورجل آخر فأقام ذلك الرجل البينة أن العبد عبد فلان مات وتركه ميراثا لهما تقبل؛ لأنه قام مقام المورث ولم يسبق منه ما يمنعه من الدعوى وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في إثبات الملك له فتقبل بينته وقضى له بالنصف؛ لأن منكر للأمر بالبيع ثم يسأل القاضي المشتري أن البائع هل كان مأمورا بالبيع، فإن قال نعم لا ينقض البيع في النصف الآخر؛ لأنه يصيب البائع وإنكاره الأمر غير ممنوع في حق البائع إلا أن يشاء المشتري الرد فينقض لتفرق الصفقة عليه، وإن قال: لم يكن مأمورًا بالبيع من جهة المالك أو لم يكن العبد إلا للبائع نقض البيع كله؛ لأن القاضي قضى بالعبد للميت بإقامة أحد الورثة البينة له أنه كان له فتبين أن البائع باع عبد غيره فلما ورثه انتقض ذلك البيع الموقوف على إجازة المالك؛ لأن الفضولي إذا ملك المبيع ينقض البيع لما بينا.

(فصل)

ولو باع الغاصب الجارية المغصوبة فأجاز المالك جاز؛ لأنه بمنزلة الفضولي فيه.

ولو خاصم المالك الغاصب وقضى له ثم أجازه به يصح في ظاهر الرواية؛ لأن الإجازة لاقت عقدًا موقوفًا؛ لأن العقد لا ينفسخ بالخصومة لأنها كما يكون لاستدامة الملك يكون للتروي ولإثبات الملك فيما باعه الغاصب ليجيز العقد فيه فلا ينفسخ بالشك.

ورُوي عن أبي حنيفة: لا تصح الإجازة؛ لأن الخصومة لاستدامة الملك عادة لا لصحة الإجازة فكانت الخصومة منه فسخًا للعقد دلالة، ولو لم يعلم قيام المغصوب بأن أبق فأجازه تصح الإجازة في ظاهر الرواية؛ لأن العقد كان موقوفا ولم ينفسخ بالإباق؛ لأن الآبق بمنزلة القائم من وجه والهالك من وجه فلا ينفسخ بالشك، ولهذا لو كان البيع باتًّا فأبق العبد لا ينفسخ فكذا هذا.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه لا يصح الإجازة؛ لأن قيام المبيع شرط لصحة الإجازة وقد وقع الشك فيه فلا تصح الإجازة بالشك وكل ما حدث من كسب وولد وعقر وأرش قبل الإجازة فللمشتري؛ لأنه يملكها من وقت البيع فظهر أنها حدثت على ملكه.

ولو أعتق أمة غيره فولدت ثم أجازه المولى عتقت الأمة الساعة دون الولد؛ لأن العتق لا يستند إلى ما قبله لما عرف في موضعه.

باع الغاصب المغصوب ثم ملكه بأداء الضمان ينفذ بيعه، ولو أعتقه ثم ملكه بأداء الضمان لا ينفذ عتقه؛ لأنه يملكه مستندًا إلى وقت الغصب من وجه ومقتصرًا على الحال من وجه والملك من وجه يكفي لنفوذ البيع ولا يكفي لنفوذ العتق كملك المكاتب والعبد المأذون لما كان ثابتا من وجه يكفي لنفاذ بيعهما ولا يكفي لنفاذ إعتقاهما وفقهه أن البيع ليس بنقل للملك ليستدعي كمال الملك ولكنه إحداث النسبة لغيره فيستدعي قيام الولاية على المحل وبالملك من وجه تثبت الولاية فأما الإعتاق إزالة الملك ونقله إلى العبد به فيستدعي كمال الملك.

ولو ملكه بالشراء أو الهبة أو الإرث بطل بيعه؛ لأنه طرأ ملك بات للغاصب على ملك موقوف للمشتري فأبطل الموقوف.

والمشتري من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المولى البيع نفذ عتقه خلافا لمحمد وزفر لهما أن العتق يستدعي الملك وهذا العقد لا يفيد له الملك قبل الإجازة؛ لأنه موقوف والموقوف ممنوع من العمل ليتحقق معنى الوقف لغة وهو الحبس فصار كالمشتري من المكره إذا أعتق.

لنا: أن الإعتاق صادف ملكه من وجه؛ لأنه يثبت الملك فيما ينتفع به المشتري

ولا يتضرر به المالك؛ لأنه صدر التملك مطلقا بإذن المالك دلالة فيما منفعة المشتري ولا يضر به المالك؛ لأنه مندوب عقلا وشرعا ويوقف العتق على المشتري على وجه ينفذ بإجازة المالك البيع ينتفع به المشتري ولا يتضرر به المالك فظهر الملك في حقه وصار كالمشتري من الراهن إذا أعتق.

والمشتري من المكره إذا أعتق بعد القبض ينفذ عتقه، فإذا أعتق قبل القبض يلغو؛ لأن بيع المكره فاسد والبيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض.

والمشتري من الغاصب لو باع ثم أجازه المالك لا ينفذ بيعه؛ لأنه لا يمكن تنفيذه؛ لأنه لو أجاز البيع الأول ملك المشتري الأول المغصوب ملكا تاما فيبطل الملك الموقوف للمشتري الثاني؛ لأن الملك البات متى طرأ على الملك الموقوف أبطله لتعذر الجمع بين ملكين لأحدهما من كل وجه وللآخر من وجه في زمان واحد ولا كذلك العتق؛ لأن ثمة نفذ ما يثبت للمشتري زال عنه بالعتق فلا يكون جمعا بين الملك البات والموقوف.

ولو باعه ثم ملكه الغاصب بأداء الضمان قيل ينفذ بيعه كما لو باع الغاصب ثم ملكه بالضمان وقيل لا ينفذ؛ لأن الغاصب، وإن كان لا يملك المغصوب بأداء الضمان ملكا باتا؛ لأن الغصب ليس بموضوع للملك ولكن المشتري ملك من جهة الغاصب ملكا باتا؛ لأن الشراء سبب موضوع للملك فبطل الملك الموقوف للمشتري الثاني فتعذر تنفيذه كما لو ملكه بإجازة المالك.

ولو أعتق ثم ملكه الغاصب بأداء الضمان قيل لا ينفذ عتقه؛ لأنه تلقى الملك من الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لنفاذ عتقه فكذا ملك من تلقى الملك من قبله وقيل ينفذ عتقه، وهو الصحيح؛ لأن المشتري تلقى الملك من الغاصب من كل وجه بالسبب الموضوع له فينفذ عتقه، وإن كان لا ينفذ عتق ما يلقى الملك منه كالمشتري من المكاتب.

(**الجامع**): أصله: أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق وكل عقد صح الإذن به ابتداء صحت الإجازة به انتهاء. رجلان غصب كل واحد عينا من واحد فتبايعا فهو على ثلاثة أوجه: إما أن غصب كل واحد عينا أو دينا كالدراهم والدنانير أو غصب

أحدهما عينا والآخر دينا، فإن غصب أحدهما عبدا من إنسان وغصب أيضًا آخر منه جارية وتبايعا فأجازه المالك لم يجز؛ لأنه لم يصح إذنه به في الابتداء؛ لأنه بيع ملكه بملكه فلم يصح إجازته في الانتهاء.

ولو غصباهما من مالكين فأجازا جاز كما لو أذنا في الابتداء ويكون لكل غاصب ما اشتراه ويضمن قيمته ما جعله ثمنا لمولاه؛ لأن كل واحد مشتر والشراء لا يتوقف على الإجازة فنفد على الغاصب إلا أنه صار قاضيا ما لذمته بالشراء من مال غيره فتوقف القضاء على إجازة المالك، فإذا أجاز فقد أذن كل واحد منهما غاصبه بقضاء ما عليه من المغصوب فيصير كأنه قال اشتر لنفسك عبدا بجاريتي فيصير مملكا فيه المغصوب بقيمته وتمليك العين بقيمته يجوز ضمنا لعقد آخر، وإن كان لا يجوز قصدا كتمليك الآبق يجوز حكما للضمان، وإن كان لا يجوز قصدا.

وأما إذا غصب أحدهما دراهم والآخر دنانير من رجل واحد وتبايعا وتقابضا وافترقا فأجاز المالك جاز؛ لأن البيع لا يتعلق بأعيانهما بل يتعلق بمثلهما دينا في الذمة وكل واحد تصرف في ذمته لا في مال غيره فلم يتوقف البيع على الإجازة؛ لأنه توقف القضاء، فإن كل واحد قضى ما عليه بما غصبه، فإذا أجاز صار مقرضا فيضمن كل واحد مثله، وإن لم يجز يبطل.

والفلوس مثل الدراهم والدنانير لأنها ثمن.

وأما إذا غصب أحدهما دراهم والآخر منه جارية أيضًا وتبايعا فأجاز المالك جاز؛ لأن البيع لا يتعلق بعين هذه الدراهم بل يمثلها دينا والمالك لو أذن ببيع جاريته بدراهم يجب في ذمة الغاصب يصح ابتداء فتصح إجازته انتهاء وكانت هذه إجازة للقضاء لا للعقد، فإن أخذ غاصب الجارية الدراهم ثم أجاز المالك وهلك عنده يهلك أمانة ولكن يضمن مشتري الجارية مثل دراهمه لأنه بالإجازة صار مقرضًا الدراهم منه ومجيزًا للقبض فصار القابض وكيلًا وأمينًا وإن جاز قبل قبض غاصب الجارية الدراهم ثم قبض وهلكت عنده فله أن يضمن أيهما شاء؛ لأنه قبل القبض لم يتعين دراهمه لا للعقد ولا للقبض فصار المالك بإجازة البيع مجيزًا

لقبض ثمن الجارية لا لقبض الدراهم المغصوبة فيكون قبض الدراهم بغير إذنه، وإن ضمن المشتري لم يرجع على البائع؛ لأن المشتري بالضمان ملك الدراهم من وقت الغصب فظهر أنه نقد ملك نفسه فظهر أن ما قبضه البائع كان ثمنا وهلك في يده وهو وكيل بالبيع من المولى، وإن ضمن البائع يرجع على المشتري بمثلها وكان له؛ لأن ما قبض لم يسلم له، وإن رجع بها سلم له ما أخذ طعن عيسى وقال: يجب عليه أن يردها على المغصوب منه؛ لأن الثمن هو الثاني دون الأول؛ لأن قبض الأول انتقض والجواب عنه أن المشتري بأداء الضمان ملك ما نقده أولا من حين القبض؛ لأن قرار الضمان عليه فظهر أن ما نقده أولا كان ثمنا، وإن كان البائع صار وكيلًا من جهة المالك بالقبض وصار الموكل مستوفيًا الثمن بقبضه فلا يكون له أن يستوفي مرة أخرى.

(باب المقبوض على سَوْمِ البيع)

يحتاج إلى معرفة: بيع المزايدة، وكراهية الاستيام على سوم أخيه، وحكم المقبوض على سوم البيع.

أما الأول: فلا بأس ببيع من يزيد[1]، وهو أن من أراد أن يبيع شيئًا فنادى من يشتريه بعشرة فطالبه إنسان بذلك فاشتراه غيره بأزيد جاز لما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم بَاعَ قَدَحًا وَحِلْسًا بَيْعَ مَنْ يَزِيدُ**"[2]؛ ولأن الناس تعاملوا المزايدة في

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٢/٥، وحاشية ابن عابدين ١٠٢/٥، والبحر الرائق ١٠٨/٦، وفتح القدير ١٠٨/٦ ط. دار إحياء التراث، والمقدمات الممهدات لابن رشد ١٣٨/٢، ومواهب الجليل ٢٣٩/٤، وميارة على التحفة ٦٩/٢، وشرح العمليات ص٣١٩، وتحفة المحتاج ٣١٣/٤، ونهاية المحتاج ٤٦٨/٣، ومغني المحتاج ٣٧/٢، وكشاف القناع ١٨٣/٢، والمغني ٢٣٦/٤.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٣٨/١٢ (٣٣٦٣٦) قال: حدثنا عيسى بن يونس. و«أحمد» ١٠٠/٣ (١١٩٩٠) قال: حدثنا معتمر. وفي ١٠٠/٣ (١١٩٩١) قال: حدثنا يحيى بن سعيد (ح) وحدثنا وكيع، عن عبد الله بن عثمان، يعني صاحب شعبة. وفي ١١٤/٣ (١٢١٥٨) قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«ابن ماجه» (٢١٩٨) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا عيسى بن يونس. و«أبو داود» (١٦٤١) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: أخبرنا عيسى بن يونس. و«الترمذي» (١٢١٨) قال: حدثنا حميد بن مسعدة، قال: أخبرنا عبيد الله بن شميط بن =

الأسواق من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير ولكن لا ينبغي أن يزيد عليه حتى ينادي ثانيا؛ لأنه استيام على سوم أخيه ويكره الاستيام على سوم أخيه إذا أسكن قلب كل واحد منهما وتأكد أمر البيع بينهما لقوله عليه السلام: "**لَا يستامُ الرّجلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ**"[1]، إلا أنه خص عن هذا ما إذا لم يركن قلب كل واحد إلى البيع وينادي على سلعته فلا بأس لغيره أن يزيد كذا خطبة أخيه إذا جنح قلبها إلى خطبة الأول تكره خطبة الثاني، وإن لم يجنح قلبها إلى الأول فلا بأس[2].

وإن كان الدلال مما يريد فطلبه إنسان بثمن فقال حتى أسأل مالكه فلا بأس للغير أن يزيد وإن سأل مالكه فقال بعه أو اقبض الثمن فليس لغيره أن يزيد؛ لأن النهي عن ذلك لدفع الوحشة وإنما الوحشة فيما إذا ركن صاحب السلعة إلى ذلك ويحزم على بيعها بذلك.

فأما حكم المقبوض على سوم البيع: فالمقبوض على سوم البيع مضمون

=

عجلان. و«النسائي» ٢٥٩/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٥٤) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا المعتمر، وعيسى بن يونس.

خمستهم: (عيسى، ومعتمر، ويحيى، وعبد الله، وعبيد الله) عن الأخضر بن عجلان، عن أبي بكر الحنفي، فذكره.

(١) أخرجه البخاري ٢٥٠/٣ (٢٧٢٧) قال: حدثنا محمد بن عرعرة. و«مسلم» ٤/٥ (٣٨٠٨ و٣٨١٠) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي. وفي (٣٨١١) قال: وحدثنيه أبو بكر بن نافع، قال: حدثنا غندر (ح) وحدثناه محمد بن المثنى، قال: حدثنا وهب بن جرير (ح) وحدثنا عبد الوارث بن عبد الصمد، قال: حدثنا أبي. و«النسائي» ٢٥٥/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٣٨) قال: أخبرني عبد الله بن محمد بن تميم، قال: حدثنا حجاج. و«ابن حبان» (٤٩٦١) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا أبو الوليد.

سبعتهم: (محمد بن عرعرة، ومعاذ بن معاذ العنبري، ومحمد بن جعفر غندر، ووهب، وعبد الصمد بن عبد الوارث، وحجاج بن محمد، وأبو الوليد الطيالسي) عن شعبة، عن عدي بن ثابت، عن أبي حازم، سلمان الأشجعي، فذكره.

(٢) انظر: فتح القدير ١٠٨/٦، وتبيين الحقائق ٦٧/٤، وبدائع الصنائع ٢٣٢/٥.

بالقيمة متى بين له ثمنًا، وإن لم يبين له ثمنًا لم يكن مضمونًا؛ لأنه متى بين له ثمنا يكون الاستيام أخذًا للعقد فيكون وسيلة إلى العقد فالحق بحقيقة العقد في حق الضمان دفعًا للضرر عن المالك؛ لأنه ما رضي بقبضه فصار القابض ملتزما للعوض وعوضه الأصلي هو القيمة ما لم يصطلحا ويتفقا على المسمى ومتى لم يبين له ثمنا لم يكن أخذه للعقد فلا يمكن إلحاقه به.

(**المنتقى**): ولو قال الآخر: لك هذا الثوب بعشرين، فقال المشتري: آخذه بعشرة، فذهب بالثوب وهلك في يده فعليه قيمته؛ لأنه قبضه بجهة البيع وقد بين له ثمنا.

ولو استهلكه فعليه عشرون؛ لأنه بالاستهلاك صار راضيًا بالبيع بالمسمى دلالة حملا لفعله على الصلاح والسداد.

ولو قال البائع: رجعت عما قلت أو مات أحدهما قبل أن يقول المشتري رضيت انتقض جهة البيع، فإن استهلك المشتري العين بعد ذلك فعليه قيمته كما في حقيقة البيع، لو انتقض يبقى المبيع في يده مضمونا فكذا هذا، ولو قال لآخر: هذا الثوب لك بعشرة فقال هات حتى أنظر إليه فأخذه على هذا فضاع لا شيء عليه؛ لأنه لم يأخذه على جهة البيع، وإن قال هات، فإن رضيته أخذته بعشرة فضاع فعليه قيمته؛ لأنه أخذه بجهة الشراء متى بين له ثمنا.

ولو قال: أبيعك هذا الثوب بعشرين ولا أنقصه من عشرين، فقال المشتري: آخذه بعشرة، فذهب به فعليه عشرون؛ لأنه رضي به دلالة.

ولو قال: أبيعه بخمسة عشر، وقال المشتري: لا آخذه إلا بعشرة، فإن كان الثوب في يد المشتري حين ساومه فذهب به فهو بخمسة عشر؛ لأن المشتري رضي بخمسة عشر.

حين ذهب به، وإن كان في يد البائع فهو بعشرة؛ لأن البائع رضي بعشرة حين دفع إليه، وكذا لو كان في يد المشتري فرده على البائع ثم تناوله من يد البائع فدفعه إليه فهو بعشرة وهذه مذكورة في العيون أيضًا.

ولو قال المشتري: هاته حتى أنظر إليه فدفعه إليه ولو كان في يد المشتري فرده على البائع ثم تناوله من يد البائع فدفعه إليه فهو وهذه البائع، وقال: لا أنقصه من

خمسة عشر، وقال المشتري: أخذته بعشرة فسكت البائع وذهب به المشتري فهو بخمسة عشر.

ولو قال لآخر: بكم هذا الثوب؟ فقال: بعشرة، فأخذ وذهب به وسكت لزمه عشرة؛ لأنه رضي بالبيع بعشرة.

ولو قال البائع: هو بعشرين، وقال المشتري: لا أريد بعشرين فذهب ثم جاء وأخذ وذهب به وهلك في يده فهو بعشرين؛ لأنه رضي به لما ذهب به.

اشترى ثوبا فغلط فأخذ ثوبا غير ما اشتراه فضاع فعليه قيمته؛ لأنه أخذه على جهة البيع؛ لأنه ظن أنه أخذ المبيع.

ولو قال: هذا القلب لك بدينار مما لك عليّ، وقال المشتري: لا بل بنصف دينار فقبضه على ذلك وافترقا ثم استهلكه فعليه قيمته؛ لأن بالافتراق ارتفع العقد وبقي القلب في يده مضمونا بقيمته لما بينا.

ولو قال: بعتك هذه الفضة بدينارين ثم قبضها واستهلكها قبل أن يفترقا فعليه ديناران؛ لأنه رضي به دلالة فقد نص في (المنتقى) في الموضعين على أنه لو استهلك المقبوض على سوم البيع يلزمه المسمى، فإن افترقا ولم ينقده الدينارين انتقض البيع وعليه مثل وزن الفضة.

رجل ساوم رجلًا بقدح ليشتريه فقال ارم فدفع إليه فوقع من يده على أقداح أخرى فانكسرت فلا ضمان عليه في القدح؛ لأنه وإن أخذها على سوم الشراء لكن الثمن غير مسمى ويضمن قيمته سائر الأقداح لأنها انكسرت بفعله وهو ترك حفظ القدح حتى وقع من يده، ولو كان الثمن مسمى يضمن قيمة القدح أيضًا، ولو أخذها بغير إذن صاحبها وساومه فوقعت من يده وانكسرت هي وسائر الأقداح يضمن قيمة الكل؛ لأنه صار متلفا للكل.

الوكيل بالشراء إذا أخذ السلعة على سوم الشراء بثمن مسمى فأراها للوكيل فلم يرض بها وهلك عند الوكيل ضمن الوكيل قيمتها للبائع لأنها مقبوضة على سوم البيع ويرجع الوكيل على الموكل إن أخذه بأمره؛ لأنه عامل له، وإن أخذه بغير أمره

لا يرجع؛ لأنه غير عامل له؛ لأن الأمر بالشراء لا يكون أمرا بالأخذ على وجه السوم.

بزاز أرسل غلاما يجلب عليه ثيابا ليشتري لرجل ثوبا فنادى الغلام في السوق من معه ثوب كذا بكذا فقال رجل أنا فقال الغلام هاته فأعطاه إياه فهلك في يده يضمن الثمن المسمى؛ لأنه أخذه على سوم البيع وقد توافقا على المسمى ويرجع الغلام على المرسل إن قبضه على المساومة بأمره كما في الوكيل بالشراء.

ولو قال المرسل: اجلب عليّ ثوبًا بعشرة، فقال الغلام: من معه ثوب بعشرة؟ فقال رجل: أنا، فقال: إني أريد لفلان، فقال: خذه فاذهب به إليه، فأخذه فضاع عنده لا ضمان عليه؛ لأنه رسول من رب الثوب إلى الأمر بالجلب، ولو دفع إلى الأمر فضاع عنده لم يضمن أيضًا؛ لأنه لم يقع في يده على سبيل المساومة.

وكذا لو بعث رسولًا إلى بزاز أن ابعث إليّ ثوب كذا بثمن كذا، فبعث معه رسول فضاع قبل أن يصل إليه ضمن الآمر دون الرسول؛ لأن رسوله قبض الثوب على المساومة والعهدة لا ترجع إلى الرسول كما في حقيقة البيع، وإن بعث معه غير رسوله لا يضمن الآمر حتى يصل إليه، ألا ترى لو أرسل رسولا إلى رجل فقال: ابعث إليّ بعشرة دراهم قرضا فبعثها مع رسوله ضمن الآمر، وإن بعثها مع غيره لم يضمن حتى يصل إليه، وكذلك في قضاء الدين.

ولو بعث إلى رجل بكتاب مع رسول أن ابعث إليّ ثوب كذا بثمن كذا فبعث مع رسوله وهلك لم يضمن الآمر حتى يصل إليه، وكذلك القرض والاقتضاء إنما الرسول رسول في الكتاب لا غير.

رجل بعث شيئًا إلى بياع ليبيعه ويدفع ثمنه إلى فلان فجاء صاحب المال يطلب الثمن من فلان فأنكر فلان أن يكون البائع دفع الثمن إليه وقال البائع: دفعته إليه فلا ضمان على البائع بأجر كان أو بغير أجر عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: إن كان البائع بأجر ضمن؛ لأن الثمن بدل المبيع والمبيع أمانة عنده؛ لأنه أجير مشترك فكذلك بدله وعندهما المبيع مضمون عليه فكذلك ثمنه ولا ضمان على فلان؛ لأنه لا يصدق البائع في حق تضمين فلان.

رجل بعث أغناما إلى بياع فباعها من رجل ثم مات البياع وترك وارثًا فطالب صاحب الأغنام المشتري بالثمن وزعم أنه نقد الثمن للبياع ليس له مطالبة ورثة البياع ما لم يثبت قبض البياع؛ لأنه ما لم يثبت قبض البياع لا يصير دينًا في تركته، ولا مطالبة المشتري إلا بأمر وَصي البياع؛ لأن الوكيل بالبيع إذا مات ينتقل حق المطالبة إلى وصي الوكيل إن كان له وصي، وإن لم يكن رفع الأمر إلى القاضي حتى ينصب الوصي؛ لأن وصيه بعد وفاته كوكيله في حياته، ولا يصدق المشتري في دعواه إلا ببينة؛ لأنه مُدّعي.

رجل غاب وأمر تلميذه أن يبيع السلعة ويسلم ثمنها إلى فلان، فباع وأمسك الثمن حتى هلك لا يضمن؛ لأن الأستاذ لا يضيق عليه الأداء عادة فلا يصير بتأخير الأداء ضامنًا، والله أعلم.

(القسم الثالث في [الربويّات] [1])

(باب معرفة الربا[2])

الأصل في معرفة الربا قوله عليه السلام: "**الذّهب بالذّهب مثلًا بمثلٍ، وزنًا بوزن، يدًا بيد، والفضل ربًا، والفضة بالفضة مثلًا بمثل، وزنًا بوزنٍ، يدًا بيدٍ، والفضلُ ربًا، والتّمر بالتّمر مثلًا بمثلٍ، كيلًا بكيلٍ، يدًا بيدٍ، والفضلُ ربًا، والحنطةُ بالحنطةِ مثلًا بمثلٍ، كيلًا بكيلٍ، يدًا بيدٍ، والفضلُ ربًا، والشعيرُ بالشعير مثلًا بمثل، كيلًا بكيلٍ، يدًا بيدٍ، والفضل ربًا، والملحُ بالملح مثلًا بمثل، كيلًا بكيلٍ، يدًا بيدٍ، والفضلُ ربًا، وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد**"[3].

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): الرّبَوَاتِ.

(٢) انظر: ابن عابدين ٢/٢٦٦، والدسوقي ٢/٢٢١، والفروع ٢/٤٢٤ ومطالب أولي النهى ٥/٥٠.

(٣) أخرجه «مسلم» ٥/٤٣ (٤٠٦٦) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. وفي ٥/٤٤ (٤٠٦٧) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، وابن أبي عمر، جميعا عن عبد الوهاب الثقفي، عن أيوب. وفي (٤٠٦٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو =

فهذا الحديث مشهور حتى كاد يقرب التواتر لكثرة الرواة، رواه عدة كثيرة من الصحابة رضي الله عنهم فيحتاج إلى معرفة حكم النص والمحرم بالنص وعلّة الحكم والمنصوص عليه، أما حكم النص فهو وجوب المساواة بين البدلين في المعيار الشرعي شرطًا لجواز العقد.

وقال الشافعي رضي الله عنه: حكمه حرمة بيع المطعوم مطلقا والمساواة في المعيار الشرعي مخلص عن الحرمة لقوله عليه السلام: "**لَا تبيعُوا الطعام بالطّعام إلّا سواءً بسواءٍ**"[1] حرم بيع المطعوم مطلقًا إلا بشرط المساواة.

=

الناقد، وإسحاق بن إبراهيم، واللفظ لابن أبي شيبة، قال إسحاق: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن خالد الحذاء. و«أبو داود» (٣٣٥٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن خالد. و«الترمذي» (١٢٤٠) قال: حدثنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا سفيان، عن خالد الحذاء. و«النسائي» في «الكبرى» (٦١١٢) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا ابن علية، عن خالد (ح) وأخبرنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا يزيد، قال: حدثنا خالد. و«ابن حبان» (٥٠١٥) قال: أخبرنا محمد بن علي الصيرفي، بالبصرة، قال: حدثنا أبو كامل الجحدري، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا خالد الحذاء. وفي (٥٠١٨) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن خالد الحذاء. كلاهما: (خالد بن مهران الحذاء، وأيوب السختياني) عن أبي قلابة، عن أبي الأشعث، فذكره.

(١) أخرجه «مسلم» ٥/٤٣ (٤٠٦٦) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. وفي ٥/٤٤ (٤٠٦٧) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، وابن أبي عمر، جميعا عن عبد الوهاب الثقفي، عن أيوب. وفي (٤٠٦٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وإسحاق بن إبراهيم، واللفظ لابن أبي شيبة، قال إسحاق: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن خالد الحذاء. و«أبو داود» (٣٣٥٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن خالد. و«الترمذي» (١٢٤٠) قال: حدثنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا سفيان، عن خالد الحذاء. و«النسائي» في «الكبرى» (٦١١٢) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا ابن علية، عن خالد (ح) وأخبرنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا يزيد، قال: حدثنا
=

والصحيح قولنا؛ للحديث المشهور وأنه رُوي بروايتين بالنصب مثلا بمثل، وبالرفع مثلٌ بمثل، فإن كان المروي بالنصب فالمدرج فيه هو الأمر يعني بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل أمر بالبيع متساويا والأمر للإيجاب وأصل البيع ليس بواجب علم أن المساواة واجبة.

وإن كان المروي بالرفع فالمدرج هو البيع يعني بيع الحنطة بالحنطة مثلٌ بمثل فقد أخبر عن شرعية البيع بشرط المساواة والشارع متى أخبر عن شرعية التصرف بشرط كان هذا إيجابا بتحصيل ذلك الشرط متى أراد العبد مباشرته.

وأما المحرم هو الفضل على المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس.

وعند الشافعي رحمه الله: هو الفضل المطلق في المطعوم.

والصحيح قولنا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر المماثلة بقوله: "**مثلًا بمثلٍ**" ثم فسر تلك المماثلة بالكيل بقوله: "**كَيلًا بكيلٍ**" ثم بنى على تلك المماثلة "**الفضلُ ربًا**" يعني الفضل على الكيل ربا هذا سياق الكلام يعرف ببديهة العقل كيف وأنه لو لم يبن عليه لا يفيد؛ لأن في قوله والفضل ربا محملا؛ لأنه لا يدري أي فضل ربا والفضل على مادي ربا فيؤدي ذلك إلى تعطيله فلا يجوز.

وأما علة الحكم هي الكيل أو الوزن مع الجنس ويعني به كون المحل قابلا للكيل والوزن، وعند الشافعي رضي الله عنه العلة هي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنس شرط.

والصحيح قولنا؛ لأنهما مؤثران في وجود المساواة؛ لأن بالجنس تثبت المساواة في المالية والمنفعة وبالكيل والوزن تثبت المساواة في القدر فيؤثران في ظهور

=

خالد. و«ابن حبان» (٥٠١٥) قال: أخبرنا محمد بن علي الصيرفي، بالبصرة، قال: حدثنا أبو كامل الجحدري، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا خالد الحذاء. وفي (٥٠١٨) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن خالد الحذاء.

كلاهما: (خالد بن مهران الحذاء، وأيوب السختياني) عن أبي قلابة، عن أبي الأشعث، فذكره.

الفضل على المساواة والفضل على المساواة حرام؛ لأنه فضل مال خال عن العوض والمعاوضة وذلك حرام لأحد معنيين؛ إما لأنه يتضرر به صاحبه بأن يخرج عن يده مال منتفع به لا يقابله عوض فيفوت عليه ما تتعلق به مصالحه من غير عوض؛ وإما لأنه يغير مقتضى المعاوضة؛ لأن المعاوضة تقتضي المماثلة لأنها تبنى على المقابلة بين البدلين فبقدر ما تنعدم فيه المقابلة تنعدم فيه المعاوضة فشرطنا المماثلة تحقيقا للمقابلة فكان القدر والجنس علة لظهور المحرم وهو الفضل الخالي عن العوض فأقمنا مقام علة ثبوت الحرمة تيسيرا لتخريج الأحكام، فإذا عرفنا هذه المقدمات فنقول الربا نوعان نقد ونسيئة فالربا النقد هو فضل مال على المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس حتى لو باع حفنة بحفنتين أو تفاحة بتفاحتين أو سفرجلة بسفرجلتين ونحوها جاز عندنا لعدم الفضل على المعيار الشرعي والعلة وهي القدر مع الجنس ولا يجوز عنده لوجود الفضل المطلق في بيع المطعوم وانعدام المخلص وهو المساواة في المعيار الشرعي.

ولو باع قفيز[1] أرز بقفيزي أرز أو منّ زعفران أو بمنَوي زعفران لا يجوز بالإجماع لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده.

ولو باع قفيز جص بقفيزي جص أو قفيز نورة بقفيزي نورة أو منّ حديد بمنوَي حديد لا يجوز عندنا لوجود الفضل على المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن[2]؛ لأن القفيز معيار للجص عرفًا وشرعًا:

أما عرفًا فإن الناس يقدرون مالية الجص بالقفيز ولا يماكسون بتفاوت يبقى بينهما بعد امتلاء القفيزين.

وأما شرعًا لو أتلف على آخر قفيز جص يضمن قفيزا مثله وضمان العدوان مقيد بالمثل لو لم يكن القفيز معيارا يثبت به التماثل شرعا لما ضمن.

---

(١) القفيز: مكيال يبلغ حوالي ٨١٧، ٢٧ كغ، والجريب: مكيال قدره أربعة أقفزة. والقفيز في المساحة من الأرض عشر الجريب، والجريب عشرة آلاف ذراع.

(٢) انظر: المبسوط: ١٢/١١٤، البدائع: ٥/١٨٥، فتح القدير: ٥/٢٧٩، الدر المختار: ٤/١٨٨.

وعنده يجوز لعدم الفضل في بيع المطعوم.

ولو باع جوزة بجوزتين أو بيضة ببيضتين أو ثمرة بثمرتين بأعيانهما جاز عندنا خلافا له؛ لأن العد إنما صار معيارًا باصطلاح الناس لا شرعًا حيث اصطلحوا على كون الجوز مثلا للجوز مع تفاوت بينهما، ولهذا لو أتلف جوزًا ضمن مثله، فإذا باعا الواحد بالاثنين فقد غيرا ذلك الاصطلاح تصحيحا لتصرفهما فلم يبق العد معيارًا فلم تكن الجوزة الزائدة فضلا على المعيار.

وأما ربا النّساء هو فضل العين على الدين والمعجل على المؤجل؛ لأن للعين والمعجل فضلًا على الدين والمؤجل في المالية عادة؛ لأن العين منتفع به حالا والدين والمؤجل غير منتفع به حالا فلا يكون باعتبار الحال مالا فيكون الفضل من حيث النقدية ربا؛ لأنه فضل يمكن التحرز عنه وكل فضل يمكن التحرز عنه يكون ربا وحراما بقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] فظاهره يقتضي تحريم الزيادة مطلقا إلا ما لا يمكن التحرز عنه. وله أن القدر بانفراده والجنس بانفراده يحرم ربا النّساء، وصورة القدر لو أسلم قفيز حنطة في قفيز حنطة أو في قفيز شعير أو باع قفيز حنطة بقفيز حنطة أو قفيز شعير دينا موصوفا في الذمة غير مؤجل لا يجوز بالإجماع لوجود القدر وهو الكيل عندنا ولوجود الطعم عند الشافعي رحمه الله.

ولو أسلم قفيز جص في قفيزي نورة أو باع ذلك دينا في الذمة لا يجوز عندنا لوجود القدر ويجوز عنده لعدم الطعم وصورة الجنس بانفراده مرت في باب السلم[1].

وإذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن جاز بيع اثنين بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**وإذَا اختلفَ النوعانِ فبيعُوا كيفَ شئتم بعدَ أن يكونَ يدًا بيدٍ**".

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٥، والجوهرة النيرة ٢٥٩/١، نشر مكتبة إمدادية ملتان، وفتح القدير ١٥١/٦، نشر دار إحياء التراث العربي، والمجموع ٨٣/١٠، وروضة الطالبين ٣٨٤/٣، والمغني ١٠/٤ ط. الرياض، والقوانين الفقهية ص٢٥١ نشر دار الكتاب العربي.

إذا اختلف النوعان من الأشياء المذكورة في صدر الحديث؛ لأن الألف واللام لتعريف المعهود السابق فوجب حرمة بيع النّساء في المكيل والموزون ويجوز بيع المكيل والموزون بجنسه متساويا وجيده ورديئه فيه سواء لقوله عليه السلام: "**جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ**"[1].

(فصل)

اللحمان والألبان أجناس مختلفة. وعند الشافعي رحمه الله جنس واحد.

والصحيح قولنا؛ لأنها أجزاء أصول مختلفة، واختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء وفروعها ضرورة كالأدهان وكالأولاد؛ لأن حكم الجزء معتبر بالكل، وكذلك خل الخمر مع خل التمر جنسان مختلفان لاختلاف أصلهما خلافا للشافعي رحمه الله.

ولحم الغنم كلها جنس واحد من المعز والضأن والنعجة والكبش؛ لأن أصولها جنس واحد، وكذلك شحومها واللحم والألية جنسان مختلفان لاختلاف صورهما ومنافعهما وشحم الجنب من جنس اللحم يباع معه وهو مع الألية وشحم البطن جنسان مختلفان.

ولحم البقر والجواميس جنس واحد.

وكذا الإبل جنس واحد، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لحم الطيور بعضه ببعض متفاضلا، وإن كان من نوع واحد؛ لأنه لا يوزن في العادة بل يباع عددًا والربا لا يظهر في غير المكيل والموزون.

وثمرة كل نوع من الشجرة جنس واحد كالتمر والعنب والكمثرى والتفاح حتى يجوز بيع الكمثرى بالتفاح متفاضلا.

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣٧/٤ - ط. المجلس العلمي) وقال: "غريب" ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد وهو: "**الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، يدا بيد**"، أخرجه مسلم (١٢١١/٣ ط. الحلبي).

والزبيب جنس واحد.

والقطن والكتان جنسان، وكذلك غزلهما لاختلاف أصلهما ومنافعهما، وكذلك الصوف مع الشعر جنسان، وكذلك غزلهما.

(باب شبهة الربا لشبهة المجانسة)

أصله: أن شبهة الربا وشبهة المجانسة ملحقة بحقيقتها في باب الربا احتياطًا للحرمة؛ لأنه متى وقع الشك في الحل والحرمة يغلب جانب الحرمة تحرزًا عن الحرام.

ولا يجوز بيع الحنطة بدقيقها وسويقها وإن تساويا كيلا خلافًا لمالك رحمه الله؛ لأن بينهما شبهة المجانسة؛ لأن الدقيق والسويق أجزاء الحنطة والمجتمع بالتفرق لا يصير جنسًا آخر إلا أنه يختلف بالاسم والصورة وشيء من المنافع مع قيام أكثرها فبقيت شبهة المجانسة ملحقة بحقيقتها فكان التساوي بينهما في الكيل شرطًا للجواز باعتبار شبهة المجانسة ولا يعرف التساوي بينهما في الكيل؛ لأن الحنطة بالطحن قد يزيد في الكيل ولا يدرى أن حنطة الدقيق مثل هذه الحنطة في الكيل أم لا فوقع الشك في الجواز فلا يجوز.

ولا يجوز بيع دقيق الحنطة بسويقها عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلافهما صورة ومعنى؛ لأن ما يبتغى من أحدهما لا يبتغى من الآخر سوى معنى التقوت والتغذي، وبهذا لا تتحقق المجانسة فصار كدقيق الحنطة مع دقيق الشعير.

له: أن بينهما شبهة المجانسة؛ لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقلية والسويق أجزاء حنطة مقلية وبين المركبين حقيقة المجانسة؛ لأن بالقلي لم يزل الاسم والصورة وأكثر المعاني، ولهذا لو عصب حنطة وقلاها لا ينقطع حق المالك فيكون بين أجزائهما شبهة المجانسة وباعتبار شبهة المجانسة لا يعرف التساوي بينهما في الكيل؛ لأن الحنطة قد تنتقض بالقلي، ولهذا لا يجوز المقلي بغير المقلي.

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق والمقلية بالمقلية متساويا خلافا

للشافعي رضي الله عنه؛ لأن بينهما حقيقة المجانسة وقد وجد التساوي بينهما في القدر فيجوز.

ولا يجوز بيع المقلي بغير المقلي.

ويجوز بيع الدقيق بالدقيق أو السويق ولا بيع تمر مطبوخ بتمر غير مطبوخ أو حنطة مطبوخة بحنطة غير مطبوخة؛ لأنه جنس بجنس لا يعرف تساويهما في الكيل بصنع العبد؛ لأن بالقلي تنضم أجزاؤها وتكبر وبالطبخ تنتفخ أجزاؤها وتنفتح فلا ينكبس إحداهما في الكيل مثل ما ينكبس الأخرى فانعدمت المساواة بينهما في الكيل بصنع العبد وصنع العبد لا يؤثر في إسقاط شرط عليه.

ويجوز بيع الحنطة المبلولة بالمبلولة والمبلولة باليابسة والرطبة بالرطبة والرطبة باليابسة والباقلاء الرطب بالباقلاء الرطب.

والزبيب المنقع بالزبيب المنقع والمنقع بغير المنقع عندهما، وعند محمد والشافعي رضي الله عنهما لا يجوز إلا إذا علم أنهما أدا حقًّا كانا سواء.

لهما: أنه لا يعرف التساوي بين الرطبة واليابسة في الكيل؛ لأن الرطبة لا تنكبس في الكيل مثل اليابسة فيبقى بينهما تفاوت فلا يقبلان التماثل بالكيل في هذه الحالة كالمقلية بغير المقلية وبين المبلولة والمبلولة إن تحقق التساوي في الكيل لكن البلة فيها ليست منها وليست بمال فلا يعتبر التساوي فيها هو مال منها بخلاف الرطب بالرطب؛ لأن الرطوبة فيه من الرطب وهي وصف تزداد به المالية.

لنا: أن النص يقتضي جواز بيع الحنطة بالحنطة متساويًا في الكيل مطلقا لم يفصل بين حال وحال فيسقط اعتبار التفاوت بينهما في الأجزاء والأوصاف ضرورة؛ لأن هذا التفاوت حصل بصنع الله تعالى فيسقط اعتباره ضرورة تعذر الاحتراز عنه كالحنطة العلكة بالرخوة والمكثرة بالمسوسة بخلاف المقلية بغير المقلية؛ لأن التفاوت بينهما حصل بصنع العبد فلا يسقط اعتباره؛ لأنه أمكن الاحتراز عنه ولا يلزم المبلولة بغير المبلولة؛ لأن الحنطة في الأصل خلقت ندية وبالبل تعود إلى ما خلقت عليه فيصير في معنى الحنطة الرطبة كأنها لم يتغير عن حالها أصلا ويجوز بيع الرطب بالتمر أو التمر بالبسر أو الرطب بالبسر عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالوا: لا يجوز؛ لما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أينقص إذا جف؟ فقيل: نعم، فقال: فلا إذا**"[١] نهى ونبه على العلة وهي النقصان حالة الجفاف.

له: أن الرطب تمر؛ لأن التمر اسم لجنس الثمرة الخارجة من النخيل من أول خروجها إلى أن تتم بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمر حتى يزهي[٢]، قيل: وما يزهي؟ فقال: "**قبلَ أن يحمرّ أو يصفرّ**"[٣]، سماه تمرا حال كونه

---

(١) أخرجه مالك (١٨٢٦). وعبد الرزاق (١٤١٨٥) قال: أخبرنا مالك. وفي (١٤١٨٦) عن الثوري، عن إسماعيل بن أمية. و«الحميدي» (٧٥) قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا إسماعيل بن أمية. و«ابن أبي شيبة» ١٨٢/٦ (٢١٠٨٧) و٢٠٤/١٤ (٣٧٣٩٨) قال: حدثنا وكيع، عن مالك بن أنس. و«أحمد» ١٧٥/١ (١٥١٥) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا مالك بن أنس. وفي ١٧٩/١ (١٥٤٤) قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن مالك. وفي (١٥٥٢) قال: حدثنا سفيان، عن إسماعيل بن أمية. و«ابن ماجه» (٢٢٦٤) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، وإسحاق بن سليمان، قالا: حدثنا مالك بن أنس. و«أبو داود» (٣٣٥٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. قال أبو داود: رواه إسماعيل بن أمية، نحو حديث مالك. و«الترمذي» (١٢٢٥م) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع، عن مالك. و«النسائي» ٢٦٨/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٩١) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا مالك. وفي ٢٦٩/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٩٢) قال: أخبرنا محمد بن علي بن ميمون، قال: حدثنا محمد بن يوسف الفريابي، قال: حدثنا سفيان، عن إسماعيل بن أمية. وفي «الكبرى» (٥٩٩١) قال: أخبرني هارون بن عبد الله، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك. و«أبو يعلى» (٧١٢) قال: حدثنا سويد بن سعيد، عن مالك. وفي (٧١٣) قال: حدثنا عبد الله بن عون، قال: حدثنا مالك. وفي (٨٢٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن مالك. و«ابن حبان» (٤٩٩٧) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا القعنبي، عن مالك. وفي (٥٠٠٣) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

كلاهما: (مالك بن أنس، وإسماعيل بن أمية) عن عبد الله بن يزيد، مولى الأسود بن سفيان، عن زيد أبي عياش، فذكره.

(٢) في صحيح البخاري: يزهو.

(٣) أخرجه «البخاري» ١٢٧/٢ (١٤٨٨) قال: حدثنا قتيبة، عن مالك. وفي ٧٧/٣ (٢١٩٥) قال: حدثنا ابن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله. وفي (٢١٩٧) قال: حدثني علي بن الهيثم، قال: حدثنا =

بسرا وبيع التمر بالتمر إذا تساويا كيلا جائز بالنص وحديثهم غير ثابت؛ لأن مداره على زيد بن أبي عياش وهو مطعون في النقلة طعنه أبو حنيفة[1].

وبدليل أن فيه سؤالًا عن النقصان عند الجفاف وهذا لا يشكل على أحد ولأنه خبر واحد مخالفا للخبر المشهور وهو ما روينا فلا يقبل.

ويجوز بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب، خلافا للشافعي رحمه الله أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه بيع التمر بالتمر متساويا وأما عند أبي يوسف ومحمد فلأن بينهما حقيقة المجانسة وباعتبار حقيقة المجانسة بينهما تماثل في المعيار ولا يعتبر شبهة المجانسة في محل الحقيقة؛ لأنه يؤدي ذلك إلى أن تكون الشبهة مناقصة للحقيقة وهذا لا يجوز بخلاف الرطب بالتمر؛ لأنه ليس بينهما حقيقة المجانسة لتضاد بين الرطوبة واليبوسة ولاختلاف المقاصد بينهما، ولهذا لو حلف لا يأكل هذا الرطب فأكله بعدما صار تمرا لا يحنث ولكن بينهما شبهة المجانسة وباعتبار تلك الشبهة لا يعرف التماثل بينهما في المعيار ولا يجوز بيع التمر بالبسر متفاضلا؛ لأن البسر من جنس التمر.

=

معلى، قال: حدثنا هشيم. وفي (٢١٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٧٨/٣ (٢٢٠٨) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. و«مسلم» ٢٩/٥ (٣٩٧٨) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، وقتيبة، وعلي بن حجر، قالوا: حدثنا إسماعيل بن جعفر. وفي (٣٩٧٩) قال: حدثني أبو الطاهر، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني مالك. وفي (٣٩٨٠) قال: حدثني محمد بن عباد، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. و«النسائي» ٢٦٤/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٧٢) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، واللفظ له، عن ابن القاسم، قال: حدثني مالك. و«أبو يعلى» (٣٧٤٠) قال: حدثنا سويد بن سعيد، عن مالك. وفي (٣٨٥١) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا يزيد. و«ابن حبان» (٤٩٩٠) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

ثمانيتهم: (مالك، وسهل، ويحيى، وعبد الله، وهشيم، وإسماعيل، وعبد العزيز، ويزيد) عن حميد، فذكره.

(١) انظر: رد المحتار ٣٨/٤، وانظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٢/٤، وفتح القدير ٤٨٩/٥، وشرح الكفاية على الهداية ٤٨٨/٥.

ويجوز بيع الكمثرى بالتمر متفاضلا؛ لأنه ليس من جنس التمر ولكنه شيء يخرج من وسط النخلة.

ويجوز بيع العنب بالزبيب متساويًا عندهما خلافا لمحمد؛ لأنه بمنزلة بيع الرطب بالتمر إلا أن أبا يوسف لم يجوز بيع الرطب بالتمر وجوز بيع العنب بالزبيب؛ لأن القياس أن يجوز بيع الرطب بالتمر لكني تركته فيه خاصة بالنص ولا نص فيما عداه فبقي على أصل القياس.

ولا يجوز بيع التمر على رؤوس النخل بتمر مجذوذ خرصًا وبيع الحنطة في سنبلها بالحنطة المنتقاة خرصًا. وبيع العنب بالزبيب خرصًا[1].

وعند الشافعي رحمه الله: يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأنه باعه مجازفة لا مماثلة كيلا فلا يجوز بالنص.

وما رُوي: أنه عليه السلام رخص في بيع العرايا[2]، فذكر أبو عبد الله: أن العرية

---

(١) انظر: كشاف القناع ٢٥٨/٣، ٢٥٩، والشرح الكبير في ذيل المغني ١٥٢/٤.

(٢) أخرجه «البخاري» (٢١٨٨) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: حدثنا مالك. وفي (٢١٩٢) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا موسى بن عقبة. وفي (٢٣٨٠) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن يحيى بن سعيد. و«مسلم» ١٣/٥ (٣٨٧٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (٣٨٧٨) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد. وفي (٣٨٧٩) قال: وحدثناه محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: سمعت يحيى بن سعيد. وفي (٣٨٨٠) قال: وحدثناه يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا هشيم، عن يحيى بن سعيد. وفي ١٤/٥ (٣٨٨١) قال: وحدثنا محمد بن رمح بن المهاجر، قال: حدثنا الليث، عن يحيى بن سعيد. وفي (٣٨٨٢) قال: وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا عبيد الله. وفي (٣٨٨٣) قال: وحدثناه ابن المثنى، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله. وفي (٣٨٨٤) قال: وحدثنا أبو الربيع، وأبو كامل، قالا: حدثنا حماد (ح) وحدثنيه علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل، كلاهما عن أيوب. و«ابن ماجه» (٢٢٦٩) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أنبأنا الليث بن سعد، عن يحيى بن سعيد. و«الترمذي» (١٣٠٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. و«النسائي» ٢٦٧/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٨٤) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. وفي ٢٦٧/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٨٥ و١١٧٠٤) قال: حدثنا عيسى بن حماد، قال: =

هي العطية وهي أن يهب لرجل تمر نخلة على رأسها فلم يجذها الموهوب له حتى كره المعري دخول بستانه فأعطاه بمثل تمره تمرًا مجذوذًا خرصًا لئلا يصير المعري مخلفا وعده فيتصور هذا بصورة البيع ويكون عطية حقيقة فسماه الراوي بيعًا مجازًا لتصوره بصورة البيع، والدليل على أن العرية عبارة عن العطية قوله عليه السلام: "**خففُوا - في الخرصِ - فَإِنَّ فِي الْمَال الْعَرِيَّةَ وَالْوَطِيَّةَ**"[1]؛ أي: الصدقة ولأنه يقال: أعرى يعري إذا أعطى.

باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير أو باع درهما ودينارًا بدرهمين ودينارين أو باع مد عجوة ودرهم بمدي عجوة ودرهم جاز خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله.

لهما: أن المقابلة وقعت مطلقة والمقابلة المطلقة تقتضي الانقسام على البدلين على سبيل الأجزاء والشيوع لغة؛ لأنه جمع بين هذه الأبدال بحرف الجمع وهو الواو والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، ولو جمع بلفظ الجمع بأن قال: بعت هذه الجملة بهذه الجملة انقسمت أجزاء هذه الجملة على أجزاء الأخرى فكذا

=

حدثنا الليث، عن يحيى بن سعيد. و«ابن حبان» (٥٠٠١) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٥٠٠٤) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. وفي (٥٠٠٥) قال: أخبرنا أحمد بن الحسن بن عبد الجبار الصوفي، قال: حدثنا علي بن الجعد، قال: أخبرني مالك بن أنس.

خمستهم: (مالك بن أنس، ويحيى بن سعيد، وعبيد الله بن عمر، وأيوب السختياني، وموسى بن عقبة) عن نافع، عن عبد الله بن عمر، فذكره.

(١) أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال (ص٥٨٦ - نشر دار الفكر بيروت) من حديث مكحول مرسلا.

قال أبو عبيد: العرية تفسر تفسيرين: الأول: كان مالك بن أنس يقول: هي النخلة يهب الرجل ثمرتها للمحتاج يعريه إياها، فيأتي المعرى - وهو الموهوب له - إلى نخلته تلك ليجتنيها، فيشق على المعري - وهو الواهب - دخوله عليه لمكان أهله في النخل قال: فجاءت الرخصة له. وانظر الماوردي ص١٤٩.

هذا فيصير كل جزء من الدرهم والدنانير مقابلا كل جزء من الدرهمين والدينارين وإنه ربا.

لنا: أن المقابلة وإن وقعت مطلقة لفظًا ولكنها مقيدة بقيد انصراف الجنس إلى خلاف الجنس دلالة؛ لأن الظاهر أن العاقد قصد بتصرفه الصحة دون الفساد؛ لأن عقله ودينه يدعوانه إلى الصحة ويمنعانه من الفساد فيجب حمل تصرفه على الصحة ما أمكن بأن تصرف الجنس إلى خلاف الجنس وصار كما لو باع أحد الشريكين نصف العبد المشترك انصرف إلى نصيبه تصحيحًا للعقد فكذا هذا.

(فصل)

لو باع الزيت بالزيتون أو دهن السمسم بالسمسم أو شاة على ظهرها صوف بصوف أو شاة في ضرعها لبن بلبن أو العصير بالعنب أو الرطب بالدبس أو اللبن بالسمن أو القطن بحب القطن أو النوى بالتمر أو دارًا فيها صفائح ذهب بذهب أو سيفًا مفضضًا بفضة أو الحنطة المنتقاة بالحنطة التي في سنبلها إن كان الخالص والمفصول أكثر من المضمون والمكنون جاز.

وعند مالك والشافعي رضي الله عنهما لا يجوز، وإن كان المفصول أقل أو مثله أو لا يدرى لا يجوز بالإجماع.

والصحيح قولنا؛ لأنه أمكن تصحيح هذا العقد بأن يجعل بإزاء الدهن المضمون بمثله من الدهن المفصول والباقي بإزاء الكسب والنقل فيجعل كذلك تحريا للجواز وحملًا لفعله على الصلاح والسداد بخلاف ما لو باع التمر بالتمر متفاضلا لا يجوز، وإن أمكن تصحيحه يجعل اللب بإزاء النواة والنواة بإزاء اللب، ولهذا لو نص عليه لا يجوز؛ لأنه لا يمكن صرف اللب إلى النواة؛ لأن الشرع لما أجرى الربا في التمر فقد اعتبرهما متحدًا وفيما اعتبره الشرع متحدًا لا يجوز أن يعتبر متعددًا وهذا إذا كان الثقل والكسب في البدل الآخر متقومًا، وإن لم يكن متقومًا لا يجوز البيع كما إذا باع السمن بالزبد لا يجوز؛ لأن ماء الزبد بعد إخراج سمنه منه لا قيمة له ويكون سمنه أقل من السمن الخالص فلا يجوز إلا إذا علم أن السمن

الخالص مثل ما فيه فيجوز وهذا التقييد مروي عن أبي حنيفة نصًّا ولو باع لحم شاة بشاة فهو على أوجه:

إن كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساويا وزنًا؛ لأنه باع موزونًا بموزون من جنسه متساويا، وإن كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز إلا إذا كان اللحم الخالص أكثر لما بينا، وإن كانت حية يجوز بكل حال عندهما استحسانًا.

وعند محمد والشافعي رحمهما الله: لا يجوز إلا إذا كان اللحم الصافي أكثر.

لهما: أنه باع اللحم بما يجانسه في ضمنه وهو موزون؛ لأن اللحم الموصول بالشاة يجانس اللحم المفصول لاتحادهما في المقصود وهو الأكل وهو موزون؛ لأن الموزون اسم لما يقبل الوزن في الجملة، وإن تعذر وزنه للحال كالدهن في السمسم والجوز موزون، وإن تعذر وزنه للحال فيجب اعتبارًا للمماثلة بينهما كما لو باع دهن السمسم بالسمسم ودهن الجوز بالجوز. لنا: أنه لو باع الموزون بغير الموزون؛ لأن اللحم في الشاة الحية غير موزون؛ لأن الموزون ما يمكن معرفة مقداره بالوزن وقد قام بالحيوان معنى يمنعنا عن معرفة مقداره بالوزن وهو الحياة؛ لأن الحيوان بقوة حياته إذا ثقل نفسه في الميزان بثقل بأن يسترخي نفسه، وإذا خفف نفسه يخف بأن لا يسترخي، ولهذا كان النائم أثقل من النقصان بخلاف الدهن في السمسم والجوز، فإنه موزون؛ لأنه ما قام به معنى يمنعنا عن معرفة مقداره بالوزن؛ لأن التركيب قائم بالقشر دون الدهن؛ لأن الدهن مائع والقشر جامد ولا تركيب بين المائع والجامد إلا أنه تعذر وزنه لاختلاطه بغيره وهذا لا يخرجه من أن يكون موزونًا كالذهب في الديباج المنسوج واللبن في الضرع والحنطة في سنبلها.

ويجوز بيع فصيل الحنطة بالحنطة لاختلاف المجانسة، فإن كان العقد حنطة لم يجز إلا على طريق الاعتبار كما وصفنا.

(**النوادر**): وبيع الحنطة أو الدقيق بالخبز يدًا بيدٍ رُوي عن أبي حنيفة؛ لأنه لا خير فيه؛ لأن بينهما شبهة المجانسة في الحال وباعتبارها لا يعرف التساوي بينهما في المعيار وعندهما يجوز، وهو الأصح؛ لأن الحنطة أو الدقيق مكيل والخبز موزون

والربا لا يتحقق بين المكيل والموزون؛ لأنه لا يظهر الفضل على المعيار ولهذا يجوز بيع اللبن بالجبن؛ لأن أحدهما مكيل والآخر موزون.

وبيع النخالة بالدقيق لا يجوز عند أبي يوسف إلا أن تكون النخالة أكثر، وعند محمد يجوز إذا تساويا كيلا؛ لأن النخالة دقيق لأنها متى طحنت طحنا ناعما تصير كلها دقيقًا.

لأبي يوسف: أن النخالة قشر الحنطة والدقيق لها فجاز كلُبِّ الجوز مع الجوز إلا أنها إذا طحنت طحنًا ناعما لا يمكن التمييز بينهما لأنها تصير دقيقا كالمدر إذا طحن مع حبات الحنطة فيجب أن تكون النخالة أكثر لتكون النخالة بمثل النخالة والزيادة بإزاء اللب ولو باع دقيقا منخولا بدقيق غير منخول متساويا جاز؛ لأن النخالة كالرداءة فيكون هذا بيع دقيق رديء بدقيق جيد.

وكذا بيع التمر بالتمر المشقوق لقوله عليه السلام: "التمر بالتمر" الحديث من غير فصل.

ولا يجوز بيع الخل بالعصير؛ لأن بينهما شبهة المجانسة للحال باعتبار حقيقة المجانسة في المال وباعتبارها لا يعرف التساوي بينهما.

باع رطلا من لبن حليب برطل من لبن مخيض، إن كان الحليب إذا أخرج زبدة نقص من رطل جاز، وإن كان لا ينقص فلا؛ لأنه يبقى الزبد قليل مال خال عن العوض فيكون ربا ويجوز بيع الإِبْرَيْسَم[1] بغزل القز متساويًا؛ لأن القز إبريسم، فأما جوز القز بالإبريسم ينظر إن كان جوز القز إذا بل منه إبريسمه نقص فلا يجوز، وإن لم ينقص جاز وهذا ينقص لا محالة فيكون كبيع الحنطة بالدقيق.

قال محمد: يجوز بيع قطن بغزل قطن كيف ما كان لاختلاف المجانسة بينهما؛ لأن الغزل لا ينقص فيعود قطنا.

وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساويًا؛ لأن غزل القطن قطن؛ لأن القطن عزول رقاق وقول محمد أظهر.

---

(١) الإبريسم: بكسر الهمزة والراء وفتح السين. لفظ معرب، أجود أنواع الحرير، أو الحرير المنقوض قبل أن تخرج الدودة من الشرنقة.

ويجوز بيع الثوب بالغزل لاختلاف المجانسة وبيع اللبد بالصوف ويجوز إن كان اللبد بحال لا ينقص فيصير صوفا كالثوب مع القطن.

(باب فساد البيع لجهالة المبيع)

مسائله على ثلاثة أقسام:

أحدها: في العدديات والأموال المتفاوتة.

والثاني: في العدديات المتقاربة والأموال المتماثلة.

والثالث: في الجمع بينهما.

أما القسم الأول: لو اشترى شاة من قطيع أو ذراعا من الدار والثوب لا يجوز؛ لأن المبيع مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم لكون الأغنام والذرعان متفاوتة فاحشة وبدونهما لا يفيد العقد مقصودة فيفسد.

ولو باع هذا القطيع كل شاة بكذا وهذه الرزمة كل ثوب بكذا أو في العدديات المتفاوتة ولم يسم جملتها لم يجز البيع في الكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا إذا علم جملتها في المجلس فيجوز وله الخيار.

وعندهما: يجوز في الكل؛ لأن نفس الجهالة مانع جواز البيع وإنما المانع الجهالة المفضية إلى المنازعة وهذه الجهالة ترتفع من غير منازعة بأن يعد الأغنام والثياب فيجوز. له: أن عدد الكل وثمنه مجهول جهالة تفضي إلى المنازعة عسى لأنها ربما يتنازعان إلى أن يعد الأغنام وربما يتعذر عليهما العد للحال لمانع إلا أن هذه جهالة يتوهم زوالها فيفسد للحال وينقلب جائزا متى علم عددها في المجلس؛ لأن لساعات المجلس حكم ساعة واحدة فصارا كأنهما أنشآ العقد بعد الإعلام، ولو لم تعلم حتى تفرقا تأكد الفساد كمن اشترى ثوبا برقمه فسد إلا أن يعلم رقمه في المجلس فيتخير ويتأكد الفساد بالافتراق فكذا هذا.

ولو باعها كل اثنين بكذا وسمى جملتها أو لم يسم فسد البيع بالإجماع؛ لأن كل شاة وكل ثوب مبيع وثمنه لا يعرف إلا بانضمام غيره إليه وذلك الغير مجهول لا يدرى أنه جيد أو رديء، فإن ضم إليه أفضل كان حصة المضموم إليه أقل وإن ضم إليه أردأ كان أكثر فصار ثمن كل شاة مجهولًا.

(**القسم الثاني**): لو باع قفيزًا من صبرة ومنا من جملة متماثلة وعشرة من مائة متقاربة كلها معينة جاز؛ لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة لكون القفزان والأعداد مثالًا متساوية.

ولو باع هذه الصبرة كل قفيز بدرهم أو هذه الجملة الوزنية كل منٍّ بدرهم أو هذه الأعداد المتقاربة كل عدد بكذا جاز في المسمى ولا يجوز في الباقي عند أبي حنيفة وله الخيار؛ لأن الباقي مجهول وثمنه مجهول وعندهما يجوز في الكل لما بينا ولم يجز البيع في الكل عنده وجب صرفه إلى قفيز؛ لأن بيع قفيز من صبرة جائز؛ لأنه معلوم بخلاف شاة من القطيع وذراع من الثوب لا يجوز.

(**القسم الثالث**): لو باع هذه الحنطة وهذا الشعير كل قفيز بدرهم ولم يسم جملتها فالبيع فاسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يعلم الكل، فإذا علم فله الخيار إن شاء أخذ كل قفيز من الحنطة بدرهم وكل قفيز من الشعير بدرهم وعندهما يجوز في الكل.

لهما: أن المبيع معلوم؛ لأنه مشار إليه والثمن مقدر بالمشار إليه والمقدر بالمشار إليه يكون معلوما كما لو باع قفيزًا من صبرة له: أنه لا يمكن تجويز البيع على الكل؛ لأن ثمن الكل مجهول إن كان المبيع معلوما بالإشارة ولا على قفيز واحد، وإن كان ثمنه معلوما؛ لأن المبيع مجهول لأن المبيع قفيز مرسل والقفيز المرسل يحتمل أن يكون منهما من كل واحد نصف قفيز ويحتمل أن يكون من إحداهما إما الحنطة أو الشعير ولا يمكن تعيين إحداهما؛ لأن إحدى الجهتين ليست بأولى من الأخرى فبقي المبيع مجهولا ففسد العقد.

وإن قال كل قفيز منهما بدرهم جاز البيع على قفيز وأخذ نصفه من الحنطة ونصفه من الشعير ولا يجوز في الباقي، فإن علم كله فله الخيار عند أبي حنيفة؛ لأن ثمن قفيز واحد معلوم والقفيز معلوم فيجوز كما لو باع قفيزًا من صبرة.

ولو باعهما على أن كل واحدة عشرة أقفزة كل قفيز بدرهم لزمه كل واحدة بنصف الثمن وهو عشرة حتى لو وجد بإحداهما عيبا بعد القبض ردها خاصة بحصة من الثمن؛ لأنه لما قال منهما فقد جعل كل قفيز مضافا إليهما فصار بائعا كل

قفيز منهما نصفه من الحنطة ونصفه من الشعير بدرهم فيقسم كل درهم من الثمن على قيمة نصف قفيز حنطة ونصف قفيز شعير، فإن كانت قيمة الحنطة ضعف قيمة الشعير رد الشعير بثلث الثمن والحنطة بثلثيه بخلاف الأولى؛ لأنه لم يضف كل قفيز إليهما ولا إلى كل واحد منهما بل ذكره مطلقا فكان جعله مضافا إلى كل واحد منهما ليصير ثمن كل نوع معلوما يقينا وأحاطه أولى من جعله مضافًا إليهما ويصير ثمن كل نوع معلومًا حزرًا وظنا فيصير كأنه قال كل قفيز من كل واحد منهما بدرهم.

ولو قال: القفيز بدرهم جعل كأنه قال: كل قفيز بدرهم.

ولو قال: القفيز منهما بدرهم فكأنه قال: كل قفيز منهما؛ لأنه أدخل لام التجنيس على القفيز فيستغرق الجنس كحرف كل يتناول كل الجنس فصار ذكر اللام وذكر كل سواء.

ولو باع صُبرة حنطة وقطيع غنم على أن الصُّبرة عشرة والقطيع عشرة كل شاة وقفيز بعشرة إن وجد كل واحد عشرة جاز البيع؛ لأن المبيع والثمن معلومان لكن كل قفيز وشاة منهما مجهول وهذه الجهالة لا توقعهما في المنازعة فلا تفسد البيع.

وإن وجد القطيع عشرة والصبرة أحد عشر صح البيع في الكل؛ لأن الداخل في البيع عشرة أقفزة من الصبرة وهي معلومة، ولو وجد كل واحد تسعة جاز ويطرح عنه عشرة دراهم وله الخيار، ولو وجد القطيع عشرة والصبرة تسعة جاز البيع ويقسم كل عشرة على شاة وقفيز والشاة الزائدة يضم إليها قفيز من هذه الحنطة، فإذا تبين حصة جملة الحنطة يطرح منها عشرها ويخير في الكل بين الأخذ ببقية الثمن تركه؛ لأنه اشتراهما صفقة واحدة وقد تفرقت.

فإذا وجد القطيع تسعة والصُّبرة عشرة فسد البيع في قفيز من الصبرة لجهالة ثمنه؛ إلا بعد القسمة عليه وعلى شاة فائتة والصفقة متى فسدت في البعض فسدت في الكل عند أبي حنيفة وعندهما لا تفسد في الكل فيجوز في تسع غنم وتسعة أقفزة وله الخيار.

(فصل)

لو باع صبرة حنطة معينة على أنها أقل من كر بمائة فهو على أربعة أوجه: إما أن باعها على أنها أقل من كر أو على أنها أكثر أو على أنها أقل من كر أو أكثر أو على أنها كر أو أقل. أما إذا قال على أنها أقل من كر فوجدها أقل من كر جاز.

وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه لا يجوز؛ لأن الأصل أنه متى اجتمع الإشارة والمقدار في المكيل والموزون يجعل المبيع المقدار لا المشار إليه، كما لو قال بعت منك هذه الحنطة على أنها كر فالمبيع مقدار الكر لا المشار إليه فكذا هذا ومقداره مجهول؛ لأن أقل من الكر مقداره مجهول فيكون المبيع مجهولًا. وجه ظاهر الرواية أن المقدار إنما يجعل مبيعا إذا كان معلومًا، فأما إذا كان مجهولًا فلا يجعل مبيعا بل يجعل المشار إليه مبيعا احتيالا لتصحيح العقد ويعتبر المقدار المجهول صفة للمشار إليه وجهالة الصفة لا توجب الفساد.

وإن وجدها كرًّا أو أكثر فسد البيع؛ لأن المبيع أقل من كر فلا بد أن ينقص شيئًا من الكر وذلك مجهول فيجهل الباقي، وأما إذا باعها على أنها أكثر من كر فوجدها كرا أو أقل لم يجز؛ لأن المبيع أكثر من كر فلا بد من طرح بعض الثمن للنقصان وهو مجهول؛ لأن الزيادة على الكر مجهولة فتصير حصة الفائت من الثمن مجهولة فأوجب ذلك جهالة الباقي من الثمن، وأما إذا باعها على أنها أقل من كر أو أكثر من كر فوجدها أقل أو أكثر جاز، وإن وجدها كرًّا تاما فسد البيع؛ لأن المبيع إما أقل من كر أو أكثر؛ لأنه أدخل حرف أو على المقدار فيكون المراد أحدهما فأي المقدارين وجد يكون هو المراد من الأصل لا غير، فإذا وجده كرًّا لا يدري أن المبيع أقل من كر فيحتاج إلى نقصان شيء من الكر وهو مجهول أو المبيع أكثر فيجب طرح بعض الثمن وهو مجهول، وأما إذا باعها على أنها كر أو أقل جاز كيف ما كان ولزمه؛ لأنه إن وجد كرًّا أو أقل فهو المسمى وإن وجد أكثر فالزيادة لم تدخل تحت البيع فيردها وله الكر بمائة.

وكذا لو باعها على أنها كر أو أكثر إلا أنه إذا وجده أقل يطرح حصة النقصان وتخير؛ لأنه إذا لم يوجد أحد المقدارين إما الكر أو الأكثر جعلنا المبيع هو الكر لا

الأكثر من الكر؛ لأن في جعل الكر مبيعا جواز العقد؛ لأنه معلوم فمتى انتقص منه شيء يطرح بقدره من الثمن وفي جعل الأكثر من الكر مبيعا فساد العقد؛ لأنه متى وجدها أقل يطرح عنه حصة الزيادة من الثمن وأنها مجهولة فيجهل الباقي فجعلنا المبيع الكر احتيالا للجواز وتنزيها للعقد عن الفساد.

ولو قال: أبيعك هذه الدار على أنها أقل من ألف ذراع جاز كيف ما كان ولزمته؛ لأن الذرع في الذرعيات صفة فصار كأنه اشترى دارا على أنها ضيقة فوجدها واسعة يسلم الزيادة كما في الثوب.

ولو قال على أنها أكثر من ألف ذراع جاز كيف ما كان إلا أنه إن وجدها أقل من ألف فله الخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لأنه يصير كأنه اشترى دارًا على أنها واسعة فوجدها ضيقة جاز البيع وله الخيار بفوات الصفة كما لو اشترى حنطة على أنها جيدة فوجدها رديئة.

ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز؛ لأن عشرة أذرع من مائة ذراع يكون عشرها وبيع عشر الدار جائز كما لو باع عشرة أسهم من مائة سهم.

له: أن الذراع اسم لما يذرع به الممسوح وقد استعير لما يحله الذراع وهو العين مجازا والشائع لا يحله الذراع فلا يمكن أن يستعار اسم الذراع للشائع مجازا فلا يقع اسم الذراع على جزء شائع بل يقع على جزء بعينه وأنه مجهول فيفسد العقد.

اشترى رجل نصيب غيره من داره، فإن كانا يعلمان مقداره جاز، وإن كانا لا يعلمان مقداره لا يجوز؛ لأن جهالتهما بمقدار النصيب يوقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم؛ لأن المشتري يطالبه بالأكثر والبائع يسلم الأقل، وإن علم أحدهما إن علم المشتري مقداره جاز البيع، وإن لم يعلم لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وله الخيار.

لهما: أن المبيع معلوم في نفسه؛ لأن نصيب البائع من الدار معلوم في ذاته لا يزداد ولا ينتقص ووجدت الإشارة إلى ظرف المبيع، فإنه قال نصيبي من هذه الدار ونصيبه في هذه الدار موجود لا محالة والإشارة إلى ظرف المبيع كافٍ للجواز، كما

لو قال بعتك ما في هذا الجراب أو ما في هذه الدار ولا يعلمان ما فيهما جاز فكذا هذا. له: أن المبيع مجهول جهالة يوقعهما في المنازعة؛ لأن المشتري لا يعرف مقداره فلا يمكنه القبض بنفسه بل يطالب البائع بالتسليم ومتى سلم البائع الثلث يقول المشتري نصيبك النصف فيتنازعان فيمتنع التسليم بسبب هذه الجهالة بخلاف ما إذا علم المشتري بمقداره؛ لأنه يمكنه قبض المبيع بنفسه من غير تسليم البائع ومتى قبض لا يبقى للبائع حق المنازعة معه فيما قبض؛ لأنه باع جميع نصيبه بخلاف ما لو اقتسما على أن يأخذ أحدهما دارًا ويأخذ الآخر شقصًا له في دار آخر لا تجوز القسمة ما لم يعلما مقدار النصيب؛ لأن كل واحد من المتقاسمين بائع ومشترٍ فجهل أحدهما كجهل البائع والمشتري وجهالتهما بمقدار النصيب يمنع الجواز وبخلاف ما إذا وهب نصيبه من عبد من رجل لا يجوز ما لم يعلما؛ لأن إعلام الموهوب شرط لجواز الهبة في مشاع لا يحتمل القسمة وإنه قائم مقام القبض فيراعي فيه الإعلام الكامل دون الناقص كما في القبض والإعلام الكامل أن يعلما جميعا.

(**المنتقى**): ولو اشترى من سقاء كذا كذا قربة ماء والقربة معينة جاز استحسانًا لتعامل الناس.

ولو اشترى عشر بطيخات بغير عينها من وقر بطيخ لا يجوز لأنها متفاوتة، فإن عزلها البائع فقبلها المشتري جاز استحسانًا، وكذلك سائر العدديات المتفاوتة كما لو اشترى عشر شياه من مائة شاة وعزلها البائع وقبلها المشتري أو اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم وعزله وسلمه جاز؛ لأن البيع إنما ينعقد الآن بالتعاطي والآن المبيع معلوم، وعن محمد لو قال لقصاب زن من هذا الجنب أو من هذا الفخذ رطلا بكذا فوزن له جاز؛ لأن عنده يجوز البيع إذا سمى مكانا من الشاة فيصير كبيع قفيز من صبرة.

ولو اشترى من قصاب لحمًا بدرهم فقطع القصاب اللحم ووزنه ثم قال لا أرضى فله ذلك ولو اشترى مائة جوزة من جوز كثير فلما عدها البائع قال لا أرضى فلا خيار له؛ لأن الجوز مثلي فجاز بيع بعض من جملة ولزم ولا كذلك اللحم لما بينا.

ولو دفع دراهم إلى خباز واشترى منه مائة من خبز وجعل يأخذ كل يوم خمسة أمنان فالبيع فاسد؛ لأن الخبز غير مشار إليه فكان البيع مجهولًا ولو لم يتلفظ بالشراء جاز؛ لأن البيع ينعقد الآن بالتعاطي.

(باب فساد البيع لجهالة الثمن)

باع شيئًا بقيمته أو بحكمه أو تحلة بيمينه فالبيع فاسد؛ لأن قيمته مجهولة لاختلاف المقومين فيها؛ لأن معرفتها بطريق الحزر والظن وذلك مختلف، وكذلك حكمه؛ لأنه لا يدري بكم يحكم والمزاد من تحلة اليمين إن كان هو الكفارة فهي مجهولة لأنها قد تكون بالإعتاق والكسوة والإطعام، وإن كان المراد به ما يحل به يمين البائع بأن حلف أن لا يبيع إلا بأكثر من عشرة فيقول بعه بعشرة وزيادة فهذه الزيادة مجهولة فيكون الثمن مجهولا، وكذا لو باع بألف درهم إلا دينارا أو بمائة دينار إلا درهما؛ لأنه لا يمكن استثناء الدينار من الدراهم إلا بالقيمة وأنها مجهولة كأنه قال إلا قدر قيمة دينار، ولو باع بمثل ما باعه فلان إن علما به جاز، وإن لم يعلما أو لم يعلمه البائع فالبيع فاسد؛ لأن مقصوده من المبيع الثمن وقد جهل قدره فأوجب فساده، فإن علم ذلك في المجلس جاز وله الخيار كما لو اشترى برقمه.

باع بالنقد بكذا وبالنسبة بكذا لا يجوز؛ لأن الثمن مجهول لا يدري أنه يختار البيع بالثمن المؤجل أو المعجل.

اشترى شيئًا على أنه كذا فوجده أنقص أو أزيد فلا يخلو إما أن يكون في المكيلات والموزونات أو في العدديات المتقاربة أو العدديات المتفاوتة ولا يخلو إما أن سمى لكل عدد ثمنا أو لم يسم، أما في العدديات المتفاوتة بأن اشترى عدل بز على أن فيه خمسين ثوبا بثمن معلوم فوجده زائدا أو ناقصا فسد البيع؛ لأن الزائد لم يدخل تحت البيع فيجب رده فالمشتري يرد الرديء والبائع يطلب الجيد فيؤدي إلى المنازعة وكذا الناقص؛ لأنه يطرح من الثمن حصة النقصان وهي مجهولة فتصير حصة الباقي من الثمن مجهولا، وإن سمى لكل ثوب ثمنا فوجده زائدا كان فاسدا لما مر، وإن وجده ناقصًا كان جائزا؛ لأن حصة الناقص معلومة ثم إن شاء

أخذ كل ثوب بما سمى، وإن شاء ترك؛ لأن الصفقة تفرقت عليه قبل التمام قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة يكون فاسدا؛ لأنه جمع في الصفقة بين المعدوم والموجود فيصير قبول البيع في المعدوم شرطا لقبول البيع في الموجود فصارت حصة المعدوم أيضًا مشروطة في بيع الموجود وأنه ربا وقيل فيه إنفاق؛ لأن إضافة البيع إلى المعدوم لم تصح؛ لأن المعدوم ليس بشيء فيكون وجود بيعه وعدمه بمنزلة فلا يصير شرطا فاسدا في بيع الموجود، وكذلك سائر العدديات المتفاوتة.

وأما إذا اشترى مكيلا أو موزونا على أنه كذا فزاد أو نقص جاز البيع وله الخيار في النقصان يأخذ بحصته أو يدع لأنها مثلي فيقسم الثمن على عدد القفزان فتكون حصة كل واحد من الثمن معلومة ولا خيار له في الزيادة بل يردها لأنها أصل وليس بوصف فلم يدخل تحت البيع تبعا، وكذلك الجواب في العدديات المتقاربة.

(**المنتقى**): عن محمد رحمه الله: لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبًا لا يجوز؛ لأن الثمن مجهول؛ لأن وزن الحجر غير معلوم وربما يضيع الحجر قبل معرفة وزنه فيؤدي إلى المنازعة، وإذا علم وزنه فله الخيار لما بينا.

ولو باع هذه الرمانة بوزنها لا يجوز لأنها قد تنتقص فيصير الثمن مجهولا. رجل له عشرة دراهم فقال بعني هذا الثوب ببعض العشرة وبعني هذا الآخر بما بقي فباعه وقبله المشتري جاز؛ لأنه يصير كأنه قال: بعني هذين بالعشرة.

وإن قال: هذا ببعض العشرة وهذا ببعض لا يجوز؛ لأن بعد البعض قد يفي بشيء من العشرة فيكون بعضها مجهولا حتى يجيء شيء يستغرق العشرة.

ولو قال: بعتك هذا العبد بألف إلا نصفه بخمسمائة فالعبد للمشتري بألف وخمسمائة؛ لأنه استثنى بيع نصفه بخمسمائة من البيع الأول فيكون النصف الأول بألف.

وكذلك لو قال: بعتك هذا العبد بألف على أن نصفه لك ثلاثمائة جاز البيع في جميعه نصفه بسبعمائة ونصفه الآخر بثلاثمائة.

ولو قال: بعتكه بألف على أن لي نصفه بثلاثمائة أو بثلث الثمن فسد البيع في

كله؛ لأنه بمنزلة رجل قال: بعتكه بألف على أن نصفه بيعا منك لي بثلاثمائة فسد في الكل؛ لأنه اشترط صفقة في صفقة.

ولو قال: بعتك هذين العبدين بألف على أن هذا العبد منهما لك بمائة دينار فسد البيع فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن حصة الباقي من الألف مجهولة، وعند محمد يجوز في الذي سماه بمائة دينار ولا يجوز في الآخر.

ولو اشترى شاة مذبوحة، فإذا رجلها مقطوعة من الفخذ لا يجوز؛ لأن الفخذ لها حصة من الثمن؛ لأنه جزء من المبيع مقصودًا فيكون شراء الباقي شراء بالحصة ابتداء ولو باع أرضا على أن فيها كذا كذا نخلة مثمرة باعها كلها بثمرها وفيها نخلة غير مثمرة فالبيع فاسد؛ لأن الثمر له حصة من الثمن فيكون البيع في حق الموجود بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز.

ولو باع أرضًا على أن فيها كذا كذا نخلة فوجدها المشتري ناقصة فالبيع جائز وله الخيار؛ لأن النخلة ليست لها حصة من الثمن لأنها تدخل في البيع تبعا من غير ذكر لما بينا فيكون البيع في الباقي بجميع الثمن لا بالحصة، وكذا لو باع دارًا على أن فيها كذا كذا بيتًا فوجدها ناقصة.

قال محمد: لو باع دارًا على أن للبائع طريقا من هذا الموضع إلى باب الدار ووصف طوله وعرضه لا يصح البيع؛ لأنه أوجب البيع في الكل ثم رجع عن البيع في الطريق؛ لأنه شرط استيفاء الملك فيه لنفسه فلو صح البيع صار للطريق حصة من الثمن وهي مجهولة فيكون ثمن الباقي أيضًا مجهولا، ولو قال: إلا طريقا ووصف طوله وعرضه جاز البيع؛ لأنه يصير بائعًا ما عدا الطريق بجميع الثمن المسمى؛ لأن المستثنى لم يكن داخلا في البيع، وكذلك لو قال: بعتك هذه الدار بألف على أن لي هذا البيت لا يجوز فللمشتري ثلاثة أرباعه بجميع الثمن، وكذلك لو قال: بعتك هذين العبدين بألف إلا هذا صح البيع بجميع الثمن كأنه باعه لا غير، ولو قال: على أن لي هذا لا يجوز البيع؛ لأنه لو جاز في الذي باعه كان بيعًا بالحصة لما بينا وذلك لا يجوز والله أعلم.

(باب العقد على شيئين لا يجوز في أحدهما)

ولو اشترى عبدين، فإذا أحدهما حر أو مذبوحين وأحدهما ميتة أو متروك التسمية أو دنين من خل فأحدهما خمرًا أو دابتين مجللتين على أنهما فرسان فأحدهما بغل أو جاريتين على أنهما وصيفان فأحدهما غلام أو ثوبين على أنهما هرويان فأحدهما مروي ولم يسمّ لكل واحد منهما ثمنا فالبيع فاسد بالإجماع، وإن سمى لكل واحد ثمنا يفسد البيع عند أبي حنيفة، وعندهما يصح فيما هو محله وله الخيار.

لهما: أن البيع ينعقد على ما يقبله بثمن معلوم فخلا بيعه عن الفساد فصح، وإذا لم يسم لكل واحد ثمنًا فالبيع لا ينعقد على ما لا يقبله، وإنما ينعقد على ما يقبله بحصته من الثمن ابتداء ليوزع الثمن عليه وعلى ما لا يقبله وحصته من الثمن مجهولة فلا يصح.

له: أنه جعل قبول العقد فيما لا يقبله شرطًا لقبول العقد في الآخر، فإن من باع شيئين يكون قبول العقد في حق كل واحد شرطًا لصحة العقد في الآخر حتى لو قيد في أحدهما لا يجوز وهذا شرط مفسد للعقد؛ لأنه صار حصة ما لا يقبله العقد من الثمن مشروطًا في بيع الآخر وحصته ربا؛ لأن الجزء المعدوم لا يصلح عوضًا.

والربا اسم لمال خال عن العوض مشروط في البيع فيفسد به العقد، وإن كان أحدهما مدبرًا أو مكاتبًا أو أم ولد جاز في الآخر بحصته سمى لكل واحد ثمنًا أو لا؛ لأنه انعقد البيع عليهم باعتبار كونهم مالًا متقومًا وظهر الانعقاد في حق غيره لا في حق نفسه لفائدة تقسيم الثمن وتصحيح البيع في القن وهذا جائز كمن اشترى عبدين أحدهما له دخل عبده في البيع حتى صح البيع في عبد غيره وانقسم الثمن عليهما.

ولو اشترى عبده مفردًا لا ينعقد فكذا هذا ويجوز بقاء البيع بالحصة ولا يجوز ابتداؤه كما لو اشترى عبدين فاستحق أحدهما وذلك؛ لأن الحصة معلومة من وجه باعتبار القيمة حتى يقضي بها في ضمان المتلفات مجهولة من وجه باعتبار أنها تعرف

بالحزر والظن ففي الابتداء الجواز لم يكن ثابتا فلا تثبت بالاحتمال وفي البقاء العقد كان جائزا فلا يرتفع الجواز بالاحتمال.

ولو باع الملك والوقف صفقة واحدة قيل فسد البيع في الملك؛ لأن البيع لا ينعقد على الوقف؛ لأنه صار محرزًا عن التمليك والتملك وهذا ذكره الفقيه أبو الليث في نوازله رجل اشترى قرية ولم يستثن المقبرة والمساجد فسد البيع؛ لأن بيع هذه الأشياء باطل؛ لأن البيع إنما ينعقد لاحتمال النفاذ وبيع الوقف لا يتوهم نفاذه فصار كما لو باع حرا وعبدا حتى لو باع أرضا فيها مسجد خراب لم يفسد البيع؛ لأن في دخوله تحت البيع خلافًا؛ لأن عند محمد لما خرب عاد ملكا للواقف أو لورثته فيحتمل نفاذه بقضاء القاضي فصار كما لو باع عبدا ومدبرا، وقيل يصح البيع في الملك، وهو الأصح؛ لأن البيع ينعقد على الوقف؛ لأنه مال متقوم، ألا ترى لو أتلف إنسان الوقف بأن هدم العقار أو أجرى الماء على الأرض حتى صارت بحال لا تصلح للزراعة يغرم قيمتها وهكذا ذكر الهلال في وقفه قال: لو باع المتولي الوقف لا يجوز، فإن هدم المشتري البناء فللقاضي أن يضمن قيمة البناء البائع أو المشتري، فإن ضمن البائع نفذ بيعه؛ لأنه ملكه بالضمان فصار كأنه باع ملك نفسه، وإن ضمن المشتري لا ينفذ البيع ويملك البناء فدل أن الوقف قابل للتمليك والتملك فانعقد البيع عليه وظهرت فائدة انعقاده في حق صحة البيع على الملك كما لو باع قنا ومدبرا.

وذكر في النوادر: لو اشترى خمس بيضات بدانق، فإذا بيضة فيها فرخ ميت فعليه أربعة أخماس دانق؛ لأن كل بيضة حصتها معروفة من الدانق وعلى قياس قول أبي حنيفة البيع فاسد لما ذكرنا.

ولو اشترى عبدين فقبض أحدهما دون الآخر وباعهما جاز البيع فيما قبض لا غير، وقال زفر: فسد البيع فيهما؛ لأن الصفقة متى فسدت في البعض يشيع الفساد في الكل لأنها غير متجزئة.

لنا: أن بيع المقبوض خلي عن المفسد؛ لأن غير المقبوض دخل تحت البيع وانقسم الثمن عليهما وصار عوضه مقابلا به حتى لو اتصل به القبض أفاد الملك

فيهما إلا أنه فسد البيع فيه لعدم القبض فيقتصر الفساد عليه كما في الصرف إذا قبض البعض دون البعض فسد بقدر ما لم يقبض فكذا هذا.

(باب فساد البيع لكون المبيع معجوز التسليم)

العجز عن تسليم المبيع نوعان: حقيقي وحكمي.

أما الحقيقي: لو باع إيفاء لا يجوز؛ لأنه عاجز عن تسليمه؛ لأن يده قاصرة عنه حقيقة ولا يمكنه إعادة اليد عليه ظاهرًا، ولهذا يبطل الحول بالإباق بخلاف ما لو باع عبدًا أرسله في حاجته يجوز؛ لأنه قادر على تسليمه لإمكان إعادة اليد عليه لكونه مطيعا ومنقادًا لمولاه.

ولو عاد العبد من الإباق ذكر الكرخي أنه يجوز البيع؛ لأنه ارتفع المانع من الجواز وهو العجز عن التسليم.

ورُوي عن محمد: أنه لا يجوز؛ لأنه فقد شرط الجواز وقت العقد فلا ينقلب جابرًا بوجوده من بعد كما لو باع خمرًا ثم صارت خلا قبل التسليم.

ولو باعه من رجل زعم أنه عنده يجوز؛ لأنه قادر على تسليمه؛ لأنه لما أخذه أمكن للمالك إعادة اليد فيقدر على تسليمه ولأن التسليم مستغنى عنه متى كان المبيع في يد المشتري كما لو باع المغصوب من الغاصب أو الوديعة من المودع لا يحتاج البائع إلى التسليم.

ولو أبق المبيع قبل التسليم لا ينفسخ البيع؛ لأن احتمال القدرة على التسليم قائم واحتمال القدرة يكفي لبقاء البيع دون ابتدائه؛ لأنه وقع الشك في انفساخه فلا ينفسخ بالشك وفي الابتداء وقع الشك في جوازه فلا يثبت جوازه بالشك.

ولو باع عصيرًا فتخمر قبل القبض يفسد البيع ولا ينتقض، وروى ابن سماعة عن محمد أنه ينتقض؛ لأن الخمر قبل القبض بمنزلة الهلاك عنده؛ لأن الخمر لا يصلح محلا للبيع كالميتة والدم بخلاف الآبق؛ لأنه يصلح محلا للبيع لقيام المالية والتقوم.

وعندهما: التخمر بمنزلة الإباق لأن العصير قبل التخمر كان محلا للبيع باعتبار المالية والقيمة جميعا والقيمة إن سقطت بالتخمر بقيت المالية، ولهذا لو اشترى به شيئًا ملكه والخمر به بعرض الزوال بالتحليل فوقع الشك في انتقاص العقد فلا ينتقص كما في الإباق ولكنه فسد لقيام الحرمة، فإن صارت خلا فالمشتري على خياره لتغير صفة المبيع إلا إذا أبطلا العقد قبل ذلك.

ولو باع المغصوب من غير الغاصب فالبيع موقوف إن سلمه الغاصب تم البيع؛ لأنه ربما يقر به الغاصب أو يقيم البينة على الغصب فيقدر على تسليمه فيتوقف البيع لتوقف القدرة على التسليم، فإن سلم ينفذ، وإن لم يسلم أنقض البيع؛ لأن الغاصب ملك المضمون بأداء الضمان من وقت الغصب فيظهر أنه كان بائعا مال الغاصب فينتقض ثانيا وقيل إن كان الغاصب مقرًّا ولا يمنعه جاز وإلا فلا فعلى هذا لو قال له رجل بع المغصوب مني وأنا أسترده من الغاصب فباعه منه فجاء إلى الغاصب وقال: هذا ثوبي فكذبه وحلفه أنه ثوبه فحلف لم يحنث؛ لأن شراء المغصوب إذا كان الغاصب مقرا وله بينة يجوز.

باع سمكا محظورا في أجمة لا يجوز قيل إن اجتمع فيها لا باحتياله لا يجوز؛ لأنه لا يملكه لعدم الإحراز كالصيد إذا انكسر في أرضه أو فرخت أو باضت في أرضه لم يملكه فهذا أولى وإن اجتمع باحتياله إن أمكنه أخذه من غير اصطياد جاز؛ لأنه ملكه ويقدر على تسليمه والمشتري بالخيار إذا رآه؛ لأنه اشترى ما لم يره؛ لأن الرؤية لا تتحقق في الماء، وإن لم يمكن أخذه إلا بالاصطياد لا يجوز؛ لأنه عسى لا يقدر على الاصطياد أو لا يقدر إلا في زمان طويل فيكون في معنى عبد الآبق بخلاف بيع الشاة النادّة يجوز؛ لأنه يقدر على أخذها من غير احتيال حتى لو كانت بقرة نادّة لا يجوز؛ لأنه لا يقدر على أخذها إلا باحتيال، وعلى هذا لو باع حمامًا في برج الحمام إن باعه ليلا جاز؛ لأن الحمام كله يكون داخل البرج في الليل فيمكن أخذه من غير احتيال وإن باعه نهارا لم يجز؛ لأن بعضه في النهار يكون خارج البرج فلا يمكن أخذه إلا باحتيال.

وأما العجز الحكمي: وهو ما يلحقه في تسليمه ضرر كما لو باع ذراعًا من ثوب أو خشبة أو جذعا في سقف أو حلية من سيف أو ألية من الشاة الحية ونحوه لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بضرر يلحقه، فإن القطع لا ينفك عن ضرر بالباقي والضرر غير مستحق عليه بالعقد، فإذا لم يلزمه الضرر فات التسليم، فإن قطعه وسلمه قبل نقض البيع ينقلب جائزا ولم يكن للمشتري أن يمتنع عن قبوله؛ لأنه زال المانع من التسليم فزال المفسد حتى لو باع ذراعًا من هذا الكرباس يجوز؛ لأنه ليس في قطعه ضرر بالباقي.

وكذا لو باع عشرة دراهم من هذه البقرة جاز؛ لأنه ليس في تبعيضه وتسليمه ضرر.

ولا يجوز بيع النواة في التمر والدهن في السمسم والزيت في الزيتون والعصير في العنب والبزر في البطيخ الصحيح؛ لأنه لا يمكنه نزعه وتسليمه إلا بضرر، وإن كان البطيخ مكسورًا جاز.

وكذا بيع اللؤلؤ في الصدف دون الصدف لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بشق الصدف، وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع اللؤلؤ في الصدف؛ لأنه لا ينتفع به إلا بالشق فلم يكن في تسليمه ضرر فصار كبيع لحم الشاة المذبوحة.

وإن كانت شاة مذبوحة فباع كروشها قبل السلخ جاز؛ لأنه يمكن تسليمه من غير ضرر وإخراجه على البائع؛ لأنه من التسليم وللمشتري خيار إذا رآه؛ لأنه لم يره.

ولو باع حبة هذا القطن جاز وهو الأصح؛ لأنه لا ضرر في نزعه بل فيه نفعه.

ولو باع حنطة في سنبلها أو الأرز والسمسم في أكمامها جاز؛ لأن الحنطة موجودة فيها وعلى البائع تخليصها وليس فيه ضرر به.

ولو باع تبن تلك الحنطة قبل الكدس لا يجوز؛ لأن التبن غير موجود وقت

البيع؛ لأنه لا يصير تبنًا إلا بالكدس، ولو باع بعد الكدس قبل النذر به جاز؛ لأن التبن موجود؛ لأنه يسمى تبنًا.

ولو باع بعد الكدس فص خاتمه أو باب يتيمه فإن أمكنه نزعهما بغير ضرر جاز وإن لم يمكنه إلا بضرر فالمشتري بالخيار.

إن شاء تربص إلى وقت النزع، وإن شاء نقض البيع؛ لأنه معجوز التسليم من وجه مقدور التسليم من وجه وفي مثل هذا يتوقف البيع.

(باب بيع ما هو على خطر الوجود)

ولا يجوز بيع لبن في ضرع، ولا ولد في بطن؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم "**نهى عن بيع المضامين والملاقيح**[1]"[2]، واللبن والولد مضمن في الضرع والبطن "**ونهى عن بيع حبل الحبلة**"[3] بكسر الباء، والحبلة صفة للحامل فقد نهى عن بيع

(١) المضامين ما في أصلاب الفحول، وهي جمع مضمون، يقال: ضمن الشيء بمعنى تضمنه، ومنه قولهم: مضمون الكتاب كذا وكذا، والملاقيح جمع ملقوح، وهو ما في بطن الناقة، وفسرهما مالك في الموطأ بالعكس، وحكاه الأزهري عن مالك، عن ابن شهاب، عن ابن المسيب، وحكاه أيضًا عن ثعلب، عن ابن الأعرابي، قال: إذا كان في بطن الناقة حمل فهو ضامن ومضمان، وهن ضوامن ومضامين، والذي في بطنها ملقوح وملقوحة. النهاية (١٠٢/٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٢٠/٨، رقم ١٤١٣٧).

(٣) أخرجه «البخاري» ٧٠/٣ (٢١٤٣) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٨٧/٣ (٢٢٥٦) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: أخبرنا جويرية. وفي ٤٣/٥ (٣٨٤٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«مسلم» ٣/٥ (٣٨٠١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي (٣٨٠٢) قال: حدثني زهير بن حرب، ومحمد بن المثنى، واللفظ لزهير، قالا: حدثنا يحيى، وهو القطان، عن عبيد الله. و«أبو داود» (٣٣٨٠) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. وفي (٣٣٨١) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«الترمذي» (١٢٢٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. و«النسائي» ٢٩٣/٧، وفي «الكبرى» (٦١٧٥) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. وفي ٢٩٣/٧، وفي «الكبرى» (٦١٧٦) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن القاسم، قال: =

حبل الحامل ولأن فيه غررًا؛ لأنه لا يدرى أن ما في البطن ولد أم ريح وأنه حي أو ميت وما في الضرع لبن أم دم وبعدما علم بوجود اللبن فيه ظاهرًا فاللبن يزداد ساعة فساعة فتختلط الزيادة بالمبيع فيصير قدره مجهولا.

ولا يجوز بيع صوف على ظهر في الرواية المشهورة؛ لأن الشعر ينمو ساعة فساعة وما يزداد ملك البائع ويختلط بالمبيع فيصير قدره مجهولا بخلاف بيع قوائم الخلاف والكرات يجوز؛ لأنه ينمو من أعلاها لا من أسفلها[1]، فإنك إذا جعلت على موضع القطع علامة فالعلامة لا تعلو بمضي الزمان بل تبقى على موضعها والأعلى على ملك المشتري فالنماء حصل في ملكه، فأما الصوف ينمو من أسفله فإنك إذا خضبت فالخضاب يعلو بمضي الزمان والأسفل ملك البائع فالنماء يحصل على ملكه.

ورُوي عن أبي يوسف أنه جوز بيعه، وذكر محمد في الصلح: لو صالح على صوف على ظهر شاة جاز عند أبي يوسف والصلح والبيع سواء.

والصحيح: أن عنده لا يجوز البيع ويجوز الصلح والفرق أن الصلح إسقاط لبعض حقه فأمكن تجويزه بهذا الطريق فأما البيع فتمليك مبتدأ والصوف على الظهر لا يمكن تجويزه تمليكه ابتداء لما بينا.

(**النوادر**): ولو اشترى صدفة أو سمكة فوجد فيها اللؤلؤة فهي للمشتري لأنها

=

حدثني مالك. وفي «الكبرى» (٦١٧٤) قال: أخبرني زياد بن أيوب، قال: حدثنا ابن علية، قال: حدثنا أيوب (ح) وأخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. و«أبو يعلى» (٥٨٢١) قال: حدثنا سويد، عن مالك. و«ابن حبان» (٤٩٤٧) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

خمستهم: (مالك بن أنس، وأيوب السختياني، وعبيد الله بن عمر، وجويرية بن أسماء، والليث بن سعد) عن نافع، فذكره.

(١) انظر: الدر المختار ١٠٢/٤، وفتح القدير ٥٠/٦، والقوانين الفقهية ص١٦٩ ط. بيروت سنة ١٩٧٧، وشرح المحلي على المنهاج ١٧٦/٢ ط. ثالثة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي. القاهرة سنة ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م، والمغني ٢٧٦/٤، والشرح الكبير في ذيله ٢٧/٤ ط. بيروت سنة ١٣٩٢هـ.

تتولد من الصدف فصار كالبيضة في بطن الدجاجة.

وفي رواية للبائع لما بينا في الزكاة والسمك يأكل في البحر فصار تبعا له كما لو وجد سمكة في بطن سمكة.

ولو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة فهي للبائع لأنها لا تتولد من الدجاجة بل ابتلعها ملك الغير.

وعن أبي يوسف: كل شيء يوجد في حوصلة الطير مما يأكله الطير فهو للمشتري، وإن كان من غيره فللبائع لما بينا.

ولو اشترى دجاجة حية مع اللؤلؤة في بطنها وقد كان رآها المشتري حين ابتلعتها لا يجوز؛ لأنه لا يمكن تسليم اللؤلؤة إلا بضرر، وإن كانت الدجاجة ميتة فباع اللؤلؤة في بطنها جاز؛ لأنه يمكن تسليمها من غير ضرر.

(باب بيع ما هو تعلق به حق الغير)

باع الراهن المرهون أو الأجر المؤاجر لم يجز وهو موقوف، ورُوي أنه فاسد.

والصحيح: هو الأول؛ لأنه يتوقف على إجازتهما؛ لأن العقد صادف ملك نفسه وتأثير تعلق حق الغير به في دفع الحكم دون إفساد العقد كبيع مال الغير، فإن حقيقة الملك في المبيع للغير لما وجب توقف العقد فحق الغير فيه أولى ليظهر انحطاط رتبة الحق عن حقيقة الملك والقدرة على التسليم موهومة محتملة، فإن استرداد المرهون ممكن وانقضاء مدة الإجارة متكون والإجارة من قبل صاحب الحق متصور وللمشتري أن يفسخه علم أو لم يعلم أن ما اشتراه رهن أو مؤاجر؛ لأن إطلاق العقد يوجب التسليم للحال، فإذا عجز البائع عن التسليم للحال تخير.

وكذا لو اشترى أرضًا ولها أكار أو اشترى الموهوب فله الخيار علم أو لم يعلم لتعلق حق الغير به وليس للراهن والآجر فسخه؛ لأن البيع نافذ في حقهما، وكذلك المرتهن والمستأجر لا يملكان الفسخ في ظاهر الرواية نص عليه في الجامع وفي رواية النوادر يملكان الفسخ؛ لأن لهما ملك اليد والحبس في المبيع وهذا حق يضاهي ملك الرقبة وحق المرتهن آكد وأظهر، فإنه لو أجاز المرتهن البيع كان له أن

يأخذ الثمن ويمسكه رهنا، فإذا جاز أن يظهر حقه في نفس البيع ملك الفسخ. وجه ظاهر الرواية أن حقهما في ملك اليد والحبس لا في ملك الرقبة والمالية والبيع ورد على ملك الرقبة فلم يكن البيع واقعا على محل حقه ليدفعه بحق الملك ولا ضرر عليه في بقاء العقد ليفسخه لدفع الضرر وفي بقائه فائدة لغيره فيبقى منعقدا حتى لو انقضت مدة الإجارة أو افتك الرهن يثبت الملك للمشتري.

ولو باع الآجر المؤاجر في الإجارة الطويلة فجاء وقت الخيار فيه روايتان في رواية ينفذ بيعه وفي رواية لا ينفذ بناء على أن من أضاف الإجارة إلى وقت في المستقبل ثم باع المؤاجر قبل مجيء ذلك الوقت في رواية لا ينفذ بيعه؛ لأن الإجارة قد انعقدت للحال فكان في تنفيذ البيع إبطال حقه فلا ينفذ وفي رواية ينفذ؛ لأن الإجارة وإن انعقدت ولكن لم يثبت له حق في العين، ولهذا لو عجل الأجرة أو شرط التعجيل، فإنه لا يملكه الأجر فلم يتضمن نفاذ البيع إبطال حقه فنفذ فكذا هذا في الإجارة الطويلة لأنها عقود مختلفة كل عقد مضاف إلى سنة.

(**المنتقى**): ولو باع عبده المؤاجر وسلمه إلى المشتري فعيبه لم يكن للمستأجر أن يضمنه بخلاف المرتهن، فإن له أن يضمن قيمته؛ لأنه تعلق حقه بالعين حبسا أو استيفاء وأثر تعلق الحق أنه إذا أبطله إنسان يضمن كمن قطع حبل نفسه وقد تعلق به قنديل غيره يضمنه وحق المستأجر تعلق بالمنفعة دون العين والمنفعة لا تضمن بالإتلاف.

باع عبدًا مرهونا فأعتقه المشتري قبل أن يقبضه من المرتهن عتق ويضمن قيمته للمرتهن ولا ثمن للبائع عليه؛ لأن البيع قد نفذ في حق الراهن وزال المبيع عن ملكه إلى ملك المشتري حتى لا ينفذ إعتاق الراهن بعد البيع إلا أنه لم يظهر النفاذ في حق المرتهن نظرا له ومتى ضمن القيمة بإتلاف حق المرتهن سقط الثمن لأنهما لا يجتمعان.

وذكر الناطفي في "واقعاته": رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: سكة غير نافذة باعها أهلها أو اقتسموها لا يجوز؛ لأن السكة ملكهم ولكن فيها حق العامة، فإن الطريق الأعظم الأكبر إذا مر فيها العامة وازدحموا كان لهم أن يدخلوها ليقل الازدحام.

(باب الشروط المفسدة للبيع)

البيع بالشرط كلاهما فاسد.

وعند ابن أبي ليلى: البيع جائز والشرط باطل.

وعند ابن شبرمة: كلاهما جائز.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم "**نَهى عن بَيع وشَرط**"[1]؛ ولأن الشرط إذا كان لأحد المتعاقدين فيه منفعة يكون بمعنى الربا؛ لأن الربا مال ملك بالبيع بغير عوض وما شرط فيه من المنفعة لأحدهما مال معنى حتى جاز أخذ العوض عليه وقد خلى الشرط عن العوض لأنهما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن فخلي الشرط عن العوض فيكون ربا.

ثم البيع بالشرط على ثلاثة أوجه: وجه كلاهما جائزان وفي وجه كلاهما فاسدان وفي وجه البيع جائز والشرط باطل.

أما **الوجه الأول** فعلى ثلاثة أنواع: أحدها أن كل شرط يقتضيه العقد ويلائمه لا يفسده بأن اشترى أمة بشرط أن تخدمه أو يغشاها أو دابة بشرط أن يركبها أو حنطة في سنبلها بشرط أن يحصدها أو يصفها أو عبدًا على أنه كاتب أو خباز أو جارية على أنها بكر أو طباخة أو دابة على أنها هملاج أو تمرا على أنه فارسي أو ثوبا على أنه هروي وفي الثمن يقول على أنه صحاح أو كسور أو مؤجلة؛ لأن هذه شروط يقتضيها العقد لأنها توجب إعلام المبيع أو الثمن وليس فيها منفعة زائدة لا يقابلها عوض فلا يفسد العقد.

النوع الثاني: كل شرط لا يقتضيه العقد ولكنه يلائمه ويوافقه بأن شرط أن يرهنه

---

(١) حديث "نهى عن بيع وشرط" قال ابن حجر: بيض له الرافعي في التذنيب، واستغربه النووي. وقد رواه ابن حزم في المحلى، والخطابي في المعالم، والطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث في قصة طويلة مشهورة، ونقل عن ابن أبي الفوارس أنه قال: غريب، ورواه أصحاب السنن إلا ابن ماجه، وابن حبان والحاكم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "**لَا يحلَ سلفٌ وبيعٌ، ولا شرطانِ في بيعٍ**" (تلخيص الحبير ١٢/٣).

بالثمن رهنا وسماه أو يعطيه به كفيلا وسماه والكفيل حاضر وقبله، وكذلك الحوالة جاز استحسانًا خلافا لزفر؛ لأنه شرط يلائم العقد؛ لأن هذه العقود شرعت توثيقا للثمن؛ لأن يوجب توكيد ما وجب بالبيع وتوثيقه فيكون شرطا مؤكدا لموجب العقد ومقررا لما يقتضيه العقد معنى فيكون ملائما له بحكمه فلا يفسد العقد فيه وقيل في الحوالة إن باع بشرط أن يحيل المشتري بجميع الثمن على غريمه فسد البيع؛ لأنه شرط أن يكون جميع الثمن على غير المشتري وهو باطل.

ولو شرط أن يحيله بنصف الثمن على غريمه جاز؛ لأنه يصير كأنه باع بشرط أن يكون نصف الثمن على فلان وهو حاضر وقبل جاز فكذا هذا.

وذكر الحاكم في مختصره: أنه يجوز مطلقا، وهو الصحيح؛ لأن اشتراط الحوالة لا يوجب الثمن على غير العاقد ابتداء؛ لأن الحوالة تقتضي تحول الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال فاشتراط الحوالة يقتضي وجوب الثمن في ذمة المشتري ثم يتحول إلى ذمة المحتال عليه بشرط السلامة فيكون توكيده توثيقا له فيكون شرطا ملائما للبيع.

ولو لم يسم الرهن والكفيل والمحتال عليه أو لم يقبلا فهو فاسد؛ لأن هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، وإن كانا معينين وهما غائبان فافترقا قبل حضورهما لم يصح البيع، ولو حضرا قبل الافتراق صح؛ لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل مضاف إلى البيع إذا كانت الكفالة مشروطة في البيع فيصير الكفيل بمنزلة المشتري وحضرة المشتري في المجلس شرط لصحة الإيجاب فكذلك حضرة الكفيل بخلاف الرهن، فإنه لا يشترط حضرته في المجلس لصحة البيع؛ لأن الرهن مقبوض لاستيفاء الثمن فيكون قائمًا مقام الثمن وحضرة الثمن في المجلس ليس بشرط لصحة البيع فكذا حضرة الراهن.

ولو شرط أن يرهن كر حنطة جيدة جاز؛ لأن هذه الجهالة لا تفسد البيع ولو شرط فيه رهنا معينا ثم امتنع من تسليم الرهن لم يجبر عليه خلافا لزفر ولكن يقال للمشتري إما أن يدفع الرهن أو قيمته أو الثمن أو يفسخ العقد؛ لأنه عقد تبرع في جانب الراهن فلا يتم بدون القبض إلا أن البائع ما رضي بوجوب الثمن في ذمة

المشتري إلا متأكدا بتوثيقه الرهن وقد عدم وصف التأكد والتوثق ففات غرضه فلا يكون العقد لازما فله أن يفسخ.

ولو شرط فيه رهنا مجهولا ثم اتفقا على تعيين الرهن في المجلس أو نقد المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز؛ لأن تمام القبول من المشتري يوقف على الرهن المشروط في العقد بدليل أنه لو قبل بغير رهن لا يصح البيع، فإذا لم يوجد الرهن لم يوجد القبول معنى والقبول يصح في المجلس لا بعده، وإذا نقده الثمن في المجلس فقد حصل الغرض من الرهن وهو الوصول إلى الثمن فسقط اعتبار الوثيقة.

ولو شرط أن يحيل البائع غريمًا له على المشتري أو يضمن المشتري الثمن لغريم البائع فسد العقد؛ لأنه لا يرجع إلى توكيد الثمن وتوثيقه ليكون ملائمًا للعقد بل هو شرط فيه منفعة للعاقد والعقد لا يقتضيه.

والثالث: كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكنه ورد الشرع بجوازه كالخيار والأجل أو لم يرد الشرع به لكنه متعارف متعامل بين الناس بأن اشترى نعلا وشراكًا بشرط أن يحذوه البائع، أو أديمًا بشرط أن يحرز له البائع خُفًّا، أو قلنسوة بشرط أن يبطنه البائع جاز استحسانًا لتعامل الناس فيه خلافا لزفر، والقياس يترك للتعامل كما في الاستصناع، وكذا لو اشترى خُفًّا به خرق على أن يحرز البائع أو ثوبًا من خُلْقَانِيٍّ وبه خرق على أن يخيطه ويجعل الرقعة جاز لتعامل الناس كما في الاستصناع.

وأما الوجه الثاني وهو أن كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لأحدهما وللمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق، يفسده بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يحمله إلى منزله أو اشترى الرطبة القائمة على أن يجزها البائع أو اشترى دارًا على أن يسكنها البائع شهرا فالبيع فاسد؛ لأن اشتراط المنفعة الزائدة بمعنى الربا لما بينا.

وكذا لو اشترى عبدًا على أن لا يبيعه أو لا يهبه أو يدبره أو أمة على أن يستولدها أو يدبرها؛ لأن فيه منفعة للمعقود عليه؛ لأن الناس يتفاوتون في الإحسان

إلى مماليكهم، فإذا وافقهم موضع لا يحبون البيع ويميل قلبهم ويحن إليه وإنه شرط يضاد مقتضى العقد؛ لأن مقتضى العقد أن يكون المالك مختارا في تصرفه وهذا الشرط لو صح يسلب اختياره؛ لأنه إذا كان فيه منفعة كان مفيدا فلو اعتبر يتعلق به حق المستحق فأوجب ما لا يقتضيه العقد فيفسده ولو اشترى عبدًا على أن يعتقه لا يجوز خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه؛ لأن فيه إزالة ملكه والبيع يوجب ثبوت الملك وفيه منفعة للمبيع فيفسد العقد، فإن أعتقه ضمن الثمن استحسانًا عند أبي حنيفة وعندهما قيمته؛ لأن الإعتاق تقرير للشرط الفاسد فكيف يجعله صحيحًا فيكون العبد مقبوضًا بحكم عقد فاسد فلزمه قيمته.

لأبي حنيفة: أن شرط الإعتاق يلائم العقد من وجه دون وجه فمن حيث إنه إزالة الملك لا يلائمه؛ لأنه تغيير لحكم العقد ومن حيث إنه إنهاء للمالك يلائمه؛ لأن نهاية الملك في الآدمي بالعتق كنهاية الحياة بالموت والشيء يتأكد بانتهائه فقلنا بفساد البيع ابتداء وبجوازه انتهاء عملا بالدليلين وتوفيرا على الشبهتين كما في بيع الثوب برقمه.

ولو اشترى دابة على أنها تحلب كذا لا يجوز؛ لأن فيه غررًا وخطرًا.

ولو اشترى شاة على أنها حامل لا يجوز، وذكر الحسن أنه يجوز؛ لأن المشروط صفة من أوصاف المبيع؛ لأن الجنين بمنزلة سائر أطرافها وأوصافها في حق التصرفات المضافة إلى الأم فصار اشتراط أنها حامل كاشتراط أنها ذات يد أو رجل. وجه ظاهر الرواية أن في وجود المشروط غررًا وخطرًا؛ لأنه لا يدري أن في بطنها حبلًا أو ريحًا.

ولو باع جارية وتبرأ من حملها جاز؛ لأنه بيع بشرط البراءة من العيب؛ لأن الحبل في بنات آدم عيب.

(**النوادر**): ولو باعها على أنها حامل قيل لا يجوز كما لو اشترط الحمل في البهائم وقيل يجوز؛ لأنه يكون منه تبرؤًا من العيب.

وقال الفقيه أبو جعفر: إن كان هذا الشرط من البائع يجوز ويكون ذلك منه بيانًا

للعيب حتى لو باعها ظئرا بهذا الشرط لا يجوز، وإن كان من المشتري لا يجوز؛ لأنه يشتريها لأجل الظئر ظاهرًا فكان الحمل زيادة صفة مرغوبة عنده فقد اشترط في البيع زيادة فيها خطر فلا يجوز.

ولو اشترى جارية على أنها ذات لبن قيل لا يجوز وقال الفقيه أبو جعفر يجوز، وهو الأصح؛ لأن هذا بمنزلة الصناعة وهو الطهرية كالكتابة والخيارية.

ولو اشترى جارية على أنها مغنية فوجدها غير مغنية جاز ولا خيار له؛ لأنه شرط العيب ووجدها سليمة عن العيب.

ولو اشترى جارية على أنها صناجة جاز، وإن لم تكن كذلك فليس له أن يردها؛ لأن هذا ليس بعيب، وعن محمد لو اشترى عبدًا على أن يطعمه خبيصًا لا يجوز؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وللمبيع فيه منفعة وهو من أهل الاستحقاق ولو اشتراه على أن يطعمه جاز؛ لأنه شرط يقتضيه العقد؛ لأن إطعام العبد مستحق على مولاه بحكم الملك.

ولو اشترى طيرا على أنه يصوت كذا لحنًا أو حمامة على أنها تجيء من مكان إلى مكان أو كبشا على أنه نطاح أو ديكًا على أنه مقاتل أو كلبا على أنه صيود لا يجوز؛ لأنه بيع بشرط الغرر والخطر وأنه منهي عنه، وعن أبي يوسف لو اشترى كلبا أو فهدا على أنه يصطاد فهو جائز؛ لأن هذه صناعته وعمل كالهملاج في الدابة والجارية في الغلام، وعن محمد لو باع قمريا على أنه يصوت فصوت جاز.

ولو اشترى دارًا واشترط مع الدار الفناء لا يجوز؛ لأن الفناء لا يصير مملوكا للمشتري.

باع أرضًا وشرط إن أحدث المشتري فيها حدثا أو استحقت فالبائع ضامن للمشتري بذلك لا يجوز؛ لأن البائع لا يضمن الحفر وما شاكله وإنما يضمن البناء والغرس والزرع.

وذكر في (**المنتقى**): ولو اشترى عبدًا وقال: على أن يثبت لي البائع دينارًا من الثمن فالبيع جائز؛ لأن هذا حط من الثمن.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): لو قال: بعتك على أن أحط من ثمنه كذا جاز.

ولو قال: على أن أهب لك منه كذا لا يجوز البيع؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد فيكون تبعا بما وراء المحطوط ولا كذلك الهبة.

ولو قال: على إن وهبت لك جاز؛ لأن هذا هبة للحال والهبة قبل الوجوب لا يكون هبة فيكون حطا لأن الحط بيان أنه ما وراء المحطوط.

ولو اشترى أرضًا على أن خراجها على البائع لا يجوز؛ لأنه شرط على البائع قضاء دين المشتري وهذا لا يجوز؛ لأنه شرط مفسد للبيع.

وإن شرط بعض الخراج على البائع ينظر إن شرط على البائع شيئًا من خراج الأصل فالبيع فاسد.

وإن شرط عليه شيئًا زائدًا على خراج الأصل فالبيع جائز؛ لأنه شرط أن لا يجب على المشتري تحمل الظلم وهو ثابت بدون الشرط.

رجل اشترى أرضًا مع خراج دراهم وخراجها ثلاثة دراهم، فإن كان المشتري عالما به فسد البيع؛ لأنه شرط أن لا يجب على المشتري بعض خراجها وهذا شرط مفسد للبيع، وإن لم يكن عالما به جاز وله الخيار؛ لأنه اشترى على ظن أن خراجها دراهم فلم يكن هذا بيعا بشرط أن لا يجب عليه بعض خراجها معنى.

وإن قال البائع له: خراجها كذا ولم يكن شرطا في العقد ثم ظهرت الزيادة، فإن كانت شيئًا يعدونه الناس عيبا له الخيار بحكم العيب وإلا فلا.

باع أرضًا خراجيا بغير خراج لا يجوز إن علم المشتري بذلك، وإن لم يعلم جاز وله الخيار ولا يجوز صفقتان في صفقة واحدة نحو أن يقول أبيعك هذا على أن تبيعني هذا.

ولا بيعان في بيع نحو أن يقول بعتك بقفيز حنطة أو بقفيزي شعير.

ولا شرطان في بيع نحو أن يقول إن أعطيتني الثمن حالًا فبألف وإن أجلت شهرا بألفين لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "**أنّه نَهى عن شرطَين في بيع،**

وعن صفقتين في صفقة"[(١)].

ولو قال: بعتك هذا العبد بألف على أن بعتك هذا الآخر بمائة دينار جاز البيع عليهما؛ لأن كلا اللفظين إنشاء للبيع.

ولو قال: أبيعك هذا على أن أبيعك هذا الآخر فسد البيع؛ لأن الثاني عدة مشروطة في البيع الأول.

وأما الوجه الثالث فهو على ثلاثة أوجه:

أحدها: كل شرط لا يقتضيه العقد وليس فيه منفعة لأحد بل فيه مضرة لا يفسد العقد بأن باع ثوبا أو دابة بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه أو طعاما بشرط أن لا يأكل ولا يبيع جاز البيع وبطل الشرط ذكره في المزارعة الكبيرة، وعن أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز؛ لأن الفساد قضية الشرط الذي لا يلائمه العقد فصار حصول المنفعة وعدمها سواء. وجه ظاهر الرواية أن هذا شرط ليس فيه منفعة مالية واشتراط ما ليس فيه منفعة مالية بل فيه مضرة لا يستحقه أحد فيلغو ذكره لخلوه عن الفوائد.

والثاني: كل شرط لا يقتضيه العقد وليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد بأن باع طعاما بشرط أن يأكله أو يطحنه أو ثوبا بشرط أن يلبسه جاز البيع ذكره أبو يوسف في الأمالي والحسن في المجرد؛ لأن العقد يقتضي إباحة الأكل واللبس دون الوجوب والشرط يوضح وجههما إلا أنه لا يجب الأكل واللبس للمشتري على نفسه؛ لأن الإنسان لا يستحق حقا على نفسه لنفسه فيلغي هذا الشرط.

ولو اشترى جارية بشرط أن يطأها أو لا يطأها، رُوي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، فإنه لو صح الشرط كان حكمه وجوب الوطء والبيع لا يقتضيه وللمبيع فيه منفعة وهو من أهل الاستحقاق فيفسد، كما لو اشتراها بشرط أن لا يعتقها أو يعتقها.

---

(١) أخرجه أحمد ٣٩٨/١ (٣٧٨٢) قال: حدثنا حسن، وأبو النضر، وأسود بن عامر، قالوا: حدثنا شريك، عن سماك، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، فذكره.

وعند أبي يوسف رحمه الله: إن شرط أن يطأها يجوز، وإن شرط أن لا يطأها لا يجوز.

وعند محمد: يجوز في الوجهين، وهو الصحيح؛ لأنه إن شرط أن يطأها فهذا شرط يقتضيه العقد؛ لأن البيع يقتضي استحقاق الوطء وإطلاقه للمولى دون الوجوب عليه؛ لأنه لا يستوجب على نفسه شيئًا، وإن شرط أن لا يطأها فهذا شرط لا يقتضيه العقد ولكن لأحد المتعاقدين فيه مضرة، ومثل هذا الشرط لا يفسد البيع عنده وعند أبي يوسف يفسده، وعلى قياس قول أبي حنيفة فيما إذا باع طعامًا بشرط أن لا يأكله يجب أن يكون البيع بشرط أن لا يطأها عنده وهو الأظهر.

والثالث: كل شرط يوجب منفعة لغير المتعاقدين والمبيع لا يفسد البيع يجوز البيع بشرط أن يقرض أجنبيًا؛ لأن العقد لا يوجب حقًّا للأجنبي فيلغو الشرط.

وذكر في (المنتقى): لو اشترى عبدًا على أن يهب البائع لابن المشتري من الثمن دينارًا أو لأجنبي فالبيع فاسد.

(فصل)

ولو استثنى من المبيع ما يجوز إفراده بالعقد جاز الاستثناء كما لو باع صبرة إلا صاعًا منها أو دنًّا من خل أو دهن إلا عشرة أمنا، وكذلك عدديًّا متقاربًا جاز البيع؛ لأن الثمن والمثمن معلوم، ولو استثنى منه ما لا يجوز إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه كما لو باع جارية إلا ما في بطنها أو شاة إلا عضوا منها أو قطيعا من الغنم إلا شاة منه أو سيفا محلى إلا حليته لم يجز؛ لأنه لا يجوز إفراده بالبيع فيكون استثناؤه عن البيع شرطا يضاد مقتضى العقد؛ لأن بيع الأم يقتضي دخول الجنين في البيع تبعا وفيه منفعة لأحد المتعاقدين واستثناء شاة من القطيع يفضي إلى المنازعة للجهالة ولا يجوز بيع جارية أعتق ما في بطنها؛ لأن الجنين في حق التصرفات المضافة إلى الأم بمنزلة جزء منها فصار كما لو استثني جزء منها ونظيرها إحدى عشرة مسألة:

إحداها: يجوز العقد والاستثناء، وهي ما لو أوصى بالأم واستثنى الجنين أو

أوصى بالحمل واستثنى الأم صح الاستثناء؛ لأن الجنين يجوز إفراده بالوصية فجاز استثناؤه عن وصية الأم وأربعة منها تفسد العقد والاستثناء وهي ما لو باع الأم أو كاتبها أو استأجر بها دارا أو صالح عليها من دين واستثنى الجنين فسدت هذه العقود لأنها عقود معاوضة فتبطلها الشروط الفاسدة واستثناء الحمل شرط فاسد؛ لأنه لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للعاقد وستة يجوز العقد ويبطل الاستثناء، وهي ما لو وهب الأم أو تصدق وسلمها أو أمهرها أو صالح عليها من دم العمد أو خالع عليها أو أعتق عليها واستثنى الجنين في هذه العقود بطل الاستثناء ونفذت العقود عليهما لأنها لا تبطلها الشروط الفاسدة فيبطل الشرط وصح العقد.

(باب فساد البيع من جهة الأجل)

اشترى إلى الحصاد أو الدباس أو رجوع الحاج أو العطاء أو النيروز أو إلى صوم النصارى لا يجوز؛ لأن هذه آجال مجهولة تتقدم وتتأخر فيؤدي إلى المنازعة إلا أن يكون ذلك معروفًا عندهم لا يتقدم ولا يتأخر كما تعرف الأهلة، فإنه يجوز، وإن اشترى إلى فطر النصارى وقد دخلوا في الصوم جاز؛ لأن وقت فطرهم معلوم وقبل دخولهم في الصوم لا يجوز؛ لأنه يتقدم ويتأخر.

فإن أسقط الأجل الفاسد قبل مضيه ينقلب العقد جائزا استحسانًا.

وعند زفر والشافعي رضي الله عنهما: لا ينقلب جائزًا؛ لأن البيع متى فسد لاتصال الشرط المفسد به وهو اشتراط الأجل المجهول لا ينقلب جائزًا بحذف المفسد؛ لأن بقاء الفساد لا يستغني عن بقاء المفسد وصار كسائر البياعات الفاسدة لا تنقلب جائزة بحذف الشرط المفسد.

والصحيح قولنا؛ لأن مشايخنا قالوا العقد موقوف فيظهر أنه كان جائزا بإسقاط المفسد وهكذا روى الكرخي عن أبي حنيفة نصًّا، وهو الصحيح؛ لأن شرط الأجل المجهول مفسد باعتبار أنه مفضي إلى المنازعة بواسطة الإفضاء إلى جهالة وقت المطالبة بأداء الثمن، فإذا حذفا الشرط قبل أوانه تبين أنه لم يكن مفضيًا إلى جهالة وقت المطالبة فتبين أنه لم يكن مفضيا إلى المنازعة فتبين أنه لم يكن مفسدًا للعقد

فتبين أنه لم يكن فاسدًا وصار كما لو باع شيئًا برقمه ثم بين الرقم في المجلس ينقلب جائزًا فكذا هذا وقال مشايخ العراق: العقد وقع فاسدًا وينقلب جائزا بحذف المفسد.

وأما سائر البياعات الفاسدة روى الكرخي عن أصحابنا أنه ينقلب جائزًا بحذف المفسد.

والصحيح: أنه لا ينقلب جائزًا؛ لأن شرط المفسد غير الأجل المجهول يفضي إلى المنازعة للحال عسى فيفسد العقد فلا ينقلب جائزًا.

ولو باع ما لا يقدر على تسليمه كبيع الآبق ونحوه ثم قدر على تسليمه لا ينقلب جائزًا؛ لأنه يحقق المفسد للحال فوقع العقد فاسدًا.

ولو اشترى إلى أجلين بأن اشترى إلى شهر أو شهرين لا يجوز؛ لأن الأجل أحدهما وهو مجهول ولو أسقط الشرط قبل مضي الشهر ينقلب جائزًا لما بينا.

(**النوادر**): ولو اشترى عبدًا بألف حالة على أن يوفيه بالبصرة ففاسد وبألف إلى شهر على أن يوفيه بالبصرة جائز وشرط المكان باطل؛ لأنه لم يذكر الأجل فشرط المكان لتأجيل المطالبة وهو مجهول لا يعلم متى توفي فقد شرط أجلا مجهولا فيفسد، وإذا ذكر الأجل فذكر المكان ما كان للتأجيل؛ لأنه شرط أجلا معلوما قبله وإنما ذكره لاشتراط مكان الإيفاء لكن الشرط إنما يعتبر إذا كان مفيدا وهو غير مفيد؛ لأنه لا مؤنة له حتى إذا كان له حمل ومؤنة يعتبر ويصح ولم يطالبه إلا بالبصرة.

وذكر في (**المنتقى**): اشترى عبدًا على أن يدفعه إليه قبل أن يدفع هو الثمن إلى البائع ففاسد؛ لأنه شرط تأخير الثمن إلى أجل مجهول.

(باب ما يملك بالبيوع الفاسدة وما لا يملك)

البيع نوعان: باطل وفاسد.

فالباطل: ما لم يكن محله مالا متقومًا كما لو اشترى خمرًا أو خنزيرًا أو صيد الحرم أو ميتة أو دمًا فهو باطل لا يفيد الملك أصلًا؛ لأن المبيع لا يصلح محلًّا

للتمليك والتملك وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن فلم يصادف البيع محله فلغى وقيمة المبيع معدومة غير مشار إليها والوجود والإشارة إلى المبيع شرط لانعقاد البيع بالإجماع إلا في السلم.

وأما الفاسد: وهو أن يكون بدلية مالا لكنه سمي فاسدًا لاتصال الفاسد به كما لو اشترى بخمرًا أو خنزيرًا صيد الحرم أو بمدبر أو بمكاتب أو أم الولد أو أدخل فيه شرطًا فاسدًا ونحوه، فإنه ينعقد البيع بقيمة المبيع ويملك عند القبض.

وعند الشافعي رحمه الله: لا ينعقد أصلا.

والصحيح قولنا؛ لأن البيع تمليك المال بالمال وقد وجد، فإنه ذكر بمقابلة المبيع ما هو مال في الجملة، فإنه مرغوب عند الناس لا يوجد مجانا بغير شيء كالخمر والخنزير فذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضهما التمليك والتملك فوجب أن ينعقد البيع؛ لأنه سبب لاستجلاب ملك المبيع والملك سبب لتحقيق مصالح العباد ودفع حوائجهم ونوائبهم فوجب أن يكون مشروعًا عقلا وفطرة إلا أنه لما اتصل به سبب الفساد وهو المنازعة لجهالة الثمن أو إدخال الشرط الفاسد فيه لا يطلق له مباشرته في الابتداء لئلا يحصل الفساد ويجب نقضه دفعا للفساد وباعتبار أنه وسيلة إلى مصالح العباد إذا باشر يجب اعتباره بالانعقاد وترتب الحكم عليه وإنما أوجبنا الملك في قيمة المبيع؛ لأن الأصل أن البيع ينعقد بالقيمة؛ لأن العدل فيه غير أن في القيمة ضرب جهالة لاختلاف المقومين فيها أقيم المسمى مقامها تحرزا للبيع عن الفساد وهنا متى فسد البيع من وجه آخر لا يفيد العدول عن القيمة إلى المسمى فيصير إلى القيمة التي هي البدل الأصلي.

ولو اشترى بميتة أو دم لا يملكه؛ لأنه ليس بمال لعدم تمولهما والبيع تمليك مال بمال، فإذا انعدمت المالية في أحد البدلين لم ينعقد فعلى هذا لو اشترى بجلد الميتة وذلك جلد يمسكه الناس للدباغة ينعقد؛ لأنه مال مرغوب عند الناس.

ولو اشترى عبدًا بدم وقبضه فهلك هل يضمن قيمته، ذكر في "السير الكبير": أنه لا يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن؛ لأنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء؛ لأنه ما رضي بقبضه مجانا.

له: أنه لما باع بما ليس بمال وأمر بقبضه فقد رضي بقبضه بلا بدل يحصل له فيكون بمنزلة المودع بخلاف المقبوض على سوم الشراء؛ لأنه رضي بقبضه بغير بدل.

ولو باع عبدًا بما يرعى إبله في أرض المشتري أو بماء شرب من ماء بئره جاز؛ لأنه لو احتش ذلك الكلأ أو جعل ذلك الماء في إناء كان له ثمن.

وكذا لو باع عبدًا بجارية من جواري البائع أو من جواري المشتري ولم يعينها ينعقد؛ لأنه اشتراه بشيء له ثمن.

ولو قال بعت بغير ثمن فيه روايتان: في رواية لا ينعقد؛ لأنه تمليك بغير عوض فلا يكون تبعًا كما لو باع بميتة أو دم وفي رواية ينعقد؛ لأن نفي الثمن غير صحيح؛ لأنه نفي بحكم العقد والعقد موضوع لتمليك مال بمال فلم يصح نفيه فكأنه سكت عن الثمن.

ولو باعه وسكت عن الثمن، فإنه ينعقد ويفيد عند القبض؛ لأن البيع اسم لتمليك مال بمال فيصير الثمن مذكورًا بذكر البيع اقتضاء، وإن لم يذكره نصًّا.

ورُوي عن أبي يوسف لو قال: بعتك بالكعبة لم يملك بالقبض؛ لأن الكعبة ليست بمال.

(المنتقى) ولو قال: بعتك هذا العبد بهذه الدراهم في هذا الكيس أو بالسمن الذي في هذا الزق، فإذا لا شيء فيه ينعقد بقيمته؛ لأن الانعقاد يتعلق بوجود المبيع وذكر الثمن لا بوجوده؛ لأن الثمن قد يجب دينا في الذمة إلا أنه تعذر هنا إيجاب المسمى فأوجبنا قيمة المبيع.

ولو قال: اشتريت منك بهذه الشاة الذكية، فإذا هي ميتة لا ينعقد؛ لأن البيع إنما وقع على هذا الشخص بعينه وإنما قال اشتريت منك بهذا الخنزير، فإذا هو شاة جاز؛ لأن المشار إليه مال متقوم.

أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لأنها ليست بمال عندهم، ولو باعوا ذبيحهتم وهي المنخنقة والموقوذة جاز لأنها بمنزلة الذبيحة عندنا، ألا ترى أن المجوسي لو باع ذبيحته فيما بينهم جاز، وإن كان ميتة عندنا.

(**المبسوط**): والمقبوض في البيع الفاسد مضمون بالمثل في المثليات وبالقيمة

في غيرها يوم قبضه؛ لأنه يصير مضمونًا بالقبض فشابه المغصوب وما قبض في البيع الفاسد بدون إذن البائع فهو كما لم يقبض في الرواية المشهورة؛ لأن التسليط لم يوجد بإذن المالك صريحا ولا دلالة؛ لأن الشرع أمره بنقضه فالظاهر أنه لا يسعى في تنفيذه.

(وذكر في الزيادات) أنه إذا قبضه بحضرته ولم ينهه يملكه وبعد الافتراق لا يملكه كالموهوب له إذا قبضها في مجلس العقد بحضرة الواهب ولم ينهه يملكها وبعد الافتراق لا يملكها؛ لأن الملك في الهبة والبيع الفاسد إنما يثبت بالعقد والقبض فيكون القبض بمنزلة التملك كالقبول فيكون الإقدام على العقد إذنا بالقبض كما يكون إذنا بالقبول وبعد الافتراق لا يكون إذنا بالقبول فكذا لا يكون إذنا بالقبض بخلاف ما لو قبض المبيع في البيع الصحيح بحضرة البائع ولم ينهه لم يبطل حقه في الحبس؛ لأن القبض ثمة غير موجب للملك ليكون تملكا وإنما هو مسقط حقه في الحبس فإقدامه على البيع لا يكون إذنا بالقبض وأيهما فسخ العقد بمحضر من صاحبه جاز سواء كان قبل القبض أو بعده؛ لأن كل واحد منهما مأمور برفع الفساد لأنهما باشراه.

وقال محمد: هكذا في كل شرط لا يقبل الحذف كالبيع بالخمر والخنزير وكل شيء يقبل الحذف كالبيع إلى الحصاد والدباس فكذلك قبل القبض وبعده فالفسخ إلى من له منفعة في الشرط؛ لأنه يملك رفع الفساد مع استيفاء حقه.

وإن رده المشتري على البائع بهبة أو بيع أو أي جهة كانت فهو متاركة وقد يبرأ عن ضمانه؛ لأن الرد مستحق عليه دفعًا للمعصية وخروجا عن المأثم فعلى أي وجه رده وقع عن الجهة المستحقة كالغاصب إذا وهب المغصوب من المالك يبرأ عن ضمانه فكذا هذا.

(باب تصرف المشتري في المبيع بيعاً فاسداً)

مسائله على أقسام:

قسم فيما يملك من التصرفات وما لا يملكه.

وقسم فيما يكره له وما لا يكره.

وقسم فيما يبطل حق الفسخ وما لا يبطله.

(**القسم الأول**): المشتري شراء فاسدًا لا يملك التصرف في المبيع قبل القبض لعدم الملك وبعد القبض يملك التصرفات كلها إلا الانتفاع به والوطء لأنها صادفت ملكه وإنها مزيلة حق الانتفاع بالحرام، وأما الوطء والانتفاع به قيل لا يحل له؛ لأن هذا ملك خبيث فلا يظهر في حق حل الوطء والانتفاع احتياطا وقيل يحل له سائر الانتفاعات ولا يحل له الوطء؛ لأن المالك بالبيع أباح له التصرف فكل تصرف يباح بالإذن يباح بهذا المبيع والوطء لا يباح بالإذن فلا يباح بهذا البيع بخلاف سائر الانتفاعات.

ولو وطئها ولم يعلقها يردها مع العقر؛ لأنه لم يظهر الملك في حق حل الوطء فصادف الوطء ملك الغير ولم يجب الحد للشبهة فوجب العقر كالغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة بخلاف الجارية الموهوبة إذا وطئها الموهوب له ثم رجع الواهب لا يضمن له عقرها؛ لأنه ملكها مطلقا في حق حل الوطء وغيره وإن أعلقها أو وطئها ثم أعتقها أو دبرها ونحوه في رواية يغرم عقرها؛ لأن الوطء أبطل حق الاسترداد للبائع فيما استوفى بالوطء فيضمن قيمته كما لو أبطل حقه في الذات؛ لأن الحق معتبر بالحقيقة وفي ظاهر الرواية لا يغرم عقرها؛ لأن بالإعلاق أو الإعتاق بعد الوطء امتنع الرد على البائع فتقرر ملك المشتري فيظهر ملكه من الأصل في حق حل الوطء فيكون واطئا ملك نفسه.

وذكر في (**المنتقى**): لو اشترى أمة شراء فاسدًا ثم باعها بأمة، فإنه يحل له وطء الثانية؛ لأنه ملكها بسبب صحيح.

(**القسم الثاني**): ذكر الكرخي أنه يكره التصرفات كلها فيه؛ لأن الفسخ واجب عليه بحق الشرع وفي هذه التصرفات إبطال حق الشرع أو تأخيرها فيكره وقيل لا يكره التصرفات المزيلة للملك لأنها مزيلة للفساد؛ لأن الفساد يزول بزوال الملك ويكره التصرفات المقررة للملك لأنها مقررة للفساد ولا يطيب له ما ربح فيه؛ لأنه مستفاد بملك خبيث ويطيب للبائع ربح الثمن لأنه معين في العقد فلا يؤثر فيه الفساد

ولو ملك غيره يطيب له الربح ويحل له الوطء؛ لأنه ملكه بسبب صحيح.

(**القسم الثالث**): التصرفات المزيلة للملك من كل وجه كالإعتاق والبيع والهبة أو مزيلة من وجه غير محتملة للفسخ كالتدبير والاستيلاد والكتابة فإنها تبطل حق الفسخ للبائع؛ لأن هذه التصرفات صدرت عن تسليط البائع ورضاه؛ لأن البائع أثبت له الملك المطلق للتصرف فنفذت ولزمت كما لو أذن له بها صريحًا يسقط حقه في الفسخ فكذا هذا، وإن كان تصرفا يحتمل الفسخ تعذر كالإجارة، فإنه ينقض، ولو رهنه لا ينقض، والفرق أن الإجارة تصرف يرد على المنفعة والبائع أوجب له ملك الرقبة وملك المنفعة ثبت له تبعا لا بالبيع فلم تكن الإجارة حاصلة بتسليطه ورضاه فلم يبطل حقه في الفسخ.

فأما الرهن تصرف يرد على العين حبسًا واستيفاء فيكون حاصلا بتسليط البائع فأبطل حقه في الفسخ ولأن الإجارة تفسخ بسائر الأعذار فيجوز أن يفسخ بعذر دفع المعصية عن فعلهما ولا كذلك الرهن.

(**النوادر**): وذكر الكرخي: لو زوجها من إنسان، فإنه لا يمنع فسخ البيع والنكاح قائم بحاله؛ لأن حق الزوج يتعلق بمنفعة البضع لا بملك الرقبة فلم يكن النكاح حاصلا بتسليطه فلم يبطل حقه في الفسخ والنكاح لا يحتمل الفسخ بعذر فبقي والبيع أمكن فسخه مع بقاء النكاح فيفسخ وعلى المشتري مهر مثلها وما نقصها التزويج، ولو أوصى به، فإنه يفسخ؛ لأن الوصية مما يحتمل الرجوع.

ولو مات الموصي قبل الفسخ سقط الفسخ؛ لأن الملك انتقل إلى الموصي له فصار كالبيع، ولو مات المشتري فورثه الورثة فللبائع حق الفسخ وكذا الورثة؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في حق الفسخ، ولهذا يُردُّ بالعيب ويُردُّ عليه بخلاف الموصى له، ولو قطع الثوب وخاطه أو بطنه وحشاه أو طحن الحنطة ونحو ذلك ينقطع حق البائع في الفسخ كما في الغصب.

ولو صبغ الثوب روي عن محمد رحمه الله أن البائع بالخيار إن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ضمنه قيمته كما في الغصب ولو كان المبيع أرضا فبنى المشتري فيها بناء أو غرس أشجارًا بطل حق الفسخ عندهما، وعند

محمد لا يبطل؛ لأن البناء ينقض لحق الشفيع فأولى أن ينقض لحق البائع؛ لأن حقه في الاسترداد فوق حق الشفيع بدليل أن البائع يأخذ من غير قضاء ورضاء والشفيع لا يأخذ إلا بقضاء أو رضا وهذا يورث وذلك لا يورث.

لهما: أن البناء والغرس حصل بتسليط البائع فلا ينقض عليه لما فيه من إضرار به كتصرف البيع بخلاف الشفيع، فإنه ما سلطه على البناء، ولهذا ينتقض البيع أيضًا قال أبو يوسف: لو باع بيعًا فاسدًا وقبضه المشتري ثم وكل البائع رجلا أن يشتريه له فاشتراه له شراء صحيحًا فهو للآمر ولا يكون نقضا للبيع الأول.

ولو اشتراه فاسدًا وقبضه يكون فسخا للبيع الأول حتى لو كان المبيع عبدًا فأعتقه المأمور جاز عتقه ولو اشترى عبدًا شراءً فاسدًا وقبضه ثم قال البائع: هو حر لم يعتق؛ لأن العتق لم يصادف ملكه، فإن قال بعد ذلك هو حر إن كان الكلام الأول بحضرة المشتري عتق؛ لأن العتق الأول فسخ للبيع وقد صح بحضرة المشتري فالعتق الثاني صادف ملكه، وإن لم يحضره المشتري لم يعتق؛ لأن الفسخ لم يصح.

(**المبسوط**): ولو زال ملك المشتري ثم عاد على حكم ملك الأول عاد حق الفسخ كما لو رجع في الهبة أو رد عليه بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء قاض؛ لأنه عاد إليه عين ما كان؛ لأن الرد بهذه الأشياء فسخ العقد من الأصل فصار وجود العقد وعدمه بمنزلة فعاد المبيع بحقوقه، وكذلك لو رهنه ثم افتكه قبل أن يضمنه القاضي قيمته أو عجز في الكتابة فرد في الرق رده عليه لأنه زال المانع من الفسخ، وإن ضمنه القاضي القيمة ثم عاد إلى ملكه بهذه الأسباب لا يلزمه الرد؛ لأنه انتقل حق البائع من العين إلى القيمة كالغاصب إذا قضى عليه بالقيمة ثم عاد العبد من الإباق وإن عاد إليه بحكم ملك مبتدأ لا يعود حق الفسخ؛ لأن هذا الملك غير ما كان لتجدد سببه.

ولا يجوز بيع جارية بجارية إلى أجل؛ لأنه عليه السلام نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[1].

---

(١) أخرجه «ابن ماجه» (٢٢٧٠) قال: حدثنا عبد الله بن سعيد، قال: حدثنا عبدة بن سليمان، عن سعيد بن أبي عروبة. و«أبو داود» (٣٣٥٦) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: =

فإن قبضها فذهبت عينها عنده ردها ونصف قيمتها لأنها مضمونة عليه بالقبض والأوصاف تفرد بالضمان بسبب القبض كما في الغصب والرهن.

ولو فقأها غير المشتري كان للبائع خيار أن يضمن الفاقئ أو المشتري بقيمته أما الفاقئ فلأن باسترداد المبيع انفسخ العقد في الأصل فينفسخ في العين حكما لانفساخه في الأصل فصار جانيًا على ملكه، وأما المشتري فلأنها مضمونة عليه بالقيمة ثم رجع المشتري على الفاقئ؛ لأنه بأداء الضمان ملك أرش العين حكما.

ولو ولدت ولدين ومات أحدهما أخذ الجارية والولد الباقي؛ لأنه بالاسترداد لما انفسخ العقد في الجارية ظهر أن الولد حصل على ملك البائع ولم يضمنه قيمة الميت؛ لأنه حصل بلا صنعه وذهب بلا فعله فيكون أمانة.

ويضمن نقصان الولادة؛ لأن ذلك الجزء كان مضمونا عليه إلا إذا كان في الولد وفاء خلافا لزفر لما عرف.

ولو مات الولد بجنايته يضمن قيمته؛ لأنه لما انفسخ العقد في الأم ظهر أن الولد حصل على ملك البائع وقد استهلكه المشتري فيضمن قيمته ولو ماتت الأم وحدها أخذ الولدين وقيمة الأم؛ لأن القيمة قائمة مقام الأم فيكون أخذ القيمة كأخذ الأم فصار كما لو كانت الأم حية كما في الغصب.

(**النوادر**): ولو ازداد في المبيع زيادة منفصلة كالولد والثمن واللبن والأرش يقطع طرفه، فإنه يفسخ البيع ويرد الزيادة على البائع؛ لأن العقد إذا رفع من الأصل ظهر حق البائع في الكل.

ولو اكتسب المبيع في يده ثم رده رد الكسب معه؛ لأن حق البائع لم ينقطع عن

=

حدثنا حماد. و«الترمذي» (١٢٣٧) قال: حدثنا أبو موسى، محمد بن مثنى، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن حماد بن سلمة. و«النسائي» ٧/٢٩٢، وفي «الكبرى» (٦١٧٠) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، ويزيد بن زريع، وخالد بن الحارث، قالوا: حدثنا سعيد (ح) وأخبرني أحمد بن فضالة بن إبراهيم، قال: حدثنا عبيد الله بن موسى، قال: حدثنا الحسن بن صالح، عن ابن أبي عروبة.

كلاهما: (سعيد بن أبي عروبة، وحماد بن سلمة) عن قتادة، عن الحسن البصري، فذكره.

الأصل وهو ملك الرقبة وقت حدوث الكسب، فإذا زاد الأصل وعاد إلى قديم ملكه ظهر أن الكسب حدث على ملكه.

ولو اشترى عبدًا بخمسمائة وقيمته خمسمائة شراء فاسدًا وقبضه فازدادت قيمته ألفًا من قبل السعر فعليه خمسمائة؛ لأنه مضمون بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض كما في الغصب.

ولو غصب عبدا قيمته ألف فصارت ألفين ثم اشترى منه الغاصب شراء فاسدًا، فإن وصل الغاصب إلى العبد بعد الشراء فعليه ألفان، وإن لم يصل حتى مات فعليه ألف؛ لأن الزيادة في الغصب أمانة وإنما تصير مضمونة في الشراء الفاسد بالقبض.

ولو اشترى حناء مدقوقا شراء فاسدًا وقبضه، فقال البائع: بُلّ هذا الحناء بماء ثم أخضبني به، ففعل، فعلى المشتري قيمة الحناء مبلولا؛ لأن بالبَلّ انقطع حق البائع في الاسترداد؛ لأنه تغير المبيع بفعل المشتري والبل كان بإذن البائع فيضمن قيمته منقوصًا بالبل.

ولو اشترى ثوبا شراء فاسدًا وقبضه ثم قطعه ولم يخطه حتى أودعه البائع فضاع عنده ضمن المشتري نقصان القطع فقط؛ لأن الإيداع رد للباقي، ولو قال لآخر: اقطع لي ثوبك هذا فقطعه فعلى الآمر قيمته؛ لأنه بمنزلة قوله أعتق عبدك عني فأعتقه، فإن قطعه ثم أودعه المشتري البائع فضاع عنده فعلى المشتري الثمن كله.

(**الجامع**): اشترى عبدًا بألف ورطل من خمر على أن البائع بالخيار شهرا وقبضه المشتري فأعتقه لم يجز عتقه؛ لأن خيار البائع يمنع ثبوت الملك للمشتري صحيحًا كان العقد أو فاسدًا؛ لأن الفاسد مثل الجائز في إفادة الحكم، وإن كان غير لازم حقا للشرع فيقيد شرط الخيار فيه نفي اللزوم حقا للمتعاقدين حتى ينفرد من له الخيار بالفسخ فيقيد شرط الخيار فائدته ويمنع زوال المبيع عن ملك من له الخيار نظرا له وهذه رواية على أن خيار الشرط يثبت في البيع الفاسد كما في البيع الجائز.

فإن مضى شهر ثم أعتقه جاز، وإن لم يجدد قبضا؛ لأن قبضه الأول كان موجبًا

ضمان القيمة حتى لو هلك العبد في يده في الشهر يضمن قيمته فناب عن قبض الشراء كقبض العصير.

ولو كان العبد وديعة فاشتراه فاسدًا وليس العبد حاضرًا فأعتقه لا ينفذ؛ لأن قبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء فلم يثبت الملك، فإن تخلي به ثم أعتقه فقد فعل التخلية قبضًا في البيع الفاسد في ظاهر الرواية وفي النوادر لا يكون قبضًا وقال في الإجارة الفاسدة التمكن لا يكون قبضًا؛ لأن الإجارة الجائزة لا توجب الملك قبل التمكن فالفاسدة وجب أن لا توجب الملك إلا بحقيقة الانتفاع كالهبة الفاسدة لا توجب الملك إلا بزيادة أمر على القبض وهو ضمان المقبوض حتى يتراخى حكم الفاسد كالهبة الفاسدة، فأما في البيع الجائز يوجب الملك قبل التمكن فالفاسد وجب أن يوجب الملك بعد التمكن وهو التخلية لأنها قائمة مقام القبض فيما هو المقصود منه وهو التمكن من التصرفات والبائع لا يسترد المبيع في البيع الفاسد حتى يرد الثمن؛ لأن المبيع مقابل بالثمن فيصير محبوسا به تحقيقا للمقابلة والمعادلة وحق البائع تعين في المبيع بنفس الفسخ ولم يتعين حق المشتري في الثمن؛ لأن الثمن لا يتعين في الفسخ كما في العقد فكان للمشتري أن يحبس المبيع منه حتى يعين البائع حقه في الثمن فيستويان في الفسخ كما في العقد وكما في البيع الصحيح، فإن مات البائع وقد استهلك البائع الثمن فالمشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء؛ لأن له يدًا مستحقة بمنزلة المرهون كما في البيع الجائز.

ولو اشتراه بدين له على البائع شراء فاسدًا وقبضه فللبائع أن يسترده وليس للمشتري حبسه بالدين بخلاف البيع الصحيح؛ لأن البيع لم يتعلق بالدين وإنما يتعلق بمثله دينًا إلا أن في البيع الصحيح يجب مثله دينًا بنفس العقد فيصير قصاصًا بالدين فيصير البائع قابضًا للدين حكما للمفاضلة فصار كالقبض حسًّا وفي البيع الفاسد لم يجب مثله دينا وإنما تجب قيمته بعد هلاك المبيع؛ لأن الواجب عند قيامه رد عينه لا رد قيمته فلم تقع المفاضلة بينهما حال قيامه فلم يصر البائع قابضًا للدين حقيقة ولا حكما فلم يملك المشتري حبس المبيع به، فإن مات البائع وعليه ديون والعبد عند المشتري يقسم بين غرمائه ويضرب فيه المشتري بحقه؛ لأنه ليس للمشتري يد مستحقة على العبد بدليل أن البائع يتمكن من أخذ العبد من يده قبل إيفاء ما عليه من الدين فصار كون العبد في يده ككونه في يد البائع.

أقرضه ألفًا وارتهن فاسدا ليس للراهن استرداده إلا برد ما قبض؛ لأنه إنما سلمه مقابلا بما قبضه فصار محبوسًا كما في البيع الفاسد والمرتهن أولى من سائر الغرماء ويهلك بالأقل من قيمته ومن الدين بخلاف المبيع، فإنه يهلك بالقيمة؛ لأن الضمان الأصلي في البيع هو القيمة كما بينا إلا أنا عدلنا عن القيمة إلى المسمى إذا صحت التسمية، فإذا فسدت بقي الضمان الأصلي موجبا له فأما ضمان الرهن ضمان استيفاء فلا يتصور أكثر من الدين.

رهن بدين عليه رهنا فاسدًا ليس للمرتهن حبسه؛ لأن الراهن لم يقبض بمقابلته شيئًا حقيقة وحكما؛ لأن الرهن لم يتعلق بالمسمى؛ لأن الشرط لم يصح وإنما تعلق بقيمة المرهون كما في الشراء الفاسد فاستفاد المرتهن يدا من عين مال أعطاه فلا يكون محبوسا بخلاف الرهن الصحيح؛ لأنه يتعلق بالمسمى لصحة الشرط فصار كالمقبوض به حكما.

أجر فاسدًا وقبض الأجرة لا يسترد العبد حتى يرد الأجر؛ لأنه محبوس به كما في الرهن والبيع ولو أجر بدين له على المستأجر فاسدًا لم يكن للمستأجر حبسه بالأجرة وفي الجائزة بالدين له حبسه كما افترق البيعان الصحيح والفاسد في هذا الباب لأنها عقد معاوضة كالبيع وهذا يدل أن في الإجارة الصحيحة بالدين للمستأجر على المؤاجر تقع المقاصة للحال خلافا لما يقوله بعض مشايخنا أن المقاصة إنما تقع بعد استيفاء المنفعة حال وجوب الأجرة؛ لأن محمدًا رحمه الله هنا أثبت المقاصة للحال حين أثبت للمستأجر حق الحبس وهذا؛ لأن المقاصة بين الدين والأجرة لم تفد الإضافة إلى الدين فائدة؛ لأنه من غير إضافة تقع المقاصة بين الدين والأجرة بعد وجوب الأجرة.

اشترى منه أمة شراء فاسدًا وقبضها فأراد البائع أخذها فقال بعتها من فلان بيعًا صحيحًا وأقام على ذلك بينة أو لم يقم لا تسمع بينته لأنها قامت على الغائب ويقال للبائع إن شئت فصدقه، وإن شئت فكذبه وخذ الجارية؛ لأن الإقرار ليس بلازم في حق البائع لاحتمال الكذب فلا يبطل حقه بالشك فإن أخذها ثم حضر البائع الغائب فصدق المشتري أخذ الجارية من البائع في الوجهين جميعا؛ لأن

تصديقه استند إلى وقت الإقرار فصار الإقرار لازمًا بالتصديق من حين وجوده فظهر أن البائع أخذها بعد انقطاع حقه.

وإن كان المقر له مجهولًا فكذلك الجواب؛ لأن الإقرار للمجهول باطل، فإن أخذ الجارية وحصر رجل وقال المشتري: إنما عنيت هذا وصدقه الرجل لم يذكره محمد رحمه الله، وقيل: لا يقبل منهما وهذا إقرار جديد من المشتري؛ لأن الأول كان باطلا لوقوعه لمجهول فجعل الآن مستأنفا بالإقرار فبطل والله اعلم.

(باب البيع يقع على شيء فيصادفه على خلافه)

أصله: أن الإشارة والتسمية متى اجتمعتا والجنس مختلف فالعبرة للتسمية وتعلق العقد بالمسمى؛ لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة؛ لأن الإشارة تعرف الذات والتسمية تعرف الماهية وأنها أمر زائد على أصل الذات فكانت أبلغ في التعريف، وإن اتحد الجنس فالعبرة للإشارة؛ لأن المسمى وجد في المشار إليه فعملت الإشارة عمل التسمية وهو تعريف الماهية وأفادت زيادة تعريف وهو تمييز الذات فكانت أولى فتعلق العقد بالمشار إليه.

اشترى فصًّا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج أو قلبًا على أنه فضة، فإذا هو زجاج أو ثوبًا على أنه هروي، فإذا هو مروي لا يجوز؛ لأن المشار إليه من خلاف جنس المسمى؛ لأنه حل بكل واحد صنعة أوجبت اختلاف الاسم والمقصود فكانا جنسين كالخزف مع الآجر وكوز الفقاع أجناس مختلفة فتكون العبرة للمسمى وإنه معدوم.

ولو قال: بعتك هذا العبد، فإذا هي جارية فالبيع فاسد خلافًا لزفر رحمه الله؛ لأن الذكر مع الأنثى من بني آدم جنسان مختلفان لاختلافهما في أكثر المعاني؛ لأن الأنثى للاستفراش والخدمة من وراء الستر، والذكر للإرسال في الحوائج والتصريف له في الأسفار فلتباين المنافع وتفاوت المقاصد حلا محل الجنسين كالهروي مع المروي قيل هذا البيع باطل حتى لا يملكه المشتري إذا قبضه؛ لأن العقد يتعلق بالمسمى لا بالمشار إليه وهو معدوم والبيع لا ينعقد على المعدوم.

والصحيح أن البيع منعقد فاسد لأنهما عقدا العقد على هذا العين المشار إليه

لكن شرط للبائع أنه فص أو فضة أو عبد فقد صادف البيع محلًّا موجودا فانعقد لكن انعدم المشروط ففسد.

ولو قال بعت منك هذه النعجة، فإذا هي ضأن أو هذه الأتان، فإذا هو ذكر فالبيع جائز وللمشتري الخيار؛ لأن الذكر مع الأنثى في سائر الحيوانات جنس واحد لاتفاقهما في المنفعة، فإن جميع ما يبتغى من الذكر من العمل والأكل يبتغى من الأنثى.

ولو اشترى فصًّا على أنه ياقوت أخضر، فإذا هو أحمر جاز وتخير المشتري؛ لأن المسمى من جنس المشار إليه فتعلق العقد بالمشار إليه وهو موجود.

(**النوادر**): ولو قال: بعتك هذا الثوب على أنه خز، فإذا لحمته خز وسداه قطن جاز ولا خيار له، وإن كان سداه خزًّا ولحمته قطن لا يجوز؛ لأن السدى تابع للحمة لأن الثوب ينسب إلى اللحمة؛ لأن اللحمة تظهر والسدى لا، فإذا كانت اللحمة غير مستحقة بالعقد فسد؛ لأن العبرة بالتسمية.

ولو اشترى قلنسوة أو قباء أو جبة على أن ظهارتها كذا وبطانتها كذا وحشوها كذا فوجد الظهارة كما شرطت والبطانة والحشو على خلافه فالبيع جائز وله الخيار وإن وجد الظهارة على غير ما شرط فالبيع فاسد؛ لأن البطانة والحشو تبع والظهارة أصل كاللحمة في الثوب وتغير التبع لا يبطل البيع في الأصل.

ولو باع ثوبا على أنه أبيض، فإذا هو مصبوغ بعصفر أو دارًا على أنها لا بناء فيها، فإذا فيها بناء أو أرضًا على أنها بيضاء، فإذا فيها نخيل فالبيع فاسد؛ لأن الصبغ والبناء والنخيل غير داخل في العقد؛ لأنه نفاذ من العقد وفي تسليم المعقود عليه دونه ضرر فلم يصح.

ولو اشترى ثوبا على أنه مصبوغ بزعفران، فإذا هو مصبوغ بعصفر فسد البيع؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف الألوان اختلافا فاحشا فصار كاختلاف الجنس.

ولو باع ثوبا على أنه مصبوغ، فإذا هو أبيض أو دارًا على أن فيها بناء، فإذا لا بناء فيها أو قال سفلها وعلوها فلم يكن لها علو جاز وله الخيار؛ لأن انعدام

الوصف يثبت الخيار والبناء بمنزلة الوصف، ولهذا يدخل في العقد من غير التسمية فلا يؤدي إلى المنازعة.

ولو باع دارًا على أن بناءها آجر، فإذا هو لبن لا يجوز؛ لأنه اختلف الجنس لتفاوتهما في الأغراض تفاوتا فاحشا ولو باع دارًا بأجذاعها أو أبوابها فلم يكن ذلك فله الخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن ذلك يجري مجرى الوصف كالبناء لما بينا وانعدام الوصف يثبت الخيار ولو وجد فيها بابين أو جذعين فلا خيار له؛ لأن الناس قد يسمون البابين أبوابا والجذعين أجذاعا.

ولو قال: بعتكها بما فيها من الأجذاع والأبواب فلم يجد شيئًا من ذلك فلا خيار له؛ لأنه لم يشترط أن ذلك فيها؛ لأنه لم يجعلها صفة للدار ولكن أخبر بالوجود فيها فانعدامه لا يثبت الخيار وفي المسألة المتقدمة جعل الأجذاع صفة للدار، فإنه قال بعتها بأجذاعها.

ولو اشترى سويقا على أن البائع قد لته بمن من السمن ثم ظهر أنه لته بنصف من من السمن والمشتري ينظر إليه وقت الشراء جاز ولا خيار له؛ لأن هذا شيء يعرف بالعيان وهو معاين مرئي ونظيره ما لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا من الدهن فإذا هو اتخذه بأقل من ذلك أو اشترى قميصا على أنه اتخذه من عشرة أذرع، فإذا اتخذه من تسعة أذرع والمشتري ينظر إليه وقت الشراء جاز ولا خيار له.

ولو اشترى كتابا على أنه كتاب النكاح من تأليف محمد، فإذا هو كتاب الطلاق أو النكاح من تأليف غيره جاز وله الخيار؛ لأن الجنس واحد؛ لأن الكتاب إذا ذكر يفهم به المكتوب بالسواد.

ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة، فإذا هي مولدة البصرة فله أن يردها؛ لأن مولدة الكوفة أفضل من مولدة البصرة.

(الزيادات): لو اشترى شاة على أنها نعجة فكانت كبشًا أو تمرًا على أنه فارسي فإذا هو دقل جاز وله الخيار، فإن لم يرد حتى أصابه عيب أو هلك رجع بالنقصان، ويقوم التمر لو كان فارسيا أدنى بكم يشتري والدقل بكم فيرجع بنقصان ما بينهما؛

لأنه لم يشترط الجودة فيستحق أدنى المشروطة، لا نهاية لأعلاه، ألا ترى أنه لو وجده فارسيا على أدنى ما يكون له رده.

اشترى قوصرتين على أنهما تمر فارسي فوجد إحداهما دقلًا قبل القبض له خيار تركهما أو أخذهما بجميع الثمن؛ لأن في رد أحدهما تفريق الصفقة قبل تمامها فإنه لا يجوز، فإن قبضهما لا يرد إلا الدقل بحصته يقسم الثمن على الفارسي بعينه وعلى الدقل لو كان أدنى الفارسي فيرده بحصته؛ لأن العلة المثبتة لحق الرد وجد في أحدهما وفي رده تفريق الصفقة بعد تمامها فيجوز.

ولو اشترى طيلسانين على أنهما طرازيان، فإذا أحدهما خواري لا يفسد العقد ويخير؛ لأن هذا اختلاف صفقة لا اختلاف جنس؛ لأنه قيل: الطرازيّ ما نسج بالري، فإن الطراز محله من محال ري والخواري ما نسج بخواري.

ولو اشترى خادمين على أنهما وصيفان، فإذا أحدهما غلام والآخر جارية يفسد العقد فيهما، أما في الغلام فلأنه خلاف الجنس المذكور فتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم وفي الجارية فلأن ثمنها مجهول وإن سمى لكل واحد ثمنا في العقد جاز في الجارية وله الخيار وبطل في الغلام وقيل هذا قولهما وفي قياس قول أبي حنيفة يفسد العقد فيهما؛ لأنه جعل قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرطًا لقبول العقد في الآخر وهذا شرط فاسد لما قدمنا فيفسد، والله أعلم.

(باب ما يَحْرُمُ بَيْعُه)

ولا يجوز بيع المكاتب ومعتق البعض والمدبر وأم الولد.

أما المكاتب والمدبر؛ فلأن حق الحرية مما ينافي انعقاد العقد فيه تمليكا وكونه مالًا متقوما يقتضي انعقاد العقد فيه تمليكا فلم يلغ للحال؛ لأنه صادف محله وتوقف انعقاده تمليكا على إجازة القاضي حتى لو أعتقه المشتري بعد القبض لا يعتق لعدم الملك.

ولو أجاز القاضي بيعهما يصير تمليكًا وينفذ البيع؛ لأن المنافي يزول بالقضاء

لانفساخ الكتابة والتدبير به فمتى كان ارتفاع المنافي وزواله متوهما منتظرًا بالقضاء يتوقف انعقاده تمليكا عليه فمتى أجاز القاضي ظهر الانعقاد من وقت العقد.

وعند الشافعي رحمه الله: بيع المدبر جائز.

والصحيح قولنا؛ لأن التدبير انعقد سببًا للحرية لإجماعنا على ثبوت الحرية بعد الموت والحرية بدون التحرير لا يتصور فدل أن التحرير وجد منه قبل الموت وتأجلت الحرية إلى ما بعد الموت وفي البيع إبطال سبب الحرية وذلك لا يجوز؛ لأن السبب وسيلة إلى الحكم فيكون تبعا له والتبع يأخذ حكم الأصل والأصل هو العتق لازم لا يمكن إبطاله فكذلك التبع كما في الاستيلاد.

ومعتق البعض بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بمنزلة حر عليه دين.

وأما أم الولد فلقوله عليه السلام في أم الولد: "**لَا تباعُ ولَا توهبُ وهيَ حرّةٌ مِن جميعِ المالِ**".

وأولاد الإماء من ذلك بمنزلة الأصول؛ لأن الولد يحدث على صفة الأم كولد الحرة والرقيقة.

ويضمن المكاتب ومعتق البعض بالبيع والغصب؛ لأنه مال متقوم لكونه رقيقا والمدبر لا يضمن بالبيع ويضمن بالغصب، وأم الولد لا تضمن بهما عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما كلاهما يضمنان بالبيع والغصب بناء على أن مالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة؛ لأن التقوُّم والمالية لا يسقطان إلا بالعتق وبالاستيلاد يثبت العتق ولم يزل الملك فلا تسقط المالية والتقوم كما في المدبر إلا أن المدبر يسعى للغرماء والورثة وأم الولد لا تسعى لأنها مصروفة إلى حاجته، فإنه محتاج إلى استيلادها لصيانة مائه وحاجته مقدمة على حق الغرماء والورثة.

له: الأصل أن الاستيلاد يوجب العتق منجزًا؛ لأن صاحب الشرع قال أعتقها ولدها وهذا اللفظ يوجب تنجيز الحرية عند الاستيلاد لكن انعقد الإجماع على تعلق الحرية بالموت في حق الاستمتاع والاستخدام لا في حق المالية والتقوم فظهر ثبوت العتق للحال في حق سقوط المالية والتقوم بخلاف المدبر؛ لأن قضية اللفظ تأجيل العتق إلى ما بعد الموت فبقي مالًا متقوما وإنما حرم البيع لانعقاده سببا

للحرية للحال، فإذا لم يكن محلا للبيع للحال لم ينعقد البيع للحال فتعذر إيجاب الضمان بجهة البيع فبقي قبضا بإذن المالك فلا يجب به الضمان وأمكن إيجاب الضمان بقبض الغصب؛ لأنه حصل بغير إذن المالك فيجب به.

وبيع رقبة الطريق وهبتها جائز؛ لأنه غير مملوك معلوم طوله وعرضه، ولا يجوز تمليك مسيل الماء؛ لأنه مجهول القدر؛ لأن مقدار ما يشغل الماء من النهر مختلف فبطل البيع لجهالته.

وبيع حق المرور يجوز في رواية الأصل ولا يجوز في رواية الزيادات ولا يجوز بيع حق المسيل وقرار العلو على السفل باتفاق الروايات.

وجه رواية الزيادات أن هذه الحقوق منافع الأعيان وليست بأعيان حقيقة محل البيع الأعيان دون المنافع وجه رواية الأصل أن حق المرور منفعة أعطي لها حكم العين بدليل أنه يجوز تملكه ابتداء بدون تملك العين، فإن من أحيا أرضا ميتة ثم أحيا غيره الأراضي التي حولها فله حق المرور في تلك الأراضي، وإن لم يتملك رقبتها وهذا هو حكم العين، فإن تملك المنفعة ابتداء في المباح لا يتصور بدون تملك العين وبيع العين جائز بخلاف حق مسيل الماء؛ لأنه وإن أعطي له حكم العين، فإنه يجوز تملكه ابتداء بدون تملك العين كما يكون في الأودية العظام إلا أنه مجهول يقل ويكثر وجهالة المبيع تفسد البيع وحق التعلي منفعة محضة لا يتصور تملكه ابتداء بدون تملك العين كمنفعة الدار.

ولا يجوز بيع الشرب وإجارتها بدون الأرض في رواية؛ لأن المنبع مجهول جهالة توقعهما في المنازعة؛ لأن الماء لا يصير معلوما ببيان المدة؛ لأنه ربما يزداد على ما كان وقت البيع فيقول البائع هذه الزيادة لم تكن داخلة تحت البيع وربما ينتقض فيقول المشتري لم يسلم إلى البعض فيتنازعان وفي رواية يجوز بيعه وهو قول مشايخ بلخ؛ لأنه عين مال؛ لأن له حظًّا من الماء والماء عين مال، ولهذا لو أتلفه متلف ضمن ولم يعتبروا هذه الجهالة مفسدة للبيع لتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك والقياس يترك بالتعامل.

ويجوز بيعه مع الأرض وله قسط من الثمن؛ لأنه من توابع الأرض متعلق

برقابها؛ لأن الانتفاع بالأرض بالزراعة لا يتهيأ إلا بالشرب فصار كأطراف العبد يجوز بيعها تبعا للرقبة. ولا يجوز بيعها مقصودًا.

ولو قال: بعت منك هذه الأرض بألف وبعت منك شربها قيل لا يجوز؛ لأنه ذكر الشرب بيعا على حدة فصار أصلا وقيل يجوز؛ لأنه إن ذكر للشرب بيعا على حدة لم يذكر له ثمنا على حدة فبقي تبعا وعلى هذا لو قال: بعتك هذا العبد بألف وبعتك أطرافها.

ولو باع أرضا بشربها جاز، وإن لم يتبين مقدار الشرب؛ لأنه تبع الأرض والأرض معلومة، وإن كان الشرب مجهولًا ويجوز استئجار أرض بشربها، فإن شرط في إجارته أو بيعه شرب هذه الأرض أو الشجر إلى وقت كذا أو حتى يكتفي لا يجوز.

ولا يجوز بيع الكلأ والكمأة في أرضه والماء في بئره أو نهره؛ لأنه غير مملوك لبائعه لعدم إحرازه وحيلته أن يؤاجر الأرض أو الدلو أو الرشا وإن ساق الماء إلى أرضه ولحقته مونة حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه؛ لأن سوق الماء ليس بحيازة.

وذكر أبو الليث في نوازله: لو سقى أرضه لأجل الحشيش فنبت بتكلفه جاز بيعه؛ لأنه ملكه؛ لأنه هو الذي أنبته وإن نبت بنفسه لم يجز؛ لأنه لم يملكه.

ولو جعل الماء في إناء ملكه ويجوز بيعه، وكذلك ماء المطر يملك بالحيازة.

ولو جعل الماء في الحوض ثم باعه، فإن كان الحوض مصفرًا مُصَهْرجًا[1] جاز بيعه؛ لأنه لا ينتقص الماء بالنشف كما يجوز بيع الجمد في الشتاء في وقت لا يذوب الجمد.

ورُوي عن أبي يوسف أن من مات وترك شربا بلا أرض وعليه دين ولا مال له غيره قال يستعار حوض مصهرج ويملأ الماء من شربه ثم يباع فيقضي دينه، وإن لم يكن الحوض مُصَهْرجًا فهو مثل بيع الجمد في المجمدة في الصيف وفيه اختلاف قيل إن سلم أولا ثم باع جاز، وإن باع ثم سلم لا يجوز؛ لأن الجمد ينتقص بالذوب

---

(١) صهرج صِهْريجًا: أنشأه، صنعه. صَهْريج/ صِهْريج [مفرد]: جمعه صَهاريجُ:

١- حوض كبير يجتمع فيه الماء. ٢- خزَّان النّفط. ٣- شاحنة ذات خزّان كبير لنقل الماء أو النّفط أو نحوهما.

والماء ينشف الأرض فقبل التسليم النقصان على البائع فتسقط حصته من الثمن وحصته مجهولة فيصير حصة الباقي من الثمن مجهولة وبعد التسليم النقصان على المشتري فلا يسقط شيء من الثمن، والصحيح أنه يجوز بيعهما قبل التسليم وبعده إن سلم إلى ثلاثة أيام وإن سلم بعد ثلاثة أيام لا يجوز؛ لأن النقصان اليسير لا عبرة به؛ لأنه لا حظ له من الثمن لتعامل الناس والنقصان الفاحش له عبرة؛ لأن له حظًّا من الثمن والفاصل بينهما ثلاثة أيام وله خيار الرؤية إذا رآها حين سلمها قبل تمام ثلاثة أيام.

وقال أبو جعفر: يجوز بيعه بكل حال لتعامل الناس، فإن الناس اعتادوا بيع الجمد في المجمدة، وإن كان لا بد من أن يذوب وينقص شيء من البيع والتسليم.

والقياس يترك للتعامل فعلى هذا بيع الماء في الحوض إذا لم يكن مصهرجًا مصفرًّا لا يجوز؛ لأنه لا تعامل للناس فيه.

ويجوز بيع السِّرْقِين[1] والبعر والانتفاع به خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأنه منتفع به، لأن الناس اعتادوا إلقاءه في الأراضي لاستكثار الريع فكان مالًا ونجاسته تمنع الأكل دون الانتفاع به.

ولا يجوز بيع العذرة ورجيع الآدمي والانتفاع بها ما لم تختلط بالتراب؛ لأن الناس لا ينتفعون بها متى كانت خالصة وإنما ينتفعون بالمخلوط بالتراب والحلال إذا اختلط بالحرام كالخمر والفأرة تقع في السمن والعجين فلا بأس ببيعه إذا تبين ما لم يغلب عليه الحرام أو استويا؛ لأنه يحل الانتفاع به فيما سوى الأكل لما يأتي في التحري.

ويجوز بيع البَرْبَط[2] والطبل والمزمار والدف والنرد والشطرنج عند أبي حنيفة رحمه الله ومن كسره ضمنه وعندهما لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه؛ لأن هذه

---

(١) السرقين: لغة في السرجين، وهو القاذورات.

(٢) البَرْبَط: العود يُضرب به، وليس من ملاهي العرب، ومعناه: صَدر البطِّ. والبَرْبَط كلمة عجمية عرّبتها العرب.

الأشياء عدت للهو والفساد ولا تستعمل إلا لذلك غالبًا فكان إتلافها من باب الحسنة وسقط تقومها كالخمر.

له: أن الفساد في استعمالها للهو والمعصية والانتفاع بها بجهة أخرى مطلق له شرعًا بأن يجعل ظرفًا للأشياء أو صَنْجَات الميزان[1] ونحو ذلك فبقيت منفعته حقيقة وشرعا فكانت مالا كالأمة المغنية والحمامة الطيارة.

ويجوز بيع الأشربة المحرمة كلها إلا الخمر ويضمن متلفها عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها؛ لأنه حرم شربها فيحرم بيعها لقوله عليه السلام: "**إنّ اللهَ تعالَى إذَا حرّمَ شيئًا حرّم بيعهُ وأكلَ ثمنهِ**"[2] وهذا إشارة إلى سقوط المالية والتقوم.

له: أن حرمتها ما تثبت قطعا وإنما تثبت بدليل محتمل الذي يوجب العمل دون العلم فقلنا بالحرمة احتياطا والاحتياط أن لا يسقط تقومها ولا يحرم بيعها؛ لأنه حق العبد وحقوق العباد تحتاط لإثباتها دون إسقاطها.

ويجوز بيع بناء مكة؛ لأنه ملك لمن أحدثه ولا يجوز بيع أرضها عند أبي حنيفة وعندهما والشافعي رحمه الله يجوز، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنها ملك لأربابها؛ فإن كان الأرض بأجمعها خلقت مباحة محلا للتملك.

له: قوله عليه السلام: "**مكّةُ حرامٌ وبيعُ رباعِها حرامٌ**" ولأن مكة محترمة بالنص وبيع المحترم حرام لما فيه من ذل وهوان[3].

---

(١) الصَّنْجَةُ: السِّنْجَةُ؛ ما يوزن به كالكيلو والرَّطل والأوقية. صنجة الميزان: كفَّتُه.

(٢) أخرجه أحمد ٢٤٧/١ (٢٢٢١) قال: حدثنا علي بن عاصم. وفي ٢٩٣/١ (٢٦٧٨) قال: حدثنا سريج، قال: حدثنا هشيم. وفي ٣٢٢/١ (٢٩٦٣) قال: حدثنا محبوب بن الحسن. و«أبو داود» (٣٤٨٨) قال: حدثنا مسدد، أن بشر بن المفضل، وخالد بن عبد الله الطحان حدثاهم، المعنى. و«ابن حبان» (٤٩٣٨) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا يزيد بن زريع.

ستتهم: (علي بن عاصم، وهشيم بن بشير، ومحبوب بن الحسن، وبشر بن المفضل، وخالد بن عبد الله، ويزيد بن زريع) عن خالد الحذاء، عن بركة، أبي الوليد، المجاشعي، فذكره.

(٣) انظر: البدائع ٣٥/٥، والمبسوط ٢٤٩/١١، والفتاوى الخانية ٣٥٧/٣، والتفريع ٤٠٥/١، والقوانين الفقهية ص١٧٦، وبداية المجتهد ٧٦/١، ٤٦٥، والذخيرة ١٧٩/١، وأحكام القرآن =

(باب بيع المحرم الصيد)

ولا يجوز بيع المحرم الصيد، ولا بيع الحلال صيد الحرم؛ لأنه محرم عليهما بالنص حلا؛ لأن في الحرم تبايعا صيدا في الحل، جاز عند أبي حنيفة، ولكن تسلمه بعدما خرج إلى الحل.

وعند محمد: لا يجوز؛ لأنه ممنوع عن التعرض له بالرمي حتى لم يجز له الرمي إلى صيد في الحل فيجب أن يكون ممنوعًا عن التعرض له بالبيع. له: أن البيع ليس يتعرض له حسًّا، وإنما يظهر أثره فيه شرعًا فلا يمنع عنه، ألا ترى أنه لو أمر بذبح هذا الصيد جاز والبيع دون الأمر بالذبح فأولى أن يجوز.

ولو أحرم وفي يده صيد لغيره فباعه مالكه وهو حلال من حلال جاز ويجبر على التسليم؛ لأن إحرامه لا يمنع من رد الوديعة وعليه الجزاء إن تلف؛ لأنه دخل في ضمانه بالإمساك فلا يبرأ عن الضمان إلا بالإرسال، ولو وكل محرم حلالًا ببيع صيد فباعه جاز عند أبي حنيفة وعندهما البيع باطل كما لو وكل مسلم كافرا ببيع الخمر فباع جاز عنده خلافا لهما لما يأتي في موضعه.

(**النوادر**): ذكر الحسن في "مناسكه": لو كان أحد المتعاقدين في البيع في الصيد محرما لا يجوز البيع والهبة والصدقة؛ لأنه ممنوع عن تمليكه وتملكه، وإن كانا حلا؛ لأن ينظر إلى موضع الصيد إن كان في الحل والمتبايعان في الحل جاز، وإن كانا في الحرم أو أحدهما جاز عند أبي حنيفة خلافا لمحمد كما بينا، وإن أدخل الصيد في الحرم وأخرجه منه فباعه في الحل من حلال أو محرم لا يجوز البيع؛ لأنه لما أدخله في الحرم صار من صيد الحرم، فإذا أخرجه فقد أخرج صيد الحرم، ولهذا وجب إرساله فوقع البيع على صيد الحرم فلم يجز.

حلال في الحرم باع في الحرم صيدا له في الحل من حلال جاز، فإذا خرج من الحرم إلى الحل سلمه.

=

لابن العربي ٥٢/١، والشرح الصغير ١٨٢/٢، ومغني المحتاج ٢٩٧/٤، والمجموع ٢٣/٩، ٣١، وشرح منتهى الإرادات ٣٩٩/٣، والمغني ٢٩٩/١٣، ٣٤٥، وكشاف القناع ١٩٢/٦.

وذكر في (**المنتقى**): حلال باع من محرم صيدا ثم اختصما يرد على البائع ويأخذ الثمن؛ لأنه وقع البيع فاسدًا وعلى المشتري الجزاء؛ لأنه عرضه للهلاك حيث رده عليه.

وذكر بشر بن غياث: لو باع الحلال صيدًا له ثم أحرم أو كانا أحرما فوجد المشتري به عيبا ليس للمشتري رده على بائعه ولكنه يرجع بنقصان حصة العيب من الثمن، وإن شاء المشتري أخر ذلك حتى يحل البائع؛ لأن الإحرام مانع من الرد.

(**الجامع**): اشترى الوكيل صيدًا فلم يقبضه حتى أحرم البائع أو الوكيل بطل البيع كـ:نصرانيان تبايعا الخمر ثم أسلم أحدهما قبل القبض، فإن أحرم الآمر بطل أيضًا عندهما ولم يبطل عند أبي حنيفة ويأخذ المشتري الصيد، فإن قبض الوكيل فمات في يده لم يلزمه الجزاء؛ لأنه ليس بمحرم، وإن سلمه إلى الموكل فمات في يده لزم الموكل جزاؤه؛ لأنه صار متعرضا له بإثبات اليد عليه، وكذلك إن حل من إحرامه ثم مات في يده؛ لأن فعله انعقد كناية فلا يبرأ عن ضمانه إلا بالإرسال.

(باب بيع الهوام والسباع)

ويجوز بيع جميع السباع والطيور، معلما كان، أو غير معلم.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب، والنمر، والأسد.

والصحيح قولنا؛ لأن هذا حيوان منتفع به اصطيادا وحراسة، فكان مالا ونجاسة المحل تأثيرها في تحريم التناول، والاختيار عنه صونا لنفسه وثيابه عن النجاسة، لأن في تحريم الانتفاع به اصطيادًا وحراسة.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز بيع الكلب العقور؛ لأنه مأمور بقتله منهي عن إمساكه.

وعن محمد: أنه يجوز بيعه، ويضمن متلفه، ويجوز بيع الفيل؛ لأنه منتفع به من حيث الحمل والركوب.

وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة: في رواية لا يجوز؛ لأنه لا منفعة به، إنما

هو للتلهي، وهذه جهة محظورة، وفي رواية يجوز، وهو المختار؛ لأنه منتفع به، لأنه أمكن الانتفاع بجلده.

ويجوز بيع لحوم السباع والحمر المذبوحة في الرواية الصحيحة؛ لأن لحمهم طاهر، وهو منتفع به من حيث إيكال الكلاب والسَّنَانِير[1]، بخلاف لحم الخنزير؛ لأنه لا يجوز أن يطعم الكلاب والسنانير.

وفي رواية كتاب الصيد: لا يجوز بيعه، وعلى هذه الرواية لا يباح له أن يطعم كلابه وسنانيره، فقد جعل لحوم هذه الأشياء محرم العين كالميتة.

وكذا لو باع كلبا مذبوحًا جاز؛ لأنه ينتفع بجلده ولحمه، لأنه طاهر، ولا يجوز بيع لحوم السباع الميتة؛ لأنه نجس، ليس له أن يوكل الكلاب والسنانير؛ لأن إيكال الكلاب والسنانير نوع انتفاع، وقال صلى الله عليه وسلم: "**لَا تنتفعُوا منَ الميتةِ بشيءٍ، ولَا بأسَ بشحمهِم بعدَ الذّبحِ أن يذيبوهُ ويسرحوا به، أو ينتفع به في داء يداويه، أو لجراحة شيء منَ الدّواب**"[2] ولا بأس ببيعه إذا بينوا، ولا يجوز بيع جلود

---

(١) سَنَانيرُ: جمع سِنَّور. السِّنَّوْرُ: حيوانٌ أَليفٌ، من الفصيلة السِّنَّوْرِيَّةِ ورتبة اللَّوَاحم، من خير مآكلهِ الفأر؛ ومنه أَهْلِيٌّ وبَرِّيٌّ وهي سنَّورة.

(٢) بنحوه: أخرجه عبد الرزاق (٢٠٢) عن عبد الله بن كثير، عن شعبة. و«ابن أبي شيبة» ٣١٤/٨ (٢٥٧٨٥) قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي (٢٥٧٨٦) قال: حدثنا علي بن مسهر، عن الشيباني. وفي ٣١٥/٨ (٢٥٧٨٧) و٥٣/١٣ (٣٤٥٨٧) قال: حدثنا غندر، عن شعبة. و«أحمد» ٣١٠/٤ (١٨٩٨٧) قال: حدثنا وكيع، وابن جعفر، قالا: حدثنا شعبة. وفي (١٨٩٩٠) قال: حدثنا خلف بن الوليد، قال: حدثنا عباد، يعني ابن عباد، قال: حدثنا خالد الحذاء. وفي ٣١١/٤ (١٨٩٩٢) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«عبد بن حميد» (٤٨٨) قال: حدثنا يعلى بن عبيد، قال: حدثنا الأجلح. و«ابن ماجه» (٣٦١٣) قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا جرير، عن منصور (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن الشيباني (ح) وحدثنا أبو بكر، قال: حدثنا غندر، عن شعبة. و«أبو داود» (٤١٢٧) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة. والترمذي» (١٧٢٩) قال: حدثنا محمد بن طريف الكوفي، قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن الأعمش، والشيباني. و«النسائي» ١٧٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٥٦١) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا بشر، يعني ابن المفضل، قال: حدثنا شعبة. وفي ١٧٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٥٦٢) قال: أخبرنا محمد بن قدامة، قال: =

الميتة قبل الدباغة، ويجوز بعد الدباغة، ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وعقبها وشعرها وصوفها، ووبرها وقرنها، والانتفاع بذلك كله، خلافا للشافعي رحمه الله؛ لأنها طاهرة لما بينا في الصلاة، ولا يجوز بيع شعر الآدمي، والانتفاع به.

وعن محمد رحمه الله: يجوز الانتفاع به؛ لأنه طاهر، وحرمة البيع لاحترام الآدمي لا لنجاسته.

وجه ظاهر الرواية قوله عليه السلام: "**لَعَنَ اللهُ الْوَاصِلَةَ، وَالْمُسْتَوْصِلَةَ**"[1] وهي التي تصل شعرها بشعر غيرها لتتزين به؛ ولأن فيه استهانة، وابتذال جزء الآدمي،

=

حدثنا جرير، عن منصور. و«ابن حبان» (١٢٧٧) قال: أخبرنا عبد الكبير بن عمر الخطابي، بالبصرة، بخبر غريب، قال: حدثنا بشر بن علي الكرماني، قال: حدثنا حسان بن إبراهيم، قال: حدثنا أبان بن تغلب. وفي (١٢٧٨) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا النضر بن شميل، قال: حدثنا شعبة.

سبعتهم: (شعبة بن الحجاج، ومنصور بن المعتمر، وأبو إسحاق الشيباني، سليمان بن أبي سليمان، وخالد الحذاء، وأجلح بن عبد الله الكندي، وسليمان بن مهران الأعمش، وأبان بن تغلب) عن الحكم بن عتيبة، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن عبد الله بن عكيم.

(١) أخرجه «البخاري» ١٦٥/٧ (٥٩٣٧) قال: حدثني محمد بن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا عبيد الله. وفي (٥٩٤٠) قال: حدثني محمد، قال: حدثنا عبدة، عن عبيد الله. وفي (٥٩٤٢) قال: حدثني يوسف بن موسى، قال: حدثنا الفضل بن دكين، قال: حدثنا صخر بن جويرية. وفي ١٦٧/٧ (٥٩٤٧) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله. و«مسلم» ١٦٦/٦ (٥٦٢٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا زهير بن حرب، ومحمد بن المثنى، واللفظ لزهير، قالا: حدثنا يحيى، وهو القطان، عن عبيد الله. وفي (٥٦٢٣) قال: وحدثنيه محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا بشر بن المفضل، قال: حدثنا صخر بن جويرية. و«ابن ماجه» (١٩٨٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، وأبو أسامة، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (٤١٦٨) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، ومسدد، قالا: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«الترمذي» (١٧٥٩ و٢٧٨٣) قال: حدثنا سويد بن نصر، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك، عن عبيد الله بن عمر. وفي (٢٧٨٣م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. و«النسائي» ١٤٥/٨ و١٨٨، وفي «الكبرى» (٩٣٢٢) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال:

=

والآدمي خلق مكرمًا مبتذلًا، فلا يجوز أن يكون شيء منه مستذلا، ولا يجوز بيع شعر الخنزير، ويجوز الانتفاع به للخرازين؛ لأن فيه ضرورة، لأن ذلك العمل لا يتأتى بغيره، ولا ضرورة في البيع.

(**النوادر**) ولا يجوز بيع هوام الأرض، كالحية والعقرب والوزغ والعظاءة والقنافذ والضب ونحوها، ولا يجوز الانتفاع بها؛ لأنه عليه السلام سُئِلَ عن الضفدع تجعل في دواء فنهى عنه، وقال: "**خبيثةٌ منَ الخبائثِ**"[1].

وذكر الناطفي رحمه الله في أجناسه: كان أبو حنيفة رضي الله عنه يجيز بيع السرطان والسلحفاة والضفادع حال حياته، وإن كان ميتة لم يجز بيعه، ولا يجيز بيع السمك الطافي، ويجيز بيع الجراد؛ لأنه مأكول، ويجوز بيع العلق، وهو الصحيح؛ لأن الناس يتناولونه، ويحتاجون إليه.

وكذا لو استأجر إنسانًا ليرسل عليه العلق جاز بالاتفاق؛ لأن العقد ورد على العمل، ولا يجوز بيع النخل.

وعن محمد: أنه يجوز إذا كان مجموعًا، وهو قول الشافعي؛ لأنه حيوان منتفع به متمول، وإن كان لم يؤكل كالحمار.

لنا: أن النحل غير منتفع بنفسه، بل هو منتفع بما يحدث منه، وهو العسل، فلم يكن مالًا قبل الحدوث؛ لأن ما يصير به منتفعا معدوم، حتى لو وجد العسل في كوارتها، فاشترى الكوارة بما فيها من النحل يجوز، ذكره الكرخي رحمه الله في مختصره.

=

حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا عبيد الله. وفي ١٨٧/٨، قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«ابن حبان» (٥٥١٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر.

كلاهما: (عبيد الله بن عمر، وصخر بن جويرية) عن نافع، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ٣٨١/٢ (٨٩٤١). و«أبو داود» (٣٧٩٩) قال: حدثنا إبراهيم بن خالد الكلبي، أبو ثور.

كلاهما: (أحمد بن حنبل، وأبو ثور) عن سعيد بن منصور، عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن عيسى بن نميلة الفزاري، عن أبيه، فذكره.

ويجوز بيع دود القز، وهو دود الفيلق إذا كان معه قز، ولا يجوز على الانفراد، وهو كشرب الأرض إذا باعه بدون الأرض، وكمسيل ماء نبت في دار أخرى لا يجوز بيعه وحده.

وقال محمد: يجوز، وعليه الفتوى لمكان العادة.

وأما بزره، فلا يجوز بيعه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز وعليه الفتوى، لمكان العادة والضرورة.

وفي "نوادر ابن رستم": قال أبو حنيفة: من قتل دود القز لا يضمن.

وقال محمد: يضمن قيمته، قال محمد: إذا كانت الدود من واحد وورق التوت، والعمل من الآخر، أو كان العمل منهما، على أن يكون القز بينهما نصفين لا يجوز، وإنما يجوز إذا كانت البيضة منهما، والعمل منهما، وهو بينهما نصفان، فأما إذا كان بينهما أثلاثا لا يجوز أيضًا؛ لأن الفيلق يحدث من البدن، فيكون لصاحب البدن وعليه قيمة الأوراق، وأجر المثل للآخر.

وكذلك لو دفع البقرة إلى إنسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف، فالحادث كله لصاحب البقرة، وعليه ثمن العلف وأجر المثل، وكذا لو دفع الدجاجة لتكون البيضة بالنصف، والله أعلم.

(باب بيع الثمار على الأشجار وشراء الثمار على الأشجار)

والزروع لا تخلو، إما أن تكون قبل أن يصير منتفعا به، أو بعدما صار منتفعًا به قبل الإدراك أو بعده، فإن اشترى قبل أن يصير منتفعًا قيل: لا يجوز؛ لأنه ليس بمال متقوم.

والصحيح: أنه يجوز؛ لأن له عرضية أن يصير منتفعًا به في الثاني، فيكون مالًا، كشراء جحش، أو مهر صغير، أو ولد جارية مولود للحال.

وذكر محمد في باب العشر ما يدل على هذا، قال: لو باع الثمار من أول ما طلعت وتركها بإذن البائع حتى أدركت، فعشرها على المشتري، ولو لم يجز الشراء لما وجب العشر عليه.

وإن اشترى بعدما صار منتفعًا قبل الإدراك إن اشترى بشرط الترك، فهو فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمشتري، فصار كمشتري من حنطة بشرط أن يتركها في دار البائع شهرًا، وإن اشترى بشرط القطع، أو مطلقًا جاز.

وعند الشافعي: إن اشترى مطلقًا لا يجوز؛ لأنه صار شارطا للترك دلالة عرفا.

والصحيح قولنا؛ لأنه بيع خالٍ عن شرط فاسد، لأن شرط الترك غير مذكور في العقد لا نصًّا ولا عرفًا؛ لأن التعارف في شراء هذه الأشياء لم يكن شرطًا للترك في العقد، بل بالإذن معتاد بلا شرط في العقد؛ لأن المعروف ترك الأشجار على سبيل المنحة، والتبرع لا على سبيل الوجوب، فلا يكن مفسدا؛ لأنه ليس للمشتري أن يطالبه بالترك.

وإن لم يشترط الترك، وترك بأمره طابت له الزيادة؛ لأنه انتفع بمال الغير على وجه مباح وبغير إذنه لا يطيب؛ لأنه ازداد عين المبيع بجهة محظورة فيتصدق.

وأما إذا اشترى بعد الإدراك بشرط القطع، أو مطلقا يجوز بالاتفاق، وإن اشترى بشرط الترك يفسد؛ لأنه عندهما قياسًا.

قال محمد: إن تناهى عظمها جاز، وإن لم يتناه لم يجز؛ لأن إلزام القطع في الحال ضرر وحرج، فيجوز شرط الترك لدفع الضرر والحرج.

لهما: أن هذا شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمشتري؛ لأن بسبب الترك تحصل للثمرة زيادة جودة وطراوة، ولا ضرر في القطع، ولكن يقع زائد، وتحصيل نفع زائد غير واجب.

ولو تركها بإذن البائع، أو بغير إذنه حتى اتضح طابت له الزيادة؛ لأن عين المبيع لم يزدد، ولكن بغير حاله من حيث النصح بسبب حرارة الشمس، وفي الزرع النماء يطيب للمشتري.

وإن تركه بغير إذنه؛ لأنه نماء ملك المشتري، لأن الساق ملكه حتى يكون التبن له، بخلاف الشجر.

ولو استأجر الشجرة ليترك ثماره فهي باطلة، ولا أجر عليه، ويطيب له الفعل؛ لأن استئجار الأشجار لا ينعقد أصلا، فيبقى الترك بإذن البائع من غير عقد.

ولو استأجر الأرض لترك زرعه إلى وقت الإدراك لا يطيب له الزيادة بعقد فاسد، فلا يطيب.

ولو أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى، فهي للبائع، سواء كان الترك بإذنه، أو بغير إذنه؛ لأنها تولدت عن أصل مملوك، فإن حللها له البائع جاز.

وإن اختلط الحادث بالموجود بحيث لا يمكن التمييز بينهما، فإن كان قبل التخلية فسد البيع؛ لأنه تعذر التسليم بالاختلاط، فصار كما لو تعذر بالهلاك.

وإن كان بعد التخلية لم يفسد؛ لأن البيع قد تم بالقبض، وصارا شريكين فيه، فالقول في قدر الزيادة للمشتري؛ لأنه في يده، وما يوجد من الزروع بعضه بعد بعض، كالبطيخ والباذنجان والكراث جاز بيع ما ظهر، ولم يجز بيع ما لم يظهر؛ لأنه معدوم، وحكمة جوازه أن يشتري أشجار البطيخ والباذنجان ببعض الثمن، ويستأجر الأرض ببعض الثمن مدة معلومة، ليملك ما يجدد، ويحدث منه، وليتمكن من إبقاء الأشجار.

(النوادر): ولو باع عنب الكرم كل وفر بكذا فإن كان الوفر معروفًا عندهم والعنب من جنس واحد جاز في وفر واحد عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يجوز في الكل، كما لو باع هذه الصرة كل قفيز بدرهم يجوز في قفيز واحد عنده.

وعندهما: يجوز في الكل، وإن كان العنب من أجناس مختلفة لا يجوز عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز في الكل، كما لو باع هذا القطيع من الغنم كل شاة بدرهم باع أوراق الأشجار، وقبض الثمن، فلم يأخذ المشتري الورق، حتى ذهب وقته، فأراد الرجوع بالثمن، فإن اشتراه بأغصانه، وبين موضع القطع، فليس له الرجوع؛ لأنه قادر على قبض المبيع بالقطع.

وإن اشتراه بغير أغصانه له الرجوع؛ لأنه لما بقي أياما فسد البيع؛ لأنه يخرج الأوراق منه ويزداد، فيختلط المبيع بغير المبيع.

ولو اشترى أوراق التوت على أن يأخذها من ساعته جاز، وإن اشتراها على أن

يأخذها شيئًا فشيئًا لا يجوز؛ لأنه يزداد، فيختلط المبيع بغير المبيع، وإن اشتراها ولم يشترط شيئًا، فإن أخذها في اليوم جاز.

وإن مضى يوم فسد البيع؛ لأنه ازداد، ويمكن التحرز عنه، وحيلته أن يشتري الشجرة بأصلها، فيأخذ الأوراق، ثم يبيع الشجرة من البائع.

(باب بيع الأشجار والحيطان)

ولو اشترى أشجارًا، فلا يخلو، إما أن اشتراها بشرط قرارها، أو بشرط القطع، أو القلع، أو مطلقا، فإن اشتراها بشرط قرارها في الأرض جاز البيع، حتى لو ازدادت الشجرة غلظا تحت الأرض كانت لصاحبها إن يجب بالزيادة؛ لأن العقد لم يقع موجبا استحقاق ما يوازي هذه الزيادة من الأرض أكثر ما في الباب أنه يلحقه ضرر، ولكن إنما يلحقه بتقصيره حيث لم يشترط لنفسه قدر ما تزيد الشجرة في العادة، فإذا قلعها يوما كان له أن يعرش مكانها أخرى؛ لأن المحل مملوك له.

وإن اشتراها بشرط القطع جاز؛ لأنه أمكن للبائع تسليمه من غير ضرر يتصل بالأرض، ويجبر المشتري على القطع، وتفريغ الأرض؛ فإن قطعها عن وجه الأرض، ثم نبت من أصلها، أو من عروقها، فالنابت للبائع؛ لأنه بالقطع رضي أن يكون المبيع هو المقطوع، والباقي بقي على ملك البائع.

ولو قطعها من أعلاها، ثم نبت من موضع القطع، فالنابت من الشجر للمشتري؛ لأنه نماء ملكه.

ولو أراد أن يقطع من الأصل يقطع على ما هو المعتاد بين الناس في مثله، إلا أن يتضرر البائع بذلك، نحو أن يكون بقرب حائط يخاف الهدم، أو على حافة النهر يخاف عليه النبق، فيؤمر بالقطع من حيث لا يضير بالبائع، وأما إن اشتراها بشرط القلع اختلفوا فيه، قيل: لا يجوز؛ لأنه باع ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه؛ لأن قلع الشجر مما يضر بالأرض، لأنه لا يمكن قلعها إلا بحفر الأرض، وذلك يضر بالأرض، فصار كما لو باع ذراعا من توت من موضع بعينه بشرط القطع.

وقيل: يجوز؛ لأن حفر الأرض متردد بين الضرر، والنفع قد ينفع الأرض بها، وقد يصير بها، فإذا باع بشرط القلع حمل الأمر على أن الحفر لا يضر بالأرض، بخلاف قطع الذراع من التوت، فإنه يضر بالباقي من كل وجه.

وأما إذا اشتراها مطلقا فعند أبي يوسف: لا يدخل في البيع ما تحت الشجر من الأرض.

وعند محمد: يدخل وهو المختار؛ لأنه اشترى شجرا، وإنما سمي شجرا ما دام ثابتا على الأرض، وبعد القطع يكون حشيشًا، أو حطبا كمن أقر بشجر لإنسان، فكذلك للمقر له مع ما تحتها من الأرض، وكذا تدخل تحت القسمة بالاتفاق لأبي يوسف: أن الأرض أصل، والشجر تبع والتبع لا يستتبع الأصل، بخلاف الإقرار؛ لأنه إخبار عن كائن سابق، ويحتمل أنه ملك الحائط بما تحته، ويحتمل أنه لم يملك ما تحته، والشجر تبع للأرض، والتبع لا يخالف الأصل، هذا هو الأصل، فلا يترك هذا الأصل باحتمال، ثم عروق الشجرة لصاحب الشجرة؛ لأن الشجرة اسم لجميعها.

وكذلك لو اشترى حائطا، ولم يقل بأرضه لا يدخل ما تحته في البيع عند أبي يوسف؛ لأن الحائط اسم لما حوط به المكان، وهذا لا يتناول ما تحت البناء.

وعند محمد، والحسن بن زياد: يدخل ما تحته في البيع؛ لأن الحائط حائط بما تحته، إذ بدونه يكون نقضا، فأما البناء المتصل بالحائط من تحته، وهو الأساس.

فعند الحسن: يدخل.

وأما عند أبي يوسف: قال القاضي أبو عبد الله الدامغاني: الظاهر من مذهبه: أنه يدخل؛ لأنه متصل بملكه، فكان من جملة الحائط، ونظير هذه مسألتان إحداهما: لو اختلعت المرأة من زوجها على هذا الحائط، ولم يقل بأرضه يدخل في الخلع البناء دون الأرض عند أبي يوسف.

وعند محمد، والحسن: تدخل الأرض فيه؛ لأن هذا تمليك كالبيع والثانية لو

صالح على هذا الحائط من دعوى ادعى، ولم يقل بأرضه يدخل فيه البناء دون الأرض عنده، خلافًا لهما.

قيل: هذا إذا لم تتضمن دعواه الحائط، حتى يكون تمليكا للحائط كالخلع، فأما إذا تضمنه دعواه، بأن ادعى الدار، فصالح على حائط منها كان له الحائط بأرضه؛ لأن هذا إسقاط الحق عما زاد على الحائط، أو يستحق الحائط بأرض له بالملك المتقدم.

وقيل: كيف ما كان لا تدخل الأرض فيه؛ لأن الحائط في زعم المدعى عليه أنه كان له، وإنما ملكه من المدعي الآن، فلو دخل ما تحت الحائط في هذا الصلح لظهر الاستحقاق في حق المدعى عليه بدعوى المدعي.

ولو اشترى دارا بحيطانها وحقوقها، وعلى حيطانها جذوع للبائع ينظر إن لم يشترط ترك الجذوع عليها في رواية، لا يجوز البيع؛ لأن فيه ضررًا بالبائع حيث يؤمر بقلع الجذوع، لكن إن تركها وسلمها إليه جاز، كبيع الجذوع في السقف.

وفي رواية: يجوز البيع، ويؤمر البائع بقلعها، بخلاف بيع الجذع في السقف؛ لأن ثمة يلحقه الضرر بالشرط، وهو شرط تسليم المبيع، وهنا يلحقه الضرر حكما، وضرورة لا بالشرط، ويجوز أن يثبت الشيء حكما وضرورة.

وإن كان لا يثبت قصدا وشرطا، كعزل الوكيل، وإن شرط ترك الجذوع عليها، قيل: لا يجوز؛ لأنه لو شرط تبقية الجذوع مدة معلومة لا يجوز البيع، لأنه شرط فاسد، فإذا شرط تبقيتها على التأبيد أولى.

وقيل: يجوز؛ لأنه يجوز أن يكون اشتراء استحقاقه لهذه الدار على هذه الصفة في أصل القسمة، فجوزنا له البيع على هذا الوجه، كما ثبت له في الابتداء، ومتى جاز البيع لا يؤمر البائع بالقلع.

وإن كان الجذوع عليها لأجنبي، فهذا بمنزلة العيب للمشتري أن يردها بذلك، ولا شرط من قبل البائع ليبطل البيع.

وإن كان المشتري عالما بالجذوع للأجنبي لا يردها؛ لأنه علم بالعيب وقت البيع، فيكون رضا به.

ولو اشترى أشجارا للقطع من وجه الأرض، وفي القطع ضرر بالأرض، وأصول الشجر، فليس له أن يقلع؛ لأن فيه ضررا بصاحب الأرض، فله أن يدفع الضرر بنقض البيع، وهو المختار؛ لأنه عجز عن التسليم معنى.

رجل له مشجرة، فباع بعض الأشجار المعينة، فقطعها المشتري، ثم ادعى البائع عليه أنك قطعت بعض أشجاري، وأنكر المشتري، فالقول قوله مع يمينه.

وإن ادعى البائع أنه كسر بعض أغصان أشجاره، وقال المشتري: لم يكن لي منه بد إذا قطعت أشجاري، فإن كان مما يمكن التحرز عنه، فعليه ضمان النقصان، وإلا فلا؛ لأنه ما دون به دلالة.

باع ضيعة، وللبائع أشجار أغصانها متدلية في هذه الضيعة، يؤمر البائع بتفريغها من الأغصان.

وكذا لو ورثها وفيها أغصان للوارث الآخر؛ لأنه قام مقام المورث، وكان للوارث أن يأخذه بتفريغها من الأغصان.

وكذلك لو باع شجرًا وعليه، ثمر قد أدرك، أو لم يدرك يجبر البائع على قطع الثمر من ساعته؛ لأن المشتري ملك الشجر، فيجبر البائع على تسليمه فارغا.

وكذا لو أوصى بنخل لرجل وعليها بسر أجبر الورثة على قطع البسر، وهو المختار من الرواية؛ لأنه لا ضرر لهم في القطع، ولكن في الترك يحصل لهم نفع، وتحصيل النفع غير واجب.

رجل اشترى شجرة بعروقها، وقد نبتت من عروقها أشجار.

وإن كانت تلك الأشجار بحيث لو قطعت الشجرة بنسب صارت مبيعة، وإلا فلا؛ لأنها متى كانت كذلك كانت نابتة من هذه الشجرة، فكانت مبيعة.

رجل اشترى شجرة فقطعها، فوجدها لا تصلح إلا للحطب يرجع بنقصان العيب؛ لأنه تعذر الرد، إلا أن يأخذها البائع مقطوعة.

رجل اشترى أشجارا للحطب على أنها كذا وقرا من الحطب، فلما قلعها وجدها أكثر، فالزيادة للمشتري؛ لأن هذا وصف للشجر، وهو طوله وغلظه، فيطيب له الزيادة، كالزيادة في الثوب المشترى، والله أعلم.

(باب بيع نصيبه من المشترك)

زرع بين رجلين لم يدرك في أرض بينهما، أو حائط بين رجلين، أو نخل بينهما، وعليه ثمر، فباع أحدهما نصيبه من الزرع والحائط والثمر، فلا يخلو إما أن باعه مع أرضه مع النخل، أو بدون أرضه ونخله، ولا يخلو إما أن باع من أجنبي، أو من شريكه، فإن باع نصيبه من الزرع والحائط من أرضه، أو من الثمر مع الشجر جاز مطلقا؛ لأنه ليس لأحدهما أن يطالب شريكه بالقلع والهدم؛ لأن ما تحته ملكه فلا يتضرر أحدهما، وأما إذا باع نصيبه بغير أرضه ونخله إن باعه من أجنبي لم يجز.

وكذا لو باع نصيبه من موطن كرم بينهما، وهو حصرم، أو من المسطحة لا يجوز؛ لأنه لو جاز كان له أن يطالب شريكه بذلك.

وكذا لو باع نصيبه برضا شريكه لا يجوز؛ لأن في قلعه وهدمه ضررًا، والإنسان لا يجبر على تحمل الضرر، وإن رضي به.

وكذا لو كان كله له، فباع نصفه من رجل لم يجز؛ لأنه يطالبه المشتري بالقلع والهدم، فيتضرر البائع فيما لم يبعه، وهو النصف الآخر، فصار كبيع الجذع في السقف، بخلاف ما لو باع عرصة الدار دون البناء جاز.

وإن تضرر البائع حيث يؤمر برفع البناء؛ لأن هذا الضرر إنما يلحقه فيما هو بيع بتسليم ما هو أصل؛ لأن البناء تبع العرصة، فلا يعتبر كما لو عرش أشجارا في أرض الغير بأمره يؤمر بقلعها، وهنا كل واحد منهما أصل، فيعتبر وأما إذا باع نصيبه من الزرع والحائط، والثمر من شريكه في رواية: يجوز لانعدام الضرر، وفي رواية: لا يجوز، وهو المختار للفقيه أبي الليث؛ لأن البائع يطالب المشتري بقلع ما اشترى منه ليفرغ نصيبه من الأرض، ولا يمكنه ذلك إلا بقلع الكل؛ لأن الزرع في أطراف الأرض متفاوتة، وكذلك الثمر، ومتى قلع الكل يتضرر به المشتري فيما لم يشتره وهو نصيب نفسه.

وكذا لو كان الزرع بين رب الأرض جاز؛ لأنه يمكنه التسليم بدون القسمة، فلا يتضرر أحدهما، باع نصيبه من المشجرة دون الأرض بغير إذن شريكه، فإن كانت

الأشجار بلغت، أو إن قطعها جاز؛ لأن المشتري لا يتضرر بالقسمة.

وإن لم يبلغ لا يجوز؛ لأنه يتضرر بالقسمة. رجلان بينهما صبرة طعام، فباع أحدهما قفيزا منه جاز، والثمن كله له، فإن ضاع الباقي، وأجاز شريكه البيع فله على البائع نصف قفيز.

وإن لم يجزه يأخذ نصف القفيز من المشتري؛ لأنه لما هلك باقي الصبرة بقي ذلك القفيز على الشركة، فلم ينفذ البيع في نصيبه لعدم إجازته.

ولو عزل قفيزا منها، ثم باعه، فأجاز شريكه، فالثمن بينهما نصفان، وإن لم يجزه واحد نصفه لم يرجع المشتري على بائعه بنصف القفيز، وله الخيار، إن شاء أخذه بنصف الثمن، وإن شاء تركه.

رجل في يديه كران من حنطة، فباع أحدهما من رجل، ولم يدفع إليه، ثم باع من الثاني كرا منهما، ثم باع الكر الثاني من الثالث، ودفع إليه وحصر الأول، فإنه يأخذ من الثالث جميع الكر ويكون بينه وبين الثاني، ويأخذ من الثاني نصف الكر؛ لأنه بعدما باع الكر من الثاني صار الكران مشتركًا بينهما، فما وصل إليه كان نصفه للأول. رجلان اشتريا بعيرًا وتواضعا، على أن لأحدهما رأسه وقوائمه وجلده، وللآخر بدنه ولم يذكرا ذلك للبائع، فالبعير كله لصاحب البدن؛ لأن البدن أصل، ولهذا يسمى البعير بدنة، فيستتبع أطرافه في البيع.

وإن تواضعا على أن لأحدهما رأسه، وقوائمه وجلده، وللآخر لحمه فهو بينهما نصفان لأن كل واحد منهما ليس بأصل، ولا يحتمل الانفراد بالبيع، فكان بينهما.

ولو اشتريا سيفا مُحلى وتواضعا، على أن لأحدهما حليته، وللآخر نصله كان السيف بينهما، وكذلك الخاتم مع الفص.

ولو اشتريا نخلا، وتواضعا على أن لأحدهما النخلة، وللآخر الرطب جاز، ويقسم الثمن على قيمتهما؛ لأن كل واحد منهما يجوز إفراده بالبيع.

وكذا لو اشتريا دارًا، واستثني بناؤها جاز، بخلاف ما لو أقر بالدار لإنسان، واستثني بناؤها لم يجز لأن البيع تمليك، فيثبت الملك بقدر ما يوجد فيه التمليك،

فأما الإقرار فإخبار عن كائن سابق والبناء تبع للعرصة والتبع لا يخالف الأصل ما لم يقم الدليل على مخالفته كما بينا.

ولو اشتريا أرضا على أن لأحدهما الأرض، وللآخر الشجر جاز، ولصاحب الشجر أن يقلعه؛ لأن كل واحد منهما يجوز إفراده بالبيع، فإن كان في قلعه ضرر بين فهو بينهما؛ لأنه بمنزلة الفص مع الخاتم والسيف مع الحلية.

باع أحد الورثة دارا من التركة بغير إذن سائر الورثة، وكفن به الميت جاز البيع في نصيبه، وهل يرجع في مال الميت ينظر إن كفنه بكفن مثله يرجع؛ لأن أحد الورثة ينفرد بالتكفين.

وإن كفنه بأكثر من كفن مثله، قيل: يرجع، وقيل: لا يرجع؛ لأن اختياره ذلك أنه اختيار الشرع.

بئر وأرض بين رجلين باع أحدهما نصيبه من البئر بطريقه في الأرض جاز البيع في البئر، ولا يجوز في الطريق، وهو الصحيح؛ لأن بيع جزء شائع من بئر مشترك جائز، ومع جزء من الطريق المشترك لا يجوز، ويتوقف على إجازة صاحبه، فلم يقع بيع نصيبه من الطريق فاسدًا، بدليل أنه لو أجاز شريكه جاز البيع في الكل، فإذا انعقد البيع جائزًا في الكل، ثم انفسخ في البعض لا يوجب فساد البيع في الباقي، كما لو باع عبدًا، فاستحق نصفه.

فإن باع نصف البئر بغير طريق جاز؛ لأنه باع نصيبه من شيء مشترك، وهو ما لا يحتمل القسمة، فلا يحتاج الساكت إلى قسمتين؛ قسمة الأرض مع شريكه، وقسمة البئر مع مشتريها، فلا يلزمه مؤنة القسمة مرتين، فلا يتضرر به شريكه، وهو قادر على تسليم البئر إلى المشتري؛ لأن الطريق إلى البائع، فيأذن للمشتري بالمرور فيه، فيخلي بينه وبين المبيع، بخلاف ما لو باع نصيبه من بيت تعينه من الدار المشتركة لا يجوز إلا برضاء صاحبه؛ لأنه يحتاج شريكه إلى قسمتين؛ قسمة مع شريكه في الدار، وقسمة مع مشتري البيت، وربما يتفرق نصيبه وفي ذلك ضرر عليه.

وكذلك في الطريق يحتاج إلى قسمة الأرض مع شريكه، وقسمة الطريق مع مشتريه، حتى قالوا: لو باع المشتري نصيبه من البئر من غيره ينبغي أن لا يجوز على

قياس الروايات الظاهرة عن أصحابنا بأن المشتري لا يصير قابضًا للعقار، ما لم يدن منها، فيخلي البائع بينه وبين المشتري، فهنا لا يجوز معه؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه.

وعلى قياس رواية النوادر: إن الدنو ليس بشرط والتخلية تكفي للقبض، فهنا يجوز مع المشتري من غيره؛ لأنه قادر على تسليمه بالتخلية، وإن لم يبن منها.

(باب شراء ما باع بأقل مما باع)

ولو اشترى ما باع بدراهم، بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز استحسانًا، خلافًا للشافعي، لما روي: "أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها: إني بعت جارية من زيد بن أرقم إلى العطاء بثمانمائة، ثم اشتريتها منه بستمائة، فقالت عائشة: بئسما شريت واشتريت؛ أبلغي زيد بن أرقم؛ أنّ الله أبطل عليه حجه وجهاده إن لم يتب" ومثل هذا لا يعرف إلا سماعا وتوقيفًا، فصار كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وزيد بن أرقم كان يجوز ذلك، ثم رجع عما صنع لما بلغه حديث عائشة، وإنما ذمت عائشة البيع الأول، وإن كان جائزًا؛ لأن وقت العطاء كان معلوما عندهم، لأنه صار شيئًا مؤديا إلى البيع الثاني الذي هو حرام.

ثم روي عن أبي يوسف: أن هذا البيع يكون باطلا؛ لأن لهذا العقد ضرب مزية في الفساد، بدليل إلحاق زيادة الوعيد بإبطال الحج والجهاد، وزيادة الوعيد بسبب زيادة الفساد، وإنما يظهر له مزية في الفساد على غيرها من العقود الفاسدة إذا لم يفد الملك أصلا.

والصحيح: أنه ينعقد فاسدًا مفيدًا للملك؛ لأن الفساد كان لفوات شرط الجواز، لا لعقد الأهلية والمحلية، فانعقد العقد لصدوره من أهله في محله، لكن فاسد العقد شرطه، كما في سائر العقود، ويجوز بمثل ما باع أو بأكثر مطلقًا، وبأقل بعد نقد الثمن؛ لأن الأثر ورد قبل نقد الثمن بأقل مما باع، فبقي ما عداه على أصل القياس، والقياس يقتضي جوازه؛ لأنه بيع الجنس بخلاف جنسه، فيجوز كيف ما كان.

وذكر في (**المنتقى**): ولو وهب البائع الثمن من المشتري، أو أبرأه منه يجوز شراؤه منه بأقل مما باع؛ لأن هبته للثمن بمنزلة قبضه، ويجوز أن يعرض قيمته أقل من الثمن الأول؛ لأن النص ورد في الشراء بجنس الثمن الأول معدولا عن القياس، فلا يكون واردا في الشراء، بخلاف جنس الثمن الأول، ولا يجوز إذا كان أحدهما دراهم والآخر دنانير، والثاني أقل قيمة من الأول؛ لأنهما جعلا كشيء واحد في الثمنية، وقيم الأشياء، فيجعلان هنا أيضًا كجنس واحد احتياطا، وتجنبا عن الحرام.

ويجوز إذا بقيت عند المشتري؛ لأن نقصان الثمن يجعل بإزاء الجزء الغائب، فيصير شراء الباقي بمثل ثمنه احتيالا للجواز، ولا يجوز إذا انتقص السعر، وكأنه لم ينتقص؛ لأن رخص السعر لا ينقص من عينه شيئًا، فيصير مشتريا ما باع بأقل مما باع.

ولو ملكه غيره، ثم اشتراه منه جاز؛ لأن الأثر ورد في تحريم هذا الشراء منه لا من غيره.

ولو اشتراه من وارثه لا يجوز؛ لأنه قائم مقامه في الملك، لأن عين ملكه انتقل إليه، فصار كأنه اشتراه منه، بخلاف ما لو اشترى ورثة البائع بعد موته، وهو ممن يجوز شهادة البائع له جاز، والفرق أن وارث المشتري إنما استفاد ملك بيع هذا العين من جهة مورثه؛ لأنه قبل موته لا يملك بيعه بغير إذن مورثه، فصار بيعه كبيع مورثه، فإما وارث البائع ما ملك شراء هذا بألفين من جهته، فإنه كان يملك شراءه قبل بيعه، فلا يكون شراؤه، كشراء المورث.

ولو باعه المشتري، فعاد إليه بملك مستأنف، جاز للبائع أن يشتري منه بأقل؛ لأن الأثر إنما ورد بالتحريم قبل ببدل الملك، ويحدد السبب، فيقتصر حكمه على مورد النص، ولا يجوز شراء من لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يجوز إلا المكاتب والعبد؛ لأنه ليس للبائع في المشتري حقيقة ملك، ولا حق ملك، فكان كالأجنبي بخلاف العبد والمكاتب؛ لأن للمولى في كسبهما حقيقة ملك، أو حق ملك، فيصير شراؤهما بمنزلة شرائه من وجه، له بأن شراء هؤلاء بمنزلة شرائه من وجه معنى لاتصال الأملاك فيما بينهم في حق البائع، فالتحق بالشراء من كل وجه احتياطا للحرمة.

ولو اشتراه وكيله جاز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يلزم الوكيل.

وقال محمد: يلزم الأمر فاسدًا؛ لأن الأمر لو باشره بنفسه يملكه ملكا فاسدًا، فكذا إذا اشتراه وكيله؛ لأن التوكيل بشراء فاسد صحيح.

ويقع للموكل فاسدًا لأبي يوسف: أن هذا البيع لا يفيد الملك عنده، فلم يصح التوكيل به، كالتوكيل بشراء الخمر لأبي حنيفة، وهو الفرق بين الوكيل وبين من لا تقبل شهادته. له أن الموكل لا يملك المشتري بعقد الوكيل لأن الملك يقع للوكيل أولًا ثم ينتقل منه إلى الموكل، ولهذا يملك حبسه حتى يستوفي الثمن من موكله، لما تبين في الوكالة، فصار كأنه اشترى لنفسه، ثم باعه من موكله، وذلك جائز، فكذا هذا.

فأما في شراء من لا تقبل شهادته يثبت له حق الملك، أو إطلاق الانتفاع بنفس العقد، فصار كأنه اشتراه من وجه، فالتحق بالشراء من كل وجه احتياطا للحرمة، وليس للوكيل بالبيع، ولا لموكله أن يشتري له ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وللوكيل بالشراء، أو لموكله أن يبيع ما اشترى بأقل مما اشترى قبل نقد الثمن.

والفرق: أن وكيل البائع بمنزلته؛ لأن معه لا ينفذ قبل الوكالة قط، فكان النفاذ حاملا بأمر الموكل، فصار بائعا للموكل من وجه باعتبار النفاذ، ولنفسه من وجه باعتبار الانعقاد؛ لأن البيع منعقد بدون أمر الموكل، وشبهة البيع ملحقة بحقيقته في حق الحرمة، ولهذا العبد المأذون لو باع، ثم اشتراه المولى بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز؛ لأنه صار بائعا ببيع المأذون من وجه، وليس وكيل المشتري بمنزلته؛ لأن شراءه قد ينفذ بدون الوكالة بأن اشتراه لنفسه، فوقع الشراء للوكيل نفاذا، أو انعقادا، ثم انتقل الملك إلى الموكل بحكم أمره، فلم يصر الموكل مشتريا بشراء الوكيل.

ولهذا لو حلف لا يشتري فاشترى وكيله لا يحنث، ولو باعه بثمن حال، فاشتراه بثمن مؤجل قبل نقد الثمن، أو كان الثمن مؤجلا إلى سنة، فاشتراه بمثله إلى سنتين لا يجوز؛ لأن المؤجل والمعجل بزيادة أجل يكون أنقص من المؤجل من المعجل والمؤجل بزيادة أجل يكون أنقص من المؤجل بدون ذلك الأجل، فيصير مشتريا ما باع بأقل مما باع.

وإن زاد على الثمن درهما، أو أكثر جاز؛ لأن زيادة الثمن تجعل بإزاء زيادة الأجل، فيبقى مشتريا ما باع بمثل ما باع.

وإن اشتراه مع عبد آخر بثمن حصته منه أقل مما باعه لم يجز فيه، وجاز في الآخر؛ لأنه لو اشتراه بانفراده لم يجز، فكذا مع غيره، وبقدر تصحيح العقد بأن يصرف إلى ما باعه بمقدار ثمنه، والباقي بإزاء الأجر، كما لو باع درهما ودينارا بدرهمين، ودينارين صرف الجنس إلى خلاف الجنس؛ لأن طريق الجواز هنا متعذر، لأنه يجوز شراؤه بمثل ثمنه، وبزيادة من ثمنه بدرهم وأكثر، ولا يدري أي مقدار قصداه، فصار قصدهما إلى جهة الجواز مجهولة، فلم يجز في تلك المسألة جهة الجواز واحدة متعينة، فعلمتا أنهما قصدا جهة الجواز.

ولو اشتراه مع أجنبي جاز في نصيب الأجنبي دون نصيبه، وفساده في نصيبه لا يؤثر في نصيب الآخر؛ لأنه فساد ضعيف لكونه مختلفا فيه، فيقتصر عليه، كشراء عبدين أحدهما مدبرا.

(**الزيادات**): عبد بين رجلين باعاه بألف من رجل مؤجلة، ثم اشترى أحدهما، كله بخمسمائة جاز في النصف بنصف الخمسمائة، ولم يجز في النصف الآخر؛ لأن كل واحد باع نصيبه، ولم يبع نصيب صاحبه، ولا بيع له؛ لأنهما أرسلا البيع، فصار مشتريا في نصيبه ما باع بأقل مما باع، وفي نصيب شريكه لا، فجاز شراؤه.

ولو قالا: بعناك نصيب كل واحد منا بخمسمائة، أو قالا بعناك نصيب هذا بخمسمائة، ونصيب هذا بخمسمائة، ثم اشتراه أحدهما بأقل من ألف جاز في ربعه بربع الثمن؛ لأن كل واحد صار بائعا نصيبه هو مع صاحبه نصفه باعه بنفسه، ونصفه بيع له، فبطل في نصيبه؛ لأن نصفه باعه بنفسه، ونصفه بيع له، وبطل في نصف نصيب شريكه؛ لأنه باعه بطريق الوكالة عنه، وجاز في نصفه؛ لأنه ما باع ولا بيع له، بل باعه شريكه بنفسه باعاه من رجل، أو رجلين بألف، ثم اشترياه بخمسمائة جاز شراء كل واحد في ربع العبد؛ لأن كل واحد لو اشترى نصفه منفردًا جاز في ربع العبد، كذلك مع غيره ولا خيار لهما: لعلمهما بما يلزمهما من تفريق الصفقة.

ولو قال: بعناك نصيب كل واحد بخمسمائة، ثم اشترياه بخمسمائة جاز الشراء لكل واحد في ثمنه؛ لأن كل واحد منهما بائعًا النصف نصف ذلك النصف في نصيبه، ونصفه في نصيب شريكه، فصار النصف نصفين؛ نصفه له، ونصفه لشريكه، فلم يجز شراء كل واحد في نصفه؛ لأنه باعه ولا في نصف نصيب شريكه، لأنه بيع له، وجاز في نصفه، وهو ربع النصف، وهو ثمن الكل باع بألف على أن فلانا بالخيار، فأجاز فلان، ثم اشتراه فلان بأقل يجوز؛ لأنه ما باع ولا بيع له.

بخلاف ما لو باع بشرط الخيار لشفعته، فأجاز بطلت شفعته، كما لو باعها؛ لأن الملك إنما ثبت للمشتري بالإجازة، فلو أخذ بالشفعة كان ساعيًا في نقص ما قد تم به، وهذا لا يجوز هنا إنما يفسد البيع بأن يقع البيع له، ولم يوجد، والله أعلم.

(باب الإقالة)

قال أبو حنيفة رحمه الله: الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث، فإن تعذر جعلها فسخًا بطلت.

وقال أبو يوسف: بيع جديد في حق الكل، فإن تعذر ففسخ.

وقال محمد: هو فسخ، فإن تعذر فبيع.

وقال زفر: فسخ في حق الكل. لمحمد: إن الإقالة موضوعة للفسخ والرفع، والعاقدان قصدا بها الفسخ، فيجعل فسخًا، إلا إذا تعذر، فيجعل تبعا؛ لأنها تحتمل معنى البيع. لأبي يوسف: إن الإقالة تمليك مال بمال بالتراضي، وهذا البيع، فوجب الجري على ذلك، إلا إذا تعذر، فيجعل فسخًا؛ لأنها تحتمل معنى الفسخ. لأبي حنيفة: إن الإقالة في اللغة موضوعة للرفع، والإسقاط يقال في الدعاء: اللهم أقلني عثرتي، والإسقاط لا يحتمل معنى الإثبات، والاستثناء بحال، وإنما جعل تبعا في حق غيرهما لضرورة انقطاع ولايتهما عنه، وإنما يشترط التراضي؛ لأن البيع تم بالتراضي، ففسخه لا يصح إلا بالتراضي تقايلا، فهو على الثمن الأول.

وإن سمى أكثر من الثمن الأول أو أقل، أو جنسًا آخر عند أبي حنيفة؛ لأن الإقالة فسخ، فيعود إليه رأس ماله، كما كان بلا زيادة ونقصان، إلا إذا حدث بالمبيع عيب،

فيجوز بأقل؛ لأنه احتبس عند المشتري بعض المبيع، فالنقصان عن الثمن يكون بمقابلته، ومعناه: أن يكون النقصان بقدر حصة العيب وجواب الكتاب مطلق.

ولو حدث بيع المبيع زيادة بعد القبض بطلت الإقالة عنده لتعذر الفسخ بسبب الزيادة.

وعند أبي يوسف: الإقالة بما سميا جائزة، كالبيع الجديد والزيادة الحادثة بعد القبض لا تمنع صحة الإقالة.

وعند محمد: إن أقال بالثمن الأول، أو أقل منه حالًا، أو مؤجلا، أو لم يذكر شيئًا فهو فسخ على الثمن الأول، وإن تقايلا بأكثر، أو بخلاف جنسه، أو حدثت الزيادة من المبيع، فهو بيع جديد لتعذر الفسخ.

وأجمعوا أن الإقالة قبل القبض فسخ، وشرط الزيادة والنقصان باطل؛ لأنه تعذر جعلها تبعا، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وفي العقار قبل القبض بيع جديد عند أبي يوسف؛ لأنه يجوز بيعه عنده.

وعند محمد: فسخ؛ لأنه لا يجوز بيعه، وينبني على هذا الشفيع إذا سلم الشفعة، ثم تقايلا العقد كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الإقالة بيع جديد في حقه.

ولو قضى للشفيع بالشفعة، فطلب منه المشتري الشفعة بزيادة على الثمن الأول، أو بجنس آخر كان تسليما بالثمن الأول عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: يكون تسليما بما سميا؛ لأن تسليم الشفعة بعد القضاء له يكون إقالة، وهو يصح بالثمن الأول عنده.

وعند أبي يوسف: يصح بما سميا، ولو تقايلا، ثم اطلع على عيب بالمبيع لم يرد على بائعه؛ لأنه بيع جديد في حق البائع الأول.

ولو تقايلا، فللمشتري حبس المبيع لاسترداد الثمن كما للبائع؛ لأن المبيع مضمون بالثمن.

ولو باع بعد الإقالة من المشتري جاز؛ لأنه فسخ في حقهما، ولو باع من غيره لم يجز؛ لأنه بيع جديد في حق الثالث، فيكون بائعا للمبيع قبل القبض.

ولو قال البائع: البيع، ثم قال بائعه الأول البيع جاز؛ لأن فسخه يجوز مع البائع الأول، وكذا بيعه من بائعه يجوزه، والإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة عند أبي حنيفة؛ لأنها فسخ.

وعند أبي يوسف: تبطل؛ لأنها بيع جديد.

(**النوادر**): وقبول الإقالة على المجلس لأن فيها معنى التمليك، وتصح الإقالة بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل، نحو أن يقول: أقلتني فيقول الآخر: أقلت. اشترى حمارًا، فلم يرضه فرده على البائع فلم يقبله البائع لكن أخذه واستعمله أياما لا ينفسخ البيع لعدم القبول، واستعمال المبيع لا يدل على القبول.

ولو اشترى حنطة، وقبضها، وسلم بعض الثمن، ثم قال للبائع: أنه قام على ثمن عالي، فرد البائع عليه ما قبض من الثمن، فأخذه المشتري لا ينتقض البيع؛ لأن الإقالة كالبيع، والبيع لا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول، أو بالتعاطي من الجانبين، وكذا الإقالة، ولم يوجد كلاهما.

اشترى صابونًا رطبا، ثم تفاسخا البيع، وقد جف ونقص وزنه لا يجب على المشتري شيء؛ لأن كل المبيع قائم.

وإنما ذهبت الرطوبة تقايلا البيع، ثم أبرأ البائع المشتري عن الثمن جاز، فإن هلك المبيع في يد المشتري لا شيء عليه؛ لأنه كان مضمونًا بالثمن، وقد أبرأه بخلاف المبيع في البيع الفاسد إذا قبضه، ثم أبرأه البائع من القيمة، ثم هلك المبيع يضمن قيمته؛ لأن الإبراء عن القيمة لا يصح؛ لأن القيمة إنما تجب عند الهلاك، حتى لو قال: أبرأتك عن المبيع، فهو يرى؛ لأنه لم تبق الرقبة مضمونة عليه، فصار مودعا.

رجل اشترى لحما، أو سمكا، فذهب ليجيء بالثمن فأبطأ، فخاف البائع أن يفسد ويبيع البائع أن يبيعه من غيره، ويحل لغيره أن يشتريه، وإن علم بالقصة؛ لأن المشتري يكون راضيا بالفسخ دلالة.

رجل باع أمة، فأنكر المشتري الشراء، فأراد البائع أن يطأها، فإن ترك خصومته

يحل له وطؤها؛ لأن الجحود من المشتري، والترك منه مناقصة للبيع، وإن لم يترك خصومته لا يحل؛ لأن البيع باقٍ.

(**الجامع**): أصله أن قيام المبيع كله، أو بعضه شرط لصحة الإقالة، وقيام الثمن لا؛ لأن قيام العقد بالمبيع لا بالثمن، وقيام العقد شرط لصحة الإقالة؛ لأنه صار رفعًا للعقد.

ولو اشترى عبدًا بدراهم، أو دنانير، أو بكرّ حنطة بغير عينه، فهلك لم تصح الإقالة؛ لأن الدين ثمن والعبد مبيع، وقد هلك محل العقد، فيرتفع العقد.

ولو تبايعا عينًا بعين وتقابضا، وهلك أحدهما فتقايلا صحت الإقالة ولزمه قيمة الهالك لأن أحدهما قائم وهو مبيع يقوم به العقد ابتداء فبقاؤه أولى؛ لأن قيام الهالك كان بهما، لأنه ليس أحدهما بأن يضاف قيام العقد إليه بأولى من الآخر، والثابت بشيئين لا يزول بزوال أحدهما، فبقي العقد بقيام أحدهما.

وإذا انفسخ العقد في القائم انفسخ في الهالك ضرورة، فوجب رده، وقد عجز عن رده، فيرد قيمته، والبقرة يعبر عنها ثمن، وبعينها مبيعة؛ لأنها تتعين في العقد كالعين. لو اشترى عبدًا بقرة بعينها، فهلك العبد جازت الإقالة على البقرة، ويقضي على الآخر بقيمة العبد دنانير لا دراهم؛ لأنها وقعت على قيمة العبد، وهي بيع جديد في حق الثالث، وحرمة الربا حق الشرع، وهو ثالث، فيجب الاحتراز عن الربا.

ولو أرسل عبدا في طعام، فقبض الطعام فمات العبد، ثم تقايلا صحت الإقالة؛ لأن الطعام مبيع، وأنه قائم حقيقة وحكما، فصحت الإقالة بقيامه، ثم انفسخ البيع في الهالك حكما بصحة الفسخ في القائم، فيلزمه رد العبد، وقد عجز عن رده، فيلزمه رد قيمته، ولا تبطل الإقالة بهلاك أحد العوضين؛ لأن هلاك أحدهما لا يمنع صحة الإقالة، فلا يبطلها بعد صحتها بطريق الأولى.

وكذلك لو كان بقرة بعينها فتقايلا، ثم هلك العبد للمولى لم تبطل الإقالة، ويقضي بقيمة العبد دراهم أو دنانير؛ لأن الإقالة وقعت على العبد لا على القيمة، وإنما وجبت القيمة بعدها، وليس لبقاء العقد أثر في تحريم الفضل، فلا يحرم؛ فإن أخذ دراهم تصدق بالفضل على البقرة، لأنه ربح ما لم يضمن؛ لأن العبد لم يكن في ضمانه.

وإن أخذ دنانير لم يتصدق بشيء؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس.

ولو هلك العرضان بعدما تقايضا، ثم تقايلا لم تصح الإقالة، وفي الصرف لو هلك البدلان بعدما تقايضا، ثم تقايلا صحت الإقالة، والفرق أن في بيع العرض العقد تعلق بأعيانهما، وقد ارتفع بهلاكهما، وفي الصرف العقد لم يتعلق بأعيانهما، وإنما يتعلق بمثلهما دينا في الذمة، فكذلك الإقالة لا تتعلق بأعيانهما، فصار هلاكهما كقيامهما؛ لأن بهلاكهما لم يثبت المعقود عليه، لأن ما وجب في ذمة كل واحد لا يسقط بالقضاء؛ لأن الدين مما لا يسقط بالقضاء، ألا ترى أن البائع لو حط عن المشتري بعض الثمن بعدما قبض الثمن صح الحط والحط إسقاط.

ولو كان الثمن يسقط بالقضاء لما صح الحط، كما لو حط بعد الإبراء لا يصح، إلا أن الطالب لا يطالب الغريم بالقضاء؛ لأن المطالبة لا تفيد، لأن الديون تقضى بأمثالها، وإن كان الدين قائما في ذمة كل واحد منهما صحت الإقالة، باعتبار ما بقي في ذمتهما، والله أعلم بالصواب.

(القسم الرابع في الخيارات)

(باب خيار الشرط)

فيه فصول:

فصل في الخيار الجائز والفاسد.

وفصل فيما يسقط الخيار وما لا يسقطه.

وفصل في عمل الخيار وحكمه.

وفصل في الفسخ والإجارة.

(فصل)

الخيار المفسد للبيع ثلاثة أنواع؛ بأن ذكر الخيار مؤبدا، بأن قال: بعت أو اشتريت على أني بالخيار أبدًا، أو مطلقًا بأن قال: على أني بالخيار أو موقتًا وقتا مجهولا، بأن قال على أني بالخيار أيامًا، فالبيع فاسد، والخيار الجائز أن يذكر وقتا معلومًا بأن قال: على أني بالخيار يوما أو يومين.

وقال سفيان الثوري، وابن شبرمة: إن كان الخيار للمشتري يجوز، وإلا فلا.

والصحيح قولنا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**المتبايعانِ بالخيارِ مَا لَم يتفرّقا إلّا بيعَ خيارٍ**"[1] أي: معًا، شرط فيه الخيار، فقد أثبت الخيار.

لهما: وإنما يجوز إذا كان وقته معلومًا، إلا إذا اشترطا الخيار مع كونه منافيا، ومضادًّا لحكم العقد، وهو ثبوت الملك إنما لم يجعل مفسدا باعتبار الحاجة، لقوله صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ: "**إذَا ابتعتَ شيئًا فقل: لَا خِلَابَةَ**[2]**، ولِي الخيارُ ثلاثةَ أيّامٍ**"[3] فالحديث ورد بالخيار في مدة معلومة، وهي ثلاثة أيام، فبقي ما وراءها

---

(١) أخرجه أحمد ١٨٣/٢ (٦٧٢١) قال: حدثنا حماد بن مسعدة. و«أبو داود» (٣٤٥٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«الترمذي» (١٢٤٧) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث بن سعد. و«النسائي» ٢٥١/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٣١) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: أنبأنا الليث.

كلاهما: (حماد بن مسعدة، والليث بن سعد) عن محمد بن عجلان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(٢) أَيْ: لَا خَدِيعَةَ و"لَا" لِنَفْيِ الْجِنْسِ أَيْ: لَا خَدِيعَةَ فِي الدِّينِ لِأَنَّ الدِّينَ النَّصِيحَةُ. فتح الباري (ج٦/ ص٤٤٠).

(٣) أخرجه مالك (١٩٩٩). وعبد الرزاق (١٥٣٣٧) قال: أخبرنا الثوري. و«أحمد» ٤٤/٢ (٥٠٣٦) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ٦١/٢ (٥٢٧١) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧٢/٢ (٥٤٠٥) قال: حدثنا أبو سلمة، قال: أخبرنا سليمان بن بلال. وفي ٨٠/٢ (٥٥١٥) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان. وفي ٨٤/٢ (٥٥٦١) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا شعبة بن الحجاج. وفي ١٠٧/٢ (٥٨٥٤) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا شعبة. وفي ١١٦/٢ (٥٩٧٠) قال: حدثنا الفضل بن دكين، قال: حدثنا سفيان. و«البخاري» ٦٥/٣ (٢١١٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ١٢٠/٣ (٢٤٠٧) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٢١/٣ (٢٤١٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا عبد العزيز بن مسلم. وفي ٢٤/٩ (٦٩٦٤) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثنا مالك. و«مسلم» ١١/٥ (٣٨٥٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ويحيى بن أيوب، وقتيبة، وابن حجر، قال يحيى بن يحيى: أخبرنا، وقال الآخرون: حدثنا إسماعيل بن جعفر. وفي (٣٨٥٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة.
=

على أصل القياس، إلا إذا كان في معناه[1].

ولو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما، والشافعي: يجوز إذا كان معلوما؛ لأن الخيار شرع نظرًا للمتعاقدين

=

و«أبو داود» (٣٥٠٠) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. و«النسائي» ٢٥٢/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٣٢) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. و«ابن حبان» (٥٠٥١) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن السامي، قال: حدثنا يحيى بن أيوب المقابري، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. وفي (٥٠٥٢) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

ستتهم: (مالك بن أنس، وسفيان الثوري، وشعبة بن الحجاج، وسليمان بن بلال، وعبد العزيز بن مسلم، وإسماعيل بن جعفر) عن عبد الله بن دينار، فذكره.

(١) اسْتُدِلَّ بِهَذَا الْحَدِيثِ لِأَحْمَدَ وَأَحَد قَوْلَيْ مَالِك أَنَّهُ يُرَدُّ بِالْغَبْنِ الْفَاحِش لِمَنْ لَمْ يَعْرِفْ قِيمَةَ السِّلْعَةِ، وَتُعُقِّبَ بِأَنَّهُ صلى الله عليه وسلم إِنَّمَا جَعَلَ لَهُ الْخِيَار لِضَعْفِ عَقْلِهِ، وَلَوْ كَانَ الْغَبْنُ يُمْلَكُ بِهِ الْفَسْخُ لَمَا احْتَاجَ إِلَى شَرْط الْخِيَارِ، وَقَالَ ابْن الْعَرَبِيّ: يَحْتَمِل أَنَّ الْخَدِيعَةَ فِي قِصَّة هَذَا الرَّجُلِ كَانَتْ فِي الْعَيْبِ أَوْ فِي الْكَذِبِ أَوْ فِي الثَّمَنِ أَوْ فِي الْغَبْنِ، فَلَا يُحْتَجُّ بِهَا فِي مَسْأَلَة الْغَبْنِ بِخُصُوصِهَا، وَلَيْسَتْ قِصَّةً عَامَّةً، وَإِنَّمَا هِيَ خَاصَّةٌ فِي وَاقِعَةِ عَيْنٍ، فَيُحْتَجُّ بِهَا فِي حَقّ مَنْ كَانَ بِصِفَةِ الرَّجُل، قَالَ: وَأَمَّا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَر أَنَّهُ كُلِّمَ فِي الْبَيْعِ فَقَالَ: مَا أَجِدُ لَكُمْ شَيْئًا أَوْسَعَ مِمَّا جَعَلَ رَسُولُ صلى الله عليه وسلم لِحَبَّانَ بْن مُنْقِذ ثَلَاثَة أَيَّام، فَمَدَارُهُ عَلَى ابْن لَهِيعَةَ وَهُوَ ضَعِيفٌ انْتَهَى، وَهُوَ كَمَا قَالَ أَخْرَجَهُ الطَّبَرَانِيُّ وَالدَّارَقُطْنِيّ وَغَيْرهمَا مِنْ طَرِيقه، لَكِنَّ الِاحْتِمَالَاتِ الَّتِي ذَكَرَهَا قَدْ تَعَيَّنَتْ بِالرِّوَايَةِ الَّتِي صَرَّحَ بِهَا بِأَنَّهُ كَانَ يُغْبَنُ فِي الْبُيُوعِ، وَاسْتُدِلَّ بِهِ عَلَى أَنَّ أَمَدَ الْخِيَارِ الْمُشْتَرَطَ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ مِنْ غَيْر زِيَادَة، لِأَنَّهُ حُكْمٌ وَرَدَ عَلَى خِلَاف الْأَصْل، فَيُقْتَصَرُ بِهِ عَلَى أَقْصَى مَا وَرَدَ فِيهِ، وَيُؤَيِّدُهُ جَعْلُ الْخِيَارِ فِي الْمُصَرَّاةِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَاعْتِبَارُ الثَّلَاثة فِي غَيْر مَوْضِع، وَاسْتُدِلَّ بِهِ عَلَى أَنَّ مَنْ قَالَ عِنْد الْعَقْدِ "لَا خِلَابَةَ" أَنَّهُ يَصِيرُ فِي تِلْكَ الصَّفْقَةِ بِالْخِيَارِ، سَوَاءٌ وَجَدَ فِيهِ عَيْبًا أَوْ غَبْنًا أَمْ لَا، وَبَالَغَ ابْن حَزْم فِي جُمُودِهِ فَقَالَ: لَوْ قَالَ لَا خَدِيعَةَ أَوْ لَا غِشَّ أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ حَتَّى يَقُولَ لَا خِلَابَةَ وَمِنْ أَسْهَلِ مَا يُرَدُّ بِهِ عَلَيْهِ أَنَّهُ ثَبَتَ فِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ "لَا خِيَابَةَ" بِالتَّحْتَانِيَّةِ بَدَلَ اللَّامِ، وَكَأَنَّهُ كَانَ لَا يُفْصِحُ بِاللَّامِ لِلَثْغَة لِسَانِهِ، وَمَعَ ذَلِكَ لَمْ يَتَغَيَّر الْحُكْمُ فِي حَقِّهِ عِنْد أَحَد مِن الصَّحَابَة الَّذِينَ كَانُوا يَشْهَدُونَ لَهُ بِأَنَّ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم جَعَلَهُ بِالْخِيَارِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُم اكْتَفَوْا فِي ذَلِكَ بِالْمَعْنَى، وَاسْتُدِلَّ بِهِ عَلَى جَوَاز شَرْط الْخِيَار لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ. فتح الباري (ج٦/ ص٤٤٠).

ليحترز عن الغبن والظلامة، وليتحقق النظر على الكمال، وقد لا يحصل ذلك بالخيار في الثلاثة لتفاوت الناس في الذكاء والهداية، فوجب أن يكون مفوضًا إلى رأيهم.

له: أن الخيار مع كونه مضادًّا، أو مانعًا لحكم العقد، إنما لم يجعل مفسدًا لحاجة الناس إلى رفع العين، فالثلاثة الأيام لابتلاء العذر مدة تامة، لاستيفاء النظر، ورفع العين؛ إذ لا نهاية لما وراءه، فلا حاجة إلى تحمل هذا المفسد فيما وراءها.

ولو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، أو لم يبين وقتا، أو ذكر وقتا مجهولا، فأجاز في الثلاث، أو أسقط الخيار، أو سقط بموته، أو بموت العبد، أو أعتقه المشتري، أو أحدث فيه ما يوجب لزوم العقد ينقلب جائزا، خلافًا لزفر، والشافعي كما بينا.

ولو شرط الخيار في السلعة، أو في الثمن جاز؛ لأن الخيار إنما يشترط للفسخ أو الإجازة، وكلاهما إنما يتحقق في البدلين جميعًا، فصار كشرط الخيار في أحدهما.

ولو ألحقا بالعقد خيارًا صحيحًا صح الإلحاق، وإن ألحقا به خيارًا فاسدًا، أو شرطًا فاسدًا صح، وفسد به العقد عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يصح، ويبطل الشرط، ولا يفسد العقد؛ لأن في اعتبار التحاق الشرط الفاسد بالعقد إفساد العقد، وإبطال الشرط، وتصرف العاقل يجب تصحيحه.

ولا يجوز إفساده كما هو مقتضى عقله ودينه، فلم يعتبره. له: أنه يجب اعتبار تصرفه كما قصد، ولا يجوز إلغاؤه، وقد قصد إفساد العقد بإلحاق الشرط الفاسد به، والعاقل قد يباشر فاسدًا، ويفسد الصحيح من العقود؛ لأن الفاسد معتبر شرعًا، ولا يقصد اللغو؛ لأنه غير معتبر، فاعتبرنا إلحاق الشرط الفاسد بالعقد صونًا له عن اللغو.

(**المنتقى**) اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام بعد شهر، أو بعد سنة، فله الخيار شهرًا كله، وثلاثة بعده؛ لأن من هان له الخيار بعد شهر، فله الخيار أتباعه ضرورة عدم لزوم العقد قبل تمام الشهر.

وقال أبو يوسف: لا خيار له في الشهر، وله الخيار في الثلاثة بعده اعتبارًا

لشرطه، وكذا لو اشترى في آخر يوم رمضان، على أنه بالخيار يومين بعد رمضان جاز، وله الخيار ثلاثة أيام اليوم الأخير من رمضان، ويومين بعده؛ لأنه سكت عن الخيار وقت البيع، أمكن تصحيحه باشتراط الخيار يوم العقد، ويومين بعده وهذه مذكورة في العيون أيضًا.

ولو قال البائع للمشتري: لا خيار لك في رمضان، ولك الخيار ثلاثا بعده، فالبيع فاسد؛ لأنه تعذر تصحيحه.

(**المبسوط**): اشترى على أنه بالخيار إلى الغد، أو إلى الليل دخل الغد، والليل فيه عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يدخل؛ لأنه جعله غاية، والغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية؛ لأن الغاية اسم لما ينتهي إليه الحكم، كما لو أجر داره إلى رمضان.

له: أنه لو اقتصر على قوله، على أنه بالخيار، ثبت له الخيار في جميع الغد، فكان ذكر الغد لإخراج ما وراءه عن حكم الخيار، لا لإمداد الحكم إليه، فلا يدخل الغد في الإخراج، بخلاف الإجارة؛ لأن الناس في العرف لا يريدون إدخال الغاية تحت الإجارة، والقياس يترك بالعرف والعادة.

(فصل)

الخيار يسقط بمعانٍ ثلاثة: إما بالإسقاط صريحًا، أو بالإسقاط دلالة، أو ضرورة.

أما الإسقاط صريحًا بأن يقول: أسقطت الخيار، أو أبطلت، أو أخرت البيع، أو رضيت به؛ لأن الأصل هو لزوم العقد ونفاذه، والخيار شرع، بخلاف الأصل للفسخ والإمضاء، فإذا بطل الخيار عاد الأصل، وهو اللزوم، والرضا بالقلب لا يسقط الخيار؛ لأن ما في ضميره لا يطلع عليه العباد، فلا تتعلق به المعاملات، وكذلك إذا فسخا العقد بطل الخيار ضرورة.

وذكر في (**المنتقى**): لو قال المشتري: إذا لم أردَّه إليك اليوم فقد رضيت لا

يبطل خياره؛ لأن الرد في اليوم محتمل، فيكون تعليقا للرضاء بالشرط، لا تحقيقا للرضاء للحال.

ولو قال: أبطلت خياري غدًا بطل خياره؛ لأن مجيء الغد كائن لا محالة، فيكون تحقيقًا للرضاء.

وأما إسقاط الخيار بطريق الدلالة، وهو أن كل فعل يوجد ممن له الخيار، ولا يحل في غير الملك، فالإقدام عليه يدل على إبطال خياره؛ لأنه يدل على إجازة المبيع، واستيفاء الملك فيه، فيبطل خياره، تحقيقا لغرضه، وكل فعل وجد منه، ويحل في غير الملك، وهو محتاج إليه للتجربة والامتحان، فلا يدل على إبطال خياره؛ لأن فائدة الخيار إمكان الرد متى لم يوافقه بعد الامتحان، ومتى لزمه البيع بالامتحان مرة يفوت فائدة الخيار.

ولو أخرج البائع المبيع عن ملكه، أو دبره، أو كاتبه، أو أجره وسلمه، أو لم يسلمه، أو رهنه وسلمه، فهو نقض للبيع؛ لأن هذه التصرفات تعتمد الملك، فكان دليل استيفاء الملك.

ولو كان الخيار للمشتري، ففعل شيئًا من ذلك، فهو إجازة للبيع.

ولو عرضه المشتري على البيع بطل خياره؛ لأن العرض على البيع، وإن كان يحل في غير الملك، ولكنه من التصرفات المختصة بالملك؛ فإنه لا يعرض على البيع إلا المالك، أو نائبه، وأنه غير محتاج إليه للاختيار والامتحان، فيكون دلالة اختيار الملك.

ولو عرضه البائع على البيع، والخيار له، فهو نقض للبيع في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة؛ لأنه من التصرفات المختصة بالملك، فإنه غير محتاج إليه للامتحان، فيدل على اختيار الملك، كما في المشتري.

وفي رواية الحسن، عن أبي حنيفة: لا يكون نقضًا؛ لأنه يشبه الاستخدام من حيث إنه لا يزيل الملك واليد، ويشبه البيع من حيث إنه تصرف يختص بالملك، فألحقناه بالبيع في حق المشتري، وبالاستخدام في حق البائع عملا بالشبهين جميعًا.

ولو وهبه، أو رهنه، ولم يسلم يكون من المشتري إجازة للبيع ومن البائع لا

يكون نقضا للبيع في رواية؛ لأن الهبة والرهن قبل التسليم لا يوجب استحقاق شيء، فيكون بمنزلة العرض على البيع، وذلك يكون اختيارا للملك من المشتري دون البائع في رواية، بخلاف الإجارة؛ لأنه عقد لازم أوجب حق استحقاق المطالبة للمستأجر بالتسليم، فيدل على اختيار الملك.

وكذلك لو وطئها، أو قبّلها بشهوة، أو باشرها بشهوة، أو نظر إلى فرجها بشهوة؛ لأن ذلك لا يحل إلا في الملك بحال، فيدل على اختياره الملك.

ولو لمسها المشتري، أو نظر إلى فرجها لا عن شهوة لا يسقط خياره؛ لأن اللمس يحتاج إليه للامتحان ليعرف لينها وخشونتها، ويحتاج إلى النظر إلى الفرج في الجملة، وذلك يباح عند الحاجة، كما في حق القابلة والطبيب، فلم يجعل دليل الاختيار.

وكذا لو نظر إلى سائر أعضائها بشهوة لا يسقط خياره؛ لأنه يحتاج إليه للامتحان، بخلاف البائع لو لمس سائر أعضائها، أو نظر إلى فرجها لا عن شهوة، أو نظر إلى سائر أعضائها عن شهوة، ويجب أن يسقط به خياره؛ لأنه لا يحتاج إلى ذلك، وهذه التصرفات لا تخل بدون الملك، فيدل على اختياره الملك.

ولو وطئها غيره يسقط خياره؛ لأنه إن كان زنًا، فهو عيب في الجواري، وإن كان شبهه، فقد أوجب المهر، وإنه زيادة منفصلة، فيمنع الرد.

ولو وطئها البائع، والخيار له فهو نقض للبيع، ولو قبّلت الأمة المبيعة المشتري، أو لمسته اختلاسًا بغير تمكين المشتري لزم البيع عندهما.

وعند محمد: لا يلزم إلا إذا استدخلت فرجه في فرجها.

وكذلك المطلقة إذا فعلت ذلك كان ذلك رجعة عندهما، خلافًا لمحمد. له: أن من له الخيار لم يوجد منه دليل الاختيار، والخيار حقه، فلا تملك الجارية إبطال حقه.

لهما: أنه لو لم يسقط خياره تبين أن اللمس، والقبلة حصل من غير مملوكة له، وذلك حرام منها، فتصير مرتكبة للحرام فيسقط خياره صيانة لها عن مباشرة الحرام، إذ صيانة المسلمة عن الحرام واجب.

ولو ابتدأت والزوج، أو المشتري كاره ثم تركها، وهو يقدر على الامتناع، فهو رجعة، واختيار للبيع؛ لأنه يكون رضا به دلالة.

ولو دعاها إلى فراشه لا يبطل خياره؛ لأنه لعل إنما دعاها إلى الفراش للامتحان، ليعلم أنها تجيب، أو لا تجيب.

قال أبو حنيفة في الأمة إذا قبَّلته بشهوة: إنما يلزم البيع إذا أقر المشتري أنها فعلت بشهوة؛ لأن الحكم يلزم المشتري، فتوقف لزومه على إقراره بما يبطل الخيار.

ولو كان الخيار للمشتري، فاستخدم، أو ركب، أو لبس فهو على خياره؛ لأن ذلك مرة يحتاج إليه للامتحان، لينظر إلى سترها وقوتها، وإلى طول الثوب وعرضه، وأنه يحل بغير ملك في الجملة، فإنه يجعل بإذن المالك.

وإن زاد على اللبس، والركوب مرة سقط خياره، وكذا لو استخدمه مرة أخرى في نوع واحد.

ولو استخدمه في نوع آخر لا يسقط خياره؛ لأن الخدمة أنواع، فكان الاستخدام في نوع آخر محتاجا إليه للامتحان، فأما الركوب واللبس نوع واحد فلم يكن الثاني محتاجا إليه للامتحان، هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وقال بعض مشايخنا: لو ركب، أو استخدم مرة أخرى في نوع واحد لا يبطل خياره؛ لأن الاختيار والامتحان لا يحصل بالفعل مرة، لاحتمال أن ذلك وقع اتفاقا، وإنما الحاجة إلى معرفة ذلك عادة لا يحصل إلا بالمرة الثانية؛ لأن العادة مشتقة من العود، بخلاف الثوب؛ لأن العرض يحصل بالمرة الواحدة.

ولو ركبها لحاجة، أو سفر، أو حمل عليها يسقط خياره؛ لأنه غير محتاج إليه للامتحان.

وإن ركبها ليردها، أو لسقيها، أو ليشتري لها علفا لا يبطل خياره استحسانًا، قيل هذا إذا لم يمكنه الرد والسقي والعلف إلا بالركوب؛ لأنه حينئذ من ضرورات الرد.

وإن أمكنه بدون الركوب يبطل؛ لأنه غير محتاج إليه، وكذلك الركوب لحمل

العلف إن كان في وعاء واحد لا يبطل، وإن كان في عدلين يبطل؛ لأنه لا حاجة إلى الركوب، ذكره في "السير الكبير".

(**النوادر**): ولو ودجها أو نزعها فهو رضا؛ لأنه نقض فيها، ولو قص حوافر الدابة، أو أخذ من عرفها فليس برضا؛ لأن في إبقاء هذا ضررًا، فصارت الإزالة بمنزلة العلف.

ولو سكن الدار المبيعة مرة، أو أسكنها رجلا بأجر، أو بغير أجر بطل خياره؛ لأن السكنى غير محتاج إليه للامتحان، لأن صلاحية الدار للسكنى يعرف بالنظر إليها.

وكذلك لو رَمّ شيئًا فيها بالتطيين والتجصيص، أو أحدث فيها بناء، أو هدم شيئًا منها سقط خياره؛ لأن هذه التصرفات دليل اختيار الملك.

ولو سقط حائط منها بغير صنع أحد سقط الخيار؛ لأنه انتقض المبيع، ولو كان في الأرض حرث، أو نخل فسقاه، أو حصده، أو فصل منه شيئًا، أو صرم النخل، أو لقح النخل بطل خياره؛ لأنه تصرف فيها.

ولو اشترى رحا، فطحن فيها البائع، والخيار له فهو نقض للبيع؛ لأنه تصرف فيها، فكان دليل استيفاء الملك.

وإن طحن المشتري ليعلم مقدار طحنها، والخيار له لم يسقط خياره، وقيل بأنه مقدر بيوم وليلة؛ لأنه محتاج إليه للامتحان.

وإن زاد على ذلك سقط؛ لأنه لا يحل إلا في الملك بحال، فيدل على اختياره الملك.

ولو كان الخيار للبائع، فأبرأ المشتري من الثمن، أو اشترى به منه شيئًا، أو ساومه، فبذلك إجازة للبيع، ويصح إبراؤه وهبته؛ لأن هذا لا يصح إلا في الملك، فكان اختيارا له.

ولو اشترى بالثمن شيئًا من غيره لم يصح الشراء، ولزم البيع؛ لأن الشراء فوق المساومة في الدلالة على اختيار الملك.

ولو قبض الثمن، فتصرف فيه لم يكن ذلك إجازة للبيع؛ لأنه لا يجب عليه رد

عين المقبوض عند الفسخ، لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الفسخ، فلم يكن التصرف فيه دليل الإجازة.

(**المنتقى**): باع عبدًا على أن البائع بالخيار، فأذن له في التجارة لا يكون هذا نقضا للبيع، إلا أن يلحقه دين.

ولو أمضاه بعدما لحقه دين لم يجز؛ لأن الغريم أحق به من المشتري. باع عبدا، على أنه بالخيار، ثم قال للعبد: إن دخلت الدار فأنت حر لم يكن بهذا نقضًا للبيع.

وكذلك لو كان الخيار للمشتري، فحلف بذلك لم يكن إجازة؛ لأن التعليق تصرف يقوم بالحالف، لا في المحلوف بعتقه، ولهذا يصح مضافا إلى الملك، فلا يدل على اختيار الملك.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لو اشترى شاة، أو بقرة على أنه بالخيار فاحتلبها بطل خياره؛ لأنه تصرف يختص بالملك.

وقال أبو يوسف: لا يبطل ما لم يشرب اللبن، أو يستهلكه؛ لأن الحلب يحتاج إليه للامتحان.

ولو اشترى بئرًا على أنه بالخيار، فوقعت فيها فأرة فماتت، فنزح المشتري منها عشرين دلوًا، فهو على خياره.

وكذا لو استقى منها لشربه ووضوئه، ودوابه لينظر إلى كثرة الماء؛ لأنه محتاج إليه، ولو سقى بها زرعًا بطل خياره؛ لأنه غير محتاج إليه لمعرفة قدر الماء.

قال أبو يوسف: لو وقعت فيها فأرة ميتة، أو قطرة بول، أو غار ماؤها بطل خياره؛ لأنه تعيب المبيع عنده، وذلك يبطل الخيار.

وإن لم يختصموا حتى عاد الماء إلى ما كان بقي خياره؛ لأنه زال العيب، وأما سقوط الخيار بطريق الضرورة فأنواع:

منها: إذا مضت مدة الخيار يبطل خياره؛ لأن الخيار مؤقت بها، فينتهي الخيار ضرورة.

ومنها: إذا مات من له الخيار في مدته لزم البيع، ولا يورث الخيار، خلافًا للشافعي؛ لأن الخيار رأيه ومشيئته، فيبطل بموته؛ لأنه صفته، وبقاء الصفة بعد

ذهاب الموصوف لا يتصور، فلا يثبت الخيار للوارث ابتداء؛ لأن الشرط لم يتناوله، وخيار الرؤية لا يورث، ذكره في كتاب الخيل، وكذا رواه الطحاوي، والكرخي عن أصحابنا رحمهم الله، وسائر الخيارات تورث؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في العين الذي هو محل الفعل، ثم يثبت الخيار للوارث ابتداء، وكذا يسقط الخيار بما هو في معنى الموت بأن أغمي عليه، أو جن في مدة الخيار حتى مضت المدة؛ لأن الخيار يسقط بمضيها، فخلا بالبيع عن الخيار فلزم.

وإن أفاق في المدة، فهو على خياره لإمكان الفسخ والإجازة.

وكذلك لو بقي نائمًا حتى مضت المدة، ولو سكر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة لم يذكره في الكتاب، وقالوا: الصحيح أنه يسقط الخيار كما بينا.

وإن ارتد، ثم أسلم في المدة، فعلى خياره؛ لأنه لم يعجز عن الاختيار مطلقا، فكان في إبقاء الخيار فائدة.

وإن اختار في المدة بعد الردة صح؛ لأنه كيف ما كان يسلم، أو يقتل على الردة تكون الإجازة عاملة.

وإن فسخ يتوقف عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: تنفذ، كما عرف في السير، وإذا هلك المبيع في مدة الخيار في يد المشتري يهلك بالقيمة؛ لأنه انفسخ العقد، وهلك على ملك البائع، إلا أنه كان مقبوضا بجهة البيع، والمقبوض على سوم البيع مضمون بالقيمة، فكذا هذا، وإن كان الخيار للمشتري يهلك بالثمن.

وعند الشافعي بالقيمة، والصحيح قولنا؛ لأن المبيع يصير معيبا قبل الهلاك، لأن موت كل حي، وهلاك كل قائم لا ينفك عن تقديم عيب؛ لأنه بناء على سبب مؤثر فيه عادة، والسبب المفضي إلى الهلاك يكون عيبا.

ولو كان المبيع عبدًا فأبق، أو درة، فسقطت في البحر تعتبر معيبا قبل السقوط والإباق بساعة وفي ذلك الوقت كان محلًّا للبيع فكان محلًّا للإتمام، ولو بنا قصاصًا، ثم هلك المتاع في يد المشتري، فعليه الثمن إن كان الخيار له، والقيمة إن كان للبائع؛ لأن بهلاكه انتقض الفسخ، لأنه هلك قبل تمام الفسخ، فلم يتم الفسخ فانتقض، وعاد الأمر كما كان قبل الفسخ.

ولو تعيب المبيع، فلا يخلو إما أن كان الخيار للبائع، أو للمشتري، فإن كان للبائع، وقد تعيب بآفة سماوية، أو بفعل البائع يبطل خياره، سواء كان المبيع في يده، أو في يد المشتري؛ لأنه انفسخ البيع في الجزء الفائت، فيعجز عن إجازة البيع في القائم، لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام، وهذا لا يجوز إلا إذا رضي المشتري به، فله أن يأخذه معيبا، كما لو تعيب المبيع في البيع البات في يد البائع.

وإن تعيب بفعل المشتري، وهو في يده، أو بفعل أجنبي، فالبائع على خياره، إن شاء أجاز وأخذ منه الثمن؛ لأنه يمكنه إجازة العقد، وفي القائم والفائت جميعًا؛ لأن الفائت فات إلى خلف، وهو القيمة، والفائت إلى خلف كالقائم حقيقة.

وإن شاء أخذ المبيع، وأرش الجناية من أيهما شاء؛ لأن له استيفاء ملكه، فصار كل واحد منهما جانيا على ملكه، فإن أخذ من الأجنبي لا يرجع على أحد.

وإن أخذ من المشتري، فإنه يرجع بذلك على الجاني؛ لأن المشتري بأداء الضمان قائم مقام البائع في حق ملك البدل.

وإن لم يقم مقامه في حق نفسه ملك الفائت، كغاصب المدبر إذا قبل المدبر في يده، وضمنه المالك يرجع بالضمان على القابل.

وإن لم يملك المدبر، فكذا هذا، وأما إذا كان الخيار للمشتري، فإن تعيب في يد البائع لم يبطل خياره؛ لأنه يمكنه إجازة العقد في القائم.

وإن تعيب في يده بآفة سماوية، أو بفعل البائع، أو غيره لزم البيع عندهما.

وعند محمد: لا يلزم بجناية البائع؛ لأنه لو لزم بجنايته لسلطناه على إلزام العقد، فتفوت فائدة الخيار للمشتري.

لهما: أنه لزم البيع في الجزء الذي تلف في ضمان المشتري، وتقرر عليه حصته من الثمن، فيتعذر عليه الرد للباقي، لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام في حق الرد، فلزم العقد ضرورة، ويرجع على البائع بالأرش؛ لأن البيع، تم فيه بأول جزء نقض فيه.

ولو حم العبد المبيع، فقلعت الحمى في مدة الخيار له الرد؛ لأن الخيار لم يبطل بالحمى، إلا أنه عجز عن الرد لفقد شرطه، وهو الرد، كما قبض، فإذا زال الحمى عاد شرط الرد، والخيار باقٍ فأمكنه الرد.

وإن أشهد على القبض بحضرة البائع، والعبد محموم، ثم أقلعت الحمى في مدة الخيار، ولم يحدث رد حتى مضت الثلاث، فله أن يرده بذلك الرد؛ أي: تسلمه إلى البائع.

وإن أقلعت بعد المدة لا يرده؛ لأن الرد قد صح لصدوره من أهله في محله، إلا أنه توقف نفاذه لحق البائع لفقد شرط الرد، فإذا وجد الشرط في وقت تمكنه استئناف الرد بعد ذلك الرد، وإلا فبطل كالبيع الموقوف على الإجازة إذا وجدت الإجازة في وقت يملك إنشاء البيع صح، وإلا فلا، فإن أبطل القاضي رده في الثلث، وهو محموم، ثم قلعت في المدة لم يكن له الرد؛ لأن القاضي أبطل رده بسبب مطلق له، وهو فوات شرط الرد فنفذ قضاؤه.

ولو نقض العقد، وهو صحيح، ثم حم، ثم ذهبت الحمى بعد الثلاث له الرد؛ لأن الرد قد صح، ونفذ لقيام شرطه، وهو كونه صحيحًا، كما قبض، وحل البائع منه محل المشتري، ومن اشترى شيئًا صحيحًا، ثم تعيب قبل القبض، ثم زال العيب لزم البيع، فكذا هذا، وكذلك في خيار الرؤية.

(**المنتقى**): ولو اشترى بيضًا، أو كمثرى، أو قصيلا، على أن البائع بالخيار، فخرج القرح، وصار الكمثرى تمرا، أو القصيل حبًّا بطل البيع؛ لأنه يعتبر المبيع اسمًا ومعنى، لا في ملكه، فلو بقي البيع بقي مع الخيار، فيقدر البائع على الإجازة، شاء المشتري أو أبى، وهذا لا يجوز.

وذكر في (**الزيادات**): أنه لا يبطل البيع؛ لأن الملك ثبت عند سقوط الخيار مستندا إلى وقت البيع، فتبين أن البعير حصل على ملكه.

ولو كان البيع باتًّا لم يبطل البيع، ويخير المشتري؛ لأنه لو بقي البيع لا يلزم المشتري بدون رضاه.

(فصل)

قال علماؤنا رحمة الله عليهم: البيع بشرط الخيار، لا ينعقد في حق الحكم، بل يتوقف ثبوت حكمه على سقوط الخيار.

وقال الشافعي رحمه الله في قول: ينعقد مفيدًا للملك، لكن ثبت له خيار الفسخ بتسليط صاحبه، كما في خيار الرؤية والعيب.

والصحيح قولنا؛ لأن لكل إنسان خيرتان قبل مباشرة العقد خيار مباشرة العقد في حق الحكم، فظهر أثر الخيار في امتناع حكم العقد، ثم الخيار لا يخلو، إما أن كان للبائع، أو للمشتري أو لهما، فإن كان الخيار للبائع، فإنه لا يخرج المبيع عن ملكه، خلافًا للشافعي لما بينا والثمن يخرج من ملك المشتري بالإجماع؛ لأن العقد بات في جانبه، ولا يدخل في ملك البائع إن كان عينا، ولا يجب له عليه إن كان دينا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما يدخل ويجب الثمن له، حتى لو باع عبدا بجارية، وشرط الخيار لبائع العبد بقي العبد على ملكه، وخرجت الجارية من ملك المشتري، ولا يدخل في ملك البائع عنده، خلافًا لهما، حتى لو أعتق البائع العبد عتق وانتقض البيع.

ولو أعتق الجارية دون العبد عتق، ولزم البيع؛ لأن الإعتاق إجازة منه دلالة، ولو أعتقها معا عتقا؛ لأنه يملك إعتاق كل واحد منهما على الانفراد، فيملك معا، وانتقض البيع، وعليه قيمة الجارية؛ لأنه سبب للفسخ والإجازة تلاقيا، فيكون الفسخ أولى، ولكن عجز عن رد ما اشترى بالعتق فيرد القيمة، وأما المشتري لا ينفذ عتقه في الجارية، ولا في العبد؛ لأن البيع بات من جانبه، وأما إذا كان الخيار للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة.

وعندهما يدخل، والثمن لا يخرج من ملك المشتري بالإجماع حتى ليس للبائع أن يطالبه بالثمن ما لم يمض الثلاث.

لهما: أن الملك في المبيع حكم تمليك البائع، وتمليكه وجد مرسلا، فيثبت حكمه، وهو الملك منجزا.

وكذا لو كان الخيار للبائع، فالملك في الثمن حكم تمليك المشتري، وتمليكه وجد مرسلا، فيثبت الملك فيه منجزا. له: إن خيار المشتري يمنع زوال الثمن عن ملكه، فلو دخل المبيع في ملكه كان فيه جمعًا بين البدل المبدل في ملك رجل واحد من المبادلة، فلو دخل المبيع في ملكه، وهذا لا يجوز؛ لأنه خلاف قضية المبادلة، لأنها تقتضي المعادلة، وفوائد هذا الأصل تظهر في مسائل:

منها: لو كان المشتري قريبه لم يعتق عنده خلافًا لهما.

ولو قال لعبد الغير: إن اشتريتك فأنت حر، فاشتراه على أنه بالخيار، وثلاثة أيام يعتق عليه بالإجماع.

أما عندهما، فلأنه دخل في ملكه، وأما عنده؛ فلأن المعلق بالشرط يصير كالمنجز عند وجود الشرط، ولم يجز عتقه بعد شرائه شرط الخيار ينفذ عتقه، ويبطل الخيار لاختياره الملك، فكذا هذا.

ومنها: لو كانت المشتري منكوحته لم يفسد النكاح عنده، خلافًا لهما، فإن وطئها لا يبطل خياره.

عنده: إن كانت ثيبا؛ لأنه وطئها بملك النكاح.

وعندهما: يبطل خياره؛ لأنه وطئها بملك اليمين.

وإن كانت بكرا أو نقضها الوطء يبطل خياره؛ لأن القدرة غير مستحقة بالنكاح، وقد زالت في يده وانتقض بفعله، فبطل خياره.

ومنها: لو كان المبيع جارية قد ولدت منه لا تصير أم ولد له، عنده خلافًا لهما ولو حاضت عنده في مدة الخيار ثم اجاز لا تجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء.

عنده، وعندهما: تجتزئ.

ومنها: لو قبض المبيع بإذن البائع، ثم أودعه عنده بائعه في مدة الخيار وهلك في المدة يهلك من مال البائع عنده، وانتقض قبضه بالرد على البائع، وهلك المبيع قبل القبض.

وعندهما: يهلك على المشتري؛ لأنه ملكه، فصار مودعا ملك نفسه، وصار يد البائع كيده.

ولو كان البيع باتًّا، وفيه خيار عيب وخيار رؤية يهلك من مال المشتري؛ لأنه ملكه، فكذا إيداعه منه، ومن الأجنبي بمنزلة.

ومنها: لو أبرأه البائع عن الثمن لم يصح عند أبي يوسف: لأنه لم يملك الثمن.

وعندهما: صح إذا أجاز البيع؛ لأنه أبرأه بعد وجود سبب الملك، فإذا أجاز استند الملك إلى وقت العقد، فيظهر أن الإبراء بعد وجود سبب الملك، فإذا أجاز استند إلى الملك إلى وقت العقد، فيظهر أن الإبراء صادف ملكه، وإذا صح الإبراء ينظر إن كان المشتري حرًّا لم يبطل خياره بالإجماع.

وإن كان المشتري عبدًا مأذونا لم يبطل خياره عند أبي حنيفة، إن شاء أجاز، ويكون المبيع له بغير ثمن، وإن شاء فسخ، وعاد إلى البائع بغير ثمن.

وعندهما: بطل خياره؛ لأن عنده لم يملك العبد المبيع، فيكون الرد امتناعا عن التمليك لا تمليكا، والعبد يملك ذلك كما إذا وهب له، فامتنع من القبول.

وعندهما: ملك العبد المبيع، فيكون الرد تمليكا منه للبائع بغير بدل، فيكون تبرعا، والعبد لا يملك التبرع بخلاف الحر؛ لأنه يملك التبرع.

ومنها: لو اشترى ذمي من ذمي خمرًا بشرط الخيار، وقبضه، ثم أسلم ينتقض البيع عنده؛ لأنه لم يملكه قبل الإسلام، خلافًا لهما.

ولو كان الخيار للبائع، والخُمُر مقبوضة، فأسلم المشتري في رواية لا ينتقض البيع، والبائع على خياره؛ لأنه يملك المشتري الخمر حكما بسبب سابق على الإسلام لا قصدا، والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما، كما في الإرث.

وفي رواية: ينتقض؛ لأن الملك يثبت له بعقده وصيغه، فيكون ثابتا قصدا، فإن أسلم البائع والخيار له يفسد البيع؛ لأنه لم يزل عن ملكه، فيمنع الإسلام خروجه عن ملكه.

وكذلك لو باع صيدا على أنه بالخيار وسلمه، ثم أحرم ينتقض؛ لأن المحرم لا يستطيع أن يحل عقده في بيع صيد، وفي رواية يفسخ.

ولو كان الخيار للمشتري، فأحرم في الثلاث لزم البيع، وكان إحرامه بمنزلة الاختيار؛ لأنه لا يستطيع أن يفسخ البيع، ويرده وهو محرم.

(فصل)

الفسخ والإجازة على ضربين:

أحدهما: بالفعل، وهو التصرف فيه تصرف الملاك، كما وصفنا.

والثاني: بالقول، فيقول: فسخت البيع، أو أجزته، فالفسخ بالفعل يصح علم به صاحبه، أو لم يعلم؛ لأن هذا فسخ حكمي، ثبت ضرورة وحكما لاستيفاء ملكه، فلا يشترط علم صاحبه بذلك، كالموكل إذا باع ما وكل ببيعه ينعزل الوكيل حكما، وكالمولى إذا باع عبده المأذون في السر يصير محجورًا، والفسخ بالقول لا يصح عندهما: ما لم يعلم به صاحبه، ويكون موقوفًا إن علم صاحبه بفسخه، في يده الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم البيع.

وعند أبي يوسف: يصح، وإن لم يعلم صاحبه به؛ لأن الآخر لما ساعده في الشرط فقد سلطه على الفسخ، فلا يتوقف عمل الفسخ على علمه كالإجازة.

لهما: أن فيه إلزام موجب الفسخ على صاحبه من غير علمه، وفيه ضرر؛ لأنه يستحق عليه الامتناع من التصرف في الجارية وطئًا واستخداما، فلا يلزم إلا بعد علمه، كعزل الوكيل، ونهي المضارب، وتصح الإجازة بغير علم صاحبه بالإجماع؛ لأن من لا خيار له رضي بحكم العقد ولزومه، ومن له الخيار لم يرض بحكم العقد، فإذا أجاز فقد رضي به، فيجب القول بنفاذه.

وذكر الكرخي: أن خيار الرؤية على هذا الخلاف، وفي خيار العيب لا يصح فسخ المشتري بغير علم البائع بالإجماع؛ لأنه لا يثبت إلا بالقضاء، المشتري اثنان، ولهما خيار شرط، أو رؤية، أو عيب، لا ينفرد أحدهما بالرد، عند أبي حنيفة.

وعندهما: ينفرد؛ لأن كل واحد ما اشترى إلا النصف، فيكون له حق رده دفعا للضرر عنه، وما يلحق البائع من ضرر الشركة يلحقه برضاه؛ لأن الشركة إنما تثبت في المبيع مضافا إلى إيجابه، فقد رضي بالتزام هذا الضرر.

له: أنه لو رد يلحق البائع ضرر عيب الشركة؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب عادة، فإنه لا يشتري كل واحد من النصفين، بانفراد بمثل ما يشتري به مع اجتماعه، والبائع ما رضي إلا بفسخهما لا يفسخ أحدهما إلا أنه أثبت الملك، والخيار لهما جملة صفقة واحدة، والمشتري أيضًا يلحقه ضرر امتناع الرد، إلا أن البائع لا يمكنه دفع هذا الضرر إلا بامتناع الرد، والمشتري يمكنه دفعه بالرجوع بنقصان العيب، فكان هذا أدنى، فيدفع الأعلى مجمل الأدنى، ونظيره مسائل:

إحداها: لو كان للمتفاوضين خيار شرط، أو رؤية، أو عيب ينفرد أحدهما برد الكل؛ لأن تصرف أحدهما كتصرفهما فيما كان من التجارة، والرد من التجارة، فيكون رد أحدهما كردهما، فصار كأنهما ردا البيع، ولا ينفرد أحدهما برد النصف عند أبي حنيفة، خلافًا لهما.

الثانية: لو كان لشريكي العنان خيار، وقد استردا مطلقا يصح رد أحدهما؛ لأن رد أحدهما كردهما؛ لأنهما بمنزلة المتفاوضين، ولا يصح رد أحدهما بالنصف عنده، خلافًا لهما.

والثالثة: الوصيان إذا كان لهما خيار شرط، أو رؤية، أو عيب لليتيم لا يصح رد أحدهما في النصف عندهما.

وعند أبي يوسف: يصح؛ لأن أحد الوصيين لا ينفرد بالتصرف.

عندهما وعنده: ينفرد.

(**المنتقى**): قال أبو حنيفة، ومحمد رحمهما الله: لو اشترى على أنه بالخيار، فتوارى البائع في بيته، وأراد أن يمضي الثلث، فيلزم البيع، وأشهد المشتري إنسانا أنه قد رد البيع، فرده باطل؛ لأنه من غير علم صاحبه، وحيلته أن يأخذ كفيلا من البائع، ويقول: إن عبت فأنا أرد.

اشترى جارية على أنه بالخيار، فرد غيرها على البائع، وقال: هي التي اشتريتها، فالقول قوله، وللبائع أن يملكها ويطأها؛ لأن المشتري لما ردها، فقد وصى بملك البائع بذلك الثمن، فكان له أن يملكها، وعلى هذا القياس القضاء إذا رد ثوب آخر على رب الثوب، وكذا الإسكاف، ذكره في الفتاوى.

(باب من يبيع على غيره ويشترط الخيار لنفسه أو يبيع لنفسه ويشترط الخيار لغيره)

ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لثالث جاز العقد، والخيار لهما.

وعند زفر: لا يجوز البيع قياسًا؛ لأنه شرط في العقد ما لا يقتضيه العقد، لأنه شرط ما يجب بالعقد لغير العاقد، فصار كما لو شرط في العقد ما لا يقتضيه الثمن على غير العاقد.

لنا: إن شرط الخيار للأجنبي، لا يصح إلا بطريق النيابة عن العاقد، فيجعل شارطًا الخيار لنفسه، مبنيًّا غيره في التصرف بحكم الخيار تصحيحًا لتصرفه، فأيهما أجاز أجاز، وأيهما نقض انتقض، فإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر، فالسابق منهما أولى.

وإن كان معا، فالفسخ أولى في رواية المأذون؛ لأن الفسخ يرد على المجاز، والإجازة لا ترد على المفسوخ، فكان الفسخ أولى، كنكاح الحرة مع الأمة، وكالعتق مع البيع إذا توقفا على إجازة إنسان، فأجاز بهما المالك، فالعتق أولى؛ لأنه يرد على البيع، والبيع لا يرد عليه.

وفي رواية البيوع: تصرف العاقد أولى أيهما كان؛ لأن تصرفه بولاية أصلية، وهي ولاية الملك، فكان أقوى من التصرف بولاية عارضة، وهي ولاية النيابة.

وقيل: ما ذكر في البيوع قول أبي حنيفة، وما ذكر في المأذون قول محمد؛ لأن أبا حنيفة يقدم ولاية الملك، ومحمد يسوي بينهما، أصله ما ذكر في "النوادر" في الوكيل بالبيع إذا باعه من رجل، وموكله باعه من آخر معا.

فعند أبي حنيفة: بيع الموكل أولى.

وعند محمد: تخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ النصف، وإن شاء نقض البيع، لما يأتي في الوكالة.

ولو باع الأب، أو الوصي، أو المضارب، أو الشريك، أو الوكيل، وشرط الخيار

لنفسه، أو للذي عاقده جاز؛ لأنه يتصرف بحكم الأمر، والأمر مطلق، وشرط الخيار، من باب الاحتياط والنظر، فيصح من الأب والوصي.

ولو بلغ الصبي في مدة الخيار بطل الخيار، وتم البيع عند أبي يوسف؛ لأن الخيار يثبت حقا للعاقد، وقد عجز عن استيفاء موجبه بعد البلوغ، لانقطاع ولايته، فصار كموته في المدة.

وعن محمد رحمه الله ثلاث روايات:

في رواية: ينتقل الخيار إلى الصبي، حتى يلزم البيع بإجازته في مدة الخيار، أو يمضيها إن لم يفسخ؛ لأن الأب كان نائبا عنه، وتصرف الثابت كتصرف الأصل، فصار كأن الابن باشره.

وفي رواية عنه: لا يلزم إلا بإجازته في المدة وبعدها؛ لأن ملكه كان باقيا إلى وقت بلوغه، فلا يزول إلا برضاه، فصار كأن الأب باع بعد بلوغه.

وفي رواية: يلزمه بإجازته في المدة، ويبطل بمضيها؛ لأنه لا يمكن إيفاء التوقف بعد المدة؛ لأنه لا يقتضيه العقد، وبعد زواله ملكه بغير رضاه، فتعين البطلان.

ولو باع المكاتب، وشرط الخيار لنفسه يعجز في الثلاث تم البيع، وكذا في المأذون إذا حجر عليه المولى في الثلاث تم البيع؛ لأنه عجز عن التصرف بحكم الخيار، فصار كالموت.

ولو اشترى الأب والوصي شيئًا للصبي بدين في الذمة، وشرط الخيار، ثم بلغ جاز العقد عليهما والصبي بالخيار، إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ؛ لأنه انقطعت ولاية إلزامهما، فجاز عليهما، ويوقف في حق الصبي على الإجازة وكيل بالشراء شرط الخيار لموكله بأمره، أو بغير أمره، فادعى البائع رضاء الآمر، وأنكر الوكيل، فالقول للوكيل بلا يمين؛ لأن البائع يدعي سقوط خياره، ووجوب الثمن عليه، وهو ينكر، ولا يمين؛ لأنه دعوى على الآمر دون العاقد.

والآمر لو أنكر لا يستحلف؛ لأنه نائب عن العاقد في حق حقوق العقد، وليس بأصل، فلم تصح الدعوى في حق إيجاب اليمين عليه، فالعاقد أولى.

وإن ادعى الرضا على الوكيل يحلف؛ لأن الدعوى توجهت عليه، وإن أقام بينة على رضاء الآمر قبلت؛ لأن الوكيل انتصب خصما عن الآمر؛ لأنه ادعى حقا على الحاضر، وهو سقوط الخيار بسبب ادعائه على الغائب.

(**الزيادات**): أصله: أن المأمور إذا خالف من حيث الوصف، والقدر إلى خير ينفذ على الآمر؛ لأنه يقع له، وقد أذن له به.

وإن خالف إلى شر لا ينفذ عليه، لعدم التزامه الضرر والعقد إذا لم ينفذ على الآمر، وأمكن تنفيذه على المأمور ينفذ عليه؛ لأنه متصرف بولاية أصلية له على نفسه، أمر رجلا أن يبيع ماله بشرط الخيار للآمر، فباعه ولم يشترط الخيار له لا ينفذ على الآمر؛ لأنه خالف أمره إلى شر، لأنه أمر ببيع غير مزيل للملك بنفسه إلا برضاه وقد أتى ببيع مزيل للملك.

ولو أمره ببيع مطلق، فباع وشرط الخيار على الآمر؛ لأنه خالف إلى خير.

ولو أمره ببيع ماله، وأن يشترط الخيار لنفسه، فباع وشرط الخيار للآمر جاز البيع؛ لأنه لم يخالف، لأن اشتراط الخيار للآمر اشتراط لنفسه.

ولو أمر أن يشترط للآمر، فيشترط لنفسه لا يجوز؛ لأنه أمره ببيع لا يزيل ملكه بدون رضاه، وأن لا يكون للمأمور فيه رأي وتدبير، ويكون الرأي والتدبير فيه للآمر أصلا، وفيما فعله يكون له رأي وتدبير أصلا، والأمر تبعا، فيكون مخالفا؛ فإن شرط الخيار للآمر، ثم أجاز هو البيع جاز عليه دون الآمر، وخيار الآمر باق، حتى لو أجاز كان له.

وإن فسخ يلزم الوكيل؛ لأن الخيار ثبت للآمر بالشرط، فصار كخيار العيب إذا ثبت بالعقد الوكيل بالشراء إذا وجد عيبا بالمبيع، ورضي به نفذ فيما بينه وبين البائع، وخيار الآمر على حاله، وإن رضي به لزمه، وإن رد لزم الوكيل، فكذا هذا.

ولو لم يكن من المشتري اختيار حتى قال الآمر رده، فأجازه المشتري أو لم يجزه، فهلك المبيع هلك على مال الآمر؛ لأنه دخل في ضمانه بقبض الوكيل، وبهذا القدر لا ينفسخ العقد؛ لأنه أمر بالفسخ، وليس بفسخ، فبقي خيار الآمر، فلا تصح إجازته في حق الآمر، فبقي المبيع في ضمانه.

وإن قال الآمر بعد أمره بالرد، وإجازة المشتري نقضت البيع، فالمبيع لازم للمشتري؛ لأن البيع انتقض بين الآمر والمشتري، ونفذ بين البائع والمشتري بإجازته.

ولو قال: الآمر رده فباعه من آخر، فبيعه موقوف؛ إن شاء الآمر أجازه، وإن شاء ألزمه المشتري، وبطل البيع الثاني؛ لأنه موقوف على إجازة الآمر، لأنه لا يبطل ملك الآمر بقوله رده، ولم يخرج عن ضمانه.

(باب البيع بشرط عدم النفذ إلى ثلاثة أيام)

باع بشرط إن لم ينفذ الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما يجوز، وينفسخ إن لم ينفذ خلافًا لزفر لأن هذا في معنى البيع بشرط الخيار بل هذا أحق منه فإن الحاجة هنا أمتن، فإن ضرر المماطلة لا يندفع إلا بهذا، أو بالمرافعة إلى القاضي، وفي ذلك ضرر، فتعين هذا.

وثمة الحاجة إلى التروي، وأنه ممكن قبل العقد، فكان الجواز عند شدة الحاجة أحق، فإن كان المبيع عبدا قد أعتقه أو باعه، ثم لم ينفذه حتى مضت الثلاثة نفذ عتقه وبيعه؛ لأن هذا بمعنى شرط الخيار، لأن الإجازة والفسخ تعلقا بفعل المشتري، وهو النقد في الثلاثة، ونزل النقد فيها.

ولو أعتقه، أو باعه في خيار الشرط يلزم البيع، فكذا هذا.

ولو أعتقه بعد مضي الثلاثة، ولم ينفذ الثمن لم يذكره في ظاهر الرواية.

وذكر في "النوادر" وقال: إن كان قبل القبض لا ينفذ عتقه، وبعد القبض ينفذ، وجعل البيع فاسدًا بمضي ثلاثة أيام، متى ترك النقد، ولم يجعل مفسوخًا؛ لأن قوله: إن لم ينفذ إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بيننا بوقت البيع، وليس بفسخ له نصًّا، فمتى ترك النقد في الثلاثة صار كأنه قال: بعتك هذا العبد إلى ثلاثة أيام، فيكون توقيتًا للبيع، وإنه لا يقبل التوقيت، فصار بمنزلة شرط فاسد، فيفسد البيع.

ولو شرط إن لم ينفذ إلى أربعة أيام لم يجز البيع عند أبي حنيفة، وهو رواية عن أبي يوسف.

وعند محمد: يجوز، وهو رواية أخرى عن أبي يوسف، كما في شرط الخيار،

فيحتاج أبو يوسف إلى الفرق بين هذا وبين البيع، بشرط الخيار أربعة أيام على رواية.

والفرق: أن القياس أن لا يجوز البيع بهذا الشرط امتلأ؛ لأنها مفاسخة ومتاركة علقت بالحظر نصًا، وتعلق المفاسخة والمتاركة بالحظر لا يجوز، كما لو قال: إن لم أفعل كذا، فلا بيع بيننا، وإنما جوزنا ذلك في ثلاثة أيام نصًا وعرفا، ففيما رواه رد إلى ما يقتضيه القياس، وفي خيار الشرط وردت السنة بالزيادة على ثلاثة أيام، وهو حديث ابن عمر رضي الله عنهما، والحاجة ماسة إلى اعتباره لما بينا فجوزناه.

ولو اشترى جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، فوطئها المشتري في الثلاثة، أو جنى عليها، أو مضت الثلاث ولم ينقده فالبائع بالخيار، بكرا كانت أو ثيبا، إن شاء أخذها ولا شيء له من عقر أو أرش، وإن شاء ألزمه وأخذ الثمن؛ لأن وطء المشتري وجنايته لا في ملكه، فلا يلزمه عقر، ولا أرش، فلم يمنع الانفساخ برضا البائع، ألا ترى أنهما لو تقايلا صحت الإقالة.

ولو وطئها أجنبي، أو جنى عليها وجب أرش وعقر لزم المشتري، ولا خيار للبائع؛ لأن الزيادة المنفصلة الحادثة في يد المشتري يمنع الفسخ بالإقالة، فكذلك بسبب عدم النقد.

ولو وجب ذلك بعد مضي ثلاثة أيام، ولم ينفذه، فالبائع بالخيار؛ إن شاء أخذها وأرشها وعقرها، وإن شاء سلمها بذلك كله، ولزمه الثمن؛ لأن البيع قد انفسخ بعدم النقد في الثلاثة قبل حدوث الزيادة المنفصلة، وحدوث الزيادة بعده لا يوجب بطلان الفسخ، ولكن يوجب الخيار للبائع، إلا أنه مضمون على المشتري بالثمن، إلى أن يرد محل المشتري قبل الرد محل البائع بعد العقد قبل التسليم.

ولو كان المشتري قطع يدها، أو أقبضها بعد الثلاثة، ولم ينفد الثمن، فالبائع بالخيار إن شاء سلمها له، وإن شاء أخذها، وأخذ منه نصف الثمن كأن افتضها ضمنه من الثمن ما نقضها الافتضاض عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقسم الثمن على قيمتها، وعقرها كما في البائع إذا وطئ الجارية

المبيعة قبل القبض، فالجواب كذلك، فكذلك المشتري إذا وطئها عند الفسخ؛ لأنه حل محل البائع عند الفسخ.

ولو ولدت بعد الثلاث وماتت كان البائع بالخيار، إن شاء أخذ الولد وضمنه حصتها من الثمن، وإن شاء سلم الولد بالثمن مع أمه؛ لأن البيع لا ينفسخ بعدم النقد في الثلاثة ما دام الولد قائمًا في يد المشتري، لأن الزيادة المنفصلة مانعة من الانفساخ، إلا أنه فات الأصل، وبقي التبع، فله أن يختار التبع بحصته من الثمن.

وإن شاء لم يأخذ كالمبيعة ولدت في يد البائع، وماتت ثبت الخيار للمشتري، فكذا هذا للبائع؛ لأن المشتري عند الفسخ نزل منزلة البائع، وكذلك لو كان الثمن عرضًا أو عبدًا، أو حدث ذلك كله في الثلاث، ثم مضت الثلاث، فما يمنع الفسخ إذا كان الثمن دراهم يمنع الفسخ هنا، وما لا يمنع هناك لا يمنع هنا، وما أثبت الخيار هناك أثبت هنا.

ولو مضت الثلاث، ثم حدث ذلك كله صار مثل الإقالة؛ لأنه لما مضت الثلاث انتقض البيع، وعاد كل عرض إلى ملك صاحبه، فهو كما لو تبايعا عرضا وتقابضا، ثم تقايلا العقد، وهلك أحدهما، فحل حكم ثبت في الإقالة يثبت هنا.

(**المنتقى**): لو اشترى على أن البائع إن رد الثمن على المشتري إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما جاز، وهو كالبيع بشرط الخيار للبائع؛ لأنه علق المفاسخة بفعل البائع، وهو رد الثمن إلى ثلاثة أيام، فصار كما لو علق الفسخ بفعله شرطا.

رجل باع من رجل ثوبا بعشرة دراهم، على أن ينقده كل يوم درهم، وكل يومين درهمين يعطيه اليوم الأول درهما، واليوم الثاني ثلاثة دراهم، واليوم الثالث درهما، واليوم الرابع ثلاثة دراهم، واليوم الخامس درهما، واليوم السادس درهما.

(باب من يشتري شيئين على أن يختار أحدهما)

مسائله على أوجه:

أحدها: لو اشترى ثوبا من ثوبين، أو ثلاثة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، يختار أحدها، وبين ثمن كل واحد منهما جاز البيع استحسانًا، ولا يجوز قياسًا، وهو قول

زفر، والشافعي؛ لأن المبيع مجهول وجهالته تمنع جواز البيع. وجه الاستحسان أنه بمعنى البيع بشرط الخيار، فإن ثمة إنما جوز لحاجة العباد إلى دفع الغبن، وهذه الحاجة تندفع بالثلاث؛ لأن الأشياء ثلاثة؛ جيد، ورديء، ووسط، والجهالة غير مفضية إلى المنازعة إذا تعين من له الخيار، ولأن الناس تعاملوا جواز هذا البيع من الصدر الأول إلى زماننا من غير نكير، والتعامل حجة يترك بهذا القياس، ويخص بها الأثر، والتعامل وجد في ثلاثة، ولا يوجد فيما زاد عليها.

ويجوز ذلك في ثلاثة أثواب، ولا يجوز في أكثر من ذلك، خلافًا لمالك؛ لأن في الأربعة إن انعدمت المنازعة لم توجد الحاجة وهذه الرخصة قائمة بوصفين فلا تقوم بأحدهما ولو باعه ثوبين على أن يلزمه البائع أيهما شاء في مدة الخيار، جاز كما في خيار المشتري، وإليه أشار في المأذون.

وذكر في "المجرد": أنه لا يجوز إلا أن هذا العقد جوز لحاجة الناس إلى اختيار الأرفق، وهذه الحاجة تتحقق للمشتري؛ لأنه غير عالم بأوصاف المبيع، ولا تتحقق للبائع؛ لأنه عالم بحال المبيع، فيرد جانبه إلى ما يقتضيه القياس.

ولو ذكر الخيار في هذا البيع، ولم يوقته، ذكر الطحاوي، والكرخي، عن محمد: أنه لا يجوز، وهو المذكور في (**الجامع الصغير**)؛ لأنه خيار لا يثبت إلا بالشرط، فلا يجوز إلا مؤقتا، كخيار الشرط.

وذكر في "الجامع الكبير": والأصل أنه يجوز لأن هذا خيار تمييز ملك من له الخيار عن ملك غيره، لا خيار شرط؛ لأنه فسر قوله على أني بالخيار آخذ أيهما شئت، وأرد الآخر، وأبدأ الحكم للتفسير لا لأول الحكم، ولهذا لم يكن له أن يردهما.

ولو كان هذا خيار شرط كان له أن يردهما، وخيار التعيين لا يتوقف، ولكن لا بد من بيان من له الخيار قطعا للمنازعة، وإنما تعلق ثبوته بالشرط قطعا للمنازعة؛ لأنه لا يعد تعيين أحدهما على صاحبه قبل اشتراط الخيار، فكان الشرط محتاجا إليه لهذا، لأنه خيار الشرط، فعلى هذا لو قدر الخيار بأربعة أو أكثر.

عندهما: يجوز، واختلفوا على قول أبي حنيفة، فمن قال بأن هذا الخيار ملحق بخيار الشرط، قال: لا يجوز، ومن قال بأنه إذا ذكر الخيار مؤقتا جاز، يجوز هنا

أيضًا إذا وقته بأكثر من ثلاثة أيام، فإن لم يشترط مع ذلك خيار الشرط لزم البيع في أحدهما، والآخر أمانة عنده.

وإن شرط معه خيار الشرط، فلا بد من توقيت بخيار التعيين بالثلاث وما دونه، ولا يلزم العقد في أحدهما، حتى إن لصاحب الخيار ردهما.

وإن هلك من له الخيار بطل خيار الشرط، ويثبت للوارث خيار التعيين حتى لا يملك الوارث ردهما، وإذا اختار أحدهما بقي الآخر أمانة؛ لأنه بقي مقبوضا بإذن مالكه لا على سبيل التملك.

ولو هلك أحدهما، فلا يخلو، إما أن كان الخيار للمشتري، أو للبائع، فإن كان الخيار للمشتري، فلا يخلو، إما أن هلك قبل القبض، أو بعده، فإن هلك أحدهما قبل القبض تعين الهلاك للأمانة، والقائم للبيع، وله الخيار في القائم يأخذه، أو يرده؛ لأن محل الاختيار والبيع قائم.

ولو هلك يبطل البيع لفوات محله قبل تمامه، ولو هلك أحدهما بعد القبض تعين الهالك للبيع، والقائم للأمانة فيرده؛ لأن الهالك يصير معيبا قبل الهلاك لا محالة، والمعيب لا يبقى محلا للرد، فقد عجز عن رده بالعيب قبل الهلاك، فتعين الآخر للرد، فتعين الهلاك للبيع ضرورة.

ولو هلكا على التعاقب تعين الهلاك أولا للبيع، ولزمه ثمنه.

ولو هلكا معا لزمه نصف ثمن كل واحد منهما؛ لأن الهالك ليس محلًّا لإنشاء البيع فيه، فلم يكن محلا للبيان، فلا يتعين المضمون من الأمانة، فشاع الضمان والأمانة فيهما.

ولو قال البائع: هلك أعلاهما ثمنا، وقال المشتري: لا بل هلك أرخصهما ثمنا، فالقول قول المشتري؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة الثمن، وهو ينكر، فيكون القول له.

ولو أقاما البينة، فالبينة للبائع؛ لأنها أكثر إثباتا، ولو تعيب أحدهما لزمه ثمنه، والآخر أمانة؛ لأنه تعذر رد المعيب فتعين التسليم للرد، والمعيب للبيع.

وإن تعيبا معا، فالمشتري يغرم من عيب الآخر شيئًا استحسانًا، والقياس أن يرده

مع نصف قيمة النقصان؛ لأنه تردد بين كونه مبيعا مضمونا، وبين كونه أمانة مردودة، فشاع الضمان والأمانة فيهما. وجه الاستحسان أن خيار التعيين لم يسقط بتعينهما؛ لأن المعيب محل لإنشاء البيع فيه، فيكون محلا للبيان، فإذا عين البيع في أحدهما تميز المبيع من الأمانة، فهلك أحدهما تعين الهالك للأمانة، والقائم للبيع.

ولو هلكا على التعاقب ضمن المشتري قيمة الهالك آخرًا؛ لأن الأول يعين للأمانة، والآخر أمانة، ولا يدري فشاع الضمان والأمانة فيهما.

ولو تعيبا معا، أو متعاقبا قبل القبض وبعده، فخيار البائع بحاله؛ لأنه متى عين البيع في المبيع لا يتضرر به المشتري؛ لأنه يرده بحكم العيب، فإن عين أحدهما البيع خير المشتري، إن لم يتعيب عنده، وإن كان تعيب عنده، فلا خيار له.

ولو كانا عبدين، فأعتقهما البائع عتق المردود إليه؛ لأنه لما اختار المشتري أحدهما صار ملكا له من وقت البيع، وبقي الآخر ملكا للبائع، فينفذ إعتاقه فيه.

وإن أعتق أحدهما بعينه فعين المشتري البيع فيه بطل العتق، وإن عين في الآخر نفذ عتق البائع فيه؛ لأن ملك البائع في المضاف إليه العتق دائر بين الزائل والقائم، فيكون موقوفا، فيتوقف العتق بتوقفه.

وإن أعتق أحدهما بغير عينه لم يعتق واحد منهما أعتقه البائع، أو المشتري، ذكره في (**الجامع**)؛ لأنه جمع بين عبده وعبد غيره، وقال أحدكما حر لا يعتق عبده؛ لأنه وقع الشك في صحة إيجاب العتق، فلا يصح إيجابه بالشك.

وإن أعتقهما المشتري معا فهو على خياره، فأيهما اختار يعتق؛ لأنه تميز المبيع من غير المبيع، فنفذ إعتاقه، فلزمه البيع.

ولو كانا جاريتين، فوطئهما المشتري، فولدتا لزم المشتري الأولى وطئا، ويعرف ببيانه؛ لأنه بالوطء اختار الملك في الموطوءة، فالاستيلاد حصل على ملكه، فتعين البيع فيها، وصارت أم ولد له، ويرد الأخرى وولدها وعقرها على البائع؛ لأنها ملك البائع، وتبين أن المشتري وطئ جارية الغير عن شبهة، ولا يثبت نسب ولد المردودة من المشتري.

وإن مات المشتري قبل بيان الأولى، فالبيان لورثته؛ لأن الخلاف وقع في تعيين المبيعة، وقد ثبت لهما خيار التعيين ابتداء بسبب ملك مبيع مجهول، فإن قالوا: لا نعلم لزمهم نصف ثمن كل واحدة؛ لأنه لم يميز المضمونة من الأمانة، فشاع الضمان والأمانة فيهما، وتسعى كل واحدة في نصف قيمتها للبائع؛ لأن إحداهما أم ولد المشتري، وعتقت بموته، ولا يدري، فشاع الحرية والرق فيهما، ويسعى كل واحد من الولدين في نصف قيمته للبائع؛ لأن أحدهما جزء لا يدري، فشاع الحرية والرق فيهما، ولا يثبت نسب واحد منهما للجهالة، وللبائع نصف عقر كل واحدة لما عرف.

ولو وطئها البائع مع المشتري وادعيا الولدين، فأيتهما اختارها المشتري كانت أم ولد له، وترد الأخرى وولدها وعقرها؛ لأن الخيار له، والضمان عليه، فكان البيان إليه، وتصير المردودة ولدًا للبائع، وعلى كل واحد عقر لصاحبه، ويتقاصّان ويترادان الفضل؛ لأن كل واحد وطئ أم ولد الغير.

فإن مات البائع، والمشتري قبل البيان، فالقول لورثة المشتري؛ فإن لم يعلموا لم يثبت نسب كل واحد من الولدين وولاؤهما وولاء ولديهما بين البائع والمشتري فإن لم يعلموا لم يثبت نسب كل واحد من الولدين وولاؤهما، لأن حرية الولدين لا تثبت بناء على ثبات النسب حتى يجعلا حرين من الأصل، فصار قوله أحدهما وكذا كناية عن الإعتاق، فتثبت الحرية مقصورة على الحال.

(**المنتقى**): لو اشترى ثلاثة أثواب، على أن يأخذ واحدًا منها، فضاعت عنده معا، لزمه ثلاث ثمن كل واحد منهما.

ولو احترق ثوبين ونصف معا يرد نصف الباقي، ويلزمه نصف ثمن كل واحد منهما، وكذلك لو احترق واحد ونصف معا يرد نصف الباقي، ويلزمه ثمن الآخر.

وكذلك إن بقي من الثياب شيء له ثمن؛ لأن ما بقي أمانة، وما هلك تردد بين المبيع والأمانة، فشاع الضمان والأمانة فيه.

والوجه الثاني لو اشترى ثوبين، أو عبدين، على أن أحدهما لازم له، وهو في الآخر بالخيار، فهو على أوجه في وجه يجوز البيع، وهو ما إذا عين الذي فيه

الخيار، وسمى لكل واحد ثمنا؛ لأن المبيع معلوم، وثمنه معلوم، وما شرط فيه الخيار معلوم، فيكون البيع في أحدهما باتًّا، وفي الآخر بالخيار، وفي ثلاثة أوجه يفسد البيع، وهو ما إذا تعين الذي فيه الخيار، ولم يسم لكل واحد ثمنا؛ لأن الذي لزم فيه البيع مجهول، وثمنه أيضًا مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة، أو عين الذي فيه الخيار، ولم يسم له ثمنا يفسد لجهالته الثمن، أو سمى لكل واحد ثمنا، ولم يعين الذي فيه الخيار؛ فلا يجوز لجهالة المبيع.

ولو اشترى ثوبًا واحدًا، على أن لأحدهما الخيار يعينه في نصفه ونصفه، فالبيع جائز؛ لأن نصفه معلوم، وثمنه معلوم.

(**الجامع**): قال: بعتك أحد هذين العبدين، فقبل يكون فاسدًا لجهالة المبيع، فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد؛ لأن أحدهما مضمون عليه بالقيمة، لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد، والآخر أمانة، والمضمون مجهول، فشاع الضمان فيهما كما في البيع الصحيح؛ إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق إفادة الحكم.

وإن أعتقهما المشتري، أو أعتق أحدهما قبل صاحبه بعد القبض، فحكمه كما ذكرنا في البيع الصحيح، ولكن هنا قيمة، وهناك ثمن.

ولو قبض المشتري أحدهما، وأعتق غير المقبوض لا يصح؛ لأنه أعتق ما لا يملكه، فإن قبضه بإذنه، ثم أعتقه صح؛ لأنه ملكه، وتقدم قبض الأول لا يكون اختيارًا.

ولو أعتق البائع العبدين بعد قبض المشتري، ثم فسخ العقد يعتق أحدهما، والخيار إليه؛ لأن أحدهما كان في ملكه.

وإن أعتقهما قبل قبض المشتري، أو أحدهما بعينه، أو بغير عينه جاز عتقه؛ لأن الملك قائم.

(**الزيادات**): لو اشترى عبدين، كل عبد بألف، على أن البائع بالخيار في أحدهما بعينه، والبيع لازم في الآخر جاز؛ لأن الذي لزم فيه البيع معلوم البيع فيه، فألزمناه فيه، فتمكن إلزام، وله الخيار فيما شرط فيه الخيار، فإن أراد المشتري قبض الذي لا

خيار فيه، وأعطى ثمنه ليس له ذلك؛ لأن الصفقة واحدة، فلا يملك تفريقها في حق القبض على البائع.

ولو قال البائع: أدفع إليك العبدين، وآخذ ثمنهما، فللمشتري أن لا يأخذ؛ لأن ما هو المشروط فيه الخيار لا يملكه المشتري، فكيف يجبر على قبض ما لا يملكه، وفي دفع الآخر وحده تفريق الصفقة على المشتري قبل التمام، وذلك لا يجوز.

وكذلك لو كان الخيار للمشتري، فقال: أدفع الثمن كله، وأقبض العبدين لم يكن له ذلك؛ لأنه يريد أن يعطيه ما لا يملكه، وكذا ليس للبائع أن يعطي العبدين، ويأخذ ثمن الذي لزم فيه البيع خاصة لما قلنا، وهذه تدل على أن قبض المشروط له الخيار بإذن صاحبه لا يبطل خياره، حتى لو كان الخيار للبائع فقبض الثمن لا يبطل خياره، وكذا المشتري لو قبض المبيع، والجار له لا يبطل.

ولو كان المبيع مما يفسد، والخيار للمشتري، فقال للبائع: إما أن يأخذ، أو ينقض البيع كي لا يفسد لا يجبر المشتري، على ذلك قياسًا؛ لأن البائع هو الذي أضر بنفسه، حيث أثبت له الخيار، وهو يعلم بفساده في هذه المدة، فصار راضيًا بالتزام الضرر، وفي إلزام المشتري الفسخ، أو الإجازة إبطال خياره في المدة، وأنه ضرر به ويجبر استحسانًا؛ لأن فيه دفع الضرر من الجانبين، وإيصال كل ذي حق إلى حقه؛ لأن الضرر الذي يلحق البائع لا يمكنه دفعه إلا بالقبض، أو النقض، والضرر الذي يلحق المشتري يمكنه دفعه عن نفسه بالتصرف فيه قبل أن يفسد، ورجحنا جانب البائع في النظر لهذا، لكن يجبر على إعطاء الثمن؛ لأن الثمن ملكه مع بقاء خياره؛ لأن ضرر البائع اندفع بالقبض، إلا إذا فسد عنده، أو أجاز يلزمه إعطاء الثمن.

وإن لم يفسد ونقض البيع رده على البائع، قال لرجل: اشتر هذا العبد، فإن ثلثه لفلان وثلثه لفلان، وثلثه لي، ولعلهما يخيران، فاشترى، ثم إنهما لم يخيرا لا خيار للمشتري في نصيب البائع؛ لأنه صار راضيا بتبعيض الملك، ويستقبضه عليه.

وكذلك إن أجاز أحدهما دون الآخر لا خيار في حصة المخير عند محمد.

وقال أبو يوسف: له الخيار في هذا دون حصة من ولي البيع؛ لأنه في الثلثين لم

يملك شيئًا بنفس البيع، فلا يكون راضيا بالتبعيض، وصار كفضولي باع عبدا، فأجاز المالك البيع في النصف دون النصف، فالمشتري بالخيار، فكذا هذا.

ومحمد فرق بينهما، والفرق: أن الظاهر من حال المالك الواحد أنه لا يخير في البعض دون البعض، لما فيه من تبعيض الملك على نفسه، فلا يصير المشتري راضيا بالتبعيض، والظاهر من حال المالكين أنهما لا يتفقان على الإجازة، فيكون المشتري راضيا بالتبعيض عند إجازة أحدهما.

(باب خيار الرؤية)

تحتاج إلى معرفة مشروعية خيار الرؤية ووقته، وكونه مطلقًا، وحكمه وما يسقطه، أما مشروعيته؛ فإن من اشترى شيئًا لم يره جاز، وله الخيار إذا رآه.

وعند الشافعي لا يجوز، والصحيح قولنا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَن اشترَى شَيئًا لَم يرهُ، فهوَ بالخيارِ إذَا رآهُ**"[1] لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة؛ لأنه إن وجده لا على الوصف الذي قصده يمكنه التدارك والاستدراج بالفسخ، فتندفع المنازعة، فلا يمنع صحة العقد، كما لو اشترى قفيزا من صبرة.

وكذا لو اشترى بثمن عين لم يره البائع، فله الخيار، ومن باع ما لم يره ذكر الطحاوي في الكتاب اختلاف العلماء: أن أبا حنيفة كان يقول أولا: له الخيار، ثم رجع وقال: لا خيار له؛ لأن المبيع زائل عن ملكه، وزوال المبيع عن ملك من له الخيار يسقط الخيار بعد ثبوته، لما تبين؛ فلأن يمنع بعد ثبوته أولى؛ لأن المنع أسرع من الرفع.

---

(١) حديث: "من اشترى شيئا..." روي مسندا ومرسلا، أما المسند فأخرجه الدارقطني في سننه من حديث أبي هريرة، قال الدارقطني: فيه عمر بن إبراهيم، يقال له الكردي يضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح. قال ابن القطان: والراوي عن الكردي داهر بن نوح، وهو لا يعرف، ولعل الجناية منه. وأما المرسل، فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه والدارقطني والبيهقي. قال الدارقطني: هذا مرسل، وأبو بكر بن أبي ضعيف (سنن الدارقطني ٣/٣ - ٥ ط. دار المحاسن بالقاهرة، والسنن الكبرى للبيهقي ٢٦٨/٥ ط. دائرة المعارف العثمانية، ونصب الراية ٩/٤ ط. دار المأمون ١٣٥٧هـ).

وأما وقت ثبوت الخيار، فوقته عند رؤية المشتري لا قبلها، حتى لا يصح إجازته قبل الرؤية، ولا يلزم البيع؛ لأن ثبوت الخيار معلق بالرؤية بالنص، والمعلق بالشرط عدم قبله، فالرضا قبله رضا قبل ثبوت الخيار، فلم يتصور إبطاله.

ولهذا قال محمد: لو اشترى دارا لم يرها، فبيعت دار بجنبها، فأخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في الدار الأولى.

ولو كان هذا في خيار الشرط بطل الخيار، وهل يملك فسخه قبل الرؤية، قيل: لا يملك؛ لأن الفسخ من موجب الخيار، كالإجازة، ولا يملك الإجازة، فكذا لا يملك الفسخ، وقيل: يملك، وهو الأصح، هكذا روى بشر بن الوليد، عن أبي يوسف؛ لأن الفسخ كما يملك بالخيار يملك بسبب عدم لزوم العقد، كالعارية، والوديعة، والوكالة والشركة، وعدم لزوم العقد ثابت بسبب جهالة المبيع.

وأما بيان أنه مطلق، أو مؤقت اختلفوا فيه، قيل بأنه مؤقت يؤقت إمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو تمكن من الفسخ بعد الرؤية، ولم يفسخ يسقط خيار الرؤية، ولم توجد الإجازة صريحًا، ولا دلالة؛ لأن سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع، بدليل أنه إذا رآه قبل العقد لا يكون له الخيار، والجهالة تزول بالرؤية، والخيار يسقط بزوال سببه، إلا أنه إنما ملك ضرورة دفع الظلامة عن نفسه، وهذه الضرورة تزول بعدما تمكن من الفسخ، ولم يفسخ.

وقيل: ثبت الخيار مطلقًا، نص عليه في "نوادر ابن رستم" وذكر محمد في الأصل: وليس للخيار في هذا الباب وقت، وهو الصحيح؛ لأن النص ورد بإثبات هذا الخيار مطلقا، والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى، مع أن جهالة الأوصاف ليس بعلة لثبوت الخيار، بدليل أنه لم يثبت الخيار قبل الرؤية، وإن وجدت جهالة الأوصاف.

وأما حكمه فهو التخيير بين الفسخ، والإجازة بعد الرؤية، ولا يمنع ثبوت الملك في البدلين، ولكن يمنع اللزوم بخلاف خيار الشرط.

وأما ما يسقطه، وما لا يسقطه، فخيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط صريحًا، ومقصودًا بأن قال: أسقطت خيار الرؤية، كذا روى ابن رستم، عن محمد رحمه الله

بخلاف خيار الشرط والعيب، فإنه يسقط بالإسقاط صريحًا؛ لأن خيار الشرط ثبت بشرطهما، وخيار العيب ثبت بقصدهما بالعقد سلامة المبيع، فسقط بإسقاطهما مقصودًا.

فأما خيار الرؤية ثبت شرعا ونصا، لا بشرطهما فيسقط بإسقاط موجبه، إما بالفسخ، أو بالإجازة، أو بالإسقاط مقصودًا، كخيار الرؤية لا يسقط بالإسقاط صريحا، ويسقط بالرضا صريحا، ودليلا بعد الرؤية لا قبلها؛ لأن خيار الرؤية لا يثبت إلا بعد الرؤية، فلا يتصور أن يسقط بالرضا قصدا، إلا بعد ثبوته، ويسقط بتعذر الفسخ، ويلزمه حكما وضرورة قبل الرؤية، أو بعدها؛ لأنه لا فائدة في ثبوت حق الفسخ مع تعذره، فلزم العقد ضرورة، ويجوز أن يثبت الشيء حكما وضرورة.

وإن كان لا يثبت قصدا، كعزل الوكيل بدون علمه يثبت حكما، كبيع الموكل، وإن كان لا يثبت قصدا، مثاله لو باعه قبل الرؤية بشرط الخيار للمشتري، أو أعتقه، أو دبره، أو كاتبه، أو أجره، أو رهنه لزم البيع؛ لأنه تعلق بالمبيع حق لازم للغير، ومن ضرورة ثبوت الحق اللازم من المالك لغيره لزوم الملك، فثبت اللزوم شرطا ضرورة ثبوت الحق اللازم شرعا، ومتى ثبت اللزوم تعذر الفسخ.

وكذلك لو رهنه وسلمه قبل الرؤية؛ لأنه بالتسليم أثبت حقا لازما، فإنه لا يقدر على الرجوع إلا بقضاء، أو رضاء.

ومثال الأول لو باعه بشرط الخيار له، أو عرضه على البيع، أو رهنه، ولم يسلمه لا يلزم البيع قبل الرؤية، ويلزم بعدها؛ لأنه لم يتعلق بالمبيع حق الغير، غير أنه رضي بسقوط الخيار دلالة، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بالرضا صريحا، فبالدلالة أولى، وبعدها يسقط بالرضا صريحا، فكذا بالدلالة.

ولو اشترى عدل زطي لم يره، فلبس منه ثوبا بطل خياره في الكل؛ لأنه لا يمكنه رد الملبوس، ولا الباقي بدونه لما فيه من تفريق الصفقة قبل تمامها.

رأى شيئًا، ثم اشتراه لا خيار له؛ لأنه اشترى شيئًا قد رآه، وثبوت هذا الخيار معلق بشراء شيء لم يره، إلا أن يمضي زمان بعد الرؤية قد يتغير فيه السلعة، فله الخيار؛ لأنه سقط اعتبار تلك الرؤية.

ولـو قـال المـشتري بعـد المبيـع، وأنكـر البـائع، فـالقول للبـائع مـع يمينـه؛ لأن المشتري ادعى أمرًا عارضًا والبائع متمسك بالأصل، فيكون منكرًا، ساوم بجارية يراها ولم يشترها، ثم رآها منقبة، فاشتراها ولم يعلم أنها تلك ثم علم، فله الخيار؛ لأن الرؤية السابقة لا تفيده علما بأوصاف المبيع إذا لم يعلم أن المبيع هو الجارية التي رآها، فبقي جاهلا بأوصاف المبيع عند البيع.

وكذلك ساوم بجراب هروي ورآه، ثم قطع المالك منه ثوبا، فباعه منه ثوبا لم يره ثانية، فله الخيار؛ لأن الرؤية السابقة لا تفيده علما إذا لم يعلم أن المبيع ثوب جيد حينئذ، أو رديء، فصار كما لو لم يره.

ولـو أراه ثـوبين، ثـم لـف كـل واحـد منهمـا فـي منـديل، ثـم اشـتراهما، وسـمى لأحدهما عشرين، وللآخر عشرة في صفقتين، أو صفقة واحدة، فله الخيار؛ لأنه لما فصل أحدهما على الآخر في الثمن دل أنهما متفاوتان في الوصف، أحدهما جيد، والآخر رديء، ولم يعلم أن الثمن الأقل أو الأكثر في مقابله أيهما، فكان جاهلا بأوصاف المبيع.

ولو سمى لكل واحد عشرة، فلا خيار له؛ لأنه لما لم يختلف الثمن دل أنهما يستويان في الوصف عندهما، فكان عالما بأوصاف المبيع.

ولو لف أحدهما، واشتراه فله الخيار لجهله بصفة البيع، ولو رأى المبيع فقبضه بعد الرؤية بطل خياره؛ لأن قبضه إياه رضا منه به دلالة، لأنه مؤكد لحكم العقد، فشابه البيع.

ولو وكل رجلا بالنظر إلى ما اشترى شيئًا لم يره، إن رضي يلزم العقد، وإن لم يرض بفسخه يصح التوكيل، ويقوم نظره مقام نظر الموكل؛ لأنه جعل الرأي والنظر إليه، فيصبح كما لو فوض الفسخ، والإجازة إليه في البيع بشرط الخيار، والوكيل بالقبض لو قبضه بعدما رآه بطل خياره عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يبطل.

ولو اشترى على أنه بالخيار فقبضه وكيله بعدما رآه، قيل على هذا الخلاف،

وقيل: لا يبطل خيار الشرط بالاتفاق، وهو الأظهر، والوكيل يقبض المبيع لو قبضه وعلم بالعيب، ورضي به لا يسقط الخيار بالإجماع.

لهما: أنه وكله بالقبض لإبطال الخيار، فينفذ تصرفه بقدر ما وكل به، كالرسول. له: أن التوكيل بالشيء توكيل بإتمامه، كالتوكيل بالخصومة في الدين توكيل بقبضه، وإتمام القبض هنا بإبطال الخيار؛ لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض، فيصير وكيلًا به، فبطل الخيار مقتضي تتميم القبض.

ولهذا قال عامة مشايخنا: لو قبضه مستورًا، ثم أبطل الخيار قصدا لا يبطل؛ لأنه لم يفوض إليه، بخلاف خيار الشرط؛ لأنه لا يبطل بالقبض، ألا ترى أنه لو قبضه بعدما رآه لم يبطل خياره؛ لأنه نائب عنه في القبض غير مالك له، فلا يكون إليه إتمامه، ألا ترى أن الرسول بالبيع لا يملك إتمامه بالقبض، والوكيل يملك إتمامه بالقبض، والوكيل يملك.

(**النوادر**): ولو اشترى عينا بدين، فله الخيار لا للبائع؛ لأن الخيار إنما ثبت لإحلال الرضا فيما ملك بالبيع للجهالة بأوصافه، والمقبوض في باب الدين عين ما ملك بالبيع، فلا تتمكن فيه الجهالة، فلا يفيد فيه الخيار، وكذا لا يثبت في بيع الدين بالدين وهو الصرف.

ولو تبايعا عينا بعين لم يره، وبدين، ثم رآه فرده ينتقص البيع بحصة العين، ولا ينتقص حصة الدين؛ لأنه لا خيار في حصته.

اشترى راوية ماء، فله الخيار إذا رآه؛ لأن بعض الماء أطيب من البعض.

وكذا لو شرط من دجلة، وهي من دجلة؛ لأن بعض المواضع أطيب من بعض.

ولو اشترى جارية لم يرها، فأودعها البائع المشتري، وهو لا يعرفها، فماتت عنده فهو قابض وعليه الثمن؛ لأنها ماتت في ضمانه.

وكذلك لو ألبسه خفين باعهما منه، وهو نائم، فمشى فيهما، فإن كان المشي ينقصهما بطل خياره، وإلا فلا؛ لأنه امتنع الرد بانتقاصهما، فلزم البيع ضرورة.

اشترى جاريتين فرآهما، فرضي بإحداهما، فهو رضا بهما في رواية؛ لأنه لزم البيع فيما رضي به، فامتنع ردها، فلا يملك رد الأخرى كي لا تتفرق الصفقة على

البائع، وفي رواية أخرى لم يبطل خياره؛ لأنه يملك رد ما لم يرض به، لعدم لزوم البيع فيه، فيملك رد ما رضي به ضرورة كي لا تتفرق الصفقة على البائع.

ولو عرض بعض المبيع على البيع بعد الرؤية لم يبطل خياره عند أبي يوسف.

وعند محمد: يبطل، كما ذكرنا فيما إذا كان المبيع شيئين، فرضي بأحدهما.

ولو قال: بعتك ما في هذا الجوالق، وما في هذا البيت جاز، وله الخيار إذا رآه؛ لأن الجهالة اليسيرة غير مؤدية إلى المنازعة.

ولو قال: بعتك ما في هذه الدار، وهذه القرية لا يجوز؛ لأن الجهالة متفاحشة.

ولو قال: بعتك سالما، أو جارية بيضاء لا يجوز؛ لأنه مجهول ذاتا، لجواز أن يكون آخر بهذا الاسم، أو الصفة.

ولو قال: بعتك جارية في هذا البيت، وفيه جارية واحدة جاز؛ لأنها مجهولة وصفًا لا ذاتا.

وذكر في (**المبسوط**): لو قال: بعتك عبدي وله عبيد لا يجوز؛ لأنه مجهول ذاتا، لجواز أن يكون آخر بهذا الاسم والصفة.

وذكر في (**المبسوط**): لو قال: بعتك عبدي وله عبيد لا يجوز؛ لأنه مجهول ذاتا ووصفا، إلا أن يتفقا أن المبيع هذا جاز البيع؛ لأن الجهالة لا تفسد البيع لعينها، بل لغيرها، وهي المنازعة، وقد ارتفعت المنازعة باتفاقهما.

وإن لم يكن له إلا عبد واحد قد قيل: يجوز، وله الخيار؛ لأن الجهالة الذات ارتفعت بعدم عبد آخر له، وقيل: لا يجوز؛ لأن عدم عبد آخر ثابت بظاهر الحال لا يتعين لجواز أن يكون له عبد آخر، ولا يدري، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للإثبات والاستحقاق، وجواز البيع واستحقاق المبيع، والثمن لم يكن ثابتا بيقين، فلا يثبت بالاحتمال. باع حنطة له، ولم يشر إليها جاز؛ لأنه باع ما يملكه.

كما لو باع عبده، ولم يشر إليه يدل عليه ما روي عن محمد: رجل باع الطعام والطعام في السواد فإن علم المشتري بمكان الطعام، فلا خيار له، وإن لم يعلم فله

الخيار، وإن لم يكن في ملكه حنطة بطل البيع؛ لأنه باع المعدوم، وكذا إن لم يكن في ملكه مقدار ما باع؛ لأنه باع الموجود والمعدوم.

(باب ما يكون رؤية بعضه كرؤية كله)

أصله: أن غير المرئي إن كان تبعا للمرئي، فلا خيار له فيه؛ لأن التبع حكمه حكم الأصل، فيصير مرئيا تبعا للأصل.

وإن كان غير المرئي أصلا ينظر، إن كان ما رأى لم يعرفه حال ما لم يره، ففي خياره.

وإن كان يعرفه بطل خياره؛ لأن الرؤية لا تكون مستوعبة للكل، لاستحالة ذلك وتعذره، فبقيت رؤية ما يعرف حال سائر أجزائه، ثم البيع لا يخلو، إما أن كان شيئًا واحدًا، أو أشياء، فإن كان شيئًا واحدًا، وهو جارية أو عبدًا، فرأى الوجه دون سائر الأعضاء، فلا خيار له.

وإن رأى سائر الأعضاء دون الوجه فله الخيار؛ لأن الوجه أصل، والباقي تبع له في العبد، والجارية في العادة، ولهذا تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه، فكانت العبرة لرؤية الأصل دون التبع.

وإن كان دوابا، ذكر ابن سماعة، عن محمد رحمه الله: إن نظر إلى عجزها سقط خياره، وإن لم يره فهو على خياره، جعل العجز أصلا في الحيوانات بمنزلة الوجه في بني آدم.

وروى بشر، عن أبي يوسف رحمه الله: أنه قال: ما لم ير وجهها ومؤخرها، فعلى خياره، وهو الصحيح؛ لأن مقدمها ومؤخرها مقصود بالنظر في العادة دون غيرهما.

وإن كان المبيع شاة، فإن اشتراها للَّحم، روي عن أبي يوسف: أنه لا بد من المجسة بعد الرؤية؛ لأن ما هو المقصود، وهو الثمن، والهزال لا يصير معلوما بالرؤية، وإنما يعرف بالمجسة.

وإن كانت شاة فتية للدر والنسل، فلا بد من النظر إلى سائر جسدها، وإلى ضرعها أيضًا؛ لأنها تختلف باختلاف الضرع.

فإن لم يكن حيوانا، فإن كان شيء منه مقصودًا، كالوجه في المعافير والطنافس[١] لا يبطل خياره ما لم ير وجهها، هكذا ذكر الحسن في المجرد عن أبي حنيفة.

وإن لم يكن شيء منه مقصودًا كالكرباس ونحوه، فرأى بعضه سقط خياره؛ لأن رؤية بعضه يعرف حال الباقي، لأن تفاوت الأطراف في ثوب واحد يسير، فإن وجد الباقي مثل المشتري، أو فوقه فلا خيار له.

وإن وجد دونه، فله الخيار؛ لأن الرضا بالمرئي إنما يكون رضا بغير المرئي إذا كان مثله، أو فوقه وإن كان دونه فله الخيار وإن كان المبيع دارًا ذكر في كتاب القسمة إذا رأى ظاهرها بطل خياره، وإن لم ير داخلها، لكن مشايخنا قالوا هذا إذا لم يكن في داخلها أبنية، فإن كانت فيها أبنية لا يبطل خياره ما لم ير داخلها؛ لأنه هو المقصود، والخارج كالتبع له.

وعن أبي يوسف: ما لم ير أكثر داخلها، فله الخيار، وفي الكرم والبستان إن رأى رؤوس الأشجار بطل خياره؛ لأن رؤية رؤوس كل شجر يعرف حال الباقي.

فأما إذا كان المبيع أشياء إن كان من العدديات المتفاوتة، كالثياب في الجراب، والبطاطيخ في الشَّرِيجة[٢]، والرمان والسفرجل في القفة والكِوَارَة[٣]، لا يبطل خياره ما لم ير كلها؛ لأن الكل مقصود، ورؤية ما رأى لا يعرف حال الباقي؛ لأنها متفاوتة.

ولو نظر إلى ظاهر الثياب مطوية، فلا خيار له؛ لأن النظر إلى موضع الطي من الثياب المتفقة المتجانسة يعرف حال ما وراءها، إلا إذا كان في الثوب شيء منه مقصود لم يره كالأعلام، فله الخيار، قيل هذا في عرفهم، فإن الباطن لا يخالف الظاهر، وفي عرفنا الباطن يخالف الظاهر، فما لم ير الباطن لا يبطل خياره.

وإن كان مكيلًا، أو موزونًا، أو معدودًا متفاوتًا من جنس واحد في وعاء واحد، فرأى بعضه بطل خياره؛ لأن رؤية بعضه يعرف حال الباقي، لأن غير المرئي مثل المرئي.

---

(١) طَنَافِس: جمع طُنفُسة، والطَّنْفَسَةُ: البِساطُ. الطَّنْفَسَةُ: النُّمرُقةُ فوقَ الرَّحْل.

(٢) الشَّرِيجةُ: وعاءٌ يُنْسَجُ من سعَفِ النخلِ، يُحْمَلُ فيه البطيخ وما أَشبهه. و- جَدِيلَةٌ من قَصَب تُتَّخذ للحَمامِ. (والجمع): شرائجُ.

(٣) الكِوَارَةُ: الكِوارُ. و- خِرقةٌ تجعلها المرأَةُ على رأسها.

وإن كان في وعاءين قيل: لا يبطل خياره؛ لأنهما سيان، وقيل: يبطل، وهو مروي عن أبي يوسف، وهو الأصح؛ لأن تعريف الباقي إنما يحصل بسبب المماثلة لا بإيجاد الوعاء.

(**المنتقى**): اشترى جبة فرأى بطائنها لم يبطل خياره، وإن كان على البطانة فرو؛ لأن الطهارة مقصودة بكل حال، إلا إذا كانت الطهارة خفية غير مقصودة بأن كان عليها فرو.

ولو اشترى وسادة محشوة، فنظر إلى ظاهرها، فإن كانت محشوة بما يحشى مثلها، فلا خيار له مثل القبا والمحشو بالقطن؛ فإن كانت محشوة بما لا يحشى مثلها فله الخيار.

ولو اشترى رحا بآلاتها، فلم ير بعض آلاته، فله الخيار، وكذا السرج بأداته ولبده، فرأى السرج، ولم ير اللبد.

ولو اشترى عنب كرم فله الخيار حتى يرى شيئًا من كل نوع منها، وفي النخل إذا رأى بعض ثمارها بطل خياره.

ولو اشترى رمانا حلوًا، أو حامضا، فرأى أحدهما لم يبطل خياره.

ولو اشترى دهن سمسم في قارورة فرأى خارج القارورة، روى ابن سماعة، عن محمد: أنه يبطل خياره؛ لأن رؤيته من الخارج تعرفه حال الدهن، فكأنه رآه خارج القارورة، ثم اشتراه.

وروي عنه، وعن أبي حنيفة: أنه لا يبطل خياره ما لم ينظر إلى الدهن بعد إخراجه من القارورة؛ لأن لون الدهن مما يتغير بلون القارورة، فالنظر إلى القارورة لا يعرفه حال الدهن، ولهذا قالوا من نظر إلى شيء في المرآة، ورأى المبيع لا يسقط خياره؛ لأنه ما رأى عين المبيع، وإنما رأى مثاله، وعلى هذا قالوا من نظر في المرآة، فرأى فرج أم امرأته لا تثبت حرمة المصاهرة.

وكذا لو نظر إلى فرج امرأته المطلقة طلاقا رجعيا عن شهوة في المرآة لا يصير مراجعا.

وكذا لو اشترى سمكا في الماء، ويمكن أخذه من غير اصطياد، فرآه في الماء،

قيل: يسقط خياره؛ لأنه رأى عين المبيع، وقيل: لا يسقط، وهو الصحيح؛ لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو، وهذه الرؤية لا تعرفه حاله حقيقة.

وذكر في الأصل: وجس الأعمى في المتاع والمنقولات مثل نظر البصير؛ لأن الجس مما يعرف بعض أوصاف المبيع من اللينة والخشونة.

وإن كان لا يعرف الجميع، فيقام مقام النظر حالة العجز، كما تقام الإشارة من الأخرس مقام النطق للعجز، وفي المشمومات الشم وفي المذوق الذوق، ولا يشترط بيان الوصف؛ لأن هذه الأشياء تعمل عمل العيان في حقه؛ لأنه يفيد العلم بالمبيع، هذا في أشهر الروايات.

وروى هشام، عن محمد: أنه يعتبر الوصف مع ذلك؛ لأن التعريف الكامل يثبت في حقه بهذا، فأما ما لا يمكن جسه، كما لو اشترى ثمارا على رؤوس الأشجار، فإنه يعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات.

وإن كان المبيع دارًا أو عقارًا، روي عن محمد: أنه يوصف له، وهو الأصح.

وروي عن أبي يوسف: أنه يمس الحائط والباب، وفي رواية يوقف بحيث لو وقف البصير رآه، ولو وصف له، ثم أبصر، فلا خيار له؛ لأن الوصف خلف عن الرؤية، والقدرة على الأصل بعد حصول المقصود بالبدل لا يسقط حكم البدل.

ولو اشترى البصير ما لم يره ثم عمي انتقل الخيار إلى الصفة، كأنه كان أعمى عند العقد.

(باب شراء المُغَيَّبَات في الأرض)

باع شيئًا مغيبًا في الأرض، كالجزر والبصل والثوم والسَّلْجَم[1] والفجل بعد النبات، لكن لا يُعلم وجوده تحت الأرض لا يجوز؛ لأن فيه غررًا.

وإن باع بعدما علم وُجوده جاز، فإن قلع البائع، أو المشتري بإذن البائع بعضه، فكان المغيب يُباع كيلًا أو وزنًا، كالجزر والبصل والثوم، فرضي به بطل خياره

(١) السَّلْجَمُ هو اللِّفْت، واحدته: سَلجَمةٌ. (وهي كلمة معرَّبة).

عندهما، وعليه الفتوى؛ لأن رؤية بعض المكيل والموزون، كرؤية الكل؛ لأنه شيء واحد لما مر.

وعند أبي حنيفة: لا يبطل خياره؛ لأن هذه الأشياء تختلف صغرًا وكبرًا، فصارت كالثياب، فلا بد من رؤية الكل.

وإن قلع المشتري بعضه بغير إذن البائع، فإن كان المقلوع شيئًا له ثمن بطل خياره؛ لأنه بالقلع صار معيبًا؛ لأنه لا ينمو بعد القلع، وصار من الموات وحصول النقصان في البعض يمنع رد الباقي.

وإن كان المقلوع شيئًا لا ثمن له مقدار النموذج لم يبطل خياره؛ لأنه حينئذ وجوده وعدمه بمنزلة، فكأنه لم يقلع شيئًا.

وإن كان المغيب مما يباع عددا، كالفجل ونحوه، فرأى بعضه لا يسقط خياره؛ لأنه من العدديات المتفاوتة، فرؤية البعض لا تكون رؤية للكل كالثياب.

ولو اختلف البائع والمشتري في القلع، فقال المشتري: أخاف أني إن قلعته لا يصلح لي، ولا أقدر على الرد.

وقال البائع: أخاف إن قلعته لا ترضى به يتطوع إنسان بالقلع، وإن تشاحا على ذلك فسخ القاضي العقد؛ لأنه لا يمكن الإخبار، لما فيه من الإصرار، فتعذر التسليم فيفسخ.

وذكر في (**المنتقى**): لو اشترى مغيبا، فعلى البائع أن يقلع منه قدر نموذج، فإذا رضيه المشتري كان عليه قلعه.

(فصل)

ولو اختلف البائع والمشتري في رؤية المبيع، فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعي عليه أمرًا حادثا، وهو العلم بأوصاف المبيع، ولزوم العقد، وهو ينكر.

ولو أراد المشتري أن يرده فأنكر البائع كون المردود مبيعا، فالقول للمشتري، وكذلك في خيار الشرط؛ لأنه انفسخ العقد برده، وبقي ملك البائع في يده، فيكون القول قول القابض في تعيين ملكه أمينًا كان، أو ضمينًا كالمودع والغاصب.

ولو اختلفا في الرد بالعيب، فالقول للبائع؛ لأن العقد لا ينفسخ بفسخ المشتري حتى يلزمه القاضي، فبقي المشتري مدعيًا حق الفسخ، والبائع منكر، فيكون القول له.

(باب معرفة العيوب)

تحتاج إلى معرفة شرعية خيار العيب، ومعرفة العيوب الموجبة للخيار، والتي لا توجبه.

أما شرعيته: فلأن سلامة البدلين في عقد المعاوضة مطلوبة معروفة عادة، لأن المطلوب من المبيع تحصيل المال، وطلب الربح، وذلك لا يحصل إلا بصفة السلامة، والمطلوب عرفا، كالمشروط نصًّا، وهو غير مؤقت؛ لأن الموجب للرد مؤقت؛ لأن الموجب للرد مطلق، وهو العيب، ويورث عنه حتى يرد ورثته بالعيب؛ لأن صفة السلامة مستحقة بالعقد للمورث، فقام الوارث مقامه في المبيع، فإذا لم يجد هذا الوصف استحق الرد.

ولو علم بالعيب عند الشراء، أو عند القبض لا يرده بالعيب؛ لأنه رضي به دلالة إقدامه على البيع والقبض.

وأما معرفة العيوب: فكل ما اعتبره التجار عيبا، وهو منقص للقيمة في عادة التجار، فهو عيب يوجب الخيار وما لا فلا، وهو على وجهين:

أحدهما: ما يوجب فوات جزء من المبيع، أو يعتبره.

ومعنى الثاني: ما يوجب نقصانه معنى لا ضرورة.

فالأول كثير نحو العمى والعور، والشلل والزمانة والإصبع الزائدة والناقصة، والسن السوداء، أو الساقط، والظفر المكسور، والفاسد والأسود والصهوبة في الشعر، والشمط فيه، وهو بياض الشعر في رأسه في مكان واحد، والباقي كله سوداء، والشيب في العبيد والجواري، والغشى وهو ظلمة البصر في الليل، والأدر وهو أن يكون مائل الأنف، والعسر وهو أن يأكل بشماله لا بيمينه؛ لأنه يقل نفعه، ويتشاءم الناس به، والشدق وهو سعة الشدقين، والمهقوع وهو بياض في الصدر

لتشاؤم الناس به، ويعده التجار عيبا، والبهق والكلف إذا نقص الثمن، فهو عيب والفدع في القدم عيب، وهو عوج يكون في المفاصل، كلها كأن المفصل زال عن موضعه، هكذا قاله الخليل.

والفحج عيب وهو تباعد ما بين الفخذين، أو الرجلين، والصكك عيب، وهو أن يصطك الساقان، أو الرجلان عند المشي، والستر، وهو انحراف جفن العين، والحوص، وهو عور العين وضيقها، والفتل، وهو أن يكون نظره إلى أنفه، والمشش عيب، وهو نفخ إذا وضع الأصابع عليها ذمت، وإذا رفعت عادت، والدحس عيب، وهو ورم يكون في أطرة حافر الدابة؛ أي: حوله[1].

---

(١) من عيوب الخَلْق: "الفَقَمُ" في الفم وهو أن تتقدم الثَّنايا السُّفلى إذا ضمَّ الرجلُ فاه فلا تقع عليها العليا.

و"الضَّزز" لصوق الحنك الأعلى بالحنك الأسفل، فإذا تكلم تكاد أضراسه العليا تمس السُّفلى.

و"الضَّجَم" ميلٌ يكون في الفم، وفيما يليه من الوجه.

و"الفَأْفَأَة" أن يتردَّد المتكلمُ في الفاء، فإذا تردد في التاء فهو "تَمْتام"، فإذا دخل بعض كلامه في بعض قيل "بلسانه لَفَفٌ". و"الألْثَغُ" الذي يرجع لسانه في المنطق إلى الثاء والغين.

و"الشُّطُور" في البصر: هو أن تراه كأنما ينظر إليك وإلى آخر، يقال: "شَطَر بصرُه يَشْطِر شُطُورًا"، وَ"الإطراق" استرخاء الجفون، و"الغَرَبُ" ورم يكون في المآقي، يقال: "غَرِبَتْ عينُه تَغْرَبُ غَرَبًا"، و"الخَفَشُ" صغر العين وضعف البصر، و"الدَّوَشُ" مثله، وهو ضيق العين مع ضعف البصر.

و"الذَّلَفُ" في الأنف: قصره وصغر أرنبته، و"الخَنَسُ" تأخر الأنف في الوجه وقصره، و"الفَطَسُ" عرض الأنف وتطامن قصبته.

و"الطَّرَامَة" الخضرة في الأسنان.

و"القَلَحُ" الصفرة فيها.

و"الوَقَصُ" قصر العنق.

و"الهَنَع" تطامنها.

و"الألَصُّ" المجتمع المنكبين يكادان يمسان أذنيه، و"الألصُّ" أيضًا: المتقارب الأضراس، و"الأحْدَل" المائل الشق.

=

=

و"اللَّطَعُ" في الشفاه: بياضٌ يصيبها، وأكثر ما يعتري ذلك السودان؛ وتعتريهم أيضًا "البُجْرَة" وهي خروج السرة.

و"الفَدَعُ" في الكف: زَيْغ في الرُّسغ بينها وبين الساعد، وفي القدم أيضًا كذلك: زيغ بينها وبين عظم الساق، و"الكَوَع" أن تعوج الكف من قبل الكوع، و"الفَلَج" الاعوجاج في اليد، فإن كان في الرجلين فهو "فَحَج".

و"القَعَس" في الظهر: دخوله وخروج الصدر، و"الحَدَب" دخول الصدر وخروج الظهر.

و"الآدَر" عظيم الخُصْيتين، يقال: "رجل آدَرُ بيِّنُ الأدَرَة".

و"الشَّرَج" أن تعظم واحدة وتصغر الأخرى، و"المَشَق" أن تصطك أليتا الرجل حتى تتسحَّجا، فإذا عظمتا فلم تلتقيا قيل "رجل أفْرَج" وهذا يكون في الحَبَشَة.

و"المَدْح" أن تصطك فخذاه، و"الصَّكَكُ" أن تصطك ركبتاه، قال أبو عمرو: الصَّكك في الرِّجلين، و"البَدَد" في الناس: تباعد ما بين الفخذين، وفي ذوات الأربع في اليدين.

و"الأفْحَج" الذي تتدانى صدور قدميه وتتباعد عقباه وتتفحج ساقاه، و"الأرْوَح" الذي تتدانى عقباه وتتباعد صدور قدميه.

و"الوَكَعُ" ميل إبهام الرجل على الأصابع حتى تزول، فيرى شخص أصلها خارجًا، ومنه قيل "أمةٌ وَكْعاء"، و"الحَنَفُ" أن تقبل كل واحدة من الإبهامين على صاحبتها، قال ابن الأعرابي: "الأحْنَف": الذي يمشي على ظهر قدميه، و"الأقْفَد" الذي يمشي على صدرهما.

و"الأعْلَم" المشقوق الشفة العليا، و"الأفْلَح" المشقوق الشفة السفلى، يكون ذلك خلقة، و"الأجْلَع" بالجيم المعجمة - الرجل الذي لا تنضم شفتاه على أسنانه.

وفي النساء "الضَّهْيَاء" التي لا تحيض والتي لا ينبت ثدياها.

و"المَتْكَاء" التي لا تحبس بولها، وهو من الرجال الأمثن.

ويقال للمرأة التي لا تستر نفسها إذا خلت مع زوجها "جَلِيعٌ".

و"المُفْضَاة" التي صار مسلكاها شيئًا واحدًا، وهي "الشَّرِيم" أيضًا.

و"المأسوكة" التي أخطأت خافضتها فأصابت غير موضع الخفض، ومثلها من الرجال "المَكْمُور".

و"القَرْنَ" كالعَفَلة؛ اختُصم إلى شُريح في جارية بها قَرْن، فقال: أقعِدوها، فإن أصاب الأرض فهو عيب، وإن لم يصب الأرض فليس بعيب.

ويقال: "حملت المرأة الغلامَ سَهْوًا" أي: على حيضٍ.

"العِلَل": تقول العرب: الدواء هو "الأزْمُ" يعنون الحمية، وأصل الأزم ضمُّ الأسنان كأنه يعضُّ، وقال ابن مسعود: أصل كل داء "البَرَدةُ" يعني التخمة.

=

=

و"مَسُّ الحُمَّى" رَسُّها وَرَسيسها، وذلك حين تجد لها قِرَّة أو تكسيرًا.

و"الوِرْدُ" يوم الحمى، و"الغِبُّ" أن تأخذه يومًا وتدعه يومًا، و"الرِّبْعُ" أن تدعه يومين وتأخذه اليوم الثالث.

و"المُومُ" البِرْسام.

و"العُذْرَة" وجع الحلق، وأكثر ما يعتري الصبيان فيُعلق عنهم، و"الأُعلاق" و"الدَّغْرُ" شيء واحد وهو أن تُرفع اللَّهاة، ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك، وأمر بالقُسْط البحريّ. وقال جرير:

غَمَــزَ ابــنُ مُــرَّةَ يــا فَــرَزْدقُ كَيْنَهَــا غَمْــزَ الطَّبيــبِ نَغَــانِغَ المَعْــذُورِ

قال الأصمعي: "الشُّغَاف" داء يسيل من الصَّدر، يقال: إنه إذا التقى هو والطِّحال مات صاحبه، قال النابغة:

وقــدْ حــالَ هَــمٌّ دونَ ذلــكَ داخِــل وُلــوجَ الــشُّغَافِ تَبْتَغيــهِ الأصَــابعُ

يعني أصابع الأطباء تلتمسه، تنظُر هل نزل أم لم ينزل.

و"الكُبَاد" وجع الكبد، قال النبي صلى الله عليه وسلم "**الكُبَاد من العَبِّ**" والعبُّ: شدَّة جرع الماء كما تجرع الدوابُّ.

و"الصُّفَار" و"الصَّفَر" هما اجتماع الماء في البطن، يعالج بقطع الغائط، وهو عرق في الصُّلب، قال العجاج:

قَــضْبَ الطَّبيــبِ نَــائِطَ المــصفورِ

وقد يعالج بالكيّ واللَّدود وغير ذلك، قال ابن أحمر وكان سقي بطنه:

شــربتُ الــشُّكَاعى والْتَــدَدْتُ ألِــدَّةً وأقبلــتُ أفــواهَ العــروقِ المَكَاوِيــا

و"الذَّرَب" فساد المعدة، يقال: ذَرِبَت معدته تَذْرَبُ ذَرَبًا، قال النبي صلى الله عليه وسلم: "**في ألبانِ الإبلِ وأبوالِها شِفاءٌ للذَّرَبِ**".

و"العِلّوْصُ" اللَّوى.

و"الرَّثْية" وجع المفاصل.

و"الهَلْس" و"الهُلاسُ" السّلُّ.

و"السَّنَق" كالتُّخمة.

و"العائر" الرَّمد.

و"اللبِن" الذي يشتكي عنقه من الوِسَاد أو غيره.

و"غَثيَثَة" الجرح: مِدّته، و"الصّديد" الرقيق المختلط بالدم قبل أن تغلُط المدة.

=

والحيف عيب، وهو أن يكون إحدى عيني فرس زرقاء، والأخرى كالجل، والغزل عيب، وهو أن يغزل الذنب في ناحية، وبل المحلاة عيب إذا نقص الثمن لأجله، يعني: إذا كان يسيل الماء من فمه ما يبتل به المحلاة التي جعل فيها العلف، وخلع الرسن عيب، وهو الذي يخلع اللجام عن الرأس، وحذف الحروف في المصحف، أو في بعضه عيب.

وكذلك سقوط آية، أو آيتان؛ لأنه يوجب نقصان القيمة، والهشم في الأواني، والشج والنز في العقار عيب.

وأما ما يوجب نقصانه معنى لا صورة نحو السعال القديم، ووجع الضرس القديم؛ لأنه كان في يد البائع.

وإن كان حديثا لا يرد؛ لأنه لم يكن في يد البائع، وارتفاع الحيض في زمان طويل أدناه شهران فصاعدًا في الجواري عيب.

وذكر في "النوادر": لو اشترى جارية، فوجدها لا تحيض لا يردها ما لم يدع ارتفاع الحيض بالحبل، أو بالداء؛ لأن ارتفاع الحيض لا يأخذ هذين الشيئين ليس بعيب.

ولو اشتراها على أنها تحيض، فوجدها لا تحيض إن تصادقا على أنها لا تحيض، بسبب الإياس، فله الرد؛ لأن هذا عيب، لأنه اشتراها للحبل، والآيسة لا تحبل؛ لأن غذاء الولد في الرحم دم الحيض، ومنها عدم الختان في الجارية، والغلام ليس بعيب إذا كانا حدثين، أو مولودين صغيرين.

=

و"العَقَابيل" بقايا المرض.

والداء الذي لا يُبرأ منه يقال له: "نَاجِسٌ" و"نَجِيسٌ".

"الشِّجَاج": أول الشجاج "الحارصة" وهي التي تقشر الجلد قليلًا، ثم "البَاضِعة" وهي التي تشق اللحم شقًّا خفيفًا، ثم "المتلاحمة" وهي التي أخذت في اللحم، ثم "السِّمْحَاق" وهي التي بينها وبين العظم قشرة رقيقة، ثم "المُوضِحة" وهي التي توضح العظم، أي: تبدي وضحه، ثم "الهَاشِمَة" وهي التي تهشم العظم، ثم "المنقِّلة" وهي التي تخرج منها العظام، ثم "الآمّة" وهي التي تبلغ أم الرأس، وهي جلدة الدماغ. [انظر: أدب الكاتب لابن قتيبة ص١٣٦].

وإن كانا مولودين كبيرين، فهو عيب؛ لأن الختان بعد الكبر زيادة الدم وضرر به والعنة والخصي عيب، حتى لو استبرأ عبدا على أنه فحل، فإذا هو خصي فله الرد؛ لأنه وجده معيبًا.

ولو كان على العكس، لا لأنه وجده سليما، وكذا التخنث عيب، قيل هذا إذا كان التخنث من العمل القبيح، كأن كان يعمل عمل النساء، فأما إذا كان التخنث في المشي، والقول؛ فإنه ليس بعيب، لأنه مما لا يعده الناس عيبا، ومنها الزنا، وولد الزنا في الجارية دون الغلام؛ لأنها تراد للاستيلاد والاستفراش.

والغلام يراد للخدمة، إلا إذا اعتاد الغلام، فيكون عيبا منه أيضًا؛ لأنه يضعفه، فيعجزه عن بعض الأعمال، ويترادف عليه إقامة الحد، فيوجب نقصانا في عينه.

ومنها: النكاح والدين؛ لأن النكاح في الأمة يفوت منفعة البضع، وفي الغلام يوجب شغل رقبته بالمهر والنفقة والدين يتعلق بالرقبة أيضًا، والكفر عيب في الغلام والجارية.

ولو اشترى عبدا على أنه كافر، فوجده مسلما لا يرده، خلافًا للشافعي، والصحيح قولنا؛ لأنه شرط ما هو عيب وهو الكفر؛ لأنه رأس العيوب، وقد وجده سليما عن هذا العيب، فصار كما لو شرط على أنه أعمى، فوجده بصيرا.

وليس في اشتراط الكفر نوع منفعة؛ لأن الكفر وإن فتح عليه باب التجارة في الخمر، ولكن أربح عليه باب كبير من التجارات، فلا يعد ذلك منفعة، كما في العمى نوع فائدة، وهو أن لا يطلع على محارمه، لكن لما كان ذلك عيبا في نفسه لا يعد ذلك منفعة.

ومنها: الحبل عيب في الجارية، لا في البهائم؛ لأن التجار يعدون الحبل في البهائم زيادة، لأنه لا يفوت به منفعة، وفي الجواري عيب؛ لأنه يوجب فوات منفعة الوطء، فإن الحبل متى كان من الغير يمنع الوطء.

ولو وطئها البائع، ثم باعها وكتم، ثم علم به المشتري لا يردها بالعيب؛ لأن الوطء استيفاء منفعة البضع حقيقة، فشابه الاستخدام، فأما إذا ولدت عنده، ثم باعها، وكتم ذكر في "البيوع": أنه لا يردها إذا لم تنقصها الولادة؛ لأن الولادة لا تعد

عيبا لعيبها، وإنما تعد عيبا لنقصان تمكن فيها بها، فإذا انعدم النقصان انعدم العيب.

وذكر في المضاربة، وجعله عيبا لازما؛ لأن الولادة لا تنفك عن النقصان عادة، وأثر نقصانها لا يزول عادة؛ لأن ما يدخل على البطن من التغير، وعلى اليدين من الكبر يعد عيبا لا يزول أصلا من كل وجه، بل يبقى دائما.

ومنها الإباق، والسرقة والبول في الفراش عيب في الصغر، إن كان الصبي يعقل، وإن كان لا يعقل لا يكون عيبا؛ لأنه لا يعرف الامتناع من هذه الأسباب، فلا يعد عيبا عادة، وإنما يثبت له حق الرد عند اتحاد الحالة بأن أبق عند البائع في الصغر، ثم يأبق عند المشتري ثانيا في الصغر، أو كلاهما في الكبر.

أما إذا اختلفت الحالة بأن أبق، أو سرق عند البائع في الصغر، ثم فعل عند المشتري في الكبر لا يرده؛ لأن السرقة والإباق في الصغر لقصور عقله، وفي الكبر لخبث طبيعته، وسواء خسارة، وكذا البول في الفراش في الصغر لضعف المثانة، وفي الكبر، لداء في باطنه؛ فإذا اتفق الحالان علم أن السبب متحد، فيكون هذا عيبا قديما ثابتا عند البائع، فإذا اختلف الحالان يحتمل أنه زال ما كان عند البائع، ثم حدث نوع آخر عند المشتري، فلا يكون له حق الرد بالاحتمال، كالعبد إذا حم عند البائع حمى عيب، ثم حم عند المشتري حمى ربع لم يكن له حق الرد.

وإن كان الحمى الثاني مثل الأول له الرد، فكذا هذا، وأما الجنون إذا وجد عند البائع، أو يجيء عند المشتري ثانيا لم يذكره في الكتاب، واختلفوا فيه قيل له أن يرد، وإليه أشار محمد رحمه الله، فإنه قال: الجنون مرة واحدة عيب لازم أبدًا أراد به أن سببه لا يزول، وهي آفة تحل الدماغ، وتلك الآفة لا تزول أبدًا، وقيل: لا يكون له الرد ما لم يجن ثانيا عند المشتري، وهو الصحيح، وإليه أشار محمد فقال: إذا طعن المشتري بجنون كان عند البائع لا يستحلف البائع، حتى يشهد شاهدان أنه جن عند المشتري.

ولو كان الجنون عند البائع مرة واحدة كافيا للرد، لاكتفى بإقامة البينة على الجنون الذي كان عند البائع، وذلك لأنه لا عيب به للحال، وتلك الآفة محتملة للارتفاع، أو تقل بمضي الزمان والمعالجة، وقليل من الآفة في الدماغ بعد زوال

الجنون لا يعد عيبا؛ لأنه لا يفوت شيئًا من المنافع، فلا يكون له الرد قبل حدوث الجنون في يده ثانيا، كما في الإباق والسرقة، إلا أنه لا يشترط إيجاد الحالة في الجنون لو جن عند البائع في الصغر، ثم جن عند المشتري في الكبر له حق الرد؛ لأن شرط ثبوت حق الرد اتحاد سبب العيب، وفي الجنون اتحد السبب.

وإن اختلفت الحالة؛ لأن سببه آفة تحل الدماغ، وتلك الآفة لا تزول ظاهرًا، فيكون الثاني بسبب الأول، بخلاف الإباق والسرقة؛ لأن ثمة اتحاد السبب يثبت باتحاد الحالة، لما ذكرنا.

وروي عن محمد في "الإملاء": لو اشترى جارية بالغة، وقد كانت زنت عند البائع، فللمشتري أن يردها، وإن لم تزن عنده؛ لأن كونها زانية في زمان يوجب إلحاق عار وشين بأولادها، فيؤدي ذلك إلى الامتناع من وطئها، ويجب الكور معها، وهذا ينقص الثمن في عادة التجار، ولا كذلك سائر العيوب.

وقال أبو يوسف: وكذلك الجنون لما بينا وجدها محرمة لا يردها؛ لأن له أن يحللها وجدها معتدة من رجعى يردها، لأن ملك النكاح قائم، وهو عيب، إلا إذا انقضت قبل الرد لزوال العيب وجدها معتدة من موت، أو بينونة لا ترد؛ لأنه انقطع ملك النكاح والحرمة بسبب العدة بعرض الزوال، فصار كالبيع بسبب الاستبراء. وجدها محرمة الوطء على المشتري برضاع، أو صهرية فهو ليس بعيب؛ لأن حرمة الاستمتاع ما يثبت لمعنى في المحل يوجب تنقيص المالية، بل لمعنى قام بهما على سبيل الكرامة، وهو الرضاع والصهرية.

(**النوادر**): اشترى عبدا فحم في يده، وقد كان حم في يد البائع، فإن أصابه الحمى عند المشتري لوقتها في يد البائع له أن يرد؛ لأنه علم أن الحمى تولد من السبب الذي كان يتولد منه عند البائع، فكان الرد بعيب كان عند البائع.

وإن أصابته لغير وقتها في يد البائع لا يرد؛ لأنها تولدت من سبب آخر، فكانت حمى أخرى غير الأولى، فلا يكون الرد بعيب كان في يد البائع.

ولو اشترى أرضا فنزت عنده، وقد كانت بئرًا عند البائع، فله أن يرد؛ لأن سبب النز واحد، وهو غلبة الماء، وسفل الأرض، فإذا نزت عند المشتري علم أن ذلك

النز، إلا إذا رفع المشتري وجه الأرض، فيعلم أنها نزت لرفع التراب، أو جاء الماء الغالب من موضع آخر لا يرد. اشترى جارية، وفي إحدى عينيها بياض، فانجلى ذلك البياض، ثم عاد فقبضها المشتري، وهو لا يعلم بذلك، ثم علم فله الرد؛ لأن الثاني عين الأول حقيقة، لكنه حدث في يد البائع، فيوجب الرد.

ولو انجلى البياض بعد القبض، ثم عاد لا يرد؛ لأن الثاني حدث في يد المشتري، فلا يوجب الرد.

اشترى جارية هندية، فوجدها لا تعرف الهندية إن كان الناس يعدونه عيبا فله الرد، وإلا فلا.

ولو اشترى جارية تركية، فوجدها لا تعرف التركية فله الرد؛ لأن ذلك عيب عند أهل البصر لا محالة.

ولو كانت لا تحسن التركية، والمشتري يعلم به، ولكنه لا يعلم أن هذا عيب، فإن كان هذا يخفى على الناس أنه عيب فله الرد؛ لأنه لم يرض بالعيب.

وإن كان لا يخفى لا يرد؛ لأنه رضي بالعيب.

اشترى جبة، فوجد فيها فأرة ميتة فهو عيب.

ولو اشترى ثوبا، فوجد فيه دما إن كان بحيث لو غسل منه الدم نقص الثوب فهو عيب، وإن لم ينقص فلا.

ولو اشترى حزمة بقل، فأصاب في جوفها حشيشا، فإن كان يعد ذلك عيبا يرد، وإلا فلا.

اشترى بقرة فوجدها لا تحلب، فإن كان مثلها يشترى للحلب فله الرد؛ لأن المعروف كالمشروط، وإن كان مثلها يشترى للحم لا يرد.

اشترى حنطة، فوجد فيها ترابا مثل ما يعدونه الناس عيبا، فله ردها كلها، ولا يميز التراب، فيرده بحصته من الثمن.

ولو اشترى مسكا، فوجد فيه رصاصا يميز الرصاص، ويرده بحصته من الثمن، والفرق أن في الحنطة تسامحًا في قليل التراب، فلا يميز الكثير؛ لأن في تمييز الكثير ضررًا بالبائع، لأنه لا يظهر المسامحة في القليل، وفي المسك لا تسامح

في القليل، فلم يكن في تمييز الكثير ضرر بالبائع.

وفي (**المنتقى**): عن أبي حنيفة رحمه الله: لو اشترى زيتًا، فوجد فيه الطين، أو الماء أو مسكا، فوجد فيه الرصاص فله رده؛ لأن ذلك عيب عادة.

وقال أبو يوسف، وابن أبي ليلى: يرد الطين والرصاص بحسابه؛ لأنهما ليسا من الزيت والمسك، ولو ميز التراب من الحنطة، فوجد ترابا كثيرًا يعدونه الناس عيبا، فإن أمكنه رد كلها بذلك الكيل خلط ويرد؛ لأنه أمكنه الرد كما قبض.

وإن لم يمكنه بأن انتقص بالتنقية لا يرد، لكن يمنع من الثمن بحصة نقصان العيب، وهو نقصان الحنطة.

اشترى بقرة نحاس وأذابها وخرج منها حجر مثل ما يخرج من النحاس، فله أن يمسك من الثمن بحسابه؛ لأن القليل من الحجر في النحاس لا تسامح فيه، كالرصاص في المسك.

اشترى ضيعة مع غلاتها، ثم وجد فيها عيبا يردها من ساعته؛ لأنه إن جمع الغلات امتنع الرد، لأنه يكون رضا بالعيب.

وكذلك إن تركها؛ لأنه تضييع لها، فازداد العيب.

غصب عبدا، فأبق من الغاصب، فرجع إلى مولاه، فهو ليس بعيب؛ لأنه غير آبق، وإن لم يرجع إلى مولاه، فإن كان لا يعرف منزل المولى فليس بآبق، وإن عرف فهو آبق.

ولو أبق من المغنم فليس بآبق؛ لأنه لم يكن له مولى، وبعد القسمة أبق.

(باب ما يمنع تفريق الصفقة بالرد وما لا يمنع)

أصله: أن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة؛ لأنه لا يمنع ثبوت حكمها، وهو الملك، وحق الفسخ ما ثبت أصلا، وإنما ثبت ضرورة فوات حقه في صفة السلامة، وخيار الشرط والرؤية، وعدم القبض يمنع تمام الصفقة، كما ذكرنا.

لو اشترى مكيلًا، أو موزونًا، أو معدودًا، أو شيئًا واحدًا، فوجد ببعضه عيبًا قبل

القبض، أو بعده يرُدّهُ كله، أو يمسكه كله؛ لأن في تمييز المعيب عن التسليم يوجب زيادة عيب في المعيب، لأن قيمة المعيب تزداد بالخلط مع الجيد، فيتضرر البائع برد المعيب وحده زيادة ضرر، فصار كما لو كان المبيع متحدًا حقيقة، فرد بعضه بالعيب لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى الإضرار بالبائع، فكذا هذا، حتى لو كان في وعاءين، فله أن يرد المعيب وحده؛ لأن رد أحدهما لا يوجب زيادة عيب فيه، لأنه لا يحتاج إلى تمييز المعيب عن التسليم.

وكذا لو اشترى زوجي خف، أو مصراعي باب، فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض، أو بعده يردهما، أو يمسكهما، خلافًا لزفر رحمه الله؛ لأنهما كشيء واحد في المعنى، لأنه لا يتهيأ الانتفاع بأحدهما بدون الآخر، فصار عيب أحدهما كعيبهما، كما في العبد.

ولو وجد أحدهما أضيق، فإن كان خارجا عما عليه خفاف الناس في العادة يرد؛ لأنه عيب، وإن لم يكن لا يرده؛ لأنه ليس بعيب.

وإن كان لا يسع الخف في رجله، فإن كان اشتراهما للبس له الرد؛ لأنه عيب، وإن لم يكن اشتراهما للبس لا يرد؛ لأن الشراء قد يكون للبس، وقد يكون للبيع.

ولو اشترى عبدين، أو ثوبين، أو شيئًا صفقة واحدة، فيرد أحدهما، فلا يخلو إما أن يرد بخيار الشرط والرؤية، أو بخيار العيب، أو بالاستحقاق.

أما في خيار الشرط والرؤية، فإنه لا يرد البعض قبل القبض وبعده؛ لأن في رد البعض تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، فإنه ضرر به، كما قدمنا.

وفي خيار العيب لا يرد المعيب وحده قبل القبض، ويرده بعده.

وعند زفر، والشافعي: ليس له أن يردهما؛ لأن خيار العيب يمنع تمام الصفقة عندهما.

وعندنا: لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض، فتمت الصفقة بعد القبض، ولم تتم قبله، والمشتري لا يملك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام، ويملك تفريقها بعد التمام، لما بينا في باب قبول أحد المتبايعين بعض المبيع، وليس له بعد القبض ردهما، إلا أن يرضى البائع؛ لأن سبب الرد وجد في أحدهما دون الآخر، ثم

استحق أحدهما، فله الخيار؛ لأنه تفرقت عليه الصفقة قبل التمام، وله أن يأخذ ما لم يستحق بغير رضاء البائع؛ لأنه ليس في أحد الباقي تفريق الصفقة على البائع، لأنه بالاستحقاق ظهر أنه لم يكن ملكه إلا ما باع.

ولو استحق أحدهما بعد القبض لا خيار له في الآخر؛ لأن استحقاق أحدهما لا يوجب نقصانا في الآخر، والصفقة تمت بالقبض؛ لأن خيار الاستحقاق لا يمنع صحة القبض، كما في الصرف، وليس لأحدهما حق الفسخ.

ولو كان المبيع واحدًا، فاستحق بعضه، فله الخيار في الباقي بعد القبض؛ لأن استحقاق بعضه يورث عيبًا في الباقي، لأن الشركة فيما لا يتبعض عيب؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالتهابي.

ولو استحق بعض المكيل بعد القبض، فلا خيار له؛ لأن الشركة ليست بعيب فيه، وإن استحق قبل القبض، فله الخيار لتفريق الصفقة عليه قبل التمام.

(**النوادر**): ولو اشترى ثوبين، فوجد بهما عيبًا، فله أن يرد أحدهما دون الآخر؛ لأنه إذا رضي بأحدهما سقط حقه في صفة السلامة فيه.

ولو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض، فقبض المعيب منهما لزماه، أما المعيب، فلوجود الرضا به، وأما الآخر؛ فلأنه لا عيب به.

ولو قبض التسليم منهما، أو كانا معينين، فقبض أحدهما له أن يردهما جميعًا؛ لأنه لا يمكن إلزام البيع في المقبوض دون الآخر، لما فيه من تفريق الصفقة على البائع، ولا يمكن إسقاط حقه في غير المقبوض؛ لأنه لم يرض به.

ولو أعتق السليم، أو باعه بعد قبضه لزم الآخر، لكي لا تتفرق الصفقة على البائع قبل التمام؛ لأن الصفقة لا تتم إلا بقبض كل المبيع.

اشترى خاتم فضة فيه فص، وقلع الفص لا يضر بواحد منهما، فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض، فله أن يقلع الفص، ويرد المعيب منهما.

ولو وجد بأحدهما عيبًا قبل القبض يردهما؛ لأن قلع الفص إذا لم يضر بواحد منهما كان بمنزلة السمن في الرق، والدقيق في الحراب اشتراهما جميعًا، وكذلك السيف المحلى، والمنطقة المحلاة.

ولو اشترى نخلا فيه تمر، فجز التمر، ثم وجد بأحدهما عيبا لا يرد أحدهما، بل يردهما؛ لأنهما صارا بمنزلة شيء واحد، لأن الثمن بعض النخيل؛ لأنه خرج منه بخلاف الفص، لأنه ليس من الفضة.

(**الجامع**): لو اشترى بعلين، أو مصراعي باب، فقبض أحدهما بغير إذن البائع، وهلك الآخر عند البائع يخير المشتري فيما قبض بحصته؛ لأن القبض وجد في حق أحدهما، وقد صار المقبوض معيبا بهلاك الآخر فتخير، وإذن البائع في قبض أحدهما إذن في قبضهما؛ لأن الإذن بالقبض للانتفاع، والانتفاع لا يتهيأ إلا بهما، بخلاف ما لو أعار أحدهما، وأمر المستعير بقبضه لا يكون إذنا بقبض الآخر؛ لأن القبض غير مستحق على المعير، فالإذن بقبض أحدهما لا يتضمن إذنًا بقبض الآخر، وهنا بخلافه.

ولو استحق أحدهما بعد القبض رد المشتري الآخر، إن شاء؛ لأنه تعيب بالاستحقاق من الأصل.

ولو عيب المشتري المأخوذ، ثم هلك الآخر في يد البائع، ولم يمنعه إياه هلك على المشتري؛ لأن تعيب أحدهما تعييب للآخر فصار قابضا به للآخر.

وإن منعه البائع يهلك على البائع؛ لأنه بالمنع استرده ومنع أحدهما لا يؤثر في منع الآخر، فلا يصير المشتري قابضا للآخر، لو أحدث البائع بأحدهما عيبا بأمر المشتري صار قابضا لهما؛ لأن التصرف في ملكه وقع بإذنه، فصار كما لو باشره بنفسه، حتى لو منع البائع بعد ذلك أحدهما، أو كلاهما، فهلك عنده ضمن قيمته؛ لأنه صار مسلما بالعيب برضاه.

ولو رأى المشتري أحدهما فرضيه لم يكن رضا بالآخر؛ لأن رؤية أحدهما لا يعرف حال الآخر، ولو تعيب أحدهما لم يرد الآخر بعيب وخيار رؤية، ويرجع بالنقصان؛ لأن التعيب حصل بهما، ولو استهلك رجل أحدهما يدفع إليه الآخر ويضمنه قيمتهما، إن شاء؛ لأن باستهلاك أحدهما تعيب الآخر.

(باب المخاصمة في الرد بالعيب)

أصله: أن ظهور العيب شرط لصحة الخصومة؛ لأن حق الرد يبتني على وجود

العيب، فيما لم يثبت العيب للحال لم يكن بينهما خصومة، ألا ترى لو كان العيب ظاهرًا، فزال بطلت الخصومة، وإذا طعن المشتري بعيب، فلا يخلو إما أن كان عيبًا ظاهرًا مشاهدًا، كالإصبع الزائدة، والسن الشاعبة، والعمى والشلل، أو كان باطنا في نفس الحيوان، لا يعرفه إلا الأطباء، أو كان في موضع لا يطلع عليه إلا النساء، أو كان عيبا لا يعرف بالعيان، ولا بالتجربة والامتحان، كالإباق والسرقة والجنون.

أما إذا كان عيبا مشاهدا، فإنه يكون للمشتري حق الخصومة مع البائع للحال؛ لأن العيب ثابت عنده عيانًا ومشاهدة، فاستغنى عن إثباته بالبينة، ثم القاضي ينظر في العيب، فإن كان عيبا لا يحدث مثله، كالإصبع الزائدة، والسن الشاعبة يرد القاضي على البائع، ولا يكلف المشتري إقامة البينة على ثبوت العيب عند البائع؛ لأنه تيقن بوجود العيب في يد البائع، إلا إذا ادعى البائع رضا المشتري بالعيب، أو الإبراء منه؛ فإنه يحلف المشتري بالله ما رضي بذلك العيب.

وإن لم يدع لا يحلف؛ لأنه يكون فيه إنشاء الخصومة من القاضي، وهو منصوب للإمضاء دون الإنشاء.

وقال أبو يوسف: يحلف تحصينًا للقضاء عن البعض، وإن كان عيبا يحدث مثله، كالقروح والأمراض، فإن كان لا يحدث في مثل هذه المدة، فكذلك، وإن كان يحدث في مثل هذه المدة، وأنكر البائع أن يكون عنده يحلف البائع، وتكلموا في تحليفه.

ذكر محمد رحمه الله في الأصل: أنه يحلف بالله لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب.

وقال مشايخنا: الصحيح أنه يحلف بالله ما له حق الرد عليك بهذا العيب الذي يدعيه؛ لأنه لو حلفه بالله لقد باعه، وما به هذا العيب كان فيه ترك النظر؛ لأنه عسى حدث العيب بعد البيع قبل التسليم، وذلك يطلق الرد للمشتري، فيبطل حقه بذلك.

وكذا لو حلفه بالله لقد باعه وسلمته، وما به هذا العيب؛ لأنه إن حدث العيب بعد البيع قبل التسليم لا يحنث البائع في يمينه، لأنه تعلق الحنث بقيام العيب في

الحالين، والمعلق بالشرط لا ينزل إلا عند وجودهما، فيحلف فيبطل حق المشتري، فيتضرر به، فكان تمام النظر فيما قلنا.

وقيل: إن ما ذكره محمد مع إضمار زيادة في كلامه، فيحلف البائع بالله لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب، لا عند البائع، ولا عند المشتري، إلا أن محمدًا اختصر كلامه، والاختصار من باب اللغة.

وأما إذا كان عيبا باطنا لا يعرفه إلا الأطباء، فإنه يريهم إخبار، وليس بشهادة، ويثبت العيب في حق إثبات الخصومة، ثم يقول القاضي للبائع: هل حدث عندك عيب؟ فإن قال: نعم قضى عليه بالرد، وإن أنكر ولم يكن للمشتري بينة استحلف البائع كما وصفنا.

وإن كان عيبا لا يطلع عليه إلا النساء، فإنه يري امرأة مسلمة عدلة، والثنتان أحوط؛ لأنه لا عبرة لزيادة عددهن حالة الانفراد، فإذا شهدت على العيب، هل يرد المبيع بقولها.

فعن محمد: فيه روايتان؛ في رواية: لا يرد بقولهن بحال، وفي رواية: يرد قبل القبض وبعده؛ لأنه إذا ثبت العيب بقولهن، وهو الأصل فيما هو بناء عليه أولى؛ لأن قولهن فيما لا يطلع عليه الرجال حجة كالبينة، كما في النسب.

وكذا عن أبي يوسف رحمه الله روايتان؛ في رواية: أنه كالمبيع في يد البائع رد المبيع بشهادتها؛ لأن العيب ثبت بقولها، والعيب الموجود عند البائع يفسخ به البيع، وإن كان بعد القبض لا يرد؛ لأن المبيع دخل في ضمان المشتري، فلا ينقل الضمان إلى البائع بقول النساء.

وفي رواية: قال: إن كان العيب مما لا يحدث مثله بقولهن يفسخ؛ لأن هذا العيب ثبت بشهادتهن، وقد علمنا كون العيب عند البائع بيقين، فثبت حق الفسخ، وإن كان عيبا يحدث مثله لم يفسخ؛ لأن هذا مما يعلم من جهة غيرهن.

وأما إن كان عيبا لا يشاهد، كالإباق والسرقة والجنون، لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق، أو جن عنده، ثم يستحلف البائع البتة لقد باعه، وسلمه وما أبق أو ما جن عندك قط، وهو أيضًا تحليف حسن.

وإن أنكر المشتري لا يحلفه عند أبي حنيفة.

وعندهما: يحلفه؛ لأن توجيه الخصومة حق مقصود، لأنه وسيلة إلى حقه، وهو الرد، فيصح التحليف عليه، ألا ترى لو أقام البينة على ذلك تقبل، فكذا هذا، وهنا يستحلف؛ لأنه شاء الخصومة وإثباتها، فلا يشرع.

اشترى عبدا فقبضه، فادعى عيبا لم يؤمر بدفع الثمن حتى يحلف البائع، أو يقيم المشتري البينة، إن كان شهوده حضورا؛ لأن الجبر على دفع الثمن اشتغال بما لا يفيد، ولا يقضي لينقض ويعيد.

وإن كان شهود المشتري عيبا استحلف البائع، ودفع الثمن؛ لأن في انتظار حضور الشهود ضررًا بالبائع، وليس في دفع الثمن ضرر بالمشتري، لإمكان استرداده منه إذا حضر الشهود.

(**الجامع**): أصله: أن اليمين حق المدعي، لقوله صلى الله عليه وسلم للمدعي: "**لكَ يمينهُ**"[1] فيستوفي بقدر ما أراده، والنكول أمر ضروري؛ لأنه بدل عند

---

(١) أخرجه «البخاري» ١١٠/٣ (٢٣٥٦ و٢٣٥٧) قال: حدثنا عبدان، عن أبي حمزة، عن الأعمش. وفي ١٢١/٣ (٢٤١٦ و٢٤١٧) و١٧٧/٣ (٢٦٦٦ و٢٦٦٧) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا أبو معاوية، عن الأعمش. وفي ١٤٣/٣ (٢٥١٥ و٢٥١٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ١٧٨/٣ (٢٦٦٩ و٢٦٧٠) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ١٧٩/٣ (٢٦٧٦ و٢٦٧٧) قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: أخبرنا محمد بن جعفر، عن شعبة، عن سليمان. وفي ٣٤/٦ (٤٥٤٩ و٤٥٥٠) قال: حدثنا حجاج بن منهال، قال: حدثنا أبو عوانة، عن الأعمش. وفي ١٣٤/٨ (٦٦٥٩ و٦٦٦٠) قال: حدثني محمد بن بشار، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن شعبة، عن سليمان، ومنصور. وفي ١٣٧/٨ (٦٦٧٦ و٦٦٧٧) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة، عن الأعمش. وفي ٧٢/٩ (٧١٨٣ و٧١٨٤) قال: حدثنا إسحاق بن نصر، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن منصور، والأعمش. و«مسلم» ٨٥/١ (٢٧٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع (ح) قال: وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبو معاوية، ووكيع (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، واللفظ له، قال: أخبرنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي ٨٦/١ (٢٧٣) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن منصور. و«ابن ماجه» (٢٣٢٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وعلي بن =

أبي حنيفة، فيتقدر بقدر ما بدل، وهنا إقراره ضروري محتمل للتورع، والتحرز عن اليمين الكاذبة، فيكون إقرار ومحمل للترفع عن اليمين الصادقة، فلا يكون إقرارًا، وإنما صار حجة لدفع الخصومة، فيتقيد بمحل الخصومة.

اشترى عبدا بصفقتين فطعن فيه بعيب، فلا يخلو، إما أن كان البائع واحدًا أو اثنين، ولا يخلو إما أن خاصمه في كل نصف على حدة، أو في النصفين جميعًا، أما إن كان البائع واحدًا، فاشترى منه نصفًا، ثم اشترى النصف الآخر وطعن فيه بعيب، وأراد أن يرد النصف الآخر، فله ذلك؛ لأن كل نصف صفقة على حدة، فله أن يرد كل نصف بالعيب على حدة، فإن حلف البائع ولم يزل العيب، فله أن يخاصمه في النصف الأول، ويحلفه، ولا يعتبر قول البائع أن العيب والعبد متحد، وقد حلفت مرة لاحتمال أن العيب حدث بعد البيع الأول قبل البيع الثاني، فدعوى المعيب عند البيع الثاني لا يكون دعوى العيب عند البيع الأول، فاليمين في النصف الأول سبقت الدعوى، فلا يعتد بها.

=

محمد، قالا: حدثنا وكيع، وأبو معاوية، قالا: حدثنا الأعمش. و«أبو داود» (٣٢٤٣) قال: حدثنا محمد بن عيسى، وهناد بن السري، المعنى، قالا: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٣٦٢١) قال: حدثنا محمد بن عيسى، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش. و«الترمذي» (١٢٦٩ و٢٩٩٦) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٩٤٨) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن أبي معاوية، عن الأعمش. وفي (٥٩٤٩ و١٠٩٤٥ و١٠٩٩٦) قال: أخبرنا الهيثم بن أيوب، قال: حدثنا يحيى بن زكريا، عن الأعمش. وفي (٥٩٥٠) قال: أخبرني محمد بن قدامة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. و«أبو يعلى» (٥١١٤) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر، قال: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥١٩٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن حبان» (٥٠٨٤) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن أبي معشر، قال: حدثنا محمد بن وهب، ابن أبي كريمة، قال: حدثنا محمد بن سلمة، عن أبي عبد الرحيم، قال: حدثني زيد بن أبي أنيسة، عن سليمان. وفي (٥٠٨٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم، قال: حدثنا الأعمش. ثلاثتهم: (سليمان الأعمش، وعاصم بن أبي النجود، وهو ابن بهدلة، ومنصور بن المعتمر) عن أبي وائل، شقيق بن سلمة، فذكره.

وإن نكل رد عليه هذا النصف لا غير؛ لأن النكول ضروري، لما بينا فثبت في حق ما تخاصما فيه، فلا يكون نكوله في أحد النصفين نكولا في النصف الآخر.

ولو أقر بالعيب في النصف عند بيع الأول رد عليه كل العبد؛ لأن الإقرار بالعيب عند البيع الأول إقرار بالعيب عند البيع الثاني لا محالة ضرورة، والثابت ضرورة كالثابت نصًّا.

ولو أقر بالعيب عند البيع الثاني لا يرد عليه النصف الأول؛ لأن الإقرار بالعيب عند البيع الثاني، لا يكون إقرارا بالعيب عند البيع الأول، لجواز أن العيب حدث بعد البيع الأول قبل الثاني، وأما إذا خاصمه في النصفين جميعًا لم يكن على البائع إلا يمين واحدة؛ لأنه جمع بين الدعوتين، فيكتفى بيمين واحدة، كما لو جمع بين الديون في الدعوى؛ لأن التحليف لكل دعوى لا يفيد.

وإن نكل لزمه كل العبد؛ لأن النكول وجد في الكل، ولو حلف في النصف، ونكل في النصف لزمه ما نكل فيه لا غير؛ لأنهما خصومتان مجموعتان، فله أن يحلف في إحداهما.

وأما إذا كان البائع اثنين، فباعا عبدا من رجل صفقة، أو صفقتين، فمات أحدهما، وورثه الآخر، ثم طعن المشتري فيه بعيب، إن شاء خاصمه في أحد النصفين لا غير حلفه فيما باعه هو على البتات، وفيما باعه مورثه على العلم؛ لأنه يستحلف على فعل غيره.

وإن خاصمه فيهما، إن كانت الصفقة متعددة يحلفه يمينا واحدة، لكن في نصفه البتة، وفي نصف مورثه على العلم لقد باعه النصف وسلم، وما به هذا العيب عندك قط، وباعه صاحبه نصفه وسلمه، وما يعلم به هذا العيب.

وكذلك إن كانت الصفقة متحدة عند محمد رحمه الله؛ لأنهما صفقتان معنى اعتبار الجانب العاقد، ولهذا للمشتري تفريق الصفقة، والمخاصمة في أحد النصفين، ولأن الوارث قائم مقام مورثه فيما باعه.

ولو كان المورث حيا يحلف كل واحد في نصفه، فكذا وارثه.

وعند أبي يوسف: يحلفه يمينا واحدة على البتات، ويمينه على نصفه منتظمة

ليمينه في نصف الآخر؛ لأنه لا فائدة في ذكر نصف الآخر في الاستحلاف؛ لأنه متى حلف في أحد النصفين، وكان به هذا العيب لا يمكنه أن يحلف صادقا، بل يحنث في النصفين جميعًا، فيحلفه في أحدهما ينتظم حلفه في الآخر، بخلاف ما لو كانت صفقتان؛ لأنه متى حلف في أحد النصفين ربما لا يحنث في النصف الآخر، بجواز أن العيب حدث بعد البيع الأول قبل الثاني، فلا يحنث في الحلف على النصف الأول، وبخلاف ما لو كان المورث حيا؛ لأنه ربما يكون أحدهما فاسقا، والآخر تقيا ورعا، فالفاسق لا يتورع عن اليمين الكاذبة، والورع يتورع، فيفيد يمين كل واحد منهما، واليمين على البتات أولى من العلم؛ لأن يمين البتات فوق يمين العلم، فجاز أن ينوب الأقوى عن الأوهى.

ولو كانا متفاوضين، فالمسألة بحالها، وعاب أحدهما حلف الحاضر على نصيبه على البتات، وعلى نصيب الآخر على العلم؛ لأن بيع أحدهما كبيعهما، لأن كل واحد كفيل عن صاحبه في التجارة أصيل بنفسه، لما تبين في موضعه، فإن رجع الغائب لزمته يمين أخرى؛ لأن الحاضر إنما حلف بحكم الكفالة عن الغائب، ومتى حلف الكفيل له أن يحلف الأصيل أيضًا، بخلاف ما لو ادعى أحد الشريكين حقا للشركة على رجل وحلفه، ثم حضر الشريك الغائب لا يحلفه ثانيا؛ لأن النيابة تجري في الاستحلاف، فجعل استحلاف أحدهما كاستحلافهما.

والنيابة لا تجري في الحلف؛ لأن ما هو المقصود من الحلف للمدعي، وهو نكول المدعى عليه يفوت بالنيابة في الحلف؛ لأن كل من توجهت عليه اليمين تبين فاسقا لا يخاف الله، ولا يهاب منه، ولا يتورع عن اليمين الكاذبة متاب نفسه فيحلف، فلا يحصل مقصود المدعي، وهذا المقصود لا يفوت بالنيابة في الاستحلاف، فلا يكون حلف أحدهما كحلفهما، ثم يستحلف في الصفقة والصفقتين، كما مر في الوجه الأول، والله أعلم.

(باب من يخاصم معه في الرد ومن لا يخاصم)

وجد المشتري عيبًا يملك الرد بدون الموكل قبل التسليم إلى الموكل، وبعده لا

يملك الرد إلا بحضوره؛ لأن الرد من حقوق العقد، لأنه يطالبه بتسليم جزء يستحقه الوكيل بالشراء، فيكون من حقوقه، كالقبض، وهو في حقوق العقد بمنزلة المالك، إلا أنه بعد التسليم ثبت للآمر يد صحيحة لا بموجب العقد، فلا يملك الوكيل إبطال يده الصحيحة.

ولو وجد الموكل به عيبا لا يرد إلا بحضور الوكيل؛ لأن حقوق العقد يتعلق بالعاقد، وإن أقر الوكيل أنه أبرأه الآمر صدق على نفسه، ولزمه المبيع؛ لأن إقرار كل مقر حجة في حقه دون غيره، إلا أن يرضى الآمر، أو تقوم بينة على ذلك، فيلزم الآمر والوكيل بالبيع رد عليه المبيع بعيب، فلا يخلو إما أن يكون الرد بقضاء، أو بغير قضاء، فإن كان الرد بقضاء ينظر إن كان عيبا لا يحدث مثله، فإنه يرد على الآمر؛ لأن القاضي تيقن بكونه معيبا عند الموكل.

وإن كان عيبًا يحدث مثله إن رد عليه ببينة، أو نكول فهو لازم للموكل؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل، فينفذ الرد عليه، وكذلك لو رده بالنكول خلافًا لزفر.

له: أن النكول بدل، أو إقرار، وكيف ما كان لا يصح على موكله، كما لو أقر به صريحًا.

لنا: أن الوكيل مضطر في النكول، أو لا يمكنه أن يحلف في الخصومة جاهلا؛ لأنه لم يمارس أحوال العبد، ولم يطالعه، والموكل هو الذي أوقع فيه، فيرجع عليه.

وإن رده عليه بإقرار لا يرد على الموكل؛ لأن الإقرار حجة قاصرة لا ينفذ إقراره على غيره، فلم يثبت العيب في حق الآمر، إلا أن يقيم الوكيل بيّنة على الآمر أنه كان معيبا عنده؛ لأن الرد بالقضاء كان فسخًا في حق الكل، لما مر فنفذ الفسخ على الآمر بحجة كاملة، وهي البينة.

وأما إذا رد عليه بغير قضاء لزمه دون الآمر؛ لأن الرد بالتراضي فسخ في حقهما بيع جديد في حق غيرهما، فصار كأنه اشتراه الوكيل، فبطل له حق الخصومة مع الموكل، إلا في عيب لا يحدث مثله، فيلزم الآمر في رواية؛ لأن الوكيل لم يكن متهما في قبول الرد، لأنا تيقنا بوجود العيب في ضمان الآمر، فصح قبوله على الآمر، كما لو كان الرد بينة بقضاء.

وفي عامة الروايات: لا يلزم الآمر؛ لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث، فصار في حق الموكل، كأنه اشترى ثانيا وذلك يبطل حق الرد والمضارب والشريك، فقبولهما الرد يلزم صاحبه؛ لأن حكم شرائه يلزم صاحبه، والمكاتب والمأذون، فالخصومة معهما، ولا يرجعان على المولى، ولكن يباع المأذون فيه، ويلزم الدين المكاتب؛ لأنه يعقد لنفسه بولاية نفسه، وإنما وقع حكم التصرف للمولى لتعذر إتيانه للعبد، فبقي فيما عدا الحكم واقعا للعبد ولو كان الوكيل ميتا، أو عبدا، أو محجورا، فلا خصومة معهما، وإنما الخصومة مع الموكل؛ لأن في توجيه الخصومة عليهما ضررًا بالصبي والمولى.

(**الجامع**): مسائله على ثلاثة أنواع:

أحدها: في الرد بالعيب في بيع القاضي.

والثاني: في رد الوصي.

والثالث: في رد المريض.

أما **الأول**: إمام باع مال الغنيمة، أو أمينه، فلا خصومة معه؛ لأنه لا يلحقه العهدة كالرسول؛ لأنه لو لحقته العهدة صار خصما، ومن انتصب خصما في حادثة لا يصلح قاضيا فيها، فلا ينفذ قضاؤه، فأسقطنا عنه العهدة، ليتمكن من القضاء، ولأنه إذا لحقته العهدة، ولزمته الخصومة لا يصلح قاضيًا فيه، فلا يصح منه بيعه، فكان في إيجاب العهدة عليه في الابتداء إسقاطه في الانتهاء، فلم يوجب عليه العهدة قصرا للمسافة، ثم إن شاء القاضي نصب له خصمًا لتخاصم المشتري معه، فيصل إلى حقه، كما لو مات البائع ولم يترك وارثا، فوجد المشتري بالمبيع عيبا؛ فإنه ينصب القاضي عن الميت خصما، فكذا هذا.

فإن أقام المشتري البينة ورد السلعة، فإنه يبيع السلعة، ويؤدي دينه من ثمنها؛ لأنه دين وجب بسببها، فإن نقص ثمنها عن الأول كان النقصان على بيت المال؛ لأنه تعذر الرجوع على الغانمين بالباقي للمتهم، وتفرقهم في البلاد، وتعذر إيجابه على القاضي؛ لأنه كان عاما لهم، فصار من ثوابت المسلمين، فيوفي من بيت المال، فإن فضل منه شيء يقسم على الفقراء إن كان من الخمس؛ لأنه حقهم، والصرف إلى البعض منهم، كالصرف إلى الكل.

وإن كان من الأربعة الأخماس يوضع في بيت المال؛ لأنه تعذر قسمة الزيادة بين الغانمين، إما لقلتها، أو لكثرتها، وتفرقهم وتشتتهم في البلاد، فكانت بمنزلة اللقطة.

وإن استحقت الجارية المبيعة، أو وجدها حرة أعطى المشتري الثمن من بيت المال، وكذا لو استحقت جارية ما في يد الغانمين، أو ظهر أنها حرة يعوضه من بيت المال.

والثاني: لو باع الوصي مال الميت تلزمه العهدة، ويرد عليه بالعيب، ويرد هو بالعيب؛ لأنه نائب عن الميت، ولو كان الميت حيا تلزمه العهدة، ومعه الخصومة، فكذا نائبه بعد وفاته.

ولو اشترى عبدا بألف، وقبضه قبل نقد الثمن، فمات المشتري عن دين ألف سوى الثمن، ولا مال له سوى العبد، فوجد الوصي به عيبا، فرده على البائع بغير قضاء لا ينقضه الغريم؛ لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث ولو باعه ابتداء جاز، وليس للغريم نقضه؛ لأن حق الغرماء يتعلق بمالية التركة لا بعينها، فلا يتضمن بيع التركة، وردها بالعيب إبطال حقهم، ويأخذ الوصي من البائع نصف الثمن، ويدفعه إلى الغريم؛ لأنه كالبيع الجديد في حقه، فيتنصف الثمن بينه وبين البائع لاستواء حقهما في الدين.

وكذا لو أقاله لغير عيب، ولو رفعه الوصي إلى القاضي ليرده، فإن علم القاضي بالدين لا يرده؛ لأن الرد بقضائه فسخ في حق الكل، فيعود العبد إلى قديم ملك البائع، كأنه لم يبع فيبطل حق الغريم عن العبد، فيتضرر به، وليس في امتناع الرد إضرار بالميت، بل له منفعة؛ لأنه يباع العبد، ويقسم ثمنه بين الغريمين نصفين، فيبرأ الميت في نصف دينه.

وإن لم يعلم بالدين يرد؛ لأن الموجب للرد قد ظهر، وهو العيب والمانع من الرد لم يظهر، والقاضي لا يؤخر حقا ظهر لحق عسى يظهر، وعسى لا يظهر، فإن أثبت الغريم دينه بعد ذلك دفع البائع إليه نصف الثمن، وإن شاء نقض الرد فبيع العبد.

لهما: لأنه تبين أن الرد من القاضي لم يكن فسخًا، لما فيه من إبطال حق

الغريم، فيقدر تصحيحه فسخًا، فيجعل هذا تبعًا جديدًا من القاضي لئلا يلغو تصرفه أصلا؛ لأنه وجد فيه معنى البيع، وهو التمليك والتملك، إلا أن الرد كان بغير اختيار البائع، فتخير وعدم اختياره لا يؤثر في سلب صحة هذا البيع؛ لأنه طائع في هذا الشراء من وجه، لأن سبب هذا الرد كان من جهته قد لبسه العيب، فكان كالراضي به معنى، فألحقناه بالطائع من كل وجه تصحيحًا لهذا البيع، فإن كان العبد مات، أو حدث به عيب آخر عند البائع، أو أعتقه، أو دبر، أو استولد بعد رد القاضي ضمان نصف الثمن؛ لأن الرد قد فات، وبطل الخيار، فإن كانت قيمة العبد يوم الرد أكثر من ثمنه مما يتغابن فيه جعل ذلك عفوا.

وإن كانت أكثر مما لا يتغابن فيه لم يجعل فيه عفوا، وهذا وصي باع وجاء فاحشا؛ لأن الاحتراز عن يسير المحاباة متعذر، وعن الكثير لا.

والثالث: لو وجد المشتري المبيع معيبا في مرضه، والمسألة بحالها، فأراد رده به يرده القاضي.

وإن علم بدين الآخر؛ لأنه لا يعلم تعلق دين الغريم بمال حال حياته، لأنه إنما يتعلق بماله على تقدير أن هذا المرض مرض الموت، ولا يدري ذلك، بل هو مشكوك فيه، فلا يتعلق بماله بالشك، فالرد بالعيب لا يبطل حق الغريم، فإن مات المريض خيّر البائع بين نقض الرد وبين دفع نصف الثمن؛ لأنه ظهر أن حق الغريم كان متعلقا بماله وقت الرد، لأنه ظهر أن المرض مرض الموت، فصار كالقاضي إذا لم يعلم بدين الآخر فرده، ثم ظهر الدين يخير، فكذا هذا؛ فإن كانت قيمة العبد يوم الرد أكثر من الثمن بقليل، أو كثير بطل الرد ويباع.

لهما: وهذه من غرائب المسائل، حيث جوز المحاباة اليسيرة من المأمور، وهو الوصي، ولم يجوز من المريض، والفرق: أن الوصي مأمور بالتصرف، فمتى قيدنا جواز تصرفه بالسلامة عن المحاباة اليسيرة، والاحتراز عنها متعذر، غير أن يقعد الوصي عن التصرف، ولا يقوم به، أو لا يقبل الوصاية مخافة المحاباة اليسيرة، فيؤدي إلى ضياع حقوق الناس متى امتنع الناس عن قبول الوصايا، فلهذه الضرورة جعلت المحاباة اليسيرة معفوة عن الوصي، وهذه الضرورة معدومة في حق المريض، فلا تعفى عنه المحاباة اليسيرة، لما فيها من إبطال حق الغرماء، أو الورثة.

(باب إقرار البائع بالعيب ثم ادعى زواله)

(**الجامع**): اشترى عبدًا على أنه خباز، أو كاتب، فجاء بعد زمان، وأنكر أنه خباز، وقال البائع بل كان خبازا فنسي، فالقول للمشتري؛ لأنه متشبث بالأصل، لأن الأصل عدم الخباز والكتابة؛ لأن الجهل أصل في الآدمي، فإنه خلق جاهلا، ثم تعلم، فالقول لمن يتمسك بالأصل؛ لأن الظاهر شاهد له.

وكذلك لو ادعى أنه للحال كذلك، وقال العبد: أنا خباز، ولكن لا أفعل لم يلتفت إليه حتى يفعل ما يسمى بذلك خبازًا؛ لأنه ليس بمقدر، فانطلق الاسم على أصله.

وذكر ابن رستم في "نوادره": لو اشترى رمانا على أنه حلو، فالقول للمشتري أنه لم يكن حلوًا؛ لأن الأصل عدم الحلاوة، فيكون المشتري متمسكا بالأصل.

وفي رواية ابن هشام: القول للبائع؛ لأنه جنس، ولو اختلفا في الجنس فالقول للبائع، والخبز والكتابة صفة، وليس بجنس.

ولو اشترى جارية على أنها بكر، فقال المشتري: لم أجدها بكرًا، وقال البائع: كانت، فذهبت عندك، فالقول للبائع؛ لأنه متشبث بالأصل، لأن البكارة أصل.

وإن اختلفا قبل القبض فقال البائع: هي بكر للحال يريها النساء، فإن كانت بكرًا لزمت المشتري بلا يمين البائع، وهذه من خواص الجامع: أنه لا ينقص البيع بقولهن؛ لأن شهادتهن بانفرادهن، إنما لا تصير حجة فيما لا يطلع عليه الرجال حتى تأيدت بمؤيد، وشهادتهن بالبكارة تأيدت بمؤيد؛ لأنها أصل، وبالثيابة لم تتأيد بمؤيد؛ لأنها عارض، فبقيت حجة قاصرة، فاعتبرت حجة في إظهار العيب لتوجيه اليمين على البائع للضرورة، لا في حق رد المبيع عليه لعدم الضرورة؛ إذ ليس من ضرورة وجود العيب ثبوت حق الرد، كما قال أبو حنيفة رحمه الله بأن شهادة القابلة بالولادة تقبل في حق ثبات النسب، متى كان النكاح قائما والحبل ظاهرا؛ لأنها تأيدت بشهادة الظاهر، ولا تقبل متى كان بخلاف ذلك؛ لأنها لم تتأيد بمؤيد.

وإن اختلفا في البكارة بعد القبض، ذكر في الاستحسان: أنها تري النساء، فإن

قلن بكر لزمت المشتري بلا يمين البائع وإن قلن ثيب يحلف البائع لقد باع وسلم وهي بكر، وإن لم يكن بحضرة القاضي امرأة لزمت المشتري، ولا يمين على البائع؛ لأن العيب لم يظهر عند المشتري.

ولو ادعى المشتري البياض، بعين العبد بعد الهلاك، وادعى البائع الانجلاء عنده، فالقول للمشتري؛ لأن البائع أقر بالعيب، لدى العقد، ثم ادعى زواله، وأنكر المشتري، فيكون القول له.

ولو ادعى البياض باليسرى، وقال البائع: كان باليمين، وقد انجلى ذلك، وحدث باليسرى عندك، فالقول للبائع؛ لأنه لم يقر بالعيب الذي ادعى المشتري، فلا يلزمه شيء.

ولو ادعى البياض بالعينين، فقال البائع: كان باليمين فزال، وحدث باليسرى لم يصدق في الزوال، وصدق في أنه لم يكن باليسرى عنده؛ لأنه في أحدهما منكر، وفي الآخر مدعٍ.

ولو اشترى أمته، وادعى أن لها زوجًا، وأنكر البائع فلا يمين عليه؛ لأن الخصومة لم تصح، ولا تقبل بينة المشتري على الزوجية إذا كان الزوج غائبا؛ لأنه يثبت النكاح على الغائب، والحاضر لم ينتصب خصما على الغائب؛ لأن الحاضر إنما ينتصب خصما على الغائب إذا كان بينهما اتصال، بسبب ظاهر ليصير الحاضر بذلك الاتصال ممتازًا من بين الناس، فيجعل خصما عن الغائب صيانة لحقوق الناس، وهنا لم يثبت الاتصال بين البائع، والزوج بسبب النكاح ببينة، فلا ينتصب خصما، بخلاف ما لو ادعى عينًا في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب، وهو يملكه تقبل البينة عليه؛ لأنه يثبت الاتصال بين المشتري والغائب بسبب، وهو الشراء بالبينة، فانتصب خصمًا عنه.

وإن أقام بينة على إقرار البائع بذلك تقبل؛ لأنها قامت على خصم حاضر؛ لأنه ثبت الاتصال بينهما بسبب النكاح بالبينة، وإن كان الزوج حاضرًا فصدق المشتري في الزوجية تثبت، وصحت الخصومة، فيحلف البائع.

ولو قال البائع: بعتها بعدما طلقها الزوج، وانقضت عدتها، فالقول للبائع؛ لأنه منكر ثبوت حق الرد، وإن كان الزوج معروفا، فأنكر الطلاق يردها المشتري؛ لأن قول البائع لم يقبل في حق الزوج.

ولو قال البائع: ثابت منه بعد البيع قبل القبض، أو بعدهما، وأنكر المشتري، فالقول للمشتري؛ لأن البائع أقر بالعيب الموجب للرد، ثم ادعى زواله بعارض، وأنكره المشتري.

وإن كان لها زوج في يد المشتري، فقال البائع: كان عندي غير هذا طلقها قبل البيع، فالقول للبائع؛ لأنه أنكر كون هذا عنده.

(باب من يُرَدّ عليه المبيع بعيب فيرده هو على بائعه)

(**المبسوط**): باع المشتري المبيع، ثم رد عليه بالعيب برضاه لا يرد على بائعه؛ لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث، فصار كأنه اشترى ثانيًا في حق البائع الأول وذلك يمنع الرد وإن رد عليه بقضاء أو ببينة أو بنكوله أو بإقراره بالعيب رده على بائعه.

وقال زفر: في النكول والإقرار لا يرده؛ لأن الرد بهما يكون بيعًا جديدًا لا فسخًا في حق البائع؛ لأنه حصل بتراضيهما؛ لأن النكول والإقرار بالعيب سبب للفسخ، ومباشرة السبب يكون رضا بحكمه.

لنا: أن الرد بالقضاء فسخ في حق الكل؛ لأنه حصل بغير التراضي، لأنه حصل بالقضاء خبرًا؛ لأن الشرع ينزله بالنكول بادلًا خيرًا، والقاضي ألزمه بالإقرار استرداد المبيع خيرا، فلا بد من أن يجعل فسخا، والنكول والإقرار ليس بسبب الفسخ، فإن الفسخ لا يوجد بهما، وإنما يوجد بالقضاء عن اختيار، فلا يكون رضا بالفسخ، فصار كالفسخ بالبينة.

(**الجامع**): اشترى عبدًا، وباعه من غيره، وطعن الثاني بعيب يحدث مثله، وقال المشتري الأول: حدث عندك، وأقام الراد البينة أنه كان عند البائع الأول، ورد عليه، فله أن يرده على بائعه عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يرده؛ لأن إقراره بأن العيب لم يحدث عنده، ولا عند البائع

الأول، إن بطل في حق نفسه لوجود التكذيب من القاضي لم يبطل في حق البائع الأول؛ لعدم التكذيب منه، فكان في زعمه أن القضاء بالرد لم ينفذ باطنا، والبيع قائم، والعبد زائل عن ملكه، وليس له خصومة مع بائعه فيعتبر زعمه في حق بائعه.

لأبي يوسف: أن إقراره بعدم حدوث العيب عند البائع الأول، يثبت ضمنًا لإقراره بحدوث العيب عند المشتري الثاني، فإذا بطل المتضمن بتكذيب القاضي، حيث رد عليه بالعيب بطل المتضمن ضرورة، فلا يمنع صحة دعواه، كما لو اشترى عبدا، فأقر بأنه كان ملك بائعه، ثم استحق بالبينة، فله أن يرجع بالثمن على بائعه؛ لأنه بطل إقراره بكونه ملكًا لبائعه بتكذيب القاضي، فكذا هذا.

وإن كان عيبا لا يحدث مثله، فله أن يرده على بائعه بالإجماع؛ لأنه تيقن بكذب إقراره.

ولو باع المشتري من آخر، فجحد الآخر البيع وحلف، وعزم البائع على ترك الخصومة، ثم وجد المشتري الأول به عيبا يرده على بائعه؛ لأنه انفسخ العقد بدون رضا، لأنه صار مضطرا في الفسخ، لما عجز عن إثبات البيع، والاضطرار يسلب الرضا، والاختيار، وجحود الآخر يصلح عبارة عن الفسخ، وعزم البائع على ترك الخصومة عزم على الفسخ، فيكون فسخا في حق الكل، ولهذا لا يتحدد للشفيع حق الشفعة، حتى لو رد قبل تحليف المشتري الثاني ليس له ذلك؛ لأنه غير مضطر في الفسخ بجواز أنه متى حلفه ينكل، فيمكنه إثبات البيع، فيكون الفسخ بالتراضي.

ولو صدقه في البيع، ثم قالا أنه كان تلجئة، أو كان فيه خيار شرط، أو خيار رؤية، أو كان بيعًا فاسدًا، فنقض كان له الرد بالعيب على بائعه؛ لأن أصل البيع ظهر بتصادقهما، فتظهر صفته أيضًا بتصادقهما، وفي بيع التلجئة، وخيار الشرط المبيع لم يزل عن ملكه، فله رده، ونقض البيع بخيار الرؤية، والفساد فسخ في حق الكل، فيعود إلى قديم ملكه.

ولو تصادقا بعد البيع أنهما ألحقا به الخيار، ثم نقضه صاحب الخيار لم يرده على بائعه لأنهما أنقضا على لزوم البيع، وانبرامه ثم انعدم اللزوم بتراضيهما، فيكون فسخا بتراضيهما، فشبه الإقالة.

ولو أقرا عند القاضي بالبيع، ثم جحدا أنهما ما أقرا عنده بشيء جعل القاضي جحودهما فسخا، حتى لو أراد الآخر إمساكه وإعتاقه لا يصح، ولا يرده الثاني بالعيب على البائع الأول؛ لأن الجحود يصلح مجازًا عن الفسخ لمشابهة بينهما، لأن في الفسخ إعادة المبيع، والثمن إلى قديم ملكهما، وفي تجاحدهما البيع إقرارهما بأنهما على قديم ملكهما، فصار مجازا عن الفسخ، وهذا الفسخ حصل بتراضيهما، فاعتبر بيعًا جديدًا في حق الثالث.

ولو اشترى دارًا، وقبض وسلم الشفيع الشفعة، ثم تجاحدا البيع يحدد حق الشفعة.

ولو أقر أن البيع كان تلجئة لا شفعة؛ لعدم زوال المبيع عن ملكه، كما في البيع بشرط الخيار للبائع، وكل موضع كان للمشتري الأول أن يرد بالعيب على بائعه لا يجب حق الشفعة؛ لأنه عاد إليه قديم ملكه، وعلى عكسه يجب؛ لأنه اعتبر بيعا جديدا في حق الثالث.

(باب ما يمنع الرد بالعيب ويوجب الرجوع بالنقصان)

أصله: أن حق الرجوع بنقصان العيب حلف عن حق الرد؛ لأنه متى عجز عن استيفاء حقه في الجزء الفائت، والوصول إلى رأس ماله يثبت له حق الرجوع ببدل الفائت دفعًا للضرر عنه، ونقصان العيب أن يقوم صحيحًا، ويقوم معيبًا على حاله، فما انتقص فهو حصة العيب، فيرجع بقسطه من الثمن. وجد المبيع معيبا، فلم يرده حتى حدث به عنده عيب آخر، لا يرده، ويرجع بالنقصان.

وعند مالك، والشافعي: يرده.

والصحيح قولنا؛ لأن الرد بالعيب لدفع الضرر عنه، فكان من شرطه أن لا يضر بغيره، وذلك بالرد كما قبض، فإذا تعيب عنده تعيب آخر فقد فقدَ شرط الرد، فلم يرد، ويرجع بالنقصان دفعا للضرر عنه أيضًا.

ولو وطئ الجارية المبيعة، أو قبَّلها بشهوة لا ترد، ويرجع بالنقصان إذا لم يعلم بالعيب.

وقال الشافعي: وطء الثيب لا يمنع الرد.

والصحيح قولنا؛ لأن الوطء بمنزلة استيفاء جزء من العين، لأن المستوفى بالوطء جزء مقصود، ولهذا وجب العقر باستيفائه عن شبهة، واستيفاء جزء من الذات يوجب نقصانا فيه، فيمنع الرد.

ولو وطئها غير المشتري، أو زوجها المشتري ولم يطأها الزوج لا ترد، ويرجع بالنقصان؛ لأن كونها ذات زوج عيب، وكان التزويج من المشتري تعيبًا لها، وكذا يجب الصداق بالنكاح، والصداق زيادة منفصلة وجبت بدلا عن العين، والزيادة المنفصلة الحادثة بعد القبض تمنع الرد.

وكذلك الوطء إذا كان زنًا، فهو عيب في الجواري، وإن كان شبهة، فيوجب العقر، وأنه زيادة منفصلة يمنع الرد، ولكن يرجع بنقصان العيب؛ لأنه لم يصل إليه عوض الجزء الفائت، ولا يثبت بالمبيع مع إمكان الرد.

وإن وطئها زوجها الذي كان عند البائع إن كانت ثيبا ترد؛ لأن منافع بضعها مستحقة للزوج قبل البيع، فلم يدخل في ملك المشتري حتى يشترط قيامه لإمكان الرد.

وإن كانت بكرًا لا ترد، ويرجع بالنقصان؛ لأن الجلدة لم تصر مستحقة للزوج بالنكاح، لأنها عين وبالنكاح لا تستحق إتلاف جزء عين، وإنما أطلق له إتلافها ضرورة استيفاء المستحق بالنكاح، وهو المنافع، والثابت بالضرورة لا يظهر فيما عدا الضرورة، فيظهر استحقاقه في حق الاستيفاء فيما عداه، فيدخل في الجلدة في ملك المشتري، فيشترط قيامها للرد، فصار كما لو وطئها الزوج ونقضها، وهي ثيب لا ترد.

ولو قال البائع: أنا أقبلها كذلك، فله ذلك؛ لأن تعذر الرد كان لضرر يلحق البائع لا لفوات حق الرد، فإذا رضي بالضرر زال المانع فيرد، والزيادة المنفصلة بعد القبض، كالولد والعقر والأرش والثمرة، ونحوه يمنع الرد بالعيب، وسائر أسباب الفسخ، كالإقالة والرد بخيار الشرط والرؤية، خلافًا للشافعي؛ لأنه لا يجوز فسخ العقد على الأصل، والزوائد جميعًا؛ لأنها لم تدخل في البيع أصلا.

ولا يجوز فسخ العقد على الزوائد بيعا للأصل؛ لأنها مباينة منفصلة عن الأصل، فالفسخ على الأصل لا يسري إليها كالبيع، ولا يجوز فسخ العقد على الأصل دونها؛ لأنها مبيعة تبعا كما بينا، فلو رد الأصل بدونها لانقلب الولد مبيعًا أصلًا مجانًا بغير عوض، لتعذر إيفائه مبيعا تبعا، كما في ملك غيره، بخلاف ما قبل الرد؛ لأنه أمكن إبقاؤه مبيعا معا، كما في ملك غيره، بخلاف ما قبل الرد؛ لأنه أمكن إبقاؤه مبيعا تبعا لبقاء الأصل في ملكه، ويجوز ثبوت الملك في التبع من غير عوض يقابله، كما في الأطراف.

ولو مات الولد ترد الأم؛ لأنه يفضي إلى الربا، والكسب، والعلة لا تمنع رد الأصل؛ لأنه ليس بمبيع، لأن الملك يثبت فيه باكتساب العبد لا بملك الرقبة في قيام المولى مقامه في الملك، ولهذا كسب المكاتب، والمدبر لا يكون في مثل حاله، والزيادة المنفصلة الحادثة قبل القبض لا تمنع الرد؛ لأنه ينفسخ العقد في الزيادة تبعا، لأنه سقط برد الأم، فلا فائدة في إبقاء العقد فيه، والزيادة المتصلة لا تمنع الرد؛ لأنها تابعة من كل وجه لا ينقلب أصلا فقط، فالفسخ على الأصل يسري إليها، فإذا انفسخ العقد على الأصل ينفسخ فيها تبعا.

ولو أراد المشتري الرجوع بنقصان العيب، وأراد البائع أن يرد عليه ليدفع إليه جميع الثمن ليس للبائع ذلك.

عندهما، وعند محمد: له ذلك؛ لأن الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع فسخ العقد على الأصل، إلا برضا من له الحق في الزيادة.

عندهما، وعند محمد: لا يمنع كالمهر إذا ازداد زيادة متصلة بعد القبض، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها.

ولو صبغ الثوب بعصفر، أو زعفران، أو قطعه قميصا فخاطه، أو طعاما فطحنه، أو كان سويقا فلتَّه، أو بنى في العرصة بناء، ثم وجد به عيبا رجع بالنقصان؛ لأنه تعذر الفسخ في الأصل بدون الزيادة، لأنه لا يجوز أن يصير الأصل ملكا للبائع، والزيادة ملكا للمشتري، وتعذر في الأصل والزيادة جميعًا؛ لأن هذه ليست بتابعة من كل وجه، لأنها كانت أصلا قبل الاتصال.

ويجوز أن ينفصل، فيبقى أصلا بخلاف السمن والجمال؛ لأنه تبع للأصل من كل وجه، وليس للبائع أن يقبله كذلك؛ لأن الرد امتنع حكما لهذه الزيادة، لأنه يؤدي إلى أمر غير مشروع، وهو أن يصير الأصل ملكًا للبائع، والزيادة للمشتري.

ولو قطع الثوب ولم يخطه، فوجد به عيبا رجع بالنقصان؛ لأنه عينه، فعجز به عن الرد، وللبائع أن يقبله كذلك؛ لأن العين لم تهلك، ولم يتصل به زيادة، ولهذا لا ينقطع حق المالك في الغصب، وفي كل موضع لم يكن للبائع أن يقبل المبيع، كذلك نحو الزيادة والصبغ والبناء، فباعه المشتري، أو أعتقه وهو يعلم بالعيب يرجع بالنقصان؛ لأن الرد لم يمنع بتصرفه، بل الرد كان ممتنعا قبله، فلا يصير بتصرفه ممسكا عن الرد، وراضيا بالعيب، فلم يبطل حقه في الرجوع، وفي كل موضع كان له أن يقبل، كالعيب الحادث، فباعه المشتري، أو أعتقه لم يرجع بشيء؛ لأنه بتصرفه صار ممسكا عن الرد حال إمكان الرد برضاء البائع، فصار مبطلا للرد الذي هو الحق الأصلي.

(**النوادر**): اشترى جارية، فوجد بها قرحا فداواها، فهو رضاء بالعيب؛ لأن المداواة دليل الإمساك وإن داواها من عيب آخر قد برئ إليه، لا يكون رضاء بالعيب الذي لم يبرأ إليه.

اشترى طيرًا، فوجد بها عيبًا، فأمرها أن ترضع صبيًّا لا يكون رضا؛ لأن الأمر بالإرضاع استخدام، والاستخدام لا يكون رضًا.

ولو حلب من لبنها، فأوكل صبيا، أو باع فهو رضاء؛ لأن اللبن جزء منها، واستيفاء جزء منها دلالة الرضاء بالعيب، وكذا لو جزَّ صوف شاة، أو حلب لبنها. ولو اشترى ثوبا، فإذا هو صغير، فأراد رده فقال له البائع: أره الخياط، فإن قطعه وإلا رده عليّ، فأراه الخياط، فإذا هو صغير فله رده؛ لأنه ليس برضاء.

ولو قال له: بعه أو اعرضه على البيع، فإن اتفق وإلا رد عليّ، ففعل ليس له رده؛ لأنه يكون رضاء بالعيب.

اشترى غلاما بركبته ورم، فقال البائع: إنه ورم حديث أصابه ضرب، فأورمه، ثم

ظهر أنه قديم ليس له رده؛ لأنه رأى العيب ورضيه، وكل قديم حديث في أوله قديم في آخره.

ولو اشتراه على أنه حديث، ثم ظهر أنه قديم لا يفسد البيع، ولا يرد لما ذكرنا اشترى عبدا فسرق عنده، وقد كان سرق عند البائع، فقطعت يده بالسرقتين جميعًا.

ولو اشترى عبدا أمرد، ثم ادعى أنه محلوق اللحية، وأنكر البائع، وهو محلوق اللحية اليوم، فإن لم يأت على البيع وقت يتوهم فيه خروج اللحية عند المشتري، له أن يرد؛ لأنه ثبت العيب عند البائع.

وإن أبى ذلك على البيع لا يرد ما لم تقم البينة، أنه كان محلوق اللحية عند البائع.

قال أبو يوسف: اشترى جارية فوجدها حاملا، فولدت عنده لا يرجع بالنقصان؛ لأن الحبل كان عيبا، فلما ولدت ذهب العيب.

وجد بالمبيع عيبا، فخاصم البائع فيه، ثم ترك الخصومة أياما، ثم عاد إلى الخصومة، فقال البائع: لم أمسكت عن الخصومة في هذه المدة؟ فقال: لأنظر هل يزول هذا العيب، فله أن يرده؛ لأن هذا ليس دلالة الرضاء بالعيب.

وصي، أو وكيل، أو عبد مأذون اشترى عبدا بألف، وقيمته ثلاثة آلاف، فليس له أن يرده بالعيب؛ لأن فيه ضررا على اليتيم والمولى، والموكل.

ولو كان هذا في ملكهم، أو لم يتقرر ملكهم فيه، وكان الفسخ تصرفا في العقد لا غير، وأنه حقه، ولا كذلك في الرد بالعيب.

رجل اشترى ثوبا بخمسة، وهو يساوي عشرة، فوجد به عيبا ينقصه خمسة يرجع بدرهمين ونصف؛ لأنه نصف الثمن، وقد انتقص نصف المبيع.

باع جارية بزبيب وتمر بعينها، وتقايضا، ثم وجد بائع الجارية التمر فاسدا يقسم الجارية على قيمة الزبيب والتمر، ولا عيب به فيما أصاب التمر رد الثمن، فاسترد من الجارية؛ لأن الجارية انقسمت عليهما على قدر قيمتهما، وهما صحيحان.

(**الجامع**): اشترى عصيرًا وقبضه، ثم تخمّر، ثم وجد به عيبًا لا يرده، وإن رضي

به البائع؛ لأن في الرد تمليك الخمر وتملكه قصدا؛ لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث، وحرمة تمليك الخمر حق الشرع، فاعتبر بيعًا جديدًا في حقه.

وإن صار خلًّا لا يرد، إلا إذا رضي به البائع؛ لأنه تعيب عنده بعيب آخر، لأنه قبضه حلوًا، أو يرده حامضًا، والحموضة فيما بطلت منه الحلاوة عيب، ويرجع بنقصان العيب في الحالين لتعذر الرد، وكذا نصرانيان تبايعا خمرًا وتقايضا، فأسلما، ثم وجد المشتري بالخمر عيبًا لا يرده، ويرجع بالنقصان.

(**الأصل**): أن القضاء بثمنين مقابلا بالمبيع الواحد جائز؛ لأن اجتماع ثمنين في ذمة واحدة بمقابلة مبيع واحد على الترادف، جائز إن اشتراه من أحدهما، وباعه من آخر، ثم اشتراه منه رجلان ادعى كل واحد عبدًا في يد إنسان أنه باعه من ذي اليد، وهو ينكر، وأقاما البينة، فعليه الثمنان لما مر.

وكذلك لو أقام كل واحد بينة أنه عبده باعه منه، وقد نتج عنده؛ لأن الدعوى وقعت في الثمن لا في المبيع؛ لأن المبيع متى كان مسلما لا يقبل البينة، لإثبات الملك فيه لاستغنائه عنه؛ لأنه إنما يفتقر إليه ليقدر على تسليمه، فيستوجب الثمن على المشتري، وقد استغنى عن تسلمه، ويقبل لإثبات الملك في الثمن لافتقاره إليه، والناتج والعارف سيان في استحقاق الثمن فإن وجد به عيبا لم يرد إلا على واحد منهما؛ لأن الشراء من كل واحد ثبت في كل العبد، وفي الرد عليهما تشقيصه وتبعيضه، وذلك عيب في الأعيان المجتمعة، فلكل واحد أن لا يرضى بذلك.

وقد زعم كل واحد أن له حق الرد عليه، فيرد على أيهما شاء، فإن رده على أحدهما لا يرجع على الآخر بنقصان العيب؛ لأن من حجة الآخر أن يقول: ادفع العبد إليَّ، فأنا أرضى به معيبا، والمشتري عاجز عن تسليمه لفعل نفسه، وهو الرد على أحدهما، فإن لم يرده على أحدهما، لكن حدث به عيب آخر عنده يرجع بالنقصان على أيهما شاء المرجوع عليه أن يأخذه معيبا، فيرده عليه، ولا يرجع على الآخر بشيء؛ لأنه عجز عن الرد لا يفعله، بل بحدوث عيب آخر، فإذا رضي البائع به فله ذلك.

وإن أخذ النقصان من أحدهما، فله أن يرجع على الآخر أيضًا، إلا إن شاء الآخر

أن يأخذه ويرد الثمن؛ لأن كل واحد يقر له بحصة العيب ضمنا لإقراره بالبيع، وشرط الرجوع قائم، وهو قيام العبد في ملكه فيرجع.

وكذلك لو مات العبد، أو قطعت يده كان له الرجوع بالنقصان عليهما؛ لأن الرد متعذر.

ولو وقتا للبيعين يقضي بالثمنين أيضًا، ويرد ويرجع على الآخر لا غير؛ لأنا قضينا لهما بالبيع متعاقبا، فيصير كأنه اشترى من الأول، ثم باع من الثاني، ثم اشتراه منه فتحلل بين البيع الأول، والثاني زوال ملكه عن المبيع، فيمنع الرد، والرجوع على الأول.

ولو أقاما البينة، ولم يؤرخا والعبد في أيديهما يقضى لكل واحد منهما بنصف الثمن الذي يدعيه، ويخير المشتري؛ لأن كل واحد أثبت المبيع من غير تسليم، ولا يقدر على تسليم نصف المبيع، فينفسخ من كل بيع نصفه، إلا أنه تفرقت الصفقة فيخير.

ولو أقاما البينة على التسليم، يقضى بالثمنين وأحد العبدين؛ لأن تسليم الكل يثبت من كل واحد.

(**الزيادات**): مسائله على ثلاثة فصول:

فصل في بيع المكاتب.

وفصل في الوارث والمورث.

وفصل في المأذون.

الفصل الأول

مكاتب اشترى ابنه أو أباه، لا يرده بالعيب؛ لأنه صار مكاتبا، والكتابة تمنع زوال الملك بسائر الأسباب، فكذلك بالفسخ، ولا يرجع بنقصانه؛ لأن الرجوع بالنقصان حلف على الرد، بدليل أنه لا يصار إليه مع القدرة على الرد، إنما يثبت الحلف إذا وقع الناس عن الأصل ولم يقع؛ لأن الكتابة تحتمل الفسخ للحال، فيمكن رده، بخلاف ما لو دبره ثم وجد به عيبا يرجع بالنقصان؛ لأن التدبير لا يحتمل الفسخ

للحال، لقيام سبب الحرية، فإن عجز المكاتب بعدما علم بالعيب يرده المولى ويتولاه المكاتب؛ لأنه زال المانع من الرد وهو الكتابة، وصار ملكا للمولى من الأصل على سبيل الخلافة عن المكاتب، وهذا لا يمنع الرد بالعيب، كما في الوارث.

وكما لو اشترى المكاتب عبدا، ثم عجز، فللمولى رده بالعيب، إلا أن العاقد هو المكاتب، فتكون حقوق العقد إليه، كالعبد المأذون، والوكيل إذا اشترى شيئًا، فإن باع المولى المكاتب، أو مات الوكيل، فحينئذ للمولى وللموكل أن يرده عليه؛ لأنه عجز عن الخصومة، فقام المولى مقامه كالوارث، فإن أبرأه المكاتب قبل العجز لا يرده المولى؛ لأن سبب ثبوت حق الرد ثابت له، وهو التزام البائع بالبيع تسليم المبيع سليما، والإبراء بعد وجود السبب جائز، كإبراء المؤاجر المستأجر عن الأجرة قبل استيفاء المنفعة، والإبراء عن العيب تبرع هو من صنع التجار، فيملكه المكاتب كالضيافة اليسيرة.

وإن أبرأه المولى قبل عجز المكاتب جاز؛ لأن سبب ثبوت حق الرد للمولى قد وجد، وهو ملكه رقبة ولده، ولهذا لو أعتقه نفذ عتقه.

اشترى المكاتب أم ولده، ومعها ولده لا يردها بالعيب، ويرجع بنقصانه؛ لأنه وقع اليأس عن الرد؛ لأنها صارت بمنزلة أم الولد، ألا ترى لو أدى المكاتب يتحقق فيها أمومية الولد، وأمومية الولد لا تحتمل الفسخ، فإن أبرأه المولى عن العيب لم يجز؛ لأنه لم يملكها.

ولو أبرأه المكاتب قبل العجز عن العيب جاز؛ لأنه ملكها.

اشترى من مكاتبه عبدًا لا يرد المولى بالعيب؛ لأن المكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده شيئًا؛ لأن الدين لا يجب على العبد إلا شيئًا على مالية رقبته، وذلك ملك مولاه، فكيف يستوجب على نفسه شيئًا، فلا يستفيد بهذا الرد عليه شيئًا، ولا يخاصم بائعه؛ لأنه لم يشتر منه شيئًا، ولأنه انعدم الملك من جهته، باعتراض ملك جديد يتحدد بسببه، وهو المعاقدة بينه وبين ملكه، وقيام الملك المستفاد من جهة البائع شرط للرد بالعيب؛ لأن الرد إعادة البائع إلى أصل ملكه،

وذلك إنما يتحقق إذا كان الملك المستفاد من جهته قائمًا.

الفصل الثاني

حرٌّ اشترى عبدًا، فباعه من وارثه، ثم مات الأول، ثم وجد به عيبًا كان عند البائع الأول ينصب القاضي للميت خصمًا، فيرد الوارث عليه، ويرد الخصم على البائع الأول، ويدفع ثمنه إلى الوارث؛ لأن الوارث يستوجب دينا على مورثه في تركته بعد مماته، ولا يمكنه الخصومة مع نفسه، فصار كأن الميت لا حلف له أصلا، فنصب القاضي منه خصمًا ليرده المشتري عليه، وله في الرد على التركة فائدة متوقعة.

وإن كانت التركة سالمة له بغير مزاحمة؛ لأن التركة سالمة له إرثًا، وبالرد سلم له اقتضاء لدينه، وفيه منفعة عظيمة، وفائدة مطلوبة، وهو أن لا يتقدم عليه غريم آخر، أو وارث آخر إن ظهر.

ولو اشترى الوارث وباعه من مورثه، ثم مات مورثه، فورثه وجد به عيبا قد كان دلسه البائع الأول لا يرده على أحد أما على البائع الأول، فلتبدل الملك.

وأما في التركة؛ فلأن الجر الفائت الذي هو حق الميت على الوارث صار حقًّا للوارث بحكم الخلافة عنه، فسقط عنه كما لو ورث دينا للمورث عليه يسقط عنه.

الفصل الثالث

اشترى عبدًا من عبده المأذون وقبضه، ونقد الثمن، ثم وجد به عيبًا لا يرده؛ لأنه لا يستوجب على عبده دينًا، فلا فائدة في الرد.

وإن كان قبض، ولم ينقد الثمن يرد؛ لأن في الرد فائدة، وهو سقوط الثمن عنه، وإسقاط مطالبة المأذون عن نفسه.

وإن لم يكن قبض العبد يرد نقد الثمن أولا؛ لأن الرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الرد، بخيار الرؤية، والشرط لأنه ينفرد الراد به، ولا يفتقر إلى القضاء، كما في خيار الرؤية والشرط، ثم هناك يرد عليه.

وإن كان لا يستوجب بمقابلته شيئًا، فكذا هذا وفقهه، وهو أن العيب قبل القبض

لا حصة له من الثمن؛ لأنه وصف وتبع محض، فلا يكون الرد لدفع الضرر عن نفسه، بل لامتناعه عن إتمام الصفقة، وله ذلك، فأما بعد القبض الصفقة تامة، وللعيب حصة من الثمن؛ لأنه صار مقصودًا بالحبس، فكان الرد لدفع الضرر، وإنما يندفع إذا استوجب بالرد الثمن، واستوضح الفرق، كما لو صالح عن العيب قبل القبض على عين، كأن العين زيادة في أصل البيع لا عوضًا عن حصة العيب من الثمن، حتى ينقسم الثمن على المبيع، والزيادة على قدر قيمتها، حتى لو وجد بأحدهما عيبًا يرد بحصته من الثمن.

ولو صالحه على عين بعد القبض كان العين عوضا عن حصة العيب، وكذا الوكيل لو أبرأ البائع عن العيب قبل القبض جاز، ولزم المبيع الآمر.

ولو أبرأه بعد القبض لا يجوز، ولزم المأمور؛ لأن قبل القبض لم تجب حصة العيب من الثمن وبعده وجب، فإسقاطه في حق المولى لم يصح، فهذا كله إذا كان الثمن دينًا، فإن كان عرضًا، وهو قائم يرد بكل حال؛ لأنه يستدرك بالرد فائدة، وهي إعادة العرض إلى يده، فإنه يجوز أن يكون للمولى فيه عرض، وهو كونه أحق به من الغرماء.

ولو كان العبد استهلك العرض لا يرده؛ لأنه يعود حقه في قيمته، أو مثله دينا، وهو لا يستوجب على عبده دينا.

مأذون مديون اشترى عبدًا، فباعه من مولاه وقبضه، ثم أبرأه الغرماء عن الدين، فوجد المولى بالعبد عيبًا لا يرده، ولا يرجع بالنقصان؛ لأنه لما برئ العبد صار ماله للمولى، فلا يكون في الرد فائدة، والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد.

وإن لم يقبض يرده، لما قلنا. باع شيئًا، ثم أخذه من آخر، ولم يقبض الثمن، فوهب منه الثمن لا يرده المشتري بالعيب؛ لأنه تعذر القضاء برد الثمن، لأنه لم يقبضه، فلا فائدة في الرد.

وإن كان قبض الثمن، ثم وهبه منه يرده بالعيب؛ لأن فيه فائدة، وهو استرداد الثمن. اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، أو ساقطة ثنيتها، أو سوداء، وهو يعلم به فلم يقبضها، حتى ذهب العيب ثم عاد، فهي لازمة للمشتري.

وعن أبي يوسف: له الخيار؛ لأن الثاني غير الأول، والمشتري رضي بالأول دون الثاني، وجه ظاهر الرواية: أن الثاني حدث في محل الأول، وأثره مثل أثر الأول، ولم يفت به شيء لم يفت بالأول، فكان رضاء المشتري بالأول رضاء بالثاني دلالة.

وإن قبضها، ثم ذهب العيب وعاد، ثم وجد به عيبا آخر كان عند البائع، فله ردها بالعيب القديم؛ لأنه يمكنه ردها كما قبض، وانجلاء البياض، ونبات السن زيادة حدثت في يده، وذهبت بلا صنعة، فلا يمنع الرد، كما لو هلك ولد المبيع بعد القبض له رده بالعيب، فكذا هذا.

(باب ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع)

أصله: أن حق الرجوع بالنقصان إنما سقط بأحد أمرين إما بوصول عوض المبيع إليه حقيقة، أو معنى، أو بتشبثه بالمبيع بعد العلم بالعيب حال إمكان الرد برضاء البائع؛ لأن ذلك دلالة الرضاء بسقوط حقه، كما لو صرح وأفصح، وقال: أنا أتشبث بالمبيع، ولا أرده بطل حقه، وتشبثه بالمبيع حال عجزه عن رده لا يدل على الرضاء بالعيب؛ لأنه يقول: أنا أتشبث بالمبيع لأني عاجز عن الرد أصلا، لا أني راضٍ بالعيب، وتشبث غيره بالمبيع بتسليطه كتشبثه بنفسه؛ لأنه قائم مقامه.

ولو أخرج المبيع عن ملكه، بحيث لا يبقى لملكه أثر بأن باعه، أو وهبه، أو أقر به لغيره، ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان؛ لأنه صار متشبثا بالمبيع، وممسكًا عن الرد؛ لأن تشبث غيره بتسليطه كتشبثه بنفسه؛ لأنه قائم مقامه، وهو حال إمكان الرد برضاء البائع؛ لأنه يجوز أن يرده المشتري، أو المقر له عليه، أو يرجع هو في الهبة، فيمكنه الرد على بائعه برضاه.

وكذا لو باع بعضه؛ لأن تشبثه ببعض المبيع كتشبثه بكله؛ لأنه ليس له إمساك بعضه، والرجوع والرد في بعضه؛ لأنه يتضرر البائع بهذا الرد زيادة ضرر، وهو عيب الشركة، فالرضا بإمساك بعضه يكون رضا بإمساك كله.

وإن تصرف فيه تصرفًا لا يخرجه عن ملكه، بأن أجره، أو رهنه، أو كان طعامًا فطحنه، أو سويقا فلته بالسمن، أو بنى في العرصة ونحوه، ثم علم بالعيب يرجع بالنقصان إلا في الكتابة؛ لأنه لم يتشبث بالمبيع بعد العلم بالعيب مع إمكان الرد؛ لأنه تعذر رده بعد هذه التصرفات، ولم يصل إليه عوض، بخلاف الكتابة؛ لأنه وصل إليه عوض حقيقة، كالعتق على مال.

ولو أعتقه، أو دبره، أو استولدها، ثم علم بالعيب رجع بالنقصان استحسانًا، خلافًا للشافعي؛ لأنه غير متشبث بالمبيع بنفسه، ولا بنائبه لفوات المبيع، وزواله عن ملكه لا إلى أحد.

وإن صار متشبثًا بسبب الولاية؛ لأنه أثر من آثار الملك، لكن حال عجزه عن الرد برضا البائع، وتشبثه بالمبيع حال عجزه عن الرد لا يدل على الرضا بسقوط حقه.

ولو أعتقه على مال، أو كاتبه لا يرجع؛ لأنه يتوصل إليه عوض الجزء الفائت؛ لأن البدل مقابل بجميع الأجزاء القائمة، والفائت؛ لأن حقه في الجزء الفائت قائم حكما ما لم ينتقل إلى بدله، وبعدما وصل إليه العوض مرة، لا يكون له أن يأخذه مرة أخرى، وصار هذا كالبيع.

ولو هلك المبيع يرجع؛ لأنه لم يتشبث بالمبيع، ولو قبله غيره، أو كان طعاما فأكله، أو ثوبًا فحرقه بغير إذنه لم يرجع؛ لأنه وصل إليه عوضه حقيقة، وهو قيمته.

فإن قيل في الإتلاف يقوم القائم دون الفائت، فلم يصل إليه عوض الفائت، فقيام المضمونات تثبت المعاوضة، والمبادلة حكمًا بين الواجب قبل الهلاك، فتملك الضامن المضمون بالضمان، كأنه اشترى، فيكون الواجب بإزاء القائم، والفائت في حق المالك، كأنه باعه بهذا القدر، كما في المعاوضة الحقيقية.

ولو قتله هو لا يرجع لأنه وصل إليه عوضه معنى؛ لأنه لولا ملكه لوجب الضمان عليه بالقتل، وإنما سقط الضمان عنه بسبب ملكه، فصار منتفعًا لهذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه، فصار الضمان كالسالم له معنى، فاعتبر سقوط الضمان كالبدل عن الملك.

ولو أكل هو الطعام، أو لبس الثوب، فتحرق لا يرجع عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يرجع؛ لأنه لم يتشبث بالمبيع حال إمكان الرد لفواته، ولم يصل إليه عوضه معنى؛ لأن الملك قائم معنى يخلفه، وهو حصول منفعة الأكل واللبس له، فلا يجعل سقوط الضمان عوضًا عن الملك، بخلاف ما لو قتله؛ لأنه زال الملك بلا منفعة، فأمكن أن يجعل سقوط الضمان بدلا عنه. له: أنه وصل إليه العوض معنى، وهو سقوط الضمان بدلا عنه؛ لأن دفع الجوع والحر والبرد، كما وجد تلاشى وانعدم، فأمكن أن يجعل سقوط الضمان بدلا عن الملك؛ لأنه أثر الملك فيقام مقامه.

ولو أكل بعض الطعام لم يرد ما بقي، ولم يرجع بشيء عند أبي حنيفة؛ لأن المكيل والموزون في حكم شيء واحد عنده، لما بينا، فبطل حقه في بعضه، فيبطل في الكل، كما لو باع بعضه.

وعندهما: يرد الباقي، ويرجع بنقصان ما أكل، وعليه الفتوى؛ لأنه ليس في رد الباقي إضرار بالبائع؛ لأنه ليس في تبعيضه تعييب بالباقي، وفي رواية عنهما: لا يرد الباقي، ويرجع بنقصان الكل، فكذا هذا.

ولو باع بعضه، ثم وجد بالباقي عيبا لم يرد الباقي، ولم يرجع بشيء.

عندهما: لأنه شيء واحد، فكان بمنزلة العبد.

وعند محمد: يرد الباقي، ولا يرجع بنقصان ما باع؛ لأنه بمنزلة الشيئين عنده، وعليه الفتوى.

وذكر في "النوادر": لو اشترى سمنًا ذائبًا فأكله، ثم أقر البائع أنه وقعت فيه فأرة وماتت رجع بالنقصان عند أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله، وعليه الفتوى، لما بينا اشترى جوزًا، أو بيضًا، أو بطيخًا، أو قثاء فكسره، فوجده فاسدًا؛ فإن كان لقشره، أو لما هو صالح منه قيمة يرجع بنقصان العيب.

وعند الشافعي: يرده؛ لأنه حدث به عيب آخر عنده، وذلك لا يمنع الرد عنده.

وعندنا: يمنع؛ لأنه لم يرض به البائع، فيتضرر برده.

وإن لم يكن له قيمة، كالبيض إذا وجده مدرًا، أو القرع إذا وجده مرًّا رجع بكل الثمن؛ لأن المبيع ليس بمال، فتبين أنه لا عقد.

ولو وجد بعضه فاسدًا، فإن كان الفاسد كثيرًا، فهو بمنزلة ما لو جمع بين الحر والعبد في البيع على التفصيل، والاختلاف الذي ذكرنا.

وإن كان قليلًا جاز البيع ولزم؛ لأنه لا عبرة به في العادات، فيجعل قليله هدرًا، ولأن فيه ضررًا؛ لأن جملة ذلك لا تخلو عن قليل فاسد، فلو بطل به البيع لما جاز بيع أبدًا. اشترى عبدًا، فوجده مباح الدم، فقتل عنده رجع بكل الثمن عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقوم حلال الدم، وغير حلال، فيرجع بحصة الفصل، وإن كان حلال اليد فقطعت عنده، فإن شاء رده وأخذ كل الثمن، وإن شاء أمسكه، واسترد نصف القيمة عند أبي حنيفة.

وعندهما: يرجع بالنقصان؛ لأن المبيع تلف بسبب وجد في ضمان المشتري، وهو القتل؛ لأن التلف لا يسبق الإتلاف، بل يقتصر على حاله، فلا يظهر أن البيع كان باطلًا، لكن تعيب في يده بسبب وجد في ضمان المشتري، وهو القتل؛ لأن التلف لا يسبق الإتلاف، بل يقتصر على حاله، فلا يظهر أن البيع كان باطلًا، لكن تعيب في يده بسبب وجد عند البائع، وهو استحقاق القتل، فيرجع بالنقصان، كما لو زنى، أو سرق عند البائع وجد عند المشتري، ومات، له أن مالية المبيع تلفت بسبب وجد عند البائع، وهو الاستحقاق المتصل بالاستيفاء؛ لأن الاستحقاق إذا اتصل به الاستيفاء ظهر أن المالية كانت تالفة معنى؛ لأن المال ما يكون مرغوبا إليه وإلى إمساكه للانتفاع به، وكل حيوان يقتل عقيب الاستحقاق لا محالة، لا يرغب إليه، وإلى إمساكه، فكان تلف المالية من لوازم الاستحقاق، وصار كما لو قتل المغصوب إنسانًا عند الغاصب، ثم أقبض عند المالك رجع بكمال القيمة على الغاصب، فعلى هذا لو أعتقه المشتري ثم قتل، أو قطع لا ينفذ عتقه، ويرجع بجميع الثمن عند أبي حنيفة.

وقيل: لا يرجع بشيء عنده؛ لأن القتل لا يفوت المالية لعدمها يوم القتل، ولو اشترى جارية حاملا، فولدت عند المشتري، وماتت من الولادة، روى ابن المبارك، عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يرجع بجميع الثمن، ونظيره ما

ذكره في (**الجامع الصغير**) رجل غصب جارية، فردها على المالك حاملا، فولدت وماتت من الولادة يرجع على الغاصب بجميع القيمة عنده.

وعندهما: باع نفس العبد منه بجارية بعينها، أو أعتقه على جارية بعينها، ثم استحقت الجارية، أو وجدها معينة، فردها رجع بقيمة العبد عندهما.

وعند محمد، والشافعي: بقيمة الجارية؛ لأن هذه مبادلة مال بما ليس بمال، فإذا مات قبض المال رجع بقيمة المال، كما لو صالح عن القصاص على جارية، أو خالع امرأته على جارية، أو تزوج امرأة على جارية، ثم استحقت الجارية، أو ردها بالعيب رجع بقيمتها.

لهما: أن بالاستحقاق ظهر أن البيع لم ينعقد موجبا لتسليم الجارية، لكونه مصادقا ملك الغير، والمالك لم يرض به، فلا ينعقد موجبا لتسليم حقها، وهي القيمة والمولى ما رضي بزوال العبد عن ملكه إلا بعوض، فإذا لم يسلم له العوض وجب أن يعود إلى حقه، وهو العبد، وقد تعذر ذلك بالعتق، فيعود إلى حقه، وهو القيمة، كما لو باع العبد من قريبه بجارية، أو من أجنبي بجارية، فأعتقه الأجنبي، ثم استحقت الجارية يرجع بقيمة العبد، فكذا هذا.

ولو باع نفس العبد منه بجارية بغير عينها، أو كاتبه على جارية بغير عينها، أو قبضها وعتق، ثم استحقت، أو ردها بعيب يأخذ غيرها صحيحة أو قيمتها؛ لأن بدل العبد جارية وسط في ذمة العبد، أو قيمتها لا هذه الجارية، فلم يقع العجز عن تسليم بدل العبد، فلا يرجع بقيمته.

اشترى عبدًا بجارية وتقايضا، ووجد بالعبد عيبًا، ومات عبده رجع بنقصان العيب من قيمة الجارية؛ لأنها بدله وقد تعذر رده حتى لو كان قائمًا رده وأخذ الجارية.

(**النوادر**): ولو اشترى أرضًا، فوقف ثم علم بالعيب رجع بالنقصان؛ لأن الوقف بمنزلة الإعتاق، وكذا لو بنى فيها مسجدًا عند أبي يوسف؛ لأن عنده لا يعود ملكا لو صار خرابا، فصار بمنزلة الوقف.

ولو اشترى لميت كفنًا، فوجد به عيبًا لا يرده لقيام حق الميت، ولا يرجع

بالنقصان؛ لأن الرد ممكن بأن يأكل السبع الميت، فيعود الكفن إلى ملك المشتري، فيرد إن لم يحدث به عيب آخر، وإن حدث يرجع.

وذكر الكرخي: لو اشتراه الوارث بشيء من التركة رجع بالنقصان؛ لأن الملك في الكفن لم يثبت للميت، فبقي على ملك الوارث، كما أوجبه العقد، وقد تعذر الرد فيرجع.

ولو تبرع أجنبي بالتكفين لا يرجع؛ لأنه بالتكفين إزالة عن ملكه.

اشترى ثوبا فقطعه لباسًا لولده الصغير، وخاطه، ثم وجد به عيبا لا يرجع بالنقصان؛ لأنه صار واهبًا له بالقطع مسلمًا إليه بيده قبل الخياطة، وبالقطع لم يمنع الرد، فإنه لو رضي به البائع يجوز، فقد تشبت بالمبيع بالهبة في حال إمكان الرد، فيبطل حقه.

ولو كان الابن كبيرًا رجع؛ لأنه لم يضر مسلما إليه إلا بعد الخياطة، فلم تتم الهبة إلا بالخياطة، فالهبة وقعت في بطل حق الرد، فيرجع بحلفه، وهو النقصان.

اشترى جارية فقبضها، فأبقت ثم علم عيبًا لا يرجع بشيء ما دامت حية؛ لأن حق الرد لم يفت، ولهذا لو قبلها البائع جاز.

وإن ماتت رجع بالنقصان؛ لأن حق الرد قد فات بقبض حقه في الرجوع بالنقصان. اشترى عبدًا بجارية، وتقابضا، فوطئ مشتري الجارية الجارية، ثم وجد مشتري العبد به عيبا فرده، فإن شاء استرد الجارية، وإن شاء أخذ قيمتها يوم قبضها، ولا يرجع بالنقصان إن كانت بكرا، ولا العقر إن كانت ثيبا؛ لأن الوطء حصل في ملكه.

رجلان تبايعا بعيرا ببعير وتقابضا، ثم وجد أحدهما عيبا بما اشتراه، فمات في يده، وقد مرض البعير الآخر، فله الخيار؛ إن شاء رجع بحصة العيب من البعير الآخر فرفض، وإن شاء رجع بحصة العيب من قيمته صحيحًا، وإنما تخير لمرض البعير الآخر.

(**الجامع**): مسائله على ثلاثة أقسام:

أحدها: لو أقر المشتري أن البائع قد أعتق المبيع، أو دبره، أو كاتبه، أو استولده قبل البيع، وأنكر البائع، وحلف عتق على المشتري، وولاؤه موقوف؛ لأنه لم يعتقه

المشتري، وإنما أقر بإعتاق البائع، وهو تبرأ من ذلك، فصار ولاؤه موقوفا إلى أن يرجع البائع إلى تصديقه، وكذا أمومية الولد، والتدبير موقوف؛ لأنه لا يحتمل النقص بعد ثبوته، حتى يبطل تكذيب المقر له، فإن مات البائع عتق؛ لأن المشتري أقر بأن عتقهما معلق بموت البائع، وهو مالك إقراره به لها في الظاهر فصح، فإذا اطلع على عيب رجع بنقصانه؛ لأنه نفذ العتق عليه بإقراره، فصار كما لو أعتقه ابتداء، ولأنهما توافقا على الرجوع بقدر النقصان؛ لأن المشتري يزعم أنه باع حرًّا، وعليه رد جميع الثمن، والبائع يزعم أنه باع عبدًا، فله الرجوع بقدر النقصان لا غير، وكذا لو أقر أنه حر الأصل.

والثاني: لو ادعى المشتري أنه باعه، وهو ملك لفلان، فصدقه المقر له، وأخذه، ثم وجد المشتري به عيبا لا يرجع بنقصانه؛ لأنه بإقراره إزالة عن ملكه، وأثبت للمقر له، فصار كما لو باعه، أو وهبه منه، ثم وجد به عيبا لما قدمنا.

ولو كذبه المقر له، فله رده بالعيب؛ لأنه بطل الإقرار من الأصل، لأن الإقرار قبل التصديق غير لازم في حق المقر له، فيبطل بتكذيبه من الأصل، ألا ترى أنه لو عاد بعد التكذيب إلى تصديق المقر لا يعمل تصديقه، إلا أن يكون المقر مصرًّا على إقراره، والإقرار ليس من التصرفات المختصة بالملك؛ لأنه إخبار بوضعه، والإخبار كما يصح في ملكه يصح في غير ملكه، فلا يدل على اختيار استيفاء الملك، فلا يدل على الرضى بالعيب.

وكذا لو كان الإقرار بعدما رأى به العيب لا يبطل حق الرد؛ لأنه أقر أنه لم يستفد الملك من جهة البائع، وتطلب منه كل الثمن، وهذا لا يكون رضاء منه بالعيب.

ولو وجد به عيبا وجدت به عيب آخر عنده، فرجع بالنقصان، ثم أقر أنه باعه، وهو ملك هذا الرجل، وصدقه المقر له لم يكن للبائع أن يرجع بما أدى من نقصان العيب؛ لأنه بمنزلة ما لو باعه المشتري بعدما رجع بنقصان العيب.

والثالث: لو أقر أنه كان لفلان فأعتقه، واشتريته، وصدقه المقر له في الملك، والعتق عتق العبد، ولم يرجع بشيء؛ لأنه لما صدقه ثبت الملك أولا للمقر له، ثم ثبت العتق من جهته، فصار كما لو باعه منه، وكذا لو صدقه في الملك دون العتق،

وأخذ العبد؛ لأنه أزال العبد عن ملكه، وأثبت الملك له، وادعى الإعتاق وهو ينكر.

ولو كذبه فيهما يرجع بالنقصان؛ لأن العتق نفذ على المقر بإقراره، فصار كما لو أعتقه بنفسه، ولأنهما توافقا على الرجوع بقدر النقصان؛ لأن المشتري يدعي أنه باع حرًّا، وعليه رد جميع الثمن، والبائع يزعم أنه باع عبدًا، فيقر له بقدر النقصان، كما لو أقر أن البائع أعتقه قبل البيع، وكذبه البائع، فإن عاد فلان إلى تصديقه رجع البائع عليه بما أخذ من نقصان العيب؛ لأن المشتري أقر بما لا يحتمل النقص، فلا يبطل تكذيب المقر له، بل بقي صحيحًا في حق المشتري، فإذا عاد إلى تصديقه صح.

ولو أقر أنه كان لفلان، أو أعتقه بعدما اشتريته لم يرجع بنقصان العيب، سواء صدقه المقر له أو كذبه؛ لأنه أقر بقيام الملك للمقر له عند الشراء، فيكون بالإقرار مزيلا ملكه إلى المقر له، والإقرار بالملك مع العتق لا يبطل بالتكذيب، فلا يرجع لإزالة الملك، بخلاف ما لو أقر أنه أعتق قبل الشراء؛ لأن الثابت بإقراره عند الشراء العتق لا الملك، ولم يثبت التمليك من غيره، فيصير معتقا لا مملكًا، ألا ترى أنه لو أقر أنه باع من فلان، وأعتقه فلان، وأنكر ذلك فلان، وحلف لم يرجع بالنقصان أبدًا.

ولو أقر بالبيع وحده، وأنكره فلان، وحلف له أن يرده، ولو أقر أنه كان ملكا له دبره، أو استولدها بعد الشراء، أو قبله وكذبه، فلأن في كله لا يرجع؛ لأنه أكد الإقرار بالملك بانضمام التدبير، والاستيلاد إليه، وصار بحيث لا يحتمل النقص بتكذيب المقر له، فبقي ملكا للمبيع من غيره، ولم يعد إلى ملكه بتكذيب المقر له، فامتنع الرجوع، والله أعلم.

(باب ما يزداد المبيع وينتقص قبل القبض)

مسائله على قسمين:

أحدهما: في النقصان بآفة سماوية.

والثاني: في النقصان بفعل البائع.

أما **القسم الأول**: لو اشترى جارية بألف قيمتها ألف، فولدت عند البائع بنتًا

تساوي ألفًا، ونقصتها الولادة، فللمشتري خياران يترك، أو يأخذ بجميع الثمن؛ لأن النقصان وإن انجبر بالولد، وصار الفائد خلفا عن الفائت، لكن هو لم يرض بتمليك الفائد مقام الفائت، فيتخير كما لو قتلت خطأ، فوجبت القيمة خلفا يتخير، فكذا هذا.

فإن اختار الأخذ، ولم يأخذ حتى ولدت الثيب ولدا يساوي ألفًا ونقصتها الولادة، فهو على خياره؛ لأنه إنما رضي بأخذ الأم، ولم يأخذ حتى ولدت الثيب، فإذا أخذ الأم معيبة ببدل، وخلف تسلم له تسليما والولد بالولادة صار معيبا، فبقي خياره، كما لو صالح من العيب على ثوب، فتعيب قبل القبض يبقى على خياره، فكذا هذا، فإن زادت الوسطى، وصارت قيمتها ألفين وقبضهن، وقد عادت قيمة الأم إلى خمسمائة، ثم وجد بالأم عيبا ردها بربع الثمن ورد الوسطى بالعيب بنصف الثمن، والصغرى بربعه؛ لأنه ينظر إلى قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الولد الوسطى يوم القبض ألفان، وقيمة الصغرى ألف، فانقسم الثمن عليهن أرباعًا؛ ربعه بإزاء الأم، وربعه بإزاء الصغيرين، ونصفه بإزاء الوسطى.

اشترى أمتين بألف قيمة إحداهما خمسمائة، وقيمة الأخرى ألف، فولدت كل واحدة ولدًا يساوي ألفًا، ثم اعورت التي قيمتها ألف، فإن اختار المشتري الأخذ بأخذ يكل الثمن؛ لأن فوات الوصف بآفة سماوية يوجب الخيار، ولا يسقط شيئًا من الثمن؛ لأن الثمن لا يقابله، لما قدمنا، فإن وجد بالعوراء عيبًا يردها بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث؛ لأن الثمن انقسم على الأمتين باعتبار قيمتهما يوم العقد أثلاثا، ثلثاه بإزاء العوراء يوم البيع ألف، وقيمة ولدها يوم القبض ألف، فانقسم ثلثا الثمن عليهما نصفين، فكان بإزاء الأم ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

ولو وجد بالأخرى عيبًا ردها بمائة وأحد عشر وتسع دراهم؛ لأن ثلث الثمن قسم عليها وعلى ولدها أثلاثا؛ لأن قيمتها يوم البيع خمسمائة، وقيمة ولدها يوم القبض ألف، فصار بإزاء الأم ثلث ذلك، وذلك ما قلنا.

وأما القسم الثاني: اشترى جارية بيضاء إحدى العينين بألف، وقيمتها ألف، فولدت ولدًا قيمته ألف، ثم ذهب البياض، فصارت قيمتها ألفين، ثم ضرب البائع العين الصحيحة، فابيضت فعادت قيمتها إلى ألف، وخبأة البائع ينقصها أربعة

أخماس القيمة على اعتبار بقاء البياض الأول، فإن شاء أخذهما بستة أعشار الثمن، وإن شاء تركهما؛ لأن البياض متى زال فهو زيادة متصلة حدثت قبل القبض لا حصة لها من الثمن، فلا يعتبر، ويجعل كأن البياض قائم بحاله، فيقسم الثمن على قيمتها يوم العقد، وهو ألف، وعلى قيمة الولد يوم القبض، وهي ألف، فانقسم عليهما نصفين فصار خمسمائة، بإزاء الأم، فلما يقبضها العمى أربعة أخماس قيمتها سقط أربعة أخماس ثمنها، وبقي ثمنها، وثمن الولد خمسمائة، فيأخذهما ستمائة، وهي ستة أعشار الثمن.

ولو ضرب التي كانت بيضاء، فعاد البياض، وعادت قيمتها ألفًا سقط عنه ثلث الثمن؛ لأن الزيادة المتصلة، وهي انجلاء البياض تصير مضمونة بالإتلاف، فيقسم الثمن على الزيادة، والأم والولد أثلاثا؛ لأن قيمة كل واحد عند الاعتبار ألف.

وكذلك لو ضربها عبد، فعاد البياض، فدفع به صار العبد زيادة، كولد ولدته ينظر إلى قيمته يوم القبض، ويرد كل واحد بحصته إذا وجد عيبا؛ لأن الزيادة المتصلة صارت منفصلة لقيام العبد مقامها. اشترى جارية صحيحة، ففقأ البائع عينها، ثم ولدت ولدًا، أخذهما بنصف الثمن إن شاء؛ لأنه بالفقء أتلف نصف المبيع قبل القبض، فانفسخ البيع في النصف، وسقط نصف الثمن.

ولو ولدت، ثم فقأ عينها أخذهما بثلاثة أرباع الثمن، إن شاء؛ لأنها حين ولدت لم ينفسخ العقد في شيء من الثمن، فانقسم جميع الثمن عليهما على السواء، لاستواء قيمتهما، فلما فقأ عين الأم سقط نصف حصتها من الثمن، وعلى ثلاثة أرباعه فيها، بخلاف لو رهن أمة تساوي ألفًا بألف، فاعورت ثم ولدت ولدًا يساوي ألفًا وولدت، ثم اعور يسقط ربع الدين في الحالين؛ لأن بالعور لا ينفسخ الرهن، بل يتقرر حكمه بدليل أنه يسقط حصته من الدين، فصار حدوث الولد قبل العور وبعده سواء، فيقسم ضمان الرهن عليهما نصفين، ثم ما أصاب الأم سقط نصفه بالعور.

اشتراها بيضاء إحدى العينين بألف، وقيمتها ألف ففقأ البائع العين الباقية، فصارت تساوي مائتي درهم، أخذها إن شاء بمائتين لانفساخ البيع في ثمانمائة، فإن لم يأخذها حتى ذهب البياض، وصارت قيمتها ألفًا إن شاء أخذها بمائتين، وإن

شاء ترك؛ لأن هذه زيادة حدثت بعد انفساخ العقد في أربعة أخماسها، فلا تعين الحكم، فإن ضرب عبد العين الذي برأت، فعاد بياضها، فمولى العبد إن شاء دفعه بالجناية، وإن شاء فداه بثمانمائة، فإن دفعه وقيمته خمسمائة، وأخذها المشتري، ثم وجد بالجارية عيبا ردها بِسبعي المائتين.

وإن وجده بالعبد رده بخمسة أسباع المائتين؛ لأن العبد قام مقام تلك الزيادة، فانقسم باقي الثمن على المبيعة والعبد، وقد انفسخ البيع في أربعة أخماس المبيعة، وبقي في خمسها وقيمة خمسها مائتان يوم البيع، وقيمة العبد يوم القبض خمسمائة، فانقسم المائتان عليهما أسباعا سبعاها بإزاء المبيعة، ويردها به وخمسة أسباعها بإزاء العبد، فيرده به.

ولو أن البائع لم يفقأ حتى ذهب بياض عينها، وصارت تساوي ألفين، ثم ضرب عبد العين التي برأت، فعاد بياضها، ثم فقأ البائع العين الباقية، فصارت تساوي مائتين، فمولى العبد إن شاء دفع أو فداه بألف؛ لأن قيمة الزيادة كانت ألفًا، فإن دفعه وقيمته خمسمائة أخذها المشتري، إن شاء بخمس الثمن، وثلث خمسه؛ لأن العبد زيادة منفصلة ملكت بملك المبيع، فصار كالولد، فينقسم الثمن عليه، وعلى الجارية أثلاثا، فلما فقأ البائع عينها ونقصها أربعة أخماس القيمة، فانكسر الحساب بالأخماس، فيضرب ثلاثة في خمسة، فيصير خمسة عشر عشرة بإزاء الجارية، وخمسة بإزاء العبد سقط من حصة الجارية ثمانية، بقي سهمان، وثمن العبد خمسة أسهم، فجميع ذلك سبعة وسبعة من خمسة عشر خمسا الثمن وثلث خمسه.

(**الجامع**): ولو اشترى النخل مع الثمر، فجزَّه البائع قبل القبض فنقص جزازة النخل، أو الثمر يخير المشتري بين الأخذ والترك؛ لأنه تعيب المبيع قبل القبض.

وإن لم ينقص قبضها، فإن وجد بأحدهما عيبا يرده وحده؛ لأن البائع أقبضه متفرقا، فصار كأن القبض ورد على مبيعين، كالمبيعة ولدت قبل القبض، ثم وجد بأحدهما عيب يرده وحده، فإن قبض المشتري قبل الجزاز فجزه بلا نقصان لم يرد بالعيب إلا جملة؛ لأنه قبضها مجتمعا متلاصقًا، لأن الثمر على رؤوس النخل بمنزلة

شيء واحد، فمتى رد أحدهما، فقد فرق الصفقة، وليس له ذلك.

وإن نقص أحدهما لم يرد، ويرجع بالنقصان؛ لأنه تعيب عنده، والصوف على الشاة كالثمر على النخيل، إلا أنه يدخل في البيع بغير الشرط، والثمر لا يدخل، كما بينا في باب الحقوق، اشترى شاة حاملا، فولدت عند البائع، ولم تنقصها الولادة لا خيار للمشتري؛ لأنه لم يتعيب المبيع، فإن قبضها ووجد بأحدهما عيبا رده بحصته من الثمن؛ لأنه قبضهما متفرقا.

ولو ولدت بعد القبض لا يرد؛ لأن الزيادة الحادثة بعد القبض تمنع الرد، واللبن بمنزلة الولد بخلاف الصوف، أو أخره بعد القبض، حيث له الرد؛ لأن الصوف والثمر كانا مالا موجودًا ظاهرًا وقت البيع، وصار مبيعًا له قسط من الثمن، فلم يكن زيادة حادثة بعد القبض، فلا يمنع الرد، فأما اللبن في الضرع، والولد في الرحم لم يكن مالا ظاهرًا وقت البيع؛ لأنه لا يعد مالًا، لاحتمال أن يكون انتفاخ البطن من الريح، ولجواز أن يتراجع اللبن، وييبس في الضرع، وإنما تحدث المالية بالحلب والولادة، فصارت زيادة حادثة بعد القبض، فيمنع الرد، فإن كان الصوف والثمر ظهر بعد البيع والقبض، فهو كالولد أيضًا.

(**الأصل**): إن قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن موقوف بين أن ينفذ بانتقاد الثمن، أو بإجازة البائع وبين أن ينتقص من الأصل بارتجاع البائع فيه؛ لأن قبض البائع وارتجاعه بحق سابق على قبض المشتري، وهو حق الحبس بالثمن، فكان بمنزلة الاستحقاق، وقبض المشتري ينتقص بالاستحقاق من الأصل، فكذا هذا، فإذا ولدت المبيعة في يد المشتري، فحكمه موقوف إن نفذ قبضه فيهما كان الولد حادثًا بعد القبض.

وإن انتقص قبضه فيهما كان الولد حادثًا قبل القبض، وإن انتقص قبضه في الأم وجدها بارتجاع البائع في الأم لا في الولد في حق الأم حادث قبل القبض حتى لا يمنع ردها بالعيب، وفي حق نفسه حادث بعد القبض، كما تبين.

ولو قبض المشتري الجارية المبيعة بغير إذن البائع قبل نقد الثمن، فولدت عنده، فللبائع استردادها؛ لأن ملك اليد والجنس ثابت للبائع في الأم، وأنه حق ثبت في

العين ثباتا مؤكدًا، فسرى إلى الولد كملك الرقبة، ثم لا يخلو، إما لم يستردهما البائع، واستوفى الثمن، أو استردهما، فإن لم يستردهما، ثم وجد المشتري بالأم عيبا لا يردها؛ لأن البائع إذا لم ينقص القبض، ونقد بالنقد، وهذه زيادة حصلت بعد القبض، فيمنع الرد، ويرجع بالنقصان من جميع الثمن.

وإن وجد بالولد عيبا لا يرده، ولا يرجع بشيء؛ لأنه لا ثمن له، وأما إذا استرد فهو على قسمين؛ إما أن استردهما، أو استرد أحدهما، فإن استردهما فهو على وجهين؛ إما أن مات أحدهما في يد البائع، أو وجد المشتري به عيبا.

أما الوجه الأول: لو ماتت الأم عند البائع أخذ المشتري الولد بحصته إن شاء؛ لأن له حصة من الثمن على اعتبار القبض، لأنه انتقص القبض السابق بارتجاع البائع فيهما، فصار كأنه حدث الولد في يد البائع، وإن شاء ترك؛ لأنه مبيع، وقد تفرقت الصفقة عليه لفوات ما هو المقصود بالعقد.

وإن مات الولد عند البائع أخذ الأم بجميع الثمن؛ لأن الولد فات قبل القبض بلا حصة، فبقي كل الثمن مقابلًا بالأم، وإن شاء تركها، كمكان نقصان الولادة لفوات الولد؛ لأن نقصان الولادة.

وإن أخبر بالولد في يد المشتري، وكان المشتري رد الأم على البائع صحيحه، ولكن لما مات الولد ظهر نقصان الولادة في يد البائع، وتعينت الأم عند بهلاك الولد، كما لو قطعت يدها، ثم استردها البائع مع الأرش، فهلك الأرش في يده يتخير المشتري، فكذا هذا، وهذا كله إذا كان بالولد وفاء ينقصان الولادة، وإن لم يكن بأن كانت قيمة الولد خمسين، ونقصتها الولادة مائة، وقيمتها ألف، ثم استردهما البائع، ثم مات البائع يتخير المشتري؛ لأنه لم يتخير نصف النقصان، وما تخير فقد بدأ نقصانه بهلاك الولد، فتعيب بعيب حادث عند البائع، فإن أخذ الأم فعليه جميع الثمن؛ لأنه بقي الثمن مقابلا بالأم.

وإن تركها لزمه نصف العشر من الثمن؛ لأنه حبس من الحادثة قدر خمسين، لأنه لم يخير بالولد قدر خمسين، وذلك نصف عشر الثمن، وإن ماتت الأم عند البائع أخذ الولد إن شاء بجزأين من أحد وعشرين جزءًا من الثمن؛ لأن قيمة الأم

يوم العقد ألف، وقيمة الولد يوم القبض خمسون، فاجعل كل خمسين سهما، فيصير أحدًا وعشرين، وقد أمسك بنقصان الولادة خمسين وقيمة الولد خمسون، فكان جزأين من أحد وعشرين.

وإن تركه، أو رده بعيب أدى جزءًا من أحد وعشرين، وهو حصة ما احتبس عنده من نقصان الولادة، فإن زادت قيمة الولد بعد الاسترداد، فصار خمسمائة، ثم قبضها المشتري، فوجد بالأم عيبا ردها بتسعة عشر جزءًا من ثلاثين جزءًا من الثمن.

وإن وجده بالولد رده بثلث الثمن؛ لأن قيمة الأم يوم العقد ألف، وقيمة الولد يوم القبض خمسمائة؛ لأن قيمته تعتبر يوم يقبضه البائع، لأنه بقبضه دخل في ضمانه، فاجعل كل خمس سهمًا، فتصير ثلاثين، وقد أمسك المشتري قدر خمسين من نقصان الولادة؛ لأنه لا يتخير النقصان بالزيادة الحادثة بعد الولادة لتعذر جعلها بدلا عن النقصان؛ لأنها تصير مبيعة لها حصة من الثمن، فيردها بالعيب بتسعة عشر من ثلاثين، ويرد الولد بعشرة، وهي ثلث الثمن.

وأما الوجه الثاني: لو وجد المشتري بأحدهما عيبا، فلا يخلو إما أن وجد قبل أن يقبضهما من البائع، أو بعدما قبضهما، فإن وجد قبل أن يقبضهما، فإن وجد الولد عيبا لا يرده ولا الأم؛ لأنه لا ثمن له قبل القبض، فلا يفيده رده.

ولو وجد بالأم عيبًا قديمًا ردهما إن شاء، ولا يرد الأم، ويقبض الولد؛ لأن الولد يصير له حصة من الثمن متى ورد عليه القبض؛ لأنه لما انتقص القبض السابق بارتجاع البائع، واسترداده صار الولد كالحادث قبل القبض، فيصير كأنه اشترى شيئين صفقة واحدة، فلا يملك تفريق الصفقة قبل القبض، فيفسخ العقد في الولد تبعا للأم، لئلا يؤدي إلى تفريق الصفقة، وأما إذا قبضهما، ثم وجد بالأم عيبا حدث عنده قبل استرداد البائع لم يردها؛ لأنه عيب حدث في ضمانه، فلو رده كان للبائع أن يرده عليه ثانيا، فلا يفيد الرد.

ولو وجد بالولد عيبا حدث عنده قبل استرداد البائع يرده بحصته؛ لأنه صار له حصة من الثمن عند القبض، فلم يكن حال حدوثه مضمونا عليه بالثمن، بل كان أمانة في يده، فصار حدوثه في يده لحدوثه في يد البائع، فيقسم الثمن على قيمة

الأم يوم العقد، وقيمة الولد يوم القبض سليما لا معيبا.

ولو قبض المبيع بغير إذن البائع، فاعورَّ عنده، فاسترده البائع، ثم وجد المشتري به عيبا يخير بين الأخذ والترك؛ لأن البائع بالاسترداد رضي بالعيب الحادث عند المشتري؛ لأنه قبضه بحكم الشراء؛ لأنه مستحق بالشراء، فصار كما لو قبض المشتري المبيع، وهو يعلم بالعيب، فزال المانع عن الرد بالعيب القديم عند البائع، فإن تركه المشتري رد نصف الثمن فرق بين هذا، وبينما إذا قبضه بإذنه فاعورَّ عنده، ثم وجد به عيبا فرده برضاء البائع لم يلزمه شيء من الثمن. الفرق أنه متى قبضه بإذنه، فالمبيع إنما دخل في ضمانه بالعقد لا بالقبض، والأوصاف لا تفرد بالعقد، فلا تفرد بضمان العقد، فلا يصير الفائت عنده مضمونا عليه، ومتى قبضه بغير إذنه، فالمبيع دخل في ضمانه بالقبض؛ لأن القبض بغير إذن بمنزلة الغصب، والأوصاف تفرد بضمان القبض والإتلاف، كما لو غصب عبدًا فاعورَّ عنده يضمن نصف قيمته، فيصير المقبوض مضمونا بالثمن على المشتري؛ لأن البائع لم يرض بسقوط ضمان العود.

واستشهد محمد رحمه الله، وقال: لو كان المبيع جارية، فقبضها بغير إذن البائع، ووطئها فلم ينقضها، فأخذها البائع، واختار المشتري ردها بالعيب لم يضمن من الثمن شيئًا؛ لأنه رضي البائع بوطء المشتري لما قبضها منه، مع علمه بوطئها، فلم يبق وطء المشتري مانعا من الرد بالعيب، بخلاف ما لو قبضها بإذن البائع ووطئها، فإنه يمنع الرد بالعيب؛ لأنه لم يرض البائع بوطء المشتري، ولا يتأكد شيء من الثمن على المشتري؛ لأنه بالوطء لم يبخس شيئًا من المبيع بخلاف العور، لأنه حبس نصف المبيع، فتأكد عليه نصف الثمن.

وأما القسم الثاني: لو استرد البائع الأم وحدها، وقيمة الولد ألف يوم الاسترداد، ثم صارت ألفين، ونفذ المشتري، وقبض الأم، ثم وجد بها عيبا ردها بحصتها يقسم الثمن على قيمة الأم يوم العقد، وقيمة الولد يوم استرداد الأم.

وإن وجد بالولد عيبًا لا يرده، ولا يرجع بنقصانه؛ لأن قبضه انتقص من الأصل في حق الأم دون الولد، فألحقناه بالولد الحادث قبل القبض في حق الأم، لضرورة

صحة استرداد الأم وحدها؛ لأن للبائع حق استردادهما، فلم يصر للولد قسط من الثمن يصير ربا، فيمنع صحة استردادها، فجعلنا له حصة من الثمن ضرورة صحة الاسترداد، ولا ضرورة فيما عداها، فبقي حادثا بعد القبض حقيقة، وإذا صار للولد حصة صحة الاسترداد يعتبر قيمته يوم الاسترداد.

فإن رد الأم بنصف الثمن، ثم ظهر أنه كان بالولد إصبع زائدة تنقصه نصف القيمة بطل التقسيم الأول، ويقسم بينهما أثلاثا؛ حصة الأم الثلثان، فرق بين هذا، وبينما إذا استردهما البائع فنفذ المشتري الثمن وقبضهما، وقيمة الولد ألفان يوم القبض، وألف يوم الاسترداد، ثم وجد بالأم عيبا ردها بثلث الثمن؛ لأنه صار له حصة بالقبض وحده، فإن وجد بالولد إصبعًا زائدة لا يبطل التقسيم، ويرد الولد إن شاء بثلثي الثمن.

والفرق أن الولد صار مبيعًا مقصودًا بالقبض؛ لأنه يلحق بالعقد، فاستحق سلامة الولد بالقبض، كما استحق سلامة الأم بالعقد، فينقسم الثمن عليهما، وهما صحيحان سليمان عن العيب، فلم يظهر الخطأ في القسمة، فلم تتعين القسمة، وهذا كرجل اشترى أمتين بألف وقبضهما وقيمتهما سواء فوجد بإحداهما عيبًا فردها بنصف الثمن، ثم ظهر أن قيمة الأخرى كانت خمسمائة بعيب لم يبطل التقسيم الأول، بخلاف الصورة الأولى؛ لأنه لم يوجد في الولد العقد، ولا ما هو ملحق به، وهو القبض، فلم يستحق وصف السلامة، فانقسم الثمن على قيمة الولد كما هو معيبًا، أو سليمًا، فظهر الخطأ في القسمة الأولى فبطلت.

ولو استرد الولد بدون الأم، والمسألة بحالها، ثم قبضه المشتري، فوجد بالولد عيبًا رده بثلثي الثمن؛ لأنه صار مقصودًا بالقبض المستأنف، فاستحق صفة السلامة، فصار له حصة من الثمن باعتبار صفة السلامة، فإن رضيه بعينه ثم وجد بالأم عيبًا لا يردها؛ لأن نقصان الولادة لم يجبر بالولد؛ لأنه لم يرد الولد على البائع لما رضي بعيب الولد حتى سقط اعتبار نقصان الولادة، فبقي النقصان معتبرًا، وقد حدث في ضمانه، فيمنع الرد، بخلاف ما لو استرد الجارية؛ لأنه صار راضيا بالنقصان لما قبضهما مع علمه بالنقصان، لما بينا، والنقصان الحادث في ضمان المشتري لا يمنع الرد برضاء البائع.

(باب البراءة من العيوب)

البيع بشرط البراءة من كل عيب جائز، خلافًا للشافعي؛ لأن هذا ليس بإبراء، لأنه ليس له حق قبل البائع وقت البيع لتملكه منه، أو لتبرئته عنه، بل هذا بيان اتحاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة له، والعقد قابل لذلك، كما لو اشترى معيبا، وهو يعلمه الشاهد على البراءة من كل عيب.

اشترى المبيع، فوجده معيبا فله رده؛ لأن الشهادة على البراءة من العيب لا يكون إقرارا منه بوجود العيب؛ لأن البراءة عن العيب لا تقتضي وجود العيب، كالبراءة عن الزنا لا يكون إقرارًا بوجود الزنا.

(**النوادر**): ولو أبرأه من كل غائلة، روي عن أبي يوسف: أنها هي السرقة والإباق والفجور دون المهر؛ لأن الغائلة ما كان من فعل الإنسان، وهذه العيوب مختصة بفعل الإنسان دون غيرها.

وإن أبرأه من كل داء، روي عن أبي حنيفة رحمةالله عليه: الداء ما في الجوف، وما سوى ذلك يسمى مرضا، فلا يتناوله اسم الداء غيره.

ولو قال: أنت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب، ولا يدخل الدرك، وهو المختار؛ لأن الرد بالعيب حق له قبله للحال والدرك لا.

ولو قال: برئت إليك من كل عيب بعينه، فإذا هو أعور لا يبرأ، وكذا لو قال: برئت إليك من كل عيب بيده، فإذا يده مقطوعة لا يبرأ؛ لأن هذا ليس بعيب بالمحل، بل هذا عدم المحل.

وإن كانت إصبع واحدة مقطوعة، أو إصبعين مقطوعتين برئ؛ لأنه عيب باليد، وإن قال من كل عيب به برئ من ذلك كله؛ لأن الكل عيب بالعبد.

باع ثوبا، وتبرأ من الحروق، وكانت فيه حروق قد خاطها أو رقعها، أو رفاها برئ من ذلك؛ لأن هذه حروق وإن كانت مرفية، أو مخيطة، أو مرقوعة.

ولو قال: برئت إليك من القروح التي به، وبه آثار من كي فله رده؛ لأن الكي

غير القروح، ولو برئ من كل سن له سوداء برئ أيضًا من كل سن له خضراء، أو صفراء.

وقال محمد: لا يبرأ عنهما؛ لأن هذا عيب آخر، ولو أبرأ من كل أمة برأسه، فإذا به موضحة لا أمة لا يبرأ من الموضحة.

(**الجامع**): باع بشرط البراءة من كل عيب لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض عند محمد رحمه الله.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يدخل ما على أنه لو باع بشرط البراءة عن كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عندهما؛ لأن البراءة تتناول الثابت، فتنصرف إلى الموجود دون الحادث؛ لأن البراءة عن الحادث براءة حصلت قبل الوجود، وقبل سبب الوجوب، فلم تصح كالبراءة عن كل حق قبله يدخل فيها الحقوق القائمة لا الحادثة، فكذا هذا.

وعند أبي يوسف: يصح؛ لأن غرضه من هذا إلزام العقد بإيجاده على وجه لا يوجب استحقاق السلامة، لما بينا، ولا يلزم العقد إلا بالبراءة عن الموجود والحادث جميعًا.

ولو شرط أنه بريء من كل عيب به لا يدخل فيه الحادث بالإجماع؛ لأنه خص الموجود بالبراءة.

ثم فرع محمد على أصله، لو تنازعا في عيب موجود، فقال المشتري: حدث قبل القبض، وقال البائع: كان لدى العقد، فالقول للبائع مع يمينه؛ لأنه ينكر حق الرد عليه كمن أبرأ غريمه من الديون، ثم ادعى عليه أنه وجب دين بعد البراءة، وأنكر الغريم، فالقول قوله.

اشترى عبدًا وقال لآخر اشتره: فإنه لا عيب به ولم يشتره، ثم أراد رده على بائعه بعيب له ذلك؛ لأن هذا الكلام في العرف لا يذكر لنفي العيب، إلا أن الإنسان لا ينفك عن عيب، فإنه ربما يكون به عيب باطن لا يعرفه هو، وإنما يذكر لترويج السلعة أنها جيدة مرغوبة فيها، وهذا كمن قال لجاريته: يا زانية، يا مجنونة، فليس بإقرار بالعيب، ولكنه للشتيمة، حتى قيل: لو قال ذلك في الثوب يكون إقرارًا بنفي العيب؛ لأن عيوب الثوب ظاهرة.

ولو قال: اشتره، فإن لا عور به لا يرد على بائعه بعيب العور؛ لأنه على التعيين لا يذكر للترويج، فبقي الكلام على حقيقته، إقرارًا بنفي العيب.

ولو قال: ليس به إصبع زائدة يرد بها، وهذا قد ظهر كذبه بيقين؛ لأنه لا يحدث في مدة قبضه من البائع.

ولو قال لآخر: عبدي هذا أبق، فاشتره مني، فاشتراه فوجده آبقا لا يرده بذلك لعلمه بالعيب وقت البيع؛ لأنه لما قال وجدته آبقا فقد صدق البائع في إقراره بكونه آبقا يوم البيع، فيكون راضيا بعيب الإباق وقت البيع، فإن باعه من آخر، فوجده آبقا لا يرده على بائعه بما جرى بين بائعه، والبائع الأول؛ لأن إقرار البائع الأول إنما يصير حجة في حق المشتري الأول إذا صدقه فيه، فلم يوجد منه تصديق للبائع الأول في إقراره بكونه آبقا لما لم يقل وجدته آبقا، فلا يكون حجة في حقه، فأما إذا قال وجدته آبقا؛ الآن صار مصدقا للبائع إقراره، بكونه آبقا.

وكذلك لو قال البائع الأول: على أني بريء من الإباق، ولو قال: علي أني بريء من إباقه، أو على أنه أبق، وقبله المشتري الأول على ذلك يرده الثاني عليه؛ لأنه ذكر هذا وصف للإيجاب، أو شرطا لما فيه، والإيجاب يفتقر إلى الجواب، والجواب يتضمن إعادة ما في الخطاب، فإذا قال المشتري: قبلت ذلك صار كأنه قال: اشتريت، على أنه أبق، فيكون اعترافا منه يكون آبقا مقتضى الجواب، بخلاف ما لو قال: إني بريء من الإباق؛ لأنه لم يصف الإباق إلى العبد، ولا وصفه به، فلم يكن اعترافا بوجود الإباق للحال؛ لأن هذا الكلام كما يحتمل التبرؤ عن الإباق موجود من العبد يحتمل التبرؤ عن إباق سيحدث في المستقبل، فلا يصير مقيدًا بكونه آبقا للحال بالشك، فلا يثبت حق الرد بالشك.

(**الزيادات**): مسائله على قسمين: قسم في العيوب، وقسم في الشروط.

ظهر عيب كان عند البائع الأول فأبرأ وارث المشتري الأول البائع من العيب، ثم رد عليه لم يستطع رده على البائع الأول؛ لأن الإبراء عن العيب صح في حقه.

ولو اشترى عبدًا، أو أبرأه عن عيب واحد، فوجد به عيبين له أن يرده؛ لأنه لم يرض بالعيبين.

ولو مات أو حدث عنده عيب آخر يرجع بنقصان أي العيبين شاء؛ لأن حق الرد إنما ثبت لدفع الضرر عن المشتري، فكان تعيين ما يدفع الضرر برده إليه، ولأن السقوط مضاف إلى إبراء المشتري، والاحتمال جاء من جهته، فكان البيان إليه.

وعن أبي يوسف: أيهما شاء البائع؛ لأن تسليم المبيع مستحق عليه، فكان تعيين ما سلمه على الوصف المشروط إليه؛ لأنه تخليص عما عليه. اشترى عشرة أثواب، على أن لا عيب بخمسة منها، وبخمسة بكل واحد ثلاثة عيوب، ثم وجد العيوب بستة له أن يرد واحدًا من الستة، ويقسم الثمن على خمسة معيبة، وخمسة سليمة صحيحة، وبمثله لو اشترى عشرة على أن البائع يرى من عيوب خمسة، فوجد بستة عيوبا يرد واحدًا، ويقسم الثمن على قيمة الثياب كلها غير معيبة.

والفرق أن هنا الثياب دخلت في العقد صحاحًا؛ لأن تبرؤه عن العيب لا يكون اعترافا بوجود العيوب، بل بيان إذا إذا وجد لا يرد، فيقسم الثمن على الصحاح، كما اقتضاه العقد، وهناك أقر بوجود ثلاثة عيوب كل واحد من الخمسة، فدخلت في العقد خمسة سليمة، وخمسة معيبة، فيقسم الثمن على الصفة التي دخلت في العقد.

ولو اشترى عبدين على أنهما بريئان من كل عيب فقبضهما، ثم استحق أحدهما لزم الآخر، وقسم الثمن على العبدين صحيحين؛ لأنهما دخلا في العقد لهذه الصفة لما بينا.

ولو قال البائع: بأحدهما ثلاث شجاج، ثم استحق أحدهما، يقسم الثمن على قيمة صحيح، وعلى قيمة مشجوج ثلاث شجات؛ لأنه دخل في العقد بهذه الصفة.

وأما القسم الثاني: اشترى عشرة أثواب على أن خمسة منها ملا سباعية، وخمسة شقاق، فوجد الشقاق ستة والملا أربعة، إن شاء أخذها كلها بكل الثمن، وإن شاء رد واحدًا من الشقاق أيها شاء؛ لأنه وجده على خلاف ما شرط، لأن الملا أوسع وأدق من الشقاق، والتغير وجد في الوصف والثمن يقابل العين دون الوصف فلا يسقط شيء من الثمن لو اختار الأخذ.

وإن اختار الرد يقسم على قيمتها كلها على ما وجدت عليه وعلى قيمة

الذي يريد رده لو كان ملأه على دقته وجودته، فيرده بحصته من الثمن؛ لأنه دخل في العقد ملأه، وإن اختار واحدًا بعينه للرد، فلم يرُدّهُ حتى حدث به عيب لا يرد غيره ويرجع بنقصان العيب فيه؛ لأن هذا تعين للرد باختياره، ولزم العقد في البواقي، وقد تعذر رَدّ هذا بعينه، فيرجع بنقصانه، ويقسم الثمن على ما وصفت لك، ثم ينظر إلى حصته، فيقسم على قيمته غير معيب، وعلى قيمته لو كان ملا، فيرجع بفضل ما بينهما، فإن لم يختر ردّ واحدًا بعينه حتى حدث بالشقاق عيب إلا واحدة، فله أن يرد تلك الواحدة؛ لأن خيار التعيين إليه إن شاء رجع بنقصان واحدٍ من الذي حدث به العيب.

(باب بيع المرابَحَة والتَّوليَةِ والوَضِيعَةِ)

المرابحة: بيع بمثل ثمن الأول وزيادة.

والتولية: بيع بمثل ثمن الأول بلا نقصان وزيادة.

والوضيعة: بيع بمثل الثمن الأول، مع نقصان شيء منه.

ثم الأصل في بيع المرابحة والتولية أنه مبني على الأمانة، منفي عن الخيانة؛ لأن المشتري يأتمن البائع في خبره، ويعتمد على قوله، فيجب على البائع التنزه عن الخيانة، والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشتري في نجس وغرر ولئلا يصير البائع مرتكبا للحرام والخطر؛ إذ الخيانة والكذب حرام على غير المؤتمن، فعلى المؤتمن أولى، فإذا ظهر منه الخيانة يجب رده، كالشاهد إذا ظهرت منه الخيانة يرد قوله.

لو باع شيئًا مرابحة، فلا يخلو، إما أن كان الثمن الأول مثليا، فإن كان مثليا، كالمكيل والموزون جاز البيع إذا كان الربح معلوما، سواء كان الربح من جنس الثمن الأول، أو لم يكن؛ لأن الثمن إذا كان مثليا، والربح معلوما أمكن تحقيق البيع بمثله وزيادة ربح.

وإن لم يكن مثليا، كالعروض ينظر إن باعه مرابحة ممن لم يملك العروض لا يجوز؛ لأنه لا وجه إلى أن يبيعه مرابحة بذلك العرض؛ لأنه ليس في ملك من يشتريه، فيعجز عن تسليمه، ولا وجه إلى أن يبيعه مرابحة بقيمته؛ لأن القيمة

مجهولة، فلا يمكن تحقيق البيع بمثلها، بل يمكن فيه شبهة الخيانة.

وإن باعه ممن يملك ذلك العرض، فهو على وجهين؛ إن باعه بالعرض الذي في يده، وربح عشرة دراهم جاز؛ لأن الربح معلوم، وهو قادر على تسليم الثمن.

وإن باعه بربح زيادة، أو أحد عشر يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال؛ لأنه لا يكون أحد عشر إلا وأن يكون الحادي عشر من جنس العشرة، فصار كأنه باع بالثمن الأول، وهو الثوب، وبجزء من جنسه، والثوب لا مثل له من جنسه، فلم يجز إلا إذا علم الثمن في المجلس جاز، وله الخيار؛ لأنه لم يؤخذ منه الرضا بالتزام هذا القدر من الثمن، فإذا احتمله العقد يلزمه أحد عشر استحسانًا؛ لأن هذا اللفظ عبارة عن قوله على أن يكون الربح على كل عشرة درهمًا اعتبارا بالعرف والعادة.

وكذا لو باعه تولية، ولا يعلم المشتري بكم يقوم عليه لا يجوز بجهالة الثمن، إلا إذا علم في المجلس جاز، وله الخيار؛ لأنه تكشفت حالة الثمن بعدما كانت ملتبسة.

ولو اشترى ثوبا بعشرة خلاف نقد البلد، فباعه بربح درهم، فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد؛ لأن مثل الثمن الأول متعين في العقد الأول، والربح مطلق، ومطلق اسم الدراهم ينصرف إلى نقد البلد.

ولو باعه بربح زيادة، فالربح مثل ما نقد؛ لأن الربح إنما يكون أحد عشر إذا كان من جنس الثمن الأول.

ولو اشترى بجياد، ونقده زيوفا يبيع مرابحة على الجياد؛ لأن البيع وقع على الجياد، إلا أنه يجوز بالزيوف بدلا عن الجياد، فيعتبر ما لزمه بالعقد، وكذا لو أعطاه بالثمن عرضا، أو رهنا، فهلك يبيع مرابحة على الدراهم.

ولو كان المبيع كيلا، أو موزونا، أو عدديا متقاربا، فله بيع نصفه مرابحة بحصته؛ لأن الثمن يقسم عليه باعتبار عدد القفزان والأمناء؛ لأنها في حد الاستواء، فكان نصف الثمن لكل نصف معلومًا إحاطة ويقينا.

ولو كان ثوبا ونحوه لا يبيع جزءًا منه معيبا؛ لأن الثمن ينقسم عليه باعتبار

القيمة، لا باعتبار عدد الذرعان؛ لأنها متفاوتة، فلا يعلم ثمن كل جزء منه إلا بالحزر والظن، وأنه مجهول، فيتمكن فيه شبهة الخيانة، ولأن قطعه وتسليمه ضرر، فلا يجوز بيعه مرابحة، كما لا يجوز مساومة.

وإن باع جزءًا شائعا نصفه، أو ثلثه جاز؛ لأن الجزء الشائع لا يتفاوت، فكان ثمنه معلوما، قال بعض مشايخنا بأنه يفسد البيع؛ لأن في تسليمه ضررًا، كما لو باع ذراعا من الثوب مساومة لا يجوز.

وقيل: لو باع ذراعا منه مرابحة يجوز عندهما، ولا يجوز عند أبي حنيفة، كما لو باع ذراعا من الدار شائعا.

ولو اشترى ثوبين، ولم يسم لكل واحد ثمنا لا يجوز بيع أحدهما مرابحة، وإن سمى لكل واحد ثمنا جاز بيع أحدهما مرابحة على ما سمى عندهما.

وعند محمد: لا يجوز، إلا إذا بين؛ لأن من عادة التجار أنهم يضمون الجيد للرديء ترويجا للرديء بثمن الجيد، فإذا أفرد أحدهما، فقد تمكنت فيه شبهة الخيانة؛ لأنه عسى يبيع الرديء، ويمسك الجيد، فيتضرر به المشتري.

لهما: أن ثمن كل واحد منهما معلوم يقينا، وإحاطة، وقد باعه بما اشتراه، وليس فيه تهمة الخيانة؛ لأنه أقصى ما في الباب أنه أعلى في ثمن الرديء، ومن اشترى شيئًا، وأعلى في ثمنه، فباعه مرابحة على ذلك جاز.

وقال أبو يوسف: إذا زاد في الثمن زيادة لا يتغابن فيها التجار، فإني لا أحب له أن يبيعه مرابحة حتى يبين؛ لأن الزيادة الكثيرة في حكم التبرع. رجلان اشتريا مكيلا، أو موزونا، أو معدودا متفاوتا، واقتسماه جاز لكل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة؛ لأن ثمنه معلوم.

ولو كان ثيابا ونحوها، فاقتسماها لم يجز لأحدهما بيع حصته مرابحة؛ لأن ثمن بعض الثياب لم يكن معلوما إحاطة ويقينا، بل ظنًّا وتخمينًا، اشترى متاعا ورقم بأكثر من ثمنه، وباعه مرابحة على الرقم جاز، ولا يقول قام عليّ بكذا؛ لأنه بما صنع لم يتعرض للخيانة، بل أعلم لنفسه لئلا يبيع بأقل منه، فيكون صادقا في ذكر الرقم.

وكذا لو ورث، أو اتهب مالًا، وباع برقم يرقمه؛ لأنه صادق في مقالته، وهذا إذا

كان عند البائع؛ لأن المشتري يعلم أن الرقم غير والثمن غير، وأما إذا علم أن المشتري يعلم أن الرقم والثمن سواء، فإنه يكون خيانة، وله الخيار.

ولو خانه البائع في رأس المال قال أبو حنيفة رحمة الله عليه: يحط قدر الخيانة في التولية، ويلزم البيع بالثمن الباقي، بلا خيار، وفي المرابحة لا يحط قدر الخيانة، ولكنه يتخير إن شاء أخذه، وإن شاء رده إن كان قائما، وإن كان هالكا لزمه كله بكل الثمن من غير حط.

وقال محمد: يتخير فيهما، ولا يحط.

وقال أبو يوسف: يحط الخيانة في التولية، وفي المرابحة يحط الخيانة، وحصتها من الربح، ويلزمه الباقي لأبي يوسف أن هذا العقد يتعلق بمثل الثمن الأول لا بالمسمى، وقدر الخيانة لم يكن في العقد الأول، فيجب حطه عن الثاني؛ لأنه عقد أمانة مصون عن الخيانة.

لمحمد: إن صحة البيع تفتقر إلى تسمية الثمن؛ لأن الثمن لا يصير معلوما إلا بالتسمية، فيتعلق البيع بجميع المسمى، إلا أنه ذكر المرابحة، والتولية للترويج والترغيب، فجرى مجرى الوصف، فإذا ظهرت الخيانة، فقد فات وصف مرغوب في الثمن، فيتخير كما لو وجد المبيع معيبا لأبي حنيفة رحمه الله. إن التسمية يجب اعتبارها ما أمكن اعتبارها في المرابحة دون التولية؛ لأن المرابحة بيع بالثمن الأول، وزيادة واعتبار التسمية، وإثبات الزيادة لا يبطل معنى المرابحة، فلم يجز إسقاط قدر الخيانة، وتعتبر الخيانة عيبا، فيتخير المشتري، فأما التولية بيع بمثل الثمن الأول بلا زيادة، فاعتبار التسمية، وإثبات الزيادة تبطل معنى التولية، فلغت التسمية وحطت الزيادة تحقيقًا لمعنى التولية.

ولو هلك المبيع، أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة سقط خياره، ولا شيء له؛ لأنه تعذر رده فامتنع فسخ العقد، كما في خيار الرؤية، وقد سلم المبيع للمشتري بجميع أجزائه، فلو رجع بشيء من الثمن كان ربا.

وروي عن محمد: أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت القيمة أقل من الثمن،

وهذا بناء على أن فسخ البيع على القيمة بعد القبض لدفع الضرر على أحد المتبايعين لا يجوز عندهما.

وعند محمد: يجوز، كما لو اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة بعد القبض لا يتحالفان عندهما: لتعذر الفسخ على القيمة.

وعنده: يتحالفان، ويفسخ البيع على القيمة، فكذا هذا اشترى وباع مرابحة، فحط عنه بائعه شيئًا يحط ذلك، وحصته من الربح عن الثاني؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد، وصار كالموجود، كذا العقد، فصار كأنه باع بما وراء المحطوط.

ولو حط كله يبيعه مرابحة على ما اشترى؛ لأن حط الكل لا يلتحق بأصل العقد؛ إذ لو التحق به يبطل العقد؛ لأنه بقي بغير ثمن، فيكون في تصحيحه إبطاله، فجعل تمليكا مبتدأ، كما لو وهبه منه، فبقي الثمن الأول على حاله.

ولو زاد المشتري البائع الأول في الثمن جاز أن يبيعه مرابحة على الأصل والزيادة؛ لأنها تلتحق بأصل العقد. اشترى ثوبا بعشرة، ثم باعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة حتى يطرح ربحه من رأس المال، وهو خمسة، فيبيعه على خمسة عند أبي حنيفة.

ولو باعه بعشرين، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة؛ لأنه إذا حط منه الربح، وهو العشرة لا يبقى الثمن.

وعندهما: يبيعه على عشرة في الوجهين؛ لأنه ملك هذا الثوب بشراء جديد، فوجب أن يبني المرابحة عليه، لا على الشراء السابق؛ لأن المرابحة بيع بمثل الثمن الذي اشتراه وزيادة، وقد اشتراه بعشرة، فيبيعه عليه، كما لو باعه المشتري من آخر، ثم البائع الأول اشتراه بعشرة باعه مرابحة على عشرة، فكذا هذا.

له: أن الربح في البيع إنما يتأكد بالبيع الثاني؛ لأن الربح مثله كان بعرض السقوط، لاحتمال أن يرد المشتري المبيع عليه بالعيب، أو ينفسخ العقد بسبب، فيستحق الثمن مع الربح، وبشرائه ثانيا تأكد ملكه في الربح، والتأكيد إثبات من وجه، فيثبت شبهة أنه اشتراه بعشرة ثوبا، وخمسة دراهم، والشبهة ملحقة بالحقيقة

في بيع المرابحة احتياطا؛ لأنها مبنية على الاحتياط، مصونة عن شبهة الاعتزال، فما قاله أبو حنيفة أحوط وأوثق، وما قالا أسهل وأرفق.

ولو باعه توصيف يساوي خمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة يبيعه على عشرة؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس إلا بالتقويم، والبيع يتعلق بالعين لا بالقيمة، فلا يجب تقويمه، فلا يظهر الفصل.

(**النوادر**): ولو وهب له ثوب، فباعه بعشرة، ثم اشتراه بعشرة، روي عن أبي حنيفة: أنه لا يبيعه مرابحة؛ لأن العشرة الأولى تأكدت بالبيع الثاني، فكأنه استفاد بالعشرة ثوبا، وعشرة الأخرى على سبيل الشبهة، وفي ظاهر الرواية يبيعه مرابحة؛ لأن الثمن لم يتأكد بالشراء الثاني، لأنه كان متأكدًا قبل الشراء؛ لأنه متى رده بالعيب، فإن الثمن يزول بعوض، والزائل بعوض كالقائم حقيقة، بخلاف الربح؛ لأنه ليس بإبرائه من مالية المبيع، فمتى رد بالعيب يزول بغير عوض، فيتحقق تأكده بالشراء الثاني غاصب العبد إذا قضى عليه بقيمته عند الإباق، ثم عاد العبد من الإباق، فله بيعه مرابحة على القيمة التي غرم، ويقول قام عليّ بكذا؛ لأن بالقضاء بالضمان انعقدت المبادلة بينهما.

وكذا لو اشترى عبدًا بخمر، وقبضه فأبق فقضى عليه بالقيمة للبائع، وكذا لو اشترى دارًا شراء فاسدًا، وقد خربت الدار خرابا يكون استهلاكا، فضمنه البائع قيمة الدار، فللشفيع أن يأخذ ما بتلك القيمة؛ لأنه انعقد البيع بينهما بالقيمة.

(فصل)

اشترى ثوبا بعشرة، وباعه بوضيعة زيادة على ثمنه، فالثمن تسعة دراهم، وجزء من أحد عشر جزءًا من درهم، والضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم، ومعرفته اجعل كل درهم على أحد عشر جزءًا، فيصير العشرة مائة وعشرة جزءًا، ثم اطرح من كل سهم جزءًا، فيكون المطروح عشرة تبقى مائة جزء، وذلك تسعة دراهم وعشرة جزءًا من أحد عشر جزءًا من درهم.

وإن باعه بوضعه زيادة فالثمن يكون ثمانية دراهم وثلث والوضيعة درهم، وثلثان، وتخريجه على نحو ما مر.

وإن باعه بوضيعة عشر، فاجعل كل درهم على عشرة جزءًا، ثم اطرح جزءًا من كل درهم، فيكون المطروح عشرة أجزاء تبقى تسعون جزءًا، فتكون تسعة دراهم، وعلى هذا القياس إن باعه بوضيعة تسع أو ثمن.

(باب وجوب بيان ما يحدث في السلعة في المرابحة)

ولو تعيب المبيع عنده بآفة سماوية، أو وجده معيبا له أن يبيعه مرابحة، ولا يبين، خلافًا لزفر، والشافعي.

لهما: أن بكتمان العيب تمكن فيه الخيانة؛ لأن الأوصاف لها شبهة الحصة من الثمن، لأن لها حصة بحال، فإنه لو عجز عن الرد بالعيب يرجع بحصة النقصان من الثمن.

والصحيح قولنا؛ لأن الفائت وصف، والأوصاف لا حصة لها من الثمن مقابل الذات دون الصفات؛ لأنها ليست بمال مقصود، إلا إذا صارت مقصودة بالإتلاف، أو بالقبض لما تبين، فكان ما يقابله الذات قائمًا بالكلية.

وقال محمد في "نوادر هشام": إن نقضه العيب ما لا يتغابن في مثله لم يبعه مرابحة حتى يبين؛ لأنه إذا لم يتبين أوهم المشتري أنه اشتراه، هكذا بهذا الثمن، فصار مدلسا خائنا.

ولو عينه المشتري، أو غيره لم يبعه مرابحة من غير بيان؛ لأنه صار مقصودًا بالإتلاف، فصار بمقابلته الثمن، فصار حابسًا بعض المبيع بجانبه؛ لأن الفائت صار كالسالم له معنى؛ لأنه لولا ملكه لكان مضمونا عليه لما قدمنا شرحه، ولهذا لو عينه بعد البيع قبل القبض تسقط حصته من الثمن، فأما بتعيب غيره فقد وجب الأرش، وأنه بدل الفائت فصار، كالممسك له بإمساك بدله.

وكذا لو اشترى جارية ثيبا، فوطئها ولم ينقصها، جاز أن يبيعها مرابحة، ولم يبين؛ لأن وطء الثيب لا يوجب حبس شيء يقابله الثمن، لأن المستوفى بالوطء ليس بمال، فصار بمنزلة الاستخدام، ولكن ألحق ذلك بتفويت الحر في غير الملك إبانة لخطر البعض حتى يمنع الرد بالعيب؛ لأن الرد في غير ملكه.

وإن كانت بكرا لم يبعها مرابحة حتى يبين؛ لأن الفائت جزء منها وهو العذرة،

وأنه مقصود بالعقد مرغوب فيه، فيكون لها حصة من الثمن، فإن أصاب من علة المبيع، وأجرته ببيع مرابحة ولم يبين؛ لأنها ليست بجزء من المبيع، ولا بدل جزئه، بل هي بدل عن المنافع لا عن الرقبة.

ولو استوفى المنفعة ببيعه مرابحة من غير بيان، فكذا إذا استوفى بدلها، وإن أصاب الولد والثمر واللبن وغيره لا يبيعه إلا معه؛ لأنه جزء من المبيع، لأنه متولد منه، وهو مبيع بيعا، ولهذا يمنع الرد بالعيب.

وإن اتفق على الأصل ما يساوي الزوائد يبيعه مرابحة بدونها؛ لأن الزيادة استفيدت بسبب الإنفاق على الأصل، فجعل ما أنفق عوضا عن الزيادة، كأنه اشترى الزوائد به، ومتى صار لها ثمن حقيقة، فلم تثبت حصة من ثمن الأصل على سبيل الشبهة.

وإن هلكت الزوائد جازت المرابحة من غير بيان لأنها حصلت بلا صنعة، وذهبت بلا فعلة، فجعلت كأنها لم تكن، فلم تحتبس شيئًا من المبيع. اشترى، ثم خرج عن ملكه، ثم عاد إن عاد قديم ملكه، كالرجوع في الهبة، أو بخيار شرط، أو رؤية، أو عيب، أو إقالة، أو في البيع الفاسد يبيع مرابحة بما اشتراه؛ لأن بهذه الأسباب ينفسخ العقد من الأصل، وصار كأنه لم يكن.

وإن أعاد بسبب آخر نحو الإرث والهبة لا يبيع مرابحة؛ لأنه عاد إليه بسبب جديد، وهو السبب لا يطلق له بيع المرابحة، بخلاف ما لو رد عليه بغير قضاء، فإنه يعتبر بيعا جديدا في حق الثالث، فكأنه اشترى ثانيا بعشرة بعدما باعه بعشرة، وهذا يطلق له المرابحة.

ولو اشترى نسيئة لا يبيعه مرابحة حتى يبين؛ لأن للأجل شبهة كونه مبيعا، فإنه يزاد في الثمن لأجل الأجل، فيكون للأجل شبهة المالية، ولهذا جاز الاعتياض عن الأجل في حق المكاتب، فإذا منع الأجل، فقد نقض المبيع، فصار خائنا، ولأنه يصير المشتري مغرورا من جهته في التوبيخ، والاعتماد على قوله، فإنه لو علم بأنه اشتراه بستة عسى لا يرغب في شرائه بهذا الثمن.

وقالوا: دلت هذه المسألة على أن من باع شيئًا من إنسان، وقال قيمته كذا،

والمشتري لا يعرف قيمته، واشتراه معتمدا على قول البائع، فإذا هو أكثر من قيمته فله الخيار؛ لأنه يصير مغرورا من جهة البائع، فأما المغبون إذا لم يغبن، فلا خيار له، ولكن لا ينبغي أن يبيع بأكثر من قيمته إذا لم يعرف المشتري قيمته كي لا يصير في معنى الغار، فيصير آثما.

ولو صالح من دين على ثوب لم يجز أن يبيعه مرابحة؛ لأن الصلح مبناه على الحطيطة، والتجوز بدون الحق، فتمكن فيه تهمة النقصان عن الدين.

ولو اشترى من إنسان بدين عليه، فله أن يبيعه مرابحة على قدر الدين؛ لأن الشراء مبناه على المماكسة، فكان الشراء بالدين بمنزلة نقد الثمن.

(فصل)

اشترى من عبده، أو مكاتبه باعه مرابحة على ما اشترى عبده إذ أقام على عبده إلا إذا بين؛ لأن للمولى حق ملك في كسبهما، فصار العبد بالعقد الأول مشتريًا للمولى من وجه، والشبهة ملحقة بالحقيقة في المرابحة.

وكذا لو اشترى رب المال من المضارب مال المضاربة باعه مرابحة على حصته من الربح؛ لأن المضارب بمنزلة الوكيل، فكان عقده مع رب المال في حق نصف الربح باطلا؛ لأن ذلك حق رب المال، ولا شبهة في أصل الثمن، وحصة المضارب من الربح.

وكذا لو اشترى ممن لا تقبل شهادته عند أبي حنيفة، خلافًا لهما؛ لأنه ليس لواحد منهم حقيقة ملك، ولا حق ملك من مال الآخر.

له: أن لكل واحد منهم حق الانتفاع بمال الآخر؛ لأن منافع الأملاك بينهما متصلة، وحق الانتفاع ملحق بحق الملك فيما بنى على الأمانة، كالشهادة، ولأن العادة قد جرت بأن المماكسة لا تجري بين هؤلاء، وإنما يكون البيع على سبيل المحاباة، والمساهلة والحطيطة، فيتمكن فيه تهمة الخيانة، فلا يبيعه مرابحة قبل البيان، كما في الصلح.

وكذلك ما اشتراه أحد المتفاوضين؛ لأن نصيبه مملوك له بشرائه الأول، ونصيب

شريكه صار مملوكًا بشرائه من شريكه، فيقع كل نصف بما اشتراه به، والله أعلم.

(باب ما يلحق بالثمن في المرابحة وما لا يلحق به)

أصله: أن كل ما تعارف التجار إلحاقه برأس المال، فإنه يلحق به، وما لا فلا؛ لأن عادة التجار محكمة في الضم، لأن المعتبر تحقيق الأمانة، والاحتراز عن الخيانة، فإذا أخذ بما هو المعتاد بين التجار فقد احترز عن الخيانة، ولأن كل ما أوجب زيادة في المبيع، أو في قيمته، فإنه يلحق برأس المال؛ لأنه بمعنى الثمن، لأنه استفاد مالًا بمال، وهذا المعنى لا يتمشى في فصل السمسار، لما تبين، ويحمل على السلعة القصارة، والغسل والخياطة، والفتل والصبغ، وطعام المبيع وكسوته وكراه، وأجر السمسار، والسائق من بلد إلى بلد؛ لأن التجار يضمونه إلى رأس المال، ولأن هذه الأشياء أوجبت زيادة في المبيع، أو قيمته.

أما باعتبار زيادة وصف فيه، أو بنقله من مكان إلى مكان، فإن بإبلاغه إلى مكان تزداد قيمته، وكذا بما هو سبب لبقائه إلى وقت، كالطعام تزداد قيمته من حيث إنه يدفع عنه ضرر الحر والبرد، فيقول: قام علي بكذا، ولا يقول اشتريته بكذا؛ لأنه يكون كاذبا، لأنه لم يوجد منه الشراء في هذه الأشياء، ولا يجعل آخر تعليمه عملا، أو أجر الطبيب، والرابض والبيطار والراعي، والحجامة، وجعل الآبق ونفقة نفسه وكراه؛ لأن التجار لا يضمونه إلى رأس المال.

ولأنه لا يوجب زيادة في المبيع، ولا في قيمته؛ لأن الزيادة تحصل بالتعلم، والتعلم حصل بفعل فاعل بخيار، فلا تضاف الزيادة إلى التعليم بواسطة، والرياضة بمعنى التعليم، والمعالجة والحجامة لإصلاح ما فسد لا لإثبات زيادة فيه، والرعي للحفظ، والزيادة تحصل بالعلف، ولو ضم إلى الثمن ما لا يجوز ضمه، ثم علم به المشتري، فله الخيار.

(**المنتقى**): وتضم نفقة تجصيص الدار وتطيينها وطوي البئر، ولا تضم نفقة حفر البئر فيها؛ لأنه ليس بزيادة فيها، ويضم نفقة كري الأنهار، وجُعل القناة والمسناة والكراب، وكسحها، وسقيها والزرع وغرس الأشجار ما دامت باقية، وكذا نفقة أجر

الجابية للثمرة واللقاط، ولا يضم أجر الحافظ، كأجر الراعي، ويضم أجر من يذبح الشاة المبيعة ويسلخها؛ لأن الذبح والسلخ يوجب زيادة فيها.

وتضم أجر من يتخذ من الخشب أبوابا، ويتخذ منه أفحامًا، وكذا أجر الآتون والنقالين.

ولو زوج عبده لم يلحق مهره برأس المال، ولو زوج أمته لم يحط مهرها، ولا عليها من رأس المال؛ لأنه بدل المنفعة، وهي ليست من المبيع.

ولو اشترى لؤلؤة فنقبها بأجر يضم أجره إلى الثمن؛ لأن ذلك يزيد في قيمتها، لأنه يتخوف عليها ما لم ينقبها، وأما الياقوت، فإن كان نقبه ينقصه لا يضم، وإن كان يزيده خيرا، ولا بد منه يضم.

ولو اشترى ثوبا وبطانة، فاتخذها جبة وحشاها قطنًا ورثه، أو وهب له يضم أجرة القطن، والخياطة إلى ثمنه.

وكذلك لو ورث الثوب وبطنه بالفرو الذي اشتراه، أو كان الفرو ميراثا والظهارة مشتراة يضم ثمن الفرو والخياطة إليه.

ولو كان ثوبان أحدهما شراء، والآخر ميراثا، فباعهما مرابحة، وقال: يقومان علي بعشرة لا يجوز؛ لأن الثوب المورث لم يشتره بشيء بخلاف الثوب المبطن؛ لأنه ثوب واحد لا يزايل بعضه بعضا، وهذان ثوبان.

ولو صبغ الثوب المورث بعصفر، وأنفق عليه درهما، ثم باعهما مرابحة، وقال: يقومان علي بكذا جاز، والله أعلم.

(باب [بيع][1] التلجئة)

التلجئة أن يظهر شيئًا لا أصل له من أمر يخافه، وهو نوعان:

أحدهما: في نفس البيع، والآخر في الثمن.

أما التلجئة في نفس البيع لا يخلو من ثلاثة أوجه: في وجه البيع فاسد، وفي

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (ك).

وجه البيع جائز، وفي وجه اختلفوا في جوازه.

أما وجه الفاسد، وهو أن يظهرا عقد بيع، وتواضعا في السر أن لا عقد بينهما، فالبيع فاسد، وهذا هو صورة بيع الهازل، وبيع الهازل منعقد غير لازم؛ لأن عمل الهزل في إعدام الرضا في حكم العقد لا في إعدام أصله، لأنهما قصدا مباشرة العقد فيما بينهما دون الحكم؛ لأن المرء قد يحتاج إلى بيع ماله تلجئة، وهزلا لأمر يخافه على ماله من الظالم، وعرضه أن يبقى ماله على ملكه، ويندفع عنه الظلم، فالشرع بقي ما شرط في السر إلى وقت العقد نظرا لهما، تحقيقا لمقصودهما، فصارا شارطين الخيار لأنفسهما دلالة، فصار بمنزلة البيع بشرط الخيار أبدًا.

وأما وجه الجائز، وهو أنهما تصادقا بعد البيع أنهما كانا أعرضا عن المواضعة السابقة جاز البيع؛ لأن إليهما نقصها، فإذا تصادقا على نقصها انتقصت، فصار كأنهما تبايعا من غير مواضعة.

وأما وجه الاختلاف، وهو ما ادعى أحدهما الإعراض عن المواضعة، والآخر البناء على تلك المواضعة، فالبيع جائز عند أبي حنيفة.

وعندهما: فاسد، وكذا لو اتفقا على المواضعة وتبايعا، ثم قالا لم يخطر ببالنا شيء وقت البيع، فعلى هذا الخلاف.

لهما: أن المدعي للإعراض عنها يدعي أمرًا عارضًا، والمدعي لبناء البيع على المواضعة متمسك بما هو الثابت باتفاقهما، فيكون القول له كما لو تصادقا على البيع، ثم ادعى أحدهما الإقالة، فالقول لمدعي البيع. له: أنهما اختلفا في صحة العقد وفساده؛ لأن مدعي البناء على تلك المواضعة يدعي أنهما شرطا شرطًا فاسدًا في البيع، وهو التلجئة، وأنكر الآخر، فيكون القول لمدعي الصحة؛ لأن الظاهر يشهد له، كما لو تواضعا على شرط فاسد، ثم تبايعا، ثم قال أحدهما شرطنا ذلك في البيع، وأنكر الآخر، فالقول لمدعي الصحة، فكذا هذا باع من آخر تلجئة وهزلا، فإنهما بالخيار، فإن أجازاه جاز، وإن أجاز أحدهما لم يجز؛ لأنه بمنزلة البيع بشرط الخيار لهما لما بينا.

ولـو قبـضه المـشتري، وأعتقـه لا يعتـق؛ لأن خيـار الهـزل يمنـع وقـوع الملـك للمشتري، كخيار الشرط، بخلاف خيار المكره؛ لأنه ثبت حكمًا لا شرطًا، لأنه باع مرسلا عاريا عن الشرط، فشابه خيار الرؤية والعيب.

ولو توافقا على التلجئة في السر، ثم قال أحدهما وصاحبه يسمع قد بدا لي أن أجعله بيعا جائزًا، فباعا كان بيعا جائزا؛ لأنه لما خاطبه بالعقد الجائز، فقد طلب منه بيعا جائزًا، فإذا أجابه إلى ذلك يصير مجيبا له بالعقد الجائز.

وإن لـم يسمع الآخر، ولـم يبلغه فهو فاسد؛ لأن المواضعة أن يطلب في حق المبطل لـم يبطل في حق الآخر؛ لأنـه لـم يبطلهـا نـصًّا، ولا مقتـضى إقدامـه علـى الجواب بالبيع، وصار كما لو شرطا الخيار لهما، ثم أجاز أحدهما لا يجوز ما لـم يجز الآخر، ولكل واحد نقضه قبل القبض، كما في البيع الفاسد وبعد القبض ليس للمبطل نقضه، وللآخر نقضه؛ لأن الشرط قائم في حقه، فإن أعتقه المشتري بعد القبض؛ فإن كان البائع قال ذلك جاز البيع والعتق؛ لأنه لما أبطل الشرط لـم يبق له خيار، وبقي الخيار للمشتري، فإذا أعتقه فقد أجاز البيع، فنقد وإن كان المشتري قاله لا يعتق؛ لأن بإعتاقه إن سقط خياره، ولكن بقي خيار البائع وخيار البائع يمنع وقوع الملك للمشتري.

وإن أجاز البائع بعد ذلك جاز البيع، ولم يجز العتق؛ لأنه حين أعتقه، فالعتق لـم يصادف ملكه، ولو اتفقا أن يقرا ببيع لـم يكن، فأقرا به فهو باطل؛ لأنهما لـم ينشئا بيعا، وإنما أخبرا عن بيع معدوم، فيكون كذبا.

وإن ادعى أحدهما بيع التلجئة، وأنكر الآخر، فالقول لمن يدعي الحد مع يمينه؛ لأنه منكر للشرط، ومدّعٍ للصحة؛ لأن الشرط السابق، كالمذكور في العقد.

وإن أقام أحدهما البينة قبلت بينته، وهل يرجع المشتري بالثمن على البائع؟

ذكر هشام في "نوادره" عن محمد: إن أقام المشتري بينة أن الدار تلجئة في يده، وذكر الشهود، وقبض الثمن رجع بالثمن على البائع.

وإن أقـام البينـة أن الـشراء تلجئـة لا يرجـع، والفـرق أن الـشراء يتنـاول المبيـع والثمن، وقد أثبتوا الشهود أن الأمرين جميعًا تلجئة فيبطلا، فكذلك لا يرجع، ولا

كذلك قوله أن الدار تلجئة؛ لأنه يميز اسم الدار عن الثمن، فلا يقيد قبض الثمن على جهة التلجئة، فلا يرجع.

وكذلك لو طلق امرأته على مال، أو أعتق عبده على مال هازلا وقبلا، فإن كان الهزل مشروطا في الطلاق والعتاق وقعا، ويجب المال عليهما؛ لأن اشتراط الهزل بمنزلة اشتراط الخيار.

ولو شرط الخيار في جانب الزوج والمولى، فلا خيار في جانب المرأة والعبد يلزمهما المال، وكذا هذا.

وإن كان مشروطا في جانب المرأة والعبد لا يجب المال عند أبي حنيفة رحمه الله ما لم يوجد منهما الإشارة.

وعندهما: يجب المال، ولا يصح اشتراط الهزل، هكذا قاله الفقيه أبو جعفر؛ لأن اشتراط الهزل في جانبهما بمنزلة اشتراط الخيار.

ولو شرط في جانبهما خيار يصح، ولا يقع الطلاق، والعتاق ما لم يوجد منهما الإجازة.

وعندهما: لا يصح اشتراط الخيار، ويلزمهما المال، فكذا إذا شرط الهزل في جانبهما.

وأما التلجئة في الثمن، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يتفقا في السر أن الثمن ألف، ويتبايعان في الظاهر بألفين، فالبيع بألفين في رواية عن أبي حنيفة؛ لأنهما قصدا البيع الصحيح، ولا صحة للعقد إلا باعتبار المذكور في الظاهر، والإعراض عن المواضعة السابقة، فثبت الإعراض عن تلك المواضعة السابقة مقتضى إقدامهما على العقد الصحيح، وفي رواية عنه بألف، وهو قولهما؛ لأنهما اتفقا أنهما هزلا بذكر الألف، لأنهما اتفقا أنهما تبايعا بناء على المواضعة السابقة، وتلك المواضعة جعلت، كالمشروط في العقد لئلا تعرى عن الفائدة، والمال لا يجب مع الهزل؛ لأن الهازل لم يقصد ثبوت ما باشره، وإنما أراد به اللهو واللعب، فيصير بمعنى الاستثناء كأنه قال: بعت منك بألفين إلا الألف.

والثاني: إذا اتفقا في السر أن الثمن ألف درهم، وأظهرا البيع بمائة دينار،

فالقياس أن يفسد البيع؛ لأن ما أظهره لم يصح، لكونه هزلا، وما ذكراه في السر لم يذكراه في البيع، فكان هذا بيعا بغير تسمية الثمن، فلا يصح البيع، وفي الاستحسان يصح بمائة دينار؛ لأنهما قصدا البيع الصحيح، لما لم يذكرا في البيع ما تواضعا عليه في السر، ولن يصح البيع إلا بعد إعراضهما عن تلك المواضعة، فيثبت إعراضهما عن تلك المواضعة مقتضى غير إقدامهما على البيع الصحيح، بخلاف الألف والألفين؛ لأن ما ذكراه في السر ذكراه في البيع والزيادة، فلم يثبت إعراضهما عن المواضعة السابقة.

ولو تبايعا في السر بألف، أو بمائة دينار، ثم تبايعا في العلانية بألفين، فإن أشهدا على أن ما في العلانية سمعة وهزل، فالبيع بيع السر؛ لأن العلانية لم يصح لكونه هزلا.

وإن لم يشهدا على ذلك، فالبيع بيع العلانية؛ لأنه يفيد زيادة فائدة لم تكن في بيع السر، فيضمن إقدامهما على البيع الثاني انفساخ الأول.

(باب بيوع أهل الذمة)

ذمي اشترى عبدا مسلما، أو مصحفًا جاز شراؤه، ويجبر على بيعه، خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لأن الثابت بالشراء إضافة الملك، ونسبته إلى الكافر لا ثبوت الملك، وحدوثه في المحل ابتداء؛ لأن العبد كان مملوكا قبل الشراء، إلا أنه كان مضافا إلى المسلم، وبالشراء يصير مضافا إلى الكافر، وهذا مشروع، والإسلام لا ينافي شرعية نسبة المسلم إلى الكافر ملكا، بدليل أنه يرث عبدا مسلما.

ولو اشترى أباه يملكه، ولو أسلم العبد في يده يبقى فيه ملكه، إلا أنه يجبر على بيعه صيانة للمسلم عن ذل استخدام الكافر قهرا وجبرا، وربما يستعمله فيما لا يحل شرعا، وهو قبيح عادة وعقلًا لعداوة الدينية بينهما، ولهذا الفاسق المسلم إذا اشترى عبدا أمرد، وكان من عادته اتباع المرد يجبر على بيعه دفعا للفساد. ذمي زوج أمته من عبده، فولدت منه، وأسلم العبد يجبر على بيعه وولده؛ لأنه صار مسلما بإسلام أبيه.

وإن كان فيه تفريق بين الأم وولدها؛ لأن التفريق مكروه، واستدامة ملك الكافر في المسلم محظور، ومباشرة المكروه أهون من ارتكاب المحظور، ولأن النظر في التفريق للصغير أكبر؛ لأن فيه تخليصه عن ذل الكافر، وسوء صحبته، وعن التخلق بأخلاقه، وفي ترك التفريق منفعة واحدة، وهي كون الأم أرفق بحضانته، وكذا لو ملك الذمي شقصًا من عبد مسلم يجبر على بيعه، ولو كانت العبد جاز، وهو بمنزلة بيعه؛ لأنه زال ملك الاستخدام، وأنه يفضي إلى العتق، فكان أنفع للعبد من البيع.

ولو دبره جاز، ويسعى المدبر في قيمته؛ لأن إبقاءه على ملكه حرام، والبيع متعذر، فوجب الإزالة بالفائت، وكذا لو كانت أمة فاستولدها، ويوجع الذمي ضربا؛ لأنه وطئ مسلمة، وذلك حرام، فإن رهنه أو أجره من مسلم يجبر على بيعه؛ لأنهما لا يزيلان ملكه عنه، فملك فك الرهن بقضاء الدين، واستخدامه متى شاء، ويد المستأجر كيده، فيكون تحت ذله وقهره، فوجب إزالة ملكه، وهذا أبلغ الأعذار في نقض الإجازة. ذمي باع عبده، على أنه بالخيار، ثم أسلم العبد لا يسقط خياره؛ لأنه بإسلامه لم يسد عليه باب التصرفات، لأن حكم الخيار شيئان إجازة وفسخ، والإجازة بمنزلة إنشاء البيع، وأنه بملك الكافر والفسخ استيفاء ملكه في العبد، والكفر لا يمنع ثبوت الملك ابتداء، فبقي أولى؛ لأنه أسهل، فإن فسخ يجبر على بيعه، وإن أمضاه والمشتري مسلم جاز، ويترك في يده.

وإن كان كافرًا جاز، ويجبر على بيعه. اشترى عبدا مسلما بيعا فاسدا يجبر على رده، لما فيه من رفع المعصية، وترك الإصرار على الفساد؛ لأن الكافر يخاطب بالحرمان، ولأن حق البائع في الاسترداد، وحق العبد في الإزالة عن ملك الكافر، ويحصل مراعاة على الحقين بالرد على البائع، فإن كان البائع غائبا يجبر على بيعه؛ لأنه تعذر الرد، فوجب إزالة ملكه بالبيع.

وإن اشترى منه مسلم عبدا مسلما بيعا فاسدا يرده عليه دفعا للمعصية، ثم يجبر على بيعه؛ لأنه عاد إليه ملكه.

وإن كان غائبا يترك في يد المسلم؛ لأن الملك فيه للمسلم والذمي إذا اشترى

عبدا مسلما، فله رده على بائعه بالعيب؛ لأنه يزول به ملكه. عبد ليتيم نصراني أسلم يبيعه وصيه، فإن لم يكن ينصب القاضي من يبيعه عنده؛ لأنه وجب إزالة ملك اليتيم عن العبد لما فيه من حق العبد من تخليصه عن ذل الكافر، فيؤاخذ الصبي بذلك باعتبار حق العبد إن لم يؤاخذ باعتبار حق الله تعالى، ويقوم به الوصي لعجزه عن البيع بنفسه. مسلم له عبد مأذون نصراني، فاشترى عبدًا نصرانيًا، فأسلم الثاني في يده ينظر إن لم يكن عليه دين لا يجبر على بيعه؛ لأنه ملكه مولاه، وإن كان عليه دين يجبر؛ لأنه لا ملك للمولى فيه عند أبي حنيفة.

وعندهما: وإن كان ملك الرقبة للمولى، فملك التصرف مستحق للعبد يحنث لا يملك المولى إبطاله عليه، فكان كالمكاتب، والمكاتب النصراني لو اشترى عبدا مسلما يجبر على بيعه، وإن كان مولاه مسلما؛ لأن للمكاتب حقًّا في كسبه، وملك التصرف فيه، فكان تحت ذل الكافر وقهره باستخدامه، واستعماله، وبيوعهم كبيوع المسلمين، إلا الخمر والخنزير يجوز بيعهم فيهما؛ لأنهم بعقد الذمة التزموا أحكام دارنا والربا مستثنى في عهودهم، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**كتبَ فِي عهودِهم؛ ومَن أربَى فلَا عهدَ لهُ**" وسائر البياعات الفاسدة بمعنى الربا، فكان المسلم والذمي فيها سواء.

وأما الخمر والخنزير لم يستثن من عهودهم؛ لأنهم يعتقدونه مالًا، والشرع أمرنا أن ندعهم، وما يعتقدون، فكان مالا في حقهم. ذميان تبايعا خمرا أو خنزيرا، ثم أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض، فالبيع على حاله قبض الثمن، أو لم يقبض؛ لأن الملك قديم في الخمر فلا يبطل بالإسلام.

وإن أسلما، أو أحدهما قبل القبض فسد البيع؛ لأن القبض سمة بالعقد من حيث إنه يفيد ملك التصرف، ولهذا لا يجوز البيع باعتبار ملك العين، وملك التصرف راجح على ملك العين، فإن المقصود من ملك الرقبة ملك التصرف، ولهذا لا يجوز البيع باعتبار ملك الرقبة في معجوز التسليم، ويجوز باعتبار ملك التصرف، والمسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، فكذا عن قبضه؛ لأنه بمعناه، ولما تعذر قبضه فسد البيع لفوات القبض.

وروى ابن سماعة، عن محمد: أنه ينفسخ البيع حتى لو صار خلا ليس للمشتري أن يأخذه، وعلى ظاهر الرواية له أن يأخذ، كما إذا اشترى عصيرا فيتخمر قبل القبض لم ينفسخ البيع، إلا في رواية ابن سماعة، وقد مرت فيما تقدم.

(باب ما يكره التفريق في البيع بين الرقيق)

ويكره أن يفرق بين ذي رحم محرم من نسب إذا كانا صغيرين، أو أحدهما، لقوله عليه السلام: "**مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ تعالى بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ في الجنة**"[1]، وروي: "أنه صلى الله عليه وسلم دفع إلى علي رضي الله عنه مملوكين أخوين، فباع أحدهما فقال: **اذهَب واستردَّه**" ولأن الصغير يستوحش، ويتأذى بمفارقة من يستأنس به ويتعاهده ويرثه، فكان في التفريق ترك الترحم على الصغير والإيحاش والإيذاء به، وقد قال عليه السلام: "**مَن لم يرحَم صغيرَنا، ولَم يوقِّر كبيرنَا فليسَ منَّا**"[2]، ولا يكره في الكبيرين لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يجتمعُ عليهمُ**

(١) أخرجه أحمد ٤١٢/٥ (٢٣٨٩٥) قال: حدثنا حسن بن موسى، قال: حدثنا عبد الله بن لهيعة، قال: حدثنا حيي بن عبد الله المعافري. وفي ٤١٤/٥ (٢٣٩١٠) قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا رشدين، قال: حدثني حيي بن عبد الله، رجل من يحصب. و«الدارمي» (٢٦٣٦) قال: أخبرنا القاسم بن كثير، عن الليث بن سعد، قراءة، عن عبد الله بن جنادة. و«الترمذي» (١٢٨٣ و١٥٦٦) قال: حدثنا عمر بن حفص الشيباني، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرني حيي بن عبد الله.

كلاهما: (حيي، وعبد الله بن جنادة) عن أبي عبد الرحمن الحبلي، فذكره.

(٢) أخرجه أحمد ١٨٥/٢ (٦٧٣٣) قال: حدثنا إسحاق بن عيسى، قال: حدثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن عبد الرحمن بن الحارث. وفي ٢٠٧/٢ (٦٩٣٥ و٦٩٣٧) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق. و«البخاري» في «الأدب المفرد» (٣٥٥) قال: عن عبدة، عن محمد بن إسحاق. وفي (٣٥٨) قال: حدثنا محمد بن سلام، قال: أخبرنا جرير، عن محمد بن إسحاق. وفي (٣٦٣) قال: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله، قال: حدثني ابن أبي الزناد، عن عبد الرحمن بن الحارث. و«الترمذي» (١٩٢٠) قال: حدثنا أبو بكر محمد بن أبان، قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن محمد بن إسحاق. وفي (١٩٢٠م) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا عبدة، عن محمد بن إسحاق.

=

السّبي والتّفريقُ حتّى يبلغَ الغلامُ، وتحيضَ الجاريةُ"[1] ولأن أحدهما يستغني عن تعاهده الآخر، ويمكنه الاصطبار عن مفارقته، ودفع الوحشة عن نفسه بقوة قلبه، فيتحمل ذا القدر من الإيحاش رعاية لحق المالك في التصرف، ولا يكره إذا لم يكن بينهما محرمية، كابني عم، وابني خال، أو كان بينهما محرمية من الرضاع والصهرية؛ لأنه ليس بينهما قرابة محرمة للنكاح، فبقي ما عداه على أصل القياس، وهو أن الملك مطلق للتصرف كيف شاء، ولا يكره التفريق بين الزوجين لما بينا، وإن فرق الصغيرين لا يفسد البيع عندهما.

وعند أبي يوسف: يفسد في الأولاد خاصة لزيادة تغليظ، وتشديد ورد الشرع به فيه.

وعند الشافعي يبطل في كله، والصحيح قولنا؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله عاريا عما يفسده في نفسه، إلا أنه يضمن إلحاق الوحشة بغيره، وذلك معنى منهي عنه، ولكنه مجاوز للبيع غير متصل به، فيؤثر في الكراهة لا في الفساد، كالنهي عن البيع وقت النداء، وعن الاستيام على سوم أخيه، وله رد أحدهما بالعيب خاصة، والدفع بالخيانة والدين، لما فيه من دفع زيادة الضرر على المولى، ولأن إبطال حق المشتري في الرد، وحق المجني عليه في الدفع حرام، والتفريق مكروه، وقد تعذر الاحتراز عنهما مباشرة المكروه أهون من مباشرة الحرام، فإن استولد أحدهما أو دبره لا يكره بيع الآخر؛ لأن حرمة التفريق لدفع الضرر عن الصغير، ولا يليق بالحكم دفع الضرر عن إنسان بإلحاق الضرر.

ولو حرم التفريق هناك يلحق المالك ضرر انسداد باب التصرف في ماله أصلا، فإنه لا يمكنه بيعهما، فلا بد من بيع أحدهما ليصل إلى حقه في ثمنه، ولا بأس بأن يكاتب أحدهما، أو يبيعه بسمة، بأن قال المشتري: إن اشتريتك فأنت حر، فباعه منه

=

كلاهما: (عبد الرحمن بن الحارث، ومحمد بن إسحاق) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٦٨)، الحاكم (٢/٦٤)، البيهقي (٩/١٢٨).

جاز؛ لأن هذا أنفع للصغير، وخيرا له من إمساكه قنًّا مع أن الكبير يمكنه الوصول إلى تعهد الصغير أكثر مما يصل إليه في حال كونه قنًّا؛ فإن كان أحدهما مملوكا له، والآخر لولده الصغير، أو لمكاتبه، أو لمضاربه جاز التفريق لأنهما لم يجتمعا في ملكه رقبة ويدا، وتصرفا وفعليا.

ولو اجتمعا في ملك المكاتب والمضارب يكره لهما التفريق؛ لأن للمكاتب في كسبه حق ملك، وملك تصرف، فترجح حقه على حق المولى فسقط اعتبار حق المولى، ولهذا لو ادعى المكاتب ولد جارية من كسبه صحت دعواه من غير تصديق المولى.

ولو ادعى ذلك مولاه لا يصح إلا بتصديق المكاتب، وأما المضارب؛ فإن كان فيه ربح فهو مشترك بينهما ملكا، وإن لم يكن فهو نائب عن رب المال في حق الملك، وعاقد لنفسه في حق الحقوق، فأي الأمرين اعتبرنا الأصالة في الحقوق، أو النيابة في الملك، فقد حصل من رب المال في حق الملك، ومن المضارب في حق الحقوق. باع الأم على أنه بالخيار، ثم اشترى ولدها يكره التنفيذ؛ لأنهما اجتمعا في ملكه، فكره إتمام البيع في الأم بالتنفيذ؛ لأنه به يصير مفرقا.

ولو كان المشتري يملك ولدها، وله الخيار لا يكره له ردها؛ لأنهما لم يجتمعا في ملكه عند أبي حنيفة، فلم يكن بالرد مفرقا، للملك فيهما.

وعندهما: وإن اجتمعا في ملكه، إلا أن الفسخ حق المشتري ليدفع به الغبن، والظلامة عن نفسه، ولا يمكنه إقامة هذا الحق إلا بالتفريق، فصار كالرد بالعيب. حربي أخرج أخوين من دار الحرب، أو اشتراهما من حربي في دار الإسلام، فله التفريق بينهما؛ لأنه لو لم يشتر منه يعود بهما إلى دار الحرب، فيصير حربًا لنا، فكان التفريق أهون من صيرورته حربًا لنا؛ ولأنه ربما يتخلق بأخلاق المسلمين، ويعتاد بطبائعهم، ويرى محاسنهم فيسلم، فكان التفريق أنفع له من الجمع.

ولو اشتراهما من ذمي لم يجز التفريق، وأجبر على بيعهما معا؛ لأنه لا يمكن الحربي من إدخالهما في دار الحرب؛ إذ هما ذميان.

(**الزيادات**): ولو اجتمع في ملكه مع الصغير قريبان له، فلا يخلو، إما أن استويا في القرب إليه، أو أحدهما أقرب إليه، فإن استويا في القرب ينظر إن كانا مختلفين في الجهة، كالأبوين، كالعمة والخالة لا يبيعهم إلا جميعًا كفارا كانوا أو مسلمين؛ لأن بكل واحد منهما يحصل له نوع استئناس لا يحصل بالآخر، ويستوحش بمفارقة أحدهما؛ لأن أحد الأبوين لا يعمل عمل الآخر في الأنس والتعاهد، والعمة بمنزلة الأب والخالة بمنزلة الأم.

وكذلك الأخت لأب، والأخت لأم، وإن كانا متساويين في القرب والجهة، كالأخوين والأختين لأب وأم، جاز بيع أحدهما استحسانًا؛ لأن حسن الاستئناس، والتعاهد يحصل بواحد.

وأما إذا كان أحدهما أقرب إليه كثلاث أخوات متفرقات، أو أم وعمة، أو خالة، فلا بأس ببيع الأبعد، وهو غير الأم وغير الأخت لأب وأم؛ لأن الأم والأخت، وأم أقرب إليه، والتحرز عن إيحاشه، وإيذائه يحصل بترك الأقرب معه؛ لأنه يستأنس به، وصار الأبعد مع وجود الأقرب كالأختين.

وكذلك عمة وجدة وخالة لا بأس ببيع العمة والخالة؛ لأن الجدة أقرب إليه، وهي بمنزلة الأم. ادعيا ولد جارية بينهما، وهم كفار في دار الحرب، ثم اشتروا وملكوا لا يباع أحد الأبوين، بخلاف الأخوين؛ فإنه لا بأس ببيع أحدهما، والفرق أن الأب في الحقيقة أحدهما، لكن أثبتنا النسب منهما لأجل الاشتباه والالتباس، وإليه أشار عمر رضي الله عنه، حين قال: ليسا فليس عليهما، وفي بيع أحدهما احتمال ما هو والد حقيقة، فيكون تفريقا بين الوالد والولد، فأما الإخوة، فكل واحد منهم أخ حقيقة، فإذا أمسك أحدهم مع الصغير كان جامعا بين الصغير وأخيه، وهم متساوون في القرب، فلم يكن مفرقا. اشترت امرأة معها صبية، فقالت: هي ولدي كره التفريق، ولم يثبت النسب بقولها؛ لأن كراهة التفريق حق الله تعالى، فيقبل فيه قول الواحد، ولأن الأثر إنما جاء بكراهة التفريق في مثل هذه الصورة، حين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية والهة في سبايا، فسأل عن شأنها فقيل: بيع ولدها فقال لزيد بن حارثة: "**أدرِك أدرِك، لَا تُوله والدةٌ بولدِها، مَن فرّق بينَ والدةٍ**

وولدِها فرّق اللهُ بينَه وبينَ أحبتِه في الجنّةِ"[1] وما عرف ذلك الولد ولدها إلا بقولها.

(باب الاستبراء)

يحتاج إلى معرفة: تفسير الاستبراء، وسبب وجوبه، وأنواعه ومقداره، وما يجري منه، وما يلزمه الاستبراء، وما لا يلزمه.

أما تفسيره: فالاستبراء لغة هو يعرف فراغة الرحم، وبراءة عن الشغل بالحيض.

وأما سبب وجوبه: هو إرادة الإقدام على الوطء عند استحداث ملك الوطء بملك اليمين، وتوهم اشتغال الرحم بماء الغير شرط وجوبه، كسبب وجوب الطهارة إرادة الصلاة، والحدث شرط وجوبها، وإنما وجب الاستبراء بإرادة الوطء لتعرف براءة الرحم من ماء الغير لئلا يختلط ماؤه بماء غيره، فلا تشتبه الأنساب، فلا يضيع الولد والإقدام لوطء لا يتحقق إلا بعد الملك والقبض؛ لأن الملك يطلق له الوطء شرعا، والقبض يقدر عليه حسا؛ لأنه بدون القبض لا يقدر على الوطء حسا وشرعا؛ لأنه ملك تصرف، وملك التصرف لا يثبت له إلا بالتسليم.

وأما أنواعه: فالاستبراء نوعان: مندوب، وواجب.

فالمندوب هو أن يطأ جاريته، ثم أراد أن يبيعها، أو يزوجها يستحب له أن يستبرئها، وقال مالك: هو واجب؛ لأن احتمال العلوق منه قائم، فيجب عليه صيانة مائه عن الضياع.

والصحيح قولنا، لقول ابن عمر رضي الله عنهما: استبراء البائع مستحب، واستبراء المشتري واجب، ولأن سبب وجوب الاستبراء لم يوجد، وهو إرادة الوطء عند الاستحداث ملك الوطء بملك اليمين، ويعرف براءة الرحم يحصل باستبراء المشتري، فإنه واجب، فلا يحتاج استبراء البائع ليعرفه، والأحسن للزوج أن

---

(١) أخرجه الديلمي (١٣١/٥، رقم ٧٧١٨). وأخرجه أيضًا: ابن عدي (٤١٨/٦ ترجمة ١٩٠٠ مبشر بن عبيد).

ومن غريب الحديث: "**لَا توله والدةٌ عن ولدِها**"، أي: لا يفرق بينهما.

يستبرئها إن لم يستبرئها المولى، وليس بواجب؛ لأن الحكم بصحة النكاح دليل فراغ رحمها، لأن النكاح لا يرد إلا على محل فارغ من ماء محترم.

وأما استبراء الواجب هو أن يملك جارية بأي سبب ملكها من السبي والشراء، والهبة والصدقة، والوصية والميراث، ونحوها يلزمه أن يستبرئها بحيضة، وأصله قوله عليه السلام في سبايا أوطاس: "**ألَا لَا توطأُ الحبَالى حتّى يضعنَ حملهُنَّ، ولَا الحيالى حتّى يستبرئنَ بحيضةٍ**"[1] والسبي سبب لحدوث ملك الاستمتاع بملك اليمين، فيكون النص الوارد فيه واردًا في كل ما هو سبب لحدوث ملك الاستمتاع بملك اليمين دلالة.

وأما مقدار هذا الاستبراء هي الحيضة في حق ذوات الأقراء، وشهر في حق ذوات الأشهر؛ لأنه خلف عن الحيض، كما في العدة، وإن حاضت في أثنائه بطل، وانتقل إلى الحيضة كما في العدة.

وإن كانت ممن تحيض، وقد امتد طهرها، فعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يقربها حتى يتيقن أنها ليست حاملا، ولم يقدره بشيء؛ لأن المعتبر هو العلم بفراغ رحمها، وروي عنه التقدير بسنتين، وهو قول زفر، وهذا أحوط؛ لأن الولد يبقى في البطن سنتين، فلا يتيقن بعدم الحمل إلا بمضي سنتين.

وروي عنه ثلاثة أشهر، أو أربعة أشهر، وهو قول أبي يوسف؛ لأن بمضي ثلاثة أشهر تظهر آثار الحمل عادة من انتفاخ البطن ونحوه؛ لأن العلقة تصير مضغة في آخر الشهر الثالث، لقوله عليه السلام: "**يمكثُ خلقُ أحدكُم فِي بطنِ أمِّهِ أربعينَ يَومًا نُطفةً، وأربعينَ يومًا علقةً، وأربعينَ يومًا مضغةً، ثمّ ينفخُ فيهِ الرّوح**"[2].

---

(١) أخرجه أحمد ١٢٧/٤ (١٧٢٨٤). والترمذي (١٤٧٤) قال: حدثنا محمد بن يحيى، وغير واحد. وفي (١٥٦٤) قال: حدثنا محمد بن يحيى النيسابوري.

كلاهما: (أحمد بن حنبل، ومحمد بن يحيى) عن أبي عاصم النبيل، عن وهب بن خالد، أبي خالد الحمصي، قال: حدثتني أم حبيبة بنت العرباض، وهو ابن سارية، فذكرته.

(٢) أخرجه «البخاري» ١١١/٤ (٣٢٠٨) قال: حدثنا الحسن بن الربيع، قال: حدثنا أبو الأحوص، عن الأعمش. وفي ١٣٣/٤ (٣٣٣٢) قال: حدثنا عمر بن حفص، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا =

وقال محمد: لا يطأها أربعة أشهر وعشرا؛ لأنها أكثر مدة يظهر فيها وجود الولد عادة، لأنه بمضي ذلك يتحرك الولد في بطنها بالخير، فإذا لم يظهر علم أنها غير حامل، وقولهما أرفق بالناس، واستبراء الحامل بوضع الحمل، لما روينا[1].

=

الأعمش. وفي ١٢٢/٨ (٦٥٩٤) قال: حدثنا أبو الوليد، هشام بن عبد الملك، قال: حدثنا شعبة، قال: أنبأني سليمان الأعمش. قال البخاري: قال آدم: «إلا ذراع». وفي ١٣٥/٩ (٧٤٥٤) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا الأعمش. و«مسلم» ٤٤/٨ (٦٨١٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو معاوية، ووكيع (ح) وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير الهمداني، واللفظ له، قال: حدثنا أبي، وأبو معاوية، ووكيع، قالوا: حدثنا الأعمش. وفي (٦٨١٧) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، كلاهما عن جرير بن عبد الحميد (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس (ح) وحدثني أبو سعيد الأشج، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثناه عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة بن الحجاج، كلهم عن الأعمش، بهذا الإسناد. قال في حديث وكيع: «**إنّ خلقَ أحدكُم يجمعُ في بطنِ أمّهِ أربعين ليلةً**»، وقال في حديث معاذ، عن شعبة: «أربعين ليلة، أربعين يوما»، وأما في حديث جرير، وعيسى: «أربعين يوما». و«ابن ماجه» (٧٦) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، ومحمد بن فضيل، وأبو معاوية (ح) وحدثنا علي بن ميمون الرقي، قال: حدثنا أبو معاوية، ومحمد بن عبيد، عن الأعمش. و«أبو داود» (٤٧٠٨) قال: حدثنا حفص بن عمر النمري، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان، المعنى واحد، والإخبار في حديث سفيان، عن الأعمش. و«الترمذي» (٢١٣٧) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش. وفي (٢١٣٧م١) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٢١٣٧م٢) قال: حدثنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا وكيع، عن الأعمش. و«النسائي» في «الكبرى» (١١١٨٢) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا يزيد بن هارون، عن فطر، عن سلمة بن كهيل (ح) وحدثنا شريك، عن الأعمش. و«أبو يعلى» (٥١٥٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير، عن الأعمش. و«ابن حبان» (٦١٧٤) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا أبو الوليد، وشعيث بن محرز، قالا: حدثنا شعبة، عن سليمان الأعمش. كلاهما: (سليمان الأعمش، وسلمة بن كهيل) عن زيد بن وهب، فذكره.

(١) انظر: الشرح الكبير المطبوع مع حاشية الدسوقي ٢٦٧/٢ ط. عيسى الحلبي، وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني ٢٦٤/٣ ط. سنة ١٣٠٦. وانظر البحر الرائق ٢٣٣/٨ ط. العلمية الأولى، =

ولو وضعت حملها بعد القبض، فلا استبراء عليه؛ لأن وضع الحمل في كونه دليلا على براءة الرحم فوق القرء، وإن وضعت قبل القبض، فعليه الاستبراء؛ لأنه وجد قبل وجود سبب وجوب الاستبراء، لأن الإقدام على الوطء لا يتحقق إلا بعد القبض لما بينا، وما لم يمض بعده الاستبراء لا يحل للمالك أن يطأها ويقبّلها ويمسها، وينظر إلى عورتها بشهوة؛ لأن الوطء إذا حرم بالنص حرم بدواعيه احتياطا، كما في الاعتكاف والإحرام، إلا أن يكون في تحريم دواعيه إيقاع الناس في الحرج، فلا يحرم كما في الصوم والحيض.

وأما ما لا يجزئ من الاستبراء، فإنه لا يجزئ بالحيضة الموجودة وقت الشراء؛ لأنه وجب الاستبراء بحيضة كاملة، وهذه أقل من حيضة، فوجب تكميلها من الثانية، والحيضة لا تجزئ في حق الاستبراء، فتكاملت، ولا تجزئ بحيضها في يد البائع، أو العدل بعد البيع، خلافًا لمالك، والشافعي؛ لأن سبب وجوب الاستبراء لا يتحقق إلا بعد القبض لما بينا، ويد العدل يد البائع؛ لأنه يمسكها للبائع ليقبض الثمن. أمة بين رجلين، باعها أحدهما، ثم أجاز الآخر بعدما حاضت عند المشتري لا يجزئ بها؛ لأنه يستحدث ملك الوطء بملك اليمين بعد الإجازة؛ لأن الملك تم فيها بعد الإجازة.

ولو استبرأها، فكاتبها قبل الاستبراء، ثم حاضت في حال كتابتها، ثم عجزت، أو استبرأها وهي محرمة، فحاضت في إحرامها، أو مجوسية، فحاضت بعد القبض، ثم أسلمت تجزئ بها من الاستبراء؛ لأن الحيضة وجدت بعد ملك الوطء، إلا أنه منع عن الوطء بعارض، وهذا لا يمنع الاعتداد بها، كما لو منع عنه بالحيض.

وأما ما يلزمه الاستبراء، وما لا يلزمه ويلزمه الاستبراء إذا حدث ملك الاستمتاع بملك اليمين، سواء وطئها البائع أو لا، أو كان بائعها ممن لا يطأها، كالمرأة

=

وحاشية ابن عابدين ٦٠٢/١، ٣٧٨/٥ ط. ١٢٧٢، وفتح القدير ٤٩٥/٢ ط. بولاق، ونهاية المحتاج ٤١٦/٨ ط. مصطفى الحلبي، وحاشية الجمل ٤٩٠/٥ ط. الميمنية، وحاشية البجيرمي ٣٠٣/٣ ط. مصطفى الحلبي، والزرقاني على التحفة ٢٤٨/٦، والإنصاف ١٨٦/١، والفروع ١٩١/١، والمغني ٨١٥/٧ ط. الرياض، والمحلى ٢٩/١١ - ٣١ ط. المنيرية سنة ١٣٥٢.

والصغير، أو كان البائع أخ الجارية رضاعا، أو كانت الجارية بكرا؛ لأنه وجد سبب وجوب الاستبراء في الكل، وهو إرادة الوطء عند الاستحداث ملك الوطء بملك اليمين، وتحقق شرطه، وهو توهم اشتغال الرحم بماء الغير؛ لأن احتمال الوطء بشبهة من غير مالكها قائم، وفي البكر احتمال وصول الماء إلى رحمها قائم.

وعن أبي يوسف: لا يجب الاستبراء إذا اشتراها ممن لا يطأها، وهو قول مالك؛ لأن علة وجوب الاستبراء شغل رحمها بماء البائع، ولم يوجد.

ولو اشترى امرأته لا استبراء عليه لانعدام علته، وهو استحداث ملك الوطء؛ لأنه إنما تجب لصيانة ماء غيره، وهنا لو وجب لوجب لصيانة مائه عن مائه ولهذا لا يجب.

ولو اشترى جارية من عبده المأذون المديون المستغرق يستبرئها عند أبي حنيفة رحمه الله استحسانًا، فإن حاضت عند عبده لا يستبرئها؛ لأن عنده دين العبد يمنع وقوع الملك فيها للمولى، وإنما يستحدث ملكه فيها بالشراء.

وعندهما: لا يمنع، فكانت مملوكة للمولى قبل الشراء، إلا أن المولى منع من الاستمتاع بها مع قيام الملك لحق الغرماء، لما منع الرهن لحق المرتهن، فكان شراؤه من العبد بمنزلة، فحال الرهن، فوجدت الحيضة بعد الملك والقبض، وإن لم يكن على العبد دين لا يجب الاستبراء اتفاقا.

وإن اشترى من مكاتبه يستبرئ اتفاقا؛ لأنه الآن ملك وطأها. مكاتب اشترى أمة، وحاضت عنده بعد القبض، ثم عتق حل له وطؤها؛ لأنها حاضت في ملكه، لأنه ملكها رقبة وتصرفا، ولهذا لو ادعى نسب ولدها يصح، إلا أنه منع عن الوطء بحق المولى.

وإن عجز لم يطأها المولى إلا بالاستبراء، إلا ثبت المكاتب وأمه، وعندهما وكل ذات رحم يحرم من المكاتب أيضًا بناء على أن عندهما كل ذات رحم محرم يصير مكاتبا بكتابتها، فصار كنفس المكاتب مملوكة للمولى، فبالعجز لا يستحدث الملك للمولى فيها.

وعنده: لا يصير مكاتبا إلا الأولاد، فبالعجز يستحدث الملك فيها، ولو عجزت المكاتبة، فردت في الرق، أو بانت المرتدة، أو فكت المرهونة، أو ردت لا يستبرئها؛

لأنها لم تزل عن ملكه إلى ملك غيره، إلا أنه منع من الوطء لحق غيره، وزوال يده، فصار كما منع بالحيض والنفاس. باع جارية، فتقايلا قبل القبض لا يستبرئ البائع استحسانًا؛ لأن المشتري لم يملك وطأها قبل القبض؛ لأنه ملك تصرف، فبقيت الجارية في حق الوطء حكم ملك البائع، كسائر التصرفات، ولم يوجد احتمال شغل رحمها بماء المشتري، ولهذا لو حاضت عند البائع لا تجزئ بها من الاستبراء، وصار كما لو رهنها، ثم افتكها.

ولو عادت إليه بعد القبض بسبب في البيع الجائر والفاسد، أو رهنها لابنه الصغير، ثم اشتراها، أو المأسور عادت إليه، أو الموهوبة عادت إليه بالرجوع فيها يستبرئها؛ لأنه استحدث له ملك الوطء باستحداث ملك اليمين فيها؛ لأن المشتري والموهوب له ملك وطئها بالتسليم والقبض، وفي البيع الفاسد ملك بعد القبض منافع يضعها، إلا أنه لا يحل له استبقاؤها للفساد، كما لا يحل بالحيض والنفاس، فكان توهم شغل رحمها بماء المشتري من الغاصب لو وطئها، وهو لا يعلم بالغصب، ثم استردها المولى يستبرئها استحسانًا؛ لأن المشتري مغرور، ووطء المغرور بمنزلة الوطء بحكم الملك؛ لأنه أنزل منزلة المالك في حق حل الوطء، وثبات النسب، ولهذا ثبت النسب منه، فيصير كأن المالك ملكها منه الآن، فوجب عليه أن يصون ماءه بالاستبراء.

ولو لم يطأها، أو وطئها، وهو يعلم بالغصب لا يجب الاستبراء؛ لأنها لم تصر مملوكة له أصلا، فبقي وطؤه زنا، ولهذا لا يثبت النسب منه، ولا حرمة لماء الزاني.

ذمي اشترى أمة لا يلزمه الاستبراء؛ لأنه وجب حقا لله تعالى، لأنه وجب لصيانة النسب عن الاشتباه، وللولد عن الضياع، وذلك حق الشرع، وهو غير مخاطب به، فإن أسلم قبل أن يطأها استبرأها إن لم تكن حاضت استحسانًا؛ لأنه صار من أهل الخطاب، ووقت الاستبراء باقٍ؛ لأن وقته قبل الوطء، فيخاطب به كما لو أسلم في وقت الصلاة.

وإن كان وطئها لم يلزمه الاستبراء، وقبضها المشتري، ثم رد لا يستبرئها البائع؛ لأن الملك لم يثبت للمشتري، ولهذا لو أعتقها لا ينفذ رجل زنت زوجته، أو أمته لا يلزمها الاستبراء عندهما.

وقال محمد: أحب إليّ أن يسير بها؛ لأنه لو تحقق الحبل حرم الوطء؛ لأنه سقى زرع غيره، فإذا أحمل العلوق ينشره.

لهما: أنه لا حرمة لماء الزاني، ولهذا لو علق منه ولد لا يثبت نسبه من أحد، فلا يلزمه أن يبقيه، ويصونه عن الخلط.

ولو حبلت من الزنا لا يقربها حتى تضع؛ لأنه يكون ساقيا زرع غيره، وقد قال عليه السلام: "**مَن كانَ يؤمنُ باللهِ واليومِ الآخرِ فلَا يسقينّ ماءهُ زرعَ غيرهِ**"[1].

زوَّج أمته، وطلقها الزوج قبل الدخول بها، فلا يخلو إما أن زوَّجها قبل القبض أو بعده، فإن زوَّجها قبل القبض، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها فيه روايتان في

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٦٩/٤ (١٧٧٥٠) قال: حدثنا أبو معاوية، عن محمد بن إسحاق، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق، مولى تجيب. و«أحمد» ١٠٨/٤ (١٧١١٧) قال: حدثنا يحيى بن إسحاق، قال: أخبرنا ابن لهيعة (ح) وقتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ابن لهيعة، عن الحارث بن يزيد. وفي (١٧١١٨) قال: حدثنا يحيى بن إسحاق، قال: أخبرنا ابن لهيعة، عن الحارث بن يزيد. وفي (١٧١٢٢) قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن ابن إسحاق، قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق، مولى تجيب. وفي ١٠٩/٤ (١٧١٢٤) قال: حدثنا حسن بن موسى، قال: حدثنا ابن لهيعة، قال: حدثنا الحارث بن يزيد. و«الدارمي» (٢٦٣٤ و٢٦٤٥) قال: أخبرنا أحمد بن خالد، قال: حدثنا محمد، هو ابن إسحاق، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق، مولى لتجيب. و«أبو داود» (٢١٥٨) قال: حدثنا النفيلي، قال: حدثنا محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق. وفي (٢١٥٩) قال: حدثنا سعيد بن منصور، قال: حدثنا أبو معاوية، عن ابن إسحاق، بهذا الحديث، قال: «حتى يستبرئها بحيضة» زاد فيه: «بحيضة» وهو وهم من أبي معاوية، وهو صحيح في حديث أبي سعيد. وفي (٢٧٠٨) قال: حدثنا سعيد بن منصور، وعثمان بن أبي شيبة، المعنى، قال أبو داود: وأنا لحديثه أتقن، قالا: حدثنا أبو معاوية، عن محمد بن إسحاق، عن يزيد بن أبي حبيب، عن أبي مرزوق، مولى تجيب. و«ابن حبان» (٤٨٥٠) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا أبو الطاهر، قال: حدثنا ابن وهب، عن يحيى بن أيوب، عن ربيعة بن سليم التجيبي.

كلاهما: (أبو مرزوق، حبيب بن الشهيد، وقيل: ربيعة بن سليم، والحارث بن يزيد) عن حنش الصنعاني، فذكره.

رواية يستبرئها المولى؛ لأنه استحدث له ملك الوطء بعد الطلاق، وفي رواية لا يستبرئها، وهو الصحيح؛ لأنه لم يوجد علة وجوب الاستبراء، لأن الوطء مملوك للزوج وقت القبض، فلم يملك المشتري وطأها، وبعد الطلاق استحدث له ملك الوطء ببقاء ملك اليمين لا باستخدامه، وذاك لا يوجب الاستبراء؛ لأنه ملك منفعة حقيقة، وهو منفعة البضع [1].

ولو وجب به الاستبراء وجب في كل ساعة؛ لأن ملك الوطء يتحدد ساعة فساعة، فأما إذا زوَّجها بعدما قبضها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، ولم تحض عنده يستبرئها المشتري؛ لأن الاستبراء قد وجب عند القبض؛ لأنه استحدث له ملك الوطء باستحداث ملك اليمين، والتزويج بعده لا يسقط الاستبراء بعد وجوبه.

ولو حاضت عند الزوج اكتفى؛ لأن هذه الحيضة وجدت بعد وجوب الاستبراء، فيكون محبوسا عنه، كما لو حاضت عنده، وإن طلقها بعد الدخول بها، أو مات زوجها، واعتدت بعد الوفاة، أو الطلاق فلا استبراء عليه؛ لأن انقضاء العدة أبلغ في تعرف براءة الرحم من الاستبراء، ولهذا ثبت الفراغ في حق الحل للأزواج؛ فلأن يثبت في حق المولى أولى. اشترى أمة لها زوج لم يدخل بها، فطلقها قبل القبض يستبرئها المشتري؛ لأنه يملك وطأها بعد القبض، لأنه حين قبضها لم يكن ملك الوطء للزوج، بل صار للمشتري باستحداث ملك اليمين.

وإن طلقها بعد القبض لا يستبرئها؛ لأنه حين قبضها كان ملك الوطء للزوج لا للمولى، وبعد الطلاق استحدث له ملك الوطء ببقاء ملك اليمين لا باستحداثه، فلم يوجد علة وجوب الاستبراء، فلا يجب، وهذه تدل على أن الصحيح أنه إذا زوجها قبل القبض، ثم طلقها الزوج قبل الدخول لا استبراء عليه؛ لأنه لا فرق بين أن يزوجها البائع قبل البيع، ثم يقبضها المشتري، وبين أن يزوجها المشتري قبل القبض؛ لأنها في الحالين، وفي القبض من وجه، وهذا هو الحيلة لإسقاط

---

(١) انظر: ابن عابدين ٤١٩/٢، والاختيار ١٢٢/٣، وحاشية القليوبي ٣٤٨/٣، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٣٥٩/٤، و٣٦٠، والمدونة الكبرى ٤٢٠/٢، والمغني ١٠٥/٧ - ١٠٧، وكشاف القناع ٢٤٢/٥.

الاستبراء أن يزوجها، ثم يقبضها، ثم يطلقها الزوج قبل الدخول، أو يتزوجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن تحته حرة، ثم يشتريها.

وإن كان تحته حرة يتزوجها رجل لا حرة تحته، ثم يشتريها ويقبضها، ثم يطلقها فتحل؛ لأنه قبضها، وهي مشغولة بملك الزوج.

(باب استبراء الأختين)

له أمة يطؤها، أو يقبّلها، أو نظر إلى فرجها بشهوة، فملك أختها لم يقرب المستحدثة حتى يملك فرج الأولى من غيره بنكاح، أو يمين؛ لأنه يصير جامعًا بينهما وطئًا وماء، وقد قال صلى الله عليه وسلم: "**لَا يحلُّ أن يجمعَ ماءهُ في رحمِ أُختين**"، إلا أن يشغل الرحم بالماء أمر باطن متكتم قائم ملك الوطء ودواعيه مقامه لكونه مفضيا، أو موصلا إليه، وأقيم زوال ملك الوطء مقام الفراغ، وله أن يطأ القديمة؛ لأنه لم يجمع بينهما وطئًا وماء.

وإن خرجت الموطوءة عن ملكه، أو زوجها تحل له الأخرى، إلا أنه يستحب أن لا يطأ الباقية حتى تحيض أختها حيضة؛ لأنه ربما يظهر بها حبل، فنفذ البيع أو النكاح، فيتنزه عن ذلك.

وإن لم يطأ الأولى يعرف أيهما شاء؛ لأنه لا يؤدي إلى الجمع بينهما وطئًا، ولو ارتدت إحداهما، أو رهنها، أو دبرها، أو حنث ولم يدفع لا تحل له الأخرى؛ لأن ملك الوطء قائم، وإن منع عنه بعارض كمانع الحيض، ولهذا لو وطئها يغرم العقر، وفي الرهن والدين يغرم العقر عن ملكه بتعلق حق الغرماء والمرتهن.

وإن باع شقصًا من إحداهما، أو كاتب إحداهما تحل الأخرى؛ لأنه زال ملك الوطء، ولهذا لو وطئ مكاتبته يجب العقد خارجا عن ملكه، وإن زوج نكاحا فاسدا، فإن دخل بها تحل الأخرى، وإلا فلا؛ لأن النكاح الفاسد متى اتصل به الوطء يفيد ملك الوطء للزوج، وزواله عن المولى كالجائز.

ولهذا لو جاءت بولد ثبت النسب من الزوج وفي بيع إحداهما فاسدا يعتبر قبض المشتري أثبت إحداهما إلى دار الحرب لا تحل الأخرى عند أبي حنيفة.

وعندهما: تحل؛ لأنهم لا يملكونها عنده خلافًا لهما. تزوج ذات رحم محرم من أمته الموطوءة نسبا، أو رضاعا لم يقرب واحدة منهما؛ لأن ملك الوطء بالنكاح أقيم مقام الوطء لكونه مفضيًا إليه، ولهذا توجب حرمة المصاهرة، ويثبت النسب بدون الوطء، فصار جامعًا بينهما وطئًا حكما، وإنما جاز النكاح؛ لأن يقين النكاح ليس بوطء لما تبين في النكاح، فإن لم يكن وطئ أمته قرب امرأته؛ لأن ملك اليمين ما أقيم مقام الوطء، ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت النسب من غير دعوى.

(باب الاختلاف في المبيع أو قيمته بعد الهلاك والاستحقاق)

قال البائع: بعتك هذه الجارية وحدها بمائة دينار، وقال المشتري: لا، بل مع هذا العبد بخمسين دينارا، وأقاما البينة يقضي بهما جميعًا للمشتري بمائة دينار؛ لأن كل بينة تثبت زيادة في المبيع، وفي الثمن، فتقبل في حق تلك الزيادة، ولا يمكن أن يجعل عقدين عند محمد، لاتفاقهما أن الجارية مستحقة للمشتري بالشراء، فلا يتصور استحقاقها بجهة أخرى، لاستحالة أن يكون الشيء الواحد في حالة واحدة بجهتين مختلفتين.

ولو قال البائع: بعتك هذه الجارية بهذا العبد، وقال المشتري: لا، بل بألف، وأقاما البينة تقبل بينة البائع لاتفاقهما على اتحاد المبيع، وأنه سالم للمشتري، واختلافهما في الثمن، وأنه حق البائع، فتكون بينته مظهرة كاشفة حق نفسه على غيره، وبينة المشتري مظهرة مبينة حق غيره على نفسه، وذلك خلاف ما وضعت له البينتان.

اشترى عبدين، فقبض أحدهما وماتا، ثم اختلفا في قيمتهما، فالقول للمشتري؛ لأن الاختلاف وقع فيما ورد عليه القبض من المبيع، فالقول للمشتري في أصل القبض، فكذا في قدره؛ لأنه ينكر قبض زيادة يدعيها البائع.

ولو قبض العبدين، ومات أحدهما، ورد الثاني بعيب، ثم اختلفا في قيمة

الهالك، فالقول للبائع؛ لأن الثمن كله تأكد عليه بقبض كل المبيع، إلا أنه سقط عنه نقص الثمن بالرد بالعيب، فالمشتري يدعي سقوط زيادة من الثمن، والبائع ينكر، فيكون القول له، والاختلاف وقع في كيفية انقسام الثمن، لا في مقداره، فالبائع يدعي الانقسام عليهما نصفين والمشتري يدعي أثلاثا، فلا يوجب التخالف.

وإن أقاما البينة، فالبينة للبائع؛ لأنها أكثر إثباتا؛ لأن بينته بينت زيادة في قيمة الهالك، فصار كالمودع والمودع إذا اختلفا في رد الوديعة، فالقول للمودع، والبينة بينة الهبة.

ولو اشترى عبدين بثوبين وتقابضا، ثم استحق أحد الثوبين، واختلفا في قيمة ما استحق، فالقول لمشتري الثوبين؛ لأن اختلافهما وقع في مقدار ما دخل في ضمان مشتري الثوب، فالبائع يدعي الزيادة وهو ينكر.

(**الجامع**): أقام البائع البينة أن المبيع هلك في يد المشتري، وأقام المشتري البينة أنه هلك في يد البائع، فالقول للمشتري، والبينة للبائع؛ لأن الظاهر يشهد للمشتري، لأنه يدعي هلاك المبيع في ضمان البائع، وبراءة نفسه عن ضمان الثمن، وقد عرف كونه مضمونا على البائع، فكان متمسكا بما عرف ثبوته من قبل، والبائع يدعي براءة نفسه عن الضمان بقبضه، وتأكد الثمن على المشتري، وإبقائه عليه، وأنه لم يعرف ثبوته من قبل، بل هو أمر مخفي مغيب وبينته تثبت ذلك، فكانت أكثر إثباتا.

وإن أقام المشتري بينة أن البائع قتل العبد بعد العقد بيوم، وهو أقام البينة أن المشتري قتله بيومين، فالبينة للمشتري؛ لأن بينته ترجحت بسبق التاريخ، لأن القتل متى تحقق من شخص لا يتصور تحققه من آخر.

وإن لم يؤرخا ترجحت بينة البائع؛ لأن فيها زيادة إثبات، لأنها تثبت براءة نفسه من الضمان، وإبقاء الثمن على المشتري؛ لأنه بالقتل يصير قابضًا، وبينة المشتري تثبت براءة نفسه عن الثمن لا غير، فكانت بينة البائع أكثر إثباتا.

وكذلك لو أقاما على الموت، وأرخا كانت البينة لصاحب الوقت الأول، بخلاف

ما لو باع على أنه بالخيار وقبضه المشتري، فأقام بينة أن البائع قتله، أو مات في الثلاث، وأقام البائع بينة أن المشتري قتله، أو مات بعد الثلاث فبينة البائع أولى.

وإن كانت بينة المشتري أسبق تاريخا؛ لأن ثمة بينة المشتري قامت على إثبات ما هو ثابت بإقرار خصمه، لأن براءته عن ضمان القيمة ثابتة، بإقرار البائع أن المشتري قتله بعد الثلاث؛ لأن بمضي الثلاث انبرم العقد، فلم يقبل وهنا بينة المشتري قامت على إثبات ما هو غير ثابت، فإن براءته عن الثمن غير ثابتة بإقرار خصمه، وقد ترجحت لسبق التاريخ فقبلت.

ولو تصادقا على القبض، وادعى كل واحد منهما على صاحبه القتل بعده، فالبينة بينة المشتري؛ لأن الثمن متقرر، ومتأكد عليه، وهو يدعي على البائع ضمان الجناية إذا قبضه بأمره، أو البراءة عن الثمن إذا قبضه بغير أمره قبل نقد الثمن؛ لأنه كان للبائع استرداد المبيع متى لم يأذن بقبضه، وبالقتل ضمان مستردًّا وبراءته عن الثمن لم تكن ثابتة، فبينة البائع تثبت مما هو ثابت، وهو الثمن، فاندفعت وبينة المشتري تثبت ما ليس بيان فقبلت، والله أعلم.

(باب الاختلاف في المردود بالعيب)

أصله: أن كل من استفيد الملك من جهته، فالقول قوله في بيان سببه، وتعيين جهته؛ لأنه لو أنكر التمليك أصلا، فالقول قوله، فكذا إذا أقر بسبب بعينه، وأنكر غيره، كالوكيل بالبيع مع الموكل إذا اختلفا، فقال الموكل: أمرتك ببيعه بمائة دينار، وقال الوكيل: أمرتني ببيعه بألف درهم، وقد بعته بألف، فالقول للموكل؛ لأن الإذن مستفاد من جهته، فكذا هذا.

(**الجامع الصغير**): اشترى جارية وقبضها، ثم جاء يردها بالعيب، فقال البائع: بعت هذه، وأخرى معها، وقال المشتري: بل وحدها، فالقول للمشتري؛ لأن حاصل اختلافهما وقع في مقدار المقبوض، والقول قول القابض فيه؛ لأنه لو أنكر قبض المبيع أصلا، فالقول له، فكذا إذا أنكر قبض بعضه.

(**الجامع**): باع عبدا وسلمه، ووهب من المشتري عبدا آخر، فهلك أحدهما

وجاء المشتري يرد الآخر بعيب، فقال البائع: هذا العبد هو الموهوب، فالقول للبائع؛ لأنه هو المملك، فيكون القول له في جهة التمليك.

ولو أراد البائع الرجوع في هذا فله ذلك؛ لأن القول له، وإذا رجع البائع في الموهوب رجع المشتري بالثمن الذي نفذه على البائع، ويضمن للبائع قيمة الميت؛ لأن القول للبائع في خاصة، لأنه هو المملك له، والقول في الثمن للمشتري؛ لأنه هو المملك للثمن، وهو يقول ملكت الثمن بإزائه الثمن، فلا يسلم ثمنه للبائع، وإذا رجع بالثمن رجع البائع بقيمة الميت؛ لأنه يقول: إنه ملكت الميت بهذا الثمن الذي استحقه، فيلزمه رد المبيع، وقد عجز عن رده، فيلزمه قيمته، وذلك كله بعد أن يحلف البائع بالله ما بعت هذا القائم، ويحلف المشتري بالله ما اشتريت الذي مات فقد أوجب التحالف حال هلاك العبد عندهم جميعًا.

فمحمد يرى التحالف حال هلاك السلعة، فلا يحتاج إلى الفرق، وهما لا يريان التحالف حال هلاك السلعة إذا اختلف المتبايعان في الثمن، فيحتاجان إلى الفرق، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن ثمة اتفق المتبايعان أن التملك حصل بجهة واحدة، وهي البيع، فلم يكن كل واحد منهما مدعيا عقدا، غير ما ادعاه الآخر، فبقي اختلافهما في الثمن لا غير، فيكون القول فيه للمشتري؛ لأن الملك فيه مستفاد من قبله، أما هنا كل واحد ادعى عقدا غير ما ادعاه الآخر؛ فإن المشتري ادعى تملك الهالك بالهبة، وأنكره البائع، والبائع ادعى تملكه بالبيع، وأنكره المشتري يوجب تحليف كل واحد منهما.

والثاني: أن المقصود من التحالف الفسخ والمتاركة، وهنا أمكن فسخ العقد على قيمة العين؛ لأنه أمكنه إيجاب القيمة لأنهما متى تحالفا لم يثبت البيع، ولا الهبة، فلم يثبت التمليك، فلم يثبت الإذن بالقبض ضمنا للتمليك، فبقي المقبوض في يده بغير إذن، فيلزمه قيمته عند عجزه عن رده، وهناك يقدر إيجاب القيمة لاتفاقهما على جهة التملك، وهو البيع، فيثبت الملك للقابض في المقبوض بالبيع بتصادقهما، فلا يمكن فضمنه بالقيمة. اشترى عبدين؛ أحدهما بألف والآخر بمائة دينار وقبضهما، فمات أحدهما، ثم جاء بالآخر، فرده بالعيب، واختلفا في ثمنه،

فالقول للمشتري في ثمن المعيب والهالك؛ لأنه يستفاد ملك الثمن من جهته، ولا يتحالفان عندهما لهلاك السلعة، ولأن ما هو المقصود من التحالف، وهو الفسخ حصل بالرد بالعيب، فلا معنى للتحالف.

وعند محمد: يتحالفان في ثمن الهالك، ويترادان القيمة، وإن لم يمت واحد منهما، فالقول للمشتري في ثمن المعيب؛ لأن الملك فيه مستفاد من جهته، ويتحالفان في الآخر، ويترادانه به إجماعا؛ لأن السلعة قائمة كما تبين في مسائل التحالف في كتاب الاستحلاف.

اشترى عبدين، أحدهما بألف حالة، والآخر بألف مؤجلة وقبضها، ثم رد أحدهما بالعيب، واختلفا في ثمن المردود، فقال البائع: رددت المؤجل، وأنكر المشتري، فالقول للبائع؛ لأن حاصل اختلافهما في ثمن الباقي؛ لأنه مؤجل أم معجل، لأن البيع انفسخ في المردود، وسقط ثمنه مؤجلا كان، أو معجلا، وبقي ثمن غير المردود، فالمشتري يدعي أنه مؤجل، وأنكره البائع، والأجل يستفاد من جهته لو أنكره أصلا، فالقول له، فهنا أولى.

ولو كان ثمن أحدهما مائة دينار، وثمن الآخر ألف درهم، وقبض البائع الثمنين، فردّ أحدهما، فإن كانا قائمين تحالفا وترادا القائم واستردا الثمنين لأنه انفسخ البيع في أحدهما بالرد بالعيب، وفي الآخر انفسخ بسبب التحالف والتراد.

وإن كانا هالكان أو هلك غير المردود، فالقول للمشتري؛ لأنهما اختلفا في جنس ثمن الهالك، وهلاك السلعة يمنع التحالف عندهما، وتمليك الثمن يستفاد من جهة المشتري، فالقول له أن الدنانير بمقابلة أيهما ملك.

وعندهما: يتحالفان، ويترادان القيمة، ويسترد الثمن. اشتراهما بمائة دينار وصفقة، فمات أحدهما عند المشتري، ورد الثاني، ثم اختلفا في قيمة الهالك، فالقول للبائع؛ لأن المشتري يدعي أن المردود أكثر قيمة، والبائع ينكر.

وإنما لا يتحالفان عند محمد؛ لأن اختلافهما وقع في قدر قيمة الهالك، وهي ليست من نفس العقد، فصار كاختلافهما في الأجل.

وإن أقاما البينة، فالبينة بينة البائع؛ لأن المردود انتقص العقد فيه، وسقط ثمنه

عن المشتري، والبائع يدعي زيادة ثمن عليه، وأثبتها بالبينة. اشترى عبدا قيمته ألف، وجارية قيمتها خمسمائة بمائة دينار، فقال المشتري: اشتريتهما صفقة واحدة، وقال البائع: بعت كل واحد بخمسين دينارا لا يعتبر اختلافهما للحال؛ لأنه لا يفيد، لأنه لا يستوجب أحدهما على صاحبه حقا للحال.

وإن جاء بالعبد يرده بعيب رده بخمسين لاتفاقهما أن الخمسين مقابل به، وتحالفا في الجارية؛ لأنهما اختلفا في قدر الثمن، والسلعة قائمة؛ لأن البائع يدعي أن الخمسين مقابل بها، والمشتري يدعي أن ثلث المائة مقابل بها، فتحالفا وترادا، وهذا تفريق الصفقة على البائع بعد تمامها، وذلك جائز، وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه.

أقام رجل البينة؛ أنه اشترى من آخر طيلسانا وقميصًا بخفيه، وأقام آخر البينة أنه اشترى خفيه بذلك وقلنسوة وقميصه، وقيمة الخفين والقلنسوة سيان.

وكذلك قيمة الطيلسان والقميص، فإن نصف الخفين بإزاء الطيلسان، ونصفه الآخر بإزاء نصف القميصين، ونصف القميص بإزاء القلنسوة، وأبى ذلك رد برد بما يقابله؛ لأن صاحب الخفين يدعي الطيلسان بنصف الخفين، وأثبته بالبينة، فقضى به له، وادعى شراء القلنسوة بنصف القميصين، وأثبته بالبينة قضى له، فصار كل الطيلسان بنصف الخفين، وكل القلنسوة بنصف القميص مع نصف الخفين بنصف القميص لتصادقهما عليه.

(باب في الاختلاف في المرابحة)

اشترى ثوبا بعشرة، وقيمته عشرة، ودفع آخر إليه ثوبا اشتراه بعشرة، وقيمته عشرون، وأمره أن يبيعه مع ثوبه، فباعهما من رجل ربح عشرة دراهم، وقال: أيهما يقومان بعشرين، فوجد المشتري بثوب الآمر عيبا، فأراد رده بثلثي الثمن، وقال: اشتريتهما في البيع الأول صفقة واحدة، وقال البائع: لا، بل اشتريت في صفقتين، فرد بنصف الثمن، فالقول للمشتري مع يمينه على علمه أن الثمن كان نصفين؛ لأن الظاهر يشهد له لوجهين:

أحدهما: أنه يتمسك بما هو الأصل، فإنه أنكر زيادة صفقة، وزيادة تسمية أخرى.

وعندهما: أصل؛ فإن العدم أصل في الحوادث، والوجود عارض، فمن أنكر وجوده وحدوثه كان متمسكا بالأصل، فكان منكرا، ومن ادعى أمرا حادثا كان مدعيا، كما لو قال المشتري: اشتريت بناء هذه الدار بصفقة والعرصة بصفقة، وقال الشفيع: لا، بل اشتريتهما صفقة واحدة، فالقول للشفيع، فكذا هذا.

والثاني: أن البائع قال: يقومان عليّ بعشرين، وقربهما في ذكر الثمن، وذلك دليل ظاهر أن ثمنهما كان واحدًا، فإن الصفقة متحدة؛ إذ لو كانت متعددة لقال: قام هذا بعشرة، وهذا بعشرة، فإن حلف رجع عليه بثلثي الثمن؛ لأن الثمن انقسم عليهما أثلاثا باعتبار القيمة، ويرجع المأمور على الآمر بنصف الثمن لإقراره أن ثمن المردود نصفه، والمشتري ظلمه في أخذ الزيادة.

وإن أقاما البينة، فالبينة للمشتري أيضًا؛ لأنها تثبت زيادة في ثمن المردود ينفيها بينة البائع، فإن قصد البائع من إثبات زيادة صفقة مع زيادة ثمن عن نفسه، فكانت قائمة على النفي معنى، فإن وجد العيب بثوب المأمور، والمسألة بحالها رده بعشرة، وتبقى خمسة دراهم في يد البائع لا يتصدق بها، ولكن إن صدقه المشتري أخذها؛ لأن البائع أقر له بزيادة خمسة، والمشتري ينكر، فيتوقف في يد البائع على تصديقه.

وإن أقاما البينة، فالبينة للبائع؛ لأنها أكثر إثباتا، لأنها تثبت زيادة ثمن، ولو ادعى المشتري الشراء صفقتين، وادعى البائع صفقة واحدة، فالقول للبائع؛ لأن الظاهر شاهد له لما بينا، فإن وجد المشتري بثوب المأمور عيبا رده بعشرة؛ لأن البائع ينكر الزيادة على عشرة، والظاهر شاهد له، والبينة للمشتري؛ لأنه أكثر إثباتا.

وإن وجد بثوب الآمر عيبا رده بخمسة عشر؛ لأنه يدعيه، ويبقى خمسة في يد البائع إن صدقه أخذها، وإلا ترك؛ لأن البائع أقر له بزيادة خمسة وهو ينكرها، ولا معنى لقبول بينة البائع هنا؛ لأنها تثبت زيادة إقراره للمشتري بزيادة خمسة ينكرها هو.

(باب الاختلاف في الفسخ والإجازة في بيع الخيار)

ولو اختلفا في الخيار، فلا يخلو، إما أن اختلفا في أصله، أو مقداره، أو مصبه، فإن اختلفا في أصل الخيار، فالقول لمنكره، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله القول لمدعيه؛ لأنه بدعوى الخيار ينكر موت حكم العقد، فكان مدعيا صورة منكرا معنى، فيكون القول له كالمودع إذا قال: رددت الوديعة. وجه ظاهر الرواية: أن الخيار يثبت بالشرط، والقول لمن ينكر الشرط؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو خلو العقد عن الشرط، ولأن الخيار إنما يستفاد من جهة الشارط المختار، فيكون القول له أنه لم يشترط الخيار.

وإن اختلفا في مقدار الخيار، فالقول لمنكر الزيادة؛ لأنه لو أنكر أصل الخيار، فالقول له، فكذا إذا أنكر بعضه.

وإن اختلفا في مضيه، فالقول لمنكر المضي؛ لأنه ادعى أحدهما سقوطه والآخر ينكره.

(**الجامع**): مسائله على ثلاثة أقسام:

أحدها: في الاختلاف في النقض والإجازة.

والثاني: في الاختلاف في الموت والهلاك.

والثالث: في الاختلاف في القتل.

أما **القسم الأول** فهو على وجهين: إما أن كان الخيار لأحدهما أو لهما.

فإن كان الخيار لأحدهما، واختلفا في الإجازة والنقض في المدة، فالقول لمن له الخيار ادعى الفسخ أو الإجازة، والبينة بينة الآخر؛ لأن من له الخيار لا يفتقر إلى إقامة البينة؛ لأنه يملك تحقيق ما يدعيه وإنشاءه، وهو النقض، أو الإجازة، ولا كذلك الآخر، فكانت بينة مثبتة وبينة من له الخيار غير مثبتة، قال: اختلفا بعد مضي المدة، فالقول لمدعي الإجازة أيهما كان، والبينة لمدعي النقض؛ لأن كون المبيع في يده بعد مضي الثلاث يستدعي لزوم العقد، وإبرامه، فكان اللزوم ثابتا بظاهر الحال والانتقاض أمر عارض، ومن ادعى أمرًا حادثا كان مدعيًا.

أما إذا كان الخيار لهما، واختلفا في النقض والإجازة في المدة، فالقول لمدعي النقض، والبينة للآخر؛ لأن أحدهما يتفرد بالنقض، ولا يتفرد بالإجازة، فإنه لو نقض أحدهما انتقض.

ولو أجاز أحدهما لا ينبرم حتى يصح نقض الآخر بعده؛ لأن العقد المجاز مما ينقض، والمنقوض لا يجاز، فمدعي النقض لا يحتاج إلى إثباته بالبينة، ومدعي الإجازة يحتاج إلى إثباتها بالبينة.

وإن اختلفا بعد مضي المدة، فالقول لمدعي الإجازة، والبينة لمدعي النقض؛ لأن مضي الثلاث يستدعي لزوم العقد وانبرامه، فكان اللزوم ثابتا بظاهر الحال، فبينة النقض تثبت ما هو غير ثابت.

أما **القسم الثاني** الخيار للبائع، فاختلفا بعد الثلاث، فلا يخلو، إما أن اختلفا في المورث، أو تصادقا على الموت، واختلفا في وقته، أو تصادقا على الموت ووقته، واختلفا في النقض والإجازة في الثلاث.

أما إذا اختلفا في الموت بعد الثلاث، فقال أحدهما: إنه مات في الثلاث، وانتقض البيع، وقال الآخر: أبق فالقول لمدعي الإباق؛ لأنه متمسك بالأصل، لأن الحياة كانت ثابتة، فكان بقاؤها ودوامها أصلا وزوالها عارضا، ولأن مدعي الإباق يدعي بقاء العقد، وانبرامه، والظاهر شاهد لذلك؛ لأنه عرف ثبوت العقد من قبل، ومضي الثلاث دلالة انبرام العقد، ولزومه إذا لم يعرف موت العبد في الثلاث.

وإن أقاما البينة، فالبينة مثبتة أيضًا؛ لأنه أكثر إثباتا، لأنها مثبتة لزوم العقد، وانبرامه ووقوع الملك له، وتحول الضمان من القيمة إلى الثمن، وبينة مدعي النقض تثبت ما هو ثابت بظاهر الحال، وهو ضمان قيمة المبيع؛ لأنه كان مضمونا في يده، وعرضه في إثبات موت العبد، وانتقاض المبيع ضمان القيمة لا عن هذا الحادث، فكانت بينته أقل إثباتا.

وأما إذا تصادقا على الموت، فقال أحدهما: مات في الثلاث، وقال الآخر: بعد الثلاث، فالقول لمدعيه في الثلاث؛ لأن الظاهر كما يشهد له؛ لأن موت العبد دليل ظاهر على النقض، وهو يشهد لمدعي الجواز؛ لأنه يدعي حدوث الموت في أقرب

الأوقات، والأصل في الحوادث أنه يحكم بظهورها لأقرب ما ظهر منها، فوقع الشك في بقاء العقد، فلا يحكم ببقاء العقد في الشك عند التنازع، والتشاجر على أنه يرجح مدعي النقض؛ لأنه يدعي بقاء ضمان القيمة، والظاهر يصلح حجة لإبقائها ما كان ثابتا، ومدعي الجواز يدعي ملكا جديدا وضمانا حادثا، وهو الثمن، والظاهر لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن ثابتا، فترجح مدعي النقض، والبينة للآخر؛ لأنه أكثر إثباتا، لأنه يدعي تحوّل الضمان من القيمة إلى الثمن.

وأما إذا تصادقا على الموت بعد الثلاث في يد المشتري، واختلفا في الفسخ والإجازة، فأقام أحدهما البينة أن البائع نقض في الثلاث، وأقام الآخر أنه أجاز في الثلاث، فالبينة لمدعي النقض؛ لأن الجواز ثابت بظاهر الحال، وهو انقضاء المدة مع حياة العبد، فبينة مدعي النقض تثبت ما هو غير ثابت بظاهر الحال، وهو النقض، فكانت أكثر إثباتا، كالخارج مع ذي اليد، وقيل هذا قياس، وفي الاستحسان البينة لمدعي الإجازة؛ لأنها تثبت ملكا جديدا، وضمانا حادثا، وهو الثمن، كما في المسألة المتقدمة.

وإن تصادقا على الموت في الثلاث، والمسألة بحالها، فبينة مدعي الإجازة أولى؛ لأن الموت في الثلاث سبب لتقرر الضمان إليه، وتأكده، فكان النقض ثابتا بظاهر الحال وشهادة الظاهر فمدعي الإجازة تحول الضمان من القيمة إلى الثمن وهو غير ثابت بظاهر الحال، فكانت بينته أكثر إثباتا، فكانت أولى.

ولو ادعى أحدهما الموت بعد الثلاث، وأجازه البائع في الثلاث، فادعى الآخر الموت في الثلاث، ونقض البائع قبله، فالقول لمدعي النقض، والبينة للآخر؛ لأن النقض كانت بظاهر الحال، لأن سبب الانتقاض ثبت بتصادقهما، وهو موت العبد؛ لأن موته سبب لانتقاض البيع، إلا أن يعلم إجازة البائع في الثلاث قبل موته، ولم يعلم، فكان الظاهر شاهد المدعي، فكان القول له، وسبب الإجازة لم يثبت، وهو حياة العبد بعد مضي الثلاث، فمدعي الإجازة يثبت ما هو غير ثابت بظاهر الحال، فكانت بينته أولى، كالخارج مع ذي اليد.

ولو ادعى أحدهما الموت بعد الثلاث، ونقض البائع في الثلاث، والآخر الموت

في الثلاث، وإجازة البائع قبله، فالقول لمدعي النقض، والبينة لخصمه كما بينا، وكذلك لو كان الخيار لهما، فاختلفا على هذا الوجه.

وأما **القسم الثالث**: ولو كان الخيار للبائع وقبضه المشتري، فأقام بينة أن البائع قتله في الثلاث، وأقام البائع بينة أن المشتري قتله بعد الثلاث، فبينة البائع أولى، وعلى المشتري الثمن؛ لأن بينة المشتري لا تثبت ضمانا حادثا، لأن البائع يصير قاتلا عبد نفسه متى كان الخيار له، ومن قتل عبد نفسه لا يستوجب أخذ عليه، ولا على عاقلته ضمانا، وبينة البائع تثبت حقا على المشتري، وهو ضمان الثمن، فكانت بينته أولى.

وإن أقام البائع بينة أن المشتري قتله خطأ في الثلاث، وأقام المشتري بينة أن البائع قتله خطأ بعد الثلاث، فبينة البائع أولى؛ لأن بينة كل واحد منهما تثبت ضمانا حادثا، وهو ضمان الجناية على عاقلة الآخر، فاستويا في الإثبات، إلا أن بينة البائع أسبق تاريخا، وأقدم تأقيتا، فكانت أولى؛ لأن البينة تترجح بسبق التاريخ في شراء العين، وأنه مما يتعدد ويتكرر، فلأن يترجح بسبق التاريخ في القتل، وأنه مما لا يتكرر أولى، وفي المسألة المتقدمة البيان لا يستويان في الإثبات، فإن بينة المشتري غير مثبتة ضمانا.

وإن كان أسبق تاريخا، فترجحت بينة البائع بزيادة الإثبات، ولا على عاقلة المشتري قيمته في ثلاث سنين، وليس له تضمين المشتري قيمته في ثلاث سنين يوم قبضه؛ لأنه متى ضمن المشتري قيمته يصير البائع معرضا عن ضمان القتل، وبقي مدعيا مجرد الموت.

ولو رفع الدعوى في مجرد الموت كانت بينة المشتري أولى، يكون في تضمين المشتري قيمة العبد في الابتداء إبطاله في الانتهاء، فلم يثبت له حق تضمينه قصرا للمسافة.

وكذلك لو ادعى البائع أن أجنبيًا قتله في الثلاث، وادعى المشتري أن البائع، أو غيره قتله بعدها، فالبينة للبائع؛ لأنها أسبق، أقام البائع بينة على قتل أجنبي بعد الثلاث، وأقام المشتري بينة على قتل ذلك الأجنبي قبل الثلاث، فالبينة للبائع، وكذا

الثمن على المشتري؛ لأن بينة المشتري تثبت حقا للبائع لا لنفسه؛ لأن قتل الأجنبي في الثلاث يوجب ضمان القيمة على عاقلة القاتل للبائع، وهو ينكر، بل يدعي ضمان الثمن المشتري، فاندفعت بينة المشتري، وبقي البائع منفردا بإقامة البينة، وبينته كما ثبتت ضمان الجناية على القاتل للمشتري، تثبت ضمان الثمن على المشتري، فترجحت بينته بالإثبات، ولا سبيل للبائع، ولا للمشتري على القاتل؛ لأن البائع لا يدعي عليه ضمانا، بل يقول الضمان للمشتري عليه، وهو يقول الضمان للبائع عليه.

ولو اتفقا أن هذا الرجل غصبه في الثلاث، وادعى البائع الموت في الثلاث، وادعى المشتري الموت بعد الثلاث، فالبينة للمشتري؛ لأنه أكثر إثباتا؛ لأنها تثبت لزوم البيع، وتحول الضمان من القيمة إلى الثمن، وبينة البائع تثبت ضمان القيمة بقبض المشتري، وأنه ثابت بظاهر الحال؛ لأنه عرف ثبوته من قبل.

ولو عكسنا، فبينة البائع أولى لما بينا وللمشتري أن يضمن الغاصب قيمته؛ لأنه ملكه، فظهر أن الغصب صادف ملكه، بخلاف القتل لما مر.

(باب الجناية على المبيع)

(**المبسوط**): مسائله على أربعة أقسام:

أحدها: في جناية المشتري.

والثاني: في جناية البائع.

والثالث: في جناية الأجنبي.

والرابع: في جنايتهم معا أو متعاقبا.

(**أما القسم الأول**):

لو قطع المشتري يد المبيع، ومات منه قبل القبض لزمه كل الثمن، وإن منعه البائع؛ لأنه بالقطع صار قابضا كله نصفه بالاستهلاك ونصفه بالتعييب؛ لأن بالقطع يعيب الباقي، لأن الرغبة تقل في المقطوع يده، وتنتقص قيمته والتعييب فوق التخلية؛ لأنه بالتعييب متخليا بالمبيع، ويتصل فعله به، ثم بالتخلية يصير قابضا،

فبالتعييب أولى، وهلك الكل في قبضه، والبائع بالمنع، وإن صار مستردا، لكن تلف الكل بالجناية السابقة، فينتقض استرداد البائع.

ولو مات من غير تلك الجناية، وقد منعه البائع لزمه نصف الثمن لا غير؛ لأن البائع بالمنع استرد النصف الباقي، ولم يوجد ما ينتقض استرداده، فلم ينتقض، فهلك الباقي على البائع.

وكذلك كل جناية لها أرش مقدر لو باع المشتري المبيع بعدما جنى عليه في يد البائع جاز بيعه، إلا أن يمنعه البائع قبل نقد الثمن؛ لأنه صار قابضا بالجناية ما لم يحدث منعا.

(وأما القسم الثاني):

لو أتلف البائع المبيع كله قبل القبض سقط كل الثمن.

وعند زفر، والشافعي: لا يسقط، وعليه القيمة؛ لأن إتلافه صادف ملك المشتري، فيضمن قيمته كما لو أتلفه بعد القبض، ويجوز أن يجب ضمان الثمن بالعقد، وضمان القيمة بالإتلاف يستوفي المالك أحدهما ضمان الثمن إن اختار الفسخ، وضمان القيمة إن اختار الإمضاء، كالغاصب إذا قتل المغصوب يضمن ضمان القتل، وضمان الغصب ليختار المالك أحدهما، فكذا هذا، فقد فات المبيع، وأخلف بدلا، فلا ينفسخ العقد.

والصحيح قولنا؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن، حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية سقط الثمن، والعين الواحد لا يجوز أن يكون مضمونا بضمانين مختلفين، لتعذر الجمع بينهما استيفاء، فرجحنا ضمان الثمن؛ لأنه ثابت بيقين، والآخر مجتهد فيه بخلاف مسألة الغصب؛ لأن ثمة الضمان متحد، وهو القيمة، ولكن سببه يختلف، وله أن يضمن قيمته بأي سبب شاء، وهنا بخلافه.

ولو قطع البائع يده قبل القبض يخير المشتري إن شاء أخذه بنصف الثمن، أو تركه؛ لأن المبيع تعيب في ضمان البائع، واليد من الآدمي نصفه، فقد أتلف نصف المبيع، فسقط نصف الثمن لانفساخ العقد في النصف بفوات التسليم في النصف.

ولو شلت يده عند البائع سماويًّا أخذه بجميع الثمن، أو تركه؛ لأن الطرف بيع للقبض، بدليل أنها تبقى بدون الطرف، ولهذا لا يجوز إفراده بالعبد، فدخل في العقد تبعا، والمبيع لا حصة له من الثمن، إلا إذا ورد عليه بسبب ضمان مقصود، وهو الإتلاف.

ولو قطع البائع يده، ثم قبضه المشتري بإذنه، أو بغير إذنه، فمات من جناية البائع سقط نصف الثمن، ولزمه نصفه، ولا شيء على البائع منه؛ لأن لقبض المشتري مشابهًا بالعقد من حيث إنه يفيد ملك التصرف، ويؤكد ملك العين، فقد تحلل بين ملك جناية البائع، وسرايتها ملك التصرف، ويؤكد ملك العين، وقد تحلل بين جناية البائع وسرايتها ملك التصرف للمشتري، فيقطع إضافة السراية[1] إليها؛ لأن اختلاف الملك يمنع إضافة السراية إليها، كما لو قطع يد عبد إنسان، ثم باعه مولاه، ومات منه عند المشتري لم يضمن الجاني، إلا في قطع اليد قضاء، وكأنه برأ ثم مات عند المشتري، بخلاف قبض البائع للحبس بعد قطع المشتري؛ لأن قبضه لا يفيد له ملك ما، فلم يتحلل بين جنايته وسرايتها ملك، فبقيت السراية مضافة إلى جنايته.

ولو قبض قبل نقد الثمن بغير إذنه، فقطع البائع يده في يد المشتري، فمات منه سقط كل الثمن؛ لأن السراية انضافت إلى الجناية، لأنه لا يتحلل بينهما ملك التصرف ثبت للمشتري بالقبض قبل الجناية، فصار كأنه حرر قيمته بعد القبض، فصار متلفا للباقي؛ لأنه صار مستردا للباقي أيضًا، فصار تالفا في يده، كما لو حرر قيمته بعد القطع، فإن مات من غيره، فعلى المشتري نصف الثمن؛ لأنه بالقطع

---

(١) السراية: هي أن ينتقل الشيء من مكان إلى آخر، فيسري الجرح من المكان الأول إلى مكان آخر ويتسع، وكذلك الأعضاء، كما لو قطع أصبعًا فتآكلت الكف كلها، أو قطع أنملة فتآكل الأصبع كله، أو جرح موضحة بقدر الظفر ثم اتسعت حتى صارت بقدر الكف.

إذا كانت السراية من جناية فإنها مضمونة في النفس فما دونها، في النفس مثل لو قطع أصبع إنسانٍ عمدًا فنزف الدم حتى مات، فهنا نقتل الجاني، فإذا قال الجاني: أنا لم أقطع إلَّا الأصبع، فنقول له: لكن هذه الجناية سرت إلى النفس، وأنت السبب، وربما أنك لم تقصد أن تقتل هذا الشخص، لكنه مات بسببك فتكون ضامنًا.

استرد نصف المبيع فأتلفه، ولم يسترد النصف الباقي بالتعييب، بخلاف ما لو قطع المشتري يده قبل القبض يصير قابضا الحل نصفه بالإتلاف، ونصفه بالتعييب، والفرق أن التعييب بمنزلة التخلية، والمشتري بالتخلية يصير قابضا، والبائع لا؛ لأنه تعلق بقبض المشتري حق البائع، وهو تأكد حقه في الثمن، فلو تعلق بحقيقة القبض، وليس في بيع البائع ذلك يفوت حقه، فتعلق بما في وسعه، وهو التخلية فأقمت مقام القبض جنسًا لهذه الضرورة، وأما لم يتعلق بقبض البائع حق غيره، وحقيقة القبض في وسعه، فلا ضرورة إلى إقامة التخلية مقام قبضه، فلا يصير مستردا إلا بالقبض جنسًا.

(وأما القسم الثالث):

ولو قطع يد المبيع أجنبي قبل القبض أخذه المشتري بجميع الثمن، أو تركه؛ لأنه غير مضمون عليه بالثمن، فجاز أن يضمن قيمته بالإتلاف، فقد فاتت اليد، وأخلفت بدلا وهو القيمة، فكان المبيع كله قائمًا معنى فائتا صورة فيتخير، كما لو تغير؛ فإن أخذه ضمن الجاني نصف القيمة، لأن جنايته لاقت ملك المشتري، ويصدق منها بما زاد على نصف الثمن؛ لأنه ربح ما لم يضمن، لأن المبيع لم يكن في ضمانه، وذلك منهي.

وإن ترك المبيع، فأتبع البائع الجاني بنصف القيمة؛ لأنه بالفسخ عاد إلى قديم ملكه، فيعود مع بدل اليد؛ لأنه قائم مقامها، كما لو كانت اليد قائمة يعود مع اليد، فكذا بدلها، وتصدق بما زاد منها على نصف الثمن؛ لأن الفضل وإن حصل في ضمانه لم يحصل في ملكه، فلا يطيب له.

وعند أبي يوسف: يطيب له؛ لأن شرط الطيبة عنده الضمان لا غير.

وعندهما: الضمان والملك لما يأتي في كتاب الغصب.

(الجامع): وإن اشتراه بألف درهم، وهو يساوي ألفين، فقطع يده عند البائع، فقضى القاضي على الجاني بدنانير لم يتصدق بشيء؛ لأن الفصل والربح لا يظهر عند اختلاف الجنس.

وإن قضى بدراهم، وأخذ مكانها طعاما يتصدق بالفضل؛ لأن البدل قائم مقام المبدل فصار كأنه أخذ الدراهم.

ولو قضى بدراهم، وأخذ نصفها لا يتصدق بشيء؛ لأنه رأس ماله، وليس بربح، ويتصدق بالبقية إذا قبضها؛ لأنه ربح ما لم يضمن.

ولو اشترى بماله على الجاني طعاما، فلا يخلو إما أن اشترى بعد القضاء أو قبله، فإن اشترى به بعد القضاء طعاما فعينه، جاز عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يجوز؛ لأن اختياره اتباع الجاني بمنزلة القبض عند أبي يوسف، خلافًا لمحمد لما مر في باب تسليم المبيع.

وإن اشترى به طعاما بغير عينه لا يجوز؛ لأن المكيل والموزون متى قوبل بما هو ثمن محض يكون مبيعا عينا كان أو دينا والطعام هنا دين، فيكون بيع ما ليس عنده، فلا يجوز إلا سلما، ورأس المال هنا دين، فلا يتصور سلما.

وإن اشترى بماله طعاما بغير عينه قبل القضاء جاز، ويشترط قبضه في المجلس؛ لأن بدل الطعام هو العين، لأن حقه قبل القضاء في الطرف لا في القيمة؛ لأن الضمان يستند إلى وقت الجناية، كما في الغصب؛ لأن أطراف العبد يسلك بها مسلك الأموال، فصار كضمان الغصب والاستهلاك، وعند الجناية الطرف كان قائما، وإنما ينتقل حقه إلى القيمة بالقضاء، وهذه تنقض قولهما في الغصب أن الحق ينتقل عن العين إلى القيمة بالعجز قبل القضاء والطعام متى قوبل بالعين، وقد صحبه حرف الباء يكون ثمنا، والشراء بثمن ليس عند جائز، إلا أنه يشترط قبضه في المجلس ليحصل الافتراق عن عين بدين.

وكذلك لو صالحه على طعام؛ لأن كلمة على تقام مقام حرف الباء، ولو باعه الجاني بما عليه طعام لم يصح، وإن قبض في المجلس؛ لأنه جعل الطعام مبيعا لما لم يصحبه حرف الباء، وبيع ما ليس عنده لا يجوز.

(**النوادر**): اشترى عبدًا، فقتله عند البائع في يده فدفعه البائع إليه جاز البيع، وإن فداه انتقض البيع؛ لأن البائع لا يضمن قيمة المبيع، فقد فات المبيع بلا خلاف.

ولو قتله مدبر البائع انتقض؛ لأنه فات بلا خلف، ولو قتله عبد للأجنبي، فدفع به إلى البائع، وأخذه المشتري، ثم وجده معيبا، فله رده على البائع، ولو دفع به إلى المشتري وأخذه، وأمضى البيع لم يرده بالعيب.

(وأما القسم الرابع):

فهو على قسمين:

أحدهما: في جناية المتبايعين.

والثاني: في جنايتهما مع الأجنبي.

أما الأول: وهو على وجهين: إما أن كان الثمن منقودا، أو لم يكن، فإن كان البائع بدأ بالجناية، أو بدأ المشتري، فإن بدأ البائع، فقطع يد المبيع قبل القبض، ثم المشتري بقطع رجله من خلاف، وبرأ منهما، فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن بلا خيار؛ لأن بالقطع صار متلفا نصفه، فسقط نصف الثمن، والمشتري بالقطع صار قابضا للباقي، وراضيا بالعيب لعلمه به؛ فإن القبض مع العلم بالعيب دلالة الرضا به كالعقد، لما بينا، فبطل خياره، ولأنه عيب الباقي، فلا يجوز له رده لأن معيب العيب حادث.

ولو بدأ المشتري فقطع يده ثم البائع رجله من خلاف، وبرأ منهما، فإن شاء المشتري ترك، ولزمه نصف الثمن، وإن شاء أخذه بثلاثة أرباع الثمن؛ لأنه بقطع اليد صار قابضا للكل نصفه بالإتلاف، ونصفه بالتعييب والبائع بالقطع صار مستردا للنصف الثاني، وله حق الاسترداد؛ لأن الثمن غير منقود، ثم أتلف نصف النصف الباقي، وله حق الاسترداد؛ لأن الثمن غير منقود، ثم أتلف نصف النصف الباقي بإتلاف الرجل حقيقة، فينفسخ البيع فيه، وثبت الخيار للمشتري في نصف نصفه؛ لأنه صار معيبًا بعد الاسترداد بزيادة عيب لم يرض بها المشتري؛ لأن بأصل الجرح قبل إتمام القطع ثبت الاسترداد، فكان تمام القطع زيادة عيب حصل بعد الاسترداد، فثبت له الخيار؛ فإن أخذه لزمه نصف الثمن بالقطع الأول، والربع بقبض نصف النصف الباقي حقيقة، وهو ربع الكل وسقط عنه الربع بإتلاف البائع نصف النصف الباقي؛ لأن الرجل من الباقي نصفه.

وأما إذا كان الثمن منقودًا، وقطع المشتري يده أولا، ثم البائع رجله وبرأ، فالعبد لازم للمشتري، وعلى البائع نصف قيمة العبد مقطوع اليد؛ لأن المشتري صار قابضا لكل المبيع بالإتلاف والتعييب، فتقرر عليه كل الثمن، والرابع بالإتلاف

لم يصر مستردا؛ لأنه ليس له ولاية الاسترداد بعد نقد الثمن، فلم ينتقض قبض المشتري، فحصلت جناية البائع بعد القبض ابتداء وانتهاء، فصارت جناية كجناية الأجنبي، وهذا كله إذا برأت جنايتهما، فإذا سرت جنايتهما، ومات منهما، فإن بدأ البائع وقطع يده، ثم المشتري رجله، ومات منهما في يد البائع، فإن لم يكن الثمن منقودا لزم المشتري بثلاثة أثمان الثمن؛ لأن بقطع البائع سقط نصف الثمن، والمشتري بالقطع أتلف نصف الباقي، وهو ربع الكل، وتفريع المبيع تلف بسراية الجنايتين إليه، فكان الربع عليهما نصفين، فصار الربع على سهمين، والكل على ثمانية أسهم فسقط بجناية البائع نصف الثمن، وبسراية جنايته ثمنه، وذلك خمسة أثمانه، وتأكد على المشتري بجنايته ربع الثمن، وبسراية جنايته ثمنه، وهو ثلاثة أثمان الثمن.

وإن كان الثمن منقودًا يرجع على البائع بنصف الثمن لإتلافه النصف أولا، وبثمن قيمة العبد؛ لأن ثمنه تلف بسراية جنايته بعد قبض المشتري، ولم يصر البائع بالسراية مستردا، فبقي أجنبيا فيه.

وأما إذا بدأ المشتري، فقطع يده، ثم البائع، والمسألة بحالها فعليه خمسة أثمان إذا لم يكن الثمن منقودا؛ لأنه بالقطع صار قابضا للمبيع، وتقرر عليه نصف الثمن بالإتلاف، والبائع بالقطع استرد النصف الباقي، فسقط بجنايته نصف ثمنه، وهو ربع الكل، ثم ربع المبيع تلف بسراية جنايتهما، فيكون نصف الربع على المشتري، فتأكد عليه بالقطع نصف الثمن، وبسرايته ثمن الثمن فيكون خمسة أثمان الثمن.

وإن كان الثمن منقودا، فعليه جميع الثمن، وعلى البائع ثلاثة أثمان القيمة؛ لأن المشتري صار قابضا للمبيع نصفه بالإتلاف، ونصفه بالتعييب، فتقرر عليه كل الثمن، وليس للبائع استرداده، ونقض قبضه، فحصلت الجناية بعد قبض المشتري، فضمن بجنايته نصف قيمة الباقي، وهو ربع قيمة العبد، وبسراية جنايته ثمن القيمة، وكذلك ثلاثة أثمان القيمة.

ولو اشترى عبدًا، فقطع البائع يده، ثم المشتري يده، أو رجله من جانب المقطوع، فمات منهما سقط عن المشتري نصف الثمن، ثم ينظر كم انتقص من باقي العبد بجناية المشتري؛ لأن هذه الجناية استهلاك لجنس المنفعة، فيكون

نقصانها أكثر من نقصان قطع اليد، أو الرجل من خلاف، فإن نقصه أربعة أخماس ما بقي، فعليه أربعة أخماس نصف الثمن، وبقي الخمس تلف بسراية جنايتهما لغاية نصف ذلك، فيكون عليه أربعة أعشار الثمن، ونصف عشره. اشترى رجل من رجلين عبدا، ولم ينقد الثمن، فقطع أحد البائعين يده، ثم الآخر رجله من خلاف، ثم فقأ المشتري عينه، ومات من كله في يد البائعين، فعلى المشتري للقاطع الأول ثمن الثمن، وخمسة أسداس ثمنه، ويرجع المشتري عليه بثمن قيمة العبد وسدس ثمنها، وعلى عاقلته في ثلاث سنين، وعليه للقاطع الثاني ثمنا الثمن، وخمسة أسداس ثمنه، ويرجع هو على عاقلته بثمن قيمة العبد، وسدس ثمنها، ويتصدق بما زاد على ما غرم الأصل ما أخذ عن النفس، فإنه يطيب له، وتخريجه أن القاطع الأول أتلف نصف العبد، والثاني أتلف ربعه، والمشتري بالفقأ أتلف نصف الربع، وهو ثمن الكل مع ثمن النفس تلف بسراية جناية الثلث، فانقسم بينهم أثلاثا فيحتاج إلى حساب له ثمن، ولثمنه ثلث، وذلك أربعة وعشرين، فالتالف بجناية القاطع الأول اثنا عشر، وبسراية جنايته سهم، فيكون ثلاثة عشر بعضه من حصته ونصفه من حصة شريكه، ففي حصته انفسخ البيع، وسقط ثمنه، وفي حصة شريكه لم ينفسخ وعليه قيمته؛ لأنه كالأجنبي أتلفه، وقد انكسر بالنصف فضعفناه ليزول الكسر، فصار ثمانية وأربعين، فالتالف بجناية القاطع الأول ستة وعشرون أربعة وعشرون بالجناية وسهمان بالسراية سقط حصته ثلاثة عشر، وبقي ثلاثة عشر، وهو ثمنا الثمن وسدس ثمنه فيرجع عليه المشتري بذلك، وتأكد على المشتري ثمنه للقاطع الثاني، وأما التالف بجناية القاطع الثاني ربع العبد، وهو اثنا عشر، وبسراية جنايته سهمان، فيكون أربعة عشر نصفه من حصته انفسخ العقد فيه، وسقط ثمنه ونصفه من حصة شريكه بقي العقد فيه، وهو سبعة وذلك ثمن العبد، وسدس ثمنه، فيرجع عليه المشتري بذلك، وتأكد عليه ثمنه للقاطع الثاني.

وأما التالف بجناية القاطع الثاني ربع العبد، وهو اثنا عشر، وبسراية جنايته سهمان، فيكون أربعة عشر نصفه من حصته انفسخ العقد فيه، فسقط ثمنه من حصة شريكه، بقي العقد فيه وهو سبعة، وذلك ثمن العبد، وسدس قيمته، فيرجع عليه المشتري بذلك، وتأكد عليه ثمنه للقاطع الأول.

وأما التالف بجناية المشتري ثمنه، وهو ستة، وبسرايتها سهمان، فيكون الكل ثمانية، فتأكد عليه ثمنه، فجملة ما تأكد عليه من الثمن ثمانية وعشرون أحد عشر منه للقاطع الأول بجناية القاطع الثاني وأربعة بجنايته، وذلك ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمنه وسبعة عشر للقاطع الثاني ثلاثة عشر بجناية الأول، وأربعة بجناية المشتري، وذلك ثمنا وخمسة أسداس الثمن، ويتصدق المشتري بالفضل، إلا في ضمان النفس؛ لأن السراية حصلت في ملكه وضمانه؛ لأن المبيع يدخل في ضمانه بالجناية، وقبلها لم يكن في ضمانه.

ولو اشترى رجلان من رجل عبدا، ثم قطع أحد المشتريين يده، ثم الآخر رجله، ثم البائع فقأ عينه ومات، وإن نقضا البيع، فعلى الأول للبائع ثمنا الثمن، وسدس القيمة، وسدس ثمنها، وعلى البائع ثمن القيمة وسدس ثمنها.

وإن أمضيا البيع، فعلى كل واحد ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه، ويرجع القاطع الثاني على الأول بثمني القيمة، وسدس ثمنها، وتخريجه على نحو ما ذكرنا.

(وأما القسم الثاني من القسم الرابع):

لو قطع البائع يده أولا، ثم المشتري، وآخر رجله من خلاف قبل نقد الثمن ومات، فعلى المشتري ثلاثة أثمان وثلث ثمنه حصة جناية، وجناية الأجنبي، ويرجع المشتري على الأجنبي بثمن القيمة وثلثي ثمنها، ولا يتصدق بشيء من ذلك؛ لأن نصف العبد تلف بجناية البائع، فسقط نصف الثمن، ونصف نصفه الباقي تلف بجنايتهما، فتقرر على المشتري ربع الثمن، ثم الربع الباقي تلف بجناية الكل، فتلف بجناية كل واحد ثلاثة، فيحتاج إلى حساب له ربع، ولربعه نصف وثلث، وذلك أربعة وعشرين سقط بجناية البائع نصف الثمن، وهو اثنا عشر، وبسراية جنايته ثلث الربع، وهو سهمان، فجميعه أربعة عشر، وتقرر بجنايتهما ربع الثمن، وهو ستة، وبسراية جنايتهما ثلث الربع، وهو أربعة، فجميعه عشرة، وهو ثلاثة أثمان الثمن، وثلث ثمنه نصف ذلك، وهو خمسة تلف بجناية الأجنبي، فيرجع عليه المشتري بمثله من القيمة، ولا يتصدق بالفضل؛ لأنه ربح حصل في ملكه وضمانه.

ولو قطع البائع، والأجنبي يده أولا، ثم المشتري رجله من خلاف ومات، فعلى

المشتري بجناية ربع الثمن وبما تلف من النفس ثلثا ثمن الثمن، وعليه بجناية الأجنبي ربع الثمن، وبالنفس ثلثا ثمنه، ويرجع المشتري على الأجنبي بربع القيمة باليد وثلثي ثمنها بالنفس يكون على من أربعة وعشرين، والتالف بجناية المشتري من الباقي ستة، فتبقى ستة تلف بسراية جناية الكل لكل واحد سهمان، ثم ما يجب على الأجنبي، فهو على المشتري؛ لأنه لما جنى بعده صار مختارًا اتباع الجاني، ثم ما يأخذه عن اليد إن كان أكثر من ربع الثمن تصدق بالفضل لأنه وجب بجناية قبل الفضل، فكان ربح ما لم يضمن، ولا يتصدق بشيء فما يأخذه عن النفس؛ لأنه ربح ما قد ضمن، لأنه حدث بعد دخول المبيع في ضمانه، ولو قطع المشتري والأجنبي أولا، ثم البائع ومات، فإن اختار المشتري البيع يلزمه ثلث الثمن ويرجع على الأجنبي بثلث القيمة، ولا يتصدق بشيء.

وإن نقض البيع لزمه ثلث الثمن، ويبيع البائع الأجنبي بثلث القيمة، ويتصدق بفضل ذلك على حصته من الثمن؛ لأنهما بالقطع أتلفا نصف العبد، والبائع أتلف نصف الباقي، وهو ربع الكل بقي الربع تلف بسراية جناية الكل، فانقسم بينهم أثلاثا فيحتاج إلى حساب له ربع وثلث، وذلك اثنا عشر، فيجعل العبد اثني عشر سهما، فإن أمضى البيع، فقد تلف بجنايتهما نصفه وهو ستة، وبسراية جنايتهما ثلثا ربعه، وهو سهمان، فصار الكل ثمانية وهو ثلثا الكل، ولا يتصدق بشيء؛ لأنه صار قابضا بأول جزء، والجناية من الأجنبي والعبد مقبوض.

وإن نقض البيع، فقد عاد إلى قديم ملك البائع، فحصلت الجناية على ملكه، فلزم المشتري حصة جنايته خاصة وهو الثلث، ويتصدق البائع بالفضل؛ لأن الأرش حين وجب لم يكن العبد في ملكه وضمانه.

(باب جناية المبيع على المبيع)

اشترى عبد من صفقة، فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض، فالمشتري بالخيار، إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء تركه، ولو مات أحدهما أخذ الباقي بحصته من الثمن إن شاء، والفرق أن في القتل لو أخذ القاتل بحصته من الثمن ينفسخ البيع

في المقتول؛ لأنه يجوز الفسخ على أحد البدلين، فينفسخ بالهالك بيعا لانفساخه في القائم، لما بينا، فيعود إلى ملك البائع في آخر جزء من حياته، فيظهر أن عبد المشتري قتل عند البائع، فيجب عليه دفعه، أو فداه، ومتى دفع يظهر أن البيع لم ينتقض؛ لأن المبيع فات، وأخلف بدلا، فيلزمه جميع الثمن في الانتهاء بإزاء الباقي فألزمناه في الابتداء متى اختار أخذ الباقي قصرا للمسافة.

ولو مات أحدهما لو أخذ الباقي بحصته في الابتداء لا يؤدي إلى أخذه بجميع الثمن في الانتهاء، فلم يلزمه الأخذ بجميع الثمن نفيا للضرر عنه.

ولو اشترى شاتين، أو دابتين فقتلت إحداهما الأخرى، أو ماتت إحداهما قبل القبض، فإن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن شاء ترك؛ لأنه لا ضمان على البهيمة، لأن جرح العجماء جبار؛ أي: مهدر، فكان المقتول قد مات حتف أنفه.

وذكر في (**الجامع**): اشترى جارية، فولدت قبل القبض، ثم قتل أحدهما صاحبه أخذ المشتري الباقي بجميع الثمن، وإن شاء ترك لما بينا، فإن أخذه، ثم وجد به عيبا رده بجميع الثمن؛ لأن كل الثمن صار مقابلا به والله أعلم.

كتاب الصّرْف(١)

يحتاج إلى معرفة: تفسير الصرف، وركنه، وشرائط جوازه، وحكمه شريعة.

---

(١) **الصرف في اللغة له عدة معانٍ منها:**

أ- رد الشيء عن وجهه أو إبداله بغيره: يقال: صرفه يصرفه صرفًا إذا رده، ومنه قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا مَآ أُنزِلَتْ سُورَةٌ نَّظَرَ بَعْضُهُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ هَلْ يَرَىٰكُم مِّنْ أَحَدٍ ثُمَّ انصَرَفُوا ۚ صَرَفَ اللَّهُ قُلُوبَهُم بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَفْقَهُونَ ﴿١٢٧﴾﴾ [التوبة: ١٢٧]، أي: رجعوا عن المكان الذي استمعوا فيه، ومنه تصريف الرياح صرفها من حال إلى حال [انظر: ابن منظور: لسان العرب (٢٤٣٤/٤)، أنيس، وآخرون: المعجم الوسيط ص٥١٣، المناوي: التعاريف ص٤٥٤].

ب- الحيلة: ومنه تصرف فلان في الأمر، احتال وتقلب فيه [انظر: ابن منظور: لسان العرب (٢٤٣٤/٤)، أنيس، وآخرون: المعجم الوسيط ص٥١٣، الزبيدي: تاج العروس (١١/٢٤)].

ج- النافلة [انظر: الجوهري: الصحاح (٧١/٥)، الرازي: مختار الصحاح ص٣٧٥، الزبيدي: تاج العروس (١١/٢٤)]: وفي الحديث أَن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر المدينة فقال: "**من أَحْدثَ فيها حَدَثًا أَو آوَى مُحْدِثًا لا يُقبل منه صَرْفٌ ولا عَدْلٌ**"، أي: لا يقبل منه نافلة ولا فرضًا، وقيل: لا يقبل منه توبة ولا فدية.

اختلف العلماء في معنى الصرف والعدل في هذا الحديث، فقيل: الصرف التوبة والعدل الفدية، وقيل: الصرف النافلة والعدل الفريضة، وقيل: الصرف التطوع والعدل الفرض، وقيل: الصرف الوزن والعدل الكيل، وقيل: الصرف القيمة والعدل المثل، وقيل: الصرف الديّة والعدل الزيادة، ابن حجر: فتح الباري (٨٦/٤)، النووي: شرح صحيح مسلم (١٤١/٩).

د- الزيادة والفضل: يقال: لهذا صرْف على هذا أَي: فضل وزيادة، والصرف فضل الدرهم على الدرهم والدينار على الدينار، ويقال: صيرفي وصراف والصيرف بمعنى واحد، وهو صراف الدراهم ونقادها، والجمع صيارفة، ويقال: صرفت الدراهم بالدنانير وبين الدرهمين صرف أي: فضل لجودة فضة أحدهما، وهذا المعنى هو الأقرب للمراد. [انظر: ابن منظور: لسان العرب (٢٤٣٤/٤)، الرازي: مختار الصحاح ص٣٧٥، الزبيدي: تاج العروس (١٣/٢٤)].

الصرف في الاصطلاح:

للعلماء في تعريف الصرف منهجان، الأول لجمهور العلماء والثاني للمالكية وهو كالآتي:

أولًا: تعريف جمهور العلماء (الحنفية والشافعية والحنابلة):

=

أما تفسيره لغة: فهو عبارة عن رد الشيء ودفعه، يقال: صرفت فلانا عن كذا فانصرف؛ أي: رددته فارتد وتذكر، ويراد به الزيادة مجازا، يقال لهذا النقد: صرف على هذا النقد؛ أي: فضل.

وقد ورد في الحديث في الذي ينتمي إلى غير مواليه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا؛ أي: نافلة ولا فرضا، من حيث إن رد الشيء من يد إلى يد في المعاوضة سبب للزيادة. وفي الشريعة اسم لبيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، وأحدهما بالآخر لما فيه من صرف أحد النقدين إلى الآخر، ورده من يد إلى يد.

وأما شرائط جوازه فثلاثة:

أحدها: قبض البدلين قبل التفرق بأيديهما، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الذّهبُ بالذّهبِ مثلٌ بمثل يدٌ بيدٍ....**" الحديث؛ ولأنهما لا يتعينان إلا بالقبض، وتعيين المبيع شرط ليصير معلوما؛ لأن مقاصد العقد لا يحصل مع جهالة المبيع، فلا بد

=

عرّف الجمهور في كتبهم الصرف بتعريفات متقاربة في المعنى، كلها تدل على أن مفهوم الصرف ينطبق على بيع النقدين ببعضهما، سواء اتحدا في الجنس أم اختلفا، وهذا بيان ذلك:

فقد عرّفه الأحناف بأنه: "بيع الأثمان بعضها ببعض" [انظر: السرخسي: المبسوط (٢/١٤)، ابن نجيم: البحر الرائق (٢٠٩/٦)، ابن عابدين: حاشية (٢٥٧/٥)].

وعرّفه الشافعية بأنه: "بيع النقد من جنسه وغيره" [انظر: الشربيني: مغني المحتاج (٢٥/٢)].

وعرّفه الحنابلة بأنه: "بيع نقد بنقد" [انظر: البهوتي: شرح منتهى الإرادات (٧٣/٢)، الحجاوي: الإقناع (١٢١/٢)].

ثانيًا: تعريف المالكية: قصر المالكية معنى الصرف على بيع النقدين عند اختلاف الجنس فقط، فعرفوا الصرف بأنه: "بيع الذهب بالفضة" [انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي (٣٥/٣)].

أما إن كان النقدان من جنس واحد فإنهم يسمونه بالمراطلة أو بالمبادلة:

فإن كان البيع وزنا سمي مراطلة، حيث يعرّفونه بأنه: "بيع نقد بمثله وزنًا" [انظر: الصاوي: بلغة السالك (٣٥/٣)].

وإن كان البيع بالعدد سمي مبادلة، ويعرّفونه بأنه: "بيع العين بمثله عددًا" [انظر: الدسوقي: حاشية الدسوقي (٢/٣)، الصاوي: بلغة السالك (٣٥/٣)].

من إعلامه لصحة العقد، والتعيين لا يحصل إلا بالقبض، وفي بيع التبر بالتبر والعلت بالعلت، شرط التقابض.

وإن كان عينين إلا بالقبض وفي بيع التبر بالتبر؛ لأن المضاربة غالبًا تقع فيما لا يتعين، والعوام لا يميزون بين ما يتعين، وبين ما لا يتعين من النقدين، فألحق هذا الفرد بالجماعة واعتبر دينا، وشرط القبض في الكل دفعا للحرج، وتيسيرًا للأمر على العوام كما في رأس مال السلم.

ولو تصارفا ووكلا بقبضه فتقابض الوكيلان قبل افتراق الموكلين جاز، وبعد افتراقهما لا يجوز؛ لأن قبضهما كقبض الموكلين ما داما في المجلس، ويعتبر قيام مجلس المتعاقدين دونهما؛ لأن حقوق العقد تتعلق بها تصارقا، فنقد أحدهما وأخذ الآخر بدينه رهنا، أو كفيلا، أو أحيل له بماله على رجل حاصر فهلك الراهن، أو أخذ دينه من الكفيل، أو المحتال عليه قبل التفرق جاز.

وإن هلك بعد التفرق أو لم يهلك، لم يجز لما مر في البيوع في باب التسليم.

(**المنتقى**): المتصارفان أو المتعاقدان عقد التسليم إذا قاما عن مجلسهما وسارا معا، ثم تقابضا جاز ما لم يتفرقا؛ لأن المعتبر هو الافتراق بأبدانهما ولم يوجد.

ولو ناما جالسين لم يكن فرقة؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه.

ولو ناما مضطجعين تكون فرقة؛ لأنه أمكن التحرز عنه، فقد تبدل المجلس حكمًا وعرفًا كما لو قرأ آية السجدة، ثم نام مضطجعًا، ثم تلاها ثانيا يلزمه أخرى.

وذكر الكرخي: لو ناما جالسين، أو أغمي عليهما لم تكن فرقة، ولم يفصل؛ لأن المعتبر هو الافتراق بأبدانهما، ولم يوجد بخلاف خيار المخيرة؛ لأن يبطل بالإعراض عنه نصًّا، فيبطل أيضًا بما يدل على الإعراض، والصرف لا يبطل إلا بالافتراق من غير قبض، فلا عبرة للإعراض وعدمه.

ولو كان لأحدهما على صاحبه ألف درهم، وللآخر عليه دنانير، فنادى أحدهما صاحبه من وراء الجدار، أو من بعيد، فقال: بعتك ما لي عليك بما لك علي، لم يجز.

وكذا لو تصادقا بالرسالة؛ لأنهما مفترقان بأبدانهما.

وعن محمد: لو اشترى من ابنه الصغير هذه الدنانير بعشرة دراهم، ثم قام قبل وزن العشرة بطل؛ لأنه تعذر اعتبار الافتراق بالأبدان؛ لأن العاقد هو فاعتبر المجلس، والثاني لا يكون فيه خيار شرط ولا أجل؛ لأن شرط الخيار والأجل يمنع استحقاق القبض، فينعدم القبض المستحق بالعقد، ففسد العقد لعدم القبض الذي به يتعين في الأصل.

وإن أبطلا الخيار والأجل، أو أبطل من له الخيار والأجل قبل التفرق جاز، خلافًا لزفر لما عرف.

وروي عن أبي يوسف: أنه لو أبطل الأجل من له الأجل لا يصح حتى يرضى به صاحبه، وفي ظاهر الرواية يصح؛ لأن الأجل يثبت حقا للمشروط له الأجل، ومن له الحق إذا أسقط حقه لم يتوقف على رضاء صاحبه.

وكذا لو شرطا الأجل، ثم تقابضا قبل الافتراق كان الإقباض إسقاطا للأجل؛ لأنه لا يتصور الافتراق عن قبض، وهناك أجل.

ولو أصرفا قبل إبطال الخيار والأجل تأكد الفساد واستحكم، فلا يعود إلى الصحة، ويثبت خيار العيب الصرف؛ لأنه لا يمنع ثبوت الملك، فلا يمنع استحقاق القبض، وليس في الدراهم أو الدنانير وسائر الديون خيار الرؤية؛ لأنه لا ينفسخ العقد بردها؛ لأن العقد لم يرد على عينها، فلا تقيد الرد؛ لأنه لو رد قبض ثانيا لو أثبتا الخيار يؤدي إلى ما لا يتناهى، وله خيار الرؤية فيما معين كالتبر والحلي؛ لأنه ينفسخ العقد بالرد؛ لأنه يتعلق بعينه، فيفيد الرد، ثم شرط الخيار، والأجل يفسد الصرف من الأصل؛ لأنه فساد مقترن بالعقد، وفوات القبض يفسد العقد بعد الصحة؛ لأنه فساد طارئ على العقد؛ لأن القبض شرط لبقاء العقد على الصحة عند بعضهم؛ لأنه شرط بعد العقد لا قبله، وشرط الجواز ما يكون سابقا لا لاحقا، وصار كقبض المبيع بشرط لبقاء العقد على الصحة، حتى إذا فات القبض بالهلاك انتقض البيع، فكذا هذا.

وعند بعضهم: شرط لصحته ابتداء؛ لأنه شرط في مجلس العقد، وله حكم ساعة العقد فيكون القبض مقارنا للعقد حكما، والأول أصح، وثمرة الخلاف تظهر

في ما إذا فسد العقد، فيما هو صرف لعدم القبض ففسد فيما ليس بصرف عند أبي حنيفة على قول الآخرين ولا يفسد على قول الأولين، وهو الأصح حتى لو اشترى جارية وفي عنقها طوق فضة بفضة، وتفرقا قبل القبض بطل البيع في حصة الصرف، وصح في الجارية على قول الآخرين؛ لأن العقد انعقد صحيحًا، وبطل في حصة الصرف لعدم القبض فلم يفسد في الجارية، كما لو باع عبدين، فإذا أحدهما مستحق لا يفسد في المملوك.

ولو اشتراها مع طوق فضة بفضة بشرط الخيار أو الأجل فسد الصرف والبيع عند أبي حنيفة.

وعندهما لا يفسد البيع؛ لأن الصفقة إذا تضمنت الصحيح والفاسد فسدت في الكل عنده.

وعندهما فسدت في الفاسد لا غير.

ولو اشترى حلي ذهب فيه لؤلؤ بذهب، أو فضة، أو سيفا محلى بفضة وزنها أكثر من الحلية، وافترقا قبل القبض، واللؤلؤ والحلية مما يتبرع من غير ضرر، يجوز في اللؤلؤ والسيف، وفسد في الصرف؛ لأنه متى أمكن تخليصه من غير ضرر، فهو كالممتاز والمنفضل.

وإن كان ممن لا يمكن أن يتبرع إلا بضرر فسد كله؛ لأنه تعذر تسليم اللؤلؤ بدون الحلي إلا بضرر يلحقه، فلم يلزمه التسليم.

وإن رضي البائع بالتخليص؛ لأن الإنسان لا يلزمه تحمل الضرر، وصار كما لو غصب لؤلؤا، أو ركبه في الحلي، ولا يمكن تسليمه إلا بضرر، لا يجب عليه، فكذا هذا تصارقا دراهم بدنانير ليس عندهما، ثم تقابضا قبل التفرق يجوز؛ لأن النقود لا تتعين عندنا، فلم يتعلق العقد بعينها، فلم يكن في التعيين عند العقد فائدة تصارقا، فلم يذكرا النقد، فإن كان في البلد نقد واحد ينصرف إلى نقد البلد دونه؛ لأنه هو المتعارف والمعروف عرفا، كالمعروف شرطا؛ لأن خطاب الناس محمول على متعارفهم، فيفيد المتعارف بدلالة العرف.

وإن كانت نقود البلد مختلفة، فإن كان الكل في الزواج سواء، ولا صرف لبعضها على البعض جاز البيع.

وإن كان الثمن مجهولا؛ لأن هذه جهالة لا يوقعها في المنازعة، فصار كما لو اشترى قفيزا من صبرة.

وإن كان لبعضها صرف على البعض لا يجوز البيع؛ لأن الثمن مجهول جهالة توقعهما في المنازعة، فالبائع يطالبه بنقد، والمشتري يسلمه آخر.

وإن كان لبعضها فضل على البعض، إلا أن واحدًا منهما أروج؛ فإنه يجوز؛ لأن العقد ينصرف إلى الأروج بالعرف، والثابت عرفا كالثابت شرطا.

وأما حكمه شريعة: فوقوع الملك لكل واحد من المتصارفين فيما اشترى من صاحبه ابتداء كما في بيع العين، والله أعلم.

(باب خيار الرد بالزيافة والاستحقاق)

ولو وجد أحد المتعاقدين الدراهم المقبوضة زيوفًا[1] أو كاسدة أو رابحة في بعض التجارات دون البعض، وذلك عيب عندهم، فله أن يردها ويستبدل غيرها؛

(١) الزيوف هو مصطلح عربي يعني النقود الرديئة أو النقود المزيفة، وزيوف هي جمع زيف، وهو في الأصل مصدر ثم وصف بالمصدر، فيقال: درهم زيف، ودراهم زيوف، ويقال دراهم زائفة، وقال بعضهم هي النقود الرديئة مسكوكة بمواد غير معترف بها لها وزن الأصلية، وفي الفقه الإسلامي يجوز التعامل بدراهم زيوف أي: مغشوشة وإن جهل المرء قدر غشها عند جمهور الفقهاء سواء أكانت ذات قيمة دنيا عرف مقدار زيفها، ولا يضر اختلاطها بالنحاس، لأن المقصود رواجها عند الناس بنقود رديئة، وكان العرب قديمًا يتعاملون بنقود العجم من الفرس والروم وكان بها النقود رديئة، وورد في المعاملات الإسلامية أن النبي محمدًا لم يضرب نقودًا ولا الخلفاء الراشدون من بعدهِ، وكانوا إذا زافت النقود عندهم يأتوا بها إلى السوق وقالوا: من يبيعنا هذه!؟

وسئل الإمام أحمد بن حنبل عن دراهم زائفة يقال لها المسيبة وتكون عامة مادتها من عنصر النحاس إلا أن فيها شيئًا من الفضة، فقال: إذا كان شيئًا اصطلحوا عليه، أرجو أن لا يكون بهِ بأس. وقال أيضًا: لا ينبغي أن يغر أو يغش بها المسلمين ولا أقول إنها حرام. وصرح الأئمة الحنفية بعدم جواز أخذها والتعامل بها.

وفي العموم من الناحية الشرعية في التعامل النقدي للعملات الرديئة ومن كانت عنده شيئًا من الزيوف والنقود التالفة يجب عليهِ أن لا يبيعها للناس حتى يبين عيبها، لأنه ربما خلطها =

لأن العقد يقتضي سلامة البدل كما في بيع العين والكلام في صحة الاستبدال في مجلس الرد من باب السلم.

ولو اشترى فضة فوجدها رديئة بغير غش لا يردها؛ لأن الرداءة ليست بعيب؛ بل صفة تخلق عليها إلا أنه ليس بجيد، وصفة الجودة لا تستحق بالعقد إلا بالشرط، كمن اشترى حنطة فوجدها أردأ حنطة ليس له ردها إلا إذا شرط جودتها، اشترى إناء فضة بفضة، فوجد به عيبا بعد التفرق، له الرد.

وإن استحق نصفه كان له أن يرد نصف الباقي؛ لأنه تعيب بالشركة فإن وجد به عيبا، فلم يرده حتى حدث به عيب آخر لم يرجع بنقصان العيب، إلا أن يأخذه البائع، فلا ضمان؛ لأنه لم ينقص من وزن الإناء شيء، فلو أخذ بإزاء العيب شيئًا من الفضة يكون بيع الفضة متفاضلا، فيكون ربا.

وإن كان الثمن من خلاف جنسه رجع بالنقصان؛ لأنه لا يكون ربا. اشترى سيفا محلى بدراهم، فوجد في شيء منه عيبا، يرد الكل دون البعض؛ لأنه شيء واحد، والعيب في البعض يؤثر في الكل بغير قضاء، ثم افترقا قبل القبض، يبطل الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث، والقبض في الصرف وجب حقا للشرع، وهو ثالث، فكان افتراقا لا عن قبض في حقه، ونقضًا لا يبطل؛ لأنه فسخ في حق الكل. اشترى عشرة دراهم بدنانير وتقابضا، ثم وجدها زيوفا بعد الافتراق، فاستبدل، فاستحق تلك الدراهم الزيوفة، لم ينتقض الصرف عندهما؛ لأنه لما استبدلها خرج من الدين، فيكون استحقاقها بعدما انتقل القبض منها إلى الجياد.

=

بنقود ودراهم جيدة فيغش ويكون بذلك تغريرًا للمشتري وتوهيمًا لهُ، وورد في حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: ((أنه باع نفاية بيت المال وكانت زيوفًا وقسية))، والقسية ضرب من النقود الفضية الصلبة التي تزداد بها نسبة من معادن أخرى رخيصة الثمن، ولا يخرج اصطلاح الفقهاء في المعنى العام عن المعنى اللغوي، ولكن للزيوف اسم آخر في الوقت الحاضر ومنه المصطلح الاقتصادي تبييض الأموال. انظر: الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - الطبعة الأولى - ١٤١٠هجري/١٩٩٠م - الجزء ٢٥ - زيوف - صفحة ٩١.

وكذلك عند أبي حنيفة: إن كانت الزيوف قليلة.

ولو وجد الكل زيوفا انتقض الصرف استبدل أم لا؟ لما مر في البيوع اشترى قلب فضة بدينار، فأحرقه رجل آخر قبل القبض، فاختار تضمينه، فلم يقبضه حتى افترقا بطل العقد عند محمد، وعند أبي يوسف لا يبطل، لمحمد أن القيمة قامت مقام القلب، كأنها هو، ولم تجب القيمة بمبادلة جديدة؛ لأن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض لا يجوز، فصار كأن القلب قائم، وتغير صفته، وافترقا قبل قبضه يبطل الصرف.

فكذا هذا لأبي يوسف أن الإتلاف أوجب القيمة بدلا، وخلفا عن المضمون، فكان الضامن خلفا عن المشتري في ملك المضمون؛ لأنه يملك المضمون من ذهبه بحكم الخلافة، والقيام مقامه، فيكون قبضه كقبض المشتري له على آخر عشرة جياد من قرض، أو ثمن بيع فقضاها زيوفا، وهلكت عنده كان قضاء عندهما.

وعند أبي يوسف يرد مثل زيوفه، ويرجع بجياده؛ لأن حقه في الجودة ثابت، وإحياء حقه واجب، وقد أمكن استدراكه برد المثل واستيفاء ما كان حقا له. لهما أن الزيوف من جنس حقه، فوقع به الاستيفاء لم يبق حقه إلا في الجودة، ولا قيمة لها بانفرادها، فلا وجه إلى استدراك حقه فيها إلا بضمان الأصل، والقضاء بالضمان على القابض حقا له ممتنع لعدم الفائدة في حق الأصل، ولا يضمن الأصل لفائدة يرجع إلى الوصف، وهي تداول حقه في الجودة؛ لأنه حينئذ ينقلب الأصل تبعا والتبع أصلا.

ولو وجد الدراهم سُتُّوقة[1] وقد هلكت في يده، فعليه قيمتها ويرجع بجياده لأنها ليست من جنس حقه، فلم يقع بها الاستيفاء، فبقي القبض في الستوقة بغير حق، فوجب رد القيمة.

---

(١) السُّتُّوقُ من الدراهم: الزَّيْف البَهْرَج الذي لا قيمة له.

"درهم سَتُّوق وسُتوق: زَيْفٌ بَهْرَجٌ لا خير فيه، وهو معرّب، وكل ما كان على هذا المثال فهو مفتوح الأَول إلا أربعة أحرف جاءت نوادر: وهي سُبّوح وقُدّوس وذُرُّوح وسُتّوق، فإنها تضم وتفتح؛ وقال اللحياني: قال أعرابي من كلب: درم تُسْتُوق.

=

(**النوادر**): لو باع درهما بدينار، ثم قال: برئت إليك من كل عيب، فوجده ستوقًا لم يبرأ.

ولو وجده زيوفا برئ؛ لأن الزيافة عيب، وقد وقعت البراءة عنه، والستوقة ليست من جنس الدراهم أصلا، فلم يدخل تحت البراءة.

وروي عن محمد فيمن قال: أبيعك هذه الدراهم، وأراها إياه، ثم وجد فيها زيافا، قال: يبدلها؛ لأنها وإن عينت لا تتعين، ومطلق اسم الدراهم ينصرف إلى الجياد، فلا يبطل خيار العيب إلا أن يقول هي زيوف؛ لأنه يبرأ عن عيبها.

وعن محمد رحمه الله: فيمن اشترى دينارا بدراهم، وقبض الدينار، فباعه من ثالث، ثم وجد به عيبا فردّه على الأوسط بغير قضاء، كان للأوسط أن يرده على الأول، ولا يشبه هذا العروض؛ لأن الدينار لا يتعين بالتعيين، فكان العقد واقعا على دينار في الذمة، وإنما يثبت الملك في هذا الدينار بالقبض، وقد انتقص القبض بالرد، فعاد إلى قديم الملك، فكان له أن يرده، فأما العروض إنما ملكت بالعقد عينا، والرد بغير قضاء عقد جديد في حق الثالث، فإذا عاد إليه ببيع جديد لم يرده.

ولو اشترى إناء فضة فيها رصاص أو صفر، فله أن يرد؛ لأنه معيب.

(باب التّصَرُّف في بدل الصَّرْفِ قبل القبض)

ولو أبرأ أحد المتصارفين صاحبه، أو رهنه منه فقبل، انتقض الصرف؛ لأن سقوط الدين يتضمن فوات القبض، وانفساخ العقد، والعقد لا ينفسخ إلا بإجماعهما، فإذا قبل، فقد ساعده على الفسخ وانفسخ، وإن لم يقبل لم ينفسخ.

ولو رهنه منه، فلم يقبل، أو أبى الواهب أن يأخذ الموهوب أجبر على القبض؛ لأنه ترك فسخ العقد بالامتناع من القبض، فلم يكن له ذلك اشترى ببدل الصرف شيئًا منه، أو من غيره، أو استبدل به قبل قبضه لا يجوز، وبقي الصرف على حاله بقبضه، وتم العقد.

=

والمَساتقُ: فِراءٌ طوال الأَكمام، واحدتها مُسْتَقَة بفتح التاء؛ قال أبو عبيد: أصلها بالفارسية مُشْتَهْ فعُرّبت؛ قال ابن بري: وعليه قول الشاعر:

إذا لبِسَتْ مَساتِقَها غَنِيٌّ فيا وَيْحَ المَساتِق ما لَقِينا"

وقال مالك: لا يجوز.

وقال زفر: يجوز البيع بمثل بدل الصرف، ولا يجوز الاستبدال به؛ لأن البيع أضيف إلى الدين، والعقد لا يتعلق بالدين المضاف إليه؛ لأن تعيين الدين لغو، فيتعلق بمثله دينا في الذمة كسائر الديون، بخلاف الشراء بالدراهم المشار إليها؛ لأن تعيين العين صحيح.

لنا: إن الشراء والاستبدال به يفوت قبضه المستحق عليه حقًّا للشرع، وفوات قبض بدل الصرف يوجب فساده، فيكون الاستبدال ببدل الصرف سببًا لفساد العقد فيكون شرطًا فاسدا كالشروط الفاسدة، ففسد البيع، وبقي الصرف بحاله صحيحًا.

وكذلك المقاصة بينهما بفوت القبض المستحق حقًّا للشرع، فإسقاطه لا يجوز اشترى دينارًا بعشرة دراهم، وله على بائع الدينار عشرة دراهم، فجعلاه قصاصًا جاز استحسانًا لا قياسًا، وهو قول زفر؛ لأن المستحق بالعقد قبض حقيقة، والمقاصة قبض حكما، فلا يقوم مقامه. وجه الاستحسان أنهما لما جعلاه قصاصًا، فقد قصدا تصحيح المقاصة، وأمكن تصحيحهما بأن يجعل العقد مضافًا إلى ذلك الدين، والعقد حقهما، فيملكان تغييره، فيضمن إقدامهما على هذه المقاصة فسخ الصرف المرسل، وتجديد الصرف على الدين المتقدم.

ولو أظهرا ذلك جاز، فكذا إذا أضمرا.

ولو جعلا قصاصًا بدينين وجب بعد الصرف، يجوز في رواية الزيادات، وكتاب الصرف؛ لأنهما غيرا العقد مقتضى المقاصة، والمقاصة وجدت للحال، فصار كأنهما فسخا الصرف المرسل، أو جدد الصرف بالدين للحال، وفي رواية لا يجوز؛ لأن التعيين إنما يكون للعقد السابق كأنه أنشأه على هذا الوجه حين أنشأ.

ولو جعل كذلك يصير إنشاء عقد الصرف بدين مستحب، وهذا لا يجوز.

ولو اشترى قلبا بعشرة، ثم غصب بائع القلب منه عشرة، أو استقرض يكون عن بدل الصرف؛ لأن قبض بدل الصرف كان مستحقا، فعلى أي وجه وجد القبض يقع عن المستحق.

(باب الصرف مجازفة)

ولا يجوز بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة إلا متساويًا، تبرًا كان أو مصوّغًا، أو مضروبًا لنص:

"ولو تبايعا، ولم يعلما وزنهما، ثم علما تساويهما في الوزن قبل التفرق جاز. ولو علما بعد التفرق، لم يجز".

وقال زفر: يجوز؛ لأن التساوي واجب حقًّا للشرع، وقد وجد حالة العقد، فلا عبرة بعلم المتعاقدين.

لنا: أن التساوي شرط واجب علينا، فيجب تحصيله بفعلنا، أما وجوده في علم الله تعالى لا يصلح شرطًا للجواز؛ لأن الأحكام تبنى على فعل العباد تحقيقًا لمعنى الابتلاء.

وذكر في (**المنتقى**): لو تفرقا قبل الوزن وصَدّق كل واحد منهما صاحبه في الوزن، ثم وزنا فتساويا، فإنه يجوز لأن تصادقهما حجة في حقهما، ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة ومفاضلة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**وإذَا اختلفَ النّوعانِ فبيعُوا كيفَ شئتُم**"[(١)].

وبيع البُنهرجَة[(٢)] والزُّيُوف[(٣)] بالجياد لا يجوز إلا متساويا؛ لأن الجودة ساقطة الاعتبار في أموال الزيوفة لقوله صلى الله عليه وسلم: "جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ"[(٤)].

---

(١) أخرجه الطبراني (٣٣٩/١، رقم ١٠١٧).

(٢) صَوَابه بنهرجة بِتَقْدِيم الْبَاء على النُّون كَمَا يُسْتَفَاد من الْمغرب. والبنهرجة: مَا يردهُ التُّجَّار لرداءة فضته. وقيل: البنهرجة هِيَ الَّتِي تُضْرَبُ فِي غَيْرِ دَارِ السُّلْطَانِ.

(٣) الزُّيُوف هِيَ المغشوشة. وَفِي الإيضاح: الزيف: مَا زيفه بَيت المَال لنَوْع قُصُور فِي جودته إِلَّا أَنه تجْرِي فِيهِ الْمُعَامَلَة بَين التُّجَّار.

(٤) أورده الزيلعي في نصب الراية واستغربه وقال: ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد. وحديث أبي سعيد الخدري أخرجه البخاري بلفظ "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **أكل تمر خيبر هكذا؟** قال: لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **لا تفعل، بع الجمع بالدراهم، ثم ابتع بالدراهم جنيبًا**". (نصب الراية ٣٧/٤، وفتح الباري ٣٩٩/٤، ٤٠٠ ط. السلفية).

ولو باع الستوقة[١] بالجياد لم يجز إلا أن تكون الجياد أكثر من الفضة التي في الستوقة لتكون الفضة بمثلها، والزيادة بإزاء النحاس، والستوق ما كان صفره غالبًا، وهو صفر مُموّهٌ بالفضة، وإنما اعتبرنا الفضة التي في الستوق؛ لأنها تخلص وتميز كل واحد عن الآخر.

والزُّيُوف والبُنهرجَة ما تكون غالبة، لكن الزيوف ما زيفَهُ بيت المال، والبُنهرجَة [ما لا يقبلها التجار][٢][٣].

ولو باع الفضة السوداء أو الحمراء بالبيضاء لم يجز إلا متساويًا.

وكذلك إذا كان فيها غش من نحاس أو رصاص والغالب هو الفضة لا يجوز إلا متساويًا؛ لأنها فضة في الحكم؛ لأن المغلوب ساقط الاعتبار في مقابلة الغالب.

وكذلك النحاس يختلط فيه الفضة، ولا يغير عن طبعه فهو نحاس لا يباع بالنحاس إلا مثلا بمثل.

وكذلك الدراهم النجارية وهي الغطرفيَّة[٤] نحاس بمنزلة الفلوس؛ لأن الفضة لا تتخلص من النحاس، وتحترق بالإذابة، فتكون الفضة فيها مستهلكة[٥].

(**الجامع**): الدراهم المضروبة على ثلاثة أنواع:

إما أن يكون صفرها غالبًا على الفضة.

أو كانا سواء.

أو كانت فضتها عليها غالبة.

فإن كان صفرها غالبًا ينظر إن أمكن تخليصها بالإذابة والسبك تعتبر بمنزلة صفر وفضة منفصلتين لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة إلا أن يكون الخالص أكثر مما في

---

(١) الستوقة: الَّتِي وَسطهَا نُحَاس أَو رصاص ووجهها فضَّة، وَهِي مُعرب مِنْهُ توبه اهـ.

(٢) ما بين المعكوفتين في (ك): ما تكون عادة التجار لا يقبلونها.

(٣) انظر: البدائع ١٣٨/٥ وما بعدها، وابن عابدين ٥/٤، ٦ والهداية ٦١/٣، ٢٣١، ٢٤٠، وبداية المجتهد ١٢٥/٢ ط. الحلبي ثالثة، ومنح الجليل ٤٧٨/٢، ٤٧٩، ٧٧٨/٣ وما بعدها، والمهذب ٢٦٨/١ وما بعدها، ٤٠١، والمغني ٢٢١/٤ - ٢٨٣، ومنتهى الإرادات ٣٥١/٢.

(٤) نسبة إلى غطريف بن عطاء الكندي، أمير خراسان في عهد الرشيد.

(٥) انظر: البدائع: ٥/٢٠١، فتح القدير: ٥/٣٣٧، رد المحتار: ٤/٢١٥.

الدراهم من الفضة لتكون الفضة بإزاء الفضة بمثلها وزنًا، والباقي بإزاء الصفر؛ لأن الفضة فيها وإن كانت مغلوبة، والمغلوب هو كالمستهلك حكمًا، ولكنها قائمة حقيقة؛ لأنها مرئية، ومتى أذيبت وسبكت تخلص الفضة منها، ولا تحترق بالنار، فيجب اعتبارها احتياطًا لأمر الربا، أو إن لم يمكن تخليصها بالإذابة والسبك تكون الفضة فيها مستهلكة غير معتبرة، فتكون بمنزلة النحاس، ويجوز بيع هذه الدراهم واحدًا باثنين كبيع المسنة بالمسنتين؛ لأنه باع جنسين بجنس، ويشترط التقابض فيهما؛ لأنه لما شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر أيضًا؛ لأن في تمييزه ضررًا، ويجوز استقراضها والمبايعة بها عددًا لا يجوز ذلك إلا وزنًا؛ لأنها لا تصير عددية إلا بالاصطلاح، فإذا لم يوجد الاصطلاح بقيت موزونة، ولا يتعين في المعاوضات وفسوخها؛ لأنها ثمن.

وأما إذا كانت فضتها غالبة بأن كان ثلثاها فضة وثلثها صفر، فهي في حكم الزيوف لا يجوز بيعها إلا بمثلها من الفضة الخالصة، ولا يجوز استقراضها والمبايعة بها إلا وزنا كالفضة الخالصة.

وكذلك حكم الفضة المغشوشة إذا كان غشها معلومًا بالفضة، فيكون كفضة خالصة؛ لأن الفضة متى كانت غالبة، فالصفر والغش فيها مستهلك.

فإنه لو أذيبت بالنار يحترق الصفر، فإنه أشد احتراقا من الفضة؛ لأنه أضعف جوهر من الفضة، هكذا قاله علماء أهل هذه الصناعة من الصيارفة، فيسقط اعتبار الصفر، وبقيت العبرة للفضة كبيع الحنطة بالحنطة، وفيها حبات الشعير لا يجوز إلا متساويا؛ لأنه لا عبرة بالشعير فيها لكونه معلوما.

وأما إذا كان صفرها وفضتها سواء، فلا يجوز بيعها بالفضة البيضاء إلا إذا كان الخالص أكثر؛ لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر، فيجب اعتبارهما، فصار كما لو باع فضة وقطعة نحاس بفضة، ولا يجوز استقراض هذه الدراهم والمبايعة بها إلا وزنا؛ لأنها بمنزلة الدراهم الرديئة والفضة فيها موزونة شرعا كالحنطة في السنبلة، فلا يجوز استقراضها إلا وزنا إلا أن يشير إليها في المبايعة، فيصير بيانا عن العدد، كما لو أشار إلى الدراهم الجيدة، ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه

مثلها؛ لأنها ثمن فلم يتعين في العقد، ولا يجوز بيع بعضها ببعض بسنة لأجل الوزن.

(باب بيع الأواني والسيوف المحلاة)

ولو اشترى سيفًا محلى بالفضة، أو لجامًا مفضضًا بالفضة بفضة خالصة وزنها أكثر من الحلية جاز، خلافًا للشافعي، فإن كان وزنها أقل من الحلية أو مثلها أو لا يدري لا يجوز.

وعند زفر: يجوز إذا كان لا يدري وزنها؛ لأن الأصل هو الجواز والفساد باعتبار المفاضلة، وهي مشكوكة لا يحكم بالفساد مع الشك.

لنا: أن مقابلة الفضة بالفضة على سبيل المماثلة مستحقة شرعًا، فصار كما لو كانت مستحقة شرطًا.

ولو شرطا على أن تكون الفضة الخالصة بإزاء الفضة بوزنها والباقي بإزاء الفضل جاز.

فكذا لو كانت مستحقة شرعًا يجب صرف الفضة بإزاء الفضة يمسكها، والباقي بإزاء الفضل باعتبار عقله ودينه، إذ هما يدلان على إرادة المستحق، وإرادة الصحة والتحرز عن الربا والفساد، وأما إذا كان لا يدري؛ فلأنه وقع الشك في شرط الجواز وهو المماثلة؛ فلا يثبت الجواز بالشك وعلى أنه ترجحت جهة الفساد؛ لأنه إن كان مثله أو أقل لا يجوز.

وإن كان أكثر جاز، فيجوز من وجه ولا يجوز من وجهين، والربا لا يحتاط منه، فيحكم بالفساد احتياطا.

وإن كان مموّها جاز مطلقًا؛ لأن الفضة بالتمويه صارت مستهلكة؛ لأنها لا تخلص بعد التمويه، ولكن يقر له بها.

ألا ترى لو اشترى دارًا مموّهة بالذهب مؤجل يجوز، ولو بقي عين الذهب وجب أن لا يجوز، وأما الفضة المركبة والحلية لم تصر مستهلكة، فإنها تخلص بعد التحلية، فلا يجوز بيعها ما لم تكن الخالصة أكثر، والدار فيها صفائح ذهب أو فضة

يبيعها بجنسها، كالسيف المحلى. اشترى سيفا محلى بالفضة بفضة وزنها أكثر من الحلية، ونقد من الثمن قدر حصة الحلية.

وقال: هذا من ثمنها، أو من ثمن السيف أو لم يبين، فهو من ثمن الحلية، وكان البيع في الكل؛ لأن ثمن الصرف مستحق القبض، وثمن البيع لا، فصرف المنقود إلى المستحق تحريا للجواز وحملا لأمر المسلم على الصلاح والصحة والسداد.

وكذلك يحمل قوله من ثمنها على أنه من جملة الثمن، وحصة الحلية من جملة الثمن، والسيف اسم للجملة.

ألا ترى أن الحلية تدخل في البيع، فصرفنا المنقود إلى ثمن الحلية تصحيحا لتصرفه.

ولو قال: هذا من ثمن الفضل خاصة ينظر إن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف، ويصحان جميعًا؛ لأنه قصد صحة البيع ولا صحة له إلا بجواز الصرف، فحكمنا بجوازه تصحيحًا للبيع.

وإن أمكن تمييزها بغير ضرر بطل في الكل؛ لأنه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع، ولا يجوز البيع بدون جواز الصرف. اشترى سيفا محلى بدنانير وقبضه وباعه من آخر قبل أن ينقده الدنانير، وقبضها الثاني ولم ينقده الثمن حتى افترقوا بطل البيعان، ورجع السيف إلى الأول؛لأن ما يخص الحلية يكون صرفًا، ولم يوجد قبض بدله في المجلس، فبطل العقد في حصة الصرف، فبطل أيضًا في الفضل؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

كما لو باع النصل من السيف منفردا، فإن تقابض الأوسط والثالث دون الأول صح البيع الأول، ففسد لفوات القبض، وغرم المشتري الأول لبائعه قيمة السيف؛ لأن البيع الأول فسد لفوات القبض في الدنانير والبيع الفاسد إذا اتصل به القبض يفيد الملك بالقيمة، وقد عجز عن رده لبيعه من الثاني بيعا صحيحا، فيلزمه رد قيمته.

وكذلك لو باع الأوسط نصفه صح في نصفه ورد نصفه إلى الأول، وليس للأول أن يمنع عن القبول بعيب التبعيض؛ لأنه رضي بعيب الشركة كما باعه، وأقبضه

وسلطه على التصرف مع علمه أنه قد يبيع النصف، وقد يبيع الكل فما يلحقه الضرر يلحقه بتسليطه، فلا يجب دفعه، وقد تقرر الفساد بعد الصحة من جهتهما، وهو عدم التقابض، فكان عليهما رفع الفساد برد العين، فلا أمكن رد نصفه، فيرد ويضمن قيمة نصف الباقي. اشترى قلب فضة بألف على أنه ألف، فإذا هو ألفان بعدما تقابضا أخذ نصفه بألف إن شاء، وإن شاء ترك، وكذلك إن كان ناقصًا.

وقال زفر والحسن: البيع فاسد؛ لأن القدر كله قوبل بألف فكان ربًا، فلا عبرة بالزيادة والنقصان من بعد.

لنا: أن المماثلة بين الجنسين مشروطة، فإذا قال: اشتريت بألف على أنه ألف، كان مشتريًا بمثله وزنا وظن أنه ألف فلم يعتبر ظنه ويكون مبيعا بمثل وزنه إلا أنه يتعيب بالتبعيض والتمييز، فيتخير.

وإن ظهرت الزيادة قبل الافتراق، فإن شاء زاد في الدراهم واحدة بمثل وزنه، وإن شاء ترك.

وكذلك إن كان ناقصا؛ لأن الصفقة لم تتم بعد، فإذا أخذ البعض فقد فرق الصفقة على البائع قبل التمام، فلم يجز إلا برضاء البائع، فأما بعد القبض فالصفقة قد تمت، فجاز التفريق.

ولو كان المبيع بقرة أخذ نصفها بلا خيار؛ لأنه لا يتعيب ولا ينتقص منه شيء بالتبعيض، فكان المستحق قدر المسمى.

ولو اشترى قلبا بدنانير سلم له كله بها، ولا خيار لأحدهما؛ لأن القلب مما يضره التبعيض والقدر مما يضره التبعيض فيجري مجرى الوصف كالذرعان في الثوب لما مر في البيوع، فكان زيادة القدر فضل صفة في المبيع، فيسلم له كما في الثوب.

وكذا لو باع طشتا بدينار على أن فيه منًّا من سنة، فإذا هو منوان جاز وسلم للمشتري، فأما الزيادة في البقرة ليست بصفة؛ لأنه لا يضيرها التبعيض، فكان ذكر القدر فيها بيانا لمقدار المبيع، فلا تكون الزيادة للمشتري كما في المكيل والموزون.

ولو اشترى سيفا محلى على أن فيه ألفا بألفين وتقابضا، فإذا فيه ألفان يرد المبيع كله؛ لأنه يصير كأنه اشترى نصف السيف ونصف الحلية بألف، وذلك لا يجوز.

اشترى عشرة دراهم بمثلها فزادت شيئًا فرهنها له من غير أن يدخل في العقد جاز؛ لأن الزيادة في البيع ربا، ولم يوجد. اشترى لؤلؤة بدراهم على أن وزنها مثقال، فزادت فهي سالمة له؛ لأنها صفة.

ولو باع كل مثقال بكذا، فزادت رد الكل أو أخذ الزيادة بحصتها كالذراع في الثوب والدار لما عرف.

ولو باع قلب فضة بدراهم، وقال: كل درهم بكذا، أو لم يقل فزاد، ولم يفترقا فله الخيار في أخذ الزيادة بحصتها؛ لأن بيع الفضة بالفضة لا يجوز متفاضلا، فيجعل كل درهم بدرهم سواء شرطا أو لم يشرطا، فصار كأنه اشترى كل درهم بدرهم، فلم تسلم له الزيادة؛ لأنه يؤدي إلى الربا.

وإن كان القدر هنا لبيان الصفة، وإن باعه بدنانير فكله له بالثمن الأول؛ لأنه لا يتحقق الربا عند اختلاف الجنس والقدر فيما يضره التبعيض بمنزلة الوصف فيما لا يتحقق فيه الربا، فتسلم له الزيادة ولا خيار له إن لم يذكر لكل درهم ثمنا، وإن ذكر يأخذه بالحصة إن شاء لما مر.

(باب الاستحقاق [والصرف][1] والصلح في الصرف)

اشترى إناء مصوغا أو قلبًا بذهب، ثم استحق الإناء أو بعضه بطل البيع بخلاف النقدين إذا استحق أحدهما قبل التفريق لا يبطل؛ لأن الإناء والقلب مما يتعين، فيعلق البيع بعينه، فإذا استحق عنه بطل البيع، فأما النقد لا يتعين فلم يتعلق البيع بعينه، بل بمثله دينا في الذمة فلم يستحق ما هو المبيع، فلم يبطل.

ولو اشترى دينارا بعشرة دراهم، ثم استحق نصف الدينار فله نصف الدينار ورجع بنصف الدراهم ولا خيار له؛ لأن الشركة فيه لا تعد عيبا؛ لأنه لا ضرر في تبعيضه بخلاف ما لو كان المبيع قلبا فاستحق بعضه، فللمشتري أن يرد الباقي أو يمسكه بحصته؛ لأن الشركة فيه عيب في الكل. اشترى إبريق فضة بمائة دينار،

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (ك).

فوجده معيبا فصالح من العيب على دينار، وقيمة العيب أقل منه بما لا يتغابن الناس فيه.

جاز عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما لا يجوز إلا بقدر ما يتغابن في مثله. لهما: أن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن لا عن الجزء الفائت؛ لأن البائع عجز عن تسليم الجزء الفائت فانتقل حق المشتري إلى بدله، وهو حصته من الثمن، فلا يجوز الصلح على أكثر من ذلك؛ لأن الزيادة ربا. له: أنه إن تعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة أمكن تصحيحه بأن يجعل مؤقتا بقدر حصة العيب من الثمن، وبقدر الزيادة يجعل حطا منه عن ثمن الباقي؛ لأن في الصلح مع الاستيفاء والحط، والحط جائز، يجب على البائع رد قدر المحطوط من الثمن إن كان مقبوضا، وإلا فيسقط عن المشتري بقدره.

(باب المرابحة في الصرف والزيادة في ثمنه والحط عنه)

وكل ما يجري فيه الربا إذا اشتراه بجنسه لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة؛ لأنه يؤدي إلى الربا وبخلاف جنسه يجوز بأن باع ذهبا بعشرة دراهم وربح درهم جاز؛ لأنه لو باعه بأحد عشر درهما جاز، فكذا هذا. اشترى سيفا محلى بفضة بدراهم أكثر منها وتقابضا، ثم باعه بربح أو وضيعة لم يجز؛ لأنه جعل الربح بإزاء الكل؛ لأنه باع الكل مرابحة فلو جعلنا الربح بإزاء الفضل وحده لكان خلاف ما ربحا به، وذلك لا يجوز فينقسم الربح على الفضل والحلية، فتكون حصة الحلية من الربح ربا.

ولو باع السيف بربح درهم فيما سوى الحلية جاز؛ لأنه صرح بأن الربح للفضل خاصة، فصار كما لو بين لكل واحد ثمنا وباعهما صفقة جاز. اشترى سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون وتقابضا، ثم زاد درهما أو حط عنه درهما، وقبل الحط يفسد العقد عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف لا يفسد، وتبطل الزيادة والحط.

وعند محمد تبطل الزيادة ويصح الحط، فإن قبض جاز وإلا فالبيع على حاله. لهما: أن في تصحيح الزيادة، والحط في الابتداء إبطالهما في الانتهاء؛ لأنه لو صحا

التحقا بأصل العقد، فيصير العقد فاسدا من الأصل؛ لأنه يصير ربا ومتى فسد لا يبقى المسمى ثمنا، فلم يتصور الزيادة في الثمن ولا يكون المحطوط من الثمن، فلم يصحا في الابتداء لكي لا يكون اشتغالًا بما لا يفيد إلا أن محمدًا جعل الحط هبة مبتدأة؛ لأن الحط بمعنى الهبة وهو التمليك بغير عوض، فصلح كناية عنها والزيادة تمليك بعوض، فلا يصلح كناية عنها.

وعند أبي يوسف لا يصير الحط كناية عن الهبة؛ لأنه ليس فيه معنى الهبة؛ لأنها عبارة عن تمليك مبتدأ، والحط لإخراج المحطوط عن العقد لا لإيجاب ملك مبتدأ في المحطوط. له: أنه إن تعذر العمل بحقيقة الحط والزيادة أمكن العمل مجازهما، بأن يجعل كناية عن إنشاء عقد آخر بما وراء المحطوط، وبهذه الزيادة لأنهما لو صحا كان من حكمهما أن يصير العقد من الأصل بتسعة، أو بأحد عشر، فصار كأنهما تبايعا بذلك.

ولو نصا على هذا يضمن بانفساخ العقد الأول وانعقاد الثاني.

وإن كان فاسدا؛ لأنهما يملكان فسخ الأول وإنشاء الثاني.

ولو كان ثمنه دينارا فزاد ونقص جاز؛ لأنه لا ربا بين الجنسين، ولا بد من قبض الزيادة حتى لو افترقا من غير قبضهما بطل البيع من حصة الزيادة؛ لأن الزيادة متى صحت التحقت بأصل العقد، فصار كأن البيع في الابتداء ورد على الأصل والزيادة.

ولو زاد في ثمن سيف المحلى درهما جاز.

وإن قبضها بعدما فارقه؛ لأن الزيادة تجعل في غير الحلية احتيالا للجواز؛ لأن السيف كما يذكر ويراد به النصل مع الحلية، يذكر ويراد به النصل وحده، وإذا كان متحملا لهما خص منه الحلية، وصرفت الزيادة إلى النصل احتيالًا للجواز. اشترى قلب فضة وزنه عشرة بمثلها، واشترى هو أو غيره ثوبا بعشرة، فباعهما يربح بزيادة جاز في الثوب بحصته، ولم يجز في القلب؛ لأن بائع القلب لما باعه مرابحة، فقد صرح بالفساد، فتعذر تصحيحه فصرف الربح إلى الثوب خاصة.

وقيل عند أبي حنيفة يفسد في الكل، والصحيح أنه لا يفسد إلا في القلب؛ لأنه صفقتان لأن ثمن كل واحد منهما ممتاز عن ثمن ملك صاحبه؛ لأن ثمن كل واحد صار مسمى بسبب بيع المرابحة؛ لأنه بيع بمثل ثمن الأول وزيادة.

ولو قال بربح درهم على عشرين، أو بنقصان درهم من عشرين جاز، والزيادة والحط في الثوب خاصة، والفضة بمثلها؛ لأنهما لم يذكرا الثمن الأول كان البيع فيهما مساومة؛ لأن بيع المساومة قد يكون مع الزيادة، فيصير كأنهما قالا: بعناهما بتسعة عشر، فتكون الفضة بمثلها.

(**النوادر**): لو اشترى ذهبا بفضة، ثم قال: بعته منك بربح قيراطين من الذهب، لم يجز عند أبي يوسف.

ويجوز عند محمد؛ لأن المرابحة بيع بمثل الثمن الأول وزيادة، فيصير كأنه باع بعشرة دراهم وقيراطين فجاز، لأبي يوسف إن بإزاء القيراطين بمثلها من الذهب والفضة بإزاء الباقي من الذهب، فإذا ما جعلاه ربحًا يكون رأس مال وما سمياه رأس مال بعضه ربح، فلم يصح العقد.

(باب بيع الموزون بجنسه وبخلاف جنسه)

أصله أن الجنس يعرف إلى الجنس بمثله، إذا أمكن اعتبار المماثلة بينهما؛ لأن المماثلة بينهما مستحقة شرعا.

وإن تعذر اعتبار المماثلة بينهما بصرف الجنس إلى خلاف الجنس اختيارا للجواز حملا لأمرهما على الصلاح.

لو باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار جاز، وكانت الخمسة بإزاء الخمسة والخمسة الأخرى بإزاء الدينار.

وكذا لو باع درهما وديناري بدرهمين ودينار، خلافًا للشافعي لما مر في البيوع.

ولو باع ثوبا وبقرة فضة بثوب وبقرة فضة، فالثوب بالثوب، والفضة بالفضة.

وإن كان في أحدهما فضل فهو مع الثوب بذلك الثوب؛ لأن اعتبار المماثلة بين الفضة والفضة مستحقة، فحمل العقد على المستحق.

وإن تفرقا قبل التقابض فسد الصرف وصح البيع.

ولو اشترى سيفا محلى بدراهم وثوب، ثم تفرقا قبل القبض بطل الكل؛ لأن الدراهم مصروفة إلى الحلية بمثل وزنها، والزيادة مع الثوب بإزاء الفضل؛ لأن في

صرف الجنس إلى الجنس هنا صحة العقد، فلا حاجة إلى صرفه إلى خلاف الجنس لتصحيح العقد، فكان الدراهم بالحلية صرفا، ولم يوجد التقابض، ففسد فيه، ففسد في النصل أيضًا؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر.

ولهذا لو أفرد العقد على الفضل والجفن لم يصح. اشترى ثوبا ودينارا بثوب ودرهم، ثم افترقا قبل التقابض بطل في الصرف، وجاز فيما بقي؛ لأنهما أشياء مختلفة، فلم يجب اعتبار المماثلة فانقسم الدينار والثوب على الدراهم والثوب باعتبار القيمة، فما أصاب الدينار من الدرهم يكون صرفا، فبطل لعدم القبض، والباقي يكون تبعًا فلم يفسد بترك القبض، ولا بأس ببيع النحاس الأحمر بالشَّبَه[1] متفاضلا؛ لأن الشبه صار جنسًا آخر باعتبار الصنعة واختلاط الأدوية به حتى صار شبها؛ ولأنه إن بقي النحاس فيه، فيجعل بإزاء النحاس بمثل وزنه من الشبه، والباقي بإزاء الأدوية التي جعلت في الشبه؛ لأنه مال قائم متقوم فيه كالصبغ في الثوب.

وصار كما لو باع حديدًا مموها بحديد غير مموه متفاضلا يجوز؛ لأنه يجعل الزيادة من غير المموه بإزاء التمويه؛ لأن ما اتصل به من اللون مال متقوم كالصبغ في الثوب وألا يرى رصاص حتى لا يجوز بيعه بالرصاص إلا متساويا، وبيع الحديد بالحديد، والصفر بالصفر، وما يجري فيه الربا بمنزلة الذهب والفضة في اعتبار المماثلة لا في وجوب التقابض؛ لأن بيع الذهب بالذهب صرف، وبيع الحديد بالحديد لا، وبيع الأواني المتخذة من الصفر والحديد بعضها ببعض يجوز متفاضلا؛ لأنها صارت عددية بالتعامل وخرجت من أن تكون موزونة.

فأما أواني الذهب والفضة لا تخرج عن الوزن، ويجري فيها الربا حتى لو خرج عن حد الوزن بالصبغة كالتمويه بالحديد والصفر الذي لا يخلص منه؛ فذلك ساقط كيفما كان.

(**النوادر**): باع عشرة دراهم صحاح باثني عشر درهمًا مكسرة لا يجوز؛ لأنه ربا

---

(١) الشبه ضرب من النحاس، وقيل: هو النحاس الأحمر، ورد النهي في السنة عن الصلاة بالآنك والشبه.

والحيلة فيه أن يستقرض منه اثني عشر درهمًا مكسرة، فيقضيه عشرة صحيحة، ثم يبرئه من درهمين.

ولو باع ثوبا بعشرة مكسرة إلى أجل، فلما حل الأجل جاء المشتري بتسعة صحيحة وقال: هذه بتلك العشرة لا يجوز، وحيلته أن يدفع هذه التسعة، ثم يبرئه البائع عن الدرهم الباقي، فإن خاف المشتري أن لا يفعل البائع ذلك، فحيلته أن يدفع هذه التسعة وفلسًا أو شيئًا قليلًا وصالحه على ذلك.

وعن محمد لو باع الدراهم بالدراهم، وفي إحداهما فضل من حيث الوزن، وفي الأخرى فلوس جاز، ولكني أكرهه؛ لأن الناس يعتادون التعامل بمثل هذا ويستعملونه فيما لا يجوز.

وقال أبو حنيفة: لا بأس به؛ لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل الفضل بإزاء الفلوس، والله أعلم.

(باب الصرف في المعادن والإجارة في عمل المعادن)

ولو اشترى تراب ذهب أو تراب فضة بفضة لا يجوز إلا إذا علم أن ما فيه مثل ما يعطي؛ لأن المقصود ما فيه من الذهب والفضة دون التراب؛ لأنه لا قيمة له، ولا يدري ما فيه من الذهب، فيكون بيع الذهب بالذهب مجازفة.

وكذلك إن باعه بذهب أو فضة لا يجوز، لاحتمال أن يكون ما فيه من الذهب، أو الفضة مثل الذهب، أو الفضة الخالص، أو أقل فيبقى نقص الذهب مع الفضة، أو الفضة بغير عوض؛ لأنه لا قيمة للتراب، فيكون ربا، فلا يجوز بالفضل والإجمال احتياطًا لأمر الربا بعد أن يكون يدًا بيد؛ لأنه صرف وهو بالخيار إذا رأى ما فيه؛ لأنه اشترى ما لم يره.

وإن لم يخلص شيء من الذهب لم يجز البيع ويسترد الثمن؛ لأنه اشتراه على أنه مال، فإذا هو ليس بمال كمن اشترى عبدًا فوجده حرًّا.

ولو اشتراه بتراب مثله لا يجوز؛ لأن المبيع ما فيهما وهو الذهب أو الفضة، وقدره مجهول، فيكون هذا بيع مجازفة.

ولو اشتراه بتراب خلاف جنسه جاز، ويكون صرفا إن خلص منهما شيء.

وإن لم يخلص منهما أو من أحدهما شيء يبطل البيع.

ولو اشترى من جملة التراب كذا منًّا لم يجز؛ لأنه مختلف بتفاوت ما فيه؛ لأنه قد يخلص منه عشرة، وقد يخلص منه عشرون فصار البيع مجهولًا.

ولو اشترى نصفه أو ربعه جاز، ويكون ما خلص مشتركًا بينهما على قدر ملكهما؛ لأنه لا يمكن الجهالة في البعض سابقًا.

وكذلك تراب الصواعين.

وإن كان في التراب ذهب وفضة لا يجوز بيعه بأحدهما؛ لأنه يتمكن فيه الربا بأن كان في التراب ذهب وفضة لا يجوز بيعه بأحدهما أكثر مما قوبل به، ويجوز بيعه بهما؛ لأنه بصرف الجنس إلى خلاف الجنس، ولا يجوز قسمة تراب المعدن حتى يخلص ما فيه؛ لأنها مبادلة كالبيع.

ولو حفر في المعدن، ثم باع تلك الحفيرة لا يجوز بيعه؛ لأنه باع ما لا يملكه؛ لأنه لم يقصد تملك تلك الحفيرة؛ بل قصد تملك ما فيها فلم تصر الحفيرة ملكًا له بخلاف ما لو احتفر حفيرة في أرض الموات، فإنه يملكها؛ لأنه بالاحتفار قصد تملكها.

استأجر أجيرًا تراب معدن بعينه جاز، وهو بالخيار إذا علم ما فيه؛ لأنه استأجره بما فيه من الذهب، وهو مشار إليه، فصار كما لو استأجره بدراهم مشار إليها وله الخيار؛ لأنه لم يرده، فإن رده رجع على المستأجر بأجر مثله؛ لأنه استوفى منفعته بشرط، وإذا لم يسلم له المشروط عاد إلى بدل الأصلي، وهو أجر المثل.

وإن استأجره بوزن من التراب بغير عينه لا يجوز؛ لأن ما فيه متفاوت، فيكون البدل مجهولًا، فيمنع الجواز إذا لم يكن مشارًا إليه.

كما لو استأجره بعين بغير عينه استأجره ليحفر له في المعدن بنصف ما يخرج منه لم يجز، وله أجر مثله؛ لأنه استأجره ببعض ما يخرج من عمله، فكان بمعنى قفيز الطحان، وذلك منهي عنه.

ولو استأجر رجلًا ليخلص له ذهبًا أو فضة من تراب المعادن، فإن كان التراب غير معين لم يجز؛ لأن محل العمل مجهول والعمل مما يختلف باختلاف التراب،

فصار كما لو استأجر خياطًا ليخيط له قميصًا، ولم يعين الكرباس.

وإن كان التراب معينًا جاز؛ لأن العمل معلوم.

ولو استأجره ليخلص له ألف درهم فضة، أو ألف مثقال ذهب من هذا التراب لا يجوز؛ لأنه يمكن فيه غرر، فإنه لا يدري أنه يخرج منها ألفًا أم لا.

(**المنتقى**): اشترى دارًا فيها معدن ذهب بذهب لا يجوز، وبفضة جاز؛ لأن المعدن فيها بمنزلة ترابها، فيقع البيع عليه.

(باب الإجارة في الصياغة وعمل التمويه)

استأجر صائغا ليصوغ له شيئًا بذهب أو فضة معلومة جاز؛ لأن الأجر بإزاء العمل لا بإزاء الفضة. استأجره بدرهم يموه له لجاما بقيراط ذهب من عنده لم يجز إلا أن يقبض الدرهم، ويقبض ذلك القيراط، ثم يدفعه إليه؛ لأنه قابل الأجر بالعمل والذهب، فما يخص العمل يكون إجارة، وما يخص الذهب يكون صرفا، وإذا فسد الصرف لعدم القبض فسدت الإجارة أيضًا؛ لأنها إجارة يشترط فيها صرف فاسد، فأوجب فسادها، ومتى تقابضا صحت الإجارة لتعامل الناس.

وإن كانت صفقة شرطت في صفقة، فلا يجوز.

كما لو قال: استأجرتك بشرط أن تصارفني لا يجوز، وإنما جوزنا لتعامل الناس، كما جوزنا شراء النعل والشراك بشرط أن يحذوه البائع.

ولو استأجره هكذا بغير الذهب والفضة جاز إن كان معلوما؛ لأنه ليس بصرف، قال رب اللجام: ردت كذا، أو لم ترد، فالقول له مع يمينه؛ لأنه منكر للزيادة ونعطيه ما زاد التمويه فيه؛ لأن ماء الذهب ملك العامل اتصل بملك المعمول له، وتعذر تمييزه عنه وهو ليس بمثلي، فيضمن قيمته كالثوب إذا وقع في صبغ رجل فصاحب الثوب يضمن قيمة ما زاد الصبغ فيه، ولا يضمن صبغًا مثل صبغه دفع ذهبا إلى صائغ ليصوغ له طوقا أو خاتما، ويريد من عنده ذهبًا معلوما بأجرة معلومة جاز؛ لأنه جعل الإجارة كلها بإزاء العمل، ثم أمره بالزيادة من عنده، فيكون مستقرضًا للزيادة لا مشتريًا، ثم يصير قابضا للقرض حكما لاتصاله بملكه، كمن دفع أرضه

إلى آخر ليزرعها بكر حنطة على أن يكون الخارج لي، صار مستقرضا للكر وقابضا له لاتصاله بملكه.

وإن قال: لم ترد؛ إن لم يحشوا بوزن؛ لأنه يمكن معرفته بالعيان والمشاهدة.

وإن كان محشوا، فالقول: للآمر مع يمينه لما بينا إلا أن يشاء الصائغ أن يرد عليه ذهبه، ويأخذ الطوق؛ لأنه احتمل أن يكون الصائغ زاد فيه ما ادعاه، فلو أخذنا بقول الأمر لذهب مال الصائغ، فيتضرر به، ولا ضرر على الآمر في دفع ذهبه إليه، فكان في إثبات الخيار للصائغ إيصال كل ذي حق إلى حقه بخلاف مسألة تمويه اللجام؛ لأنه تعذر إيصال كل واحد إلى عين حقه لتعذر التمييز بينهما، فكان إثبات الخيار لصاحب اللجام أولى؛ لأنه صاحب أصل والعامل صاحب بيع كما في مسألة الصبغ أمره أن يصوغ له خاتما بفصه هي قرض عليه، لم يجز؛ لأنه يعمل في ملك نفسه؛ لأن القرض لا يصير ملكًا للمستقرض إلا بالقبض حقيقة، أو حكما باتصاله بملكه، ولم يوجد. استأجر دراهم إلى الليل لم يجز؛ لأن به لا يمكن الانتفاع بالدراهم مع بقاء عينها، ومحل الإجارة منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين، فتكون إجارتها قرضا كإعارتها.

ولو استأجر حليًا، أو إناء فضة جاز؛ لأنه يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه. دفع لجاما ليموهه بفضة وزنًا معلوما يكون قرضًا عليه بأجرة معلومة جاز؛ لأنه استأجره بعمل معلوم بأجر معلوم واستقرض منه فضة معلومة، ويصير قابضًا باتصالها بملكه.

وإن اتصل بملكه ماء الفضة لا عينها للتعامل، فإنه جرى التعامل فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا استقراض عين الفضة لا مائها، والقياس يترك بالتعامل فيما بين الناس أنهم يريدون بهذا.

ولو قال: أقرضني واجعله قلبا لا يجوز ما لم يقبض؛ لأنه استأجره ليعمل في ملكه؛ لأن القرض لا يفيد الملك إلا بالقبض حقيقة، أو باتصاله بملكه، ولم يوجد.

ولو قال: أعطيك ذهبًا مكان فضتك، لم يجز إن فارقه؛ لأنه جعل الذهب بإزاء الفضة المموهة، فيكون صرفًا والقبض من شرطه، فإن عمل فله مثل فضته وأجر مثله لا يجاوز المسمى؛ لأنه قبض الفضة بعقد فاسد حتى اتصل بملكه بأمره، فلزمه رد مثلها دفع إليه فضة ليعمل له شيئًا، ويزيد من عنده.

فقال الصائغ: زدت خمسة؛ لأن فضتك كانت خمسة، وهذه عشرة.

وقال الدافع: ما زدت؛ بل فضتي كانت عشرة، فالقول للصائغ؛ لأنه ينكر قبض أكثر من خمسة من الدافع.

ولو قال الدافع: عملت بغير أجر، فالقول للدافع مع يمينه؛ لأن العامل يدعي عليه الأجر، وهو ينكر.

ولو قال الدافع: كانت فضتي بيضاء.

وقال العامل: سوداء، فالقول للعامل مع يمينه؛ لأنه ينكر هو القابض، فيكون القول قوله في صفة المقبوض كما في الغصب. اشترى لجاما مموها بشرط الخيار جاز؛ لأنه ليس بصرف؛ لأن الذهب في حكم المستهلك.

(باب بيع الفلوس واستقراضها)

اشترى شيئًا بفلس بعينه، فله أن يعطيه غيره، ولا ينفسخ العقد بهلاكه؛ لأن الفلوس صارت ثمنًا باصطلاح الناس، فصارت كالدراهم، والثمنية لا تبطل بتعيينهما؛ لأن التعيين محتمل يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب وصفته، كأنه قال: بعت منك بمثل هذه الفلوس، ويحتمل أن يكون لتعليق العقد بعينها، فلا ينفسخ الاصطلاح على الثمنية، ولا يثبت التعيين بالاحتمال، حتى لو صرحا، وقالا: قصدنا به تعليق العقد بعينها يتعين، ويصير مثمنا.

ولو باع الفلوس بالفلوس أو بالدراهم أو بالدنانير فنقد أحدهما دون الآخر جاز.

وقال مالك: لا يجوز.

وقال زفر: لو اشترى درهمًا بفلوس ليست عنده لا يجوز؛ لأنه باع ما ليس عنده؛ لأن الأصل في البياعات أن يكون المبيع ممتازًا عن الثمن، ولا تكون الثمنية والمثمنية شائعة في البدلين للتنافي بين الصفقتين، فلا يجمع في مال واحد إلا لضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأنه أمكن أن يجعل الفلوس مبيعا، والدراهم ثمنا؛ لأن الثمنية للفلوس صفة عارضية محتملة للزوال، وللدراهم أصلية لازمة، فصار بائعًا فلوسًا ليست عنده، فلا يجوز.

لنا: أن الفلوس صارت ثمنًا باصطلاح الناس، فلا يجوز إبطال الثمنية إلا لضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأنه يجوز أن تكون الثمنية والمثمنية شائعة في البدلين فإنه يجوز بيع العرض.

وإن كانت الثمنية والمثمنية شائعة فيهما فكان مشتريا الدراهم بثمن ليس عنده لا بائعًا ما ليس عنده، فيجوز ويكتفي بقبض أحد البدلين؛ لأن بقبض أحدهما يصير عينًا بدين، وفي بيع الذهب والفضة شرط قبض البدلين نصًّا لا قياسًا، والفلوس ليست في معناها؛ لأن الثمنية لهما صفة أصلية خلقية، وللفلوس صفة عارضية على صرف الزوال بالكساد، فلا يكون النص الوارد ثمة وارد هنا دلالة.

وإن افترقا لا عن قبض أحدهما يبطل؛ لأنه دين بدين. اشترى خاتما بفلوس، وتفرقا قبل التقابض جاز؛ لأن الخاتم متعين، فكان افتراقا عن عين بدين باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما جاز خلافًا لمحمد له: أن الفلوس أثمان، فيكون فلس مقابلًا بفلس، ويبقى الآخر فضلًا خاليًا عن العوض، فيكون ربا.

لهما: أن صفة الثمنية إنما تثبت في حقهما باصطلاحهما لا باصطلاح غيرهما لأن لهما ولاية على أنفسهما دون غيرهما فهما لما أقدما على هذا العقد، فقد تركا اصطلاحهما؛ لأنهما قصدا جواز العقد، ولا صحة له إلا ببطلان معنى الثمنية، وصيرورته سلعة، فبطلت الثمنية، وصارت سلعة مقتضى إقدامهما على العقد تحريا للجواز.

ولو باع فلسًا بغير عينه بفلسين يغير أعيانهما لا يجوز.

وإن تقابضا في المجلس لاحتمال ربا النقد؛ لأن بائع الفلسين ربما يأخذ الفلس فيمسك أحدهما ويرد الآخر، أو بائع الفلسين ربما يقبض الفلس الواحد ويضم إليه فلسًا وسلمهما إليه، فيبقي البائع الفلس، فلسًا بلا عوض وإنه ربا.

بخلاف ما لو كانت الفلوس معينة؛ لأنه ليس لواحد منهما أن يعطي صاحبه عين ما عينه؛ لأن الفلوس تعينت بتعيينها، فلم يملك أحدهما شيئًا بلا عوض زال عن ملكه.

ولو باع فلسًا بعينه بفلسين بغير أعيانهما، أو على العكس لا يجوز ما لم يقبض ما كان دينا في المجلس، لاحتمال أن مشتري الفلس بعينه يقبضه ويعطيه مع آخر بائعه، فيحصل لبائعه فلسه بعينه وزيادة فلس بلا عوض، فيكون ربا.

وعن أبي يوسف: أنه يجوز؛ لأن الفلوس عروض صارت عددية متقاربة، فجاز متفاضلًا ومتساويًا وعينًا ودينًا كسائر العدديات المتقاربة.

اشترى متاعًا بدانق[1] فلوس، أو بقيراط فلوس جاز استحسانًا لا قياسًا. وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس أن الدانق يراد به الفضة، ولهذا لو اشترى بدانق لم يقيده بالفلوس في العرف والعادة عبارة عن مقدار معلوم من الفلوس من مصر واحد، فيكون ذكر الدانق من الفلوس كناية عن عشرة أفلس إن كان الدانق عشرة، والمعروف كالمشروط، فصار كأنه قال: بعني بكذا فلسًا، فلا يكون صفقة في صفقة.

وكذلك بدرهم فلوس يجوز، إلا أنه في الدراهم أفحش؛ لأن الفلوس ليست ثمنًا في الأصل، وإنما ضربت لتقام مقام الكسور من الفضة لحاجة الناس إلى ذلك في شراء المحقرات؛ لأن كسر الدراهم الوضح مكروه؛ فلا حاجة إلى إقامة الفلوس مقام الدرهم الصحيح، فصار كأنه اشترى بدرهم، ثم شرط أن يعطيه فلوسا، فينبغي أن لا يجوز إلا أنه مع هذا يستعمل ذكر الدراهم لتعريف عدد الفلوس به، فيجوز.

ولو قال: أعطني بهذا الدرهم كذا فلسًا ودرهمًا صغيرًا، وزنه نصف درهم إلا حبة جاز؛ لأنه لم يبين للصغير حصة من الدرهم الكبير، فصرفا إليه من الدرهم الكبير بمثل وزنه، والباقي احتيالا للجواز، فتضمنت الصفقة صرفًا وبيعًا، فما يخص الدرهم الصغير من الدرهم الكبير يكون صرفا، وما يخص الفلوس يكون تبعًا فيراعى في كل واحد أحكامه.

---

(١) هو مكيال إسلامي يستعمل في الوزن والكيل أثناء العصور الإسلامية. والدانق وهو يوناني معرب ووزنه ثمان حبات شعير وخمسا (٥/١) حبة. أو سدس (٦/١) درهم.

عند الحنفية: ٠.٥٢١غرام.

وعند الجمهور: ٠.٤٩٦غرام.

ولو قال: أعطني بنصفه كذا فلوسًا، وبنصفه الباقي درهما صغيرًا، وزنه نصف درهم إلا حبة فسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يبطل في الدرهم الصغير خاصة لما عرف.

ولو اشترى مائة فلس بدرهم، فقبض الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت لا يبطل البيع قياسًا، ويتخير المشتري إن شاء قبضها كاسدة وإن شاء فسخ البيع، وهو قول زفر؛ لأنه قادر على تسلم المبيع حقيقة؛ لأن المبيع يعيب بالكساد، ولم يهلك قبل القبض؛ لأن الثمنية للفلوس زالت بالكساد من وجه باعتبار العدد، وبقيت من وجه باعتبار الوزن؛ فإنه بعد الكساد يباع وزنا والموزون يصلح ثمنًا، فصارت الثمنية محله معينة وبعيب المبيع قبل القبض يوجب الخيار دون الانتقاص، ويبطل البيع استحسانًا؛ لأن كساد الفلوس بمنزلة الهلاك؛ لأن المقصود من الفلوس الرواج ورواجها من حيث الثمنية باعتبار العدد لا باعتبار الوزن، فإنه يباع بعد الكساد وزنًا سلعًا لا ثمنًا عددًا والعقد تعلق بالفلوس باعتبار الثمنية، فكان الرواج للثمنية كالحياة فترك الكساد منزلة الهلاك، وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع.

ولو قبض خمسين جنسًا، ثم كسدت الفلوس بطل البيع في النصف وردّ نصف درهم باعتبار التبعيض بالكل.

ولو رخصت لا يبطل؛ لأنه لم يهلك؛ لأن معنى الثمنية قائم على حاله؛ لأن الرواج عددا على حاله، وإنما رخص والرخص لا يعد عيبًا.

ألا ترى لو رخص المبيع قبل القبض لانتقض البيع، ولا يتخير المشتري فكذا هذا.

ولو كسدت الفلوس الثمن قبل قبضها بطل البيع عند أبي حنيفة.

وعندهما لا تفسد، وتجب قيمتها؛ لأن البيع أوجب الفلوس في الذمة إلا أنه بالكساد تعذر تسليم ما وجب في ذمته، فتجب عليه قيمته، كما لو اشترى شيئًا بالرطب فانقطع عن أيدي الناس.

له: إن وصف الثمنية للفلوس، إنما يثبت باصطلاح الناس، فوصف الرواج، فإذا بطل الاصطلاح والرواج بالكساد بطل كونه ثمنًا، فبقي مبيع بلا ثمن، فبطل.

ولو اشترى بفلوس كاسدة في موضع لا تنفق، فإن كانت بأعيانها جاز وبغير أعيانها لم يجز؛ لأنها عروض في هذه البلدة، فيكون التعيين شرطًا لصحة العقد.

ولو استقرض فلوسًا قبضها فكسدت، فعليه مثلها عند أبي حنيفة.

وعندهما قيمتها من الدراهم.

وكذلك لو غصب واستهلك.

لهما: أنه أوجب عليه بالقرض فلوس رائجة موصوفة بالثمنية، وبعد الكساد عجز عن تسليم الفلوس بهذه الصفة فيلزمه رد قيمتها.

وعند أبي يوسف تعتبر القيمة يوم القرض؛ لأنها صارت مضمونة عليه يومئذ.

وعند محمد يعتبر يوم الكساد؛ لأن العجز تحقق يومئذ. له: إن صفة الرواج معنى يرجع إلى رغبات الناس، وفوات هذا الوصف لا يمنع وجوب القرض ابتداء بدليل جواز القرض بعد الكساد، فلا يبطله انتهاء، ثم عند بعضهم يرد مثل الفلوس وزنًا؛ لأنه موزون للحال، وعند بعضهم يرد مثلها عددًا؛ لأنها مضمونة بالعدد، فيبقى كذلك.

والأصح أن عليه قيمته يوم الانقطاع من الذهب والفضة.

وقيل: هذا بناء على ما لو غصب رطبا فهلك عنده، أو استهلكه، ثم انقطع أوانه فقد عجز عن تسليمه بانقطاع أوانه، وهنا عجز عن تسليم الرائجة بالكساد.

ثم عند أبي حنيفة في الرطب عليه قيمته يوم الخصومة، فهنا يجب اعتبار القيمة يوم الخصومة، وإيجاب قيمتها يوم الخصومة.

وعند أبي يوسف في الغصب عليه قيمة الرطب يوم الغصب.

وعند محمد يوم الانقطاع، فكذا هذا يجب قيمة الفلوس رائجة يوم القبض أواخر يوم كانت رائجة؛ لأن إيجاب القيمة أعدل من إيجاب عنها.

ولو اشترى فلوسًا وتقابضا على أن كل واحد بالخيار، وتفرقا على ذلك، فالبيع فاسد؛ لأن الخيار يمنع صحة القبض.

ولو كان أحدهما بالخيار، فالبيع جائز عندهما؛ لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له في المبيع، فوجد القبض المستحق بالعقد في أحدهما.

وعلى قياس قول أبي حنيفة: لا يجوز لأن الخيار يؤثر في الجانبين جميعًا، فيمنع صحة القبض.

ولو باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما، فبشرط الخيار يجوز؛ لأنها بمنزلة العروض، فلم يكن القبض شرطًا.

(**النوادر**): باع عرضًا بدراهم، ولم يقبض الدراهم حتى صارت لا تنفق، فإن كانت لا تنفق في جميع البلدان فسد البيع.

وإن كانت لا تنفق في هذه البلدة، وتنفق في غيرها لا يفسد؛ لأنه لم يهلك، لكنه يعيب فيخير البائع بين أخذ مثلها وبين أخذ قيمتها.

ولو استقرض دراهم تجارية فالتقيا في بلد لا يقدر على التجارية، فإن كانت تنفق من ذلك البلد، فإن شاء صاحب الحق أجله قدر المسافة ذاهبًا وجائيًا، ويستوثق منه.

وإن شاء أخذ قيمتها؛ لأنها إذا كانت نافقة لم تتعين، فبقيت في الذمة.

وإن كانت لا تنفق في بلده وجبت القيمة؛ لأنها تغيرت عما كانت.

وعن أبي يوسف: أنه يكره الاستقراض بالدراهم المعجلة والمرتقة وإنفاقها.

وإن كانت تروج فيما بين الناس؛ لأن فيه غرورًا للعامة؛ لأنه يتخوف فيه من الدّلسة على الجاهل به، ومن العاجز الذي لا يتحرج.

وقال أبو يوسف: كل شيء لا يروج بين الناس ينبغي أن يقطع، ويعاقب صاحبه إذا أنفقه، وهو يعرف لما فيه من ضرر بالعامة.

(باب القروض والديون والبيع فيهما)

فيه فصلان:

فصل في جواز القروض.

وفصل في الشراء بالقرض والديون.

(فصل)

ويجوز القرض فيما هو من ذوات الأمثال: كالمكيل، والموزون، والعددي

المتقارب كالبيض والجوز؛ لأن القرض مضمون بالمثل، وهذه الأشياء مثليات، فأمكن إيجاب المثل، فجاز قرضها، ولا يجوز فيما ليس من ذوات الأمثال: كالحيوان والنبات والعدديات المتفاوتة؛ لأنه تعذر إيجاب المثل والقرض يوجب ضمان المثل في الذمة، وما ليس من ذوات الأمثال لا يجب دينًا في الذمة، فلا يجوز استقراضه.

وعند الشافعي يجوز في الحيوان إلا في الجواري، في قول بناء على أن السلم في الحيوان يجوز عنده؛ لأنه مثلي، وإنما لا يجوز في الجواري عنده بخلاف السلم؛ لأن القرض موضوع لتمليك المنفعة كالعارية، وملك العين في القرض يثبت تبعًا لملك المنفعة ضرورة التمكن من استيفاء المنفعة باستهلاك العين، فلا يكون ثابتا مطلقا من كل وجه، وحل الوطء لا يثبت إلا بملك العين من كل وجه، بخلاف السلم، فإنه يفيد الملك مطلقا، ويملك المقبوض بالقرض الفاسد؛ لأن الإقراض الفاسد تمليك بمثل مجهول ففسد التمليك، وملكه فالقبض كالمقبوض في البيع الفاسد، والمقبوض بحكم قرض فاسد يتعين للرد.

فأما في القرض الجائز إذا كان قائما في يد المستقرض، لا يتعين للرد وهو بالخيار، إن شاء رد عينه، وإن شاء رد مثله.

ورُوي عن أبي يوسف: للمقرض أن يأخذ عينه، وليس للمستقرض أن يعطيه بعضه إلا برضاه، وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لأن القرض إعارة لا مبادلة.

إذ لو اعتبر مبادلة لما جاز استقراض المكيل والموزون؛ لأنه يصير بائعًا مكيلًا أو موزونًا بعينه بمكيل أو موزون بغير عينه في الذمة، وأنه لا يجوز لما جاز علم أنه إعارة ولهذا يصح القرض بلفظ الإعارة.

لنا: إن القرض إعارة يفيد ملك العين؛ لأنه يمكن الانتفاع بالمستقرض لا باستهلاكه، فصار العين ملكًا له بشرط رد المثل، وأقيم رد المثل مقام رد العين، ولهذا فقد تصرف المستقرض فيه، فكان حق المقرض في مثل المقبوض لا في عينه.

والأجل في القرض باطل، خلافًا لمالك وابن أبي ليلى؛ لأن القرض إعارة

لوجود معنى الإعارة فيه، وهو التسليط على الانتفاع بالعين مع الرد، والأجل في العواري باطل؛ لأنها شرعت عين لازمة، ومتى صح التأجيل صارت لازمة قبل مضي الأجل، فيتضمن التأجيل يعتبر حكم الشرع، فلا يجوز والأجل في ضمان المتلفات جائز خلافًا لزفر.

وفي الثمن جائز خلافًا للشافعي؛ لأن التأجيل إسقاط مؤقت لما فيه من سقوط حق المطالبة والمطالبة ليست بمال فكان إسقاطًا محضًا وسائر الديون شرعت لأزمنة قابلة للسقوط، فلم يتضمن التأجيل فيها تغيير حكم الشرع؛ لأنه يتصور تغيير حكم الشرع وهو تصييره لأزمنة، ولا كذلك القرض وعارية كل شيء يجوز قرضه قرض؛ لأن الإعارة تسليط على الانتفاع بالعين مع وجوب الرد عليه عند طلب المعبر إلا أنه لا يمكن انتفاع بهذه الأشياء إلا بإتلاف أعيانها.

فكان إعارتها تسليطا على إتلاف عينها مع وجوب مثلها، وقام رد المثل مقام رد العين، وهذا هو معنى القرض والعبرة للمعاني، فانعقد القرض بلفظ الإعارة لاتحاد معناهما، وعارية كل شيء لا يجوز قرضه عواري؛ لأنه أمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها، فكان إعارتها تمليكًا لمنافعها دون أعيانها فبيع العين على ملك المعير، ولا يجوز قرض جر منفعة بأن أقرض له دراهم مكسرة، بشرط أن يرد عليه صحاحا، أو أقرضه طعاما في مكان بشرط أن يوفيه في مكان آخر؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم "**نهَى عن قرضٍ جرّ منفعةً**"[1]؛ ولأنه يحصل له زيادة منفعة مالية بسببه، فنسبته الربا[2].

---

(١) رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي مرفوعا، وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك، قال عمر بن بدر في المغني: لم يصح فيه شيء (تلخيص الحبير ٢٤/٣ ط. شركة الطباعة الفنية ١٣٨٤هـ، وفيض القدير ٢٨/٥ ط. المكتبة التجارية ١٣٥٦هـ) وأخرجه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفا بلفظ: (**كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا**) ورواه في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفا عليهم (نيل الأوطار ٣٥٠/٥ - ٣٥١ ط. دار الجيل ببيروت).

(٢) انظر: المغني ٣١٧/٤، ٣١٨، ورد المحتار ١٧٢/٤، ١٧٤، وحاشية القليوبي على شرح المنهاج ٢٦٠/٢.

فإن قضاه أجود من غير شرط جاز لقوله صلى الله عليه وسلم: "**خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً**"[١]؛ ولأنه تبرع بالجودة فجاز، وإذا أتى بالأجود هل يجبر صاحب الدين على القبول قيل لا يجبر؛ لأن ثواب القرض يزيد على ثواب الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مكتوب على باب الجنة: الصَّدَقَةُ بِعَشْرِ أَمْثَالِهَا، وَالْقَرْضُ بِثَمَانِيَةَ عَشَرَ**"[٢] فلو أجبر على قبول الأجود فعجل له بعض ثوابه في الدنيا فينتقص ثوابه في الآخرة، فله أن يمتنع من قبوله ليبقى ثوابه موفورًا في الآخرة[٣].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١٣٠ (٢٣٠٥) و٣/١٥٣ (٢٣٩٣) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. وفي ٣/١٣٠ (٢٣٠٦) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة. وفي ٣/١٥٣ (٢٣٩٠) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة. وفي (٢٣٩٢) قال: حدثنا مسدد، عن يحيى، عن سفيان. وفي ٣/١٥٥ (٢٤٠١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن شعبة. وفي ٣/٢١١ (٢٦٠٦) قال: حدثنا عبد الله بن عثمان بن جبلة، قال: أخبرني أبي، عن شعبة. وفي ٣/٢١٢ (٢٦٠٩) قال: حدثنا ابن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا شعبة. و«مسلم» ٥/٥٤ (٤١١٧) قال: حدثنا محمد بن بشار بن عثمان العبدي، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤١١٨) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا وكيع، عن علي بن صالح. وفي (٤١١٩) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا سفيان. و«ابن ماجه» (٢٤٢٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا شبابة (ح) وحدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قالا: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (١٣١٦) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا وكيع، عن علي بن صالح. وفي (١٣١٧) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا شعبة. وفي (١٣١٧م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«النسائي» ٧/٢٩١، وفي «الكبرى» (٦١٦٨) قال: أخبرنا عمرو بن منصور، قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧/٣١٨، وفي «الكبرى» (٦٢٤٦) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، عن وكيع، قال: حدثني علي بن صالح.

ثلاثتهم: (سفيان الثوري، وشعبة بن الحجاج، وعلي بن صالح) عن سلمة بن كهيل، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، فذكره.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٤٣١) قال: حدثنا عبيد الله بن عبد الكريم، قال: حدثنا هشام بن خالد، قال: حدثنا خالد بن يزيد بن أبي مالك، عن أبيه، فذكره.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٢.

وقيل عند زفر: لا يجبر.

وعندنا: يجبر ليتخلص من عليه الدين، ولا بأس بهدية من عليه الدين والقرض؛ لأن عمر رضي الله عنه أوصى أبي بن كعب وقبل هديته، والأفضل أن يتورع عنه إذا علم أنه يعطيه لأجل القرض، أو أشكل عليه.

وإن علم أنه لا يعطيه لأجل القرض؛ بل لقرابة أو صداقة بينهما لا يتورع عنه.

وكذا لو كان المستقرض معروفا بالجود والسخاء؛ لأن مهاداة هؤلاء علم أنه أهداه لا لأجل القرض التي يتعامل بها التجار مكروهة إذا شرط ذلك في القرض لا ينتفع بإسقاط الخطر في الطريق، فيصير بمنزلة قرض يجر منفعة.

وإن لم يشرطه فلا يكره لما مر، ولا يجوز قرض مملوك أو مكاتب درهما فصاعدًا؛ لأن فيه معنى التبرع.

(فصل)

اشترى بقرض له عليه فلوسًا جاز ويشترط قبضها في المجلس كي لا يكون دينًا بدين، أمر المقرض المستقرض أن يصادق بماله عليه، لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما.

وهي مسألة أسلم ما لي عليك لما يأتي في الوكالة دفع المستقرض إلى المقرض دراهم لصيرفها بدنانير، ويأخذ حقه منه فهو وكيل وأمين.

ولو تلف قبل أن يستوفي دينه لا يبطل دينه؛ لأنه مأمور بالمصادقة ويأخذ حقه من بدل الصرف، والمأمور أمين فيما قبض وفي ثمنه، فلا يكون مضمونًا عليه ما لم يأخذ منه حقه كالمودع أمر المودع بأن يأخذ الوديعة بحقه، فلما لم يحدث قبضًا لا يصير قابضًا بحقه.

بخلاف ما لو قال: بعها بحقك فباعها بدراهم مثل حقه فأخذها فهو من ماله؛ لأن الواحد لا يصلح وكيلًا بالبيع من الجانبين، فيكون هذا أمرًا بالبيع من غيره، ثم أمرًا بالقبض بحقه، فإذا قبضه صار قابضًا حقه وناب القبض الواحد عن الصرف عن نفسه. باع دينا له على آخر من غيره، أو اشترى به متاعًا من غيره لم يجز.

عند زفر يجوز، وعليه أن يؤدي الثمن من عند نفسه؛ لأن العقد لا يتعلق بالدين المضاف إليه، وإنما يتعلق بمثله بدليل أنه لو اشترى شيئًا بالدين ممن عليه الدين، ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل الشراء، ويجب مثل الدين ثمنًا على المشتري، فصار كأنه اشترى بمثل الدين الذي له على فلان، فيجوز فكذا هذا وهذا إنما يستقيم على رواية عنه بأن الدراهم والدنانير لا يتعينان بالتعيين.

لنا: أنه شرط في هذا العقد اتباع المديون ومطالبته بالثمن معنى؛ لأن إضافة العقد إلى الدين لم تصح في حق تعلق العقد بعينه؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان، فصار ذلك عبارة عن اشتراط الاتباع، وتسليم الثمن على غريمه وأنه لا يقتضيه العقد؛ لأن موجب العقد ثبوت الثمن في ذمة المشتري فيفسد.

ولو اشترى به ممن عليه الدين جاز؛ لأن ما في ذمته مقبوض؛ لأن ذمته في يده، فصار كما لو اشترى عينا مضمونا عليه يصير قابضا له كما فرغ عن البيع فكذا هذا.

(**الجامع**): أصله أن بيع الدين بالدين جائز إذا افترقا عن قبضهما في الصرف أو عن قبض أحدهما في غير الصرف؛ لأن قبض البدلين يشترط في الصرف، وفي غيره قبض أحدهما شرط لتحصيل الافتراق عن عين بدين، والنقد لا يتعين بالإشارة عينًا كان أو دينًا؛ لأن الدين عبارة عن تسليم العين وتمليكه لما عرف في موضعه، وعين النقد يتعين بالإشارة عينًا كان أو دينًا؛ لأن الدين عبارة عن تسليم العين. اشترى المستقرض الكر القرض من المقرض جاز، ويشترط قبض ثمنه في المجلس؛ لأن العقد وقع عن دين في ذمته فيشترط قبض ما يقابله لئلا يكون دينا بدين بخلاف ما لو كان لكل واحد منهما على الآخر كر ودين فتبايعا ما له بما عليه جاز.

وإن افترقا من غير قبض؛ لأن كل واحد بنفس الشراء ملك ما في ذمته وسقط عنه الدين، فحصل الافتراق بعد سقوط الدينين، فلا يكون افتراقا عن دين بدين وهنا المستقرض إن صار قابضًا لما في ذمته حكمًا، ولكن القبض الحكمي لا يكفي لجواز بيع الدين بالدين؛ لأنه بهذا القبض لا يصير المقبوض عينًا وأحد الدينين باقٍ في ذمة الآخر، فيقع الافتراق عن دين بدين.

فإن أدى الثمن، ثم وجد المستقرض مالكه القرض عينا لم يرده؛ لأنه ليس بمبيع؛ لأنه ملك المستقرض، وإنما المبيع كر مثله دين في ذمته ويرجع بنقصان

العيب؛ لأنه باع كرًّا في ذمته مثل الكر القرض، وإنه معيب فيكون الكر المبيع أيضًا معيبا، وقد هلك بسقوطه في ذمته فتعذر رده فيرجع بالنقصان.

ولو اشترى ما عليه بكرّ مثله جاز إن كان عينا، ولا يجوز إن كان دينا إلا إذا قبضه في المجلس لما مر، فإن وجد بالمعروض عيبا لا يرجع بنقصان العيب؛ لأنه لو رجع كان ربا؛ لأنه سلم له، فيكون الفضل ربا بخلاف ما لو اشتراه بالنقد حيث يرجع؛ لأن النقد ليس من جنس الحنطة، فيكون الفضل ربا.

ولو اشترى المستقرض كر القرض بعينه من المقرض لم يجز؛ لأنه ملكه إلا في رواية النوادر عن أبي يوسف لما مر.

ولو باعه من المقرض جاز؛ لأنه لا ملك له فيه ولا يتضمن فسخ القرض؛ لأن القرض لا يحمل الإقالة؛ لأنه إعارة، وقد قام قبض العين فيما لا يملكه يمكن الانتفاع مكان القبض المنفعة والمنفعة بعد استيفائها لا تقبل الفسخ بالإقالة كما في الإجارة.

وقيل: القرض يحمل الإقالة إلا أن إقالته تقتضي تسليمًا وتسلمًا فلا يثبت مقتضى البيع كالهبة لا تثبت مقتضى الأمر بالإعتاق. استقرض مائة على أنها جياد وقبض، ثم اشترى القرض من المقرض بعشرة دنانير جاز ويشترط قبض بدله في المجلس لما مر، فإن وجد الدراهم المقروضة زيوفًا لا يرجع بشيء؛ لأن العقد لا يتعلق بما في ذمة المستقرض؛ بل يتعلق بمسألة دينا له في ذمة المقرض، فيجب للمستقرض على المقرض مائة جياد، وللمقرض عليه مثلها في زعمهما، فصار قصاصًا فصار المستقرض مستوفيًا الجياد بالزيوف وصارت الزيوف مقبوضة عن الجياد لا عن الدنانير.

وقد هلكت الزيوف بسقوطها عن ذمته بنفس الشراء، وإذا أخذ قيمة النقصان حصلت له مائة وزيادة بإزاء العيب، فيكون ربًا بخلاف غير الأثمان؛ لأن العقد تعلق بعين ما في ذمة المستقرض؛ لأن غير النقد يتعين بالإشارة والإضافة عينًا أو دينًا، فصار مشتريا ما في ذمته من الحنطة بدراهم، ولا ربا بينهما.

وإن وجدها المستقرض ستوقة يرجع؛ لأنها عروض واستقراضها باطل، فإن لم يتفرقا وبعد الدنانير واستوفى مائة جيادة من المقرض صح العقد؛ لأن العقد لم

يتعلق بما في الذمة؛ بل يتعلق بمثله، فلا يبطل إذا ظهر أن لا شيء في الذمة.

وإن تفرقا فقد بطل الصرف وترد الستوقة ويسترد دنانيره؛ لأنه ظهر أنه لم يكن للمقرض على المستقرض دراهم، فلم يصر المستقرض قابضًا لما اشترى من المقرض، فحصل الافتراق قبل قبض أحد البدلين فبطل.

ادعى على رجل مكيلًا أو موزونًا فباعه منه بمائة، ثم تصادقا أن لا شيء عليه بطل العقد؛ لأن العقد تعلق بالمشار إليه في الذمة، فصار كما لو باع طعامًا في طرف مشار إليه، ثم ظهر أنه ليس فيه طعام بطل البيع؛ لأنه باع ما ليس عنده.

ولو ادعى دراهم أو دنانير وفلوسًا وتصادقا بعد الافتراق بطل العقد إلا في الفلوس، فإنه لا يبطل؛ لأن في النقدين قبض البدلين شرط في المجلس ولم يوجد، وفي الفلوس قبض أحدهما شرط.

(باب الصرف في دار الحرب)

مسلم دخل دار الحرب، أو حربي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر، فبايع مع حربي عقدا الربا، أو بيع الفاسد جاز عندهما.

وعند أبي يوسف والشافعي لا يجوز؛ لأن المسلم إنما يتملك مال الحربي بالعقد لا بالأخذ؛ لأنهم شرطوا أن لا يملك مالهم إلا بالعقد، والعقد وقع فاسدًا فلا يجوز أن يستفيد به ملكًا حلالًا.

لهما: قوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا ربًا بينَ المسلمينَ وأهلِ الحربِ في دارِ الحربِ**"[1] وأراد به نفي الربا شرعًا لا حقيقة؛ لأنها لا تنتفي؛ ولأن مالهم مباح وبعقد الأمان لم يصر معصومًا إلا أنه التزم أن لا يغدر بهم ولا يتعرض لما في أيديهم بدون رضاهم.

فإذا أخذه برضاهم فقد تعرى الأخذ عن الغدر، فتملك بالأخذ بحكم الإباحة

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٤ - ط. المجلس العلمي): "غريب" يعني أنه لا أصل له. ثم ذكر أن الشافعي قال عن رواية مرفوعة ذكرها مكحول بلفظ: "لا ربا بين أهل الحرب" قال الشافعي: هذا ليس بثابت، ولا حجة.

السابقة وتأثير المعاهدة في تحصيل التراضي دون التملك، فكان الملك في حق الحربي زائلًا بالتجارة كما رضي به، وفي حق المسلم ثابتا بالأخذ، والأخذ للتملك قد تحقق منه، فإن دخل حربي إلينا بأمان فبايعه مسلم على هذه الوجوه لم يجز؛ لأن ماله معصوم لا يملك بالأخذ، فلو ملك إنما يملك بالعقد وإنه ربا فاسد.

أسلم حربيان في دار الحرب فتبايعا الربا أو الخمر، والخمر نقد ونحوه جاز ويكره.

عند أبي حنيفة لا يجوز، ويرد الفضل بناء على أن ماله معصوم عندهما.

وعنده مباح ما لم يحرزه بدار الإسلام لما عرف.

وإن خرجا إلينا قبل التقابض بطل العقد، وصح فيما كان مقبوضًا لما رُوي أنه عليه السلام "**لمّا فتح مكة رد كل ربا لم يكن مقبوضًا، ولم يردّ ما قبض**"، ولا يجوز من المستأمنين في دارنا ولا من الأسيرين منا في دارهم لما عرف، ولا ربا بين المولى وعبده ولا صرف؛ لأن ما يأخذه المولى ملكه.

وكذلك إن كان عليه دين؛ لأن له أن يأخذه كسب عبده المديون ببدل يعدله، فإنه يملك أن يستخلص كسب عبده لنفسه ببدل يعدله من غير شيء، فجعل أخذا بهذا الطريق، فلا يتحقق الربا إلا أنه إذا باع منه درهمًا بدرهمين يرد الدرهم الزائد إلى العبد؛ لأنه أخذه بغير عوض لا لأجل الربا حتى لو اشترى منه درهمًا بدرهمين، فإنه لا يجب الرد.

كما لو أخذه من كسبه بغير شيء درهمًا ودفع إليه درهمين، ولا يجوز ذلك مع مكاتبه؛ لأن حقه لا يظهر في حق كسب المكاتب؛ لأنه لا يملك شيئًا من كسب المكاتب إلا بالشراء، فصار كالأجنبي.

ولو تبايع المتفاوضان درهمًا بدرهمين جاز؛ لأن البدل والمبدل مشترك بينهما، فيكون بيع بعض ماله ببعض ماله.

وكذلك شريكا العنان إذا تبايعا من مال الشركة.

وإن كان من غير مال الشركة لم يجز؛ لأن كل واحد فيما ليس من تجارتهما كالأجنبي، والله أعلم بالصواب.

فهرس المحتويات

كتاب الصوم ٣

باب الدخول في الصوم ٤

باب الأوقات التي يُكرهُ فيها الصوم ١٠

باب ما يُكره للصائم أن يفعله وما يُستحب ١٧

باب ما يُفَطِّرُه وما لا يُفَطِّرُه ٢٢

باب الأعذار التي تبيح الإفطار ٢٩

باب من يلزمه إمساك بقية اليوم بعد الإفطار ٣٣

باب مَنْ تلزمه الكفارة بالإفطار ومَنْ لا تلزمه ٣٥

فصل ٤١

باب الشروع في صوم التطوع ٤٧

فصل ٤٩

باب الشهادة على رؤية الهلال ٥٠

باب الاعتكاف ٥٣

باب النذر بالاعتكاف ٥٨

كتاب الحَيْض ٦٣

باب معرفة الدماء الفاسدة ٨٠

فصل ٨٢

باب أحكام انقطاع الدم ٨٤

باب نَصْب العَادَةِ لِلمُبْتَدِأَةِ ٨٧

فصل ٨٩

فصل ٩٢
باب انتقال العادة ٩٣
باب الحَيْضِ والطُّهر إذا اختلفا قَدْرًا ٩٤
فصل ٩٦
فصل ٩٧
باب استمرار الدم المنقطع ٩٨
باب الزيادة والنقصان في الحيض ١٠٠
باب تقديم الحيض وتأخيره ١٠٢
الفصل الأول ١٠٢
الفصل الثاني ١٠٤
الفصل الثالث ١٠٤
الفصل الرابع ١٠٥
الفصل الخامس ١٠٧
باب الإضلال ١٠٩
فصل ١١٠
فصل في الإضلال بالمكان ١١٢
فصل في الإضلال بهما ١١٣
باب النفاس ١١٩
فصل ١٢١
فصل في الإضلال في النفاس ١٢٤
كتاب الحج ١٢٦
باب العمرة ١٣٤
باب الإحرام ١٣٦
باب الجمع بين إحرامين ١٤٤

باب ما يَفْعَلهُ المحرم بعد إحرامه..... ١٤٧
باب القِرَانِ ١٥٢
باب التمتع ١٥٦
باب مُجَاوَزَة الميقات بغير إحرام..... ١٦٢
باب دخول مكة بغير إحرام..... ١٦٥
باب خروج الحاج من مكة إلى عرفات ١٦٦
باب الوقوف بعرفة ١٧٠
باب الدفع من عرفات ١٧٤
باب الدَّفع من مُزْدَلفَةَ ١٨١
باب قَطْع التَّلْبِيَةِ ١٨٩
باب الحلق والتقصير..... ١٨٩
باب دخول مكة وطواف التحية ١٩٣
باب السعي بين الصفا والمروة ١٩٥
باب طواف الزيارة ١٩٩
باب طواف الصَّدَرِ ٢٠٦
باب الطواف ومناسك الحج بغير النية ٢٠٩
باب الطواف جُنُبًا أو مُحْدِثًا أو مع النجاسة في ثوبه أو عُرْيَانًا ٢١٢
باب تكميل طواف الزيارة من طواف الصدر..... ٢١٥
باب من يَفُوْتُه الحج ٢١٦
باب الجماع في الحج ٢١٩
بَابُ المُحْصَرِ ٢٢٢
باب الهَدْي ٢٢٩
بَابُ مَا يَجْتَنِبُ المُحرم من اللبس وما لا يجتنب عنه..... ٢٣٥
باب التطيب والتدهين ٢٣٩

باب الحَلق في الإحرام ٢٤٣
باب قلم الأظفار ٢٤٦
باب كفارة محظورات الإحرام ٢٤٧
باب النذر بالحج ٢٤٩
باب الرجل يحج عن غيره ٢٥٣
فصل ٢٥٣
فصل ٢٥٥
فصل ٢٥٩
باب ما يخالف الحاج عن غيره وما لا يخالف ٢٦١
فصل ٢٦١
فصل ٢٦٣
فصل ٢٦٤
فصل ٢٦٥
باب ما يَحْرُم من قتل الصيد على المحرم وما لا يحرم ٢٦٦
فصل ٢٦٧
فصل ٢٦٨
باب معرفة جزاء الصيد ٢٧٠
باب قتل المحرم الصيد وجرحه والدلالة عليه ٢٧٣
فصل ٢٧٣
فصل ٢٧٥
فصل ٢٧٧
فصل ٢٨١
باب حرمة ذبيحة المحرم والحلال من الصيد ٢٨٣
باب قتل الصيد وقطع الأشجار في الحرم ٢٨٥

فصل ٢٨٨
باب الصيد يجني عليه الرجلان ٢٩٠
باب الصيد ازدادت قيمته أو انتقصت بعد الجناية ٢٩٣
كتاب الكَسْبِ ٢٩٧
باب معرفة الكسب..... ٢٩٨
باب معرفة الأكل..... ٣٠٣
باب معرفة الكسوة..... ٣٠٧
باب معرفة الإطعام..... ٣٠٩
باب معرفة الكلام..... ٣١٣
باب الأبنية الرَّفيعة والسَّرَاري الجميلة..... ٣١٦
كتاب البيوع ٣١٨
باب السَّلَمِ..... ٣١٩
باب ما ينتقض القبض فيه ٣٣٩
باب الزيادة في رأس المال أو في المسلم فيه ٣٤٢
باب قبض السلم ٣٤٣
باب الاختلاف في السَّلم ورأس المال..... ٣٤٧
فصل ٣٤٩
القسم الثاني في البياعات الباتة والموقوتة ٣٥١
باب ما يقع به البيع..... ٣٥١
باب قبول أحد المتبايعين بعض المبيع..... ٣٥٧
باب معرفة المبيع من الثمن ٣٦٢
باب حق حبس المبيع للبائع..... ٣٧٢
باب تسليم المبيع وتسلمه ٣٧٤

فصل ٣٧٧
باب ما ينوب قبضه عن قبض الشراء أو ما لا ينوب..... ٣٨٢
باب قبض المبيع بغير إذن البائع ٣٨٤
باب التصرف في المكيل والموزون ونحوه قبل الكيل والوزن ٣٨٩
باب بيع المكيل والموزون والمذروع يزيد أو ينقص..... ٣٩٦
باب التصرف في المبيع قبل القبض..... ٤٠١
باب حقوق المبيع..... ٤٠٤
فصل ٤٠٤
فصل ٤٠٨
فصل ٤١٠
باب كسب المبيع وإيهابه قبل القبض ٤١١
باب الزيادة المتولدة من المبيع ٤١٤
باب الزيادة في الثمن والمثمن والحط ٤١٩
فصل ٤١٩
فصل ٤٢٣
باب بيع الوالد والوصي على الولد الصغير ٤٢٦
بَابُ بَيْع الفُضُوْلِيّ والغَاصِبِ ٤٣٠
فصل ٤٣٦
باب المقبوض على سَوْمِ البيع ٤٤٠
القسم الثالث في الربويّات..... ٤٤٥
باب معرفة الربا ٤٤٥
فصل ٤٥٠
باب شبهة الربا لشبهة المجانسة ٤٥١
فصل ٤٥٧

باب فساد البيع لجهالة المبيع..... ٤٦٠
فصل ٤٦٣
باب فساد البيع لجهالة الثمن ٤٦٦
باب العقد على شيئين لا يجوز في أحدهما ٤٦٩
باب فساد البيع لكون المبيع معجوز التسليم..... ٤٧١
باب بيع ما هو على خطر الوجود ٤٧٤
باب بيع ما هو تعلق به حق الغير..... ٤٧٦
باب الشروط المفسدة للبيع ٤٧٨
فصل ٤٨٥
باب فساد البيع من جهة الأجل..... ٤٨٦
باب ما يملك بالبيوع الفاسدة وما لا يملك..... ٤٨٧
باب تصرف المشتري في المبيع بيعًا فاسدًا..... ٤٩٠
باب البيع يقع على شيء فيصادفه على خلافه ٤٩٨
باب ما يَحْرُمُ بَيْعُه ٥٠١
باب بيع المحرم الصيد ٥٠٧
باب بيع الهوام والسباع ٥٠٨
باب بيع الثمار على الأشجار وشراء الثمار على الأشجار ٥١٢
باب بيع الأشجار والحيطان ٥١٥
باب بيع نصيبه من المشترك ٥١٩
باب شراء ما باع بأقل مما باع ٥٢٢
باب الإقالة ٥٢٦
القسم الرابع في الخيارات..... ٥٣٠
باب خيار الشرط..... ٥٣٠
فصل ٥٣٠

فصل ٥٣٤
فصل ٥٤٣
فصل ٥٤٦
باب من يبيع على غيره ويشترط الخيار لنفسه أو يبيع لنفسه ويشترط الخيار لغيره..... ٥٤٨
باب البيع بشرط عدم النفذ إلى ثلاثة أيام ٥٥١
باب من يشتري شيئين على أن يختار أحدهما ٥٥٣
باب خيار الرؤية..... ٥٦٠
باب ما يكون رؤية بعضه كرؤية كله..... ٥٦٦
باب شراء المُغَيّبَات في الأرض ٥٦٩
فصل ٥٧٠
باب معرفة العيوب..... ٥٧١
باب ما يمنع تفريق الصفقة بالرد وما لا يمنع ٥٨٠
باب المخاصمة في الرد بالعيب ٥٨٣
باب من يخاصم معه في الرد ومن لا يخاصم ٥٨٩
باب إقرار البائع بالعيب ثم ادعى زواله ٥٩٤
باب من يُرَدّ عليه المبيع بعيب فيرده هو على بائعه ٥٩٦
باب ما يمنع الرد بالعيب ويوجب الرجوع بالنقصان ٥٩٨
الفصل الأول..... ٦٠٤
الفصل الثاني ٦٠٦
الفصل الثالث ٦٠٦
باب ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع ٦٠٨
باب ما يزداد المبيع وينتقص قبل القبض ٦١٥
باب البراءة من العيوب ٦٢٤
باب بيع المرابَحَة والتَّوليَةِ والوَضِيعَةِ..... ٦٢٨

فصل ٦٣٣
باب وجوب بيان ما يحدث في السلعة في المرابحة ٦٣٤
فصل ٦٣٦
باب ما يلحق بالثمن في المرابحة وما لا يلحق به ٦٣٧
باب بيع التلجئة ٦٣٨
باب بيوع أهل الذمة ٦٤٢
باب ما يكره التفريق في البيع بين الرقيق ٦٤٥
باب الاستبراء ٦٤٩
باب استبراء الأختين ٦٥٧
باب الاختلاف في المبيع أو قيمته بعد الهلاك والاستحقاق ٦٥٨
باب الاختلاف في المردود بالعيب ٦٦٠
باب في الاختلاف في المرابحة ٦٦٣
باب الاختلاف في الفسخ والإجازة في بيع الخيار ٦٦٥
باب الجناية على المبيع ٦٦٩
باب جناية المبيع على المبيع ٦٧٨
كتاب الصّرْف ٦٨٠
باب خيار الرد بالزيافة والاستحقاق ٦٨٥
باب التّصَرُف في بدل الصَّرْفِ قبل القبض ٦٨٨
باب الصرف مجازفة ٦٩٠
باب بيع الأواني والسيوف المحلاة ٦٩٣
باب الاستحقاق والصرف والصلح في الصرف ٦٩٦
باب المرابحة في الصرف والزيادة في ثمنه والحط عنه ٦٩٧
باب بيع الموزون بجنسه وبخلاف جنسه ٦٩٩
باب الصرف في المعادن والإجارة في عمل المعادن ٧٠١

باب الإجارة والصياغة وعمل التمويه ٧٠٣
باب بيع الفلوس واستقراضها ٧٠٥
باب القروض والديون والبيع فيهما ٧١٠
فصل ٧١٠
فصل ٧١٤
باب الصرف في دار الحرب ٧١٧
فهرس المحتويات ٧١٩

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية كلية الشريعة

الجزء الثالث

المحتوى:

النكاح - النفقات - الطلاق - الرضاع - العدة

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي (ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568		عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	**Lebanon**	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

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

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

ISBN 978-2-7451-8337-8

9 782745 183378 90000

بسم الله الرحمن الرحيم

رب يسر

كتاب النكاح

يحتاج إلى معرفة: شرعية النكاح، وتفسيره، وركنه، وشروطه، وحكمه، وصفته شريعة.

أما الشريعة: فلقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] وقوله عليه السلام: "**تناكحُوا تناسلُوا تكثرُوا؛ فإنّي أباهِي بكمُ الأممَ يومَ القيامةِ حتى بالسقطِ**"[1]؛ ولأن النكاح عقد مصلحة؛ لأنه ينطوي على مصالح جمة، فإنه طريق لانفتاح باب قضاء الشهوة، فإن الشهوة المركبة في الآدمي متى هاجت لا بد من قضائها لئلا يميل إلى السفاح، ولا طريق لقضائها على ما عليه العادة سوى النكاح، وكذا سبب لحصول النسل الذي يتعلق به بقاء العالم، فإن الله تعالى لما حكم ببقاء العالم إلى حين، ولا بقاء إلا بالتوالد والتناسل، ولا يتحقق ذلك إلا بالنكاح عادة،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٥٠) قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم. و«النسائي» ٦/٦٥، وفي «الكبرى» (٥٣٢٣) قال: أخبرنا عبد الرحمن بن خالد. و«ابن حبان» (٤٠٥٦) قال: أخبرنا أحمد بن مكرم بن خالد البرتي، قال: حدثنا علي بن المديني. وفي (٤٠٥٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي.

ثلاثتهم: (أحمد بن إبراهيم، وعبد الرحمن بن خالد، وعلي بن المديني) قالوا: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا مستلم بن سعيد، ابن أخت منصور بن زاذان، عن منصور، يعني ابن زاذان، عن معاوية بن قرة، فذكره.

فيكون النكاح عقد مصلحة، فيجب أن يكون كل أحد بسبيل من تحصيله[١].

وأما تفسيره لغة: فهو الضم[٢]، الجمع يقال: أَنْكَحْنا الفَرا فَسَنَرى؛ أي: جمعنا بين حمار الوحش والأهلي، ومنه قول القائل[٣]:

أَنْكَحْتُ صُمَّ حَصَاهَا خُفَّ يَعْمَلَة تَغَشْمَرَتْ بِي إِلَيْكَ السَّهْلُ وَالْجَبَلَا

وقال الشاعر[٤]:

إنّ القبورَ تُنْكِحُ الأيامَى النسوة الأرامل واليتامى

أي: يجمع ويضم إلى نفسها، سُمي النكاح نكاحًا لما فيه من ضم أحد الزوجين إلى الآخر شرعًا، إما وطئًا، أو عقدًا حتى صارا فيه كمصراعَي باب وزوجَي خف.

وأما ركنه: فالإيجاب والقبول من الزوجين.

وأما شرطه: على الخصوص فالشهود وكون المرأة من المحللات لما تبين.

وأما حكمه: فملك المتعة مقابلًا بملك المهر.

وأما صفته: قال داود بن علي: بأنه فريضة.

وقال الشافعي: بأنه مباح.

وقال أصحابنا: بأنه سنة مؤكدة حتى إن الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلي لنفل العبادة إلا إذا خاف الجور والميل.

وعند الشافعي: التخلي لنفل العبادة أفضل إلا إذا تاقت نفسه إلى النساء.

لنا: أن مصالحه ومنافعه أعم؛ لأنه سبب لتحصين نفسه بإعفافها عن الزنا

---

(١) انظر: المجموع ١٣١/١٦، نهاية المحتاج ١٨٠/٦، المغني ٤٤٦/٦، ابن عابدين ٢٦١/٢.

(٢) انظر: المبسوط (٩٢/٤ ١)، الفتح والعناية (١٨٥/٣ - ١٨٧)، البحر الرائق (٨٢/٣)، تبيين الحقائق (٩٥/٢).

(٣) البيت للمتنبي، الصم الصلاب الشداد من كل شيء، واليعملة الناقة القوية لأنها تعمل السير، وتغشمرت تعسفت وركضت على غير قصدٍ يقول أوطأت خف ناقتي حجارةَ المفاوز حتى وطئتها وسارت بي إليك في السهل والجبل على غير الطريق. انظر: شرح ديوان المتنبي للواحدي ٤٥٠/١.

(٤) انظر: الاشتقاق ٣٦/١، والزاهر ١٠/٢.

ولحفظهن عن الموبقات، فإنها لا تصير محفوظة إلا بحافظ ورقيب، وبالنكاح يتمكن من قضاء الوطر، وإطفاء ثائرة الشهوة للحال؛ لأنه متى وجد محلًّا حلالًا لمصب مائه وكسر شهوته لا يرغب إلى الحرام، فيستغني بالنكاح عن السفاح، وبالنوافل لا يحصن نفسه عن السفاح إلا بواسطة تجويعها، وتقليل عذابها، وذلك لا يكون إلا بعد مدة مديدة، فكان النكاح أبلغ، وتحصين نفسه عن الزنا من النوافل فكان أولى كالإمارة بحق والحكومة بعدل، والله أعلم بالصواب.

(باب معرفة المحللات والمحرمات من النساء)

النساء المحرمات بكتاب الله تعالى، أو بالسنة تنقسم إلى تسعة أقسام: محرمات بالقرابة، والصهرية، وبالرضاع، وبالجمع، وبالتقديم، وبتعلق حق الغير، وبالملك، وبالشرك، وبالطلقات الثلاث.

(أما القسم الأول):

فالمحرمات بالقرابة سبعة:

وهي: الأمهات، والبنات، والأخوات، والخالات، والعمات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، فهن محرمات بنص الكتاب نكاحًا ووطئًا، ودواعيه على التأبيد لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ الآية [النساء: ٢٣]، فالله تعالى حرم هذه المحال على التأبيد مطلقًا، والحرمة متى أضيفت إلى المحل يحرم الفعل فيه مطلقًا إلا أن كل فعل فيه تكريم وتعظيم للمحل ليس بحرام بالإجماع، وفي الوطء والاستفراش استذلال واستهانة بالمحل، فالشرع حرم القريبة صونًا لها عن الاستفراش، والاستذلال بملك النكاح، وكرامة لها.

أما الأمهات: فأم الرجل وجداته من قبل أبيه وأمه، وإن علون في أعلى الذرية لأن اسم الأمهات مطلق على الكل، لكن على أمه حقيقة بالتوليد، وعلى الجدات عرفًا بالتسبب، وبه وردت التسمية، وأطبقت عليه الأمة.

وأما البنات: فبنته لصلبه وبنات ابنه وبنته، وإن سفلن إلى أسفل الذرية؛ لأنه

سبب لتوليدهن وبفرعهن، فتكون مضافة إليه حقيقة وشرعًا، فينطلق عليهن اسم البنت.

وأما الأخوات: فالأخت لأب وأم والأخت لأم، وكذلك بنات الأخ والأخت، وإن سفلن؛ لأنها منصوصة.

وأما العمات: فثلاثة: عمة لأب وأم، وعمة لأب، وعمة لأم، وكذا أم العمة حرام؛ لأن الأم عمته لأبيه وأمه أو لأبيه هي أم أبيه لا محالة، وأم ابنه هي حرام عليه.

وأما عمته لأبيه هي: أخت أبيه لأب فأمها تكون امرأة جدة أب الأب وامرأة الجد حرام عليه، وجد عمات أبيه وعمات أجداده وعمات أمه وعمات جداته، وإن سفلن.

وأما عمة العمة: فإنه يُنظر إن كانت العمة القربى عمة لأبيه وأمه أو لأبيه، فعمة العمة حرام؛ لأن القربى إذا كانت أخت ابنة لأبيه وأمه أو لأبيه، فإن عمتها تكون أخت جدة أب الأب وأخت أب الأب حرام؛ لأنها عمته.

وإن كانت العمة القربى عمة لأمه فعمة العمة لا تحرم؛ لأن أب العمة يكون زوج أم ابنه، فعمتها تكون أخت زوج الجدة أم الأب وأخت زوج الأم لا يحرم فأخت زوج الجدة أولى أن لا يحرم.

وأما الخالات: فخالته لأب وأم وخالته لأب وخالته لأم وخالات آبائه وأمهاته.

وأما خالة الخالة: فإن كانت الخالة القربى خالة لأب وأم أو لأم فخالتها تحرم عليه.

وإن كانت القربى خالة لأب فخالتها لا تحرم عليه؛ لأن أم خالته القربى تكون امرأة الجد أب الأب لأم أمه، فأختها تكون أخت امرأة أب الأب وأخت امرأة الجد لا تحرم عليه.

فأما بنات العم وبنات العمة وبنات الخال والخالة محللات بقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] وهن غير مذكورات في عداد المحرمات فكن داخلات في عدد المحللات.

(وأما القسم الثاني):

فالمحرمات بالصهرية أربعة: أمهات نسائه وبناتهن، وتحرم أم امرأته بنفس العقد على البنت، ولا تحرم الربيبة حتى يدخل بأمها.

وقال مالك وداود الأصفهاني وبشر المريسي: بأنها لا تحرم بنفس العقد على البنت ما لم يدخل بالبنت. وحكوا هذا المذهب عن علي رضي الله عنه.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] فالله تعالى أطلق حرمة الربيبة بالدخول بأمها فأجرينا المطلق على إطلاقه، والمقيد على تقييده، وتحرم الربيبة وإن لم تكن في حجر الزوج.

وقال علي رضي الله عنه: لا تحرم عليه إذا لم تكن في حجره؛ لأن الله تعالى قيد حرمتها بالدخول وبكونها في حجر الزوج، والمقيد بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما.

لنا: أن كونها في حجره ما ذكر لتعليق الحرمة به، وإنما ذكر على وفق العادة بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] علق الإباحة بعدم الدخول لا غير.

ولو كانت الحرمة معلقة بهما لتعلقت الإباحة بعدمهما؛ لأن المعلق بشرطين لا يؤخذ بوجود أحدهما، ونظيره قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] نهى عن المباشرة في الاعتكاف في المسجد، ولم يعلق حرمة المباشرة بالاعتكاف، وبكونه في المسجد؛ لأنه ذكر في الكينونة في المسجد على وفق العادة، فكذا هذا.

وكذا بنات بنت المرأة وبنات المرأة وبنات ابنها ومنها حليلة الابن وابن الابن وابن البنت، وإن سفلوا حرام على الأب دخل بها الابن أو لا، ولا تحرم حليلة ابن المتبني لقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] خص ابن الصلب حتى يقع الفصل بينهما، ومنها حليلة الأب بملك نكاح أو يمين

والأجداد من قبل الأب والأم وإن علون حرام على ابنه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] أي: من نكح آباؤكم؛ لأن كلمة (ما) قد تعبر عن كلمة من لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّمَآءِ وَمَا بَنَىٰهَا ۝٥﴾ [الشمس: ٥] أي: ومن بناها، معناه: ولا تطؤوا (من) وطئ آباؤكم من النساء؛ لأن النكاح للوطء حقيقة، فموطوءة الأب حرام بنص الكتاب ومنكوحته، إذا لم يدخل بها حرام بالسنة وإجماع الأمة، وضرب من الاستدلال، فإنها تحرم بالوطء والعقد يفضي إلى الوطء طبعًا وأقيم مقام الوطء شرعًا عند عدمه في حق ثبوت حرمة المصاهرة، وصار العقد كالخلف عن الوطء كالنوم مع الحدث، وتثبت الحرمة بالنكاح الصحيح دون الفاسد؛ لأن الفاسد ليس بسبب للوطء شرعًا؛ لأنه لا يفيد الحل، فلا يقضي إليه غالبًا، فلا يقام مقام الوطء، ويثبت حرمة المصاهرة بالوطء عن الشبهة وبالزنا حتى لو وطئ امرأة بجور حرمت عليه أمها وابنتها، وتحرم الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه وتحرم على الواطئ أصولها وفروعها.

وعند الشافعي: الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾، حرم موطوءة الأب على الابن، ولم يفصل بين كون الوطء حلالًا أو حرامًا لما بينا، وكذلك النظر إلى الفرج بشهوة واللمس بشهوة.

وعند الشافعي: الزنا في الملك لا يوجب الحرمة.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ بِشَهْوَةٍ حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا، وَحَرُمَتْ عَلَى ابْنِهِ وَأَبِيهِ**"(١)، ولأنه سبب الوطء طبعًا فيقام مقام الوطء في إيجاب الحرمة احتياطًا كالعقد؛ بل أولى؛ لأن اللمس عن شهوة في السببية إلى الوطء فوق العقد، فلما أقام العقد مقام الوطء في إيجاب الحرمة فاللمس أولى.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٥/٤ ط. السلفية) من حديث أبي هانئ بلفظ "من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها" وإسناده ضعيف لضعف حجاج بن أرطاة، قال عنه الحافظ ابن حجر في التقريب (١٥٢ ط. دار الرشيد) صدوق كثير الخطأ والتدليس ا هـ. وقد عنعن.

وحكى الطحاوي إجماع السلف وحد الشهوة - ذكر علي العمر عن أصحابنا حدها - أن ينشر آلته بالنظر والمس، فإن كانت آلته منتشرة قبله، بأن يزداد قوة وشدة.

وإن كان عنينًا أو مجبوبًا، بأن يتحرك قلبه بالاشتهاء إذا لم يكن متحركًا قلبه.

وإن كان متحركًا، فإنه يزداد الاشتهاء.

وقيل: حدها أن يشتهي بقلبه، أما تحرك الآلة والانتشار ليس بشرط وهو الأصح، فإن اللمس والنظر يتحقق من العين، ولا تنتشر آلته، ويتحقق من المجبوب ولا آلة له.

ولو مس امرأة وعليها ثوب، فإن كان الثوب صفيفًا يمنع وصول حرارة بدنها إلى يده لا تثبت الحرمة؛ لأنه مس الثوب، وإن كان رقيقًا لا يمنع ذلك تثبت الحرمة؛ لأنه مس المرأة.

ثم النظر إلى ظاهر الفرج لا يوجب الحرمة ما لم ينظر إلى داخلها، وهو مروي عن أبي يوسف رحمه الله، وهو الصحيح؛ لأن النظر من كل وجه إنما يتحقق بالنظر إلى داخله.

وفي (**الزيادات**): لو نظر إلى دبر امرأة بشهوة لا يوجب الحرمة؛ لأن هذا النظر لا يفضي إلى الوطء في محل الحرث، فلا يقام مقامه، ولهذا قالوا: المس إذا اتصل به الإنزال لا يوجب الحرمة؛ لأنه لم يبق سببًا للوطء.

ولو مست المرأة رجلًا بشهوة تثبت حرمة المصاهرة.

رجل أخذ بيد جارية ليقبلها بشهوة، فلم يفعل، حرمت على ابنه؛ لأن أخذه بيدها لشهوة القبلة بمنزلة مسه للشهوة.

ولو مس شعر امرأة لشهوة حرمت عليه أمها وابنتها.

قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا جامع صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها لا تحرم عليه أمها؛ لأن هذا وطء صورة معنى لانعدام معنى الوطء فيه، وهو قضاء الشهوة.

وقال أبو يوسف: تحرم عليه أمها.

وإن كانت ممن يجامع مثلها حرمت عليه أمها.

وقال أبو يوسف: لو جامع صبية فيما دون الفرج لشهوة ماتت ولا يدري هل كانت تشتهى في حسنها وجمالها لا يحل له أمها احتياطًا للحرمة.

رجل نظر إلى فرج ابنته بغير شهوة فتمنى أن يكون له جارية مثلها فوقعت منه شهوته مع رفع بصره، فإن وقعت شهوته على ابنته حرمت عليه أمها.

وإن وقعت على ما تمنى لم تحرم؛ لأن النظر إلى فرج البنت لا يكون بشهوة حينئذ.

ولو قصد إلى فراش امرأته ليجامعها وهي نائمة مع ابنتها المشتهاة، فوصلت يد الزوج إلى بنتها فقرصها بإصبعه، وظن أنها امرأته، فإن كان يشتهي عند ملامستها حرمت عليه امرأته، وإلا فلا.

رجل له جارية، فقال: قد وطئها لا تحل لابنه.

وإن كانت في غير ملكه، فقال: قد وطئتها تحل لابنه أن يكذبه، ويطأها؛ لأن الظاهر يشهد له.

ولو اشترى جارية من ميراث أبيه يسعه أن يطأها حتى يعلم أن الأب وطئها.

تزوج امرأة على أنها بكر، فلما أراد مجامعتها وجدها مفتضة، فقال لها: من افتضك؟ فقالت: أبوك، إن صدقها الزوج بانت منه، ولا مهر لها، وإن كذبها فهي امرأته.

وقال محمد رحمه الله: الخلوة بامرأته لا تحرم ابنتها.

وعن أبي يوسف: أنه تحرم ابنتها؛ لأن الخلوة أقيمت مقام الوطء في حق تأكد البدل، وهو المهر، فكذا في حق حرمة المصاهرة احتياطًا للحرمة.

لمحمد: إن الخلوة إنما تقام مقام الوطء في حق تأكد البدل ضرورة أن الوطء ليس في وسعها، فأما لا ضرورة فيما عداه فلا يقام الوطء.

(القسم الثالث):

وهو أن كل من يحرم بالقرابة والصهرة يحرم بالرضاع لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ

ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**يحرمُ من الرضاعِ ما يحرمُ من النّسبِ**"[1] على ما يعرف في كتاب الرضاع.

(أما القسم الرابع):

وهو حرمة الجمع، وهو نوعان: حرمة الجمع بين الأجنبيات، وحرمة الجمع بين ذوات الأرحام.

أما الجمع بين الأجنبيات؛ فإنه لا يحل للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة عند عامة العلماء.

وقال بعض الروافض: يحل التسع.

وقال بعضهم: يحل ثماني عشرة.

والصحيح قول العامة لقوله تعالى: ﴿مَّثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۚ﴾ [النساء: ٣]، معناه: ثنتين ثنتين، أو ثلاثا ثلاثا، أو أربعا أربعا، ذكر الواو وأراد به أو لأنه وصف كل جملة بكونها مثنى أو ثلاثا أو رباعا، وإنما ينصف بذلك أن لو كان المراد بالواو، أو حتى تنفرد كل جملة عن الأخرى؛ لأن المثنى إذا جمع مع الثلاث يكون خماسا ولو

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١٧٠ (٢٦٤٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا همام. وفي ٧/٩ (٥١٠٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن شعبة، قال البخاري عقبه تعليقا: وقال بشر بن عمر: حدثنا شعبة. و«مسلم» ٤/١٦٤ (٣٥٧٣) قال: حدثنا هداب بن خالد، قال: حدثنا همام. وفي ٤/١٦٥ (٣٥٧٤) قال: وحدثناه زهير بن حرب، قال: حدثنا يحيى، وهو القطان (ح) وحدثنا محمد بن يحيى بن مهران القطعي، قال: حدثنا بشر بن عمر، جميعا عن شعبة (ح) وحدثناه أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن سعيد بن أبي عروبة. و«ابن ماجه» (١٩٣٨) قال: حدثنا حميد بن مسعدة، وأبو بكر بن خلاد، قالا: حدثنا خالد بن الحارث، قال: حدثنا سعيد. و«النسائي» ٦/١٠٠، وفي «الكبرى» (٥٤٢٢) قال: أخبرني إبراهيم بن محمد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن شعبة. وفي ٦/١٠٠، وفي «الكبرى» (٥٤٢٤) قال: أخبرنا عبد الله بن الصباح بن عبد الله، قال: حدثنا محمد بن سواء، قال: حدثنا سعيد.

ثلاثتهم: (سعيد بن أبي عروبة، وشعبة بن الحجاج، وهمام بن يحيى) عن قتادة، قال: سمعت جابر بن زيد، أبي الشعثاء، فذكره.

جمع الثلاث مع الرباع يكون سباعا، ونظيره قوله تعالى: ﴿جَاعِلِ ٱلْمَلَٰٓئِكَةِ رُسُلًا أُوْلِيٓ أَجْنِحَةٖ مَّثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۚ﴾ [فاطر: ١][(١)].

وأراد به أو دل عليه ما رُوي أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يمسك أربعًا منهن ويفرق البواقي[(٢)].

امرأة تزوجت بزوجين في عقده كان فاسدًا؛ لأن الجمع بين زوجين في النكاح يؤدي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، فيبقى كل واحد نسب الولد عن نفسه فلا يثبت نسب ماء، ولهذا لم يكن الجمع بين زوجين مشروعا في دين من الأديان، فإن كان لأحدهما أربع نسوة جاز نكاح الآخر؛ لأنه لم يتحقق الجمع بين رجلين إذا كانت هي لا تحل لأحدهما كمن تزوج أختين، وإحداهما معتدة الغير أو منكوحة يصح نكاح الفارغة؛ لأنه لم يتحقق الجمع بينهما وعليه جميع ما سميا لها؛ لأنها ما

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٢٩١/٦، وروضة الطالبين ١٥٦/٧، وكشاف القناع ١٢٢/٥، وحاشية الدسوقي ٢٧١/٢، وحاشية ابن عابدين ٣٩٧/٢.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٢٦٢١). وابن أبي شيبة ٣١٧/٤: ٢ (١٧٤٦٧) و٢١٦/١٤ (٣٧٤٣٩) قال: حدثنا ابن علية، ومروان بن معاوية. و«أحمد» ١٣/٢ (٤٦٠٩) قال: حدثنا إسماعيل. وفي ١٤/٢ (٤٦٣١) قال: حدثنا إسماعيل، ومحمد بن جعفر. وفي ٤٤/٢ (٥٠٢٧) قال: حدثنا محمد بن جعفر (ح) وعبد الأعلى. وفي ٨٣/٢ (٥٥٥٨) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا سعيد بن أبي عروبة. و«ابن ماجه» (١٩٥٣) قال: حدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا محمد بن جعفر. و«الترمذي» (١١٢٨) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا عبدة، عن سعيد بن أبي عروبة. و«أبو يعلى» (٥٤٣٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«ابن حبان» (٤١٥٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية. وفي (٤١٥٧) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن أبي عون، قال: حدثنا أبو عمار، قال: حدثنا الفضل بن موسى. وفي (٤١٥٨) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس.

ثمانيتهم: (عبد الرزاق بن همام، وإسماعيل بن إبراهيم ابن علية، ومروان بن معاوية، ومحمد بن جعفر، وعبد الأعلى بن عبد الأعلى، وسعيد بن أبي عروبة، والفضل بن موسى، وعيسى بن يونس) عن معمر بن راشد، عن ابن شهاب الزهري، عن سالم، فذكره.

رضيت إلّا بهذا القدر، فإذا لغى ذكر أحدهما وصح ذكر الآخر لا ينقص عما رضيت قبل هذا قول أبي حنيفة.

وعندهما يجب نصف ما سميا.

كما لو تزوج امرأتين بألف، وإحداهما لا تحل له صح نكاح من تحل له بجميع الألف عنده، وعندهما بنصفها، والجمع في ملك اليمين عقدا، أو وطئا حلالا.

وإن كبرت لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المعارج: ٣٠] وأما الجمع بين ذوات الأرحام فالجمع بين الأختين نكاحًا ووطئًا حرام لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] أي: حرمت الأختان حالة الجمع فقد حرم الجمع بينهما مطلقا إلا أن الجمع بينهما في ملك اليمين غير مراد بالإجماع، فصار بالجمع بينهما نكاحًا أو وطئًا مرادًا وحراما؛ ولأن في الجمع بينهما نكاحًا ووطئًا قطيعة الرحم؛ لأنه يفضي إلى الغضاضة، والغضاضة تفضي إلى قطيعة الرحم، وقطيعة الرحم حرام.

ثم الجمع بين الأختين لا يخلو إما أن يتزوجهما في عقده أو في عقدين، فإن تزوجهما في عقده فسد نكاحهما؛ لأن الجمع حصل بهما؛ لأن كل واحدة منهما جمعت إلى صاحبهما معا، فيكون سبب الفساد ثابتًا في حقهما.

وإن تزوجهما في عقدين فنكاح الأخيرة فاسد؛ لأن نكاح الأولى خلى عن المحرم، وهو الجمع، ونكاح الثانية لا ينفك عنه؛ لأن الجمع حصل على الأخيرة لا بالأولى، فتحقق سبب الفساد في حقها، فاقتصر الفساد عليها وصار كمن له أربع نسوة فتزوج بالخامسة يفسد نكاح الخامسة لا غير، فكذا هذا ويجب عليه أن يفارقها.

ولو علم القاضي بذلك يفرق بينهما؛ لأن العقد الفاسد معصية وسبيل المعاصي دفعها ما أمكن، فإن فارقها قبل الدخول لا يثبت شيء من الأحكام؛ لأن العقد الفاسد قبل الدخول لم يفسد شيئًا من أحكامه، وقد ارتفع بالمفارقة.

وإن فارقها بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة، ويثبت النسب ويعزل عن

امرأته حتى تنقضي عدة أختها وتثبت حرمة المصاهرة، أما المهر؛ فلأن استيفاء منافع البضع في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو عقوبة وغرامة، وقد سقطت العقوبة للشبهة، فوجب الغرامة صونًا للأبضاع المحرمة، ويجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل بالغًا ما بلغ.

لنا: أن منافع البضع غير متقومة حقيقة بدليل أنها لا تضمن بالإتلاف وإنما تتقوم بالعقد شرعًا، وقيمتها مهر المثل، فإن كان أكثر من المسمى ثبت التقوم بقدر المسمى لاصطلاحهما عليه وتراضيهما به.

وإن كان أقل من المسمى وجب قدر مهر المثل؛ لأن ما هو متقوم حقيقة لا يزاد على قيمته في العقد الفاسد وهذا أولى.

وأما العدة تجب صيانة لما في رحمها، وأما ثبات النسب يعرف في موضعه ولا يعرف امرأته حتى تنقضي عدة أختها لقوله عليه السلام: "**لا يحلُّ لرجلٍ يؤمنُ باللهِ واليومِ الآخرِ أن يجمعَ مَاءَهُ في رحم أختينِ**"[1].

وإن تزوجهما في عقدين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما ولهما نصف المهر، وهذا إذا ادعت كل واحدة منهما أنها الأولى، ولا حجة لهما؛ لأن نكاح إحداهما باطل بيقين، ولم يوجد الدخول بهما فوجب للأولى نصف مهر؛ لأن نكاحهما صحيح، وليست إحداهما أحق به من الأخرى فينتصف بينهما، فإن قالتا: لا ندري أي النكاحين أولا؟! لا يقضى لهما بشيء حتى يصطلحا على أخذ نصف المهر لكون المدعية مجهولة، ولا تنكح امرأة في عدة أختها من أي جهة كانت العدة.

وكذلك الخامسة في عدة الرابعة.

وقال الشافعي: يجوز إلا في الطلاق الرجعي.

والصحيح قولنا؛ لأن الجمع بين الأختين إنما لا يجوز صونا للقرابة عن

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (١٦٦/٣) وقال: لا أصل له. وقال: وفي الباب حديث أم حبيبة في الصحيحين أنها قالت يا رسول الله: انكح أختي قال: "**لا تحلُّ لي**". انظر (فتح الباري ١٥٨/٩. ط. السلفية ومسلم ١٠٧٢/٢).

القطيعة؛ لأن المشاركة والمساهمة في الاستمتاع والقسم والاسترفاق بمرافق الزوج يفضي إلى المغيظة، كما هو عادة الضرائر، والمغيظة تفضي إلى القطيعة في حالة العدة أشد؛ لأن المطلقة صارت محرومة عن الاستمتاع من جهة الزوج ومن جهة غيره باعتبار كونها ممنوعة محبوسة بحقه، وصارت الثانية متناولة لكل حقها مسترفقة بمرافق زوجها، وهذا في المغايظة أشد، فكان التقاطع والتباعد هنا أبلغ فوجب أن يحرم نكاح أختها صونا [للرحم] [1] عن القطيعة بخلاف ما بعد انقضاء العدة؛ لأن المغايظة في غير العدة لا تكون إلا يسيرة؛ لأنها تمكنت من الاستمتاع بزوج آخر، فيحصل لها التسلي بالثاني فلا تفضي إلى القطيعة، ولا بأس بأن يتزوج أخت أم ولده، أو مدبرته، أو أمته الموطوءة خلافًا لمالك؛ لأن المحرم هو الجمع في حكم واحد، إما نكاحًا أو وطئًا لم يوجد واحد منهما ولا يطأ التي تزوج حتى يملك فرج أمته من غيره لما يأتي في البيوع.

وعدة أم الولد تمنع نكاح أختها، ويجوز أن يتزوج أربعًا في عدتها عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعندهما يجوز نكاح الأخت والأربع.

وعند زفر لا يجوز كلاهما وهو رواية عن أبي حنيفة.

لهما: أن العدة أثر ذلك الفراش عند قيامه لا يمنع نكاح الأخت والأربع، فكذلك أثره؛ لأن حكم لا يرى على حكم الحقيقة.

له: أن الفراش قد تأكد بالعتق، بدليل أنه لا يملك النقل إلى غيره ولا يملك نفي نسب الولد.

وقيل: العتق يملك ذلك فالتحق هذا بملك النكاح، وأصل الفراش تأثيره في تحريم وطء الأخت دون الأربع صونا للرحم عن القطيعة، فكذا أثر وصفه وهو التأكد في تحريم نكاح الأخت دون الأربع، ليكون أثر الوصف على نهج أثر الأصل.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): لهما.

المعتدة التحقت بدار الحرب مرتدة يحل للزوج نكاح أختها وأربع سواها؛ لأن الشرع أنزلها ميتة بدليل أنه يورث مالها، فلا تبقى العدة.

كما لو ماتت، ثم ألحقنا ربع لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] بالخبر المشهور رواه أبي عبدة من الصحابة وهو قوله عليه السلام: "**لا تنكحُ المرأةُ على عمّتها، ولا على خالتها، ولا على بنتِ أخيها، ولا على بنتِ أختها، فإنكم إذا فعلتُم ذلك قطعتُم أرحامهنَّ**"[1]، فالزيادة على الكتاب بالخبر المشهور جائز، ويجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها؛ لأنه لا قرابة بينهما.

(وأما القسم الخامس):

ولا يجوز نكاح الأمة على الحرة ولا معها، ويجوز نكاح الحرة على الأمة ومعها.

وقال مالك: يجوز نكاح الأمة على الحرة إذا رضيت به؛ لأن عنده الحل لا ينتصف بالرق حتى قال بأن العبد يتزوج أربعًا بإذن المولى كالحر، ولكن حرمة نكاح الأمة على الحرة لاحترام الحرة كي لا يلحقها زيادة غضاضة بإدخال الأمة عليها، فكان المنع بحقها فيرتفع برضاها.

وعندنا: الحل ينتصف بالرق؛ لأن الحل نعمة وكرامة ثبت لحاجة العباد إليه ليتوصل به إلى قضاء الوطء وتحقيق النسك والسكن والازدواج والكرامة يتوفر بتوفر السرف، وتنتقص بنقصانه، والحرة أشرف من الأمة، فينبغي أن يكون حلها أكثر إنابة لخطرها، وإعظامًا لقدرها وشرفها، فأظهرنا نقصان حل الأمة في حق الأحكام المتعلقة به، وهو القسم والعدة وفي حق الأحوال حتى لا يحل حال وجود

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٢/٧ (٥١٠٨) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله. و«النسائي» ٩٨/٦، وفي «الكبرى» (٥٤٠٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة. وفي ٩٨/٦، وفي «الكبرى» (٥٤٠٨) قال: أخبرني محمد بن آدم، عن ابن المبارك. و«أبو يعلى» (١٨٩٠) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا جرير. و«ابن حبان» (٤١١٤) قال: أخبرنا أحمد بن الحسن بن عبد الجبار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن صالح الأزدي، قال: حدثنا ابن المبارك.

الحرة، ويحل حال عدم الحرة، ولهذا قال عليه السلام: "**لَا تُنْكَحُ الأَمَةُ عَلَى الْحُرَّةِ، وتُنْكَحُ الْحُرَّةُ عَلَى الأَمَةِ**"[1] والقدرة على طول الحرة لا يمنع نكاح الأمة، خلافًا للشافعي لأن الحل نعمة وكرامة تثبت بحاجة العباد والأمة محتاجة إلى هذه النعمة كالحرة، فوجب أن يحل حال عدم الحرة دفعًا لحاجتها ولا يحل حال وجود الحرة إظهارًا لنقصان حالتها، وعدة الحرة يمنع نكاح المرقوقة عند أبي حنيفة.

وعندهما يجوز في عدة البينونة؛ لأن بعد البينونة النكاح منقطع مرتفع، فلم يوجد نكاح الأمة على الحرة.

ألا ترى لو حلف لا يتزوج على فلانة فأبانها فتزوج أخرى في عدتها لم يحنث.

له: أن النكاح قائم من وجه بدليل قيام بعض أحكامه، وهو العدة ووجوب النفقة، وثبات النسب، والثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمات احتياطا.

ولو تزوج أربعًا من الإماء وخمسًا من الحرائر في عقده صح نكاح الإماء؛ لأن التزوج بالخمس باطل، فلم يحقق الجمع فصح نكاح الإماء، ويجوز للحر أن يتزوج أربعًا من الإماء خلافًا للشافعي؛ لأن عنده جواز نكاح الأمة ثابت بطريق الضرورة، فيقدر بقدره.

وعندنا ثابت لما بينا، وإنما لا يجوز طارئا على نكاح الحرة إظهارًا لفضيلة الحرية ونقيصة الرق.

ولو تزوج أمة بغير إذن مولاها ولم يدخل بها، ثم تزوج حرة، ثم أجاز المولى لم يجز؛ لأن نكاح الأمة ارتفع بنكاح الحرة؛ لأن الملك والحل إنما يثبت عند الإجازة، فكان للإجازة حكم إنشاء العقد في حق الحكم، فيصير متزوجا أمة على الحرة.

ولو تزوج ابنتها وهي حرة قبل الإجازة جاز؛ لأن النكاح الموقوف عدم في حق المحل، فلا يمنع نكاح غيرها.

(وأما القسم السادس):

ولا يجوز أن يتزوج بمنكوحة غيره ولا بمعتدته، أما منكوحته لقوله تعالى:

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧/٢٦٤، رقم١٣٠٨٢).

﴿۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٤]، وأما معتدته فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٥] ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها؛ لأنها محتبسة لحقه ورحمها مشغولة بمائه، وذلك لا يمنع عقده ويمنع عقد غيره المهاجرة إلى دار الإسلام مسلمة أو ذمية جاز تزوجهما، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة خلافًا لهما لما يأتي.

فإن كانت حاملًا روى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يجوز نكاحها ولا يطأها حتى تضع؛ لأنه لا حرمة لماء الحربي، وفي ظاهر الرواية لا يجوز؛ لأن في بطنها ولدًا ثابت النسب من غيره، فكان عليها فراس كغيره، فلا يجوز كما في أم الولد.

ولو تزوج امرأة حاملًا من الزنا يجوز ولا يطأها حتى تضع.

وقال أبو يوسف وزفر: لا يجوز النكاح بعقد للولد والاستمتاع ومحل الولد مشغول والاستمتاع حرام لهما أن النكاح وضع لتمهيد الفراش الذي هو أساس النسب، ولحصول الولد في الجملة ولا فراش لأحد عليها، فصح عقد الفراش عليها، وإنما حرم الوطء لئلا يصير ساقيًا زرع غيره وحرمة الوطء إذا كان تعارض بحال محتمل الزوال لا يمنع جواز النكاح كما لو حرم بالحيض والنفاس.

ولو زوج أم ولده وهي حامل منه لا يصح لكونها فراشًا لمولاها، ولهذا لو جاءت بولد ثبت النسب منه من غير دعوى بخلاف ما إذا لم تكن حاملًا.

وذكر الناطفي في واقعاته: رجل تزوج امرأة، فجاءت بسقط قد استبان خلقه إن جاءت لأربعة أشهر جاز النكاح، وإن جاءت لأقل من ذلك لم يجز بالنكاح؛ لأن الولد من الزوج الثاني؛ لأن خلقه لا يستبين إلا في مائة وعشرين يومًا أربعين نطفة، وأربعين علقة، وأربعين مضغة.

(وأما القسم السابع):

فلا يجوز نكاح المجوسية والمشركة ولا وطئهما بملك اليمين لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١] ويجوز للمسلم نكاح الكتابية الحربية والذمية حرة كانت أو أمة خلافًا للشافعي في الأمة لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ

مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ مِن قَبۡلِكُمۡ ﴾ [المائدة: ٥] إلا أنه يكره في الحربية؛ لأنه لا يؤمن أن تكون بينهما ولد فينشؤوا على طباع أهل الحرب ويتخلق بأخلاقهم، فلا يستطيع المسلم قلعه عن تلك العادة، ويجوز نكاح الصابئات عند أبي حنيفة.

وعندهما لا يجوز بناء على أن عنده الصابئة كتابية يؤمنون بالكتاب ويعظمون الكواكب ولا يعبدونها.

وعندهما يعبدون الكواكب، فلا تكون كتابية، وأنكحة الكفار بعضهم من بعض جائزة.

وقال مالك: أنكحتهم فاسدة.

والصحيح قولنا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ولدتُ من نكاحٍ، ولم أولد من سِفَاحٍ**"[1]، وإن كان آباؤه كفارًا؛ ولأن القول بفساد أنكحتهم يتطرق الفساد والإذراء إلى الأنساب في الصدر الأول وذلك قبيح عقلًا وشرعًا، ولا يجوز نكاح المرتد والمرتدة لإجماع الصحابة عليه؛ ولأن الارتداد مبطل لعصمة الأملاك، وملك النكاح ما شرع إلا معصوما محترما لتتحقق المصالح والثمرات المشتركة بينهما.

(وأما القسم الثامن):

ولا يجوز له نكاح من ملكها أو بعضها؛ لأن ملك اليمين مناف لملك النكاح لمضاد بين موجبهما وفوائدهما، وكذا لا يجوز بجارية له فيها حق ملك كجارية من اكتساب مكاتبة، واكتساب عبده المأذون والمديون؛ لأن حق الملك وهو الملك من وجه مناف للنكاح بحكمه، وكذا لا يجوز للمرأة أن تتزوج بمملوكها؛ لأن في النكاح حقوقا لا تجوز أن تثبت من العبد والمولى لما بينهما في التنافي.

(والقسم التاسع):

يعرف في كتاب الطلاق والله أعلم.

---

(١) أخرجه البيهقي في الدلائل (١/١٧٤) وقال: تفرد به أبو محمد عبد الله بن محمد بن ربيعة القدامى وله عن مالك وغيره أفراد لم يتابع عليها. وابن عساكر (٣/٤٧). وقال ابن كثير في البداية والنهاية (٢/٢٥٥) حديث غريب جدًّا من حديث مالك تفرد به القدامى وهو ضعيف وقد ضعفه الذهبي في الميزان (٢/٤٨٨).

(باب ما ينعقد به النكاح)

(المبسوط): الألفاظ التي ينعقد بها النكاح نوعان: صريح وكناية.

أما الصريح فلفظه النكاح والتزويج؛ لأنه مستعمل في عقد النكاح شرعًا وعرفًا، وينعقد النكاح بلفظين كقوله: زوجت، وقول الآخر: قبلت، وبقوله: زوجني، وقول الآخر: زوجت؛ لأنه أمره إياه بالتزويج والواحد يصلح وليًّا ووكيلًا من الجانبين في باب النكاح، فيتم العقد منه بالإيجاب وحده كالأب، إذا قال: بعت مال ولدي من نفسي بكذا يتم البيع.

وكذا لو قال لها: أنا أتزوجك، فقالت: قد فعلت انعقد النكاح؛ لأن قوله: أتزوجك وإن كانت حقيقية للاستقبال إلا أنه يحمل الحال كما في كلمة الشهادة، وهو قد أفاد به التحقيق، والحال دون العدة والاستقبال؛ لأن النكاح لا يعقد إلا بعد مقدمات عليه من الرسالة والخطبة والهدايا، فصار قوله: أتزوجك عبارة عن قوله: قد تزوجتك بخلاف البيع؛ لأنه يقع ببعته قبلته، وحقيقة هذه اللفظة للاستقبال، فلا يجعل للحال من غير دلالة الحال.

وعن محمد لو قال: أخطبك على ألف، فقالت: قد فعلت لم يعقد حتى يقول: الزوج قبلت، وهو محمول على ما إذا لم يرد به الحال لما مر.

ولو قال: تزوجني، فقال الآخر: زوجت، أو قال بالفارسية: دختر خواس مرادادي، فقال: دادم. لا ينعقد النكاح؛ لأن هذا استخبار واسترعاء، وليس بأمر بالتزويج، فلا يصير وكيلًا إلا إذا أراد به التحقيق دون السوم، فإنه يصح وينعقد بخلاف قوله: دختر خوس مراد، فقال الرجل: دادم؛ لأن هذا توكيل إياه بالتزويج مقتضى الأمر بالتزويج والواحد يصلح أن يكون وكيلًا من الجانبين.

وأما الكتابة فثلاثة أنواع:

ما ينعقد به النكاح وهو لفظة التمليك.

وما يصلح له كلفظة الهبة والصدقة ونحوها.

وعند الشافعي: لا ينعقد بلفظة التزويج والنكاح.

لنا: أنه أضاف صيغة التمليك إلى محل قابل للملك؛ لأن البضع يصير مملوكة للزوج، فالنكاح في حق الاستمتاع؛ لأنه اختص بها استمتاعًا وجنسًا عن الخروج والزود اختصاصًا وإجزالها عن إثبات المشاركة لغيره، والملك عبارة عن هذا وله ولاية التمليك فوجب أن يعمل في إثبات الملك، ثم إذا ثبت الملك ثبت الحل والانضمام والازدواج ضرورة أن ملك النكاح لا ينفك عنهن.

وأما بلفظة البيع والشراء اختلف مشايخنا فيه؛ قيل: لا ينعقد به.

والصحيح: أنه ينعقد به.

وإليه أشار محمد قال: أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بهذه الحرة، فقال المشهود عليه: إني اشتريتها، فإنه يسقط عنه الحد، فقد جعل دعوى الشراء دعوى النكاح؛ وذلك لأن هذه اللفظة تبنى عن التمليك شرعًا وعرفًا، فالتحقت بلفظة التمليك والهبة شرعا تصحيحًا لتصرفهما.

وأما بلفظة الوصية ذكر ابن رستم في نوادره عن محمد لو قال: أوصيت لك بابنتي للحال، وأوصى بها مطلقًا لا ينعقد؛ لأن الوصية المطلقة تفيد الملك بعد الموت، وبعد الموت لا ينعقد النكاح، وأما بلفظة الإجازة ففيه روايتان:

روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: ينعقد النكاح؛ لأنها موضوعة لتمليك المنافع، فكذلك يملك بها منافع البضع.

وروى ابن رستم عن محمد: أنه لا ينعقد بها النكاح، وهو الصحيح؛ لأن الإجازة إذا تحققت في الحرة لا يفيد حكم النكاح، وهو ملك المنفعة في سائر أجزائها دون البضع، فلم يصلح كتابة عن ملك النكاح.

وأما بلفظة القرض والرهن لا رواية فيه واختلفوا فيه، قيل: ينعقد؛ لأن لفظة القرض يملك بها الرقبة، فكان بمنزلة لفظة الهبة، وقيل: لا ينعقد؛ لأنه هذه اللفظة لا تفيد حكم النكاح، وهو ملك المتعة في موضع ما؛ لأنها موضوعة لتمليك منفعة الأعيان دون منفعة الحيوانات، فإن استقراض الحيوان لا يجوز، فلم يصر القرض سببًا لإفادة حكم النكاح فلم يصلح كناية عنه.

وأما ما لا ينعقد به النكاح كلفظة التحليل والإباحة والعارية والتمتع؛ لأن

التحليل موضوع للإطلاق دون إثبات الملك والعارية وضعت لتمليك المنفعة دون العين والتمتع انتفاع لغة ونكاح المتعة باطل، وهو أن يقول أتمتع بك يومًا أو شهرًا بمال مقدر؛ لأنه عليه السلام أحل المتعة ثلاثة أيام في غزوة غزاها اشتد على الناس العزوبة، ثم نهى عنها[1]، وكل نكاح مؤقت فهو متعة.

وقال زفر: لا تكون المتعة إلا بلفظهما؛ لأن النكاح لا يحتمل التأقيت كالبيع، فإذا ذكر فيه الوقت فقد ذكر فيه ما لا يحتمله النكاح، فيكون شرطًا فاسدًا، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة.

لنا: أنه أتى بالنكاح لفظًا وبالمتعة معنى؛ لأن النكاح يعقد للسكن والازدواج وطلب الولد والمتعة بعقد للاستمتاع وقضاء الوطء لا غير، وهذا الرجل عقده للاستمتاع لا غير، فيكون متعة معنى والعبرة للمعنى لا للفظ.

(النوادر) ولا ينعقد النكاح بلفظة الخلع والإقالة والشركة والكتابة ونحوها؛ لأنها غير موضوعة للتمليك.

ولو قال: جعلت نفسي لك بألف يكون نكاحًا.

ولو قال: قد جئتك خاطبًا، فقالت: زوجت نفسي منك انعقد؛ لأنه طلب منها التزويج، فصار كأنه قال: زوّجي نفسك مني.

ولو قال لامرأة بمحضر من الشهود: راجعتك فرضيت المرأة بذلك يكون نكاحًا، فإنه نص في الجامع.

لو قال لمطلقته طلاقًا بائنًا: إن راجعتك فعبدي حر تنصرف الرجعة إلى النكاح؛ لأنه قد يراد بها النكاح ويراد بها الرجعة المعروفة والمحل هنا لا يقبل حقيقة الرجعة، فانصرفت إلى النكاح.

ولو قالت المبانة: رددت نفسي إليك، فقال الزوج: قبلت بحضرة شاهدين يكون نكاحًا؛ لأن اللفظ يحتمله، وقد قامت دلالة إرادة النكاح، فيكون نكاحًا.

ولو طلب من امرأة زنا، فقالت: وهبت نفسي منك بحضرة الشهود وقبل الزوج

---

(١) أخرجه مسلم (١٠٢٣/٢، رقم ١٤٠٥).

لا يكون نكاحًا؛ لأن هذا تمكين من الزنا وليس بهبة حقيقة إذ لو كانت هبة لم يكن جوابا لما التمس زنا.

كما لو قال لآخر: وهبت ابنتي منك لتخدمك، وقبل الآخر لا يكون نكاحًا.

ولو قال أبو الصغيرة لأبي الصغير: زوجت ابنتي، فقال أبو الزوج: قبلت، يقع النكاح للأب وهو الأصح؛ لأنه أضاف النكاح إلى نفسه، ويجب أن يحتاط فيه، فيقول: قبلت لابني، وهذه تدل على أن من قال لآخر بعدما جرى بينهما مقدمات البيع: بعت هذا العبد، فقال الآخر: اشتريت يصح. وإن لم يقل: بعت منك، وكذا لو قالت المرأة: اختلعت، وقال الزوج: خالعت يصح. وإن لم تقل المرأة: منك، ولو قال: زوجت ابنتي منك من ابنك، فقال الأب: قبلت يقع النكاح للابن؛ لأن المُزَوّج أضاف الإيجاب إلى الابن بيقين وقول المتزوج: قبلت جوابًا له، والجواب يتقيد بالخطاب، فصار كما لو قال: قبلت لابني رجل، قال لآخر: زوج ابنتك مني، فقال: ارفعها واذهب بها بحضرة الشهود لا ينعقد النكاح؛ لأنه يحمل الوعد. رجل له ابنة واحدة اسمها فاطمة، فقالت: زوجت ابنتي عائشة منك ولم يشر إليها لا ينعقد النكاح؛ لأنه ليس له ابنة بذلك الاسم.

ولو قال: زوجت ابنتي منك وله ابنة واحدة جاز؛ لأنه أمكن تصحيح النكاح بالتسمية.

ولو كان له ابنتان: كبرى اسمها عائشة، وصغرى اسمها فاطمة، وأراد تزوّج الكبرى وعقد باسم فاطمة ينعقد على الصغرى.

ولو قال زوجت ابنتي الكبرى فاطمة لا ينعقد على إحداهما لأنه ليس له ابنة كبرى بهذا الاسم.

(باب النكاح بالكتابة والرسالة)

خطب امرأة بالكتاب أو أرسل رسولًا إليها وزوجت نفسها منه، فإن سمع الشهود كلام الرسول وقراءة الكتاب جاز؛ لأن الكتاب بمنزلة الخطاب وكلام الرسول بمنزلة كلام المرسل، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مأمورًا

بتبليغ الرسالة إلى الكل، وقد بلغ البعض بالكتاب والرسول، وكان ذلك بمنزلة المخاطبة.

وإن لم يسمعوا ذلك لم يجز؛ لأنهم لم يسمعوا كلام الزوج، ولا ما قام مقامه، وفي البيع يجوز.

وإن لم يخبرهم لم يصح بلا إشهاد، والنكاح لا يصح بدون إشهاد.

وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني: إنما ينعقد البيع إذا كتب في الكتاب بعني عبدك، وقد اشتريت منه فبلغه الكتاب، فقال: بعت ينعقد، وإنما فرقنا بين البيع والنكاح في هذا؛ لأن النكاح يتولاه الواحد، فالبيع لا يتم فرق بين الكتاب والخطاب، ففي الخطاب لو قبلت في مجلس آخر لم يجز، وفي الكتاب لو قبلت في مجلس آخر جاز؛ لأن الخطاب كلام عام وجد بلا شيء واضمحل، فالبقاء عليه لا يتصور، فلم يتصل الإيجاب بالقبول في مجلس آخر.

فأما الكتاب قائم في مجلس آخر، فكان قرانه بمنزلة خطاب الحاضر فاتصل الإيجاب بالقبول يصح، ولو حجز الزوج الكتاب فلا نكاح إلا أن تقوم لها بينة؛ لأنه منكر للخطاب زوجت نفسها من رجل غائب بحضرة شهود، فبلغه فأجاز لم يجز.

وعند أبي يوسف يجوز.

وكذلك إذا كان العاقد وليًا ووكيلًا لأحدهما دون الآخر لم يجز عندهما خلافًا له.

ولو كان فضوليا لم يجز بالاتفاق. له: أن الواحد يصلح متوليًا لطرفي العقد، فإذا صدر عن إذنهما نفذ، وإذا صدر عن غير إذن أحدهما توقف عليه؛ لأن الإذن تأثيره في تنفيذ العقد لا في جعل ما ليس بعقد عقد كما إذا خاطب عن الفضولي يخاطب لهما أن كلام الواحد شطر العقد؛ لأنه شطر العقد لو كان صاحبه حاضرًا هكذا إذا كان غائبا، ولهذا ملك الرجوع قبل قبول الآخر وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس، كما في البيع بخلاف ما إذا كان بأمر أو بولاية؛ لأن كلامه صار بمنزلة كلامين؛ لأنه سفير ومعبر من الجانبين بمنزلة الرسول لما تبين.

فإذا انعدم الأمر والولاية فلا حاجة إلى تعبير الحقيقة، فبقي كلامه فرد حقيقة

والواحد يتولى طرفي العقد بأن كان وليا أو وكيلًا لهما خلافًا للشافعي؛ لأن حقوق النكاح لا تتعلق بالعاقد؛ بل تقع للموكل، فيكون العاقد في النكاح سفيرًا ومعبرًا بمنزلة الرسول والواحد يصلح أن يكون معبرًا عن اثنين؛ لأنه نائب عنهما في العقد، والعقد كلام والواحد يصلح نائبا عن جماعة في الكلام كالرسول بخلاف البيع؛ لأنه منشئ البيع لا معبر عنه بدليل أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل. أرسل رجلًا أن يخطب امرأة بعينها، فزوجها الرسول إياه جاز؛ لأن الخطبة جعلت نكاحًا إذا صدر من الأمر.

فإنه لو قال لامرأة: خطبتك بألف، فقالت: زوجت نفسي منك، كان نكاحًا فيكون الأمر بالخطبة أمرًا بالنكاح أيضًا، والله أعلم بالصواب.

(باب معرفة الأولياء)

الأولياء في إنكاح الصغار والصغائر العصبات؛ لقوله عليه السلام: "**النكاحُ إلى العصباتِ**"[1] ويعتبر الترتيب فيهم كما يعتبر في الميراث إلا في فصلين: أحدهما إذا كان لها أب واحد وابن، قالوا: لأنه للابن عندهما.

وعند محمد للأب؛ لأنه أوفر شفقة من الابن، فكان أحق بالولاية.

لهما: أن الابن مقدم على الأب في العصوبة، واعتبار العصوبة في التزويج أولى من وفور الشفقة؛ لأن الشرع علق ولاية الإنكاح بالعصوبة لا بوفور الشفقة، والثاني: الحد مع الأخ فهما سواء عندهما كما في الميراث.

وعند أبي حنيفة الحد أولى كما في الميراث، والمجنونة بمنزلة الصغيرة والأخ لأب وأم أو العم لأب وأم مقدم على الأخ لأب والعم لأب.

وعند زفر: هما سواء؛ لأن ولاية الإنكاح يستفاد بقرابة الأب لا بقرابة الأم، فإن الأخ لأم لا يستحق ولاية النكاح فهما سيّان في قرابة الأب.

---

(١) حديث: "**النكاحُ إلى العصباتِ**". قال ابن حجر في الدراية (٢/٦٢ ط. الفجالة الجديدة): لم أجده، وقال العيني في البناية (٤/١٣٤ ط. دار الفكر): لا يثبت.

لنا: أن ولاية الإنكاح تستفاد بالعصوبة بالنص والأخ لأب وأم أقرب عصبتها، فيكون أولى؛ لأن لزيادة القرب أثرًا في زيادة العصوبة، فيكون لقرابة الأم أثر في ترجيح العصوبة، وإن لم يكن لها أثر في استحقاق الولاية كالعدالة في باب الشهادة، وللابن أن يزوج الأم المجنونة.

وقال الشافعي: لا يجوز إلا أن يكون من قبيلته بناء على أن للمرأة ولاية إنكاح نفسها عندنا، فثبت لولدها من جهتها عند عجزها، وعنده ليس لها ذلك، فلا يثبت لولدها والأم وذو الرحم ولي عندهما خلافًا لمحمد؛ لأن عنده الأم لا تلي تزويج نفسها فأولى أن لا تلي غيرها.

وكذلك من تكون من عشيرتها وعندهما يلي تزويج نفسها، فتلي تزويج ولدها لكونها أشفق الناس وأعطفهم عليه ومولى العتاقة من جملة العصبات ومولى الموالاة بمنزلة ذوي الأرحام ولا يزوج الصبي؛ لأن سبب الولاية القرابة الداعية إلى النظر والشفقة الوافرة العاطفة بإنعام النظر وكلاهما لم يوجد، والإيصاء بالإنكاح لم يصح؛ لأن فيه نقل ولايته إلى غيره بعد الموت وولايته انقطعت بالموت فلا يتصور النقل إلى غيره.

ولا ولاية للكافر على المسلم، ولا للمملوك على أحد، ولا للمكاتب على ولده؛ لأن الكفر والرق يقطعان ولاية الإرث، فكذا ولاية الإنكاح، وكذا الرق يسلب ولايته على نفسه، فعلى غيره أولى وللفاسق ولاية التزويج خلافًا للشافعي لما عرف في موضعه.

وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام أو الحاكم؛ لأن ولايته عامة ورعايته شاملة للكل، وإذا غاب الأقرب غيبة منقطعة زوجها الأبعد.

وعند زفر يتربص إلى أن يحضر الغائب، أو يوكل رجلًا.

وعند الشافعي يزوجها السلطان. له: أن المستدعي للولاية قائم، وهو القرابة والشفقة الوافرة الباعثة على تحصيل النظر، وأمكن تحقيق النظر له بأن يزوجها حيث هو، أو يوكل وكيلًا ليزوجها حين خطبها هو، فبقيت الولاية للأقرب، فبقي الأبعد محجوبا به ضرورة.

لنا: أنه انقطع الانتفاع برأي الأقرب بالغيبة؛ لأن حد الغيبة المنقطعة أنه إذا جاء خاطب وخطب لا يتربص مجيء الإذن من الغائب، فلا يمكنها عرض الأمر على رأيه، فخرج رأيه من أن يكون منتفعًا، فالتحق بالعدم، فلا يبقى وليا كما لو مات أو جن، ولا رواية فيما إذا زوجها حيث هو، وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته، وقيل: يجوز؛ لأنا حكمنا بزوال ولايته بناء على الظاهر فإذا زوجها حيث هو ظهر الانتفاع برأيه، فظهر الخطأ في الحكم بزوال ولايته، ولا تنقطع ولايته في مالها؛ لأن رأيه منتفع به في مالها بأن ينقل إليه ليتصرف في مالها وولي الأبعد أولى من القاضي؛ لأن للأبعد مثلا الحد فرب كامل وشفقته وافرة طبيعية، وللأقرب للقاضي وشفقته قاصرة وهذه ولاية نظرية فما يكون فيه النظر أتم وأوفر كان أولى وأحق.

واختلفوا في تحديد الغيبة المنقطعة قيل: لو انتظر قدومه أو إعلامه بفوت الكفؤ.

وعن محمد روايتان: في رواية مسيرة شهر، وفي رواية مسيرة سفر ثلاثة أيام، وهو اختيار الفقيه أبي الليث؛ لأن الزوج لا يتربص أياما كثيرة ويتربص قليلة، فلا بد من الفاصل بينهما فاعتبر الشهر كثيرًا في رواية، وفي رواية اعتبر ثلاثة أيام كثيرًا؛ لأنه لا نهاية لما وراءها.

والشرع قد اعتبرها كثيرًا حتى تعلق بها رخصة السفر، ولغير الأب والجد من الأولياء تزويج الصغير والصغيرة خلافًا للشافعي؛ لأن الولاية إنما ثبتت لحاجة المولى عليه نظرًا له وهما محتاجان إلى إحراز الكفؤ في الحال، حتى لو تحققت الحاجة إلى قضاء الشهوة وإلى مقاصد النكاح أمكنهما دفع الحاجة بالكفؤ، والكفؤ عزيز الوجود لا يوجد في الأحايين إلا مرة، فيجب إحرازه للحال نظرًا لهما ولو كان لها أولياء فأيُّهم زوجها جاز.

وقال مالك: لا يجوز ما لم يزوجها الكل.

والصحيح قولنا لقوله صلى الله عليه وسلم[1] في الوليين: "**إذا زوجَا فالأولُ أحقُّ**" ولأنه وجد سبب ثبوت الولاية في حق كل واحد منهم كما في الأمان، فإن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٣٩/٤ (١٦٢٤٣) قال: حدثنا علي بن مسهر، عن ابن أبي عروبة. و«أحمد» ٨/٥ (٢٠٣٥٠) قال: حدثنا بهز، وعبد الصمد، قالا: حدثنا همام. وفي ١١/٥ =

زوجوها، ولم يعلم الأول تفرق في الكل؛ لأن تصحيح أحدهما ليس بأولى من الآخر.

(النوادر): ولو زوج من ابنه الكبير امرأة بغير إذنه، ثم جن الابن قبل الإجازة فللأب أن يجيز ذلك النكاح على ابنه لأنه يملك إنشاء النكاح عليه، فملك الإجازة.

صغيرة زوجها وليها كفؤًا، ثم قال: لست أنا بولي لا يصدق؛ لأنه متناقض لكن ينظر إن كان ولايته ظاهرة جاز النكاح، وإلا لم يجز القاضي زوج صغيرة لا ولي لها إن شرط تزويج الصغار في عهد القاضي جاز، وإلا فلا؛ لأنه يستفيد الولاية من جهة السلطان، فإن فوض إليه السلطان ثبت له الولاية، وإلا فلا.

ولو زوجها ولم يأذن له السلطان بذلك، ثم أذن له بالنكاح، فأجاز ذلك النكاح جاز، وهو الصحيح، فإنه نص في الجامع أن العبد إذا تزوج امرأة، ثم أذن له المولى بالنكاح، فأجاز ذلك النكاح جاز لما يأتي.

=

(٢٠٣٧٧) قال: حدثنا عبد الصمد، قال: حدثنا هشام. وفي (٢٠٣٨٢) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا همام. وفي ١٢/٥ (٢٠٤٠٣) و١٨/٥ (٢٠٤٦٩) قال: حدثنا عمرو بن الهيثم، أبو قطن، قال: حدثنا هشام. وفي ١٨/٥ (٢٠٤٧١) قال: حدثنا روح، قال: حدثنا هشام بن أبي عبد الله، وحماد. وفي ٢٢/٥ (٢٠٥٢٧) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا حماد. و«الدارمي» (٢٣٣٥) قال: أخبرنا عفان، قال: حدثنا حماد بن سلمة. و«ابن ماجه» (٢١٩١) قال: حدثنا الحسين بن أبي السري العسقلاني، ومحمد بن إسماعيل، قالا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سعيد بن بشير. وفي (٢٣٤٤) قال: حدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا همام. و«أبو داود» (٢٠٨٨) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام (ح) وحدثنا محمد بن كثير، قال: خبرنا همام (ح) وحدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، المعنى. و«الترمذي» (١١١٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا سعيد بن أبي عروبة. و«النسائي» ٣١٤/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٣٤ و١١٦٦٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا غندر، عن سعيد. وفي «الكبرى» (٥٣٧٦) قال: أخبرنا محمد بن عبد الوهاب النيسابوري، قال: حدثنا محمد بن سابق، قال: حدثنا إسرائيل، عن هشام. وفي (٥٣٧٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن زريع، قال: حدثنا هشام.

خمستهم: (سعيد بن أبي عروبة، وهمام بن يحيى، وهشام الدستوائي، وحماد بن سلمة، وسعيد بن بشير) عن قتادة، عن الحسن البصري، فذكره.

(باب النكاح على الصغير والصغيرة)

الأصل في جواز نكاح الصغيرة ما روي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهي صغيرة بنت ست سنين، وبنى بها وهي بنت تسع سنين، وكانت عنده تسعًا**"[1] يجوز للولي تزويج الصغير والصغيرة، وإن كانت ثيبًا.

وقال الشافعي: لا يجوز إن كانت ثيبًا.

والصحيح قولنا؛ لأن البنت الصغيرة محتاجة إلى النكاح للحال لتحصيل حقها في الكفاءة، فإنه ربما لا يتفق لها هو كل حين والولاية كما تثبت للحاجة المنجزة تثبت للحاجة المنتظرة المرتقبة، كما في البكر الصغيرة لما تبين، ومتى يدخل بها اختلفوا فيه، قيل: لا يدخل بها ما لم تبلغ؛ لأن فيه إيلامًا من غير حاجة وفائدة؛ لأنها لا تحتاج إلى قضاء الوطر، وحديث عائشة رضي الله عنها محمول على أنها كانت بالغة، فإن أثبت تسع سنين قد تحيض، وقيل: يدخل بها إذا بلغت تسع سنين تصير مراهقة، والمراهقة تتلذذ بالجماع والإيلام لفائدة تجوز كالحجامة.

وقيل: إن كانت سمينة جسيمة تطيق الجماع يدخل بها، وإلا فلا.

هكذا روي عن محمد والحديث محمول على أنها كانت قوية سمينة واختلفوا على نحو هذا في ختان الصغير، قيل: لا يختن ما لم يبلغ؛ لأن الختان مشروع للطهارة ولا طهارة عليه إلا بعد البلوغ، فكان إيلامًا من غير حاجة.

وقيل: يختن إذا بلغ سبع سنين.

وقيل: لا يختن ما لم يبلغ عشر سنين؛ لأنه يؤمر بالصلاة إذا بلغ عشرًا اعتيادًا

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٤/٣٤٥: ٢ (١٧٦٢٦) و١٣/٤٦ (٣٤٥٦٤). وأحمد ٦/٤٢ (٢٤٦٥٣). ومسلم ٤/١٤٢ (٣٤٦٦) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وإسحاق بن إبراهيم، وأبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب. و«النسائي» ٦/٨٢ قال: أخبرنا محمد بن العلاء، وأحمد بن حرب. وفي «الكبرى» (٥٣٤٨) قال: أخبرنا محمد بن العلاء الكوفي.

ستتهم: (أبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، ويحيى بن يحيى، وإسحاق بن إبراهيم، وأبو كريب، محمد بن العلاء، وأحمد بن حرب) عن أبي معاوية، محمد بن خازم، عن سليمان بن مهران الأعمش، عن إبراهيم بن يزيد النخعي، عن الأسود بن يزيد النخعي، فذكره.

وتخلقًا، فيحتاج إلى الطهارة، فيحتاج إلى الختان؛ لأنه مشروع للطهارة.

وقيل: إذا كان قويا يطيق ألم الختان يختن، وإلا فلا.

ولو زوج الأب والجد الصغير امرأة بأكثر من مهر المثل، أو الصغيرة بأقل أو زوجهما من غير كفؤ يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقالا: لا يجوز.

وقال الشافعي: يجوز النكاح، ولا تصح التسمية، فيجب مهر المثل.

وكذلك الوكيل بالنكاح، ولا تصح التسمية، فيجب مهر المثل.

وكذلك الوكيل بالنكاح إذا زاد ونقص عن مهر المثل، فعلى هذا الاختلاف ولا يجوز تزويج غيرهما بأزيد وأنقص عن مهر المثل، أو من غير كفؤ بالإجماع ذكره الفقيه أبو جعفر.

لهما: أن هذا النكاح لم يقع مصلحة؛ لأنه يتضمن الإضرار بها، فيبخس حقها وبالأولياء؛ لأنهم يتشرفون بغلاء المهر، ويعيّرون بقصور هذا وبانتساب من لا يكافئهم بالصهرية.

له: أن النكاح يشتمل على أعراض ومقاصد جمة سوى المهر والكفاءة من الألفة والمودة، وحسن الخلق ولطافة العشرة، وكرم الصحبة وتوسيع النفقة، والديانة والعفة، وبدل المهر الغالي، وهذه خصال مرغوبة جالبة للألفة والمودة، والأب كامل الرأي وافر الشفقة، فالظاهر من حاله أنه إنما يرضى بهذا البخس والضرر إلا لفائدة وعرض لا يمكنها تحصيلها إلا بتحمل البخس، وعرف أن غير الكفؤ أصلح وأنظر لها، فعقد هذا العقد نظرًا لا ضررًا حتى لو عرف سوء الاختيار من الأب محابة وفسقًا كان عقده باطلا بخلاف غير الأب والجد؛ لأنه قاصر الشفقة، فربما لا يهتم بتحصيل النكاح على وجه المصلحة.

وأما الوكيل فالأمر بالنكاح صدر مطلقًا، فصار مأمورًا بالنكاح مطلقًا، وإذا أقر الولي بالنكاح على الصغيرين لم يجز إلا بشهود، أو بتصديقهما بعد البلوغ عند أبي حنيفة، وقالوا: يصدق.

وكذلك لو أقر المولى على عبده، أو الوكيل على موكله لهم أنه أقر بما يملك إنشاءه فيصح؛ لأنه لما ملك إنشاءه، فقد عرى خبره عن تهمة الكذب؛ لأنه يمكنه التحصيل بلا كذب، فلا يميل إلى الأقل، فلا يقع وقاية، فقد ترجح الصدق على الكذب، في خبره والخبر الراجح حجة، وصار كما لو أقر على أمته بالنكاح. له: أن القياس ينفي ولاية التصرف على الغير إنشاء كان، أو إقرارا لما فيه من إثبات المقهورية وانسلاب معنى الحرية، لكن سقط اعتبار المنافي في حق ثبوت ولاية الإنشاء نظرا للمولى عليه، فمن ادعى سقوط اعتبار المنافي في حق ثبوت ولاية الإقرار يفتقر إلى الدليل مع أنه لا حاجة إلى إظهار حكم الإنشاء بالإقرار؛ لأنه لما لم يملك إنشاء العقد إلا ببينة ويمينه الإنشاء عند الجحود والإنكار يشهد بإظهار النكاح، فلم يسقط اعتبار المنافي في حق ثبوت ولاية الإقرار، بخلاف ما إذا أقر بالنكاح على أمته؛ لأن بضعها مملوكة للمولى فإقراره صادف حقه فصح.

وأما بضع العبد غير مملوكة له فإقراره صادف حق غيره، فلم يصح، وإنما ملك المولى إنكاحها أصلًا فالمالية لما عرف، فلا حاجة إلى الإقرار بالنكاح.

وأما الولي إن كان ذميا قبل تملك الإنشاء بغير بينة، فيملك الإقرار به أيضًا.

وقيل: لا يملك الإنشاء إلا ببينة، فلا يملك الإقرار به إلا ببينة، ثم الولي على من يقيم بينة الإقرار عند أبي حنيفة.

قالوا: القاضي ينصب خصمًا عن الصغير حتى ينكر، فتقام البينة على المنكر، كما إذا أقر الأب باستيفاء بدل الكتابة من عند ابنه الصغير لا يصدق إلا ببينة فالقاضي ينصب خصمًا على الصغير، فتقام عليه البينة.

(**النوادر**): وإذا زوج غير الأب والجد الصغيرة، فالاحتياط أن يعقد مرتين: مرة بمهر مسمى، ومرة بغير تسمية؛ لأمرين: أنه لو كان في التسمية نقصان لا يصح النكاح الأول ويصح النكاح الثاني بمهر المثل.

والثاني: لو كان الزوج حلف بطلاق كل امرأة تزوجها يعقد الثاني وتحل، وإن كان أبا أو جدًّا.

فكذلك عندهما للوجه الثاني رجل زوج ابنته الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير أمره خاطب عنه أبوه، ثم مات أب الصغيرة قبل إجازة الزوج بطل النكاح؛ لأن أب الصغير يملك فسخ النكاح، فإذا مات كان موته بمنزلة رجوعه.

ولو زوج ابنته الكبيرة بغير إذنها والمسألة بحالها فمات لا يبطل النكاح؛ لأنه لا يملك نقضه؛ لأنه بمنزلة الفضولي. غلام أدرك صحيح العقل، ثم جن جنونًا مطبقًا جاز تصرف الأب عليه. رجل زوج وليته، فردت النكاح فادعى الزوج أنها صغيرة وادعت هي أنها بالغة، فالقول قولها إن كانت مراهقة؛ لأنه يحتمل الثبوت فيقبل خبرها؛ لأنها مدعية صورة منكرة معنى؛ لأنها تنكر وقوع الملك عليها.

ولو قال أب الصغير: اشهدوا أني قد زوجت ابنة فلان وهي صغيرة من ابن فلان بمهر كذا، وقال لأب الصغيرة: أليس هكذا؟! فقال: هكذا، ولم يرد عليه جاز؛ لأن هذا دليل الإجازة ظاهرًا، ولكن الأحوط أن يحدد النكاح؛ لأن قوله هكذا دليل الإجازة، لكن مع الاحتمال وجهه الإجازة فيه راجحة صغيرة لا يستمتع بها زوجها أبوها، فللأب أن يطالب الزوج بمهرها دون نفقتها، لأن النفقة بإزاء الاحتباس بحق الزوج، وهي غير محبوسة بحقه؛ لأن الزوج لا يستمتع بها، فالمهر بإزاء الملك والملك ثابت للزوج، وكذا العم إذا زوج ابنة أخيه وسلمها إلى الزوج قبل قبض جميع الصداق، فالتسليم فاسد، ويردها إلى بيتها؛ لأنه ليس للعم ولاية إبطال حقها.

صغيرة زوجت فذهبت إلى بيت زوجها بدون أخذ تمام مهرها كان لمن كان أحق بإمساكها قبل التزويج أن يمنعها حتى يأخذ جميع مهرها من له حق الأخذ؛ لأن هذا الحق ثابت للصغيرة، ولو أبطل إنما يبطل برضاها، وهي ليست من أهل الرضاء.

امرأة زوجت بنتها وهي صغيرة وقبضت صداقها، ثم أدركت، فإن كانت الأم وصيتها فلها أن تطالب أمها بصداقها دون زوجها؛ لأنها قبضت ولها حق القبض، فسقط عن الزوج.

وإن لم تكن الأم وصيتها لها أن تطالب زوجها، والزوج يرجع على الأم؛ لأنها قبضت وليس لها حق القبض.

وكذلك في غير الأب والجد من الأولياء؛ لأن قبض المهر تصرف في مال

الصغير، وليس لغيرهما ولاية التصرف في مال الصغار.

رجل قبض مهر ابنته من الزوج، ثم ادعى عليه الرد ثانيا إن كانت المرأة بكرًا لم يصدق إلا ببينة؛ لأن له حق القبض وليس له حق الرد.

وإن كانت ثيبًا صدق لأنه ليس له حق القبض، فإذا قبض بأمر الزوج كان أمانة للزوج عنده، فيصدق في رد الأمانة عليه كالمودع، إذا قال: رددت الوديعة، رجل زوج ابنته وجهزها، فماتت الابنة وزعم أبوها أن الجهاز المدفوع إليها كان ماله، وأنه لم يهبه منها، وإنما إعارة منها فالقول قول الزوج وعلى الأب البينة؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر أن الإنسان إذا زوج ابنته يدفع المال إليها بطريق التمليك، وصار كمن دفع ثوبا إلى قصار ليقصره، ولم يذكر له أجرا حمل على الإجازة شهادة الظاهر، فكذا هذا، والبينة الصحيحة أن يشهد عند التسليم إلى المرأة أنه ربما يسلم إليها هذه الأشياء بطريق العارية أو يكتب نسخة، ويشهد الأب على إقرارها أن جميع ما في النسخة ملك عارية تبدئ منه، لكن هذا للقضاء لا للاحتياط لجواز أنه اشترى لها بعض هذه الأشياء في حالة الصغر، فهذا الإقرار لا يصير الآن فيما بينه وبين الله تعالى، فالاحتياط أن يشتري منها ما في هذه النسخة بثمن معلوم ثم البنت تبرئه عن الثمن.

(باب خيار العتق والبلوغ في النكاح)

غير الأب والجد إذا زوج الصغير والصغيرة فلهما الخيار إذا بلغا ذميين كانا أو مسلمين عندهما.

وعند أبي يوسف لا خيار لهما، وإذا زوجهما الأب والجد، فلا يحصل بوفور الشفقة وشفقة الأخ وافرة في ذاتها، فإنه يوفر الشفقة عليها ويعم النظر وتحسين الفكر في إنكاحها، لما أنه متضرر بإنكاحها من لا يحصل منه مصالح النكاح، فلا يتوهم الخلل والقصور في مقاصد النكاح، فلا يفتقر إلى التدارك بالفسخ، فيلزم لهما أن الولاية إنما تثبت نظرًا للمولى عليه، وكمال النظر إنما يحصل بتوقف اللزوم على البلوغ هاهنا؛ لأن المرأة ربما تكون بها داء ومانع من تحقيق مصالح النكاح والقيام بها من مكاتبة خلفه، وفتح حلق، أو علة ريق، أو انقلاب رحم، أو عادة لا

يمكنها الصبر مع الأزواج، والولي لا يقف عليها، فينقلب النكاح معها مفسدة، فوجب أن يتوقف اللزوم على البلوغ دفعًا لتوهم الضرر عنها.

وتكميلًا للنظر في حقها وفي الأب والجد إنما لزم تعظيما وتكريما لهما دفعًا للأذى عنهما بنقض تصرفهما.

ولو زوجهما الحاكم ففي ثبوت الخيار لهما روايتان: والأظهر أن لهما الخيار ولو زوجهما الأم.

فعند محمد لا ينفذ أصلًا.

وعند أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان: والأصح أنه لا يلزم؛ لأنها إن كانت وافرة الشفقة، فهي ناقصة الرأي، ولنقصان الرأي أثر في سلب ولاية اللزوم، فإذا زوجت الصغيرة نفسها فأجاز الأخ الولي جاز ولها الخيار إذا بلغت؛ لأن الجواز يثبت بإجازة الولي فالتحق بنكاح ناشزة الولي، ثم فرق بين خيار البلوغ وخيار العتق على أربعة أوجه: **أحدها**: أن الفرقة بخيار البلوغ لا تقع إلا بالقضاء، وفي خيار العتق تقع باختيارها بغير قضاء، والفرق أن خيار البلوغ إنما يثبت لنقص وخلل تمكن في المعقود عليه، فكان بمنزلة خيار العيب فيفتقر إلى القضاء للفسخ.

فأما خيار العتق إنما ثبت لها لدفع زيادة الملك عليها بالعتق، فإن الزوج بعد العتق يملك عليها ثلاث تطليقات، وقبله لا يملك الاثنتين، فكان لها رد هذه الزيادة من غير قضاء دفعًا للضرر عن نفسها، ولا يمكنها رد هذه الزيادة إلا برد الأصيل.

والثاني: أن خيار البلوغ يبطل بالسكوت حتى لو أن البكر إذا بلغت وسكتت، وقد علمت بالنكاح يبطل خيارها، وخيار العتق لا يبطل بالسكوت إذا علمت بالعتق، والفرق أن سكوت البكر جعل رضاء بأصل العقد، فكذلك لزومه، وسكوت المعتقة فلا.

والثالث: أن خيار البلوغ لا يقتصر على المجلس، وخيار العتق يقتصر، والفرق أن خيار البلوغ بمنزلة خيار العيب، وخيار العيب لا يقتصر على المجلس، وخيار العتق بمنزلة خيار القبول؛ لأن الملك يزداد عليهما بالعتق ما يسببه البيع لما فيه من إيجاب زيادة الملك، وجواب التمليك يقتصر على المجلس.

والرابع: أن خيار البلوغ يبطل بالجهل، وخيار العتق لا يبطل، والفرق أن الجهل بخيار البلوغ جهل في غير موضعه؛ لأنها حرة تصحب الحرائر، فالظاهر علمها بالأحكام، والجهل في غير موضعه لا يعتبر عذرًا؛ بل نسب إلى تقصيرها كجهل من أسلم في دار الإسلام بالشرائع.

فأما الجهل بخيار العتق جهل في موضعه؛ لأن الأصل في الإماء هو الجهل بالأحكام؛ لأنها لا تتفرغ عن شغل المولى لتحصيل العلم، فجعل عذرًا كجهل من أسلم في دار الحرب بالشرائع.

وإن كانت بنتًا لم يبطل خيارها بالسكوت.

وكذلك الصغير إذا بلغ لم يكن سكوته رضًا؛ لأن سكوت الغلام والبنت لم يجعل رضًا، فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر لقيام الزوجية، وهذه فرقة بغير طلاق، ولا مهر عليه إن لم يدخل بها.

وإن كان دخل بها فلها المهر المسمى.

وكذلك الصبي إذا بلغ فاختار الفرقة؛ لأن الفرقة فسخ للنكاح والبدل الواجب بالعقد يسقط بالفسخ كالثمن يسقط بفسخ البيع إلا أن الفسخ لا يظهر في حق المستوفي بالوطء؛ لأنه تلاشى واضمحل، فالفسخ فيه كيف يتصور وقدر المستوفى كاف لإيجاب المهر بخلاف الطلاق قبل الدخول؛ لأنه قاطع للملك وضعًا.

(فصل)

الأمة المنكوحة إذا أعتقت وزوجها حر ثبت لها الخيار خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأنها ملكت بضع نفسها بالعتاق بدليل أنها إذا وطئت بالشبهة وجب العقر لها، فلو بقي الملك عليها من غير رضاها يصير الزوج متملكا، أو مستوفيًا منافع بضع هي مملوكة للحرة من غير رضاها، وهذا لا يجوز لما فيه من إبطال ثمرة حريتها، وفائدة مالكيتها، ولهذا لو أخر عبده سنة، ثم أعتقه في خلال السنة يثبت للعبد خيار الفسخ، فكذا هذا أمة تزوجت بغير إذن سيدها على ألف ومهر مثلها مائة، فدخل بها، ثم أعتقها مولاها فالنكاح جائز ولا خيار لها، والمهر للمولى؛ لأن المانع من النفاذ حق المولى، وقد زال بالعتق

فصار نافذًا بعد العتق، ويعد النفاذ بملك الزوج منافع بضعها بتمليكها ورضاها، فلا يكون لها الخيار والمهر يقابل بالمستوفى بالوطء، وقد استوفى منفعة مملوكة لها، فإن منافعها بالإعتاق تعود إلى ملكها، فيجب البدل لها.

مكاتبة تزوجت بإذن المولى، ثم عتقت فلها الخيار. وقال زفر رحمه الله: لا خيار لها لأن حكم النكاح واقع لها وبدل البضع سالم لها فلا ضرر في بقاء النكاح عليها بخلاف الأمة.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم لبريرة حين أُعتقت: "**ملكتِ بضعكِ فاختارِي**"[1]. وهي كانت مكاتبة؛ ولأن ثبوت الخيار في الأصل معلول بزيادة الملك، وقد ازداد الملك على المكاتبة.

(**النوادر**): معتوهة زوجها غير الأب والجد، ثم عقلت فلها الخيار.

وإن زوجها أبوها أو جدها، ثم عقلت فلا خيار لها؛ لأنها بمنزلة الصغيرة.

وإن زوجها ابنها فلا رواية عن أبي حنيفة، ويجوز أن لا يكون لها الخيار؛ لأن الابن مقدم على الأب في ولاية الإنكاح عنده، فإذا كان المزوّج أبًا لم يكن لها خيار، فإذا كان ابنًا أولى.

صبي يزوج امرأة بالغة، ثم بلغ الصبي وتزوجت المرأة بآخر قبل إجازة الصبي جاز.

وإن تزوجت بعد إجازة الصبي لا يجوز نكاح الثاني؛ لأن النكاح يوقف على إجازة الصبي بإجازته إلا إذا كان نكاح الصبي بما لا يتغابن الناس في مثله، ولم يكن له أب ولا جد؛ لأنه لم يكن لهذا النكاح مجيز حال وقوعه، فلم يتوقف.

(**المنتقى**): قال محمد: الصغيرة إذا أدركت لها خيار البلوغ، فينبغي أن تختار نفسها مع رؤية الدم، فإن رأت الدم في جوف الليل تقول بلسانها: قد فسخت النكاح وأشهدت إذا أصبحت، وتقول: إنما رأيت الدم الآن؛ لأنها لا تصدق أن تقول رأيت بالليل وفسخت النكاح، ويسعها ذلك. رجل زوّج أمة رجل بغير إذنه، وأعتقها آخر بغير إذنه، فأجاز المولى ذلك كله جاز العتق والنكاح، فإن لم يدخل بها حتى عتقت فالمهر لها ولا خيار لها.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٧٨) قال: حدثنا إسماعيل بن توبة، قال: حدثنا عباد بن العوام، عن يحيى بن أبي إسحاق، عن عبد الرحمن بن أذينة، فذكره.

وكذلك لو جعل المولى الإجازة فيهما إلى الأمة فأجازت ذلك كله جاز، ولا خيار لها إذا لم يتقدم جواز النكاح العتق؛ لأن النكاح لا يسبق العتق؛ بل يثبتان معا. رجل زوّج أمته من رجل، ثم أعتقها، ثم زاد الزوج في المهر، فالزيادة لها ولا أجبر الزوج على دفع الزيادة إلى المرأة، فكذلك إن باعها فالزيادة للمشتري، ولا أجبر على دفع الزيادة إليه؛ لأنها بمنزلة الهبة.

بكر زوّجها وليها، فقالت بعد سنة: إني قد كنت قلت حين بلغني النكاح لا أرضى فالقول قولها؛ لأنها منكرة معنى؛ لأنها تنكر وقوع الملك عليها.

ولو كان زوّجها وهي صغيرة، وقالت بعدما أدركت: إني قد أجبرت نفسي لم يقبل قولها؛ لأن الملك ثابت عليها، فكانت مدعية صورة ومعنى.

صغيرة زوّجها عمها فبنى بها زوجها فبلغت عند الزوج فهي على خيارها ما لم ترض بالنكاح، إما صريحًا أو دلالة؛ لأنها صارت ثيبًا وسكوت الثيب لا يكون رضاء.

(**الجامع**): ومن زوّج أمته الصغيرة، ثم أعتقها فلها خيار العتق لا خيار البلوغ؛ لأن العقد صدر عن ولاية متكاملة، فصار كما لو صدر من الأب والملك ازداد عليها بالعتق فلها خيار العتق.

ولو زوّج عبده الصغير، ثم أعتقه لا خيار له أصلًا؛ لأن العقد صدر عن ولاية متكاملة والملك ازداد له لا عليه.

ولو كانت أمته الصغيرة فقبلت صح؛ لأنها بإذن المولى تصير معتبرة التصرف مع غير المولى فمع المولى أولى.

ولو زوّجها المولى رجلًا بغير رضاها لم يجز إلا بإجازتها؛ لأن ملك اليد والتصرف صار لها حتى صارت أحق بنفسها ومكاسبها وملك الرقبة بقي للمولى فصار الإنكاح الذي هو حق للملك مشتركًا بينهما كما في الأمة المشتركة، فإن لم يزد النكاح حتى أدت فعتقت، فالنكاح موقوف، فإن أجازه المولى ولا ولي لها سواه جاز.

وإن أتت لثبوت الولاية بحكم الولاء لا بحكم الملك، كما لو زوجها ابتداء ولها خيار البلوغ دون خيار العتق؛ لأن النكاح إنما نفذ عليها بعد العتق وولاية الولاء قاصرة كما في غير الأب والجد.

ولو أجازت هي بعد العتق لم يجز حتى يجيز المولى، وهي من ألطف المسائل

وأدقها، فيجب حفظها، فإنه يصح إجازتها قبل العتق، ولم يصح بعده؛ لأن قبل العتق مكاتبة والنكاح من جملة أحكام كتابتها، فصارت بمنزلة البالغة حكمًا، وبعد العتق هي صغيرة حرة، والصغيرة الحرة لا تملك إنشاء النكاح، فلا تملك الإجازة، فإن لم تعتق ولكن عجزت بطل النكاح، ولم يجز بإجازة المولى؛ لأنه طرأ على الحل الموقوف حل نافذ ثابت لغير الزوج، وهو المولى فبطل الموقوف، وهي كالأمة إذا تزوجت بغير إذن المولى، ثم باعها فأجاز المشتري، لم يجز.

وإن كان مكاتبا صغيرًا والمسألة بحالها جاز النكاح بعد عجزه بإجازة المولى؛ لأنه لم يطرأ على المحل الموقوف حل نافذ فبقي موقوفا، فإن قيل: التوقف، كان لحق المكاتبة لا لحق المولى؛ لأنه رضي بهذا النكاح وحق المكاتب قد زال بالعجز، فوجب أن ينفذ كالمكاتب إذا تزوج بغير إذن المولى، ثم عتق، قلنا: الملك في المكاتب مشترك بينهما، فكان رضا المولى معتبرًا في حقه، فلما عجز المكاتب وصار الملك خالصًا للمولى، فصار كأنه حدث له الملك في نقصه، فلا يصح العقد فيما حدث إلا بإجازته كعبد بين اثنين زوجه أحدهما، ثم ملك نصيب الآخر لا ينفذ إلا بإجازته، فكذا هذا. مكاتبة صغيرة زوَّجها مولاها برضاها، ثم عتقت فلها خيار العتق إذا بلغت دون خيار البلوغ؛ لأن النكاح انعقد برضاها ورضاها معتبر في حال الكتابة كرضاء البالغة؛ لأن الإنكاح حال الرق كان رفقا من مرافق الملك، فثبت لها الشركة فيه بحكم الكتابة، فصح رضاها فيه كما في سائر تصرفاتها.

ولو زوج أمته الكبيرة برضاها من رجل وقيل عن الرجل أجنبي فعتقت عنه قبل الإجازة من الزوج فلها النقض؛ لأن حكم العقد يلزمها متى نفذ، فكان لها النقض في حال توقفه كي لا يلزمها حكمه كالحرة البالغة إذا زوجها ولها برضاها من رجل بغير إذنه.

ولو نقض المولى قالوا: لا يصح؛ لأن لبقاء العقد الموقوف حكم عقد مبتدأ حتى إن ما منع الابتداء منع البقاء، فصار كأنه زوجها بعد العتق برضاها من رجل بغير إذنه، فيكون فضوليا في حق الرجل والفضولي لا يملك نقض النكاح قبل الإجازة، فإن أجاز الرجل قبل النقض فلا خيار لها والمهر لها؛ لأن العقد كان

برضاها في حال هي من أهل الرضاء، فلزمها العقد بعد العتق الموجود الرضاء به؛ لأن العقد الموقوف كالمستأنف في كل ساعة.

ولو استؤنف بعد عتقها برضاها بغير إذنه، فأجاز الزوج قبل النقض لم يكن لها حق النقض ولا خيار العتق، ويكون المهر لها، فكذا هذا.

ولو كان زوجها بغير رضاها فلها الرد.

وإن أجاز الزوج؛ لأن رضاها لم يوجد فلما عتقت في حال توقفه صار العقد كالمستأنف بعد العتق بغير رضاها.

ولو كان كذلك فلها الخيار، فكذا هذا.

زوّج الرجل عبده جاريته، ثم أعتقها فلم تعلم الجارية أن لها الخيار حتى ارتدا ولحقا بدار الحرب، ثم رجعا مسلمين، ثم علمت بثبوت الخيار وعلمت بالخيار في دار الحرب فلها الخيار في مجلس العلم؛ لأن خيار العتق يقتصر على المجلس لما بينا.

ومثله لو سبيا ليس لها الخيار لأن بالسبي بطل العتق، فانعدم سبب الخيار فلم يثبت الخيار.

زوجان حربيان سبيا معا، ثم أعتقا بعد ذلك، فللمرأة خيار العتق.

وعن أبي يوسف لا خيار لها؛ لأنها بالحرية عادت إلى حالها التي وقع النكاح فيها.

لهما: أن بالسبي استجدت ملك اليمين عليها وبالرق انتقض ملك النكاح عليها، وبالعتق بعد السبي ازداد الملك عليها، فتحقق سبب الخيار لها فتثبت.

ارتد مسلم ولحق بدار الحرب وخلف امرأته وابنته الصغيرة في دار الإسلام فزوج العم الجارية مسلمًا، فالنكاح جائز لزوال ولاية الأب ولها الخيار إذا بلغت، فإن لم تبلغ حتى لحقت الأم والبنت والزوج مرتدين بدار الحرب فالنكاح بحالته؛ لأن الزوجين ارتدا معا، فلا تقع الفرقة بينهما، فإن سبي الكل وأسلموا، فإن الجارية والأم مملوكتان والزوج والأب حران لما عرف، فإن بلغت الجارية لا خيار لها؛ لأنها حالة البلوغ على حالة لو عقد النكاح عليها وهي على تلك الحالة لا يثبت الخيار، فكذا إذا عقد عليها، ثم بلغت على هذه الحالة ولها خيار العتق إذا عتقت لما عرف الأمة إذا أعتقت لا بأس بأن تختار نفسها حائضًا كانت أو طاهرة.

وكذلك الصبية إذا أدركت بالحيض؛ لأن هذا ليس بطلاق؛ لأن فيه ضرورة؛ لأن التأخير لا يمكن وكذا العنين إذا مضى الحول وهي حائض؛ لأن هذا ليس بطلاق؛ لأن فيه ضرورة والله أعلم.

(باب نكاح البكر)

ولا تزوج البكر البالغة على كره منها خلافًا للشافعي وابن أبي ليلى؛ لأن هذه الولاية متضمنة الإضرار بها غير منتظمة الأنظار لها؛ لأن إقدامها على أن النكاح لا يقع مصلحة ويطرأ في حقها؛ إذ لو وقع مصلحة لامتنعت عن الرد مع وجود الداعي الطبيعي إلى النكاح مع أن المصالح لا تحصل إلا عند توافق الأخلاق وتماثل الطباع، وإقدامها على الرد دل على تنافر طبعها وتباعد خلقها عنه.

والسنة أن تستأمر البكر وليها قبل النكاح بأن يقول إن فلانًا يخطبك أو يذكرك، فسكتت فهو رضاء.

وإن زوجها بغير استئمار فقد أخطأ السنة، ويتوقف على رضاها، فإذا بلغها، فسكتت، فقد رضيت لقوله عليه السلام: "**تستأمرُ النساءُ في أبضاعهنَّ**، فقالت عائشة رضي الله عنها: إن البكر تستحي يا رسول الله، فقال: **إذنُها صماتُها**"[1] وطريق البلوغ

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢٣/٧ (٥١٣٧) قال: حدثنا عمرو بن الربيع بن طارق، قال: أخبرنا الليث. وفي ٢٦/٩ (٦٩٤٦) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن ابن جريج. وفي ٣٣/٩ (٦٩٧١) قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج. و«مسلم» ١٤٠/٤ (٣٤٥٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن إدريس، عن ابن جريج (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، جميعا عن عبد الرزاق، وقال ابن رافع: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج. و«النسائي» ٨٥/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥٦) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج. و«أبو يعلى» (٤٨٠٣) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا يحيى، عن ابن جريج. وفي (٤٨٩٠) قال: حدثنا مجاهد، قال: حدثنا معاذ، قال: حدثنا ابن جريج. و«ابن حبان» (٤٠٨٠) قال: أخبرنا عمران بن موسى بن مجاشع، قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبيد الله بن موسى، عن ابن جريج. وفي (٤٠٨١) قال: أخبرنا ابن خزيمة، قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا الأنصاري، قال: =

إليها أن يبعث الولي إليها رسولا عدلًا أو غير عدل، فإن أخبرها فضولي، فلا بد من العدد والعدالة عند أبي حنيفة خلافًا لهما لما عرف في موضعه، وهذا إذا سمى زوجها عندها تسمية تقع بها المعرفة، فأما إذا اتهمه لم يكن سكوتها رضاء؛ لأن الجهالة تمنع الرضاء والسكوت رضاء في عدة مسائل: **إحداها** هذه.

والثانية: إذا قبض الأب والجد مهر بنت البكر البالغة، فسكت جاز استحسانًا وبرئ الزوج منه؛ لأن العرف والعادة جرت فيما بين الناس بقبض الآباء مهور الأبكار وتجهيزهن بها لاستحيائها عن مطالبة المهر بنفسها، وتولي قبضه والمعروف كالمشروط، وهذا العرف مفقود في سائر الأولياء، فلا يملكون قبض مهرها حتى لو كانت البنت ثيبًا، فزوجها الأب لا يملك مطالبة الزوج بالمهر إلا بوكالة منها؛ لأن العادة أن الآباء إنما يجهزون البنات مرة، فإذا انعدم التجهيز انعدم ولاية القبض.

والثالثة: الشفيع إذا سكت بعدما علم بالبيع بطلت شفعته.

والرابعة: إذا تواضعا في السر أن يظهرا بيعًا في العلانية تلجئة[1]، ثم قال أحدهما في العلانية: إني أجعل بيعًا صحيحًا يحضره صاحبه، فسكت فهو رضًا منه بالبيع اللازم.

=

حدثنا ابن جريج. وفي (٤٠٨٢) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثنا ليث بن سعد.

كلاهما: (عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، والليث بن سعد) عن ابن أبي مليكة، عن ذكوان أبي عمرو، مولى عائشة، فذكره.

(١) التعريف اللغوي: التلجئة لغة من الإلجاء، وهو الإكراه والاضطرار، وأصل معناها: أن يلجئك الغير إلى أن تأتي أمرًا باطنه خلاف ظاهره.

التعريف الفقهي: بيع التلجئة هو التقية بإظهار عقد غير مقصود باطنا.

وصورته عند الفقهاء: أن يتواطأ شخصان على إظهار بيع لم يريداه باطنًا، بل خوفًا من ظالم ونحوه، دفعًا له، أو لغير ذلك، ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعًا بينهما.

وقال صاحب الدر المختار: "وبيع التلجئة هو أن يظهرا عقدًا وهما لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل".

=

والخامسة: عبد أسره المشركون فوقع في الغنيمة، فقسم فبيع ومولاه الأول حاضر، فسكت لا سبيل له على العبد ذكره ابن كاس[1] في خصال الكبير.

والسادسة: لو قبض المشتري المبيع قبل نقد الثمن بحضرة البائع فسكت، ولم يمنعه من قبضه، فذلك إذن منه بقبضه ذكره الطحاوي في مختصره.

وذكر محمد في الإكراه: لا يكون إذنًا منه.

وكذا لو قبض الموهوب له الهبة بحضرة الواهب وهو ساكت، فهو إذن بالقبض.

والسابعة: المولى إذا رأى عبده يبيع ويشتري يصير مأذونًا في التجارة.

والثامنة: إن كان الخيار للمشتري فرأى عبده المشترى يبيع ويشتري، فسكت يبطل خياره.

ولو كان الخيار للبائع لا يبطل ذكره في المأذون.

والتاسعة: مجهول النسب إذا بيع وهو ساكت، فهو إقرار منه بالرق حتى لا يقبل قوله بعد ذلك: أنا حر، وقد زاد في مختصره الطحاوي.

وقيل له بعد البيع: قم مع مولاك فقام، فهو إقرار منه بالرق.

العاشرة: لو حلف فقال: والله لا أسكن فلانا داري، أو لا أتركه في داري، وفلان نازل في دار الحالف، فسكت الحالف، ولم يقل له: اخرج منها، حنث. ولو قال له: اخرج منها، فأبى أن يخرج فسَكت عنه لا يحنث ذكره في الإملاء.

والحادية عشرة: امرأة ولدت فهنأ الناس زوجها، فسكت لزمه الولد، وكذا رجل زوج رجلًا امرأة بغير إذنه فهنأه القوم وقَبِل التهنئة فهو رضاء، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة؛ لأن قبول التهنئة دليل الإجازة وسكوت البكر لا يكون رضاء في حق غير الولي، وسكوت الغلام ليس بإذن؛ لأن السكوت إنما جعل رضاء بعلة الحياء،

=

انظر: المغرب٢/٢٤٢، التوقيف للمناوي ص١٥٤، التعريفات الفقهية ص٢١٣. ورد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ٥/٢٧٣.

(١) ابن كاس الحنفي: هو علي بن محمد بن الحسن أبو القاسم النخعي الكوفي، الفقيه الحنفي المعروف بابن كاس.

انظر: ترجمته في تاريخ بغداد ١٢/٧٠، وتذكرة الحفاظ ٣/٨٢١، وتاج التراجم ترجمة ١٧٧.

وهو لا يستحي من إظهاره الرغبة في النكاح، وإذا زنت البكر زوجت كالأبكار عند أبي حنيفة خلافًا لهم قوله صلى الله عليه وسلم: "**الثيب تشاورُ**" وهي ثيب حقيقة له أن سكوت البكر إنما جعل رضا بعلة الحياء، والحياء هنا أشد؛ لأنها إذا استنطقت يقال ما بال كريمة فلان كريمة فلان تستنطق، وهي بكر، فيحتاج إلى أن يقال أنها فجرت، فتظهر رغبتها وميلها في الرجال حالة البكارة عند الولي، والشهوة بطريق السفاح، وهذا في كونه عيبًا عادة، فيكون الحياء عنه أشد فجعل إذنها صماتها دفعًا للضرر عنها، بخلاف ما إذا أقيم عليها الحد وقضى عليها بالعدة، أو اعتادت الزنا تستنطق؛ لأنها ظهرت فاحشتها ورغبتها في الرجال على أقبح الوجوه؛ لأنها صارت ملقية جلباب الحياء، فلا تستحي على النطق بخلاف البكر إذا خاطبت الأزواج في المهر قيل تستنطق؛ لأن كون إذن البكر صماتها ثبت بعين النص لا بالعلة، فلا تراعى العلة في المنصوص عليه.

وقيل: تستنطق؛ لأن علة وضع النطق عنها هي الحياء، والحياء زائل هنا، وهذه علة منصوص عليها لا علة مستنبطة بالرأي، فتعلق الحكم بها وجودًا وعدمًا.

ولو زالت بكارتها بوثبة، أو طفرة، أو حيضة، أو بطول التعنيس تزوج كالأبكار؛ لأن البكر اسم مشتق من البكارة، والبكارة مأخوذة من بكرة الشيء، وهي أوله، فقال: باكورة النهار وباكورة الثمار، أي: أوله، وهذه امرأة يصيبها أول مصيب لها فكانت بكرًا، لكنها ليست بعذراء لزوال العذرة، وهي الجلدة.

ولهذا لو أوصى لأبكار بني فلان دخلت هذه تحت الوصية، وإذا أنكرت الرضاء والزوج يدعيه، فالقول قولها، والبينة للزوج.

وقال زفر: القول قوله والبينة عليها؛ لأن الزوج مُتَشَبّثٌ بالأصل وهو السكوت والمرأة تدعي أمرًا عارضًا وهو الرد، فكان الزوج منكرًا والمرأة مدعية، فيكون القول له.

لنا: أن السكوت متى جعل رضًا والأصل عدم الرضا فكان الزوج مدعيًا أمرًا عارضًا والمرأة منكرة متمسكة بالأصل فيكون القول لها، فإذا رَدّتْ لا يجوز النكاح لانعدام شرط الجواز وهو الرضا لا لوجود الرد إلا أن عدم الرضا لا يظهر إلا بالرد،

بخلاف ما لو ادَّعَت الصغيرة رَدّ النكاح حين أدركت وادعى الزوج السكوت فالقول قول الزوج؛ لأن ملكه كان ثابتا عليها والزوج ينكر زوال ملكه عنها، فيكون القول له ولا يمين عليها عند أبي حنيفة، خلافًا لهما بناء على أن فائدة الاستحلاف النكول والنكول بذل عند أبي حنيفة خلافًا لهما والبضع لا يقبل البذل وعندهما إقرار، والنكاح يثبت بالإقرار.

وإذا زوج الأب الكبيرة، ثم الأخ، فأجازت نكاح الأخ جاز؛ لأن كلاهما موقوف على إجازتها.

وقيل عند محمد: لا يصح نكاح من ليس بولي مع الأب، وإذا زوجها وليها من غير استئمار فمات الزوج، ثم أجازت لم ينفذ النكاح، ولا ميراث لها؛ لأن النكاح موقوف على إجازتها، وقد فقدت الإجازة قبل الموت فلم يثبت، ومن زوجت نفسها وزوجها وليها برضاها، فأيهما؟ قالت: هو الأول، فهو الزوج.

وإن قالت: لا أدري فرق بينهما؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر.

ولو زوجها وليها، فقالت: لا أرضى، فرضيت في المجلس لم يجز، وقد بطل النكاح بالرد والإجازة صادقت عقدًا مفسوخا، فلا يعمل.

(**النوادر**): ولو بلغها الخبر بالنكاح فضحكت فهو رضا منها؛ لأن الضحك يحتمل الرد والرضاء، فلا يثبت واحد منهما للمعارضة، فبقي مجرد السكوت وإنه رضاء؛ ولأن الضحك غالبًا يكون عن سرور وفرح، فيكون رضاء غالبًا.

ولو بكت فعن أبي يوسف روايتان: في رواية يكون رضًا؛ لأن البكاء قد يكون عن سرور وفرح، فيكون رضاء، وقد يكون عن حزن وترح، فيكون ردًّا، فلا يثبت واحد منهما للمعارضة، فيقع مجرد السكوت، وإنه رضاء.

وفي رواية لا يكون رضاء وهو قول محمد؛ لأن البكاء غالبًا يكون عن حزن وترح والضحك غالبًا يكون عن سرور وفرح، والمختار أنه إن كان مع الصياح والصوت لا يكون رضًا؛ لأنه آية الرد، فإن كان مع السكوت يكون رضًا؛ لأنه دلالة الرضاء.

ولو قال الولي: إما أزوجك فلانا أو فلانا فسكت، فأيهما زوج جاز؛ لأنها رضيت بتزويج أيهما شاء.

ولو سمى جماعة مجملًا، فإن كانوا يحصون فهو رضاء.

وإن كانوا لا يحصون لا يكون رضاء.

ولو زوجها وليها فلما بلغها، فقالت: لا أريد الأزواج، ذكر في (المنتقى): أنه لا يكون ردًّا.

والصحيح: أنه يكون ردًّا؛ لأن قولها لا أريد الأزواج أرادت به لا أريد هذا الزوج ولا آخر، لا أن أرادت زوجًا آخر غير هذا الزوج.

ولو قالت: لا أريد فلانًا كان ردًّا، فكذا هذا.

ولو استأمرها الولي أن يزوجها فلانًا، فقالت: غيره أحب إليَّ منه لم يكن هذا إذنًا.

ولو قالت بعد العقد: غيره أحب إليَّ منه كان إذنًا؛ لأن قولها غيره أحب يحتمل الإذن وعدمه، فقبل العقد النكاح لم يكن، فلا يجوز بالشك وبعد العقد النكاح كان، فلا يبطل بالشك.

(فصل)

ولو زوّج [الثيب] [1] البالغة بغير إذنها لم يجز؛ لانقطاع ولايته عنها إلا أن يخبره بقول أو فعل يدل على الرضا من تمكينها نفسها، أو مطالبتها بالمهر والنفقة؛ لأنها لا تملك ذلك إلا بعد لزوم العقد وإسرافه، فصارت راضية به دلالة، والثيب إذا قبلت الهدية فليس برضا، وإذا قبلت المهر فهو رضا؛ لأنه ثمن رقبتها.

ولو أكلت من طعامه أو خدمته كما كانت فليس برضاء دلالة.

وذكر الفقيه أبو جعفر الليث في نوازله: امرأة ثيبة قال لها أبوها: أزوجك؟ فسكتت ولم يذكر لها الزوج والمهر لا ينفذ النكاح؛ لأن مع جهالة الزوج والمهر لا يتم الرضاء، فإن ذكر الزوج والمهر جميعًا ينفذ النكاح؛ لأنه تم الرضاء دلالة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): البنت.

وإن ذكر الزوج ولم يذكر المهر إن وهبها نفذ النكاح؛ لأن المرأة عالمة بالزوج، فتم الرضاء بهذا العقد.

وإن زوجها بمهر مسمى لم ينفذ، فتمام العقد الذكر الزوج والبدل، وهي غير عالمة بالبدل، فلا يتم الرضاء بهذا العقد.

وإن أخبرها بالعقد بعدما زوجها فسكتت فكذلك، وهو الصحيح. رجل تزوج امرأة بالغة على مهر مسمى ودفع إلى أبيها بمهرها صيغة، فلما بلغها الخبر قالت: لا أرضى بما فعل الأب ينظر، إن كان ذلك في بلده لم يجز التعارف بدفع الصيغة في المهر لم يجز إن كانت المرأة بكرًا بالغة؛ لأن هذا شراء وليس بقبضٍ للمهر، وليس للأب أن يشتري على ابنته البالغة.

وإن كان في بلده جرى التعارف بذلك جاز؛ لأن هذا قبض المهر، وللأب قبض مهر الابنة البكر البالغة.

وإن كانت البكر صغيرة فأخذ الأب مكان المهر صيغة لا تساوي المهر، فإن كان في بلده لم يجر التعارف أنهم يأخذون الصيغة بأضعاف قيمتها لم يجز؛ لأن هذا شراء.

وإن كان في بلده جرى التعارف بذلك جاز؛ لأن هذا قبض المهر وليس بشراء حقيقة.

رجل زوج ابنته البالغة، ولم يعلم رضاها حتى مات زوجها، فقال ورثة الزوج: إنها لم ترض بالنكاح ينظر إن قالت المرأة: زوجني، أبي: بأمري، وأنكر الورثة، فالقول قولها ولها المهر والميراث، وعليها العدة؛ لأنهما اختلفا في تمام العقد وانبرامه، فالقول قول من يدعي التمام.

وإن قالت: زوجني بغير أمري، فبلغني الخبر فرضيت فلا مهر ولا ميراث لها؛ لأنهما اتفقا أن العقد لم يقع تامًّا نافذًا، ثم ادعت بعد الموت تمامه وانبرامه، فلم يصدق. رجل تزوج امرأة على أنها بكر فوجدها ثيبًا، فالمهر واجب كماله؛ لأن البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح.

امرأة زوجها وليها من رجل بغير أمرها، فبلغها الخبر فردت، ثم قال وليها: إن

أقواما يخطبونك، فقالت: أنا راضية بما يفعل، فزوجها الولي من الأول، فلها أن ترد النكاح بالثاني؛ لأن قولها: أنا راضية ينصرف إلى غير الأول دلالة أن تقدير هذا الكلام كان الولي، قال لها: إذا أبيت أن ترضي بفلان فقد خطبك قوم أخر، ماذا تقولي؟ فقالت: رضيت، وصار هذا بمنزلة من طلق امرأته فيقول الرجل: إني كرهت صحبة فلانة فطلقها فزوجني امرأة، فزوجه المطلقة لم يجز، وكذا إذا باع عبدًا، ثم أمر إنسانا بشراء عبد، فاشترى ذلك العبد لم يجز لما قلنا، فكذا هذا.

(باب معرفة الكفاءة والنكاح من غير كفؤ[1])

الكفاءة معتبرة في الرجال للنساء للزوم النكاح خلافًا لسفيان الثوري لقوله عليه السلام: "**ألا لا يزوجُ النساءَ إلّا الأولياءُ، ولا يزوجنَ إلّا من الأكفاء**"[2]، وقال عمر رضي الله عنه: "لا يمنعن النساء تزوجهن إلا من الأكفاء"؛ ولأن مقاصد النكاح وهو السكن والازدواج والصحبة والعشرة والألفة والمودة؛ قلّ ما يتحقق إلا من الأكفاء؛ لأن المرأة تأنف عن استفراش من لا يكافئها في النسب والمال، ويلحقها التعيير من جهة الناس بذلك، فلا يمكنه من نفسها، فتفوت مقاصد النكاح.

ثم الكفاءة معتبرة في سبعة أشياء: في النسب والمال والحرية والتقوى وإسلام الآباء والحرف والعقل.

أما النسب[3]: فإن قريشًا بعضهم أكفاء لبعض، ولا يكافئهم غيرهم من العرب،

---

(١) انظر: فتح القدير ١٨٥/٣ - ١٨٦، والبدائع ٣١٧/٢، وابن عابدين ٣٠٤/٢، والاختيار ٩٧/٣، والمهذب ٣٩/٢، ومغني المحتاج ١٤٩/٣، والمغني ٤٨٠/٦، ٤٨٧ - ٤٨٩، وكشاف القناع ٤٤/٥، ٦٧ - ٦٨.

(٢) أخرجه أبو يعلى (٢٠٩٤) قال: حدثنا محمد بن عبد الرحمن بن سهم الأنطاكي، قال: حدثنا بقية بن الوليد، قال: حدثنا مبشر بن عبيد، عن أبي الزبير، فذكره.

وأخرجه ابن عدي في «الكامل» ١٦٤/٨، في ترجمة مبشر، وقال: وهذا الحديث مع اختلاف ألفاظه في المتون، ومع اختلاف إسناده، باطل، كان لا يرويه غير مبشر، وقال: ومبشر هذا بين الأمر في الضعف، وله غير ما ذكرت من الحديث، وعامة ما يرويه غير محفوظ.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣١٩/٢، وفتح القدير وشرح العناية ٤٢٠/٢ - ٤٢١.

والعرب بعضهم أكفاء لبعض، فلا يكافئهم الموالي لقوله صلى الله عليه وسلم: "قُرَيْشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ، وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ، قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ، وَرَجُلٌ بِرَجُلٍ، وَالْمَوَالِي بَعْضُهُمْ أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ، قَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ، وَرَجُلٌ بِرَجُلٍ إِلَّا حَائِكٌ أَوْ حَجَّامٌ"[1] برجل أي: لا يعتبر نسبهم.

وأما الإسلام فمن كان له أبوان أو ثلاثة في الإسلام والحرية، فلا يعتبر الزيادة عليه، كما لا يعتبر في الشهادة، ومن كان له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤًا لمن له أبوان في الإسلام، وكذا في الحرية.

وروي عن أبي يوسف: أنه يكون كفؤًا وألحق الواحد بالمثنى كما في التعريف في الشهادة.

وأما الكفاءة في المال فالمعتبر منه في ظاهر الرواية أن يكون واحدًا للمهر والنفقة، حتى لو وجد المهر ولم يجد النفقة أو على العكس لا يكون كفؤًا، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أحساب أهلِ الدنيا المالُ، فإذا كانَ عديمًا لم يكن حسيبًا**"؛ ولأن المهر بدل البضع، فلا بد من تسليمه، والمراد من المهر قدر ما يتعارف من تعجيله لازمًا؛ لأن ما وراءه مؤجل عرفًا.

فأما النفقة؛ فلأن فيها قوام النكاح ودوام الازدواج إلا أن النفقة أشد اعتبارًا في الكفاءة من المهر، حتى روى الحسن بن مالك أن أبا يوسف قال: الكفؤ الذي يملك المهر والنفقة.

قلت: وإن كان يملك المهر دون النفقة؟ قال: ليس بكفؤ، قلت: وإن كان يملك النفقة دون المهر؟ قال: يكون كفؤًا وهذا يجري فيه التسهيل والتأجيل، ويعتبر قادرا على المهر بيسار أبيه وأمه وجده وجدته عادته، كما في أداء الزكاة إلى ولد الغني لا يصح، ولا يعتبر قادرًا على النفقة بيسار الأب في العادة؛ لأن الآباء يتحملون المهور عن الأولاد، فأما النفقة الدارّة فلا.

---

(١) أخرجه البيهقي (١٣٤/٧، رقم ١٣٥٤٨) وقال: وروي ذلك من وجه آخر عن عائشة، وهو أيضًا ضعيف. وأخرجه أيضًا: الديلمي (٨٩/٣، رقم ٤٢٤٩)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٦١٧/٢، رقم ١٠١٧) وقال: لا يصح.

وروي عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في النوادر: أن امرأة فائقة في النساء لو زوجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة رد عقدها.

وقال أبو يوسف: إذا كان قادرًا على إيفاء ما يعجل لها باليد، وتكتسب ما ينفق عليها يومًا بيوم يكون كفؤًا لها؛ لأنها لا ثبات لوصف الغنى؛ لأن المال غاد ورائح، فلا يعتبر. ولهما: أن التفاخر يقع به، فإنهم يفتخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر، ولم يعتبر في نكاح الأصل إلا القدرة على المهر والنفقة.

وأما الكفاءة في التقوى والورع معتبرة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، حتى إن امرأة من بنات الصالحين لو نكحت رجلًا من أهل الفسق كان للأولياء حق الرد؛ لأن التفاخر به أحق المفاخر.

وقال محمد: لا يعتبر؛ لأن هذا من أمور الآخرة، فلا يعتبر لبناء حكم دنيوي عليه إلا شيئًا فاحشًا، كرجل يصفع ويسخر معه، أو يخرج سكرانا، أو يلعب به الصبيان، فهذا يكون مستحقًّا به، فلا يكون كفؤا.

وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفؤ، وإنما يريد به أعوان الظلمة إذا كان بحيث تهابه الناس.

وأما الكفاءة في الحرية أيضًا معتبرة؛ لأن الحرة تستنكف عن استفراش العبد، وتعيّر بذلك أكثر مما تعيّر بالفقر وبدناءة النسب.

وأما الكفاءة في الحرفة فمعتبرة عندهما؛ لأنه مما يفتخر بها الناس، وتعد الدناءة في الحرفة منقصة.

وقال أبو يوسف: لا يعتبر؛ لأن الحرفة ليست بشيء لازم يقدر المرء على تركها، فلا يعتبر إلا أن يفحش مثل: الحائك والحجام والكناس والدباغ لا يكون كفؤًا لبنت عطار أو بزاز أو صراف؛ لأن الإنسان يعيّر بهذه الحرف فوق ما يعير بصنيعة النسب.

وأما الكفاءة في العقل فلا رواية فيه، واختلفوا فيه، قيل: لا يعتبر؛ لأن الجنون بمنزلة المرض، فيعير بسائر الأمراض، وسائر الأمراض لا تسلب الكفاءة، فكذا الجنون، وقيل: يعتبر حتى إن الزوج إذا كان مجنونا لا يكون كفؤا للمرأة العاقلة؛

لأن الجنون يفوت ما هو المقصود بالنكاح أكثر مما يفوته الدناءة في النسب والفقر، والكفاءة في النساء للرجال غير معتبرة عند أبي حنيفة.

وعندهما معتبرة استحسانًا نص عليه محمد في (الجامع الصغير) أمير أمر رجلًا أن يزوجه امرأة، فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة.

وعندهما لا يجوز إلا أن يزوجه كفؤا له؛ لأن المطلق من الكلام ينصرف إلى المتعارف، والمتعارف تزويج الأكفاء.

له: أن الكلام صدر مطلقا، فيجري على إطلاقه في غير موضع الهمة أو الضرورة ولا بهمة ولا ضرورة في هذا، فإن الكفاءة لا تعتبر للرجال؛ لأن الرجل لا يعير بتزويج غير الكفؤ ولا يلحق بالأولياء ضرر بذلك.

قال أبو يوسف: وإن زوجت نفسها من غير كفؤ، فللولي أن يفرق بينهما.

وإن تزوجت بأقل من مهر مثلها، فللولي طلب التكميل، أو التفريق عند أبي حنيفة.

وعندهما النكاح جائز مما رضيت به؛ لأنها تصرفت في خالص حقها وهو المهر، فلا يكون للولي حق الفسخ، كما لو أسقطت بعد الوجوب.

له: أن ضرر التقصير يرجع إلى الأولياء، فإنهم يفتخرون ويتباهون بغلاء المهور، ويعيرون بنقصانها، كما يتباهون بالكفؤ، ويعيرون بغير الكفؤ، والذي يرجع الضرر إلى نساء عشيرتهن عند الحاجة إلى قطع مهر مثلهن، فأشبه عدم الكفاءة.

والمسألة تتصور عند محمد فيما إذا أكره الولي والمرأة على النكاح بأقل من مهر المثل، فرضيت المرأة ليس للولي أن لا يرضى به، وكذا إذا أذن لها الولي في النكاح، فزوجت نفسها بأقل من مهر مثلها، فإن طلقها قبل الاعتراض والدخول وجب نصف المسمى، وإذا زوجها الولي غير كفؤ، ثم فارقته، ثم تزوجت بغير ولي كان للولي أن يفرق بينهما؛ لأن حق الفسخ يتحدد بتحدد النكاح والرضا ببطلان حقه في الأول لا يكون رضاء ببطلان حقه في الثاني، كالشفيع إذا سلم الشفعة، ثم بيعت الدار مرة أخرى ثبت له حق الشفعة، فكذا هذا، وإذا تزوجت المرأة غير كفؤ،

ثم قبض الولي مهرها وجهزها فهو رضاء منه بالنكاح؛ لأن استيفاء موجب العقد تقدير للعقد، والتجهيز دليل التسليم، وهما أمارتان على الرضاء بالعقد.

ولو قبض مهرها، ولم يجهزها من المهر اختلفوا فيه، قيل: يكون إجازة لما قلنا، وقيل: لا يكون ما لم يجهزها من المهر؛ لأن قبض المهر قد يكون لرضاه بالنكاح، وقد يكون لتعرف كفاءة الزوج، فإن القدرة على أداء المهر شرط، فلا تثبت الإجازة بالاحتمال.

وإن لم يفعل هذا ولكن خاصم زوجها في نفقتها، أو في بقية مهرها عليه لا يكون رضاء منه قياسًا؛ لأن الخصومة قد تكون لإظهار العجز عن الأداء، وتحقيق عدم الكفاءة، وإظهار الفسخ لا يدل على الرضاء بالعقد، ويكون رضاء استحسانًا؛ لأن الخصومة والطلب لا يكونا إلا لاستيفاء الحق؛ لأن المسألة فيما إذا كان عدم الكفاءة ثابتا عند القاضي، فلا يحتمل الطلب إلا الاستيفاء، والاستيفاء لا يكون إلا حال الوجوب، ولا وجوب إلا حال قيام العقد، فيكون المخاصم راضيا بقيام العقد، كما في البيع.

حتى لو لم يكن عدم الكفاءة ثابتا عند القاضي لا تكون الخصومة فيها رضًا بالنكاح. الحرة العاقلة البالغة زوجت نفسها جاز.

وقال محمد: لا يجوز إلا بولي أو بإذنه.

وقال الشافعي: لا ينعقد بعبارة النساء.

لمحمد: أنها سريعة الاغترار سيئة الاختيار، شديدة الميل إلى الرجال، فلو فوّضنا ولاية التنفيذ إليها ربما تضع نفسها في غير الكفؤ بحكم المجاذبة والمعاشقة فيؤدي إلى إلحاق الضرر بها وبالأولياء، ففوضنا ولاية التنفيذ إلى الولي صونًا للنكاح عن الفساد.

لنا: أن النكاح عقد مصلحة؛ لأن بما لها من العقل قدرت على معرفة مصالح النكاح غامضة وظاهرة، أما تعقلها ورأيها، أو بالسؤال والاستحباب عن غيرها، ولهذا فوض إليها اختيار الأزواج، ومتى قدرت على تحصيل مصلحة ملكت مباشرته، والنفاذ لا يتضمن الإضرار بالأولياء؛ لأن الظاهر أنها لا تضيع نفسها في

غير الكفؤ؛ لأنها تعير باستفراش من لا يكافئها، وبعد الوضع يتمكن الأولياء من دفع هذا الضرر بالفسخ، وفي سلب ولاية التنفيذ إضرار بها بيقين، فينفذ، والأخبار التي يرويها الخصم مخالفة للكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] نهى الأولياء عن منعهن عن إنكاحهن فلا يقبل، وإذا تزوجت المرأة بغير إذن وليها وطلقها ثلاثا كره له أن يتزوجها ثانيا ما لم يتزوج، فإن فعل لم يفرق عند محمد؛ لأن عنده هي متاركة لا طلاق.

وعندهما طلاق يكره؛ لأن الاختلاف يوجب الكراهة.

(باب ضمان الرسول والوكيل والولي بالمهر)

زوجت نفسها برسالة وضمن الرسول المهر، وقال: أمرني بالرسالة، فإن أقر به الزوج لزمه النكاح، والضمان لازم للرسول؛ لأن المهر وجب على الزوج دونه، فالرسول إنما كفل بدين مضمون على الزوج فصح.

وإن جحد الزوج الآمر فلا نكاح، ولها على الرسول نصف الصداق، وذكر في بعض الروايات: وعلى الوكيل المهر كله، قيل: هذا قول محمد، والأول قولهما بناء على أن قضاء القاضي بالفرقة ينفذ ظاهرًا وباطنًا عندهما.

وعند محمد لا ينفذ باطنا، فيبقى جميع المهر، فيلزمه كل ما ضمن، وهذا لا يصح؛ لأن عند محمد قضاء القاضي، إنما لم ينفذ باطنا إذا مضى الفرقة بشهادة الزور أما إذا أنشأ الفرقة، فإنه ينفذ ظاهرًا وباطنًا وهنا أنشأ الفرقة؛ لأن جحود الزوج ليس بفرقة، فإنه يقول لم آمره بالنكاح، وهذا لا يصلح كناية عن الفرقة لا يمكن إضمار الطلاق فيه.

فالصحيح أنه موضوع الأول فيما إذا جحد الزوج النكاح واستحلفه القاضي، فلم يحلف، وطلبت المرأة من القاضي التفريق، فيفرق بينهما، فيكون الواجب على الزوج في زعم الرسول نصف المهر؛ لأن الفرقة جاءت من قبله قبل الدخول بها، وموضع الثاني أنها لم تطالب القاضي بالتفريق، فيكون الواجب في زعمهما جميع

المهر؛ لأن النكاح قائم في زعمهما زوج الأب، وضمن للصغيرة المهر من زوجها جاز، فإن شاءت أخذت من الأب أو الزوج إذا بلغت.

وقال زفر: لا يجوز.

ولو باع مالها وضمن لها الثمن لا يجوز، والفرق أن في النكاح حقوقه تعلق بمن وقع العقد له، فكانت المطالبة حقها إلا أنها لما عجزت عن المطالبة للحال يقوم الأب في المطالبة مقامها، ولهذا لو أدركت كان لها مطالبة الزوج بمهرها، وفي البيع تعلق حقوقه بالعاقد، فتكون المطالبة حقه ويكون الثمن أمانة في يده، فإذا ضمن، فقد أراد تعييره، فلا يجوز.

وكذلك إذا ضمن عن ابنه الصغير جاز؛ لأن المهر وجب على ابنه، ولكن لا يطالب لعجزه عن الإيفاء بنفسه، فأقيم الأب مقامه فيها.

وإن أدى لا يرجع على الولد استحسانًا؛ لأنه صلة منه له أن العادة قد جرت أن الآباء يتبرعون على أولادهم بمهور نسائهم مبرة وصلة، والثابت عرفا كالثابت شرطا، ولا يرجع قياسًا كما لو ضمن الوصي، وهو ولي.

ولو مات قبل أن يؤدي وأخذ من تركته يرجع به بقية الورثة على الابن في حصته؛ لأن الصلة لم تتم من جهة الأب، ولم يصر المؤدي صلة من جهة الورثة؛ لأنه لا عرف في حقهم، فإن ضمن في المرض ومات أخذ من تركته، ويرجع باقي الورثة على الابن؛ لأنه تعلق حقهم بماله.

وإن العادة غير جارية بأداء البعض مهر البعض.

وإن ضمن الوصي المزوج وهو ولي، ثم أداه رجع به في مال الصغير؛ لأنه لا صلة منه لعدم العرف في حقه.

(الجامع) ولو أمر رجلا أن يزوجه امرأة، فزوجه بألف من ماله أو بألفه هذه، فالمال على الزوج ولا يجبر الوكيل على دفع ماله؛ لأن النكاح لا يصح إلا بمال على الزوج؛ لأنه يجب مقابلا بالملك ثبوتًا وإنما يثبت الملك له، فلا يتصور أن يجب البدل على غيره إلا بحكم الضمان عنه.

ولو زوجه الوكيل بألف على أنه ضامن لها أخذت المرأة أيهما شاء بالألف،

وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه، بخلاف ما لو خلعها الوكيل على ألف على أنه ضامن لها أخذت المرأة أيهما شاء، فالمال على الوكيل ويرجع به عليها، والفرق أن الخلع يصح بدون الأمر؛ لأنه يصح ببدل يجب على الأجنبي.

وإنما يجب الأمر بالخلع لوجوب البدل عليها، فيكون الأمر بالخلع رضًا بالرجوع ببدله، والنكاح لا يصح بدون الأمر، فيعتبر الأمر بصحة النكاح لا لوجوب البدل؛ لأنه يجب حكمًا، فلم يكن بالأمر راضيا بالرجوع، فصار الوكيل كفيلا عنه بالمهر بغير أمره، فيكون متبرعًا.

ولو زوجه الوكيل امرأة على عبده أو عرضه جاز، فإن هلك في يد الوكيل رجعت بقيمته على الزوج، وفي الخلع يرجع على الوكيل؛ لأن النكاح لا يصح إلا بمال على الزوج، والخلع يصح بمال على غير المرأة، ويجبر الوكيل على تسليم العبد قبل الهلاك بخلاف ما لو زوجه على ألفه؛ لأن الدراهم لا تتعين في المعاوضات، فلم تصر الدراهم المشار إليه ملكًا للمرأة بنفس العقد، وإنما وجب مثلها دينا في ذمة الزوج.

فأما العروض يتعين، فصار العرض ملكا لها، فيجبر الوكيل على تسلمه كالموكل؛ لأنه أقام نفسه مقامه.

(باب معرفة الشهود في النكاح)

الشهود شرط لجواز النكاح، وقال مالك: الشرط هو الإعلان، والصحيح قول العامة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**البغايا اللاتي ينكحنَ أنفسهنّ بغيرِ شهودٍ**"[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا نكاحَ إلّا بشهودٍ**"[2]. ولأن النكاح عقد عظيم خطره جم أعراضه ومقاصده، فلو لم يتعلق انعقاده بحضرة الشهود ربما يقام بغير شهود، فإذا جرى التجاحد والتناكر يتعذر إثباته، فتتعطل المصالح المنوطة به،

(١) أخرجه الترمذي (١١٠٣) قال: حدثنا يوسف بن حماد البصري، قال: حدثنا عبد الأعلى، عن سعيد، عن قتادة، عن جابر بن زيد، فذكره.

(٢) أخرجه البيهقي (١١١/٧، رقم ١٣٤٢٣).

فيتعلق انعقاده بحضرة الشهود صونًا للعقد عن التجاحد ورعاية لمزيد الاحتياط في أمور الانصياع، وينعقد بشهادة الفاسق والمحدود في القذف، والأعمى خلافًا للشافعي؛ لأن هؤلاء أهل لتحمل الشهادة؛ لأن الشهادة هي الخبر عما شاهد وعاين؛ لأنها مأخوذة من المشاهدة والمعاينة، ولهم قدرة على ذلك لوجود آلة القدرة، وهي العقل المميز ولسان الناطق المعبر.

وشرط انعقاد النكاح حضرة من هو أهل الشهادة بالنص، ولا ينعقد بشهادة العبيد والصبيان والمجانين؛ لأنهم لم يؤهلوا شرعًا نظرًا للصبي والمرأة حتى لا تتعطل منافع المولى بالحضور باب القاضي، فيتضرر بذلك، وبعد الأداء ربما يرجع عن الشهادة، فتلحقه العهدة وينعقد بشهادة رجل وامرأتين خلافًا للشافعي؛ لأن المرأة أهل للشهادة؛ لأنها قادرة على المشاهدة والضبط والحفظ، والأداء لوجود آلة القدرة، وهو العقل المميز واللسان الناطق، لكن في عقلها ضرب قصور، وهذا القصور يجيز بانضمام امرأة أخرى إليها قال الله تعالى: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإذا انجبر النقصان يثبت الكمال، وإنما لم تقبل شهادتهن نصًّا لا قياسًا ولا ينعقد نكاح المسلمين بشهادة الكفار، وينعقد نكاح الكفار بشهادة الكفار خلافًا للشافعي؛ لأن الكفار أهل للشهادة لقدرته على الخبر عن العيان والمشاهدة وتجنبه عن الأقل وميله إلى الصدق في المعاملة والمبايعة مع أن الحاجة إلى اعتباره ماسة لعدم حضور المسلمين أنكحتهم ومعاقداتهم، وإذا تزوج المسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عندهما خلافًا لمحمد. له: أن شهادة الذمي ليست بشهادة في حق الزوج، فخلى العقد عن حضور شاهدين في حقه، وأحد شطري العقد قائم بالزوج، فكان سماعهما كلام الزوج ولا سماع بمنزلة. لهما: أن الشهود إنما شرط في النكاح صيانة لملك البضع عن التجاحد والتناكر لا صيانة لملك المهر، وبهذه الشهادة حصلت صيانة البضع عن التجاحد؛ لأنها حجة عليها، فتكون حجة في حق ثبوت الملك في بعضها، أو اعتبرنا سماعهما كلام الزوج، فيلزمهما من الحكم لا فيما يلزمه، وإذا تزوج بشهادة حرين مسلمين أو عبدين أو صبيين أو كافرين، فزالت هذه الموانع، ثم شهدا أنهم عقدوا بشهادة حرين جاز؛ لأن

شهادتهم صدرت عن علم بنكاح صحيح كالصبي إذا سمع حديث النبي صلى الله عليه وسلم، ثم رواه بعد البلوغ وجب العمل بروايته.

ولو لم يشهدوا بشهادة حرين لا يجوز؛ لأنهم شهدوا بنكاح فاسد، ويجوز بشهادة ابنيه أو ابنيهما؛ لأن الشرط حضور من هو أهل الشهادة وهما أهل للشهادة لما بينا، ومن زوج بنته بشهادة ابنيه، وأنكر الزوج فادعى الأب لم تقبل شهادتهما عند أبي يوسف.

وقال محمد: تقبل، ولئن كان الأب منكرا والزوج مدّعٍ، أو المرأة مدعية تقبل بالإجماع لمحمد أن هذه شهادة خلت عن التهمة؛ لأنهما بهذه الشهادة لا يجران إلى ابنهما مغنمًا، ولا يدفعان عنه مغرمًا؛ لأنهما لا يثبتان لابنهما ملكًا ولا حقًّا، فيقبل لأبي يوسف أنه تمكنت في شهادتهما تهمة؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران إلى ابنهما مغنما، وهو منفعة صحة كلامه ونفاذ نطقه، ونفاذ قول الإنسان من أعظم المنافع، وأشرفها بخلاف ما إذا كان جاحدًا؛ لأن المنفعة متى كانت مجحودة، فحصول المنفعة مضاف إلى إقرار المدعي لا إلى شهادتهما، فلا تقع شهادتهما للأب ومتى كانت المنفعة مدعاة كان حصولها مضافًا إلى شهادتهما، فتقع شهادتهما للأب.

ولو زوّج بنته وأنكرت الرضاء، فشهد أخواها، وهما ابناه لم تقبل في قولهم؛ لأن الرضاء شرط الجواز، فكانت شهادتهما بشرط الجواز شهادة تفيد قول الأب مقصودًا، فتكون شهادة له.

(**الجامع الصغير**): رجل أمر رجلًا أن يزوج ابنته الصغيرة من رجل، فزوجها والأب حاضر جازت شهادة المزوج.

وإن كان غائبا لم يجز؛ لأن الوكيل في باب النكاح سفير، ومعبر لما بينا، فإذا كان الموكل حاضرًا أمكن تحقيق الإضافة إليه بأن يجعل كأنه هو الذي باشر دون المأمور، فصلح المزوج شاهدًا، وإذا كان غائبا لو جعلناه مباشرا للعقد أخرجنا الوكيل منه فيبطل العقد لاختلاف المجلس، ومتى كان مباشرًا لا يصلح شاهدًا، وعلى هذا قالوا الأب إذا زوج ابنته البكر البالغة بأمرها وبحضرتها، ومع الأب شاهد آخر صح النكاح.

وإن كانت غائبة لا يصح.

شهد أحد الشاهدين أنه تزوجها أمس، والآخر أنه تزوجها اليوم لم تقبل بخلاف البيع؛ لأن كل واحد منهما شهد بنكاح حضره وحده حتى لو شهد كل واحد أنه كان معه شاهد آخر وقت العقد قبلت شهادتهما؛ لأن كل واحد شهد بعقد صحيح.

كما لو شهد أحدهما أنه باع أمس، وشهد الآخر أنه باع اليوم تقبل؛ لأن كل واحد منهما شهد ببيع صحيح.

ولو تزوج بشهادة واحد ثم أشهد آخر بعد المجلس لم يجز؛ لأن حضور الشاهدين عند العقد شرط، ولم يوجد.

(النوادر) عن أبي يوسف: رجل تزوج امرأة فسمع شاهد، ولم يسمع الآخر، وهما في مجلس، فأعاد الزوج فسمع الآخر، ولم يسمع الأول لا يجوز حتى يسمعا جميعًا؛ لأنهما عقدان لم يحضر كل واحد منهما شاهدان.

وروي عنه أنه يجوز.

تزوج امرأة بحضرة السكارى، وهم عرفوا أمر النكاح، ثم إنهم لا يذكرونه بعدما صحوا انعقد النكاح؛ لأن هذا نكاح بحضرة الشهود.

رجل قال للشهود: إني تزوجت هذه المرأة التي في هذا البيت، وقالت المرأة: قبلت فسمع الشهود مقالتها، ولم يروا شخصها، فإن كان في البيت امرأة واحدة جاز النكاح؛ لأنه زالت الجهالة.

وإن كان معها أخرى لم يجز.

وكذلك لو وكلت المرأة رجلًا فسمع الشهود، ولم يروا شخصها فهو على هذا.

امرأة وكلت رجلا ليزوجها عن نفسه، فقال الوكيل بمحضر من الشهود تزوجت فلانة، ولم يعرف الشهود فلانة لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدّها؛ لأنها غائبة والغائبة تعرف بالتسمية.

ألا ترى لو قال: تزوجت امرأة وقد وطئتني لا يجوز.

وإن كانت حاضرة منتقبة لا يعرفها الشهود جاز النكاح، وهو الصحيح؛ لأن الحاضر إنما يعرف بالإشارة.

وإن أراد الاحتياط يكشف وجهها حتى يراها الشهود، أو يذكر اسمها واسم أبيها وجدّها.

وقال نصر بن يحيى: لا يجوز النكاح وبطل.

ولو كان الشهود يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير، وعرف الشهود أنه أراد به المرأة التي يعرفونها جاز النكاح؛ لأن المقصود من التسمية التعريف، وقد حصل باسمها، وإذا كان العقد موقوفًا فالمعتبر حضور الشهود عند العقد دون الإجازة؛ لأنها ليست بعقد حقيقة. رجل وامرأة أقرا بالنكاح بين يدي الشهود بأن قال الرجل: هذه امرأتي، وقالت المرأة: هذا زوجي، بأن قالا بالفارسية: مارن سويم لا ينعقد النكاح، وهو المختار؛ لأن النكاح إثبات وهذا إظهار، والإظهار غير الإثبات.

ولهذا لو أقر بالمال لإنسان كاذبًا لا يصير ملكا له، فإذا قال الشهود: رضيتما أو أخرتما هذا النكاح؟ فقالا: نعم، حينئذ يكون نكاحًا جديدًا.

رجل بعث أقوامًا لخطبة امرأة إلى والدها، فقال الأب: زوجت، وقبل عن الزوج واحد من القوم لا يصح النكاح؛ لأن هذا إنكاح بغير شهود؛ لأن القوم كلهم يخاطبون من تكلم، ومن لم يتكلم هكذا جرى التعارف، أن يتكلم واحد ويسكت الباقون، والمخاطب لا يصلح شاهدًا، وقيل: يصح النكاح وهو الصحيح، وعليه الفتوى؛ لأنه لا ضرورة إلى جعل الكل خاطبًا، فجعلنا المتكلم خاطبًا والباقي شاهدًا.

(باب الوكالة في النكاح)

وكله بأن يزوجه امرأة، فزوجه امرأة ليست بكفؤ للزوج، أو أمة جاز عند أبي حنيفة رضي الله عنه.

وعندهما لا يجوز إلا أن يخير.

ولو زوجه عمياء، أو مقطوعة اليدين، أو رتقاء[١]، أو مفلوجة[٢]، أو مجنونة، أو معتوهة ذكر في رواية ابن سليمان أنه على هذا الاختلاف كما في الوكيل بالشراء.

وكذلك وكيل المرأة لو زوجها خصيًّا أو عنينًا يجوز عنده، ويؤجل في العنين سنة، وفي المجبوب خيرت للحال.

وعندهما: لا يجوز. لهما: أن الوكالة تتقيد بالعرف والعادة، والعادة جرت فيما بين الناس أنهم لا يتزوجون إلا بالأكفاء والسالمة عن العيوب، فانصرفت الوكالة إلى المعروف إذ المشروط عرفًا كالمشروط نصًّا. له: أن الأمر مطلق، فيجب إجراؤه على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل التخصيص، ولم يقم هنا دليل التخصيص؛ لأن العرف مشترك فيما بين الناس، فإنهم قد يتزوجون بغير الكفؤ وبالأمة، وبأصحاب الأعذار طلبًا لتخفيف المؤنة، وتسهيلا للأمر عليهم، فالمشترك لا يصلح دليلا مخصصا.

ولو زوجه صبية لا تجامع جاز؛ لأن اسم المرأة يتناول الصغيرة كما يتناول البالغة قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾[النساء: ١٢] والصغيرة والبالغة في هذا سواء وكله أن يزوجه أمة، فزوجه حرة لم يجز؛ لأنه أمره بتزويج امرأة مقيدة، فيجب مراعاة قيده فيها، وفي مراعاة قيده فائدة، وهو طلب تخفيف المؤنة عليه، وكله أن يزوجه امرأة بعينها، فزوجها على أكثر من مهر مثلها جاز عند أبي حنيفة.

وعندهما لا يجوز إذا كان مما يتغابن الناس فيه؛ لأن الوكالة تقيدت بمهر المثل باعتبار العرف والعادة. له: أن العرف مشترك في النكاح؛ لأن الناس قد يتزوجون بأكثر من مهر المثل طلبا للموافقة والمواصلة وتحقيقا للقربات بالأشراف واكتساب الحرمة، وربما لا يمكنه تحصيل هذه الأعراض إلا بالزيادة، فلا يجوز تقييد المطلق

---

(١) الرّتق: بفتح الراء والتاء مصدر: رتِقت المرأة (بكسر التاء): إذا التحم فرجها. فهو انسداد فرج المرأة بعضلة ونحوها بشكل لا يمكن معه الجماع.

(٢) مَفْلُوجٌ - الجمع: مَفَالِيجُ. [فلج]، (اسم مفعول مِن: فَلِجَ)، "رَجُلٌ مَفْلُوجٌ": مُصَابٌ بِدَاءِ الفَالِجِ، أَيِ الشَّلَلُ، الدَّاءُ الَّذِي يُبْطِلُ إِحْسَاسَ البَدَنِ وَحَرَكَتَهُ. أعاذنا الله وإياكم.

بدلالة مشتركة بخلاف الوكيل بالشراء؛ لأن المقصود من الشراء اكتساب المالية، وتحصيل الربح والعرف والعادة أنهم يشترون بمثل القيمة، فانصرفت الوكالة إليه.

وذكر في الجامع: أنه لا يجوز عندهم.

ولو زوجه بنت نفسه لم يجز عند أبي حنيفة إلا أن يرضى.

وعندهما يجوز إن كانت كبيرة.

وإن كانت صغيرة لا يجوز في قولهم بناء على أن الوكيل بالبيع باع ممن لا تقبل شهادته.

له: لا يجوز عنده، وعندهما يجوز.

وكذلك إن زوجه أمته أو مكاتبته لا يجوز بالإجماع؛ لأنه متهم في ذلك كما في الوكيل بالشراء.

ولو زوجه على عبد للزوج جاز وعلى الزوج قيمة عبده استحسانًا؛ لأنه موافق في التسمية؛ لأن أمره بالنكاح مطلقا أمر بتسمية ما هو مال مطلقًا، فصحت التسمية إلا أن الموكل لم يرض باستحقاق عبد بعينه، فيجب عليه قيمته.

كما لو تزوجها على عبد الغير وكله أن يزوجه امرأة على ألف تباهيه فزاد يتوقف العقد؛ لأن النكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة، فصار آتيًا بعقد آخر لم يدخل تحت الوكالة فيتوقف على إجازة الزوج، فإن دخل بها قبل العلم بالزيادة فهو على خياره.

وإن أعطى الوكيل بالزيادة؛ لأنه لم يوجد منه الرضا صريحًا، ولا دلالة؛ لأنه لم يعلم بما صنعه الوكيل حتى يكون دخوله مع العلم صنعة دليل الرضاء بما صنعه الوكيل، فإن فارقها وقد دخل بها فلها الأقل من مهر المثل والمسمى؛ لأن الدخول حصل في شبهة العقد، فإنه وطئها على حساب أنها امرأته، فصارت كما لو زفت إليه غير امرأته يجب لها الأقل كما في النكاح الفاسد، فكذا هذا.

وكذلك لو أمره أن يزوجه امرأة بألف نسيئة، فزوجها إياه بألف حالة يقف على إجازته؛ لأنه زاد على ما سماه الموكل؛ لأن النقد خير من النسيئة وكّله أن يزوجه امرأة، فزوجه اثنتين في عقده لم يلزمه واحدة منهما؛ لأنه لا وجه إلى إلزام كلتيهما لانعدام الأمر به ولا إلى إلزام إحداهما لعدم الأولوية، وفي المجهولة لا يصح، فبطل ضرورة.

ولو قال الرجل: زوجني امرأتين في عقد، فزوجهما في عقدين جاز.

ولو قال: لا يزوجني امرأتين إلا في عقده، فزوجهما في عقدين لا يجوز، والفرق أن في الأول أثبت الوكالة حالة الجمع، ولم ينف الوكالة حالة التفرد نصًّا؛ بل سكت عنه ولا مقتضى الأمر بالجميع؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه؛ لأن التخصيص مقيد بدون النفي وهو بيان الأقل حتى يتعجل مقصوده فيهما، وفي الوجه الثاني نفي الوكالة حالة التفرد والنفي مفيد؛ لأن فائدته في الجمع أكبر لما فيه من تعجيل مقصوده، فلا بد من مراعاة النفي، فلم يصر وكيلًا حالة الانفراد، وكله أن يزوجه امرأتين بأعبائهما.

فإذا لهما زوجان فمات الزوجان، أو طلقهما، وانقضت عدتهما، ثم زوجها الوكيل إياه جاز؛ لأن الوكيل بما لا يملكه الموكل للحال يعتبر مضافًا إلى حالة يملكه الوكيل ذلك تصحيحًا للوكالة، كالمحجوز إذا وكل وكيلًا بالبيع والشراء انصرفت الوكالة إلى حالة تملكه، وهو ما بعد البلوغ والعتق فكذا هذا.

وكذلك لو وكل رجلًا أن يزوجه امرأة وتحته أربع نسوة انصرفت الوكالة إلى حالة تملك الزوج ذلك، وهو أن يبين منه واحدة من نسائه.

(**النوادر**): الوكيل بالنكاح الفاسد إذا زوجه نكاحًا جائزًا لم يجز، والوكيل بالبيع الفاسد إذا باع بيعا جائزا جاز، والفرق أن البيع الفاسد بيع حقيقة؛ لأنه يفيد حكمه وهو الملك فصار وكيلًا بالبيع مطلقًا، فإذا باع جائزا، فقد خالف إلى خير، فيجوز.

فأما النكاح الفاسد ليس بنكاح؛ لأنه لا يفيد الملك والحل، ولهذا لا يصح طلاقها وظهارها، فلم يصر الوكيل به وكيلًا بالنكاح أصلا، فلم ينفذ تصرفه عليه.

مريض كل لسانه، فقال له رجل: أكون وكيلًا لك في تزويج ابنتك فلانة، فقال المريض بالفارسية: اري اري، ولم يزد على ذلك، فزوجها لم يصح؛ لأن هذا القول محتمل يحتمل أن معناه وكيل حي، ويحتمل أن معناه وكيل كميت.

امرأة وكلت رجلا بأن يتصرف في أمورها، فزوجها من نفسه، فقالت المرأة: أردت البيوع والأشربة لا يجوز النكاح؛ لأنه لو وكلته بتزويجها لا يملك أن يزوجها من نفسه لما تبين، فهنا أولى.

رجل قال لامرأة أجنبية: إني أريد أن أزوجك من فلان، فقالت بالفارسية: نونة داني هذا لا يكون إذنا منها بالتزويج، وهو المختار للفقيه أبي الليث: إن هذا قد يذكر للتوكيل، وقد يذكر للرد والاستهزاء، فلا يثبت التوكيل بالشك.

وإن قالت: ذلك إليك فهذا توكيل؛ لأن هذا لا يذكر إلا للتوكيل. رجل تزوج امرأة بغير أمرها، فبلغها الخبر، فقالت بالفارسية: بآك تيست كان هذا إجازة؛ لأن هذا يستعمل في الإجازة ظاهرًا.

امرأة وكلت رجلا بأن يزوجها من رجل بمهر أربعمائة درهم، فزوجها الوكيل وأقامت المرأة مع الزوج سنة، ثم زعم الزوج أن الوكيل زوجها منه بدينار، وصدقه الوكيل ينظر إن أقر الرجل أن المرأة لم توكله بدينار، فالمرأة بالخيار إن شاءت اختارت النكاح بدينار، وليس لها غير ذلك.

وإن شاءت ردت ولها عليه مهر مثلها بالغًا ما بلغ، ولا نفقة لها في العدة؛ لأنها لما ردت تبين أن الدخول حصل في نكاح موقوف، فيوجب مهر المثل دون النفقة.

وإن أنكر الزوج فكذلك؛ لأن القول قولها مع يمينها، فيجب الاحتياط في مثل هذا الأمر؛ لأنه ربما يقع مثل هذا، وحصل له منها أولاد، ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها الوكيل، فيكون القول قولها، ويرد النكاح، وهكذا أيضًا في سائر الأولياء إذا كانت المرأة بالغة.

(**الجامع**): وإذا وكلت رجلًا بتزويجها فزوجها من نفسه لم يجز؛ لأنها أمرته بالتزويج من رجل نكرة وهو معرفة بالخطاب، والإشارة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة لمضادة بينهما؛ ولأنه متهم في تزويج نفسه، والوكالات مستثناة عن مواضع التهمة.

ألا ترى لو زوجها من ابنه الصغير لم يجز للتهمة، فكذا هذا.

وكذلك رجل وكل امرأة أن تزوجه، فزوجت نفسها منه لا يجوز.

ولو وكلته بتزويجها من نفسه جاز؛ لأنه قائم مقامها بالوكالة وقائم مقام نفسه بالأصالة، فقامت عبارته مقام عبارتين؛ لأن الثابت في النكاح سفير ومعبر كالرسول، فيكون العقد واقعًا لشخصين حكمًا، وإذا زوج اليتيمة الصغيرة من نفسه جاز.

ولو قال ابن العم للبكر: أريد أن أزوجك من نفسي فسكتت، فتزوجها جاز؛ لأن سكوت البكر إذن.

ولو تزوجها قبل الاستئمار فبلغها، فسكتت لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه ما قام مقامها فبقي كلامه كلام فرد حقيقة وحكمًا والنكاح لا ينعقد بالكلام الفرد؛ لأنه معاوضة إيجاب وقبول والله أعلم.

(باب ما يملك الوكيل نقضه وما لا يملك)

(**الجامع**): أصله أن الوكيل بالعقد لا ينعزل بالعقد الموقوف؛ لأنه لا يفيد المقصود، فلم يصر آتيًا بالمأمور به ويملك فسخه قبل الإجازة؛ لأن الفسخ قبل الإجازة امتناع من إتمام العقد، وليس في الامتناع عن إتمامه إلزام شيء على من يجيزه، وإلحاق ضرر به فملك فسخه، والفضولي لا يملك فسخ النكاح الموقوف، ويملك فسخ بيعه؛ لأنه لا عهدة عليه في النكاح بعد نفاذه، وقد تعلق به حق من يوقف عليه؛ لأنه ينتفع به فبالفسخ قصد إبطال حقه من غير أن يدفع عن نفسه ضررًا، فلم يصح، وفي البيع العهدة عليه فصار بالفسخ دافعًا عن نفسه ضررًا بغيره.

ثم مسائله على أربعة أقسام:

قسم يملك الوكيل فسخه قولًا وفعلًا، وقسم يملك فسخه قولًا لا فعلًا، وقسم يملك فسخه فعلًا لا قولًا.

أما **الأول**: رجل وكل رجلا ليزوجه امرأة، فزوجه امرأة بعينها، فزوجها بغير رضاها بالغة بغير إذنها زوجها أبوها، فلم يبلغها حتى نقض الوكيل النكاح قولًا وفعلًا بأن زوجها أختها بغير محضر من الزوج أو الأب؛ لأن الوكيل لم ينعزل بالعقد الموقوف، فبقي وكيلًا من جهة الزوج، فملك زوجه، فكان فسخه بمنزلة فسخ الموكل لما بينا.

والثاني: فضولي زوج امرأة برضاء المرأة، ثم نقضه قولًا أو فعلًا بأن زوجه أختها لم يكن نقضًا ويوقف العقدان على الزوج أيهما أجاز جاز؛ لأنه فضولي فيها من جهة الزوج، فلم يملك نقضها قولًا؛ لأنه وكيل فيه قائم مقام الموكل، فملك

نقضه كالموكل، ولا يملك نقضه فعلًا بأن زوجه أختها؛ لأنه فضولي في هذا العقد وتصرف الفضولي يقتصر عليه، فلم يتحقق الجمع بين الأختين، فلا يكون نقضًا للعقد الصادر بالوكالة، فإن أنكحه الأولى بعينها نكاحًا آخر ينتقض الأول؛ لأنه وكيل فيه فيصير كنكاح الزوج، والنكاحان لا يجتمعان على امرأة واحدة، فانفسخ الأول ضرورة.

والرابع[1]: لو وكل وكيلًا يزوجه امرأة فأجاز الوكيل نكاحًا بأسرة الوكيل قبل ذلك صح استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه مأمور بالعقد والإجازة ليست بعقد، ولهذا صحت بغير شهود، وجه الاستحسان أنه يملك الإنشاء، فيملك الإجازة؛ لأن حكم الإجازة والإنشاء واحد، وهو تنفيذ الحكم والرضاء يعتبر لأجل نفوذ الحكم لا لنفس العقد؛ إذ لا ضرر للموكل في نفس العقد، فكانت الإجازة والعقد في حق الآمر سواء، فيكون الرضاء بأحدهما رضاء بالآخر ولا يملك نقضه قولًا؛ لأنه كان فضوليا حين عقده، ولا يوجد في النقض معنى الإنشاء؛ بل ضده، فلا يصير وكيلًا فيه، فلا يملك ويملك نقضه فعلًا بأن زوجه أختها بغير رضاها ينتقض الأول؛ لأنه وكيل في العقد الثاني، فصار كما لو باشره الموكل.

وكذا لو كان له وكيل آخر بتزويج امرأة فزوجه أختها انتقض نكاحها؛ لأنه بمنزلته.

ولو نقض هذا الوكيل قولًا لا ينتقض؛ لأنه ليس بوكيله في النقض.

وكذلك لو تزوج امرأة بغير إذنها ثم وكل رجلان بأن يزوجه امرأة، فنقض بلسانه ما صنع الزوج لم يصح، فإن زوجه أختها انتقض الأول.

ولو زوجه الوكيل امرأتين في عقده، إحداهما أخت الأولى أو أربعا في عقده لم ينتقض نكاح الأولى؛ لأنه فضولي في هذا العقد؛ لأنه لم يوكله في تزويج امرأتين، وتصرف الفضولي عدم في حق المخير، فلا يتحقق الجمع في حقه؛ فلا يكون نقضًا للأول فضوليان زوجا رجلا امرأة، ثم عقدا ثانيا، فالزوج بالخيار في إجازة أيهما شاء؛ لأنهما فضوليان في الثاني كالأول، فلا ينفسخ الأول بالثاني؛ لأن الفضولي لا يملك الفسخ قولا ولا فعلًا فتوقفا على الإجازة؛ لأنه لا يضايق في التوقف كفضولي باع، ثم أعتقه توقف الأمر على إجازته.

---

(١) كذا بأصل المخطوط، الرابع مباشرة بعد الثاني.

ولو كان العقدان برضاء أحدهما لم يكن للآخر الإجازة الأخير؛ لأن الأول انتقض بالثاني في حق من رضي به؛ لأنه لما أقدم على الثاني، فقد قصد تصحيحه، ولا يمكن تصحيحه إلا بنقض الأول، وهو يملك نقضه قبل إجازة الأخير كي لا يلزمه حكمه قضاء بالإقدام على الثاني ناقضًا للأول.

(باب نكاح الفضولي)

(**النوادر**): فضولي زوج رجلًا خمس نسوة في عقد متفرقة، فللزوج أن يختار أربعًا منهن، ويفارق الأخرى؛ لأن نكاحهن يوقف على إجازته؛ لأن نكاح الأربعة الأولى لم يعد حكمه، فلم تصر الخامسة خامسة، نسائه، فتوقف نكاح الخامسة على إجازته كنكاح الأربعة الأولى.

ولو زوجهن جملة فسد نكاح الكل؛ لأنه لو جاز نكاح الأربع فإنما يجوز نكاح أربع منهن لا بأعيانهن، فتكون المنكوحات مجهولات.

كما لو قال: الخمس نسوة تزوجت أربعا منكن لا يجوز لجهالة المنكوحات، فكذا هذا بخلاف ما لو تزوج الرجل خمس نسوة في عقد متفرقة بغير رضاهن، فإقدامه على نكاح الخامسة يتضمن نقض نكاح الأربع؛ دلالة لأن الخامسة لا تجوز إلا بعد نقض نكاح الأربع، فانتقض نكاح الأربع الأول؛ لأنه يملك نقض النكاح صريحًا فملك النقض دلالة، والفضولي لا يملك نقض النكاح صريحًا، فكذلك دلالة إقدامه على نكاح الخامسة.

(**الجامع**): مسائله على فصول:

أحدها: مباشرة النكاح.

والثاني: في الإجازة.

والثالث: في نكاح الفضولي امرأتين في عقده.

(فصل)

أصله: أنه إذا طرأ عقد نافذ من جانب على غير نافذ من أحد الجانبين يرفعه؛ لأن النافذ يقيد حكمه وهو الحل.

ولو طرأ موقوف على نافذ من أحد الجانبين لا يرفعه؛ لأنه لا يقيد الحل، فيكون بمنزلة الموقوف في حق الحكم.

ولو طرأ نافذ من جانب على نافذ من الجانب الآخر يرفعه؛ لأن الأول بعرض الفسخ، والنكاحان لا يجتمعان، فينفسخ الأول.

وكله أن يزوجه امرأة بألف، فزوجها إياه على خمسين دينارًا بإذنها، أو بغير إذنها، ثم زوجها بألف ينفسخ الأول؛ لأنه طرأ نافذ على غير نافذ.

ولو زوجه الوكيل بألف بغير إذنها، ثم زوجها بخمسين بغير إذنها، يبقى الأول، فإن أجازته جاز؛ لأن الأول نافذ من أحد، والثاني موقوف ويجب أن لا يتوقف الثاني على إجازتهما؛ بل يبطل؛ لأن الأول لو كان نافذا من كل وجه لا يتوقف الثاني لتعذر الإجازة، فكذا إذا كان نافذا من وجه.

ولو كان الثاني بأمرها ينفسخ الأول؛ لأن طرأ نافذ من جانب على نافذ من الجانب الآخر.

ولو وكل رجلين كل واحد بعقد على حدة، فزوجه كل واحد امرأة بغير رضاهما، وهما أختان من الرضاع، وخاطب عن كل واحدة وليها ووقع العقدان معا بطلا؛ لأن قبول الوكيلين كقبول الموكل، فصار كأن الموكل تزوجهما معا.

وكذلك لو كان أحد النكاحين برضاء المرأة؛ لأنه تحقق الجمع بين الأختين في حق الإيجاب والقبول، فبطل الحكم كما لو تزوجهما الموكل بنفسه برضا أحدهما دون الآخر وكذلك لو وكل خمسة فزوج كل واحد امرأة معًا فنكاحهن باطل لأنه تحقق الجمع بين خمس نسوة في النكاح، كما لو تزوج الموكل خمسًا في عقده.

ولو كان الرجلان فضوليين والنكاح برضاء الأختين، وقد خاطب عن كل واحدة، مخاطب ووقع العقدان معا فوقفا؛ لأن قبولهما مقتصر عليهما لعدم الأمرين من جهة الزوج، فلا يثبت الجمع في حق من توقف العقد على إجازته؛ لأن العقدين وقعا متفرقين.

ولو زوجاه الأختين في عقده فهو باطل؛ لأنه وجد الجمع في الخطاب والقبول، فبطل الكلام.

أختان قالت كل واحدة لرجل: زوجتك نفسي وخرج الكلامان معا، فقبل عن

إحداهما صح؛ لأن الجمع يتحقق بالقبول؛ لأن كلامهما متفرق، ولم يوجد القبول إلا في إحداهما.

ولو كان الرجل ابتدأ قال: تزوجتكما كل واحدة بألف، فقبلت إحداهما لم يصح؛ لأنه تحقق الجمع في حقه، فصار كلامه لغوا. رجل له أمة وبنت كبيرة، فقال لرجل: زوجتك كل واحدة بألف بدون رضاء البنت، فقبل نكاح الأمة فهو باطل، ولا يكون قبوله ردا لنكاح الحرة، حتى لو قبل بعد ذلك جاز؛ لأن ضمها إلى الحرة في الإيجاب حرام، فلقى الإيجاب والقبول في حقها، ونكاح الأمة لو صح لم يكن منافيا لنكاح الحرة، فإذا لم يصح أولى أن لا يكون قبوله نكاحًا لا يجوز رد النكاح موقوف كفضولي زوج رجلا امرأة، ثم تزوج الزوج أختها، وهي معتدة الغير أو منكوحته لم يكن ردًّا لنكاح هذه، وكذا إذا زوج الفضولي رجلًا امرأة، فقال الزوج: أجزت نكاح أختها لم يكن رد النكاح الفضولي، والله أعلم.

(فصل)

أصله: أن الإجازة تلحق الموقوف دون المفسوخ؛ لأنها تعمل في القائم لا في المرفوع. فضوليان زوجا رجلًا امرأة بألف، ثم حددا بخمسين دينارًا بهذا على ثلاثة أوجه:

إما أن أجاز أحد الزوجين أحد العقدين، أو أجاز كل واحد منهما أحدهما معا، أو متعاقبا، أو أجاز أحدهما كلاهما، والآخر أحدهما.

أما إذا أجاز أحد الزوجين أحدهما بطل الآخر، فلا يجوز أبدًا؛ لأن الإجازة لاقت عقدًا موقوفا، فصحت، فنفذ الأول في حق المجيز، فينفسخ الثاني؛ لأنهما لا يجتمعان، والمفسوخ لا تلحقه الإجازة، فلم تصح إجازة الثاني؛ لأنهما لا يجتمعان، فلا يضمن فسخ العقد الأول.

وأما إذا أجاز كل واحد منهما أحدهما بعينه معا بطلا؛ لأن إجازة كل واحد منهما يتضمن فسخًا للآخر، وكل واحد منهما منفرد بالفسخ، ولا ينفرد بالإجازة، فصار الفسخ أولى، فيزيدان العقد، فإن علم أن أحدهما أجاز قبل الآخر كان هو الجائز، ولهما الاجتماع عليه، فإن قالا: لا نعلم الأول، ويجتمع على واحد لم يجز؛ لأنه يحتمل أن يجتمعا على إجازة عقد مفسوخ، فبطلت الإجازة، فوقع الشك في

سبب الإباحة، فلا يثبت بالشك، فلا يجوز واحد منهما بعينه، حتى لو قال أحدهما: أجزت ما أجاز صاحبي كان جائزا؛ لأنه تقع الإجازة على الجائز منهما لكن المهر يبقى مجهولا وجهالة المهر لا تمنع صحة النكاح.

ولو قال الزوج: أجزت أحدهما، أو قال: هذا أو هذا، وقالت هي مثل ذلك، وخرج الكلامان معا، فأيهما لم يجيزا، ولهما الاجتماع على أحدهما، وعن بعض أصحابنا أيهما أجاز واحد، فلا يجوز لهما رد النكاحين بعد ذلك.

والصحيح هو الأول؛ لأنهما لم يجتمعا على إجازة أحدهما؛ لأن قولها أجزت أحدهما، قد يتناول ما أجازه الزوج، وقد يتناول غيره، فلا يثبت اجتماعهما على نكاح واحد بالشك، وقد تيقنا بقيام أحدهما وانفساخ الآخر، إلا أنه لا يدري المجاز من المفسوخ، فكان لهما تعيين المجاز من المفسوخ بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن ثمة المجاز كان لعينه إلا أنهما نسياه، وفي المنسي لا يكون لهما البيان كمن طلق إحدى امرأتيه بعينها، ثم نسيها لا يكون له البيان.

ولو طلق إحدى امرأتيه مبهمًا منكرًا لا يكون له البيان، فكذا هذا.

ولو قال: أجزت أحدهما.

وقال الآخر بعده: أجزت أحدهما جاز النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: لا يكون إجازة بناء على ما لو قال لعبده وحماره: أحدكما حر ينصرف العتق إلى عبده عند أبي حنيفة.

وعندهما لا ينصرف، وهنا كما قال الأول: أجزت أحدهما انفسخ الآخر، فلما قال الآخر أجزت أحدهما، وليس ثمة إلا عقد واحد انصرف إليه؛ لأن القائم يحل الإجازة دون المفسوخ، وعندهما ثمة العتق لما لم ينصرف إلى عبده، فبطل، فكذا هنا تبطل الإجازة.

حتى لو قالت: أجزت ما أجازه الزوج صح، وعلى الزوج أي المهرين شاء عندهما.

كما لو تزوجها على ألف أو ألفين، وأما إذا أجاز النكاحين معا، ثم أجاز الآخر النكاحين أيضًا صح النكاح؛ لأنهما اجتمعا على إجازة النكاح؛ لأن العقد واحد

حقيقة في حق البضع، وإنما اختلف في حق المهر، وذلك لا يمنع جواز النكاح، فصار كأنه تزوجها على ألف، أو ألفين على الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

ولو أجازت المرأة النكاحين معا، فللزوج أن يجيز أيهما شاء، وعليه مهر ما أجاز؛ لأن إجازة النكاحين لغو، فلا يصح ولا يتضمن فسخًا للآخر؛ لأن إجازة أحدهما جعلت فسخًا بطرو الدلالة، وهنا وجد الصريح بخلافها، فلا تعتبر الدلالة، فإذا أجاز أحدهما بعينه، فقد اجتمعا على إجازة عقد موقوف، فصح.

ولو قال أحدهما: أجزت النكاحين، وقال الآخر: أجزت أحدهما، أو هذا وهذا فهو جائز؛ لأنهما اجتمعا على إجازة نكاح واحد لا محالة، وبقيت تسمية المهر مجهولة، فكان الجواب فيه على الخلاف الذي مر.

وكذلك لو قال أحدهما: أجزت هذا أو هذا.

وقال: أجزت الذي أجازه الأول؛ لأنهما اجتمعا على إجازة الواحد، وبقيت الجهالة في التسمية.

(فصل)

أصله: أن الإجازة بمنزلة إنشاء العقد في حق المحل؛ لأنها تعمل في تنفيذ حكمه في حق المحل بحال لا يصح اجتماعه في إنشاء العقد لا يصح اجتماعه في الأمصار والإجازة.

وإن صح اجتماعه في الإنشاء يصح في الإجازة.

مسائله على قسمين:

أحدهما: في طرءان الأختية في نكاح الصغيرتين.

والثاني: في طرءان الحرية على نكاح الأمتين.

أما القسم الأول: رجل زوّج رجلا بغير إذنه صغيرتين في عقدة بغير إذن أبويهما، وخاطب عنهما مخاطب، فأرضعتهما امرأة، ثم بلغ الزوج فأجاز نكاح إحداهما، وأجاز أبواهما، لا يجوز؛ لأنه لا يصح اجتماعهما في إنشاء العقد، فلا يصح اجتماعهما في الإجازة، فلا تصح الإجازة.

ولو أرضعت إحداهما وماتت، ثم أرضعت الأخرى فأجاز نكاحها، وأجاز أبوها جاز؛ لأن نكاح الأولى قد ارتفع بموتها، وبقي نكاح الأخرى موقوفا؛ لأن الأختية المبطلة لم توجد بعد ارتفاع نكاحها.

ولو كان نكاح الصغيرتين من وليين في عقدين، ثم صارتا أختين فأجاز نكاح إحداهما جاز؛ لأنه إذا لم يوجد الجمع في العقد لا يعتبر مجتمعًا في الإجازة. صغيرتان بنتا عم زوجهما عمهما في عقدتين من رجل بغير إذنه فأرضعتهما امرأة، فأجاز الزوج نكاح إحداهما لم يجز؛ لأنه لو أنشأ العقد عليهما في هذه الحالة مجتمعًا أو متفرقا لم يصح، فلا تلحقه الإجازة.

ولو كان لكل واحد عم وهو وليها فأجاز، والمسألة بحالها نكاح إحداهما جاز؛ لأنهما لو أنشآ العقد لوقف كل واحد من النكاحين، فكذا إذا أجاز يصح.

وأما القسم الثاني: لو تزوج أمتين في عقدة برضاهما بغير إذن المولى فأعتق المولى إحداهما بعينها، فبلغ المولى النكاح، فأجاز نكاح الأمة لا يجوز؛ لأن ضم الأمة إلى الحرة في الإنشاء لا يجوز، فكذلك في الإجازة.

وكذلك لو زوج رجل رجلا أمتين في عقدة بإذنهما، وإذن مولاهما فأعتق المولى إحداهما، ثم بلغ الزوج فأجاز نكاح الأمة لا يجوز.

وإن أجاز نكاح الحرة جاز؛ لأن نكاح الحرة لا يندفع ولا ينفسخ بنكاح الأمة، فيبقى موقوفا، فأما نكاح الأمة يندفع بنكاح الحرة، فلا يبقى موقوفا، فلو أن المولى أعتقهما معا فأجاز نكاح إحداهما جاز، كما في الإنشاء في هذه الحالة، فكذلك في الإجازة.

ولو قال المولى: فلانة حرة وفلانة، أو أعتق إحداهما وسكت، ثم أعتق الأخرى، ثم بلغ الزوج، فأجاز نكاحهما معًا أو متعاقبًا صح نكاح المعتقة الأولى دون الأخرى، بخلاف ما لو زوجه فضولي أختين، فقال: أجزت نكاح هذه وهذه بطلا، والفرق أن أول الكلام يتوقف على وجود ما بغيره كما في الاستثناء والشرط، ففي مسألة العتق المغير وجد في أوله؛ لأن حرية الأولى لا تتوقف على حرية الثانية، فوجد ضم الأمة إلى الحرة حالة الإجازة، فبطل نكاح الثانية، وفي مسألة

الأختين وجد المغير في آخره؛ لأن نكاح الأولى إنما يبطل بإجازة نكاح الثانية، فيتوقف الأول عليه، فصار كأنه أجاز نكاحهما معا، وقيل موضوع مسألة العتق فيما لو قال: هذه حرة وهذه حرة، فيكون كل واحد من الكلامين جملة تامة؛ لأنه مبتدأ وخبر، فلا تشارك الثانية الأولى في خبرها، فلم تتوقف الأولى على الثانية.

حتى لو قال هذه حرة، وهذه لا، بطل نكاحهما؛ لأن الجملة الثانية ناقصة، فشاركت الثانية الأولى في خبرها، فصار كأنه أجاز نكاحهما معا فبطلا.

ولو كان نكاح الأمتين في عقدتين، فإن كانتا لمولبين فأعتق إحداهما له إجازة نكاح أيهما شاء؛ لأنهما لو أنشآ العقد، وإحداهما أمة والأخرى حرة توقفا؛ لأنه لا يضايق في التوقف، فإحداهما لا يملك نقض عقد صاحبه، فتوقفا، فكذا هذا.

وإن كانتا لرجل واحد يجوز نكاح الحرة دون الأمة؛ لأن المولى يملك فسخ نكاح الأمة، فيصير بإعتاق هذه فاسخًا نكاح الأمة؛ لأنه لا يتصور نفوذه مع نكاح المعتقة.

عبد زوجه فضولي امرأتين في عقده بغير إذنه، وإذن مولاه، ثم امرأتين برضاء النسوة، فلم يبلغه إلا بعد العتق، فله أن يختار نكاح أي الفريقين شاء، أو من كل واحد واحدة؛ لأن كل عقد موقوف، فإن أجاز نكاح الثلاث بطل الثلاث، ولا يمكنه أن يجيز واحدة منهن؛ لأن العقد إنما يقف إذا كان له مجيز، ولا مجيز لنكاحه إلا على امرأتين، فصار كما لو تزوج ثلاثًا ابتداء، فأجاز بعد العتق لا يصح، فإن أجاز الباقية بعدهن جاز؛ لأنه لم يوجد ما يوجب بطلان عقدها.

حر تحته حرة، فزوجه رجل أربع نسوة في عقده، فأجاز نكاح بعضهن لم يجز؛ لأن هذا العقد إذا صدر بأمره لا يتوقف، فكذا إذا صدر بغير أمره.

وإن كان في عقد متفرقة له أن يجيز ثلاثا؛ لأن كل عقد موقوف على إجازته إلا إذا أجاز كلهن يبطل؛ لأنه يؤدي إلى الجمع بين الخمس.

(باب الدعوى والبينة في النكاح)

(المبسوط): فيه فصلان:

فصل في دعوى الرجلين نكاح امرأة واحدة.

وفصل في إقامة البينة على صحة النكاح، وفساده.

(فصل)

جحد الزوج النكاح وأقامت المرأة البينة تقبل، ولا يكون جحوده طلاقا؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في النكاح، فالجاحد للنكاح لا يكون محققًا للطلاق، فلا يمكن أن يجعل إنكار أصل النكاح تطليقًا، فيبقى كذبًا.

وكذلك إذا اجتمعا على المناكرة؛ لأن اجتماعهما على ذلك بمنزلة الإقالة والنكاح لا يحتمل الإقالة، فالبيع يحتمله فجعل اجتماعهما على المناكرة فسخًا للبيع.

رجلان ادعيا نكاح امرأة وأقاما البينة فهي امرأة من هي في بيته، أو دخل بها إلا أن يثبت الأجر السبق؛ لأنهما ادعيا تلقي الملك في بضعها بالنكاح، ولأحدهما يد فيقضي لذي اليد؛ لأن الظاهر شاهد له ولأسبقهما تاريخًا، فكذلك هذا، فإن لم يكن فهي لمن تصدقه المرأة؛ لأنه تعذر القضاء بالبينتين؛ لأن النكاح لا يحتمل الشركة فقد تهاترتا فثبت النكاح فيما بينهما بالتصادق، فإن لم يصدقه فرق بينهما وبينها، فإن دخلا بها فعلى كل واحد الأقل من مهر المثل والمسمى؛ لأنه دخول في نكاح فاسد؛ لأن نكاح رجلين على امرأة واحدة في حالة واحدة لا يجوز، وإنما يجوز نكاح أحدهما ولا يدري، فيكون الثابت لكل واحد نكاح فاسد.

(وذكر في المنتقى): وإن كان أحدهما قد دخل بها ولا يعلم الذي دخل بها فلها على كل واحد نصف المهر.

وإن ماتا فلها نصف المهر ونصف ميراث امرأة من كل واحد منهما.

ولو ماتت المرأة قبل الدخول فعلى كل واحد نصف المسمى؛ لأن بعد الموت الحاجة إلى القضاء بالمال، وهو المهر والميراث لا بالنكاح، فأمكن القضاء بالبينتين بالمال؛ لأن المال يقبل الشركة ويحتمل كل واحد أنه زوجها، فنصف المسمى كرجلين أقام كل واحد البينة على شراء مال يقضي بينهما نصفان، فكذا هذا.

وفي حالة الحياة الحاجة إلى القضاء بالنكاح لا بالمال، وقد تعذر القضاء بالنكاح بينهما؛ لأنه لا يحتمل الشركة، فإن مات أحدهما، فقالت المرأة: هو الأول

لها المهر والميراث؛ لأن الرجل إذا أقر بالنكاح فصدقته المرأة بعد موته صح التصديق بالإجماع، فأما المرأة إذا ادعت النكاح وصدقها الرجل بعد موتها لا يصح تصديقه عند أبي حنيفة خلافًا لهما على ما يأتي في كتاب الإقرار.

(فصل)

رجل أقام البينة على نكاح امرأة وأقامت أختها البينة أنه تزوجها، فالقول والبينة للزوج؛ لأن بينة الزوج مثبتة للنكاح وبينة الأخت لا لأن في إثبات نكاح الأخت إبطاله لاعتراف الزوج أن تحته أختها، ولا فائدة في إثبات ما هو إبطاله، فإن لم يكن هكذا، ولكن أقام الزوج البينة أنه تزوج إحداهما ولا يعرف الشهود بعينها، والزوج يقول هذه، فإن صدقته فهي امرأته.

وإن جحدت فلا نكاح بينه وبينها؛ لأنهم شهدوا بمجهول، فلا تقبل الشهادة، فبقيت العبرة للدعوى، فإن صدقته ثبت النكاح بتصادقهما.

وإن جحدت لا تستحلف عند أبي حنيفة خلافًا لهما لما عرف.

ولو أقامت كل واحدة من الأختين أن فلانا تزوجها أولا، فالبيان إلى الزوج متى صدق أحدهما فكأنه ادعى في الابتداء نكاح هذه، وأقام على ذلك بينة وصدقته المرأة، وأقامت الأخرى البينة، فبينة الزوج أولى، فكذا هذا فثبت النكاح بتصادقهما وبالبينة جميعًا فإن قال: لا أدري فلا نكاح؛ لأنه تهاترت البينتان؛ لأنه لا رجحان لإحداهما لانعدام التصديق من الزوج، فتساقطتا، ويجب نصف مهر بينهما قبل الدخول؛ لأن الزوج أقر بصحة نكاح إحداهما؛ لأنه أقر بنكاح كل واحدة منهما.

وأحدهما متقدم إلا أنه قال: لا أدري السابق منهما يحتمل أنه إنما تجاهل ليبرأ من المهر، فاضطررنا إلى الفرقة لتجاهله، فكانت الفرقة مضافة إليه فسقط نصف المهر، ويبقى النصف، وليست إحداهما بذلك أولى من الآخر، فيكون بينهما كمن طلق إحدى امرأتيه قبل الدخول ومات قبل البيان.

فأما إذا أنكر نكاحهما أصلا لا يلزمه شيء؛ لأنه لم يقر بصحة نكاح إحداهما، وقد تعذر القضاء بالنكاح بالبينة؛ لأنهما تهاترا، فلا يثبت نكاح واحدة منهما، فإن

دخل بإحداهما فهي امرأته حملًا لأمره على الصحة والسداد، فيحمل على أنه وطئ زوجته دلالة، فإن قال بعد الدخول: الزوجة هي الأخرى تفرق بينهما؛ لأنه أقر بالحرمية صريحا ولا قوام للدلالة متى جاء الصريح بخلافها، والتفريق بيده فيفرق، ولزمه كمال المسمى؛ لأنه غير مصدق في إبطال حقها فصار كمن تزوج امرأة، ثم ادعى أنه تزوجها بغير شهود يفرق بينهما، ولا ينقض المسمى؛ لأنه صح إقراره في إيجاب الحرمة عليه، ولم يصح في إبطال حقها، فكذا هذا.

ولو قال الزوج: تزوجتك بغير شهود، وقالت هي: تزوجتني بشهود، أو قال: تزوجتها وهي مجوسية، أو منكوحة الغير، أو معتدة الغير، أو هي أمة الغير بغير إذن مولاها، وقالت المرأة: تزوجتني بشهود وأنا مسلمة وفارغة، ونحو ذلك فالقول لها؛ لأنهما اختلفا في صحة النكاح وفساده، فالقول قول من يدعي الصحة؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الأصل أن من باشر عقدًا يباشره على وجه الصحة ويفرق بينهما؛ لأن المزوج يقول إنها محرمة وبيده التفريق، فيترك مفرقا ومطلقًا، ويجب المهر والعدة بعد الدخول؛ لأنه لا يصدق في إبطال حقها.

وإن كان مدعي الفساد المرأة لا يفرق؛ لأن التفريق ليس آلتها.

ولو قال: تزوجتك وأنا صبي أو مجنون، وقالت: لا بالغ عاقل، فالقول للزوج؛ لأن الزوج أضاف النكاح إلى حال عدم الأهلية، فلم يكن مقرًّا بالنكاح؛ بل منكر وجوده، فيقبل قوله بخلاف الصورة الأولى، فإن كان بعد الدخول أنهما قالا ذلك لا يقبل؛ لأنه وجد دلالة اعترافه بالنكاح من الوطء وغير ذلك.

وكذلك إذا أقر الوكيل بالتزويج، وأنكر الموكل لا تقبل إلا بشهود عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وقد مر فيما تقدم.

(**المنتقى**): وإن أقاما البينة على الصحة والفساد، فالبينة بينة مدعي الفساد؛ لأن الصحة ثابتة بظاهر الحال والفساد أمر حادث يحتاج إلى إثباته، فكانت بينة الفساد أكثر إثباتا، فكانت أولى.

وكذلك لو اختلفا في صحة البيع وفساده. أختان اسم إحداهما فاطمة، والأخرى خديجة، فقال رجل: تزوجت فاطمة بعد خديجة.

قال أبو يوسف: فاطمة امرأته.

وقال محمد: خديجة امرأته. وكذلك قالت امرأة: تزوجت زيدًا بعدما تزوجت عمرًا، وادعى الزوجان النكاح فهي امرأة زيد عند أبي يوسف.

وعند محمد هي امرأة عمر؛ لأنه وصل كلامه، وما فصل بينهما فيصدق في مقالته.

والصحيح قول أبي يوسف؛ لأن قولها تزوجت زيدًا إقرارا منها بالنكاح وصح الإقرار منها، فهي تريد بقولها بعدما تزوجت عمرًا إبطال إقرارها، فلا يملك، رجل أقام على امرأة بينة أنه زوجها منه أبوها قبل بلوغها، وأقامت هي بينة أنه زوجها منه بعد بلوغها بغير رضاها فبينتها أولى؛ لأن البلوغ معنى حادث، فكانت بينتها مثبتة معنى حادثا، فكانت أكثر إثباتا، ثم يثبت فساد النكاح ضرورة.

رجل تزوج امرأة ودخل بها، ثم ادعت بعد الدخول أنها قد ردت النكاح حين زوجها الأب، وأقامت على ذلك بينة، فالصحيح أنها لا تقبل؛ لأن التمكين من الدخول كالإقرار بالنكاح لما بينا.

ولو أقرت لم تقبل؛ لأنها مناقضة في الدعوى.

قال محمد: رجل أقام بينته على امرأة أنه تزوجها، وأقامت المرأة البينة على رجل منكر أنه تزوجها، فالبينة بينة الرجل؛ لأن المرأة قد أكذبت بينتها التي شهدت لها على الزوج حتى شهد شهود الرجل عليها بالتزويج، فقد شهدوا على كلامها وعقدها، فصارت مكذبة شرعا.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لو أقام رجل بينة على امرأة أنه تزوجها وأقامت أختها بينة أنه تزوجها فالبينة بينة الرجل؛ لأنها تقيم بينة على نكاح لا يثبت ويفسد.

ولو وقتت بينة المرأة، ولم تؤقت بينة الرجل فدعوة الرجل جائزة، ويثبت نكاحه ويبطل نكاح المدعية ولها على الزوج نصف المهر.

قال محمد: رجل أقام البينة أنه تزوج هذه المرأة بألف، وأقامت المرأة البينة أنه تزوجها على ألفين، فالمهر ألف.

ولو أقام رجل البينة أنه اشترى هذه الدار بألف، وأقام البائع البينة أنه باعها منه بألفين فهي بألفين، والفرق في البيع أمكن العمل بالبينتين لاحتمال أنه اشترى منه بألف أولًا، ثم اشتراها منه بألفين ثانيا، فصح؛ لأن البيع يحتمل الفسخ فيفسخ الأول، ويثبت الثاني.

وفي النكاح لا يمكن العمل بالبينتين والتوفيق بينهما؛ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ وكل واحد منهما ادعى عقدًا غير ما ادعاه الآخر فتهاترت البينتان، فثبت النكاح بتصادقهما عليه، ووجب لها ألف باعتراف الزوج.

امرأة في دار رجل يدعي أنها امرأته وخارج يدعيها، وهي تصدقه فالقول قول من هي في داره، فقد صرح أن اليد تثبت على الحرة بحفظ الدار كما في المتاع.

رجل وامرأة في أيديهما دار، فأقامت المرأة البينة أن الدار لها والرجل عندها، وأقام الرجل البينة أن الدار له والمرأة زوجته، ولم يقم بينة أنه حر، فالبينة بينة المرأة، والدار والعبد لها، ولا نكاح بينهما.

ولو أقام رجل البينة أنه حر الأصل والمسألة بحالها تقضي بأنه حر، والمرأة زوجته والدار للمرأة؛ لأن الدار والمرأة في يد الزوج؛ لأن اليد تثبت على الحرة بحفظ الدار، فصار كرجل وامرأة له في أيديهما دار أقام كل واحد منهما البينة أن الدار له والمرأة زوجته، ولم يقم بينة أنه حر، فالبينة بينة المرأة والدار والعبد لها، ولا نكاح بينهما.

ولو أقام رجل البينة أنه حر الأصل، والمسألة بحالها تقضي بأنه حر والمرأة زوجته والدار للمرأة؛ لأن الدار والمرأة في يد الزوج؛ لأن اليد تثبت على الحرة بحفظ الدار، فصار كرجل وامرأة له في أيديهما دار أقام كل واحد منهما البينة أن الدار له يقضي بالدار للمرأة؛ لأنها خارجة عنها والرجل صاحب يد فيها، فكانت بينة الخارج أولى، وهذا على قياس قول أبي حنيفة.

وقال محمد في نوادر ابن سماعة: إذا لم يقم الرجل البينة أنه حر فالدار للمرأة وهي امرأته؛ لأنها في يده وبينة الزوجية والعبودية تعارضتا فتساقطتا، فيكون القول له.

وفي نوادر ابن سماعة: لو أقام رجل البينة أن الدار داره والمرأة أمته، وأقامت المرأة البينة أن الدار دارها والرجل عبدها، فالدار بينهما نصفان، إذا لم يكن في أيديهما لاستواء بينتهما، وإذا كانت في يد أحدهما تركت في يده، وتعارضت البينتان فيها، ولا تقبل بينة أحدهما على صاحبه بالرق للتضاد والتنافي.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: لو أقام رجل بينة على امرأة أنه تزوجها على ألف درهم، وأقامت المرأة بينة أنه تزوجها على مائة دينار، وأقام أبوها وهو عبد الزوج أنه تزوجها على رقبته، وأقامت أمها وهي أمة الزوج أنه تزوجها على رقبتها، فالبينة بينة الأب والأم، والنكاح جائز على نصف رقبتهما؛ لأن بينتهما توجب المهر والحرية؛ لأنهما لما دخلا في ملك البنت عتقا، فكانت بينتهما أكثر إثباتا فكانت أولى.

وإن كان القاضي قضى للمرأة بمائة دينار أولًا، ثم ادعى الأب والمسألة بحالها قضى بأن الأب صداقها، ويعتق من مالها وبطل القضاء الأول.

ولو أقام الزوج البينة أنه تزوجها على أبيها وصدقه الأب بذلك فقضى القاضي به، ثم أقامت المرأة البينة أنه كان تزوجها على مائة دينار تقبل بينتها، ويقضي لها بمائة دينار وعتق الأب من مال الزوج والولاء له؛ لأنه أقر بحرية الأب لما ادعى كونه صداقًا لها والمرأة جاحدة كون الأب صداقا، فيعتق على الزوج بإقراره.

ولو أقام الأب البينة أنه تزوجها على رقبته والمرأة تدعي مهرها مائة دينار، والزوج يدعي ألف درهم حكم ببينة الأب، وعتق من مال ابنته، ثم أقامت أم المرأة البينة أنه تزوجها على رقبتها لا تقبل؛ لأن في قبول بنتها إبطال عتق الأب بخلاف ما قبلها؛ لأنه ليس في القضاء بمائة دينار صداقًا لها إبطال عتق الأب؛ لأنه يعتق على الزوج. ذكر في النوازل: امرأة ادعت على رجل أنه تزوجها، وأنكر الزوج اختار بعض مشايخنا أنه يحلف الزوج بالله ما هي بزوجة لي.

وإن كانت هي زوجة لي فهي طالق بائن؛ لأن الاستحلاف يجري في النكاح عندهما، وهو المختار للفتوى ويستحلف بالله وبالطلاق أيضًا؛ لأنه يجوز أن يكون هو كاذبا في الحلف بالله، فلا يقع عليها الطلاق، فتبقى معلقة.

رجل زوج ابنته من رجل، ثم زعم أنه تكلم بكفر، وأن ابنته حرمت عليه والزوج منكر، فالقول قول الزوج؛ لأنه ينكر الفرقة، ولا يحل للمرأة أن تمنع نفسها منه إذا لم تكن سمعت كلمة الكفر؛ لأن الموجب للحل ثابت في حقها والمانع لها، فإن فعلت كانت ناشزة عاصية؛ لأنها فعلت بغير حق.

(**الجامع**): رجل أقام البينة على نكاح امرأة، وأقامت المرأة البينة أنه تزوج أختها أو ابنتها قبل دعواه النكاح، وأنها امرأته، يقضي ببينة الرجل عند أبي حنيفة قياسًا.

وعندهما توقف الأمران، فإن حضرت الغائبة فأقامت البينة على دعوى الحاضرة قضى بنكاحها.

وإن أنكرت قضى ببينة الرجل لهما أن الاحتياط هو التوقف في باب الفروج، فإن الحاضرة ادعت تحريم فرجها عليه بسبب فساد نكاحها، فيتوقف احتياطًا للحرمة.

كما لو أقامت المرأة البينة على الطلاق الثلاث، أو الأمة على العتاق على وكيل وكله الزوج، أو المولى بنقلهما من مصر إلى مصر بحال بينها وبين الوكيل، فكذا هذا. له: أن النكاح حق الغائبة والحاضرة لا ينتصب خصمًا عن الغائبة؛ لأن نفس نكاح الغائبة لا يوجب فساد نكاح الحاضرة إلا بصفة البقاء والصحة والبقاء محتمل لجواز أنه طلق أختها قبل نكاحها، ونكاح البنت لا يوجب حرمة نكاح الأم إلا إذا كان صحيحًا، والصحة محتملة مترددة لجواز أن نكاحها كان فاسدا؛ لأن عقد النكاح إذا أضيف إلى الماضي يتناول الفاسد كما يتناول الصحيح، فلا تنتصب الشاهدة خصمًا عن الغائبة بالشك والاحتمال بخلاف تلك المسألة؛ لأن نفس الطلاق موجب للحرمة، ونفس الإعتاق مبطل للملك، فكان سببًا لانعزال الوكيل، فوجب فيه الاحتياط.

وكذلك أقامت الحاضرة البينة أنه تزوج أمها قبلها، أو أقر بنكاح أمها، ولم تقم البينة على الدخول بالأم؛ لأن البنت لا تحرم بنفس العقد على الأم، فصار كنكاح الأخت.

وكذلك لو أقامت البينة على إقرار الزوج بنكاح الأخت، ولو أقامت البينة على إقرار الزوج بنكاح ابنتها وإنه تزوج أمها ودخل بها، أو لمسها لشهوة وفرق بينه وبين

الحاضرة، ولم يقض بنكاح الغائبة؛ لأن الحرمة تثبت بنفس الدخول وبنفس الإقرار بنكاح البنت من غير إثبات نكاح على الغائبة، فقامت البينة على خصم حاضر وهو الزوج، فصار كما لو قامت على إقراره أنها محرمة، بخلاف ما لو قامت البينة على نكاح البنت؛ لأن نفس النكاح بدون الصحة لا توجب الحرمة.

والظاهر إن كان هو الصحة، ولكنه يحتمل الفساد فلا تثبت الشهادة عليه مع الشبهة، ولا يبطل الإقرار به بالشبهة ألا ترى أن الشهادة بالمجهول باطلة والإقرار بالمجهول صحيح.

ولو أقر الزوج أن أختها كانت امرأته؛ ولكنه طلقها وأخبرته بانقضاء العدة، ثم حضرت الغائبة وكذبته في الطلاق وقع الطلاق عليها يوم أقر بالطلاق عند الحاكم، ولا يفرق بينه وبين الحاضرة؛ لأنا قلنا زعمها في حقها دون حق الزوج، فإن جاءت الغائبة بولد لسنتين منذ أقر بطلاقها، وكان دخل بها لزمه الولد ويفرق بينه والحاضرة؛ لأن ثبات النسب لا ينفك عن الفراش، فكان من ضرورة الحكم لقيام الفراش إبطال نكاح الحاضرة، لكون نكاحها في عدة الأخت.

رجل قال لامرأته: كان فلان زوجك وطلقك وانقضت عدتك، ثم تزوجتك وأنكرت المرأة الطلاق لم يفرق بينهما؛ لأن الزوج أخبر بما يحتمل الصحة ومنازعتهما باطلة؛ لأن إقدامهما على العقد معه إقرار بصحته، فلا تصح دعواها بعده للمناقضة، فإن حضر الغائب وأنكر الطلاق قضى بها له؛ لأنهم تصادقوا على النكاح الأول، وادعى الثاني الطلاق، وهو ينكر.

ولو كانت المرأة أنكرت نكاح الأول لم يصدقا عليها وهي امرأة الثاني؛ لأن النكاح الأول لم يثبت حيث أنكرت، وقد توافق الزوج والمرأة على صحة النكاح الأول لم يثبت.

ولو صدق الأول الثاني في النكاح والطلاق، وأنكرت المرأة الطلاق يقع عليها الطلاق في الحال، وعليها العدة في الحال ويفرق بينها، والثاني؛ لأن نكاح الأول ثبت بتصادق الكل، والأول أقر بالطلاق وأسنده إلى وقت ماضٍ، فصدق في الطلاق، ولم يصدق في الإسناد لما فيه من إبطال حقها وهو النفقة والسكنى،

وخلاصها عن جناية الزوج الثاني، فقضينا بالعدة في الحال وعدة الأول تمنع نكاح الثاني بخلاف زوج المعتدة إذا قال: أخبرتني أن عدتها قد انقضت، وكذبته المرأة يتزوج أختها جاز؛ لأنه لا حق لها في نكاح الأخت؛ بل هو حق الزوج فصدقناه في انقضاء العدة في حق نكاح الأخت.

أما هنا فساد نكاح الثاني حقها حتى تتخلص عن جناية الثاني، فلم تصدق في إلزام النكاح عليها كما لم يصدق في حق إبطال النفقة والسكنى.

ولو قال الزوج: كان لك زوج قبلي فطلقك، وانقضت عدتك، وأنكرت الطلاق، فجاء رجل وادعى أنه ذلك الزوج، وأنكره الثاني فالقول للثاني؛ لأنه أقر بمجهول فكان القول في البيان إليه، ولا يمين عليه عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

(باب معرفة المهور)

يحتاج إلى معرفة كون المهر شرطًا لجواز النكاح وإلى مقداره، وما لايصلح.

لو تزوج امرأة بلا مهر جاز، ويجب مهر المثل.

وقال الشافعي: لا يجب شيء.

والصحيح قولنا؛ لأن البضع عظيم الخطر شريف القدر؛ لأنه يحل خلق الآدمي المكرم المشرف، ولهذا لا يثبت الملك فيه بدون الشروط والرضاء، فملكه بغير عوض يفضي إلى الإهانة لأن المرأة بغير مهر تهون في عين الرجل، فلا يصح تملكه بدون العوض إبانة لخطره وإعظامًا لقدره، ودفعا للإهانة عنها، ولهذا التصرف الواقع فيه عاريا عن الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة.

وإنما يصح النكاح بدون تسمية الثمن؛ لأن الثمن عوض أصلي في البيع؛ لأنه تمليك مال بمال بمقتضى البيع لغة وشرعًا، فأما المهر عوض زائد؛ لأن النكاح لا يقتضي وجوب المهر لغة؛ لأنه موضوع الازدواج والانضمام لغة.

وإنما وجب شرعًا إظهارا لخطر الإبضاع، فلم يكن في ترك التسمية تغيير مقتضى العقد فلم يفسد.

وأما مقداره: فالمهر نوعان: مسمى، ومهر المثل.

أما المسمى: فمقدر بعشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة.

وقال مالك: مقدر بربع دينار أو ثلاثة دراهم.

وقال الشافعي: غير مقدر.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا مَهْرَ أَقَلُّ مِنْ عَشْرَةِ [دَرَاهِمَ]**"[١] فإن سمى لها أقل من عشرة يصح التسمية ويبلغ عشرة[٢].

وقال زفر: لها مهر المثل، إلا أنه ذكر ما لا يصلح مهرًا فلم تصح التسمية فصار كما لو تزوجها على خمر.

لنا: أن تقدير المهر بعشرة وجب حقًّا للشرع فيكون الوجوب حقًّا للشرع والواجب حقًّا للمرأة وما يجب حقًّا للشرع مقدرا لا يجب متجزئًا، وإذا لم يكن وجوب العشرة متجزئا صار ذكر بعضها كذكر كلها؛ لأن ذكر بعض ما لا يتحرى كذكر الكل، فصار كأنه سمى عشرة فصحت التسمية.

وأما مهر المثل: هو مثل مهر نساء عشيرتها؛ لأن قيمة الشيء تعرف من مثله، وأصله قول ابن مسعود رضي الله عنه حين سئل عن رجل تزوج امرأة، ولم يسم لها مهرًا حتى مات قبل الدخول أرى لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه، ولا شطط، فقام قوم بني الأشجع، فقالوا: نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا بمثل قضائك هذا، فما فرح ابن مسعود بعد إسلامه كفرحه يومئذ لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويعتبر فيه قرابتها من جهة أبيها أخواتها لأبيها وأمها، أو لأبيها وعماتها وبناتهن، ولا ينظر فيه إلى مهر أمها وخالاتها إلا إذا كانت من قبيلة أمها؛ لأنها تعتبر بالأب في إيضاع النسب وارتفاعه، فإن أكثر الخلفاء من الإماء، وإنما يتشرفون بالانتساب إلى الآباء، وكذلك لقرابة الأب زيادة استحقاق وفضيلة، واختصاص على قرابة الأم في حق الميراث، فكذلك في حق تقدير المهر،

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٢٠٠، رقم ٣٤٩)، والبيهقي (٨/٢٦١، رقم ٦٩٧١)، وقال: هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء.

(٢) انظر: البدائع ٧/٢١٤، ورد المحتار ٤/٤٥٠، وتبيين الحقائق ٥/٤ - ٥، ونهاية المحتاج ٥/٨٦، والمغني ٥/١٨٧، وكشاف القناع ٦/٤٧٦.

وإنما يعتبر بقرابتها في بلدها ممن نساؤها في جمالها ومالها ودينها وعفتها؛ لأن مهر البلدان مختلفة ويختلف المهر باختلاف الجمال والمال.

وقال بعض مشايخنا: بأنه لا يعتبر الجمال في المرأة إذا كانت من أهل بيت الحسب والشرف؛ لأنه إنما يرغب فيها لحسبها وأهل بيتها لا بجمالها، وإنما يعتبر الجمال إذا كانت من أوساط الناس؛ لأن الرغبة فيها للجمال، فإن لم يوجد في بلدها من كانت بمثل حالها تعتبر مثلها من الأجانب، فإن فرض القاضي أو الزوج بعد العقد جاز؛ لأنه يجري ذلك مجرى التقدير لما وجب بالعقد من مهر المثل زاد ونقص؛ لأن الزيادة على الواجب صحيحة والحط عنه جائز، ويلتحق بأصل العقد؛ لئلا يلزمنا تحمل الجهالة في مهر المثل.

وأما ما يصلح مهرا، أو ما لا يصلح:

ولو تزوجها على منافع الأعيان كالدور والعقار والحيوان جاز؛ لأنها مال متقوم عند الناس.

ولو تزوج امرأة على أنه يخدمها سنة فلها مهر مثلها عندهما.

وعند محمد لها قيمة الخدمة.

وعند الشافعي لها خدمته سنة.

ولو كان الزوج عند أقلها فخدمته بالإجماع لمحمد أن خدمة الحر مال متقوم، ولهذا يستحق بالعقود إلا أنه عجز عن التسليم لمانع وهو لما فيه من الذل والهوان، فأشبه استحقاق المسمى، فيجب قيمته.

لهما: أن منافع الحر ليست بمال حقيقة تكريما له، وإنما صارت مالًا في الإجازة شرعًا للضرورة والشرع حرم على الزوج خدمة المرأة؛ لأنه مالك وهي مملوكته وهو قوّام عليها، وذلك يحرم عليه خدمتها لشرف الحرية، فبقيت منافعه غير مال، فلا يصلح مهرًا بخلاف خدمة العبد؛ لأنها مملوكة للمولى وليس له شرف الحرية؛ بل هو بمنزلة الأموال فملكت المرأة من جهة المولى.

ولو تزوجها على خدمة حر آخر، فالصحيح أنه يصح؛ لأنه لم يحرم عليه خدمة غير امرأته، فيجب لها خدمته ويرجع على الزوج بقيمة الخدمة.

ولو تزوجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها في رواية لا يجوز لما بينا، وفي رواية جاز؛ لأنه لا بأس بأن يقوم الرجل بأمور امرأته سوى خدمتها؛ إذ لا مذلة له إلا في خدمتها.

ولو تزوجها على خمر أو خنزير، أو على طلاق ضرتها، أو على العفو عن القصاص ونحوها، فلها مهر مثلها؛ لأنها ليست بمال.

ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال، فإن وفى بذلك فلها المسمى لا غير؛ لأنها أسقطت حقها عن مهر المثل لغرض صحيح، وقد حصل.

وإن لم يف به فلها مهر مثلها؛ لأنها لم ترض بإسقاط حقها عن كمال مهر إلا بعوض مرغوب، فيه عند الناس وحلال شرعًا، فإذا لم يحصل لها العوض يعود حقها في المعوض وهو مهر المثل.

ولو تزوجها على مهر صحيح عشرة دراهم وأرطال من خمر فلها المسمى، ولا يكمل مهر المثل؛ لأن الخمر لا منفعة للمسلم فيها، فلا يجب بفواتها عوض.

ولو تزوج امرأة على عيب عبد اشتراه منها جاز؛ لأنها لما تزوجت على عيبه صارت مقرة بحصة العيب؛ لأن النكاح لا بد له من مهر فيكون نكاحًا بمال، فإن كانت قيمة العيب عشرة، فهو مهرها وإلا يكمل عشرة.

(**النوادر**): ولو تزوجها على فضة تبر وزنه عشرة، ولا تساوي عشرة مضروبة جاز، ولا يلزمه فضل.

ولو كان هذا في السرقة لا تقطع اليد بسرقته؛ لأن القطع يدرأ بالشبهات، فيشترط كمال النصاب في الوزن والقيمة جميعًا، فأما المهر يثبت مع الشبهات، فيشترط الكمال في الوزن لا غير.

ولو قال: زوجتك ابنتي على مهر ألف، فقال الرجل: قبلت النكاح ولا أقبل المهر بطل النكاح؛ لأنه لم يجب كذلك العقد، فإن قبل النكاح وسكت عن المهر جاز النكاح بالمسمى؛ لأن قبوله لذلك المهر المسمى.

(**المنتقى**): ولو تزوجها على دين له على فلان، فإن شاءت أخذته من الزوج، وإن شاءت ممن عليه الدين؛ لأن الدين مال فصحت التسمية.

ولو تزوجها على ما وجب له من الديّة على عاقلتها فلا شيء له على عاقلتها؛ لأنها مؤدية عنهم.

ولو تزوجها على نصيبه من هذه الدار فلها ذلك عند محمد.

وعند أبي حنيفة هي بالخيار إن شاءت أخذت النصيب، وإن شاءت مهر مثلها ولا يجاوز بمهر مثلها قيمة الدار.

ولو تزوجها على ألفين ألف منها لله تعالى، وللخاطب أو لولدي أو لفلان فالمهر ألف؛ لأن هذا استثناء في كلام واحد.

(**الجامع**): ولو تزوجها على ثوب قيمته عشرة، فصارت ثمانية قبل القبض فليس لها غيره؛ لأن تكميل المهر عشرة وجب حقا للشرع ابتداء لا بقاء؛ لأن أصل المهر ليس بشرط لبقاء النكاح، فكذلك قدره، وقد تأدى حق الشرع وقت الوجوب والبقاء حقها، وذلك غير مقدر.

ولو انتقض لفوات جزء منه قبل القبض فلها الخيار إن شاءت أخذته، وإن شاءت أخذت عشرة دراهم؛ لأنه يعيب في ضمان الزواج، فيجبر كالمبيع بعيب قبل القبض.

ولو تزوجها وقيمته ثمانية، فصارت عشرة فلها ذلك ودرهمان؛ لأن حق الشرع لم يتأد وقت الوجوب.

ولو تزوجها وقيمته عشرة، فقبضته وقيمته عشرون وطلقها قبل الدخول والثوب مستهلك ردت عشرة؛ لأنه إنما دخل في ضمانها بالقبض فيضمن قيمته يوم القبض.

(باب ما يصح معه التسمية وما لا يصح)

أصله أن التسمية لا يصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة، وكل عقد معاوضة مال بمال؛ لأنها جهالة متفاحشة وهي سبب لوقوعهما في المنازعة ويصح مع الجهالة المقدر له وهي جهالة الوصف؛ لأن النكاح يحتمل ضربًا من الجهالة، فإنه يجوز بمهر المثل مع جهالته، فكل جهالة نظير جهالة مهر المثل لا تمنع صحة التسمية وجهالة الوصف نظير ذلك؛ لأن جهالة الوصف لا يوقعهما في المنازعة لما تبين.

المهر أنواع ثلاثة:

نوع هو مجهول الجنس والنوع والصفة، ونوع هو معلوم الجنس والنوع معلوم الوصف والقدر، ونوع هو معلوم الجنس والوصف.

أما ما هو مجهول الجنس والنوع والصفة: كما لو تزوجها على ثوب أو دابة أو دار فلها مهر المثل؛ لأنه مجهول الجنس والنوع والصفة، وكذا لا تصح التسمية مع الخطر والغرر، كما لو تزوجها على ما في بطن جاريته، أو غنمه، أو على ما يثمر نخيله العام، بخلاف الخلع على ذلك فإنه يجوز؛ لأنه يصح مع الخطر والغرر، فإنه لو قال إن قدم فلان، فقد طلقتك على ألف صح، ولا كذلك النكاح.

فأما ما هو معلوم الجنس مجهول الوصف، كما لو تزوجها على غلام، أو شاة، أو فرس، أو بقر، أو ثوب هروي يجب الوسط إن شاء أدى عينه، وإن شاء قيمته.

وقال الشافعي: لا تصح التسمية.

والصحيح قولنا؛ لأن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية في النكاح بخلاف البيع، فإنه لا يصح مع جهالة الوصف؛ لأنه لا يحتمل ضربا من الجهالة؛ لأن المالية مقصودة في البيع، وأنها تختلف باختلاف الوصف فيوقعهما في المنازعة، فأما المهر غير مقصود بالنكاح؛ فلأنه مقابل بما ليس بمال، فلا يكون عوضًا من حيث المالية؛ بل يكون صلة مبتدأة من وجه، فلا يجري فيه المنازعة عادة؛ بل يجري فيه المسامحة والمساهلة إلا أنّا عيّناه الوسط؛ لأنه هو العدل ليس فيه بخس بحقها، ولا حيف بحقه.

والوسط عندنا السندي يريد به في بلادهم؛ لأن الخادم في بلادهم أنواع ثلاثة: الرومي، والسندي، والحبشي، فيكون الوسط من ذلك عندهم السندي.

فأما في بلادنا الأنواع الثلاثة: تركي وصقلي وهندي، فيكون الوسط الصقلي وأيهما أتى به تجبر المرأة على القبول، وكذلك في الثوب الهروي.

وقال زفر: إن أدى قيمته لا تجبر المرأة على القبول؛ لأن تسمية الخادم قد صحت

ووجب دينا في الذمة وجاز أداؤه فلم يجز أداء القيمة إلا برضاها كما في المكيل والموزون.

لنا: أن الحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال، والدين يقضي بالمثل لا بالعين، وقيمة الحيوان أعدل من عين مثله، ولهذا لو استهلك حيوان يغرم قيمته لا مثله فلما أجبر على قبول مثله فلان يجبر على قبول قيمته المماثلة بينهما أعدل وأكثر أولى بخلاف المكيل والموزون؛ لأنه مثلي، ولهذا لو أتلفه يغرم مثله لا قيمته، ثم عند أبي حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون دينارًا إذا لم يسم الأبيض.

وإن سمى خادمًا أبيض بقيمته خمسون دينارًا، أو عندهما على قدر الغلاء والرخص في كل بلد، قيل: هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، فقيمة الوسط في زمنه كان أربعين لا يزداد ولا ينتقص، فأفتى على عرف زمانه، وفي زمنهما تختلف قيمته إلى زيادة ونقصان، فبينا الأمر على قدر الغلاء والرخص، وقيل: هذا اختلاف حجة وبرهان فقيمة الوسط في زمنه كان أربعين لا يزداد ولا ينتقص، فأفتى على عرف زمانه، وفي زمنهما تختلف قيمته إلى زيادة ونقصان، فبينا الأمر على قدر الغلاء والرخص.

وقيل: هذا اختلاف حجة وبرهان، فحجتهما أن هذا مال احتيج إلى تقويم، فتعتبر قيمته باعتبار الغلاء والرخص كما في سائر المتلفات.

وحجته: أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب على ضارب الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم وخمسمائة درهم خمسون دينارًا في الشرع والمهر بمعنى الغرة؛ لأنه وجب بدلًا عما ليس بمال، فألحق به، والأسود دون الأبيض فنقض غرة.

وأما ما هو معلوم الجنس والصفة، كما لو تزوج على مكيل أو موزون موصوف في الذمة، فتجب التسمية ويلزمه تسليمه؛ لأن هذا يثبت دينا في الذمة صحيحًا ولهذا جاز به البيع.

ولو تزوج على كر حنطة مطلقة ولم يصفه، فإن شاء أعطى كرًّا وسطا، وإن شاء

أعطى قيمته؛ لأن هذه جهالة الوصف، فكانت قيمته أعدل وأمثل من جنسه في هذه الحالة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزمه تسليم الكر، ولو تزوج على بنت ينظر إن كان الرجل بدويا فلها بيت من شعر؛ لأنه أمكن العمل بحقيقة الاسم؛ لأن يتوهم من الشعر والوبر، وأنه نوع من الثياب، فصحت التسمية، وإن كان الرجل بلديًّا قال محمد رحمه الله: لها بيت وسط أراد به ثياب البيت إلا أنه كنى عن الثياب بالبيت لاتصال بينهما؛ ألا ترى أنه قال بعد ذلك مما يجهز هنالك، والتجهيز لا يكون بالبيت.

قالوا: وهذا في عرفهم، فأما في عرفنا، فإنه لا ينصرف إلى المتاع؛ لأنه لا يراد بالبيت المتاع في عرفنا، وإنما يراد به البيت المبني من المدر، وأنه لا يصلح مهرًا إذا لم يكن عينًا لا يمكن إيجابه في الذمة؛ لأنه لا يحتمل النقل، وغير المنقول لم يعرف شرعا وجوبه في الذمة.

ولو تزوجها على ألف أو ألفين أو على أحد هذين العبدين فلها مهر المثل لا يزاد عليها، ولا ينقص عن أقلها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما لها الألف ويعطيها الزوج أي العبدين شاء. لهما: إن كلمه أو حكمه تشكيك أدخلها على الزيادة على الألف والعبد، فكان تسمية أحدهما ثابتة بيقين، ووقع الشك في الزيادة، فلا يثبت بالشك له أن مهر المثل موجب أصلي للنكاح، فإنه يجب بنفس العقد من غير تسمية، فلا تقع البراءة عينه ما لم تصح التسمية يقينا، وقد وقع الشك في صحة التسمية؛ لأن الواجب أحد المالين لا بعينه، فلم تصح التسمية بالشك.

كما لو استأجر صباغًا ليصبغ له يوما بدرهم أو درهمين لم تصح التسمية، فكذا هذا فإن طلقها قبل الدخول فلها خمسمائة بالإجماع؛ لأن الخمسمائة لها حكم المتعة عنده؛ لأن الظاهر أن قيمة المتعة عنده لا تزيد على خمسمائة حتى لو زادت فلها المتعة عنده كما في العشرة والعشرين.

ولو تزوجها على ألف وكرامتها فلها مهر مثلها لا ينقص عن ألف؛ لأن الكرامة

مجهولة الجنس والقدر، فكانت جهالته متفاحشة فيوقعهما في المنازعة، فيصار إلى مهر المثل، ولا ينقص من الألف؛ لأنه واجب بيقين ولا جهالة فيه، فإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الألف؛ لأن تسمية الألف صحيحة، وصحة التسمية تمنع وجوب المتعة، والتسمية توجب المتعة، والمتعة لم تكن واجبة قبل الطلاق، فلا يجب بالشك.

ولو تزوجها على ألف إن لم يكن له امرأة، وعلى ألفين إن كانت أو على ألف إن لم يخرجها من البلدة وعلى ألفين إن أخرجها، فالشرط الأول جائز، والثاني باطل.

فإن وافق فلها المسمى، وإن خالف فلها مهر مثلها لا يجاوز به ألفان ولا ينقص عن ألف؛ لأنها أبرأت زوجها عن الزيادة والزوج رضي لها بألف مع سلامة المشروط لها فمن غير سلامة المشروط لها أولى.

وقالا: الشرطان جائزان.

وقال زفر: الشرطان فاسدان، وهذه فرع ما لو قال للخياط: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم، وسيأتيك في الإجارات.

ثم فرق أبو حنيفة بين هذا، وبين ما إذا تزوجها على ألف إن كانت قبيحة وعلى ألفين إن كانت جميلة.

وإن كانت جميلة فلها ألفان، وإن كانت قبيحة فلها ألف، والفرق أن هنا المخاطرة والمجاهلة وجدت في التسمية الثانية؛ لأنه لا يدري أن الزوج هل يفي بالشرط أم لا؟ وهناك لا مخاطرة في التسمية الثانية؛ لأن المرأة على صفة واحدة قبيحة أو جميلة؛ لكن الزوج لا يعرفها وجهالته لا توجب الخطر.

ولو تزوج امرأتين على ألف قسمت على مهر مثلهما؛ لأن الألف مقابل بهما؛ لأنه ينقسم على قدر قيمة بضعهما.

كما لو اشترى عبدين بألف ينقسم الألف على قدر قيمتهما، وإن طلقهما قبل الدخول كان لها نصف الألف على قدر مهريهما؛ لأنه سقط نصفه بالطلاق، فيقسم الباقي، فإن لم يصح نكاح إحداهما فكل الألف للأخرى عند أبي حنيفة.

وعندهما النصف؛ لأنه جعل الألف مقابل بهما، فيقتضي الانقسام عليهما؛ لأن من شرط صحة الانقسام البدل أن يكونا محلين للعقد.

وإن لم ينعقد العقد عليهما كما لو خاطب امرأتين بالنكاح، فأجابته إحداهما، ولم تجب الأخرى جاز نكاح المجيبة بما يخصها، وهما محلان للنكاح؛ لأن محلية النكاح إنما تثبت بكونها أنثى من بنات آدم، فقد وُجِد شرط الانقسام فينقسم.

له: أن مطلق اللفظ يقتضي المقابلة لا غير، ثم الانقسام من ضرورات المزاحمة، ولا مزاحمة هنا، فإن من لم يصح نكاحها لا تزاحم الأخرى في العقد ومواجبه، والانقسام حكم عقده، فيكون الكل للتي صح نكاحها كما لو جمع بين امرأة وأتان بخلاف تلك المسألة لأن غير محل لنكاحه، وانعقد العقد عليها موقوفا على إجازتها، فيثبت الانقسام لقيام العقد عليهما.

ولو دخل بالتي لم يصح نكاحها فلها مهر المثل عند أبي حنيفة، وهو الصحيح؛ لأنه إذا لم يثبت الانقسام لم يصر قسميا للأخرى، فكأنه تزوجها، ولم يسمّ لها مهر وعندهما لها الأقل من مهر مثلها، ومما يخصها؛ لأنه صار مسمى لها.

(**النوادر**): ولو تزوجها على هذه الأبواب العشرة، فإذا هي أحد عشر.

قال محمد: يعطيها عشرة منها أيها شاء.

وقال أبو حنيفة: إن كان مهر مثلها مثل أجود العشرة وزيادة فلها أجود العشرة، وعليه الفتوى؛ لأن هذا بمنزلة ما لو تزوجها على أحد هذين العبدين.

ولو وجد الثياب تسعة، قال محمد: لها تسعة وتمام مهر مثلها إن كان أكثر من قيمة التسعة.

وقال أبو حنيفة: لها التسعة لا غير فرق بين هذا، وبينما إذا تزوجها على هذه الأثواب العشرة الهروية، فإذا هي تسعة فلها تسعة وثوب آخر هروي وسط بالإجماع، والفرق أن في الصورة الأولى ذكر الثياب مطلقة، والثوب المطلق لا يجب مهرًا إذا لم يكن مشار إليه، والثوب العاشر لم يكن مشارًا إليه، فلم يجب، وفي الصورة الثانية ذكر الثياب موصوفة بكونها هروية، والثوب الموصوف يجب مهرًا.

وإن لم يكن عينا، ولو تزوجها على أربعمائة دينار على أن يعطيها بكل مائة خادمًا بغير عينه، فالشرط باطل ولها مهر مثلها لا يزاد على أربعمائة، ولا ينقص على أربعة خدم وسط ولو كان الخدم بأعيانها فالشرط جائز ولها أربعة خدم وسط كأنه تزوجها على ذلك.

ولو تزوجها على أقل من ألف ومهر مثلها ألفان قبلها ألف؛ لأنها قد رضيت بالألف ونقصانها ليس من قبيل النقصان.

وإن كان مهر مثلها أقل من عشرة، فلها عشرة، ولو تزوجها على دينار ونسي فلها دينار ونصف إلا شيء، فإن كان مهر مثلها أقل من دينار فلها دينار؛ لأنه قد لفظ به وما زاد فهو مجهول. تزوج على خادم على أن يخدم الخادم الزوج ما عاش، فإن كان مهر مثلها مثل قيمة الخادم أو أكثر فلها الخادم، ولا خدمة عليها للزوج.

وإن كان أقل من قيمة الخادم فلها مهر مثلها إلا أن يشاء الزوج أن يسلم لها الخادم بغير خدمة، ولو تزوجها على وزن هذا الحجر ذهبًا، ثم علم وزنه فالخيار للزوج لا للمرأة؛ لأن تمليك المهر يستفاد من جهته كما في الشراء.

(**الجامع**): تزوج امرأة على ألف حالة، أو إلى سنة فعلى قياس قول أبي حنيفة لها ألف حالة إن كان مهر مثلها ألف أو أكثر.

وإن كان أقل من ألف فلها ألف إلى سنة؛ لأن المؤجل دون المعجل في المالية لأن الناس يعدون للنقد فضلًا على النسبة عادة، فصار كأنه تزوجها على ألف أو ألفين إلى سنة، ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله إن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فلها أي المهرين شاء؛ لأنها مبرئة زوجها عن زيادة المقدار إن أرادت ألفًا حالة، وعن زيادة الصفة وهي النقدية إن أرادت ألفًا نسيئة، وقد تعلق بكل واحد نوع صفة ومنفعة ومضرة، فوجب التخيير.

وإن كان أقل من الألف فلها أي المهرين شاء الزوج؛ لأن الزوج التزم أحد نوعي الزيادة على مهر المثل.

أما الزيادة من حيث المقدار أو الصفة وله في كل مال نوع منفعة فيخير.

وإن كان أقل من ألفين أو أكثر من ألف فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما أي المهرين شاء الزوج لما مر.

(**الزيادات**): ولو قال لامرأة تزوجتك على حصة مهر مثلك من ألف إذا قسمت على مهر مثلك ومهر فلانة فقبلت، فلها مهر مثلها لا يزاد على ألف؛ لأن التسمية وقعت مجهولة؛ لأن الحصة لا تعرف إلا بالحزر والظن بعد التوزيع، فيجب مهر المثل لكن لا يزاد على ألف؛ لأنها رضيت بالألف يتعين وبما دونها؛ لأن الأصل الألف لو كان معلوما فرضاها بالحصة من الألف يكون رضاء بالألف ضرورة.

ولو قال تزوجتك وفلانة على ألف فقبلت إحداهما لها حصة الألف؛ لأن التسمية في العقد معلومة، وهي الألف فصحت وصحة التسمية يمنع وجوب مهر المثل إلا أنه تعذر إيجاب البعض، فقد صحت التسمية لرد إحداهما، فيجب البعض بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن التسمية لم تصح؛ لأنه ما سمى مالا معلوما نظيره لو اشترى عبدين بألف فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق جاز في الآخر كحصته في الألف.

ولو اشتراه ابتداء بما يخصه من الألف لم يجز، فكذا هذا.

(باب التزويج على العتق والقصاص وطلاق الضرة)

ولو جعل القصاص مهرًا سقط ووجب مهر المثل؛ لأنه ذكر بدلا والبدل مما يزول عن ملك الزوج فكان هذا عفوا للحال، فصح إلا أن القصاص لا يصلح صداقا؛ لأنه ليس بمال موجب مهر المثل.

وكذلك لو تزوجها على عتق أبيها أو على طلاق فلانة عتق وطلقت فلانة ولها مهر المثل؛ لأن الطلاق والعتاق لا يصلح مهرًا؛ لأنه ليس بمال فخلى العقد عن تسمية المهر ويقعان بنفس النكاح؛ لأنه جعله بدلا لبضعها وبدل البضع مما يزول عن ملك الزوج بنفس النكاح، ويصير ملكا للمرأة إذا كان يقبل التمليك بأن كان مالًا، فإذا لم يقبل التمليك زال عن ملك الزوج؛ لأنه إزالة ولها في هذا الزوال منفعة وفائدة، فإن تزوجها على عتق أبيها صح مهرًا؛ لأن صحة العتق عنها تستدعي بعدم ملكها فيه، فصار الأب ملكا لها مهرًا، ثم عتق عنها.

ولو تزوجها على أن يعتق أباها ويطلق فلانة فهو وعد إن شاء لم يف ولها مهر المثل بكل حال؛ لأنه جعل البدل إيقاعا مضافا إليه بعد العقد، ولا يجبر الزوج على الإيقاع؛ لأنه لا يصح مهرا، فلم يصر مهرا فلا يجب الإيقاع.

(**الزيادات**): ولو تزوجها على عتق أخيها، أو طلاق فلانة صح النكاح بمهر المثل، وعتق الأخ عن المعتق لا عنها؛ لأنه لم يضف إليها، فتقع عنه حتى لو تزوجها على عتق أختها عنها يقع العتق عنها، ولا شيء لها من الصداق لما مرّ، وطلقت فلانة رجعيا؛ لأنه قوبل بالبضع والبضع ليس بمتقوم، وإنما صار متقوما بالعقد لضرورة التملك، وما يثبت ضرورة لا يعدو موضع الضرورة، فلم يظهر تقومه في حق الطلاق الواقع على الضرورة، فلم يظهر تقومه في حق، فبقي طلاق بغير بدل، فيكون رجعيا، ومن أعتق أمة على أن تتزوجه، فقبلت ثم أبت التزويج عتقت لوجود قبول البدل، وإن لم تجب ولا يصلح بدلا.

كما لو أعتقها على خمر أو خنزير وعليها قيمتها؛ لأنها شرطت للمولى منفعة بمقابلة العتق، ولم تصل المنفعة إليه، فيجب عليها رد ما يقابلها والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الرد، فيرد خلفه وهو السعاية.

كما لو أعتقه على عبد فاستحقه إنسان، ولو أنها زوجت نفسها منه ولم يسم لها مهرًا جاز ولها مهر مثلها عندهما.

وعند أبي يوسف عتقها صداقها؛ لأنه تزوجها على رقبتها وقد سلم لها الرقبة، فصار كما لو جعل مهرها رقبة عندها.

لهما: أن النكاح لم يسرع إلا بمال يستحق به أو عنده، والرقبة لم تسلم لها بالنكاح؛ بل بالعتق والعتق وجد قبل النكاح، فلا بد من مال يستحق بالنكاح.

ولو قال لها: تزوجتك على أن أعتقتك لم يصح لأن النكاح منجز والعتق موجز، فالنكاح تصادقها وهي مملوكة فبطل.

وكذلك لو قال: أعتقتك على أن أتزوج نفسك مني، أو تزوجتك على عتقك، فقبلت ذلك لم يصح؛ لأن النكاح لا يمكن تقديم العتق على النكاح؛ لأن كلاهما

مذكور على سبيل العوض والمعوض، فلا يمكن أن يجعل أحدهما سابقا، والآخر لاحقًا؛ لأنه إذا سبقه كان ثبوته بعد عوض وذا لا يجوز.

وإذا قال مولى المنكوحة للزوج طلقها على أن أزوجك أمتي الأخرى ففعل طلقت رجعية، ولا شيء له إن لم يزوج؛ لأن البضع عند خروجه عن ملك الزوج لا قيمة له، فإن تقومه لضرورة تملكه والطلاق إسقاط الملك والساقط مثل لا شيء، فلا يتقوم في هذه الحالة.

ألا ترى أن الأب لو خلع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز، والمريضة لو اختلعت بمال بغير خروجه من الثلث، فإذا لم يكن متقومًا لا يجب قيمته عند عدم الوفاء بالشرط.

فأما البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم، ورقبة العبد في العتق مال متقوم.

ألا ترى لو أعتق عبده على خمر يلزمه قيمة نفسه.

ولو تزوج امرأة على خمر وجب مهر مثلها، فإذا لم يوجد الوفاء بالشرط أوجبت القيمة، ولو طلقها على خمر لم يلزمها شيء.

(باب [عقود] [1] مشتملة على النكاح والبيع والطلاق)

ولو تزوجها على ألف على أن ترد المرأة عليه عبدًا صح النكاح والبيع.

وقال الشافعي: لا يصح البيع.

والصحيح قولنا؛ لأن هذا البيع خلا عن الشرط؛ لأن البيع مشروط في النكاح.

فأما النكاح غير مشروط في البيع؛ لأن كلمة (على) دخلت على النكاح لا على البيع؛ لأنه غير مذكور صريحا، والنكاح لا يفسد بالشروط الفاسدة، فصح النكاح وصح البيع، وثبت ضمنًا للنكاح تبعًا له كالبيع الذي يثبت في ضمن العتق يصح مع فقد إيجاب البيع والقبول.

ولو تزوجها على أبيها وقيمته ألف على أن يرد المرأة أمة قيمتها ألفان صح

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): عقد.

وعتق الأب قبضت الأب، أو لم تقبض؛ لأنها ملكت الأب بعضه صداقًا وبعضه ثمنًا؛ لأن الزوج جعل الأب بإزاء بضعها وبإزاء الأمة، فيقسم الأب على قيمة البضع وقيمة الأمة.

كما لو تزوج امرأتين على ألف قسمت الألف على مهر مثلها، فكان ذلك عقدًا مشتملًا على معنى البيع والنكاح يصح مع اشتراط البيع فيه، كما يصح مع سائر الشروط التي لا تلائمه، فإن طلقها قبل الدخول تقسم قيمة الأب على مهر مثلها وقيمة الأمة، فما أصاب الأمة لها خاصة، وما أصاب مهر المثل يرد نصفه؛ لأنه مهر.

ولو تزوجها على ألف على أن يرد عليه ألفًا فلها مهر مثلها؛ لأن الدراهم قوبلت بجنسها، فاقتضى المماثلة احترازًا من الرباء، فصار الألف بإزاء الألف، فيبقى عقد النكاح خاليا عن المهر، فوجب مهر المثل.

ولو تزوجها على ألف على أن يرد عليه مائة دينار، فإن تقابضا الألف والمائة جاز؛ لأن الرباء لا يجري بينهما، ويقسم الألف على قيمة البضع وعلى المائة دينار؛ لأنه ذكر الألف صداقًا وعوضًا عن الدنانير، فانقسم عليهما، فالدنانير كلها وما يقابلها من الدراهم صرف فيعتبر التقابض في ذلك وما قابل البضع فليس بصرف، فإن طلقها قبل الدخول ردت نصف ما قابل البضع؛ لأنه مهر.

ولو تزوجها على ألف، وأن يطلق ضرتها على أن ترد المرأة عليه عبدًا، ثم طلقها اعلم أن هذه عقود ثلاثة نكاح وبيع وطلاق بجعل، فانقسم ما في جانبه وهو الألف وطلاق الضرة على ما في جانبها وهو البضع والعبد، فصار نصف الألف بإزاء العبد، فيكون ثمنا ونصفها بإزاء البضع، فيكون مهرا وطلاق الضرة نصفه بإزاء العبد، فيكون خلعًا ونصفه بإزاء البضع، فلا يصير مهرا؛ لأنه ليس بمال، ولكن يعتبر حقا للمرأة؛ لأنها تنتفع بهذا الشرط، فإن الفراش يخلص لها متى طلق فلانة، والشرط يعتبر حقا للمشروط له إذا كان له فيه منفعة وفائدة.

وإن لم يصر عوضًا عملًا قابلًا كمن أعتق أمة على أن تزوج نفسها منه فأبت التزويج يلزمها رد قيمتها، وكذا المرأة إذا وجب عليها القصاص فعفا من له القصاص عنها على أن تزوج نفسها منه، فأبت يلزمها الديّة، فإذا طلقها فلا يخلو:

إما أن يطلقها قبل الدخول أو بعده، وكل وجه لا يخلو: إما أن يطلق الزوج الضرة أو لم يطلق، فإن طلقها قبل الدخول ولم يطلق الضرة، وقيمة العبد ومهر المثل سواء يرد على الزوج مائتين وخمسون وله نصف العبد؛ لأنه جعل مهرها خمسمائة ونصف الطلاق والطلاق لا يصلح مهرا فبقي خمسمائة مهرها فيرد نصفها، وله نصف العبد؛ لأن نصفه صار بيعا بخمسمائة، وقد سلم للمرأة ثمنه فيسلم للزوج نصفه، ولها نصف العبد؛ لأن نصفه كان في مقابله نصف الطلاق، فيكون بدل الخلع، فإذا لم يف به عاد إليها نصف العبد، فإن طلق الضرة.

والمسألة بحالها فللزوج مائتان وخمسون وكل العبد؛ لأن نصف العبد في مقابله خمسمائة ونصفه في مقابله طلاق الضرة، وقد وفى الزوج به، فيكون العبد كله له.

وإن طلقها بعد الدخول وطلق الضرة فالألف لها والعبد؛ لأن العبد صار نصفه بمقابله الطلاق؛ لأن المال يصلح بدلا عن الطلاق ونصفه بمقابله خمسمائة بيعًا، وقد سلم كلاهما للمرأة، فيسلم للزوج كلاهما بدلهما.

وإن لم يطلق الضرة فلها مهر مثلها؛ لأن الزوج شرط لها خمسمائة ومنفعة خلوص الفراش وهذا يعتبر حقا لها.

وإن لم يصلح مهرا، فإذا لم يحصل لها تلك المنفعة وليس لها قيمة معلومة تجب قيمة بضعها، وهو مهر المثل وكل طلاق وجد بمال، فهو بائن وطلاق الضرة بمال، فيكون باتا.

وإن استحق العبد وقد طلق الزوج الضرة رجع عليها بخمسمائة حصة العبد من الألف وبنصف قيمته؛ لأن نصف العبد بيع بنصف الألف، فإذا استحق رجع بالثمن ونصفه بدل الخلع، فإذا استحق رجع بقيمته.

كما لو خالع على عبد فاستحق يرجع بقيمته، وإن استحق العبد ولم يطلق الضرة رجع بخمسمائة التي كانت ثمن العبد، ولا يرجع بقيمته نصف العبد؛ لأن الطلاق لم يسلم ألف؛ لأنه فلا يكون عليه بدل الخلع.

(**النوادر**): ولو قال لامرأته: أتزوجك على أن تعطيني عبدك هذا، فقبلت جاز

النكاح بمهر المثل ولا شيء له من العبد؛ لأن هذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة.

وذكر في (أجناس الناطفي): لو تزوجها على أن يدفع المرأة إليه هذا العبد يقسم مهر مثلها على قيمة العبد وعلى مهر مثلها؛ لأن المرأة بدلت البضع والعبد بإزاء مهر مثلها، والبدل ينقسم على قدر قيمة المبدل، فما أصاب قيمة العبد فالبيع فيه فاسد؛ لأنها باعته بشيء مجهول، والباقي يصير مهرًا على أن يتزوجها لم يسقط المهر عنه تزوجها، أو لم يتزوجها؛ لأنها جعلت المال عوضًا عن التزوج ولا يصلح أن يكون العوض في النكاح عليها.

وعن أبي يوسف: رجل قال لرجل: أعتق أمتك عني وزوجنيها على ألف ففعل، ثم أبت المرأة أن تزوج نفسها منه، قال: تقسم الألف على قيمة الجارية وعلى مهر مثلها، فما أصاب المهر يبطل، وما أصاب القيمة أخذه، وإن زوجت نفسها منه أخذ المال كله.

ولو قال: أعتقها وزد فيها بألف، ففعل فأبت أن تزوجه فلا شيء عليه؛ لأنه لما لم يقل عني وقع العتق عن المعتق.

(باب نكاح الشغار[1])

وصورته: رجل زوج ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته على أن يكون بضع كل

---

(١) قَالَ الْقُرْطُبِيّ: تَفْسِير الشِّغَار صَحِيح مُوَافِق لِمَا ذَكَرَهُ أَهْل اللُّغَة، فَإِنْ كَانَ مَرْفُوعًا فَهُوَ الْمَقْصُود، وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْل الصَّحَابِيّ فَمَقْبُول أَيْضًا، لِأَنَّهُ أَعْلَم بِالْمَقَالِ وَأَقْعَدُ بِالْحَالِ، وَقَد اخْتَلَفَ الْفُقَهَاء هَلْ يُعْتَبَر فِي الشِّغَار الْمَمْنُوع ظَاهِر الْحَدِيث فِي تَفْسِيره، فَإِنَّ فِيهِ وَصْفَيْنِ أَحَدهمَا تَزْوِيج الْوَلِيَّيْنِ وَلِيَّته لِلْآخَرِ بِشَرْطِ أَنْ يُزَوِّجهُ وَلِيَّته، وَالثَّانِي: خُلُوّ بُضْع كُلّ مِنْهُمَا مِن الصَّدَاق، فَمِنْهُمْ مَن اعْتَبَرَهُمَا مَعًا حَتَّى لَا يَمْنَع مِثْلًا إِذَا زَوَّجَ كُلّ مِنْهُمَا الْآخَر بِغَيْرِ شَرْط وَإِنْ لَمْ يَذْكُر الصَّدَاق، أَوْ زَوَّجَ كُلّ مِنْهُمَا الْآخَر بِالشَّرْطِ وَذَكَرَ الصَّدَاق. وَذَهَبَ أَكْثَر الشَّافِعِيَّة إِلَى أَنَّ عِلَّة النَّهْي الِاشْتِرَاك فِي الْبُضْع، لِأَنَّ بُضْع كُلّ مِنْهُمَا يَصِير مَوْرِد الْعَقْد، وَجَعْل الْبُضْع صَدَاقًا مُخَالِف لَا يُرَاد عَقْد النِّكَاح، وَلَيْسَ الْمُقْتَضِي لِلْبُطْلَانِ تَرْك ذِكْر الصَّدَاق، لِأَنَّ النِّكَاح يَصِحّ بِدُونِ تَسْمِيَة الصَّدَاق وَاخْتَلَفُوا فِيمَا إِذَا لَمْ يُصَرِّحَا بِذِكْرِ الْبُضْع، فَالْأَصَحّ عِنْدهم =

=

الصِّحَّة، وَلَكِنْ وُجِدَ نَصّ الشَّافِعِيّ عَلَى خِلَافه وَلَفْظه: إِذَا زَوَّجَ الرَّجُل ابْنَته أَو الْمَرْأَة يَلِي أَمْرهَا مَنْ كَانَتْ لِآخَر عَلَى أَنَّ صَدَاق كُلّ وَاحِدَة بُضْع الْأُخْرَى أَوْ عَلَى أَنْ يُنْكِحهُ الْأُخْرَى وَلَمْ يُسَمِّ أَحَد مِنْهُمَا لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا صَدَاقًا فَهَذَا الشِّغَار الَّذِي نَهَى عَنْهُ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم وَهُوَ مَنْسُوخ، هَكَذَا سَاقَهُ الْبَيْهَقِيُّ بِإِسْنَادِهِ الصَّحِيح عَن الشَّافِعِيّ، قَالَ: وَهُوَ الْمُوَافِق لِلتَّفْسِيرِ الْمَنْقُول فِي الْحَدِيث.

وَاخْتَلَفَ نَصّ الشَّافِعِيّ فِيمَا إِذَا سَمَّى مَعَ ذَلِكَ مَهْرًا، فَنَصَّ فِي "الْإِمْلَاء" عَلَى الْبُطْلَان، وَظَاهِر نَصّه فِي "الْمُخْتَصَر" الصِّحَّة، وَعَلَى ذَلِكَ اقْتَصَرَ فِي النَّقْل عَن الشَّافِعِيّ مَنْ يَنْقُل الْخِلَاف مِنْ أَهْل الْمَذَاهِب، وَقَالَ الْقَفَّال: الْعِلَّة فِي الْبُطْلَانِ التَّعْلِيق وَالتَّوْقِيف، فَكَأَنَّهُ يَقُول لَا يَنْعَقِد لَك نِكَاح بِنْتِي حَتَّى يَنْعَقِد لِي نِكَاح بِنْتك، وَقَالَ الْخَطَّابِيُّ: كَانَ ابْن أَبِي هُرَيْرَة يُشَبِّه بِرَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَة وَيَسْتَثْنِي عُضْوًا مِنْ أَعْضَائِهَا وَهُوَ مِمَّا لَا خِلَاف فِي فَسَاده، وَتَقْرِير ذَلِكَ أَنَّهُ يُزَوِّج وَلِيَّته وَيَسْتَثْنِي بُضْعهَا حَيْثُ يَجْعَلهُ صَدَاقًا لِلْأُخْرَى، وَقَالَ الْغَزَالِيّ فِي "الْوَسِيط": صُورَته الْكَامِلَة أَنْ يَقُول زَوَّجْتُك ابْنَتِي عَلَى أَنْ تُزَوِّجنِي ابْنَتك عَلَى أَنْ يَكُون بُضْع كُلّ وَاحِدَة مِنْهُمَا صَدَاقًا لِلْأُخْرَى، وَمَهْمَا انْعَقَدَ نِكَاح ابْنَتِي انْعَقَدَ نِكَاح ابْنَتك، قَالَ شَيْخنَا فِي "شَرْح التِّرْمِذِيّ" يَنْبَغِي أَنْ يُزَاد: وَلَا يَكُون مَعَ الْبُضْع شَيْء آخَر لِيَكُونَ مُتَّفَقًا عَلَى تَحْرِيمه فِي الْمَذْهَب، وَنَقَلَ الْخِرَقِيّ أَنَّ أَحْمَد نَصَّ عَلَى أَنَّ عِلَّة الْبُطْلَانِ تَرْكُ ذِكْر الْمَهْر.

وَرَجَّحَ ابْن تَيْمِيَّةَ فِي "الْمُحَرَّر" أَنَّ الْعِلَّة التَّشْرِيك فِي الْبُضْع، وَقَالَ ابْن دَقِيق الْعِيد: مَا نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَد هُوَ ظَاهِر التَّفْسِير الْمَذْكُور فِي الْحَدِيث، لِقَوْلِهِ فِيهِ (وَلَا صَدَاق بَيْنهمَا)، فَإِنَّهُ يُشْعِر بِأَنَّ جِهَة الْفَسَاد ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ يَحْتَمِل أَنْ يَكُون ذَلِكَ ذُكِرَ لِمُلَازَمَتِهِ لِجِهَةِ الْفَسَاد، ثُمَّ قَالَ: وَعَلَى الْجُمْلَة فَفِيهِ شُعُورٌ بِأَنَّ عَدَم الصَّدَاق لَهُ مَدْخَلٌ فِي النَّهْي، وَقَالَ ابْن عَبْد الْبَرّ: أَجْمَع الْعُلَمَاء عَلَى أَنَّ نِكَاح الشِّغَار لَا يَجُوز، وَلَكِن اخْتَلَفُوا فِي صِحَّته، فَالْجُمْهُور عَلَى الْبُطْلَان، وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ مَالِك يُفْسَخ قَبْل الدُّخُول لَا بَعْده، وَحَكَاهُ ابْن الْمُنْذِر عَن الْأَوْزَاعِيّ، وَذَهَبَ الْحَنَفِيَّة إِلَى صِحَّته وَوُجُوب مَهْر الْمِثْل، وَهُوَ قَوْل الزُّهْرِيّ وَمَكْحُول وَالثَّوْرِيّ وَاللَّيْث وَرِوَايَة عَنْ أَحْمَد وَإِسْحَاق وَأَبِي ثَوْر، وَهُوَ قَوْلٌ عَلَى مَذْهَب الشَّافِعِيّ لِاخْتِلَافِ الْجِهَة، لَكِنْ قَالَ الشَّافِعِيّ: إِنَّ النِّسَاء مُحَرَّمَات إِلَّا مَا أَحَلَّ الله أَوْ مِلْك يَمِين، فَإِذَا وَرَدَ النَّهْي عَنْ نِكَاح تَأَكَّدَ التَّحْرِيم.

(تَنْبِيه): ذِكْرُ الْبِنْت فِي تَفْسِير الشِّغَار مِثَال، قَالَ النَّوَوِيّ: أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ غَيْر الْبَنَات مِن الْأَخَوَات وَبَنَات الْأَخ وَغَيْرهنَّ كَالْبَنَاتِ فِي ذَلِكَ، وَاللهُ أَعْلَم. فتح الباري (ج١٤/ ص٣٦١).

واحدة منهما صداقًا للأخرى جاز النكاح، وبطل الشرط، ووجب مهر المثل، وقال الشافعي: لا يجوز النكاح؛ لأنه صلى الله عليه وسلم "نهى عن نكاح الشغار"[(١)].

لنا: أنه نكاح فلا مهر؛ لأنه جعل البضع صداقًا والبضع لا يصلح صداقًا، فصار كما لو تزوجها على خمر، والنهي عن نكاح الشغار نهي عن النكاح الخالي عن المهر؛ لأن الشغار عبارة عن الخلو يقال: بلدة شاغرة؛ أي: خالية، وبه نقول: إن النكاح لا يخلو عن المهر، فكان هذا نهيًا عن استحلال البضع بغير مهر كما يفعله العرب في الجاهلية.

وعندنا: لا يستحل الفرج بغير مهر، ولو لم يقلا على أن يكون بضع كل واحد صداقا للأخرى جاز النكاح بالإجماع، ولا يكون شغارًا.

ولو زوج بنته من رجل على أن يكون نصفه لفلان، فلا رواية فيها، وقيل: بأنه يجوز هذا النكاح؛ لأنه ملك جميع البضع من واحد، ثم شرط أن يكون النصف

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٢/٧ (٥١١٢) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٢٤/٩ (٦٩٦٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله. و«مسلم» ١٣٩/٤ (٣٤٤٩) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (٣٤٥٠) قال: وحدثني زهير بن حرب، ومحمد بن المثنى، وعبيد الله بن سعيد، قالوا: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. وفي (٣٤٥١) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا حماد بن زيد، عن عبد الرحمن السراج. و«ابن ماجه» (١٨٨٣) قال: حدثنا سويد بن سعيد، قال: حدثنا مالك بن أنس. و«أبو داود» (٢٠٧٤) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك (ح) وحدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«الترمذي» (١١٢٤) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك. و«النسائي» ١١٠/٦، وفي «الكبرى» (٥٤٧٠) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. وفي ١١٢/٦، وفي «الكبرى» (٥٤٧٣) قال: أخبرنا هارون بن عبد الله، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك (ح) والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن القاسم، قال مالك. و«أبو يعلى» (٥٧٩٥) قال: حدثنا مصعب، قال: أخبرني مالك. وفي (٥٨١٩) قال: حدثنا محرز بن عون، أبو الفضل، قال: حدثنا مالك بن أنس. و«ابن حبان» (٤١٥٢) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: حدثنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. ثلاثتهم: (مالك بن أنس، وعبيد الله بن عمر، وعبد الرحمن السراج) عن نافع، فذكره.

لغيره، فصح التمليك وبطل الشرط، بخلاف ما لو زوجها من رجلين؛ لأن التمليك حصل من اثنين، وقيل: لا يجوز؛ لأن هذا إشراك صورة ومعنى في الابتداء؛ لأن الكلام واحد بنظمه، والإشراك حقيقة يوجب فساد النكاح.

ولو زوج ابنته على مهر مسمى على أن يزوجه الآخر ابنته على مهر مسمى جاز ولكل واحد ما سمى لها؛ لأن المسمى يصلح مهرًا فلا يكون شغارًا، فإن لم يزوجه الآخر، فللمزوجة تمام مهر مثلها؛ لأنه شرط لها مع المسمى منفعة مقصودة؛ لأنها تنتفع باتصال منفعة إلى ذي رحم محرم منها فما شرط؛ لأنها من المنفعة تكون كالمشروط لها معنى ولم يحصل لها هذه المنفعة فيلزمه قيمة بضعها كما لو تزوجها على ألف وعلى أن يطلق ضرتها، فلم يف بالشرط يكمل مهر المثل.

وكذلك في تزويج الأختين إذا زوج أحدهما أخته من الآخر، ولم يزوجه الآخر أخته منه، فللمزوجة تمام مهر مثلها ذكره محمد في الزيادات؛ لأنها تنتفع بما لأخيها من المنفعة، فصار المشروط لأخيها مشروطا لها من وجه والمنفعة.

وإن قلت: كيف ذلك لاعتبار الشرط بخلاف الأجنبيتين لأنه لا منفعة للأجنبية بوجه ما في مال الأجنبي وحقوقه، فلا يكون المشروط للأجنبي مشروطًا لها.

ولو تزوجها على مسمى وشرط عليه منفعة لأجنبي لا يجب إلا المسمى؛ لأنها ليست بمنفعة مقصودة لأحد المتعاقدين.

(باب المرأة تجد المهر على خلاف المسمى)

ولو تزوجها على عبد بعينه، فإذا هو حر أو على شاة ذكية فإذا هي ميتة، فلها مهر مثلها عندهما.

وعند أبي يوسف لها قيمة عبد مثله.

ولو تزوجها على دن خل، فإذا هو خمر فلها مهر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما لها مثل ذلك الدن من الخل الوسط، ومثل ذلك: الشاة ذكية بناء على أصل مر في البيوع، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا، فإن كان المشار إليه من جنس المسمى، فالعبرة للإشارة.

وإن كان من خلاف جنس المسمى، فالعبرة للتسمية فأبو يوسف يقول: الحر

والعبد جنسان مختلفان؛ لأن العبد مال والحر لا، فالمال خلق لغير ما خلق له الآدمي وكذا ما يطلب من الحي من المنافع لا يوجد من الميت أصلا، وكذا الخمر والخل جنسان؛ لأن وصف المرارة بغير الاسم، ومعظم المنافع فالمطلوب من الخمر بأصل التخليق معنى الاضطراب، وذلك لا يوجد في الخل، فكانت العبرة للتسمية.

فصار كما لو سمى عبدًا وعجز عن تسليمه تلزمه قيمته.

وأبو حنيفة يقول: الجنس متحد؛ لأن الحرية والعبودية والحموضة والمرارة وصفان يتعاقبان على ذات واحد، فإن الذات والمعاني المطلوبة بأصل التخليق قائمة لم تنعدم بعارض الرق، وإنما حدث وصف زائد، فإن الحر يسبى، فيصير رقيقًا، والرقيق يعتق فيصير حرًّا، والذات واحد وكذا ذات الخمر قائم بعد التحلل، وإنما يبدل وصف المرارة بالحموضة والذات الواحد لا يصلح أن يكون جنسين مختلفين كالصغر مع الكبر، والسواد مع البياض صفتان مختلفتان، ولم يكن الجنس مختلفًا لإيجاد الذات، فكذا هذا؛ لا بد للجنس من صورتين فكانا نوعين لا جنسين، فكانت العبرة للإشارة، فتزوجها على حر وخمر، فيجب مهر المثل.

(**النوادر**): ولو تزوج على هذين العبدين، أو على دنين من خل، فإذا أحدهما حرًّا وخمرًا، فلها العبد والخل الباقي لا غير عند أبي حنيفة؛ لأنه لغت التسمية في حق الحر والخمر، وصحت في حق العبد والخل ووجوب المسمى، وإن قل يمنع وجوب مهر المثل؛ إذ هما لا يجتمعان.

وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدًا؛ لأنه أطمعها سلامة العبدين، وقد عجز عن تسليم أحدهما، فيلزمه قيمته.

وقال محمد: وهو، وإنه عن أبي حنيفة لها العبد والخل، ويكمل مهر مثلها إن كان أكثر منه؛ لأنه لو كانا حرين وجب مهر المثل، فكذا إذا كان أحدهما حرًّا وجب العبد وبلغ تمام مهر المثل، ولو سمى حراما، وأشار إلى حلال، فلها المشار إليه في ظاهر قول أبي حنيفة؛ لأنه يعتبر الإشارة ويلغي التسمية والمشار إليه يصلح أن يكون مهرًا.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أنه يجب مهر المثل؛ لأنه قد هزل بالتسمية، فسقط حكمها.

ولو زوجها على هذا الدن من الخمر وقيمة الطرف عشرة دراهم، فعن محمد فيه روايتان في رواية يجب لها الدن لا غير؛ لأنه صار كما لو جمع بين الخل والخمر وفي رواية لها مهر المثل؛ لأن المقصود بالعقد هو المظروف دون الظرف، وقد لغت التسمية فيه، فبلغوا في الظرف الذي هو تابع له، ولو تزوجها على عصير بعينه فيخمر قبل القبض.

روي عن أبي يوسف لها عصير مثله إن قدر عليه، وإن عجز فقيمته.

(باب المرأة تمنع نفسها بمهرها)

وللمرأة أن تأخذ المهر أولا، ثم تسلم نفسها إليه؛ لأن النكاح عقد معاوضة، فيقتضي التسوية والمعادلة، وحق الزوج قد تعين بنفس المناكحة في منافع بضعها، فوجب عليه يعتبر حقها في بدلها تحقيقًا للمعادلة، وإنما يتعين حقها بإحضار المهر، فيؤمر بإحضاره كما في البيع، فإن كان الصداق عينًا، فإنهما يتقايضان كما في بيع المقايضة، ولها أن تمنع نفسها من الزوج ويسافر ويجرح في حوائجها، وزيارة أهلها بغير إذن الزوج حتى يوفيها جميع المهر؛ لأنها غير محبوسة بحق الزوج؛ لأن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر، فإن أوفاها المهر فليس لها ذلك إلا بإذنه؛ لأنها صارت محبوسة بحقه، وليس للزوج أن يمنع أبوي المرأة من الدخول عليها للزيارة في كل جمعة، وهي الزيارة المعتادة، وله أن يمنعهما من الكينونة معها؛ لأنه ربما يتكلم على ما هو مرادها وهواها، فيكون إنشاء للفتنة بينهما، وغير الأبوين من المحارم لا يمنع في كل سنة.

ولو أرادت الخروج إلى زيارة الأبوين أو المحارم فهو على هذا.

ولو دخل بها برضاها فلها أن تمنع ولها النفقة، وليس له أن يسافر بها حتى يوفيها المهر عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما ليس لها أن تمنع؛ لأن المعقود عليه قد صار كله مسلما برضاها بدليل

أنه يتأكد به المهر، فلا يكون لها حق الاسترجاع كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن ليس له حق الاسترجاع، فكذا هذا لأبي حنيفة أن المهر مقابل بالوطء في جميع العمر؛ لأن كل وطء يصرف في البضع المحترم، فلا يجوز إخلاؤه عن العوض، فما بقي شيء من المبدل كان لها حق جنس الباقي لاستيفاء البدل، كالبائع إذا سلم بعض المبيع فله حق حبس الباقي لاستيفاء الثمن إلا أنه في حق تأكيد المهر أقيم وطء واحد مقام الكل لتعذر توزيع البدل على ما استوفى، وعلى ما بقي ولا حاجة إلى التوزيع في حق سقوط حق الجنس؛ لأنه متعلق باستيفاء كل البدل.

ولو دخل بها كارهة أو هي صغيرة أو مجنونة فلها ذلك الإجماع.

قال أبو القاسم الصفار البلخي: لا يملك الزوج أن يسافر بها في زماننا، وإن أوفى صداقها وهو المختار لمشايخنا؛ لأن الناس قد فسدوا، في زماننا فالمرأة متى كانت فيما بين عشيرتها، فالزوج لا يمكنه أن يظلمها وفي بلدة أخرى يظلمها وهي لا تقدر أن تستغيث بأحد، ولا كذلك لو أخرجها من بلدة إلى قرية إلى بلدة؛ لأن ذلك ليس بسفر.

(**النوادر**): ولو كان المهر مؤجلا، قال محمد رحمه الله: ليس لها أن تمنع نفسها؛ لأنها بالتأجيل رضيت بتأخير حقها في المطالبة بالمهر، فلا يسقط حق الزوج في الاستمتاع بها للحال بدون رضاه كما في البيع.

وقال أبو يوسف: لها أن تمنع نفسها؛ لأن حق الاستمتاع للزوج بمقابله تسلم المهر، فمتى طلب تأجيل المهر، فقد رضي بتأخير حقه في الاستمتاع بخلاف البيع؛ لأن هذا أمر فاحش فيه وفي النكاح لا، ولو شرط الزوج في العقد أن يدخل بها قبل الأجل فله ذلك؛ لأنه لم يرض بتأخير حقه.

ولو كان بعضه معجلًا، وبعضه مؤجلًا فليس لها المنع؛ لأنه لما عجل البعض، فلم يرض بتأخير حقه في الاستمتاع، ففي عرفنا وديارنا البعض مُعجَّل، وذلك يسمى دست بيمان[1]، والبعض مؤجل، ويسمى ذلك كاتبي والمعروف كالمشروط، فإذا أدى المعجل فله أن يبني بها؛ لأن الدخول عند أداء المعجل مشروط عرفا، فصار كما لو كان مشروطها نصًا ولا يشترط إحضار المرأة لاستيفاء الأب مهر الابنة.

---

(١) دست بيمان: تعني المهر بالفارسية، ومعناها يد العهد.

وعند أبي يوسف وزفر يشترط؛ لأن النكاح عقد معاوضة كالبيع وثمة يشترط إحضار المبيع لقبض الثمن، فكذا هذا.

لهما: أن العادة جرت أن تسليم المرأة يتأخر عن قبض صداقها زمانا، فإن العادة أن الزوج يوفي الصداق إلى الولي والولي يجهزها به، ثم يبعث بها إلى بيته فلما علم الزوج بهذه العادة كان راضيًا بتعجيل الصداق، وتأخير تسليمها، ولا كذلك في البيع.

ولو طالب الزوج الأب بتسليم المرأة، فإن كانت في منزله فعليه تسليمها إليه.

وإن لم يكن ولا يقدر على تسليمها، فليس له قبض الصداق.

وإن كانت في منزله ولكن اتهمه الزوج في تسليمها، فالقاضي يأمر الأب بأن يعطيه كفيلًا بالمهر، ويأمر الزوج بدفع المهر إليه ليعتدل النظر من الجانبين.

ولو كانت الخصومة في المهر بالكوفة، والبيت بالبصرة لا يكلف الأب نقل البيت إلى الكوفة، ولكن يقال للزوج: ادفع المهر إلى الأب واخرج معه إلى البصرة، ويأخذ المرأة هناك؛ لأن إحضارها في المجلس ليس بشرط لتوجه المطالبة على الزوج بتسليم المهر لما بينا.

ولو وجدت المهر المقبوض زيوفًا، أو ستوقًا، أو اشترت منه بالمهر شيئًا فاستحق المبيع بعد القبض، فليس لها أن تمنع نفسها عند أبي يوسف؛ لأن عنده لو سلمت نفسها من غير قبض لم يكن لها حق المنع، فكذا هذا وليس هذا كالبيع.

(باب هلاك المهر في يد الزوج واستحقاقه)

ولو تزوجها على عين وهلكت في يد الزوج، أو استحقت فعليه قيمتها؛ لأن النكاح لا ينفسخ بهلاك الصداق واستحقاقه، فبقي السبب الموجب لتسليم المهر، فبقي التسليم واجبًا عليه.

وكذلك لو وهبه من الزوج، ثم استحق يرجع عليه بقيمته، ولو استحق نصف الدار الممهورة أخذت الباقي ونصف القيمة، وإن شاءت كل القيمة؛ لأن الشركة في الدار عيب فاحش، فإن طلقها قبل الدخول بها فليس لها إلا النصف الثاني؛ لأن

تسمية الدار صداقا مع الاستحقاق صحيحة كما بينا فكان حقها في النصف المسمى، وإنه باق.

ولو أخذت بالمهر رهنًا فهلك، فلا يخلو إما أن سمّى لها مهرًا، أو لم يسم وكل وجه لا يخلو.

إما أن طلقها بعد الدخول بها أو قبله، ولا يخلو إما أن هلك الرهن قبل الطلاق أو بعده.

أما إذا سمى لها مهرًا أو دخل بها، ثم هلك الرهن قبل الطلاق، أو بعده فلا شيء لأحدهما على آخر إن كان قيمة المهر مثل المسمى، أو أكثر؛ لأنها بهلاك الرهن صارت معتوقة للمسمى بتمامه حكمًا؛ لأن الرهن بقدر الدين صار مضمونا عليها، والزيادة على الدين أمانة.

عندهما فلا يضمن بهلاك الأمانة، وإن كان قيمة الرهن أقل من المسمى رجعت على الزوج بتمام المسمى؛ لأنها ما استوفت بعض صداقها؛ لأن الرهن مضمون بقدر قيمته، فيأخذ الفضل عليه.

وأما إذا طلقها قبل الدخول بها، فإن هلك الرهن قبل الطلاق، وقيمته مثل المسمى أو أكثر رجع الزوج عليها بنصف المسمى؛ لأنها بهلاك الرهن صارت مستوفية كل صداقها، فيلزمها رد نصفه بالطلاق قبل الدخول.

وإن كان قيمة الرهن أقل من المسمى، فلا شيء لواحد على صاحبه؛ لأنها استوفت قدر حقها.

وإن كان أكثر من نصف المسمى ترد على الزوج الفضل؛ لأنها استوفت قدر حقها وزيادة فترد الزيادة.

وأما إذا هلك الرهن بعد الطلاق وقيمته مثل المسمى أو أكثر فلا شيء لواحد على صاحبه.

وعند زفر يرجع الزوج عليها بنصف المسمى بناء على أن الرهن متى يرى من رهن الدين من غير أداء يصير الرهن أمانة عند المرتهن.

عندنا وعنده يبقى مضمونا عليه وهنا الزوج بريء عن نصف المسمى من غير

أداء، فيبقى المرتهن عن ضمان النصف، فصار كأن الرهن حصل بنصف المسمى، وعنده لما بقي مضمونًا عليها بجميع المسمى وإذا هلك الرهن صارت مستوفية لجميع المسمى فيرجع الزوج عليها بنصفه.

وإن كانت قيمة الرهن مثل نصف المسمى أو أكثر، فلا شيء لواحد على صاحبه.

وعند زفر رجع عليها بما زاد على النصف؛ لأن عنده لم يبرأ المرتهن عن ضمان ما زاد على نصف المسمى.

وعندنا يبرأ وهذا كله إذا سمى لها مهرًا، فأما إذا لم يسم لها مهرًا وطلقها بعد الدخول بها، فإن هلك الرهن قبل الطلاق ينظر إن كان مهر مثلها مثل قيمة الرهن، أو أقل فلا شيء لأحدهما على آخر لما عرف أن الزيادة أمانة في حقها.

وإن كان أكثر من المرهون أخذت الفضل؛ لأنها ما استوفت بعض صداقها.

وإن طلقها قبل الدخول بعد الهلاك يرد مهر المثل إلا قدر المتعة؛ لأنها بهلاك الرهن قبل الطلاق صارت مستوفية لجميع مهر المثل، فصار كما لو استوفت حقيقة قدر مهر المثل، ثم طلقها الزوج قبل الدخول يرد إلا قدر المتعة، فكذا هذا.

وإن كان قيمة الرهن مثل المتعة، فلا شيء لأحدهما على الآخر؛ لأنها استوفت قدر المتعة من مهر المثل.

وإن كان أقل من المتعة رجعت على الزوج تمام قدر المتعة.

وإن كان أكثر من قدر المتعة رجع الزوج بالزيادة لما عرف، فإن كان الرهن هلك بعد الطلاق، فلا ضمان عليها، ولا متعة لها عند محمد استحسانًا.

وعند أبي يوسف آخرا لها المتعة قياسًا بناء على أن الرهن بمهر المثل رهن بالمتعة أيضًا عند محمد رحمه الله؛ لأن المتعة تجب خلفا عن مهر المثل؛ لأن مهر المثل يجب بنفس العقد كالمسمى، وما وجب عوضًا عن البضع لا يجوز أن يسقط كله بالطلاق قبل الدخول، فلهذه الضرورة أعطي للمتعة حكم مهر المثل ليكون نصف المهر قائما لقيام خلفه، وإذا صار الرهن بمهر المثل رهنًا بالمتعة صارت مستوفية لها بهلاك الرهن.

وعند أبي يوسف الرهن به لا يكون رهنًا بالمتعة؛ لأنهما دَيْنان مختلفان؛ لأن

مهر المثل دراهم أو دنانير، والمتعة بيان، ولهذا الكفيل بمهر المثل لا يصير كفيلًا بالمتعة، فالرهن بأحدهما لا يكون رهنًا بالآخر، فلا تصير مستوفية المتعة.

ولو طلقها قبل الدخول والمهر مقبوض فأعتقه الزوج قبل ما قضى القاضي بنصفه له لا يصح؛ لأنه حين أعتق لم يكن فيه ملك، ولا انعقد سبب الملك لما فيه.

ولو أعتقه قبل القضاء قبل الاسترداد يصح؛ لأنه عاد النصف إلى ملكه، فصار مشتركًا بينهما.

ولو أعتقته المرأة تنفذ وعليها نصف القيمة للزوج معسرة كانت أو موسرة؛ لأنه ليس بضمان إعتاق، بل ضمان عجز عن تسليم ما وجب تسليمه؛ لأنه بالطلاق وجب عليها رد النصف إلى الزوج، فإذا عجزت بالإعتاق يلزمها قيمته بالسبب الذي وجب به الرد وهو الطلاق لا بالإعتاق وهذا لا يختلف باليسار والإعسار، وليس لها خيار رؤية المهر؛ لأنها إن ردت بخيار الرؤية رجعت بقيمته؛ لأن النكاح لا يحمل الفسخ بعدما نقد عن ولاية كاملة وهو أعدل من قيمته، فلا يفيد الرد، ولا يرده إلا بعيب فاحش.

وقال زفر والشافعي: يرد باليسير؛ لأن الرد بالعيب اليسير يفيد؛ لأنه متى رد ثبت له الرجوع بقيمة الخادم صحيحًا، وقيمته صحيحًا سليمًا خير لها من المعيب عيبًا يسيرًا، فكان الرد مفيدًا فجاز الرد.

لنا: أن الرد بالعيب اليسير لا يفيد؛ لأن العيب اليسير مما يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأن القيمة إنما تستدرك بالحرز والنظر، وربما يقوم صحيحًا بألف تخمينًا، والألف قيمته مع العيب اليسير، فربما يدخل العيب اليسير تحت التقويم، فلا يفيد فوقع الشك في ثبوت حق الرد، فلا يثبت بالشك والعيب الفاحش لا يدخل، فكانت القيمة أعدل، فيفيد الرد وقيل اليسير ما يتغابن فيه والفاحش ما لا يتغابن في مثله؛ لأن ما لا يتغابن النساء في مثله لا يدخل تحت تقويم المقومين، وما يتغابن فيه يدخل في التقويم، فيكون يسيرًا وقيل كل عيب يخرجه من الجيد إلى الوسط، أو من الوسط إلى الرديء يكون فاحشًا؛ لأن ذلك لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ لأن المقوم لا يقوم الجيد بقيمة الوسط، ولا الوسط بقيمة الرديء.

ولو كان المهر مكيلًا أو موزونًا يرد بالعيب اليسير؛ لأنه يفيد؛ لأنه ثبت له حق الرجوع بمثله سليما لا بقيمته، ومثله سليما خير له من المعيب اليسير.

(**المنتقى**): ولو تزوج امرأة على أمة بعينها فماتت في يدها، ثم علمت أنها كانت عمياء رجعت عليه بنقصان العمى كما في البيع.

وإن لم تكن الأمة معينة، فالمرأة تضمن قيمتها عمياء أكثر من قيمة خادمة وسط لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء.

وذكر الفقيه أبو جعفر الليث في نوازله: رجل تزوج امرأة على ألف درهم من نقد البلد فكسدت، وصار النقد غيرها فعلى الزوج قيمتها يوم كسدت، وهو المختار لمشايخنا، وفي البيع لو كسدت قبل القبض فسد البيع، والفرق أن الكساد بمنزلة الهلاك وهلاك الثمن في باقي البيع يوجب فساد البيع فيجب قيمتها.

(**الجامع**): ولو تزوج امرأة على أنها عتق لما مر، فإن استحق الأب، ثم ملكه الزوج قبل القضاء بالقيمة لها لم يكن لها إلا الأب؛ لأن السبب الموجب للمسمى وهو النكاح قائم؛ لأن النكاح لا ينفسخ باستحقاق المهر كما لا ينفسخ بهلاكه قبل القبض، فيجبر على تسليم العبد كما قبل الاستحقاق بخلاف المبيع إذا استحق، ثم اشتراه البائع من المستحق، فإنه لا يجبر على تسليمه إلى المشتري؛ لأن البيع قد انفسخ لتعذر الإجازة، فإن المستحق لم يجز، والإجازة لا تصح من المالك الجديد؛ لأنه طرأ ملك بات على ملك موقوف، فبطل الموقوف.

ولو ملكه الزوج بعد القضاء بالقيمة لها، فلها الامتناع من أخذه؛ لأن حقها قد بطل من العين بالقضاء، وصار في القيمة وصار كالمغصوب إذا أبق من الغاصب، ثم عاد قبل القضاء بقيمته يلزمه تسليمه، وبعد القضاء لا يلزمه، وإذا ملكه الزوج في الفصل الأول لا تملكه المرأة إلا بالقضاء، أو بتسليم الزوج حتى لا يعتق الأب؛ لأنها لم تملكه بنفس العقد؛ لأنه كان مستحقا للغير وقت العقد، فلا بد من قرينة ينضم إليه لها أثر، ثم أفاده الملك وهو القضاء، أو التسليم كالبيع الفاسد والهبة والقرض.

ولو تصرف الزوج فيه قبل القضاء للمرأة أو التسليم إليها صح تصرفه ولا

ينقص؛ لأن تصرفه صادف ملكه الآن لها فيه حق، فلو نقصنا تصرفه مراعاة لحقها أبطلنا حقه من غير خلف ولاية لم ينقص أبطلنا حقها إلى خلف وهو القيمة، فالإبطال إلى خلف أقل ضرر من الإبطال بغير خلف وصار كتصرف المشتري شراء فاسدا في المبيع.

(باب المهر يزيد وينقص)

فيه فصلان:

فصل في الزيادة.

وفصل في النقصان.

(فصل)

ولو ازداد المهر فلا يخلو، إما أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة، والمنفصلة لا تخلو إما أن كانت متولدة من العين، أو كانت مستفادة بسبب العين أو المنفعة، وكل ذلك لا يخلو إما أن حدثت الزيادة قبل القبض، أو بعده.

أما الزيادة المنفصلة، فإن كانت متولدة من المهر كالولد والثمر أو بدل جزئه كالأرش والعقر، فإن حدثت قبل القبض، فذلك كله مهر للمرأة ينتصف بالطلاق قبل الدخول؛ لأن الزيادة الحادثة قبل القبض بمنزلة الموجودة كذا العقد؛ لأن للقبض شبهًا بالعقد لما مر، فصارت الزيادة مهرًا تبعًا، فأمكننا فسخ العقد في الزيادة تبعًا للأصل، فلا يسلم للمرأة بغير عوض كالزيادة المتولدة من المبيع.

وإن حدثت بعد القبض يمنع المنتصف بالطلاق قبل الدخول، وللزوج عليها نصف قيمة الأصل يوم، قبضت.

وقال زفر: ينتصف الأصل مع الزيادة؛ لأنها جزء من الأصل فيحدث الجزء على وفاقه.

وقال الشافعي: ينتصف الأصل دون الزيادة.

لنا: أن أثر الطلاق قبل الدخول يظهر في منتصف المستحق بالعقد والولد لم

يكن مستحقًّا بالعقد؛ لأنه لو لم يكن موجودًا لدى العقد، أو ماله سلمه بالعقد وهو القبض فلا ينتصف، ولا يمكن بنصف الأصل بدون الزيادة؛ لأنه حينئذ تسلم الزيادة للمرأة مجانًا صداقًا تبعًا وهذا لا يجوز كالولد الحادث من المبيع بعد القبض.

وكذلك لو ارتدت أو قبّلت ابن زوجها قبل الدخول بها، فعليها رد القيمة يوم قبضت.

ورُوي عن أبي يوسف في الردة والتقبيل: أنه يلزمها رد الأصل والزيادة، فإن كانت الزيادة بدل المنافع كالكسب والغلة والموهوب للممهور، فهي للمرأة وليست بمهر عند أبي حنيفة.

وعندهما ينصف مع الأصل.

وكذلك علم هذا لسبب المبيع قبل القبض للمشتري عنده.

وعندهما للبائع إذا انتقص، لهما أن ملكه يستفاد بملك الأصل، وذلك الأصل دائر بين أن يستقر على ملك المرأة وبين أن يعود نصفه إلى ملك الزوج بالطلاق، وملك الكسب مبني عليه، فينتصف على كونه صداقًا على مثال الأصل، له أن الملك في المكسوب والموهوب ثبت بالكسب، والهبة لا تملك الأصل غير أن الكاسب إذا لم يكن أهلًا للملك يقوم بملك رقبته مقامه في الملك؛ لأنه أخص الناس وأحقهم به، وملك رقبة الأصل ثابت لها قطعًا، ويقينًا بلا تردد وتوقف فملك الكسب، كذلك وإذا لم يملك الأصل لم ينصف بكونه صداقًا، ولهذا لا يكون له عوض بحكم البيع بحال ما بخلاف الولد؛ لأن الملك فيه ثبت بملك الأصل، فأنصف بكونه ملك صداق على مثال الأصل.

ولو كان الزوج أجره فالأجرة له، ويتصدق بها؛ لأنه كالغاصب إذا أجر المغصوب، وأما الزيادة المتصلة الحادثة قبل القبض تنتصف مع الأصل بالطلاق قبل الدخول للحادثة بعد القبض يمنع بنصف الأصل، وترد نصف القيمة عندهما.

وعند محمد ينتصف الأصل والزيادة؛ لأن الملك فيها ثبت بملك الأصل فأنصف بكونها ملك صداق تبعا، فتنتصف بنصف الأصل بخلاف الولد؛ لأنه بالانفصال صار أصلًا بنفسه، فلا يمكن إظهار التنصيف فيه تبعًا للأصل.

لهما: أن الزيادة الحادثة بعد القبض لم تعط له حكم الموجود لدى العقد؛

لأنه لم يرد عليها ماله شبهة العقد وهو القبض، فتعذر إسنادها إلى العقد، فلا يمكن تنصيفها، ولا يمكن تنصيفها ولا يمكن تنصيف الأصل بدونها، فلا تنتصف.

كما لو كانت منفصلة؛ ولأن حق الزوج يفوت عن الأصل إلى حلف وهو القيمة، فلا يعد فواتا وحق المرأة في الزيادة يفوت أصلا، فكانا فيما قالا مراعاة الحقين بقدر الإمكان.

ولو حدثت هذه الزيادة في يدي المرأة بعد الطلاق أو الردة يثبت حقه في الزيادة؛ لأن حقه متى ثبت في الأصل بعد الطلاق كانت الزيادة حادثة على حقهما، فيكون بينهما.

ولو هلكت هذه الزيادة، ثم طلقها فعليها رد نصف الأصل؛ لأن المانع من التنصيف، قد زال كما في البيع.

ولو أغلت في يدي المرأة قبل الطلاق ينصف الأصل، والغلة كلها للمرأة؛ لأنها ملكت الاشتغال لا تملك الأصل، فلم ينصف بكونها ملك صداق.

ولو استولد الزوج الجارية الممهورة قبل التسليم، وادعى نسب الولد، ثم طلقها قبل الدخول بنصف الجارية والولد.

وذكر في الدعوى: أنه يثبت النسب منه، وتصير الجارية أم ولد له، ويسعى الولد في نصف قيمته للمرأة؛ لأنه بالطلاق عاد إليه، قد تم ملكه وصار كأن النصف لم يزل على ملكه، وجه هذه الرواية أن العلوق حدث في ملك الغير، والدعوة قد استندت إليه، فلم يصح وبالطلاق لم يتبين أن العلوق حين حدث حدث في ملكه، فلا تنقلب الدعوة صحيحة وعتق نصف الولد بإقراره أنه جزء منه، ويسعى الولد في نصف قيمته للمرأة على الروايتين؛ لأنه تعذر إيجاب الضمان على الزوج؛ لأنه لم يعتقه؛ لأنه وجد منه الطلاق، والطلاق لم يوضع للعتق، وإنما عتق نصيبه من الولد حكمًا لا قصدًا، والعتق متى يثبت حكمًا لا قصدًا لا يكون عليه ضمان، كرجلين ورثا عبدًا وهو قريب أحدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب الآخر.

(فصل)

ولو حدث بالمهر عيب، فلا يخلو إما أن كان المهر مقبوضًا، أو لم يكن مقبوضًا وكل وجه على أربعة أوجه:

إما أن حدث به عيب بآفة سماوية، أو بفعل الزوجين، أو بفعل أجنبي، أو بفعل المهر، أما إذا لم يكن مقبوضًا وحدث بالمهر عيب سماوي، فإن شاءت أخذته ناقصًا، بلا عدم النقصان، وإن شاءت أخذت القيمة يوم العقد؛ لأن الصداق مضمون على الزوج بالعقد وضمان العقد لا يظهر في حق الأوصاف لا يفرد بالعقد بضمان العقد، وإنما يظهر في حق الأصل والأصل قد يعبر عما كان، فتخيرت كالمبيع إذا انتقض في يد البائع يخير المشتري فيه فكذا هذا.

وإن حدث بفعل الزوج فإن شاءت أخذته، وقيمة النقصان، وإن شاءت أخذت قيمته يوم العقد؛ لأن الزوج أتلف ملكها والإتلاف يرد على الأوصاف، فأمكن إظهارها الإتلاف، فيها دون الأصل.

وإن حدث بفعل الزوجة صارت قابضة بالخيانة، ودخل في ضمانها كالمشتري إذا جنى على المبيع في يد البائع.

وإن حدث بفعل أجنبي، فإن شاءت أخذته وقيمة النقصان من الأجنبي، وإن شاءت أخذت قيمته من الزوج ولا حق لها في النقصان؛ لأن الصداق يغير في ضمان الزوج عما كان، فتخيرت وإذا أخذت القيمة من الزوج أتبع الزوج الأجنبي بالأرش؛ لأنه بأداء الضمان ملك العين وقام مقامها فيه.

وإن حدث بفعل المهر ففيه روايتان:

إحداهما: أنه كالآفة السماوية وفي ظاهر الرواية أنه في حكم جناية الزوج؛ لأن المحل مضمون في يده، فصار كالمغصوب إذا جنى على نفسه في يد الغاصب، وهذا كله إذا لم يكن المهر مقبوضًا، فأما إذا قبضت المهر فيعيب بفعلها أو بآفة سماوية قبل الطلاق أو بعده قبل الحكم بالرد، فإن شاء الزوج أخذ نصفه، ولا يضمنها النقصان.

وإن شاء ضمنها نصف قيمته صحيحًا يوم القبض.

وقال زفر: له أن يضمنها النقصان؛ لأن الصداق صار مضمونًا عليها والأوصاف تضمن بالقبض كما في الغصب والرهن.

لنا: أن قبضها صادف ملك نفسها، فلا يوجب الضمان، وجنايتها أيضًا لاقت

ملك نفسها، فيكون هدرًا، فيعين العقد مناطا للضمان، فكان الصداق مضمونًا عليها بالعقد لكن عند القبض، والأوصاف لا تضمن بالعقد إلا أنه بالطلاق وجب عليها رد نصفه، كما قبضت وقد عجزت عنه، فيتخير الزوج في ذلك.

وإن كان ذلك بعد الطلاق والحكم بالرد، فللزوج أن يأخذ نصفه ونصف الأرش؛ لأن العقد قد ارتفع بالطلاق، فارتفع ضمان العقد والقبض ثابت للمرأة، فبقي الملك بسبب فاسد، وهو القبض العري عن العقد والملك الفاسد لا يضمن إلا بالقبض، والأوصاف تضمن بالقبض.

وإن تعيب بفعل أجنبي يضمنها نصف القيمة لا غير؛ لأن الأرش زيادة منفصلة حدثت بعد القبض، فيمتنع التقشف.

وإن تعيب بفعل الزوج فهو كجناية الأجنبي؛ لأن جنايته لاقت ملك الغير، فصار كالأجنبي.

وإن تعيب بفعل المهر فهو كالآفة السماوية، ولو ولدت الجارية الممهورة في يد الزوج، وهلكا، ثم طلقها قبل الدخول أخذت نصف قيمته الأم يوم العقد.

وإن شاءت ضمنت عاقلته نصف قيمتها يوم القتل؛ لأنه تصدى له سببًا لضمان العقد والقتل: وأحدهما يوجب ضمانا قليلًا عاجلا، والآخر كثيرًا آجلًا، فيختار أيهما شاءت، وتضمن العاقلة نصف قيمة الولد يوم القتل؛ لأنه إنما صار مضمونًا بالقتل لا غير؛ لأن قبل القتل أمانة في يده، ولا يضمن الزوج نقصان الولادة إلا أن يكون فاحشا، وذكر بخلاف هذا أنه يتخير النقصان بالولد، واستدركه الحاكم فقال: إذا لم يكن مضمونًا كيف يتخير به.

(**المنتقى**): ولو تزوجها على نخل صغار، فطالت وكبرت في يدها، ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصفها.

ولو تزوجها على زرع بقل، فأدرك الزرع في يدها، ثم طلقها قبل الدخول، فلا سبيل للزوج على الزرع؛ لأنه قد خرج من الحالة التي تزوجها عليها، ويبدل عما كان، ولا كذلك النخيل.

ولو تزوجها على شياه عجاف فحملت في يدها، ودر اللبن في ضرعها، ثم طلقها قبل الدخول يأخذ الزوج نصفها لما عرف.

ولو تزوجها على فراخ أرض على أنها ثلاثين جريبًا، فإذا هي عشرين جريبًا، فإن شاءت أخذت الفراخ ناقصًا لا غير، وإن شاءت أخذت قيمة ثلاثين جريبًا مثل هذه الأرض.

عن أبي يوسف: لو تزوج امرأة على أمة وقبضها وزوجها من رجل، فطلق المولية زوجها فعليها نصف قيمة الأمة للزوج؛ لأن مع الأمة زيادة وهو المهر، فيمنع بنصف عنها.

ولو لم يطلقها، ولكنها ارتدت قبل الدخول بها فالأمة ومهرها للزوج، وكذا لو كان معها ولدًا وأرش جناية؛ لأن هذا انتقاص العقد من الأصل بمنزلة انتقاص البيع.

ولو قالت لرجل: زوجتك نفسي بألف، فقبل الزوج بألفين جاز؛ لأنه أجاز بما خاطبته وزيادة فالألف الأولى مهر، والأخرى زيادة في المهر إن قبلها في المجلس فهي لها، وإن لم يقبل فلا، قيل وهذا يجب أن يكون على قول أبي يوسف ومحمد بناء على أن في الألفين ألفًا وزيادة.

وكذلك هذا في البيع، ولو قال لامرأة: قد تزوجتك على ألف، وقد تزوجتك على ألفين فقبلت، فهو على النكاح الآخر بألفين، ولو قبلت النكاح الأول فالنكاح بالمهر الأول؛ لأنها حطت من المهر ألفًا، ولو قبلت النكاحين جميعًا بالمهرين لم يجز؛ لأنها أرادت أن يلزمه ثلاثة آلاف، وليس لها ذلك.

ولو قال هو لك بألف هو لك بألفين، فقبل المشتري البيع الأول بألف لم يجز؛ لأن البائع قد رجع عن الكلام الأول، فانتقص الإيجاب الأول وليس كذلك النكاح والطلاق والعتاق؛ لأن هزلهن جد، فلم ينتقض الإيجاب الأول بالثاني، ولو قبل البيعين جميعًا بثلاثة آلاف، فهو مثل قوله قبلت البيع الآخر بثلاثة آلاف، فالثمن ألفان والألف الباقية زيادة في الثمن إن شاء قبلها، وإن شاء ردها.

ولو تزوجها على ألف، ثم تزوجها على ألفين يكون مهرها ألفًا عندهما.

وعند أبي يوسف: يصير مهرها ألفين. له: أنهما قصدا سنين تجديد النكاح والزيادة على المهر، ولا يملكان تجديد النكاح؛ لأنه لا يحمل الانفساخ ويملكان

الزيادة، فيجعل كأنهما أجبرا على العقد الأول، وزادا في المهر الأول؛ لأن قوله تزوجتك كما يصلح للإنشاء يصلح للإخبار عن العقد الأول، فيجعل كأنه قال: تزوجتك بألف وزدتك ألفًا أخرى حملًا لأمرهما على الصحة.

لهما: أن انفساخ النكاح الأول متعذر، وإثبات الزيادة في المهر الأول أيضًا متعذر؛ لأن الزوج ذكر الزيادة في ضمن العقد الثاني دون الأول، ولا يجوز تغيير تصرفهما وتنصيصهما عليه، فإذا لم يثبت العقد الثاني لم يثبت ما في ضمنه، وهو الزيادة.

وهكذا ذكر الشيخ الإمام أبو بكر البخاري المعروف بجواهر زاده في مسرح المبسوط، وذكر الحاكم في مختصره في نكاح التخلية الخلاف على عكس هذا لما يأتي.

(باب الاختلاف في المهر)

ولو قال الزوج المهر ألف، وقالت: ألفان يتحالفان، ويبدأ بيمين الزوج، ثم يحكم فيه مهر المثل، فإن كان مهر مثلها ألفين أو أقل، فالقول قول الزوج.

وإن كان ألفين أو أكثر، فالقول لها، وإن كان ألفا وخمسمائة فلها مهر المثل وهذا عندهما.

وعند أبي يوسف القول للزوج إلا إذا قال شيئًا مستنكرا، قيل: المنكر ما دون عشرة، وقيل: ما يكون بعيدًا عن مهر مثلها، وهو الأصح؛ لأن المهر في الشرع لا يكون أقل من عشرة. له: أن المسمى بدل أصلي في العقد؛ لأنه عقد معاوضة، فوجب تنزيهه عن المنازعة، وإنما تبقى المنازعة بالتسمية، فلا يصار إلى مهر المثل إلا إذا تعذر إيجاب المسمى، ولا تعذر؛ لأن ما ادعاه الزوج صلح مسمى في العقد، فكانت المرأة تدعي زيادة عليه في المهر وهو ينكر فيثبت ما ادعاه الزوج اتفاقهما عليه، ولم يثبت الزيادة لإنكار الزوج بهما: أن مهر المثل موجب أصلي في النكاح؛ لأنه يثبت بمطلق العقد من غير ذكر وشرط زائد كثبوت الملك بالبيع، فوجب المصير إليه حال اختلافهما في المسمى؛ لأن الأصل لا يترك إلا إذا وقع الاتفاق عليه كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا يحكم ما زاد الصبغ فيه، فكذا هذا.

وذكر أبو بكر الرازي التحالف في فصل واحد: وهو ما إذا لم يشهد مهر المثل لأحدهما.

وإن كان يشهد مهر المثل لأحدهما، فلا حاجة إلى التحالف؛ لأنه أمكن القضاء بقول أحدهما مع يمينه.

وذكر الكرخي التحالف في الفصول كلها، وهو الصحيح؛ لأن مهر المثل لا يعتبر عند وجود التسمية، فلا يسقط اعتبار التسمية إلا بالتحالف؛ لأن الظاهر لا يكون حجة على الغير وعلى هذا الخلاف، لو قال الزوج: المهر هو هذا العبد، وقالت المرأة: هذه الجارية إلا في فصل واحد، وهو أنه إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية أو أكثر فلها قيمة الجارية لا عينها؛ لأن تمليك الجارية لا يكون إلا بالرضى، ولم يتفقا عليه فوجب القضاء بقيمتها.

ولو طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الألف بالإجماع؛ لأن مهر المثل لا يجب في الطلاق قبل الدخول، فلا يمكن التحكم به والمتعة لا تصلح حكمًا؛ لأنها لا تبلغ ذلك، فوجب المتيقن وهو نصف الألف حتى لو ادعى الزوج المهر عشرة والمرأة تدعي المائة؛ لأنه بحكم المتعة؛ لأنها قد تبلغ ذلك، وفي مسألة الجارية والعبد لها المتعة إلا أن يرضيا أن يأخذ نصف الجارية؛ لأنهما لم يتفقا على تسمية أحدهما، واختلف ورثته مع الباقي في الفصول كلها، فإن ماتا لا يقضي بالمهر دخل بها أو لا، إذا أقامت البينة على أصل المهر عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف يقضى بما يدعيه ورثة الزوج؛ لأن الوارث قائم مقامه.

وعند محمد يقضي بمهر المثل.

وعند زفر بعشرة. لمحمد: أن مهر المثل لا يسقط لموتهما؛ بل يتأكد ألا ترى أنه يتأكد بموت أحدهما، فبموتهما أولى، فأمكن تحكم مهر المثل بعد الموت، كما في الحياة لأبي حنيفة رحمه الله أنه تعذر اعتبار مهر المثل بعد موتهما؛ لأنه يحتاج في معرفته إلى معرفة حال المرأة في المال والجمال، وحال نساء عشيرتها في المهر في زمان العقد، وأيهما لا يمكن ضبطها والظاهر بعد موتهما موت أقرانهما وبدون

أقرانهما من نساء تتعذر معرفة مهر المثل، فيتعذر القضاء به بخلاف موت أحدهما؛ لأن الظاهر أن نساء عشيرتها لا تنقرض بموت أحدهما، فأمكن معرفة مهر المثل.

قيل عند أبي حنيفة: هذا إذا تقادم موتهما، فأما إذا لم يتقادم يجب مهر المثل؛ لأنه أمكن معرفته.

وقال مشايخنا: هذا كله إذا لم تسلم المرأة نفسها، فإن سلمت نفسها، ثم وقع الاختلاف في حال الحياة، أو بعد الممات، فإنه لا يحكم مهر المثل لأنا نعلم أن المرأة لا تسلم بعينها من غير أن يستعجل شيئًا من مهرها عادة، فيقال لها: لا بد من أن تقري بما استعجلت، وإلا قضينا عليك بالمتعارف، ثم تعمل في الباقي كما ذكرنا.

وذكر في النوادر: امرأة ادعت على زوجها بعد موته أن لها عليه ألف درهم من مهرها، فالقول لها إلى تمام مهر مثلها عند أبي حنيفة؛ لأن مهر المثل يشهد لها. رجل بعث إلى امرأته شيئًا، أو اشترى لها أمتعة بعدما بنى بها، فقال الزوج: هو مهر المثل، وقالت: هو هدية.

ذكر في (**الجامع الصغير**): أن القول قول الزوج إلا فيما يؤكل فالقول لها فيه؛ لأن في غير المأكول الظاهر يشهد له؛ لأنه في أداء المهر يسقط الواجب عن ذمته، وفي الإهداء إليها يكون متبرعا، والعامل يقدم إسقاط الواجب عن نفسه على التبرع، فكان بيان الجهة إليه إلا إذا كذبه الظاهر، وفي المأكول الظاهر يكذبه والعرف الجاري بخلافه.

وذكر الفقيه أبو الليث: المختار أن القول قوله في متاع لم يكن واجبا على الزوج كالخف والملاءة ونحوه؛ لأنه ليس عليه أن يهيئ الخروج لها، وفي متاع كان واجبا عليه كالحمار، والدرع ومتاع الكيل، فليس له أن يحتسب من المهر؛ لأن الظاهر يكذبه.

ولو بعث إلى امرأته متاعا، ثم ادعى أنه كان صداقا، فالقول له مع يمينه؛ لأنه هو المملك، فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة أن ترد وترجع بما بقي من المهر.

وإن كان هالكا لا يرجع بالمهر.

ولو بعث أب المرأة إليه شيئًا، فإن كان هالكا لم يكن على الزوج شيء.

وإن كان قائمًا أن بعث من مال نفسه له أن يرجع؛ لأن الواهب إذا لم يكن دراهم كان له أن يرجع في الهبة.

وإن كان مال البيت لا يرجع؛ لأن الزوجة إذا وهبت لزوجها لا يرجع فيها.

(**الجامع**): ولو كان المهر مكيلًا أو موزونًا بعينه، فاختلفا في قدر الكيل، أو الوزن، فهو مثل الاختلاف في الألف والألفين لأنه اختلاف في الذات ألا ترى أن إزالة البعض منه لا تنقص الباقي.

ولو اختلفا في جنس المسمى، أو صفته، أو نوعه، أو ذرعه، أو كان مذروعا، والمسمى عين، أو اختلفا في قيمته وهو هالك، فالقول للزوج ولا يتحالفان؛ لأنهما اتفقا على المسمى، فصحت التسمية فانقطع حكم مهر المثل بيقين إلا أنها تدعي عليه وصفًا وضمانًا زائدًا وهو ينكر، فيكون القول له بخلاف ما لو اختلفا في قدر المسمى؛ لأن التسمية فاسدة عندهما في قدر ما اختلفا فيه، فوجب بحكم مهر المثل لما شرحناه.

ولو تزوجها على ثوب خز، واتفقا أن قيمة كل ذراع كان عشرة، ولكن اختلفا في قدر الذرع، فالقول للزوج لما مر.

ولو كان المهر دينا، فاختلفا في جنسه، أو صفته، أو نوعه، أو ذرعه فهو كالاختلاف في الأصل لما مر في البيوع في باب السلم.

ولو اختلفا في الوصف والقدر جميعًا، فالقول قول الزوج في الوصف، وقول المرأة في العدد إلى تمام مهر مثلها.

(باب ما يلزمه المهر بالوطء عن شبهة)

أصله أن الوطء في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة، أو غرامة صيانة للأبضاع المحترمة وإظهارًا لخطرها، فإذا سقطت العقوبة للشبهة وجبت الغرامة حقا لها؛ لأنها بدل حقها، وهو البُضع.

زفت إليه غير امرأته فوطئها لزمه مهر مثلها؛ لأنه سقطت العقوبة للشبهة، فتلزمه الغرامة، ولا يرجع على الزاف؛ لأنه سلم له ما يقابله المهر، وهو المستوفى بالوطء.

فإن كانت أم امرأته حرمت المرأة، وللمرأة نصف المهر قبل الدخول؛ لأن الفرقة جاءت بمعنى من قبل الزوج، وهو وطؤه أم امرأته. زفت امرأة الأب قبل الدخول إلى أبيه ودخل بها لم يرجع الأب على الابن بنصف المهر؛ لأنه وجب على الابن مهر المثل.

ولو قبّلها بشهوة وتعمد الفساد يرجع الأب عليه بنصف المهر؛ لأنه لا مهر على الابن.

(**المنتقى**): أصله أن الوطء متى حصل عقيب شبهة الملك مرارا، فلم يجب إلا مهر واحد؛ لأن الوطء الثاني صادف ملكه، ومتى حصل الوطء عقيب شبهة الاشتباه مرارًا يجب بكل وطء مهر على حدة؛ لأن كل وطء صادف ملكهما الغير.

ولو وطئ الأب جارية ابنة مرارًا فعليه مهر واحد؛ لأنه ثبت شبهة الملك بمقتضى الوطء الأول سابقا عليه احتيالا لدرء الحد عنه، فصار الوطء الثاني استيفاء ملكه.

ولو وطئ الأب جارية ابنه مرارًا، وقد ادعى الشبهة، فعليه بكل وطء مهر؛ لأن الثابت له شبهة اشتباه، فصادف كل وطء ملك الغير.

وكذلك لو وطئ جارية امرأة في النكاح الفاسد مرارا، فعليه مهر واحد؛ لأن له شبهة ملكه.

وكذلك لو وطئ جارية امرأته.

ولو وطئ مكاتبته مرارا فعليه مهر واحد؛ لأن له شبهة ملك.

ولو وطئ منكوحته مرارا، ثم ظهر أنه حلف بطلاقها يلزمه مهر واحد؛ لأن له شبهة ملك.

ولو وطئ أحد الشريكين الجارية المشتركة مرارا فعليه لكل واحد نصف مهر؛ لأنه ليس له شبهة ملك في النصف الذي لشريكه.

ولو وطئ مكاتبه بينه وبين غيره مرارا، فعليه في نصفه نصف مهر واحد وعليه

في نصف شريكه لكل واحد نصف مهر، وذلك كله للمكاتبة.

صبي أو مجنون جامع امرأة ثيبا وهي نائمة، فلا مهر عليه.

ولو كانت بكرا، فافتضها فعليه مهر مثلها.

وروى هشام عن محمد رحمهما الله: صبي جامع امرأة بشبهة نكاح فلا مهر عليه؛ لأن الولي لا يملك النكاح الفاسد في حقه، ولا الإذن له فيه، فسقط اعتبار قوله، فصار كأنه وطئ في حقه نفسه من غير شبهة عقد، ويجب عليها العدة؛ لأن فعلها جائز في حق نفسها.

رجل زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها، فعليه مهران: مهر مثل الزنا لأنه سقط به الحد حين تزوجها قبل تمام الزنا، فيلزمه العقد، ومهر آخر وهو المسمى بالنكاح؛ لأن هذا أكثر من الخلوة.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: مريض وهب من مريض جارية ووطئها الموهوب له، وعقرها مائة، وقيمتها ثلاثمائة، ثم وهبها الموهوب له من الواهب، ثم ماتا من معرضيهما، فلا عقر على الموهوب له؛ لأن وطأه صادف ملكه، والعقد يخرج من الثلث فلا يلزمه، وهذه العلة تدل أن المريض يلزمه العقد بوليه؛ لأنه ملكها مع حق الفسخ، فصار كالجارية المبيعة في البيع الفاسد إذا وطئها المشتري يلزمه العقد في أظهر الروايتين؛ لأن الموهوب له هنا لا يطالب بالعقر لخروجه من الثلث.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا عقر عليه سواء رده بقضاء أو بغير قضاء؛ لأنه حين وطئها لا ملك للواهب الأول فيها؛ لأنه تعذر إعادة الملك الأول مع قيام الملك الثاني لتعذر اجتماع ملكين في محل واحد.

قال محمد: مريض وهب جاريته من رجل، ثم وطئها عند الموهوب له وعليه دين مستغرق، ثم مات المريض، فلا عقر عليه.

ولو قطع الواهب يدها، فلا شيء عليه؛ لأن فسخ الهبة بمعنى قارن العقد، وهو تعلق حق الغرماء به، فانفسخت الهبة من الأصل، فظهر أن الوطء والقطع حصل في ملكه، بخلاف الصحيح إذا وطئها رجع في هبته يلزمه العقد؛ لأن الهبة انفسخت بأمر لاحق على الوطء، فاقتصر على الحال، فوقع وطؤه في ملك الغير.

رجل تزوج امرأة وتزوج ابنه بنتها، فزُفت امرأة كل واحد إلى آخر، فوطئها فعلى الواطئ الأول جميع مهر الموطوءة، ونصف مهر امرأته، ولا يلزم الواطئ أخيرا مهر امرأته لأن البينونة جاءت من قبلها قبل الدخول بها.

وإن وطئا معا فلا شيء على واحد منهما لامرأته.

(باب نكاح السمعة)

مسائله على أقسام:

إما أن يواضعا في السر على أن يظهرا النكاح سمعة ورياء لا حقيقة، أو تواضعا في السر على مهر، ثم تعاقدا في العلانية، أو تعاقدا في السر على مهر، ثم أظهرا في العلانية بأكثر.

أما إذا تواضعا في السر على أن يظهر النكاح رياء وسمعة، ولا يكون بينهما نكاح حقيقة، فأظهرا النكاح بشرائطه؛ فإنه يصح النكاح؛ لأنه لا يفسد مع الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: الطلاق والعتاق والنكاح**"[1].

وإن تواضعا أن يقرا بالنكاح، فأقرا به ولم يكن بينهما نكاح لم يلزمهما النكاح؛ لأن الإقرار إخبار، فلا يصح مع الهزل، كما لا يصح مع الكره؛ لأنه أقرن به دليل الكذب، وهو الهزل والإكراه، فأما الإنشاء لا يحتمل الكذب، فيتحقق مع الهزل والكره[2].

وأما إذا تواضعا في السر على مهر، ثم تعاقدا في العلانية، فلا يخلو إما أن

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٣٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. و«أبو داود» (٢١٩٤) قال: حدثنا القعنبي، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني ابن محمد. و«الترمذي» (١١٨٤) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. كلاهما: (حاتم، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي) عن عبد الرحمن بن حبيب بن أردك، عن عطاء بن أبي رباح، عن يوسف بن ماهك، فذكره.

(٢) انظر: نتائج الأفكار تكملة فتح القدير ٥١١/٨ ط. بولاق الأولى، وابن عابدين ٩/٤، ٤٧٠/٥، وجواهر الإكليل ٣٤٨/١، والحطاب ٢٥٨/٤ ط. ليبيا، ونهاية المحتاج ٤٢٦/٦ ط. مصطفى الحلبي، والكافي لابن قدامة ٨٠٢/٢ ط. المكتب الإسلامي، والمغني مع الشرح ٤٣٠/٧.

تعاقدا بجنس ما تواضعا عليه في السر، أو بخلاف جنسه، فإن تعاقدا بجنس ما تواضعا في السر على أن يكون المهر مائة درهم، ثم تعاقدا في العلانية بمائتي درهم سمعة ورياء.

فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان: في رواية المهر مائتي درهم؛ لأن المهر تابع للنكاح، وإنه يصح مع الهزل، فكذا المهر، وفي رواية المهر مائة وهو قولهما، وهو الأصح؛ لأنهما اتفقا أنهما هزلا بذكر المائة، والمال لا يجب مع الهزل؛ لأن الهازل لم يقصد ثبوت ما باشره، وإنما أراد به اللهو واللعب، فلم يرض بثبوته.

وإن تعاقدا بخلاف جنس ما تواضعا عليه بأن تواضعا في السر على أن يكون المهر ألف درهم، وتعاقدا في العلانية بمائة دينار سمعة ورياء في رواية لها مائة دينار، وفي رواية لها مهر المثل، وهو الأصح؛ لأن ما ذكراه في السر لم يذكراه في العقد، وما ذكراه في العقد، فقد هزلا فلم يثبت للهزل، فكان هذا نكاح بغير تسمية، فيجب مهر المثل.

ولو تواضعا في السر أن يكون المهر مائة دينار، وتزوجها في العلانية بغير مهر فهو على ثلاثة أوجه:

في وجه ينعقد النكاح بالمسمى في السر، وهو أن يتزوجها في العلانية على أن لا مهر لها، فالمهر ما هو المذكور في السر؛ لأنه لم يوجد ما يوجب الإعراض عما تواضعا عليه، وهو الدنانير؛ لأن مهر المثل لم يصر مذكورًا بمقتضى النكاح لغة؛ لأنه بقي المهر، فصار ما هو المذكور في السر مذكورا في النكاح دلالة، وفي وجهين ينعقد النكاح بمهر المثل وهو أن يتزوجها في العلانية على أن تكون الدنانير مهرا، وسكت عن المهر يجب مهر المثل؛ لأنه لما بقي المهر، فقد أعرضا عما تواضعا في السر ولما سكت، ولم ينف المهر صار مهر المثل مذكورا بمقتضى النكاح؛ لأنه هو البدل الأصلي فيه، والنكاح لا ينعقد إلا بعوض، فصار كما لو باع ولم يسم الثمن ينعقد البيع بقيمته مقتضى البيع.

وأما إذا تعاقدا في السر على مهر، فلا يخلو إما أن أظهرا في العلانية بأكثر، فإن أظهرا في العلانية بأكثر ينظر إن تصادقا على تلك المواضعة فالمهر ما في السر؛

لأنهما تصادقا أن ما أظهرا من الإقرار كان هزلا، والمال لا يجب بالهزل؛ لأنه لم يرض حياته.

وأما إذا اختلفا فادعى الزوج المواضعة، وأنكرت المرأة، وقالت: ما أقررت في العلانية كان جدًّا لا هزلا، فالقول لها في المهر ما في العلانية؛ لأن الجد أصل في كلام العاقل والهزل عارض، فكانت المرأة متمسكة بالأصل، فيكون القول لها، فصار كأنهما زادا على المذكور في السر، وإنه جائز إلا أن يقيم الزوج البينة على المواضعة.

وأن المهر ما في السر؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

وروي عن أبي حنيفة: المهر هو العلانية بكل حال، لما بينا.

ولو تناكحا في السر على مهر ثم تناكحا في العلانية بأكثر، فإن أشهدا على أن ما في العلانية هزل، فالمهر مهر السر.

وإن لم يشهدا على ذلك فالمهر مهر العلانية عندهما.

وعند أبي يوسف: المهر مهر السر ذكره الحاكم في مختصره في الإكراه على ما مر في باب المهر يزيد أو ينقض.

وكذلك في الطلاق والعتاق على مال والصلح عن دم العمد إن أشهدا على أن ما في العلانية هزل، فالبدل في السر.

وإن لم يشهدا على ذلك قبل البدل في العلانية، وقيل: البدل ما في السر وهو الأصح؛ لأن الزيادة هنا في البدل لم تصح؛ لأن الزيادة وجدت حال هلاك المعقود عليه؛ لأن ما للزوج والمولى قد سقط بالطلاق والعتاق، فلم تصح الزيادة كما في البيع.

ولو تزوجها تزويجًا باتًّا في السر على مهر مسمى، ثم أظهرا غير ذلك لم يعتبر الظاهر؛ لأن النكاح قد انعقد في السر حقيقة، فلا يتغير.

(باب نكاح الإماء)

فيه فصول:

أحدها: فيمن يملك تزويج المملوك، ومن لا يملكه.

والثاني: فيمن له المهر.

والثالث: في نفاذ النكاح الموقوف وعدمه.

(فصل)

ولا يجوز تزويج العبد والمكاتب والمدبر بغير إذن المولى لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر**"[1]. والمكاتب والمدبر عبد فيتناوله النص، وكذلك الأمة والمدبرة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أيما أمة تزوجت بغير إذن مولاها فهي عاهرة**". وكذلك المكاتبة[2].

وقال زفر: يصح؛ لأن هذا عقد على المبيعة فيصح من المكاتبة كإجارة نفسها.

لنا: أنه يطلق عليها اسم الأمة فيتناولها النص؛ ولأن منافع بضعها لم تصر مملوكة لها بالكتابة لما عرف في كتاب المكاتب، فلم يدخل تحت الكتابة، وللمولى أن يجبر عبده وأمته على النكاح خلافًا للشافعي في العبد؛ لأنه ملك رقبته مطلقا لورود سبب الملك عليها مطلقا، والحكم ثبت على وفق السبب ونفيه والملك أبلغ أسباب الولايات؛ لأنه يستفاد به، هو بأمر التصرفات ما لا يستفاد بسائر أسباب الولايات، فلما ملك ولاية الإنكاح بسائر الأسباب، وهي القرابة والولاء؛ فلأن يستفاد بولاية الملك أولى ولا يجوز للمولى تزويج المكاتب والمكاتبة بغير رضاهما؛ لأنهما التحقا بالأحرار في حق التصرفات لما تبين في المكاتب.

وللأب والوصي أن يزوج أمة اليتيم ولا يزوج عبده؛ لأن تزويج الأمة يقع بمحض لما فيه من تحصيل المهر للصغير مع بقاء ملك الرقبة له، وتزويج العبد ضرر لما فيه من تعليق المهر والنفقة بماليته من غير نفع يعادله عاجلًا؛ لأنه لا يقابله منفعة مالية عاجلة، فلم يكن المهر واجبًا بمقابله مال، فلم يكن نظرًا ويملك

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٧٩) قال: حدثنا عقبة بن مكرم، قال: حدثنا أبو قتيبة، عن عبد الله بن عمر، عن نافع، فذكره.

قال أبو داود: هذا الحديث ضعيف، وهو موقوف، وهو قول ابن عمر.

(٢) انظر: البدائع (٩٨/٧)، والفواكه الدواني (٤٦٣/١)، ومغني المحتاج (٢١٦/٤)، والمغني لابن قدامة (٣٤٧/٨).

المكاتب والمفاوض تزويج أمته، ولا يملك تزويج عبده؛ لأن تزويج أمته من باب اكتساب المال كالكتابة وتزويج عبده لا والعبد المأذون والمضارب، وشريك العنان لا يملكون تزويج الأمة عندهما.

وعند أبي يوسف يملكون؛ لأن تزويج الأمة إن لم يكن تجارة لكنه إحياء لمال التجارة؛ لأن في تزويجها تحصينها عن الزنا، وصيانتها عن انتقاص المالية ونعتها بالزنا، فإن زنا الأمة عيب منقص لماليتها، وللمأذون إحياء مال التجارة ولهذا يملك الإنفاق والمداواة إحياء للمال، فكذا هذا.

لهما: أن الإذن مقيد بالتجارة والنكاح ليس بتجارة؛ لأنه مبادلة مال بما ليس بمال، ولا بإحياء لمال التجارة؛ لأنه يحيي الأمة بدون النكاح والإحياء ما لا يحيى المملوك بدونه، كما في النفقة والمداواة، وإنها محصنة عن الزنا غالبًا لكونها محبوسة في بيت المولى، فلا يكون داخلًا تحت الإذن بالتجارة بخلاف المكاتب والمفاوض؛ لأن تصرفهما غير مختص، ومعتد بالتجارة؛ بل لهما التصرف فيما يرجع إلى تحصيل النفع واكتساب المال ولهذا يملكان الكتابة.

ولو زوج الأب جارية ابنه من عبد ابنه جاز عند أبي يوسف.

وعند زفر: لا يجوز؛ لأن تزويج العبد لا يدخل تحت ولاية الأب لأبي يوسف أن الأب إنما لا يملك تزويج عبد ابنه لما فيه ضرر من حيث تعلق المهر برقبة العبد، وهنا لا يتعلق المهر برقبته، فلا يكون ضرر فملكه الآن.

(فصل)

وكل مهر وجب للأمة بعقد، أو دخول فهو للمولى؛ لأنه بدل المنافع المستوفاة بالوطء، فكان كالأرش ومهر الكتابة، ومعتق البعض لهما؛ لأنه صار أحق باكتسابهما.

ألا ترى أن أرش الجناية لهما، وإذا زوج أمته فله استيفاء مهرها، وليس للزوج قطع يده عنها، ولكن متى وجد فرصة قضى حاجته منها؛ لأن منافع بدنها مملوكة للمولى، ومنافع بضعها مملوكة للزوج؛ لأنه بالنكاح لم يستحق منافع سائر أعضائها

سوى البضع، فمتى حبسها الزوج عن المولى يفوت حق المولى في منافعها أصلا، والمولى متى حبسها عن الزوج لا يفوت حقه في منافع بضعها أصلا؛ بل يستوفيها متى وجد فرصة وفراغها عن خدمة المولى ليلا ونهارا يستمتع بها.

وإن شرط أن لا يستخدمها لم يصح الشرط.

وإن بوأها المولى بيتًا فله أن يعيدها إلى خدمته؛ لأن ملك الرقبة مطلق للاستخدام مناف للشرط لأن الزوج لم يستحق منافع سائر أعضائها فيبقى حقًّا للمولى فإذا شرط أن لا يستخدمها، فقد أعار منافع سائر أعضائها من زوجها، والإعارة غير لازمة، فلا يتعين بشرط المعير، فكان له أن يستردها متى شاء، فإن قبلها المولى قبل الدخول، أو باعها على وجه لا يقدر الزوج عليه سقط المهر عن الزوج عند أبي حنيفة رحمه الله في القتل، وفي البيع لا يملك المطالبة بالمهر.

وعندهما لا يسقط؛ لأن القتل موت حقيقة، فإن المقتول مثبت بأجله، ولهذا لو قال لعبده: إن مت فأنت حر فقتل، فإنه يعتق؛ لأن الموت ليس إلا إنهاء الحياة نهايتها، وبالقتل انتهت حياة المقتول نهايتها في حق الله تعالى؛ لأن موته كان بأجله، وإنما يعتبر تفويتا في حق القاتل إذا تعلق به القصاص أو الديّة، ولم يتعلق بهذا القتل ضمان، فيبقى موتا حقيقة، وبالموت يتأكد المهر. له: أن القتل تفويت في حق العباد؛ لأن القتل فيما بين العباد يعد قطعا للحياة، وتفويتا لها عرفا وعادة حتى تعلق به أحكام التفويت من لحوق المأثم، ولزوم المغرم، والكفارة ونحوها، والمولى يلحقه المأثم بالقتل عمدا والكفارة بالقتل خطأ، ولحوق المأثم ولزوم الكفارة لا يكون إلا بالتفويت، وبتفويت المبدل يسقط البدل كالمرأة إذا ارتدت قبل الدخول، والحرة إذا قتلت نفسها لا يسقط مهرها خلافًا لزفر؛ لأنه ما اعتبر تفويتًا في حقها؛ لأنه لم يتعلق به حكم في الدنيا وهو الضمان والكفارة، وتعلق به حكم الموت وهو الميراث، فاعتبر موتًا حقيقة لا تفويتا.

ولو قتلت الأمة نفسها ففيه روايتان عن أبي حنيفة: في رواية لا يسقط؛ لأنه لم يتعلق بقتلها نفسها حكم من أحكام الدنيا، فلم يعتبر تفويتا في حقها كالحرة إذا قتلت نفسها.

وفي رواية يسقط؛ لأن القتل تفويت للحياة حقيقة في حق العباد؛ لأنه قطع

للبقاء، وإنما يعتبر موتًا في حق القاتل إذا تعلق به حكم من أحكام الموت وهو الميراث، ولم يتعلق به الميراث، فسعى تفويتا للحياة حقيقة.

ولو ارتدت الأمة قبل الدخول بها، أو قبلت ابن زوجها، قيل: لا يسقط المهر؛ لأن الحق في البدل للمولى لا لها، وهو لم يمنع المبدل، فلا يجازى بمنع البدل.

وقيل: يسقط؛ لأن المهر يجب لها، ثم ينتقل إلى المولى إذا فرغ عن حاجتها، حتى لو كان عليها دين يصرف إلى دينها، فكان ارتدادها قبل الدخول بمنزلة ارتداد الحرة.

ولو زوج أحد المولِيين الأمة ودخل بها الزوج فللآخر البعض؛ لأن العاقد تصرف في ملك شريكه بغير رضاه، فإن نقص فله نصف مهر المثل؛ لأنه لم يرض بنقصان مهر نصيبه، وللزوج الأقل من نصف مهر المثل ومن نصف المسمى؛ لأنه رضي بسقوط ما وراء نصف المسمى، والتسمية في النكاح الفاسد لا توجب الزيادة على مهر المثل.

(فصل)

ولو تزوج العبد أو الأمة أو المدين بغير إذن المولى، ثم أعتقه أو عتقت المدبرة بموت مولاها بعد النكاح عليه؛ لأن امتناع النفاذ كان لحق المولى، فإذا زال حقه بالعتق نفذ بخلاف الصبي إذا تزوج بغير إذن وليه، ثم بلغ لا ينفذ ذلك النكاح عليه إلا بالإجازة منه؛ لأنه لا عبرة لرضاه بالتزام حكم العقد قبل البلوغ، لكون العقد دائرًا بين النفع والضرر، فصار تزويجه كتزويج الأجنبي، فأما العبد من أهل الرضاء بالتزام حكم العقد لكونه مخاطبًا، ولهذا لو أقر بدين، ثم عتق نفذ عليه.

(**النوادر**): وروى ابن سماعة عن محمد: أمة تزوجت بغير إذن المولى فدخل بها زوجها، ثم مات السيد، فأجاز الابن جاز.

وكذلك لو باعها المولى فأجاز المشتري النكاح جاز، وذكر في الأصل: أن الإجازة لا تصح بناء على أن العدة تجب بوطء الزوج قبل الإجازة على رواية ابن سماعة عن محمد، فلم يحل فرجها للابن حتى تنقضي عدتها، فلم يطرأ حل نافذ على حل موقوف، فلا يبطل الموقوف، وعلى رواية الأصل لا تجب العدة،

فيحل للثاني وطؤها فطرأ حل نافذ على حل موقوف، فبطل الموقوف.

وجه رواية ابن سماعة أن هذا وطء حصل في نكاح فاسد؛ لأن منفعة النكاح عائدة إلى الأمة من وجه وهي منفعة الوطء والاستمتاع، فكان حقا لها، فكأنه صدر من المالك من وجه، ولكن لما كان للمولى فيه حقا فسد لعدم رضاه لنكاح أحد الشريكين الجارية المشتركة، والعدة تجب في النكاح الفاسد. وجه ظاهر الرواية أن هذا نكاح موقوف من كل وجه؛ لأنه لا حق للأمة في منافع بضعها ولهذا كان البدل كله للمولى، ولهذا لو أقر المولى على أمته بالنكاح يصدق.

وكذا الأمة لو وجد زوجها مجنونا أو عنينًا فحق التفريق يكون للمولى عند أبي حنيفة، فالنكاح صادف ملك المولى من كل وجه، فكان موقوفا على إجازته ومنفعة الوطء تحصل للأمة تبعا ضرورة الاستيفاء، فلا يعتبر حقا لها كمنفعة الفصد أو الحجامة، والعدة لا تجب في النكاح الموقوف، وقيل: رواية ابن سماعة صحيحة على قولهما؛ لأنهما جعلا الوطء حقا للأمة، فظاهر الرواية مستقيمة على قول أبي حنيفة؛ لأنه جعل الوطء حقا للمولى لا للأمة.

وكذا لو مات السيد وترك ابنين فأجازاه أو بنتًا فأجازت جاز.

وكذا لو باعها من امرأة أو من رجل لا يحل له وطؤها فأجاز جاز وإن لم يجز حتى باعها الثاني من رجل يحل له وطؤها، أو زوجها من غيره بطل النكاح الأول.

ولو تزوج المولى على رقبتها امرأة انفسخ النكاح؛ لأنه ملكها غيره فإن كان للميت جماعة ورثة فأجاز بعضهم، وأبى بعضهم لم يجز النكاح.

ولو تزوجت أم الولد بغير إذن مولاها، ثم أعتقها مولاها، أو مات عنها ولم يدخل الزوج بها لا ينعقد النكاح عليها؛ لأنه وجبت عليها العدة من المولى كما عتقت، والعدة مانعة نفاذ النكاح.

وإن دخل بها قبل العتق نفذ، وهذا إنما يصح على رواية ابن سماعة عن محمد؛ لأنه وجبت العدة عن الزوج، فلا تجب العدة عن المولى، ولا يصح على ظاهر الرواية؛ لأنه لا تجب العدة من الزوج، فوجبت العدة عن المولى ووجوب العدة عن المولى قبل الإجازة يوجب انفساخ النكاح.

ولو تزوجت أمة بغير إذن المولى، ثم مات المولى أو باعها أو وهبها وسلمها، فأجاز من انتقلت إليه لم يجز إلا أن يكون ممن لا يحل له وطؤها بأن كانت موطوءة الأب أو أخته من الرضاعة تنفذ بالإجازة.

وقال زفر: لا يجوز أيضًا.

لنا: أنه متى حل وطؤها للثاني، فقد طرأ على هذا الحل الموقوف حل نافذ فبطل الموقوف؛ لأن النافذ أقوى من الموقوف فيرفعه، ومتى لم يحل له وطؤها، فلم يطرأ على الحل الموقوف حل نافذ، فلم يبطل الموقوف وصحت الإجازة؛ لأن ملك الرقبة من غير ملك الحل كافٍ للإجازة؛ لأنه يكفي لإنشاء النكاح.

كما لو اشترى أخته من الرضاع ملك إنكاحها، وإن لم يملك حلها.

وكذا لو تزوجت بغير إذن المولى ووطئها الزوج، ثم باعها المولى فأجاز المشتري نفذ؛ لأن وطء الزوج يمنع ثبوت الحل للمشتري؛ لأنه وجب عليها العدة، فلم يطرأ حل نافذ على حل موقوف وهذا على رواية ابن سماعة.

وإن لم يطأ الزوج فأجاز لم يجز؛ لأنه لم تجب العدة فحل وطؤها، فزوجها للمشتري فطرأ حل نافذ على حل موقوف فبطل.

ولو تزوجت أمة بغير إذن مولاها، ثم ملكها اثنان، فأجازا صح؛ لأنه لم يحل لهما وطؤها، فلم يطرأ على الحل الموقوف حل نافذ، وكذا عند التزوج بغير إذن المولى فباعه قبل الإجازة فأجاز المشتري نكاحه جاز.

ولو تزوج مدبرة، ثم مات المولى إن خرجت من الثلاث جاز النكاح، وإن لم يخرج لم يجز حتى يؤدي السعاية عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف يجوز لما عرف. رجل تزوج أمة، فقبّلت ابن زوجها قبل الدخول بها، فادعى الزوج أنها قبّلته بشهوة وكذبه سيدها تبين الأمة منه بإقراره أنها قبّلته بشهوة.

ولو تزوج أم ولد، ثم مات المولى قبل أن يدخل الزوج بها انتقض نكاح أم الولد؛ لأنه لزمتها العدة من المولى، وبعدما دخل بها لم ينتقض؛ لأنه لا عدة عليها من المولى. اشترى جارية، فزوجها قبل القبض إن تم البيع جاز النكاح.

وإن انتقض جاز عند محمد.

وبطل عند أبي يوسف، وهو الأصح؛ لأن البيع متى انتقض قبل القبض ينتقض من الأصل، فصار كأنه لم يكن، فظهر أن النكاح كان باطلا.

ومحمد يقول بأن الانتقاض من الأصل لا يظهر في حق بطلان النكاح؛ بل يقتصر على الحال.

ولو تزوج أمة بغير إذن مولاها على مائة، فقال المولى أخرت على أن يزيد خمسين درهما، فقال الزوج: لا أرضى بذلك، فالنكاح موقوف بحالة؛ لأن المولى علق الإجازة بشرط الزيادة والزوج رد الزيادة؛ لأن قوله: لا أرضى خرج جوابًا عن الزيادة، فارتدت الزيادة، فيبقى أصل العقد موقوفًا على الإجازة.

وكذلك حتى كلمه غاية، فيمتد التوقف إلى وقت الزيادة.

ولو قال: لا أخير، ولكن ردي خمسين درهما في الصداق، أو قال: لا أخير، وأن ردي خمسين يبطل العقد؛ لأن قوله: ولكن مقطوع ومفصول عن الأول، فلم تتعلق الإجازة بالزيادة، فبقي قوله لا أخير ردًّا للعقد، قال الزوج للمعتقة: لك خمسون درهما على أن تختاري لزم العقد، ولا شيء لها؛ لأن خيار العتق ليس بحق مالي، فلا يصلح عوضًا، فلا يصح أحد العوض عنه.

ولو قال: اختاريني ولك خمسون زيادة على صداقك صحت، وتجب الزيادة للمولى؛ لأنه وجب بدلا عن البضع؛ لأنه زيد على الصداق والمال يصلح عوضًا عن البضع، فيلتحق بأصل العقد.

(باب نكاح العبيد)

فيه فصلان:

فصل في نكاح العبيد.

وفصل في تزويج المكاتب.

(فصل)

ولا يتزوج العبد أكثر من امرأتين.

وقال الشافعي: يجوز إذا كان بإذن المولى.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن عمر رضي الله عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**لا ينكح العبد أكثر من اثنتين**"[1].

يتزوج العبد الأمة على الحرة خلافًا للشافعي؛ لأنه ليس فيه تعويض جزء منه للرق لازماه رقيق، فلا يمتنع عنه.

لنا: أن حل الأمة ينصف برقها، وإنما يظهر التنصيف في حق الأحوال، لما بينا.

ولو تزوج امرأة بغير إذن المولى، ثم طلقها ثلاثا، ثم أجاز المولى لا يصح؛ لأن الطلاق متاركة وفسخ للنكاح الفاسد، ولا يكون طلاقا حقيقة، فإن أذن له المولى بالنكاح يكره له أن يزوجها عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يكره؛ لأنه لم يتعلق بالنكاح الأول حكم، فيكون عدمًا، وإجازة المولى تقع لغوا، فلا يورث الكراهة، ولهذا لو لم يجز الولي النكاح الأول وأذن له فيزوجها ثانيا يجوز.

لهما: أن الإجازة صحت من وجه؛ لأنها تستند إلى أصل العقد، فإن لم يفد حقيقة النفوذ لعقد النكاح للحال أفادت شبهة النفوذ، فأورثت شبهة وقوع الطلاق، فأوجبت الكراهة.

ولو باعه المولى قبل الإجازة والطلاق، فأجاز المنتقل إليه جاز؛ لأنه لم يطرأ حل بات نافذ على حل موقوف، فيبقى موقوفا وتعمل الإجازة فيه كالأمة تزوجت بغير إذن المولى، ثم ملكها اثنان، وأجازا صح، ولا يتزوج العبد مولاته لأنه مملوك لها والمملوك لا يملك على مالكه شيئًا لأنهما في طرفي نقيض وصفتي تضاد، ولا يكون رضاها بالتزويج إعتاقا؛ لأن العتق ليس من ضرورات النكاح، ويجوز للعبد والمكاتب أن يتزوج بنت مولاه؛ لأنه لا ملك لها في حال أذن لعبده في النكاح، فتزوج امرأتين في عقده لم تجز واحدة منهما، إلا إذا قال المولى عنيت امرأتين؛ لأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار؛ بل يحتمله فينصرف إلى آدمي ما ينطلق عليه اسم الفعل، ويحتمل الكل كاسم الجنس وليس إحداهما بأولى من الأخرى، فلا

---

(١) أخرجه الشافعي (١/٢٩٨)، والبيهقي (٧/٤٢٥، رقم ١٥٢٢٨).

يصح كلاهما، وصحت نية التبين؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه المأذون له في النكاح بزوج فاسد، أو دخل بها يوجد بالمهر في الحال عند أبي حنيفة، وعندهما بعد العتاق، وأصله أن الإذن بالنكاح يتناول الجائز، والفاسد جميعًا عنده.

وعندهما يتناول الجائز دون الفاسد حتى لو تزوج هذه ثانيا نكاحًا جائزًا، أو أخرى بنكاح جائز لم يصح عنده؛ لأن الإذن قد انتهى بالفاسد.

وعندهما يصح؛ لأن الإذن باق لم ينته بالفاسد.

لهما: أن مقصود المولى إنما هو التحصين والإعفاف عن الزنا، وذلك لا يحصل إلا بالنكاح الصحيح، فيقيد الأمر به دلالة، فكان الفاسد واقعًا بغير إذنه.

ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج امرأة لا يحنث بالفاسد، وصار كالتوكيل بالنكاح يتناول الجائز دون الفاسد بخلاف البيع حيث ينصرف إلى الجائز والفاسد؛ لأن البيع الفاسد يفيد الملك، فيحصل به بعض المقاصد وهو ملك الإعتاق والتصرفات، ولهذا لو حلف لا يبيع، فباع فاسدًا يحنث. له: إن أمر المولى بالنكاح ما صح لما فيه من يملك البضع؛ لأن يملك البضع من العبد صحيح بغير إذن المولى؛ لأنه بقي في حق يملك البضع على حكم الجزية، وإنما صح لما فيه من شغل رقبته بالمهر والنفقة؛ لأنه صار مملوكا له في حق المالية، فصار كأنه قال: أشغل رقبتك بالمهر والنفقة، والشغل يتحقق بالفاسد والجائز جميعًا، فملك الشغل بهما بخلاف الوكيل بالنكاح؛ لأنه أمره بملك البضع، واستحلال الوطء واستجلاب المهر في الذمة، وذلك لا يحصل إلا بالجائز وبخلاف اليمين لما تبين في الأيمان تزوج بغير إذن المولى، ودخل بها، ثم أجاز المولى يجب مهران قياسًا؛ لأن الدخول حصل في نكاح فاسد، فيوجب المهر بالإجازة بملك البضع، وبملك البضع لا ينفك عن وجوب مهر، ويجب مهر واحد استحسانًا؛ لأن الإجازة تستند إلى حالة العقد، فيجب الملك من وقت العقد، فيظهر أن الوطء حصل في الملك. زوّج أمته من عبده بغير مهر جاز ولا مهر لها عليه؛ لأنه لو وجب لوجب للمولى.

والمولى لا يستوجب على عبده دينًا، وقيل: يجب حقا لله تعالى، ثم يسقط لتعذر إبقائه على العبد حقا للمولى، وما لزم العبد من المهر بإذن المولى، فإنه باع

فيه؛ لأنه دين ظهر الوجوب في حق المولى، فيتعلق بالرقبة استيفاء، والمكاتب والمدبر يسعيان في المهر؛ لأنه تعذر الاستيفاء من الرقبة، فيستوفي من الكسب، وما لزم العبد بغير إذن المولى اتبعوا به بعد العتق؛ لأن الوجوب لم يظهر في حق المولى، فصار بمنزلة الدين الثابت بإقرار العبد. مسلم أذن لعبده النصراني في التزوج، فأقامت المرأة شهودًا نصارى أنه تزوجها يقبل؛ لأن المشهود عليه نصراني.

ولو كان العبد مسلما والمولى نصرانيا لا يقبل لما عرف.

ولو تزوج المكاتب بنت مولاه، ثم مات المولى لا يفسد النكاح خلافًا للشافعي، وهذا بناء على أن المكاتب يورث عنده كالقن.

وعندنا: لا يورث؛ لأن حرية اليد ومالكية التصرف يمنع حرمان الإرث صونا لحقه عن البطلان، فلم تملك المرأة رقبة زوجها، وإنما يثبت لها حق الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع البقاء؛ لأن المفسد للنكاح حقيقة الملك، وحق الملك وهو الملك بين وجه مبطل من وجه دون وجه، فإذا قارن ابتداء النكاح يقع الشك في الثبوت، فلا يثبت بالشك، وإذا طرأ على النكاح يقع بالشك في الزوال، فلا يزول بالشك.

ولو تزوج المكاتب بغير إذن مولاه لم يجز؛ لأن ملك الرقبة قائم للمولى والتزويج ليس باكتساب المال؛ بل فيه إتلاف المال، فلم يكن فيه معنى التجارة؛ فلا يدخل تحت الكتابة، فإن دخل بها فلا مهر لها حتى تعتق؛ لأنه لزمه المهر وهو محجور عليه في النكاح، ودين المحجور يؤاخذ به بعد العتق.

(**الجامع الصغير**): ولو تزوج عبد حرة، فقالت لمولاه: أعتقه عني بألف، ففعل فسد النكاح خلافًا لزفر؛ لأنه لا يقول بثبوت الملك بطريق الاقتضاء فلم تملك هي زوجها، فلم يفسد النكاح ووقع العتق عن المأمور.

وعندما لما ثبت الملك سابقا بطريق الاقتضاء، فملكت زوجها ففسد النكاح.

ولو تزوج بغير إذن مولاه، فقال المولى: طلقها ثانيا لم يكن إجازة للنكاح؛ لأن الطلاق البائن يحتمل متاركة كما في الطلاق، والنكاح الفاسد والموقوف، ويحتمل

إجازة أيضًا حملًا للأمر بالطلاق على حقيقته، وهو إبطال الملك فحمل على المتاركة التي هي أدناهما.

وإن قال: طلقها رجعيًّا فهو إجازة؛ لأن الرجعي لا يكون إلا في النكاح الصحيح، والإذن في العزل إلى المولى.

وروي عن أبي يوسف ومحمد أنه إلى الأمة؛ لأن الوطء حقها؛ لأنها هي التي تقضي شهوتها دون مولاها. له: أن الحق في الولد للمولى لا لها، والكراهة في العزل لأجل انقطاع الولد، لا لأجل نقصان قضاء الشهوة؛ لأن حقها ثابت في أصل قضاء الشهوة لا في كماله.

ألا ترى أنه لو لم يكن للرجل ماء، وهو يجامع لا يكون للمرأة حق الخصومة، فإذا عزل عنها أولى، والعزل في الحرة لا يجوز إلا برضاها لأن لها حقا في الولد، وفي قضاء الشهوة، والعزل جائز عند عامة العلماء لقوله عليه الصلاة والسلام: "**اعزلوهن أو لا تعزلوهن، إن الله تعالى إذا أراد خلق نسمة خلقها**"[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٤٨/٣ (٢٥٤٢) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي ١١٥/٥ (٤١٣٨) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: أخبرنا إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي ١٢١/٩ (٧٤٠٩) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا وهيب، قال: حدثنا موسى، هو ابن عقبة. و«مسلم» ١٥٧/٤ (٣٥٣٤) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، وقتيبة بن سعيد، وعلي بن حجر، قالوا: حدثنا إسماعيل بن جعفر، قال: أخبرني ربيعة. وفي ١٥٨/٤ (٣٥٣٥) قال: حدثني محمد بن الفرج، مولى بني هاشم، قال: حدثنا محمد بن الزبرقان، قال: حدثنا موسى بن عقبة. و«أبو داود» (٢١٧٢) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. و«النسائي» في «الكبرى» (٥٠٢٦) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل، وهو ابن جعفر، قال: حدثنا ربيعة. وفي (٥٠٢٧) قال: أخبرنا عبد الملك بن شعيب بن الليث بن سعد، قال: حدثني أبي، عن جدي، قال: حدثني يحيى بن أيوب، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. و«ابن حبان» (٤١٩٣) قال: أخبرنا سليمان بن الحسن بن المنهال العطار، قال: أخبرنا أبو كامل الجحدري، قال: حدثنا فضيل بن سليمان، قال: حدثنا موسى بن عقبة. كلاهما: (ربيعة بن أبي عبد الرحمن، وموسى بن عقبة) عن محمد بن يحيى بن حبان.

=

(**المنتقى**): عبد تزوج حرة ودخل بها بغير إذن مولاه، ثم تزوج أمة بغير إذن مولاه، فأجاز المولى نكاحهما يجوز نكاح الحرة دون الأمة؛ لأن الحرة تعتد منه ونكاح الأمة في عدة الحرة لا يجوز.

ولو تزوج بغير إذن سيده أمة، ثم حرة، ثم أمة، ثم أجاز السيد نكاحهن يجوز نكاح الأمة الأخيرة؛ لأن نكاحها يكون ردًّا ونقضًا لنكاح الأوليين.

ولو تزوج حرتين ودخل بإحداهما، ثم تزوج أمة، ثم أمة، فأجاز المولى كله.

قال أبو حنيفة: يجوز نكاح الحرتين؛ لأنه ليس له أن يتزوج أمة وحرة يعتد فيه.

وقالا: يجوز نكاح الأمة الأخيرة؛ لأن عندهما له أن يتزوج أمة في عدة الحرة، فلما تزوج الأمة الأولى كان ردًّا لنكاح الحرتين، فلما تزوج الأمة الثانية كان ردًّا لنكاح الأمة الأولى؛ لأنه لا يجوز نكاح أمتين وحرة تعتد منه، أو غير حرة.

ولو تزوج أمتين في عقده ودخل بهما، ثم تزوج الحرتين في عقده ودخل

=

وأخرجه أحمد ٨٨/٣ (١١٨٦١) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. و«البخاري» ٨٣/٣ (٢٢٢٩) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. وفي ٣٣/٧ (٥٢١٠) قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا جويرية، عن مالك بن أنس. وفي ١٢٣/٨ (٦٦٠٣) قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يونس. و«مسلم» ١٥٨/٤ (٣٥٣٦) قال: حدثني عبد الله بن محمد بن أسماء الضبعي، قال: حدثنا جويرية، عن مالك. و«النسائي» في «الكبرى» (٥٠٢٤) قال: أخبرنا عمرو بن منصور، قال: حدثنا الحكم بن نافع، قال: أخبرنا شعيب. وفي (٥٠٢٥) قال: أخبرنا هارون بن سعيد بن الهيثم الأيلي، قال: حدثني خالد بن نزار، قال: حدثنا القاسم بن مبرور، عن يونس بن يزيد. وفي (٥٠٢٨) قال: أخبرنا عبد الملك بن شعيب بن الليث، قال: حدثني أبي، عن جدي، قال ابن أيوب: حدثني عقيل. وفي (٩٠٣٩) قال: أخبرنا كثير بن عبيد الحمصي، قال: حدثنا محمد بن حرب، عن الزبيدي، وهو محمد بن الوليد الحمصي. وفي (٩٠٤٠) قال: أخبرنا العباس بن عبد العظيم، قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا جويرية بن أسماء، عن مالك بن أنس. و«أبو يعلى» (١٢٣٠) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس يحدث. خمستهم: (شعيب بن أبي حمزة، ومالك بن أنس، ويونس بن يزيد، وعقيل بن خالد، ومحمد بن الوليد الزبيدي) عن ابن شهاب الزهري.

كلاهما: (محمد بن يحيى، والزهري) عن عبد الله بن محيريز، أبي محيريز الجمحي، فذكره.

بإحداهما ثم أجاز المولى نكاح أحد الفريقين لم يجز نكاح شيء منهن؛ لأن إحدى الأوليين تعتد منه، وإحدى الآخرتين تعتد منه.

عبد تزوج حرة وأمة، ثم حرة وأمة، فأجاز المولى الكل جاز نكاح الحرتين؛ لأن نكاح الأمة مع الحرة لا يجوز، وإن دخل بهن فنكاحهن فاسد.

عبد تزوج حرة، فقال العبد: لم يأذن لي المولى، وقد نقض النكاح هو، وقالت المرأة: قد أذن يفرق بينهما بإقراره إن النكاح فاسد، ويلزمه كمال المهر إن كان دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها، ولها نفقة العدة؛ لأن المهر والنفقة حقها ولا يصدق العبد في إبطال حقها. رجل زوج جاريته على أنها ابنته، فالتزويج جائز وهي حرة؛ لأن الإقرار بالبنتية إقرار بحريتها. رجلان شهدا على رجل أنه أعتق جاريته هذه، وهو يجحد، فقضى القاضي بالعتق، ثم رجعا عن شهادتهما، ثم تزوجها أحدهما.

قال أبو يوسف: إن تزوجها قبل القضاء عليهما بالقيمة يفرق بينهما وبعد القضاء جاز نكاحه.

ولو تزوج حرة، ثم أمة، فأجاز نكاحهما جاز نكاح الحرة عند أبي حنيفة.

وقال محمد: نكاح الأمة جائز، وبطل نكاح الحرة.

وكذلك عبد تزوج امرأة، ثم امرأة، ثم امرأة فبلغ المولى، فأجاز الكل ينظر إن لم يدخل بهن جاز نكاح الثالثة؛ لأن الإقدام على نكاح الثالثة لا يمكن أن يجعل نقضًا لنكاح الأوليين؛ لأن نكاح الثالثة في عدة الأوليين، فلا يجوز، وكذا الحر لو تزوج عشر نسوة بغير إذنهن، فبلغهن فأجزن جميعا جاز نكاح التاسعة والعاشرة؛ لأن نكاح الخامسة كان نقضًا لنكاح الأربع الأول، ونكاح التاسعة كان نقضًا لنكاح الأربع الأول، ونكاح التاسعة كان نقضا لنكاح الأربع الأخرى، بقي نكاح التاسعة والعاشرة موقوفًا على إجازتهما.

(**الجامع**): أصله: أن التصرف الصادر عن المأمور يصح إذا وافق الأمر، ولا يصح إذا خالف، وتصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن اعتبارًا لعقله ودينه.

ثم مسائله على فصلين:

أحدهما: في تزويج العبد على رقبته.

والثاني: في تزويج الحر المكاتبة.

(فصل)

رجل أمر عبده أن يتزوج، وقد كان تزوج فأجاز لا يجوز قياسًا؛ لأنه مأمور بالعقد، والإجازة ليست بعقد، ولهذا صحت بغير شهود ويجوز استحسانًا؛ لأن الإجازة تفيد الحكم، وتقريره والرضا يعتبر لأجل نفوذ الحكم لا لنفس العقد؛ إذ لا ضرر للمولى في نفس العقد، فكانت الإجازة والعقد في حق الآمر سواء؛ بل الإجازة أهم، وأتم في تحصيل مرامه، وتحقيق مقصوده.

ولو قال لعبده: تزوج على رقبتك، فتزوج على رقبة أمة أو مدبرة أو أم ولد بإذن مولاها جاز؛ لأن الملك في رقبته يثبت لمولى الأمة، فلا يمنع الجواز.

كما لو زوج أمته من عبده، ولو تزوج حرة أو مكاتبة فالنكاح فاسد؛ لأنه لو صح يثبت الملك للمنكوحة في رقبته مقارنا للعقد، وإنه مفسد للعقد إذا طرأ، فإذا قارن أولى من أن يمنع الجواز، وكذا حق الملك يثبت للمكاتبة، وحق الملك يمنع جواز النكاح ثبوتا إن كان لا يقطع بقاء.

ولو كان العبد مدبرًا أو مكاتبا صح النكاح؛ لأنهما لا يحملان النقل من ملك مولاهما؛ لأن حرية اليد أخرجته من محلية التمليك والتملك، وهذا يدل على أنه لو باع المكاتب نفسه برضاء مولاه لا يجوز.

وكذا لو حلف لا يبيع فباع مكاتبا لا يحنث، فهذه تدل على أن بيعه غير منعقد أصلا، وقد قيل: جاز البيع وتنفسخ الكتابة، وهنا لا يتضمن انفساخ الكتابة، فتصير رقبته مهرا؛ لأن صحة النكاح لا تتوقف على ثبوت الملك في المسمى، بخلاف البيع فلم تملك المرأة زوجها، والتسمية صحيحة؛ لأن المسمى مال معلوم؛ ولكنه عجز عن تسلمه فتجب قيمته في رقبة المدبر أو المكاتب.

كما لو تزوج على رقبة مستحقة، ولو تزوج العبد على ما ذكرنا، ثم أجاز المولى فهو كذلك؛ لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الإذن السابق.

ولو قال المولى: تزوج امرأة، ولم يسم المرأة، فتزوج حرة على رقبته جاز

النكاح؛ لأنها لا تملكه لعدم رضاء المولى تجعل الرقبة مهرًا، وتلزمه القيمة في رقبته.

كما لو تزوج على عبد الغير، وهذا إذا كان قيمة العبد مثل مهر مثلها، أو أزيد بما يتغابن في مثله، فإن كانت الزيادة فاحشة، فالنكاح باطل.

قيل: هذا قولهما.

فأما عند أبي حنيفة: فإنه يصح النكاح كل حال بناء على أن المأمور بالبيع باع محاباة فاحشة جاز عنده خلافًا لهما.

(فصل)

ولو تزوج الحرة مكاتبة بإذن مولاها على أمة بعينها، ولم يقبضها المكاتبة حتى زوّجها من الزوج على ما به جاز؛ لأنها ملكها صداقا بنفس العقد، فملك التصرف فيها قبل القبض، فإدخال الأمة على المكاتبة جائز فصح، فإن لم تقبض المكاتبة الأمة حتى طلقها الزوج قبل الدخول بهما معا أو الأمة، ثم المكاتبة طلقتا؛ لأن الزوج إنما يملك نصف الأمة حكمًا لطلاق المكاتبة، وحكم النسب بعد تمامه، فكان طلاق المكاتبة قبل الملك، فطلاق الأمة مقارن لطلاقها، أو قبل طلاقها فوقع، وللمكاتبة نصف الأمة وربع مهر الأمة؛ لأن مهر الأمة ينصف بطلاقها، وبقي النصف زيادة في مهر المكاتبة حدث قبل القبض، ثم طلق قبل القبض، والمسألة بحالها، فإن طلق المكاتبة أولا، ثم الأمة لم يطلق الأمة، ولا شيء عليه من مهر الأمة.

وقد فسد نكاحها؛ لأنه بطلاق المكاتبة عاد الملك للزوج في نصف الأمة، فيفسد نكاحها وهذا الفساد، وإن جاء من قبل الزوج، فإنه لا صنع للمكاتبة فيه إلا أن هذا فساد حصل بحكم انفساخ العقد من كل وجه قبل الدخول، لا بالطلاق فأوجب سقوط كل المهر.

كما لو اشتراها من المكاتبة، فإن قبضتها، ثم زوجها منه، وباقي المسألة بحالها لم ينتصف بالطلاق، ويجب نصف مهرها للمكاتبة، وعلى المكاتبة نصف قيمة الجارية للزوج؛ لأن مهر الأمة زيادة في مهر المكاتبة حدثت بعد القبض، فيمنع

التنصيف، وقد وجب عليها رد النصف، وقد عجزت، فغرمت القيمة وسقط نصف مهر الأمة بطلاقها قبل الدخول، فإن زوجته الأمة قبل قبضها ودخل بالأمة دون المكاتبة، ثم طلقها معًا أو متعاقبًا، فإن شاء الزوج أخذ نصف الجارية وبطل عنه نصف مهرها.

وإن شاء أخذ نصف قيمتها يوم وطئها، ويكون نصف مهرها للمكاتبة؛ لأن المكاتبة صارت قابضة للأمة، فوطئ الزوج؛ لأنه حصل بتسليطها فأضيف ذلك إليها حكمًا واعتبارًا.

كما لو اشترى جارية فزوجها قبل القبض، ثم وطئها صارت المكاتبة قابضة بوطء الزوج، فكذا هذا، والمهر معيب بعيب فاحش، والمهر إذا تعيب بعد القبض بعيب فاحش يتخير الزوج في ذلك، كما لو قطع يدها برضاها ويغرم يوم الدخول؛ لأنها صارت قابضة بدخوله، فأما المهر فينتصف؛ لأن مهر الأمة زيادة في مهر المكاتبة وجبت بالعقد قبل القبض، فلم يمنع التنصيف.

ولو تزوجها بعد قبض المكاتبة والمسألة بحالها، فالجارية ومهرها للمكاتبة وللزوج نصف قيمة الأمة يوم قبضها؛ لأنه زيادة حدثت بعد القبض، فيمنع التنصيف.

ولو طلق المكاتبة قبل الدخول والأمة مقبوضة، ثم تزوج الأمة لم يصح؛ لأن قبل القضاء أو الرضا إن لم يعد ملكه في الأمة حقيقة لكن عاد فيها حق الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح.

ولو كان تزوج الأمة في هذه الحالة، ثم طلق المكاتبة لم يفسد نكاح الأمة حتى يقضي للزوج تنصيفها؛ لأن حق الملك لا يمنع بقاء النكاح.

ولو لم يطلق الأمة في هذه الحالة حتى قضى له بنصفها سقط مهرها عنه لما ذكرنا أن العقد انفسخ قبل الدخول من كل وجه.

ولو اشترى مكاتب امرأة مولاه لم يفسد النكاح.

وإن طلقها بعدما اشتراها المكاتب، ثم زوجها المكاتب منه لم يجز؛ لأن الثابت

للمولى حق الملك والحق يمنع ابتداء النكاح، ولا يبطله لما بينا، واستشهد بمسائل:

إحداها: رجل باع أمة بيعًا فاسدًا، وقبضها المشتري، ثم تزوجها البائع لم يجز؛ لأن له فيها حق الملك، وهو حق الاسترداد والاستنقاص.

ولو تزوجها ابن البائع جاز؛ لأنه ليس له فيها حق، فإن مات البائع حتى ثبت لابنه حق الاسترداد لم يبطل نكاحه.

وكذلك إذا تقايضا عبدًا بجارية، فقبض بائع العبد الجارية وزوجها من بائعها، ثم هلك العبد قبل القبض لم يفسد النكاح.

ولو أراد المولى أن يتزوجها ابتداء بعد هلاك العبد لم يجز؛ لأن الحق يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع دوامه؛ لأن الحق يشبه الحقيقة، فيكون موجودًا من وجه، عدمًا من وجه، فوقع الشك في كونه مانعًا، فلم يصح ابتداؤه بالشك، ولم ينقطع دوامه بالشك لشبهة العدة يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع بقاءه، كالمرأة إذا وطئت بالشبهة حتى وجبت عليها العدة لا يرتفع النكاح.

(باب النكاح في العقود المتفرقة)

وإذا تزوج أربعا بالكوفة في عقده، ثم طلق إحداهن بمكة، وتزوج مكية، ثم طلق إحدى نسائه بالطائف، وتزوج طائفية، ثم مات قبل البيان ولم يدخل بواحدة منهن، فللطائفية مهر كامل وربع ميراث النساء، وللمكية ربع ما بقي من ميراثهن، وسبعة أثمان المهر، وللكوفيات الأربع ما بقي من ميراث النساء، وثلاثة مهور وثمن مهر بينهن بالسوية.

أما المهر؛ فلأن هذا الرجل تزوج ستًّا، فيلزمه ستة مهور، وطلق ثنتين قبل الدخول، فسقط مهر، فبقي خمسة مهور للطائفية مهر كامل؛ لأن نكاحها صحيح، ولم يوجد بعد نكاحها طلاق وللمكية سبعة أثمان مهر؛ لأنه وجد بعد نكاحها طلاق، فسقط به نصف مهر موزعًا على الأربع فأصابها ربع النصف، وذلك ثمن الكل بقي ثلاثة مهور وثمن مهر بين الكوفيات لاستواء منازعتهن فيه، وقد وقع

الكسر في الثمن، فيجعل كل مهر ثمانية، فيصير الكل خمسة وعشرين، وذلك لا يستقيم على أربعة فيصير به في أربعة، فيصير مائة لكل واحدة اثنان وثلاثين، وجميع المهور خمسة.

فصار الكل مائة وستين للطائفية مهر، وذلك اثنان وثلاثون، وللمكية سبعة أثمان مهر، وذلك ثمانية وعشرون يبقى مائة بين الكوفيات لكل واحدة خمسة وعشرون.

وأما الميراث: فللطائفية ربع الميراث؛ لأنه لا يزاحمها إلا ثلاث نسوة، وهي رابعة نسائه، وللمكية ربع ما بقي؛ لأنه لا يزاحمها إلا ثلاث من الكوفيات؛ لأن الرابعة كانت مطلقة يوم تزوجها، وما بقي بعد الكوفيات الأربع لاستوائهن فيه؛ لأن المطلقة منهن مجهولة، فتساوين في الاستحقاق ويستقيم الحساب من أربعة وستين للطائفية ربعها، وهي ستة عشر وللمكية ربع ما بقي وهي اثنا عشر، وللكوفيات ستة وثلاثون لكل واحدة تسعة، وعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة؛ لأن الطائفية توفي عنها زوجها بيقين، ومن سواها احتمل أن تكون مطلقة، وغير مطلقة فاحتمل وجوب العدة، فيحتاط للوجوب.

فإن طلق إحدى نسائه بعد نكاح الطائفية والمسألة بحالها فللطائفية تسعة أثمان مهر وربع ميراث النساء؛ لأنه سقط نصف مهر موزعا عليها وعلى ثلاث معها، فأصابها ربع النص فهو ثمن الكل، ولها ربع الميراث؛ لأنه لا يزاحمها إلا ثلاثة، وللمكية ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر؛ لأنه بالطلاق الأخير سقط ثلاثة أرباع نصف مهر موزعا عليها وثلاث من الكوفيات، فيسقط من المهر المكية ربع ذلك، وهو ثلاثة لما ذكرنا أن كل مهر اثنان وثلاثون، فثلاثة أرباع النصف اثنا عشر وربع ذلك ثلاثة، وقد كان سقط من مهرها بالطلاق الثاني ثمن مهر، وذلك أربعة فيكون الكل سبعة تبقى خمسة وعشرون من اثنين وثلاثين.

وذلك ستة أثمان مهر وربع ثمن مهر، ولها ربع ما بقي من الميراث؛ لأنه لا يزاحمها إلا ثلاثة وللكوفيات مهران، وسبعة أثمان مهر غير ربع ثمن مهر ولها ربع ما بقي من الميراث؛ لأنه لا يزاحمها إلا ثلاثة، وللكوفيات مهران وسبعة أثمان مهر

غير ربع ثمن مهر؛ لأنه سقط من مهورهن بالطلاق الأول نصف مهر، وذلك ستة عشر بالطلاق الثاني ثلاثة أثمان مهر، وذلك اثنا عشر وبالطلاق الثالث ثمنان وربع ثمن مهر، وذلك تسعة، فجملته سبعة وثلاثون، وذلك مهر وثمن مهر وربع ثمن ومهورهن أربعة، فمتى سقط هذا القدر بقي مهران وسبعة أثمان مهر غير ربع ثمن مهر، وذلك أحد وتسعون انكسر ذلك عليهن بالربع، فتضرب أربعة في مائة وأربعة وأربعين؛ لأنه سقط نصف مهر بالطلاق، فصار خمسمائة وستة وسبعين فمنه يستقيم سهام المهور عليهن، ولهن الباقي من الميراث، وتخرج المسألة من أربعة وستين.

ولو تزوج امرأة في عقده وثنتين في عقده، وثلاثة في عقده، ولا يعلم الأولى فنكاح الواحدة صحيح بكل حال ولها المسمى، والبيان إلى الزوج في الفريقين الآخرين حال موتهما أو حياتهما، فعلًا أو قولا، فمن ظهر فساد نكاحها، فلا مهر ولا ميراث لها، ويجبر الزوج على البيان، ويمنع عنهن غير الواحدة حتى يتبين؛ لأن نكاح أحد الفريقين فاسد، والزوج أعلم بسبق نكاح إحداهما، والمهر يجب عليه فكان البيان إليه، فإن مات ولم يبين فللواحدة من الميراث سبعة أسهم من أربعة وعشرين؛ لأنه إن صح نكاحها مع الثلث فلها ربع الميراث.

وإن صح مع الثنتين فثلثه وأقل حساب له ثلث وربع اثنا عشر، فلها في حال ثلاثة، وفي حال أربعة وثلاثة واجبة بيقين، والسهم الزائد مشكوك فيه فينصف وانكسر بالنصف فيضعفه، فصار أربعة وعشرين ويضعف ما كان لها وهو ثلاثة ونصف، فصار سبعة والباقي بين الفريقين نصفان عند أبي حنيفة.

وعندهما من الباقي للثلاثة تسعة أسهم وللثنتين ثمانية.

فمحمد يعتبر الأحوال ويقول: إن صح نكاح الثلاث مع الواحدة، فلهن ثمانية عشر.

ولو لم يصح لا شيء، فينصف فيكون لهن تسعة.

وإن صح نكاح الثنتين مع الواحدة فلها ستة عشر.

وإن لم يصح فلا شيء، فينصف.

وأبو يوسف يعتبر طريقة المنازعة، ويقول: إن ما زاد على ستة عشر وهو بينهم لا منازعة للثنتين فيه فيسلم للثلاثة من غير منازعة بقيت ستة عشر استوت منازعتهما، فينصف.

وأبو حنيفة رحمه الله يعتبر القسمة على طريق المنازعة أيضًا، ويقول: بأن الواحدة لما أخذت حقها وخرجت من الدين سقط اعتبارها، فبقي الفريقان كل واحد يقول جميع البقية لي، فينصف، وهذا لأن سبب الاستحقاق هذا السهم وجد في حق الثنتين؛ لأن الزوجية سبب لاستحقاق كل ميراث الزوجات، وإنما لا يثبت الاستحقاق في الكل لمزاحمة الواحدة، فإذا لم تزاحمها الواحدة في هذا السهم ظهر استحقاقهما فيه، وللثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر.

أما على طريقة الأحوال إن صح نكاح الثلاث، فلهن ثلاثة مهور.

وإن لم يصح فلا شيء فينصف.

وإن صح نكاح الثنتين فلهما مهران.

وإن لم يصح نكاح أحد الفريقين، فأكثر ما يجب للفريقين ثلاثة مهور ناقلة مهران فمهران واجب بيقين ومهر يجب في حال دون حال، فينصف فيجب مهران ونصف، ثم نصف مهر لا يدعيه ثنتان، ويدعيه الثلاث فيسلم لهن مع مهر إن استوت منازعة الفريقين فيهما، فيكون بينهما ويجب للفريقين الأقل من مهر المثل، والمسمى إن كان المسمى أقل يجب هو.

وإن كان أكثر يجب مهر المثل ونصف الفصل من المسمى؛ لأن قدر مهر الليل واجب بيقين والزيادة إلى تمام المسمى تجب في حال إن صح نكاحهما، ولا تجب في حال إن لم يصح، فينصف ويجب عدة الوفاة احتياطا.

وإن كان بعد الدخول فعلى الواحدة عدة الوفاة لصحة نكاحها بكل حال، وعلى الفريقين الاعتداد بأبعد الأجلين، وهو أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض؛ لأن كل فريق إن صح نكاحها فعليها عدة الوفاة.

وإن لم يصح فعليها العدة بالحيض فجمعنا بين العدتين احتياطا، وإن

كان إحدى الثلاث أم إحدى الثنتين، فكذلك الجواب قبل هذا الجواب، إنما يصح إذا علم أن نكاح الواحدة كان متقدما على نكاح الفريقين، أو كان متخللا بينهما.

فأما إذا لم يعلم ذلك لا يصح هذا الجواب بجواز أن يكون نكاح الواحدة متأخر عن الفريقين، فلا يصح نكاحهما؛ لأنها تكون خامسة نسائه؛ لأن نكاح واحدة من الفريقين.

أما الأم أو البنت لا يصح وصح نكاح البواقي، فتكون الواحدة خامسة نسائه.

والجواب الصحيح: أن يقسم الميراث على ثمانية وأربعين بينهما للواحدة منها سبعة؛ لأن نكاحها إن كان قبل الثنتين، أو بعدهما فهي ثالثة نسائه فلها ثلث الميراث ستة عشر.

وإن كان نكاحها قبل الثلاث، أو بعدهن فهي رابعة نسائه فلها ربع الميراث اثنا عشر، فاثنا عشر كانت في الحالين وقع الشك في الزيادة وهي أربعة، فينصف فلها أربعة عشر.

وإن كان نكاحها متأخرًا عن نكاح الفريقين فلا شيء لها، فإذا يجب لها أربعة عشر في حال، ولا يجب في حال فينصف، فصار سبعة، وللأجنبية التي مع البنت عشرة؛ لأنه إن كان نكاحهما أولا، فللأجنبية أربعة عشر؛ لأن لها مع الواحدة ثلث الميراث ستة عشر؛ لأنها ثالثة نسائه ولها مع الثلث ربع الميراث اثنا عشر؛ لأنها رابعة نسائه، فتنصف الزيادة وكان لها أربعة عشر.

وإن كان نكاحها بعد الثلاث والواحدة فلا شيء لها فينصف، فيكون لها ستة في حالة التأخير وأربعة عشر في حال التقدم، فتنصف الزيادة على الستة وهي ثمانية فيصير عشرة وللابنة سبعة؛ لأن لها أربعة عشر في حالة التقدم كالأجنبية، ولا شيء لها في حال تأخر نكاحها على الثلاث؛ لأنه لا يصح نكاح البنت بعد نكاح الأم، فينصف الأربعة عشر فصار لها سبعة، وللأجنبيتين اللتين مع الأم ثمانية عشر؛ لأنه إن كان نكاح الثلاث بعد الثنتين لا غير فلها نصف الميراث أربعة وعشرون.

وإن كان بعد نكاح الكل فلا شيء لهما، فينصف.

وإن كان لها اثنا عشر في حال التأخر، وفي حال تقدم نكاح الثلاث على الكل

لها أربعة وعشرون، فتنصف الزيادة وهي اثني عشر، فصار لهما ثمانية عشر وللأم ستة؛ لأن لها ربع الميراث اثنا عشر إن كان نكاح الثلاث متقدما على نكاح الثنتين.

وإن كان متأخرًا فلا شيء لها وكان لها النصف وهو ستة.

وأما المهور فللواحدة نصف المهر؛ لأن نكاحها يصح في حالين ولا يصح في حال وهو ما بعد نكاح الفريقين، وأحوال الإصابة حالة واحدة في رواية الأصل، فينصف وللتي مع البنت ثلاثة أرباع المهر؛ لأن نكاحها إن كان بعد الثلاث فلها مهر.

وإن كان بعد الثلاث والواحدة، فلا شيء فينصف.

وإن كان نكاحها قبل الكل فلها مهر، ففي حال التقدم لها مهر، وفي حال التأخر نصف المهر فتنصف الزيادة على نصف المهر، فلها ثلاثة أرباع وللابنة نصف المهر؛ لأن لها مهرين كان نكاحها أولا.

وإن كان بعد نكاح الثلاث فلا مهر لها، فينصف وللتين مع الأم مهر ونصف؛ لأنه إن كان نكاحهن أولا وبعد الثنتين فلها مهر.

وإن كان بعد الثنتين والواحدة فلا شيء لهما، ففي حال التأخر لها مهران في حال، ولا شيء في حال فينصف فلها مهر، وفي حال التقدم كان لها مهران فتنصف الزيادة، فوجب لها مهر ونصف، وللأم نصف مهر لما عرف.

فإن كانت إحدى الثلاث أمة والبنتان حرتان، وقد تزوج الواحدة فلهن فللحرة المنفردة مهر وثلث ميراث النساء، ولكل فريق، ونصف ما بقي من ميراث النساء، ومهران بينهما؛ لأن نكاح الواحدة صحيح بيقين، ولا يصح بعدها؛ لأن نكاح إحدى الطائفتين، إما الثنتين أو الثنتين من الثلاث؛ لأن نكاح الأمة لا يصح ونكاح كل ثنتين يصح في حال ولا يصح في حال، فينصف حقهما.

وإن كانت إحدى الثنتين أمة والثلاث حرائر، فلا شيء للأمة، والميراث بين الحرائر الخمس على أربعة أسهم للثلاث سهم ونصف، وللثنتين سهمان ونصف.

وأما المهر فللثلاث مهر ونصف وللثنتين مهر ونصف؛ لأن نكاح الأمة فاسد

بيقين، فكان هذا بمنزلة من تزوج ثلاثا في عقدة وواحدة في عقدة، ولا تدري الأولى فتخريجه على طريقة محمد، يقول إن نكاح الثلاث أولًا، فلهن ثلاثة مهور.

وكذلك إن كان متخللا بين المنفردتين.

وإن كان بعدهما فلا شيء لهن، ففي حالين لهن ثلاثة مهور، وفي حال لا شيء، وأحوال الإصابة حالة واحدة؛ لأن المستحق من وجه لا يستحق من وجه آخر في تلك الحالة، فصار كأنه يجب في حال دون حال فيجب مهر ونصف؛ لأنه إن صح نكاح الثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث؛ لأنه لا تزاحمها واحدة.

وإن لم يصح فلا شيء فينصف، فيجب سهم ونصف.

وأما المنفردتان: إن صح نكاح إحداهما مع الثلاث فلهما ربع الميراث.

وإن صح نكاحهما بأن تقدم على الثلاث فلهما الكل، ففي الربع يقين وفي الزيادة شك فينصف، فيكون لهما سهمان ونصف.

ولو تزوج واحدة في عقدة وثنتين في عقدة وثلاثا في عقدة وأربعا في عقدة، ثم مات قبل البيان فميراث النساء بين الثنتين، والثلاث، والأربع أثلاثا؛ لأن الواحدة لا تنفرد بجواز نكاحها بحال؛ بل يجوز نكاحهما مع الثنتين أو الثلاث، فلم تعتبر منفردة، فتأخذ الواحدة ثلث ما في يد الثنتين وربع ما في أيدي الثلاث؛ لأن نكاحها يصح مع كل واحد من الفريقين أقوى حالًا فهي وتخريجه على قول أبي يوسف أن الواحدة لا تدعي جميع الميراث لنفسها بحال.

وإنما تدعي مع الثنتين أو الثلاث، فلا يعتبر فرقة بحالها وما عداها كل فرقة تدعي جميع الميراث لنفسها، فيقسم بينهن أثلاثا، ثم يأخذ الواحدة من الثنتين سدس ما في أيديهما، ومن الثلاث ثمن ما في أيديهن.

يقول: إن صح نكاحي مع الثنتين فلي ثلث ما في أيديهما.

وإن لم يصح فلا شيء فينصف، فلها نصف الثلث وهو سدس ما في أيديهما.

وإن صح نكاحي مع الثلاث فلي ربع ما في أيديهن.

وإن لم يصح فلا شيء فينصف، فكان لها ثمن ما في أيديهن وتخرج المسألة

من اثنين وسبعين لحاجتنا إلى حساب له ثلث ولثلاثة ثمن وسدسان، وأقله ذلك، ولا تأخذ الواحدة من الأربع شيئًا؛ لأنه لا يصح نكاحها مع الأربع بحال.

وأما عند محمد للأربع مهر وثلث؛ لأنه يصح نكاحهن في حال ولا يصح في حالين وأحوال الحرمان أحوال؛ لأن الحرمان يثبت بجهات وأسباب، فيجب لهن ثلث أربعة مهور وهو مهر ثلاث، وللثلاث مهر؛ لأنه يصح نكاحهن في حال ولا يصح نكاحهما في حال وأحوال الإصابة واحدة، فصار كأنه يصح في حال ولا يصح في حال.

وتخريجه على قول أبي يوسف يقول: أكثر ما لهن أربعة مهور وأقله ثلاثة فوقع الشك في المهر الزائد، فينصف فلهن ثلاثة مهور ونصف، ثم للثنتين من ذلك خمسة أسداس مهر وللثلاث مهر ونصف سدس مهر، وللأربع مهر ونصف سدس مهر وثلاثة أثمان مهر؛ لأنه لا منازعة للثنتين في نصف المهر؛ لأن أحسن أحوالهما أن يكون نكاح الواحدة معها فلهن ثلاثة مهور فسلم ذلك للأربع والثلاث، إلا أن الأربع يدعين نصف المهر على كل حال، والثلاث يدعيه في حال إن كان نكاح الواحدة معهن؛ ولأنه عينه إن لم يكن.

ولو كانت لهن منازعة من كل وجه كان لهن نصف ذلك النصف، فإذا كانت المنازعة من وجه دون وجه كان لهن ربع النصف وثلاثة أرباعه الأربع.

وأما المهور الثلاثة استوت منازعة الثلاث والأربع فيه، وللثنتين منازعة فلها نصف ثلث المهر الثالث، وهو السدس يبقى خمسة أسداسه بين الأربع والثلاث نصفان بقي المهر إن استوت منازعة الكل فيه، فيكون بين الفرق أثلاثا، ثم يأخذ الواحدة من الثنتين سدس ما في أيديهما؛ لأنه يقول للثنتين إن كان نكاحي معلما فلي ثلث ما في أيديكما.

وإن لم يكن فلا شيء، فيأخذ نصف الثلث ويأخذ من الثلاث ثمن ما في أيديهن لما بينا، فإن كانت إحدى الأربع أمة فنكاحها فاسد بيقين، ولا مهر ولا ميراث لها، والميراث بين الحرائر على أربعة وعشرين للواحدة ستة أسهم وثلثا سهم؛ لأنه إن كان نكاحها مع الثنتين فلها ثلث الميراث ثمانية وإن كان إحدى الثلاث فلها ربع

الميراث ستة وستة لها بيقين، وسهمان لها في حال وليس لها في حالين فسكت، فيكون لها ثلث سهمين وسبعة عشر وثلث بين الفرق الثلاث أثلاثا عند أبي حنيفة.

وعندهما: ستة عشر بين الفرق الثلاث أثلاثا وسهم للفريقين سوى الثنتين وقد بينا الوجه فيما مضى.

وأما المهور فعند أبي يوسف لهن ثلاثة مهور ونصف؛ لأن أكثر ما لهن أربعة مهور وأقله ثلاثة فثلاثة متيقن.

والرابع مشكوك فيه فينصف للواحدة مهر لصحة نكاحها بكل حال وللثنتين ثلثا مهر؛ لأنه لا دعوى لهما في نصف المهر فهو بين الثلاث والثلث لاستواء دعواهما فيه بقي مهر إن استوت دعاوى الفرق الثلاث فيهما فيكون بينهن، فحصل للثنتين ثلثا مهر ولكل فريق من الثلاث مهر إلا نصف سدس مهر.

وعند محمد لهن ثلاثة مهور وثلثا مهر للواحدة مهر لما بينا، وللثنتين ثلثا مهر؛ لأن نكاحهما يصح في حال، ولا يصح في حالين فوجب مهر واجب، فإن طلق ثنتين منهن لا بعينهما، ثم مات قبل البيان.

عند أبي يوسف سقط مهر بالطلاقين، وبقي مهران ونصف يقسم على وجه المنازعة للواحدة ثلثا مهر وربع سدس مهر؛ لأنه إن كان نكاحها مع الثنتين سقط من مهرها الثلث.

وإن كان مع الثلث فالربع، فيجعل مهر اثني عشر، فثلثا بثمانية ثابت لها بيقين، وقع الشك في سهم إلى تمام ثلاثة أرباع يجب في حال دون حال فينصف، فلها ثمانية ونصف وهو ثلثا مهر وربع سدس مهر ومهر وثلث بين الفرق الثلاث لاستوائهن في منازعته يبقى ثلث مهر وثلاثة أرباع سدس مهر للثلاثين؛ لأنه خارج عن دعوى الواحدة والثلاثين؛ لأنه إن صح نكاحهما مع الواحدة فلها مهران، وبالطلاقين سقط ثلثا مهر أيهما، فتكون منازعتهما في مهر وثلث لا فيما زاد على ذلك.

وعند محمد: للواحدة ثلثي مهر وربع سدس مهر.

كما قال أبو يوسف: وللثنتين ثلث مهر وثلث ثلث مهر؛ لأن نكاحهما يصح في حال ولا يصح في حالين.

ولو صح في كل حال فلهما مهر وثلث.

ولو لم يصح فلا يصح فلا شيء فلهما نصف ذلك، ولكل ثلاث ثلاثة أرباع مهر؛ لأن نكاح كل ثلاث يصح في حال دون حالين، وكان لهن قبل الطلاق مهران وربع فسقط ثلثاه، وهو مهر ونصف يبقى ثلاثة أرباع مهر، فيكون جملته مهرين ونصف مهر، وثلث ثلث مهر، وربع سدس مهر.

ولو تزوج امرأة وابنتها في عقد متفرقة ومات قبل البيان يجب مهر واحد، فنصفه للأم ونصفه للبنتين بينهما عند أبي حنيفة.

وعندهما: المهر بينهن أثلاثا. وكذلك الميراث.

لهما: أن كل نكاح صحيح إن سبق فاسد أو تأخر فاستوين في الاستحقاق كما لو تزوج ثلاث أخوات في عقد.

له: أن نكاح الأم لا يفسد لمعنى العدد، فإن الجمع بين ثلاث نسوة جائز، وإنما يفسد لمعنى الأمية والبنتية، والبنتية متحدة فجعلناهما كشخص واحد ضرورة اتحاد المفسد من جانبهما؛ لأن العبرة بالمعنى، فصار كأنه يصح نكاح الأم في حال ولا يصح في حال، فينصف الواجب.

وهما استشهدا بما لو تزوج امرأة وأمها وابنتها، فالمهر والميراث بينهن أثلاثا، قيل: ذلك قولهما.

فأما عند أبي حنيفة: نصف المهر والميراث بينهن أثلاثا قبل ذلك للجدة ونصفها للبنت والناقلة، فإن متن جميعًا فولاية البنات للزوج باقية، فإن مات قبل البيان فله ثلث ميراث الزوج من كل وجه، ولكل واحدة ثلث ما سمى من المهر؛ لأن المهر الواجب واحد، فيكون بينهن والميراث يستحق عليهن أثلاثا، قيل: هذا قولهما.

فأما عند أبي حنيفة يجب أن يكون ميراث الزوج نصفين نصفه من الأم، ونصفه من الابنتين في عقدة، فنكاحهما باطل والأم امرأته، فإن كان دخل بهن، ثم مات ولا يدري بأيهن دخل أولًا، فللأم مهر استحسانًا وفي القياس مهر وربع؛ لأنا تيقنا

بوجوب مهر واحد لها جامعها أولًا وآخرًا، وشككنا في نصف مهر يجب إن جامعها آخرًا، ولا يجب إن جامعها أولًا، فينصف. وجه الاستحسان أن أمر المسلم يجب حمله على الصلاح، فيحمل على أنه وطئ الأم قبل وطء البنات، ليكون وطء الأم حلالا، فلم يجب لها إلا مهر واحد، فإن تزوجهن في عقد، ولم يدخل، وقال: إحداكن طالق فهذا باطل؛ لأن زوجته واحدة، فقد جمع بين زوجته وأجنبيتين في الإضافة، فلغت الإضافة.

ولو قال: إحدى نسائي طالق وقع على امرأته منهن؛ لأنها هي المضافة إليها نكاحًا ووجب عليه نصف مهر بينهن، ولا ميراث لهن؛ لأن الزوجية ارتفعت قبل الدخول، وإن تزوجهن في عقدة، وفيهن أمة جاز نكاح الأمة؛ لأن نكاح الحرتين فاسد.

وإن كان فيهن أمتان جاز نكاح الحرة، كما لو جمع بين حرة وأمة إحداهما بنت الأخرى جاز نكاح الحرة، والله أعلم.

(باب نكاح أهل الذمة)

كل نكاح جاز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة، وكل نكاح حرم بين المسلمين، فهو منقسم على نكاح فسد بين المسلمين لفقد شرطه كالنكاح بغير شهود، ونكاح معتدة الكافر يجوز في حقهم إذا دأبوا بجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله، ويقران عليه بعد الإسلام.

وقال زفر: لا يجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز النكاح بغير شهود، ولا يجوز النكاح بالمعتدة، ويفرق بينهما بعد الإسلام.

لزفر: أنهم بعقد الذمة التزموا، ولا يجوز النكاح بالمعتدة، ويفرق بينهما بعد الإسلام.

لزفر: أنهم بعقد الذمة التزموا أحكامنا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**فإن قبلوا**

الذمة فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين"[١] وهذا النكاح حرام في الإسلام، فكذا في الذمة إلا أنهم يتركون، وذاك كما يزكوا على عبادة الأصنام والنار.

لهما: أن النكاح بغير شهود كان جائزا في الأمم الماضية مطلقا، وهو مجتهد بيننا، فيترك وما يدينونه؛ لأنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، فلم يثبت الفسخ في حقهم لإنكارهم الفسخ فوقع جائزا كما قبل ورود شرعنا والنكاح في مدة العدة، بناء على أن لا عدة في الذمية عنده حتى لا يثبت المراجعة إلا إذا طلقها بعد الدخول، ولا يثبت نسب الولد إلا إذا جاء لأقل من ستة أشهر.

وعندهما عليها العدة؛ لأن ماء الكافر محترم بدليل أنها لا تزوج إذا كانت حاملا صيانة لمائه.

له: أن ماءه غير محترم في حقنا لنفسه؛ لأن جزءه لا يربو على حكم كله، فلم تجب العدة صيانة لمائه عن الخلط كما الزنا، وكل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم، والجمع بين خمس نسوة، والجمع بين الأختين لا يجوز عندهما، واختلفوا على قول أبي حنيفة.

قال مشايخنا: بأنه يقع جائزا.

وقال مشايخ العراق: يقع فاسدًا. وجه قول مشايخ العراق أن ديانتهم لا تصح، إذا لم تعتمد شرعًا حاكمًا كديانتهم اجتماع رجلين على امرأة واحدة، وديانتهم نكاح المحارم لا تعتمد شرعا ما؛ لأن نكاحهن لم يكن مشروعًا في شريعة آدم إلا لضرورة إقامة النسل حال عدم الأجانب، وهم يدينون جوازه في غير حالة الضرورة حال كثرة الأجانب، وهذا لم يكن مشروعا، فلا يمكن الحكم بالجواز بديانتهم.

وجه قول مشايخنا: أن نكاح المحارم كان مشروعا في شريعة آدم حال عدم

---

(١) أخرجه البخاري (١/١٥٣، رقم ٣٨٥)، وأبو داود (٣/٤٤، رقم ٢٦٤١)، والترمذي (٥/٤، رقم ٢٦٠٨) وقال: حسن صحيح غريب. والنسائي (٧/٧٦، رقم ٣٩٦٧)، وابن حبان (١٣/٢١٥، رقم ٥٨٩٥)، والدارقطني (١/٢٣٢)، والبيهقي (٢/٣، رقم ٢٠٣١). وأخرجه أيضًا: الضياء (٥/٢٧٧، رقم ١٩١٣).

الأجانب، ولم يثبت الفسخ حال كثرة الأجانب في حقهم؛ لأنهم منكرون الفسخ، فكان مشروعا في غير حالة الضرورة، فقد اعتمد ديانتهم جواز ما كان مشروعا.

وقد أنكروا الفسخ فلم يثبت في حقهم؛ لأنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، ولهذا لم تثبت حرمة الخمر في حقهم، وإنما لا يتوارثونه؛ لأن نكاح المحارم في شريعة آدم لم تثبت كونه شيئًا لاستحقاق الميراث في دينه، فلا يصير شيئًا للميراث بديانتهم؛ لأنه لا عبرة لديانتهم إذا لم يعتمد شرعا ما، فإن أسلما أو أحدهما يفرق بينهما بالإسلام؛ لأن النكاح وقع فاسدا عندهما، وعند مشايخنا.

وإن وقع جائزا إلا أنه فسد لقيام المحرمية بعد الإسلام؛ لأن طرآن المحرمية على نكاح صحيح يوجب الفساد في الإسلام كالمقارن.

فأما إذا طلب أحدهما التفريق قبل الإسلام لم يفرق عند أبي حنيفة؛ لأن ديانة أحدهما لا تكون حجة لإبطال حق على الغير، حتى لو كانت امرأة الذمي مطلقة ثلاثا، وطلبت التفريق يفرق بينهما بالإجماع؛ لأن هذا التفريق لا يتضمن إبطال حق على الزوج؛ لأن الطلقات الثلاث قاطعة كمال النكاح في الأديان كلها، فقد انقطع ملكه عن المرأة بالثلاث، فلا يشترط رضاه لإثبات ولاية التفريق للقاضي بخلاف مرافعة حال قيام المحرمية؛ لأن التفريق حال قيام النكاح يتضمن إبطال حق على الآخر، فيشترط رضا صاحبه لإبطال حقه.

وعندهما: يفرق إلا في النكاح بغير شهود؛ لأن النكاح وقع فاسدا عندهما، فيجب على القاضي رفعه ونقضه حقا للشرع.

وإن طلب التفريق بالإجماع؛ لأنهما رضيا بإبطال حقهما، وولاية التفريق للقاضي لا تثبت إلا برضاء الخصمين، والتحكم قبل الإسلام، فإن القاضي حكم في حقهما بدليل أنه لا يفرق إلا بعد وجود الرضاء من أحدهما، فإن قبل الإسلام لا يجب التفريق بسبب الفساد؛ لأنه لا يفسد العقد عند أبي حنيفة بطلب أحدهما، ولا بطلبهما بدليل أنهما إذا رجعا عن ذلك تركا وذاك، وإنما تثبت ولاية التفريق برضاهما وقد وجد وإن لم يطلب التفريق لا يفرق بينهما خلافًا لأبي يوسف وزفر لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وإنا نقول: بأنا أمرنا

وتركهم وما يدينون إذا أعطوا الجزية، وهذا هو حكم الله تعالى إلا في مواضع تفرق من غير مرافعة بأن يخلعها، ثم يقيم معها من غير عقد، أو يطلقها ثلاثا، ثم تزوجها قبل التزويج بآخر؛ لأنه زنا؛ لأن الذمي يعتقد كون الطلاق مرسلا للنكاح، وهو حرام في الأديان كلها يحدون به.

وكذا لو تزوج كتابية في عدة مسلم صيانة لماء المسلم ذمي تزوج ذمية بلا مهر، ثم أسلما، فإن دأبا وجوب المهر كانا بمنزلة المسلمين.

وإن لم يدينا وجوب المهر، فلا مهر لها عند أبي حنيفة.

وعندهما: لها المهر.

ولو تزوج حربي حربية بلا مهر، ثم أسلما فلا مهر لها بالإجماع.

لهما: أنهم التزموا أحكامنا ومن حكمنا لا نكاح إلا بمهر، وهذا لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن حد أو مهر، ثم لو تناول البضع بالسفاح وجب الحد على الذمي.

وإن لم يدن وجوبه، فكذا إذا تناول البضع بالنكاح يلزمه المهر.

وإن لم يدن وجوبه بخلاف الحربي، فإنه لم يلتزم أحكامنا. له: إن وجوب المهر إن كان حق الله تعالى فهما لا يؤاخذان به.

وإن كان حقهما فهي تدين بتركه ورضيت بأن لا يجب، فلا معنى للإيجاب.

ولو تزوج على خمر أو خنزير عينا، أو دينا وجب المسمى؛ لأنه مال متقوم في حقهم كالخل والشاة في حقنا.

وإن تزوج على ميتة فلها مهر مثلها؛ لأنه ليس بمال قيل: ينبغي أن لا يجب مهر المثل عند أبي حنيفة؛ لأن تسمية ما ليس بمال بمنزلة نفي التسمية لا بمنزلة السكوت عن التسمية كما في البيع لو باع بميتة أو دم لا ينعقد كما لو باع بغير ثمن.

ولو تزوجها على أن لا مهر لها لا يجب مهر المثل عنده، وقيل هذا محمول على ما إذا كانوا يدينون وجوب مهر المثل حالة النفي، ومتى دأبوا وجوب مهر المثل حالة النفي وجب مهر المثل بالإجماع، وإنما الخلاف فيما إذا لم يدينا وجوب مهر المثل حالة النفي وجب مهر المثل بالإجماع.

ولو تزوج على خمر أو خنزير عينا، ثم أسلما أو أحدهما فلها قبض ما سمي عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: لها مهر مثلها إن دخل بها.

وإن لم يدخل فالمتعة.

وقال محمد: القيمة يوم التزويج إن كان دخل بها.

وإن لم يدخل فنصف القيمة. لمحمد إن قبض المهر المعين مؤكد للملك؛ لأن ملكها قبل القبض واهٍ، وإنما يتأكد بالقبض، ولهذا لو هلك عند الزوج كان الهلاك عليه، فصار للقبض شبهة ابتداء الملك، فيمتنع بالإسلام.

ولو تعذر القبض بالهلاك وجبت القيمة، فكذلك بالإسلام لأبي يوسف أن للقبض شبهًا بالعقد؛ لأن الصداق إن كان بعينه، فالقبض إن لم يفد ملك التصرف؛ ولكنه يقبل الضمان من الزوج كالعقد يوجب الضمان.

ولو وجد إسلامهما حالة العقد يجب مهر المثل، فكذلك حالة القبض لأبي حنيفة الملك في المهر المعين تام قبل القبض؛ لأن ملك التصرف لها ثابت قبل القبض، وإنما بقي لها صورة اليد، ولا بأس بها بعد الإسلام إذا لم يتضمن ملكًا كما لو كان المغصوب خمرًا لا يمتنع استرداده بإسلام المغصوب منه، فكذا هذا.

وإن لم يكن عينا وجبت قيمة الخمر ومهر المثل والخنزير إذا دخل بها، وإلا فالمتعة عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: مهر المثل فيها، وإن لم يدخل فالمتعة.

وعند محمد: القيمة فيهما لأبي يوسف أن الصداق إذا لم يكن عينا، فالقبض يفيد لها ملك التصرف مع غير الزوج، فكان له مشابه بالعقد.

ولو وجد الإسلام كذا العقد وجب فيهما مهر المثل، فكذا إذا وجد لدى القبض.

لهما: أن القبض يثبت الملك في العين والمسلم ممنوع عنه، فقد عجز عن تسليم عين الخمر، فيلزمه تسليم قيمتها، وفي الخنزير هكذا قياسًا، وهو قول محمد؛ لأنه إن عجز عن تسليم عينها لم يعجز عن تسليم قيمتها؛ لأن الإسلام لا يمنع تسليم قيمة الخنزير، وقبضها إلا أن أبا حنيفة استحسن وأوجب مهر المثل، كما

عجز عن تسليم عينه عجز عن تسليم قيمته؛ لأن قيمته كانت واجبة قبل الإسلام كما مر أن من تزوج امرأة على حيوان يجب عليه الوسط منه أو القيمة.

وإذا كانت القيمة واجبة بالعقد تبعًا للعين، فإذا سقط اعتبار العين سقطت القيمة تبعا له، فأوجبنا مهر المثل بخلاف الخمر؛ لأن قيمتها لم تكن واجبة قبل الإسلام؛ لأنها من ذوات الأمثال، ويجوز نكاح النصراني المجوسية، أو اليهودي النصرانية؛ لأن الكفر كله ملة واحدة؛ لأن اسم الكفر يجمعهم، والولد يتبع الكتابي.

وعند الشافعي: يتبعهما.

والصحيح قولنا؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين دينا، والكتابي خير الأبوين دينًا من المجوسي، حتى يحل ذبيحته ومناكحته، ولا يحل ذبيحة المجوسي ومناكحته، فكان الأنظر والأنفع للولد أن يجعل تابعًا للكتابي ليكون أقرب إلى المسلمين في حق الأحكام، كالولد بين مسلم وكافر، ولا كفاءة فيما بين أهل الكفر؛ لأنه لا عبرة لنقص آخر مع نقيصة الكفر؛ لأنه أصل التقابض، فيسير كأن سرف لبني آدم.

ولو تزوج ذمي مسلمة فرق بينهما؛ لأنه وقع فاسدًا.

ولو أسلم أحد الزوجين وهما كتابيان لم يفرق؛ لأن ابتداء النكاح بينهما جائز، فالبقاء أجوز.

وإن كانا مجوسيين عرض الإسلام على الآخر، فإن أسلم وإلا فرق بينهما عندنا.

وعند الشافعي: إن كان قبل الدخول يبين للحال.

وإن كان بعده يبين بعد انقضاء العدة.

لنا: أن الفرقة لا بد لها من سبب فارق والإسلام لا يصلح فارقًا؛ لأنه عاصم للأملاك مؤكد للحقوق، فلا يجوز أن يكون مبطلًا للملك ولا الكفر؛ لأنه لا يمنع انعقاد النكاح، فأولى أن لا يرفعه إلا أن يكون أحدهما لما أصر على الكفر صار ظالما؛ لأنه بإصراره على الكفر حرم الاستمتاع بينهما، ويبقى الآخر معلقا مظلومًا، والقاضي نصب لدفع الظلم، فطريق دفعه هو الدعاء إلى الإسلام، فإن أسلم الآخر ترتفع الحرمة.

وإن أبى يفرق بينهما دفعًا للظلم، ومع تفريق القاضي تنجز الفرقة كما في الجبّ

والعنّة، فإن أسلم الزوج وأتت المرأة لم تكن الفرقة طلاقا؛ لأن الفرقة جاءت بمعنى من جهتها، وهو إباء الإسلام، فإن حرمة المتعة مضافة إلى كفرها، ولهذا سقط الصداق كله إذا كان قبل الدخول بها، والمرأة لا تملك الفرقة بالطلاق وأحكام النكاح ثابتة ما لم تفرق.

وإن أسلمت المرأة وأبى الزوج وفرق تكون الفرقة طلاقا ثابتا عندهما.

وعند أبي يوسف: تكون فرقة بغير طلاق لأن الإباء معنى يقع به؛ لأن الفرقة من الجانبين فلا يكون تطليقا؛ لأن الطلاق ما يختص بالرجل، ولا يتحقق من المرأة، ولما تحقق الإباء منها دل أنه ليس بطلاق كالفرقة بسبب الرضاع والمصاهرة.

لهما: أن الزوج لما عجز عن إمساكها بالمعروف شرعا لحرمة الاستمتاع بإصراره على الكفر صارت مظلومة متضررة، بمعنى من جهته فوجب عليه المفارقة؛ فإذا لم يفارقها ناب القاضي منابه في التفريق فشابه التفريق بسبب الجَبِّ والعُنَّة، وتجب العدة والنفقة إن كان دخل بها؛ لأن المرأة إن كانت مسلمة، فقد التزمت أحكام الإسلام، ومن حكمه وجوب العدة.

وإن كانت كافرة لا تدين وجوب العدة؛ فلأن الزوج مسلم والعدة حق الزوج وحقوقنا لا تدخل بديانتهم وطلاقه يقع عليها ما دامت في العدة.

كما لو وقعت الفرقة بالخلع أو بالجب والعنة فلها النفقة ما دامت العدة؛ لأنها إن كانت مسلمة فالمنع من الاستمتاع جاء من جهة الزوج، وذلك لا يسقط حقها في النفقة والسكنى.

كما لو طلقها بخلاف ما إذا كانت كافرة وأسلم الزوج؛ فلا نفقة لها؛ لأن المنع جاء من قبلها ولهذا سقط المهر كله متى كان قبل الدخول بها، فيسقط حقها في النفقة كما إذا باشرت أو قبلت ابن زوجها بعد الدخول بها، فيسقط حقها في النفقة.

ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان عرض الإسلام على الآخر؛ لأن الصبي يخاطب بالإسلام حقا للعباد، وهنا حل المتعة يفوت بكفره وأنه حق الآخر، فيخاطب الإسلام حقا للآخر ليصل إلى حقه، والصبي يؤاخذ بحقوق العباد، فإن أبى يفرق استحسانًا؛ لأنه بالإباء فوّت على صاحبه حقه، فيفرق بينهما لإيفاء حق صاحبه ودفعًا للضرر عنه.

ولو أسلم أحد الزوجين في دار الحرب لم تبن حتى تحيض ثلاث حيض، فإن أسلم الآخر قبل مضيها لم تبن؛ لأنه تعذر التفريق بينهما بطريق القضاء؛ لأن ولاية القاضي قاصرة عنهم، فصرنا إلى طريق آخر لتخليص المظلوم عن حرمة الاستمتاع بأن أقمنا ثلاثة أقراء مقام التفريق؛ لأنا رأيناهما علما على الفرقة كما في الطلاق الرجعي.

ولو أسلمت المرأة وخرج الزوج مستأمنا لا يبين إلا بمضي ثلاث حيض؛ لأن الزوج في دار الحرب حكمًا؛ لأنه لم يلتزم أحكام دارنا، فصار كأنه في دار الحرب حقيقة، وأسلمت المرأة وولاية القاضي.

وإن كانت ثابتة على الزوج، ولكنها قاصرة على أن المرأة لبقائها في دار الحرب والقضاء لا يصح لغائب، والمرأة غائبة لم يوجد منها الطلب.

ولو كانت في دار الإسلام لا يفرق القاضي بينهما ما لم يطلب المرأة فهنا أولى، فأقيم ثلاث حيض مقام التفريق لهذه الضرورة.

وكذلك لو صار دينًا بعدما خرج مستأمنا، حتى لو خرجت المرأة بعرض الإسلام عليه، فلو لم يسلم يفرق بينهما؛ لأن المرأة من أهل دار الإسلام حكمًا، والرجل حقيقة بالذمة فلم يوجد التباين حكمًا؛ فلا تقع الفرقة.

وكذلك لو أسلم الزوج، ثم خرجت الزوجة ذمية لم تبن حتى تحيض ثلاث حيض، وإذا وقعت الفرقة بمضي ثلاث حيض.

ذكر في السير الكبير: أنها فرقة بطلاق عندهما؛ لأن انصرام مدة العدة جعل بدلًا عن قضاء القاضي والبدل قائم مقام الأصل، فكأنه وجد قضاء القاضي بالتفريق.

وعند أبي يوسف فرقة بغير طلاق، وهو رواية أخرى عنهما؛ لأن هذه فرقة وقعت حكمًا لا بتفريق القاضي، فكان بمنزلة ردة الزوج وملكه امرأته.

(باب نكاح المرتد والمرتدة)

ولا يجوز نكاح المرتد والمرتدة لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم؛ ولأن مقاصد النكاح من السكن والازدواج، وقضاء الوطء لا يتحقق هنا؛ لأن المرتد يحبس، فإن أسلم وإلا قتل، والمرتدة تحبس ولا تنزل، والاستمتاع لا يقع بالمحبوس دائما، فلا يفيد العقد مقاصده.

وإذا ارتد أحد الزوجين فعجلت الفرقة.

وعند الشافعي: قبل الدخول بذلك وبعده يتأجل إلى مضي ثلاث حيض.

لنا: أن الردة سبقت الفرقة؛ لأنها محرمة للمتعة على التأبيد، فإن للردة تأثيرًا في إزالة الأملاك في الجملة، وقد حصل الزوال عقيبها قبل الدخول بها، فيصح إضافة الزوال إليها، ولهذا لا ينعقد نكاح المرتد ابتداء، وسبب الفرقة متى تحقق يثبت الحكم عقيبه، ولا يتأخر إلا لمانع كما في الرضاع والمصاهرة.

وإن ارتد في كلمة واحدة لم يبن لإجماع الصحابة لما روي أن قومًا ارتدوا في زمن أبي بكر رضي الله عنه، ثم أسلموا فلم يأمرهم بتجديد العقود، وإذا لم يعرف سبق أحدهما على الآخر في الردة جعل في الحكم بأنهما وجدا معا، كما في الحربي، والحربي ولاية لم يوجد في ردتهما تحريم المتعة لعدم اختلاف الدينين.

وإن وجد ما له أثر في إزالة الأملاك، فلم يوجد أحد وصفي علة الفرقة، فلا تقع الفرقة.

وإن ارتد الزوج بانت بغير طلاق عندهما.

وعند محمد بطلاق؛ لأن الردة حصلت باختياره، ولها تأثير في الفرقة، فشابهت الفرقة بالأبناء.

لهما: أن هذه الفرقة وقعت حكمًا لا قصدًا؛ لأن الردة ما وضعت للفرقة، وإنما وضعت لتبديل الدين، فتكون الفرقة بها حكمية، والفرقة بالطلاق قصدية، فلم تكن هذه الفرقة سنة الفرقة بالطلاق؛ بل تشبه الفرقة بملك الزوج امرأته، فإن ارتدا، ثم أسلم أحدهما بانت لبقاء أحدهما على الردة.

وإن أسلما معا لم تبن لما عرف.

ولو أسلم الزوج وتحته كتابية، ثم ارتد بانت لارتداده.

ولو أسلم نصراني وامرأته نصرانية، فهودت لم تبن؛ لأن إنشاء النكاح عليها جائز، والبقاء أجوز.

ولو أسلم الزوج وامرأته نصرانية أو يهودية فتمجست يفرق بينهما؛ لفساد النكاح.

ولو أسلم الزوج وهي مجوسية يعرض الإسلام عليها، فإن أسلمت بقيا على النكاح.

وإن أبت يفرق، ولم تكن الفرقة طلاقا، فإن كان دخل بها فلها المهر.

وإن لم يكن دخل بها، فلا مهر لها، والفرق أنها إذا تمجست بعد إسلام الزوج، فقد أحدثت زيادة صفة للكفر لها أثر في تحريم المتعة، وهو التمجس فأثر في فساد العقد وارتفاعه.

فأما إذا أسلم وهي مجوسية، فلم يحدث بعد إسلام الزوج زيادة صفة في الكفر، فبقي العقد كما كان لكن يجب التفريق عند إثباتها لحرمة المتعة.

(**النوادر**): مسلم تزوج نصرانية، ثم تمجسا معا.

قال أبو يوسف: تقع الفرقة.

وقال محمد: لا تقع؛ لأنهما ارتدا معا؛ لأن تمجس المرأة بمنزلة الردة؛ لأنها أحدثت زيادة صفة في الكفر، فكان بمنزلة إحداث أصل الكفر لأبي يوسف، أنه لم توجد الردة منها؛ لأن الردة ليست إلا تبديل أصل الدين، ولم يوجد منها تبديل أصل الدين، فقد وجد ارتداد أحد الزوجين فبانت.

وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: لو ارتدت المرأة، قيل: لا تقع الفرقة زجرًا لها.

والصحيح: أنه يقع لكن يجبر على تجديد النكاح زجرًا لها حتى لا تتجاسر على الردة لغرض الخلاص عن الزوج، والزجر قد حصل بالجبر على التجديد، فلا ضرورة إلى إبقاء النكاح مع الردة.

(**الجامع**): مسائله على قسمين:

أحدهما: الصبية المنكوحة إذا ارتد أبواها.

والثاني: إذا بلغت، ولم تصف الإسلام.

أما **الأول**: لو تزوج صبية لها أبوان مسلمان فارتدا لم يبن؛ لأنها مسلمة تبع الأبوين، وتبعًا للدار باعتبار الاتصال والمجاورة، ولهذا اللقيط في دار الإسلام يحكم بإسلامه تبعًا للدار.

ولو أدخلت صغيرة من دار الحرب إلى دار الإسلام، وليس معها أبواها فماتت

صلي عليها، وتبعية الدار هنا قائمة، فبقيت مسلمة؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، فإن لحقا بها بدار الحرب بانت لانقطاع حكم الدار.

ولو مات أحد الأبوين في دارنا مسلمًا، أو مرتدًا، ثم ارتد الآخر ولحق بها بدار الحرب لم يبن، ويصلي عليها إذا ماتت؛ لأن التبعية حكم تناهي بالموت مسلما، وكذا بالموت مرتدا؛ لأن أحكام الإسلام قائمة.

ألا ترى أن كسبه يكون لورثته المسلمين، والتبعية متى تناهت لا تبطل بكفر الآخر لرجحان ما يوجب الإسلام على ما يوجب الكفر.

وكذلك صبية نصرانية تحت مسلم تمجس أبوها، وقد ماتت الأم نصرانية لم يبن؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين دينا، فبقيت على دين الأم.

ولو تمجس أبواها بانت ولا مهر لها؛ لأن الولد صار مجوسيا تبعا لهما، ولا يمكن الحكم بالإسلام تبعا للدار، ولا تثبت التبعية ابتداء ما دامت تبعية الأبوين قائمة؛ لأن سمعتها أقوى، وآكد من تبعية الدار، فصار حكم الدار كالحلف عن حكم الأبوين، وسقط مهرها؛ لأن الفرقة جاءت بمعنى فيها، وهو تمجسها.

ألا ترى أنهما لو تمجسا قبل النكاح حتى صارت مجوسية لا تحل للمسلم أن يتزوجها، ومن بلغت عاقلة مسلمة، ثم جنت، ثم ارتد أبواها لم تبن من زوجها.

وإن لحقا معها بدار الحرب؛ لأنها مسلمة أصلا لا تبعًا.

وكذلك الصبية العاقلة أسلمت، ثم جنت؛ لأنها صارت أصلا في الإسلام.

وأما **القسم الثاني**: ولو تزوج صغيرة مسلمة، فبلغت ولم تصف الإسلام بانت؛ لأنها كانت مسلمة تبعًا، وقد انقطعت التبعية بالبلوغ، فإذا لم تصف الإسلام، فقد جهلت بالصانع، وذلك كفر منها بعد الإسلام، فصارت مرتدة أو صارت لا دين لها.

وكذلك إن تزوج نصرانية فبلغت ولم تعرف النصرانية ولا دينا؛ لأنه لا دين لها؛ لأن ما كان لها بتبعية الأبوين قد بطل بالبلوغ، ولم يثبت لها دين آخر ولا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها، وما لم يبلغ لها حكم المسألة، ولها المسمى إن دخل بها في الصحة؛ لأنه دخول في نكاح صحيح.

(باب نكاح أهل الحرب)

مسلم تزوج حربية كتابية في دار الحرب، فخرج عنها الزوج وحده بانت خلافًا للشافعي؛ لأن تباين الدارين صالحة لوقوع الفرقة؛ لأنه يفوت مقاصد النكاح ظاهر؛ لأن المقاصد إنما تتحقق عند الاجتماع والاختلاط وتباين الدارين أمارة ظاهرة على الانقطاع المؤيد؛ لأن الظاهر من كل ذي دين ودار أن لا يترك دينه وداره، فصار بمنزلة الموت في حقنا، فلم يكن في إبقاء النكاح فائدة مع فوات مقاصده عادة، فلا يبقى.

ولو خرجت المرأة قبل الزوج لم تبن؛ لأنها صارت من أهل دار الإسلام؛ لأنها التزمت أحكام المسلمين، فالظاهر أنها لا تعود إلى دار الحرب.

ولو أرادت العودة لا تمكن منه والزوج من أهل دار الإسلام حكما، فلم يوجد التباين حكما. دخل حربي دارنا بأمان، ثم قبل الذمة بانت امرأته؛ لأنه صار من أهل دارنا، فوجد تباين الدارين حقيقة وحكما.

وإن كانت المرأة هي الخارجة بانت، ولا عدة عليها عند أبي حنيفة.

وعندهما عليها العدة لما مر في صدر الكتاب.

وإن كان الزوج هو الخارج حل نكاح أخيها؛ لأنه لا عدة عليها في دار الحرب؛ لأن أحكامنا لا تجري عليهم.

ولو سبي الزوجان معا لم تقع الفرقة خلافًا للشافعي؛ لأن السبي سبب لملك الرقبة لا لملك المتعة؛ لأنه لا يرد على البدن والرقبة لا على منافع البضع؛ لأنه فعل حسي يرد على الأعيان والأجسام لا على المنافع؛ لأنها أعواض إلا أنه لما ثبت الملك في الرقبة ثبت الملك في المتعة تبعا له، والمتعة هنا لم تبق تبعا للرقبة؛ لأنها مشغولة بحق الزوج، فصارت أصلا بملك النكاح والسبي لم يصادفها، فلم يملكها السابي لا أصلا، ولا تبعا.

ولو سبي أحدهما وقعت الفرقة لا بالسبي؛ بل بتباين الدارين لما بينا.

ولو أسلم الحربي وتحته أختان، أو أكثر من أربع نكحهن في عقد متفرقة صح نكاح الأولى، وبطل الباقي.

وإن نكحهن في عقدة واحدة بطل نكاح الكل عندهما.

وإن كان تحته أم وبنت إن كان دخل بالأم، ثم أسلم فسد نكاحهما. تزوجهما في عقدة أو عقدتين؛ لأنه حرمت كل واحدة منهما عليه بالمصاهرة، حرمت البنت بالدخول بالأم، والأم بالعقد على البنت.

وإن لم يدخل بهما أو دخل بالبنت، فعندهما إن تزوجهما في عقدة فسد نكاحهما.

وإن تزوجهما في عقدتين إن كان نكاح البنت أولا، يبقى نكاحها صحيحا، ويبطل نكاح الأم.

وإن كان نكاح الأم أولا فسد نكاحهما.

وعند محمد والشافعي: يختار نكاح البنت أو واحدة من الأختين أو أربعًا من النساء، ويفارق الباقيات.

وذكر في الجامع: لو تزوج حربي أربع نسوة، ثم سبي الزوج وسبين معه، فعندهما يفسد نكاح الكل سواء تزوجهن في عقدة، أو عقد متفرقة.

وعند محمد: يختار ثنتين منهن في الحالين.

لهما: أن أنكحة الكفار وقعت صحيحة؛ لأن القول بفساد أنكحتهم يتطرق الفساد والإذراء إلى الإنسان في الصدر الأول، وإنما طرأ تحريم البقاء على الجمع، والبقاء على الجمع يزول بتحريم واحدة منهن، فحرمنا الواحدة وجعلنا الخيار إلى الزوج كمن طلق إحدى امرأتيه ثلاثا.

لهما: أن المحرم شمل الكل؛ لأن المحرم اجتماع الأختين أو الخمس في ملك مسلم لغرض الصيانة عن قطيعة الزوج، ولحوق الظلم في القسم وعدم التسوية بين الخمس، وليس القول ببطلان نكاح إحداهما بأولى من الأخرى، فشاعت الحرمة فيهما كما لو تزوج صغيرتين فأرضعتهما امرأة معًا حرمتا.

كيف وإن بتفريق إحدى الأختين تزداد القطيعة للمفرقة فوجب أن يفرق بينه وبينهما صيانة لها عن القطيعة، بخلاف ما لو تزوجهما في عقدتين؛ لأن الاجتماع يتحقق بالأخيرة لتأخر نكاحهما، فيختص الفساد بها وحديث غيلان بن سلمة الثقفي

أنه أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "**اختر أربعًا منهن**" يحتمل بالعقد الأول، ويحتمل بعقد جديد، فإنه لم يقل اختر أربعا منهن بالنكاح الأول، فالحديث حكاية حال لا عموم له، فلا يصح الاحتجاج به.

(باب القسم لا يفضل الحديثة على القديمة)

وقال الشافعي: يفضل الحديثة إن كانت بكرًا بسبع، وإن كانت ثيبًا بثلاث.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: "من **كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وأحد شِقَّيْهِ**[1] **مَائِلٌ**"[2]؛ ولأنهما يستويان في النكاح فيستويان في حقوقه، والمسلمة والكتابية فيه سواء، وللحرة يومان، وللأمة يوم، هكذا وردت السنة المشهورة المستفيضة؛ ولأن الرق منصف حقوق النكاح كما في الطلاق والعدة، وإذا سافر فلا قسم عليه لعجزه عن إقامة القسم بعد المسافرة.

ولو سافر مع واحدة لا يقضي حق الباقيات؛ لأنه سقط حقهن بالمسافرة بدليل أن له الخروج بغير إذنهن، فإذا سافر بواحدة صار متبرعا لا موفيًا حقها وليس عليه التسوية في التبرع.

---

(١) أَيْ: أَحَد جَنْبَيْهِ وَطَرَفه. عون المعبود - (ج٥/ ص١٧).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٨٨/٤: ٢ (١٧٨٣٨) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ٢٩٥/٢ (٧٩٢٣) قال: حدثنا يزيد. وفي ٣٤٧/٢ (٨٥٤٩) قال: حدثنا بهز، وعفان. وفي ٤٧١/٢ (١٠٠٩٢) قال: حدثنا وكيع، وبهز. و«الدارمي» (٢٣٤٧) قال: أخبرنا أبو الوليد. و«ابن ماجه» (١٩٦٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٢١٣٣) قال: حدثنا أبو الوليد الطيالسي. و«الترمذي» (١١٤١) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«النسائي» ٦٣/٧، وفي «الكبرى» (٨٨٣٩) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا عبد الرحمن. و«ابن حبان» (٤٢٠٧) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وكيع.

ستتهم: (وكيع بن الجراح، ويزيد بن هارون، وبهز بن أسد، وعفان بن مسلم، وأبو الوليد الطيالسي، وعبد الرحمن بن مهدي) عن همام بن يحيى، عن قتادة، عن النضر بن أنس، عن بشير بن نهيك، فذكره.

وكذلك لو كان عنده واحدة شهرا؛ لأنه ليس بعوض عن شيء ولا هو مال، فلا يصير دينًا في الذمة، فإن ظلم بعضهن يوعظ، فإن لم ينتبه يوقع عقوبة؛ لأنه أصر على معصية ليس فيها حد فيعزر، فإن فضل واحدة برضاء الأخرى جاز لقوله صلى الله عليه وسلم لسودة[1]: "**اعتدي**، فسألته لوجه الله تعالى أن يراجعها ويجعل يومها لعائشة"؛ لأن يحشر يوم القيامة مع أزواجه، ففعل؛ ولأن القسم حقها، فإذا رضيت بأن يكون لغيرها، فقد جادت بحقها، فصح جودها ولها الرجوع عنه، ويطلب القسم لما عرف، ومن أقام عند امرأته الأمة يوما، ثم أعتقت لم يقم عند الحرة إلا يومًا.

وقال زفر: يومان.

لنا: أن المنقص قد زال، وقد استويا في النكاح وأحكامه، فيجب التسوية في القسم، ويوم الصائم بالنهار، والقائم بالليل أن يثبت معها إذا طلبت.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: يجعل لها يوما من أربعة أيام؛ لأن له أن يتزوج بثلاث سواها فيفوض إلى اختياره إلا أن هذا التوقيت ليس بواجب؛ لأنه يؤدي إلى فوات النوافل على الزوج أصلا متى كان له أربع نسوة، ولكن يؤمر بإبقاء حقها من نفسه

---

(١) أخرجه «البخاري» ٤٣/٧ (٥٢١٢) قال: حدثنا مالك بن إسماعيل، قال: حدثنا زهير. و«مسلم» ١٧٤/٤ (٣٦١٩) قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا جرير. وفي (٣٦٢٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عقبة بن خالد (ح) وحدثنا عمرو الناقد، قال: حدثنا الأسود بن عامر، قال: حدثنا زهير (ح) وحدثنا مجاهد بن موسى، قال: حدثنا يونس بن محمد، قال: حدثنا شريك. و«ابن ماجه» (١٩٧٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عقبة بن خالد (ح) وحدثنا محمد بن الصباح، قال: أخبرنا عبد العزيز بن محمد. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٨٨٥) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير. و«أبو يعلى» (٤٦٢١) قال: حدثنا بشر بن الوليد، قال: حدثنا شريك. و«ابن حبان» (٤٢١١) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن خزيمة، قال: حدثنا يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير.

ستتهم: (عقبة بن خالد، وشريك بن عبد الله النخعي، وعبد الله بن المبارك، وزهير بن معاوية، وجرير بن عبد الحميد، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي) عن هشام بن عروة، عن أبيه، فذكره.

أحيانا، ويصلي ويصوم ما أمكن، والمجبوب والعنين والصغير متى دخل بامرأته في القسم سواء؛ لأن المقصود من القسم ليس هو الوطء، وإنما هو الاستئناس وحسن العشرة وإظهار المودة.

وإن لم يدخل الصغير بها، فلا فائدة في كونه معها.

وإن أعطت زوجها مالًا ليزيد في قسمها لم يجز ورجعت بمالها.

وكذلك لو حطت شيئًا من مهرها، أو زاد الزوج في مهرها على أن يجعل يومها لفلانة؛ لأنه اعتياض على شيء هو حرام، أو على ما هو ليس بثابت في حق الاعتياض؛ لأن حق القسم وملك الوطء ثابت لضرورة إقامة النسل، فلا يظهر ثبوته إلا في حق المقام معها للوطء، والله أعلم بالصواب.

كتاب النفقات

يحتاج إلى معرفة: وجوب النفقة، وسبب وجوبها، ومن تجب عليه، ومن تجب له، وأنواعها.

أما وجوبها: فللمنكوحة لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] جاء في التفسير أن المراد نفقة المرأة.

وأما وجوبها للمعتدة[1] فلقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] والأمر بالإنفاق على المعتدة أمر بالإنفاق على المنكوحة دلالة، وقوله عليه السلام: "**اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوان، استحللتم فروجهن بكلمة الله تعالى ألا أن لكم عليهن حقا، ولهن عليكم حق، فإن من حقكم أن لا يوطئن فرشكم غيركم، فإذا فعلن ذلك فلهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**"[2].

وأما سبب وجوبها: احتباسها عند الزوج إذا كان يتهيأ للزوج الاستمتاع بها، إما وطأ أو دواعيه أو التحصين لمائه بعد زوال النكاح.

وعند الشافعي رحمه الله: سبب وجوبها الزوجية حتى إن عنده تجب النفقة للصغيرة والمريضة.

والصحيح قولنا؛ لأنها لما صارت محتبسة عند الزوج بحق النكاح، فقد عجزت عن الاكتساب والإنفاق على نفسها، فلو لم يستحق النفقة على الزوج لماتت جوعا، فاستحقت كفايتها في مال الزوج بالمعروف دفعًا للجوع والهلاك عنها، وصار

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية ١٩/٤ - ٢١، والزيلعي ٩٦/٢، ٩٧، وفتح القدير ٣٤٦/٢، ٣٤٧ ط. الأميرية، وجواهر الإكليل ٢٧٧/١.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٣٧٥/٥، رقم ٩١٧٩). وأخرجه أيضًا: البيهقي (٣٠٤/٧، رقم ١٤٥٥١).

كالقاضي لما احتبس لعمل المسلمين وجبت نفقته في بيت المال، والنكاح أوجب المهر بإزاء البضع، فلا يوجب النفقة بإزائها؛ لئلا يجتمع البدلان بمقابلة مبدل واحد.

وأما من تجب عليه ومن لا تجب، فلما يأتي في بابه.

وأما أنواعها: فالنفقة الواجبة أنواع ثلاثة:

نفقة الزوجات، ونفقة العبيد وزوجاتهم، ونفقة المحارم من الرحم، فنبدأ بنفقة الزوجات.

(باب من يستحق النفقة من الزوجات ومن لا يستحقها)

أصله أن الاحتباس متى فات بمعنى من قبلها، فلا نفقة لها؛ لأنها مبطلة متعدية في هذا المنع، فيجازي بمنع ما بإزائه كالفرقة إذا وقعت من جهتها قبل الدخول بها جُوزِيَتْ بمنع البدل، ومتى فات الاحتباس بمعنى من قبل الزوج لم تسقط النفقة؛ لأنه صار مفوتا لاحتباسها عنده، فلم يسقط عنه بدله.

كما لو وقعت الفرقة من جهته وتجب النفقة للزوجة قبل الدخول بها وقبل التحول إلى منزل الزوج، إذا لم يمتنع من المقام معه؛ لأنها بمحل الاستمتاع، وقد صارت محبوسة بحقه.

وإن امتنعت عن التحول لاستيفاء مهرها، فلها النفقة؛ لأنه فات الاحتباس بمعنى من قبل الزوج وهو منع المهر عنها، فإنه لو أوفاها المهر لم تحبس نفسها عنه، فيكون الفوات محالا على الزوج.

وإن امتنعت بعد قبض الصداق فلا نفقة لها؛ لأنه فات الاحتباس بمعنى من قبلها؛ لأنها مبطلة في هذا المنع.

ولو منعت نفسها بعد الدخول لاستيفاء مهرها، فلها ذلك ولها النفقة عند أبي حنيفة.

وعندهما ليس لها المنع والنفقة لما مر في باب المهر وتجب النفقة للمجنونة

والمريضة والرتقاء[1]؛ لأن الاستمتاع بها من حيث التقبيل واللمس والجماع، فيما دون الفرج في الجملة ثابت، فانعقد احتباسها سببًا لاستحقاق النفقة وعند أبي يوسف إذا كان لا يمكن جماع المريضة ولم يدخل بها فلا نفقة لها؛ لأن الاحتباس وجد قاصرًا، فلا يعد سببًا لاستحقاق النفقة.

وقال مشايخنا: إن مرضت مرضًا لا يمكن الاستمتاع بها، فلا نفقة.

وإن أمكن الاستمتاع بها بوجه، فلها النفقة.

كما قالوا في العبد الموصي برقبته لإنسان وبخدمته لآخر: إذا مرض لما يأتي هذا إذا مرضت في بيت الزوج.

أما إذا زفت إليه وهي مريضة لم يذكره في الكتاب، قالوا: ينبغي أن تستحق النفقة.

وعن أبي يوسف أنه قال: لا يستحق استحسانًا بخلاف ما إذا زفت صحيحة، ثم مرضت، والفرق أن ثمة التسليم قد تم في حق الاستمتاع فاستحقت النفقة، وهنا التسليم لم يتم في حق الاستمتاع، فلم تستحق النفقة ولا نفقة للمنكوحة نكاحا فاسدًا؛ لأنه لا يمكن من الاستمتاع بها شرعا حال قيام النكاح، ولا بعد الدخول والفرقة؛ لأنه وجبت العدة لاشتغال رحمها بالماء، فصارت كالموطوءة بالشبهة لا يستحق النفقة.

وإن وجبت عليها العدة ولا نفقة للصغيرة التي لا تجامع خلافًا للشافعي؛ لأن سبب وجوب النفقة احتباس يصل الزوج به إلى الوطء، والدواعي إليه وهي الاستمتاع ليقيد الاحتباس للزوج منفعة مطلوبة بعقد النكاح، وذلك بتحقيق حين بلوغها مبلغ الجماع.

---

(١) الرَّتقُ: شَدُّ الفَتْقِ وقالَ ابنُ سِيدَه: الرَّتْق: إلحامُ الفَتْقِ وإِصْلاحُه قالَ اللهُ تَعالى: ﴿كَانَتَا رَتْقًا فَفَتَقْنَاهُمَا﴾ قالَ ابنُ عَرَفَةَ: أي: كانتَا مُصْمَتَتَيْنِ مُنْضَمَّتَيْنِ لا فُرْجَةَ بينَهُما ففَتَقْناهُما بالمَطَرِ والنَّباتِ وقال الأَزهَرِيُّ: أَرادَ كانَتْ سماءً مُرْتَتَقَةً وأَرْضًا مُرْتَتَقَةً ففَتَقَ اللّهُ السماءَ فجَعَلها سَبْعًا ومن الأَرْضِ مِثْلَهُنَّ وقالَ اللّيْثُ: كانت السَّمواتُ رَتْقًا: لا يَنزِلُ منها رَجْعٌ وكانت الأَرْضُ رَتْقًا: لا يَكُونُ فيها صَدْعٌ حَتّى فَتَقَها اللّهُ بالماءِ والنَّباتِ رِزْقًا للعِبادِ وقال الفَرّاءُ: وإِنّما لم يَقُل: رَتْقَيْن لأَنَّه أُخِذَ من الفِعْلِ وقال الزَّجّاجُ: قِيلَ: رَتْقًا لأَنَّ الرَّتْقَ مَصْدَر المَعْنى كانَتا ذَوَيْ رَتْقٍ فجُعِلَتا ذواتَي فَتْقٍ.

وإن كانت تجامع فلها النفقة.

وإن كان الزوج صغيرا؛ لأن منفعة الاحتباس إنما فاتت من قبل الزوج، فلا يبطل حقها كما لو حبست نفسها بالمهر.

ولو كانا صغيرين لا يطيقان الجماع، أو المجبوب تزوج صغيرة لا تجامع لا نفقة لها، وإذا صار الزوج ممنوعا من الاستمتاع بها، فلا يخلو إما أن صار ممنوعا بمعنى من جهته، أو من جهتها، أو من جهة غيرها، فإن جاء المنع من جهته كحبسه في الدين، أو خروجه للحج، أو كان صغيرًا لا يطيق الجماع، أو كان مجبوبًا، أو عنينًا فلها النفقة؛ لأنه فات منفعة الاحتباس، وهو الاستمتاع من جهته، فلا يبطل حقها في النفقة؛ لأن هذا المنع لو اعتبر مانعا من صحة التسليم يؤدي إلى إبطال حقها؛ لأن المانع متى زال وصح التسليم لا يستحق النفقة فيما مضى، بخلاف المهر، فإن الصغر منع صحة التسليم في حق المهر حتى لا يتأكد حقها في المهر؛ لأن حقها في التأكد لا يبطل أصلا؛ بل يتأخر؛ لأن المانع على شرف الزوال.

وأما إذا صار ممنوعا عن الاستمتاع بمعنى من جهتها؛ فلا نفقة لها سواء كانت عاصية مبطلة فيه بأن كانت ناشزة أو محقة بأن خرجت للحج لما بينا، فإن كانت الناشزة مقيمة في ناحية من بيت الزوج، ولا تمكنه من نفسها فلها النفقة؛ لأن الظاهر أن الزوج يقدر على الوطء والاستمتاع بها، وهل يحل للزوج أن يطأها على كره منها إن كان الامتناع لا لطلب المهر يحل؛ لأنها ظالمة.

وإن كان لطلب المهر لا يحل عند أبي حنيفة.

وعندهما: يحل.

وأما إذا صار ممنوعا من جهة ثالثة بأن غصبها غاصب، أو هرب بها هارب، أو حبست ظلما، أو حبست بحق في الدين، ذكر في (**الجامع**): أنها لا نفقة لها.

وروي عن أبي يوسف: لها النفقة إلا أن في الحبس في الدين إن قدرت على الأداء، ولم تؤد فلا نفقة لها؛ لأنه فات الاحتباس من قبلها؛ لأنها متعدية في هذا المنع، وإن لم تقدر على الأداء فلها النفقة؛ لأنها غير متعدية في المنع؛ لأنها مضطرة فيه، فقد فات منفعة الاستمتاع لا من جهتها، فلا يسقط حقها في النفقة.

وجه رواية الجامع: أن الاحتباس، وإن لم يفت من قبلها ولكن ما فات من قبل الزوج، فلا يجعل الفائت كالقائم كمن أجر داره وسلمها إلى المستأجر فغصبها إنسان لا أجرة على المستأجر؛ لأنه فات الممكن من الانتفاع لا من قبله.

ولو كان الزوج ساكنا معها في منزلها فمنعته من الدخول عليها فلها النفقة ما دامت على المنع؛ لأنها حبست نفسها عنه، فصارت كالناشزة فرق بين هذا وبينها إذا حبست في السجن ظلمًا أو غصبها إنسان وهرب لا نفقة لها، والفرق أن هنا السبب الموجب للنفقة فات من قبل الزوج، وهو عدم تحويلها إلى منزله، فلا تسقط النفقة وثمة السبب ما فات من قبله.

وإن لم يفت من قبلها، فلا تجعل الفائت كالقائم، فينعدم سبب استحقاق النفقة، فلو حجت حجة الإسلام، فإن كان قبل التسليم إليه فلا نفقة لها؛ لأنه فات التسليم بفعلها وإن كان بعدما تحولت إلى منزله وحجت مع محرم فلها النفقة عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا نفقة لها، لمحمد أن المنع جاء من جهتها؛ لأن السبب الموجب للنفقة هو القيام عليها، والقيام عليها إنما يتحقق بكونها محبوسة في بيت الزوج، فإذا خرجت من بيته، فقد فات قيام الزوج عليها، فانعدم السبب بفعلها فصارت كالناشزة.

لأبي يوسف: أن المنع من جهتها إنما كان لأداء الفرض، فصار كصوم رمضان يفرض لها نفقة الحضر دون السفر عند أبي يوسف لو جاوزت مكة، أو أقامت بها إقامة لا تحتاج إليها سقطت نفقتها؛ لأنها غير معذورة فصارت كالناشزة، فإن حج الزوج معها فلها النفقة؛ لأنه متمكن من الاستمتاع بها في الطريق، فصارت كالمقيمة في منزله، ولها نفقة الحضر لا نفقة السفر؛ لأن زيادة نفقة السفر بحقها بإزاء منفعة يحصل لها، فلا يستحق لها على الزوج؛ بل تكون كالمريضة لا تستحق المداواة على الزوج، وليس عليه أن يكري لها؛ لأن هذا ليس من نفقة الحضر، ويكون في مالها امرأة أبت أن تسكن مع ضرتها، أو مع أحماء الزوج كأمه وغيرها، فإن كان في الدار بيوت وفرع لها بيتا منها، وجعل لبيتها علقا على حدة لم يكن لها أن تطلب من الزوج شيئًا آخر؛ لأنها ربما لا تأمن على أمتعتها؛ ولأنه يكره أن يجامعها

ويعاشرها ومعهما غيرها. امرأة لها أب زمن، وليس له من يقوم عليه غير البنت، ومنعها الزوج من تعاهده جاز أن تعصي زوجها وتطيع أباها، كان الزوج مؤمنا أو كافرًا؛ لأن القيام عليه فرض عليها في هذه الحالة. الرجل يسكن أرض الغصب، وقد أوفى مهرها فامتنعت المرأة منه فلها النفقة؛ لأنها محقة وليست مباشرة.

رجل اتهم بامرأة وظهر بها حبل، فزوّجها أبوها منه، والزوج ينكر أن يكون الحبل منه جاز النكاح؛ لأن هذا حبل من الزنا، ولا نفقة على الزوج؛ لأنه ممنوع من استمتاعها بمعنى من قبلها.

(باب قدر النفقة المفروضة)

ويفرض للمرأة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ الآية [البقرة: ٢٣٣] والنفقة غير متقدرة يعتبر فيها قدر الكفاية من الطعام، وما لا بد لها من الإدام والدهن، وكذلك الكسوة.

وعند الشافعي: على الموسر مُدّان من الطعام، وعلى المعسر مُدّ واحد.

والصحيح قولنا: لقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان حين قالت: "إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي، قال: **خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف**"[1]؛ ولأن النفقة تجب الكفاية فتتقدر بقدر

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٠٣/٣ (٢٢١١) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان، عن هشام. وفي ١٧٢/٣ (٢٤٦٠) و٨٢/٩ (٧١٦١) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب، عن الزهري. وفي ٤٩/٥ (٣٨٢٥) قال: وقال عبدان: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يونس، عن الزهري. وفي ٨٤/٧ (٥٣٥٩) قال: حدثنا ابن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يونس، عن ابن شهاب. وفي ٨٥/٧ (٥٣٦٤) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى، عن هشام. وفي ٨٦/٧ (٥٣٧٠) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن هشام بن عروة. وفي ١٦٣/٨ (٦٦٤١) قال: حدثنا يحيى بن بكير، قال: حدثنا الليث، عن يونس، عن ابن شهاب. وفي ٨٩/٩ (٧١٨٠) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان، عن هشام. و«مسلم» ١٢٩/٥ (٤٤٩٧) قال: حدثني علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن هشام بن عروة. وفي (٤٤٩٨) قال: وحدثناه محمد بن عبد الله بن نمير، وأبو كريب، =

الكفاية بلا سرف، ولا تقتير، ولا تتقدر بتقدير[١].

وما ذكر في الكتاب فعلى عرف زمانه، وتعتبر في النفقة يسار الزوج وإعساره

=

كلاهما عن عبد الله بن نمير، ووكيع (ح) وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا عبد العزيز بن محمد (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا ابن أبي فديك، قال: أخبرنا الضحاك، يعني ابن عثمان، كلهم عن هشام، بهذا الإسناد. وفي ١٣٠/٥ (٤٤٩٩) قال: وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. وفي (٤٥٠٠) قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا ابن أخي الزهري، عن عمه. و«ابن ماجه» (٢٢٩٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، وأبو عمر الضرير، قالوا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا هشام بن عروة. و«أبو داود» (٣٥٣٢) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٣٥٣٣) قال: حدثنا خشيش بن أصرم، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. و«النسائي» ٢٤٦/٨ قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا وكيع، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي «الكبرى» (٥٩٤١) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا أبو معاوية، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٩١٤٦) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. وفي (٩١٤٧) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا يحيى، عن هشام. و«أبو يعلى» (٤٦٣٦) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا يحيى، عن هشام بن عروة. و«ابن حبان» (٤٢٥٥) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب البلخي، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا سفيان، عن هشام بن عروة. وفي (٤٢٥٦) قال: سمعت محمد بن أحمد بن سليمان بن أبي شيخ، أبا بكر، بواسط، يقول: سمعت عبيد الله بن محمد بن عائشة يقول: حدثنا حماد بن سلمة، عن هشام بن عروة. وفي (٤٢٥٧) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي السري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. وفي (٤٢٥٨) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن أبي معشر، قال: حدثنا محمد بن وهب بن أبي كريمة، قال: حدثنا محمد بن سلمة، عن أبي عبد الرحيم، عن زيد بن أبي أنيسة، عن هشام بن عروة. كلاهما: (ابن شهاب الزهري، وهشام بن عروة) عن عروة بن الزبير، فذكره.

(١) انظر: البدائع ٧/٧، وابن عابدين ٣٤٥/٤ ط. بولاق الأولى والخرشي ١٦٤/٥ - ١٦٩ ط. الشرفية وتبصرة الحكام ١٦٧/١ ط. الحلبي ونهاية المحتاج ٢٤٦/٨ وما بعدها ط. الإسلامية والمغني ٤٠٠/١١ وما بعدها المنار.

فيقضي عليه بقدر طاقته ووسعه لقوله تعالى: ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ﴾ [الطلاق: ٧] وقياسًا على المتعة، فإنها معتبرة بيسار الزوج وإعساره.

وذكر الخصاف: أنه يعتبر حالهما في الإعسار واليسار، حتى لو كانا موسرين فلها نفقة اليسار.

وإن كانا معسرين فلها نفقة العسار.

ولو كانت موسرة والزوج معسر، فلها فرق مالها لو كانت معسرة.

ولو كانت معسرة والزوج موسر، فلها دون مالها لو كانت موسرة.

وإن كان الرجل مفرطا في اليسار يأكل خبز الحُوَّارَى[1]، واللحم المشوي والدجاج المرَبّى والحلوى، والمرأة مفرطة في الإعسار، أو كان على العكس يقضي عليه بنفقة الوسط يطعمها خبز البُرّ وباجة[2] أو باجتين، ولا يؤاخذ الزوج أن يطعمها ما يأكل بنفسه، ولا ما كانت تأكل في بيت أهلها خبز الشعير.

وقيل: المهر يعتبر بحالها؛ لأنه بدل بضعها والنفقة بحال الزوج والمتعة بحالها لقوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وهو الصحيح، ويفرض لها نفقة خادم واحد إن كان لها خادم.

وعند أبي يوسف خادمين: أحدهما يقوم بأمور داخل البيت، والآخر بأمور خارج البيت، وجه ظاهر الرواية أن الواحدة تقوم بخدمتها وكفايتها بأمور داخل البيت وخارجه، وما وراءها من باب السرف والمروءة.

---

(١) (الْحُوَّارَى) بِالضَّمِّ وَتَشْدِيدِ الْوَاوِ مَقْصُورٌ مَا حُوِّرَ مِنَ الطَّعَامِ أَيْ بُيِّضَ. وَهَذَا دَقِيقٌ حُوَّارَى. وَ(حَوَّرَهُ فَاحْوَرَّ) أَيْ بَيَّضَهُ فَابْيَضَّ.

(٢) الباجات: هي الأكارع من الضّأن أو غيره، الواحدة: باجة، والمثنى: باجتان، تقول: (أعطني باجة أو باجتين): أي واحدة أو اثنتين من أركان الضأن أو غيره.

والباج تهمز ولا تهمز، والجمع: أبواج، وهي الطريق المستوية، ومنه قول عمر رضي الله عنه: (لأجعلنّ النّاس كلّهم باجا واحدا). أي: طريقا مستوية في العطاء. [انظر: المصباح المنير (بوج) ص٢٦، والفتاوى الهندية ٥٤٨/١، والتوقيف ص١١٠].

وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: المرأة إذا كانت من بنات الأشراف ولها خدم يجبر الزوج على نفقة خادمين؛ لأنها محتاجة إلى خادمين: أحدهما للخدمة، والآخر للرسالة، ويجبر الزوج على نفقة خادم من خدم المرأة، وليس له أن يعطيها من خدمه ليخدمها من غير رضاها؛ لأن المرأة عسى لا يتهيأ لها الخدمة من خدم الزوج.

وإن كان الزوج معسرًا لم يفرض لها نفقة الخادم في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله؛ لأن المعتبر حال الزوج فيعتبر أدنى الكفايات والمرأة قد تكتفي بخدمة نفسها، فيفرض لها النفقة خاصة، ويفرض لها الكسوة؛ لأنها كما تحتاج إلى المطعوم تحتاج إلى الملبوس لستر عورتها ومواراة سوأتها، ولدفع أذى الحر والبرد عن نفسها، فالكسوة على المعسر في الصيف قميص ومقنعة وملحفة على قدر ما يحتمل مثله.

وإن كان موسرًا فرض لها أجود من ذلك درع سَابِرِيّ[1] وخمار إبْرَيَسَم[2]، وملحفة كتان.

وأما في الشتاء: فإنه يفرض لها مع ذلك جبة وسراويل، لم يذكر محمد رحمه الله في (**المبسوط**) السراويل أصلا.

وذكر الخصاف السراويل في جملة كسوة الصيف.

وإن كان موسرًا فلها مع ذلك جبة خزٍّ وكتان.

وإن طلبت فراشًا تنام عليه يفرض لها ذلك؛ لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها، وهو منهي عن إلحاق الأذى والضرر بها وكل امرأة كانت لها النفقة، فلها السكنى؛ لأن الله تعالى أوجب السكنى مقرونا بالنفقة؛ لأنها محتاجة إليه، ولخادمها قميص كرباس وإزار في الصيف، وفي الشتاء قميص وإزار وكساء وجفاف؛ لأن كل واحد يكسو سوأته على حسب حاله.

والقول للزوج في إنكار اليسار؛ لأن العسر أصل، فاليسار طارئ، فالقول

---

(١) السَّابِرِيُّ من الثِّيَابِ: الرقيقُ الجيِّدُ. و- من الدُّروع: الدقيقةُ النسج في إحكامٍ.

(٢) الإبْرَيْسَم: أحسن الحرير. (وهي كلمة معرَّبة).

للمتمسك بالأصل والبينة للمرأة؛ لأنها أكثر إثباتا، وليس للقاضي السؤال عن حاله؛ لأن القاضي ينصب للقضاء بالحجج لا لإقامة الحجة، والفحص عن حالة الخصم كما في سائر الحقوق، فإن فعل فحسن؛ لأنه أعانها في إثبات حقها، فكانت حسبة منه.

ولو أخبره عدلان أنه موسر يقبل إن لم يتلفظا بالشهادة؛ لأنها شبه الصلة، فكانت حسنة من وجه، وليست من حقوق العباد المحضة فشرطنا فيه العدد دون لفظة الشهادة، كما في أمور الدين المترددة بين حق الله تعالى وحق العبد.

وإن قالا: سمعنا أنه موسر لا تقبل؛ لأنهما قد يستعملان الكذب كما يستعملان الصدق، فلا يحصل لهما العلم بالمشهود به، وهذا مما يطلع عليه الشهود، فلا يؤخذ فيه بالاستفاضة والشهرة للزوج عليها دين، فاحتسب لها نفقتها منه جاز؛ لأن المقاصة مشروعة بين الديون لكن لا تقع المقاصة إلا برضاء الزوج، وفي سائر الديون تقع المقاصة.

وإن لم يتقاصّا؛ لأن دين النفقة أنقص من سائر الديون؛ لأنها تسقط بالموت وسائر الديون لا تسقط بالموت، فكان دين الزوج أقوى من دينها، فصار كما لو كان أحد الدينين جيدًا، والآخر رديئًا لا تقع المقاصة إلا أن يتقاصّا، فكذا هذا.

هل تسمع البينة على الإعسار قبل الحبس؟ فيه روايتان لما يأتي في كتاب "أدب القاضي": أعطاها الزوج مالًا، فقال هو من المهر، وقالت هي من النفقة، فالقول: للزوج إلا أن تقيم المرأة البينة؛ لأن الزوج هو المملك، فيكون هو العالم بجهة التمليك، فوجب المصير إلى قوله، وهذا لأن الظاهر يشهد له؛ لأنه في أداء المهر يسقط الواجب عن ذمته، وفي الإهداء إليها يكون متبرعا والعاقل يقدم إسقاط الواجب على التبرع، فكان بيان الجهة إليه إلا أن يكون المؤدى مأكولا؛ لأن الظاهر يكذبه والعرف الجاري بخلافه.

(**النوادر**): وذكر الخصاف في "أدب القاضي": أنه في المهر والنفقة والكفالة وأرش الجناية القول قول المطلوب أنه فقير، وفي ثمن المبيع والغرم لا يصدق؛ لأنه قضي أنه فقير.

وذكر الجرجاني عن أبي بكر الرازي: أنه لا يقبل قوله في المهر أنه فقير.

وذكر بشر بن الوليد في نوادره، قال أبو يوسف رحمه الله: إذا طلب الأب النفقة من الابن، فقال الابن: أنت غني، وقال الأب: أنا فقير، وقد سئل الناس عنه، فقالوا: لا ندري حاله، فالقول قول الابن أن الأب غني، ويحتاج الأب إلى إقامة النفقة أنه فقير.

رجل له عمامة واحدة لا يخير على بيعها في النفقة؛ لأن الرجل يحتاج إلى عمامة واحدة حاجة ضرورية.

ألا ترى أنه لا يباع في سائر الديون، فكذا في النفقة.

ولو امتنعت المرأة عن الطبخ والخبز لزوجها، أو لنفسها إن كانت معتدة لا تجبر على ذلك، وعلى الزوج أن يأتيها بثمن يكفيها عمل الخبز والطبخ؛ لأن الواجب لها على الزوج الطعام لقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] والطعام ما يمكن تناوله وأكله والحنطة والدقيق لا يمكن تناولهما، فوجب على الزوج أن يجعلهما فهيّأ للأكل وذا بالخبز والطبخ، بخلاف ما لو امتنعت خادمتها عن هذه الأعمال، فإنها لا تستحق النفقة على زوج مولًا بها؛ لأن نفقة الخادم إنما تجب بإزاء الخدمة.

قال الفقيه أبو الليث في" نوازله": هذا إذا كانت المرأة بها علة لا تقدر على الخبز والطعام، أو كانت من الأشراف وإن كانت تقدر وهي تخدم بنفسها تجبر؛ لأنها متعينة، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الخدمة التي داخل البيت على المرأة، والتي خارج البيت على الزوج، هكذا قضى عن علي وفاطمة عليهما السلام.

(باب فرض القاضي النفقة)

ولو طلبت من القاضي أن يفرض لها النفقة على الزوج، فالقاضي يأمره بالنفقة عليها؛ لأن الله تعالى أمره بالإمساك بالمعروف، وليس من المعروف ترك التوسع في النفقة، وللزوج أن يلي الإنفاق بنفسه إلا أن يظهر للقاضي مطله وظلمه أنه لا ينفق

عليها، فحينئذ يفرض لها بنفقة عليه في كل شهر ويأمره أن يعطيها لتنفق هي على نفسها؛ لأن نفقتها واجبة بعقد النكاح، فالقاضي يعينها على الوصول إلى حقها، ويتعذر للقاضي أن يفرض لها النفقة كل ساعة أو يوم، وهي لا تقدر أن تتقدم إلى القاضي في زمان قريب، وتقدر في زمان بعيد، وأدنى الآجال الشهر، فيتقدر به.

وذكر الفقيه أبو الليث في" نوازله ": امرأة فرضت لها النفقة مشاهرة يدفع إليها في كل شهر، فإن لم يدفع فطلبت في كل يوم كان لها أن تطلب عند المساء؛ لأن حصة كل يوم معلوم، فيمكنها المطالبة ولا كذلك ما دون اليوم، فإنه مقدر بالساعات، فلا يمكن باعتبارها، فإذا لم يعطها وقدمته مرارًا، ولم يقبل نصح القاضي، ولم يتجمع فيه وعظه، حبسه القاضي لظهور مطله وظلمه، فإن ظهر بعد الحبس عسرته سأل عن حاله شهرين أو ثلاثة يخليه لعدم الفائدة لقوله تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

وإن كان الرجل صاحب فائدة، فالقاضي لا يفرض عليه النفقة؛ لأنه متى ينفق على من ليس عليه نفقته فلا يمتنع من الإنفاق على من عليه نفقته، ويفرض لها النفقة.

وإن كانت موسرة وليس لأحد موسر النفقة إلا المرأة الموسرة على زوجها؛ لأنها إنما تستحق النفقة بالعقد بمقابلة الاحتباس والموسرة والمعسرة في ذلك سواء، ونفقة من عداها تجب باعتبار الحاجة، فلا تجب بدون الحاجة وتقدر النفقة على قدر الغلاء، والرخص في كل وقت، ولا تقدر بالدراهم والدنانير؛ لأنه إذا قدر بهما ولم يعتبر فيه قدر الغلاء والرخص يتضرر به أحدهما إن غلا السعر تتضرر به المرأة.

وإن رخص يتضرر به الزوج، فيعتبر قدر الغلاء والرخص في كل وقت، ثم يقضي عليه بالقيمة نظرًا لهما حتى لو كان القاضي فرض لها فريضة والسعر رخيص، ثم غلا، فإنه يزيدها في الفرض لما بينا.

امرأة صالحت زوجها على نفقة لا يكفيها يكملها القاضي إن طلبت؛ لأن صلحها إسقاط حق لم يجب؛ لأن النفقة تجب حالًا فحالًا، كما لو أبرأته منها.

(فصل)

أصله: أن القاضي إذا فرض على المعسر، ثم أيسر يفرض نفقة الموسر.

وكذلك إذا أعسر يفرض نفقة المعسر؛ لأن النفقة إنما تجب شيئًا فشيئًا، فيراعى حال الزوج في كل وقت، فتتغير بتغيره. القاضي متى تبين له الخطأ في قضائه يرده؛ لأنه يتبين أن قضاءه لم يقع نافذا.

وإن لم يكن يتبين بمضيه إذا هلكت، أو سرقت الكسوة، أو خرقتها قبل الوقت لا يقضي بكسوة أخرى حتى تمضي تلك المدة؛ لأنه لم يتبين خطؤه، فيضمنه.

وإن تخرقت الكسوة قبل المدة أو إن تخرقت بخرق استعمالها ليس لها أخرى؛ لأنه لم يتبين الخطأ في التقدير؛ لأنه لولا خرق استعمالها بقيت الكسوة إلى آخر المدة، فبقي التقدير معتبرًا، كما لو أسرفت في نفقة شهر حتى فنيت في نصفه.

وإن تخرقت بالاستعمال المعتاد يفرض ثانيا؛ لأنه ظهر خطأ المقدر فكان وجود التقدير وعدمه بمنزلة.

وكذلك في النفقة؛ لأن الواجب على الزوج كفاية الوقت، فيدور مع الوقت، فأما إذا بقيت الكسوة بعد المدة ينظر إن لم تستعمل تلك الكسوة، أو استعملت معها كسوة أخرى، فإنه يعرض لها كسوة أخرى؛ لأنه لم يظهر خطأ القاضي في التقدير، وتأنقها في حفظ حقها لا يبطل حقها.

وإن استعملت ولم تلبس معها كسوة أخرى، وقد بقيت لا يفرض لها بأخرى ما لم تتخرق؛ لأنه يبين خطأ القاضي في تقدير المدة؛ لأنه وقّت وقتا يبقي الكسوة، وزاد لك الوقت فيرده ولا يمضيه، بخلاف ما إذا قضى لها بالطعام، فبقي من بعد المدة يقضي لها بأجر بجواز أنه إنما بقي الطعام لتقتيرها في الإنفاق على نفسها، والواجب على القاضي أن يقضي لها بنفقة لا سرف، ولا تقتير فيها، فلم يظهر خطأ القاضي في التقدير بيقين، يبقى التقدير معتبرا.

ولو نفذ الطعام قبل المدة لا يقضي؛ لأن من الجائز الإسراف في الطعام، فلم يظهر خطؤه في التقدير بيقين، فلم يقض بخلاف الكسوة، فثبت قبل المدة؛ لأنه لا

إسراف ولا تقتير في حق اللبس، فإذا تخرقت قبل المدة ظهر خطأ القاضي بيقين في التقدير، فبطل التقدير، ثم فرق بين نفقة المنكوحة ونفقة المحارم من ثلاثة أوجه:

أحدها: لو ضاعت أو سرقت أو كانت كسوة، فعجل بتخريقها يفرض مرة، وفي المنكوحة يقضي بأخرى، والثالث: المنكوحة لو أخذت نفقة مدة، ثم مات يسترد نفقة ما بقي من المدة عند محمد، وفي المحارم لا يسترد إجماعا، والفرق أن نفقة المحارم تجب بسبب الحاجة، والحاجة بعد ضياع النفقة قائمة، فيقضي بأخرى، وبعد قيام النفقة منعدمة، فلا يقضي بأخرى.

فأما نفقة المنكوحة لا تجب بسبب الحاجة؛ بل فيها معنى العوضية، ولهذا تجب، وإن كانت موسرة، وإنما تجب بمقابلة الاحتباس، فما دامت محتبسة كانت مستحقة للنفقة، ولا تجب إلا بفرض القاضي، أو بتراضيهما على شيء، وتسقط بمضي الزمان.

وقال الشافعي: لا تسقط وتصير دينا.

والصحيح قولنا؛ لأن النفقة وجبت صلة معنى؛ لأنها وجبت جزاء على احتباسها رزقا وعوضًا عما ليس بمال، فكانت النفقة في حق وصف المالية صلة، ولهذا سمى الله تعالى رزقا بقوله: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] والرزق اسم لما يملك صلة كرزق القاضي في بيت المال صلة معنى والصلات لا تملك إلا بالتسليم حقيقة، أو حكما بانضمام قضاء القاضي إليها أو بالتزامه، فإن ولايته على نفسه آكد من ولاية القاضي.

فإن قيل: لو كانت صلة كيف يجبر الزوج على التسليم.

قلنا: يجوز أن يجبر ألا ترى أن من أوصى بأن يوهب عنه من فلان بعد موته، فمات الموصي يجبر الوارث على تنفيذ الهبة في العبد.

وإن كانت صلة، ولو مات العبد تبطل الوصية، وكذا الشفيع استحق على المشتري تسليم الدار إليه بالشفعة، والشفعة صلة شرعية.

ولو مات الشفيع يطلب الشفعة، وإذا استدانت قبل فرض القاضي بالنفقة لا يرجع بذلك على الزوج، وبعد القضاء أو الرضاء يرجع؛ لأن النفقة قبل القضاء والرضاء لم تصر دينا عليه، ولا ولاية لها عليه، فلا تصح استدانة عليه، وبعد القضاء صارت دينا عليه فيرجع عليه بدينه؛ لأن استدانتها صحيحة عليه.

ولو قضى القاضي بالنفقة لها يأمرها بالاستدانة على الزوج؛ لئلا يبطل حقها في النفقة بموت أحدهما؛ لأن النفقة تبطل بموت أحدهما، فكانت فائدة الأمر بالاستدانة لتأكيد حقها في النفقة؛ لأن القاضي مأمور بإيصال الحق إلى المستحق، وهذا طريقه.

وقال الحاكم أبو الفضل رحمه الله في (**المختصر**): يحتمل أن تكون فائدة الأمر بالاستدانة عليه، أنه إذا مات زوجها تعد ما استدانت عليه بأمر القاضي يرجع بذلك الدين في تركه، وإذا استدانت بغير أمر القاضي لا يرجع؛ لأنه لا ولاية لها على الزوج ليلزمه حكم فعلها، ولكن لها أن تأخذ تلك النفقة من زوجها ما دام حيا.

وكذلك لو أنفقت من عبدها والزوج معسر يستدين عليه بأمر القاضي، ولا يفرق بينهما.

وقال الشافعي: يفرق.

والصحيح قولنا؛ لأن التفريق يضمن إبطال حق الزوج في ملك النكاح، وفي عدم التفريق تأخير حقها في النفقة إلى وقت الميسرة، فإنها تصير دينا بالقضاء وضرر التأخير أهون من ضرر الإبطال، والضرران إذا تقابلا اجتمعا، ولم يكن دفعهما جميعًا يدفع الأعلى، ويتحمل الآدمي دفعًا للضرر بقدر الإمكان.

قال الزوج: قضى علي منذ شهر، وهي تقول: منذ شهرين، القول للزوج مع يمينه؛ لأنها ادعت الزيادة وهو ينكر.

(**النوادر**): امرأة خاصمت زوجها في النفقة، فتوسط أب الزوج، وقال: أعطي النفقة فأعطاها، ثم طلقها الزوج ليس للأب استرداد ما دفع؛ لأنه لو أعطاها الزوج لم يكن له ذلك عند أبي يوسف، وعليه الفتوى، فكذا إذا أعطى الأب عن جهة الزوج، والله أعلم.

(باب سقوط النفقة المفروضة)

النفقة المفروضة تسقط بالموت؛ لأنها صلة وجبت جزاء على الاحتباس لما بينا، والصلات تسقط بالموت.

وعن محمد: أنه يؤخذ من ماله.

وإن أعطاها نفقة مدة، ثم مات أحدهما قبل مضي المدة لا يسترد ما بقي عند أبي يوسف.

وعند محمد: يسترد بقدره؛ لأن سبب الاستحقاق للنفقة القيام عليها، وإنه يتحدد ساعة فساعة، وقد بطل السبب وارتفع بموت أحدهما، فيمتنع الوجوب، فوجب الرد بحساب ما بقي من الوقت كالمستأجر، إذا عجل الأجرة، ثم مات أحدهما.

لهما: أن النفقة صلة، والصلات لا تصير دينا؛ ألا ترى أنه لو لم يأخذ من الزوج حتى مضى الوقت لا يصير دينا على الزوج.

(**النوادر**): أبرأت الزوج عن النفقة أبدًا ينظر إن لم يفرض القاضي النفقة، فالبراءة باطلة؛ لأنها أبرأت قبل الوجوب.

وإن فرض لها كل شهر عشرة دراهم صح الإبراء من نفقة الشهر الأول، ولم يصح من نفقة ما سواه.

وكذلك لو قالت: أبرأتك من نفقة سنة لم يبرأ إلا من نفقة شهر واحد؛ لأن القاضي لما فرض كل شهر، ففرض القاضي يتحدد بالشهر، فما لم يتحدد الشهر لا يتحدد الفرض، وما لم يتحدد الفرض لا يتعين بنفقة الشهر التالي واجبة.

ولو قالت: أبرأتك من نفقة ما مضى وما يستقبل برئ من نفقة ما مضى، ومن نفقة ما يستقبل بقدر شهر، ولا يبرأ من زيادة على ذلك، فصار نظير هذا من أجر عبده من رجل يخدمه كل شهر بعشرة دراهم، ثم أبرأه من أجر الغلام أبدًا لا يبرأ إلا من أجر شهر، إذا فرض نفقة الأب على الابن، فلم يقبض سنتين، ثم أيسر أو مات بطل؛ لأن هذه صلة من وجه، فلا تصير دينا من كل وجه، وهكذا إذا فرض القاضي الرزق من بيت المال، ولم يأخذ سنتين، ثم عزل يبطل.

(باب الرجل يغيب عن امرأته فتطلب النفقة)

غاب الرجل ولم يخلفها نفقة، فطلبت المرأة من القاضي أن يفرض لها نفقة فهو على وجهين:

إما أن لم يكن للزوج مال حاضر، ولو فرض نفذ قضاؤه؛ لأن هذا فضل مجتهد فيه فكان للقضاء فيه مجال ومشاع.

وإن كان له مال حاضر، فلا يخلو إما أن كان المال في بيته، أو عند غيره وكل وجه لا يخلو إما أن علم القاضي بالنكاح أو لم يعلم، فإن كان المال في بيته، وعلم القاضي بالنكاح، فإنه يقضي لها بالنفقة في ماله، ولا يقضي بالنفقة في مال الغائب ما خلا الوالدين والأولاد والزوجة؛ لأن لهؤلاء أخذ النفقة متى ظفروا بحبس حقهم من غير قضاء، ورضا فكان القضاء إعانة لهم على استيفاء حقهم لا قضاء فحقيقة؛ لأن القضاء إيجاب ما لم يكن واجبا، وإيفاء حق واجب على الغائب من ماله جائز.

أما ما عدا هؤلاء من الأقارب لا يستحق النفقة إلا بالقضاء أو الرضاء حتى لم يكن له أن يأخذ من حبس من غير قضاء، ولا رضاء فكان هذا قضاء على الغائب فلا يجوز، ويأخذ منها كفيلا بعدما يخلفها أنه لم يعط نفقتها نظرا للغائب بجواز أنها استوفت النفقة من الزوج فيستوبق منها بكفيل احتياطا ويخلفها، فإن الإنسان قد يخلف ولا يعطي الكفيل، وقد يعطي الكفيل ولا يخلف، فيجمع بينهما احتياطا للغائب، وهذا كله إذا كان مال الغائب من جنس حقها بأن كان دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة، فيأخذ طعامه وكسوته ونص عليه؛ لأنها ظفرت بحبس حقها، ومن ظفر بحبس حقه كان له أن يأخذه بغير أمر القاضي، فكان للقاضي أن يعين على ذلك.

وإن كان ماله عروضا أو عقارا لم يبع القاضي عليه في النفقة، ولا في الدين عند أبي حنيفة.

وعندهما يتبع وأصله أن يتبع مال الدين للدين لا يجوز عنده خلافًا لهما لما

عرف، وأما إذا كان ماله عند غيره وديعة أو دين على إنسان، فلا يخلو إما أن كان المودع والمديون مقرًّا بالمال وبالنكاح، أو لم يكن، فإن كان مقرًّا بهما والنكاح ظاهر عند القاضي يقضي لها بالنفقة؛ لأنه ثبت النكاح والمال بتصادقهم جميعًا، فوجب على القاضي إيفاء حقها من ذلك كما لو كان هذا المال في بيت الزوج بعد أن يخلفها ويأخذ منها كفيلا احتياطا.

ويفرض في مال الغائب وفي مال الوديعة نفقة أربعة: نفقة الأبوين، والأولاد الصغار، ونفقة الزوجة إذا كان يعترف بالمال وبالزوجية والنسب.

وإن أنكر المودع المال والنسب والزوجية، ولم يعلم القاضي بالنكاح وبالنسب فأقيمت البينة على ذلك لا تقبل عند أبي حنيفة، ولا يفرض بالنفقة؛ لأنها قامت على الغائب وليس عنه خصم حاضر، فإن المودع لا يفرض بالنفقة؛ لأنها قامت على الغائب، ولا يصلح خصما عن الغائب فيما يستحق عليه وعند أبي يوسف تقبل البينة ويفرض ولا يقضي بالنكاح والنسب عليه، واليوم القضاة يقبلون البينة على النكاح على الغائب لفرض النفقة؛ لأنه مجتهد فيه وحاجة الناس ماسة وداعية إليه، ويجوز أن تقبل البينة في حق حكم دون حكم.

كما قاله أبو يوسف في رجل اشترى جارية، ثم قال: وجدتها ذات زوج قرابة أراد أن يردها بالغيب، وأقام البينة أنها امرأة فلان الغائب تقبل البينة حتى يثبت به حق الرد، ولا يقضي بالنكاح، ونظيره إذا كفل رجل عن غائب بمال مقدر، فإنه يلزم ذلك الكفيل، وإن كان لا يلزم الأصل.

وكذلك إذا شهد رجل وامرأتان بالسرقة تقبل في حق المال، ولا تقبل في حق القطع.

(باب نفقة العبد والأمة)

ونفقة امرأة العبد والمكاتب والمدبر حرة كانت أو أمة عليه لا على المولى، لوجود سبب استحقاقها في حقه وهو كونها محبوسة بحقه؛ لأن النفقة تقابل المنفعة والمنفعة له، فتكون النفقة عليه كالمهر، وإذا عجز العبد بعد فرض القاضي يباع فيه

كسائر الديون إلا أن يفديه المولى والمكاتب والمدبر يسعيان فيها لتعذر بيعهما، ولا يجب نفقة ولد العبد عليه؛ لأنه إن كان من أمة فهو مملوك لمولاها.

وإن كان من حرة فالولد حر ونفقة الأولاد تجب باعتبار الحاجة، والولد الحر إن كان محتاجا، فالعبد أحوج منه، ولا يجوز الإنفاق من ملك المولى على أقارب العبد، وتجب نفقة الولد على الأم إن كان لها مال، فإن لم يكن فعلى من يرث الولد من القرابة.

وإن كان من مكاتبة فالولد مكاتب مكاتبته الأم، فيكون كالرقيق لها فتكون النفقة عليها.

وإن كان أم ولد أو مدبرة، فأولادهما بمنزلتهما، فتكون نفقتهم على مولاهن.

وإن كان مولاهن فقيرا، فالزوج أب الولد لا يؤمر الأب بالنفقة على ولده؛ لأن ولده مملوك لمولى الجارية، فإما أن يبيعه مولاه، أو ينفق عليه.

وإن كان من مدبره وأم الولد ينفق الأب عليه، ثم يرجع على المولى؛ لأن هنا لا يمكن أن يجبر المولى على بيعه، فإن كانت امرأة المكاتب مكاتبة، وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الأم؛ لأن الولد تبع للأم في الكتابة حتى يكون كنسبه، وأرش الجناية عليه للأم، فصار كالمملوك للأم، فإن كانت امرأة المكاتب حرة، أو أمة لإنسان لا تجب عليه نفقة الولد؛ لأنه حر أو مملوك لمولى الأم. حر تزوج أمة، فلا نفقة عليه إلا بعد بينونة المولى؛ لأن سبب استحقاق النفقة؛ لأنها محبوسة في بيت الزوج على وجه يصل إلى استمتاعها، وذلك لا يكون إلا بعد البينونة، والبينونة أن يحلها والزوج، ولا يستخدمها إلا إذا خدمت باختيارها وقتًا مؤقتًا، حتى لو منعها بعد البينونة لا نفقة لها، تزوج مكاتبة تجب النفقة بدون البينونة؛ لأن المولى ليس له منعها عن الزوج.

(**النوادر**): رجل زوج ابنته من عبده تجب لها النفقة على العبد؛ لأن البنت تستحق الدين على الأب، فجاز أن تستحق على عبد الأب، فإن زوج أمته من عبده فيبقيهما على المولى؛ لأنهما جميعًا ملك المولى، فإن أبى المولى من الإنفاق على أحد منهما يجبر عليه، وفي علف البهائم لا يجبر في ظاهر الرواية.

وروي عن أبي يوسف: أنه يجبر فهو سواء بينهما، وفي ظاهر الرواية فرق، والفرق أن العبد آدمي، وأنه من أهل الاستحقاق في الجملة، فجاز أن يستحق حقا على مولاه استيفاء لمهجته، ولا كذلك البهائم.

رجل له عبد لا ينفق عليه مولاه، هل للعبد أن يأكل من مال مولاه؟ ينظر إن كان قادرًا على الكسب ليس له أن يأكل من كسبه، وإن كان عاجزا عن الكسب له ذلك.

وإن كان قادرا على الكسب، ولكن المولى يمنعه من الكسب يقول له العبد: إما أن تأذن لي في الكسب، وإما أن تنفق عليّ، فإن لم يأذن، فله أن ينفق على نفسه من مال المولى.

(باب نفقة المطلقة)

للمطلقة الرجعية والمبتوتة النفقة[1].

---

(١) فَرَّقَ الْفُقَهَاءُ بَيْنَ الْمَبْتُوتَةِ الْحَامِلِ وَغَيْرِ الْحَامِلِ فِي وُجُوبِ النَّفَقَةِ لَهَا بِأَنْوَاعِهَا أَثْنَاءَ الْعِدَّةِ.
فَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ وَالسُّكْنَى مَتَى كَانَتْ حَامِلًا.
مُسْتَنِدِينَ فِي ذَلِكَ إِلَى قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.
وَلأَنَّهَا حَامِلٌ بِوَلَدِهِ وَهُوَ يَجِبُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ، وَلَا يُمْكِنُ الإِنْفَاقُ عَلَى الْحَمْلِ إِلَّا إِذَا أَنْفَقَ عَلَى أُمِّهِ، فَيَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى تِلْكَ الأُمِّ، كَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ أُجْرَةُ الإِرْضَاعِ.
وَاخْتَلَفُوا فِي وُجُوبِ النَّفَقَةِ لَهَا إِنْ كَانَتْ غَيْرَ حَامِلٍ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ:
الْقَوْل الأَوَّل: لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْحَنَفِيَّةُ، وَهُوَ مَرْوِيٌّ عَنِ الثَّوْرِيِّ وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ، وَابْنِ شُبْرُمَةَ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى وَغَيْرِهِمْ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ.
مُسْتَنِدِينَ فِي ذَلِكَ إِلَى مَا اسْتَنَدُوا إِلَيْهِ فِي إِيجَابِهَا لِلْمُبَانَةِ الْحَامِلِ.
وَبِمَا رَوَاهُ أَبُو إِسْحَاقَ - عَمْرُو بْنُ عَبْدِ اللَّهِ - قَال: كُنْتُ مَعَ الأَسْوَدِ بْنِ يَزِيدَ جَالِسًا فِي الْمَسْجِدِ الأَعْظَمِ وَمَعَنَا الشَّعْبِيُّ، فَحَدَّثَ الشَّعْبِيُّ بِحَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ "أَنَّ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَمْ يَجْعَل لَهَا سُكْنَى وَلَا نَفَقَةً"، ثُمَّ أَخَذَ الأَسْوَدُ كَفًّا مِنْ حَصًى فَحَصَبَهُ بِهِ فَقَال: وَيْلَكَ! تُحَدِّثُ بِمِثْل هَذَا؟ قَال عُمَرُ: لَا نَتْرُكُ كِتَابَ اللَّهِ وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِقَوْل امْرَأَةٍ لَا نَدْرِي لَعَلَّهَا حَفِظَتْ أَوْ نَسِيَتْ، لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ. قَال اللَّهُ عَزَّ وَجَل: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾.
=

وقال الشافعي: لا نفقة للمبتوتة إلا أن تكون حاملا.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**المبتوتة لها النفقة والسكنى**"، وحديث فاطمة بنت قيس أنها قالت: "طلقني زوجي ثلاثًا، ولم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى" مطعون فيه رده كبار من الصحابة[1].

=

الْقَوْل الثَّانِي: لَهَا السُّكْنَى دُونَ النَّفَقَةِ: وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ. لأَنَّ اللَّـهَ عَزَّ وَجَل قَال: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾. فَقَدْ أَوْجَبَ سُبْحَانَهُ السُّكْنَى لِكُل مُطَلَّقَةٍ، وَمِنْهَا الْبَائِنُ غَيْرُ الْحَامِل، وَأَمَّا النَّفَقَةُ فَقَدْ خَصَّ بِهَا الْحَامِل دُونَ الْحَائِل، فَدَل ذَلِكَ عَلَى وُجُوبِ السُّكْنَى لِلْبَائِنِ غَيْرِ الْحَامِل دُونَ النَّفَقَةِ.

الْقَوْل الثَّالِثُ: لَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا سُكْنَى: وَهُوَ الْمَذْهَبُ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ.

لِمَا وَرَدَ عَنْ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَلَمْ يَجْعَل لَهَا رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَفَقَةً وَلَا سُكْنَى.

انظر: البدائع ١٦/٤، وحاشية الدسوقي ٥١٥/٢، والمغني ٢٨٨/٩، ونهاية المحتاج ٢١١/٧.

(١) أخرجه النسائي ٧٤/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٣٢) قال: أخبرني حاجب بن سليمان، قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا ابن أبي ذئب، عن الزهري، ويزيد بن عبد الله بن قسيط، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن (ح) وعن الحارث بن عبد الرحمن، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، أنهما سألا فاطمة بنت قيس عن أمرها؟ فقالت: «طلقني زوجي ثلاثا، فكان يرزقني طعاما فيه شيء، فقلت: والله لئن كانت لي النفقة والسكنى لأطلبنها ولا أقبل هذا، فقال الوكيل: ليس لك سكنى ولا نفقة، قالت: فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له، فقال: ليس لك سكنى ولا نفقة، فاعتدي عند فلانة، قالت: وكان يأتيها أصحابه، ثم قال: اعتدي عند ابن أم مكتوم، فإنه أعمى، فإذا حللت فآذنيني، قالت: فلما حللت آذنته، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ومن خطبك؟ فقلت: معاوية، ورجل آخر من قريش، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **أما معاوية، فإنّه غلامٌ من غلمان قريشٍ، لا شيء لهُ، وأمّا الآخرُ، فإنّه صاحبُ شرٍّ لا خيرَ فيهِ، ولكن انكحي أسامة بن زيدٍ**، قالت: فكرهته، فقال لها ذلك ثلاث مرات، فنكحته».

والحديث؛ أخرجه سعيد بن منصور (١٣٥٥)، وإسحاق بن راهويه (٢٣٧٢ و٢٣٧٣)، وابن الجارود (٧٦٠)، وأبو عوانة (٤١٣٨ و٤١٣٩ و٤٥٨٨: ٤٦٠٠ و٤٦٣٦ و٤٦٣٧)، والطبراني ٢٤/(٩٠٩: ٩٢١)، والدارقطني (٣٩٧٠)، والبيهقي ١٣٥/٧ و١٧٧ و١٨٠ و٤٣٢ و٤٧١ و٤٧٢، والبغوي (٢٣٨٥).

فإن عمر رضي الله عنه قال: لا يدع كتاب ربنا ولا سنة رسولنا، تقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى**"؛ ولأن النفقة تجب جزاء على احتباسها بحق زوجها، وقد بقيت في العدة محبوسة بحقه، وهو صيانة مائه، فإن رحمها مشغولة بمائه، وهي حافظة فبقي جزاؤه، فإن ادعت أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها؛ لأن عدتها إنما تنقضي بوضع الحمل؛ لأنها صدقت في كونها حاملا فالولد يبقى في البطن سنتين، فإن قالت: كنت أتوهم أني حامل ولم أحض إلى هذه الغاية، يعني أنها ممتدة الطهر، وطلبت النفقة، فإنه نذر لها النفقة ما لم تدخل في حد الإياس، فإذا دخلت استأنف العدة ثلاثة أشهر؛ لأن الممتدة طهرها لا تنقضي عدتها ما لم تدخل في حد الإياس، وتمضي بعد ذلك ثلاثة أشهر.

ولو أنها حاضت في هذه الثلاثة الأشهر استأنفت العدة؛ لأنه ظهر أنها لم تكن آيسة ولها النفقة؛ لأنها محبوسة بحقه خالعها على أن لا نفقة ولا سكنى لها عليه السكنى ولا نفقة؛ لأن النفقة حقها، فصح البراءة عنها، والسكنى حق الشرع فلم تصح البراءة عنه.

وإن سقطت مؤنة السكنى تسقط؛ لأنها حقها، وإذا لم تصح البراءة عن السكنى ينظر إن كان المنزل ملك الزوج، فينبغي أن يخرج الزوج منه وينعزل عنها ويتركها في ذلك إلى أن تنقضي عدتها.

وإن كانت بكرا، فإن استكرى لها منزلا آخر جاز، ولكن الأفضل أن يتركها في ذلك المنزل.

(فصل)

أصله: أن الفرقة متى وقعت بسبب هي محقة فيه فلها النفقة، وبسبب هي عاصية فيه فلا نفقة لها.

وإن كانت الفرقة من جهة الزوج فلها النفقة سواء كانت بمعصية أو بغير معصية؛ لأن النفقة صلة لها وعصيان الزوج لا يحرم عنها الصلة وبعصيانها جاز أن يحرم عنها الصلة مجازاة على فعلها، وصار كالوارث إذا قتل مورثه بغير حق يحرم

من الميراث، وبحق لا يحرم، والأمة إذا أعتقت، أو الصغيرة أدركت، فاختارت نفسها، وفرق بينهما لعدم الكفاءة فلها النفقة؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها بسبب هي محقة فيه.

ولو أعتق أم ولده لا نفقة لها؛ لأن نفقة العدة تجب جزاء على الاحتباس من الثابت بحكم النكاح، ولهذا لا تجب على الموطوءة بالنكاح الفاسد.

ولو ارتدت المنكوحة، أو طاوعت، أو قبّلت ابن زوجها أو لمسته بشهوة، فلا نفقة لها؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها بسبب هي عاصية فيه.

وإن لم تكن مطاوعة فلها النفقة؛ لأن الفرقة لم تقع بسبب من جهتها، فإن أسلمت المرتدة والعدة باقية، فلا نفقة لها، بخلاف ما لو نشزت فطلقها الزوج، ثم تركت النشوز فلها النفقة؛ لأن في الردة النفقة، إنما تسقط بالفرقة بسبب هي عاصية فيه، والفرقة لا ترتفع بإسلامها، وفي النشوز النفقة، إنما تسقط بالنشوز، فإذا ارتفع النشوز، فقد زال المسقط والسبب الموجب للنفقة قائم، وهي الزوجية فعاد حقها في النفقة، ارتدت المطلقة في العدة لا نفقة لها؛ لأنها تحبس لا في بيت الزوج، فقد فوتت الاحتباس على الزوج بما هو معصية، فيسقط حقها.

كما لو خرجت المطلقة في العدة، ولو تابت في العدة ورجعت تجب النفقة؛ لأنها متى عادت إلى بيت الزوج عاد الاحتباس، فزال المسقط وتحقق الموجب.

كما لو نشزت، ثم عادت إلى بيت العدة، بخلاف ما لو ارتدت المنكوحة، ثم أسلمت لا تعود النفقة؛ لأن الفرقة هنا وقعت بمعنى مضاف إليها، وهي معصية، فسقطت النفقة أصلا، فأما المعتدة فسبب الوجوب قد يفي، لكن امتنع الوجوب في بعض المدة لعارض، وقد زال العارض، فيزول الحكم، كما في النشوز.

ولو لحقت بدار الحرب، ثم عادت وتابت لا نفقة لها؛ لأن بالالتحاق سقطت العدة حكمًا لتباين الدارين؛ لأنه بمنزلة الموت فانعدم السبب الموجب، والمرتدة ما دامت في بيت الزوج لم تخرج للحبس، فلها النفقة؛ لأنها ما لم تحبس لم تفوت بالردة على الزوج شيئًا، فلا يسقط حقها في النفقة، كما لو قبّلت ابن زوجها في العدة عن شهوة.

ولو طاوعت المعتدة ابن زوجها، أو قبّلها بشهوة، فإن كانت مطلقة رجعية فلا نفقة لها؛ لأن الفرقة ما وقعت بالطلاق؛ بل وقعت بسبب وحدتها وهو معصية.

وإن كانت مبانة فلها النفقة؛ لأن الفرقة وقعت بالطلاق لا بالوطء والتقبيل بخلاف ما لو ارتدت المعتدة، والفرق أن المرتدة تحبس بحق الشرع، فلا تبقى محبوسة بحق الزوج، فأما في المجامعة والتقبيل لا تحبس، فلا تفوت حق الزوج في الحبس، وبخلاف المنكوحة إذا قبّلت ابنه بشهوة سقطت النفقة؛ لأن الفرقة وقعت بمعنى مضاف إليها، وهو معصية فجاز أن تسقط به النفقة.

ولو وقعت الفرقة باللعان أو الإيلاء أو الجب أو العنة بعد الدخول بها والخلوة فلها النفقة؛ لأن الفرقة بهذه الأشياء مضافة إلى الزوج لما عرف.

طلق الْأَمَة الْمُبَوَّأَة فلها النفقة، فإن أخرجها المولى لخدمته بطلت النفقة؛ لأن في حال الزوجية لو أخرجها المولى لخدمته بطلت؛ لأن في حال الزوجية لو أخرجها يسقط، ففي هذه الحالة أولى، وله أن يعيدها أو تأخذ نفقتها، فإن أخرجها من بيت الزوج، ثم طلقها، ثم أعاد لا تستحق النفقة، فإن أخرجها من بيت الزوج، ثم طلقها والفرق أن الإخراج بعد الطلاق فوت على الزوج الاحتباس في حال العدة، فإذا أعادها إلى بيت الزوج في العدة، فقد أعاد مثل ما فوت؛ لأن المثل يقوم مقام الغائب فزال المسقط فتعود النفقة، كما لو كانت.

فأما إذا أخرجها حال قيام النكاح فقد فوت على الزوج الإحساس الكامل، فإذا أعادها في العدة، فلم يكن ما أعاد مثل ما فوت عليه، فلم يرتفع الفوات، فبقي المسقط الأمة المنكوحة، إذا لم يبوئها المولى، ثم طلقها زوجها رجعيًا فللمولى أن يأخذ الزوج حتى يبوئها بيتًا، وينفق عليها حتى تنقضي العدة؛ لأن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح، فإن كان بائنا فليس للمولى ذلك؛ لأن الطلاق البائن يحرم الوطء، وهل له أن يطلب النفقة.

ذكر الخصاف: أن له ذلك ما دامت معتدة.

وقيل: الصحيح أنه ليس لها النفقة؛ لأنها لا تستحق النفقة قبل الطلاق، فلا تستحق بعد الطلاق، ولهذا أصل ممهد أن كل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق، فليس

لها نفقة أبدًا؛ لأن الناشزة كالمعتدة عن النكاح الفاسد والأمة المزوجة إذا لم يبوئها المولى بيتا؛ لأن في العدة يبقى الاستحقاق ما كان مستحقًّا حال قيام النكاح لا أنها تستحق النفقة ابتداء، فإن لم تطلب المرأة نفقتها في العدة حتى انقضت عدتها، أو ماتت سقطت نفقتها؛ لأنها من باب الكفاية والكفاية تسقط بموت من له الحق كرزق القاضي، وكمن له العطاء والرزق من بيت المال يسقط بموته. رجل طلق امرأته، ثم صالحته من نفقة عدتها، فإن كان عدتها بالشهور جاز الصلح؛ لأن وقت العدة معلومة، فكانت النفقة معلومة، فالصلح وقع عن معلوم، فصح.

وإن كان عدتها لحيض لم يجز؛ لأن عدتها مجهولة، فكانت النفقة مجهولة فالصلح وقع عن مجهول، فلا يصح.

(**النوادر**): مسائله على قسمين:

أحدهما: إذا قامت البينة على الزوج أنه طلق امرأته ثلاثا.

والثاني: إذا أقامت البينة عليه بالنكاح.

أما **الأول**: لو قامت بينة على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا، وقد كان دخل بها، وهي تدعي الطلاق أو تنكره يحول القاضي بينهما؛ لأن هذه بينة قامت على حق الله تعالى، وهو تحريم الفرج، فلا يشترط لقبولها الدعوى ولها نفقة العدة إلى أن يسأل عن الشهود؛ لأنها كانت مستحقة للنفقة بيقين وقع الشك في السقوط إن كانت مطلقة لا تسقط.

وإن كانت منكوحة تسقط؛ لأنها صارت محبوسة عن الزوج لا بفعله فلا يسقط بالشك.

وإن طالت المسألة عن الشهود حتى انقضت العدة؛ فلا نفقة لها؛ لأنه تسقط نفقتها بيقين، إما لانقضاء عدتها إن كانت معتدة، أو لكونها ممنوعة إن كانت منكوحة.

فإن لم يعدل الشهود رجع الزوج عليها بما أخذت؛ لأنه تبين أنها أخذت بغير حق؛ لأنه تبين أنها أخذت وهي منكوحة ممنوعة عن الزوج هذا إذا أخذت بفرض القاضي.

وإن أعطاها الزوج على وجه الإباحة لا يرجع بشيء؛ لأنها أخذت برضاه.

وإن لم يدخل بها حتى يشهد الشهود بطلاقها لا نفقة لها؛ لأنه تسقط نفقتها بيقين إن كانت مطلقة، فهي غير معتدة، فإن كانت منكوحة فهي ممنوعة عنه.

(وأما **القسم الثاني**):

لو أقامت امرأة على رجل البينة بالنكاح؛ فلا نفقة لها في مدة المساءلة عن الشهود؛ لأن النفقة لم تكن واجبة لها بيقين، فلا يجب بالشك فلو أراد القاضي أن يفرض لها النفقة لما رأى المصلحة ينبغي أن يصح القضاء، فيقول: إن كنت امرأته، فقد فرضت لك عليه في كل شهر لنفقتك كذا وكذا، ويشهد على ذلك، فإذا مضى شهر، وقد استدانت وعدلت البينة أخذت نفقتها منذ يوم فرض لها؛ لأنه تبين أنها كانت منكوحة ممنوعة بفعل الزوج، وهو الجحود في المسألة المتقدمة إذا لم تعدل البينة، فلا نفقة؛ لأنه تبين أنها كانت منكوحة ممنوعة لا بفعل الزوج.

وأما إذا ادعى الزوج النكاح وهي تجحد، فأقام عليها بينة فلا نفقة لها؛ لأنه تبين أنها منكوحة ممنوعة لا بفعل الزوج. أختان ادعت كل واحدة منهما أن هذا الرجل زوجها، وهو يجحد ذلك، فأقامت كل واحدة بينة على النكاح والدخول فلها نفقة امرأة واحدة في مدة المساءلة عن الشهود؛ لأنه ثبت نكاح إحداهما، وليست إحداهما بأولى من الأخرى هكذا ذكر الخصاف.

وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن لا نفقة لها؛ لأن الشك وقع في الوجوب، ولكن مع هذا نص أنه يفرض؛ لأن إحدى البينتين تعدل غالبًا، وكان أحد النكاحين ثابتًا غالبًا، فلا يقع الشك في الوجوب، ولا كذلك المسألة المتقدمة، فإن عدلت البينتان حكم لكل واحدة منهما بالمال الذي قامت عليه البينة استحسانًا، والقياس أن لا نحكم؛ لأن نكاح إحداهما فاسد، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول الأقل من المسمى، ومن مهر المثل، وكان نكاح كل واحدة صحيحًا في حال فاسدًا في حال، فيجب نصف المسمى والأقل من نصف المسمى، ومن نصف المهر مثلها اعتبارا للحالين. وجه الاستحسان أن في زعم كل واحدة منهما أن نكاحها صحيح، ودعمها معتبر والفاسد نكاحها غير معلومة وإقامة كل واحدة البينة على الدخول، فيجب المسمى.

وإن أقامت إحداهما البينة على النكاح، وعلى إقراره بالدخول، وأقامت الأخرى البينة على النكاح لا غير يقضي للمدخولة بصحة نكاحها، وبالمسمى الذي قامت عليه البينة؛ لأن الدخول بها يدل على ما سبق نكاحها.

ولو لم يقم كل واحد البينة على إقراره بالدخول، وما ادعت الدخول أصلا يفرق بينه وبينهما، ويكون لها نصف المال بينهما؛ لأن نكاح إحداهما صحيح، والأخرى فاسد، وقد فرق بينهما قبل الدخول، فيجب نصف المهر في النكاح الصحيح، وليست إحداهما بأولى من الأخرى، فيكون ذلك النصف من المالين جميعًا من كل واحد ربعه لها امرأة أخذت نفقتها من زوجها أشهر، ثم شهد شاهدان أنها أخته من الرضاعة يفرق بينهما، ويرجع الزوج عليها بما أخذت؛ لأنها أخذت بغير حق أمة في يدي رجل أقامت بينة على حريتها، وهو ينكر فنفقتها على ذي اليد حتى يسأل القاضي عن الشهود؛ لأن الظاهر أنها ملكه، وهي وإن كانت محبوسة عن المولى لكن الموجب للنفقة قيام الزوج عليها، فإن عدلت البينة وأخذت النفقة بفرض القاضي رجع الرجل بما أخذت منه عليها.

وإن أخذت بإعطاء الرجل لا بفرض القاضي، لم يرجع؛ لأن القاضي إنما يقضي بحريتها من الوقت الذي يشهد به الشهود، فينعدم الموجب للنفقة من ذلك الوقت وهو الملك، فتبين أنها أخذتها بغير حق.

وإن لم تعدل البينة، فإنها ترد على المولى ويبطل ما أنفق له؛ لأنه ظهر أنه أنفق على ملكه أمة في يد رجل ادعاها رجل أنها أمته، وأقام على ذلك بينة، فنفقتها على صاحب اليد في مدة المساءلة عن الشهود، فإن أنفق عليها شهرا، ثم عدلت البينة، فقضى بها للمدعي لم يكن للذي أنفق شيء على المدعي في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما بناء على أنه ظهر أنها كانت مغصوبة، وجناية المغصوب على مال الغاصب هدر عنده خلافًا لهما.

ولو كان مكان الأمة عبد والمساءلة بحالها، فإنه يؤمر صاحب اليد بالإنفاق عليه، ولكن يؤاجره في عمل لينفق عليه من علته؛ لأن في الإسراع هنا، فإنه وهو يحصن مال المدعي.

وإن كان صغيرًا كانت النفقة على صاحب اليد لما قلنا.

(باب نفقة عبد الوديعة والرهن والعبد الموصى برقبته لإنسان وخدمته لآخر)

ولو طلب المودع من القاضي أن يأمر بالنفقة على عبد الوديعة، فالقاضي يأمره بأن يؤاجره، وينفق عليه، وإن رأى أن يبيعه فعل؛ لأن للقاضي أن يفعل ما هو أصلح، وأنظر لصاحبه؛ لأنه يصيب ناظرًا للمسلمين فله، ولاية كاملة، ورعاية شاملة.

وكذلك في العبد المرهون، وهذا إذا أقام المدعي البينة على الوديعة والرهن، والقاضي سمع، وهو يخير في السماع إن شاء سمع، وإن شاء لم يسمع؛ لأنه إقامة البينة على الغائب، ونفقة عبد المغصوب على الغاصب؛ لأن رده عليه، فإن طلب من القاضي أن يأمره بالنفقة، أو بالبيع لا يجيبه؛ لأن المالك لا يحتاج إلى هذا الأمر؛ لأن العبد في ضمان الغاصب، إلا أن يكون الغاصب مخوفا، لا يؤمن أن يبيع العبد، فحينئذ يأخذ العبد ويبيعه، ويمسك الثمن؛ لأن هذا أحوط لصاحبه.

وإن كان مأمونا كان الأحوط أن يترك في يده حتى لا يلحق المالك مؤنة.

وإن كان العبد بين رجلين، فتغيب أحدهما وتركه في يد شريكه، ويسأل من القاضي أن يأمره بالنفقة عليه، فإنه يأمره به بعد إقامة البينة على ذلك، والعبد الموصى برقبته لإنسان، وبخدمته لآخر فالنفقة على صاحب الخدمة؛ لأن المنفعة له، فإن كان صغيرا لم يبلغ الخدمة، فنفقته على صاحب الرقبة حتى يبلغ الخدمة؛ لأنه ملك منفعته بغير عوض، فصار كالمستعير؛ فإن مرض في يد صاحب الخدمة ينظر، إن كان مريضًا لا يستطيع معه الخدمة من زمانة، أو غيرها فنفقته على الموصى له بالرقبة، وإن كان مرضًا يستطيع معه الخدمة فنفقته على الموصى له بالخدمة، فإن تطاول المرض، فرأى القاضي أن يأمره ببيعه باعه، واشترى بثمنه عبدًا يقوم مقامه في الخدمة، وتكون رقبته لصاحب الرقبة، وذلك إنما يكون إذا قطعت يد واحد الأرش تباع الجبة، ويضم ثمنها إلى أرش اليدين، فيشتري بها عبدًا آخر يخدمه.

ولو أوصى بالأمة لرجل، وبما في بطنها لآخر، فنفقة الأمة على الموصى له برقبتها؛ لأن منفعتها تحصل له.

ولو أوصى بدار لرجل، وبسكناها لآخر، وهي تخرج من الثلث، فالنفقة على صاحب السكنى؛ لأن المنفعة تحصل له، فإن انهدمت الدار قبل أن يقبضها فقال صاحب السكنى: أنا أبنيها وأسكنها، فله ذلك، ولا يصير متبرعا؛ لأنه لا يصل إلى حقه إلا بهذا، وهو مضطر فيه، فصار كصاحب العلو والسفل إذا انهدم السفل، فامتنع صاحب السفل عن بنائه، فبناه صاحب العلو لا يصير متبرعا، ثم ينظر إن اجتمعا، على أن يكون البناء لصاحب الرقبة، ويعطيه قيمتها يجوز؛ لأن البناء ملك صاحب السكنى، فإذا باعه من صاحب الرقبة يجوز.

وإن لم يجتمعا عليه كان له أن ينقض بناءه، كما في المشتري إذا بنى، ثم جاء الشفيع كان الجواب على هذا الترتيب، فكذا هذا.

ولو أوصى لرجل بنخل، ولآخر بثمرتها، فالنفقة على صاحب الثمرة؛ لأن المنفعة تحصل له، فإن كان النخل لم يبلغ الثمار بعد فالنفقة على صاحب النخيل؛ لأن ملك الرقبة له، وله نوع منفعة، ولا شيء للآخر في الحال.

ولو حملت عاما واحدا، ثم أحالت، فنفقتها على صاحب العلة؛ لأن النخل لا يحمل في بعض الأعوام، ويحمل في البعض، فإذا حملت عاما صارت منفعة النخيل حاصلة له، فوجب النفقة عليه، كنفقة المرأة تجب في كل زمان، فإن كان بمرض في بعض الزمان، فلا يمكنه الاستمتاع بها.

وإن لم تثمر سنة، فأبى أن ينفق صاحب الثمر، فأنفق صاحب النخيل بأمر القاضي، أو بغير أمره، ثم أثمر في سنة أخرى، فلصاحب النخيل أن يرجع بما أنفق على صاحب الثمر؛ لأنه مضطر في الإنفاق لإحياء ملكه، فإنه لو لم ينفق سوى ماله.

ولو أوصى لرجل بتبن هذه الحنطة، ولآخر بالحنطة ينظر إن بقي من الثلث، فالتخليص في ذلك المال.

وإن لم يبق فالتخليص عليهما؛ لأن المنفعة تحصل لهما.

ولو أوصى لرجل بدهن هذا السمسم، ولآخر بكسبه، فأخر التخليص على

صاحب الدهن فرق بين هذا وبين الحنطة، والفرق أن الدهن في السمسم خفي مستتر وقعت الحاجة إلى إظهاره، فالكسب ظاهر لا حاجة إلى إظهاره، فكان التخليص عملًا لصاحب الدهن، فيكون أجره عليه، فأما الحنطة حاصلة كالتبن، إلا أنهما غير متميزين، فيكون التخليص عملًا لهما، فيكون الأجر عليهما.

وكذلك اللبن والزبد والزيت والزيتون، فعلى هذا القياس. قال محمد في رجل ذبح شاة له، ثم أوصى لرجل بلحمها، ولآخر بجلدها، فالتخليص عليهما، كما في الحنطة والتبن، فإن كانت الشاة حية والمسألة بحالها، فأجر الذبح على صاحب اللحم؛ لأن اللحم لا يحصل إلا بالذبح، فأما الجلد حاصل من غير ذبح؛ لأنها وإن كانت ميتة يحصل الجلد، ثم أجر السلخ يكون عليهما؛ لأن منفعة السلخ تحصل لهما.

(باب نفقة الشيء المشترك)

أصله: أن كل من أصلح ملك نفسه، وقد تعلق به حق غيره ينظر إن كان الملك في يده، فأنفق في إصلاحه بأمر القاضي يرجع على غيره، وبغير أمره لا يرجع عليه.

وإن كان في يد غيره، وهو في ضمانه لا يرجع عليه، وإن كان بأمر القاضي، وما كان في يد غيره أمانة، فأنفق عليه لإصلاح ملكه لأجل منفعة الغير حتى يزيل الضرر عن نفسه يرجع على مالكه.

وإن كان إنفاقه بغير إذن صاحبه، ثم المسائل على ستة أوجه: الحائط، والزرع المشترك، والحمام المشترك، والبئر المشتركة، والدابة المشتركة، والنهر المشتركة.

أما الأول: الحائط، أو البيت بين رجلين، فهو على أربعة أوجه:

أحدها: إذا أراد أحدهما أن ينقض الحائط، وأبى الآخر، فإن كان يخاف ضرر سقوطه أجبر الآبي على نقضه، وإلا فلا؛ لأن دفع الضرر واجب.

والثاني: إذا انهدم، فأراد أحدهما أن يبني، وأبى الآخر هل يجبر على البناء، ينظر إن كان موضع الحائط عريضا يمكن لكل واحد منهما أن يبني حائطًا في نصيبه بعد القسمة لا يجبر، وإن لم يمكن ينظر إن هدما الحائط، أو البيت، فإنه يجبر، وإن انهدمت لا يجبر، وعليه الفتوى.

والثالث: إذا بنى أحدهما ينظر إن لم يكن لأحدهما عليه حمولة الحائط، والكرم والخص، وهو نبت من قصب ونحوه، فإنه لا يرجع بشيء، ويكون متطوعًا، وإن كانت لهما عليه حمولة، أو للثاني عليه حمولة دون الآبي، فإن كان موضع الحائط عريضا يكون متطوعًا لا يرجع على شريكه، وإن لم يكن عريضا لا يكون متطوعا، ويرجع ويمنع صاحبه من وضع الحمولة عليه حتى يؤدي حصته.

ولو قال شريكه: أنا لا أضع حمولة عليه، ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري في "فتاويه": أن لشريكه أن يرجع عليه، ثم تمادى يرجع، ذكر في الصلح في مسألة العلو والسفل: أن صاحب العلو يرجع على صاحب السفل بقيمة السفل مبنيا، لا بما أنفق في العلو والسفل، يرجع على صاحب السفل بما أنفق، وجه هذه الرواية إن أذن القاضي قام مقام إذن الشريك لولايته عليه، فصار كالوكيل بالإنفاق. وجه رواية الصلح أن القاضي لا يملك الحجر على الحر البالغ، ليقوم إذنه مقام إذنه، وإنما ينتقل الحائط إليه في الحالة التي يريد الانتفاع بها، فينظر قيمته في تلك الحالة؛ لأن القيمة تعتبر وقت التمليك.

واستحسن بعض المتأخرين من مشايخنا وقال: إن بنى بأمر القاضي يرجع بما أنفق، وإن بنى بغير أمره رجع بقيمة البناء، وعليه الفتوى، ثم تعتبر قيمته يوم البناء، أو وقت الرجوع.

فالصحيح: أنه يعتبر وقت البناء، وهذا بناء على أن المبنى مبني على ملك شريكه، أو على ملك الباني، ثم ينتقل إليه إذا أراد الانتفاع.

والوجه الثاني: زرع بين رجلين، فأبى أحدهما أن ينفق عليه لا يجبر عليه، ولكن يقال للآخر: أنفق عليه، وارجع بنصف النفقة في حصة شريكك، فلو أنفق ولم يخرج الزرع مقدار ما أنفق عليه، هل يرجع على صاحبه بتمام نصف النفقة، أم يرجع بمقدار الزرع؟ ذكرناه على التفصيل في كتاب المزارعة.

والوجه الثالث: حمام بين رجلين عاب القدر، أو تكسر شيء من الحمام، أو طاحونة بينهما ذهب منها شيء، فإنه يخبر الشريك على أن يعمره مع شريكه إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا يؤمر الشريك الآخر بالنفقة، ويرجع بحصة الآبي من العلة؛ لأنه مضطر فيه لإحياء حقه، فلا يكون متبرعا.

وإن انهدم الحمام، أو الطاحونة حتى صار صخرًا لم يجبر واحد منهما أن يعمره حماما، أو طاحونة، ولكن تقسم الأرض بينهما؛ لأنه إن كان لا يمكنه أن يبني فيه الحمام يمكنه أن يبني شيئًا آخر.

والوجه الرابع: نهر بين قوم سريا لأرضهم، احتاجوا إلى كريه، فامتنع بعضهم عن كريه لم يجبر عليه، ولكن يؤمر الباقي بكريه، ويرجعون على الآبي بقسطه من النفقة؛ لأنه لا يمكنهم الانتفاع إلا بكري جميع النهر، فلا يصيرون متبرعين، وليس لهم أن يمنعوه من الشرب، ولا يشبه السفل؛ لأن في المنع هنا تضييع حقه، لأنهم إذا منعوا فقد انتفعوا بقدر حصته من الماء، واستيفاء حق الغير، أو تضييعه لا يجوز، ولا كذلك السفل؛ لأنه ليس له سكنى السفل، ولا تضييع حقه فيه.

وإن كان النهر، أو البئر لواحد، لكن للناس فيه حق الشفة يجبر هذا الواحد على إصلاحها إذا امتنع؛ لأن فيه إبطال حق المسلمين، لأنه يقدر أن يقال للناس: اجتمعوا وأصلحوا وارجعوا عليه، فلو لم يجبر أدى إلى إبطال حق المسلمين، فلا يجوز.

والوجه الخامس: بئر بين رجلين، وهو مشرب لماشيتهما، فامتنع أحدهما عن إصلاحها، وقال: أنا لا أسقي ماشيتي منها لا يجبر على ذلك، وإذا أصلحه صاحبه لا يرجع بشيء، بخلاف ما يقدم من المسائل، والفرق وهو أن النفقة هنا إنما تجب بإزاء المنفعة، فإذا امتنع من الانتفاع لم يكن عليه شيء، فأما فيما ينتفع أن يقدر إيجاب النفقة بإزاء المنفعة أمكن الإيجاب بإزاء ملك الرقبة، والرقبة لهم.

والوجه السادس: دابة بين رجلين، امتنع أحدهما من الإنفاق عليها، فالقاضي يقول للممتنع، إما أن تبيع نصيبك، أو تنفق عليه، فإذا لم يبع يجبره على الإنفاق، بخلاف ما إذا كانت الدابة كلها له لا يجبره على الإنفاق متى امتنع.

والفرق أن هناك ليس في ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير، بل فيه إتلاف ملك نفسه، فلو وجب الإنفاق وجب لملكه، والدابة ليست من أهل الاستحقاق لشيء، أما هنا في ترك الإنفاق إتلاف ملك الغير، وهو ملك شركة، فصاحبه من أهل الاستحقاق، فجاز الجبر.

فالحاصل أنه يجبر في أربع مسائل في الدابة المشتركة، وفي النهر والبئر إذا كان لواحد، وللناس فيه حق الشفة، وفي الحمام والطاحونة إذا انكسر شيء منه، وفي الحائط إذا هدما، ولا يجبر فيما عداها.

ولو كان دار وحانوت بين اثنين لا يمكن قسمتهما، فامتنع أحدهما عن الانتفاع، فإنه يجبر على المهايأة، ثم يقال للممتنع عن الانتفاع بها في مدته: إن شئت فانتفع بها، وإن شئت فأغلق الباب؛ لأن في امتناعه من المهايأة إلحاق الضرر بصاحبه.

(باب نفقة ذوي الرحم المحرم[1])

تحتاج إلى معرفة: نفقة القرابة، وسبب وجوبها، وشرطها، ومن تجب عليه، ومن تجب له.

أما وجوبها: أما نفقة الوالدين، فلقوله صلى الله عليه وسلم: "**إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه، فكلوا من كسب أولادكم**"[2].

---

(١) انظر: المبسوط ٥٧/٩ - ٥٨، وتبيين الحقائق ١٧٩/٣، وفتح القدير ١٤٦/٤.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٦٦٤٣) عن الثوري، عن منصور. و«الحميدي» (٢٤٨) قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الأعمش. و«أحمد» ٣١/٦ (٢٤٥٣٣) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا سفيان، عن منصور (ح) ويحيى، عن سفيان، قال: حدثني منصور. وفي ٤١/٦ (٢٤٦٣٦) و٢٠١/٦ (٢٦١٧٣) قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الأعمش. وفي ١٢٧/٦ (٢٥٤٧٠) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن منصور. وفي ١٩٣/٦ (٢٦١٢٩) قال: حدثنا يحيى، عن سفيان، قال: حدثني منصور. وفي ٢٢٠/٦ (٢٦٣٧٠) قال: حدثنا إسحاق بن يوسف، عن شريك، عن الأعمش. و«الدارمي» (٢٦٩٧) قال: أخبرنا قبيصة، قال: أخبرنا سفيان، عن منصور. و«أبو داود» (٣٥٢٨) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان، عن منصور. و«النسائي» ٢٤٠/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٠٠) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، أبو قدامة السرخسي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان، عن منصور. وفي ٢٤١/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٠١) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن حبان» (٤٢٥٩) قال: أخبرنا عمران بن موسى بن مجاشع، قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا جرير، عن منصور.

=

وقال عليه السلام: "**أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ**"[١] وأدنى درجات الإضافة أن تجب كفايته فيه عند مساس الحاجة.

وأما نفقة الأولاد، فلقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إلى قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، والمولود له هو الأب، فقد أوجب على الوارث مثل ما أوجب على الأب، وسيأتي تفسير ذلك[٢].

=

كلاهما: (منصور بن المعتمر، وسليمان بن مهران الأعمش) عن إبراهيم بن يزيد النخعي، عن عمارة بن عمير، عن عمته، فذكرته.

- أخرجه ابن أبي شيبة ١٥٨/٧ (٢٣١٤٥) و١٩٦/١٤ (٣٧٣٦٦) قال: حدثنا ابن أبي زائدة. و«أحمد» ١٦٢/٦ (٢٥٨١٠) قال: حدثنا يحيى بن زكريا. وفي ١٧٣/٦ (٢٥٩١٤) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٢٢٩٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن أبي زائدة. و«الترمذي» (١٣٥٨) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٠٠٤) قال: أخبرنا أحمد بن حفص، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن عمر بن سعيد.

ثلاثتهم: (يحيى بن زكريا بن أبي زائد، وشعبة بن الحجاج، وعمر بن سعيد) عن سليمان بن مهران الأعمش، عن عمارة بن عمير، عن عمته، عن عائشة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**إنّ أطيبَ ما أكلتُم من كسبكُم، وإنّ أولادكُم من كسبكُم**". وفي رواية: «**ولدُ الرّجلِ من كسبِه، من أطيبِ كسبِهِ**».

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٦١/٧ (٢٣١٥٦) و١٩٧/١٤ (٣٧٣٧٠) قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج. و«أحمد» ١٧٩/٢ (٦٦٧٨) قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا عبيد الله بن الأخنس. وفي ٢٠٤/٢ (٦٩٠٢) قال: حدثنا نصر بن باب، عن حجاج. وفي ٢١٤/٢ (٧٠٠١) قال: حدثنا عفان، قال: حدثني يزيد بن زريع، قال: حدثنا حبيب المعلم. و«ابن ماجه» (٢٢٩٢) قال: حدثنا محمد بن يحيى، ويحيى بن حكيم، قالا: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا حجاج. و«أبو داود» (٣٥٣٠) قال: حدثنا محمد بن المنهال، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا حبيب المعلم.

ثلاثتهم: (حجاج بن أرطاة، وعبيد الله بن الأخنس، وحبيب المعلم) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، فذكره.

(٢) انظر: شرح الروض ٢٧٨/٢، والمغني لابن قدامة ٨٩/٥، وابن عابدين ١٧٥/٤.

وأما سبب وجوبها، فالقرابة المحرمة القطع المفترضة الوصل؛ لأن النفقة تجب بطريق الصلة، وللمواصلات أثر في استدعاء الصلات عند مساس الحاجة، تحقيقًا للوصلة والمودة.

وأما شرطها هو العجز، مع قيام الحاجة، إلا في الوالدين، فإنه يعتبر مجرد الحاجة دون العجز عن التكسب، حتى إن الصحيح الكسوب لا يستحق النفقة على غيره إلا الأبوين، والجد والجدة عند عدمهما؛ لأن الصحيح الكسوب استغنى بكسبه وقوته، فصار كما لو استغنى بماله.

فأما الأبوان، فتعريضهما للكسب إلحاق الأذى والمشقة بهما، وذلك فوق الأذى في التأفيف، والتأفيف منهي، وهذا أولى، أو ما من تجب عليه فهو الموسر؛ لأن النفقة صلة والصلة لا تجب إلا على أهل النساء، ولا تجب على المعسر نفقة إلا نفقة الزوجة والوالدين والولد لما بينا؛ لأن نفقة الزوجة تجب عوضًا من وجه بإزاء التمكين من الاستمتاع جزاء عن الاحتباس، ولهذا صار دينًا بالقضاء، أو التراضي والعسر؛ لأننا في الديون والأعواض.

وأما نفقة الأولاد تجب باعتبار الجزئية والبعضية والعسر؛ لأننا في الجزئية والبعضية، فأما فيما عداها، فالنفقة تجب بالقرابة صلة، والعسر بناء في وجوب الصلة وحد اليسار.

روي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه قدره بالنصاب فيمن انتقص ملكه عن النصاب لم يجبر على نفقة الأقارب؛ لأن الغنى لما كان شرطًا، وإنه متفاوت، فيجب الرجوع إلى تحديد الشرع، والشرع قدره بالنصاب.

وروي عن أصحابنا: أنه مقدر بغناء المحرم للصدقة، ووجوب صدقة الفطر، وهو أن يملك ما فضل عن حاجته ما يبلغ ما بين درهم؛ لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر من الزكاة؛ لأن صدقة الفطر وجبت لإغناء الفقير، وكفاية وقته، كالنفقة وجبت دفعًا لحاجة القريب، وكفاية وقته، فكان اعتباره بصدقة الفطر أولى.

وروي عن محمد: إذا فضل عن نفقته شهر له، ولعياله يجبر على نفقة أقاربه، فإن لم يكن له شيء، ويكسب كل يوم درهما، ويكفيه أربعة دوانق، فإنه يرفع لنفسه

ولعياله ما يسعه، وينفق الفضل على أقربائه؛ لأن ما زاد على أدنى الكفاية، فهو في غنى عنه في الحال، والشهر متسع عن الفضل عن حاجته. رجل له ابنان أحدهما موسر مكثر، والآخر متوسط الحال، فنفقته عليهما على السواء؛ لأن العبرة لأصل اليسار.

وذكر الخصاف في نفقاته: أنه يجعل على الموسر المكثر أكثر مما يجعل على المتوسط.

وقال مشايخنا: إذا تفاوتا سترًا، فالنفقة عليهما سواء، فإذا تفاوتا فاحشًا يجوز أن يتفاوتا في قدر النفقة.

وأما من تجب له، فالقرابة ثلاثة أنواع: قرابة ولاد، وقرابة رحم غير محرم، أما قرابة الولاد كالوالدين، والمولودين، فنفقتهم واجبة بالإجماع، وقرابة رحم محرم كالأخوة والأخوات، والأعمام والعمات، والأخوال والخالات، فنفقتهم واجبة عندنا، خلافًا للشافعي.

وقرابة رحم غير محرم، كبني الأعمام، وأولاد عماته، وأخواله وخالاته، فلا نفقة لهم عند عامة العلماء، خلافا لابن أبي ليلى.

والصحيح قولنا، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] إلى قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، قرأ ابن مسعود رضي الله عنه: (وعلى الوارث ذي رحم محرم مثل ذلك) وهو قراءة قرآنا، فإن لم يثبت قرآنا لفقد شرطه، وهو التواتر، فلا يتقاعد عن الخبر المشهود، فالله تعالى أوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد.

وقد أوجب على الوالد شيئين؛ ترك المضاربة، وأداء النفقة، فيجب على الوارث مثل ذلك من النفقة، وترك المضاربة لتحقق المماثلة، ومن له مسكن وخادم، وهو محتاج تحل له الصدقة، وتجب له النفقة على أقاربه؛ لأن السكنى والخادم ما لا بد له منه.

ولو باع للزم قريبه أن يسكنه، إلا أن يكون في المسكن فضل، نحو أن يكفيه أن

يسكن ناحية منه، فيؤمر ببيع الفضل، وينفق على نفسه، وكذا إذا كانت له دابة نفيسة يؤمر أن يبيع ويشتري الأوْكس، وينفق الفضل، ومن له النفقة من الأولاد والمحارم إذا أكلوا من مسألة الناس تسقط نفقته عن القريب؛ لأنهم لما أعطوا مقدار الكفاية صار ذلك ملكا لهم، فقد استغنوا عن النفقة.

وإن أعطوا مقدار نصف الكفاية سقط نصف النفقة، بخلاف نفقة الزوجة؛ لأنها لا تسقط باليسار، ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: في نفقة الأولاد، والثاني: في نفقة ذي الرحم المحرم.

(فصل)

أصله: أن نفقة الوالدين والأمهات وإن علوا تجب عند العسرة والحاجة، وإن كان صحيحًا كسوبًا دفعًا للأذى والمشقة والتعب عنه.

وأما نفقة المولودين، ففي الصغار تجب نفقتهم بكل حال، وفي الكبار ففي البنات تجب عند العسرة، والحاجة مع الصحة، وفي الذكور لا تجب إلا عند المعرة والعجز عن التكسب حقيقة، بسبب المرض والرماية والعمى والقلح، أو معنى بأن كان لا يحسن العمل لحرفة، أو لكونه من أهل البيوتات، وإن كان صحيح البدن؛ لأنه يصير كالعاجز عن الكسب حقيقة، ولهذا قالوا في طالب العلم: إذا كان لا يهتدي إلى الكسب لا تسقط نفقته عن الأب بمنزلة الزمن والأنثى.

كذلك لأن الصحيح استغنى بكسبه وقوته، فصار كما لو استغنى بماله، فأما الأبوان، فتعريضهما للتكسب، وللتقوت إلحاق التعب والمشقة بهما، قال الله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وليس من المعروف تعريضهما للتكسب، ثم المسائل على وجهين:

أحدهما: في نفقة الوالد، والثاني: في نفقة المولود.

أما نفقة الوالد إذا كان فقيرًا معسرًا وله أولاد صغار محاويج، وله ابن كبير موسر تجب عليه نفقة أبيه، ونفقة أولاده الصغار؛ لأن الأب إذا كان معسرًا جعل كالميت، وتكون نفقة إخوته عليه إذا كانوا صغارا معسرين، ويجبر الابن على نفقة

زوجة ابنه، ذكره هشام عن أبي يوسف، ولا يجبر الأب على نفقة زوجة ابنه، ذكره في المبسوط؛ لأن زوجة الأب تخدم الأب، وخدمة الأب مستحقة على الابن، فكذا نفقة من يخدم الأب عليه حتى تصير خدمتها كخدمته، ولا كذلك زوجة الابن.

وأما نفقة خادم الأب، ذكر الخصاف في نفقاته: أنه لا يجب إلا إذا كان الأب محتاجا إلى الخادم، فحينئذ نفقة خادمه على الابن؛ لأن الأب إذا كان لا يستغني عن الخدمة، صار ذلك من فروض حاجة الأب، فصار كنفقة الأب، فجاز أن يستحق بقرابة الأب.

وذكر هشام، عن أبي يوسف: أنه يجب، ولا تجب نفقة خادم الابن على الأب، والفرق أن نفقة الأب تشبه نفقة الزوجة؛ لأنه يستحق مع ضرب عينه بأن كان قادرا على الكسب، فكان كنفقة الزوجة، ثم نفقة خادم الزوجة على الزوج، فكذلك نفقة خادم الأب على الابن، ولعل نفقة الابن تشبه نفقة سائر القرابات، حتى لم يستحق مع غيبته بالكسب، وفي سائر الأقارب لا تجب نفقة خادم القريب، فكذا هذا.

وقال أبو يوسف: إذا كان الابن فقيرًا كسوبا، والأب زمنا شارك الابن في القوت بالمعروف؛ لأنه إذا لم يشاركه يجتبي على الأب التلف.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: لو كان الأب فقيرًا، ولم يكن كسوبا، والابن فقير كسوب، فقال الأب للقاضي: إن ابني يكسب ما يقدر أن ينفق عليّ، فالقاضي ينظر في كسب الابن، فإن كان فيه فضل عن قوته فلا شيء عليه في الحكم، ولكن يؤمر من حيث الديانة أن لا يضيع والده، لقوله عليه السلام[1]: "**ابْدَأْ بِنَفْسِك، ثُمَّ بِمَنْ**

---

(١) أخرجه «مسلم» ٧٨/٣ (٢٢٧٦) و٩٧/٥ (٤٣٥٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث. وفي ٧٩/٣ (٢٢٧٧) قال: وحدثني يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن علية، عن أيوب. و«أبو داود» (٣٩٥٧) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا أيوب. و«النسائي» ٦٩/٥ و٣٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٩٨٨ و٦٢٠٣) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. وفي ٣٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٩٨٧ و٦٢٠٤) قال: أخبرنا زياد بن أيوب، قال: حدثنا =

تَعُول" هذا إذا كان الابن وحده، فإن كان له زوجة، وأولاد صغار يجبر الابن على أن يدخل الأب في قوته، ويجعله كأحد من عياله، ولا يجبر على أن يعطي له شيئًا على حدة؛ لأن الابن إذا كان يكسب مقدار ما يكفيه ولعياله، فإذا دخل الأب في طعامهم يقل الضرر؛ لأن طعام الأربعة إذا فرق على خمسة يقل الضرر، فأما إذا دخل الواحد في طعام الواحد يتفاحش.

فإن كان الأب كسوبا هل يجبر الابن على الكسب والنفقة؟

اختلفوا فيه، قيل: يجبر؛ لأنه متى اشتغل بالكسب يلحقه التعب والمشقة في ذلك، وقيل: لا يجبر؛ لأن الكسوب لا يجبر على نفقة الكسوب، كما في ذوي الرحم المحرم، ويجبر على نفقة الجد، وإن كان صحيحًا لا الجدات.

وأما نفقة الولد فلا يخلو، إما أن كان الولد صغيرًا أو كبيرًا، فإن كان صغيرًا فنفقته على الأب، وإن كان معسرا، فلا تسقط عنه بالإعسار، لكن يكسب، فينفق عليه، فإن أبى يجبر على الكسب والإنفاق، ويحبس الأب في نفقة الولد، ولا يحبس في ديونه؛ لأن في الامتناع من الإنفاق إتلاف النفس، فيمنع من الإتلاف ليحبس،

=

إسماعيل، قال: حدثنا أيوب. و«أبو يعلى» (٢١٦٧) قال: حدثنا الحسن بن عمر بن شقيق، قال: حدثنا يزيد، عن حبيب. و«ابن خزيمة» (٢٤٤٥ و٢٤٥٢) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: أخبرنا ابن علية، قال: أخبرنا أيوب. و«ابن حبان» (٣٣٣٩) قال: أخبرنا زيد بن عبد العزيز بن حبان، أبو جابر، بالموصل، قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فياض الزماني، قال: حدثنا الأنصاري، عن عزرة بن ثابت. وفي (٣٣٤٢) قال: أخبرنا أحمد بن علان، بأذنة، قال: حدثنا محمد بن يحيى الزماني، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي، عن أيوب. وفي (٤٩٣١) قال: أخبرنا أبو عروبة، بحران، قال: حدثنا محمد بن مسكين اليمامي، قال: أخبرنا محمد بن يوسف، عن سفيان. وفي (٤٩٣٢) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا الثقفي، قال: حدثنا أيوب. وفي (٤٩٣٤) قال: أخبرنا بكر بن محمد بن عبد الوهاب القزاز، أبو عمرو المعدل، بالبصرة، قال: حدثنا أحمد بن المقدام، قال: حدثنا الطفاوي، قال: حدثنا أيوب.

خمستهم: (سفيان الثوري، وأيوب السختياني، والليث بن سعد، وحبيب، وعزرة) عن أبي الزبير، فذكره.

وفي الحبس بسائر الديون إيذاء الأب وعقوبته من غير أن يتضمن إتلاف النفس، وذلك غير مشروع.

وإن لم يقدر على العمل لما به من الزمانة، أو كان مقعدًا يتكفف الناس، فينفق عليهم، قيل: إن كان عاجزًا عن التكسب فنفقته تكون في بيت المال، فكذلك نفقة ولده في بيت المال.

وذكر الخصاف القاضي: يفرض ويأمر المرأة الاستدانة على الزوج، فإذا أيسر رجعت عليه بما استدانت، فإن كان الأب معسرا والأم موسرة تؤمر الأم بأن تنفق على الولد، ويرجع بذلك على الأب؛ لأن نفقة الصغير تجب على الأب حالة الإعسار، فكانت الأم مؤدية حقًّا واجبا عليه بأمر القاضي، فصار كما لو أمرها الأب بالإنفاق، والأم أولى بالتحمل عن الأب من سائر الأقارب، لكونها أقرب إليه من غيرها.

وكذلك إذا كان للأب المعسر أخ موسر يؤمر الأخ بالإنفاق على الصغير، ثم يرجع على الأب؛ لأن الأب إذا كان عاجزا عن التكسب والإنفاق يجعل كالميت.

وكذلك المرأة المعسرة إذا كان لها زوج معسر، ولها ابن موسر من غيره، فنفقة المرأة تكون على زوجها، لكن الابن ينفق عليها بأمر القاضي، ويرجع على زوجها إذا أيسر؛ لأنه هو أولى بالاستدانة منه، لأنه لولا الزوج لكان يجب عليه.

قال الحسن بن زياد: رجل معسر، وله امرأة معسرة، وللمرأة أخ موسر فنفقتها على زوجها، ويؤمر الأخ؛ أن يقرضها الابن، ويرجع بذلك على الزوج؛ لأنه لو لم يكن لها زوج كان هو أولى بوجوب الابن، فإذا كان معسرًا كان أولى بوجوب الإقراض عليه، ويحبس الأخ إن امتنع؛ لأن هذا من المعروف، لأن كل نفقة معروف وصلة، فيجوز أن يحبس في الأمر بالمعروف، هذا إذا كان الولد صغيرًا، فإن كان كبيرًا إن كان أنثى فنفقتها على الوالد، وإن كانت صحيحة.

وقال الشافعي رحمه الله: لا نفقة للبنت الصحيحة.

لنا: أنها محتاجة عاجزة عن الاكتساب،.

وإن كان ذكرًا صحيحًا، فلا نفقة له، وإن كان زمِنًا فنفقته على الأب؛ لأنه متى كان

عاجزًا عن الكسب صار بمنزلة الصغير، ولم يذكر في الكتاب الأب إذا كان معسرًا كسوبًا، وله ابن زمِن، وله أم موسرة، هل تؤمر الأم بالإنفاق على أن ترجع بذلك على الأب إذا أيسر؟

اختلف المشايخ فيه، قيل: يؤمر؛ لأن الكبير العاجز كالصغير، وقيل: لا ترجع الأم على الأب، وهو مروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه نصًّا؛ لأن الأب إذا كان معسرًا، فإنه يجب عليه نفقة ولده الصغير؛ لأنه ملحق بنفقته، إلا أنه لا يمكن جبره على الكسب، فتؤمر الأم بأن تتحمل عنه.

فأما نفقة الابن الكبير، فليس على الأب المعسر، فلم تصر الأم مؤدية حقًّا واجبًا عليه، فلا يرجع بما أنفق على الأب. أربعة لا يشاركهم أحد في النفقة: الأب، والجد في نفقة ولده، والولد في نفقة والديه، والزوج في نفقة زوجته؛ لأن نفقة الولد تجب باعتبار الجزئية والبعضية، والشبه، ولا يشاركه أحد في ذلك، ونفقة الزوجة تجب باعتبار كونها محبوسة بحقه، فكان هو أولى بإيجابها.

وإن كان للفقير أب غني، وابن غني، فالنفقة على الابن؛ لأن مال الابن مضاف إليه بكسبه، وله حق تملكه، ولا كذلك مال الأب. الأصل أن في نفقة الآباء والأولاد يعتبر الولاد، وأصل القرابة يعتبر الأقرب، فالأقرب، ولا يعتبر الإرث باعتبار التولد، والتفرع عنه. رجل معسر له ابن وبنت، فنفقته عليهما نصفان لاستوائهما في معنى الولاد وإن كان الإرث بينهما أثلاثًا وكذلك لو كان له بنت وأخ موسران، فنفقته على بنته خاصة، وإن كان الأخ يرث.

وكذلك لو كان له بنت، ومولى العتاقة، فالنفقة على البنت، وإن كان له بنت، وابن ابن موسران، فنفقته على البنت خاصة؛ لأنها أقرب إليه.

ولو كان له بنتُ بنتٍ، وابن بنت، وأخ موسرين، فنفقته على أولاد أولاده دون الأخ ولد البنات وولد الأبناء، ذكورًا كان أو إناثا، فالنفقة على أولاد أولاده دون الأخ عليهم سواء؛ لأن العبرة لقرب القرابة والولاد والجزئية لا للإرث، فإن الميراث للأخ دون أولاد البنت.

ولو باع واحد منهم متاع الغائب للنفقة لا يصح ما خلا الأب فيما سوى العقار

استحسانًا، ولا يجوز في العقار إلا أن يكون الولد صغيرًا، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: لا يجوز للأب أيضًا قياسًا؛ لأنه لا ولاية له على الولد الكبير، لأن ولايته انقطعت بالبلوغ إلا فيما يبيعه تحصينًا لولد الغائب بأن باع عروضه، تحصينًا لولده الغائب جاز، وهنا يبيعه لنفسه لا تحصينًا على الغائب، فلا يجوز لأبي حنيفة أنه للأب، ولاية إزالة ملكه بحاجته إلى الاستيلاد، وهي ليست بحاجة ضرورية، فلأن يكون له ولاية إزالة ملكه للنفقة، وهي حاجة ضرورية أولى، والمنقولات كما يثبت للقاضي ولاية بيعها تحصينا على الغائب، فجاز أن يثبت للأب أيضًا لحاجته إلى النفقة.

فأما العقار، فلم يثبت لأحد ولاية بيعها على الغائب؛ لأنها محصنة بنفسها.

(فصل)

أصله: أن في نفقة ذوي الرحم المحرم يعتبر كونه أهلا للإرث، ويجب تقديم الميراث عند الإجماع؛ لأن الله تعالى أوجب باسم الوراثة بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾، وكل ذي رحم محرم هو أهل للإرث يستحق عليه النفقة، وإلا فلا.

رجل معسر له أخ وأخت لأب وأم، فالنفقة عليهما بقدر ميراثهما أثلاثا، وكذا إذا كان له أخت وعم فعليهما نصفان.

ولو كان له أم وجد، ففي ظاهر الرواية النفقة عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما.

وروى الحسن، عن أبي حنيفة: أن النفقة كلها على الجد، وهذه الرواية التقت بمذهبه في الميراث، فإنه يلحق الجد بالأب حتى قال الجد أولى من الإخوة والأخوات.

وجه ظاهر الرواية: أن الجد وإن كان يسمى أبا، فلا يسمى والدًا؛ لأن الحافد غير متولد، ومتفرع منه حقيقة، والله تعالى أوجب النفقة على المولود له حقيقة.

ولو كان له أم وأخ وجد موسرين، فعلى قياس قول أبي حنيفة: النفقة على الجد والأم دون الأخ.

وعند أبي يوسف، ومحمد، وهو قول زيد: على الأم الثلث، والثلثان على الجد، والأخ نصفان، فإن كانت الأم معسرة فعليهما نصفان عندهما؛ لأنه يجعل الأم كالميتة في حق الاستحقاق عليها.

وعنده: يجب على الجد دون الأخ.

ولو كان له عم وخال، فالنفقة على العم؛ لأنهما استويا في الدرجة، والعم هو الوارث، وفي الخال، وابن العم، فالنفقة على الخال؛ لأنه ذو رحم محرم والميراث لابن العم؛ لأنه عصبة، وفي العمة والخالة، وابن العم، فعلى الخالة الثلث، وعلى العمة الثلثان؛ لأن ابن العم يجعل كالهالك، وبعد هلاكه الميراث للعمة، والخالة أثلاثا، فكذا النفقة، الأصل فإذا اجتمعت القرابة الوارثون، وبعضهم موسرون، وبعضهم معسرون حتى وجبت النفقة على الموسرين يجعل المعسر، كالميت في حق الاستحقاق عليه، ولكن لا يجعل كالميت في أصلها رخصة الباقين عند الحاجة إلى القسمة على الموسرين، فيظهر نصيب المعسر، ثم سقط نصيبه لعسرته، وإنما يلحق بالأموات من لا يرث مع الموسرين.

فأما من يرث معهم، فلا يلحق بالأموات، بل يعد لإظهار نصيب النفقة، ثم يسقط نصيبه لعسرته، وتجب على الآخرين كل النفقة، بقدر ميراثهم. صبي له أم وأخت لأب، وأم موسرتان وأخت لأب، وأم موسرتان وأخت لأب وأخت لأم معسرتان، فنفقة الصبي على الأم، والأخت لأب، وأم على أربعة أسهم سهم على الأم، وثلاثة على الأخت اعتبر الأخت لأب، والأخت لأم حتى يظهر نصيب الأم والأخت لأب وأم.

وإن كانا لا يرثان؛ لأنهما يجعلان نصيب الأم من الميراث من الثلث إلى السدس، فيكون نصيبها سهم من ستة، ونصيب الأخت ثلاثة مجموعه أربعة من ستة أسهم، فكذا النفقة أوجبناها عليهما على قدر سهامهما من الميراث أربعة، رجل معسر، زمن وله ابن معسر صغير أو كبير زمن، وللرجل ثلاثة أخوة متفرقين موسرين، فنفقة الرجل على الأخ لأب وأم، والأخ لأم يجعل كالهالك، فالأخوة لا يرثون معه، فلا يمكن إيجاب النفقة على الأخوة، فجعل الابن كالهالك ضرورة إمكان إيجاب النفقة عليهم.

ولو كان الابن عدمًا حقيقة، فمات الرجل كان الميراث بينهما أسداسا، فكذا إذا جعل هالكًا حكمًا، ونفقة الابن تجب على العم لأب والأم؛ لأن الأب جعل كالعدم في حق استحقاق النفقة على غيره لعسر به.

ولو كان الأب هالكا كان على الأخ لأب وأم؛ لأنه لا حاجة إلى جعل البنت كالهالك، فإن الأخ يرث معها.

ولو مات الرجل يكون ميراثه للبنت، والأخ لأب وأم نصفان، فكذلك النفقة، إلا أنه تسقط حصة البنت من النفقة لعسرتها، فأوجبنا الكل عليه.

وإن كان له أخوات متفرقات والولد زمن فنفقة الرجل عليهن أخماسا على الأخت لأب وأم ثلاثة، وعلى الآخرتين سهمان؛ لأنا متى جعلنا الابن كالهالك، كانت نفقة الأب على الأخوات المتفرقات على خمسة أسهم؛ لأن ميراثه ينتهي كذلك، فكذلك النفقة، ونفقة الابن على العمة لأب، وأم؛ لأن ميراثه للعمة لأب وأم، فكذا النفقة.

وكذلك لو كان بنتا؛ لأنه لا حاجة إلى جعل البنت كالهالك؛ لأن الأخوات مع البنات عصبة، فيرث معها الأخت لأب وأم دون الآخرين، والله أعلم.

(باب نفقة الأولاد الصغار من تركة الميت)

رجل مات، وترك أولادًا صغارًا، ومالًا، فنفقة الأولاد من أنصبائهم؛ لأنهم أغنياء، وكذلك كل وارث تكون نفقته من نصيبه.

وكذلك امرأة الميت؛ لأن المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها، ونفقة رقيق الميت على التركة، إلى أن يقتسموا أو يبتاعوا؛ لأن التركة مبقاة على حكم ملك الميت قبل القسمة، ألا ترى أن الزوائد مبقاة على حكم ملك الميت، فكان نفقة ملكه على ملكه، ونفقة أمهات أولاده لا تكون في تركته؛ لأنهن عتقن بموت السيد، إلا أن ذكرن لهن أولاد، فتكون نفقتهن في نصيب أولادهن؛ لأن نفقة الأم على الولد، وإن كان صغيرًا، فإن كان له أولاد كبار وصغار، ولم يوص إلى أحد فالقاضي ينصب وصيا في ماله، فإن أنفق عليهم أولاد الكبار من أنصباء الصغار بغير أمر القاضي

يكون تبرعًا؛ لأنه لا ولاية لهم على الصغار في مالهم، ولا ضمان عليهم ديانة استحسانًا؛ لأنهم أحسنوا فيما فعلوا، ومثاله المودع إذا باع الابن الوديعة من غير استطلاع رأي القاضي ضمن.

وذكر في (**النوادر**): إن كان في موضع لا يمكن استطلاع رأي القاضي لم يضمن استحسانًا، فكذا قال مشايخنا في الرجلين كانا في السفر، فأغمي على أحدهما، فوجد صاحبه في مخلاته مالًا، فأنفق عليه لم يضمن استحسانًا.

وكذا لو مات فأنفق في تجهيزه، وكذا المسجد إذا لم يكن له متولي، فأنفق واحد من أهل المحلة من أوقافه فيما يحتاج إليه من الحصر والحشيش، واللبود لا يضمن ديانة، وضمن إذا أقر به عند القاضي.

ونظيره ما حكي عن محمد رحمه الله: أنه مات واحد من تلامذته، فباع محمد كتبه، وأنفق في تجهيزه، فقيل له: إنه لم يوص بذلك إلى أحد قبلا، قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡلَمُ ٱلۡمُفۡسِدَ مِنَ ٱلۡمُصۡلِحِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠] فإن أنفق الكبار على الصغار، ولم يقروا بذلك، فأقروا بنفقة نصيبهم، وحلفوا على ذلك رجوت أن لا إثم عليهم، كالوصي إذا عرف الدين على الميت وقضاه، ولم يقر به، ولم يعرفه القاضي والورثة لا يأثم.

وكذلك المستودع إذا علم أنه مات المودع وعليه دين، ولم يقض دينه يسعه أن يقضيه بماله، ولا يقر به.

وكذلك الغريم إن مات صاحب الدين وعليه دين مثل ذلك عليه يسعه أن يقضي دينه بما عليه، ولا يجبر به ورثته، وكذا إذا كان للميت أولاد صغار، ولم يوص إلى أحد، فأنفق المودع عليهم من مال الميت لم يضمن ديانة، ولا يأثم بالحلف، وليس عليه حق؛ لأنه لم يرد إلا الصلاح.

ولو كان للصغير مال، فنفقته في ماله؛ لأن نفقة الولد إنما تجب لأجل الحاجة، وقد انعدمت الحاجة، وللأب أن يبيع عقاره وأثاثه وثيابه للنفقة عند الحاجة، ونفقة ولد الجارية المشتركة إذا ادعاه المولیان عليهما، ونفقتهما على الولد إذا أيسر؛ لأن كل واحد منهما أب كامل في حقه.

(باب نفقة أهل الذمة)

ولا تجب النفقة عند اختلاف الدينين، إلا في الولاد والنكاح؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة على الوارث، والوراثة تنعدم باختلاف الدينين، فأما الوالدين، لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] من غير تفصيل، وأما المولودين؛ فإن نفقتهم تجب باعتبار الجزئية والبعضية، وهي متحققة عند اختلاف الدينين والأجداد آباء والنوافل أولاد.

فأما الزوجة؛ فلأنها تجب بمقابلة احتباسها للتمتع بها، وهذا ثابت، ولا يجبر المسلم ولا الذمي على نفقة والده وولده من أهل الحرب، وإن دخلوا دارنا بأمان؛ لأن الله تعالى نهى عن المبرة والإحسان إلى أهل الحرب، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ﴾ [الممتحنة: ٩] وأهل الذمة فيما بينهم في النفقة كأهل الإسلام، وإن اختلفت مللهم؛ لأن اختلاف مللهم لا يمنع التوارث، فلا يمنع وجوب الصلة.

ولو تزوج ذمي محارمه، فطلبت النفقة يفرض عند أبي حنيفة، خلافًا لهما؛ لأن عنده هذا النكاح صحيح.

وعندهما: فاسد، وروي عن محمد مثل قول أبي حنيفة، فلا عدة عليهما فلا نفقة لها.

وأما عندهما: وإن تجب العدة، إلا أنه فات سبب استحقاق النفقة وقت الفرقة والبينونة، وهو كون الاحتباس مستحقا عليها؛ فإنه ليس للزوج أن يعيدها إلى دار الحرب.

ولو أسلمت الزوجة فرض القاضي لها النفقة؛ لأن الفرقة جاءت من قبله، وهو إباؤه الإسلام، ففات منفعة الاحتباس من جهة الزوج.

وإن أسلم الزوج فلا نفقة لها قبل هذا عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا عدة فلا نفقة، والله تعالى أعلم.

كتاب الطلاق

يحتاج إلى معرفة: شرعية الطلاق، وتفسيره، وشرطه، وركنه، وحكمه شريعة، وصفته.

أما شرعيته: فلقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩] الآية، ولأنه ربما يحتاج إلى تحصيل تخليص نفسه عنها، إما لعجزه عن القيام بمواجب النكاح، والنقض عن عهده ومؤنه، أو لفراره عن التنازع، والتشاجر عند تباين الأخلاق، وتنافي الطباع، أو لعدم اصطباره على تحمل بذاءة لسان المرأة وسوء خلقها.

وأما تفسيره، فالطلاق في اللغة عبارة عن حل القيد، ورفعه مأخوذ من قولهم: أطلقت البعير عن القيد، والمحبوس عن الحبس؛ أي: رفعت القفال، والقيد عنه والطلاق، والإطلاق معنى واحد، إلا أن الطلاق والتطليق يستعمل في المرأة، والإطلاق في غيرها، حتى لو قال لامرأته: أطلقتك لا تطلق ما لم ينوِ.

ولو قال: طلقتك تطلق نوى، أو لم ينو؛ لأن التطليق من باب التفعيل، والتفعيل إنما يستعمل في الأغلب للتكثير، وفي طلاق المرأة الرفع والإزالة أكثر لما فيه من رفع القيد، وإزالة الملك والحمل، وفي إطلاق الدابة رفع القيد لا غير، فاختير لفظ التطليق في إطلاق المرأة، ليدل على زيادة الإزالة والتقطيع، إلا أن الطلاق في حقيقة اللغة.

وإن كان للإطلاق عن قيد الشريك، فصار الاسم كالحقيقة له، وللإطلاق عن الوثاق، والقيد والحبس كالمختار، حتى لو عين به الطلاق عن الوثاق يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ولكنه خلاف الظاهر.

وأما ركنه: فقوله لامرأته: طلقتك، أو أنت طالق، أو مطلقة.

وأما شرط وقوعه على الخصوص: فشيئان:

أحدهما: قيام القيد في المرأة نكاحًا، أو عدة؛ لأنه موضوع لإزالة القيد، فكان محله المقيد.

والثاني: قيام حل محلية النكاح في المطلقة شرط، حتى لو حرمت بالمصاهرة بعد الدخول بها، حتى وجبت العدة، فطلقها في العدة لم يقع، لزوال الحل، وإذا طلقها ثم راجعها يبقى الطلاق، وإن كان لا يزايل القيد، والحل للحال؛ لأنه يزيلهما في المال متى انضم إليه بيان.

وأما حكمه: فشيئان؛ زوال الملك عن المحل بأن طلقها واحدة قبل الدخول بها، أو بعد الدخول بها إذا انقضت عدتها؛ لأن ثمرة قطع النكاح هو الخلاص عنها، وهذا يحصل بإزالة الملك والقيد، والثاني زوال حل المناكحة متى تم ثلاثا؛ لأن ثمرة إبطاله الحل هي حسم باب النكاح عن نفسه، وذلك يحصل بالثلاث[1].

وأما صفته: أنه مباح مبغض عند الله تعالى حتى حصل الإيقاع بغير حاجة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما خلق الله تعالى مباحًا أحب إليه من العتاق، وما خلق مباحًا أبغض إليه من الطلاق**"[2] فقد وصفه بكونه مباحًا، وبكونه مبغضًا، وإنما تجتمع الصفتان فيه إذا وقع بغير حاجة، وفقهه أن الطلاق محظور في الأصل، لكونه قاطعًا للمصلحة؛ لأن النكاح عقد مصلحة، لكونه مشتملًا على أنواع من المصالح، لما بينا وقطع المصلحة مفسدة ومضرة، فيكون محظورًا، وإنما تجب الواحدة لحاجة التقصي إلى الخلاص عنها، والمحظور يصير مباحًا للضرورة والحاجة، فالمباح ما كان إيقاعه لحاجة، والحرام ما كان إيقاعه بغير حاجة، فالحرام منه سمي سيئًا، والله أعلم.

---

(١) انظر: تنوير الأبصار للتمرتاشي في هامش ابن عابدين ٥٧٦/٢ ط. أولى.

(٢) أخرجه ابن عدي (٢٧٩/٢، ترجمة ٤٤٣ حميد بن مالك)، والبيهقي (٣٦١/٧، رقم ١٤٨٩٧)، والديلمي (٣٧٨/٥، رقم ٨٤٨٥). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (٣٥/٤)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٦٤٣/٢، رقم ١٠٦٦).

(باب طلاق السني والبدعي)

الطلاق نوعان: سني، وبدعي، وكل واحد نوعان: نوع يرجع إلى العدد، ونوع يرجع إلى الوقت.

أما طلاق السني في العدد والوقت نوعان: حسن، وأحسن؛ فالأحسن أن يطلق امرأته واحدة رجعية في طهر لم يجامعها فيه، ثم يتركها حتى تقضي عدتها، إن كانت حاملًا قد استبان حملها.

والحسن أن يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ثم في طهر آخر أخرى.

وقال الشافعي: كلاهما أحسن، وليس أحدهما بأحسن.

وقال مالك: الواحدة سنة، والثانية والثالثة في طهرين من غير رجعة بدعة.

والصحيح قولنا؛ لأن سبب الحاجة يصير الإيقاع حسنًا وسيئًا، فمتى كانت الحاجة إليه أمس وأشد كان إيقاعه أحسن وأجود، والحاجة إلى إيقاع الأولى أشد، وهي الحاجة إلى الخلاص عنها، وهذه الحاجة ترتفع بإيقاع الأولى، بأن تركها حتى تقضي عدتها، والحاجة إلى إيقاع الثانية ثابتة حكمًا لا حقيقة، من حيث إن الحاجة أمر باطن، فلا بد من أمارة الحاجة، وأمارة الحاجة هي الطهر الخالي عن الجماع؛ لأنه زمان كمال الرغبة، لأن الحيض ينفر الطبع عنها، والجماع يقلل الرغبة فيها؛ لأنه قضى وطره منها، والظاهر من حال الفحل أنه لا يقدم على الطلاق في حال كمال الرغبة إلا لحاجة فادحة، فأقمنا الطهر الحالي عن الجماع مقام الحاجة، فكلما تجدد الطهر تجددت الحاجة، فتجددت الإباحة.

فأما البدعي في العدد، فهو الجمع بين الثلاث، وهو مكروه، خلافًا للشافعي، لما بينا أن الطلاق أبيح باعتبار الحاجة، والحاجة اندفعت بالواحدة، أو بالثلاث تفرقا، فكان إرسال الثلاث مجتمعًا، وغير مجتمع، وعن حاجة، فكان محظورا، ويكره التطليقة الثانية.

وفي زيادات الزيادات: لا يكره، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "تزوج

امرأة وخلا بها، فلما رأى في كشحها بياضًا قال: **الْحَقِي بِأَهْلِكِ**"[١] وهذا طلاق بائن؛ لأن البينونة صفة الطلاق، وأصل الطلاق مباح له، فكذا صفته؛ لأنها تابعة للأصل، وصار كالخلع والطلاق قبل الدخول بها: وجه هذه الرواية أنه لا حاجة إلى صفة البينونة؛ لأنها تحصل بانقضاء العدة، فلا حاجة إلى تعجيلها للحال، فأما الخلع فمحتاج إليه؛ لأنه لا يمكنه تحصيل العوض؛ لأنه والطلاق قبل الدخول لا يقع إلا بائنا.

وأما البدعي في الوقت، كالطلاق في حالة الحيض بعد الدخول بها، أو في طهر جامعها فيه إذا كانت حائلا، لقوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امرأته في حالة الحيض: "**أخطأت السنة، ما هكذا أمرك ربك**؛ إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالا، فتطلقها في كل طهر تطليقة" وفي رواية قال لعمر رضي الله عنه: "**مر ابنك فليراجعها، ثم يطلقها طاهرًا من غير جماع، أو حاملا، قد استبان حملها**"[٢]. ولأنه إيقاع بغير حاجة لأن أمارة الحاجة هي الطهر الخالي عن الجماع لما بينا.

---

(١) أخرجه أبو يعلى (٥٦٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن عمر بن أبان، قال: حدثنا أبو بكير، ابن عم حفص بن غياث النخعي، عن جميل بن زيد الطائي، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤١/٧ (٥٢٥٢) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن قتادة. وفي ٤٢/٧ (٥٢٥٨) قال: حدثنا حجاج بن منهال، قال: حدثنا همام بن يحيى، عن قتادة. وفي ٥٩/٧ (٥٣٣٣) قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا يزيد بن إبراهيم، قال: حدثنا محمد بن سيرين. و«مسلم» ١٨١/٤ (٣٦٥٢) قال: وحدثني علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن أيوب، عن ابن سيرين. وفي (٣٦٥٣) قال: وحدثناه أبو الربيع، وقتيبة، قالا: حدثنا حماد، عن أيوب، بهذا الإسناد نحوه. وفي (٣٦٥٤) قال: وحدثنا عبد الوارث بن عبد الصمد، قال: حدثني أبي، عن جدي، عن أيوب، بهذا الإسناد. وفي ١٨٢/٤ (٣٦٥٥) قال: وحدثني يعقوب بن إبراهيم الدورقي، عن ابن علية، عن يونس، عن محمد بن سيرين. وفي (٣٦٥٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قال ابن المثنى: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن قتادة. و«ابن ماجه» (٢٠٢٢) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا هشام، عن محمد. و«أبو داود» (٢١٨٤) قال: حدثنا القعنبي، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن إبراهيم، عن محمد بن سيرين. و«الترمذي» (١١٧٥) قال: حدثنا قتيبة، =

ولا يكره طلاق الحائض قبل الدخول، خلافًا لزفر.

له: أنه إيقاع بغير حاجة؛ لأنه إيقاع في حالة النفرة عنها، فإن الحيض سبب النفرة عنها.

لنا: أنه إيقاع لحاجة؛ لأن حالة الحيض في غير المدخول بها حال الرغبة فيها، لأنه لم يقض وطره منها، فيكون راغبًا إليها بسبب أنه لم يصب منها على ما قيل المرء يوافق، إلى ما لم ينل وذلك راغب إليها بسبب النكاح، فإن النكاح في غير المدخول بها سبب الرغبة إليها؛ لأنه سبب لحل الوطء، والرغبة إليها قبل الدخول بها ثانية من وجهين، والنفرة من وجه، فيترجح جانب الرغبة على جانب النفرة. الإقدام على الطلاق في حالة الرغبة أمارة الحاجة، وهذا كله في حق ذوات الإقْرَاء[1].

فأما إذا كانت من ذوات الشهر، كالآيسة والصغيرة، وهي مدخول بها طلقها متى شاء، وإن كانت عقيب الجماع.

وقال زفر رحمه الله: يفصل بين الطلاق والجماع بشهر؛ لأنه بالوطء قلت الرغبة، فلا بد من مضي زمان يتجدد بعد الرغبة، وذلك شهر.

لنا: أن الرغبة وإن قلت بالجماع، فقد تكاملت بسبب الأمن عن الولد، فإن الأمن عن الولد سبب لزيادة الرغبة إلى إمساكها، لما يلحقه من الموت والمحن، والتعب والنصب، بسبب حدوث الولد، فصارت الحامل، والحامل تطلق ثلاثًا للسنة، وفصل بين كل طلقة بشهر.

وقال محمد وزفر: لا تطلق الحامل للسنة إلا واحدة؛ لأن الطلاق أبيح باعتبار

=

قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب، عن محمد بن سيرين. و«النسائي» ١٤١/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٦٢) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا حماد، عن أيوب، عن محمد. وفي ١٤١/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٦٣) قال: أخبرنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا ابن علية، عن يونس، عن محمد بن سيرين. وفي ٢١٢/٦، وفي «الكبرى» (٥٧١٨) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن قتادة.

كلاهما: (قتادة بن دعامة، ومحمد بن سيرين) عن أبي غلاب، يونس بن جبير، فذكره.

(١) الإقراء: أقرأت المرأة فهي مُقْرئ، بالهمز: أي حاضت. وأَقْرأَت: أي طَهُرت.

الحاجة أمر باطن، فالشرع جعل الإقدام عليه في فصل من فصول العدة أمارة الحاجة، وطهر الحامل فصل واحد، فلا يباح فيه إلا طلقة واحدة.

لهما: أن إيقاع الثانية والثالثة لحاجة لأنه وجد دليل الحاجة، وهو الإقدام على الوطء في حالة كمال الرغبة إليها، وهو الطهر الخالي عن الجماع إن كان الطلاق قبل الإصابة، وإن كان بعدها فالرغبة وإن انتقصت بالجماع، فقد ازدادت الرغبة إلى إمساكها بسبب الأمن عن العَلُوق[1] فلا يجبر ذلك النقصان كما في الآيسة والصغيرة، بخلاف الممتدة طهرها، فإنها لا تطلق للسنة إلا واحدة.

ولو طلق امرأته في الحيض ينبغي أن يُراجعها لقوله عليه السلام[2]: "**مر ابنك فَلْيُرَاجِعْهَا**"، والأمر للوجوب، ولأن الطلاق في حالة الحيض معصية، وبالرجعة

---

(١) العَلُوق: ماءُ الفحل.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤١/٧ (٥٢٥١) قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثني مالك. و«مسلم» ١٧٩/٤ (٣٦٤٣) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: قرأت على مالك بن أنس. وفي (٣٦٤٤) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وقتيبة، وابن رمح، واللفظ ليحيى، قال قتيبة: حدثنا ليث، وقال الآخران: أخبرنا الليث بن سعد. وفي ١٨٠/٤ (٣٦٤٥) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا عبيد الله. وفي (٣٦٤٦) قال: وحدثناه أبو بكر بن أبي شيبة، وابن المثنى، قالا: حدثنا عبد الله بن إدريس، عن عبيد الله. و«ابن ماجه» (٢٠١٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن إدريس، عن عبيد الله. و«أبو داود» (٢١٧٩) قال: حدثنا القعنبي، عن مالك. و«النسائي» ١٣٧/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٥٢) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد السرخسي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد القطان، عن عبيد الله بن عمر. وفي ١٣٨/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٥٣) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: أنبأنا ابن القاسم، عن مالك. وفي ١٤٠/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٥٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا المعتمر، قال: سمعت عبيد الله بن عمر. وفي ٢١٢/٦، وفي «الكبرى» (٥٧١٩) قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: أنبأنا يحيى بن آدم، عن ابن إدريس، عن محمد بن إسحاق، ويحيى بن سعيد، وعبيد الله بن عمر (ح) وأخبرنا زهير، عن موسى بن عقبة. و«أبو يعلى» (١٩١) قال: حدثنا القواريري، قال: حدثنا بشر بن المفضل، ويحيى بن سعيد، عن عبيد الله بن عمر. و«ابن حبان» (٤٢٦٣) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا بشر بن المفضل، ويحيى بن سعيد القطان، عن عبيد الله بن عمر.

سبعتهم: (مالك بن أنس، وعبد الله بن عمر، وعبيد الله بن عمر، والليث بن سعد، ومحمد بن إسحاق، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وموسى بن عقبة) عن نافع، فذكره.

ينفسخ الطلاق في حق إزالة ملك النكاح إن لم ينفسخ في حق إزالة الحل، فيجب مراجعتها دفعًا لهذه المعصية بقدر الإمكان؛ فإن راجعها، ثم أراد أن يطلقها أخرى للسنة طلقها في الطهر الذي يلي تلك الحيضة.

قال الطحاوي: هذا قول أبي حنيفة، وهو رواية (**النوادر**) عن أبي حنيفة، وقال الكرخي على قولهما: يطلقها في الطهر الثاني، وهذا بناء على أن الرجعة هل تعتبر فاصلة بين الطلاقين، عنده تعتبر.

وعندهما: لا تعتبر والنكاح يعتبر فاصلًا بين الطلاقين بالإجماع. وجه رواية (**النوادر**): أن بالرجعة تجددت الرغبة، فإنه لا يراجعها إلا لرغبة حدثت للزوج فيها، فدلت الرجعة على حدوث الرغبة إلى إمساكها، والإقدام على الطلاق في حال كمال الرغبة، دليل الحاجة، وصار كالنكاح. وجه ظاهر الرواية حديث عمر على ما روينا، فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يعتبر الرجعة فاصلة والقياس يترك بالنص، والنص الوارد في الرجعة لا يكون واردًا في النكاح دلالة؛ لأنه بالنكاح تجدد الحل فيها، فكأن الطهر اعتبر فاصلا بتجدد بالحل، فأما بالرجعة لا يتجدد الحل، فلم يكن بمعنى الطهر.

(**النوادر**): ذكر في (**المنتقى**): لو طلقها ثانيا في طهر لم يجامعها فيه، ثم تزوجها في ذلك الطهر، وطلقها أخرى سنيًّا.

ولو طلقها واحدة في الطهر، ثم راجعها في ذلك الطهر بالقول، أو بالقبلة والملامسة، فله أن يطلقها أخرى فيه عند أبي حنيفة، وزفر؛ لأن الرجعة فاصلة بين الطلاقين.

وعندهما: لا يطلقها أخرى فيه.

عند أبي حنيفة، وزفر؛ لأن الرجعة تعتبر فاصلة، وكذا لو قال لها: أنت طالق ثلاثا للسنة وهو ممسك يدها بشهوة وقعت ثلاثا للسنة متعاقبا؛ لأن عنده يصير مراجعا بالمس عن شهوة والرجعة فاصلة.

ولو طلقها، ثم راجعها بالجماع إن لم تحبل يكره إيقاع الثاني بالجماع؛ لأنه جامعها في هذا الطهر.

وعنده: لا يكره، وإن حبلت منه لا يكره؛ لأن الرجعة فاصلة بينهما، وكذلك عند

محمد؛ لأن حدوث الحبل فاصل بينهما عنده، لأنه سبب لحدوث الرغبة إليها لمكان الولد، فتجددت به الحاجة.

وعند أبي يوسف: لا يطلقها أخرى إلا بعد مضي شهر من وقت الطلاق الأول، ولهذا لا يباح الطلاق عقيب الجماع بلا فصل إذا كانت حاملًا، فلا يجتمع فيه طلاقان على وجه السنة.

ولو طلقها وهي صغيرة، ثم حاضت وطهرت قبل مضي شهر، فله أن يطلقها أخرى بالإجماع؛ لأن حكم الشهر قد بطل في حق التفريق به.

ولو طلقها وهي من ذوات الأقراء، ثم آيست، فله أن يطلقها أخرى حين تيأس؛ لأنه تبدل حالها.

وقال أبو يوسف: لا يطلقها حتى يمضي شهرا.

وذكر الحسن في (**المجرد**): لا بأس بأن يخير امرأته وهي حائض، ولها أن تختار نفسها وهي حائض، ولا بأس بالخلع، والأمر باليد في الحيض؛ لأنه ليس بطلاق صريحًا، والنص ورد بتحريم الطلاق صريحًا.

(**المنتقى**): وروي عن أبي يوسف: أنه قال: الأمة المنكوحة إذا أعتقت، وهي حائض، أو الصبية أدركت بالحيض بأن تختار نفسها، وكذا العنين إذا قضى بالحول، وامرأته حائض؛ لأن هذا ليس بطلاق قصدًا، ولأن فيه ضرورة؛ لأن التأخير متعذر.

ولو قال لها: إذا طهرت من حيضة فأنت طالق للسنة، وطهرت من حيضة، ثم جاءت بولد لستة أشهر ويوم أو يومين منذ طلق لم تطلق؛ لأنه تبين أن ذلك لم يكن حيضًا.

وإن جاءت به لستة أشهر، وثلاثة أيام طلقت؛ لأن الحيض ثم في ثلاثة أيام، وهذا الولد رجعة.

ولو قال: أنت طالق للسنة، وهي طاهرة من غير جماع من الزوج، ولكن وطئها غيره؛ فإن قالت: وطئها زنا وقع الطلاق في هذا الطهر، وإن كان بشبهة لم يقع في هذا الطهر؛ لأنه تجب العدة من الوطء، فكانت شبهة الزوجية قائمة.

(باب الوقت الذي يقع فيه طلاق السنة)

لو قال لامرأته: أنت طالق للسنة، ولا نية له، فلا يخلو، إما أن كانت المرأة ممن تحيض، أو لا تحيض، فإن كانت ممن تحيض تقع واحدة في الطهر الذي لم يجامعها فيه، فإن كانت حائضًا، أو جامعها لم يقع للحال؛ لأن وقت طلاق السنة في الطهر الخالي عن الجماع، لما بينا.

وإن نوى الثلاث تقع الثلاث في كل طهر تطليقة؛ لأن الكلام في قوله للسنة، لاءم الوقت لقوله تعالى: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمْسِ﴾ [الإسراء: ٧٨] أي: لوقت دلوكها، ويقال: أتيك لصلاة الظهر؛ أي: لوقتها، فصار كأنه قال لوقت السنة، والوقت يختص بالأفعال، فكان هذا إضافة لفعل الإيقاع إلى وقت السنة، ثم للوقت عموم، وهي ثلاثة أطهار، فإن نواه ينصرف إليه، فإن نوى وقوع الثلاث للحال وقعن؛ لأن السنة أنواع ثلاثة سنة هي أحسن، وسنة هي حسن وسنة من وجه دون وجه، فالأحسن الاقتصار على الواحدة في طهر لا جماع فيه، والحسن إيقاع الثلاث ثلاثة أطهار والسنة من وجه إيقاع الثلاث جملة، لما تبين، فإن لم يكن له نية ينصرف إلى الأحسن؛ لأنه أكمل، وإن نوى التفريق، أو الجمع صح؛ لأنه نوى ما يحمله لفظه.

ولو قال لها: أنت طالق ثلاثًا للسنة، ولا نية له يقع في كل طهر تطليقة، وإن نوى وقوع الثلاث في الحال وقعن.

وقال زفر: لا يصح الجمع؛ لأنه نوى البدعة، وهي صدر السنة.

لنا: أنه نوى ما يحمله لفظه؛ لأن السنة نوعان سنة إيقاع، وهي تفريقها على الأطهار، وسنة وقوع، وهي ما عرف وقوعه بالسنة، ووقوع الثلاث جملة عرف بالسنة، ألا ترى أن من أنكر ذلك نسب إلى البدعة، فيكون الجمع بين الثلاث سنة من حيث الوقوع دون الإيقاع، فيكون ناقصًا في معنى السنة، فلا ينصرف إليه مطلق الكلام، ولكن إذا نوى صح.

وأما إذا كانت ممن لا تحيض، كالآيسة والصغيرة فقال لها: أنت طالق ثلاثا

للسنة طلقت في الحال واحدة؛ لأنها طاهرة، ثم إذا مضى شهر تقع أخرى، وكذلك الثالثة؛ لأن الشهر في حقها أقيم مقام الحيض، ثم إذا مضى شهر تقع أخرى، وكذلك الثالثة؛ لأن الشهر في حقها، ثم أقيم مقام الحيض، ثم فرق بين التي تحيض وبين التي لا تحيض في الطلقة الأولى، فإنها تقع في التي لا تحيض الساعة.

وإن وطئها الساعة، ولا يقع على التي تحيض عقيب الوطء في طهر واحد، والفرق أن الطلاق المسنون طلاق لا يحصل بعده ندامة على ما صنع، فالطلاق على التي تحيض في طهر جامعها فيه ربما يكون بسبب الندامة، بأن كانت حبلت بذلك الوطء، فأوجب وطؤها بطلاق السنة، وفي حق التي لا تحيض لم يوجب وطؤها بطلاق السنة؛ لأنه لا يتصور الحبل منها.

وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة جملة كان كما نوى، بخلاف قوله لمن لا تحيض: أنت طالق للسنة، وهو ينوي ثلاثا أنه إذا نوى وقوع الثلاث جملة لا يصح؛ لأن نية الثلاث هنا إنما صحت لاعتبار عدد الوقت، فإذا نوى الجمع بطل العدد، فلا تصح نية الثلاث.

وذكر في زيادات الزيادات: لو أمر رجلًا أن يطلق امرأته للسنة، وهي مدخول بها، فقال لها الوكيل: أنت طالق للسنة، أو قال: إذا حضت وطهرت فأنت طالق، فحاضت وطهرت لا يقع شيء؛ لأنه فوض إليه الطلاق في وقت السنة، فلا يملك إيقاعه، قيل: وقت السنة كما لو قال له: طلق امرأتي غدًا، فقال لها الوكيل: أنت طالق غدًا لا يقع إذا جاء غد حتى لو حاضت وطهرت، ثم قال الوكيل: أنت طالق طلقت.

ولو قال له: طلق امرأتي ثلاثا للسنة، فطلقها ثلاثا للحال وقعت واحدة؛ لأنه فوض إليه إيقاع الثلاث متفرقا على ثلاثة أطهار، فكان ممثلا في إيقاع الواحدة، مخالفا في إيقاع الثنتين، فينبغي أن يطلقها أخرى في طهر آخر، ثم يطلقها أخرى في طهر آخر، ثم يطلقها أخرى في طهر آخر بخلاف الزوج إذا نوى وقوع الثلاث جملة وقعن؛ لأن إيقاع الثلاث جملة ناقص في معنى السنة، ولكن إذا نوى ما يحمله، وفيه تشديد يصح.

فأما المفوض إلى الوكيل لإيقاع الثلاث على بعث السنة الكاملة، وهي تفريقها على الأطهار، ولم يأت به.

ولو قال: أنت طالق للسنة، وأراد به واحدة بائنة لم تكن بائنة؛ لأنه لم يقترن باللفظ ما يدل على البينونة.

ولو أراد بقوله طالق واحدة، وبقوله للسنة أخرى لم تقع إلا واحدة؛ لأنه لو قال لامرأته: أنت طالق للسنة يريد به طلاقا لم يقع.

ولو قال: أنت طالق للبدعة، أو طلاق للشيطان، ونوى ثلاثا فهي ثلاث؛ لأن إيقاع الثلاث مجتمعا بدعة من وجه، فقد نوى ما يجمله لفظه.

وروي عن محمد: أنها واحدة بملك الرجعة.

(**المنتقى**): ورُوي عن محمد: لو قال: أنت طالق غير سنية أو غير بدعية تقع ثنتان ولو قال لها وهي ممن لا تحيض أنت طالق للشهور فهي طالق عند رأس كل شهر واحدة لأن الشهور التي تضاف إليها شهور العدة فصار كأنه قال: أنت طالق للعدة، ولو قال: أنت طالق للحيض، وهي ممن تحيض وقعت عند كل حيض تطليقة وإن كانت ممن لا تحيض لم يقع شيء لأنه أضاف الطلاق إلى ما لا يوجد.

(باب ما يقع به طلاق السنة)

أصله: أنه متى ذكر التطليقة، وذكر نعتا عقيبها ينعت به المرأة، أو التطليقة، فإنه يجعل نعتًا للتطليقة لا للمرأة وإن كان نعت المرأة به أغلب لأن التطليقة أقرب إلى النعت من المرأة، ولأن التطليقة مذكورة صريحا، والمرأة مذكورة مكنية، وصرف النعت إلى المصرح أولى من صرفه إلى المكني.

وإن لم يذكر التطليقة صريحا، فإنه يجعل نعتًا للمرأة؛ لأنها مذكورة بالكناية، وإن ذكر وصفًا ينعت به التطليقة عرفا دون المرأة، فإنه يجعل نعتًا للتطليقة لا للمرأة.

(**المبسوط**): ولو قال: أنت طالق طلاق السنة، أو العدة، أو العدل، أو طلاق الدين، أو الإسلام، فهذا كله للسنة؛ لأنه ألحق الوصف به، فلا يقع إلا موصوفًا.

(**المنتقى**): لو قال: أنت طالق تطليقة حقا طلقت الساعة، ولو قال طلاق الحق كان للسنة؛ لأن بدون الألف واللام يراد به الحق المستحق معناه: تطليقة مستحقة،

والتطليق للحال مستحقة للزوج، فأما مع الألف واللام يراد به حقيقة المسنونة المستحقة؛ لأن الحق هو الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلْحَقُّ ٱلْمُبِينُ ﴿٢٥﴾﴾ [النور: ٢٥] فقد أضاف الطلاق إلى الله تعالى، والطلاق المضاف إلى الله تعالى هو المسنون.

وكذلك لو قال: طلاق القرآن، أو طلاق الكتاب، أو قال: أنت طالق تطليقة في السنة، أو بالسنة، أو مع السنة، أو عند السنة، أو بعد السنة، أو على السنة.

ولو قال: أنت طالق تطليقة في القرآن، أو في الحق طلقت الساعة؛ لأن طلاقا يقع للحال مذكورًا في القرآن.

(**الجامع**): لو قال: أنت طالق أعدل الطلاق، أو أجمله، أو أحسنه، أو طالق تطليقة للسنة لم يقع حتى تطهر؛ لأنه وصف الطلاق بالعدل والحسن والجمال، وبالغ فيه؛ لأن لفظة أفعل تستعمل للمبالغة، وإنما تتحقق المبالغة فيه إذا كان سنيًّا من كل وجه.

ولو قال: أنت طالق تطليقة سنية، أو عدلية، أو جميلة، أو حسنة طلقت في الحال.

وروي عن أبي يوسف: أنه لا يقع إلا في وقت السنة؛ لأن الطلاق إنما يصف بكونه سنيًّا إذا وقع في وقت السنة. وجه ظاهر الرواية أن قوله: أنت طالق تطليقة إيقاع للحال، وقوله: سنية، أو عدلية وصف للتطليقة، وقد تتصف التطليقة بكونها سنية متى وقعت في الحال؛ لأن وقوعها عرف بالسنة، فخلا الإيقاع عن وصف السنة، فبقي مطلقة عن الوقت غير مضاف إلى وقت السنة، فيقع للحال، بخلاف قوله: أنت طالق تطليقة للسنة؛ لأن اللام في قوله للسنة للوقت، فكان هذا إضافة للإيقاع إلى وقت السنة.

ولو قال: أنت طالق تطليقة حسنة في دخولك الدار إن قال: حسنة بالرفع طلقت للحال؛ لأن حسنة بالرفع لا تصلح نعتًا للتطليقة، لأنها منصوبة ونعت المنصوب يكون منصوبا، ويصلح نعتًا للمرأة؛ لأن محلها من الإعراب الرفع، فصارت نعتًا لها، فصارت فاصلة بين الطلاق والدخول كما لو قال: أنت طالق حسنة في دخولك الدار لا يتعلق به، فكذا هذا.

وإن قال: حسنة بالنصب لم يطلق حتى يدخل؛ لأنها صلحت نعتًا للتطليقة، فصارت نعتًا لها، والنعت مع المنعوت شيء واحد، فلم يصر فاصلًا بين الطلاق والشرط كما لو قال: أنت طالق تطليقة رجعية، أو بائنة في دخولك الدار.

ولو قال: أنت طالق حسنة في دخولك الدار طلقت للحال؛ لأن التطليقة غير مذكورة صريحًا، ولا كناية، والمرأة مذكورة كناية، فصارت الحسنة نعتًا لها.

(باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع)

ألفاظ الطلاق على ثلاثة أوجه: صريح، وما هو في حكم الصريح، وكناية.

أما صريح الطلاق، كقوله: أنت طالق، أو مطلقة، أو طلقتك يقع نوى، أو لم ينو؛ لأن اللفظة مستعملة لإزالة عقد النكاح عرفًا وشرعًا، فصار كالموضوعة لها، وما هو لها بمنزلة المجاز كاسم الصلاة في اللغة للدعاء والنداء، ثم صار بكثرة الاستعمال للأفعال المعلومة المعهودة، كالموضوع لها، ولما عداها بمنزلة المجاز.

ولو قال: أنت طالق، وقال: عنيت به عن الوثاق لا يصدق قضاء؛ لأنه نوى حقيقة مهجورة، والحقيقة المهجورة بمنزلة المجاز، ومن ادعى المجاز لا يصدق قضاء ويصدق ديانة.

ولو صرح وقال: أنت طالق من وثاق لم يقع شيء في القضاء؛ لأنه صرح بما يحمله كلامه.

ولو قال: أردت أنها طالق في العمل لم يدين فيما بينه وبين ربه تعالى؛ لأنه لا يقتضيه لفظه، فإن الطلاق عبارة عن حل القيد، وهو غير مقيد عن العمل.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله: أنه يدين فيما بينه وبين ربه تعالى؛ لأن الطلاق يذكر ويراد به التخليص، ولو قال: أنت طالق من هذا العمل وقع في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين ربه لما بينا.

وذكر الحسن في (**المجرد**) عن أبي حنيفة: لو قال: أنت طالق من هذا القيد لم يطلق؛ لأنه لم يرد به رفع قيد النكاح، وإنما أراد به رفع قيد مخصوص.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا من هذا القيد طلقت ثلاثا، ولم يصدق في القضاء أنه

لم ينو طلاقا؛ لأنه لا يتصور رفع هذا القيد ثلاث مرات، وإنما يتصور رفع قيد النكاح ثلاثا، فصرفنا لفظه إلى رفع قيد النكاح لكي لا يلغو ذكر الثلاث.

ولو قال: أنت الطلاق يقع؛ لأن المصدر يذكر، ويراد به الاسم، كما يقال رجل عدل؛ أي: عادل.

وإن نوى بقوله: أنت طالق ونحوه ثلاثا، أو ثنتين لا تقع إلا واحدة.

وقال زفر، والشافعي: يقع ما نوى؛ لأنه نوى ما يحمله لفظه، لأن قوله: أنت طالق إيقاع للطلاق شرعًا والواقع، وهو الطلاق محتمل للعدد، وهو ثابت مقتضاه، فكان الإيقاع محتملًا للعدد ضرورة، فصحت نيته.

لنا: أن قوله: أنت طالق لا يحتمل العدد؛ لأنه نعت فرد، وهو وصفها بالطالقية، كقوله: أنت قائمة، أو جالسة، والمنعوت الفرد، وهو ذات المرأة لا يحتمل العدد، فكذا نعتها، فالطلاق غير مذكور أصلا، والنية في غير الملفوظ باطلة.

ولو قال: أنت طالق طلاقا، أو الطلاق، أو أنت الطلاق، ونوى الثلاث وقعن، وإن لم ينو شيئًا فواحدة، فإن نوى ثنتين فواحدة؛ لأن الطلاق اسم لجنس التصرف، واسم الجنس يتناول الآدمي، ويحتمل الكل؛ لأن كل الجنس، فرد بمعناه، وأدنى الجنس فرد بصورته ومعناه، وإذا لم ينو شيئًا فهو على الواحدة؛ لأنها منتفية.

وإن نوى ثلاثا فقد نوى كل الجنس فصح، وإن نوى ثنتين فقد نوى العدد، واللفظ لا يحتمل العدد، فبلغوا النية، وكذلك في قوله طلاقا؛ لأنه مصدر، والمصادر أسماء أجناس.

وإن نوى بقوله: أنت طالق واحدة، وبقوله: الطلاق أخرى صدق؛ لأن المصدر يذكر، ويراد به الاسم، فصار كما لو قال: أنت طالق وطالق.

وأما ما هو في حكم الصريح، وهو قوله: اعتدي واستتري رحمك، وأنت واحدة لا يقع به الطلاق إلا بالنية، وله حكم الصريح فيما عدا ذلك، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسودة: "**اعتدي ثم راجعها**" ولأن هذه الألفاظ مكنية في اللفظ مفصحة في المعنى؛ لأن الأمر بالاعتداد، والاستبراء يقتضي طلاقًا سابقًا

ليصح الأمر به، فلاعتبار الكناية لفظًا لا يقع إلا بالنية، ولاعتبار الإفصاح في المعنى يقع رجعيا.

وقوله: أنت واحدة، فالواحدة صلحت نعتًا للطلاق، كما صلحت نعتًا لها؛ لأن حذف المنعوت، وإقامة النعت قائما مقامه سابقا في اللغة، يقال: ضربته وجيعًا، وأعطيته جزيلا؛ أي: ضربا وجيعًا، وعطاء جزيلا، فصار كما لو قال: أنت طالق طلقة واحدة عند النية، حتى قال بعض أصحابنا: إذا أعربت الواحدة بالرفع لم يقع شيء، وإن نوى لأنها نعت شخصها.

وإن أعربت بالنصب يقع من غير نية؛ لأنها نعت مصدر محذوف، وإن سكن ولم يحرك الإعراب، فيحتاج إلى النية.

وقال عامة مشايخنا: في الكل يقع بالنية، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن العوام لا يهتدون إلى هذا، ولا يميزون بين إعراب وإعراب.

وإن نوى في هذه الألفاظ الثلاث لا تصح نيته؛ لأن هذه الألفاظ تضمن الإطلاق لا التحريم، وأما الكتابات، فثلاثة أقسام:

قسم يصلح جوابًا لا غير، مثل قوله: أمرك بيدك، واختاري واعتدي.

وقسم يصلح جوابًا وردًّا، مثل قوله: اخرجي واذهبي، واغربي، وقومي وتقنعي، واستتري، وأنت حرة وحبلك على غاربك، وهبتك لأهلك خليت سبيلك، فارقتك وسرحتك، ولا ملك لي عليك، ولا سبيل لي عليك، والحقي بأهلك، وافلحي اذهبي، يقول العرب: أفلح عني: اذهب عني.

وقسم يصلح جوابا وشتيمة، مثل قوله: أنت بائن وحرام وبتة وبتلةٌ وخلية وبرية.

والأحوال ثلاثة: حالة الرضاء، وحال مذاكرة الطلاق، وحال الغضب.

أما في حال الرضا لا يقع الطلاق بهذه الألفاظ إلا بالنية؛ لأن هذه الألفاظ محتملة لمعنى البينونة وغيرها، فلا يتعين معنى البينونة إلا بالنية؛ لأن هذه الألفاظ محتملة لمعنى البينونة، لأن الهبة تقتضي زوال الملك، وسواء قبل أهلها، أو لم يقبلوها؛ لأن القبول لا يحتاج إليه لإزالة الملك، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة، وإن نوى الثلاث يقع؛ لأن البينونة نوعان؛ حقيقة تحتمل الوصل، وهي التي ترتفع

بتجديد العقد، وغليظة لا تحتمل الوصل، وهي التي لا ترتفع إلا بالتزوج بزوج آخر، واللفظ يحملهما، وأيهما نوى صح، وإن نوى ثنتين تقع واحدة.

وقال زفر: تقع ثنتان؛ لأنه نوى البينونة المتوسطة.

لنا: أن حكم البينونة المتوسطة، وحكم البينونة الحقيقة على السواء، فلم تصح النية من حيث إنه تعين أحد نوعي الحرمة، ولم يصح من حيث العدد؛ لأن اللفظ لا يحتمل العدد، ولهذا لو قال لزوجته الأمة: أنت بائن ونوى ثنتين كانت ثنتين؛ لأنهما البينونة المغلظة في حقها.

ولو طلق منكوحته الحرة واحدة، ثم قال لها: أنت بائن، ونوى ثنتين كانت واحدة؛ لأن البينونة المغلظة لا تحصل بما نوى، فلا تصح النية حتى لو نوى الثلاث تقع؛ لأن البينونة في حقها تحصل بالثنتين، وبالواحدة السابقة.

فأما في حال مذاكرة الطلاق لا يصدق في القضاء أنه لم ينو به الطلاق، إلا فيما يصلح جوابا وردًّا، فإنه يصدق؛ لأن الحال أدل على الطلاق من النية، فإن النية باطنة، والحالة ظاهرة بادية، فحمل على الطلاق بدلالة الحالة.

وإذا قال: لم أنو به الطلاق لغي، فأما ما يصلح جوابا وردًّا، وهو القسم الثاني لا يجعل طلاقا؛ لأنه يحتمل الإجابة والرد، فثبت الأدنى، وهو الرد؛ لأنه متيقن، ولم تثبت الإجابة بالشك.

وأما في حالة الغضب يصدق في الكل، إلا في قوله: اعتدي وأمرك بيدك واختاري؛ لأن حالة الغضب تدل على الشتيمة والرد، وتدل على الطلاق، ولا يوجد معنى الشتيمة في الألفاظ الثلاثة، فحمل على الطلاق، وما عداها يوجد فيه معنى الشتيمة، والرد مغابطة.

أما بائنة يحتمل معنى البعد عن الخيرات، وخلية يحتمل الخلو عن الخيرات، وإنها خليعة العذار، وبريئة تحتمل البراءة عن المحامد والطاعات، ونية يحتمل الانقطاع عن الخيرات، وحرام يحتمل حرام الصحبة لسوء خلقها.

والقسم الثاني يحتمل الرد في حالة الغضب يدل على الشتم، والرد مغابطة كما يدل على الطلاق، فحملت هذه الألفاظ على الشتم والرد؛ لأنه أدناها.

ولو قال: لست لي بامرأة، أو ما أنت لي بامرأة، أو لست لك بزوج، أو ما أنا لك بزوج، أو قيل له: ألك امرأة؟ فقال: لا ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يقع؛ لأنه نفى النكاح من الأصل كقوله: لا زيد في الدار، فيكون جحود للنكاح من الأصل، وجحود النكاح لا يصلح كناية عن الطلاق، كما لو قال: لم أتزوجك، له: أنه يصلح لنفي النكاح في الحال؛ لأنه يحتمل لست لي بامرأة، أو قال بالفارسية: (مرا خبري نباشي) لا يقع الطلاق، وإن نوى لأنه كذب محض.

ولو قال: لا نكاح بيننا يقع الطلاق؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، فإنه يحتمل أنه لا نكاح بيننا؛ لأنه سبق الطلاق بالأصل أنّ نفي النكاح أصلا لا يكون طلاقا، بل يكون جحودًا، ونفي النكاح في الحال يكون طلاقا إذا نوى، وما عداه، فالصحيح: أنه على هذا الخلاف.

ولو قالت المرأة لزوجها: لست لي بزوج، فقال الزوج: صدقت ينوي بذلك طلاقا، يقع عنده؛ لأن هذا، وما لو قال: ولست لي بامرأة سواء، ولو قال لامرأته: أنا منك طالق لا يقع.

وإن نوى خلافًا للشافعي؛ لأنه أضاف الطلاق إلى غير محله، لأن محل الطلاق المقيد؛ لأنه موضوع محل القيد ورفعه، ولا قيد على الرجل؛ لأن الحرية منافية للقيد والملك؛ لأنها تبنى على الصفاء، والخلوص عن شغل الحق لغيره، إلا أنه سقط اعتبار هذا المنافي في حقها من ادعى السقوط في حقه، فعليه الدليل.

ولو قال: أنا منك بائن، وأنا عليك حرام، ونوى الطلاق يقع؛ لأن محل الإبانة الوصلة، ومحل التحريم الحل، والحل والوصلة ثبت مشتركا بينهما.

ولو قال: أنا بائن، أو حرام، ولم يقل منك، أو عليك لا يقع، وإن نوى؛ لأن الحل في الزوج ثبت تبعا لثبوت الحل فيها، فلم تصح إضافة التحريم إليه من غير ذكر المرأة ليظهر تبعية الزوج في الحل، وصححنا الإضافة إلى المرأة من غير ذكر الزوج، وليظهر أصالتها في الحل، ولفظ التسريح، والفراق كناية.

وقال الشافعي: هو صريح.

والصحيح قولنا؛ لأنها تستعمل في غير الطلاق، فإنه يقال: سرحت الإبل،

وفارقت الصديق، والصحيح ما يعرف المعنى بنفسه من غير قرينة، وذلك إما بالوضيع، ويكره الاستعمال، ولم يوجد هنا، فلم يلتحق بالصريح.

ولو قال: وهبت لك طلاقك، ولا نية له يطلق في القضاء، ولا يصدق أنه أراد أن يكون الطلاق في يدها؛ لأن هبة الطلاق لا يتصور إلا بعد وجوده، ووجوده بوقوعه، فيقضي هذا الطلاق وقوع الطلاق، ولكن يحتمل معنى التفويض، فيصدق ديانة لا قضاء.

ولو قالت: هب لي طلاقي؛ أي: أعرض عنه، فقال: وهبت لا يقع، وإن نوى؛ لأنه صدر جوابا لها، وهي سألت الإعراض عن طلاقها، والهبة مستعملة في هذا، يقول من يريد ضرب عبده، ويشفع إليه إنسان ليترك ضربه، فيقول: وهبت ضربه لك، والجواب ينبني على السؤال، فكان معرضًا عن الطلاق لا مقدما عليه.

ولو قال: أعرضت عن طلاقك، أو صفحت عن طلاقك لم تطلق؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه؛ لأن الإعراض عن الشيء ضد الإقدام عليه، وكذلك الصلح بمعنى الإعراض.

ولو قال: تركت طلاقك، أو خليت سبيل طلاقك ينوي الطلاق يقع؛ لأنه يحتمل إن شئت وأوقعت، ويحتمل أعرضت وصفحت، فلا يقع إلا بالنية.

ولو قال: احمل إلى امرأتي طلاقها، أو أخبرها به يقع في الحال؛ لأن الحمل يقتضي وجود المحمول، والإخبار يقتضي سبق المخبر به عليه، والكنايات كلها بوائن.

وقال الشافعي: رواجع.

لنا: أن صيغة الإبانة صدرت ممن هو من أهل الإبانة، مضافة إلى محل قابل للبينونة، وله ولاية الإبانة، فيحكم بوقوع البينونة، ودلالة ذلك أنه لو طلقها قبل الدخول، أو مقرونا بالثلاث، أو بالعوض تثبت البينونة بالإجماع، وثبوت البينونة يستدعي الصيغة الصالحة، وقيام المحلية القابلة للبينونة والولاية الشاملة عليها، وهذه الأوصاف لا تختلف باختلاف أوصاف المحلية، وحالة المباشرة.

(النوادر): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصريح.

والثاني: في الكناية.

(فصل)

عن محمد: لو قال لامرأته: كوني طالقا، أو اطلقي، أو قال لأمته: كوني حرة، أو اعتقي يقع الطلاق والعتاق؛ لأن كينونتها طالقًا تقتضي طلاقًا سابقًا.

ولو قال لامرأته: خذي طلاقك، فقالت: قد أخذت وقع الطلاق؛ لأن أخذ الطلاق لا يتصور إلا بعد وجوده.

ولو قال لامرأته: طلقك الله، أو لعبده: أعتقك الله وقع الطلاق والعتاق، وإن لم ينوهما؛ لأنه لا يطلقها الله، ولا يعتقها إلا وهي طالق وعتيق.

ولو قال لامرأته: طلاقك علي ثابت، أو لازم، أو فرض، أو قال: طلاقك علي يحكموا فيه، قيل: تقع واحدة رجعية، وقيل: لا يقع شيء، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وقيل: عند أبي حنيفة يقع.

وعندهما: لا يقع إلا في قوله لازم، وقيل على عكسه، وقيل في قوله واجب يقع نوى، أو لم ينو لتعارف الناس، وفيما عداه لا يقع لعدم التعارف.

والصحيح: أنه يقع في الكل؛ لأن نفس الطلاق لا يكون واجبًا ولازمًا، وثابتًا وفرضًا، وإنما يكون حكمه كذلك، وحكمه لا يكون واجبًا، ولازمًا إلا بعد الوقوع، فاقتضى هذا اللفظ وقوع الطلاق، بخلاف ما لو قال لعبده: عتقك علي واجب، أو لازم ونحوه لا يعتق؛ لأن نفس العتق يجب في الجملة، فإنه يجب في الذمة بدلًا عما ليس بمال، كالنكاح ونحوه، وكذا في الكفارة والنذر، فلم يقتض هذا اللفظ وقوع العتق.

ولو قال لامرأته: قولي أنا طالق تطلق إذا قالت، ولم تطلق إذا لم يقل بخلاف ما لو قال لآخر: قل لامرأتي أنها طالق، حيث تطلق قال: أو لم تقل، والفرق أن في الأول أمر بالإنشاء فيما لم يوجد الإنشاء منها لا يقع، وفي الثاني أمر بالإخبار، وأنه يستدعي سبق المخبر به.

وروى هشام، عن أبي يوسف، ومحمد رحمهما الله: لو قال نساء أهل الري طوالق، وهو من أهل الري، أو قال: نساء أهل الدنيا طوالق، أو قال عبيد أهل الدنيا أحرار لا تطلق، ولا يعتق إلا أن ينوي؛ لأنه لا يريد امرأته، وعبد نفسه عادة، وبه أخذ عصام بن يوسف وعليه الفتوى.

وروى ابن سماعة، عن محمد: تطلق ويعتق به أحد سواه؛ لأنها من نساء العالم وعبيد العالم، ولو قال: ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبده بالاتفاق، ولو قال: كل عبد في هذه الدار أحرار عتق عبده بالاتفاق، ولو قال: كل من دخل هذه الدار فامرأته طالق، ولو ينو نفسه، فدخل هو الدار.

ذكر في واقعات الناطفي: أنه يجب أن يكون على هذا الخلاف رجل قال لآخر هل امرأتك إلا طالق، فقال الزوج: لا، تطلق، ولو قال: نعم، لا تطلق؛ لأن في الأول صار قائلا: ليس امرأتي إلا طالق، وفي الثاني صار قائلا: نعم امرأتي غير طالق.

(فصل)

ولو قال لامرأته: أنت مطلقة محققة، فذلك عند النية؛ لأنه ليس بصريح لإزالة قيد النكاح؛ لأن هذا اللفظ اقتضى الإطلاق عن الجنس، فتوقف على النية.

وذكر الكرخي في مختصره: لو قال لامرأته: أنت أطلق من امرأة فلان، وهي مطلقة، فذلك يقع على نيته؛ لأنه لم يصرح بالإيقاع، كما في قوله: أنت أزنى من فلان لم يكن قذفا؛ لأنه لم يصرح بزناه، فكذا هذا، إلا أن يكون جوابًا لمسألة الطلاق فتقع؛ لأن الحالة أدل على الطلاق من النية.

وذكر في (**المنتقى**): والعيوب لو قال: أنت طال ونوى الطلاق يقع، وإن لم ينو لا يقع؛ لأن العرب ينقص حرفًا، قال الله تعالى: (ونادَوا يا مَالِ ليقضِ علينَا ربُّك) [الزخرف: ٧٧] وهذه قراءة ابن مسعود رضي الله عنه، إلا أنه يشترط النية؛ لأن هذا اللفظ بمنزلة الكناية، وليس بإفصاح، فإذا نوى فقد يرخم القاف فيه، واللفظ يحتمله فصحت نيته.

ولو قال: يا طالِ بكسر اللام وقع الطلاق، وإن لم ينو؛ لأن العرب قد تسقط من الكلام من آخره، وتبدل مكانه الكسرة، وقد وجدت، فصار كأنه أفصح بالقاف.

وذكر في "فتاوى السمرقندي": لو قال لعبده: أنت أرا ونوى به العتق لا يعتق؛ لأنه لا يجيء في الكلام الفارسي إدغام الحرف الأخير، وقد جاء في كلام العرب، وهذا كله إذا ذكر في حالة الرضا.

وإن ذكر في حال مذاكرة الطلاق، أو الغضب فيقع، وإن لم يذكر اللام مكسورا؛ لأنه بمنزلة الكتابة.

ولو قال لامرأته: أعرتك طلاقك صار الطلاق في يدها بمنزلة قوله: أمرك بيدك؛ لأن الإعارة تمليك المنفعة، فقد ملكها منفعة الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق إن شاءت كما كان للزوج.

وروي عن محمد: أنه لا يقع الطلاق؛ لأنه لا يمكن إعارة الطلاق، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، وإعارة ما لا يمكن به الانتفاع به إلا باستهلاكه لا يكون إعارة.

ولو قال: رهنتك طلاقك، قالوا: لا يقع؛ لأن الرهن لا يفيد زوال ملك المرهون.

ولو قال: أنا بريء من طلاقك، أو برئت إليك من طلاقك، فالصحيح أنه لا يقع، وإن نوى.

ولو قال: أنا بريء من نكاحك وقع الطلاق إن نوى، والفرق أن البراءة عن الشيء ترك له، وإعراض عنه، والمعرض عن الطلاق لا يكون مطلقًا، فأما المعرض عن النكاح يكون مطلقا.

وروي عن أبي حنيفة: لو قال: وهبتك لأهلك، أو لأبيك، أو لأمك، أو للأزواج، فهو طلاق إذا نوى؛ لأن المرأة ترد على هؤلاء عند الطلاق.

ولو قال: وهبتك لأخيك، أو لأختك، ونحو ذلك فليس بطلاق، وإن نوى؛ لأن المرأة لا ترد على هؤلاء.

ولو قال لامرأته: لم يبق بيني وبينك عمل لم تطلق، إلا أن ينوي؛ لأنه لم يبق

النكاح، ونوى به الطلاق لأنه يصير حينئذ ناويًا ما يحتمله لفظه.

ولو قال: فسخت النكاح بيني وبينك ينوي الطلاق يقع؛ لأن الفسخ يوجب البينونة.

ولو قال: لا حاجة لي فيك، أو ما أريدك، فليس بطلاق، وإن نوى؛ لأن اللفظ لا يحتمله، لأن عدم الحاجة والإرادة لا تبنى عن الحرمة والبينونة.

ولو قالت امرأته له: طلقني ثلاثا، فقال: قد فعلت فهي ثلاث، ولو قال: قع لا يقع الطلاق؛ لأن هذا معادلة.

ولو قالت المرأة: أنا طالق، فقال الزوج: نعم كانت طالقا، إن نوى به طلاقا مستقبلا، وإن نوى الخبر عما مضى وقع.

ولو قالت: اجعل أمري في يدي في الطلاق، فقال: نعم، فهذا ميعاد.

ولو قالت: أمري في يدي في الطلاق، فقال: نعم، فهذا قد ملكها أمرها؛ لأن في الأول سألت جعل الأمر في يدها، وقوله: نعم ميعاد لها، وفي الثاني جعلت الأمر في يدها، فتوقف على إجازته، وقوله: نعم إجازة لما فعلت.

ولو قال: اشتريت منك بألف درهم، فقال الآخر: نعم، أو قال: قد فعلت، فالبيع لازم، والعتاق كالطلاق؛ لأن البيع ينعقد بالتراضي، وقوله: نعم إجازة ورضاء منه بالشراء.

قال أبو يوسف: لو تهجى لفظ الطلاق تطلق إذا نوى بخلاف التهجي بالسجدة، حيث لا يلزمه السجدة؛ لأن لزوم السجدة متعلق بالقراءة، وهذا لا يُعد قراءة، ووقوع الطلاق متعلق بلفظ يحتمله قد وُجِدَ.

رجل قال لرجل: طلقت امرأتك؟ قال: نعم بالهجاء، أو قال: بلى بالهجاء، ولم يتكلم فهي طالق.

وروى أبو يوسف، عن أبي حنيفة: لو قال لك: الطلاق، أو عليك الطلاق، أو معك الطلاق لا يقع ما لم ينو؛ لأنه غير مستعمل في الإيقاع.

عن محمد: لو قال قد قضى الله طلاقك أو شاء الله طلاقك، أو قد قضيت طلاقك،

أو قد شئت طلاقك لم يقع ما لم ينو؛ لأنه ليس بصريح في الطلاق، واللفظ متى تغير عن سببه يحتاج إلى النية؛ لأن مشيئة الطلاق تحتمل الإيقاع، وتحتمل الإرادة من غير انقطاع.

ولو قال لامرأته تعيب بارد أدمت، ونوى الطلاق وقع؛ لأنه نوى ما يحتمله.

وإن قال: تعيب بارد أدم يحدوا لنا من آخر الكلام لا يقع؛ لأنه لم يصف إليها.

(باب وصف الطلاق بما يوجب البينونة وما لا يوجب)

(المبسوط): ولو قال: أنت طالق ما لا يجوز عليك من الطلاق، أو ما لا يقع، تقع واحدة؛ لأنه وصف الطلاق بوصف باطل، لأن ما من طلاق إلا ويجوز أن يقع، فلغي وصفه وبقي الإيقاع فيقع.

وكذلك لو قال: أنت طالق ثلاثا، وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع الطلاق، وبطل الشرط؛ لأن هذا شرط يخالف مقتضى الطلاق، لأن مقتضى الطلاق الانطلاق وهذا الشرط يمنع الانطلاق، وكل شرط يخالف مقتضى اللفظ فهو باطل، والطلاق لا يبطله الشروط الفاسدة فوقع.

ولو قال: أنت طالق أفضل الطلاق وأكمله، أو أعدله، أو أسنه، أو أحده تقع واحدة رجعية؛ لأن الكامل والفضل من الحكم ما يوافق السنة.

ولو قال: أشد الطلاق، أو أحسنه، أو أعظمه، أو أكثره، أو أشره، ولم ينو تقع بائنة، وإن نوى الثلاث تقع الثلاث؛ لأن كل لفظ يبنى على زيادة، وغلظة للطلاق، وتلك تكون بالبينونة.

ولو طلق امرأته واحدة رجعية، ثم قال: جعلتها بائنا، أو ثلاثا، قال أبو حنيفة: يكون بائنا، وثلاثا.

وقال أبو يوسف: يكون بائنا، ولا يكون ثلاثا.

وقال محمد، وزفر: لا يكون بائنا، ولا ثلاثا.

لهما: أنه أوقع الطلاق موصوفًا نصفه، ومقصورا على الواحدة، وقد وقع بهذه الصفة، فلا يملك تغييره؛ لأن تغيير الموقع لا يجوز، كما لا يملك جعل البائن

رجعيا لأبي يوسف أن البينونة والرجعية صفة، والصفة تحتمل التبديل، والتغيير شرعا، فإن الإبانة إثبات زيادة صفة للموقع، فملك العبد إثباتها بحاجته.

وأما الموقع واحد، والواحد لا يحتمل العدد. له: أن الإبانة مملوكة، كما أن أصل الإيقاع مملوك له، فملك إثباتها بعد الإيقاع.

وكذلك يملك إيقاع العدد، كما يملك إيقاع الواحد، فجعل الواحدة ثلاثا تفسيره إلحاق الثنتين بالواحدة، وضمها إليها فملكه، وذلك رجل طلق امرأته تطليقة رجعية، ثم راجعها، ثم قال: جعلتها بائنة لا تصح؛ لأن بالرجعة أبطل عن صفة عمل الطلاق، فتعذر جعلها بائنة.

ولو قال لامرأته: أنت طالق، فقيل له: بعدما سكت، كم؟ قال ثلاثا، قال أبو يوسف: كانت طالقا ثلاثا؛ لأن قوله: ثلاثا يصلح تفسيرًا، لقوله: أنت طالق، فقد فسره بتفسير يليق به، فانعقد بتفسيره، ويكون إقرارا منه بأن الموقع ثلاثا.

وهذا يستقيم على قياس ما روي عنه: أن من قال لامرأته: أنت طالق، ونوى الثلاث صح، ويحتمل أن هذا قول أبي حنيفة أيضًا، بناء على أن من طلق امرأته، ثم قال جعلها صح عنده، وهو الظاهر.

ولو قال: أنت طالق طلاق الحرام، أو الحرج، ونوى الثلاث تقع؛ لأنه ذكر الطلاق، وله عموم وخصوص، فأيهما نوى صح.

ولو قال: أنت طالق طوله وعرضه كذا، فهي واحدة بائنة، وإن نوى الثلاث لا يقع؛ لأن الشيء يوصف بالطول، والعرض لزيادة وصف فيه، وكشدة حكمه، وغلظه، وشدة حكمته، وزيادة وصفه بالبينونة، ولا يوصف بالطول لزيادة العدد، فالعدد لا يحتمله لفظه، فلا يصح بينة.

ولو قال: أنت طالق طويلة، أو عظيمة، أو كبيرة، فهي واحدة بائنة؛ لأن نفس الطلاق لا يتصف بالطول والعظمة، وإنما يتصف حكمه بذلك، ومن طول حكمه، وعظمه أن تكون بائنةً.

ولو قال: أنت طالق إلى الصين، أو إلى مكة تقع رجعية.

وقال زفر: تقع بائنة؛ لأنه وصفه بالطول.

لنا: أنه وصفه بالقصر؛ لأنه متى وقع الطلاق في مكان وقع في الأماكن كلها، فإذا أراد قصره على بعض الأماكن، فقد وصفه بالقصر، وقصره من حيث الحكم هو الرجعي، حتى لو أراد به طول هذا الطلاق من هنا إلى الصين تقع بائنة؛ لأنه وصفه بالطول والشدة.

ولو قال: أنت طالق البتة، وعنى بقوله: البتة طلاقا آخر تقع تطليقتان بائنتان، وإن نوى صفة الأولى تقع واحدة بائنة؛ لأن قوله: البتة يحتمل صفة بأن تكون صفة الكلام الأول، ويحتمل أن يكون كلاما على حدة، وإذا عنى به طلاقا فقد عنى ما يحتمله لفظه، فتقع واحدة بائنة؛ لأن البتة تبنى على القطع والبينونة، فإذا صار الثاني بائنا يصير الأول بائنا ضرورة.

(**النوادر**): قال أبو يوسف: لو قال: أنت طالق للبدعة ينوي بائنة، فهي بائنة؛ لأن الرجعي هو السنة، فتكون البدعة بائنة، وقد تكون البدعة من حيث إيقاعه في الحيض، فإذا نوى الثانية صح.

وروي عن محمد: لو قال: أنت طالق للبدعة أو للشيطان إنه رجعي؛ لأنه يحتمل أن يكون بدعيا، ويقع رجعيا بالرجوع في حالة الحيض، فعند الإطلاق يقع رجعيا؛ لأنه آدمي.

وذكر ابن سماعة في "نوادره" عن محمد: لو قال: أنت طالق أقبح الطلاق إن نوى ثلاثا فثلاث، وإن نوى واحدة فهي رجعية عند أبي يوسف.

وعند محمد: بائنة؛ لأنه جعل القبح يذكر، ويراد به الغلظ، ومعناه: وقوعه في الوقت تكره المرأة الفرقة، فإذا احتمل هذا الوجه لم تثبت البينونة بالشك.

ولو قال: أنت طالق عددا تقع ثنتان.

ولو قال: أنت طالق حتى يستكمل ثلاث تطليقات، فهي طالق ثنتين، ولو قال: أنت طالق أحد عشر.

وروي عن أبي يوسف: لو قال: أنت طالق وبائن، أو فبائن، فواحدة بائنة.

ولو قال: أنت طالق وشيء ولا نية له طلقت ثنتان، وإن نوى بشيء ثلاثا فهي ثلاث.

ولو قال: أنت طالق كثيرًا، ذكر في الأصل: أنه يقع الثلاث؛ لأن الكثير هو الثلاث.

وذكر أبو الليث في الفتاوى: تقع ثنتان.

ولو قال: أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث.

ولو قال: أنت طالق كثير الطلاق، وقال بالفارسية: برا نسيار طلاق يقع ثنتان؛ لأن الشيء من ضم إلى من كان كثيرًا، ومن الكثير أكثره، وأكثر الطلاق ثلاثة، والكثير ثنتان.

وذكر في (**واقعات الناطفي**) و(**المنتقى**): لو قال لامرأته: أنت طالق لا قليل ولا كثير يقع ثلاثا، ولو قال: لا كثير ولا قليل تقع واحدة؛ لأن القليل واحدة، والكثير ثلاثة، فإذا قال أولا قليل، فقد نفى القليل، وقصد إيقاع الثلاث، ثم لا يعمل قوله، ولا كثير بعد ذلك، ولو قال أولا لا كثير، فقد نفى الكثير، وقصد إيقاع القليل، وهي الواحدة، ثم لا فعمل قوله، ولا قليل بعد ذلك، وعلى قياس ما قاله أبو الليث إذا قال: أنت طالق كثيرًا تقع ثنتان ينبغي إذا قال نفيا لا قليل، ولا كثير تقع ثنتان.

(باب تكرار ألفاظ الطلاق)

لو قال: أنت طالق طالق، أو قال: أنت طالق أنت طالق، أو: أنت طالق قد طلقتك، أو قال: قد طلقتك، لا يصدق قضاء أنه عنى الأول؛ لأن هذه الألفاظ متى جعلت إنشاء وإيقاعا شرعًا وعرفًا، فإذا نوى به الإخبار عن الماضي فقد نوى خلاف الظاهر، فلا يصدق في القضاء، فإن قال له غيره: ماذا فعلت؟ فقال: طلقتها، أو قال: قد قلت هي طالق يصدق أنه على الأول؛ لأنه صدر جوابا للسؤال، والسؤال وقع عن الأول، فينصرف الجواب إليه.

ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق أنت طالق، أو أنت طالق وطالق، أو فطالق، أو ثم طالق لا تقع إلا واحدة؛ لأن الطلاق إذا لم يعلق بشرط لا يتوقف الأول على وجود الثاني؛ لأن كل كلام تام مستقل بنفسه لوجود الابتداء والخبر، فلا

يتوقف الأول على الثاني في الوقوف، فسبق الأول في الوقوع، فبانت لا إلى عدة، فصادفها الثاني وهي أجنبية فلا تقع.

ولو قال ذلك للمدخول بها وقع الثلاث؛ لأن الثاني والثالث صادفها، وهي معتدة.

ولو قال لها: اعتدي اعتدي اعتدي، وقال: نويت واحدة يصدق ديانة لا قضاء، وطلقت ثلاثا؛ لأنه لما عنى بهن تطليقة، فقد عنى بكل لفظة تطليقة، والتطليقة مما لا تتجزأ، فذكر بعضها كذكر كلها، فصار كأنه نوى بكل لفظة تطليقة، وصار كما لو قال: أنت طالق وطالق وطالق، فإن قال عنيت بالثانية العدة تقبل؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، ولو قال: عنيت بالأولى الطلاق ولم أنو بالثانية والثالثة شيئًا تقع ثلاثا.

وعند زفر: تقع واحدة، بناء على أن قوله: اعتدي حال ذكر الطلاق يتعين للطلاق من غير نية عندنا.

وعنده: لا يتعين.

وفي "نوادر هشام" عن محمد: لو قال: نويت بالوسطى طلاقا، أو بالآخرتين أن تعتد يصدق قضاء، وإن قال: لم أنو بالباقين شيئًا، فهي ثلاث، وإن قال: نويت بالأخير طلاقا، فهي واحدة إذا لم تكن له نية في الأوليين.

وذكر الحسن بن زياد: إذا نوى بواحدة من الألفاظ طلاقا طلقت ثلاثا؛ لأن الآخرتين في حال ذكر الطلاق، فيتعين للطلاق.

ولو قال: أنت طالق فاعتدي، أو أنت طالق اعتدي، أو أنت طالق، أو اعتدي؛ فإن نوى واحدة تقع واحدة، لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن العدة قد وجبت بقوله: أنت طالق، فكان هذا أمرًا باعتداد عدة واحدة، فيصح الأمر بخلاف قوله: اعتدي، ونوى به الطلاق؛ لأن الأمر بالاعتداد هنا لا يصح إلا بعد وقوع الطلاق، فاقتضى وقوع الطلاق ضرورة.

وإن نوى ثنتين تقع ثنتان؛ لأنه يحتمله لفظه بمنزلة قوله: أنت طالق البتة، وإن لم تكن له نية إن قال: أنت طالق فاعتدي تقع واحدة؛ لأن الفاء للوصل، وإنما يتصل هذا بالأول، متى جعل أمرًا بالعدة الواجبة، والأمر بالعدة الواجبة لا يقتضي طلاقا آخر.

وإن قال اعتدي، أو واعتدي تقع ثنتان؛ لأنه لم يذكره موصولا بالأول، فيكون أمرًا مستأنفا، وكلاما مبتدأ، وهو في حال مذاكرة الطلاق، فيحمل على الطلاق.

وعند زفر: تقع واحدة لما عرف.

ولو قال: اعتدي ثلاثا، وقال: عنيت تطليقة تعتديها ثلاث حيض يصدق؛ لأنه محتمل، والظاهر لا يكذبه.

(**المنتقى**): ولو قال: أنت طالق، أو قال: أنت طالق، أو وأنت تقع واحدة؛ لأن هذا يحتمل التكرار كما يقال: أنت أنت وأنت، فيكون الثاني تأكيدا، أو تكرارًا للأول.

ولو قال ذلك لامرأة أخرى تقع على كل واحدة طلقة؛ لأن هذا لا يحتمل التكرار، لأنه كرر الإضافة مقرونا بالطلاق المضاف إليها، فيكون الثاني إيقاع طلاق آخر ضرورة.

رجل له أربع نسوة، فقال: أنت، ثم أنت، ثم أنت، ثم أنت طالق طلقت الرابعة لا غير؛ لأنه ما أوصل الإيقاع إلا بالرابعة؛ لأن كلمة ثم تقطع الوصل.

ولو قال لامرأته: أنت بثلاث، وأضمر الطلاق يقع، كأنه قال: أنت طالق بثلاث، فإن قال بالفارسية: براسه، ونوى الطلاق يقع.

ولو قال: أنت الثلاث، ونوى الطلاق لا يقع؛ لأنه جعل الثلاث صفة للمرأة، لا صفة للطلاق المضمن، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه، فلم يصح.

ولو قال لامرأته: أنت مني بثلاث، ونوى الطلاق طلقت؛ لأنه نوى ما يحتمله.

ولو قال: لم أنو الطلاق لم يصدق، وإن كان في حال مذاكرة الطلاق؛ لأنه لا يحتمل الرد.

رجل قال لامرأته: نويته طلاق ناس، قيل: إن نوى كان طلاقا، وإلا فلا؛ لأنه احتمل نويته طلاق تلك مني، فلا يزول الاحتمال إلا بالنية، وهذا الاحتمال قائم في قوله: أنت بثلاث تطليقات، لكن ثمة تعين بالعرف، ولا عرف هنا، والأظهر أنه يقع، فينظر إلى الحال والقرائن.

ولو قال لامرأته في حالة الغضب: إن نويت مني بنية طلاق لا يقع شيء؛ لأنه حذف الباء لم يكن مضيفا إليها، فلا يكون موجبًا.

رجل قال لامرأته: برأسه طلاق يقع الطلاق؛ لأن قوله برأسه طلاق صار عبارة عن قوله: أعطيتك ثلاث تطليقات، ألا ترى أنه لو قال: لك هذا الثوب كان هبة، فكان بمنزلة قوله: أعطيتك هذا الثوب، فكذا هذا.

(باب الرَّجْعَة)

فيه فصلان:

فصل في الرجعة.

وفصل في انقطاعها.

(فصل)

وإذا طلقها واحدة، وثنتين يملك الرجعة في العدة، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] أثبت للزوج حق الرد من غير رضاها، والإنسان لا يملك إلا رد المنكوحة، وهو أن يردها إلى الحالة التي كانت عليها قبل الطلاق، فهذا بيان أن النكاح لا يزول بالطلاق ما دامت في العدة والرجعة أن يقول: راجعتك، أو رجعتك، أو رددتك، أو أمسكتك، أو قال بالفارسية: وارا وردم، أو نكاه دارم موترا، والإشهاد على الرجعة مستحب.

وعند الشافعي: لازم بناءً على أن ملك النكاح زائل من وجه عنده.

وعندنا: قائم من كل وجه، لما تبين، فكانت الرجعة للمنع من الزوال، واستدامة النكاح، فلم يكن الإشهاد لازما، وليس في الرجعة مهر، ولا عوض؛ لأن الرجعة استدامة ملك النكاح واستبقائه، والعوض مقابل ثبوت الملك لإبقائه.

وعند الشافعي: لا تصح الرجعة إلا بمهر، ولهذا قال: الرجعة في الزوجات كالنكاح في الأجنبيات، والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء، خلافًا للشافعي؛ لأنه زوجها، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والبعل والزوج سواء، فإذا ثبت أنه زوجها، فيحل له وطؤها، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٢٩﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ﴾ [المعارج: ٢٩، ٣٠].

ولو نظر إلى فرجها، أو لمسها بشهوة صار مراجعا.

وقال الشافعي: ليس بمراجع، بناء على أن الرجعة عنده تجديد النكاح، فلا يصح بالفعل.

وعندنا: استيفاء الملك، وهذه الأشياء تدل على الاستيفاء؛ لأن الاستمتاع، والنظر يختص بالنكاح، حتى لو كان لغير شهوة لم يكن رجعة؛ لأنه لا يدل على الاستيفاء.

وذكر الكرخي في (مختصره): ولو نظر إلى دبرها موضع الجماع بشهوة لم تكن رجعة، في قياس قول أبي حنيفة؛ لأن هذا السبيل ليس ليحل الوطء، ولهذا الوطء فيه لا يوجب الحد، فلا يقام مقام الوطء في الرجعة.

قال أبو يوسف: ويكره التقبيل واللمس بغير شهوة، إذا لم ترد الرجعة، ويكره أن يراها متجردة؛ لأنه لا يؤمن من أن يشتهي، فيصير به مراجعا، ثم يحتاج إلى الطلاق، فيؤدي إلى تطويل العدة، ولا يصح تعليق الرجعة بالشرط؛ لأنه استيفاء الملك، فيعتبر بإثباته، والخلوة بالمعتدة ليست برجعة؛ لأن الخلوة إنما أقيمت مقام الوطء في حق تأكد البدل لضرورة أن الوطء ليس في وسعها، فأما لا ضرورة في الرجعة؛ لأن الوطء في وسعه والرجعة حقه، فلا تقام الخلوة مقام الوطء في حق الرجعة.

ولو قال للمعتدة: راجعتك أمس لا يسمع تكذيب المرأة؛ لأنه إنشاء الرجعة للحال، فملك إخبارها وبعد انقضاء العدة القول للمرأة؛ لأنه حكى امرأة تملك استئنافه، فلا يصدق فيما حكى.

ولو كتمها الطلاق والرجعة فقد أساء؛ لأنه متى لم يعلمها لا تشعر بوجوب العدة، فلا تجتنب عن ارتكاب محظورات العدة، فأما إذا أعلمها بالطلاق، ولم يعلمها بالرجعة يصير مستاء؛ لأنها ربما تتزوج بآخر بعد انقضاء العدة، فيدخل بها الثاني في نكاح فاسد.

وإن كان لا يريد مراجعتها يسمع حقق فعله عند دخوله؛ لأنه ربما رآها متجردة، فيقع بصره على فرجها، فيصير مراجعا، فيطلقها ثانيا فتطول عليها العدة، والكتابية، والمسلمة، والحرة، والمملوكة في الرجعة سواء؛ لأنه تفصيل في دلائل الرجعة.

(فصل)

وتنقطع الرجعة بانقضاء العدة لما بينا، ولو انقطع الدم ولم تغتسل؛ فإن كان حيضها أقل من عشرة لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل، أو تمضي وقت صلاة؛ لأن الطهر لم يستحكم بعده لجواز أن يعاودها الدم، فيكون حيضا.

ولو اغتسلت من الحيضة الثالثة، وقد بقي منها عضو لا تملك الرجعة قياسًا؛ لأنها تسمى مغتسلة، ويملكها استحسانًا؛ لأن الانقطاع معلق بالطهارة من الحيض، ولم تصر طاهرة من الحيض، بدليل أنه لا يستباح لها أداء الصلاة معه.

ولو بقيت لمعة تملك الرجعة قياسًا على العضو، وهو قول زفر، ولا تملك الرجعة استحسانًا؛ لأنه يحتمل أن الماء قد أصابها، وجفت لغفلتها عنها، وليس بنادر، فحكمنا بانقطاع الرجعة احتياطا حتى لو تيقنت أنه لم يصبها الماء لا تنقطع الرجعة، بخلاف العضو الكامل؛ لأنه مما لا يتسارع إليه الجفاف قبل سائر الأعضاء، ولا يحتمل التعامل أصلا، فدل قبل سائر الأعضاء أنه لم يصبه الماء بيقين، فأما إذا ترك المضمضة والاستنشاق:

قال محمد: تبين من زوجها، ولا يحل للأزواج؛ لأن هذا عضو مختلف في وجوب غسله، فأخذنا بالاحتياط، وجعلنا غسله فرضًا في حق إباحة الصلاة، وحلها للأزواج، ولم يجعلها فرضا في حق الرجعة.

وعن أبي يوسف روايتان، روي عنه مثل قول محمد، وروي عنه: أن له الرجعة؛ لأن الحدث في عضو كامل باقٍ، والتيمم لا يقطع الرجعة.

عندهما خلافًا لمحمد، وزفر، والشافعي؛ لأن التيمم طهارة تفيد إباحة أداء الصلاة حكم من أحكام الطاهرات عن الحيض، فتنقطع به الرجعة كالاغتسال.

لهما: أن التيمم طهارة ضرورية؛ لأنه بحقيقته تلويث، وتعبير وتعقير، وإنما جعل طهورًا في حق الصلاة، وتوابعها لضرورة حتى لا يتضاعف عليها الواجبات، وانقطاع الرجعة ليس من توابعها، فلا يفيد الطهارة في حقه.

وإن تيممت وصلت، أو مضى وقت صلاة تنقطع الرجعة؛ لأن الشرع لما حكم

بجواز صلاتها، فقد أثبت في حقها حكما من أحكام الطاهرات، فأما إذا تيممت، وقرأت القرآن، أو مست المصحف، أو دخلت المسجد قال الكرخي: تنقطع الرجعة؛ لأن صحة القراءة، وجواز المس حكم من أحكام الطاهرات لصحة الصلاة.

وقال أبو بكر الرازي: لا تنقطع الرجعة؛ لأن ذلك ليس من أحكام الصلاة، والتيمم إنما صار طهورًا لضرورة صحة الصلاة، فلا يطهر طهوريته في حق غيرها، ولهذا لو تيمم لهذه الأشياء لا يجزيه أن يصلي بذلك التيمم.

ولو اغتسلت بسؤر الحمار تنقطع الرجعة، ولا يحل للأزواج؛ لأنه مشكوك فيه، فإن كان طاهرًا لا رجعة، وإن كان نجسًا، أو لم يكن مطهرا له الرجعة، فإذا احتمل انقطعت احتياطا.

ولو قال للمعتدة: راجعتك، فقالت مجيبة: انقضت عدتي لم تكن رجعة عند أبي حنيفة.

وعندهما: رجعت.

لهما: أن الرجعة صادفت حال قيام العدة؛ لأن انقضاءها يعرف بخبرها، وقد عدم خبرها حالة الرجعة، فصحت الرجعة، فلا يصح إخبارها بعد، وصار كالموكل إذا قال للوكيل: عزلتك، فقال الوكيل مجيبا له: نعت لا يصح، فكذا هذا. له: أن الرجعة صادفت حال انقضاء العدة، أو بعد انقضاء العدة؛ لأن خبرها بانقضاء العدة قد صح؛ لأن لها ولاية الإخبار عما في رحمها شرعا، وإذا صح خبرها ثبت المخبر به سابقا على خبرها؛ إما متصل بخبرها، أو منفصل عنه، فإن كان متصلا فقد صادفت الرجعة حال انقضاء الرجعة، وإن كان منفصلا فقد صادفت بعد انقضاء العدة، فلا يصح، كما لو قال: راجعتك مع انقضاء عدتك.

ولو قال: زوج الأمة كنت راجعتك في العدة، وكذبته الأمة، وصدقه المولى لم تكن رجعة عند أبي حنيفة.

وعندهما: رجعة؛ لأن المولى صدقه في أصل النكاح يثبت مع الاستيفاء أولى. له: أن الرجعة تستدعي قيام العدة، والقول قولها في قيام العدة وانقضائها.

(**النوادر**): وذكر الحسن في (**المجرد**): لو قال الزوج: راجعتك، فقالت بعد

سكتة: قد انقضت عدتي لم يصدق؛ لأن السكتة صارت فاصلة بين قول الزوج وإخبارها، فصحت مراجعته.

قال محمد: لا تقبل الشهادة على التقبيل واللمس والنظر للشهوة؛ لأنه لا علم بها للشاهد، ولو نظرت إلى فرجه بشهوة لم تكن رجعة، ولو قبلته تكون رجعة.

وقال أبو يوسف: إن فعلت ذلك اختلاسا، وهو كاره لم تكن رجعة، لما بينا في البيوع، وإذا تزوج المطلقة طلاقا رجعيا يصير مراجعًا، وهو المختار؛ لأنه إن تعذر العمل بحقيقة النكاح أمكن العمل بمجازه بحقيقته مجازًا عن الرجعة؛ لأنه يحتملها.

ولو طلق امرأته واحدة، ثم قال: إن راجعت فهي طالق ثلاثا، ثم انقضت عدتها، ثم تزوجها لا تطلق.

ولو كان الطلاق بائنًا تطلق؛ لأن في الرجعي المحل يقبل حقيقة الرجعة، فانصرفت اليمين إليها، ولم توجد الرجعة، وفي البائن لا تقبل، فانصرفت إلى الرجعة مجازا، وهو النكاح.

ولو قال لمطلقته: أنت عندي كما كنت، أو قال: أنت امرأتي إن نوى الرجعة يصير مراجعًا؛ لأنه نوى ما يحتمله.

وإن نوى في حكم الميراث وغيره، أو لم ينو شيئًا لا؛ لأنها امرأته في حق الميراث وغيره، فيكون صادقا، وإذا احتمل الرجعة وغيرها وقع الشك في الرجعة، فلا يصير مراجعا بالشك.

هشام عن محمد: لو قال لامرأته: إذا جامعتك فأنت طالق، فجامعها، ومكث بعدما جامعها فهي رجعة، وهكذا روي عن زفر.

وقال أبو يوسف: لا تكون رجعة، إلا أن يتنحى عنها، ثم يعود. لمحمد إن بابتداء الفعل أوجد شرطا، فوقعت تطليقة، وبالمكث والدوام عليه يصير مراجعا؛ لأن الدوام عليه كابتدائه، كمن حلف لا يلبس هذا الثوب، وهو لابسه، فلم ينزعه عنه يحنث، فكذا هذا لأبي يوسف أنّ هذا فعل يمتد، ولا يتوقت بوقت، فلا يكون لدوامه حكم ابتداء به كالدخول والخروج.

لو حلف لا يدخل وهو داخل، أو لا يخرج لا يحنث بالبقاء عليه، فكذا هذا.

رجل طلق امرأته، ثم راجعها، وقال: زدت في مهرك لا يصح؛ لأن هذه زيادة في المهر، وأنها مجهولة، ولا تثبت.

ولو قال: راجعتك بمهر ألف درهم إن قبلت المرأة صح، وإلا فلا؛ لأن هذه زيادة في المهر، فإن قبلت صح، وإلا فلا.

(باب من يُحَرِّم امرأته على نفسه أو غيرها)

لو قال لامرأته: أنت عليّ حرام، أو حرّمتك، أو قال: أنا عليك حرام، أو محرم. إن نوى طلاقا فطلاق، وإن نوى ثلاثا فثلاث، وإن نوى واحدة، أو ثنتين فواحدة ثابتة؛ لأن هذه اللفظة من كتابات الطلاق، وإن لم ينو شيئًا فهو يمين؛ لأن تحريم الحلال يمين.

لو قال: حرمت هذا الخبز على نفسي، فتناول شيئًا منه حنث، لما يأتي في الأيمان، ثم اليمين في الزوجات إيلاء، حتى لو تركها أربعة أشهر من غير قربانها بانت بتطليقة، وإن نوى الظهار فهو ظهار عندهما.

وقال محمد: ليس بظهار؛ لأن الظهار لا يتحقق بدون السببية بالمحرمية ولم يوجد.

لهما: أنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن التحريم تارة يكون بالطلاق، وتارة يكون بالظهار فيصدق، وإن نوى الكذب يصدق؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأنه وصف الحلال بضده، ووصف الشيء بضده يكون كذبا.

وعن بعض مشايخنا: أنه لا يصدق في حق الكفارة، وإن نوى اليمين بغيره من الكتابات يكون يمينا؛ لأنه نوى مما يحتمل الحل والحرمة، فصار بمنزلة قوله: أنت علي حرام.

وإن لم يكن له نية قيل يكون يمينا، كما في قوله: أنت علي حرام، وقيل: لا يكون يمينًا لأن هذه الألفاظ ليست تصريحًا في اليمين، وإنما تتحقق بالصريح لغلبة الاستعمال، وبالنية لم يوجد كلاهما، بخلاف قوله: أنت علي حرام؛ لأنه الْتحق بالصريح لغلبة الاستعمال لليمين.

ولو قال: كل حل عليه حرام، أو حلال الله تناول كل حلال، وحنث عقيب كلامه، وهو القياس؛ لأن اللفظ عام في المباحات، وكما فرع من اليمين وجد ما هو المباح من تنفس، أو حركة فيحنث.

لنا: أن في العرف متى أطلقت هذه اللفظة لا يراد بها تحريم كل مباح؛ لأن الامتناع عن الكل متعذر، وإنما يراد به المأكول والمشروب، فحملنا عليه، باعتبار العرف والعادة.

وقال مشايخ بلخ: هذا الجواب بناء على عرفهم، فأما في عرفنا يكون طلاقًا؛ لأنهم يريدون به الطلاق.

وذكر الفقيه أبو الليث في (نوازله): لو قال: حلال الله علي حرام، فإن كانت له امرأة واحدة، أو أربع طلقت كل واحدة منهن طلقة؛ لأن مطلق هذا ينصرف إلى النساء عرفًا.

وإن لم يكن له امرأة، ثم تزوجها يلزمه الكفارة إذا فعل؛ لأنه تعذر صرفه إلى المرأة، فيجعل يمينا؛ لأن تحريم الحلال يمين حتى قالوا من قال بالفارسية: جرامست مراتا بوسجي كفتن، يكون يمينا.

وإن نوى امرأته مع المأكول والمشروب دخلت أيضًا، وصار موليا؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، فإن أكل أو شرب، أو جامعها في الأربعة أشهر يحنث، ولزمته الكفارة، فإن نوى المرأة وحدها يصدق؛ لأنه نوى على تخصيص ما في لفظه، وأنه أمر بينه وبين الله تعالى لا مدخل للقضاء فيه فيصدق.

ولو قال: كل حلال عليه حرام، أو نوى به امرأته انعقدت اليمين عليها، وعلى الطعام والشراب؛ لأن حكم الإيلاء واليمين واحد، واللفظ ينظمهما، فلا ينتفي أحدهما بالآخر.

(**المنتقى**): فإن نوى في امرأته الطلاق كانت واحدة بائنة، وإذا أكل أو شرب لم تلزمه الكفارة؛ لأن معنى الطلاق غير معنى اليمين، واللفظ الواحد لا ينتظم المعنيين المختلفين، فإذا صار طلاقًا خرج من أن يكون يمينا، وهكذا روي عن أبي يوسف، ومحمد فيمن قال لامرأتين: أنتما علي حرام ينوي الطلاق في إحداهما، والإيلاء في

الأخرى فهما طالقان؛ لأن اللفظ الواحد لا ينتظم المعنيين المختلفين، فحمل على الأغلظ منهما، وهو الطلاق.

وعن أبي يوسف: أنه إذا نوى في إحداهما ثلاثا، وفي الأخرى واحدة، فهما طالقان ثلاثا؛ لأن الحرمة نوعان غليظة وخفيفة، واللفظ الواحد لا ينتظم النوعين، فجعل على الأغلظ، وفي قول أبي حنيفة رحمه الله، فهو كما نوى.

ويجب أن يكون هذا قول محمد أيضًا، بناء على أن هذا اللفظ للثلاث حقيقة، وللواحدة كالمجاز؛ لأن الثلاث تثبت الحرمة مطلقا، فصار نظير لفظة النذر إذا نوى النذر، واليمين يصح عندهما، خلافًا لأبي يوسف، فكذا هذا، والفتوى على قولهما.

ولو قال: نويت الطلاق لإحداهما، واليمين للأخرى عند أبي يوسف يقع عليهما الطلاق، كما لو نوى النذر واليمين، وعلى قياس قولهما يجب أن تكون كما نوى.

ولو قال لثلاث نسوة: إنهن علي حرام، ونوى لإحداهن طلاقا، وللأخرى يمينا، وللثالثة الكذب طلقن جميعًا عند أبي يوسف.

وعندهما: فهو كما نوى، ولو قال لامرأته: أنت علي حرام، قاله مرتين، ونوى بالأولى الطلاق، وبالثانية اليمين، فهو كما نوى في قولهم؛ لأن اللفظ متعدد، فيجوز أن يكون المراد بأحدهما الحقيقة، والآخر المجاز.

ولو قال: أنت كمتاع فلان لا يحرم، وإن نوى؛ لأن متاع فلان ليس بحرام لعينه، بل لغيره، فيكون الحرام ذلك الغير.

ولو قال: كالحمير، أو الخنزير فهو بمنزلة قوله: أنت علي حرام؛ لأنه حرام لعينه لا يحل بوجه ما.

وذكر في (**النوادر**): لو قال لامرأته: أنت معي في الحرام، فهو بمنزلة قوله: أنت علي حرام لأنها إذا حرمت عليه، فقد حرم هو عليها، فتكون معه في الحرام.

(باب الطلاق بالفارسية)

(**المنتقى**): ألفاظ الطلاق بالفارسية المتعارفة أربعة:

إحداها: لو قال لها: بهشتم ترا، أو بهشتم ترا ازربي، روى ابن رستم في

"نوادره" عن أبي حنيفة قال: لا يكون طلاقًا إلا بالنية؛ لأن هذه اللفظة تفسير لقوله: خليتك عن الزوجة، ولفظة التخلية لا تصح إلا بالنية، فكذا هذا.

وروى الحسن، عن أبي حنيفة: أنه يكون طلاقا رجعيا، ولا يصدق في القضاء إن لم ينو الطلاق؛ لأن الناس تعارفوا إيقاع الطلاق.

وإن قال: بهشتم ترا ولم يقل ازربي، فإن كان في الحال مذاكرة الطلاق، أو الغضب، فواحدة رجعية، وفي غيرها لا يقع الطلاق إلا بالنية؛ لأن هذه اللفظة لا تختص بإزالة قيد النكاح، فلا يحمل عليه إلا بالنية، أو بدلالة الحال، فإذا وجد أحدهما صار صريحا.

ولو نوى بائنا، أو ثلاثا، فهو كما نوى فرق بين العربية والفارسية، فإنه لو قال: طلقتك ونوى بائنا، أو ثلاثا لا يصح، وإن كان هذا تفسيرا لقوله: طلقتك، والفرق أن في العربية لكل معنى صريح لفظ يختص به لا يفهم منه غيره، كقوله: أكلت لا يفهم منه الشرب، ولقوله: شربت لا يفهم منه الأكل، فكذا هذا قوله طلقتك صريح في إيقاع الطلاق لا غير، فلا يفهم منه العدد؛ لأنه لا يحمله، فأما في الفارسية اللفظ محتمل إذا قال بخوردم يحتمل الأكل والشرب فكذا قوله: بهشتم يحتمل الواحد والثلاث فيتعين اللفظ بالنية.

والثاني والثالث: لو قال: تلة كردم، أو قال باي كساده كردم يقع رجعيا بلا نية بالاتفاق؛ لأنه تفسير قوله: طلقت عرفا.

والرابع: لو قال: دست بازدا سم، اختلفوا فيه، قيل: يكون رجعيا؛ لأنه تفسير لقوله: طلقتك؛ لأن الطلاق مأخوذ من إطلاق المحبوس، مأخوذ باليد، فيكون إطلاقه رفع اليد، وقيل: يكون بائنا؛ لأنه تفسير قوله: خليتك.

وذكر الناطفي في واقعاته: رجل قال لامرأته: نبك طلاق دست بازدا سمت، فالأحوط أن يحدد النكاح.

ولو قال: نبك طلاق دست بازدا سم يقع رجعيا؛ لأن دست بازدا سمت في الوجه الأول صفة المرأة، وفي الثاني صفة الطلاق، فكان هذا فارسية خليت، قيل: تطليقة لك.

ولو قال رجل من بين الجماعة: سيرجور ذمم ريان ماهشته ازرني، وقال آخر:

همختين ينظر إن علم أنه أراد بذلك نساءهم جميعًا طلقت امرأة الآخر أيضًا، وإن لم يعلم لم تطلق.

(**الفتاوى**): ولو قال لامرأته: هستي، رُوي عن ابن سليمان: أنه لا يقع إلا بالنية.

وعن أبي مطيع البلخي: أنه كقوله: أنت طالق تقع رجعية، نوى أو لم ينو، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

ولو قال: جهارده برلوكشاده استيفاء لا يقع، وإن نوى ما لم يقل خذي أيها سبب؛ لأنه إخبار عن كون الطرق مفتوحة، وليس بأمر بالذهاب، فإذا قال: خذي أيها سبب، ونوى الطلاق يصير بمنزلة قوله: اذهبي.

ولو قال: لم أنو الطلاق يصدق؛ لأن هذا الكلام صلح جوابًا وردًّا.

ولو قال: جهارده برتو كسادم بدانك نكاح برداشتم امرأة، قالت لزوجها: من إطلاق ده، فقال الزوج بالفارسية: داده كبر، فهذه على أربعة أوجه:

أحدها: داده كبر وكرده كبر.

والثانية: داده بادو كرده باد، ففي هذين إن نوى الطلاق يقع، وإلا فلا؛ لأنه يحتمل الإيقاع، والوعد، وأيهما نوى صح.

والثالثة: لو قال: دادة استيفاء وكرده استيفاء يقع الطلاق نوى، أو لم ينو ولا يصدق في ترك النية أيضًا؛ لأنه تحقيق ظاهر.

والرابعة: لو قال: داده إنكار وكرده إنكار لا يقع، وإن نوى؛ لأن هذا فارسية قوله: عدي أنك طالق.

ولو قال ذلك، ونوى الطلاق لا يقع، فكذا هذا. امرأة قالت لزوجها: مراسة طلاق ده فقال الزوج: داتم، فإن كان هذا لغة أهل بلدة من البلدان، فلم تكن لغة أهل بلد الزوج لا يصدق أنه لم يرد به الجواب؛ لأنه أجاز بلغة أهل بلدة أخرى، فصار كما لو أجاز بالعربية، وإن لم يكن لغة أهل بلدة من البلدان لم يكن جوابا.

وذكر الناطفي في واقعاته: امرأة قالت لزوجها بالفارسية: مرامدان فقال الزوج:

بادا شته كيران، أراد به الطلاق يقع؛ لأنه نوى، وما يحتمله.

امرأة قالت لزوجها: مراسه طلاق ده، فقال: كفته كير لا تقع.

وإن نوى بخلاف قوله: داده كير ونوى يقع؛ لأن الأول لا يحتمل الجواب، والثاني يحتمله. رجل قال لامرأته من طلاق: دادم ينظر إن نوى الإيقاع يقع، وإن نوى التفويض إليها لا يقع؛ لأنه يحتمل التفويض، فإذا لم ينو شيئًا يقع؛ لأنه إيقاع ظاهر، فينصرف إليه ما لم ينو شيئًا.

رجل قال لامرأته: دست ازمن بازدار فقالت المرأة: بازدا سم بسه طلاق، فقال الزوج: من نبرارموا ردا سم ينظر إن نوى الواحدة فواحدة، وإن نوى الثلاث فثلاث؛ لأنه يحتمل وإن لم ينو شيئًا لا يقع شيئًا؛ لأنه لو قال: وقع بقوله مرتين بازدا سم، ولهذا لا يقع إلا بالنية.

رجل قال لامرأته: راسترو واي هرار بار طلاق داده، ثم أنكر الزوج أن يكون أراد طلاقها، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه لم يكن ذاك عند مذاكرة الطلاق، ولم يوجد منه الإضافة إليها.

رجل قال لامرأته: برباكي، أو قال: براسه، قال أبو القاسم الصفار: لا يقع الطلاق؛ لأن العربية لها إضمار، والفارسية ليس لها إضمارات، والمختار أنه يقع إذا نوى؛ لأن هذا ليس من باب الإضمار، بل هذا تعيين المحتمل؛ لأن اسم الثلاث يقع على الطلاق، وعلى غيره، وإذا لم ينو شيئًا لم يتعين للطلاق، وإذا نوى الطلاق تعين له.

رجل قال لامرأته: مرائكا رينسي، ونوى به الطلاق لا يقع؛ لأن هذا اللفظ لا يحتمل الطلاق، ولا يراد به الطلاق عرفا.

ولو قال لامرأته: همرار طلاق برا وقع الثلاث؛ لأن هذا فارسية، قوله ثلاث تطليقات لك، ولو قال لها ذلك وقع الثلاث؛ لأنه لو قال لك ثلاث تطليقات تقع، فكذا إذا قدم المؤخر.

ولو قال لامرأته بالنكاح طلاق: دادمت وده طلاق دادمت وقع الثلاث؛ لأن هذا في الفارسية عطف بمنزلة، واثنين في العربية.

رجل قال لامرأته قبل الدخول بها: أكررن متى نويتك طلاق، أو دره طلاق دست بازدا شتم يقع ثلاثا، ولو لم يقل: دست بازدا سم تقع واحدة؛ لأن في الوجه الأول الكلام إنما يتم عند قوله: دست بازدا ستم تقع واحدة؛ لأن هذا صار تفسيرا للأول، فيقع ثلاثًا جملة، وفي الوجه الثاني الكلام تام فبانت بالأولى، لا إلى عدة.

(باب الطلاق بالكتابة)

(**المبسوط**): وإذا كتب طلاق امرأته في كتاب الزوج، أو لوح، أو على حائط، أو أرض، وكان مستبينا، ونوى به الطلاق يقع؛ لأن الكتابة حروف منظومة تدل على معانٍ مفهومة، فأشبه الكلام، ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مأمورًا بالتبليغ، وقد بلغ بكلامه ورسوله وكتابه، غير أن الكتبة قد تكون تجربة، وامتحانًا للخط لا تحقيقًا، وقد تكون تحقيقًا، فتعتبر النية، وإن لم يكن مستبينًا، أو كتب في الهواء، أو الماء لا يقع، وإن نوى؛ لأن الجمع بين حروف المنظومة لم توجد، فصار كالأصوات العارية عن الحروف لا يقع بها الطلاق، وإن نوى، وكذا هذا.

وإن كتب على الصحيفة على وجه المخاطبة، والرسالة بأن يكتب بسم الله الرحمن الرحيم، أما بعد، فهذا على وجهين، إما أن علقه بشرط بأن قال: إذا أتاك كتابي هذا يا فلانة، فأنت طالق يقع إذا أتاها كتابه، ولا يصدق على خلافه؛ لأن الكتابة بمنزلة التكلم، والتلفظ به، والحالة دلت على الإيقاع ظاهرا، فلا يصدق في العدول عن ظاهره.

وإن لم تعلقه بشرط وقع عقيب الكتابة؛ لأن الكتابة بمنزلة التكلم به، وعلى غير هذا الوجه لا يقع، إلا إذا قال: نويت؛ لأنه بمنزلة الكتابة.

ولو أن الأخرس لا يكتب، وله إشارة معلومة في التصرفات يصح تصرفه بإشارته استحسانًا؛ لأن الإشارة تجوز أن تقوم مقام العبارة عند وقوع الحاجة، قال الله تعالى: ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١] بخلاف المريض الذي اعتقل لسانه، لا تقام إشارته مقام عبارته؛ لأن ثمة لا حاجة، لأن ذلك نادر ولا يطول.

(**المنتقى**): رجل كتب إلى امرأة بحوائج، وكتب فيه: أما بعد، فإذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، فلا يخلو، إما أن كتب الطلاق في آخره، أو في أوله، أو في وسطه، فإن كتب في آخره فبدا له فمحا كتابة الطلاق، فجاءها الكتاب تطلق؛ لأنه تحقق الشرط، وهو مجيء كتابة هذا إليها، ولو محا ما قبله من الحوائج، وترك إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، ثم بعث به إليها لم تطلق؛ لأنه لم يتحقق الشرط، وهو مجيء الكتاب إليها؛ لأن الحوائج متى كتبها في أوله فهو المقصود بالكتاب، فإذا محاها بطل الكتاب، فلم يتحقق الشرط.

وإن كتب في أول الكتاب: أما بعد، فإذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق، ثم كتب الحوائج في آخره حتى ملأ الكتاب، ثم بدا له فمحا الطلاق، وبقي ما بعده لم تطلق، وإن محا ما بعده، وترك الطلاق طلقت؛ لأن شرط وقوع الطلاق مجيء بياض مكتوب فيه الطلاق فحسب، لا كتاب الحوائج؛ لأنه حين علق الطلاق لم يكتب فيه الحوائج، فتعلق الطلاق لمجيء كتاب فيه مكتوب الطلاق لا غير، ولم يوجد ذلك في الوجه الأول، ووجد الوجه الثاني.

ولو كتب الطلاق في وسطه، وأما بعد فإذا جاءك كتابي هذا، فأنت طالق، وكتب قبله وبعده الحوائج، ثم بدا له فمحا الطلاق، وترك ما قبله طلقت، وإن محا ما قبله أو أكثره، وترك الطلاق لا يقع الطلاق؛ لأنه علق وقوع الطلاق بوصول الكتاب، وما قبله مقصود بالكتاب، والخطاب، والطلاق مبني عليه، فيعتبر وما بعده بناء على الطلاق، والطلاق غير مبني عليه، فلا يعتبر.

ولو كتب إليها: أما بعد فأنت طالق ثلاثا إن شاء الله تعالى، إن كان موصولا بكتابته لا تطلق، وإن كتب الطلاق، ثم فتر فترة، ثم كتب إن شاء الله تعالى يقع الطلاق؛ لأن المكتوب كالملفوظ، والمنطوق به، وفي المنطوق: لو وصل لا يقع، ولو فصل يقع، فكذا في المكتوب.

رجل كتب إلى امرأته: إذا جاءك كتابي فأنت طالق، فوصل الكتاب إلى أبيها، وأخذه ومزقه ولم يدفع إليها ينظر إن كان الأب متصرفا في عموم أمورها وقع الطلاق؛ لأن الوصول إليه كالوصول إليها معنى، وإن لم تكن لا يقع أخبرها، أو لم

يخبرها ما لم يدفع إليها الكتاب الممزق، ولأن الوصول إليه لا يكون، كالوصول إليها.

رجل أكره بالضرب والحبس على أن يكتب طلاق امرأته، فكتب فلانة بنت فلان امرأته طالق لا تطلق؛ لأن الكتابة بمنزلة المخاطبة، باعتبار الحاجة إلى الخطاب، ولا حاجة هنا.

وفي "واقعات الناطفي" رحمه الله: لو قال لآخر: اكتب إلى امرأتي كتابا إن خرجت من منزلك فأنت طالق، فكتب فخرجت المرأة بعدما كتب قبل قراءته عليه، وبعث به إلى المرأة لم تطلق بالخروج الأول، وكذا لما كتب الكتاب على هذا، فلما قرأه على الزوج قال الكاتب: قد شرطت إن خرجت إلى شهر أو بعد شهر كان إلحاق هذا الشرط جائزًا، ذكره في (**الجامع**) قال: ولو كتب كتابا، وقال: إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق، ثم فسخه في كتاب آخر هو أو غيره، فبلغا إليها تطلق تطليقتين، ولا يدين في القضاء.

ولو كتب إلى امرأته: كل امرأة لي غيرك وغير فلانة، فهي طالق، ثم محا اسم الأخيرة، ثم بعث الكتاب لا تطلق، وهذه حيلة عجيبة.

(باب المطلقة تطلق في العدة)

الصريح يلحق بالصريح والبائن، حتى إن المطلقة الرجعية لو طلقها أو أبانها يقع بالإجماع لقيام الزوجية، والوصلة والبائن يلحقه الصريح، ولا يلحقه البائن، حتى إن المبتوتة والمختلعة لو أبانها لا يقع؛ لأن محلها الوصلة، والوصلة قد انقطعت بالخلع والإبانة.

ولو طلقها في العدة يقع، خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأنّ محل الطلاق القيد، وبعد الخلع هي مقيدة؛ لأنها ممنوعة محبوسة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر، وهذا القيد ثابت بالنكاح؛ لأنه كان ثابتا بالنكاح قبل الخلع، فلو حكمنا بزواله لزمنا إثبات مثله، والحرية منافية لثبوته، لكن حكمنا بثبوته باعتبار الحاجة، والحاجة تندفع بإيقاعه، فلا حاجة إلى إزالته، وإثبات مثله.

ولو نوى بقوله: أنت بائن، أو أنت عليّ حرام في المبانة البينونة الغليظة، والحرمة الغليظة، وهو حرمة المحل، وبينونة المحل قيل يصدق فيما نوى وتقع الثلاث؛ لأنها محل البينونة، والحرمة الغليظة، ولأنه لا يمكن تصديقه فيما أخبر إلا بإدراج الإبانة، والتحريم في كلامه فيدرج، وقيل: لا يصدق؛ لأن التغليظ صفة البينونة، فإذا ألغت النية في أصل البينونة، والحرمة لكونها حاصلة، فكيف تعتبر النية لإثبات وصف التغليظ.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت بائن، ثم أبانها، ثم دخلت الدار يقع الأول.

وقال زفر رحمه الله: لا يقع؛ لأن المعلق بالشرط عند وجود الشرط يجعل كالمنشأ، ولو أنشأ هذه اللفظة عند دخول الدار لا يقع، فكذا هذا.

لنا: أن تعليق الإبانة بالشرط قد صح لقيام محله، وهو الوصلة والمعلق بالشرط طلاق بائن؛ لأن قوله: أنت بائن لإثبات صفة البينونة والبينونة إنما شرعت بالطلاق، فكانت اللفظة مقتضية طلاقا، فصار كأنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق بائن.

ولو أرسل عند وجود الشرط، وقال: أنت طالق بائن يقع الطلاق، ويلغو قوله: أنت بائن، فكذا هذا، بخلاف ما لو أنشأ للحال؛ لأن اللفظة لم يصح؛ لأنها أضيفت إلى غير محلها، وإذا لم يصح اللفظ لم يصر بمنزلة قوله: أنت طالق بائن، ولا يقع على المبتوتة ظهار ولا لعان، أما الظهار فموجبه الحرمة، والحرمة حاصلة بالبينونة، وأما اللعان، فهو حكم مشروع في قذف الزوجات والزوجية منقطعة، وإن آلى منها ثم أبانها، ثم انقضت مدة الإيلاء في العدة وقع عليها الطلاق؛ لأن الإيلاء متى صح صار بمنزلة قوله: إن لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن والله أعلم بالصواب.

(باب تشبيه الطلاق بما له عدد وما لا عدد له)

أصله: أنه متى تشبه الطلاق بشيء عند أبي حنيفة رحمه الله يقع بائنا أي شيء كان المشبه به، ذكر العظم أو لم يذكر.

وعندهما: إن ذكر العظم كان بائنا أي شيء كان المشبه به.

وعند زفر رحمه الله: ينظر إلى المشبه به، فإن كان يوصف بالشدة، أو بالعظمة

كان بائنا، وإلا فهو رجعي. له: إن صفة البينونة صفة شديدة غليظة؛ لأنها مبينة للوصلة والعلقة، فإن وصف بما يوصف بالشدة، والغلظة تصير صفة البينونة، كالمنطوق بها وإلا فلا.

لهما: أنه متى ذكر العظم فقد تيقنا أنه أراد به البينونة؛ لأنه أراد به صفة الغلظة بالطلاق، وتلك بالبينونة، وإذا لم يذكر العظم لم يتيقن بوصف البينونة، فيعتبر التلفظ به لأبي حنيفة: أنه متى شبهه بشيء، فقد وصف الطلاق بضرب من الزيادة والزيادة، تارة تكون من حيث الصفة، وتارة تكون من حيث العدد، فوجب إيقاع المتيقن، وهي زيادة الصفة وبيانه، لو قال لامرأته: أنت طالق مثل رأس الإبرة، أو عظم السمسم، أو عظم خردلة كان بائنا عند أبي حنيفة لمكان التشبيه، وكذا عندهما لمكان ذكر العظم، فيكون رجعيا عند زفر.

ولو قال: أنت طالق مثل الحبل، أو مثل حبة الخردل، فهو بائن عنده، رجعي عندهما: لعدم ذكر العظم، ولو قال: أنت طالق كألف، أو كثلاث، فإن نوى ثلاثا قبلت.

وإن نوى واحدة، أو لم يكن له نية فهي واحدة بائنة عندهما.

وقال محمد: هو ثلاث؛ لأن الألف اسم للعدد، وهو الظاهر، فكان التشبيه بالألف تشبيهًا في العدد.

لهما: أن الشيء قد يشبه بالألف من حيث العدد والكثرة، وقد يشبه بها من حيث العظم والقوة، كما يقال في المثل: رب رجل يعدل ألف رجل، من حيث القوة والعظمة، فعند الإطلاق تقع واحدة؛ لأنها متيقنة، والزيادة مشكوك فيها، فيتوقف على النية.

ولو قال: أنت طالق بعدد ألف، أو كعدد ثلاث، فهي ثلاث؛ لأنه ذو عدد، وقد شبهه به من حيث العدد.

ولو قال: أنت طالق ملء البيت، فهي واحدة بائنة، إلا أن ينوي الثلاث؛ لأن

البيت يملأ تارة لعظم الشيء، وتارة بالكثرة والزيادة، فإن نوى الواحدة فقد قصد العظم فتقع بائنة، وإن نوى الثلاث فقد قصد الكثرة.

(**النوادر**): ولو قال لامرأته: أنت طالق عدد التراب، قال أبو يوسف رحمه الله: هي واحدة؛ لأن التراب شيء واحد لا يعد.

وقال محمد: يكون ثلاثا؛ لأنه يراد بهذه اللفظة الكثرة.

ولو قال: أنت طالق مثل عدد كذا، لشيء لا عدد له، كالشمس والقمر، وما أشبه ذلك، فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: رجعية؛ لأن التشبيه في العدد لغو، إذ لا عدد له، فبقي قوله: أنت طالق لأبي حنيفة أن هذا التشبيه يقتضي زيادة صيغة، فليس تعدد إثبات العدد أظهرت الزيادة في الوصف.

عن محمد: لو قال: أنت طالق كالنجوم، فهي واحدة، يعني: كالنجوم ضياء لا عددا، إلا أن يقول عنيت كعدد النجوم؛ لأن الشيء إنما يشبه بالنجوم في الضياء، قال النبي صلى الله عليه وسلم: "**أصحابي كالنجوم**"[1] في الضياء والاهتداء بهم.

---

(١) رواه ابن عبد البر في (جامع العلم) (٢/٩١) وابن حزم في (الأحكام) (٦/٨٢) من طريق سلام بن سليم قال: حدثنا: الحارث بن غصين، عن الأعمش، عن أبي سفيان، عن (جابر) مرفوعًا به.

وقال ابن عبد البر: هذا إسناد لا تقوم به حجة لأن الحارث بن غصين مجهول.

وقال ابن حزم: هذه رواية ساقطة، أبو سفيان ضعيف، والحارث بن غصين هذا هو أبو وهب الثقفي، وسلام بن سليمان يروي الأحاديث الموضوعة وهذا منها بلا شك، قلت: الحمل في هذا الحديث على سلام بن سليم - ويقال ابن سليمان وهو الطويل - أولى فإنه مجمع على ضعفه، بل قال ابن خراش: كذّاب.

وقال ابن حبان: روى أحاديث موضوعة، وأما أبو سفيان فليس ضعيفًا كما قال ابن حزم: بل هو صدوق كما قال الحافظ في (التقريب)، وأخرج له مسلم في (صحيحه).

والحارث بن غصين مجهول كما قال ابن حزم، وكذا قال ابن عبد البر وإن ذكره ابن حبان في (الثقات)، ولهذا قال أحمد: لا يصح هذا الحديث كما في (المنتخب) لابن قدامة (١٠/١٩٩/٢).

ولو قال: أنت طالق كالصخرة، أو كالفتيل فهي رجعية عند أبي يوسف.

وعند محمد رحمهما الله: بائنة؛ لأنه وجد التشبيه.

ولو قال: أنت طالق عدد ما في هذا الحوض من السمك، وليس في الحوض سمك تقع واحدة.

وكذلك لو قال: أنت طالق بعدد كل شعرة على جسد إبليس تقع واحدة، ولا تقع أكثر من ذلك، حتى يعلم أن على جسد إبليس شعر أم لا؛ لأنه إذا لم يكن في الحوض سمك، ولا على جسد إبليس شعر لم يعتبر ذكر عدد السمك، والشعر، بل يصير ذكره لغوا، فصار كأنه قال: أنت طالق، ولم يرد عليه.

ولو قال: أنت طالق بعدد الشعر الذي على بطن كفي تقع واحدة؛ لأنه لا يكون على بطن الكف شعر قط، فلم يقع على عدد الشعر، فصار كأنه قال: أنت طالق وسكت.

ولو قال: أنت طالق بعدد الشعر الذي على ظهر كفي، وقد أطلى ظهر كفه لا يقع شيء؛ لأنه يكون على ظهر الكف شعر، فيقع على عدد الشعر الثابت، فإذا لم يوجد لم يوجد الشرط فلا يقع.

وكذلك لو قال: أنت طالق على عدد الشعر الذي على فرجك، وكانت قد أطلت ذلك بالنورة لا يقع.

وذكر الكرخي رحمه الله تعالى: لو قال عدد شعر رأسي، أو عدد شعر ظهر كفي، وقد أطلى طلقت ثلاثا؛ لأن شعر الرأس ذو عدد، وإن لم يكن موجودًا.

(فصل)

(**المبسوط**): لو قال: أنت طالق هكذا، وأشار بإصبعين تقع ثنتان، وكذا الثلاث؛ لأن الإشارة بالأصابع في العرف بمنزلة التلفظ بالعدد عند الحاجة، قال عليه السلام: "**الشهر هكذا وهكذا وهكذا**"[1]، وأشار بأصابع يديه كلها،

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٢٥/٣ (٢٤٨٨) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي (٢٤٨٩) قال: حدثني هارون بن عبد الله، وحجاج بن =

وأراد به الثلاثون ولا يصدق أنه عنى الكف؛ لأنه خلاف العادة، والمعتبر في العدد الميسورة دون المضمومة، فإن نوى المضمومة لم يصدق؛ لأنه خلاف العادة في موضع الإشارة، ولو لم يقل بلسانه هكذا، وأشار بأصابعه تقع واحدة؛ لأن الدال على العدد إشارته مع الأصابع التي هي آلة الإشارة، ولم توجد إشارته.

وكذا لو قالت لزوجها: طلقني، فأشار إليها بثلاث أصابع وأراد به ثلاث تطليقات لا يقع ما لم يقل هكذا، لأنه لو وقع وقع بالضمير، والطلاق لا يقع بالضمير.

ولو قال: أنت طالق مثل هذا، وأشار بثلاث أصابع، فإن نوى ثلاثا فثلاث، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة، كما في قوله: أنت طالق بألف، وعلى قياس هذا لو قال: أنت طالق مثل سنجة دانق تقع واحدة؛ لأن له سنجة واحدة، فقد شبه الواقع بالواحد.

ولو قال: مثل سنجة دانق ونصف أو دانقين تقع ثنتان؛ لأن له سنجتين، فقد شبه الواقع بالعددين، ولو قال: مثل سنجة دانقين ونصف تقع ثلاثا؛ لأنه يوزن بثلاث سنجات، ولو قال: مثل سنجة نصف درهم تقع واحدة، ولو قال: مثل سنجة ثلثي درهم تقع ثنتان؛ لأن له سنجتين، ولو قال: مثل سنجة ثلاثة أرباع درهم تقع ثلاثا؛ لأن له ثلاث سنجات، ولو قال: مثل سنجة ألف درهم تقع واحدة، والله أعلم.

=

الشاعر، قالا: حدثنا حجاج بن محمد، قال: قال ابن جريج. و«النسائي»، في «الكبرى» (٩١١٤) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد، قال: حدثنا حجاج، عن ابن جريج. و«أبو يعلى» (٢٢٤٩) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا روح، قال: حدثنا ابن جريج. وفي (٢٢٦٤) قال: حدثنا كامل، قال: حدثنا ليث. و«ابن حبان» (٣٤٥٢) قال: أخبرنا ابن خزيمة، والدغولي، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن بشر بن الحكم، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: قال ابن جريج. أربعتهم: (زكريا بن إسحاق، وعبد الملك بن جريج، وليث بن سعد، وعبد الله بن لهيعة) عن أبي الزبير، فذكره.

(باب إضافة الطلاق إلى بعضها أو يطلقها بعض التطليقة)

مسائله على فصول:

أحدها: في إضافة الطلاق إلى بعضها.

والثاني: في تطليق بعض التطليقة.

والثالث: في الإشراك بين النسوة في الطلاق.

(فصل)

لو أضاف الطلاق إلى جزء معين يعبر به عن جميع البدن وقع الطلاق، نحو قوله: فرجك، أو روحك، أو رأسك، أو وجهك، أو يديك، أو رقبتك، أو عنقك، أو ظهرك، أو بطنك طالق؛ لأن هذه إضافة إلى جميع البدن، لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن البدن.

ولو قال لها: دمك طالق، أشار في العتاق أنه لا يقع، فإنه لو قال لعبده: دمك حر لا يعتق؛ لأنه لا يعبر به عن البدن، وأشار في الكفالة أنه يقع، فإنه إذا كفل بدم إنسان يصح؛ لأن به قوام البدن.

ولو أضاف إلى جزء شائع، نحو: أن يقول نصفك، أو بعضك طالق يقع؛ لأن الجزء الشائع له حظ من جملة البدن، فيصير بعض البدن مذكورا، ومحل الطلاق مما لا يتجزأ، فذكر بعضه كذكر كله اعتبارًا بذكر بعض الطلاق.

ولو أضاف إلى جزء لا يعبر به عن جميع البدن، كما لو قال: يدك، أو رجلك، أو إصبعك طالق لا يقع خلافًا؛ لأن حكم النكاح وهو الملك، والحل ثابت في اليد تبعا لثبوته في البدن لأنهما ثنتان لضرورة تحقيق المقاصد، والمقاصد لا يمكن تحقيقها من الأجزاء المعينة، ولهذا لم يصح إضافة النكاح إليها.

ولو وقع الطلاق في البدن، بإضافته إلى اليد لانقلب المتبوع تبعًا، وهذا محال؛ لأنهما صداق بخلاف الجزء الشائع؛ لأنه بعض وليس بتبع، لأنه اسم لجزء لا ينفي

الكل كلًّا بدونه؛ لأنه إذا ذهب نصفه لا ينفي الكل بدونه، ويجوز أن يجعل البعض تبعًا لبعض آخر، ولهذا صحت إضافة سائر التصرفات إلى الجزء الشائع، ولم تصح إلى الجزء المعين.

(فصل)

ولو قال: أنت طالق نصف تطليقة تقع واحدة كاملة؛ لأن التطليقة مما لا تتجزأ لقول عمر رضي الله عنه في طلاق الأمة: لو استطعت لجعلت طلاقها تطليقة ونصف، ولأن حكمها لا يتجزأ، وهو الانطلاق والانحلال عن قيد النكاح، فكذا ذاتها، وذكر بعض ما لا يتجزأ، كذكر كله، كعفو بعض القصاص ونحوه.

ولو قال: أنت طالق نصفي تطليقة، فهي واحدة كنصفي درهم يكون درهما، ولو قال: ثلاثة أنصاف تطليقة تقع ثنتان؛ لأن نصفهما ثنتان كنصفي درهمين، ولو قال ثلاثة أنصاف تطليقتين، فهي ثلاث؛ لأن ثلاث مرات نصف تطليقتين ثلاث، كثلاث أنصاف درهمين يكون ثلاثة.

ولو قال: أنت طالق نصف تطليقة، وثلث تطليقة، وسدس تطليقة تقع ثلاث؛ لأنه أضاف كل جزء إلى تطليقة منكرة، والنكرة إذا كررت كانت الثانية غير الأولى؛ لأنها لو انصرفت إلى الأولى كانت معرفة، والنكرة ضد المعرفة، فاقتضى كل جزء تطليقة على واحدة، فإن جاوز مجموع الأجزاء تطليقة بأن قال: أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وربعها، قيل: تقع واحدة؛ لأنه أضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة، فلا يزيد قدرها.

وإن كثرت الأجزاء، وقيل: تقع ثنتان وهو المختار، وهكذا ذكر الحسن في **(المجرد)**؛ لأنه زاد على أجزاء تطليقة واحدة، فلا بد وأن تكون الزيادة من تطليقة أخرى، فتتكامل الزيادة.

(فصل)

ولو قال لنسائه وهن أربع: بينكن تطليقة، تقع على كل واحدة تطليقة؛ لأن كلمة

بين كلمة تقسيم وتشريك، فتقسم عليهن طلقة، فنصيب كل واحدة بربعها، وإنها مما لا تتجزأ فتتكامل، وكذلك لو قال: بينكن تطليقتان، أو ثلاث أو أربع.

وقال زفر: تقع على كل واحدة ثنتان أو ثلاث، وكذلك لو قال: أشركتكن في تطليقتين، أو في ثلاث؛ لأن العدديات المتقاربة المتجانسة يجعل نصيب كل واحد في عدد على حدة، كما في الكل، فهنا يقسم الكل بينهن، ولا تقسم كل طلقة على حدة إذا نوى أن تكون واحدة بينهن، فصحت نيته للتشديد على نفسه، بخلاف ما لو قال: طلقتكن ثنتين، أو ثلاثا، أو طلقت كل واحد ثنتين، أو ثلاثا؛ لأن هذا إيقاع، وقد أفرد كل واحد بإيقاع الثنتين أو الثلاث.

ولو قال: خمس تطليقات بينكن تقع كل واحدة تطليقتان؛ لأن الخمس إذا قسم بين أربع أصاب كل واحدة تطليقة وربع، فيتكامل الربع، فيصير ثنتان، وكذلك ما زاد على الخمس إلى ثمانية.

ولو قال: بينكن تسع تطليقات طلقت كل واحدة ثلاثا.

ولو قال: فلانة طالق ثلاثا، أو فلانة معها، أو قال: أشركت فلانة معها في الطلاق طلقت ثلاثا ثلاثا؛ لأن الاشتراك يقتضي التساوي، والتساوي إنما يتحقق، إما بنقل نصف ما وقع على الأولى إلى الثانية، أو بإيقاع مثل ما وقع على الثانية، وقد تعذر الأول، فتعين الثاني.

ولو قال لأربع نسوة: أنتن طالقات ثلاث يقع على كل واحدة ثلاث.

(**المنتقى**): ولو طلق امرأته، ثم قال للأخرى: أشركتك في طلاقها طلقت واحدة، ولو قال للثالثة: قد أشركتك في طلاقها طلقت ثنتان، ولو قال للرابعة: أشركتك في طلاقهن طلقت ثلاثًا.

ولو كان الطلاق على الأولى بمال مسمى، ثم قال للثانية قد أشركتك في طلاقها طلقت ولم يلزمها المال؛ لأن الإشراك وجد في الطلاق لا في المال.

ولو قال: أشركتك في طلاقها على كذا من المال، فإن قبلت لزمها الطلاق والمال وإلا فلا.

ولو أعتقت الأمة المنكوحة، فاختارت نفسها فقال زوجها لامرأة له أخرى: قد

أشركتك في فرقة هذه طلقت بائنة، وإن نوى ثلاثا فثلاث.

حكى أبو سليمان، عن محمد: أنها لا تطلق.

ولو قال في فرقة العنين واللعان والخلع والإيلاء قد أشركتك في فرقة هذه طلقت؛ لأن هذه الفرقة فرقة طلاق بخلاف الأولى.

ولو قال لامرأته: أنت طالق خمس تطليقات، فقالت: ثلاث تكفيني، فقال الزوج: ثلاث لك، والباقي لصواحبك وقع الثلاث عليها، ولم يقع شيء على غيرها؛ لأن الباقي بعد الثلاث صار لغوًا، فقد صرف اللغو إلى صواحبها فلا يقع شيء.

(باب الطلاق بالتسمية والإشارة)

(**المبسوط**): ولو قال: يا زينب، فأجابته عمرة، فقال: أنت طالق، طُلقت المجيبة؛ لأنه أتبع الطلاق بجوابها، فصار كأنه قال: يا زينب عمرة طالق، وإن قال نويت زينب طلقت؛ لأن إقراره في حق زينب صحيح، والرجوع عن الواقع لا يصح.

ولو قال: يا زينب أنت طالق، فلم يجبه أحد طلقت زينب؛ لأن قوله أنت كناية عن زينب، ولو أشار بيده إلى امرأة، وقال: يا زينب أنت طالق، فإذا هي عمرة طلقت عمرة؛ لأنه أشار وسمى، وكانت العبرة للإشارة لا للتسمية، كما عرف، فصار كأنه قال: يا زينب عمرة طالق، ألا ترى لو قال لامرأته: يا حجارة أنت طالق، وهو يشير إليها طلقت، ولو لم تكن عمرة امرأته لم يطلق أحد؛ لأن العبرة للإشارة، والإشارة حصلت إلى الأجنبية.

ولو رأى شخصًا ولم يشر، وقال: يا زينب أنت طالق، وعين الشخص وظنه زينب، فإذا هي أجنبية يقع على امرأته قضاء لا ديانة؛ لأنه وجد تسمية زينب، ولم يوجد الإشارة إلى غيرها، فكانت العبرة للتسمية حال عدم الإشارة، وإن لم يعين امرأته لا يقع الطلاق؛ لأن فلانة، وهي اسم نكرة كما يتناول الأجنبية على السواء، فلا يقع إلا بالنية.

ولو قال: فلانة بنت فلان طالق، وهي اسم امرأته ونسبها، ثم قال: عنيت أجنبية

لا يصدق قضاء؛ لأنه نوى خلاف الظاهر، وإن عين امرأة، وقال: هي هذه، وهي امرأتي وصدقته، فوقع عليها، ولا يصدق على صرف الطلاق عن المعروفة، إلا أن يصدقه المعروفة، أو ثبت بالبينة النكاح قبل التلفظ بالطلاق؛ لأن الطلاق واقع على المعروفة ظاهرا بالإيقاع، فلا يمكن الصرف عنها، ويقع على الأخرى بالاعتراف، واعترافه حجة في حقه دون غيره، فلا يثبت نكاح المجهولة وقت الإيقاع في حق المعروفة إلا بتصديقها، أو بالبينة؛ لأنها حجة في حق الناس كافة، حتى لو كانت له امرأتان معروفتان بهذا الاسم يصرف في تعيينه.

ولو قال: زينب بنت فلان طالق، فسمى امرأته، ونسبها إلى غير أبيها لا يقع؛ لأنه أضاف الطلاق إلى امرأة غائبة موصوفة بكونها منسوبة إلى فلان، وعلى تلك الصفة تكون امرأة أجنبية.

وكذلك لو قال: فاطمة العمياء، أو البغدادية طالق، وامرأته فاطمة بصيرة، أو بصرية لا يقع، وإن نوى امرأته طلقت؛ لأنه قد يراد بالعمياء عن القلب مجازًا، أو بالنسبة إلى فلان شبهها به في الأفعال والأخلاق، فقد عنى المجاز من كلامه، وفيه تغليظ وتشديد فيصدق.

ولو قال: فلانة طالق، ولم يسم باسمها، إن نوى امرأته يقع، وإلا فلا؛ لأن فلانة اسم مشترك يتناول امرأته والأجنبية.

(**النوادر**): أصله: أنه متى وجدت النسبة، وغير اسمها بغيره لا يقع الطلاق؛ لأن التعريف لا يحصل بالنسبة متى بدل اسمها، لأن بذلك الاسم تكون امرأة أجنبية، ولو بدل اسمها، وأشار إليها يقع؛ لأن بالإشارة يحصل التعريف، لأنها بالإشارة صارت معينة متميزة عن غيرها؛ لأنها تقطع الشركة عن أغيارها.

ولو قال: طلقت امرأتي فلانة بنت فلان وسماها بغير اسمها لا تطلق؛ لأن الغائبة لا تعرف إلا بالاسم.

ولو قال: بنت فلان طالق، ولم يسم باسمها طلقت؛ لأن التعريف حصل بالنسبة عند عدم التسمية، بخلاف الأولى؛ لأن التعريف لا يحصل بالنسبة تغيير الاسم لما بينا، وكذلك لو لم ينسبها إلى أبيها، ونسبها إلى أمها، أو إلى ولدها، أو لم يسم باسمها طلقت؛ لأنه عرف امرأته بالنسبة.

ولو قال: امرأتي بنت صبيح، أو بنت فلان التي في وجهها خال طالق، ولم يكن بها خال، وكذا التي هي عمياء، أو الزمنة وهي بصيرة صحيحة طالق طلقت، وذكر العمى والرمد باطل؛ لأنه عرف امرأته بالنسبة وصفتها بصفة، فيصح التعريف لوجود النسبة ولغت الصفة، فصح الإيقاع.

ولو قال: امرأتي عمرة أم ولي هذه الجالسة طالق، ولا نية له، والجالسة غيرها، وليست بامرأته لم تطلق امرأته التي سماها؛ لأنه سماها، وأشار والعبرة للإشارة لا للتسمية، والمشار إليها ليست بامرأته، فبطل الإيقاع.

ولو قال: يا عمرة، فقالت زينب: لبيك، فقال: أنت عمرة؟ فقالت: نعم، فقال: أنت إذًا طالق لم تطلق، ألا ترى لو قال له عبده: فعلت كذا وكذا، فقال: أنت إذًا حر لم يعتق، إن لم يكن فعل ما قال؛ لأن كلمة أبدًا إنما تستعمل للجواب، والجواب يبنى على الخطاب، فيكون تعليقًا للمعتق، والطلاق بالفعل، أو بالاسم، فإذا انعدم ذلك فقد انعدم الشرط، فلم يقع.

ولو قيل له: ألك امرأة غير هذه المرأة؟ فقال: كل امرأة لي فهي طالق لا تطلق هذه؛ لأن قوله غير هذه المرأة لا يحتمل هذه المرأة، فلا تدخل هذه تحت قول الزوج: كل امرأة لي فهي طالق؛ لأن قوله بناء على القول الأول، وجواب له، وهذه لا تحتمل الدخول تحت القول الأول، فلا تدخل تحت قوله أيضًا.

ولو قال: كل امرأة لي ببخارى، فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة ببخارى، طلقت ثلاثا، وإن تزوج في غير بخارى ثم نقلها إلى بخارى، قيل: تطلق؛ لأن في العرف يراد بهذا الكلام طلاق البخارية.

والصحيح: أنه لا تطلق؛ لأنه يراد به طلاق امرأة يتزوجها ببخارى؛ لأن هذا في العرف عبارة عن التزوج.

ولو قال: هروبي مرانا سديا الأسير سال همه، إن ربى من هسته، قيل: كل امرأة يتزوجها إلى تلك المدة، والتي عنده طلقن.

قال الفقيه أبو الليث: وعندي: لا يقع على التي عنده؛ لأنه أضاف إلى التي تكون في المستأنف، فصار كقوله: كل امرأة أتزوجها.

وعن أبي يوسف: امرأة قالت لزوجها: بلغني أنك تزوجت امرأة علي، فقال مجيبًا لها: كل امرأة لي فهي طالق، ومن نيته سواكِ، لا تطلق هذه، وهذا جواب كلامها.

وذكر الفقيه أبو الليث في (**النوازل**): أنها تطلق؛ لأن قولها تزوجت على امرأة، فاسم المرأة يتناولها كما يتناول غيرها، فتدخل هذه تحت كلام الزوج، فالأول أصح؛ لأن اسم المرأة في كلام الزوجة لا يتناولها؛ لأنها ذكرت امرأة موصوفة بكونها متزوجة، وهذا لا يجملها، وكلام الزوج مبنيا على كلامها، وجواب لها، فيتقيد الجواب بما في الخطاب دلالة.

(باب الإقرار بالطلاق والإخبار عنه)

(**المبسوط**): ولو قال: يا مطلقة، أو يا طالق، وقد طلقها زوج قبله إن لم تكن له نية طلقت؛ لأن هذه اللفظة مستعملة للإنشاء، ولإثبات وصف الطالقية عرفا وشرعا.

ولو قال: نويت ذلك يصدق في رواية ابن سليمان؛ لأن صفة الطالقية قد تحققت، فإنها لا تختص بإيقاع زوج دون زوج، وهذه اللفظة استعملت فيمن طلقت في الماضي، تقال للمطلقة في الماضي: يا مطلقة، فإذا نوى أنها مطلقة بطلاق ماضٍ، فقد نوى حقيقة كلامه، فيصدق، وفي رواية أبي حفص: لا يصدق في القضاء؛ لأن هذه اللفظة وإن كانت للأخبار حقيقة، ولكنها صارت لإثبات وصف الطالقية عرفا وشرعا؛ لأنه وصفها بالطلاق، والطلاق عرفا وشرعا موضوع لقطع النكاح، فصارت للإثبات، كالحقيقة، وللإخبار كالمجاز كالطلاق عن الوثاق.

ولو قال: أردت تسميتها بهذا الاسم يقع؛ لأن اللفظ صريح في الطلاق، لأنه وصفها بالطالقية للحال، وتسميتها بهذا الاسم ليس إليه لا جرم في البينونة تصدق.

ولو قال: طلقتك أمس، وهو كاذب كانت طالقا في القضاء، وفي الديانة امرأته؛ لأنه أقر بما يحتمل الصدق، وينكر الحرمة، فيلزمه إقراره.

(**النوادر**): ولو طلق امرأته، ثم قال لها: قد طلقتك تقع أخرى؛ لأن قد تذكر لتأكيد الحال، وتذكر لتأكيد الماضي، فلا تصير للماضي بالاحتمال.

ولو قال لها: قد كنت طلقتك لا يقع شيء؛ لأن هذا لا يستعمل إلا في الماضي.

ولو قال لها: يا مطلقة لا يقع شيء؛ لأنه صادف في هذا الإخبار صاحب ابن بسام طلق امرأته، فلما صح، قال: طلقت امرأتي، ثم قال: إنما قلت ذلك؛ لأني توهمت أن الطلاق قد وقع، ينظر إن أقر في حال مذاكرة ذلك الطلاق على إرادة الإقرار بذلك الطلاق، وذلك الطلاق غير واقع، فلم يصح إقراره.

وإن أقر في غير حال مذاكرة ذلك الطلاق لا يصدق ويقع؛ لأنه صحيح عاقل، أقر بالطلاق مرسلا بتراضيه. رجل، قال: امرأتي طالق، ولها علي ألف درهم، وله امرأة معروفة، فقال: لي امرأة الأخرى ولم أعن هذه لا يصدق في الطلاق والمال؛ لأنه لما لم يصدق في حق الطلاق، لأنه أقر بطلاقها ظاهرا لم يصدق في حق المال؛ لأن الهاء كناية عن تلك المرأة.

ولو قال: امرأتي طالق، ولامرأتي علي ألف درهم، والمسألة بحالها لا تصدق في الطلاق، وتصدق في المال؛ لأنه ذكر المرأة في المال على حدة، فلم يمس الضرورة إلى عدم التصديق في حق المال. رجل طلق امرأته، ودخل بها، ثم قال: كنت حلفت إن تزوجت امرأة ثيبا فهي طالق، ولم أعلم ثيبًا وقع الطلاق عليها؛ لأنه أقر بالطلاق، وهو يملك الإنشاء، ثم ينظر إن صدقته المرأة، فلها نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، ومهر المثل بالدخول، وعليها العدة، وليس لها نفقة العدة والسكنى، ولا حداد عليها، وإن كذبته المرأة لها مهر واحد، ونفقة العدة والسكنى، ويجب عليها الحداد.

(**الجامع**): المقر بالطلاق لا يخلو، إما أن يقر بطلاق ماضٍ في نكاح ماضٍ، أو يقر بطلاق ماضٍ في نكاح قائم، ففي الأول، وهو ما إذا قال: كنت تزوجت امرأة فطلقها، أو كانت لي امرأة فطلقها، أو كنت طلقت امرأة كانت لي، وله امرأة معروفة، فالقول قوله: أنها غير هذه، ولا تطلق المعروفة؛ لأن الظاهر شاهد له، لأن هذا إخبار عن طلاق واقع في نكاح ماضي، فقد انقطع حكمه؛ لأن قوله: كانت لي امرأة يطلق هذا على امرأة مضى عقدها، وانقطعت أحكامه لا على من في نكاحها، فلا يتناول المعروفة، فكان الزوج منكرا طلاقها ظاهرًا، وفي الفضولي الثلاث، وهي

ما لو قال: طلقت امرأة لي، أو طلقت امرأة كانت لي، أو كنت طلقت امرأة لم يصدق الزوج، وطلقت المعروفة؛ لأن قوله: طلقت إيقاع للحال، فلا يصح إلا بقيام منكوحته للحال، ولا يعرف له منكوحة للحال سوى المعروفة، فصار الزوج مقرا بطلاقها ظاهرا.

وقوله: كنت طلقت امرأتي، إن كان إخبارًا عن طلاق ماضٍ، إلا أنه أضاف الطلاق الواقع إلى امرأة مضافة إليه للحال، ولا يعلم امرأة مضافة إليه للحال سوى المعروفة، فكان هذا إقرار بطلاقها ظاهرا، ومن أقر بطلاق امرأته من قبل يقع للحال، ولا يصدق في الإسناد.

(باب عطف الطلاق على الطلاق)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما في التخيير.

والثاني في التعليق.

(فصل)

أصله: أن الواو للعطف، والجمع المطلق كما يقال: جاءني زيد، وعمرو، هذا يقتضي أن يكون مجيئهما بأي صفة كان والفاء للعطف مع التعقيب بلا فصل، كما يقال: جاء زيد فعمرو اقتضى أن يكون مجيء عمرو عقيب مجيء زيد، بلا فصل وحرف، ثم للعطف، والتعقيب مع التراخي، وحرف مع للمقارنة.

وقيل: للتقدم، وبعد للتأخر، فاصل آخر أنه متى ذكر اسمين، وأقحم بينهما حرف صلة إن ذكر حرف الصلة مع الهاء فهي صفة لأحدهما، وإن ذكر بغيرها فهي صفة لأولهما، كما يقال: جاء زيد قبل عمرو كانت القبلية صفة لزيد.

ولو قيل: جاء زيد قبله عمرو كانت القبلية صفة لعمرو، كذا جاء زيد بعد عمرو أو بعده عمرو، إلا أن قبل للتقدم وبعد للتأخر.

ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق واحدة قيل واحدة طلقت واحدة؛ لأن

القبلية صفة المذكور أولا، فسبق الأول في الوقوع، وبانت لا إلى عدة.

ولو قال: واحدة قبلها واحدة وقعت ثنتان؛ لأن القبلية صفة المذكور آخرا، فاقتضى أن يكون الثاني أولا، ولا يمكنه إيقاع الثاني متقدمًا على الأول، وأمكنه إيقاعهما معا، فوقعا معا ليصح الإيقاع.

ولو قال: واحدة بعدها واحدة طلقت واحدة، ولو قال: واحدة بعد واحدة وقعت ثنتان، ويكون تخريجه على عكس ما قيل.

ولو قال: واحدة مع واحدة، أو واحدة معها واحدة وقعت ثنتان؛ لأن كلمة مع للقران، فاقتضى وقوعهما معا.

وعن أبي يوسف: لو قال: معها واحدة؛ لأن الهاء كناية، فتقتضي سبق المكنى عنه لا محالة، فهذه ستة فصول في أربعة تقع ثنتان، وفي اثنين تقع واحدة.

(**المنتقى**): ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق اليوم وأمس، تطلق ثنتين، كأنه قال واحدة قبل واحدة.

ولو قال لها: أنت طالق واحدة ونصف، أو أنت طالق واحدة وأخرى، تقع ثنتان.

ولو قال: أنت طالق إحدى وعشرين، وقع ثلاثًا.

وقال زفر رحمه الله: تقع واحدة في الوجهين؛ لأنه عدد معطوف على عدد، كما قال: واحدة وواحدة.

لنا: أن هذا في الوضع اعتبر كلمة واحدة، فإنه لا يمكنه أن يعبر عن هذه الجملة بعبارة أوجز من هذه، فيقف أوله على آخره.

ولو قال: أنت طالق نصفا، وواحدة وقعت واحدة، عن محمد: لأنه غير مستعمل على هذا الوجه، فلم يجعل كله كلاما واحدا.

ولو قال: أحد عشر وقع الثلاث؛ لأنه لا عطف فيه، وإنما هو اسم لجملة معدودة.

ولو قال: واحدة وعشرا وقعت واحدة، وكذلك لو قال: واحدة ومائة، أو واحدة وألف، أو واحدة وعشرين وقعت واحدة؛ لأن هذا غير مستعمل في المعتاد، فإنه

يقال في العادة: مائة وواحدة؛ أي: وألف وواحدة، فلم تجعل هذه الجملة كلاما واحدا، بل اعتبر عطفًا.

وقال أبو يوسف: تقع الثلاث؛ لأن قوله مائة وواحدة أو واحدة ومائة سواء.

ولو قال لنسائه: أنت طالق، وهذه، وهذه ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا؛ لأن العدد المذكور آخرًا يصير ملحقا بالإيقاع، أو كي لا يلغو، ولو قال: أنت طالق واحدة، وهذه ثلاثا طلقت الأولى، والثانية واحدة، والثالثة ثلاثا؛ لأن العدد صار ملحقا بالإيقاع الثاني دون الأول.

ولو قال لامرأته: أنت طالق هذه لامرأة أخرى طلقت الأولى دون الثانية؛ لأن لفظ الطلاق غير متصل بالثانية دون الأولى، ولو قال ذلك لامرأة واحدة لا يقع إلا واحدة في الوجهين.

(فصل)

ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى، ولم تتعلق الثانية بالدخول؛ لأنها صارت أجنبية، وفي المدخولة تقع واحدة في الحال؛ لأن الأولى منجزة، وتتعلق الثانية بالدخول؛ لأنها في العدة، فصح تعليق الثانية، فإن دخلت في العدة وقعت.

ولو قال لغير المدخولة: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار، أو أنت طالق فطالق، إن دخلت الدار تعلقا جميعًا بالدخول؛ لأن عرض المتكلم التعليق، فتوقف الأول على الثاني على ذكر الشرط تصحيحًا لقصده وتحصيلا لغرضه، فأمكن توقيفهما؛ لأنه جمع بينهما بحرف الجمع، فتعلقا بالشرط دفعة واحدة، فأما إذا لم يوجد بينهما حرف العطف، فالثاني صار فاصلا بين الأول والشرط، فتعذر توقف الأول على ذكر الشرط، فبقي متخيرا.

ولو قدم الشرط فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، أو فطالق، فدخلت تقع واحدة عند أبي حنيفة.

وعندهما: ثنتان.

وكذلك لو قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، وطالق فتزوجها تقع واحدة عنده.

وعندهما: ثنتان.

لهما: أن الكل تعلقن بالشرط جملة فينزلنا معا؛ لأنه جمع بين الثلاث بحرف الجمع، فصار كما لو جمع بلفظ الجمع.

ولو جمع بلفظ الجمع تعلقن جملة، فكذا هذا. له: أن التعليق إنما يصير إيقاعا عند وجود الشرط، فيصير إيقاعا كما تكلم به، ولا يجوز تغيير كلامه إلا لضرورة، فيصير قائلا عند الشرط أنت طالق وطالق.

ولو قال هكذا تقع واحدة، فكذا هذا، وبه يتبين أن الجمع بحرف الجمع، كالجمع بلفظ الجمع في حق أصل التعليق، لا في حق كيفيته، ألا ترى لو قال لها: أنت طالق ثلاثا تقع الثلاث، ولو قال: أنت طالق وطالق تقع واحدة، وإن جمع بحرف الجمع.

ولو قال: أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، فعنده تعلق الأولى بالدخول، ووقفت الثانية ولغت الثالثة، وإن كانت مدخولة تعلق الأولى، ووقعت الثانية والثالثة.

وعندهما: تعلق الكل بالدخول، وإذا دخلت وقعت واحدة في غير المدخولة، وفي المدخولة ثلاثا.

لهما: أن كلمة ثم كلمة عطف كالواو والفاء، ولكنه عطف على سبيل التراخي عن الأول وقوعا، فباعتبار قضية العطف تعلق الكل بالشرط، وباعتبار وصف الترتيب والتراخي يتعلقن مرتبا، فينزلن مرتبا، إلا أن الترتيب قد بطل فيما إذا أخر الشرط ضرورة توقف الأولى والثانية على ذكر الشرط، فتعلقن جملة، فنزلن جملة.

له: أن كلمة ثم في اللغة للتراخي مع الفصل، والفصل يمنع التعليق، كما لو فصل بينهما بالسكوت، بأن قال: أنت طالق وسكت، ثم قال: وطالق إن دخلت الدار، فمتى تأخر الشرط بقيت الأولى إرسالا، فوقعت للحال، وبانت لا إلى عدة، ومتى تقدم الشرط تعلق الأولى، وتنجز الثانية، وبانت لا إلى عدة، فلا تقع الثالثة.

(باب عطف الطلاق على الطلاق بكلمة لا بل)

(المبسوط): فيه فصلان:

فصل في عطف الطلاق.

وفصل في عطف الشرط.

(فصل)

أصله: أن كلمة لا بل من حروف العطف لاستدراك الغلط فيما مضى، والرجوع عن الأول، وإقامة الثاني مقامه، كما يقال: رأيت زيدًا لا بل عمرا كان هذا رجوعا عن رؤية زيد، وإقامة لرؤية عمر مقام رؤية زيد لاستدراك الغلط؛ لأنه إن لم يملك الرجوع عن الأول يملك إقامة الثاني مقامه.

وإن دخل لا بل على النفي كان لا بل لتأكيد النفي عن الأول، وإثبات ذلك المنفي في الثاني، أو نسي أحد مقامه، كما يقول: ما رأيت زيدًا لا بل عمرا كان لا بل لتأكيد النفي عن رؤية زيد بإثبات ذلك المنفي، وهي الرؤية في عمرو، كذا إذا قلت ما قام زيد بل عمر، فكذلك بل بمنزلة لا بل لقوله تعالى: ﴿ وَقَالُوا۟ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحْمَٰنُ وَلَدًا ۗ سُبْحَٰنَهُۥ ۚ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ ﴿٢٦﴾ ﴾ [الأنبياء: ٢٦] كان بل إبطالًا لما قالوا، وإثباتا للثاني مقامه لا على سبيل استدراك الغلط؛ لأن الغلط لا يجوز على الله تعالى، كأنه قال: لا بل عباد مكرمون، وهذا لأن بل في اللغة لإقامة الثاني مقام الأول على سبيل البدل عنه، ولا يتحقق الإبدال عنه إلا بعد إبطال الأول، فتضمن رجوعا عن الأول، وإثباتا للثاني مقامه، ثم كلمة لا بل متى لم يذكر له خبرا لا يكون مستقلا بنفسه، فيجعل الخبر المذكور للأول كالمعاد في الاستدراك لكي لا يلغو لا بل.

(فصل)

ولو قال للمدخولة: أنت طالق واحدة لا بل ثنتين، تقع الثلاث؛ لأنه أخبر أنه

غلط في إيقاع الواحدة، ورجع عنها وقصد إيقاع الثنتين قائمًا مقام الواحدة، فصح إيقاع الثنتين، ولم يصح الرجوع عن الواحدة.

ولو قال ذلك لغير المدخولة تقع واحدة؛ لأن بالأولى صارت مبانة.

ولو قال للمدخولة: طلقتك أمس واحدة لا بل ثنتين، تقع ثنتان.

وقال زفر: تقع ثلاثا قياسًا على الفصل الأول.

لنا: أن هذا خبر وليس بإنشاء، والخبر مما يعاد ويكرر، والمخبر عنه واحد، فيكون مقرا بالواحدة في الأمس، وجامعا معها أخرى في الحال، كما يقال: عشت ستين عاما لا بل سبعين، وحججت حجة لا بل حجتين، ولهذا احتج الأصمعي على زفر، فأما الإنشاء لا يكرر، فإذا ثبت الثاني كان غير الأول، فكان لا بل فيه رجوعًا عن الأول، وإقامة الثاني مقامه.

(**المنتقى**): وروي عن أبي يوسف: لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق لا بل هذه، فدخلت الأولى طلقت ثلاثا؛ لأن قوله لا بل هذه غير مستقل معه، فإنه لم يذكر له خبرًا، وكلمة لا بل للرجوع عن الأول، وإقامة الثاني مقامه في إثبات مثل ما للأول، كما يقال: رأيت زيدًا لا بل عمرا، فيجعل الخبر المذكور للأولى خبرًا للثانية، والجزاء في حق الأولى ثلاث، فكذا في حق الثانية.

ولو قال: أنت طالق وطالق وطالق لا بل هذه طلقت الأخيرة واحدة، والأولى ثلاثا؛ لأنه ذكر الثلاث متفرقا، والاستدراك يحصل قال كلام، ثم بإثبات المطلقة الواحدة في حق الثانية، فصار كأنه قال لا بل هذه طالق، بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة اعتبر الثلاث جملة واحدة ضرورة تعلق الكل بالشرط، فصارت تلك الجملة مستدركة في حق الثانية.

ولو قال: لثلاث نسوة: أنت طالق لا بل أنت، وهو نوى إلى كل واحدة منهن طلقت الأولى دون الأخريين؛ لأن قوله أنت الثانية ابتداء كلام غير معطوف على الأول، فلا يشارك في الخبر الأول.

ولو قال: أنت طالق، وأنت لا بل أنت، طلقن جميعًا لمكان واو العطف.

وقال أبو يوسف: لو قال: أنت طالق لا بل غدًا طلقت الساعة، وفي الغد أخرى لما عرف.

(فصل)

(**الجامع**): ولو قال لإحدى امرأتيه: أنت طالق إن دخلت هذه الدار لا بل هذه لامرأته الأخرى لم يطلقا حتى تدخل الأولى، فإذا دخلت طلقت؛ لأن الثانية صارت معطوفة على الأولى في الطلاق، لا في الدخول؛ لأن كلمة لا بل للرجوع عن الأول، ولإثبات مثل ما للأول للثاني قائمًا مقامه، وإنما يتحقق ذلك إذا كان رجوعًا عن الطلاق لا عن الدخول، ليصير حالفا بالطلاق الثانية مثل ما حلف بالطلاق الأولى، والرجوع عن الحلف بالطلاق الأولى لا يصح، فبقي الحلف بالطلاق الثانية صحيحًا، فيتعلق طلاقهما بدخول الأولى أيضًا الأخرى لو قال: أنت طالق إن شاء الله لا بل هذه كان رجوعا عن الطلاق لا عن المشيئة حتى كان الاستثناء عنهما، وكذا هذا.

وكذلك لو قال: أنت طالق إن شئت لا بل هذه، فشاءت الأخرى لم تطلق، وإن شاءت الأولى طلاقهما طلقتا، وإن شاءت طلاق نفسها طلقت وحدها، وإن شاءت طلاق الثانية طلقت وحدها، فهذه والأولى سواء إلا في خصلة، وهي أن ثمة بدخول الأولى الدار طلقتا، وهنا بمشيئة الأولى طلاق نفسها لم تطلق الثانية، وذلك لأن ثمة تعليق طلاقهما بدخول مطلق، وقد وجد، وهنا تعلق طلاق الثانية بمشيئة موصوفة، وهي مشيئة الأولى طلاق الثانية، فصار كأنه قال: والثانية طالق إن شاءت الأولى طلاقها، فإذا لم تشأ طلاقها لم تطلق.

ولو قال: أنت طالق إن دخل فلان الدار لا بل فلان، فأيهما دخل طلقت، وإن دخلا لم تطلق إلا واحدة؛ لأن كلمة لا بل هنا للرجوع عن الدخول دون الطلاق؛ لأن فلانا يصلح دخوله شرطا، ولا يصلح محلًّا للطلاق، فتعذر أن يجعل الاستدراك للغلط في حق الطلاق.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق لا بل فلانة طالق طلقت الثانية للحال؛ لأن

قوله: وفلانة طالق جملة تامة مستقلة لها خبر على حدة، فلا يفتقر إلى جعل الخبر المذكور للأولى خبرًا لها، فلا يتعلق بالشرط بخلاف ما إذا لم يذكر لها خبرًا؛ لأنها جملة ناقصة، فجعل الخبر المذكور للأولى خبرًا لها ليصير الكلام تامًّا.

نظيره لو قال لزينب: إن دخلت الدار فأنت طالق، وعمرة تعلق طلاقهما بالدخول، ولو قال: وعمرة طالق تطلق عمرة للحال.

وعن أبي يوسف: لو قال: زينب طالق إن دخلت الدار، وعمرة طالق تعلق طلاقهما؛ لأنه يحتمل أن يكون إيقاعا للحال، ويحتمل أن يكون تعليقًا، فلا يحكم بالوقوع بالشك.

ولو قال: إن دخلت هذه الدار لا بل هذه الدار لا بل هذه الدار فأنت طالق لم تطلق حتى تدخل الدار الثالثة؛ لأن الغلط وقع في الشرط قبل ضرورة الكلام يمينا، فإنه يمكنه الرجوع عن مجرد الشرط، كما لو سكت عن الجزاء، فلغى ذكر دخول الدار الأولى، وتعلق الطلاق بدخول الثالثة بخلاف، ما لو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق لا بل هذه الدار، فأيهما دخلت طلقت؛ لأنه رجع عن الشرط بعدما تعلق الجزاء به، فلم يصح، فبقي الطلاق معلقًا بدخول الدار الأولى، وصار متعلقًا أيضًا بدخول الثانية.

ولو قال: أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا إن دخلت الدار طلقت واحدة للحال، وثلاثا إن دخلت الدار؛ لأن قوله: أنت طالق واحدة يتخير، وأراد بقوله لا بل ثلاثا إن دخلت الدار تعليق الثلاث، والرجوع عن إيقاع الواحدة، فلا يتصل الشرط المذكور آخرًا بإيقاع الواحدة، فصح تعليقه، ولم يصح رجوعه عن الواحدة.

ولو قدم الشرط فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة لا بل ثلاثًا، لم تطلق حتى تدخل؛ لأن قوله: لا بل ثلاثًا، غير مستعمل تام بنفسه، فتعذر أن يجعل تنجيزًا فصار تعليقًا. [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب][1].

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل و(ك) وأثبتناه من (س).

(باب التشكيك والتخيير في الطلاق)

(**المبسوط**): ولو قال: أنت طالق، أو غير طالق، أو لا شيء، أو أنت طالق أو لا، لا يقع شيء؛ لأنه أدخل الشك في الإيقاع، لأنه رَدّده بين الإثبات والنفي، فلا يقع بالشك.

وكذا لو قال: أنت طالق إلا؛ لأن هذا استثناء، والإيقاع إذا لحقه الاستثناء يبقى إيقاعًا.

وكذا لو قال: أنت طالق إن كان، أو أنت طالق إن لم يكن، وإن لم يكن وإن لم.

وفارسيته: (أدا أوادا ولولا) ذكره في الفتاوى لأبي الليث؛ لأن هذا شرط، والإيقاع إذا لحقه شرط لم يبق إيقاعًا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا، أو لا شيء، أو قال واحدة، أو لا شيء تقع واحدة عند أبي حنيفة، ومحمد وعند أبي يوسف رحمهم الله: لا يقع شيء؛ لأنه أدخل كلمة الشك في إيقاع الواحدة، لأن هذا إيقاع الواحدة لا يكون هذا إيقاعًا وواحدة؛ لأن اللفظ إذا قرن به العدد كان إيقاعًا لعدد.

لهما: أنه أدخل كلمة الشك عقيب ذكر الواحدة، فتيقنت كلمة الإيقاع بلا شك، فصار كأنه قال: أنت طالق واحدة، أو غير واحدة تقع واحدة، فكذا هذا.

ولو قال: أنت طالق فماتت، فقال الزوج ثلاثا موصولا ثلاثا، لا يقع شيء؛ لأن العدد إذا قرن بالإيقاع يكون الموقع هو العدد، فصادفها الموقع، وهي ميتة فلا يقع، وكذا لو قال: أنت طالق للسنة، أو أنت طالق بائن، فماتت قبل أن يقول للسنة، أو بائن لا يقع شيء؛ لأن السنة والبائن حقيقة للإيقاع لا للتطليقة، فيتوقف الإيقاع على ذكر الصفة، وأنه لا يتصور بعد الموت.

ولو قال: أنت طالق تطليقة حسنة، فماتت قبل أن يقول حسنة طلقت؛ لأن هذه صفة للتطليقة دون الإيقاع، فلا يتوقف الإيقاع على وجود صفة التطليقة.

ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، فماتت قبل قوله: إن دخلت الدار ولم

يطلق؛ لأن صدر الكلام توقف على آخره لوجود ما يغيره، وهو ذكر الشرط في آخره، فخرج من أن يكون إيقاعًا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا يا عمرة، فماتت قبل قوله يا عمرة طلقت؛ لأن بهذا لا يتغير صدر الكلام، ولا يتوقف على وجود ذكره.

ولو قال: أنت طالق، وهو يريد أن يقول ثلاثا، فقيل: أن يقول ثلاثا أمسك غيره فمه، أو مات تقع واحدة؛ لأنه أوقع الواحدة لا غير.

ولو قال: أنت طالق [ثلاثًا][1] إن شاء الله تعالى، فماتت المرأة قبل الاستثناء لم يقع شيء؛ لأن قوله: إن شاء الله إذا وُصِلَ بالكلام أبطله، والموت ينافي إيجاب الطلاق ولا ينافي ما يبطل به الإيجاب، بل يلائمه، فصح الاستثناء فلم يبق الكلام إيقاعًا.

(فصل)

لو قال: أنت طالق واحدة، أو ثنتين، فالبيان إليه؛ لأن أو كلمة تخيير وتشكيك، وقد أدخلها في العدد لا في الإيقاع، فيتبين به أن الموقع أحدهما لا يعينه، فكان البيان إليه، كما في كفارة اليمين.

ولو قال ذلك لغير المدخول بها تقع واحدة، ولا يخير الزوج؛ لأنها صارت أجنبية، فلا يبقى للزوج ولاية التعيين.

ولو قال: أنت طالق وفلانة، أو فلانة يقع عليها، وعلى إحدى الأخريين؛ لأن كلمة التشكيك دخلت بين الثانية والثالثة، فيخير فيهما، والأولى سلمت عن التشكيك وطلقت.

ولو قال: أنت طالق، أو فلانة وفلانة تقع على الأخرى، وعلى إحدى الأوليين، والبيان إليه؛ لأن كلمة التشكيك دخلت على الأولى، والثانية لا على الأخيرة.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (ك).

(فصل)

له أربع نسوة، فقال: أنت طالق، أو هذه وهذه، أو هذه، فله الخيار في إحدى الأوليين، وإحدى الأخريين.

ولو قال: أنت طالق لا بل هذه، أو هذه لا بل هذه طلقت الأولى والآخرة، وله الخيار في الثانية والثالثة لما عرف.

ولو قال: عمرة طالق، أو زينب إن دخلت الدار، فدخلتها خير في إيقاعه على أيهما شاء؛ لأنه علق بالدخول طلاقا مترددًا بينهما.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا، أو فلانة عليّ حرام، وعنى به اليمين لم يخير على البيان حتى تمضي أربعة أشهر، فإذا مضت، ولم يقر بها يخير على أن يوقع طلاق الإيلاء، أو طلاق الصريح؛ لأن قبل مضي هذه المدة هو مخير بين الطلاق، والتزام الكفارة، وأحدهما لا يدخل في الحكم، فلم يلزمه القاضي، وبعد مضي المدة الواقع أحد الطلاقين، وذلك يدخل في الحكم فيلزمه.

ولو قال: امرأته طالق، أو عبده حر، فمات قبل البيان، فعند أبي حنيفة: عتق العبد، ويسعى في نصف قيمته؛ لأنه يعتق في حال دون حال، فعتق نصفه، وبطل الطلاق؛ لأن الثابت أحدهما، فإذا ثبت العتق بطل الطلاق.

وعند محمد، وزفر: يقع من كل واحد منهما نصفه؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، وللمرأة نصف الميراث، وثلاثة أرباع الصداق إن كانت غير مدخولة، ولا ميراث لها من السعاية.

وعن أبي يوسف: لها نصف الميراث من السعاية وغيرها.

(باب طلاق الغاية والظرف)

أصله: أن حرف الظرف متى أدخل على الوقت والمكان يكون للظرف حقيقة؛ لأنهما يصلحان للظرف، لأنه يتصور فيهما حلول المظروف، وهو الطلاق، ومتى أدخل على الفعل يصير بمعنى الشرط مجازًا؛ لأن الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق من

حيث كونه، ووقوعه فيه، ويصلح ظرفا من حيث تعلقه به؛ لأن للظرف تعلقًا بالمظروف من حيث الحصول، والوقوع فيه، والشرط تعلق بالمشروط من حيث الوقوع عنده.

ولو قال: أنت طالق في دخول الدار، أو في ذهابك، أو في مجيئك، أو في أكلك، أو في شربك لم تطلق حتى تفعل؛ لأنه تعذر أن يجعل الفعل ظرفا، فصار شرطًا، ولأنه يستعمل حرف في بمعنى حرف مع قال الله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أي: مع عبادي، فصار كأنه قال: أنت طالق مع دخولك الدار.

ولو صرح بهذا يتعلق بالدخول، فكذا هذا.

ولو قال: أنت طالق في الدار، أو في مكة، أو بمكة طلقت للحال؛ لأن المكان يصلح ظرفًا، لكونها طالقًا؛ لأن الطلاق متى وقع في مكان وقع في سائر الأماكن، والظرف موجود، فيقتضي وجود المظروف لا محالة.

ولو نوى حال الدخول أو، إتيان مكة صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه يحتمل الإضمار.

وذكر في (**النوادر**): لو قال: أنت طالق في الليل والنهار تطلق واحدة؛ لأن الطالق في الليل طالق في النهار.

ولو قال لها: أنت طالق مصلية، أو مريضة طلقت للحال؛ لأنه وصفها بوصف، ولم يذكر حرف التعليق، فصار كما لو قال: أنت طالق وأنت آكلة، أو قاعدة، أو راكبة.

وكذلك لو قال: وأنت مريضة؛ لأن الواو للعطف حقيقة لا لبيان الحال، ويصدق في نية حالة الصلاة والمرض ديانة لا قضاء.

ولو قال: في صلاتك، أو في مرضك يتعلق به لما عرف.

ولو قال لامرأتيه: أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت إحداهما؛ لأن قوله أطولكما حياة ينصرف إلى طول الحياة في مستقبل، لأن اليمين يقتضي شرطًا في المستقبل، وهذه تثبت للباقية مقصورًا على الحال.

ولو قال: أنت طالق في غد، ولا نية له طلقت حين يطلع الفجر.

وإن نوى آخر النهار صدق عند أبي حنيفة قضاء.

وعندهما: يصدق ديانة لا قضاء.

وكذلك على هذا لو قال: أنت طالق في رمضان، ونوى أجزاءه.

لهما: أنه جعل الغد كله ظرفًا، لكونها طالقا، فيقع في أوله ليكون الغد كله ظرفا، كما لو قال: أنت طالق غدًا، ونوى آخره، ولا يصدق. له: أن الظرف يقتضي أن يكون المظروف فهي، ولا يقتضي أن يكون المظروف شاغلًا، وواقعًا في جميع أجزائه، كما يقال: الحيطة في الجوالق، وكنت في الظل، أو في الشمس، وركبت في أمس، يراد به كونه في البعض دون الكل، ففي أي جزء وقع الطلاق كان الغد ظرفًا له، إلا أنه إذا لم يكن له نية وقع في أول جزء منه؛ لأنه صالح للوقوع فيه، ولا معارض له، فإذا نوى الجزء الأخير تعين ذلك بتعيينه، وصار أولى من سائر الأجزاء، بخلاف قوله: أنت طالق غدًا؛ لأن قوله: غدًا فاسم الغد يقع على كل النهار فلا يملك تبعيضه في الحكم وقوله: في غد يقع على جزء منه، فأي جزء نوى كان تعيينًا لا تعبيرًا.

مثاله: لو قال: إن صمت شهرًا فعبده حر، يقع عليه صوم جميعه، ولو قال: إن صمت يقع على صوم ساعة منه.

(فصل)

ولو قال: أنت طالق واحدة في ثنتين، إن نوى الثلاث يقعن؛ لأن فيه تذكرًا، ويراد به مع، لما بينا، فصار كأنه قال واحدة مع ثنتين، وإن نوى الضرب والحساب، أو لا نية له تقع واحدة.

وعند زفر: تقع ثنتان؛ لأن الواحدة في اثنتين بطريق الضرب اثنان.

لنا: أن ضرب العدد في العدد فيما ليس بمنسوخ يستعمل لتكبير الأجزاء دون تكبير العدد؛ لأن الواحد بالضرب في اثنين لا يزداد في نفسه، ولكن يتفرق في أجزائه، فصار معنى قوله واحد في عشر؛ أي: واحد له عشرة أجزاء، والطلقة التي لها أجزاء واحدة.

ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحد إلى ثنتين، فهي واحدة.

وإن قال: من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، فهي ثنتان عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقع أكثر ما يحكم به.

وعند زفر: في الوجه الثاني تقع واحدة، وفي الأول لا يقع شيء؛ لأن عنده الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية، كما لو قال: بعت من هذا الحائط إلى هذا الحائط، فإن بقي بين الغايتين شيء يقع، وإلا فلا.

وعندهما: الغايتان يدخلان تحت المضروب له الغاية؛ لأن من ضرورة صيرورتهما غايتين وجودهما، ومن ضرورة وجودهما وقوعهما.

وعند أبي حنيفة: الغاية الأولى تدخل دون الثانية، بناء للأمر على العادة، فإنه يراد بمثل هذا الكلام أكثر من القليل، وأقل من الكثير، كما يقال: شيء من ستين إلى سبعين، أو ما بين ستين إلى سبعين، ويراد به: أن سنه أكبر من ستين، وأقل من سبعين، وقد حاج الأصمعي زفر بهذا، فتخير زفر رحمه الله.

(**الجامع**): لو قال: أنت طالق فيها دخولك الدار طلقت للحال؛ لأنه جعل الطلاق ظرفًا للدخول، فإنه لا يصلح ظرفا، فبقي مرسلا.

ولو قال: أنت طالق في حيضك، وهي حائض لم تطلق حتى تحيض أخرى؛ لأنه عبارة عن درور الدم، وبروزه لوقته، فكان فعلًا، فصار شرطًا، كما في الدخول، والشرط يعتبر في المستقبل لا في الماضي.

ولو قال: أنت طالق في حيضة، أو في حيضتك لم تطلق حتى تحيض وتظهر؛ لأن الحيضة اسم للحيضة الكاملة، لقوله صلى الله عليه وسلم في سبايا أوطاس: "**ألا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة**"[1] وأراد بها كمالها.

---

(١) أخرجه أحمد ٤/١٢٧ (١٧٢٨٤). والترمذي (١٤٧٤) قال: حدثنا محمد بن يحيى، وغير واحد. وفي (١٥٦٤) قال: حدثنا محمد بن يحيى النيسابوري.

=

ولو قال: أنت طالق في ثلاثة أيام طلقت للحال؛ لأن الوقت يصلح ظرفًا، لكونها طالقا، ومتى طلقت في وقت طلقت في سائر الأوقات.

ولو قال: أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام لم تطلق حتى يجيء اليوم الثالث؛ لأن المجيء فعل، فلم يصلح ظرفًا، فصار شرطًا، ولا يحتسب اليوم الذي حلف فيه؛ لأن الشروط تعتبر في المستقبل لا في الماضي، ومجيء اليوم يكون من أوله، وقد مضى جزء أوله.

ولو قال في مضي يوم: لم تطلق من الغد؛ لأن المجيء عبارة عن مجيء أول جزئه، يقال: جاء يوم الجمعة، كما طلع الفجر، وجاء شهر رمضان، كما هلَّ الهلال.

وإن لم يجئ كله، فصار كأنه قال: أنت طالق إذا جاء أول جزء من اليوم، فأما المضي، فعبارة عن ذهاب جميع أجزاء اليوم الثاني لتحقق مضي جميع يوم.

(باب إضافة الطلاق إلى الملك)

فيه فصلان:

فصل في إضافة الطلاق إلى الملك مرة.

وفصل في الإضافة إليه مرارًا.

(فصل)

ولو قال لأجنبية: إن تزوجتك فأنت طالق، فتزوجها طلقت خلافًا للشافعي؛ لأن هذه يمين عقدت لمنع النفس عن التزوج، لأن اليمين بغير الله ذكر شرط، وجزاء علق به، وقد وجد؛ لأن التزوج يصلح شرطًا، لكونه معدوما على خطر الوجود فيتصور المنع من تحصيله، والطلاق يصلح جزاء؛ لأنه يترك عند التزوج قطعا على تقديم تعلقه به، وهو مخوف؛ لأنه يلزمه المهر مع فقدان نعمة النكاح، فيكون مانعا من التزوج، واليمين صحيحة بدون الشرط، وهو الملك؛ لأن محل اليمين بذاتها

=

كلاهما: (أحمد بن حنبل، ومحمد بن يحيى) عن أبي عاصم النبيل، عن وهب بن خالد، أبي خالد الحمصي، قال: حدثتني أم حبيبة بنت العرباض، وهو ابن سارية، فذكرته.

وأثرها، وهو منع النفس من إيجاد الشرط هو الحالف، وله ولاية على بعضه، وبهذا تبين أنه ليس بتطليق للحال؛ لأن التطليق ما يفضي إلى وقوع الطلاق، وهذا مانع من الوقوع بواسطة منعه من وجود الشرط، وإنما يصير تطليقا عند وجود الشرط بشرط الملك عنده، وقد وجد.

ولو قال لأجنبية: أنت طالق يوم أكلمك لا يقع؛ لأنه لم يضف إلى الملك، والملك عند وجود الشرط شرط لصحة اليمين.

ولو قال: إن تزوجتك فأنت طالق طالق، فتزوجها طلقت واحدة؛ لأنه لم يعطف الثانية على الأولى، فلا تتعلق بالشرط، فيبقى مخيرا فبطل؛ لأنها صارت مبانة بالأولى.

ولو قال: إذا تزوجت امرأة، فهي طالق فتزوج امرأتين تطلق إحداهما، والبيان إليه؛ لأن الشرط حينه.

تزوج امرأة مطلقة، وقد وجد وزيادة، إلا أن المطلقة غير معينة، فكان البيان إليه.

ولو كان قال وحدها لا يقع شيء؛ لأنه جعل الشرط. تزوج امرأة موصوفة بصفة الواحدة، والانفراد في النكاح، ولم يوجد هذا الوصف، فإن تزوج أخرى بعدها وقع عليها؛ لأنه وجد هذه الصفة فيها.

ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، فوكل رجلًا، فتزوجها يقع؛ لأن التوكيل في النكاح سفير ومعبر، فيكون فعله في التزويج بمنزلة فعل الموكل، ولا يصدق قضاء أنه أراد المباشرة بنفسه؛ لأنه نوى تخصيص العام بضميره وهو العتاق.

(فصل)

ولو قال: يوم أتزوجك فأنت طالق، قال ذلك ثلاث مرات فتزوجها تقع الثلاث؛ لأن هذه أيمان، ذكر لكل واحدة شرط على حدة، والتزوج الواحد يصلح شرطًا للحنث في أيمان كثيرة، كما في الدخول، فوقع كل تطليقة مع شرط الحنث بلا واسطة.

ولو قال: إذا تزوجتك فأنت طالق، فأنت عليّ كظهر أمي، ووالله لا أقربك، ثم

تزوجها وقع الطلاق، وبلغوا الظهار والإيلاء عند أبي حنيفة رحمه الله، خلافًا لهما لما عرف أن عنده يترك الطلاق أولا، فتصير مبانة.

وعندهما: يترك جملة.

ولو قال: إن تزوجتك فوالله لا أقربك، وأنت عليّ كظهر أمي، فأنت طالق، فتزوجها وقع الطلاق، وصح الظهار والإيلاء؛ لأنها بنزول الظهار والإيلاء لا تصير مبانة.

وكذلك لو قال: إن تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك، فأنت عليّ كظهر أمي، ثم تزوجها صحًّا؛ لأنهما يمينان ذلك لكل واحدة شرطا على حدة، وهو التزوج فنزلا معا.

(**النوادر**): ولو قال: أي امرأة أتزوجها فهي طالق، فهذا يقع على امرأة واحدة وفارسيته: هوكد أم رب كي يربي كتم.

وروي عن محمد رحمه الله: لو قال لوالديه: كل امرأة أتزوجها ما دمتما حيّين، فهي طالق، فمات أحدهما بطلت اليمين، وهو الصحيح؛ لأن شرط الحنث التزوج في حياتهما، ولم يوجد.

ولو قال لوالديه: إن زوجتماني امرأة فهي طالق، فزوجاه امرأة بأمره لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح، لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح؛ لأنه لم يأمرها بالتزويج عند التعليق، وتزويجها له بغير أمره غير صحيح، فلم يصر مضافا إلى الملك.

ولو قال: أكر فلانة مرابزني دهند فهي طالق فتزوجها لا تطلق؛ لأنه حنث بالتزويج قبل الدخول في نكاحه.

وذكر الناطفي في "واقعاته": لو قال آكرد حتر فلان مراد هندورا طلاق، فتزوجها لا تطلق؛ لأنه لم يذكر النكاح.

ولو قال: مرانزني دهيد ورا طلاق تطلق.

وقال غيره من مشايخنا: مرادهند ومرانزني دهند سواء، ولا تطلق فيهما؛ لأنه حنث بالتزويج قبل الدخول في نكاحه، فصار كما لو قال: إن حبست في نكاحك فأنت طالق تحبس ثم تزوجها لا تطلق؛ لأنه حنث قبل التزوج.

ولو قال: إن تزوجت امرأة إلى خمس سنين، فهي طالق، فتزوج في السنة

الخامسة طلقت؛ لأن السنة الخامسة دخلت تحت اليمين، ألا ترى لو استأجر دارًا إلى خمس سنين دخلت السنة الخامسة في الإجازة. امرأة، قالت لرجل: زوجت نفسي منك، فقال لها: فأنت طالق طلقت؛ لأنه يثبت القبول منه بمقتضى قوله: أنت طالق تصحيحا له، فصار كما لو قال: تزوجتك فأنت طالق.

ولو قال لها: أنت طالق لم تطلق؛ لأنه لما لم يذكر بحرف الفاء لم يصر مجيبا لها، بل صار مبتدئا بكلام، فلم يثبت القبول بمقتضاه. نظيره لو قال لآخر: بعتك عبدي هذا بألف درهم، فقال: فهو حر عتق، ولزمه المال.

ولو قال: هو حر لم يعتق.

قال محمد: امرأة قالت لرجل تزوجتني، فقال لها: أنت طالق، فهذا إقرار بالنكاح.

وكذلك لو قال لامرأة مر بها: أنت طالق ثلاثا، ثم رادها عنده، فقال: كنت طلقتها وهي ليست بامرأة لي يومئذ لا يقبل ذلك منه.

وعن أبي يوسف: أنها لا تطلق حتى يشهدوا عليه أنه طلقها، وهي منكوحته يومئذ، وكذلك هذا في العتق.

ولو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها من أقرانك فهي طالق، فهي من ولدت معها في سنة، فما دونها فهي من أنسابها.

ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، إن أمرت فلانا فزوجنيها فهي طالق، وأمره حتى زوّجه طلقت ثنتين إحداهما بالأمر بالتزويج، والثانية بتزوجه بنفسه.

(**الفتاوى**): رجل قال: (هرزني كى وي رابودا) وقال: (هرزني كه ويراباشد) فهي طالق إن لم ينو شيئًا يقع الطلاق على التي تزوجها، ولا يقع على التي عنده وقت اليمين، هكذا اختاره الفقيه أبو الليث؛ لأن قوله: هرزني مرابودا وناسد صار عبارة عن قوله: هرزني لي ترني كيد عرفا، فانصرف المطلق إلى المتعارف.

وإن نوى الكائبة والحديثة يفتح عليهما؛ لأنه نوى ما يحمله؛ لأنه يصير عبارة

عن الكائنة في هذه، أو عند وجود الشرط إن علق الطلاق بالشرط، فالقديمة كائبة، والمتزوجة كذلك.

وإن نوى القديمة دون الحديثة لم يذكر مشايخنا فيه جوابا، والظاهر أنه يقع الطلاق عليهما.

وكذلك لو قال: هررني كي ورانود وباسد؛ لأن قوله باسد تأكيد لقوله يود، وقيل على قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يقع على المتزوجة؛ لأن قوله: يود وياسد يرجعان إلى معنى واحد، فصار الثاني حشوًا لغوًا، فصار فاصلا، فلا ينعقد اليمين، والفتوى على الأول.

رجل قال: كل امرأة أتزوجها في قرية كذا فهي طالق ثلاثا، فتزوجها في غير تلك القرية لم يحنث؛ لأنه لم يتزوجها في تلك القرية.

ولو قال: كل امرأة اجتمع رأسي مع رأسها على المرفقة فهي طالق، أو قال: كل جارية أطأها فهي حرة، فتزوج امرأة، أو اشترى جارية، فوطئها لم تطلق، ولم تعتق؛ لأنه لم يضف الطلاق إلى النكاح، والعتاق إلى الملك، فلم يصح اليمين.

ولو قال: إن تزوجت امرأة ما دمت بالكوفة، فهي طالق، ففارق الكوفة، ثم عاد إليها، فتزوج امرأة لا تطلق؛ لأنه جعل شرط كونه بالكوفة غاية ليمينه، فإذا فارق الكوفة انتهت اليمين. رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك ما عشت، فحلال الله عليّ حرام، ثم قال لامرأته: إن تزوجت عليك، فالطلاق واجب عليّ، ثم تزوج عليها تقع على كل واحدة منهما تطليقة على القديمة والحديثة، وتقع تطليقة أخرى يصرفها إلى أيتهما شاء؛ لأن اليمين الأولى انصرفت إلى الطلاق عرفا، فينصرف إلى طلاق كل واحد منهما، واليمين الثانية يمين بطلاق واحد، فإذا تزوج امرأة انحلت اليمينان جميعًا، فوقع باليمين الأولى على كل واحد تطليقة، وباليمين الثانية تطليقة متهمة مترددة بينهما؛ لأنه قال: الطلاق واجب، ولم يقل طلاقك، أو طلاق ضرتك، فيكون بينهما.

ولو قال: إن تزوجت امرأة كان لها زوج، فهي طالق، فطلق امرأته بائنة، ثم

تزوجها لم تطلق؛ لأن اليمين وقعت على غيرها دلالة، لأن الحامل على هذه اليمين غبطة ملحقة بسبب زوجها، وهذا إنما يكون من غيره.

(**الجامع الصغير**): لو قال: إن تزوجت عليك فهي طالق، فتزوج عليها في عدة من طلاق بائن لا تطلق؛ لأن التزوج عليها أن يدخل عليها في عدة من طلاق بائن من ينازعها في الفراش، ويزاحمها، ويساهمها في القسم، ولم يوجد.

(**الجامع الكبير**): ولو تزوج امرأة على أنها طالق، صح النكاح، ولا يقع الطلاق؛ لأن كلمة "على" تقتضي المقارنة؛ لأنه كلمة شرط، والشرط المذكور في العدة يثبت مع العقد، كما لو باع على أنه بالخيار، فيفترقان، فصادفها النكاح، والطلاق، وهي أجنبية فصح النكاح دون الطلاق.

(باب إضافة الطلاق إلى أول التزوج أو إلى آخره أو بعده أو قبله)

أصله: أن الأول اسم لفرد سابق، والآخر اسم لفرد لاحق، فالمرأة متى اتصفت بالأولية جاز أن تتصف بالآخرية؛ لأنه مما يتكرر ويتعدد.

ولو قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأتين، ثم امرأة لا تقع؛ لأن الأول اسم لفرد سابق، ولم يوجد.

ولو تزوج امرأتين في عقدة إحداهما نكاحًا فاسدًا تطلق التي نكاحها صحيح؛ لأن اليمين انعقدت على أول امرأة يتزوجها نكاحًا صحيحًا؛ لأن النكاح متى أضيف إلى المستقبل يتناول الصحيح دون الفاسد، ألا ترى لو حلف لا يتزوج، فتزوج امرأة نكاحًا فاسدًا لا يحنث، وكذا لو قال لامرأته: إن لم أتزوج عليك اليوم فأنت طالق، فتزوج امرأة نكاحًا فاسدًا تطلق امرأته.

ولو قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة، ثم امرأة لا تقع على

الأخيرة حتى يموت الزوج بجواز أن يتزوج عليها أخرى، فتكون هذه أوسط الأجزاء، فالأخيرة لا تتحقق إلا بالموت، فإذا مات الزوج يقع الطلاق عليها من حين التزوج.

عند أبي حنيفة: حتى لو دخل بها لزمه مهر، ونصف نصف بالطلاق قبل الدخول، ومهر بالدخول بناء على عقد فاسد، وتعتد بثلاث حيض.

وعندهما: يقع مقصورًا على الحال وعليه مهر واحد، وعليها عدة الوفاة، والطلاق عند محمد.

وعند أبي يوسف: عليها عدة الطلاق لا غير.

لهما: أن وصف الآخرية للمرأة، إنما يثبت في آخر جزء من حياته؛ لأنه يثبت لعدم فعل الزوج عليها، فيصير كأنه قال: إن لم أتزوج عليك امرأة، فأنت طالق، فلم يتزوج حتى مات طلقت للحال، فكذا هذا. له: أن شرط وقوع الطلاق تزوج امرأة هي آخرة حال التزوج، لكن لم يتيقن بصفة الآخرية للحال، لجواز التزوج عليها، فإذا بلغ آخر جزء من أجزاء حياته وقع الناس عن التزوج عليها، فظهر ثبوت هذه الصفة لها من حين التزوج، فيقع الطلاق من حينه بخلاف قوله: إن لم أتزوج عليك؛ لأن الطلاق معلق بترك الفعل، والترك يتحقق عند اليأس عن التزوج، فيقتصر الطلاق على الحال.

(**المنتقى**): ولو قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة وابنتها في عقدين، ثم مات، ولا يعلم أنهما أول، فللأم نصف الصداق، ولا ميراث لها، وللبنت الصداق كاملا، ولها الميراث كاملا؛ لأنه يوقع الأمر على تزويج الحلال، وهو تزويج البنت، فإنه يحل بكل حال قبل الأم، وبعدها ما لم يدخل بالأم.

وكذلك رجل مات، وتحته أمة وحرة، وتزوجهما في عقدتين، ولا يعلم أنهما أول، فلكل واحدة منهما المهر كاملا؛ لأنه يحمل أمره على أنه تزوج الأمة أولا.

(**الجامع**): ولو قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة، ثم امرأة فطلق الأولى اتصفت بالأولية في النكاح الأول، وهذا السبب قائم في النكاح الثاني، فبقي فيها صفة الأولية، فلا يجوز أن يتصف بالآخرية نظيره لو قال: آخر عبد أضربه فهو

حر، فضرب عبدًا، ثم ضرب الأول ثانيا، ثم مات الخالف عتق العبد الثاني دون الأول.

ولو قال: آخر تزويج أتزوجه، فالتي أتزوج طالق ففعل، كما ذكرنا طلقت التي تزوجها مرتين؛ لأنه جعل الآخرية وصفًا للتزوج، وإنه مما يتكرر ويتعدد، فجاز أن يتصف التزوج الثاني بالآخرية، فأما ذات المرأة مما لا يتبدل، فمتى اتصفت بالأولية لا تتصف بالآخرية.

ولو قال: آخر امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة مرتين، ثم مات لم تطلق؛ لأنها لم تتصف بالآخرية.

ولو قال: آخر تزويج أتزوجها فهي طالق، والمسألة بحالها طلقت؛ لأنه اتصف التزوج الثاني بالآخرية.

ولو قال لعبده: آخركم تزوجًا حر، فتزوج عبد ثم عبد ثم عبد ثم الأول، وذلك كله بأمر المولى، ثم مات المولى لم يعتق واحد منهما؛ لأنه جعل الآخرية صفة للعبد، ولم يتيقن بثبوت هذه الصفة للعبيد بجواز أن يتزوج غيره بعد موت المولى، فلا يكون هو آخرا، إلا إذا مات الباقون قبل موت السيد، فيكون هو آخر عبد تزوج فيعتق.

ولو قال: آخركم تزوجًا اليوم حر، والمسألة بحالها عتق الذي تزوج مرة، فصار جملة أول الباب.

ولو قال: آخر تزويج يكون من أحدكم فصاحبه حر، فتزوج عبد، ثم عبد، ثم الأول عتق الذي تزوج مرتين إذا غابت الشمس لما مر.

الأصل أنه متى أقر بشرط الحنث في الطلاق وله امرأة معروفة، ثم ادعى صرفه إلى امرأة أخرى مجهولة لا يصدق؛ لأنه خلاف الظاهر، لأنه متى أقر بالشرط، فقد أقر بطلاق المعروفة ظاهرا، فلا يصدق بخلافه.

ولو قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق ثلاثًا، فتزوج امرأة، ثم زعم أنه كان تزوج قبلها أخرى لم يصدقه القاضي، لما بينا، ثم المجهولة إن كذبته في النكاح، فلا شيء لها، وإن صدقته فيه، فعليه نصف المهر بإقراره، أنه وقع الطلاق قبل الدخول.

ولو قال: إنما كنت تزوجتها مع أخرى لا تطلق المعروفة؛ لأنه أنكر شرط وقوع الطلاق؛ لأن الأول اسم لفرد سابق، فصار منكرا للوقوع، فيكون القول له.

وكذا لو قال: إن كانت فلانة أول امرأة أتزوجها، فهي طالق فتزوجها، ثم ادعت أنها أول، وقال الزوج: تزوجت قبلها أخرى لم تطلق؛ لأنه أنكر الشرط أصلا.

ولو نظر إلى امرأتين، فقال: أول امرأة أتزوج منكما طالق، فتزوج إحداهما، وادعت الطلاق، وادعى الزوج أنه قد تزوج قبلها الأخرى، وجحدت الأخرى ذلك طلقت المتزوجة؛ لأنه قد أقر بالشرط والوقوع، وادعى صرف الطلاق عن المعروفة فلا تصدق.

(باب إضافة الطلاق إلى وقت موصوف)

(**الجامع**): أصله: أن الطلاق المضاف إلى وقت موصوف بصفة لا يقع ما لم يوجد الوقت بتلك الصفة، كالمعلق بالشرط الموصوف بأن قال: إن دخلت الدار وأنت راكبة، أو حافية فأنت طالق لا يقع ما لم يوجد الدخول بتلك الصفة، فيكون الوصف بمعنى الشرط، وليس بشرط حقيقة؛ لأن الزوج لم يجعله شرطًا، بل جعله وصفًا للشرط، فتوقف الطلاق عليه، ووقع معه لا قبله، ولا بعده؛ إذ لو تأخر وقوع الطلاق عنه يكون شرطًا حقيقة.

ولو قال لأجنبية: أنت طالق قبل أن أتزوجك بشهر، فتزوجها لا تطلق؛ لأن الطلاق مضاف إلى وقت موصوف بكونه قبل التزوج، لا إلى التزويج، والتزويج موجود بصفة القبلية للوقت، فيكون موجدًا للشرط لا شرطًا، فيوقف الطلاق عليه ووقع معه، والطلاق لا يقع مع النكاح،أي: مقارنًا له.

ولو قال: أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك، أو أنت طالق الساعة إذا تزوجتك، أو أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن تحلق، فتزوجها طلقت؛ لأن بقوله: أنت طالق إن تزوجتك تم الشرط والجزاء، فصح التعليق، وبقوله: قبل أن أتزوجك قصد إبطال التعليق، لا إنه أثبت وصفًا للجزاء لا يليق به، فإنه لا يمكن، فلغى قوله قبل أن أتزوجك، وكذا إذا قال في آخره إذا تزوجتك، فقد نسخ ما قبله، فانتسخ فتعلق

الطلاق بالتزوج كما لو قال: أنت طالق قبل أن تدخلي الدار إن دخلها يتعلق بالدخول، ويلغو قوله قبل أن تدخلي.

ولو قال: إن تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك، أو قال: قبل ذلك بشهر، فتزوجها لم يطلق عند محمد، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: يطلق؛ لأنه لو قدم الجزاء يطلق، فكذا إذا أخر؛ لأن الجزاء يتأخر عن الشرط وقوعا، فلا فرق بين تقديم الجزاء وتأخيره.

لمحمد: أنه متى أخر الجزاء، فقد علق بالتزوج طلاقا قبل التزوج، وذلك باطل، فقد علق به طلاقا، فلم يصح، ومتى قدم الجزاء، فقد علق به طلاقا متعريا عن ذلك الوقت، فقد صح التعليق لوجود ذكر الشرط، والجزاء ولغى ذكر الوقت بعده.

(**الزيادات**): لو قال: إن تزوجت فلانة بعد فلانة، فهما طالقان فتزوجهما، كما قال طلقتا؛ لأنه أضاف الطلاق إلى تزوجهما، لأن قوله: بعد فلانة؛ أي: بعد تزوج فلانة، فصار تزوج فلانة مذكورا ضرورة، وقد تزوجهما كما شرط، فوجد الشرط فترك الطلاق.

ولو قال: إن تزوجت فلانة قبل فلانة، فهما طالقان، فتزوج الأولى طلقت؛ لأن الشرط في حقها قد وجد وهو القبلية؛ لأن وصف الشيء بالقبلية لا يقتضي وجود ما بعده، كما لو قال: جاءني زيد قبل عمر، فجاء زيد يكون صادقا، وإن لم يجئ عمر بعده، ولهذا لو قال لامرأته: أنت طالق قبل قدوم فلان تطلق للحال قدم فلان، أو لم يقدم.

وإن تزوج الثانية طلقت أيضًا، وقيل: ينبغي أن لا تطلق؛ لأن نكاح الثانية غير مذكور صريحا، ولا ضرورة أنه مرضعات المذكورة؛ لأنه ليس من ضرورة تقدم نكاح الأولى، تأخر نكاح الثانية قبل هو مستغنى عنه، بخلاف ما تقدم؛ لأن من ضرورة تأخر نكاح الأولى تقدم نكاح الثانية، فصار نكاحها مذكورًا ضرورة.

ولو قال: إن تزوجت حرة على أمة، فهما طالقان، فتزوج أمة ثم حرة عليها طلقتا حين تزوج الحرة؛ لأن معنى قوله: على أمة؛ أي: على نكاح أمة،

كقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا تنكح الأمة على الحرة**"[1] أي: على نكاح الحرة، فكان شرط وقوع طلاقها إدخال نكاح الحرة على نكاح الأمة.

ولو قال: إن تزوجت زينب قبل عمرة بشهر، فهما طالقان، فتزوج زينب، ثم عمرة بعدها بشهر، طلقت زينب للحال لوجود الشرط، ولا يستبد، كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر على ما يأتي، ولا تطلق عمرة؛ لأنه أضاف طلاق عمرة إلى شهر قبل تزوجها فلانة ما أضاف طلاقها إلى نكاحها؛ لأن تزوجها لم يصر مذكورًا ضرورة لما بينا.

ولو قال: إن تزوجت زينب قبيل عمرة، فتزوج زينب وحدها لا تطلق؛ لأن قبيل عبارة عن ساعة لطيفة تتصل به ما ذكر عقيبه، وذلك لا تعرف إلا بالتزوج لعمرة، كما لو قال: أنت طالق قبيل الليل لا تطلق، إلا عند غروب الشمس.

ولو قال: قبل الليل تطلق للحال، فإن تزوج عمرة عند ذلك طلقت زينب لا عمرة، لما ذكرنا، وإن طال ما بين التزويجين لم تطلق إحداهما لما عرف.

(**المنتقى**): عن أبي يوسف: لو قال: إن تزوجت امرأة بعد امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة، ثم امرأتين في عقدة طلقت واحدة من الآخرتين، والخيار إليه؛ لأنه تزوج امرأة بعد امرأة.

ولو تزوج امرأتين في عقدة، ثم امرأة طلقت الأخيرة؛ لأنه تزوجها بعد امرأة.

ولو قال: إن تزوجت امرأتين في عقدة، فهما طالقان، فتزوج ثلاثًا طلقت ثنتان منهن، والبيان إليه؛ لأنه تزوج ثنتين في عقدة وزيادة.

(باب إضافة الطلاق إلى وقت مُطْلَقٍ)

ولو قال: أنت طالق يوم أدْخُل دار فلان، ولا نية له، فدخلها ليلًا يقع؛ لأن اليوم متى أضيف إليه فعل لا يقبل التوقيف يراد به الوقت، قال الله تعالى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ ﴾ [الأنفال: ١٦] أراد به الوقت حتى يلحقه الوعيد سواء ولى دبره ليلًا

(١) أخرجه عبد الرزاق (٢٦٨/٧، رقم ١٣١٠١).

أو نهارا، ويقال: يوم لنا ويوم علينا، ولا أراني الله يومك، ويراد به الوقت، والدخول لا يقبل التوقيف، فكان المراد من اليوم الوقت، فصار كأنه قال: أنت طالق إن دخلت دار فلان.

وإن نوى بياض النهار صدق؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وهو متعارف ظاهرًا.

ولو قال: إن دخلت ليلًا، لم تطلق إن دخل نهارًا؛ لأن الليل لا يستعمل للوقت عرفًا، فيبقى اسمًا لسواد الليل وضعًا وعرفًا.

ولو قال: أنت طالق يوم السبت تناول أول سبت؛ لأنه يرجح بالسبق.

ولو قال: أنت طالق إلى قريب، فهو إلى ما نوى؛ لأن مدة الدنيا كلها قريبة في جنب الآخرة وإن لم ينو فإلى أن يمضي شهر إلا يومًا؛ لأن القريب والعاجل ضد البعيد والآجل، والشهر في حد الأجل، وما دونه في حد العاجل لما عرف في الأيمان.

ولو قال: أنت طالق إلى شهر، أو إلى سنة يقع إذا مضى شهر أو سنة.

وقال زفر: يقع للحال، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن قوله: إلى شهر تأجيل أو تأقيت، وكلاهما صفة موجود، فاقتضى هذا وجود الطلاق ليصير هذا تأجيلًا له.

لنا: أن كلمة إلى كما تذكر للغاية تذكر ويراد بها البعد، يقال: أنا قادم عليكم إلى شهر؛ أي: بعد شهر، فإذا تعذر العمل بحقيقتها للغاية؛ لأن الطلاق لا يحمل التأقيت يعمل بمجازه تصحيحًا لكلامه، فيكون هذا إضافة للإيقاع إلى ما بعد الشهر، وإن نوى الوقوع للحال؛ يقع لأنه نوى حقيقة كلامه.

ولو قال: أنت طالق كل سنة ثلاثا تقع ثلاثا من ساعته؛ لأن هذه الساعة من السنة.

(**الجامع**): ولو قال: أنت طالق تطليقة تقع عليك غدًا تطلق حين يطلع فجره؛ لأنه وصف التطليقة بما تتصف به، فإنها مما تتصف بالوقوع غدًا بأن كانت مضافة إلى الغد، فلا يقع بدون ذلك الوصف.

ولو قال: تطليقة لا تقع إلا غدًا طلقت للحال؛ لأنه وصفها بما لا تتصف به، لأنه

ليس من الطلاق ما لا يقع إلا في الغد، بل يتصور وقوعه حالًا، واستقبالا، فلغى ذكر الوصف فبقي مرسلا، كما لو قال: أنت طالق تطليقة بظهر، أو بصبح غدًا.

ولو قال: أنت طالق بعد يوم الأضحى تطلق حين يمضي اليوم؛ لأن البعدية صفة الطلاق، لما بينا، فصار الطلاق مضافا إلى ما بعد يوم الأضحى، فلم يقع قبله.

ولو قال: بعدها يوم الأضحى طلقت للحال؛ لأن البعدية صفة اليوم، فيتأخر اليوم عن الطلاق، فبقي الطلاق مرسلا غير مضاف.

ولو قال: مع يوم الأضحى طلقت حين يطلع فجره؛ لأن (مع) للقران فقد جعل الوقوع مقارنًا لليوم، فيقع معه.

ولو قال: معها يوم الأضحى طلقت للحال؛ لأن حرف (مع) هنا دخل على الوقت، فصار مضيفا الوقت إلى الطلاق، فإضافة الوقت إلى الطلاق باطل؛ لأنه مما لا يتحرى تخلف الوقت، فبقي الطلاق مرسلا، كما لو قال: أنت طالق قبلها يوم الأضحى طلقت للحال.

(باب إضافة الطلاق إلى وقت موصوف)

ولو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر، فقدم فلان قبل مضي الشهر لا يقع؛ لأن الشرط شهر موصوف بكونه قبل القدوم متصل به، ولم يوجد، فإن قدم بعد الشهر يقع الطلاق عند القدوم.

وقال زفر: يقع مستندًا إلى ما قبله بشهر.

له: أن القدوم شرط من وجه؛ لأنه معدوم على حظر الوجود، معرف من وجه؛ لأنه علم على الوقت المضاف إليه الطلاق؛ لأنه يعرف به، ولا يوجد به، فكان علما على وجود الشرط، فمن حيث إنه شرط لا يقع الطلاق، إلا بعد القدوم، ومن حيث إنه علم معرف مستند وقوعه إلى أول الشهر، كما لو قال: أنت طالق قبل موت فلان بشهر.

لنا: أن القدوم في معنى الشرط وليس بمعرف للشرط؛ لأن الشرط شهر موصوف بكونه قبل القدوم، وصفة القبلية للشهر تثبت بالقدوم، فكان القدوم موجدًا

للشرط، وهو ملفوظ على حظر الوجود، فكان في معنى الشرط والجزاء لا يسبق الشرط، بل يقتصر عليه، كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم رمضان بشهر.

ولو قال: قبل موت فلان بشهر يقع مستندا عند أبي حنيفة.

وعندهما: مقصورًا؛ لأن الشرط شهر متصل بالموت، واتصاله به قبل وجوده لا يتكون؛ لأن صفة القبلية للوقت المضاف إليه الطلاق لا تثبت إلا بالموت، فإنه ما لم يمت لا تثبت القبلية للشهر، فصار كالقدوم لأبي حنيفة: أنه لما مضى شهر، فقد تيقنا بوجود شهر قبل موته؛ لأن الموت كائن لا محالة، فصفة القبلية للوقت المضاف إليه الطلاق تثبت قبل وجود الموت، كما انتهى إلى آخر جزء من أجزاء حياته، إلا أن اتصاله بالموت لا يثبت بعد، فإذا بلغ آخر جزء من أجزاء حياته، فقد اتصل الشهر بموته لا محالة، فصار الموت معرفا لذلك الجزء، وشهرا متصلًا بالموت، فيتحقق الشرط قبل الموت، إلا أنا لم نعرف ذلك الجزء إلا بالموت، فصار الموت معرفا لذلك الجزء لا موجدًا للشرط، والطلاق يستند إلى وقت وجود الشرط، ولا يقتصر على المعرف، كما لو قال: أنت طالق بعد دخولك الدار بشهر.

ولو كان الزوج وطئها قبل الموت يجب العقر عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجب لما عرف، وذكر أن الغرق والقتل موت في حق الطلاق، وهذا إذا علق الطلاق بموت الأجنبي، فأما إذا قال: أنت طالق قبل موتي بشهر، أو قبل موتها بشهر، ثم مات الزوج، أو المرأة عنده يقع الطلاق قبل الموت في آخر جزء من أجزاء حياته مستندا.

وعندهما: لا يقع؛ لأنه لو وقع لوقع بعد الموت، والطلاق لا يقع بعد موت أحدهما.

وكذلك لو قال لعبده: أنت حر قبل موتي بشهر عتق عنه، خلافًا لهما.

ولو قال: أنت طالق قبل رمضان بشهر يقع إذا انسلخ رجب؛ لأنّ شهرًا قبل رمضان كائن لا محالة، لأن مجيء رمضان كائن لا محالة، فيكون هذا شهرا قبل موت أحدهما، ووقتا بينهما قبل موت الآخر لا محالة، ولو قال معرفا للشرط محضا.

(**الجامع**): ولو قال: أنت طالق قبل أن تحيضي حيضة بشهر، فمكث شهرًا، ثم رأت يومًا أو يومين دمًا لم تطلق حتى يراه ثلاثا، لاحتمال انقطاع الدم قبل ذلك، فلا يكون حيضًا، فإذا استمر ثلاثا قيل: هي طالق قبل ذلك بشهر عند أبي حنيفة.

والصحيح: أنها تطلق للحال؛ لأن الحيضة غير كائنة لا محالة، بل هي على حظر الوجود قد يوجد، وقد لا يوجد، فيكون شرطًا لا معرفًا، كالقدوم بخلاف الموت؛ لأنه كائن لا محالة.

ولو قال: أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر، فمات أحدهما قبل الشهر لا تطلق أبدًا؛ لأنه لا يتكون الشرط.

وإن مضى شهر، ثم مات أحدهما طلقت، لكن مستندا عند أبي حنيفة، وعندهما: مقتصرًا.

وقال علي الرازي: لا تطلق أبدًا؛ لأن الوقت المضاف إليه الطلاق شهر قبل موتهما، وإنما يتحقق ذلك إذا ماتا معا بعد شهر، وموتهما معا متصور.

لنا: أن موتهما معًا لا يتصور في حقنا لعدم إحاطة علمنا به، فكان مقصود الحالف من اليمين شهرا قبل موت أحدهما، ووقتا بينهما قبل موت الثاني؛ لأن موت الثاني كائن لا محالة، فصار كما لو قال: أنت طالق قبل رمضان وشعبان بشهر تطلق إذا هلَّ هلال رجب، وذلك قبل رمضان بشهرين، لكنه قبل أحدهما بشهر، فكذا هذا.

ولو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان وفلان بشهر، فقدم أحدهما بعد شهر لم تطلق حتى يقدم الآخر، فيقع ساعة يقدم؛ لأنه يجوز أن لا يقدم فلان أصلا، فلا يكون هذا شهرًا قبل موت أحدهما، ووقتا بينهما قبل موت الآخر لا محالة.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا قبل موت فلان بشهر، ثم خلعها بعد مضي بعض الشهر، ثم مات فلان لتمام الشهر، وهي في العدة بطل الخلع ويردّ الزوج ما أخذ عند أبي حنيفة؛ لأن الطلاق وقع مستندا، فيكون الخلع واقعًا بعد وقوع الثلاث، فيكون باطلا.

وعندهما: لا يبطل، ولا يرد؛ لأن الطلاق وقع مقتصرًا، وإن لم تكن في العدة لم

يقع من الثلاث شيء، والخلع على حاله، وتجب العدة في الصورة الأولى عند عامة المشايخ من وقت الموت احتياطا؛ لأن للإسناد شبهين شبه الثبوت، وشبه الطهور، فباعتبار الطهور تجب العدة من أول الشهر وباعتبار الثبوت تجب العدة للحال فيجب للحال احتياطًا.

ولو قال لعبده: أنت حر قبل موتي بشهر، ثم كاتبه، فأدى الكتابة، فعتق ثم مات المولى لتمام الشهر لم تبطل الكتابة بالإجماع؛ لأن المحل قد مات قبل انحلال اليمين.

ولو أدى البعض استرد ما أدى عند أبي حنيفة، خلافًا لهما لما عرف.

ولو قطع يد العبد في الشهر، ثم مات المولى لتمام الشهر يجب على القاطع نصف قيمته؛ لأن الاستناد يظهر في حق القائم دون الفائت والمتلاشي، فيظهر أن القاطع قطع يد العبد، فيكون ذلك للعبد؛ لأنه مكاتب معنى، لأن حاله متردد بين أن يعتق، فيسلم له نفسه، وإكسابه وأولاده الحاصلة بعد الحلف، وبين أن لا يسلم ويرق، وهذا هو معنى المكاتب، وأرش المكاتب له، وهذا يشكل بما لو أعتق أحد عبديه، ثم قطعت يد أحدهما، ثم بين المولى العتق في المقطوعة يده، فالأرش للمولى، وكل واحد منهما بمعنى المكاتب قبل البيان، حتى لا يملك واحد منهما بالسبي، فيجب أن يكون في كلتا المسألتين عن أبي حنيفة روايتان، وإلا فلا تقع الفرق فيهما، ويجوز للمولى بيعه بعد مضي الشهر؛ لأن العتق مضاف إلى شهر متصل بالموت، لأنه معلق بالموت، وذلك لا يمنع صحة البيع، كالمضاف إلى الغد.

وروي عنهما في (**النوادر**): أنه لا يجوز بيعه؛ لأن عتقه بعد مضي الشهر بقي معلقا بمطلق موت المولى، كما لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي، وموت فلان، فله أن يبيعه، فإن مات فلان لا يجوز بيعه، فكذا هذا.

ولو كان مكان العبد أمة، فولدت، فباع المولى الأم، ثم مات المولى لتمام الشهر عتق الولد دون الأم، خلافًا لهما؛ لأنه ثبت العتق في الولد أصلا لا بطريق السراية عن الأم؛ لأنا تيقنا بوجود الولد في البطن يوم الحلف، فصار حالفا بعتقهما

جميعًا؛ لأنه جزء متصل بالأم، وهو قابل للعتق، ألا ترى لو نجز العتق في الأم يصير معتقًا للولد، فكذا إذا حلف.

ولو باع الولد عتقت الأم دونه، ولو باع الأم، ثم اشتراها، ثم مات لتمام شهر منذ حلف يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن العتق عبده لا يقع إلا مستندا، ولا يمكن الاستناد إلا بقيام الملك في جميع هذه المدة، وإن مات لتمام شهر منذ اشتراها عتق؛ لأنه أمكن الاستناد إلى ما قبل موته بشهر.

(باب إضافة الطلاق إلى وقتين وتعليقه بلفظين)

أصله: أن الطلاق متى أضيف إلى وقتين مستقلين، نزل في أحدهما أو لهما ليصير واقعًا فيهما؛ لأنه جعلهما طرفا لكونها طالقًا، ومتى طلقت في أولهما كانت طالقا في آخرهما.

وإن كان أحد الوقتين كائنًا، والآخر مستقبلًا، وبينهما حرف العطف، فإن بدأ بالكائن وقع طلاق واحد في أولهما.

وإن بدأ بالمستقبل وقع طلاقان؛ لأنها متى اتصفت بالطالقية في وقت لا يكون متصفًا به في وقت قبله إلا بسبب آخر، فيقتضي طلاقًا آخر ضرورة لتتصف بكونها طالقًا في الوقتين جميعًا.

وإن لم يكن بينهما حرف العطف، فإنه يتعلق الطلاق بأولهما لفظًا، ويصير الثاني لغوا لأنه بغير الواو يصير الوقت الثاني صفة للأول، وأنه لا يصلح صفة للأول فيلغو، ومتى أضيف إلى أحد الوقتين وقع عند آخرهما؛ لأنه لو وقع عند أولهما لصار مضافا إليهما؛ لأنه يصير كلاهما ظرفا للطلاق مثل الأول لو قال: أنت طالق غدًا، أو بعد غد تقع واحدة في الغد لأنه أضاف الطلاق إلى وقتين مستقلين، فتقع في أولهما.

ومثال الثاني لو قال: أنت طالق اليوم وغد وبعد غد، ولا نية له تقع واحدة.

وقال زفر: تقع ثلاثا؛ لأنه أضاف الإيقاع إلى الغد، وبعد الغد؛ لأنهما معطوفان على اليوم، وقوله: أنت طالق اليوم إيقاع، وليس بإخبار، فكذا في الغد وبعد الغد.

لنا: أن قوله أنت طالق إخبار بحقيقة، وإنما جعل إيقاعا في اليوم الأول، لئلا يصير كذبا هذه الضرورة معدومة في الغد، فإنه متى نفي إخبارا لا يكون كذبا، فبقي إخبارا لما تقتضيه حقيقته.

ولو قال: أنت طالق بعد غد وغد واليوم تطلق ثنتين، خلافًا لزفر؛ لأنه أضاف إلى وقتين أحدهما كائن، والآخر مستقبل، وقد بدأ بالمستقبل بالوقت الكائن.

ولو قال وسط النهار: أنت طالق أول هذا اليوم وآخره واليوم وغدًا يقع واحدة لأنه بدأ بالوقت الكائن، ولو قال آخر هذا اليوم وأوله أو غدًا واليوم تقع ثنتان؛ لأنه بدأ بالمستقبل، ولأنه نجز واحدة في اليوم، وأضاف أخرى إلى الغد، وكذا لو قال: أمس واليوم فهي ثنتان؛ لأن الواقع في اليوم لا يكون واقعا في الأمس، فاقتضى أخرى.

ولو قال: اليوم وأمس فهي واحدة مثل قوله: اليوم وغدا.

ولو قال: أنت طالق غدًا واليوم وبعد غد، والمرأة مدخول بها تقع ثلاثا.

وقال زفر: تقع واحدة؛ لأن قوله: أنت طالق غدًا إضافة، فلا تصلح للإرسال، والتخيير في اليوم؛ لأن الإرسال غير المضاف، فلغى ذلك اليوم، فصار اليوم فاصلا بين الغد وبعد الغد، فلم يصح تعليق الثاني، كما لو سكت.

لنا: أن قوله اليوم وبعد غد جملة ناقصة عطفت على جملة تامة، فيصير الخبر المذكور للجملة التامة مكررا للجملة الناقصة بحكم العطف حتى يصح، فيصير كأنه قال: أنت طالق غدًا، وأنت طالق اليوم، وأنت طالق بعد غد، فتقع ثلاثا، فكذا هذا.

ومثال الثالث: لو قال: أنت طالق اليوم غدًا، أو الساعة غدًا تقع في الحال؛ لأنه أوقع الطلاق في اليوم، وجعل الغد صفة لليوم؛ فإنه لا يصلح صفة فيلغو.

وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غدًا تقع في الغد؛ لأن قوله: أنت طالق اليوم يتخير، وقوله: إذا جاء غدًا تعليق، وقد تعذر الجمع بينهما، فكان اعتبار التعليق أولى؛ لأنه أخف، وأنه متيقن، وفي الزيادة شك، فلا يثبت.

ولو قال: أنت طالق اليوم، وإذا جاء غدًا طلقت واحدة للحال، وأخرى في الغد؛

لأن المجيء شرط معطوف على الإيقاع، والمعطوف غير المعطوف عليه، والموقع للحال لا يكون متعلقًا بشرط، فلا بد وأن يكون المتعلق تطليقة أخرى.

(**الجامع**): مسائله على فصول:

فصل في الإضافة إلى الوقت.

وفصل في الإضافة إلى وقت، ونفي الطلاق عن وقت.

وفصل في إضافة الظهار إلى وقت.

(فصل)

لو قال: أنت طالق كل يوم، أو أبدًا، أو طالق الأيام، أو قال: أنت طالق اليوم غدًا، أو بعد غد، فهي واحدة؛ لأنه جعل الوقت ظرفًا لكونها طالقًا، ومتى اتصفت بالطالقية في يوم تتصف بها في سائر الأيام.

وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم، ورأس الشهر.

وعن أبي يوسف: تقع أخرى إذا جاء رأس الشهر، استدلالا بما لو قال: أمرك بيدك اليوم، وبعد غد كانا أمرين، حتى لو ردت في اليوم بقي فيما بعد الغد. وجه ظاهر الرواية: أنه لم يتحلل بين الوقتين وقت لا يتصف بكونها طالقا فيه، فإنها متى طلقت في اليوم كانت طالقا في جميع الأيام، ورأس الشهر، بخلاف الأمر باليد؛ لأنه مما يتوقف، ولا يتأبد، فإذا نص على اليوم بوقت الأمر باليد، فقد تحلل بين الوقتين وقت ليس الأمر في يدها، فإذا قال بعد غد كان هذا أمرًا آخر، فأما الطلاق يتأبد ولا يتوقف.

ولو نوى في كل يوم يقع؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه، لأنه نوى إضمار تطليقة في كل يوم.

ولو قال: أنت طالق في كل يوم، أو عند كل يوم، أو كلما مضى يوم طلقت ثلاثا في كل يوم تطليقة؛ لأنه جعل كل يوم ظرفا للطلاق على حدة، فاقتضى مظروفا على حدة، وهو الإيقاع، فصار الإيقاع مكررا بكلمة في بخلاف ما لم يذكر في لأنه جعل الأيام كلها ظرفا واحدا، فلم يقيض إلا مظروفا واحدا، ألا ترى لو قال: والله لا أكلمك في كل يوم من أيام هذه الجمعة لم يحنث حتى يكلمه في كل يوم منها؛ لأنه

لما أفرد كل يوم بالذكر صار كل يوم مشروعًا على حدة، فما لم يتم الشرط لا يحنث.

ولو قال: والله لا أكلمك كل يوم من الأيام هذه الجمعة، فكلم يوما واحدًا حنث؛ لأنه لو تفرد كل يوم بذكره شرطًا فصار شيئًا واحدًا وكذلك لو قال: أنت طالق في اليوم وغد وبعد غد لأنه أفرد كل يوم بكونه ظرفا، فتحدد المظروف.

(فصل)

ولو قال: أنت طالق يوما ويوما لا طلقت واحدة للحال؛ لأن الطلاق متى وقع لا يمكن رفعه، فمتى وقع في يوم وقع في الأيام كلها.

وإن نوى بذلك أن تكون طالقا أبدًا يوما ويوما لا طلقت ثلاثا؛ لأن هذا قد يذكر، ويراد به الأبد، يقال: أصوم يومًا ويومًا لا، ويراد به الأبد، فقد نوى ما يحتمله كلامه، وفيه تشديد فيصدق، وطلقت ثلاثا آخرهن في اليوم السادس، وفي رواية اليوم الخامس، وهو الصحيح؛ لأنه يقع في اليوم الأول واحدة، بدليل أنه إذا لم ينو الأبد تقع واحدة للحال.

ولو كان هذا الطلاق مضافا إلى أحد اليومين، وجب أن لا يقع في اليوم الأول، ثم تقع ثانية في اليوم الثالث، ثم تقع ثالثة في اليوم الخامس.

(فصل)

ولو قال: أنت عليَّ كظهر أمي، كل يوم كان ظهارا واحدا، فلا يقربها ليلًا ولا نهارًا حتى يكفِّر، كما لو قال: أنت طالق كل يوم.

ولو قال: في كل يوم كان مظاهرًا في كل يوم؛ لأنه أفرد كل يوم بالظهار، فإذا جاء الليل بطل الظهار، وعاد من الغد؛ لأن الظهار يتوقت، فإذا مضى الوقت بطل الظهار، وإن كفّر في يوم فله أن يقربها في ذلك اليوم؛ لأن الظهار قد ارتفع بالتكفير ما عاد من الغد.

ولو قال: أنت عليَّ كظهر أمي اليوم، وكلما جاء يوم كان مظاهرًا اليوم، فإذا جاء

الليل بطل، وله أن يقربها ليلا؛ لأنه وقته باليوم، فإذا جاء الغد صار مظاهرًا، ولا يقربها ليلا ولا نهارًا حتى يكفّر.

وكذلك في كل يوم هو مظاهر ظهارًا مستقبلًا عند طلوع الفجر لا يبطله إلا كفارة على حدة؛ لأنه ذكره بكلمة كلما، وهي توجب التكرار، فينعقد في كل يوم ظهار على حدة، وهو مرسل غير مؤقت، والظهار المرسل يقع مؤبدا.

(**الزيادات**): أصله: أن الطلاق متى أضيف إلى أحد الوقتين وقع عند آخرهما؛ لأنه لو وقع عند أولهما لصار مضافا إليهما، لأنه يصير كلاهما ظرفا للطلاق.

وإن علق الطلاق بفعلين يقع عند آخرهما؛ لأنه لو وقع عند أولهما لصار معلقا بأحدهما، وإن علق بأحد الفعلين يقع عند أولهما؛ لأنه لو لم يقع لصار معلقًا بهما، لأنه يصير كلاهما مانعا.

وإن علق بالوقت، والفعل يقع بكل واحد تطليقة؛ لأنهما مختلفان، وإن علقه بوقت، أو بفعل، فإن سبق الفعل وقع، ولم ينتظر الوقت؛ لأنه يجعل كأنهما فعلان.

وإن سبق الوقت لم يقع حتى يوجد الفعل، ويجعل كأنهما وقتان أضيف الطلاق إلى أحدهما؛ لأن التعليق والإضافة أمران متضادان لا يجتمعان، فجعلنا السابق أولى، وجعلنا اللاحق كأنه مثله، ولأن المعلق أخف من المضاف؛ لأن المضاف كالمنجز، لأن الوقت كائن لا محالة، والشرط على حظر الوجود والعدم، فرجحنا الأخف؛ لأنه متيقن، وفي الزيادة شك فلا يثبت، ومن قال لامرأته ليلا: أنت طالق في ليلك ونهارك طلقت واحدة؛ لأنه بدأ بالوقت الكائن.

ولو قال: ليلا في نهارك، وليلك، أو قال: نهارا في ليلك ونهارك طلقت ثنتان؛ لأنه بدأ بالوقت المستقبل، لما مر مثال أحد الوقتين، لو قال: أنت طالق غدًا، أو رأس الشهر يقع رأس الشهر.

وكذلك لو قال: أنت طالق اليوم، أو غدًا يقع في الغد؛ لأنه أضاف إلى أحد الوقتين، فيقع في آخرهما، ومثال الفعلين لو قال: إذا جاء فلان، أو إذا جاء فلان، فأنت طالق لا يقع إلا لمجيئهما جميعًا؛ لأنه علق بفعلين، فيقع عند آخرهما.

ولو قال: أنت طالق إذا جاء غد وبعد غد يقع في آخرهما؛ لأنه علق بالفعلين، لا يقع عند آخرهما.

ولو قال: أنت طالق جميعًا، فصار كلاهما شرطا واحدا، ولو قدم الجزاء، فقال: أنت طالق إذا جاء فلان، وإذا جاء فلان فأيهما جاء طلقت، وكذلك لو وسط الجزاء لما بينا.

ولو قال لها وهي مضطجعة: أنت طالق في قيامك وقعودك لم تطلق حتى تفعلهما؛ لأنه صار معلقا بالفعلين، فلا ينزل إلا عند وجودهما، فإن كانت قاعدة فدامت، أو كانت قائمة فدامت، ثم قعدت طلقت؛ لأنه فعل ممتد، فصار لدوامه حكم الإنشاء.

ولو قال لها: أنت طالق في قيامك، وفي قعودك طلقت في أيهما وجد، وإن وجدا لم تقع إلا واحدة؛ لأنه يصير بمنزلة قوله: أنت طالق إن قمت.

وإن قعدت فقد عطف الشرط الباقي على الأول، ولم يذكر له خبرًا فصار الخبر المذكور للأول خبرًا له، والجزاء له، والجزاء واحد، فلا يزيد على طلاق واحد مثال أحد الفعلين لو قال: أنت طالق إذا جاء فلان، أو إذا جاء فلان، فأيهما جاء طلقت؛ لأنه علقه بفعل أحدهما، لأن كلمة أو للتخيير، وكذا إذا قال: إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان، فأيهما وجد وقع؛ لأنه علقه بأحدهما، أما مجيء الوقت، أو قدوم فلان، وأيهما وجدَ وُجدَ الشرط، ومثال الوقت والفعل لو قال: أنت طالق رأس الشهر، أو إذا قدم فلان، فإن وجد القدوم أولًا يقع.

وإن جاء رأس الشهر، أولًا لا يقع حتى يقدم فلان؛ لأنه إن سبق الفعل وجودا يجعل كأنهما فعلان، وقد علق الطلاق بأحدهما، فيقع عند أولهما، وإن سبق الوقت يجعل كأنهما وقتان، وقد أضيف الطلاق إلى أحدهما، فيقع عند آخرهما لما بينا.

(باب الاستثناء للتعطيل)

الاستثناء للتعطيل، نحو قوله: إن شاء الله، أو لم يشأ الله، أو ما شاء الله، أو ما لم يشأ الله، أو فيما شاء الله، أو إلا أن يشاء الله، لم يقع شيء؛ لأن مشيئة الله تعالى مما

لا يوقف عليها، وتعليق الشيء بما لا يعلم إعدام له من الأصل، كأنه يتكلم به، كقوله تعالى حكاية عن موسى صلوات الله عليه: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩] ولم يصبر، ولم يكن ذلك خلفًا للوعد.

وكذلك إن علق بمشيئة من لا يعلم مشيئة من العباد، مثل الملائكة والجن والشياطين.

ولو قال: أنت طالق كيف شاء الله طلقت للحال؛ لأنه تحقيق، وليس بتعليق، ويصح الاستثناء موصولًا لا مفصولًا.

وقال ابن عباس رضي الله عنهما في قول يصح والصحيح قول عامة الصحابة؛ لأن الكلام إذا استقر حكمه بالسكوت يكون الاستثناء رفعًا بعد الثبوت بقدر المستثنى لا ثباتًا، وحكم الكلام إذا استقر حكمه بالسكوت يكون الاستثناء رفعا بعد الثبوت لا يحتمل الرفع بعد ثبوته، كالتعليق بالشرط يصح موصولا لا مفصولا، ولأنه لو صح مفصولا يؤدي إلى المحال؛ لأنه يؤدي إلى أن من طلق امرأته ثلاثا، وتزوجت بآخر، وولدت أولادًا، ثم استثنى المطلق، فيظهر أنها لم تكن مطلقة ثلاثا، وأن الثاني تزوج بمنكوحة الغير، وكذا لو حلف الرجل بين يدي القاضي لم يستثن، فلا يكون حالفا، فيؤدي إلى إبطال حقوق الناس، وإليه أشار أبو حنيفة رحمه الله حين دعاه أبو جعفر الدوانيقي، وقال: لم خالفت جدي؛ فإن مذهب جدي أن الاستثناء يصح مفصولا؟ فقال أبو حنيفة: لكي لا ينقص عليك خلافتك، فإن من عقد البيعة معك، وحلف بالأيمان المغلظة ثم يخرج من عندك، فيخرج عليك فينقص خلافتك، فقال له: أحسنت فاشتر علي وخلّ سبيله.

ولو سكت سكتة قدر ما تنفس به الإنسان أو عطس أو تجشّأ أو كان بلسانه تفل فطال في تردده، ثم قال: إن شاء الله؛ صح الاستثناء؛ لأنه موصول معنى لمكان العدد، فإن كان بنفسه باختياره لا يكون استثناء.

ولو حرك لسانه بالاستثناء يصح، وإن لم يكن مسموعا عند الكرخي، وعند الهندواني: لا يصح ما لم يكن مسموعا على ما مر في الصلاة.

ولو قال لامرأته: أنت طالق، فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع؛ لأن الاستثناء موجود حقيقة، فالكلام مع الاستثناء لا يكون إيقاعا، كما لو قال: أنت طالق، فجرى على لسانه، أو غير طالق لا يقع.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): لو قال: إن دخلت هذه الدار فلله علي أن أتصدق بمائة درهم مثلا، قال: هذا قريب من الاستثناء؛ لأن من الأمثال ما هو حقيقة، ومنها ما ليس على الحقيقة، قال: وبه يأخذ؛ لأن المثل بسببه، ولا يكون في التشبيه إيجاب، إلا أن يريد الرجل الإيجاب بيقينه فيلزمه.

ولو قال: أنت طالق ثلاثًا وثلاثًا إن شاء الله أو ثلاثًا وواحدة إن شاء الله.

أو قال: أنت طالق وطالق، فطالق وطالق إن شاء الله لم يصح الاستثناء، وطلقت ثلاثا عند أبي حنيفة.

وعندهما: صح ولم تطلق، وعلى هذا لو قال لعبده: أنت حر وحر إن شاء الله.

لهما: أن الكلام الثاني من جنس الأول، فإنه معطوف على الأول، فلا يعتبر فاصلا، كما لو قال: أنت طالق ستًّا إن شاء الله له أنه يحلل بين الجزاء، والاستثناء كلام لغو، وهو ذكر الثلاث أو واحدة ثانيا فيعتبر فاصلا بينهما، كما لو سكت، أو تكلم كلامًا آخر، بخلاف ما لو قال ستًّا؛ لأنه ليس بلغو من الكلام، لأن الثلاث منه صحيح، واللفظ واحد، فلا يعتبر فاصلا.

ولو قال: أنت طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله صح الاستثناء؛ لأن الكلام الثاني يتعلق به حكم، وهو وقوع الثانية والثالثة، فلم يكن لغوًا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا إن شاء الله، أنت طالق طلقت الساعة واحدة.

ولو قال: أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله صح الاستثناء بالإجماع؛ لأن كل لفظه معتبر، فلم يتحلل بين الجزاء والاستثناء كلام لغو، بخلاف ما لو ذكر لفظة الطلاق أربعا؛ لأن الرابع كلام لغو.

(**النوادر**): أصله: أنه ذكر الكرخي: أن كلمة الاستثناء لتعطيل الكلام وإبطاله، ودفع حكمه عندهما.

وعند أبي يوسف: للشرط وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكر في (النوادر): أن من قال لامرأته إن شاء الله أنت طالق، وإن شاء الله فأنت طالق.

عندهما: لا تطلق.

وعنده: تطلق.

وكذا لو قال: طلقتك أمس إن شاء الله عندهما: لا تقع خلافًا له.

وكذا لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وعبدي حر إن كلمت زيدا إن شاء الله، أو إن شاء فلان، ينصرف الاستثناء إلى اليمين عندهما.

وعند أبي يوسف: ينصرف إلى اليمين الأخيرة.

لأبي يوسف: إن الصيغة صيغة الشرط، فيجب اعتبارها، والشرط إذا تعقب اليمين ينصرف إلى الأخيرة.

لهما: أن صيغته للشرط، ولكن معناه رفع الحكم، وإعدامه على خلاف سائر التعليقات، فإن التعليق بالشرط يظهر حكمه عند الشرط، والتعليق بمشيئة الله تعالى لا حكم له أصلا، وإحدى الجملتين ليست بأولى من الأخرى، بإعدام حكمها، فانصرف إليهما، ومن مشايخنا من قال هذه الكلمة للتعطيل والإبطال بالإجماع، وذكر حجتهما على سبيل الابتداء لأبي يوسف: أن الواو دخل بين جملتين تامتين؛ لأنه دخل بين اليمينين التامين، فيكون الاستئناف لا للعطف، كقوله: رأيت زيدًا، وضربت عمرًا، فلم تصر اليمين الثانية معطوفة على الأولى، فانصرف الاستثناء إلى الآخرة.

لهما: أن الواو دخلت بين جملتين الأولى، منهما ناقصة باعتبار الإبطال، فإن كانت تامة باعتبار التعليق؛ لأن قوله: إن شاء الله إن كان تعليقًا صورة، فهو إبطال معنى، والجملة الأولى قابلة للإبطال، محتاجة إليه، فيعتبر الواو للعطف ليصير للجملة الأولى حظًّا من الإبطال كما للثانية، كما لو قال: أنت طالق، وعبدي حر إن شاء الله انصرف الاستثناء إليهما؛ لأن الجملة الأولى، وإن كانت تامة باعتبار الإرسال؛ لأنها ابتداء وخبر، فهي ناقصة باعتبار التعليق، محتاجة إليه، فاعتبر الواو للعطف، فكذا هذا، وكذا إذا كان معلقا بمشيئة فلان؛ لأن التعليق بمشيئة فلان

تفويض وتمليك، والجملة الأولى ناقصة باعتبار التفويض والتمليك، فيجعل الواو للعطف ليثبت التفويض والتمليك للجملة الأولى، ونظيره لو قال: بعتك هذا العبد بألف، وبعتك هذه الأمة بخمسمائة دينار، وأجرتك هذه الدار بمائة درهم على أني بالخيار، انصرف الخيار إلى العقود كلها، فكذا هذا.

ولو قال: إن شاء الله أنت طالق، أو إن شاء الله وأنت طالق صح الاستثناء.

وقال محمد: لم يصح الاستثناء؛ لأن الصيغة صيغة الشرط، ومعناها رفع الحكم، فإذا لم يصح الشرط لانعدام حرف الفاء في الجزاء، كما في سائر التعليقات لم تصح الصيغة، فلا يترتب عليها حكمها لأبي حنيفة: أن معنى الصيغة رفع الحكم وإعدامه، والعبرة للمعنى لا للصيغة، فلا يفتقر إلى حرف الفاء في الجزاء.

وروي عن أبي يوسف: لو قال: إن خرجت من الدار فأنت طالق، فاعلمي إن شاء الله صح الاستثناء؛ لأن الفاء للتعليق، فتعلق الكلام الثاني بالأول، فلم يصر الثاني فاصلا بين الاستثناء واليمين.

ولو قال: اعلمي، أو اذهبي انقطع الاستثناء؛ لأنه لم يأت بحرف التعليق، وعلى قياس قول أبي حنيفة في قوله: أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله ينبغي أن لا يصح الاستثناء هنا في الفصلين جميعًا.

ولو قال: أنت طالق واحدة إن شاء الله فأنت طالق يتبين إن لم يشأ الله لا يقع شيء؛ لأن الكلام الأول لحقه الاستثناء، فلم يقع به، والثاني باطل؛ لأنه لو وقع الطلاق به لشاء الله بغير الطلاق؛ لأن الأفعال كلها بمشيئة الله تعالى، وإن شاء الله تعالى، فقد انعدم الشرط، فلم يقع، فكان في إبطاله تصحيحه.

ولو قال: أنت طالق واحدة اليوم إن شاء الله، وإن لم يشأ الله، فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان؛ لأنه لو شاء الله الواحدة في اليوم لطلقها فيه، ولو طلقها فيه لم يقع إلا هذه؛ لأن الله تعالى شاء هذا الطلاق دون غيره.

(الزيادات): لو قال: أنت طالق بمشيئة الله تعالى، أو بإرادته، أو بمحبته، أو برضاه لا يقع.

ولو قال: بمشيئة فلان، أو بمحبته، أو برضاه لم تطلق حتى يشاء فلان؛ لأن هذا

يستعمل للتعليق، لأن حرف الباء للإلصاق يقول الرجل: ضربت بالسيف، وكتبت بالقلم، فقد جعل لفظ الطلاق ملصقًا بمشيئة الله تعالى، أو بمشيئة فلان، وإنما يتحقق معنى الإلصاق إذا تعلق بمشيئة حتى يوجدان.

ولو قال: بأمر الله، أو بحكمه، أو بأمره يقع للحال؛ لأن هذا يستعمل للتحقيق؛ أي: فعلت بأمر الله، أو بحكمه فيقع، كما لو قال: طلقت بإذن فلان، فيستعمل حرف الباء هنا لإلصاق الحكم بالسبب لا للتعليق.

ولو قال: في حكم الله، أو في أمره، أو في إرادته، أو في قدرته، أو في حكم فلان، أو في علمه، أو في إرادته، أو في قدرته لم تطلق؛ لأن حرف (في) للظرف، فإذا تعذر جعله ظرفا جعل مجازا عن الشرط لمشابهة بينهما؛ فيكون تعليقًا، كأنه قال: إن أمر الله، أو حكم، أو إن علم فلان، وهذه الأوصاف لا نعلم وجودها للحال قطعا، فصح التعليق بها.

ولو قال: في علم الله يقع للحال؛ لأنه علق بموجود قطعا، لأنا نعلم قطعا أن علم الله تعالى محيط بالأشياء كلها، والتعليق بشرط موجود تحقيق، كما لو قال: أنت طالق في الدار.

ولو قال: في قدرة الله لا يقع؛ لأن معنى القدرة هنا التقدير، والقدرة قد يراد بها التقدير، كما قال الله تعالى: ﴿فَنِعْمَ ٱلْقَٰدِرُونَ ﴿٢٣﴾﴾ [المرسلات: ٢٣]، ولا نعلم تقديره، حتى لو أراد الحالف بمعنى القدرة التي هي ضد العجز يقع للحال؛ لأن قدرة الله تعالى موجودة قطعا، كالعلم سواء.

ولو قال: لمشيئة الله، أو لإرادته ونحوها، أو لمشيئة فلان ونحوه يقع؛ لأن اللام للتعليل يقال: فعلت كذا لشفاعة فلان، أي: لأجل شفاعة فلان، فكان معنى كلامه أنت طالق؛ لأن الله تعالى شاء.

ولو نص على هذا يقع، فكذا هذا كمن قال: أنت طالق لدخول الدار يقع للحال.

(باب الاستثناء للتحصيل)

فيه فصلان:

فصل: في الاستثناء.

وفصل: في الاستثناء من الاستثناء.

(فصل)

أصله: أن الاستثناء للتحصيل، ما يتحصل في كلامه يبني بعده، ويكون تكلمًا بالباقي بعد الثنا ولفظة الاستثناء دالة عليه؛ لأنها مأخوذة من ثنا؛ أي: صرف، كأنه يصرف عن الجملة المعهودة إلى جملة أخرى، ثم استثناء البعض عن الكل جائز، واستثناء الكل من الكل لا يجوز؛ لأن الاستثناء بيان أنه أراد بما تكلم ما وراء المستثنى، واستثناء الكل من الكل تعطيل للكلام، فلم يصح.

ويصح استثناء البعض موصولًا لا مفصولا؛ لأن الكلام إذا استقر حُكمه بالسكوت يكون الاستثناء رفعًا بعد الثبوت بقدر المستثنى لا بيانًا والكلام لا يحتمل الرفع بعد ثبوته، وهذا كالتعليق بالشرط يصح موصولًا لا مفصولًا؛ لأنه متى ثبت حكم الإرسال، فلو صح التعليق كان رفعًا لا بيانًا.

(**المبسوط**): ولو قال: أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة، أو ثنتين يصح الاستثناء؛ لأنه استثناء البعض من الكل.

ولو قال: إلا ثلاثًا لم يصح الاستثناء، ويقع الثلاث؛ لأنه استثناء الكل من الكل.

(فصل)

ولو قال: أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثنتين، إن نوى الاستثناء عن إحدى الثنتين لم يصح؛ لأنه استثناء الكل من الكل، وإن نوى واحدة من الأولى، وواحدة من الأخرى يصح، فإن لم يكن له نية يصح الاستثناء، ويقع ثنتان، خلافًا لزفر؛ لأنه أمكن تصحيح الاستثناء بأن يصرف إلى كلا العددين، فيصير مستثنى من كل جملة واحدة، فيصرف إليهما تصحيحا لكلامه.

وروى هشام، عن محمد: لو قال: أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثا، وأنت طالق ثنتين وأربعا إلا خمسًا وقع ثلاث؛ لأنه تعذر تصحيح الاستثناء، لأن استثناء الثلاث من الثنتين لا يصح؛ لأنه يزيد عليه، ولا استثناء نصف الثلاث من كل ثنتين؛ لأنه

استثناء جميع الثنتين، لأن ذكر نصف ما لا يتجزّأ كذكر كله، ولا استثناء واحدة من إحدى الثنتين؛ لأنه ينفي ثنتين استثناء من الأخرى، وأنه لا يصح.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا وقع ثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله، وعلى قياس قولهما تقع واحدة، وهذا بناء على ما لو قال: أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله لا يصح الاستثناء عنده، خلافًا لهما.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة ووواحدة لم يصح الاستثناء، ووقع الثلاث، خلافًا لزفر.

وكذلك لو قال: أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين وواحدة؛ لأنه استثناء الكل من الكل؛ لأنه جمع بين هذه الأعداد بحرف الجمع، فيصير كما لو جمع بين لفظ الجمع، فإن قال: أنت طالق ثلاثا إلّا ثلاثا بطل الاستثناء، فكذا هذا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة، أو ثنتين ومات قبل البيان طلقت واحدة في رواية ابن سماعة، عن أبي يوسف واحدة بأكثر الاستثناء؛ لأنه متيقن، وفي الأقل شك، وفي رواية أخرى: تقع ثنتان.

ولو قال: أنت طالق عشرًا إلا تسعًا تقع واحدة؛ لأن الاستثناء يرد على اللفظ، فتكون العبرة للفظ لا للحكم، وباعتبار اللفظ هذا استثناء البعض من الكل.

ولو قال: إلا ثلاثًا تقع ثنتان.

ولو قال: إلا سبعا تقع ثلاث.

ولو قال للمدخولة: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة تقع الثلاث، وكذا لو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة، كأنه ذكر كلمات متفرقة، فيعتبر كل كلام في حق صحة الاستثناء، كأنه ليس معه غيره.

وكذلك لو قال: أنت طالق بائن وأنت طالق غير بائن إلا تلك البائن لا يصح الاستثناء، وكذا لو قال: هذه طالق وهذه وهذه وهذه إلا هذه.

ولو قال: أنتن طوالق إلا هذه صح الاستثناء، وكذا لو قال نسائي طوالق إلا هؤلاء، وليس له نسوة غير المشار إليهن، أو قال عبيدي أحرار إلا هو، وليس له عبد غير هؤلاء يصح الاستثناء؛ لأن الاستثناء في تخرجه صحيح، وهو خلاف المسمى

فيصح، فإن أبى على كله كمن أوصى بثلث ماله إلا ألف درهم وثلثه ألف درهم صح الاستثناء.

ولو أوصى بثلث ماله إلا بثلث ماله لم يصح، وأصله أن الاستثناء إذا كان من جنس المستثنى منه لفظًا، وأبى على كله لم يصح، وإن كان يخالف لفظ المستثنى منه يصح، وإن أبى على جميعه؛ لأن الاستثناء يتبع صيغة اللفظ دون الحكم.

ولو قال: أنت طالق واحدة إلا نصفها وقعت واحدة؛ لأن عند بعضهم صح استثناء النصف، فصار كأنه قال: أنت طالق نصف تطليقة، وأنها لا تتجزأ فتتكامل، وعند بعضهم لا يصح؛ لأنه استثناء الكل، لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، فصار كما لو قال: أنت طالق إلا تطليقة.

وفائدة هذا الخلاف يظهر فيما لو قال: أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة، أو قال ثنتين ونصف إلا نصفا، فعند الأولين يقع ثلاثا؛ لأنه يحصل بعده تطليقتان ونصف فتحمل، وعند الآخرين تقع ثنتان، فكأنه استثنى واحدة.

(**الزيادات**): أصله: أن المستثنى إذا لحق به وصف يليق بالمستثنى منه دون المستثنى ألحق بما يليق به أو يلحق بهما تحقيقًا للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه، ومن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة للسنّة طلقت ثنتين للسنة في كل طهر واحدة؛ لأن جنس المستثنى منه، فلما وصف المستثنى بالسنة ثبت ذلك الوصف في المستثنى منه، تحقيقا للمجانسة بينهما، ألا ترى لو قال لفلان: عليَّ ألف إلا مائة درهم كانت التسعمائة من الدراهم، وكذا لو قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة غدًا، أو إذا كلمت فلانا كان الشرط، والوقت ثابتا في المستثنى منه، فكذا هذا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا البتة إلا واحدة طلقت ثنتين للرجعة؛ لأن وصف الثلاث بالبتة للتأكيد؛ لأن قوله البتة؛ أي: قاطع، والثلاث قاطع للنكاح بدون لفظة البتة، فكان لتأكيد الكلام، لقوله تعالى: ﴿تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وما يكون للتأكيد لا يمنع الاستثناء، كما لو قال: أنت طالق ثلاثا يا فلانة إلا واحدة كان قوله: يا فلانة لتأكيد تعريف المحل، فلم يمنع الاستثناء، فكذا هذا، وصار كأنه قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة، وكذا لو قال: أنت طالق ثلاثا ثانيا إلا واحدة تقع ثنتان رجعيتان.

ولو قال: ثلاثا بوائن إلا واحدة تقع بائنتان؛ لأن البوائن جماعة البائن فصار كل واحدة موصوفة بالبينونة؛ لأن كل واحدة لا تكون بائنة بدون هذا اللفظ، فأما الثلاث بائن بدون هذا اللفظ، فكان ذكره للتأكيد.

ولو قال: أنت طالق ثنتين إلا واحدة بائنة تقع واحدة رجعية؛ لأن الثانية لا تصلح نعتًا للثنتين، لأنه لا يقال: ثنتان بائنة، بل يقال ثنتان بائنتان، فكان هذا خطأ في العبارة، فيجعل صفة للمستثنى خاصَّة للضرورة، فتبقى الأخرى رجعية، وإن عنى بالبائنة الثنتين صحت بينة، وطلقت بائنة؛ لأنه قد نوى الخطأ في الكلام، والمتكلم يخطئ ويصيب، وهذا من محتمل كلامه؛ لأن الوصف يستعمل بمعنى المصدر، قال الله تعالى: ﴿خَآئِنَةَ ٱلْأَعْيُنِ﴾ [غافر: ١٩] يعني: الخيانة وفيه تشديد فيصدق.

ولو قال: أنت طالق ثنتين إلا واحدة البتة تقع بائنة؛ لأن البتة مصدر فصلح صفة للثنتين، فإنه يقال ثنتان بتة، فصار صفة للمستثنى منه؛ لأن الثنتين لا تكون بتة بنفسيهما بخلاف الثلاث، ومن قال: لفلان عليّ ألف درهم إلا مائة نقد بيت المال، فعليه تسعمائة نقد بيت المال إذا قبله؛ لأن التنصيص على الصفة في المستثنى تنصيص عليه في المستثنى منه تحقيقًا للأصل، وهو المجانسة بينهما.

(فصل)

أصله: أن الاستثناء من الاستثناء جائز، لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ ﴿٥٩﴾ إِلَّا ٱمْرَأَتَهُۥ﴾ [الحجر: ٥٩، ٦٠] فقد استثنى آل لوط من جملة الناس، واستثنى امرأته من آل لوط، ولأن الاستثناء بيان أنه أراد به ما وراء المستثنى، فبالاستثناء الثاني بين أنه أراد بالاستثناء الأول ما وراء المستثنى الثاني، فيسقط المستثنى الثاني من الاستثناء الأول؛ لأنه مما يليه، فما بقي فهو استثناء من الجملة الأولى. لو قال: أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين إلا واحدة وقع ثنتان؛ لأنه استثنى الواحدة من الثنتين، فتبقى واحدة، وقد استثناها من الثلاث، فتبقى ثنتان، كأنه قال: أنت طالق ثلاثا إلا واحدة، وطريقة أخرى لمعرفتها قوله: أنت طالق ثلاثا بأخذها بيمينك، وقوله: الاثنتين بأخذها بيسارك، وقوله: إلا واحدة بأخذها بيمينك، فيكون مع يمينك أربعة، فيسقط منها ما معك بيسارك، وهو ثنتان، فتبقى ثنتان.

(باب طلاق المكره والسكران ومن في معناه)

طلاق المكره واقع، خلافًا للشافعي، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**كل طلاق جائز، إلا طلاق الصبي والمجنون**"[١] ولأن الإكراه لا يسلب أهلية التصرفات في مالكيتها، ولكن يسلب الطواعية والرضا، وذلك ليس بشرط لوقوع الطلاق، كطلاق الهازل، والخاطئ، والناسي، وعشرة تصح مع الإكراه: العتاق، والطلاق، والنكاح، والعفو عن القصاص، والرجعة، والإيلاء، والفيء في الإيلاء، والظهار، واليمين، والنذر؛ لأن هذه تصرفات لا يفتقر وقوعها إلى الرضا، بدليل أنها تصح مع الهزل والخطأ، وطلاق السكران من الخمر، أو النبيذ واقع، وجميع تصرفاته نافذة؛ لأن الردة والإقرار بالحدود الخالصة لله تعالى إذا سكر منهما؛ لأنه زال عقله بما هو معصية، فلا يعتبر زائلا في تصحيح تصرفاته زجرًا وردعًا له عن شرب الخمر، فإنه أم الخبائث، ولهذا بقي مخاطبا بأداء الفرائض، بخلاف ما لو ضرب على رأسه حتى جن لا تصح تصرفاته، وإن زال عقله بما هو معصية؛ لأن بالجنون زال عقله حقيقة، وحكمًا بدليل أنه يسقط خطاب الشرع عنه، مع أنه في مثل هذا لا يحتاج إلى زاجر شرعي، فلا يعتبر عقله قائما.

وقال الطحاوي، والكرخي بأنه لا يقع، وهو أحد قولي الشافعي، وطلاق اللاعب والهازل به، والذي كلم به من غير قصد واقع، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النكاح، والطلاق، والعتاق**"[٢].

---

(١) أخرجه الترمذي (١١٩١) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: أنبأنا مروان بن معاوية الفزاري، عن عطاء بن عجلان، عن عكرمة بن خالد المخزومي، فذكره.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٠٣٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. و«أبو داود» (٢١٩٤) قال: حدثنا القعنبي، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني ابن محمد. و«الترمذي» (١١٨٤) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. كلاهما: (حاتم، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي) عن عبد الرحمن بن حبيب بن أردك، عن عطاء بن أبي رباح، عن يوسف بن ماهك، فذكره.

صبي، أو نائم طلق امرأته، ثم أدرك واستيقظ، فقال: أخرت ذلك الطلاق تقع؛ لأن لفظة تصلح لابتداء إيقاع الطلاق.

ولو قال: طلقتك وأنا مجنون إن كان الجنون معروفا لا يقع؛ لأنه أضاف إلى حال عدم الأهلية، ولصدقه علامة، فصار كما لو قال: طلقتك حال نومي، أو الصبي، أو قال طلقتك أمس، وقد تزوجها اليوم.

وإن لم يكن الجنون معلومًا يقع؛ لأنه أقر بالطلاق، وادعى ما يبطله، والظاهر يكذبه، فلا يصدق، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك.

(**المنتقى**): ولو أكره على الشرب، أو شرب الخمر عند الضرورة حتى ذهب عقله فطلق، أو عتق وقع؛ لأنه وإن أكره عليه فقد ذهب عقله بما فيه لذة؛ لأن بالإكراه، وإن زال الخطر، ولكن سبب الخطر قائم، وهو اللذة، فأقيم السبب مقام الخطر، فلا يعتبر زائلا.

وقيل: لا يقع؛ لأن هذا ليس بمعصية، فيعتبر زائلا بدليل أنه لو لم يشرب، حتى قيل: نائم، وهذا حسن، ولكن خلاف إجماع الصحابة، فإن بعضهم قالوا: لا يقع معذورا، أو غير معذور، ومنهم من قال: يقع في الحالين، فمن فرق بينهما كان قوله، بخلاف قول الصحابة، فيكون باطلا.

ولو شرب البنج، أو الدواء فزال عقله، أو شرب النبيذ فصدع، فزال عقله بالصداع دون الشرب لم يقع طلاقه؛ لأنه زال عقله بسبب المرض لا بفعل محظور، فيعتبر زائلا.

(**الفتاوى**): سكران قال لآخر: وهبت داري هذه منك، ثم قال: إن لم أقل من قلبي، فامرأته طالق، ثم أفاق ولم يذكر من هذا شيئًا لا تطلق امرأته؛ لأنه في تلك الساعة في غاية النشاط، فالظاهر أنه كان يقول من قلبه، والله أعلم بالصواب.

(باب طلاق الفُضُولِي)

(**الجامع**): أصله: أن التصرف الصادر من الفضولي إنما يتوقف على إجازة

المالك إذا كان تصرفا يملك المالك إنشاءه؛ لأن ولاية الإجازة منوطة بولاية المباشرة، فمن ملك مباشرته يملك إجازته، وإلا فلا.

مسائله على فصلين:

أحدهما في التنجيز.

والآخر في التعليق.

(فصل)

ولو قالت المرأة: قد طلقت نفسي، فأجاز الزوج طلقت؛ لأنه يملك إنشاءه، فتملك إجازته، كما في سائر التصرفات.

وكذلك لو قالت: حرمت نفسي، أو أبنت نفسي، فقال الزوج: أجزت، وهو يريد الطلاق طلقت بائنة؛ لأن الزوج يملك إنشاء الطلاق بهذه اللفظة فيملك إجازته.

ولو قالت: اخترت نفسي، فأجاز الزوج لا يقع شيء؛ لأنه لا يملك إنشاءه بهذه اللفظة، فلا يملك إجازته.

ولو قالت: جعلت أمري بيدي، واخترت نفسي، فأجاز الزوج، أو قالت: جعلت أمس أمري بيدي، فاخترت نفسي، فقال الزوج: قد أجزت تلك الساعة ينوي الطلاق لا يقع شيء، والأمر بيدها في مجلسها؛ لأن الإجازة صحت في جعل الأمر بيدها دون الاختيار، لما ذكرنا.

ولو قالت: كنت قلت أمس أمري بيدي اليوم كله، واخترت نفسي، فقال الزوج: قد أجزت تلك الساعة لم يقع، ولم يكن الأمر بيدها؛ لأن الإجازة لم تلاق تفويضًا قائمًا موقوفا؛ لأنها وقتت التفويض باليوم، وقد انتهى، فمضى اليوم، فلغت الإجازة، بخلاف الصورة الأولى؛ لأن ثمة التفويض لا لتوقيت الأمر به، كما يقال: بعت أمس، وأجرت أمس يذكر لبيان وقت وقوع التصرف لا للتوقيت به، فالإجازة لاقت تفويضًا قائمًا موقوفا فنفذ.

ولو قال لامرأة غيره: أمرك بيدك، فقالت: اخترت نفسي، فأجاز الزوج كله لا يقع، ويصير الأمر بيدها في مجلس العلم؛ لأن الزوج يملك جعل الأمر بيدها،

فتملك إجازته، ولا تملك اختيار المرأة نفسها؛ لأن اختيارها فعلها، فلا يتوقف على إجازته واختيارها.

وقد قيل: ضرورة الأمر في يدها؛ لأن الأمر يصير بيدها في وقت الإجازة، لا من وقت التفويض، بدليل أن لها مجلس الإجازة لا مجلس التفويض، فلغي ذلك.

ولو قالت المرأة: جعلت أمري بيدي، وطلقت نفسي، فأجاز الزوج تقع تطليقة رجعية؛ لأن كلا الأمرين يتوقف على الإجازة، وهو التفويض، والتطليق والطلاق وقع بالتعليق صريحًا لا حكمًا لثبوت، الأمر بيدها؛ لأنه لا أمر في يدها قبل الإجازة، فلحقت الإجازة لفظة الطلاق، وإنه رجعي.

(فصل)

ولو قال لامرأة رجل: إن دخلت الدار فأنت طالق، فأجاز الزوج، أو قال: نعم ثم دخلت طلقت؛ لأنه يملك إنشاء اليمين فيملك إجازتها، وتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

ولو دخلت قبل الإجازة لم تطلق حتى يدخل مستقبلا فيطلق؛ لأن هذا الكلام إنما صار يمينا عند الإجازة، فلا يحنث بمعنى سابق على الإجازة.

وذكر في (**المنتقى**): لو دخلت قبل الإجازة فقال الزوج: أجزت هذا الطلاق وقع؛ لأن اليمين لما توقفت على الإجازة توقف الطلاق أيضًا، فإذا اتصلت به الإجازة وقع ذلك.

لو قال: أجزت ذلك، أو أجزت اليمين والطلاق لزمها الطلاق، ولغى ذكر اليمين.

ولو قال: امرأة زيد طالق، فقال زيد: قد أجزت، أو رضيت وقع الطلاق، فكذا هذا.

ولو قال لآخر: اكتب إلى امرأتي إن خرجت من منزلك فأنت طالق، فخرجت المرأة بعد الكتابة قبل القراءة على الزوج والإجازة، لا يقع.

وإن أجاز الزوج الكتابة بعد الخروج؛ لأن اليمين إنما انعقدت بعد الإجازة، لأن

الزوج ما أمر الكاتب باليمين بالطلاق، وإنما أمره بأن يكتب كتاب اليمين بطلاقها، فتوقف اليمين على إجازته، والخروج وجد منها قبل اليمين فلا حنث.

وإن خرجت بعد القراءة على الزوج وإجازته يقع؛ لأنه وجد الشرط بعد اليمين فيحنث، والله أعلم.

(باب تطليق إحدى امرأتيه لا بعينها)

فيه فصلان:

فصل في طلاق إحدى امرأتيه.

وفصل فيمن قال لامرأته وغيرها: إحداكما طالق.

(فصل)

ولو قال: إحدى امرأتيه طالق، فالبيان إليه؛ لأن الطلاق يصح تعليقه بالشروط والإخطار، فصح إضافته إلى مجهولة؛ لأنه ليس إلا بتعليق الطلاق في المعيَّنة بالبيان، لأنه غير نازل في المعينة، وإنما ينزل بالبيان مقصورًا عليه؛ لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط مقصورًا عليه، فكان البيان حكم الإنشاء في حق حكم لا يصح تعليقه بالشرط وله حكم الأطهار في حق حكم يصح تعليقه بالشرط، والبيان إليه؛ لأنه هو المجمل، ويجبر على البيان إذا كان بائنا أو ثلاثا؛ لأن إحداهما محرمة عليه، فلا يمكن من استدامة نكاحها، وتجب العدة من وقت البيان؛ لأن العدة من المجهولة لا يتصور، والبيان حكم الإنشاء في المعينة.

ولو كن أربعًا، ولم يكن دخل بهن، فتزوج الأخرى جاز؛ لأن إحداهن محرمة عليه، غير معتدة منه، فلم يتحقق الجمع بين الخمس في حقه، وإن كان دخل بهن لم يجز حتى يبين إحداهن، وتنقضي عدتها؛ لأن العدة محرمة للجمع.

ولو ماتت إحداهما تعينت الأخرى للطلاق؛ لأن الميتة لم تبق محلًّا للطلاق، والبيان حكم الإنشاء في حقها، فلم تبق حلاله، فتعينت الحية للطلاق.

ولو قال: عنيت الميتة صدق في حق الميراث، فلا ترث منها، والطلاق واقع

على الباقية؛ لأنها تغيبت للطلاق ظاهرا، فلا يصدق في صرف الطلاق عنها؛ لأنه حقها.

وكذلك إن ماتتا جميعًا أخرى بعد الأخرى، ثم قالت: عنيت التي ماتت أولا لم ترث منهما؛ لأنه سقط ميراثه عن الأولى بالاعتراف، وعن الثانية لتعيينها للطلاق.

ولو ماتتا معا، أو إحداهما قبل الأخرى، ولا يعرف ورث من كل واحدة نصف ميراثها؛ لأنه يستحق الميراث من إحداهما، وهي مجهولة، فيوزع عليهما.

ولو مات الزوج قبل البيان ورثتا ميراث امرأة بينهما؛ لأن الواحدة مستحقة، وإحداهما ليست بأولى من الأخرى، فينصف بينهما، ولو لم تمت، ولكن جامع إحداهما، أو قبّلها، أو حلف بطلاقها، أو ظاهر منها، أو آلى أو طلقها تعينت الأخرى للطلاق؛ لأن هذه التصرفات مختصة بملك النكاح، فكان تعيينًا لها في النكاح دلالة، وإذا تعينت هذه للنكاح تعينت الأخرى للطلاق.

وعن محمد رحمه الله: لو كان الطلاق واحدة رجعية، فوطئ إحداهما لم تطلق الأخرى، ولو طلق إحداهما بعينها، وعنى به البيان يصدق؛ لأن اللفظ صالح له، لأن البيان والإنشاء واحد.

(فصل)

(**النوادر**): ويملك البيان في حال يملك الإنشاء؛ لأنه بمنزلة الإنشاء في حق الغير؛ لأن قوله: إحداكما طالق يتناول كل واحدة منهما من وجه دون وجه؛ لأنه اسم مجهول مبهم متردد بينهما، فيكون إخبارا عن طلاق واقع سابق من حيث إن اللفظ تناول صاحبها، ويكون إنشاء وإيقاعا من حيث إنه تناولها، فكان إنشاء من وجه بيان من وجه، ولأنه لما تعذر نزول الطلاق في المبهم والمنكر، لما بينا جعل إنشاء في حق الغير ضرورة، والإنشاء لا يملك إلا بملك المحل.

وكذلك ولاية الاختيار تستفاد بولاية الإنشاء، حتى لو كانت له امرأتان، ولم يدخل بهما، فقال: إحداكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة بائنة لا يملك تعيين إحداهما للثلاث؛ لأنهما بانتا لا إلى عدة.

ولـو تـزوج إحـداهما صـح، وتعينـت الأخـرى للـثلاث حكمًـا لـصحة نكـاح الأخرى.

ولو دخل بها، ثم قال: إحداكما طالق ثلاثا، والأخرى واحدة بائنة، فله أن يعين إحداهما للثلاث في العدة.

ولو انقضت عدة إحداهما قبل البيان تعينت المعتدة للثلاث، فكذلك إن ماتت إحداهما.

وإن انقضت عدتها معا لا يملك البيان؛ لأنه انقطعت ولاية الإنشاء، فتنقطع ولاية البيان، ولو تزوج إحداهما صح، وتعينت الأخرى الثلاث.

ولو طلق إحداهما، ثم حاضت كل واحدة ثلاث حيض، ثم عين الطلاق في إحداهما تعتد من وقت البيان، وتصح الرجعة بعد ذلك عند أبي يوسف؛ لأنها صادفت العدة.

وعند محمد: لا تصح؛ لأن البيان إظهار من وجه في نفسه إنشاء من وجه في حق المحل، فاعتبرناه إنشاء في حق العدة إظهارا في حق الرجعة احتياطا للحرمة؛ لأن الرجعة إن صحت من حيث إنه إنشاء لم يصح من حيث إنه إظهار، فلم يصح بالشك والاحتمال.

(فصل)

ولو قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق، فالقول له: أنه لم يرد امرأته مع يمينه؛ لأن قوله: أنت طالق إخبار عن كونها فارغة، خالية عن قيده بالنكاح حقيقة، وهو صادق في هذا الإخبار؛ لأن الأجنبية فارغة عن قيده، فلا ضرورة إلى جعله إيقاعا شرعا لصحة كلامه.

ولو قال: طلقت إحداكما ثلاثًا، والأخرى واحدة طلقت امرأته واحدة؛ لأنها متيقنة فيها.

ولو جمع بين امرأته، وبين حمار أو حائط أو حجر، فقال: إحداكما طالق طلقت امرأته عندهما.

وعند محمد: لا تطلق؛ لأنه أدخل كلمة الشك في الوقوع على امرأته، فصار كما لو قال: أنت طالق، أو غير طالق.

لهما: أن حكم الطلاق، وهو الفراغ عن قيد النكاح، وثبوت الحرمة يتحقق في المرأة لا في الجدار والحمار، فتعينت امرأته محلا للفراغ تصحيحًا لكلامه.

ولو ضم إلى منكوحته رجلًا، فقال: إحداكما طالق لا تطلق امرأته عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: تطلق؛ لأن الرجل ليس بمحل لإيقاع الطلاق عليه، فصار كالبهيمة. له: أن إضافة الطلاق إلى الرجل إن لم يصح، فحكمه يثبت في حقه، وهو الحرمة، ولهذا لو أضاف الزوج الحرمة والبينونة إلى نفسه صح، فصار كالأجنبية.

(**الجامع**): للرجل امرأتان دخل بهما، فقال: أنتما طالقان، ثم قال في العدة: إحداكما طالق ثلاثا، ثم انقضت عدة إحداهما من الطلاق الأول طلقت الثانية ثلاثا؛ لأنه إنما يملك البيان في حال يملك الإنشاء، ولا يملك إنشاء الطلاق على منقضية العدة، فلا يملك البيان في حقها، فتعينت الأخرى للثلاث.

ولو انقضت العدتان معا، ثم تزوج كلتيهما معا في عقدة لم يصح؛ لأن إحداهما مطلقة ثلاثا، ولا يعلم المحللة من المحرمة، فلم يجز نكاح المحللة وإن تزوج إحداهما صح؛ لأن سبب الجواز ثابت بيقين، وهو كونها أجنبية من بنات آدم، فكان كونها محللة ثابتًا بيقين، وفي سبب الفساد شك واحتمال، واليقين لا يزول بالشك، وهذا معنى ما قاله محمد رحمه الله؛ لأنا لم نستيقن بالحرمة، وإذا صح النكاح تعينت الباقية للثلاث حكمًا لصحة النكاح لا مقصودًا، ويجوز أن يثبت الشيء حكمًا.

وإن كان لا يثبت قصدا كعزل الوكيل، فإن تزوجت إحداهما رجلا آخر، ودخل بها الزوج، ثم طلقها، ثم تزوجهما الأول صح نكاحهما؛ لأنا لم نستيقن بفساد نكاح إحداهما، بل شككنا فيه إن كان دخول الزوج الثاني في المطلقة ثلاثا صح نكاحهما جميعًا.

وإن كان في المطلقة واحدة لا يصح نكاحهما، وقد تيقنا، بسبب جواز نكاحهما، وهو كونها أجنبية من بنات آدم، فإنها كانت محللة بيقين، وشككنا في

سبب فساد نكاحهما، فلا يثبت الفساد بالشك، بخلاف ما لو تزوجهما معا قبل دخول الزوج الثاني؛ لأنا تيقنا بفساد نكاح إحداهما، والله أعلم.

(باب الرجل يطلق امرأة بعينها ثم نسيها)

(**المبسوط**): طلق إحدى نسائه الأربع بعينها، ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هذه، لا يقرب واحدة منهن، لجواز أن يكون كل واحدة مطلقة ثلاثًا، فدار وطء كل واحدة منهن عن الحل والحرمة، فيحرم احتياطًا، والعمل بالتحري في الفروج لا يصح لما عرف في كتاب التحري، فلا يقرب واحدة، ويطلق كل واحدة واحدة حتى لا تبقى كل واحدة حبيسة مغلقة، لا ذات زوج ولا مطلقة، فلا فائدة في النكاح، فإن تزوجن بأزواج جاز له التزويج بهن، لانتهاء الحرمة لوجود المحلل، فإن لم يتزوجن، فالأفضل أن لا يتزوج بواحدة.

ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن، وتعينت الرابعة للطلاق؛ لأن في كل واحدة الحل بانت بيقين، ووقع الشك والزوال، فلا يزول الحل بالشك؛ لأن اليقين لا يزال بالشك، وإن كان الاحتياط في الزوال كمن تيقن الطهارة، وشك في الحدث، فإذا صح نكاح الثلاث لبقاء الحل فيهن بيقين تعينت الرابعة ضرورة، وهكذا قالوا في الوطء: لا يقربهن احتياطًا، كما في النكاح، فإن قرب تعينت الرابعة للطلاق.

وهكذا ذكر الشيخ أبو الحسن القدوري في المختلفات: له امرأتان، فطلق إحداهما بعينها ونسبها، ثم وطئ إحداهما تتعين الأخرى للطلاق عندنا، خلافًا للشافعي؛ لأنه يجب حمل فعله على ما يحل شرعًا؛ لأن الظاهر من حال العاقل المسلم أن لا يقدم على ما لا يحل له شرعًا، وليس له أن يتزوج بالكل قبل أن يتزوجن بزوج آخر؛ لأن المطلقة فيهن بيقين، كما لا يقربهن، فإن تزوج واحدة منهن تزوج، ودخل بها، ثم تزوج الكل هل يجوز نكاحهن؟

ذكر في (**الجامع**): أنه يجوز نكاح الكل؛ لأن المطلقة ثلاثًا محتاجة إلى زوج آخر، فالظاهر من حال المتزوجة أنها هي المطلقة ثلاثًا، حيث أقدمت على النكاح للتحليل، فانصرف دخول الزوج الثاني إلى المطلقة، لكونها محتاجة إليه، فكان بمنزلة صرة من

الحنطة أصاب طائفة منها نجاسة، ولا يعلم موضع النجاسة، إذا غسل طائفة منها، فإنه يحكم بطهارة الكل بصرف الغسل إلى ما تنجس منها؛ لأنها المحتاجة إلى الغسل، وفي غسل كلها عسر وحرج، فيحكم بطهارة الكل للضرورة فكذا هذا.

ولو أنهن لم يتزوجن، وادعت كل واحدة أنها هي المطلقة ثلاثا كان للزوج اليمين؛ لأنها تدعي الطلاق على الزوج، وهو ينكر.

وإن نكل تقع الثلاث على كل واحدة؛ لأن النكول بدل، أو إقرار، فصار كأنه أقر بالطلاق، أو بدل به لها.

وإن حلف لكل واحدة، فالحكم كما ذكرنا قبل اليمين من الامتناع عن قربان كل واحدة؛ لأن اليمين لا ترفع حكم الواقع، لأنه لم يثبت ما ادعى كل واحدة، فبقي الأمر على ما كان.

وعن محمد فيما إذا كانت امرأتان، فحلف لإحداهما طلقت الأخرى؛ لأنه سقط خصومة المحلوف لها، فتعينت الباقية للطلاق حكما.

وإن لم يحلف للأولى طلقت؛ لأنه بالنكول صار باذلا، أو مقرًّا بالطلاق لها، وإن تشاحا على اليمين حلفته لهما لاستوائهما في الدعوى، فأحلفه بالله ما طلق واحدة منهما، فإن حلف حوجب لهما حتى يبين؛ لأن الطلاق لا يرتفع باليمين، وإحداهما محرمة، فلا يمكن منهما، والله أعلم بالصواب.

تم المجلد الثاني من المحيط، ويتلوه في المجلد الثالث (باب المطلقة ثلاثًا متى تحل) بحمد الله وعونه ومنّه وتسهيله له شاء.

بسم الله الرحمن الرحيم

ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم

(القسم الثاني في بيان أحكام الطلاق وما يتأكد به المهر وما يسقط به)

(باب المطلقة ثلاثًا متى تحل له؟)

قال: المطلقة ثلاثًا لا تحل لمطلقها حتى يدخل بها الزوج الثاني لقوله تعالى:

﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] والمراد به الطلقة الثالثة بإجماع الأمة وبدلالة أنه سبق ذكر حكم الطلاقين بقوله: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ الآية، ثم أعقبهما ذكر حكم طلقة أخرى فعُلِمَ أنها الطلقة الثالثة.

ثم قيل: المراد بالنكاح الوطء دون العقد؛ لأنه ذكر نكاحها مع الزوج والذي يتصور منها مع الزوج الوطء دون العقد، فإن الرجل لا يكون زوجًا قبل العقد.

وقيل: النكاح شرط الحل بالكتاب والدخول شرطه بالخبر المشهور وهو قوله عليه السلام لتلك المرأة: "**لَا، حَتَّى تَذُوقِي من عُسَيْلَتِهِ**[1] **وَيَذُوقَ من عُسَيْلَتِكِ**"[2].

---

(١) قوله: "عسيلته" المراد لذة الجماع، لا لذة إنزال الماء، لأن التصغير يقتضي الاكتفاء بالقليل، فيكتفى بلذة الجماع. قاله السندي.

(٢) أخرجه «البخاري» ٣/٢٢٠ (٢٦٣٩) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي ٧/٥٥ (٥٢٦٠) قال: حدثنا سعيد بن عفير، قال: حدثني الليث، قال: حدثني عقيل، عن ابن شهاب. وفي ٧/٥٦ (٥٢٦٥) قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي ٧/٧٢ (٥٣١٧) قال: حدثنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا هشام (ح) وحدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبدة، عن هشام. وفي ٧/١٨٤ (٥٧٩٢) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب، عن الزهري. وفي ٨/٢٧ (٦٠٨٤) قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. و«مسلم» ٤/١٥٤ (٣٥١٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، قالا: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي (٣٥١٧) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قال أبو الطاهر: حدثنا، وقال حرملة: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس، عن ابن شهاب. وفي ٤/١٥٥ (٣٥١٨) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. وفي (٣٥١٩) قال: حدثنا محمد بن العلاء الهمداني، قال: حدثنا أبو أسامة، عن هشام. وفي (٣٥٢٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن فضيل (ح) وحدثنا أبو كريب، قال: حدثنا أبو معاوية، جميعا عن هشام. و«ابن ماجه» (١٩٣٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. و«الترمذي» (١١١٨) قال: حدثنا ابن أبي عمر، وإسحاق بن منصور، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. و«النسائي» ٦/٩٣ و١٤٨، وفي «الكبرى» (٥٥٠٩ و٥٥٧٤) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا سفيان، عن الزهري. وفي ٦/١٤٦، وفي «الكبرى» (٥٥٧١) قال: أخبرني عبد الرحمن بن عبد الله بن =

وجماع الصبي والمجنون يحللها للزوج الأول؛ لأن الحل معلق بوطء الزوج مطلقًا، وقد وجد.

وإن كان صبيًّا لا يقدر على الجماع وآلته ليست بمشتهاة اختلف مشايخنا فيه.

وإن كان الزوج الثاني مسلولًا يجامع تحل للأول؛ لأن المعتبر هو الإيلاج دون الإنزال وقد وجد.

ولو كان مجبوبًا لا تحل للأول؛ لأنه لم يوجد الإيلاج، فإن حبلت وولدت حلت للأول وصارت محصنة عند أبي يوسف؛ لأنه ثبت الوطء حكمًا لثبات النسب منه؛ لأنه معلق بالوطء، وقد يكون منه الإنزال عند التقاء الفرجين كما يكون من غيره فيكون قادرًا على ما يتعلق به الوصول إلى غاية ما يمكن من اللذة المطلوبة بالزوجية فوجب اعتباره.

وعند زفر والحسن: لا تحل للأول؛ لأن الحل معلق بالوطء حقيقة ولم يوجد.

ولو وطئها الزوج الثاني في حيض أو نفاس أو إحرام أو صوم حلت للأول؛ لأن الوطء وجد في النكاح الصحيح، والحرمة إنما تثبت بأمر عارض لا بمعنى في الوطء.

والدخول في النكاح الفاسد لا يحلها للأول خلافًا للشافعي؛ لأن الله تعالى سمى الثاني زوجًا والزوج حقيقة لا يكون إلا في النكاح الصحيح؛ لأن النكاح الفاسد يشبه العقد وليس بعقد حقيقة، ولهذا لا يفيد الملك والحل فكان ناقصًا فلا ينصرف مطلق الاسم إليه إلا أنه لو قال: والله ما تزوجت، وقد تزوج نكاحًا فاسدًا يحنث؛ لأن النكاح في الماضي عين؛ لأنه صار موجودًا، والصفة في العين لغو، كما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ.

=

عبد الحكم، قال: حدثنا شعيب بن الليث، عن أبيه، قال: حدثني أيوب بن موسى، عن ابن شهاب. وفي ١٤٦/٦، وفي «الكبرى» (٥٥٧٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا معمر، عن الزهري. و«أبو يعلى» (٤٤٢٣) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. كلاهما: (محمد بن مسلم بن شهاب الزهري، وهشام بن عروة) عن عروة بن الزبير، فذكره.

ولو طلقها ثلاثًا فتزوجت بآخر ثم طلقها ثلاثًا قبل الدخول ثم تزوجت بثالث ودخل بها حلت للأولين؛ لأنه وجد المحلل في حقهما.

ولو تزوجت وقصدا التحليل ولم يشترطا ذلك في العقد صح النكاح وحلت للأول.

ولو تزوجها بشرط أن يحلها للأول تحل للأول ويكره، وعند أبي يوسف: النكاح فاسد ولا تحل للأول، وهو إحدى الروايتين عن محمد، ورُوي عنه: أنه يصح النكاح ولا تحل للأول لوقوع الشك فيه.

ولأبي يوسف: إن شرط التحليل في معنى التوقيت والنكاح المؤقت باطل.

لأبي حنيفة: أنّ النكاح وقع مؤبدًا لفظًا؛ لأن التوقيت غير مذكور فيه نصًّا، وشرط التحليل ليس بتوقيت معنى؛ لأنه تزوجها بشرط أن يدخل بها ثم يطلقها، ولو صرح بهذا لا يصير النكاح موقتًا فكذا هذا إلا أنه كره لقوله عليه السلام: "**لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ**[1]، **وَالْمُحَلَّلَ لَهُ**"[2].

وإن خلا بها وادعى الأول أنه دخل بها وأنكرت المرأة لا تحل للأول، وإن ادعت الدخول وأنكر الزوج حلت للأول؛ لأن العلم بذلك يستفادُ من جهتها فيكون القول قولها.

وذكر في النوازل: لو تزوج بمطلقته ثلاثا بعدما طلقها الزوج الثاني واعتدّت منه ثم ادعت أن زوجها الثاني لم يكن دخل بها، فإن كانت المرأة عالمة بشرائط الحل، فإذا ادعت ما ينعدم به الصحة صارت مناقضة فلا يقبل قولها كما إذا ادعت أنها كانت مجوسية أو مرتدة أو كان النكاح بغير شهود، وإن كانت جاهلةً صدقت؛ لأن إقدامها على النكاح لا يكون إقرارًا بهذه الشرائط، وإذا طلق امرأته واحدة أو ثنتين ثم عادت إليه بعد زوج يملك عليها ثلاث تطليقات.

---

(١) الْمُحلِّل: هُوَ مَنْ تَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ الْمُطَلَّقَةَ ثَلَاثًا بِقَصْدِ الطَّلَاقِ، لِتَحِلَّ هِيَ لِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ، وَالْمُحَلَّلُ لَهُ: الزَّوْجُ الْأَوَّلُ. تحفة الأحوذي (٣/١٨٦).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٩٣٦) قال: حدثنا يحيى بن عثمان بن صالح المصري، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت الليث بن سعد يقول: قال لي أبو مصعب، مشرح بن هاعان، فذكره.

وعند محمد وزفر والشافعي لا يملك إلا ما بقي لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] الآية، جعل زوال الحل جزاء الطلقة الثالثة ممدودًا إلى غاية الزوج الثاني من غير فصل بينما إذا تحلل بين الطلقات الثلاث الزوج الثاني أو لم يتحلل، لهما قوله صلى الله عليه وسلم: "**لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ، وَالْمُحَلَّلَ لَهُ**".

والحديث ورد في الزوج الثاني، فإنه أورده أبو عيسى الترمذي في باب ما جاء في الزوج الثاني مطلقًا فالنبي صلى الله عليه وسلم سماه محللا والمحلل من يُثبت الحل والحل إذا ثبت ابتداء لا يزول إلا بالثلاث والله تعالى جعل زوال الحل جزاء الطلقة الثالثة إذا كانت الطلقات في حل واحدٍ لما بينا.

ولو طلق زوج الأمة ثنتين لم تحل حتى تنكح زوجًا غيره؛ لأن طلاق الأمة ثنتان بالنص فيكون الثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة ووطء المالك لا يحلها للزوج؛ لأن الله تعالى علق الحل بوطء الزوج والمولى ليس بزوج.

ولو اشتراها الزوج لم تحل له بملك اليمين؛ لأن الله تعالى نفى الحل من جميع الوجوه مؤقتا إلى غاية الزوج الثاني.

ولو قال لامرأته الأمة: إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين، وقال مولاها: إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد طلقت ثنتين ولا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره عندهما.

وعند محمد: تحل من غير زوج؛ لأن التطليق يقارن الإعتاق والعتق يقارن الإعتاق؛ لأن الحكم يثبت مقارنًا للعلة كالكسر مع الانكسار فيكون الطلاق مقارنا للعتق فصادفها التطليقتان وهي حرة فلا تحرم عليه.

لهما: أن التطليق والعتق وإن وقعا معًا لأنهما تعلقا بشرط واحد ولكن العتق صادفها وهي أمة؛ لأن الإعتاق يزيل الرق عنها، وكذلك الطلاق يصادفها وهي أمة فتحرم بالثنتين.

ولو قال لها: أنت طالق مع عتق مولاك تحل بلا زوج بالإجماع؛ لأنه جعل التطليق مقارنًا للعتق ولن يقترنا، إلا وأن يتعلق الطلاق بالعتق حلولا فصار العتاق بمعنى الشرط فلا يقع الطلاق إلا بعده فيصير "مع" بمعنى "بعد".

كما لو قال لها: أنت طالق مع دخولك الدار، يتعلق بالدخول؛ لأنه لا يتصور مقارنة الطلاق الدخول إلا إذا تعلق به، وعدتها ثلاث حيض في المسألتين بالاتفاق لأنها يجب عليها وهي حُرّة.

ولو تزوج أمة مورثه ثم قال لها إذا مات مولاك فأنت طالق ثنتين ثم مات المولى والزوج وارثه يقع الطلاق عند أبي يوسف.

وعند محمد لا تطلق؛ لأن الطلاق مضاف إلى حال زوال النكاح؛ لأن الوارث يملك الأمة مقارنا لزوالها عن ملك الميت وزوال النكاح يثبت مقارنا لدخولها في ملكه؛ لأن هذه الأشياء متضادة متنافية وملك اليمين يضاد ملك النكاح في حق أحكامها وثمراتها وثبوت أحد الضدين يكون مقارنا لذهاب البياض وكقدح مملوء من الماء إذا ألقي فيه حجر وخرج الماء يكون خروج الماء مقارنا لدخول الحجر لا مرتبا عليه لاستحالة أن يكون القدح واسعا للمحرم يخرج الماء بعده وإضافة الطلاق إلى حالة زوال النكاح لا يصح.

لأبي يوسف: أن الطلاق مضاف إلى حال قيام النكاح؛ لأن زوال النكاح يترتب على ملك الوارث وملك الوارث يترتب على انقطاع ملك الميت وهذه أحوال متعاقبة مترادفة لأن القول بالمقارنة يؤدي إلى الاستحالة وهو سَبق ثبوت الحكم على العلة والحكم لا يثبت إلا بعد تمام العلة كالشراء ما لم يتم لا يزول ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري، وهكذا يقول في قدح الماء يترتب خروج الماء على دخول الحجر ولا يقترنان لاستحالة الخروج قبل دخول الحجر الذي هو علة الخروج، وعلى هذا لو قال لأمة مورثه: إذا مات مولاك فأنت حرة فمات المولى لا تعتق.

وقال زفر وهو رواية عن محمد: تعتق؛ لأن موت المورث سبب الملك للوارث لا محالة فقد أضاف العتق إلى سبب الملك فصح فصار، كما لو قال أن ورثتك.

لنا: أن شرط العتق وهو الموت وقد حال انقطاع ملك الميت لا حال قيام ملك الوارث؛ لأن بعد الموت حال انقطاع ملك الميت فما لم ينقطع ملك الميت لا يدخل في ملكه الوارث فيكون ملكا يخالف بعد الموت بساعتين فلا يكون العتق

مضافا إلى الملك ولا إلى سبب الملك؛ لأن الموت لم يوضع سببًا لإفادة ملك الوارث بل سبب ملكه هو القرابة بعد الموت، وأما إذا جمع بين اليمين بالطلاق والعتاق بأن قال إن مات مولاك فأنت حرة وإن مات مولاك فأنت طالق ثنتين فعند محمد لا يقعان جميعًا.

وقال زفر: يقع العتاق ولا يقع الطلاق.

وقال أبو يوسف: يقع الطلاق ولا يقع العتاق لما ذكرنا.

(**النوادر**): حرة طلقها زوجها ثنتين ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب فاسترقت، فعند أبي يوسف لهذا الزوج أن يتزوجها؛ لأن ذلك لم يحرمها حال وقوعه فلا يحرمها في الثاني؛ لأن البقاء على نهج الثبوت، وعند محمد لا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره؛ لأن المحرم الطارئ على الطلاق كالمقارن له. رجل ظاهر امرأته أو لاعن امرأته وفرق بينهما ثم ارتدت فسبيت لا يحل للزوج أن يطأها بحكم اليمين؛ لأن حكم اللعان والظهار باقٍ محرم الاستمتاع والجماع والاجتماع معها؛ لأن بالارتداد لا يبطل حكم اللعان لقوله صلى الله عليه وسلم: "**المتلاعنان لا يجتمعان أبدا**".

(**الفتاوى**): امرأة سمعت زوجها طلقها ثلاثا ولا تقدر على منع نفسها عنه يسعها أن تقتله متى علمت أنه يقربها؛ لأنه لا يمكن دفع شره عن نفسها إلا بقتله لكن ينبغي أن يقتله بالدواء لأنها إن قتلته بآلة الحرب يجب عليها القصاص.

امرأة شهدَ عندها شاهدان بالطلاق، فإن كان الزوج غائبًا وسعها أن تتزوج، وإن كان حاضرًا لا، لكن لا يسعها أن تمكّن زوجها؛ لأنه متى كان غائبًا لا يمكنها السؤال عنه، فيحتمل أن الزوج يكون مقرًّا متى كان حاضرًا أمكنها السؤال عنه فإذا جحد احتج إلى القضاء بالفرقة، والقضاء بالفرقة لا يجوز إلا بحضرة الخصم عند القاضي.

رجل طلق امرأته ثلاثا فشهد عنده شاهدان أنك استثنيت موصولا وهو لا يذكر ينظر إن كان بحال إذا غضب يجري على لسانه ما لا تحفظ بعد جاز الاعتماد على

قول الشاهدين؛ لأن الظاهر يقرر قولهما، وإن لم يكن بهذه الحالة لا يعتمد على قولهما؛ لأنه مخالف.

ولو طلق امرأته ثنتين فقال له رجل أطلقت امرأتك ثلاثا فقال نعم ثم تزوجها، فإن كانت المرأة سمعت جوابه للسائل لا يحل لها أن ترجع إليه وحل للزوج إمساكها؛ لأن المرأة تبني على ظاهر حاله وهو إقراره بالثلاث والزوج يبني على حقيقة حاله وهو علمه بأنه أراد به الكذب.

عن محمد رحمه الله: رجل طلق امرأته ثلاثا وهي صغيرة لا يوطأ مثلها فوطئها الزوج الثاني فأفضاها، فإنه لا يحلها هذا الوطء الأول.

(باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول)

المهر لا يخلو إما أن يكون مسمى في العقد أو لا والفرقة لا تخلو إما أن وقعت بالطلاق أو بالموت، فإن كان المهر مسمى في العقد وطلقها قبل الدخول بها فلها نصف المفروض لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأن الطلاق قبل الدخول قطع لملك النكاح لفظا ووضعا ولكنه فسخ معنى؛ لأن المعقود عليه يعود إلى المرأة كما خرج من ملكها من غير سبب جديد وهذا هو معنى الفسخ.

وإن كان فسخًا من كل وجه سقط جميع البدل كما في إعتاق المشتري المبيع وكالطلاق بعد الدخول، فإذا كان قطعا من وجه فسخًا من وجه فوفرنا على الشبهين حظهما فلكونه فسخًا يسقط نصف المسمى ولكونه قطعًا يبقي النصف توفيرا على الشبهين حظهما بخلاف الطلاق بعد الدخول، فإذا كان قطعًا من وجه فسخًا من وجه؛ لأنه قطع من كل وجه؛ لأنه لا يعود المعقود عليه إلى ملكها فيما استوفى من منافع بضعها، ثم إن لم يكن المهر مقبوضا يعود نصفه إلى ملك الزوج من غير قضاء ولا رضا.

وإن كان مقبوضًا لا يعود نصفه على ملك الزوج إلا بقضاء أو رضا بل يبقى

مملوكا للمرأة ملكا فاسدا حتى لو باعت الكل نفذ بيعها في الكل وعند الشافعي: لا ينفذ إلا في النصف.

وهذا بناء على أن بالطلاق قبل الدخول يصير العقد فاسدًا في حق الصداق ولا ينفسخ ما لم يوجد القضاء أو الرضا بالفسخ؛ لأن بالطلاق انفسخ العقد من وجه وبقي من وجه، والعقد متى انفسخ من وجه وبقي من وجه يصير فاسدا كمن اشترى عبدًا بجارية وقبض الجارية فهلك العبد قبل التسليم يفسد البيع؛ لأن كل واحد منهما مبيع من وجه ثمن من وجه فانفسخ البيع من وجه من حيث إن الهالك مبيع ولم ينفسخ من حيث إنه ثمن فكذا هذا ومتى فسد سبب الملك فالسبب الفاسد مع القبض يفيد الملك عندنا وسبب الملك باقٍ ببقاء القبض فبقي الملك ما لم ينقض قبضه بخلاف ما قبل قبض المهر؛ لأن السبب الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض وعند السبب الفاسد لا يفيد أصلا، وإن لم يكن مسمى في العقد وطلقها قبل الدخول فلها المتعة واختلفوا في المتعة في ثلاثة مواضع أحدها أن المتعة واجبة عندنا.

وقال مالك: مستحبة.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] أمر والأمر للوجوب وذكر بكلمة (على) وكلمة (على) للإيجاب فالله تعالى أوجب المتعة حال عدم المسيس والفرض والثاني أن المتعة تجب عوضًا عن البضع كمهر المثل.

وقال الشافعي: تجب صلة لنفي وحشة الفراق.

والصحيح قولنا؛ لأن المتعة وجبت خلفا عن مهر المثل؛ لأن مهر المثل وجب بالعقد عوضًا عن البضع فينبغي أن تنتصف بالطلاق قبل الدخول ولا تستحق كله كالمسمى إلا أنه يقدر تنصيفه لكونه مجهول القدر ولئلا تقع المساواة بين المسمى ومهر المثل فأوجبنا المتعة بأن أنصف مهر المثل لئلا يكون إجلاء للبضع عن الواجب إظهارًا لخطره وكانت المتعة بمنزلة نصف المهر وإنما شرعت باسم المتعة لما فيها من معنى الصلة مع كونها عوضا من حيث إنه لا مالية في المعوض وفائدة على الخلاف تظهر في مسألتين إحداهما المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة

عندنا لأنها استحقت عوض البضع مرة فلا تستحق مرة أخرى وعنده تجب المتعة لكل مطلقة لا تسمية في نكاحها؛ لأن المتعة عنده شرعت صلة لنفي وحشة الفراق فجاز الجمع بين المهر والمتعة والثانية المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمسة دراهم حتى لو كان مهر مثلها أقل من المتعة فلها نصف مهر مثلها ما لم ينقص عن خمسة لأنها وجبت خلفا عن مهر المثل فلا تجوز الزيادة على الأصل كما في المسمى ولا تنقص عن خمسة؛ لأن المهر لا يكون أقل من عشرة فنصفه لا يكون أقل من خمسة وعنده تجب بالغة ما بلغت لأنها وجبت صلة لنفي وحشة الفراق والثالثة المتعة بثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة، وعند الشافعي ثلاثون درهما.

لنا: قول ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] بثلاثة أثواب درع وخمار وملحفة فالدرع يستر البدن والخمار يستر الرأس والملحفة تلبسها للخروج إن احتاجت إليه وإنما قدرنا بالثلاث دون غيرها؛ لأن المتعة اسم لما يتمتع به مع قيام العين، ولهذا سمي الوطئ تمتعًا؛ لأنه انتفاع بالمرأة مع قيام العين والدراهم والطعام ولا يمكن الانتفاع به مع قيام ذاته وإنما قدرنا بالثلاث؛ لأن اسم المتاع باسم الجمع وأقل الجمع ثلاثة.

وذكر الكرخي: أن المتعة معتبرة بحالها وقيل هي معتبرة بحاله كما في النفقة وهو الصحيح لقوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وفي مهر المثل يعتبر حالها، وقال الشافعي تجب المتعة.

والصحيح قولنا؛ لأن مهر المثل يجب بنفس العقد؛ لأن النكاح ذكر للمهر شرعا إلا أن الذكر يذكر النكاح مهر مجهول فيعتبر بما لو سمي مهرا مجهولًا في النكاح ولو سمي مهرا مجهولًا في النكاح وجب مهر المثل بنفس العقد فكذا هذا.

ولو زاد في المهر ثم طلقها قبل الدخول بطلت الزيادة وينصف الأصل.

وعند أبي يوسف رحمه الله: تنصف الزيادة أيضًا لأنها تلتحق بأصل العقد فصارت كالموجودة لدى العقد كان العقد ورد على الأصل والزيادة.

لهما: أن الواجب بالطلاق قبل الدخول نصف المفروض في العقد والزيادة لم

تكن مذكورة في العقد فبطلت كمهر المثل وكذا إذا لم يسم في العقد مهرًا ثم فرض القاضي أو الزوج بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول فلها المتعة.

وعند أبي يوسف رحمه الله والشافعي رحمه الله: لها نصف المفروض؛ لأن الله تعالى أوجب نصف المفروض بقوله: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾.

لنا: أن الفرض تقدير لموجب العقد قبل الطلاق وموجبه قبل الطلاق مهر المثل فكان الفرض تقدير المهر مهر المثل وتعيينا له وإليهما التعيين فتولى منزلة المعين والمفروض منزلة مهر المثل وهو يبطل بالطلاق قبل الدخول فلم يجب نصف المفروض، وتبيّن أنّ المراد من قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ نصف مهر المفروض لدى العقد ولم يوجد.

ولو شرط لها مع المسمى ما ليس بمال فطلقها فلها نصف المسمى وسقط الشرط؛ لأن مهر المثل لا يجب بالطلاق قبل الدخول.

تزوج امرأتين وقد سمّى لكل واحدة مهرًا ولم يدخل بهما ثم طلق إحداهما لا بعينها ومات قبل البيان فلكل واحدة ثلاثة أرباع المسمى؛ لأن النصف لكل واحدة متيقّن والنصف مشكوك فيه لها إن لم تكن مطلقة وليس لها إن كانت مطلقة فينصف بينهما، وإن لم يسم لكل واحدة مهر فمهر بينهما وسقط المتعة استحسانا لأنها مع المهر لا يجتمعان وإن سمّى لإحداهما دون الأخرى فللمسمى لها ثلاثة أرباح المهر؛ لأنه لو وقع الطلاق عليها فلها نصف المهر، وإن لم تقع فلها جميعه فالنصف متيقّن والنصف مشكوك فيه فينصف وللأخرى نصف مهر مثلها؛ لأنه إن وقع الطلاق عليها فلها المتعة، وإن لم يقع فلها جميع مهر المثل فينبغي أن يجب نصف المهر ونصف المتعة غير أن المتعة مع المهر لا يجتمعان فأوجبنا نصف المهر.

وإن لم تكن المسمى لها معلومة ومهر المثل والمسمى سواء فمهر وربع بينهما وعليهما عدة الوفاة لأنها تجب على كل واحدة في حال دون حال فأوجبناها احتياطا وكل فرقة كانت طلاقا قبل الدخول ففيها نصف المهر إلا الفرقة بالجب والعنة ففيها المهر كاملا؛ لأن هذه فرقة حصلت بمعنى يختص بالزوج وهو عجزه عن إيفاء حقها في الوطء فصارت مضافة إليه وقد حصلت بعد الخلوة وهي مؤكدة

حقها في كل البدن فلها المهر كاملا بخلاف الفرقة لعدم الكفاءة لأنها حصلت بمعنى يختص بالمرأة وهو إزالة الشين عنها بوضع نفسها فيمن ليس بكفؤ لها فصار كالفرقة منها مختارا.

(**النوادر**): تزوج صغيرة فدفعها دفعة وأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف المهر عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن هذا طلاق قبل الدخول وذهاب العذرة حصل بما لا يصير به الزوج متعديا فيه.

وعن محمد رحمه الله وزفر وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله: لها المهر كاملا؛ لأن ذهاب العذرة في حقها بمعنى الدخول، وإذا دفعها أجنبي فعلى الزوج نصف الصداق المسمى وعلى الأجنبي نصف صداق مثلها بالإجماع؛ لأن الأجنبي متعدٍّ في الدفع فيكون متعديا في التسبب لإذهاب العذرة فيضمن نصف قيمة البضع وهو نصف مهر مثلها؛ لأن النصف قد دخل في النصف.

ولو قبّلها ابن زوجها وهي كبيرة أو وطئها وهي مطاوعة يسقط مهرها، وإن كانت مكرهة لا يسقط، ذكرها الحسن بن زياد في (**المجرد**).

وذكر محمد رحمه الله في الأصل مسألة تدل على هذا رجل تزوج صغيرة فأرضعتها أمه حرمت على زوجها ولا يسقط مهرها، وإن كانت مكرهة لا يسقط مهرها بارتضاعها، والفرق بين الصغيرة والكبيرة أن سقوط المهر بالفرقة من قبلها إنما كان جزاء على مباشرة الشبه وارتكاب المعصية سوى الرّدّة ولا يجب بدلا عن التلف؛ لأن المتلف ملك النكاح والنكاح لا يضمن بالإتلاف، وإذا لم يجب بدلا كان السقوط جزاء على الفعل والكبيرة من أهل المجازاة على فعلها، فإذا وقعت الفرقة بفعلها فقد منع المبدل وهو منافع البضع فيجازى بمنع البدل تحقيقا للمساواة في المعاوضة التي تقتضي المساواة بين المتعاقدين حتى لو كانت مكرهة لا يسقط؛ لأن المكره لا يجازى على فعله؛ لأنه معذور فيه فأما الصغيرة لا تؤاخذ بجزاء الفعل الذي هو تمكين من الزنا؛ لأن فعلها لا يقع معصية.

ولو ارتدّت المرأة يسقط كل المهر كبيرة أو صغيرة؛ لأن ما يجب جزاء على الرّدّة يجوز أن يؤاخذ الصغيرة به، ألا ترى أنها تحبس على الردة كما تحبس الكبيرة والحبس جزاء الردة.

(**الجامع**): ولو تزوج الحر مكاتبة بإذن مولاها على أمة بعينها ولم تقبضها المكاتبة حتى زوجتها من الزوج على مائة جاز لأنها ملكتها صداقا بنفس العقد فيملك التصرف فيها قبل القبض وإدخال الأمة على المكاتبة جائز فصح.

فإن لم تقبض المكاتبة الأمة حتى طلقهما الزوج قبل الدخول بهما معا أو الأمة ثم المكاتبة طلقتا؛ لأن الزوج إنما يملك نصف الأمة حكمًا لطلاق المكاتبة وحكم السبب يثبت بعد تمامه فكان طلاق الأمة قبل الملك مقارنا لطلاق المكاتبة فوقع وللمكاتبة نصف الأمة وربع مهر الأمة؛ لأن مهر الأمة ينصف بطلاقها وبقي النصف زيادة في مهر المكاتبة حدث قبل القبض فينصف مع الأصل وهو الأمة، فإن طلق المكاتبة أولا ثم الأمة لم تطلق الأمة وفسد نكاحها ولا شيء عليه من مهرها؛ لأنه بطلاق المكاتبة عاد الملك للزوج في نصف الأمة ففسد نكاحها بحكم الملك لا بالطلاق عاودت سقوط كل الزوج المهر كما لو اشتراها من المكاتبة، فإن قبضتها ثم زوجتها منه وباقي المسألة بحالها لم تنتصف الأمة بالطلاق ويجب نصف مهرها للمكاتبة وعلى المكاتبة نصف قيمتها للزوج؛ لأن مهر الأمة زيادة في مهر المكاتبة حدثت بعد القبض فيمنع التنصيف فقد عجزت عن رد نصفها فغرمت القيمة وسقط نصف مهر الأمة بطلاقها قبل الدخول.

فإن زوجته الأمة قبل قبضها ودخل بالأمة دون المكاتبة ثم طلقهما معًا أو متعاقبا، فإن شاء الزوج أخذ نصف الأمة وبطل عنه نصف مهرها وإن شاء أخذ نصف قيمتها يوم وطئها ويكون نصف مهرها للمكاتبة؛ لأن المكاتبة صارت قابضة للأمة بوطء الزوج؛ لأنه حصل بتسليطها فأضيف ذلك إليها حكمًا كما لو زوج الأمة المشتراة قبل القبض ثم وطئها الزوج صار قابضا لها والوطء تعييب فاحش والمهر إذا تعيب قبل القبض بعيب فاحش يتخير الزوج في ذلك، وإما ينتصف مهر الأمة؛ لأن مهرها زيادة وجبت بالعقد قبل القبض فلم يمنع التنصيف.

ولو تزوجها قبل قبض المكاتبة والمسألة بحالها فالأمة ومهرها للمكاتبة وللزوج نصف قيمة الأمة يوم قبضها؛ لأنه زيادة حدثت بعد القبض فيمنع التنصيف.

ولو طلق المكاتبة قبل الدخول والأمة مقبوضة ثم تزوج الأمة لم يصح؛ لأن

قبل القضاء أو الرضا إن لم يعد ملكه في الأمة حقيقة ولكن عاد فيها حق الملك، وحق الملك يمنع ابتداء النكاح.

ولو كان تزوجها ثم طلق المكاتبة لم يفسد نكاح الأمة حتى يقضي للزوج بنصفها؛ لأن حق الملك لا يمنع بقاء النكاح لما عرف في النكاح.

(باب ما يتأكد به جميع المهر)

المهر يستحق بالعقد ويتأكد بالوطء؛ لأنه استيفاء للمبدل فيتأكد البدل بموت أحدهما؛ لأن بالموت انتهى العقد فيتقرّر ويتأكد حكمه في الماضي كالصوم يتقرر بمضي اليوم ويتأكد بالخلوة الصحيحة خلافا للشافعي، لأنها مكنته من قبض المبدل لأنها مكنته بالوطء وبالوطء يصير قابضًا للمبدل فوجب عليه تمكينها من قبض البدل حقًّا لها تحقيقًا للتساوي بينهما وحقهما معصوم محترم فيصير الزوج محجورًا عن إبطاله، وكذلك مهر المثل يتأكد بما يتأكد به المسمى من الموت والدخول والخلوة ومهر المثل يسقط بموتهما عند أبي حنيفة خلافا لهما لما مر في النكاح.

والخلوة الصحيحة عند أبي حنيفة هي التمكين من الوطء بأقصى ما في وسعها وعندهما هي التمكين الحالي من المانع من الوطء حسًّا وشرعًا حتى لو خلا بها وهو مجبوب تصح الخلوة عنده؛ لأن أقصى ما في وسعها هو التمكين من المستحق؛ لأن المانع لا يتقرّر زواله وارتفاعه حتى يؤمر بالتمكين بعد زواله وعندهما لا تصح الخلوة؛ لأنه لا يتصور الوطء مع الجب.

ولو خلا بها وهو عنين تصح الخلوة لأنها مكنته بأقصى ما في وسعها؛ لأن العنَّة مما لا يعرف زوالها حقيقة حتى يؤمر بالتمكين بعد الزوال وأمّا عندهما فلأنه يجوز أن يكون قادرا على الوطء لقيام الآلة فلا يعتبر مانعًا، ولو خلا بها حائضا أو صائمة فرضًا أو محرمة أو رتقاء أو أحدهما مريض يمنع الجماع لا تصح الخلوة؛ لأن هذه الموانع على شرف الزوال فلا يكون هذا تسليما بأقصى ما في وسعها، وفي صوم النفل روايتان والأصح أنه لا يمنع صحة الخلوة؛ لأن ترك التطوع بعذر الضيافة جائز فكذا بعذر التسليم، وكذلك صلاة التطوع إلا الأربع قبل الظهر، فإنه يمنع

صحة الخلوة لأنها سنّة مؤكدة فلا يجوز تركها وإبطالها بمثل هذا العذر والخلوة في النكاح الفاسد فاسدة لا يتأكد بها المهر لأن الخلوة وجدت حال حرمة الوطء؛ لأن النكاح الفاسد لا يفسد الملك والحل، ويتأكد بالوطء بشبهة؛ لأنه يفسد الملك عند الدخول لما بينا.

(**المنتقى**): ولو خلا بها ومعهما امرأة أجنبية لا تصح؛ لأنه مانع من التسليم طبعا وشرعا، وكذلك لو كان معهما أعمى أو نائم أو صبي يعقل أو مجنون أو مغمى عليه؛ لأن الأعمى يحس والنائم معرض أن يستيقظ والمغمى عليه يفيق.

ولو كان معهما امرأة منكوحة له لا تصح الخلوة، ولو كانت أمة له رُوي عن محمد رحمه الله أنه يصح؛ لأن للمنكوحة حقًّا في الوطء فلا يحل أن يجامع إحداهما بمشهد الأخرى لما فيه من زيادة إلحاق المغايظة بالأخرى فيكون مانعًا شرعًا فإما لا حق للأمة في الوطء فلا بأس بوطء المنكوحة بين يديها وفي رواية يكره وطء المنكوحة بحضرة الأمة؛ لأنه لا يحل لها النظر إليهما فيمنع صحة الخلوة ولو كان معهما كلب عقور لا تصح الخلوة لأنهما يخافان من عقره.

ولو خلا بها على سطح لا حجاب عليه لا تصح الخلوة؛ لأنه لا يؤمن من أن يطلع عليهما أحد ولو خلا بها في قدر محلة وأرخى الستر تصح الخلوة.

ولو خلا بها في طريق الجادة لا تصح؛ لأنه لا تخلو عن أحد، وإن كان في بنيان الطريق يصح؛ لأنه قد تخلو عن ثالث.

ولو خلا بها في المسجد أو في الحمام لا يصح.

ولو دخلت على الزوج ولم يعرفها لا تكون خلوة وهو الأصح؛ لأن الخلوة إنما تقام مقام الوطء إذا تحقق بالخلوة التسليم والتمكين وذا لا يحصل إلا بالمعرفة.

(فصل)

ولو طلق امرأته بائنًا بعد الدخول أو فرق القاضي بينهما لعدم الكفاءة بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا في عدتها ففرق قبل الدخول يجب كمال المهر وكمال العدة ثانيا عندهما.

وعند محمد: نصف المهر وبقية العدة.

وعند زفر والشافعي: نصف المهر ولا عدة، وكذلك لو طلق منكوحته الأمة بائنًا بعد الدخول بها ثم تزوجها في العدة ثم أعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول بها فعندهما يجب كمال المهر والعدة.

وعند محمد: لا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها وعليها بقية هذه العدة.

وعند زفر والشافعي: لا مهر ولا عدة، لهم أن هذا طلاق قبل المسيس؛ لأنه فارقها قبل الإصابة في نكاح مبتدأ فلا يوجب كمال المهر وتسقط العدة عند زفر لأنها تسقط بالرجعة فبالنكاح أولى؛ لأن في النكاح ما في الرجعة وزيادة.

وعند محمد: لا تسقط؛ لأن سبب وجوب العدة وهو البينونة وكون رحمها مشغولا بما لم يبطل باعتراض النكاح الثاني فلم تسقط العدة وإنما بطل اعتبار المدة لوقوع الاستغناء عنها، فإذا طلقها ثانيا وقعت الحاجة إلى المدة فعادت كمن اشترى معتدته ثم أعتقها وجبت عليها العدة.

لهما: إن تزوجها وهي مقبوضة؛ لأن الزوجة كانت في يده وتَدْبيره ومحبوسة بحقه ورحمها مشغولة بمائه وكانت مشغولة بحق العاقد، وشغل رحمها بمائه أثر القبض؛ لأن الوطء قبض واستيفاء للمعقود عليه، وأثر الوطء باقٍ ما بقيت العدة وهو شغل رحمها بمائه فاستدللنا بأثر القبض على بقاء القبض، وبقاء القبض يكفي لإيجابهما كلامًا، ويكون هذا طلاقا قبل المسيس حُكمًا واعتبارًا فصار كما لو طلقها بعد الخلوة الصحيحة في النكاح الثاني.

وأما إذا جاءت الفرقة من جهتها بأن ارتدت أو قبّلت ابن زوجها بشهوة فعندهما لها كمال المهر وعليها العدة؛ لأن الفرقة في النكاح الثاني حصلت بعد الدخول بها، وعند محمد لا مهر لها وعليها بقية العدة؛ لأن الفرقة حصلت قبل الدخول.

وكذلك لو قال: كلما تزوجتك فأنت طالق، فتزوجها ثلاث مرات فدخل بها، فهي امرأته ولها مهران ونصف وطلقت ثنتان عندهما؛ لأنه وجب نصف مهر بالطلاق الأول قبل الدخول ومهر بالدخول بعده عن شبهة ومهر بالطلاق الثاني؛

لأنه طلاق بعد الدخول معنى، فإذا أدخل بها ثانيا وهي معتدته صار مراجعا لها فلم يجب به شيء ولم يصح نكاح الثاني لأنها في نكاحه.

وعند محمد: لها أربعة مهور ونصف وطلقت ثلاثا ثلاثة مهور بثلاث دخلات ومهر ونصف بثلاث تطليقات.

وإن كان الطلاق بائنًا فقد بانت منه بثلاث بالاجماع ولها خمسة مهور ونصف، عندهما ثلاثة مهور بثلاث دخلات ومهران بالنكاح الثاني والثالث ونصف مهر بالنكاح الأول.

وعند محمد: هو مثل الأول؛ لأن الرجعي عنده لا يتصور؛ لأن الطلاق في كل نكاح وقع قبل الدخول وفي النكاح الفاسد يجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل.

وقال زفر: يجب مهر المثل بالغًا ما بلغ.

لنا: أن منافع البضع غير متقومة حقيقة بدليل أنها لا تضمن بالإتلاف وإنما تتقوم بالعقد شرعًا وقيمتها مهر المثل، فإن كان أكثر من المسمى في العقد وجب للتقوم بقدر المسمى لاصطلاحهما وتراضيهما عليه، فإن كان أقل من المسمى وجب قَدْرُ مهر المثل؛ لأن ما هو متقوم حقيقة لا يُزاد على قيمته في العقد الفاسد فما ليس بمتقوم حقيقة أولى والله أعلم بالصواب.

(باب هِبَة الصَّدَاقِ)

ولو وهبت الصداق من زوجها فلا يخلو، إمّا أن كان الصداق عينًا أو دينًا، فإن كان الصداق عينًا فوهبت من زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها فلا شيء له عليها مقبوضًا كان أو لم يكن، وفي أحد قولي الشافعي يرجع بنصف المقبوض.

والصحيح قولنا؛ لأنه وصل إلى الزوج عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول عود الملك في نصف العين إلى الزوج بغير بدل وقد عاد إليه كل المهر قبل الطلاق بغير بدل فلا يعود ما عاد بخلاف ما لو وهبت الصداق من الأجنبي ثم الأجنبي

وهب منه ثم طلقها قبل الدخول فله أن يرجع عليها بنصفه؛ لأنه لم يصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق؛ لأنه لم يصل إليه من جهة المرأة وإنما وصل إليه من جهة غيرها ونظيرها خمس مسائل، **إحداها** مذكورة في (**الجامع**): اشترى جارية بعبد ثم وهب الجارية من مشتري العبد ثم استحق العبد من يده، فإنه لا يرجع على مشتري الجارية بقيمتها استحسانًا والباقية مذكورة في المبسوط. **والثانية**: مريض وهب جارية من إنسان لا مال له غيرها وسلم الجارية إليه ثم وهب الموهوب له الجارية من المريض ثم مات في مرضه، فإنه لا يضمن الموهوب قيمة ثلثي الجارية للورثة استحسانا. **والثالثة**: المرتهن إذا أبرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لا يضمن. **والرابعة**: المسلم إليه إذا وهب رأس المال وهو عرض من رب السلم ثم تقايلا السلم لا يغرم المسلم إليه شيء استحسانا ويلزمه قيمته قياسا وهو قول زفر.

وأما إذا كان الصداق دينا، فإنه يرجع بنصف ذلك؛ لأن المستحق عليها بالطلاق رد مثل نصف المقبوض لا رد نصف عينه، ألا ترى أن لها أن تمسك المقبوض وترد مثله فلم يصل إلى الزوج بالهبة عين ما يستحقه بالطلاق.

وإن قبضت النصف أو أقل وهو دين ثم وهبت الباقي ثم طلق فلا شيء عليها وإن قبضت أكثر من النصف ردت الفضل على النصف عند أبي حنيفة، وعندهما يرجع بنصف المقبوض قل أو كثر، لهما: أن هبة بعض ما لا يتعين حط من الأصل ويلتحق بأصل العقد كما في حط بعض الثمن فصار كأن العقد ورد على الباقي بعد المحطوط فكان المهر هو المقبوض فينتصف. له: أن الزوج يستحق بالطلاق نصف ما في ذمته لا شيئًا من المقبوض بدلالة أنها لو لم تهب منه شيئًا حتى طلقها يستحق النصف الذي في ذمته من المقبوض؛ لأن سبب الشركة وهو الطلاق قارن قبض كل واحد منهما نصفه؛ لأن نصفه في يدها ونصفه في يد الزوج؛ لأنه كان في ذمته فيمنع ثبوت الشركة كما لو طرأ قبض كل واحد نصفه على الشركة بدفع الشركة، فإذا قارن أولى أن يمنع.

ولو وهبت المهر لغيره ثم طلقها رجع عليها بالنصف؛ لأنه أمكنها تسليمه

بالرجوع فيه ولو باعته أو وهبته بعوض رجع بنصف القيمة لأنها عجزت عن تسليم ما وجب تسليمه فصار كما لو أعتقه.

ولو طلقها فقضى له بنصفه فلم يقبض حتى انتقص عقدها أخذ نصفه وضمنها نصف النقصان؛ لأنه عاد نصفه إلى ملك الزوج وبقي في ضمانها لأنها قابضة ملك الغير فيكون النقصان عليها.

(**النوادر**): امرأة وهبت مهرها من زوجها ثم أقر الزوج بالمهر لها يصح إقراره وهو الصحيح؛ لأنه يجعل كأن الزوج بعد هبة المهر زاد لها في مهرها مقتضى الإقرار وقبلت المرأة ولو زاد في مهرها فضًّا يصح فكذا هذا.

رجل مات فوهبت امرأته مهرها جاز؛ لأن الدين عليه إلى أن يقضى فصحت الهبة إذ القبول في حال حياة المديون ليس بشرط لصحة هذا الدين فكذا بعد وفاته.

ولو قالت لزوجها كأين ترا بحشرم حنك أو من باردار إن لم يطلقها لا يبرأ عن المهر لأنها جعلت المهر عوضا عن الطلاق عادة.

ولو قالت لزوجها: وهبت كأين ترا بحشرم منك حقي حنك أو من باردار ثم قال الزوج: حنك ارتو ماردشتم ثلاث مرات قال لا تطلق إلا واحدة وهو الصحيح؛ لأن هذه اللفظة بمنزلة قوله: خليت سبيلك، والبائن لا يلحق البائن.

ولو قال لامرأته: أبرئيني عن مهرك حتى أهب لك كذا فأبرأته ثم أبى أن يهب لها ما قال، يعود المهر عليه لأنها وهبته بشرط ولم يحصل لها الشرط فلا تكون راضية بالهبة.

المطلقة إذا وهبت مهرها للزوج على أن يتزوجها ثم أبى الزوج أن يتزوجها فالمهر باقٍ على الزوج لأنها جعلت المال عوضا عن التزوج ولا يصلح أن يكون العوض على المرأة في النكاح.

(باب المهور والميراث الذي يجب للنساء في الطلاق المبهم في العقود)

ولو تزوج ثلاث نسوة في عقدة وثنتين في عقدة وواحدة في عقدة ثم طلق

إحدى نسائه قبل أن يدخل بهن ثم مات فلهن ثلاثة مهور للواحدة سبعة أثمان مهر إلا سدس ثمن مهر وللثلاث مهر وثمنا مهر ونصف ثمن مهر وللثنتين خمسة أثمان مهر أما لهن ثلاثة مهور؛ لأن نكاح الواحدة صحيح في جميع الأحوال تقدم أو تأخر عن إحدى الطائفتين أو عنهما ونكاح الثلاث يصح في حالين وهو أن يكون مقدما أو بعد الواحدة ولا يصح في حال وهو أن يكون متأخرًا عن الثنتين ونكاح الثنتين كذلك إلا أن أحوال الإصابة حالة واحدة لما تبين، فكان نكاح كل فريق يصح في حال دون حال، فإن صح نكاح الثلاث مع الواحدة فلهن أربعة مهور إلا أنه سقط نصف مهر بالطلاق فبقي ثلاثة مهور ونصف أو إن صح نكاح الثنتين مع الواحدة فلهن ثلاثة مهور سقط نصف مهر بالطلاق بقي مهران ونصف فمهران ونصف ثابت بيقين ومهر يجب في حال دون حالٍ فيكون مشكوكا فيه ولا يجوز إسقاطه بالشك فينتصف فيجب نصفه احتياطًا في أمور الإبضاع فيبقى ثلاثة مهور، وأما الواحدة إن صح نكاحها مع الثلاث فلها سبعة أثمان مهر؛ لأنه انتقض بالطلاق نصف مهر فيكون موزعا عليهن أرباعًا فنصيب كل واحدة ربع النصف وذلك ثمن المهر.

وإن صح نكاحها مع الثنتين فلها خمسة أسداس مهر؛ لأنه نصيبها نقصان ثلث النصف وذلك سدس الجميع، فإذا للواحدة في حال سبعة أثمان مهر وفي حال خمسة أسداسه فيضرب ثمانية في ستة فتكون ثمانية وأربعين فصار كل مهر ثمانية وأربعين والمهور ثلاثة فجملتها مائة وأربعة وأربعون ثم نصيبها في حال نقصان ثمن مهر وذلك ستة وفي حال نقصان سدس وذلك ثمانية فستة أسهم ساقطة بيقين وسهمان يجب في حال دون حال فينصف فبقي لها أحد وأربعون وذلك سبعة أثمان مهر غير سدس ثمن مهر، وأما الثلاث إن صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور إلا أنه سقط بالطلاق ثلاثة أرباع نصف مهر وذلك ثلاثة أثمان مهر؛ لأن الواحدة في التفضيل معهن فبقي لهن مهران وخمسة أثمان مهر وذلك مائة وستة وعشرون إلا أنه لا يصح نكاحهن في حال فينصف فبقي لهن مهر وثمنا مهر ونصف ثمن مهر وذلك ثلاثة وستون.

فأما الثنتان إن صح نكاحهما فلهما مهران سقط بالطلاق نصف مهر؛ لأن الواحدة معهما فنصيب كل واحدة ثلث النصف فبقي لهما مهر وثلثا مهر وذلك ثمانون إلا أنه لا يصح نكاحهما في حال فلهما نصفه، وأما الميراث فللواحدة سبعة أسهم من أربعة وعشرين وللثلاث تسعة مما بقي وللثنتين ثمانية وقد مر تخريجه في النكاح.

ولو تزوج ثلاثًا في عقدة وثنتين وأربعا في عقدة ثم طلق إحداهن ثم مات فلهن مهران ونصف بين الثلاث والأربع نصفان ومهر ونصف من الفرق الثلاث ولكل فرقة ثلث الميراث فهذا قول أبي يوسف؛ لأن أكثر ما لهن أربعة مهور وهو أن يصح نكاح الأربعة إلا أنه سقط بالطلاق نصف مهر وبقي ثلاثة ونصف فأقل ما لهن مهران وهو أن يصح نكاح الثنتين سقط نصف مهر بالطلاق فبقي مهر ونصف متيقن ووقع الشك في مهرين فينصف فيصير مهرين ونصف ولا منازعة للثنتين فما زاد على مهر ونصف وذلك مهر فيكون بين الثلاث والأربع نصفان لأنهما يدعيانه فبقي مهر ونصف استوت منازعة الطوائف الثلاث فيه فيكون بينهن أثلاثا.

وعند محمد رحمه الله: يكون لهن مهران وسدس للثنتين نصف مهر وللثلاث خمسة أسداس مهر وللأربع مهر وسدس مهر؛ لأنه إن صح نكاح الثنتين فلها مهر ونصف، وإن لم يصح فلا شيء لهما ونكاحهما يصح في حال ولا يصح في حالين وأحوال الحرمان أحوال فيكون لهما ثلث مهر ونصف وذلك نصف مهر والثلاث إن صح نكاحهن فلهن مهران ونصف إلا أن نكاحهن يصح في حال دون حالين فيكون لهن ثلث مهرين ونصف وذلك خمسة أسداس مهر والأربع إن صح نكاحهن فلهن ثلاثة مهور ونصف إلا أن نكاحهن يصح في حال دون حالين فيكون لهن ثلث ثلاثة مهور ونصف وذلك مهر وسدس مهر. وأما الميراث فميراث امرأة واحدة بينهن أثلاثا؛ لأنه استوت منازعتهن أو أحوالهن فيه.

ولو دخل بامرأتين لا يعرفان بأعيانهما ثم طلق إحدى نسائه واحدة وأخرى منهن ثلاثا ثم تزوج واحدة بعد انقضاء العدة ثم مات فللأخيرة التي تزوجها المهر كاملا؛ لأن نكاحها صحيح وهو دليل على فساد نكاح الأربع فلا مهر لهن ولا

ميراث ولا عدة عليهن؛ لأن نكاح الأربع لو كان صحيحا لكان نكاح الأخيرة فاسدا لأنها تكون خامسة نسائه والمسلم لا يقدم على نكاح فاسد ظاهرًا فدل إقدامه على نكاح الأخيرة على فساد نكاح الأربعة، فإن قيل جواز نكاح الأخيرة لا يدل على فساد نكاح الأربعة لا محالة؛ لأنه يتصور أنه طلق ثنتين من الأربع وقد انقضت عدتهما فيجوز نكاح الأخيرة في هذه الحالة لأنها ثالثة نسائه، قلنا: لا يجوز نكاح الأخيرة أصلا في هذه الحالة لأن المطلقة مجهولة في هذه الحالة فلا تنقضي عدتها بمضي ثلاثة أقراء فبقي ثنتان منهما منكوحتان وثنتان معتدتان والعدة تمنع نكاح الخامسة.

ثم قال محمد رحمه الله: وللثنتين مهر ونصف وللثلاث مهر ونصف وهذا سهو وقع من الكاتب في الوجهين.

والصحيح: أن يقال للثنتين مهر وللثلاث مهر وثلاثة أثمان مهر؛ لأن الثنتين إن صح نكاحهما فلهما مهران؛ لأن الطلاق وقع عليهما بعد الدخول بهما؛ لأن الدخول يصرف إليهما؛ لأنه مصروف إلى الذي صح نكاحهما حملًا لأمره على الصلاح، وإن لم يصح نكاحهما فلا شيء لهما فلهما مهر، وأما الثلاث إن صح نكاحهن فثنتان مدخول بهما وواحدة لا، فإن كان وقع الطلاقان على المدخولتين فلهن ثلاثة مهور، وإن كان الطلاقان على التي لم يدخل بها نقصها الطلاق نصف مهر فبقي لهن مهران ونصف، فمهران ونصف ثابت بيقين ونصف مهر مشكوك فيه فينصف فيكون لهن مهران وثلاثة أرباع مهر حال صحة نكاحهن، فإن لم يصح نكاحهن فلا شيء فينصف فبقي لهن مهر وثلاثة أثمان مهر، وأما التخريج على قول أبي يوسف على طريق المنازعة وهو أن أكثر ما لهن مهران وهو أن يصح نكاح الثنتين فمهران متيقن وثلاثة أرباع مهر مشكوك فيه فينصف فيكون لهن مهران وثلاثة أثمان مهر ثم لا منازعة للثنتين فيما زاد على مهرين وذلك ثلاثة أثمان مهر فيكون للثلاث بقي مهران استوت منازعة الفريقين فيهما فيكون بينهما نصفان.

فأما حكم الميراث ذكر أن للواحدة من الميراث خمسة من اثني عشر وللثلاث أربعة أسهم وللثنتين ثلاثة، وهذا وقع سهوا.

والصحيح أن يقال: لا ميراث للثنتين وهو رواية ابن سماعه عن محمد؛ لأنه إن صح نكاحهما فالطلاقان وقع عليهما وقد انقضت عدتهما قبل الموت لأنهما تعينتا للطلاق في هذه الحالة، وإن لم يصح نكاحهما فلا شيء لهما فقد تيقنا أنه لا ميراث لهما.

وأما الواحدة فعلى قول أبي يوسف لها ثمانية أسهم ونصف سهم من اثني عشر وللثلاث ثلاثة أسهم ونصف؛ لأنه لا منازعة للثلاث فيما بقي زاد على سبعة أسهم؛ لأن لهن ثمانية أسهم في حالين بأن وقع الطلاق على المدخولتين بهما أو وقع الثلاث على غير المدخول بها والواحدة على إحدى المدخولتين بهما؛ لأن الوارثة منهن ثنتان؛ لأن المطلقة ثلاثًا لا ترث، ولهن ستة أسهم في حال بأن وقع الواحدة على غير المدخول بها؛ لأن الوارثة منهن واحدة في هذه الحالة مع الأخيرة فيكون الميراث بينهما نصفين فستة أسهم ثابتة بيقين وقع الشك في سهمين فينصف فيكون لهن سبعة أسهم ثم لا منازعة لهن فيما زاد على سبعة أسهم فيكون للواحدة وذلك خمسة أسهم بقي سبعة أسهم استوت فيه منازعة الواحدة والثلاث فيكون بينهما نصفين.

وأما على قول محمد فللواحدة خمسة وعشرون سهما من ستة وثلاثين سهما؛ لأن الواحدة إن صح نكاحها مع الثنتين فلها جميع الميراث، وإن صح نكاحها مع الثلاث فلها ثلث الميراث في حالين بأن وقع الطلاق على المدخولتين بهما أو وقع الثلاث على غير المدخول بها، والواحدة على إحدى المدخولتين بهما؛ لأن الوارثة منهن في هذه الحالة ثنتان؛ لأن عدة المدخول بها لم تنقض في هذه الحالة لأنها مختلطة بغير المطلقة فيكون الميراث بينهن أثلاثا وفي حال لها نصف الميراث بأن وقع الثلاث على المدخول بها والواحدة على غير المدخول بها؛ لأن الوارثة منهن واحدة فيكون الميراث بينهما نصفين، فالثلث لها ثابت بيقين ووقع الشك في سهم يجب في حال دون حالين وأحوال الحرمان أحوال فيكون لها ثلث ذلك فيضرب ثلاثة في ستة فيصير ثمانية عشر فستة أسهم لها ثابت بيقين وثلاثة أسهم لها في حال دون حالين فيكون لها ثلث ذلك وهو سهم فصار لها سبعة أسهم بقي أحد عشر سهما فيكون للثلاث إن صح نكاحهن، وإن لم يصح فللواحدة فينصف بينهما

فيكون للواحدة خمسة أسهم ونصف فقد انكسر بالنصف فأضعف حتى يزول الكسر فيصير ستة وثلاثين، فاثنا عشر للواحدة ثابت بيقين وستة أسهم لها في حال دون حالين فيكون لها ثلثها وهو اثنان فيصير لها أربعة عشر سهما بقي اثنان وعشرون للثلاث إن صح نكاحهن، فإن لم يصح فللواحدة فينصف بينهما.

ولو لم يدخل بشيء منهن ولم يتزوج وكانت إحدى الثلاث أمًّا لإحدى الأربع والحال ما ذكرنا، فإن الأم والبنت لا تنقصان من مهر ولا ميراث؛ لأنه لم يصح إلا نكاح إحدى الفريقين الأربع أو الثلاث فلم تجتمع الأم والبنت في النكاح فلا يتعيّن الحكم.

ولو كان إحدى الأربع أمة وقد طلق إحدى نسائه فلهن سوى الأمة مهران ونصف مهر بين الثلاث والأربع سوى الأمة نصفان والباقي وهو مهر ونصف لكل فريق ثلاثة وهو قول أبي يوسف؛ لأن نكاح الأمة فاسد فبقي ثلاثة وثلاثون وثنتان فيقول: أكثر ما لهن مهران ونصف وهو أن يصح نكاح الثنتين فمهر ونصف ثابت بيقين ومهر واحد مشكوك فيه فينصف فيكون لهن مهران ثم لا منازعة للثنتين فيما زاد على مهرٍ ونصف بقي مهر ونصف استوت منازعة الفرق فيقسم بينهن أثلاثا.

وأما عند محمد: إن صح نكاح الثلاث فلهن مهران ونصف، وإن لم يصح فلا شيء ونكاحهن يصح في حال دون حالين فلهن ثلث ذلك وهو خمسة أسداس مهر، وكذلك الثلث الآخر، وإن صح نكاح الثنتين فلهن مهر ونصف، فإن لم يصح فلا شيء لهما ونكاحهما يصح في حال دون حالين فلهما ثلاثة وذلك نصف المهر.

(**الزيادات**): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما إذا تزوج ثلاث نسوة وطلق إحداهن.

والثاني: فيما إذا تزوج أربعًا وطلق إحداهن.

(فصل)

تزوج ثلاث نسوة ودخل بواحدة ولم يدخل بثنتين ثم قال: إحدى نسائي طالق

واحدة أو ثلاثًا، ثم مات قبل البيان، فهنا حكمان: حكم المهر، وحكم الميراث.

أما حكم المهر: فللمدخولة مهر كامل وللأخريين مهر وثلاثة أرباع مهر عند أبي يوسف، وعند محمد: للتين لم يدخل بهما مهر وثلثا مهر.

وقال عيسى بن أبان: بأن هذا التخريج غير صحيح؛ لأن اعتبار حال الدخول بحال عدم الدخول فاسد؛ لأن حال عدم الدخول بينهن سقوط نصف المهر وحالة الدخول لا تتيقن لاحتمال وقوع الطلاق على المدخولة فكيف تعتبر حالة عدم التيقن بحالة التيقن قلنا: أمكن تصحيح التخريج باعتبار الأحوال فيقول إن وقع الطلاق على الكبرى من غير المدخولتين فلها نصف مهر وللصغرى مهر، وإن وقع على الصغرى فلها نصف مهر وللكبرى مهر كامل، وإن وقع على المدخولة فلهما مهران فمهر ونصف ثابت لهما بيقين والنصف يجب في حال ولا يجب في حالين وأحوال الحرمان أحوال فيجب ثلث النصف وذلك سُدس الحل فيكون لكل واحدة خمسة أسداس مهر، وأبو يوسف يقول: إن وقع الطلاق على المدخولة فلهما مهران، وإن وقع على إحدى اللتين لم يدخل بهما فلهما مهر ونصف فمهر ونصف ثابت بيقين والنصف الآخر يجب في حال دون حال فينصف فيقضى لهما بمهر وثلاثة أرباع مهر فأبو يوسف اعتبر حالهما، ومحمد اعتبر كل واحدة منهما، وأما الميراث فللمدخولة خمسة أسهم من اثني عشر سهما من الميراث وللأخريين سبعة؛ لأنه إن وقع الطلاق على المدخولة فلها ثلث الميراث؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرمها عن الميراث وإن وقع على إحدى الأخريين فلها نصف الميراث؛ لأنه يزاحمها الواحدة؛ لأن المطلقة صارت مبانة فلا ترث فالثلث ثابت بيقين وهو أربعة ومن الزيادة إلى تمام النصف وهو سهمان شك فينصف فيجب خمسة أسهم.

ولو قال: إحداكن طالق واحدة والأخرى ثلاثًا والمسألة بحالها.

أما حكم الميراث: فعند أبي يوسف تلغى الثلاث؛ لأنه على أنهن وقع حرمها عن الميراث وليست إحداهن بأولى من الأخرى فتبقى تطليقة واحدة فصار كأنه قال إحداكن طالق، ولو قال ذلك كان للمدخولة خمسة أسهم من اثني عشر من الميراث وللأخريين سبعة كما في المسألة الأولى فكذا هذا.

وعند محمد: للمدخولة خمسة أثمان الميراث وللّتين لم يدخل بهما ثلاثة أثمانه؛ لأن إحدى اللتين لم يدخل بهما محرومة من الميراث لأنها صارت مبانة إما بالثلاث أو بالواحدة فعزلناها بقيت مدخولة وغيرها، فإن كان الواقع على المعزولة الواحدة بقيت الثلاث بين المدخول وغيرها، فإن وقعت على المدخولة فلا شيء لها.

وإن وقع على غيرها فلها الكل فينصف فصار لها النصف في هذه الحالة، وإن كان الواقع على المعزولة الثلاث بقيت الواحدة بين المدخولة وغيرها، فإن وقعت على المدخولة فلها النصف، وإن وقعت على غيرها فلها الكل فالنصف ثابت بيقين وفي النصف الآخر شك فينصف ففي حال لها ثلاثة أرباع وفي حال لها النصف فالنصف ثابت بيقين وفي الزيادة إلى تمام ثلاثة أرباع وهو شك فينصف فصار لها خمسة أثمان، وأما حكم الصداق فللمدخولة مهر كامل وللّتين لم يدخل بهما مهر وربع لكل واحدة خمسة أثمان.

وذكر في النكاح: لهما صداق وثلث. قيل المذكور هنا قول محمد الآخر والمذكور في النكاح قوله الأول وهو قول أبي يوسف وجه رواية النكاح أنه إن وقع الطلاق على اللتين لم يدخل بهما فلهما مهر واحد، وإن وقع أحد الطلاقين على المدخولة فلهما مهر ونصف فالمهر ثابت بيقين والنصف ثابت لهما في حالين بأن يقع الثلاث أو الواحدة على المدخولة ولا يثبت في حال وأحوال الإصابة أحوال على هذه الرواية فصار لهما ثلثا النصف وذلك ثلث الكل فصار لهما مهر وثلث مهر. وجه رواية (**الزيادات**): أن إحدى غير المدخولتين مطلقة بيقين فسقط نصف المهر والطلاق الآخر إن وقع على المدخولة فلغيرها مهر كامل وإن وقع على غيرها فلها نصف مهر فالمهر الواحد ثابت بيقين وفي النصف شك فينصف مهر وربع.

ولو دخل بثنتين منهن فالمسألة بحالها أما الميراث فعند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة: تلغى الطلقات الثلاث بقيت الواحدة إن وقعت على غير المدخولة فالميراث كله للمدخولتين، وإن وقعت على إحدى المدخولتين فلهما ثلثا الميراث

فالثلثان ثابت بيقين وهو أربعة وفي الزيادة إلى تمام الستة شك فينصف فصار لهما خمسة أسداس الميراث ولغير المدخولة السدس ضرورة.

وعند محمد: للمدخولتين سبعة أثمان الميراث؛ لأن إحداهما وارثة فعزلناها، فإن كانت المعزولة مطلقة بالواحدة بقي الثلث دائرًا بين المدخولة وغيرها، فإن وقع على المدخولة فلها النصف وإن وقع على غيرها فلها الكل ففي النصف يقين وفي الزيادة شك فينصف فصار لها ثلاثة أرباع، وإن لم تكن المعزولة مطلقة فلهما الكل فالكل لهما في حال وثلاثة أرباع في حال وقع الشك في الزيادة وهو الربع فينصف فصار لهما سبعة أثمان ولغير المدخولة الثمن، وأما حكم الصداق فللمدخولتين صداقان ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر.

قال مشايخنا: يجب أن يكون لغير المدخولة ثلثا مهر أما على أصل أبي يوسف فلأن الطلاقين إن وقعا على المدخولتين فلهما جميع المهر، وإن وقع أحد الطلاقين عليهما فلها نصف المهر فلهما جميع المهر في حال ونصف المهر في حالين: أحدهما أن يقع عليها الواحدة والآخران يقع عليهما الثلث، فالنصف ثابت بيقين والنصف يجب في حال ولا يجب في حالين فيجب ثلث النصف وذلك سدس الكل فيكون لها ثلثا مهر، وأما على أصل محمد رحمه الله فإنه يجعل المدخولة كغير المدخولة.

ولو لم يدخل بواحدة منهن فالطلاقان يسقطان مهرًا واحدًا موزعًا بين الثلاث فنصيب لكل واحدة نقصان الثلث، فلئن لم ينتقض مهر المدخولتين يبقى نقصان غير المدخولة وهو الثلث فيجب ثلثا مهر، غير أن محمد رحمه الله سلك طريقا آخر في الكتاب في هذه المسألة وقال: إن أحد الطلاقين وقع على إحدى المدخولتين قطعًا ولا أثر لها في تعبير المهر فيجعل بالعدم بقي الطلاق دائرًا بين المدخولة وغير المدخولة، فإن وقع على المدخولة فلغير المدخولة مهر كامل، وإن وقع عليها أقلها نصف ثابت بيقين وفي الزيادة شك فصار لها ثلاثة أرباع.

فإن شئت قلت: جعلنا المدخولة كغير المدخولة فسقط نصف مهر بينهما نصيب كل واحدة منهما نقصان الربع فلم يظهر النقصان في حق

المدخولة فكان المدخول فيظهر في حق غير المدخولة.

(فصل)

تزوج أربع نسوة فدخل بواحدة ولم يدخل بثلاث فقال: إحدى نسائي طالق ثلاثا والأخرى واحدة، ومات قبل البيان، أما الميراث فعند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة للمدخولة ثلاثة أسهم ونصف سهم من اثني عشر سهما من الميراث، وعند محمد رحمه الله لها أربعة من اثني عشر.

لأبي يوسف: أنه تلغى الثلاث بقيت الواحدة إن وقعت على المدخولة فلها الربع وذلك ثلاثة.

وإن وقعت على غير المدخولة فللمدخولة الثلث، والثلث والربع مخرجهما من اثني عشر فلها في حال أربعة وفي حال ثلاثة قبله بيقين والسهم الرابع مشكوك فيه فينصف فيكون لها ثلاثة ونصف يبقى ثمانية ونصف بين البواقي فيضعف اثني عشر ليزول الكسر فيصير أربعة وعشرين للمدخولة سبعة وسبعة عشر للبواقي أثلاثًا لا تستقيم فيضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فيصير اثنين وسبعين فمنه تصح المسألة.

لمحمد: إن إحدى اللاتي لم يدخل بهن وارثة بيقين؛ لأن الطلاق لم يقع إلا على اليقين وإحدى الثلاث محرومة بيقين لأنها مطلقة بواحدة بقي الثلاث مترددا بين المدخولة وغير المدخولة فإن وقع على المدخولة فلا شيء لها وإن وقع على غير المدخولة فلها النصف؛ لأن الميراث بين المدخولة والمعزولة الوارثة نصفين فلها النصف في حال ولا شيء في حال فينصف فصار لها الربع، وإن كانت المحرومة المعزولة مطلقة بثلاث بقيت الواحدة بين المدخولة وغيرها، فإن وقعت على المدخولة لها ثلث الميراث أربعة؛ لأنه يزاحمها اثنتان.

وإن وقعت على غيرها فلها النصف؛ لأنه يزاحمها واحدة فالأربعة ثابتة بيقين وفيما زاد عليها شك فينصف فصار خمسة فلها ثلاثة في حال وخمسة في حال فالشك وقع في سهمين فينصف فيكون لها أربعة أسهم وهو ثلث الميراث وثلثاه للبواقي، فأما المهر عند أبي يوسف للمدخولة مهر كامل وللواتي لم يدخل بهن

مهران وربع لكل لواحدة ثلاثة أرباع المهر؛ لأنه إن وقع الطلاقان على ثنتين منهن فلهن مهران، وإن وقع على إحداهن طلقة فلهن مهران ونصف وقع الشك في نصف مهر فيقضى لهن بمهرين وربع بينهن، وعند محمد للواتي لم يدخل بهن مهران وسدس مهر؛ لأن إحدى الثلاث مطلقة قطعا فعزلناها بنصف مهر يبقى ثلاث نسوة، فإن وقع الطلاق على المدخولة فلها مهران، وإن وقع على إحداهما فلهما مهر ونصف فمهر ونصف ثابت يقينا والنصف يجب في حال ولا يجب في حالين فوجب ثلثه وهو سدس الكل فيكون مهر وثلثا مهر، فإذا ضم هذا إلى النصف الذي عزل به الواحدة صار مهران وسدس مهر.

ولو دخل بهن والمسألة بحالها أما الميراث فعند أبي يوسف للمدخولتين سبعة من اثني عشر؛ لأنه يلغي الثلاث بقيت الواحدة إن وقعت على إحدى المدخولتين فلهما نصف الميراث وهو ستة من اثني عشر، وإن وقعت على إحدى اللتين لم يدخل بهما فللمدخولتين ثلثا الميراث وهو ثمانية فالنصف وهو ستة ثابت بيقين وسهمان تجب في حال دون حال فينصف فصار لها سبعة من اثني عشر وعند محمد للمدخولتين خمسة وستين غير نصف سدس من ستة وسبعين والباقي للتين لم يدخل بهما؛ لأن إحدى المدخولتين وارثة قطعا فعزلناها بميراثها ثم إن كانت المعزولة غير مطلقة كانت إحدى اللتين لم يدخل بها محرومة من الميراث قطعا يقينا لأنها مطلقة قطعا، فإن كانت محرومة بالواحدة بقي الثلث مترددا بين المدخولة وغير المدخولة على أيتهما وقعت صارت محرومة فيكون الميراث بين الباقية المعزولة الوارثة نصفين فيكون على هذا الاعتبار للمدخولة المعزولة النصف وذلك ستة.

وإن كانت المحرومة محرومة بالثلث، فإن وقعت الواحدة على غير المدخولة فلها النصف فلها في حال ستة وفي حال أربعة فينصف السهمان الزائدتان فيكون لها خمسة على هذا الاعتبار وعلى الاعتبار الأول ستة فصار أحد عشر فينصف فصار لها خمسة ونصف.

وإن كانت المعزولة مطلقة بالواحدة بقي الثلاث على أن الثلاث وقع حرمها عن الميراث فيكون الميراث بين الباقين وهذه المدخولة المعزولة أثلاثًا فيكون لها

الثلث أربعة وفي الاعتبار الأول كان لها خمسة ونصف فصار لها أربعة وثلاثة أرباع سهم وهذا نصيب المدخولة المعزولة.

وأما نصيب الباقيات إن كانت المدخولة المعزولة مطلقة بالواحدة فلهن ثلثا الميراث؛ لأن ثلثه أخذته المعزولة بقي الثلثان بين الباقيات أثلاثًا فيكون للمدخولة الباقية ثلث الثلثين، وإن لم تكن المعزولة مطلقة كان لها خمسة أسهم ونصف وبقيت ستة ونصف بين الباقيات فصار كرجل له ثلاث نسوة ودخل بإحداهن لا غير فقال: إحداكن طالق ثلاثًا والأخرى واحدة فيكون للمدخولة خمسة أثمان الميراث عند محمد، فصار لها في حال ثلث الثلثين وفي حال خمسة أثمان ستة ونصف ومن ستة ونصف لا يخرج ثمن صحيح فانكسر بالأثمان فاضرب ثمانية في أصل المسألة وهو اثنا عشر فيكون ستة وتسعين كان للمدخولة المعزولة أربعة وثلاثة أرباع سهم مضروبا في ثمانية فيكون ثمانية وثلاثين فكان للمدخولة الباقية لها في حال خمسة أثمان ستة ونصف فاضرب ستة ونصف في ثمانية فيكون اثنين وخمسين وخمسة أثمانها اثنان وثلاثون ونصف؛ لأن ثمنها ستة ونصف وفي حال لها ثلث الثلثين والثلثان ثمانية مضروبة في ثمانية فذلك أربعة وستون ثلثها أحد وعشرون وثلث فصار لها في حال أحد وعشرون وثلث وفي حال اثنان وثلاثون ونصف وقع الشك في أحد عشر سهمًا وسدس فينصف ونصفه خمسة ونصف ونصف سدس فيضم إلى أحد وعشرين وثلث فيكون لها ستة وعشرون وخمسة أسداس سهم ونصف سدس سهم يضم إلى نصيب المدخولة المعزولة وذلك ثمانية وثلاثون يصير أربعة وستين وخمسة أسداس ونصف سدس بينهما نصفان والباقي من ستة وتسعين للتين لم يدخل بهما عند أبي يوسف مهر وثلاثة أثمان مهر؛ لأنه إن وقع الطلاقان على المدخولتين فلغيرهما مهران، فإن وقع أحد الطلاقين على أحدهما فلغيرها مهر ونصف فمهر ونصف ثابت بيقين وقع الشك في نصف مهر فينصف فصار مهر وثلاثة أرباع.

وإن وقع الطلاقان على اللتين لم يدخل بهما فلهما مهر واحد ففي المهر يقين وفي ثلاثة أرباع شك فينصف فصار مهر وثلاثة أثمان مهر، وأما عند محمد فلهما

مهر وثلاثة أرباع مهر قيل هذا سهو وعلى قياس تخريجه ينبغي أن يكون لهما مهر ونصف؛ لأنه لو لم يكن دخل بواحدة منهن فطلق ثنتين لكان ينتقص بالطلاقين مهر بينهن أرباعا، إلا أن مهر المدخولتين لم ينتقص لمكان الدخول فلا يزداد نصيب غير المدخولتين، إلا أن محمدًا سلك طريقًا آخر وقال: إن وقع الطلاقان على المدخولتين فلغيرهما مهران، وإن وقع عليهما فلهما مهر واحد فأسقطنا هاتين الحالتين لوقوع التعارض لاستوائهما في النفع والضرر بقيت حالة ثالثة وهو أن يقع أحد الطلاقين على غير المدخولتين فجعلنا الكل كغير المدخولات فيسقط بالطلاق نصف مهر موزعًا عليهن لكل واحدة نقصان ثمن إلّا أن مهر المدخولتين لم ينتقص فبقي نقصان مهرهما وهو ثمنان فيبقى لهما مهر وثلاثة أرباع مهر وإن دخل بثلاث والمسألة بحالها.

أما حكم الميراث فعند أبي يوسف للمدخولات سبعة أثمان الميراث ولغيرهن الثمن؛ لأنه يلغي الثلاث بقيت الطلقة الواحدة إن وقعت على غير المدخولة فلا شيء لها من الميراث، وإن لم تقع فلها الربع ففي حال لها الربع وفي حال لا شيء فيعطى لها الثمن، وعند محمد للمدخولات خمسة أسداس ونصف سُدس ونصف سدس لغير المدخولة؛ لأن ثنتين من المدخولات وارثات يقينا؛ لأن أسوأ حالين أن يقع الطلاقان عليهن فتكون المطلقة بالواحدة وغير المطلقة وارثتين فعزلناهما، فإن كانتا معزولتين بغير طلاق فغير المدخولة لا ميراث لها لأنها مطلقة، وإن كانتا بوقوع الواحدة بقي الثلاث بين المدخولة وغير المدخولة وليست إحداهما بأولى من الأخرى فيكون لهما الثلث فيكون للمدخولة السدس فيضم سدس المدخولة مع الثلثين فيكون خمسة أسداس ففي حال للمدخولات خمسة أسداس وفي حال الكل فخمسة ثابتة بيقين وقع الشك في سدس فينصف فصار لهن خمسة أسداس ونصف سدس، فأما حكم المهر فللمدخولات ثلاثة مهور ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر عند أبي يوسف؛ لأنه إن كانت مطلقة فلها النصف، وإن لم يكن فلها كمال المهر ففي النصف يقين وفي النصف الآخر شك فينصف فصار ثلاثة أرباع.

وعند محمد لغير المدخولة خمسة أسداس؛ لأن إحدى المدخولات مطلقة

قطعا بقيت مدخولتان وغير مدخولة، ولو لم يكن دخل بواحدة منهن يسقط نصف مهر موزعا بينهن فنصيب كل واحدة نقصان السُّدس فينتقص من مهر غير المدخولة سدس وللمدخولات كمال مهورهن لا أثر للطلاق في تعيين مهورهن.

رجل له أربع نسوة فدخل بثلاث ولم يدخل بواحدة فقال: إحداكن طالق ثلاثًا والأخرى ثنتين والأخرى واحدة ثم مات قبل البيان فلغير المدخولة نصف سدس الميراث بالاتفاق والباقي للباقيات كما في المسألة الأولى لأن عند أبي يوسف لما لفي الثلاث بقيت تطليقان أيهما وقع على غير المدخولة فلا ميراث لها، وإن لم يقع فلها ربع الميراث فيقضي لهما بالثمن، وأما عند محمد فلأن ثنتين من المدخولات وارثتان قطعا فعزلناهما بالميراث فصار الجواب كما في المسألة الأولى، وأما الصداق فلكل واحدة من المدخولات مهر كامل ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر بالاتفاق، أما تخريج أبي يوسف كما في المسألة الأولى، وأما تخريج محمد فلأنا تيقنا بوقوع الطلاقين على المدخولتين ولا أثر في إسقاط مهرهما بقيت الواحدة حائرة بين الثنتين.

ولو لم يدخل بواحدة منهما سقط نصف المهر موزعا عليهما فنصيب كل واحدة منهما نقصان الربع لكن مهر المدخولة لم ينتقص لمكان الدخول فيبقى مهر المدخولة ناقصا بربع فيجب ثلاثة أرباع.

تزوج ثلاث نسوة فدخل بواحدة ولم يدخل بثنتين فقال: إحدى نسائي طالق ثلاثا أو واحدة ثم مات قبل البيان.

أما الميراث فعند أبي يوسف للمدخولة خمسة أسهم من اثني عشر سهما من الميراث، وعند محمد ثلاثة أثمان الميراث وللآخرين خمسة أثمان الميراث، أبو يوسف رحمه الله يقول: الثلاث لغو بقيت الواحدة إن وقع على المدخولة فلها الثلث.

وإن وقع على غير المدخولة فلها النصف فالثلث ثابت يقينا وهو أربعة وفي الزيادة إلى النصف شك فينصف فصار خمسة أسهم ومحمد يقول بأن الثلث معتبر فعلى اعتبار وقوع الواحدة لها خمسة كما قاله أبو يوسف وعلى اعتبار وقوع الثلاث لها الثلث وهو أربعة إذ ليست إحداهن بأولى من الأخرى فالأربعة ثابتة بيقين، وفي

السهم الزائد شك فينصف فصار أربعة ونصف وهو ثلاثة أثمان اثني عشر كل ثمن سهم ونصف، فأما المهر فللمدخولة مهر كامل وللآخرين مهر وثلاثة أرباع مهر عند أبي يوسف؛ لأنه وقع الطلاقان على إحداهما فلهما مهر كامل ونصف وإن وقع على المدخولة فلها مهران مهر ونصف ثابت بيقين وفي النصف الآخر شك فينصف فصار مهر وثلاثة أرباع مهر، وعند محمد لها مهر وثلثا مهر؛ لأنه لولا الدخول لسقط بالطلاق نصف مهر فنصيب كل واحدة نقصان السدس فلما دخل بواحدة تأكد حقهما ولم ينتقص مهرها فبقي لها مهر وثلثا مهر كما كان، ولو كنّ أربعا والمسألة بحالها فللمدخولة ثلاثة ونصف من اثني عشر من الميراث والباقي للباقي بينهن عند أبي يوسف وتخريجه على نحو ما مر، وعند محمد للمدخولة ثلاثة وربع من اثني عشر؛ لأنه إن كان الواقع هو الثلاث فلها الربع لاستواء حالهن في الثلث، وإن كان الواقع هو الواحدة، فإن وقعت عليها فلها الربع، وإن وقعت على غيرها فلها الثلث فينصف الزائد فصار لها ثلاثة ونصف في هذه الحالة ولها ثلاثة في الحالة الأولى فينصف الزائد فصار لها ثلاثة وربع، وأما المهر فللواتي لم يدخل بهن مهران وثلاثة أرباع مهر بينهن عند أبي يوسف؛ لأنه إن وقع الطلاق على المدخولة فلهن ثلاثة مهور، وإن وقع عليهن فلهن مهران ونصف وهو ثابت بيقين وفي النصف شك فينصف فصار مهران وثلاثة أرباع مهر.

وعند محمد لهن مهران وخمسة أثمان مهر؛ لأنه لو لم يدخل بواحدة لسقط بالطلاق نصف مهر موزعا عليهن فنصيب كل واحدة مقدار الثمن فيكون لكل واحدة سبعة أثمان مهر فلما دخل بواحدة تأكد مهرها.

ولو دخل بالمرأتين والمسألة بحالها فللمدخولتين سبعة من اثني عشر من الميراث وخمسة للأخريين عند أبي يوسف، وعند محمد لهما ستة ونصف من اثني عشر.

وأما المهر فلغير المدخولتين مهر وثلاثة أرباع مهر عندهم جميعا وتخريجهما كما مر في المسألة المتقدمة.

ولو دخل بثلاث والمسألة بحالها فلغير المدخولة ثمن الميراث عند أبي يوسف،

وعند محمد: لها ثمن ونصف ثمن وللمدخولات مهورهن كاملة ولغير المدخولة ثلاثة أرباع مهر عند أبي يوسف، وعند محمد سبعة أثمان مهر كما في المسائل المتقدمة.

(باب ما يجب من المهر والعدة في طلاق إحدى امرأتيه)

(**الزيادات**): أصله: أن الطلاق أو العتاق متى صادف المنكر نزل حكمه في المبهم والمنكر وتعلق نزوله في المعين بشرط البيان، فإن بَيَّن نزل في المعين ويكون تعيينه بيانًا من وجه، إنشاءً من وجه، وإذا تعذر البيان من جهة المالك يشيع في الكل ضرورة عدم البيان.

مسائله على فصلين:

أحدهما: في طلاق الحرائر.

والثاني: في الجمع بين الحرة والأمة.

(فصل)

رجل له ثلاث نسوة لم يدخل بهن فقال لاثنتين: إحداكما طالق فخرجت واحدة، ودخلت الثالثة فقال: إحداكما طالق ثم مات قبل البيان، فالمسألة مشتملة على أحكام ثلاثة: المهر، والميراث، والعدة.

أما المهر: فللخارجة ثلاثة أرباع مهر وللمقيمة خمسة أثمان مهر وللداخلة سبعة أثمان مهر؛ لأن بالإيجاب الأول سقط نصف المهر مترددًا بين الخارجة والمقيمة بيقين فيكون بينهما فيسقط من مهر كامل واحدة منهما ربعه وبالإيجاب الثاني سقط ربع المهر؛ لأن الإيجاب الثاني إن صح بأن أراد بالإيجاب الأول الخارجة؛ لأن الداخلة صارت مرادة به فيسقط نصف المهر، وإن أراد به المقيمة لم يصح الإيجاب الثاني؛ لأنه جمع بين الأجنبية وامرأته وقال: إحداكما طالق وهو صادق فيه فلم يصح الإيجاب الثاني فلم يسقط به شيء فينصف فيسقط ربع المهر مترددًا بين

المقيمة والداخلة فأصابت كل واحدة نقصان سهم من ثمانية وقد أصاب المقيمة بالأول نقصان سهمين بقي لها خمسة أسهم والداخلة لم يصبها إلا نقصان سهم بقي لها سبعة أثمان مهر ولصاحب الخارجة نقصان سهمين من ثمانية بقي لها ثلاثة أرباع مهر.

وأما الميراث: فنصفه للداخلة ونصفه للداخلتين؛ لأن الداخلة لا تزاحمهما في الميراث إلا امرأة واحدة، فإن الطلاق الأول إن وقع على المقيمة لم يصح الإيجاب الثاني فالمستحق لهذا النصف المقيمة فكان ميراث النساء مترددا بين المقيمة والداخلة فكان بينهما نصفان ثم النصف الباقي بين الأخريين؛ لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى.

وأما العدة: فعلى كل واحدة عدة الوفاة لتردد حال كل واحدة بين أن تكون منكوحة أو مطلقة والعدة يحتاط لإيجابها.

رجل له ثلاثة أعبد والمسألة بحالها عتق من المقيم ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه ومن الداخل نصفه عندهما، وعند محمد من الداخل ربعه.

له: أنه إن عني بالإيجاب الأول المقيم لم يصح الإيجاب الثاني؛ لأنه جمع فيه بين حر وعبد وقال: أحدكما حر، وإن عنى به الخارج يصح الإيجاب الثاني فأوجب حرية فتردد الإيجاب الثاني بين الصحة وعدمها [فيثبت حرية في حالة دون حالة فينصف][1] فيثبت نصف حرية بين المقيم والداخل وصار كالطلاق.

لهما: وهو الفرق بين العتق والطلاق، أن العتق المبهم غير نازل في المعين بل يتعلق بشرط البيان فصادفهما الإيجاب الثاني وهما عبدان مملوكان فصح في حق الدار بكل حال فأوجب حرية بين الداخل والمقيم.

فأما الطلاق المبهم نازل في المنكر في حق حكم لا يصح تعليقه بالشروط ويكون البيان إظهارًا لا إنشاء والطلاق في حق البراءة عن ربع المهر لا يحتمل التعليق؛ لأن تعليق البراآت بالشروط لا يصح فجعل البيان في حق هذا الحكم

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

إظهارًا فصادفهما الإيجاب الثاني وإحداهما مطلقة في حالٍ فصح من وجه دون وجه فالمقيم أصاب بالإيجاب الأول نصف حرية وبالإيجاب الثاني ربع حرية؛ لأن الإيجاب الثاني أوجب نصف حرية بينه وبين الداخل فاجتمع له ثلاثة أرباع حرية، فإن لم يمت السَّيد ولكن مات المقيم عن الباقيات؛ لأن الحرّية الثابتة بالإيجاب الأول دائر بين الخارج والمقيم وبالموت خرج المقيم من أن يكون محلًّا للعتق فتعين الخارج للعتق، وكذلك الحريَّة الثابتة بالإيجاب الثاني مترددة بين المقيم والداخل وقد خرج المقيم من أن يكون محلا له النظر فيعين الداخل للعتق.

(فصل)

رجل تحته حرة وأمة دخل بهما فقال: إحداكما طالق ثنتين فاعتقت الأمة فعين الطلاق في الأمة في مرضه طلقت ثنتين ولا تحل إلا بزوج؛ لأن الطلاق المبهم في حق الموقع نازل؛ لأنه لا تنكير في حقه؛ لأنه عين وفي حق المحل غير نازل لوجود التنكير وثبوت الحرمة بتطليقهن حكم عليه فجعل البيان إظهارا في حقه فيقع الطلاق من وقت التكلم في حقه وهي كانت أمة فتخرج بثنتين وللحُرة ثلاثة أرباع الميراث وللمعتقة ربعه؛ لأن الميراث في حق المحل والطلاق المبهم غير نازل في حق المحل بل معلق بالبيان فلا يبطل حقهما في الميراث وجعلنا بيانه كالمعدوم لكونه مبهما فيه واعتبرنا حكمه في الميراث بعد البيان بحكمه قبل البيان وقبل البيان كان للأمة الربع؛ لأن الحرة ترث سواء كانت مطلقة أم لا فكانت مستحقة نصف الميراث بيقين والنصف الآخر لها في حال وهو حال وقوع الطلاق على الأمة وليس لها في حال وهو حال عدم وقوع الطلاق عليها فينصف فيكون لها ثلاثة أرباع الميراث وللأمة الربع وعلى الحرة عدة الوفاة وعلى الأمة أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيضٍ.

أما الحرة لأن الطلاق وإن كان واقعًا عليها فبالموت انقلبت العدة عدة الوفاة.

وأما الأمة إن كانت مطلقة فعليها ثلاث حيض لأنها تحرم وتبين بالثنتين، وإن لم تكن فأربعة أشهر وعشرا فيجمع بينهما احتياطا ولو كانتا أمتين والمسألة بحالها

فأعتقتا ثم عين الطلاق في مرضه في إحداهما فالميراث بينهما نصفان؛ لأن الزوج متهم في التعيين فيما يرجع إلى حقهما فجعل كأنه لم يعين ومات.

رجل تحته أمتان فقال المولى إحداكما حرة فقال الزوج المعتقة طالق بثنتين فالخيار للمولى؛ لأن الزوج جعل إيقاعه بناء على إيقاع المولى العتق وخيار البيان لمن هو الأصل في الإبهام وهو المولى وملك الزوج الرجعة؛ لأنه طلق في حال الحرية والحرة لا تحرم بالثنتين.

ولو قال الزوج: إحداكما طالق، فقال المولى: والمطلقة معتقة فالبيان إلى الزوج؛ لأنه هو المجمل ولا يملك الزوج الرجعة؛ لأن الطلاق صادفها وهي أمة فتحرم بالثنتين.

فإن مات المجمل المولى في الصورة الأولى قبل البيان عتق نصف كل واحدة وخيّر الزوج في بيان المطلقة لأنّ بموت المولى وقع اليأس عن بيانه فشاع العين فيهما ولا بد من بيان الطلاق المبهم فيهما وإبهام الطلاق كان من الزوج ولا مبين له سواه فجعل البيان إليه بخلاف ما لو غاب المولى حيث لا يجبر الزوج على البيان؛ لأن بالغيبة ما وقع اليأس عن بيانه فلو أجبر الزوج على البيان، فإذا بين الطلاق في إحداهما ثم حضر المولى وهو مخير في إيقاع العتق فربما يوقع العتق على الأخرى فتكون المطلقة غير المعتقة وهذا لا يجوز فأما بعد الموت لا تتوهم هذه الاستحالة فيجبر الزوج على البيان. رجل تحته أمتان، قال: إحداكما طالق ثم اشترى إحداهما وقع الطلاق على الأخرى؛ لأن بالشراء خرجت عن محلية الطلاقة لانقطاع النكاح فتعينت الثانية كما لو ماتت إحداهما، فإن اشتراهما بطل خيار التعيين لبطلان النكاح، فإن جامع إحداهما تعين الطلاق في الأخرى؛ لأن وطأه محمول على الحلال؛ لأن فعل المسلم يجب تنزيهه عن الحرام مهما أمكن حمله على الحلال ومن ضرورة كون وطئه حلالا انتفت الحرمة عنهما فتعينت الأخرى للحرمة ضرورة بخلاف شرائهما؛ لأن بشرائهما خرجا عن محلية الإيقاع والتعيين في حق المحمل بمنزلة الإيقاع المبتدأ فلا يصح ويجوز أن يملك التعيين بالفعل دون القول كمن تحته حرتان طلق إحداهما ثلاثًا ثم طلق واحدة منهما وانقضت عدتها لا يملك

تعيين الطلاق المبهم في إحداهما، ولو تزوج إحداهما تعينت الأخرى للثلاث فكذا هذا والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب الطلاق في المرض)

مسائله مشتملة على فصول:

فصل في التنجيز.

وفصل في التعليق.

وفصل في الاختلاف في الصحة والمرض.

(فصل)

مسائله على أقسام:

أحدها: فيما يبطل الإرث وما لا يبطله.

والثاني: في تفسير مرض الموت.

والثالث: في الردة بعد الطلاق.

أما القسم الأول: لو طلق المريض امرأته رجعيًّا ثم مات وهي معتدة ورثت منه لقيام الزوجية، ولو كان الطلاق بائنًا أو ثلاثًا ورثت عندنا خلافا للشافعي؛ لأن الزوجية قائمة في حق الإرث حقيقة؛ لأن الزوجية في مرض الموت سبب يقصد به الإرث عادة وأنه يفضي إلى الإرث غالبًا وإبطال مثل هذا السبب إضرار بصاحبه ودفع الضرر واجب وقد أمكن دفعه برد عمل الطلاق في إبطال الزوجية في حق الإرث ما دامت العدة قائمة كما في الطلاق الرجعي فرددناه في حقه صيانة لها عن الضرر.

ولو طلقها برضاها أو قبل الدخول بها أو انقضت عدتها ثم مات أو برأ من مرضه ثم مرض ومات لم يرث خلافا لزفر في البرء، ولأنه تعذر إبقاء الزوجية في غير حالة العدة، ألا ترى أنها تحل للأزواج ومع ثبوت الحل لغيره لا يمكن إبقاء النكاح بوجه ما ولما رضيت بالطلاق فقد رضيت ببطلان حقها وإبقاء الزوجية مع قيام المبطل مع قيام المبطل إنما كان نظرًا لها، فإذا رضيت بالمبطل لم تبق مستحقة

للنظر فعمل الطلاق عمله في الإبطال، وإذا برأ تبين أنّ كان ذلك المرض لم يكن مرض الموت فلم ينعقد النكاح فيه سببا لاستحقاق الإرث فلم يصادف الطلاق حقها بالإبطال.

ولو ماتت المرأة لم يرثها الزوج بحال؛ لأن الزوج بالطلاق رضي ببطلان حقه وفي الفرقة إذا جاءت من قبلها في مرضه لم ترث منه لأنها باشرت ما هو سبب بطلان حقها وأنه فوق الرضا بإبطال حقها إذ الرضا بالسبب رضا بالحكم.

ولو جاءت الفرقة منها في مرضها ورث الزوج منها لأنها محجورة عن إبطال حقها فتعين النكاح في حق الإرث دفعًا للضرر عنه كما في جانب الرجل وفي الفرقة بسبب الجَبّ والعنَّة وخيار البلوغ والعتق في مرضه ثم مات لا ميراث لها لأنها اختارت الفرقة فصارت راضية بها قهرا، وإن كانت مضطرة في هذه الفرقة لتصل إلى حقها في الجماع ولدفع زيادة الملك ولكن هذا الاضطرار ما جاء من قبل الزوج بل جاء بسبب الجب والعنة وإعتاق المولى ولا صنع للزوج فيه فلا يصير اختيارها الفرقة مضافا إليه.

وذكر في الجامع: لو فارقت الزوج بخيار العتق أو البلوغ في مرضها ورث الزوج منها؛ لأن هذه الفرقة جاءت من قبلها، ولهذا لم يكن طلاقا وفي الفرقة بسبب الجبّ والعنة واللعان لا يرثها لأنها طلاق فكانت مضافة إلى الزوج.

ولو فرق بينهما في مرضه باللعان ومات ورثت سواء كان القذف في الصحة أو في المرض عندهما، وعند محمد إن كان في الصحة لم ترث لأنها مضطرة في إقامة اللعان ملجأه إليه لدفع العار عن نفسها من قبل الزوج فصار كما لو علق طلاقها في الصحة بفعل لا بد لها منه ووقع في المرض فهو على هذا الاختلاف لما نبين.

ولو طلق المريض امرأته ثلاثًا ثم جامعها ابنه أو قبّلها بشهوة ورثت لأنها بالمحرميَّة[1] لم تخرج عن كونها أهلا للوراثة فبقيت المناكحة في حق الإرث كما

---

(١) المَحْرَمية: بفتح الميم والراء وسكون الحاء نسبة إلى المحرم والياء للنسب، أي: الحالة المحرمة. فإن الزوج يكون محرما لأمهات زوجته وجداتها وإن علون ويكون محرما لبناتها وبنات أبنائها وبنات بناتها وإن نزلن إذا كان دخل بأمهن الزوجة وكذلك الزوجة تكون من محارم آباء الزوج وإن علوا وأبنائه وإن نزلوا.

=

كانت؛ لأن المحرميَّة تنفي حل المناكحة ولا تنفي الميراث والنكاح بعد الثلاث، لا تنفي إلا في حق الميراث فلم تبطله.

ولو جامعها قبل الطلاق مطاوعة أو مكرهة ثم طلقها لا ترث؛ لأن المحرمية أبطلت النكاح من كل وجه فلم يصادف الطلاق محله فلم يعمل عمله.

وأما القسم الثاني: ومرض الموت هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بحوائجه، فأما من يجيء ويذهب في حق حوائجه فلا؛ لأن المعتبر خوف الهلاك منه غالبا لا كل عارض؛ لأن الإنسان لا ينفك عنه. وقيل: إن أمكنه القيام بحوائجه في البيت ولا يمكنه القيام بحوائجه خارج البيت يكون مريضا؛ لأنه ليس كل مريض يعجز عن القيام داخل البيت كالقيام للبول والغائط ونحوه.

ولو طلق المحصورُ أو الواقف في صف القتال أو المحبوس للرَّجم والقصاص أو راكب سفينة أو نازل في مسبعة يخاف الهلاك فهو كالصحَّة؛ لأن الخلاص والنجاة منه غالب فلم يصر مشرفا على الهلاك ومن قرب للقود والرجم أو بارز رجلا أو انكسرت سفينته وبقي على لوح أو وقع في فم سبع فهو كالمريض؛ لأنه مشرف على الهلاك.

وكذلك المرأة إذا أضر بها الطلاق، والمقعد والمفلوج ومن في معناه كالصحيح؛ لأنه لم يصر به مشرفا على الهلاك ولو طلق المريض امرأته ثم قتل وهي معتدة ترث؛ لأن الموت اتصل بالمرض فيضاف إليه ويجعل القتل في حق الميراث متمما للموت كما لو مرض فمات من مرض آخر اعترض على الأول، ولو طلقها في مرضه ثم قتلته لم ترث؛ لأنه لا ميراث للقاتل.

فأما القسم الثالث: ولو طلق المريض امرأته ثلاثًا ثم ارتدت ثم أسلمت ثم مات الزوج وهي معتدة لا ترث لأنها بالردة لم تبق أهلًا للميراث؛ لأن المرتدة لا ترث من أحدٍ فانقطع النكاح في حق الإرث فلا يعود بالإسلام.

=

وثبوت المحرمية: كون الرجل محرما للمرأة، ويجوز لها السفر معه، كولدها من النسب أو من الرضاع.

ولو ارتد الزوجان معا ثم أسلم الزوج ومات لا ترث منه لأنها مرتدة وإن أسلمت المرأة ثم مات الزوج مرتدا ورثته؛ لأن الفرقة وقعت ببقاء الزوج على الردة فصار بمنزلة ارتداده ابتداء.

ولو ارتد المسلم فمات أو لحق بدار الحرب وله امرأة مسلمة في العدة ورثت.

ولو ارتدت المرأة فماتت أو لحقت معتدة لم يرث منها؛ لأن ردته يوجب القتل فصار به مشرفا على الهلاك فصار بمنزلة المريض والفرقة أداء موجب الردة فيقع بعدها فصار كالمريض، طلق امرأته وهذا عندهما، وعند أبي يوسف لا يصير فارًّا؛ لأن المرتد عندهما بمنزلة المريض حتى لا تنفد تبرعاته فأما المرتدة لا تقتل فلم تصر بمنزلة المريض فوقعت الفرقة في الصحة.

وإن كانت مريضة فارتدت ثم ماتت ورث الزوج منها استحسانا؛ لأن الفرقة حصلت من بعد ما تعلق حقه بمالها.

(**المنتقى**): لو وكل الزوج رجلا في صحته بطلاق امرأته ثلاثًا، فمرض فلم يستطع عزله حتى طلقها في مرضه لم ترث، ولو قدر على عزله ورثته؛ لأنه متى لم يمكنه عزله صار معذورًا فلم يقصد إبطال حقها فلم يصر فارًّا ومتى أمكنه عزله ولم يعزله صار مقصرًا فارًّا.

وذكر في النوازل: امرأة قالت في مرض الزوج: طلقني، فطلقها الزوج ثلاثًا ورثت استحسانًا؛ لأنها سألت واحدة وهو طلق ثلاثًا فقد طلقها بغير رضاها.

(فصل)

ولو علق طلاق امرأته بشرط فلا يخلو إمَّا أن علقه بفعل نفسه أو بفعل أجنبي أو بفعلها، فإن علقه بفعل نفسِهِ ورثت سواء كان التعليق في المرض أو في الصحَّة. والوقوع في المرض لوجود القصد منه إلى إبطال حقها إما بالتعليق في المرض أو بإيجاد الشرط في المرض؛ لأن وقوع المعلق كما يضاف إلى التعليق يضاف إلى الشرط؛ لأن التعليق إنما يصير تطليقا بوجود الشرط حتى صحت اليمين بالطلاق

قبل الملك فيصير الوقوع مضافا إليــه حيث وقع بإيجاده الشرط والفعل، وإن كان لا بد منه فقد كان له من التعليق ألف بد فلا يقدر بذلك، وإن علقه بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت في المرض ورثت، وإن كان التعليق في الصحة والوقوع في المرض لم ترث خلافا لزفر؛ لأنه ما أوقع الطلاق في المرض باعتبار التعليق؛ لأنه كان في الصحَّة ولا باعتبار الشرط؛ لأنه لا صنع له في إيجاد الشرط؛ لأنه لا يتمكن من منع الأجنبي من إيجاد الشرط ومنع الزمان من المجيء.

وإن علقه بفعلها ولها منه بد لم ترث لأنها بإيجاد الشرط صارت راضية به؛ لأن وقوع الطلاق كما يضاف إلى التعليق يضاف إلى الشرط.

وإن لم يكن لها منه بد كالصلاة وكلام الأقارب وأكل الطعام واستيفاء الدين ففعلت ترث عندهما.

وعند محمد: لا ترث إذا كان التعليق في الصحة؛ لأنه لا صنع له في إيجاد الشرط فلم يقصد إبطال حقها وكونها مضطرة في إيجاد الشرط يسقط اعتبار فعلها فصارت كعديم الفعل وعدم فعلها لا يجعل الزوج فاعلًا.

لهما: أن الزوج اضطرّها وألجأها إلى مباشرة هذا الفعل؛ لأنه أوقعها في أحد الضررين إما أن يلحقها مأثم أو تموت جوعًا وإما أن يبطل حقها عن الميراث فصارت مدفوعة إلى شهرين من جهة الزوج كالمكره فصار فعلها مضافا إليه من حيث كونه سببًا لبطلان حقها في الميراث لأنها تصلح آلة له في إبطال حقها عن ماله؛ لأن إتلاف المال بيدها ممكن ولا تصلح آلة في حق نفس الطلاق؛ لأن التكلم بلسان الغير متعذر كالمكره على العتق يجعل آلة للمكره في حق إتلاف المالية ولم يجعل آلة في حق نفاد العتق.

ورُوي عن أبي يوسف أنه إذا علق الطلاق بدخولها الدار وبها حاجة إلى الدخول فلها الميراث.

وإن آلى في صحته ثم بانت بالإيلاء في مرضه لم ترث؛ لأن البينونة مضافة إلى الإيلاء وقد وجد في الصحة ولم يصنع الزوج في المرض شيئًا من مباشرة علة أو شرط.

ولو قال: إذا مرضت فأنت طالق فمرض ومات وهي معتدة ورثت؛ لأنه علق الطلاق بوقت يثبت حقها فيه فيصير فارًّا.

ولو قال في مرضه: كنت طلقتك ثلاثًا أو جامعت أمك أو تزوجتك بغير شهود وقع الطلاق ساعة الإقرار وترث إن لم تصدقه؛ لأنه أقر بالحرمة للحال وادعى الإسناد إلى حالة الصحة فحرمت للحال ولم يصدق في الإسناد لما فيه من إبطال حقها في الميراث.

ولو قال: أنتِ طالق ثلاثًا قبل أن أقتل بشهر أو أموت بشهر من مرض كذا فمات مما قال أو من غيره قبل مضي شهر أو بعده لا تطلق.

وذكر في رواية أبي حفص في الموت أنها تطلق والصحيح أنها لا تطلق؛ لأنه ذكر للموت وصفا وعلى ذلك الوصف يكون الموت على خطر الوجود فيكون شرطًا محضًا لا معرفًا فصار كقدوم فلان فيكون الطلاق مضافا إلى ما بعد الموت فلا يقع.

ولو قال: أنتِ طالق قبل موتي بأقل من شهرين فمات بعد مضي الوقت المسمى لا يقع عندهما؛ لأن الموت موجد شرط الطلاق عندهما فيكون شرطا، فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت فلا يقع، وعند أبي حنيفة رحمه الله يقع؛ لأنه ذكر الموت مطلقا لا مقيدا بصفة فيكون معرفا محضا لا شرطا فيقع في آخر جزء من حياته ولها الميراث؛ لأنه يقع في وقت يثبت حقها في ماله ولم يظهر الإسناد إلى ما قبله في حق الميراث لما فيه من بطلان حقها فاقتصر الوقوع على الحال في حق الميراث.

ولو قال: أنتِ طالق قبل موتي بشهرين أو أكثر فمات بعد مضي شهرين يقع ولا ترث عند أبي حنيفة؛ لأنه يتوهم انقضاء العدة في شهرين؛ لأن أقل مدة تنقضي فيها العدة فوقع الشك في استحقاق الميراث فلا يستحق بالشك وعندهما لا يقع وترث كما قلنا.

ولو قال لامرأته الحرة الكتابية: أنتِ طالق ثلاثًا غدًا ثم أسلمت قبل الغد

فلا ميراث لها؛ لأنها ليست من أهل الميراث منه في الحال ولا أضاف الطلاق إلى حاله يثبت لها الإرث فيها فلا يصير فارًّا.

ولو قال: إن أسلمتِ فأنتِ طالق ثلاثًا ورثت؛ لأنه أضاف الطلاق إلى ما بعد الإسلام وهو حال يتعلق حقها بماله.

ولو أسلمت فطلقها ثلاثًا وهو لا يعلم بإسلامها ترث.

ولو أسلمت امرأة الكافر ثم طلقها ثلاثًا في مرضه ثم أسلم ومات وهي في العدة لا ترث؛ لأن التطليق حصل في حال لا تستحق المرأة الإرث منه، وكذلك العبد طلق امرأته في مرضه ثم أعتق لا ترث.

(فصل)

ولو أبان المريض امرأته ثم أقر لها بدين أو وصية ثم مات وهي معتدة لا يصح شيء من ذلك لأنها وارثة، وإن انقضت عدتها ثم مات الزوج عند أبي حنيفة لها الأقل من الميراث والوصية والدين، وعندهما لها تمام ما أقر وأوصى به؛ لأن الطلاق وانقضاء العدة ثبت بتصادقهما فصارت أجنبية.

لأبي حنيفة: أنه تمكنت التهمة في هذا الإقرار وتمكنت شبهة الظلم في هذه الوصية؛ لأن الإنسان قد يختار الطلاق ليبطل الميراث بصفة فيفتح باب الإقرار والوصية فيزداد حقها وأثبتنا الأقل لعدم التهمة فيه، فإن طلقها في مرضه ثلاثًا بأمرها ثم أقر لها بدين أو وصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث.

وقال زفر: إقراره ووصيته جائز؛ لأن المانع من صحتهما الميراث وقد بطل الميراث بسؤالها الطلاق. لنا: أنه تمكنت التهمة في إقرار الزوج لجواز أنها قصدت بذلك السؤال تصحيح الإقرار والوصية فرددنا سؤالها لهذه التهمة إلا أن التهمة باطنة متكتمة فأقمنا السبب الداعي إليها مقامها وقد وجد هنا السبب الداعي إليها وهو قيام العدة فوجب تحقيق التهمة.

(فصل)

قالت المرأة: طلقني في المرض، وقالت الورثة في الصحة، فالقول قولها لأنهم

أقروا بالزوجية التي هي سبب الإرث ولم تقر هي بالمبطل لحقها بل يدعون الورثة المبطل لحقها وهو الطلاق في الصحة وهي تنكر.

ولو قالت الأمة: أعتقت قبل موت زوجي وقالت الورثة بعده فالقول لهم لأنها أقرت بالمبطل للإرث وهو كونها أمة ثم تدعي استحقاق الإرث للحال والورثة ينكرون.

وكذلك لو كانت كافرة وادّعت الإسلام قبل موت الزوج والورثة ينكرونه فالقول قولهم، وإن لم يعلم منها كفر فقالت الورثة كنت كتابية فأسلمت بعد موت الزوج وهي تقول ما زلت مسلمة فالقول قولها؛ لأن الورثة يدعون بطلان حقها وهي تنكرُ.

ولو مات الزوج كافرًا فقالت امرأته أسلمت بعد موت زوجي وقالت الورثة لا بل كنت مسلمة قبل موته فالقول لهم؛ لأنه ظهر بطلان حقها حيث كانت مسلمة للحال فهي تدعي ثبوت حقها في ماله والورثة ينكرونه.

ولو طلق المريض امرأته فالقول قولها في انقضاء العدة لأنها أمينة.

ولو قالت: أيست من الحيضة واعتدت بالأشهر ثم تزوجت بالآخر فولدت لها الميراث من الأول إن مات؛ لأنه ظهر غلطها في انقضاء العدة؛ لأنه ظهر أنها كانت من ذوات الأقراء وقد اعتدت بالأشهر فكانت عدتها باقية لم تنقض بالشهور.

المستحاضة إذا كانت حيضها مختلفة يؤخذ بالأقل في حق الإرث كما في الرجعة والصلاة احتياطا لأنها إن تركت ما لها خير من أن تأخذ ما ليس لها، والله تعالى أعلم بالصواب.

(القسم الثالث في الخُلع والطلاق على مالٍ)

(باب معرفة الخُلع)

(**المبسوط**): هو يحتاج إلى معرفة: تفسير الخلع، وصفته، وما يقع به الخلع.

أما تفسيره: فالخلع عبارة عن الفصل بين شيئين برفع سبب الوصل. يقال: خلعت الخف عن الرجل والعظم عن اللحم أي نزعته وفصلته عنه وكذا المبارأة مفاعلة من البراءة، فالبراءة تبنى على الفصل كبراءة الغريم عن الدين تبنى على الفصل.

والخلع والمبارأة طلاق بائن، وقال الشافعي في القديم فسخ.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**المختلعة يلحقها صريح الطلاق**"، ولو كان الخلع فسخًا لكان لا يلحقها الطلاق.

ورُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا: "**أن الْخُلْع تَطْلِيقَة بَائِنَة**"[1] وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، ولأن الخلع عبارة عن الفصل والنزع لغة إلا أن النكاح بعد نفاذه وانبرامه عن ولاية تامة لا يحتمل الفسخ بمعنى طارئ عليه، ولهذا لا ينفسخ بالإقالة فكيف ينفسخ بالمخالعة فصار الخلع عبارة عن القطع للحال كالإبانة ويعتبر الخلع في جانبه تعليقًا للطلاق بقبولها حتى لم يصح رجوعه عنه ولم يبطل بقيامه عن المجلس ويصح إذا كانت غائبة، وإذا بلغها فلها خيار القبول في مجلسها ويصح تعليقه بالشروط والإضافة إلى الوقت كقوله إذا جاء غد أو إذا قدم فلان فقد خالعتك على ألف فالقبول إليها بعد مجيء الغد والقدوم وفي جانبها يعتبر تمليك العوض كالبيع حتى يصح رجوعها قبل قبولها ويبطل بقيامها عن المجلس ولا يتوقف حال غيبة الزوج ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا إضافة إلى وقت؛ لأن الخلع معاوضة صريحًا لأنها تبدل مالًا بإزاء إسقاط ملك النكاح عنها وتعليق ضمنًا؛ لأن هذه المعاوضة تضمنت تعليق الطلاق بقبولها المال وأمكن اعتبار التعليق فيه؛ لأن تعليق الطلاق بالشروط جائز فيجب اعتبار كلا المعنيين فيه فاعتبرناه معاوضة في حقها وتعليقًا في حقه توفيرًا على المعني حظهما.

وينبني على هذا لو خالعها على ألف على أنها بالخيار ثلاثة أيام جاز عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو ردت في الثلاث بطل، وإن أجازت جاز، وعندهما الخيار باطل والخلع واقع؛ لأن الخيار إنما يلائم العقد الذي يحتمل الفسخ والخلع بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فلم يكن الخيار ملائما له. له: أن الخلع في جانبها يختص بإيجاب المال والخيار ملائم لإيجاب المال فصح الشرط بخلاف ما لو تزوج امرأة بشرط الخيار صح النكاح وبطل الشرط؛ لأن إيجاب المال فيه غير مقصود بنفسه

---

(١) انظر: المبسوط ١٧١/٦ - ١٧٢ - ط. السعادة، تبيين الحقائق ٢٦٨/٢ - ط. بولاق، المغني ٥٧/٧ – ط. الرياض، فتح الباري ٣٩٦/٤ - ط. الرياض.

فلم يمكن إفراده بحكمه والمال في الخلع مقصود فأمكن إفراده بحكمه.

ولو خلعها بغير مال يصدق أنه لم ينو به الطلاق؛ لأنه يبنى على القطع والبينونة فيكون كقوله: أنت بائن أو أنت مقطوعة.

ولو خلعها على مال لا يصدق أنه لم ينو به الطلاق؛ لأن البدل لا يجب إلا بالبينونة عن النكاح؛ لأن الزوج لا يملك العوض إلا بإزاء إسقاط ملكه فدل اشتراط البدل على أنه أراد به البينونة عن النكاح كدلالة الحالة.

وأما صفة الخلع فلا تخلو إمّا أن كان النشوز من قبل الزوج أو من قبلها، فإن كان النشوز من قبله فلا يحل له أن يأخذ منها شيئًا بل يطلقها بلا عوض لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [النساء: ٢٠] نهى الزوج عن أخذ المهر حال نشوزه.

وإن كان النشوز من قِبَلِها يحل له أن يأخذ ما أعطاها ويكره أخذ الزيادة على ما أعطاها في رواية الأصل ويجب الزيادة إن شرطها لقوله صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس حين قالت: لا أنا ولا ثابت يا رسول الله، فقال صلى الله عليه وسلم: "**أتردين عليه حديقته التي أصدقك؟**" فقالت: نعم وزيادة، فقال عليه السلام: "**أما الزيادة فلا**"[1]. ولأن المملوك بالنكاح منفعة البضع حقيقة وللاعتياض عن المنفعة المملوكة بالمعاوضة إنما تباح بقدر ما ضمن ولا تباح الزيادة فيه كالمستأجر إذا أجر بأكثر مما استأجر يكره الزيادة فكذا هذا.

ولا يكره أخذ الزيادة في رواية الجامع الصغير لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا

---

(١) أخرجه البخاري ٤٦/٧ (٥٢٧٣) قال: حدثنا أزهر بن جميل، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي، قال: حدثنا خالد. وفي (٥٢٧٦) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن المبارك المخرمي، قال: حدثنا قراد أبو نوح، قال: حدثنا جرير بن حازم، عن أيوب. و«ابن ماجه» (٢٠٥٦) قال: حدثنا أزهر بن مروان، قال: حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى، قال: حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة. و«النسائي» ١٦٩/٦، وفي «الكبرى» (٥٦٢٨) قال: أخبرنا أزهر بن جميل، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا خالد. ثلاثتهم: (خالد الحذاء، وأيوب السختياني، وقتادة) عن عكرمة، فذكره.

ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فقد أباح الافتداء عن الطلاق مطلقًا ولأن اختيار الخلع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم في المختلعات: "**هن اللعينات هن المنافقات**". فأطلقنا له أخذ الزيادة عند نشوزها رجاء أن يصدها ويزجرها ولكن عن غلبه وكرهنا الكل عند نشوزه ليصده ذلك عن الإقدام عليه.

وأما ما يقع به الخلع لو قال: اخلعي نفسك عني فلا تخلو إما أن لم يذكر مالًا أو ذكر مالًا، ولا يخلو إما أن كان المال مجهولا أو معلومًا، فإن لم يذكر مالًا أو ذكر مالًا بأن قال: اخلعي، فقالت: اختلعت تطلق ويسقط المهر؛ لأن قوله: اخلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج فصار بمنزلة ما لو قال لها: طلقي نفسك طلاقًا بائنًا بخلاف قوله: اشتري نفسك مني فقالت: اشتريت لا تطلق ما لم يقل الزوج بعت؛ لأنه أمر بالخلع الذي هو معاوضة؛ لأن الشراء معاوضة فلا يصح الأمر إذا لم يكن البدل مذكورًا معلومًا.

وأما إذا ذكر مالًا مجهولًا بأن قال: اخلعي نفسك بمال، فقالت: اختلعت بألف درهم لا يتم الخلع ولا تطلق حتى يقول الزوج خلعت؛ لأنه لم يصح تفويض الخلع إليها؛ لأنه إذا ذكر المال كان خلعًا حقيقة والخلع لا يصح إلا بتسمية البدل والبدل هنا مجهول فلا يصح.

وإن ذكر مالًا معلومًا بأن قال لها: اخلعي نفسك بألف درهم فقالت اختلعت بألف درهم ولم يقل الزوج خلعت أو قالت المرأة خالعني بألف فقال الزوج خالعت ولم تقل المرأة قبلت ثم الخلع في رواية؛ لأنه صح التفويض؛ لأن البدل معلوم فيمكنها الامتثال بما أمر به ولا يؤدي إلى التضاد في الحقوق؛ لأن حقوق الخلع ترجع إلى الموكل لا إلى الوكيل كما في الوكيل وفي رواية لا يتم الخلع؛ لأن البدل، وإن كان مقدرًا معلومًا فالوكيل لا يملك الاستنقاص ولكن يملك الاستزادة عليه؛ لأن النفع فيه والواحد لا يصلح مستزيدًا أو مستنقصًا لما فيه من التضاد والمال مقصود في الخلع بخلاف النكاح.

وكذلك الكتابة والصلح عن دم العهد فعلى الروايتين، وكذلك لو قال لها: اشتري ثلاث تطليقات بكذا، فقالت: اشتريت.

(**النوادر**): ولو قال لها: اشتري مني ثلاث تطليقات بكذا، فقالت: اشتريت، لا يتم الخلع ما لم يقل الزوج: بعت، وهو الصحيح إلا إذا أراد به التحقيق دون المساومة؛ لأنه لم يوجد الأمر بالخلع والخلع معاوضة فلا يتم بركن واحد إذا كان أجنبيًّا لما مر في النكاح.

ولو قال لها: اختلعي نفسك بكذا، ثم لقنها بالعربية حتى قالت: اختلعت، وهي لا تعلم بذلك فالصحيح أنه لا يصح الخلع ما لم يُعلم المرأة ذلك لا يصح، فكذا هذا بخلاف الطلاق والعتاق والتدبير؛ لأنه إسقاط محض ليس فيه معنى المعاوضة والإسقاط يصح مع الجهل.

وذكر الفقيه أبو الليث في (**نوازله**): امرأة قالت لزوجها: ارق على رأسي فإني أشتكي من الصداع وقل أهيا شر أهيا اعتدي أنتِ طالق، فقال الزوج ذلك ولم يعلم طلقت في القضاء لقوله عليه السلام: "**ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ**"[1] ولم يطلق ديانة.

ولو قال لها: خلعت نفسك مني بكذا، فقالت: فعلت، قيل: يصح، وقيل: لا يصح مطلقًا، والمختار أنه لا يصح إلا إذا أراد به التحقيق؛ لأنه سوم لا تحقيق ظاهرًا.

ولو قالت لزوجها: اخلعني على ألف درهم، فقال الزوج مجيبًا لها.

ولو قال: بعت منك طلاقك بمهرك، فقالت: طلقت نفسي بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت؛ لأن هذا يصلح جوابا ويصح ابتداء فيجعل جوابا وقيل يقع رجعيا والأول أصح.

ولو قال لها: اخلعي نفسك فقالت قد طلقت نفسي لزمها المال إلا أن ينوي

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٣٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. و«أبو داود» (٢١٩٤) قال: حدثنا القعنبي، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني ابن محمد. و«الترمذي» (١١٨٤) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا حاتم بن إسماعيل. كلاهما: (حاتم، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي) عن عبد الرحمن بن حبيب بن أردك، عن عطاء بن أبي رباح، عن يوسف بن ماهك، فذكره.

بغير مال، ولو قال: بعت منك تطليقة فقالت اشتريت يقع الطلاق رجعيًّا مجانًا؛ لأنه صريح.

ولو قال: بعت نفسك منك فقالت اشتريت يقع الطلاق بائنا؛ لأن هذا كناية وهي بائنة، ولو قال لها: بعت منك أمرك بألف درهم إن اختارت نفسها في المجلس وقع الطلاق ولزمها المال؛ لأنه ملكها الطلاق بالمال، فإذا اختارت فقد تملكت.

ولو قال لامرأته: كل امرأة أتزوجها فقد بعت طلاقها منك بدرهم ثم تزوج امرأة فالقبول إليها بعد التزوج، فإن قبلت بعد التزوج طلاقها أو طلقها يقع وإن قبلت قبله لا يقع؛ لأن هذا الكلام من الزوج خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعد التزوج.

(**الفتاوى**): ولو قالت المرأة: بعت منك مهري ونفقة عدتي فقال اشتريت فالظاهر أنها لا تطلق؛ لأن الزوج ما باع نفسها ولا طلاقها منها إنما اشترى مهرها وهذا لا يكون طلاقا لكن الأحوط أن يجدد النكاح.

ولو قالت لزوجها: حوشتين اربوبكابين ونفقة عدة حر يدم فقال دشت كوتاه كردم قال لا يصح الخلع وهذا لا يصلح جوابا لها؛ لأنه ما أتى بلفظ الخلع ولا بما يبني عنه.

أما لو نوى الطلاق يقع ولا يكون خلعًا بخلاف ما لو قالت اخلعني على ألف درهم أو طلقني على ألف فقال الزوج وست كوتاه كردم يكون جوابا لها إن نوى ذلك كما لو قالت له اخلعني على ألف فقال الزوج فعلت أو قالت اختلعت نفسي منك بألف فقال الزوج أجزت يصح؛ لأن هذا يصلح جوابا له.

ولو قالت له حوشتين ارتويهمه حقها حر يدم فقال دست با رداستم قال يصح الخلع؛ لأنه يراد بهذا أو مثله الجواب.

(باب معرفة الخلع ببدل أو بغير بدل)

ولو خلعها أو بارَاهَا فلا يخلو إما أن خالعها على جميع مهرها، أو على بعض مهرها، أو على مال آخر سوى المهر، وفي كل ذلك المرأة مدخول بها أو غير مدخول بها، أما إذا خالعها على جميع مهرها والمرأة مدخول بها والمهر مقبوض

لزمها رَدّ ما قبضت أو ردّ مثله وإن كان غيره مقبوضًا سقط عن الزوج جميع المهر؛ لأنه لزمها للزوج مثل المهر، فكان للمرأة على الزوج مثل ذلك فالتقيا قصاصًا.

وإن كانت المرأة غير مدخول بها والمهر ألف فالقياس أن يجب عليها خمسمائة أخرى وهو قول زفر، وفي الاستحسان لا شيء عليها وجد القياس أن الزوج بالخلع استحق عليها ألفا في ذمتها؛ لأنه خالعها على مهرها ومهرها ألف فاستحق بالطلاق قبل الدخول نصف المهر فالمستحق للزوج عليها ألف وخمسمائة وللمرأة عليها ألف فألف بألف يصير قصاصا فيرجع عليها بالباقي، وجه الاستحسان أنه أضاف الخلع إلى مهرها ومهرها خمسمائة متى طلقها قبل الدخول فصار كأنه خلعها على خمسمائة ولأنه العادة جرت بين الناس أنهم يريدون به ما يلزمه لها بالنكاح فصار كأنه خالعها على خمسمائة.

وأما إذا خالعها على بعض مهرها والمهر مقبوض فللزوج ما سمي والباقي لها دخل بها أو لم يدخل عند أبي حنيفة وعندهما له المسمى لا غير بعد الدخول وقبله له المسمَّى ونصف الصداق بالطلاق قبل الدخول وإن كان المهر غير مقبوض سقط الكل عند أبي حنيفة وعندهما سقط المسمى لا غير لما نبين.

وأما إذا خالعها على مال آخر سوى الصداق والصداق غير مقبوض لزمها وسقط الصداق كله دخل بها أو لم يدخل عند أبي حنيفة وعندهما سقط المسمَّى لا غير لما نبين.

وأما إذا خالعها على مال آخر سوى الصداق والصداق غير مقبوض لزمها وسقط الصداق كله دخل بها أو لم يدخل عند أبي حنيفة، وعند محمد لا يسقط.

ولو كان الصداق مقبوضا لم يرجع الزوج بشيء من المهر قبل الدخول وبعده، وعند محمد يرجع بنصف المهر قبل الدخول وبعده لا يرجع بشيء، وقال أبو يوسف في المبارأة كما قال أبو حنيفة وفي الخلع كما قال محمد: إن هذا طلاق بمال؛ لأن العمل بحقيقة لفظ الخلع والمبارأة متعدد؛ لأنه ينهى عن الفضل والفسخ، والنكاح لا يحتمل الفسخ فصار كناية عن الطلاق وتكون العبرة للمكنى عنه والطلاق على مال لا يوجب البراءة لكل واحد منهما.

لأبي يوسف: أن المبارأة مفاعلة من البراءة فيقتضي وقوع البراءة لكل واحد منهما عما وقعت المبارأة لأجله كالمبارأة الجارية بين المتنازعين بوجوب براءة كل واحد منهما عن جميع ما تنازعا فيه.

لأبي حنيفة: أن الخلع عبارة عن الانخلاع والانتزاع والمبارأة مفاعلة من البراءة ونفس النكاح لا يحتمل الانخلاع والبراءة وحقوقه التي تقع المنازعة لأجلها يقبل ذلك فيقتضي براءة كل واحد منهما والانخلاع عن حقوقه وتحقيقه أن المقصود من الخلع قطع المشاجرة والتبرم الحاصل بالنكاح بين الزوجين ومتى تعينا لأحدهما قبل صاحبه حقا لا تنقطع المشاجرة فلا يحصل ما هو المقصود بخلاف الطلاق على مال؛ لأنه موضوع لرفع القيد خاصة لا لرفع أمر آخر فلا يظهر عمله في إسقاط المهر.

ولو وقع الخلع بلفظة البيع والشراء فالأصح أنه يوجب البراءة على قول أبي حنيفة؛ لأن لفظ الخلع هو معاوضة توجب البراءة فكذا ما هو بمعناه، ولو اختلعا ولم يذكر المهر ولا بدلا آخر هل يسقط المهر؟ اختلفوا فيه، والصحيح أنه يسقط المهر ما قبضت المرأة فهو لها وما كان باقيا في ذمة الزوج يسقط وأمَّا نفقة العدة إن كان مذكورا في الخلع سقط، وإن لم يكن مذكورًا فيه لا يسقط؛ لأن الخلع إنما يوجب البراءة عن حق قائم وقت الخلع.

والنفقة ليست بحق قائم وقت الخلع لأنها تجب شيئًا فشيئًا فلا تقع البراءة عنها، وإن شرطا في الخلع فالخلع انعقد غير موجب للنفقة فيسقط باشتراطهما ولا تقع البراءة عن نفقة الولد وهو مؤنة الرضاع إن لم يشترطا في الخلع؛ لأن ذلك حق الولد لا حقها وإن شرط أن وقت بوقت بأن قال: إلى سنة أو إلى سنتين أو ثلاث جاز وإلا فلا، فإن مات الولد قبل تمام المدة، فإن الزوج يرجع عليها بما بقي من أجر الرضاع إلى تمام المدة، والحيلة أن لا يرجع أن يقول خالعتك على أني بريء من نفقة الولد إلى سنتين وإن مات في بعض السنة فلا رجوع لي عليك.

ولو قبضت بعض المهر ووهبت منه الباقي ثم اختلعت بشيء مجهول أخذ الزوج ما قبضت لا غير؛ لأن المسمى مجهول الجنس والقدر فبطلت التسمية فلم

يسلم له بدل الخلع ولم يصر مضمونا عليها إلا قدر المقبوض؛ لأنه وصل إليه بعضه بالهبة فيرجع عليها بالباقي؛ لأنه لا تقع البراءة لها عما قبضت عنده ويصح الخلع بغير مال؛ لأن البضع عند الخروج عن ملكه لا يتقوم إلا بشرط مال أو بالضرورة ولم يوجد واحد منهما فوقع مجانا وكل خلع لم يثبت المال فيه فالطلاق بائن؛ لأن المال إذا بطل بقي لفظة الخلع وهي تطليقة بائنة وكل طلاق لم يثبت الخلع فيه فهو رجعي؛ لأنه بطل المال بقي صريح الطلاق وهو رجعي.

ولو طلق المختلعة بجعل وقع الطلاق بلا جعل؛ لأن المال يقابل الملك ولا ملك له عليها ولا يجوز الاعتياض عن الطلاق لأنها لا تستفيد بالطلاق الثاني فائدة لم تكن استفادتها من قبل فعُري عن الفائدة فلا يلزمها المال بخلاف القصاص؛ لأن القاتل ينتفع بسقوطه فجاز الاعتياض عنه حتى لو طلقها على ثلث مهرها ثم طلقها ثانيا وثالثًا كذلك يقع الثلاث ويسقط ثلث المهر ويضمن الزوج ثلثيه لأن بالطلاق الأول لم يبقَ له ملك عليها.

(**النوادر**): ولو قال لها: بعت منك تطليقة بألف فقالت اشتريت ثم قاله ثانيا وثالثا كذلك وقال أردت به التكرار لا يصدق ويقع الثلاث ولم يلزمها إلا ألف لأنها ملكت نفسها بالأولى وقد صرح بالطلاق في اللفظة الثانية والثالثة والصريح يلحق البائن.

ولو قال لها: قد خلعتك على ألف، قال ثلاث مرات فقبلت طلقت ثلاثا بثلاثة آلاف لأنه لم يقع شيء إلا بقبولها في الخلع فوقع الثلاث عند قبولها جملة بثلاثة آلاف.

ولو خلعها على أن ترد عليه جميع ما قبضت منه وكانت وهبت أو باعت من إنسان رجع الزوج عليها بمثله إن كان مثليًا وبقيمته إن لم يكن مثليًا؛ لأنه استحق بدل الخلع فصار كما لو خالعها على عبد واستحق العبد.

ولو تزوج امرأة على مهر ثم أبانها ثم تزوجها ثانيا على مهر آخر ثم اختلعت على مهرها يبرأ الزوج عن المهر الثاني دون الأول؛ لأن الخلع وقع في هذا النكاح فينصرف إلى مهر هذا النكاح.

وكـذلك لـو قـال بالفارسـية خولـشتي فريـدم ارتوبكـابين ويهمـه حقهـا كـن مرَابرتوست لا يبرأ عن المهر الأول.

ولو قال الزوج: خلعتك، فقالت: قبلت لا يسقط شيء من المهر؛ لأن الطلاق وقع بقول الرجل خلعتك لا بقبولها؛ لأن هذا إيقاع الطلاق وليس بخلع حقيقة، ألا ترى أنها لو لم تقبل يقع إذا نوى الزوج.

أما إذا قال بالفارسية فروختم لا يقع ما لم تقل المرأة خرمدم، وإن لم يكن البدل وسقط المهر الذي عليه وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله والصحيح أنه يسقط المهر في الوجهين لما بينا.

ولو قال لها: بعت منك مهرك ونفقة عدتك بطلاقك فقالت: اشتريت لا يقع الطلاق؛ لأنه باع منها ما هو حقها فلا يصح البيع.

ولو قال لها: بعت منك هذا الثوب بمهرك ونفقة عدتك فاشترت ثم طلقها يقع الطلاق رجعيا؛ لأنه أتى بصريحه وبيع الثوب باطل؛ لأن نفقة العدة مجهولة.

ولو خلعها على مهرها ورضاع ابنه حولين جاز وتجبر المرأة على الرضاع؛ لأن الخلع بهذا الشرط قد صح فيلزمها الوفاء بالشرط، فإن لم يفعل أو مات الولد قبل الحولين فعليها قيمة الرضاع ذكره الكرخي في (**الجامع الصغير**) المنسوب إليه.

وكذا لو اختلعت على مهرها وعلى أن تمسك ولدها إلى وقت الإدراك تجبر على إمساك الولد، وإن لم تفعل وهربت فعليها أجر المثل لأنها امتنعت عن إيفاء بدل الخلع فلزمها قيمة البدل كما لو اختلعت على عبد ووارث العبد لزمها قيمته.

وكذلك لو خلعها على مهرها ورضاع ابنه التي هي حامل به إذا ولدت بسنتين جاز ولو شرطت أنها إن ولدته ثم مات قبل الحولين أنها ترد قيمة الرضاع جاز والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب ما يصلح بدل الخلع وما لا يصلح)

مسائله مشتملة على فصول:

فصل في الخلع على ما هو حرام.

وفصل في الخلع على ما هو مجهول.

وفصل في الخلع على مال موهوم.

وفصل فيما إذا وجد بدل الخلع على خلاف المشروط والزيادة فيه.

(فصل)

ويجوز الخلع بكل بدل يصلح أن يكون مهرًا ولا يجوز بكل ما لا يصلح مهرًا لا يجوز أن يكون بدلا في الخلع حتى لو اختلعت على خمر أو خنزير بعينها صح الخلع ولا شيء للزوج.

وعند زفر عليها المهر.

لنا: أن البضع غير متقوم والمسمى ليس بمال متقوم فبقي غير متقومة كما كانت فلا يلزمها شيء ويقع الطلاق لوجود القبول منها.

ولو خلعها على عبد، فإذا هو حر رجع بالمهر عندهما وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا لما عرف في النكاح.

(فصل)

ولو اختلعت على ثوب لم يبين جنسه أو على دار فله المهر؛ لأن الثوب مجهول الجنس والقدر، والدار مجهولة لأنها غير مشار إليها وأنها لا تثبت دينا في الذمة وفي العبد يلزمها الوسط كما في المهر.

ولو اختلعت على ما يكتسب العام أو يرث في المال أو على أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه فالشرط باطل ويرد المهر؛ لأن المسمى مال مجهول الجنس والقدر فلا يمكن إيجابه ففسد الشرط وقد أطمعته في مال ولم يسلم له فترد المهر.

ولو اختلعت بحكمه أو بحكمها صح، فإن حكمت ولم يرض الزوج رجع بالمهر؛ لأن الحكم منصرف إلى المال لأنهما قصدا أن يكون المحكوم به عوضا في الخلع وإنما يصلح عوضا فيه إذا كان مالا متقومًا وهو مجهول الجنس والقدر فلا يمكن إيجابه فوجب رد المهر.

ولو خلعها على ألف إلى الحصاد ثبت الأجل؛ لأن هذه جهالة يسيرة فلا يمنع صحة الأجل في الخلع كجهالة الوصف لا يمنع صحة تسمية بدل الخلع كما في النكاح.

ولو قال إلى قدوم فلان أو موته وجب المال حالًا؛ لأن هذه جهالة متفاحشة لا يمكن استدراكها؛ لأنه قد لا توجد إلا بمدة مديدة فمنعت صحة الأجل كالجهالة المتفاحشة في البدل منعت صحة التسمية.

(فصل)

أصله: أن المرأة متى أطمعته في مال متقوم، فإذا لم يسلم له لفقدانه وانعدامه رجع عليها بالمهر؛ لأنها غرته حيث أطمعته في مال، والمغرور يرجع على الغار بالمبدل إذا فات المشروط والمطموع له، فيلزمها رد المبدل وهو ملك البضع؛ لأنه ما رضي بزوال ملكه مجانًا، وقد عجزت عن رده فلزمها رد قيمة البضع وهو المهر.

ولو اختلعت على ما في بيتها أو يدها من شيء صح وله ما في بيتها أو يدها؛ لأنه يصح بغير بدل فببدل موهوم أولى، وإن لم يكن في البيت أو اليد شيء فلا شيء له عليها؛ لأن الشيء اسم يتناول ما له قيمة وما لا قيمة له فلم يطمعه في مال ولم يغره.

ولو قالت: على ما في بيتي من المتاع ولم يكن في البيت متاع رجع عليها بالمهر لأنها غرته في مال؛ لأن المتاع اسم لمال متقوم، فإذا فات المشروط لزمها رد المبدل وهو قيمة البضع.

وكذلك لو خلعها بما لها عليه من المهر ثم تبين أنه لم يبق عليه شيء من المهر لزمها رد المهر؛ لأنه طلقها بطمع ما نص عليه فلا يقع مجانا.

وإن علم الزوج أن لا مهر لها عليه وأن لا متاع في البيت لا يلزمها شيء لأنها تطمعه فلم يصر مغرورًا.

ولو قالت: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، فإن كان في يدها ثلاثة

دراهم فصاعدًا فهي له، وإن كانت أقل فله تمام ثلاثة دراهم، وإن لم يكن شيء فله ثلاثة دراهم لأنها أشارت وسمت جمعًا من الدراهم، فإن زاد على ثلاثة استحق الزيادة بحكم الإشارة لا بحكم التسمية، فإن نقص عنها استحق تمامها بحكم التسمية؛ لأن أقل الجمع ثلاثة وهي متيقنة والزيادة عليها مشكوكة فيجب ثلاثة.

وإن لم يكن فيها شيء استحق الثلاثة بحكم التسمية؛ لأن الإشارة لغت لعدم المشار إليه فكأنها قالت اخلعني على دراهم.

ولو اختلعت بما على النخيل من التمر أو ما في بطون غنمها من ولد أو ما في ضروعها من لبن فلم يكن فله المهر لأنها غرته بتسميتها المال وأطمعته فيه، وإن اختلعت بما يثمر نخيلها العام جاز، فإن أثمرت فله ذلك، وإن لم تثمر لا شيء له في قول أبي يوسف؛ لأنها لم تغره في شيء؛ لأن الثمر على خطر الوجود قد يكون وقد لا يكون والزوج عالم بذلك فيكون راضيا بوقوع الخلع مجانا إذا لم يوجد البدل، وقال أبو يوسف آخرًا وهو قول محمد: يلزمها رد المهر أثمرت نخلها أو لم تثمر؛ لأن الثمار معدومة للحال فلا يتصور تمليكها الحال فلا يجوز استحقاقها في عقد المعاوضة إلا أنها سمت ما له قيمة والزوج إنما رضي ببطلان ملكه في البضع بشرط سلامة المال، فإذا لم يسلم له المال لزمها رد قيمة البضع وهو المهر وصار كأنه خلعها على ثمار يقع الخلع بالمهر.

ولو اختلعت على ما في بطن جاريتها أو غنمها أو ما في نخلها صح وله ما في بطنها، وإن لم يكن فلا شيء له لأنها لم تسم مالا؛ لأن ما في البطن قد لا يكون مالا؛ لأنه قد يكون ريحا أو ما يحتويه البطن فصار كالخلع على ما في بيتها، وإن لم يكن في البيت شيء وما حدث بعده في بطونها فللمرأة؛ لأن الخلع انعقد على الموجود دون الحادث؛ لأن قوله ما في بطنها اسم للموجود في البطن للحال.

ولو اختلعت على حمل جاريتها وليس في بطنها حمل ترد المهر لأنها غرَّته حيث أطمعته فيما له قيمة؛ لأن الحمل ماله متقوم ولكن في وجوده احتمال وتوهم ويصح الخلع بعوض موهوم والله أعلم.

(فصل)

ولو خلعها على دراهم معينة فوجدها ستوقة يرجع بالجياد.

وكذلك الثوب على أنه هروي، فإذا هو مروي يرجع بهروي وسط؛ لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى ولا يرد بدل الخلع إلا بعيب فاحش كما في المهر، فإن كان حلال الدم أو اليد فأمضى عنده رجع عليها بقيمته عند أبي حنيفة، وعندهما بنقصان قيمته؛ لأن كونه حلال الدم بمنزلة الاستحقاق عنده، وعندهما بمنزلة النقصان والعيب كما إذا اشترى عبدًا فوجده حلال الدم أو اليد عندهما يرجع بالنقصان وعنده يرجع بالثمن وهنا يرجع بقيمته لا ببدله وهو المهر؛ لأن البيع يحتمل الانقسام والخلع لا. وإن كان نصرانيًا أو متردِّيًا فلا يرد ولا يرجع بشيء قيل هذا بناء على عرف التجار في زمنهم؛ لأن التجار في زمنهم يعدون هذا عيبا يسيرًا، فأما في زماننا فهذا عيب فاحش فيجب أن يرده به.

ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يدها أو استحق فعليها قيمته لأنها عجزت عن تسليمه مع بقاء السبب الموجب للتسليم وهو الخلع؛ لأن الخلع مما لا يحتمل الفسخ فلا ينفسخ بهلاك البدل وقد عجز عن رد عينه فتجب قيمته كما في المهر.

وإن ظهر أنه كان ميتا وقت الاختلاع فله مهرها لأنها غرَّته حيث أطمعته في مال وقد تبين أن المسمى ليس بمال متقوم.

ولو خلعها على حيوان ثم صالحته على دراهم أو مكيل أو موزون جاز يدًا بيد لأن بدل الخلع لا يصح قبضه في المجلس فيجوز الصلح يدًا بيد.

ولو اختلعت على عبد آبق على أنها ترثه من ضمانه لم تبرأ وعليها أن تأتي به أو بقيمته؛ لأن الخلع عقد معاوضة فتصير السلامة مستحقة والتسليم واجبا، فإذا فات فعليها القيمة ويكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا؛ لأنه لا يلائم العقد فيلغو إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة فيبقى المال واجبا.

ولو خلعها على عبد ومهرها ألف على أن زادها ألفا ثم استحق العبد رجع عليها بالألف بنصف قيمة العبد؛ لأن المرأة بدلت العبد بإزاء البضع وألف درهم

فانقسم العبد عليهما نصفين نصفه بدل الخلع ونصفه بيعا بالألف فالمبيع متى استحق يجب رد ثمنه وثمنه ألف وبدل الخلع متى استحق تجب قيمته فيرجع بنصف قيمة العبد.

ولو خلع امرأتيه على عبد قسمت على مسميهما في العقد؛ لأن البدل إذا قوبل بشيئين انقسم على قدر قيمتهما والبضع لا يتقوم إلا بالعقد فينقسم على قدر مسميهما في العقد؛ لأنه قيمة بضعيهما لا على مهر مثليهما؛ لأن الزيادة على المسمى مكروه في الخلع، والزيادة في بدل الخلع باطلة لأنها زادت بعد هلاك المعقود عليه فصار كما لو زاد في بدل الصُّلح عن دم العمد فإنه لا يصح والله تعالى أعلم.

(باب خلع الوكيل والأجنبي)

(**المبسوط**): أصله: أن المتعاقدين من يدخلان تحت حكم الإيجابين، فإن كان المخاطب في الخلع المرأة فالمعتبر قبولها سواء كان البدل مبهمًا أو معينًا، أضافت البدل إلى نفسها أو لم تضف لأنها هي العاقدة.

وإن كان المخاطب الأجنبي إن أضاف البدل إلى نفسه فالمعتبر قبوله؛ لأنه التزم تسليم ذلك من ملكه ولن يكون كذلك إلا إذا وقّع العقد معه، وإن لم يضف إلى نفسه ولا إلى أحد فالمعتبر قبول المرأة؛ لأن الأصل في الخلع هو المرأة؛ لأن المنفعة تحصل لها وهو سقوط الملك عنها فكان عليها بدله بمطلق العقد إلا بمغير والأجنبي يدخل فيه بحكم الإضافة والضمان؛ لأن بدل الخلع يجوز إيجابه على الأجنبي؛ لأنه يجب مقابلا بملك النكاح سقوطًا فساوى الأجنبي المرأة فيه.

ولو اختلعت الصغيرة نفسها وقع الطلاق بلا مال؛ لأنه علق الطلاق بقبولها المال وقد وجد الشرط فيقع ولا يجب المال لأنها ليست من أهل التزام المال لما فيه ضرر بها وصار كالخلع بالخمر والخنزير.

ولو خلع ابنته الصغيرة على صداقها لم يسقط الصداق؛ لأن منافع البضع لا

قيمة لها عند الخروج عن ملك الزوج والأب لا يملك تمليك مالها بما لا قيمة له؛ لأنه لا نظر فيه.

ثم إن قبلت الصغيرة الخلع وقع الطلاق؛ لأن الأب إذا لم يضمن بدل الخلع فهو كالأجنبي فيه فيكون العقد واقعًا معها فيشترط قبولها وهي من أهله.

وإن قبل الأب دون الصغيرة فيه روايتان في رواية يقع؛ لأن هذا نفع محض لأنها تتخلص عن عهدته بغير مال ولذلك صح من الصغيرة فصح من الأب كقبول الهبة وفي رواية لا يقع؛ لأن العقد وقع لها والأب كالأجنبي فيه فيشترط قبولها لا قبول الأب ولا يقوم قبوله مقام قبولها؛ لأن الخلع كما يجوز أن يكون منفعة لها يجوز أن يكون مضرة لها.

ولو ضمن الأب الصداق رجع الزوج عليه وإلا فلا، وكذلك حكم الأجنبي؛ لأنه متى ضمن البدل فالخلع يتم بقبوله لا بقبولها فاعتبر الخلع معاوضة فيما بينه وبين الزوج فيجب بدل الخلع عليه بالتزامه فاعتبر طلاقا بغير بدل في حقها لأنها لا تستفيد بالخلع ملكا من جهة الزوج؛ لأن ملك النكاح لا يقبل التمليك إلّا أنها استفادت الخلاص عن قيد النكاح فجاز بخلاف العتق بمال على الأجنبي لا يصح؛ لأن الساقط بالعتق مال يقبل التمليك من الغير فكان مبادلة بمنزلة البيع في حق الأجنبي، وإن كان إسقاطا في حق العبد والبيع بشرط الثمن على الأجنبي لا يصح.

ولو وكّل رجلين بالخلع فخلع أحدهما لم يصح؛ لأن الخلع يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير لما فيه من الاستنقاص والزيادة وهو رضى برأيهما لا برأي أحدهما بخلاف الطلاق لما يأتي.

(**النوادر**): الوكيل بالطلاق لو خالعها على مهرها أو طلقها على مال قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: يجوز دخل بها أو لم يدخل والصحيح أنه إن كانت مدخولة لا يجوز؛ لأن الوكيل خالف إلى شر؛ لأنه وكله بطلاق ولا يقطع النكاح وقد أتى بطلاق يقطع النكاح، فإن لم تكن مدخولة جاز؛ لأنه خالف إلى خير فعلى هذا الوكيل بالخلع لو طلق مطلقا يجوز.

وذكر القدوري الوكيل بالخلع: لو خلعها بغير عوض لا يجوز؛ لأن الخلع في متعارف الشرع عند الناس صار عبارة عن الطلاق بعوض فيصير حقيقة عرفية فينصرف إليه مطلق الكلام والأول أصح؛ لأن الخلع بعوض كما هو متعارف فبغير عوض أيضًا متعارف فيصير وكيلًا بها جميعًا.

رجل زعم لرجل أن امرأته وكلته باختلاعها منه فخالعها معه على ألف وأنكرت المرأة التوكيل، فإن ضمن الفضولي المال للزوج يقع الطلاق وعليه المال؛ لأنه متى ضمن فالعاقد هو فيشترط قبوله، وإن لم يضمن المال إن لم يدع الزوج توكيلها لم يقع الطلاق؛ لأنه تبين أن الخلع موقوف على قبولها فإن ادعى توكيلها وقع الطلاق ولا يجب المال؛ لأنه أقر بالطلاق وإن باع منه طلاقها فالصحيح أن هذا والخلع سواء.

(**الجامع**): أجنبي قال للزوج: اخلع امرأتك على هذه الدار وهذه الألف فالقبول إلى المرأة؛ لأنه لم يضف المال إلى أحد فكانت هي الداخلة تحت العقد ولو قال على عبدي هذا أو الغرس هذه ففعل وقع الخلع؛ لأنه هو العاقد كما أضاف المال إلى نفسه لما بينا.

ولو قال لها الزوج: خلعتك على دار فلان فالقبول إليها لأنها هي المخاطبة فكانت هي الداخلة في العقد.

ولو قال لصاحب العبد: خلعت امرأتي بعبدك والمرأة حاضرة فالقبول لصاحب العبد؛ لأنه هو المخاطب والبدل أضيف إليه.

ولو قال الرجل للزوج اخلعها على ألف فلان هذه أو عبد فلان أو على ألف على أن فلانًا ضامن لقبولها فالقبول لفلان؛ لأنه هو المخاطب والمتكلم أخرج الكلام مخرج المشورة فلم يكن مخاطبًا.

ولو قالت المرأة: اخلعني على ألف على أن فلانا ضامن لها ففعل وقع الخلع لأنها إذا خاطبت فقد أوجبت على نفسها وشرطت ضمانا على الغير فتوقف الضمان على قبوله، فإن ضمن فلان يأخذ الزوج أيهما شاء؛ لأن الكفالة صحيحة.

ولو وكلت رجلا بأن يخلعها من زوجها بألف ففعل وقع الخلع والمال عليها؛ لأن الوكيل بالخلع سفير ومعبر؛ لأن حقوق العقد راجعة على الآمر كما في النكاح.

فإن خلعها الوكيل على ألف من ماله أو على ألف على أنه لها ضامن ففعل فالمال على الوكيل ويرجع به عليها كالوكيل بالشراء والصلح عن دم العمد بمنزلة الخلع في القبول.

(باب الاختلاف في الخلع)

(**المبسوط**): ولو اتفقا على الخلع وقالت بغير جعل فالقول لها لأن صحة الخلع لا تستدعي البدل فتكون منكرة للبدل فيكون القول لها، وإذا ادعت الخلع والزوج ينكره فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة لا يقبل ولا يثبت الخلع لأنها تحتاج إلى إثبات أن الزوج علق الطلاق بقبول المال والطلاق المعلق بقبول الألف غير المعلق بقبول الألفين إذ هما شرطان مختلفان فكان كل واحد يشهد بغير ما شهد به الآخر فلا تقبل.

ولو كان الزوج هو المدعي وقد ادعى ألفًا وخمسمائة والمسألة بحالها فقبل على ألف؛ لأن الطلاق وقع بإقرار الزوج بقي دعوى الزوج دينا مجردا واتفق الشاهدان على ألف وانفرد أحدهما بزيادة خمسمائة فيقضي بما اتفقا عليه.

وإن كان يدعي ألفا لا يقبل وقد كذب أحد شاهديه لما عرف ويقع الطلاق بإقراره، وإذا شهد شاهدان أنه طلقها قبل الخلع ثلاثًا تسترد المال لأنها بمباشرة الخلع، وإن صارت مقرة بصحة الخلع ظاهرًا فإذا ادعت الفساد بعد ذلك صارت مناقضة في الدعوى إلا أن البينة على الطلاق تقبل من غير دعوى فثبت أنه أخذ المال بعد البينونة فلزمه الرد لأنها بدلت المال للتخليص عن الملك وهي كانت متخلصة والله أعلم.

(باب خُلع المريض والأمة والمكاتبة)

(**المبسوط**): ولو اختلعت بمهرها في مرضها ثم ماتت فله الأقل من ميراثه منها ومن المهر إن كان يخرج من ثلثها، وإن لم يخرج فله الأقل من ميراثه منها ومن الثلث لأنها بدلت مالا بإزاء ما ليس بمال وهي منافع البضع فكانت متبرعة ومتهمة

أنها التمست بهذا بطلان حق الورثة فيما زاد على ميراثه فأوجبنا الأقل احتياطا إذ لا تهمة فيه؛ لأن هذا القدر كان ثابتا للزوج قبل الخلع.

وإن ماتت بعد انقضاء العدة أو كانت غير مدخولة فلها المهر من الثلث؛ لأنه بطل ميراثه لانقطاع النكاح وعلائقه فهذه أجنبية تبرعت عليه بمال فتعتبر من الثلث.

ولو تزوج المريض مريضة على ألف وقبضت ولا مال له غير الألف ومهر مثلها مائة فاختلعت بالألف قبل الدخول ثم ماتت ولا مال لها غيرها ثم مات الزوج فلورثة المرأة مائتان وخمسة وسبعون درهما والباقي لورثة الزوج؛ لأنه لما تزوجها على ألف ومهر مثلها مائة فقد تبرع وحاباها بتسعمائة؛ لأن قيمة بضعها يقدر مائة فلما خالعها قبل الدخول على جميع الصداق عاد إليه خمسمائة وبقيت المحاباة أربعمائة وخمسين وبقي مهرها خمسين فيكون جميع ماله تسعمائة وخمسين ومال المرأة خمسون فلما اختلعت بالألف فقد أوصت له بثلث مالها ستة عشر وثلثين فيضم إلى مال الزوج فصار له تسعمائة وستة وستون وثلثان والمحاباة منه أربعمائة وخمسون وهي لا تصح من المريض إلا من الثلث، فثلثه للمرأة ثم يجب رد ثلث ما حصل للمرأة إلى الزوج، لأنها أوصت له من ثلث مالها فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلاثة ثلث وأقله تسعة فثلاثة منها للمرأة وستة للزوج ثم عاد إليه سهم من ثلثها فصار للزوج سبعة وأنه أكثر من ثلثي ماله وليس له إلا ثلثي ماله فيجب رد سهم إليها ومتى حصل رددنا إليها سهمًا صار مالها ثلاثة وقد أوصت بثلث مالها فيجب رده على الزوج ثانيا فلا يزال يدور وسهم الدور ساقط؛ لأنه لا يفيد شيئًا فسقط سهم من نصيب الزوج؛ لأن الدور يقع من جهة ماله وسهم الدور إنما يطرح من حيث يقع ونقصان حقه عن الثلثين جائز لورود الشرع به والقول بالدور لا يجوز فكان إسقاط سهم من حقه أولى فيقضي نصيبه خمسة وقد عاد إليه من المرأة سهم فصار له ستة فاستقام الثلث والثلثان فصار جميع ما للزوج ثمانية أسهم لورثته خمسة ولورثة المرأة ثلاثة وقد أوصت بثلث ذلك للزوج وذلك سهم فحصل لورثة المرأة ربع ما للزوج وجميع مال الزوج كان تسعمائة وستة وستين وثلثين فضم ذلك

إلى مالها من الصداق ثلاثة وثلاثون وثلث فيكون كله مائتين وخمسة وسبعين وما بقي للزوج.

(فصل)

ولو اختلعت المكاتبة بإذن مولاها أو بغير إذنه لا يلزمها المال إلا بعد العتاق؛ لأن بدل الخلع مال يجب بإزاء ما ليس بمال فأشبه التبرع، والمكاتبة محجورة عن التبرع وإن أذن له المولى كما لو وهب كسبه بإذن المولى.

ولو اختلعت الأمة وأم الولد بإذن المولى يلزمهما للحال لأنها كانت عن التزام المال لحق المولى وقد انفك الحجر بإذن المولى فظهر الدين في حقه كما في سائر الديون.

(الجامع) وإذا خلع الأمة مولاها على رقبتها وزوجها حر فالخلع واقع بغير شيء؛ لأنه متى ملك رقبتها عوضًا عن الطلاق يبطل النكاح فيبطل الخلع أيضًا فكان في تصحيحه إبطاله فلم يصح المسمى عوضًا عنه فلم يجب ويبقى طلاقا بائنا بغير عوض كما لو خلعها على خمر أو خنزير، وعن أبي يوسف أنه لا يقع الطلاق؛ لأنه تعذر إيقاع الطلاق بعوض لما بينا وتعذر إيقاعه بغير عوض؛ لأنه ما أوقعه إلا بعوض فوجب القول ببطلانها.

وقيل: على قياس قوله يصح بقيمة رقبتها؛ لأن المسمى يصلح عوضًا؛ لأنه مال متقوم لكن تعذر تسليمه لحق الشرع كما لو وجده مستحقًّا.

ولو كان الزوج مكاتبًا أو عبدًا أو مدبرًا جاز الخلع وصارت لسيد العبد والمدبر لأنها تصير مملوكة للمولى لا للزوج فلا يبطل النكاح فصح الخلع ويثبت للمكاتب منها حق الملك، وحق الملك لا يمنع بقاء النكاح فلا يفسد نكاحه، ألا ترى أن المكاتب لو اشترى منكوحته لم يبطل النكاح وكذا العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع دوامه.

ولو كان تحت الحر أمتان فخلعهما المولى على رقبة إحداهما بعينها بطل الخلع فيها ووقع الخلع على الأخرى؛ لأن المسمى يصلح بدلا في حقها؛ لأنه لا يبطل

نكاحها بملك الزوج ضرتّها فصحت التسمية في حقها فملك الزوج من رقبة الأخرى ذلك القدر فيبطل نكاح الأخرى ويبطل الخلع في حقها ولا يقع الطلاق عليها؛ لأنه قارن وقوع الطلاق وقوع الملك للزوج في شيء من رقبتها فمنع وقوع الطلاق قبل هذا قولهما بناء على أن من تزوج امرأتين بألف وإحداهما لا تحل له تصير الألف كلها بإزاء التي صح نكاحها عند أبي حنيفة وعندهما تنقسم على مهر مثليهما.

والصحيح أن هذا قولهم جميعا؛ لأن هناك إحداهما ليست بمحل للنكاح فلم يدخل تحت التقسيم كما لو تزوج امرأة وحمارا على ألف وهنا كل واحدة محل للطلاق فدخلتا تحت خطاب الخلع ثم خرجت إحداهما لمانع شرعي فخرجت بحصته كما لو باع عبدين وأحدهما مدبر خرج المدبر عن البيع بحصته فكذا هذا.

ولو خلع كل واحدة على رقبة صاحبتها وقع الطلاقان بائنا بغير شيء؛ لأنه قارن وقوع الطلاق على كل واحدة وقوع الملك في رقبتها، فتعذر إيجاب الطلاقين بعوض فأبطلنا البدل وأوقعنا الطلاق كما لو كانت واحدة وخلعها على رقبتها.

ولو طلق كل واحدة على رقبة صاحبتها يقع رجعيا؛ لأنه متى بطل البدل بقي قوله طلقتك.

أمة تحت عبد خلعها مولاها على عبد في يديه ثم استحق العبد المخلوع عليه فلا شيء على المولى؛ لأنه لم يضف المخلوع عليه إلى نفسه ولا ضمنه فكان العقد مضافا على الأمة كأنها عقدت نفسها، وتباع الأمة في قيمة العبد المستحق؛ لأن المولى يملك إيجاب بدل الخلع عليها لما فيه من إحياء حقه بإبطال الشغل عن ملكه كما ملك نكاح العبد لما فيه من تحصين ماليته فظهر الوجوب في حق المولى فيتعلق برقبتها، فإن كان عليها دين آخر قبله يبدأ به؛ لأن الخلع طلاق وليس من ضرورته وجوب المال فإنما وجب المال بإيجاب المولى واختياره فلم يظهر في حق الغريم كما في الصلح، فإن بقي شيء يؤخذ من الأمة بعد العتق؛ لأن قيمتها وجبت عليها وقد تعذر الاستيفاء للحال فيؤخذ بها بعد العتق، فإن كان المولى ضمن بدل الخلع أخذ به؛ لأنه صار أصلا في حق الضمان فيلزمه بالتزامه.

(باب الطلاق على مال)

(المبسوط): فيه فصلان:

فصل في الطلاق بغير التماس المرأة شيء.

وفصل في الطلاق بالتماسها.

(فصل)

والطلاق على مال بمنزلة الخلع في أحكامه إلا أن بدل الخلع إذا بطل بقي الطلاق بائنا وعوض الطلاق إذا بطل يقع رجعيا، وإذا وجب يقع بائنا لأنها بذلت المال للتخلص عن الملك لما بينا.

ولو قال لها: أنت طالق بألف أو على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف؛ لأنه علق الطلاق بقبولها الألف.

ولو قال: أنتِ طالق وعليك ألف فقبلت أو قالت طلقني ولك ألف فطلقها طلقت بلا مال عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما بالمال.

لهما: أن هذا الكلام يستعمل في موضع المعاوضة، كما لو قال لآخر خط هذا الثوب ولك درهم أو احمل هذا المتاع إلى بيتي ولك درهم يكون معاوضة وقد صار عقيب سؤال الطلاق فدلت الحالة على إرادة المعاوضة فصار عوضًا عند دلالة المعاوضة، فإذا قبلت يلزمها العوض.

له: أن اللفظ لا يوجب التعويض؛ لأن قوله ولك ألف جملة تامة مستقلة بنفسها معطوفة على الطلاق فلا تجعل تبعًا لغيره ولا مع غيره جملة واحدة إلا بدلالة ولم توجد الدلالة؛ لأن الطلاق يصح بلا عوض بخلاف الأمر بالخياطة؛ لأنه عقد إجارة والإجارة لا تصح إلا بذكر العوض مع أن العرف دل على كونه عوضًا، ألا ترى أنه لو سكت عن ذكر المال تجب الأجرة متى استعده للخياطة فمع ذكر المال أولى.

ولو قالت: طلقني ولك ألف فقال طلقتك على الألف التي سميتها إن قبلت يقع الطلاق ويجب المال، وإن لم تقبل لم يقع ولم يجب عنده لأنها التمست طلاقا بغير عوض؛ لأن قولها ولك ألف لم يكن تعويضا عن الطلاق لما بينا، فقد أعرض

الزوج عما التمست حيث أوقع طلاقا بعوض، فإن قبلت وقع وإلا بطل وعندهما يقع ويجب المال، وإن كان في غير المال.

ولو قال: أنتِ طالق إذا أعطيتني ألفا أو متى يقع عند الإعطاء، وإن كان في غير المجلس؛ لأن إذا ومتى للوقت فقد علق الطلاق بوقت إعطاء الألف، فإذا وجد وقع.

ولو قال: احسب من مالي عليك لا يقع الطلاق؛ لأن الشرط هو الإعطاء، والمقاصَّة ليست بإعطاء فلم يعطه.

ولو قال: أنتِ طالق على أن تعطيني ألفًا أو على ألف إن قبلت في المجلس يقع والألف دين في ذمتها، وإن لم تقبل في المجلس لا يقع؛ لأن كلمة على تذكر للإيجاب والاستيجاب فاقتضت وجوب الألف، كما لو قال بعتك على أن تعطيني ألفا فقد علق الطلاق بوجوب الألف عليها فصار كأنه قال أنتِ طالق بألف فاقتضى القبول في المجلس؛ لأنه يوجب جواب خطاب المعاوضة.

ولو قال: أنتِ طالق إن جئتني أو أعطيتني بألف إن أتت في المجلس يقع وإلا فلا؛ لأن كلمة شرط لا تعم الأوقات فيكون تمليكا ومعاوضة معنى؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بمال وهذا هو حد المعاوضة فيقتصر جوابها على المجلس.

(فصل)

ولو قالت لزوجها: طلقني على ألف، فهو على ثلاثة أوجه:

إما أن قالت: طلقني ثلاثًا بألف أو على ألف أو على أن لك عليّ ألفًا، فإن قالت: طلقني ثلاثًا بألف، فطلقها واحدة وقعت بثلث الألف؛ لأن الباء كلمة مقابلة وتقسيم فانقسم أجزاء البدل على أجزاء المبدل تحقيقًا للمقابلة أو المبادلة والمرأة بدلت الألف بإزاء الثلث فتقسم على الثلث وقد سلم للمرأة ثلث المبدل فيسلم للزوج ثلث البدل.

وإن طلقها ثلاثًا متفرقات في مجلس واحدٍ لزمها الألف استحسانا؛ لأن

لساعات مجلس العقد حكم ساعة واحدة فصار كأنه أوقعها جملة وفي القياس وقعت بثلثها وهو قول زفر لأنها بانت بالأولى بثلث الألف.

وأما إذا قالت: طلقني ثلاثا على الألف، أو على أن لك عليّ ألفا، فطلقها ثلاثًا وقعت بألفٍ، وإن طلقها واحدة وقعت واحدة بلا شيء عند أبي حنيفة، وعندهما له ثلث الألف.

لهما: أن كلمة على في المعاوضات بمنزلة الباء في العادة كقوله: بعت منك بألف، وبعت منك على ألف سواء، وقد استعمل للشرط كما يقال: أزورك على أن تزورني، ولكن تعذر العمل بحقيقة الشرط هنا لأنا متى جعلنا للشرط كان في ذلك تعليق ملك المال بالشرط وذلك باطل فجعلناه للمعاوضة تصحيحًا لها.

لأبي حنيفة: أن كلمة (على) كلمة شرط حقيقة يقول: زرتك على أن تزورني، أكرمك على أن تكرمني أي بشرط أن تكرمني وتزورني.

وكذلك لو قال: أنتِ طالق على أن تدخلي الدار كان الدخول شرطًا، وتعليق وجوب الألف بإيقاع الثلث جائز تبعًا للطلاق؛ لأن البدل تبع للمبدل في المبادلات كالثمن تبع للمثمن، ولهذا صح تعليق بدل الخلع بالشرط وكل الجزاء يؤخذ عند كل الشرط ولا تتوزّع أجزاؤه على أجزاء الشرط، ألا ترى أنه ذكر في (**السير الكبير**): لو أمن الإمام ثلاث سنين بألف دينار فبدا له أن ينبذ إليهم بعد سنة رد عليهم ثلثي الألف، ولو أمن على ألف دينار رد الكل.

وإن طلقها ثلاثًا متفرقات في مجلس واحد لزمها الألف؛ لأن الأولى والثانية يقع عنده رجعية فإيقاع الثالثة وجد عنده وهي منكوحته فيستوجب عليها ألف درهم، وإن طلقها ثلاثًا في ثلاث مجالس عندهما يستوجب ثلث الألف كما في كلمة باء وعنده لا يستوجب شيئًا لأنهما اعتبرا المعاوضة فيه لا غير.

وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر معنى الشرط ومعنى المعاوضة لما فيه من إيجاب المال بإزاء معوض فمن حيث إنه شرط تعلق وجوب الألف بإيقاع الثلاث وباعتبار معنى المعاوضة فيه يقتصر جوابه على المجلس.

ولو قالت: طلقني وفلانة وفلانة على ألف فطلق واحدة ومهورهن سواء يجب ثلث الألف لأنها أمرته بعقود؛ لأن طلاق كل واحدة على مال خلع على حدة بدليل أنه يشترط قبول كل واحدة منهن فانقسم الألف عليهن ضرورة أنه لا بد من أن يكون لكل عقد بدل على حدة لتصح المعاوضة.

ومن له امرأتان سألتاه أن يطلقهما على ألف فطلق إحداهما تجب حصتها؛ لأن كل واحدة سألت طلاقها ببدل وقد أجاب إحداهما إلى ما طلبت فلزمها حصتها من المسمى.

(فصل)

ولو قال لامرأته: طلقتك أمس بألف فلم تقبلي، فقالت: قبلت فالقول للزوج مع يمينه؛ لأن الطلاق بمال تعليق بقبولها المال في جانب الزوج والتعليق يتم من غير قبول إنما القبول شرط الحنث فلا يكون إقرارًا بالقبول بل يكون إنكارًا لوجود الشرط فيكون القول للمنكر بخلاف ما لو قال: بعتك عبدي أمس بألف فلم يقبل، وقال المشتري: قبلت فالقول للمشتري؛ لأن البيع لا يتم إلا بالقبول فصار الإقرار به إقرارًا بالقبول فإنكار القبول يكون رجوعًا عما أقر به فلم يصح.

ولو قالت: سألتك الثلاث بألف، فطلقني واحدة، وقال الزوج: لا بل سألت واحدة بألف فالقول للمرأة والبينة للزوج؛ لأن الزوج يدعي الألف وهي تقر بثلث الألف وتنكر الزيادة فالقول للمنكر.

وكذلك لو قالت: سألت ثلاثًا فطلقت واحدة في المجلس وثنتين بعدها؛ لأن الزوج يدعي تمام الألف وهي تنكر الزيادة على الثلث.

ولو قال الزوج: سألت ثلاثًا وطلقتها، وقالت المرأة: طلقت واحدة إن اختلفا في مجلس السؤال فالقول له؛ لأن المجلس كله محل الجواب فقد أقر بما أنشأه للحال، فإن لم يثبت إسناده إلى ما مضى بقي إنشاء للحال، وإن كان في غيره فالقول لها؛ لأنه لم يكن كلامه جوابا فكان ابتداء إيقاع والزوج يدعي الزيادة وهي تنكر.

(**المنتقى**): لو قالت: أنتِ طالق أربعًا بألف، فقبلت، طلقت ثلاثًا بألف، وإن

قبلت الثلاث بألف لم تطلق؛ لأنه علق الطلاق بقبولها الألف بإزاء الأربع.

ولو قال لأجنبية: أنتِ طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت للحال ثم تزوجها تطلق بالمال عند أبي يوسف.

وعند أبي حنيفة: لا تطلق ولا يلزمها المال إلا بقبولها بعد التزوج؛ لأن قبولها يعتبر بعد التزوج لا قبله، كما لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي إن شئت، فعند أبي حنيفة تعتبر مشيئته بعد الموت لا قبله.

ولو قالت لزوجها: طلقني ثلاثًا بألف درهم، طلقني ثلاثًا بألف دينار، فطلقها، طلقت بألف دينار لأنها رجعت عن الأول، وليس له أن يطلقها بالمالين.

ولو قال لها: أنتِ طالق ثلاثًا بألف درهم أنتِ طالق ثلاثًا بمائة دينار فقبلت طلقت بالمالين؛ لأنه صح الإيجابين منه فينصرف القبول إليهما.

رجل قال: امرأتي طالق ولها عليّ ألف درهم وله امرأة معروفة، فقال: لي امرأة أخرى ولم أعنِ هذه لا يصدق في الطلاق والمال؛ لأنه لما لم يصدق في حق الطلاق؛ لأنه إقرار بطلاقها ظاهرًا لم يصدق في حق المال ضرورة؛ لأن الهاء كناية عن تلك المرأة.

ولو قال: امرأتي طالق، ولامرأتي علي ألف درهم والمسألة بحالها لا يصدق في الطلاق ويصدق في المال؛ لأنه ذكر المرأة في المال على حدة فلم تمس الضرورة إلى عدم التصديق في حق المال.

(**الجامع**): ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنتِ طالق ثلاثا، طلقت بغير شيء عند أبي حنيفة؛ لأنه ما أجاب عما التمست منه لما قدمنا، وعندهما يقع الثلاث بألف؛ لأنه أتى بما طلبت منه وزيادة.

ولو قال: أنتِ طالق ثلاثًا بألف أو على ألف لا يقع شيء عنده حتى يقبل فوقع ثلاثًا بألف؛ لأنه ما أجابها عما التمست فكان إنشاء طلاق بجعل فيتوقف على قبولها، وعندهما إن لم يقبل وقعت واحدة بألف وإن قبلت إحداهن بألف؛ لأنه أجابها في الواحدة فوقعت بألف من غير قبولها لأنها رضيت بأن يكون الألف بأن الواحدة والزوج إنما رضي بزوال ملكه عنها بألف لا بثلثها فلا يجوز أن يزول ملكه

عنها بثلث الألف، وإن جعل بإزاء كل تطليقة ثلث الألف ولا يقع ثنتان إلا بقبولها؛ لأن الزوج علق وقوعها بقبولها الألف فلا يقع من غير قبولها، وإن كانت لو قبلت لا يدل بإزائهما كما لو طلق امرأته الصغيرة على ألف فما لم تقبل لا يقع ولو قبلت يقع مجانًا.

وعن أبي يوسف تقع واحدة للحال بثلث الألف وتقف الأخريان على القبول، فإن قبلت وقعتا بغير شيء؛ لأن الزوج قابل الألف بإزاء الثلاث فصار بإزاء كل تطليقة ثلث الألف فقد حط الزوج عنها ثلثي الألف ومع الحط يصير الزوج مجيبا لما التمست منه كما لو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها واحدة بخمسمائة.

ورُوي عن محمد أنه رجع إلى قول أبي حنيفة.

ولو قال لغير المدخولة: أنتِ طالق ثلاثًا للسنة بألف أو على ألف ولا نية له فقبلت طلقت واحدة للحال بثلث الألف؛ لأن جميع الأوقات في حق غير المدخولة وقت لطلاق السنة، ولو قابل الألف بالثلث فيتوزع عليها، فإن تزوجها ثانيًا طلقت أخرى بثلث الألف، وكذلك ثالثا؛ لأن الإيقاع كان صحيحًا فلا يرتفع بزوال الملك، فإذا وجد الملك وجد الشرط فوقع ولا يحتاج إلى قبول جديد منها؛ لأن القبول شرط في مجلس الخطاب وقد وجد إلا أن الوقوع تأخر لعدم المحل، كما لو قال: أنتِ طالق غدًا بألف فقبلت فجاء الغد طلقت بألف من غير قبول.

فإن كانت مدخولة وقعت واحدة في طهر لم يجامعها فيه بثلث الألف ثم أخرى في الطهر الثاني وأخرى في الثالث بغير شيء؛ لأن البدل يجب مقابلا بملك النكاح وقد زال بالأولى فلا تملك نفسها بالثانية فصح الاعتياض عنها وإن قبلت وهي مجامعة لم يقع شيء حتى تحيض فتطهر فيقع حينئذ كما ذكرنا ذلك.

ولو قال للمدخولة: طلقي نفسك ثلاثًا للسنة بألف، فقالت: طلقت نفسي ثلاثًا، فإن كانت طاهرة من غير جماع طلقت للحال واحدة ولا تقع الثانية والثالثة إلا بتجديد الإيقاع في مجلس الطهر فيقعان بغير شيء، هكذا ذكر الزعفراني؛ لأنه فوض إليها إيقاع كل تطليقة في كل طهر فيكون بمنزلة المضاف إلى وقت كل طهر لم يجامعها فيه فلا يملك إيقاعها حتى يجيء الوقت وقد أمرها بالإيقاع فلا بد من

التجديد وإنما يقعان مجازًا لأنها بانت بالأولى فلا تملك نفسها بالثانية والثالثة، ألا ترى أنه لو أمرها أن تطلق نفسها ببدل بعدما أبانها ففعلت وقع مجانًا، وفي رواية محمد لا يقع بهذا القول أبدا؛ لأنه تعذر إيقاعها بعوض لما بينا وتعذر إيقاعها بغير عوض؛ لأن الزوج لم يرض بوقوعها مجانًا فلم يقعا.

(فصل)

(**الزيادات**): أصله: أن البدل متى ذكر عقيب شيئين ينصرف إليهما وينقسم عليهما؛ لأنه قابل بهما، فإن قرن بأولهما ما ينافي البدل ينصرف إلى الآخر وإن قرن بهما ما ينافي البدل ينصرف إليهما؛ لأنه لا بد من إلغاء المنافي أو البدل فإلغاء المنافي أولى؛ لأنه ذكر المنافي أولا والبدل آخرا فيكون ذكر البدل آخرا ناسخا وناقضا للمنافي.

ولو قال لامرأته: أنتِ طالق اليوم واحدة على أنك طالق غدًا أخرى بألف، أو قال: أنتِ طالق الساعة واحدة وطالق غدا أخرى فقبلت طلقت واحدة بنصف الألف؛ لأنه ذكر طلاقين أحدهما منجزًا والآخر مضافًا مؤجلا، ثم أعقبهما بذكر البدل فينصرف إليهما وينقسم عليهما فوقعت واحدة للحال بخمسمائة ووقعت أخرى من الغد بغير شيء لأنها بانت بالأولى إلا إذا تزوجها قبل الغد فوقعت بالبدل؛ لأنه وُجد شرط وجوب البدل وهو الطلاق المزيل للملك.

وكذلك لو قال: أنتِ طالق اليوم، وغدا أخرى أملك الرجعة؛ لأنه وإن قرن بالثاني ما ينافي البدل وهو ذكر الرجعة، فإن الطلاق لا يبدل رجعيا فيلغى المنافي فيه، وإذا لغي صار الثاني والأول سواء فينصرف البدل إليهما فصار كالمسألة الأولى.

وكذلك لو قال: أنتِ طالق الساعة واحدة أملك الرجعة وغدا أخرى أملك الرجعة بألف كانت التطليقتان بألف؛ لأنه قرن المنافي بهما فلغي المنافي فينصرف البدل إليهما.

ولو قال: أنتِ طالق الساعة واحدة أملك الرجعة أو بغير شيء على أنك طالق

غدًا أخرى بألف وقعت الأولى في الحال بغير شيء والأخرى في الغد بالألف؛ لأنه قرن بالأولى ما ينافي البدل فانصرف إلى الأخرى، ولذلك لو قال: أنتِ طالق الساعة واحدة بائنة وغدا أخرى بألف تقع واحدة بائنة للحال بغير شيء؛ لأنه جعلها بائنة نصًّا وصريحًا معرفيًّا أنه أراد به صرف البدل إلى الثانية وتقع الثانية في الغد بغير شيء لأنها بانت بالأولى فلم يوجد شرط وجوب البدل وهو زوال الملك عنها واستشهد بهذا فقال: لو قال أبيعك هذا بكذا على أن أبيعك الآخر بكذا كان فاسدا؛ لأنه جعل أحدهما شرطا في الآخر ولأنه لا يلائمه.

ولو قال: أبيعك هذا على أن أبيعك هذا بألف جاز البيع وكانت الألف لهما، وذكر في المزارعة ما يدل على أنه يفسد كله وهو ما إذا قال لرجل أدفع إليك نخلتي هذه معاملة بالنصف على أن أدفع إليك أرضي هذه والبذر مزارعة بالنصف فالعقد فاسد كله، قيل في المسألتين روايتان:

وجه رواية المزارعة: أنه جعل أحد العقدين شرطًا في الآخر فيكون اشتراط صفقة في صفقة، وأنه منهي.

وجه رواية الزيادات: أن حروف الصلات قد تقام بعضها مقام البعض فجعلنا حرف على بمعنى حرف الواو تصحيحًا للعقد حملًا لفعلهما على الصحة والجواز فيصير كأنه قال: أبيعك هذا وهذا بألف وأعطيك النخل معاملة والأرض مزارعة.

وقيل في الفرق بينهما: وهو أن مزارعة الأرض حصلت بعد تمام عقد المعاملة والنخيل فكانا عقدين أحدهما مشروطا في الآخر ففسد، وأما هنا قوله: أبيعك هذا ليس إيجاب تام، فإنه لم يذكر له بدلًا فمتى قال: على أن أبيعك هذا بألف الآن تم الإيجاب عند ذكر البدل، فكان كله عقدًا واحدًا فجاز.

ولو قال: أعطيك هذا بغير شيء على أن أبيعك هذا بألف، فالألف للثاني وفسد البيع بشرط الهبة فيه، والله أعلم.

(القسم الرابع في التفويض والمشيئة والخيار والأمر باليد)

(باب الطلاق بالمشيئة)

مسائله مشتملة على فصول:

فصل في تعليق الطلاق بمشيئة الواحد.

وفصل في التعليق بمشيئة الاثنين.

وفصل في التعليق بالمشيئة أو ضدها.

وفصل في الأمر بالتطليق.

(فصل)

مسائله على ثلاثة أقسام:

أحدها: في المشيئة المطلقة.

والثاني: في المشيئة المؤقتة.

والثالث: في الجمع بين الإضافة والمشيئة.

أما القسم الأول: في المجلس وبعده لو قال لها: إن شئت فأنتِ طالق إن شاءت في المجلس يقع وإلا فلا ولا يملك الرجوع عنه خلافا للشافعي وعند مالك لها المشيئة.

والصحيح قولنا؛ لأن هذا يتضمن معنيين معنى التعليق وهو تعليق الطلاق بتطليقها والتعليق لازم لا يقبل الإبطال، ويتضمن معنى التمليك؛ لأن تعليق الطلاق بمشيئتها تمليكه منها؛ لأن الملك هو الذي ينصرف عن مشيئته وإرادته وهي عاملة في التطليق لنفسها والمالك أبدا يعمل لنفسه وجواب التمليك يقتصر على المجلس.

وإن اشتغلت في مجلسها بأمر آخر خرج الأمر من يدها؛ لأن الاشتغال بشيء آخر دلالة الإعراض عما فوض إليها فيبطل كما يبطل تصريح ردها.

وقيام الزوج لا يبطل مشيئتها؛ لأن رجوع الزوج صريحا لا يبطل فالإعراض منه دلالة أولى.

وكذلك لو قال: إن أحببت وهويت أو رضيت أو أردت أو إن كنت تحبني ونحوه من المعاني التي لا يطلع عليها غيرها؛ لأنه بمنزلة قوله إن شئت؛ لأنه يبنى عن معنى المشيئة.

ولو قال لها: شيئي الطلاق ونواه فقالت: قد شئت يقع استحسانا، وإن لم يكن له نية لا يقع استحسانا.

ولو قال: أحبي أو أهوي أو أريدي الطلاق كان باطلا والفرق أن المشيئة عبارة عن الإيجاد لأنها مأخوذة من الشيء والشيء اسم للموجود وللكائن، ولهذا يقال ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن أي ما شاء الله وجد وما لم يشأ لم يوجد، ولهذا استعمل غالبا في الأشياء الموجودة الواقعة لا فيما لا يوجد فالزوج فوض إليها الإيجاد فكأنه قال لها أوجدي الطلاق، فإذا قالت شئت فقد أوجدته فوقع إلا أنه شرطت نية الطلاق؛ لأنه لم يضف الطلاق إليها فيحتمل تفويض طلاق غيرها حتى لو قال: شيئي طلاقك يقع بلا نية، فأما الإرادة فعبارة عن الطلب لا عن الإيجاد يقال أردت أن أفعل كذا ولم أفعل ويقال: الحمى رائد الموت، وكذا المحبة ليست بعبارة عن الإيجاد، يقال أحببت أن أكرمك فلم يكن تفويضا لإيقاع الطلاق إليها، ولهذا لو قال لها: شئت طلاقك يقع، ولو قال أردت طلاقك لا يقع الطلاق.

ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة إن شئت، فقالت: طلقت نفسي واحدة يقع لأنها شاءت حيث طلقت نفسها؛ لأن فعل الطائع يكون عن مشيئة.

ولو قال: أنتِ طالق إن أحببت، فقالت: شئت يقع؛ لأن في المشيئة معنى المحبة وزيادة؛ لأن في المشيئة إرادة وإيجاد فقد أتت بالشرط وزيادة.

ولو قال: إن شئت، فقالت: أحببت لا يقع؛ لأنه ليس في المحبة إيجاد فلم توجد المشيئة بتلك الصفة فلم يوجد الشرط.

ولو قال لها: إن شئت فأنتِ طالق فقالت: نعم أو قبلت أو رضيت لا يقع؛ لأنه علق الطلاق بمشيئتها لفظا وذلك ليس بمشيئة فلم يوجد الشرط.

ولم يذكر في الكتاب لو قال: أنتِ طالق إن قبلت، فقالت: شئت: حكي عن

الفقيه أبي بكر البلخي أنه يقع الطلاق؛ لأنه أتى بالقبول وزيادة فكان بمنزلة ما لو كان معلقا بالمحبة فقال شئت يقع؛ لأنه أتى بالشرط وزيادة فكذا هذا.

وذكر هشام في "نوادره" لو قال: أنتِ طالق على ألف إن شئت، فقالت: شئت لم يقع حتى تقبل بخلاف قوله قبلت؛ لأن هذه معاوضة والمعاوضة لا تتم إلا بالقبول.

ولو قال لأجنبي: طلّق امرأتي إن شئت، فقال: شئت لا يقع لأن الزوج أمره بتطليقها إن شاء ولم يوجد التطليق بقوله شئت.

ولو قال: هي طالق إن شئت، فقال: شئت يقع لوجود الشرط وهو مشيئته.

ولو قال: طلقها، فقال: فعلت طلقت؛ لأن قوله: فعلت كناية عن قوله طلقت.

ولو قال لأجنبي: طلقها إن شئت يقتصر على المجلس ولا يملك الرجوع عنه خلافا لزفر.

له: أن الأجنبي في التطليق عامل لغيره فتكون هذه إنابة وتوكيلًا لا تمليكًا.

لنا: أنه علق إيقاع الطلاق بمشيئة والتصرف الصادر عن مشيئة وإرادة يكون بحكم الملك دون الأمر فالتنصيص على لفظ المشيئة يدل على كونه تمليكا بخلاف ما لو قال لأجنبي: طلقها له أن يرجع عنه ولا يقتصر على المجلس؛ لأن هذا إنابة؛ لأنه عامل لغيره ويتصرف عن أمر لا عن مشيئة والإنابة استعانة والاستعانة لا تقتصر على المجلس ويقبل الإبطال لما فيها نوع منّة على المستعين ولحوق المنة ضرر عليه فلم يقع لازمه.

ولو قال لها: أنتِ طالق إن شئت، فقالت: شئت إن شئت فشاء الزوج أو قالت: قد شئت إن شاء أبي، أو قالت: أن أكون غدًا طالق، أو قالت: شئت إن كان كذا الأمر مستقبل لا يقع وبطل الأمر؛ لأنه فوض إليها التنجيز وهي أنت بالتعليق وهما مختلفان عرضًا وحكمًا فقد أعرضت عما فوض إليها فبطل، ولو قالت: قد شئت إن كان كذا لأمر كائن يقع؛ لأن التعليق بالكائن تنجيز.

ولو قال: أنتِ طالق إن شاء فلان فمات فلان لا يقع؛ لأنه تعذّر وجود الشرط.

وأما القسم الثاني: لو قال: أنتِ طالق غدًا إن شئت، فقالت: شئت الساعة، لا يقع، فإن شاءت بعد ذلك في الغد يقع لأنه علّق بمشيئتها الطلاق في الغد، وإذا شاءت في اليوم فقد شاءت قبل التفويض والثبوت فلم يصح.

ولو قال: إن شئت فأنتِ طالق غدا، ذكر في (**الزيادات**) أن لها المشيئة في الحال؛ لأنه علق بالمشيئة انعقاد اليمين؛ لأنه علق ذكر المشيئة قبل اليمين وانعقاد اليمين إنما يكون للحال فصار كأنه قال إن شئت الساعة فأنتِ طالق غدًا.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله لها المشيئة في الغد؛ لأنه متى أخَّر المشيئة فلها المشيئة في الغد فكذا إذا قدم؛ لأن المعلق بالمشيئة في الحالين طلاق مضاف إلى الغد.

ولو قال: إن شئت الساعة فأنتِ طالق غدًا أو نواها ولم يقل الساعة فقالت شئت أن أكون غدًا طالق يقع في الغد؛ لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقا مضافا إلى الغد وقد وجد الشرط وهذه تؤيد رواية أبي يوسف في المسألة المتقدمة؛ لأنه لو ثبت لها المشيئة في الحال بدون ذكر الساعة أو النية لم يكن لذكر هذا التفسير فائدة.

ولو قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق إن شاءت فتزوجها فلها المشيئة في مجلس العلم؛ لأنه علق بالتزويج طلاقًا معلقا بمشيئتها والمعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فكأنه قال لها عند التزويج أنتِ طالق إن شئت.

ولو قال: أنتِ طالق أمس إن شئت فلها المشيئة في الحال؛ لأن إضافة الطلاق إلى وقت ماض إيقاع في الحال فكان بمنزلة ما لو قال لها: أنتِ طالق إن شئت.

وأما القسم الثالث: لو قال لها: أنتِ طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت لا يتوقف على المجلس ولا يبطل بالرد؛ لأن متى للوقت فكان تمليكا للطلاق في وقت المشيئة لا قبلها فلا يعتبر لها المجلس قبل المشيئة ولا ترتد بالرد؛ لأنه غير ثابت قبل وقت المشيئة وكلمة إذ وإذا للوقت عندهما، وعند أبي حنيفة يستعملان للوقت والشرط فباعتبار الشرط يبطل الأمر بالقيام عن المجلس وباعتبار الوقت لا فلا يبطل بالشك.

ولو قال: أنتِ طالق كلما شئت فلها المشيئة أبدا حتى يقع الثلاث؛ لأن كلمة كلما للتكرار فتكرار الطلاق بتكرر المشيئة ولا يقع عند كل مشيئة إلّا طلاق واحد؛

لأنه علق بمشيئتها طلاقا واحدا على وجه بتكرر المشيئة، وإذا شاءت الثلاث لم يقع شيء عند أبي حنيفة وعندهما يقع، وقعت واحدة لما يأتي.

ولو قال: أنتِ طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء أن يكون طلاقا ويقتصر على المجلس لأن حيث وأين عبارة عن المكان والطلاق متى وقع وقع في سائر الأماكن فلغي ذكر المكان لعدم الفائدة ويبقى ذكر المشيئة فصار كأنه قال أنتِ طالق إن شئت.

ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله: إذا شئت؛ لأن الحين عبارة عن الوقت.

ولو قال: كيف شئت، فقامت قبل أن تشاء تقع رجعية عند أبي حنيفة، وعندهما لا يقع شيء، فإن شاءت في المجلس واحدة بائنة أو ثلاثًا والزوج نواه صح؛ لأنه علق جميع أوصاف الطلاق بالمشيئة والطلاق لا ينفك عن وصف فيتعلق أصل الطلاق بمشيئتها ضرورة ليوقعها على الوصف الذي يشاء.

له: أن كيف للاستيصاف واستيصاف الشيء لا يصح إلا بعد وجود أصله لا يقال للمعدوم كيف أصبحت وكيف حالك إذ لا كيفية للمعدوم فلا بد من وجود الطلاق ليصح استيصافه ولتتخير هي في الكيفية فبقي الأصل مرسلا فوقع الطلاق لا ينفك عن وصف الرجعة فلم يتعلق بالمشيئة وينفك عن البينونة والثلاث فبقي معلقا بمشيئتها.

وإن نوى الزوج ثلاثا وهي شاءت واحدة بائنة تقع واحدة رجعية؛ لأن مشيئتها خالفت نية الزوج؛ لأنه لم يفوض إليها إيقاع البينونة بالواحدة فلم يصح قولها بائنة فصار كأنها قالت شئت واحدة، ولو قال هكذا تقع رجعية.

وإن نوى واحدة بائنة وهي شاءت الثلاث تقع واحدة رجعية عنده لأنها تصير مخالفة لأنها زادت على ما فوض إليها فلا يقع بمشيئتها شيء بقي الواقع تطليقة رجعية وعندهما لا تصير مخالفة فتقع تطليقة بائنة لأنها أتت بما فوض إليها وزيادة.

ولو قال: كم شئت أو ما شئت، طلقت نفسها ما شاءت؛ لأن كلمة كم تستعمل في العدد، وكذلك كلمة ما في مثل هذا يقال: كل من طعامي ما شئت أي: أي القدر شئت ويتوقف على المجلس ويرتد بالرد؛ لأن التمليك في كل عدد شاءت مرسل.

ولو قال: طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة، وعندهما تطلق ثلاثا إن شاءت، وعلى هذا لو قال: اختاري من الثلاث ما شئت.

لهما: أن كلمة من في مثل هذا للجنس كما يقال: كل من طعامي ما شئت، ولا يراد به تبعيض الطعام فيكون ذكر كلمة من هنا ليميز الطلاق عن غيره لا لتبعيض عين المذكور.

له: أن كلمة من للتبعيض وكلمة ما للتعميم وقد جمع في كلامه بين كلمة التبعيض وكلمة التعميم فلا بد من اعتبار المعنيين فجعلنا المفوض إليها بعض الثلاث ولكن بعض له عموم وذلك ثنتان بخلاف أمر الطعام؛ لأنه بني على المسامحة دون المشاحة خصوصا في حق من قدم إليه فسقط التبعيض وصار الجنس مرادا بهذه الدلالة لا ينقصه اللفظ.

ولو قال: إن شئت فأنتِ طالق إذا شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقًا معلقًا بمشيئتها في أي وقت كان والمعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، فإذا شاءت في المجلس صار كأنه قال: أنتِ طالق إذا شئت.

(فصل)

ولو قال لامرأتيه: إن شئتما فأنتما طالقان فشاءت إحداهما أو شاءتا طلاق إحداهما لا يقع؛ لأنه علق طلاق كل واحدة بمشيئتهما طلاقيهما؛ لأن معنى قوله إذا شئتما فأنتما طالقان إذا شئتما طلاقكما فما لم يشاءا طلاقهما لا يوجد الشرط؛ لأنه لا يتصور المشيئة بدون المشيء؛ لأنه فعل متعد ولم يذكر مشيئا ينوي طلاقيهما فصار كأنه قال إن شئتما طلاقيكما.

ولو قال لرجلين: إن شئتما فهي طالق ثلاثا، فشاء أحدهما واحدة والآخر ثنتين لا يقع؛ لأنه علق الوقوع بمشيئتهما الثلاث؛ لأن المشيئة لا بد لها من مشيء ومشيء مشيئتهما الثلاث فصار كأنه قال: إن شئتما ثلاثا فهي طالق ثلاثا ولم يوجد مشيئة الثلاث منهما.

ولو قال: طلقاها ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث؛ لأن كل واحد منهما لو انفرد بإيقاع الثلاث صح لما تبيّن، فإذا أوقع بعض الثلاث يصح.

ولو قال لامرأته: إن شئتِ فأنتِ طالق، ثم قال للأخرى: طلاقك مع طلاق هذه يقع عليها بمشيئة الأولى إن أراد به الطلاق؛ لأنه علق طلاق الثانية بوقوع الطلاق على الأولى لا بتطليق الأولى، فإذا وجد يقع، وأما وإن لم يرد به الطلاق يصدق؛ لأنه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل طلاقك مع طلاق هذه يعني كلاهما مملوكا لي فأيهما نوى صدق.

ولو قال: أنتِ طالق إذا شئت وشاء فلان فقالت: قد شئت إن شاء فلان، وقال فلان: شئت لا يقع؛ لأنه علق الطلاق بمشيئة مرسلة منجزة منها وهي أنتِ بمشيئة معلقة فبطل مشيئتها وبمشيئة فلان وجد بعض الشرط فلا يقع به الطلاق.

(فصل)

(المنتقى): لو قال لها: أنتِ طالق إن شئت وأبيت، وإن شئت ولم تشائي لا تطلق أبدا؛ لأنه جعل المشيئة والإباء شرطًا واحدًا وقد تعذر اجتماعهما فيتعذّر الشرط.

ولو قال: أنتِ طالق إن شئت، وإن لم تشائي فشاءت في مجلسها طلقت وإن قامت غير مشيئة تطلق أيضا؛ لأنه جعل المشيئة وعدم المشيئة كل واحد منهما شرطًا على حدة، فإذا شاءت في مجلسها وجد أحد الشرطين، فإذا قامت من غير مشيئة عن مجلسها وجد أحد الشرطين وهو عدم المشيئة في المجلس فصار كقوله أنتِ طالق إن دخلت الدار، وإن لم تدخلي فأيهما وجد طلقت وإن أخر الطلاق بأن قال: إن شئت، وإن لم تشائي فأنتِ طالق لا تطلق بهذا أبدًا؛ لأنه لما أخر الطلاق توقف الشرطان على ذكر الطلاق فصار كلاهما شرطًا واحدًا ولا يتصور اجتماعهما في حالة واحدة بخلاف ما إذا قدم الطلاق؛ لأن كل واحد منهما شرط على حدة فأيهما وجد وقع.

وبخلاف ما لو قال لامرأته: إن أكلت وشربت فأنتِ طالق لا تطلق حتى يوجدان

لأن اجتماع الأكل والشرب في حالة واحدة متصور فصار شرطًا واحدًا فانعقدت اليمين عليهما، فإذا وجد الأكل يمكن أن يقال إنه أكل وقت الشرب ولا كذلك المشيئة وعدم المشيئة، ولو قال: أنتِ طالق إن شئت وإن أبيت، فإن شاءت يقع وإن أبت يقع وإن سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع؛ لأنه جعل كل واحد منهما شرطًا على حدة والإباء فعل كالمشيئة فعل وأيهما وجد يقع، وإذا انعدما لا يقع.

وكذا لو قال: أنتِ طالق إن شئت أو أبيت؛ لأنه علق بأحدهما.

ولو قال: أنتِ طالق إن شئت وأبيت لا تقع ما لم يوجد المشيئة والإباء إلا أن يعني الإيقاع للحال فيقع، كما لو قال: أنتِ طالق إن شئت أو لم تشأ.

ولو قال: إن شئت أنتِ طالق، فإن لم تشأ فأنتِ طالق طلقت للحال.

ولو قال: إن كنت تحبين الطلاق فأنتِ طالق وإن كنت تبغضين فأنتِ طالق، لا تطلق، والفرق أنه يجوز أن لا تحب ولا تبغض فلم يتيقن شرط وقوع الطلاق فإما لا يجوز أن تشاء ولا تشاء فيكون أحد الشرطين ثابتًا لا محالة فوقع.

ولو قال: أنتِ طالق إن أبيت أو كرهت طلاقك فقال: أبيت، تطلق.

ولو قال: إن لم تشأ طلاقك فأنتِ طالق، ثم قالت: لا أشاء طلاقك لا تطلق؛ لأن قوله أبيت صيغة لإيجاب الفعل وهو الإباء فقد علق بالإباء منها وقد وجد فوقع.

فأما قوله: إن لم تشأ صيغته للعدم لا للإيجاب فكان بمنزلة قوله إن لم تدخلي الدار فأنتِ طالق، وعدم المشيئة لا تتحقّق بقولها لا أشاء؛ لأن لها أن تشاء من بعد وإنما يتحقق بالموت.

ولو قالت: أنتِ طالق إن شئت وشئت وشئت لا يقع حتى تشاء ثلاث مرات؛ لأنه علق الطلاق بمشيئتها ثلاث مرات، وله في ذلك فائدة فيتعلق بالمشيئة ثلاث مرات.

ولو قال: أنتِ طالق واحدة إن شئت فقالت: قد شئت نصف واحدة لم تطلق؛ لأنه علق بمشيئتها واحدة.

عن أبي يوسف لو قال لها: طلقي نفسك إن شئت، وقال لها رجل آخر: اعتقي عبدي إن شئت فبدأت بعتق عبده خرج الأمر من يدها، ولو كان الآمر بالعتق زوجها فبدأت بالعتق لم يبطل خيارها في الطلاق.

وعنه لو قال: أنتِ طالق إن شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر، فإن شاءت الساعة وقعت حين طهرت، وعلى قياس قول أبي حنيفة إن كانت حائضا فلها المشيئة حين طهرت بمنزلة قوله: إن شئت فأنتِ طالق إذا جاء غد فالمشيئة في الغد.

(**الفتاوى**): لو قال لامرأته: أنتِ طالق وطالق وطالق إن شاء زيد فقال زيد: قد شئت تطليقة واحدة لا تقع شيء؛ لأنه ما شاء الثلاث وكذا لو قال: شئت أربعا؛ لأن مشيئة الأربع لا تكون مشيئة الثلاث عند أبي حنيفة لما يأتي بيانه.

ولو قال: أنتِ طالق إن شئت فإن شئت اثنتين فشاءت اثنتين فهي واحدة.

ولو قال: أنتِ طالق إن شئت واحدة وإن شئت ثنتين فقالت: شئت وقع الثلاث.

ولو قال: اخرجي إن شئت ينوي به الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع؛ لأنه لما نوى بالخروج الطلاق صار كناية عن الطلاق فصار كأنه قال لها: أنتِ طالق إن شئت.

(فصل)

ولو قال لها: طلقي نفسك ولم يذكر مشيئة فهو بمنزلة المشيئة يقتصر على المجلس؛ لأنها في رفع القيد وتخليص نفسها عن حبالة الزوج عاملة لنفسها فيكون تمليكا لا توكيلًا إلا في خصلة، فإن في قوله: طلقي نفسك إذا أراد الزوج الثلاث يقع وفي قوله أنتِ طالق إن شئت فقالت شئت وأراد الزوج الثلاث لا يقع لما نبين.

ولو قال لها: طلقي ضرتك أو قال لأجنبي طلقها فله أن يرجع عنه ولا يقتصر على المجلس؛ لأن هذا توكيل وإنابة لا تمليك لما بينا.

وكذلك لو قال لرجلين: طلقاها فطلق أحدهما يقع؛ لأنه توكيل، ولو قال طلقاها إن شئتما فطلق أحدهما لا يقع خلافا لزفر؛ لأنه تمليك لما مرَّ.

ولو قال لها: طلقي نفسك، ينوي ثلاثًا، فطلقت نفسها ثلاثًا فهي ثلاث؛ لأنه أمرها بالتطليق والتطليق اسم جنس؛ لأنه مصدر والمصادر أسماء أجناس واسم الجنس يقع على الأقل ويحتمل الكل فأيهما نوى صحت نيته بخلاف قوله أنتِ طالق؛ لأنه نعت فرد والمنعوت الفرد لا يحتمل العدد فكذا نعته بالطالقية.

وإن نوى واحدة لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقع واحدة، وكذا لو وكل أجنبيًا بأن يطلق امرأته واحدة فطلقها ثلاثًا إن نوى الزوج يصح، وإن لم ينو لا يصح عنده خلافا لهما. لهما: أنّها أتت بما فوض إليها وزيادة؛ لأن الواحدة بعض الثلاث وفي الحل بعض وزيادة فيقع قدر المفوض ويلغو الزيادة. له: أنه فوض إليها واحدة مقصودة باللفظ؛ لأنه نص على الواحدة وهي أتت بالثلاث مقصودًا وبالواحدة بعضا وتبعًا؛ لأن اسم الكل لا يتناول بعضه مقصودا؛ لأن اسم العدد لا يتناول عددا آخر والثلاث لم تصح جوابا لأمر الزوج؛ لأنه لا يملكه فلا يصح إيقاع الثلاث فلم يقع ما في ضمنه وهو الواحدة فلم تكن آتية بما فوض إليها.

ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت؛ لأن الواحدة تصلح جوابا لأمر الزوج لأنها ملكت إيقاع الثلاث فملكت ما في ضمنها فاتصفت الواحدة بكونها جوابا له أيضًا لأنها لما ملكت الثلاث ملكت إيقاع أبعاضها ضرورة ملك الكل.

ولو قال لها: طلقي ثلاثًا إن شئت، فقالت: شئت واحدة لم يقع شيء؛ لأنه علق تمليك الثلاث بمشيئتها فصارت كل واحدة من الطلقات معلقة بمشيئتها الثلاث ولم توجد مشيئة الثلاث إنما وجد مشيئة الواحدة فقد وجد بعض الشرط فلا يترك المعلق بالشرط فلم يملك شيئًا.

ولو قال: أنتِ طالق واحدة إن شئت، فقالت شئت ثلاثًا، لا يقع عند أبي حنيفة، وعندهما تقع واحدة؛ لأنها شاءت الواحدة وزيادة، والزيادة على الشرط لا يمنع تحقق الشرط وعنده هذا تمليك لإيقاع الواحدة منها، وإن كان تعليقًا صورة، ولهذا اقتصر على المجلس فصار كأنه قال لها: أوقعي واحدة، فأوقعت ثلاثًا لا يقع شيء عنده فكذا هذا.

ولو قال: أنتِ طالق ثلاثًا إن شئت، فقالت: شئت واحدة وواحدة وواحدة يقع الثلاث دخل بها أو لم يدخل؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بمشيئة الثلاث ومشيئة الثلاث لا توجد إلا بعد الفراغ من الحل فوجدت مشيئة الثلاث وهي في نكاحه فبانت بثلاث جملة.

ولو قالت: شئت واحدة وسكتت، ثم قالت: وواحدة وواحدة لا يقع شيء؛ لأنه لم توجد مشيئة الثلاث؛ لأن السكوت صار فاصلا بين الأولى والثانية فلم تصر المشيئة المذكورة للأولى مشيئة للثانية، كما لو قال الزوج: أنتِ طالق واحدة إن شئت وسكت، ثم قال: واحدة لا تتعلق الثانية فكذا هذا.

(**النوادر**): امرأة قالت لزوجها: طلقني وطلقني وطلقني، قال الزوج: قد طلقتك فهي ثلاث، نوى أو لم ينو لأنها سألته ثلاث تطليقات والجواب ينبني على السؤال وهذا يصلح جوابا لذلك فيقع.

ولو قالت: طلقني طلقني طلقني فقال: طلقتك، فإن نوى واحدة فواحدة وإن نوى ثلاثًا فثلاث؛ لأن هذا يحتمل التكرار للأول يقال: أنتِ أنتِ أنتِ ويحتمل الابتداء وأيهما ما نوى الزوج صح.

امرأة قالت لزوجها: طلقني ثلاثًا، فقال لها: أنتِ طالق، أو قال: فأنتِ طالق فهي واحدة؛ لأن هذا ليس بجواب، وإن قال: قد طلقتك فهي ثلاث؛ لأن هذا جواب.

وذكر في الخلع مسألة تدل على أن قوله: أنتِ طالق جواب له وهي ما إذا قالت المرأة لزوجها: اخلعني على ألف، فقال الزوج مجيبا لها: أنتِ طالق، فصار كقوله: خلعتك؛ لأن هذا يحتمل أن يكون جوابًا فيجعل جوابًا، فعلى قياس هذا ينبغي أن يقع الثلاث وهو الظاهر بدليل أنه إذا أراد به الثلاث يكون ثلاثًا؛ لأنه أراد الجواب فلو لم يكن محتملا للجواب لما صحت النية.

(**المنتقى**): عن أبي حنيفة فمن قال لامرأتيه: طلِّقا أنفسكما، ثم قال بعده: لا تطلِّقا أنفسكما فلكل واحدة منهما أن تطلق نفسها ما دامت في المجلس ولم يكن لها أن تطلق صاحبتها بعد النهي؛ لأن هذا في حق نفسها تمليك وفي حق صاحبتها توكيل والتوكيل يبطل بالنهي والتمليك لا يبطل.

(**الفتاوى**): امرأة قالت لزوجها: تريد أن أطلق نفسي، فقال الزوج: نعم، فقالت المرأة: طلقت، ينظر إن نوى الزوج التفويض يقع؛ لأنه صار الطلاق بيدها، وإن نوى الرد يعني طلقي نفسك إن استطعت لا يقع.

ولو قالت لزوجها على وجه المزاح: وكيل توهشتم، فقال الزوج: هشتي، فقالت: طلقت نفسي ثلاثًا، فقالت بالفارسية: توبر من حرام اكشتي ماراجد ابايد شذ، ثم تفرقا ثم أراد أن يراجعها يسأل الزوج عن نيته، فإن نوى بالتوكيل الطلاق ولم ينو العدد طلقت واحدة رجعية، وإن نوى بالتوكيل المفارقة ولم ينو العدد طلقت واحدة بائنة وهذا يستقيم على قولها فأما على قول أبي حنيفة ينبغي أن لا يقع شيء؛ لأن المأمورة بالواحدة إذا أوقعت الثلاث لا تقع والفتوى على هذا.

(**الجامع**): لو قال لامرأته: أنتِ طالق إلا أن يشاء فلان غير ذلك أو إلا إن نوى فلان أو يحب أو يبدو له غير ذلك كان على مجلس علم فلان.

ولو قال: إلا أن أشاء أو أدى غير ذلك فهو على الأبد إلا أن يموت؛ لأن كلمة إلا أن متى دخلت على ما يقبل التوقيت كان غاية كحتى، ومتى دخل على ما لا يتوقت جعل مجازا عن الشرط؛ لأن في الشرط معنى الغاية، فإن المعلق بالشرط لا يبقى بعد وجود الشرط كالمضروب له الغاية لا يبقى بعد وجود الغاية وهنا دخلت على ما لا يتوقت وهو الطلاق المنجز فجعل مجازا عن الشرط فكأنه قال أنتِ طالق إن لم يشأ فلان غير ذلك فيكون هذا تمليكا في حق غيره معنى فيقتصر جوابه على المجلس وفي حق نفسه لا يكون تمليكا؛ لأن التمليك من نفسه لا يصح؛ لأنه مالك فيعتبر شرطا محضًا وهذا كله بلسانه يعتبر دون قلبه؛ لأنه لا يعلم ما في القلب فيتعلق بالخبر عنه.

(باب الخيار)

(**المبسوط**): فيه فصول:

فصل في شرعية الخيار ووقته.

وفصل فيما يبطل الخيار وما لا يبطله.

وفصل في كيفية وقوع الطلاق به.

وفصل في الخيار المؤقت.

وفصل في تكرار لفظة الاختيار.

(فصل)

ومن خيّر امرأته فلها الخيار في مجلسها، فإن قامت فلا خيار لها استحسانًا لا قياسًا؛ لأن قوله اختاري يتضمن شيئين: تعليق طلاق باختيارها وتمليك والتمليك لا يقتصر على المجلس، وكذلك هذا التمليك لأن تمليك الطلاق كما يصح في المجلس يصح مضافا إلى ما بعد المجلس بخلاف غيرها من التمليكات لا يصح مضافا إلى ما بعد المجلس إلا أنا تركنا القياس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم؛ لأنه أجمعت الصحابة رضي الله عنهم على أن لها الخيار ما دامت في المجلس لا ما بعده فالتحق هذا التمليك بسائر التمليكات ولأن هذا تمليك الطلاق منها شرعًا وليس بإنابة لها؛ لأن النائب من عمل لغيره وهي من رفع القيد عاملة لنفسها لا لغيرها وجواب التمليك يقتصر على المجلس إلا أن هذا يتضمن تعليقا فباعتبار التعليق يصح إضافته إلى ما بعد المجلس وباعتبار التمليك يقتصر جوابه على المجلس عملا بالمعنيين جميعًا، ولو خيرها فلم تسمع أو كانت غائبة فلها الخيار في مجلس علمها؛ لأن التمليك لا يصح قبل علم المملك له.

ولو قال الزوج علمت في مجلس القول وأنكرت المرأة فالقول لها لأنها منكرة.

ولو اختارت زوجها فهي امرأته، وإن اختارت نفسها تقع واحدة بائنة إن نوى الزوج الطلاق، وإن لم ينو صدق مع يمينه إلا في حال ذكر الطلاق أو الغضب؛ لأن هذا اللفظ يحتمل الطلاق ويحتمل غيره، فإنه يحتمل اختاري زوجك أو نفقتك ونحوه فلا يتعين للطلاق إلا بالنية أو بدلا له الحال ولا يقع ثلاث وإن نوى؛ لأنه من جملة الكنايات.

(فصل)

أصله: أن الخيار إنما يبطل بالإعراض عن الجواب نصًّا أو دلالة؛ لأن التخيير

التحق بسائر التمليكات وجواب سائر التمليكات تبطل بتبدل المجلس أو بالإعراض عنه فكذا هذا.

ولو قامت عن قعود بطل خيارها، وإن قعدت عن قيام لا يبطل؛ لأن القيام يفرق الرهن والرأي فكان إعراضا عنه والقعود يفرغه ويجمع الرأي؛ لأنه للاستراحة وهي سبب لاستحضار زيادة الرأي والخيار يحتاج فيه إلى الرأي فلم يكن القعود إعراضا عنه.

ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت أو سبحت أو قرأت شيئًا قليلا أو لبست ثوبا أو شربت ماء أو أكلت شيئًا يسيرا أو قالت ادعوا من أستشيره أو شهودا أشهدهم لم يبطل خيارها؛ لأن ما صدر عنها من الفعل والقول لا يدل على الإعراض؛ لأن الاتكاء دليل استجماع الرأي؛ لأن مستجمع الرأي يتكئ مرة ويقعد أخرى، والتسبيح قد يفعل للاستخارة إلا إذا طال وشرب الماء عرفا وعادة يوجد في مجلس الرأي والتدبير ولبس الثياب لستر نفسها عن الزوج يحتاج إليه في الفرقة، والأمر بإحضار الشهود يحتاج إليه في الفرقة للتوثيق، وإن لم تجد أحدًا يدعو بالشهود فقامت لتدعو بالشهود ولم تتحول عن مكانها لم يبطل خيارها لأنها مضطرة في القيام للاستيثاق وإن تحولت قيل لا يبطل؛ لأن بطلان الخيار معلق بالإعراض عما فوض إليها نصًا أو دلالة لا بتبدل المجلس.

وقيل يبطل؛ لأن الخيار يبطل بتبدل المجلس وإن كانت معذورة فيه، ألا ترى أن محمدًا قال: لو أخذها الزوج بيدها أو أقامها عن مجلس الخيار يبطل خيارها، وإن لم يوجد منها دليل الإعراض فإنها كانت مكرهة على التحول وهذا؛ لأن التخيير التحق بالتمليك، وجواب سائر التمليكات يبطل بتبدل المجلس، وإن كان بعذر فكذا هذا.

ولو أكلت طعاما كثيرا أو امتشطت أو اغتسلت أو جامعها زوجها أو أقامها بيده بطل خيارها؛ لأن هذه الأعمال لا تقام في المجلس للرأي والتدبير فالاشتغال بها دلالة الإعراض، وأكل لقمة أو لقمتين مما لا يتبدل به المجلس ولا يدل على الإعراض فلا يبطل به الخيار بخلاف سجدة التلاوة؛ لأن وجوب سجدة أخرى

بالتلاوة معلق بتبدل المجلس وبدليل الإعراض لا يتبدل المجلس، وإن كانت قاعدة فاضطجعت بطل خيارها.

ورُوي عن أبي يوسف أنها على خيارها؛ لأنه عمل يحتاج إليه في الخيار؛ لأنه سبب لاستحضار زيادة الرأي كالقعود لما فيه زيادة الرأي؛ لأنه سبب لاستراحة وفي الاضطجاع زيادة استراحة فيكون دليل الإقبال عليه لا دليل الإعراض عنه. وجه ظاهر الرواية أن الاضطجاع عمل لا يحتاج إليه في الخيار؛ لأنه سبب للنوم وبالنوم يزول الرأي فيه نقل والسفينة كالبيت؛ لأن سير السفينة غير مضاف إلى راكبها بل بالماء والريح فيتبدل المجلس.

ولو كانت على دابة تسير أو كانا في محمل فوقفت لم يبطل خيارها وإن سارت بطل إلا أن يختار مع سكوته؛ لأن سير الدابة مضاف إلى راكبها تسير بتسييرها وتقف بإيقافها وتعدو بركضها فصار كمشيها بعد التخيير فتبدل المجلس فيدل على الإعراض عن الجواب إلا أن تجيب مع سكوته؛ لأنه لا يمكنها الجواب بأسرع من هذا فلم يوجد تبدل المجلس حكما؛ لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد الاتصال.

ولو كانت في مكتوبة أو وتر فأتمت فلها الخيار لأنها لا يحل لها قطعها قبل التمام فكانت مضطرة في إتمامها فلم يكن دلالة الإعراض، وكذا في التطوع إذا أتمت ركعتين وإن أتمت أربعا بطل الخيار؛ لأنه يحل لها القطع على الركعتين فالشروع في الشفع الثاني دلالة الإعراض.

وعن محمد في الأربع قبل الظهر لو أتمتها أربعا لا يبطل خيارها وهو الصحيح لأنها شرعت بتحريمة واحدة فقطعها قبل التمام يكون مكروها فالتحق بالفرض.

(فصل)

أصله: له أنه لا بد من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيارة في أحد الكلامين لوقوع الطلاق بأن قال الزوج: اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو اختياره، أو تقول المرأة اخترت نفسي أو تطليقة، أو اختيارة إذا قال الزوج: اختاري.

فأما إذا قال لها: اختاري، فقالت: اخترت لا يقع؛ لأن الاختيار محمل محتمل لمعانٍ جمة فلا بد له من تفسير وهو إضافة الاختيار إلى نفسها ونحو ذلك؛ لأن الاختيار ينبني عن الصفوة والخلوص، يقال اخترتك من بين الناس أي اصطفيتك وأخلصتك واختيارها نفسها يقتضي خلوص نفسها لها ولن تخلص إلا بوقوع طلقة بائنة والاختيارة عبارة عن الإفراد والاتحاد وذلك دلالة على الطلاق واختيارها نفسها؛ لأنه هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى.

فأما اختيارها زوجها فلا، فإن كان كلامها مفسرا فالعامل لفظها فيكفي للوقوع، وإن كان كلامه مفسرا فكلامها خرج جوابا له والجواب يتضمن إعادة ما في الخطاب فصار مفسرًا به أيضا، ولو قال: اختاري فقالت فعلت لا يقع؛ لأن هذا كناية عن قولها اخترت وبه لا يقع فكذا هذا.

ولو قال: اختاري نفسك، فقالت: فعلت يقع لما بينا.

ولو قال: اختاري، فقالت: طلقت نفسي تقع بائنة؛ لأن تخيير الزوج تضمّن طلاقا يعني: اختاري الطلاق فكان قولها طلقت نفسي جوابا لما تضمنه أمر الزوج ولو قالت طلقي فاختارت لا تقع خلافا لزفر؛ لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعًا؛ لأنه للطلب لغة والطلب ليس بإيقاع حقيقة ولا حكما، فإنه لو قال لامرأته اخترتك ونوى به الطلاق لم يقع وإنما جعل اختيارها نفسها طلاقا بإجماع الصحابة إذا كان بناء على تخيير صدر من الزوج، فإذا وجد عقيب التخيير كان طلاقا وإلا فلا.

ولو قال لها طلقي نفسك فقالت قد أبنت نفسي طلقت؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وضعًا وحكمًا فصارت موافقة للتفويض في الأصل مخالفة في الوصف فوقعت واحدة رجعية.

ولو قال اختاري تطليقة فقالت اخترتها تقع رجعية؛ لأنه أمرها باختيارها نفسها بتطليقة فكأنه قال لها خلّصي نفسك بتطليقة والتطليقة معقبة للرجعة.

ولو قال اختاري تطليقتين فاختارت واحدة تقع؛ لأنه بمنزلة قوله طلقي نفسك بثنتين فطلقت واحدة.

ولو قال لها اختاري نفسك فقالت أنا أختار وقع استحسانا؛ لأن لفظة الاستقبال

قد تستعمل للحال عرفا في موضع الحكاية كقوله أشهد أن لا إله إلا الله وكقوله أشهد بين يدي القاضي ويراد به التحقيق للحال؛ لأنه حكاية عن أمر قائم وهنا موضع الحكاية؛ لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عنه فتعين للحال والجواب ضرورة.

ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لا بل روحي يقع.

ولو قالت: اخترت روحي لا بل نفسي لم يقع لأنها لمَّا اختارت نفسها أولا فقد بانت فلا يصح رجوعها عنه من بعد، وإذا اختارت روحها أولا خرج الأمر من يدها فلا يصح اختيارها من بعد.

ولو قالت: اخترت روحي أو نفسي لم يقع وخرج الأمر من يدها؛ لأن (أو) للتخيير والتشكيك فتعذر أن يجعل اختيارها نفسها إيقاعا فبطل خيارها.

وإن قالت: اخترت نفسي وزوجي طلقت؛ لأنه صح اختيارها نفسها فبانت ثم عطف اختيار الزوج عليه فلم يصح العطف؛ لأن حكمه يضاد الأول.

ولو قال: اختاري ثم قال الزوج لك ألف على أن لا تختاري فاختارته بطل الخيار ولا يجب المال لأنها تركت حق التملك ولا يجوز الاعتياض عن ترك حق التملك كما لا يجوز عن ترك حق الشفعة وخيار الشرط.

ولو قال: اختاري إن شئت فقالت اخترت نفسي؛ لأنه بمنزلة طلقي نفسك إن شئت وقد شاءته لما اختارت طائعة إذ الاختيار مشيئة لا محالة، ولو قال أنتِ طالق إن شئت واختاري فقالت شئت واخترت يقع طلاقان أحدهما بالمشيئة والآخر بالخيار؛ لأنه فوض إليها طلاقان أحدهما صريح والآخر كناية والكناية حال ذكر الصريح لا يفتقر إلى النية.

ولو قال لرجل خيّر امرأتي فما لم يكن تخيرها لم يكن الخيار إليها؛ لأنه أمره بأمر فما لم يفعل لا يحصل المأمور.

ولو قال أخبرها بالخيار فقبل أن يخبرها سمعت الخبر فاختارت نفسها وقع؛ لأن الأمر بالخيار يقتضي تقدم المخبر به فكان هذا إقرارا من الزوج بثبوت الخيار لها.

ولو قال اختاري أهلك أو الأزواج أو زوجك فاختارتهم وقع استحسانا وكذا أباك وأمك لأنها لا تملك اختيار الأزواج ولا تنتقل إلى بيت الأبوين إلا بعد وقوع الفرقة فدَل ذلك على التخيير في الفرقة فصار كناية عنها وقوله وزوجك محمول على أنه كان لها زوج قبله فخيرها فيه.

ولو قال: اختاري قومك أو ذا رحم محرم منك لا يقع، وإن اختارت نفسها لأنها بعد وقوع الفرقة تنتقل إلى بيت الأبوين لا إلى بيت سائر الأقارب فلم يصر اختيارها لسائر الأقارب كناية عن الفرقة فقد جعل محمد الأهل اسمًا للأبوين والقوم اسمًا لسائر الأقارب وقوله حجة في اللغة؛ لأنه من أرباب اللغة.

(فصل)

ولو قال: اختاري اليوم فلها الخيار في اليوم كله ويبطل بمضيه، وإن لم يعلم؛ لأنه أثبت لها خيارًا مؤقتا فيتوقت باليوم ولا يتوقت بالمجلس والاختيار مما يمتد فحمل اسم اليوم على بياض النهار دون الوقت والجهل لا يكون عذرا في مثل هذا فيبطل.

ولو قال لها: اختاري رأس الشهر فلها الخيار في الليلة الأولى واليوم الأول من الشهر؛ لأن رأس الشهر هو الطرف الأول منه والشهر يشتمل على الأيام والليالي فيتناول اسم الليلة الأولى واليوم الأول منه.

ولو قال: اختاري إذا قدم فلان أو إذا أهل الهلال فلها الخيار ساعة يقدم أو ساعة يهل الهلال في المجلس؛ لأن المعلق بالشرط لا يترك ما لم يوجد الشرط إلا إذا لم يعلم ففي مجلس العلم؛ لأن الخيار المطلق يقيد بمجلس العلم.

ولو قال: اختاري اليوم واختاري غدًا فردت في اليوم لا يبطل في الغد؛ لأنه أثبت لها خيارين في وقتين متباينين وقد ردت أحدهما فارتد وبقي الآخر.

ولو قال: اختاري في اليوم وغدا فردت في اليوم يبطل أصلا؛ لأنه أثبت لها خيارًا واحدا فيبطل أصلا برده.

(فصل)

ولو قال: اختاري ثم اختاري ثم اختاري فاختارت نفسها تقع الثلاث؛ لأن قوله

اختاري تمليك نصًّا تعليق اقتضاء فتكون العبرة للتمليك لا للتعليق والقبول الواحد يكفي لتمليكات جمَّة حصلت جملة أم مرتبة، كما لو قال بعتك هذا ووهبتك هذا وأجرتك هذا فقال قبلت كان جوابا للكل.

ولو اختارت نفسها بالأولى قبل أن يتكلم بالثانية والثالثة بانت بالأولى بالواحدة لا غير؛ لأنه صار جوابا للأولى وحده.

ولو قال: اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت بالأولى الطلاق وبالأخرى التأكيد لا يصدق قضاء؛ لأنه لما نوى بالأولى الطلاق كان ذكر كناية الطلاق حال مذاكرة الطلاق فيكون طلاقًا ظاهرًا.

ولو قال: اختاري اختاري اختاري، فقالت: اخترت مرة، أو اختيارة وقع ثلاثًا؛ لأن الاختيارة مصدر قولها اخترت وبه تقع الثلاث وإن اختارت مرة؛ لأنه يصلح جوابا للكل فكذا هذا.

وإن قالت: اخترت بالأولى أو الوسطى تقع الثلاث عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما واحدة؛ لأن كل اختيار يقتضي اختيارة ويتضمن طلاقا فصرفنا قولها الأولى أو الوسطى إلى الطلاق لئلا يلغو ذكرهما؛ لأن الطلاق متعذر والاختيارة متحدة لأنها لا تختار نفسها إلا مرة، ولهذا لو قالت: اخترت اختيارة واحدة تقع الثلاث. له: أن الكناية تنصرف إلى المذكور أو إلى ما هو مقتضى المذكور لغة والاختيارة ثابتة مقتضى قوله اختاري لغة والطلاق غير مذكور ولا ثابت مقتضى المذكور لغة بل هو حكم يثبت بالاختيار شرعا لا لغة فكان صرف الأولى أو الوسطى إلى الاختيارة أولى والاختيارة متعددة لفظا متحدة حكما فلغى ذكر الأولى والوسطى شرعا فبقي قولها: اخترت وبه تقع الثلاث أو صار كأنها قالت: اخترت اختيارة الأولى وبه تقع الثلاث فكذا هذا.

(**الجامع**): مسائله على قسمين:

أحدهما: لو كرر لفظ الاختيار بغير حرف العطف.

والثاني: إذا كرره بحرف العطف.

أما الأول: لو قال لامرأته: اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق فقالت:

اخترت نفسي، أو قالت: اخترت بواحدة يقع ثلاثًا ولزمها ألف؛ لأنها أتت بجواب الكل لأن قولها واحدة ووصف الاختيارة الثانية يقتضي قولها اخترت فيجوز أن يقوم مقام الاختيارة، أي اخترت اختيارة واحدة كما يقال ضربته وجيعا أي ضربا وجيعا، وكذلك لو قالت بالأولى أو الوسطى أو الأخيرة عند أبي حنيفة وعندهما إن اختارت الأولى أو الوسطى تقع واحدة مجانًا وإن اختارت الأخيرة تقع بالألف لما مر من قبل.

وإن قالت: اخترت نفسي بتطليقة أو طلقت نفسي بواحدة تطلق واحدة إجماعا لأنها نصت على التطليقة وهي متعددة فلا يكون جوابا عن الكل.

فإن قالت: عنيت الأولى أو الثانية لم يلزمها المال، وإن قالت: عنيت الأخيرة لزمها المال؛ لأن ذكر التخييرات مقطوعة غير معطوفة فينصرف البدل إلى الأخيرة كما في الاستثناء.

وأما القسم الثاني: لو قال: اختاري واختاري واختاري بألف، فقالت: اخترت نفسي، أو قالت بواحدة تقع ثلاثا بألف، وكذلك إن قالت بالأولى أو الوسطى أو الأخيرة عند أبي حنيفة؛ لأن الثلاث تقع به عنده ولغى الأولى أو الوسطى لما بينا وعندهما لا يقع شيء؛ لأنها مأمورة بإيقاع الثلاث بألف وقد أوقعت واحدة فلا تقع، كما لو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا بألف فطلقت واحدة، ولو قالت: اخترت تطليقة أو طلقت نفسي واحدة لم يقع شيء إجماعًا لما قالا والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب من جعل أمر امرأته بيدها مطلقًا)

فيه فصلان:

فصل في جعل الأمر بيد امرأته.

وفصل في جعل الأمر بيد غيرها.

(فصل)

(**النوادر**): ولو قال لها: أمرك بيدك فحكمه حكم قوله: اختاري إلا في خصلة

إذا نوى بالأمر باليد الثلاث يقعن بخلاف الأمر باليد ينبئ عن التمليك وضعا بصفة العموم لقوله تعالى: ﴿وَٱلْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِّلَّهِ ۝١٩﴾ [الانفطار: ١٩] معناه الأمر يوم القيامة مملوك لله ولأن الأمر اسم جنس فيحتمل العموم والخصوص، فإذا نوى به الثلاث فقد ملكها جميع ما يملكه فصحت نية العموم، فأما قوله: اختاري ليس بتمليك للطلاق وضعًا ولا حكما وإنما جعلناه تمليكا شرعًا لا قياسًا والإجماع انعقد في الطلقة الواحدة لا غير.

وعن أبي يوسف فيمن جعل أمر امرأته بيدها وهي لا تعلم أن الأمر بيدها طلقت نفسها لا يقع شيء ويصير الأمر بيدها في مجلس علمها؛ لأن التمليك لا يصح إلا بالقبول ولا قبول منها قبل العلم.

عن محمد رحمه الله: لو قال ثلاث مرات: أمرك بيدك كانت ثلاثًا، ولو قال: في يدك فهي واحدة.

ولو قال لامرأته: أنتِ طالق أو أمرك بيدك لم تطلق حتى تختار نفسها في مجلسها فحينئذ يخير الزوج إن شاء أوقع بتطليقة وإن شاء أوقع باختيارها.

ولو قال: إن دخلت الدار فأمرك بيدك، فإن طلقت نفسها كلما وضعت القدم فيها طلقت؛ لأن الأمر في يدها وإن طلقت بعدما مشت خطوتين لم تطلق لأنها طلقت بعدما خرج الأمر من يدها.

ولو قال لامرأته: أمري بيدك فاختارت نفسها قيل لا يقع والأصح أنه يقع؛ لأن هذا أبلغ في التفويض إليها من قوله أمرك بيدك.

ولو قال: أمرك بثلاث تطليقات بيدك إن أبرأتني عن مهرك فقالت: وكلتني حتى أطلق نفسي، فقال: أنتِ وكيلي لتطلقي نفسك، فإن أبرأته عن المهر أولا ثم طلقت في المجلس يقع، وإن لم تبرئ لا يقع؛ لأن التوكيل كان بشرط أن تبرئه من المهر.

ولو قالت لزوجها: تركت مهري عليك على أن أمري بيدي ففعل ذلك فمهرها قائم ما لم تطلق نفسها؛ لأنه جعل المهر عوضًا عن الأمر باليد وهذا لا يصلح عوضًا؛ لأن الأمر قائم باليد تمليك للطلاق والمهر يصح عوضًا عن الطلاق لا عن تمليكه.

ولو جعل أمر امرأته بيدها فقالت للزوج: أنت علي حرام أو أنا عليك حرام أو بائن أو أنت مني بائن يقع.

ولو قالت: أنت بائن أو حرام ولم تقل مني لا يقع؛ لأنه قل الاستعمال فلم يثبت الإضافة عرفا.

وكذا لو قالت: طلقت، ولم تقل: نفسي، لا يقع كما في الخيار لو قالت: اخترت لا يقع.

ولو قالت: عنيت نفسي إن كانت في المجلس يصدق لأنها تملك الإنشاء وإلّا فلا.

(فصل)

ولو جعل أمر امرأته بيد مجنون أو صبي لا يعقل فذلك إليه ما دام في المجلس؛ لأن هذا تمليك في ضمنه تعليق، وإن لم يصح باعتبار التمليك يصح باعتبار معنى التعليق فصححناه باعتبار التعليق فكأنه قال: إن قال لك المجنون أنتِ طالق فأنت طالق وباعتبار معنى التمليك يقتصر على المجلس عملا بالشبهين حظهما.

ولو جعل الأمر بيد رجلين فطلق أحدهما وأبى الآخر لم يقع خلافا لزفر رحمه الله.

له: أنه فوض الإيقاع إليهما بغير بدل فصار، كما لو قال لهما طلقا امرأتي فطلق أحدهما يقع.

لنا: أنه ما قصر الأمر على الإيقاع بل طلب الرأي منهما بين الإيقاع والترك وهذا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير؛ لأنه لا يدري المصلحة في الإيقاع أو في تركه إلا بالرأي والتدبير وهو إنما رضي برأيهما لا برأي أحدهما فصار كما لو أمرهما بالخلع بخلاف ما لو أمرهما بالطلاق؛ لأنه قصر الأمر على الإيقاع وأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير فملكه كل واحد بانفراده.

(**النوادر**): عن أبي حنيفة لو كان له امرأتان فقال أمركما بأيديكما لم تطلق واحدة منهما إلا باجتماعهما.

ولو قال لامرأته: أمرك بيدك وأمر امرأتي هذه بيدك فطلقت فلانة ثم طلقت نفسها يقع؛ لأن بالأول لم يتبدل المجلس ولم يوجد منها الرد.

ولو قال لها: أمر نسائي بيدك أو طلقي أي نسائي شئت فليس لها أن تطلق نفسها؛ لأنه فوض أمر نسائه المنكر إليها وهي معرفة في هذا التفويض فلا تدخل تحته؛ لأن المعرفة لا تدخل تحت النكرة.

ولو قال لها: إن شئت فنسائي طوالق فشاءت طلقت هي أيضًا لأنها معرفة في الشرط فجاز أن تدخل تحت الجزاء.

عبد قال لمولاه زوجتي أمتك هذه على أن أمرها بيدك فزوجها لم يصر الأمر بيده؛ لأنه فوض الأمر إليه قبل النكاح.

وإن بدأ المولى فقال: زوجتها منك على أن أمرها بيدي فقبل العبد صار الأمر بيده؛ لأنه صار كأن العبد قال قبلت النكاح على أن أمرها بيدك فيكون التفويض بعد النكاح نظيره.

لو تزوج امرأة على أنها طالق أو على أن أمرها بيدها لا يقع الطلاق ولا يصير الأمر بيدها.

ولو قالت المرأة: زوجت نفسي منك على أني طالق أو على أن أمري بيدي، وقع وصار الأمر بيدها، وهذه حيلة للمطلقة ثلاثًا أن تحتاط وقت التحليل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل.

(**الجامع**): أصله: أن حقائق الألفاظ تترك بعرف الاستعمال؛ لأنه أحق بالاعتبار من حقيقة الكلام؛ لأن أمور الناس مبنية على تعارفهم ومن قال لآخر: أمر امرأتي بيد الله ويدك كان الأمر في يده لو طلق يقع؛ لأن يد الله تعالى تذكر في افتتاح الكلام للتبرك باسمه دون التمليك منه؛ لأن التمليك من الله تعالى لا يتصور.

وكذلك الخلع والعتاق والإجارة والبيع إلا أن في البيع والإجارة لا يتقيد بالمجلس وفي الطلاق والعتاق يتقيد بالمجلس؛ لأن في البيع ونحوه لا ينفرد به المفوض ولا يملكه بنفسه إلا بقبول آخر فكيف يملكه من غيره فلغى معنى التمليك

فيه اعتبر توكيلًا، والوكالة لا تقتصر على المجلس، وفي الطلاق والعتق ينفرد به بلا قبول أحد فاعتبر تمليكًا لا توكيلًا.

ولو قال: أمر امرأتي بيدي ويدك لم تطلق حتى يطلقها الزوج؛ لأنه قصد بهذا أن لا يستبد الوكيل بالتصرف ويتوقف التصرف على اختياره ومشيئته فصار معلقا بمشيئتها.

ولو قال: امرأتي طالق إن شاء الله وشئت أو بمشيئته ومشيئتك لا يقع؛ لأن هذا تعليق بمشيئة الله تعالى والتعليق بمشيئة الله تعالى إعدام لما مر.

ولو قال: طلق امرأتي أو بع عبدي بما شاء الله وشئت كان له أن يطلق أو يبيع بما شاء؛ لأن المشيئة هنا دخلت على البدل لا على الطلاق والبيع؛ لأن الباء تصحب الإبدال ومشيئة الله في البدل تستعمل عرفًا لتوسعة الأمر على الوكيل أي بعده بما قدر الله ويسَّر الله ورَزق من المال.

ولو قال أمر امرأتي بيد فلان شهرا فهو على الشهر الذي يليه ويبطل بمضيه، وإن لم يعلم فلان؛ لأن التفويض تمليك فيتوقت بالوقت المتصل به عرفًا كما في الإجارة وما في شرحه في الأيمان.

ولو قال: إذا مضى هذا الشهر فأمرها بيد فلان، فإذا مضى الشهر فأمرها بيده في مجلس علمه وإن علم بعد شهرين، لأن التفويض معلق بمضي الشهر والمعلق بالشرط يصير مرسلا عند وجود الشرط، ولو أرسل التفويض بعد مضي الشهر يقتصر على مجلس علمه فكذا هذا.

ولو قال: أمر امرأتي بيد فلان وفلان شهرًا فمضى شهر خرج الأمر من أيديهما؛ لأنه مُدة إلى غاية فلم يدخل ما وراء الغاية فيه.

ولو قال: أمر امرأتي بيد فلان وفلان إذا مضى شهر فمضى شهر ثم علم أحدهما فقام قبل الطلاق بطل الأمر وإن طلق فهو موقوف حتى يعلم الآخر، فإن طلق في مجلس العلم يقع وإلا بطل؛ لأن التفويض بعد مضي الشهر صار مرسلًا ولو أرسل كذلك فهو على ما وصفنا فكذا هذا والله أعلم بالصواب.

(باب من يجعل أمر امرأته بيدها مؤقتاً)

ولو قال: أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة فلها الأمر في جميع الوقت ولا يبطل خيارها بالإعراض عن الجواب في المجلس وغيره ما بقي شيء من الوقت؛ لأنه فوض الطلاق إليها في جميع ذلك الوقت والأمر مما يحتمل التأقيت فتأقت بخلاف ما لو قال لامرأته: أنتِ طالق إلى سنة حيث يقع بعد السنة؛ لأن الطلاق إذا وقع لا يحتمل التأقيت فجعل إضافة إلى ما بعد السنة.

ولو لم تعلم بالوقت حتى مضت بطل خيارها؛ لأنه أثبت الخيار في زمان مقدر فينتهي بانتهاء الوقت إذ لو بقي لزاد على مقدار الوقت، وفي الأمر باليد مطلقا يتوقف على مجلس العلم ويشترط علمها بذلك؛ لأنه ما قيده بالوقت.

ولو اختارت زوجها في أول اليوم أو في أول الشهر ذكر في المبسوط أنه يبطل خيارها ولم يذكر خلافا.

وذكر في بعض رواياته: أنه لا يبطل خيارها عند أبي حنيفة وعندهما يبطل، وكذلك لو قال أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد فردت في اليوم فعلى هذا الخلاف.

وكذلك على هذا الخلاف لو قال: أمرك بيدك كلما شئت ومتى شئت، وإذا شئت لهما أن هذا تمليك واحد وليس بتعليق نصا، والتمليك يبطل برد واحد كما لو لم يذكر له الوقت. له: أن هذا تمليك نصا تعليق معنى وضمنا فمتى ذكر له وقتا تعذر اعتباره تمليكا؛ لأن التمليك لا يصح مؤقتا ولا يصح إلا في المجلس فاعتبرناه تعليقا؛ لأن التعليق يصح في المجلس وبعده ومتى كانت العبرة للتعليق متى ذكر له وقتا لا يبطل بردها ما بقي الوقت كما في قوله إذا شئت أو متى شئت فأنتِ طالق فقالت لا أشاء لا تبطل مشيئتها بخلاف ما لو لم تذكر له وقتا؛ لأنه أمكن تصحيحه باعتبار التمليك فاعتبرناه تمليكا والتمليك يبطل برد واحد.

ولو ردت الأمر في أول الشهر ثم أرادت أن تختار نفسها فلها ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه جعل إليها الخيار في جميع المدة فاختيارها لزوجها في اليوم إبطال للخيار فيه فلا يوجب بطلان الخيار في يوم آخر في ذلك

الوقت كما إذا أعرضت عن الجواب في يوم أو اشتغلت بأمور كثيرة يبطل خيارها في ذلك اليوم لا في باقي المدة فكذا هذا.

وقال أبو يوسف: يخرج الأمر من يدها في الشهر كله؛ لأن هذا تمليك واحد في الشهر فيبطل بمرة واحدة كتمليك البيع، وكذلك الخلاف في قوله أمرك بيدك كلما شئت، وإذا شئت ومتى شئت وقالوا أيضًا إن الخلاف على عكس هذا.

ولو قال: أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد فردت في اليوم ارتد كله؛ لأن الأمر متحد ممتد إلى ثلاثة أيام؛ لأن تخلل الليلة لا يجعلها مدة؛ لأن القوم يجلسون للمشورة بينهم الليل ولا تنقطع بهم مشورتهم.

وذكر في "عيون المسائل": لها أن تختار في الغد؛ لأنه جعل الأمر في يدها في وقتين منفصلين فكانا أمرين والصحيح هو الأول.

ولو قال اليوم وبعد غد فردت اليوم فلها بعد غد خلافا لزفر. له: أن هذا أمر متحد صيغة فيرتد بالرد مرة.

لنا: أنهما أمران؛ لأنه أضاف الأمر إلى وقتين متباينين؛ لأنه تخلل بينهما وقت ليس فيه أمر وهو الغد فانقطع الأمر الأول بمجيء الغد والأمر متى انقطع لا يعود إلا بتجديد الأمر فاقتضى ذكر ما بعد الغد معطوفا على الغد أمرا جديدا ليصح العطف فصار كأنه قال أمرك بيدك بعد الغد فرد أحدهما لا يبطل الآخر.

(**النوادر**): عن أبي يوسف لو قال: أمرك بيدك اليوم أمرك بيدك غدًا فهما أمران حتى لو ردت في اليوم فلها في الغد؛ لأنه لما ذكر لكل وقت خبرا فقد عرفنا أنه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر الواحد.

وعن محمد لو قال: أمرك بيدك اليوم فهو على اليوم كله، ولو قال في هذا اليوم فهو على مجلسها وهو صحيح موافق لقوله أنتِ طالق غدًا وأنتِ طالق في الغد.

ولو قال: أمرك بيدك إلى عشرة أيام فالأمر في يدها من هذا الوقت من هذا اليوم إلى مضي عشرة أيام؛ لأن الأمر باليد يحتمل التأقيت، فإن نوى الزوج أن الأمر بيدها بعد مضي العشرة صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله لكنه خلاف الظاهر والله أعلم بالصواب.

(باب تكرار الأمر باليد أو يجمع بين الأمر باليد وبين التطليق والاختيار)

(**الزيادات**): مسائله على فصول:

فصل في تكرار الأمر باليد.

وفصل في الجمع بينه وبين التطليق والاختيار في الجمع من الكل.

(فصل)

ولو قال لها: أمرك بيدك وأمرك بيدك، أو قال: جعلت أمرك بيدك وأمرك بيدك، كانا تفويضين؛ لأن الواو للعطف لا للجزاء والمسبب والمعطوف غير المعطوف عليه، فيجعل الثاني تفويضًا آخر كما لو قال: قد طلقتك وأنتِ طالق، طلقت ثنتين، أصله أن من ذكر كلاما مبهمًا فالقول له في بيانه إلا إذا دل الدليل على خلافه؛ لأن الإبهام جاء من جهته فعليه تفسيره وبيانه إما صريحا أو دليلا، وكذلك لو قال: أمرك بيدك فأمرك بيدك كانا تفويضين؛ لأن الفاء هنا بمعنى الواو؛ لأنه لا يصلح تفسيرا؛ لأنه مثله في الإبهام ولا يصلح تعليلا؛ لأنه لا يستقيم أن يقول أمرك بيدك؛ لأن أمرك بيدك فتجعل للعطف، كما لو قال أنتِ طالق فأنتِ طالق تقع ثنتان.

ولو قال: جعلت أمرك بيدك فأمرك بيدك فهو تفويض واحد؛ لأنه ذكره بحرف الفاء والفاء قد تدخل على الجزاء وهنا تصلح للجزاء والمسبب؛ لأن معناه صار الأمر بيدك بجعل الأمر بيدك، كما لو قال قد جعلتك طالقا فأنت طالق أو قد طلقتك فأنتِ طالق طلقت واحدة معناه أنتِ طالق بجعلي إياك طالقا.

(فصل)

ولو قال لها: أمرك بيدك فطلقي نفسك ثلاثًا للسُّنَّة، أو فطلقي نفسك إذا جاء غدًا، فاختارت نفسها طلقت ثلاثًا للحال؛ لأن قوله: أمرك بيدك مبهم، وقوله: فطلقي نفسك ثلاثًا تصلح تفسيرًا له؛ لأن الأمر باليد يحتمل الثلاث لكن لا يحتمل التوقيت

ولا التعليق؛ لأن المبهم مرسل والمعلق والمؤقت ضده، ألا ترى أنه لو نوى ذلك فيه لم يصح فصح ما يحتمله وبطل ما لا يحتمله.

ولو قال: أمرك بيدك، ثم قال في فوره أو بعد السكوت: ما يحبسك أن تطلقي نفسك عاتبها على ترك الإيقاع ولا تستقم المعاتبة إلا بعد تمليك الإيقاع منها فكان تفسيرًا لمبهم كلامه ظاهرًا لكن يحتمل كلامه مبتدأ فصدق ديانة لا قضاء.

(فصل)

أصله: أنه متى ذكر الكلمات بغير الواو تكون كل واحدة تفويضا على حدة، وإن ذكر في آخرها تفسيرًا لما يليه دون ما قبله، فإن ذكر الكلمات بالواو يكون كل كلام تفويضًا على حدة؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه فلا يكون أحدهما جوابًا وتفسيرًا للآخر، وإذا ذكر التفسير في آخرها يكون تفسيرًا للكل والجواب لا يكون إلا بالفاء؛ لأن الفاء للوصل والجواب ما يصل بالخطاب فمتى ذكر الفاء في التفويض الثاني، وإن كان من جنس الأول يكون تفويضا مبتدأ، وإن لم يكن من جنسه كان جوابا للأول ولا يكون تفويضا للأول مبتدأ وأصل آخر أن الأمر باليد لا يصلح تفسيرا للاختيار والطلاق بحال؛ لأنه مبهم لا يصلح تفسيرا لكنه يصلح علة للطلاق والاختيار أي طلقي نفسك لأني جعلت الأمر بيدك، فإن تقدم جعل ما بعده تفسيرا وحكما له إن أوصله بحرف الفاء وإن تأخر جعل علّة لما قبله بحرف الفاء ثم المسائل على أقسام: إما أن جمع بين الأمر باليد وبين غيره بالواو وبالفاء أو بغيرهما.

فإن ذكر بغير الواو والفاء بأن قال: أمرك بيدك طلقي نفسك فاختارت نفسها فقال لم أرد بالأمر الطلاق يصدق قضاء مع يمينه؛ لأنه ما وصل قوله طلقي بالكلام المبهم؛ لأنه لم يذكر حرف الوصل فكان كلاما مبتدأ فلم يصر تفسيرا للمبهم فبقي مبهما فكان القول له إن لم يرد الطلاق.

وأما القسم الثاني: لو قال: أمرك بيدك واختاري وطلقي لا يقع شيء؛ لأنه عطف قوله وطلقي على التفويضين المبهمين فلا يكون تفسيرًا لهما فبقي كلامًا مبتدأ وقولها اخترت لا يصلح جوابا له فلا يقع وإن طلقت تقع واحدة رجعية؛ لأنه يصلح جوابا له.

وكذلك لو قال: أمرك واختاري فاختاري أو قال اختاري فأمرك بيدك فأمرك بيدك لأنها مبهمة كلها؛ لأن الأمر والاختيار كل واحد منهما لا يصلح تفسيرًا للآخر لما بينا.

ولو قال: أمرك بيدك واختاري فطلقي نفسك فاختارت نفسها طلقت ثنتين مع يمينه أنه لم يرد بالأمر باليد الثلاث؛ لأنه أتى بالتفويضين المبهمين معطوفا الثاني على الأول والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فصار التفسير وهو قوله فطلقي منصرفا إليهما كما لو ذكر مكانه شرطًا أو استثناء فصار كل واحد منهما مفسرا وقولها اخترت يصلح جوابا لهما.

وكذلك لو قال اختاري واختاري أو قال أمرك بيدك وأمرك بيدك فطلقي نفسك فاختارت طلقت ثنتين؛ لأن التفويض الثاني من جنس الأول فيكون تفويضا على حدة معطوفا على الأول فينصرف التفسير إليهما أي وطلقي بالتفويضين.

ولو قال: أمرك بيدك اختاري اختاري فطلقي نفسك فاختارت نفسها، وقال: لم أرد به الطلاق تقع طلقة بائنة بالخيار الأخير؛ لأن الكلمات الثلاث مبهمة غير معطوفة فصار قوله: وطلقي نفسك تفسيرًا للخيار الأخير لا لما قبله؛ لأنه وصل حرف الفاء بالأخير فكأنه قال اختاري وطلقي نفسك.

وأما القسم الثالث: ولو قال: أمرك بيدك فاختاري، أو اختاري فأمرك بيدك فالحكم للأمر حتى لو نوى الثلاث يصح، وإذا أنكر الثلاث وأقر بالواحدة يحلف؛ لأن الأمر يصلح علة والاختيار يصلح حكمًا لا علة فصار الحكم للآمر تقدم أو تأخر.

وكذلك لو قال: أمرك بيدك فطلقي نفسك، أو طلقي نفسك فأمرك بيدك؛ لأن الأمر علة وقوله: فطلقي يصلح حكمًا له لا علة ويصلح تفسيرًا للمبهم ولا يصلح المبهم تفسيرا له.

ولو قال: أمري بيدك فاختاري فطلقي فاختارت بانت بواحدة بالأمر؛ لأن قوله: فاختاري يصلح تفسيرًا للأمر باليد؛ لأنه نوع بيان له معناه أمرك بيدك لتختاري ولكن فيه ضرب إبهام فلا يحصل به تمام البيان والبيان قد يكون قاصرا وقد يكون تامًّا

وقوله فطلقي تفسيرا لقوله فاختاري فصار الاختيار المفسر تفسيرًا للأمر باليد فوقعت واحدة.

ولو قال: أمرك بيدك فاختاري طلقي نفسك فاختارت لا يقع شيء إذا لم يرد الزوج بالأمر والخيار طلاقًا.

وإن طلقت نفسها تقع رجعية؛ لأن قوله طلقي منقطع عن الكلامين مبتدأ بنفسه لانعدام حرف الوصل فيه فلم يصر تفسيرا للفظين المبهمين فيقبل قوله فيهما أنه لم يرد الطلاق.

ولو قال: اختاري فأمرك بيدك فطلقي نفسك فاختارت نفسها أو طلقت تطلق واحدة بالأمر باليد؛ لأن الأمر باليد لا يصلح تفسيرا للخيار؛ لأنه أشد إبهاما وأعم إجمالا منه؛ لأن الأمر باليد يكون في الاختيار وغيره وقد يكون بثلاث وواحدة بخلاف الخيار، وإذا لم يصلح تفسيرا للخيار يجعل للتعليل كأنه قال اختاري؛ لأن أمرك بيدك كما يقال اخرج من الدار فقد أذنت لك والفاء تذكر للتعليل كما تذكر للعطف فجعلناها للتعليل لا للعطف لئلا يقع طلاق آخر بالشك فيكون قوله طلقي نفسك تفسيرًا للأمر الأخير.

ولو قال: أمرك بيدك فاختاري فاختاري فطلقي نفسك فاختارت نفسها أو طلقت تقع بائنة؛ لأن قوله فاختاري يصلح تفسيرا للأمر باليد ثم عطف عليه الخيار الثاني فشاركه في البيان تحقيقا للعطف ولكن لم يتم البيان بهما وتم بقوله طلقي نفسك فصار ذلك تفسيرا للاختيار وصارا جميعا تفسيرا للأول فصار الحكم للأول.

ولو قال: اختاري فأمرك بيدك وطلقي نفسك فاختارت نفسها لا تقع ما لم ينو وإن طلقت نفسها تقع رجعية؛ لأن قوله فأمرك بيدك لا يصلح تفسيرا للاختيار فبقي كلاما مبتدأ فصار كأنه قال أمرك بيدك وطلقي نفسك فلم يجعله تفسيرا للأمر لانعدام حرف الفاء فيه فيجعل تفويضا مبتدأ.

ولو قال: طلقي نفسك فأمرك بيدك فطلقت تقع بائنة؛ لأن الأمر باليد لا يصلح تفسيرًا للطلاق؛ لأن المبهم لا يصلح تفسيرا فيكون للتقليل أي طلقي نفسك لأني جعلت الأمر بيدك فتكون الواقعة بائنة.

وكذلك لو قال أمرك بيدك فطلقي أو اختاري فطلقي؛ لأن المفسر يصلح تفسيرًا للمبهم.

ولو قال: طلقي نفسك فاختاري فاختارت تقع بائنة وإن طلقت تقع ثنتين؛ لأن قوله اختاري مبهم فلا يصلح تفسيرًا للطلاق ولا يصلح علة له؛ لأن الاختيار فعل والفعل منها لا يصلح علة لملك الطلاق فتعذر أن يجعل كأنه قال: طلقي لأني جعلت الخيار إليك فبطل حرف الفاء للتعليل وصار للعطف المطلق فكان تفويضا مبتدأ وجد حال ذكر الطلاق فيكون تفويضين.

فإن اختارت تقع واحدة؛ لأنه لا يصلح جوابا للطلاق وإن طلقت فثنتان؛ لأنه يصلح جوابا لهما ثم إذا وقعت إحداهما بائنة تقع الأخرى بائنة ضرورة.

ولو قال: اختاري فأمرك بيدك وطلقي نفسك فاختارت لا يقع شيء وإن طلقت تقع واحدة للأمر لعدم الفاء فيه.

ولو قال: اختاري فطلقي وأمرك بيدك فاختارت أو طلقت تقع ثنتان؛ لأن قوله فطلقي تفسير للاختيار وقوله أمرك بيدك لا يصلح تفسيرا فبقي تفويضا مبتدأ وأمرًا جديدا وقد أتى به بعد ذكر الطلاق فيحمل على الطلاق وقولها اخترت أو طلقت يصلح جوابا لها فتقع ثنتان.

وكذلك قوله: اختاري وأمرك بيدك فطلقي لأنهما تفويضان وقوله فطلقي تفسير لهما.

لو قال: طلقي نفسك واحدة رجعية فقد جعلت أمرك بيدك في ثلاث تطليقات بوائن فاختارت أو طلقت تقع ثلاثًا؛ لأنه فوض الثلاث إليها صريحا وقد أتت بما يصلح جوابا للكل، وقوله: طلقي رجعية مشورة فكأنه قال: فوضت إليك الثلاث وطلقي واحدة رجعية فصح التفويض ولغت المشورة والله أعلم بالصواب.

(القسم الخامس في الإيلاء)

(باب ما يقع به الإيلاء)

(**المبسوط**): يحتاج إلى معرفة: الإيلاء، وحكمه، والألفاظ التي يقع بها الإيلاء.

أما الإيلاء في اللغة[1]: عبارة عن اليمين يقال: آلَى، أي: حلف.

---

(١) الإيلاء في اللغة:

الحلف مطلقا، سواء أكان على ترك قربان الزوجة أم على شيء آخر، مأخوذ من آلى على كذا يولي إيلاء وألية: إذا حلف على فعل شيء أو تركه.

كان الرجل في الجاهلية إذا غضب من زوجته حلف ألا يطأها السنة والسنتين، أو ألا يطأها أبدا، ويمضي في يمينه من غير لوم أو حرج، وقد تقضي المرأة عمرها كالمعلقة، فلا هي زوجة تتمتع بحقوق الزوجة، ولا هي مطلقة تستطيع أن تتزوج برجل آخر، فيغنيها الله من سعته.

فلما جاء الإسلام أنصف المرأة، ووضع للإيلاء أحكاما خففت من أضراره، وحدد للمولي أربعة أشهر، وألزمه إما بالرجوع إلى معاشرة زوجته، وإما بالطلاق عليه.

قال الله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ ﴾.

الإيلاء في الاصطلاح:

يعرفه الحنفية - أن يحلف الزوج بالله تعالى، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها، ألا يقرب زوجته أربعة أشهر أو أكثر، أو أن يعلق على قربانها أمرا فيه مشقة على نفسه، وذلك كأن يقول الرجل لزوجته: والله لا أقربك أربعة أشهر، أو ستة، أو يقول: والله لا أقربك أبدا، أو مدة حياتي، أو والله لا أقربك ولا يذكر مدة، وهذه صورة الحلف بالله تعالى، أما صورة التعليق، فهو أن يقول: إن قربتك فلله علي صيام شهر، أو حج، أو إطعام عشرين مسكينا، ونحو ذلك مما يكون فيه مشقة على النفس، فإذا قال الزوج شيئا من هذا اعتبر قوله إيلاء. أما إذا امتنع الرجل من قربان زوجته بدون يمين، فإنه لا يكون إيلاء، ولو طالت مدة الامتناع حتى بلغت أربعة أشهر أو أكثر، بل يعتبر سوء معاشرة يتيح لزوجته طلب الفرقة عند بعض الفقهاء، إذا لم يكن هناك عذر يمنع من قربانها. وكذلك لو حلف الزوج بغير الله تعالى كالنبي والولي ألا يقرب زوجته، فإنه لا يكون إيلاء؛ لأن الإيلاء يمين، والحلف بغير الله تعالى ليس يمينا شرعا؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "**من كانَ حالفا فليحلف باللهِ أو ليصمت**".

ومثل هذا لو علق الرجل على قربان زوجته أمرا ليس فيه مشقة على النفس، كصلاة ركعتين أو إطعام مسكين، لا يكون إيلاء.

وكذلك لو كانت المدة التي حلف على ترك قربان الزوجة فيها أقل من أربعة أشهر لا يعتبر إيلاء، وذلك لقول الله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ فإنه سبحانه ذكر للإيلاء =

وفي الشريعة: عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مخصوصة بأن قال لامرأته والله لا أقربك تسعة أشهر فهو مول بالنص وقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية، ثم مدة الإيلاء للحرة أربعة أشهر ومدة إيلاء الأمة شهران.

وقال مالك: أربعة أشهر لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] ولم يفصل بين الحرة والأمة.

=

في حكم الطلاق مدة مقدرة هي أربعة أشهر، فلا يكون الحلف على ما دونها إيلاء في حق هذا الحكم.

وقد وافق الحنفية - في أن الإيلاء يكون بالحلف بالله تعالى وبالتعليق - المالكية، والشافعي في الجديد، وأحمد بن حنبل في رواية.

وخالف في ذلك الحنابلة في الرواية المشهورة، فقالوا: الإيلاء لا يكون إلا بالحلف بالله تعالى، أما تعليق الطلاق أو العتق أو المشي إلى بيت الله تعالى على قربان الزوجة فإنه لا يكون إيلاء؛ لأن الإيلاء قسم، والتعليق لا يسمى قسما شرعا ولا لغة، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم، ولا يجاب بجوابه، ولا يذكره أهل العربية في باب القسم، وعلى هذا لا يكون إيلاء.

وحجة الحنفية ومن وافقهم: أن تعليق ما يشق على النفس يمنع من قربان الزوجة خوفا من وجوبه، فيكون إيلاء كالحلف بالله تعالى، والتعليق - وإن كان لا يسمى قسما شرعا ولغة - ولكنه يسمى حلفا عرفا.

ومذهب الحنفية أن الإيلاء يكون بالحلف على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر أو أكثر.

وذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن الإيلاء لا يكون إلا بالحلف على ترك قربان الزوجة أكثر من أربعة أشهر، وسيأتي ذكر هذه الآراء وأدلتها في الكلام عن مدة الإيلاء.

وعرفه العلّامة أبو بكر الدمياطي في "حل ألفاظ فتح المعين" بأنه: "حلف زوج يتصور وطؤه على امتناعه من وطء زوجته مطلقا أو فوق أربعة أشهر".

انظر: بدائع الصنائع ١٧١/٣، والخرشي ٢٣٠/٣، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٢٧/٢، ومغني المحتاج ٣٤٤/٣، والمغني لابن قدامة ٢٩٨/٧.

وانظر في تعريف الإيلاء في الاصطلاح: كفاية الأخيار: ٥٠٨، تنوير المسالك: ٩٠٧/٢، التنبيه في الفقه الشافعي: ٣٥٠.

لنا: أن هذه مدة شرعت لأجل البينونة كمدة العدة فتنتصف بالرق؛ لأن الملك الثابت على الحرة أشرف وأعظم من الملك الثابت على الأمة؛ لأن الرق منقص لمعنى الآدمية والحرية مكملة له فوجب أن تنتصف مدة زوال ملك الأمة إظهارًا لشرف الحرية وإعظامًا لقدره كما في العدة والنكاح والآية تناولت الحرائر دون الإماء؛ لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماء؛ لأن معنى الانضمام والازدواج في نكاح الأمة ناقص؛ لأن للمولى أن ينتفع بها ويمنعها عن الزوج، ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل دون الناقص، ولهذا لم يدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

فإن أعتقت في مدة الإيلاء تصير أربعة أشهر لأنها صارت حرة قبل البينونة فيعتبر بالحرائر.

آلى الزوج منها ثم طلقها ثلاثًا ثم أعتقت تكون عدتها عدة الإماء ومدة إيلائها مدة الحرائر؛ لأنه زال الملك فلو تغيرت العدة يجب للزوج عليها حق بعد البينونة وأنه لا يجوز.

وأما لو تغيرت مدة الإيلاء لا يجب له عليها حق بل زيادة المدة لشرف ملك النكاح في الحرة فتزداد المدة؛ لأنه شرف الملك.

وأما حكمه إن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة وسقط الإيلاء وإن لم يقربها حتى مضت المدة بانت بتطليقة.

وقال الشافعي: يقال للزوج إما أن بقي إليها أو يطلقها، فإن لم يطلقها يفرق القاضي بينهما دفعًا للمضارة عنها.

ومذهبنا مروي عن جماعة من الصحابة، ورُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: كان الإيلاء في الجاهلية طلاقا معجلا فصار في الشريعة طلاقا مؤجلا إلى انقضاء أربعة أشهر إن لم يقربها.

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ [البقرة: ٢٢٧] فالله تعالى خيّر المولى بين الفيء وبين عزيمة الطلاق، فإذا لم يفئ صار عازما للطلاق وإنما صار عازما للطلاق بالإيلاء السابق، ومن عزم الطلاق بكلامه يقع، كما لو قال أنتِ

علي حرام ينوي به الطلاق، وكذلك قال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم: إن عزيمة الطلاق انقضاء الأربعة أشهر.

وإن وقعت تطليقة بمضي المدة من غير قربانها سقطت اليمين حتى لو مضت أربعة أشهر أخرى وهي في العدة لم تقع أخرى؛ لأنه بالإيلاء صار ظالما بمنع حقها في الوطء فالشرع جعل الإيلاء طلاقا بائنا دفعًا للمضارة والظلم عنها وبعد البينونة لم يبق لها حق قبله فلا ينعقد الإيلاء.

وإن قال: والله لا أقربك أبدا فمضت أربعة أشهر تقع تطليقة ثم مضت أربعة أشهر أخرى وهي في العدة تقع أخرى؛ لأن الإيلاء انعقد بلفظ يعم الأوقات جميعا؛ لأنه طلاق بائن معلق بمضي أربعة أشهر من جميع الأوقات فيصير عند كل تزوج كأنه قال إذا مضت أربعة أشهر لم أقربك فأنتِ طالق، وكذلك الكرة الثلاثة.

فلو تزوجها بعد انقضاء العدة تعتبر مدة إيلاء الثاني من وقت التزوج، ولو تزوجها في العدة تعتبر من وقت وقوع الطلاق الأول؛ لأنه متى انقضت المدة صارت بحال لا يقع عليها طلاقه فلا يعتبر الإيلاء منعقدا فلا بد من الاستئناف بخلاف ما لو كانت في العدة؛ لأن الإيلاء باقٍ في حق الفرقة، ولو طلقها ثلاثًا لا يبقى الإيلاء خلافا لزفر؛ لأنه طلاق مؤجل معلق، وطلاق ذلك الملك قد تنجّز مؤجلا وبقي من حيث إنه يمين حتى لو وطئها تلزمه الكفارة؛ لأن اليمين تصح في غير الملك؛ لأن اليمين تعتمد تصور البر حسًّا لا ملكًا شرعًا، ألا ترى أنه ينعقد على ما هو معصية وعلى ما هو مباح ولو آلى منها ثم أبانها فمضت أربعة أشهر وهي في العدة تقع أخرى بالإيلاء؛ لأن اللفظة السابقة انعقدت موجبة طلقة بائنة عند مضي المدة فلا يبطل موجب اللفظ بالبينونة كما لو علق طلاقها بشرط آخر ثم أبانها ثم وجد الشرط يقع طلاق آخر لأن طلاق ذلك الملك والحل لم يستوف بكماله فكذا هذا.

وأما الألفاظ التي يقع بها الإيلاء: فهو نوعان: صريح وكناية.

أما الصريح: فكل لفظ يستبق إلى الفهم معنى الوقاع منه فهو صريح لا يصدق أنه لم يرد به الوقاع كقوله: لا أقربك لا أجامعك لا أطأك لا أباضعك لا أغتسل

منك من جنابة ذكر الإيلاء أو لم يذكر؛ لأن المباضعة والاغتسال من الجنابة منها لا يكون إلا من الجماع في الفرج، فأما الإيلاج فيما دون الفرج فهو الاغتسال من الإنزال لا منها، وكذلك لو قال: لا أفتضضك وهي بكر؛ لأن الافتضاض لا يكون [إلا بالمجامعة][1].

وأما الكناية: كل لفظ لا يستبق إلى الفهم معنى الوقاع ويحتمل غيره ما لم ينو لا يكون إيلاء كقوله لا أمسها لا آتيها لا أدخل بها لا أغشاها لا يجمع رأسي ورأسها شيء أو لا أبيت معك في فراش أو لا أضاجعها أو لا يقرب فراشها أو لثوبها أو ليغطيها؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الوقاع وغيره ولم يغلب استعمالها في معنى الوقاع فيصار إلى نيته ثم الأصل أن المولى من لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء يلزمه في الذمة؛ لأن حرمة الوطء لا تنتهي إلا بالحنث وموجب الحنث لزوم الكفارة أو شيء يلزمه.

حلف لا يقربها في زمان أو مكان معين لا يكون موليًا خلافا لابن أبي ليلى؛ لأنه يمكنه قربانها في مكان آخر أو في زمان آخر، والإيلاء يمين مانعة عن قربان الزوج في المدة إلا بشيء يلزمه ولم يوجد.

حلف لا يقربها وهي حائض لا يكون موليا؛ لأن الزوج ممنوع عن الوطء بالحيض فلا يصير المنع مضافا على اليمين.

ولو حلف لا يقرب امرأته وأجنبية لا يكون موليا ما لم يقرب الأجنبية؛ لأنه يمكن قربان امرأته من غير شيء يلزمه؛ لأن الإيلاء واحدة ولا يصح في حق الأجنبية في حق الطلاق فكذلك في حق امرأته، فإذا قرب الأجنبية لا يمكنه قربانها إلا بكفارة تلزمه وصار كما لو حلف لا يقرب امرأته وأمته، ولو حلف لا يقربها إن شاءت يتوقف على مشيئتها؛ لأنه طلاق مؤجل فيجوز تعليقه بمشيئتها كالطلاق المنجز.

ولو قال لامرأته: أنتِ علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته، فإن

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الافتضاض لا يكون إيلاء. وفي (ك): الافتضاض لا يكون إلا بالمجاعة.

نوى الإيلاء كان موليا وإلا فلا لأنها مثلها، وشبهها بها والتمثيل والتشبيه يقتضي المساواة في الحكم فيصير موليا منها اقتضاء ضرورة ولكن التشبيه لا يقتضي الاستواء في كل الصفات فلا بد من نية التشبيه في الإيلاء.

ولو قال: أنا منك مولي يصير موليًا لأنه إما إخبار أو إيجاب، وفي التحريم أيهما كان يلزمه حكمه؛ ولأن هذه اللفظة غلب استعمالها في الإيجاب في الحال، وإن كان يستعمل للعدة في الاستقبال فينصرف إلى الحال لغلبة الاستعمال.

ولو قال أنتِ كالميتة ونوى اليمين يكون موليا؛ لأنه شبهها بالمحرم عليه حرمة مؤبدة فصار كأنه قال أنتِ حرام ونوى اليمين يكون إيلاء.

ولو قال لامرأته: إن قربتك فأنتِ علي حرام ونوى اليمين يصير موليا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: لا يصير موليًا حتى يقربها فحينئذ يصير موليًا.

لهما: أن قوله: أنتِ علي حرام إذا نوى اليمين يكون إيلاء فصار الإيلاء معلقا بالقربان كأنه قال: إن قربتك فوالله لا أقربك لا يصير موليًا حتى يقربها. له: أنه منع نفسه عن قربانها للحال بما يصلح أن يكون مانعًا وقد وجد فيكون موليا للحال كما إذا عنى به الطلاق بخلاف قوله إن قربتك فوالله لا أقربك، فإن قوله والله لا أقربك صريح للإيلاء وقوله إن قربتك شرط فقد علق الإيلاء بالقربان فيصير موليًا عند القربان، فأما قوله: أنتِ علي حرام ليس بصريح إيلاء بل التزام حرمة صيغته فلا يكون معلقًا الإيلاء بالقربان بل يكون موليًا للحال.

آلى من امرأته ثم قال للأخرى: قد أشركتك في إيلاء هذه لا يصير موليا بخلاف الطلاق والظهار؛ لأن في الإيلاء لو صح الإشراك ليغير الإيلاء في حق الأولى، فإنه لا يلزمه الكفارة ما لم يقربهما وقد انعقد الإيلاء في حق الأولى على وجه يلزمه الكفارة بقربانها وحدها واليمين حق الشرع فلا يملك تغييرها بعد انعقادها فأما في الطلاق والظهار لا يتغير حكمهما في حق الأولى بمشاركة الأخرى فيصح الاشتراك.

وذكر الكرخي لو قال لامرأته: أنتِ علي حرام، ثم قال لامرأة له أخرى: قد

أشركتك معها، كان موليا من كل واحدة منهما على حدة ويلزمه الكفارة بوطئها بخلاف قوله والله لا أقربكما؛ لأن هذا صار إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لا يتحقق إلا بقربانهما، فأما قوله: أنتما علي حرام صار إيلاء باعتبار معناه وهو إثبات التحريم وإثبات التحريم قد وجد في حق كل واحدة منهما فثبت الإيلاء في حق كل واحدة إلى ثلاث مرات في مجلس واحد تقع طلقة واحدة عندهما استحسانا، وعند محمد وزفر ثلاث تطليقات؛ لأنه ثلاث أيمان وثلاث مدد؛ لأن بين كل مدة ساعة لطيفة والمجلس الواحد إنما يجعل الكلمات المتفرقة جملة واحدة عند الحاجة وهنا لا حاجة إلى ذكره مرة أخرى فبقيت أن الإيلاء إنما انعقد طلاقا باعتبار أنه صار ظالما بمنع حقها في الوطء، وإذا كان المجلس متحدا يعتبر ظلما واحدا ضرورة أن ما بين المدد ساعة لطيفة لا عبرة بها فتقع تطليقة واحدة بخلاف ما إذا اختلف المجلس؛ لأنه تعدد الظلم بمنع حقها فتعددت اليمين.

العبد آلى من امرأته الحرة فملكته لا تبقي الإيلاء؛ لأن النكاح ارتفع فلو باعته وأعتقته فتزوجها ثانيا يعود الإيلاء؛ لأن اليمين باقية لأنها لا تبطل إلا ببطلان حل القائم وحل المحلية قائم فتبقى اليمين، فإذا وجد الشرط وهو التزوج ينقلب إيلاء كما لو حلف بعتق عبده إن وطئها ثم باعه يرتفع الإيلاء فلو استرده يعود الإيلاء.

(**الجامع الصغير**): لو قال لامرأته: والله لا أقربك شهرين وشهرين بعدهما فهو مولي، ولو مكث ساعة ثم قال: وشهرين بعدهما لا يصير موليًا؛ لأن في الأول عطف الشهرين على الشهرين الأولين والمعطوف غير المعطوف عليه فصار كأنه قال لا أقربك أربعة أشهر، كما لو قال لا أكلمك يوما ويومين فهو بمنزلة قوله ثلاثة أيام وفي الصورة الثانية الكلام الثاني إيجاب آخر مسندا؛ لأنه بالسكوت انفصل عن الأول فصارا أجلين فتداخلا، كما لو قال لا أكلمك يوما ولا يومين فاليمين تنقضي بيومين؛ لأنه لما أعاد كلمة النفي صار الثاني منفيا على حدة فصار منفردا عن الأول فصارا أجلين فتداخلا فكذا هذا فلم يثبت في كل واحدة من اليمينين أربعة أشهر، فإن قربها ففي الصورة الثانية عليه كفارتان؛ لأن اليمين متعددة وفي الأولى كفارة واحدة؛ لأن اليمين متحدة.

(**المنتقى**): لو قال لامرأته: إن نمت معك فأنتِ طالق ثلاثًا، ولا نية له فهو إيلاء؛ لأن اليمين وقع على الجماع عرفا، وإن كان نوى النوم فهو على النوم مضاجعة ولا يكون إيلاء، فإن ضاجعها حنث، وإن لم يجامعها.

رجل قال لامرأته: إن قربتك أو دعوتك إلى الفراش فأنتِ طالق لا يصير موليًا؛ لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمُه بأن يدعوها إلى الفراش حتى يحنث ثم يقربها في المدة.

ولو قال لامرأته: والله لا أقربك سنة فمضى أربعة أشهر فبانت ثم تزوجها ثم مضى أربعة أشهر بانت أيضًا، فإن تزوجها ثالثا لا يقع شيء؛ لأنه بقي من السنة بعد التزوج أقل من أربعة أشهر؛ لأن مقدار زمان الطلاق والتزوج ينتقص ولا يحتسب من الأربعة الأشهر الأخيرة فيمكنه قربانها قبل تمام الأربعة الأشهر من غير شيء يلزمه.

ولو قال لامرأته: أنتِ علي حرام، وإن لم يكن علي حرام فهو كافر ولا نية له فهو إيلاء والمراد به أنه إقرار بالإيلاء؛ لأنه لو أنشأ قوله أنتِ علي حرام ولم ينو شيئًا كان إيلاء فكذا إذا أقر.

رجل قال لامرأته: أكربومدر ماي من أبعر بمعنى الجماع فأنتِ طالق، فإن أراد حظر الجماع على نفسه فهو مول لوجود حد الإيلاء، وإن لم يرد الحظر وأراد به أن لا حاجة إلى جماعها لا يكون موليًا، وكذلك إن لم ينو شيئًا؛ لأنه هو الظاهر.

ولو قال لامرأته: إن اغتسلت من جنابتي ما دمت امرأتي فأنتِ طالق، وقد قاله ثلاثًا وكانت المرأة حاملا ولم يجامعها حتى وضعت حملها بعد هذه المقالة بأربعة أشهر فصاعدا طلقت واحدة بائنة بمضي الأربعة الأشهر، وانقضت عدتها بوضع الحمل؛ لأنه صار موليا بهذا الكلام؛ لأن هذا اللفظ صار عبارة عن الجماع، فإن تزوجها بعد ذلك جاز ولا يحنث في يمينه.

ولو قال: لا أقربك ما دام هذا النهر يجري ينظر إن كان مما لا ينقطع فهو مولى وإلا فلا.

(باب الإيلاء بشيء يلزمه بالنذر)

ولو قال: إن قربتك فعلي حجة أو عمرة أو هدي أو صوم أو صدقة ونحوه فهو مولي؛ لأنه منع حقها في الوطء بما يصلح مانعا، فإن التزام هذه الأشياء يصلح مانعا من القربان؛ لأنه بمعنى اليمين بالله تعالى وهتك حرمة اسم الله تعالى ولزوم الكفارة في اليمين بالله مانع من القربان وصار، كما لو قال إن قربتك فعبدي حر أو فلانة طالق.

وإن كان في العبد، يمكنه قربانها من غير مانع شيء يلزمه بأن يمنع العبد للحال ثم يقربها ولكن من منع نفسه عن قربان امرأته بشيء يعده مانعا يصير موليًا.

وكذلك لو قال: إن قربتك فعلي يمين أو كفارة يمين، ولو قال: إن قربتك فعلي صلاة أو غزو لا يصير موليا عندهما، وعند محمد يصير موليا؛ لأنه يصح التزامه بالنذر فصلح أن يكون مانعا، كما لو قال علي صوم أو طعام مساكين.

لهما: أنه لا يخاف من لزوم ركعتين؛ لأنه يسهل عليه إيجادهما فلا يصلح أن يكون مانعا، كما لو قال: عليّ تسبيحة أو قراءة عشر آيات بخلاف الصوم؛ لأنه يشق عليه فصلح مانعا.

ولو قال: إن قربتك فعلي حجة بعد القربان بسنة أو يوم يصير موليا؛ لأنه لا يمكنه قربانها إلا بشيء يلزمه وهو الحج؛ لأن الحج يلزمه لا محالة، وإن كان لا يلزمه في السنة الأولى فصلح مانعا، ولو قال: فعليّ حجة قبل القربان بيوم يصير موليا؛ لأنه لا يمكنه قربانها إلا بشيء يلزمه وهو الحج، فإن الحج يلزمه بعد القربان لا قبله؛ لأن قوله قبل قربانها يصير لغوا لما تبين فيبقى إيلاء مطلقا فيعلق وجوبه بقربانها.

ولو قال: إن قربتك فعليّ صوم هذا الشهر لا يكون موليا؛ لأنه إذا مضى الشهر يمكنه قربانها بلا شيء يلزمه؛ لأن الصوم يختص بالوقت الذي أضيف إليه ويستحيل صوم الشهر الماضي بخلاف الحج؛ لأنه لا يختص بوقت دون وقت بل

يصح في الأوقات أجمع، فإذا أضيف إلى وقت في الماضي لا يتعلق بمطلق الوقت فيبقى مطلق الإيجاب؛ لأنه لا فائدة في ذكر الوقت وتعيينه.

ولو قال: إن قربتك فعليّ صوم شهر كذا، فإن كان ذلك الشهر يمضي قبل الأربعة الأشهر فليس بمولٍ؛ لأنه أمكنه القربان من غير شيء يلزمه، وإن كان لا يمضي إلا بعد الأربعة الأشهر فهو مول؛ لأنه لا يمكنه الوطء إلا بصيام يلزمه.

ولو قال: إن قربتك فكل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فهو مولى عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يكون موليًا وهو رواية عنهما؛ لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بأن يقربها ولا يشتري مملوكا ولا يملكه بسبب آخر حتى لا يعتق.

لهما: أنه لا يمكنه قربانها إلا بشيء يلزمه وهو عتق عبد يملكه في الثاني؛ لأنه لا يقدر أن يمتنع عن جميع أسباب التملك ضرر عليه كما في بطلان بعض الملك فالظاهر أنه لا يمتنع عن التملك بسائر الأسباب فيلزمه العتق عن التملك.

وكذلك لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق؛ لأن انعقاد اليمين تعلق بالقربان والإنسان كما يحترز عن لزوم الحكم يحترز عن اليمين؛ لأنه بعد انعقاد اليمين يحتاج إلى أن يمتنع عن التزوج، وإذا تزوجها يقع الطلاق فصلح انعقاد اليمين مانعا عن القربان.

ولو قال: إن قربتك فعبدي حر عن ظهار يصير موليا ظاهَر أم لا؛ لأنه إن لم يظاهر، فإنه متى قربها بعتق عبده؛ لأنه يصير كأنه قال فعبده حر مطلقا وإن ظاهر؛ لأن بالظهار لا يجب إعتاق هذا العبد، وباليمين يعين عتق هذا العبد فوجب باليمين ما لم يكن فيصلح مانعا، وفي عتق هذا العبد بعينه ضرر منه يلزمه بسبب الإيلاء.

ولو قال: إن قربتك فلله علي أن أعتق عبده فلانا عن ظهاره إن لم يكن ظاهر يصير موليًا؛ لأنه إذا قربها يلزمه إعتاق هذا العبد، فإن من قال: لله علي أن يعتق هذا العبد عن ظهاري يلزمه إعتاق ذلك العبد، وإن لم يكن ظاهر، وإن كان ظاهر لا يصير موليًا؛ لأنه أوجب على نفسه تعيين ذلك العبد وأنه لا يجب؛ لأنه له أن يمنع عبده ويعتق عبدا غيره فلم يجب باليمين ما لم يكن واجبًا فلا يتحقق المنع.

قالوا: إذا كان هذا العبد أدون العبيد؛ لأنه إذا كان أدون العبيد فلا يلزمه بسبب القربان شيء، وإن كان عبدا آخر وسطا أو جيدا يصير موليا؛ لأنه يلزمه زيادة شيء بسبب القربان.

وفي (**النوادر**): عن أبي يوسف لو قال لامرأته: إن قربتك فعبدي حر فمضى أربعة أشهر فخاصمته إلى القاضي ففرّق بينهما ثم إن العبد أقام البينة أنه حر الأصل أعتقه القاضي ويبطل الإيلاء وترد المرأة إليه؛ لأن العبد لما أقام البينة أنه حر الأصل وثبت له ذلك ظهر أن الرجل حلف بعتق الحر فتبين أنه لم يكن إيلاء فيبطل حكمه والله أعلم بالصواب.

(باب الإيلاء إلى غاية)

(**المبسوط**): حلف لا يقربها حتى يقدم فلان لا يكون موليا لجواز أن يقدم بعد اليمين قبل مضي المدة فيمكنه قربانها بلا شيء يلزمه، وإن قدم بعد أربعة أشهر لا تطلق؛ لأن الإيلاء لم ينعقد، وكذلك إن جعل فعله غاية ليمينه إن كان يمكنه أن يفعله قبل مضي أربعة أشهر لم يصر موليا، وإن كان لا يمكنه يصير موليا حتى لو قال: والله لا أقربك حتى أحج أو أفعل كذا ولا يمكنه ذلك إلا بعد مضي أربعة أشهر فهو مولى؛ لأن ذكر المدة قد ثبت مقتضى ذكر الغاية فصار كالمذكور صريحا.

ولو قال: والله لا أقربك حتى أعتق عبدي فلانا أو أطلق امرأتي أو أحج أو أطعم عشرة مساكين فهو مولى عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يكون موليا إلا إذا ذكر شيئًا يصل إليه قبل مضي المدة؛ لأن ما ذكره غاية ليس من موجب يمينه فلم يكن جزاء مانعا، وإذا لم يوجد المانع لا يتحقق الإيلاء.

لهما: أن المنع قد يحقق على كل حال؛ لأنه لا يصل إليها إلا بإيجاد الغاية أو بلزوم الكفارة، والغاية من جنس ما يصلح مانعًا كالكفارة فينعقد الإيلاء، وإن جعل الغاية ما لا يبقى النكاح معه فهو مَوْلٍ نحو أن يقول: حتى يموت أحدهما أو

أطلقك، أو كانت أمة فقال: حتى أملكك؛ لأن معناه لا أقربك ما دام النكاح بيننا فصار تنصيصًا على التأبيد؛ لأن النكاح شُرِعَ مؤبّدًا.

حلف لا يقرب امرأته حتى يموت أحدهما يصير موليا.

ولو قال حتى يموت فلان أو يأذن فلان لا يصير موليًا؛ لأن ذلك ما صار عبارة عن التأبيد؛ لأنه يتصور موت فلان وإذنه قبل مضي أربعة أشهر فيمكنه القربان بلا شيء يلزمه وفي الأول صار عبارة عن قوله ما دامت الزوجية بيننا فيكون عبارة عن التأبيد.

ولو حلف لا يقربها حتى يخرج الدجال أو تطلع الشمس من مغربها يصير موليا استحسانا؛ لأن الدجال لا يخرج ولا تطلع الشمس من مغربها قبل مجيء مضي أربعة أشهر يعلم ذلك قطعا؛ لأن لذلك علامات تظهر قبل خروجه وغروبها بمدة وهو حلول قحط عام ونحوه ولأن الدجال وإن خرج قبل مضي المدة فهو لا يتفرغ للوطء فيكون مانعًا باليمين أربعة أشهر.

حلف لا يقربها حتى يفطم صبيها إن كان بين اليمين والفطام أربعة أشهر يصير موليًا وإلا فلا ومدة الفطام معلومة مختلف فيها.

وإن مات الصبي قبل مضي أربعة أشهر يسقط الإيلاء خلافا لأبي يوسف كما إذا حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأهريق الماء قبل مضي اليوم سقطت اليمين خلافا له.

ولو حلف لا يقربها سنة إلا يوما أو مرة لم يكن موليًا استحسانا، وقال زفر: يكون موليا قياسًا؛ لأن اليوم ينصرف إلى آخر السنة كما لو أجر داره سنة إلا يوما ينصرف إلى آخر السنة فلا يمكنه قربانها أكثر من أربعة أشهر إلا بكفارة تلزمه.

لنا: أنه استثنى يومًا منكرًا ولا يجوز تعريفه وتعيينه مهما أمكن إجراؤه على حقيقته منكرا وقد أمكن هنا؛ لأن اليمين تصح مع الجهالة ولا حاجة إلى تصحيح الطلاق لا محالة فبقي يومًا منكرًا من السنة، فإذا ما من يوم إلا ويمكنه أن يقربها فيه من غير شيء يلزمه فلا يكون موليا بخلاف الإجارة؛ لأن تصحيح الإجارة واجب وذلك بتعيينه؛ لأنه لو لم يتعيّن اليوم تصير مدة الخيار مجهولة وتفسد الإجارة

فصرفنا اليوم إلى اليوم الأخير تصحيحا للإجارة، وإذا قربها في يوم صار موليا بعد انقضاء ذلك اليوم بأن بقي إلى آخر السنة أربعة أشهر فصاعدا وإلا فلا.

(**الجامع**): أصله: أن المولى متى جعل لإيلائه غاية ينظر إن كانت الغاية شيئًا يحلف به أو يلتزم بالنذر كالعتاق والصوم ويتوهم بقاء الغاية إلى تمام المدة، فإنه يكون موليا عند أبي حنيفة ومحمد، وإن كان شيئًا لا يحلف به ولا يلتزم بالنذر، فإن كان يتوهم وجوده في مدة الإيلاء حال قيام النكاح لا يكون موليا بالإجماع، وإن كان لا يتوهم وجوده يصير موليا بالإجماع، فأما الغاية إذا فاتت وصارت مستحيلة الكور، فإنه يبطل الإيلاء عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يبطل الإيلاء وتصير اليمين مرسلة عند فوات الغاية، وعند محمد ينظر إن كانت الغاية شيئًا لا يلتزم مثلها بالنذر يبطل الإيلاء بفواتها، وإن كان يلتزم بالنذر لا يبطل.

أما الكلام في انعقاد الإيلاء لأبي يوسف: أن المولى من لا يملك قربان امرأته إلا بشيء يلزمه، ومتى كانت الغاية يتوهم وجودها في مدة الإيلاء كعتاق عبده أو صومه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بأن يعتق عبده أو يصوم فلا يكون موليا، كما لو قال والله لا أقربك حتى أدخل هذه الدار أو حتى أضرب عبدي هذا.

لهما: أنه لا يمكنه قربان امرأته في المدة إلا بشيء يلزمه متى كانت الغاية مما يحلف به أو يلتزم بالنذر؛ لأنه إن قربها لزمته الكفارة، وإن أراد أن يقربها من غير كفارة يلزمه العتاق والصوم، والغاية وإن كانت لا تلزمه بالقربان ولكن تلزمه لأجل القربان وما يلتزم لأجل الشيء صار كالملتزم به كالطهارة وستر العورة لما كان يلتزم لأجل الصلاة صار كالملتزم بها فصار، كما لو قال إن قربتك فعبدي حر أو علي صوم شهر يصير موليًا بخلاف ما لو كانت الغاية مما لا يلتزم كقدوم فلان أو ضرب عبده أو قتله؛ لأنه لا يلزمه بحقيقة التعليق وهنا أولى.

وأما الكلام في الإبطال فعند أبي يوسف: الغاية إذا صارت مَيْؤُوسَة الوجود في الانتهاء لا تبطل اليمين كما لو كانت مَيْؤُوسَة الوجود في الابتداء بأن قال: والله لا أقربك حتى أَمُسّ السماء أو حتى يشيب الغراب أو يبيض الفأر، فوجب أن تلغو الغاية بعدم تصورها وتصير اليمين مرسلة في الانتهاء.

لهما: أن اليمين انعقدت مؤقتة في الابتداء؛ لأنها عقدت إلى غاية يتوهم وجودها وقت اليمين فتنعقد مؤقتة إلى وجود الغاية، فإذا فاتت الغاية لو بقيت بقيت مؤبدة، ولا يجوز أن تبقى مؤبدة بعدما انعقدت مؤقتة؛ لأن البقاء تبع للابتداء فيكون على نهج الابتداء بخلاف تلك المسائل؛ لأن اليمين هناك انعقدت مؤبدة؛ لأن الغاية لا يرجى وجودها غاية فتلغو، أما هنا الغاية يرجى وجودها ويتوهم وقوعها فانعقدت مؤقتة فلا تبقى مؤبدة.

ولو قال لامرأته: والله لا أقربك حتى أعتق عبدي أو أطلق امرأتي أو أصوم شهرًا كان موليا، وقال أبو يوسف: لا يكون موليًا؛ لأن الغاية شيء يحلف به أو يلتزم بالنذر ويتوهم وجوده في المدة فصار موليًا عندهما خلافا له.

ولو قال: والله لا أقربك حتى أقتل فلانا أو أضرب عبدي هذا لا يكون موليًا لما بينا، فإن مات فلان بطلت اليمين؛ لأنه عقد على فعل ممكن متصور الوجود فيبطل بزوال الإمكان عندهما، وعند أبي يوسف: لا يبطل لما عرف في الأيمان.

ولو قال: لا أقربك حتى أقتلك أو حتى يقتلني أو حتى أملكك وهي أمة غيره يصير موليًا؛ لأن الغاية مما لا يتوهم وجودها في المدة حال قيام النكاح وهذا لا يمنع تحقق الإيلاء؛ لأنه يصير مانعا نفسه عن قربانها إيلاء؛ لأنه لا يمكنه الوطء بعد القتل فصار كأنه قال ما دمت لي زوجة أو قال والله لا أقربك ما دمت حية أو دمت أنا حيًّا كان موليا إذ لو منع هذا تحقق الإيلاء ما صح إيلاء في دار الدنيا؛ لأن ما من إيلاء إلا وأن يكون معقودًا إلى حال انقطاع النكاح وقد يجوز أن يخرج الكلام مؤقتا ويراد به التأبيد، كما لو قال لا أقربك حتى القيامة أو حتى يشيب الغراب أو حتى يبيض الفأر كان مؤقتا حقيقة والمراد به التأبيد.

ولو قال: حتى أقتلك أو أقتل فلانًا فليس بمولى للحال؛ لأنه يمكنه القربان بلا شيء يلزمه بأن قتله؛ لأن الغاية إما قتل فلان أو قتلها؛ لأنه دخل كلمة أو من إثباتين فكان المراد أحدهما وما دام فلان حيا فله أن يميل إلى قتله فيصير قتله غاية إيلائه من الابتداء فلا يكون موليًا؛ لأنه جعل غاية إيلائه ما يتوهم وجوده في مدة الإيلاء حال قيام النكاح وإنه مما لا يحلف به ومثل هذه الغاية يمنع تحقّق الإيلاء، ولو

مات فلان صار موليا؛ لأن قتل فلان خرج من أن يكون غاية بموته لأنها صارت مَيْؤُوسَة الوجود فيعتبر قتلها غاية إيلائه من الابتداء، فصار كما لو قال لها وحدها حتى أقتلك ومثل هذه الغاية لا يمنع تحقّق الإيلاء.

ولو قال لامرأته وهي أمة الغير: لا أقربك حتى أشتريك لا يكون موليا؛ لأنه قد يشتريها لغيره فيمكنه القربان بلا شيء يلزمه.

ولو قال في رجب: والله لا أقربك حتى أصوم شعبان لم يكن موليا بالإجماع أما عندهما لأنه لا يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بأن لا يصوم شعبان، وإذا أمكنه بأن لم يصم أول يوم من شعبان سقطت اليمين عند أبي حنيفة حتى لو قربها تلزمه الكفارة لفوات الغاية وأما عند أبي يوسف فلأنه غاية محصنة ويصير عنده موليًا حين أفطر يومًا من شعبان بل تصير مرسلة فصار موليا حين أكل في شعبان؛ لأنه بعد فوات الغاية صار بحال لا يمكنه قربانها في جميع المدة إلا بكفارة تلزمه، كما لو قال: لا أقربك حتى أقتل فلانا ثم مات فلان يصير موليا كما مات.

(باب الرجل يُولي من جميع نسائه)

ولو قال لنسائه الأربع: والله لا أقربكن، لا يصير موليًا قياسًا إلا إذا وطئ ثلاثًا فيصير موليًا من الرابعة وهو قول زفر؛ لأنه لا يمكنه قربان ثلاث بلا شيء يلزمه؛ لأن الكفارة لا تجب إلا بوطء الكل فلم ينعقد إيلاء، فإذا وطئ ثلاثًا فقد صارت الباقية بحال لا يمكنه قربانها إلا بكفارة تلزمه، كما لو قال لأمته وزوجته: والله لا أقربكما لا يصير موليا من الكل؛ لأن هذه يمين مانعة عن قربانهن؛ لأن الكل محل للإيلاء فانعقدت اليمين مانعة من القربان في حق الكل فلا يمكنه قربان واحدة إلا بشيء يلزمه؛ لأن وطء الكل سبب للزوم الكفارة فكان وطء كل واحدة شرطا لوجوب الكفارة إذ الكفارة لا تجب بدونه وهذا شرط في معنى العلة؛ لأنه من أجزاء العلة فالتحقت بالعلة.

فإن جامع بعضهن في الأربعة الأشهر لا يبقى موليًا في حقها؛ لأنه أوفاها حقها في الوطء وبقي موليا في حق الباقي.

وإن ماتت واحدة لا يبقى موليا في حق الباقيات؛ لأن وطء كل واحدة منهن شرطا في إيلاء الأخرى والميتة لا توطأ فسقط الشرط فبطل الإيلاء في حق الميتة فبطل في حق الكل؛ لأن الإيلاء واحد لا يتحرى ثبوتا ونفيا.

فإن طلق واحدة ثلاثًا أو قربها يبقى موليًا في حق الباقيات؛ لأنه يتصور وطء المطلقة بشبهة أو بعدما عادت إليه بعد زوج آخر فيبقى الإيلاء في حقها فيبقى في حق الكل.

ولو حلف لا يقرب واحدة منهن يصير موليًا من الواحدة قياسًا ومن الكل استحسانا وإن وطئ واحدة لم يبق الإيلاء في حق الباقيات.

وذكر الكرخي أن القياس قول محمد، وجه القياس أن اليمين انعقدت على واحدة منهن لا عليهن بدليل أنه لو حلف لا يقرب إحداهن يصير موليا من كل واحدة ، وكما لو قال: واحدة منكن طالق، وجه الاستحسان أن الواحدة نكرة مذكورة في محل النفي والنكرة في محل النفي تعم عموم الانفراد لا عموم الجمع فصار موليا من كل واحدة على الانفراد لا على الجمع على معنى أنهما لا يدخلان في اليمين معا بخلاف قوله إحداكن لأنها ليست بمنكرة لفظًا بل تصير كالمعرفة لوجود الإضافة؛ لأن الإضافة للتعريف والمعرفة لا تعم، ولهذا يصح إدخال كلمة كل على الأول دون الثاني، فإنه يقال كل واحدة منكما ولا يقال كل إحداكما، فإذا وطئ واحدة منهن يلزمه الكفارة وبطل الإيلاء في حق الباقيات؛ لأن اليمين واحدة وقد حنث فيها بوطء الأول فلا يحنث مرة أخرى.

وإن نوى بهذا الكلام واحدة منهن بعينها فهو مولى منها خاصة؛ لأنه نوى حقيقة كلامه إذ الحلف حصل بواحدة.

وقال بعض أصحابنا: يجب أن لا يصدق في القضاء؛ لأنه في الظاهر صار موليا منهن جميعا.

ولو قال: إحداكن فهو بالخيار يوقع الإيلاء على أيتهن شاء ولا يملك تعيين الواحدة قبل أربعة أشهر وبعدها يملك؛ لأن قبل المدة التصرف يمين ولم يتصل أثره بالمحل فلا يملك تعيين موجب اليمين وبعد المدة ارتفعت اليمين واتصل أثره بالمحل فالتعيين في الطلاق إليه.

(**المنتقى**): ولو قال لامرأتيه: والله لا أطأكما صار موليًا منهما؛ لأنه لا يمكنه قربان إحداهما إلا بشيء يلزمه وهو تعليق الطلاق بقربان الأخرى.

ولو قال: والله لا أطأ واحدة منكما صار موليا من إحداهما؛ لأنه إذا قرب إحداهما يمكنه قربان الأخرى من غير شيء يلزمه.

ولو قال لصغيرة أو آيسة: والله لا أقربك حتى تحيض فهو مولٍ إن علم أنها لا تحيض إلى أربعة أشهر.

ولو قال: والله لا أقرب عمرة حتى أقرب زينب، ثم قال والله لا أقرب زينب حتى أقرب عمرة لم يصر موليًا.

وعن أبي يوسف لو قال: والله لا أقربك حتى أقرب فلانة، ثم قال لفلانة والله لا أقربك صار موليًا منها دون الأولى.

(باب إضافة الطلاق إلى وقت قبل القربان)

(**الجامع**): لو قال: أنتِ طالق قبل أن أقربك بشهر فليس بمولٍ حتى يمضي شهر ثم إن قربها بعد شهر طلقت ثلاثًا، وإن لم يقربها أربعة أشهر بعد اليمين بانت بالأولى؛ لأن مضي شهر لم يقربها فيه شرط لانعقاد اليمين بدليل أنه لو قربها في الشهر لم تنعقد اليمين بالطلاق فصار تفسير هذه اليمين كأنه قال إذا مضى شهر لم أقربك فيه فأنتِ طالق إذا قربتك، وصار كما لو قال أنتِ طالق قبل قدوم فلان بشهر ومعناه إذا مضى شهر بعد اليمين لم يقدم فيه فلان فأنت طالق إذا قدم فلان فكذا هذا، وإذا كان تفسير هذه اليمين هذا فلا يلزمه بالقربان شيء قبل مضي شهر وبعد مضيه يلزمه فصار موليا بعد مضي شهر لا قبله.

ولو قال لامرأتيه: أنتما طالقان ثلاثًا قبل أن أقربكما بشهر لا يصير موليًا منهما حتى يمضي شهر، فإن قربهما في المدة طلقتا ثلاثًا، وإن تركهما حتى مضت المُدة بانت كل واحدة بالإيلاء، وإن قرب إحداهما لم يحنث ويسقط الإيلاء عنها فكان موليًا من الباقية، فإن قرب الباقية طلقتا جميعًا؛ لأن تقدير هذه اليمين كأنه قال إن مضى شهر لم أقربكما فيه فأنتما طالقان وإن قربتكما لما بينا فتعلق انعقاد اليمين

بمضي شهر عدم فيه قربانهما في المدة فمتى قربهما في المدة تحقق شرط الحنث فحنث، وإن لم يقربهما لم يتحقق الشرط، وإن قرب إحداهما وجد نصف الشرط ونصف الشرط لا يكتسب حسًّا ويسقط الإيلاء في حق من قربها؛ لأنه قد فاء إليها وبالفيء يبطل الإيلاء، كما لو قال لامرأتيه والله لا أقربكما فقرب إحداهما في المدة يبطل الإيلاء ويكون موليًا من الباقية؛ لأنه لم يفئ وإن قرب الباقية طلقتا ثلاثًا؛ لأنه تم شرط الحنث وهو قربانهما وهما في نكاحه فطلقتا.

ولو قال: أنتِ طالق ثلاثًا قبل أن أقربك طلقت للحال قربها بعد أم لا بخلاف ما لو قال قبيل فإنها لا تطلق ما لم يقربها ويصير موليًا حتى لو تركها أربعة أشهر تبين بالإيلاء.

والفرق أن قبيل عبارة عن ساعة لطيفة متصلة بالقربان، فإنه في اللغة ينبي عن التداني والتقارب إلى ذلك السر يقال آتيك قبيل طلوع الفجر أي قبله بساعة متدانية متقاربة متصلة بطلوع الفجر، قال القائل:

ألم تأتيك إذ نادى المنادي قبيل طلوع حي على الفلاح

ويراد به قبيل الصبح بساعة متصلة به وإنما يتصل الوقت بالقربان إذا وجد القربان، فأما قبل عبارة عن زمان يسابق على القربان مطلقا غير متصف بالقرب والاتصال به أم لا وقد وجد في الحال؛ لأن الوقت يتصف بالقبلة على شيء قبل وجوده، كما لو قال أنتِ طالق قبل القدوم طلقت للحال، ولو قال قبيل القدوم لا تطلق ما لم يقدم فكذا هذا والله أعلم بالصواب.

(باب الفيء في الإيلاء[1])

أصله: أن الإيلاء متى كان مرسلًا إن كان المولى صحيحًا وقت الإيلاء قادرًا

(١) الفيء أو الفيئة - بفتح الفاء وكسره - بمعنى الرجوع، والمراد هنا الرجوع إلى ما حلف على تركه - وهو الوطء - وهو بعد انقضاء مدّة التربّص ومطالبة الزوجة به واجب على المؤلي على نحو الوجوب التخييري، بمعنى أنّه يجب عليه بعد انقضاء المدّة ومطالبة الزوجة إمّا الرجوع بالوطء أو الطلاق. انظر: لسان العرب، ١٠/٣٦٠.

على الجماع مفيؤه بالجماع لا باللسان، وكذلك إن مرض في المدة، وإن كان مريضًا عاجزًا عن الجماع وقت الإيلاء ثم قدر عليه في المدة فكذلك، فإن استدام المرض والعجز إلى تمام المدة ففيه باللسان في إبطال اليمين في حق الطلاق حتى لا يقع الطلاق به لا في حق اليمين حتى لو قربها بعد ذلك يلزمه الكفارة بخلاف الجماع، فإنه يبطل الإيلاء في حق الطلاق والحنث جميعًا، وإن كان الإيلاء معلقًا بالشرط، فإنه يعتبر الصحة والمرض في حق جواز الفيء باللسان حال وجود الشرط لا حالة التعليق، وأصل آخر أن الفيء باللسان بدل عن الفيء بالجماع في حق إبطال حق الطلاق دون الحنث والبدل يعتبر حالة العجز عن الأصل؛ لأن القدرة على الأصل يمنع المصير إلى البدل.

قال المريض لامرأته: لا أقربك أبدًا ولم يفئ حتى بانت ثم صح بعد البينونة ثم مَرِضَ ثم تزوجها يكون فيؤه بالجماع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وعند أبي يوسف رحمه الله: يكون فيؤه باللسان؛ لأن الإيلاء بعد التزوج انعقد وهو مريض فأوجب الفيء، باللسان والصحة حالة البينونة غير معتبرة؛ لأن بها لا يتمكن من الجماع لقيام الحرمة بالبينونة فصار العجز بسبب الحرمة والعجز بالمرض سواء فصار كأنه استدام العجز إلى تمام مدة إيلاء الثاني، وجه ظاهر الرواية أن القدرة في المدة على الجماع حراما كان أو حلالا صارت كالقدرة في ابتداء اليمين؛ لأن الحرمة بالإيلاء الأول تثبت بتقصير من قبله، والعجز بسبب الحرمة هو الذي اكتسبه لما ترك الفيء باللسان في الإيلاء الأول؛ لأنه استدام المرض من أول المدة إلى آخرها يصح فيؤه باللسان في الإيلاء الأول، فإذا لم يفئ جاء العجز بتقصير من قبله فلا يعتبر هذا العجز وينزل قادرًا.

مريض قال لامرأته: والله لا أقربك أبدا ثم قال بعد عشرة أيام مثل ذلك فبانت من الإيلاء الأول ثم صح من مرضه ففيؤه من الإيلاء الثاني بالجماع؛ لأنه صحيح يقدر على الأصل في مدة الإيلاء فيمنع المصير إلى البدل كالمتيمم إذا رأى الماء في الصلاة يبطل البدل فكذا هذا.

ولو قال لامرأته: إن قربتك فعبداي هذان حران فمكث شهرًا ثم باع أحدهما ثم

مكث شهرا فاشترى ما باع ثم باع الذي عنده ثم مكث أربعة أشهر من الإيلاء الأول لم يبق موليًا حتى تمضي أربعة أشهر من حين الشراء؛ لأن الذي باع آخرا لا يبقى حكم الإيلاء فيه، فإنه يمكنه قربانها بلا شيء يلزمه في المدة؛ لأنه قبل البيع كان يلزمه عتقهما متى قربهما في المدة وبعدما باع أحدهما لا يلزمه بقربانهما عتق ما باع لزواله عن ملكه وقت القربان، وإنما يلزمه عتق الباقي وبعدما اشترى الأول وباع الثاني إذا قربها لا يلزمه عتق الباقي لزواله عن ملكه وإنما لزمه عتق ما اشترى والمولى من لا يملك قربانها من أول المدة إلى آخرها إلا بشيء يلزمه، وهذا المعنى إنما يتحقق من حين اشترى الذي باع أولا، فأما قبل ذلك لا يلزمه بقربانها شيء واحد بخلاف ما لو قال: إن قربتك فأحد هذين العبدين حر، فإنه يصير موليًا؛ لأنه لا يمكنه قربان امرأته في المدة إلا بشيء واحد من أول المدة إلى آخرها، فإن المعلق بالقربان عتق أحدهما وأنه يلزمه ذلك في جميع المدة، أما هنا لا يلزمه بالقربان عتق كل واحد منهما في جميع المدة وإنما يلزمه في بعض المدة وليس هذا علامة الإيلاء.

(القسم السادس في الحرمة والفُرقة بالظهار واللعان والجَبّ والعنَّة ونحوها)

(باب الظهار)

يحتاج إلى معرفة: تفسير الظهار، وشرعيته، وركنه، وشرطه، وحكمه.

أما تفسيره:

فالظهار في اللغة: مأخوذ من المظاهرة وهي تشبيه الظهر بالظهر.

وفي الشريعة: هو تشبيه امرأته المحللة بالمحرمة على التأبيد وهو جناية متمحضة؛ لأنه منكر من القول وزور وحرمته تثبت بطريق العقوبة جزاء على الجناية وهو كان طلاقًا في الجاهلية فصار موجبه في الشريعة حرمةً متناهية بالكفارة لقوله عليه السلام لذلك الرجل الذي كان ظاهر من امرأته ثم واقعها: "**اسْتَغْفِرِ اللَّهَ**

وَلَا تَعُدْ حَتَّى تُكَفِّرَ"[1].

وكلمة حتى للغاية فصارت الكفارة غاية منهية للحرمة ثم اختلفوا في تفسير العَود المذكور في الآية: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ [المجادلة: ٣] قال أصحاب الظواهر: هو تكرار الظهار حتى إذا ظاهر بعد الظهار الأول يلزمه الكفارة وإلا فلا.

وقال الشافعي: العود هو إمساكها عقيب الظهار ولا يطلقها تلزمه الكفارة حتى لو طلقها بعد الظهار لا تلزمه الكفارة.

وقال أصحابنا: العود هو العزم على الوطء حتى لو أراد أن يجامعها يلزمه أن يقدم الكفارة عليه.

والصحيح قولنا؛ لأن حكم الظهار هو الامتناع عن وطئها لا ترك المرأة وفراقها فيكون ضده هو العزم على وطئها ولذلك كان الظهار سببًا لحرمة الوطء لا لحرمة المرأة فيكون الظهار حاملا إياه على الجماع حتى يرتفع ظلمه وهو منع حقها في الجماع ولأنه عليه السلام قال: "استغفر الله ولا تعد" نهى عن الوطء ممدودا إلى غاية التكفير فسبب وجوب الكفارة هو العزم على الوطء وشرطه الظهار، فإنه لا بد للتكفير من الذنب؛ لأن أثره يظهر في الذنب والذنب يتحقق بالظهار كسبب وجوب الطهارة هو العزم على الصلاة وشرطه الحدث؛ لأن عملها في رفع الحدث.

وأما ركنه: وهو ما يقع به الظهار فيقول ألفاظ الظهار على سِتة أوجه: أحدها صريح والباقي كناية.

أما **الأول:** لو قال لامرأته: أنتِ علي كظهر أمي لم يكن إلا ظهارًا؛ لأنه صريح

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٦٥) قال: حدثنا العباس بن يزيد، قال: حدثنا غندر. و«أبو داود» (٢٢٢٥م) قال: كتب إلي الحسين بن حريث، قال: أخبرنا الفضل بن موسى. و«الترمذي» (١١٩٩) قال: حدثنا أبو عمار، الحسين بن حريث، قال: حدثنا الفضل بن موسى. و«النسائي» ٦/١٦٧، وفي «الكبرى» (٥٦٢٢) قال: أخبرنا الحسين بن حريث، قال: حدثنا الفضل بن موسى.

كلاهما: (محمد بن جعفر، غندر، والفضل بن موسى) عن معمر بن راشد، عن الحكم بن أبان، عن عكرمة، فذكره.

في الظهار وهو تشبيه المحللة بظهر الأم والنية لا تعتبر في الصريح، وكذلك لو قال: أنتِ مني كظهر أمي أو عندي فهو مظاهر؛ لأن معاني الحروف متفقة، وكذلك لو شبه امرأته بكل عضو من أمه لا يحل النظر إليه كالبطن والفخذ والفرج ونحوها فهو ظهار؛ لأن الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة المؤبدة وهذه الأعضاء في الحرمة كالظهر، وكذلك لو شبه عضوًا من امرأته يعبر به عن جميع البدن أو جزءًا شائعا كقوله فرجك أو ظهرك كفرج أمي أو كظهر أمي.

وإن ذكر جزءًا لا يعبر به عن جميع البدن كاليد والرجل لم يثبت الظهار خلافا للشافعي كما في الطلاق، وكذلك لو شبهها بذوات المحارم كالأخت والعمة والخالة، وكذلك لو شبهها بمن حرمت عليه بالرضاع والصهريّة كأم المرأة وأم أم الأب لأنهن محرمة عليه على التأبيد كالأم.

ولو قال لامرأته: أنا منك مظاهر أو ظاهرت منك يصير مظاهرا لأن الظهار تأثيره في تحريم المتعة والمتعة مشتركة بينهما فيكون كل واحد منهما محلًّا للظهار.

والثاني: لو قال: أنتِ علي كأمي أو مثل أمي إن عنى الظهار فهو ظهار، وإن نوى البر والكرامة لم يكن ظهارا؛ لأنه ليس بصريح في الظهار ولكن يحتمل البر والكرامة ويحتمل الكذب والحرمة فيرجع إلى نيته، فإن نوى طلاقا فطلاق؛ لأنه يحتمل أن يكون حراما عليه ببطلان النكاح كأمِّه، كما لو قال: أنتِ علي حرام بخلاف قوله: أنتِ علي كظهر أمي ونوى به الطلاق لا يقع؛ لأنه لا يحتمل معنى الطلاق؛ لأنه باعتبار حقيقته يوجب تحريما مؤبدا وليس ولاية العبد إثبات الحرمة المؤبدة فبقي كذبا وزورا ووجب تحريم المتعة شرعا مجازاة له على جنايته، والشرع جعل جزاؤه حرمة مؤقتة بالكفارة، فلا يحتمل الحرمة الثابتة بالطلاق لأنها فوقها وإن نوى الكذب.

وقال محمد رحمه الله في "نوادر هشام": يدين إلا أن يكون في غضب فهو يمين، فإن لم ينو شيئًا فليس بشيء عندهما، وقال محمد: يكون ظهارا؛ لأن التشبيه المطلق بالأم يحتمل الكرامة ويحتمل الحرمة، فإذا احتمل الأمرين يرجح جانب الحرمة احتياطا.

لهما: أنه يحتمل البر والكرامة ويحتمل الحرمة والبر والكرامة أدنى وأنه متيقن فيحمل عليه وبالشك لا يمكن إثبات حرمة الظهار.

ورُوي عن أبي يوسف إذا قال ذلك في حالة الغضب يكون ظهارا؛ لأنه في حالة الغضب يراد به التشبيه من حيث الحرمة لا من حيث الكرامة.

وإن نوى التحريم به لا غير فقد ذكر بعض المتأخرين خلافا وقال عندهما إيلاء، وعند محمد ظهار، وعند بعضهم يكون ظهارا بالإجماع لما نبين.

والثالث: لو قال: أنتِ علي حرام كأمي أو مثل أمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى لما قلنا، وإن نوى التحريم لا غير فهو ظهار؛ لأن قوله أنتِ علي حرام يحتمل حرمة الظهار ويحتمل حرمة الطلاق، وحرمة الظهار أخف الحرمتين لأنها تنتهي بالكفارة فكان الحمل عليه أولى؛ لأنه متيقن ولأنه ذكر هذه الحرمة مشبها بالأم وتشبه المنكوحة بالأم سبب لحرمة الظهار لا لحرمة الإيلاء والطلاق فتعينت حرمة الظهار بدلالة التشبيه، وإن لم يكن له نية ذكر في الأصل أنه يكون ظهارا ولم يذكر خلافًا.

وذكر بعض مشايخنا خلافا وقال عندهما هو إيلاء.

وعند محمد هو ظهار كما في المسألة المتقدمة.

والرابع: لو قال: أنتِ علي حرام كظهر أمي ونوى طلاقا أو إيلاء لم يكن إلا ظهارا عند أبي حنيفة وعندهما يكون طلاقا وإن نوى التحريم ولا نية له فهو ظهار بالإجماع.

لهما: أنتِ علي حرام يحتمل الطلاق، فإذا اقترنت به نية الطلاق وقع إذا وقع الطلاق بقوله: أنتِ علي حرام، فقوله أنتِ علي كظهر أمي صادفها وهي مبانة أجنبية فلا يصح الظهار، كما لو قال لها: أنتِ علي حرام كأمي ونوى به الطلاق صح فكذا هذا. له: أنه نوى ما لا يحتمله لفظه؛ لأن قوله أنتِ علي حرام كلام مجمل يحتمل حرمة الطلاق وحرمة الظهار، وقوله أنتِ علي كظهر أمي صريح في الظهار مفسر في الحرمة فقد فسّر أنه أراد به حرمة الظهار لا حرمة الطلاق، والأصل أن المجمل إذا لحقه تفسير صار الحكم للمفسر كأنه نص على التفسير فتوقف أول الكلام على وجود آخره كالتعليق بالشرط.

وعن أبي يوسف أنه يكون طلاقا وظهارا؛ لأنه تلفظ بلفظ الحُرمة وشبهها بظهر الأم فبلفظ الحرمة يقع الطلاق إذا نوى التشبيه بظهر الأم يكون ظهارا إذ لا منافاة بينهما؛ لأن هذا الكلام يحتمل معنى الطلاق ومعنى الظهار جميعًا وهو أن يكون حرامًا وطؤها بتشبيهه إياها بظهر الأم، وعلى قول محمد إذا كان طلاقا لم يكن ظهارا ويكون قوله كظهر أمي لتأكيد الحرمة؛ لأن حرمة الظهار غير حرمة الطلاق فلا يمكن الجمع بينهما بكلام واحد.

والخامس: لو قالت المرأة لزوجها: أنتِ علي كظهر أمي لا تصير مظاهرة من زوجها.

وكذلك لو شبهته بفرج أمها لأنها لا تملك التحريم بالطلاق فلا تملك بالظهار؛ لأن الشرع جعل الطلاق والظهار إلى الرجل دون المرأة بالنص ولأنه يحل لها النظر والمس في ظهر أمها فلا يكون تشبيه المحللة بالمحرمة.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه يلزمها كفارة الظهار، ورُوي عن الحسن أنه يلزمها كفارة اليمين.

والصحيح ما ذكره محمد رحمه الله.

ولو قال لامرأته: أنتِ علي كظهر أبي أو القريب أو كظهر رجل أجنبي لم يكن مظاهرا؛ لأنه يحل النظر والمس إلى ما سوى العورة منه فأما إذا شبهها بفرج الأب أو القريب ينبغي أن يكون مظاهرا؛ لأن فرج الرجل في الحرمة كظهر أمه.

فإن شبهها بامرأة تحل له في حالة أخرى كأخت امرأته أو امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة لم يكن مظاهرا؛ لأنها ليست بمحرمة على التأبيد، وإذا ظاهر من أمته أو أم ولده لم يكن مظاهرا؛ لأن الله تعالى شرع الظهار في الزوجات معدولا عن القياس وهما ليستا في معنى الزوجات.

ولا يصح الظهار من امرأته المبيونة؛ لأنها محرمة عليه بالبينونة فلا يمكن إثبات موجب الظهار؛ لأنها ليست في معنى الزوجات لانقطاع الزوجية.

ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط لم يثبت الظهار لأنها لم تبق محلا للظهار حال وجود الشرط والمعلق بالشرط كالإنشاء عند وجود الشرط

بخلاف ما إذا علق البينونة بالشرط؛ لأن البينونة إذا تعلقت تضمنت الطلاق فيلحقها الطلاق.

رجل ظاهر من امرأته ثم قال رجل آخر لامرأته أنتِ علي مثل امرأة فلان عليه يصير مظاهرا؛ لأن المماثلة تعتمد المساواة والمشاركة ولا تصير مثلها في الظهار إلا وأن يصير مظاهرا منها.

وكذلك لو ظاهر من امرأته ثم قال لامرأة أخرى أشركتك في ظهار فلانة؛ لأن الإشراك في الظهار يقتضي التساوي بينهما في الظهار.

ويصح تعليق الظهار بمشيئتها كالطلاق.

ولو قال: أنت علي كأمي اليوم أو شهرا إن أراد قربانها في اليوم لا يجوز بغير كفارة، وإذا مضى الوقت يرتفع الظهار.

وقال الشافعي: الظهار لا يتوقت كالطلاق؛ لأن حكم الظهار وهو الحرمة لا يثبت إلا مؤقتا فيتأقت بتأقيته؛ لأن تحريم الأفعال يتأقت بالتوقيت، فإن حرمة سائر الأفعال بالأيمان تتوقت بالتوقيت فكذا هذا بخلاف الطلاق، لأن حرمة الطلاق لا تتوقت بالتوقيت؛ لأن الطلاق إبطال ملك النكاح والإبطال لا يقبل التوقيت.

وأما حكم الظهار: أن لا يحل له وطؤها بنكاح ولا بملك يمين ولا بعد زوج حتى يكفر بالنص ويحرم على المرأة التمكين؛ لأن التمكين من فعل حرام حرام؛ لأنه إعانة على الإثم والعُدوان.

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] ولذلك لا يقبّلها ولا يباشرها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة؛ لأنه متى حرم الوطء حرم دواعيه لأنها سبب للوقوع في المحرم والاجتناب عن الحرام واجب فيجب الاجتناب عن أسبابه بخلاف الحيض؛ لأنه لا يحرم عليه دواعي الوطء في الحيض؛ لأنه يكثر وجودها فيخرج في الاجتناب عن دواعيه كما في الصوم.

فأما الظهار لا يكثر وجوده فلا يخرج في الاجتناب عن دواعيه ولها أن تطالبه بالوطء ويجبره الحاكم حتى يكفر؛ لأنه قد أضر بها بالظهار فيلزمه إزالة الضرر.

وإذا وطئها فينبغي له أن يستغفر الله تعالى ولا يعود حتى يكفر لما بينا.

ولو قال: أردت بالظهار الإخبار عما مضى بكذب لم يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين ربه؛ لأن الصيغة صيغة الإخبار وكل ما لا يصدقه الحاكم فكذا المرأة لا يسعها أن تصدقه؛ لأن المرأة كالحاكم في عدم الوقوف على الباطن.

ولو قال لامرأته في مجلس واحد أو في مجالس مرارًا: أنتِ علي كظهر أمي، وقال: عنيت تكرار الأول يصدق؛ لأنه ربما ذكره على سبيل التأكيد وحرمة الوطء والكفارة أمر بينه وبين ربه فيصدق بخلاف الطلاق.

وإذا ظاهر من نسائه الأربع يلزمه أربع كفارات؛ لأنه لا تعلق لظهار إحداهن بالأخرى؛ لأن الحرمة قد تثبت في حق كل واحدة فيحتاج إلى إنهائها ورفعها بالكفارة كما لو ظاهر من امرأته مرتين في مجلس أو مجالس يلزمه كفارتان فهنا أولى. ظاهر من امرأته ثم طلقها ثلاثًا أو ارتد فبانت منه ثم عادت إليه بعد زوج لا يقربها حتى يكفر.

وكذلك لو ارتدت المرأة وسُبيت بعد اللحاق؛ لأن الكفارة جعلت غاية منتهية للحرمة فلا تنتهي الحرمة بدون ذلك الوقت فإنهاء الحرمة لا تستدعي قيام الملك كحرمة الطلقات الثلاث لا ترتفع إلا بوطء الزوج الثاني.

والسادس: ولو ظاهر من امرأته الأمة ثم اشتراها أو أعتقها ثم تزوجها لا يقربها حتى يكفر؛ لأن الظهار لا يبطل ببطلان ملك النكاح؛ لأن ملك اليمين لا أثر له في رفع الحرمة، ولهذا لو طلق امرأته الأمة تطليقتين ثم اشتراها لا يحل وطؤها.

ظهار الذمي باطل خلافًا للشافعي؛ لأن حكمه حرمة ينتهي بالكفارة لما بينا، والكافر ليس من أهل الكفارة لأنها حسنة مُذْهِبَة للسيئة مكَفِّرةٌ [للحَوْبة][1] [2]، والكافر ليس بأهل للقربة والحسنة فلا يكون من أهل حكم الظهار.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): للحرمة.

(٢) الحَوْبةُ: مَن يأثَمُ الإنسان في عقوقه، كالأبوين. والحَوْبةُ الإثم.

=

المسلم إذا ظاهر من امرأته ثم ارتد يبقى ظهاره عند أبي حنيفة حتى لو أسلم لا يحل للقربان إلا بالكفارة وعندهما لا يبقى؛ لأن المرتد ليس من أهل حكمه ولا يتصور بقاء الشيء في حق من ليس بأهل له كما لا يتصور وجوده في حقه.

له: أن الحال حال بقاء حكم الظهار وهو الحرمة لا حال انعقاده والكفر ليس بمرصاد للحرمة، ولهذا الكفار يخاطبون بالحرمات بالإجماع.

فإن لم يسلم يبطل الظهار؛ لأن الحرمة لا تتوقت وحكمه حرمة مؤقتة وإن أسلم لا يبطل؛ لأن الحرمة تتوقت فوقع الشك في بطلانه للحال فلا يبطل بالشك بل يبقى موقوفا كالنكاح يبقى إذا وجبت العدة من الأجنبي ولا ينعقد في معتدة الأجنبي.

أسلم زوج المجوسية وظاهر منها قبل عرض الإسلام عليها صح؛ لأن الزوج من أهل الكفارة.

(**النوادر**) ذكر في (**العيون**): روى الحسن عن أبي حنيفة: رجل قال لامرأته: أنتِ علي كظهر أمي مائة مرة وجب عليه مائة كفارة؛ لأنه شبهها بظهر الأم هو السبب الموجب للكفارة لما بينا وقد تعدد السبب فتعددت الكفارة كما إذا حلف مائة مرة.

وقال أبو يوسف في اختلاف زفر ويعقوب: لو قال: أنتِ علي حرام مثل أمي وهو ينوي بالحرام طلاقا وبقوله مثل أمي ظهارا، فإنه يكون طلاقا.

وقال محمد في نوادر ابن رستم لو قال: أنتِ علي حرام مثل أمي إن قربتك إنه إن تركها أربعة أشهر بانت وإن قربها سقطت عنه اليمين فيكون ظهارا؛ لأن قوله مثل أمي يدل على أنه إن أراد بالحرمة حرمة الظهار لما بينا.

وقال أبو يوسف: يكون طلاقا وظهارا جميعا إذا نوى بالحرام طلاقا وبقوله مثل أمي ظهارا ولو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه فهو مظاهر في قول أبي يوسف.

وقال محمد: لا يكون مظاهرا وهذا بناء على أصل وهو أن القاضي لو قضى بجواز نكاحها هل ينفذ؟ قال أبو يوسف: لا ينفذ، وقال محمد: ينفذ.

=

ابن السكيت: لي في بَني فُلان حَوْبَةٌ، وبعضُهم يقول حِيبَةٌ، فتذهب الواوُ إذا انْكَسَر ما قَبْلَها، وهي كلُّ حُرْمةٍ تَضِيع من أُمٍّ أَو أُخْتٍ أَو بِنتٍ، أَو غير ذلك من كل ذاتِ رَحِمٍ.

لأبي يوسف: أن المجازية منصوص عليها، فإن النكاح في اللغة الوطء حقيقة وللعقد مجاز متعارف والكلام ينصرف إلى الحقيقة فدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾ [النساء: ٢٢] فكان هذا قضاء في محل منصوص عليه بخلافه فلا ينفذ فكانت الحرمة منصوصة مؤبدة فكان ظهارا.

لمحمد: أن هذا ظاهر نص للتأويل فيه مساع فصار بمثابة القياس والاجتهاد وإليه مال الشافعي فكان هذا قضاء في محل الاجتهاد فنفذ فكانت الحرمة مختلفًا فيها فلم تكن مقطوعة مؤبدة فلا يكون ظهارا.

ولو قبَّل أجنبية بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن ظهارا عند أبي حنيفة ولا يشبه هذا الوطء؛ لأن حرمة الوطء منصوص عليها وحرمة دواعيه غير منصوص عليها، بل تثبت بضرب من الاجتهاد باعتبار الإلحاق بالوطء احتياطا، وللاختلاف والاجتهاد فيه مساع ومجال، وقال أبو يوسف يكون مظاهرا؛ لأن التحريم بالنظر والمس منصوص عليه قال صلى الله عليه وسلم: "**من كشف قناع امرأة ونظر إليها حرمت عليه أمها وابنتها**"[1] إلا أن أبا حنيفة يقول: هذا خبر الواحد فلم تكن الحرمة الثابتة مقطوعة مؤبدة[2].

ولو استثنى يوم الجمعة من ظهاره لم يجز يكفره يوم الجمعة في رواية ابن زياد.

ولو ظاهر إلى شهر لم يصر مظاهرًا حتى يمضي الشهر؛ لأنه أضاف الظهار إلى شهر فصار كما لو أضاف الطلاق إلى شهر لا يقع ما لم يمض شهر فكذا هذا والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) حديث: "**من نظرَ إلى فرجِ امرأةٍ بشهوةٍ أو لمسها بشهوةٍ حرمت عليه أمّها وابنتُها وحرمت على ابنهِ وأبيهِ**" أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٥/٤ ط. السلفية) من حديث أبي هانئ بلفظ "**من نظرَ إلى فرجِ امرأةٍ لم تحلّ له أمُّها ولا ابنتُها**" وإسناده ضعيف لضعف حجاج بن أرطاة، قال عنه الحافظ ابن حجر في التقريب (١٥٢ ط. دار الرشيد) صدوق كثير الخطأ والتدليس ا هـ. وقد عنعن.

(٢) انظر: الهداية ١٩٢/١ وابن عابدين ٢٧٨/٢ ط. بولاق أولى، ٢٤١/٥ ط. بولاق ثالثة، والمغني ٥٧٩/٦، ومنح الجليل ٤٨/٢، والمهذب ٤٤/٢ ط. دار المعرفة بيروت.

(باب معرفة اللعان)

يحتاج إلى معرفة: مشروعية حكم اللعان، وسببه، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وأهله، وحكمه.

أما مشروعية حكمه: فمنصوص عليه في كتاب الله تعالى، وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾ الآية [النور: ٦].

وأما سببه: فقذف الأزواج الزوجات وهو بمنزلة قذف الأجانب الأجنبيات حتى إن كل قذف إذا وجد من الأجنبي يوجب الحد، فإذا وجد من الزوج يوجب اللعان يقيمه القاضي كالحد.

وأما تفسيره وركنه: فشهادات [مؤكدات] (١) مُزَكّاة بالأيمان موثقة باللعن والغضب.

وصورتها: أن يقوم الرجل فيقول: أشهد بالله إني لصادق فيما رميتها من الزنا أربع مرات.

ويقول في المرة الخامسة: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها من الزنا.

وتقوم المرأة وتقول أربع مرات قائمة: أشهد بالله إنه لكاذب فيما رماني من الزنا، وتقول في المرة الخامسة غضب الله عليها إن كان هو من الصادقين فيما رماني من الزنا.

وفي اللعان يُبدأ بالزوج؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلاني وامرأته وبدأ بالزوج.

ولو التعنت المرأة أولا ثم الزوج تعيد المرأة؛ لأن الترتيب معتبر حتى يكون على الوجه المنصوص عليه، فإن فرق قبل الإعادة صح خلافًا للشافعي؛ لأن أصل اللعان قد وجد وفاتت صفته وهو الترتيب فيقع حكمه لوجود أصله؛ لأنه تفريق في موضع الاجتهاد فيجوز الاجتهاد فيه، واللعان قائم مقام حد القذف في حق الزوج،

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): مؤكدة.

وفي حقها قائم مقام حد الزنا فأيهما امتنع يحبس حتى يلتعن.

وقال الشافعي: يحد الممتنع منهما؛ لأن اللعان عندنا حكم واجب بالقذف قائم مقام الحد ومن عليه الحد إذا امتنع عن الإيفاء يحبس، وعند الشافعي اللعان قائم مقام حد القذف أو الزنا، فإذا امتنع يقام الحد.

وقال الشافعي: الركن أيمان مؤكدات باللعن حجة موجبة وبيّنة مثبتة للزنا عليها في حق الزوج، وفي حقها حجة دافعة لما أثبته الزوج بأيمانه.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى نص على كون الملاعن شاهدًا بقوله: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور: ٦] أي لم يكن لهم شهداء على صدق مقالتهم من النسبة إلى الزنا إلا أنفسهم كما يقال ليس لفلان شهداء إلا بنو فلان ثم نص على كلامهم شهادة بقوله فشهادة أحدهم فدلتنا هذه الآية أن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان، والتكرار مشروع في هذه الشهادة خاصة للتأكيد نصا لا قياسًا، وينبني على هذا الأصل أنه لا لعان إلا بين الزوجين الحرين المسلمين البالغين غير المحدودين في القذف وهو مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا لعان بين أهل الكفر والإسلام، ولا بين العبد وامرأته، ولا بين المحدود في القذف وامرأته". وهذا مذهبنا خلافًا للشافعي رحمه الله، وهذا بناء على أن ركن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان وهؤلاء ليسوا من أهل الشهادة، وعند الشافعي الركن أيمان وهؤلاء من أهل الأيمان.

(فصل)

فعندنا كل من كان من أهل الشهادة كان من أهل اللعان، وعنده كل من كان من أهل الأيمان فأهل للعان وإلا فلا.

قذف الأعمى امرأته العمياء أو الفاسق قذف امرأته يجب اللعان؛ لأن الفاسق من أهل الشهادة، وشهادة الأعمى جائزة في قول بعض الفقهاء، ولهذا لو قضى القاضي بشهادتهم ينفذ فيجري اللعان بينهما.

قذفها وأحدهما أخرس لا حد ولا لعان، أما اللعان فلأنه لا شهادة للأخرس،

وأما الحد؛ فلأنه لو قذف الأخرس الأجنبية لا يوجب الحد لضعف الإشادة في نفسها فكذلك زوجته، وكل موضع تعذر اللعان لمعنى في المرأة لا يجب حد القذف على الزوج ويعزر وكل موضع امتنع اللعان لمعنى في الزوج يجب حد القذف عليه؛ لأن الله تعالى أوجب حد القذف في المحصنات بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ إلا أنه بدله باللعان في الزوجات. فمتى تعذر اللعان بمعنى من جهته بأن أكذب نفسه يصار إلى الحد؛ ولأن الأزواج الذين هم من أهل الشهادة صاروا مخصوصين عن آية الحد فلا يلزمهم الحد بقذف الزوجات، والأزواج الذين ليسوا من أهل الشهادة لم يصيروا مخصوصين عن آية الجلد فيلزمهم الحد بالقذف.

ولو كان الزوج محدودا في القذف كله أو بعضه فقذف امرأته يجب الحد؛ لأنه ليس بأهل لأداء الشهادة فلا يكون مخصوصا عن آية الجلد فيلزمه الجلد، وكذلك إن كانا محدودين في القذف يجب الحد؛ لأن قذف المحدودة في قذف يوجب الحد إذا كانت محصنة، والزوج ليس من أهل الشهادة فبقي داخلا تحت نص الجلد.

ولو كانت المرأة محدودة لم يجب الحد ولا اللعان؛ لأن الزوج من أهل الشهادة فكان مخصوصًا في آية الجلد فلا يلزمه الحد ولا يلزمه اللعان؛ لأنه لا يمكن إجراء اللعان لأجل المرأة لأنها ليست بأهل للعان واللعان غير مشرع في أحد الجانبين، وأما شرط اللعان فقيام الزوجية بينهما نكاحًا صحيحا حتى لا لعان بينه وبين امرأته نكاحا فاسدًا؛ لأن اللعان حكم مختص بقذف الزوجات ولا زوجية في النكاح الفاسد حقيقة فلا يمكن شرعيَّة حال عدم الزوجية، وقال الشافعي: يلاعنها إن كان بولده.

وكذا إذا وطئت المرأة بشبهة فقذفها زوجها لم يكن عليه لعان.

ورُوي عن أبي يوسف أنه رجع عن هذا وقال: يجب الحد واللعان؛ لأن هذا الوطء ملحق بالصحيح في حق ثبات النسب فخرج الفعل من أن يكون زنا فكان قذفها بالزنا كذبًا محضًا في حق هذا الفعل فبقيت عفيفة مُحصنة.

لنا: أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة؛ لأنه لا يفيد الحل والزوجية إلا أنه يشبه النكاح بصورته فاعتبرنا الشبهة لإسقاط الحد عنها، واعتبرنا الحقيقة لإسقاط الحد عن القاذف.

وأما حكمه: فحرمة الاستمتاع كما في عامر اللعان من غير حكم القاضي نص عليه محمد رحمه الله في (**المنتقى**) وإنما تثبت هذه الحرمة بإشارة الكتاب والسنة.

أما إشارة الكتاب: فإن اللعن والغضب نازل على أحدهما بيقين وأثر اللعن والغضب بطلان النعمة والازدواج والاستمتاع نعمة إلا أن الاستمتاع أقلهما فيثبت حرمة الاستمتاع.

وأما السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "**المتلاعنان لا يجتمعان أبدا**" وفي الاستمتاع اجتماع فيحرم الاستمتاع ويثبت الفراق بناء على هذا، ولا تقع الفرقة إلا بالقضاء حتى لو مات أحدهما قبل التفريق يرثه الآخر.

وقال زفر: الفرقة تقع بلعانهما لقوله صلى الله عليه وسلم: "**المتلاعنان لا يجتمعان أبدا**" وهذا يمنع بقاء النكاح.

وقال الشافعي: يقع بلعان الزوج؛ لأنه هو المختص بهذا الحكم.

والصحيح قولنا؛ لأن بعد القذف، واللعان لا يكون بينهما ألفة وموافقة بل يكون بينهما منازعة ومشاجرة، وبحقيقة المشاجرة لا تقع الفرقة فيتوهم وجود المشاجرة أولى أن لا تقع الفرقة وهي تطليقه بائنة.

وقال أبو يوسف وزفر والشافعي والحسن: هي فرقة بغير طلاق؛ لأنه أوجب تحريمها على التأبيد كحرمة الرضاع.

لنا: أن هذه الحرمة جاءت من قبل الزوج حيث قذفها بالزنا وهي مضطرة في اللعان فكانت حرمة الاستمتاع مضافة إليه فيصير تاركًا الإمساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بإحسان، فإذا لم يفعل صار ظالما فناب القاضي منابه دفعًا للظلم.

فإن أكذب الملاعن نفسه يحد ويجوز له أن يتزوجها، وقال أبو يوسف وزفر والشافعي: لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم: "**المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا**". لنا: أنه إذا أكذب نفسه بطل اللعان؛ لأنه شهادة، والشهادة تبطل بتكذيب الشاهد نفسه

فلم يبقيا متلاعنين والنبي عليه السلام نفى الاجتماع ما داما متلاعنين كقوله: لا أكلم هذا الكافر أبدًا، أي: ما دام كافرًا، وإنما يكونا متلاعنين حقيقة بإقدامهما على الفعل حقيقة أو مجازًا باعتبار بقاء حكم اللعان، فإذا لم يبق نفسه ولا حكمه لم يبق متلاعنا فلا يتناوله النص وإنما وجب الحد بالقذف السابق؛ لأن موجب القذف في الأصل الحد إلّا أن الشرع نقل الحكم من الجلد إلى اللعان وصار اللعان خلفا عنه، فإذا بطل الخلف ظهر حكم الأصل.

ولو قذفها ثم وطئت وطئًا حرامًا لا لعان بينهما؛ لأن الوطء الحرام زنا من وجه واللعان لا يجري بين الزانية وزوجها.

ولو فرق بينهما بعدما التعنا ثلاثًا وقعت الفرقة، وقال الشافعي لا تقع، وإن كان قبله لم تقع؛ لأنه قضاء باجتهاده في محل الاجتهاد؛ لأن إقامة الأكثر مقام الكل والاكتفاء بالأكثر طريق معهود في الشرع، والنص ورد بالعدد المذكور ولم يتعرض للاكتفاء بالأكثر وإقامته مقام الكل بالنفي ولا بالجواز بل سكت عنه فكان هذا اجتهادًا في محل لم يتعرض له النص أصلا فنفذ الاجتهاد.

ولو التعنا عند الحاكم ولم يفرق حتى عزل أو مات، فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما عندهما، وقال محمد: لا يستقبل؛ لأن اللعان قائم مقام الحد فصار الحد كالمضي والمقام لهذه الشهادة والحكم الممضي لا يؤثر فيه عزل الحاكم وموته.

لهما: أن تمام الحكم والإمضاء في التفريق فقبله لا يتناهى الإمضاء ولم يتم فيؤثر العزل والموت في المنع من الإمضاء والإنهاء فوجب الاستقبال.

ولو طلقها طلاقا بائنًا أو ثلاثًا بعد القذف فلا حد ولا لعان؛ لأن القذف حين وجد العقد موجبا للعان لقيام الزوجية ولاستجماع شرائطه وقد امتنع اللعان لفوات الزوجية؛ لأنه حكم مشروع في حق الزوجات خاصة، وإذا بطل اللعان لم ينقلب ذلك القذف موجبًا لعانا.

ولو كان الطلاق رجعيا يلاعن لقيام الزوجية.

ولو تزوجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حد بذلك القذف؛ لأنه سقط

موجب ذلك القذف بالبينونة والساقط مثلا شيء فلا يتصور عوده من بعد.

ولو قال: أنتِ طالق ثلاثًا يا زانية فعليه الحد دون اللعان؛ لأنه قذف أجنبية؛ لأنه صار قاذفا بعد البينونة والفرقة؛ لأن كل كلام تام بنفسه فلا يتوقف عمل أحدهما على الآخر فيعمل التطليق كما وجد.

ولو قال: يا زانية أنتِ طالق لا يلزمه حد ولا لعان؛ لأنه طلقها بعدما وجب اللعان فسقط اللعان بالبينونة.

قذف أجنبية ثم تزوجها وقذفها فطلبت اللعان والحد يحد ولا يلاعن؛ لأن الحدود تحتال لدرئها ما أمكن وفي البداية بالحد درء اللعان؛ لأن المحدود في القذف ليس من أهل اللعان، وفي البداية باللعان إيجاب الحد عليه؛ لأن الملاعن يقام الحد عليه فيبدأ بالحد ويكتفي به احتيالا لدرء اللعان عنه.

ولو طلبت اللعان دون الحد فلاعن بينهما ثم طلبت الحد تحد؛ لأن الجمع بين اللعان والحد مشروع بخلاف حدود القذف إذا اجتمعت يكتفى بواحد؛ لأن ما هو المقصود بإقامة القذف وهو إظهار الكذب ونفي العار والشنار يحصل بإقامة واحد فلا فائدة في إقامة الكل، وهنا ما هو المقصود من اللعان وهو دفع الغيظ عن الزوج والعار والشنار عن المرأة وإبطال النكاح بينهما لا يحصل بإقامة أحدهما، فإنه بإقامة اللعان لا يحصل دفع العار عن المرأة؛ لأن الأمر لا يتبين فاللعان فيبقى مشكلا فيجب الجمع بينهما.

وإذا قذف أربع نسوة بالزنا فعليه أن يلاعن مع كل واحدة منهن بخلاف ما لو قذف أربعا من الأجنبيات يحد لهن حدا واحدا؛ لأن ما هو المقصود من الحدود وهو دفع العار والشنار عنهن، والزجر والردع يحصل بإقامة واحد، وهنا ما هو المقصود لا يحصل بلعان واحد لما بينا والله أعلم بالصواب.

(باب اللعان بنفي الولد)

يحتاج إلى معرفة: كيفية اللعان بنفي الولد وما يوجب اللعان وما لا يوجبه.

أما كيفيته: وهو أنه إذا نفى ولد المرأة فالقاضي يأمر الرجل أن يقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد، وكذلك في جانب المرأة، فأما ما يوجب اللعان وما لا يوجبه فهو على أقسام إما أن قذفها ونفى الولد، أو لم يقذفها ونفى الولد، أو أنكر الولد أصلا.

أما **القسم الأول:** إذا قذفها ونفى الولد بأن قال: زنيت وهذا الولد من زنا لاعن القاضي وفرق بينهما وألزم الولد أمه لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم نفى ولد امرأة هلال ابن أمية وألحقه بأمّه.

وله: أن نفيه عند أبي حنيفة ما لم يظهر منه اعتراف بالقبول أو دلالة عليه من قبول تهنئة وابتياعه متاع الولادة أو يمضي من المدة ما يفعل به في العادة وعندهما تعتبر مدّة النفاس أربعين يومًا لصحة النفي؛ لأنه إذا بعدت مدة الولادة يصير الزوج قابلًا لنسب الولد دلالة؛ لأن الظاهر أنه لا يصير عن نفي ما ليس بولد له في مدة مديدة وفي مدة قريبة لا يصير قابلا لنسب الولد؛ لأنه قد يتأمل في ذلك زمانا ليعرف بأنه منه أو من غيره فلا بد من الفاصل بينهما والنفاس أثر الولادة فينفى معتبرا ما بقي أثر الولادة ولأن مدة النفاس مما يعده الناس قريبا من الولادة عادة. له: إن هذا أمر يحتاج فيه إلى التأمل والتدبير وذلك يختلف باختلاف الرأي والتفكر فلا يجوز تقديره بقدر ويعتبر القبول إما صريحا أو دليلًا.

وروى الحسن عنه أنه مقدر بسبعة أيام؛ لأن ذلك مما يعده الناس قريبا من الولادة وعلى هذا إذا ولدت امرأة الغائب ولم يعلم بالولادة حتى قدم فله النفي عند أبي حنيفة رحمه الله في مقدار ما يقبل فيه التهنئة بعد القدوم وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم؛ لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصار حالة القدوم كحالة الولادة.

ورُوي عن أبي يوسف أنه إذا قدم قبل الفصال فهو مقدر بمدة النفاس، فإن قدم بعد الفطام فليس له أن ينفيه؛ لأن بالفطام انقطع أثر الولادة بالكلية ولو هنأ بولد الحرة فسكت فهو اعتراف بالقبول؛ لأن سكوته وإمساكه عن الرد عند التهنئة دلالة القبول عادة إذ لو لم يكن الولد لأقدم على الرد وما أمسك عنه باعتبار موجب العقل والشرع، فإذا لم يرد جعل اعترافا.

ورُوي عن محمد إذا هنأ بولد الأمة فسكت لم يكن اعترافا بخلاف ولد الحرّة.

والفرق أن في ولد الزوجة يثبت ثبات النسب وهو الفراش قائم وإنما ينتفي النسب بنفي الزوج، فإذا أمسك الزوج عن الرد دل ذلك على القبول فلم يصح النفي بعده فيثبت النسب بالفراش، وفي ولد الأمة الفراش غير قائم وإنما يثبت الفراش بالدعوة وقد انعدمت الدعوة فلا يثبت النسب.

وكل نسب يثبت بإقراره أو بطريق الحكم كما رُوي عن أبي يوسف في رجل جاءت امرأته بولد فنفاه فلم يلاعنها حتى قذفها أجنبي بالولد فحد يثبت نسب الولد ولا يلاعن بينهما؛ لأنه لما حد قاذفها صار مكذبا شرعا ومن ضرورة صيرورته مكذبا شرعا ثبات النسب كما لو صار مكذبا بالإكذاب صريحا، والنسب المحكوم به لا ينتفي باللعان وثبت إحصانها أيضًا ولا يمكن التلاعن بعد ثبوت الإحصان في غير ما قذفها إليه.

ولو نفى ولد زوجته وهما في حال لا لعان بينهما لم ينتف؛ لأن سبب ثبات النسب وهو الفراش قائم والقاطع للنسب وهو اللعان منعدم؛ لأن النسب إنما ينقطع حكما للعان، فإذا لم يوجد اللعان انعدم القاطع ووجد السبب فثبت النسب.

وكذلك لو كان العلوق في حال لا لعان بينهما ثم صارت بحال يتلاعنان نحو إن كانت أمة أو كتابية حالة العلوق فأعتقت أو أسلمت، فإنه لا يلاعن ولا ينتفي النسب؛ لأن النسب قد استحكم حين العلوق على وجه لا يمكن قطعه ولا يتغير من بعد.

ولو صدق في نفي الولد فلا حد على الزوج ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على النفي لأن النسب يثبت حقا للصبي وإنما ينقطع حُكما للعان ولم يوجد وتصادقهما لا يعتبر في إبطال حق الولد.

وأما **القسم الثاني**: إذا نفى الولد بأن قال ليس بابني أو أنكر الولد أصلا ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما؛ لأن النفي ليس بقذف بالزنا لها يقينا لجواز أن يكون الولد من غيره بوطء عن شبهة لا عن زنا بأن زوجت نفسها من غيره.

وذكر الكرخي في (**مختصره**): أنه يلاعن؛ لأنه لما قطع النسب عن نفسه فقد

صار قاذفا لها وشبهة الوطء من غيره في فراشه غير معتبر بدليل أنه لو نفاه الأجنبي من الأب المشهور يصير قاذفا بالإجماع مع وجود هذا الاحتمال وهذا؛ لأن الأصل في النسب هو الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح يكون قذفا حتى يتبين أنه ملحق به.

ولدت بعد اللعان إلى سنتين لزمه الولد، وإن لم يكن عليها عدة لزمه الولد ما بينه وبين ستة أشهر؛ لأن الملاعن هو المطلق حكما ولو كان مطلقا حقيقة كان الحكم كذلك فكذا هذا.

لاعنها بولد ثم ولدت إلى سنتين لزمه لأنها معتدة بالطلاق حكمًا فصار كالمعتدة بالطلاق حقيقة إذا جاءت بولد إلى سنتين يلزمه الولد فكذا هذا.

نفى حمل امرأته لا لعان ولا حد عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله.

وعندهما والشافعي يلاعن إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم القذف لأنا تيقنّا بوجوده في البطن حالة القذف فقد تيقنا أنه نفى الولد الموجود للحال وهذا ليس بتعليق للقذف بل توقف كونه قاذفا على حال وجود الولد.

وإذا ولدت لأقل من ستة أشهر فتبين أنه كان قاذفا له، لكن هذا قذف معلق بالشرط، فإنه يعلق كونه قاذفا بولادة لأقل من ستة أشهر؛ لأن الموقوف في معنى المعلق وتعليق القذف بالشرط لا يصح، واللعان في معنى الحد فلا يمكن إيجابه مع الشبهة، وما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال وامرأته وهي حامل إنما كان لأنه قذف امرأته بالزنا صريحًا، فإنه قال: إني وجدت رجلا على بطن امرأتي يخبث بها، أو يحتمل أنه قذفها بالزنا صريحًا وأنكر الولد أيضًا أن يكون منه فلا يكون حجة هاهنا.

(**النوادر**): روى هشام عن محمد في رجل لاعن امرأته بولد ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب بولدها ثم سُبيا جميعا فاشتراهما الزوج فالولد حر مسلم؛ لأنه حين ولد ولد على فراشه والنسب، وإن انتفى باللعان ولكنه مخلوق من مائه وذلك يكفي لإثبات العتق كولد الزنا والمرأة بمنزلة أم الولد لا يجوز له بيعها ولا له أن يقربها؛ لأنه إذا أعتق الولد صارت هي أم ولد له إلا أنه لا يقربها؛ لأن حكم اللعان باقٍ؛

لأنه لم يتصل به إلا كذاب وإن أكذب نفسه لا حد عليه؛ لأنه صار قاذفا لها وهي أمته.

(**الجامع**): امرأة جاءت بولد فنفاه الزوج فلاعن القاضي بينهما فألزمه أمه فتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة ثم ادعى الأول الولد المنفي لزمه ويضرب؛ لأن النسب المستدعي لثبوت النسب قائم وهو الفراش لدى العلوق وقد امتنع لمانع وهو اللعان وارتفع المانع بالإكذاب فعمل السبب، وإن جاءت عند الثاني بولد فنفاه لاعن القاضي بينهما لما عرف ثم إن جاءت بولد عند الثاني لأقل من ستة أشهر منذ أكذب الأول نفسه لزم الولد الثاني؛ لأن النسب إنما ينتفي باللعان من وقت العلوق وقبل الإكذاب المرأة متهمة بالزنا وقت العلوق فلا يمكن تحقيق المانع عن ثبوت النسب وهو اللعان، فإن جاءت به لستة أشهر فصاعد ألحق بأمه؛ لأن الوطء متى كان حلال يضاف العلوق إلى أقرب الأوقات وهو ستة أشهر؛ لأنه متيقن وما وراءه مشكوك فيه والشك لا يعارض اليقين فكان العلوق بعد الإكذاب، ولما أكذب نفسه فقد انعدمت تهمة الزنا فلم تكن المرأة متهمة بالزنا وقت العلوق وأمكن النفي؛ لأن اللعان يجري في وقت كانت تهمة الزنا منعدمة ولا يجري في وقت كانت تهمة الزنا قائمة والله أعلم بالصواب.

(باب اللعان بنفي أحد التوأمين)

(**المبسوط**): أتت بتوأم فأقر بالأول ونفى الآخر يلزمه الولدان ويلاعن؛ لأن الإقرار بأحدهما إقرار بهما لأنهما كولد واحد فإنهما خلقا من ماء واحد ونفى أحدهما نفيهما فصار كأنه أقر بهما ثم نفاهما فلزماه؛ لأنه لا يصدق في النفي بعد الإقرار ويلاعن؛ لأنه قذف امرأته بالزنا حين نفى الولد الثاني وهذا إذا نفى الولد وقذفها بالزنا بأن قال: زنيت وهذا الولد من الزنا، فأما إذا نفى الولد ولم يقذفها بالزنا فلا لعان لما بينا.

وإن نفى الولد الأول وأقر بالثاني ثبت نسبهما ويجب الحد؛ لأنه قذفها بالزنا

بنفي الأول وأكذب نفسه بالإقرار بالثاني؛ لأنه صار مقرا بهما فصار كأنه نفاهما ثم أقر بهما يلزمه الحد؛ لأنه صار مكذبا نفسه والملاعن إذا أكذب نفسه يحد.

فإن نفاهما ثم مات أحدهما أو قتل لزمه الولدان؛ لأنه لا يمكن نفي نسب الميت؛ لأنه انقطع وتناهى بالموت في حقه؛ ولأن نفي النسب ليس إلا نفي أحكام وذلك لا يتصور بعد الموت، وإذا تعدد القطع في أحدهما تعذر في الثاني لأنهما كولد واحد.

وأما اللعان: ذكر في (**الأصل**) أنه يجب اللعان، وذكر الكرخي في (**مختصره**) خلافا فقال: عند أبي يوسف لا يجب اللعان، وعند محمد يجب.

لمحمد: أنه قذف امرأته بالزنا لما بينا، ولأن اللعان تقبل الفصل عن نفي الولد، فإنه مشروع لقطع الغرابين إذا لم يكن ثمة ولد.

لأبي يوسف: أن القذف انعقد سببًا موجبًا لعانًا يقطع النسب، فإذا فات ما هو المقصود من اللعان حال انعقاد السبب لا يثبت من بعده.

ولو ولدت أحدهما ميتا فنفاهما لاعن ولزمه الولدان بالإجماع لما بينا.

ولو ولدت ولدًا فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزمه الولدان واللعان ماض؛ لأن القاطع للنسب في حق الولد الثاني لم يوجد وهو اللعان؛ لأنه لم يكن موجودا يومئذ ولا يجوز نفيه الآن؛ لأن المرأة ليست بمنكوحة للحال فيثبت نسبه ومن ضرورة ثبوت نسبه ثبوت نسب الأول واللعان ماض؛ لأنه يقبل الانفصال عن انتفاء نسب الولد.

ولو قال: هما ابناي لا حد عليه؛ لأنه صادق في مقالته لأنهما ولداه حقيقة.

ولو قال: ليسا بابني كانا ابنيه ولا يحد؛ لأن القاضي نفى أحد الولدين ونفيه أحد الولدين نفيهما فلم يكونا ولديه من وجه فلم يكن كاذبا مطلقا فلا يلزمه الحد؛ لأنه ما أكذب نفسه.

ولو قال كذبت في اللعان وفيما قذفتها يحد؛ لأنه صرح بالإكذاب فارتفع اللعان ووجب الحد.

ولو طلقها طلاقًا رجعيًا فجاءت بولد لأقل من سنتين بيوم ونفاه ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين بيوم فأقر به فقد ثبت نسبهما منه وبانت ولا حد ولا لعان عندهما وعند محمد هذه رجعة وعلى الزوج الحد؛ لأن الولد الثاني علق بوطء حادث لا محالة؛ لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، وكذلك الأول لأنهما علقا من ماء واحد، وإذا علق بوطء حادث جعل ذلك رجعة منه وقد أقر بالثاني بعد نفي الأول فصار مكذبا نفسه فيجب الحد.

لهما: أنهما توأمان لا يقبلان انفصال أحدهما عن الآخر في حق الحكم فمتى أثبتنا حكما للأول حال وجوده وجب إثبات الحكم في الثاني على وفاق الأول ونهجه فجعلناهما حدثا قبل السنتين فلا يحكم بالرجعة وصارت مبانة أجنبية بوضع الولد الثاني فيتعدد اللعان.

ولو كان الطلاق تباينا والمسألة بحالها حد وثبت نسب الولدين عندهما، وعند محمد لا حد ولا لعان ولا يثبت نسبهما؛ لأن من أصله أن الأول يتبع الثاني ويكون علوقهما بعد انقضاء العدة، ومن أصلهما أن الثاني يتبع الأول في الحكم فصار كأنهما حدثا لأقل من سنتين فيثبت النسب ولا لعان، لأنها صارت مبانة أجنبية ويحد بإقراره بعد النفي.

(**النوادر**): ذكر الحسن عن أبي حنيفة امرأة جاءت بثلاثة أولاد في بطن واحد فأقر الزوج بالأول ونفى الثاني وأقر بالثالث يلاعن وهم بنوه، وإن نفى الأول والثالث وأقر بالثاني يحد وهم بنوه، وكذلك في ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم أقر يلاعن ويلزمه وإن نفاه ثم أقر به، فإنه يحد ويلزمه؛ لأن الإقرار بثبوت نسب بعض الحمل يكون إقرارا بالكل؛ لأن بعض الحمل لا يختص بالنسب دون البعض كمن قال يده مني أو رجله مني كان إقرارا بثبوت نسب بعض المولود منه، وإنما وجب اللعان في الصورة الأولى؛ لأنه صح النفي؛ لأنه بإقراره للأول أثنى عليه وبالثاني قذفها فصار قاذفا محصنة فلزمه اللعان، كما لو قال لها ما زنيت ثم قال زنيت، فأما إذا نفى الأول وأقر بالثاني فبالنفي الأول صار قاذفًا لها وبالإقرار الثاني صار راجعًا ومكذبًا نفسه فيلزمه الحد، وكذلك في الواحدة.

(باب الشهادة في اللعان)

(المبسوط): رجل قذف امرأته فشهد شاهدان عليه بالقذف يلاعن عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

ولا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ولا بشهادة النساء ولا بكتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن هذه حجج فيها ضرب شبهة وقصور واللعان بمنزلة الحد فلا يثبت إلا بما يثبت به الحد.

وإن شهد الزوج مع ثلاثة عليها بالزنا ولم يكن الزوج قذفها قبلت شهادتهم خلافا للشافعي وقوله مخالف لإجماع الأمة؛ لأن شهادة الزوج على الزوجة مقبول بإجماع الأمة إذا عريت عن التهمة وهذه شهادة عريت عن التهمة؛ لأنه لا يجر بهذه الشهادة إلى نفسه نفعًا بل يلحقه ضرر وهو العار والشنار بزنا امرأته ولا يدفع عن نفسه ضررا وهو اللعان؛ لأنه لم يكن الزوج قذفها فكانت شهادته أبعد عن التهمة كشهادة الوالد على ولده.

ولو قذفها الزوج أولا ثم جامع ثلاثة يشهدون لا تقبل شهادتهم ويحدون ويلاعن الزوج؛ لأن شهادته تدفع الحد عن نفسه وهو اللعان فتمكنت فيها التهمة فبقيت شهادة ثلاثة بالقذف فيحدون، وإن شهد الزوج مع ثلاثة وهم غير عدول فلا حد عليها لفقد العدالة في الشهادة ولا عليهم ولا لعان على الزوج؛ لأن الفاسق أهل للشهادة، فإذا وجدت شهادة أربعة أورثت شبهة في درء الحد عنهم.

وإذا شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما لا تقبل لأنهما يشهدان لأمهما بخلوص الفراش لها؛ لأن اللعان سبب الفرقة حتى لو كان أبوهما محدودا في القذف تقبل؛ لأن هذا القذف يوجب الحد دون اللعان فلا تقع الشهادة لأمهما والله أعلم بالصواب.

(باب فُرقة العنين والمجبوب)

(المبسوط): فيه فصلان:

فصل في العنين.

وفصل في المجبوب.

(فصل)

يحتاج إلى: معرفة العنين، وحكم العنة، وطريق ثبوتها وما يبطل خيارها وما لا يبطل.

أما معرفة العنين: فهو الذي لا يصل إلى النساء أو يصل إلى الثيب دون الإبكار وذلك إنما يكون لمرض به أو لضعف في آلته أو لكبر سنه أو يكون مأخوذًا عن النساء بسحر، فإن السحر عندنا حق وجوده وتصوره ومتكون أثره والجواب في الكل واحد.

وأما حكمها: فالمرأة إذا وجدت زوجها عنينا فخاصمته إلى القاضي، فإنه يؤجل الزوج سنة، فإن وصل إليها وإلا تخير المرأة، فإن اختارت زوجها يسقط خيارها، وإن اختارت الفرقة فرق بينهما وتكون تطليقة بائنة ولها المهر كاملا وعليها العدة، والإمام المتبع في هذا عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضوان الله عليهم، ولم ينقل عن أقرانهم خلاف فحل محل الإجماع، والفقه فيه أن الاستمتاع والوطء حقها قبل الزوج وبالعجز عنه صارت مظلومة متضررة حبيسة معلقة، إلا أن العجز عن الوطء قد يكون لعلة معترضة وقد يكون لآفة أصلية وفساد خلقة فلا بد من ضرب مدة لاستبانة العلة من العنة فقدرت بسنة؛ لأنها تشتمل على الفصول الأربعة على الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة، والإنسان خلق على هذه الطباع الأربع إذ العلة والمرض من حيث الحرارة يزول، أو يقل بفضل البرودة، والبرودة تزول بفضل الحرارة، واليبوسة تزول بفضل الرطوبة، فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز عن الوطء باعتبار آفة أصلية وهي العنة لا بعلة معترضة وهي المرض فبقيت المرأة مظلومة معلقة فوجب على الزوج دفع الظلم عنها لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فإذا فات الإمساك بالمعروف وجب التسريح بالإحسان، فإذا امتنع عن التسريح ناب القاضي منابه في التفريق دفعًا للظلم عنها فكان التفريق مضافا إلى الزوج فيكون طلاقا بائنا؛ لأن ما هو المقصود من دفع

الظلم وإعدام ضرر التعليق لا يحصل مع قيام حق الرجعة ولها المهر كاملا لوجود الخلوة؛ لأنها أتت بتسليم نفسها وما ذنبها إذ جاء العجز من قبله وعليها العدة لما عرف.

ويؤجل سنة شمسية أم قمرية ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد أنه قال: شمسية لا قمرية يريد بالشمسية أنه تعتبر بالأيام لا بالأهلة فتزيد على القمرية بأحد عشر يومًا؛ لأن حساب العجم بالأيام لا بالأهلة وقيل: الصحيح أنها قمرية؛ لأن التطرق هو السنة فالسنة مطلقا تنصرف إلى القمرية ويؤجله القاضي سنة مستقبلة ولا يحتسب ما مضى؛ لأن عجزه قبل ذلك يجوز أن يكون لآفة أصلية ويجوز أن يكون للكراهية مع القدرة عليه.

والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة ولا صحة للدعوى إلا عند القاضي، فإذا مضت السنة ولم يصبها خيّرها القاضي، فإن اختارت المقام معه بطل حقها لأنها رضيت بفوات حقها، وإن كان غشيها مرة فلا خيار لها خلافا لمالك؛ لأن الزوج لا يداوم على الوطء وما يتعذر اعتبار كله يعتبر فيه أصله فصار حقها مقضيًّا بالوطء مرة واحدة في حق الحكم، ولهذا يتأكد حقها في المهر هذا إذا تصادقا أنه لم يصل إليها.

فأما إذا اختلفا في الوصول إليها، فإن كانت ثيبا فالقول قول الزوج، وقال زفر وابن أبي ليلى: القول قولها.

والصحيح قولنا؛ لأن المرأة منكرة استيفاء حقها في الوطء وتدعى ثبوت حق الفسخ، والزوج ينكر استحقاق حق الفرقة فتعارض الأصلان فلم تثبت الفرقة؛ ولأن الأصل في النكاح هو الزوج، والمرأة تدّعي ثبوت حق الفسخ بنفسها والزوج ينكر فكان القول قوله مع يمينه، كالمشتري إذا أطعن بالمبيع بعيب وأنكر البائع؛ ولأن السلامة أصل والآفة عارض وعلى اعتبار السلامة الظاهر هو الوطء؛ لأن الطبيعة مستحثة عليه إذا لم يكن ثمة مانع.

وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء، فإن قلن إنها ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه؛

لأن شهادتهن تجردت عن مؤيد فشرط انضمام يمين الزوج إلى شهادتهن فتتقوّى بشهادتهن فيصير حجة.

فإن حلف فهي امرأته ولا خيار لها وإن نكل عن اليمين خيرها القاضي.

فإن قلن هي بكر فرق القاضي بينهما؛ لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد، فإن الأصل في النساء البكارة فقد تيقنّا بعدم الوصول إليها.

والواحدة العدل تكفي والثنتان أحوط، وعند الشافعي يشترط أربعة على ما بينا.

وأما ما يبطل الخيار ولو قالت: رضيت بالمقام معه سقط خيارها كالمشتري إذا رضي بالعيب صريحا.

ولو أقامت معه بعد مضي الأجل مطاوعة له في المضاجعة وغيرها لم يبطل خيارها لأنها قد تفعل ذلك اختبارا لحاله ورجاء الوصول إليها فلم يدل على الرضا ولأن المقام معه قد يكون لتعسر الخصومة إن لم يكن لرجاء الوصول إليها فلا يسقط حقها بالشك.

ولو تزوجت المرأة وهي تعلم بحاله فلا خيار لها لأنها صارت راضية بفوات حقها.

ولو تزوجها ووصل إليها مرة ثم عنّ ففارقته وتزوجته ولم يصل إليها فلها الخيار؛ لأن الدخول في العقد الأول لا يبطل حقها في العقد الثاني.

وإن وصل إلى غير امرأته ولم يصل إليها فلها الخيار؛ لأن غشيان غيرها لا يمنعها.

(**المنتقى**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في التأجيل.

والآخر: فيما يبطل الخيار وما لا يبطل.

(فصل)

والعنين إذا أجله القاضي سنة فمرض في تلك السنة يؤجله أيضًا مقدار مرضه عند محمد وعليه الفتوى بخلاف شهر رمضان وأيام الحيض، فإنه لا يجعل مكانها أياما أخرى.

والفرق أن الشرع لما قدّر مدة العنين بالسنة مع أن السنة لا تعرى عن شهر رمضان وأيام حيضها كان هذا دليلا على أنه لا يجعل مكانها مدة أخرى ولا كذلك المرض، فإن السنة تخلو عن المرض فلم يحتسب عنه.

وإن مرض نصف شهر أو أقل لا يعوضه.

وكذلك إذا مرضت المرأة؛ لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض ويخلو عن كثير في السنة فقدر الكثير بأكثر من نصف الشهر اعتبارًا للعرف والعادة وهذا أصح الروايات عن أبي يوسف؛ لأن شهر رمضان احتسب عليه وهو قادر على غشيانها بالليل ممنوع بالنهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر ونصف الشهر محسوب عليه.

ورُوي عن أبي يوسف أنه حد الكثرة بالسنة فما لم يمرض السنة لا يعوض مكانها.

وقال أبو يوسف: إن حجت أو هربت أو غابت لم يحتسب على الزوج مدة الخروج؛ لأن العجز جاء بفعلها لا بفعله فكان معدودًا فيه.

فإن حج أو غاب هو احتسب عليه؛ لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة فلم يعتبر عذرًا فصار كأنه لم يعجز.

وإن حبس في السجن فامتنعت من أن تأتيه إلى السجن لم يحتسب عليه مدة الحبس؛ لأن العجز ما جاء من جهته بل من جهة غيره.

وكذلك لو حبسه القاضي بمهرها فامتنعت من إتيانه في السجن لما بينا، فإن لم تمتنع من إتيانه في الحبس وكان له هناك موضع خطوة احتسب عليه بتلك الأيام، وإن لم يمكنه لم يحتسب.

قال محمد: إذا خاصمته وهو محرم أجلته سنة بعد الإحرام؛ لأنه لا يتمكن من الوطء مع الإحرام، وإن خاصمته وهو مظاهر، فإن كان يقدر على العتق أجله سنة من حين الخصومة؛ لأنه يقدر على تقديم الوطء، وإن كان لا يقدر على ذلك أجله أربعة عشر شهرا؛ لأنه يحتاج إلى تقديم صوم شهرين.

ولو ظاهر في السنة بعدما أجله لم يزد على المدة شيئًا؛ لأنه لا يقدر على ترك الظهار فصار ممتنعا عن الوطء باختياره.

امرأة العنين أجلته سنة من غير تأجيل القاضي فمضت السنة أبى أن يخيرها فارتفعا إلى القاضي فالقاضي يستأنف التأجيل؛ لأن تراضيهما على التأجيل بمنزلة ترك الخصومة منها، ولو لم تخاصم زوجها زمانا ثم خاصمته إلى القاضي فيؤجله سنة فكذا هذا.

ولو أجله القاضي سنة فلم يصل إليها فمضت فسأل الزوج القاضي أن يؤجله أخرى لا يفعل إلا برضا المرأة لأن الأجل مقدر شرعا فلا يجوز الزيادة عليه.

وإن رضيت بأن تؤجله سنة أخرى تفعل؛ لأن صاحب الحق رضي به.

وإن أرادت الرجوع عن الأجل الثاني فلها ذلك ويبطل الأجل ويخيرها القاضي؛ لأن التأجيل إنما يلزم فيما صار مستحقا في المدة دينا وليس هذا دينًا فلا يلزم التأجيل فكان هذا تأخيرا لحقها بمنزلة التأقيت في العادية فلا يكون لازما وصار هذا كالشفيع إذا شفع إليه المشتري أن يمهله شهرا فأمهله صح ولو رجع عن ذلك صح رجوعه.

وكذلك المدعى عليه إذا استمهل المدعي شهرا لينظر فيه فأمهله صح ولو رجع صح رجوعه فكذا هذا بخلاف ما إذا رضيت بالمقام معه ثم خاصمته، فإنه لا تسمع خصومتها؛ لأن ثمة أسقطت حقها على الإطلاق والساقط لا يحتمل الرجوع أما هنا أخرت فكان بمنزلة التأقيت في العادية.

زوج الأمة إذا كان عنينا فالخيار للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال زفر: الخيار لها لأن الخيار إنما ثبت لفوات حقها في اقتضاء الشهوة وذلك حقها على الخلوص.

لهما: أن المقصود من الوطء في الأصل حصول الولد لا اقتضاء الشهوة وما ركب فيها من الشهوة فهي حاملة على تحصيل الولد والولد حق المولى، ولهذا قال أبو حنيفة الإذن في العزل إلى المولى.

(فصل)

ورُوي عن أبي يوسف: إذا خيرها القاضي فقامت عن مجلسها قبل أن يختار شيئًا فلا خيار لها، وكذا رُوي عن محمد وعليه الفتوى؛ لأن تخيير القاضي يقوم مقام تخيير الزوج، ولو خيرها الزوج بطل بالقيام عن المجلس فكذا هذا، وكذلك لو أقيمت مكرهة، لأنها تقدر على الاختيار قبل القيام، وإذا أمسكت دل على الرضا.

العنين إذا فرق القاضي بينه وبين امرأته ثم تزوج هذه المرأة ثانيا لم يكن لها خيار لأنها رضيت بالمقام معه؛ لأن النكاح إنما يباشر للمقام مع الزوج.

ولو تزوج امرأة أخرى وهي عالمة بحاله ذكر في الأصل أنه لا خيار لها وعليه الفتوى لأنها رضيت بالمقام معه لأنها رضيت بالعيب والرضا بالعيب مع العلم به يسقط الخيار.

وذكر الخصاف في أدب القاضي: أن لها الخيار؛ لأن العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن الوطء عن جميع النساء فلم يوجد منها الرضا ببطلان حقها فكان لها الخيار كما إذا لم يعلم.

ولو كانت له امرأة يصل إليها وولدت منه أولادًا ثم تزوجها فلم يصل إليها في النكاح الثاني فهو بمنزلة العنين؛ لأن باعتبار كل حق يتحدد لها حق المطالبة بإيفاء حقها في الوطء، وإن لم ترض بذلك فكان لها الخيار.

ولو كان يأتيها فيما دون الفرج حتى ينزل وتنزل هي ولا يصل إليها في الفرج، فإنه يؤجل سنة؛ لأن مقاصد النكاح لا تتوفر عليها بالإتيان فيما دون الفرج من نيل اللذة وحصول النسل فكان بمنزلة العنين.

عنين أجله القاضي سنة وامرأته ثيب فوطئها وادعت بعد الحول أنه لم يطأها وقالت: حلفه فأبى أن يحلف ففرق القاضي بينهما لم يسعها أن تتزوج ولم يسعه أن يتزوج أختها.

(فصل المجبوب)

ولو كان الزوج مجبوبًا خيّرها القاضي في الحال ولم يؤجله؛ لأنه لا فائدة في التأجيل.

وإن كان خصيًّا ينظر إن كان بحيث تنتشر آلته ويصل إليها فلا خيار لها؛ لأنه لم يفت حقها في الوطء وإنما فات بعض مقاصد الوطء وهو الإنزال وعلوق الولد، وإن كان لا تنتشر آلته ولا يصل إليها يؤجل؛ لأنه يرجى وطؤها كالعنين.

(**النوادر**): مجبوب تزوج امرأة فعلمت بعد النكاح فلها الخيار، فإن سكتت زمانا وهو يضاجعها فهي على خيارها؛ لأن هذا ليس برضا دلالة؛ لأن السكوت والمقام معه يحتمل أن يكون لتعسر الخصومة عليها فلا يسقط حقها بالشك.

رجل تزوج امرأة فقالت هو مجبوب وقال الزوج: ما أنا مجبوب وقد وصلت إليها فالقاضي يرى الرجل، فإن كان يتبين حقيقة حاله بالمس والجس وراء الثوب من غير كشف فعل ذلك؛ لأن كشف العورة لا تحل من غير ضرورة، وإن لم يتبين إلا بالكشف والنظر أمر غيره بأن ينظر إليه؛ لأن النظر يحل للضرورة.

فإن وجد مجبوبًا خيرها ولم يؤجل لما قلنا.

وإن وصل إلى امرأته ثم جبّت آلته فلا خيار لها كما في العنين؛ لأن الخيار إنما يثبت لها إذا فات الإمساك بالمعروف من قبل الزوج ولم يفت؛ لأن حقها في الوصول إليها وقد وصل إليها فلم يصر بالجبّ مفوتا الإمساك بالمعروف.

ولو قالت: إنه مجبوب وقال هي رتقاء فالقاضي يريها النساء ليعلم أن لها ولاية الخصومة، فإن شهدن أنها رتقاء فلا خيار لها؛ لأن الخيار إنما يثبت لها إذا فات الإمساك بالمعروف ولم يفت؛ لأن الزوج إذا لم يكن مجبوبا لا يقدر على جماعها فلم يصر بالجب مفوتا الإمساك بالمعروف بتفويت الجماع.

وإن شهدن أنه ليس بها مانع سمعت خصومتها ويتفحص عن حال الزوج، فإن وجده مجبوبًا خيرها ولم يؤجل.

(**الجامع**): أصله: أن كل موضع تجري الوكالة فيه انتصب الولي فيه خصمًا وكل

موضع لا تجري الوكالة فيه لا ينتصب الولي فيه خصمًا فالتفريق بسبب العنة والجب وخيار البلوغ وعدم الوكالة، تجري الوكالة فيه فانتصب الولي فيه خصمًا فجاز الاستيفاء من نائب الصبي فالفرقة بالإباء عن الإسلام واللعان لا تجري الوكالة فيه فلا ينتصب الولي فيه خصمًا فلا يجوز الاستيفاء من نائب الصبي ثم المسائل على أوجه في الفرقة بالجب والعنة وفي الفرقة بخيار البلوغ وعدم الكفاءة وفي الفرقة بالإباء عن الإسلام وفي الفرقة باللعان.

أما الفرقة بالجب والعنة: كبيرة وجدت زوجها الصغير مجبوبًا فرّق ويخاصم عنه أبوه أو جده إن لم يكن له أب أو وصي أب أو جد؛ لأن الفرقة بهذا السبب حقها، فإذا طلبت وجب التفريق؛ لأن الشهوة مركبة فيها متى هاجت لا بد من قضائها والعجز عن الوطء بالجب لا يرجى زواله بالبلوغ فلم يكن في التأخير فائدة فإن لم يكن خصم نصب القاضي فيه خصما لأنه حق يجوز فيه التوكيل والإنابة فإن أتى بحجة يبطل حق المرأة من رضا أو غيره لا يفرق كالمشتري إذا قضى بالعيب وكذلك لو كان معتوها فإن كانت المرأة صغيرة لم يفرق بطلب الولي ولعلها ترضى إذا بلغت في تعجيل الفرقة إبطال حقه وإلحاق ضرر وشين بالرجل وفي تأخير الفرقة إلى وقت البلوغ تأخير حقها من غير ضرر يلحقها في الحال لأنه لا حاجة لها إلى قضاء الوطء قبل البلوغ فصار التأخير أهون من الإبطال بخلاف الكبيرة لأن في تأخير الفرقة إلى وقت بلوغ الزوج إلحاق الضرر بها لأنها محتاجة إلى فضاء الوطء للحال ومدة الصبي مدة مديدة غير معلومة فكان تأخير التفريق ابطال حقها للحال وأما خيار البلوع لو أدركت المرأة ولها خيار البلوغ والزوج صغير يفرق إذا طلبت لأن الفرقة حقها فتستوفي للحال لأن حقها لا يتغير ببلوغ الصغير فلم يكن في تأخير الفرقة إلا ظلم محض. وكذلك لو تزوج امرأة وليس بكفؤ لها فوكل بالخصومة مع أوليائها وغاب، يفرق القاضي بطلب الأولياء لأن التفريق بسبب عدم الكفاءة حق الأولياء. وأما الثالث صبي نصراني زوجه أبوه امرأة نصرانية كبيرة فأسلمت فأرادت الفرقة لم يفرق حتى يعرف الغلام الإسلام فيعرض عليه فإن أبى يفرق لأن الفرقة لا تستحق بالاسلام وإنما تستحق بإباء الآخر عن الإسلام لما مر في النكاح ولم يوجد. ولو أسلمت المرأة وزوجها نصراني كبير فوكل

من يخاصم وغاب لم يفرق ولعله يرغب في الإسلام بعد إبائه معتوه لا يرجى برؤه وأبواه نصرانيان زوجه أبوه نصرانية فأسلمت بعرض الإسلام على أبويه، فإن أسلما أو أسلم أحدهما وإلا فرق بينهما؛ لأن العنة ليس لزواله غاية معلومة فيكون التأخير إليه إبطالا لحقها وأنه يصير مسلما بإسلام أبيه فلا يمكن أن تبقى المرأة المسلمة تحت قيد الكافر.

فإن مات الوالدان جعل له خصم ثم يفرق لأنه لا يمكن الحكم بإسلامه حقيقة وتبعا؛ لأن حكم التبعية تناهى وتعذرتا خير الفرقة؛ لأنه إبطال حقها فوجب أن ينصب له خصما.

وأما الرابع إذا التقى الزوجان فلم يفرق القاضي بينهما حتى صار أحدهما معتوها يفرق بينهما؛ لأن الفرقة حق الشرع؛ لأن حكم اللعان حرمة المتعة بالنص والحرمة موجبة للتفريق حقا للشرع والعته لا غاية له فيفرق.

ولو لاعن أحدهما ثم جن الآخر لم يفرق بينهما لأنه لم يوجد اللعان؛ لأن اللعان يجري بينهما لأحدهما حظ الخطاب وللآخر حظ السماع، ولهذا لا يصح من أحدهما والآخر غائب والخطاب والسماع لا يتحقق مع العته.

فإن زنت أو قذفت فحدت أو قذف الرجل فحد في الصورة الأولى لم يفرق؛ لأنه بطل اللعان؛ لأن الزنا منها ينافي الإحصان فينافي اللعان، والحد ينافي أهلية الشهادة فينافي اللعان فبطلت أهلية اللعان، ولهذا لا يتصور لعان بينهما بعد هذا ويصح نكاح مستأنف في حقها بخلاف العته، فإنه لا ينافي اللعان وإنما يمتنع به أداؤه، ولهذا لو وجد بعد التفريق لم يبطل حرمة المتعة ولم يصح نكاحها مستأنفا والله تعالى أعلم.

(باب الفُرْقَة بِملكِ أحد الزَّوْجَيْن صَاحبه أو ارْتَدّ أحدهما فطلق الزوج)

(**المبسوط**): ولو ملك أحد الزوجين صاحبه انتقض النكاح بلا طلاق؛ لأن الفُرقة إنما وقعت لوجود المنافي للنكاح لمضادة بين ثمرات ملك النكاح وبين ثمرات ملك اليمين لا لوجود القاطع للنكاح فصار كالمرأة جامعها ابن زوجها.

ولو اشترى منكوحته ثم طلقها لا يقع؛ لأن العدة غير واجبة، فإنه يحل له وطؤها ويستحيل وجود الوطء حلالًا مع قيام العدة، وتفسيره يأتي في كتاب العدة.

(**المنتقى**): لبشر بن الوليد عن أبي يوسف: رجل وكل رجلًا بأن يشتري امرأته من سيدها فاشتراها والزوج لم يدخل بها فقد انتقض النكاح ولا مهر على الزوج؛ لأن انفساخ النكاح حصل بفعل من المولى فسواء جهل أو علم أنه اشتراها للزوج لم يجب شيء من المهر.

ولو باعها من رجل ثم اشتراها الزوج من الرجل فعليه نصف المهر للمولى؛ لأن انتقاض النكاح مضاف إلى البيع الثاني لا إلى بيع المولى فحصلت الفرقة بفعل الزوج لا بفعل المولى فاستحق نصف المهر.

ولو اشتراها الوكيل من المولى الأول للزوج ولم يعرف من الزوج الوكالة إلا بقول الوكيل بعد الشراء، فإنه لا يصدق إلا ببينة وعلى الآخر اليمين على علمه؛ لأن الظاهر إن كان عامل وعاقد يعمل لنفسه فإنما يعمل ويعقد لغيره لعارض توكيل فلا يصدق إلا بحجة.

ولو اشترى منكوحته فأعتقها ثم طلقها وقع عند أبي يوسف، وعند زفر لا يقع؛ لأن بملك اليمين انتفى أحكام النكاح فخرجت من أن تكون محلا للطلاق.

لأبي يوسف: إن حكم العدة لم يظهر قبل العتق لوجود المانع وهو ملك اليمين، فإذا زال المانع ظهر حكم العدة فوقع الطلاق كالرجل إذا ارتد ولحق بدار الحرب لم يقع طلاقه على المرأة، فإن عاد إلى دار الإسلام وهي في العدة وقع الطلاق لزوال المانع وهو اختلاف الدارين فكذا هذا، وإذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها؛ لأن الالتحاق مع الارتداد موت حكما.

فإن عادت إلى دار الإسلام قبل الحيض لم يقع طلاق الزوج عليها عندهما؛ لأن العدة قد سقطت باللحاق إلى دار الحرب فالساقط مثلا شيء فلا يتصور عوده، وعند أبي يوسف يقع؛ لأن سقوط العدة لم يلزم لاحتمال العود إلى دار الإسلام، فإذا عادت صار كأنه لم يحكم بسقوط العدة فظهر حكم العدة.

(**الفتاوى**): حرة اشترت زوجها فأعتقته فطلقها وهي في العدة لا يقع الطلاق عند أبي يوسف الآخر وقال أبو يوسف أولا وهو قول محمد يقع على عكس ما ذكر، ولذلك لو ارتد الزوج ولحق بدار الحرب وعاد إلى الإسلام وامرأته في العدة لا يقع عند أبي يوسف، وعند محمد يقع؛ لأن عنده عادت العصمة والملك والعدة فملك الإيقاع، وعند أبي يوسف لا يعود ذلك فلم يملك الإيقاع.

عبد قال لامرأته وهي حرة أنتِ طالق للسنة فاشترته وقع الطلاق عليها إذا طهرت عند محمد وعلى قياس قول أبي يوسف في المسألة المتقدمة لا يقع وعليه الفتوى.

والحر لو قال لمنكوحته الأمة: أنتِ طالق للسنة ثم اشتراها لم يقع الطلاق بالإجماع؛ لأنه لم يبق الملك لانفساخ النكاح بالشراء ولا عدة عليها، ولو أعتقها حين اشتراها وقع الطلاق إذا طهرت؛ لأن العدة قد وجبت لزوال المانع وهو ملك اليمين، فأما الحرة إذا اشترت زوجها انفسخ النكاح لكن وجبت العدة عليها على قول محمد فصادف الطلاق حالة العدة فوقع.

رجل علق طلاق امرأته بدخول الدار ثم ارتد ولحق بدار الحرب ثم دخلت المرأة الدار لا يقع الطلاق، وكذلك لو آلى منها ولحق بدار الحرب؛ لأنه لم يبق أهلا للملك عند وجود الشرط، والطلاق لا يقع في غير الملك، [والله أعلم][1].

---

(١) ما بين المعكوفتين في (ك): والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب، تم المجلد الأول ويتلوه المجلد الثاني من ابتداء كتاب الرضاع.

كتاب الرضاع

يحتاج إلى معرفة: شرعية الرضاع، وتفسيره، وركنه، وسببه، وحكمه.

أما شرعيته: فلقوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآية، والإرضاع وإن خرج مخرج الخبر فالمراد منه الأمر به أي ليرضعن أولادهن، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**" أي: ما يحرم بالنسب يحرم بالرضاع. مثال ذلك ولأن جوع الصبي لا يندفع إلا باللبن حالة الصغر، ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها: "**الرضاعة من المجاعة**" أي الرضاعة من مجاعة لا يندفع الجوع إلا باللبن وذلك في الصغير فيكون الإرضاع واجبا إحياء له.

فأما تفسيره لغة وشريعة: فهو مص الرضيع ثدي الآدمية لشرب اللبن في وقت الرضاع.

فأما ركنه: فما هو تفسيره؛ لأنه يقوم به.

وأما سبب وجوبه: هو إحياء الصبي واستبقاء مهجته بدفع الجوع والهلاك عنه.

فأما شرطه: فهو أن يكون في وقته، ومدة الرضاع ثلاثون شهرا عند أبي حنيفة، وعندهما والشافعي حولان، وعند زفر ثلاثة أحوال، ومدة الرضاع في حق استحقاق الأجرة على الأب مقدرة بحولين بالإجماع حتى لم يكن للمرأة المطلقة بعد الحولين المطالبة بأجرة الرضاع.

لهما: قوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] علق تمام الرضاع بحولين، وقوله عليه السلام: "**لَا رَضَاعَ بَعْدَ الحولين**"[1].

له: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآية، وقف الفصال على تراضيهما بعد الحولين.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧٧٥٧ و١١٤٥٠ و١٣٨٩٧).

ولو كانت مدة الرضاع منقضية بحولين لما وقف الفصال على تراضيهما بل يثبت الفصال من غير تراضيهما وتنافرهما فدل ذلك على بقاء مدة الرضاع ولأنه علق تقدير الرضاع بحولين لمن أراد أن يتم الرضاعة وما كان من المقدار حتما بحيث لا تجوز الزيادة عليه لا يتعلق بالإرادة إلا أن الزيادة على الحولين وهي ستة أشهر مستفادة بقوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] والمراد به الرضاع؛ لأن المراد من الحمل المذكور في الآية الحمل بالحجور حالة الرضاع لا الحمل بالبطن؛ لأن الحمل بالبطن غير مقدر بثلاثين شهرا؛ ولأن الحمل بالبطن مستفاد بقوله تعالى: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا﴾ [الأحقاف: ١٥] فلو حمل هذا على الحمل بالبطن أدى إلى التكرار ومهما أمكن حمل كلام الله تعالى على فائدة جديدة لا يحمل على التكرار.

فأما وجوب أجرة الرضاع مقدر بحولين؛ لأنه ورد نصاف أحدهما يدل على أنها مقدرة بحولين والآخر يدل على الزيادة على الحولين وللرضاع حكمان استحقاق الآخر وحرمة الرضاع فاعتبرنا المقدار بالحولين في حق وجوب الأجرة حتى لا تجب الزيادة بالشك واعتبرنا المقدار الثاني في حق التحريم احتياطا للحرمة عملا بالنصين بقدر الإمكان فكان ما قاله أبو حنيفة رحمه الله أحوط وأوثق.

وأما حكمه: فشيئان أحدهما حقيقي وهو التغذي والتربي به، والآخر شرعي وهو الحُرمة.

(باب معرفة من يحرم بالرضاع ومن لا يحرم)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في كراهية الإرضاع.

والثاني: في التحريم على المرضعة.

والثالث: في التحريم على زوجها.

(فصل)

ولا ينبغي للرجل أن يدفع ولده إلى الحمقاء لترضعه لما رُوي أن النبي صلى الله

عليه وسلم نهى عن لبن الحمقاء وقال: "**واللبن يعدي**" وإنما نهى لأن الدفع إلى الحمقاء تعريض لولده للهلاك بسبب قلة حفظها وتعهدها أو لسوء الأدب فإنها لا تحسن تأديبه فينشأ الولد سيئ الأدب.

وقوله: "**واللبن يعدي**"، يحتمل أن الحمقاء لا تحتمي من الأشياء المضرة بالولد فيؤثر لبنها فيضر بالصبي وهذا موافق لما يقوله الأطباء فإنهم يأمرون المرضعة بالاحتماء عن أشياء تورث بالصبي علة ويحتمل أنه إنما نهى عن ذلك حتى إذا اتفق اتفاق لا يضاف إلى العدوى كما رُوي عن علي رضي الله عنه: لا تسافروا والقمر في العقرب، إن صح عنه إنما نهى عن ذلك لئلا يتفق اتفاق فينسب إلى كون القمر في العقرب فيكون إيمانا بالنجوم وتكذيبا بالأخبار المروية في النهي في هذا الباب.

(فصل)

قال علماؤنا: ما يحرم من النسب نكاحًا أو جمعًا في النكاح يحرم في الرضاع؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: "**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**" إلا في مسألتين:

إحداهما: أنه يجوز للرجل أن يتزوج بأخت ابنه من الرضاع، ولا يجوز ذلك في النسب لأنها في النسب بنت امرأته التي وطئها فحرمت عليه لأجل المصاهرة لا لأجل النسب، وذلك لا يوجد في الرضاع.

والثانية: أنه يجوز أن يتزوج مرضعة أخيه ولا يجوز أن يتزوج أم أخيه من النسب لأنها في النسب موطوءة أبيه فكانت محرمة عليه بالمصاهرة، وهذا لا يوجد في الرضاع.

امرأة حلبت لبنها من ثدييها فأرضعت صبية بهذا اللبن كانت ابنتها حتى لو تزوجت بزوج فطلقها قبل أن يدخل بها، له: أن يتزوج بهذه الصبية وإن دخل بها لا يجوز أن يتزوج بها لأنها ربيبة المدخولة.

وإذا أرضعت المرأة صبيًا فالمرضعة أم الرضيع وأولادها إخوة وأخوات له حرم عليه أولادها من تقدم ومن تأخر لا يجوز له أن يتزوج شيئًا من ولدها ولا ولد

ولدها وإن سفل، والأصل أن كل اثنين اجتمعا على ثدي امرأة فهما أخوان لا يجوز لأحدهما أن يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب.

(فصل)

قال عامة العلماء: بأنه تثبت الحرمة من جانب الفحل كما تثبت من جانب المرأة.

وقال مالك وبشر: بأنه لا تثبت الحرمة من الفحل وهو الذي يسميه الفقهاء لبن الفحل.

وصورته: رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم إنها أرضعت صبية تحرم الصبية على زوجها لأنها ابنته، وكذلك لو كان لرجل امرأتان فحملتا منه وأرضعت كل واحدة منهما صغيرًا فقد صارا أخوين من الأب، وإن كان أحدهما أنثى لم يجز له أن يتزوج بالأخرى؛ لأنه أخوها من الأب.

وإن كانتا أنثيين لم يجز لرجل أن يجمع بينهما لأنهما أختان لأب.

وقال مالك وبشر: يحل ذلك كله.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**" وحكم النسب يثبت من الجانبين ولأن الفحل ينسب إلى اتحاد اللبن؛ لأن سببه الولادة والولادة مضافة إليهما فصار حدوث اللبن مضافا إليهما فتثبت الحرمة منهما؛ لأن إنبات اللحم وإنشاز العظم حصل من اللبن وقد قال صلى الله عليه وسلم: "**الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم**" فزوج المرضعة أب الرضيع وآباؤه أجداده وأمهاته جداته وإخوته أعمامه وأخواته عماته لا يحل له مناكحتهن ويجوز له مناكحة أولادهن كما في النسب ولا يحل للرضيع أن يتزوج امرأة وطئها الزوج ولا للزوج أن يتزوج امرأة وطئها الرضيع كما في النسب.

للمرأة لبن فطلقها زوجها فتزوجها آخر فحبلت من الثاني ونزل لها لبن فاللبن من الأول ما لم تلد عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف، وعند محمد وأبي يوسف الآخر منهما حتى تضع.

لمحمد: أن اللبن من الأول ثابت بيقين وإنما ينقطع من الأول إذا نزل من الثاني بيقين فوقع الشك في انقطاعه من الأول فلم ينقطع بالشك ولم يمتنع الثبوت بالشك من الثاني؛ لأن الحرمات يحتاط في إثباتها.

لأبي يوسف: أن الحبل سبب لانقطاع لبن كان ولحدوث الثاني ونزوله تعرف ذلك بالعادة المستمرة، ولأن النزول من الثاني مما يعرف بالعلامة إما من حيث الرقة أو الكثرة، فإن اللبن أول ما ينزل بسبب الحبل يكون رقيقا ثم يصير ثخينا إلى أن تلد وكذا يزداد اللبن في ثدييها متى حبلت، وإذا أمكن معرفة النزول من الثاني بهذه العلامة يحكم بالنزول من الثاني كما لو ولدت.

له: كون اللبن من الأول ثابتًا بيقين ويعلق به التحريم، وفي نزول اللبن من الثاني شك واحتمال فلا ينقطع من الأول بالشك والاحتمال؛ لأنه لا قوام للشك مع اليقين وبعد الولادة يثبت النزول من الثاني بيقين فانقطع من الأول ضرورة.

امرأة ولدت من رجل ثم مات عنها زوجها أو طلقها ثم انقضت عدتها وتزوجها آخر ولها لبن من الأول فأرضعت صبية تحرم على أولاد الأول؛ لأنهم إخوة لها من الرضاع، ولا يحرم على أولاد الثاني من غير هذه المرأة لأنهم ليسوا بإخوة لها من الرضاعة.

(**النوادر**): ذكر الحسن بن زياد في امرأة ولدت من زوج وأرضعت ولدها ثم يبس لبنها، ثم در لها اللبن وأرضعت صبيا يجوز لهذا الصبي أن يتزوج بنت هذا الرجل من غير هذه المرأة وليس هذا بلبن الفحل، وكذلك إن تزوج امرأة لم تلد قط ثم نزل لها لبن، فإن هذا اللبن من هذه المرأة لا من زوجها حتى لو أرضعت صبية لا تحرم على ولد هذا الزوج من غير هذه المرأة.

ولو زنا بامرأة فولدت منه فأرضعت بهذا اللبن صبية تحرم على الزاني وفروعه وأصوله؛ لأنها بنت الزاني رضاعا فكما لا يجوز للزاني أن يتزوجها فكذلك لهؤلاء ولعم الزاني وخاله أن يتزوج بهذه الصبية، كما يجوز له أن يتزوج بالصبية المولودة من الزنا؛ لأنه لم يثبت نسبُ ولد الزنا من الزاني فلم تثبت بينهما القرابة المحرمة للزوجية، والله أعلم بالصواب.

(باب معرفة حكم الرضاع)

(**المبسوط**): أصله: أن الرضاع سبب من أسباب التحريم كالنسب والصهرية بالنص ولأن الماء أصل في التكوين والتخليق والنسب أصل في النشوء والنمو والكبر لما فيه من إنبات اللحم وإنشاز العظم لقوله عليه السلام: "**الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم**"[1] فيكون سببًا لبقائه فألحقنا ما يوجب البقاء بما يوجب أصل التخليق والتكوين في حق الحرمة احتياطًا للحرمة.

ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: في وقت الرضاع.

والثاني: فيما يكون رضاعا وما لا يكون.

(فصل)

والرضاع الموجب للحرمة ما كان في أصل الصغر وإرضاع الكبير لا يوجب الحرمة خلافا لبعض الناس لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا رضاع بعد الفصال**"[2] أراد به نفي حكمه وهو الحرمة لا نفي حقيقة لأنها لا تنتفي؛ ولأن الرضاع إنما أوجب الحرمة باعتبار كونه سببًا للنشوء والزيادة وذلك يتحقق في حالة الصغر، فإنه لا يتربى بغيره من الأغذية، والكبير يتربى بسائر الأغذية والأطعمة فلا يكون التغذي باللبن سببًا للنشوء والزيادة في حقه بل ربما يضر به، ولهذا قال عليه السلام: "**الرضاع من المجاعة**".

ولو فطم الرضيع في مدة الرضاع بهذه المدة وهو سنتان عندهما وعنده ثلاثون شهرًا بقي الحكم وهو إباحة الرضاع ما بقيت المدة ولم يعتبر الفطام قبله كما لم يعتبر الإرضاع بعده.

وذكر الخصاف في كتاب الرضاع من تأليفه: أنه ينظر إن كان الصبي استغنى

---

(١) أخرجه أحمد (١/٤٣٢، رقم ٤١١٤). وأخرجه أيضًا: الدارقطني (٤/١٧٢).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١١٤٥١ و١٣٨٩٨).

بالطعام عن اللبن لا تثبت الحرمة، وإن كان لا يستغني تثبت الحرمة وهو رواية عن أبي حنيفة، وهذه الرواية لا تخالف الرواية الأولى من حيث المعنى؛ لأنه إذا لم يوجد الاستغناء لم يكن الفطام معتبرًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف إذا فطمته وكان يجتزئ[1] بالطعام فأرضعته امرأة لم يكن رضاعا، وإن كان لا يجتزئ بالطعام عن اللبن ينظر إن كان أكثر الذي يجتزئ به هو اللبن دون الطعام يكون رضاعا وإن حصل الاجتزاء بالطعام لا باللبن لا يقع به الرضاع.

(فصل)

وقليل الرضاع يحرم متى وصل إلى الجوف.

وقال الشافعي: لا تثبت الحرمة إلا بخمس رضعات؛ لقوله عليه السلام: "**لا تحرم المصة ولا المصتان، ولا الإملاجة**[2] **ولا الإملاجتان**"[3].

---

(١) الجَزْءُ: الاستِغناء بِالشَّيْءِ عَنِ الشَّيْءِ، وكأَنَّه الِاسْتِغْنَاءُ بالأَقَلّ عَنِ الأَكثر، فَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى مَعْنَى الجُزْء.

ابن الأعرابي: يُجْزِئُ قَلِيلٌ مِنْ كَثِيرٍ ويُجْزِئُ هذا من هذا: أَي كلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقومُ مقَام صاحِبه، وجَزَأَ بِالشَّيْءِ وتَجَزَّأَ: قَنِعَ واكْتَفَى بِهِ، وأَجْزأَهُ الشيءُ: كفَاه.

وَمِنْهُ قولُ النَّاسِ: اجْتَزَأْتُ بِكَذَا وَكَذَا، وتَجَزَّأْتُ بِهِ: بمعنَى اكْتَفَيْتُ، وأَجْزَأْتُ بِهَذَا الْمَعْنَى.

وَفِي الْحَدِيثِ: «**لَيْسَ شَيْءٌ يُجْزِئُ مِنَ الطَّعامِ والشَّرابِ إِلَّا اللَّبَنَ**» أَي لَيْسَ يَكْفِي.

وجَزِئَتِ الإِبلُ: إِذَا اكْتَفَتْ بالرُّطْبِ عَنِ الْمَاءِ.

(٢) قوله: «والإملاجة والإملاجتان» زيادة وردت عند أبي يعلى: ٤٦/٢، والإملاجة الملجة. يقال: ملج الصبي أمه يملجها ملجًا إذا رضعها. والملجة والإملاجة المرة. يعني أن المصة والمصتين لا يحرمان ما يحرمه الرضاع الكامل. النهاية: ١٠٥/٤.

(٣) أخرجه «مسلم» ١٦٦/٤ (٣٥٨١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وعمرو الناقد، وإسحاق بن إبراهيم، كلهم عن المعتمر، وقال يحيى: أخبرنا المعتمر بن سليمان، عن أيوب. وفي ١٦٧/٤ (٣٥٨٢) قال: وحدثني أبو غسان المسمعي، قال: حدثنا معاذ (ح) وابن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا معاذ بن هشام، قال: حدثني أبي، عن قتادة. وفي (٣٥٨٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة. وفي =

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] وقوله عليه السلام: "يَحْرُمُ مِن الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِن النَّسَبِ"(١) علق الحرمة بأصل الرضاع لا برضاع مقدر، والحديث الوارد في التقدير

=

(٣٥٨٤) قال: وحدثناه أبو بكر بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، جميعا عن عبدة بن سليمان، عن ابن أبي عروبة، بهذا الإسناد. وفي (٣٥٨٥) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا بشر بن السري، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن قتادة. وفي (٣٥٨٦) قال: حدثني أحمد بن سعيد الدارمي، قال: حدثنا حبان، قال: حدثنا همام، قال: حدثنا قتادة. و«ابن ماجه» (١٩٤٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا ابن أبي عروبة، عن قتادة. و«النسائي» ٦/١٠٠، وفي «الكبرى» (٥٤٣٠) قال: أخبرنا عبد الله بن الصباح بن عبد الله، قال: حدثنا محمد بن سواء، قال: حدثنا سعيد، عن قتادة، وأيوب. وفي «الكبرى» (٥٤٣١) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا معاذ بن هشام، قال: حدثني أبي، عن قتادة. و«أبو يعلى» (٧٠٧٢) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن أيوب. و«ابن حبان» (٤٢٢٩) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا خلف بن هشام البزار، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب.

كلاهما: (أيوب بن أبي تميمة السختياني، وقتادة بن دعامة) عن صالح بن أبي مريم، أبي الخليل، عن عبد الله بن الحارث، فذكره.

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١٧٠ (٢٦٤٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا همام. وفي ٧/٩ (٥١٠٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن شعبة، قال البخاري عقبه تعليقا: وقال بشر بن عمر: حدثنا شعبة. و«مسلم» ٤/١٦٤ (٣٥٧٣) قال: حدثنا هداب بن خالد، قال: حدثنا همام. وفي ٤/١٦٥ (٣٥٧٤) قال: وحدثناه زهير بن حرب، قال: حدثنا يحيى، وهو القطان (ح) وحدثنا محمد بن يحيى بن مهران القطعي، قال: حدثنا بشر بن عمر، جميعا عن شعبة (ح) وحدثناه أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن سعيد بن أبي عروبة. و«ابن ماجه» (١٩٣٨) قال: حدثنا حميد بن مسعدة، وأبو بكر بن خلاد، قالا: حدثنا خالد بن الحارث، قال: حدثنا سعيد. و«النسائي» ٦/١٠٠، وفي «الكبرى» (٥٤٢٢) قال: أخبرني إبراهيم بن محمد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن شعبة. وفي ٦/١٠٠، وفي «الكبرى» (٥٤٢٤) قال: أخبرنا عبد الله بن الصباح بن عبد الله، قال: حدثنا محمد بن سواء، قال: حدثنا سعيد.

ثلاثتهم: (سعيد بن أبي عروبة، وشعبة بن الحجاج، وهمام بن يحيى) عن قتادة، قال: سمعت جابر بن زيد، أبي الشعثاء، فذكره.

محمول على الابتداء حين كان إرضاع الكبير مشروعًا بخمس رضعات ثم انتسخ إرضاع الكبير بالإجماع فانتسخ التقدير معه بالإجماع ضرورة.

ولبن الميتة يوجب الحرمة خلافا للشافعي؛ لأن الحرمة لا تتعلق بفعل الإرضاع بدليل أنا الصبي إذا ارتضع من النائمة أو من المغمى عليها أو أكرهت المرأة على الإرضاع تثبت الحرمة، وإنما يتعلق التحريم بما يقع به الاكتفاء والاجتزاء للصغير في معنى الغذاء لكونه سببا لإنبات اللحم وإنشاز العظم، ومعنى الغذاء من اللبن لا يزول بالموت فيقع به الاكتفاء في الغذاء فأقيم مقام إنبات اللحم وإنشاز العظم وصار كما لو حلب قبل الموت فشرب بعد الموت تثبت الحرمة وإن انعدم فعل الإرضاع فكذا هذا.

ولو أوجر الصبي أو استعط فهو رضاع؛ لأن اللبن قد وصل إلى الجوف؛ لأن بالوجور يصل إلى المعدة، وكذلك بالسعوط لأن بين الأنف وبين الحلق منفذ فيصل شيء إلى المعدة بالسّعوط ووصول شيء من اللبن إلى المعدة يكفي لإثبات الحرمة. وإن أقطر في أذنه أو في إحليله أو في جائفةٍ أو آمةٍ أو احتقن به لا تثبت الحرمة. وقال الشافعي في الحقنة تثبت الحرمة في السعوط والوجور.

والصحيح قولنا؛ لأنه لا يصل إلى المعدة فلا يقع به التغذي والتربي فلا يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم، وإن خلط اللبن بغيره فلا يخلو إما أن خلطه بالمشروب أو بالمأكول، فإن خلطه بالمشروب فلا يخلو إما أن خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه، فإن خلطه بالمشروب بخلاف جنسه كالماء والدهن والنبيذ والدواء، فإن كان اللبن غالبًا يحرم وإلا فلا.

وقال الشافعي: يحرم إذا صب مقدار خمس رضعات في جب من ماء فشرب منه الصبي.

والصحيح قولنا؛ لأن حكم المغلوب وأثره لا يظهر في مقابلة الغالب؛ لأن المغلوب يصير فائتا مستهلكا معنى وقيام الشيء بصورته ومعناه، فإذا ذهب معنى اللبن لم يبق سببا للنشوء والزيادة فلا يكون سببا للحرمة؛ لأن الحرمة متعلقة بالمعنى لا بالصورة.

وكذلك إن اختلط لبن امرأتين تثبت الحرمة لأغلبهما عندهما، وعند محمد وزفر تثبت الحرمة منهما؛ لأن الشيء لا يصير مستهلكا بجنسه؛ لأن المعنى لا يختلف بزيادة القدر بل يتقوى به؛ لأن كل واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم، وإذا لم يصر أحدهما مستهلكا تعلق به التحريم.

لهما: أن القليل من المائع إذا خلط بكثير من المائع من جنسه أو خلاف جنسه، فإن القليل يتفرق تفرقا بحيث لا يبقى لأجزائه منفعة، فإن قطرة من الماء إذا وقعت في البحر لا يبقى لأجزائها منفعة لكثرة التفرق، وإذا فاتت المنفعة بسبب الغلبة بقي الرضاع من صاحب القليل صورة لا معنى فلا يتعلق به التحريم لما بينا.

وأما إذا خلطه بالمأكول إن طبخه بالنار لا تثبت الحرمة؛ لأن بالطبخ زالت قوته إلى الطعام فيصير تبعا للطعام وصفة من أوصافه حتى لا يسمى لبنا على الإطلاق، ولهذا لا يسمى إرضاعا فكذلك إن لم تمسه النار والطعام غالب.

وكذلك إن كان اللبن غالبًا عند أبي حنيفة، وعندهما تثبت الحرمة؛ لأن حكم المغلوب لا يظهر في مقابلة الغالب فلا يصير اللبن مستهلكا معنى كما لو خلط به دواء.

له: أن الطعام يسلب قوة اللبن ويرق أجزاءه فلا يكتفي الصبي بشربه فيصير تبعًا للطعام بخلاف الدواء وغيره، فإنه يقوي اللبن فيوصله إلى مواضع لولاه لم يصله ولا يسلب قوته بل يزيد على قوته، ولأن الأكل إنما يكون لقمة لقمة لا حسوًا فيكون الطعام هو الغالب حالة الوصول إلى المعدة، واللبن هو الغالب حال ما يكون في القصعة كالمرقة إذا كانت غالبة على الثريد، فإذا أكل لقمة لقمة لا حسوًا والغالب هو الطعام حالة الوصول إلى المعدة، والحرمة إنما تعلقت بالوصول إلى المعدة لا بما يبقى في القصعة فلا تثبت به الحرمة حتى لو حسا ما في القصعة تثبت له الحرمة عنده على هذه العلة، ووضع محمد المسألة في الأكل يدل على هذا.

(**النوادر**): امرأة دخّلت حلمة ثديها في فم رضيع ولا تدري أدخل اللبن في حلقه أم لا؟ يحرم النكاح؛ لأن في المحرم شكًّا.

صبية أرضعها بعض أهل قرية ولا تدري من أرضعها من النساء، فتزوجها

رجل من أهل تلك القرية يسعه في الحكم؛ لأنه لم يظهر المانع.

والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة، فإن فعلن فليحفظن له وليكتبن احتياطًا. [والله أعلم بالصواب][1].

(باب ما تضمن المرضعة وما لا تضمن)

(**المبسوط**): أصله: أن الرضاع الطارئ على النكاح والمقارن له سواء في التحريم كما في حرمة المصاهرة؛ لأن في المنافي المقارن والطارئ سواء التعذر في بقاء الشيء مع المنافي.

أرضعت امرأة الأب زوجة الابن تحرم عليه لأنها صارت أخته لأب، وكذلك لو تزوج رضيعتين فأرضعتهما امرأة معا أو متعاقبًا حرمتا عليه؛ لأنه صار جامعا بين الأختين من الرضاع وعلى الزوج نصف المهر لكل واحدة؛ لأن الفرقة لم تجئ من قبلها لأنها مجبورة على ذلك بحكم الطبع واختيارها ساقط والكبيرة في إلقام الثدي في فمها مختارة فأضيف الحادث إليها دون الصغيرة كمن ألقى حية على إنسان حتى لدغته أو نارًا على ثوب إنسان حتى أحرقته يضمن؛ لأن اللدغ للحيَّة والإحراق للنار طبع فأضيف الحادث إلى الملقى فكذا هذا، ويرجع الزوج على المرضعة إن تعمدت الفساد، وإن لم تتعمد فلا، وقال الشافعي ترجع، وإن لم تتعمد؛ لأنه ضمان إتلاف فلا تختلف بالعمد وعدمه.

والصحيح قولنا؛ لأنها مسببة لا مباشرة، علة الحرمة؛ لأن الرضاع غير موضوع للفرقة بل ضرورة كونه سببًا للبعضية، فإن إلقام الثدي في فمها سبب لوصول اللبن إلى جوفها، واختيار الصغيرة في الارتضاع فاسد لأنها مجبولة عليه طبعا، وبوصول اللبن إلى جوفها حصلت البعضية وهو النشوء والزيادة فحصلت بينهما الإخوة فكانت مسببة للحرمة، والمسبب إذا كان متعديا يضمن كحافر البئر على قارعة الطريق، وإن كانت محقة بأن قصدت رد الجوع والهلاك دون الفساد لم يضمن كحافر البئر في ملكه.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

والقول لها في التعمد؛ لأنه لا يعلم إلا من جهتها كانقضاء العدة.

وذكر في كتاب الرضاع والإكراه: لو وطئها ابن زوجها وهي مكرهة قبل دخول الأب حتى وقعت الفرقة رجع الأب على الابن بالمهر إن تعمد الفساد، وإن لم يتعمد فلا، وفي رواية النوادر أنه لا يرجع في الحالين؛ لأنه وجب الحد على الابن والمهر مع الحد لا يجتمعان.

وجه ظاهر الرواية: أن الضمان يجب على الابن بدلًا عن نصف المهر الذي أكد على الزوج بعد وجود سبب الإسقاط وهو وقوع الفرقة لا من جهة الزوج لا بدلا عن منافع البضع فجاز الجمع بينهما، والفرقة وإن جاءت لا من جهة الزوج فوجب أن يسقط المهر لكن المكرهة فجعلت آلة للمكره فيما يصلح آلة فلم تجئ الفرقة من جهتها فلا يبطل حقها فلو سقط المهر سقط بطريق المجازاة على مباشرة الجناية والمعصية والمكرهة والصغيرة ليستا من أهل المجازاة على الفعل.

تزوج ثلاث صبيات فأرضعتهن امرأة على التعاقب حرمت الأولى والثانية دون الثالثة؛ لأنها لما أرضعت الثانية حرمتا لأنهما صارتا أختين معا، فإذا أرضعت الثالثة صارت أختا لهما ولم يبق الجمع فلا يفسد النكاح.

وإن أرضعتهن معا بأن ألقمت ثديها في فم ثنتين منهن وكانت قد حلبت قبل ذلك لبنا فأوجرت الثالثة فاتفق وصول اللبن إلى جوفهن معا حرمن جميعا؛ لأن رضاع الأولى لم يتعلق به تحريم فمتى أرضعت الأخرتين صرن أخوات وقد تحقق الجمع بينهن فحرمن.

وإن كن أربع صبيات فأرضعتهن متعاقبا حرمن؛ لأنه لما أرضعت الأولى والثانية حرمتا عليه؛ لأنه صار جامعًا بين الأختين، فإذا أرضعت الثالثة والرابعة حرمتا عليه أيضًا.

تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتهما الكبيرة متعاقبًا حرمت الكبيرة والصَّبية الأولى لأنها صارت بنتها، والجمع بين الأم والبنت حرام ولا تحل الكبيرة بحال؛ لأن أم المرأة تحرم بنفس العقد على الزوج، ولا مهر للكبيرة؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها قبل الدخول وتحل الأولى؛ لأنه لم يدخل بأمها وتحل الأخيرة لأنها حين

أرضعتها لم يبق نكاح الكبيرة ونكاح الصبية الأولى، وإن دخل بالكبيرة حرمن لما عرف وإن أرضعتهما معا حرمن جميعا لأنهما ربيبتا امرأته ولم يدخل بها.

(**النوادر**): ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فأرضعتهن متعاقبًا حرمن عليه لأنها لما أرضعت واحدة حرمت هي والصغيرة عليه؛ لأنه صار جامعًا بين الأم والبنت، فإذا أرضعت الثانية لم تحرم عليه لأنها ربيبة لم يدخل بأمها، فإذا أرضعت الثالثة صارت مع الثالثة أختين وقد وجد الجمع بينهما فحرمتا.

ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فأرضعتا إحدى الصغيرتين وهي زينب متعاقبًا ثم أرضعت الثانية وهي عمرة بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى والصغيرة الثانية امرأته؛ لأن إحداهما لما أرضعت الأولى حرمتا عليه؛ لأنه صار جامعا بين الأم والبنت، فإذا أرضعت الكبيرة الثانية زينب أيضًا حرمت الكبيرة الثانية؛ لأنها صارت أم امرأته فتحرم بنفس العقد، فإذا أرضعتا عمرة صارت ربيبته ولو لم يدخل بأمها فلا تحرم.

ولو كانت إحدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين جميعا متعاقبًا ثم أرضعتهما الكبيرة الأخرى متعاقبًا ينظر إن كانت الكبيرة الثانية بدأت بالتي بدأت بها الأولى بانت الكبيرتان والصغيرة الأخرى امرأته؛ لأن الأولى لما أرضعت إحداهما حرمتا عليه؛ لأنه جامع بين الأم والبنت، فإذا أرضعت الثانية وهي أجنبية منه صارت الصغيرة الثانية ربيبته أيضًا ولم يدخل بأمها فلم تحرم عليه، فإذا بدأت الكبيرة الثانية بالتي بدأت بها الأولى صارت أم امرأته فحرمت عليه، فإذا أرضعت الثانية وهي أجنبية صارت ربيبته أيضًا ولم يدخل بأمها فلم تحرم، وإن بدأت الكبيرة الثانية بغير التي بدأت بها الأولى حرمن جميعا؛ لأنه صار جامعا بين الأم والبنت فحرمتا عليه كما حرمت الكبيرة الأولى مع الصغيرة الأولى.

ولو كانت تحته صغيرة وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا لأنهما صارتا أختين، وكذلك لو أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لأنها صارت بنت أخت امرأته ولا يجوز الجمع بين المرأة وبنت أختها.

ولو أرضعت عمة الكبيرة أو خالتها لم تحرم؛ لأنه يجوز الجمع بين المرأة وبنت عمتها أو بنت خالتها.

ولو طلق امرأته ثلاثا ثم أخت المعتدة أرضعت امرأة له صغيرة قبل انقضاء عدة المطلقة بانت الصغيرة؛ لأن حرمة الجمع في حالة العدة كالحرمة في حال قيام النكاح.

رجل تزوج امرأتين رضيعتين فجاءت امرأتان ولهما منه لبن فأرضعت كل واحدة منهما إحدى الصبيتين معًا وتعهدتا لا ضمان على واحدة منهما؛ لأن كل واحدة منهما غير مفسدة بصنعتها خاصة؛ لأن الفسادة لعلة الأختية والأختية إنما تثبت بصنعهما، [فلم تصر كل واحدة منهما مفسدة بصنعتها][1].

(المنتقى) رجل له امرأتان إحداهما صغيرة والأخرى مجنونة فأرضعت المجنونة الصغيرة بانتا منه لأنهما صارتا أُمًّا وبنتًا، فإن كانت المجنونة لم يدخل بها الزوج فلها نصف الصداق ولا يرجع الزوج على المجنونة بمهر الصغيرة؛ لأن فعلها لا يوصف بالجناية، وكذا الصغيرة لو جاءت إلى الكبيرة وهي نائمة فأخذت ثديها وارتضعت منها بانتا منه ولكل واحدة منهما نصف الصداق ولا يرجع الزوج على الصغيرة لأنها لا تجازى على الفعل.

رجل أخذ لبن الكبيرة فأوجر الصغيرة بانتا منه ولكل واحدة نصف الصداق على الزوج ويغرم الرجل للزوج نصف مهر كل واحدة منهما إن تعمد الفساد لما بينا.

رجل له أم ولدٍ فزوجها من صبي ثم أعتقها فخيرت فاختارت نفسها ثم تزوجت بآخر وولدت فجاءت إلى الصبي وأرضعته بانت من زوجها لأنها صارت امرأة ابنه من الرضاعة؛ لأن الصغير صار ابنًا لهذا الزوج، فلو بقي النكاح لصار الزوج متزوجًا بامرأة ابنه من الرضاع؛ لأن هذه المرأة كانت منكوحة لهذا الصغير وهذا لا يجوز.

ولو زوج المولى أم ولده عبده الصغير وأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها؛ لأن العبد صار ابنًا للمولى فحرمت عليه لأنها كانت موطوءة أبيه وحرمت على المولى لأنها امرأة ابنه.

رجل له امرأتان كبيرة وصغيرة ولابنه امرأتان صغيرة وكبيرة فأرضعت امرأة

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

الأب امرأة الابن وامرأة الابن امرأة الأب واللبن منهما فقد بانت الصغيرة ونكاح الكبيرتين ثابت؛ لأن الصغيرتين صارتا ربيبتين له وقد دخل بأمهما فحرمتا عليه دون أميهما.

وكذلك لو كان مكانهما أخوين.

ولو كانا أجنبيتين لم تبن واحدة منهما.

ولو كان رجل وعمه فنكاح امرأة ابن الأخ ثابت وتبين امرأة العم الصغيرة منه.

رجل اشترى ثلاث أخوات متفرقات فله أن يطأ الأخت لأب والأخت لأم جميعًا ما لم يطأ الأخت لأب وأم.

ولو اشترى معهن بناتهن فله أن يطأ البنات الثلاث دون الأمهات وإن أراد أن يطأ بعض الأمهات وبعض البنات فله أن يطأ الأخت لأب، ولو وطئ الأخت لأب وأم لم يكن له أن يطأ من سواها من الأخوات والبنات حتى يخرجها من ملكه.

صغير له امرأة لها لبن فارتدت وبانت من الصبي الذي كان زوجها ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت منه فأرضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان زوجها حرمت على زوجها الثاني وهذا قول محمد رحمه الله؛ لأن الصبي صار ابنا لزوجها فكانت هذه امرأة الابن فحرمت عليه.

(باب الشهادة والإقرار بالرضاع)

(**المبسوط**): ولا يقبل في الرضاع إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، هكذا رُوي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم؛ ولأن ثبوت الحرمة لا ينفك عن زوال ملك النكاح، وزوال ملك النكاح وإبطال الذي هو حقها على الاشتراك لا يثبت إلا بشهادة شاهدين والمستحب أن يتفرقا لما روي أن عقبة بن الحارث جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إني تزوجت امرأة فشهدت امرأة سوداء أني أرضعتكما فلم يفرق بينهما وقال: كيف وقد قيل كيف وقد قيل كيف وقد قيل ثلاثا فقد أشار إلى الكبيرة والمستحب ولو كانت الحرمة تثبت بشهادة الواحد لفرق بينهما.

ولا تثبت بشهادة أربع نسوة خلافا للشافعي؛ لأن هذا مما يطلع عليه الرجال؛ لأن الرضاع يكون بين الأقارب من الرجال فلا يثبت بشهادة النساء على الانفراد بخلاف الولادة؛ لأنها مما لا يطلع عليه الرجال أصلا فتقبل شهادة النساء على الانفراد.

ولو شهد رجل وامرأتان فالتفريق إلى القاضي؛ لأن هذه فرقة وحرمة تتضمن إبطال حق العبد فلا يتعلق هذا الحكم بالشهادة إلا بانضمام القضاء إليها.

ولو قال هذه بنتي من الرضاع ثم قال غلطت فصدقته المرأة في الغلط أو كذبته في الغلط ثم صدقته لا تقع الفرقة إلا إذا أصر وأشهد، وقال الشافعي: تقع الفرقة.

وكذلك لو قال هذا قبل النكاح فتزوجها جاز خلافا له.

والصحيح قولنا؛ لأن هذا أمر يجري فيه الغلط فيما بين الناس؛ لأن حال المرأة قد يشتبه على الرجل فيحسبها أخته من الرضاع وهي أجنبية فإذا قال أوهمت فيما أقررت فقد ادعى الكذب في إقراره والرجوع عما أقر به وهو دليل ظاهر على ذلك وعلى كونها أجنبية وهو إقدامهما على النكاح؛ لأن الظاهر أن المسلم لا يتزوج أخته فيصدق كالمكره على الإقرار إذا ادعى الكذب في إقراره يُصَدق فكذا هذا بخلاف ما لو أصر عليه؛ لأن خفيَّة إقراره ثبت نصًّا وإفصاحًا فلا يجوز رفعها بالدلالة كالمكره إذا أصر على إقراره ثم ادعى الكذب فيه.

ولو قال لعبده: هذا ابني، ثم قال: أوهمت لا يصدق؛ لأن قوله هذا ابني جعل إقرارا بحريته من حين ملك مجازًا لما تعذر العمل بحقيقته فصح إقراره بحريته، كما لو قال لامرأته طلقتك اليوم ثم قال غلطت لا يقبل.

ولو قال لامرأته: هذه بنتي من النسب وهي معروفة لغيره لا يفرق بينهما خلافا للشافعي؛ لأنه تعذر تصحيحه بحقيقته وهو إثبات النسب منه، وتعذر تصحيحه لمجازه وهو جعل اللفظ مجازا عن الإقرار بالحرمة؛ لأنه يكون إقرارا عليها؛ لأنه ينفي كونها محللة وكونها محللة حقها فالإقرار على الغير لا يقبل ولا كذلك العتق؛ لأن ملك اليمين حقه، وإن كانت مجهولة النسب فرق بينهما وأنزلت بنتا له؛ لأنه أمكن تصحيح إقراره بحقيقته فصح والله تعالى أعلم بالصواب.

كتاب العدة

(باب معرفة العدة)

(**المبسوط**): العدة ثلاثة أنواع: عدة الطلاق، وعدة الوطء، وعدة الوفاة.

فعدة الطلاق: ثلاثة قروء في حق ذوات الأقراء لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨]؛ لأن الحاجة مست إلى تعرف براءة الرحم واستكشاف حاله وصون الماء المحترم عن الاختلاط والامتزاج تحصيلا للولد المطلوب من النكاح بواسطة الوثوق بكون الولد منه وتعرف براءة الرحم يحصل بالقروء الدال عليه إذا كان مشغولا بالولد؛ لأنه يسد فم الرحم فلا يتصور خروج الدم عنها إلا أن الشرع قدر العدة بثلاثة أقراء والاستبراء بقرء واحد؛ لأن الماء الحاصل بملك النكاح أعظم خطرًا وأزيد حرمة من الماء الحاصل بملك اليمين فأوجب المبالغة في التعرف بزيادة قرائن إظهارًا لعظم خطره ومزيد حرمته واحتياطا في أمره، ومن لا تحيض لصغر أو كبر أو فقد حيض تعتد بثلاثة أشهر بعد الدخول أو الخلوة لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ [الطلاق: ٤] حتى لو بلغت الصغيرة فرأت يوما دما ثم انقطع سنة فطلقها زوجها انقضت عدتها بالأشهر؛ لأنها لم تحض فدخلت تحت قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ [الطلاق: ٤].

والممتدة طهرها فعدتها بالحيض لا بالأشهر ما لم تدخل في حد الإياس؛ لأنه ما لم يقع اليأس عن الأصل لا يجوز المصير إلى البدل.

وعدة الأمة حيضتان لقول عمر رضي الله عنه: طلاق الأمة ثنتان وعدتهما حيضتان. ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصف، فإن لم تحض فشهر ونصف؛ لأن الرق منصف حقوق النكاح لما بينا إلا أنه تعذر تنصيف الحيضة؛ لأن الحيضة عبارة

عن درور الدم وبروده ودرور الدم في جميع المدة مجهول مقداره قد يقل في أولها ويكثر في آخرها وقد يكون على العكس فتعذر تنصيفه، فأما الأشهر فمعلوم مقدارها فأمكن تنصيفها فينصف ولا عدة قبل الدخول والخلوة لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] الآية، ولأن العدة إنما شرعت لتعرف براءة الرحم وقد تيقنا ببراءة الرحم عن الشغل قبل الدخول فلا حاجة إلى شرعها.

وأما عدة الوطء بالشبهة فالفرقة عن النكاح الفاسد بعد الدخول كعدة الطلاق؛ لأن العدة إنما شرعت لصيانة الماء المحترم عن الخلطة وحرمة الماء بثبات النسب والوطء بالشبهة ساوى النكاح الصحيح في حق إثبات النسب فيستويان في إيجاب العدة.

ولا تجب العدة بالوطء في نكاح الفضولي؛ لأن النكاح الموقوف لم ينعقد في حق حكمه فلا يورث شبهة الملك والحل فكان عدمًا في حق المحل مثل الإجارة.

وعدة أم الولد ثلاث حيض إذا أعتقها المولى أو مات عنها، وإن كانت لا تحيض فثلاثة أشهر، وقال الشافعي حيضة.

والصحيح قولنا؛ لما روي أن مارية القبطية أم ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتدت بعد وفاته بثلاثة أقراء ولأن الماء الذي في رحمها بالعتق تكاملت حرمته وعظمت خطرته؛ لأنه يثبت نسبه بحيث لا ينتفي بنفيه كالماء الذي في رحم الحرة المنكوحة فيجب التربص بثلاثة أقراء إظهارا لزيادة حرمة الماء واحتياطا في صيانته كما في الحرة.

ولو حرمت على مولاها بالمصاهرة ثم مات المولى فعليها العدة؛ لأن سبب الفراش قائم وهو ملك اليمين، فإنه قائم مقام الفراش وتوهم شغل الرحم بالماء ثابت، فإذا مات زال سبب الفراش فتجب العدة صيانة لمائه.

ولو زوجها ثم مات المولى لا تجب العدة؛ لأن الفراش انتقل إلى الزوج وفراغ الرحم عن شغل الماء ثابت حكمًا للنكاح، فإن جواز النكاح يدل على الفراغ حكمًا فلا تجب العدة كما لو طلقها قبل الدخول، فإن طلقها الزوج وانقضت عدتها ثم مات المولى فعليها العدة بموت المولى؛ لأنه عاد الفراش إليه وقد زال بالموت.

ولو مات عن مدبره كأن يطأها لم تلزمها العدة؛ لأنه لا فراش فالعدة لا تجب بدونه.

والخلوة الصحيحة توجب العدة في النكاح الصحيح دون الفاسد؛ لأن الخلوة إنما أقيمت مقام الوطء لوجود التمكين منها، ولا يحل لها التمكين في النكاح الفاسد فلا تقام الخلوة مقام الوطء.

فأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فعلى ضربين كل خلوة يتمكن بها من الوطء حسًّا وهو ممنوع عنه شرعا كخلوة الحائض والصائمة والمحرمة توجب العدة دون كمال المهر؛ لأن تمكنه من الوطء طبعا وحسًّا يستدعي وجوب العدة، ووجود المانع من الوطء شرعًا يمنع وجوب العدة فدارت العدة بين السقوط والوجوب فأوجبناها احتياطا لأمر الحرمة ولا يصدقان في عدم الدخول في حق العدة حقا للشرع.

وكل خلوة لا يتمكن بها من الوطء حسا وشرعا كخلوة المريض المدنف أو الصغير أو الصغيرة أو كان معهما ثالث أو كانت رتقاء فلا عدة لعدم التمكن أصلا.

وتعتبر العدة في النكاح الفاسد من حين الوطء.

وقال زفر: من آخر وطء وطئها؛ لأن العدة تجب بالوطء لا بالعقد بدليل أنه لو فارقها قبل الوطء بعد الخلوة لا تجب العدة فتعتبر من آخر الوطأة صيانة للماء الذي انصب في رحمها بآخر الوطء. لنا: أن النكاح الفاسد عند الوطء ملحق بالصحيح في حق إفادة الأحكام كسائر العقود وبالمفارقة والمشاركة ترتفع أحكام العقد حتى لو وطئها بعدها يلزمه الحد فتعتبر العدة من حينها كما في الصحيح.

(**النوادر**): ولو اشترى زوجته وقد دخل بها فسد نكاحه ولا عدة في حقه يريد به أنه لا يحرم عليه وطؤها وهي كالمعتدة في حق غيره حتى لا يزوجها من الغير ما لم تحض حيضتين صيانة لمائه عن الاختلاط وهذه عدة لفساد النكاح حتى لو طلقها واحدة ثم اشتراها وهي في العدة ثم طلقها لا تقع؛ لأنها ليست بمعتدة عن الطلاق؛ لأنه حين اشتراها فسد النكاح وارتفعت عدة الطلاق بدليل أنه يحل له وطؤها بملك اليمين.

وفي نوادر ابن سماعة: للعبد امرأة حرة فقال لها: أنتِ طالق للسنة وهي حائض. ثم اشترته به وهي مدخولة ثم طهرت من حيضها وهي في العدة طلقت وإنما لم ترتفع عدة الطلاق في هذه المسألة؛ لأنه لم يوجد في حقه سبب آخر يستفاد به إباحة الوطء، ألا ترى أن وطأها عليه حرام لذلك لم يؤثر في رفع عدة النكاح الأول ولا كذلك في شراء الحر زوجته؛ لأنه قد وجد في حقه سبب آخر يستفاد به إباحة وطئها لذلك لا يصلح مؤثرا في إبطال العدة.

ولو جامع مطلقته الثلاث مكرها في العدة، فإن جامعها منكرا طلاقها يستقبل العدة، وإن كان مقرا طلاقها لا يستقبل، وكذا من طلق امرأته ثم أقام معها زمانا إن أقام معها منكرا طلاقها لم تنقص عدتها هكذا اختاره المشايخ زجرًا لها وإن أقام مقرا بطلاقها انقضت عدتها.

فإن كانت ولدت منه تعتد بثلاث حيض؛ لأنه وجبت حيضتان بالفرقة بعد الدخول وثلاث بالوفاة إلا أنها تتداخل وتجد في الأوليين دون الثالثة لما بينا في الحر اشترى زوجته.

ولو اشترى المكاتب زوجته ثم مات، فإن ترك وفاء فهو حر في آخر حياته وفسد نكاحه؛ لأنه ملك امرأته، فإن كان لم يدخل بها فلا عدة لوقوع الفرقة بعد الدخول بها، وإن كان دخل بها فعليها العدة حيضتان لوقوع الفرقة بعد الدخول بها وهي أمه.

فإن لم يترك وفاء لا يفسد النكاح وعليها العدة شهران وخمسة أيام.

ولو تزوج المكاتب بنت مولاه بإذنه ثم مات المكاتب بعد موت المولى عن وفاء فعدتها أربعة أشهر وعشر دخل بها أو لم يدخل ولها الصداق والإرث؛ لأنه مات حرًّا لأنّا حكمنا بحريته في آخر جزء من حياته، فإن مات لا عن وفاء فسد نكاحه؛ لأن المرأة ملكته في آخر حياته، فإن كان دخل بها سقط المهر يقدر ما ملكته منه وتعتد بثلاث حيضٍ، وإن لم يكن دخل بها فلا صداق ولا عدة؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وهي ملكها زوجها.

فأما عدة الوفاة: المتوفى عنها زوجها لا تخلو إما أن كانت حائلا أو حاملا، فإن

كانت حائلا تعتد بأربعة أشهر وعشر حرة مسلمة أو كتابية صغيرة أو كبيرة مدخولة أو غير مدخولة لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] بلا تفصيل والمراد من العشرة عشرة أيام بلياليها؛ لأن اسم العشرة وإن انطلق على أحدهما لكن متى ذكر الأيام أو الليالي باسم الجمع يستتبع ما بإزائهما من الليالي أو الأيام لما قدمنا، ولأن عدة الوفاة شرعت قضاء لحق النكاح إظهارًا للتأسف والتلهف على فوات نعمة الزوجية لأنها نعمة خالصة في حقها لما فيه من قضاء شهوتها وتحصينها عن الحرام وثبوت الغنية بالمهر لها ودرور النفقة عليها وهذه نعمة جليلة وكرامة شريفة فيجب إظهار الشكر عند إصابتها والتأسف والتلهف على فواتها بالتربص مدة في فراق زوجها.

والمملوكة تعتد بشهرين وخمسة أيام.

ولا تجب عدة الوفاة في النكاح الفاسد لأنه لا تثبت حقيقة الزوجية فلم يتوف عنها زوجها ولأن النكاح الفاسد معصية ويعد بطلانه نعمة فلا يجب قضاء حقه.

والعدة تجب من وقت الوفاة والطلاق، وإن لم تعلم المرأة لأنها أجل وضع لتعريف براءة الرحم أو لقضاء حق النكاح وذلك يحصل بلا علم ولأنها لو وجبت من يوم الخبر تتضرر المرأة بتطويل العدة عليها.

وإن كانت لا تتقي عن محظورات العدة قبل العلم وهو حق الله تعالى لكن لا يمكن توفير حق الله تعالى إلا بضرر يلحقها وحق العبد وحق الرب متى اجتمعا يقدم حق العبد على حق الله تعالى لكونه لا يألوها حقه.

ولو أقر أنه طلق امرأته منذ كذا وكذبته المرأة في الإسناد أو قالت لا أدري تجب العدة من وقت الإقرار ويجعل هذا إنشاء للحال احتياطا وأخذًا بالثقة.

وإن صدقته في الإسناد تجب العدة من وقت الطلاق.

واختار مشايخنا أنه يجب من وقت الإقرار زجرًا له عن كتمان طلاقها؛ لأنه يصير مُسببًا لوقوعها في المعصية لأنها متى لم تشعر بوجوب العدة لا تتقي محظوراتها.

ولا تجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى؛ لأن ذلك حقها وهي أقرت أنه لا حق لها ولها أن تأخذ منه مهرًا ثانيًا بالدخول؛ لأن الزوج أقر بذلك وهي صدقته.

وأما إذا كانت حاملًا فعدتها تنقضي بوضع الحمل في الطلاق والوفاة حرة كانت أو أمة، ورُوي عن علي رضي الله عنه تعتد في الوفاة بأبعد الأجلين وهما الأشهر ووضع الحمل أيهما أبعد تعتد به.

والصحيح قول عامة العلماء؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فهذه الآية نزلت بعد آية الوفاة من شاء بأهلته أن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ﴾ التي في سورة النساء القصرى نزلت بعد قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ فصارت آية الوفاة منسوخة بآية الحمل في حق الحامل؛ لأن العام المتأخر ينسخ الخاص المتقدم.

ولو مات الصبي عن امرأته وظهر بها حبل بعد موته اعتدت بالأشهر؛ لأن الحمل إذا كان مفقودا حالة الموت وجبت العدة بالأشهر فلا يتصور التحويل والتبديل بعده.

ولو مات وهي حامل تعتد بوضعه استحسانا، وفي القياس تعتد بالشهور وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي؛ لأنه حمل منتفي نسبه عن الميت بيقين فيكون من زنا فلا يتعلق بوضعه انقضاء العدة كما لو حدث بعد الموت.

وجه الاستحسان قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] من غير فصل ولأن الحمل عن زنية محترم من وجه من حيث إنه ثابت النسب من الأم، ولهذا يمنع الوطء غير محترم من وجه من حيث إنه غير ثابت النسب من الزوج فمن حيث إنه محترم وجب صونه عن الخلط وتعرف براءة الرحم عن الشغل ومن حيث إنه غير محترم لم يمنع ذلك فقدرنا العدة بوضعه ولم نوجب العدة بسببه عملًا بالشبهين وإظهار الحرمة من وجه بخلاف ما لو حدث الحمل بعد الموت؛ لأن العدة وجبت بالأشهر فمن حيث إنه محترم يجب أن يتعين ومن حيث إنه غير محترم يمنع فلا يتغير بالشك.

ولدت وفي بطنها آخر تنقضي العدة بالآخر لقوله تعالى: ﴿أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ فالحمل اسم لجميع ما في البطن، وإذا أسقطت سقطًا استبان بعض خلقه انقضت به العدة؛ لأنه ولد، وإن لم يستبن بعض خلقه لا تنقضي؛ لأن الانقضاء معلق بوضع الحمل والحمل اسم لنطفة متغيّرة بدليل أن الساقط إذا كان نطفة أو علقة لا تنقضي لها العدة لأنها لم تتغير عن حالتها ولا يعرف كونها نطفة متغيّرة بيقين إلا باستبانة بعض الخلق فأما بدونها يجوز أن يكون نطفة متغيرة ويجوز أن يكون دما منعقدا فوقع الشك في انقضاء العدة فلا تنقضي بالشك.

(**المنتقى**): قال محمد رحمه الله في نوادر ابن رستم: لو خرج من قبل الرأس نصف البدن غير الرأس أو خرج من قبل الرجلين نصف البدن غير الرجلين انقضت به العدة وفسر وقال: النصف من البدن هو من أليتيه إلى منكبيه ولا يعتد بالرجلين ولا بالرأس، وقال في الهاروني: لو خرج أكثر الولد لم تصح الرجعة وحلت للأزواج، وقال مشايخنا: لا تحل للأزواج أيضا؛ لأن الأكثر يقام مقام الحل في حق انقطاع الرجعة احتياطا ولا يقام مقامه في حق حلها للأزواج احتياطا للحرمة كما لو اغتسلت من الحيضة الثالثة وبقي أقل عضو، فإنه تنقطع الرجعة ولا تحل للأزواج احتياطا.

وفي نوادر ابن سماعة: لو جاءت المبانة المدخولة له بولد فخرج رأسه لأقل من سنتين أو يخرج من قبل الرجل الأكثر من البدن لأقل من سنتين ويخرج ما بقي لأكثر.

ولو خرج الرأس فقتله إنسان وجبت الديّة ولا يجب القصاص، وكذلك في أذنيه ولو قطع الرجلين قبل الرأس وجبت الديّة، وفي نوادر هشام لو قال لجاريته أنتِ حرة وقد خرج رأس الولد مع نصف البدن لا تعتق حتى يخرج النصف سوى الرأس والله أعلم بالصواب.

(باب ما تنقضي به العدة)

(**المبسوط**): العدة تنقضي بالحيض، وعند الشافعي بالأطهار.

والصحيح قولنا؛ لأن المراد بالقروء المذكورة في الآية الحيض دون الأطهار لقوله عليه السلام: "**طلاق الأمة اثنتان وعدتها حيضتان**"[(١)] ولأن العدة إنما شرعت لصيانة ماء الزوج عن الخلط بتعرف براءة الرحم وإلا فالعدة مانعة من مباشرة سبب المصلحة وهو النكاح وتعرف براءة الرحم إنما يحصل بالحيض؛ لأن الرحم لو كانت مشغولة بالماء لأفسد فم الرحم فلا يتصور خروج الدم عنها فخروج الدم أمارة ظاهرة على فراغ الرحم، فأما الطهر بجامع فلا يدل على فراغ الرحم، ولهذا يقدر الاستبراء بالحيض وبه تبين أن المراد من القروء المذكورة في الآية هي الحيض دون الأطهار.

ولو طلق الحائض لا يحتسب بتلك الحيضة لأن العدة مشروعة بثلاثة قروء كوامل فيجب تكميل الحيضة الأولى من الرابعة وهي لا تتحرى فوجبت كلها.

وإن اتفقت عدة الطلاق والوفاة غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة وإن نقصت عن العدد وإن اتفق وسط الشهر فعند أبي حنيفة يعتبر بالأيام فتعتد في الطلاق تسعين يوما وفي الوفاة مائة وثلاثون يوما وهو رواية عن أبي يوسف، وعند محمد وهي رواية أخرى عند أبي يوسف تعتد بقية الشهر الأول بالأيام ويكمل الشهر الأول من الشهر الأخير وتعتد بالشهرين فيما بينهما بالأهلة.

وكذلك لو آلى من امرأته في وسط الشهر أو حلف في وسط الشهر أن لا يكلم فلانا أربعة أشهر أو أجر داره سنة في وسط الشهر أو سن الرجل متى كانت الولادة في وسط الشهر يعتبر الحل بالأيام عند أبي حنيفة، وعند محمد كما وصفنا.

وكذلك لو شرع في صوم الكفارة في بعض الشهر فعنده صام بالأيام ستين يوما وعندهما يتم الشهر الأول بالأيام والباقي بالأهلة.

لمحمد رحمه الله: أن الأصل لمعرفة الشهور هو الأهلة لقوله تعالى: ﴿۞ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ ۖ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾[البقرة: ١٨٩] والأيام كالبدل عنها

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٨٠) قال: حدثنا محمد بن بشار. و«أبو داود» (٢١٨٩) قال: حدثنا محمد بن مسعود. و«الترمذي» (١١٨٢) قال: حدثنا محمد بن يحيى النيسابوري.

فلا تصار إليها إلا عند تعذر اعتبار الأهلة كما في شهر رمضان وقد تعذر اعتبار الأهلة في الشهر الأول فكملناه بالأيام من الشهر الأخير وأمكن اعتبار الأهلة في الباقي فاعتبرناه بالأهلة.

لأبي حنيفة: أنه تعذر اعتبار الأهلة في الحل؛ لأنه ما لم يمض الشهر الأول لا يدخل الشهر الثاني فتجب تكميل الأول من الثاني ضرورة، وإذا وجب تكميل الأول من الثاني ينتقض الثاني فيجب تكميله من الثالث لتعذر اعتبار الأهلة في الحل فوجب اعتبار الأيام.

ولو طلقها في نصف اليوم في وسط الشهر تنقضي عدتها بمجيء مثل ذلك الوقت من اليوم الأخير، وقال مالك: لا تنقضي إلا بتمام اليوم الأخير.

والصحيح قولنا؛ لأن مدة العدة قدرت بثلاثة أشهر فلا يجوز الزيادة عليها كما في الصوم.

ولو طلق الحامل في وسط الشهر، فإنه يفصل بين كل طلاقين ثلاثون يوما، فإذا طلقها الثالثة فقد بانت منه بثلاث وبقي من عدتها ثلاثون يومًا.

قيل: هذا عند أبي حنيفة وعندهما يعتبر الفاصل بين الطلاقين بالأيام ويعتبر انقضاء العدة بالأهلة بعد الشهر الأول كما وصفنا وقيل هذا قول الحل وهو الصحيح؛ لأن عندهما تعذر اعتبار الأهلة هنا في جميع مدة العدة لأنا لو اعتبرنا الشهر الثاني والثالث بالهلال في حق انقضاء العدة فربما ينتقضان بيومين فمتى اعتبرنا الفاصل بين الطلاقين ثلاثين يوما يبقى بعد الطلقة الثالثة ثمانية وعشرون يوما وذلك أقل من شهر ولا يجوز أن تنقضي العدة بعد الطلقة الثالثة بأقل من شهرين كما لا تنقضي بأقل من حيضة بعد الطلقة الثالثة فلهذه الضرورة تعذر اعتبار الأهلة في حق العدة.

(**النوادر**): وفي نوادر ابن سماعة عن محمد" لو تزوج امرأة ثم جاءت بسقط بعد أربعة أشهر إلا يومًا لم يجز النكاح إذا كان قد استبان خلقه؛ لأنه لا يستبين خلقه إلا في مائة وعشرين يوما أربعين يوما نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة ثم تنفخ فيه

الروح وإن سقطت لأربعة أشهر تام فهو من الزوج والعمل على مائة وعشرين يومًا دون شهور الهلال.

فإن تزوجها في عشرين من الشهر بخمسة أشهر بالأهلة وعشرين يوما من الشهر السادس في لزوم الولد.

(باب العدتان تنقضيان بمدة واحدة)

(**المبسوط**): العدتان تنقضيان عدة واحدة خلافا للشافعي؛ لأن الكف في العدة وجب لغيره وهو صيانة الماء عن الخلط وتعرف براءة الرحم وأطهار خطر النكاح بإظهار التأسف والتلهف على فوات نعمة الزوجية وقد حصل ذلك الغير لحل واحد منهما بكماله فسقط الفعل ضرورة.

فإن حاضت من العدة الأولى حيضة ثم وجبت الثانية تعتد بحيضتين منهما وبالثالثة من الثانية وللثاني أن يتزوجها فيه لأنها معتدته ويراجعها زوجها وإن وجب عليها عدة من غيره؛ لأن الرجعة استيفاء النكاح والعدة من الغير لا يمنع استيفاء النكاح لما قبل الطلاق ولا يطأها حتى تنقضي عدة الآخر.

ولو تزوجت في عدة ودخل بها ثم فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الميت وثلاث حيض من الآخر ويحتسب بما حاضت في الأربعة الأشهر والعشر من العدة الأخر.

(باب انتقال العدة)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في انتقال عدة الطلاق.

والثاني: في عدة الوفاة.

(فصل)

المعتدة بالشهور إذا حاضت تستأنف العدة بثلاث حيض؛ لأنها قدرت على

الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ لأن الحيض أصل في العدة فالأشهر بدل عنها بدليل أنه لا يصان إلى الأشهر إلا عند عدم الحيض، فإذا قدرت على الأصل سقط حكم البدل كالمتيمم إذا رأى الماء في الصلاة.

ولو أيست في حالة العدة اعتدت بالشهور؛ لأن تكميل الحيض بالأشهر غير ممكن لأنهما مختلفان، فالشهر اسم لزمان مقدر والحيض عبارة عن درور الدم، وإذا تعذر تكميل أحدهما بالآخر وجب الاستقبال بالبدل كما لو غسل بعض أعضائه وفني الماء يستقبل التيمم. المطلقة الرجعية أعتقت في العدة تعتد بثلاث حيض وفي البائنة تعتد بحيضتين؛ لأن في الرجعى العتق حلها والنكاح قائم فصار نكاحها نكاح الحرائر فصارت عدتها عدة الحرائر؛ لأن العدة وجبت قضاء لحق النكاح، ونكاح الحرة أشرف من نكاح الأمة فكان قضاء حق نكاحها أوفى، وفي البائن النكاح منقطع فلا تتغير العدة.

(فصل)

وكذلك المطلقة الرجعية إذا مات زوجها تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا لقيام النكاح، وفي البائن تعتد بثلاث حيض لارتفاع النكاح فلا تتغير العدة.

ولو مات زوج أم الولد ومولاها ولا يعلم أيهما مات أولا إن كان بين موتيهما شهران وخمسة أيام أو أكثر تعتد بأربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض؛ لأنه إن مات المولى أولا عتقت بموته ولم تجب العدة من المولى لأنها تحت الزوج ووجبت العدة من الزوج أربعة أشهر وعشرا.

وإن مات الزوج أولا وجبت العدة منه شهران وخمسة أيام؛ لأنه مات وهي أمه ثم مات المولى بعدة فوجب ثلاث حيض بوفاته، ففي حال يجب شهران وخمسة أيام وثلاث حيض، وفي حال يجب أربعة أشهر وعشرا فأوجبنا الأكثر احتياطا، وإن كان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام تعتد بأربعة أشهر وعشرا من موت آخرهما؛ لأن المولى إن مات أولا فلا عدة عليها بموته، وتجب العدة بموت الزوج أربعة أشهر وعشرا؛ لأنه مات وهي حرة، فإن مات الزوج أولا فلا عدة للمولى لأنها

معتدة من زوج وتجب العدة بموت الزوج شهران وخمسة أيام فأوجبنا الأكثر احتياطا، وإن لم يعلم الوقت بينهما تعتد أربعة أشهر وعشرا لا غير عند أبي حنيفة وعندهما تكمل ثلاث حيض؛ لأن موت المولى إن لم يسبق لم يجب الاعتداد بالحيض، وإن لحق تجب العدة بالحيض فتحتاط في إيجابها فرجحنا الوجوب على العدم احتياطا، ولهذا أوجبنا عليها عدة الحرائر، إذ العدة تحتاط في إيجابها كمن طلق إحدى نسائه بعد الدخول بهن ومات قبل البيان تجب العدة على كل واحدة.

لأبي حنيفة: أنه وقع الشك في سبب وجوب العدة بالحيض؛ لأن سببه زوال فراش المولى؛ وقد وقع الشك في زوال فراش المولى لأنه وقع الشك في عود الفراش إلى المولى إن مات المولى بعد انقضاء العدة من الزوج عاد إليه الفراش، وإن مات قبله فلا يعود والشك متى وقع في سبب الوجوب لا يجب كالمتطهر إذا شك في الحدث، وكمن شك أنه هل طلق امرأته أم لا، لا تجب العدة.

ولا ميراث لها لأنها لا تعلم أنها كانت حرة يوم موت الزوج فلا يجوز إثباته بالشك.

وعلى هذا الأصل إذا تزوجت بغير إذن المولى ثم دخل بها الزوج ثم مات المولى والزوج ولا يدرى أيهما مات أولا ولا كم بين موتيهما فعليها حيضتان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله.

وفي قول أبي يوسف ومحمد: عليها ثلاث حيض في أربعة أشهر وعشر؛ لأنه يحتمل أن النكاح قد نفذ بموت المولى ثم مات الزوج فتجب أربعة أشهر وعشرا، فإن علم أن بين موتيهما ما لا تحيض فيه حيضتين فعليها أربعة أشهر وعشر فيها حيضتان؛ لأن عدة المولى قد سقطت ووقع التردد في عدة الزوج فيحتمل أنه مات بعد المولى فنفذ النكاح ووجب أربعة أشهر وعشر ويحتمل أنه مات قبله فوجب حيضتان فيجمع بينهما احتياطا.

ولو حاضت حيضتين بين موتيهما فعليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض لما عرف.

ولو طلق المريض امرأته ثلاثا ثم مات تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض عندهما.

وقال أبو يوسف: تعتد بالحيض؛ لأن الاعتداد بالأشهر يجب قضاء لحق النكاح والنكاح قد ارتفع بالطلاق الثلاث.

لهما: أن عدة الوفاة إنما تجب لإظهار التأسف والتلهف على فوات نعمة الزوجية حقا لله تعالى مقصودا إظهارا لعظم النعمة بما أظهرت من آثار المصابين وتركت آثار المترفين فسبيل نعم الله تعالى أن يبدي خطرها عند حدوثها شكرًا لله تعالى ويتأسف عند فواتها استسلاما لحكمه لا حقا للزوج؛ لأنه لا ينتفع به بوجه ما، والطلاق لا يعمل في إبطال حق الله تعالى كما لم يعمل في إبطال حقها في الميراث فبقي النكاح في حق العدة كما بقي في حق الميراث، وكذلك إذا ارتد الزوجان فبانت منه ثم قتل أو مات في الردة ورثت وعليها عدة الوفاة لما بينا.

(باب ما تصدق به المرأة على انقضاء العدة وما لا تُصَدَّق)

(**المبسوط**): ولا تصدق المرأة على انقضاء العدة في أقل من ستين يومًا عند أبي حنيفة وعندهما تصدق في تسعة وثلاثين يومًا، وثلاث ساعات لأنها أمينة فتحتال لتصديقها ما أمكن وقد أمكن بأن يجعل الطلاق واقعًا في آخر الطهر وحيضها أقل الحيض فيكون ثلاثة حيضًا وخمسة عشر طهرًا وثلاثة حيضًا وخمسة عشر طهرًا وثلاثة حيضا فيكون تسعة وثلاثون وثلاث ساعات تعتبر للاغتسال؛ لأن مدة الاغتسال من الحيض في التي أيامها دون العشرة.

لأبي حنيفة: أن أقل الحيض مع أقل الطهر لا يتفقان ثلاث مرات عادة بل إذا قلت مدة الطهر كثرت مدة الحيض والكذب عادة كالمكذب حقيقة إلا أن أكثر مدة الطهر لا غاية لها فبنينا الحيض على أقل الطهر وأكثر الحيض فيجعل كأنها حاضت عقيب الطلاق فيكون عشرة حيضًا وخمسة عشر طهرًا وعشرة حيضًا وخمسة عشر طهرًا وعشرة حيضًا، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في تخريج مذهبه.

روى محمد عن أبي حنيفة أنه يعتبر الطلاق واقعًا في أول الطهر والطهر خمسة

عشر ثلاث مرات والحيض خمسة ثلاث مرات؛ لأنه هو الوسط بين الأقل والأكثر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتبر الطلاق واقعًا في آخر الطهر ويعتبر الحيض عشرة ثلاث مرات والطهر خمسة عشر مرتين لأنا اعتبرنا في الطهر أقله مراعاة لحقها لئلا تطول عليها العدة واعتبرنا في الحيض أكثرها مراعاة لحق الزوج حتى تطول العدة فيزداد حقه في الرجعة.

وأما الأمة فعندهما تصدق في أحد وعشرين يوما؛ لأنه يعتبر حيضتين ستة أيام وطهر واحد خمسة عشر، وعند أبي حنيفة فعلى رواية الحسن عنه تصدق في خمسة وثلاثين يومًا؛ لأنه يعتبر حيضتين عشرين يوما وطهرًا واحدًا يتخللهما خمسة عشر يومًا وعلى رواية محمد أربعين يومًا طهران بثلاثين يوما وحيضتان عشرة أيام.

ولو كانت المرأة حاملا وهي حرة وقد علق الزوج الطلاق بالولادة فعلى قياس رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله: لا تصدق في أقل من خمسة وثمانين يومًا؛ لأن عنده يعتبر مدة النفاس في حق العدة خمسة وعشرين يومًا؛ لأن الطهر المتخلل في الأربعين، وإن كثر لا يفصل بين الدمين عنده، فلو قدرنا مدته بأقل من ذلك ربما يعاودها الدم بعدما طهرت خمسة عشر فيصير الكل نفاسًا فحينئذ يبطل التقدير، فقدرنا بخمسة وعشرين يومًا حتى يقع الدم العائد بعد طهر خمسة عشر تمام الأربعين فيكون حيضًا لا نفاسًا فتكون مدة النفاس خمسة وعشرين، ثم تحتاج إلى ثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر وإلى ثلاثة حيض كل حيض خمسة فتصير الجملة خمسة وثمانين، وعلى قياس رواية الحسن عنه لا تصدق في أقل من مائة؛ لأن أقل مدة النفاس في حق انقضاء العدة خمسة وعشرون، وتحتاج إلى ثلاثة أطهار خمسة وأربعين وإلى ثلاث حيض ثلاثون فتكون الجملة مائة، وعلى قياس قول أبي يوسف تصدق في خمسة وستين؛ لأنه يعتبر أقل مدة النفاس في حق انقضاء العدة أحد عشر؛ لأن مدة النفاس تزيد على مدة الحيض عادة فرددنا يومًا؛ لأنه أقل المقادير؛ لأنه متيقن ثم تحتاج إلى ثلاثة أطهار خمسة وأربعين وإلى ثلاث حيض تسعة فتصير الجملة خمسة وستين.

وعند محمد يصدق في أربعة وخمسين وأربع ساعات؛ لأنه يعتبر في حق

انقضاء العدة أقل مدة النفاس وذلك ساعة، ثم تحتاج إلى ثلاثة أطهار خمسة وأربعين وإلى ثلاث حيض تسعة فيصير أربعة وخمسين وساعة للنفاس وثلاث ساعات للاغتسال، فإن كانت أمة فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة يصدق في خمسة وستين؛ لأنه يعتبر بعد مدة النفاس وهي خمسة وعشرون خمسة عشر طهرا وخمسة حيضًا وخمسة عشر طهرًا وخمسة حيضًا.

وعلى رواية الحسين خمسة وسبعون يومًا، وعند أبي يوسف سبعة وأربعون، وعند محمد ستة وثلاثون وثلاث ساعات، وتخريجه على نحو ما مرَّ.

ولو قال الزوج: أخبرتني أن عدتها قد انقضت وذلك في مدة تنقضي في مثلها العدة وكذبته المرأة يحل له نكاح أختها وأربع سواها خلافا لزفر والشافعي؛ لأنه أخبر بخبر يحتمل الصدق لأنه أسند خبره إلى خبرها بانقضاء العدة وخبرها يحتمل الصدق بأن أخبرت ثم نسيت أو أنكرت فكان خبره محتملا للصدق فتقبل فيما هو حقه وهو الشرع ونكاح الأخت حقه وحق الشرع فيقبل قوله فيه ووجوب النفقة والسكنى عليه حقها فيقبل قولها فيه لا قوله عملًا بخبريهما بقدر الإمكان وصونًا لكلامهما عن اللغو والهذيان.

ولو جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر يثبت نسبه منه؛ لأن في النسب حقها أصل كحق الولد لأنها تعير بولد ليس له أب معروف فلم يقبل قوله فيه، ويفسد نكاح أختها؛ لأنه لا يتصور استحقاق النسب إلا ببقاء الفراش فصار الزوج مكذبا في خبره شرعا بخلاف القضاء بالنفقة؛ لأنه يتصور استحقاق النفقة بغير العدة فجعلنا كأنه وجبت النفقة في حقها بسبب العدة، وفي حق الزوج وجبت بسبب آخر ضرورة إمكان العمل بخبره.

فإن تزوج أختها ومات فالميراث للأخرى هكذا ذكر محمد في النكاح وقيل: إن قال هذا في الصحة ثم مات فالميراث للأخرى لا للمعتدة؛ لأن حق المعتدة لم يكن متعلقًا بما له، وإن قال في المرض فالميراث للمعتدة؛ لأن حقها تعلق بما له في مرض موته وبقي متعلقا ما بقيت العدة، وإذا قضى بالميراث للمعتدة قيل يفسد نكاح أختها؛ والأصح أنه لا يفسد؛ لأنه يتصور استحقاق الميراث بغير الزوجية فنزل منزلة استحقاق النفقة.

(باب الاجتناب عن محظورات العدة)

(المبسوط): والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارًا لا ليلا؛ لأنه لا نفقة لها في مال زوجها فتضطر إلى الخروج لإصلاح معاشها؛ ولما رُوي: أن نسوة مات عنهن أزواجهن فشكون إلى النبي صلى الله عليه وسلم الوحشة، فأمرهن أن يتزاورن بالنهار ولا يبيتن بالليل إلا في منازلهن.

وعن محمد: لا بأس بأن تبيت في غير منزلها أقل من نصف الليل؛ لأن البيتوتة عبارة عن الكون في المكان أكثر الليل في العرف.

والمطلقة لا تخرج ليلًا ونهارًا لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١] وأراد بيوتكم لكنه نسب إليهن لحق السكنى ولأن نفقتها في مال زوجها فلا تحتاج إلى الخروج حتى لو كانت مختلعة على أن لا نفقة لها قال بعضهم تخرج نهارا لمعاشها كالمتوفى عنها زوجها.

وقال بعضهم: لا تخرج وهو الأصح لأنها هي التي اختارت إبطال النفقة فلا يصح هذا الاختيار في حق إبطال حق عليها وهو حرمة الخروج نهارا كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها تبطل مؤنة السكنى عن الزوج ولا يحل لها الخروج فكذا هذا.

والمملوكة تخرج في العدتين في الوقتين؛ لأن الخروج ليس بحرام عليها لما فيه من بطلان حق المولى في الاستخدام، وحقه مقدم على حق الله تعالى وحق الزوج، وإن كان المولى بوأ الأمة لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يخرجها المولى؛ لأن العدة مرتبة على النكاح، وعند محمد أن لها أن تخرج، وإن لم يأمرها المولى؛ لأن حق الله تعالى لم يجب لحق المولى.

وكذلك المكاتبة لأنها لو لم تخرج للاكتساب لعجزت عن أداء بدل الكتابة فترده في الرق وأنه ضرر عظيم.

والكتابية تخرج في العدة إذا منعها الزوج؛ لأن في العدة حق الله تعالى وحق الزوج وهي لا تطالب بحقوق الشرع وللزوج أن يحبسها لحفظ مائه.

والصبية تخرج إلا في الطلاق الرجعي لا تخرج إلا بإذن الزوج؛ لأنه لا حق للشرع عليها لأنها غير مخاطبة ولا حق للزوج؛ لأنه لا حل له عليها ولا ما يضر به لأنها لا تحبل إلا في الرجعي، الزوجية قائمة فله أن يمنعها.

والمجنونة والمعتوهة بمنزلة الذمية يحبسها الزوج لصيانة مائه.

والمعتدة لا تخرج إلى صحن دار فيها منازل لأنها بمنزلة السكة، ولهذا لو أخرج السارق متاعًا إلى هذا الصحن يقطع.

ولو خلعها والبيت واحد يجعل بينه وبينها سترة.

وكذلك في الوفاة إن كان له أولاد رجال من غيرها لكي لا يقع الاطلاع على شيء من عورتها، فإن لم يجعلوا ينتقل.

انهدم البيت في الوفاة تنتقل إلى حيث شاءت وفي الطلاق حيث أراد، لأن في الطلاق الإسكان على الزوج فكان التدبير في الإسكان إليه وفي الوفاة لا؛ لأنه حق الله تعالى فيسقط بالعذر.

ولها التحول إن أخرجها أهل المنزل والورثة لأنها مضطرة لو كانت في منزل يخاف على مالها، فإن كان المطلق غائبًا فطلب أهل المنزل الأجرة أعطتهم ذلك؛ لأن كونها في ذلك المكان حق الشرع وحقها في الأجرة لا يفوت متى أدت بإذن القاضي بل يصير دينا على الزوج فيلزمها أن تفعل ما يتوصل به إلى حق الشرع وتعتد في المنزل الذي كان يسكنه في حالة الزوجية إذا كان الزوج ساكنا فيه أو لم يكن لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ وأضاف البيت إليها والبيت المضاف إليها هو الذي تسكنه، ولو زارت أهلها وطلقها زوجها فعليها أن تعود إلى منزلها الذي كانت تسكنه.

(فصل)

ولا يحل للمعتدة حرة كانت أو مملوكة عن وفاة زوجها أو بينونة من قبل أيهما كانت أن تتطيب أو تتزين بثوب مصبوغ وحلي وتدهن وتكتحل لزينة، وقال الشافعي لا حداد على المبتوتة.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، إِلَّا عَلَى زَوْجِهَا**"[1] ولأن الإحداد إنما يجب لإظهار التأسف والتحسر على فوات نعمة الزوجية لما بينا وفوات هذه النعمة بالفرقة والموت سواء فيستويان في إظهار التأسف والتحسر إلا أن الحداد شرع تبعًا للعدة لا مقصودًا بنفسه، ولا عدة على الزوج فلم يجب عليه الحداد تأسفًا على فوات نعمة الزوجية مقصودًا.

ولا حداد على المعتدة عن طلاق رجعي؛ لأن نعمة الزوجية نفت بالرجعى والإحداد هو الاجتناب عن جميع ما تتزين به النساء من التطيب والتزين بثوب مصبوغ مطيب وحلي وادِّهان واكتحال وامتشاط حتى لو امتشطت بالأسنان المنفرجة دون المنضمة فلا بأس به؛ لأن بالمنفرجة يدفع الأذى وبالمنضمة للزينة.

وكذا لو دهنت رأسها واكتحلت لدفع الأذى يجوز وللزينة لا.

وكذا لو لبست حريرا أو قصبًا أو خزًّا لستر العورة يجوز وللزينة لا.

ولا إحداد في النكاح الفاسد؛ لأنه معصية ويعد بطلانه نعمة موجبة للشكر لا محنة موجبة إظهار المصيبة ببطلانه.

ولا حداد على الصغيرة والكتابية لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع.

---

(١) أخرجه «مسلم» ٤/٢٠٤ (٣٧٣٢) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، قال يحيى: أخبرنا، وقال الآخرون: حدثنا سفيان بن عيينة. و«ابن ماجه» (٢٠٨٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«النسائي» ٦/١٩٨، وفي «الكبرى» (٥٦٨٩) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا سفيان. وفي ٦/١٩٨، وفي «الكبرى» (٥٦٩٠) قال: أخبرنا محمد بن معمر، قال: حدثنا حبان، قال: حدثنا سليمان بن كثير. و«أبو يعلى» (٤٤٢٤) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٤٣٠١) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا معمر. وفي (٤٣٠٣) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا سفيان.

ثلاثتهم: (سفيان بن عيينة، وسليمان بن كثير، ومعمر بن راشد) عن ابن شهاب الزهري، عن عروة بن الزبير، فذكره.

ولا حداد في عدة أم الولد؛ لأنه إنما شرع تحزنًا وتلهفا على فوات نعمة الزوجية ولا زوجية هنا.

ولو اشترى الحر زوجته وقد ولدت منه فهي كالمعتدة في حق غيره حتى لا يزوجها من الغير ما لم تحض حيضتين لما بينا، فلو مات المولى أو أعتقها تعتد بثلاث حيض؛ لأنه وجب بفساد النكاح حيضتان وبالعتق ثلاث حيض إلا أنها تتداخل وتحد في الحيضتين الأولتين دون الثالثة؛ لأن الحيضتين وجبتا بسبب فوات النكاح بالملك والحداد إنما شرع لإظهار التأسف على فوات نعمة الزوجية.

والثالثة وجبت للوفاة. ولا حداد في عدة أم الولد.

(باب حكم الولد عند [فراق][1] الزوجين)

(**المبسوط**): الأم أحق بالولد بعد مفارقتها بالغلام حتى يأكل ويشرب ويلبس وحده وبالجارية حتى تحيض لما رُوي: أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله؛ ابني هذا كان بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءً، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال عليه السلام: "**أنتِ أحق بولدك ما لم تتزوجي**"[2] ولأن الأم على ولدها أشفق وهي بحضانتها أرفق وفي الهداية إلى تربيته أوفق فتكون به أحق[3].

وذكر في (**النوادر**): ويستنجي وحده أي يطهر نفسه عن النجاسات؛ لأنه إذا بلغ

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): افتراق.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٢٥٩٦) قال: أخبرنا المثنى بن الصباح. وفي (١٢٥٩٧) قال: أخبرنا ابن جريج. و«أحمد» ١٨٢/٢ (٦٧٠٧) قال: حدثنا روح، قال: حدثنا ابن جريج. وفي ٢٠٣/٢ (٦٨٩٣) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: سمعت المثنى بن الصباح يقول. و«أبو داود» (٢٢٧٦) قال: حدثنا محمود بن خالد السلمي، قال: حدثنا الوليد، عن أبي عمرو، يعني الأوزاعي. ثلاثتهم: (المثنى، وابن جريج، وأبو عمرو الأوزاعي) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(٣) انظر: ابن عابدين ٦٤٣/٢، ٦٣٨، والاختيار لتعليل المختار ١٤/٤، ١٥ والقوانين الفقهية ٢٢٩ وروضة الطالبين ٩٨/٩، والمغني ٦١٣/٧، وكشاف القناع ٤٩٩/٥.

هذا المبلغ يحتاج إلى التخلق بأخلاق الرجال وتعلم الفضائل والعلوم، والأب أهدى إليه وأقدر عليه.

وذكر الخصاف في "نفقاته": أن الأم أحق به حتى يبلغ سبع سنين وعليه لأنه إذا بلغ أو أمكنه حتى لو اهتدى إلى إقامة مصالح بدنه قبل هذه المدة يعتبر حاله ولا تعتبر المدة، والجارية بعدما حاضت احتاجت إلى التحصين والصيانة عمن يطمع فيها لكونها لحما على وضم والرجال على ذلك أقدر وليس للصغير العاقل اختيار أحد الأبوين في الحضانة خلافًا للشافعي؛ لأنه لا يعرف إلا الأنظر منهما والنفقة والرضاع على الوالد.

ولا تجبر الأم على إرضاع الولد، وإن لم يأخذ من لبن غيرها؛ لأنه يغذى بالدهن وغيره من المائعات فلا يؤدي ذلك إلى تلف الولد حتى لو لم يوجد من يرضعه تجبر الأم على إرضاعه.

ورُوي عن أبي حنيفة وأبي يوسف في النوادر: أنها لا تجبر؛ لأن ذلك لا يؤدي إلى تلف الولد، وإذا أرادت المرأة المنكوحة أجرة الرضاع من الأب فلا أجر لها، ولا يجوز استئجارها خلافا للشافعي؛ لأن السكن والازدواج لا يتحقق إلا بعد اجتماعهما على إقامة مصالح الزوجية، ومن جملة ذلك إرضاع الولد والمبانة المعتدة في رواية الأصل تستحق أجرة الرضاع مع نفقة العدة لقوله تعالى، ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ ولأنها بالبينونة صارت أجنبية، وفي رواية أخرى لا تستحق لقيام الزوجية من وجه، ولهذا يستحق النفقة كالزوجة، ولا يجوز نكاح أختها ما دامت في العدة ولو دفع زكاة ماله إليها أو يشهد لها وهي معتدة لا يجوز قضاء ذلك تأكيدا لهذه الرواية.

فإن وجد الأب من يرضعه بأقل من ذلك فله أن يستأجر ويكون الولد عند الأم لقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ﴿٦﴾﴾ [الطلاق: ٦] أي تجري بينهما المماكسة في الأجرة.

ولا يجب عليها أن تمكث في بيت الأم إذا لم يشترط عليها ذلك عند العقد

وكان الولد يستغني عنها في تلك الساعة بل لها أن ترضعه وتعود إلى منزلها، وإن لم يشترط أن ترضعه عند الأم لها أن تحمل الصبي إلى منزلها أو تقول أخرجوه فترضعه عند فناء دار الأم ثم يدخل الولد إلى الأم إلا أن يشترط عند العقد أن يكون الظئر عند الأم فيلزمها الوفاء بالشرط.

وإن رضيت بمثل ما تأخذ الأجنبية فهي أحق لأنها أنفع للصبي.

فإن تزوجت الأم قبل المدة المضروبة فالأب أولى بالولد منها، فإن كان للأم أم فهي أحق به كتابية كانت أو مجوسية بعد أن يكون زوجها جد الغلام؛ لأنها بمنزلة الأم والشفقة لا تختلف بالكفر والإسلام، فإن كان زوجها غير جد الغلام فلا حق لها؛ لأنه إذا كان أجنبيا يسيء النظر إليه فكان تعريضًا للولد للجفاء.

ولا حق للرقيقة والمدبرة في حضانة الولد الحر لأنها ضرب من الولاية والرق ينافي الولاية بل تكون الحضانة على الأب، فإن كان الولد رقيقا كان مولاهن أولى بالولد؛ لأنه مملوك لمولى الأم.

والمكاتبة أحق بالولد المولود في الكتابة؛ لأنه يصير داخلا في كتابتها، فإذا أعتقت فهي في الحضانة كالحرة وأهل الذمة في هذا بمنزلة أهل الإسلام.

ولو كانت الأم كافرة والولد مسلما ذكر في الأصل أنها في الحضانة كالمسلمة، وذكر الكرخي والقدوري: أنها أحق بالولد ما لم يعقلا، فإذا عقلا سقط حقها لأنها تعودهم بأخلاق الكفرة.

ولا حق للمرتدة في الولد لأنها تحبس وفي الحبس ضرر بالولد.

(النوادر) ذكر هشام عن محمد: أنها إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق بها وهو قول أبي يوسف وتكلموا في حد الشهوة قال الفقيه أبو الليث في نوازله أنها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين وعليه الفتوى.

وذكر الخصَّاف في أدب القاضي إذا لم يكن للصبي ولا للأب مال أجبرت الأم على الإرضاع وهو الصحيح؛ لأنها ذات يسار في اللبن وصار كما لو كان الأب معسرًا والأم موسِرَة فإنها تجبر على الإنفاق على الصغير ثم هي ترجع على الأب إذا أيسَرَ.

فإن طلبت من القاضي أن يفرض لها نفقة الرضاع حتى إذا أيسَر رجعت عليه فعل كما في النفقة، وإن كان للصبي مال رُوي عن محمد أنه قال: يفرض لها نفقة الرضاع من مال الصبي.

فإن قال: إنها تأخذ مني النفقة ولا تنفق على الأولاد وتجيعهم لا يقبل قوله إلا ببينة لأنها أمينة، وللقاضي أن يسأل عن جيرانها احتياطا من كان يداخلها، فإن أخبر مخبر بمثل ما ادعاه الأب زجرها ومنعها من ذلك، وقيل القاضي بالخيار إن شاء دفع قدر نفقة الولد إلى ثقة صباحًا ومساءً ولا يدفع إليها جملة، وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الولد، فإن تزوجت الأم بأخ زوجها أو بذي رحم محرم من الولد كانت الأم أحق بولدها، وكذلك كل امرأة لها حق في الولد لا يتضرر الولد.

ولو ادعى الزوج أنها تزوجت وأنكرت هي فالقول قولها؛ لأن الزوج يدعي بطلان حقها في الحضانة وتستحلف وهذا ليس باستحلاف في النكاح بل استحلاف في حق الحضانة والحجر فتجري بالاتفاق كالمرأة إذا ادعت على رجل مهرا وهو ينكر تستحلف بالاتفاق فكذا هذا.

وإن أقرت أنها تزوجت بزوج آخر وادعت أنه طلقها ومات عنها، فإن لم يبين الزوج الثاني فالقول قولها؛ لأن هذا الإقرار بالنكاح لا يصح وصار هذا كالرجل إذا اشترى جارية فادعت جاريته أنها ذات زوج، وقال البائع: كان لها زوج ولكنه طلقها ليس للمشتري أن يردها، وكذلك لو قال الرجل كانت لي امرأة فطلقتها وقالت امرأته لم يكن لك امرأة غيري فطلقت بهذا الإقرار فإنها لا تطلق، وكذلك إذا قال بعت هذا الشيء من رجل فحضر رجل وادعى الشراء بهذا الإقرار لا يصح.

وإن كانت عينت زوجا وقالت كنت تزوجت فلانا فطلقني لم يقبل قولها حتى يقر به ذلك الزوج؛ لأن هذا الإقرار صحيح، ألا ترى لو حضر ذلك الرجل وصدقها يثبت النكاح بتصادقهما ومتى صح الإقرار فقد أقرت ببطلان حقها ثم ادعت الفرقة فلا تصدق إلا بحجة.

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين وبينهما ولد صَغير فاختلفا فقالت الأم إنه ابن ست سنين فأنا أحق بإمساكه وقال الأب: إنه ابن سبع سنين فأنا أحق به فالقاضي

يدعي بالصبي فينظر في حاله، فإن كان يستغني عن الأم بأن كان يأكل ويلبس وحده دفعه إلى الوالد وإلا فلا؛ لأن سبع سنين أقمناه مقام الاستغناء بتعرف القاضي عن حقيقة الاستغناء؛ لأنه أمكنه التعرف.

وإذا امتنعت الوالدة عن إمساك الرضيعة ولا زوج لها لا تجبر على إمساكها لأنها ربما لا تقدر على الحضانة؛ ولأن الحضانة حق الأم والمرء لا يجبر على استيفاء حقه.

وقال الفقيه أبو جعفر وأبو الليث: تجبر وينفق عليهما من مال الصبيّة والفتوى على الأول.

ولو جاءت الأم بالولد إلى الأب وقالت لا حاجة لي فيه فخذه فجاءت الجدة وقالت أنا آخذه يدفع إليها ويؤمر الأب بالنفقة عليه؛ لأن استحقاق الحضانة كان حقا لها، فإذا أسقطت حقها صح لكن حق الولد بهذا لا يسقط فصارت الأم بمنزلة الميتة أو بمنزلة ما لو تزوجت بزوج آخر فتكون الجدة أولى بالولد.

جدة جاءت بالصبي تطلب النفقة من أبيه فقالت هذا ابن ابنتي منك وقد ماتت فأعطني نفقته فقال الأب صدقت هذا ابني من ابنتك وأمه لم تمت وهي في منزلي وأراد أخذ الصبي منها لم يكن له ذلك حتى يعلم من أمه وتحضر هي وتأخذه؛ لأن الأب لما أقر أنها جدة الصبي فقد أقر أن لها حق الحضانة ثم يدعي قيام من هو أولى منها وذا أمر محتمل.

فإن أحضر الأب امرأة وقال: هذه ابنتك وهذا ابني منها وصدقته المرأة التي معه في ذلك وقالت الجدة ما هذه ابنتي فالقول قول الأب مع المرأة التي معه ويدفع الصبي إليه؛ لأن الفراش بينهما فقد ثبت بتصادقهما وقد أقرت الجدة أنه ابن الرجل فيكون ابنه من ذلك الفراش وصار هذا كالزوجين إذا كان بينهما ولد فقالت المرأة هو ابني من زوج آخر وقال الزوج: هو ابني من امرأة أخرى، فإنه يحكم بكونه ولدهما لأنهما اتفقا على ثبوت الفراش بينهما فيكون الولد ولدهما من ذلك الفراش إذ هو ظاهر وغيره ليس بظاهر.

وكذلك لو أنكر الرجل أنها جدته وقال: هذا ابني من غير ابنتك من امرأة لي

فالقول قوله ويأخذ الصبي؛ لأن الجدة لما أقرت أنه ولده فقد أقرت أن له حقا في الجملة والأب لما أنكر أنها جدته فقد أنكر أن يكون لها حق أصلا.

وكذلك لو أحضر الأب امرأة وقال: هذا ابني من هذه المرأة لا من ابنتك وقالت الجدة ما هذه أمه بل أمه ابنتي وصدقتها المرأة وكذبت المرأة الرجل وقالت أنا امرأته وما أنا بأمّه فالأب أولى به؛ لأنه لما أنكر كونها جدة له فيكون منكرا الحق لها أصلا وهي أقرب بالحق له في الجملة لما أقرت أنه ابنه.

فإن كانت للصغير عمة أرادت أن تربيه وتمسكه بغير أجر من غير أن تمنع الأم عنه والأم تأبى ذلك وتطالب الأب فالصحيح أن يقال لها إما أن تمسكي الولد بغير أجر وإما أن تدفعيه إلى العمة.

(فصل)

أحق الناس بالحضانة الأم ثم أم الأم وإن علت ثم أم الأب وإن علت ثم الأخت لأب وأم ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب مقدمة على الخالة في رواية لأنها أقرب إليه لأنها بنت الأب والخالة بنت الجد وفي رواية الخالة مقدمة عليها لأنها أشفق من الأخت لأب لأنها بمنزلة الأم قال الله تعالى: ﴿ وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ ﴾ [يوسف: ١٠٠] جاء في التفسير أباه وخالته.

ثم بنات الأخت لأب وأم ثم بنات الأخت لأم وبنات الأخت لأب على إحدى الروايتين أحق من الخالات اعتبارا بالأصل، والصحيح أن الخالات أحق منهن ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب.

وبنات الأخ أولى من العمة والخالة أولى من بنات الأخ؛ لأن الخالة تدلي بقرابة الأم وهي بالأب والأمومة في الحضانة مقدمة على الأبوة فمن يدلي بالأم فهو أسبق.

ثم العمة لأب وأم ثم العمة لأم ثم العمة لأب وكل من كان قرابتها من قبل الأم فهو أولى ممن كانت قرابتها من قبل الأب وبنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن في الحضانة؛ لأن لهن رحمًا غير محرم.

وليس لغير الأم والجدتين حق في الولد، وإن كانت جارية إذا أكلت وشربت ولبست وحدها لأنها، وإن كانت محتاجة إلى تعلم الآداب إلا أن في تأديبها استخدامها وولاية الاستخدام ثابتة للأمهات والجدات لا لغيرها فيسلمها إلى الأب احترازًا عن الوقوع في المعصية، ثم إنما يدفع إلى الأم وإلى غيرها من النساء إذا طلبت ذلك، وإذا لم تطلب لا تدفع لأنها عسى لا تقدر على الحضانة بخلاف الأب إذا امتنع عن الأخذ بعد الاستغناء عن الحضانة، فإنه يجبر عليه؛ لأن الصيانة عليه.

وإذا انتهت مدة الحفظ عند الأم فالأولى الأقرب فالأقرب من العصبات؛ لأن ولاية الحفظ نظير ولاية الإنكاح فتترتب على حسب ترتب العصبات، وإذا اجتمع إخوة لأب وأم فأورعهم أولى، فإن تساووا فأكبرهم؛ لأنه أنفع للولد.

ولا حق لابن العم في حضانة الجارية؛ لأنه ليس بمحرم منها ويحل له نكاحها فلا يؤمن عليها ولا كذلك الغلام وكان أحق به ممن هو أبعد منه.

وإن لم يكن لها غير ابن العم فالاختيار إلى القاضي إن رأى أصلح يضمها إليه وإلا فيضعها عند أمينة.

وللثيب المأمونة على نفسها حق التفرد بالسكنى لأنها استغنت عن غيرها وأمنت عن المعرة لقومها، فإن لم تكن مأمونة فللأب أن يضمها إلى نفسه؛ لأنه لا يأمن فاحشة فتلحق العازبة.

وليس للبكر حق التفرد لأنها لم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع.

فإن دخلت في السن وكان لها رأي فلها أن تنفرد؛ لأنه أمكنها التحرز عن احتيال الرجال بعقلها ورأيها ولو كان الأخ مخوفا عليها وضعها القاضي عند امرأة ثقة.

فلو كان من عصبتها ممن لا يؤمن عليها لفسقه ومجانته فلا حق له؛ لأن في كفالته لها ضرر عليها سواء كان الزوج ساكنا فيه أو لم يكن لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أضاف البيت إليها والبيت المضاف إليها هو الذي سكنته.

ولو زارت أهلها فطلقها زوجها فعليها أن تعود إلى منزلها التي كانت تسكنه والله أعلم الصواب.

(باب المطلقة تُسافر في عدتها)

(**المبسوط**): ولا يحل للمطلقة المسَافرة مع زوجها لسفر حج أو غيره لأنها منهية عن الخروج، والزوج منهي عن إخراجها، والسفر بها ليس برجعة.

وقال زفر: يحل للزوج أن يسافر بها والسفر رجعة؛ لأن المسَافرة بها لا تحل إلا بعد المراجعة، فكانت دلالة المراجعة حملًا لفعله على الصحة كالتقبيل والملامسة.

لنا: أن كلامنا في رجل ينادي أنه لا يراجعها صريحًا لا عبرة للدلالة مع الصريح بخلافها ويستوي فيه سفر الحج وغيره؛ لأن المقام في المنزل واجب متى فات لا يمكن استدراكه، والحج أمكن استدراكه في المستقبل فلا ترتفع حرمة الخروج لأجله.

ومن يسافر بامرأة مسيرة سفر ثم طلقها في المفازة فلا يخلو إما أن بقي إلى مقصدها مثله، أو كان من كل جانب أقل من مدة سفر، أو كان إلى أحدهما أقل، فإن كان إلى مقصدها مسيرة سفر إن شاءت مضت، وإن شاءت رجعت؛ لأنه لا يمكنها المكث في المفازة، فكانت مضطرة إلى الذهاب ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع لكنها إذا بلغت مكانًا يصلح للإقامة أقامت فيه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن ابتداء الطلاق لو وجد فيه لم يجز لها أن تتجاوز عنه عنده لما تبين فكذلك إذا وصلت إليه.

وكذلك إن كان من كل جانب أقل من مدة السفر فلها الخيار سواء كان بمحرم أو بغير محرم؛ لأنه ليس فيه معنى إنشاء السفر فلا يمنع بسبب العدة إلا أن الرجوع إلى منزله أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج، وإن كان إلى أحدهما أقل من مسيرة سفر قصدت الأقل؛ لأنه ليس فيه إنشاء السفر وهي ممنوعة من إنشاء السفر.

ثم في الطلاق البائن ترجع مع من شاءت؛ لأنه ارتفع النكاح والزوج كالأجنبي، وفي الطلاق الرجعي لا ترجع إلا مع الزوج لقيام الزوجية، فإن ذهبت وحدها

باشرت محظورين إنشاء السفر بغير محرم، ولو ذهبت مع زوجها باشرت محظورًا واحدًا فكان الذهاب معه أولى أينما ذهب.

فإن طلقها في موضع يمكن المقام فيه اعتدت فيه عند أبي حنيفة، وعندهما: لها أن تخرج بمحرم وبدونه لا.

لهما: أنه موضع غربة ووحشة فيحل لها الخروج لدفع ما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد وسقوط عبرة السفر، وخوف فيه من فساد الطريق، لوجود المحرم، وصار كما دون مسيرة سَفَرٍ.

لأبي حنيفة: أن الخروج إنما حُرم على المعتدة صيانة للماء عن الاختلاط والاشتباه والمكث في مصر غيرها أصون للماء من الاختلاط وأحفظ لها عن الفاسد؛ لأن خوف الفساد والفتنة عليها في السفر أكثر من خوفه في المصر؛ لأن المصر موضع أمن وغياث، والأصل فيه السلامة والأمن عن الفساد، إذ لو قصدها إنسان بالفساد أمكنها دفعه بالاستعانة من الناس.

فأما السفر عسى لا يتمكن المحرم من دفع الفساد عنها، فكان صونها وحفظها في المكث في المصرِ أكثر، فكان المكث فيه أحق بخلاف ما دون السفر؛ لأن خوف الفساد فيما دون السفر مع المحرم يكون أقل وأندر ولهذا يحل بغير محرم.

البدوي إذا طلق امرأته فأراد أن ينتقل بها إلى موضع آخر في الكلأ والماء فإن لم يتضرر بتركها في ذلك الموضع بنفسه وماله ليس له ذلك؛ لأن الاعتداد في موضع الطلاق واجب والخروج حرام، وإن تضرر فله ذلك؛ لأنه مسَّت الضرورة، والضرورات تبيح المحظورات، والله تعالى أعلم.

فهرس المحتويات

كتاب النكاح ٣

باب معرفة المحللات والمحرمات من النساء ٥

باب ما ينعقد به النكاح ٢٠

باب النكاح بالكتابة والرسالة ٢٣

باب معرفة الأولياء ٢٥

باب النكاح على الصغير والصغيرة ٢٩

باب خيار العتق والبلوغ في النكاح ٣٣

فصل ٣٥

باب نكاح البكر ٤٠

فصل ٤٥

باب معرفة الكفاءة والنكاح من غير كفؤ ٤٧

باب ضمان الرسول والوكيل والولي بالمهر ٥٢

باب معرفة الشهود في النكاح ٥٤

باب الوكالة في النكاح ٥٨

باب ما يملك الوكيل نقضه وما لا يملك ٦٣

باب نكاح الفضولي ٦٥

فصل ٦٥

فصل ٦٧

فصل ٦٩

باب الدعوى والبينة في النكاح ٧١

فصل ٧٢

فصل ٧٣

باب معرفة المهور ٨٠

باب ما يصح معه التسمية وما لا يصح ٨٤
باب التزويج على العتق والقصاص وطلاق الضرة ٩١
باب عقود مشتملة على النكاح والبيع والطلاق..... ٩٣
باب نكاح الشغار ٩٦
باب المرأة تجد المهر على خلاف المسمى ٩٩
باب المرأة تمنع نفسها بمهرها ١٠١
باب هلاك المهر في يد الزوج واستحقاقه ١٠٣
باب المهر يزيد وينقص..... ١٠٨
فصل ١٠٨
فصل ١١٠
باب الاختلاف في المهر ١١٤
باب ما يلزمه المهر بالوطء عن شبهة ١١٧
باب نكاح السمعة..... ١٢٠
باب نكاح الإماء ١٢٢
فصل ١٢٣
فصل ١٢٤
فصل ١٢٦
باب نكاح العبيد ١٢٩
فصل ١٢٩
فصل ١٣٦
فصل ١٣٧
باب النكاح في العقود المتفرقة..... ١٣٩
باب نكاح أهل الذمة..... ١٤٩
باب نكاح المرتد والمرتدة ١٥٦
باب نكاح أهل الحرب ١٦٠
باب القسم لا يفضل الحديثة على القديمة..... ١٦٢

كتاب النفقات ١٦٥
باب من يستحق النفقة من الزوجات ومن لا يستحقها ١٦٦
باب قدر النفقة المفروضة ١٧٠
باب فرض القاضي النفقة ١٧٥
فصل ١٧٧
باب سقوط النفقة المفروضة ١٨٠
باب الرجل يغيب عن امرأته فتطلب النفقة ١٨١
باب نفقة العبد والأمة ١٨٢
باب نفقة المطلقة ١٨٤
فصل ١٨٦
باب نفقة عبد الوديعة والرهن والعبد الموصى برقبته لإنسان وخدمته لآخر ١٩٢
باب نفقة الشيء المشترك ١٩٤
باب نفقة ذوي الرحم المحرم ١٩٧
فصل ٢٠١
فصل ٢٠٦
باب نفقة الأولاد الصغار من تركة الميت ٢٠٨
باب نفقة أهل الذمة ٢١٠
كتاب الطلاق ٢١١
باب طلاق السني والبدعي ٢١٣
باب الوقت الذي يقع فيه طلاق السنة ٢١٩
باب ما يقع به طلاق السنة ٢٢١
باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع ٢٢٣
فصل ٢٢٩
فصل ٢٣٠
باب وصف الطلاق بما يوجب البينونة وما لا يوجب ٢٣٣
باب تكرار ألفاظ الطلاق ٢٣٦

باب الرَّجْعَة ٢٣٩
فصل ٢٣٩
فصل ٢٤١
باب من يُحَرِّم امرأته على نفسه أو غيرها ٢٤٤
باب الطلاق بالفارسية ٢٤٦
باب الطلاق بالكتابة ٢٥٠
باب المطلقة تطلق في العدة..... ٢٥٢
باب تشبيه الطلاق بما له عدد وما لا عدد له..... ٢٥٣
فصل ٢٥٦
باب إضافة الطلاق إلى بعضها أو يطلقها بعض التطليقة ٢٥٨
فصل ٢٥٨
فصل ٢٥٩
فصل ٢٥٩
باب الطلاق بالتسمية والإشارة..... ٢٦١
باب الإقرار بالطلاق والإخبار عنه ٢٦٤
باب عطف الطلاق على الطلاق..... ٢٦٦
فصل ٢٦٦
فصل ٢٦٨
باب عطف الطلاق على الطلاق بكلمة لا بل..... ٢٧٠
فصل ٢٧٠
فصل ٢٧٠
فصل ٢٧٢
باب التشكيك والتخيير في الطلاق..... ٢٧٤
فصل ٢٧٥
فصل ٢٧٦
باب طلاق الغاية والظرف ٢٧٦

فصل ٢٧٨
باب إضافة الطلاق إلى الملك ٢٨٠
فصل ٢٨٠
فصل ٢٨١
باب إضافة الطلاق إلى أول التزوج أو إلى آخره أو بعده أو قبله ٢٨٥
باب إضافة الطلاق إلى وقت موصوف ٢٨٨
باب إضافة الطلاق إلى وقت مُطْلَقٍ ٢٩٠
باب إضافة الطلاق إلى وقت موصوف ٢٩٢
باب إضافة الطلاق إلى وقتين وتعليقه بلفظين ٢٩٦
فصل ٢٩٨
فصل ٢٩٩
فصل ٢٩٩
باب الاستثناء للتعطيل ٣٠١
باب الاستثناء للتحصيل ٣٠٦
فصل ٣٠٧
فصل ٣٠٧
فصل ٣١٠
باب طلاق المكره والسكران ومن في معناه ٣١١
باب طلاق الفُضُولِي ٣١٢
فصل ٣١٣
فصل ٣١٤
باب تطليق إحدى امرأتيه لا بعينها ٣١٥
فصل ٣١٥
فصل ٣١٦
فصل ٣١٧
باب الرجل يطلق امرأة بعينها ثم نسيها ٣١٩

القسم الثاني: في بيان أحكام الطلاق وما يتأكد به المهر وما يسقط به ٣٢٠
باب المطلقة ثلاثًا متى تحل له؟ ٣٢٠
باب ما يجب للمطلقة قبل الدخول ٣٢٧
باب ما يتأكد به جميع المهر ٣٣٣
فصل ٣٣٤
باب هِبَة الصَّدَاقِ ٣٣٦
باب المهور والميراث الذي يجب للنساء في الطلاق المبهم في العقود ٣٣٨
فصل ٣٤٣
فصل ٣٤٧
باب ما يجب من المهر والعدة في طلاق إحدى امرأتيه ٣٥٣
فصل ٣٥٣
فصل ٣٥٥
باب الطلاق في المرض ٣٥٧
فصل ٣٥٧
فصل ٣٦٠
فصل ٣٦٣
فصل ٣٦٣
القسم الثالث: في الخُلع والطلاق على مالٍ ٣٦٤
باب معرفة الخُلع ٣٦٤
باب معرفة الخلع ببدل أو بغير بدل ٣٦٩
باب ما يصلح بدل الخلع وما لا يصلح ٣٧٣
فصل ٣٧٤
فصل ٣٧٤
فصل ٣٧٥
فصل ٣٧٧
باب خلع الوكيل والأجنبي ٣٧٨

باب الاختلاف في الخلع ٣٨١
باب خُلع المريض والأمة والمكاتبة ٣٨١
فصل ٣٨٣
باب الطلاق على مال ٣٨٥
فصل ٣٨٥
فصل ٣٨٦
فصل ٣٨٨
فصل ٣٩١
القسم الرابع: في التفويض والمشيئة والخيار والأمر باليد ٣٩٣
باب الطلاق بالمشيئة ٣٩٣
فصل ٣٩٣
فصل ٣٩٨
فصل ٣٩٩
فصل ٤٠١
باب الخيار ٤٠٤
فصل ٤٠٥
فصل ٤٠٥
فصل ٤٠٧
فصل ٤١٠
فصل ٤١٠
باب من جعل أمر امرأته بيدها مطلقًا ٤١٢
فصل ٤١٢
فصل ٤١٤
باب من يجعل أمر امرأته بيدها مؤقتًا ٤١٧
باب تكرار الأمر باليد أو يجمع بين الأمر باليد وبين التطليق والاختيار ٤١٩
فصل ٤١٩

فصل ٤١٩
فصل ٤٢٠
القسم الخامس: في الإيلاء ٤٢٣
باب ما يقع به الإيلاء ٤٢٣
باب الإيلاء بشيء يلزمه بالنذر ٤٣٢
باب الإيلاء إلى غاية ٤٣٤
باب الرجل يُولي من جميع نسائه ٤٣٨
باب إضافة الطلاق إلى وقت قبل القربان ٤٤٠
باب الفيء في الإيلاء ٤٤١
القسم السادس: في الحرمة والفُرقة بالظهار واللعان والجَبّ والعنَّة ونحوها ٤٤٣
باب الظهار ٤٤٣
باب معرفة اللعان ٤٥٢
فصل ٤٥٣
باب اللعان بنفي الولد ٤٥٧
باب اللعان بنفي أحد التوأمين ٤٦١
باب الشهادة في اللعان ٤٦٤
باب فُرقة العنين والمجبوب ٤٦٤
فصل ٤٦٥
فصل ٤٦٧
فصل ٤٧٠
فصل المجبوب ٤٧١
باب الفُرْقَة بِملكِ أحد الزَّوْجَيْن صَاحبه أو ارْتَدّ أحدهما فطلق الزوج ٤٧٣
كتاب الرضاع ٤٧٦
باب معرفة من يحرم بالرضاع ومن لا يحرم ٤٧٧
فصل ٤٧٧
فصل ٤٧٨

فصل ٤٧٩
باب معرفة حكم الرضاع ٤٨١
فصل ٤٨١
فصل ٤٨٢
باب ما تضمن المرضعة وما لا تضمن ٤٨٦
باب الشهادة والإقرار بالرضاع ٤٩٠
كتاب العدة ٤٩٢
باب معرفة العدة ٤٩٢
باب ما تنقضي به العدة ٤٩٨
باب العدتان تنقضيان بمدة واحدة ٥٠١
باب انتقال العدة ٥٠١
فصل ٥٠١
فصل ٥٠٢
باب ما تصدق به المرأة على انقضاء العدة وما لا تُصَدَّق ٥٠٤
باب الاجتناب عن محظورات العدة ٥٠٧
فصل ٥٠٨
باب حكم الولد عند فراق الزوجين ٥١٠
فصل ٥١٥
باب المطلقة تُسافر في عدتها ٥١٧
فهرس المحتويات ٥١٩

AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

BY

AL-IMAM RADIYUDDIN MOHAMMED
BEN MOHAMMED AL-SARAKHSY
(D. 571 H.)

EDITED BY

ABDULHAFIZ MOHAMMED ALI BAYDOUN

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية كلية الشريعة

الجزء الرابع

المحتوى:

العتاق - التدبير - المكاتب - الولاء - الحيل - الأيمان - النذور - الكفارات

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي (ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568		عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	**Lebanon**	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

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

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

ISBN 978-2-7451-8337-8

9 782745 183378 90000

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب العَتَاقِ[1]

يحتاج إلى معرفة: شرعية العتاق، وتفسيره لغة وشريعة، وركنه، وشرطه، وحكمه شريعة.

أما شرعيته: فلما روى أبو الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز**"[2].

وأما تفسيره لغة: فهو القوة، مأخوذ من قولهم: عَتق الطير إذا قوي وطار عن وكره، وسميت عتاق الطير كواسِرُها لاختصاصهن بزيادة قوة الاصطياد، ولهذا يسمى ضده رقًّا، وهو عبارة عن الضعف، يقال: رق الثوب إذا ضعف من طول اللبس في البلى، وثوب رقيق أي: ضعيف في أصل التركيب والنسج لرقة لحمته وسدايه[3]، وإذا كان ضده عبارة عن الضعف عرفنا أن العتاق عبارة عن القوة.

---

(١) الْعِتْقُ لُغَةً: خِلَافُ الرِّقِّ - وَهُوَ الْحُرِّيَّةُ، وَعَتَقَ الْعَبْدُ يَعْتِقُ عِتْقًا وَعَتْقًا، وَأَعْتَقْتُهُ فَهُوَ عَتِيقٌ، وَلَا يُقَال: عَتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ، بَل أَعْتَقَ.

وَمِنْ مَعَانِيهِ: الْخُلُوصُ. وَسُمِّيَ الْبَيْتُ الْحَرَامُ - الْبَيْتَ الْعَتِيقَ، لِخُلُوصِهِ مِنْ أَيْدِي الْجَبَابِرَةِ فَلَمْ يَمْلِكْهُ جَبَّارٌ.

وَاصْطِلَاحًا: هُوَ تَحْرِيرُ الرَّقَبَةِ وَتَخْلِيصُهَا مِنَ الرِّقِّ.

انظر: بدائع الصنائع ٤/٤٥، والمغني ٩/٣٣٠، وحاشية الدسوقي، ٤/٤٦٣ ومغني المحتاج ٤/٤٩١، والقوانين الفقهية ص٣٧١.

(٢) أخرجه الطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/٢٤٦) قال الهيثمي: فيه إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف.

(٣) السَّدَى من الثوبِ: خيوط نسيجِهِ التي تُمَدُّ طولا، وهو خلاف اللُّحمَةِ الواحدة: سَدَاة والجمع: أَسداءٌ، أسدِية. سَدَتِ النَّسِيجَ: أَقَامَتْ سَدَاهُ وَمَدَّتْهُ، أيْ رَتَّبَتْ خُيُوطَهُ الطَّوِيلَةَ.

وفي الشريعة: يراد به قوة حكمية تحدث في المحل من المالكية وأهلية الولايات والشهادات، والعتق أيضًا عبارة عن التخليص.

ولهذا سُمي بيت الله تعالى: البيت العتيق؛ لأنه خلصه عن أيدي الجبابرة والأكاسرة فلما أعتقه فقد أخلصه عن الذل، والتحرير عبارة عن الخلوص، يقال: طير حر، أي: خالص عما يشوبه من الحجارة والسبخة.

وفي الشريعة: يراد به خلوص الآدمي عن ذل الرق.

وأما ركنه: فقوله لعبده: حرَّرتك أو أعتقتك؛ لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء، والعتق يقوم بهذه اللفظة.

وأما شرطه: على الخصوص فقيام الرق في محله؛ لأنه مشروع؛ لأن آلة الرق والملك ليس بشرط خاص له بل هو شرط لنفاذ سائر التصرفات.

وأما حكمه: فزوال الرق والملك عن الرقيق في الدنيا ونيل المثوبة في الآخرة إذا أعتق لوجه الله تعالى، ثم الإعتاق قد يقع قربة بأن أعتق لوجه الله تعالى، أو عن كفارة عليه، وقد يقع مباحًا لا قربة بأن أعتق من غير نية أو أعتق لوجه فلان، وقد يقع معصية بأن أعتقه لوجه الشيطان؛ لأنه قصد به تعظيم الشيطان وإنه حرام.

ثم يستحب للعبد أن يكتب للعتق كتابًا ويُشهد عليه شهودًا توثيقًا وصيانة عن التجاحد والتنازع فيه، كما في المداينة بخلاف سائر التجارات؛ لأنه مما يكثر وقوعها فالكتابة فيها تؤدي إلى الحرج ولا كذلك العتق والله أعلم بالصواب.

(باب ما يقع به العتق)

في (**المبسوط**): ألفاظ العتاق ثلاثة أنواع: صريح، وملحق بالصريح، وكناية.

أما الصريح: كقوله: أعتقتك أو حررتك فيعتق بلا نية؛ لأن الوضع يغني عن النية، ثم العتق بصريح اللفظ قد يقع على وجه الإنشاء كقوله: أعتقتك أو حررتك؛ لأن هذه اللفظة، وإن كانت إخبارًا بصيغتها لكنها جعلت إنشاء عرفًا وشرعًا في التصرفات الشرعية لحاجة العباد إلى مباشرتها.

وقد يقع على وجه الإخبار والصفة كقوله: أنت حر، أو محرر، أو أنت

عتيق، أو معتق؛ لأن الإخبار عن الوصف يستدعي تحقيقه ليكون صادقًا فيه فيصح إخباره عنه.

وقد يقع على وجه النداء كقوله: يا حر، يا عتيق؛ لأن النداء لإعلام المنادى، فإذا ناداه بوصف كان تحقيقًا لذلك الوصف ليكون إعلامًا.

وقد يقع على وجه الإشارة كقوله: هذا حر، وهذا عتيق؛ لأن الإشارة بوصف يكون تحقيقًا لذلك الوصف تصحيحًا لكلامه.

ولو قال: أنت عتيق، يعتق وإن لم ينو كقوله لامرأته: أنت طلاق.

ولو نوى بهذه الألفاظ غير العتق وهو القِدَم، أو نوى بالحرية الخلوص من عيب يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه لما كان صريحًا لإزالة الرق عرفًا وشرعًا صار كالحقيقة له ولغيره كالمجاز بمنزلة لفظة الطلاق، ومن ادعى المجاز في كلامه يصدق ديانة لا قضاء، وكذا لو نوى به الخبر عن الكذب؛ لأنه صار إنشاء عرفًا وشرعًا، والإنشاء لا يحتمل الكذب، ولئن كان إخبارًا بصيغته فدعوى الكذب فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء.

ولو نوى أنه كان حرًّا إن كان مسببًا يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه يحتمله كلامه لكنه خلاف الظاهر، فإن كان مولدًا لا يصدق أصلًا؛ لأنه لم يكن حرًّا بأصل الفطرة.

ولو قال لعبده: أنت مولاي، أو يا مولاي، عُتِقَ؛ لأنه لم يكن حرًّا بأصل الفطرة.

ولو قال لعبده: أنت مولاي، أو يا مولاي، عُتِقَ؛ لأنه كثر استعماله في المُعْتِق والمُعْتَق، فإذا لم يكن معتقًا ضرورة ويكون اللفظ صريحًا للعتق في الرقيق، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم لمن أعتق عبدا حين اشتراه: "هو أخوك ومولاك".

وإن نوى النصرة والمحبة صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الصريح والظاهر.

ولو قال: أنت حر من هذا العمل، أو قال: أنت حر اليوم من العمل، عُتِقَ في القضاء؛ لأن العتق لا يتجزأ، فمتى صار حرًّا في حق عمل أو في وقت يصير حرًّا في الأعمال والأوقات كلها، كما لو قال لامرأته: أنتِ طالق في مكة، أو في يوم.

رجل له عبد واحد فقال: أعتقت عبدي، يُعتق، ولو قال: بعتك عبدًا لا يصح؛ لأن الجهالة تمنع صحة البيع دون العتق.

(**المنتقى**): لو قال: أنت مولى فلان، أو عتيق فلان، عُتِقَ؛ لأنه أقرَّ بالحريَّة وهو مالك للعبد.

ولو قال: أعتقك فلان، لا يُعتق؛ لأنه أضاف فعل الإعتاق إلى من ليس بمالك فلا يقع به شيء، لكن يجوز أن يقال: يعتق في الحالين؛ لأن الإخبار عن إنشاء العتق من فلان إخبار عن حريته ضرورة فصار كأنه قال: أنت عتيق فلان.

رجل قال لآخر: أنا مولى أبيك، أعتق أبوك أبوي، فإنه حر ولا يكون عبدًا.

وكذا لو قال: أنا مولى أبيك، ولم يقل: أعتقني، فهو حر؛ لأنه قد يكون مولاه من قبل جده فلا يكون ذلك إقرار بالرق.

ولو قال: أنا مولى أبيك أعتقني، فهو مملوك إذا جحد الوارث أن يكون أبوه أعتقه؛ لأن دعوى العتق تكون إقرارًا بالرق السابق، فثبت الرق بإقراره ولم يثبت العتق لتكذيب الوارث وجحوده.

ولو قال لعبده: أنتِ حرة، أو لأمته: أنت حرة، تُعتق؛ لأن عتق الرجال والنساء واحد.

وذكر ابن سماعة عن محمد: لو قال لعبده: أنت حرة، لم يعتق إلا إذا أراد به العتق؛ لأن هذا كناية وليس تصريح.

ولو قال لعبده: إذا مررت بالناس فسألك أحد فقل: أنا حر، فإذا مرَّ به أحد فقال: أنا حر، يُعتق، ألا ترى لو قال لعبده: قل أنا حر لم يُعتق حتى يقول: أنا حر، فإذا قال ذلك عُتِقَ؛ لأنه أمره بإعتاق نفسه.

ولو قال لرجل: قل لغلامي: إنك حر، أو أنه حر، عُتِقَ ساعة تكلم؛ لأنه أمره بإخبار حرية عبده.

ولو قال له: قل أنت حر، لم يُعتق حتى يقول له: أنت حر؛ لأنه وكله بإعتاقه.

(**الفتاوى**): ولو قال: اسم عبدي حر، ثم دعاه يا حر، لا يُعتق؛ لأنه دعاه باسمه؛ لأنه سبق النداء دليل أنه لم يرد به الحرية، ولو دعاه بالفارسية: يا أزاد يُعتق؛ لأنه دعاه بغير اسمه.

ولو قال لعبده: (نبده نيستي) عُتق في القضاء؛ لأنه إقرار بالعتق.

ولو سماه أزاد ثم دعاه يا أزاد لا يُعتق، ولو دعاه بالعربية يا حر يُعتق؛ لأنه دعاه بغير اسمه.

وأما اللفظ الملحق بالصريح: كقوله لعبده: وهبت أو بعت نفسك أو رقبتك منك، عُتِقَ قَبِل العبد أو لم يقبَل، نوى أو لم ينو؛ لأن الهبة والبيع يقتضيان زوال ملكه إلى العبد، فيزول الملك بإزالته صريحًا ولا يفتقر إلى قبول العبد؛ لأن الملك يثبت للعبد في النفسية لا في المالية بغير عوض، إلا أنه لو باع نفسه من العبد بثمن معلوم يشترط قبوله لأجل ثبوت العوض لا لإزالة الملك.

ولو قال لعبده: اشتر نفسك بألف درهم، فقال: فعلت، جاز؛ لأن هذا بمنزلة قوله: أنت حر على ألف درهم؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق.

ولو أضاف العتق إلى حر ويعبّر به عن جميع البدن كقوله: رأسك أو رقبتك أو لسانك حر، أو قال لأمته: فرجك حرٌّ، عتق.

ولو أضاف إلى جزء شائع عتق ذلك القدر.

ولو قال: دمك حر ذكر في العتاق أنه لا يعتق؛ لأنه يعبر به عن جميع البدن وليس له حظ من كل جزءٍ ليكون حرًّا أو شائعًا، فصار كاليد وفي رواية الكفالة أنه يعتق؛ لأن به قوام البدن فصار كاليد.

ولو أضاف إلى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لم يعتق خلافًا للشافعي لما مر في الطلاق.

(**النوادر**): عن أبي يوسف: لو قال لأمته: فرجك حر من الجماع، عتق.

ولو قال لعبده: فرجك حر، قيل: يعتق كما في الأَمة.

وعن محمد: أنه لا يعتق، وفي الأمة يعتق؛ لأن فرجها يعبر به عن البدن لا فرجه لقوله عليه السلام: "**إن من أشراط الساعة ركوب الفروج السروج**"[1] فلم يصر ذكر فرجه عبارة عن البدن.

---

(١) قال عنه الشيخ ملا علي القاري في الأسرار المرفوعة في الأخبار الموضوعة (لا أصل له) فلا تثبت به حجة.

ولو قال لعبده: استك أو ذكرك، أو لأمته: استك حر، ذكر ابن سماعة عن محمد أنه يعتق، وجعل كقوله: فرجك حر، وقيل: لا يعتق، وهو الأصح؛ لأنه لا يعبر بالإِسْتِ عن جميع البدن لأنه ما ورد الاستعمال فيه.

ولو قال: عتقك حر، قيل: يعتق كما في الرقبة، وقيل: لا يعتق؛ لأنه لم يستعمل ذكر العتق عبارة عن البدن كما في الدبر.

وأما ألفاظ الكناية: أن يقول لعبده: لا سبيل لي عليك، أو لا ملك لي عليك، أو خليت سبيلك، أو خرجت عن ملكي إن نوى به العتق عتق وإلا فلا؛ لأنه لفظ محتمل يحتمل بأنه أراد به نفي السبيل ونفي الملك بالبيع والكناية، ويحتمل بغية بالعتق فلم يثبت العتق إلا بالنية.

ولو قال: لا سلطان لي عليك، لا يعتق وإن نوى؛ لأن السلطان عبارة عن القهر والغلبة والحجة، ولهذا يسمى السلطان سلطانًا لثبوت يده القاهرة المستولية على الرعية وثبوت القهر والغلبة يستدعي قيام اليد لا قيام الملك كما يكون للسلطان قهر وغلبة على الرعية لقيام اليد، فإن افتقد الملك فصار نفي السلطنة عن العبد بقاء لليد لا بقاء للملك، فكأنه قال: لا يد لي عليك، ونوى العتق لا يعتق؛ لأن نفي اليد المفردة بالكناية لا بالعتق.

(المنتقى): مسائله على نوعين:

أحدهما: صريح.

والثاني: كناية.

أما الصريح: لو قال: عبدي الذي قديم الصحبة هو حر، تكلموا في قديم الصحبة، قال محمد: من صحبه ثلاث سنين وهو قول أبي يوسف، وقيل: ستة أشهر، والمختار أن تكون صحبته سنة لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ عَادَ كَٱلْعُرْجُونِ ٱلْقَدِيمِ ﴿٣٩﴾﴾ [يس: ٣٩] والعرجون[1] الذي ينبت على النخل فيقطع في كل سنة فيبقى الطري الحديث، فإنه لا يتم إمحَاؤه.

---

(١) قال أَبو عمرو: العُرْهونُ والعُرْجُونُ والعُرْجُد كلُّه الإِهانُ، والعُرْجُون العِذْقُ عامَّة، وقيل: هو العِذْقُ إذا يَبس واعْوجَّ، وقيل: هو أَصل العِذْق الذي يعْوَجُّ وتُقْطع منه الشماريخ فيبقى على النخل يابسًا، وقال ثعلب: هو عُود الكِباسة.

=

وجعل الباقي سنة قديمًا وهذا أوسط الأقاويل في ذلك.

ولو قال: نسبك أو حسبك حر، فإن كان مسبيًا لم يعتق؛ لأن الكفار كلهم أحرار قبل الاسترقاق فلم يقر بحريته، وإن كان مولدًا في دار الإسلام فهو حر؛ لأن حرية أصله ونسبه تقتضي حريته وإنما يبطل بطرءان السبي، فإذا انعدم السبي هنا صار مقرًّا بحريته في الأصل.

ولو قال: أبواك حران، لم يعتق؛ لجواز أنهما رقيقان قبل انفصال الولد فولد رقيقًا ثم عتقا بعد الولادة.

ولو قال: أنت عتيق السن أو حر الجبين أو حر الوجه جمالا وحسنًا لم يعتق؛ لأنه تشبيه وليس بتحقيق.

ولو قال: أنت حر النفس يعني في الأخلاق عتق في القضاء.

ولو قال: أنت حر النفس في أخلاقك لم يعتق؛ لأنه تشبيه في الأخلاق.

ولو قال: هذا حر هذا عتقا، ولو قال: هذا حر، عتق الثاني وإن نوى الأول يصدق ديانة لا قضاء؛ لأن الحرية متى تخللت بين الأول والثاني أمكن أن يجعل الحرية خبرا لهما؛ لأن تقديم الخبر على المبتدإ جائز، فإنه يستقيم أن يقال: حر هذا وعليم هذا فيجعل خبرا لهما صيانة لهما عن اللغو.

فأما الإخبار أن يجعل الخبر المتأخر خبرًا للمبتدإ السابق متى تخلل بينهما مبتدأ آخر بغير حرف العطف لوجود الفاصل بينهما.

ولو قال: هذا حر وهذا إن دخل الدار عتق الأول في الحال ويعلق حرية الثاني

=

قال الأَزهري: العرجون أَصْفرُ عريض شبه الله به الهلالَ لما عاد دقيقًا فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلْقَمَرَ قَدَّرْنَٰهُ مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَٱلْعُرْجُونِ ٱلْقَدِيمِ ﴿٣٩﴾﴾ [يس: ٣٩]؛ قال ابن سيده: في دِقَّتِه واعْوِجاجِه؛ وقول رؤبة: في خِدْرِ مَيَّاسِ الدُّمَى مُعَرْجَنِ يشهد بكون نون عُرْجون أَصلًا، وإن كان فيه معنى الانعراج، فقد كان القياس على هذا أَن تكون نون عُرْجون زائدة كزيادتها في زَيتون، غير أَن بيت رؤبة هذا منع ذلك وأَعلم أَنه أَصل رُباعي قريب من لفظ الثلاثي كسِبَطْرٍ من سَبِطٍ ودِمَثْرٍ من دَمِثٍ، أَلا ترى أَنه ليس في الأَفعال فَعْلَنَ، وإنما هو في الأَسماء نحو عَلْجَنٍ وخَلْبَنٍ؟ وعَرْجَنه بالعصا: ضربه.

بالدخول؛ لأنه تخلل بين الأول والشرط فاصل فيمنع التعلق فينجز.

وأما ألفاظ الكناية: قال محمد رحمه الله: لو قال: لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهو حر في القضاء؛ لأنه لما استثنى الولاء والولاء بعقد الحرية علم أنه أراد به نفي السبيل بجهة العتق.

ولو قال: إلا سبيل الموالاة يصدق قضاء أنه لم يرد به العتق؛ لأنه لم يراد به الموالاة في الدين فلم تتعين جهة العتق بصحة الاستثناء بخلاف لفظ الولاء، فإنه مستعمل في ولاء العتق عرفا.

ولو قال: لا حق لي عليك، رُوي عن أبي حنيفة ومحمد: أنه يعتق إذا نوى؛ لأن الحق عبارة عن الملك، فإنه لو قال: لفلان حق في هذا العبد فالقاضي يخبره أن يقر ببعض العبد لعينه فكأنه قال: لا ملك لي عليك.

ولو قال لعبده: يا عبد الله، لا يعتق؛ لأنه صادق فيه؛ لأن الناس كلهم عبيد الله.

ولو قال: أنت لله، أو جعلتك خالصًا لله، رُوي عن أبي حنيفة بأنه لا يعتق؛ لأن الأشياء كلها لله تعالى بحكم التخليق، فيحتمل أنه أراد به أنت عبد الله، ويحتمل أنه أراد به التحرير، والمحتمل لا يكون حجة.

ورُوي عن أبي يوسف ومحمد: أنه يعتق؛ لأنه أخلصه لله تعالى؛ لأنه قبل العتق كان لا يتفرغ لجميع العبادات، وبالعتق يتفرغ لها فالخلوص لله تعالى لا يتحقق إلا بالعتق.

وعن أبي يوسف: لو تهجى عتاق عبده بأن قال له: ألف نون تاء حاء راء، أو تهجى تطليق امرأته ونوى به العتق والطلاق وقع وهو بمنزلة الكناية.

ولو تهجى سجدة التلاوة لم تلزمه السجدة؛ لأنه لو كتب آية السجدة على شيء لم تلزمه السجدة.

ولو كتب العتاق والطلاق إلى امرأته أو عبده وقع؛ لأنه معلق بما هو محتمل له وقد وجد في التهجي، فأما وجوب السجدة معلق بالتلاوة والتهجي لا يعد تلاوة.

(**الفتاوى**): لو قال لعبده: توارا ذ تراز مني، لا يعتق ما لم ينو؛ لأنه يراد به التشبه دون التحقيق، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنتِ أدنى الناس لا يكون قاذفًا، كما لو قال لامرأته: أنتِ أطلق من فلانة لا تطلق إلا بالنية، فكذا هذا.

ولو قال لعبده: يا سيد، أو يا سَيّدي، أو لأمته: يا سيدة، أو يا سيدتي، أو قال لعبده: يا أذادَ مرد، أو يا أراد مرد، فإن لم ينو بهذه الألفاظ العتق قيل يعتق؛ لأن هذه الألفاظ تختص بها الحرائر فصار كقوله: يا حر، والأصح أنه لا يعتق؛ لأن هذه الألفاظ لا تنبئ عن الحرية لكنها تذكر ويراد بها الإنسانية واللطافة والكرامة عادة لا إيجاب الحرمة.

وإن نوى بها العتق يعتق؛ لأنها محتملة لمعنى الحرية.

وعن محمد روايتان فيمن قال لعبده: يا سيدي، أو لأمته: يا سيدتي، ونوى به العتق:

في رواية: يعتق؛ لأن هذا اللفظ يختص به الحر.

وفي رواية: لا يعتق؛ لأن هذا اللفظ لا ينبئ عن الحرية ولا يحتملها، فإذا نوى به العتق فقد نوى ما لا يحتمله لفظه.

رجل قال لعبده: يا أراد مرد من أسعى، قيل: لا يعتق وإن نوى، فالصحيح أنه يعتق إذا نوى لما بيّنّا.

رجل قال: حر أو طالق، فقيل له: من عنيت؟ فقال: عبدي أو امرأتي، يعتق العبد وتطلق امرأته لأنه يحتمل والله أعلم بالصواب.

(باب ما لا يقع به العتق وإن نوى)

(**المبسوط**): ولا يعتق بصريح الطلاق وكناياته وإن نواه خلافًا للشافعي رحمه الله في لفظ الطلاق؛ لأن لفظ الطلاق لا يحتمل العتق مجازا؛ لأن المجاز يحتمل المشابهة في محل يختص بمحل الحقيقة والمجاز ويلازمهما لما نبين ولم يوجد هنا؛ لأن الإعتاق وضع لإثبات القوة وإحداثها وهو إثبات المالكية والولاية، والطلاق وضع لحل القيد ورفعه ولا مشابهة بين إثبات القوة وحل القيد؛ لأن حل

القيد رفع المانع عن استعمال الآلة مع قيامها، وإثبات القوة يكون بعد انعدام الآلة وفقدانها نظيره شفاء المريض مع إطلاق الأسير، فإن الشفاء إحداث القوة بعد سقوطها بالمرض وإطلاق الأسير والمحبوس حل القيد ورفع الموانع عنه مع قيام الآلة لا إحداثًا للقوة بخلاف ما لو قال لامرأته: أنتِ حرة ونوى الطلاق يقع؛ لأن بين الحرة والمطلقة مشابهة في معنى يختص بهما وهو الانطلاق فإن الحرة منطلقة كالمطلقة فجاز استعارة لفظ الحرة عن لفظة الطلاق فأما لا مشابهة بين المقيدة والرقيقة بل بينهما مضادة فتقدران بجعل لفظ الطلاق مجازًا عن العتق.

ولو قال لأمته: أمرك بيدك فأراد العتق فأعتقت نفسها في المجلس عتقت وإلا فلا؛ لأنه ملكها إيقاع العتق، والإعتاق إسقاط الملك كالطلاق فيقتصر حكمه على المجلس كما في الطلاق.

ولو قال لها: أعتقي نفسك فقالت اخترت كان باطلا؛ لأنه لا يصلح جوابا له في الطلاق بل أولى؛ لأن الاختيار عن موضوع لإزالة ملك اليمين ولا يحتمله فلأن لا يعتق به أولى.

(**النوادر**): مسائله على نوعين:

أحدهما: في التشبيه في الحرية.

والثاني: في الكناية.

أما **الأول**: لو قال لعبده: أنت مثل الحر أو ما أنت إلا مثل الحر ونوى العتق لا يعتق؛ لأنه شبهه بالحر ويحتمل التشبيه في الأخلاق والأفعال كالسكون والوقار والأدب والائتمان وقد قالوا بأنه يعتق، كما لو قال لامرأته أنتِ مثل امرأة فلان وفلان قد آلَى من امرأته ونوى الإيلاء يصدق ويصير موليًا.

ولو قال لامرأة حرة أنتِ حرة مثل هذه الأمة لم تعتق أمته؛ لأنه قد بين أن هذه أمة غيره وحرة، ألا ترى لو قال: لهذا عليَّ ألف درهم مثل ما قال لهذا كان لكل واحد عليه ألف؛ لأن هذه صفة واحدة، ولو قال: لهذا عليّ ألف درهم مثل ما لهذا عليّ دينار فللأول عليه ألف وللثاني عليه ألف دينار؛ لأن هاتين صفتين مختلفتين قد بين ما لكل واحد منهما.

ولو قال لعبده: بدنك بدن حر أو رأسك رأس حر لم يعتق؛ لأنه تشبيه وليس بتحقيق إذ لو أراد التحقيق لقال بدنك حر.

ولو نون وقال: رأسك رأسٌ حرٌّ أو بدنك بدن حرٌّ أو وجهك وجه حرٌ عتق؛ لأن هذا وصف له بالحرية وليس بتشبيه له فصار كأنه قال رأسك حرٌّ.

وقال أبو يوسف: رجل قال لثوب خاطه مملوكه: هذه خياطة حرٍ أو قال لدابة مملوكة هذه دابة حر أو قال لمشي عبده هذه مشية حر أو لكلامه هذا كلام حر لم يعتق إلا بالنية؛ لأنه قد يراد به التشبيه والتمثيل أي كفعل حر كما يقال عيناك عيناها وجيدك جيدها فيكون كناية فلا يقع إلا بالنية.

وأما **الثاني**: لو قال لأمته: يا مولى زاده لا يعتق؛ لأنه لا فارق في إثبات العتق بهذا النداء.

وعن أبي يوسف: لو قال: كل مالي حر وله رقيق لم يعتقوا؛ لأن الأموال كلها سوى الرقيق لا تقبل الوصف بالحرية فتعذَّر إثبات معنى اللفظ على وجه العموم فلغى إذ يجب اعتبار عموم كلامه.

ولو قال لمملوكه: أنت غير مملوك لا يعتق ولكن ليس له أن يدعيه ويستخدمه وإن مات لم يرثه بالولاء.

وإن قال المملوك بعد ذلك: إني مملوك له فصدقه كان مملوكه؛ لأن بقاء الملك ليس بصريح للعتق بل يحتمله لما هنا فلا يقع إلا بالنية.

ولو قال لعبده عتقك علي واجب لا يعتق بخلاف الطلاق؛ لأن نفس الطلاق لا يجب فإنما يجب حكمه بعد وقوعه فاقتضى هذا وقوع الطلاق، فأما نفس العتق يجب في الجملة بالنذر والكفارة فلم يقتض هذا اللفظ وقوع العتق.

(**الفتاوى**): عبد قال لمولاه: أرادي من بيداكن، فقال المولى: أرادي بونيدا كردم، لا يعتق؛ لأنه لا يحتمل أنه أظهر به حريته بالتعليق لا بالتنجيز فيكون كناية.

رجل له عبد فقيل له: أعتقت هذا العبد، فأومأ برأسه أي نعم لا يعتق، بخلاف ما لو كان الصبي في يد رجل فقيل له: هذا ابنك فأومأ برأسه نعم، يثبت نسبه منه، والفرق أن العتق يتعلق ثبوته بالعبارة، والإشارة لا تقوم مقام العبارة عند القدرة، فأما

النسب لا يتعلق ثبوته بالعبارة بلا قلت تثبت بالإشارة والدلالة كقبول التهنئة عند الولادة فجاز أن تثبت بالإيماء والإشارة لأنها دلالة القبول.

عبد مأذون قال للمولى: اشتريت جارية فقال مولاه هي لك اصنع بها ما شئت فأعتقها العبد لا يجوز؛ لأنه لا يراد به العتق عرفًا.

عبد دخل على مولاه فقال المولى: أي حر قدم علينا لا يعتق؛ لأنه لا يراد به التحقيق.

رجل قال لمكاتبه: إن أنت عبدي فأنت حر لا يعتق؛ لأنه في كونه عبدا له قصور؛ لأن في النسبة إليه قصورًا فصار كما لو طلق امرأته طلاقا بائنا ثم قال لها: إن أنتِ امرأتي فأنتِ طالق فكذا هذا.

أمة قالت لمولاها: أعتقني، فقال لها بالفارسية: أندوركير ازداكردم، قال: لا تعتق.

وكذا لو باع من امرأته تطليقة فقالت: خريدة كير، لا يكون منها إجابة وقبولًا.

وكذا لو باع عبدًا.

روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله: من أعتق عبدًا فما له لسيده إلا ثوب يواريه، أي ثوب شاء السيد، والله أعلم.

(باب العتق بدعوى النسب)

(**المبسوط**): لو قال: هذا أبي أو أمي أو هذا ابني أو هذه بنتي أو هذا عمي أو خالي فلا يخلو إما أن كان العبد يصلح ولدًا أو والدًا له أو لا يصلح، ولا يخلو إما أن كان العبد مجهول النسب أو معروف النسب من غيره، فإن كان يصلح ولدًا أو والدا له وهو مجهول النسب يثبت النسب منه ويعتق؛ لأنه ادعى نسبه ولم يكذبه الظاهر فيثبت كما لو ادعى نسب حر مجهول ومتى ثبت نسبه فقد ملك ابنه فعتق عليه.

ثم قال محمد رحمه الله في دعوى الأبوة: إذا صدقه العبد يثبت النسب وسكت عن التصديق في دعوى البنوة واختلفوا فيه قيل يشترط التصديق في الموضعين؛ لأن المدعي يدعي الأبوة والبنوة أقر بحقوق لها يلزمه في ماله على وجه يلزمهما له حقوق في مالهما

فكان هذا إقرارًا لعوض يستحق عليهما فيقف صحته على تصديقهما، كما لو قال لغيره بعتك هذا العبد بألف وقيل لا يشترط تصديقهما؛ لأن المدعي قبله مملوك للمدعى وإقرار المالك على مملوكه يصح من غير تصديقه وقيل يشترط التصديق في دعوى الأبوة لا في دعوى البنوة؛ لأن في البنوة حمل النسب على نفسه فيكون إقرارًا بحق للابن فلا يفتقر ثبوته إلى تصديقه وفي الأبوة حمل النسب على غيره فيكون دعوى حق عليه فيعتبر تصديقه وإقرار المالك على مملوكه إنما يصح إذا كان حكمه يلزمه حال رقه ولا يصح إذا كان حكمه يلزمه بعد الحرية؛ لأن المقصود من الأنساب أحكامها وحال ثبوت الحكم يكون إقرارا على الحر.

وإن كان العبد معروف النسب من غيره لا يثبت النسب ويعتق؛ لأن إقراره بالأبوة والبنوة ظاهر والبنوة باعتبار الانخلاق من مائه فتثبت البنوة والأبوة بإقراره فتنتفي العبودية والمملوكية ضرورة ثبوت الجزئية والبعضية.

ثم في الابن هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه؟ سيأتي في باب أمهات الأولاد، فإن كان الولد لا يصلح ولدا أو أبا له بأن كان مثله لا يولد لمثله عتق عند أبي حنيفة وعندهما والشافعي لا يعتق لهم، لأن هذا الكلام تعذر اعتباره علما على ثبوت ما ينبني عنه اللفظ وهو البنوة؛ لأنه مستحيل الكون وتعذر اعتباره علما على ما لا يبنى عنه وهو العتق؛ لأنه خلاف الحقيقة والحيد عنهما فلغى، كما لو قال لعبده أعتقتك قبل أن أخلق له، أنه أمكن بأن يجعل هذا مجازا عن الإقرار بالحرية من حين ملك لوجود طريق المجاز، فإن طريق المجاز هو المشابهة بين شيئين في معنى يختص بهما ويلازمهما واللفظ لم يوضع له كالشجاع مع الأسد، فإن بينهما مشابهة في معنى يختص بهما وهو الشجاعة ولفظ الأسد لم يوضع لمعنى الشجاعة فكذلك هنا بين الذي هو ابنه وبين الذي في ملكه وليس بابنه وعتق عليه مشابهة في معنى يختص بهما ويلازمهما وهو الحرية فجاز إطلاق هذا الاسم على من ليس بابنه وعتق عليه فجاز التعريف ما لم يوضع له اللفظ وهو الحرية كما في الشجاع فصار قوله هذا ابني مجازا عن قوله عتق على حين ملكته.

ولو قال لعبده هذا أخي أو لأمته هذه أختي لم يعتق في ظاهر الرواية؛ لأن الأخ اسم مشترك بين الأخ في النسب وبين الأخ في الدين، فإن اسم الأخ ينطلق على

الأخ في الدين عرفا وشرعا قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠] فصار حقيقة عرفية شرعية بمنزلة اسم الصلاة للأفعال المعهودة فكان محتملا لها فلا يتعين الأخ من النسب إلا بالنية حتى لو نوى به الأخ من النسب يعتق بخلاف اسم الابن، وإن كان يحتمل الابن من الرضاع وابن المتبني لكنه مجاز مستعمل لم يوجد تنصيص من الشرع عليه والمجاز لا يعارض الحقيقة، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق؛ لأن الأخ في مثل هذا الذكر يراد به النسب فيصير مقرًّا بالحرية.

ولو قال لعبده: هذه بنتي أو لأمته هذا ابني قيل يعتق عند أبي حنيفة، وقيل: لا يعتق؛ لأنه تعذر العمل بحقيقته وبمجازه؛ لأنه اجتمعت الإشارة والتسمية في الجنس؛ لأن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان فكانت العبرة بالتسمية دون الإشارة لما بيَّنَّا والمسمى هنا معدوم فصار كأنه قال عتق على هذا الذكر حين ملكته وهو أنثى فلغى.

ولو قال: يا ابني يا ابنتي يا أبي يا أمي، روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بالنداء إلا بخمسة ألفاظ يا ابني يا ابنتي يا عتيق يا حر يا مولاي؛ لأن النداء وإن وضع لإعلام المنادى لا لإثبات معنى النداء في المنادى لكن تعذر جعله لإعلام المنادى هنا؛ لأن المذكور ليس باسم له مضافًا، فإن الإضافة إليه بالبنوة غير ثابتة كالحرية فجعلنا لإثبات النداء في المنادى صونا لكلامه عن اللغو كما في قوله يا حر، وقال محمد في النوادر: بأنه لا يعتق بالنداء إلا بثلاثة ألفاظ يا عتيق، يا حر، يا مولاي؛ لأن النداء وضع لإعلام المنادى لا لتحقيق معنى النداء في المنادى؛ لأن الأسامي وضعت أعلامًا على المسميات لا لتحقيق معنى الأسامي فيها، ولهذا استقام النداء للبيضاء يا أسود، وللأعمى يا بصير، وللمذموم يا محمود، وللدني يا علي، وإن فقدت المعاني ولا يجوز ترك الحقائق إلا بدليل وقد قام الدليل في قوله يا حر ونحوه وهو تعارف الناس إثبات العتق به فصار هذا اللفظ موضوعا لإثبات الحرية عرفا وشرعا فكان عاملا بحقيقته لا بالمعنى.

(**النوادر**): رجل زوج رجلا جاريته على أنها ابنته فإن التزوج جائز وهي حرة؛ لأنه حين زوجها هي أمته ومملوكته ولكن الزوج يضمن إقرارا لها بالبنتية فتثبت الحرية بعد التزوج.

ولو قال لأمته: هذه خالتي أو عمتي من زنا عتق وكذا لو قال هذا ابني أو أخي أو أختي من زنا؛ لأنه يثبت بينهما القرابة المحرمة للقطعية وللمناكحة، وإن لم يثبت النسب لما عرف والله أعلم بالصواب.

(باب من ملك ذا رحم محرم منه)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: إذا ملك كله.

والثاني: إذا ملك شقصه.

(فصل)

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه، وإن كان المالك صغيرًا أو مجنونًا، وقال الشافعي: لا يعتق إلا من له أولاد وللمالك أن يستخدمه.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ**[1] **منه عتق عليه**[2]"[3] ولأن بقاء الملك في القريب يقضي إلى قطيعة الرحم؛ لأن الملك

---

(١) قَالَ فِي النِّهَايَة وَيُطْلَق فِي الْفَرَائِض عَلَى الْأَقَارِب مِنْ جِهَة النِّسَاء يُقَال ذُو رَحِم مَحْرَم وَمُحَرَّم، وَهُمْ مَنْ لَا يَحِلّ نِكَاحه كَالْأُمِّ وَالْبِنْت وَالْأُخْت وَالْعَمَّة وَالْخَالَة. عون المعبود - (ج٨/ ص٤٧٣).

(٢) يَعْنِي يَعْتِق عَلَيْهِ بِدُخُولِهِ فِي مِلْكه، قَالَ ابْن الْأَثِير: وَالَّذِي ذَهَبَ إِلَيْهِ أَكْثَر أَهْل الْعِلْم مِن الصَّحَابَة وَالتَّابِعِينَ وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبُو حَنِيفَة وَأَصْحَابه وَأَحْمَد أَنَّ مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِم مَحْرَم عَتَقَ عَلَيْهِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَذَهَبَ الشَّافِعِيّ وَغَيْره مِن الْأَئِمَّة وَالصَّحَابَة وَالتَّابِعِينَ إِلَى أَنَّهُ يَعْتِق عَلَيْهِ الْأَوْلَاد وَالْآبَاء وَالْأُمَّهَات، وَلَا يَعْتِق عَلَيْهِ غَيْرهمْ مِنْ ذَوِي قَرَابَته، وَذَهَبَ مَالِكٌ إِلَى أَنَّهُ يَعْتِق عَلَيْهِ الْوَلَد وَالْوَلَدَانِ وَالْإِخْوَة وَلَا يَعْتِق غَيْرهم انْتَهَى.

قَالَ النَّوَوِيّ: اخْتَلَفُوا فِي عِتْق الْأَقَارِب إِذَا مُلِكُوا، فَقَالَ أَهْل الظَّاهِر: لَا يَعْتِق أَحَد مِنْهُمْ بِمُجَرَّدِ الْمِلْك سَوَاء الْوَالِد وَالْوَلَد وَغَيْرهمَا، بَلْ لَا بُدّ مِنْ إِنْشَاء عِتْق، وَاحْتَجُّوا بِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَة قَالَ: قَالَ رَسُول الله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يَجْزِي وَلَدٌ عَنْ وَالِده إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ**" رَوَاهُ مُسْلِم وَأَصْحَاب السُّنَن، وَقَالَ الْجُمْهُور: يَحْصُل الْعِتْق فِي الْأُصُول وَإِنْ عَلَوْا، وَفِي الْفُرُوع وَإِنْ سَفَلُوا بِمُجَرَّدِ الْمِلْك، وَاخْتَلَفُوا فِيمَا وَرَاءَهُمَا، فَقَالَ الشَّافِعِيّ وَأَصْحَابه: لَا يَعْتِق غَيْرهمَا بِالْمِلْكِ، وَقَالَ مَالِك يَعْتِق الْإِخْوَة أَيْضًا. عون المعبود - (ج٨/ ص٤٧٣).

(٣) أخرجه «ابن ماجه» (٢٥٢٤) قال: حدثنا عقبة بن مكرم، وإسحاق بن منصور، قالا: حدثنا محمد بن بكر البرساني، عن حماد بن سلمة، عن قتادة، وعاصم. و«أبو داود» (٣٩٤٩) قال: =

مطلق للاستخدام وذلك إذلالًا وإهانة بالقريب فتلحقه الفضاضة والوحشة فيتباعد ويتنافر عنه طبعًا حيث يرى نفسه في ذل المملوكية وقريبه في عز المالكية مع التساوي والتكافؤ بينهما في المنزلة والنسبة، ومعنى قطيعة الرحم هو التباعد والتباغض والتنافر بينهما وإلحاق الذل بسبب التباعد معنى فكان قطعًا معنى فمتى حرمت القطيعة حرم ما هو سببها وهو بقاء الملك إذ لو بقي إطلاق ما هو سبب القطع فيكون تناقضا فلم يبق الملك دفعًا للتناقض فيثبت العتق ضرورة والرق ثبت لأجل الملك وإلا فالمنافي له قائم وهو كونه من بني آدم، فإذا لم يبق الملك لم يبق الرق لانعدام المقتضى ولوجود المنافي فإما في ثبوت الملك فيه مصلحة؛ لأنه يتوصل القريب به إلى الخلاص الكلي بالعتق والعتق عز وشرف فما هو سببه يعد أيضًا كرامة وشرفا.

وذو الرحم المحرم شخصان يدليان إلى أصل واحد بلا واسطة كالأخوين أو أحدهما بواسطة والثاني بغير واسطة كابن الأخ مع العم في النسبة إلى الجد.

وذو الرحم بلا محرم كبني الأعمام والأخوال والخالات إذا ملكه لم يعتق وخصت عن النص المحرم للقطعية بالإجماع لما أنهم كثير لا يحصون فلو عتقوا في

=

حدثنا مسلم بن إبراهيم، وموسى بن إسماعيل، قالا: حدثنا حماد بن سلمة، عن قتادة. و«الترمذي» (١٣٦٥) قال: حدثنا عبد الله بن معاوية الجمحي البصري، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن قتادة. وفي (١٣٦٥م) قال: حدثنا عقبة بن مكرم العمي البصري، وغير واحد، قالوا: حدثنا محمد بن بكر البرساني، عن حماد بن سلمة، عن قتادة، وعاصم الأحول. و«النسائي»، في «الكبرى» (٤٨٧٨) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا حجاج، وأبو داود، قالا: حدثنا حماد، عن قتادة. وفي (٤٨٧٩) قال: أخبرنا سليمان بن عبيد الله البصري، قال: حدثنا بهز، قال: أخبرنا حماد، عن قتادة. وفي (٤٨٨٠) قال: أخبرنا محمد بن حاتم المروزي، قال: أخبرنا حبان، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا حماد بن سلمة، عن قتادة. وفي (٤٨٨١) قال: أخبرنا عمرو بن منصور، قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا حماد، قال: أخبرنا قتادة. وفي (٤٨٨٢) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن عاصم الأحول، وقتادة. كلاهما: (قتادة، وعاصم) عن الحسن البصري، فذكره.

الملك وبما خرجوا الملاك فيه لتعذر معرفتهم بالكلية فلو خصت القرابة المحرمية عن النص أنه يؤدي إلى تعطيله وهذا لا يجوز، وكذلك لو ملك محرَمًا بلا رحم كزوجة أبيه أو ابنه لا يعتق لأنه ليس بينهما قرابة موجبة للصلة محرّمة للقطيعة فلا يستحق العتق وكذا لو ملك ذا رَحِم محرّم من الرضاع لابنه لا قرابة بينهما حقيقة حتى يجب صونهما عن القطيعة.

وأهل الذمة والإسلام في ذلك سواء لأنهما يستويان في الملك وفيما يلزمهم من الصلة وحرمة القطيعة.

ولو ملك الحر ذا رحم محرم منه في دار الحرب لم يعتق عندهما خلافًا لأبي يوسف.

ولو أعتقه في دار الإسلام عتق بالإجماع له، أن الملك ثابت للحربي، ولهذا يصح أشريتهم وعقودهم فملك إزالته بالعتق كما ملك إبطاله بالبيع.

لهما: أنه معتق بلسانه مسترق بيده؛ لأنه تحت يده وقهره.

ولو طرأ الاستيلاء على الحربي أبطل حريته، فإذا قارنه أولى أن يمنع الحرية حتى لو خلَّى سبيله وأزال يده عنه عتق؛ لأنه لم يسترق بيده.

وإن كان عبده مسلمًا أو ذميًّا عتق بالإجماع لأنهما ليسا بمحل للاسترقاق بالاستيلاء وكذا لو أعتق المسلم عبدًا حربيًّا في دار الحرب لا يعتق لما بيَّنا.

ولو اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من سيده وليس عليه دين محيط عتق؛ لأنه يملكه المولى، وإن كان عليه دين محيط لم يعتق عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يملكه، وعندهما يعتق لأنه ملكه لما عرف.

(فصل)

ولو ملك شقصًا من ذي الرحم المحرم عتق بقدر ما ملكه عند أبي حنيفة، وعندهم عتق كله؛ لأنه العتق يتجزأ عنده خلافًا لهما.

ولو ملك رجلان عبدًا وهو قريب أحدهما أو باع رجل نصف عبده أو وهبه من قريبه لم يضمن من عتق عليه لشريكه علم شريكه بذلك أو لم يعلم وسعى العبد في نصيبه عند أبي حنيفة وعندهما يضمن إن كان موسرًا وعلى هذا الخلاف لو قال: إن اشتريت هذا العبد فهو حر ثم اشتراه مع غيره حتى عتق نصيبه، ولو كان العبدان

شريكين فباع أحدهما نصيبه من قريب العبد وهو موسِرٌ ضمن نصيب شريكه بالإجماع، ولو ورثاه وهو قريب أحدهما لم يضمن القريب بالإجماع.

لهما: أن شراء القريب إعتاق، وإعتاق نصيبه إفساد لنصيب صاحبه حيث ينسد عليه باب التصرفات وإفساد نصيب صاحبه علة لوجوب الضمان ولم يوجد الرضا من صاحبه به دلالة؛ لأنه لم يوجد منه إلا القبول وقبوله شرط العتق لا علته وإيجاد شرط العتق لا يكون رضا بالعتق ضرورة؛ لأن الحكم ثابت بالعلة لا بالشرط فلا يكون إيجاد الشرط رضا بالحكم ضرورة، ولهذا لو قال لشريكه إن ضربت هذا العبد المشترك فهو حر فضربه شريكه عتق عليه يضمن الحالف نصيب الضارب.

لأبي حنيفة: أنه أعتق نصيبه برضا صاحبه؛ لأن صاحبه طلب منه الشراء نصًّا ودلالة:

أما نصًّا: فإنه قال: تعال لنشتري هذا العبد وكذا قال البائع: بعت منك هذا العبد فاشترِ مني ودلالة له؛ لأن البيع موضوع للتمليك بعوض فيكون دلالة طلب تمليك العوض وكذا المشتريان لا يتفقان في العمل عادة إلا بعد المواضعة السابقة فكانا راضيين فيه بالموافقة والمساعدة وشراء القريب إعتاق فصار راضيا بالإعتاق والرضا يثبت بموجب الطلب والطلب لا يختلف بالعمل والجهل فكذلك موجبه؛ لأن الحكم لا يتعلق بحقيقة الرضا؛ لأنه باطن فإنما يتعلق بدليله وهو الطلب وصار، كما لو قال أحد الشريكين لصاحبه أعتق نصيبك وهو لا يعلم بأنه شريكه لا يضمن بخلاف ما لو ورثاه وهو قريب أحدهما؛ لأنه لم يوجد من القريب صنع يصير به متلفًا نصيب صاحبه.

وكذا لو اشترى الأجنبي نصفه أولًا ثم اشترى القريب النصف الآخر وهو موسر ضمن نصف قيمته؛ لأن الأجنبي لم يوجد منه صنع صار به راضيًا بالعتق.

ورُوي عن أبي يوسف في عبد اشترى نفسه هو وأجنبي من مولاه فالبيع باطل في حصة الأجنبي؛ لأن شراء العبد نفسه عتق على مال فكانت الصفقة مشتملة على البيع والإعتاق فلا يصح البيع بخلاف شراء الأجنبي مع القريب؛ لأنه ليس بإعتاق بنفسه في الحال بل هو تمليك بعوض حقيقة ثم ينقلب إعتاقا من بعد.

(**المنتقى**): رُوي عن أبي يوسف لو قال: إن ملكت شيئًا من هذا العبد فهو حر ثم اشتراه هو وأبوه عتق على الأب لا على الحالف؛ لأن الشراء إنما يصير إعتاقا بعد الملك وكما ملك عتق بجهة النسب؛ لأن النسب سابق على اليمين فلم ينقلب الشراء إعتاقا.

ولو قال: إن اشتريته فهو حر وادعى رجل آخر أنه ابنه ثم اشترياه عتق عليهما؛ لأن النسب هنا ثبت مقارنا لليمين فقد اجتمع سببا العتق منهما عند الملك فعتق عليهما ونصف ولائه للحالف وهو ابن الذي ادعاه.

وكذلك عبدان رجلان فادعى أحدهما أنه ابنه وأعتق الآخر معا فللمعتق نصف ولائه وهو ابن الذي ادعاه.

رجل تزوج أمة فولدت منه ثم قال رجل إن ملكت منها شيئًا فهي حرة فاشتراها هو وزوجها معا في عقده فهي أم ولد للزوج ويضمن نصف قيمتها لشريكه ولا تعتق على الشريك لأنها صارت أم ولد للزوج قبل وقوع العتق بلا فصل.

ولو قال لعبده إن اشتريتك أنا وأبوك فأنت حر فاشترياه عتق على الأب عند أبي يوسف؛ لأن العتق بجهة النسب سبق العتق بجهة اليمين لما بيَّنا، وعند أبي حنيفة يعتق باليمين؛ لأن اليمين يصير إعتاقا بالشراء قبل الملك وشراء القريب إنما يصير إعتاقا بعد الملك وكما ملك عتق بجهة اليمين فقد سبق العتق بجهة اليمين على العتق بجهة الشراء.

وفي المسألة المتقدمة علق العتق بالملك فيصير اليمين إعتاقا بعد الملك وكما ملك عتق بالنسب لكونه سابقا على اليمين.

أخوان ورثا عبدًا من أبيهما فقال أحدهما: هو أخي لأبي، وجحده الآخر لم يضمن المقر ويسعى العبد في نصيبه وإن قال: هو أخي لأمي وليس أخوه المعروف لأمه ضمن له نصيبه. [والله سبحانه وتعالى أعلم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم، وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم][1].

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (س).

(باب الحلف بعتق كل مملوك يملكه)

(المبسوط): فيه [فصول][(١)]:

فصل في الحلف بعتق ما يملكه مطلقًا.

وفصل في الحلف به مؤقتًا.

وفصل في تملك المحلوف عليه متفرقًا.

(فصل)

ولو قال: كل مملوك أملكه فهو حر ولا نية له فهو على مملوك له يوم حلف لا على ما يحدث فيه الملك؛ لأن قوله أملكه، وإن كان حقيقة للاستقبال لكونه صار عبارة عن الحال باستعمال الشرع وعرف الناس، فإنه يقال أشهد أن لا إله إلا الله ويراد به الحال دون الاستقبال حتى يكون مسلما وكذا يقول الرجل أنا أملك كذا درهما أو أشهد أن لفلان على فلان كذا ويريد به الحال دون الاستعمال فصار هذا اللفظ للحال كالحقيقة وللاستقبال كالمجاز.

ويعتق ما كان في ملكه من عبيد وإماء ومدبرون وأمهات الأولاد لأنهم مماليكه إلا المكاتبون والمشترك بينه وبين غيره.

وقال زفر رحمه الله: يعتق المكاتب أيضًا.

لنا: أن المكاتب مملوكٌ رقبةً حرٌّ يدًا، ولهذا لا يحل للمولى وطء المكاتبة ولا يمكن اكتسابه فيمكن القصور في معنى المملوكية وفي النسبة إلى المولى فلم يدخل تحت مطلق اسم المملوك إلا بالنية.

كما لو قال: نسائي طوالق لا تدخل فيه المعتدة المبتوتة، وإن كانت مملوكة من وجه، فإن نواهم عتقوا أيضا؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه.

وإن نوى الذكور دون الإناث أو الإناث دون الذكور يصدق ديانة لا قضاء لأنه نوى تخصيص كلامه؛ لأن المملوك اسم عام يتناول الذكور والإناث مقصودًا؛ لأنه

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصلان.

اسم مشتق من ملك المال لا من الذكورة والأنوثة فكان كاسم الآدمي يتناول الذكور والإناث مقصودًا لكونه مشتقًّا من ولد آدم والعام يحتمل الخصوص ولكنه خلاف الظاهر.

ولو قال: لم أنو المدبرين قيل لم يدين قضاء وديانة والصحيح أنه يصدق ديانة؛ لأنه لا يمكن تخصيص العام إلا باعتبار الوصف فلأن المخصوص لا يمتاز عن العام إلا باعتبار الوصف فلو لم يصح التخصيص في حق الوصف ما أمكن تخصيص عام أبدًا، فيجوز التخصيص بهذا الوصف كما يجوز بصفة الذكورة والأنوثة ويدخل فيه العبد المأذون والمرهون والمستأجر والمديون؛ لأن الملك فيه كامل وعبدُ عبدِهِ المأذون إن لم يكن عليه دين فلا يعتق عندهما إلا بالنية، وعند محمد يعتق بلا نية بناء على أن من حلف لا يركب دابة فلان ودابة عبده لا يحنث عندهما، وعند محمد يحنث، وإن كان عليه دين محيط لا يعتق وإن نوى عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يملك المولى اكتسابه وعند أبي يوسف عتق إن نواه، وعند محمد يعتق بلا نية لأن عندهما يملك المولى اكتسابه إلا أن أبا يوسف يعتبر النية؛ لأنه لا يضاف إليه مطلقا، وإن كان مملوكا حقيقة ولا يدخل فيه الحمل نحو أن يكون معرضًا له بالحمل؛ لأنه لا يسمى مملوكا على الإطلاق؛ لأنه تابع للأم في كونه مملوكا، ولهذا لو قال إن اشتريت مملوكين فهما حران فاستهل أمه حاملا لم يعتقا.

ولو قال لأمته: كل مملوك لي غيرك فهو حر، لم يعتق حملها، فثبت أن اسم المملوك عند الإطلاق لا يتناول الحمل لكن الأم إن كانت في ملكه عتق الحمل بعتق الأم بحكم التبعية لا بحكم اليمين.

ولو نوى بقوله أملكه للاستقبال دون الحال يعتق ما يملكه وما سيملكه في المستقبل؛ لأن اللفظ ظاهره للحال فلا يصدق في صرف الكلام عنه ويعتق ما سيملكه لاعترافه بالعتق؛ لأنه قصد إتيانه بلفظ يحتمله.

ولو قال العبد أو المكاتب: كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر، فملك عبدًا بعد العتاق لم يعتق عند أبي حنيفة وعندهما يعتق؛ لأنه أوجب الحرية لما يملكه في المستقبل ولا يصح إيجاب الحريَّة لما يملكه حالة الرق فانصرف إلى ما يملكه بعد

العتق تصحيحًا لكلامه فلأن ما يملكه حالة الرق ملك ناقص وما يملكه بعد العتق ملك كامل ومطلق اسم الملك ينصرف إلى الحامل دون الناقص.

لأبي حنيفة رحمه الله أنه لم يملك إنشاء العتق وتنجيزه فلا يملك إضافته وتعليقه؛ لأن وجود الملك عند وجود الشرط شرط لصحتهما إما قطعا أو غالبا ليتصور نزول الجزاء قطعًا أو غالبًا فيكون حاملًا أو مانعا وهنا الملك محتمل الوجود عند الشرط لا غالب الوجود لأن الملك معدوم حالة اليمين والأصل في المعدوم دوامه واستمراره على العدم الأصلي، ولهذا لو قال لعبد لا يملكه إن دخلت الدار فأنت حر لا تنعقد اليمين.

ولو قال أملكه بعد العتاق عتق بالإجماع؛ لأنه أضاف العتق إلى حال وجود الملك قطعًا وهنا بخلافه.

(فصل)

ولو قال: كل مملوك أملكه الساعة فهو حر عتق ما يملكه في الحال لا غير؛ لأن المراد بقوله الساعة هي الحالة التي هو فيها في العرف دون الساعة التي عند المنجمين وكان المراد به ما كان في ملكه في الحالة التي حلف.

ولو عنى بالساعة الزمانية التي عند المنجمين صدق في ذلك ولم يصدق في صرف العتق عمن كان في ملكه؛ لأنه نوى ما يحمله كلامه وفيه تشديد وتغليظ على نفسه.

ولو قال: كل مملوك أملكه في هذا اليوم أو الأسبوع أو هذا الشهر يعتق ما في ملكه وما يملكه فيه؛ لأن التوقيت دلالة على اشتمال اليمين على ما يملكه في هذه المدة.

ولو قال: كل مملوك أملكه إلى شهر أو سنة أو قال أملكه سنة أو أبدا عتق ما يملكه في المدة ولا يعتق ما كان في ملكه يوم اليمين؛ لأنه خلص الاستقبال بدلالة العادة؛ لأن التوقيت إنما يكون في المستقبل لا في الحال فتعين الاستقبال مرادًا ولم يبق الحال مرادًا لأن الكلام الواحد لا ينتظم شيئين مختلفين.

ولو قال أردت بقولي سنة أن يكون في ملكي سنة في يوم حلف يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

ولو قال كل مملوك لي حر يوم أكلم فلانا فكلمه لا يعتق إلّا مَن يملكه حالة اليمين؛ لأن قوله مملوك لي يتناول ما يملكه للحال؛ لأن ما سيملكه فليس له للحال.

ولو قال يوم أكلم فلانا فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر عتق جميع ما كان في ملكه يوم الكلام على قضية اللغة بخلاف ما لم يقل يومئذ له لم ينص على المملوك وقت القيام حتى يعتبر قيام الملك عنده فاعتبر قيام الملك للحال.

ولو قال: كل مملوك أملكه غدًا فهو حر يعتق ما يملكه في الغد عندهما.

وقال محمد: يعتق كل ما كان في ملكه في الغد؛ لأن قوله أملكه لمّا صار للحال حقيقة صار قوله أملكه غدًا عبارة عن ما يجتمع في ملكه في غد فصار كأنه قال كل مملوك أنا مالكه غدًا فهو حر.

لهما: أن قوله أملكه يحتمل الحال والاستقبال وترجح هنا الاستقبال؛ لأنه أضاف الملك إلى زمان مستقبل، فإن الغد اسم لوقت سيوجد فينصرف بيمينه إلى ملك سيوجد لا إلى ملك قائم للحال فصار كما لو نص على لفظة الاستقبال.

ولو قال: كل مملوك أملكه فهو حر بعد غد عتق ما يملكه وقت اليمين لا غير؛ لأن قوله أملكه يتناول المملوك القائم للحال حقيقة وقوله بعد غد دخل على قوله حر لا على قوله أملكه فبقي قوله أملكه على حقيقته.

(فصل)

ولو قال: إن ملكت مملوكا فهو حر فملك نصفه لا يعتق؛ لأن اسم المملوك عند الإطلاق يقع على الكامل، فإن من ملك نصف العبد يقال ملك نصف مملوك وإن ملك نصفه الآخر عتق؛ لأنه حصل له مملوك كامل فوجد شرط الحنث.

وإن باع نصفه ثم اشترى نصيب شريكه لم يعتق استحسانا؛ لأنه لا يجتمع في ملكه مملوك كامل وهذا اللفظ يطلق في العرف ويراد به الملك فيه مجتمعا لا متفرقا، ألا ترى لو قال: والله ما ملكت ألف درهم وقد ملكها متفرقا لا يحنث.

ولو قال: إن ملكت هذا العبد فهو حر فملك نصفه ثم باعه ثم ملك النصف

الثاني عتق الذي في ملكه؛ لأن حالة تعيين المملوك يراد به الملك فيه مطلقا لا مجتمعا، ألا ترى لو قال: والله ما ملكت هذا العبد أو هذه الألف وقد ملكه متفرقا يحنث.

(**النوادر**): عن أبي يوسف لو قال: كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر عتق ما يملكه يوم الجمعة لا غير؛ لأن التوقيت دخل على الملك فالصرف إلى الملك في ذلك الوقت.

ولو قال: كل مملوك لي حر يوم الجمعة عتق ما كان في ملكه للحال يوم الجمعة؛ لأن التوقيت هنا دخل على الحرية فصار عتق المملوك للحال مضافا إلى ذلك الوقت.

وعن محمد: لو قال: كل جارية أشتريها إلى سنة فهي حرة عتق من يشتريه ساعة اشتراه إلى سنة؛ لأنه ذكر التوقيت للشراء دون الحرية.

ولو قال: كل جارية اشتريتها فهي حرة إلى سنة فاشترى جارية لم تعتق حتى تتم السنة؛ لأن التوقيت دخل على الحرية فصار العتق مضافا إلى السنة.

ولو قال: كل جارية أشتريها ما لم أشترِ فلانة جارية سماها ثم غابت المحلوف عليها أو ماتت فاشترى جارية ففي الغيبة تعتق؛ لأنه وجد الشرط، واليمين باقية وفي الموت لا تعتق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأنه وجد الشرط، واليمين ساقطة لعدم تصور الغاية.

ولو قال رجل لرجل: إن بعتك من هذا العبد شيئًا فهو حر، وقال الآخر: اشتريت منك من هذا العبد شيئًا فهو حر ثم باعه نصفه يعتق منهما جميعًا.

(**الجامع**): لو قال: كل جارية أملكها إذا جاء غد فهي حرة عتق ما كان في ملكه وقت اليمين لا غير؛ لأن مجيء الغد شرط العتق ومن علق العتق بشرط يدخل فيه ما كان مملوكا له وقت الحلف دون ما سيملكه.

ولو قال: إذا جاء غد فكل جارية أملكها فهي حرة، يعتق ما يملكها في الغد؛ لأنه أضاف الملك إلى الغد فيتناول ما يملكه في الغد فيعتق بمجيء الغد ما يملكه فيه.

ولو قال: كل مملوك أملكه اليوم فهو حر يعتق ما يملكه للحال وما يستفيده في اليوم إلى غروب الشمس؛ لأنه أضاف الملك إلى وقت قائم وإلى وقت سيوجد

ولأن اليوم بعضه قائم وبعضه سيوجد فانصرفت اليمين إلى ما يملكه في الحال وإلى ما سيملكه في اليوم، كما لو قال كل مملوك أنا مالكه اليوم فهو حر.

ولو قال: إلى ثلاثين سنة أو إلى سنة لم يعتق القائم في ملكه؛ لأنه أضاف الملك إلى وقت سيوجد من كل وجه؛ لأن إلى كلمة غاية والغاية لا تصح إلا في المستقبل في وقت ينتظر وجوده فيصح فينصرف إلى الملك الحادث.

ولو قال لحرة: إن ملكتك فأنتِ حرة فارتدت ثم سبيت ثم ملكها الحالف لم تعتق عند أبي حنيفة، وعندهما تعتق فهما حملا اللفظ على حقيقة الملك الذي يكون بعد السبي؛ لأنه هو القابل للحرية وهو مراد بإيجاب الحرية، وأبو حنيفة حمله على مجاز الملك وهو الملك الذي يقبله المحل للحال وهو ملك النكاح؛ لأنه أضاف الملك إلى الحرة والحرة لا تقبل إلا ملك النكاح، ولهذا لو اشترى حرة يكون نكاحا، وإذا صار المجاز مرادًا لا تبقى الحقيقة مراده، والله أعلم بالصواب.

(باب الاستثناء في العتق)

لو قال لعبيده: أنتم أحرار إلا سالما صح الاستثناء؛ لأنه يصح استثناء البعض من الكل.

ولو استثنى بعض العتق صح عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن الإعتاق يتجزأ عنده خلافًا لهما.

ولو قال: سالم وبديع حران إلا سالم عتق بديع، ولو قال: سالم حر وبديع حر إلا سالم عتقا؛ لأنه أفرد كل واحد بالحكم فكان كل واحد كلاما تاما وجملة كاملة بنفسه فلم يصر الثاني إلى الأول فكانا كلامين فانصرف الاستثناء إلى آخرهما فكان استثناء الكل فلم يصح، وفي الفصل الأول كل واحد جملة ناقصة فصار الثاني مجموعا إلى الأول فصار الكل كلاما واحدًا فكان استثناء البعض من الكل فصح.

(**المنتقى**): عن محمد: رجل له خمسة أعبد فقال: عشرة من مماليكي أحرار إلا واحد عتق الخمسة؛ لأن تقديره تسعة من مماليكي أحرار وله خمسة فعتقوا.

ولو قال مماليكي العشرة أحرار إلا واحد عتق أربعة منهم؛ لأنه أخطأ في عدد

فلغى ذكر العدد وبقي ذكر المماليك فإنما أعتق مماليكه إلا واحدا منهم.

مريض قال: أعتقوا عبدي فلانا بعد موتي إن شاء الله صح الإيصاء بالإعتاق، ولو قال: هو حر بعد موتي إن شاء الله لم يصح، والفرق أن ثمة أمر بالإعتاق والاستثناء في الأمر باطل وهنا أوجب العتق والاستثناء في الإيجاب صحيح.

قال أبو يوسف: لو قال زيد حر وإلّا فسالم، فإنه يخير؛ لأن هذا استعمال للتخيير يقال: أعط فلانا درهما وإلّا ففلانا يعني أعط أحدهما.

ولو قال: قد أعتقت فلانا وإلّا فهذا عتق الأول، ولو قال: قد أعتقت فلانا وإلّا قد أعتقت فلانا يخير لما بيَّنّا.

ولو قال: أنت حر إلا أيام حياتك لم يعتق كأنه قال: أنت حر بعد موتك.

ولو قال: حر إلا أيام حياتي كان مدبرًا؛ لأنه يصير كأنه قال: أنت حر بعد موتي.

عن أبي حنيفة: لو قال لعبده: اخدمني سنة وأنت حر عتق من ساعته ولا شيء عليه؛ لأنه أوقع الحرية منجزا لانعدام حرف الشرط والتعليق.

وقال أبو يوسف: إنما عتق بعد الخدمة قَبِل أو لم يَقْبَل؛ لأن غرضه من هذا تعليق العتق بالخدمة لا تَنجيزهُ.

قال أبو يوسف: لو قال لعبده: يصبح غدًا حرا يعتق غدا؛ لأنه أضاف العتق إلى الغد.

ولو قال: يقوم حرا أو يقعد حرا عتق من ساعته؛ لأنه ما أضاف إلى وقت وما أخرج الفعل مخرج الشرط فكان تنجيزا.

ولو قال: تصبح غدًا وتشرب الماء حرًّا عتق بغير شرب.

عن محمد: رجل قال لغلام في يدي رجل: إن اشتريته فهو حر ثم أقرَّ أنه لفلان ثم اشتراه كان للمقر له ولا يعتق؛ لأنه اجتمع إقرار وإعتاق والإقرار الزور.

(الزيادات): أصله: أن الإيجاب إذا كان معلقا بشرط أو مقيدا بصفة فأنكر المباشر وجود ذلك الشرط أو الصفة يصدق سواء كانت الصفة أصلية أو عارضية؛ لأن التعليق ليس بإيقاع للحال وإنما يصير إيقاعا عند وجود الشرط فمتى أنكر الشرط فقد أنكر كونه إيقاعا للحرية والأصل هو العدم فيكون القول له وكذا إذا أنكر الصفة

فقد أنكر الإيقاع والإيجاب؛ لأنه ما أوجب إلا لشخص موصوف بصفة وإن كان الإيجاب مرسلًا مطلقا ثم استثنى شخصًا موصوفا بصفة، فإن كانت الصفة أصلية أو مشكوك فيها يصدق مع يمينه؛ لأن الظاهر يشهد له والأصل موافق له، وكذلك إن شككنا فيها؛ لأن إزالة ملكه بالشك غير ممكن وإن دانت عارضية حادثة لا يصدق؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر؛ لأن الإيجاب إذا كان مرسلا ثبت الحكم ظاهرًا باعتبار اللفظ للعتق والاستثناء يعارض الحكم الثابت بالظاهر والعارض محتمل والمحتمل لا يصلح للإبطال فلا يمنع ثبوت حكم الإيجاب.

ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: في الإيجاب المرسل.

والثاني: في الإيجاب المقيّد بالصّفة.

(فصل)

لو قال" كل مملوك لي حر إلا أمهات أولادي أو إلا جارية خبازة أو اشتريتها من فلان أو وطئتها البارحة، ثم قال: هذه على ما استثنيت لا يصدق وعتقت؛ لأن الصفة حادثة عارضة لا محالة فلا يصلح معارضة للإيجاب؛ لأنه وقع الشك في ثبوتها فعمل الإيجاب في ثبوت الحرية على الشمول؛ لأن كلمة كل تعم الأسماء، فإن كان مع الجواري أولاد في الصورة الأولى فقال هم أولادي منهن ثبت لهم النسب منه ولم يصدق على صرف العتق غير الأمهات؛ لأنه وقع الشك في ثبوت هذا العارض وهي صفة أمومية الولد؛ لأنه متهم في حقهن ويثبت النسب؛ لأن الدعوى صادفت ملكه فصحت وليس من ضرورة ثبوت النسب أموميَّة الولد كما في ولد المغرور.

ولو علم أنه ادعاهم قبل اليمين أو لا يدري أن الدعوى كانت سابقة على اليمين أم متأخرة عنها بأن قال اليمين كانت بعد الدعوى ولكن لا بل قبلها فالقول له؛ لأن اليمين حادثة، وكذلك الدعوى فلا تثبت الحرية بالشك أو جعلا كأنهما وجدا معا متى لم يعرف تاريخهما ولو تصور وقوعهما معا لم يعرض؛ لأن الحرية تعقب اليمين وهي بصفة المستثنى وقت وقوع الحرية فمنع ثبوت الحرية.

ولو قال إلا جارية ثيّب، فقلن: نحن أبكار، نظرت إليهن النساء، فإن قلن هن ثيب لم تعتق وإن قلن هن أبكار عتقن، بخلاف ما لو اشترى جارية على أنها بكر فقبضها ثم اختلفا في بكارتها والقاضي فأراها النساء إن قلن أنها ثيب لم تثبت لمجرد قولهن وهنا تثبت البكارة بقولهن، والفرق أن الثيابة بعد اشتراط البكارة بمنزلة العيب وفسخ البيع بسبب العيب لا يثبت بشهادتهن أمَّا هنا الثيابة أو البكارة شرط محض أحدهما في الإيجاب والآخر في الاستثناء، فلا يكون العتق مضافا إليهما فيثبت بمجرد شهادتهن وإن أشكل أمر بعضهن أو ماتت قبل أن تعلم فهي حرة؛ لأن الثيابة وصف حادث فلما لم يثبت لا يمنع ثبوت حكم اللفظ العام.

وإن اختصموا وهن ثيبات فقلن كن أبكارا وقت اليمين لا يصدقن؛ لأن الثيوبة ثابتة للحال والماضي كان مشتبهًا مشكوكا فيه فيجعل الحال حكمًا على الماضي كما في استئجاره الرّحَا جعل جريان الماء في الحال حكما وعلمًا على جريانه في الماضي فكان كل واحد منهما متمسكا بالأصل إلا أن المولى دافع للحرية وهي مدعية للحرية. فالظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، ولو قال إلا جارية خراسانية أو بكرًا، ولم يشترها من فلان فالقول له، لأن البكارة صفة أصلية وصفة الخراسانية أيضًا أصلية؛ لأن من لا يكون خراسانيا في الأصل لا يصير خراسانيا بعارض ومن يكون خراسانيا في الأصل لا يصير غير خراساني.

وإن كانت فيهن ثلاث فقال أصابها بعد اليمين فالقول قوله؛ لأن الثيابة أمر عارض فيحكم به لأقرب الأوقات ولا يثبت سابقا على هذه الحالة إلا بحجة، والحال وإن كان يدل على الماضي ظاهرًا كما قلنا ولكن الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق وثمة حاجة إلى الدفع وهنا حاجة الأمة إلى الاستحقاق فلا يكون حجة لها.

(فصل)

ولو قال: كل جارية لم تلد مني، أو قال: إن كانت لم تلد مني أو لَم أطأها البارحة أو لم أشترها من فلان فهي حرة، ثم قال: هي على الحالة التي لا تقبض

عليها صدق؛ لأنه ما أوقع الحرية بلفظ عام بل أوجب الحرية لشخص موصوف بصفة فلا يستحقها إلا من وجد بتلك الصفة؛ لأنه منكر للإيجاب متى أنكر الصفة فيكون القول له. والله أعلم بالصواب.

(باب عتق ما تلده الأمة)

لو قال لأمته: كل ولد تلدينه فهو حر، يعتق ما ولدته في ملكه؛ لأنه يملكه بملك الأم فكانت اليمين مضافة إلى الملك فصحت، كما لو قال كل عبد أملكه فهو حر.

ولو مات المولى ثم ولدت الجارية لا يعتق، وكذلك لو باعها وهي حبلى ثم ولدت؛ لأن شرط الحنث وجد بعذر زوال ملكه عن المحلوف لعتقه.

ولو قال: إن حملت ولدا فهو حر يعتق؛ لأن الشرط وجد في ملكه وهو حدوث الحبل.

ولو قال لعبد يملكه أو لا يملكه: كل ولد يولد لك فهو حر، فإن ولد له من أمة يملكها السيد ليوم الحلف عتق إن ولدت في ملكه وإلا بطلت اليمين؛ لأن الولد يتبع الأم في الملك والرق دون الأب فيراعى وجود ملك الأم وقت اليمين دون ملك الأب.

ولو قال لأمته: إذا ولدت ولدًا فهو حر فولدت ميتا ثم حيًّا عتق الحي عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتق؛ لأن شرط الحنث ولادة ولد مطلق وقد وجد؛ لأن الميت ولد، ولهذا تنقضي به العدة.

ولو تعلق به طلاق أو عتاق عبد آخر يقع بولادته والأصل فيه هو الحياة تحقيقًا لبقاء العالم والولد الحي ظاهرا يقبل الجزاء ظاهرًا وهذا يكفي لصحة اليمين.

لأبي حنيفة: أن شرط الحنث ولادة ولد حي؛ لأن الداخل تحت الجزاء وهو قوله فهو حر ولد يقبل الحرية؛ لأن شرط صحة ذكر الجزاء أن يكون مضافا إلى محل يقبل الجزاء، والولد المولود في البطن إمَّا أن يكون حيًّا أو ميتًا قطعًا، والميت لا يقبل الجزاء وهو الحرية فتعين الحي محلًّا لنزول الجزاء فيه فيقيّد مطلق كلامه بدلالة كلامه، كما لو قال إن ضربتك فهو حر ينصرف إلى محل يقبل الضرب وهو الحي؛ لأنه اسم لفعل مؤلم وذلك لا يقبله إلا الحي فكذلك هذا.

ولو قال: أول عبد يدخل عليَّ فهو حر فأدخل ميتًا ثم حيًّا يعتق الحي بالإجماع؛ لأن الميت لم يبق عبدًا له بعد الموت؛ لأن الرق يبطل بالموت.

(فصل)

ولو قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنتِ حرة فولدت غلاما وجارية وتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما أول فالغلام عبد، ويعتق نصف الجارية ونصف الأم؛ لأن الغلام رقيق على كل حال؛ لأنه لا يعتق بعتق الأم؛ لأن عتق الأم بعد ولادته، والأم والجارية تعتقان في حال دون حال، إن كان الغلام أولًا عتقت الأم والجارية تَعتِق الأم، وإن كانت الجارية أولا لم يعتق واحد منهما فوزعنا على الأحوال فيعتق من كل واحدة نصفها، فإن تصادقا على أن الغلام هو الأول عتق الأم والجارية ورقّ الغلام، وإن تصادقا على أن الجارية أول لم يعتق أحد، وإن اختلفا فادّعت الأم أن الغلام أول وأنكر المولى فالقول قوله مع يمينه على علمه؛ لأنه ينكر شرط العتق، فإن حلف لم يعتق أحد، وإن نكل عتقتا إن كانت البنت صغيرة، وإن كانت كبيرة ولم تدع الجارية شيئًا يحلَّف المولى، فإن حلف لم يثبت شيء وإن نكل عتقت الأم دون الجارية؛ لأن النكول إنما يصير حجة باعتبار الدعوى، والدعوى في نصيب الأم خاصة وإن ادعت الجارية خاصة دون الأم فنكل المولى عتقت الجارية دون الأم لما قلنا.

ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنتِ حرة، وإن كانت جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية لا يدري أيهما أول تعتق الجارية كلها؛ لأنها إن كانت أولا عتقت بإثبات العتق لها، وإن كان الغلام أولا عتقت بعتق الأم فتعتق على كل حال والغلام عبد كله؛ لأنّه لا يعتق بعتق الأم؛ لأن عتق الأم بعد ولادته وتعتق نصف الأم لأنها تعتق في حال دون حال فتنصّف.

ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر، وإن كانت جارية فأنتِ حرة فولدت غلامين وجاريتين، واختلفوا في السابق فالقول للمولى مع يمينه؛ لأنه هو الموجب يقر بعتق البعض وينكر عتق البعض.

ولو لم يعلم الأول يعتق من الأم نصفها لأنها تعتق في حال دون حال وهذا على الرواية التي اعتبر أحوال الإصابة أحوالا، فأما على عامة الروايات التي اعتبر أحوال الإصابة حالة واحدة يجب أن يعتق ثلث الأم وتسعى في ثلثي قيمتها؛ لأنها تعتق في حالين بأن ولدت هذه الجارية أولا أو الأخرى، وترقّ في حالين بأن ولدت هذا الغلام أولًا أو الآخر، وأحوال الإصابة حالة واحدة فكأنه يعتق في حال ويرقّ في حالين فيعتق ثلثها ويعتق من كل واحد من الغلامين ثلاثة أرباعه ويسعى في ربعه؛ لأن الجارية لو كانت أولًا فهما حران لأنهما ولدا حرة، وإن كان أحد الغلامين أولا عتق هو دون الثاني فهما يعتقان في حال دون حال فثبت حرية بينهما، ثم يعتق أحدهما في حال دون حال فتثبت نصف حرية بينهما فثبت لهما حرية ونصف بينهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه ويعتق من كل جارية ربعها؛ لأنها لو ولدت الجارية أولًا عتقت الأم وعتقت الثانية بعتق الأم.

ولو ولدت الغلام أولًا لا تعتق واحدة منهما فينصف فيكون نصف حرية بينهما، ولو قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة، وإن كانت جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولم يعلم الأول عتق نصف الأم ونصف الغلام وربع كل واحدة منهما من الجاريتين، أما الأم فلأنها تعتق في حال دون حال وهذا على رواية واحدة.

وأما على عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها؛ لأنها تعتق في حال وترق في حالين بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أولا، وأما الغلام فلأنه يعتق في حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولا، وترقّ في حال بأن ولدت الغلام أولا، وأما الجاريتان يعتق من كل واحدة ربعها في عامّة الروايات؛ لأن اعتبار إصابة الحرية بجهتين متعدد؛ لأن الشخص متى عتق تبعا للأم لا يتصور أن يعتق بعتق نفسه ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعًا للأم فلا بد من إلغاء إحدى الجهتين فألغينا إصابة العتق من جهة الأم واعتبرنا الإصابة بعتق أنفسهما؛ لأنه أقل، فإنه متيقن فإن كانت ولادة الغلام أولًا يعتقان بعتق أنفسهما، وإن كانت ولادة جارية أولا تعتق الأخيرة بعتق نفسها فيثبت لهما حرية في حال دون حال فينصف فنصف حرية بينهما نصفان،

وقال أبو عصمه: ينبغي أن يعتق من كل واحدة ثلاثة أرباعها؛ لأن الغلام لو كان أولا تعتق الأم وتعتق الجاريتان بعتق الأم ولو كانت إحدى الجاريتين أولا ثم الغلام عتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فلها عتق ونصف بينهما.

ولو قال: إن كان ما في بطنك غلام فهو حر، وإن كانت جارية كانت حرة فكان في بطنها غلام وجارية لا يعتق واحد منهما؛ لأن كلمة ما للتعميم قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [آل عمران: ١٠٩] أي جميع ما فيهما فصار كأنه قال إن كان جميع ما في بطنك غلاما فأنتِ حرة ولم يكن.

ولو قال: إن كان في بطنك غلام فهو حر، وإن كان في بطنك جارية فهي حرة فكان فيه غلام وجارية يعتقان؛ لأنه لم يذكر كلمة التعميم فيتعلق الحكم بنفس الوجود وكلاهما موجود كمن قال إن كان في الدار زيد فعبده حر، وإن كان عمرو فجاريته حرة وهما في الدار عتقا.

(**المنتقى**): رجل له ثلاثة إماء فقال لإحداهن: إن كان أول ولد تلدينه غلاما فصاحبتاك حرتان وقال للثانية والثالثة ذلك، فولدت كل واحدة غلاما وجارية ولا تدري أيهما أول فعلى قياس قول أبي حنيفة ولدا الأولى رقيقان ويعتق نصف ولدي الثانية ويعتق ثلاثة أرباع ولدي الثالثة، وفي قول محمد هم أرقاء كلهم.

ولو قال لكل واحدة منهن: إن كان أول ولد تلدينه جارية فهي حرة وفي قياس قولهما يعتق ثلاثة أرباع الأمهات والابن الأول عبد ويعتق نصف البنت الأولى ويعتق ثلاثة أرباع الابن الثالثة ومن أمها سبعة أثمانها، فإن لم تعلم أيتهن ولدت أولا عتق ثلاثة أرباع الأمهات وثلاثة أثمان كل غلام وثلث ثمنه وخمسة أثمان كل بنت وثلث أثمانها.

(باب عتق ما في البطن)

(**المبسوط**): ولو قال: ما في بطنك حر فجاءت بولد لستة أشهر لا يعتق لجواز أنه حدث بعد اليمين فلا يعتق بالشك، وإن جاءت به لأقل من ذلك عتق؛ لأن الجنين قابل للحرية؛ لأنه يحتمل الحياة ظاهرًا؛ لأن الأصل في الأجنة هو الحياة؛

لأنه ينفخ فيه الروح متى بلغ مائة وعشرين يومًا بالنص لكنه أصل من وجه من حيث إنه ينفرد بالحياة وأنه مودع ومظروف في الأم والمظروف لا يكون تبعا للظرف ولهذا يصح إفراده بالوصية وتبع من وجه من حيث إنه قائم متصل بالأم اتصال خلقة فلكونه تبعا من وجه يعتق الأم تبعا ولكونه أصلًا من وجه يعتق بإضافة العتق إليه توفيرًا على التبعية فالأصالة حظهما.

ولو قال لأمته: ما في بطنك حر ثم قال إن حملت فسالم حر فولدت بعده لستة أشهر فالقول له إن أقرّ أنها كانت حاملا يومئذ عتق الولد وإن أقرّ أنه حمل مستقبل عتق سالم لأنا تيقنا بعتق أحدهما وشككنا في الآخر؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون العلوق والحمل كان موجودا وقت الإعتاق أو كان حادثا بعده فيرجع في البيان إليه.

وإن جاءت به لأكثر من سنتين يعتق سالم دون الولد لأنا تيقنا أنه لم يكن موجودا وقت الإعتاق، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر يعتق الولد دون السالم لأنا تيقنا أنه كان موجودا وقت الإعتاق.

ولو قال: ما في بطنك حر فولدت لستة أشهر فقالت: أقررتَ بأني حامل بقولك ما في بطنك، وقال المولى: الحمل حادث فالقول له؛ لأنه لا يدري أن في بطنها حمل أم لا وكان معنى قوله ما في بطنك حر أي إن كان فلا يكون هذا إقرارًا بوجود الولد لا محالة.

ولو قال: ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا إن ضربها بعد العتق لأقل من ستة أشهر يجب دية الجنين الحر لأبيه إن كان له أب حر، وإن لم يكن يكون لعصبة المولى؛ لأن المولى قاتل فلا يستحق الميراث وإن ضرب لستة أشهر لا شيء عليه؛ لأنه لم يعتق.

ولو قال لأمته: أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقتلت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر يعتق بلا شيء؛ لأن العتق معلق بقبول الأمة الألف وقد قبلت الألف فعتق الولد وبطل المال؛ لأنه لا يجوز أن يجب له على أمته شيء لأجل غيره، ألا ترى لو أعتق عبده على ألف على حرة وقبلت عتق بلا شيء، فإن كانت الحرة يجوز وجوب المال عليها للمولى، فإذا كانت رقيقة أولى.

ولو أعتق أحد شريكي الأمة ما في بطنها فولدت بيوم ميتًا لا ضمان عليه؛ لأن الإتلاف لم يثبت يقينًا لاحتمال أن الجنين لم يكن حيًّا ولم ينفخ فيه الروح أصلًا فلا يجب الضمان بالشك.

ولو ولدت الولد بيوم حيًّا يضمن؛ لأن الظاهر أن الحياة كانت موجودة فيه وقت الإعتاق.

ولو أعتق أحد الشريكين الجنين فضرب أجنبي بطنها أو ألقت ميتا فعلى الضارب نصف عشر قيمته إن كان غلاما، وعشر قيمتها إن كانت جارية عند أبي حنيفة؛ لأن معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده فالضرب صادفه وهو رقيق فيجب فيه ما في جنين الأمة وضمان جنين الأمة هذا عندنا وعندهما يجب فيه ما في جنين الحرة؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ فعتق كله ويضمن المعتق نصفه لشريكه؛ لأن الشرع كما أوجب ضمانه على الضارب فقد حكم بكونه حيًّا قبل الضرب فيكون المعتق بالإعتاق متلفا نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته ويرجع بذلك فيما أدى الضارب؛ لأن المعتق ملك نصيب صاحبه بالضمان، فإن الجنين ما يقبل النقل من ملك إلى ملك، فإنه يملك بالوصية فصار نصيب صاحبه مكاتبا له فهذا مكاتبٌ مات عن وفاء فيقضي منه سعايته وما بقي فميراث لوارثه أو لمعتقه؛ لأنه مات حرا.

(**المنتقى**): لو قال لأمته: أكبر ولد في بطنك فهو حر، فولدت ولدين في بطن فأولهما خروجا أكبرهما وهو حر.

ولو قال لأمته العلقة والمضغة التي في بطنك حر، يعتق ما في بطنها؛ لأنه صار كأنه قال ما في بطنك حر.

قال أبو يوسف رحمه الله: لو قال لأمته الحبلى: أنتِ حرة وقد خرج من الولد أكثره لا يعتق الولد، فإن خرج أقل عتق؛ لأن للأكثر حكم الكل لا لما دونه.

عن أبي حنيفة رحمه الله: لو قال لأمته: أنتِ حرة أو ما في بطنك عتقت إذا لم تكن حاملا؛ لأن التنجيز لم يصح.

ولو قال لأمته الحامل: أنتِ حرة أو ما في بطنك فضرب إنسان بطنها فألقت

جنينا ميتا قد استبان خلقه قال يخير المولى، فإن أوقع العتق على الأم عتق الجنين بعتقها وعلى الضارب غرة للمولى.

وإن مات المولى قبل البيان فضرب إنسان بطنها وألقت جنينا ميتا قد استبان خلقه قال في الجنين غرة حر ويعتق نصف الأمة وتسعى في نصف قيمتها ولا سعاية على الجنين.

(باب عتق المملوك بين الشركاء)

أصله: أن الإعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة، وعندهما لا يتجزأ.

وعند الشافعي في حالة اليسار لا يتجزأ، وفي الإعسار يتجزأ.

وصورته: رجل أعتق نصف عبده يصح يقدر ما أعتقه ويبقى الباقي رقيقًا وإن شاء استسعاه وأحكامه أحكام المكاتب إلا أنه لا يرد في الرق.

وعندهما: عتق كله بلا سعاية.

لهما: قوله عليه السلام: "**من أعتق نصيبه من عبد عتق كله ليس لله تعالى فيه شريكًا**" ولأن الإعتاق تحصيل العتق، والعتق لا يتجزأ باتفاق بيننا فثبت كله، ومن ضرورة ثبوت العتق في كلمة عدم تجزؤ الإعتاق كما لو أعتق أم ولد مشترك[1].

لأبي حنيفة رضي الله عنه: قوله عليه السلام: "**من أعتق شقصًا له في عبد قوم عليه نصيب شريكه إن كان موسرًا، وإلا فقد عتق منه ما عتق، ورق ما رق**" ولأن إتيان العتق في الكل من غير إعتاقه إضرار به لما فيه إزالة ملكه من غير إزالته وكذا في نصيب شريكه وإثبات العتق في النصف متعذر لانعدام التحري فحكمنا بصحة الإعتاق في النصف وأخرنا ثبوت العتق فيه إلى وقت إعتاقه أو إعتاق شريكه النصف الآخر أو إلى أداء الضمان من المعتق أو السعاية من العبد فحينئذ يزول الملك بإزالته وأنه ليس بضرر أو بعوض يصل إليه وأنه أقل ضررا فتخرج المسائل على هذا.

---

(١) انظر: المغني ٣٣٤/٩ - ٣٣٨، وابن عابدين ١٥/٣، ١٦ والزرقاني ١٣٢/٨، وشرح المنهاج ٣٥٢/٤.

ولو أعتق أحد الشريكين نصيبه فللشريك الساكت خمس خيارات إن شاء أعتق نصيبه، وإن شاء دبره، وإن شاء كاتبه، وإن شاء استسعاه، وإن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسرًا أو يملك المعتق نصيبه بالضمان ويجيز في هذا النصف من الإعتاق والاستسعاء[1] والولاء كله للمعتق، أما الإعتاق والكتابة والتدبير فلأنه بقي نصيبه على ملكه غير أنه إذا دبره يصير مدبرا نصيبه ويجب عليه السعاية للحال فيعتق ولا يتأخر عتقه إلى ما بعد الموت؛ لأنه لا يفيد لما نبين.

وأما الاستسعاء والتضمين لقوله عليه السلام: "**من أعتق شقصًا له في عبد فعليه خلاص ما بقي إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا استسعى العبد غير مشقوق عليه**"، ولأنه بقي نصيبه على ملكه محتبسًا معجوز الانتفاع، والإعجاز عن الانتفاع إتلاف معنى فيكون سبب الضمان كما في الغصب وصار العبد في معنى المكاتب لتردد حاله بين العتق والرق والمولى يستوجب على مكاتبة دينا فكان له أن يستسعيه فوجب تحركه إلى الحرية بالسعاية لئلا يتعطل الإعتاق السابق والولاء بينهما في الإعتاق والكتابة والتدبير والسعاية في شريكه لوجود الإعتاق منهما وفي التضمين الولاء كله للمُعتِق؛ لأن العتق في الكل حصل من جهته، وهذا كله عند أبي حنيفة وعندهما له أن يضمن المعتق إن كان موسرًا، وله السعاية إن كان معسرًا فالولاء للمعتق خاصة؛ لأن الإعتاق لما كان لا يتجزأ عندهما، فإذا أعتق البعض عتق الكل فصار المعتق متلِفًا نصيب الساكت فيجب الضمان عند اليسار ويستسعى عند الإعسار للخبر بخلاف القياس فكان بمنزلة حر عليه دين.

ثم إذا وجبت السعاية على العبد حال إعسار المعتِق، فإنه لا يرجع بما أدى على المعتِق إذا أيسر خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه بهذا الضمان يستفيد عتقًا فصار كالمكاتب وعندهما، وإن كان لا يستفيد به العتق لكن منفعة عتق نصيب الساكت حصلت للعبد بغير رضاه فيكون هذا ضمان بعوض حصل له بخلاف العبد

---

(١) معنى الاستسعاء أن العبد يكلف بالاكتساب والطلب حتى يحصل قيمة نصيب الشريك الآخر، فإذا دفعها إليه عتق، كذا فسره الجمهور، وقال بعضهم: هو أن يخدم سيده الذي لم يعتق بقدر ما له فيه من الرق، فعلى هذا تتفق الأحاديث.

المرهون إذا أعتقه المولى وهو معسر حتى وجبت السعاية على العبد، فإنه يرجع بما أدى على الراهن؛ لأنه عتق كله قبل أداء الضمان برضا المالك فصار قاضيًا دين المولى وهو مجبر عليه فلا يكون متبرعًا فيرجع بما أدى.

ولو أعتق نصيبه بإذن شريكه فلشريكه الاستسعاء دون التضمين في ظاهر الرواية.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يضمن؛ لأن ضمان الإعتاق عنده ضمان ملك؛ لأن الإعتاق عنده لا يتجزأ فيصير الشريك المعتق متملكا نصيب شريكه مقتضى إعتاق نصيبه، ولهذا كان كل الولاء له وضمان التملك لا يسقط بالرضا بل يتقرر كما لو استولد أحدهما الجارية المشتركة برضا صاحبه يضمن.

وجه ظاهر الرواية أن ضمان الإعتاق ضمان إتلاف؛ لأنه بالإعتاق أتلف نصيب شريكه حيث ينسد عليه باب التصرفات والارتفاقات عليه، ولهذا يختلف باليسار والإعسار.

ولو كان ضمان تملك لما اختلف وعندهما إنما تملك نصيب صاحبه مقتضى الإعتاق تصحيحًا له لا قصدًا؛ لأن الإعتاق وضع لإبطال الملك فثبوت الملك بما وضع لإبطاله يكون تناقضًا والمقتضى تبعا للمقتضي فكان حكمه حكم المقتضي والمقتضي وهو الإعتاق لا يوجب الضمان مع الرضا فكذا تبعه.

ولو كانت أحدهما نصيب بإذن صاحبه ثم أدى بدل الكتابة وعتق لا يضمن بالإجماع نص عليه في المكاتب.

الأصح أنه لا سعاية له عليه عندهما؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما فيكون إعتاق البعض كإعتاق الكل ولو أعتق الكل لا يجب السعاية فكذا هذا.

وكذا لو أعتق نصيب شريكه بإذنه؛ لأنه رضي بفساد نصيب نفسه بالإقدام على إعتاق نصيب شريكه وعندهما لا سعاية له أيضًا وقيل على قولهما ينبغي أن يكون له حق التضمين؛ لأنه ضمان تملك.

ثم حد اليسار هو أن يكون المعتق مالكا لمقدار قيمة ما بقي من العبد سوى

ملبوسه وقوت يومه؛ لأن الحاجة إلى تخليص العبد فتعتبر القدرة عليه لا ما يعتبر في حرمة الصدقة.

وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الإعتاق حتى لو أعتق وهو موسر ثم أعسر لا يبطل حق التضمين.

ولو أعتق وهو معسر ثم أيسر لا يثبت لشريكه حق التضمين؛ لأن الضمان متى يعتبر على المعتق أو السعاية على العبد شرعا بدأ الآخر عن الضمان ولا يعود أبدا كالغاصب مع غاصب الغاصب إذا تعين الضمان على أحديهما باختيار المالك يرى الآخر عنه فكذا هكذا.

ولو اختلفا في قيمة العبد يوم العتق، فإن كان العبد قائما يقوم العبد للحال؛ لأنه أمكن معرفة قيمته للحال بالعيان ورفع اختلافهما بالبيان.

وإن كان العبد هالكا فالقول قول المعتق؛ لأنه تعذر معرفة قيمته بالعيان، فإن أوصافه تتغير بالموت فيجب اعتبار قول واحد منهما والساكت يدعي الزيادة والمعتق منكر فيكون القول له، وإن اتفقا أن الإعتاق سابق على الاختلاف فالقول قول المعتق كان العبد هالكا أو قائما؛ لأنه وقع العجز عن معرفة قيمته يوم العتق؛ لأن قيمة الشيء قد تزداد وقد تنقص بمضي الوقت فيكون القول قول المعتق لإنكاره الزيادة.

وإن اختلفا في الوقت والقيمة فقال المعتق أعتقته يوم كذا وقيمته مائة وقال الساكت: أعتقته للحال وقيمته مائتان يحكم بالعتق للحال؛ لأن العتق أمر حادث والأصل في الحوادث أن يحكم بحدوثها حال ظهورها فمن ادعى الحدوث حالة الظهور فهو متمسك بالأصل فيكون القول له فكان العتق ثبت بتصادقهما للحال.

ولو تصادقا على وقوع العتق للحال يقوم العبد إن كان قائما ويكون القول للمعتق وقيمته إن كان هالكا فكذا هذا، وكذلك على هذا التفصيل لو اختلف الساكت والعبد في قيمته.

وإن اختلفا في يسار المعتق وإعساره والعتق متقدم على الخصومة إن كانت مدة تختلف فيهما اليسار والإعسار فالقول قول المعتق؛ لأنه ينكر اليسار وشغل ذمته

بالضمان، فإن كان لا يختلف يعتبر الحال، فإن علم يسار المعتق للحال فلا معنى للاختلاف، وإن لم يعلم فالقول للمعتق.

ولو مات أحدهم قبل أن يختار الشريك شيئًا فلا يخلو إمَّا إن مات العبد أو المعتق أو الساكت، فإن مات العبد ضمن المعتق في ظاهر الرواية، لأنه ضمان إتلاف شرع يجبر الفائت فلا يسقط بهلاك محل التلف كما لو هلك المغصوب، وفي رواية لا يضمن المعتق؛ لأنه ضمان وجب لأجل نقل الملك ولذلك لا يتم إلا بالتراضي أو القضاء عند عدمه وقد تعذر النقل إلى الضامن فلم يجب الضمان وعندهما الضمان واجب حتمًا؛ لأنه يتملكه بالضمان مقتضى الإعتاق سابقا عليه وإن كان لِلعبد كسب رجع بما ضمن المعتق فيه؛ لأنه يملك نصيب الساكت بأداء الضمان من وقت العتق فصار مكاتبا له من وقت العتق فكان أخذ السعاية بعد موت العبد استيفاء لبدل الكتابة لا إنشاء لعقد الكتابة فجاز له وصار كما لو كان العبد كله له فأعتق نصفه ومات.

وهل للساكت أن يأخذ من تركة العبد قيمة نصيبه إذا لم يضمن المعتق، قيل له ذلك؛ لأن بعتق البعض صار نصيبه مكاتبا فأخذ السعاية بمنزلة استيفاء بدل الكتابة واستسعاء بدل الكتابة من تركه المكاتب جائز.

وقال عامة مشايخنا: ليس له ذلك فظاهر إطلاق محمد يدل على هذا، فإنه قال المعتق ضامن لنصف قيمته ولا سعاية له على العبد ولم يفصل فيما إذا ترك كسبًا أو لم يترك؛ لأن السّعاية إنما تجب في ذمة العبد للحال باختياره السعاية في هذه الحالة بمنزلة إنشاء عقد الكتابة فلا يصح بعد الموت كحقيقة الكتابة فمتى تعذر عليه اختيار السعاية وتعذر عليه الإعتاق تعين تضمين المعتق بخلاف ما لو كان المعتق معسرًا، فإن السعاية على العبد تجب بنفس العتق لا باختيار الساكت.

وأما إذا مات المعتق والعتق في صحته يؤخذ الضمان من ماله، وإن كان العتق في مرضه فعندهما لا يجب شيء على ورثته في ماله، وعند محمد يستوفي من ماله وهو رواية عن أبي يوسف.

لمحمد: أن هذا ضمان إتلاف وضمان الإتلاف لا يختلف بالصحة والمرض،

فإن المريض لو أتلف مال إنسان يضمن كالصحيح.

لهما: أن الإعتاق في المرض وصية كالتدبير لما نبين، ولو دبر أحدهما نصيبه في مرضه ثم مات لا يجب شيء في تركته فكذا هذا؛ لأنه ضمان صلة بدليل أنه يختلف باليسار والعسار والأعواض لا يختلف باليسار والعسار وهذا؛ لأن تصرفه وقع في نصيبه خاصة وضمان نصيب الشريك يجب على العبد ليحركه إلى الحرية، ثم الشرع أوجب على المعتق على سبيل التحمل عن العبد كباب من باب الصلة والصلات تسقط بالموت، وأما إذا مات الساكت فلورثته أن يختاروا الإعتاق أو الضمان أو السعاية لأنهم قائمون مقام مورثهم، فإن اختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك، وروى الحسن عن أبي حنيفة ليس لهم إلا الاجتماع على أحدهما؛ لأن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده، ولو كاتب عبدا ثم مات ليس للورثة إلا الاختيار على الإعتاق أو الضمان، وكما لو كان المورث حيًّا ليس له إلا اختيار أحدهما فكذا ورثته، وجه ظاهر الرواية أن ملك كل واحد منهما من الورثة متميز عن ملك الآخر فتعيين أحدهم لا يلزم الباقين؛ لأنه إذا تفرق الملك صار كعبد بين جماعة أعتق أحدهم نصيبه وصار كالغاصب وغاصب الغاصب ليس للمالك أن يضمن كل واحد بعضه، ولو مات كان لورثته ذلك فكذا هذا، فإن صالح الساكت من السعاية على أكثر من نصف قيمته بذهب أو ورق لا يلزمه الفضل إلا بما يتغابن الناس فيه ويصح الصلح؛ لأن في الصلح معنى الاستيفاء ومعنى المعاوضة؛ لأنه يجوز بدون الحق ففي نصف القيمة أمكن تجويز الصلح بطريق الاستيفاء إن تعذر بطريق المعاوضة كأنه استوفى عين حقه وزيادة فيكون الاستيفاء بقدر الحق صحيحا وتبطل الزيادة.

فإن صالح على أقل يجوز؛ لأن الصلح يجوز بدون الحق فيكون استيفاء للبعض وإسقاطا للبعض فيصح بخلاف ما لو قال بعت مالي عليك من نصف القيمة بأقل منه لا يجوز؛ لأن البيع معاوضة والمعاوضة على سبيل المفاضلة باطلة.

وإن كان حيوانا أو عروضا جاز، وإن كان أكثر؛ لأن في الجنسين المختلفين لا يتحقق الفضل.

فإن كان المعروض غير عين جاز.

طعن عيسى وقال: لا يجوز؛ لأنه دين بدين.

وجه رواية الكتاب: أنه يأخذه بدلا عن العبد لحمًا ودما لا بدلا عن القيمة؛ لأن حقه إنما ينتقل عن العبد إلى القيمة متى مال إلى أخذ القيمة، فأما متى مال إلى عوض آخر سوى القيمة اعتبر حقه قائما في العبد وهو عين فيكون عينا بدين.

فإن اختار الساكت تضمين المعتق الموسر ثم أراد استسعاء العبد لم يكن له ذلك، وعن أبي حنيفة رحمه الله: له ذلك قبل القضاء وقبل رضا الشريك أو العبد؛ لأن اختيار الشريك تضمين المعتق يستدعي انتقال الملك في المضمون إليه فلا بد من أن ينضم إليه القضاء أو التراضي بخلاف ما لو اختار السعاية لم يكن له اختيار التضمين؛ لأن اختيار السعاية ليس بسبب لنقل الملك إليه فلم يتوقف على انضمام الرضا إليه.

وجه ظاهر الرواية: أنه لما اختار تضمين المعتق صار نصيب الساكت ملكًا للمعتق بالضمان؛ لأنه رضي بإسقاط حقه عن العبد بعوضٍ فانعقدت المبادلة بينهما كما في غاصب الغاصب إذا اختار المالك تضمين أحدهما برئ الآخر؛ لأنه يملك المضمون فكذا هذا ولأنه باختيار التضمين إبراء العبد عن السعاية فلا يبقى له حق السعاية قبله، فإذا أراد سعاية العبد فقد أراد أن ينقل ملك المعتق إلى غيره فلا يملكه؛ لأن نصيب الساكت صار مكاتبا عليه والمكاتب لا ينقل من ملك إلى ملك وإن رضي المولى بذلك.

ولا كذلك إذا اختار السعاية لم يكن له اختيار التضمين؛ لأن نصيب الساكت صار مكاتبا له فلا يملك نقله وتحويله إلى المعتق.

أعتق أحد الشريكين فملك الساكت منه نصيبه لا يجوز استحسانا، والقياس أنه يجوز وهو قول الشافعي؛ لأنه يمكن نقله بالتضمين فكذلك بالتمليك، وجه الاستحسان أن وقت التمليك ابتدأ لم يبق محلًّا قابلًا للتملك؛ لأنه صار بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما حر مديون وهذا؛ لأنه حرم استرقاقه في نصيب المعتق فيحرم استرقاقه في الكل؛ لأن الحرمة لا تتجزأ بخلاف التضمين؛ لأنه قابل

للنقل إلى المعتق حكما للضمان؛ لأن الضمان يستند إلى وقت الإعتاق وهو كان محلا قابلا للملك وقت الإعتاق.

أعتق عبدًا بينه وبين صغير يستأني بلوغ الصغير إن لم يكن له ولي أو وصي هكذا روي عن عمر رضي الله عنه؛ لأن تصرف الصبي غير صحيح للحال وفي الاستثناء تأخير حق الصبي في استيفاء بدل الكتابة، وفي الاستيفاء إبطال ما ثبت للعبد من العتق مجانا بغير عوض، فإنه من وجه ثبت له هذا الحق بأن يبلغ الصغير فيعتقه وتأخير الحق أهون من الإبطال.

وإن كان له ولي أو وصي إن شاء ضمن وإن شاء استسعى؛ لأنه صار نقل الملك فصار كالبيع واختيار السعاية الكتابة وللولي ولاية بيع مال الصبي وكتابة عبده.

عبد بين حر وما دون أعتق الحر نصيبه وهو موسر إن كان العبد مديونا فله خيار التضمين أو السعاية؛ لأن الحق له ولم يصر مملوكا للمولى عند أبي حنيفة وعندهما، وإن كان يملكه، فإنه يمنع من التصرف فيه فيكون الخيار للعبد، وإن لم يكن عليه دين فالخيار للمولى؛ لأنه ملك المولى والله أعلم بالصواب.

(باب الجمع بين التدبير والعتق والكتابة في المملوك بين الشركاء)

أصله: أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة كالإعتاق، وعندهما لا يتجزأ كالإعتاق؛ لأن التدبير إثبات حق الحرية للحال وحقيقة الحرية في المال فكان معتبرا بالإعتاق.

ثم عند أبي حنيفة إذا دبر أحد الشريكين للآخر خمسة خيارات إن شاء أعتق وإن شاء ضمن، وإن شاء استسعى وإن شاء دبر، وإن شاء تركه على حاله؛ لأن التدبير عنده لما كان يتجزأ اقتصر التدبير على نصيبه فأعتق الآخر وتدبيره صادف ملكه فصح وله تضمين المدبر؛ لأن انتقاص نصيبه بالتدبير حصل بفعل المدبر، وأما السعاية فلأن حق العتق ثبت للعبد فيكون معتبرا بحقيقة العتق هذا إذا كان المدبر موسرًا، وإن كان معسرًا فلشريكه أربعة خيارات لما بينا.

عبد بين ثلاثة دبره أحدهم ثم أعتقه الآخر وهما موسران يضمن المدبِّر ثلث قيمته للثالث ويرجع على العبد ويضمن المعتِق للمدبَّر بثلث قيمته مدبَّرًا، ولا يكون للساكت تضمين المعتق وللمدبر ثلث الولاء وللمعتق ثلثه وعندهما هو مدبر كله ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرًا كان أو معسرًا؛ لأن التدبير لا يتجزأ عندهما فصار الكل مدبرا للأول ولن يصير كله مدبرًا للأول إلا بعد الملك في الكل فصار الأول متملكًا نصيبهما ولن يتصور ذلك إلا بالضمان، وضمان التدبير ضمان التمليك عندهما كالاستيلاد وضمان التملك لا يختلف باليسار والعسار بخلاف ضمان العتق؛ لأنه ضمان إتلاف.

وعند أبي حنيفة رحمه الله لما كان يتجزأ اقتصر التدبير على نصيبه ولزمه الضمان للشريكين لإفساد ملكهما، فلما أعتقه الآخر صادف تصرفه ملكه فصح وصار باختياره العتق مسقطًا حقه من الضمان فبطل عن المدبر ضمان نصيبه، وللساكت أن يضمن المدبر دون المعتق، وإن تصدى له سببا ضمان التدبير والإعتاق؛ لأن الأصل في هذا الضمان يصير المضمون ملكا للضامن؛ لأنه ضمان معاوضة تحقيقًا للمعادلة كما في الغصب فمتى ضمن المدبر يصير المضمون ملكا؛ لأنه حين دبر كان نصيب الساكت قابلًا للنقل من ملك إلى ملك، ولو ضمن المعتق لا يصير نصيبه ملك المعتق؛ لأنه حين أعتق كان نصيب الساكت مدبرا لا يقبل النقل من ملك إلى ملك غير المدبر لما أن التدبير حال وجوده انعقد سببًا للضمان موجبا للملك في المضمون فصار نصيب الساكت في حكم المدبر أمكنه التضمين على موافقة الأصل لا يجوز له التضمين على مخالفة الأصل، وأما للمدبر تضمين المعتق نصيبه؛ لأن نصيبه بعد التدبير كان في يده بملك التصرف فيه إلا البيع خاصة وبالإعتاق يبطل حقه في التصرف ففسد عليه بالإعتاق نصيبه فكان له أن يضمن المعتق قيمة نصيبه مدبرا؛ لأن انتقاص نصيبه بالتدبير حصل بفعله فلا يكون ضمانه على أحد وليس له أن يضمن المعتق ما ضمن؛ لأن ملك المدبر لثلث الساكت إنما ثبت عند القضاء بالضمان عليه مستندا إلى وقت التدبير والمستند يكون قبل وقت ثبوته في المحل ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر ملكه في حق المعتق.

أعتق أحدهم ودبر الآخر وكاتب الآخر ولا يعلم الأول فالتصرفات كلها جائزة ويسعى العبد للمدبر في سدس قيمته ويضمن له المعتق أيضًا سدس قيمته مدبرا إن كان موسرًا ويسعى العبد في المكاتبة للثالث، فإن عجز فهو بالخيار إن شاء استسعى العبد في ثلث قيمته والولاء أثلاثا، وإن شاء ضمن المدبر والمعتق ثلث قيمته نصفين إذا كانا موسرين والولاء بينهما نصفان؛ لأنه لما جهل التاريخ يجعل كأن هذه التصرفات وقعن معا وأنها متجزئة عند أبي حنيفة فصحت ثم لا شيء للمعتق على أحد؛ لأنه إن كان إعتاقه سابقا فنصيبه تلف بفعله، وإن كان متوسطا أو لاحقًا فقد أسقط حقه عن التضمين باختياره العتق، وأما المدبر فلأنه يجوز أن يكون التدبير قبل العتق فكان له تضمين المعتق قيمة نصيبه ويجوز أن يكون التدبير بعد العتق فسقط حقه في التضمين؛ لأن بالعتق ثبت لكل واحد من الشريكين ثلاث خيارات، فإذا اختار أحدهما التدبير والآخر الكتابة فقد أسقط حقه عن التضمين باختياره غيره ففي حال له حق التضمين وفي حال لا يضمن له فيكون له نصف ذلك وهو السدس؛ لأن الضمان هنا يجب بسبب العتق واعتبار الأحوال في العتق جائز، وإن كان فيه إثبات العتق بالشك لما فيه من حق الله تعالى فيحتاج في إثباته وضمان العتق يجب تبعا له والشيء قد يثبت تبعًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا كعزل الوكيل؛ ولأن الشك وقع في المسقط للضمان ولم يقع في وجوبه؛ لأن العتق موجب للضمان قبل التدبير أم بعده، وسبب السقوط هو التدبير واعتبار الأحوال واجب في التدبير فكذا يجب اعتباره فيما يسقط بالتدبير فيسقط الضمان من وجه ولم يسقط من وجه فسقط النصف وبقي النصف ثم السدس الآخر احتُبِس عن العبد بالعتق فيسعى العبد فيه، فأما المكاتبة فلا ضمان له على أحد؛ لأن الكتابة إن كانت سابقة فالمعتق والمدبر لم يبلغا عليه منفعة لأن منفعة البيع والخدمة كانت فائتة بالكتابة، وإن كانت لاحقة فالكتابة منه اختيار للسعاية فيضمن براءة المعتق والمدبر عن الضمان إلا أنه لما عجز العبد عن الكتابة انفسخت الكتابة في نصيبه؛ لأن الكتابة تنفسخ لعجز المكاتب فصار كأنه يكاتب وسكت فكانت له خيارات ثلاث ويضمن كل واحد سدس القيمة؛ لأن ضمان الثلث يجب على كل واحد منهما في

حال ولا يجب في حال لما بينا فينصف، والكتابة لا تكون أبدًا لهما عن الضمان؛ لأن الكتابة إنما تكون منه اختبارًا للسعاية إن كانت لاحقة، وإن كانت سابقة فلا فوقع الشك في البراءة فلم تثبت البراءة بالشك؛ ولأن الشك لم يقع في الوجوب وإنما وقع في المسقط وهو الكتابة فيجب اعتبار الأحوال فيسقط من وجه دون وجه فيسقط النصف.

فإن أعتق أحدهم وكاتب الآخر ودبر الثالث معا ليس لواحد الرجوع؛ لأن الضمان يجب بإتلاف مال الغير وتصرف كل واحد منهم حصل في ملك نفسه فلم يصر الآخر متعلقا.

وإن دبر أحدهم أولا ثم أعتق الثاني ثم كاتب الآخر ثبت للمدبر الرجوع على المعتق بقيمة نصيبه لما بينا، ولا يرجع المكاتب على أحد؛ لأن بالكتابة اختار السعاية ونزل التضمين.

فإن دبر ثم كاتب ثم أعتق فحكم المدبر والمعتق ما ذكرنا.

وأما المكاتب إن عجز العبد يرجع على المعتق بقيمة نصيبه؛ لأنه عاد عبدًا والمعتق أتلفه، فإن كاتب أولا ثم دبر ثم أعتق، فإن يعجز العبد عتق عليه ولا ضمان له على أحد وإن عجز يرجع على المدبر بثلث قيمته لا على المعتق؛ لأن التدبير حصل أولًا فثبت للمكاتب حق النقل إليه بالتدبير فلا يثبت حق تضمين غيره، فإن كان العبد من ستة نفر فأعتق أحدهم ودبر الآخر وكاتب الثالث وباع الرابع نصيبه بالخيار وتزوج الخامس على نصيبه ووهب السادس نصيبه من ابنه الصغير، فهذا لا يخلو إما أن علم أن البيع والإمهار كان قبل العتق والتدبير والكتابة أو بعدها أو لم يعلم، فإن لم يعلم الأول لم يجز البيع والإمهار والهبة؛ لأنه وقع الشك في جوازها فلا يجوز بالشك فصار كأنه لم يوجد إلا العتق والتدبير والكتابة فكان حكم هذه المسألة حكم المسألة الأولى، وإن علم أن البيع والإمهار كان قبل العتق والتدبير أو تصادق البائع والمشتري على ذلك جاز البيع والإمهار؛ لأن الحق لها لا يعدوهما وللمشتري وللمرأة خيار الرد؛ لأن المبيع والصداق قد تعيب قبل القبض بعيب فاحش بإعتاق البعض والتدبير والكتابة؛ لأنه صار فائت منفعة المبيع والخدمة وإن رضيا بالعيب ثبت لهما الخيارات الثلاث لما عرف.

أما الهبة: فإن علم أنها كانت قبل هذه التصرفات صحت وتمت بنفس الهبة؛ لأن قبض الأب ينوب عن قبض الصغير ثم ثبت للأب خياران وهو السعاية والتضمين ولا يثبت خيار العتق؛ لأن الأب لا يملك إعتاق ابنه، فإن علم أنها كانت بعد العتق والتدبير أو الأيدي لم يصح الهبة فبقي نصيبه على ملكه فكان له خيارات ثلاث.

(**المنتقى**): عبدين رجلين أعتقه أحدهما ودبره الآخر ولا يعلم أيّهما أول فعندهما العتق أولى؛ لأنه لا بد من أن يعمل بعض العتق، فإذا وقع عليه بعض العتق عتق كله، فإن كان موسرًا ضمن، وإن كان معسرًا سعى العبد، وعند أبي حنيفة إن كان التدبير أولا فللمدبر الضمان على المعتق إن كان موسرًا، وإن كان العتق أولا فللمدبر سعاية العبد في نصف قيمته مدبرا؛ لأنه بالتدبير اختار ترك الضمان فله الضمان في حال والسعاية في حال فينصف فله أن يضمن المعتق ربع قيمة العبد ويسعى العبد في ربع قيمته ويرجع المعتق بما ضمن على العبد فيأخذ منه.

وكذلك لو دبره أحدهما وأعتقه الآخر معًا فعندهما العتق أولى، وكذلك لو حلف هذا بتدبيره إن اشتراه ثم اشترياه فالعتق أولى من التدبير، وعند أبي حنيفة الجواب على نحو ما مر والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب شهادة أحد الشريكين على صاحبه بالعتق)

فيه فصول:

فصل في شهادة أحد الشريكين على صاحبه بالعتق.

وفصل في شهادة كل واحد منهما على صاحبه بالعتق.

وفصل فيما إذا حلف كل واحد بالعتق على العبد.

(فصل)

وإذا شهد أحد الشريكين على صاحبه أنه أعتقه فعند أبي حنيفة يسعى العبد لهما بكل حال؛ لأن الشاهد أقر بأنه عتق نصيب شريكه ويحرم عليه استرقاقه نصيبه بإعتاق شريكه؛ لأن حرمة الاسترقاق لا تتجزأ فمتى حرم في نصيب شريكه بزعمه

يحرم في نصيبه فوجب تخريج نصيبه إلى الحرية بالسعاية، فأما المشهود عليه فلأنه يزعم أن صاحبه كاذب في إقراره والعبد كله رقيق إلا إلى ضرب ممنوعا عن استرقاقه واستيفاء الملك فيه بإقرار شريكه في نصيبه.

ولو عتق نصيب صاحبي فلي الاستيفاء، فإذا حرم الاسترقاق أولى وعندهما يعتق العبد كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ فلما أقر بعتق نصيب صاحبه فقد أقر بعتق نصيبه لا محالة، وإقراره بعتق نصيبه صحيح فعتق نصيبه بإقراره فيعتق نصيب صاحبه لضرورة عدم التجزيء كما لو أنشأ المقر العتق في نصيبه بعتق كله، وللمنكر السعاية في نصيبه على كل حال؛ لأن في زعمه أن نصيبه بقي على ملكه ولكنه منع عن استرقاقه بإقرار شريكه ولا ضمان له على الشاهد؛ لأنه لا يدعي عليه ضمانا؛ لأنه كذب الشاهد في إقراره فيعمل تكذيبه فيما كان حقا له وهو الضمان إن كان لا يعمل في حق العبد ويريد إقراره بتكذيبه فلم يصر الشاهد بإقراره متلفا لنصيبه، وأما في نصيب الشاهد، فإن كان المنكر معسرًا فالسعاية واجبة عليه؛ لأنه يدعي السعاية على العبد ولا يدعي ضمانا على شريكه لعساره وفقره.

وإن كان موسرًا فلا ضمان ولا سعاية له؛ لأنه لما أقر بإعتاق صاحبه وهو موسر فقد أقر ببراءة العبد عن السعاية وادعى الضمان على صاحبه فتثبت براءة العبد عن السعاية بإقراره، ولم تثبت دعواه الضمان على صاحبه إلا بالنية ويكون الولاء موقوفا؛ لأنه يقر بالولاء لصاحبه وهو يتبرأ عنه.

(فصل)

ولو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمته عند أبي حنيفة والولاء لهما؛ لأن كل واحد منهما يدعي الضمان والسعاية وقد تعذر التضمين بجحود صاحبه فتعينت السعاية، وعندهما إن كانا موسرين فلا سعاية عليه؛ لأن كل واحد يدعي الضمان دون السعاية بل أقر ببراءة العبد عن السعاية لما بينا وإن كانا معسرين سعى العبد لهما؛ لأن كل واحد منهما لم يقر بالعتق من جهته وإنما أقر بالعتق من جهة صاحبه وصاحبه لم يصدقه في ذلك، فإذا لم يثبت الولاء من جهة واحدة فبقي موقوفًا، وإن كان أحدهما موسرًا والآخر

معسرًا سعى للموسر ولم يسع للمعسر؛ لأن المعسر يدعي الضمان على صاحبه الموسر ويقر ببراءة العبد عن السعاية وهذا بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهو عبد قنّ بسعي لهما عند أبي حنيفة؛ لأن المستسعى بمنزلة المكاتب وعندهما هو حر عليه دين؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ وقد اعترفا بحريته.

(فصل)

وإذا قال أحد الشريكين للعبد: إن دخلت الدار اليوم فأنت حر، وقال الآخر: إن لم تدخل فأنت حر فمضى اليوم ولا يدري أدخل أم لا عتق نصفه ويسعى في النصف بينهما عند أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين، وكذلك عند أبي يوسف إن كانا معسرين وإن كانا موسرين لا يسعى، وإن كان أحدهما موسرًا أو الآخر معسرًا يبقى للموسر في ربع قيمته ولم يسع للمعسر، وعند محمد إن كانا معسرين يسعى في كل القيمة بينهما.

لمحمد: أن الملك لكل واحد منهما في نصفه ثابت بيقين والعتاق في نصيب كل واحد متردد ومشكوك فيه؛ لأن كل واحد منكر شرط العتق فقد وقع الشك في زوال ملكه فلا يزال بالشك والسعاية بدلًا عن ملك الرقبة فثبت لكل واحد السعاية في النصف بدلا عن حصته وصار كما لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق لهما: أنا تيقنّا بعتاق النصف لتيقُّنِنا بشرط حنث أحدهما فتعذر استسعاؤه في ذلك النصف، فإن القضاء بالسعاية مع تيقننا بعتق نصفه جور وظلم فأوجبنا السعاية في النصف وليس أحدهما بأولى من الآخر فكان المستحق عليه محمولا والمستحق معلوما؛ لأن العبد استحق العتق في النصف بيقين ورفعنا جهالة المستحق عليه بالتوزيع كمن طلق امرأتيه قبل الدخول ومات قبل البيان سقط نصف المهر متوزعًا عليهما واعتبار جانب المستحق أولى؛ لأنا إن أوجبنا السعاية في كل القيمة أبطلنا حق العبد عن العتق في النصف أصلًا، ولو أوجبنا السعاية في النصف لم يبطل حق كل واحد عن نصيبه أصلًا فكان ضرر العبد أعلى فيدفع الأعلى بالأدنى.

وإذا قال أحدهما: إن لم أضربه اليوم فهو حر، وقال الآخر إن ضربته فهو حر

فضربه سوطين ومات منهما، عتق نصف العبد من قبل الحالف الثاني؛ لأن الشرط تحقق ويضمن إن كان موسرًا نصف قيمته مضروبًا سوطا للضارب إن اختاره؛ لأن الضرب إن كان رضا يعتق نصيب نفسه دلالة إذ الرضا بالسبب يكون رضا بالحكم دلالة لكن الرضا بالعتق رضا بحكمه وحكم العتق في نصيب الحالف وجوب الضمان على الحانث لا سقوطه عنه فيصير راضيًا بالضمان لا بالسقوط، بخلاف ما لو قال لصاحبه: أعتق نصيبك فأعتقه لم يضمن؛ لأن فعله ينتقل إلى الأمر في حق إفساد نصيبه فصار كأن الأمر أفسده بيقين فسقط الضمان لهذا لا لرضاه بالعتق ولأنه مضطر في الضرب؛ لأنه لو لم يضربه صار معتقا نصيبه ومتلفا نصيب صاحبه فيلزمه الضمان وخوف لزوم الضمان يجعله مضطرًا، والاضطرار يسلب رضاه ويضمن الضارب للشريك نصف ما يقصد السوط الأول في ماله؛ لأن الضرب صادفه وهو مملوك لهما لأن العتق يقع بعد الضرب فما صادف ملكه فهو هدر وما صادف ملك شريكه معتبر فلزمه ضمانه وإنما يجب في ماله؛ لأن هذه جناية وردت على طرف العبد ولم تَسْرِ إلى النفس؛ لأن العتق وقع بعد الضرب والسراية تنقطع عن الجناية بالعتق كما لو أعتقه صريحًا؛ لأنه تعذر إيجاب ضمان السراية للمولى لزوال ملكه وتعذر إيجابه للعبد؛ لأن أصل الجناية ما انعقدت موجبة للضمان له لسبق الجناية على حريته فسرايتها كذلك وضمان طرف العبيد لا يتحمله العاقلة.

ويضمن ما نقصه السوط الآخر كله للعبد؛ لأنه في تلك الحالة نصفه في حكم الحر ونصفه في حكم المكاتب فالجناية على الحر والمكاتب موجبة للضمان ويضمن نصف قيمته مضروبًا بالسوطين؛ لأن العبد تلف بسوطين الأول هدر والثاني معتبر فسقط نصف قيمته ووجبت نصف قيمته مضروبًا سوطين لأنا أوجبنا عليه ضمان السوطين مرة فلا نوجبه ثانيًا ويجمع ضمان السوط الآخر وضمان نصف قيمته مضروبًا سوطين فيجب كله على عاقلته؛ لأن السوط الثاني أتلف نفسًا، والجناية على العبد متى أتلف نفسا يجب على العاقلة.

قيل: هذا سهو، والصحيح أن يكون نصفه على العاقلة ونصفه في ماله؛ لأن نصفه مكاتب له ونصفه حر وما يجب بجناية المولى على مكاتبه لا تتحمله العاقلة

ويستوفي الشريك المعتق ما ضمن من العبد من ضمان العتق لما بينا، فإن اختار الضارب السعاية أو كان المعتق معسرًا فما وجب على الضارب من نقصان السوط الثاني ونصف القيمة مضروبا بسوطين يكون في ماله؛ لأن الساكت متى اختار استسعاء العبد صار مكاتبا له وقد لاقت جناية مكاتب نفسه وما يجب بجناية المولى على مكاتبه لا تتحمله العاقلة بخلاف ما إذا اختار تضمين المعتق؛ لأن جنايته لاقت مكاتب الغير لأن العبد كله صار مكاتبا للمعتق بالضمان.

(**النوادر**): عن أبي يوسف: لو ادعى أحد الشريكين أن صاحبه أعتقه منذ سنة وأنه أعتقه اليوم، وقال شريكه: لم أعتقه وإنما أعتقته أنت اليوم ولي الضمان عليك فلا ضمان عليه؛ لأنه لما أقر على صاحبه بالعتق المتقدم فقد أقر بأن إعتاقه المتأخر لم يصح وأن لا ضمان عليه.

ولو لم يقر على نفسه بالإعتاق ولكن قامت البينة أنه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه؛ لأن الضمان وجب عليه بالبينة فلا يسقط عنه بدعواه على شريكه العتق المتقدم.

هشام عن محمد: إذا كان المملوك بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه وللآخر سدسه، فأعتق صاحب النصف والثلث ضمنا نصيب السدس نصفين ولصاحب النصف نصف الولاء بنصيبه ونصف سدس الولاء بما ضمن ولصاحب الثلث ثلث الولاء بنصيبه ونصف سدس الولاء بما ضمن.

(**الجامع**): مسائله على فصول:

أحدها: إذا حلف كل واحد يعتق عبده.

والثاني: إذا حلف أحدهما يعتق عبدًا مشتركًا والآخر يعتق أمة مشتركة.

والثالث: إذا حلف أحدهما على البيع والآخر حلف على الشراء.

(فصل)

رجل قال: إن كان فلان دخل الدار أمس فعبدي حر، وقال آخر: إن كان لم يدخل الدار فعبده حر لا يعتق واحد من العبدين؛ لأن شهادة كل واحد منهما بالعتق على الآخر لا يتضمن إفساد الملك في عبده فلم يصر إقرارًا بفساد نصيبه وحرمة

استرقاقه فلم يجب تخريجه إلى الحرية بالسعاية، وفي العبد الواحد تضمنت إقرارا بفساد نصيب نفسه فوجب تخريجه إلى السعاية.

ولأن المقضى له بالعتق وهو العبد مجهول لا يدري أيهما عتق والمقضي عليه مجهول وهو أحد المولیين فتعذر القضاء بالعتق أصلًا بخلاف العبد الواحد؛ لأن ثمة المقضى له معلوم والمقضي عليه مجهول وقد أمكن رفع الجهالة بالتوزيع لما مر فأمكن القضاء لسقوط نصف السعاية.

وإن اشترى كل واحد منهما عبد صاحبه بعبده عتقا جميعًا وعلى كل واحد قيمة ما اشترى؛ لأن كل واحد من البائعين لما زعم بحرية عند صاحبه فقد زعم أنه باع عبده بحرٍ فينبغي أن لا يقع البيع ولا يعتق العبد غير أنهما لم يصدقا في حق العبدين؛ لأن كل مقر يصدق فيما عليه لا فيما على غيره فيعتبر البيع منعقدا جائزا في حقهما ليتوصلا إلى العتق فلا يؤدي إلى إبطال حقهما في العتق، وفي حق العاقدين اعتبر البيع فاسدا حتى يضمن كل واحد منهما قيمة عبد صاحبه لصاحبه كمن اشترى عبدًا أقر بحريته اعتبر زعم المشتري في فساد البيع في حقه لا في حق البائع لئلا يؤدي إلى إبطال حقه فكذا هذا.

ولو اشتراهما رجل صفقة واحدة أو متفرقة عتق أحدهما على المشتري ويقال له عين العتق في أحدهما وأمسك الآخر وعليه ثمنهما؛ لأن أحد العبدين حر بيقين لتيقننا بحنث أحد المولیين، فقد زعم المشتري أنه اشترى عبدًا وحرًّا إلا أن كل واحد من البائعين زعم أنه باع عبدًا فيكون البيع جائزا بناء على زعمهما، فصار كمن اشترى عبدا أقر بحريته فمتى زعم أن أحدهما لا بعينه حر وقد اجتمعا في ملكه فيجبر على البيان هذا إذا علم المشتري يحلفهما، وإن لم يعلم المشتري فالقاضي يحلفهما ولا يجبر على البيان ما لم تقم البينة على ذلك بالبيان.

(فصل)

عبد وأمة بين رجلين قال أحدهما: إن كان فلان دخل الدار أمس فالعبد حر، وقال الآخر: إن لم يكن دخل فالأمة حرة فعند أبي حنيفة رحمه الله يسعى كل واحد

منهما في جميع قيمته بينهما نصفان؛ لأن القاضي وإن تيقن بعتق نصف أحد المملوكين، إما العبد أو الأمة إلا أنه عجز عن القضاء لجهالة المقضى له والمقضي عليه وقد حرم استرقاقهما بإقرار المولیين فلم يسقط شيء من السعاية، وكذلك عندهما إن كانا معسرين، وإن كانا موسرين سعى العبد للحالف بعتقه لا غير في نصف قيمته؛ لأن الحالف يعتق العبد يقول: لم يعتق شيء منه ولكن فسد الملك فيه فيسعى، والحالف يعتق الأمة يقول عتق على صاحبي ولي الضمان عليه فيكون مقرًّا ببراءة العبد عن السعاية والأمة تسعى للحالف بعتقها في نصف قيمتها ولا تسعى للآخر لما بينا.

(فصل)

عبدين اثنين قال أحدهما للآخر بعت منك نصيبي، فإن لم أكن بعته فهو حر، وقال الآخر: ما اشتريت إن كنت اشتريته فهو حر، فالقول لمنكر الشراء مع يمينه، وإن حلف وليس للبائع بينة عتق العبد ولا سعاية عليه لمدعي البيع ويسعى للآخر في نصف قيمته عند أبي حنيفة على كل حال؛ لأن البائع يدعي أنه عتق العبد كله على شريكه في ملكه ولي الثمن عليه دون السعاية على العبد فيقر ببراءة العبد عن السعاية، والمنكر للشراء يدعي أن البائع حانث وعتق العبد عليه بإقراره ولي السعاية على العبد.

وكذلك عندهما إن كان البائع معسرًا، وإن كان موسرًا لم يسع في شيء لأحد في رواية أبي حفص، وفي رواية أبي سليمان يسعى العبد لهما عندهم جميعًا إن كانا معسرين، وإن كانا موسرين يسعى العبد لمدعي البيع في نصف قيمته ولم يسع للآخر في شيء، ورواية أبي حفص أصح؛ لأن مدعي البيع يدعي وجوب الثمن على المنكر للمشتري فيكون ذلك إقرارا ببراءة العبد عن السعاية.

وجه رواية أبي سليمان: أن مدعي البيع يدعي أن الثمن قد احتبس عند المشتري؛ لأنه تعذر عليه الوصول إلى الثمن لإنكار المشتري كالراهن أعتق المرهون وهو معسر للمرتهن أن يستسعي العبد؛ لأنه محبوس عنده بالدين إلا أن هذا لا يصح؛ لأنه نص في الماوردي: أنه لو أعتق المشتري المبيع قبل القبض وهو

معسر لا يسعى العبد بخلاف الراهن؛ لأن الرهن تعيّن لاستيفاء الدين منه، والمبيع لم يتعين لاستيفاء الثمن منه لما عرف في موضعه ويجوز أن يقال بأن المشتري لو أعتق المبيع قبل القبض وهو معسر يسعى العبد على غير رواية الجامع في رواية أبي سليمان وهو قول أبي يوسف ذكره في (**العيون**) و(**المنتقى**)؛ لأن حق البائع في الكسب قائم، وذلك حق يتعلق بالعبد كحق المرتهن فيجب السعاية إذا تعذر ذلك في الذمة كما في الرهن فيمكن تصحيح روايته من هذا الوجه، ثم فرع على رواية أبي حفص فقال: ولو أن أحدهما قال: كنت اشتريت نصيبك أمس، فإن لم أشتر فهو حر وقال الآخر: لم أكن بعت نصيبي منك أمس وإن بعت فهو حر يسعى العبد في قيمته بينهما على كل حال عند أبي حنيفة، وكذلك عندهما إن كانا معسرين؛ لأن كل واحد يدعي العتق من جهة صاحبه لا من جهة نفسه؛ لأن المنكر للبيع ادعى أن المشتري حانث وعتق نصيبه؛ لأنه وجد شرط الحنث، والعبد في ملكه والمدعي للمشتري يدعي عتقًا على المنكر للبيع؛ لأنه زعم أنه حنث في يمينه بعد زوال العبد عن ملكه؛ لأن شرط حنثه عدم شرائه وعدم خروجه عن ملك صاحبه.

وإن كانا موسرين لم يسع لمنكر البيع ويسعى لمدعي الشراء عندهما؛ لأن المنكر للبيع شاهد بالعتق على صاحبه؛ لأنه زعم أنه حنث في يمينه، والعبد بينهما والشاهد بالعتق على صاحبه يدعي الضمان عليه دون السعاية، والمدعي للشراء لا يدعي على صاحبه عتقًا؛ لأنه زعم أنه حنث في يمينه بعدما زال العبد عن ملكه فيكون مشهودا عليه بالعتق لا شاهدًا به فصار كعبد بين اثنين شهد أحدهما على صاحبه بالعتق وأنكر صاحبه.

ولو قال: كل واحد ما بعت نصيبي فاشتريت نصيبك، وإن لم يكن هكذا فهو حر يسعى العبد لهما بالاتفاق؛ لأن كل واحد أقرّ أن صاحبه حنث وعتق نصيبه في حال لا يملكه العبد إلا أن المقر عليه بالعتق أنه حكي عنه عتقا نافذا صحيحا؛ لأنه زعم أنه لم يبع، فإنه كان مالكا وأن المقر حكى عنه عتقًا في حال هو كان مالكا، وإذا أقر أحد الشريكين أن صاحبه أقر عليه بعتق نافذ، فإنه يحرم عليه استرقاق العبد فتثبت حرمة استرقاق العبد بإقرار المقر عليه وصار كعبد بين شريكين قال أحدهما لصاحبه: بعت نصيبك ثم أعتقه وقال الآخر: ما بعت، فإنه يحرم استرقاقه ويسعى

العبد لهما لهذا فكذا هذا، والمقر عليه أقر بحرمة الاسترقاق على وجه لا يكون له تضمين صاحبه؛ لأنه ما أعتق وإنما أضاف العتق إليه فتعذر تضمينه بكل حال فكان لهما استسعاء العبد، ثم المسائل على أربعة أوجه:

الأول: رجلان لكل واحد منهما عبد على صاحبه أنه أعتق عبده أو دبره وهو يكذبه ثم اشترى كل واحد مملوك صاحبه بمملوكه صح وعتقا بنفس الشراء، ويضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة ما اشترى فيلتقيان قصاصًا ويترادان الفضل؛ لأن إقرارهما بفساد البيع صحيح في حقهما غير صحيح في حق المملوكين بل وجب الحكم بالجواز في حقهما لئلا يؤدي إلى إبطال حقهما في الحرية، وحق الله تعالى أيضًا في الحرية لما بيَّنَّا.

والثاني: لو شهد كل واحد منهما على صاحبه أنه أقر بالمملوك في يده لرجل معروف ثم تبايعا لزم كل واحد أن يسلم ما اشترى إلى المقَرِّ له وكان الشراء صحيحا حتى لا يرجع كل واحد بقيمة ما اشترى؛ لأن شراء المال المستحق لغيره بمال مملوك له جائز صحيح إلا أنه موقوف على إجازة مالكه حتى لو أجاز المستحق نفذ، وإذا صح البيع ملك كل واحد منهما المقر به ملكا فيؤاخذ بإقراره ويؤمن بتسليمه إلى المقر له بخلاف العتق والتدبير؛ لأنهما أقرا بفساد البيع لأنهما تصادقا أن أحد البدلين حر وذلك يوجب فساد البيع فيصدقان على أنفسهما لا على غيرهما فضمن كل واحد قيمة ما اشترى بإقراره.

والثالث: لو شهد أحدهما على صاحبه بالتدبير وشهد الآخر بأنه عبد فلان، والمسألة بحالها يجوز البيع ويكون الغلام مدبرا من مال المشتري، وإذا مات البائع بعتقه دون المشتري الآخر فيسلمه إلى المشتري ولا يرجع أحدهما على الآخر؛ لأن البيع وقع جائزا؛ لأن أحدهما ادعى جوازه وهو المقر بكونه مستحقا لفلان والآخر ادعى فساده وهو المقر بكونه مدبرًا فيكون البيع جائزًا بناء على زعم من ادعى الجواز كما لو اشترى عبدا أقر بحريته، وإذا صح البيع فقد دخل في ملكه فيصير مدبرا ويعتق بموت البائع لإقرار المشتري أن عتقه معلق بموت صاحبه لا بموته ولا يرجع أحدهما على صاحبه، وهذه المسألة تدل على أن البيع يحكم بجوازه لزعم أحد المتعاقدين.

والرابع: لو شهد كل واحد على صاحبه بكتابة عبده والمسألة بحالها جاز العقد ويسلم العبدان لها بلا كتابة؛ لأن الكتابة لم تثبت بإقرار المشتري؛ لأن مقصود العبد من الكتابة هو التوصل إلى العتق بإزاء بدل الكتابة وقد عجز العبد عمن يؤدي إليه الكتابة؛ لأنه لا يمكنه أن يؤدي إلى مولاه لإنكاره ولا إلى الذي اشتراه؛ لأنه لم يكاتبه والكتابة لا تنعقد حال عجز العبد عمن يؤدي إليه الكتابة.

فإن قامت بينة على الكتابة تثبت وأبطلنا البيع؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، وكذلك إذا استحلف المولى فنكل؛ لأن النكول حجة موجبة.

ولو شهد أحدهما بالتدبير والآخر بالكتابة والمسألة بحالها فالبيع جائز؛ لأن الكتابة لما لم تثبت بدون البينة صار كأنه أقر أحدهما بالتدبير ولم يقر الآخر بالكتابة فيكون البيع جائزا على زعم من يدعي الجواز فيكون أحدهما عبدا قنًّا والآخر مدبرا.

(باب عتق أحد عبديه بغير عينه)

فيه فصول:

فصل في حجة عتق المبهم وأحكامه.

وفصل في بيانه صريحًا.

وفصل في بيانه دلالة وضرورة.

(فصل)

ولو قال لعبديه: أحدكما حرٌّ، أو قال هذا لآخر وهذا صح؛ لأنه إسقاط حق وملك ليس تحته تمليك، ولهذا يصح تعليقه بالشروط والإخطار فصح مع الجهالة كالطلاق والإبراء يصح مع الجهالة؛ لأنها لا تفضي إلى المنازعة فكذا هذا، ويثبت للمولى خيار التعيين؛ لأن العتق غير ما دل في المحل بل هو معلق بشرط البيان لما تبين والمولى هو المبهم والمحمل فكان إليه البيان والتعيين؛ لأن أحدهما صار مستحقا للحرية وهو مجهول مبهم ولا يمكن رفع الجهالة والإبهام إلا بالبيان؛ لأنه

تعلق به حق العتق لأحدهما كما في الطلاق المبهم، وإذا توقع العتق على أحدهما وقع العتق عليه حين البيان وهما قبل ذلك بمنزلة العبدين ما دام خيار المولى قائما؛ لأن العتق في حق المحل معلق بشرط البيان فكان البيان إنشاء للعتق في حق المحل لما نبين حتى يملك المولى لسببهما.

ولو قطع إنسان يدهما على التعاقب يجب أرش يد الأمتين للمولى.

ولو وطئتا بالشبهة ملك المولى استيفاء عقرهما وملك البدل على قيام الملك في المبدل ويحل له وطؤهما للحال، وإليه أشار محمد في الكتاب فقال: لو شهد شاهدان على عتق إحدى الأمتين لا يقبل عند أبي حنيفة.

ولو تضمنت تحريم الفرج لقبلت كما لو شهدا على عتق أمة بعينها، ولو ولدت إحداهما ولدا ثم عين العتق في أم الولد لا يعتق الولد وهو الصحيح؛ لأنه أنشأ العتق في المحل للحال.

وإن قتلهما رجل متعاقبًا فعليه قيمة أمة في الأولى ودية حرة في الثانية كما لو ماتتا متعاقبا، وإن قتلهما معا لا يتصور حقيقة في حقنا وعلمنا؛ لأن علمنا لا يحيط بذلك فكان على التعاقب فصار قابلا للأمة والحرة بيقين إلا أن دية الحرة لا تتفاوت فتجب، وقيمة كل واحدة متفاوتة فيجب نصف قيمة كل واحدة حتى لو كانت قيمتهما سواء يجب قيمة أمة ودية حرة وإن قتلهما رجلان معا فعلى كل واحد قيمة ما قبله؛ لأن موتهما وإن جعل متعاقبا فتكون الأخيرة منهما حرة إلا أنها مجهولة وكل واحد منهما منكر قتل الحرة فلم يعلم قاتل الحرة مِنْ قاتِل الأمة فلا تجب الزيادة على قيمة الأمة إلى تمام الدية بالشك ولجهالة المستحق عليه تعذر القضاء بالزيادة بخلاف الواحد؛ لأنه قابل للحرة وللأمة بيقين وما كان قيمة فللمولى وما كان دية فلورثة المقتولة إذا بين المولى المعتقة منهما.

وإن جنى أحدهما ثم بين العتق فيه ضمن المولى أرش الجناية؛ لأن إنشاء العتق في المحل فصار كما لو أعتق العبد الجاني ابتداء.

ولو أعتق أحد مملوكيه في الصحة ثم بين في المرض يعتق من جميع المال ولا منازعة للآخر معه؛ لأن إنشاء العتق مستحق عليه والإعتاق المستحق معتبر من

جميع المال كما في الكفارة والنذر؛ ولأنه انعقد بسبب الحرية في أحدهما فصار بمعنى المكاتب وحق الورثة لا يتعلق بالمكاتب فكان البيان في المرض ولم يتعلق حق الورثة والبيان في الصحة سواء حتى لو بين العتق في أكثرهما قيمة يعتبر من جميع المال.

ولو مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد نصفه؛ لأنه انعقد بسبب العتق للحال ولكن يعلق العتق بالبيان وانعقاد سبب العتق يمنع الإرث كالتدبير، وإذا امتنع الإرث وانقطع توهم البيان بالموت شاع العتق فيهما ضرورة لكي لا يبطل حق أحدهما في العتق.

ولا يقوم الوارث مقامه في البيان؛ لأن البيان بمنزلة الإنشاء والإنشاء لا يملك إلا بملك في الرقبة، وكذلك البيان فأحدهما لم يصر ملكا للورثة فلم يملكوا البيان.

(فصل)

ولو مات أحدهما عتق الثاني؛ لأن الميت لم يبق محلًّا للإنشاء فلم يبق محلًّا للبيان؛ لأن له حكم الإنشاء في حق المحل فيعين الآخر للعتق ضرورة؛ ولأن حق كل واحد منهما تعلق بالعتق وحق الميت بطل بالموت فلو لم يعين الحر للعتق لبطل حقه أيضًا وهذا لا يجوز.

وعن محمد في (**المنتقى**): لو قال: أحد هذين ابني أو إحدى هاتين أم ولدي فمات أحدهما لم يتعين القائم للحرية وأمومية الولد؛ لأن هذا إخبار عن أمر كائن سابق والإخبار يستقيم في الحي والميت فأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحي.

ولو باع المولى أحدهما بخيار أو ماتا أو بيعا فاسدا ويسلم أو لم يسلم أو ساومه أو رهنه أو آجره أو دبره أو كاتبه أو استولده أو أوصى به أو زوَّج أحدَهما أو حلف على إحداهما بالحرية إن فعل شيئًا أو وطئ وعلقت يتعين الآخر للعتق؛ لأن هذه التصرفات بعضها ينافي إنشاء العتق في المحل كالبيع والهبة ونحوه وبعضها ينافيه الإنشاء ويبطله كالكتابة والتدبير والرهن ونحوه وبعضها يبطل الأشياء وصف اللزوم عنها كالنكاح والإجارة وإنشاء العتق يستحق عليه فلما أقدم على هذه

التصرفات فقد قصد خرج من أن يكون محلا لإنشاء العتق فصار إقدامه على هذه التصرفات تعيينًا منه للآخر المعتق دلالة وضرورة.

ورُوي عن محمد رحمه الله: أن اليمين إذا كانت سابقة على العتق المبهم فعتق بوجود الشرط تعين الآخر للعتق المبهم؛ لأنه فات المحل بالعتق المشروط فصار كما لو مات، ولو استخدم أحدهما طوعًا أو كرهًا لا يكون بيانا؛ لأن الاستخدام لا ينافي إنشاء العتق ولا يبطله الإنشاء؛ لأنه لا يختص في الملك؛ لأنه قد تستخدم الحرة فلا يكون بيانًا منه دلالة.

ولو وطئ إحداهما من غير إعلاقٍ لم يعتق الأخرى عند أبي حنيفة، وعندهما والشافعي يعتق وعلى هذا الخلاف إذا قبّلها أو لمسها أو نظر إلى فرجها بشهوة.

لهما: أن إحداهما حرة ولكنها مجهولة؛ لأنه أضاف العتق إلى إحداهما منكرة وأمكن إثبات العتق في المجهولة باعتبار أحد أثريه وحكميه وهو سقوط الملك وحرمة الاسترقاق إن تعذر إثباته باعتبار الأثر الآخر وهو ثبوت القوة والقدرة من حيث المالية والولاية فمتى وطئ إحداهما والوطء لا يحل إلا في الملك فوجوده دليل بقاء الملك في الموطوءة حملا لفعله على الحلال، ومتى تعينت الموطوءة للملك دلالة تعينت الأخرى للعتق ضرورة كما لو طلق إحدى امرأتيه ثم وطئ إحداهما تعينت الأخرى للطلاق.

له: إن العتق لم ينزل في إحداهما مناكرة؛ لأنه تعذر إثبات العتق بالمنكرة باعتبار حكمه الأصلي؛ لأن العتق عبارة عن إثبات القوة يظهر أثرها في دفع قهر الغير واستيلائه عن نفسه أولًا ثم صيرورته أهلا لقهر غيره واستيلائه عليه وهو ثبوت الولاية والمالية وهذه القوة لا يتصور إثباتها في المجهولة وحرمة الاسترقاق لا يمكن إثباتها إلا بناء على العتق فلا تصير المجهولة معتقة وصارت الصيغة المنجزة المرسلة لفظًا معلقة معنًى كان في الطلاق الرجعي والهبة والوصية، ولهذا يملك المولى كسبهما وعقرهما ويحل له وطؤهما فدل أن العتق لم ينزل في إحداهما للحال، وإذا نزل عند البيان ينزل مقصورا على البيان فلا يظهر أن الوطء لم يكن حلالا فلا يكون الوطء بيانا ضرورة بخلاف الطلاق المبهم؛ لأن موجبه الحرمة وهي المنع من الوطء وهذا يتصور إثباته في المجهولة؛ لأن أثره الامتناع عن الوطء والامتناع عن وطء المجهولة متصور بالامتناع عن وطئها.

(**المنتقى**): مسائله على فصول:

فصل في إيقاع العتق المبهم.

وفصل في بيانه لفظًا.

وفصل في بيانه حكمًا.

وفصل في شيوعه بالموت والسعاية فيه.

(فصل)

ولو قال لعبدين له أحدهما ميت: أنت حرٌّ أو هذا، لم يعتق عنده؛ لأن الميت ما يسمى عبدًا أو حرًّا، ألا ترى أنك تقول مات حرًّا أو مات عبدًا.

ولو قال لعبده وحائط أو سارية: أنت حر وهذا الحائط عتق عبده خلافًا لمحمد لما عرف.

ولو قال: أحدكما حر عتق عبده بالإجماع؛ لأن قوله أو هذا تخيير وقوله أحدكما حر إيقاع فإنما يقع على من يقبل العتق فأما التخيير يصح بين من يقبل العتق وبين من لا يقبل.

عن أبي يوسف رحمه الله: في رجل له ثلاثة أعبُد فقال: أحد عبيدي حر قاله ثلاثا عتق الكل؛ لأن بلفظ الأول انعقد سبب العتق في حق أحدهم نكرة وصار بمنزلة المكاتب فلا يدخل تحت مطلق اسم العبد؛ لأن في كونه عبدًا له قصورًا؛ لأن في الإضافة والنسبة إليه قصورًا، فتناول اللفظ الثاني أحد العبدين الآخرين دون الأول، وكذلك اللفظ الثالث يتناول الثالث دون الأولين فوجد سبب العتق في حق الكل فعتقوا لزوال الجهالة.

ولو قال: أحدكم حر وكرر ثلاثا عتق واحد منهم؛ لأنه يحتمل أن يكون الثاني إخبارًا عن الأول ويحتمل أن يكون إنشاء مستأنفًا فلا يجعل إنشاء آخر بالشك والاحتمال.

(فصل)

ولو قال لعبديه: أحدكما حر، ثم قال لأحدهما بعينه: أنت حر أو أعتقتك وأعني

به البيان بصدق في القضاء وهو حر والآخر عبد؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن البيان أنشأ العتق في المحل، وإن لم يعن شيئًا عتقا؛ لأن هذه الصيغة صارت إنشاء عرفًا وشرعًا وإنشاء الحرية لا يصح إلا في المملوك فيكون هذا تعيينا للآخر للعتق المجمل.

ولو قال لعبديه: أحدكما حر، فقيل له: أيهما نويت؟ فقال: لم أعن هذا، عتق الآخر فإن قال بعد ذلك: لم أعن هذا الآخر عتق الأول أيضًا، وكذلك هذا في الطلاق ولأن قوله لم أعن هذا إقرار بعتق الأول.

فرق بين هذا وبين ما لو قال: لأحد هذين الرجلين عليَّ ألف درهم فقيل: أهو هذا؟ فقال: لا، لا يجب للآخر شيء، والفرق أن البيان في العتاق والطلاق واجب عليه، ولهذا يجبر عليه فكان نفي العتق عن أحدهما تعيينا للآخر للعتق ضرورة أقامه الواجب وفي الإقرار البيان غير واجب عليه، ولهذا لا يجبر عليه فلم تمس الضرورة إلى جعل النفي عن أحدهما إثباتا للآخر.

ولو قال لأمتين له: إحداكما حرة فولدت إحداهما ولدًا واكتسبت مالًا ثم اختارها للعتق فالولد حر والكسب للمولى وليس الكسب كالولد وهذا على قول من يقول بأن العتق نازل في أحدهما منكرة غير نازل في المعينة بل هو معلق بالبيان وفي حق السيد نازل؛ لأن لفظه مرسل فلم يكن له استرقاق الولد وفي رواية المبسوط الولد للمولى كالكسب وهو الأصح؛ لأن العتق غير نازل أصلًا لما بينا.

ولو ولدت كل واحدة ولدا ثم مات المولى قبل البيان تسعى كل واحدة في نصف قيمتها ويسعى كل واحد من الولدين في نصف قيمته؛ لأنه قد كان له أن يوقع العتق قبل الموت على إحداهما فيرق الأخرى وولدها.

ولو قال لعبديه: أحدكما حر ثم قال لأحدهما ولعبد له آخر: أحدكما حر ثم قال لأحدهما ولعبد له آخر: أحدكما حر ثم مات أحدهم.

قال أبو يوسف: أيهم مات عتق الباقيان؛ لأنه إن مات الآخر عتق الأوسط بالقول الثاني؛ لأن صاحبه قد مات قبل البيان، فإن مات الأول عتق الأوسط باللفظ

الأول؛ لأن صاحبه قد مات قبل البيان ويعتق الآخر بالقول الثاني؛ لأن الأوسط لما تعين للعتق الأول تعين الآخر للعتق الثاني ولو مات الأول عتق الأوسط وحده.

ولو أعتق أحد عبديه ثم باعهما صفقة واحدة فسد البيع فيهما؛ لأن انعقاد سبب الحرية في أحدهما يمنع انعقاد البيع فيه، فإذا لم ينعقد في حق أحدهما لو انعقد في حق الآخر كان بائعا للمجهول وجهالة المبيع مانعة صحة البيع.

ولو وهبهما أو تصدقهما أو تزوج عليهما جاز وجبر على البيان في أحدهما؛ لأن جهالة الموهوب والتصدق والمهر لا يمنع جواز هذه التصرفات كما لا يبطل هذه العقود بالشروط الفاسدة ولو لم يعين حتى مات بطل فيهما؛ لأن الحرية شاعت فيهما فصار كل واحدٍ معتقا بعضه.

ولو باعهما من رجل أو وهبهما منه ودفعهما إليه فأعتقهما المشتري أو الموهوب له أجبر البائع على البيان، وإذا وقع العتق على أحدهما عتق الآخر على المشتري ولزمته قيمته؛ لأن المشتري ملك أحدهما بعقد فاسدٍ.

وإن مات البائع قبل البيان يقال للورثة بَيِّنوا؛ لأن هذا الخيار فيه معنى المال؛ لأنه نول إلى استحقاقه وهو استحقاق قيمة أحدهما للورثة فجاز أن يورث كخيار تعيين المبيع، فإذا بينوا عتق الآخر على المشتري.

وإن لم يعتق المشتري ومات البائع لم يشع العتق فيهما ولم ينفسخ البيع فيهما بموته حتى يفسخ القاضي البيع؛ لأن أحدهما زال ملكه بالبيع فتعذر ثبوت العتق فما زال عن ملكه إلا أنه مستحق النقص، فإذا نقص عاد إلى قديم ملكه فشاعت الحرية فيهما.

ولو اشتراهما أهل الحرب والمولى على خياره، فإذا اختار أحدهما فالآخر لأهل الحرب لأنهم لم يملكوا أحدهما؛ لأن الانعقاد سبب العتق يمنع ثبوت الملك بالأسر كما يمنع بالبيع كما في المكاتب والمدبر وإن مات المولى قبل الاختيار بطل ملك أهل الحرب فيهما؛ لأن الحرية شاعت فيهما فصار كل واحد معتقا بعضه.

ولو اشتراهما رجل من أهل الحرب فللمولى أن يوقع العتق على أيهما شاء

ويأخذ الآخر بحصته من الثمن؛ لأن الملك ثبت للمشتري في أحدهما لا بعينه لما كان ثابتا لهم وهذا؛ لأن الشراء لا يبطل بالجهالة.

فإن أعتق المشتري أحدهما، فإنه يخير المولى فأيهما اختار عتقه عتق.

وإن اختار عتق الذي أعتقه المشتري جاز عتقه وبطل عتق المشتري.

ولو كان المشتري وطئهما فولدتا منه فاختار المولى عتق إحداهما يسلم الآخر للمشتري وولدها حر، ولو اشترى أحدهما فاختار المولى عتقه عتق ويبطل الشراء.

وإن أخذه المولى بالثمن الذي اشتراه عتق الآخر؛ لأن ذلك يدل على انتفاء العتق عنه فتعين الآخر للعتق ضرورة، وكذلك لو اشترى المولى أحدهما من دار الحرب.

ولو قال لعبديه: أحدكما حر، ثم قال له رجل: أعتق المملوك منهما عنِّي على ألف ففعل، قيل له: أوقِع العتق على أيهما شئت، فإذا أوقعه عتق الآخر عن الأمر بالقيمة؛ لأنه يملكه ببيع فاسد ضمنا لطلب الإعتاق.

(فصل)

رجل له أربعة أعبد فقال للأول والثاني: أحدكما حر أو أحدكما يعني الثاني والثالث أو أحدكما يعني الثالث والرابع ثم مات قبل البيان، يعتق سدس الأول وسدس الآخر ويعتق نصف الثاني ونصف الثالث؛ لأن الأول والآخر يعتق نصفه في حال ويرق في حالين؛ لأنه يعتق نصفه بالكلام الأول دون الثاني والثالث فيثلث النصف فيعتق السدس، والثاني والثالث يعتق كله في حال ويرق في حال، فإن الثاني يعتق بالكلام الأول والثاني دون الثالث ويعتق الثاني بالكل، الثاني والثالث دون الأول وأحوال الإصابة حالة واحدة فينصف الكل فيعتق نصفه.

رجل له ثلاثة أعبد فقال لاثنين منهم: هما حران أو هذا الثالث أو هذا يعني أحد الأولين بعينه ثم مات قبل البيان فالذي كرر عليه العتق من الأولين يعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته؛ لأنه يعتق في حالين ويرق في حال وأحوال الإصابة حالة واحدة فكأنه يعتق في حال ولا يعتق في حال فينصف والثاني والثالث كل واحد

يسعى في ثلثي قيمته؛ لأنه يعتق في حال ويرق في حالين وأحوال الحرمان أحوال على عامة الروايات فيثلث فيعتق ثلثه.

ولو كان له أربعة أعبد فقال: لا شيء منهم بأعيانهما أنتما حران أو أنتما يعني أحد الأولين وأحد الآخرين أو أنتما يعني الآخرين بأعيانهما عتق ثلث الأول وثلث الآخر ونصف كل واحد من الأوسطين لما عرف.

رجل مات وترك ابنًا وثلاثة أعبد فقال الابن لأحدهما: هذا أخي ثم قال: لا بل هذا، ثم قال: لا بل هذا، قال محمد: يسعى الثاني للأول في نصف قيمته ويسعى الثالث للثاني في ربع قيمته وللأول في نصف قيمته ويغرم المقر للثاني نصف قيمة الأول وللثالث قيمة الأول؛ لأنه حين أقر بالآخر للأول فقد أقر له بالشركة في الآخرين فصار نصف كل واحد منهما ملكا له، فإذا أقر بالآخرة للثاني عتق عليه نصيبه وهو النصف بإقراره وهو معسر فيسعى الثاني للأول في نصف قيمته وقد أقر بالشركة للثاني في نصيبه من الثالث فصار نصفه مشتركا بينه وبين الثاني وقد عتق نصيبه من الثالث بالإقرار بالآخر فيسعى للثاني في ربع قيمته والمقر لما رجع عن إقراره للأول؛ لأن كلمة لا بل للرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقامة فصح رجوعه في حقه دون المقر له فيغرم نصف قيمة الأول للثاني.

أمتان بين رجلين فقال أحدهما: إحداكما حرة فولدت إحداهما ثم مات المعتِق قبل البيان تسعى كل واحدة في ربع قيمتها للساكت؛ لأنه عتق من كل واحد نصفها، نصفه للمعتق ونصفه لشريكه وعلى المعتق ربع قيمة كل واحدة منهما لشريكه؛ لأنه كان موسرًا يوم أعتق؛ لأنه كان له يومئذ نصف أمة لم يعتقها وفي ذلك وفاء بما وجب عليه من الضمان وتسعى كل واحدة منهما في ربع قيمتها لورثة المعتق فيأخذ ذلك الشريك الساكت؛ لأن ذلك دين له على المعتق، وأما الولد فلا ضمان على المعتق في شيء منه؛ لأن العتق إن كان وقع على أُمِّه فقد عتق بعتق أُمِّه قبل أن تلد فلا ضمان فيه، وإن كان العتق وقع على الأخرى فهو عبد بينهما فيسعى للحي في ربع قيمته ولورثة المبيت في ربع قيمته.

رجل له أمة ولها ثلاثة أولاد ولدوا في ملكه في بطون مختلفة فأشهد المولى

في صحته على أحدهما بعينه أنه ابنه من هذه ثم مات ونسي الشهود أيهم هو وشهدوا بالشهادة وقالوا: لا نحفظ الذي أرانا يومئذ قال أبو يوسف: إني أعتق الأم والأصغر وأما الأكبر والأوسط فرقيقان لأنهما يعتقان في حال ولا يعتقان في حال ولا أعتقهما بهذه الشهادة، ألا ترى أن شاهدين شهدا على أنه أعتق أحد عبديه بعينه وقد نسياه أبطلت الشهادة فأما الأم صارت أم ولد له بتعين وقد عتقت بموته والأصغر أيضًا عتق بعتق الأم؛ لأن أمومية الولد ثابتة وقت ولادة الأصغر بيقين فحدث على حكم أم الولد في بطون مختلفة فقال أحد هؤلاء ولدي.

قال أبو يوسف: يعتق الولد الأسفل وتعتق الأمُّ كلَّه فالأول والأوسط يعتق من كل واحد ثلثه وفي رواية عنه نصفهما.

فإن كان هذا الكلام في المرض ولا مال له غيرهم ضرب الأول والأوسط في الثلاث كل واحد منهما ثلث قيمته ويضرب الأسفل والأم بجميع قيمتهما.

(**الجامع**): قال لعبديه: إذا جاء غد فأحدكما حر ثم مات أحدهما أو باعه اليوم ثم جاء الغد عتق الباقي؛ لأن التعليق قد صح لقيام العبدين في ملكه وخروج أحدهما عن ملكه لا يبطل التعليق إذ بقاؤه يستدعي قيام محل حكمه وأحدهما بعينه يصلح محلًّا لحكمه، ولهذا يصح صرف الإيجاب إليه فبقي التعليق صحيحًا، وإن لم يصح ابتداؤه بأن قال عند مجيء الغد أحدكما حر وقد مات أحدهما أو باعه لفقد شرطه وهو مزاحمة الآخر؛ لأن الإبهام لا يصح إلا بمزاحمة غيره والبقاء يستغني عن شروط الصحة فبقي صحيحا وقد انتفت المزاحمة عند الشرط بزوال أحدهما عن ملكه فيعين الباقي ضرورة كمن باع قفيزًا من صبرة فهلكت الصبرة إلا قفيزًا تعين مبيعًا.

ولو باع نصف أحدهما ثم جاء الغد عتق الكامل؛ لأن اسم أحدهما ينطلق على العبد الكامل دون النصف.

فإن باع أحدهما ثم اشتراه أو باعهما ثم اشتراهما أو باع أحدهما ثم اشتراه ثم باع الآخر ثم اشتراه كان خياره على حاله؛ لأن الملك يعتبر حال انعقاد اليمين وحال نزول الجزاء ولا يعتبر فيما بينهما لما بينا في الطلاق.

رجل له أربعة أعبد أبيضان وأسودان فقال: الأبيضان حران أو الأسودان فمات أحد الأبيضين عتق الأسودان؛ لأنه أضاف العتق إلى الاثنين من أحد الصنفين وقد بقي اسم التثنية في الأسودين وزال عن الأبيضين.

وصار كما في العبدين إذا باع نصف أحدهما.

(**الزيادات**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في إعادة إيجاب الحرية.

والثاني: في اختيار المبهم.

(فصل)

ولو كان له أربعة أعبد فقال في صحته: سالم ويربع حران أو يربع وفرقد حران أو فرقد ومبارك حران يؤمر بالبيان، فإن مات قبله عتق ثلث سالم وثلث مبارك وثلثا فرقد وثلثا يربع؛ لأنه أتى بثلاث كلمات موجب كل واحد عتق رقبتين فسالم يعتق بالكلام الأول دون الثاني والثالث فيعتق في حال ويرق في حالين يعتق ثلثه، وكذلك مبارك يعتق بالكلام الثالث دون الأول والثاني ويربع يعتق بالكلام الأول والثاني دون الثالث فيعتق في حالين ويرق في حال فيعتق ثلثاه، وكذلك فرقد وعلى رواية الجامع يعتق ثلث كل واحد بناء على أن أحوال الإصابة حالة واحدة على رواية الجامع وعلى رواية الزيادات أحوال العتق غير نازل في المنكر أصلًا لما بينا فيجوز استحقاقه بجهات مختلفة كما لو كاتب المدبر أو دبر المكاتب يستحق العتق بجهتين حتى لو أدى المدبر مكاتبته يعتق، وإن لم يؤد يعتق بعد الموت بالتدبير.

وجه رواية الجامع: أن العتق نازل في أحدهما منكر غير نازل في المعين بل هو معلق بشرط البيان والعتق متى نزل بجهة لا يتصور نزوله بجهة أخرى؛ لأنه تلاشى واضمحل فاستحقاقه بجهة لا يتصور استحقاقه بجهة أخرى.

ولو كان قاله في مرض ولا مال له غيرهم يقسم ثلث المال على ستة لسالم ومبارك

سهمٌ سهمٌ، ولفرقد ويربع سهمان سهمان، فيصير ثلث المال على ستة والكل ثمانية عشر فصار كل رقبة أربعة ونصف فانكسر بالإنصاف فأضعفه ليزول الكسر فصار ستة وثلاثين كل رقبة تسعة وقد نفذ العتق في ثلاثة وذلك اثنا عشر فسالم ومبارك سلم لكل واحد تسعان ويسعى في سبعة أتساعه.

ويربع وفرقد سلم لكل واحد أربعة أتساعه ويسعى في خمسة أتساعه.

ولو كان له ثلاثة أعبد فقال في صحته: سالم حر أو مبارك ويربع حران ثم مات قبل البيان عتق من سالم ثلثه ومن مبارك ثلثه ومن يربع ثلثاه على هذه الرواية؛ لأن سالم يعتق في حال ويرق في حالين، وكذلك مبارك فأما يربع يعتق في حالين ويرق في حال.

ولو كان له عبدان فقال: سالم حر أو مبارك أو هما حران ومات قبل البيان عتق كل واحد ثلاثة أرباعه ويسعى في ربعه؛ لأنه أدخل كلمة الثلث بين عتق مبهم مشترك فيصير كأنه قال: أنتما حران أو أحدكما، فيعتق رقبة منهما تتعيّن، فالرقبة الأخرى تعتق في حال دون حال فيعتق نصفهما فتعتق رقبة ونصف بينهما لاستواء حالهما فيه.

له ثلاثة أعبد فقال لسالم أنت حر أو أحدكما وأشار إلى يربع ومبارك أو أحدكم وأشار إليهم، فإن اختار الكلام الأول عتق سالم خاصة وإن اختار الثاني عتق يربع أو مبارك يصرفه إلى أيهما شاء ويصرف الأخير إلى أيهم شاء، وإن مات قبل البيان عتق من سالم أربعة أَتْسَاعه ومن يربع ومبارك من كل واحد تِسعان ونصف؛ لأنه يعتق بكل كلام ثلث رقبة لأنها تعتق في حال دون حالين، فسالم أفرده بالإيجاب الأول فيعتق بثلاثة ويربع ومبارك جمعهما في الإيجاب الثاني فيعتق منهما ثلثه ثم جمع الكل في الإيجاب الثالث فيكون ثلث حرية بينهم أثلاثا فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة فيجعل كل رقبة تسعة، استحق المفرد بالإيجاب الأول الثلث وذلك ثلثه، وبالإيجاب الثالث ثلث الثلث، فصار له أربعة من تسعة والآخران استحقا بالإيجاب الثاني الثلث وذلك ثلثه وبالإيجاب الثالث ثلثا الثلث وذلك سهمان فكان خمسة أتساع رقبة بينهما نصفين لكل واحد تسعان ونصف.

ولو أشار إلى سالم فقال: أنت حر أو أحدكما تعين سالم أو يربعا أو أحدكم وأشار إليهم ثم مات عتق من سالم خمسة أتساعه ونصف ومن يربع تسعان ونصف ومن مبارك تسع؛ لأن سالمًا استحق ثلث حرية بالإيجاب الأول وذلك ثلاثة من تسعة، وبالإيجاب الثاني نصف الثلث وذلك سهم ونصف، وبالإيجاب الثالث ثلث الثلث وذلك سهم، فكان خمسة أتساعٍ ونصف وأما يربع استحق بالإيجاب الثاني نصف الثلث وذلك سهم ونصف وبالإيجاب الثالث ثلث الثلث، وذلك سهم فصار تسعين ونصف ومبارك استحق بالإيجاب الثالث ثلث الثلث وذلك سهم فيكون جملته تسعة.

ولو قال: أحدكم حر أو أنت يا سالم أو أنت يا يربع عتق من سالم ويربع من كل واحد أربعة أتساع ومن مبارك تسعة لأنه يعتق بالإيجاب الأول من كل واحد سهم وبالإيجاب الثاني عتق من سالم ثلثه؛ لأنه أفرده به وبالإيجاب الثالث عتق من يربع ثلثه فيصير لسالم ويربع لكل واحد أربعة أتساع ولمبارك تسع واحد بالإيجاب الأول.

(فصل)

رجل له ثلاثة أعبد فقال: أحدكم حر ثم قال لاثنين منهما أحدكما عبدي ثم مات قبل البيان، ففي رواية الجامع أنه يعتق من كل واحد ثلثه ويعطل قوله: أحدكما عبدي، لأن العتق لما وقع على واحد علمنا أن أحد هذين عبد فيلغو ذلك كمن جمع بين حر وعبد فقال: أحدهما حر، وإذا لغى هذا الكلام بقي عتق رقبة بين ثلثه فيقسم بينهم أثلاثا وفي رواية الزيادات يعتق من المفرد نصفه ومن المجموعين في قوله أحدكما عبدي بيع كل واحد؛ لأن البيان صار مستحقا عليه فلما قال أحدكما عبدي أخرج أحدهما من العتق؛ لأن فيه نوع بيان بكونه عبدا له، وإن كان تخصيص أحدهما بكونه عبدا دليل كون الآخر حرا فينبغي أن تنقطع منازعة المفرد معهما في الحرية ولكن هذا مفهوم دلالة كلامه والعامل هو المنطوق والمنظوم دون المفهوم والمعلوم ومتى خرج أحدهما من العتق صار العتق بين أحدهما وبين المفرد نصفان فسلم للمفرد نصف حرية وهي نصف حرية بين الآخرين نصفان.

وكذلك لو قال: أحدكم حر ثم قال لاثنين اخترت أن يكون أحدكما عبدًا ثم جمع أحدهما إلى الثالث وقال: اخترت أن يكون أحدكما عبدا ثم مات قبل البيان عتق ربع كل واحد من الآخرين ومن الأول نصفه؛ لأن الكلام الثاني يناقض موجب الكلام الأول؛ لأن موجب الكلام أن يكون نصف الحرية للمفرد والنصف، وموجب الكلام الثاني أن يكون نصف الحرية لمفرد آخر غير المفرد الأول، والنصف للمجموعين فيراجع حق المفرد الأول من نصف الحرية إلى ربعها وهو متمكن من إبطال حقه أصلًا بالبيان فيكون متمكنا من إعادة حقه إلى الربع أيضًا فصار الكلام الثاني ناسخًا وناقضًا للأول فيقسم العتق على حساب الكلام الثاني.

ولو قال لأربعة عبيد: أحدكم حر ثم قال لأحدهم مع الثاني: أحدكما عبد ثم قال للثاني والثالث: أحدكما عبد ثم قال للثالث والرابع هكذا، ثم مات قبل البيان عتق من الأول ثلثه ومن الثاني ثلثه ومن الآخرين سدس سدس؛ لأن الكلام الآخر ناسخ لما سبق من كلامه فقد أخرج أحد الآخرين بالكلام الآخر من العتق فيقسم العتق بين الأولين وأحد الآخرين أثلاثا فيكون للأول ثلثه وللثاني ثلثه بقي الثلث وبين الثالث والرابع نصفين لكل واحد منهم سدس العتق.

(باب العتق في إحدى إمائه ومات قبل بيانه)

(**الجامع**): مسائل الباب: تفريعات مذهب أبي يوسف ومحمد في أن الوطء في المعتق المبهم يكون بيانا للمعتق في غير الموطوءة ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: لو قال لإمائه: كلما جامعت واحدة منكن فواحدة منكن حرة.

والثاني: لو قال: إن جامعت واحدة منكن فواحدة منكن سواها حرة.

وكل قسم على ثلاثة أوجه: إما أن يجامع ثنتين منهن، أو يجامع ثلاثًا أو يجامع كلهن.

أما **القسم الأول**: لو كان لرجل أربع إماء فقال: كلما جامعت منكن فواحدة منكن حرة فجامع ثنتين منهن في الصحة ثم مات من غير بيان عتق من التي جامعها أخرى تليها ومن الباقي من كل واحدة خمسة أتساعها؛ لأنه لما جامع الأولى فقد

عتق رقبة مبهمة ولاحظ للمجامعة آخرًا في ذلك العتق؛ لأنه لما جامعها خرجت من أن تكون مراده بالعتق الأول؛ لأن الوطء بيان الموطوءة أمة وغيرها حرة وبالجماع الثانية عتق رقبة أخرى دائرة بينهما وبين ثنتين من البواقي لأنه عتق واحدة من الثلاث البواقي وخرجت الأولى من أن تكون مراده بالعتق الثاني فبقي الرقيق منهن اثنان فيوزع العتق الثاني على الثلاث فنصيب المجامعة ثانيا ثلاثة وبقي للبواقي عتق رقبة وثلثي رقبة بينهن أثلاثا وقد انكسر بالأثلاث فأضربها في ثلاثة فيصير خمسة عشر فالعتاق الكامل تسعة والثلثان ستة بينهن أثلاثا لكل واحد خمسة أتساع العتاق.

ولو وطئ ثلاثا منهن عتق من الموطوءة أوَّلًا ومن التي لم يطأها سبعة أثمانها ومن الموطوءة ثانيا ثلاثة أرباعها ومن الموطوءة ثالثا نصفها؛ لأن الواقع ثلاث عتاقات والموطوءة الثانية والثالثة خرجتا من العتاق الأول لما بينّا فبقي العتق الأول بين الموطوءة الأولى وبين التي لم يطأها نصفان فيعتق من كل واحدة نصفها، وأما العتاق الثاني فلم يدخل تحته الثالثة؛ لأن وطأها بيان أنها أمة فبقي بين الثانية وإحدى الباقيتين؛ لأن المعتقة بالعتاق الأول منهما خارجة عن العتق الثاني؛ لأن المعتق لا تعتق ثانيا فيكون بينهما نصفين فتعتق من الموطوءة الثانية نصفها ونصف العتق الثاني بين الموطوءة أوّلًا وبين التي لم يطأها فحصل لكل واحد منهما من العتق الأول نصفه ومن العتق الثاني نصف النصف فحصل لهما ثلاثة أرباع العتق وحصل للثانية نصف حرية العتق الثاني، وأما العتاق الثالث بين الموطوءة ثالثا وبين واحدة من الثلاث البواقي؛ لأنه عتق ثنتان منهن بالعتق الأول والثاني، وإنما بقي الرقيق واحدة منهن فلا حظّ للثنتين منهن فيه، فيكون بين الموطوءة ثالثا وبين واحدة منهن نصفان فيكون للموطوءة ثالثا نصفه والنصف الآخر بين البواقي مقسوما على قدر حقوقهن وحق الموطوءة ثانيا في النصف؛ لأنه عتق منها النصف وبقي الرق في النصف وحق كل واحد من الآخرين في الربع؛ لأنه عتق من كل واحدة ثلاثة أرباعها فيكون نصف ذلك النصف وهو ربع الكل للموطوءة ثانيا ونصفه بين الأخيرتين نصفان فنصيب كل واحدة الثمن فيجعل كل عتاق ثمانية، فأصحاب الأولى والأخيرة مرة عتاق وهو ثمانية ومرة نصف وهو أربعة ومرة ربع وذلك

سهمان فذلك أربعة عشر سهمًا لكل واحدة سبعة وأصاب الثانية نصف مرة وربع مرة وذلك ستة وأصاب الثالثة نصف وذلك أربعة فكلها أربعة وعشرون وهي ثلاث عتاقات، فإن جامع الكل عتق كلهن عتق كل واحدة بجماع نفسها لا بجماع صاحبتها لما عرف.

وأما **القسم الثاني**: لو قال: كلما جامعت واحدة منكن فواحدة منكن سواها حرة وقد جامع ثنتين منهن في الصحة ثم مات قبل البيان عتق من اللتين يجامعهما من كل واحدة ثلاثة أرباعها ومن المجامَعَةِ أوّلًا نصفها، والمجامَعَة الثانية موقوفة؛ لأن الواقع عتاقان، والموطوءة أولًا خرجت عن العتق الأول بالاستثناء، فإنه قال سواها وَسِوَاهَا لا يتناولها، وكذلك الثانية؛ لأن وطأها بيان أنها أمته والمعتقة غيرها فيبقى العتق بين الآخرتين نصفها، وأما العتق الثاني فبين الموطوءة أولا ومن إحدى اللتين لم يطأهما؛ لأن الموطوءة الثانية خرجت عن العتق الثاني بالاستثناء وخرجت اللتين لم يطأهما بالعتق الأول فبقي العتق الثاني بين إحداهما وبين الموطوءة أوّلًا فيعتق من الموطوءة أولا نصفها وعتق من كل واحدة من اللتين لم يطأهما بالعتق الأول نصفها وبالعتق الثاني ربعها فنصيب كل واحدة ثلاثة أرباعها فيجعل كل رقبة أربعة لحاجتنا إلى حساب له نصف ولنصفه نصف وأقل ذلك أربعة فصارت الرقاب على ستة عشر ثم يخرج على نحو ما ذكرنا.

ولو جامع ثلاثا منهن فالمجامَعَةُ الثالثةُ أمةٌ وعتقت الباقيات كلهن؛ لأن الواقع ثلاث عتاقات ولاحظ للموطوءة ثالثا من العتق الثالث للاستثناء ولا من العتق الأول فالثاني بالوطء فبقيت أمة على حالها فبقيت العتاقات بين الثلاث فتعتق كل واحدة بعتق صاحبتها لا بعتق نفسها. ولو جامع كلهن عتقن جميعًا.

(باب العتق على مال)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في العتق على مال حالا معجلا.

والثاني: في العتق على مال مؤقتًا.

والثالث: في اختلافهما.

(فصل)

لو قال لعبده: إن أدّيت إليَّ ألفا فأنت حر، فأداها أجبر المولى على قبولها في المجلس وتفسير الأخبار إذا خلى العبد بينها وبين المولى بعتق كما في الكتابة وله أن يبيعه قبل أداء تمام المال.

وقال زفر: لا يعتق حتى يقبل المولى؛ لأنه يمين لوجود حدها وهو ركن شرط وجزاء، ولهذا لا يحتمل الفسخ ولا يمتنع البيع ولا يسري إلى الولد واليمين لا تنحل إلا بوجود الشرط وشرط انحلالها هو الأداء إليه والأداء إليه لا يتحقق إلا بالقبض ولم يوجد.

لنا: أن هذا معاوضة معنى انتهاء تعليق صورة وصيغة ابتداء؛ لأن الألف تصلح عوضا عن المعتق لأنها مال متقوم مكسوب العبد مسعول حاجته فلا يصير مملوكًا للمولى في حق التمليك منه عوضا عن المعتق كما في الكتابة، ولهذا لو نص على جعله عوضا عن العتق تضمين عوضا، وقد دل الدليل على جعله عوضا عنه؛ لأن العبد لا يبدل المال ولا يرضى بصرف كل مجهوده ومجموعه بكد يده وعرق جبينه إلا بشرطان ينال العتق بإزائه.

وكذا السيد لا يعلق العتق بذلك الأمر عينا، وتحريضا للعبد على كسب المال مع الطبيعة الحاملة على الكسل، والفرار عن التعب والعناء فعرفنا أن هذا ينعقد معاوضة بين الألف، والعتق عند الأداء كالكتابة فوجب أن يترك المولى قابلا لئلا يضيع سعي العبد فيتضرر به ولا يتضرر المولى بإبداله قابلا؛ لأنه رضي بالعتق عند وصول الألف إليه، فوجب أن ينزل قابلا دفعًا للضرر عن العبد كما في سائر المعاوضات وإنما جاز بيعه؛ لأنه تعليق صيغة للحال معاوضة معنى في المال فلا يمنع البيع للحال بخلاف ما لو قال لأجنبي: إذا أديت إليَّ ألفًا فعبدي حر، فخلى بينها وبين المولى لا يعتق ما لم يقبض؛ لأن ذلك تعليقٌ بعتقه بأداء الألف إليه حالًا ومآلا ولا يعتق ما لم يؤد في المجلس قبل الإعراض، ولو قال: إذا أديت أو متى أديت يعتق وإن أدى في غير المجلس؛ لأن كلمة «إن» شرط محض وليس بعبارة

عن الوقت فكأنه علق عتقه بمشيئته كقوله أنت حر إن شئت فكلمة «إذا» و«متى» عبارة عن الوقت فمتى وجد الأداء يعتق كما في الطلاق وعن أبي يوسف أنه لا يقتصر على المجلس في الفصل الأول؛ لأنه يمين مرسلة.

ولو مات المولى قبل الأداء أبطلت اليمين؛ لأنه قبل الأداء يمين واليمين تبطل بالموت.

ولو أدى من مال المولى أو من كسْبه قبل التعليق عتق ورجع عليه المولى بمثله؛ لأنه حصل الأداء بمال مستحق والاستحقاق لا يمنع صحة الأداء كما لو غصب مال إنسان وأدّاه عتق، لوجود شرط العتق وهو الأداء ويرجع المولى عليه؛ لأنه لم يسلم له العوض، وإن أدى من كسبه بعد التعليم لم يرجع المولى عليه؛ لأن المولى أذن له في الأداء من كسبه فامتنع ظهور ملك المولى فيما يؤدي ويكون الباقي للمولى؛ لأنه صار مأذونا في التجارة بهذا القول؛ لأنه لا يتوصل إلى تحصيل المال إلا بالتجارة ومال المأذون في التجارة للمولى.

ولو كاتب أمة فولدت ثم أدت لم تعتق ولدها؛ لأن قبل الأداء تعليق فلا يسري إلى الولد كسائر التعليقات.

ولو حطَّ المولى شيئًا لا يعتق بأداء الباقي؛ لأنه علق بأداء الألف؛ لأن معنى المعاوضة أنها تثبت حال حصول العتق ولا حصول إلا بعد وجود الشرط، فإذا لم يوجد الشرط لم يحصل العتق.

وكذلك لو أدى الدنانير مكانها لا يعتق ولذلك لو أدى إلى قريبه أو لورثته بعد موته لا يعتق؛ لأنه علق العتق بالأداء إليه ولم يوجد واليمين يبطل بموت الحالف.

وكذا لو أمر غيره بالأداء، فإذًا لا يعتق؛ لأن الشرط أداؤه ولم يوجد ولا حاجة إلى أداء غيره؛ لأنه قادر على أداء غيره بخلاف الكتابة لأنها معاوضة حقيقة فيها معنى التعليق فكان الأصل فيها المعاوضة فكان المقصود حصول البدل وهذا لا يتفاوت بخلاف المؤدى، والمعاوضة لا تبطل بالموت.

(فصل)

ولو قال: إن أديت إلى القاضي هذا الشهر فأداها في غيره لم يعتق؛ لأنه شرط

الأداء في وقت موصوف ولم يوجد الأداء بتلك الصفة فلم يوجد الشرط.

ولو قال: إذا أديت إليَّ ألفا كل شهر كذا فأنت حر لم يصر مكاتبا في رواية؛ لأن المولى لا ينفرد بعقد الكتابة، وذكر التنجيم لا يدل على الكتابة؛ لأنه ليس من خصائص الكتابة فإنها كما تجوز منجمةً تجوز حالّةً وفي رواية يصير مكاتبا؛ لأنه نص على التنجيم الذي هو من خصائص الكتابة عرفا وشرعا ندبًا واستحبابا إن لم يكن حتما فصارت الكتابة مذكورة دلالة، ذكر التنجيم وإن كسر شهرًا ثم أداه بعده يعتق على هذه الرواية كالمكاتب ولا يعتق على الرواية الأولى لانعدام شرطه.

وقال محمد: لو قال: أنت حر على ألف تؤديها إليّ نجومًا كل شهر كذا فهي كتابة؛ لأنه صرح بمعنى الكتابة وهو ذكر الألف على سبيل التعويض.

وإذا وهب نفس العبد منه على مال عتق استدلالا بالكتابة.

ولو قال: إن أديت إلي ألفا بعد موتي فأنت حر فهذه وصية؛ لأن اليمين المضافة إلى ما بعد الموت لا تصح فجعلناه أمرًا بالإعتاق كأنه قال للورثة أعتقوا هذا متى أدى ألفًا، كما لو قال: بيعوه من فلان بعد موتي بألف، كان وصية فكذا هذا.

(فصل)

ولو اختلفا في قدر المال فالقول للمولى والبينة للعبد؛ لأن المولى أقر بتعليق العتق بأداء ألف وأنكر تعليقه بأداء خمسمائة والقول قوله في أصل اليمين والشرط فكذا في صفته.

ولو قال المولى: أعتقتك على ألف وقال العبد: لا بل على خمسمائة فالقول للعبد مع يمينه؛ لأن المولى أقر له بالعتق وادّعى عليه زيادة مال والعبد لو أنكر المال أصلًا فالقول له فكذا إذا أنكر بعضه والبينة للمولى؛ لأنه يدعي زيادة.

(**المنتقى**): مسائله على قسمين:

أحدهما: في تعليق العتق بأداء الألف.

والثاني: في منع نفس العبد وما في يديه منه بألف.

أما **القسم الأول**: لو قال لعبده: إن أديت إليَّ ألفا فأنت حر ثم أخذ المولى ما

اكتسبه العبد بعد هذا القول من غير أن يؤدي العبد إليه فله ذلك ولا يعتق العبد؛ لأنه مال المولى ولم يوجد الشرط وهو الأداء.

ولو استقرض العبد ألفًا ودفعها إلى المولى، فإنه يعتق ويرجع المقرض على المولى فيأخذ منه ألفا درهم؛ لأنه أحق بها من المولى؛ لأنه عبد مأذون له في التجارة عتق فغرماؤه أحقّ بماله حتى يستوفوا ديونهم.

ولو كان العبد استقرض من رجل ألفي درهم وقيمة العبد ألفا درهم فأدى ألفًا إلى مولاه وأكل ألفا قبل ذلك فللمقرض أن يأخذ المولى بالألف المؤداة ويضمنه ألفا أخرى؛ لأنه منع العبد بعتقه إياه من أن يباع فيما عليه من الدين وإن شاء المقرض اتبع العبد بجميع دينه.

عن محمد رحمه الله: رجل قال لمملوكه: اشترِ نفسك بألف فدرهم فقال: قد فعلت فهو جائز؛ لأنه بمنزلة قوله: أنت حر على ألف.

قال أبو يوسف: إذا قال لعبده: إن جئتني بألف درهم فأنت حر إن شئت فجاءه بألف ثم شاء فهو حر شاء في مجلسه ذلك أم لا.

وإن قال: إن شئت فأنت حر إذا جئتني بألف، فإن شاء في مجلسه ثم جاءه بألف عتق، وإن لم يشأ في مجلسه ثم جاءه بألف لم يعتق؛ لأنه علق العتق بمشيئته وجعل شرط انحلال اليمين المجيء بألف والمشيئة تقتصر على المجلس، فإذا وجد المجيء بألف بعد المشيئة في المجلس فقد وجد شرط انحلال اليمين فعتق وإلا فلا.

بشر عن أبي يوسف: لو قال لعبده: بعتك نفسك بألف فلم يقبل، وقال العبد: قد قبلت، فالقول للعبد ولا يشبه هذا قوله: أعتقتك على ألف فلم يقبل هذا إنما وصف فعل نفسه؛ لأن هذا تعليق للحال فيصح بدون قبول العبد.

فأما البيع معاوضة حقيقة فلا يصح إلا بقبوله.

وأما **القسم الثاني**: ابن سماعة عن محمد: لو قال لعبده: قد بعتك نفسك وهذه الألف التي في يدك بألف درهم قال: هو حر ويأخذ المولى ما في يد العبد وليس عليه شيء آخر؛ لأنه يصير كأنه قال: قد أعتقتك وجعلت لك هذه الألف على أن تعطيني ألفًا يعني بها خاصة فالعتق ماض والألف بالألف باطل؛ لأنه مال المولى.

ولذلك لو قال له عبده: بعني نفسي وهذه الألف بمائة درهم أخذ المولى جميع الألف وعتق العبد بغير شيء، وكذلك لو قال ولي القتيل للقاتل: قد صالحتك من الدم العمد على عشرة آلاف درهم على أن أعطيك أنا عشرة آلاف فالعفو جائز والمال باطل كأنه قال أبرأتك عن الدين ولم يسم مالا.

ولو قال لعبده: بعتك نفسك وهذه المائة دينار بألف درهم فقبله العبد وقيمة العبد وثمن المائة الدينار سواء خمسمائة منها بالعبد وخمسمائة بالدنانير.

فإن نفذ الألف قبل أن يتفرقا كانت الدنانير للعبد وعتق وإن افترقا قبل أن يقبضها بطل من الألف بحصة الدنانير للمولى والخمسمائة التي عتق بها دين على العبد.

هشام عن محمد لو قال العبد لمولاه: بعني نفسي فقال قد فعلت عتق وسعى في قيمته؛ لأنه طلب منه البيع وبيع نفس العبد منه إعتاق والبيع معاوضة فقد طلب منه إعتاق نفسه بعوض فصار كأنه قال أعتقني على عوض مالي ولم يسم مالا يسعى في قيمته فكذا هذا.

(**الزيادات**): مسائله على فصول:

أحدها: في تعليق العتق بأداء المال.

والثاني: في تعليقه بإعتاق عبدٍ آخر.

والثالث: في تعليقه بالحج.

(فصل)

لو قال: إذا أديت إليَّ ألفا فأتى بخمسمائة يجبر على قبوله لأن لبعض العوض حكم كله كبعض بدل الكتابة وبعض الثمن وذلك؛ لأنه لو لم يجبر في البعض يلزم المؤدي أن يؤدي كله دفعة وربما لا يتيسر له ذلك فيؤدي إلى تكليف ما ليس في وسعه.

ولو قال: إن أديت إليّ كرّ حنطة فأنت حر فجاء بكرٍّ جيد يجبر على قبوله؛ لأن

الكر المطلق إنما ينصرف إلى الوسط لدفع الضرر من الجانبين، فإذا أتاه بالجيد فقد أحسن في القضاء فرضي بهذا الضرر فبطل التعين وتعلق العتق بحنطة مطلقة.

ولو قال: كرّ حنطة وسط فأتاه بكرٍّ جيد لا يجبر؛ لأنه نص على تعليق بكرٍّ موصوفٍ وفي الشرط يعتبر التنصيص ما أمكن، كما لو قال: إذا أديت إليَّ ألفا في كيس أسود فأنت حر فأتاه في كيس أبيض لم يعتق، وإن كان المقبوض حاملا؛ لأنه لم يأت بما تعلق به العتق فكذا هذا.

ولو قال: أعتق عنّي عبدًا وأنت حر فأعتق عبدًا مرتفعا لا يعتق، ولو قال: أدِّ إلي ألفًا عبدا وأنت حر، فأدى إليه عبدًا مرتفعا يعتق كما في الكرّ.

والفرق أن في الأداء يكون المولى راضيًا بالزيادة؛ لأنه إدخال شيء في ملكه فيكون نفعًا محضًا بلا ضرر.

فأما العتق إخراج عن ملكه؛ لأن كسبه مملوك للمولى وهو لم يرض إلا بإخراج عند وسط فيكون إعتاق المرتفع بغيره أمره فلا يصح.

ولو قال لعبده: إن أديت إلي ألفا فأنت حر فباعه ثم اشتراه فجاءه بالألف لم يجبر على قبولها؛ لأن البيع أبطل معنى المعاوضة فالكتابة فيه كما لو ورد البيع على حقيقة الكتابة برضا المكاتب أبطل الكتابة، فإذا ورد على شبهتها أولى أن يبطلها فبقي يمينا محضا من غير أن يتضمن معنى المعاوضة فلم يجبر على إيجاد الشرط ولكنه إن قبلها عتق لوجود الشرط.

وعن أبي يوسف في (**المنتقى**): يجبر المولى على القبول؛ لأن الإجبار على القبول من حيث تعليق العتق بالأداء.

ومن هذا الوجه ثبت معنى المعاوضة وأنه قائم.

ولو قال: إذا أديت إليَّ دراهم فأنت حر لا يجبر على قبول ما يأتي به؛ لأن الدراهم مجهولة المقدار جهالة متفاحشة مفضية إلى المنازعة فلا تصلح بدلا في الكتابة فلا تنعقد معنى المعاوضة فيه فبقي يمينا محضا.

(فصل)

لو قال لعبده: أعتق عني عبدا وأنت حر جاز؛ لأنه يصير كأنه قال أدِّ إلي عبدا ثم أعتقه فيصير العبد بدلا عنه وهو وكيل بإعتاقه.

ولو قال: أعتق عبدا وأنت حر لم يجز قياسًا؛ لأن المولى لما لم يقل: عنّي، صار إعتاقا للعبد عن نفسه والعبد لا يملكه وجاز استحسانا؛ لأن العبد لا يملك الإعتاق عن نفسه وصحة الكلام مقصود كل متكلم ولا يمكن تصحيحه إلا بإدراج قوله عني في كلامه فيدرج فيه ويضمن الأمر إعتاقا عن المولى تصحيحا للأمر بخلاف ما لو قال لحر: أعتق عبدك على ألف ولم يقل عني فأعتق يقع عن المأمور دون الأمر؛ لأن المأمور يملك الإعتاق عن نفسه فكان قوله أعتق عبدك صحيح وأنه مشورة فلا يندرج فيه طلب التمليك منه.

فإن كان قاله في المرض ولا مال له سوى العبد فأعتق عنه عبدا وسطا ثم مات المولى، فإن كان قيمة المعتق مثل قيمة المأمور لا يجب المأمور شيء؛ لأن المولى صار معتقا له بعوض يعدله؛ لأن المال المؤدى عوضا عنه؛ لأن المأمور يصير أحق بكسبه بقدر ما يؤدي لأنه يحتاج إليه لأداء المال فيتوصل إلى عتقه وحاجة العبد في الكسب مقدمة على حق المولى كما في العبد المأذون المديون كان أحق بكسبه بقدر دينه وكان المؤدى عوضا عن رقبته والعتق بعوض لا يعتبر من الثلث كالكتابة في المرض بمثل القيمة إذا أداه المكاتب وعلى المعتَق السعاية في ثلثي قيمته؛ لأن المأمور نائب عن المولى في إعتاق ملكه فصار كأن المولى أعتقه في مرضه بنفسه بغير عوض ولا مال له سواه فيعتق ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته.

وإن كانت قيمة المأمور أكثر بأن كانت قيمة المأمور ستين وقيمة المعتق أربعين فثلث المأمور وجميع المعتق وصية وذلك ستون فيقسم ثلث المال على ذلك؛ لأن ثلثي المأمور عتقٌ بعوض فلا وصية فيه، وثلثه عتق بغير عوض فيكون ثلث ماله عشرين دينارا فيقسم بينهم أثلاثا الثلث للمأمور وذلك ستة وثلثي دينار ويسعى في ثلاث عشر وثلث، وثلثا الثلث للمعتق وذلك ثلاث عشر وثلث ويسعى في ستة وعشرين وثلثين.

ولو قال لعبده: أعتق عبدًا عنِّي بعد موتي فأنت حر فهذا والأول سواء إلا في فصل وهو أن المأمور لا يعتق إلا بإعتاق الورثة أو القاضي؛ لأن المأمور انتقل إلى ملك الورثة؛ لأنه لم يصر مكاتبا قبل الموت ليمتنع جريان الإرث فيه ومتى صار ملكا للورثة لا يمكن يتقيّد العتق فيه بإعتاق المولى لكن هذا وصية للمأمور بعتقه عند إعتاقه العبد عن المولى واستحق المأمور العتق بهذه الوصية وانتقل إلى ملك الورثة بهذه الصفة كالعبد المرهون بملكة الورثة مشغولا بحق المرتهن ولا يملكون إبطال الوصية فبقي استحقاقه فوجب على من قام مقام المورث إعتاقه عند إعتاقه عن المولى.

فإن لم يعتق العبد عنه بعد موته فأراد الورثة بيعه يؤجله القاضي ثلاثة أيام، فإن أعتق وإلا باعوه؛ لأن في ترك الإمهال وبيعه للحال إبطال حق العبد وإنه إضرار وفي تركه مؤبدا مهملا إبطال حق الورثة والقاضي نصب ناظرا ولزمه مراعاة الحقين قابل العدد بالإمهال إلى القاضي كما في تأجيل العنّين.

(فصل)

لو قال لعبده: حج عني حجة بعد موتي فأنت حر ولا مال له سواه يحج عنه حجا وسطا ثم يعتقه الورثة ويسعى في ثلثي قيمته؛ لأن ما يحج به لم يصل إلى الميت مال؛ لأن النفقة ما صارت مؤداة إلى المولى ثم حج بها بأمره من غير أن يسلم للورثة بشيء هو مال فكان هذا عتقا بغير مال فيعتبر من الثلث، فإن أوصى الميت مع هذا الرجل بثلث ماله قسم الثلث بين العبد والموصى له على أربعة ثلاثة أرباعه منها للعبد ويسعى للموصى له في ربع ثلث رقبته وللورثة في ثلثي رقبته؛ لأن العبد موصى له بعتق جميع الرقبة على اثني عشر فسلم للعبد ثلثه ويسعى للموصى له في ربع الربع سهم وللورثة في ثمانية.

ولو قال: ادفع إلى الموصي قيمة حج يحج بها عني فدفع فعلى الورثة أن يعتقوه ولا ينتظر الحج؛ لأن هذا عتق بمال؛ لأن المدفوع مال ثبت فيه حق الورثة فيعتبر من جميع المال وصار بمنزلة قوله ادفع إليَّ ألفا وأنت حر وقوله ليحج مشورة وإظهار فائدة ومصلحة وليس بشرط فلا يتعلق العقوبة.

فإن كانت قيمة الحج أقل من قيمته نظر إن كانت مقدار ثلثي قيمته جاز؛ لأن الوصية بالعتق نافذة في الثلث، فإن كانت أقل من ثلثي قيمته فعليه أن يسعى إلى تمام الثلثين ثم يدفع إلى الورثة أو إلى الوصي مقدار حجة، فإن أجاز الورثة الحج يحج بذلك كله فثلثاه للورثة والثلث يحج به عنه من حيث يبلغ؛ لأن جميع مال الميت ما استوفى من العبد فكأنه أوحى بأن يحج عنه بجميع ماله فلا ينفذ إلا في قدر الثلث من حيث يبلغ.

فإن أوصى لرجل معه هذا بثلث ماله قسم ملك ثلث السعاية بين الحج والموصى له بالثلث ويضرب للحج بمقدار حج وسط؛ لأن الفرضية بالحج تعلقت بما يسعى فيه العبد فصار كالوصية بألف مرسلة أوجب الضرب بها.

فكذا هذا إذا أدى العبد مقدار قيمته، وإن كان للعبد محاباة فقد اجتمع ثلاث وصايا فيقسم بينهم بالحصص؛ لأن العبد فيما زاد على قيمة الحج من رقبته موصى له بالعتق بغير عوض فيضرب كل واحد بقدر وصيته وعلى قول أبي حنيفة يجب أن تكون المحاباة مقدمة.

ولو قال لعبده: ادفع إلى الموصي قيمة حجة، فإذا دفعتها إليه يحج بها عني فأنت حر، لا يعتق العبد ما لم يحج عن الميت؛ لأنه جعل الدفع والحج شرطًا للعتق؛ لأنه جمعهما في محل الشرط.

ولو قال: حج عني بعد الموت وأنت حر فمات وأبى الورثة خروجه للحج ولا مال للميت غيره فلهم ذلك حتى يخدمهم مقدار ثلثي ما يحتاج إليه للخروج إلى الحج؛ لأن مقدار ثلثيه صار حقا للورثة رقبة ومنفعة، وإذا خرج استغل عن خدمتهم، وإذا حج وجب إعتاقه فيبطل حق الورثة عن منفعته وخدمته فيحبسوه ويستخدمونه إلى العام القابل استيفاء لحقهم وهذا كمن أوصى بخدمة عبده لرجل ولا مال للميت سواه يخدم للورثة يومين وللموصَّى له يوما.

فإن قال الورثة اخرج في هذا العام، فقال: أخدمكم العام وأخرج السنة الثانية فليس للعبد ذلك؛ لأن الخدمة حقهم، فإذا أبطلوا حقهم ليس له التأخير.

فإن أمكنه الخروج في العام وإلا يبطل القاضي وصيته؛ لأن العبد قصد الإضرار

بالورثة في تأخير حقهم فإنهم لا يتمكنون من التصرفات في رقبته بيعًا وهبة ونحوه لما فيه من إبطال الوصية ولا يتمكنون من استسعائه في ثلثي القيمة؛ لأن أوان الاستسعاء بعد نفوذ العتق وليس له إلحاق الضرر بالورثة فيأمره القاضي بالخروج، فإن لم يخرج تبطل وصيته بالعتق؛ لأن وصيته بالحج لرقبة كان بعد الحج عن الميت، فإذا بطلت الوصية بالحج بالقضاء بطل ما يترتب عليه.

فإن لم تطلب منه الورثة حتى مضت السنة فله أن يحج في السنة الثانية إن لم يكن الميت قال حج عني في هذه السنة؛ لأن التأجيل لإيلاء العدد وإبطال الوصية إلى القاضي كما مر في تأجيل العين فكان ما مضى من المدة قبل المرافعة إلى القاضي غير معتبرة وإن قال ذلك بطلت الوصية؛ لأنه علق العتق بشرط موصوف وهو الحج في هذه السنة، فإذا فات الشرط بطلت الوصية.

ولو قال حج عني بعد موتي بخمس سنين وأنت حر فأبى الورثة أن يتركوه إلى خمس سنين فليس لهم ذلك؛ لأنه ليس في التأخير إبطال حق الورثة فإنهم يتمكنون من استخدامه والتصرف فيه بما سوى قبل مجيء ذلك الوقت وإنما يمتنع عليهم البيع من جهة الموصي وهو متمكن من ذلك كما لو أوصى أن يخدم فلانا خمس سنين ثم يعتق فكذا هذا.

ولو قال: إذا أديت إليَّ ألفًا أحج بها فأنت حر فأدّى عتق ويجبر المولى على القبول؛ لأنه لم يذكر الحج على مخرج الشرط؛ لأنه لم يقرنه بحرف العطف وإنما ذكره على وجه المشورة فبقي الشرط أداء الألف فقط فيعتق بنفس الأداء ويجبر كما لو لم يذكر الحج أصلًا.

ولو قال: فحجت بها لم يعتق ما لم يحج ولا يجبر على القبول؛ لأنه جعله معطوفا على الشرط؛ لأن ألفا تستعمل للعطف كالواو فصار مجموعهما شرطًا ولا يجبر؛ لأن فائدة وصول العبد إلى الحرية والعبد لا يعتق بالأداء ما لم يحج والحج لا يصلح عوضًا فصار شرطًا محضًا ولا يجبر على اتخاذ الشرط كدخول الدار ونحوه فلم يكن الجبر على القبول مفيدًا والله أعلم بالصواب.

(باب عتق أحد عبديه على مال أو كل واحد منهما)

لو قال لعبديه: إذا أديتما إليَّ ألفا فأنتما حران فأدى أحدهما خمسمائة لا يعتق، وكذلك لو أدى كلها أحدهما أو أداها أجنبي؛ لأنه يتعلق العتق بأدائهما ولم يوجد الأداء منهما وإنما وجد من أحدهما فلم يوجد الشرط.

فإن أدى أحدهما الألف وقال: خمسمائة بعث بها صاحبي، وقال: أُأَديها إليك على أنهما حران على ذلك وأعتقا والمال للمؤدي أما العتق؛ لأن المؤدي علق حريتهما بأداء المال وقد قبل المولى فتم الأداء فوجد الشرط فعتقا بالتعليق الثاني لا بالثمن الأول.

فأما المال فلأن المولى لا يجوز أن يستحق بعتق عبده مالا على الغير بخلاف بدل الطلاق وقد مر الفرق في كتاب الطلاق.

(**المنتقى**): لو قال لعبديه: يا ميمون أنت حر، يا مبارك، على ألفٍ، فالمال على الأخير إذا تم الكلام قبل أن يدعو بالآخر فهو على الأول، وإذا لم يتم فهو على الآخر.

ولو قال: يا مبارك قد كاتبتك على ألفٍ، يا ميمون، كان على الأول؛ لأنه تم الكلام قبل أن يدعو بالآخر.

ولو قال لعبديه: أحدكما حر بألف فقبلا ثم مات قبل البيان سعى كل واحد منهما في خمسمائة وفي نصف قيمته؛ لأنه عتق نصف كل واحد بخمسمائة؛ لأنه شاع العتق فيهما ببدل.

ولذلك لو قال لامرأتيه: إحداكما طالق على ألف فقبلتا ثم مات قبل البيان تعطى كل واحدة خمسمائة وتبينان وترثان ميراث امرأة.

وفي نوادر ابن رستم: لو قال: أحدكما حر على ألف درهم أحدكما حر على مائة دينار فقبلا عتقا وعلى كل واحد ربع قيمته.

وذكر في الجرجانيات: رجل له ثلاثة أعبد فقال: أحدكما حر على مائة درهم والآخر على مائتين والآخر على ثلاثمائة فقبلوا ذلك في المائة ومات قبل البيان

وذلك في الصحة عتقوا أو سعى كل واحد منهم في ثلثي قيمته وفي ثلث المائة، ولو قبلوا ذلك في المائتين سعى كل واحد في ثلثي قيمته وثلث مائتين؛ لأن وصيتهم كانت مائة وهي أقل من الثلث.

ولو قبلوا في ثلاثمائة لا غير عتق من كل واحد ثلاثة ويسعى في ثلثي قيمته وفي مائة درهم؛ لأن وصيتهم أقل من الثلاث إنما هي تسعمائة.

(**الزيادات**): أصله أن إعتاق عبده على مال تعليق العتق بشرط القبول، فإذا وجد القبول تنجز العتق، وإن لم يؤد المال؛ لأنه لم يعلقه بالأداء، ومن عليه أحد المالين المنفقين فعليه أولهما ومتى تَيقنَّا بوجوب قدر مال وشككنا في الزيادة يجب المتيقن دون المشكوك.

ثم المسائل على أوجه:

أحدها: في ذكر الإيجابين ببدلين متفقين.

والثاني: في الإيجابين ببدلين مختلفين.

والثالث: في ذكر أحد الإيجابين ببدل والآخر بغير بدل.

أما الوجه الأول: لو قال لعبديه: أحدكما حر على ألف فقبلا ثم قال أحدكما حر على خمسمائة فقبلا ومات المولى قبل البيان عتق نصف كل واحد بنصف الألف؛ لأنه علق العتق في المنكر بالقبول، فإذا قبلا فقد وجد الشرط، فإن نزل العتق في المنكر كما قال بعضهم فقد جمع بين حر وعبد في الكلام الثاني فأمكن تصحيحه إخبارًا عن الأول فلا يصح إنشاء، وإن لم ينزل العتق في المنكر كما قال بعضهم ويتعلق العتق بالبيان مع انعقاد سبب للحال فلأن الكلام الأول لما كان تعليقا يحتمل أن يكون الكلام الثاني إخبارا عن التعليق الأول ويحتمل أن يكون إنشاء عن تعليق آخر فوقع الشك في تعليق آخر فلا يجعل تعليقا بالشك، فإن قيل إنما يكون إخبارا عن الأول إذا ذكر مثل بدل الأول قلنا يجوز أن يجبر الإنسان عما أنشأ ويذكر بعض البدل، فإن من كان حرًّا بألف يكون حرًّا بخمسمائة، فإن قال أحدكما حر بألف والآخر بخمسمائة فقبلا عتقا وعلى كل واحد خمسمائة؛ لأن عتقهما

متيقن به؛ لأنه أفرد كل واحد بإيجاب على حدة إلا أن من عليه خمسمائة مجهول غير متميز عن صاحبه فخمسمائة متيقن به فوجب وفي الفصل شك فلا يجب المال بالشك كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر خمسمائة لم يجب على كل واحد منهما إلا خمسمائة.

ولو قال: أحدكما حر بألف والآخر بألفين فقبل أحدهما إن قال قبلت بألف لا يعتق؛ لأنه يحتمل أن مولاه عناه بإيجاب العتق بألفين ولم يوجد القبول منه فيه وإن قال قبلت مطلقا أو قبلت بألفين عتق وعليه ألف؛ لأن قوله قبلت يصلح جوابا للإيجابين بألف كان أو بألفين وكذا كقبول العتق بألفين قبول بألف لوجود الألف في الألفين وزيادة، فقد تيقنا بقبول ما أوجب له العتق بألف وشككنا في الألف الثاني إن عناه المولى بالإيجاب الأول يلزمه ألف وإن عناه بالثاني يلزمه ألفان، وقع الشك في الألف الزائدة فلا تجب بالشك، كما لو قال لعبده: أنت حر على ألف أو على ألفين فقبل أو قال لامرأته: أنتِ طالق على ألف أو على ألفين فقبلت عتقت وطلقت وعليه ألف وكذا لو قال لآخر لك عليَّ ألف أو ألفان لم يلزمه إلا الأقل.

(فصل)

ولو قال: أحدكما حر على ألف فلم يقبلا حتى قال أحدكما حر على مائة دينار فقالا قبلنا يجب المالان، فإن شاء أوقع العتق على أحدهما بالمالين، وإن شاء على أحدهما بألف وعلى الآخر بمائة دينار؛ لأن الكلام الأول إذا لم يتعقبه القبول بقي تعليقا والتعليق لا يمنع صحة تعليق آخر فيتعلق الثاني أيضًا بالقبول وقول كل واحد قبلت يصلح جوابا للإيجابين ولأحدهما يتخير المولى؛ لأن الإبهام حصل منه، ألا ترى لو قال لعبده: أنت حر على ألف أنت حر على مائة دينار فقال: قبلت يلزمه المالان وكذا لو قال لامرأته: أنتِ طالق ثلاثا بألف أنتِ طالق ثلاثا بمائة دينار فقبلت طلقت بالمالين.

ورُوي عن أبي يوسف في الطلاق والعتاق ينصرف القبول إلى البدل الثاني

خاصة؛ لأنه يصح رجوعه عن إيجاب المال إن لم يصح رجوعه عن التعليق فكان الإيجاب الثاني ببدل مخالف رجوعا عن إيجاب البدل الأول دون التعليق فيصح كما لو قالت المرأة لزوجها: طلقني بألف أو قال العبد لمولاه: أعتقني بألف صح رجوعهما قبل الإيجاب؛ لأن في جانبهما إيجاب المال دون الطلاق والعتاق.

وجه ظاهر الرواية: أنه كما لا يصح إبطال التعليق لا يصح تغيير موجبه، ولو صح الرجوع عن البدل الأول لتغير موجب تعليق الأول؛ لأن موجبه أنهما تعليقان إلا بقبولهما الألف ومتى صح الرجوع عنه فلا يحتمل بتغير موجبه أيضًا بخلاف ما لو قال: بعتك عبدي هذا بألف ثم قال بعتك عبدي هذا بمائة دينار فقبل كان البيع بمائة دينار ولأنه يصح الرجوع عن إيجاب المال قبل قبول المشتري فمتى ذكر البدل الثاني فقد قصد الرجوع عن الإيجاب الأول فبطل، فإن مات قبل البيان والقول منه في الصحة عن ثلاثة أرباع، كل واحد ينصف المالين ويسعى في نصف قيمته؛ لأنه إن عنى بالإيجابين عبدا واحدا فقد عتق رقبة واحدة ويلزمه مالان، وإن عنى بالإيجاب الثاني عبدا غير الأول عتقا جميعًا ويلزمه البدل الثاني فقد تيقنا بلزوم المالين ويعتق أحدهما وشككنا في عتق الآخر بعتق في حال دون حال فينصف فيعتق رقبة ونصف بينهما فيشيع فيهما.

ولو قال: أحدكما حر بألف والآخر بمائة دينار فقبل أحدهما بألف ولم يقبل الآخر شيئًا لا يقع العتق؛ لأنه يحتمل أن المولى أراد ما قبل العائل صاحبه ولم يرده هو فوقع الشك في وقوع العتق فلا يقع.

ولو قال: قبلت مطلقًا أو قبلت بالمالين عتق ويعطيه أي المالين شاء العبد لأنا تيقنا أنه قبل ما تناوله الإيجاب إما بقبوله مطلقًا أو بقبوله المالين إلا أنه ملتزم لأحد المالين فكان بيان ما التزم إليه بمنزلة من قال لآخر لك عليَّ مائة دينار أو مائة درهم.

ولو قبلا عتقا مجانا ورُوي عن أبي يوسف: أنه يجب المال والخيار إلى العبدين؛ لأن للولي ما مضى بزوال ملكه مجانا إلا أنه سقط خيار المولى لثبوت العتق فيهما فيثبت الخيار للعبدين.

وجه ظاهر الرواية أن العتق متيقن والمقضي عليه بالدراهم أو الدنانير مجهول جنسين عليه الدراهم ممن عليه الدنانير والمال جنسان مختلفان فوقع الشك فيمن عليه المال فلم يجب المال بالشك.

ولو قال: أحدكما حر على ألف فقال أحدهما قبلت لم يعتق؛ لأنه يحتمل أن المولى أراد بالإيجاب صاحبه.

ولو قال لأحد العبدين: أنت حر على حصتك في الألف إذا قسمت عليك وقيمة الآخر فقبل يعتق، وعليه جميع قيمته عندهما، وعند محمد لا يجاوز الألف؛ لأن عندهما العتق على مال بمنزلة البيع حتى إذا استحق البدل يرجع بقيمة المبدل، فإذا فسَدت تسمية الحصة، هنا تكون بمنزلة البيع الفاسد وقد تعذر رد المبدل لنفاذ العتق فيجب قيمة تامة.

وعن محمد: العتق على مال بمنزلة مبادلة المال بما ليس بمال فيكون بمنزلة النكاح فلا يجاوز التسمية لما عرف في النكاح.

(فصل)

قال: أحدكما حر على ألف والآخر بغير شيء فقبلا عتقا بلا شيء؛ لأن عتقهما متيقن ومن عليه المال مجهول فلا يجب كرجلين قالا لرجل: لك على أحدنا ألف درهم لا يجب شيء؛ لأن ذمة كل واحد في الأصل بريئة فلا تشغل بالشك.

ولو قال: أحدكما حر على ألف والآخر بغير شيء، فقال أحدهما: قبلت يعتق بغير شيء لأنا تيقنا في عتقه؛ لأنه إن عناه بالعتق بمال أو مجانا فهو حر بأي الإيجابين أراده ثم يقال للمولى: اصرِف العتق مجانا إلى أيهما شئت، فإن صرف إلى القابل بقي العتق بألف معلقا بقبول الآخرين قيل يعتق وإلا فلا، وإن صرفه إلى غير القابل عتق بألف؛ لأنه إن أراد بالإيجاب مجانا القابل لم يعتق الآخر؛ لأنه لم يقبل المال فبقي له الخيار في إيقاع العتق بغير شيء فيكون التخيير هنا ليتبين أن المعتق أحدهما أو كلاهما، فإن مات قبل البائن عتق من الساكت بنصفه؛ لأنه يعتق في حال ويعتق القابل كله بنصف الألف؛ لأن إيجاب الألف تناوله بيقين بدليل أنه

يعتق كله ولو لم يتناوله الإيجاب بمال يعتق نصفه لا كله كالساكت إلا أنه في حال تجب كل الألف وفي حال لا تجب أصلًا فينصف الأول.

ولو قال: أحدكما حر بغير شيء ثم قال: أحدكما حر بألف وقبلا يعتق أحدهما بالكلام الأول؛ لأنه لا يفتقر إلى القبول والكلام الثاني لغو؛ لأنه يصير جامعا فيه بين حر وعبد فلا يصح إنشاء وللمولى أن يوقع العتق على أيهما شاء.

وكذلك لو قال: أحدكما حر على ألف فقبلا ثم قال أحدكما حر بغير شيء بلغوا الثاني لما قلنا.

ولو قال أحدكما حر على ألف فلم يقبلا حتى قال أحدكما حر بغير شيء فقبلا عتقا مجانا؛ لأن الإيجاب الأول توقف على قبولهما وبقي تعليقا فصح الإيجاب الثاني إنشاء فإذا وجد قبولهما عمل الإيجاب في عتقهما فتيقنا بحريتهما إلا أن من يجب عليه المال مجهول؛ لأن أحدهما حر بغير شيء وذلك يمنع إيجاب المال.

(باب عتق البعض على مال)

(**المبسوط**): مسائله على قسمين:

أحدهما: في عتق بعض عبده على مال.

والثاني: في عتق بعض العبد المشترك على مال.

أما القسم الأول: لو قال لعبده: أنت حر بألف، فقال: قبلت في النصف جاز عندهما؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ فكان القبول في النصف قبولا في الكل فيعتق كله بجميع الألف، وعند أبي حنيفة لا يجوز؛ لأن العتق عنده يتجزأ فلو جاز قبوله في النصف وجب عليه نصف البدل وصار الكل خارجا عن يده؛ لأنه يخرج الباقي إلى النصف بالسّعاية والمولى ما رضي بزوال يده وصيرورته محجورا عن التصرف فيه إلا بألف.

ولو قال لمولاه: أعتقني على ألف فأعتق نصفه يعتق نصفه بغير شيء؛ لأن العبد إنما رضي بالتزام الألف بتمليك نفسه كلها ولم يأت به فيكون مبتديا لا مجيبا.

ولو قال: أعتقني بألف فأعتق نصفه يعتق نصفه بخمسمائة عند أبي حنيفة وعندهما يعتق كله في الحالين بألف لما عرف في الطلاق.

ولو قال: أنتِ طالق بألف فقالت قبلت نصف التطليق طلقت واحدة اتفاقا؛ لأن التطليقة لا تتجزأ فكان قبول النصف كقبول الكل، وكذلك كل ما لا يتجزأ كالدم وغيره.

وأما القسم الثاني: عبدان رجلان قال أحدهما: أنت حر على ألف فقبل عتق نصفه بخمسمائة إلا إذا أجاز الآخر فتجب الألف بينهما عند أبي حنيفة؛ لأن العتق يتجزأ عنده والألف مذكورة بمقابلة جميعه ولم يعتق من العبد بالقبول إلا نصفه فكان عليه نصف العوض حتى لو عتق كله بإجازة شريكه وجب كل العوض.

ولو قال: أعتقت نصيبي بألف فقبل العبد لزمه الألف للمعتق لا يشاركه الساكت فيه؛ لأن الألف بمقابلة نصيبه وقد سلم للعبد جميع نصيبه وعندهما كلا الفصلين سواء؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ، فإذا قبل العبد عتق كله وليس للمعتق إلا خمسمائة إن كان المعتق معسِرًا؛ لأن الألف عوض عن كله ولم يسلم له من جهته إلا نصفه فأما نصفه الآخر يسلم له بالسّعاية للشريك في نصف قيمته، وإن كان المعتق موسرًا على العبد جميع الألف؛ لأن جميع الرقبة تسلم له من جهته، فإنه ليس للشريك هنا إلا تضمين المعتق.

ولو قال أحدهما: إذا أديت إليَّ ألفا فأنت حر فاكتسب وأدّى عتق نصيبه وللآخر أن يشاركه فيه؛ لأنه اكتسب في حال رقه ثم لا يرجع المعتق على العبد؛ لأنه سلم له شرطه.

ولو كان قال: إذا أديت إليَّ ألفا فنصيبي حر يرجع المعتق على العبد بما أخذه منه الشريك لما قلنا وعندهما هذا والأول سواء وقد عتق كله، فإن كان المعتق موسرًا ضمن نصف القيمة ورجع على العبد بما أخذه منه شريكه؛ لأن جميع الرقبة سلم للعبد من جهته، وإن كان معسرًا سعى العبد ولا يرجع المعتق عليه بشيء إن لم يسلم له من جهته إلا نصف الرقبة معنى بخلاف ما قاله في الكتابة لأن المكاتب لا يرجع على المكاتب بشيء موسرًا كان المعتق أو معسرًا؛ لأن هذا البدل مقابل

بسلامة الرقبة واكتسابه جميعًا، فإذا لم يسلم له نصف كسبه لم يكن عليه نصف بدله فهنا البدل مقابل بالرقبة لا غير، فإن هذا العبد لا يصير أحق بمكاسبه وإن سلم له جميع الرقبة من جهته، فإن كان موسرًا وجبت له الألف بتمامها، وإن لم يسلم لا يجب إلا نصفها والله أعلم بالصواب.

(باب العتق يقع بقبول المال قبل أدائه)

(**المبسوط**): لو قال لعبده: أنت حر على أن تخدمني سنة فقَبِل يعتق للحال؛ لأن كلمة على متى دخلت في المفاوضات كانت للنوادب والتعاوض فيتعلق العتق بقبول الخدمة، كما لو قال أنت حر على ألف.

فإن مات المولى فلورثته قيمته إلا قدر قيمة ما خدم عندهما، وعند محمد رحمه الله لهم قيمة ما بقي من الخدمة، وكذلك إن مات العبد يؤخذ من تركته ما بقي من الخدمة؛ لأنه فات تسليم بعض بدل العتق، ولو فات تسليم كله وجب قيمة العبد عندهما، وعند محمد قيمة الخدمة بناء على أن من باع نفس العبد منه بجارية ثم استحق الجارية عندهما يرجع بقيمة العبد، وعند محمد بقيمة الجارية فكذا هذا.

ولو قال لأمته: أنتِ حرة على أن تخدمني فلانة فقبلت فلانة عتقت وعليها قيمتها لأن الخدمة مجهولة جهالة متفاحشة، ولذلك لو قال: على أن يخدمني فلان شهرا وقَبِل عتق، فإن لم يخدمه فعندهما يرد العبد قيمته، وعند محمد يرد قيمة خدمته شهرًا وكذا ذمِّي أعتق عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول ويلزمه قيمة المسمى.

فإن أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فعندهما على العبد قيمته، وعند محمد عليه قيمة الخمر.

وكذا لو قال: أنت حر على أن أسكن هذه الدار سنة فقبل فهو حر، وإن لم يسكنها رد قيمته.

ولو باع العبد من نفسه على عوض كان له أن يبيع المعوض قبل القبض؛ لأن السبب لا يحتمل الفسخ فجاز التصرف فيه قبل القبض كالمهر.

عبد قال لمولاه: قد اشتريت نفسي منك أنا وفلان فقال بعت ورضي فلان قال أبو حنيفة: يسعى العبد في نصف قيمته ويؤدي نصف الثمن؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق، فإذا باع نصفه منه فقد عتق نصفه بنصف الثمن؛ لأن العتق عنده يتجزأ ويخرج نصفه الآخر إلى السعاية، وقال أبو يوسف: عليه نصف الثمن فقط؛ لأن العتق عنده لا يتجزأ فكأنه أعتق كله بنصف الثمن.

(**المنتقى**): مسائله على قسمين:

أحدهما: في تعليق العتق بقبول المال.

والثاني: في تعليقه بالتزويج.

أما **القسم الأول**: لو قال لعبده: أنت حر على ألف أو بألف أو على أن عليك ألفا أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تؤدي إليَّ ألفا، يتعلق بقبوله في المجلس إن حضر وعلى مجلس العلم إذا غاب، وإذا قبل عتق الساعة ولزمه الألف؛ لأنه علق العتق بالقبول لا بالأداء؛ لأن كلمة على للتعويض فيتعلق ثبوت المعوض بقبول العوض كما لو باع على أن يعطيه ألفا تعلق البيع بقبول الألف فكذا هذا تعلق العتق بقبول الألف والقبول يقتصر على المجلس والأداء لا يقتصر؛ لأنه شرط، وكذلك لو أعتقه على كل مال يجوز عليه عقد الكتابة.

ولو أعتقه على مال لا يجوز عليه الكتابة كالثوب وما هو مجهول جهالة مسميه عتق وعليه قيمة نفسه؛ لأن العتق معلق بقبول البدل ولكن المولى ما رضي بالعتق إلا ببدل يحصل له، فإذا كان البدل مجهول الجنس لم يتصور تسليمه فلزمه قيمة نفسه؛ لأنه لا يمكن تقويم البدل المجهول.

والمستسعى على ضربين كل من سعى لتخليص رقبته فهو في حكم المكاتب كمعتق البعض عند أبي حنيفة ومن سعى في بدل رقبة الذي لزمه بالعتق أو في قيمة رقبته لأجل بدل شرط عليه أو لدين ثبت في رقبته فهو كالحر في أحكامه، نحو العبد المرهون أعتقه الراهن وهو معسر والعبد المأذون المديون أعتقه المولى، وكذا

الأمة أعتقها سيدها على أن يتزوجها فقبلت عتقت ثم أبت أن تتزوجه فإنها تسعى في قيمتها وهي كالحرة؛ لأن المولى ما رضي بالعتق مجانا ولا مرد للعتق بعد حصوله فلزمها القيمة لأجل بدل شرط عليه، وكذا لو قال لعبده: أنت حر على قيمة رقبتك فقبل عتق.

وأما **القسم الثاني**: امرأة قالت لعبدها: أعتقتك على ألف على أن تَزوَّجني على عشرة، فقبل ذلك ثم أبى أن يتزوجها فعليه الألف، فإن كانت قيمته أكثر من الألف سعى في تمام القيمة؛ لأنه لم يف بشرطها.

ولو قالت: أعتقتك على أن تَزوَّجني وتمهرني ألفًا فقبل ثم أبى ذلك عتق وعليه أن يسعى في قيمته لما عرف.

ولو تزوجها على مائة ورضيت بذلك فلا سعاية عليه؛ لأنه وفى لها بالتزويج وهي رضيت بدون ما شرطت عليه من المهر.

ولو دعاها العبد على أن يتزوجها على ألف فأبت المرأة فلا سعاية عليه؛ لأنه قد وفى لها بما شرطت عليه في الامتناع من قبلها.

قال أبو يوسف: رجل قال لرجل: أعتق أمتك عني وزوجنيها على ألف ففعل ثم أبت المرأة التزويج يقسم الألف على قيمة الأمة ومهر مثلها فما أصاب المهر بطل وما أصاب القيمة فعلى الأمر، فإن زوجت نفسها منه أخذ المال كله.

ولو قال: أعتقها وزوجنيها بألف ففعل فأبت التزويج فلا شيء على الآمر، والفرق أن في الأول يضمن الإعتاق شرطًا سابقًا عليه فيصح على الآمر إلا أنه شرط الألف في مقابلة شيئين، أحدهما: العبد، والآخر البضع، فما يخص العبد أدّاه ليضمن الإعتاق شرطًا، وما قابل البضع سقط عنه لعدم حصوله له.

وفي الفصل الثاني الإعتاق وقع على المأمور لمَّا لم يقل أعتق عني، ومن أعتق عبد نفسه لا يستوجب على غيره شيئًا، فإن شرط ذلك كيف وأن الآمر لم يشترط على نفسه شيئًا بمقابلة التزوج والعتق لها، والله أعلم بالصواب.

(باب أمّ الولد)

(**المبسوط**): يحتاج إلى معرفة أمومية الولد، وثبات نسب ولدها، وأحكامها.

أما أمومية الولد: ولو استولد أمة مملوكة له كلها أو بعضها يثبت نسب الولد منه ونظير الجارية أم ولد له؛ لأن سبب ثبات النسب علوق الولد من ماء المستولد في ملكه، إما حقيقة أو شبهة لما نبين، وقد وجد فيثبت النسب منه وأمومية الولد متفرعة ومتشعبة عن ثبات النسب؛ لأن ولدها لما صار ولدًا له حقيقة وشريعة صارت أمه أم ولد ضرورة.

ويضمن نصيب شريكه موسرًا كان أو معسِرًا؛ لأن الاستيلاد حكم النسب والنسب لا يتجزأ فكذا الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك إليه فوجب تعميم صيرورتها أم ولد له إذا كان نصيب شريكه محتملا للتمليك ونصيب شريكه هنا بمحل التملك فيتملك نصيبه بالقيمة؛ لأنه لا يجوز بملكه مجانا كي لا يبطل حق شريكه ولا يمكن استيفاء الملك في نصيبه؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ فيتملك نصيبه بالقيمة دفعًا للضرر عنه.

ويضمن نصف العقر؛ لأن يملك نصيب شريكه بالضمان بعد الوطء فالوطء حصل في ملك مشترك فيجب نصف العقر لشريكه.

وكذا لو استولد جارية الغير بنكاح أو وطئ بشبهة ثم ملكها صارت أم ولد له حين ملكها خلافًا للشافعي والصحيح قولنا؛ لأن سبب أمومية الولد ثبات نسب الولد من المستولد؛ لأن الولد لما كان منسوبًا ومضافًا إليه صارت الجارية مضافة إليه بواسطة ولد مضاف إليه يقال أم ولده، ولهذا صار هذا الحق معرفا بالولد يقال حق أمومية الولد وإليه أشار صلى الله عليه وسلم فقال: "**أعتَقَها ولدُها**"[1] أي: صار معتقا إياها بنسبه فثبت العتق لها كرامة من قبل ولدها وهذا الولد ثابت النسب من المولى فتصير أمه أم ولد له.

وإذا ولدت الأمة المنكوحة من الزوج ثم اشتراها هو وآخر تصير أم ولد للزوج لما قلنا ويلزمه قيمة نصيب شريكه؛ لأنه بالشراء صارت أم ولد له وانتقل نصيب الشريك إليه بالضمان.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦) قال: حدثنا أحمد بن يوسف، قال: حدثنا أبو عاصم، قال: حدثنا أبو بكر، يعني النهشلي، عن الحسين بن عبد الله، عن عكرمة، فذكره.

وإن ورثا معها الولد وكان الشريك ذا رحم محرم من الولد عتق عليهما جميعًا لما عرف.

وإن كان الشريك أجنبيا يسعى الولد للشريك في حصته؛ لأنه لما عتق نصيب الأب فسد نصيب شريكه.

والولد الميت والسقط المستبين بعض خلقه بمنزلة الولد الكامل الحي؛ لأن الولد الميت يسمى ولدا له؛ لأن الولد اسم لصورة مخصوصة وقد وجد ولهذا تعلق به أحكام حتى تنقضي به العدة وينزل به الطلاق المعلق بالولادة.

وإن لم يكن مستبين الخلق لا يسمى ولدا بل يسمى علقة أو مضغة، وإذا ولدت المدبرة من السيد فهي أم ولد وقد بطل التدبير؛ لأن أمية الولد أقوى من إفادة العتق من التدبير لأنها تعتق من جميع المال بخلاف المدبرة فإنها تعتق من الثلث فيبطل بها التدبير كالبيع إذا ورد على الرهن.

(**المنتقى**): قال أبو يوسف: لو قال: حمل هذه الجارية مني أو هي حبلى مني أو ما في بطنها من ولد فهو مني يثبت النسب وتصير أم ولد له، ولو قال بعد ذلك: لم يكن حملًا ولكن كان ريحًا وصدقته الأمة فهي أم ولد له؛ لأنه لما اعترف بالحمل وهو عبارة عن الولد فقد اعترف بكون الولد منه فلا يصح رجوعه عنه ولا يعتبر تصديقها في إبطال حرية الولد.

ولو قال: ما في بطنها مني ولم يقل من حبل أو ولد، ثم قال: كان ريحا أنفشت وصدقته الجارية لم تصر أم ولد له؛ لأن التنصيص على الولد لم يوجد واللفظ محتمل، فإذا تصادقا على ما احتمله اللفظ صدق، فإن كذبته وادعت أنه كان حملًا وقد أسقطت سقطًا مستبين الخلق فالقول قولها وهي أم ولد له؛ لأن هذه المقالة على وجهين أصحهما أنه على الحمل إذا ادعته، ألا ترى أنها إذا جاءت بولد بعد مقالته بشهر وبامرأة تشهد على ولادته ثبت نسبه ولم يكن له أن ينفيه، ولو كان الإقرار الأول ليس بإقرار بالحمل كان له أن ينفيه.

عن أبي حنيفة قال: إذا عالج الرجل جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت

الجارية ماءه فاستدخلته فرجها في حدّ بانَ ذلك فعلقت الجارية وولدت ولدا فالولد ولد الرجل والجارية أم ولد له.

رجل أقر أن أمته حبلى منه ثم جاءت بولد لأكثر من سنتين وشهدت امرأة على الولادة وقالت الأمة: هذا ذلك الحبل وجحد المولى أنه ذلك الحبل فالأمة أم ولد له ولا يثبت نسبه منه وهي بمنزلة أمة؛ لأن النسب لا يثبت إلا بالفراش أو الدعوة، ومتى جحد أنه ذلك الحبل فقد أنكر الفراش ولم توجد الدعوة فلا يثبت، وإن أقر المولى أنه ذلك الحبل وقد جاءت بولد بعد قوله الأول بعشرين سنة فهو ولده وقوله من ذلك الحبل باطل؛ لأن الفراش ثبت بقوله: هذا الحمل مني فكل ولد يحدث على فراشه من غير ذلك الحبل يثبت نسبه منه.

وإذا شهد أحد الشاهدين أنه أقر أنها قد ولدت هذا الغلام منه وشهد الآخر أنها ولدت هذه الجارية منه فشهادتهما جائزة على أميَّة الولد لاتفاقهما على أميّة الولد، ولا يقبل على إثبات النسب لاختلافهما في الولد، فإن كان الولدان لا يعلم أيهما أكبر فنصف كل واحد منهما بمنزلة أمة يعتق ذلك النصف بعتقها، ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته بعد موت المولى.

وإن كان أحدهما أكبر من الآخر عتق الأصغر بعتقها ويباع الأكبر ولا يثبت نسب واحد منهما؛ لأن الأصغر تعلق وانخلق بعدما يثبت أمومية الولد للأميّة فيحدث على حكمها كولد المدبر يحدث على حكمها ومتى يعلم أنها أكبر وأحدهما حادث بعد ثبوت أمومية الولد للأم وهو مجهول فيشيع ذلك الحكم فيهما نصفان.

وأما ثبات نسب ولده ولو أقر أن أمته حبلى منه ثم جاءت بولد لستة أشهر يثبت نسبه منه؛ لأن الدعوة صادفت ولدا موجودا في البطن وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يلزمه النسب لأنا لم نتيقن بوجوده وقت الدعوة لاحتمال حدوثه بعدها فلا يصح الدعوة بالشك.

ولو حرم عليه وطء أم ولده بأن وطئها أبوه أو ابنه أو وطئ هو أمها أو ابنتها فجاءت بولد لستة أشهر لا يثبت النسب إلا بالدعوة؛ لأن الفراش قد انقطع بالحرمة

المؤبدة ولم يوجب العدة فصار كفراش المنكوحة لا يبقى مع الحرمة المؤبدة ففراشها أولى والنسب بدون الفراش لا يثبت إلا بالدعوة.

ولو مات سيدها أو أعتقها يثبت نسب ولدها إلى سنتين من يوم الفراق؛ لأنها معتدة والفراش يبقى ما بقيت العدة ولا يمكنه نفيه؛ لأنه تأكد فراشها بالحرية بدليل أنه لا يملك نقله إلى غيره بالتزويج فالتحق بفراش المنكوحة في الوكالة والقوة ولا كذلك قبل العتق، والنسب متفرع مِنَ الفراش منتزعٌ عنه فيتأكد بتأكده ويضعف بضعفه فلا يملك نفيه بعد تأكده كما لا يملك قطع فراشه، ولو حرمت عليه بالحيض والنفاس أو الإحرام أو الصوم يثبت النسب منه؛ لأنه لم يحرم المحل وإنما حرم الفعل فيه فلا ينتفي به الفراش كما في النكاح.

فإن زوجها المولى فولدت لأقل من ستة أشهر فالنكاح فاسد لأنا تيقنا أنه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب من المولى، وإن جاءت لأكثر فادعاه المولى فهو ولد الزوج؛ لأنه حدث على فراشه ويعتق الولد؛ لأنه أقر بعتقه في ملكه.

وكذلك لو كان النكاح فاسدًا ودخل بها؛ لأن فراش المولى قد زال بالتزويج.

وإذا جاءت أم الولد بولد، فإنه يثبت نسبه من غير دعوة ما لم ينفيه لأنها صارت فراشا للمولى؛ لأنه لمّا أقر بنسب الولد الأول فقد أقر بأنه علق من مائه كالمنكوحة إلا أنه ينتفي لمجرد النفي بخلاف فراش النكاح، فإنه لا ينتفي إلا باللعان.

فالفرق أن النسب يتفرع من الفراش وفراش أم الولد يملك قطعه بالتزويج من غيره فيملك أيضًا نفي ما يتفرع عنه ويلزمه بذلك الفراش.

فأما فراش المنكوحة لا يملك قطعه بالنقل إلى غيره فلا يملك نفي ما يتفرع عنه إذ الفرع ينتج على نهج الأصل.

وأما حكم أم الولد: أنه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملكه بوجه ما كما روى محمد بن الحسن رحمه الله في الكتاب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أعتق أمهات الأولاد من جميع المال وقال: "لا يعرن ولا يبعن".

ورُوي عن عمر رضي الله عنه أنه كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ألا إن بيع أمهات الأولاد حرام، ولا رق عليها بعد موت مولاها" وإنما قال

ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع؛ ولأنه ثبت لها حق الحرية للحال لقوله صلى الله عليه وسلم لمارية القبطية حين ولدت إبراهيم: "**أعتَقَها ولدُها**"[1] وهذا يوجب عتقها للحال، فإن لم يعتق حقيقة بالإجماع فلا أقل من أن ثبت لها حق العتق وذلك يمنع البيع.

ويجوز إعتاقها وتدبيرها وكتابتها؛ لأن في العتق إيصال حقها إليها معجلا، وفي التدبير استجماع سبب الحرية بعد الموت وفي الكتابة استعجال حقها في العتق متى أدت بدل الكتابة قبل موت المولى فلم يتضمن هذه التصرفات إبطال حقها وملكه قائم فيها فصحت ويجوز استخدامها ووطؤها وإجارتها؛ لأنها باقية على ملكه في حق هذه التصرفات؛ لأن الاستيلاد أمارة الحاجة إلى إمساك الجارية للوطء والاستخدام والاسترقاق بها عادة دون إخراجها عن ملكه فظهر حق العتق في حق المنع من البيع وكل تصرف يبطل الاستيلاد ولم يظهر في حق الاستمتاع والاستخدام لحاجته إليه.

ولا يجوز رهنها؛ لأنه يمنع ثبوت حكمه بالاستيلاد؛ لأن حكمه أن يصير المرتهن مستوفيًا للدين بمالية المرهون قبل الهلاك ومالية أم الولد لا تقبل النقل من ملك إلى ملك.

ويعتق بموت المولى أو بردته واللحوق بدار الحرب من جميع المال لحديث عمر رضي الله عنه على ما روينا وإنما يعتق من جميع المال؛ لأن الاستيلاد من حوائجه الأصلية؛ لأنه محتاج إلى استلحاق النسب وحرية الولد؛ لأن حرية الولد في معنى حريته والولد يتبع الأم في الرق والحرية فكانت حرية أم الولد من حوائجه الأصلية فاعتبر من جميع المال كثمن الأدوية ومهر المنكوحة بخلاف المُدبر، فإنه يعتق من الثلث؛ لأن التدبير من فضول حوائجه؛ لأنه تبرع بإعتاقه بعد موته فيعتبر خروجه من الثلاث كبدل الخلع.

ولو قال لأمته في مرضه: ولدت مني، فإن كان هناك ولد أو حبل يعتق من جميع

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦) قال: حدثنا أحمد بن يوسف، قال: حدثنا أبو عاصم، قال: حدثنا أبو بكر، يعني النهشلي، عن الحسين بن عبد الله، عن عكرمة، فذكره.

المال وإلا من الثلث؛ لأن قيام الولد شاهد على ثبوت الاستيلاد وعلى كونها أم ولد له فصح إقراره في حق الورثة، وإذا لم يكن ولد فلا شاهد على ذلك فلم يثبت الاستيلاد فبقي مقرًّا بالإعتاق فيكون وصية فيعتبر من الثلث.

وحكم ولد أم الولد من غيره كحكمها؛ لأنه جزؤها فيحدث على وصفها ونهجها.

(**المنتقى**): ابن سماعة عن أبي يوسف: لو باع خدمه أم ولده منها أو كاتبها على خدمتها جاز ويعتق إذا باع خدمتها منهما؛ لأنه يجوز تمليك منافعها وخدمتها من غيرها فيجوز منها فصار بمنزلة ما لو باع رقبة العبد منه جاز ويعتق فكذا هذا؛ لأن تمليك نفس العبد منه إعتاق.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف قبل هذا قال: بيع الخدمة باطل ولا يعتق؛ لأن البيع وضع لتمليك الأعيان دون تمليك المنافع. وإن باع رقبتها منها عتقت.

وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه قال إن أسلمت أم ولد النصراني أو مدبرته قضى عليها بالقيمة وصارت حرة؛ لأنه لا يمكن جبره على بيعها ولا يمكن استبقاؤها في يد الكافر؛ لأنه ربما يستمتع بالمسلمة ويستخدمها وذلك حرام فوجب تخريجها إلى الحرية بالقيمة تخليصها لها عن إذلال الكافر.

وذكر الحسن عن أبي يوسف في أم ولد النصراني أسلمت فقضى عليها بالقيمة فعجزت وترافعا إلى القاضي لم يردها إليه وتركها تسعى على حالها، فإن لم يترافعا إلى القاضي ردها السيد في الرق صارت أم ولد له على حالها وإن ترافعها بعد ذلك إلى القاضي قضى عليها بقيمتها، وإذا قضى عليها بالقيمة ثم ماتت ولها ولد ولدته في السعاية سعى الولد فيما عليها؛ لأن الولد صار مستسعى تبعًا لها لولد المكاتب لأنها بمنزلة المكاتبة.

ولو قال إحدى هاتين الأمتين أم ولدي ثم ماتت إحداهما فله تعيين الميت لأمية الولد، وكذلك قوله في ولدها: أحدهما ابني، بخلاف قوله: أحدكما حر، ثم مات أحدهما تعين الحي للعتق؛ لأن الميت لا يقبل الحرية فيعين الحي للحرية ضرورة

فأما الميت يحتمل أمية الولد أثرها ثبات نسب ولد منه ويجوز أن يثبت نسب الميت من الحي.

رجل أعتق أم ولده ثم ارتدت وسبيت وملَكَها، تصير أم ولد له؛ لأن سبب صيرورتها أم ولد قائم وهو ثبات النسب منه.

فإن أعتق المدبرة ثم ارتدت وسُبيت فملكها لا تصير مدبرة؛ لأن عتاق التدبير وصل إليها بالإعتاق وبطل التدبير فلا يبقى عتقها معلقا بالموت بخلاف الاستيلاد، فإنه لا يبطل بالإعتاق والارتداد لقيام سببه وهو ثبات نسب الولد.

استولد أمه بالنكاح ثم إنها ولدت من غيره بنتا ثم اشتراها والبنت ثم ولدت في ملكه بنتا ثم أعتقهن ثم ارتدت فملكهن قال أبو يوسف: تتبع البنت الأولى خاصة وقال تتبع البنتين دون الأم؛ لأن حق العتق إنما ثبت للأم بعد السبي بسبب قائم للحال وهو تملكها المستولد مقصورًا عليه لا مستندًا إلى الاستيلاد السابق؛ لأن الملك مع الاستيلاد ركني علة ثبوت هذا الحق والحق متى ثبت لعله ذات ركنين لا ينضاف إلى أحدهما بل يقتصر على حال وجود آخرهما ومتى ثبت هذا الحق بعد السبي لم يظهر في الولد الحادث قبله كما لا يظهر قبل الإعتاق.

لأبي يوسف: أن حق العتق إنما ثبت للأم بسبب الولد فيثبت هذا الحق للبنت الحادثة بعده أيضًا بنسب الولد ثبوت الحق في الفرع بواسطة ثبوت الحق في الأصل يستند وينضاف إلى السبب السابق كما في ولد المبيع، فإذا عادتا إلى ملكه ونسب الولد قائم استحقّا حقَّ الحرية بالسبب القائم للحال.

(باب الجارية بين رجلين فيقرّ أحدهما أنها أم ولد لصاحبه أو باستيلاد الأجنبي الجارية المشتركة)

فيه فصلان:

أحدهما: في إقرار أحد الشريكين أن صاحبه استولد الجارية المشتركة.

والثاني: فيما إذا ادعى أجنبي استيلاد الجارية المشتركة بالنكاح فصدقه أحدهما دون الآخر.

(فصل)

ولو أقر أحد الشريكين أن الآخر استولد الأمة وأنكره الآخر يوقف نصيب المقر ويخدم المنكِرَ يوما ويرفع عنها الخدمة يوما وجنايتها موقوفة عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف، وقال محمد وهو رواية عن أبي يوسف أنها تسعى للمنكِرِ في نصيبه وتسعى في جنايتها ولا خدمة عليها للمنكِرِ.

لمحمد: أن إقرار المقر بإثبات حق العتق على صاحبه قد صح في حق المقر فامتنع عليه التصرف في ملكه فيمتنع التصرف على المنكر أيضا؛ لأن هذه حرمة لا تتجزأ متى تثبت في حق أحدهما تثبت في حق الآخر ومتى امتنع التصرف على المُنكِر فله استسعاؤها وصار كما لو أقر على صاحبه تحقيقه العتق.

له: أنها كانت أم ولد فللمنكِرِ كمال استخدامها لصَيْرورتها كلها أم ولد وانتقل ملك شريكه إليه بالاستيلاد، وإن كانت قنّة فله نصف استخدامها فكان النصف ثابتا بيقين ولا سعاية عليها أيضًا إلا باعتبار كونها أم ولد ولا باعتبار كونها قنة.

ولو مات المُنكِرُ فحينئذ يعتق لإقرار المقر أنها كانت أم ولد وقد عتقت بموته ثم تسعى في نصف قيمتها لورثة المنكِر ونصف الولاء للميت وتوقف نصف الولاء ولا تسعى للمقر في شيء؛ لأنه يتبرأ من سعايتها ويدعي الضمان على شريكه وقد عجز عن إثباته بالبينة ثم قال وجنايتها والجناية عليها موقوفة ومراده أن الجناية عليها موقوفة في نصيب المُقرِّ دون نصيب المنكِر بل أرش نصيبه للمنكر؛ لأن الأرش بدل الغائب والتوقف في الفائت في نصيب المقر دون نصيب المنكر فكذلك في البدل كالخدمة موقوفة في نصيب المقر دون نصيب المنكر.

وأما جنايتها قيل: كذلك، وقيل: هي موقوفة في الحل، وذكر محمد في التوقف على الإطلاق وهو الصحيح؛ لأنه تعذر إيجاب موجب الجناية في نصيب المنكِر على المنكَر؛ لأنه عجز عن دفعها بالجناية من غير صنع منه فلا يلزمه الفدية كما لو

أبِقَ أو مات بعد الجناية فوجب التوقف في نصيبه ضرورة كما وجب التوقف في نصيب المقر بخلاف الجناية عليها؛ لأنه أمكن دفع الأرش إلى المنكر سواء كان نصيبه قنًّا أو أم ولد فلا معنى للتوقف.

ولو أقر كل واحد على صاحبه الاستيلاد فلا شيء لحل واحد منهما على صاحبه ولا على الأمة لما بينا.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: إذا كانت الجارية معروفة لرجلين.

والثاني: إذا كانت مجهولة لا نعرف مولاها.

أما **القسم الأول**: أمة بين رجلين ولدت مِن آخر فقال المستولد: زوجتماني وصدَّقه أحدهما فيه، وقال الآخر: بعناكها فنصفها أم ولد موقوفة لا تخدم لأحد ونصفها رقيق للمقرِّ بالتزويج؛ لأنه لم يقر بالبيع والآخر معترف ببيع نصيبه من المستولد وأنها صارت أم ولد له وثبت لها حق العتق بالبيع من المستولِد إن لم يصح بجحوده صح إقراره بثبوت حق العتق للجارية في نصيبه كما لو أقر بحقيقة الحرية في نصيبه إلا أن المقر بالبيع أقر بخروجهما عن ملكه ودخولها في ملك المستولِدِ فثبت خروجها عن ملكه لإقراره ولم يدخل في ملك المستولد لإنكاره فلم يثبت لهما حق الاستخدام وصار نصفها أم ولد موقوفة ولا يحل للمستولد وطؤها؛ لأن المقر بالنكاح والمستولد قد تصادقا على النكاح في النصف وذلك لا يقيد الحِلَّ، والمقر بالبيع أقر بالحل بجهة البيع والمستولِد كذَّبه في الجهة فبطلت الجهة فبقي إقرارا بأصل الحل في نصيبه وذلك لا يفيد الحل أيضًا.

ويعتق نصف الولد حصة المقر بالبيع ويسعى الولد في نصفه للآخر؛ لأن المقر بالبيع زعم أن الولد علق حر الأصل والولد ملكهما من حيث الظاهر؛ لأن البيع لم يثبت لإنكار المستولد بل المستولد يقول: الولد رقيق ولو ملكهما فعتق نصفه لإقرار المقر بالبيع.

وليس للمقر بالنكاح تضمين المستولد ولا تضمين المقر بالبيع؛ لأنه لم يقر بإعتاقه وإنما أقر بأنه علق حر الأصل والإقرار بحرية الأصل إنكار للعتق العارض ومتى تعذر للآخر تضمينه وجب إخراج نصيبه إلى العتق بالسعاية.

وعلى الواطئ العقر لهما فيأخذ المقر بالبيع نصفه ثمنًا، ويأخذ المقر بالنكاح نصفه مهرًا؛ لأن المستولد لما أقر بالتزويج فقد أقر بالعقر لهما إلا أن المقر بالبيع صدقه في أصل وجوب المال ولكن كذبه في السبب ويدعي نصف الثمن عليه بالبيع والاختلاف في سبب وجوب المال بعد اتفاقهما على وجوبه لا يمنع أصل الوجوب كرجل ادعى على آخر عشرة من ثمن متاع ويقول الآخر: هو قرض أو غصب يلزمه المال فكذا هذا ويقال للمقر بالبيع حدّه من الوجه الذي يدعيه.

فإن مات المستولد بيعت الجارية في نصف قيمتها للمقر بالنكاح؛ لأن نصفها عتق بموته باعتراف أحد الموليين وهو المقر بالبيع وقد تعذر عليه تضمينه؛ لأنه أقر بإعتاق غرة غيره لا بإعتاق نفسه ولزمها السّعاية في الثاني.

ولو أقر قال الموليان: بعناكها فالمستولد لا يضمن قيمتها؛ لأنه لا يكن للمستولد ملك لا حقيقة ولا ظاهرًا فلم يثبت لها حق العتق بالاستيلاد فلم يصر مستهلكا بالاستيلاد وإنما ثبت لها حق العتق بإقرارهما بالبيع فصارت مستهلكة من جهتها ويضمن العقر لهما؛ لأن المستولد أقر لهما بالعقر وهما ادعيا عليه الثمن فقد اختلفا في السبب، والاختلاف في السبب لا يبطل الإقرار بأصل المال لما بينا وقال في كتاب الدعوى عليه العقر قضاء عن الثمن ولا يسعه وطؤها لما قلنا.

وأما **القسم الثاني**: ولو كانت الجارية مجهولة لا يعرف مولاها فقال المستولد زوجتماني، وقالا بعناكها فهي أم ولده وابنها حر لأنها متى كانت مجهولة فالظاهر أنها أمته مملوكة له فثبت لها حق العتق من حيث الظاهر، الأقوى أنه لو أعتقها فقد عتقها من حيث الظاهر والولد علق حرا والإقرار بالتزويج يؤدي إلى إبطال حقهما فلا يقبل وتلزمه القيمة لهما لاعترافه أن الأمة لهما بعدما استهلكها بالاستيلاد كما لو أعتقها ثم أقر بكونها ملكا له يضمن القيمة فكذا هذا.

ولا يضمن قيمة الولد؛ لأنه ضمن قيمة الأم من وقت العلوق فيدخل فيه ضمان الولد كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه وهي حامل.

وهل يضمن العقر لهما؟ لم يذكره في الكتاب.

واختلف المشايخ فيه قيل لا يضمن؛ لأنه ضمن كمال بذل النفس فيدخل ضمان ما دون النفس فيه كما لو قطع يد إنسان خطأ فسرى إلى النفس وقتل يضمن؛ لأنه وجد سبب وجوب العقر أولا وهو وطء جارية مشتركة ثم وجد سبب وجوب القيمة آخرًا وهو الإعلاق والإحبال بعد الوطء فيلزمه العقر والقيمة جميعًا كما في وطء الجارية المشتركة.

فإن ادعى الواطئ الهبة وهما ادعيا البيع وهي مجهولة أو قالا غصبتنا فقال صدقتما فهي أم ولد له وعليه قيمتهما له، لأنهما أقرّا بالاستيلاد وهي مملوكة له في الظاهر فثبت لها حق العتق في الظاهر، فإذا أقرّ بها لغيره فقد أراد إبطال ما ثبت لها من حق العتق فلا يصدق في حقها ويصدق في حق المقَرِّ له فيضمن القيمة له.

وهل يضمن العقر؟ فيه اختلاف المشايخ كما ذكرنا وإن صدَّقتهم الأمة صدقت في حقها حتى ردت رقيقة إليهما؛ لأن العتق ثبت لها باعتبار الظاهر لا بدليل موجب والثابت بالإقرار أولى من الثابت باستصحاب الحال؛ لأن الإقرار حجة موجبة كالبينة وصار كمجهولة النسب أقر على نفسه بالرق لإنسان صح، وإن كانت حريته ثابتة قبل الإقرار باعتبار الظاهر.

وذكر الحاكم في مختصره وقال في رواية أبي حفص وهشام: لا يصدق؛ لأن حق العتق ثبت لها وأنه لا يحتمل البطلان فلا يصدقها في إبطال حق العتق والصحيح هو الأول لما قلنا، ولا يصدق في حق الولد في بعض الروايات وفي بعضهما يصدق فيصير الولد رقيقا والصحيح أنه اختلف الجواب لاختلاف الموضوع. موضوع ما ذكر أنه لا يصدق إذا كان الصبي يعبر عن نفسه فلا يصح إقرار ذي اليد عليه بالرق وموضوع ما ذكر أنه لا يصدق إذا كان لا يعبر عن نفسه فيصح إقرار ذي اليد عليها بالرق لما عرف في موضعه.

ولو ادعى المستولد الشراء والمولى التزويج ثبت النسب ولا يعتق الولد لأنهما

تصادقا على صحة استيلاده إما بملك اليمين أو بملك النكاح ولكن المستولد ادعى حرية الولد والمولى ينكر فلم تثبت الحرية في حقه.

وهذا إذا علم أنها للمقر له، وإن لم يعلم يعتق الولد؛ لأن الظاهر أنها كانت أمته وأن الولد علق حرًّا لما بينا.

(**النوادر**): عن أبي يوسف لو قال أحدهما: هذه أم ولدي وأم ولدك وصدقه شريكه فهي أم ولد للأول، ولو قال لشريكه: أعتقته أنا وأنت أو أنت وأنا أو أعتقنا معا فهو مولى لهما.

والفرق أن الاستيلاد منهما لا يتصور؛ لأنه متى استولد أحدهما صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد لا تتجزأ فمتى أقر أنها أم ولد له صح الاستيلاد منه فلا يصح من الثاني، فأما العتق منهما معا متصور فثبت من جهتهما وثبت الولاء لهما، وإن كذبه شريكه في العتق إن شاء ضمن وإن شاء استسعى إلا في قول محمد رحمه الله إن كان موسرًا ضمنه، وإن كان معسرا يسعى لما بينا.

ابن سماعة عن محمد لو قال: أعتقته أنا وأنت أمس فقال شريكه صدقت ينظر إن صدقهما العبد فهو مولى لهما وإن كذبهما فهو مولى للمقِرِّ ولا ضمان عليه لصاحبه.

(الجامع): مسائله على فصلين:

أحدهما: في إقرار كل واحد من الشريكين أنها أم ولد لأحدهما.

والثاني: في إقرار كل واحد أن ولدها ولد أحدنا.

(فصل)

رجلان بينهما أمة فأقر كل واحد منهما أنها أم ولد أحدهما فالبيان إليهما ويجبران عليه؛ لأن الإجمال والإبهام جاء منهما، فإن مات أحدهما قبل البيان يؤمر الحي بالبيان لا ورثة الميت؛ لأنه لا ملك للورثة؛ لأن الجارية إن كانت أم ولد الحي فقد تملك نصيب الميت بالضمان وصارت الجارية كلها أم ولد له وقد عتقت بموت سيدها، فقد تيقنا أن الورثة لم يملكوا نصيب الميت فلا يؤمر بالبيان وصار كما لو أعتق أحد عبديه ثم مات

لا يؤمر الورثة بالبيان فكذا هذا، فإن قال الحي هي أم ولد الميت عتقت من غير سعاية وضمان لأنهم تصادقوا على ذلك؛ لأن الحي أقر أنها أم ولد الميت وأنها عتقت بموت سيدها وقد يملك نصيبي بالضمان ودعوى الضمان يتضمن براءة الجارية عن السّعاية وورثة الميت إن صدقوه في ذلك فقد أقروا بعتقها، وكذلك إن كذبوه لأنهم لما زعموا أن الجارية أم ولد الحي والحي قد أقر أنها أم ولد أبيهم وإن عتقها كان معلقا بموته والعتق المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط فقد تصادقوا على عتق الجارية، وإن كان القول منهما في الصحة عتقت بلا سعاية وضمان؛ لأن كل واحد يدعي ضمانا على صاحبه لما زعم أنها أم ولد صاحبه ودعوى الضمان تضمن براءة الجارية عن السّعاية فتبينت براءتها بتصادقهما ولم يثبت الضمان إلا ببينة أو بتصديق حتى لو صدق الورثة الحي في البيان ضمنوا نصف قيمة الجارية من التركة، وإن كان القول منهما في المرض، فإن قالت الورثة إنها أم ولد الحي لم تسع للورثة في شيء لأنهم ادعوا الضمان على الحي بتملك نصيب مورثهم وأقروا ببراءة الجارية عن السعاية فتصدق فيما لهم لا فيما على غيرهم، وإن قالوا: أنها أم ولد أبينا أقر أبونا بذلك ينظر إن قالوا صدق أبونا في إقراره أنها أم ولد له عتقت بلا سعاية في شيء وغرموا نصف قيمتها للشريك من تركة الميت لأنهم لما صدقوا الأب في أمومية فقد تثبت أمومية الولد في حقهم فعتقت بلا سعاية كما لو صدقوا الأب في إقراره حال حياته في مرض موته ومتى زعموا أنها أم ولد أبيهم فقد أقروا بالضمان للشريك، وإن قالوا: لا نصدق الأب في إقراره أنها أم ولده غرموا نصف قيمتها للشريك وتسعى الجارية في فضل قيمتها على الثلث؛ لأن المرض مرض الموت متى أقر بأمومية جاريته وليس معها ولد لا يصدق على الورثة فيما زاد على الثلث؛ لأنه تعلق به حق الورثة فلا يصدق على إبطال حقهم إلا ببينة أو بتصديقهم كما لو أقر بالعتق في المرض يعتبر من الثلث، فإن قال الحي: هي أم ولدي صدق بكل حال وغرم نصف قيمتها لورثة الميت؛ لأن البيان إليه.

(فصل)

فإن ولدت في ملكهما وأقر كل واحد أنه ولد أحدهما، ثم مات أحدهما، فالولد

حر والبيان إلى الحي لما بيّنّا، فإن قال هو ولدي يثبت النسب منه وتصير الجارية أم ولده ويضمن نصف قيمة الأم ونصف العقر للشريك؛ لأن الوطء حصل في جارية مشتركة فغرم العقر، كما لو وجد حال حياة شريكه وسواء في هذا الصحة والمرض بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه يحتمل أن الاستيلاد كان قبل ملكهما بأن كان استولد الحي بنكاح ثم اشتراها هو وشريكه فلا يصير المستولد مقرا بوطئها في ملك مشترك فلا يضمن المستولد العقر بالشك، فإن قال في الصحة هو ولد شريكي لم يثبت نسب الولد من واحد منهما؛ لأن كل واحد يحتمل النسب على صاحبه وصاحبه ينكر وعُتِق الولد بلا شيء لاتفاقهما على أنه علق حرًّا إما من جهة الحي أو من جهة الميت، وكذلك عتقت الأمة بلا شيء لما بينا.

وإن كان القول منهما في مرض الشريك الميت، فإن قالت الورثة هي أم ولد الحي عتقا بلا سعاية وضمان؛ لأن كل واحد يدعي الضمان على صاحبه بتملك نصيبه بالاستيلاد وبراءتها عن السّعاية فتثبت البراءة ولم يثبت الضمان إلا بحجة.

وإن قالوا: أقر أبونا أنه ولده ولكن نحن لا نصدقه فالجارية والولد حران وعلى الورثة نصف قيمتها ونصف عقرها للحي في التركة ولا سعاية عليها لأحد؛ لأنه ادعى إبطال حق الورثة فيما زاد على الثلث وله على ذلك إمارة ظاهرة وحجة واضحة وهو كون الولد مع الأم؛ لأنه علم أن علوق الولد كان في ملكه واتصال العلوق بملك الإنسان يسلك بها مسلك البينة العادلة فيما يرجع إلى إبطال حق الغير ويثبت نسب الولد من الميت استحسانا؛ لأن هذا شهادة صوره لكنه إقرار على أنفسهم معنى والإقرار على نفسه مقبول قيل إنما يثبت إذا كان الورثة عددا يجوز الحكم بشهادتهم ولا يفصل في الكتاب لما بينا والله عز وجل أعلم بالصواب.

كتاب التدبير

يحتاج إلى معرفة شرعية التدبير، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وحكمه شريعة.

أما شرعيته: فلقوله صلى الله عليه وسلم: "**الْمُدَبَّرُ لا يُباع ولا يوهب وهو حر من الثلث بعد الموت**"[1].

وأما تفسيره:

فالتدبير في اللغة: عبارة عن إثبات العتق عن دبر موته.

وفي الشريعة: هو تعليق العتق بمطلق موت السيد بصورته وصيغته وبمعناه إيجاب العتق وإرسال سببه للحال وتأجل العتق إلى ما بعد الموت لما نبين في أحكامه.

وأما ركنه: فقوله: دبرتك أو أنت مدبر؛ لأنه يبنى عن إثبات حكمه كقوله حررتك أو أنت حر.

وأما شرطه: ..... [2].

وأما حكمه فنوعان: حكم المدبر المطلق، وحكم المدبر المقيد.

أما حكم المدبر المطلق حال حياته أن لا يجوز بيعه وإخراجه عن ملكه إلا بالإعتاق أو بالكتابة خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لما روينا وما روي أنه عليه السلام أجاز بيع المدبر محمول على المدبر المقيد توفيقًا بينهما وأنه انعقد له سبب الحرية للحال وتأجلت الحرية

---

(١) أخرجه الدارقطني (١٣٨/٤) وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله، ثم ساق الدارقطني إسناده إلى نافع عن ابن عمر أنه كره بيع المدبر ثم قال: هذا هو الصحيح موقوف وما قبله لا يثبت مرفوعًا، ورواته ضعفاء. وأخرجه البيهقي (٣١٤/١٠، رقم ٢١٣٦١) وقال: لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله، ولا يثبت مرفوعًا.

(٢) بياض بالأصل وفي نسخة (س).

إلى ما بعد الموت؛ لأن التدبير، وإن كان تعليق العتق بصيغته لكن تعذر اعتباره تعليقا؛ لأن ثبوت العتق بعد الموت يستدعي سابقة الإعتاق منه والميت لا يتصور منه الإعتاق لانسلاب أهليته وافتقاد ولايته ومالكيته فعلم أن ثبوت العتق بعد الموت مستفاد بالسبب السابق على الموت وهو التدبير وفي البيع إبطال سببية العتق، فإنه لا يجوز؛ لأن الأسباب وسائل وذرائع للإحجام فكانت توابع لها والأصل هو العتق لازم لا يحتمل الفسخ فكذلك السبب كما في الاستيلاد بخلاف المدبر المقيد؛ لأنه ينعقد سببًا للحرية في آخر جزءٍ من حياته؛ لأن عتقه معلق بموت موصوف بصفة وقد وقع الشك في الموت الموصوف لما نبين فلا يفضي إلى العتق غالبًا فتعذر اعتباره سببًا للحال، فأما الموت المطلق كائن لا محالة فكان مفضيًا إلى العتق غالبًا فأمكن اعتباره للحال، وكذا لا يجوز فيه كل تصرف يبطل حقه حتى لا يجوز رهن المدبر؛ لأن فيه نقل الملك في حق الحبس، وتجوز إجارته واستخدامه ويجوز تزويج المدبرة ووطؤها كما في أم الولد، وأكساب المدبر وإرثها ومهرها للمولى؛ لأن المدبر باق على ملكه، وكذلك ولد المدبرة المطلقة بمنزلتها تعتق بموت المولى لقول جماعة من الصحابة: إن ولد المدبر مدبر ولأنها استحقت العتق استحقاقا متأكدا لقيام سبب الاستحقاق فيحدث الولد على هذه الصفة كما في أم الولد.

وأما حكمه بعد موت المولى: أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته إن كان يخرج من الثلث، فإن لم يخرج يعتق ثلثه ويسعى في ثلثيه لما روينا ولأن التدبير وصية بالعتق معنى؛ لأنه إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت كالوصية فتعتبر من الثلث، ولو مات المولى وعليه دين محيط سعى المدبر في جميع رقبته؛ لأن التدبير وصية بالعتق معنى والوصية مؤخرة عن الدين.

واختلفوا في كيفية قيمته مدبرا والصحيح هو نصف قيمته على ما يأتي في كتاب الجنايات.

وأما حكم المدبر المقيد حال حياة المدبر أنه يجوز جميع التصرفات فيه لما بينا وحكمه بعد الموت أن علق عتقه بموت موصوف بصفة، فإن مات بتلك الصفة

يعتق لوجود الشرط وإلا فلا لانعدام الشرط وهو الموت بصفة، وإن علق عتقه بموته وبشرط آخر إن وجد الشرط قبل الموت صار مدبرًا مطلقًا؛ لأنه بقي عتقه معلقا بالموت لا غير وإن وجد موته قبل الشرط لا يعتق لما نبين.

(باب ما يقع به التدبير وما لا يقع)

المدبر نوعان: مطلق، ومقيد.

فالمطلق: أن يكون عتقه معلقًا بمطلق الموت لا بموت موصوف والتدبير المطلق يثبت بثلاثة ألفاظ بصريح اللفظ كقوله: دبرتك أو أنت مدبر.

وقال الشافعي: لا يصير مدبرًا ما لم ينوه وجعل لفظة التدبير كناية في الباب.

والصحيح قولنا؛ لأن الصريح ما ورد الشرع بإطلاقه وتعارف الناس باستعماله والشرع أطلق اسم المدبر على من يعتق بعد الموت حيث نهى عن بيع المدبر والناس تعارفوا هذا الاسم لإيجاب الحرية بعد الموت.

وروى هشام عن محمد: لو قال: لعبده أنت مدبر بعد موتي يصير مدبرا للحال؛ لأن التدبير إثبات العتق عن دبر موته فقوله: أنت مدبر وأنت حر بعد موتي سواء.

وكذلك لو قال: أعتقتك أو أنت حر بعد موتي أو عن دبر موتي أو أنت حر في موتي أو مع موتي؛ لأن اقتران العتق بالموت يقتضي وجوده فكان إثباتا للعتق حال وجود الموت، وحرف الظرف متى دخل على الفعل يصير شرطًا كقوله أنتِ طالق في دخولك الدار فكأنه علق العتق بالموت، وكذلك لو ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك والثاني بلفظة اليمين كقوله إن مت فأنت حرٌّ أو إن حدث بي حدث الموت فأنت حر ونحوه.

والثالث بلفظه الوصية كقوله: أوصيت لك برقبتك أو أعتقتك أو نفسك أو أوصيت لك بثلث مالي فيدخل فيه رقبته أو بعض رقبته؛ لأن الإيصاء للعبد برقبته إزالة ملكه عن رقبته؛ لأنه لا يثبت الملك للعبد في رقبته إلا بإعتاقه كبيع نفس العبد منه إعتاق له فيصير كأنه قال أنت حر بعد موتي.

وعن أبي يوسف فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله يعتق بعد موته ولو أوصى له

بجزء ماله لم يعتق؛ لأن السهم عبارة عن السدس لما قدمنا فكان سدس رقبته داخلًا في الوصية فيعتق.

فأما الجزء عبارة عن شيء مبهم والتعيين فيه إلى الورثة فلم تكن الرقبة داخلة تحت الوصية لا محالة، ولو قال: كل مملوك لي فهو حر بعد موتي فما يملكه في الحال يصير مدبرا وما يملكه في المستقبل لا يصير حتى يجوز بيعه لكن إن مات المولى عتق من ثلثه مع المدبر؛ لأن التدبير إيجاب عتق بصيغته وأيضا بالعتق بمعناه والإيجاب ينصرف إلى ما يملك به للحال والإيجاب ينصرف إلى ما يملك به للحال والإيصاء ينصرف إلى ما يملكه عند الموت حتى لو هلك جميع ما له لا يبطل الوصية، ألا ترى لو قال: كل مملوك لي فهو حر عتق ما يملكه في الحال.

ولو قال أوصيت بكل مملوك لي لفلان ينصرف إلى ما يملكه عند موته لا إلى ما يملكه وقت الوصية فصار ما يملكه للحال مدبرا لكي لا يلغو إيجاب العتق وما يملكه عند الموت يكون وصية فيتعلق عتقه بموته وجاز بيعه للحال؛ لأن الإيجاب ما تناوله للحال وإنما تناوله عند الموت.

ولو قال لأمة: إن ملكتك فأنتِ حرة بعد موتي فولدت ثم اشتراها تصير الأم مدبرة دون الولد؛ لأن التدبير ثبت في الأم، والولد منفصل عنها قبل الملك فلا يتصور سراية حق التدبير إلى الولد، كما لو قال إن ملكتك فأنتِ حرة فملكها عتقت ولا يعتق ولد ولدت قبل الملك فكذا هذا.

ولو قال المولى: ولدت قبل التدبير، وقالت: بل بعده فالقول للمولى مع يمينه على علمه والبينة لها؛ لأن المدبرة وولدها في يد المولى فيكون القول لدى اليد مع يمينه على علمه؛ لأنه يحلف على فعل غيره والبينة للخارج.

ولو قال لأمتين: إذا ملكتكما فأنتما حرتان فعد موتي بشهر فملك إحداهما وولدت عنده ثم ملك الأخرى عتقا عن دبر وولد الأولى رقيق؛ لأنه علق التدبير بملكهما فيعتبر بما لو علق العتق بملكهما فيعتقان لوجود الشرط وولد الأولى حدث قبل صيرورة أمه مدبرة؛ لأنها صارت مدبرة بعدما ملك الأخيرة فلا يسري التدبير منها إلى ولدها المنفصل قبل ذلك.

ولو قال لرجلين: دبرا عبدي فدبره أحدهما جاز، ولو قال: جعلت أمر عبدي في التدبير إليكما فدبره أحدهما لم يجز كما في الطلاق.

وأما المدبر المقيد فنوعان:

أحدهما: أن يكون عتقه معلقًا بموت موصوف بصفة نحو أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو من سفري هذا فهو حر لم يكن مدبرًا؛ لأن الموت بتلك الصفة على خطر الوجود والعدم لا يدري أيكون أم لا فلم يتيقن بثبوت العتق بعد موته فتعذر جعل التدبير سببًا للحال.

والثاني: أن يعلقه بموته وبموت غيره أو بشرط آخر نحو أن يقول: إن مت أنا وفلان، أو قال: أنت حر بعد موتي وموت فلان لم يكن مدبرا؛ لأنه تعلق عتقه بما هو على خطر الوجود والعدم بجواز أن يموت المولى قبل موت فلان فلا يعتق، فإن مات فلان فلا يعتق، فإن مات فلان قبل المولى صار مدبرا؛ لأنه بعد موت فلان بقي عتقه معلقا بمطلق موت المولى، وإن مات المولى قبل فلان صار العبد ميراثا للورثة وصار، كما لو قال إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلم فلانا يصير مدبرا وقبله لا.

ولو قال: أنت حر يوم أموت إن نوى الوقت فهو مدبر؛ لأن اليوم يعبر عن الوقت فقد علق عتقه بوقت موته مطلقا ليلًا كان أو نهارًا وإن نوى النهار لا يكون مدبرا، فإن مات بالنهار عتق ابتداء؛ لأنه يعلق عتقه بوقت مخصوص وهو بياض النهار لا بالموت بجواز أن يموت ليلا فلا يعتق فكان بمنزلة إن مت من مرضي كذا.

ولو قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر فهو وصية بالإعتاق وبمضي الوقت بعد الموت وتعذر تصحيحه يمينا؛ لأنه أضاف إلى حال لا ملك له فيه فلا يصح إلا وصية بالإعتاق كأنه قال أعتقوه بعد موتي بيوم.

ولو قال: أنت حر قبل موتي بيوم لم يكن مدبرا؛ لأنه تعذر اعتباره سببًا للحال لاحتمال أن يموت قبل مضي اليوم فلا يعتق، فإذا مضى اليوم لا يعتبر سببا وإن صار مفضيا إلى العتق؛ لأنه أثبت الحرية قبل موته بيوم متصلا بموته وذلك لا

يعرف إلا باتصال الموت باليوم، وإذا جاء الموت استندت السببية والعتق إلى ذلك الزمان عند أبي حنيفة لكن المستند لا يظهر في حق المنع من التصرف الذي باشره وأمضاه.

ولو قال: أنت حر بعد موتي إن شئت إن أراد المشيئة في الحال وشاء يصير مدبرا؛ لأنه يصير كأنه قال أنت حر بعد موتي إن شئت الساعة يصير مدبرا؛ لأنه علق عتقه بمطلق الموت وإن أراد المشيئة بعد الموت أو لم ينو شيئًا لم يصر مدبرا؛ لأنه علق عتقه بمشيئة بعد الموت؛ لأنه ذكر المشيئة بعد الموت فينصرف إلى المشيئة بعد الموت من غير نية وتعليق العتق بالمشيئة بعد الموت أيضًا للعتق.

ولو نهاه عنه قبل موته جاز نهيه، فإن شاء بعد موت المولى عتق من الثلث قال الحاكم في مختصره يريد به أن يعتقه الورثة؛ لأن تعليق العتق بالشرط يبطل بموت الحالف؛ لأن العبد انتقل عن ملكه إلى ملك الورثة فلا يعين بوجود الشرط بعد الخروج عن ملكه لكن يبقى أيضًا بالإعتاق متى شاء العبد كأنه قال أعتقوه بعد موتي إن شاء.

ولو قال: أنت حر بعد موتي إن دخلت الدار بعد موتي لم يصح ولا يجب على الوارث إعتاقه متى دخل الدار.

وقال الشافعي: لو دخل الدار بعد الموت يعتق من الثلث.

والصحيح قولنا؛ لأنه تعذر تصحيحه أيضًا بالعتق أيضا؛ لأن الوصية بالإعتاق توكيل بالإعتاق بعد الموت وتعليق الوكالة حالة الحياة بالدخول لا يصح، فإنه لو قال: أعتق عبدي هذا إن دخل الدار لم يصح فأما تعليق الوكالة بالمشيئة، فإنه لو قال: أعتق عبدي إن شاء، جاز فكذلك بعد الوفاة.

(**المنتقى**): مسائله على فصول:

أحدها: في تعليق العتق بالموت.

والثاني: في تعليقه بالشرط بعد الموت.

والثالث: في التدبير على مال.

(فصل)

قال أبو يوسف: لو قال لعبده: أنت حر إن مت أو قتلت فليس بمدبر.

وقال زفر: هو مدبر؛ لأنه علق العتق بأحدهما وأحدهما كائن لا محالة فصار كما لو علق بمطلق الموت.

لأبي يوسف: أنه علق العتق بأحدهما والقتل غير كائن لا محالة بل يحتمل الوجود والعدم فصار، كما لو قال إن مت أو مات زيد.

ولو قال: أنت حر الساعة بعد موتي يعتق بعد الموت؛ لأن هذا تنجيز الإيجاب للحال وتأجيل الحرية إلى ما بعد الموت وهو تفسير التدبير.

وروى الحسن عن أبي حنيفة لو قال: إن مت إلى سنة أو عشر سنين فأنت حر فليس بمدبر؛ لأنه علق العتق بموت موصوف بصفة وهو أن يكون بعد سنة وذلك يحتمل الوجود والعدم.

ولو قال: إن مت إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إلى ذلك الوقت غالبا فهو مدبر؛ لأن ذلك الموت كائن لا محالة.

وذكر الفقيه أبو الليث في (نوازله): رجل قال لعبده: إن مت إلى مائتي سنة فهو مدبر مقيد يجوز بيعه وهو قول أبي يوسف مذكور في (**المنتقى**) أيضًا.

وقال الحسن بن زياد: وهو مدبر مطلق لا يجوز بيعه وعلى هذا لو تزوج امرأة إلى مائتي سنة جاز النكاح عند الحسن إذا كانا لا يعيشان إلى ذلك الوقت فصار كأنه تزوجها مدة حياتهما وعند علمائنا لا يجوز؛ لأن النكاح مؤقت معنى؛ لأنه يتصور أن يعيش أكثر من مائتي سنة، ومن تصور أن يعيش إلى هذه المدة كان تعليق العتق بشرط فيه خطر فلم يصر مدبرًا.

ولو قال: أنت حر قبل موتي بشهر وهو صحيح فمضى شهر ثم مات قيل يعتق من الثلاث بالإجماع؛ لأنه يصير كأنه قال وقت الموت: أنت حر قبل ذلك بشهر والصحيح أنه يعتق من جميع المال عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده يستند العتق إلى أول الشهر فيظهر أنه لم يكن وصية بالعتق.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: لو قال: إن مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر فليس بمدبر وإن مات وهو ملكه استحسن أن يعتق من الثلث؛ لأنه علق عتقه بموت وبشرط آخر بعده فصار كما لو علقه بموت موصوف فلا يكون مدبرا بل يكون وصية بالعتق فيعتبر من الثلث.

ورُوي عن أبي يوسف: لو قال: أنت مدبر عن فلان فهو مدبر عن نفسه؛ لأنه لا يصح تدبيره عن فلان بغير أمره فيقع عن المدبر، كما لو قال: أنت حر عن فلان.

ولو قال: إن مت من مرضي هذا فعبده حر فقتل لا يعتق.

ولو قال: إن مت في مرضي هذا فقتل يعتق العبد؛ لأن في الأول جعل أن يكون الشرط هو الموت بسبب المرض وأنه حصل بغيره وهو القتل وفي الثاني شرط أن يموت وهو مريض وقد وُجد.

ولو قال: إن مت من مرضي هذا وله حمى فتحول صداعا أو كان له صداع فتحول بحمى إلا أنه صاحب الفراش، قال محمد: هو مرض واحد؛ لأن المرض الذي علق عتق العبد به لم يزل وإنما يجوز بعض المرض بالبعض وحالة المرض حالة واحدة لكنها ممتدة مستجمعة لأنواع مرض.

(**الفتاوى**): ولو قال لعبديه: أحدكما حر بعد موتي وله وصية مائة درهم ثم مات قال يعتقان والمائة بينهما نصفان، ولو قال لعبده: لا سبيل لأحد عليك بعد موتي قال يصير مدبرا.

(فصل)

ورُوي عن محمد: لو قال لغيره: إذا مت فأعتق عبدي هذا إن شئت أو إذا مت فأمر عبدي بيدك فمات فشاء في المجلس أو بعده فله أن يعتقه؛ لأن هذه وصية بالإعتاق والوصايا لا يعتبر فيها القبول في المجلس.

وكذلك لو قال: عبدي هذا حر بعد موتي إن شئت فشاء بعد موته في المجلس أو بعده فقد وجبت الوصية ولا يعتق حتى يعتقه الورثة أو الوصي أو القاضي.

وكذلك لو علق بمشيئة العبد بعد الموت بأن قال لعبده أنت حر إن شئت بعد موتي أو أنت حر بعد موتي إن شئت لم يتقيد بالمجلس؛ لأنه علق عتقه بموت وشرط فيكون وصية بالعتق لا تدبيرا والمشيئة للعبد فيها بعد الموت عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن قدم المشيئة على الموت فالمشيئة للعبد بالساعة وإن أخرها عن الموت فالمشيئة له بعد الموت لما عرف، مريض قال أعتقوا فلانا بعد موتي إن شاء الله صح الإيصاء بالإعتاق.

ولو قال: هو حر بعد موتي إن شاء الله تعالى لا يصح، والفرق أن في الوجه الأول أمر بالإعتاق، والاستثناء في الأوامر باطل؛ لأنه للزوم المأمور الامتثال بما أمر به وفي الثاني إيجاب والاستثناء في الإيجاب جائز؛ لأنه قد يراد به التعطيل.

ولو قال: كل مملوك لي أملكه يوم أموت فهو حر أو كل مملوك لي حر يوم أموت فعند محمد ما كان في ملكه يوم حلف فهم مدبرون وما استفاده يعتقون بقوله ولا يكونون مدبرين وهذه وصية لهم ويعتقون بها؛ لأن إيجاب القبول يتناولهم للحال بل تناولهم عند الموت.

وقال أبو يوسف: ما كان في ملكه فهم مدبرون وما استفاده لا يعتقون، وكذلك لو قال كل عبد لي مدبر.

ولو قال لعبده: قد أوصيت برقبتك، فقال: لا أقبل قال: هو مدبر وليس رده بشيء.

ولو قال لعبده: أنت حر بعد موتي إن لم تشرب الخمر فلم يشرب أياما بعد موت المولى ثم شرب ينظر إن شرب قبل إمضاء القاضي عتقه بطل وإن شرب بعد إمضاء القاضي عتقه لم يبطل العتق.

(فصل)

ذكر في (**الجامع الصغير**): لو قال لعبده: أنت حر بعد موتي على ألف فالقبول بعد الموت، وعن أبي يوسف إنه يعتبر القبول للحال؛ لأن التدبير وصية وفي الوصايا يعتبر قبول الوصي في حياة الموصي فكذا هذا.

وجه ظاهر الرواية: أنه أضاف إيجاب العتق إلى ما بعد الموت والمضاف إلى وقت كالمعلق بالشرط فإنما يوجد الإيجاب بعد مجيء الوقت فيعتبر القبول بعد بُدُوِّ الإيجاب، كما لو قال أنت حر غدًا بألف بخلاف قبول الوصية، فإنه لو لم يعتبر حال حياة الموصي وصح رده بعد موته لتضرر به الميت وتتعطل حقوقه، فإنه ترك غيره متعمدا على قبوله فاعتبر قبوله حال حياة الموصي دفعًا للضرر عنه وهنا لا ضرر على المولى لو اعتبرنا القبول بعد الموت فيعتبر.

وقال مشايخنا المتأخرون: وإن وجد القبول بعد الموت ينبغي أن لا يعتق ما لم يعتقه الورثة؛ لأن الإعتاق من الميت لا يتصور. وهذا أصح والمذكور مسكوت عنه.

وذكر في (**الزيادات**): ومن دبَّر عبده على ألف فقبل فهو مدبر ولا شيء عليه؛ لأن التدبير عبارة عن تعليق العتق بالموت بلا عوض لما عرف؛ ولأن المدبر بقي على ملك المولى رقبة ويدا فلا يستوجب المولى عليه دينا.

وذكر في (**المنتقى**): قال أبو يوسف: يعتبر القبول على الحال إن قبل فهو مدبر وعليه المال إذا مات سيده؛ لأنه علق التدبر بقبول المال فلا يثبت التدبير قبل قبوله والمولى ما رضي بعتقه بعد موته مجانا وإنما رضي ببدله والمولى قد يستوجب على عبده دَينًا بسبب العتق كالمكاتب فيجب المال.

وذكر ابن سماعة في "نوادره" عن محمد: لو قال: أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت لأني لو جعلت القبول الساعة ليعتق فيلزمه المال والله أعلم بالصواب.

(باب تدبير العبد المشترك)

أمة بين رجلين قالا أنتِ حرة بعد موتنا لم تصر مدبرة؛ لأن كل واحد منهما علق عتق نصيبه بموته وبموت صاحبه فصار كما لو كان الكل له وعلق عتقه بموته وموت غيره، فإن مات أحدهما صار نصيب الحي مدبرا، ولو رتب الآخر الخيارات لما عرف.

وإن قال كل واحد: أنتِ حرة بعد موتي فهي مدبرة؛ لأن عتق نصيب كل واحد تعلق بموته لا غير، فإن مات أحدهما يسعى للآخر في نصف قيمتها؛ لأنه ليس له

تضمين صاحبه؛ لأن صاحبه أبرأه عن الضمان لما دبر نصيبه فتعين حقه في السعاية، فإن مات الآخر قبل السعاية سقطت السعاية؛ لأن نصيب الآخر مدبر فعتق بموته والمكاتب متى استفاد عتقا من جهة المولى قبل الأداء، فإنه يبرأ عن السعاية، فإن ولدت قبل موت أحدهما ولدًا فادعى أحدهما الولد ثبت النسب استحسانا ونصفها أم ولد له ونصفها مدبر لشريكه.

وجه القياس: أن كل واحد استحق نصف الولاء في هذا الولد يستحق العتق الثابت فيه بالتدبير، وفي تصحيح هذه الدعوة إبطال الولاء على صاحبه؛ لأن ثبوت النسب في أحدهما ينفي الولاء من الآخر فصار كمن اشترى جارية فولدت لأقل من ستة أشهر فدبره المشتري ثم ادعاه البائع لم تصح دعوته.

وجه الاستحسان أن هذه الدعوة لم تتضمن إبطال الولاء على صاحبه لأنها دعوة تحرير معنى لقيام ملكه فيه وقت الدعوى؛ لأن دعوة نسب المملوكة تحرير ودعوة التحرير لا تبطل الولاء كما لو أعتق المدعي نصيبه بخلاف دعوة البائع؛ لأنها تمحصت دعوة استيلاد؛ لأنه لا ملك له فيه وقت الدعوة وإنما الملك له وقت العلوق ودعوة الاستيلاد تبطل الولاء.

وإن ماتا عتق نصفه من كل ماله ونصف شريكه من ثلثه؛ لأن المدبرة لا تقبل التملك فلا يتملك نصيب شريكه بالاستيلاد فاقتصر الاستيلاد على نصيبه ويضمن نصف العقر لصاحبه؛ لأنه أقر بوطء جارية مشتركة ويضمن نصف قيمة الولد مدبرا يوم ولد لصاحبه إن كان موسرًا ويسعى الولد في نصف قيمته إن كان معسرًا؛ لأن المدعي لم يتملك نصيب صاحبه بالضمان؛ لأنه لا يحتمل التملك فحدث الولد على ملكهما وقد أتلف الولد بالدعوة؛ لأن هذه دعوة تحرير فكأنه أعتق نصيبه من الولد وولاء الولد بينهما في رواية العتاق لما ذكرنا وفي رواية كتاب الولاء نصف الولاء لشريكه ولا ولاء للمدعي؛ لأن هذه الدعوة اعتبرت دعوة تحرير في حق شريكه لقيام الملك وقت الدعوة في زعمه وهي دعوة استيلاد في حقه فيبطل الولاء في نصيبه ولا يصدق على صاحبه في دعوة الاستيلاد فيعتبر في حق صاحبه دعوة تحرير فلا يبطل الولاء في نصيبه، فإذا مات مدعي النسب عتق نصيبه في الجارية

من جميع المال ولم يضمن للآخر شيئًا وسعت للشريك في حصته؛ لأن نصيب الميت صار أم ولد له، وأم الولد تعتق بموت السيد في جميع المال فيجب تخريجها إلى الحرية الكاملة بالسعاية في نصيب صاحبه.

وإن مات الذي لم يدع عتق نصيبه من الثلث؛ لأن نصيبه مدبر عتق بموت سيده وعتق المدبر يعتق من الثلث وعتق نصيب الآخر يعتبر سعاية في قول أبي حنيفة لما عرف.

ولو لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولدًا آخر فادعاه الثاني يثبت النسب استحسانًا؛ لأنها بقيت مملوكة ولا تضمن لشريكه شيئًا في الولد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه ولد أم ولد للشريك، ورق ولد أم الولد لا قيمة له كأمة عنده خلافًا لهما ويضمن نصف العقر لما عرف، وإن ادعى الأول الولد الثاني أيضًا يضمن نصف قيمته مدبرًا؛ لأنه ولد المدبرة وهي متقومه وعليه نصف العقر بالوطء الثاني.

(فصل)

مدبرة بين اثنين ادعى أحدهما ولدها قبل الانفصال فضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا لأقل من ستة أشهر بعد الدعوة فعلى الجاني لأب الولد ضمان جنين الأمة ويعطي أب الولد نصفه إلى شريكه؛ لأن الولد معتق النصف بالدعوة ومعتق النصف بمنزلة المكاتب فتجب قيمته على الجاني وعندهما على الجاني ضمان جنين حر؛ لأنه عتق كله عندهما.

مدبرة بين اثنين جاءت بولد فشهد كل واحد على صاحبه أنه ادعاه وأنكراه فالغلام حر لأنهما تصادقا على حرية الولد فيعتق بإقرارهما ويسعى لهما؛ لأن شهادة كل واحد على صاحبه بالدعوة شهادة على صاحبه بالعتق فصار كما لو شهد كل واحد على صاحبه بالعتق وأنكر صاحبه سعى العبد لهما فكذا هذا.

وإن كان كل واحد يشهد على صاحبه أنه يقر بحرية الأصل لكن لما جحد صاحبه لا يبطل حق كل واحد منهما في الاستسعاء بإقرار صاحبه.

والجارية بينهما تخدمهما كما كانت؛ لأن الاستيلاد لم يثبت لجاحدهما فتثبت مدبرة كما كانت قبل الشهادة.

فإن مات أحدهما عتق نصيبه من ثلثه ويسعى في ثلثي نصيبه لأنها مدبرة بين اثنين مات أحد موليهما ويسعى للشاهد في نصف قيمتها مدبرة؛ لأن الشاهد بالإقرار بالاستيلاد على صاحبه لم يقر بزوال نصيبه عن ملكه لأن المدبرة لا تحتمل الانتقال من ملك إلى ملك فبقي نصيبه على مالكه إلا أنه لما أقر بأن نصيب صاحبه صار أم ولد له وقد عتق بموته وقد أقر بحرمة استرقاق نصيب نفسه فيخرج نصيبه إلى السعاية.

وإن شهد كل واحد على صاحبه بالتدبير فهو بمنزلة المدبر؛ لأن كل واحد منهما أقر على صاحبه بالتدبير والضمان وعلى نفسه بحرمة بيعها فيؤاخذ بما أقر على نفسه ولا يصدق فيما أقر على صاحبه فيحرم البيع بإقرارهما ويصير بمعنى المدبر وأيهما مات سعت في جميع قيمتها للورثة وللحي؛ لأن الحي أقر بعتق صاحبه بموته فأقر على نفسه بحرمة الاسترقاق وإخراج نصيبه إلى العتق بالسعاية فلم يصح إقراره فيسعى لهم في نصف قيمتها وللحي في نصف قيمتها.

(باب تدبير ما في البطن)

أمة بين اثنين دبر أحدهما ما في بطنها وولدت لأقل من ستة أشهر جاز لأنا تيقنا بوجوده وقت التدبير فصار كما لو أعتق ما في بطنها، ولو دبر أحدهما الأم والأب الجنين وولدت لأقل من ستة أشهر فالولد مدبر بينهما لأنهما أجمعا على تدبيره فأحدهما دبره تصريحًا وتنصيصًا والآخر دبره بتدبير الأم تبعًا وضمنًا، وإن ولدت لأكثر فنصف مدبر لمن دبرها والولد مدبر له بغير ضمان لأنا شككنا بوجوده في البطن وقت التدبير فلا يصح تدبيره أصلًا ومقصودًا وصار مدبرًا بين الأم تبعًا وضمنًا لمدبر الأم بغير ضمان؛ لأن الضامن ملك نصيب شريكه من الأم بالضمان من وقت التدبير فينظر من أن الولد حدث على ملكه كما لو اشترى فحدث الولد على ملكه، وإذا اختار الشريك سعاية الأم لا يسعى الولد؛ لأن الولد صار مدبرًا له

تبعًا للأم ويعتق بسعاية الأم فيكون استسعاء الأم استسعاء للولد فلا يلزمه السعاية مقصودًا لما فيه انقلاب التبع أصلًا.

دبر ما في بطن أمته لا يبيعها ولا يرهنها ولا يهبها حتى تضع حملها؛ لأنه لا يصح إيراد هذه التصرفات على الجنين لكونه مدبرا فصار الجنين مستثنًى في هذه التصرفات شرعا فلا يصح كما لو باع الأم واستثنى الجنين شرطا.

أعتق ما في بطنها يجوز هبة الأم؛ لأن بالعتق زال الولد عن ملكه فلم يدخل في الهبة تبعا فلم يصر مستثنًى الولد عن الهبة فلم يكن بمعنى هبة المشاع بخلاف التدبير؛ لأنه لا يزيل الولد عن ملكه قبل موته فبقي الولد ملك له وأنه متصل بالأم والموهوب متى كان متصلا بملك الواهب لا يجوز كما لو وهب الثمرة على الشجرة أو القصيل في الأرض.

(باب تدبير المكاتب وكتابة المدبر)

كاتب مدبره صح؛ لأن التدبير لا ينافي الكتابة بحكمه؛ لأن حكمها حالا صيرورة المكاتب أحق بمكاسبه ومنافعه وحكمها: مالًا استعاده عتقه والتدبير يلائمه ولا ينافيه فيجامعه، فإن مات المولى ولا مال له سواه يعتقها به بالإجماع ولا يسقط شيء من بدل الكتابة عندهما.

وعند محمد يسقط ثلثه.

ثم عند أبي حنيفة: له الخيار إن شاء سعى في بدل جميع الكتابة، وإن شاء في ثلثي القيمة.

وعند أبي يوسف: لا خيار له ويسعى في الأقل منهما.

وعند محمد: يسعى في الأقلِّ من ثلثي بدل الكتابة وثلثي القيمة.

ورُوي عن محمد مثل قول أبي يوسف فالخلاف في فصلين:

أحدهما: في الخيار.

والثاني: في مقدار السعاية.

أما الأول: فمبني على أن الإعتاق لما كان يتجزأ عند أبي حنيفة فقد تصدى له سببا عتق أحدهما: كتابة مؤجلة والآخر سعاية معجلة، فإنه لما عتق ثلثه بالتدبير

لزمه السعاية في ثلثي القيمة حالّة فتخيّر له في تحصيل العتق بأي الجهتين شاء؛ لأن له في كل جهة منفعة مقصودة وعندهما لما كان الإعتاق لا يتجزأ، فإذا عتق ثلثه بالتدبير عتق كله فبطلت الكتابة والتنجيم وبقي أصل المال غير مؤجل؛ لأن عتق المكاتب حصل بطريق الوصية فلا يسقط عنه بدل الكتابة وعليه السعاية في أقل المالين؛ لأنه لا يفيد التخيير، فإنه يختار الأقل لا محالة.

وأما الثاني فوجه قول محمد واضح وهو أن الكتابة بعد التدبير انعقدت على كله بدليل أنه لو أدى المكاتبة قبل موت السيد عتق كله بالكتابة حتى سلمت له الأولاد والأكساب، فإذا عتق ثلثه بالتدبير وجب أن يسقط بقدره عن بدل الكتابة كما لو أعتق كله بالتدبير بأن خرج كله من الثلث سقط كل بدل الكتابة.

لهما: أن الكتابة انعقدت على الثلثين بكل بدل الكتابة؛ لأنه ظهر بالموت أن عتق ثلث رقبته كان مستحقًّا بسبب سابق على الكتابة وهو التدبير والمستحق بالتدبير لا يصلح محلًّا للكتابة، لأن المستحق بالتدبير كالمستحق تحقيقه الحرية حتى كان مانعا من التمليك والتمليك كحقيقة الحرية وصار هذا القدر كالزائل عن ملكه وقت الكتابة فلم يدخل في الكتابة إلا الباقي فلا يسقط شيء من بدل الكتابة وإنما سلمت له جميع الأولاد والأكساب؛ لأن العقد أضيف إلى كله وسلامة الأولاد والأكساب حكم أصلي بنفسه للكتابة غير مبني على العتق فانعقد العقد في حق سلامة كل الأولاد والأكساب كحاجته إن لم ينعقد في حق العتق، بخلاف ما إذا خرج كله من الثلث؛ لأنه ظهر أن جميع الرقبة كانت مستحقة بالتدبير وظهر أن الكتابة لم تنعقد أصلًا.

(فصل)

ولو كاتب ثم دبره صح؛ لأن التدبير لا يمنع ابتداء الكتابة فلا يمنع البقاء بطريق الأولى ثم إن شاء سعى في مكاتبته وإن شاء نقض الكتابة ويكون مدبرا؛ لأنه تصدى له جهة إعتاق ولد في كل جهة نوع منفعة وضرب مضرة ففي التدبير يتأجل عتقه

إلى ما بعد لكنه بغير بدل وفي الكتابة يتعجل عتقه للحال لكنه ببدل فيهما فيختار أيهما شاء.

فإن مات المولى ولا مال له سواه عتق ثلثه وسقط ثلث بدل الكتابة؛ لأنه حين كاتب لم يكن شيء منه مستحقا بالتدبير فانعقدت الكتابة على كله بكل البدل وبالموت عتق ثلثه لا بجهة الكتابة ففات بعض المستحق بالكتابة فسقط بقدره من البدل، ثم عند أبي حنيفة إن شاء سعى في ثلثي القيمة، وإن شاء سعى في ثلثي الكتابة؛ لأن المكاتبة مؤجلة والسعاية بجهة التدبير حالة معجلة وعندهما سعى في الأقل من ثلثي بدل الكتابة وثلثي القيمة؛ لأن عندهما كلا المالين حال يلزمه الأقل منهما.

كاتب مدبرة فولدت ولدين وماتت فعليهما السعاية؛ لأن المولود في الكتابة يسعى في جميع ما على أصله لما يأتي، فإن أدى أحدهما جميع السعاية لا يرجع على الآخر؛ لأن نسب الولد المولود في الكتابة يكون للأم فصار مؤديا بدل الكتابة من مال الأم فصار كما لو أدى من تركة الأم. كاتب عبدين كتابة واحدة على ألف على أنهما إن أديا عتقا وإن عجزا ردا في الرق وكل واحد كفيل عن صاحبه ثم دبر أحدهما ومات المولى عتق المدبر ورفعت حصته من الكتابة؛ لأن الألف مقابل بهما وقد عتق أحدهما بالتدبير فسقط ما يقابله من الألف؛ لأنه منع تسليم الرقبة المستحقة بالكتابة فلا يسلم له بدلها كما لو أعتق المولى أحدهما حال حياته وأخذ بحصة الآخر أيهما شاء؛ لأن المولى شرط عليهما الكفالة بما على صاحبه والكفالة ببدل الكتابة، وإن كانت باطلة لكن جوزناها بطريق الكتابة شرعا، وإن كانت كفالة شرطا، فإنه أمكن أن يجعل ما يحمل كل واحد منهما عن صاحبه بدل الكتابة، فإنه يعلق عتق كل واحد منهما بأن الكل علم أنه وجب عليه أداء حصة صاحبه بحكم الكتابة لا بحكم الكفالة وإن أدى المدبر يرجع على صاحبه؛ لأنه قد أدى عنه دينه بأمره، وإن لم يكن له مال غيرهما عتق المدبر بالتدبير من الثلث ويسعى فيما يجب عليه وبما هو كفيل عنه لأنا اعتبرنا مال الميت رقبة المدبر ومكاتبة الآخر لأنا لو جعلنا ماله مكاتبتهما جميعًا وهو الألف ربما يخرج المدبر من الثلث بأن كانت قيمته ثلاثمائة فسقطت حصته من الكتابة فيبقى ماله مكاتبة الآخر وهو خمسمائة

فيتنقص حق الورثة عن الثلثين فيلحقهما الضرر فيعود ماله في الانتهاء رقبة المدبر ومكاتبة الآخر فجعلنا ماله في الابتداء كذلك فيكون جميع ماله ثمانمائة رقبة المدبر وخمسمائة مكاتبة الآخر فيسقط ثلثه ويسعى في ثلثيه وفيما هو كفيل عن صاحبه وهو خمسمائة والآخر لا يسعى بما على المدبر؛ لأنه لم يبق مكاتبا وهو إنما كفل عنه ببدل الكتابة وقد برئ المدبر عن الكتابة فبرئ كفيله إلا أن يختار المدبر أن يسعى في الكتابة فيلزمه لما بينا.

(باب تدبير الذمي)

مسائله على فصلين:

أحدهما: في تدبير الذمي.

والثاني: في تدبير الحربي والمرتد.

(فصل)

دبر الذمي عبده ثم أسلم يعتق بالسعاية، وكذلك أم ولد النصراني أسلمت يعتق بالسعاية.

وقال زفر: يعتق للحال ويلزمها السعاية.

وقال الشافعي: يحال بينهما وبين السيد ولا يلزمها شيء.

والصحيح قولنا؛ لأنه لا يجوز تركهما في يد الكافر؛ لأنه يستخدمهما ويستذلهما ويطأ أم الولد ولا يجوز نقل الملك إلى غيره لقيام التدبير والاستيلاد ولا يجوز إعتاقهما مجانا لما فيه إبطال ملك محترم، ولا يجوز إعتاقهما للحال بعوض لما فيه إبطال ملك بعوض يجب في ذمة مفلسة معسرة وما يجب في الذمة المفلسة بمنزلة التساوي والتآلف وفيه ضرر بالمولى فقطعنا ملك اليد كما لو كاتب عبده المسلم لم يجبر على بيعه وأوجبنا السعاية عليهما صونا لحقه حتى لا يبطل ملكه إلا بعد سلامة العوض له ويصير كالمكاتب في زمان السعاية؛ لأنه يسعى لتخليص رقبته عن الرق، فإن مات المولى قبل الفراغ عن السعاية عتقا وبطلت السعاية؛ لأن أم الولد والمدبر يعتقان بموت سيدهما وهذا مكاتب معنى استفاد عتقًا من جهة

المولى لا بالكتابة قيل إذا بدل الكتابة فيبرأ عن بدل الكتابة فلو صالحه المولى من غير حكم على أكثر من قيمته وعجز بنقض الصلح في حق الفضل ويسعى في مقدار قيمته؛ لأنه لا يمكن الرد إلى الرق والمستحق في الشرع قدر القيمة والزيادة عليها غير واجبة فلا يكلف بما ليس بواجب عليه.

(فصل)

حربي دخل دارنا بأمان فدبر عبده ثم أسر الحربي يعتق المدبر؛ لأن التدبير قد صح في دار الإسلام؛ لأنه لم يقرنه ما ينافيه وهو استرقاقه وتملكه في دار الحرب بالقهر والغلبة كما في العتق وباشر الحربي نزول سائر أملاكه وماله في دار الإسلام يصير فيئًا للمسلمين والسعاية على مدبره يصير فيئًا له لا للمسلمين؛ لأن يده سبقت إليه من يد المسلمين فيكون أحق بها، وإذا ملك ما عليه سقطت عنه السعاية.

ولو دبر عبده في دار الحرب وخرج إلينا فأسلم العبد يجبر على بيعه؛ لأن تدبيره لم يصح في دار الحرب كالعتق فصار هذا بمنزلة حربي له عبد مسلم.

تدبير المرتد موقوف عند أبي حنيفة، وعندهما نافذ لما عرف من الخلاف في تصرفات المرتد، فإن التحق بدار الحرب بمدبره للورثة فبيعه جائز؛ لأنه صادف ملكهم؛ لأنه زال ملك المرتد إلى الورثة بالقضاء، فإن أسلم المرتد ووجد العبد في يد الورثة وأخذه فهو مدبر.

وذكر أبو بكر الجصاص بأن المسألة مشكلة ووجه إشكالها من وجهين: أحدهما: أن كل تصرف يوقف من المرتد يبطل بلحوقه بدار الحرب ولا يعود صحيحا بعوده مسلم كبيعه وكتابته.

والثاني: أن القاضي لما قضى بكونه مملوكا للورثة وبجواز بيعهم فقد مضى بزواله عن ملكه وببطلان تدبيره فلا يعود إلى ملكه مدبرًا كما لو قضى بجواز بيع المسلم. والجواب عنهما أن تدبير المرتد لم ينعقد سببا للعتق لعدم نفوذه بل انعقد تعليقا للعتق بالموت حقيقة وتعليق المرتد العتق بالموت لا يبطل بلحوقه بدار الحرب ولا بقضاء القاضي بالملك للورثة؛ لأن بقاء اليمين لا يمنع وقوع الملك للورثة وطريان ملك بات للورثة عليه لا يوجب بطلان التعليق فبقي تعليقا كما كان

كما لو علّق عتقه بشرط آخر ثم لحق بدار الحرب وقضى بالملك للورثة ثم عاد مسلما وملك العبد بقي التعليق فكذا هذا.

ولو دبر المسلم عبده ثم ارتد لا يبطل التدبير ويبطل بلحوقه بالدار؛ لأن التدبير بعد نفاذه وصحته لا ينقض كالعتق ولحوقه بالدار موت حكما فيعتق.

ارتد العبد المدبر ولحق بدار الحرب وأسره أهل الحرب ثم أخذه المسلمون وأسلم ردَّه على مولاه ويكون مدبرا؛ لأن المدبر لا يملك سائر أسباب الملك فكذلك بالسبي فبقي مدبرا على ملك مولاه.

(باب الجمع بين العتق والتدبير)

أصله: أن المحل إن كان قابلا للإخبار يكون الإيجاب للإخبار لا للإنشاء؛ لأن صيغته صيغة إخبار وإنما جعل إنشاء لضرورة صحة كلامه، فإذا أمكن العمل بظاهر وهو الأدنى لا يجعل للإنشاء لما فيه من يغيّر كلامه بلا ضرورة.

(فصل)

(**المنتقى**): لو قال لعبده: أنت حر أو مدبر ثم مات قبل البيان عتق نصفه بالبيان ونصفه بالتدبير من ثلثه إن كان في الصحة؛ لأن المحل غير قابل للإخبار فجعل إنشاء وإثباتًا للحرية أو للتدبير وليس أحدهما بالإثبات أولى من الآخر فيثبت نصف كل واحد منهما في نصفه.

ولو كانا عبدين فقال في صحته: أحدكما حر أو مدبر عتق ربع كل واحد مجانا وربعه بالتدبير ويسعى كل واحد في نصف قيمته لأنه أنشأ الحرية أو التدبير في أحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فيثبت نصف حرية ونصف تدبير لهما.

ولو قال لعبدٍ ومدبرٍ: أحدكما حر أحدكما مدبر، عتق نصف كل واحد منهما بالعتق وكان التدبير على المدبر؛ لأن التدبير في أحدهما ثابت فكان الإخبار عنه صحيحا فالعتق في أحدهما غير ثابت فكان قوله أحدكما حر إنشاء للحرية بينهما فيشيع فيهما.

ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: لو قال لعبد ومدبر له: أحدكما حر ومدبر، قال المدبر: هو الحر؛ لأن ذلك بمنزلة قوله أحدكما مدبر وهو حر والتقديم والتأخير فيه سواء؛ لأنه جعل الحرية والتدبير صفة لأحدهما؛ لأنه عطف أحدهما على الآخر وذلك يتحقق في المدبر.

(**الزيادات**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في ثلاثة أعبد فيهم مدبر معروف.

والثاني: في ثلاثة أعبد ليس فيهم مدبر.

أما الفصل الأول:

فعلى تسعة أوجه:

الأول: رجل له ثلاثة أعبد أحدهم مدبَّر، فقال: أحدكم حر أو مدبر لا يقع شيء؛ لأن كلامه يصلح إخبارًا في أحد شطريه وطرفيه وهو قوله أو مدبر فصح إخبارًا بحقيقته فبقي الكلام جائزا مترددا بين كونه إخبارًا أو إنشاء فلم يصر إنشاء بالشك كأنه قال: أحدكم حر أو غير حر وصار الشك واقعا في أصل الإيجاب.

والثاني: لو قال: اثنان منكم مدبران ثم مات قبل البيان عتق المدبر المعروف من ثلثه ونصف كل واحد من الآخرين؛ لأنه وصف اثنين منهم بالتدبير وأحدهم موصوف به فكان هذا الكلام في حق المدبر إخبارًا اتفاقًا فلا يقع به شيء، وفي حق العبدين إنشاء للتدبير لا محالة وأنه يتناول أحدهما خاصة دون المدبر وليس أحدهما بأولى من الآخر، فيجب لهما وصية رقبة واحدة بالتدبير ويشيع فيهما بفوات البيان، وإن لم يكن له مال غيرهم وقيمتهم سواء ضرب المدبر بجميع رقبته في الثلث والعبدان كل واحد بنصف قيمته ينقسم الثلث بينهم على أربعة يعتق من المدبر نصفه ويسعى في نصفه ومن كل واحد من العبدين ربعه ويسعى في ثلاثة أرباعه.

والثالث: لو قال: اثنان منكما حران أو مدبران ثم مات قبل البيان، فإن كان في الصحة عتق كل واحد بالعتق البات وضرب المدبر في الثلث بثلثي رقبته ويسعى في سبعي قيمته والعبدان بنصف رقبة بينهما؛ لأن المراد أحد الإيجابين، فإن أراد

التحرير عتق رقبتين، وإن أراد التدبير لا يعتق شيئًا ويقع تدبير رقبة واحدة؛ لأن أحدهما مدبر فحرية رقبتين يثبت في حال دون حال فينصف فيثبت حرية رقبة بينهم أثلاثا وتدبير رقبة تثبت في حال دون حالٍ فيثبت تدبير نصف رقبة للعبدين خاصة لا يزاحمهما المدبر لكونه إخبارًا في حقه فلما مات عتق ما بقي من المدبر وهو الثلثان وعتق من العبدين من كل واحد ربع فيحتاج إلى حساب له ثلثان وربع وذلك اثنا عشر فالمدبر يضرب بثمانية والعبدان كل واحد بثلثه فصار الثلث بينهم على أربعة عشر يسلم للمدبر ثمانية ويسعى في ستة ويسلم لكل واحد من العبدين ثلاثة ويسعى في أحد عشر فيكون جميع سعايتهم في ثمانية وعشرين ونفذت الوصية لهم في أربعة عشر وهو الثلث.

وإن كان القول في المرض ضرب المدبر بجميع قيمته والعبدان بقيمة وسدس بينهما؛ لأنه عتق من كل واحد من العبدين بالعتق البات بثلث رقبة وبالتدبير نصف رقبة، فإذا جمع كان رقبة وسدسًا وحق المدبر في كل الرقبة؛ لأنه موصًى له بجميع رقبته فيضرب المدبر بجميع رقبته والعبدان برقبة وسدس فاجعل كل رقبة ستة لحاجتك إلى السدس بضرب المدبر بستة والعبدان بسبعة وذلك بثلاثة عشر فاجعل هذا ثلث المال؛ لأن سهام الوصايا إذا بلغت مقدارا يجعل الثلث ذلك المقدار فصار كل رقبة ثلاثة عشر يسلم المدبر ستة، ويسعى في سبعة ويسلم لكل واحد من العبدين ثلاثة ونصف، ويسعى في تسعة ونصف فحصل للورثة ستة وعشرون ولهم ثلاثة عشر فاستقام الثلث والثلثان، فإن مات بعضهم فلا يخلو إما أن مات في حياة المولى أو بعد وفاته، ولا يخلو إما أن كان القول في الصحة أو في المرض، فإن كان في الصحة فمات المدبر في حياة المولى عتق نصف كل واحد منهما بالعتق البات وربع كل واحد بالتدبير محسوب من الثلث؛ لأنه لما مات المدبر خرج من أن يكون مزاحما للعبدين في الحرية بخروجه من أن يكون محلًّا للحرية، فانصرف العتق إلى الباقين وصار كأن المولى قال أنتما حران أو أحدكما مدبر فتشيع الحرية في العبدين نصفان فيعتق من كل نصفه ويبقى مال المولى نصف رقبة كل واحد منهما، وقد أوجب لهما تدبير نصف رقبة لما قلنا فيعتق منهما ثلث ما بقي وذلك ثلث رقبة بينهما نصفان فيعتق من كل واحد ثلثا رقبة ويسعى كل واحد في ثلث قيمته.

وإن كان القول في المرض يسعى كل واحد في ثلثي قيمته؛ لأن عتق المريض وصية كالتدبير فيعتبر من الثلث.

ولو مات أحد العبدين وبقي عبد والمدبر عتق نصف كل واحد بالعتق البات ونصف العبد بالتدبير أيضا؛ لأنه انصرف العتق إليهما والتدبير إلى العبد خاصة كأنه قال أنتما حران أو هذا العبد مدبر فيعمل كل كلام نصفه لما بينا، وأما إذا مات المولى أولًا ثم مات أحدهم فقد مات مستوفيا وصيته متلفًا ما عليه من السعاية فكأنه هلك بعض مال الميت فيقسم الباقي بين الورثة والباقين على قدر نصيبهما.

فإن مات المدبر بعد موت المولى والقول في الصحة فقد صار مستوفيا لحقه وذلك ثمانية من أربعة عشر وتلف ما عليه من السعاية وذلك ستة لأنا جعلنا ثلثي رقبة كل واحد أربعة عشر فبقي مال الميت ثلثا رقبتين وذلك ثمانية وعشرون فيقسم على قدر حقوقهم وحق العبد في ستة وحق الورثة في ثمانية وعشرين فصار ذلك أربعة وثلاثين فصار ثلثا كل رقبة سبعة عشر سهما يسلم لكل واحد لهما من ثلثي رقبته ثلاثة ويسعى في أربعة فحصل سهام السعاية ثمانية وعشرون وللعبدين ستة وما استوفاه المدبر ثمانية فحمله ما بعدنا الوصية فيه أربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان.

ولو مات أحد العبدين بعد موت المولى وبقي عبد ومدبر فنصيب الورثة ثمانية وعشرون ونصيب المدبر ثمانية ونصف العبد ثلثه فذلك كله تسعة وثلاثون وصار ثلثا رقبة كل واحد من الباقين تسعة عشر ونصف؛ لأن ذلك مبلغ سهام نصيبهم يسلم للمدبر ثمانية ويسعى في أحد عشر ونصف ويسلم للعبد ثلاثة ويسعى في ستة عشر ونصف وقد استوفى الميت ثلاثة فاستقام الثلث والثلثان.

وإن مات العبدان وبقي المدبر يسعى في ثمانية وعشرين ويسلم له ثمانية.

وإن كان القول في المرض فمات المولى ثم المدبر يقسم قيمة العبدين على ثلاثة وثلاثين سهمًا؛ لأن حق العبدين في سبعة وهي رقبة وسدس وحق الورثة في ستة وعشرين فصار رقبة كل واحد منهما ستة عشر ونصف سلم لكل واحد ثلاثة

ونصف ويسعى في ثلاثة عشر، وقد استوفى المدبر ستة فقد بعدنا الوصية في ثلاثة عشر فاستقام الثلث والثلثان، فإن مات أحد العبدين يخرج على نحو هذا.

والرابع: ثلاثة أعبد قيمتهم سواء أحدهم مدبَّر فقال لهم أنتم أحرار ومدبَّرون عتق منهم رقبة ونصف بالإعتاق بينهم وثلث تدبير رقبة بين العبدين؛ لأنه إن كان التحرير مرادا عتق ثلاث رقاب، وإن كان التدبير مرادا لا يعتق شيء منهم فيثبت حرية ونصف بينهم فيعتق من كل واحد نصفه، وكذلك التدبير بين العبدين.

والخامس: لو قال: أنتم أحرار أو أحدكم مدبر لا يقع شيء؛ لأن أحد شطري الكلام وهو قوله أحدكم مدبر صدق ووقع إخبارا فلا يصير الشطر الآخر إنشاء، كما لو قال للمدبر أنت حر أو مدبر.

والسادس: لو قال: كل واحد منكم حرًّا ومدبّرًا فالمدبر مدبر على حاله وعتق نصف العبدين من جميع ماله ونصفهما من ثلاثة مع المدبر المعروف إن كان في صحته؛ لأن كلامه يتناول كل واحد منهما على الانفراد كأنه قال لكل واحد منفردا أنت حر أو مدبر يلغو الإيجاب في حق المدبر ويصح الإيجاب في حق العبدين أما العتق أو التدبير فيصير كل واحد منهما حرا في حال ومدبرا في حال فيعتق نصف كل واحد من جميع المال بالعتق الباتِّ والنصف بالتدبير من الثلاث مع المدبر المعروف.

وإن كان في مرضه عتقوا جميعًا من الثلث مع المدبر المعروف.

لأن كل واحد من العبدين صار موصًى له بجميع رقبته فاستويا مع المدبر المعروف.

والسابع: لو قال: كل واحد منكم حر أو أنتم مدبَّرون فهو كقوله أنتم أحرار أو مدبّرون لا فرق بينهما؛ لأنه أفرد كل واحد في التحرير وجمعهم في التدبير فبطل التدبير في حق المدبر ولم يبطل التحرير في حقه.

والثامن: لو قال: أنتم أحرار وهذا مدبر للمدبر المعروف وهذا وهذا، صار كلهم مدبرين؛ لأنه لم يصح إيجاب الحرية لكون كلامه متردِّدًا بين إيجاب الحرية وبين الإخبار عن التدبير وقد عطف هذين على ما سبق ولم يصح العطف على الإيجاب

ولم يذكر لهما خبرا فكان الخبر المتقدم خبرا لهما فصار كأنه قال لهم هذا مدبر وهذا مدبر وهذا، صار كلهم مدبرين فصار موجبًا التدبير للعبدين، وكما لو جمع بين عبدين وحرٍّ، فقال للحر هذا حر وهذا وهذا، عتق العبدان فكذا هذا صارا مدبرين.

والتاسع: لو قال: أنتم أحرار أو هذا للمدبر وهذا وهذا مدبّرون وهذا بمنزلة قوله أنتم أحرار أو مدبرون؛ لأنه ذكر التدبير بعبارة الجمع وذلك لا يستقيم إلا أن يكون جامعا بينهم في التدبير فصار كلامه واحدا في حقهم لتحقيق التعميم في التدبير أو التحرير، وإذا اتحد الكلام صار إيجابا لا محالة، أما الحرية للكل أو التدبير للعبدين.

وأما **القسم الثاني**: له ثلاثة أعبد ليس فيهم مدبر فقال: أنتم أحرار أو هذا مدبر وهذا وهذا، ثم مات قبل البيان فهم مدبرون يعتقون من الثلث؛ لأن الجملة الناقصة متى عطفت على الجملة الكاملة يصير الخبر المذكور للجملة الكاملة خبرا للجملة الناقصة وإيجاب التدبير في الآخرين يكون دلالة اختياره التدبير بالكامل الأول دون التحرير؛ لأن العطف يقتضي الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فتعيّن إيجاب التدبير في المعطوف دلالة بعينه في المعطوف عليه؛ ولأن إيجاب التدبير فيهما دلالة على كونهما مملوكين وكونهما مملوكين دلالة على أن قصده بالكلام الأول التدبير دون التحرير.

ولو قال: أنتم أحرار أو هذا وهذا وهذا مدبرون عتق من كل واحد منهم نصفه بالعتق البات ونصفه بالتدبير؛ لأنه جمع بينهم في إيجاب التدبير بعبارة الجمع وإيجاب التحرير فصار الكلام واحدا فيكون الشك واقعا في تحريرهم وتدبيرهم فصار بمنزلة قوله أنتم أحرار أو مدبرون وكل كلام يصح في حال دون حال فينصف كل كلام فثبت تحرير رقبة ونصف وتدبير رقبة ونصف بينهم والله أعلم بالصواب.

كتاب المكاتب

يحتاج إلى معرفة: شرعية الكتابة، وتفسيرها لغة وشريعة، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها شريعة.

أما شرعيتها: فلقوله صلى الله عليه وسلم: "**من كاتب عبدًا على مائة أوقية، فأدّى كلها إلا عشر أواق فهو عبد**"[1] فقد جوز الكتابة حيث اشتغل ببيان حكمها، ولأن الكتابة عقد إرفاق وإحسان من المولى لعبده لكونها سببًا لثبوت حرية اليد حالًا وحرية الرقبة مالًا فيكون بمنزلة إعتاق العبد على مال فيكون مندوبًا إليه مع الصالح، والصالح بكل حال إلا أن الإرفاق والإحسان مع الصالح أكثر استحبابًا وانتدابًا من الإرفاق والإحسان مع غيرِ الصالح كالتصدق على الفقير الصالح أندب وأحب من التصدق على الفقير غيرِ الصالح وهذا هو الفائدة المطلوبة من تعليق الكتابة بالعلم بالخيرية في الآية المنصوصة وهو قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] فالآية ناطقة بجوازها فيتوقف على قيام الدليل وقد قام الدليل وهو

---

(١) أخرجه «ابن ماجه» (٢٥١٩) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، ومحمد بن فضيل، عن حجاج. و«أبو داود» (٣٩٢٦) قال: حدثنا هارون بن عبد الله، قال: حدثنا أبو بدر، قال: حدثني أبو عتبة، إسماعيل بن عياش، قال: حدثني سليمان بن سليم. وفي (٣٩٢٧) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثني عبد الصمد، قال: حدثنا همام، قال: حدثنا عباس الجريري. و«الترمذي» (١٢٦٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد الوارث بن سعيد، عن يحيى بن أبي أنيسة. و«النسائي» في «الكبرى» (٥٠٠٧) قال: أخبرنا عمرو بن زرارة النيسابوري، قال: أخبرنا ابن أبي زائدة، قال: أخبرنا الحجاج. وفي (٥٠٠٨) قال: أخبرنا أبو داود، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا همام، عن العلاء الجريري، (قال النسائي: العلاء الجريري، كذا قال). وفي (٥٠٠٩) عن عبد القدوس بن محمد، عن عمرو بن عاصم، عن همام، عن عباس الجريري.

خمستهم: (حجاج بن أرطاة، وعباس، وسليمان بن سليم، ويحيى بن أبي أنيسة، والعلاء الجريري) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

الحديث المطلق ثم يفضّل بينهما إذا كان العبد صالحا أو طالحا.

أما تفسيرها لغة: فالكتابة مشتقة من الكتب وهو الضم والجمع وسمي الخط كتابة لما فيه من ضم الحُروف بعضها إلى بعض، ومنه يقال الكتيبة وهي الجيش العظيم.

وأما تفسيرها شريعة: فهو جمع وضم مخصوص وجمع حرية الرقبة في المال إلى حرية اليد في الحال.

وأما ركنها: الإيجاب والقبول وهو أن يقول لعبده إن أديت إليَّ ألفا فأنت حر، فقَبِلَ العبد أو كاتبتك على ألف لأنها إعتاق مال على مال فيكون معاوضة فلا بد من الإيجاب والقبول.

وأما شرطها: فيكون المسَمَّى مالًا معلومًا مقدرًا، فأما كونه مؤجلًا منجمًا ليس بشرط حتى يجوز الكتابة على المال الحال والمنجم، وعند الشافعي لا يجوز إلا منجمًا ومؤجّلًا بنجمين.

والصحيح قولنا؛ لأن النصوص الواردة بجوازها لا تفصّل بين كونها حالَّة أو مؤجلة منجّمة ولأن الكتابة فك حجر وإثبات نوع حرية بعوض فيجوز حالا كالإعتاق بمال، والقدرة على تسليم العوض الثمن ليس بشرط لجواز البيع إذ المعاوضة تقوم بالمعوض لا بالعوض.

فأما حكمها: للحال هو انفكاك الحجر وثبوت الحرية في حق اليد دون الدار حتى يكون أحق بمنافعه ومكاسبه وتبقى رقبته على ملك المولى؛ لأن الغرض المطلوب من الكتابة هو وصول المولى إلى بدلها ووصول العبد إلى الحرية بأداء بدلها وذلك لا يتحقق إلا بانفكاك الحجر وثبوت حرية اليد حتى يتجر ويكتسب مالا فيؤدي بدل الكتابة.

وأما حكمها: في جانب المولى فثبوت حق المطالبة ببدل الكتابة للحال.

(باب معرفة حكم الكتابة بعد إذ أبدلها وما يوجب فسخها)

وحكمها بعد أداء بدل الكتابة هو عتق الرقبة؛ لأنها عقد معاوضة فمتى سلّم

للمولى يسلم له المبدل ويكون أكسابه وأولاده سالمة له فيعتق أولاده بعتقه لما يأتي.

وكذلك إذا أبرأه المولى عن البدل؛ لأنه حق المولى فيملك إسقاطه فيسلم له البدل كالبائع أبرأ المشتري عن الثمن.

وفي (**المنتقى**) قال أبو يوسف: لو وهب المولى المكاتبة لمكاتبة عتق قَبِلَ أو لم يقبل؛ لأن هبة الدين ممن عليه الدين يصح من غير قبول فبرئ من المكاتبة، فإن قال المكاتب: لا أقبل كانت المكاتبة دينا عليه وهو حر؛ لأن هبة الدين ترتد بالرد.

فأما العتق فلا يحتمل النقض بعد وقوعه ولو أدى البدل عتق، وإن لم يقل المولى في العقد: إن أديته إليَّ فأنت حر، وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على ألف على أنك إن أدَّيتها فأنت حر.

والصحيح قولنا؛ لأن موجب الكتابة هو حرية اليد للحال وحرية الرقبة عند الأداء والتصريح بحكم العقد ليس بشرط لصحة العقد؛ لأن موجب العقد يثبت بالعقد جبرا لا باختياره، وصار كما لو قال دبرتك عتق عند موته، وإن لم يقل أنت حر بعد موتي، وإن عجز يرد في الرق لإجماع الصحابة ولأنه عجز عن تسليم أحد العوضين فيثبت للآخر حق الفسخ إذ لو لم يثبت حق الفسخ عند العجز عن التسليم يتضرر به الآخر والضرر مدفوع شرعا بخلاف المشتري إذا أفلس؛ لأنه لا يعجز عن أداء الثمن ما لم يتعلق حق الغرماء بالمبيع؛ لأنه يقدر على بيع المبيع فيسلم ثمنه إلى البائع ومتى تعلق حق الغرماء بالمبيع فقد شرط ثبوت حق الفسخ وهو خلو المحل عن حق الغير فامتنع ثبوت حق الفسخ على كلا الوجهين.

فإن عجز عن أول نجم منها رد في الرق عندهما إلا أن يكون له مال حاضر أو غائب يرجى قدومه فيؤخره ثلاثة أيام لا يزاد عليه لأنها مدة تامة لا بلا الأعذار.

وعند أبي يوسف: لا يردّ حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه إذا حل على المكاتب نجمان رُدَّ في الرق ولأن الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز إلا بتوالي النجمين؛ لأنه لما مضى نجم صار حالًّا والعجز عن البدل الحالّ لا يتحقق

إلا بعد مضي مدة الإمهال قابلا العدد وأحق العدة والآجال ما أجمع عليه العاقدان، فإذا مضى النجم الثاني يتحقق العجز فوجب الفسخ.

لهما: ما رُوي عن عمر رضي الله عنه أن مكاتبًا كسر نجمًا فرده إلى الرق وهذا أمر لا يعرف قياسًا فصار كالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وحديث علي رضي الله عنه لا يبقي حق الفسخ بكسر نجم واحد بل هو مسكوت عنه، ولأنه عجز عن المشروط عليه في الكتابة فوجب رده إلى الرق حتى يصل المولى إلى حقه؛ لأنه إنما رضي بزوال حقه في منافعه ومكاسبه بشرط الوفاء بالمشروط عليه، فإذا لم يف به يعاد إلى حقه كما لو عجز عن نجمين وكالحر إذا منع أول نجم يحبس إذا منع نجمين.

ثم المولى ينفرد بفسخ الكتابة في رواية؛ لأن العجز عن بدل الكتابة عيب يمكن في البدل قبل تمام العقد واستقراره، فإن الكتابة إنما تتم بالأداء ليقع الفراغ عن استيفاء أحكامه فصار كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا قبل القبض ينفرد بالفسخ فكذا هذا، وفي رواية لا يملك الفسخ إلا برضا العبد أو بقضاء القاضي؛ لأن هذا عيب يمكن في البدل بعد تمام العقد وانبرامِهِ في حق المولى؛ لأن المكاتب بالكتابة صار في يد نفسه وأحق مكاسبه وانبرم العقد في حق المولى قبل العجز حتى لا يملك فسخه إلا برضا المكاتب فصار كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا بعد القبض.

وذكر في (**المنتقى**): لو أراد المكاتب أن يعجز نفسه فالرجوع إلى الرق وإبطال الكتابة وأبى المولى ذلك فله ذلك؛ لأنه إذا عجز كان للمولى أن يستخدمه ويستغله فله أن يعجزه ويستكسبه.

والكتابة قائمة بحالها؛ لأن للمالك التصرف في ملكه بحسب إرادته وفي الرواية الصحيحة للعبد أن يعجز نفسه ويفسخ الكتابة لأن نفقته وعقله وجنايته بعد التعجيز وفسخ الكتابة على المولى، فللعبد أن يقول لا أقيم على هذه الحالة وأعجز نفسي وأفسخ الكتابة حتى لا يلزمني ذلك فالحاصل أن الكتابة لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخها إلا برضا المكاتب وفي حق المكاتب على الرواية الأولى لازمة وعلى الثانية غير لازمة والكتابة في حق المكاتب بمنزلة الوكالة.

ولا يجب على المولى حط شيء من بدل الكتابة خلافًا للشافعي؛ لأن الكتابة سبب لإيجاب البدل فلا يكون سببًا لحطه وإسقاطه لتضاد بينهما كما في سائر المعاوضات ولكن الحط مستحب؛ لأنه عقد إرفاق وإيقاع، [والله سبحانه وتعالى أعلم][1].

(باب ما تقع به الكتابة)

(**المبسوط**): كاتب عبدًا صغيرًا لا يعقل لم يجز، فإن أدى عند أجنبي لم يعتق؛ لأن الكتابة إيجاب وقبول، وقبول من لا يعقل لا يصح؛ لأنه بمنزلة البهيمة كما في سائر التصرفات.

وإن كان يعقل جاز؛ لأنه يصح قبوله ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه بدليل أنه يصح إذنه في التجارة؛ لأنه يستحق بالكتابة أكسابه ويستفيد عتقًا بأن أكسبه ولا كذلك في التجارة فلما صح إذنه في التجارة فلأن يصح في الكتابة أولى.

ولو كاتب عبدًا لرجل رضيه وقبل عنه أجنبي آخر ورضي به المولى لم يجز؛ لأنه لم يوجد القبول من العبد ولا من نائبه.

وإن أدى إليه المكاتبة عتق استحسانًا لا قياسًا.

وجه القياس أن العتق لم يتعلق بأداء هذا المال؛ لأن المال لم يجب لهذه الكتابة على العبد ولا على القابل فصار إذا هذا المال بعد الكتابة وقبلها سواء.

وجه الاستحسان: أن الكتابة به انعقدت بقبول من عقد الإيجاب إلا أنه لم يظهر وجوب المال على العبد بهذه الكتابة في حق المطالبة به نفيا للضرر عنه ولكن اعتبر المال واجبا عليه في حق صحة الأداء من المتبرع؛ لأنه لا ضرر عليه بل له فيه منفعة محضة؛ لأنه يعتق بغير مال يلزمه فيعتبر المال واجبًا في حق صحة الأداء من المتبرع كما لو قبل الكتابة بنفسه كفضولي خالع امرأة رجل بألف وأدى الألف من ماله بعد الخلع يصح؛ لأنه اعتبر المال واجبا عليها في حق صحة الأداء من المتبرع لما فيه منفعة محضة فكذا هذا.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (س).

(**المنتقى**): لو قال لعبد: أدّ إليَّ ألف درهم كل شهر مائة وأنت حر فهو مكاتبة جائزة؛ لأنه عطف الحرية على أداء الألف منجَّمًا فتترتب الحرية على أدائها، كما لو قال لعبده أدّ إليَّ ألفًا كل شهر مائة درهم فأنت حر وأول النجوم كذا وآخرها كذا فقبل فهو مكاتبة بمنزلة قوله إذا أديت إليَّ ألفًا فأنت حر.

ولو قال لعبده: قد كاتبتك على مائة دينار قد كاتبتك على مائة درهم فقال قبلت الأول له ذلك؛ لأنه لا يستطيع أن يرجع في الأول بمنزلة الطلاق، ولو قال: قبلت ولم يبين فهذا على الآخر.

ولو قال: يا مبارك كاتبتك يا ميمون على ألفٍ فهو على الآخر؛ لأن الكتابة إنما تتم بذكر البدل والبدل اتصل بالآخر دون الأول.

ولو قال: يا مبارك قد كاتبتك على ألف يا ميمون فهو على الأول؛ لأنه تمت الكتابة على الأول لوجود ذكر البدل عقيبه قبل ذكر الآخر.

وذكر الطحاوي في مختصره: لو كاتب نصف عبده جاز فنصفه مكاتب ونصفه ما دون في التجارة وعتق بالأداء نصفه وما فضل في يده من الكسب نصفه له ونصفه للمولى ويسعى في نصف قيمته لأن الكتابة تقبل التجزئة؛ لأن أحكامها قابلة للتجزيء.

(باب ما يصلح بدل الكتابة وما لا يصلح)

أصله: أن كل شيء صح مهرًا في النكاح صلح بدلًا في الكتابة وما لا فلا؛ لأن الكتابة تشابه النكاح من حيث إنها مشاركة مال بما ليس بمال كالنكاح فيحتمل نوع جهالة في البدل كالنكاح، وجهالة الجنس والقدر يمنع صحة التسمية وجهالة الوصف لا يمنع فكذلك في بدل الكتابة.

ثم المسائل على فصول:

أحدها: في الكتابة على ماله وكسبه.

والثاني: في الكتابة على مال غيره.

والثالث: في الكتابة على خدمته.

(فصل)

ولو كاتب عبده على مكيال أو موزون جاز وله الوسط وعلى دابة وثوب لا يجوز حتى يتبين الجنس؛ لأن جهالة الجنس جهالة متفاحشة فيمنع صحة التسمية وفي الأول جهالة الوصف وهو لا يمنع صحة التسمية كما في النكاح.

ولو كاتبها على لؤلؤة أو دار ولم يعيّن لا يجوز؛ لأنه إذا لم يكن عينا مشارًا إليها تبقى مجهولة متفاحشة لكونها متفاوتة فكانت جهالة الوصف هنا بمنزلة جهالة الجنس، ولهذا لا يجوز النكاح على هذا إلا بعينه.

ولو كاتبه على وصف أو عبد مؤجلًا جاز استحسانا؛ لأن الحيوان يجب في الذمة دينا بدلا عما ليس بمال كما في النكاح.

ولو كاتبه على ثوب فأتى بقيمته يجبر على القبول؛ لأن القيمة أعدل من المثل لما مرّ في النكاح، قيل هذا إذا لم يبين صفة الثوب فأما إذا بين لا يجبر؛ لأن إيجاب عينه أعدل من قيمته والصحيح أنه على الإطلاق؛ لأن صفة الثياب متفاوتة متفاحشة فيكون أعدل بكل حال وإن أدى إليه ثوبًا لم يعتق؛ لأن الكتابة معاوضة حقيقة في ضمها تعليق العتق بأداء العوض، والثوب لا يصلح عوضًا لجهالة الجنس والقدر ولا يتصور استحقاقه بالعقد فلا يتعلق العتق بأدائه فلم يرد ما تناوله العقد بخلاف ما لو قال: إن أديت إليَّ ثوبا فأنت حر فأدى ثوبا يعتق؛ لأن هذا يمين وتعليق حقيقة، والجهالة لا تمنع صحة اليمين فصار شرط العتق إذا أدى أي ثوب كان.

وأما الكتابة معاوضة فلم تصح إلا ببدل معلوم الجنس إذ لا يتصور استحقاق المجهول بالعقد، ولو كاتبه على قيمته لم يجز؛ لأن المسمى مجهول القدر إذ القيمة يختلف قدرها باختلاف المقومين وجهالة القدر تمنع صحة التسمية بخلاف ما لو كاتبه على عبد، يجب قيمة عبد وسط حتى لو أتى بها يجبر المولى على القبول، والفرق أن ثمن القيمة لا يجب بتسميته قصدًا وإنما يجب بتسمية العبد ثم تجب القيمة حكما لصحة تسمية العبد لا قصدًا باعتبار أنها أعدل من عين الحيوان فكانت جهالة القدر طارئة على العقد لا مقارنة له فلا ترفع صحة العقد، وهنا القيمة وجبت

بتسميته قصدًا والتسمية مقارنة للعقد فكانت جهالة القدر مقارنة للعقد فمنعت صحة العقد وقد ذكرنا في البيوع أن جهالة القيمة متى كانت مقارنة للعقد منعت صحة العقد، وإن كانت طارئة لا تمنع.

وإن أداها عتق؛ لأن الكتابة معاوضة وتعليق العتق بأداء العوض فمعنى المعاوضة هنا إن فسد بقي تعليق العتق بأداء القيمة فمتى تصادقا على أن المؤدي قيمته بتصادقهما، وإن اختلفا، فإن اتفق اثنان من المقومين على شيء يجعل ذلك قيمة له.

وإن اختلفا فقوم أحدهما بألف والآخر بألف وأكثره لا يعتق ما لم يؤد أقصى قيمته؛ لأن شرط العتق لا يثبت بيقين إلا بأداء أقصى قيمته، ولو كاتب أمه على حكمه أو حكمها لم يجز ولا يعتق بأداء قيمتها خلافًا لزفر.

وكذلك لو قال: كاتبتك ولم يسم شيئًا لا تنعقد الكتابة على القيمة وعنده تنعقد على القيمة كما في البيع إذا سكت عن الثمن تنعقد على القيمة بالإجماع فكذا هذا.

لنا: أن الكتابة مشتملة على معنى المعاوضة ومعنى التعليق؛ لأن حكمها للحال حرية اليد وفي المال يعلق العتق بأداء العوض فكان كل واحد حكم مقصود بالكتابة، ولهذا لا تنفك الكتابة عن تعليق العتق بالأداء كما لا تنفك عن إثبات حرية اليد فمعنى المعاوضة إن كان يوجب انعقادها على القيمة، وإن لم تكن القيمة ملفوظة كما في البيع الفاسد فمعنى التعليق يمنع انعقادها على إذا لم تكن ملفوظة؛ لأن التعليق بالشرط لا يثبت من غير ذكر الشرط فوقع الشك في انعقادها على القيمة فلا تنعقد بالشك.

ولو كاتبه على خمر أو خنزير عتق بأداء القيمة قبل إبطال القاضي؛ لأن الكتابة متى فسدت بفساد التسمية لكون المسمى منهيا عن تمويله وتملكه بقي تعليق العتق بأداء المسمى والمعقود عليه في المعاوضة الفاسدة مضمون بالقيمة فانعقدت الكتابة على القيمة فتعلق العتق بأدائها.

(فصل)

ولو كاتبه على ثوب أو عبد غيره إن لم يُجِزْ صاحبه لا تجوز الكتابة؛ لأن الكتابة

محتملة للفسخ وتفتقر صحتها إلى تسمية البدل فكانت بمنزلة الشراء بعوض غيره ولم يُجِزْ صاحبه لم يَجُزْ فكذا هذا.

وإن أجاز صاحبه يجوز في رواية وفي رواية لا يجوز بناء على أنه متى أجاز صاحب العرض مفترِضًا العرض من العبد كما في البيع فيصير العرض من كسبه والمولى متى كاتب عبده على عين في يده من كسبه في رواية كتاب الشرب أنه يجوز وفي رواية المكاتب لا يجوز.

وجه هذه الرواية أنه متى جازت الكتابة على العين في يده ملك المولى العين بنفس العقد فيعتق العبد بنفس العقد وهذا خلاف موضوع الكتابة لأنها موضوعة لإيجاب حر تبين على التعاقب والترادف بخلاف الدراهم والدنانير؛ لأن العقد لا يتعلق بعينها بل يتعلق بمالها دينًا في الذمة فيملكها المولى بالقبض لا بالعقد فيتحقق معنى الكتابة للحال وهو تعجيل حرية اليد للحال وتأخر حرية الرقبة في المال.

وجه رواية الشرب: أن العبد أحق بكسبه عينا كان أو دينا ولكن جعلنا بدل الكتابة ملك اليد والتصرف لا يملك الرقبة تحرّيًا لجواز العقد وتصحيحا له، فإن ملك اليد والتصرف عوض، ألا ترى لو اشترى رب المال شيئًا من مال المضاربة ولا ربح فيه صح باعتباره أنه يستفيد به ملك اليد والتصرف لا ملك الرقبة والمولى إنما بملك اليد والتصرف بعد القبض فيوقف حرية الرقبة على ثبوت ملك اليد فتثبت الحريتان على التعاقب.

ولو كاتبه على ألف فلان هذه جاز ويعتق بأداء غيرها؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات فصار تعينها وإطلاقها سواء فانعقدت الكتابة على ألف في الذمة بخلاف قوله إن أديت إليَّ هذه الألف فأنت حر فأدى غيرها لا يعتق لأنها تميز صيغة والتعيين دخل على الشرط لا على العوض فكان معتبرا.

وكذلك لو قال: كاتبني على ألف على أن أعطيها من مال فلان يجوز؛ لأنه وإن شرط في الكتابة شرطًا لا يقتضيه العقد إلا أن الكتابة لا تفسد بمثل هذا الشرط؛ لأنه شرط يمكنه للمكاتب الوفاء به بأن يستقرضها من فلان ويؤدي إليه وصار كما لو شرط عليه أن لا يخرج من المصر فأما إذا قال يعني على أن يعطيني عنه من مال

فلان قيل يجوز البيع؛ لأنه لا منفعة للبائع في هذا الشرط؛ لأن أداء الثمن من ماله ومن مال غيره سواء فصار كما لو باع بشرط أن لا يأكل وقيل يفسد؛ لأن للبائع فيه نوع منفعة؛ لأن مال فلان ربما يكون أطيب وأحل من ماله وهذا معنى يرغب الناس فيه وكل شرط لا يقتضيه العقد وفهي منفعة للعاقد يفسد البيع ولو أضاف إلى غير فلان مكيلًا أو موزونًا لم يجز؛ لأن العقد تعلق بعينه وقد يعجز عن تسلم عينه إذا أبى مالكه.

(فصل)

ولو كاتبه على أن يخدمه سنة جاز استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه شرط بعين مقتضى الكتابة، لأن مقتضى الكتابة أن يصير المكاتب أحق بمنافعه وينقطع عنه يد المولى، ومتى صحت الكتابة على خدمته لا تنقطع يد المولى عنه ما لم يستوف الخدمة.

وجه الاستحسان: أن أعمال الخدمة معلومة معهودة فيما بين الناس عرفًا، ولهذا جازت الإجارة عليها والمعروف والمشروط وشرط الخدمة يقتضيه العقد؛ لأنه شرط أن يكون أحق ببعض منافعه ليعتق بالاستيفاء.

ولو شرط أن يكون أحق ببعض أكسابه ليعتق بالاستيفاء كان شرطًا جائزًا يقتضيه العقد فكذا إذا شرط أن يكون أحق بمنافعه؛ لأن الكسب خلف عن المنفعة.

ولو كاتبه على أن يخدم غيره يجوز قياسًا على هذا الاستحسان؛ لأن المستحق للخدمة هو المولى لأن البدل يجب له، إلا أنه أناب غيره في استيفاء الخدمة مناب نفسه فجاز كما لو كاتبه على ألف على أن يؤديها إلى غريم من غرمائه جاز؛ لأن قبض الغريم بإذنه كقبضه.

ولو كاتبه على ألف وخدمه سنة أو وصيف جاز؛ لأنه لو جعل كل واحد بانفراده بدلا جاز فكذا إذا جمع بينهما يجوز، ولو كاتبه على ألف وخدمته أبدا فالكتابة فاسدة ويعتق بأداء قيمته دون خدمته؛ لأن الخدمة أبدا لا تصلح بدلا أصلًا؛ لأنه مجهول المقدار ومجهول المقدار لا يصلح بدلا؛ لأنه لا يمكن تسليمه وما لا يمكن تسليمه لا يعتبر بدلا فلم يتعلق العتق بأدائه ويعتق بأداء ما يصلح بدلا وهو

ألف درهم فصار كما لو كاتبه على ألف وهدية فأدى الألف دون الهدية يعتق فكذا هذا، وإذا أدى الألف وعتق إن كان قدر قيمته لم يبق للمولى عليه سبيل، وإن كانت قيمته أكثر رجع عليه بالفضل؛ لأن البدل في المعاوضة الفاسدة قيمة المعقود عليه كما في البيع الفاسد بخلاف ما لو كاتبه على ألف درهم ورطل خمر لا يعتق ما لم يؤد الألف مع رطل من خمر؛ لأن الخمر مال متقوم معلوم المقدار فصلح بدلا، ولهذا ينعقد به الشراء إلا أنه لا يصلح مستحقا فصار بدلا وتعلق العتق بأدائه؛ لأنه مال يمكن تسليمه.

ولو كاتبه على أن يحفر له بئرًا مسمى قدرها ومكانها أو يبني له دارًا أراه أجرها وجصها وما يبني به جاز؛ لأن البدل معلوم الجنس والمقدار.

ولو كاتبه على ألف وعبد مثله وهو خياط جاز استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لا يمكنه تسليم عبد مثله يعمل عمله؛ لأنه ليس من ذوات الأمثال؛ لأن الناس متفاوتون في العمل.

وجه الاستحسان: أنه يراد بهذا في العرف أن يكون مثله في أصل الجنس والعمل. وهو أن يكون هنديا أو خياطا لا أن يكون مثله من كل وجه، ولهذا لو كاتبه على عبد خياط جاز ويجبر المولى على قبول عبد له أصل الخياطة لا مثله في الخياطة فكذا هذا.

(باب ما يفسد الكتابة وما لا يفسدها)

ولو كاتبه بشرط أن لا يخرج في المصر فالشرط باطل والكتابة جائزة؛ لأنه ربما لا يمكنه الكسب إلا خارج المصر فكان تخصيص بعض الأماكن دون البعض يخالف موجب العقد فلا يصح كما لو خص عليه نوع تصرف دون نوع كان باطلًا والشرط الباطل لا يفسد الكتابة؛ لأن الكتابة في جانب العبد يشبه العتق؛ لأنه إسقاط وفك الحجر والعتق لا تبطله الشروط الفاسدة.

ولو كاتبه على ألف يؤديها إلى غريم السيد أو يضمنها له فالكتابة والضمان جائزان؛ لأن الكتابة بالشرط الفاسد إذا أمكن المكاتب الوفاء به فيستحق البدل المولى ثم أقام غريمه مقام نفسه في الاستيفاء فصار استيفاؤه لموكله كاستيفائه

بنفسه والضمان من المكاتب إن لم يصح لكنه أمكن أن يجعل هذا كتابة عن الأمر بأداء بدل الكتابة إلى غريم المولى؛ لأن الكفالة لو صحت لزمه الأداء إلى المكفول له، وإذا لم يصح دينا عليه جعل كتابة عما يوجب الأداء وهو الأمر، فإن كاتبه على ألف على نفسه وماله وللعبد ألف أو أكثر اكتسبه أو وهبه له سيدهُ علم المولى جملته أم لا ولا يدخل ما كان لسيده في يده؛ لأنه شرط ما لائم للعقد؛ لأن العقد يقتضي أن يصير المكاتب أحق بكسبه وحكم الكسب ثابت في هذا المال؛ لأنه ملك للعبد في يده فكانت الإضافة بسبب الإكساب، ولهذا لو لحقه دين يصرف إليه لكنه مملوك للمولى حقيقة فيدخل تحت الكتابة بالشرط ولا يدخل بدون الشرط بخلاف كسب المكاتب بعد الكتابة؛ لأنه غير مملوك للمولى حقيقة وإنما له حق الملك فيه فيدخل تحت الكتابة بدون الشرط، وسواء كان في يد العبد ألف درهم أو أكثر؛ لأنه لا ربا بين المولى وعبده ولو كاتبه على ألف منجمة، فإن عجز عن نجم فمكاتبته ألفا درهم فهي فاسدة.

قالوا: والصحيح أن المكاتبة الثانية فاسدة دون الأولى عند أبي حنيفة وعندهما كلاهما جائزان كما لو دفع ثوبا إلى خياط وقال: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدًا فلك نصف درهم جاز الشرط الأول وفسد الثاني عند أبي حنيفة وعندهما كلاهما جائزان فكذلك الكتابة إذ لا يجيء فرق صحيح بين هذه وبين تلك.

ولو كاتب عبده على ألف على أن يرد المولى عليه وصيفا وسطا بطل في الكل عندهما، وعند أبي يوسف يبطل بحصة الوصيف دون الكتابة.

له: أن الكتابة وقعت على مال معلوم؛ لأنه جعل الألف بدلا وهو معلوم غير أنه شرط عليه رد الوصيف فيكون بيعا في ضمن الكتابة فتجب قسمة الألف على قيمته وقيمة الوصيف فصارت الكتابة بالحصة في الأجرة فتكون جهالة حصة الكتابة طارئة على العقد فلا ترفع حصته كمن تزوج امرأة على ألف على أن ترد المرأة عليه وصيفا وسطا لا يبطل التسمية ويقسم الألف على مهر مثلها وقيمة الوصيف لهما.

لهما: أن الكتابة بالحصة وقعت ابتداء؛ لأنه لما شرط رد الوصيف فقد استثنى حصته عن الألف فصار كأنه جعل البدل ما تبقى بعد إخراج قيمة الوصيف وذلك مجهول القدر فكانت الجهالة مقارنة للعقد فأوجب فساده.

ولو كاتبه على ألف وهي قيمته على أنه إن أدى بعتق فعليه ألف أخرى جاز؛ لأنه كاتب على مالين جعل محل أحدهما قبل العتق ومحل الآخر بعد العتق ومحل الآخر بعد العتق ويجوز وجوب بدل الكتابة بعد العتق؛ لأنه يجب برضاه والتزامه كما لو أدى ألفا مستحقة فعتق يرجع المولى عليه بمثلها بعد العتق.

ولو كاتبه على ألف منجمة على أن يؤدي مع كل نجم ثوبًا بين جنسه أو قال يؤدي مع كل نجم عشرة دراهم أو يؤدي مع مكاتبته ألف درهم؛ لأن الكتابة وقعت على مالين معلومين؛ لأنه شرط عليه في كل نجم وعدد النجوم معلومة فيكون عدد الثياب معلومة ولو كاتبه إلى الحصاد جاز استحسانا وإن تأخر حل في الوقت الذي كان يخرج للناس؛ لأن هذه جهالة يسيرة في الأجل بمنزلة جهالة في وصف البدل وحال الأعلى أخف وأسهل من حال البدل؛ لأن البدل ذكر العقد وللأجل شرطه فلما تحملت الجهالة في البدل فلأن يتحمل في الأجل أولى حتى لو كانت الجهالة فاحشة في الأجل كما في هبوب الريح لا يتحمل كما في جهالة الجنس والقدر في البدل.

ولو كاتبه على ألف على أن يؤدي إليه كل شهر مائة؛ لأن الألف عشر مرات مائة فيكون للأجل عشرة أشهر فكأنه نص عليها، ومن كاتب أمته على ألف على أن يطأها مدة الكتابة لم يجز؛ لأن وطء المكاتبة محظور على المولى فقد كاتبها على ألف عليها وعلى شرط محظور فلا يصح كما لو كاتبها على ألف ورطل من خمر ولأن منافع البضع ليست بمال فلا تصلح عوضا، ولهذا لا يصلح مهرا فلم تصح التسمية كما لو كاتبها على ميتة أو دم، فإن أدت الألف عتقت؛ لأن العتق في الكتابة يتعلق بأداء ما يصلح عوضا وانعقادا واستحقاقا لا انعقاد الاستحقاق كالخمر والخنزير، والوطء لا يصلح عوضًا لا في حق الانعقاد ولا في حق الاستحقاق؛ لأنه ليس بمال كالميتة فلم يتعلق العتق بأدائه وعليها فضل قيمتها في قوله الآخر وهو

قول محمد؛ لأن المستحق بالعقد فاسد قيمة المعقود عليه لا المستحق كما في البيع الفاسد ورقبة العبد متقومة وقد تلفت بعقد فاسد فيلزمه رد قيمتها هذا إذا كان المؤدى مثل قيمتها أو أقل، فإن كان أكثر فإنها لا ترجع بالزيادة على المولى خلافًا لزفر.

له: أن المستحق بالعقد الفاسد لا المسمى فلا تسلم الزيادة على القيمة للمولى كما في البيع الفاسد.

لنا: أن الكتابة معاوضة وتعليق العتق بأداء المسمى فمن حيث إنها معاوضة يرجع المولى على العبد إلى تمام القيمة كما في البيع الفاسد ومن حيث إنها تعليق لا يرجع العبد على المولى بالزيادة على القيمة وذلك؛ لأن ملك المولى كان ما ينافي هذه الزيادة بيقين؛ لأن العبد مملوكا له رقبة ومنفعة بيقين وقع الشك في بطلان حقه عن الزيادة باعتبار التعليق يبطل وباعتبار المعاوضة لا تبطل فلم يبطل بالشك وحق العبد في الزيادة لم يكن ثابتا باعتبار المعاوضة يثبت له الحق في الزيادة وباعتبار التعليق لا يثبت فلا يثبت بالشك.

فإن وطئها ثم أدت فعليه عقرها لأنها بالكتابة الفاسدة صارت أحق بنفسها ومكاسبها ومنافعها إذ العقد الفاسد ملحق بالصحيح في حق إفادة الأحكام عند اتصال القبض به، فإن قيل الكتابة الفاسدة غير لازمة في جانب المولى بل له حق الفسخ فلم لا يجعل إقدامه على الوطء دليلا على الفسخ يبرئها له عن الوطء الحرام.

قلنا اشتراطه الوطء لنفسه في الكتابة ينصّ على أنه يطأها مستوفيا لما شرط عليها فيكون نصًّا على تقرير العقد لا على فسخه وحاله دليل على الفسخ ولا قوام للدلالة مع الصريح والنص بخلافه حتى لو فسدت الكتابة بسبب آخر لا باشتراط الوطء فيها ثم وطئها يجعل ذلك فسخًا بخلاف ما لو باعها من إنسان والكتابة فاسدة تفسخ الكتابة؛ لأن إقدامه على البيع يدل على الفسخ ولم تعارض هذه الدلالة، الدلالة صريح بخلافها فوجب العمل بها.

كاتب فاسدًا ومات فأدى إلى وارثه عتق استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه انتقل من ملك المورّث إلى ملك الوارث؛ لأن حرية اليد للعبد بالكتابة الفاسدة فصار متى أتى للورثة والكتابة تبطل بانتقال الملك كما لو باعه المولى.

وجه الاستحسان أن بالإرث تبدل المالك دون الملك؛ لأن الوارث بالإرث لا يملك ملجأ جديدا وإنما يقوم مقام المورث في أملاكه كأنه هو في تبدل المالك مع قيام الملك على حاله فبقي العقد، وصار كما لو ارتد المولى ولحق بدار الحرب ثم ورثته كاتبوا عبدا من عبيده ثم عاد ثانيا تبقى الكتابة على حالها؛ لأنه لم يتبدل الملك، فإنه عاد إليه قديم أملاكه بخلاف ما لو باعه المولى لأن المشتري يملك ملكا جديدا؛ لأنه تجدد بسبب الملك وهو الشراء فأوجب تبدل الملك ويجدده فبطل العقد.

فإن كاتب فولدت عتق ولدها معها؛ لأن الكتابة الفاسدة ملحقة بالصحيحة في حق إفادة أصل الحكم وفي الصحيحة عتق ولدها معها بأداء بدل الكتابة فكذلك في الفاسدة.

وإن ماتت قبل أن تؤدي لم يكن على ولدها أن يسعى لأن الأم كانت رقيقة فيكون الولد رقيقا لا محالة ولا يجبر الولد على السعاية؛ لأن الولد قام مقام الأصل والأصل كان لا يجبر على السعاية إذا كانت الكتابة فاسدة فالولد أولى. فإن استسعاه فأدى ما على الأم عتق استحسانا.

وجه القياس: أن بالكتابة الفاسدة ثبت للأم حق لازم متأكد فلا يسري إلى الولد.

وجه الاستحسان أن في الكتابة الفاسدة ثبت للأم حق العتق بأداء القيمة إذ الفاسدة ملحقة بالصحيحة في حق إفادة الحكم فسرى الحق إلى الولد كما في الصحيحة.

ولو كاتبها على أن كل ولد تلده فهو للسيد أو على أن تخدمه بعد العتق فهي فاسدة لأنه خلاف موجب العقد لأن موجبه أن يصير الولد مكاتبا كالأم؛ لأنه بعض من أمه ولا يصير مكاتبا متى صار بدل الكتابة والخدمة بعد العتق مجهول القدر بجهالة مدتها فلم تصح التسمية.

ولو كاتبها على مائة فولدت ثم أعتقها المولى لم يعتق ولدها؛ لأن الكتابة بالميتة باطلة كالبيع بالميتة.

ولو اشترطا الخيار لأحدهما يومًا في الكتابة جازت، وعند الشافعي لا يثبت

الخيار للعبد والكتابة جائزة بناء على أن الكتابة في جانب العبد غير لازمة عنده فلا يفيد اشتراط الخيار كما في الكتابة وعندنا لازمة حتى لا يملك فسخها حالة القدرة على أداء بدلها وهو الصحيح؛ لأن الكتابة ليست إلا إثبات حريتين وهو حرية اليد للحال وحرية الرقبة في المآل فتكون لازمة من الجانبين كالعتق على مال وهذا؛ لأن الكتابة شرعت نظرًا للعبد ليصل إلى شرف الحرية وتمام النظر للعبد أن يكون لازمة حالة القدرة حتى لا يملك الفسخ فيبطل حرية يده ويزول إكسابه عنه بغير عوض يحصل له فكانت الكتابة عقد معاوضة لازمة حالة القدرة محتملة للفسخ فيكون باشتراط الخيار معتدًّا فثبت كما في البيع.

فإن ولدت ثم أمضاها صاحب الخيار كان الولد مكاتبا معها؛ لأنه متى سقط الخيار ثبت الحكم من وقت العقد كالجارية المبيعة ولدت في مدة الخيار، فإن كان الخيار للمولى فأعتق نصفها أو نصف ولدها بطلت الكتابة؛ لأن بإعتاق البعض يمتنع إجازة الكتابة في الباقي؛ لأن إنشاء الكتابة في معتق البعض لا يصح؛ لأنه صار بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما صار كله حرًّا فلما منع إنشاء الكتابة منع الإجارة فيكون إعتاق البعض فسخًا للكتابة دلالة وصار كالبائع بالخيار إذا أعتق بعض المبيع، فإذا انفسخت الكتابة بيعت في نصف قيمتها عند أبي حنيفة كمعتق البعض.

(باب الصلح والاستحقاق على بدل الكتابة واستحقاقه)

ولو كاتبه على مال منجم ثم صالحه على أن يعجل بعضه ويحط الباقي جاز وبين الحر من لا يجوز، وعند الشافعي لا يجوز كلاهما.

والصحيح قولنا؛ لأن المولى حط بعض حقه في الكتابة والعبد أسقط حقه في الأجل ولا يصح ذلك منهما إلا بعد فسخ الكتابة منهما؛ لأنه يصير اعتياضًا عن الأجل وذلك ربا، والربا يجري بين المكاتب وسيده كما لو جرى ذلك بين الحرير فتضمن إقدامهما على ذلك فسخ الكتابة وتعليق العتق بخمسمائة معجلا لا اعتياضًا عن الأجل لأن بدل الكتابة في معنى المعقود عليه، ألا ترى أن العجز عن أدائه

يوجب الفسخ فصح الفسخ منهما باعتبار الإضافة إليه تصحيحا لتصرفهما.

ولو صالحه من الكتابة على عين جاز؛ لأن بدل الكتابة بمنزلة الثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز إلا أنه أعطى له حكم المبيع في حق الفسخ بالعجز عن تسليمه نظرا للمكاتب فيما وراءَه بقي بمنزلة الثمن.

ولا يشترط قبضًا في المجلس لأنهما افترقا عن عين بدين، وعلى شيء مؤجل لا يجوز لأنهما افترقا عن دين بدين.

ولو كاتبه على وصيف أبيض فصالحه على وصيفين أبيضين يدًا بيد جاز؛ لأنه صالح عن دين معين فيجوز نقدا.

(**المنتقى**): ابن سماعة عن محمد: ولو استأجر المولى مكاتبه بما عليه سنة بخدمته صحت الإجارة وعتق العبد للحال؛ لأن مولى ملكه بدل الكتابة بالتعجيل فصار ملكا للمكاتب فبرئت ذمته عنه بمنزلة رجل استأجر عبدا يخدمه شهرا فعجلها له بملك الدراهم، وإن لم يخدمه شيئًا، فإن خدمه المكاتب شهرا ثم مات انقضت الإجارة وبرئ المكاتب من حصة ما خدمه والباقي دينا عليه.

(فصل)

ولو استحق بدل الكتابة من المولى رجع بمثله؛ لأن الكتابة معاوضة وتعليق العتق بأداء العوض فمن حيث إنه تعليق عتق بوجود الشرط وهو أداء الألف إليه كما في تعليق العتق بأداء الألف إليه ومن حيث إنه معاوضة متى لم يسلم إليه البدل يرجع بمثله؛ لأن العتق لا يمكن فسخه، وكذلك لو تبرع عن العبد رجل ببدل الكتابة فأداه ثم استحق لم يبطل عتقه ويرجع المولى على العبد بمثله دون الدافع.

(باب كتابة عبدين)

مسائله على فصول:

أحدها: فيما إذا كاتبهما كتابة واحدة من غير كفالة.

والثاني: فيما إذا كاتبهما كتابة واحدة وكل واحد كفيل عن صاحبه.

والثالث: فيما إذا كاتب عبده الغائب على مال على الحاضر.

والرابع: في عجز أحدهما عن بدل الكتابة.

والخامس: فيما إذا كاتبهما فارتد أحدهما.

(فصل)

ولو كاتب عبدين مكاتبة واحدة على ألف فقبل أحدهما لا يجوز، وإن فصل فقبل أحدهما جاز لأنه متى كان البدل مفصلا كانت الصفقة متفرقة متحدة، فإذا قبل أحدهما كان قبولا بالحصّة وهي مجهولة ومتى كان البدل مفصلا كانت الصفقة متفرقة معنى قبول أحدهما يكون ببدل معلوم فجاز كما في البيع.

ولو قال لعبديه: كاتبكما على ألف فقبلا لا يعتق واحد منهما بأداء حصته ما لم يؤد جميع البدل استحسانا والقياس أن يعتق وهو قول زفر رحمه الله.

ولذلك لو قال: كاتبتكما على ألف على أنكما إن أديتما المكاتبة عتقتما، وإن عجزتما رددتما في الرق وجه القياس أن معنى المعاوضة في الكتابة أصل، ومعنى التعليق تبع، ولهذا بقي قابلا للفسخ فكانت العبرة للمعاوضة لا للتعليق والمعاوضة تنعقد على كل واحد منهما بحصته من البدل كما لو باعهما من رجلين ينعقد البيع على كل واحد منهما بحصته حتى لم يكن للبائع أن يطالب أحدهما بجميع الثمن. وجه الاستحسان: أن الكتابة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما أصل ومقصود؛ لأن الكتابة موضوعة لإثبات حرية اليد للحال ولتعليق حرية الرقبة بأداء البدل باعتبار معنى المعاوضة إن كان يوجب الانقسام ويعلق عتق كل واحد بأداء حصته باعتبار التعليق يوجب تعليق عتق كل واحد بأداء كل الألف واعتبرنا المعاوضة في جانبهما وانقسم البدل عليهما اعتبارا للتعيين ومتى أدى أحدهما جميع الألف وعتقا يرجع على صاحبه بما يخصه من بدل الكتابة حتى لو كانت قيمتهما سواء رجع عليه بنصف المؤدى؛ لأن كل واحد بمنزلة الكفيل عن صاحبه لأنهما لما قبلا العقد فصار كل واحد منهما راضيًا بأن يكون مطالبا من جهة

المولى بجميع الألف على أن يرجع على صاحبه بحصته دلالة فصار كما لو شرط كل واحد الكفالة في عقد الكتابة.

(فصل)

ولو كاتب عبدين مكاتبة واحدة على ألف وكلّ واحد كفيلًا عن صاحبه جاز استحسانا لا قياسًا وهو قول زفر والشافعي؛ لأنه شرط في الكتابة كفالة المكاتب ببدل المكاتبة والكفالة من المكاتب لا تصح بدين آخر فلأن لا تصح ببدل الكتابة أولى، فإن الكفالة ببدل الكتابة من الحر لا تصح فكيف من المكاتب.

وجه الاستحسان أن المشروط بدل الكتابة في حق المولى كفالة في حق صاحبه؛ لأن هذه الكتابة توجب تعليق عتق كل واحد بأداء كل الألف وكل واحد مطالب بأداء كل الألف؛ لأنه إن تعذر تصحيح المشروط كفالة أمكن تصحيحه بدل كتابة في حق المولى وكفالة في حق صاحبه بأمره وصار كأنه كاتب كل واحد منهما على حدة على ألف وقرن به عتق الآخر تصحيحا للتصرف وإن أدى أحدهما المال عتقا؛ لأنه تعلق عتق كل واحد بأداء جميع الألف وصار كما لو كاتبهما على ألف على أحدهما صح وعتقا بأداء القابل المال كذا هذا وللمولى أن يأخذ بأيهما شاء جميع المكاتبة، مات أحدهما أو لم يمت ويرجع على صاحبه بحصته، فإن كانت قيمتهما سواء رجع بنصف ما أدى على صاحبه؛ لأنه مال واحد لزمهما بعقد واحد فكل جزء أدى منه كان المؤدى مالا ضمناه فيستويان في ضمانه ويرجع المؤدى على صاحبه بنصفه كرجلين كفلا لرجل بألف دين على أن يكون كل واحد كفيل عن صاحبه بما أدى أحدهما نصف الثمن أو أقل لا يرجع على صاحبه؛ لأنه وجب على كل واحد مالان نصفين نصفه بالشراء ونصفه بالكفالة فجعل المؤدى عن الشراء ما أمكن؛ لأن المؤدى بالشراء أقوى من الواجب بالكفالة؛ لأن الكفالة تبرع والشراء معاوضة والواجب بالتبرع أضعف من الواجب بالمعاوضة، ألا ترى أنه لو اشترى شيئًا في مرض موته وتكفل فالثمن متقدم على الكفالة فكان صرف المؤدى إلى الواجب بالشراء أولى، وإن أعتق أحدهما سقطت حصته؛ لأنه عتق لا بجهة الكتابة ولم يبرأ من كفالة صاحبه؛ لأنه كفيل عنه.

(فصل)

ولو كاتب عبدًا له حاضرًا أو غائبًا على ألف على الحاضر وقبل الحاضر جاز استحسانًا وهما مكاتبان والقياس أن يصير الحاضر مكاتبا بحصته؛ لأنه عقد الكتابة على نفسه وعلى الغائب فينفذ على نفسه بحصته ويتوقف على الغائب بحصته؛ لأنه تعذر تنفيذ الكتابة على الغائب ببدل يجب على الحاضر؛ لأن الحاضر لم يضمن بدل الكتابة عن الغائب، ولو ضمن لا يصح، فإنه لو كاتب الغائب على ألف على الحاضر لا يصح؛ لأنه يكون كفالة ببدل الكتابة وأنه لا يصح.

وجه الاستحسان: أن المولى صير الغائب أحق بنفسه ومكاسبه وبحرمه ينفذ على نفسه من غير ضرر يلحقه ولا مال يلزمه، فإن المال كله يلزم الحاضر وجعله على شرف الوصول إلى حقيقة الحرية فصح بدون رضاه لما فيه نفع محض، وكان المولى يملك إثبات الحرية وتعليقها بدون رضاه ويجوز إيجاب البدل على الحاضر؛ لأنه يتعلق عتقه بأدائه ويستفيد بأدائه عتقا فيكون بدل كتابة الحاضر معنى، ولكن تعلق عن الغائب بأدائه أيضًا وصار كأنه كاتب الحاضر وحده على ألف وعلق عتق الغائب بأدائه فجاز فكذا هذا، فإن أداها عتقا ولم يرجع على الغائب بشيء، وإن مات الغائب لم يرجع عن الحاضر بشيء؛ لأن المال كله على الحاضر دون الغائب.

وذكر عصام: لا يتبع الغائب ما لم يعجز الحاضر بخلاف ما لو أعتق الغائب يسقط عن الحاضر حصته، وإن مات الحاضر فللغائب أن لا يؤدي فيبقى مملوكا، وإن جاءها أجبر المولى على قبولها وعتقا بأدائه؛ لأن الغائب صار مكاتبا في ماله وهو صيرورته أحق بنفسه ومكاسبه ويستحق العتق بأداء غيره فيثبت له حق الأداء ليعتق، فإن لم يجب عليه أصل المال فيجبر المولى على قبوله حتى يصل العبد إلى العتق؛ لأنه مستحق له فيعتبر الكتابة نافذة في حق جبر المولى على القبول كالمكاتب اشترى ولده من السوق ومات فجاء الولد ببدل الكتابة يجبر المولى على قبولها كذا هذا، ولا يمكن المولى من السعاية على نجوم الحاضر؛ لأن الأجل لم يثبت في حق الغائب؛ لأن الدين في ذمَّة الحاضر ثبت مؤجلا وقد سقط الأجل

بموته ولا يرجع الغائب على أحدٍ؛ لأنه متبرع في أداء بدل الكتابة على الحاضر بغير أمره ولا يتغير بقبول الغائب وعدم قبوله.

ولو قال لعبده: كاتبت عبدي الغائب على ألف على أن تؤديها أنت فرضي به لم يجز، فإن أداها عتق الغائب استحسانا لما بينا أن هذه الكتابة نافذة على الغائب في حق ماله من حرمة بيعه وصحة عقده بأداء الحاضر ولا تعتبر نافذة في حق ما لا يلزم من البدل بل يتوقف على إجازته؛ لأنه لا يمكن إيجاب المال بالإجماع على الغائب لعدم قبوله ورضاه ولا على الحاضر؛ لأنه عبده ولا يجب للمولى على عبده مال إلا بجهة الكتابة وإن قبل الكتابة حر عن عبد لرجل على أن ضمن عنه المكاتبة لم يجز؛ لأن الكفالة ببدل الكتابة بعد وجوبه لا يجوز فقبل وجوبه أولى، وإذا لم يجب المال على القابل ولا على العبد لعدم قبوله لم تنفذ الكتابة في حق لزوم المال، وكذلك إن كان العبد ابنًا لهذا الحر، وكذلك عبد وابن له صغير لرجل واحد فكاتبه على ابنه لم يجز؛ لأنه لا ولاية له على ابنه الصغير إذا كان ابنه عبدًا لغيره وإن أدى عتق في هذه الفصول لأنا اعتبرنا الكتابة نافذة في حق مال العبد وأن يعتق بأداء المتبرع عنه حكم له لا ينفعه فيعتبر الكتابة نافذة في حق أداء الفضولي فصار الفضولي قاضيا بدل كتابة هو واجب عليه في حق صحة القضاء من الفضولي فيعتق ويسلم ذلك للمولى ولا يسترده الحر من المولى؛ لأنه أداه بعد الوجوب ولا يرجع به على العبد؛ لأنه متبرع في الأداء على العبد.

(فصل)

رجلان لكل واحد عبد فكاتبهما معًا على ألف وكل واحد مكاتب لصاحبه لحصته؛ لأن العوض لكل واحد من المولين لا يخص عبده من الألف لا جميع الألف؛ لأن جميع الألف مقابل بهما فلا يملك واحدًا منهما إلا ما يخص قيمة عبده من الألف فيعلق عتق عبده بما صار عوضًا له بخلاف ما لو كان مولاهما واحدًا كاتبهما كتابة واحدة بألف لا يعتق كل واحد منهما إلا بأداء الألف؛ لأن جميع الألف صلح عوضًا فأمكننا تعليق عتق كل واحد بجميع الألف باعتبار معنى التعليق لما بيّنا وهنا بخلافه.

ولو كاتب عبدين مكاتبة واحدة فعجز أحدهما فرده المولى القاضي في الرق والقاضي لا يعلم بمكاتبة الآخر معه ثم أدى الآخر جميع المكاتبة عتقا جميعًا؛ لأنه لم يصح رد الأول في الرق؛ لأن عجزه لم يثبت ما دام الآخر قادرًا على أداء بدل الكتابة، ولهذا لو مات أحدهما عاجزًا لا تنفسخ الكتابة؛ لأن القدرة على الأداء ثابتة في جهة صاحبه فكان شرط الرد في الرق عجزهما؛ لأن عتق كل واحد منهما تعلق بأداء الآخر ويستحق الحرية بأداء الآخر، ولهذا لو علم القاضي بكتابة الآخر لا يرده حتى يجتمعا.

ولو كاتب الموليان عبدهما كتابة واحدة فعجز لم يرد في الرق حتى يجتمع الموليان؛ لأن فسخ العقد في نصيب أحدهما فسخ له في نصيب الغائب؛ لأن بقاء الكتابة في نصيب الغائب مما يؤثر في نصيب الحاضر حتى يمتنع في بيعه فمتى صح الفسخ في نصيبه جاز صار فاسخًا على صاحبه والفسخ في نصيب الغائب متعدد؛ لأنه لا ولاية للحاضر على صاحبه، وإذا امتنع الفسخ في نصيب الغائب امتنع في نصيب الحاضر ضرورة، فإن كان المولى واحدًا فمات عن ورثته فلبعضهم رده في الرق بقضاء وليس له ذلك بغير قضاء؛ لأن بعض الورثة انتصب خصمًا عن البعض وانتصب خصمًا عن الميت في ما له وفيما عليه لما عرف ولا يرده إلا بالقضاء؛ لأن الميت لو كان حيًّا لا يرده في الرق إلّا بقضاء أو برضاء العبد وفي رواية له ذلك بغير قضاء ورضا لما مر في صدر الكتاب، وكذلك الوارث.

(فصل)

ولو كاتب عبدين كتابة واحدة فارتد أحدهما وقتل لا يعتق الحي ما لم يؤدِّ جميع المكاتبة كما لو مات أحدهما حتف أنفه إذ القتل والموت حتف أنفه سواء، وإن ترك المقتول كسبا في ردته أخذ المولى منه جميع البدل وعتقا؛ لأن كسب المكاتب في حالة الرد تعلق به حق المولى لقيام سبب ثبوت الحق له في كسبه وهو ملك رقبته ومتى تعلق به حق المولى لم يصر فيئًا ككسب الحر في حالة الإسلام لما تعلق به حق الورثة لم يصر فيئًا فقد وجد شرط عتقهما وهو وصول المولى إلى

البدل ورجع ورثته على الحي بحصته؛ لأنه صار كفيلًا عنه بحصته كما لو قضى المورث بنفسه وبقية الكسب ميراث لهم؛ لأنه ثبت للمكاتب حق الملك في كسبه والكتابة باقية بعد الرد فيثبت له حق الملك في كسبه، فإذا انتقلت حقيقة الملك بالأداء يورث عنه، وكذلك إذا ألحق بدار الحرب أخذ الحاضر بجميع الكتابة ويرجع على المرتد بحصته إذا عاد، فإن لم يعد مسلمًا ومات هناك عن مال وظهر المسلمون عليه لم يرجع المؤدى فيه بشيء، وإن وجده قبل القسمة؛ لأن كسب المكاتب في دار الحرب لا يتعلق به حق المولى؛ لأن أخذ الحربي ما هو ملك المولى حقيقة وإحرازه بدار الحرب يزيل ملكه الثابت فلأن يمنع ثبوت حق الملك له في كسبه أولى فمتى ظهر عليه المسلمون صار فيئًا وصار بمنزلة ما لو استدان حر دينًا ثم ارتد ولحق بدار الحرب ولم يُخلِّف مالًا ثم اكتسب مالًا في دار الحرب ثم ظهر المسلمون عليه وعلى ماله فقتلوه لم يكن للغرماء على ماله سبيل.

فإن عجز الحاضر لم يرده القاضي في الرق وإن رده لم يكن ردًّا للآخر حتى لو رجع مسلما لم يرده إلى مولاه؛ لأن لحوق المكاتب بدار الحرب بمنزلة الغيبة وليس بموت حكمًا؛ لأنه يتعدى ضرره إلى المولى، فإن ملكه في رقبته قائم وحق الملك قائم وهذا يبطل متى قضى بموته وقسم ماله بين ورثته، وإذا لم يترك شيئًا يتضرر به المولى بإبطال ملك رقبته يتضرر وولد المكاتب بإيجاب السعاية عليه فلم يلحق بالموت حكمًا دفعًا للضرر عنه بخلاف لحوق الحر المرتد بدار الحرب، فإنه لو جعل موتا لا يتعدى ضرره إلى مسلم بل ينتفع به مسلم وغرته بالميراث وأمهات أولاده ومدبروه بالحرية.

(**المنتقى**): كاتب عبدين على ألف منجمة كتابة واحدة فزاد أحدهما مائة درهم في المكاتب وقيمتها سواء ولم يقبل الآخر الزيادة، فإنه يلزم الزائد نصف الزيادة وتكون عليه حالة ويعتقان بأداء الألف، وكذلك لو قبلها الآخر كانت الزيادة حالة ولا يأخذ المولى كل واحد منهما إلا بجهة من الزيادة؛ لأن الزيادة لم تلحق بأصل الكتابة؛ لأن الكتابة متى انعقدت على ألف مؤجلة وتعلق العتق بأدائهما منجما والتعليق لا يحتمل التغيير فلا يتعلق بأداء الأصل والزيادة جميعًا.

فإن أداها أحدهما لا يرجع بها على الآخر؛ لأنه متبرع فيه.

ولو زاده أحدهما مائة وضمنها فالزيادة كلها عليه نصفها بالأصالة ونصفهما بالكفالة.

(باب مكاتبة الرجلين)

مسائله على فصول:

أحدها: في مكاتبتهما عبدًا بينهما.

والثاني: في مكاتبة أحدهما.

والثالث: في استيلاد المكاتبة بينهما.

والرابع: في تدبير المكاتب بينهما.

(فصل)

كاتب عبدًا لا يعتق شيء منه حتى يؤدي الجميع، لأن الصفقة واحدة وقعت بألف فلا يسلم له شيء من المعقود عليه ما لم يؤد جميع البدل كما لو باعا عبدًا صفقة واحدة فأدى المشتري حصة أحدهما من الثمن لا يملك قبض شيء من المبيع حتى يؤدي جميع الثمن إليهما وأيهما أخذ نصيبه بإذن شريكه ثم عجز المكاتب فالمأخوذ بينهما؛ لأن المأخوذ كان بينهما قبل العجز؛ لأن بدل الكتابة غير مملوك لهما قبل القبض حقيقة، ولهذا لا تصح الكفالة له ولم تجب الزكاة فيه فلم يصادف قبض أحدهما ملكه فلغى التسليم إلى أحدهما فصار وجوده وعدمه بمنزله بخلاف سائر الديون لأنها مملوكة لهما قبل القبض، ولهذا يجري فيها أحكام الملك فصح قبض أحدهما؛ لأنه يصرف فيما هو مملوك له فصح.

ولأنه لو وقع المقبوض عن نصيب القابض أدى إلى تغيير موجب الكتابة، فإن موجب الكتابة أن لا يعتق حتى يؤدي الكل، ولو انصرف المقبوض إلى نصيبه لم يبق له حق في رقبته ولا في بدل رقبته فيعتق رقبته فيتغير موجب الكتابة فلم يصح ولا كذلك في سائر الديون ومتى كان المأخوذ بينهما قبل العجز فكذلك بعده.

وإن أعتقه أحدهما أو وهب له نصيبه من المكاتبة عتق نصيبه؛ لأنه برئ عن نصيبه فلم يبق له في رقبته حق ولا في بدلها فبرئت ذمته عن حقه فيسلم له نصيبه بخلاف ما لو قبض نصف الكتابة حيث لا يعتق؛ لأن المؤدى كله لم يقع عن نصيبه بدليل أن لشريكه أن يشاركه فيما قبض والثاني في الذمة يكون مشتركا بينهما فلم يوجد الاستيفاء في نصيبه بتمامه فلم يعتق بخلاف ما لو قبض نصيبه ثم أبرأه من بدل الكتابة لا يعتق نصيبه؛ لأن البراءة لم تصح؛ لأن القابض ملك المقبوض إلا أنه تعلق به حق الشريك وهو أن يشاركه فيما قبض فيعود حق القابض في نصف نصيبه إلى ما بقي في ذمة المكاتب فقبل أن يشاركه شريكه في المقبوض لا يعود حقه إلى ما في الذمة فلم تصح البراءة ولم يتم الاستيفاء في نصيبه فلم يعتق.

ثم إن شاء المكاتب عجز وإن شاء مضى، فإن مضى فلا ضمان على المعتق؛ لأن حق الساكت قبل العتق في نصف بدل الكتابة وبعد العتق في سعاية نصف الرقبة إن عجز فلم يصر المعتق متلفًا عليه ما هو حقه، فإن مات عن مال أخذ الساكت نصف الكتابة والباقي لورثته لأن نصفه بقي مكاتبا فهذا مكاتب مات عن وفاء فيستوفي نصيبه من بدل الكتابة من تركة المكاتب.

فإن عجز فللساكت ثلاثة خيارات عند أبي حنيفة كعبدين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر.

وقال أبو يوسف: يضمن المعتق نصف قيمته إن كان موسرًا.

وقال محمد: يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من الكتابة أيهما أقل فهو عليه.

لمحمد: أن حق الساكت بعد الكتابة في أحد شيئين في نصف بدل الكتابة إن مضى عليها أو في قيمته إن عجز فالمعتق بإعتاقه أتلف عليه أحدهما لا بعينه فيضمن الأقل منهما؛ لأنه متيقن وفي الزيادة شك لأنها دائرة بين الوجوب وعدمه فلا يلزمه بالشك وصار كمن أعتق مكاتبه في مرضه ثم مات وعليه دين مستغرق يسعى المكاتب للغرماء في أقل من قيمته ومن بدل الكتابة فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن الكتابة انفسخت في الكل بإعتاق أحدهما؛ لأنه عتق كله

عندهما ولأن الكتابة كما لا تتجزأ ثبوتا لا تتجزأ فسخًا فانفسخت في الكل وسقط اعتبار بدل الكتابة؛ لأن بدل الكتابة غير مملوك له قبل القبض، ولهذا بقيت الرقبة في ملكه.

ولو صار البدل مملوكا له قبل القبض لاجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وهذا لا يجوز ومتى كان حقه في الرقبة لا في البدل كان المعتق متلفًا عليه نصف الرقبة والكتابة قد انفسخت فيضمن نصف قيمته غير مكاتب، ولهذا الولاء كله بينهما على حدة بحصته من البدل بقدر قيمته، فإن أدى حصته من المكاتبة إليهما عتق وليس بضامن عن الآخر؛ لأن عتق كل واحد منهما تعلق بأداء حصته لا بأداء جميع المكاتبة؛ لأنه لو تعلق بأداء جميع المكاتبة يصير كل واحد مطالبا بجميع المكاتبة بحكم العقد فيصير كفيلا عن صاحبه لغير سيّده؛ لأنه لا يمكن أن يجعل كله بدل كتابة في حق غير سيده وكفالة المكاتب لسيده لا تصح فكيف لغير سيده.

(فصل)

أحد شريكين كاتب نصيبه بغير إذن صاحبه فلصاحبه نقضه خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه يضمن الإضرار بشريكه؛ لأنه يحرم عليه بيع نصيبه؛ لأن نصيب المكاتب صار حرًّا يدًا وليس للساكت إبطال حرية اليد للعبد في نصيب المكاتب وحرية البيع كحرية الرقبة في النصف والكتابة محتملة الفسخ فجاز للشريك فسخهما لدفع الضرر عن نفسه.

فإن قبض المكاتبة عتق نصيبه؛ لأن الكتابة صحت في نصيب المكاتب؛ لأنها لاقت ملكه وتعلق العتق بأداء المكاتبة، فإذا أداها عتق نصيبه وأخذ شريكه نصف ما أخذ؛ لأن المؤدى كسب عبد مشترك بينهما نصفه للساكت فكان له أن يأخذ نصف المؤدى ونصف الكسب من العبد بعد الأداء ثم يرجع المكاتب به على العبد؛ لأن جميع المسمّى بإزاء نصيبه وقد استحق عليه نصفه فيرجع بما استحق عليه ثم للساكت في نصيبه الخيارات الثلاثة عند أبي حنيفة لما عرف.

فإن كاتب نصيبه بإذن شريكه جاز وليس للآخر أن يبيع نصيبه ولا أن يضمن

شريكه؛ لأن الكتابة صدرت منه برضا صاحبه فصار المكاتب حرا يدا فصار كما لو أعتق نصيبه برضا صاحبه وله أن يكاتبه عند أبي حنيفة؛ لأن الكتابة عنده تتجزأ كالإعتاق وعندهما لا تتجزأ فصار كله مكاتبا بينهما.

فإن قبض مكاتبته عتق نصيبه ولشريكه أن يأخذ منه نصفه إلا أن يكون أذن له بالقبض فلا يأخذ منه شيئا؛ لأن كسبه لما كان مشتركا بينهما، فإذا أذن له بقبض المكاتبة فكأنه أذن للمكاتب بأداء ما عليه من بدل الكتابة بما له فصار أداء المكاتب بأمر الساكت كأداء الساكت بنفسه، ولو تبرع الساكت بأداء نصف بدل الكتابة عليه لم يكن له استرداده فكذا هذا.

فإن نهاهُ بعدما قبض بعضه شاركه فيما قبض بعد النهي؛ لأنه استحق عليه نصف المقبوض فيرجع بما استحق عليه من البدل.

فإن كاتب نصيبه بغير إذن شريكه فلم يعلم شريكه حتى كاتب نصيبه بإذن الأول ثم علم فليس له نقضه؛ لأن حق الفسخ إنما يثبت للساكت دفعًا للضرر عنه والضرر هنا لا يندفع بالفسخ؛ لأنه يبقى نصيبه مكاتبا فلا يفيد الفسخ.

وما أخذ أحدهما بعد هذا يسلم له لا يشاركه صاحبه فيه؛ لأن العبد كله كان مكاتبا وليس لأحدهما حق المشاركة في كسب المكاتب ونصيب كل واحد صار مكاتبا بكتابة على حدة فصار متمكنا من قضاء البعض دون البعض كما لو باع أحدهما نصيبه على حدة وقبض الثمن لا يكون للآخر أن يشاركه فيه.

وكذلك إن أذن كل واحد للآخر في كتابة نصيبه فلا يشاركه فيما قبض علل محمد وقال وهو إذن في القبض ومراده أن هذا منزلة الإذن بالقبض حكمًا؛ لأن عقد كل واحد لما تفرق لا يكون لأحدهما أن يشاركه فيما قبض صاحبه؛ لأن كل واحد بكتابة نصيبه أسقط حقه عن كسبه فيسلم المقبوض للقابض فيكون لهذا حكم الإذن بالقبض لا أنه أذن به حقيقة؛ لأن الإذن بكتابة نصيبه لا يتضمن إذنا بالقبض إذ لو تضمن لما استقام قوله فيما يقدم إذا كاتب أحدهما نصيبه بإذن صاحبه ولم يأذن له بالقبض، فإنه كاتب أحدهما نصيبه وقد أذن صاحبه في الكتابة والقبض فقبض بعضه ثم عجز الغلام سلم له استحسانا وفي القياس يشاركه؛ لأن الساكت تبرع

بأداء الكتابة ومقصود المتبرع بأداء الكتابة أن يسلم للمكاتب رقبته بالعتق، فإذا لم يعتق فات مقصوده من التبرع فيرجع فيه كمن تبرع بقضاء المهر أو الثمن فجاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول بها أو هلك المبيع قبل القبض رجع المتبرع في المهر والثمن لفوات مقصوده وهو سلامة المبيع وسلامة منفعة البضع للمتبرع عليه.

وجه الاستحسان: أن أداء المتبرع كأداء المكاتب والمكاتب لو أدى شيئًا ثم عجز ليس له الاسترداد فكذا المتبرع وذلك لأن أداء المتبرع بمنزلة أداء من عليه الدين؛ لأنه يقوم مقامه في الأداء فيقع أداؤه على نهج أداء من عليه وصفته فلما أدى مع علمه أن أداءه يقع على صفة أداء المكاتب وأداء المكاتب يقع على صفة لا يكون له حق الرجوع فقد صار المتبرع راضيا ببطلان حقه في الرجوع بخلاف سائر الديون؛ لأن أداء المتبرع يقع على نهج أداء من عليه عند فوات المقصود من الدين ومن عليه يملك الرجوع والاسترداد متى لم يحصل مقصوده فكذلك المتبرع؛ لأنه بمثابته.

وإن كاتب كله بغير إذن شريكه لا يعتق إلا بأداء الحل؛ لأن الكتابة متى كانت واحدة كان شرط وقوع العتق أداء جميع المكاتبة لا أداء حصته لما بينا ولأن ما يقبض يكون مشتركا فلا يحصل له قبض نصيبه إلا بقبض الكل.

وإن وهب له نصف بدل الكتابة لم يعتق.

ولو وهب له جميع نصيبه عتق نصيبه، والفرق أن بدل الكتابة دين واحد؛ لأن إيجابه وموجبه واحد وهو الكتابة وصح إيجاب جميع المسمى في حق المكاتب حتى تعلق عتق نصيبه بأداء جميع البدل حتى لو أدى حصة المكاتب لم يسلم له نصيب الساكت فصح إيجاب المسمى في حق تعلق العتق فمتى وهب النصف مطلقا منهما ينصرف تسمية النصف إلى النصف شائعا من النصيبين؛ لأنه يحتملهما فلا تقع البراءة للعبد عن جميع حصته وإنما تقع البراءة عن نصف حصته ومتى وهبت حصته، وحصتُهُ لا تحتمل إلا نصيبه فانصرفت هبته إلى نصيبه خاصّة فبرئ العبد عن جميع حصته فيعتق بخلاف سائر الديون إذا وهب أحد الشريكين نصف الدين مطلقا ينصرف إلى نصيبه؛ لأن الدين ثمة وجب بإيجابهما فانصرفت هبة

النصف إلى نصيبه الذي وجب بإيجابه وبخلاف ما لو باع أحد الشريكين جميع العبد ثم وهب النصف، فإنه ينصرف إلى نصيبه خاصة؛ لأن إيجاب نصيب شريكه لم يصح في حقه حتى لا تتعلق سلامة حصته للمشتري بأداء حصته فصار وجود الإيجاب في نصيب شريكه وعدمه بمنزله.

(فصل)

وإذا استولد أحد الشريكين مكاتبة بينهما عند أبي حنيفة لا يمتلك نصيب صاحبه ويبقى نصيب الآخر مكاتبًا على حاله ولا تصير أم ولد له، وعندهما يتملك نصيبه صاحبه وتصير أم ولد له مكاتبة.

لهما: أن الاستيلاد في نصيب المستولد قد صح لقيام ملكه فيه وفيه فائدة وهو ثبوت حق العتق وحرمة البيع على التأبيد على وجه لا يحتمل الفسخ والرفع ومتى صح الاستيلاد في نصيبه وجب تكميله ما أمكن وقد أمكن؛ لأن الكتابة محتملة للفسخ لضرورة الحاجة إلى إثبات الحرية خصوصًا فيما فيه نفع للمكاتبة، فإن جميعها تصير أم ولد وهي حرة من وجه حتى يحرم بيعه مؤبّدًا وليس بضارٍّ لها؛ لأنه ليس فيها إبطال حق على المكاتبة، فإن جميع الكسب يسلم لها هنا فيحكم بانفساخ الكتابة في حق التملك بالضمان لا فيما عداه ثم اختلفوا على قولهما، قيل يضمن قيمتها قنة ويضمن نصف عقرها للساكت ونصفه للمكاتبة، وقيل يضمن قيمتها مكاتبة والأول أصح؛ لأن تملك نصيب شريكه مع قيام المكاتبة متعدد؛ لأن المكاتب ما لا يملك لا قصدًا ولا حكما، ألا ترى أنه لا يورث والملك بالإرث يقع حكمًا فعلم أن التملك مع قيام الكتابة ممتنع فتنفسخ الكتابة في نصيبه ثم تملك قنة.

لأبي حنيفة: أن المكاتب غير قابل للانتقال من ملك إلى ملك لما بينا، وفسخ الكتابة في نصيب شريكه لا يجوز لما فيه إبطال حق المكاتبة؛ لأنه إذا عتق نصيب المستولد بأداء بدل الكتابة يلزمها السعاية في الباقي وربما يكون قيمة الباقي أكثر من نصف بدل الكتابة والكتابة مؤجلة والسعاية حالّة فكذا يبطل حقها ونصف الكتابة، فعلم أن المكاتب غير قابل للتملك بالاستيلاد والاستيلاد غير قابل للتحري

إذا وقع فيما لا يقبل النقل، ألا ترى أنه لو استولد أحد الشريكين المدبرة بينهما صح استيلاده ولا يتملك نصيب صاحبه فكذا هذا.

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في علوق المكاتبة من أحدهما.

والثاني: في علوق بينهما من أحدهما.

أما **القسم الأول**: مكاتبة بينهما علقت من أحدهما إن شاءت عجزت وكانت أم ولد ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها، وإن شاءت مضت وأخذت منه عقرها؛ لأنه تصدى لها جهتا عتق، عتق لجهة الكتابة وعتق بجهة الاستيلاد ولها في كل جهة منفعة ومضرة، فإن أحدهما عاجل ببدل والآخر آجل بغير بدل.

فإن مضت ثم علقت من الآخر ثم عجزت فالولد الأول للأول والثاني للثاني وهي أم ولد للأول وعليه نصف قيمتها وعلى الثاني قيمة الولد عند أبي حنيفة؛ لأن نصيب الساكت لما بقي على ملكه صح استيلاده ودعوته في ملكه فيثبت نسب الولد الثاني منه، فإذا عجزت فقد زال المانع عن تكميل الاستيلاد وهو الكتابة فظهر أن الملك كان للأول؛ لأن دعوته أسبق فظهر أن وطء الثاني صادف ملك غيره في الحقيقة فصار مغرورا فصار الولد حرًّا بالقيمة ويغرم كمال عقرها للأول وصارت بمنزلة أم ولد. ولدت ولدين في بطنين وادعى أحدهما الأكبر والآخر الأصغر معا يثبت نسب الأصغر من الثاني ويضمن قيمته للأول استحسانا فكذا هذا وعندهما انفسخت الكتابة في نصيب الثاني وهي أم ولد للأول ويضمن نصيب الثاني من الجارية لكن عند أبي يوسف بالغة ما بلغت؛ لأنه يملك عليه نصيبه فيمتلك بكمال قيمتها ولم يظهر الانفساخ في حق الضمان لكونه ضروريا ولا ضرورة إليه إلا في حق التملك.

وعند محمد يضمن الأقل من قيمة نصيب صاحبه ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة؛ لأن حق الشيء في أحد الشيئين إما في نصف رقبة المكاتب إن عجزت وردت في الرق، وإما في نصف ما بقي من بدل الكتابة إن ردت وعتقت فيضمن أقلهما لكونه متيقنا، فإن مضت على الكتابة ذكر هشام في "نوادره" عن محمد: أنها

تكون مكاتبة بجميع البدل؛ لأنه يتملكها بالاستيلاد حكمًا مع قيام الكتابة لما بينا فلا يسقط شيء من البدل بدون الأداء والإبراء.

وذكر في (**المنتقى**): أنها تكون مكاتبة بنصف البدل؛ لأن الكتابة في نصيب الشريك انفسخت، فإن المستولد لا يتملك نصفه إلا بفسخ الكتابة فيسقط نصف البدل ثم سرت الكتابة القائمة في النصف إلى ما بقي بعد أن يتملكها المستولد فلا يزداد عليها البدل.

ولو كاتب نصيبه بغير إذن شريكه ثم علقت منه فهي أم ولد له وهي مكاتبة على حالها عندهما؛ لأن كلها صارت أم ولد له ويملك نصيب شريكه بالضمان وهي مكاتبة؛ لأن بقاء الكتابة في نصيب المستولد يكفي لصيرورة الكل مكاتبا؛ لأن الكتابة لا تتجزأ عندهما ثبوتا وبقاء فيضمن نصف قيمتها بلا خلاف بين المشايخ؛ لأن الكتابة في نصيب الساكت غير نافذة فيضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه ونصف عقرها لها، ولم يذكر قول أبي حنيفة في الكتاب، واختلف المشايخ على قوله قيل لا يصير الكل أم ولد له؛ لأن الاستيلاد لم يعد حق العتق في نصيب المستولد للحال؛ لأن حق الغرة وهو حرمة البيع ثابت بالكتابة إلا أن الحرمة غير لازمة وإثبات أصل الحرمة متعذر فتعذر إثبات صفة اللزوم للحرمة؛ لأنها تبع لها فمتى تعذر إثبات الأصل تعذر إثبات التبع، ومتى لم يفد الاستيلاد حق الحرية في نصيبه لا تقع الحاجة إلى تملك نصيب شريكه فلا يضمن شيئًا لشريكه ويضمن جميع العقر للمكاتبة، وقيل تصير الكل أم ولد له؛ لأن الاستيلاد في نصيبه عامل للحال لقيام ملكه فيه والكتابة لا تمنع صحة الاستيلاد لما قدمنا فوقعت الحاجة إلى تملك نصيب الساكت وليس في نصيبه ما يمنع التملك وهو الكتابة النافذة، فإن للساكت سبيلًا من فسخهما فيتملك نصيبه ويصير الكل أم ولد له فيضمن نصف قيمتها ونصف العقر لشريكه ونصف للمكاتبة.

ولو وطئها الذي لم يكاتب فعلقت منه فهي أم ولده والمكاتبة جائزة حتى يردها الواطئ؛ لأنه لم يملك نصيب المكاتب بالاستيلاد ومع قيام الكتابة كان لا يمكنه التملك بالاستيلاد؛ لأن الكتابة تمنع التملك بالاستيلاد عنده فتثبت له ولاية الفسخ وقيل ينبغي أن تنفسخ الكتابة بنفس تعيين الاستيلاد؛ لأن استيلاده إياها دلالة على

فسخ الكتابة ولكن نص في الكتاب أنه لا تنفسخ الكتابة بنفس تعيين الاستيلاد وعندهما يتملك نصيب صاحبه مكاتبة على قول بعضهم؛ لأن كلها صارت مكاتبة بكتابة الأول إلا أن للشريك فسخها لما كان له فسخها قبل التملك وصارت كلها أم ولد له وعلى قول بعضهم تنفسخ الكتابة بتملك المستولد فلا تبقى مكاتبة.

ولو كاتبهما بغير إذن شريكه واكتسبت مالا وأدت فعتقت ثم اكتسبت مالا ثم حضر غير المكاتب فله نصف كسبها قبل أداء الكتابة ولها نصفه؛ لأن نصفها مكاتبة ونصفها قنة للساكت وكسبها بعد الأداء لها؛ لأن بعد الأداء يعتق البعض فيكون بمنزلة المكاتبة والمكاتب أحق باكتسابه وعندهما حرة فيكون لها وتأخذ نصف المؤدى من المكاتب؛ لأن نصف الكسب مملوك للشريك يملك نصف الرقبة ثم المكاتب إن كان كاتب جميع الرقبة بالمسمى لا يرجع على العبد بما أخذ منه الشريك؛ لأن جميع المسمى كان عوضًا عن جميع الرقبة ولم يسلم له بالكتابة إلا نصف رقبته وقد سلم المكاتب نصف العوض بمقابلته.

وإن كان كاتب نصيبه خاصة يرجع على البعض بما أخذ منه؛ لأن جميع المسمى عوض عن نصيبه وقد سلم للعبد جميع نصيبه واستحق نصف العوض على المولى فيرجع به على العبد، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما حكم الكل والنصف سواء؛ لأن الكتابة عندهما لا تتجزأ كالعتق، فإن ماتت قبل الأداء وتركت مالًا فنصفه للساكت ويأخذ المكاتب المكاتبة من الباقي؛ لأنه مكاتب مات عن وفاء ثم يأخذ الساكت نصف قيمتها ما بقي إن كان شريكه معسرًا؛ لأن له استسعاءها حال حياتها فيأخذ السعاية من مالها بعد وفاتها والباقي لورثتها الأحرار لأنها ماتت حرة، فإن لم يكن لها وارث فبينهما نصفان؛ لأن الولاء لهما وإن شاء ضمن شريكه إن كان موسرًا وولاؤها للضامن لما عرف.

فإن ماتت بعد الأداء وتركت مالا تبرأُ متى اكتسبته فهو لها؛ لأن الكسب أمر حادث والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب الأوقات حتى يقوم الدليل على خلافه.

ولو كاتبها بغير إذن شريكه فأدت المكاتبة ثم علقت من الآخر يسعى له في

نصيبه ولا تصير أم ولد له يريد به إن رقها لا يستبقي إلى أن يموت المولى لا إنها لا تعتق بموت المستولد؛ لأنه عتق نصيب المكاتب بالأداء وصارت مستسعاة للآخر، فإذا استولدها الآخر بالاستيلاد حصل في ملكه فصح وثبت النسب منه وصارت أم ولد له فيعتق بموته إلا أن الاستيلاد حصل بعد وجوب السعاية فلا تسقط السعاية به فصار كما لو استولد مكاتبته.

فإن كاتباها ثم ارتد أحدهما فأدت إليهما ثم قتل المرتد لا يعتق عند أبي حنيفة خلافًا لهما لما عرف أنه لما قتل على الرد تبين أن ملكه زال من وقت الرد عند أبي حنيفة فحصل الأداء إلى الأجنبي وعندهما لا يزول ملكه بالردة فصح قبضه.

وأما **القسم الثاني**: مكاتبة مشتركة ولدت بنتًا فعلقت البنت من أحدهما ثبت نسبه والبنت مكاتبة على حالها لأنها مشتركة بينهما فصح الاستيلاد لأحدهما ولا يمكن فسخ الكتابة منها لأنها تابعة للأم في الكتابة فلا يمكن فسخ الكتابة فيها مقصودًا ولأن العجز شرط الفسخ الكتابة ولا يتحقق العجز من الولد ما دامت الأم قادرة على الأداء، فإن عجزت المكاتبة صارت البنت أم ولد الواطئ ويضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت لأنها بعجز الأم صارت قنة فتملكها المستولد من وقت العلوق بالقيمة.

فإن لم تعجز فأعتق الشريك الآخر الابنة بعد العلوق صح؛ لأن نصفها مملوك ولا سعاية عليها؛ لأن نصفها الآخر أم ولد للمستولد ولا سعاية على أم الولد وولدها حر عند أبي حنيفة؛ لأن نصفه علق حرًّا بحرية الوسطى ونصفه علق حرًّا بدعوة أحدهما وعندهما إن أدت الأم عتقت ولا ضمان ولا سعاية ، وإن عجزت الأم فالبنت كأم ولد بين اثنين أعتقها أحدهما، مكاتبة بينهما ولدت فأعتق أحدهما الولد عتق نصيبه؛ لأن نصفه مملوك له؛ لأن ولد المكاتبة بمنزلة المكاتبة وهو تابع للأم في الكتابة فليس للولد فسخ الكتابة في النصف الباقي.

وإن عتقت الأم عتق نصفه الآخر تبعا للأم.

وإن عجزت فللشريك في الولد الخيارات الثلاث كما لو أعتق بعد العجز وعندهما يعتق كله حين أعتقه.

مكاتبة بينهما ولدت بنتا فوطئا البنت فعلقت منهما صارت أم ولدهما فيعتق بموتهما.

ولو كانت الأم هي التي ولدت منهما فماتا عتقت وولدها؛ لأن عتقها بمنزلة استيفاء بدل الكتابة في حقها؛ لأن العتق حصل لها في الحالين بجهة الكتابة؛ لأن الكتابة لم تنفسخ بالاستيلاد في حقها وحق المولى حتى يبقى بدل الكتابة مستحقا عليها للمولى.

وإن عجزت ثم ولدت منهما فالولد الأول رقيق؛ لأن الكتابة انقسمت بالعجز في حقهما وصارا قنين ثم صارت الأم أم ولد له والولد الأول منفصل فلا يسري إليه بحق الحرية.

(فصل)

مكاتب بين رجلين دبره أحدهما صار الكل مدبرًا له وهو مكاتب له عندهما ويتملكه بالقيمة لشريكه موسرًا كان أو معسرًا؛ لأن التدبير لا يتجزأ عندهما فتدبيره لاقى نصيب شريكه ولا يصير نصيب الشريك الآخر مدبَّرًا من جهته إلا بعد أن يتملكه على شريكه، فإذا تملك يتملك بضمان القيمة، وضمان القيمة لا تختلف باليسار والعسار واختلفوا أنه يضمن قيمته مكاتبا أو قنًّا، قيل يغرم نصف قيمته قنًّا؛ لأنه تنفسخ الكتابة في نصيب شريكه؛ لأن فسخ الكتابة لا يتجزأ، قيل يضمن قيمته مكاتبا؛ لأن الفسخ إنما لا يحتمل التجزيء لضرورة تضاد الأحكام في محل واحد وذلك لا يوجد هنا، فإن الكل قد صار مدبرا من جهة المدبر، وعند أبي حنيفة رحمه الله التدبير يتجزأ فيصير نصفه مدبرا فقد اجتمع في النصف سببا الحرية والكتابة والتدبير وفي النصف سببه واحد وهو الكتابة.

فإن أدى عتق، فإن مات المدبر عتق وعندهما في الكل اجتمعا سببًا للحرية؛ لأن من قال بفسخ الكتابة يقول بالفسخ في حق التملك لضرورة صحة التدبير فلا يظهر الفسخ في حق حكم آخر وهو العتق بأداء بدل الكتابة، والله أعلم.

(باب مكاتبة الرجل شقصاً من عبده)

مسائله على فصول:

أحدها: في كتابة نصف عبده.

والثاني: في كتابة العبد المشترك أو إذنه في التجارة.

والثالث: في كتابة نصف عبده ثم باع النصف الآخر منه.

(فصل)

فإذا كاتب نصف عبده جاز، وإذا أدى عتق نصفه عند أبي حنيفة، وعندهما يصير كله مكاتبا؛ لأن عنده الكتابة تتجزأ وعندهما لا؛ لأن الكتابة لإثبات حرية اليد للحال وحرية الرقبة في المال بمال فيكون كالإعتاق على مال يتجزأ عنده خلافًا لهما فيصير نصفه مكاتبا والنصف الآخر مأذونا له في التجارة حتى يكون إكسابه بعد الكتابة نصفها له ونصفهما للمولى؛ لأنه لا يمكن إثبات حرية اليد وفك الحجر ومالكية التصرف في النصف دون النصف فيصير النصف الآخر مأذونا في التجارة لإثبات حرية اليد ومالكية التصرف وما أكسبه قبل الأداء فله نصفه وللمولى نصفه؛ لأنه مكاتب نصفه وبعد الأداء الأحق للمولى فيه؛ لأنه معتق البعض ومعتق البعض مكاتب كله عنده فيكون جميع الكسب له.

ولا يمنعه إن أراد الخروج من المصر استحسانا وليس له أن يستخدمه ويستسعيه يوما ويتركه يومًا استحسانا، وجه القياس أن المكاتب في النصف بمنزلة المشتري لنصف رقبته ومن اشترى نصف رقبته فللبائع أن يمنع المشتري من أن يسافر به والعبد إلى المكسوب وله أن يهابه في الاستخدام فكذا هذا.

وجه الاستحسان أن المنع من المسافرة وَالتَّهَايُؤ في الخدمة ربما يصير سببًا لفوات حق العبد؛ لأن الأسواق قد تكون رائجة في بعض فصول السنة وكاسدة في بعضها كما هو عادة الأسواق في كل تجارة وصناعة وربما لا يمكنه الكسب إلا بالمسافرة أو في بعض السنة فيعجز فيؤدي في الرق وليس في إطلاق المسافرة

وترك التهيؤ فوات حق المولى أصلًا بل يأخذ نصف الكسب مكان نصف المنفعة فكان النظر في الخاسر في إطلاق المسافرة وترك الْمُهَايَأَة في ذلك.

فإن كانت جارية فولدت فولدها مثلها ونصف كسبه للمولى ونصفه للأم ويعتق نصفه بأداء الأم كما يعتق نصف الأم؛ لأن الولد تابع للأم فيصير نصفه مكاتبا تبعا للأم ونصفه قنًّا لمالك الأم.

وما اكتسب الولد بعد الأداء فهو له؛ لأن نصفه حر ونصفه مكاتب مقصودا وكسب الحر والمكاتب له لا لغيره.

فإن ماتت الأم قبل أداء شيء يسعى الولد في المكاتبة؛ لأن نصف الولد مكاتب تبعا لنصف الأم فقام مقامها في السعاية في النصف، فإذا أداها عتق نصفه ونصفها ويسعى في نصف قيمته دون قيمة أمه؛ لأن النصف الباقي من الأم إنما صار مكاتبا حكما بعد انفصال الولد عنها فيعتبر بما لو صارت مكاتبة بالكتابة بعد ولادة الولد لا يصير الولد تابعا لها حتى لا يعتق بأدائها فكذا هذا.

ولو أعتق نصف الحامل أو حبلت بعد العتق فولدت سعى الولد فيها على أمه إذا ماتت؛ لأن الأم صارت مكاتبة حكما يعتق البعض والولد في بطنها فصار الولد تابعا لها في هذه الكتابة كما لو كاتبها بالعقد والولد في بطنها.

كاتب نصف أمته فولدته ثم ماتت عن مال ودين قضى الدين من جميع تركتها ونصف ما تبقى بعد الدين للمولى ويأخذ الكتابة من نصف الباقي؛ لأن نصفها مكاتبة ونصفها قنة ما دونه ودين المكاتب والمأذون يقضي من جميع كسبه وكسب عبد نصفه ونصفه مكاتب ينتصف بينه وبين المولى فيؤدي الكتابة من نصفه كما في حالة الحياة، فإن بقي شيء أخذ منه نصف قيمتها؛ لأنه عتق نصفها في آخر جزء من حياتها فيلزمها السعاية فيأخذ السعاية من تركتها والباقي ميراث لورثتها ولا شيء لهذا الولد وهو بمنزلة الرقيق ما دام يسعى في نصف قيمته؛ لأنه عتق نصف هذا الولد لا كله ومعتق البعض بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يرث، فإن ماتت لا عن مال فأدى الولد الكتابة قبل الدين عتق نصفه ونصف أمه ولم يرجع الغرماء على المولى بما أخذ؛ لأن الأم لو قدمت أداء المكاتبة صح وعتقت فكذا الولد؛ لأنه قائم مقام الأم وسلم المؤدى للمولى.

وإن كانت المأذونة لا تملك آثار بعض الغرماء على بعض لأن الإذن في نصفها إنما ثبت بسبب الكتابة لا مقصودا فيكون تبعا للكتابة، ولهذا كان لازما لا يرتفع بالحجر فكان لكلها حكم الكتابة ويتبعون الولد بالدين؛ لأن الأم كانت تسعى في الدين فكذا ولدها، قيل ينبغي أن يسعى الولد في جميع ما وجب على الأم قبل الولادة ولا يسعى فيما وجب عليها بعد الولادة؛ لأن الدين قبل الولادة تعلقت بماليّة الأم فيسري إلى الولد ولا سراية بعد الولادة.

والصحيح أنه يسعى في جميع الدين مطلقا؛ لأن الولد هنا قام مقام الأم في الكتابة والإذن جميعًا؛ لأن نصفه بعد موت الأم مكاتب ونصفه مأذون لما كان للأم وكان على الولد السعاية في جميع ما وجب على الأم بسبب الكتابة والإذن جميعًا بخلاف ولد المأذونة؛ لأنه لا يصير مأذونا حتى يقوم مقام الأم في الإذن فلا يسعى فيما وجب عليها بعد الولادة وما يجب عليها قبل الولادة إنما يجب على الولد بطريق السراية لا بطريق القيام مقامها وما اكتسب الولد قبل أداء الكتابة نصفه للمولى ونصفه له بعد الدين؛ لأن نصفه قن ونصفه مكاتب المكاتبة نصفها استدانت سعت في جميع الدين وإن عجزت فجميع الدين في رقبتها تباع فيه، وكذلك إن كاتب أحد الشريكين نصيبه بإذن الآخر؛ لأن نصفها مكاتب ونصفها مأذون ودين المكاتب والمأذون يتعلق برقبتها.

(فصل)

فإن كاتب أو أذن للعبد المشترك في التجارة بغير إذن شريكه فاستدان فهو في نصيب الإذن؛ لأن الإذن رضًى يتعلق الدين برقبته وشريكه لم يرض له، فإن اشترى الإذن بعد الدين نصيب شريكه فالدين في النصف الأول خاصته؛ لأن سبب تعلق الدين بالنصف الآخر لم يوجد، وكذا ما استدانه هذا بغير علم مولاه؛ لأن الإذن في النصف المشترى لم يوجد نصًّا لو ثبت إنما يثبت دلالة بقاء الإذن في النصف الأول لما أن الإذن بالنصف إذن في الكل دلالة لكن الإقدام على الشراء في هذا النصف تنصيص على الحجر؛ لأن الشراء لإثبات الحق وتحقيق الحجر والإذن لإزالة الحق وفك الحجر فكان الشراء يضارُّ الإذن، فقيام الإذن في النصف يدل على زوال

الحجر لكن لا قوام للدلالة مع الصريح بخلافها، وإن علم أنه يبيع ويشتري ولم يمنعه فالقياس هكذا أو في الاستحسان يكون في جميع الرقبة بناء على أن المولى إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت لا يصير مأذونا استحسانا لا قياسًا، كاتب نصف عبده ليس له بيع الباقي؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، فإن باعه من العبد عتق نصف الذي باعه؛ لأن بيعه منه إعتاق على مال والكتابة لا تمنع الإعتاق وله الخيار إن شاء عجز وسعى في نصف قيمته، وإن شاء مضى على الكتابة؛ لأنه تصدى له جهة واحدة للعتق وهو الكتابة، فإن مضى وأدى له البعض ثم عجز حسب ما أدى له من نصف القيمة وسعى في الباقي؛ لأن الكتابة الأولى، وإن انفسخت بالعجز بقيت كتابة أخرى حكما يعتق النصف فصار المؤدى كسب المكاتب وكسب المكاتب لا يسلم للمولى بل يكون دينا عليه ويكون عليه مثله فيلتقيان قصاصًا بذلك القدر وعليه إذًا الباقي.

وإن أدى شيئًا من كسبه قبل شراء نفسه فنصفه للمولى يطرح عنه لأن نصفه قبل الشراء كان مكاتبة فكان نصف كسبه له، فإن كان أداؤه من دين استدانه فلا شيء للمولى فيه؛ لأنه لا حق للمولى في كسب عبده ما لم يفرغ عن دينه فكان كله محسوبًا، كاتب نصف عبده فاشترى عبدا فنصفه للمولى كما في كسبه، وإن اشترى المولى منه شيئًا أو اشترى المكاتب شيئًا إن كان عليه دين سوى المكاتبة جاز في الكل؛ لأن نصفه مكاتب ونصفه مأذون عليه دين وشراء المولى منهما جائز، وإن لم يكن عليه دين سوى المكاتبة لم يجز إلا في نصفه قياسًا وبه نأخذ، وفي الاستحسان يجوز؛ لأن المكاتبة دين على العبد ويجوز مبايعة المولى من عبده المديون.

وجه القياس أنه متى لم يكن عليه دين سوى الكتابة فللمولى أخذ نصف كسبه من يده قبل المبايعة؛ لأنه ملك المولى خالصا رقبة واحدة فلا يفيد البيع في النصف ومتى كان عليه دين فالمولى ممنوع عن أخذ الكسب من يده وبالبيع يستفيد حق الأخذ فيفيد فصح.

(باب الكتابة على نفسه وأولاده الصغار)

أصله: أن الولد الصغير إذا كوتب مع الأب فهو بمنزلة المكاتب كوتب مع الحاضر؛ لأن العقد أضيف إلى شخصين وليس للمولى ولا للأب ولاية إيجاب المال على الصغير فلم يجب المال عليه لفقد الولاية ويتعلق عتقه بأداء المال فمتى بقيت الكتابة بقي عتقه معلقا ومتى انفسخت لا يبقى عتقه معلقا لفوات شرط العتق لأن التعليق إنما ثبت ضمنا للكتابة لا مقصودًا فيرتفع بانفساخها ثم المسائل لا تخلو إما أن كانت الصغار مع أحد الأبوين أو معها.

أما **القسم الأول:** لو كاتب عبده على نفسه وأولاده الصغار جاز استحسانا لما بينا، وإن رُدَّ في الرق كان ردًّا للولد بمنزلة ما لو كاتب حاضرًا وغائبا على ألف على الحاضر وعجز الحاضر بردهما في الرق وحكم الولد هنا حكم الغائب هناك والسعاية كما ذكرنا.

وإن مات الأب سعى الولد؛ لأن الولد قائم مقام الأب؛ لأنه تابع للأبوين من وجه حقيقة؛ لأنه متولد ومتفرع ومتشعب عنهما وحكما؛ لأنه يتبعهما في حق الإسلام والحضانة والتربية فأنزلناه منزلة الولد الموجود في الكتابة في حق السعاية فيتوصل إلى العتق بالسعاية، وإن كانوا صغارًا عاجزين ردوا في الرق ليحقق العجز عن أداء الكتابة، فإن قالوا بعد الرد نحن نسعى لا يلتفت إليهم لانفساخ الكتابة في حقهم بانفساخ الكتابة في حق الأب، ولو لم يعجزوا وسعى بعضهم لم يرجعوا على إخوتهم بشيء؛ لأنه أدى عن أبيه لا عن إخوته إذ المكاتبة وجبت على الأب لا غير، فإن ظهر للمكاتب مال لم يكن له أن يأخذ ما أدى من ماله؛ لأنه أدى ما لم يكن مطالبا بأدائه متى كان للميت مال؛ لأنه ظهر أنه لا سعاية عليه فكان متبرعا فيه كالغائب في حق الحاضر بخلاف ما إذا أدى أحد الورثة الدين يرجع به في التركة؛ لأنه مطالب بأداء الدين عن الميت وهو مضطر فيه؛ لأنه لا يصل إلى قبض نصيبه من التركة إلا بالأداء فكان أداؤه لاستخلاص التركة لنفسه فلم يكن متبرعا فيه، وللمولى أخذ كل واحد بجميع الكتابة؛ لأن كل واحد منهم قائم مقام الأب فيؤخذ بجميع ما على الأب، وإن أعتق بعضهم رفعت حصته عن الباقين كما لو أعتق بعض

الغائبين يرفع عن الحاضر حصتهم؛ لأن الإعتاق بمنزلة الابن فكذا هذا، ولو كاتب الأولاد كبارًا أو كاتب على نفسه وعليهم بغير أمرهم، وإذا عتقوا لا يرجع عليهم، وكذلك في الصغار لما ذكرنا.

وأما **القسم الثاني**: إذا كاتب عبدا له وامرأته مكاتبة واحدة على أنفسهما وأولادهما الصغار ثم إن إنسانا قتل الولد فقيمته للأبوين يستعينان بها في الكتابة؛ لأن كسب وأرش الجناية عليه للولد؛ لأنه بدل نفسه ولا حق للمولى فيه للحال؛ لأنه بدل نفس المكاتب ولا حق للمولى بعد عتق الولد؛ لأن الأبوين يرثانه ولما بطل حق المولى ثبت الحق للأبوين ويورثانه ليعتق الولد فيعتقانهما معه كما لو كان حيًّا فأدى الكتابة.

ولو غاب الأب فأراد المولى استسعاء الولد في شيء من الكتابة لم يكن له ذلك؛ لأن حقه على الأبوين.

ولا سبيل للأبوين على كسب الولد؛ لأنه مكاتب أصلًا؛ لأنه دخل في العقد مقصودًا فاختص بإكسابه كالغائب لا يستحق الحاضر كسبه بخلاف كسب المولود في الكتابة؛ لأنه تبع داخل في الكتابة فكان كسبه تبعًا أيضًا فيستحق أصله ويرفع حصته عن الأبوين إن أعتقه السيد؛ لأنه داخل في الكتابة أصلًا ومقصودًا، فإن مات الأبوان أدى الكتابة حالَّة وإلا رد في الرق، وإن وقعت الكتابة وهو كبير كما في الغائب إذا مات الحاضر، وإن وقعت وهو صغير يسعى على نجومهما؛ لأن للأبوين نوع ولاية على الصغير في حالة الكتابة وهو ولاية الحضانة والتربية وضرورته تحت أيديهما بعقد الكتابة فنفذ عقدهما عليه فيما له منفعة وفي التأجيل للصغير منفعة فيثبت الأجل في حقه ولا كذلك الكبير فلا ينفذ عقدهما عليه.

(باب مكاتبة الحامل أو الحمل)

مسائله على فصول:

أحدها: في كتابة أحدهما.

والثاني: في حكم ولد المكاتبة حال حياة الأم.

والثالث: في حكمه بعد موت الأم.

والرابع: في حكمه بعد عتق أحدهما.

(فصل)

وإذا كاتب حاملًا واستثنى الجنين لم تصح الكتابة؛ لأنه شرط في الكتابة ما ينافي مقتضى العقد؛ لأن كتابة الحامل يقتضي دخول الجنين في العقد تبعًا للأم؛ لأنه جزء من أجزاء الأم متصل بها اتصال خلقة فالكتابة الواردة على كلها واردة على جميع أجزائها، ولهذا لا يجوز إفراده بالكتابة فلا يصح استثناؤه عن الكتابة فكان استثناؤه منافيا مقتضى العقد، والكتابة محتملة للفساد فيفسد بالشروط المنافية لمقتضاها كما لو باع أمة واستثنى ما في بطنها، وإن كاتب الحمل دونها لم يجز؛ لأن الكتابة عقد إيجاب وقبول فالقبول لا يتصور من الجنين ولا يصح قبول الأم عنه؛ لأنه لا ولاية لأحد على الجنين لاستغنائه عن جميع الأشياء.

(فصل)

وإن كاتبها حاملًا فولدت فالولد مكاتب تبعًا للأم حتى يجوز له أن يبيع ويشتري ويسعى على نجوم الأم، ولو جنى عليه أو اكتسب الأرش فالكسب للأم؛ لأنه جزء من أجزاء الأم جرت على صفة الأم؛ لأن حرية اليد ومالكية التصرفات ثبتت صفة للأم حقا مستحقا لها فيسري هذا الحق إلى الجزء كحقيقة الحرية والرق إذ الجزء والفرع يحدث على صفة الأصل ملكا ورقًّا، حرية وعتقا وكسب سائر الأجزاء وبدلها للأم إذا عتقت فكذا كسب هذا الجزء وبدله للمكاتبة استسعاء ولدها المولود في الكتابة وأخذ كسبه لما بينا.

فإن ماتت قبل أن تأخذه وقد عتقا فهو ميراث عنها إن كان لها أولاد أحرار؛ لأنه ملكها وقد ماتت عنه، فإن مات الولد من تلك الجراحة بعد العتق فجميع قيمته للأم؛ لأن المستحق لم يتبدل؛ لأن المستحق للسراية هو المستحق لأصل الجناية؛ لأن المستحق لأصل الجناية هو الولد؛ لأنه من أهل استحقاق أرش جنايته؛ لأنه مكاتب إلا أن ضمان السراية والجناية لا يسلم للولد بل يستحق الأم عليه؛ لأن تبع

لها في الكتابة فصار بمنزلة سائر أكسابه، فإن لحق الولد دين ثم ماتت الأم سعى في جميعه كما تسعى الأم في الدين والكتابة.

فإن مات عن كسبه بدأ بدينه ثم بدين أمه؛ لأن دين الولد أقوى؛ لأنه أحق بكسبه ما لم يفرغ عن حقه، ألا ترى لو كان للمكاتب عبد مأذون في التجارة ولحقه دين ثم مات كان غرماء العبد أحق بكسبه ورقبته فكذا هذا ولاية لما لم يكن لها حق في كسب الولد حال حياتهما ما لم يفرغ عن دين الولد فكذا بعد موتهما.

(فصل)

ولدت المكاتبة ثم ماتت سعى الولد على نجومها؛ لأن دين المكاتب تعلق بماليتها لضعف ذمتها بسبب رقها كما تعلق دين العبد المأذون بماليته، وإذا تعلق الدين بمالية الرقبة سرى إلى الولد؛ لأن الولد في حق المالية يتبع للأبوين حتى سرت إليه المالية إلى الولد منهما كما صار تبعا في حق الحرية والرق، فإذا سرت إليه مالية الأبوين سرت إليه مالية مشغولة بالدين؛ لأن مالية الولد تحدث على صفة مالية الأصل، فإذا ماتت عن ولد تحول دينها إلى ذمة الولد كما يتحول إلى كسبها لو تركت كسبا ويتحول على صفة كان وهو كونه مؤجلا، وإن كان عليها دين يسعى فيه أيضا؛ لأنه تعلق دينه بمالية الولد كما يتعلق بكسبه وصار كالولد المأذون يسعى في دين أمه بعد موتها فكذا هذا، فإن أدى الكتابة قبل الدين عتق وأخذه الغرماء فيسعى لهم استحسانا ولا سبيل لهم على ما أخذه المولى منه والقياس إن يبدأ بالدين ثم بالكتابة؛ لأن كسب الولد ملك الأم بدليل أنها تملك صرفه إلى بدل الكتابة فكان بمنزلة تركه الأم وأدى الولد منه الكتابة كان للغرماء استرداده من المولى؛ لأن كسبهم تعلق بكسبه قبل حق المولى فكذا هذا.

وجه الاستحسان أن حق الغرماء لا يتعلق بما اكتسب الولد بعد موت الأم ما دام صحيحا؛ لأن الدين يتحول إلى ذمة الولد ولا يتحول إلى كسبه حال صحته كالمكاتبة لا يتعلق حقها بكسبها حال حياتها وصحتها حتى لو بدأت بدين الكتابة يسلم للمولى فكذا هذا بخلاف ما إذا ماتت وتركت كسبًا؛ لأن الدين تعلق بكسبها ولا يتحول إلى ذمة الولد كالحر إذا مات وترك مالا ثم فرق بين المأذون

والمكاتب، فإنه يتعلق دين المأذون بكسبه حال صحته ودين المكاتب.

والفرق أن المأذون عبد من كل وجه فيتعلق الدين برقبته وماليته فأما المكاتب حرٌّ يدًا، قنٌّ رقبةً والكسب يحصل باليد المتصرفة والدين يتعلق بالرقبة المتقومة فأظهرنا الحرية في حق الكسب حتى يتحمل من تمييزه واستنمائه وأظهرنا العبودية في حق الرقبة ليتعلق دينه بمالية رقبته نظرًا للغرماء فكان فيه توفير النظر من الجانبين، وكذلك إن رد رقيقا بالعجز عن الكتابة وقد أخذ المولى منه شيئًا فلا سبيل لهم عليه؛ لأنه لم يأخذ حقهم، فإن قتل الولد خطأ بدأ من قيمته بالدين ثم بالكتابة ثم بالإرث؛ لأن قيمة الولد بمنزلة كسبه.

ولو مات وترك كسبًا بدأ بدين الغرماء؛ لأنه أقوى من بدل الكتابة فكذا هذا والفاضل عن كسب الولد بعد موت الأم يكون له؛ لأنه ظهر من الآخرة أنه اكتسبه وهو حر؛ لأنه حكم بحرية الولد في آخر جزء ومن حياته فيكون الفاضل ميراثا للورثة، إلا أن حريته في آخر جزء من حياته ظهر في حق الأم، والحقوق المستحقة بالكتابة صيانة لها ولا يظهر فيما عداها فلا يظهر أنه قتل حرًّا بل قتل عبدًا فيلزمه قيمته، ولهذا لم يظهر في حق حد القذف، فإن جنت الأم على إنسان وماتت قبل أن يقضي عليها بشيء سعى الولد في الكتابة والجناية؛ لأنه قائم مقام الأم والأم تسعى فيهما فكذا الولد.

(فصل)

ولو أعتق المولى المولود في الكتابة لم يرفع عنها شيئًا؛ لأن الولد تبع في الكتابة فلا يقابلها شيء من البلد كولد المبيعة بعد القبض.

وإذا أعتق المكاتبة عتق الولد، وإذا أعتق نصفها عتق من الولد المبيعة بعد القبض، وإذا أعتق الولد وإذا أعتق نصفها عتق من الولد مثل ذلك حملت في الكتابة أو قبلها؛ لأن الولد المولود في الكتابة تابع لها يعتق بعتقها ويرق برقها، ثم إن شاءت سعت في نصف المكاتبة وإن شاءت في نصف قيمتها عند أبي حنيفة؛ لأنه ثبت لها في النصف جهتا عتق عتق بجهة حقيقة الكتابة وعتق بجهة السعاية في النصف بإعتاق البعض فيخير إذا كان التخيير مفيدا بأن كانت المكاتبة مؤجلة وهي

أكثر والقيمة أقل، وإن كانا على الشراء أو القيمة أكثر لا يفيد الخيار؛ لأن القيمة حالَّة والمكاتبة مؤجلة والإنسان يختار الكثير العاجل على القليل الآجل، وإن ولدت ثم ماتت سعى الولد فيما عليها من الدين ونصف قيمتها ولا يسعى في شيء من قيمته؛ لأن ولد المكاتبة يسعى في جميع ما على أمها ولا يسعى في قيمته؛ لأنه عتق تبعا للأم لا أصلًا فصار كما لو كانت الأم حية وسعت في نصف كتابتها عتقت وعتق الولد بلا شيء فكذا هذا، فإن أعتقه المولى لم يبطل عنه الدين؛ لأن السعاية في الدين لزمته قبل عتقه فلا يسقط عنه بعتقه، وإن كان الولد جارية فعلقت من المولى فمات المولى عتقت وسعت في دين كان على أمها ولا تسعى المكاتبة؛ لأنها حرة ومن أجزاء المكاتب فيكون استيلاد جزء منها بمنزلة استيلاد المكاتبة، ولو استولد المكاتبة ثم مات عتقت وسقط عنها بدل الكتابة دون سائر الديون فكذا إذا استولد ولدها.

مكاتبة ولدت بنتًا والبنت بنتا فأعتق المولى العليا عتقن جميعًا، ولو أعتق الوسطى عتقت السفلى أيضًا عند أبي حنيفة، وعندهما لا تعتق بناء على أن السفلى تابعة لأمها عنده وعندهما للجدة؛ لأن الوسطى تابعة لأمها في الكتابة لأنها لم تكن موجودة لهذا العقد والتبع لا يجوز أن يستتبع غيره؛ لأنه حينئذ ينقلب أصلًا من الكتابة وبينهما تضاد، وإذا لم تصر السفلى تابعة للوسطى جعلناها تابعة للجدة؛ لأن الجدة كانت أصلًا، ولهذا تعتق السفلى بعتق الجدة وإن كسبها يكون للجدة ولو ماتت الوسطى بقيب السفلى مكاتبة حتى عتقت بعتق الجدة.

لأبي حنيفة: أن السفلى تابعة لأمها باعتبار كونها متفرعة متولدة عنها وتابعة للجدة بواسطة أمها لكون أمها تابعة للجدة ما دامت أمها وهي الوسطى حية كان جعلها تابعة للوسطى وقد تفرعت أولى من أن تجعل تابعه للجدة ولم يتفرع عنها، وإذا ماتت أمها تعذر أن تجعل تابعة لأمها فجعلت تابعة للجدة؛ لأنه يحتال للعتق ما أمكن والتبع يجوز أن يصير أصلًا ويستتبع غير أصله، فإن كل إنسان فرع لأصله وأصل لفرعه والغصن فرع لأصل الشجرة وأصل للثمرة وإنما تعتق السفلى بعتق أمها لا بعتق الجدة ولكن أمها تعتق بعتق الجدة. ماتت المكاتبة عن مال وعليها دين مثله فأدى الولد المال عن المكاتبة أو القاضي ولم يعلم بالدين تعتق الأم والولد

ويأخذه الغرماء من المولى؛ لأن حق الغرماء تعلق بعين الكسب بعد موتها فالولد أدى مالًا مشغولا بحق الغرماء ودينهم أقوى وآكد من دين المولى؛ لأن دين المولى لم يكن متأكدا قبل القضاء وإنما يتأكد بالقضاء فلم يصر دين المولى مساويا لدينهم فلم يصر أسوة للغرماء ويرجع المولى بمثله على الولد؛ لأن المقبوض لم يسلم له والبراءة عن الدين يحتمل الانتقاض.

وإن كان العتق لا يحتمل الانتقاض لما عرف، فإن لم يؤده الولد أو القاضي لم يعتق؛ لأن العتق معلق بالأداء أو ببراءة ذمة المكاتب ولم يوجد كلاهما؛ لأن البراءة معلقة بالإبراء أو بسلامة المقبوض للمولى ولم يوجد كلاهما، فإن لهم استرداد المقبوض من المولى، وإن لم يترك مالا فأعتق المولى الولد جاز وإن أحاط دينها بقيمتها ويسعى في الدين؛ لأن حقهم قبل العتق لم يكن إلا في السعاية وهو باقٍ بعد العتق فإعتاق المولى صادف ملكه ولم يبطل حقا على الغرماء فنفذ عتقه كما لو أعتق مكاتبة وعليه دين عتق والدين عليه فكذا هذا.

(**الجامع**): وإذا كاتب أمة حاملا والحمل لغيره فولدت ثم ماتت وتركت وفاء أولا ثم أجاز صاحب الولد الكتابة لم يجز؛ لأن الكتابة في الولد إنما تثبت موقوفة تبعا لكتابة الأم لا مقصودا؛ لأن الجنين تبع للأم في جميع التصرفات المضافة إلى الأم فما دام عقد الكتابة قائما في الأم يكون قائما في الجنين تبعًا للأم وإلا فلا والكتابة انفسخت في الأم بأداء بدل الكتابة بعد موتها أو بالعجز عن أدائه إذا لم تترك وفاءه فلا يبقى في الولد تبعا فأجازه صاحب الولد لاقت عقدًا مفسوخًا فلم يصح.

ولو ولدت ولدًا آخر ثم ماتت بقي العقد في حق هذا فتصبح الإجازة مفسوخًا فلم يصح، ولو ولدت ولدا آخر ثم ماتت بقي العتق في حق هذا فيصح إلا في حقه دون الولد الأول؛ لأن الثاني مولود في كتابة نافذة؛ لأن الكتابة نفذت فيها بعد ولادة الولد والولد المولود في كتابة نافذة يسعى بعد موت الأم على نجوم الأم فبقي العقد في حقه فالإجازة لاقت عقدا قائما فصح ولم يبق العقد في حق الأول تبعًا لانفساخ العقد في حق الأم بموتها فلم تصح الإجازة، وإذا أوصى لرجل بجارية

وزوجها ولآخر بما في بطنها فكاتب الموصى له الجارية والزوج كتابة واحدة فكفل كل واحد عن صاحبه فمات الزوج وترك دينا فأجاز صاحب الولد الكتابة جازت؛ لأن الولد يتبع الأم في الكتابة والرق والحرية دون الأب ولهذا كان كسب الولد المولود في الكتابة للأم لا للأب والكتابة قائمة في الأم حالة الإجازة لأنها حية فتكون قائمة في الولد تبعا لها فصحت الإجازة في الولد، فإن خرج دين الزوج يؤدي كتابته ويعتق في آخر حياته، وكذلك المرأة، وترث منه المرأة ولا يرث منه الولد؛ لأن الزوج مكاتب مات عن وفاء فيحكم بعتقه في آخر حياته قبيل موته فظهر أنه مات حرا والمرأة كانت شريكة زوجها في الكتابة؛ لأن المولى كاتبهما كتابة واحدة فتعتق المرأة في الوقت الذي عتق زوجها وهو قبيل موت الزوج فالزوج مات عنها وهي حرة فورثت منه إلا أنه يرفع من ميراثها قدر ما أدى الزوج عنها من مكاتبتها؛ لأن الزوج كان أصيلا في بعض الكتابة كفيلا في بعضها عن المرأة بإرثها فما أدى من مال الزوج عنها بحكم الكفالة فيصير دينا للزوج عليها.

فأما الولد لم يكن شريك الأب في كتابته فلا يعتق الولد مع الأب في الوقت الذي عتق الأب والولد وإن دخل في كتابة الأم وصار شريكا لها في كتابتها فينبغي أن يعتق الولد في الوقت الذي عتق الأم.

إلا أنا إنما حكمنا بعتقها في الوقت الذي عتق الزوج في حقوق تختص بها لا في حقوق تختص بغيرها وهذا؛ لأنه إنما حكم بعتقها قبل الأداء ضرورة ثبوت عتق الزوج لكونها شريكة الزوج في الكتابة وما يثبت في طريق الضرورة لا يثبت فيما عدا الضرورة. والضرورة في حق حكم يختص بها لا في حق يختص بغيرها وإدخال الولد في كتابة الأم حكم يختص بغيرها فيحكم بعتقها في حق إجازة كتابة الولد من حيث أديت مكاتبتها فعتق الأول من حيث أدى بدل الكتابة فكان عبدا حتى مات الأب فلا يرث.

ولو أجاز قبل موت الأب يرث الولد أيضا؛ لأن الولد صار شريك الأبوين في الكتابة لقيام الكتابة في حق الأبوين حالة الإجازة فصار كأن المولى كاتبه كتابة واحدة فيعتق الولد حين عتق الأبوان.

(باب موت المكاتب)

مسائله على فصول:

فصل في حكمه عند موته.

وفصل في كيفية قضاء ديونه وبدل كتابته بعد موته.

وفصل في إرث أولاده.

(فصل)

مكاتب مات عن وفاء يؤدى عنه بدل الكتابة ويحكم بحريته في آخر حياته وبحرية أولاده وسلامة أكسابه لورثته وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما.

وعند الشافعي: تبطل الكتابة بموته وهو مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه.

والصحيح مذهبنا؛ لأن المكاتب محتاج إلى بقاء عقد الكتابة؛ لأنه محتاج إلى تحصيل العتق ليتشرف بالحرية هو وأولاده بعد مماته كما يتشرف في حياته وليملك أكسابه فيؤدي عنه بدل الكتابة فيعتق هو وأولاده أغنياء لا فقراء ويتوصل بها إلى إحراز الثواب يصرفها إلى الخيرات وليدع أولاده أغنياء لا فقراء يتكففون الناس وقد أمكن إبقاء العقد؛ لأن الشرع ورد ببقاء الكتابة بعد موت السيد ويصير المكاتب معتقا مع أن الموت أبقى لكونه معتِقًا من كونه معَتَقًا، فإن الإعتاق فعل وصحته تستدعي المالكية والعتق حكم وصحته تستدعي المملوكية والموت أبقى للمالكية من المملوكية وحاجة المولى تندفع بالفسخ فلما سقط اعتبارا على المنافيين باعتبار أدنى الحاجتين فلأن يسقط اعتبار أدنى المنافيين لا على الحاجتين أولى مع أن حاجته أولى بالاعتبار من حاجة المولى؛ لأن الكتابة شرعت نظرًا له ورفقًا في حقه ليتوصل إلى شرف الحرية فلما بقي العقد بعد موت المولى لحاجته فلأن بقي بعد موت المكاتب لحاجته أولى، فإذا أدى ورثة المكاتب البدل إلى المولى جعلنا الأداء علما على ثبوت عتق المكاتب في آخر جزء من حياته؛ لأن الأداء شرط والشرط يسمى شرطا لكونه علما على وجود المشروط والشيء يجوز أن يكون

علما على وجود الشيء قبله كما جعلنا الأداء إلى ورثة المولى علما على كونه معتقا قبل الأداء في آخر جزء من حياته فكذا هذا.

وإن مات المكاتب عاجزًا بأن لم يترك ما لا تنفسخ الكتابة لأن الحاجة إلى العتق إنما تندفع بالأداء والأداء غير منتظر مترقب فلا يفيد إبقاء العقد.

وإن قذفه إنسان بعد الأداء يلزمه الحد وقبل الأداء لا يلزمه؛ لأن العتق ثبت مستندا إلى آخر جزء من حياته فلا يظهر الإسناد في حق هذا الحكم.

ولو أوصى بوصايا فيه روايتان في رواية يصح لما بينا وفي رواية لا يصح وهي الأصح لأنا إنما حكمنا بحريته في آخر جزء من حياته في ساعةٍ لطيفة فالوصية لا تتصور بعدها.

وإن لم يترك مالا وإنما ترك ولدًا مولودًا في الكتابة لا تنفسخ الكتابة؛ لأن الولد يقوم مقامه في أداء الولد لكونه مكاتبا تبعا له، فإذا عجز الأصل قام التبع مقامه في أداء البدل فيكون الأصل مساعي وفاؤه إذا أدى يعتق المكاتب وولده.

ولو حل على أولاده المولودين في الكتابة نجم ولم يؤدوا وبعضهم غائب لم يردَّ الحاضر في الرق حتى يرجع الغائب؛ لأن الفسخ على الحاضر فسخ على الغائب؛ لأن عتق كل واحد مضمن بعتق صاحبه وقد تعذر فسخ الكتابة على الغائب؛ لأنه يكون قضاء على الغائب وذلك باطل ومتى تعذر رد الغائب تعذر رد الحاضر في الرق كما لو كاتب عبدين كتابة واحدة فيعجز أحدهما لا يرد الحاضر في الرق فكذا هذا.

ولو ترك أم ولد معها ولد لا يباع واستسعت في الكتابة على نجوم المكاتب، وإن لم يكن معها ولد يباع عند أبي حنيفة وعندهما لا يباع.

لهما: أن أم الولد تعتق بموت السيد وكان عتقها مستفادًا بعتق المكاتب في آخر حياته فكان لها حق الحرية للحال وأداء بدل الكتابة بعد موت المكاتب كما لو كان معها ولدها له.

إن حرمة بيع أم الولد إنما تثبت بحقيقة الملك لا بحق الملك وهو ملك اليد والتصرف كالعبد المأذون إذا استولد أمه من كسبه لا يصح ولا يحرم بيعه فكذا هذا

والمكاتب حق المالك وبذلك لا يثبت حرمة البيع بخلاف ما لو كان معها ولدها؛ لأنه انضم إلى ملكها ملك الولد ولملك الولد أثر في إيجاب الحق للأم؛ لأنه يوجب حق الحرية للولد وحق الحرية للولد سبب لحق حرية الأم على ما قال عليه السلام: "**أعتَقَها وَلَدُها**" ولأنها لا تعتق بعتق المكاتب بحكم الكتابة بدليل أن المكاتب لو أدى في حياته لا تعتق هي فلم تبق الكتابة ببقائها فيرد إلى الرق والكتابة تتبقى ببقاء الولد فصارت الأم مكاتبة بكتابة الولد.

وإذا مات المكاتب وله ديون على الناس وترك ولدًا حرًّا بأن كان تزوج بمعتقة قوم فولاء ولده لمولى الأم ما لم يؤد كتابته من الدين؛ لأنه تعذر إثبات الولاء من الأب؛ لأنه ليس من أهل الولاء لكونه عبدا قبل الأداء فيثبت الولاء من موالي الأم؛ لأن الولاء لُحمة كلحمة النسب متى تعذر إثباته من الأب يلحق بالأم فكذا الولاء، فإن أديت الكتابة من دينه يرجع ولاؤه إلى مولى الأب لأنا حكمنا بحرية المكاتب في آخر حياته فظهر أنه كان من أهل الولاء في آخر حياته والأب يجرُّ ولاء أولاده فيظهر أن الولاء كان لموالي الأب كالملاعن إذا أكذب نفسه رجع النسب إليه فكذا هذا، فإن لم يؤد الكتابة حتى جنى الولد وعقله موالي الأم رجعوا بما عقلوا على موالى الأب؛ لأن الولاء رجع إلى الأب في آخر جزء من حياته؛ لأنه حكم بعتقه في آخر جزء من حياته في حق الحقوق المستحقة بالكتابة وعود الولاء إلى الأب بسبب العتق وعتق المكاتب من الحقوق المستحقة بالكتابة فمتى ثبت عتقه في آخر جزء من حياته ثبت عود الولاء إليه ضرورة؛ لأنه فرعه فظهر العتق في حق موالي الأم فكانوا مضطرين فيما عقلوا فلهم الرجوع بذلك على موالي الأب ولا يرجعون على ولي الجناية لأن استحقاق الأرش بجناية الولد وجناية الولد ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة ولا من نتائجه وتوابعه فلم يظهر العتق في حقه وصار في حقه كأنه مات عبدا كما في الوصية وحد القذف لما لم يكن من الحقوق المستحقة بالكتابة لم يظهر العتق في حقهما فكذا هذا.

وإن عقلوا قبل موت المكاتب لا يرجعون؛ لأن الأب عبد قبل آخر جزء من حياته فبقي الولد مولًى لموالي الأم حين عقلوا عنه، فإن مات الولد بعد موت الأب

قبل خروج الدين وقضى بميراثه لمولى الأم بطلت الكتابة حتى لو خرج الدين يكون لمولى المكاتب ميراثا عن عبده؛ لأن القاضي لما قضى بالميراث لولي الأم يضمن القضاء بالميراث بانفساخ الكتابة ضرورة صيانة للقضاء عن الانتقاض؛ لأن الكتابة متى لم تنفسخ فمتى عتق الأب يستند عتق الولد في حقهم إلى آخر جزء من حياته، ولهذا ثبت لهم حق الرجوع بما عقلوا عن الولد بعد موت المكاتب على موالي الأب فكان له استرداد ما أخذوا من الميراث فينتقض القضاء وصيانة القضاء عن الانتقاض واجب بالإجماع ما أمكن وفي الكتابة بعد موته مختلف فيه فكان فسخ الكتابة أولى من بعض القضاء بخلاف القضاء بالعقل، فإنه لا ينفسخ متى بقينا الكتابة في حق أولياء الجناية وإنما ينفسخ في حق رجوعهم على موالي الأب فكأن القضاء بالعقل ينفسخ من وجه دون وجه ومتى فسخنا الكتابة فإنها تنفسخ من كل وجه فكان إظهار إبقاء الكتابة أولى من فسخها وفيه انفساخ القضاء من وجه، وإذا مات المكاتب عاجزا وترك ولدا حرًّا فظهر للمكاتب وديعة أديت منها كتابته ولا يتحول ولاء الابن إلى موالي الأب؛ لأن المودع أقر بشيئين أقر بأن هذا المال ملك المكاتب وأنه إقرار على نفسه فيصدق وأقر أن ولاءه تحولت إلى موالي الأب وأنه إقرار على غيره وهو إقرار على موالي الأم فلا يصدق فيه، ثم قال: أرأيت لو أقر المولى أني كنت قد استوفيت منه المكاتبة قبل موته لا يصدق في حق تحول الولاء إلى موالى الأب فكذا هذا.

(فصل)

وإذا مات المكاتب عن وفاء بدأ بالدين ثم ببدل الجناية ثم ببدل الكتابة ثم بمهر امرأة تزوجها بغير إذن مولاه ثم الباقي ميراث بين أولاده الذين عتقوا بعتقه والذين كانوا أحرارا قبله؛ لأن الحقوق متى اجتمعت في التركة وضاقت التركة عن إيفائها، فإنه يبدأ بالأقوى فالأقوى ودين المداينة أقوى من الجناية؛ لأنه عوض من كل وجه؛ لأن مبدله مال، ودين الجناية عوض من وجه صلة من وجه؛ لأن مبدله ليس بمال، ولهذا لا يملك قبل القبض حتى لا تجب الزكاة من ولا يصح الكفالة به والجناية تسقط

بموت المكاتب عاجزا ودين المداينة لا يسقط بالموت عاجزا ويملك قبل القبض.

ودين الجناية أقوى وآكد من بدل الكتابة؛ لأن الجناية لا تسقط بالعجز في حياته ودين الكتابة يسقط ثم بدل الكتابة أقوى من المهر؛ لأن بدل الكتابة وجب بإذن المولى والمهر وجب بغير إذنه بعقد هو محجوز عنه، ولهذا لا يطالب العبد بالمهر للحال حتى لو كان النكاح بإذن المولى كانت المرأة أسوة الغرماء ثم المهر لم يبق دين سواه، ثم الفاضل ميراث لجميعهم لأنهم عتقوا بعتق الأب في آخر حياته.

وإن مات عن وفاء دين للمولى بدأ بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث بين أولاده؛ لأن التركة اتسعت لإيفاء الكل.

فإن لم يف الباقي بدين المولى والكتابة بدأ بالكتابة؛ لأنه لو بدأ بالدين بموت عاجزا فتنفسخ الكتابة فيعود قنًّا فيبطل دين المولى؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينا فكان في إيفائه إبطاله.

ولو بدأ بالكتابة يموت حرًّا فيبقى الدين فكانت البداية بالكتابة وفيه إثبات العتق مع بقاء الدين أولى والولد المولود في كتابته والولد المكاتب معه كتابة واحدة شيئان في الإرث لأنهما يعتقان معه في آخر جزء من حياته.

فإن كان الولد منفردا بالكتابة فأدى بعد موت الأب بعد قضاء مكاتبة الأب أو قبله لم يرثه لأنه كان عبدًا يوم موت الأب فلم يعتق بعتقه في آخر حياته وإنما عتق بعد موت أبيه بأداء مكاتب نفسه.

كاتب عبدًا مشتركًا بغير إذن شريكه فمات العبد وترك كسبًا بعد الكتابة فقد مات عاجزًا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن نصفه يصير مكاتبًا عنده فيكون نصف كسبه ملك شريكه الآخر لا حق للمكاتب فيه.

وقال أبو يوسف: مات حرًّا؛ لأن كله يصير مكاتبًا عنده فلا سبيل لواحد منهما على كسبه بل يكون كله ملكا للمكاتب فيؤدي مكاتبته من كسبه ويضمن المكاتب نصف قيمته لشريكه.

(باب موت المولى عن مكاتبه)

(**المبسوط**): ولو مات المولى يؤدي المكاتب بدل الكتابة إلى ورثته؛ لأن الكتابة

لا تنفسخ بموت المولى لما بينا والمكاتب لا يقبل الانتقال إلى ملك الوارث فبقي على حكم ملك المولى والوارث ينوب مناب المورث ويقوم مقامه فيكون قبضه بمنزلة قبض المورث فصار قابضا عن المورث ويقع على حكم ملكه ثم يصير الوارث قابضا عن نفسه فيملكه بالوراثة كما في استيفاء ديون الميت فيعتق المكاتب بالإعتاق السابق الصادر من المولى.

ولو أعتقه بعض الورثة لا يعتق خلافًا للشافعي بناء على أن المكاتب يملك بالإرث عبده وعندنا لا يملك بسبب ما؛ لأن حق الحرية مانعة من التملك لما بينا فإعتاقه لم يصادف ملكه فلم يصح وإنما يثبت لهم حق الملك وحق الملك لا يلغى لِصحة العتق؛ لأنه يعتمد حقيقة الملك ولم يوجد.

ولو أعتقه كل الورثة عتق استحسانًا؛ لأنه إن تعذر تصحيحه إعتاقا لفقد الملك لهم أمكن جعله مجازًا عن الإبراء عن بدل الكتابة، وإن حصل به العتق كما لو استوفى بدل الكتابة، ولو أبرأه نصًّا عتق فكذا إذا جعل مجازا عن الإبراء بخلاف إعتاق البعض؛ لأنه وإن صح الإبراء عن نصيبه ولكن إبراءه وجد عن نصيبه لا يفيد العتق فبقي إعتاقا محضا في غير ملكه فبطل.

فإن وهب أحدهم نصيبه في رقبته جاز ولا يعتق؛ لأنه لو أدى نصيبه لا يعتق فكذا أداء برئ عنه بالهبة.

فإن عجز ورد رقيقا فنصيب الواهب في رقبته ثابت؛ لأنه عاد قنًّا بانفساخ الكتابة فصار كله ميراثا لهم من المولى.

ألا ترى إن وهب المولى بعض الكتابة ثم عجز صار كله رقيقا للمولى فكذا هذا.

ولو أدى المكاتب الكتابة إلى الورثة دون الوصي وعلى الميت دين محيط به أو لا يحيط لا يعتق؛ لأن حق القبض للوصي لا للوارث؛ لأن الوارث وإن ملك ما قبض إذا لم يكن الدين مستغرقا ولكن للوصي والغريم أن ينقص ملكه بقدر الدين وكان ملكه في قدر الدين مستحق النقض فكأنه لم يملكه قدر الدين فلم يدفع الحق إلى من له حق القبض فلا يبرأ عن بدل الكتابة كما لو دفع إلى أجنبي.

وإن أدى إلى الوصي عتق، وإن لم يكن في التركة دين؛ لأن الوصي قائم مقام الميت فكان له حق القبض.

وإن لم يكن على الميت دين ودفع إلى الورثة وتقاسموا جاز؛ لأن لهم حق القبض.

وإن أدى إلى بعضهم لم يعتق ما لم يصل إلى الكل؛ لأن بعض الورثة لا يملك إلا قبض حصته ولا يملك قبض جميع الكتابة؛ لأنه لا ملك له في الكل وإنما يتضمن قبضه قبض المورث بحكم الملك لا بحكم التفويض لا ملك له في الكتابة وله بما يثبت قبض المورث بقدر ما ثبت للوارث من الملك وهذا القابض ملك من المقبوض نصيبه لا غير فثبت قبض المورث بهذا القدر وقبض بعض بدل الكتابة لا يوجب العتق إلا أن يوصل إلى الباقين أنصابهم أو يخيروا بقبضه فيصير وكيلًا من جهتهم فيصيروا كأنهم قبضوا بأنفسهم بخلاف الدفع إلى الوصي يوجب العتق وصل إلى الورثة أم لا؛ لأن الوصي نائب عن الميت بالتفويض لا بحكم الملك فيكون قبضه كقبض المورث بطريق النيابة لا بطريق الملك.

ولو أدى المكاتب إلى الغرماء وعليه دين محيط جاز وعتق؛ لأنه دفع لاحق إلى من له حق القبض؛ لأن هذا المال لهم.

ولو أوصى المولى لإنسان بما على مكاتبة فدفع المكاتب إليه يعتق؛ لأنه دفع الحق إلى مستحقه فصار كالدفع إلى الغريم.

(**النوادر**): ذكر ابن سماعة عن محمد: في رجلين ورثا مكاتبا فأعتقه أحدهما لم يجز، فإن أعتقه الآخر في مجلسه جاز وبعد القيام لم يجز؛ لأن المجلس جامع للأقوال المتفرقة فصار كأنه وقع إعتاقهما معا دفعة كما في الإيجاب والقبول في البيع.

وروى هشام عن محمد: لو أعتق الآخر قبل أن يرجع الأول عنه جاز عتقه؛ لأن هذه حرية معلقة بشرط وهو أن يعتق الآخر نصيبه فالعتق المعلق بالشرط لا يبطل بالقيام عن المجلس.

(باب من يتكاتب على المكاتب إذا ملكه ومن لا يتكاتب)

لو اشترت المكاتبة ولدها قال أبو حنيفة رحمه الله: إن أدى بدل الكتابة حالا قُبِل ويعتق وإلا رُدَّ في الرق، وإن اشترت أباها أو أمها حرم عليها بيعه واستخدامه، وإن ماتت لا يقبل منه بدل الكتابة ولكن يباع كسائر أكسابه وقالا يسعى الكل على النجوم بعد موت المكاتب.

لهما: أن الولد المشترى كالمولود في الكتابة في الجزئية والبعضية، ولهذا يحرم بيعه كالولد المولود فسرت الكتابة إليه بحكم الجزئية والبعضية والسعاية على نجوم أمه والأبوة منافية للعبودية وللمكاتب ملك اليد، ولو لم يتكاتب الأب عليه لصار عبدًا له يدا وكما لا يجوز أن يكون مملوكا له ذاتًا لا يجوز أن يكون مملوكًا له يد أيضًا لتضاد بينهما فصار مكاتبا تبعا للابن ليتوصل إلى العتق تشريفا وتكريما له.

له: أن الولد المشترى تبع من وجه باعتبار الجزئية والبعضية، أصل من وجه باعتبار كونه منفصلا عنهما منفردًا بحياته ومالكيته، فأثبتنا حكم الكتابة في حقه من وجه وهو أن نجوم بيعه ويقبل منه بدل الكتابة بعد موت الأم ولم يثبت حكمها من وجه وهو السعاية على نجومها بل شرطنا أداءه حالا؛ لأن الأجل يسقط بموت من له الأجل عملا بمعنى السعاية والأصالة بقدر الإمكان وصار كما لو كاتب الحاضر والغائب على مال مؤجل ثم مات الحاضر إن عجل الغائب المال قبل وإلا رد في الرق فكذا بخلاف الأبوان لأنهما جعلا تبعا للابن باعتبار الملك لا باعتبار الجزئية والبعضية ومنعناه من بيعهما ليعتقا حال عتقه عند أداء البدل احتيالا للعتق تكريما وتشريفا لهما.

ولو اشترى المكاتب ذا رحم محرم جاز بيعه ولا يتكاتب عليه عند أبي حنيفة، وعندهما يتكاتب عليه وهو رواية عن أبي حنيفة.

لهما: أن هذه القرابة موجبة للصلة مُحرِّمة للقطيعة وصارت ملحقة بقرابة الولاد في حقيقة العتق فوجب أن يلحق بها في حق العتق صيانة للقريب عن الذل والإهانة والقرابة عن القطيعة.

له: أن الكتابة لا تثبت إلا في المملوك كالعتق وليس للمكاتب حقيقة الملك بل له حق التصرف فيه باعتبار الحاجة ليتوسل إلى العتق بأداء بدل الكتابة فلا يظهر ملكه في حق تكاتب الأخ عليه بخلاف قرابة الولاد لأن الكتابة في حقهم إنما تثبت باعتبار أنهم في معنى نفسه؛ لأن الجزئية والبعضية في معنى نفسه فجعلناهم تبعا له في الكتابة؛ لأن الإنسان كما يسعى لحرية نفسه يسعى لحرية آبائه وأولاده وسائر القرابات ليست في معنى نفسه لعدم الجزئية والبعضية، وإذا لم يتكاتب عليه كان ينبغي أن لا يملك شراءه أو يجبر على بيعه دفعًا للذل عن القريب إلا أنه يحمل هذا الذل يؤدي المكاتب بدل الكتابة فيعتق الأخ فيتخلص عن ذل الملوكية بالكلية.

(باب كتابة المكاتب)

(**المبسوط**): وللمكاتب أن يكاتب ويزوج أمته من كسبه خلافًا للشافعي، وكذلك الأب والوصي يملكان الكتابة والتزويج في رقيق الصغير ولا يملك إعتاق عبده على مال.

والفرق أن بالكتابة استفاد حرية اليد ومالكية التصرف للحال فيملك إثباته لغيره كالعبد المأذون يملك إذنًا في التجارة والعتق على مال إيجاب حقيقة العتق وهو غير ثابت للمكاتب فلا يملك إثباته لغيره، ولأن المكاتب مأذون بالتجارة واكتساب المال فكل ما كان من اكتساب المال ظهر الإذن فيه وإلا فلا، والكتابة والتزويج من جملة اكتساب المال؛ لأنه يصل إليه المال بسببه ولا تزول رقبته عن ملكه فيملك ذلك، فأما العتق على مال فليس باكتساب مال بل هو من التصرفات الضارة، فإن الرقبة تزول عن ملكه للحال بحيث لا تقبل الرد ويجب العوض في ذِمَّةٍ مُفْلِسَةٍ عديم القدرة فأشبه الإزالة بغير عوض.

وكذا لو قال: إن أديت إليَّ ألفا فأنت حر فأداها لا يعتق؛ لأنه يمين بالعتق للحال وليس باكتساب للحال بدليل أنه لا يصح الرجوع عنه ولا يملك الأب والوصي والمكاتب لا يملك تنجيز العتق فلا يملك تعليقه بالشرط مقصودًا وإنما

يملك ضمنًا لثبوت فك الحجر عن الاكتساب فيملك إيجابه لغيره تبعا وضمنا لا مقصودًا.

ولو كاتب المكاتب فأدى الثاني قبل الأول عتق والولاء للمولى؛ لأن كتابة الأول في كسبه إنما حصل بإذن المولى وله في كسبه حق ملك فيصير المولى مكاتبا له من وجه معنى وقد تعذر إثبات الولاء للمكاتب؛ لأنه عبد فأثبتنا للمولى؛ لأنه مكاتب له من وجه وقد استفاد الثاني العتق من جهته ولا العتاقة متى ثبت من واحد لا يحتمل الانتقال إلى غيره كالنسب حتى لو عتق الأول بعد ذلك لم يرجع الولاء إليه.

فإن كان الأول حرًّا وقت أداء الثاني كان الولاء له؛ لأنه هو المكاتب حقيقة وحق الملك له في نسبه أرجح؛ لأن له ملك يد وتصرف وتغلب فكان إثبات الولاء أحق له.

فإن مات الأول عن ابن ولم يترك الإماء على الثاني ومات الثاني وترك ابنًا مولودًا في كتابة يسعى فيما بقي على أبيه ويؤديه إلى المولى من مكاتبه الأول، فإن فضل شيء يكون لابن الأول من أبيه؛ لأن سعاية الولد الثاني وكسبه للمكاتب الأول؛ لأنه قائم مقام الأب وللولد الأول أن يطالب المكاتب الثاني بالسعاية لما عليه من الكتابة فكذلك بولده فأمكن أن يطالب المكاتب الثاني بالسعاية لما عليه من الكتابة فكذلك بولده فأمكن أن يقضي منه كتابته ويحكم بحريته في آخر حياته وعتق الولد الأول مع عتق أبيه فقد مات حر عن ابن حر فيرثه منه وولاء الثاني لابن الأول؛ لأن الثاني عتق في آخر حياته بعدما عتق الأول فيكون الثاني معتق الأول فيكون ولاؤه له.

ولو اشترى المكاتب امرأته وكاتبها جاز لأنها مملوكته.

فإن ولدت فهو معها في الجناية ومع الأب أيضا؛ لأنه تبع لهما بخلاف ما لو كاتب عبدا وأمة هي امرأته كتابة واحدة فولدت فالولد يكون تبعا للأم كالحر استولد أمة بالنكاح كان الولد تبعًا للأم وهنا استولد أمة مملوكة له بملك يمين من وجه فيكون تابعا للأب من وجه، فإن مات المكاتب عن وفاء عتقت وأولادها لأنا حكمنا بحرية المكاتب في آخر حياته فيعتق الولد بعتقه وتصير هذه أم ولده فيعتق بموته،

وإن مات عن غير وفاء فهي وولدها بالخيار إن شاءا سعيا فيما بقي على الأب، وإن شاءا سعيا فيما على الأم لأنهما ثبت لهما جهتا عتاق فلهما الميل إلى أي الجهتين شاءا ولا يملك المكاتب أن يكاتب من لا يملك بيعه كالوالدين والمولودين إلا أم ولده التي ولدت في الكتابة منه؛ لأن هؤلاء صاروا مكاتبين تبعا له فلا يجوز كتابة المكاتب إلا بعد فسخ الأولى والكتابة الأولى تثبت تبعًا فلا يمكن فسخها حال قيام كتابة الأم فأما أم الولد لم تصر مكاتبة تبعا له فصح كتابتها.

مكاتب كاتب جاريته ثم علقت منه نصت على كتابتها وأخذت العقر وإن شاءت عجزت وهي أم ولده لأنها ثبت لها جهتا عتاق فتميل إلى أيهما شاءت ولا تبيعها وإن مات الولد.

قيل هذا قولهما.

وأما عند أبي حنيفة رحمه الله: لا تصير أم ولد له ولكن لا يجوز بيعها إذا كان معها ولدها ويجوز إذا مات الولد؛ لأن عنده ملك الولد في الابتداء شرط لحرمة بيع الأم فيكون شرطًا للبقاء وعندهما ليس بشرط لما بينا.

والأصح أن هذا قولهم جميعًا؛ لأنه وجد ملك الولد في الابتداء فبقيت حرمة البيع فبعد ذلك وإن زال حقيقة الملك ولكن يبقى الحق لقيام الأب.

والأصل: أن الحكم متى ثبت بعلة بقي ما بقي شيء منها كالمنع عن التزوج بآخر لما تعلق بحقيقة النكاح نفى تبعًا أثره وهي العدة، فأما في الابتداء إذا لم يملك الولد لم يتم علّة حرمة البيع فلم تثبت الحرمة بفقد علتها فكان قيام الملك في الولد شرطًا في الابتداء لحرمة البيع ولم يشترط للبقاء؛ لأن حكم الاستيلاد متى ثبت لا يجوز رفعه.

فإن عجزت فأعتقها المولى لم يجز وإن أعتق ولدها جاز؛ لأن الولد جزء من أجزاء المكاتب وصار مكاتبا بمثل حاله يعتق بعتقه والمولى يملك إعتاق مكاتبه فكما يملك إعتاق ولده؛ لأنه يملكه حقيقة فأما الجارية من كسب المكاتب لا من أجزائه ولا يملكها المولى حقيقة بل له في كسبه حق ملك لا حقيقة ملك وحق الملك لا يكفي للعتق.

فإن وطئها ولم تلد حين مات المكاتب ثم ولدت، فإن شاءت مضت على كتابتها لما بينا فإن عجزت والمولى يدعي الولد والمكاتب ميت والولد حر وعلى المولى قيمته لأنها لما عجزت صارت أمة للمكاتب فكان المولى مدعيا ولد أمه مكاتبة؛ لأن الأمة علقت بالولد حال حياة المكاتب فكان هذا علوق ولد أمة المكاتب فيكون الولد حرا على المولى بالقيمة.

فإن كان في القيمة وفاء بالمكاتبة التقيا قصاصا وعتق المكاتب وبقيت الأم مملوكة لورثته؛ لأن القيمة دين حال للمكاتب على المولى وللمولى على المكاتب المكاتبة حالة فيتقاصَّان ويحكم بحريته في آخر حياته فتكون الأم أمته وتركته ميراثا.

مكاتب كاتب عبيده فكاتب عبده أمته فاستولدها المكاتب الأول فهو كالحر استولد مكاتبة في العقر والولد.

مكاتبة كاتبت عبدا ثم ولدت ثم ماتت ولم تدع شيئًا يسعى الولد فيها على أمه؛ لأن ما على العبد من بدل الجناية مؤجل لا يمكن أداء الكتابة منه للحال فصار كالمعدوم حكما فيسعى الولد فيما عليها، ألا ترى لو كان لها على رجل دين يقضي بالسعاية على الولد فكذا هذا.

فإن عجز لم يحل ما على المكاتب الثاني يرد في الرق وكذلك الدين على الأجنبي إلى أجل؛ لأن العجز قد تحقق عن أداء الكتابة.

فإن رد ثم خرج دين الأجنبي أو المكاتب فهو للمولى والولد رقيق؛ لأن الكتابة انفسخت في حق الميت والولد والله أعلم.

(باب المكاتبة تلد من مولاها)

(**المبسوط**): مكاتبة ولدت من مولاها، فإن شاءت أبطلت الكتابة، وإن شاءت مضت عليها لما بينا.

رجل كاتب جاريتين مكاتبة واحدة ثم استولد إحداهما فالولد حر والأم مكاتبة كما كانت ولا خيار لها؛ لأن الاستيلاد حصل في ملكه فعلق حرا ولا خيار لها؛ لأنه لا يمكن ردها إلى الرق بدون الأخرى.

ولو ولدت إحداهما بنتًا فاستولد المولى البنت صارت أم ولد له والولد حر بغير قيمة وليس لها أن تعجز نفسها وتبطل الكتابة لأنها تابعة لأمها في الكتابة ومن دخل تحت العقد تبعا لا يمكن فسخ العقد منه مقصودا ولأن عجز الولد عن بدل الكتابة لا يتحقق ما بقيت الأم قادرة على الأداء، وإذا تعذر فسخ الكتابة في الولد تصير أم ولد له.

ومن كاتب أم ولده على خدمتها أو رقبتها جاز؛ لأن مالية أم الولد، وإن لم تكن متقومة عند أبي حنيفة ولكنها مبيعة للمولى فيجوز الاعتياض عنها بالعقد؛ لأنه نوع انتفاع وليس في الكتابة إبطال حقها لأنها تعتق بموت السيد قبل الأداء، وإن أدت قبل موت المولى استعجلت العتق فأراد بقوله على خدمتها ورقبتها أن يصير أحق بخدمتها أو برقبتها وهو الصحيح؛ لأنه ذكر الخدمة ولم يذكر لها مدة والخدمة بدون المدة لا تصلح بدلا وكذا الرقبة لا تتصور أن تكون بدلا؛ لأن الشيء الواحد لا يصلح أن يكون بدلا ومبدلا ويجوز أن يكون مستحقة لها بالكتابة، فإن مات المولى قبل الأداء يعتق مجانا؛ لأن أم الولد تعتق بموت سيدها فقد نالت العتق لا بجهة الكتابة فصار كما لو أعتقها المولى ابتداء، ولو وطئها بعدما كاتبها يجب العقر لها؛ لأن العقر والأرش بمنزلة الكسب؛ لأنه بدل جزئها وكسبها لها فكذا هذا لأنها أحق بكسبها. [والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب][1].

(باب تصرف المكاتب)

(**المبسوط**): أصله: أن المكاتب مأذون في كل تصرف هو تجارة واكتساب مال أو ما هو في معنى التجارة محجور عن كل تصرف ليس في معنى التجارة؛ لأن المولى إنما علق عتقه بأداء المال ليكون تحريضا وحثًّا له على الاكتساب؛ لأنه مستقرع وسعه في تحصيل المال برجاء العتق ولا يمكنه الأداء إلا بالتجارة أو ما هو ملحق بهما فصار مأذونا فيه وبقي محجورًا فيما عداها.

ثم المسائل على فصول:

أحدها: في المعاوضات.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

والثاني: في التبرعات.

والثالث: في الدائرات بينهما.

(فصل)

ويجوز بيعه وشراؤه بالمحاباة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز بما لا يتغابن الناس فيه كالعبد المأذون إذا اشترى بغبن فاحش يجوز عنده خلافًا لهما على ما يأتي في كتاب المأذون.

ولو زاد في الثمن أو حط بسبب عيب جاز؛ لأن هذا من صنع التجار وعادتهم فكان ملحقا بالتجارة ولا يفهم منه لو لم يحط لرد عليه بالعيب ويسترد منه جميع الثمن فيستبقي بعض الثمن على ملكه بحط بعضه فكان في حطه معنى المعاوضة فجاز كالمأذون إذا حط بعض الثمن جاز.

ولو حط من غير عيب لا يجوز؛ لأنه تبرع لا يحتاج إليه في التجارة وشراء المكاتب وبيعه من مولاه جائز؛ لأن المولى يستفيد بهذا ملك التصرف وملك الرقبة من وجه ويجوز الشراء لاستعادة ملك التصرف لا غير، كربِّ المال إذا اشترى شيئًا من مال المضاربة ولا ربح فيه جاز فلأن يجوز هذا أولى ولا يتبع ما اشترى مرابحة من مكاتبة ما لم يبين لقيام شبهة الملك له في ماله فلا يتحقق الشراء من كل وجه فينبغي أن يقول اشتريت من المكاتب حتى لا يتمكن فيه تهمة الكذب والمرابحة يحرم بالشبهة كمن اشترى ممن لا يقبل شهادته له، فإنه لا يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة ما لم يبين.

ولو باع عبده من نفسه لا يجوز؛ لأنه إعتاق في الحال وليس بتجارة ولا اكتساب مال وهو لا يملكه، ولهذا الأب والوصي لا يملكان ذلك في مال الصغير ولا يتزوج المكاتب بغير إذن المولى لما مر في النكاح ولا يزوج المكاتب ولده ولا عبيده؛ لأنه ليس بتجارة ولا اكتساب مال فلا يكون داخلا تحت الكتابة ويزوج أمته؛ لأنه في معنى التجارة؛ لأن فيه اكتساب المهر وإسقاط النفقة عن نفسه.

ولو زوج عبده امرأة ثم عتق فأجازه لم يجز؛ لأن هذا العقد لا يجيز له حال

وقوعه؛ لأن الكتابة توجب فك الحجر عنه في عقود الاكتساب ويزوج العبد ليس من جملة الاكتساب؛ لأنه يتعلق برقبته النفقة والمهر فصار كأن المولى تبرع بشيء من كسبه.

ولو تبرع بشيء من كسبه وسلم لم يصح وإن عجز العبد لأنه لم يكن ملكا له حقيقة وقت التبرع وإنما صار ملكا له وقت العجز مقصورا على الحال؛ لأنه إنما يصير ملكه له حكما كفسخ الكتابة وفسخ الكتابة لا يستند إلى ما قبله فلا يستند حكمه أيضًا.

ولو كفل له عبده يضع السيد على المكفول عنه إن كفل بأمره وبغير أمره بطل المال عنهما؛ لأن المولى ملك ما في ذمة المكفول عنه حكمًا لعجز المكاتب؛ لأنه كسبا للمكاتب والكفيل إذا ملك كفل به رجع على الأصيل إن كفل بأمره وبغير أمره لا.

ولو أدى المولى رجع أيضًا، فإن كان المؤدى بعينه قائما في يد المكاتب؛ لأنه قضى دينه بأمره ثم ملك ما قضى بسبب آخر وهو عجز المكاتب فلا يمنع الرجوع على الأصيل كما لو عاد إليه المال بهبة.

(فصل)

ولو دفع ماله مضاربة أو أخذ مالًا مضاربة جاز؛ لأنه تجارة، ولهذا يملكه العبد المأذون ولا يصح مفاوضة المكاتب وتصح شركة العيان؛ لأن المفاوضة مبناها على الكفالة والكفالة لا تصح من المكاتب، وشركه العنان مبناها على الوكالة وهي جائزة من المكاتب ويقطعها عجزه لبطلان ولايته وثبوت الحجر نحوه كما يحصل بموته، وكذلك جاز الشرط له في البيع بقطعه عجزه كموته؛ لأن عجزه بمنزلة موته في إبطال ولاية الإمضاء والإجازة وللمكاتب أن يأذن لعبده في التجارة؛ لأن كتابته جائزة فإذنه أولى؛ لأن في الكتابة إذن وزيادة.

فإن لحقه دين بيع فيه إلا أن يؤدي عنه المكاتب؛ لأنه بمنزلة الحر، والحر لو أذن لعبده في التجارة فلحقه دين بيع فيه أو يفديه الحر فكذا المكاتب ويجوز له أداء دينه عنه، وإن كان أكثر من قيمته؛ لأنه أعلق رقبته بالدين بالإذن له في التجارة

فجاز أداؤه عنه كما لو رهنه بدين أكثر من قيمته؛ لأن الدين واجب على العبد لا على المكاتب بدليل أنه لو بيع العبد في الدين وفضل من الدين لا يطالب المكاتب به.

ولو مات العبد لا يطالب المكاتب بالدين، وإذا لم يكن الدين على المكاتب فهو بقضائه عن العبد يستبقي ملكه فيه ولو يملكه ابتدأ بأكثر من قيمته بعين فاحش جاز عنده خلافًا لهما فكذا هذا بخلاف الرهن؛ لأن الزيادة على القيمة كانت واجبة على المكاتب لا يمكنه التخلص عنها إلا بالقضاء أما هاهنا يمكنه التخلص عن الزيادة ببيع العبد، فإذا التزم كان بمعنى الشراء بعين فاحش لا بمعنى امتلاك الرهن.

فإن عجز المكاتب وقد لحق كل واحد دين بيع كل واحد في دينه إلا أن يعذبهما المولى لأنهما صارا عبدين للمولى فصار بمنزلة العبد المأذون بعد الحجر.

فإن فضل من ثمن المكاتب شيء لم يصرف في دين العبد لأن دين العبد لا يقضي من مال السيد، وقضى له بثمن العبد يصرف إلى دين المكاتب؛ لأنه بدل كسب المكاتب فيقضي به دين المكاتب.

وعجز المكاتب حجر عبده؛ لأن إذنه مستفاد من جهة المكاتب وقد زالت ولاية إذنه فيبطل الإذن المستفاد من جهته فصار كالعبد المأذون إذا أذن لعبده في التجارة ثم حجر الولي الأول يعجز الثاني فكذا هذا.

مكاتب سبي فاستدان فهو كاستدانته في دار الإسلام؛ لأن الكتابة لم تبطل بالسبي؛ لأنه لم يملك بالأسر فصار وجود السبي وعدمه بمنزلة.

(باب وصية المكاتب)

(**المبسوط**): المكاتب إن أوصى بوصية فلا يخلو إما أن أوصى بشيء بعينه أو بغير عينه، ولا يخلو إما أن أضاف الوصية إلى حالة الحرية أو لم يضف، ولا يخلو إما أن أدى المكاتبة حال حياته أو مات عن وفاء وأديت بعد وفائه.

فإن أوصى بشيء بعينه لا يصح بكل حال حتى لو أدى يعتق لا ينفذ إلا بإجازته بعد العتق؛ لأنه لا مجيز لها حال وقوعها؛ لأنه لا يملك التبرع من أكسابه فيكون

كالأجنبي فلا يتوقف على إجازته إلا أنه إذا أجازه بعد العتق فهذه الإجازة وصية مستقبلة فيجوز.

وإن أوصى بثلث ماله، فإن أضاف إلى حال الحرية بأن قال إن مت وأنا حر فثلث مالي وصية لفلان يجوز إن عتق قبل الموت؛ لأنه أضاف الوصية إلى حال يصح منه الوصية فصحت الإضافة، كما لو قال إن ملكت عبدا وأنا حر فهو حر يصح بخلاف ما لو أضاف الوصية بالعتق إلى حال الحرية لا تصح؛ لأنه لو صحت هذه الوصية انعقدت الوصية على العتق كما عتق ولم يتأخر انعقادها إلى ما بعد الموت كما لو أنشأ الوصية بعد الحرية ينعقد للحال، وإذا انعقدت الوصية كما عتق لم يصح؛ لأن من شرط صحة الوصية أن تنعقد حالة الوصية أو حالة الموت، فأما إذا صارت مضافة إلى وقت هو بين الموت وبين التكلم بالوصية لا يصح، كما لو قال أوصيك بهذا العين غذاء لا يصح، فأما الوصية بثلث ماله تنعقد حالة الموت لا يصير شريكا للورثة في التركة فيكون بمنزلة الوارث فصحت، وإن مات عن وفاء فأديت مكاتبته بعتق لا تصح هذه الوصية؛ لأن العتق في حق الوصية لا يستند إلى آخر حياته؛ لأنه يعتق في ساعة لطيفة وفي تلك الساعة لا تتصور الوصية، وإن أوصى بثلث ماله مطلقا ولم يقل وأنا حر لا تصح الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تصح إذا عتق قبل الموت؛ لأن عندهما الوصية انصرفت إلى ما يملكه في حالة الكتابة والرق وإلى ما يملكه بعد العتق فبطلت الوصية وهي فرع ما لو قال المكاتب: كل مملوك أملكه فهو حر فيعتق وملك عبدا لم يعتق عنده خلافًا لهما لما مر في العتاق.

ولو قال: إذا عتقت فكل مملوك أملكه فهو حر عتق بلا خلاف فكذا الوصية.

(باب إقرار المكاتب بالرق وغيره على نفسه أو ولده)

(**المبسوط**): ويجوز إقرار المكاتب بالدين والعين والاستيفاء؛ لأنه لا بد للتجارة منه لما بينا وفي رواية الحسن لا يجوز بالعين؛ لأن الإقرار بالعين إقرار بالوديعة وللتجارة متدبر فلا يصح.

ولو أقر المكاتب على ولده المولود في الكتابة لجناية لم يجز إقراره بها عليه؛ لأنه إقرار على غيره، فإن مات الولد وترك مالا كان ذلك لأبيه وأجزت إقراره وصار هو الخصم في الجناية؛ لأنه ظهر المقر به في حقه بإقراره.

وكذلك لو أقر على ولده بدين لم يجز، فإن اكتسب مالا وأخذه الوالد نفذ إقراره في المال الذي أخذه منه؛ لأنه وصل المقر به إلى المقر فيوجد منه.

مكاتب وعبد مأذون في دية أمه ادعى أنها أم ولده أو مدبرته فصدقه الكاتب أو المأذون فيه جاز فيدفعها إليه، وكذلك إن كان معها ولد دفعه إليه؛ لأن إقراره بالوديعة لغيره يصح.

(**الزيادات**): أصله: أن من أقر بشيء يظهر المقر به في حق المقر ولا يظهر فيما فيه إبطال حق غيره؛ لأن إقراره حجة قاصرة على نفسه دون غيره.

رجل مجهول النسب اشترى عبدا فكاتبه ثم اشترى المكاتب أمة فكاتبها ثم أقر المولى الأعلى المجهول أنه عبد للمكاتبة وصدقته المكاتبة فيه وكذبه المكاتب الأعلى فهو عبد للمكاتبة وهي مكاتبة على حالها للمكاتب الأعلى والمكاتب الأعلى مكاتب للمكاتب السفلي؛ لأنه يصح إقراره على نفسه بالرق؛ لأنه لم يثبت حريته بدليل موجب بل بالدار فلا يمنع صحة إقراره بالرق إلا أنه غير مصدق في حق المكاتب لما في تصديقه في حقه إبطال حق المكاتب عن نفسه ومكاسبه فلا يصدق فيما يرجع إلى إبطال حقه فبقي حرا في حق المكاتب ويبقى المكاتب مكاتبا للحر لا للعبد مكاتبته وهذا كمجهولة النسب أقرت بالرق لم يبطل نكاحها لأنها لا تصدق فيما يؤدي إلى إبطال حق الزوج فكذا هذا ولما بقي الأول مكاتبا بقيت مكاتبة له أيضًا فصار كل واحد منهما مكاتبا لصاحبه فيؤدي المكاتب الأعلى بدل الكتابة إلى المكاتبة السفلى؛ لأن مجهول النسب لما أقر بالرق لها صار هو وجميع أكسابه مملوكا لها وبدل الكتابة من جملة أكسابه فصار ملكا لها ومجهول النسب عنده في حق هذا الحكم؛ لأنه ليس فيه ضرر بالمكاتب؛ لأنه لا يتضرر بالأداء إليها وفيما لا يتضرره بالمكاتب صح إقرار المجهول ومتى صار المجهول عبدا في حق هذا الحكم لا يبرأ المكاتب إلا بالأداء إلى المكاتب والمكاتبة يؤدي مكاتبتها إلى

المكاتب الأعلى؛ لأنه بالكتابة استحق عليها البدل وذلك العقد لم يتغير بإقرار مجهول النسب؛ لأن حق المكاتب باقٍ على حاله ثم المسألة لا تخلو إما أن أديا متعاقبا أو معا، فإن أديا متعاقبا فأيهما أدى أولا إلى صاحبه عتق ولا يكون ولاؤه لأحد؛ لأن من عداه إما عبد أو مكاتب وهما ليسا من أهل الولاء وأيهما أدى أخيرا عتق وولاؤه للأول؛ لأن أولهما إذا صار حرًّا صار أهلا لاستحقاق الولاء.

وإن أديا معا أو حل المالان معا وجنسهما واحد حتى تقاصا عتقا ولا ولاء لأحدهما على الآخر؛ لأن عتق كل واحد اقترن بعتق صاحبه وصيرورته أهلا للولاء حكم ينعقد العتق ولا يقترنه فلا يكون أحدهما أهلا للولاء حال عتق صاحبه.

وإن عجز أحدهما صار مملوكًا للآخر؛ لأنه إن عجز المكاتب فقد صار مملوكا للمكاتبة؛ لأنه من كسب مجهول النسب وهو أقر به للمكاتبة إلا أن قيام حق الكتابة كان مانعا من ملكها إياه وقد زال المانع بالعجز فصار عبدا للمكاتبة فملكت المكاتبة ما في ذمتها؛ لأنه كسب عبدها فبرأت ذمتها عن بدل الكتابة فعتقت.

وإن عجزت المكاتبة فقد صارت أمة للمكاتب والمقر عبدها فقد صارا جميعًا عبدين للمكاتب وملك المكاتب ما في ذمته فبرأت ذمته عن بدل الكتابة فعتق فلهذا صار العاجز منهما رقيقًا للآخر.

وكذلك لو عجزا جميعًا على التعاقب وإن عجزا معا عتقت المكاتبة وصار المجهول مع المكاتب عبدين لها؛ لأن المكاتب أقر برقبته لمجهول النسب حين سكت عند شرائه ومجهول النسب أقر برقبته وجميع أكسابه للمكاتبة فقد صار المكاتب مقرا برقبته للمكاتبة والمكاتبة لما قبلت الكتابة من المكاتب فقد أقرت برقبتها للمكاتب فقد اجتمع إقرار منهما إلا أن إقرار المكاتبة للمكاتب سابق على إقرار مجهول النسب وآخر الإقرارين ناسخ لأولهما؛ لأن الآخر رد للأول فارتد ولم يوجد الرد للثاني فصح فصار الاعتبار لإقرار مجهول النسب أنه مملوك لهذا المقر وخرج كلاهما معا لهما جميعًا مملوكان للعبد إذا كان العبد لا يقر بالرق لواحدٍ منهما فكذا هذا مجهول النسب أقر بالرق للمكاتبة وللمولى المكاتبة وهو المكاتب أقر بالرق لمجهول النسب حين سكت عند شرائه فصارا مملوكين للمكاتبة.

وكذلك لو أقر واحد منهما بعتق صاحبه معًا بطلا ولو كان على التعاقب كان للمقر له الثاني.

(باب مكاتبة الوصي)

مسائله على فصلين:

أحدهما: في كتابة الوصي عبد الصغير.

والثاني: في كتابته عبد الشركة.

(فصل)

وإذا كاتب الوصي عبد اليتيم ثم وهب له البدل لم يجز؛ لأن قبض المكاتبة حق الصغير؛ لأن حقوق الكتابة راجعة إلى من وقع العقد له لا إلى العاقد، ولهذا الوكيل بالكتابة لا يملك قبض بدل الكتابة فكان قبض المكاتبة حق الصغير، ولهذا لو بلغ كان حق القبض له دون الوصي إلا أن الصغير عاجز عن قبضه فيستوفيه الأب والوصي بحكم النيابة عنه فلا يملك إسقاط حقه بالهبة لأنها لاقت ملك الصغير رقبة وقبضا، بخلاف ما لو باع الوصي ماله وأبرأ المشتري عن الثمن صح وضمن للصغير مثله؛ لأن قبض الثمن حق الوصي استحقه بحكم عقده؛ لأن حقوقه راجعة إلى العاقد، ولهذا لو بلغ الصغير لا يملك قبضه فقد أسقط حق نفسه في القبض فسقط وضمن لما عرف.

فإن أقر بالقبض صدق، وإذا كانت الكتابة معاينة أو ثابتة بالبينة العادلة، وإن كانت معروفة بإقراره بأن قال: كنت كاتبته وقبضت لم يصدق، والفرق أن الكتابة مشتملة على معنى المعاوضة ومعنى التعليق، ومتى كانت الكتابة ثابتة معاينة فقد ثبت معنى المعاوضة معاينة واستحق العبد البراءة والحرية باستيفاء بدلها فيملك الوصي قبضه واستيفاءه ليتوصل العبد إلى حقه ولا يتضرر بفواته فقد أقر بماله حق قبضه فصح كما في البيع، ومتى لم تكن الكتابة ظاهرة لم يستحق العبد البراءة والحرية قبل إقراره فلم يتعلق حقه بالاستيفاء فيعتبر معنى التعليق فكان إقرار الوصي باستيفاء بدلها إقرارا بالعتق وهو لا يملك إعتاقه فلا يملك إقراره بالعتق

لكن يصير موقوفا حتى لو ثبت الاستيفاء معاينة ثبت فيه معنى المعاوضة صح؛ لأنه ملك إنشاء الكتابة للحال فيملك الإقرار بها بخلاف البيع؛ لأنه معاوضة من كل وجه فيملك الوصي الإقرار باستيفاء الثمن سواء كان البيع ظاهرا أو عرف بإقراره.

فإن بلغ الصبي فلم يرض فالكتابة ماضية؛ لأن الكتابة صدرت عن ولاية كاملة فصارت لازمة كالبيع ولا يدفع المال إلى الوصي؛ لأنه نائب عن الصغير في الحكم سفير ومعبر وقد انعزل عن النيابة ببلوغه ولا ينفرد أحد الوصيين بالكتابة خلافًا لأبي يوسف وهي تأتي في الوصايا ولا يبيع الوصي بعين العبد منه؛ لأنه يزيل ملكه عن العين للحال ببدل يجب في ذمة مفلس فيكون كالتاوي وصار كإعتاق عبده على مال.

(فصل)

ولا يكاتب الوصي والورثة كبار كلهم أو بعضهم غيَّابًا كانوا أو حضورا؛ لأنه ليس في الكتابة تحصين مال ولا صيانة حق؛ لأنه يخشى تلف المكاتب قبل أداء الكتابة فلا يصل إليه شيء بخلاف بيع العروض؛ لأن فيه تحصين مال عليهم؛ لأن العروض ما يخشى عليها التلف أكثر مما يخشى على الثمن، وكذلك إذا كان بعضهم كبار؛ لأن عندهما لا يملك بيع نصيب الكبار فكذلك الكتابة، وعند أبي حنيفة يملك؛ لأن للكبار فيه منفعة وتحصين؛ لأن الشركة في الأعيان عيب؛ لأن الناس يشترون الأشخاص فيحصل للكبير ببيع الكل زيادة مالية معنى ومتى بيع نصيب الصغير على الانفراد يتضرر به الصغير فيملك بيعه وليس في الكتابة منفعة للكبير والصغير ولا فيه تحصين مال بل فيه مضرة فلم تنفذ كتابته في نصيب الصغار، وإن كان على الميت دين مستغرق أو أوصى بالثلث لم تجز كتابة الوصي إلا أن يكون في التركة زيادة تفي بدينهم؛ لأن في الكتابة تأخير حقهم في اقتضاء الدين وليس للوصي تأخير حق الغرماء في الاقتضاء، ألا ترى لو باع بِثمن مؤجل كان للغرماء حق فسخ البيع فكذلك في الكتابة المؤجلة؛ لأنه يتأخر حقهم حينئذ متى لم يجد ما يقضي به بدل الكتابة حالا حتى لو وجد العبد بعد الفراغ من الكتابة ما يقضي به دينهم بأن وهب له مال ليس لهم حق الفسخ، وكذلك إن كان في التركة

مال آخر فإنهم يستوفون حقوقهم في الزيادة فلم يكن لهم فسخ الكتابة إلا أن تهلك الزيادة قبل قضاء الدين حينئذ لهم حق الفسخ؛ لأنه صار كأن الميت ما ترك إلا العبد.

ولو مات عن عبيد لا غير فأوصى بثلث ماله وخلف صغارا فكاتب الوصي بعضهم وأخذ البدل عتق قدر حصة الورثة وأخذ الموصى له حصته من المكاتبة وضمن الورثة حصته من العبد إن كانوا أغنياء ولا يضمن الوصي؛ لأن ثلث هذا العبد للموصى له ولا ولاية للوصي عليه فلم تنفذ الكتابة في حق الموصى له فكان له الفسخ ويأخذ حصته من المكاتبة؛ لأن المؤدى كسب عبد مشترك، وإذا أدى بعتق وصار كعبدين شريكين أحدهما فللساكت خياران لما عرف.

ولا يضمن الوصي؛ لأنه نائب للصغير ولا ضمان على النائب في الإعتاق والله أعلم.

(باب كتابة العبد المأذون)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في كتابة العبد أو الأمة.

والثاني: في كتابة عبدين.

والثالث: في كتابة عبد وأمة مشترك.

(فصل)

كاتب عبده المأذون المديون فللغرماء بعضها لأنها تضمنت إبطال حقهم في بيع رقبته فلهم نقضها دفعا للضرر عن أنفسهم، فإن أخذ المولى الكتابة ثم علموا فلهم أخذها من المولى؛ لأنه كسب عبد مأذون مديون والغرماء أحق بأكسابه قبل الكتابة فكذلك بعدها؛ لأن الكتابة لا تقطع حقهم عنه وعن أكسابه لأنها غير نافذة في حق الغرماء، بخلاف ما لو ضرب على عبده المأذون المديون ضريبة صح وما يأخذه المولى من الضريبة يسلّم له؛ لأن الضريبة بدل عن المنفعة وللمولى استيفاء المنفعة بالاستخدام فله أخذ الضريبة خلفا عنها وبعد الكتابة لم يبق له حق الاستخدام فلا يصح منه أخذ الضريبة خلفا عن المنفعة.

وإن بقي من دينهم شيء ضمن المولى لهم قيمته؛ لأن لمولى بالإعتاق بالكتابة أتلف الرقبة على الغرماء، والغرماء كانوا أحق بكسبه ورقبته مما أخذوا من الكتابة فقد أخذوا من كسبه وهم أحق به من غيرهم فبقي ضمان قيمة رقبته على المولى ويسعى العبد في بقية دينهم؛ لأنه وجب الكل في ذمته ولا يرجع المولى على العبد بما أدى عنه؛ لأنه متى كان على العبد دين فالمولى رضي بكون الكتابة مالا مشغولا بحق الغرماء وقد سلم للمولى مثل ما شرط على العبد فلا يرجع على العبد بشيء بخلاف ما إذا لم يكن على العبد دين؛ لأنه جعل بدل الكتابة مالا فارغا عن دين العبد ولم يسلم له شرطه متى استحق من يد المولى بدل الكتابة فله أن يرجع.

وإن قضى المولى دينهم جازت الكتابة ولم يرجع على العبد بما أدى من دينه؛ لأنه أصلح مكاتبة فيكون عاملا لنفسه كما لو باع عبدا مديونا ثم قضى دينه فقد سعى لإصلاح عيب يمكن في المبيع فلا يكون للمشتري حق الفسخ ولا يرجع البائع عليه بشيء ولأنه قضى دين المكاتب بغير أمره فكان متبرعًا، فإن كاتب أمته المديونة فولدت وأدت الكتابة لا يضمن المولى قيمة الولد؛ لأن الولد تلف لا بصنعه؛ لأن الولد يحدث مكاتبا حكما لكون الأصل مكاتبا لا بصنع المولى؛ لأن الكتابة في الولد غير مضافة إليه كمن أعتق أمته ثم علقت بحدوث الحرية في الولد مضافة إلى كون الأصل حر لا إلى إعتاق المولى.

ويرجع الغرماء بفضل دينهم على الجارية، فإن شاؤوا عليها الولد ولا يأخذون الولد بعد العتق بأكثر من قيمته؛ لأن الدين ما وجب في ذمته وإنما تعلق حقهم بماليته وقيمته لكونه كسبًا للأم وقد احتبست المالية عند الولد بالعتق فعليه ردها وقد عجز عن ردها فيلزمه قيمتها كالراهن أعتق المرهون وهو معسر سعى الولد في الأقل من قيمته ومن الدين.

أمة مأذونة في التجارة عليها دين فولدت وكاتب السيد الولد أو أعتقه فللغرماء رد الكتابة وفي العتق تضمين المولى قيمة الولد إن لم يكن بقيمة الأم وفاء بالدين؛ لأن الدين يسري إلى الولد وتعلق بماليته فلهم بيع الولد وبالكتابة امتنع عليهم بيعه فكان لهم بعضه، وإن كانت بقيمتها وفاء فلا لأنهم وصل إليهم حقهم بقبض ديونهم

من الأم فلا ضرر عليهم في نفاذ الكتابة في حقهم كالمريض إذا وهب شيئًا من ماله أو أوصى وعليه دين إن كان بالباقي وفاء بحق الغرماء والورثة فلا سبيل لهم على فسخها، وإن لم يكن به وفاء فلهم نقضها فكذا هذا، فإن كاتب الأم ثم ولدت فأنجز الولد فيلزمه الدين ثم جاء الغرماء الأولون وردّوا الكتابة بيعت الأم لغرمائها والولد لغرمائه خاصة؛ لأن الولد تبع للأم في الكتابة فتفسخ الكتابة فيه بالانفساخ في الأم ودين الولد أولى من دين غيره لما بينا وصار كدين المكاتب مقدم على دين المولى فكذا دين ولده؛ لأن حاله مع ولده لا يكون أعلى من حاله مع سيده.

(فصل)

كاتب عبدين تاجرين عليهما دين كتابة واحدة، فغاب أحدهما ليس للغرماء رد الحاضر في الرق؛ لأن الكتابة متى كانت واحدة لا يمكن فسخ الكتابة في أحدهما إلا بعد فسخ الكتابة في الآخر، وفسخ الكتابة في الغائب متعذر؛ لأنه لا ولاية للحاضر عليه وبعد فسخ الكتابة لا يبقى حق الغائب متصلًا بحق الحاضر فلا يعتبر الحاضر خصمًا عنه وكما لو عجز الحاضر ليس للمولى أن يرده في الرق فكذا هذا.

وما أدي من الكتابة فالغرماء أحق به وليس لهم تضمين المولى قيمتهما وإن شاؤوا ضمنوه قيمة الحاضر؛ لأن امتناع بيع الحاضر مضاف إلى كتابة المولى لا إلى غيبة الغائب؛ لأن الكتابة من المولى اتصلت بالحاضر والغيبة وكان المولى مباشرًا لامتناع البيع، والغائب مسببًا فجاز إضافة الامتناع إلى المباشرة وهي الكتابة أولى كالدافع مع الحاضر وامتناع بيع الغائب بالعين بالغيبة لا بالكتابة؛ لأنه لو كان حاضرا أمكن بيعه بفسخ الكتابة ورده في الرق مع الحاضر وكل واحد من الأمرين اتصل به والغيبة أحدهما وجودا فيكون إضافة الامتناع إلى الغيبة أولى.

(فصل)

أمة بين رجلين أذن لها أحدهما في التجارة فاستدانت وكاتب الآخر نصيبه بإذن شريكه فللغرماء أن يفسخوا دفعا للضرر عنهم لأنه كان لهم بيع نصيب الإذن في الدين وبالكتابة امتنع فلهم نقضها، وإن لم يفسخوا حتى أخذ المولى الكتابة عتق

نصيبه منها لوجود الشرط وأخذ الغرماء من نصف ما أخذ؛ لأن نصفها مأذون مديون فكان الغرماء أحق بكسبه ويرجع المولى بذلك عليها؛ لأن الكتابة انعقدت ببدل فارغٍ عن الدين؛ لأن دين الغرماء ليس في نصيب المكاتب فنصف الكسب يكون فارغا عن الدين وقد سلمت إليه مشغولا، فإذا استحق نصف ما في يده لم يسلم إليه شرطه فيرجع به.

(باب الاختلاف بين المكاتب والمولى)

مسائله على فصول:

أحدها: في الاختلاف في قدر الكتابة.

والثاني: في الاختلاف في المعقود عليه.

والثالث: في الاختلاف في الكسب.

(فصل)

ولو قال المولى: البدل ألفان، وقال المكاتب: ألف، فالقول للمكاتب مع يمينه عند أبي حنيفة آخرًا، وعندهما يتخالفان ويترادان.

لهما: أن كل واحد منهما مدعٍ ومنكر، فالمولى يدعي زيادة ألف على المكاتب وهو ينكر والمكاتب يدعي العتق على مولاه بأداء الألف والمولى ينكر فيتخالفان كما في البيع.

له: أن موجب الكتابة للحال انفكاك الحجر وصيرورته أحق بمنافعه ومكاسبه وهذا سالم له بنفس الكتابة، فأما العتق فيثبت حال انتهاء الكتابة فلا يكون موجبا لها ولأن العتق معلق بأداء البدل والمعلق بالشرط عدم قبله فلم يكن المكاتب مدعيا شيئًا والمولى يدعي عليه ألفا وهو ينكر فيكون القول له مع يمينه.

فإن قضى ألفًا وأمضى القاضي عتقه ثم أقام المولى البينة على العين فعليه ألف أخرى وهو حر استحسانا والقياس أن لا يعتق إلا بأداء الألفين؛ لأنه بالبينة العادلة تبين أن المكاتبة ألفان وأنه أدى بعض البدل فلا يعتق ما لم يؤد الكل.

وجه الاستحسان: القضاء بالعتق نفذ ظاهرا؛ لأنه صدر عن دليل شرعي وهو اليمين ووقع الشك في نقضه لجواز أن المولى كاتبه على ألفين على أنه حر متى أدى ألفا وعليه أداء ألف أخرى بعد العتق فعلى هذا الاعتبار لا ينتقض القضاء فلا ينقضه بالشك وقبلنا بينة المولى في إيجاب الألف دون نقض الحرية، وقيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن القضاء ينفذ ظاهرًا وباطنًا عنده.

ولو أدى الألف ولم يخاصمه إلى القاضي حتى أقام البينة على ألفين لا يعتق إلا بأداء الألفين؛ لأنه وقع الشك في وجوب القضاء بالعتق فلم يجب بالشك وتبين بينة المولى بالعتق أن المكاتبة ألفان فلا يعتق إلا بأداء أيهما، فإن أقام كل واحد البينة قضى بألفين وعتق بأداء الألف إن شهد شهود العبد أنه قال إذا أديته فأنت حر.

ولو لم يشهدوا بذلك لم يعتق إلا بأداء الألفين؛ لأنه أمكن العمل بالبينتين فيعمل ببينة المولى في إثبات زيادة ألف ويعمل ببينة العبد في إثبات زيادة شرط العتق فيجعل كأن المولى كاتبه على ألفين وعلق عتقه بأداء ألف بأن قال كاتبتك على ألفين إن أديت إليَّ ألفا فأنت حر ولي عليك ألف أخرى بعد العتق وهذا يحتمل الوجود فيحمل عليه عملًا ببيّنتهما حتى لو لم تشهد بينة العبد إلا بالكتابة لم يعتق إلا بأداء الألفين؛ لأن القضاء بالعقدين متعذر؛ لأن الكتابة الثانية ناسخة للأولى فيجب القضاء بالكتابة بألفين ببينة المولى لأنها أكثر إثباتا، وإذا لم تثبت الكتابة بألف ببينة العبد لم يثبت تعلق العتق بأدائها.

(فصل)

ولو قال المولى: كاتبتك على نفسك دون مالك على ألف، وقال المكاتب: عليهما، فالقول للمولى والبينة للعبد، وكذلك لو اختلفا في قدر مدة التنجيم لأنهما اختلفا في مقدار المعقود عليه فيكون العبد مدعيا استحقاق زيادة شيء في المعقود عليه أو في الأجل والمولى ينكر واليمين على المنكر والبينة على المدعي كالبائع مع المشتري إذا اختلفا في مقدار المبيع لا يتخالفان والقول للبائع مع يمينه والبينة على المشتري فكذا هذا.

(فصل)

ولو قال المولى لمكاتبه: هذا المال في يدك حين كاتبتك، وقال العبد: أصبته بعدها فالقول للعبد؛ لأن الكسب أمر حادث والأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر فيجعل حادثا للعبد بعد الكتابة والبينة للمولى لأنه خارج.

ولو قال المولى لمكاتبته: ولدت هذا قبل الكتابة، وقالت: بعدها، فالقول لمن في يده الولد؛ لأنه ذو اليد والبينة للمكاتبة في يد أيهما كان الولد؛ لأن بينة المكاتبة تثبت زيادة حق حرية الولد ليست في بينة المولى فكان أولى بالقبول، كما لو أقامت البينة على أنه أعتقها وولدها وأقام المولى بينة أنه أعتقها وحدها؛ لأن بينتها تثبت زيادة في المعقود عليه وهو دخول الولد معها في الكتابة فكانت أولى بالقبول، كما لو قال اشتريت الأمة وولدها وقال البائع: بعتك الأمة وحدها وأقاما البينة، وإن كان في أيديهما فالقول قول المكاتبة.

وإن كانت مدبرة أو أم ولد فالقول للمولى في جميع ذلك.

مكاتبة ماتت فاختلف ولدها والمولى في المكاتبة فهو كاختلاف المولى والأم عند أبي حنيفة رحمه الله لما عرف.

(باب كتابة المريض)

كاتب المريض عبده على مكاتبة مثله ولا مال له غيره ثم مات فقال له: عجل ثلثي البدل والثلث مؤجل كما كان، فإن لم يفعل يرد في الرق؛ لأن التأجيل تبرع؛ لأن بسبب التأجيل يصير الوارث ممنوعا عن المال كما يصير ممنوعا بالتبرع فيصح في الثلث دون الثلثين، ولو كاتبه على أكثر من قيمته فكذلك.

وقال محمد: يعجل ثلثي قيمته.

له: أن ما زاد على القيمة يملك المريض تركه وإسقاطه أصلًا فيملك تأجيله من طريق الأولى؛ لأنه دون التركة.

لهما: أن البدل كله بدل الرقبة لأن كل جزء من أجزاء البدل يقابله جزء من المبدل حكما ولهذا صح البيع.

ولو صار الثمن مقابلا بقدره من المثمن لصار الباقي من المثمن مملوكا له بغير عوض فيكون ربا، ولهذا يأخذ الشفيع بجميع الثمن فصار كأن الرقبة قيمتها ألفا درهم، فإذا أجل يصح في ثلثه ولا يصح في الثلثين كما لو أعتقه صح التبرع في الثلث دون الثلثين فكذا هذا.

وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان أدى ثلثي الألفين أو يرد رقيقا بالإجماع؛ لأنه تبرع بإحدى الألفين وأجّل في الأخرى وهو في معنى التبرع فصح في الثلث لا غير.

ولو كاتب المريض عبده ثم أقر باستيفاء بدلها لم يصدق إلا في الثلث؛ لأنه أقر بما يوجب حريته فكان حق الورثة متعلقا بالعبد في مرضه ولا يصدق في حقهم كما لو أقر له بالعتق بخلاف ما لو كاتبه في الصحة ثم أقر في مرضه باستيفاء بدلها صدق؛ لأن حق الورثة لم يكن متعلقا بالعبد في صحة المولى فنفذت الكتابة فيه فلا يتعلق حقهم بعد ذلك بالمكاتب في مرض المولى فصح إقراره بالاستيفاء؛ لأنه عليه كما لو باع ماله من أجنبي في مرضه وأقر باستيفاء الثمن صح، ولو كان عليه دين محيط به لم يقبل في شيء ويعتق العبد بزعمه ويؤخذ بالمكاتبة؛ لأنه تعلق بالمكاتبة حق الغرماء لأنها بدل رقبة تعلق بها حق الغرماء.

ولو قال: إذا مت فكاتبوا هذا العبد تصح الوصية؛ لأنه يملك تحقيقه فيملك الإيصاء به، ومن كاتب عبده في مرضه ولا مال له غيره فأجازت الورثة في حياته فلهم الإباء بعد موته؛ لأن نفاذ الوصية ووجوبها لا يكون إلا بعد الموت، ولا يصح إجازة الحق قبل أوان وجوبه.

مريض كاتب عبده على ألف درهم نجومًا وقيمته ألف وهو لا يخرج من ثلاثة إن شاء عجل ما زاد من قيمته على الثلث وإلا رد في الرق؛ لأن التأجيل فيما زاد على الثلث بمنزلة التبرع فلم يصح لحق الورثة فيلزمه تعجيل ما زاد على الثلث ويعتق العبد.

ولو كاتب عبده في حصته على ألف وقيمته خمسمائة فأعتقه عند الموت ولم

يقبض شيئًا حتى مات سعى في ثلثي قيمته وتبطل الكتابة عندهما.

وقال أبو حنيفة: يسعى في ثلثي قيمته وإن شاء يسعى في ثلثي ما عليه من الكتابة؛ لأن عندهما عتق كله بإعتاق ثلثه فهو حر مديون من جهتين فيلزمه أقل المالين إما ثلثا الكتابة أو ثلثا قيمته وأقل المالين هنا ثلثا قيمته فيلزمه السعاية منه، كما لو قال الدائن أنت حر على ألف أو ألفين لزمه الألف وعنده الإعتاق يتجزأ فيعتق ثلثه وثبت له في الثلثين جهتا عتاق عتق بالسعاية في ثلثي قيمته حالا وعتق بجهة الكتابة مالا فيختار أي الجهتين شاء؛ لأن في التخيير فائدة لما بينا في العتاق.

وكذلك إن وهب له جميع ما عليه؛ لأنه بمنزلة إعتاقه.

فإن قبض المولى خمسمائة ثم أعتقه في مرضه، فإن كان المقبوض هالكا لم يحتسب له شيء مما أدى؛ لأن المؤدى متى هلك لا يكون محسوبا في مال الميت وصار مال الميت ما بقي من المكاتبة فيسعى في ثلثي مكاتبه الباقي عند أبي حنيفة؛ لأن ثلثي قيمته وثلثي ما بقي من مكاتبته سواء وأحدهما مؤجل والآخر معجل والإنسان يختار المؤجل على المعجل إذا استويا في المقدار فلا يفيد التخيير، وعندما يسعى في ثلثي قيمته؛ لأن إيجاب ثلثي القيمة أولى؛ لأنه عتق كله وانفسخت الكتابة.

وإن كان قائما سعى في ثلث ما بقي من المكاتبة عند أبي حنيفة؛ لأنه مؤجل والظاهر أنه يختار المؤجل وعندهما يسعى في ثلث قيمته.

ولو أدى المكاتبة إلّا مائة ثم أعتقه في مرضه سعى في ثلثي المائة بالإجماع؛ لأنه أقل السعايتين وأنه مؤجل؛ لأن القيمة أكثر وهي معجلة والعاقل لا يختار الكثير العاجل على القليل الآجل من جنس واحد.

(باب ارتداد المكاتب أو المولى)

ولو ارتد المولى فالعبد على كتابته؛ لأن الكتابة متى صحت في حالة الإسلام لا تبطل بردته كسائر تصرفاته.

ولا يجوز إقرار المولى بأخذ البدل ولا يعتق عند أبي حنيفة إذا قبل على ردته،

فإن علم قبضه بالبينة يجوز ويعتق في رواية؛ لأن المكاتب استحق البراءة والحرية بقبض البدل فلا يبطل حق العبد برده المولى كما لو باع نسيئًا ثم قبض الثمن بعد الرد برئ المشتري وكذا هذا.

وفي رواية: لا يجوز ولا يعتق وهو الأصح؛ لأن قبض بدل الكتابة يملك بالملك أو بالولاية على المالك لا بحكم العقد بدليل أن الوكيل بالكتابة لا يملك قبض البدل وبالردة زال ملكه فلا يجوز قبضه بخلاف الثمن؛ لأنه يملك بحكم العقد وبالردة لا يخرج عن أن يكون عاقدا فملك قبض الثمن وما دله في حق البراءة والحرية للمكاتب يشكل بالإقرار بالاستيفاء، فإنه استحق البراءة بالإقرار بالاستيفاء ثم يبطل بالردة ويشكل بما لو كاتب المكاتب عبدا ثم عجز الأول فدفع الثاني المكاتبة إلى الأول لا يعتق، فإن كان استحق البراءة والحرية يدفعه إلى الأول.

ولو ارتد المولى ولحق بدار الحرب وقسم القاضي فكاتبوا عبده ثم عاد مسلما فهو مكاتب له؛ لأن كتابة الوارث موقوفة؛ لأن الملك ورقبة العبد موقوف من أن يقرر أملاك المرتد على ورثته إن مات على ردته وغوايته ومن أن يعود إليه إن عاد إلينا مسلما، فإنه إذا عاد مسلما يأخذ ما يجده في يد ورثته، وإذا كان الملك في رقبة المكاتب موقوفا توقفت الكتابة إيصاء، وإن مات على ردته وقعت الكتابة للوارث، وإن عاد مسلما صار مكاتبا له كأنهم كاتبوا بإذنه؛ لأنه إن فقد إذن المرتد فقد وجد إذن من يلي عليه وهو القاضي؛ لأنه لما قضى بالميراث لهم فقد سلطهم على التصرف فجاز تصرفهم بإذن القاضي، فإن القاضي كإذن المرتد وحقوق العقد في الكتابة للموكل لا للوكيل، فإذا أدى إليه عتق.

ولو أدى إلى الوارث قبل عود المرتد مسلما عتق أيضًا، ونظيره لو كاتب المكاتب عبدا، فإن عجز المكاتب الأعلى وردّ رقيقا صارت الكتابة للمولى كأنه كاتب بإذنه حتى لو أدى إليه يعتق، وإن لم يعجز فأدى البدل وعتق ثم أدى الثاني البدل إليه عتق فكذا هذا.

كاتب عبده ثم التحق العبد بدار الحرب مرتدا لا تبطل الكتابة؛ لأنه لم يزل ملك المولى، فإن أسره المسلمون فأبى أن يسلم يقبل ويستوفي مولاه من ماله بدل

الكتابة فإن بقي شيء فلمولاه استحسانا، والقياس أن يكون قنا كالحر ارتد ومات وترك مالا اكتسبه في حال ردته لا يصير موروثا عنه.

وجه الاستحسان أن هذا كسب تعلق به حق المولى فيمنعه من أن يصير فيئًا ككسب الإسلام.

فإن لحق وترك ولدا، ولد في كتابته ينظر إن مات أو قتل يسعى فيما على أبيه كما لو مات في دارنا وترك ولدًا مولودًا في الكتابة، فإن لحق لا يسعى الولد؛ لأنه لا يقضي بموت المكاتب متى لحق بدار الحرب بخلاف الحر؛ لأنه قضى حكما وهنا لو قضى بموته حكما فيصير مقضيا بإبطال ملك المولى في رقبته وكسبه فيتعدى تحرره إلى الولي والله أعلم.

كتاب الولاء

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الولاء، وسببه، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وحكمه شريعة.

أما مشروعيته: فلقوله صلى الله عليه وسلم: "**الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ**"[1]، وقوله عليه السلام: "**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**"[2] معناه أنه سبب لإحيائه بالعتق معنى كالأب سبب لإحياء الولد بالإيلاد[3].

وأما سببه: إنما هو الإعتاق؛ لأن المولى أنعم على عبده بالإعتاق وأحسن إليه بالتخليص عن ذل الرق؛ لأن الرقيق هالك حكما؛ لأن الرق والملك يسلب خاصية الآدمية والإنسانية وهو انسلاب أهلية الشهادات وافتقار مالكية الإنشاء والولايات فكان بإعتاقه تسبب إلى إحيائه معنى كالأب تسبب إلى إحياء الولد فالشرع جازاه باستحقاق الإرث عليه كرامة وصلة له، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: "**الولاء لحمة كلحمة النسب**".

---

(١) أخرجه «البخاري» ٤٨/٧ (٥٢٨٠) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، وهمام، عن قتادة. وفي (٥٢٨١) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا وهيب، قال: حدثنا أيوب. وفي (٥٢٨٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا عبد الوهاب، عن أيوب. و«أبو داود» (٢٢٣٢) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا همام، عن قتادة. و«الترمذي» (١١٥٦) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا عبدة، عن سعيد بن أبي عروبة، عن أيوب، وقتادة. و«ابن حبان» (٤٢٧٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا الحسن بن عمر بن شقيق، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب.

ثلاثتهم: (أيوب السختياني، وهشام بن حسان، وقتادة) عن عكرمة، فذكره.

(٢) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: قرئ على بشر بن الوليد، عن يعقوب بن إبراهيم، عن عبيد الله بن عمر، عن عبد الله بن دينار، فذكره

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٨٧/٢، والمغني ٣٨١/٦، والمبسوط للسرخسي ٨١٠/٨، وشرح السراجية للجرجاني بحاشية الفناري ص٥٤.

وأما تفسيره: فالولاء في اللغة: عبارة عن المعاونة والنصرة أو عبارة عن المواصلة والمصادقة فقال: واليته أي نصرته وعاونته وأحثثته ومنه سميت الموالاة موالاة وهي المؤاخاة والمصادقة، وسمي الولي وليا لتناصره وتعاونه لحبيبه وصديقه.

وأما شرطه: فيكون المعتق أهلا للولاء وهو أن يكون أهلا للإرث وهو كونه حرا مسلما؛ لأنه سبب لاستحقاق الإرث وكمن كان أهلا للإرث يكون أهلا للولاء بإعتاقه وأولاده يكون أهلا باعتبار العصوبة لا بالقرابة والوراثة كما تبين.

وأما حكمه شريعة: فعقل جنايته حال حياته بعتقه والإرث منه بعد مماته؛ لأنه بمنزلة عصبته من جهة النسب لما تبين.

(باب من يستحق الولاء ومن لا يستحق)

أصله: أن الولاء يستحق بالعصوبة لقوله صلى الله عليه وسلم للمعتِق: "**وإن مات ولم يترك وارثًا كنت أنت عصبته**" أي مات ولم يترك وارثا عصبة من الأقرباء كنت أنت عصبته، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن**" فلم يجعل للنساء حظًّا من الولاء لأنهن ورثن بالفرض لا بالتعصيب ويكون لأقرب عصبة المعتق لقول عدة من الصحابة الولاء للكبير أي الأقرب للميت نسبا وهذا لا يعرف إلا سماعا فصار كالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم مثاله إذا مات المعتق عن ابن وبنت فالولاء للابن دون البنت وإن مات عن ابن وأب فالولاء للابن دون الأب، وعند أبي يوسف للأب السدس والباقي للابن.

لأبي يوسف: أن الأب عصبة في الجملة؛ لأنه قد يجوز جميع الميراث وقد يرث الباقي والعصبة تستحق الولاء بالنص.

لهما: أن الأب مع الابن صاحب فرض لا عصبة؛ لأن له معه سهم مقدر وهو السدس فكان في منزلة الزوج في هذه الحالة فلا يزاحم الابن في استحقاق الولاء لانعدام سببه وهو العصوبة.

ولو مات بعض عصبة المعتق فالولاء للأقرب عصبة المعتق مثاله إذا مات المعتق عن اثنين ثم مات أحد الاثنين عن ابن فميراثه لابن المعتق لصلبه دون ابن ابن المعتق؛ لأن أقرب عصباته الابن لصلبه فيقوم مقام أبيه في استحقاق الميراث بولاء أبيه لا بولايته وهذا معنى قولهم الولاء للكبير، فإن مات الابنان وترك أحدهما ابنًا وترك الآخر ابنين ثم مات المعتق فالميراث على عدد رؤوسهم لأنهم سواء في كونهم عصبة الميت.

ولو مات المعتق عن عصبة من جهة النسب وعن معتق فالمال كله لعصبته من جهة النسب لأنها أقرب إليه من المعتق.

ولو مات عن صاحب فرض وعن معتق فلصاحب الفرض فرضه والباقي للمعتق؛ لأنه عصبته لما روينا.

ولو مات عن بنت وابن المعتق فلها النصف والباقي لابن المعتق، فإن مات هذا الابن بعد ذلك عن ابن ثم ماتت بنت المعتق فميراثها لابني ابن المعتق؛ لأن أولاد المعتق موالي المعتق موالي عصبته؛ لأن أولاد المعتق يتعصبون بالمعتق وعصبته كالمعتق وعليه إجماع الصحابة والولاء يورث ولا يورث نفسه خلافًا لشريح والشافعي.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ ولا يورث**" وأن القياس يأبى التوريث بالولاء؛ لأنه ليس بمال ولا بمعنى المال وإنما هو سبب يورث به المال كالنسب والنكاح يورث ولا يورث نفسه إلا أنّا أثبتنا الإرث بالعصوبة بالولاء نصا وإجماعا لا قياسا فيرد التوريث بالفرض إلى ما يقتضيه القياس وللمعتقة الولاء لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ليس للنساء إلا ما أعتقن**"، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**الولاء لمن أعتق**" والمرأة ساوت الرجل في الإنعام على العبد بالإعتاق حيث نسبت إلى إحيائه معنى فجوزي لها بالاستحقاق بالإرث عليه كرامة وصلة لها كما في الرجل والمرأة يجوز أن يصير عصبة بمباشرة سبب التعصب كما في ولاء الموالاة لو أسلم رجل على يديها كان ولاؤه لها وهي عصبته في حياته ومماته.

أعتقت المرأة مملوكا ثم ماتت عن زوج وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتقة؛ لأنه عصبتها لا غير.

أعتق أمة وماتت عن ابن والابن عن أخ لأمه ثم ماتت المعتقة فالميراث لعصبة المعتق ولا شيء للأخ لأم لأنه أجنبي عن المعتق وكذا لا لشيء لأخ المعتق؛ لأنه ليس بعصبة له.

(باب جر الولاء)

أصله: أن ولد المعتقة إذا تعذر إثبات ولائه من الأب يكون الأب مملوكا، فإنه يثبت من مولى الأم، فإذا عتق الأب جر الولاء؛ لأن الولاء ملحق بالنسب شرعًا لما روينا، ونسب الولد متى تعذر إثباته من الأب [يثبت من الأم كما في ولد الدائنة فكذلك الولاء، فإذا زال المانع وأمكن إثباته من الأب][1] يثبت منه؛ لأن الأصل في النسب الآباء لقوله تعالى: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في جر ولاء العتاقة.

والثاني: في جر ولاء الموالاة.

أما القسم الأول: معتقة تزوجت رجلا فلا يخلو من خمسة أوجه: إما أن تزوجها عبد أو مكاتب، أو معتق، أو مولى الموالاة، أو عربي، أو عجمي.

فإن كان عبدًا أو مكاتبًا فولاء ولدها لمولى الأم؛ لأنه تعذر إثبات الولاء من الأب لفقد الأهلية فألحق ولاؤه بالأم كنسب ولد الملاعنة، وإن أعتق الأب جر ولاء الولد إلى مولاه؛ لأنه صار أهلا للولاء فزال المانع فانتقل ولاؤه إلى الأب كالملاعن إذا أكذب نفسه عاد النسب إليه لزوال المانع فكذا هذا.

وإن كان معتقًا فولاء الولد لمولى الأب؛ لأنه استوى الجانبان في شرف الولاء لاستوائهما في ولاء العتاقة وترجح جانب الأب بالأبوة؛ لأن الشرف في انتسابه

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س).

وانتمائه إلى الأب أكمل وأوفر كما في النسب إذ الولاء ملحق بالنسب، وإن كان عربيا فالولد ينسب إلى موالي الأب؛ لأن للعرب أنسابا يتشرفون ويفتخرون بها وشرف نسب العرب فوق ولاء العتاقة، وإن كان مولى الموالاة بأن أسلم رجل من أهل الحرب ووالاه رجل أو لم يواله فولدت منه ولدا فهو مولى مولاه لمولى أمه عندهما.

وقال أبو يوسف: الولد مولى لمولى الأب والخلاف يظهر فيما إذا جنى يعقله قوم الأب عند أبي يوسف وعندهما قوم الأم.

لأبي يوسف: أنه يرجح جانب الأب؛ لأن له حرية أصلية والأم حرية عارضية وللحرية الأصلية زيادة شرف وحظ على حرية عارضية؛ لأنه بقي فيها شيعة وشبهة يقتضيه الرق وهو الولاء.

لهما: أن شرف حرية الأصل لا تثبت للولد لأن الولد لا يعتق بحرية الأب وإنما يعتق بحرية الأم فصار وجود زيادة الشرف في جانب الأب وعدمه بمنزلة لما لم تستعديه الحرية ولا يستجلب به منفعة وصارت العبرة لحرية الأم في حق الولد ولأن ولاء العتق أقوى وآكد من ولاء الموالاة بالإجماع؛ لأن ولاء العتق لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فترجح الأكبر والأقوى على الأضعف والأوهى، وإن كان الأب عجميا له أب في الإسلام فعند أبي يوسف ولاء الولد لمولى الأب كما قلنا واختلف المشايخ على قولهما قيل ولاؤه لمولى الأب عندهم جميعًا لأن في جانب الأم شرف ولاء العتاقة وفي جانب الأب شرف إسلام الأب وشرف فضيلة إسلام الآباء أقوى من شرف ولاء العتاقة حتى لا يكون من له أب في الإسلام كفؤًا لمن له أبوان في الإسلام فكان إلحاقه بالأب أولى وقيل ولاؤه لمولى الأم لما قلنا والأول أصح ولا يجر الجد الولاء ولا يكون مسلما بإسلام الجد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يكون مسلما تبعا للجد وهي تأتي في كتاب السير أعتق أمة وولدها أو أعتق أمة حبلى فولدت لأقل من ستة أشهر بعد العتق أو كانت معتدة من طلاق أو موت فولدت لإتمام سنتين من يوم مات أو طلق وقد أعتق الأب رجلًا آخر فالولد مولى لمعتق الأم؛ لأنه عتق على ملك معتق الأم فيثبت عليه الولاء

مقصودا فلا يبيع غيره في الولاء، أما المنفصل والمولود لأقل من ستة أشهر فلا شك فيه، وأما المولود في العدة فلأنا حكمنا بتحويل العتق في ملكه لأنا لما حكمنا بثبات النسب منه والنسب لا يثبت إلا إذا حصل العلوق في ملكه فعلمنا وجوده في البطن يوم إعتاق الأم بدلالة في ثبات النسب بخلاف ما لو أعتقها حال قيام النكاح ثم ولدت لستة أشهر كان ولاؤه لمولى الأب؛ لأن الوطء حلال وكان سبب العلوق متوهما في كل وقت وهو الوطء ولم يوجد دليل على الوجود فحملنا العلوق على أقرب الأوقات لوضع الحمل وهو ستة أشهر.

أمة معتقة ولدت من عبد، فإن له مولى لمولى أمه وإن أسلم على يدي رجل وولاؤه له أعتق أبوه جر ولاءه مولى أبيه وبطل ولاء الموالاة.

ولو أعتق الابن ثم عتق أبوه لا يجر ولاء ولده، والفرق أن الولد متى صار أصلًا في ولاء العتاقة بأن جرى عليه عتق مقصود لا يمكن أن يجعل تبعا لغيره في الولاء إلا بعد فسخ ما ثبت له من الولاء؛ لأنه لا يتصور أن يكون أصلًا وتبعًا في الولاء وفسخ ولاء العتاقة ممتنع؛ لأن فسخه بفسخ سببه وهو العتق وفسخ العتق متعذر فتعذّر وفسخ حكمه وفسخ ولاء الموالاة ممكن؛ لأن سببه وهو عقد الموالاة يحتمل الفسخ ففسخنا الولاء الأول وجعلناه تابعا لأبيه في الولاء؛ لأن الولاء ملحق بالنسب شرعا فمهما أمكن إثباته من الأب لا يمكن من غيره.

فإن والاه رجل ثم أعتق أبوه جر ولاءه مولى ابنه إن كان الابن حيا أو ميتا؛ لأن لمعتق الأب يثبت ولاء الأب فيجر ولاء الولد ولا يحتاج إلى فسخ ما ثبت للولد من الولاء؛ لأنه ما ثبت له الولاء حقيقة بل ثبت له حكم الولاء تبعا للأم فاحتجنا إلى النقل لا إلى الفسخ.

ولا يرجع عاقلة الأم بما أدوا عنه من العقل؛ لأن وقت الجناية عاقلة مولى الأم وإنما ثبت الولاء لمولى الأب مقصورا على حال عتق الأب؛ لأن الولاء نتيجة العتق والعتق ثبت مقصورا على الحال فلا يظهر أن الولد لم يكن لمولى الأم وقت العقل فقد قضى دينا عليه لا على غيره فلا يرجع.

(باب ولاء الموالاة)

يحتاج إلى معرفة: شرعية ولاء الموالاة، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وحكمه شريعة.

أما شرعيته: فلقوله صلى الله عليه وسلم لمن سأله عمن أسلم على يدي رجل فقال: "**هو أحق الناس به محيًا ومماتًا إن والاه**" أي: بميراثه لا لشخصه.

وحديث تميم الداري أن رجلا أسلم على يديه ووالاه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**وهو أخوك ومولاك يعقل عنه ويرث عنه**"، ولأن في الهداية إلى الإسلام والدعاء إليه وحمله عليه إحياء له دنيا ودينًا وهو الفوز والنجاة في الآخرة وخلاصه عن ذل الاسترقاق وصيرورته معصوم النفس محقون الدم مصون المال في الدنيا وكان بالإحياء في هذا أكثر من الإحياء في الإعتاق، ولهذا قال الله تعالى: ﴿أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢] ثم ولاء العتاقة لما انتهض سببا لاستحقاق الإرث وغيره فهذا أولى.

وأما تفسيره: رجل أسلم على يدي رجل وقال: أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت وقتل الآخر فهو صحيح خلافًا للشافعي حتى لو مات الوالي يرث مولى الموالاة ويعقل عنه إذا جنى وإن أسلم على يديه ولم يواله لم يرثه ولم يعقل عنه؛ لأنه لم يعقد عقد الموالاة وبدونه لا يثبت استحقاق الإرث لما بينا.

والمولى الأسفل لا يرث من المولى الأعلى ولا يعقل عنه؛ لأن الأسفل جعل الأعلى وارثا له مجازاة له على ما أنعم إليه من الهداية صيانة وإلزامه له، فأما الأعلى لم يجعل الأسفل وارثا لنفسه وقد فقدت القرابة بينهما وعقد الموالاة من جانبه فلا يرث.

وأما ركنه: فقوله: أنت مولى على ما ذكرنا.

وأما شرطه: فيكون الموالي عاقلًا - بالغًا - حتى لو أسلم الصبي أو العبد على يدي رجل ووالاه لا يصح؛ لأن عقد الموالاة تصرف دائر بين الضرر والنفع لما فيه من إيجاب الإرث والتزام العقل.

ولو والى العبد رجلا بإذن مولاه جاز والولاء للصبي بخلاف العبد؛ لأن الصبي من أهل أن يثبت له ولاء العتاقة إذا تحقق سببه بأن ملك رقبته فجاز له أن يثبت ولاء الموالاة إذا صدر منه عقد الموالاة، فأما العبد ليس من أهل ولاء العتاقة فكذا ألا يكون من أهل ولاء الموالاة؛ لأن حكم الولاء الإرث والعقل والعبد ليس بأهل لذلك فيثبت الولاء لأقرب الناس إليه وهو مولاه كما في الإيهاب والاحتطاب لما لم يكن من أهل ثبوت الملك له ثبت الملك للمولى فكذا هذا.

ولو والى رجلًا مكاتبا يعتبر إذن المولى فيه روايتان في رواية لا يصح؛ لأنه لا يثبت للمكاتب ولا العتاقة فلأن لا يثبت له ولاء الموالاة أولى كما في العبد، وفي رواية يصح ويكون ولاؤه لمولاه؛ لأن المكاتب يملك إثبات ولاء العتاقة لمولاه شاء المولي أو أبى بأن يكاتب عبدا من كسبه فيؤدي ويعتق ويكون ولاؤه لمولاه فلأن يملك إثبات الموالاة أولى ولا كذلك العبد.

وأما حكمه شريعة: فالإرث والعقل عنه لما بينا.

وعقد الموالاة عتق لازم وللمولى انتقض ما لم يعقل عنه؛ لأنه متبرع في عقد الموالاة والعقل بمنزلة التعويض له كما كان في الهبة له في النقض قبل التعويض حتى لو نقض أحدهما محضر صاحبه ينتقض ويعتبر محضر صاحبه لا ينتقص؛ لأنه يؤدي إلى الغرور والضرر بصاحبه؛ لأنه ربما يقوم الأعلى بأمور الأسفل حال حياته على خيار أنه يرثه أو يتصرف في ماله بعد موت الأسفل على خيار أنه ملكه فيصير مضمونا عليه على خيار أن الأعلى موالاة وناصره أو ربما يعتق عبده على خيار أن عقلهم على مولاه ولم يجب وفي هذا غرر وضرر يلحقه فشرط حضرة كل واحد منهما لصحة الفسخ نفيا للغرور عن صاحبه وصار هذا كالوكالة عند أبي يوسف رحمه الله، من له الخيار أداء فسخ البيع بغير علم صاحبه يصح وهنا لا يصح والفرق أن ثمة من له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه باشتراط الخيار له فيما يلحقه من ضرر الفسخ يلحقه برضاه وهنا لم يوجد من أحدهما تسليط صاحبه على الفسخ فما يلحقه من الضرر يلحقه تغير رضاه فلم يصح الفسخ إلا أن يوالي الأسفل آخر فيكون نقضا للأول؛ لأن عقد الموالاة يقبل الانتقاض فمتى صح ولاؤه

مع الثاني بصدور العقد من أهله في محله فلا بد له من الحكم بصحته فيبطل الأول ضرورة صحة الثاني لتعذر الجمع بينهما؛ لأن الأول إنما رضي بالتزام العقد بشرط أن يسلم له جميع الإرث فمتى زاحمه غيره في الإرث يؤدي إلى إلحاق الضرر به فجعل العقد الثاني فسخًا للأول نفيا للضرر عنه فينفسخ الأول حكمًا لا قصدا فيصح كعزل الوكيل يصح حكمًا لا قصدًا.

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في عقد الموالاة.

والثاني: في جر الولاء.

أما الأول: لو أسلم على يدي رجل ووالى غيره فهو مولى للذي والاه؛ لأن بالإسلام لا يصير مولى له؛ لأن الناس أسلموا على يدي النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ولم يدع أحد ولاء أحد ولأن عقد الموالاة عقد التزام العقد وللاستخلاف الإرث واستحقاقه وذلك لا يكون إلا بالتزامهما ولم يوجد فلم تنعقد الموالاة.

أسلم من نصارى العرب على يدي رجل من غير قبيلته ووالاه لم تكن موالاة لأن الموالاة للتناصر والتعاون والشرف والتفاخر وهذا المعنى موجود في العربي لأنهم يتناصرون بأبدانهم ويتشرفون ويتفاخرون بأنسابهم ويحفظونها إلى أقصى أيامهم فلا فائدة له في الموالاة مع غير قبيلته بخلاف العجمي؛ لأنه ليس للعجم أنساب يتشرفون ويتفاخرون بها ولا يتناصرون ويدنون عن غيرهم فربما يحتاج إلى اكتساب زيادة شرف بانتسابهم إلى قوم وإلى تناصرهم فصح منه عقد الموالاة.

أسلمت ذمية فوالت ولها ولد صغير من ذمي لم يكن ولاء ولدها لمولاها وفي قياس قول أبي حنيفة يكون له؛ لأن عنده الأم تملك تزويج الصغير فيملك عقد الموالاة عليه وعندهما ليس لها التزويج فلا يملك عقد الولاء عليه.

أسلم رجل على يدي رجل على أن يكون ولاؤه لأول ولد له لا يجوز؛ لأنه عقد لا يصح تعليقه بالإخطار، فإنه لو قال: واليتك إن فعلت كذا لم يصح فلا يصح في حق الحمل؛ لأن في العقد مع الخبير غرر وخطر لاحتمال عدمه فلا يصح.

والى الرجل رجلا فما ولد له من ولد فهو مولى الموالاة؛ لأن ولده الصغير تبع له؛ لأنه يملك عقد الولاء عليه؛ لأنه في معنى النسب والولد يتبع الأب في النسب وكذا في الولاء فيدخل في ولائه تبعا كما في ولاء العتاقة، فإن أسلم له ابن كبير على يدي رجل ووالاه فولاؤه له؛ لأنه أولى بنفسه لانقطاع ولاية الأب عنه.

وإن أسلم ولم يوال أحدا فولاؤه موقوف؛ لأنه لا ولاية للأب على الكبير فلا ينعقد موالاته عليه بخلاف ولاء العتاقة، فإن الولد الكبير يتبع الأب في ولاء العتاقة؛ لأن الكبير يستنصر من موالي أبيه ولاء عتاقة عادة والموالي من ينتصرهم الإنسان ويتقوى بهم فيصير مولى لهم والكبير لا يستنصر موالي أبيه مولى مواليه عادة ولا يتقوى به، فإنه يقدر أن يوالي مثله حتى يستنصرونه ويتقوى به.

رجل والى رجلا ثم ولد له ولد من امرأة والت رجلا آخر فولاء الولد لمولى الأب، وكذلك إن والت وهي حبلى به، أما عندهما فلأن الأم لا تملك عقد الولاء على الأب فلم يكن الولد مولى لمولى الأم والأب يملك الولاء على الولد فيكون مولى الموالاة.

وأما عند أبي حنيفة فلأن ولاء الولد لمولى الأم ثبت تبعا لا مقصودا؛ لأن العقد غير مضاف إليه وكذا الجنين لا يصلح محلا لعقد الولاء ولكن ثبت له الولاء تبعا للأم؛ لأن الولد يحدث على صفة الأم ومتى ثبت الولاء تبعا أمكن بتحويله إلى الأب كما في ولاء العتاقة بخلاف ما إذا عتقت أمة حبلى فولدت فولاء الولد لمولى الأم ولا يتحول إلى مولى الأب؛ لأنه جرى على الولد الجنين عتق مقصود وأن إضافة العتق إلى الأم إضافة إلى الجنين، فإنه محل لإضافة العتق إليه، فإنه لو أعتقه أصلًا يصح، وإذا عتق بالإعتاق أصلًا ومقصودًا يثبت له ولاية نفسه أصلًا لا تبعًا لغيره فلا يمكن تحويل الولاء إلى غيره إلا بفسخ الولاء وفسخه متعذر لما بينا.

ولو كبر بعض أولاده، فإن أراد التحول إلى غيره له ذلك إن لم يعقل عنه مولاه أو عن أبيه أو عن أحد من إخوته؛ لأنه اتصل به قضاء القاضي بالعقل فيتأكد؛ لأنه بمنزلة عوض له فلا يقدر على فسخه بخلاف ما قبله.

وأما **القسم الثاني**: والى رجلا ثم والى ابنه رجلا كان كل واحد مولى لمولاه

ولا يجرُّ بعضهم بعضا بخلاف ما إذا والى الابن ثم أسر أبوه وأعتق جزء الأب ولاء.

والفرق في الموضعين الولاء ثبت للولد مقصودًا فلا يمكن أن يجعل تبعا لغيره في الولاء إلا بفسخ الولاء الأول وولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة وولاء العتاقة لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فكان فسخ الأضعف والأدهى لإثبات الآكد والأقوى بعيد فجاز فسخه فأما فسخ ولاء الموالاة مقصودًا لإثبات ولاء مثله تبعا لغيره لا يفيد والاستعمال بما لا يفيد لا يجوز.

فإن سبي ابنه وأعتق لم يجز ولاء الأب، فإن سبي أبوه وأعتق جاز ولاء الابن؛ لأن الابن ينسب إلى الأب ويكون تبعا له في الانتساب فكذلك في الموالاة؛ لأنه ملحق بالنسب والأصل يجرُّ ولاء التبع تحقيقا للتبعية فأما الأب فليس يتبع للابن في النسب فلا يصر تبعا له في الولاء حتى لا ينقلب المتبوع تبعا لتبعه.

فإن كان ابن ابنه لم يُسْبَ لكن أسلم ووالى رجلا فسبي الجد لم يجز الجد ولاءه؛ لأن الجد لا يجرّ ولاء الحاقد إلا أن يجرّ ولاء ابنه فيجرّ بجرِّه ولاء ابنه حتى لو كان الأسفل مواليًا والأوسط حربيا والجد معتقا لا يجرّ ولاء الأسفل إلا أن يسلم الأوسط وإلا فيجر الجد ولاءه وولاء الأسفل يجره أيضًا.

أسلم الحربي ولم يوال أحدا ثم أعتق أبوه جرّ ولاءه ولو أسلم أبوه ووالى رجلا لم يجر الولاء؛ لأن ولاء العتاقة أقوى وآكد من ولاء الموالاة فلقوته ووكادته يجر دون ولاء الموالاة والى مسلما أو ذميا جاز وهو مولاه؛ لأنه يجوز أن يكون للذمي على المسلم ولاء العتق، وكذلك ولاء الموالاة.

وإن أسلم على يدي حربي ووالاه هل يصح؟ لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه، قيل يصح؛ لأنه يجوز أن يكون للحربي ولاء العتاقة على المسلم فكذلك ولاء الموالاة كما في الذمي، وقيل لا يصح؛ لأن في عقد الولاء مع الحربي يتاجر الحربي وموالاته وقد نهينا عن ذلك بخلاف الذمي.

(باب بيع الولاء)

ولا يجوز بيع ولاء الموالاة وولاء العتاقة للخبر ولأن الولاء ليس بمال؛ لأنه

أثر من آثار الرق؛ لأنه لا يثبت إلا بالعتق والعتق موضوع لإزالة الرق حتى اختص بمحل فيه الرق والرق ليس بمال ولهذا أثبت الحيوان دينًا في الذمة بدلا عن إزالة الرق فكذا ما كان من آثاره.

وإن باع الأسفل ولاءه من آخر أو وهبه كان نقضًا للأول وعاقد للثاني، وإن باع الأعلى الولاء من آخر لم يكن نقضًا إلا بحضرة الأسفل؛ لأن الأعلى لا يملك تحويل الولاء إلى غيره؛ لأنه لو قال: جعلت ولائي لفلان لا يصير له وإنما يملك نقضه بمحضر صاحبه، فإذا باع بمحضر صاحبه يجعل البيع عبارة، فإنه لو والى مع آخر انتقض الأول فجعل البيع عبارة عن التحويل، وإثبات الولاء للثاني لا عن الفسخ مقصود كي لا يلغو ذلك؛ لأن البيع لو تحقق تحول الولاء إلى الثاني فكذا هذا.

(باب الشهادة بالولاء)

مسائله على فصلين:

أحدهما: في الشهادة بالولاء.

والثاني: في إقامة الرجلين البينة على الولاء.

(فصل)

شهد أن الميت مولى فلان عتاقه لم يجز القضاء حتى يقولوا إن هذا الحي أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه لا نعلم له وارثًا غيره؛ لأن اسم المولى قد يقع على مولى العتاقة وعلى مولى الموالاة وعلى مولى الناصر ولا يثبت كونه معتقا ووارثا بشهادتهما أنه وارثه بجواز أنهما يعتقدان أن المعتق يرث من المعتق كما يقوله الحسن بن زياد، وإذا كان هذا متوهما من الشاهدين لم يثبت كونه معتقا فلم يثبت كونه وارثا بقولهما إنه وارثه.

مات رجل وأخذ رجل ماله وادعى أنه وارثه لم يأخذ منه؛ لأن يده ثابتة على المال وادعى أمرًا محتملا ولم ينازعه أحد في الأخذ فلا ينزع من يده بالشك، فإن خاصمه إنسان سأله البينة؛ لأنه يدعي استحقاق ما في يده ويده ثابتة باعتبار الظاهر فاحتجنا إلى بعض يده فلا ينقض يده إلا بالبينة.

ادعى أن أباه أعتقه فشهد ابنا أخيه لا يقبل لأنهما شهدا لجدهما.

(فصل)

ادعى رجلان ولاءه بالعتق وأقاما البينة جعل ميراثه بينهما لاستوائهما في الحجة ولم يتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين بجواز أن كل واحد منهما عاين تصرف المدعي في هذا العبد وإعتاقه فهذا مما يطلق له أداء الشهادة والمقضي به مما يحتمل الاشتراك وهو الولاء واستحقاق الميراث كما لو ادعيا نسب واحد، فإن وقتا وأحدهما سابق فهو أولى وفي ولاء الموالاة الآخر أولى؛ لأن ولاء العتاقة لا يحتمل الانتقاض والانفساخ فمتى ثبت للسابق لا يتصور ثبوته للاحق، فأما ولاء الموالاة يحتمل الانتقاض والتحويل إلى غيره فيحتمل فينتقض الأول ويتحول إلى الثاني.

ولو قضى القاضي لأحدهما بالولاء والإرث ثم شهد آخران لآخر بمثله لا يقبله إلا أن يشهدوا أنه اشترى من الأول قبل أن يعتقه فيبطل قضاء الأول؛ لأنه ظهر أن القضاء وقع بعتق غير نافذ بولاء باطل فيكون باطلا بخلاف الأول؛ لأن القضاء بالعتق نفذ من حيث الظاهر والعتق لا يحتمل الفسخ وصار كما لو ادعى إثبات نسب واحد وأقاما البينة يقضي بينهما ولو قضى لأحدهما به أقام الآخر البينة لا يقضي له؛ لأن النسب بعد ثبوته لا يحتمل الفسخ فكذا هذا.

أقام أحدهما البينة على ولاء العتق والآخر على أنه حر الأصل أسلم على يديه ووالاه والغلام يدعيه فهذا أولى؛ لأنه ثبت حرية سابقة وهي الحرية الثابتة بأصل الفطرة.

ادعى رجل أن أباه أعتق فلانا الميت وشهد ابنا الميت على ذلك وادعى آخران أباه أعتقه وأقرت بنت الميت به فالإقرار باطل والشهادة جائزة لأنها شهادة على الأب فجازت لآخر.

ولو شهد للآخر ابن وبنتان فالولاء بينهما.

ادعى رجل أنه أعتق الميت وأقام البينة وأقام من في يده البينة على مثل ذلك

فالولاء والميراث بينهما لأنهما يستويان في استحقاق الولاء وهو الأصل دون المال فلا يترجح بينة أحدهما في استحقاقه بيده على المال.

أقام مسلم شاهدين عدلين أنه أعتقه وأنه مات مسلما ولا وارث له غيره وأقام ذمي شاهدين مسلمين أنه أعتقه وأنه مات كافرا فللمسلم نصف الميراث ونصف الميراث لأقرب الناس من المسلمين إلى الذمي، وإن لم يكن فلبيت المال لأنهما استويا في الحجة والجمع ممكن؛ لأن الولاء يحتمل الاشتراك ويجوز أن يكون ولاء العبد المسلم من مسلم وكافر والجمع بين موته مسلما وكافرا لا يمكن فرجحنا الإسلام وحكمنا بموته مسلما فكان نصف ولائه للكفار لأقرب عصباته.

(باب من يكون ولاؤه لبيت المال)

اللقيط حر يرثه بيت المال ويعقل عنه لقول عمر وعلي رضي الله عنهما: اللقيط حر وولاؤه وعقله للمسلمين.

ولأنه ليس لأحد على اللقيط ولاء وليس له مستحق فيكون ولاؤه لبيت المال، وكذلك الكافر يسلم ولم يوال أحدا.

ذمي أعتق مسلمًا أو كافرًا فأسلم فميراثه لبيت المال وعقله على نفسه؛ لأنه تعذر إيجاب العقل على المعتق وعلى عاقلته؛ لأن العقل إنما يكون بالتناصر والتناصر في غير العرب إنما يكون باتفاق الملة وتعذر إيجابه على بيت المال؛ لأن بيت المال ليس بعاقلة مولاه فوجب عقله في ماله ويكون ميراثه لبيت المال؛ لأنه لا يستحق له إلا أن يكون لمولاه وارث مسلم كأخ أو غيره فكان هو وارثه وعقله على نفسه؛ لأن الكافر لا يرث من المسلم فيجعل كالهالك ولا عاقلة له؛ لأن المسلم لا يكون عاقله الكافر وهذا محمول على ما إذا كان الأخ معتق قوم ومولاه معتق آخر فأما إذا كان قومهما واحد فعقله على الآخر ومواليه.

وإن والى هذا المعتق رجلا لم يجز؛ لأن عليه ولاء عتق للمعتق ولا يمكن إثبات الولاء لآخر إلا بعد فسخ الأول وفسخ ولاء المعتق متعذر.

ولو أسلم مولاه المعتق ووالى رجلا صار هذا المعتق مولاه؛ لأن المعتق لا ولاء عليه فيصح عقد الولاء منه فيصير معتقه مولى لمولاه تبعا له كالابن مع الأب.

(باب ولاء العتق للحربي)

حربي أعتق عبده فلا يخلو إما أن أعتق في دار الحرب أو في دار الإسلام، فإن أعتق في دار الحرب وكان العبد مسلما فولاؤه له؛ لأنه لا يسترقه بيده؛ لأن المسلم لا يسترق وعتق بإعتاقه فيكون الولاء له.

وإن كان كافرًا فلا ولاء له؛ لأن الولاء نتيجة العتق وإعتاق الحربي عبده المسلم يصح بالإجماع وعبده الكافر لا يصح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إذا لم يخل سبيله، وإذا خلي سبيله إن صح العتق ولكنه لا يتم العتق في حق إزالة الرق إن صح في حق إزالة الملك؛ لأن كون الحربي في داره سبب لرقه، ولهذا صار محلًّا للملك والاسترقاق والاستيلاد ولا يد لتملك الآدمي من قيام الرق فيه قائما بعد التخلية فقد قارن الرق ما يوجب الرق فيمنع زوال الرق فلم يتم العتق في حق إزالة الرق والملك فلم تتم علة الولاء.

واختلف المشايخ على قول أبي يوسف؛ قال الحاكم الشهيد: لا يصح عتقه ولا يكون له الولاء كما هو قولهما، وقيل: يصح عتقه ويكون ولاؤه له، وأما إذا أعتق الحربي عبده الكافر في دار الإسلام صح عتقه لما عرف قال: وكل حربي معتق عليه الرق بعد العتق انتقض به ولاؤه؛ لأنه أثر العتق الأول ونتيجته وقد ارتفع العتق فانتقض الولاء؛ لأنه يحقق ما ينافيه وهو الرق والملك.

حربي أعتق عبدا في دار الحرب ثم خرجا مسلمين للعبد أن يوالي من شاء؛ لأن العتق لم يصح في حق إثبات الولاء فلم يثبت لأحد عليه ولاء وإنما عتق عليه بتخلية سبيله لا بإعتاقه فالعبد خرج مراغما لمولاه بعتق ولاء ولا ولاء عليه.

حربي أعتق عبدا في دار الإسلام جاءه في دار الحرب أو اشتراه في دار الإسلام ثم جرى عليه الرق، فإن عاد إلى دار الحرب فأسر فهو مولى لمعتقه؛ لأن الحرية التي تعلق بها الولاء باقية؛ لأن السبي ورد على المعتَق دون المعتِق فبقي الولاء

وبالسبي لم يخرج من أن يكون أهلا للولاء؛ لأن الولاء ملحق بالنسب والعبد أهل للملك.

فإن مات المعتق فميراثه لبيت المال وعقله على نفسه؛ لأن مولاه رقيق لا يملك ماله وله مولى فتعذر إيجاب العقل على بيت المال.

مسلم مستأمن في دار الحرب أو أسلم هناك أعتق عبدا اشتراه هناك ثم أسلم عبده لم يكن مولاه قياسا وله أن يوالي من شاء عندهما، وقال أبو يوسف: أجعله مولاه استحسانا لما عرف.

حربي اشترى في دار الإسلام عبدا فأعتقه ثم رجع فأسر ثم اشتراه العبد فأعتقه فولاء الأول للآخر وولاء الآخر للأول لما بينا أن ولاء الأول باقٍ ووجد للثاني الولاء؛ لأن سبب الولاء وهو الإعتاق صدر من كل واحد منهما وأمكن الجمع بينهما فيثبت لكل واحد الولاء.

أسلم عبد الحربي في دار الحرب إن باعه أو غنمه المسلمون فيعتق ولا ولاء عليه عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يعتق إلا إن غنمه المسلمون فيعتق ويوالي من شاء وهي تعرف في كتاب السير.

عبد حربي خرج مستأمنا في تجارة لمولاه فأسلم يبيعه الإمام ويمسك ثمنه على مولاه؛ لأن حكم الأمان وهو العصمة يثبت في حق هذا المال باستئمان العبد واستئمان العبد كان بإذن المولى فكان بمنزلة استئمان الحربي فبقي المال أمنا عن الاستغنام ما دام في دار الإسلام، وكذلك لو أسلم في دار الحرب وخرج تاجرًا لمولاه؛ لأنه لم يعتق؛ لأنه لما خرج بإذن المولى كان مطيعا ومنقادًا لموالاه ولا يكون متمردا وقاهرا على مولاه فلا يملك نفسه، وإن خرج مراغما فهو حر ويوالى من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال؛ لأنه لما خرج مراغما لمولاه صار متمردا قاهرًا على مولاه ويثبت له اليد المستولية القاهرة على نفسه فيملك نفسه فيعتق والله أعلم.

(باب ولاء المرتد)

مرتد التحق بدار الحرب وله معتق أعتقه قبل ردته فورثه الرجال من ورثته ثم

عاد ثانيًا يأخذ ما وجد من ماله في أيديهم ولا يأخذ ما وجد من مال معتقه، وكذلك إن مات قبل التحاقه؛ لأن مال معتقه لم يصر ملكا له بالوراثة؛ لأن الكافر لا يرث من المسلم والمرتد بالالتحاق جعل كالميت حكما فقامت ورثته مقامه في عصوبة مولاه مملوكا ماله بالوراثة، فأما مال المرتد كان ملكا له وزال عنه لاستغنائه عنه في الحال؛ لأنه بمنزلة الميت حكما، فإذا خير واحتاج إليه ثانيا يعود إليه ما كان قائما.

أسلمت ذمية ثم أعتقت عبدا ثم التحقت بالدار مرتدة ثم سبي أبوها كافرا فأعتقه رجل لم يجرَّ ولاء مولاها؛ لأنه لم يجرّ ولاءها؛ لأن المرتد في دار الحرب بمنزلة الميتة حكما ولا ولاء عن الميت.

ولو أسلمت ذمية ثم أعتقت عبدا ولم يرتدا وارتدت وكانت في دار الإسلام ثم سبي أبوها فاشتراه رجل فأعتقه فولاء المرأة وولاؤه لمعتق الأب؛ لأن الأب عصبهما لأنها حية حقيقة وحكما متى كانت مقيمة في دار الإسلام فأمكن إثبات ولائها من الأب فيكون ولاؤها له وولاء معتقها بسبب ولائها، بخلاف المسألة المتقدمة لأنها مقيمة في دار الحرب ثم أعتق مسلما ورجعا عن الإسلام فأُسِرا فأسلم العبد دون المولى فقتل فولاء العبد لمولاه على حاله؛ لأنه لم تنفسخ الحرية التي تعلقت بها الولاء؛ لأن المرتد لا يسترق فلا تبطل حريته، فإن كان له عشيرة من المسلمين فعقله عليهم لأنهم عاقلة مولاه، وإن لم يكن فميراثه لبيت المال؛ لأنه مال لا مالك له وعقله على نفسه؛ لأن بيت المال لا يكون عاقله مولى العتاق وفي رواية: عقله على بيت المال؛ لأن بيت المال كان عاقلة المعتق وقت إسلامه فيكون عاقله معتقه.

كتاب الحيل

يحتاج إلى معرفة شرعية الحيل وتفسيره وحكمه.

أما مشروعيته: فلقوله تعالى من قصة أيوب - عليه السلام -: ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ ﴾ [ص: ٤٤].

وقال تعالى خبرًا عن إبراهيم - صلوات الله عليه - أنه قال لقومه حين أراد التخلف عنهم: ﴿إِنِّي سَقِيمٌ ﴿٨٩﴾﴾ [الصافات: ٨٩] ونوى بذلك أنه سقيم في الآتي فإن ما من صحيح إلا ويسقم في الآتي، أوهمهم بما قال إنه سقيم للحال حتى يتركوه؛ لأنه ليس فيما نوى إلا تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه، وتسمية الشيء باسم ما يؤول إليه جائز، قال الله - تعالى -: ﴿ إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُم مَّيِّتُونَ ﴿٣٠﴾﴾ [الزمر: ٣٠]، وكذلك حين كسَر أصنام قومه فقال له قومه: ﴿ءَأَنتَ فَعَلْتَ هَٰذَا بِـَٔالِهَتِنَا يَٰٓإِبْرَٰهِيمُ ﴿٦٢﴾ قَالَ بَلْ فَعَلَهُۥ كَبِيرُهُمْ هَٰذَا﴾ [الأنبياء: ٦٢، ٦٣] وأراد بذلك التعريض أوهمهم أن كبيرهم هو الفاعل، وأراد بذلك أن سمة الفعل وجدت من الكبير وهو كون الفأس على عنقه لا من إبراهيم؛ لأن حقيقة الفعل منه لما روي أن رجلًا اشترى متاعًا من تمر بصاعي تمر فقال النبي عليه السلام: "**أربيت هلا بعت تمرك بسلعة ثم اشتريت بسلعتك تمرًا**".

أما تفسيره: فالحيلة على الهرب والفرار عن المكروه أو الاحتيال لدفع مكروه الشيء وإبطال حق، فالهرب والفرار عن الحرام والتباعد عن الوقوع في الأنام لا بأس به بل هو مندوب إليه، فأما الاحتيال لإبطال حق المسلم فإثم وعدوان.

(باب الحيل في البيع والشراء)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في الحيلة لدفع الإقرار تلجئة.

والثاني: في دفع الجحود.

والثالث: في دفع الربا في البيع.

(فصل)

رجل أراد أن يشتري دارًا ويخاف أن البائع قد ألجأها إلى غيره، فالحيلة في استيثاقه أن يشتريها من البائع. رجل غريب لا يعرف له ويكتب وثيقة الشراء باسمه لا باسم الغريب؛ لأنه لو كتب باسم الغريب ربما يدعي ذلك لنفسه أو ينكر البائع أنه لم يبعها من الخائف، ثم يشهد الغريب أنه أجّر هذه الدار من الخائف ويدفعها إليه ثم يشهد في السر أنه اشتراها له من ماله وأنها داره لا حق له فيها.

حتى لو ادعى رجلٌ الدار يقيم الحالف بينة أنه استأجرها من فلان ودفعها إليه ولا ينتصب خصمًا له، وإنما يكون خصمه الغريب وأنه لا يعرفه.

ولو خاف المشتري أن البائع قد قدّمها أو تصدّق بها على ذلك أو غيره قبل ذلك.

فالحيلة لدفعه أن يكتب الشراء من البائع ويكتب في الشراء ضمان الدرك من الولد للمشتري ويسلم الدار إليه؛ لأن التسليم من الولد كان إجازة للبيع فلا يمكنه المخاصمة بعد ذلك للمشتري وضمان الدرك للمشتري إقرارا منه بأنه لا حق له من الدار فتنقطع خصومته.

وحيلة أخرى أوثق من الأولى أن يكتب الشراء باسم رجل مجهول فأودعها المجهول عنده ثم يشهد من السر أن الدار له لا حق له فيها، فإذا ادعى رجل فيها حقا يقيم البينة أنها وديعة لفلان عندك فيدفع خصومة جميع الناس عنه، وبالحيلة لا تندفع عنه خصومة غير الولد فكانت هذه أوثق من الأولى.

(فصل)

عبد اشترى نفسه من مولاه وللمولى عند العبد مال اكتسبه قبل الشراء فجحد المولى البيع حتى يقر له العبد بالمال وجحد العبد المال حتى يقر المولى بالبيع، فحيلته أن يقر العبد بالمال لمن يثق به في السر ويشهد على ذلك ثم يقر في العلانية

بالمال للمولى ويبيع المولى العبد ممن يثق في السّر ويشهد على ذلك ثم يقرُّ في العلانية أنه باع نفسه منه حتى لو جحد أحد منهما يقيم المقر له البينة على استحقاق المقر له فيندفع خوف جحود أحدهما بهذا.

رجل ادعى ثوبًا في يدي رجل وهو يعلم أن المدعي مبطل، فالحيلة أن يبعث بالثوب على يدي غيره فيعرضه على المدعي وهو لا يعرفه حتى يساومه المدعي، فإن ساومه المدعي تبطل دعواه؛ لأن المساومة من المدعي إقرار أنه لا حق له في هذا الثوب فلا يصدق في قوله: إني لم أعرف أن الثوب ثوبي.

(فصل)

رجل أراد أن يشتري من صيْرفي ألف درهم بمائة دينار وليس عند الصيرفي إلا خمسمائة درهم، فحيلته أن يبيع الخمسمائة بخمسين دينارًا الباقية ويتقابضان ثم يستقرض الصيرفي الخمسمائة التي قبضها ثم يشتريها بخمسين دينارًا الباقية ويتقابضان فيصل إليه مائة دينار ويكون للمشتري على الصيرفي خمسمائة درهم قرض.

(**العيون**): ولو باع ضَيعة ولم يرها المشتري، فالحيلة أن لا يرد المشتري عليه بخيار الرؤية أن يبيعها مع ثوب لرجل ويقر المشتري قبيل الشراء أن الثوب لهذا الرجل، فإذا اشترى الضَّيعة مع الثوب فإن المقر له يأخذ الثوب ويبطل خيار المشتري في الضيعة لأنه اشتراها صفقة واحدة، وفي رد أحدهما تفريق الصفقة وذلك لا يجوز، وفي هذه الحيلة إبطال حق المشتري ولكن برضاه وإبطال الحقوق الثابتة بالتراضي جائز.

(**الخصاف**): رجل أراد أن يبيع دارًا أو ضيعة أو جارية من رجل ويخاف أن يرد له المشترى عليه بعيب، فالحيلة في التوَثق به أن يقر المشتري بعدما اشتراه أن ذلك جائز لشيء قد خرج من ملكه إلى غيره إما ببيع أو هبة أو صدقة، فإذا أقر بذلك لم يكن له أن يرده.

رجل أراد أن يشتري جارية من غريب ويخاف أن تُستحق الجارية من يده فيذهب ماله أو يجد بها عيبًا ولا يجد خصمه ليردها عليه، فالحيلة فيه أن يوكل الغريب رجلًا ثقة يبيعها من هذا المشتري ويضمن الدرك والخلاص ويسلم الغريب المبيع.

رجل اشترى من رجل جارية بمائة دينار ودفع الثمن وقبض الجارية ثم أصاب بالجارية عيبًا، فأراد ردها فخاف أن ينكر البائع قبض الثمن ويحلف على ذلك فأراد ردها عليه بالعيب لم يكن للمشترى عليه شيء من الثمن أو يقول لم أبعه هذه الجارية ويحلف على ذلك فيأخذها، فالحيلة فيه أن يقول المشتري للبائع فيما بينهما: إني اشتريت منك هذه الجارية بمائة دينار وبها هذا العيب وقد رددتها عليك بالعيب فإذا أنكر بعد ذلك عند القاضي وحلف فقد حلف كاذبًا، ولو خاف أن يحلف كاذبًا يجيء معه شاهدان مخفيًّا عن البائع وراء السَّتر حتى يسمعون إقراره فيشهدون عليه ذلك. قال أصحابنا: يعذر الشهود المشهدون.

رجل أراد أن يشتري دارًا من رجل ويخاف أن يكون البائع قد أحدث فيها حدثًا قبل أن يبيعها، فأراد إن استحقت عليه أن يرجع عليه بضعف الثمن ويكون ذلك حلالًا له، فالحيلة فيه أن يبيع المشتري من البائع ثوبًا بمائة دينار ثم يشتري الدار منه بمائة دينار عين والمائة التي هي ثمن الثوب فيصير ثمن الدار مائتي دينار.

رجل له داران فأراد أن يبيع إحداهما فالحيلة فيه أن يشتري هذا المشتري الدار الأخرى ويقبضها منه، ثم يشتري منه تلك التي يريد بيعها بهذه الدار ويسلمها إليه ويقبض تلك الدار، فإن استحقت هذه الدار من المشتري رجع في الدار الأخرى فيأخذها منه لأنها ثمن الدار المبيعة.

رجل قال لرجل: اشترِ هذه الدار من فلان بمائة دينار حتى أشتريها منك بمائة وعشرين دينارًا فيخاف المأمور أن يشتريها بمائة دينار فيبدو للآمر فلا يشتريها منه، فالحيلة فيه أن يشتري المأمور هذه الدار من صاحبها بمائة دينار على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ويقبضها، فإن لم يشترها الآمر من المأمور كان له أن يردها بالخيار والله أعلم.

(باب الحيل في الإجارة)

(**المبسوط**): رجل استأجر من رجل دارًا سنين معلومة فخاف أن يغدر به الآجر، فيقر بدين قادح قبل مضي المدة فتنفسخ الإجارة، فالحيلة فيه أن تجعل لكل سنة

أجرًا قليلًا ويجعل للسنة الأخيرة بقية الأجرة كما ذكرنا في الإجارة الطويلة فيحصل للمستأجر الثقة عما خاف من الخدعة؛ لأن الآجر متى علم أنه متى فسخ الإجارة بعذر لا يحصل له إلا شيء قليل من الأجرة يمتنع عنه.

ولو خاف رب الدار أن يرتدّ المستأجر فتبطل الإجارة، فالحيلة فيه أن تجعل معظم الأجرة للسنة الأولى وشيئًا يسيرًا لباقي المدة فيحصل لرب الدار الثقة لأن المستأجر متى علم أنه لو نقض الإجارة بعدُ يلزمه معظم الأجرة للسنة الأولى فيمتنع عنه.

ولو خاف كل واحد منهما من صاحبه الغدر كما وصفنا، فالحيلة فيه أن يجعل للسنة الأولى شيئًا كثيرًا من الأجرة وللسنة الأخيرة كذلك حتى يحصل لكل واحد منهما الثقة من غدر صاحبه، ولو خاف رب الدار أن يغيب المستأجر ولا يدفع أهل المستأجر الدار إليه بعد مضي مدة الإجارة ولا تسمع خصومته مع أهله في استرداد الدار؛ لأن المستأجَر أمانة في يد المستأجر، والأمين لا ينتصب خصمًا منه كالمودع، فالحيلة فيه أن يؤاجر الدار من أهل المستأجر ويجعل المستأجر كفيلا عنه بتسليم الدار حين احتاج إلى تفريغها.

إذا جحدت المرأة الإجارة وماتت مجهلة لها لأن هذه الكفالة جائزة له لأنها مضافة إلى حال ما تصير المرأة ضامنة للمستأجر؛ لأن الأمانة تصير مضمونة على المستأجر متى جحدها أو مات عنها أو مجهلًا لها وصار كما لو كفل رجل عن المودع بتسليم الوديعة متى جحد المودع أو مات مجهلًا لها فله أن يطالب كل واحد منهما بتسليم الدار فيقع له الثقة عما يخاف.

أجّر داره وأمر المستأجر بإنفاق الأجرة في بناء الدار وعمارتها ثم اختلفا في البناء والعمارة فالقول قول رب الدار؛ لأن المستأجر ادعى إيفاء الأجرة والآجر ينكر، فكيف يستوثق المستأجر حتى يصدق في قوله أني أنفقت، فالحيلة فيه أن يُعجّل من الآجر قدر ما يحتاج إليه لِلعمارة ويقبضه رب الدار ثم يعطي المستأجر الأجرة عن ذلك ويوكله بالإنفاق على داره فيكون القول قوله فيما أنفق لأنه يصير أمينًا والقول قول الأمين فيما اؤتمن وإنما يصدق في نفقة مثله، ولا يصدق فيما إذا لم يكن نفقة مثله لأن الظاهر يكذبه والأمين لا يصدق فيما اؤتمن إذا كذبه الظاهر

كالوصي في الإنفاق على اليتيم إن كان نفقة مثله يصدق وإلا فلا، ولو خاف الآجر مماطلة المستأجر في تسليم الأجرة أو الدار بعد انقضاء المدة، فالحيلة أن يؤاجرها سنة من يومه على أن أجرة كل يوم بعد مضي السنة دينار أو أكثر متى شاء، ويجوز هذه الإجارة؛ لأنها إجارة مضافة إلى وقت في المستقبل ببدل معلوم ولا يماطل المستأجر في تسليم الدار مخافة لزوم دينار لمضي كل يوم بعد السنة ولا يماطل في الأجرة، ولأنه لا يأخذ منه الدار بعد مضي السنة فيزداد عليه فيحمله ذلك على أداء الأجرة.

الكفيل بالأجرة إذا أراد أن يعطي بعجز ما ضمن ويرجع على المستأجر جميعه، فالحيلة أن يعطي الكفيل إلى الآجر بالأجرة وهي دراهم أو ثوب أو متاع فله أن يأخذ المستأجر بجميع الأجرة؛ لأن الدينار أو الثوب يصلح عوضًا عن جميع الأجر؛ لأنه لا ربا بينهما فقد ملك الكفيل جميع ما في ذمته بهذا الصلح فكان بمنزلة ما لو ملكه بالقضاء أو بالهبة، وكذلك الكفيل يساير الديون.

أجَّر أرضًا فيها زرع لا يجوز، فالحيلة في جوازها أن يبيع الزرع أولًا من المستأجر ثم يؤاجر الأرض فيجوز لأن المانع قد زال وهو يمكنه من الانتفاع بالأرض أو قيام بدرب الأرض.

فإن كان الزرع لغير رب الأرض، فالحيلة أن يؤجر الأرض بعد مضي السنة التي فيها الزرع فيجوز؛ لأنه أضاف الإجارة إلى وقت معلوم في المستقبل والأرض فارغة عن الزرع وقت المضاف عليه الإجارة.

ولو أراد صاحب الأرض أن يشترط خراجها على المستأجر مع أجرها، لا يجوز؛ لأن الخراج مجهول فإنه ينقص ويزداد، فالحيلة أن ينظر كم خراجها في هذه المدة فيجعل ذلك أجرا ثم يأذن أن يؤدي عنه من الأجر خراجها؛ لأن المدفوع إليه الخراج معلوم وهو السلطان أو الإمام فقد وكله بدفع ما عليه من الدين إلى معلوم فجاز التوكيل به.

واستئجار الأشجار لا يجوز، وحيلته أن يؤاجر الأرض البيضاء التي تصلح للإجارة والزراعة فيما بين الأشجار بأجر مثلها وزيادة مقدار قيمة الثمار ثم يدفع رب الأرض الإيجار معاملة إليه على أن يكون لرب الأرض جزء من ألف جزء

ويأمره أن يضع ذلك الجزء حيث حبّ؛ لأن مقصود رب الأرض أن يحصل له زيادة على أجر مثل الأرض بقيمة الثمار ومقصود المستأجر أن يحصل له ثمار الأشجار مع الأرض وقد حصل مقصودهما بذلك فيجوز.

ولا يجوز مبادلة منفعة بمنفعة مثلها عندنا كدارين أو دابتين أو أرضين، فالحيلة أن يؤاجر كل واحد منهما أرضه من صاحبه بدراهم معلومة فيجوز ويتقابضان الأجرين لأنهما مثلان.

المستأجر لو آجر المستأجر بأكثر مما استأجره لا يطيب له الفضل، فالحيلة أن تعطيه شيئًا حقيرًا كالقدوم والمنجل بمقابلة الفضل فيطيب له لأنا نصرف الزيادة إلى المتاع لئلا يؤدي إلى الربا.

وكذلك لو استأجر دابة فأسرجها من عنده سرجًا أو أوكفها ثم آجرها بأكثر مما استأجر طاب له الفضل ويصرف الفضل إلى ما زاد من السرج وغيره.

ولو استأجر دارًا فكنسها من التراب ثم أجَّرها بأكثر من ذلك لا يطيب له الفضل؛ لأن كنس الدار عملٌ قد مضى وانقضى ولا يجوز أخذ الأجرة بإزائه بعد ذلك، وما بقي من الأثر ليس بمال قائم يُنتفع به حتى يجعل الفضل بإزائه اللهم إلا أن يؤاجر بأكثر مما استأجر ويقول عند الإجارة على أني أكنس الدار فحينئذ يطيب له الفضل ويصرف الزيادة إلى مقابلة عمله وهو الكنس بعد الإجارة، ولو طين أو وكف سطحها طاب له الفضل لأنه بقي بعد العمل عيْن مال منتفع به.

رجل تكارى إلى مكة من حمال لا يثق بحماله فخاف أن يموت حماله في نصف الطريق أو يهرب فيلزمه نصف الأجرة ويحتاج المكاري إلى أن يكري دابة من نصف الطريق بنصف الأجر الذي كان شرطًا للحمال في جميع الطريق، فالحيلة أن يتكارى منه إلى انسلاخ المحرَّم، فإن وفى له أعطاه جميع الأجر، وإن لم يف كان بريئًا من الأجر كله، وبكون جائزًا لأنه علق البراءة من بعض الأجر بعدم إيفاء المعقود عليه بتمامه وتعليق البراءة بشرط متعارف جائز.

(**الخصاف**): استأجر أرضًا عشر سنين وأراد أن لا تنقص الإجارة بموت أحدهما، فالحيلة أن يقر المستأجر أنه استأجرها لرجل من المسلمين ويقر المؤاجر أنه أجّرها لرجل من المسلمين فلا تبطل بموت أحد المتعاقدين؛ لأن الإجارة لا تبطل بموت

الوكيل ولا بموت الآجر متى كان المستأجر له منهما مجهولًا وكل واحد منهما صادق في إقراره؛ لأنه استأجرها والآجر أجرها لرجل من المسلمين فإن خشي المستأجر أن يغيب المؤاجر بعد شهر ولا يقدر على رده فيلزمه أجرة الشهر الثاني فإنه يأمر رب الدار بأن يوكل وكيلًا ويرُدّ على وكيله بعد شهر والله أعلم.

(باب الحيل في الرهن)

(**المبسوط**): ولو خاف المرتهن أن يهلك الرهن فيذهب دينه، فالحيلة فيه أن يشتري عبده بالمال الذي أقرضه ويشهد أنه لم يقبض العبد حتى لو ردّ المال على المقر حتى أقاله البيع.

ولو مات العبد انتقض البيع لأنه هلك في يد البائع وبقي الدين عليه، ولو خاف المستقرض أني إذا رددت المال لم يقلني البيع، قال ببيعه على أنه بالخيار شهرًا أو أكثر، فإن رد المال فلا بيع بينهما وإن لم يرد المال فالخيار باطل ويتم البيع، وكذا كمن اشترى متاعًا على أنه إن رد البائع الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما، وإن لم يرد فالخيار باطل، والبيع لازم جاز فكذا هذا، وهذا هو الحيلة أيضًا في رهن المشاع إن بيع نصف داره من المقرض بالمال المقروض على أنه بالخيار إلى وقت كذا، فإن رد المال فلا بيع بينهما، وإن لم يرد فالخيار باطل، وكذلك لو خاف أن يستحق شيئًا من الدار المرهونة مشاعًا فيبطل الرهن في الباقي، فالحيلة فيه أن يشتري الدار كلها على أنه بالخيار فيها سنة أو سنتين ويقبضها ثم ينقض البيع فيها فيكون في يده شبيهًا بالرهن.

ولو استحق بعضها يبقى الرهن في الباقي.

رجل رهن رهنًا بدين عليه فخاف المديون إن أقر بالديْن وادعى الرهن جحد صاحب الديْن الرهنَ، فالحيلة فيه أن يسأل المرتهن هل عندك بهذا المال رهن أم لا؟

فإن أقر فقد ارتفع الخوف وإن جحد وأراد استحلاف المديون يحلفه بالله ما له عليك مائة دينار لا رهن لك بها عنده لأنه يمكنه أن يحلف أنه ليس عليه مائة دينار بغير رهن عند الدائن، وحيلته هو أن يحلفه بالله ما عليك أداء هذا المال وتسليمه

إلى هذا المدعي؛ لأن أداء المال وتسليمه لا يجب إذا لم يحضر صاحبُ الدين الرهن فيكون المدعى عليه صادقًا في ذلك القضاء.

وقال بعضهم لا حاجة إلى هذه الحيلة فإنه يحلف بالله ما له عليك مائة دينار ولا شيء منها؛ لأن جحود المدعي الرهن إتلاف منه وبهلاك الرهن يصير مستوفيًا المال فلا يبقى له عليه حق، فإن حلف على ذلك كان صادقًا في يمينه.

وإذا أراد أن يرهن نصف داره مشاعًا فيجوز فإنه يبيع نصف الدار من المرتهن ويقبض منه الثمن على أن المشتري بالخيار ويقبض الدار ثم يقبض المبيع بالخيار فيبقى في يده بمنزلة الرهن بالثمن الحاصل في يده مقبوض على حكم البيع لأن بعد انتقاض البيع يبقى محبوسًا في يده لاستيفاء الثمن الذي وجب عليه ردّه.

ولو أراد المرتهن أن يثبت الرهن عند القاضي ويسجل له بذلك والراهن غائب، فالحيلة فيه أن يقيم رجلًا يدعي رقبة هذه الضيعة فيقول الذي هو في يده هي لفلان رهن عندي ويقيم البينة فيحكم القاضي بأنها رهن في يده، ودعوى الرقبة ممن لا حق له فيها زور وبهتان.

(**الخصاف**): ولو أراد المرتهن أن يزرع الأرض المرهونة أو يسكن الدار المرهونة ولا يكون للراهن أن يمنعه من ذلك أو يأخذه بتفريعها إلى أن يقضي الدين، فالحيلة أن يوكل الراهن غيره ويأمره بأن يرهن أرضه أو داره بكذا من المال فيفعل الوكيل ذلك ويكتب بذلك وثيقة ثم الآمر يأذن له بالزراعة والسكنى فليس له أن يمنع المرتهن من الانتفاع بالمرهون؛ لأن العاقد هو الوكيل دون الآمر وليس للعاقد لغير العاقد أن يمنع من التصرف في المعقود عليه والوكيل غير مالك فلا يكون له المنع والإطلاق في الانتفاع بالمرهون.

ولو أراد الراهن أن يرهن الدار والضيعة ويسكنها ويزرعها ويكون الرهن في يده أو المرتهن أراد أن يرتهنها ولا يمكنه أن يقبضها اليوم، فالحيلة في تصحيح هذا الرهن حتى يأخذ المرتهن بتسليم المرهون متى شاء ويحكم له القاضي أن يكتب كتاب الرهن والدين على الوصف الذي هو معروف ويقران جميعًا بأن المرتهن قبض هذا الرهن وصار ذلك في يديه ثم يكتب أن الراهن أقرّ بعد ذلك أنه انتزع

المرهون من يد المرتهن فلان وأخذه منه متعدّيًا عليه فعلى الراهن أن يردّ المرهون إلى يد المرتهن ليكون في يده على الرهن الموصوف في هذا الكتاب فكان للمرتهن أن يأخذ الراهن بدفع المرهون متى شاء.

(باب الحيل في [الشركة][1] والمضاربة)

(**المبسوط**): ولو غاب أحد الشريكين المتفاوضَين وأراد الآخر أن ينقض الشركة بينهما لا يصح؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وعزل الوكيل حال غيبته يصح، فالحيلة أن يرسل رسولًا حتى يخبر صاحبه أن فلانًا قد نقض الشركة بينهما وأشهد الرسول على هذه المقالة فقد انتقضت الشركة لأن المانع من النقض جهل الآخر بالنقض؛ لأن رضاه ليس يشرط لصحة النقض بدليل أنه لو نقض بمحضر منه بغير رضاه صح النقض، وقد علم الغائب بالمناقضة بإخبار الرسول بالنقض فانتقضت الشركة.

ولو خاف أحد الشريكين الذي سافر بالمال أن يموت صاحبه وهو لا يشعر به ثم يشتري بالمال متاعًا يضمن، فالحيلة أن لا يضمن أن يقر الشريك المقيم بالمال أو يقر لولده الكبير ثم يأمر ولده الكبير الشريك أن يعمل برأيه ويشتري له ما أحب ويشاركه فلا يضمن هذا الشخص إن مات صاحبه. رجلان لكل واحد منهما عروض وأراد أن يشتركا في ذلك فلا يجوز، فالحيلة فيه أن ينظر إلى قيمة متاع كل واحد منهما، فإن كان قيمة متاع كل واحد مثل قيمة متاع الآخر يبيع أحدهما نصف متاعه بنصف متاع صاحبه، فتصير العروض مشتركة بينهما نصفين، وإن كان قيمة متاع أحدهما أكثر بأن كان قيمة متاع أحدهما خمسة آلاف وقيمة متاع الآخر ألف يشتري صاحب الأكثر خمسة أسداس متاع صاحب الأقل بسدس متاعه فيصير كل المتاع مشتركًا بينهما على ستة أسهم، خمسة أسداسه لأحدهما وسدسه لآخر فيكون الربح بينهما على ستة أسهم بينهما.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المشاركة.

(فصل)

وإن أراد رب المال أن يكون المضارب ضامنًا للمال، فالحيلة فيه أن يقرض رب المال من المضارب إلا درهمًا ثم يشاركه بذلك الدرهم وبما اقترضه، على أن يعملا جميعًا فيكون الربح بينهما نصفين أو على ما اشترطا كان جائزًا؛ لأن هذه شركة عنان وقد شرطا لصاحب الأقل من الربح أكثر من رأس المال وهذا جائز عندنا إذا كان عمل صاحب الأقل مشروطًا في الشركة، ولو أراد أن يدفع ماله مضاربة ليس له إلا متاع وإنه لا يصلح رأس مال المضاربة به كيف يصنع؟ فالحيلة فيه أن يبيع المتاع من رجل يثق به بدراهم أو دنانير ويقبض منه الثمن فيدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري المتاع الذي باعه رب المال من المشتري.

فالحيلة فيه أن يقرض رب المالِ المالَ كله ثم يدفعه المضارب إلى رب المال مضاربة بالنصف ثم يدفعه رب المال المستقرض بضاعة فيجوز.

(فصل)

(**العيون**): رجلان بينهما مال على رجل فأراد أحدهما أن يقبض حصته من هذا المال ولا يشرك فيه صاحبه، فالحيلة فيه أن يهب من عليه الديْن مقدار حصته من الدين منه وقبضها ولم يجعله قصاصًا ثم يبرأ الموهوب له المديون من حصته من الدين فبراءته جائزة ولا يشرك فيه صاحبه لأنه قبض المال بجهة الهبة لا بجهة الاقتضاء لحقه.

وإن أراد كل واحد منهما أن ينفرد بحصته ولو قبض أحدهما حصته لا يشركه الآخر فيه، فالحيلة فيه أن يكتبا كتابين بينهما ويقران أن كل واحد منهما باع حصته من عبد أو متاع بينهما في صفقة على حدة، وحصته وجبت على فلان مفردة، فإن قبض أحدهما شيئًا لا يشركه الآخر فيه؛ لأن حصة كل واحد منهما وجبت بعقد على حدة مميزة عن حصة شريكه لا شركة بينهما.

رجلان أرادا أن يشتركا ومع أحدهما مائة دينار ومع الآخر ألف درهم، فخافا أن يضيع أحد المالين قبل أن يشتريا بالمالين شيئًا فيكون الهلاك على صاحبه وأراد أن

يكون الهلاك عليهما، فالحيلة في ذلك أن يبيع أحدهما نصف ماله بنصف مال صاحبه منه حتى صار المالان بينهما نصفين فأيهما ضاع كان الضياع من ماليهما.

رجلان مع أحدهما ألفي درهم ومع الآخر ألف واشتركا على الربح والوضيعة بينهما نصفان والوضيعة على قدر رأس مالهما، فالحيلة فيه أن يقرض صاحب الألفين صاحب الألف خمسمائة منهم من ماله ثم يشتركان على هذا فيجوز.

رجلان لأحدهما مال ولا مال لآخر فأرادا أن يشتركا على أن يعملا بمال صاحب المال على أن الربح بينهما نصفان لا تجوز هذه الشركة. والحيلة فيه أن يقرضه صاحب المال نصف المال ثم يشتركان على ذلك، وإن كره أن يقرضه نصف المال فليقرضه عشرة دراهم ثم يشتركان على أن الربح بينهما نصفان جاز لأن الاستواء في الربح مع التفاضل في رأس المال جائز؛ لجواز أن يكون لصاحب القليل جودة عمل فيكون زيادة الربح بإزاء عمله.

شريكان في تجارة فأرادا أن يفترقا ولهما ديون على الناس وعليهما ديون، فأراد أحدهما أن ينفرد بالديون التي لهما وعليهما ويبرئ الآخر من ذلك، فالحيلة فيه أن يكتب على ظهر الوثائق أن يقر الشريك المريد للبراءة أن جميع ما باسمه واسم شريكه فلان من الديون التي على الناس على ما نطقت هذه الوثائق كلها لشريكه فلان بن فلان وهي في ملكه لا حق له فيها وقد وكله بقبضها، ويقر الشريك المقر بالدين أن ما لفلان بن فلان وسمي جميع الغرماء من الديون خاصة دون فلان بن فلان، وأنه قد كان فلان قد ضمن عنه بأمره جميع هذه الديون لها ولا الغرماء المسماة وله علي حق الرجوع لو أداها والله أعلم.

(باب الحيل في [الوكالة][1] والكفالة)

(**المبسوط**): وكل رجل رجلًا أن يشتري له جارية بعينها لا يملك أن يشتريها لنفسه فحيلته أن يشتريها لنفسه إلا بأكثر من الثمن المسمى أو بخلاف جنسه؛ لأنه يصير مخالفًا لأن المشترى بأكثر من الثمن المسمى أو بخلاف جنسه غير داخل تحت الوكالة فتعذر تنفيذ هذا الشراء على الموكل ووجد نفاذًا على الوكيل فنفذ عليه ولا

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الحوالة.

يكره له ذلك بأن خالف وعْده وشرْطه للموكل؛ لأنه ليس في هذا إلا عزل نفسه عن الوكالة حكمًا لنفاد الشراء على نفسه، ولو عزل نفسه عن الوكالة قصد المحضر من الموكل لم يكرَه وإن صار بالعزل مخالفًا لما وعد لأنه ربما لا يمكنه القيام به فلا يكره العزل الحكمي وأنه أسرع نفادًا من القصدي أولى.

ولو وكله بشراء جارية بعينها ولم يسم له ثمنها فاشتراها الوكيل بحنطة بغير عينها في الذمة يكون مشتريًا لنفسه خلافًا لزفر -رحمه الله- وكذلك لو اشترى بحنطة بعينها يقع له لأن العرف أنهم يشترون الأشياء بالدراهم والدنانير لا بغيرهما، والوكالات تتقيد بالعرف والعادة، فالحيلة فيه أن يأمر الوكيل رجلًا ليشتريها له فاشتراها الوكيل الأول بغير محضر منه يقع له لا للآمر الأول؛ لأنه أمر بالشراء يحضره رأي الوكيل الأول لا بشراء يحضره رأي غيره لما عرف.

ولو اشتراها الوكيل الأول ثم ردها بالعيب ثم اشتراها لنفسه بالثمن الأول هل يقع الشراء له؟

ينظر إن ردها قبل القبض أو ردها بعد القبض بقضاء قاضٍ يقع للموكل؛ لأن هذا الرد فسخ من كل وجه فصار كأنه لم يشتر له، فبقيت الوكالة على حالها، وإن ردها بغير قضاء بعد القبض يقع له لأنه بيع جديد في حق الثالث والموكل ثالث فيكون شراءً جديدًا في حقه، ولو اشتراها ثانيًا كان بيع الشراء الأول للموكل على حاله فانتهت الوكالة فيما بينهما بالشراء الأول فصار الوكيل مشتريًا لِنفسه الوكيل ببيع شيء لو أراد أن يشتري من نفسه لا يجوز، فالحيلة فيه أن يبيعه من غيره بما يساويه ويدفعه إليه ثم يشتريه منه.

(**الخصاف**): الوكيل بالبيع لو أراد أن تكون عهدة البيع على غيره فإنه يأمر غيره فيبيع أو يشتري، والوكيل حاضر فيجوز فتصير العهدة على الوكيل الثاني لأن الموكل رضي برأيه وتصرفه، فإذا كان حاضرًا عند البيع والشراء تحقق نظره ورأيه فيجوز، ولو أراد الوكيل أن يكون الثمن عليه للبائع مؤجلًا ويكون الثمن له على الموكل حالًّا يأخذ منه، فالحيلة فيه أن يشتري الوكيل ذلك الشيء بالثمن حالا فإذا تواجبا البيع يؤجل البائع الوكيل بالثمن إلى أجل توافقا عليه فيجوز التأجيل للوكيل، ويجب للوكيل الثمن على الآمر حالًّا ولا يكون تأجيل البائع للوكيل تأجيلًا للآمر.

ألا ترى أن البائع له إبراء الوكيل من الثمن أو وهبه له كان للوكيل أن يأخذ الآمر بالثمن فكذلك التأجيل.

رجل وكل رجلًا بتقاضي ماله واستخراجه على أن يجعل نصف هذا المال أو ثلثه لا يجوز، ولو وكله على هذا الشرط فاقتضى المال كان له أجر مثله لأن الإجارة وقعت فاسدة؛ لأن الأجرة على خطر الوجود والعدم، فالحيلة في ذلك حتى يكون له ثلث المال وإن لم يخرج شيئًا فلا أجرة له أن يقر صاحب هذا المال؛ لابن هذا الوكيل بثلث المال أو نصفه ويوكل المقر له بقبضه ويوكله المقر باقتضاء نصيبه ويشهد على الوكيل أنه يوكله باقتضاء هذا المال بغير أجرة فلا يكون له عليه مطالبة، فإن خرج المال كله فللمقر له الثلث من ذلك، وإن خرج بعضه كان له بقسطه منه.

وكذلك لو كان له ضياع في يد سلطان أو في يد غاصب فقال لرجل استخرج هذه الضياع من يد الغاصب على أن لك عشرها لا يجوز، فالحيلة فيه أن يكتب شراء بعشرها بثمن معلوم باسم المستخرج أو باسم رجل عدل يكون بينهما وتكون الوثيقة على يدي العدل، فإن استخرج هذه الضياع دفع العدل كتاب الشراء إليه وأشهد أنه اشترى ذلك له بأمره وماله، وإن استخرج بعضه كان له بقسطه وإن لم يستخرج منه شيئًا ردّ كتاب الشراء على صاحب الضياع فأقاله البيع في ذلك.

(فصل)

ولو كفل بالنفس ولم يكفل بالديْن وأراد أن يقضي الديْن من الطالب على وجه يرجع على المطلوب، فالحيلة أن يهب المال للطالب ويدفع إليه ثم يقر الطالب الديْن الذي على المطلوب لهذا الكفيل ويوكله الأب بقبضه فيجوز أو يقرّ لابن صفير للكفيل ويوكل الأب بقبضه.

رجل له على رجل مال فأراد المطلوب أن يؤجله فخاف الطالب أن يغيب المطلوب وقت محل الأجل، فالحيلة فيه أن يأخذ منه كفيلًا بنفسه عند محل المال ومحل كل نجم إن كان منجمًا لأن الكفيل متى كفل مطلقًا يصير كفيلًا في الحال، وإذا أجّل المال أو النجم يبرأ عن الكفالة فينبغي أن يضيف الكفالة إلى وقت محل المال ليصير كفيلًا عند المحل، فإذا فعل ذلك لا يبرأ من كفالته بل تثبت الكفالة وقت محل المال.

ألا ترى لو ابتاع دارًا وضمن له رجل آخر نفس البائع إن أدركه فيه أدرك أن الكفالة جائزة، وليس للكفيل أن يبرأ من هذه الكفالة قبل المدرك.

رجل أراد أن يأخذ من رجل كفيلًا ولا يقدر الكفيل أن يبرأ منه بالتسليم، فالحيلة فيه أن يقول الكفيل قد كفلت لك بنفس فلان على أني كلما دفعته إليك فأنت كفيل بنفسه كفالة تحدده والكفالة على هذا الشرط جائزة على قول الحسن بن زياد -رحمه الله -.

ولو أراد الطالب أن يأخذ بعض المال من الكفيل ويبرئه ويرجع الكفيل بجميع ما ضمن على المكفول عنه، فالحيلة فيه أن يعطيه الكفيل بألف درهم الدنانير أو يعطيه بالدنانير دراهم بالزيادة من قيمتها ويرجع بما يضمن على المكفول عنه؛ لأن الكفالة وقعت بالدنانير لا بالدراهم.

ألا ترى لو أخذ الطالب من الكفيل عرضا بأكثر من قيمته يرجع الكفيل بما ضمن على الأصيل لا بما أعطاه فكذا هذا، وكذلك لو وهب الطالب المال من الكفيل يرجع الكفيل بما ضمن على الأصيل.

رجلان كفلا بنفس رجل كفالة واحدة فدفعه أحدهما إلى الطالب لا يبرأ الآخر عن الكفالة، الحيلة فيه أن يشهدا جميعًا أن كل واحد منهما قد وكل صاحبه في دفع المطلوب إلى الطالب بالكفالة التي كفل له بها، فإذا دفعه أحدهما برئا جميعًا، ولو أراد الكفيل بالنفس أن يثق من المكفول عنه لئلا يتوارى عنه، فالحيلة فيه أن يأخذ من المكفول عنه كفيلا بنفسه لأن الكفالة الأولى وقعت للطالب والكفالة الثانية وقعت للكفيل؛ لأن الثاني التزم بالمطالبة له فإن أخذ الطالب الكفيل الأول أخذ الأول الكفيل الثاني بتسليم الرهن في الكفالة بالنفس لا يجوز.

ولو أراد الكفيل أن يثق من المطلوب برهن فالحيلة فيه أن يضمن الكفيل بالمال على أنه إن وافى به يوم كذا وكذا فهو بريء من المال ويرتهن بالمال الذي ضمن رهنًا فيجوز؛ لأن بالكفالة بالمال وجب للكفيل الدين على الأصيل فصح الرهن به.

ولو مات من عليه الدين فسأل الوارث من صاحب المال أن يؤجله لا يجوز التأجيل؛ لأن المال لو كان مؤجلًا على المورث فقد حل بموته، فالحيلة فيه حتى

يجوز التأجيل أن يقول الوارث إنه كان ضمن هذا المال عن المورث في حياته لفلان إلى وقت كذا، ويقول الطالب هذا المال كان مؤجلا على الميت وعلى كفيله إلى هذا الوقت، ويقر الطالب أنه لم يصل إلى الوارث من تركه لميت شيء إلى وقت كذا فلا يكون للطالب مطالبته بالمال إلى الأجل لأن المطالبة بقضاء دين الميت إنما يتوجه على الوارث إذا كان شيء من التركة في يده، فإذا أقر الطالب أنه لم يصل شيء من التركة إلى يده لم يثبت له حق المطالبة. والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب الحيل في الصلح)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصلح عن مال.

والثاني: في الصلح عما ليس بمال.

(فصل)

رجل له على رجل ألف درهم فصالحه منها على مائة يؤديها إليه غرة هذا الشهر، فإن لم يفعل فعليه مائة درهم فهو جائز، فإن لم يؤد كان عليه مائتان لأنه ما نفى البراءة ما لم يف شرط البراءة فانتفت البراءة كمن اشترى عبدًا بألف على أنه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فمتى لم ينقده الثمن بطل البيع بخلاف ما لو صالحه من الألف على خمسمائة على أن يعجلها في اليوم فلم يعجل الخمسمائة في اليوم فالصلح باطل عندها والألف عليه لانعدام شرط البراءة وهو تعجيل الخمسمائة في اليوم.

وعند أبي يوسف - رحمه الله - الصلح جائز وعلى المطلوب خمسمائة لا غير؛ لأن ثمة علق البراءة عن خمسمائة بشرط تعجيل الخمسمائة في اليوم ولم ينف البراءة متى لم يفِ بالشرط فإنه لم يقل إن لم يعجل الخمسمائة الباقية اليوم فعليه ألف، وهذا شرط يقتضيه الصلح من غير شرط فاشتراط ما يقتضيه العقد لا يفسده كما لو اشترى شيئًا بألف على أن ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام ولا يقل، وإن لم ينقد فلا بيع بيننا فمتى لم ينقد بقي البيع على حاله.

والصلح على الإنكار جائز خلافًا للشافعي - رحمه الله - والحيلة فيه حتى يجوز هذا الصلح بالإجماع أن يصالح أجنبي مع المدعي يقر له الأجنبي بما ادعاه المدعي حتى يجوز هذا الصلح فيما بينهما بالاتفاق، ويتخلص المدعي قبله عما يخاف أنه متى أقر للمدعي لا يصالح معه ويأخذ منه الدار، وعما يخاف أن يأخذ شركاء المدعي أنصباءهم إن كان يدعي الميراث وعما يخاف عن بيع المدعي الدار من غيره قبل أن يصالح معه يتخلص عن هذا كله لأنه يقول: ما أقررت بما ادعاه المدعي وإنما أقر به المتوسط، وإقرار المتوسط عامل في حقه لا في حق غيره، فيتخلص عن هذه المخوفات ثم المتوسط إن كان صالح بأمر المدعى عليه قبله رجع بذلك عليه، وإن كان صالحه بغير أمره إن ضمن المتوسط أو أضافه إلى ماله نفذ عليه، وإن لم يضمن ولا أضاف الصلح إلى ماله توقف على إجازة المدعى عليه، فإن استحق الدار من يد المدعى عليه قبله بطل الصلح ورجع المتوسط على المدعي ببدل الصلح ضمن المصالح للمدعي الدرك أو لم يضمنه.

رجل مات وترك دارًا في يدي ابنه وامرأته فادعاه آخر فصالح مع المدعي على مائة، فإن كان الصلح عن إنكار منهما فتبدل الصلح يجب على الابن سبعة أثمانه وعلى المرأة ثمنه؛ لأن الدار بينهما يكون ميراثًا على ثمانية، وكذلك بدل الصلح لأن الصلح عن إنكار معاوضة فلا بد من اعتبار المعاوضة من الجانبين، وإن كان الصلح عن إقرار يجب البدل عليهما نصفين لأنهما لما أقرا بما ادعاه المدعي صارا بالصلح مشتريين هذه الدار من هذا المدعي فتكون الدار بينهما نصفين فكذلك البدل، وحيلته أن تكون الدار والبدل بينهما قدر ميراثهما أن يصالح عنهما أجنبي على مائة بعدما أقر الأجنبي بالدار للمدعي على أن يسلم للمرأة ثمن الدار وللابن سبعة أثمانها، فإذا فعل الأجنبي ذلك كان الدار بينهما على قدر ميراثهما ثم يرجع الأجنبي عليهما بالمائة على مقدار ميراثهمَا.

رجل مات وخلف دراهم ودنانير وعروضًا فصالح ورثته مع امرأته على دراهم مسماة ولم يعلم وزن الدراهم والدنانير المتروكة فالصلح باطل، فالحيلة أن يصالحوها من جميع نصابها من الذهب والفضة والعروض على دينار ودرهم

مسميين فيجوز الصلح ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس احتيالا للجواز كما لو باع درهمًا ودينارًا بدرهمين وديناري بصرف نصف درهم ونصف دينار من بدل الصلح إلى العروض ونصف درهم إلى حصتها من الدنانير ونصف دينار إلى حصتها من الدراهم فيجوز. وإن كان في التركة عين ودين فصالحوها على دينار ودرهم أو على متاع لا يجوز لأنها باعت نصيبها من الدين من غير من عليه الدين، فالحيلة أن يعجل بقية الورثة للمرأة حصتها من الدين يقرضونها ثم توكلهم المرأة بتقاضي ما لها من الديون وتأمرهم بقبض ما اقترضوه منها ثم يصالحوها من المال العين فيكون جائزا.

وحيلة أخرى أن تقر المرأة بالدين لبقية الورثة ولا حق له في الدين وأنه من ثمن متاع باعه الأب لهم بإذنهم ثم يصالحهم من العين والعروض فيجوز يعني يجوز في القضاء؛ لأن القاضي لا يسمع دعواه لما علم بإقراره لأنه لا يعلم إلا الظاهر، فأما فيما بينه وبين ربه لا يحل لأنها أقرت كذبًا وزورًا أو لو صالح الشّاجُّ المشجوجَ من الشَّجة على عوض ثم مات المشجوج بطل الصلح عند أبي حنيفة -رحمه الله - خلافًا لهما، فالحيلة في جوازه بالإجماع أن يصالحه من الشجة وما يحدث منها.

فلو مات المشجوج منها فلا يبطل الصلح بالإجماع؛ لأن الصلح وقع عن الجراحة وما يحدث منها، والقتل حادث منها فصار عافيًا عن القتل، وإذا جاز هذا الصلح ينظر إن كانت الجراحة بحديدة عمها فالصلح جائز ولا شيء لورثة المقتول على القاتل؛ لأن موجب ذلك القصاص، والعفو عن القصاص صحّ من المجروح ولم يعتبر من الثلث لأن حق الورثة في مرض الموت لم يعلق بالقصاص لأنه ليس بمال، وحق الورثة لا يتعلق بما ليس بمال.

وإن كانت الجراحة خطأ وكان مريضًا وقت الصلح ولا مال للمشجوج سوى الدية يرفع عن العاقلة قدر قيمة العرض وثلث ما بقي من الدية لأن موجبها الدية وإنها مال وحق الورثة يتعلق بالمال وقد صالح في مرضه على عوض وحابى فيه فيعتبر من الثلث وهذه وصية للعاقلة لا للقاتل؛ لأن الدية تجب على القاتل ابتداء ثم يتحول إلى العاقلة متى ثبت القتل بالبينة العادلة وبالمعاينة والصلح مع

القاتل حصل بعد التحول إلى العاقلة فتكون المحاباة وصية للعاقلة والوصية للعاقلة جائزة والله أعلم.

(باب الحيل في الكتابة)

(**العيون**): ولو أراد أن يكاتب جارية وهو يطؤها وهي مكاتبة، فالحيلة أن يهبها لابن له صغير ثم يتزوجها ويكاتبها ويطأها بالنكاح.

ولو أراد أن يطأ أمته ولا تصير أم ولده فإنه يبيعها من ابن له صغير ثم يتزوجها؛ فيكون أولاده أحرارًا ولا تصير أم ولده ملك إنكاح جارية ابنه الصغير من غيره فملك من نفسه؛ لأن فيه أخذ مال متقوم بإزاء بضع لا يتقوم إلا بالعقد فيجعل له الغبطة والنظر.

عبد بين رجلين أراد كل واحد منهما أن يكاتب نصيبه أو بدين ويخاف إن فعل يضمنه الآخر، فالحيلة فيه أن يوكل الموليان رجلًا يدبره أو يكاتبه عليهما في حكمة واحدة، فيقول الوكيل أنت مدبر عن فلان وفلان أو يقول جعلت نصيب كل واحد من مولييك مدبرًا أو مكاتبًا لأن الجموع بحرف الجمع كالمجموع بلفظة الجمع، ولو قال أنت مدبر عنهما يصير مدبرًا منهما بكذا إذا جمع بين الموليين بحرف الجمع. فإن كاتب الوكيل نصيب أحدهما، ولم يكاتب نصيب الآخر صار الكل مكاتبًا عن الذي كاتب نصيبه في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - لأنه بمنزلة كتابة الموكل فكان للآخر أن ينقض مكاتبته ولا يكون له مكاتبة نصيبه إلا بعد نقض الكتابة على صاحبه، ويكون مال هذه الكتابة من العبد مشتركًا بينهما وكيف الحيلة أن يصير نصيب كل واحد منهما مكاتبًا لصاحبه ولا يشرك واحد منهما صاحبه في شيء مما يقبض من المكاتب؟

قال: يوكلان رجلا يقول الوكيل للعبد كاتبت نصيب فلان منك على كذا ونصيب فلان منك على كذا وقبِل العبد ذلك يصير مكاتبًا لهما؛ لأن ما قاله الوكيل يوقف كله على قبول العبد وقد وجد القبول من العبد جملة ولا يكون لأحدهما أن يشارك

الآخر فيما يقبضه لأن الكتابة تكررت بحكم العطف إما من العبد أو من الوكيل ولم يكرر باللفظ بأن قال: كاتبت منك نصيب فلان على كذا وكاتبت نصيب فلان على كذا ليس لأحد منهما أن يشارك الآخر فيما يقبضه لأن السبب قد اختلف فكذا هذا.

ولو كاتب عبده على ألف يؤديها إليه في سنة فإن لم يفعل فعليه ألف أخرى، فالكتابة باطلة؛ لأنها تمليك محض والتمليك لا يجوز تعليقه بالشروط، فالحيلة في جوازه أن يكاتبه على ألف درهم حالة ثم يصالحه عما كاتبه عليه على أن يؤديها إلى سنة، فإن لم يفعل فلا صلح بيننا يكون جائزا كما في البيع بشرط أن ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام، فإن لم ينقده فلا بيع بيننا وبقي كتابته على ألف منجمة فصالح العبد سيده على خمسمائة معجلة جاز عندنا خلافًا لابن أبي ليلى والشافعي - رحمه الله -.

وحيلة الجواز عندهم جميعًا أن يأخذ السيد جميع ما له عليه دينارا أو عرضًا بثمن غالٍ فحينئذ يجوز عندهم لأن الجنس قد اختلف، والربا لا يجري بين جنسين مختلفين. والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب الحيل في الشُّفعة)

(**المبسوط**): قال أبو يوسف - رحمه الله - لا بأس بالاحتيال لإبطال الشفعة، وقال محمد - رحمه الله - يكره لما مرّ في الزكاة، وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني - رحمه الله - إن كان المشتري يعلم أن للجار إليها حاجة أو في شرائه ضررًا عليه يكره الاحتيال؛ لأنه إضرار به وإبطال الحق للمستحق له، وإن كان الشفيع مستغنيًا عن ذلك لا ضرر عليه، وإنما يطلبه للكثرة تباح الحيلة؛ لأن الشفعة في الأصل شرعت لدفع الضرر، فإن لم يكن عليه ضرر لا تكره الحيلة لإسقاطها، فالحيلة في إسقاط الشفعة من وجوه:

أحدها: أن يتصدق البائع على المشتري أو يهب له بيتًا بعينه من الدار بطريقة ثم يشتري الباقي بما سمَّيا من الثمن، فلا يكون للجار فيها شفعة لأنه اجتمع في الدار المشتراة جار وخليط والخليط مقدم على الجار، ولا يأثم فيما صنع لأنه لم يبطل بهذه الحيلة حقا مستحقا لأحد، وإنما يسعى لمنع ثبوت حق الغير في ماله فرارًا من

المطل كمن ترك كسب المال حتى لا تجب عليه الزكاة وإنما شرط طريقه لأنه متى لم يتصدق بطريقه يصير المتصدق عليه جارًا للدار ومتى تصدق عليه بطريقه مع البيت يكون خليطًا، فالحيلة فيه أن يهب البائع من جانب الدار شيئًا معلومًا حتى يسقط جوار الجار ثم يبيع الباقي أو يبيع جزءًا من الدار بثمن كثير ثم يشتري الباقي بثمن قليل والشفيع لا يأخذ الجزء الواحد بثمن كثير فيجتمع فيهما شريك وجار، وحيلة أخرى أن يستأجر البائع من المشتري عبدًا أو دابة بجزء من الدار حتى يملك المشتري جزءًا من الدار بدلًا عن المنفعة ولا شفعة فيما يملك بدلا عن المنفعة ثم يشتري الباقي نقدا.

اجتمع في الدار شريك وجار والشريك مقدم على الجار، فالحيلة فيه أن يهب البائع جميع الدار من المشتري ويدفعه إليه ثم يعوضه المشتري بألف درهم لأنه لا شفعة فيما يملك بالهبة؛ لأن الهبة إذا لم تكن بشرط العوض لا تصير بيعًا بالتعويض، فالحيلة فيه أن يوكل المشتري رجلًا غريبًا مجهولًا بشراء الدار ويشتريها ثم يشهد الوكيل أن الدار للآمر، وأنه لا حق له فيها، ويغيب الوكيل فلا يكون للشفيع مخاصمة الآمر؛ لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد كأنه عقد لنفسه، وحيلة أخرى أن يشتري الدار بألفين وهي تساوي ألفًا فينفذ البائع ألف درهم إلا عشرة ثم يبيع منه دينارًا يساوي عشرة دراهم بألف وعشرة فلا يأخذ الشفيع إلا بألفين لأن الشراء وقع بذلك ووجب على المشتري ذلك وإن استحقت الدار رجع المشتري على البائع بما دفع إليه لأنه لما استحقت الدار بطل الصرف لأنه تبين أن المصارفة حصلت بديْن مظنون فكانت باطلة؛ لأنه ظهر أن الافتراق حصل قبل قبض أحد البدلين فيوجب فساد الصرف فصار وجود المصارفة وعدمها بمنزله.

ولو كان الدينار ثوبًا أو عرضًا جاز، وإن استحقت الدار رجع المشتري على البائع بألفين وعشرة لأن هذا كان بيعًا ولم يكن صرفًا، والبيع مظنون على البائع جائز؛ لأن البيع لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين فبقي البيع على حاله فبقيت المقاصّة فكان للمشتري أن يرجع على البائع بثمن الثوب وبما أعطاه من ثمن الدار.

ألا ترى لو ادّعى على رجل مائة درهم فباعه بذلك دنانير ثم تصادقا أنه لم يكن عليه ديْن رجع الطالب على المطلوب بالدنانير لانتقاض الصرف.

ولو كان المطلوب باع الطالب بالمال عرضًا ثم تصادقا أن لا ديْن رجع الطالب بمائة درهم؛ لأن البيع لم ينتقض فكان له الرجوع على الطالب بثمنه.

قال أبو يوسف: رجل اشترى دارًا وقبضها ثم باعها من رجل وقبضها الثاني ثم أودعها عند المشتري الأول أو أجّرها منه وأشهد على ذلك وغاب المشتري الثاني، فالمشتري الأول خصم للشفيع والمستحق إذا قام البينة يُقبل لأن للشفيع أن ينقض الشراء الثاني ويأخذها بالشفعة بالشراء الأول، وإذا انتقض الشراء الثاني بقي الأول مالكًا للدار فكان له المخاصمة معه، ولأن الأول انتصب خصمًا بظاهر اليد ولا يمكنه دفع الخصومة بإقامة البينة على الشراء الثاني؛ لأن المشتري الثاني غائب وليس عنه خصم حاضر فلا تقبل البينة على ذلك.

ولو أودعها المشتري عند بائعه لم يكن المودع خصمًا في الشفعة ولا في الاستحقاق؛ لأن الشراء الثاني وإن انتقض بنقض الشفيع والمستحق إلا أن صاحب اليد ليس بمالك للدار بل هو نائب عن الغائب في الحفظ فلا ينتصب خصمًا له.

رجل اشترى دارًا فأراد الشفيع أن يأخذ منه بيتًا بعينه بثمن مسمى ولا يكون تسليمًا منه للشفعة في جميع الدار، فالحيلة فيه أنه لما قال المشتري: بعت منك هذا البيت بكذا أو بيع لك بكذا، فيقول الشفيع: قد رضيت واستوجبت، لأن قوله (قد رضيت واستوجبت) بمنزلة قوله أخذت وتملكت وهذا لا يبطل شفعته في الباقي.

(**العيون**): رجل اشترى دارًا فأراد أن يأخذ الشفيع بالشفعة، فالحيلة فيه أن يقول للشفيع اشترِ مني فأبيع منك بأقل مما اشتريت، فإذا أجابه الشفيع بطلت شفاعته سواء فعل ذلك بعد الطلب أو قبل الطلب، ووجه آخر: أن يجعل الشفيع كفيلًا بالبيع بالثمن أو بالعهدة فلا شفعة فيه. ووجه آخر وهو أن يشترط البائع الخيار في بيعه للشفيع، فلا تجب الشفعة إذا رضي بأن يكون له الخيار في البيع لأجل البائع.

(**الخصّاف**): ولو قال المشتري للشفيع إن أحببت أن أوليكها بما اشتريتها فقال الشفيع نعم توليتها، تبطل شفعته، فإن أجمع المشتري والبائع أن هذا البيع فاسدًا وكان تلجئة أو يشترط الخيار للبائع فلا شفعة للشفيع فيها لأن تصادقهما حجة فيما تعاقدا، ولو قال المشتري قد اشتريت هذه الدار بمائة دينار ونقدت الثمن، فإن

أحببت جعلتها لك بثمانين دينارًا، فقال نعم أو قال قد أحببت فلا شفعة له فيها، وكذلك لو قال له قد اشتريتها بمائة دينار، فإن أحببت أن أعطيك عشرة دنانير فقال نعم قد أحببت ذلك، تبطل شفعته؛ لأن الشفعة إنما تجب للشفيع أن يأخذها بالثمن الذي وقع به البيع، فإذا خرج عن ذلك صار ذلك بمنزلة المساومة وذلك يبطل الشفعة، وكذلك إن قال المشتري للشفيع قد اشتريت هذه الدار بمائة دينار، فإن كنت راغبًا فيها وحريصًا على أخذها، فادعي فيها عشرة دنانير حتى أسلمها إليك. فقال: قد فعلت، فهذا تسليم الشفعة. والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب الحيل في الدَّيْن)

(**المبسوط**): امرأة طلقها زوجها بعد الدخول بها حتى وجبت عليها العدة ولها على الزوج ديْن ليس لها بينة، ولو استحلفت المرأة زوجها فحلف ما لها عليه شيء عند القاضي، فالحيلة حتى يتوصل إلى حقها إنما ينكر انقضاء العدة حتى تأخذ منه نفقة بقدر ما عليه من الديْن ويسعها ذلك، لأن اليمين الفاجرة لا يبطل حقها في الديْن فيباح لها الكذب لتتوصل إلى حقها لأن الكذب حالة الاضطرار ودفع الظلم لا بأس به، كإجراء كلمة الكفر حالة الإكراه ثم القاضي إذا قضى لها بالنفقة دراهم أو دنانير ودفعها إليها فإنها تصير مستوفية حقها لأنها ظفرت بجنس حقها.

وإن قضى لها بخلاف جنس حقها بأن قضى لها بالخبز والشحم واللحم والحطب كيف تصير مستوفية لدينها؟ قالوا إذا استهلكت لذلك حتى ضمنت للزوج إلى أن يتقاضيان، فإن حلفها القاضي في انقضاء العدة قال تحلف وتنوي بالعدة عدد أيامها من عمرها التي لم تنقض بعد أو تنوي ما انقضت عدتي من زوج آخر لأنها لم تجب بعد ويسعها ذلك؛ لأن من استحلف على أمر في الماضي فالعبرة لنية الحالف إن كان مظلومًا وهي مظلومة فيكون العبرة لبينتها لا لبينة المستحلف، ولو خاف الطالب أن المطلوب إذا أحاله بدَيْنه على رجل ينوي الاحتيال عليه ولا يعود إلى المطلوب، فالحيلة فيه أن يوكل المطلوب الطالب بقبض الدين من غريمه فلان ويقر الغريم بالوكالة حتى إذا عجز عن قبض ماله من غريم مطلوبه يأخذ من مطلوبه.

ولو خاف المطلوب أن يقبض الطالب المال من غريمه ويقول قبضت لنفسي من ثمن متاع بعته منه فالقول قوله لأنه أمين، فالحيلة فيه أن يكفل غريم المطلوب عنه للطالب على أن يكون كل واحد منهما كفيلًا ضامنًا بجميع المال حتى إذا أدى غريم المطلوب للطالب ما عليه يكون الطالب قابضًا ديْن نفسه فيتخلص المطلوب عما كان منه.

امرأة حامل تريد أن تهب مهرها لزوجها على أنها إن ماتت من نفاسها كان الزوج بريئًا من مهرها، وإن عاشت وسلمت من نفاسها عاد المهر على زوجها على حاله، فالحيلة فيه أن تشتري المرأة من زوجها ثوبًا مطويًّا في منديل قليل القيمة بما لها من مهرها قبل أن يأخذها الطلق؛ لأنها تكون في حكم المريضة والبيع من وارثه بأقل من قيمته في مرض الموت لا يصح بالإجماع، فإن ماتت من نفاسها بطل خيارها، وتم الشراء وبرئ الزوج من المهر، فإن سلمت ردت الثوب بخيار الرؤية فيعود المهر على الزوج.

وهذه المسألة أن خيار الرؤية يسقط بموت من له الخيار خلافًا لما يقوله بعض مشايخنا، وهذه الحيلة فيمن أراد أن يغيب وله على الآخر دين يريد أن يكون الغريم بريئًا إن لم يعد وإن عاد أخذ المال.

(**الفتاوى**): ولو أن رجلا عليه ديْن مؤجل فادعى عليه الطالب حالا فقدمه إلى القاضي ويخاف المطلوب أنه لو أقر بدين مؤجل فإنه لا يصدق على الأجل، فالحيلة فيه أن يقول للحاكم سله عن الديْن الذي يدعي أنه مؤجلا أو معجلا، فإن قال هو معجل فله أن ينكره ويحلف أنه ليس لك على مال حال.

هشام عن محمد - رحمهما الله - رجل له على رجل مال مؤجل فقدمه إلى القاضي قبل حلول الأجل فحلف الرجل ما له اليوم قبله شيء فجهل القاضي فقبل منه هل يبيع الحالف ذلك؟

قال: إن كان لا ينوي أن يذهب بحقه فأرجو أن لا يكون به بأس لأنه يضطر لما أن يقر فيحكم بوجوب المال عليه ولا يصدقه في الأجل فيتضرر به وهو صادق في هذا الحلف، فجاز له أن يحلف ولكن القاضي لا يقنع بهذا بل يحلفه بالله ما له قبله

شيء؛ لأنه ربما يبدو له أن يُصِرَّ على الجحود فيذهب بحقه فيحتاط صيانة لأموال المسلمين.

ولو كان له على غائب ألف درهم وأراد أن يقضي القاضي على الغائب ويقبل منه البينة عليه، فالحيلة فيه أن يقدم رجلا إلى القاضي ويقول إن لي على فلان الغائب ألف درهم دين وأن هذا كفيل عنه فيقول الكفيل إني قد كفلت عنه ولكن لا أدري أن للمدعي على الغائب دين أم لا، فإن القاضي يسأل عن المدعي البينة، فإذا جاء بالبينة قضى القاضي بالدين على الغائب ويقضي بكفالة هذا الحاضر ثم يقول هذا المدعي اشهدوا أني قد أبرأت هذا الكفيل فيتبرأ الكفيل ويبقى القضاء على الغائب ومثل هذا ما ينبغي أن يكون مباحًا مع أنه يسعى لإحياء حقه لما فيه من التواطؤ على الكذب لأن الطالب يدعي أنه كفيل كاذب والمطلوب يصدقه على الكفالة وهو كاذب وإن رام التحرر عن الكذب يقدم الكفالة أولًا عن الغائب حتى يتحقق صدق الطالب.

(**الخصاف**): رجل له على رجل مال فسأل المطلوب الطالب أن يؤجله بهذا المال إلى وقت معلوم أو ينجمه عليه، وأجابه الطالب إلى ذلك فخاف أن يحتال الطالب عليه بأن يقر بالمال لإنسان ويؤجله أو ينجمه فإن التأجيل والتنجيم لا يجوز في قول أبي يوسف - رحمه الله -، فالحيلة في جوازه إلى قوله أن يقول الطالب إن هذا المال وجب على المطلوب مؤجلا إلى وقت كذا أو منجما كذا كذا نجما وقد ضمن له بما يلحقه من ذلك من إقراره أو تلجئة أو منة أو تمليك وتوكيل فيبطل به هذا التأجيل والتنجيم فهو ضامن لذلك، وعليه خلاصه حتى لو أقر الطالب لإنسان وجاء المقر له يطالب المطلوب بعد هذا التأجيل والتنجيم فللمطلوب أن يرجع على الطالب فيأخذه بما ضمن ويرجع عليه بالمال فصار عليه إلى وقت أجله وإلى النجوم.

رجل مات وعليه دين وأخذ الورثة تركته فجاء غريمه فقال بعض ورثته: خذ مني مقدار حصتي من هذا المال على مقدار مواريثنا عن الميت على أن تبرئني من الباقي ولا تطالبني بشيء منه، فالحيلة فيه أن يقر الطالب أنه لم يصل إليه تركة أبيه هذا المقدار، وإن خاف الوارث أن يستخلفه الطالب أنه لم يصل من تركة الميت

سوى هذا ولا يمكنه أن يحلف، فالحيلة أن يكتب في الوثيقة له أن الطالب ادعى ذلك عليه واستدعى عليه إلى قاض من قضاة المسلمين فاستحلفه فحلف له.

رجل استقرض من رجل مالًا ثم سأله أن يؤجله بالمال والتأجيل في القرض لا يجوز، فالحيلة أن يحيل المستقرض القرض بماله على رجل إلى سنة أو سنتين فيكون المال على المحتال عليه إلى ذلك الأجل ولا يكون للطالب ولا الورقة على المستقرض سبيل ويقر المستقرض للمحتال عليه بالمال إلى ذلك الأجل، ويشهد على إقراره، ومن أراد أن يدفع اليمين عن نفسه لأنه يكره على حق أو مال، فالحيلة أن يقول للقاضي هذا الشيء الذي يدعيه لابني فلان وهو صغير بعته منه بيعًا صحيحًا وكان أشهد على البيع في السر وقبض الثمن منه فتبطل اليمين والدعوى عنه، وكذلك لو خصم رجل في ضيعة في يده فأراد أن لا يجب اليمين فله أن يقر لابنه الصغير بالضيعة فلا يمين عليه إذا خوصم فيها وإنما يحل له ذلك إذا علم أن الخصم مبطل في دعواه، فأما إذا لم يعلم أو عرفه مستحقًّا لا يحل له ذلك، ولو أراد المطلوب أن يحيل الطالب على رجل فخاف الطالب أن يتوي المال على المحتال إليه، فالحيلة أن يحيل الطالب على غريم المطلوب على أن هذا الغريم إن لم يواف الطالب بهذا المال إلى كذا وكذا فالمطلوب ضامن لهذا المال على حاله وللطالب أخذه بذلك فتقع الحوالة على هذا الشرط فإن وفاه الغريم إلى الأجل المشروط وإلا رجع على المطلوب بالمال. والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

(باب الحيل في الميراث والوصاية)

(**المبسوط**): ذمي أوصى إلى مسلم وقد ترك الميت خمرًا كيف يضع المسلم بالخمر وهو يخاف الفساد، وإن لم يبع يوكل ذميًّا حتى يبيع ويصح توكيله هنا بالإجماع لأن الوصي منا لا يوكل الذمي بحكم ملكه في الخمر، فإن الخمر ملك الذمي وإنما يوكل بالبيع بحكم النيابة عن الذمي، والذمي إذا وكل مسلمًا حتى يوكل ذميًّا يبيع الخمر كان جائزًا، كما لو وكل المجوسي مسلمًا حتى يوكل مجوسيًّا بأن يزوج له مجوسية بخلاف ما لو وكل المسلم ببيع خمره ذميًّا لا يصح عند

أبي يوسف ومحمد - رحمه الله - لأنه وكله ببيع خمرا بحكم ملكه فيكون تصرفًا منه في الخمر وشهادة الوصي للميت أو لورثته بديْن على الميت لا يجوز.

وقال أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - إذا كانت الورثة كبارًا جاز، وإذا جاء الوصيان إلى القاضي وقال للميت عندنا شهادات بحقوق له لا يجوز، فالحيلة في جوازه أن يخرجهما القاضي عن الوصية أو يخرجان أنفسهما إذا لم يقبلا فيقبل شهادتهما وبعدما قبلا الوصية ليس لهما أن يخرجا أنفسهما من الوصية، وليس للقاضي أن يخرجهما من غير جناية تظهر منهما للقاضي، فالحيلة في ذلك أن يدعيا لأنفسهما ديْنا على الميت حتى يتهمهما القاضي أنهما يأخذان ذلك من تركة الميت قبل الإثبات إذا لم يكن لهما عليه ديْن.

(**الخصاف**): رجل له أم فأراد كل واحد منهما أن يكون ماله للآخر خاصة لا يرث غيره معه، فالحيلة أن يبيع الآخر جميع ما يملكه من أمه بثمن قليل في صحته ويقبض الثمن منها على أنه بالخيار في البيع عشرين سنة أو أكثر من ذلك ثم يهب الثمن منها، وكذلك الأم منها تفعل فإن مات أحدهما لزم البيع وانبرم ويصبح جميع ذلك ملكًا للآخر ويبطل بيع الحي ويرجع جميع ما باعه إليه مريض لبعض ورثته عليه دين فأراد أن يقر به بدينه لا يجوز إقراره لوارثه، والحيلة في جوازه أن يقر المريض بهذا الديْن لرجل أجنبي يثق به وأمره أن يقبض ذلك من ماله ويدفعه إلى وارثه فهذا جائز، فإن خان الأجنبي أن يحلفه الحاكم على الدين له على الميت.

حيلة أخرى: أن يبيع الوارث صاحب الدين متاعًا بقدر قيمة الديْن الذي له عليه من المريض يحضره جماعة من الشهود ويسلمه إليه فيقبضه المريض، فيصير مال الوارث بديْنه ثم يهب المريض ذلك لإنسان لا يعرف سرًّا ويقبضه من المريض ثم يهبه لِلوارث ويرجع إليه متاعه ويصير ما له بدينه. والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

(باب الحيل في اليمين بالنكاح والطلاق)

(**المبسوط**): لو قال: إن خطبت فلانة أو تزوجتها فهي طالق ثلاثًا فإنه يخطبها ثم

يتزوجها فلا يحنث إن شرط حنثه أحد شيئين، أما الخطبة أو التزويج فمتى خطبها فقد وجد شرط الحنث والمرأة ليست في نكاحه فانحلت اليمين لا إلى حنث.

سُئِلَ أبو حنيفة رضي الله عنه عن أخوين تزوجا أختين فزفت امرأة كل واحد منهما إلى الآخر، فوطئها ولم يعلما بذلك حتى أصبحا فذكر ذلك لأبي حنيفة وسألوه الحيلة.

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: يطلق كل واحد منهما المرأة التي وطئها بعد أن يطلقها زوجها لأنه يصير كل واحد منهما متزوج امرأة هي معتدة منه وليست أختها في عدته ولو تزوج امرأة بعدما طلقها لا يجوز لأن أختها تعتد منه.

وحكي أن رجلا سأل أبا حنيفة رضي الله عنه في بطحاء مكة فقال إني رجل صاحب نزوة، ولي ابن سفيه لو زوَّجتُه امرأة طلَّقَها ولو اشتريت له جارية يعتقها فما الحيلة في ذلك، فقال رضي الله عنه: اشتر جارية لنفسك وزوجها منه فإن طلقها ترجع إليك، وإن أعتقها لا تعتق لأن الملك فيها لك.

(**العيون**): رجل حلف بأيمان مغلظة أن لا يطلق امرأته ثم أراد الخلاص عنها، فالحيلة فيه أن يتزوج امرأة رضيعة ويأمر أخت امرأته أو أمها أن ترضعها، فتبين منه المرأتان جميعًا ولا يحنث؛ لأنه يصير جامعًا بين الخالة وبنت الأخت أو يصير جامعًا بين الأختين.

رجل قال لامرأته إن لم أطلقك اليوم ثلاثًا فأنت طالق ثلاثًا، فالحيلة في أن لا تطلق المرأة أن يقول لها أنت طالق ثلاثًا على كذا وكذا فلم تقبل المرأة بمضيّ اليوم، وقع عليها الثلاث في قياس الروايات الظاهرة لأنه تحقق شرط الحنث وهو عدم التطليق لأنه أتى بالتعليق، والتعليق غير التطليق، وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها لا تطلق وعليه الفتوى لأنه أتى بالتطليق على ألف فإن هذا تطليق مقيد والمقيد يدخل تحت المطلق فينعدم شرط الحنث فلا تطلق.

رجل قذف امرأة رجل بالزنا فقال الزوج تطلق ثلاثًا إن لم يتبين زناها اليوم، فمضى اليوم ولم يظهر زناها طلقت ثلاثًا، وحيلته أن يقر بالزنا لأن الإقرار حجة لإظهار الزنا كالشهود الأربعة.

رجل قال لامرأته إن تكوني امرأتي فأنت طالق ثلاثًا فلما فرغ من اليمين إن لم يطلقها واحدة متصلا باليمين طلقت ثلاثا؛ لأن الشرط قد وجد وهي كونها امرأة، فالحيلة فيه أن يطلقها واحدة كلما فرغ من اليمين.

رجل قال لامرأته إن أقررت بمهرك فأنت طالق ثم بدا له أن يقر ويشهد العدول، فالحيلة فيه إن كان صحيحا أن تبيع المرأة من زوجها شيئًا بمقدار مهرها وهي تبرئ الزوج من مهرها، والزوج يقر لها بالثمن فلا تطلق لأنه لما أقرها بالمهر وإن كان مريضا فلا حيلة له لأنه لا يصح إقراره لها بثمن مبيع.

رجل قال لامرأته بالفارسية: كربزاجزا مست دارم تراسه طلاق، فالحيلة أن يطلقها في ليلته طلاقًا بائنًا ثم يتزوجها بعد مضي الليلة بنكاح جديد فلا تطلق وكذا لو قال: الحرتراحزا مرور دارم وطلقها بائنًا في اليوم لأن شرط الخيار أن يديم نكاحها بعد مضي هذه الليلة ولم يوجد فإذا تزوج كان هذا نكاحًا جديدًا.

(**الخصاف**): امرأة خافت أن يخرجها زوجها من بلده، فالحيلة فيه أن تزوج نفسها على مهر مسمى على أن لا يخرجها من هذا البلد، فإن أخرجها من هذا البلد أخذته بتمام مهور نسائها وهي معلومة وكذلك إن خافت أن يتزوج عليها أو يتسرى.

ولو زوجته نفسها ولم يشترط ذلك عليه ثم أراد الزوج أن يخرجها من ذلك البلد، فالحيلة فيه أن يقر لبعض أهلها ممن يثق به مثل أمها أو أبيها ويشهد على ذلك، فإذا أراد الزوج إخراجها أخذها المقر له بالمال ومنعها من الخروج، فإن خاف المقر له أن يستحلف الزوج على أن لك عليها هذا المال فيخاف أن يحلف كاذبا، فالحيلة أن يبيعها بذلك المال ثوبا أو عرضا فإن حلف لا يأثم.

رجل أراد أن يزوج ابنته من عبده وخاف أن ينفسخ النكاح بموته لأن بنته ترث زوجها، فالحيلة فيه أن يكاتب عبده على مال أو يدبره بعد موته، فإن مات لم ينفسخ بموته لأن المدبَر يُعتق بموته فلا تملكه البنت وفي المكاتب ثبت لها حق الملك ولكن حق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع بقاؤه لما بينا بقاءه في النكاح. امرأة وكلت بأن يزوجها من نفسه وكرهت أن يعلم بذلك أولياؤها وكرهت أن يسمها عند الشهود، فالحيلة فيه أن يقول للشهود إن امرأة وكلتني بتزويجها نفسي فاشهدوا أني

قد تزوجت المرأة الموكلة لي على صداق كذا، فينعقد النكاح بينهما إذا كان كفؤا لها وكذلك لو صارت امرأته مبانة، فلو أراد أن يجدد نكاحها من غير أن يعلم أهلها أنها قد بانت.

رجل بانت امرأته منه بثنتين فأراد أن يجدد نكاحها من غير أن يعلمها أنها بانت منه؛ لأنه يخاف أن تأبى تجديد نكاحها، فالحيلة أن يقول الزوج لها أني قد حلفت بيمين وقد سألت الفقهاء فقالوا جدد لامرأتك نكاحا فإن كان الطلاق قد وقع عليها، فالنكاح يحللها لك، وإن لم يقع لم يضرك هذا النكاح فإن أجابته قال اجعلي الأمر إليّ في تزويجك ثم يشهد الشهود على عقد النكاح فتصير امرأته.

حيلة أخرى إني أريد سفرا وربما حدث لي موت وإني أريد أن أجعل داري هذه أو ضيعتي هذه صداقًا لك، فاجعلي أمرك إليّ في تجديد النكاح بهذا الصداق، فإذا جعلت الأمر إليه أشهد على عقد نكاحها على الضيعة أو الدار التي هي صداقها.

رجل أراد أن يخلع ابنته الصغيرة أو الكبيرة من زوجها على صداقها، فالحيلة في جواز ذلك أن يجعلها على صداقها ويضمن لِلزوج ما يلحقه من الدرك في ذلك من قبل بنته، فإذا خلعها على هذا جاز الخلع، فإن قالت البنت لا أرضى بهذا الخلع كان لها أن ترجع على الزوج بصداقها ويرجع الزوج بذلك على الأب لأنه قد ضمن له الدرك، وكذلك إذا خلعها أجنبي وضمن الدرك للزوج كان بهذه المثابة. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

(باب الحيل في اليمين على العتق والتزويج)

رجل أراد أن يغيب فتقول له امرأته قل: كل جارية فهي حرة حتى ترجع إلى الكوفة، كيف يصنع؟ قال يقول الزوج: نعم ويعني بذلك نعم من إبل العرب وتصح نيته حتى لو اشترى جارية قبل رجوعه إلى الكوفة لم يعتق أنه نوى ما يحتمله لفظه، فإن نعم قد تذكر ويراد به النعم وهي الإبل والبقر والغنم وهذا فيما بينه وبين الله تعالى، ولكنه لا يصدق في القضاء لأنه نوى خلاف الظاهر، وكذلك لو عنى بالجارية السفينة صدِّق ديانة لأن اسم الجارية تطلق على السفينة أيضا، قال الله

تعالى: ﴿وَلَهُ ٱلْجَوَارِ ٱلْمُنشَـَٔاتُ فِى ٱلْبَحْرِ كَٱلْأَعْلَٰمِ ﴿٢٤﴾﴾ [الرحمن: ٢٤] فقد نوى ما يحتمله لفظه.

ولو قال لامرأته: كل امرأة أتزوج عليك فهي طالق ونوى بقوله عليك أي على رقبتك فإنه يصح ديانة وقضاء لأنه حقيقة كلامه.

ولو قال الآمر: كل جارية أطؤها فهي حرة أو كل امرأة أطؤها فهي طالق، فتزوج امرأة أو اشترى جارية فوطئها، لم يحنث؛ لأن اليمين إنما يصح في الملك أو مضافا إلى الملك ولم يوجد.

ولو قالت لزوجها قل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق حتى ترجع إلينا، فحيلته أن يقول كل امرأة أتزوجها فهي طالق حتى أرجع إليك فيكون من الحالف استفهاما ومع الاستفهام لا يكون يمينًا، كالقاضي إذا استحلف ما لفلان عليك كذا؟ فيقول بالله ما لفلان علي شيء، يريد بذلك استفهاما للقاضي تصح نيته ولا يحلف إذا كان مظلوما.

سئل أبو حنيفة رضي الله عنه عن امرأة قال لها زوجها: أنت طالق ثلاثا إن سألتني الخلع فلم أخلعك، وقالت المرأة وأمتي حرة إن لم أسألك الخلع قبل الليل، فجاء إلى أبي حنيفة فقال للمرأة: اسأليه الخلع فقالت لزوجها أريد أن أسألك أن تخلعني قال أبو حنيفة لزوجها قل: قد خلعتك على ألف درهم تعطينها، فقال لها الزوج ذلك، فقال أبو حنيفة رضي الله عنه: قولي لا أقبل، فقالت: لا أقبل، فقال أبو حنيفة: قومي مع زوجك فقد برّ كل واحد منكما ولم يحنث في يمينه لأن شرط بر يمين المرأة أن تسأل الخلع وقد سألت، وشرط بر يمين الزوج أن يخلعها وقد خلعها وإن لم تقبل المرأة فإن الخلع يتم من جانب الزوج من غير قبولها حتى لو أراد الزوج الرجوع بعدما خالعها لأن تعليق الطلاق من جانبه بقبول المرأة المال.

(**الخصاف**): رجل له جارية فطلبها منه سلطان أو إنسان يبيعها منه فكره أن يرده، فالحيلة في دفعه أن يبيع هذه الجارية ممن يثق به ويشهد على بيعها عدولا ثم يظهر أنه قد أعتقها أو يقر أنها قد ولدت منه ولدًا فيندفع عنه الطالب لبيعها لأنه حين أعتقها فالجارية ليست في ملكه فلم يصح إعتاقه وإقراره بأبوية الولد ثم يشتريها من الذي باعها سِرًّا منه فيعود إلى ملكه، وإن خاف أن يقول الطالب بعدما اشترى

الجارية من العدل بعها مني فلو قال بأنها حرة عتقت بهذا القول لأنها في ملكه والله أعلم، فالحيلة أن يتزوجها ويتركها على ملك الذي باعها منه ويطؤها بحكم ملك النكاح لا بملك اليمين.

رجل له جارية يطؤها فخاف أن تأتي بولد فتصير أم ولد له، فالحيلة فيه أن يبيعها من ابن له أو ممن يثق به ثم يتزوجها فيكون أولاده منها أحرارًا لأنه كان من ابن له أو من ذي رحم محرم يعتقونك بقرابتهم من المالك والجارية قنة رقيقة على حالها على ملك الذي باعها منه له أن يبيعها أو يخرجها من ملكه.

(باب الحيل في اليمين على الفعلين المختلفين أو المتضادين)

(**المبسوط**): ولو قال لامرأته: إن أطأك مع هذه المقنعة فأنت طالق ثلاثا وإن وطئتك مع هذه المقنعة فأنت طالق ثلاثا، يطؤها بغير مقنعة ولا يحنث ما دامت المقنعة باقية وهما حيان؛ لأن شرط الحنث وهو الوطء مع المقنعة أيضًا لا يتحقق للحال، فإذا مات أحدهما تحقق العدم فحنث.

رجل قال لامرأته: إن لم أبت الليل معك مع قميصك فأنت طالق ثلاثا، وقالت المرأة إن بت معك مع قميصي هذا فجاريتي حرة، فلبس الرجل قميصها وباتا لم يحنثا؛ لأن قصد المرأة أن تبيت وهي لابسة هذا القميص وقصد الرجل أن يبيت معها فهذا القميص معه.

رجل كان في غرفة وامرأته في أسفل الحجرة فقال امرأته طالق إن نزل إليها وقالت المرأة عبدها حر إن صعدت إليه، فإن نزل من الغرفة إلى غيرها ثم أتاها لم يحنث، وكذلك إن صعدت إلى غيره ثم أتته لم يحنث.

رجل قال لامرأته إن لم أضربك اليوم فأنت طالق فقالت المرأة إن مس عضوك عضوي فعبدي حر، فالحيلة فيه أن لا تطلق ولا يعتق أن تبيع المرأة عبدها من رجل أمين ثم يضربها الزوج ضربا خفيفا فبر في يمينه، ويسقط يمين المرأة ثم تشتري المرأة عبدها من الزوج وهذا التكلف غير محتاج إليه، فإن الزوج لو ضربها

بالخشب فلا يعتق عبدها لأنه لم يمس عضوه عضوها، فإذًا لا يحتاج إلى هذه الحيلة إلا إذا قالت المرأة إن ضربتني فعبدي حر فكان ما ذكرت من الحيلة مستقيما في هذه المسألة.

رجلان قال كل واحد منهما لصاحبه إن لم يكن رأسي أثقل من رأسك فامرأتي طالق، فطريق معرفة ذلك أنهما إذا ما ادعيا فإنهما أسرع جوابًا فرأس الآخر أثقل منه.

رجل له على آخر دين فأبى أن يعطيه فقال الطالب: إن لم آخذ منك كذا فامرأتي طالق، وقال المطلوب إن أعطيتك فامرأته طالق، فالحيلة فيه حتى لا يحنث بأن يمنع المطلوب حق الطالب فيجيء الطالب فيأخذ منه جبرًا لأنه انعدم شرط حنثهما ولو لم يعملا وعمل كل واحد منهما رجلا آخر هذه الحيلة فيحنثان لما قلنا.

رجل أخذ لقمة فوضعها في فمه فقال له رجل: إن أكلتها فامرأته طالق، وقال الآخر: إن ألقيتها فامرأته طالق.

فالحيلة أن يأكل بعضها ويلقي بعضها ولا تطلق واحدة منهما أو يكرهه إنسان يخرجه من فمه لأن كل واحد منهما عقد يمينه على اللقمة جملة أكلا وإلقاء، فإذا تناول البعض وألقى البعض فإن شرط الحنث في اليمين فلا يحنث بوجود بعض الشرط.

رجل قال لآخر: إن كلمتك قبل أن تكلمني فامرأته طالق ثلاثا وقال الآخر للأول مثل ذلك، فإن الأول يكلمه ولا يحنث لأن الثاني كلمه فخرج الأول من يمينه لأن شرط البر في اليمين الأولى أن يكلمه الثاني قبل أن يكلمه وقد كلمه لأنه خاطبه بهذه اليمين.

(**الفتاوى**): رجل قال لامرأته وفي يدها قدح ما فقال إن شربت فأنت كذا وإن صببتيه فأنت كذا وإن وضعتيه فأنت كذا، فحيلته أن ترسل فيها ثوبا حتى ينشف الماء.

ولو قال لامرأته: إن لم أجامعك اليوم فأنت كذا، وإن اغتسلت من الجنابة فأنت كذا، وإن تركت صلاة عن وقتها فأنت كذا، فحيلته أن يطأها بعد العصر وتغتسل بعد

المغرب لأن شرط البر في اليمين هو الأول هو الجماع في اليوم وقد وجد، وشرط البر في اليمين الثانية عدم الاغتسال في اليوم وقد وجد، وشرط البر في اليمين الثالثة هو ترك الصلاة عن وقتها ولم يوجد.

امرأة ارتقت السلم لتصعد السطح فقال لها الزوج إن صعدت فأنت طالق ثلاثا، فالحيلة فيه أن تُحمل فتنزل ولا تكون هي التي نزلت فلا يحنث.

(باب الحيل في اليمين على الدخول والمساكنة والخروج)

(**المبسوط**): رجلان حلف كل منهما أن لا يدخل على الآخر منزلا أبدًا، وأرادا أن يجتمعا في المنزل الواحد ولا يحنث واحد منهما، فالحيلة فيه أن يدخل الحالفان جميعًا معًا لأن شرط الحنث في يمين كل واحد منهما أن يدخل كل واحد منهما على صاحبه في منزل ولم يوجد لما دخلا منزلا معًا.

ولو قال لامرأته إن خرجت من داري فأنت طالق ثلاثا، فالحيلة فيه أن يطلقها واحدة، فإذا انقضت عدتها خرجت ثم يتزوجها وتخرج متى شاءت لأنها إذا خرجت بعد انقضاء العدة فقد انحلت اليمين والمرأة ليست في نكاحه ولا في عدته فانحلت إلى حنث.

(**العيون**): وإذا حلف لا يسكن هذه الدار وهو فيها، فإن خرج وترك متاعه حنث، وإن شق عليه تحويل المتاع فإنه يبيع المتاع من غيره ويخرج بنفسه فلا يحنث لأنه ربما كانت له أثقال وأحمال فيتعسر عليه تحويل الكل والمطلوب من اليمين تحقيق البر، فإذا حقق جهة الصدق والبر في يمينه بالخروج عنها وإزالة ملكها عما صار بارًّا في يمينه، فإن كانت الأمتعة لزوجته وامتنعت المرأة من التحويل معه، فإذا تحول هو ومن يمكنه أن يتحول من عياله وحوّل أمتعة نفسه لم يحنث.

ولو حلف لا يسكن دار فلان، أوْ لا يسكن هذه الدار ما دامت لفلان فالحيلة فيه أن يبيع صاحب الدار من داره بينهما من ألف سهم من ابن له أو ممن يثق به فسكن الحالف كل الدار مضافا أو منسوبا إلى فلان والله أعلم.

(باب الحيل في اليمين على الأكل والشرب وعلى الكسوة واللبس)

رجل أدخل لقمة في فيه، فقال له رجل: امرأته طالق إن أكلتها، وقال آخر: امرأته طالق إن ألقيتها من فيك فالحيلة في أن لا يحنث واحد منهما أن يأكل المحلوف عليه بعض اللقمة ويلقي بعضها لأن شرط حنث أحدهما أكل اللقمة كلها ولم يأكلها وشرط حنث الآخر إلقاء اللقمة، أو إخراجها من فيه ولم يوجد إلقاء اللقمة أو إخراجها من فيه؛ لأن بعض اللقمة لا يسمّى لقمة، وإنما يسمى كسرة. فإن لم يفعل المحلوف عليه هذا، ولكن إنسان آخر أخذ اللقمة من فمه وأخرجها كرهًا والمحلوف عليه جاهد على أن لا يفعل، وصار مغلوبًا على ذلك لا يحنث؛ لأنه لم يوجد الأكل ولا الإلقاء والإخراج من فمه، وإنما وجد الإخراج من غيره، وشرط الحنث فعله لا فعل غيره.

(**الخصّاف**): ولو قال لعبده: أنت حر إن ذقت طعامًا أو شربت شرابًا حتى أضر بك فأبق العبد فالحيلة أن يهب المولى العبد لولده الصغير ثم يأكل ويشرب ثم يعتق ولا يعتق لأنه فعل المحلوف عليه وأكل اللقمة وليس العبد في ملكه.

ولو وهبه لابنه الكبير فأكل أو شرب يعتق؛ لأن النية لا تقيد الملك إلا بعد القبض ولم يوجد، وفي الصغير العبد في يد المولى فيكون قابضًا بنفس النية لولده الصغير.

ولو حلف لا يأكل طعامًا لفلان ودعاه المحلوف عليه إلى طعامه، فالحيلة فيه أن يشتري طعام المحلوف عليه فيقول المحلوف عليه بعتك طعامي هذا الذي قد وهبته بكذا وكذا للدعوة لأن شراء ما لم يره جائز عندنا، وكذلك إن أهدى إليه المحلوف عليه طعاما فأكله الحالف لم يحنث لأنه ملكه حين أهدي إليه.

(**العيون**): رجل في يده عشر سُكرات أو عشر تمرات فوضع الخمسة بين يدي أمته وقال لها إن أكلت هذه الخمسة وإلا فأنت حرة، ووضع خمسة أخرى بين يدي امرأته وقال: إن أكلت هذه الخمسة فأنت طالق ثلاثا فلم تأكل واحدة منهما حتى اختلط بعضها ببعض ولا تعرف إحدى الخمستين من الأخرى، فالحيلة فيه أن يبيع الجارية بمن يثق به ثم يأمر المرأة بأكلها الخمسة المحلوف عليها فصار الحالف بارًّا في يمينه بالطلاق، وشرط الحنث في اليمين بالعتق وجد في ملك غيره فانحلت اليمين لا إلى حنث ولأن بقاءها لا يتصور البر. والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

(باب الحيل في [الملك][1] على عدم الإنفاق وعلى فعل [المرء][2] بدفع ماله)

(**المبسوط**): رجل وهب لرجل مالًا ثم قال الواهب: امرأته طالق إن أنفقت هذا المال إلا على أهلك فقضى الموهوب له ببعضه ديْنا وحج ببعضه وأنفق بعضه على أهله، لم يحنث؛ لأن شرط الحنث هو إنفاق جميع الهبة على غير أهله ولا يوجد كمن حلف لا يأخذ ماله على فلان إلا جميعًا فأخذ البعض دون البعض لأن شرط برِّه أخذ جميع الديْن متفرقا ولم يأخذ الجميع متفرقًا وإنما أخذ البعض.

رجل حلف أن لا ينفق على امرأته، فالحيلة في أن لا يحنث في يمينه أن تستأجره امرأته كل شهر أو كل سنة بكذا أو كذا على أن يتجر لها أو يكسب لها مالًا فيكون كسبه لها فتأخذه لها وتنفقه نفسه عليها وعليه، وإن كان محترفًا تستأجره على أن يحفظ لها مشاهرة وتتقبل الأعمال من الناس كل شهر بأجر معلوم لأن المنفعة هي المرأة فإن الحاصل بعمل الزوج يحصل على ملكها وهي المنفعة على نفسها وعلى زوجها. أو يهب الحالف المحلوف عليها مالا وقبضه منه وأنفقه على نفسه من ذلك المال.

(**العيون**): رجل رأى يد امرأته دراهم وقد أنفقتها أو هلكت تلك الدراهم فقال لها الزوج إن أخبرتني كم عدد تلك الدراهم وإلا فأنت طالق ثلاثا والمرأة لا تعلم كم كان عددها، فالحيلة فيه أن ينظر في ذلك، فإن علمت أن تلك الدراهم لم تكن أقل من عشرة فإنها تقول كانت عشرة كانت أحد عشر كانت اثني عشر لا تزال تذكر حتى تنتهي إلى الذي يعلم أنها لم تكن أكثر من ذلك فلا تطلق المرأة لأنه تيقن بالإخبار الصحيح عن عدد الدراهم وإذا علم أن أقل من عشرة يبتدئ بذكر العدد من واحد إلى أن يعرف أنه ليس أكثر منه.

رجل اتهم امرأته أنها قد رفعت من ماله شيئًا فقال: إن صدقتيني بذلك وإلا فأنت طالق ثلاثا والزوج لا يعلم أنها قد رفعت أم لا، ولو قالت المرأة رفعت أو

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الحلف.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): المرأة.

قالت لم أرفع لم يتبين أنها صادقة في مقالتها أم لا، فالحيلة أن يسألها مرتين فيقول لها رفعت أم لا فتقول المرأة لم أرفع فتكون المرأة صادقة في أحد القولين يقينًا وإحاطة فلا يقع طلاقه؛ لأن التردد والتمثل بين الصدق والكذب يزول الجمع بالخبرين، فإذا جمعت بينهما فهي صادقة في أحدهما كاذبة في الآخر فلا يحنث حتى لو قال إن صدقتيني فأنت طالق وإن كذبتيني فأنت طالق فلا حيلة له فيه. والله تعالى أعلم بالصواب. وإليه المرجع والمآب.

(باب الحيل في اليمين على التقاضي)

رجل حلف ليعطين فلانا حقه غدًا أو رأس الشهر ولا يتهيأ له، فالحيلة له أن يبيع منه شيئًا بحقه ثم يشتريه منه ولا يحنث لأن بالبيع منه صار معطيا إياه حقه وقاضيا دينه، وبالشراء منه التزم الديْن في ذمته.

(**الخصاف**): ولو حلف لا يأخذ ماله إلا جملة، فالحيلة فيه أن يأخذ حقه إلا درهما واحدًا والباقي تفاريق ولا يحنث لأنه لم يأخذ ماله كله ولا حقه كله لما بينا في أول باب الحلف على عدم الإنفاق.

ولو حلف الطالب أن لا يفارق غريمه حتى يستوفي ماله عليه وليس عنده ما يوفيه، فالحيلة أن يقرضه الطالب مقدار ما له عليه فيقبضه منه ثم قضاه الطالب مما عليه فلا يحنث الطالب لأنه قد صار المال عليه قرضًا واستوفي منه الطالب.

ولو حلف المطلوب ألا يعطي الطالب مما له عليه إلا درهما ولا أكثر منه فالحيلة فيه أن يعطيه الدنانير بقيمة الدراهم.

ولو حلف ليعطين فلانا حقه غدا ولم يتهيأ له، فالحيلة فيه أن يبيع متاعه منه بحقه على الذي عليه قبل مجيء الوقت المحلوف عليه على ما ذكرناه فلو خاف الطالب أنه اشترى منه متاعًا بحقه فيبرئ منه وهو لا يساوي بدينه فلا يشتري المطلوب منه فيدعيه عليه فيتوى ماله، فالحيلة أن يأمر الطالب رجلا ممن يثق به فيبيع المأمور متاعا من المطلوب بمقدار ما عليه ودفع إليه ثم يبيع المطلوب ذلك المتاع من الطالب بما له عليه ويدفعه إليه لم يحنث؛ لأنه أوفاه حقه في ذلك الوقت

ثم يقر المأمور بأن العرض الذي باعه من المطلوب كان للطالب ويوكله بقبض الثمن من المطلوب ويقيمه مقامه في استيفاء ثمنه فيعود الطالب على المطلوب بالمائة التي له عليه وكانت حوالة.

ولو حلف المطلوب أن لا يعطي فلانًا شيئًا مما له عليه وحلف الطالب أن لا يفارق غريمه المطلوب حتى يستوفي حقه، فالحيلة فيه أن لا يحنث واحد منهما أن يؤدي إنسان عن المطلوب ما عليه إلى الطالب فيقبضه الطالب منه فلا يحنث؛ لأنه لم يفارق غريمه حتى استوفى حقه ولا يحنث المطلوب لأنه لم يعط الطالب شيئًا وإنما أعطى ذلك غيره. والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

(باب الحيل في الحلف على البيع)

(**الفتاوى**): حلف لا يبيع عبده ولا يأمر غيره به، فالحيلة فيه أن يبيع النصف بثمن الكل ثم يهب منه النصف الآخر فلا يحنث؛ لأنه لم يبع العبد لأن العبد اسم للكل لا لبعضه، وكذا لو حلف لا يبيع عبده ولا يهبه فباع نصفه ووهب نصفه لم يحنث، ولو أراد البائع نقض البيع فحلف المشتري أن لا يدخل هذه الدراهم في سودزيانه ثم ندم قال يهب البائع له مثل تلك الدراهم ويهب منه الثوب فلا يحنث.

(**الخصاف**): رجل حلف لا يبيع هذه الجارية من فلان ثم أراد بيعها منه فالحيلة فيه أن يبيعها منه ومن غيره أو يبيع تسعة وتسعين سهمًا منها ويهب له السهم الباقي، وإن باعها من رجل اشتراها المحلوف عليه بأمره لا يحنث، وإن أمر إنسانًا فباعها من المحلوف عليه لا يحنث لأن البائع والمشتري هو العاقد دون الأمر وكذا لو حلف لا يبيع ولا يشتري فأمر غيره بالبيع أو بالشراء لا يحنث، ولو قال إن اشتريت هذا العبد فهو حر ثم أراد أن يشتريه، فالحيلة فيه أن يشتري شراء فاسدا ولم يقبضه من البائع انحلت اليمين لوجود شرط الحنث وهو الشراء ولم يعتق لأن العبد ليس في ملكه ثم يشتريه شراء صحيحا فلا يحنث، وكذا لو اشتراه على أن البائع بالخيار

ثلاثة أيام ثم ناقضه البيع فيه ثم اشتراه شراء مسبقا لم يعتق العبد لأنه انحلت اليمين بالشراء بشرط الخيار وليس في ملكه.

رجل قال: إن ملكته هذه الدار فامرأتي طالق وأراد أن يملكها، فالحيلة فيه أن يشتري تسعة وتسعين سهما من مائة سهم لنفسه ويشتري السهم الباقي لزوجته بأمرها أو لولده الصغير فلا يحنث؛ لأن تلك الدار كلها ليس له.

(باب الحيل في دفع اليمين والخصومة عن نفسه)

(**العيون**): ولو أن رجلًا خوصم في ضيعة في يده وأراد أن لا يجب عليه اليمين، فله الخيار؛ فله أن يقر لابنه الصغير بالضيعة ولا يمين عليه، وإنما يحل له ذلك إذا علم أن الخصم مبطل في دعواه فأما إذا لم يعلم أو عرفه محقًّا أو مستحقًّا لا يحل له ذلك.

(**الفتاوى**): رجل ادعى على رجل عينًا بعين فباع المدعى عليه هذه العين من رجل سرًّا قبل إقامة البينة عليه وقضي له وأشهد عليه ثم المدعي أقام المشتري البينة عليه وقضي له ثم أقام المشتري البينة على المقضى له أن هذه العين ملكه وفي يده بغير حق قضى له أيضًا ثم يبيع هذا المقضي له الثاني من بائعه أو وهبه له جاز وعاد العين إليه لأنه ظهر أن المدعى عليه غائب لم يكن خصما للمدعي ولم يصح دعواه فأقامه البينة عليه وهذا ضرب من الاحتيال لدفع الظلم عن نفسه.

(**الخصاف**): فصل رجل اشترى من رجل دارًا أو ضيعة ثم انتقض البيع بينهما بإقالة أو غيرها ثم ادعى البائع على المشتري أنه اشترى ذلك منه وقدمه إلى القاضي، وأراد أن يستحلفه بالله ما اشتريت ذلك منه والبائع مبطل في هذه الدعوى، فالحيلة في دفع اليمين أنه ينوي أنه لم يشترها منه ببغداد أو بمكة أو في بلد كذا غير البلد الذي وقع فيه البيع أو ينوي أنه لم يشتر في هذا الشهر يعني رمضان أو يوم الفطر أو يوم الأضحى، ولذلك لو كان المدعي هو المشتري فأراد استحلاف البائع فإنه يحلف على ما وصفنا ولا يأثم لأنه مظلوم يسعى لدفع الظلم عن نفسه وكذلك لو باع من رجل جارية بمائة دينار ويبرأ إليه من عيوبها فجحد المشتري ويريد أن

يردها عليه بالعيب وليس للبائع بينة على البراءة من العيوب ويخاف إن أقر أنه باعها منه أن يردها عليه بالعيب، فلو حلف وقال ما بعتك هذه الجارية ونوى أنه ما باعها منه في مسجد كذا أو في بلد كذا فلا بأس به.

رجل دفع مهر امرأته إليها أو إلى وليها فجحدت قبض المهر منه أو قبض وليها وخاف الزوج أن يقر بالمهر عند القاضي فيلزمه إياه، فالحيلة فيه إذا كانت ظالمة أن يحلف لها وينوي أنه ما تزوجها اليوم على مائة دينار أو ينوي أنه لم يتزوجها في شهر رمضان على ما وصفناه، وإن كانت قبضت منه نصف المهر ثم أنكرت وأرادت استحلافه وادعت المائة دينار، فالحيلة أن يحلف لها وينوي أنه لم يتزوجها على مائة دينار اليوم أو بالكوفة، ولو استحلفه بالله ما تزوجها على مائة دينار وأنكر تزويجها على خمسين دينارا قال ينوي فيما يستحلف أنه ما تزوجها على هذه الخمسين دينارًا التي أقر بها، وعلى الخمسين دينارا التي قبضها فلا يحنث في يمينه.

رجل طلق امرأته ثلاثا وأراد المقام معها قال يجحد النكاح، فإن استحلفها القاضي بالله ما أنت بامرأة له ويزعم هو حتى لا يعلم القاضي قولها هو الله، وكذلك كل يمين يستحلف عليها وهو مظلوم في ذلك فليقل هو الله، ويزعم هو ولا إثم عليه؛ لأن هذه ليست بيمين ولا حاجة إلى هذا لما علمت أنها كانت محرمة عليه بالثلاث تحلف بالله ما أنا بامرأة له وتنوي الحال وهي صادقة في يمينها. والله أعلم بالصواب.

(باب الحيل في التعريض في الحلف)

(**المبسوط**): ولو قال: امرأته طالق ثلاثًا إن لم يدخل اليوم هذه الدار، ونوى إن قدم فلان وفلان عليه غائب في موضع بعيد لا يقدم ذلك تصح نيته ديانة لا قضاء، ولو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها عليك فهي طالق ونوى يهودية أو نصرانية أو عمياء أو من أهل مصر كذا صحت نيته ولو تزوج عليها غير ما نوى لم تطلق.

ولو حلف بالطلاق لا يطأ امرأة سواها وعنى بالوطء الوطء برجله صحت نيته

حتى لو وطئ امرأة من نسائه سواها لم تطلق لأنه نوى ما يحتمله كلامه فيصدق ديانة.

ولو لم تكن له إلا امرأة واحدة فقال: كل امرأة أطؤها سواك فهي طالق فتزوج امرأة فوطئها واشترى جارية فوطئها لم تطلق امرأته لأنه لم يقل كل امرأة أتزوجها فأطأها، فلما كان حلفه على الوطء خاصًة وليس في ملكه امرأة سواها لم يحنث، ولو قال امرأتي طارق وأدغم الراء وأخفاها حتى لا يفهم من سمع ذلك من خلفه لا يلزمه بذلك شيء ولا تطلق امرأته لأن طارق ليس بطالق.

رجل أراد أن يخوف امرأته ويفزعها حتى لا تخرج من داره، فالحيلة فيه أن يقول لها أنت طالق ثلاثا إن خرجت من هذه الدار وينوي طلاقا من عمل كذا وينوي بثلاث ثلاثة أيام صحت نيته فيما بينه وبين ربه، فإن خرجت لم تطلق ديانة ولكن لا يصدقه القاضي لأنه خلاف الظاهر.

وإن نوى إن خرجت من بيتها ذلك أو نوى بالخروج من سطح هذه الدار أو نوى إن خرجت راكبة على دابة أو نوى خروجها إلى منزل فلان أو إلى مسجد الجامع ونوى خروجا دون خروج، صحت نيته ديانة لا قضاء.

ولو قال إن خرجت خروجًا ونوى خروجًا بعينه تصح نيته ديانة وقضاء لأن الخروج متنوع فقد نوى ما يحتمله لفظه حقيقة فصحت نيته، ولو قال امرأتي طالق إن تفعل كذا، ونوى إن كان فعله بمكة أو بالمسجد الحرام أو في بلد كذا صحت نيته ديانة، وكذا لو نوى نوعا أو موصوفا بصفة لم يكن في ملكه كما لو نوى المكية أو الخراسانية أو العمياء أو العوراء وليست له امرأة على هذه الصفة صحت نيته ديانة ولا تطلق امرأته. والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب الحيل في استحلاف اللصوص والظلمة)

(**المبسوط**): قال محمد - رحمه الله - حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي رضوان الله عليهم أجمعين أنه قال: كل يمين حلف بها رجل إن كانت اليمين بالطلاق أو العتاق ونحوه فالنية نية الحالف إن كان الحلف لظالمًا أو مظلومًا حتى لو نوى الطلاق عن الوثاق أو نوى الحرية عن عمل كذا والإخبار به كاذبا

يصدق فيما بينه وبين ربه لأنه نوى ما يحتمله لفظه إلا أنه إن كان مظلوما لا يأثم إثم يمين الغموس، وإن كان ظالما يأثم إثم اليمين الغموس فإنه قطع بها حق امرئ مسلم.

وإن كانت اليمين بالله تعالى وكان الحالف مظلومًا فاليمين على ما نوى حتى إن من أكره على بيع عين في يده فحلف أنه دفع هذا الشيء إلى فلان ينوي به بائعه حتى يوهم المكره أن ما في يده ملك غيره فلا يكرهه على البيع ويكون كما نوى فلا يأثم؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه فكان صادقا فيما حلف فلا يكون يمين غموس وقد دفع الظلم عن نفسه ولم يظلم أحدًا، وإن كان الحالف ظالمًا فاليمين على نية المستحلف.

وتفسيره أن من ادعى على آخر شراء عين في يده وأنكر صاحب اليد وهو مبطل فيه فاستحلفه المدعي، ما وجب عليك تسليم هذه العين إلى المدعي فيحلف بالله ما وجب علي تسليمه إلى المدعي يريد به التسليم بالهبة والصدقة لا بالبيع ليصير آثما إثم يمين غموس معنى؛ لأنه وإن كان صادقا فيما حلف لأنه نوى ما يحتمله لفظه إلا أنها يمين غموس معنى لأنه قطع بها حق امرئ مسلم.

وهذا إذا كان الاستحلاف على أمر في الماضي لأنه توصل بهذه اليمين لما ظلم فكان في صرف الكلام عن ظاهر اللفظ إلى معنى آخر تحقيق الظلم فلم تعتبر نيته واعتبرت نية المستحلف لأنه دافع للظلم عن نفسه لا ظالما غيره، فأما اليمين على المستقبل فهي على نية الحالف لأن اليمين في المستقبل ليست بواجبة عليه، وإنما يلزمه بعقده فينعقد يمينه على ما ينوي وليس في ذلك إبطال حق على أحد.

وروي عن إبراهيم - رضي الله عنه - أنه سئل عن ظالم قال لرجل احلف بالمشي إلى بيت الله الحرام، كيف يصنع؟، قال يحلف بالمشي إلى بيت الله وينوي به مسجد حيِّه لأن المساجد كلها بيوت الله تعالى، قال الله تعالى ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَن تُرْفَعَ﴾[النور: ٣٦] وأراد بالبيوت المساجد.

(**الفتاوى**): رجل لو حلفه اللصوص بثلاث تطليقات أنه لم يكن معه دراهم غير الذي أخذوا منه فحلف ثم ظهر أن معه دانقا أو نحوه فلا يحنث، قال الفقيه

أبو الليث - رحمه الله - إن حلف بالعربية لم يحنث ما لم يبلغ ما معه ثلاثة دراهم قال وإن ذكر بالفارسية: ياتودر است لم يحنث ما لم يبلغ درهما ولو كان معه دراهم أو أكثر حنث علم به أو لم يعلم، ولو كان اليمين بالله تعالى لم يحنث إن لم يعلم، ولو قال اللصوص: اكراباتوسيم مست ينظر إن كان معه ما لو علموا به لم يأخذوا منه لم يحنث، ولو حلفه السلطان بالطلاق أن يضع مئتي درهم من ماله درهما في كف فلان فأتاه الرجل فلم يقدر أن يضعها في كفه فأمره أن يضع عنده غيره فأرجو أن لا يحنث.

ولو حلّف رجل رجلا أن لا يخرج من البلد ثم قال الحالف للمحلف إن مت قبلي فليس عليَّ شيء، ينظر إن كان شرط هذا في اليمين لا يحنث بخروجه بعد موته ولا يحنث ولا ينفعه هذا القول بعد اليمين.

رجل أراد أن يستحلف رجلًا فيخاف أن يستثني في السر، فالحيلة أن يستحلفه ويأمره أن يقول عقيب اليمين موصولا سبحان الله أو نحوه من الكلام لأنه إذا فعل ذلك يمنع الاستثناء موصولا بالكلام. والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

كتاب الأيمان

يحتاج إلى معرفة: شرعية الأيمان، وتفسيرها، وركنها، وشرط انعقادها، وحكمها شريعة.

أما شرعيتها: فلقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [المائدة: ٨٩] ثم بين المؤاخذة بالكفارة وذلك دليل شرعيتها ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**من حلف على يمين ورأى غيرها خيرًا منها فليأت بالذي هو خير، ثم يكفر يمينه**".

ولأن اليمين محتاج إليها في المواثيق والمبايعات والمعاهدات والخصومات توكيدًا وتوثيقًا للمقالات.

فأما تفسيرها: فاليمين في اللغة عبارة عن القوة قال الله تعالى: ﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴿٤٥﴾﴾ [الحاقة: ٤٥] أي بالقوة وقال الشاعر[1]: [الوافر]

إِذَا مَا رَايَةٌ رُفِعَتْ لِمَجْدٍ تَلَقَّاهَا عَرَابَةُ بِاليَمِينِ

أي: بالقوة ومعنى القوة في اليمين أن المرقد يحتاج إلى المنع والردع عن مباشرة فعل أو الحمل والحث على إيجاده فاليمين يتقوى بطبعه على المنع والردع عما يدعوه إليه طبعه أو على الحمل والحث عما يزجره وتأباه نفسه فيتحقق ما هو غريب ومرامه فيسمى هذا العقد يمينا لهذا.

وأما ركنها: فهو الاستشهاد بذكر اسم الله تعالى مقرونا بالخبر كقوله: والله لأقطعن أو لأفعلن كذا أو والله لا أفعل كذا.

وأما شرطها: فكون الخبر المضاف إليه اليمين محتملا للصدق والإفك متمثلا بين البر والهتك ليتحقق حكمه وهو وجوب البراءة.

---

(١) البيت للشماخ من قصيدته المشهورة في مدح عرابة بن أوس الحارثي الأوسي الأنصاري. انظر: الديوان ١/٣٢٥.

وأما حكمها: شيئان:

أحدهما: وجوب البر بتحقيق التصديق.

والثاني: وجوب الكفارة عند فوات البر بالحنث لما في البر من تعظيم المقسم به وفي الحنث هتك حرمة اسمه وفي الكفارة تمحيص نفسها عن ذنب الحنث ولمحنة لوث الإثم وكل ذلك واجب والأفضل في اليمين بالله تعالى تعليلها، فإن من كثرت يمينه ينسبه الناس إلى الإفك وتعرض لاسم الله تعالى للهتك، واليمين بغير الله تعالى، وقيل إذا أضيف إلى الماضي يكره.

وإن أضيف إلى المستقبل لا يكره وهو الأحسن؛ لأن الأمة أجمعت على استعمال اليمين بالطلاق والعتاق المضاف إلى المستقبل في العهود والمواثيق من غير نكير والحديث محمول على اليمين المضافة إلى الماضي أو المراد من الحلف بالطلاق بتحليف غيره كما هو عادة السلاطنة فإنهم يحلفون الناس بالطلاق والعتاق حتى لا يمكنهم الامتناع عنها وهي من أيمان السفلة العاقد الهمج ثم مسائل الكتاب تنقسم إلى أقسام.

(أما القسم الأول في أنواع اليمين وألفاظها)

(باب معرفة أنواع اليمين)

قال محمد رحمه الله: الأيمان ثلاثة: يمين تُكَفِّر، ويمين لا تُكَفِّر، ويمين نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها.

أما التي تكفر فهي اليمين المعقودة على أمر في المستقبل؛ لأن الله تعالى وصف اليمين الموجبة للمؤاخذة بكونها معقودة والعقد هي الإرادة والقصد بالقلب لقول الشاعر[1]:

خَطَرَاتُ الْهَوَى تَرُوحُ وَتَغْدُو وَلِقَلْبِ الْمُحِبِّ حَلٌّ وَعَقْدُ

والعقد والقصد إنما يتصور في المستقبل لا في الماضي.

---

(١) انظر: طلبة الطلبة ٢/٢٧٣.

ثم اليمين المعقودة على ثلاثة أضرب: منها ما يجب البر فيها كاليمين على إيجاد الجماعات وترك المعاصي ومنها ما يجب الحنث فيها كاليمين على فعل المعاصي وترك الطاعات لقوله عليه السلام: "**من حلف أن يطع الله تعالى فليطعه، ومن حلف أن يعص الله فلا يعصه**"[١].

ومنها ما يتخير المرء بين البر والحنث لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَأْتِ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ**"[٢] ثم اليمين إن كانت مطلقة

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٧٧/٨ (٦٦٩٦) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا مالك، عن طلحة بن عبد الملك. وفي (٦٧٠٠) قال: حدثنا أبو عاصم، عن مالك، عن طلحة بن عبد الملك. و«ابن ماجه» (٢١٢٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو أسامة، عن عبيد الله، عن طلحة بن عبد الملك. و«أبو داود» (٣٢٨٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك، عن طلحة بن عبد الملك الأيلي. و«الترمذي» (١٥٢٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، عن مالك بن أنس، عن طلحة بن عبد الملك الأيلي. وفي (١٥٢٦م) قال: حدثنا الحسن بن علي الخلال، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، عن عبيد الله بن عمر، عن طلحة بن عبد الملك الأيلي. و«النسائي» ١٧/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٢٩) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك، عن طلحة بن عبد الملك. وفي ١٧/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٣٠) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا مالك، قال: حدثني طلحة بن عبد الملك. وفي ١٧/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٣١) قال: أخبرنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا ابن إدريس، عن عبيد الله، عن طلحة بن عبد الملك. و«ابن خزيمة» (٢٢٤١) قال: أخبرني الحسن بن محمد بن الصباح، عن الشافعي، قال: أخبرنا مالك بن أنس، عن طلحة بن عبد الملك الأيلي. و«ابن حبان» (٤٣٨٧ و٤٣٨٩) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن طلحة بن عبد الملك الأيلي. وفي (٤٣٨٨) قال: أخبرنا أحمد بن يحيى بن زهير، قال: حدثنا الحسن بن ناصح الخلال، قال: حدثنا عثمان بن عمر، قال: حدثني علي بن المبارك، عن أيوب السختياني، ويحيى بن أبي كثير. وفي (٤٣٩٠) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن خليل، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد، قال: حدثنا الأوزاعي، قال: حدثني محمد بن أبان.

أربعتهم: (طلحة بن عبد الملك، ويحيى بن أبي كثير، وأيوب بن أبي تميمة السختياني، ومحمد بن أبان) عن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، فذكره.

(٢) أخرجه «ابن ماجه» (٢١١١) قال: حدثنا عبد الله بن عبد المؤمن الواسطي، قال: حدثنا عون بن عمارة، قال: حدثنا روح بن القاسم، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (٣٢٧٤) قال: =

في الإثبات نحو قوله: والله لآكلن هذا الرغيف أو لأدخلن هذه الدار فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لا يحنث؛ لأن شرط البراءة وجود هذا الفعل منه مرة في العمر وهذا الفعل يتوهم وجوده حال قيامهما فلا يتحقق الحنث، فإن فعل وحنث مرة لا يحنث أخرى؛ لأنه فات البر وتصور البر شرط لبقاء اليمين.

فإن هلك الحالف أو المحلوف عليه قبل الفعل يحنث قبيل الهلاك لتحقق العدم بالهلاك، وإن كانت مؤقتة في الإثبات كقوله والله لآكلن هذا الرغيف اليوم إن مضى اليوم إن مضى اليوم والحالف والمحلوف عليه قائمين يحنث في يمينه؛ لأنه فات البراءة بفوات وقته المعين؛ لأن الأكل في اليوم لا يتصور بعد مضيه.

وإن هلك أحدهما إن هلك الحالف لا يحنث بالأكل، وإن هلك المحلوف عليه فهو لا يحنث ما لم يمض اليوم، فإذا مضى الوقت لا يحنث عندهما خلافًا لأبي يوسف لما عرف في بابه، وأما إذا كانت اليمين معقودة على النفي بأن قال والله لا آكل هذا الرغيف اليوم أو لا أفعل كذا فمضى اليوم قبل الفعل به في يمينه؛ لأنه وجد ترك الأكل في اليوم كله، وكذلك إن هلك الحالف أو المحلوف عليه بر في يمينه؛ لأن شرط البر عدم الفعل وقد تحقق العدم، وأما اليمين التي لا تكفر فهي الحلف كاذبًا على إثبات شيء أو نفيه في السالف متعمدا وهي يمين الغموس فعليه التوبة دون الكفارة، وعند الشافعي تجب الكفارة.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**خمس من الكبائر لا كفارة فيهن**" وذكر من جملتها اليمين الفاجرة وهي الكاذبة، ولأن التوبة كافية لمحو الحوبة ورافعة لإثم الجناية فلا حاجة إلى شرع الكفارة اعتبارًا بسائر الجنايات وفي اليمين المعقودة عرفنا وجوب الكفارة نصًّا لا قياسًا فيقتصر على مورد النص ومقطع التصرف.

=

حدثنا المنذر بن الوليد، قال: حدثنا عبد الله بن بكر، قال: حدثنا عبيد الله بن الأخنس. و«النسائي» ٧/١٠، وفي «الكبرى» (٤٧٠٥) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله بن الأخنس. وفي ٧/١٢، وفي «الكبرى» (٤٧١٥) قال: أخبرنا إبراهيم بن محمد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله بن الأخنس. ثلاثتهم: (خليفة بن خياط، وعبيد الله بن الأخنس، وعبيد الله بن عمر) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

وأما اليمين التي نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها فهي يمين اللغو وهي اليمين الواقعة على أمر في الماضي على ظن أنه صادق والأمر بخلافه، وعند الشافعي يمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير قصده: لا والله وبلى والله، وكان يقرأ القرآن يجري على لسانه اليمين وهو إحدى الروايتين عن محمد؛ لأن اللغو في الكلام ما لا يقع فيه وهو الذي يجري على لسانه اليمين وهو إحدى الروايتين عن محمد؛ لأن اللغو من الكلام ما لا يقع وهو الذي يجري على لسان الإنسان من غير قصد إليه ولا يقع لديه.

والصحيح قولنا؛ لأن اللغو في الكلام ما ليس بصواب ولا يحسن، فإن لغوًا من الكلام القبيح منه قال الله تعالى خبرا عن أهل الجنة ﴿لَّا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا﴾ [مريم: ٦٢] أي كلاما قبيحا فاحشا فاللغو هو الكلام القبيح الفاحش والخطأ الذي هو ضد العمل ليس بقبيح فاحش فلا يكون لغوًا، فأما ما ذكرنا فهو كلام قبيح فاحش، فإنه كذب والكذب قبيح؛ لأنه محظور، فأما الخطأ ليس بمحظور حتى قالوا إن يمين الخطإ إذا أضيف إلى الماضي فلا إثم ولا كفارة فيها؛ لأنه لغو، فإذا أضيف إلى المستقبل ففيها الإثم بالحنث فتجب فيه الكفارة على أن في الخطإ إثم وهو ترك الاحتياط، وإن لم يكن فيه إثم الفعل.

(باب اليمين على الفور والتراخي)

(**المبسوط**): أصله: أن اليمين نوعان: مطلقة، ومقيدة.

فالمطلقة تجري على إطلاقها، والمقيدة تجري على تقييدها عملا باقتضائهما وحقيقتهما، والتقييد تارة يثبت صريحًا وتارة يثبت دلالة.

والدلالة نوعان: دلالة لفظية، ودلالة حالية.

فدلالة اللفظ نحو ما إذا حلف لا يدخل على فلان أو لا يكلم فلانا يتقيد بحال حياة المحلوف عليه؛ لأن الكلام مع الميت لا يتصور لأن الكلام مع غيره لا يكون إلا بالسماع والإفهام وذلك لا يتحقق بعد الموت، وكذلك الدخول عليه.

وأما دلالة الحال كمن قال لآخر: تعال تغدّ معي، فقال: والله لا أتغدَّى، فلم يتغد معه وذهب إلى بيته وتغدى لا يحنث في يمينه استحسانا خلافًا لزفر والشافعي قياسًا؛ لأن مطلق الكلام يجب العمل بإطلاقه فلا يجوز يفسده إلا بدليل، وجه الاستحسان أن الكلام خرج جوابا له والجواب يتقيد بما في السؤال والخطاب وصار كالنص عليه كمن قال لامرأته طلقي نفسك فتقول فعلت تصير كقولها طلقت فكذا هذا يصير كأنه قال لا أتغدى معك هذا الغداء فيتقيد به بدلالة كلامه.

وكذلك إذا أرادت المرأة أن تخرج من الدار فقال لها الزوج إن خرجت فأنت طالق فتركت الخروج ساعة ثم خرجت لا تحنث وتتقيد بتلك الحالة.

وكذلك رجل أراد ضرب عبده فقال إن ضربته فهو حر فتركه ثم ضربه لم يحنث؛ لأنه تقيدت اليمين بتلك الحالة؛ لأنه قصد زجره وردعه عما قصد من الخروج والضرب لا أنه قصد الخروج والضرب مطلقًا فقيد به، وكذلك لو كان في بيته صديق له فقصد الصديق الخروج فقال له صاحب البيت إن خرجت فعبدي حر تقيدت اليمين بتلك الخرجة؛ لأن الحالف أراد منعه من الخرجة التي قصدها لا عن خرجة أخرى؛ لأنه لا يريد أن يلازم صديقه بينه آناء الليل والنهار بحيث لا يخرج أبدا فأول من سمى هذه اليمين بمسمى الفور أبو حنيفة رضي الله عنه ولم يسبقه أحد في تسميتها ولا في حكمها ولا خالفه فيه أحد بعد ذلك وكان الناس قبله يقولون الأيمان نوعان مؤبدة ومؤقتة فزاد أبو حنيفة نوعا ثالثًا وقال: يمين الفور والناس كلهم عيال أبي حنيفة في هذا.

(**المنتقى**): أصله: أن الحالف متى أعقبه الفعل فعلا بحرف العطف وهو الفاء أو الواو، فإن كان الفعل الثاني في العادة بفعل على فور الأول ولم يفعل حنث، وإن لم يفعل على الفور الأول لا يحنث ما لم يمت؛ لأن مبنى الأيمان على معاني كلام الناس وعاداتهم وإن ذكر الفعل الثاني بحرف الشرط أو التراخي وهو حرف (ثم) فهو على الأبد؛ لأن المشروط لا يتحقق إلا بعد وجود الشرط وكلمة (ثم) للتراخي.

رُوي عن محمد لو قال: إن ضربتني فلم أضربك، أو: إن لقيتك فلم أسلم عليك، أو: إن كلمتني فلم أجبك، فهو على الفور إن لم يفعل على الفور حنث باعتبار العادة.

وكذلك لو قال: إن استعرت دابتك أو دخلت الدار فلم أقعد، وإن ذكر بحرف الواو بأن قال إن كلمتك ولم تكلمني فهذا يحتمل قبل وبعد، فإن نوى شيئًا فهو على ما نوى.

ولو قال: إن ركبت دابتي فلم أعطك دابتي فهو على الفور؛ لأن الفاء للتعقيب بلا فصل وفي العرف يراد به العطية عقيب الفعل على الفور.

ولو قال: إن أتيتني فلم آتك وزرتني فلم أزرك فهو على الأبد؛ لأن في العرف لا يراد بهذا الزيارة والإتيان على الفور بل يراد به على التراخي.

وفي نوادر معلى: قال أبو حنيفة: إذا قال الرجل لآخر: إذا فعلت كذا فلم أفعل كذا فعبدي حر، فإن لم يفعل ما قال على إثر فعل المحلوف عليه يحنث؛ لأن الفاء للتعقيب بلا فصل.

ولو قال: إن فعلت كذا ثم لم أفعل كذا فهو على الأبد؛ لأن كلمة ثم للتراخي، وقال أبو يوسف: هما سواء وهما عل الفور بدلالة الحال، فإن الحالف أراد به فعله على إثر فعل المحلوف عليه وفوره.

ورُوي عن محمد فيمن قال لجاريته: إن اشتريتها فلا أطأها فهي حرة فهذا على الوطء ساعة يشتريها؛ لأن الفاء تقتضي التعقيب، ولو قال: وإن لم أطأها فهذا على ما بينه وبين الموت ومتى وطئها بر؛ لأن إن شرط إن شرط لا يقتضي التعجيل.

ورُوي عن محمد: لو قال: إن لم أشتر اليوم عبدا فأعتقه فعليَّ كذا فاشترى عبدا ووهبه ثم اشترى آخر فأعتقه يحنث؛ لأن اليمين انعقدت على العبد الأول؛ لأن تقديره إن لم اشتر عبدا على أن أعتقه، وإن لم أعتقه فعليَّ كذا وقد استحقه الأول حين اشتراه فلم يدخل الثاني في اليمين.

ورُوي عنه فيمن قال: إن مت ولم أضربك فكل مملوك لي حر فمات ولم يضربه لم يعتقوا؛ لأن الشرط إنما يوجد بعد الموت ولا ملك له بر بذلك الوقت.

ولو قال: إن لم أضربك عتقوا في آخر جزء من حياته؛ لأن الشرط فوات الضرب وقد تيقنا بفواته ذلك الوقت.

ولو قال: إن رأيت فلانا فلم أعلمك فعبدي حر فرآه الحالف إلى حيث

المحلوف عليه لا يحنث عندهما خلافًا لأبي يوسف، وهذا بمنزلة قوله: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز غدًا فانصب الماء قبل مجيء الغد.

ولو قال: إن رأيت فلانا فلم آتك به فعبدي حر، والمسألة بحالها تحنث؛ لأنه أتى قبل أن يراه.

وذكر في "واقعات" الناطفي: لو قال لامرأته: إن تركتني أدخل دارك فلم اشتر لك حليًا فأنت طالق فتركته فدخل فلم يسر على الفور هل يحنث بين أبي يوسف ومحمد فيه اختلاف والمختار أنه يحنث لأن اليمين على الفور عادة.

قال محمد في نوادر ابن سماعة: إذا قال لعبده: أنت حر إن قمت ولم أضربك أو فلم أضربك فهو على الفور، فإن قام قبل أن يضربه حنث؛ لأنه يحقق الشرط وهو قيامه من غير ضرب وقد جعل قيامه مع عدم الضرب شرطًا.

ولو قال: إن قمت فإن لم أضربك فأنت حر، فقام ولم يضربه لم يحنث حتى يموت أحدهما لأن فعل القيام وعدم الضرب كلاهما شرط والشرط لا يقتضي التعجيل للحال.

ولو قال: إن ضربتك فلم أقتلك فهو على القتل بعد الضرب.

وكذلك لو قال: إن قدمت الكوفة ولم أضربك فهو على الضرب بعد القدوم على الفور؛ لأنه يراد به القتل والضرب على الفور عادة.

قال أبو يوسف: امرأة قالت لزوجها إن لم تحرم جاريتك على نفسك فأمكنك من نفسي فعبدي حر فمكنت قبل التحريم لم يحنث حتى يموت الرجل أو الجارية قبل التحريم وهو على الأبد، ولو قال: إن بعثت إلي فلم آتك فعبدي حر فبعث إليه فأتاه ثم بعث فلم يأته حنث؛ لأنه لا يسقط اليمين بإتيانه حتى يحنث مرة فيسقط اليمين.

(**الفتاوى**): رجل أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال لها: إن لم تدخلي البيت معي فأنت طالق فلم تدخل في ذلك الوقت ودخلت في وقت آخر، ينظر إن دخلت بعدما سكنت شهوته طلقت؛ لأن شرط الحنث عدم الدخول لقضاء شهوته منها وقد تحقق عدم الدخول لقضاء تلك الشهوة.

ولو قال لامرأته: إن اشتريت الجارية فيدخل عليك من ذلك غيرة فأنت طالق

ثلاثا فاشترى ودخل عليها الغيرة إن دخل عقيب الشراء طلقت، وإن دخلت بعد الشراء بزمان لا تطلق؛ لأنه علق الطلاق بوجود الغيرة عقيب الشراء بلا فصل وهذا إذا ظهرت العبرة منها بلسانها بكلمة قبيحة أو نكاح وخصومة فأما إذا دخل في قلبها ولم تتكلم لا تطلق؛ لأن هذا الإيراد باليمين عادة؛ لأنه لا يمكنها التحرز عن ذلك كمن حلف أن لا يعادي فلانا فيعاديه بقلبه ويحفظ لسانه وجوارحه لا يحنث.

رجل قال لامرأته: إن لم تقومي الساعة وتجيئي إلى دار والدي فأنت طالق ثلاثا فقامت الساعة ولبست الثياب وخرجت ثم رجعت وجلست حتى خرج الزوج فخرجت هي أيضًا وأتت دار والديه بعدما أتاها الزوج لا يحنث؛ لأن رجوع المرأة وجلوسها ما دامت في تهيؤ الخروج لا يكون تركا للفور، ألا ترى أنه لو أخذها البول فبالت قبل لبس الثياب ثم لبست الثياب لم يحنث، ألا ترى أن الرجل إذا قال لامرأته إن لم تجئ إلى الفراش الساعة فأنت طالق وهما في التشاجر فطال بينهما كان على الفور حتى لو ذهبت إلى الفراش لا يحنث.

فإن خافت فوت الصلاة قضت قال نصر بن يحيى حنث الرجل؛ لأن الصلاة عمل آخر فيقطع به فور الأول وعلى قياس قول الحسن بن رياد لا يحنث وعليه الفتوى.

ولو اشتغل بالوضوء للصلاة المكتوبة أو اشتغلت بالصلاة المكتوبة لا تحنث؛ لأنه عذر شرعًا فصار مستثنى عن يمينه شرعًا وعرفًا.

ولو اشتغلت بالتطوع أو بالوضوء له أو أكلت أو شربت حنث؛ لأن هذا ليس بعذر شرعًا.

ولو قال لامرأته: أنت طالق ما لم أخرج إلى الكوفة فمضى في وجهه إلى المكاري ومكث ساعة يماكسه فتكارى وذهب لم تطلق؛ لأنه لم ينقطع الفور.

سلطان حلّف رجلا لا يخرج من هذا المسجد إلا بإذنه فمات السلطان قال أبو يوسف: اليمين على حالها، وقال محمد رحمه الله: سقطت اليمين، وهذا بناء على أن عند أبي يوسف رحمه الله اليمين تنعقد على ما لا يتصور فلان بنفي أولى، وعند محمد رحمه الله لا تنعقد ولا ينفي فيما لا يتصور.

ولو قال لامرأته عند خروجها من المنزل: إن رجعت إلى منزلي فأنت طالق ثلاثا، ثم جلست فلم تخرج زمانا، ثم خرجت ورجعت والرجل يقول: نويت الفور طالما أنه يصدق؛ لأنه قال: إن خرجت ولا نية له ينصرف إلى هذه الخرجة، فإذا قال: إن رجعت ونوى الرجوع بعد هذه الخرجة كان أولى أن ينصرف إلى هذه الخرجة.

(**الزيادات**): حلف أن لا تخرج امرأته من هذه الدار فطلقها وانقضت عدتها ثم خرجت حنث؛ لأنه جعل شرط الحنث خروجها وذلك يتحقق في الملك وغير الملك على نمط واحد ونصفه واحدة فلا تتقيد يمينه بحال قيام الملك؛ لأن اللفظ المطلق يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل وإضافة المرأة إلى نفسه للتعريف لا للتقييد، ألا ترى لو قال: إن كملت امرأة فلان هذه فعبدي حرٌّ فكلمها بعد البينونة حنث، ألا ترى لو قال: إن قبَّلت امرأتي فلانة فعبدي حر فقبّلها بعد البينونة حنث؛ لأن القبلة تتحقق في غير الملك كما في الملك.

ولو قال: إلا بإذنه والمسألة بحالها فخرجت بعد الطلاق وانقضاء العدة لا يحنث؛ لأنه جعل شرط الحنث خروجًا مقيدا بغير إذنه وشرط البراءة خروجا مقيدا بإذنه فيتقيد يمينه بحال ولاية الإذن والمنع بدلالة الحال وذلك قيام الزوجية؛ لأن إذنه معتبر في حالة الزوجية فسقط اليمين بزوال النكاح.

ولو أن سلطانا حلّف رجلا أن لا يخرج من البلد إلا بإذنه ثم خرج بعد عزله بدون إذنه لا يحنث؛ لأن اليمين تقيدت بحال قيام سلطنته وولايته فلا تبقى بعد زوالها.

ولو تزوج المرأة ثانيا أو ولي السلطان ثانيا هل يعتبر إذنه؟ لم يذكره هنا، وذكر في السير الكبير أنه لا يعتبر إذنه؛ لأنه لما عزلت أو بانت المرأة لم تبق اليمين.

وكذلك لو حلف لا يخرج إلا بإذن غريم فقضى دينه ثم خرج لا يحنث لما قلنا بخلاف ما لو حلف لا يخرج إلا بإذن فلان وليس بينهما معاملة فمتى خرج ولم يستأذنه حنث؛ لأن يمينه لم تتقيد بمقيد فبقيت مطلقة فتجري على إطلاقها.

حلّفه السلطان أن يرفع إليه كل داعر يعرفه فيما يستقبل فعرف داعرًا فلم يرفعه حتى عزل حنث ولا ينفعه الدفع بعد عزله.

وإن عرفه بعد عزله لا يجب الرفع؛ لأن يمينه انعقدت على ألا ترفع إليه ما دام هو سلطانا؛ لأن المقصود من المرافعة إليه أن يمنعهم من الدعارة، وأن يقيم عليهم جزاء دعارتهم وإنما يمكنه ذلك حال قيام السلطنة فتقيدت اليمين به بدلالة الحالة فقد جعل شرط الحنث فوت المرافعة إليه حال قيام السلطنة وبعد العزل تحقق بشرط الحنث وهو فوت المرافعة إليه حال قيام السلطنة فحنث وبطلت اليمين.

(باب ما تنعقد به اليمين وما لا تنعقد)

يحتاج إلى معرفة: حروف القسم، وألفاظه التي يقسم بها والتي لا يقسم بها.

أما حروف القسم فثلاثة: الواو، والباء، والتاء، كقوله: والله وبالله وتالله، به ورد النص وهو قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهِ رَبِّنَا مَا كُنَّا مُشْرِكِينَ ﴿٢٣﴾﴾ [الأنعام: ٢٣].

وقوله صلى الله عليه وسلم: "**وَاللهِ لَأَغْزُوَنَّ قُرَيْشًا**"(١).

وفي التاء قوله تعالى: ﴿وَتَٱللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَٰمَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧].

وفي الباء قوله تعالى: ﴿وَيَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنكُمْ﴾ [التوبة: ٥٦].

والحلف بالعربية أن يقول في الإثبات: والله لأفعلن كذا، أو: والله لقد فعلت كذا، مقرونا بكلمة التأكيد، وفي النفي يقول: والله لا أفعل كذا، والله ما فعلت كذا، حتى لو قال: والله أفعل كذا اليوم فلم يفعل لا يلزمه الكفارة ويكون بمعنى قوله: لا أفعل كذا فيكون كلمة لا مضمرا فيه؛ لأن الحلف في الإثبات عند العرب لا يكون

---

(١) أخرجه أبو يعلى (٢٦٧٤) قال: حدثنا الحسن بن شبيب، قال: حدثنا شريك. وفي (٢٦٧٥) قال: حدثنا عبد الغفار بن عبد الله، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن مسعر بن كدام. و«ابن حبان» (٤٣٤٣) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، وأبو يعلى، قالا: حدثنا عبد الغفار بن عبد الله الزبيري، قال: أخبرنا علي بن مسهر، عن مسعر. كلاهما: (شريك بن عبد الله، ومسعر بن كدام) عن سماك بن حرب، عن عكرمة، فذكره.

إلا بحرف التأكيد وهو اللام والنون كقوله: والله لأفعلن كذا قال الله تعالى: ﴿وَتَاللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُم﴾ [الأنبياء: ٥٧] وإضمار الكلمة في الكلام استعمله العرب كقوله تعالى: ﴿وَسْئَلِ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] أي أهلها، فأما إضمار بعض الكلمة في البعض ما استعمله العرب؛ لأن المظهر لا يدل على حرف المضمر فلا يمكن أن يضمر في كلامه حرف النون فأمكن أن يضمر في كلامه كلمة لا قال الشاعر:

بالله لا أنسى ما حملت بعاله من الجود والإحسان في كل موطن

معناه: لا أنسى ما عشت فيكون يمينا بالنفي.

ولو قال: الله لا أفعل كذا من غير حرف القسم هل يكون يمينا ذكر في الطلاق وقال يكون يمينا؛ لأنه أضمر حرف القسم والإضمار في كلام العرب جائز.

وأما ألفاظ القسم: فهو نوعان: صريح وكناية.

أما الصريح فنوعان: يمين بأسمائه ويمين بصفاته.

أما اليمين بأسمائه: فالحلف بكل اسم من أسمائه كقوله: والله أو الرحمن أو الرحيم أو غيرها؛ لأن النص ورد بالله تعالى والله اسم من أسمائه فيكون وارد بالحلف في غيره من أسماء الله تعالى دلالة سواء تعارف الناس الحلف بذلك الاسم أم لم يتعارفوا به إذ لا عبرة للعرف مع قيام دلالة التصرف.

وأما الحلف بصفات الله: اختلفت عبارة مشايخنا في ذلك، قال عامة مشايخنا: من حلف بصفة من صفات الله تعالى: صفة ذات أو صفة فعل، ينظر إن تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وإلا فلا؛ لأن صفات الله تعالى في الحرمة كذات الله تعالى فإن صفات الله تعالى ليست باعتبار الله تعالى بل صفات الله لا هو ولا غيره لأنها ليست بحادثة في ذاته خلافًا لما يقوله الكرامية إن لله تعالى صفات حادثة وذاته محل الحوادث وخلافًا لما يقوله المعتزلة: إنه ليس لله تعالى صفات وعند أهل السنة لله تعالى صفات وصف ذاته سميعًا بصيرًا حيًّا عليمًا قادرًا عزيزًا وهو بجميع صفاته قديم والقديم لا يجوز أن يكون محلا للحوادث، وإذا كانت لله تعالى صفات قديمة كذاته، فإن تعارف الناس الحلف به صار ملحقا بالاسم والذات

فيكون يمينا، وإن لم يتعارف الناس الحلف به لم يصر ملحقا بالاسم فلا يكون يمينا.

وقال مشايخ العراق: إن حلف بصفة من صفات الذات يكون يمينا إلا العلم لما نبين.

وإن حلف بصفة من صفات الفعل لا يكون يمينا، والفاصل بينهما أن كل صفة يوصف الله تعالى بها ويصدقها كالرحمة والرأفة والسخط فهي من صفات الفعل وكل صفة يوصف بها ولا يوصف بضدها كالقدرة والعزة والعظمة فهي من صفات الذات وألحقوا صفات الذات بالاسم ولم يلحقوا صفات الفعل بالاسم، ثم تخرج هذه المسائل. على هذا لو حلف بعظمة الله تعالى وقدرته وكل وصف لا يوصف بضده يكون يمينا إلا العلم، فإنه لو قال: وعلم الله لا أفعل كذا لا يكون يمينا خلافًا للشافعي؛ لأن العلم يذكر ويراد به المعلوم قال الله تعالى: ﴿وَلَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِّنْ عِلْمِهِۦٓ﴾ [البقرة: ٢٥٥] ويقال: هذا علم أبو حنيفة أي معلومه ويذكر ويراد به الصفة وقد غلب استعماله في المعلوم كما غلب استعماله في الصفة، واليمين بمعلوم الله ليست بيمين؛ لأن معلوم الله تعالى أشياء كثيرة فلا تنعقد اليمين لوقوع الشك في انعقاده وإن نوى صفة الذات يكون يمينا؛ لأنه حلف بصفة من صفات الذات، فأما بدون النية لا يكون يمينا؛ لأن عند الإطلاق تنصرف إلى المعلوم بخلاف لفظة القدرة فإنها لاستعمال المقدور على سبيل الغلبة بل تستعمل على سبيل القدرة فبقيت هذه اللفظة للصفة حقيقة، وللمقدور مجازًا، ومطلق الكلام بحقيقته حتى لو نوى المقدور لا يكون يمينا.

ولو قال: ورحمة الله أو رضا الله أو غضب الله أو ثواب الله أو عذاب الله لا يكون يمينا؛ لأن الرحمة تذكر ويراد بها آثار الرحمة قال الله تعالى: ﴿إِنَّ رَحْمَتَ ٱللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٥٦﴾﴾ [الأعراف: ٥٦] وقوله تعالى: ﴿وَأَمَّا ٱلَّذِينَ ٱبْيَضَّتْ وُجُوهُهُمْ فَفِى رَحْمَةِ ٱللَّهِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴿١٠٧﴾﴾ [آل عمران: ١٠٧] أي في جنة الله ويقال فلان في رحمة الله أي فلان في آثار رحمته وكذلك المطر النافع يسمى رحمةً.

وكذلك الغضب يذكر ويراد به آثار الغضب وهو النار والعذاب وقد جاء في الحديث مثل هذا أن من فعل كذا لقي الله تعالى وهو عليه غضبان وكذا الرضا يذكر ويراد به نعم الله تعالى، فإن الإنسان إذا كان في رفاهية عيش يقال إن فلانا في رضا الله، فإذا نوى به صفة الله تعالى لا يكون يمينا؛ لأن الناس لم يتعارفوا الحلف به، وأما على العبارة الثانية فلأن هذه من صفات الفعل، فإن الله تعالى يوصف به وبضده.

ولو قال: وذمة الله تعالى أو عهد الله أو على عهد الله أو ذمته تكون يمينا؛ لأن الأمانة والعهد تستعمل لليمين قال الله تعالى: ﴿ وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ ﴾ [النحل: ٩١]، فأراد به اليمين، فإنه قال في عقيبه: ﴿وَلَا تَنقُضُواْ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾ [النحل: ٩١] والذمة والعهد سواء.

يقال: لفلان عهدي وذمتي ويقال للذمي معاهد وذمي.

ولو قال: وأمانة الله يكون يمينا.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكون يمينًا، وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله؛ لأن اسم الأمانة تطلق على حمله الله تعالى على عباده من الحقوق والشرائع، قال الله تعالى: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ﴾ [الأحزاب: ٧٢] والمراد أن ما حمل الله على عبده.

وجه ظاهر الرواية أن هذا من صفات الذات كالقدرة معناه والله الأمين ولأن الأمان والعهد سواء، ألا ترى أن عقد الأمان للحربي والذمي سواء فصار قوله وأمانة الله سواء بمنزلة قوله وعهد الله.

ولو قال: أشهد أو أقسم أو أعزم أو أحلف يكون يمينا.

وقال زفر: لا يكون يمينا إلا بذكر اسم الله معه بأن يقول: أشهد بالله.

وقال الشافعي: لا يكون يمينا أصلًا.

لزفر: أنه ذكر القَسَم والخبر ولم يذكر المقسم به والمقسم به يحتمل أن يكون اسم الله تعالى ويحتمل أن يكون اسم غيره فوقع الشك في كينونته يمينا فلا يكون يمينا بالشك، قلنا إن هذه الألفاظ مستعملة في اليمين بالله تعالى شرعًا وعرفًا.

أما لفظ الإشهاد: كقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ ﴿١﴾ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ١، ٢] جعل قولهم يشهد يمينا.

وأما لفظ: أقسم فلقوله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ [الأنعام: ١٠٩] وقوله تعالى: ﴿إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴿١٧﴾﴾ [القلم: ١٧].

وأما لفظ: أحلف من ألفاظ اليمين إلا أنه للاستقبال حقيقة لغوية وللحال حقيقة شرعية وعرفية كما في كلمة الشهادة والعزم في معنى الحلف لقوله صلى الله عليه وسلم: "**العزم يمين وكفارته كفارة يمين**" ولأن العزم هو اللزوم والتشبث.

شعر[1]:

عزمت على قلبي بأن يكتم الهوى فصاح ونادى إنني غير فاعل

أي: ألزمته كتمان الهوى، ويقال: عزم فلان على قتل فلان أي ألزم نفسه ذلك وأراد تحقيقه والحلف هو اللزوم ومنه حليف القوم وهو الذي عاهدهم ولزمهم ويقال حالفني فلان أي لازمني فكان العزم في معنى الحلف.

ولو قال: أحلف، يكون يمينا، فكذا إذا قال: أعزم، ولأن القسم يقتضي مقسمًا به لا محالة فيدل ذكر القسم على مقسمٍ به لا محالة فيثبت القسم به دلالة ثم المقسم به أسماء الله تعالى لا باسم غيره؛ لأن القسم باسم الله مباح وباسم غيره حرام وكلام العاقل يحمل على الصحة والسداد ويصان عن اللغو والفساد باعتبار عقله ودينه.

وأما ألفاظ الكناية وهو قوله: هو يهودي أو نصراني أو برئ من الإسلام إن فعل كذا فهو يمين، وقال الشافعي: ليس بيمين.

والصحيح قولنا؛ لأن هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى عرفا، فإن الناس تعارفوا الحلف بهذه الألفاظ واستعملوها في اليمين فصار كقوله: لله عليّ أن

(١) البيت لعباسة بنت المهدي في المحاسن والأضداد ١/١٣٣، وديوان الصبابة ١/٣٦.

أضرب بثوبي على حطيم[1] الكعبة، أو مالي في رياح الكعبة، صار كناية عن النذر بالصدقة عرفا فكذا هذا ولأنه جعل هذا الفعل عَلَما على الكفر وسببًا له والكفر حرام، فما يكون عَلَمًا أو سببًا يحرم أيضًا فصار كأنه قال هذا الفعل علي حرام وتحريم الحلال يمين عندنا.

ولو قال: هو يهودي أو نصراني إن كان قد فعل كذا لشيء قد فعله فهذه يمين الغموس وهل يكفر قيل يكفر؛ لأن التعليم بشيء كائن تنجيز وتحقيق فيكون إقرارا بأنه يهودي أو نصراني وذلك كفر وقيل لا يكفر، وهكذا روى الحاكم عن أبي يوسف وهو الصحيح؛ لأنه قصد بهذا اليمين ترويج الكذب لا تحقيق الكفر واستحسانه إلا أن يكون عنده أنه يكفر متى فعله وقد فعل مع هذا، فإنه يكفر؛ لأنه يكون منه رضا بالكفر والرضا بالكفر كفر.

وكذلك لو قال: يعلم الله أنه فعل كذا ويعلم أنه لم يفعل، قيل يكفر؛ لأنه وصفه بكونه عالما بوجود فعل منه في الماضي ولم يوجد منه ذلك الفعل والعلم بوجود الشيء قبل وجوده لا يكون فصار كما لو وصفه بالجهل، وقيل: لا يكفر وهو الأصح؛ لأنه قصد بهذا الكلام إثبات صدقه في خبره لا وصف الله تعالى بما لا يجوز أن يوصف به فلا يكون كفرا كإجراء كلمة الكفر حالة الإكراه لا يكون كفرا لأن غرضه

---

(١) قال العلماء: «واختلف في الحطيم على أقوال:

أحدها: أنه ما بين الركن والباب وهو الملتزم.

والثاني: أنه جدار الحجر، لأن البيت رفع وترك هذا الجدار محطوما.

والثالث: أنه الحجر نفسه».

وذكر البخاري في صحيحه واحتج عليه بحديث الإسراء قال: «بينما أنا نائم في الحطيم، وربما قال في الحجر، وهو حطيم بمعنى محطوم، وقيل لأن العرب كانت تطرح فيه من الثياب فتبقى حتى تنحطم بطول الزمان، فيكون فعيلا بمعنى فاعل».

وعن ابن جريج قال: «الحطيم ما بين الركن والمقام وزمزم والحجر».

وسمي هذا الموضع حطيما لأن الناس كانوا يحطمون هنالك بالأيمان، ويستجاب فيه الدعاء للمظلوم على الظالم، فقل من دعا هنالك على ظالم إلا أهلك، وقل من حلف هناك آثما إلا عجلت له العقوبة».

وقصده دفع الإكراه عن نفسه لا وصف الله تعالى بما لا يليق به وكذا هذا.

ولو قال: هو يأكل الميتة أو يستحل الدم أو الخنزير إن فعل كذا فليس بيمين؛ لأن أكل الميتة ولحم الخنزير تحل عند الضرورة ويجوز استحلاله عند المخمصة وهتك حرمة اسم الله تعالى لا يجوز بحال فلا يكون في معنى الحلف لا يصلح كناية عنه مع أنه لا عرف في استعمال هذه اللفظة في اليمين فلا يكون يمينا.

وكذلك وعليه لعنة الله، ولا يجوز الحلف بغير الله تعالى لما روينا.

ولو حلف بالقرآن وبالمصحف أو بدين الله وطاعته أو بشرائعه أو أنبيائه وملائكته أو بعرش الله أو بالكعبة فليس بيمين؛ لأن هذا كله حلف بغير الله تعالى.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يحلف إلا بالله مجزما بالتوحيد والإخلاص.

(**المنتقى**): مسائله على فصلين: أحدهما: صريح، والثاني: كناية.

أما الصريح: لو قال: أي والله وأيمان الله ولعمر الله فهو يمين؛ لأنه لو حلف ببقاء الله قال الله تعالى: ﴿لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ ﴿٧٢﴾﴾ [الحجر: ٧٢].

ولو قال: ووجه الله فهو يمين؛ لأن الوجه يذكر ويراد به الذات قال الله تعالى: ﴿وَيَبْقَىٰ وَجْهُ رَبِّكَ﴾ [الرحمن: ٢٧].

وروى الحسن عن إبراهيم أنها ليست بِيمين وهذا إذا قصد بها الجارحة فأما إذا نوى به الذات يكون يمينا.

ورُوي عن محمد رحمه الله لو قال: وملكوت الله وجبروته فهو يمين؛ لأن هذا من صفات الذات.

ورُوي عن محمد: لو قال: وبسم الله فهو يمين؛ لأن حرف القسم موجود وهو الباء.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله في (**نوازله**): لو قال: بسم الله لا أفعل ذلك لا يكون يمينا وهو المختار لأن هذا ليس من أيمان الناس عرفا.

ولو قال: بصفة الله تعالى لا يكون يمينا؛ لأن الأول من أيمان الناس دون الثاني.

ورُوي عن محمد: لو قال: لا إله إلا الله أو سبحان الله اجعل كذا فليس بيمين إلا أن ينوي يمينا؛ لأن هذا يذكر على سبيل التعجب وليس من أيمان الناس عرفا، وكذلك بسم الله إذا عنى به اليمين.

ورُوي عن محمد رحمه الله: لو قال: آليت أو عزمت لا أفعل كذا فهو يمين وهو كقوله احلف لما بينا.

ولو قال: وحق الله تعالى فهو على ثلاثة أوجه: إن قال والحق أو بالحق فهو يمين؛ لأن الحق اسم من أسماء الله تعالى قال الله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُونَ أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلْحَقُّ ٱلْمُبِينُ ۝٢٥﴾ [النور: ٢٥]، ولو قال: وحق الله لا يكون يمينا عند أبي حنيفة ومحمد وهو رواية عن أبي يوسف، ورُوي عنه أنه يكون يمينا وهو قول الشافعي؛ لأن الحق اسم من أسماء الله تعالى فصار كأنه قال: والله الحق.

لنا: أن حق الله تعالى متى أطلق غير مقرون بالألف واللام يراد به الطاعات المستحقة لله تعالى على عباده عرفا وأوامره ونواهيه يقال العبادات حق الله فصار، كما لو قال وطاعة الله تعالى.

ولو قال بالفارسية: بحق خداى كي خبير كم، يجب أن يكون يمينا؛ لأنه يكون بالفارسية جلاله وعظمته.

ولو قال حقا لا أفعل كذا اختلف المشايخ فيه قيل يكون يمينا؛ لأنه ذكره مطلقا غير مضاف إلى الله تعالى ويراد به اليمين كما يقال: والحق.

وقيل لا يكون يمينا؛ لأنه ذكره منكَّرا، وأسماء الله تعالى كلها معرفة لأن النكرة في أسماء الله تعالى لا تتصور؛ لأن أسماءه وصفاته غير متعددة في ذاتها فعلمنا بدلالة التنكير أنه أراد به حقوق الله حتى تكون متعددة في نفسها فيتصور النكرة فيها، قال الطحاوي: حقًّا، كقوله: واجبًا عليّ فهو يمين وبه قال أبو مطيع البلخي.

ولو قال: وسلطان الله، فإن أراد به القدرة كان يمينا؛ لأن القدرة من صفات ذات الله تعالى وإن أراد به المقدور لم يكن يمينا؛ لأنه حلف بغير الله تعالى.

رجل قال لآخر: والله ليفعلن كذا، فقال الآخر: نعم، فإن أراد كلاهما الحلف

فكل واحد منهما حالف؛ لأن قوله نعم جواب والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فصار كأنه قال نعم والله لأفعلن كذا، وإن أراد المبتدئ الاستحلاف وأراد المجيب الوعد فليس كل واحد يخالف؛ لأنه نوى كل واحد ما يحتمله لفظه المبتدئ الاستحلاف والمجيب الوعد.

وإن أراد المبتدئ الاستحلاف وأراد المجيب الحلف فالمجيب حالف والمبتدئ لا؛ لأن المبتدئ نوى الاستحلاف وهو يحتمله والمجيب نوى الحلف وهو يحتمله، وإن لم ينو واحد منهما شيئًا فالحالف هو المجيب: إذا قال المبتدئ: والله أو بالله، وفي قوله والله لتفعلن كذا فالحالف هو المبتدئ.

وكذلك لو قال: أقسم أو أشهد أو أحلف بالله لتفعلن كذا إلا أن يكون المبتدأ أراد الاستفهام.

وأما ألفاظ الكناية: لو قال: إن فعلت كذا فأشهدوا عليَّ بالنصرانية فهو يمين؛ لأن هذا بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنا نصراني.

رجل قال: اللهم إني عبدك أشهدك وأشهد ملائكتك أني لا أدخل دار فلان فليس بيمين؛ لأن الناس لم يتعارفوا الحلف بهذا الخلاف قوله أشهد بالله؛ لأن ذلك يمين عرفا.

ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من القرآن أو من هذه القبلة أو من صوم رمضان أو من الصلاة فهذا كله يمين؛ لأن البراءة عن هذه الأشياء كفر فلو علق بالشرط الكفر كان يمينا فكذا هذا.

وكذلك لو قال: أنا بريء مما في المصحف؛ لأن ما في المصحف قرآن.

ولو قال أنا بريء من كل آية في المصحف فهي يمين واحدة.

ولو رفع كتابا فيه مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم فقال: أنا بريء مما فيه إن فعلت كذا فهو يمين.

ولو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من حجتي التي حججت أو من الصلاة التي صليت فليس بيمين بخلاف ما لو قال: أنا بريء من القرآن الذي تعلمته فهو يمين؛ لأن في الأول تبرأ عن فعل الذي فعل لا عن الحجة المشروعة، وفي الثاني تبرأ عن

القرآن الذي تعلم والقرآن قرآن وإن تعلمه، فإن أراد البراءة عن فرضيتها فهي يمين، كما لو قال إن فعلت كذا فأنا بريء من شهر رمضان، فإن أراد البراءة عن فرضيتها فهي يمين، كما لو قال إن فعلت كذا فأنا بريء من الأيمان، فإن أراد البراءة عن أجرها لا يكون يمينا؛ لأنه شيء عيب، وإن لم يكن له نية لا يكون يمينا في الحكم.

(فصل)

ولو قال: والرحمن لا أفعل كذا إن أراد به السورة لا يكون يمينا وإن أراد به اسم الله تعالى يكون يمينا.

ولو قال الطالب الغالب: إن فعلت كذا فهو يمين؛ لأن هذا يمين عرفا وقد تعارف أهل بغداد الحلف بهذا.

ولو قال: مسلماي يكرده أم حداي راكر خبير كرده أم، قيل: هذا ليس بشيء.

وقال الفقيه أبو الليث: إن أراد به الكذب فهو لغو، وإن أراد به أن الذي فعلت لم يكن حقا فهو يمين؛ لأن هذا كفر فعل هذا لو قال: ما قال الله تعالى كذا إن فعلت كذا، فهو يمين.

ولو قال: هراميدي كرخداي دارم يوميذم إن فعلت كذا، فهو يمين.

لأن الإياس من الله تعالى كفر قال الله تعالى: ﴿إِنَّهُۥ لَا يَاْيۡـَٔسُ مِن رَّوۡحِ ٱللَّهِ إِلَّا ٱلۡقَوۡمُ ٱلۡكَٰفِرُونَ ٨٧﴾ [يوسف: ٨٧] فصار كأنه قال هو كافر إن فعل كذا.

ولو قال: سوكند حوردم له ابن كان يكنم، فهو يمين وهو تفسير ما قال في الكتاب على يمين.

ولو قال: سوكند من حورم أو سوكند حورم أوسوكند حوردم، فهو يمين للحال؛ لأن هذا يستعمل للحال.

ولو قال: يرمن اسوكنداست قال هذا إخبار، فإن كان صادقا فعليه كفارة يمين وكذا في قوله: سوكند حورده ام، لا يكون يمينا إلا أن يريد به الحال؛ لأنه يراد بقوله: حورده ام، الوعد والاستقبال.

ولو قال: خداي دايدير قيم أن لا أفعل كذا، فهو يمين؛ لأنه صار كقوله والله لا أفعل كذا أو كقوله نذرتُ أن لا أفعل كذا.

(باب تكرار اليمين بالله تعالى)

(**المبسوط**): حلف في مجلس واحد بأيمان أو أكثر لكل يمين كفارة إلا أن ينوي بالأخيرة الأولى؛ لأنه كرر ذكر اليمين.

وذكر كلمة القسم فصار حالفًا مرارًا حقيقة فعند فقدان النية العبرة للحقيقة وعند اقتران نية التكرار به تكون العبرة لما نوى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن الإعادة والتكرار مستعمل في كلام العرب للتأكيد وذلك أمر بينه وبين ربه فيصدق بخلاف اليمين بالطلاق والعتاق لا يصدق قضاء؛ لأن للقضاء فيه مدخلا والقاضي يطلع على الظواهر دون الضمائر، فإذا نوى خلاف الظاهر لا يصدقه ولا مدخل للقضاء في اليمين بالله تعالى فيصدق ديانة.

(**المنتقى**): رجل قال: والله والله، أو قال: الله ثم الله لا أفعل كذا أو والله والله إن دخلت الدار فهو يمين واحدة استحسانا وفي القياس يكون يمينا وبه نأخذ بمنزلة قوله: والرحمن الرحيم، وجه الاستحسان أن تكرار اسم واحد وصفة واحدة يستعمل للتأكيد لا للاستئناف كما يقال: ارم ارم، اضرب اضرب، فأما تكرار اسمين يستعمل للاستئناف لما تبين.

ذكر ابن سماعة في نوادره: لو قال: والله والله لا أكلم فلانا فهي بمنزلة يمين واحدة.

ورُوي عن أبي يوسف إذا قال: والله لا أكلمك والله لا أكلمك فهما يمينان؛ لأنه أعاد الفعل مع الاسم ولو كان المراد منه التأكيد لم يعد الفعل.

وروى الحسن: إن نوى بالثاني الخبر عن الأول يصدق فيما بينه وبين ربه؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه ولكنه خلاف الظاهر.

ولو قال: والله لا أكلم فلانا يوما والله لا أكلم فلانا شهرا والله لا أكلم فلانا سنة، قال: إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاث أيمان وإن كلمه بعد غد فعليه يمينان وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه.

ابن سماعة عن محمد رحمه الله: لو قال: هو يهودي إن فعل كذا، هو نصراني إن فعل كذا، فهما يمينان.

ولو قال: هو يهودي هو نصراني إن فعل كذا، فهي يمين واحدة بمنزلة قوله: الله الله لا أفعل كذا.

(**الفتاوى**): لو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الكتب الأربعة ففعل فعليه كفارة واحدة لأنها يمين واحدة.

ولو قال: أنا بريء من التوراة وبريء من الإنجيل وبريء من الزبور وبريء من القرآن فعليه أربع أيمان.

وكذلك لو قال: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله وبريء من رسوله والله ورسوله بريئان منه فعليه أربع أيمان.

ولو قال: أنا بريء من الله ورسوله فهي يمين واحدة.

ولو قال: أنا بريء من الله وبريء من رسوله فهما يمينان؛ لأنه كرر لفظ اليمين لكل واحد وفي الأولى لم يكرر.

(**الجامع**): أصله: أنه متى أدخل بين اسمين حرف العطف نحو قوله: والله والله، كانا يمينين؛ لأن المعطوف غير المعطوف عليه فكان كل واحد كلاما مستقلا بنفسه ومتى ذكرهما بغير الواو، ونحو قوله: والله الله، أو قال: بالله الرحمن الرحيم، كانت يمينا واحدة؛ لأنه إذا ذكر بغير الواو كان على سبيل التأكيد، ألا ترى أن القاضي يستحلف الإنسان بالأسماء والصفات من غير ذكر الواو ويكون ذلك على سبيل التأكيد؛ لأن المستحق على المدعى عليه يمين واحدة.

ولو قال: والله والرحمن الرحيم يمينين إلا أن يكون تكرار الأول.

ولو قال: والله الرحمن العزيز الحكيم يكون يمينا واحدة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله وهو قول زفر رحمه الله: أنها يمين واحدة وإن أدخل الواو بينهما لا يجوز أن يكون هذا واو القسم لا واو العطف فلا يكون الخبر المذكور للاسم الثاني خبرا للأول، ألا ترى أنه يجوز الابتداء به وحرف العطف مما لا يبتدأ به فبقي الأول بلا خبر فلا يكون يمينا ويجوز أن يكون واو

العطف فيصير الخبر المذكور للثاني خبرا للأول فيكون يمينا فوقع الشك في كونه يمينا بالشك، وجه ظاهر الرواية: أن جعله واو العطف أولى لما فيه صون كلامه عن اللغو لكي لا يلغو قوله: والله، في إثبات اليمين لأن تصحيح كلام العاقل واجب ما أمكن فيصير الخبر المذكور عقيب الاسم الثاني مذكور للأول بحكم العطف فكانا يمينين بخلاف ما إذا لم يذكر بينهما حرف العطف؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الخبر المذكور للثاني مذكورا للأول لانعدام حرف العطف بينهما وهو يصلح نعتا للأول فيجعل نعتا للأول والنعت مع المنعوت شيء واحد فكانت يمينا واحدة كما إذا قلت مررت بزيد وصالح كان صالح اسما لشخص غير زيد وإلا يكون نعتا لزيد؛ لأنه ذكر بينهما حرف العطف فمتى جعل نعتا لزيد لا يستقيم العطف؛ لأن النعت مع المنعوت شيء واحد ويجب أن يكون المعطوف غير المعطوف عليه.

ولو قلت: مررت برجل صالح يجعل صالح نعتا للرجل فيكون المذكور شخصا واحدا، وإذا قلت: مررت بزيد وزيد، كانا اسمين؛ لأن الثاني لا يصح نعتا للأول، فإذا قلت: زيد زيد، كانا اسمًا واحدًا وكان الثاني تكرارا للأول، ولهذا يستحلف القاضي الخصم بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة سأله قبلك الحق الذي يدعيه ويكون يمينا واحدة قالوا: وإنما يريد القاضي هذه الزوائد في اليمين ليقع الأمن عن التحريف، فإنه لو اقتصر على قوله: بالله، فالحالف ربما يذكر ممدودا بخفض الهاء باللاهي ويريد به الملاهي من اللهو ومنه قول الشاعر:

إن للّاهـــــي إلهًـــــا فوقـــــــــه

فلا يكون يمينا حينئذ! ويذكر مقصور الجزم الهاء فيقول: بلّه من الابتلال فيزاد هذه الزوائد نفيًا للتحريف والتبديل.

واختلف أهل اللغة في إعراب الله؛ قال أهل البصرة: بالرفع: واللهُ لا أفعل كذا وقال أهل الكوفة: بالخفض واللهِ لا أفعل كذا.

وذكر الحاكم في (**المنتقى**) عن أبي حنيفة رحمه الله: أن اسم الله تعالى اسم ذات وهو قول الخليل وسيبويه والمبرد.

وقال محمد: هو اسم مشتق وهو قول نقص أهل اللغة، فإنه مشتق من التأله وهو استحقاق العبادة على غيره، ولهذا سمي الصنم إلها لأنهم زعموا أنه مستحق العبادة.

ورُوي: أن أبا حنيفة سئل عن الاسم الأعظم فقال: الله، ولو قال: والله والله، يكون يمينين ظاهر الرواية كقوله والله والرحمن.

وفي رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله: يكون يمينا واحدة ويجعل الواو للقسم على ما ذكرنا.

ولو قال: والله ووالله لا أكلم فلانا يكون يمينا واحدة استحسانا لا قياسًا؛ لأنه ذكر واو العطف مع واو القسم؛ لأنه في العرف يريدون التكرار.

(باب اليمين على ما لا يتصور الامتناع عنه)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: أن يعقد اليمين على ما هو متصور الوجود في نفسه لكن لا يوجد بمجرى العادة.

والثاني: يعقد يمينه على ما لا يتصور وجوده أصلًا.

(فصل)

لو قال: والله لأصعدن السماء، أو: لأحولن هذا الحجر ذهبًا، أو: لأطيرن في الهواء، أو: لأشربن ماء دجلة كله ينعقد اليمين ويحنث للحال بالإجماع؛ لأن البر متصور في الجملة لجواز أن يُقدِّر الله تعالى عبدا من عبيده على صعود السماء ومسه، وتقليب الحجر ذهبا ونحوه كرامة له كما أعطي لوزير سليمان صلوات الله عليه وهو آصف بن برحيا كما أخبر الله تعالى عنه: ﴿قَالَ ٱلَّذِى عِندَهُۥ عِلْمٌ مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ أَنَا۠ ءَاتِيكَ بِهِۦ قَبْلَ أَن يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ﴾ [النمل: ٤٠] ولكنه خلاف العادة فباعتبار التصور في الجملة انعقدت اليمين وباعتبار العجز الثابت عادة حنث للحال وفي انعقاده فائدة باعتبار التصور في الجملة وفي وجوب الكفارة عند العجز أيضًا فائدة الانعقاد

فانعقدت وهذا العجز غير العجز المقارن لليمين؛ لأن هذا العجز عن البراءة الواجب باليمين وهذا لا يتصور مقارنا لليمين هذا إذا أطلق اليمين، فأما إذا وقَّت باليوم بأن قال: والله لأصعدن السماء اليوم فعندهما يحنث في آخر جزء من اليوم، وعند أبي يوسف يحنث للحال لتحقق العجز للحال وهو الصحيح من مذهبه.

لهما: أنه لما وقَّت يمينه كان غرضه توسعة الأمر على نفسه حتى يختار الفعل في أي وقت شيئًا ولا يحنث بترك الفعل في بعض الوقت فلا يجب عليه الفعل والبراءة إلا في آخر أجزاء الوقت، وإذا لم يجب الفعل قبل ذلك لا يحنث بخلاف المطلق؛ لأنه ليس في كلامه ما يتوجب التوسعة فوجب البراءة كلما فرغ من اليمين، فإذا عجز حنث وليس في بقاء اليمين إلى آخر جزء ومن حياته فائدة ما سوى تحقيق البرّ، فإذا كان العجز ثابتا عادة لم يكن القول بالبقاء مفيدا.

ولو قال: والله لآكلن هذا الطعام أو لأشربن هذا الماء فلا يخلو إما أن أطلق اليمين أو وقّت، فإن أطلق فهلك الطعام وانصب الماء حنث بالإجماع؛ لأن اليمين قد انعقدت لتصور البراءة للحال وقد فات البرّ، وإن وقّت بأن قال لآكلن هذا الطعام اليوم وهلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث، فإن هلك المحلوف عليه فمضى اليوم لا يحنث عندهما وعند أبي يوسف يحنث.

وحاصل الخلاف بناء على أن تصور البر شرط لانعقاد اليمين عندهما وعند أبي يوسف ليس بشرط على ما يذكر فلما كان تصور البر شرط عندهما لانعقاد اليمين فيشرط لبقائها، فإذا هلك المحلوف عليه خرج البر من أن يكون متصورًا فيبطل اليمين؛ لأن البر في اليمين المؤقتة لا يجب إلا في آخر الوقت لما بينا، فإذا مضى الوقت وجد شرط الحنث ولا يمين فلا يحنث كما إذا هلك الحالف.

وعند أبي يوسف: لما لم يكن تصور البر شرطا للانعقاد لا يكون شرطا للبقاء فتكون اليمين باقية فوجد الحنث في آخر اليوم والحالف من أهل وجوب الكفارة فيلزمه بخلاف ما إذا مات الحالف؛ لأنه وجد شرط الحنث ولكن الحالف ليس من أهل وجوب الكفارة بعد الموت فلا يحنث.

(فصل)

وإذا عقد اليمين على فعل لا يتصور وجوده أصلًا بأن قال: والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز، وليس في الكوز ماء، لا تنعقد اليمين عندهما، وعند أبي يوسف تنعقد ويحنث للحال.

لأبي يوسف: أن المقصود من كون الحنث محتملا للصدق والبر تحقيق الصدق والقدرة على تحقيق الصدق وتقرير البر ليس بشرط لانعقاد اليمين كما في الحلف بصعود السماء وتحويل الحجر ذهبًا ونحوهما فكذا احتمال الصدق في الخبر وتصور البر لا يكون شرطا.

لهما: أن اليمين تنعقد لتحقق البر، فإن من أخبر بخبر أو وعد بوعد يؤكده باليمين لتحقق البر والصدق وكان المقصود من اليمين البر ثم تجب الكفارة لرفع حكم الحنث وهو الإثم، فإذا لم يكن البر متصورا فلا يُعد لانعقاد فائدته فلا ينعقد بخلاف مسألة الصعود، فإن ثمة البر متصور لما بينا فكان في اليمين فائدة وهنا لو خلق الله تعالى ماء أو طعاما لا يكون الماء والطعام الحادث عين المحلوف عليه بل غيره فلا يتصور الإتيان بالمحلوف عليه.

ولو قال: والله لأقتلن فلانا وهو يعلم بموته تنعقد اليمين بالإجماع؛ لأن يمينه تنصرف إلى الحياة التي يحدث الله تعالى فيه، فإنه إذا أحياه الله تعالى فهو فلان بعينه فيكون البر متصورا لكنه خلاف العادة كما في مس السماء.

وإن لم يعلم بموته لا ينعقد عندهما خلافًا لأبي يوسف؛ لأن يمينه تنصرف إلى الحياة التي كانت موجودة فيه؛ لأن مقصود الحالف إزهاق روح موجود فيه وقت اليمين إذا كان لا يعلم بموته وذلك لا تصور له فلم يتصور البر فلا تنعقد عندهما وعنده تصور البر ليس بشرط لانعقاد اليمين.

(**الجامع**): لو قال: والله لأصومن اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم في يوم أكل فيه أو بعد الزوال حنث ولزمته الكفارة؛ لأنه يتوهم أن يقدم فلان قبل الأكل وقبل الزوال وقت اليمين فكان الصوم الشرعي متصور الوجود متوقع الوقوع فانعقدت

اليمين لتصور المحلوف عليه للحال إلا أنه عجز عن إتيانه وهو الصوم لفوات شرط الأداء شرعا فيحنث حتى لو لم يتصور صوم شرعي بأن قال بعد الأكل أو بعد الزوال والله لأصومن هذا اليوم يقع يمينه على صوم لغوي وهو الإمساك حتى لو أمسك بقية يومه لا يحنث، كما لو قال لامرأة لا تحل له أبدا: إن تزوجتك فعبدي حر ينصرف إلى النكاح الفاسد؛ لأنه لا يتصور فيها إلا نكاح لغوي فكذا هذا.

وكذلك لو قال: والله لأصومن هذه الليلة تنعقد يمينه على صوم لغوي وهو الإمساك.

(**المنتقى**): لو قال: إن تركت مس السماء فعبدي حر لم يحنث، ولو قال: إن لم أمس السماء فعبدي حر حنث من ساعته، والفرق أن في الأولى مس السماء غير مقدور الحالف عادة والترك لا يتصور في غير المقدور عادة وفي الثانية الشرط عدم المس فالعدم يتحقق من غير المقدور.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لو قال: والله لأتركن كلام فلان اليوم أو غدًا فترك في اليوم وكلمه في غد لم يحنث، ولو قال: لا أكلم فلانا اليوم أو غدًا فلم يكلمه في اليوم وكلمه غدًا حنث.

ولو قال: لأتركن دخول هذه الدار أو لأدخلن هذه الدار الأخرى اليوم فترك الأولى والثانية حتى مضى اليومان حنث ولا يبرأ إلا في وجه واحد وهو أن يترك دخول الأولى ويدخل الأخرى في اليوم الثاني.

ولو قال لامرأته: إن لم أذهب بثوبي هذا إلى جهنم فأحرقه فأنت طالق طلقت ظاهرا؛ لأن العدم ثابت عادة كمن حلف ليمسن السماء.

رجل قال والله لا أتزوج من هذه الدار وليس للدار أهل أو لا أتزوج من بنات فلان وليس لفلان بنت ثم ولد له بنت فتزوجها وسكن الدار قوم فتزوج منها لم يحنث؛ لأن الداعي إلى اليمين معنى في الأهل والبنات فيشترط قيام الأهل والبنات وقت اليمين، قالوا: هذا قول محمد، وأما عندهما يحنث، فإنه إذا حلف أن لا يكلم امرأة فلان وليس لفلان امرأة ثم حدثت ثم كلمها لم يحنث عند محمد، وعندهما يحنث على ما يأتي.

ولو قال: والله لا أتزوج من أهل الكوفة فتزوج امرأة لم تكن يومئذ لم يحنث؛

لأن أهل الكوفة قوم لا يحصون فلا يمكن حمل اليمين على معنى في الأهل فيحمل على معنى في الكوفة فيشترط قيام الأهل وقت الحنث.

ولو قال: إن لم أدخل المدينة الليلة ولم ألق فلانا فامرأته طالق فدخل ولم يصادفه في منزله فلم يلقه إلى أن أصبح، فإن كان عالما بأنه غائب عن المنزل وقت الحلف يحنث، وإن لم يكن عالما لا يحنث وهذه فرع ما لو حلف إن لم آكل هذا الرغيف اليوم فأكل غيره قبل الغروب.

ولو قال: إن نمت الليلة في هذه الدار فامرأته طالق وقد انفجر الصبح وهو لا يعلم به لا يحنث؛ لأن النوم في الليلة الماضية لا يتصور فصار، كما لو قال إن صمت أمس فامرأته طالق لا يحنث.

(**الفتاوى**): رجل تشاجر مع أخته وأخيه فقال لهما بالفارسية: أكرمن ثمارا بلون حراند رنكتم، فامرأته طالق تكلموا فيه، قيل: لا يحنث ما عاشوا؛ لأنه متصور فلا يتحقق شرط الحنث، وقيل يحنث للحال وعليه الفتوى كما في مس السماء.

(باب الرجل يحلف فينوي التخصيص)

(**المبسوط**): أصله: أن تخصيص العام بمجرد النية لا يصح قضاء ويصح ديانة؛ لأن العام وضع للعموم والشمول فكان العموم حقا له بأصل الوضع ولكنه يحتمل الخصوص، فإنه يذكر لفظ العموم ويراد به الخصوص ولكنه خلاف أصل الوضع فيجري مجرى المجاز، فإذا نوى الخصوص فقد نوى المجاز فلا يصدق قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر ويصدق ديانة؛ لأن الله تعالى مطلع على ما في ضميره لا القاضي، والنية تعمل في الملفوظ لا في غير الملفوظ؛ لأنها لتغير محمل اللفظ وغير الملفوظ لا عموم له فكيف يحتمل الخصوص.

لو حلف لا يأكل ولا يشرب ولا يلبس فنوى شيئًا بعينه لم يصدق ديانة وقضاء؛ لأن النية إنما تعمل في الملفوظ والمأكول والمشروب والملبوس غير ملفوظ.

ولو قال لا آكل طعاما ولا أشرب شرابا يصدق ديانة؛ لأن الطعام والشراب نكرة مذكورة في موضع النفي وهو موضع الشرط فتعم وإرادة الخصوص من العموم

جائزة ولكنه خلاف الظاهر فيصدق ديانة ولزوم الكفارة أمر بينه وبين ربه فيصدق فيه.

(**النوادر**): ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله فيمن قال لرجل قائم: والله لا أكلم هذا الرجل ينوي ما دام قائما لم تصح نيته؛ لأن القيام غير ملفوظ به.

ولو حلف لا يكلم هذا القائم وينوي ما دام قائما صحت نيته؛ لأن القيام ملفوظ به فصحت نية التخصيص فيه.

وكذلك لو قال: لأضربن فلانا خمسين وينوي شرطا بعينه لم تصح نيته، ولو قال: خمسين سوطا تصح نيته.

ورُوي عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يتزوج امرأة وهو ينوي كوفية أو بصرية لم تصح نيته ولو عنى به حبشية أو عربية صحت نيته فيجوز تخصيص الجنس ولم يجز تخصيص الوصف وجعل الحبشية والعربية جنسًا.

ولو حلف لا يشتري جارية وعنى مولدة فنيته باطلة؛ لأنه تخصيص جنس لما نبين في مسائل الجامع.

(**الفتاوى**): ولو قال لامرأته: اركسي رار دقيق من يد هي فأنت طالق ونوى به أمها خاصة صحت نيته ديانة؛ لأن ذكر الكسي لفظ خاص يتناول كل واحد بإطلاقه، فإذا نوى الأم صحت نيته.

وإن قال: ارهج كسي راد هي لم تصح نيته؛ لأن هيج كسر لفظ عام، فإذا نوى الحاضر له لم تصح نيته وعلى قياس قول الخصاف ينبغي أن تصح نيته الخاص في العام حتى لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي كذا ثم قال نويت من بيت كذا تصح عنده.

(**الجامع**): أصله: أن الحالف متى ذكر فعلا ونوى تخصيصا في مفعول فعله وهو المصدر، فإن المصدر مفعول الفعل، ولهذا نصب المصدر يقال جلس يجلس جلوسًا، والمفعول ينصب فأما ما يقع عليه الفعل فليس هو مفعول فعله وإنما هو مفعول به فمتى نوى تخصيصا في مفعول فعله وهو المصدر، فإن كان المصدر ملفوظا به صحت نيته؛ لأن الجمع يدخل على المصدر كما يدخل على الاسم يقال

جلسة وجلستان وجلسات فيصير عاما كالاسم، وإن لم يكن المصدر ملفوظا به لا تصح نيته لما بينا، وكذلك إن نوى تخصيص الفاعل وهو ملفوظ به صحت نيته؛ لأنه نوى تخصيص ما في لفظه.

لو قال: إن اغتسلت في هذه الدار الليلة فعبدي حر وقال: نويت من جنابة لا يصدق وهو على كل الاغتسال، ورُوي عن أبي يوسف: أنه يصدق ديانة لا قضاء وهو قول الشافعي لأن مفعول فعله وهو الغسل مذكور مقتضى ذكر الغسيل فصحت نية التخصيص فيه، كما لو قال إن خرجت فعبدي حر ونوى خروجا صحت نيته، وجه ظاهر الرواية: أن نية التخصيص لا تصح في الاغتسال؛ لأنه فعل واحد لا عموم له لأن العموم للاسم لا للفعل هكذا قال سيبويه لأن الفعل وجوده بالمباشرة وإنما يوجد بقدر المباشرة ولا تصح نية التنويع فيه؛ لأن الاغتسال نوع واحد وهو إسالة الماء وإفاضته على جميع البدن والمصدر وهو العمل غير ملفوظ به وليس كان بائنا مقتضى الفعل ولكن المقتضى لا عموم له؛ لأنه إنما يصير بائنا ضرورة صحة الفعل فلا يعتبر مذكورا في حق التعميم لانعدام الضرورة فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلا يصح.

ولو قال: إن اغتسلت غسلا ونوى الجنابة تصح ديانة لا قضاء؛ لأن الغسل متبوع قد يكون متبوعا وقد يكون تبردا وفرضا ونفلا فصحت نية التنويع ولأن المصدر ملفوظ به وله عموم فصحت نية التخصيص فيه إلا أنه لا يصدق قضاء؛ لأنه نوى تخصيص العام.

وكذلك لو قال: إن تزوجت فهي طالق، وقال: عنيت كوفية لا يصح قضاء ولا ديانة؛ لأنه نوى تخصيص المرأة وهي غير ملفوظ بها.

ولو قال: إن خرجت فعبدي حر ونوى خروج السفر صح ديانة لا قضاء؛ لأن الخروج متنوع للسفر ولغيره، فإذا نوى أحد نوعي الخروج فقد نوى ما يحمله لفظه فصحت نية التنويع فيه.

ولو قيل: إنك لتغتسل هذه الليلة من جنابة فقال إن اغتسلت فعبدي حر فاغتسل من غير جنابة لم يحنث؛ لأنه جواب للمخاطب فيتضمن إعادة في الخطاب كمن

قال لآخر: لي عليك ألف، فيقول: نعم، أي: نعم لك عليّ ألف فصار كأنه قال: إن اغتسلت هذه الليلة من جنابة فعبدي حر، ولو قال هكذا فاغتسل تطوعًا أو تبردًا لم يحنث.

ولو قال: إن اغتسلت الليلة فعبدي حر، أو قال: إن اغتسلت الليلة من جنابة فاغتسل من غير جنابة يحنث؛ لأنه زاد على حرف الجواب زيادة غير محتاج إليها فيصير مبتدئا بالكلام فجعل يمينا مبتدأة كي لا يلغو الزيادة فالزيادة تدل على أنها يمين مبتدأة وتصدق ديانة إن أراد الجواب دون القضاء؛ لأنه مع الزيادة يصلح للجواب إلا أنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء.

(باب اليمين بتحريم الحلال)

(**المنتقى**): لو قال: مالي عليَّ حرام فأنفق شيئًا منه، أو ثوبي عليَّ حرام فلبسه، أو جاريتي فلانة عليَّ حرام فجامعها، أو ركوب هذه الدابة عليَّ حرام فركبها أو كلام فلان أو دخول دار فلان عليَّ حرام وكلمه ودخلها فعليه كفارة؛ لأن تحريم الحلال يمين لما بينا في كتاب الطلاق.

ولو قال: الخمر أو الخنزير عليَّ حرام فأكل أو شرب خمرًا فعليه كفارة يمين؛ لأنه بمنزلة قوله والله لا أشربها وفي قول لا تجب الكفارة؛ لأنه صادق في مقالته.

والصحيح أنه ينظر إن أراد به التحريم تجب الكفارة وإن أراد به الإخبار عن الحرمة لا تجب، فإن لم يبق شيئًا فكذلك؛ لأنه أمكن تصحيحه إخبارا.

وكذلك لو قال: مال فلان عليّ حرام فأكل من مال فلان شيئًا فأنفقه فعليه الكفارة إلا أن يعني أن مال غيري لا يحل لي، فإنه عليّ حرام لا تلزمه الكفارة.

ولو قال: هذه الدراهم التي في يدك عليّ حرام فاشترى بها شيئًا يحنث وإن تصدق بها أو وهبها لا يحنث؛ لأن تحريم الحلال، وإن كان يمينا ولكن لا يريدون بهذا التحريم تحريم الهبة والصدقة وإنما يريدون تحريم الشراء كمن قال كل حل عليّ حرام لا ينصرف إلى كل حلال وإنما ينصرف إلى أكل الخبز وشرب الشراب حتى لو أكل أو شرب حنث فكذا هذا.

رجل قال كلام فلان وفلان عليَّ حرام فكلم أحدهما حنث، هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة نصًّا مذكورًا في المنتقى؛ لأن تحريم الحلال يمين فصار هذا وقوله والله لا أكلم فلانا وفلانا سواء، والصحيح أنه لا يحنث في المسألتين ما لم يكلمهما؛ لأنه جمع بينهما في التحريم فيكون كلامهما شرط الحنث.

وإن نوى به كلام كل واحد منهما فكلم أحدهما حنث؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد وتغليظ.

وإن لم ينو شيئًا قيل يحنث؛ لأن العرف في هذا أن لا يراد بهذا الجمع بينهما في الكلام، والصحيح أنه لا يحنث ما لم يكلمهما؛ لأن اللفظ للجمع حقيقة وهذه الحقيقة مستعملة فلا يجوز العدول عنها بالعرف المشترك.

ولو حلف لا يكلمهما ونوى واحدا لا يحنث؛ لأنه لا يمكن تصحيح نيته بخلاف قوله كلام هذا وهذا؛ لأن ثمة يمكن تصحيح نية بإدخال الجواب من الشرطين كأنه قال إن كلمت فلانا فكذا حنث بكلام كل واحد منهما.

وكذلك لو قال: كلام هؤلاء القوم عليَّ حرام أو كلام أهل بغداد عليّ حرام فكلم إنسانا حنث بخلاف ما لو قال والله لا أكلم هذين الرجلين لما قلنا.

وكذلك لو قال: هذا الرغيف عليَّ حرام فأكل منه لقمة حنث، بخلاف قوله والله لا آكل هذا الرغيف إذا كان الرغيف مما يؤكل كله في مجلس واحد.

ولو قال: والله لا آكل من طعامك شيئا، فإن أكلت منه شيئًا فهو عليَّ حرام فأكل من طعامه لقمة حنث في اليمين الأولى، فإن عاد وأكل حنث في اليمين الأخرى وعليه كفارتان.

وكذلك لو قال: لا أشرب من ماء دجلة، فإن شربت فهو علي حرام فشرب منه مرتين.

وكذلك لو قال لطعام كثير لا يؤكل مثله في مجلس والله لا آكل هذا الطعام، فإن أكلته فهو عليَّ حرام فأكل منه مرتين.

ذكر هشام عن محمد رجل قال لآخر: كل طعام أكلته في منزلك فهو علي حرام

قال: القياس أن لا يحنث؛ لأنه حرمه بعدما أكله وفي الاستحسان يحنث؛ لأنه في العرف يراد به أكله عليّ حرام.

وروى ابن سماعة: رجل قال: إن أكلت هذا الطعام فهو عليّ حرام فأكله لا يحنث؛ لأنه إنما حرمه بعد أكله.

(القسم الثاني في المكالمات والمقالات)

(باب الحلف على الكلام)

(**المبسوط**): أصله: أن حد الكلام حقيقة اسم لما ينافي آفة السكوت والخرس ولكن في العرف اسم الحروف منظومة مفهومة بأصوات مقطعة مسموعة لأن الكلام وضع للإفهام والإعلام وذلك يحصل بهذا.

ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: في التكلم.

والثاني: في التكليم.

(فصل)

حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته أو سبح لم يحنث، وإن قرأ في غير صلاته حنث خلافًا للشافعي، والقياس أن يحنث فيهما لوجود حد كلام الناس وهو الحروف المنظومة بأصوات مسموعة، وجه الاستحسان أن الناس لم يتعارفوا قراءة القرآن كلاما في الصلاة، فإن الرجل يقول ما تكلمت اليوم، وإن كان قرأ في صلاته ويكون صادقا في ذلك عرفا ومتى لم يكن كلاما عرفا لا يتناوله مطلق الاسم ولئن كان كلاما حقيقة وعرفا ولكن صار مستثنى عن يمينه بدلالة الحال؛ لأن الحالف يقصد بيمينه البر دون الحنث والقراءة في الصلاة لا بد منها ولو لم تصر القراءة في الصلاة مستثناة عن يمينه لا يمكنه البر وبه فارق خارج الصلاة، وكذلك لو سبح في صلاته ولو سبح في غير صلاته حنث.

وقال الفقيه أبو الليث في نوازله: إن عقد اليمين بالعربية فكذلك وإن عقد

بالفارسية لا يحنث إذا قرأ القرآن أو سبح في غير صلاته؛ لأن في عرفنا هذا لا يسمى تكلمًا، فإن الإنسان يقول ما تكلمت اليوم وإنما قرأت القرآن أو سبحت.

(**المنتقى**): ولو حلف لا يقرأ سورة كذا من القرآن فقرأها وترك آية، فإن كانت قصيرة نحو الحرف حنث، وإن كانت طويلة لم يحنث.

(**النوازل**): رجل حلف لا يقرأ القرآن اليوم، يصلي الفرائض بجماعة وإن فاتته ركعة فقضاها حنث؛ لأنه قرأ القرآن وإن أراد الوتر في غير رمضان ينبغي أن يقتدي برجل يوتر حتى لا يحنث.

(فصل)

حلف لا يكلم فلانا فهو على الأبد في أي وقت كلمه ليلا أو نهارًا حنث؛ لأن موجب اليمين منع النفس عن المكاملة فلا يتحقق البر إلا بالامتناع على الدوام كما في نواهي الشرع يستدعي الامتناع دائما، فإن نوى وقتا بعينه لم يصدق ديانة وقضاء؛ لأن الوقت غير ملفوظ به والتخصيص يدخل على اللفظ، فإذا لم يكن ملفوظا لم يكن تخصيصا فلا يحنث إلا بكلام مستأنف بعد اليمين منقطعا عنهما، فإن كان موصولا لم يحنث نحو أن يقول إن كلمتك فأنت طالق فاذهبي أو قومي؛ لأن هذا من تمام الكلام الأول فلم يكن مقصودا باليمين إلا أن يريد بهذا كلاما مستأنفا فيحنث.

حلف لا يكلم فلانا فناداه من حيث لا يسمع من مثله الصوت لا يحنث؛ لأن المكالمة عبارة عن الإسماع إلا أن إسماعه باطن لا يقف عليه المتكلم فأقيم السبب المفضي إلى السماع مقامه وهو أن يكون بحنث لو أصغى إليه أُذنَه ولم يكن به مانع من السماع سمع، فإن كان بعيدًا يحيث لو أصغى إليه أُذنه لا يسمع لا يحنث؛ لأنه لم يوجد الإسماع حقيقة وحكما فلا يصير متكلما معه، وكذلك إذا كان نائما فناداه وأيقظه حنث في رواية وفي رواية أنه يحنث، وإن لم يوقظه؛ لأن النائم من أهل الكلام إلا أنه لم يسمع لعارض النوم فكان بمنزلة ما لو كلمه وهو أصم يحنث، وجه الرواية الأخرى أن النائم لا يفهم الكلام بمنزلة الميت فلا يتصور إسماعه فلا يصير مكلما معه إلا إذا أيقظه فقد أسمعه؛ لأنه بسبب سماعه صار نقصانا ولأن

الناس لا يكلمون النائم كما لا يعلمون الغيب إلا أن يوقظه النائم بالكلام، فإن أيقظه يعد متكلما إياه وإلا فلا، ولو سلم على قوم هو فيهم حنث إلا أن لا يعنيه بالسلام؛ لأن السلام كلام ولكن بالنية صار متكلما معه، فإذا لم ينوه فقد نوى التخصيص من كلامه فصحت نيته.

ولو كتب إليه أو أرسل أو أشار إليه لا يحنث؛ لأن الكلام على المشافهة كالمحادثة، ألا ترى أن الله تعالى أرسل إلى الناس وما كلمهم.

(**المنتقى**): ولو سلم الحالف في الصلاة والمحلوف عليه معه في الصلاة، فإن كان إماما، قيل إن كان المحلوف عليه على يمينه لا يحنث، وإن كان على يساره يحنث؛ لأن التسليمة الأولى كلام حصل في الصلاة لأنها تخرج عن الصلاة والكلام في الصلاة يكون مستثنى عن يمينه والتسليمة الثانية تكلم معه خارج الصلاة فيدخل في يمينه.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله: لا يحنث في التسليمتين وهو الصحيح؛ لأن لفظه السلام واجب وأنه من أفعال الصلاة والناس يعرفونه من أفعال الصلاة لا من جملة كلام الناس.

وكذلك إن كان الحالف مؤتمًا فعلى هذا التفصيل على قولهما؛ لأن سلام الإمام لا يصير المؤتم خارجا عن صلاته، وعند محمد يحنث سواء كان على يمينه أو على يساره؛ لأنه صار خارجا عن صلاته بسلام الإمام فكلامه وجد خارج الصلاة مع فلان.

ولو اقتدى الحالف بالمحلوف عليه في الصلاة فسها فسبّح به الحالف أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث؛ لأن هذا لا يسمى كلاما، فإن الكلام يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها فلا يكون كلاما شرعا.

ولو فتح عليه في غير الصلاة حنث.

رجل حلف لا يكلم فلانا فأراد المحلوف عليه أن يشتم إنسانا أراد الحالف أن يقول له لا تفعل فتذكر بعدما قال بالفارسية فامتنع لا يحنث؛ لأنه ليس بكلام مفهوم والحالف أراد كلاما مفهومًا بخلاف ما لو قال هذا في الصلاة حيث تفسد الصلاة.

رجل حلف لا يكلم فلانا فقرع فلان الباب فقال: من هذا؟ ذكر القدوري أنه لا يحنث؛ لأنه كلمه بالاستفهام.

وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: لو قال بالفارسية: كيست، لا يحنث، ولو قال: كي تو، يحنث وبه أخذ وهو المختار؛ لأن قوله كيست، ليس بخطاب له، ألا ترى أنه يجوز أن يخاطب به غيره فيقول للجالس: تيريدن كيست اير، وقوله: كي تو، خطاب له.

رجل قال لامرأته: كلما تكلمت كلاما حسنًا فأنت طالق فقالت: سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر، طلقت واحدة، وإن لم تقل كلاما حسنا طلقت ثلاثا وإن قالت بغير واو فقالت: سبحان الله الحمد لله لا إله إلا الله الله أكبر طلقت ثلاثا في الوجهين كما قال: والله والعزيز والحكيم إن دخلت الدار فدخلها يلزمه ثلاث كفارات، ولو قال: والله العزيز الحكيم فعليه كفارة واحدة، ولو قال: إن كلمت رجلًا فعبدي حر فكلم رجلًا فقال نويت غيره لا يصدق قضاء؛ لأنه ذكر رجلًا فيتناول واحدا منكرا فلا تصح نية التغيير فيه.

ولو قال: إن كلمت الرجل فعبدي حر يصدق في القضاء؛ لأن الرجل اسم جنس الكل ويحتمل الأدنى إلا أن الأدنى هنا صار مرادا باللفظ لا يمكنه المكالمة مع جميع الرجال فتعين الواحد مرادًا، كما لو قال والله لا أكلم الإنسان أو الرجل.

ولو قال: والله لا أكلم الرجال أو المساكين أو الفقراء فكلم واحدا منهم حنث؛ لأن اسم الجمع متى أدخل عليه لام التجنيس لما عرف في أصول الفقه فيتناول الأولى وهو الواحد.

ولو قال: والله لا أكلم إخوة فلان وله أخ واحد، فإن كان الحالف يعلم يحنث؛ لأنه ذكر الجمع وأراد به الواحد، وإن كان لا يعلم لا يحنث؛ لأنه لم يرد الواحد فبقيت اليمين على الجمع كمن حلف لا يأكل ثلاثة أرغفة من هذا الجب وليس فيه إلا رغيف واحد وهو لا يعلم لا يحنث.

امرأة قالت: إن كلمت فلانا فعليّ صوم شهر كشهر رمضان فكلمته يلزمها صوم

شهر متفرقا إلا إذا نوت التتابع؛ لأن قولها كشهر رمضان انصرف إلي هذا التشبيه في حق الوجوب لا في حق صفة الواجب.

ولو حلف لا يكلم امرأته فدخل الدار وليس فيها غيرها قال من وضع هذا حنث؛ لأنه قد استفهم والخطاب يتناولها كان كاذبا لاغيًا، وإن كان في الدار غيرها لم يحنث؛ لأنه يحتمل أنه استفهم من غيرها، فإن قال ليت شعري من فعل هذا لم يحنث؛ لأنه خاطب نفسه ولم يكلمها.

ولو قال: والله لا أقول لفلان كذا وكذا فكتب به إليه أو أرسل إليه حنث؛ لأن القائل هو المرسل دون الرسول؛ لأنه سفير ومعبر، ألا ترى أنه لو قال: والله لا أقول لفلان صحبك الله بعافية ثم أرسل إليه رسولا فقال قل لفلان يقول لك فلان صحبك الله بعافية، فإنه يحنث.

ولو قال: لا أكلم فلانا لهذا الأمر فهو على كلامه بعينه ولا يحنث بكتاب ولا رسول؛ لأن الكلام لا يتحقق إلا بالمخاطبة والمشافهة بتحقق الرسالة والكتابة.

حلف لا يقرأ لفلان كتابا فقرأ له كتابا إلا سطرا منه فكأنه قرأه فحنث، وإذا قرأ المعاني التي يحتاج إليها منه فكأنه قرأه.

ولو قال: والله لا أكلم فلانا حتى يقع الثلج على الأرض فوقع الثلج في بلدٍ أخرى قال اليمين باقية ما لم يقع الثلج في تلك البلدة التي حلف فيها، ولو كانت اليمين ببغداد بقي اليمين إلى أن يقع فيها.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا عنى حقيقة الثلج لا وقتها.

ولو حلف لا يكلمه ما دام في هذه الدار ثم خرج من الدار وأهله وعياله فيها فكلمه خارجا منها حنث، ألا ترى أنه يقول أنا في هذه الدار وهو خارج ببدنه أي ساكن فيها.

ولو حلف لا أبتديك بكلام أبدا فالتقيا وسلم كل واحد منهما على صاحبه معا لم يحنث الحالف؛ لأن الابتداء وجود الشيء قبل غيره، فإذا خرج الكلامان معًا لم توجد البداية، وكذلك لو قال: إن كلمتك قبل أن تكلمني؛ لأنه كلمه مع كلامه لا قبل كلامه.

(باب الحلف على الكلام المؤقت)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: إذا ذكر وقتًا واحدًا.

والثاني: إذا جمع بين الوقتين.

(فصل)

حلف لا يكلم فلانا شهرا فهو من حين حلف، ولو قال: والله لأصومن شهرا لا ينصرف إلى ما يليه، والفرق أن ذكر الشهر هنا لإخراج ما وراء عن اليمين؛ لأنه لو أطلق اليمين حرم الكلام دائما فبقي الشهر الذي يعقب اليمين داخلا فيها ضرورة وفي الصوم ذكر الشهر ليس لإخراج ما وراءه عن اليمين لأنه لو اقتصر على قوله: والله لأصومن لا ينصرف إلى الأبد، فإنه لا يقدر على صوم الأبد فكان ذكر الشهر لامتداد اليمين وهو يكره فلا يتناول المعرفة فانصرفت يمينه إلى شهر منكر.

(**المنتقى**): عن محمد رحمه الله: لو حلف بالليل لا يكلم فلانا يوما فهو من حين حلف إلى أن تغيب الشمس، ولو حلف بالنهار لا يكلمه ليله فهو من حين حلف إلى طلوع الفجر؛ لأن مطلق اليمين يقتضي العموم وإنما يخرج ما وراء اليوم والليلة بذكر الوقت فكانت الليلة واليوم داخلين تحت اليمين.

ولو حلف في بعض النهار لا يكلمه يوما فاليمين على بقية اليوم والليلة المستقبلة إلى مثل تلك الساعة من الغد.

وكذلك لو حلف ليلا لا يكلمه ليله.

ولو قال في بعض اليوم: والله لا أكلمك اليوم فاليمين على باقي اليوم؛ لأنه ذكر اليوم معرفا والنكرة لا يدخل تحت المعرفة فما زاد على هذا اليوم لا يدخل فيه بخلاف قوله يوما؛ لأنه ذكره منكرا فأمكن إكماله من اليوم الثاني.

(**الجامع**): ولو قال: والله لا أكلمه من اليوم الذي يقدم فيه فلان فكلمه في اليوم الذي قدم فيه قبل قدومه حنث؛ لأن شرط الحنث كلامه يوم القدوم وقد وجد وإن كلمه بعد القدوم قالوا يجب أن لا يحنث؛ لأنه لم يجعل القدوم شرطا؛ لأنه لم

يقرن به حرف الشرط ولكنه جعله معرفا لما هو شرط الحنث وهو الكلام وإنما يتصور كونه معرفا إذا تقدم؛ لأن من ضرورة كون الشيء معرفا يقدم ذلك الشيء عليه، كما لو قال لامرأته أنت طالق قبل رمضان بشهر كان رمضان معرفا لا شرطا.

وكذا لو قال: أنت طالق قبل قدوم فلان بشهر إذا قدم فلان قبل تمام الشهر لا تطلق؛ لأنه جعل القدوم معرفا للوقت المضاف إليه لا شرطا، ولو عجل الكفارة قبل القدوم لا تصح؛ لأنه لا حنث قبل القدوم.

(فصل)

(**المنتقى**): وروى هشام عن محمد رحمه الله لو قال والله لا أكلمك اليوم وغدًا وبعد غد يدخل الليلة المتخللة فيه؛ لأنه عطف الغد على اليوم فصارا وقتا واحدا فدخلت الليلة ضرورة وكذلك بعد غد.

ولو قال: والله لا أكلمك اليوم ولا غدا صار به منفيًّا على حده كقوله فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فبقيا وقتين منفصلين متفردين بحكم على حدة فلم يدخل الليلة.

ورُوي عن أبي يوسف: الليل لا يدخل؛ لأن اليمين انعقدت على النهار واسم النهار لا يتناول الليلة ولا ضرورة إلى إدخال الليلة فيه فلا يدخل.

وروى بشر بن غياث لو قال: والله لا أدخل هذه الدار اليوم وغدا أو قال لا أدخلها اليوم ولا غدا لا يدخل الليلة المتخللة بين يومين في يمينه إلا أن يكون ابتداء اليمين بالليل فكانت الليلة التي حلف فيها داخلة في اليمين.

ولو قال: والله لا أكلم فلانا يوما ولا يومين فهذا على يومين، فإن كلمه في اليوم الثالث لم يحنث ذكره في الجامع؛ لأنه أفرده بالنفي فصار منفيًّا على حده فكان على اليوم الأول يمينان وعلى اليوم الثاني يمين واحدة.

ورُوي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: أن هذا مثل قوله لا أكلمه ثلاثة أيام؛ لأنه عطف اليمين الثانية على اليوم والمعطوف غير المعطوف عليه.

ورُوي عن محمد لو قال: لا أكلمك اليوم سنة لا يكلمه في مثل ذلك اليوم

سنة، ولو قال: لا أكلمك يوم السبت عشرة أيام فهو على سبتين في عشرة أيام.

وكذلك لا أكلمك يوم السبت يومين أو ثلاثة أيام فهو على سبتين أو ثلاثة؛ لأن أيام السبت لا تدور في ذلك فجعل العدد لأيام السبت.

ولو قال يوم السبت شهرا فهو على أيام سبت شهر وسنة؛ لأن يوم السبت يدور في ذلك فيترك كلامه في يوم السبت ما دام في ذلك الوقت. ولو قال والله لا أكلمك يوما بعد يومين أو قال لا أكلمك يوما قبل يوم فهو بمنزلة قوله لا أكلمك يومين فكذلك لو قال سنة بعد سنة أو بعد السنة أو شهرا بعد شهر أو بعد الشهر.

ورُوي عن محمد لو قال: لا أكلمك يوما يومين فهو على يوم من ساعة حلف؛ لأنه بمنزلة قوله لا أكلمك يوما لما لم يذكر بينهما حرف العطف.

قال أبو يوسف: إذا حلف لا يكلمه أيامه هذه فهذا على ثلاثة أيام وبمثله لا يكلمه أيامه فهذا على عمره كله.

(باب الحلف على الكلام في الوقت المبهم وهو الحين والزمان والدهر)

(**المبسوط**): ولو حلف لا يكلم فلانا الأيام والشهور أو السنين أو الجمع أو الدهور أو الأزمنة فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: الأيام على سبعة والشهور على اثني عشر وغيرهما ينصرف إلى العمر.

لهما: أن الألف واللام للجنس عند انعدام المعهود ومطلق اسم الجنس، إما أن ينصرف إلى أدنى الجنس أو إلى كله وتعذر هنا أن يجعل للأدنى؛ لأن اللام في جميع الأوقات تذكر للزيادة والتكثير، ولهذا أجاز انتزاع الجمع المنكّر من الجمع المعرف فيقال أيام من الأيام وشهر من الشهور وأزمنة من الأزمنة فيجعل لكل الجنس وكل جنس الأيام سبعة لأن حساب الأيام ينتهي بها ثم يعاد وكل ما ينتهي به الشيء والشهور تنتهي بالسنة وهي اثنا عشر والسنة تنتهي بالعمر.

لأبي حنيفة رحمه الله: إن جمع الأيام والشهور والسنين تنتهي بالعشرة؛ لأنه يقال إلى العشرة ثلاثة أيام وثلاثة أشهر وثلاثة سنين إلى العشرة ثم يقال للزائد على ذلك يوما وشهرا وسنة يقال أحد عشر يوما وأحد وعشرون يوما ونحوه، فإذًا العشر أكثر ما يستعمل فيه لفظ الأيام والشهور وكل الشهر ما ينتهي به الشيء والجمع ينتهي بالعشرة كما تنتهي بالعمر فوجب صرفه إلى العشرة لأنها أقل وهي منتفية.

ولو قال: أياما فهو على ثلاثة أيام في قولهم في رواية الجامع.

وذكر في الأصل: أنه على عشرة أيام عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الجمع ينتهي بالعشرة كما في المعرف، والصحيح رواية الجامع؛ لأن الجمع المعرف أكثر من الجمع المنكّر؛ لأن الألف واللام تذكر للزيادة والتنكير على ما يقتضيه الجمع لما بينا فينصرف الجمع المنكر إلى ثلاثة أيام؛ لأنه أقل الجمع، والجمع المعرف ينصرف إلى العشرة لأنها أقل الجمع له.

ولو قال: لا أكلمه جمعة فهو على أيام الجمعة سبعة أيام اعتبارا للحقيقة إلا أن يريد ما بينهما؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه، فإن الجمع يذكر ويراد بها أيام الجمعة، فإنه يقال ما رأيت فلانا منذ جمعة ويراد به الأيام.

حلف لا يكلم فلانا إلى كذا فعلى ما نوى، فإن لم ينو فعلى يوم واحد؛ لأن كذا اسم لعدد مجهول من الواحد إلى العشرة من الساعات أو الأيام أو الأشهر فأي شيء نوى صح، وإن لم ينو ينبغي لن يصرف إلى ساعة واحدة لأنها أقل إلا أن الساعة صارت مستثناة عن يمينه بدلالة حاله؛ لأنه لا يمنع نفسه عن كلامه ساعة باليمين؛ لأن المنع من غير يمين متيسر عليه فانصرف إلى يوم واحد؛ لأنه أقل العدد وإنه متيقن.

وإن قال كذا كذا فعلى ما نوى، فإن لم ينو فعلى يوم وليلة؛ لأنه ذكر عددين مجهولين ولم يذكر بينهما حرف العطف وأقل عددين مصرحين ليس بينهما حرف العطف أحد عشر فيكون كذا كذا عبارة عن أحد عشر فحملنا على أحد عشر ساعة؛ لأنه الأقل وأحد عشر وأحد عشر ساعة ربما لا توجد في يوم واحد فلا بد أن

يدخل تحته شيء من الليل تقدر بساعة وذلك مما يشق عليه معرفته فيدخل الليل فيه تيسيرا.

وإن قال كذا وكذا ولا نية له فعلى يوم وليلة؛ لأنه ذكر عددين مجهولين بينهما حرف العطف وأقل عددين مصرحين بينهما حرف العطف أحد وعشرين فيحمل على إحدى وعشرين ساعة إلا أنه يتعذر معرفته الساعة فجعلناه يوما وليلة تيسيرا.

حلف لا يكلم إلى الحصاد فحصد أول الناس يبرّ؛ لأن الغاية لا تدخل في اليمين فينتهي اليمين بالطرف الأول من الغاية حتى لا يدخل شيء من الغاية تحت اليمين كما لو حلف لا يكلمه إلى الغد.

(**المنتقى**): لو حلف لا يكلمه قريبا فهو على أقل من شهر بيوم، وإن نوى أكثر من شهر يدين في القضاء؛ لأن مدة الدنيا كلها قريبة فقد نوى ما يحتمله لفظه فصح وأدنى القريب ما دون الشهر؛ لأنه في حكم العاجل والعاجل قريب، فإذا لم ينو انصرف إليه.

ولو قال: لا أكلمك قريبا من سنة فهو على ستة أشهر ويوم؛ لأنه إلى سنة أقرب، ولو قال: لا أكلمك إلى بعيد فهو على أكثر من شهر في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه في حكم الأجل.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: البعيد مثل الحين إلى ستة أشهر.

وقال أبو يوسف في نوادر معلّى قوله: سريعًا فهو على شهر غير يوم، ولو قال أجلا فهو على أكثر من شهر وعاجلا أقل من شهر؛ لأن أدنى الأجل هو الشهر فالعاجل ما يكون دونه.

ولو قال: لأهجرنك مليًّا أو طويلا فهو على شهر، ولو نوى أكثر من ذلك لا يصدق قضاء في رواية عن أبي حنيفة؛ لأن الشهر أدنى الأجل والأجل ضد العاجل فيكون مدة طويلة.

ورُوي عن أبي يوسف أنه قال: يصدق في القضاء، ولو قال: بضعة عشر يوما فهو على ثلاثة عشر أقله وأكثره تسعة عشر ولا يكون عشرين من البضع؛ لأن بضعة

من ثلاثة إلى تسعة فيحمل على أقلها عند عدم النية، وكذلك هذا في السنين والشهور.

ولو قال... قال أبو يوسف: حدثني الكلبي في التفسير أنه ثمانون سنة.

وأول الشهر إلى ما دون النصف وآخره إذا مضى خمسة عشر.

وفي نوادر [هشام][1] لو قال: أتيك أول شهر رمضان فالشهر تسعة وعشرون يوما فأتاه في الخامس عشر قبل الزوال لم يحنث وبعد الزوال يحنث.

ورُوي عن أبي يوسف فمن قال لله علي أن أصوم أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر فعليه صوم يوم الخامس عشر والسادس عشر؛ لأن الخامس عشر آخر أوله والسادس عشر أول آخره.

قال محمد رحمه الله: لو حلف لا يكلم رجلا إلى الموسم يكلمه إذا أصبح يوم النحر.

وقال أبو يوسف: لا يكلمه إلى بعد عرفة بعد الزوال؛ لأنه أول وقت من الوقوف وهو الركن في الحج وما قبله ليس بوقت له فصار ما قتل الزوال ويوم التروية سواء، ولو قال: لا يكلم في الحج قال حتى يطوف طواف الزيادة.

ولو حلف لا يكلمه إلى قدوم الحاج فقدم واحد من الحاج انتهاء اليمين؛ لأنه وجد قدوم الحاج.

(فصل)

وروى ابن سماعة عن محمد: لو حلف لا يكلمه الشتاء أو الصيف أو الربيع أو الخريف قال ليس في هذا أمر معلوم إذا جاء البرد الدائم فهو الشتاء، وإذا جاء الحر الدائم فهو الصيف، وإذا قال الناس هذا ربيع كان ربيعا وإن عاد البرد في الربيع لم يكن شتاء؛ لأنه ليس يدوم.

وفي رواية بشر بن الوليد: الشتاء أوله إذا ألبس الناس الحشو أو الفرو، آخره إذا ألقوه، وهو على البلد الذي حلف فيه والصيف إلى أن ييبس العشب والخريف هو

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): ابن هشام.

الفصل الذي في آخر الصيف إلى الشتاء تكلموا في معرفة الشتاء والمختار أنه إن كان الحالف في بلده لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء بالحساب مستمرا ينصرف إليه وإلا فأول الشتاء ما يحتاج الناس إلى لبس الحشو أو الفرو وآخره ما استغنى الناس عنهما، والفاصل بين الشتاء والصيف إذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع في آخر الشتاء إلى أول الصيف والخريف في آخر الصيف إلى أول الشتاء؛ لأن معرفة هذا لبس الناس.

(**الجامع**): لو حلف لا يكلمه أو قال: إن صمت زمانا أو حينا أو الزمان أو الحين ولا نية له فعلى ستة أشهر منكر؛ لأن الحين يعبر به عن الساعة قال الله تعالى: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ ﴿١٧﴾﴾ [الروم: ١٧] والمراد به وقت الصلاة ويعبر عن ستة أشهر قال الله تعالى: ﴿تُؤْتِىٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍۭ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾ [إبراهيم: ٢٥] والمراد به ستة أشهر هكذا فسَّره ابن عباس ويعبر عن أربعين سنة قال الله تعالى: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١] والمراد بها قلنا ولما احتمل هذه المقادير وقد علمنا يقينا أنه لم يرد بيمينه أدنى المقادير وهو الساعة ولا أقصاها باعتبار العرف والعادة وهو أربعون سنة إذ لو أراده لحلف على الأبد فصرفنا إلى أوسطها وذلك ستة أشهر وهو مروي عن ابن عباس، فالزمان في هذا كالحين وأنهما يستعملان استعمالا واحدا يقول الرجل لغيره لم أرك منذ حين ومنذ زمان.

ولو قال: إن كلمت أو صمت دهرا فعبده حر.

قال أبو حنيفة رحمه الله: لا أدري ما الدهر.

وعندهما: على ستة أشهر. وإذا قال الدهر فهو على الأبد؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا صيام لمن صام الدهر**"[1] فأراد به جميع العمر.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥٤/٢ (١١٥٣) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان، عن عمرو. وفي ٤٠/٣ (١٩٧٧) قال: حدثنا عمرو بن علي، قال: أخبرنا أبو عاصم، عن ابن جريج، قال: سمعت عطاء. وفي (١٩٧٩) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا حبيب بن أبي ثابت. وفي ١٦٠/٤ (٣٤١٩) قال: حدثنا خلاد بن يحيى، قال: حدثنا مسعر، =

لهما: أنه الدهر المنكر يعبر عن ستة أشهر؛ لأنه يقام مقام الحين والزمان في الاستعمال فيقال: لم أر فلانًا منذ حين ومنذ زمان ومنذ دهر على السواء.

له: إن مقادير الأسامي واللغات لا تثبت قياسًا وإنما تثبت توقيفا وسماعا من الشرع أو أهل اللغة ولم يرد نص في تقديره ولا فسره واحد من زعماء اللغة فوجب

=

قال: حدثنا حبيب بن أبي ثابت. و«مسلم» ١٦٤/٣ (٢٧٠٤) قال: حدثني محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج، قال: سمعت عطاء يزعم. وفي (٢٧٠٥) قال: وحدثنيه محمد بن حاتم، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: أخبرنا ابن جريج، بهذا الإسناد. وفي (٢٧٠٦) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثني أبي، قال: حدثنا شعبة، عن حبيب. وفي ١٦٥/٣ (٢٧٠٧) قال: وحدثناه أبو كريب، قال: حدثنا ابن بشر، عن مسعر، قال: حدثنا حبيب بن أبي ثابت. وفي (٢٧٠٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن عمرو. و«ابن ماجه» (١٧٠٦) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن مسعر، وسفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«الترمذي» (٧٧٠) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا وكيع، عن مسعر، وسفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«النسائي» ٢٠٦/٤ و٢١٥، وفي «الكبرى» (٢٧٠٤ و٢٧٢٢) قال: أخبرني إبراهيم بن الحسن، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: قال ابن جريج: سمعت عطاء. وفي ٢١٣/٤، وفي «الكبرى» (٢٧١٨) قال: أخبرنا محمد بن عبيد، عن أسباط، عن مطرف، عن حبيب بن أبي ثابت. وفي ٢١٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٧١٩) قال: أخبرنا علي بن الحسين، قال: حدثنا أمية، عن شعبة، عن حبيب. وفي ٢١٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٧٢٠) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني حبيب بن أبي ثابت. وفي ٢١٤/٤، وفي «الكبرى» (٢٧٢١) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن عمرو بن دينار. و«ابن خزيمة» (٢١٠٩) قال: حدثنا محمد بن الحسن بن تسنيم، قال: أخبرنا محمد، يعني ابن بكر (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قالا: أخبرنا ابن جريج، قال: سمعت عطاء يزعم. وفي (٢١٥٢) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، وسعيد بن عبد الرحمن، قالا: حدثنا سفيان، عن عمرو. و«ابن حبان» (٦٢٢٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا القواريري، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا حبيب بن أبي ثابت.

ثلاثتهم: (عطاء بن أبي رباح، وعمرو بن دينار، وحبيب بن أبي ثابت) عن أبي العباس الأعمى المكي الشاعر، فذكره.

التوقيف فيه والتوقف عند انعدام الدلائل أو تعارضها من أمارات كمال العلم وغاية الورع والاحتياط في أمور الدين.

ولو قال: إن صمت أبدا فعبدي حر فشرع في الصوم يحنث.

ولو قال: إن صمت الأبد لم يحنث حتى يصوم العمر فيحنث في آخر حياته ويعتق العبد من الثلاث، والعرف أن الأبد يذكر لتأكيد الوقت المذكور لا للتأقيت قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰٓ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّاتَ أَبَدًا ﴾ [التوبة: ٨٤] أي قط وقوله تعالى: ﴿لَّن تَخْرُجُواْ مَعِيَ أَبَدًا ﴾ [التوبة: ٨٣] أي قط وقوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ﴾ [النور: ٤] أي قط فالمراد به التأكيد لا التأقيت؛ لأن الأفعال مما لا يقبل التوقيت، وإذا كان أبدا يذكر للتأكيد لا للتأقيت بقي الصوم متعريًا عن الوقت فينصرف إلى صوم ساعة فأما الأبد يراد به مدة العُمر لما رُوي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم الأبد، والمراد به العمر فصار الصوم مقرونا بالوقت فصار كأنه قال إن صمت جميع عمري وصار تفسيره بالفارسية: أرمن هميشة زوره دارم فعبده حر مما لم يصم العمر كله لا يحنث.

ولو قال: إن كلمتك الأبد أو ساكنتك الأبد أو قال لامرأته إن قربتك الأبد فهو بمنزلة قوله أبدا يحنث بساعة كما في الصوم؛ لأن هذه الأفعال بالوقت إنما تكون لتقدير الحرمة الثابتة باليمين ويكون الوقت طرفا للفعل ألا ترى لو قال: إن كلمتك أو ساكنتك شهرًا فكلمه أو ساكنه ساعة في الشهر الذي يلي اليمين يحنث، فكذا إذا ذكر الأبد فأما الصوم متى قرن بالوقت فإنما يذكر الوقت لتقدير الصورية؛ لأنه لا يصح في جميع الأوقات لما بينا.

(باب الحلف على البشارة والخبر والمحادثة)

أصله: أن البشارة اسم لخبر سار صدق ليس عند المبشر له علمه، وقيل: البشارة إزالة ترح وإفادة فرح، وقيل: إفادة علم وإيراث فرح، وأصل ذلك ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم مرَّ بابن مسعود ومعه أبو بكر وعمر رضي الله عنهم، وكان ابن مسعود يقرأ القرآن، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**من أحب أن يقرأ**

القرآن غضًا طريًّا كما نزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد"[(١)]. فأخبره بذلك أبو بكر ثم عمر، فكان يقول ابن مسعود: بشرني أبو بكر وأخبرني عمر، فقد سمى أبا بكر مبشرا؛ لأنه أخبره بخبر سار صدق وليس عنده علم، وسمى عمر مخبرًا؛ لأنه أخبره بذلك وعنده علمه بذلك، ولأن البشارة مأخوذة من البشرة وذلك ما يظهر في بشرة الوجه من فرح قال الله تعالى: ﴿وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ مُّسْفِرَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [عبس: ٣٨] والأخبار والبشارة كما يكون بالمشافهة يكون بالمكاتبة والمراسلة قال الله تعالى: ﴿فَبَشَّرْنَاهُ بِغُلَامٍ حَلِيمٍ ﴿١٠١﴾﴾ [الصافات: ١٠١] والمحادثة لا تكون إلا بالمشافهة، ولهذا يقال: أخبرنا الله بكذا ولا يقال حدثنا بكذا.

ولو قال: أي غلام بشرني بقدوم فلان فهو حر، فأخبره واحد ثم واحد، يعتق الأول دون الثاني؛ لأن الأول بشارة والثاني إخبار لما بيّنّا.

ولو كتب أحدهم إليه كتابا بالبشارة يعتق إلا إذا نوى المشافهة؛ لأن البشارة قد تكون بالكتابة؛ لأن الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر.

ولو قال: أي غلام أخبرني فهو حر فأخبره غلام ثم أخبره آخر يعتقان لما بينا.

ولو قال: أي غلام أعلمني لا يعتق الثاني؛ لأن الإعلام ما يحصل به العلم وقد حصل بالأول دون الثاني.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٥٢١/١٠ (٣٠٧٦٢) قال: حدثنا معاوية بن عمرو، عن زائدة. و«أحمد» ٤٤٥/١ (٤٢٥٥) و٤٥٤/١ (٤٣٤١) قال: حدثنا معاوية بن عمرو، قال: حدثنا زائدة. وفي ٤٥٤/١ (٤٣٤٠) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا حماد. و«الترمذي» (٥٩٣) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا أبو بكر بن عياش. و«أبو يعلى» (١٦ و٥٠٥٨) قال: حدثنا أبو كريب، محمد بن العلاء، قال: حدثنا حسين بن علي الجعفي، عن زائدة. وفي (١٧ و٥٠٥٩) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا يحيى بن آدم، عن أبي بكر بن عياش. و«ابن حبان» (٧٠٦٧) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة.

ثلاثتهم: (زائدة بن قدامة، وحماد بن سلمة، وأبو بكر بن عياش) عن عاصم بن أبي النجود، عن زر بن حبيش، فذكره.

ولو قال: أي غلام حدثني به فهو حر فهو على المشافهة؛ لأن المحادثة لا تكون إلا بالمشافهة والمخاطبة لما بينا.

ولو قال: أي عبد أخبرني بقدوم فلان فهو حر فأخبره عبد إن كان صادقا يعتق وإلا فلا.

ولو قال: أي عبد أخبرني أن فلانا قدم فأخبره يعتق صادقا أو كاذبا؛ لأن في الأول عقد اليمين على قدوم فلان؛ لأنه أوصل الخبر به بحرف الوصل والإلصاق وهو الباء فيشترط وجوده ليتحقق الوصل وفي الثاني عقد اليمين على إخبار العبد خاصة وقد وجد.

(**الفتاوى**): ورُوي أن عبد الرحمن بن عوف حلف أن لا يكلم عثمان بن عفان رضي الله عنهما فكان إذا أراد حاجة جعل وجهه إلى الحائط وقال للحائط: افعل كذا، قال أبو يوسف: لا يحنث. قال لآخر كان كذا فقال نعم فحلف أن فلانا حدثه لا يحنث؛ لأنه حدثه؛ لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال فكأنه حدثه بما سأل منه من حيث الاعتبار، ولهذا لو قال الشاهد: أشهد عليك بما في الصّك فقال نعم جازت الشهادة.

وذكر أبو الليث في نوازله: رجل قال لامرأته: إن شكوت مني أخيك فأنت طالق فجاء أخوها وعندها صبي لا يعقل فقالت المرأة إن زوجي فعل كذا وكذا وخاطبت الصبي حتى يسمع أخوها لا يحنث لأنها ما شكت إليه لأنها لم تخاطبه.

فإن قال: إن شكوت بين يدي أخيك قال الفقيه أبو الليث: هذا أشد يريد به أنه يخاف أنه لا يحنث والظاهر أنه لا يحنث؛ لأنه يراد بالشكاية بين يدي فلان الشكاية إليه عرفا.

(**المنتقى**): ورَوى ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل قال: أول من بشرني بقدوم فلان من عبيدي فهو حر فأرسل بعض عبيده عبد آخر فقال قل للمولى إنّ فلانا يقول لك قد قدم فلان فأبلغه ذلك العبد قال يعتق المرسل دون الرسول وهو بمنزلة الكتاب.

وإن قال الرسول إن فلانا قد قدم ولم يقل أرسلني إليك فلان عبدك بكذا عتق الرسول دون المرسل.

عن محمد: رجل قال لرجل والله لا أبلغك شيئًا فكتب إليه حنث، ولو قال: لا أذكرك شيئًا فهو على المواجهة ولا يحنث بالكتابة؛ لأن المذاكرة تكون على المواجهة فأما الذكر والتبليغ قد يكون بالمكاتبة يقال ذكر لفلان شيئًا بالليل والرسالة.

ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل قال: إن كنت قلت لفلان أنك أو أنت رجل سوء فعبدي حر فهو على المواجهة والمشافهة دون الإخبار عنه.

ولو قال: إن كنت قلت لفلان هو أو أنه رجل سوء فهو على الخبر لا يكون على المواجهة.

وإن كان قد واجهه بهذا الكلام وقال: إن كنت قلت لفلان هو أو أنه رجل سوء فهو حانث؛ لأنه قد واجهه كذلك وهذا أشد الأمرين.

ولو قال: إن كنت قلت لفلان أنك أو أنت رجل سوء فهذا كلام يحمل الأمرين جميعًا المواجهة والخبر فهو على ما نوى فيصدق ديانة وقضاء.

امرأة كلمته في إنسان وذكرته عند زوجها فقال لها: إن أعدت على ذكر فلان فأنت طالق، فقالت: إني لا أعيد عليك ذكر فلان لا يحنث لأنها وصفت أنها منتهية عما أمرها أن تنتهي عنه.

وكذلك لو قالت: إنما نهيتني عن ذكر فلان فإني لا أذكره لا يحنث وإن قالت لم نهيتني عن ذكر فلان أو قالت أما نهيتني عن ذكره فلست أذكره يحنث.

وفي نوادر هشام: قال أبو يوسف: إذا حلف أن لا أدعو فلانة فكتب إليها يدعوها في كتابه أو أومأ إليها برأسه تعالي أو بيده ولم ينطق لم يحنث.

قال أبو يوسف: رجل قال لامرأته: والله لا أظهر سرك أبدا أو لا أفشي، فإن خرج إلى رجل واحد وذكره فقد أفشى سره، وكذلك يحنث بالكتابة والرسالة إلى إنسان؛ لأنه حصل الإظهار والإفشاء، وكذلك لو حلف لا يعلم فلانا بمكان فلان فقال له المحلوف عليه أفلان في موضع كذا فأومأ برأسه حنث؛ لأن الإعلام فعل يحصل به العلم، وكذلك يحصل بالإشارة، فأما الإخبار لا يحصل إلا بالكلام أو بالرسالة أو بالكتاب؛ لأن الإخبار هو الجمع بين الحروف المنظومة وذلك يحصل

بالرسالة؛ لأن الرسول ناقل عبارته ولا يحصل بالإيماء ولو حلف لا يخبره بمكان فلان فذهب به حتى وقف على رأسه وأشار إليه لم يحنث؛ لأن الإشارة ليست بخبر.

(**الجامع**): لو قال لعبده: إن بشرتني أن فلانا قدم فأنت حر فبشره كذبا لا يحنث؛ لأن البشارة اسم الخبر يظهر في بشرة الوجه من الفرح والسرور، والسرور لا يحصل بالكذب بل بخبر صدق فليس عند المبشر له علمه حين أخبر وإن ظهر في بشرة الوجه من فرح باعتبار أن الظاهر أنه صادق ثم زال السرور لما وقف المبشر له على خلافه فكان أثر السرور في الحال ناقصا لتوهم الكذب فيما أخبر فلم يطلق عليه اسم البشارة حقيقة ما لم يقف المبشر له على حقيقة الحال فلا يحنث بخلاف الخبر؛ لأن اسم الخبر يطلق على الكذب والصدق جميعًا؛ لأن الخبر في اللغة مشتق من قولهم خبرت واختبرت فلانا عن حاله ومنه سمي الأكار خبيرا؛ لأنه مما يبحث في الأرض للزراعة ومنه سمي العالم خبيرا؛ لأنه يبحث في المعلوم والبحث عن الشيء يكون كما يحصل ما هو المقصود منه أو لم يحصل فكذا الاسم المشتق منه وهو الخبر يكون خبرا، وإن لم يحصل المقصود منه وهو العلم، ولهذا يقال في العرف أخبرني فلان كاذبا كما يقال أخبرني صادقا.

ولو قال: إن أعلمتك أن الحجر ذهب فعبدي حر، لم يكن يمينا؛ لأن الإعلام غير متصور ولا يجعل مجازا عن الإخبار تصحيحا؛ لأنه صحح بحقيقته؛ لأن التعليق بشرط لا يكون نفي الجزاء من الأصل كالتوقيت بما لا يتكون يكون نفيا من الأصل؛ لأن حكم التعليق يبين نفي الجزاء من الأصل إن حصل التعليق بشرط يتكون أو لا يتوقف عليه ونفي الشرط إن حصل التعليق بشرط يتكون؛ لأنه إنما تعلق الجزاء بالشرط لينتفي الشرط فرارا عما يلزمه من الجزاء فجعل لنفي الشرط إذا كان الشرط متصور الوجود ويجعل لنفي الجزاء إذا لم يكن الشرط متصور الوجود كما في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ﴾ [الأعراف: ٤٠].

ولو قال: إن كتبت أن فلانا قدم فكتب كذا يحنث؛ لأن الكتابة عبارة عن حروف مجموعة مفهومة؛ لأن الكتابة في اللغة هي الجمع بين الحروف المعجمة ومنه سمي الجيش كتيبة لاجتماعهم وقد وجد اجتماع حروف مفهومة المعنى فصار تقديره كأنه

قال إن جمعت حروفا في محل معين أن فلانا قد قدم فعبدي حر وقد وجد هذا فيحنث.

ولو قال: إن كتبت بقدومه لا يحنث؛ لأن الباء للإلصاق فكان المشروط هو وصول الكتابة إليه أن فلانا قد قدم ولم يوجد قدوم فلان وقت الكتابة فلا يحنث بخلاف الأول؛ لأنه علق العتق بالكتابة إليه لا بالوصول إليه إلا أن كتب وقد قدم فلان والكاتب لا يعلم بقدومه فحينئذ عتق بلغ الخبر إلى الحالف أم لا؛ لأن غاية غير مشروط وما هو المشروط وهو إيصال الكتاب بالقدوم قد وجد الزيادات.

ولو قال عبده حر إن أظهر سرك أو أفشاه أو حلف أن يكتمه أو يخفيه فكتب أو سأله رجل فأشار برأسه أي نعم حنث؛ لأن الإظهار والإفشاء إزالة الخفاء وذلك يقتضي سابقة الكتمان وقد زال الكتمان والخفاء بالكتابة والإيماء والإشارة فيتحقق الإظهار والإفشاء.

والإخبار والبشارة تقع على القول والكتابة دون الإيماء والإشارة؛ لأن الإخبار تكلم والمرء إنما يكون متكلما بالقول أو بالكتابة أو بالرسالة لا بالإشارة.

ولو ذهب به وأوقعه عليه وأوفى به لا يحنث الأكثر يعني أنه لا يومئ فيقع عليه؛ لأنه من مجملات لفظه وفيه تغليظ وتشديد والكلام والحديث على القول والمخاطبة لما بينا والإظهار والإعلام والاستخدام يكون بالقول والكتابة والإشارة حتى لو حلف لا يستخدم جارية فلان فاستخدمها بكلام أو إشارة يحنث؛ لأن الاستخدام طلب الخدمة وهو يتحقق بالقول والفعل جميعًا، ألا ترى أن الأخرس يكون مستخدما كالناطق، وإن لم يستخدمه ولم يخدمه حنث؛ لأن شرط الحنث الاستخدام وذلك فعله لا فعلها.

حلف لا يقر فهو على الكلام والكتابة كالإخبار؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق والإخبار لا يتحقق بالإشارة، فإن خرس بعدما حلف فأشار برأسه يحنث، فإن كان يمينه على الحديث والكلام لا يحنث؛ لأن بالعجز تصير إشارته بمنزلة الإقرار شرعا إلا أنه إقرار وكلام وحديث حقيقة كما أقيم إلا بما مقام الركوع والسجود لإبانة حقيقته فكذا هذا.

حكاية: وحكي أن في زمن أبي حنيفة رحمه الله سُرّاق أخذوا رجلا وحلّفوه أن لا يخبر أحدا فقال أبو حنيفة: أن يذكر الأسامي بين يديه فيقول لا، فإذا انتهى إلى ذلك الرجل يسكت ولا يكتب ففعلوا ذلك فلم يحنث؛ لأنه لم يخبرهم ولكن استدلوا بسكوته وهكذا لا يحنث والإعلام والإظهار.

حلف أن لا يدل على مكانه فذكروا الأمكنة وسكت عن مكانه لا يحنث؛ لأن الساكت لا يكون مظهرًا ولا مفشيًا ولا دالا؛ لأن ذلك كله فعل والساكت ليس بفاعل بل ممتنع من الفعل لكنهم استدلوا بسكوته على مرادهم واستدلالهم فعلهم فلا يكون شرط الحنث.

وفي كل موضع يحنث بالإشارة لم يصدق في القضاء خاصة أنه لم يرد بالإشارة الجواب.

(القسم الثالث في التكليمات والمعاوضات)

(باب الحلف على البيع والهبة ونحوه)

حلف لا يبيع فباع ولم يقبل لا يحنث، وكذلك الإجارة والصرف والسلم ولو وهب ولم يقبل حنث، وكذلك الصدقة والعارية والقرض، وقال زفر: لا يحنث؛ لأنه عقد تمليك فلا يتم إلا بالقبول كالبيع.

لنا: أن الهبة تمليك من جانب الواهب لا غير؛ لأنه يلاقي ملكه لا غير؛ لأنه يلاقي ملكه لا غير فتتحقق الهبة بلا قبول لغة شرعا إلا أنها لا تفيد الملك بخلاف البيع فإنه تمليك من الجانبين؛ لأنه مبادلة ومعاوضة فلا يتحقق الاسم إلا بوجود الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر فيكون القبول ركنًا لتحقق المعاوضة.

ولو وهبه هبة فاسدة يحنث لأنها هبة، ولو باع بيعًا فاسدًا يحنث، وقيل: لا يحنث لأنه ناقص؛ لأنه لا يفيد الحكم للحال وفي باني الحال لا يفيد حكما كاملا بل يفيد حكما ناقصًا؛ لأنه لا يفيد الحل وشرط الحنث هو الكامل.

وجه ظاهر الرواية أن البيع الفاسد كامل ذاتا؛ لأنه منعقد؛ لأنه قائم بركنه مشروع بحكمه وركنه صدر من أهله في محله وكلمة إفادة الملك في المبيع في الجملة ويفيد ملك جميع التصرفات المختصة بالملك إلا حل الوطء والانتفاع لإيصال المفسد به وهذا لا يحل بإطلاق اسم البيع عليه كما لو اشترى أخته من الرضاع يحنث، وإن كان لا يفيد الحل ولو باع بشرط الخيار للبائع أو المشتري حنث عند محمد ولم يحنث عند أبي يوسف.

لمحمد: أن البيع كامل ذاتا لوجود حده وهو صدور ركنه من أهله في محله وأثر الخيار في استثناء حكم العقلاء في العقد لما تبين وتأخير حكم العقد وعدم التزامه لا يوجب اختلال العقد لم ينعقد كما في بيع الفضول وشراء ما لم يره.

لأبي يوسف: أن شرط الخيار لما كان استثناء بحكم العقد لم ينعقد السبب تاما في حق حكمه فيكون ناقصا في ذاته فلم يتناوله مطلق اسم البيع.

حلف لا يستعير من فلان شيئًا فاستعار حائطا ووضع عليه جذعه يحنث؛ لأنه استعار شيئًا.

ولو استقى من بئره بإذنه لا يحنث؛ لأنه لم يستعر منه شيئا؛ لأنه تملك عين الماء والعارية لا تملك ولا يكون الدلو عارية؛ لأن العارية ما يسلم إلى المستعير فينتفع به ولم يسلم إليه الدلو. ولو استعار منه دلوا فسلم إليه يحنث؛ لأنه استعار منه شيئًا.

(المنتقى): مسائله على فصلين:

أحدهما: في البيع.

والثاني: في الهبة والوديعة والعارية.

(فصل)

لو قال: والله لأبيعن أم ولدي أو هذه المرأة الحرة أو هذا الرجل الحر.

قال أبو حنيفة: إن باعهم بيعا فاسدًا برئ في يمينه وإنما هذا على الفساد؛ لأنه أراد بهذه اليمين البيع تسمية ومجازا لا بيعا حقيقة وشرعًا؛ لأنه لا يتصور البيع حقيقة.

وقال أبو يوسف كذلك في بيع الحر وفي الحرة، وأم الولد على أن يبيعهما بيعا

صحيحا لأنهما قد يعودان إلى الرق بأن ارتدا فسبيا فيتصور ورود البيع عليهما حقيقة فلا يبرأ فيهما إلا بيعًا صحيحًا.

وهذه فرع لمسألة أخرى وهي من قال لامرأة حُرَّة: إن ملكتك فأنت حرة، والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتبر الحال ويثبت الحكم في المستقبل على وفاق ما يقتضيه الحال إلا إذا عبر بنص كلامه، وعند أبي يوسف يحمل على الحقيقة ما أمكن، ونظيره لو حلف ليتزوجن هذه المرأة اليوم ولها زوج فهذا على النكاح الفاسد؛ لأنه لا يتصور العقد الصحيح.

ولو قال لعبد: إن بعتك في هذا البلد أبدا فأنت حر فباعه في هذا البلد إن كان البيع صحيحا لا يعتق؛ لأنه خرج عن ملكه وإن باع فاسدا عتق؛ لأنه حنث وهو في ملكه إلا أن يسلمه إلى المشتري أولا ثم يبيعه فلا يعتق؛ لأنه خرج عن ملكه بنفس البيع.

عن أبي يوسف لو قال: إن اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا شراء فاسدًا ثم تباركا البيع ثم اشتراه شراءً صحيحًا قال لا يعتق؛ لأنه حنث في الشراء الفاسد؛ لأنه شراء حقيقة فانحلت اليمين وارتفعت في النكاح بخلافه.

قال لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها فاسدا ثم تزوجها صحيحا طلقت؛ لأن اليمين لم تنحل بنكاح فاسد؛ لأنه ليس بنكاح مطلق.

بشر عن أبي يوسف رجل قال لأمته: إن لم أبعك فأنت حرة فدبرها أو ولدت منه، قال أبو حنيفة: تعتق؛ لأنه لا يتصور بيعها فتحقق شرط الحنث وهو عدم البيع فحنث، وقال أبو يوسف: لا يعتق؛ لأنه يتصور بيعها لأني لا أدري لعله يعتقها فتزيد ثم تسبى فيشتريها الحالف ويبيعها ثم قال بعد ذلك القول بقول أبي حنيفة.

ولو قال: إن بعت غلامي أحدًا فعلى كذا فباعه من رجلين أو قال إن أكل هذا الرغيف أحد فعليه كذا فأكله اثنان حنث إلا أن يعين واحدًا واحدًا؛ لأن اسم الأحد يتناول الواحد والاثنان فصاعدا.

قال محمد لو قال: إن اشتريت بهذا الثوب شيئًا فهذا الثوب صدقة للمساكين ففعل لا يلزمه شيء؛ لأنه حنث بعدما خرج الثوب عن ملكه.

ولو قال: إن اشتريت بهذه الدراهم شيئًا ففعل لزمه التصدق بها؛ لأن له أن يعطي غيرها فقد حنث والدراهم في ملكه.

رجل حلف لا يبيع هذا العبد ولا يهبه فباع نصفه ووهب نصفه لا يحنث؛ لأن شرط الحنث بيع الكل أو هبة الكل وقد عدما، وكذلك رجل أخذ لقمةً فوضعها في فيه فقال له رجل امرأته طالق إن أكلتها، وقال آخر: امرأته طالق إن أخرجتها من فيك فأكل البعض وأخرج البعض لم يحنث أحدهما.

(فصل)

حلف لا يهب عبده هذا لفلان ثم وهبه له على عوض حنث؛ لأنه هبة صيغة ولفظًا.

رجل قال لعبد رجل: إن وهبك فلان مني فأنت حر فوهبه منه إن كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلم إليه أو لم يسلم؛ لأنه انحلت اليمين بنفس الهبة ولا ملك، وإن كان وديعة في يد الموهوب له وهو الحالف ينظر إن بدأ الواهب فقال وهبت منك لا يعتق قَبِل أو لم يقبَل؛ لأنه انحلت اليمين قبل القبول ولا ملك له وإن بدأ الموهوب له فقال هبة مني فقال الواهب وهبت منك عتق؛ لأن القبول لما سبق وجدت الهبة فانحلت اليمين والملك موجود بوجود القبول والتسليم جميعًا فحنث.

رجل حلف أن لا يقرض فلانا شيئًا فأقرضه وقال: خذها قرضا عليك فلم يقبل ولم يقبضه يحنث في رواية كالهبة وفي رواية لا يحنث كالبيع، ولو حلف لا يهب فوهبه ولم يقبل يحنث، والفرق أن القرض لا يتم إلا بالقبول والقبض؛ لأنه معاوضة معنى؛ لأنه يلزم المستقرض مثله دينا في ذمته وصار كالبيع، ولهذا لو قال: أقرضني فلان ألف درهم فلم أقبل لم يصدق ولا كذلك الهبة؛ لأنه تبرع محض حتى لو قال وهب لي ألفًا ولم أقبل يصدق.

ولو قال: والله لا أستقرض منه فاستقرضه فلم يقرضه حنث؛ لأن الاستقراض طلب القرض وذلك يتحقق بدون الإقراض.

ولو حلف لا يعير ثوبه أبدا فأعاره فلم يقبله يحنث؛ لأنه قد أعاره؛ لأن الإعارة

تبرع بالمنفعة كالهبة تبرع بالعين فيقتصر على المملك، ولهذا لو قال: أعارني ثوبا فلم أقبض العارية صدق كما في الهبة بخلاف القرض لما بينا.

ولو حلف لا يرهن ولا ينكح ولا يخلع فقال قد فعلت ولم يقبل المخاطب لم يحنث؛ لأن هذه العقود لا تتم إلا بالقبول.

ولو حلف لا يسلم هذه الشفعة فلم يسلمها وسكت عن الخصومة فيها حتى بطلت الشفعة لم يحنث، وكذا لو حلفت البكر لا تأذن لأبيها في تزويجها فبلغها فسكتت لم يحنث.

(**الفتاوى**): حلف لا يستعير من فلان شيئًا فأردفه فلان على دابته لا يحنث؛ لأن العارية أن يسلمها إليه، حلف لا يبيع داره فأعطى امرأته بصداقها يحنث؛ لأن هذا بيع حقيقة؛ لأنه تمليك بإزاء تمليك.

ولو حلف لا يشتري بقلا فاشترى أرضا فيها مبقلة واشترط ذلك معها حنث، وكذلك لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى نخلا مع الرطب فاشترط ذلك حنث؛ لأنه لو لم يشترط لا يدخل في البيع وله حصة من الثمن فصار مشتريا له.

رجل أجر دارًا كل شهر بدرهم ثم حلف أن لا يؤاجر هذه الدار فتركها ويتقاضى كل شهر الأجرة لا يحنث؛ لأن الانعقاد في رأس كل شهر لا يتوقف على اختياره فلا يكون أجرا لها، ولو سأله أجر شهر لم يسكنه فأعطاه الأجر لم يحنث؛ لأنه لما أخذ الأجر صار أجرا له.

(**الجامع**): حلف لا يشتري اليوم شيئًا فاشترى عبدا بخمر أو بخنزير قبض أو لم يقبض أو اشترى عينا لم يأمره صاحبه بالبيع حنث قبل إجازة صاحبه؛ لأن هذا بيع فاسد والبيع الفاسد بيع حقيقة لما بينا، وكذا لو اشترى بالدين؛ لأنه مال ولو اشتراه بدم أو ميتة لا يحنث؛ لأنه ليس ببيع؛ لأن البيع مبادلة مال بمال والميتة والدم ليسا بمال بخلاف الخمر والخنزير لأنهما مال لما بينا في البيوع.

ولو اشترى مكاتبا أو مدبرا أو أم ولد لم يحنث؛ لأن في المحل ما ينافي التمليك والتملك وهو حق الحرية فلا ينعقد العقد فيه تمليكا فلا يتحقق بيعًا إلا أن في المكاتب والمدبر يحنث إن أجاز القاضي أو المكاتب؛ لأن المنافي يزول

بالقضاء؛ لأنه فصل مجتهد فيه، فإذا اجتهد ولاح اجتهاده إلى أن ليس في المحل ما ينافيه وينعقد قضاؤه في حق الكل ارتفع المنافي حكما للقضاء فتم العقد وبإجارة المكاتب انفسخت الكتابة فارتفع المنافي، حلف لا يتزوج فلانة فزوجها منه فضولي بغير أمره لم يحنث حتى يخبر المرأة؛ لأن في المحل ما ينافي النكاح؛ لأن الحرية تنافي عقدا يستحق به جزء أجره أو منفعتها؛ لأن الحرية تبنى عن الصفاء والخلوص وإنما يتحقق هذا بانتفاء استحقاق الغير على نفسها حقا إلا أنه سقط اعتبار هذا المنافي في النكاح الجائز باعتبار حاجتها إلى تحقيق المصالح والنكاح الفاسد لا يفيد الحكم والمصالح فكان ناقصا بخلاف بيع الفضولي؛ لأنه انعقد كاملًا؛ لأنه ليس في المحل ما ينافيه إلا أنه يتوقف حكمه على إجارة مالكه كالبيع بشرط الخيار، فإذا جازت ثم النكاح؛ لأنه امتنع النفوذ في حق حكمه لحقها فصار كالمكاتب.

(باب الحلف على الفعل لغيره بأمره أو بغير أمره)

ولو حلف لا يفعل كذا فأمر غيره بفعله ينظر إن كان فعلا له حقوق يتعلق بالفاعل كالبيع والشراء والإجارة والقسمة وسائر المعاوضات لم يحنث؛ لأن مدة العقود صدرت من العاقد والمباشر حقيقة وحقوقها تتعلق به دون الآمر وإنما يقع للآمر حكم العقد فلم يكن نفس العقد مضافًا إلى الآمر فلم يحنث، ولهذا قالوا: لو كان الوكيل هو الحالف يحنث إلا إذا كان الحالف ممن لا يلي مدة الأفعال بنفسه كالسلطان والقاضي ونحوهما يحنث بالأمر؛ لأنه إنما ينفع نفسه عما اعتاده وذلك هو الأمر به، وإن كان الآمر يباشر تارة ويفوض أخرى يعتبر الغلبة وقال بعضهم يعتبر المشتري.

وإن كان قولا لا يتعلق حقوقه بالعاقد بل بالأمر كالنكاح والطلاق والعتاق والكتابة والخلع والهبة والصدقة والوديعة والعارية والقرض والاستقراض أو فعلا ليس له حقوق كالضرب والقتل والذبح والكسوة والقضاء والاقتضاء والخصومة والشركة بأن قال لا أشارك فلانا فأمر إنسانا بأن يشاركه مع فلان، فإنه يحنث بالأمر

وبفعله بنفسه في هذه الفصول؛ لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر بحكم أمره؛ لأن حقوق مدة العقود راجعة إلى الآمر والمأمور سير ومعبر ونائب محض فتقوم عبارته ومباشرته مقام عبارة الآمر ومباشرته.

وعن أبي يوسف في الصلح روايتان في إحداهما بمنزلة البيع؛ لأنه معاوضة كالبيع وفي رواية بمنزلة القسم الثاني؛ لأنه إسقاط للحق كالإبراء فصار مضافا إلى الأمر، فإن قال فيما يتعلق حقوقه بالعاقد يؤيد أن لا أباشر ذلك بنفسي يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فقال: نويت أن لا أفعل بنفسي يصدق في القضاء وفي الطلاق والعتاق والنكاح لو قال: عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء، والفرق أن النكاح والطلاق فعل شيء عني قد يكون بالمباشرة وقد يكون بالأمر والأمر بذلك مثل التكلم به، فإذا نوى المباشرة بنفسه فقد نوى الخصوص وذلك خلاف الظاهر، وأما الضرب والذبح فعل حسي يعرف بأثره إلا بحكم، فإذا لم يباشر حقيقة لم يكن فاعلا إلا بحكم النسبة والإضافة إليه ونحو التشبيب مجازا، فإذا نوى حقيقة ما يكلم به صحت نيته.

حلف أن يبني داره أو يضرب عبده أو ليخيطن هذا الثوب فأمره غيره بالضرب فضربه لا يحنث، ولو حلف لا يضربه فأمر غيره فضربه حنث؛ لأنه يملك ضربه بأمره فيكون الضارب هو الآمر، ولهذا يقال السلطان ضرب فلانا وإن ضربه الجلاد.

ولو حلف لا يضرب حرًّا فضربه غيره بأمره لا يحنث؛ لأنه لم يصح أمره بالضرب؛ لأنه لا يملك ضرب الحر فلم يصر ضرب غيره مضافا إليه إلا أن يكون الحالف سلطانا أو قاضيا لأمة يملك ضرب الأحرار حدًّا وتعزيرا فصح الأمر به وصار الحر في حقهما كالعبد في حق المولى.

قال محمد: سألني أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز رحمهما الله: رجل حلف لا يكاتب إلى فلان فأمره غيره فكتب فقلت إذا كان هذا الأمر من سلطان فأمر المكاتب بالكتاب ولا يكاد يكتب بخطه فهو حانث.

(فصل)

حلف لا يبيع لفلان فباع ماله أو مال غيره بأمره حنث، ولو باع ماله بغير أمره أو بأمر غيره لا يحنث بخلاف ما لو حلف لا يبيع ثوبا لفلان فباع الثوب بأمره أو بغير أمره حنث في الوجهين، والفرق أنه متى ذكر البيع مقرونا باللام واللام حقيقته للتعليل كما يقال توضأ للصلاة وتأهب للشتاء أي لأجلها فقد جعل فلانًا علة وسببًا لوجود البيع وعين فلان لا يصلح سببا لوجود البيع وأمره يصلح سببًا لوجود البيع له فصار الأمر مضمرا فيه فصار كأنه قال لا أبيع بأمر فلان ومتى ذكر الثوب مقرونا باللام لم يكن أن يجعل اللام للتعليل؛ لأن أمر فلانا لا يصير سببا لوجود الثوب فجعلناه للإضافة فصار شرط الحنث وجود البيع منه في ثوب مضاف إلى فلان سواء باع بأمره أو بغير أمره.

حلف لا يشتري لفلان فأمر غيره بالشراء أو الأمر ينوي الشراء للمحلوف له لا يحنث؛ لأنه لم يشتر له؛ لأن الشراء بيع للآمر؛ لأنه وجد نفاذا عليه فنفذ عليه فلا يقع للمحلوف عليه.

(**الجامع الصغير**): لو قال: إن بعت لك ثوبا فهو على وجهين: إما أن عقد يمينه على فعل يحتمل النيابة والوكالة كالبيع والخياطة والصباغة والبناء أو على فعل لا يحتمل النيابة كأكل الطعام وشرب الشراب وضرب الغلام، ولا يخلو إمَّا أن دخل اللام على الفعل أو على العين، فإن أدخل اللام على الفعل فقال إن بعت أو خطت لك ثوبا أو صنعت لك حلما أو بنيت لك دارا ففعله بأمره حنث سواء كانت العين ملكا له أو لغيره؛ لأن اللام جاورت الفعل فأوجب أن يكون فعله أو أفعاله ولن يكون فعله وأفعاله إلا بأمره، وإن دخل اللام على العين فقال إن بعت ثوبا لك ونحوه فباع ثوبا له يحنث باع بأمره أو بغير أمره علم أنه ثوبه أو لم يعلم؛ لأن اللام جاورت العين فأوجبت ملك العين لا ملك الفعل فوقعت اليمين على عين يملكه لا على فعل يملكه فكان شرط الحنث فعل في ملكه وقد وجد سواء كان بأمره أم لا.

وأمّا إذا عقد يمينه على فعل لا يحتمل النيابة فاليمين تقع على ملك الغير سواء

قدم اللام بأن قال: إن أكلت لك طعاما أو شربت لك شرابا أو ضربت لك غلاما أو آخر بأن قال: إن أكلت طعاما لك ونحوه؛ لأن اللام دخلت على ما يملكه وهو العين وعلى ما لا يملكه وهو الفعل فوجب صرفها إلى ما يملكه وهو العين وقد أمكن بتأخير اللام عن العين والكلام يحتمل التأخير، ولهذا لو نوى صحت نيته وفي الفصل الأول كل واحد منهما يملك فكان كل واحد منهما محتملا فوجب الترجيح بالقرب والمجاورة.

(**الفتاوى**): لو حلف لا يصالح رجلًا من حق يدعيه عليه فوكل رجلا فصالحه لم يحنث وكذلك لو حلف لا يخاصمه فوكل بخصومته لم يحنث.

ولو قال: والله لا أصالح فلانا فأمر غيره فصالحه حنث في القضاء؛ لأن الصلح لا عهدة فيه.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد: إذا حلف لا يكاتبه ففعله إنسان بغير أمره فأجازه حنث.

عن محمد رحمه الله: رجل حلف لا يدفع إلى فلان ماله فأمر غيره فضمنه ونفذه بضمانه فهو حانث؛ لأنه إذا نفذه رجع به عليه فصار كأنه دفعه إليه، وكذلك لو أحاله عليه فأعطاه، وإن كانت الحوالة أو الكفالة بغير أمره لم يحنث بأدائها. وكذلك إن تبرع رجلا بالأداء.

ابن سماعة عن محمد: رجل حلف لا يبيع لفلان ثوبا ثم باع الحالف ثوبا للمحلوف عليه فأجاز المحلوف عليه البيع حنث؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

ولو باعه الحالف لنفسه لا للمحلوف عليه لا يحنث؛ لأن البيع لم يقع للمحلوف عليه.

(**النوادر**): ولو قال لامرأته إن لم تكوني غسلت هذه القصعة فأنت طالق فأمرت المرأة خادمتها بغسل القصعة فغسلتها، فإن كان من عادة المرأة أنها تغسل بنفسها لا غير يقع الطلاق لوجود الشرط، وإن كان من عادتها أنها لا تغسل إلا بخادمتها وعرف الزوج ذلك لا يقع، وإن كان من عادتها أنها تغسل بنفسها وبخادمتها فالظاهر أنه يقع إلا إذا عنى الزوج الأمر بالغسيل فلا يقع.

(باب اليمين يقع على بعض ما يحلف عليه دون بعضه)

(**المنتقى**): لو حلف لا يشتري كذا فاشترى شيئًا آخر ودخل المحلوف عليه في البيع تبعا لم يحنث؛ لأن البيع بثوبه بثبوت الأصل لا بالتبع فلم يكن البيع متناولا له، فإن دخل فيه أصلًا حنث؛ لأن ثبوته مضاف إلى البيع فكان البيع متناولا له، مثاله حلف لا يشتري صوفًا أو لبنًا أو آجرًا أو قصبًا فاشترى شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن أو دارا مبنية بآجر وقصب لم يحنث؛ لأنه دخل في البيع تبعا لا مقصودا.

وكذا لو حلف لا يشتري لحما فاشترى شاة حية لم يحنث؛ لأن البيع لم يتناول اللحم، فإن مالية اللحم معدومة للشاة في الحال، ولو حلف لا يشتري تمر نخل فاشترى أرضا فيها نخل وفي النخل تمر وشرط المشتري التمر، فإنه يحنث، وكذلك لو حلف لا يشتري بقلًا فاشترى أرضا فيها بقل للمشتري، فإنه يحنث؛ لأنه دخل في البيع أصلًا ومقصودًا بالتسمية لا تبعا حتى لو لم يسم لا يدخل في البيع بخلاف ما تقدم.

ولو حلف لا يشتري زيتا أو حلف لا يشتري قصبًا ولا خرصا فاشترى بواري أو زنبيلا من خرص لم يحنث؛ لأن الاسم لم يتناول ذلك.

(**الزيادات**): أصله: أن اليمين متى عقدت على القول يعتبر إطلاق الاسم فيه إما حقيقة أو عرفا، فأبو يوسف اعتبر حقيقة الاسم لأنها أحق بالاعتبار كما سيأتي في باب الشرب، ومحمد اعتبر العرف إذ مبنى الأيمان على العرف؛ لأن اليمين يعقد للحمل أو للمنع والإنسان إنما يحمل أو يمنع نفسه عما يتعارف الناس ومتى عقدت اليمين على الفعل يعتبر وجوده سواء تناوله الاسم مطلقا أو لا؛ لأن الإطلاق والتقييد يوجدان في الأقوال، فإن الفعل وجوده بنفسه وحقيقته لا باسمه.

ثم مسائله على فصلين:

أحدهما: في الشراء.

والآخر: في المس.

(فصل)

لو حلف لا يشتري فضة أو ذهبًا فاشترى درهما أو دينارًا أو أحدهما بالآخر أو اشترى دارا في سقوفها ذهب لم يحنث.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه يحنث في الدراهم والدنانير؛ لأنه يتناوله اسم الذهب والفضة حقيقة بدليل أنه دخل تحت قوله عليه السلام: "**الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ**"[1] الحديث حتى جرى الربا فيها، ولهذا لو حلف لا يمس الذهب أو الفضة فمس المضروب يحنث.

وجه ظاهر الرواية: أن مطلق اسم الذهب أو الفضة لا يتناوله عرفا فإنهما اختصّا باسم على حدة في العرف، ولهذا لا يسمى بائع الدنانير ذهبيًّا وإنما يسمى صيرفيا والسوق الذي يباع فيه الدراهم والدنانير لا يسمى سوق الذهب والفضة وإنما يسمى سوق الصيارفة وسوق الذهب أو الفضة سوق الصواغين ومبنى الأيمان على التعارف بخلاف المس؛ لأنه يقوم به وحده وهذا المضروب ذهب وفضة حقيقة فيعتبر الحقيقة فيكون ماسًا للذهب حقيقة فيحنث، وإن اشترى التبر أو القلب أو الطرف منهما حنث لتناول مطلق الاسم له، ولهذا يسمى بائعه ذهبيًّا وصائغيًّا.

حلف لا يشتري حديدًا فاشترى أقفالًا وكانونًا أو مسامير أو إناء من الحديد حنث؛ لأن بائعه يسمى حدادا ويباع في سوق الحدادين وهذا في عرفهم بالكوفة لأن الحداد منهم يبيع هذه الأشياء فأما في عرف ديارنا لا يحنث؛ لأن القفل والإبر والمسالّ يسمى قفّالا وأبّارا ومسليًا لا حدّادًا.

ولو اشترى دراعًا أو سيفًا أو سكينًا لم يحنث؛ لأن بائع هذه الأشياء لا يسمى حدادا بل يسمى بائع السلاح وسوقه يسمى سوق السلاح لا سوق الحداد.

ولو حلف لا يشتري صفرا أو شبها فاشترى فلوسا لا يحنث؛ لأن بائعه لا

---

(١) أخرجه «البخاري» ٧٤/٣ (٢١٧٨ و٢١٧٩) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا الضحاك بن مخلد، قال: حدثنا ابن جريج. و«مسلم» ٤٩/٥ (٤٠٩٥) قال: حدثني محمد بن عباد، ومحمد بن حاتم، وابن أبي عمر، جميعًا عن سفيان بن عيينة، واللفظ لابن عباد، قال: حدثنا سفيان. و«ابن ماجه» (٢٢٥٧) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«النسائي» ٢٨١/٧، وفي «الكبرى» (٦١٢٩) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان.

يسمى صفارا ولو اشترى آنية صفر أو شبه حنث؛ لأن بائعه يسمى صفارا.

ولو حلف لا يشتري خزًّا فاشترى جلود خز يحنث؛ لأن الخز اسم لدابة نفيسة تخرج من البحر وعلى ظهرها خز إلا أن في العرف جعل عبارة عما يتخذ منه في الثوب ويسمى بائع هذا الجلد خزازا ولا يقصد بشراء هذا الجلد إلا الخز وهذا أيضًا في عرفهم.

ولو حلف لا يشتري طينا فاشترى لبنًا أو دارا أو لا يشتري قطنا فاشترى ثوب قطن أو لا يشتري صوفا فاشترى شاة عليها صوف أو مسح صوف لا يحنث لما عرف.

ولو حلف لا يمس شيئًا من هذه الأشياء فمسه حنث في هذا كله إلا في القطن والكتان لما ذكرنا أن الفعل يعتبر وجوده لا اسمه وقد يتم وجود المس به وجده فيراعي وجوده حقيقة وقد وجد بخلاف الشراء؛ لأنه قول لا يتم به وجده فيراعي فيه الاسم دون الحقيقة بخلاف ما لو حلف لا يمس قطنا أو كتانا فمس الثوب منهما لا يحنث؛ لأن الاسم والمعنى قد زال عنه بالغزل والنسج وصار جنسًا آخر بالصنعة، ألا ترى أنه لا يتصور أن يعود قطنا ولا كتانا بنقص الصنعة وفي غيرهما يعود إلى ما كان ينقص بصنعه؛ لأن البواري إذا نقصت عادت قصبا، وكذلك نظائره وإن نوى في هذه الجملة شيئًا فهو على ما نوى.

(باب اليمين في شراء الأدهان والرياحين وشمها)

حلف لا يشتري بنفسجًا فاشترى دهنه يحنث.

ولو اشترى ورقة لا يحنث والقياس لم يحنث وبه أخذ الشافعي لما أن الدهن غير البنفسج ولكنا استحسنا لما كان العرف؛ لأن في العرف يذكر البنفسج ويراد به الدهن لا ورقه وهذا في عرف أهل الكوفة فأما في عرفنا يراد به الورد لا الدهن فلا يحنث، وكذلك إذا حلف لا يشتري الخيري.

حلف لا يشتري دهنًا أو وردًا فاشترى دهنه لا يحنث استحسانا وكان اليمين على الورق لأن في العرف لا يسمى دهنه دهنًا وَوَردًا.

حلف لا يشتري البزر فاشترى دهنه يحنث وهذا أيضًا في عرفهم فأما في عُرفنا يراد بالبزر الحب لا الدهن فلا يحنث في عُرفنا ما لم يشتر الحب.

حلف لا يشتري بزًّا فاشترى فروا أو طيلسانا أو كساء خز لا يحنث؛ لأن البز في عرفهم اسم لنوعين من الثياب لثوب متخذ من القطن ولثوب متخذ من الكتان ولم يشتر ذلك، وأما في عرفنا فالبزر اسم لكل ما يسمى بائعه بزّازًا أو بائع هذه الأشياء لا يسمى بزارا فلم يكن مشتريها مشتري البز فلا يحنث.

حلف لا يشم طيبًا فدهن لحيته بدهن طيبٍ لا يحنث؛ لأن الشم استجلاب الرائحة إلى الأنف ولم يستجلب الرائحة بالشم وإنما وصل إليه ريح طيبة.

حلف لا يشم ريحانا فشم وردًا أو ياسمينا لا يحنث؛ لأن الرياحين عندهم اسم لما يكون لساقه رائحة طيبة كما لورده كالشاسيرم والآس.

والورد اسم لما يكون لورقه رائحة طيبة لا لساقه والياسمين ليس لساقه رائحة طيبة وإنما الطيب لوردة فيكون وردًا، ولو شم آسًا يحنث قيل وهذا في عرفهم فأما في عُرفنا لا يسمى الآس ريحانا.

(باب الحنث في المساومة في الزيادة والنقصان)

(**الجامع**): أصله: أن اللفظ العام يجوز تخصيصه ويقيده بالعرف؛ لأن تخصيص العام جائز بإرادة الحالف، فإن من حلف لا يأكل طعاما ولا يشرب شرابا ونوى طعاما وشرابًا صحت نيته فكذلك بالعرف؛ لأن العرف إرادة جميع الناس فلما جاز التخصيص بإرادة الحالف فلا يجوز بإرادة جميع الناس أولى كمن حلف لا يشتري رأسًا فاشترى رأس عصفور أو رأس جرادة لا يحنث للعرف؛ لأن الإرادة كائنة بالعرف؛ لأن الحكم يثبت باللفظ لا بالنية واللفظ لا يصير موجودًا بالنية والإرادة، فأما اللفظ إذا كان عاما يجوز أن يذكر ويراد به الخاص فبالإرادة تبين أنه أراد باللفظ العام الخاص فيكون الحكم في الخاص ثابتا باللفظ لا بالنية.

مسائله على فصلين:

أحدهما: في المساومة.

والثاني: في البيع.

(فصل)

ساوم رجلا ثوبا بعشرة فأبى البائع أن ينقصه من اثني عشر فقال المشتري عبده حر إن اشتراه باثني عشر فاشتراه بثلاثة عشر أو باثني عشر وزيادة درهم حنث؛ لأن عرض أن لا يلتزم اثني عشر؛ لأن الداعي إلى اليمين والحامل عليها أن لا يلزمه اثني عشر بسبب شراء هذا الثوب حتى ينقضه البائع فصار قوله إن اشتريت مجازا عن قوله إن التزمت عرفا وعادة، فإن الشراء عقد التزام فصار كأنه قال إن التزمت اثني عشر درهما بشراء هذا الثوب فعبدي حر وقد التزمها لما التزم ثلاثة عشر؛ لأن الزيادة على شرط الحنث لا تمنع تحقق الحنث كما لو حلف لا يضرب عبده اثني عشر سوطا فضربه ثلاثة عشر حنث، أو حلف لا يعطي فلانا اثني عشر فأعطاه ثلاثة عشر حنث.

ولو اشتراه بأحد عشر ودينار لم يحنث؛ لأنه لم يشتر باثني عشر درهمًا لا حقيقة ولا مجازا كما لو اشترى باثني عشر درهمًا مجازا عن الشراء بما يبلغ قيمته اثني عشر درهما باعتبار قصد المشتري في العرف؛ لأنه لا يجوز الزيادة على ما ليس في لفظه ولا يحتمله لفظه مجرد العرف والإرادة لما مر.

عرض بيع عبده بألف فطلب المشتري بخمسمائة فقال البائع إن حططت عنك من الألف شيئًا فباع بخمسمائة عتق العبد؛ لأن الحط، وإن لم يوجد حقيقة؛ لأنه إسقاط بعد الوجوب ولم يجب على المشتري الألف إلا أن دلالة الحال دلت على أن المراد من الحط هو النقصان عن المسمى في المساومة؛ لأن الداعي إلى اليمين اختلافهما في الثمن حالة المساومة فصار كأنه قال إن نقصت شيئًا من المسمى عند المساومة.

ولو قال مبتدئا عبده حر إن حططت عنك من الألف من ثمن هذا العبد لم يحنث بالبيع بخمسمائة؛ لأنه جعل شرط حنثه حط بعض الثمن والثمن اسم لما وجب بالبيع ولم يحط عن الثمن الواجب بالبيع ولأنه لو حط عن ثمنه شيئًا لم يعتق؛ لأنه حط بعد الوجوب والعبد زائل عن ملكه.

(فصل)

حلف البائع وقال: عبده حر إن باعه منه بعشرة فباعه بتسعة أو أحد عشر لم يحنث؛ لأن البيع بالعشرة لم يوجد والبائع - وإن رغب عن بيعه بعشرة - كان أرغب عن بيعه بأقل من عشرة باعتبار العرف إلا أن طلب الزيادة في الثمن على عشرة ليس لفظه ولا يحتمله لفظه؛ لأن اسم عدد لا يحتمل عددا آخر فلا يعبر لمجرد العرف والإرادة لما بينا.

ولو حلف لا يبيعه بعشرة حتى يزيده قناعة بعشرة ودينار لم يحنث لوجود شرط البراءة وهي الزيادة المطلقة على عشرة.

وإذا باع بتسعة لم يحنث؛ لأنه لم يبع بعشرة فلا يراعي توقيتا وغاية اعتبرها في البيع بعشرة؛ لأنه لا يتصور قبل البيع بعشرة.

ولو قال: لا أبيعه بعشرة إلا بأكثر أو بزيادة حنث إذا باعه بتسعة؛ لأنه استثنى البيع بالزيادة على العشرة لأن العشرة التي ذكرها مقرونة بالبيع ملغاه مهدورة أو مؤخرة إلى ما بعد الاستثناء لأنا لو لم نلغ العشرة المقرونة بالبيع أو لم نؤخرها للغي الاستثناء؛ لأنه يكون استثناء الكثير من القليل - واستثناء المثل من المثل باطل - فهذا أولى وإلغاء العشرة المقرونة بالبيع أو تأخيرها أولى من إلغاء الاستثناء.

أما التأخير؛ لأنه أهون من الإبطال، وأما الإلغاء فلأن العشرة المصرحة المقرونة بالبيع أرصدت ملغاةً تغيب العشرة المكنية المضمرة في الاستثناء، فإن قوله إلا بأكثر أو بزيادة الثمن اقتضى عشرة، فإن الزيادة لا بد من المزيد عليه وليس ذلك إلا عشرة فعلم أن المنفي جميع البيعات إلا البيع بأكثر من عشرة فبقي البيع بتسعة داخلا تحت اليمين.

ولو باعه بتسعة ودينار يحنث قياسا ولا يحنث استحسانا.

وجه القياس: أن قوله إلا بأكثر خرج بناءً على عشرة دراهم فصار وصفا لها والدراهم لا تكثر ولا تزداد بالدنانير لأنهما جنسان مختلفان حقيقة.

وجه الاستحسان: أن الداعي إلى اليمين أن يزداد في ثمنه على عشرة لا في الدراهم وقد زيد في ثمنه عرفا وعادة لأنهما جنس واحد في العرف باعتبار

ثمنيتهما، فإن الناس يعدونهما جنسًا واحدًا في البياعات وثمنية الأشياء. [والله تبارك وتعالى أعلم بالصواب، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم][1].

(باب الحلف في الكفالة والشركة والعارية والمزارعة)

(**المبسوط**): حلف لا يكفل عنه شيئًا فكفل بنفسه لا يحنث؛ لأنه كفل به لا عنه؛ لأن كلمة عن إنما تستعمل في الكفالة بالمال لا بالكفالة بالنفس يقال كفل عنه أي بماله وكفل به أي بنفسه.

ولو كفل عن كفيله بأمره لا يحنث؛ لأنه ما كفل عنه وإنما كفل عن غيره، ولو حلف لا يكفل فلانا أو بفلان فكفل بنفسه حنث، ولو كفل عنه بالمال لا يحنث؛ لأن الكفالة متى ذكرت مضافة أو ذكرها بكلمة الباء فإنما تستعمل في الكفالة بالنفس، والضمان والكفالة واحد لأنهما ينبيان عن معنى واحد وهو الالتزام.

حلف لا يكفل عن فلان فأحال فلان على الحالف لغريمه أن للمحتال له دينا على المحيل يحنث وإلا فلا؛ لأن في الحوالة ما في الكفالة وزيادة؛ لأن فيها التزامًا أو ضمانًا، فإذا كان على المحيل دين فقد كفل الحالف والتزم أن يقضي عنه دينه فحنث، وإن لم يكن فالمحيل مستقرض منه وموكل المحتال له بقبض ذلك المال فلا يحنث.

(فصل)

(**الفتاوى**): رجل استأجر أو استعار دابة ثم حلف أنها دابته يريد الإجارة والعارية لا يحنث لأنها مضافة إليه بملك المنفعة.

رجل له دابة تستعار فقال بالفارسية: (أكزمر هركسي زايدهم) فامرأته طالق، فأعطى بعض الناس ومنع البعض لا تطلق امرأته؛ لأنه ما أعطى هركسي را.

ولو حلف لا يشارك فلانا في هذه البلدة ثم خرجا جميعًا عن حد البلد وشاركا

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

ثم دخلا البلدة وعملا، ينظر إن أراد باليمين عقد الشركة لا يحنث؛ لأنه انعدم في البلدة وإن أراد العمل بشركته يحنث؛ لأنه عمل بشركته في البلدة.

وكذلك إن دفع أحدهما لصاحبه مالا مضاربة؛ لأن المضاربة نوع من أنواع الشركة.

رجل حلف لا يعمل مع فلان شيئًا في القصارة أو غيرها فعمل مع شريكه يحنث بخلاف ما إذا عمل مع عبده المأذون لا يحنث؛ لأن الشريك يرجع بالعهدة على شريكه فصار الحالف عاملا معه حكما ولا كذلك العبد المأذون، فإنه لا يرجع بالعهد على المولى.

ولو حلف لا يشارك فلانا فشارك شريكه لا يحنث؛ لأنه لم يشاركه حصته ولا حكما ولو حلف لا يزرع فبذر البطيخ أو القطن حنث؛ لأنه قد زرع.

وإن سقى زرعا قد زرعه غيره أو كرب أو حصد لا يحنث؛ لأنه ما لم يبذر لا يسمى له زراعة.

فإن دفع إلى غيره مزارعة أو استأجر أجيرًا فزرع أجيره لا يحنث إن كان ذلك الرجل ما يلي الزرع بنفسه؛ لأنه غير زارع وإن نوى أن لا يأمر غيره حنث؛ لأنه نوى ما يحتمله وفيه تغليظ.

وإن زرع غلامه أو أجير له وقد كان يعمل له قبل ذلك يحنث؛ لأنه كان يزرع قبل اليمين بهذا الأجير فيدخل هذا النوع تحت اليمين، إلا أن يعني بنفسه؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

(باب الحلف على القضاء والاقتضاء)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الاقتضاء المطلق.

والثاني: في الاقتضاء المؤقت.

(فصل)

حلف ليقبضن من فلان حقه فأخذ منه أو من وكيله أو من كفيله عنه أو من محتال

عليه بأمر المطلوب برّ؛ لأن القبض من هؤلاء قبض من المطلوب معنى لأنهم قائمون مقامه في القضاء والأداء، وإن كانت الحوالة والكفالة بغير أمر المطلوب لم يبرّ لأنه متبرع في الإيفاء فلم يكن قابضا حقه عنه معنى.

وكذلك لو حلف ليعطين فلانا حقه بأمر غيره بالأداء أو إحالة فقبض برّ ولو كان بغير أمره حنث.

وذكر في (**الجامع الصغير**): حلف أن يقضي دراهمه فباع منه شيئًا وقبضه لا يحنث ولو أبرأه أو وهبه منه يحنث؛ لأن طريق اقتضاء الحق هو المقاصَّة بين المقبوض والدين، فإن المقبوض يصير مضمونا على القابض دينا عليه ثم يصير قصاصا لماله لما عرف في موضعه وهذا المعنى يحصل بقبض العروض بخلاف الإبراء؛ لأنه إسقاط محض وليس فيه اقتضاء حق.

حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فهرب منه الغريم لا يحنث؛ لأنه حلف على فعله في الفراق ولم يوجد وإنما فارقه غريمه ومفارقته ليست بشرط للحنث.

ولو أحاله المطلوب بالمال على آخر وقَبِل ثم أفلس المحتال عليه فرجع على المطلوب لا يحنث؛ لأن اليمين ارتفعت بالبراءة الثابتة بالحوالة واليمين متى انحلت لا تعود.

وكذلك لو أبرأه الطالب أو وهبه منه ثم فارقه لا يحنث عندهما، وعند أبي يوسف يحنث، وهذا بناء على أن الغاية في اليمين متى صارت مستحيلة الكون هل ينحل اليمين فعندهما ينحل خلافًا له كما إذا حلف لا يكلم فلانا حتى يأذن له فلان آخر فمات فلان قبل الإذن ثم كلمه انحلت اليمين عندهما خلافًا له فكذا هذا جعل الاستيفاء غاية ليمينه وبعد البراءة لا يتصور الاستيفاء فصارت الغاية مستحيلة الكون فانحلت اليمين عندهما خلافًا له.

ولو لم يحل ولكن أعطاه فوجد أكثره زيوفًا لا يحنث، وإن وجد أكثره ستوقًا حنث؛ لأن الزيوف من جنس الدراهم، ولهذا لو يجوز به جاز فلا يمنع صحة الاستيفاء بخلاف الستوق، فإن كان الأكثر فضة والأقل ستوقا لا يحنث؛ لأن العبرة للغالب فبعد هذا عنيا بالفضة.

ولو أعطاه حقه فاستحقه غيره لا يحنث؛ لأن بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا، ولهذا لو اشترى عبدا بجارية مستحقة وقبض العبد فأعتقه بعتق وبدل المستحق هنا ما في ذمته من الدين فيصير ملكا له فتبرأ عنه فصار كما لو أبرأه ثم فارقه لا يحنث عندهما خلافًا لأبي يوسف.

حلف لا يحبس حقه ولا نية له يحنث إن لم يرد للحال؛ لأنه حابس بذمته إلا إذا نوى الحبس بعد المطالبة؛ لأنه يذكر ويراد به بعد المطالبة. فإن أعطاه ونسيا شيئًا منه يعطيه حين يذكر ولا يحنث؛ لأن المنسي لا يكون محبوسا؛ لأن الحبس هنا عبارة عن ترك الفعل وهو ترك الإعطاء لا عبارة عن إحداث فعل في المحبوس وترك الفعل إنما يكون مضافا إليه إذا قصده، فإذا لم يعلم بالحق لا يتصور منه القصد إلى الحبس وهو ترك الإعطاء فلا يكون مضافا إليه.

حلف لا يحبس متاعه فقال: خذه، فقال الطالب: أخذته يبرأ؛ لأنه صار مقتضيًا بالتخلية؛ لأن التخلية بمنزلة الوضع في يده.

حلف ليعطين حقه عاجلا إن أعطاه قبل مضي الشهر برَّ في يمينه وإلا حنث؛ لأن العاجل ضد الآجل وأدنى الآجال في معاملات الناس إنما هو الشهر فكان الشهر عرفا في حد الأجل فيكون ما دونه في حد الأجل.

(فصل)

حلف ليعطينه في أول الشهر فأدى في النصف الأول برئ وإلا حنث؛ لأن أول الشهر يكون طرفه الأول.

ولو حلف ليقضين دينه رأس الشهر أو إذا أهل الهلال فله ليلة الهلال ويومه كله؛ لأن رأس الشهر إذا أطلق يراد به هذا، فإنه يقال اليوم الأول من الشهر، فإن أول الشهر في العرف إذا أطلق يراد به النصف الأول لا الساعة التي يهل فيها الهلال.

ولو حلف ليقضين حقه في أول الشهر وآخره يقضي في اليوم الخامس عشر والسادس عشر؛ لأن أحدهما في أوله والثاني في آخره.

حلف ليقضين حقه صلاة الظهر فالمعتبر وقت الظهر كله؛ لأن الصلاة في هذا الوجه عبارة عن الوقت؛ لأن قضاء الدين يتحقق في الوقت لا في الصلاة كما يقال أتيك لصلاة الظهر أي لو فيها حلف ليعطين حقه إذا صلى الظهر فله وقت الظهر كله؛ لأنه لا يصح تعليق الإعطاء الشرط؛ لأنه لا يوجد بوجود الشرط فلغى كلمة الشرط فصار كأنه قال ليعطين حقه صلاة الظهر فيتناول جزءًا من الوقت وأنه غير معين.

حلف آخر الشهر أن يعطيه كل شهر درهما ينبغي أن يعطيه في كل الشهر وكل شهر يستقبل درهما.

ولو قال: ليقضين عند طلوع الشمس فذلك من حين بدوها إلى أن تبْيَضّ؛ لأنه إلى ذلك الوقت من وقت الطلوع، ولهذا لا يجوز الصلاة فيه.

حلف ليعطينه رأس الشهر فأعطاه قبله أو أبرأه أو مات الطالب سقط اليمين عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يسقط ويحنث إذا جاء رأس الشهر بناء على ما إذا حلف أن يشرب ما في هذا الكوز فأهرق الماء.

فإن مات المطلوب لا يحنث بالإجماع؛ لأنه عجز عن القضاء في آخر حياته بمعنى ومن الله تعالى فارتفعت اليمين لفقد أهلية الحالف بالموت.

وكذلك إذا قال: ليقضين فلانا ماله وفلان مات قبله وهو لا يعلم لا يحنث، وإن كان يعلم يحنث، وعند أبي يوسف: يحنث علم أو لم يعلم وهو على قياس ما لو حلف على قتل فلان.

حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات قبل الإذن ثم أعطاه لا يحنث عندهما، وقال أبو يوسف: يحنث؛ لأنه وجد شرط الحنث واليمين غير منحلة؛ لأن انحلالها إنما يقع إمّا بالبراءة أو بالحنث وبموت فلان لم يتحقق شيء من ذلك.

لهما: أنه جعل إذن فلان غاية ليمينه، فإذا مات وقع اليأس عن الغاية فارتفعت اليمين ولأن حكمها إيجاب حرمة مؤقتة إلى غاية إذن فلان ولا يتصور بقاء هذا الحكم بعد موته فيرتفع اليمين بفوات حكمها كالنكاح يرتفع بحرمة المصاهرة.

(**المنتقى**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الاقتضاء.

والثاني: في ملازمة الغريم ومفارقته.

(فصل)

قال: إذا قال: إن لم أزن مالي على فلان أو لم أقبضه في كيس أو إن لم أقبض مالي عليه دراهم فأخذ بالدراهم عرضا أو خلاف جنس حقه لم يبر؛ لأنه خص قبض الدراهم حيث قيدها بالوزن أو بالكيس أو بالدراهم فانصرف إلى قبض مخصوص وهو جنس حقه فانتفى معنى العموم.

إبراهيم عن محمد رحمه الله: لو قال: والله لا آخذ مالي عليك إلا ضربة أو دفعةً فجعل يزن درهما درهما ويعطيه بعد أن يفرق في وزنها لم يحنث؛ لأنه بعد الوزن أخذها بدفعة واحدة.

وإن أخذ في عمل آخر غير الوزن في ذلك المجلس حنث؛ لأنه متى تبدل المجلس اختلف الدفع.

حلف لا يقبض ماله من المطلوب اليوم فقبضه من وكيل المطلوب حنث؛ لأن الوكيل في قضاء الدين نائب محض وإن أخذ من كفيله أو من المحتال عليه لم يحنث؛ لأنه لم يقبض من نائبه.

ولو كان المكفول له والمحتال له ليس لهما دين وكانا وكيلين، فإن كانت الحوالة والكفالة قبل اليمين حنث، وإن كانت بعدها لم يحنث وإن أحال الطالب رجلا عليه وليس للمحتال له على المطالب دين بقبض ذلك الرجل حنث؛ لأنه وكيل الطالب في القبض، وإن كانت الحوالة قبل اليمين لا يحنث؛ لأنه وكيله لما نبين.

ولو وكل الطالب وكيلًا بالقبض قبل اليمين فقبض الوكيل بعد اليمين لا يحنث.

وإن وكله بعد اليمين فقبضه الوكيل حنث؛ لأنه إنما يصير قابضا بقبض الوكيل بحكم التوكيل والاستنابة سابقة على اليمين ولا يتصور امتناعه عن قبض الوكيل فصار قابضا حكما لا عن اختيار فلا يدخل تحت اليمين كأنه قبضه قبل اليمين فأما

الوكالة بعد اليمين صدرت منه عن اختيار فصار قابضا بقبض وكيله عن اختيار.

ولو أخذ منه رهنا فهلك الرهن في يده لم يحنث؛ لأنه بمنزلة إيراد في حق ملك الرقبة وشرط الحنث قبض يفيد ملك الرقبة واليد جميعًا.

ولو اشترى به شيئًا وقبض اليوم حنث؛ لأن المبيع بدل عن الدين فكان قبضه كقبض الدين، ولو اشترى يوم حلف وقبضه من الغد لم يحنث؛ لأن القبض حصل في الغد.

ولو حط عنه بعضا وأخذ بعضا لم يحنث؛ لأنه يقبض ماله من المطلوب.

ولو اشترى به بيعا فاسدا وقبضه، فإن كان في قيمته وفاءً حنث؛ لأن هذا القبض موجب للقيمة مع المقاصة فيكون هذا قبضا للدين معنًى، ألا ترى أن رجلين لو كان بينهما مال على رجل فغصب أحدهما ثوبا واستهلكه رجع عليه شريكه.

ولو كان الثوب في يد رب الثوب فاستهلكه بأن أحرقه ولم يقبضه لم يرجع عليه شريكه؛ لأن في الوجه الأول صار قابضًا وفي الوجه الثاني لا.

ولو قال: والله لا أقبض مالي عليك اليوم فتزوج الحالف أمة المطلوب على ذلك المال في اليوم ودخل بها لم يحنث.

وكذا لو شج الطالب المطلوب شجة موضحة فيها قصاص فصالحه على خمسمائة كانت قصاصا ولا يحنث.

وكذلك لو كان دينه مؤجلًا وأقرضه المطلوب في يومه ذلك خمسمائة درهم ثم حل دينه بعد ذلك اليوم فصار قصاصا لم يحنث.

وإن حل دينه في ذلك اليوم، فإن كانت الفرقة قبل الحلف لم يحنث، وإن كانت بعده حنث.

بشر عن أبي يوسف: لو قال: عبده حر إن لم يقض فلانا ماله إلى شهر فمات المحلوف عليه فقضاه الحالف وارثه أو وصية لا يحنث.

ولو قال: إن لم أدفع إليك حقك قبل الجمعة فلله علي كذا فمات من له الدين قبل الجمعة لا يحنث في قول أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: إن دفع إلى الورثة أو الوصي بر، وإن لم يدفع حتى مضت الجمعة حنث.

ولو قال إن لم أقضك مالك غدًا فعليّ كذا ثم غاب المحلوف عليه، فإذا دفع إلى القاضي برئ ولا يحنث؛ لأن القاضي في هذه الصورة انتصب نائبًا عنه في هذا الحكم نظرًا للحالف فصار الدفع إلى القاضي بمنزلة الدفع إلى وكيله.

وذكر في واقعات الناطفي وقال: وينصب القاضي وكيلًا ويأمره بالدفع إليه، فإذا دفع إليه لا يحنث، وهكذا ذكر في فتاوى السمرقندي.

وذكر في (**المنتقى**): عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يحنث إذا دفع إلى الوكيل الذي نصبه القاضي عنه والمختار أنه لا يحنث؛ لأن هذا بمنزلة وكيله.

عن أبي يوسف: لو حلف ليجهدن في قضاء ما عليه لفلان قال يبيع من متاعه ما كان القاضي ينتفع عليه.

(فصل)

عن أبي يوسف: لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه منه فقعد مقعدا حيث يراه حتى لا يفوته ويحفظه فهو غير مفارق، فإن كان بينهما سترا وعمود من أعمدة المسجد، وكذلك إن قعد أحدهما داخل المسجد والآخر خارجه والباب بينهما مفتوح يحنث ويراه، فإن تواري عنه بحائط المسجد والآخر داخل فيه فقد فارقه، وكذلك إن كان بينهما باب مغلق إلا أن يكون المفتاح بيد الحالف أدخله وأغلقه وقعد على الباب فهذا لم يفارقه.

ولو قال لغريمه: والله لا أفارقك حتى تعطيني حقي اليوم ونيته أن لا يترك لزومه فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يعطه لم يحنث وإن فارقه بعد مضي اليوم حنث، وكذلك لو قال أقدمك إلى السلطان أو كلمك السلطان مني فمضى اليوم ولم يفارقه ولم يخلصه منه سلطان لا يحنث إلا بتركه ومفارقته، ولو قدم اليوم فقال: والله لا أفارقك اليوم حتى تعطيني حقي ففارقه بعد مضي اليوم لم يحنث أيضا؛ لأنه وقت

الفراق بذلك اليوم وفي الأول ما وقت الفراق باليوم بل وقت الإعطاء باليوم فكان شرط الحنث المفارقة مطلقا.

(**الفتاوى**): رجل قال لغريمه: والله لا أدع مالي عليك اليوم فقدمه إلى القاضي وحلفه برّ؛ لأنه لم يتركه، وكذلك لو لم يقدمه إلى القاضي ولازمه إلى الليل برّ؛ لأنه لم يترك، وإن لم يخل ماله فقال له أعطني مالي فقد برّ؛ لأنه لم يترك. حلف لا يقبض المغصوب من الغاصب فجاء الغاصب به، وقال: يسلمه فقال المغصوب لا أقبله لا يحنث وبرئ الغاصب؛ لأن شرط الحنث القبض ولم يوجد وشرط البراءة الرد وقد وجد.

رجل قال: والله لأقضين مالك اليوم فأعطاه ولم يقبض إن وضعه بحيث تناله يده ولو أراد لا يحنث؛ لأنه صار قاضيا.

رجل له على رجل دين والابن عالم به فمات المديون فشهد عند الابن عدلان أن أباك قد قضاه هذا الدين لا يسع الابن أن يحلف عند القاضي أن لا أعلم له على أبي دين؛ لأن شهادتهما عنه ليست حجة.

رجل لازم غريمه فقال والله لا أدعك تذهب حتى تعطيني حقي ثم قام فقام الغريم وذهب لا يحنث؛ لأنه لم يدعه وإن قام الحالف فاتبعه لا يحنث، فإن ذهب وتركه حنث؛ لأنه تركه.

رجل يدعي أرضًا في يد صهره وقال إن تركت هذه الدعوى حتى أخذها فامرأته طالق ثلاثا إن طلب ذلك وخاصم فيها كل شهر مرة ولا يدعي تمام الشهر حتى يطلب ويخاصم لا تطلق امرأته وهذه فرع ما إذا حلف ليقضين حق فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر برّ في يمينه.

(**الجامع**): لرجل على آخر مائة فقال: عبده حر إن أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فقبض البعض دون البعض حتى غابت الشمس لم يحنث. ولو قال إن أخذت منها درهما دون درهم فأخذ خمسة حنث، والفرق أن في الأولى جعل شرط الحنث قبض المائة متفرقا في اليوم؛ لأن قوله أخذتها قالها كناية عن المائة وقوله درهما دون درهم عبارة عن التفريق والشروط تراعى ما أمكن فما لم يوجد قبض المائة

متفرقا لا يحنث ولم يوجد قبض المائة كلها فلا يحنث حتى إذا قبض خمسين ثم خمسين يحنث حين قبض الآخر؛ لأنه حمل الشرط قبل الثانية جعل شرط الحنث قبض بعض المائة؛ لأن من كلمة تبعيض وقد وصف البعض بالتفرق إلا أن التفرق قد لغا؛ لأن شرط حنثه قبض أدنى ما يطلق عليه اسم البعض من المائة وأدنى البعض لا يمكن تفريقه؛ لأن أدنى البعض مما لا يقبل التفريق وقد وصف البعض بما لا يوصف به فلما ذكر التفريق فصار كأنه قال إذا أخذت منها وفي الأولى وصف جميع المائة بالتفرق والمائة مما يقبل التفرق فقد وصف المائة مما لا يتصف به فلا بد من مراعاة هذا الوصف في المائة فصار شرط حنثه قبض المائة متفرقا، فإن قبض خمسين ثم خمسين فوجد بعضها زيوفا فردّ أو استحق بعضها فرد لا يبرّ؛ لأن قبض المائة وقع صحيحا؛ إلا أن الزيوف والاستحقاق لا يمنع صحة القبض لما مر فحنث وبالرد انتقض القبض بعد صحته وإنما ينتقض حكما لانتقاض القبض مما يحتمل النقض والحنث مما لا يحتمل النقض فلا ينتقض حكما لانتقاض القبض.

ولو وجدها ستوقا فرد لا يحنث ما لم يستبدل؛ لأن القبض لم يقع صحيحا؛ لأن الستوقة ليست من جنس ما عليه.

ولو وزن خمسين وقبض ثم خمسين في مجلس واحد لم يحنث استحسانا، وجه القياس أن شرط حنثه قبض بعض المائة وقد قبض بعض المائة فقبض الخمسين الأولى.

وجه الاستحسان أن يفرق القبض في مجلس واحد يعدُّ قبضًا للجملة عرفا، ألا ترى أنه يقال فلان قبض حقه ينفذ واحد وإن حصل النقد متفرقا لما كان المجلس متَّحدًا فتركنا القياس بالعرف.

(باب الحلف على التزويج)

(**المبسوط**): حلف لا يتزوج فتزوج فاسدًا لا يحنث استحسانًا ويحنث قياسًا؛ لأنه يطلق عليه اسم النكاح كما لو أضاف إلى الماضي بأن قال إن كنت تزوجت فعبدي حر وقد كان تزوج نكاحا فاسدا يحنث.

وجه الاستحسان أن النكاح الفاسد نكاح صورة لا معنى؛ لأنه لا يفيد أحكامه وهو استباحة البضع وحل التمتع والنكاح وضع لاستباحة البضع فيكون ناقصا فلا يدخل تحت مطلق اسم التزويج إلا بالنية كبيع الحر بخلاف النكاح إذا أضيف إلى الماضي تناول الفاسد؛ لأن ذلك حكاية عن الماضي والحكاية كما يكون عن الفعل الصحيح يتحقق عن الفعل الفاسد.

فأما النكاح المضاف إلى المستقبل فالغرض منه الاتحاد عن عقد شرعي مقيد بحكمه ومقاصده.

فأما الفاسد فممنوع عنه والإنسان لا يمنع نفسه عما هو ممنوع عنه شرعًا.

ولو حلف لا يشتري فاشترى فاسدا يحنث؛ لأن البيع الفاسد يفيد حكمه ومقصوده وهو الملك فيكون بيعا حقيقة فيتناول مطلق اسم البيع.

(المنتقى): مسائله على فصلين:

أحدهما: في التزويج.

والآخر: في الأمر بالتزويج.

(فصل)

رجل قال: إن تزوجت امرأة فعبدي حر فتزوج صبية حنث، ولو قال: إن كلمت امرأة فكلم صبية لا يحنث؛ لأن الصبا مانع عن هجران الكلام فلا يراد الصبية في اليمين المعقودة على الكلام عادة ولا كذلك التزويج.

وكذلك لو حلف لا يشتري امرأة فاشترى جارية صغيرة لم يحنث بخلاف الحلف على التزويج، والفرق أن اسم المرأة مطلقا لا يتناول الصغيرة إلا في الشراء اعتبر ذكر المرأة؛ لأن الشراء قد يكون للرجل وقد يكون للمرأة ولم يعتبر ذكر المرأة في النكاح؛ لأن النكاح لا يكون إلا للمرأة فلما ذكرها لعدم الفائدة فصار كما لو حلف أن لا يتزوج فتزوج صبية حنث.

عن أبي يوسف: رجل حلف ليتزوجن سرا، فإن أشهد شاهدين فهو سر؛ لأنه لا يتصور بدون الشاهدين وإن أشهد ثلاثة فهو علانية؛ لأنه يتصور بدون الثلاثة، فإذا أشهد الثلاثة صار علانية.

هشام عن محمد: لو حلف لا يتزوج من نساء أهل البصرة فتزوج امرأة كانت

ولدت بالبصرة ونشأت بالكوفة وأوطنها قال يحنث على قول أبي حنيفة؛ لأنه كان يقول هذا على المولود وهو المختار لأن المعتبر في ذلك الولادة، وقال أبو يوسف: لا يحنث وهذا على الوطن.

ولو حلف لا يتزوج من نساء بغداد فبعث إلى امرأة واسطية فجاءته وتزوجها ينظر إن كانت المرأة حين دخلت بغداد وأوطنت بغداد حنث، وإن قالت: إن تزوجني أقمت وإلا انصرفت لم يحنث لأنها ليست من بغداد، ألا ترى أنها تصلي صلاة مسافر بعد.

عن محمد: لو حلف لا يتزوج امرأة كان لها زوج قبله فطلق امرأته تطليقة بائنة ثم تزوجها لم تطلق؛ لأن يمينه على غيرها لأن الحامل على هذه اليمين عيب يلحقه بسبب زوجها وهذا إنما يكون من غيره.

رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى حلف لم يحنث ما لم يتخذ ذلك منزلا لها ويسكنه وإن بنى لها في منزله حنث، ولو قال: والله لأتزوجن بالكوفة فزوجه الولي امرأة كبيرة ببغداد فبلغها الخبر وهو بالكوفة فأجارت قال يبرّ في يمينه؛ لأنه إنما صار متزوجا يوم أجازت النكاح.

وكذلك لو قال: والله لأتزوجن يوم الجمعة فزوجه الولي يوم الخميس ثم أجازت هي يوم الجمعة.

رجل قال: إن تزوجت امرأة أو أمرت من يزوجنيها فهي طالق فأمر رجلا فزوجها إياه لم تطلق؛ لأنه حنث بالأمر فحين زوج زوج واليمين مرتفعة فلا يحنث.

وكذلك لو قال لامرأتين: إن خطبتكما أو تزوجتكما فأنتما طالقتان فخطبهما ثم تزوجهما لا يقع الطلاق؛ لأنه حين خطبهما حنث لوجود الشرط لما بينا في كتاب الطلاق؛ لأنه متى علق الطلاق بأحد الفعلين يقع عند أولهما؛ لأنه لو لم يقع عند أولهما لصار معلقا بهما؛ لأنه يصير كلاهما مانعا فحين تزوجهما فاليمين منحلة فلا يحنث.

(فصل)

حلف لا يتزوج امرأة فجن فزوجه أبوه امرأة لا يحنث بخلاف ما لو وكل إنسانا

بالتزويج فزوجه يحنث والفرق أن الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فقام مباشرة الوكيل مقام مباشرة الموكل إذ هو أهل للمباشرة والمجنون ليس هو بأهل للمباشرة فاقتصرت المباشرة على الأب.

عبد حلف لا يتزوج امرأة فزوجه مولاه وهو كاره لا يحنث بخلاف ما إذا أكره على التزوج فتزوج يحنث؛ لأن شرط الحنث الفعل وقد وجد هنا ولم يوجد ثمة.

رجل حلف بالفارسية: رم سارم، اختلفوا فيه أن قوله: أوزدن، يقع على الفعل أم على العقد والأصح أنه يقع على العقد؛ لأنه هو المتعارف فيما بينّا.

(**الجامع**): أصله: أن الحالف متى علّق الجزاء بجمع معرف كالرجال والنساء يتعلق وقوع الجزاء بأدنى ذلك الجنس وهو الواحد، وإن علقه بجمع منكر يتعلق بأقل الجمع وهو الثلاث؛ لأن الجمع متى دخل عليه الألف واللّام يصير بمعنى اسم الجنس ويسقط اعتبار معنى الجمع فيه؛ لأن الألف واللام لتعريف الجنس عند انعدام المعهود فمتى اعتبر بالجمع لا يحصل معنى التعريف؛ لأن مطلق اسم الجمع ينصرف إلى أوله وهو الثلث، والثلث في الجملة مجهول غير عرف ومتى اعتبرنا الجنس حصل التعريف وهو تعريف الجنس ولا يلغو معنى الجمع فيه، فإن الجنس جمع معنى، فإن اللام لاستغراق كل الجنس واستيعابه فكان اعتبار الجنسية أولى من اعتبار الجمع وهذه الضرورة معدومة في الجمع المنكر فوجب مراعاة معنى الجمع فيه وأقل الجمع الحقيقي ثلاثة فانصرفت اليمين إليها لأنها منتفية والزيادة عليها مشكوك فيها.

وأما إذا علق الجزاء باسم جنس يتعلق وقوعه بأدنى ما يطلق عليه اسم ذلك الجنس ذكره معرفا باللام أو منكرا كما إذا قال امرأته طالق إن اشتريت التمر أو تمرًا أو السمك أو سمكة أو الطعام أو طعاما يحنث بأدنى ما يطلق عليه الاسم ثم قال بعضهم إنما يصرف اليمين إلى أدنى الجنس لا إلى كله؛ لأن الجنس حقيقة لهما؛ لأن قطرة من ماء يكون كل الماء متى قعدت المياه كلها وكآدم حين خلق كان كل الآدميين ولأن اسم الجنس اسم فرد حقيقة صورته ومعناه والكل فرد بمعناه لا

بصورته فكان اسم الجنس للأدنى حقيقة كما أن للكل حقيقة فعند انعدام النية تنصرف إلى الأدنى؛ لأنه متيقن.

وقال بعضهم: بأن اسم الجنس للكل حقيقة؛ لأن اللام للتجنيس والتعريف، والتعريف من كل وجه إنما يحصل بانصرافه إلى الكل؛ لأن الأدنى مجهول منكر فلا يحصل معنى التعريف بانصرافه إليه فكان اسم الجنس للكل حقيقة وللأدنى مجازًا إلا أنه متى تعذر استغراق الجنس لعجز البينة وركود الحواس عن استغراق الكل كشرب جميع المياه وأكل جميع الأطعمة ونحو ذلك انصرف إلى الأدنى لأن الحالف لا يمنع نفسه عما هو ممنوع عنه عادة وعما يأمن عن وقوعه حتى لو حلف لا أشرب من هذا البحر انصرف إلى قطرة منه؛ لأنه لا يمكنه شرب الكل، ولو حلف لا أشرب من هذا الكوز انصرف إلى الكل؛ لأنه أمكنه إتيان المحلوف عليه.

حلف لا يتزوج النساء فتزوج امرأة يحنث، وكذلك لا يشرب المياه أو لا يكلم بني آدم فشرب قطرة وكلم واحدًا يحنث؛ لأن الجمع المعرف صار اسمًا للجنس واسم الجنس يتناول الأدنى ويحمل الكل حقيقة، فإن لم ينو يحمل على الأقل؛ لأنه متيقن وإن نوى الكل صحت نيته ولا يحنث؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وكذلك بني آدم هو على الجنس؛ لأن آدم كان جنسًا والإضافة إليه لتعريف الجنس كالألف واللام فكان الجزاء معلقًا بجمع معرف بالإضافة فينصرف إلى الأدنى، وكذلك كل إضافة يجمع جنسًا كبني تميم، ولو حلف لا يتزوج نساء فهو على الثلاث؛ لأنه جمع منكر فينصرف إلى أقله وهو ثلاثة وإن نوى الكل صحت نيته؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

ولو قال: هذه المرأة التي أتزوجها فهي طالق فتزوجها لم تطلق؛ لأنه أضاف الطلاق إلى مسمى موصوف نصفه معرف بالإشارة والنسبة فتلغو الصفة ولا يتعلق الطلاق بها فتصير كأنه قال: هذه طالق من غير ذكر التزوج وصار كقوله: هذا الثوب الأبيض بعته منك بألف درهم فإذا هو ليس بأبيض ينعقد البيع عليه كما ذكرنا أن الصفة في المعنى مهددة غير معتبرة، كما لو قال هذه الطويلة من نسائي طالق وكانت قصيرة طلقت.

ولو قال: المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها ما طلقت لأنها مبهمة غير معينة فصارت معرفة بالوصف.

والصفة في المبهمة والغائبة معتبرة فصارت الصفة في المسمى بمعنى الشرط؛ لأن الشرط ما يكون ملفوظا به على خطر الوجود فصار الطلاق معلقا بالتزويج.

ولو قال: فلانة بنت فلان أو هذه المرأة التي أتزوجها طالق إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل؛ لأن (إن) حرف شرط دخل على الطلاق فتعلق الطلاق بالشرط مع الصفة المذكورة سواء كان الشرط معرفا أو منكرا حتى لو قال: إن دخلت هذه الطويلة الدار فهي طالق، فإذا هي قصيرة لا تطلق، كما لو قال إن دخلت هذه الدار راكبة وفي الفصل الأول قوله أتزوجها أو تدخل الدار ليس بشرط ولكنه تعريف، والتعريف في المعرَّفة والمعينة غير محتاج إليه فلغى فلم يتعلق بالطلاق بالصفة المذكورة فبقي تنجيزًا.

(**الزيادات**): رجل تزوج امرأة بغير أمرها ثم حلف لا يتزوجها ثم أجازت النكاح أو زوجه فضولي امرأة بغير أمره ثم حلف لا يتزوج ثم أجاز النكاح لم يحنث؛ لأن الإجازة ليست بإنشاء للعقد بل هو شرط لنفوذ حكم العقد، ولهذا يشترط الشهود والولي والمهر وقت العقد لا وقت الإجازة.

ولو حلف لا يتزوج امرأة فزوجه رجل بامرأة بغير إذنه فبلغه فأجاز، رُوي عن محمد أنه لا يحنث سواء أجاز بالقول أو بالفعل كسوق المهر ونحوه وقد أفتى بعض مشايخنا، وقال بعضهم: إن أجاز بالقول يحنث، وإن أجاز بالفعل لا يحنث؛ لأن الإجازة لها شبه بالعقد؛ لأنها تعمل في تنفيذ حكم العقد وهو الملك والحل والنكاح تصرف قولي، والقول يجانس الفعل وتلائمه فلما أمكن إلحاق الإجازة بالقول بالعقد فصار كالمباشر للعقد، فأما الفعل لا يجانس القول فلا يمكن إلحاقه به فلا يصير كالمباشر للعقد، وجه قول الأول إن بالإجازة لو صار مباشرا للعقد إما أن يصير مباشرا في الحال أو بالعقد السابق لا وجه إلى الأول؛ لأن الحكم وهو الملك والحل يسند إلى العقد السابق لا إلى الإجازة اللاحقة، ولهذا لو كان عقد الفضولي قبل اليمين فأجاز بالقول بعد اليمين لا يحنث بالإجماع ولا وجه إلى

الثاني؛ لأنه لا يمكن أن يجعل المجيز مباشرًا للعقد لئلا يجعل العاقد نائبا عنه وحين عقد الفضولي العقد لم يكن العاقد نائبا عنه؛ لأنه لم يكن مأمورا من جهته والعقد قول كما وجد بلا شيء واضمحلّ فلا يتصور أن ينقلب العاقد نائبا عنه من بعد فلا ينضاف مباشرة العقد إليه فلا يصير بالإجازة مباشرا للعقد لا لاحقا ولا سابقا، وإنما يصير راضيا بنفوذ حكم العقد وليس من ضرورة تنفيذ حكم العقد أن يكون هو عاقدا كما في البيع والشراء ولكن مع هذا الإشكال اختار عامة مشايخنا القول الأخير فعلينا اتباعهم.

(القسم الرابع في الفعليات الحسيَّات)

(باب الحلف على الدخول)

(المبسوط): حلف لا يدخل هذه الدار فهدمت ودخلها بعد الهدم أو بنيت أخرى فدخلها حنث خلافًا للشافعي.

ولو حلف لا يدخل دارا فدخل بعد الهدم لا يحنث والفرق أن الدار اسم للعرصة والبناء إلا أن العرصة أصل والبناء فيها بمنزلة الصفة قال لبيد[1]: [الكامل]

عفتِ الديارُ محلُّها فمُقامُهَا بمنًى تأبَّدَ غَوْلُها فَرِجَامُهَا

أطلق اسم الدار على العرصة بعد زوال البناء علم أن العرصة أصل والبناء صفة فيها؛ ولأن قوام البناء بالعرصة، ولهذا يدخل في البيع من غير ذكر، والصفة في غير المعنى معتبرة لحصول معنى التعريف بها وفي المعنى مهدرة؛ لأن التعريف حاصل بالتعبير والإشارة إذا لم تكن الصفة داعية إلى اليمين وصفة كون الدار مبنية لا يدعو إلى ترك الدخول فيها فتعلقت اليمين بالأصل دون الصفة فتبدل الصفة في العين لا يوجب ارتفاع اليمين كما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعدما صار شيخًا حنث كذا هذا.

---

(١) البيت من معلقته المشهورة، وانظر ديوانه (٢٩٧).

وإن جعلت مسجدا أو حماما أو بستانا فدخله لم يحنث؛ لأن العين قد تبدلت بدليل تبدل الاسم والصفة والمنافع، فإن الأعيان الموجودة إنما تعرف باعتبار أساميها التي هي أعلام عليها، ومنافعها التي هي مقصودة منها فدل تبدل الأسامي والمعاني على تبدل العين.

وكذلك لو كانت دارًا صغيرة فجعلها بيتا واحدًا وأشرع بابًا إلى الطريق وإلى دار أخرى وجعلت دار أخرى بعدما جعلها بستانا أو صارت بحرا أو نهرًا لا يحنث لتبدل الاسم والصفة بحدوث أمر جديد كما لو حلف لا يأكل هذا اللبن فأكل شيرازه[1] لا يحنث.

ولو حلف لا يدخل هذا البيت فصار صحراء فدخله أو بنى بيتًا آخر فدخله لم يحنث؛ لأن البيت اسم مأخوذ من معنى البيتوتة، والعرصة إنما تصير صالحة للبيتوتة بالبناء فكان البناء أصلًا في إطلاق اسم البيت عليه فلا يبقى الاسم بعد فوات البناء، فإذا بنى بيتًا آخر كان الثاني غير الأول فلا يحنث به.

ولو انهدم سقفه وبقي حيطانه فدخله حنث؛ لأن السقف من صفة الكمال فيه إذ البيتوتة تحصل عند عدم السقف؛ لأنه يمكن أن يبات فيه في الصيف وكذا في الشتاء يوضع شيء على رأس البيت مكان السقف فبقي الاسم ببقاء الحيطان فصار السقف في البيت مثل البناء في الدار.

حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد لا يحنث؛ لأنه لم يأت في هذه المواضع فلم يدخل تحت اسم البيت.

وذكر في الجامع الصغير: وإن دخل صفة حنث قالوا وهذا في عرفهم؛ لأن الصفة عندهم ذوات حوائط أربعة فيكون بيتا، فأما عندنا الصفة ذوات حوائط ثلاثة فلا يكون بيتا فينبغي أن لا يحنث.

ولو حلف لا يدخل دارا فدخلها راكبا أو ماشيا أو قام على حائطه أو سطحه حنث؛ لأن الدخول هو الانفصال من الخارج إلى الداخل فتناول اسم الدخول الكل والسطح والحائط من جملة الدار، ولهذا يدخل في البيع باسم الدار.

---

(١) شيراز: أي اللبن الرائب، وهو الخاثر إذا استخرج ماؤه.

ولو قام على ظله شارعه أو على كنيف شارع، فإن كان مفتحها إلى الدار حنث لأنها تعد من جملة الدار.

ولو قام في طاق باب الدار أو على أسكفة الباب والباب بينه وبين الدار لا يحنث؛ لأنه متى أغلق الباب يبقى خارج الدار فلا يكون من جملة الدار، وكل موضع إذا أغلق الباب لا يمكنه الخروج يكون من الدار؛ لأن الباب إنما يغلق على الدار.

ولو أدخل إحدى رجليه دون الأخرى لم يحنث؛ لأنه لم يدخل بعد لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لأُبي بن كعب: "والله لا أخرج من المسجد حتى أعلمك سورة ليس مثلها في التوراة ولا في الإنجيل، فقام وأخرج إحدى رجليه، فقال: يا رسول الله السورة؟ فعلمه فاتحة الكتاب فقال: هي هي"[1].

ولو صار خارجًا لصار حانثًا، قيل: هذا إذا كان الجانبان مستويين أو كان الخارج أسفل، فإن كان الداخل أسفل حنث؛ لأن اعتماد جميع بدنه يكون على رجله الداخل فيكون داخلا، وإذا استوى الجانبان فاعتماده على رجليه فيكون نصفه داخلا ونصفه خارجا فلا يصير داخلا بالشك.

حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها راكبا أو ماشيا يحنث؛ لأن وضع القدم في عرف الاستعمال عبارة عن الدخول فعلى أي وصف وجد الدخول يحنث.

فإن نوى حقيقته لا يحنث راكبا؛ لأنه نوى حقيقة كلامه والحقيقة معتبرة، ولو مجاز متعارف مستعمل فينصرف إلى المجاز المتعارف عند انعدام النية وينصرف إلى الحقيقة عند وجود النية.

حلف لا يدخل إلا عابري سبيل فدخلها ليعود مريضا أو ليقعد فيها حنث إلا إذا نوى به ألا يقيم فيها فدخل ليعود مريضا لا يحنث؛ لأنه استثنى عن يمينه دخولا نصفه الاجتياز والعبور؛ لأن عبور السبيل عبارة عن الدخول مجتازا ولم يوجد

---

(١) أخرجه عبد بن حميد (ص٨٦، رقم ١٦٥)، والدارمي (٥٣٨/٢، رقم ٣٣٧٢، ٣٣٧٣)، وأحمد (١١٤/٥، رقم ٢١١٣٣)، وابن خزيمة (٢٥٢/١، رقم ٥٠٠)، والحاكم (٢٨٣/٢، رقم ٣٠١٩) وقال: صحيح على شرط مسلم. وأخرجه أيضًا: البيهقي (٤٤٢/٢، رقم ٢٣٤٨).

الدخول للمرور والعبور، بل قصد بالدخول المكث والقعود فحنث إلا إذا نوى أن لا يقيم فيها فوجد الدخول للمرور.

وإن مكث زمانا فلم يوجد شرط الحنث فلم يحنث كالمسافر يقال إنه عابر سبيل وإن مكث أياما.

فإن دخلها بنية الاجتياز والعبور ثم قعد فيها لم يحنث؛ لأن قصد الاجتياز والعبور وجد مقارنا للدخول فوجد الدخول على الوصف المستثنى، والقعود ليس من الدخول كمن حلف لا يخرج من هذه الدار إلا للتهنئة ثم بدا له فذهب إلى التعزية لا يحنث.

حلف لا يدخل الفرات فمر به على البر أو دخل سفينة لا يحنث؛ لأن الفرات اسم لذلك القعر المحفور ولم يدخله.

(**المنتقى**): ولو حلف لا يدخل بلد كذا أو مدينة كذا فهو على العمران؛ لأن البلد اسم لما هو داخل الربض بخلاف كورة كذا ورستاق كذا فدخل في أرضها حنث، وكذلك لو حلف لا يشرب خمرًا في هذه المدينة أو القرية فشرب في كرومها أو ضياعها لا يحنث إلا إذا كانت الكروم والضياع في العمران؛ لأن القرية اسم للعمران.

ولو حلف لا يدخل خراسان أو الشام أو البصرة فدخل شيئًا من قراها حنث ولم يجعل محمد الذي مثل هذا بأن حلف لا يتزوج في الري فتزوج في بعض قراها لا يحنث.

ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة قال محمد: يحنث، وقال أبو يوسف: لا يحنث وعليه الفتوى.

لمحمد: أن الدجلة من بغداد، ألا ترى أنه لو عقد جسرًا كان من البلد إذا كان النهر صغيرًا في وسط البلد يعد من جملة البلد، فإذا دخل هذا الموضع فقد دخل البلد.

لأبي يوسف: أن الدجلة من بغداد حتى إن البغدادي إذا جاء من الموصل في

سفينة ووصل إلى بغداد فأدركته الصلاة أتم الصلاة إلا أن مبنى الأيمان على العرف والعادة وفي العرف في الأيمان يراد به الحدة والشط دون الدجلة.

رجل حلف لا يدخل هذا المسجد ثم هدم وبني مسجد آخر فدخله يحنث؛ لأن اسم المسجد لا يزول بالهدم فصار كالدار.

رجل حلف لا يدخل هذا الفسطاط وهو مضروب في موضع ونقص من ذلك الموضع وضرب في موضع آخر فدخله يحنث؛ لأن الفسطاط لم يتبدل.

ولو حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه وكتب به لم يحنث؛ لأنه لما كسره صار نفحا ولم يبق قلما.

ولو حلف لا يدخل الدار ما دام فلان فيها فخرج فلان بأهله ثم عاد فدخل الحالف لم يحنث؛ لأن اليمين انتهت.

وكذلك لو قال: ما دام على هذا الثوب أو ما كان على هذا الثوب فنزعه ثم لبسه ولا يشبه هذا قوله لا أكلمك وأنت على هذا الثوب أو لا أدخل هذا الدار وأنت ساكنها فخرج منها ثم عاد إليها أو نزع الثوب ثم لبسه ثم كلم أو دخل حنث.

ولو قال: والله لا أدخل السوق إلا مجتازا فدخل، ومن رأيه أنه يشتري شيئًا من غير أن يجلس لم يحنث، وإن بدا له فجلس أيضًا لا يحنث ومن رأيه الجلوس عند الدخول يحنث.

(باب الحلف على دخول دار فلان)

(**المبسوط**): حلف لا يدخل بيتا لفلان ولا نية له فدخل بيت فلان هو ساكن فيه يحنث سواء كان ملكا له أو لغيره خلافًا للشافعي لأنها مضافة إليه عُرفا؛ لأنه يقال دخل فلان داره وإن كان يسكن فيها غصبًا أو عارية أو إجارة؛ لأن الإضافة تملك المنفعة أو باحتواء اليد عليها حقيقة كالإضافة بملك الرقبة لأن ملك الرقبة، وإن كان أصلًا من حيث إن قوام المنفعة به فهو تبع من حيث إن المقصود من ملك الرقبة ملك المنفعة فاستويا كلا الملكين في الأصالة والتبعية فكانت الإضافة بكلا الملكين حقيقة بخلاف ما لو حلف لا يركب دابة فلان أو لا يستخدم عبد فلان

فركب دابة أو استخدم عبدا استأجر فلان لا يحنث؛ لأن إضافة الدابة والعبد إليه بحكم ملك المنفعة غير ثابتة عرفا، فإنه لا يقال عبده ودابته.

ولو دخل دارا ملكا للمحلوف عليه والساكن فيها غيره قال بعض مشايخنا في رواية لا يحنث لأنها مضافة إلى الساكن عرفا وشرعا فانقطعت الإضافة إلى المالك عرفا، قال محمد: يحنث لأنها مضافة إلى المؤجر بملك الرقبة وإلى المستأجر بملك المنفعة وكلتا الإضافتين حقيقة لما بينا.

ولو حلف لا يدخل حانوتا لفلان فدخل حانوتا قد أجره، فإن كان فلان ممن له حانوت يسكنه لم يحنث بدخول هذا الحانوت كما في الدار، وإن كان ممن لا يعرف له سكنى حانوت حنث؛ لأن المقصود منه إضافة الملك، فإنه يقال حانوت الأمير ولا يراد به السكنى.

حلف لا يدخل دار فلان فأدخل محمولا كارها لم يحنث؛ لأنه أدخل وما دخل؛ لأنه لا فعل منه لا حقيقة ولا حكما حتى لو أمر بالحمل أو دخل بقدميه مكرها يحنث؛ لأن الدخول بأمره صار مضافا إليه وإن حمله بغير إذنه ورضي به يغلبه اختلف المشايخ فيه قيل يحنث؛ لأنه صار كالإذن له بذلك، وقد أشار محمد رحمه الله في الأصل إلى أنه لا يحنث حتى يأمر به؛ لأن حاجتنا إلى إثبات الفعل منه وبالرضا لا يثبت الفعل منه معنى وإنما يثبت الفعل منه بالأمر ولم يوجد.

وأما إذا كان يمر بين يدي الباب فلزقت رجله فوقع في الدار هل يحنث قيل يحنث؛ لأن حصول الدخول بفعله وهو المرور بين يدي الباب؛ وقيل لا يحنث لأنه حصل في الدار مكرها لا باختياره فصار كما لو حمله إنسان فأدخله مكرها.

فأما إذا دفعته الريح إن كان بحيث لا يمكنه الامتناع لا يحنث؛ لأنه وجد فعل الريح، فإن كان يمكن الامتناع يحنث؛ لأنه وجد منه الدخول كما لو أمر بالحمل فأدخل فيه، وإن دخل على دابة حنث لأن فعل الدابة مضاف إليه، ولهذا لو وطئت الدابة مال إنسان فأتلفته وهو راكب يضمن إلا أن تكون الدابة قد انقلبت وهو راكبها ولا يستطيع إمساكها فدخلت الدار.

رجل حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره وفلان ساكنها حنث؛ لأن جميع الدار مضافة إليه بعضها بالملك وكلها بالسكنى، وإن كان لا يسكنها لم يحنث؛ لأن الإضافة باعتبار الملك والملك في الكل غير مضاف إليه.

ولو حلف لا يزرع أرضا له فزرع أرضا بينه وبين غيره حنث؛ لأن كل جزء من الأرض أرض لها وبعض الدار لا تسمى دارا.

(**المنتقى**): ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا لامرأة فلان وفلان فيها ساكن إن لم يكن لفلان دار تنسب إليه سوى هذه الدار حنث؛ لأن الحالف أراد هذه الدار؛ لأن السكنى للرجل والمرأة تابعة له والدار تنسب إلى الساكن.

رجل حلف لا يدخل دار فلانة [فدخل دارها][1] وزوجها ساكن فيها لا يحنث؛ لأن الدار تنسب إلى الساكن والساكن هو الداخل.

رجل حلف لا يدخل دار فلان وله دار يسكنها ودار غلة فدخل دار الغلة لا يحنث إذا لم يدلّ الدليل على دار الغلة وغيرها؛ لأن داره مطلقا دار يسكنها.

رجل حلف لا يدخل دار فلان فحفر سردابا تحت دار فلان أو قناة فدخل ذلك السرداب أو القناة لم يحنث؛ لأنه لم يدخل دار فلان.

ولو كان للقناة موضع مكشوف في الدار، فإن كان كبيرا يستثنى منه أهل الدار، فإذا بلغ ذلك الموضع حنث؛ لأنه من الدار، فإن أهل الدار ينتفعون به انتفاع الدار فيكون من مرافق الدار بمنزلة بئر الماء، وإن كان يسيرا لا ينتفع به أهل الدار وإنما هو للضوء لم يحنث؛ لأنه ليس من مرافق الدار ولا يعد داخله داخلًا في الدار.

ولو اتخذ فلان سردابا تحت داره وجعل بيوتًا وجعل لها أبوابا إلى الطريق فدخلها الحالف حنث؛ لأن السرداب تحت الدار من بيوتها.

ولو سد فلان بابه من قبل داره وجعل إلى دار الحالف لا يحنث؛ لأنه صار منسوبا إلى الدار الأخرى.

وكذلك لو زاد رب الدار في داره بيتا أو درعا فدخل الحالف في تلك

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فدخل في دار فلانة.

الزيادة لا يحنث لأنها لم تكن من جملة الدار وقت الحلف.

شجرة أغصانها في دار رجل فحلف رجل لا يدخل دار فلان فارتقى تلك الشجرة ينظر إن كان الحالف من بلاد العرب وكان بحال لو سقط سقطت في الدار حنث.

وإن كان من بلاد العجم لا يحنث وهو الأصح بمنزلة من لو حلف لا يدخل دار فلان فصعد سطحها أو حائطا من حيطانها لا يحنث في ديارنا؛ لأن العجم لا يعرفون دخولا في الدار.

ولو حلف لا يخرج من هذه الدار وفي الدار شجرة أغصانها خارج الدار فارتقى تلك الشجرة حتى صار بحال لو سقط سقط في الطريق لا يحنث؛ لأن الشجرة بمنزلة بناء الدار فصار كما لو دخل كنيفا شارعا في تلك الدار لا يحنث فهذا كذلك.

ورُوي عن أبي يوسف: لو حلف لا يدخل دارا فدخل حانوتا مشرعا من هذه الدار إلى الطريق وليس له باب في الدار، فإن يحنث؛ لأنه من جملة الدار ولأنه من جملة ما أحاطت به الدائرة.

وإن دخل بستانا في تلك الدار، فإن كان متصلا بها لم يحنث، وإن كان في وسطها حنث، ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدًا له في السكة ولم يدخل السكة أو دخل دارا في هذه السكة من جانب السطح ولم يخرج إلى السكة قيل بأنه يحنث والأصح أنه لا يحنث لأن هذا ليس بدخول في السكة إذ الناس يميزون بين السكة وبين الدار في السكة.

ولو حلف لا يدخل دار زيد وحلف لا يدخل دار عمرو ثم إن زيدا أعار داره عمرًا أو أجره فدخل الحالف فيها فعندهما لا يحنث في يمين زيد ويحنث في يمين عمرو ولأن الدار صارت مضافة إليه بالسكنى عرفا.

وعند محمد: يحنث في يمينهما جميعًا لأنها مضافة إلى كل واحد منهما إلى أحدهما يملك اليمين وإلى الآخر يملك المنفعة والسكنى والإضافة بكلا الملكين حقيقة لما بيّنا.

رجل حلف لا يدخل دار فلان وهما في سفر قال هذا على الفسطاط والخيمة أو القبة في كل منزل مر؛ لأنه إلا أن يعني واحدا من هذه الثلاثة يصدق ديانة لا قضاء.

(باب الحلف على الدخول على فلان)

حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه في بيته أو بيت غيره أو في صفة وقصده بالدخول حنث؛ لأنه يقال دخل عليه، وإن لم يقصده بل ينوي به الدخول على رجل آخر ولدفع متاع لم يحنث؛ لأن المقصود منه ترك الكرامة والزيارة فيراعي فيه القصد وفيه المسجد والظلة والدهليز لا يحنث؛ لأن الدخول على الإنسان في العرف والعادة عبارة عن الدخول للزيارة والتعظيم وهذه الأمكنة لا يجلس فيها للزيارة والتعظيم.

وكذلك لو دخل في فسطاط أو خيمة وهو من أهل الحضر والمدر لا يحنث؛ لأنه إنما يجلس للزيارة في البيت المبني من المدر، وإن كان من أهل البادية والوبر يحنث لأن كلا البيتين مكان يزار فيه ويجلس فيه للزيارة في عرف أهل البادية فينصرف اليمين إليهما والمعتبر في ذلك العرف والعادة.

حلف لا يدخل على فلان بيتا فدخل دارا وفلان فيها ولا نية له لا يحنث؛ لأن شرط حنثه الدخول عليه للزيارة في مكان مخصوص وهو البيت ولم يوجد الدخول عليه في البيت.

(**المنتقى**): رجلان حلف كل واحد منهما أن لا يدخل على صاحبه فدخلا في المنزل معًا لا يحنثان؛ لأنه لم يدخل كل واحد منهما على صاحبه.

(**الزيادات**): ولو قال: إن أدخلت فلانا بيتي فامرأته طالق فهو على أن يدخل بأمره؛ لأنه متى دخل بأمره فقد أدخله.

ولو قال: إن تركت فلانا فامرأته طالق فهو عل الدخول بعلم الحالف؛ لأن شرط الحنث الترك للدخول فمتى علم ولم يمنع فقد ترك حتى دخل.

وإن قال: لو دخل فهو على الدخول أمر الحالف به أو لم يأمره علم به أو لم يعلم؛ لأن الشرط هو الدخول وقد وُجد.

حلف بطلاق امرأته إن دخل دار امرأته فباعت هي تلك الدار واستأجرها الحالف من المشتري ودخلها ينظر إن كان كراهية الدخول لأجل الدار طلقت المرأة؛ لأن شرط الحنث دخول تلك الدار، وذكر المرأة للتعريف وقد وجد، وإن كان كراهة الدخول لأجل المرأة لا تطلق وسقطت اليمين؛ لأن شرط الحنث دخول دار منسوبة إليها ولم يوجد.

(باب ما يخرج الحالف عن يمينه وما لا يخرج)

(**الجامع**): أصله: أن المعرفة لا تدخل تحت النكرة والنكرة تدخل تحت النكرة؛ لأن بين المعرفة والنكرة تضاد وتنافٍ؛ لأن المعرف معلوم والمنكر مجهول وبين المعلوم والمجهول تنافٍ، والإشارة ثلاثة معرفة من كل وجه كالمشار إليه والمضاف إليه كقوله هذه الدار أو هذا العبد، والمضاف إليه كقوله داري هذه وعبدي هذا ودارك وعبدك؛ لأن الإشارة والإضافة تقطع الشركة لغيره فيه ومعرفة من كل وجه كالمضاف إليه بالاسم والنسبة كقوله دار محمد بن عبد الله؛ لأن الإضافة بالاسم والنسبة لا تقطع الشركة بين المسمى وبين غيره من كل وجه؛ لأنه قد يشاركه في ذلك الاسم والنسبة غيره فبقي فيه نوع تنكير فصار معرفا من وجه، والمنكر من كل وجه ما لا يقطع الشركة بينه وبين غيره كقوله أحد فالمنكر من وجه لا يدخل تحت المعرفة لوقوع الشك في دخوله.

رجل قال: إن دخل داري هذه ملك أحد فعبدي حر والدار له أو لغيره فدخلها هو لم يحنث؛ لأنه جعل نفسه معرفة في حق الدار بالإضافة إلى نفسه وقوله أحد نكرة؛ لأنه يتناول واحدا من الجملة من بني آدم فلم يدخل الحالف تحته فانصرف اليمين إلى غيره، وإذا دخل غيره حنث.

وكذلك من قال لآخر: زوج ابنتي من رجل أو أمتي من رجل لا يدخل المأمور تحت هذا الأمر حتى لو تزوجها المأمور لا يصح؛ لأنه صار معرفا بالأمر فلم يدخل تحت قوله من رجل؛ لأنه نكرة.

ثم لم يذكر أنه إذا نوى الحالف نفسه هل يصح؟ أشار محمد إلى أنه تصح نيته

حتى إذا دخلها يحنث؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه من حيث المجاز؛ لأن أحد اسم لشخص من بني آدم نكرة ومتى نوى نفسه فقد نوى شخصا من بني آدم معرفة فوجد فيه بعض حقيقة الاسم وهو كونه من بني آدم، والمجاز ما يوجد فيه بعض معاني الحقيقة المختصة بها فكان ناويا بعض ما يحتمله اسم أحد وفيه تشديد وتغليظ فصحت نيته.

ولو قال: إن دخل هذه الدار أحد يحنث إذا دخل هو سواء كانت الدار له أو لغيره؛ لأنه لم يجعل نفسه نكرة معرفة بالإضافة وإنما عرف الدار بالإشارة فبقي الحالف نفسه منكرا فدخل تحت اسم أحد؛ لأن النكرة تدخل تحت النكرة.

ولو قال: إن دخل دارك أحد فالمنسوب إليه خارج عن اليمين؛ لأنه صار معرفا بالإضافة والنسبة إليه.

ولو قال: إن مس يدي هذه أو قال إن مس هذه اليد أحد فعبدي حر لم يدخل هو؛ لأنه إن لم يعرف نفسه بالإضافة فقد عرف بالإشارة؛ لأنه قال هذه اليد صارت معرفة بالإشارة، ومن ضرورة تعريف اليد تعريف الباقي من بدنه متصل بيده؛ لأن النفس متركبة من الأبعاض فكان من ضرورة تعريف بعضها تعريف الباقي؛ لأن الشخص الواحد لا يتصور أن يكون بعضه معرفا وبعضه منكرا فكان كونه معرفا ثابتا بالتركيب أو المشاهدة فيقع العينة بها عن النسبة والإضافة.

وإن قال: إن ألبست هذا القميص أحدا فعبدي حر فألبس نفسه لم يحنث؛ لأنه صار معرفا في حق الإلباس؛ لأنه أضاف الإلباس إلى نفسه فلا يدخل تحت قوله أحدكما في الدار حتى لو قال: إن لبس هذا القميص أحد فلبسه حنث؛ لأنه لم يعرّف نفسه بالإضافة فبقي منكرا.

ولو قال: إن كلم غلام محمد بن عبد الله أحد فهو حر وهو غلام الحالف فكلمه هو أو غيره حنث؛ لأنه لم يصر معرفة بهذه النسبة؛ لأن الاسم والنسبة مما لا يقطع الشركة بينه وبين غيره؛ لأن محمد بن عبد الله في الناس كثير، ولهذا يحنث بالاستفهام فيقال: من محمد بن عبد الله فبقي منكرا من وجه فلم يخرج عن تحت

قوله أحد؛ لأن اسم أحد كان متناولا له، فإذا وقع الشك في صيرورته معرفا لم يخرج عن تحت قولنا أحد بالشك.

(باب الحلف على السُّكنى)

أصله: أن السكنى أن يسكن بنفسه وينقله من متاعه وأثاثه وعياله؛ لأن السكنى هو الكون في المكان على طريق الاستقرار، فإن من جلس في المسجد أو بات فيه لم يعد ساكنا.

حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فهذا لا يخلو إمّا أن يكون في المصر أو في القرية أو في الدار، فإن كان في المصر فانتقل بنفسه دون أهله ومتاعه من يمينه هكذا رُوي عن أبي يوسف.

وإن كان في القرية اختلفوا فيه، قيل بمنزلة الدار وقيل بمنزلة المصر وهو المختار.

وإن كان في الدار فأخذ في النقلة من ساعته فانتقل بنفسه وأهله ومتاعه لم يحنث؛ لأن المرء يعد ساكنا في الدار باعتبار أهله ومتاعه يقال فلان يسكن دار كذا، وإن كان عامة النهار في السوق وفي المصر خلاف ذلك، فإن الرجل قد يكون ساكنا في مصر وله في مصر آخر أهل ومتاع ولا ينسب إليه مع ذلك.

ثم اختلفوا في كيفية النقل، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا بد من نقل الأمتعة كلها مع الأهل حتى إذا ترك شيئًا يسيرا لم يبرأ؛ لأن السكنى باتت بالكل فلا تنعدم السكنى بما بقي شيء منه لوقوع الشك؛ لأن الحكم إذا ثبت يبقى ما بقي شيء من العلة كالحول يبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب، وإن قل إلا إذا كان شيئًا لا يعتد به كالوتد والمكنسة، وقال أبو يوسف: يعتبر الأكثر؛ لأن نقل الكل قد يتعذر، وقال محمد: يعتبر نقل ما يقوم به لو أخذ بيته؛ لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى وهذا حسن؛ لأن لدوام السكنى حكم الابتداء فمتى بقي من المتاع ما يثبت به السكنى ابتداء بقي ساكنا وإلا فلا.

ولو كان عينا فجعل نقل الأمتعة بنفسه حتى بقي في ذلك شهرًا لم يحنث هكذا

رُوي عن محمد؛ لأنه مشغول بالانتقال فلا يكون ساكنا في هذه الحالة.

وكذلك لو كان في طلب مسكن آخر أيامًا حتى وجده لم يحنث إذا لم يترك الطلب في هذه الأيام.

وقال زفر: يحنث بعد اليمين؛ لأنه وجد السكنى، وإن قل فتحقق به شرط الحنث.

لنا: أن اليمين تنعقد على ما يتصور الامتناع عنه والسكنى حالة النقلة لا يتصور الامتناع عنه؛ لأنه لا يتمكن من إلقاء الأمتعة في السكن ولا من التحول ما لم يجد مسكنًا آخر وما لا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو.

وإذا انتقل إلى السكن أو إلى المسجد اختلف المشايخ المتأخرون فيه قيل لا يحنث؛ لأنه زال جميع ما ثبت به السكنى فلا يبقى السكنى كما لو انتقل إلى منزل آخر.

وقيل: يحنث استدلالا بما ذكر في الزيادات.

كوفي انتقل بأهله ومتاعه إلى مكة ليستوطنها فلما دخلها بدا له أن يعود إلى خراسان فعاد ومر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين؛ لأن وطنه قد انقطع، فإن بدا له قبل أن يدخلها فمرّ بالكوفة صلى أربعًا؛ لأنه لما لم يتخذ وطنا آخر بقي وطنه بالكوفة فكذلك هنا لما لم يتخذ وطنا آخر بقي وطنه الأول.

وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: لو انتقل إلى السكن وسلم داره بإجارة أو رد الدار المستأجرة إلى المؤجر لا يحنث، وإن لم يتخذ دارا في موضع آخر؛ لأنه لا يبقى ساكنا.

ولو كان له متاع كثير ويمكنه أن يستأجر من ينقل متاعه في يومه وجعل ينقل بنفسه شيئًا فشيئا لم يحنث؛ لأنه لا يلزمه الانتقال على أسرع الوجوه ولكن يعتبر ما يسمى انتقالا في الجملة.

حلف لا يسكن بيتا فسكن خيمة وهو من أهل المصر لا يحنث؛ لأن البيت عند المصري عبارة عن المبنى عن المدر وغيره.

والبدوي يحنث لما مر.

حلف بالطلاق لا يسكن دار فلان هذه فسكن منزلا منها حنث؛ لأن الدار هكذا

تسكن عادة، فإن عنى أن لا يسكنها كلها لا يحنث حتى يسكنها كلها؛ لأن الدار حقيقة اسم للجميع فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق كما لو حلف لا يأكل طعاما أو لا يشرب شرابا وعنى جميع الأطعمة أو جميع مياه العالم لم يصدق في القضاء فكذا هذا.

حلف لا يسكن دارًا لفلان وهو عنى بالآخر ولم يكن قبل ذلك كلام فسكنها بغير أجر حنث؛ لأنه نوى تخصيص السكنى والسكنى غير مذكورة ونية التخصيص في غير المذكورة لا يصح لما بينا.

حلف لا يسكن دارا يشتريها فلان فاشترى فلان دارا لغيره أو لنفسه فسكنها يحنث، ولو عنى دارا يشتريها لنفسه يصدق؛ لأن نيته إنما صحت من حيث إنه نوى أحد نوعي الشراء، فإن الشراء نوعان شراء لنفسه وشراء لغيره ونية التنويع صحيحة، وإن لم يذكر اسم ذلك النوع وإنما ذكر الفعل لا غير كما لو حلف لا يخرج وعنى خروجا دون خروج فلا يصدق؛ لأنه نص على الشراء مطلقا ونية التخصيص خلاف الظاهر.

(**المنتقى**): رجل حلف لا يسكن هذه الدار فأراد أن يخرج فوجد الباب مغلقًا يحنث لا يمكنه الفتح أو قيد أو منعه سلطان من التحويل لم يحنث وإن أقام على ذلك أيامًا، وهو مروي عن أبي يوسف فرق بين هذا وبين ما إذا قال: إن لم أخرج من هذا المنزل فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث، والفرق أن شرط الحنث في الأولى هو الفعل وهو السكنى وهو مكره في السكنى والإكراه يؤثر في انعدام الفعل حكما، وفي الثانية شرط الحنث هو عدم الفعل وليس للإكراه أثر في إبطال العدم.

ولو قال لامرأته: إن سكنت هذه الدار فأنت طالق فكانت اليمين بالليل فإنها معذورة حتى تصبح؛ لأنها في معنى المكرهة في هذا السُّكنى، لأنها تخاف الخروج ليلا، ولو قال ذلك لم يكن معذورا؛ لأنه لا يخاف.

ولو قال: إن بت في هذه البلدة الليلة فامرأته طالق فأصابه حمَّى وصار بحال لا

يمكنه الخروج حتى أصبح حنث بخلاف ما إذا قُيّدَ، والفرق أن المقيد في معنى المكره والمريض لا؛ لأنه يمكن أن يستأجر من ينقله عن البلد.

ولو كان ساكن فيها مع زوجته فخرج فأبت زوجته أن تخرج فعليه أن يجتهد في إخراجها، فإذا اجتهد فلم يفعل لم يحنث؛ لأنه مكره في ذلك.

ولو بقي فيها مكرها لم يحنث فكذا هذا.

ولو حلف لا يبيت الليلة في هذا المنزل فخرج فبات خارجا منه ومتاعه فيه قال لا يحنث وهذا على نفسه وليس على المتاع.

رجل حلف لا يسكن بالكوفة شهرًا فسكن يوما يحنث؛ لأن الشهر لبيان مدة اليمين فكان شرط الحنث مطلق النزول والسكنى لكن في الشهر.

ولو حلف لا يقيم بالكوفة شهرا لا يحنث حتى يقيم شهرا تامًّا؛ لأن ذكر الشهر لبيان مدة الفعل لا غاية لليمين فكان شرط الحنث فعل ممتد.

رجل حلف لا يقعد في هذه الدار ولا نية له قالوا إن كان ساكنا فيها فهو على السكنى، وإن لم يكن ساكنا فهو على القعود حقيقة.

حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار وقد ذهب ثلث الليل ثم بات بقية الليلة قال يحنث؛ لأن يمينه انصرفت إلى البيتوتة في باقي الليلة كما لو حلف لا يصوم الحول ينصرف إلى باقي الحول.

(باب الحلف على المساكنة والبيتوتة والإيواء)

أصله: أن المساكنة هو القرب والاختلاط، فإذا سكنا في موضع يصلح للسكنى فهو مساكنة وإلا فلا.

حلف لا يساكن فلانا ولا نية له فساكنه في داره كل واحد في مقصورة على حدة لم يحنث إلا إذا نواه.

وقال الشافعي: يحنث إذا ساكنه في منزل واحد.

والصحيح قولنا؛ لأن المساكنة مفاعلة من السكنى فيقتضي اشتراكهما

واختلاطهما في القرب والمجاورة وذلك يتحقق بأن يجمعهما وأقمشتهما حرز واحد.

وإن نوى فقد شدد على نفسه واللفظ يحتمله يقال ساكنت فلانا، وإن كان في محلته أو مدينته كليهما مساكنة ناقصة؛ لأن الاجتماع في مكان واحد وجد من وجه دون وجه فلا ينصرف إليه مطلق المساكنة إلا بالنية.

ولو ساكنه في مقصورة واحدة أو في بيت واحد من غير متاع ونقله لا يحنث خلافًا للشافعي؛ لأن مطلق اسم السكنى ينصرف إلى الكامل منه والسكنى الكامل هو السكنى في مكان واحد بمتاعه ونقله؛ لأن السكنى مشتق من السكن والسكن إنما يكمل ويتحقق إذا وجد السكنى بنفسه ومتاعه.

حلف لا يساكنه في بيته فدخل عليه لضيافة يومين أو أكثر لا يحنث؛ لأنه ليس بمساكنه لما بينا.

حلف لا يساكنه في دار بعينها فاقتسمها ونصب حائطا وفتح كل واحد منهما بابا حنث لأنهما عينا النفقة والمساكنة حصلت فيهما.

ولو لم يعين الدار المعينة فلان يبقى بعد تغير البناء أولى وفي غير المعين لا يحنث متى سكن بعد زوال البناء فكذلك بعد التغيير؛ لأنه صارا مسكنين.

(**المنتقى**): قال أبو يوسف: لو حلف لا يساكنه فساكنه في دار هذا في حجرة وهذا في حجرة يحنث إلا أن تكون دارا كبيرة فيها مقاصير ومنازل.

وقال محمد: لا يحنث إلا أن يساكنه في حجرة واحدة، فمحمد جعل الحجرتين كالدارين، فإن كل واحدة منهما منقطعة عن الأخرى حقيقة وحكما، ألا ترى أنه لو سرق من إحداهما ونقل إلى الأخرى تقطع يده، وأبو يوسف جعلهما كالبيتين من دار واحدة باعتبار الاختلاط والقرب إلا إذا كانت الدار عظيمة فتصير كدارين في محله.

وذكر هشام عن محمد: حلف لا يساكن فلانًا وكان معه في دار واحدة هذا في بيت وهذا في بيت آخر أو هذا في حجرة وهذا في حجرة أو هذا في سفل والآخر

في علو مبني على هذا السفل ومدخلهما من باب واحد، فإنه يحنث، وزعم إسماعيل بن محمد أن أبا يوسف قال في الذي في البيت المغلق ليس بحانث.

ولو حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن أحدهما حجرة، والآخر حجرة، قال: يحنث؛ لأن الدار قد تجمعهما.

عن أبي يوسف: لو ساكنه في حانوت في السوق يعملان فيه عملًا لم يحنث واليمين على المنازل التي فيها المأوى؛ لأن المراد من السكنى المكان الذي يأوي إليه، ألا ترى أنه لا يقال فلان يسكن السوق، وإن كان يتجر فيه.

هشام عن محمد رحمهما الله: لو حلف لا يساكن فلانا بالكوفة أو بخراسان فهو على أن يساكنه دار واحدة في الكوفة أو في خراسان؛ لأن المساكنة هي المخالطة، فأما ذكر الكوفة وخراسان فلتخصيص اليمين بها ويفسدها حتى لا يحنث بالمساكنة في غيرها إلا إذا نوى أن لا يسكن الكوفة والمحلوف عليه بالكوفة؛ لأنه شدد الأمر على نفسه.

وكذلك لو حلف لا يساكن فلانا في الدنيا فاليمين على المساكنة في دار واحدة.

ملاح حلف لا يساكن فلانا فساكنه في سفينة مع كل واحد أهله ومتاعه وقد اتخذها منزلا حنث، وكذلك أهل البادية إذ جمعهم جهة حنث، وإن تفرقت الخيام لم يحنث وإن تفارقا؛ لأن الخيام في حق أهل البادية كالدور في حق أهل المصر وكذا السفن في حق الملاحين.

وإن كانت الخيمتان عليهما حائط وكل واحدة منهما عظيمة يجمع متاع صاحبها وأهله، فإنه يحنث بمنزلة مقصورتين في داره.

وإن كان هذا الحائط يجمع خياما كثيرة لم يحنث هذا بمنزلة دار عظيمة.

ولو حلف لا يساكن فلانا فغاب فلان فسكن الحالف مع امرأته أو سافر الحالف فسكن المحلوف عليه مع أهل الحالف.

قال أبو حنيفة رحمه الله: يحنث لأنه ساكنه حقيقة باعتبار أهله ونقله.

وقال أبو يوسف: إذا خرج المحلوف عليه مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر لم يحنث، وإن كان أقل من ذلك حنث؛ لأن ذلك لا يعد خروجا وسفرا فكان مساكنًا له معنى فأما مسيرة السفر تعلق به حكم الخروج فلم يكن مساكنا له حقيقة ولا حكما.

ولو حلف لا يساكن فلانا فدخل فلان داره غصبًا، فإن لم يأخذ في النقلة حنث؛ لأنه صار مساكنا.

رجل قال: والله لا يجمعني وإياك سقف بيت في هذا على المجالسة، فإن جالسه في بيت أو فسطاط أو خيمة أو سفينة أو جمعة وأتاه فجلس حنث وإن صلى في مسجد جماعة فصلى الآخر معه في القوم لم يحنث.

وإن كان أحدهما في المسجد فجاء الآخر فجلس إليه فقد حنث، وإن جلس بعيدا منه ولم يجلس إليه لا يحنث، وكذلك البيت الواحد إذا كان هذا في مكان واحد وهذا في مكان غير مجالس له لا يحنث.

(فصل في البيتوتة والإيواء)

حلف لا يبيت في موضع كذا فأقام في مكان ليلة ولم ينم يحنث؛ لأن البيتوتة هي اللبث والمكث في المكان ليلا وليست بعبارة عن اللبث مع النوم قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبِيتُونَ لِرَبِّهِمْ سُجَّدًا وَقِيَٰمًا ﴿٦٤﴾﴾ [الفرقان: ٦٤] وقال عليه السلام: "**من أمتي من يبيت على اللهو والمزامير**" ثم إن أقام أكثر من نصف ليلة يحنث، وإن كان أقل لا يحنث؛ لأن ما دون النصف لا يسمى بيتوتة وما وراءه يسمى بيتوتة فقال بت فلانا إلى وقت السحر.

حلف لا يؤويه بيت فدخل فيه ساعة لا يحنث عند أبي يوسف أولا، ما لم يكن أكثر من نصف النهار أو الليل، وعند أبي يوسف آخرا، وهو قول محمد يحنث.

وجه قوله الأول: أن الإيواء يستدعي المأوى والمأوى مكان اللبث فصار عبارة عن اللبث فكان الإيواء يكون بالليل والنهار جميعًا.

وجه قوله الآخر: أن الإيواء هو الكون والمكث في مكان قليلا كان المكث أو كثيرًا ليلًا كان أو نهارًا؛ لأن الإيواء عبارة عن المصير إلى موضع قال الله تعالى:

﴿سَـَٔاوِيٓ إِلَىٰ جَبَلٖ يَعۡصِمُنِي مِنَ ٱلۡمَآءِۚ﴾ [هود: ٤٣] أي أصير إليه وقوله تعالى: ﴿أَوۡ ءَاوِيٓ إِلَىٰ رُكۡنٖ شَدِيدٖ ٨٠﴾ [هود: ٨٠] أي صار إليه.

فإن نوى يوما أو أكثر فهو على ما نوى؛ لأن اللفظ يحتمله؛ لأنه عبارة عن مطلق أصل المكث والمقام لا عن قدره.

حلف لا يطلبه بيت فدخل بيتا يحنث لو قام في طلبه خارجا لا يحنث؛ لأن هذا اللفظ في العرف لا يراد به الدخول.

(**المنتقى**): لو قال: والله لا أبيت الليلة في هذا المنزل فجرح ببدنه فبات خارجا منه ومتاعه فيه لا يحنث وهذا على نفسه لا على متاعه؛ لأن البيتوتة عبارة عن اللبث لا غير وقد انعدم اللبث في المنزل.

ورُوي عن أبي يوسف فمن حلف لا يأوي فلانا، فإن كان المحلوف عليه في عيال الحالف لم يحنث إلى أن يعيده إلى مثل ما كان عليه، وإن لم يكن في عياله فهو على نيته؛ لأن الإيواء يذكر ويراد به ضمه إلى نفسه قال الله تعالى: ﴿ءَاوَىٰٓ إِلَيۡهِ أَخَاهُۖ﴾ [يوسف: ٦٩] أي ضمه وقد يراد به القيام بأمره، فإن كان ثمة دليل معين تعين وإلا فيرجع إلى بيته.

ولو دخل المحلوف عليه بغير إذنه فرآه فسكت لم يحنث؛ لأنه حلف على فعل نفسه ولم يوجد.

(**الجامع**): حلف لا يساكن فلانا في هذه الدار شهر رمضان فاليمين على مساكنته ساعة من الشهر؛ لأن في العرف يُراد بذلك تعليق الحنث بوجود أصل المساكنة؛ لأن الداعي إلى هذا اليمين الوحشة والمغايظة بينهما والمغايظة إنما تحصل بأدنى ما ينطلق عليه اسم المساكنة معه وهي مساكنة ساعة لا مساكنة جميع الشهر ولأن المساكنة في جميع الشهر غير مقدور عليها للحالف؛ لأنه لا بد له من أن يفارقه إما لجمعة أو لحاجة أو ربما لا يوافق صاحبه في السكنى فليس في وسعه إيجاد فعل غيره، وإذا كان وجود المساكنة في كل الشهر متعذر أو الحالف إنما يمنع نفسه عما يخاف فعله رد عما لا يخاف فعله فيتعلق الحنث بوجود أصل المساكنة لا بقدرها فدل على أن الوقت لتقدير اليمين به لا لتقدير المساكنة.

بخلاف ما لو قال: إن صمت رمضان فعبدي حر لم يحنث إلا بصوم الشهر كله؛ لأن في العرف إذا قيل فلان يصوم شهر كذا يراد به الصوم في جميع ذلك الوقت وفي المساكنة العرف بخلافه.

ولم يذكر في الكتاب لو حلف لا يسكن في هذه الدار شهر رمضان، واختلف المتأخرون فيه؛ قال بعضهم: هذا كالمساكنة؛ لأن مطلق اسم الفعل ينصرف إلى الأدنى ما لم يقم دليل الزيارة لا العرف ولا له ذكر الوقت، وقيل هذا كالصوم لا يحنث ما لم يسكن كل الشهر؛ لأن السكنى شهرا في مقدوره؛ لأن الحاجة إلى فعل الغير والداعي إلى تقييد المطلق قد انعدم وهو المغايظة، وذكر الوقت يدل على أنه أراد تقدير السكنى بالوقت فتقدر به بخلاف المساكنة لأنها ليست مقدورة؛ لأنه ليس في وسعه اتخاذ الفعل من صاحبه فلا يمكن الصرف إلى الكل، ولو نوى في مسألة المساكنة مساكنة جميع الشهر يصدق ديانة لا قضاء؛ لأنه وإن نوى حقيقة كلامه لكن عرف الاستعمال بخلاف هذه الحقيقة؛ لأن الوقت يذكر عرفا في المساكنة لتقدير الحرمة لا لتقدير المساكنة بالشهر تحقيقا لمغايظة المحلوف عليه ولتعذر المساكنة فكان ناويا بخلاف العرف والظاهر فلا يصدق في القضاء.

ولو قال: عبده حر إن أفطر بالكوفة فأقام بها يوم العيد ولم يتناول شيئًا حنث؛ لأن الفطر يثبت من غير فعل ترك الصوم في وقته؛ لأن من ترك الصوم في وقته لا يكون صائمًا ومتى لم يكن صائمًا كان مفطرًا؛ لأن الإنسان لا يخلو في رمضان الصوم إما أن يكون صائمًا أو مفطرًا.

وقال بعض مشايخنا: إنما يحنث؛ لأن الفطر وإن كان حقيقته الأكل يوجد بعد الصوم إلا أنه متى ذكر مضافا إلى مكان عام فإنما يراد به عرفًا الكينونة به يوم الفطر في ذلك المكان فالتعبد به ثم إنهم يقولون أفطرنا العام ببلدة كذا، وإن لم يأكلوا لكينونتهم ولعبيدهم بها في ذلك اليوم، ولهذا قال عليه السلام: "**إذا أقبل الليل من هاهنا وأدبر النهار من هاهنا فقد أفطر الصائم**"[1] فسماه مفطرًا بدخول الليل، وإن لم

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/٣٣ (١٩٤١) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. قال البخاري: تابعه جرير، وأبو بكر بن عياش. وفي ٣/٣٦ (١٩٥٥) قال: حدثنا إسحاق الواسطي، =

يأكل بعد للبيتوتة في وقت الفطر، وإذا نوى أن يصوم يوم العيد بالكوفة ولم يأكل هل يحنث اختلفوا من قبل لا يحنث؛ لأنه لم يصر مفطرًا إلا بالأكل ولا بترك نية الصوم ولا بد لحصول الفطر من أحدهما ولم يوجد وقيل يحنث؛ لأن الفطر بالكوفة صار عبارة عرفا الكينونة والتعبد بها يوم الفطر وقد وجد ذلك.

ولو حلف لا يضحي بها وكان بها ولم يضح لا يحنث وإن نوى الكينونة بها فعلى ما نوى؛ لأن التضحية مأخوذة من الأضحاة وهي الحيوان الذي يذبح في ذلك اليوم قربة لله تعالى وقت الضحى فسمي هذا الذبح تضحية والذبيح أضحية لاتصالهما بذلك الوقت شرعا وعرفا فصرفت التضحية إلى الذبح عند الإطلاق لعرف الاستعمال ولو نوى الكينونة فقد نوى المجاز ومن تغليظ وتشديد فيصدق.

ولو قال: ألا ترى هلال كذا بالكوفة فهو على أن يهل الهلال وهو بها لا على الرؤية؛ لأن الرؤية بالعينين حقيقة وقد تذكر الرؤية ويراد بها العلم قال الله تعالى:

=

قال: حدثنا خالد. وفي ٣/٣٦ (١٩٥٦) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الواحد. وفي (١٩٥٨) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا أبو بكر. وفي ٧/٥١ (٥٢٩٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد. و«مسلم» ٣/١٣٢ (٢٥٢٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا هشيم. وفي (٢٥٢٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر، وعباد بن العوام. وفي (٢٥٢٩) قال: وحدثنا أبو كامل، قال: حدثنا عبد الواحد. وفي (٢٥٣٠) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: أخبرنا سفيان (ح) وحدثنا إسحاق، قال: أخبرنا جرير (ح) وحدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا ابن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قالا: حدثنا شعبة. و«أبو داود» (٢٣٥٢) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الواحد. و«النسائي» في «الكبرى» (٣٢٩٧) قال: أخبرنا محمد بن منصور، عن سفيان. و«ابن حبان» (٣٥١١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا جرير. وفي (٣٥١٢) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا إبراهيم بن بشار الرمادي، قال: حدثنا سفيان.

تسعتهم: (سفيان بن عيينة، وعباد بن العوام، وهشيم بن بشير، وشعبة بن الحجاج، وجرير بن عبد الحميد، وأبو بكر بن عياش، وخالد بن عبد الله، وعبد الواحد بن زياد، وعلي بن مسهر) عن سليمان بن أبي سليمان، أبي إسحاق الشيباني، فذكره.

﴿أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِأَصْحَٰبِ ٱلْفِيلِ ۝١﴾ [الفيل: ١] والمراد به ألم تعلم وقال صلى الله عليه وسلم: "**صُومُوا لِرُؤْيَتِهِ**"(١) وأراد به العلم ويذكر ويراد بها الكينونة وقت الهلال بالكوفة، فإنه يقال أهلنا العام ببلدة كذا أي كانت وقت رؤية الهلال، وإن لم يروا ذلك بأعينهم وهذه الحقيقة غير مراد بالإجماع فصار المجاز مرادا عرفا، أما الكينونة بها العلم إلا أن ينوي حقيقة الرؤية فتقبل والله أعلم.

(باب الحلف على ما يضيفه إلى ملك فلان أو ينتسب إليه)

(**المبسوط**): مسائله على أقسام:

أحدها: في الدار.

والثاني: في العبد والثوب والطعام.

والثالث: في الزوجة والصديق وكل ذلك لا يخلو إما أن يكون مطلقًا أو مشارًا إليه.

---

(١) أخرجه «أحمد» ١/٢٢٦ (١٩٨٥) قال: حدثنا إسماعيل، قال: أخبرنا حاتم بن أبي صغيرة. وفي ١/٢٥٨ (٢٣٣٥) قال: حدثنا معاوية بن عمرو، قال: حدثنا زائدة. و«الدارمي» (١٨٠٦) قال: حدثنا عبد الله بن سعيد، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية، قال: حدثنا حاتم بن أبي صغيرة. و«أبو داود» (٢٣٢٧) قال: حدثنا الحسن بن علي، قال: حدثنا حسين، عن زائدة. و«الترمذي» (٦٨٨) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا أبو الأحوص. و«النسائي» ٤/١٣٦، وفي «الكبرى» (٢٤٥٠) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا حاتم بن أبي صغيرة. وفي ٤/١٣٦، وفي «الكبرى» (٢٤٥١) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا أبو الأحوص. وفي ٤/١٥٣، وفي «الكبرى» (٢٥١٠) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن أبي يونس. و«أبو يعلى» (٢٣٥٥) قال: حدثنا خلف بن هشام، قال: حدثنا أبو الأحوص. و«ابن خزيمة» (١٩١٢) قال: حدثنا يحيى بن محمد بن السكن البزار، قال: حدثنا يحيى بن كثير، قال: حدثنا شعبة. و«ابن حبان» (٣٥٩٠) قال: أخبرنا ابن خزيمة، قال: حدثنا يحيى بن محمد بن السكن، قال: حدثنا يحيى بن كثير، قال: حدثنا شعبة. وفي (٣٥٩٤) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، إملاء، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا أبو الأحوص. أربعتهم: (أبو الأحوص، سلام بن سليم، وأبو يونس، حاتم بن أبي صغيرة، وزائدة بن قدامة، وشعبة بن الحجاج) عن سماك بن حرب، عن عكرمة، فذكره.

أما **الأول**: لو حلف لا يسكن دار فلان هذه فباعها فلان فسكنها الحالف لا يخلو، أما إن نوى عين الدار أو نوى الإضافة أو لا نية له، فإن نوى العين فهو على ما نوى ويحنث قبل البيع وبعده؛ لأن الإنسان قد يمنع نفسه عن سكنى الدار لأجل الدار، إما يستام على ما قبل السوم في ثلاثة أو لكونها موحشة مظلمة كما يمنع نفسه عنه لأجل المالك مغايظة له وإن نوى الإضافة لم يحنث بعدما باعها لانقطاع الإضافة، وإن لم يكن له نية لا يحنث عندهما، وعند محمد والشافعي يحنث؛ لأنه يحتمل أن يكون الداعي له إلى اليمين معنى في المالك وهو أدنى جهته ويحتمل أن يكون معنى في العين لا في المالك ليكون بغير هذا الدار مفيدا وهذا لا يختلف تبعًا النسبة وزوالها.

لهما: أن الإنسان قد يمنع نفسه عن سكنى الدار لمعنى فيها من الظلمة والوحشة وسوء الجيران وقد يمنع لمعنى في صاحبها وهو هجران صاحبها لفسقه ومجانبته فيجب اعتبار كلا المعنيين وذلك بأن يتعلق الحنث بوجودهما وينعدم بانعدامهما أو انعدام أحدهما، وكذلك في العبد والثوب والطعام؛ لأن المنع قد يكون كعين العبد لإيذاء منه، وكعين الطعام لأنه يضره، وكعين الثوب؛ لأنه لا يوافقه، وقد يكون لأجل المالك مغايظة له فوجب اعتبار الأمرين جميعًا.

وأما إذا كان مطلقًا بأن حلف لا يدخل دار فلان أو لا يكلم عبد فلان أو لا يلبس ثوب فلان فباعه ثم فعل لم يحنث؛ لأنه عقد بمعية على فعل واقع في ملك فلان وفي عين مضافة إليه فما لم يوجد بذلك الوصف لا يحنث.

ولو اشترى فلان دارا فسكنها الحالف يحنث عندهما، وقال أبو يوسف: لا يحنث وفي غير الدار يحنث بالإجماع، فالحاصل أن عندهما هذه اليمين تنعقد على الموجود في ملكه وقت اليمين وعلى الحادث بعدها إلا في الزوجة والصديق تنعقد على الموجود لا على الحادث.

وعند أبي يوسف تنعقد على الموجود في ملكه وقت اليمين لا على الحادث في الدار والزوجة والصديق، وفي غيرها تنعقد عليهما.

له أن الإنسان لا يستحدث الملك في الدار في كل حين وزمان، فإذا ملكها لا يزيل ملكها في كل حين وزمان فتنعقد اليمين على الموجود في ملكه لا على ما

يستحدث كما في الزوجة والصديق بخلاف الثوب والطعام، فإن الإنسان يستحدث الملك فيهما في كل حين وزمان ولا يدوم ملكه فيهما غالبا بل يبطل بالأكل والشرب والتجارة، لهما: أن الإنسان كما يمنع نفسه عن سكنى دار هي في ملك فلان يمنع نفسه عن سكنى دار هي سيملكها فلان لمعنى فيه مغايظة له فوجب العمل بعموم الإضافة إلا أن يقوم دليل التخصيص ولم يقم دليل التخصيص في الدار؛ لأن استحداث الملك فيها ليس بنادر، فإنه يوجد مرة بعد أخرى لأنها مختلفة عادة بخلاف الزوجة؛ لأن ثمة قيام دليل التخصيص؛ لأن استحداث النكاح مرة بعد أخرى نادر.

ولو حلف لا يكلم زوجة فلان أو صديق فلان ثم زالت الزوجية والصداقة ثم كلمه، فإن كان مشار إليه بأن قال هذا وهذا حنث بالإجماع؛ لأن زوجة فلان يقصد هجرانها لعينها ولأذى يكون من جهتها، وكذلك الصديق فاتخذ المراد من الإشارة والنسبة فبقي ذكرهما للتعريف فصارت الإشارة أولى، وإن كان مطلقا لم يحنث عند أبي حنيفة وحنث عند محمد، ذكر قول أبي حنيفة في المبسوط وذكر قول محمد في الزيادات.

لمحمد: أن السبب الداعي إلى اليمين أدى دخله من جهتها فكأنه عينها، ألا ترى أنه لو كلم امرأة تزوجها فلان بعد يمينه لم يحنث لهذا.

لأبي حنيفة: أن هذه الإضافة قد تحتمل هجرانه لحق المضاف إليه وقد يحتمل التعريف دون الهجران فعلى اعتبار احتمال الأول لا يحنث وعلى اعتبار احتمال الثاني يحنث فلا يحنث بالشك، فإن لم يكن له امرأة ولا صديق ثم استحدث فكلمه قال محمد في الزيادات: لا يحنث ولم يذكر قول أبي يوسف ويحتمل أن يكون قوله مثل قول أبي حنيفة.

(**المنتقى**): حلف لا يتزوج بنت فلان فولدت له بنت أخرى فتزوجها لم يحنث لما ذكرنا اليمين انصرفت إلى الموجود للحال.

ولو حلف لا يتزوج بنتا من بنات بني فلان أو بنتا لفلان، فإنه يحنث في قول أبي حنيفة؛ لأن قوله بنتا لفلان إضافة لليمين إلى ما يحدث كقوله دارا لفلان وفي

رواية أسد بن عمر لا يحنث؛ لأن اليمين انصرفت إلى الموجود حالة الحلف، فإذا لم يكن موجودا وقت اليمين لم تنعقد اليمين أصلًا.

هشام عن محمد: رجل حلف لا يكسر رغيفا لفلان فكسر رغيفا أو أكثر بينه وبين آخر لم يحنث، ولو حلف لا يأكل رغيفا لفلان فأكل رغيفين بينه وبين آخر فأكثر علمي أنه قال يحنث في هذا.

ولو حلف لا يكسر له درهما فكسر ألف درهم بينه وبين آخر لم يحنث؛ لأنه لم يكسر لكل واحد درهما كاملا ولا رغيفا تاما بخلاف الأكل؛ لأنه في العرف يعد أكلا رغيفا لكل واحد منهما.

(**المنتقى**): وإن حلف لا يغصب شاة لفلان أو بقرة أو درهما فغصب ذلك مشركا بينه وبين آخر حنث؛ لأن الغصب من غير المالك يتحقق كما يتحقق في الملك.

رجل قال لامرأته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق فمات فلان فدخلت، قيل إن لم يكن على الميت دين مستغرق لا يحنث لأنها لم تدخل دار فلان وإن كان عليه يحنث لأنها تفيد على حكم ملك الميت، والصحيح أنه لا يحنث في الوجهين؛ لأنه لم يبق ملك الميت حقيقة؛ لأنه لم يبق أهلا للملك، ولهذا لو أعتق عبدا لتركه ثم أبرأ الغرماء الميت عن الدين بعد العتق علم أن الملك غير ما في حقيقته وإنما بقي على حكم ملك الميت حكمًا أو مجازا من وجه فلم يدخل دار فلان مطلقًا فلا يحنث.

(**النوادر**): حلف لا يكلم صاحب هذه الدار أو قال: لا يكلم صاحب هذه الطيلسان فكلمه بعد بيعه حنث اتفاقا ولا يحنث إذا كلم المشتري؛ لأن لهذه الإضافة لتعريف المحل لا لتقييد اليمين بها، فإن الداعي إلى اليمين أدى لحقه من جهة صاحب الطيلسان والدار لا لمعنى فيهما فيعتبر قيام هذه النسبة والإضافة يوم اليمين لا يوم الحنث فيكون قوله صاحب هذا الطيلسان والدار بمنزلة التسمية له كأنه قال لا أكلم زيدا.

ولو حلف لا يكلم إخوة فلان أو قال بني فلان فالمعتبر إخوته التي كانت وقت اليمين لا ما حدث بعده.

ولو كان له إخوة كثيرة لا يحنث ما لم يكلم كلهم، بخلاف قوله لا يكلم عبد

فلان أو لا يركب دواب فلان أو لا يلبس ثياب فلان ففعل ثلاثة مما سمي حنث إلا إذا نوى الكل لا يحنث والفرق أن في الأول المنع كان لمعنى فيهم لأنهم يقصدون لهجران الكلام؛ لأن الأذى يتحقق منهم فكانت النسبة للتعريف فتعلقت اليمين بأعيانهم فما لم يكلم الكل لا يحنث، وفي الوجه الثاني المنع لمعنى في مالكهم لا المعنى في هذه الأشياء لأنها جماد لا يتصور الأذى منها، وفي العبد إن كان الأذى يتحقق منه إلا أن العبد لخسته ودناءة حاله لا يقصد بالهجران؛ لأنه لا يبالي منه.

ولو استوحش منه إنسان ينادي من مالكه لا منه؛ لأن المالك يقدر على منعه وزجره فيتناول اليمين أعيانا منسوبة إليه وقت الحنث إلا أنه ذكر النسب بلفظ الجمع وأقل الجمع ثلاثة.

ورُوي عن أبي يوسف في النوادر أنه قال: إذا كان ذلك مما يحصى فاليمين على جميع ما في ملكه وقت اليمين؛ لأنه عرفه بالإضافة ويمكن استيعابه فهو كالمعرف بالألف واللام، وإن كان مما لا يحصى إلا بكتاب حنث بالواحد؛ لأنه إذا تعذر اعتبار الكل فانصرف إلى الأقل، ذكر المعلى عن أبي يوسف كل شيء سوى بني آدم فهو على واحد، وإذا كانت يمينه على بني آدم فهو على ثلاثة، وسمعت أبا يوسف في رجلين بينهما ثمانون شاة فحلف أحدهما أنه لا يملك أربعين شاة حنث وعليه الزكاة وفي العبد لو حلف أنه لا يملك أربعين عبدا كان صادقا.

(باب الحلف على الخروج)

(**المبسوط**): حلف بطلاق امرأته لا يخرج فهذا لا يخلو إما أن حلف لا يخرج من هذه الدار أو من باب هذه الدار أو من هذا الباب، فإن حلف لا يخرج من هذه الدار ففي أي موضع خرج من باب أو فوق حائط أو نعت يحنث؛ لأن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج على عكس الدخول وقد وجد على أي وصف كان.

ولو خرج إلى الظلة أو إلى كنيف شارع ومفتحها في الدار لا يحنث؛ لأنه لم يوجد الانفصال من الداخل إلى الخارج.

ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فخرج من أيِّ باب كان قديما أو حادثا يحنث؛ لأن شرط حنثه الخروج من باب هذه الدار أيِّ باب كان، فإنه لم يعين بابا فتناولت اليمين الأبواب كلها الحادث والقديم، وإن خرج من فوق حائط أو ثقب في جوار لا يحنث؛ لأنه وجد الخروج من هذه الدار.

ولو حلف لا يخرج من هذا الباب فخرج من باب آخر لا يحنث؛ لأن اليمين انعقدت على باب معين وشرط التعيين مقيد؛ لأنه ربما يكون هذا الباب إلى الطريق الأعظم وخروجها إلى الطريق الأعظم ربما يغيظ الزوج ويوديه إلى السكة لا يغيظه وكان شرط التعين مقيدا فلا بد من اعتباره.

حلف بطلاقها لا يخرج من البيت فخرجت إلى الدار حنث لأنها خرجت من البيت قال مشايخنا وهذا في عرفهم لأنهم لا يسمون الدار بيتا فأما في عرفنا الدار تسمى بيتا فيقال: جاء به فلان أندرام مدم، وإن جاء به فلان بيرو نامدم، فعلى عرفنا الدار تسمى بيتا فلا يحنث ما لم يخرج إلى السكة.

ولو حلف لا يخرج وهو في بيت إلى الدار لا يحنث؛ لأن الدار كلها مكان واحد فالخروج إلى صحن الدار لا بعد خروجها إلى أن ينوي ذلك.

ولو حلف لا يخرج إلا في كذا فخرج لقصده ثم بدا له فانطلق إلى غيره لا يحنث؛ لأن الإتيان ليس بخروج؛ لأن الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ولم يوجد في الإتيان فلم يوجد الخروج لغير ما حلف عليه، فإن خرج ثانيا لا له حنث إلا إذا نوى مرة حرم الخروج على العموم واستثنى خروجا موصوفا، فإن وجد الخروج بتلك الصفة كان خارجا عن يمينه فلا يحنث، وإن لم يوجد كان داخلا تحت يمينه فحنث إلا إذا نوى الخروج مرة؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الاستثناء والغاية مشابهة من حيث المعنى فيستقيم عمارة أحدهما عن الآخر مجازا فقد نوى المجاز فيصدق ديانة لا قضاء.

(**المنتقى**): حلف لا يخرج من هذا البيت وهو قاعد فأخرج قدميه ويديه لم يحنث وإن كان مستلقيًا على ظهره أو على بطنه أو على جنبيه فأخرج الأكثر من جسده حنث؛ لأن القائم والقاعد لا يسمى خارجا إلا بالقيام على القدمين خارج

البيت فأما المستلقي والمضطجع يسمى خارجا بخروج أكثر جسده.

عن أبي يوسف فيمن قال: والله لا أخرج من دار كذا فهذا على أن يخرج ببدنه.

ولو قال: والله لا أخرج من هذه الدار وهذا على النقلة من أهله وبدنه.

ولو قال لامرأته: إن خرجت في غير حق فأنت طالق فخرجت في جنازة والد أو ذي رحم محرم أو إلى عرس أو خرجت فيما يجب عليها لم تطلق لأن الحق يستعمل في العادة لما يستحق به ولا يراد به الواجب.

قال أبو يوسف في نوادر المعلى: إذا حلفت المرأة أن لا تخرج إلى أهلها فأهلها أبواها وليس أحد سواهما أهلها، فإن لم يكن لها أبوان فأهلها كل ذي رحم محرم منها، فإن لم يكن لها إلا أم مطلقة فأهلها منزل أمها، فإن كان لها أب متزوج والأم متزوجة فالأهل منزل الأب دون منزل الأم.

(**النوادر**): لو حلف لا تخرج من باب هذه الدار وهو نوى باب الخشب فرفع الباب ثم خرج من ذلك الموضع لا يحنث؛ لأن اليمين وقعت على عين الباب وإن لم يرد باب الخشب حنث؛ لأن العين وقعت على موضع الباب.

رجل قال لامرأته: إن خرجت من باب هذه الدار فأنت طالق فصعدت السطح ونزلت في دار خال ذكر في كتاب الحيل أنه لا يحنث وقيل هذا غلط بل يحنث؛ لأن الكل أبواب هذه الدار.

وكذلك لو قال: إن خرجت من هذه الدار فخرجت من أعلاها. حلف لا يخرج إلى بغداد اليوم فخرج من باب داره يريد بغداد ثم بدا له فرجع لا يحنث ما لم يجاوز عمران مصره على هذه النية بخلاف ما إذا حلف لا يخرج إلى جنازة فلان والمسألة بحالها يحنث، والفرق أن الخروج إلى بغداد سفر والمرء لا يُعد مسافرًا ما لم يجاوز عمران مصره ولا كذلك في الخروج إلى الجنان.

ولو كان في منزل من داره في المسألة الثانية فخرج إلى صحن الدار ثم رجع لا يحنث ما لم يخرج من باب الدار؛ لأنه لا يعد خارجا في جنازة فلان ما دام في داره كما لا يعد خارجا إلى بغداد ما دام في مصره فاستوت المسألتان معنى.

ولو حلف لا يخرج من الري إلى الكوفة فخرج من الري يريد مكة وجعل

طريقه إلى الكوفة ينظر إن كان خرج ونوى أن يمر بالكوفة حنث، وإن نوى أن لا يمر بالكوفة ثم بدا له بعدما خرج فسار إلى موضع آخر يقصد فيه الصلاة فقصد أن يمر بالكوفة لا يحنث.

ولو قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق فدخلت كرمًا في هذه الدار إن كان الكرم يعد من الدار ويفهم الكرم بذكر الدار بأن كان صغيرا ولم يكن مفتحه إلى غير الدار لا يحنث؛ لأنه من الدار، وإن لم يكن كذلك يحنث.

رجل خرجت امرأته إلى قرية فقالت الزوج لها إن مكث هناك أكثر من ثلاثة أيام فأنت طالق فانصرفت المرأة يوم الثالث إلى قرية أخرى ثم انصرفت إليها وأقامت بها أياما، فإن كان الانصراف من تلك القرية على عزم أن لا تعود إليها ثم عادت لا تطلق؛ لأن شرط الحنث الكينونة في تلك القرية أكثر من ثلاثة أيام في هذه الخرجة ومتى خرجت من تلك القرية على أن لا تعود لم تبق الكينونة في تلك القرية فهذه كينونة جديدة، وإن كان الانصراف على أن تعود إليها ثم عادت تطلق؛ لأن الكينونة الأولى باقية لأنها ما لم تخرج على عزم الانصراف تبقى تلك الكينونة.

(باب الحلف على الخروج إلا بإذن)

ولو قال لامرأته: أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى آذن لك أو إلا أن آذن لك فخرجت مرة بإذنه ثم خرجت بغير إذنه لم يقع؛ لأنه بالإذن مرة ارتفعت اليمين؛ لأن كلمة حتى للغاية حقيقة وكلمة إلا أن أيضًا للغاية إذا دخلت على ما يحتمل التوقيت لقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمۡۗ﴾ [التوبة: ١١٠] أي حتى، وقوله تعالى: ﴿لَتَأۡتُنَّنِي بِهِۦٓ إِلَّآ أَن يُحَاطَ بِكُمۡۖ﴾ [يوسف: ٦٦] ويقال: لا يجب عليك الحج إلا أن تصيب مالًا، أي: حتى تصيب مالًا، وتجب عليك الصلاة إلّا أن تزول الشمس، أي فقد جعل الإذن غاية ليمينه، فإذا وجد الإذن انتهت اليمين بالغاية فصار، كما لو قال لها: إن خرجت من هذه الدار حتى الليلة فأنت طالق، فمضى اليوم ثم خرجت لا يحنث فكذا هذا.

ولو قال: إلا بإذني يقع؛ لأنه حرم الخروج عاما؛ لأن قوله إن خرجت لا يتناول إلا خروجا واحدا إلا أن الواحد يكره في موضع النفي؛ لأن موضع الشرط موضع النفي والنكرة في موضع النفي تعم، وإن الاستثناء في معنى التخصيص فلا يصح إلا في العام فيصير الخروج مضمرا في كلامه ليصح استثناؤه فيصير كأنه قال إن خرجت خروجا إلا خروجا بإذني فأنت طالق، فالخروج الأول نكرة في موضع النفي فتعم والخروج الثاني نكرة في الإثبات إلا أنها موصوفة بصفة عامة فتعم أيضًا فقد استثنى خروجا موصوفا بكونه مأذونا فيه وكل خروج عري عن صفة الإذن كان داخلا تحت يمينه فيحتاج إلى الإذن في كل مرة، كما لو قال لها إن خرجت من هذه الدار إلا بمحفه أو إلا راكبة فأنت طالق، والحيلة في هذا أن يقول لها حكما قصدت الخروج فقد أذنت لك.

وإن نوى في قوله إلا بإذني الإذن مرة يصدق؛ لأنه نوى صريح لفظه إذ ليس في لفظه ما يقتضي التكرار ولكن التكرار إنما بعث ضرورة أن النكرة في موضع النفي عامة ولكن هذا ليس بمقتضى اللفظ، فإذا نوى صريح لفظه صدق.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر.

ولو أذن لها بحيث لا تسمع هي لا يكون إذنا عندهما خلافًا لأبي يوسف والشافعي.

لهما: أن المقصود من الإذن هو الرضا بالخروج فأمكن أن يجعل الإذن عبارة عن الرضا والرضا يصح بدون العلم ولأن الإذن وجد صورة ولم يوجد معنى وهو الإعلام فوقع الشك في الحنث فلا يحنث بالشك.

لنا: أن الإذن لم يوجد حقيقة؛ لأن الإذن هو الإعلام ومنه يسمى الأذان أذانا؛ لأنه يقع به الإعلام ومعنى الإعلام لا يحصل إلا بوصول الكلام إلى سمعها فيكون المستثنى خروجا موصوفا بإذن يقع العلم به للمأذون فإذا لم يسمع بقي هذا الخروج تحت يمينه فيحنث وصار كما لو أذن لعبده في التجارة ولم يسمع لا يصير مأذونا.

ولو قال: إلا برضاي، فقال: رضيت، ولم يسمع المحلوف عليه لم يحنث

فأبو يوسف ساوى بين الإذن والرضا وهما فَرَّقا، والعرف أن الإذن هو الإعلام والإعلام لا يتحقق بدون العلم والسماع، فأما الرضا عبارة عن إزالة الكراهة ورفع السخط وذلك يتحقق بدون السماع.

ولو قال: إلا بأمري فأمرها فلم تسمع فخرجت يحنث بالاتفاق ولأن صيغة الأمر للإلزام لغد ولا يصح الإلزام بدون سماع المأمور كأوامر الشرع بخلاف الرضا؛ لأنه ليس في الرضا إلزام، وكذلك على قول أبي يوسف ليس في الإذن إلزام.

ولو كانت نائمة فأذن لها، في رواية يصح الإذن؛ لأن الإذن قد وصل إلى سمعها لكن هناك مانع يمنعه من تحصيل العلم فصار كما لو كانت غافلة أو أصمة، وفي رواية لا يصح الإذن؛ لأنه لم يحصل لها العلم.

ولو قال لها قد أذنتك بالخروج كلما أردت فخرجت مرة بعد أخرى لا يحنث، فإن نهاها بعد ذلك فخرجت حنث؛ لأنه ارتفع الإذن كالنهي فصار خروجا بغير إذن.

حلف بطلاق امرأته أن لا تخرج امرأته بغير علمه فخرجت وهو يراها فلم يمنعها لم يحنث لأنها خرجت بعلمه، فإن أذن لها بالخروج فخرجت بغير علمه.

قال محمد: لا يحنث؛ لأنه لما أذن لها فقد علم أنها تخرج فكان الخروج بعلمه.

امرأة قالت لزوجها: ائذن لي في الخروج إلى منزل أمي فقال إن أذنت لك في ذلك فعبدي حر ثم قال لها أذنتك في الخروج لم يحنث، فرق بين هذا وبينما إذا استأذنه عبده في تزويج ابنته لرجل فقال المولى إن أذنت لك بتزويجها فعبدي حر ثم قال أذنت لك بالتزويج حنث، والفرق: وهو أن التزويج لا يكون إلا بالمرأة فلما ثبت الإطلاق في إنشاء، فأما الخروج قد يكون لا إلى منزل أحد فلم يكن من ضرورة الإطلاق في الخروج الإطلاق في جهة الخروج.

وكذلك لو قال لعبد: إن اشتريت هذا العبد بإذني فامرأته طالق ثم قال أذنت لك في التجارة فاشترى العبد حنث المولى.

ولو قال: إن اشتريت طعاما بإذني فعبدي حر، ثم قال: قد أذنت لك في شراء

الدقيق خاصة ثم اشترى الطعام لزمه ولم يحنث المولى؛ لأن في الأول الإذن بالتجارة إذن بشراء العبد؛ لأنه من التجارة فوجد شرط الحنث وفي الثاني الإذن بشراء الدقيق خاصة لا يكون إذنا بشراء الطعام نصا وصريحا ولكن يصير إذنا في التجارة شرعا لا حقيقة فلم يوجد شرط الحنث.

ابن سماعة عن محمد: رجل قال لامرأته: إن خرجت إلا بإذني فعبدي حر ثم قال لها قد أذنت لك فلم تخرج حتى قال لها لا آذن لك فخرجت عتق العبد لأنها خرجت بغير إذنه، وقال أبو يوسف: لا يحنث في الخرجة الأولى، فإن خرجت ثانية بغير إذنه حنث.

رجل قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار إلا لأمر لا بد منه فأنت طالق فادعت هي حقًّا على إنسان فخرجت، ينظر إن قدرت على أن توكل رجلا يطلب حقها والخصومة فيه حنث؛ لأن لها منه بدًّا، وإن لم تقدر على أن توكل لم يحنث؛ لأنه لا بد لها منه.

ولو قال: عبده حر إن دخلت الدار دخلة إلا أن يأمرني بذلك فلان فأمره فلان سقطت اليمين وهذا على أمر واحد.

ولو قال: إلا أن يأمرني بها فلان فأمر فلان فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير أمره يحنث فهذا على أمر في كل مرة إذا أضاف ذلك إلى الدخول، وإن لم يضف ذلك إلى الدخول فهو على أمر مرة واحدة.

وكذلك لو قال: إن بعت لك عبدا أبدا إلا أن يأمرني فلان فأمره فلان فهذا على أمر مرة واحدة، ولو قال: إلا أن يأمرني به فلان فهذا على أن يأمره في بيع كل عبد.

ولو عصت وتهيأت للخروج فقال الزوج: دعوها تخرج ولا نية له لم يكن إذنا؛ لأن الإذن لم يوجد صريحا إلا بما أمرهم بترك التعريض لها إلا إذا نوى الإذن فيثبت بطريق الدلالة، ولو قال لها: اخرجي حتى تطلقي؛ لأن الأمر قد يقصد به التهديد، فإذا نوى ذلك وفيه تشديد صحت نيته.

رجل قال لامرأته: إن خرجت من الدار إلا بإذني فأنت طالق فسمع سائلا يسأل فقال لها: أعط السائل هذه الكسرة، فإن كان السائل بحيث لا تقدر المرأة على دفع

ذلك إليه إلا بخروجها من الدار فخرجت لا تطلق؛ لأنه أذن لها بالخروج، وإن كان السائل حين أذن الزوج بذلك بحال تقدر المرأة على دفع ذلك من غير خروج فخرج السائل إلى الطريق فخرجت إليه المرأة حنث؛ لأنه لم يأذن لها في الخروج حينئذ ضرورة الأمر بإعطاء الكسرة.

رجل قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار من غير إذني فأنت طالق فاستأذنته للخروج إلى بعض أهلها فأذن لها فلم تخرج إلى ذلك ولكنها كانت تكنس الدار فخرجت إلى باب الدار تكنس الباب طلقت لأنها خرجت بغير إذنه؛ لأنه أذن لها بالخروج إلى بعض أهلها ولم تخرج إلى بعض أهلها، فإن تركت الخروج ثم خرجت في وقت آخر إلى بعض أهلها الذي أذن لها الزوج فأخاف أنها تطلق؛ لأن هذا إذن بالخروج في هذا الوقت عادة فيتقيد به.

رجل قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار من غير إذني فأنت طالق ثم أذن لها بالعربية وهي لا تعرف العربية فخرجت طلقت؛ لأن العلم بشرط صحة الإذن ولم يوجد، كما لو أذن لها وهي نائمة أو غائبة.

رجل حلّفه ثلاثة رجال أن لا يخرج من بخارى إلا بإذنهم فجن أحدهم قال لا يخرج، وإن مات أحد الثلاثة فخرج لم يحنث؛ لأنه ذهب الإذن الذي وقعت عليه اليمين، ولو قال: إلا بإذن فلان فمات المحلوف عليه بطلت اليمين عندهما خلافًا لأبي يوسف رحمه الله بناء على أن فوات المعقود عليه يمنع بقاء اليمين عندهما وعنده لا يمنع.

(باب الحلف على الإتيان والذهاب والعيادة والزيارة)

(**الجامع الصغير**): حلف لا يخرج إلى مكة فخرج ثم رجع حنث.

ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها؛ لأن الخروج هو الانفصال من مكانه على قصد الذهاب وقد وجد، فأما الذهاب فأمر وراء الخروج فلا يشترط للحنث، فأما الإتيان فهو الوصول إليها قال الله تعالى: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ﴾ [الشعراء: ١٦] والمراد به الوصول.

ولو حلف لا يذهب إلى مكانه قال نصير بن يحيى: الذهاب بمنزلة الإتيان لقوله تعالى: ﴿ٱذْهَبَآ إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُۥ طَغَىٰ ﴿٤٣﴾﴾ [طه: ٤٣] والمراد به الإتيان.

وقال محمد بن سلمة: إنه بمنزلة الخروج وهذا أصح لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيرًا ﴿٣٣﴾﴾ [الأحزاب: ٣٣] أي ليزيل عنكم وهذا إذا لم يكن له نية، وأما إذا نوى أحدهما كان على ما نوى؛ لأنه نوى ما يحمله لفظه.

(**المبسوط**): ولو قال لرجل: إن لم آتك غدا إن استطعت فامرأتي طالق فلم يعرض أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث؛ لأن الاستطاعة في متعارف الناس ومخاطباتهم هي الاستطاعة من حيث الأسباب والآلات، فإن عنى استطاعة القضاء والقدر في رواية يصدق ديانة لا قضاء؛ لأن ذلك مما يقع عليه اسم الاستطاعة قال الله تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء: ١٢٩] وقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْطَٰعُوٓاْ أَن يَظْهَرُوهُ﴾ [الكهف: ٩٧] إلا أنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف فلا يصدق فصار في رواية يصدق قضاء لأنه نوى حقيقة ما يكلم به إذ القدرة إنما تقوم بتلك الاستطاعة لا بأسبابها.

(**المنتقى**): حلف لا يأتي فلانا فهو على أن يأتي منزله أو حانوته لقيه أم لم يلقه، فإن أتى مسجده لم يحنث؛ لأن الإتيان هو الوصول إلى مكانه دون ملاقاته.

هشام عن محمد: رجل قال لآخر: والله لأوافينك غدا فهو على اللقاء، فإن وافاه فلم يلقه حنث.

ولو لزم رجل الحلف الملزوم ليأتينه غدا فأتاه في الموضع الذي لزمه فيه لا يبر حتى يأتيه منزله، فإن كان لزمه في منزله فحلف ليأتينه وتحول الطالب من منزله قال لا يبر حتى يأتي منزله الذي تحول إليه.

رجل حلف لا يأتي امرأته إلى العرس فذهبت قبل العرس وكانت ثمة حتى مضى العرس قال لا يحنث؛ لأن العرس أتاها لا إنها أتت العرس.

عن محمد لو قال: والله لأعودن فلانا غدا فعاده فلم يؤذن له لا يحنث؛ لأنه قد عاده حيث أتى منزله واستأذنه.

وكذلك لو قال: لآتينه فأتاه فلم يؤذن له.

رجل حلف ليزورن فلان غدا أو ليعودنه فأتى بابه واستأذن فلم يؤذن له لا يحنث، فإن أتى بابه ولم يستأذن يحنث حتى يصنع من ذلك ما يصنع الزائر والعائد من الاستئذان، والفرق أن الأول لم يتصور البر فلم ينعقد اليمين وفي الثاني يتصور، وهكذا ذكر في (**العيون**) وعلى قياس من قال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فمنع أو قيد حنث فيجب أن يحنث هنا في الوجهين وهو المختار لمشايخنا.

رجل قال لامرأته: إن لم أرسل إليك أو إن لم أبعث إليك بنفقة فأنت طالق فأرسل بها مع إنسان فضاعت من الرسول لم يحنث؛ لأنه قد أرسل.

حلف لا يأتي بغداد ماشيًا فركب حتى دنا منها فدخلها ماشيًا حنث؛ لأنه لم يأتها ماشيا وإنما دخلها ماشيا.

ولو حلف لا يمشي إلى بغداد فمشى في بعض الطريق وركب في البعض لا يحنث.

(**الفتاوى**): حلف لا يزور فلانا لا حيا ولا ميتا فشيع جنازته لا يحنث، وإن زار قبره يحنث وهو المختار؛ لأن زيارة الميت زيارة قبره، عرفا لا يشيع جنازته.

وذكر أبو الليث في نوازله: لو قال لامرأته: اكريحانه مادر سوى فأنت طالق فذهبت إلى باب دار الوالدة ولم تدخل الدار قال الفقيه أبو الليث: ما لم تدخل دارها لم تطلق والله أعلم.

(باب الحلف على المسافرة والمصاحبة والمرافقة والمؤاخاة)

(**المنتقى**): لو حلف لا يسافر سفرًا طويلًا فهو على سفر شهر؛ لأن الشهر طويل؛ لأنه يكون أجلا لما بينا، فإن كان نوى ثلاثة أيام أو أكثر فهو على ما نوى.

وعن محمد بن الحسن: لو حلف لا يمشي اليوم إلا ميلا فخرج من منزله فمشى ميلا ثم انصرف إلى منزله حنث؛ لأنه قد مشى ميلين.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله: إذا حلف لا أرافق فلانا فهذا على الاجتماع في الطعام أو شيء يجتمعان عليه.

بشر في نوادره عن أبي يوسف قال: المرافقة إذا كان مقامها في مكان وهم يسيرون في جماعة، وإن كانا في سفينة وطعامهما ليس بمجتمع لا يأكلان على أخوان فليس بموافقة.

وذكر داود بن رشيد عن محمد: رجل قال لآخر: والله لا أرافقك فخرجا إلى سفر، فإن كانا في محمل أو كراهما واحدًا وقطارهما واحد فهو مرافق، وإن كان كراهما مختلفا والمسير واحد فليس بمرافق.

ذكر هشام عن أبي يوسف: لو حلف لا يصاحب فلانا فكان كل واحد منهما في قطار آخر لا يكون مصاحبه حتى يكونا في قطار واحدٍ.

وإن كانا في سفينة كل واحد منهما في بيت وطعام على حدة فهي مصاحبة ألا ترى أن نزولهما ودخولهما وخروجهما واحد.

رجلان خرجا في سفر فحلف أحدهما لا يصحب هذا في غير هذا السفر فلما سارا بعض الطريق بدا لهما فسارا إلى مكان آخر سوى السفر الذي أراداه لم يحنثا لأنهما على السفر الأول.

(باب الحلف على اللقاء والرؤية والدعوة)

(**المبسوط**): ولو حلف أنه لا يعرف فلانا ثم رأى رجلا وأخبر أنه فلان فقال: كنت أعرف وجه هذا الرجل لم يحنث؛ لأن معرفة الوجه لا تكون معرفة ما لم يعرف اسمه ونسبه لما روي **أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل: هل تعرف فلانا؟ فقال: نعم، فقال: ما اسمه؟ قال: لا أدري، فقال: إذا لا تعرفه.**

(**المنتقى**): ولو حلف لا ينظر إلى فلان فرآه من خلف الستر ومن وراء زجاجة بين له من خلفه وجهه قال فقد رآه، وكذلك لو نظر إلى فرج امرأة من وراء ستر

حرمت عليه بنتها؛ لأن الستر إذا كان رقيقا يصف ما وراءه لم يكن سترًا معنًى، ولهذا لو صلى في ثوب رقيق يصف ما تحته لم يجز؛ لأنه مكشوف العورة معنًى ولو نظر إليه في مرآة لم يحنث ولم تحرم عليه البنت؛ لأنه إنما رأى مثاله وشكله لا عينه.

قال محمد رحمه الله: لو حلف رجل لا ينظر إلى فلان فنظر إلى يده أو رجله أو على رأسه لم يحنث؛ لأنه لم يره وإنما الرؤية على الرأس فقد رآه، وإن رأى أكثر بطنه وصدره فقد رآه لأن هذا أكثر البدن وللأكثر حكم الكل، فإن رأى أقل من ذلك النصف فلم يره، أرأيت إن كانت امرأة [ملتفة][1] أو منتقبة فقد رآها إلا أن يكون نوى رؤية وجهها يصدق ديانة لا قضاء إلا أن يكون قبل ذلك كلام يدل عليه فيدين قضاءً، وإن رآه مسجى بثوب يستبين فيه الرأس والجسد حتى يصفه الثوب فقد رآه، وإن لم يستبن فيه جسده ولا رأسه فلم يره.

عن محمد: رجل حلف لا ينظر إلى وجه هذه المرأة فرأى عينها في نقاب لا يحنث حتى يرى الأكثر من وجهها؛ لأن الوجه اسم للكل لكن النظر إلى الكل لا يقع عادة فيقام الأكثر مقامه.

قال محمد لو قال لعبده: إن لقيتك فلم أضربك فأنت حر فرآه من قدر ميل أو أكثر لا يحنث؛ لأن هذا ليس بلقاء متى كان بينهما ميل أرأيت لو رآه على ظهر بيت من بعيد وهو لا يصل إليه يحنث، فإذا كان من بعيد فلم يلقه فلا يحنث.

ولو قال: إن رأيت فلانا فعبدي حر فرآه ميتًا أو مكفنًا قد غطى وجهه قال محمد يحنث؛ لأن الرؤية على الحياة والموت واحد والرؤية بعد الموت كالرؤية في الحياة، ألا ترى أن الحي لو رأيته مغطى الوجه قلت قد رأيته.

رجل حلف لا يخرج حتى يرى نفسه فلانا، فإن رأى فلانا من مكان بعيد قال إذا رآه وعرفه أجزأه، وكذلك إن رآه من فوق بيت وهو لا يصل إليه.

ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل قال: والله لأنظرن إلى وجهي أو إلى رأسي

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): متلفعة.

اليوم فنظر في المرآة أو في الماء إلى وجهه ونوى ذلك دين في القضاء؛ لأنه حلف على شيء لا يكون هو يقدر على النظر إلى وجهه وإلى رأسه أبدا وما يرى في الماء أو المرآه ليس هو وجهه بعينه إنما هو مثاله.

ولو قال: لأنظرن إلى رؤوس القوم فنظر إليها في الشمس قال ديّنه في القضاء، عن أبي يوسف: رجل قال والله لا أشهد فلانا في المحيا والممات أما المحيا ففي فرح أو حزن وأما الممات لا يشهد موته.

(باب الحلف لا يقعد على شيء)

(**المبسوط**): حلف لا يقعد على الأرض فقعد على بساط لا يحنث؛ لأنه لا يسمى قاعدا على الأرض عرفا، ألا ترى أنه يقال فلان قعد على البساط وفلان قعد على الأرض ومبنى الأيمان على العرف.

ولو قعد على الأرض وثيابه بينه وبين الأرض حنث؛ لأنه يقال جلس على الأرض ولأن ثيابه تابع له فلا يصير حائلا بينه وبين الأرض بخلاف البساط، فإنه ليس بتابع له.

حلف لا يمشي على الأرض ولا نية له فمشى بخف وجورب يحنث؛ لأن سير الرجل هكذا والمتصل به يكون تبعا له، فإنه يقال: فلان مشى على الأرض وفلان مشى على البساط وإن مشى على سطح يحنث لأنه أرض عرفا، ولهذا يقال على السطح لا تقعد على الأرض واقعد على البساط.

(**النوادر**): ولو حلف لا ينام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراشا لم يحنث؛ لأنه لم ينم على الألواح.

(**الجامع**): أصله: أن الأيمان مبنية على العرف والعادة لأن المعروف فيما بين الناس كالمحسوس؛ لأن في قلع المعروف وخلع العادة إهدارا للحقيقة؛ لأن الحقيقة العرفية بمنزلة الحقيقة الحسية.

حلف لا يجلس على هذا الفراش ففرش فوقه فرشا آخر فجلس لا يحنث؛ لأنه

يسمى جالسا على الأعلى، فإن الأعلى إذا كان من ديباج والأسفل من كِرْبَاس[1] يقال جلس على الديباج ولا يقال جلس على الكرباس، وإن كان قرار الأعلى على الأسفل كمن حلف لا يجلس على الأرض ففُرِش عليها بساط وجلس عليه لا يحنث؛ لأنه يسمى جالسا على البساط لا على الأرض وكمن حلف لا يجلس على هذا البساط فجعل فوقه فراشا فجلس عليه لم يحنث؛ لأنه يسمى جالسا على الفراش لا على البساط، ولو فرش عليه مجلسا فجلس عليه يحنث؛ لأنه في العرف يسمى جالسا على الفراش لا على المجلس حتى لو كان المجلس ثوب طبزي والفراش ديباج يقال جلس على فراش من ديباج بخلاف ما لو صلّى على هذا المجلس وهو طاهر وما تحته من الفراش نجس يجوز صلاته وجعل مصلّيًا على المجلس لا على الفراش؛ لأن شرط صحة الصلاة المكان الطاهر فصار المجلس أصلًا والفراش تبعا في حق الصلاة باعتبار قصد المصلى، وفي الجلوس إنما يقصد الخلاف بالجلوس الفراش الذي تحته لا المجلس فصار المجلس تابعا للفراش باعتبار قصده والفراش أصلًا.

حلف لا يجلس على هذا السرير والدكان فجلس على فراش فوقه حنث؛ لأن في العرف يسمى جالسًا على السرير ولأن السرير والدكان ينقل للقعود والبساط زينة له كالمجلس للبساط. وكذلك لو حلف لا ينام على السطح فنام على فراش فوقه يحنث؛ لأنه يسمى نائما على السطح عرفا.

ولو جعل سريرا فوق السرير فجلس على الأعلى لا يحنث؛ لأنه يسمى جالسا على الأعلى لا على الأسفل.

وكذلك لو بنى على السطح سطحا آخر فنام على الأعلى لم يحنث لما قلنا والله أعلم.

(باب الاستخدام)

(**المبسوط**): حلف لا يستخدم خادمًا كانت تخدمه ولا نية له فتركها على تلك

(١) الكِرْباسُ: فارسيٌّ معرب، بكسر الكاف. والكِرْباسَةُ أخصُّ منه. والجمع الكَرابيسُ، وهي ثيابٌ خشنةٌ.

الخدمة يحنث خلافًا للشافعي؛ لأن تركها للخدمة استخدام؛ لأن الاستخدام فعل ممتد فيكون لنهاية حكم ابتدائه؛ لأنه توجد الخدمة ساعة فساعة فيعتبر الأمر بالخدمة متجددا مستأنفا ساعة فساعة فصار كأنه أمرها بالخدمة في كل ساعة حلف على خادمه لا يملكها أن لا يستخدمها فخدَمَتْهُ من غير أن يستخدمها لا يحنث؛ لأنه حلف على فعل نفسه ولم يفعل لا حقيقة ولا اعتبارا وهو الإمساك للخدمة.

ولو حلف لا تخدمه فلانة فخدمته بغير أمره حنث؛ لأن شرط الحنث فعلها وهو الخدمة وقد وجد لا فعله وهو الاستخدام.

وإن أشار إليها بالخدمة يحنث؛ لأنه يسمى مستخدما؛ لأن طلب الخدمة كما يكون بالعبارة يكون بالإيماء والإشارة ويجد ذلك من ألطف الاستخدام والإشارة تكون باليد والإيماء يكون بالرأس والعين حلف لا تخدمه فلانة يتناول أعمال البيت لا الزراعة والتجارة؛ لأن الزارع والتاجر لا يسمى خادما.

حلف لا يخدمه خادم فلان فخدم قوما هو فيهم إن وقف بالماء على رؤوسهم يحنث؛ لأنه خدمه.

وإن كان حلف لا يستخدم لا يحنث لما قلنا.

(باب الحلف على الوطء والقربان والتقبيل واللمس)

(**المنتقى**): ولو حلف: والله لا أغتسل من امرأتي هذه من جنابة فأصاب هذه ثم امرأة أخرى أو على العكس حنث؛ لأن اليمين وقعت على الجماع، وكذلك لو نوى حقيقة الاغتسال؛ لأن الاغتسال وقع عنهما.

وكذلك لو قال: لا أتوضأ من رعاف فتوضأ من رعاف وغيره حنث، وكذلك المرأة إذا أصابها زوجها ثم حاضت.

رجل قال لامرأته: إن لم أشبعك من الجماع فأنت طالق إن جامعها ولم يفارقها حتى أنزلت لم يقع الطلاق؛ لأنه أشبعها من الجماع.

رجل قال لامرأته: إن اغتسلت منك من جنابة فأنت طالق فجامعها وقع الطلاق،

وإن لم يغتسل لأن هذا اللفظ صار كناية عن الجماع لما تبين فصار، كما لو قال إن جامعتك فأنت طالق.

المعلى عن أبي يوسف: رجل حلف بطلاق امرأته لا يطأ جاريته حتى تأذن له امرأته فاستأذنها فقالت: طأها في عينها فجامعها حنث، أرأيت لو قالت: طأها في رجلها لا يكون هذا إذنا له.

المعلى: سألت محمد عن ذلك فقال: إذا قالت: طأها في عينها فهذا إذن منها؛ لأن هذا شيء يتكلم به الناس ويستجيزونه.

ولو قال لامرأته: إن بت الليلة إلا في حجري فأنت طالق فباتت في فراشه ولم يأخذها في حجره.

قال محمد بن سلمة: لا يحنث؛ لأنه يراد بالحجر الفراش عرفا.

(**الفتاوى**): رجل حلف لا يقرب امرأته فاستلقى على قفاه فجاءت المرأة فقضت حاجتها منه ذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يحنث؛ لأن شرط الحنث الوطء وهو في هذه الحالة لا يسمى واطئا؛ لأن الوطء إيلاج الذكر في القبل ولم يوجد منه الإيلاج.

وذكر في حدود النوازل أنه يحنث حتى لو كانا أجنبيين يجب عليهما الحد لأنهما زنيا وعليه الفتوى، فإن كان نائما لا يحنث.

ولو قال لامرأته: إن لم يكن جامع فلانة ألف مرة فهي كذا فاليمين على كثرة من الجماع لا على ألف؛ لأنه يراد بها الكثرة ولا تقدير فيه قالوا والسبعون كثير قال الله تعالى: ﴿إِن تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً﴾ [التوبة: ٨٠] وأراد به الكثرة.

رجل دعا امرأته إلى الفراش فقالت: لا أجيء فإنك تعذبني فقال الزوج: إن عذبتك فأنت طالق فجاءت إلى الفراش فجامعها، فإن جامعها وهي كارهة طلقت؛ لأنه عذبها، وإن كانت طائعة لا تطلق.

رجل قال لامرأته: والله لا يمس فرجي فرجك يصير موليًا لا جماع إلا بالمس.

امرأة حلفت لا تغسل رأسها من جنابة زوجها فجامعها وهي مكرهة أرجو أن لا تحنث؛ لأن قولها كناية عن الجماع ومعناه أن لا تمكنه من الجماع ولم تمكنه.

رجل قال لامرأته: إن اغتسلت منك إلى شهر فأنت طالق فجامعها في المفازة وتيمم يحنث؛ لأن اليمين وقع على الجماع.

رجل قال لأمته: إن وطئتك ما دمت في هذه الحجرة فأنت حرة فتحولا ثم رجعا إلى هذه الحجرة ووطئها لا تعتق؛ لأن اليمين انتهت بالتحول.

رجل حلّف رجلا بأن يطيعه في كل ما يأمره وينهاه عنه ونهاه بعد ذلك عن جماع امرأته فجامع لا يحنث إذا لم يكن هناك سبب يدل عليه؛ لأن الجماع لا يراد بهذه اليمين عادة إنما يراد بهذه اليمين المجيء والذهاب والقعود فيما يأمره وينهاه عادة.

رجل حلف لا يقبّل فلانا فقبّل يده أو رجله، قيل لا يحنث وقيل ينظر إن عقد اليمين على تقبيل رجل ملتحٍ يحنث وإن عقد على تقبيل المرأة لا يحنث وهو على الوجه خاصة.

والمختار أنه إن عقد اليمين بالفارسية فهو على التفصيل بين الرجل الملتحي وغيره وإن عقد اليمين بالعربية، فإنه لا يحنث مطلقا لأنه لا يتفاهم الناس من التقبيل بالفارسية إلا التقبيل على الوجه.

(**الجامع**): أصله: أن المصرحات والمفصحات من الألفاظ ينصرف اللفظ إليهما من غير نية وإرادة، لأنها عاملة بحقائقها لأنها موضوعة معلمات على مسمياتها فلا يتغير علمها؛ لأن إرادة المتكلم وضميره والمكتبات من الألفاظ غير كاتبة بنفسها إلا بالنية لأنها محتملة ضروب معانٍ مختلفة لا يتعين بعضها إلا بالنية إلا إذا تعين بعض المعاني بكثرة الاستعمال فالتحق بالمصرح والمفصح لعرف الناس وكثرة استعمالهم في المحاورات.

لو قال لامرأته: إن جامعتك أو باضعتك فعبدي حر فهو على الجماع في الفرج خاصة؛ لأن الجماع في حقيقة اللغة عبارة عن الجمع بين الشيئين، فالجمع كما يتحقق بالجماع في الفرج يتحقق بالجماع فيما دون الفرج إلا أنه تعين للجماع في

الفرج لعرف الاستعمال، فإن في العرف متى ذكر الجماع مضافا إلى المرأة يراد به الجماع في الفرج خاصة، فصار اللفظ كالمصرح للجماع في الفرج فانصرف إليه من غير نية، ولهذا لو قال لامرأته والله لا أجامعك صار موليا منها من غير نية.

فإن نوى الجماع فيما دون الفرج تصح؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد وتغليظ، ولو نوى المجاز وفيه تغليظ وتشديد يصدق فهنا أولى، وكذلك المباضعة هو التصريح للجماع في الفرح أربعة ألفاظ قوله جامعتك وباضعتك ووطئتك وأفضضتك واغتسلت منك.

أما المجامعة فقد بينا.

وأما المباضعة تحتمل معنيين: يحتمل أنها مأخوذة من البضع وهو القطع ومنه سمي قُبُل المرأة بِضْعا لأنه مما يقطع بالافتضاض كما يسمى بدله عقر لما فيه من العقر بالافتضاض ويجوز أن تكون مأخوذة من البضع وهو قبل المرأة فيكون المراد به الجماع وكذا الوطء بالقدم والوطء بالجماع والافتضاض افتعال من الفض وهو الكسر والفض في اللغة عبارة عن الكسر يقال يفض الباري والافتضاض يكون بالإصبع وقد يكون بالذَّكر، إلا أن هذه الألفاظ إذا أضيفت إلى المرأة في العرف والعادة صارت عبارة عن الجماع في الفرج خاصة، وكذلك الاغتسال منها؛ لأن الاغتسال من المرأة إنما يتحقق بالجماع في الفرج؛ لأن الاغتسال منها لا يكون إلا بمباشرتها ومماسة الفرجين بالتقاء الختانين، فأما الاغتسال بالإنزال بالجماع فيما دون الفرج أو بالمس عن شهوة أو النظر لا يكون اغتسالا منها بل يكون من الماء حتى لو لم ينزل لا اغتسال عليه.

وذكر الكرخي: أن هذا اللفظ لا ينصرف إلى الجماع إلا بالنية؛ لأن الاغتسال قد يكون بالجماع فيما دون الفرج إذا أنزل كما يكون بالجماع في الفرج وليس أحدهما بأطهر من الآخر فوقف موقف الكناية والكناية لا تعمل إلا بالنية.

ولو قال: إن أتيت امرأتي أو أصبت منها لا ينصرف إلى الجماع إلا بالنية؛ لأن هذا اللفظ كناية؛ لأن الإتيان كما يذكر يذكر به الجماع قال الله تعالى: ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ

حَيْثُ أَمَرَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٢٢] يذكر ويراد به الإتيان لشغل آخر من الزيادة ونحوها، وكذلك الإصابة المضافة إليها يراد بها القبلة يقال أصاب من امرأته أي قبّلها، ويقال أصاب من امرأته مالا ويذكر ويراد بها الجماع أيضًا فكانت محتملة لأشياء كثيرة فوقفت موقف الكناية فلا تعمل إلا بالنية.

ولو قال: إن وطئت بالإضافة كان للوطء بالرجل؛ لأنه هو الحقيقة فيبقى عليه لعدم دلالة العرف، وكذلك المشي على المشي بالرجل، فإن عنى مشي البطن والجماع يصدق في الديانة؛ لأنه يحتمله، وإن كان يقال في استطلاق البطن مَشِيَت بكسر الشين وفي المشي بالرجل مشَيت بفتح الشين إلا أنه يجوز أن يذكر مشيت بفتح الشين ويراد به استطلاق البطن مجازا؛ لأن استطلاق البطن مما يخرج صاحبه إلى المشي فيكون سببًا للمشي فيجوز أن يكني عن السبب وهو استطلاق البطن بالمشي قال الله تعالى: ﴿أَوْ جَآءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ ٱلْغَآئِطِ﴾ [المائدة: ٦] فالغائط في اللغة اسم لمكان المطمئن من الأرض ثم كنى الله تعالى عن الحدث بمكان المطمئن، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: "**خير ما تداويتم به: اللدود والوَجُور والحجامة والمشي**"[1] وأراد بالمشي استطلاق البطن بدواء المسهّل، فإن مشى بالرجل أو مشى ببطنه يحنث، وكذلك الوطء.

(باب مسائل متفرقة في الحلف على أفعال محسوسة)

(**النوادر**): ولو قال لامرأته: إن ارتقيت هذا السلم أو وضعت رجلك عليه فأنت طالق فوضعت إحدى رجليها عليه ثم تذكرت ورجعت طلقت بخلاف ما لو قال:

---

(١) أخرجه «أحمد» ١/٣٥٤ (٣٣١٦) قال: حدثنا يزيد. و«عبد بن حميد» (٥٧٤) قال: أخبرنا يزيد بن هارون. و«ابن ماجه» (٣٤٧٧) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا زياد بن الربيع. وفي (٣٤٧٨) قال: حدثنا أبو بشر، بكر بن خلف، قال: حدثنا عبد الأعلى. و«الترمذي» (٢٠٤٧) قال: حدثنا محمد بن مدويه، قال: حدثنا عبد الرحمن بن حماد الشعيثي. وفي (٢٠٤٨) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا يزيد بن هارون. وفي (٢٠٥٣) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا النضر بن شميل.

إن وضعت قدمي في دار فلان فامرأته طالق فوضع إحدى رجليه لم يحنث، لأن هذا صار كناية عن الدخول عرفا وهنا لم يجعل كناية عن الصعود؛ لأن الزوج لما ذكر الصعود ولا بقوله إن ارتقيت هذا السلم ثم ذكر وضع الرجل بقوله أو وضعت رجلك عليه فقد استقصى فكان غرضه أن لا يرتقي وأن لا يضع ولا كذلك في تلك المسألة نصًّا ووزان مسألتنا من تلك المسألة لو قال لامرأته: إن خرجت من هذه الدار أو وضعت رجلك في السكة فأنت طالق فوضع القدم في السكة حنث.

رجل قال لامرأته: إن صعدت هذا السطح فأنت طالق فارتقت بعض السلم لا يحنث هو المختار لأنها لم تصعد السطح.

امرأة تخرج من دارها إلى سطح الجار فغضب الرجل فقال: إن خرجت من هذه الدار إلى سطح الجار أو إلى الباب فخرجت إلى سطح جار آخر لم يحنث؛ لأن دلالة الحال أوجب التقييد لكل الجار ولو لم يتقدمه هذه المقدمة حنث؛ لأن اللفظ عام ولم يوجد التخصيص.

(فصل)

ولو قال لامرأته: إن غسلت ثيابي فأنت طالق فغسلت كمه أو ذيله لا تطلق؛ لأن هذا لا يسمى غسل الثوب فلم يوجد غسل ثيابه.

ولو غسلت لفافة لا يحنث لأنها لا تعد من الثياب أصلًا بخلاف ما لو أوصى بثيابه حنث يدخل اللفافة فيها؛ لأن الوصية إيجاب، فإذا ثبت حكمه فيما هو ثياب أصلًا ثبت في اللفافة تبعًا.

رجل قال لامرأته: إن غسلت ثيابي فعليّ كذا فأمرت امرأته امرأة أخرى أن تغسل فقال إن غسلت هي أيضًا ثم غسلت تلك المرأة لا يحنث؛ لأن الشرط لا يلحق باليمين المعقودة.

(فصل)

ولو قال: إن لم أذبح على وجه هذا القادم بقرة من نقودي فامرأته طالق إن ذبح

بقرة قبل أن يرجع هذا القادم لم يحنث وإلا حنث؛ لأن اليمين انعقدت على ذلك القدوم عادة.

فإن ذبح بقرة امرأته حنث؛ لأن شرط البر ذبح بقرته ولم يوجد إلا إذا جرى بينه وبين امرأته الانبساط والألفة بحيث لا يميز كل واحد منهما ماله من مال صاحبه ولا يجري بينهما مجادلة فيما يتناول كل واحد منهما من مال صاحبه قط فحينئذ رجوت أن لا يحنث؛ لأن هذا قد يعد ذبح بقرته عرفا.

فإن ذبح بقرة نفسه لأجله لكن ما أضافه بعد الذبح بلحمها، فإن جاء القادم من قرية قريبة من هذه القرية لا يحنث، وإن كانت بعيدة مما يعد سفرا أخاف أن يحنث؛ لأن مثل هذا إذا قدم يتخذون الضيافة لأجله فيقع اليمين على الإضافة بعد الذبح.

رجل حلف بطلاق امرأته أنه ليس في منزله الليلة المرقة، ثم وجد الحالف في منزله مرقة، ينظر إن كانت المرقة قليلة لقلتها لو علم بها لا يقول عندنا مرقة أرجو أن لا يحنث؛ لأنه لا يراد بهذا اليمين، وكذلك إن كانت كثيرة فاسدة لا تصلح لأحد منا، وإن كانت تصلح للبعض دون البعض يحنث لأنها مرقة حقيقة، فإذا وقع الشك في خروجها عن اليمين لا يخرج بالشك.

ولو قال لامرأته إن كنت جائعة يوما في بيتي فأنت طالق لم يدخل فيه الصيام؛ لأن في العرف لا يراد به الجوع بسبب الصوم.

امرأة حلفت أن لا تمسك الصبية الليلة فجاءت امرأة أخرى، وجعلت الصبية في المهد وأمسكتها إلا أن الحالفة أرضعتها تحنث؛ لأن الرضيع لا يمسك إلا بالرضاع.

(فصل)

رجل قال لامرأته: إن نمت على ثوبك فأنت طالق فاتكأ على وسادة لها أو وضع رأسه على مرفقة لها أو اضطجع على فراشها إن وضع جنبه أو أكثر بدنه على ثوب من ثيابها حنث؛ لأنه يعد نائما وإن اتكأ على وسادة أو جلس عليها لم يحنث؛ لأنه لا يعد نائما.

ولو قال لامرأته: إن لم يكن فرجي أحسن من فرجك فأنت طالق، وقالت المرأة

إن لم يكن فرجي أحسن من فرجك فعليَّ كذا، فإن كانا قائمين في وقت اليمين برئت المرأة وحنث الزوج، وإن كانا قاعدين برئ الزوج وحنثت المرأة؛ لأن فرج الزوج في حالة القعود أحسن وفرج المرأة في حالة القيام أحسن، فإن كان الزوج قائما والمرأة قاعدة قال الفقيه أبو جعفر البلخي: لا أعلم هذا الفصل والظاهر أنه يحنث.

زوجان تشاجرا فقالت المرأة من نار خداي يوم فقال الزوج: إن كان كذلك فأنت طالق ينظر إن لم يكن أفضل منه لم يقع الطلاق؛ لأن العلو والتفوق إنما يكون باعتبار الفضل والعلم والحسب والنسب.

رجل قال: إن كان في بيته نارٌ فامرأته طالق، فإذا في بيته سراج ينظر إن طلب بعض جيرانه النار ليستوقدوا به نارا أو سراجا ونحوه طلقت؛ لأن الاستيقاد يحصل بالسراج فكان مرادا باليمين، وإن طلبوا منه الاصطلاء أو الخبز ونحوه لا تطلق؛ لأن الاصطلاء والخبز لا يحصل بالسراج، وكذا إن لم يكن ثمة سبب ولا نية له لا تطلق؛ لأنه لا يسمى نارًا على الإطلاق.

ولو قال لزوجته: إن كنت زوجتي غدا فأنت طالق ثلاثا فخلعها في الغد إن نوى بذلك كونها امرأة له في شيء من الغد طلقت ثلاثا؛ لأن الشرط قد وجد وهو كونها امرأة له في بعض النهار، وإن لم يكن له نية لم تطلق؛ لأن البراءة إنما تتحقق في آخر النهار، ولو خلعها قبل غروب الشمس طلقت لأنها امرأة قبل الغروب، ولو خلعها قبل الغروب ثم تزوجها بعد الغروب كانت امرأته، وبرئ في يمينه لم تكن امرأته قبل الغروب.

(القسم الخامس في الطاعات والمحرمات)

(باب الحلف على الطاعة)

حلف لا يصلي فافتتح ثم أبطله قبل السجود لا يحنث استحسانا خلافًا للشافعي ولو حلف لا يصوم فصام ساعة يحنث.

والفرق أن الصلاة اسم لأفعال معهودة، وإن كانت مخصوصة وهي القيام

والركوع والسجود شرعا، وعرفا لا يقال لمن قام أو ركع قد صلى ما لم يوجد مجموع هذه الأفعال لا نطلق عليه اسم الصلاة، فأما الصوم عبارة عن الكف عن المفطرات مع النية وقد وجد بنفس الشروع فحنث. ولو حلف لا يصلي صلاة أو لا يصوم صوما لم يحنث حتى يصلي ركعتين أو يصوم يوما؛ لأنه لما ذكر المصدر انصرف إلى المعهود شرعا وما دون الركعتين وأقل صوم يوم لا يكون صلاة وصوما شرعا.

حلف أنه ما صلى وقد كان صلى بغير وضوء حنث.

ولو حلف أنه لا يصلي فصلى بغير وضوءٍ لا يحنث، والفرق أن المقصود من الماضي الحكاية والحكاية تصح عن الفاسد والصحيح جميعًا، فأما المقصود من الصلاة في المستقبل التقرب إلى الله تعالى، والتقرب لا يحصل بالصلاة بغير وضوء فتقيدت اليمين بالصلاة الجائزة، وهذا كالحلف على النكاح الماضي ينصرف إلى الجائز والفاسد، وفي المستقبل ينصرف إلى الجائز لما بينا.

ولو حلف لا يصلي ركعتين اليوم تطوعًا فصلى بغير وضوء يحنث قياسًا لا استحسانا؛ لأنه عقد يمينه على الصلاة في المستقبل فينصرف إلى يمين جائزة.

حلف ليفطرن عند فلان ولا نية له فأفطر في منزله على ماء ثم تعشى عند فلان يحنث؛ لأنه لم يفطر عند فلان إلا أن يريد التعشي لا يحنث؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، فإنه يقال في العرف أفطر عند فلان، وإن كان أصل الفطر في منزله إذا كان يتعشى عنده.

حلف لا يتوضأ من كوز فلان فصب فلان الماء من كوزه على يده يحنث؛ لأنه توضأ ولو وضأه فلان لا يحنث إذا كان من غير أمره؛ لأنه لم يتوضأ بنفسه؛ لأنه لم يوجد فعله.

(**المنتقى**): رجل صلى ركعتين بغير وضوء قال إن كنت صليت اليوم ركعتين فعبدي حر يعتق؛ لأن الحكاية عن الماضي يتناول الصحيح والفاسد جميعًا.

ولو قال: إن لم أكن صليت اليوم ركعتين فعبدي حر لا يعتق.

ولو قال: عبده حر إن صليت ركعة فصلى ركعة واحدة ثم تكلم لا يعتق، لأنها ليست بصلاة جائزة شرعا، واسم الصلاة في المستقبل يتناول الجائز دون الفاسد.

وإن صلى اثنتين وقعد قدر التشهد عتق بتمام الركعة الأولى.

وإن كانا اثنين فقال: إن صليتما ركعتين فصلى كل واحد منهما ركعتين وقعد قدر التشهد أو أمَّ أحدهما الآخر فقد عتقا لتمام ركعة.

ولو قال: والله لا أصلي خلف فلان ولا نية له فأم فلان وقام الحالف عن يمينه حنث، وإن نوى أن يكون حلفه حقيقة لم يدين في القضاء؛ لأن الصلاة خلف فلان صار عبادة عن الاقتداء به عرفا.

بشر عن أبي يوسف: لو حلف لا يصلي الظهر خلف فلان أو معه فأدرك معه أول الصلاة، ثم أحدث فتوضأ فرجع وقد خرج الإمام فصلاها بعده لم يحنث.

ولو قام في الركعة الأولى حتى فرغ الإمام منها ثم صلى ما بقي منها حنث وهذا خلاف ما في الجامع لما يأتي.

ولو حلف لا يصلي معه الجمعة ثم أحدث الإمام فقدم الحالف فصلى بهم الجمعة لم يحنث؛ لأنه لم يصل الجمعة معه وإنما صلى بهم؛ لأنه منفرد.

ولو حلف لا يصلي الظهر إلا بصلاة فلان فدخل معه في الظهر فأحدث الإمام فقدمه في أول الصلاة أو بعد ثلاث ركعات فصلى ما بقي وسلم بالقوم لم يحنث؛ لأنه صلى بصلاة فلان؛ لأنه قائم مقام الأول في إتمام صلاتهم.

رجل حلف لا يؤم أحدًا فافتتح الصلاة بنفسه ولا يريد أن يؤم أحدًا فأتم به قوم فصلوا بصلاته يحنث قضاء لا ديانة.

ولو كان الحالف يصلي خلف إمام فأحدث الإمام في التشهد الأخير فقدم الحالف وسلم بهم حنث؛ لأنه إمام لهم فيما بقي عليهم.

ولو قدمه الإمام في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة لم يحنث؛ لأنه ليس بإمام مطلق فيهما وهذا إذا لم ينو الحالف الإمامة، فأما إذا قال قبل الافتتاح لا أؤم أحدا فأتموا به لا يحنث في القضاء.

ابن سماعة عن محمد: لو قال: والله ما صليت اليوم صلاة يعني في الجماعة أو ما صليت اليوم ظهرا يعني ظهر أمس أو قال صليت الجمعة يعني أنه صلى الغداة في جماعة أو صلى وحده وقال: لقد صليت الجمعة اليوم يعني الصلاة أنها مجموعة يسعه فيما بينه وبين ربه؛ لأنه أمَّ فيما بينه وبين ربه وكلامه يحتمله.

ولو قال لامرأته: إن لم تصل الساعة فأنت طالق فقامت وكبّرت وحاضت، أو قال إن لم تصومي غدا فأنت طالق فصامت من الغد فحاضت حنث؛ لأنه تحقق شرط الحنث وهو عدم الصلاة وصوم الغد.

ولو حلف لا يحج أو لا يحج حجة لم يحنث حتى يطوف أكثر طوافه للزيارة؛ لأن الحج عبادة يشتمل على أركان خمسة كالصلاة فلا يثبت الاسم إلا بعد وجود الأركان، فإن جامع فيها لا يحنث؛ لأن الحج قربة وعبادة كالصلاة فيتناول الصحيح إذا أضيف إلى المستقبل.

ولو قال لعبده: إن صليت فأنت حر فأنكر فقال صليت وأنكر المولى لا يعتق؛ لأنه من الأمور الظاهرة يمكن لغيره الوقوف عليه بلا حرج.

(**الجامع**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصلاة.

والثاني: في الصوم.

(فصل)

حلف لا يصلي معه الظهر بجماعة فصلى ركعة معه أو ثلاثا لم يحنث؛ لأنه لم يصل الظهر معه بجماعة؛ لأن الظهر اسم لأربع ركعات ولم يصل مع الإمام كلها، فإن المسبوق منفرد فيما يقضي وليس بمقتدٍ به لما عرف.

ولو أدرك أول الصلاة معه ثم نام وانتبه بعد سلام الإمام حنث، وكذلك لو سبقه الحدث فتوضأ ثم صلى؛ لأن المراد في العرف بالصلاة معه هو المتابعة والاقتداء به، ألا ترى لو كان الحالف إماما في الظهر والمحلوف عليه مقتديا به لا يحنث الحالف وإن وجدت المقارنة في الأفعال؛ لأن الحالف لم يكن مقتديا بالمحلوف عليه.

وكذلك لو ركع الحالف بعد ركوع الإمام وسجد بعد سجوده، فإنه يحنث، وإن لم توجد المقارنة في الركوع والسجود فعلم أن المراد بذلك في العرف هو المتابعة والاقتداء به وهذا؛ لأن حقيقة المقارنة متعذر وفيها حرج، فإن لم يكن مراده في العرف وقد وجد هنا الاقتداء، فإن اللاحق فيما يقضي مقتدى به، ولهذا لا قراءة ولا سهو عليه فيما يقضي كما كان خلف الإمام حقيقة لما عرف.

حلف يعتق عبده إن أدرك معه الظهر حنث وإن أدركه في التشهد واقتدى به؛ لأن الإدراك عبارة عن اللحوق به في آخر أجزائه وإصابة بعض أجزائه الأخر يقال: فلان أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أدركه في آخر عمره وقال عليه السلام: "**من أدرك الإمام في الجمعة في التشهد فقد أدرك الجمعة**" ومتى أدركه في التشهد فقد أدركه في شيء من الظهر فحنث.

(فصل)

ولو قال: إن لم أصم شهرا فعبدي حر لا ينصرف إلى شهر يليه بل ينصرف إلى شهر في عمره بخلاف ما لو قال: إن لم أساكنك شهرًا، وإن لم آت البصرة شهرا ينصرف إلى ما يليه لا يحنث حتى يتركه شهرًا من حين حلف والعرف أن النفي معتبر بالإثبات لأن الأشياء تعرف بأضدادها وفي الإثبات لو قال: إن صمت شهرًا فعبده حرٌّ، تعلق الحنث بصوم شهر كامل ولا ينصرف إلى ما يليه فكذلك في النفي تعلق الحنث بترك الصوم في شهر كامل ولا ينصرف إلى ما يليه؛ لأن الصوم متى ذكر معروفا بالوقت فإنما يذكر لتقدير الصوم؛ لأن الصوم فعل يختص بالوقت فصار الوقت مقدرا ومعيارا لصوم لا لتقدير اليمين به فتناول شهرا مطلقا، فأما المساكنة والضرب والإتيان ونحوه ما ذكر الوقت لتقدير الفعل به وإنما ذكر لتقدير اليمين به فتقيدت اليمين بالشهر الذي يليه كما لو حلف لا يكلم فلانا شهرا لما بينا، وكما في الإنسان لو قال: والله أساكنك شهرا وما دام الشهر باقيا لا يحنث؛ لأن شرط البر مأمول به وهو ترك المساكنة في جميع الشهر وما دام شرط البر مأمولا به وهو ترك المساكنة في جميع الشهر وما دام شرط البر مأمولا لا يتحقق الحنث.

ولو قال: تركت الصوم شهرًا ينصرف إلى ما يليه، وإن صام يوما قبل مضي الشهر لم يحنث، ولو قال: إن تركت الصوم شهرا، وقال: إن لم أصم شهرا، أو قال:

إن صمت شهرا فعبده حر تعلق البر والحنث بالصوم أو يتركه في جميع شهر مطلق في عمره.

والعرف أن في الأول اعتبر الشهر أجلا لترك الصوم لا للصوم؛ لأن الأجل يدخل على الأسماء لا على الأفعال، فإنه يقال افعل إلى شهر ولا يقال زيد إلى شهر والترك فعل والصوم اسم؛ لأن علامة الفعل أن لا يدخل فيه الألف واللام والتنوين والإضافة وعلامة الاسم أن يدخل هذه الأشياء فيه ويدخل على الصوم هذه الأشياء ولا يدخل على الترك فكان الترك فعلا والصوم اسما ولأنه ذكر الشهر منكرا والصوم معرفا بالألف واللام والمعرفة لا ينعت بالنكرة وإنما ينعت بالمعرفة يقال الرجل العاقل ولا يقال الرجال عاقل فلا يصلح الشهر صفة للصوم وأجلا له ويصلح صفة وأجلا للترك؛ لأنه منكر والنكرة تنعت بالنكرة يقال: رجل عاقل، فإذا صار الشهر أجلا للترك لا للصوم ففي الفصل الأول ذكر الصوم معرفا فبقي الصوم متعريًا عن [الوقت][1] فيتعلق البر بصوم ساعة، كما لو قال إن لم أصم فعبدي حر فصام ساعة بر ففي الفصول الثلاثة فعل الشهر أجلا للصوم لا للترك؛ لأنه ذكر الصوم منكرا والنكرة تنعت بالنكرة فصار الشهر أجلا للصوم فيتعذر الصوم بشهر مطلق لتعلق الحنث يصوم مقدر بشهر، فإذا لم يصم شهرا في عمره مجتمعا أو متفرقا لا يحنث.

(باب الحلف على الفعل الحرام)

(**المبسوط**): حلف ليشربن الخمر أو ليقبلن فلانا اليوم، لا يشرب ولا يقبل ويكفر لقوله صلى الله عليه وسلم: "من حلف على شيء فرأى غيره خيرا منه" الحديث ولأنه معصية والمعصية يجب إعدامها لا إيجادها.

(**المنتقى**): إذا حلف لا يرتكب حراما فهذا على الزنا عرفا، فإن كان الحالف خصيا أو مجبوبا فهو على القبلة والمسِّ الحرام وما أشبه ذلك.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): اليوم.

ولو حلف لا يطأ امرأته وطأ حراما فوطئ امرأته وهي حائض أو ظاهر منها لم يحنث إلا أن ينوي ذلك؛ لأن الوطء في نفسه ليس بحرام لمصادفة ملكه وإنما تثبت الحرمة بعارض.

وكذلك لو حلف لا يفعل حراما فتزوج امرأة نكاحا فاسدًا لا يحنث؛ لأنه ليس بحرام مطلق.

رجل قال لامرأته: إن كنت فعلت الحرام فأنت طالق ثلاثا وقد كانت قبلت رجلا غير محرم أو جامعها فيما دون الفرج لا تطلق وهو المختار؛ لأنه يراد به الجماع عادة.

(**الفتاوى**): رجل قال لامرأته: اكرتو ياكتي حرام كنى فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة بائنة ثم جامعها في عدتها على قياس قولهما تطلق ثلاثا وعلى قياس قول أبي يوسف لا تطلق فمما يعتبر أن عموم اللفظ، وأبو يوسف يعتبر الغرض والغرض من اليمين فعلها مع غيره إذ الحامل على اليمين الغيرة، والفتوى على قولها؛ لأن الغرض متردد مشترك فلا يتقيد اللفظ المطلق به.

ولو أجرى أحدهما كلمة الكفر على لسانه ولم يعلما بوقوع الفرقة حتى أقاما على ذلك لم تطلق؛ لأن اليمين انصرفت إلى الزنا وهما أقاما على تأويل النكاح فلم يكن ذلك بزنا.

امرأة اتهمت زوجها بالغلمان فحلفته أن لا يأتي حرامًا، فقَبَّل غلامًا أو لمسه بشهوة لا يحنث.

ولو جامع فيما دون الفرج يحنث أنزل أو لم ينزل؛ لأنه يراد بالحرام هنا الجماع في الفرج وفيما دونه عرفا بدلالة المقالة، رجل اتهم بصبيّ فقال بالفارسية: (أرمن با ابن صبي باحفا طن كرد ام) فامرأته طالق وقد ينظر إلى هذا الصبي وقبله بشهوة طلقت امرأته؛ لأنه فعل ما يسمى به (با حفاظا).

ولو قال: لو اغتسلت من الحرام فامرأته طالق فعانق أجنبية فأنزل لا يحنث؛ لأن هذه اليمين إنما تقع على الجماع عادة لما بينا.

رجل قال: إن أتيت حراما فامرأته طالق فأتى بهيمة لا تطلق امرأته؛ لأن أفهام

الناس لا تسبق إلى ذلك إلا أن تدل الدلالة على ذلك بأن كانت يمينه عن مجاورة الدواب أو كان الحالف من جهال الرساتيق[1] من يمشي خلف الدواب.

رجل حلف بثلاث تطليقات لا يحل تكته بحلال وحرام في الغربة، فجامع امرأة من غير أن يحل التكة بأن لم يجعل في سراويله تكة أو أمر غيره بأن يحلها، يُنظر إن نوى غير حل التكة لا يحنث؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وإن نوى الجماع يحنث.

رجل قال: اللعبة بالشطرنج لتهذيب الفهم غير محرم ثم قال بالفارسية: (إكرابن بارني كي من كم حرام است إن كناي بالو اطارما إن قياس دلي وي سه بطلاق) وقع الطلاق لأن اللعب بالشطرنج حرام بآثار الصحابة وبقياس صحيح.

(فصل)

رجل حلف لا يسرق، فإن كان الحالف أَكَّارًا[2] أو وكيلًا فأكل من الفواكه وحمل إلى منزله للأكل ولم يعلم به صاحب الكرم لا يحنث، لأن الناس لا يعدون هذا سرقة، وفيما سوى ذلك يحنث؛ لأنه يعد سرقة، وأما الإنزال كغلة المبطحة والحبوب فلما أخذ الأَكَّار على أن ينفرد به لا على وجه الحفظ يحنث؛ لأنه سرقة، وكذلك الوكيل وأما غيرهما إذا حمل شيئًا من ذلك حقا لا يحنث؛ لأنه سرقة.

ولو قال لابنه: إن سرقت من مالي شيئًا فأمك طالق فسرق من داره أجرةُ سئل محمد عن هذه المسألة فلم يجب، فسئل أبو يوسف فقال: لو كان الحالف ينحل عنه بذلك القدر يحنث؛ لأنه يريد بذلك اليمين وإلا فلا يحنث، فرجع المسائل إلى محمد فأخبره بذلك فقال: ومن يحسن مثل هذا إلا أبا يوسف.

---

(١) رساتيق: مفردها رستاق، وهي المواضع التي فيها زرع وقرى أو بيوت مجتمعة.

اللحياني: الرُّزتاق والرُّستاق واحد، فارسي معرب، أَلحقوه بقُرْطاس.

ويقال: رُزْداق ورُستاق، والجمع الرَّساتِيقُ وهي السواد؛ وقال ابن مَيّادةَ: تقولُ خَوْدٌ ذاتُ طَرْفٍ بَرّاق: هَلَّا اشْتَرَيْتَ حِنْطةً بالرُّسْتاقْ، سَمْراء ممّا دَرَسَ ابنُ مِخْراق؟

قال ابن السكيت: رُسداق ورُزداق، ولا تقل رُستاق.

(٢) الأَكَّارُ: الحرَّاث. (والجمع): أَكَرَة.

ولو قال لامرأته: إن سرقت من دراهمي فأنت طالق، ثم دفع إليها دراهم لينظر إليها فرفعت منها شيئًا بغير علم الزوج ثم قالت لزوجها لا على وجه السرقة وردت عليه، فإن فارقته طلقت؛ لأن هذا يسمى سرقة، وكذلك إن لم تفارقه وأنكرت رفعها طلقت؛ لأن هذا عند الناس يسمى سرقة، وإن لم تنكر لا تطلق؛ لأنه لا تسمى سرقة.

ولو قال لامرأته: إنك تسرقين من دراهمي، فقالت ثبت فقال الرجل: إن رفعت من دراهمي فأنت طالق فوجدت المرأة صرة مطروحة حين كنست الدار فرفعتها ووضعتها ناحية فأخبرت زوجها أنها رفعتها لا لتحبسها عنه لا تُطلق؛ لأن سياق الكلام أوجب تقييد الرفع بالسرقة وهي أن ترفع لتحبسها عنه.

ولو قال لامرأته: إن رفعت من كيسي دراهما فأنت طالق فحلت رأس الكيس وأمرت ابنتها برفعها قال أخاف أن تطلق؛ لأن رفع البنت الدراهم بأمرها كرفعها ألا ترى أن جماعة دخلوا دار رجل وأخذوا المتاع وحمل واحد منهم المتاع صار كلهم سرَّاقا؛ لأن السرقة من الجماعة كذا يكون فكذا هذا.

ولو قال لامرأته: إن رفعت من مالي شيئًا فأنت طالق فرفعت من ماله شيئا.

ولو قال لامرأته: إن رفعت من مالي شيئًا فأنت طالق فرفعت من ماله شيئًا أو اشترت به شيئًا من حوائج البيت أو أقرضت رغيفًا أو كانت جارة تخبز في بيتها فاحتاجت إلى شيء من الدقيق فأعطتها، يُنظر إن كانت المرأة تتولى شراء الحوائج بمال الزوج عادة لا يحنث لأنها اتفاق، وإن كانت لا تتولى ذلك حنث.

ولو قال لامرأته: إن لم تردي الدراهم التي أخذتها فأنت طالق وقد اشترت بها اللحم فسألت القصاب فقال غاب عني لا تطلق ما لم يعلم أنها أذنبت أو ألقيت في بحر؛ لأن شرط الحنث لا يتحقق وهو عدم الرد وهو بالناس.

امرأة حملت ثوبا من ثياب الزوج فقال لها الزوج: إن لم تردي الثوب الساعة فأنت [طالق][1] فذهبت لتأخذ من العَيْبَةِ وتردها فأخذ الزوج من العَيْبَةِ قبل أن تدفع

(١) ما بين المعكوفتين في (س): كذا.

هي لا تحنث استحسانًا، وبه أخذ الفقيه أبو الليث لأنها إذا فتحت العَيْبَة لترده على الزوج فأخذها الزوج فكأنها دفعته إليه.

ولو قال: إن زنيت أبدا فأنت طالق فشهد عدلان على إقرارها بالزنا حنث لكن لا يجد وإن شهدوا على المعاينة لا يحنث وإن شهد أربعة فلم يعدل إلا اثنان منهم لا يحنث أيضًا.

ولو حلف لا يكذب فسأله إنسان عن أمر فحرك رأسه بالكذب لا يحنث ما لم يتكلم لأن الكذب تكلم بكلام هو كذب على خلاف ما هو.

(باب الحلف على الشتيمة والضرب والقتل)

مسائله على فصلين:

فصل: في الضرب.

وفصل: في الشتيمة والسب.

(فصل)

حلف لا يضربه فعضه أو قرصه أو مد شعره أو وجأه أو خنقه حنث خلافًا للشافعي؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يقال ضرب فلان الطاعنون إذا أصابه أوجاعه وقد وجد معنى الضرب وهو الإيلام إلا أنه اختص باسم خاص وهذا لا يمنع دخوله تحت اسم الضرب كالخرج يدخل تحت اسم الضرب، وإن اختص باسم آخر قال الفقيه أبو الليث: إذا كانت هذه اليمين بالفارسية لا يحنث؛ لأنه لا يسمى به ضاربا في بلادنا وهذا إذا كان في الغصب فأما إذا كان يلاعبه أو يلاعب امرأته فأصاب رأس أنفها فأدماها أو آلمها لم يحنث؛ لأنه لم يتعارف هذا ضربا وإنما هو ممازحة وملاعبة، وكذلك لو نفض ثوبه فأصاب وجهه أو خديه لا يحنث؛ لأنه لا يسمى ضاربا له.

حلف ليضربنه مائة سوط، فجمع مائة سوط وضربه مرة، إن أصاب بها كله جسده لا يحنث؛ لما روي أن أيوب صلوات الله عليه حلف ليضربن امرأته مائة سوط فعلمه الله تعالى المَخْلَص في ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَٱضْرِب بِّهِۦ وَلَا

تَحْنَثْ﴾ [ص: ٤٤]، وعن النبي صلى الله عليه وسلم: **أنه ضرب محدودًا الحد بعثكال**[١] **عليه مائة شمراخ**[٢]، وهذا إذا وصل إليه ألم كل سوط، فإذا خفف بحيث لا يصل إليه ألم كل سوط يحنث؛ لأنه ضرب صورة لا معنى والعبرة للمعنى لا للصورة.

حلف ليضربنه قبل الليل، فمات الحالف قبل الليل لا يحنث؛ لأنه جاء وقت الحنث وهو ميت.

(**الجامع الصغير**): حلف لا يضربه فضربه بعد الموت لا يحنث؛ لأن الإيلام منا لا يتحقق بعد الموت ولا يلزم عذاب القبر أما من قال بأصل العذاب وسكت عن الكيفية فقد يقضي عنه ومن قال بالكيفية: منهم من قال بوضع الحياة منه بقدر ما يتألم به لا الحياة المطلقة وهذا أقرب إلى الحقيقة، ومنهم من قال توضع الحياة فيه من كل وجه والأول أحق.

وكذلك الكسوة والكلام والدخول عليه للزيادة؛ لأن الكسوة للتمليك والكلام للإعلام والإفهام والدخول عليه للزيادة وهذه المعاني لا تتحقق بعد الموت حتى لو أراد بالكسوة الستر والتغطية فحينئذ يحنث؛ لأن الميت يستر كالحي.

فإن حلف لا يلبسه فكفنه بعد الموت يحنث؛ لأن اللبس حصل قبل إذا كانت اليمين بالفارسية لا يحنث.

ولو حلف لا يغسله فغسله بعد الموت يحنث؛ لأن الغسل صورة إسالة الماء على البدن والمعنى هو التطهير وإزالة الدرن ومع الموت يتصور الإسالة والتطهير.

---

(١) العثكال: العذق من أعزاق النخل الذي يكون فيه الرطب يقال: عثكال، وعثكول، وإثكال، وأثكول. النهاية. ٦٨/٣.

(٢) الخبر أخرجه ابن ماجه في الحدود: باب الكبير والمريض يجب عليه الحد: ٨٥٩/٢، وقد اختصر المصنف لفظه، وفيه: «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اجلدوه ضرب مائة صوت، قالوا: يا نبي الله. هو أضعف من ذلك، لو ضربناه مائة صوت مات، قال: فخذوا له عثكالًا.. » إلخ.

(المنتقى): ولو حلف ليضربنه حتى يموت أو حتى يقتله فهو على أشد الضرب، فإذا ضربه ضربا شديدا لا يحنث؛ لأن مثل هذه اللفظة في العرف والعادة لا يراد به الحقيقة وإنما يراد به شدة الضرب فجاز ترك الحقيقة بعرف الاستعمال إذ مبنى الأيمان على العرف، وقال الشافعي: الأيمان محمولة على الحقائق.

ولو حلف ليضربنه حتى يغشى عليه أو حتى يبول أو حتى يبكي أو يستغيث فما لم توجد حقيقة هذه الأشياء لا يبرّ؛ لأن هذا يقع على الأمرين؛ لأن هذا المعنى يقصد عند الضرب فاستعمال اللفظ للحقيقة يحمل عليها.

وكذلك لو قال: لأضربنك بالسياط حتى يموت فهذا على المبالغة في الضرب.

ولو قال: لأضربنك بالسيف حتى يموت فهذا على الموت.

ورُوي عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته: إن لم أضربك حتى أتركك لا حية ولا ميتة فهذا على أن يضربها ضربا يوجعها لأن المراد باللفظ أن يتركها لا حية سليمة ولا ميتة وهذا يكون في الضرب الشديد.

المعلى عن أبي يوسف لو قال: إن ضربت فلانا أو حبسته أو دفعته فتعمد غيره فأصابه لم يحنث؛ لأن هذا لا يكون على العهد.

ولو قال: إن قتلت فلانا أو مسسته فتعمد غيره فأصابه حنث؛ لأن القتل والمس يتحقق بدون العمد والقصد بالخطإ، فأما الضرب والحبس والدفع لا يتحقق إلا بالعمد لا يتحقق فيه الخطأ والسهو.

ولو حلف ليضربن فلانا ففر منه حنث وإن رواه بحجر لم يحنث؛ لأن هذا رمي وليس بضرب.

ولو حلف لا أرميه فرمى صيدا فأصابه لا يحنث لأنه لم يرمه؛ لأن رميه إنما يتحقق بأن يقصد.

ولو حلف ليضربن فلانا بالسيف ولا نية له فضربه بعرضه بر في يمينه وإن ضربه في عمده لم يبر ويحنث؛ لأنه لم يضربه بالسيف.

فإن قطع السيف غمده وخرج حده فقطع المضروب وجرحه بر في يمينه، ألا ترى أنه لو قال: والله لا أضرب بسوط فلفه في ثوب ثم ضربه لم يحنث.

ولو قال: لا أضربك بالسيف فضربه بسيف أو بسوط وقال: نويت سيفا أو سوطا غير هذا يدين في القضاء لأنه نوى ما يحتمله كلامه والأمر بينه وبين ربه.

عن محمد لو قال لعبده: إن لم أضربك مائة سوط فأنت حر فمات العبد قال: مات حرا؛ لأن عدم الضرب يتحقق في آخر جزء من أجزاء حياته فتحقق شرط الحنث قبل الموت فعتق.

هشام عن محمد: رجل قال لآخر: إن لم أضربك فيما بين وبين أن أموت فعبدي حر فلم يضربه حتى مات لا يعتق؛ لأنه إنما حنث بعد الموت.

ولو قال: عبده حر إن لم أضرب عبده إلا سوطين فضربه سوطا أو سوطين حنث وإن ضربه أكثر من ذلك لم يحنث.

ولو حلف ليضربن غلامه في كل حق وباطل ولا نية له فهذا على أن يضربه كلما شكى بحق أو باطل ولا يحمل الضرب في هذا على حال وجود الشكاية؛ لأن اليمين إذا وقعت على الفعل لم يختص بزمان دون زمان إلا إذا وجد دليل التخصيص ولم يوجد إلا أن يعني الحال فيكون شدد على نفسه.

فإن شكى فضربه ثم شكى في ذلك الشيء مرة أخرى فليس عليه أن يضربه في الشكاية الثانية؛ لأنه ضربه في تلك الشكاية مرة، كما لو قال إن أجرني بكذا وكذا فأخبره مرة بعد مرة لم يحنث الآخر أو أحد.

(أجناس الناطفي) روى ابن سماعة عن محمد: لو حلف ليعذبنه فحبسه لا يحنث لا يكون عذابا حتى يضرب ولو قيده أو علقه بر في يمينه.

(**الفتاوى**): ولو قال: والله لا أعذبه فحبسه لا يحنث إلا أن ينوي به؛ لأن الحبس تعذيب فأجر فلا يدخل تحت مطلق الاسم إلا بالنية.

ولو قال: إن وضعت يدي على جاريتي فهي حرة فضربها ووضع يده عليها إن كان الحلف لأجل امرأته أو لأمر يدل على إرادة الوضع في غير الضرب لا يحنث؛ لأن المرأة لا يلحقها غيرة بهذا الوضع.

ولو قال لامرأته: كلما ضربتك فأنت طالق، فضربها بكفة فوقعت الأصابع

متفرقة لا تطلق إلا واحدة؛ لأن الأصل في الضرب هو الكف والأصابع تبع له وإنه واحد فكان الضرب في واحد.

فإن ضربها بيديه جميعًا طلقت ثنتين؛ لأن الضرب اثنان وعلى هذا القياس فافهم.

رجل قال لامرأته: إن لم أضرب اليوم، وكذلك على الأرض حتى ينشق بنصفين فأنت طالق ثلاثا ثم ضربه على الأرض فلم ينشق طلقت ثلاثا لوجود الشرط.

حلف أن لا يمتنع عن ضرب ابنه فمنع بعدما ضربه خشبة أو خشبتين يحنث؛ لأن مراده أن يضرب حتى يطيب قلبه ولم يوجد.

(فصل)

(**النوادر**): رجل حلف لا يقذف أو لا يشتم أحدا فقذف أو شتم ميتا حنث؛ لأنه قذف وشتم حقيقة، ولهذا لو قال لغيره: إن أمك زانية يلزمه الحد.

ولو حلف لا يقذف فلانا فقال له: يا ابن الزانية فالمختار أنه يحنث؛ لأنه في زماننا إذا قال إنسان ذلك بالفارسية يعد قذفًا.

ولو قال لعبده: إن شتمتك فأنت حر ثم قال لا بارك الله فيك اللهم العنه لا يعتق؛ لأن هذا دعاء وليس بشتم.

وذكر في النوازل: لو قال: إن شتمت فلانا فعليَّ كذا فقال له لا أنت ولا ولدك ولا أهلك ولا مالك، فقال أبو نصر الدبوسي: هذا لعن واللعن شتم عند الناس.

رجل قال لامرأته إن أضررت بك أو شتمتك فأنت طالق ثلاثا فغاب عنها أشهرًا لم ينفق عليها وتزوج عليها ثم عاد إليها فقال لها أهلها قد ساءك زوجك فأضرَّ بك فقالت: ما ساءني ولا ضرني فالقول قولها ولا حنث عليه، ولو قال لها إن ضاررتك أو سوءتك فأنت طالق ففعل ذلك ثم فعل ذلك فقصد به إضرارها فهو حانث.

وعن أبي يوسف لو قال لامرأته: إن أغضبتك فأنت طالق فضرب ولده منها قال إن كان ذلك تأديبًا لا يحنث؛ لأن غضبها ظلم وعدوان ولا عبرة به.

وإن ضربه بغير حق يحنث؛ لأن هذا غضب منها بحق.

(**الفتاوى**): ولو قال لامرأته: إن سررتك، فضربها فقالت: سرني، لا تطلق لأنا نعلم أنها كاذبة.

ولو أعطاها ألف درهم فقالت: لم تسرني فالقول قولها؛ لأنه يحتمل أنها طلبت ألفين فلا يسرها ألف، امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال: إن كنت كوسجًا فأنت طالق وأراد به التعليق.

رُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: تعد أسنانه إن كان أسنانه ثمانية وعشرين وقع الطلاق؛ لأن أسنانه ناقصة فلم يكن وجهه وافرا كاملا وكان خداه منضمتين، وإن كان أسنانه ثلاثين أو أكثر كان وجهه وافرًا وكان وافر الخدين فلا يكون كوسجا والمختار أنه إن كانت لحيته خفيفة غير متصلة تطلق وإلا فلا؛ لأنه هو الكوسج في متعارف الناس.

وروى المعلى عن أبي يوسف لو قال لامرأته: إن لم تكوني أسفل مني فأنت طالق فهذا على الحسب، فإن كان أحسب منها لا يحنث، وإن كانت أحسب منه تطلق، وإن كان مشكلا فالقول قول الزوج أنه أحسب منها مع يمينه.

ولو قالت المرأة لزوجها: يا سفلة، فقال الزوج: إن كنت سفلة فأنت طالق.

رُوي عن أبي يوسف: السفلة الذي لا يبالي ما قال وقيل له.

وعن محمد: السفلة الذي يلعب بالحمام ويفاجر وقال خلف بن أيوب: السفلة من دعي إلى طعام فحمل من ذلك شيئًا.

وروي عن أبي حنيفة: المسلم لا يكون سفلة إنما السفلة هو الكافر والفتوى على هذا؛ لأنه هو السفلة مطلقا.

امرأة قالت لزوجها: أنت قَرْطَبَان[1] فقال: إن علمت أني قَرْطَبَان فأنت طالق ثلاثا، إن أراد الزوج به المكافأة لما قالت يقع الطلاق، وإن أراد به التعليق لا يقع ما لم يكن كذلك.

وإن لم يكن له نية قيل يحمل على الأول وقيل يحمل على الثاني والمختار أنه

---

(١) قرطبان: كلمة تركية تعني الديوث.

ينظر إن كان في حال الغضب يحمل على الأول؛ لأنه هو الظاهر، وإن كان في غير حال الغضب يحمل على الثاني؛ لأنه هو الظاهر قال الفقيه أبو جعفر: طلقت في الحال، وكذلك المعنى فيه أم لا لأن الزوج في الغالب لا يريد به التعليق بالصفة التي ذكرته وإنما يريد أن يؤديها بالطلاق كما أدته بالسبب والأصح أنه إن كان قرطبانا يقع وإلا فلا؛ لأنه علق بوجود هذه الصفة حقيقة فلا يجوز بغير تصرفه إلا بالنية والقرطبان قيل أن يكون عالما بفجورها راضيا بذلك يبعث تلميذه الكبير إليها ويخليها مع الغلام البالغ وقيل أن يكون عالما بفجور محارمه راضيا بذلك.

امرأة قالت لزوجها: يا كشخان فقال الزوج إن كنت كشخانًا فأنت طالق ونوى التعليق قال أبو عصمة: الكشخان رجل لو مد غيره يديه إلى امرأته بسوء يسمح هذا الرجل ولا يبالي أما لو ضربها فليس بكشخان.

ولو قال لامرأته: إن شتمتني فأنت طالق وإن لعنتني فأنت طالق فلعنته طلقت واحدة؛ لأن الزوج قد ميز بين الشتم واللعن فدل التميز على أنه أراد بالشتم غير اللعن، وإن كان في اللعن شتم حتى لو قال إن شتمتني فأنت طالق فلعنته طلقت.

ولو قالت امرأة لولدها: (أي بلانه تجه) فقال الزوج إن كان هو (بلانه كه) فأنت طالق ينظر إن قالت ذلك لشيء لكراهية منه لا يقع، وإن لم تكن علمت أنه من الزنا طلقت وإلا فلا.

رجل قال لامرأته: إن اشتريت جارية ودخَلَتْ عليكِ غيرة فأنت طالق قال الفقيه أبو الليث: إنما يقع الطلاق إذا أظهرت الغيرة بلسانها وقت الشراء؛ لأنه علق الطلاق بوجود الغيرة عقب الشراء بلا فصل، فإن فطن في قلبها غيرة غير أنها لم تتكلم بها لا يحنث لأن هذا لا يراد باليمين عادة؛ لأنه لا يمكنها التحرر عن ذلك كمن حلف أن لا يعادي فلانا فيعاديه بقلبه ويحفظ لسانه وجوارحه لا يحنث.

(**الجامع**): أصله: أن الحالف متى جعل شرط الحنث قولا مضافا إلى مكان وزمان، فإنه يشترط كون الحالف في ذلك المكان أو الزمان لثبوت الحنث لا كون المحلوف عليه؛ لأن القول يتم بالحالف وحده فيراعي الزمان والمكان في حقه لثبوت الحنث لا في حق المحلوف عليه، وإن كان شرط الحنث فعلًا مضافًا إلى

زمان أو مكان بشرط كون المحلوف عليه في ذلك المكان لا كون الحالف؛ لأن الفعل لا يتم به وحده وإنما يتم به وبالمفعول له؛ لأن الفعل لا يتم إلا بتفعيل وانفعال والاسم يثبت بانفعال، فإنه لو ألقى حجرا على قارورة فانكسرت كان الفعل كسرًا وإن أصاب حيًّا ومات كان قتلًا، وإن لم يمت يسمى ضربا وإن جرح يسمى جرحًا لاختلاف الانفعال وإن اتخذ التفعيل فعلم أن اسم الفعل يثبت بالمفعول وبالانفعال لا بالفاعل فيراعي مكان المفعول والانفعال شرط للحنث.

حلف لا يشتم فلانا في المسجد اعتبر للحنث كون الحالف في المسجد وفي الضرب والقتل ونحوه يعتبر كون المحلوف عليه في المسجد؛ لأن الشتم قول؛ لأنه ليس إلا ذكر المشتوم بسوء وأنه مما يتم بالشتائم وحده ويتحقق أثر الشتم أيضًا بالشاتم وحده فيراعي مكانه لتحقق شرط الحنث فأما الضرب والقتل مما لا يتم بالفاعل وحده وإنما يثبت بالمفعول؛ لأن انفعاله يتألم المضروب وانزهاق روحه فكان الانفعال فيه فيراعي مكان المفعول ليحقق شرط الحنث.

وكذلك لو قال: إن رميتك في المسجد، ولو قال: إن رميت إليك فهذا والشتم سواء؛ لأن الرمي بدون حرف الصلة يراد به الرمي والإصابة جميعًا قال الله تعالى: ﴿وَمَا رَمَيْتَ إِذْ رَمَيْتَ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ رَمَىٰ﴾ [الأنفال: ١٧] لما ذكر الرمي غير مقرون بحرف الصلة كان المراد منه الرمي والإصابة جميعًا، والرمي مع الإصابة لا يتم بحرف الصلة يُراد به الرَّمي دُون الإصابة يقال رمى إلى فلان، وإن لم يصبه الرمية فيتم الرمي بالفاعل وحده فيراعي مكان المحلوف عليه في المسجد كما في الشتم.

حلف لا يقتل فلانا يوم الجمعة لأن القتل لا يتم بالفاعل وحده بل يتم بالمقتول؛ لأن انفعال الجراح قتلا بانزهاق الروح وذلك انفعال في المفعول فيعتبر وقت الانفعال لثبوت الاسم فيعتبر زمان المحلوف عليه.

ولو قال: إن قتلتك فعبده حرٌّ ضربه قبل اليمين فمات لا يحنث لأن الأيمان يقتصر شرطا في المستقبل فيما مضى لما عرف والله أعلم.

(القسم السادس في المطعومات والمشروبات)

(باب الحلف على الأكل والذوق)

فيه فصلان:

فصل: في الأكل.

وفصل: في الذوق.

(فصل)

أصله: أن الأكل إيصال ما يتأتى فيه المضغ والهشم إلى جوفه سواء مضغه ثم ابتلعه أو ابتلعه غير مهشوم وممضوغ والذوق إيصال الشيء إلى فمه لاستبانة طعمه واختباره لا لإيصاله إلى الجوف فكل أكل فيه ذوق والذوق ليس بأكل؛ لأن الذوق يعرف طعم الشيء والأكل يعرف طعمه وزيادة الشرب إيصال ما لا يتأتى فيه الهشم والمضغ إلى جوفه حال وصوله كالماء والنبيذ واللبن، مثال الأكل: لو حلف لا يأكل بيضا أو جوزا فابتعلت حنث؛ لأن المضغ فيه ليس بشرط لكن يجب أن يكون بحيث يتأتى فيه المضغ وقد وجد.

ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فمضغه ورمى ثفله وابتلع ماءه لم يحنث في الأكل ولا في الشرب؛ لأن هذا يسمى مضغا لا أكلا ولا شربا؛ لأن الأكل عبارة عن المضغ والابتلاع وقد ابتلع ماء العنب لا عينه فلا يحنث.

وإن عصر العنب ولم يشربه وأكل بقشره وحصرمه يحنث؛ لأن العنب اسم لتلك الجملة فذهاب الماء لا يخرجه من أن يكون أكلا، ألا ترى أنه إذا مضغ العنب وابتلع الماء فليس بأكل بابتلاع الماء وإنما يصير أكلا بابتلاع الحصرم.

ذكر الناطفي في أجناسه: لو حلف لا يأكل فوضع حبة في فمه فلاكها فلم يأكل قشره وحبه وابتلع ماءه لم يحنث وإن رمى بقشره وأكل حبه وماءه حنث؛ لأن العنب اسم لهذه الأشياء الثلاثة، فإذا أكل الأقل لا يكون أكلا للعنب، وإذا أكل الأكثر كان أكلا للعنب؛ لأن للأكثر حكم الكل.

ولو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه فدقه وشربه مع الماء لم يحنث؛ لأن هذا شرب والشرب غير الأكل وإن أكله مبلولا حنث؛ لأن الأكل قد وجد؛ لأنه أوصل إلى جوفه ماءً يتأتى فيه المضغ.

ورُوي عن أبي يوسف فمن حلف لا يأكل رمانة أو سكرا فجعلها في فيه يبتلع ماءها حتى ذابت قال لم يأكل؛ لأن ما وصل إلى الجوف لا يتأتى فيه المضغ.

ولو حلف لا يأكل هذا العسل فأكله كذلك حنث؛ لأن هذا يسمى أكلا في العادة وإن صب عليه ماءً ثم شربه لم يحنث في الأكل وحنث في الشرب؛ لأن هذا يسمى شربا لا أكلا.

حلف ليأكلن هذه الرمانة فأكل كلها إلا حبة أو نحوها مما يتناثر لا يحنث إلا إذا نوى الكل جملة؛ لأن في العرف يعتبر أكله كله وإن تناثر حبات.

وكذلك لو حلف ليأكلن هذا الرغيف يسقط منه كسرة ولم يأكل منها حنث.

حلف لا يأكل شيئًا فأكره على الجملة حنث؛ لأنه أكل حقيقة؛ لأن الإكراه لا يسلب الأهلية والاختيار فصدر منه الأكل عن اختيار كما لو أكره على دخول الدار فدخل، وكذلك لو أكره على اليمين ينعقد يمينه لما عرف.

(**الفتاوى**): ولو قال: (أكرمن بأن يريمك ريم) فامرأته طالق ثم أكل الخبز يحنث إلا أن ينوي حقيقة لفظه؛ لأنه يراد بهذه اللفظة في العرف أكل الخبز.

(فصل)

حلف لا يأكل ولا يشرب فذاق لا يحنث؛ لأن الأكل والشرب إدخال الشيء في جوفه والذوق بخلافه.

ولو حلف لا يذوق فأكل أو شرب حنث؛ لأن في الأكل والشرب ذوق وزيادة، فإن نوى بالذوق الأكل يصدق ديانة لا قضاء لا يحنث بالذوق؛ لأن الذوق يذكر ويراد به الأكل يقال ما ذقت اليوم شيئًا أي ما أكلت.

ولو قال لا أذوق فتمضمض لا يحنث؛ لأن الذوق إدخال الشيء فمه لاستبانة

طعمه واختباره، والمضمضة إدخال الماء فمه للغسل لا للاختبار واستبانة طعمه فلم يكن ذوقا.

حلف لا يأكل من هذا السَّويق واللبن فشربه شرابا لا يحنث؛ لأن الأكل والشرب مختلفان فالأكل ما جاوز الحلق مضغًا والتقامًا والشرب ما جاوز الحلق مصًّا وابتلاعا وقيل إذا كانت اليمين بالفارسية يحنث؛ لأن في الفارسية هما واحد، فإنه يقال في الفارسية: إن خوردم وشراب خوردم.

(باب الحلف على الطعام والإدام)

أصله: أن الطعام حقيقة ما يطعم ويؤكل، ولكن في العرف اسم الطعام يختص ببعض الأشياء دون البعض، ألا ترى أن الهليلجة[1] والسقمونيا[2] وسائر الأدوية لا يسمى طعامًا حتى لو حلف لا يأكل طعامًا فأكل دواء كريهًا أو مرًّا لا يحنث.

وإن كان مثل الْحَلَنْجَبِينَ ونحوه وله غذاء كما يكون للطعام يحنث.

فأما الخل والزيت والملح إذا أكل فهو طعام؛ لأنه جرت العادة بأكله مع الخبز إدامًا له.

ولو أكل النبيذ والماء مع الخبز لم يكن النبيذ طعاما حتى لو حلف لا يأكل من طعام فلان لم يحنث إذا أكل من نبيذه، وقال أبو يوسف: أكل النبيذ شراب.

وقال محمد رحمه الله: هو طعام.

حلف لا يأكل طعاما فأكل فاكهة وغيرها حنث؛ لأن الطعام اسم جنس لكل ما يطعم ويؤكل وكلما يقصد بالأكل دخل تحت يمينه.

حلف لا يأكل خبزا فأكل ثريدا قال الفقيه أبو الليث: لا يحنث.

حلف لا يشتري طعاما لا يحنث إلا بشراء الحنطة والخبز والدقيق استحسانًا وفي القياس يحنث بكل مطعوم لإطلاق اسم الطعام عليه.

---

(١) الإِهْلِيلَج: شجر ينبت في الهند وكابُل والصين، ثمره على هيئة حَبِّ الصَّنَوْبر الكبار.

(٢) السَّقَمُونْيا: نباتٌ يستخرج من جذوره راتينج مُسْهِل.

وجه الاستحسان أن الطعام متى ذكره مقرونا بالشراء يراد به في العرف هذه الأشياء دون غيرها، ولهذا لا يسمى بائع غيرها بائع الطعام ومطلق الاسم ينصرف إلى المتعارف، كمن حلف لا يشتري الذهب أو الفضة فاشترى المضروب منه لا يحنث. ولو حلف لا يمس ذهبًا فمس المضروب حنث وهذا في عرفهم.

فأما في عرفنا: إذا اشترى ذرة أو جاروشًا أو شعيرًا يحنث؛ لأن هذه الأشياء تباع في سوق الطعام ويسمى بائعها بائع الطعام فيكون مشتريه مشتري الطعام.

حلف لا يأكل خبزًا فأكل خبز الشعير حنث؛ لأن اسم الخبز المطلق يطلق على خبز الحنطة والشعير، فإن أكل خبز الذرة والأرز، فإن كان في بلد يتعارفون إيجاد الخبز منه حنث وإلا فلا؛ لأن كلام الناس ينصرف إلى ما يتعارفونه ويتفاهمونه.

ولو أكل خبز القطايف لم يحنث؛ لأنه ليس بخبز مطلقًا إلا أن ينوي ذلك؛ لأنه مخبوز والخبز هو المخبوز.

ولو أكل قرصًا أو مبسرًا قيل لا يحنث والأصح أنه يحنث؛ لأن القرص خبز مطلق وزيادة والمبسر خبز مطلق.

حلف لا يأكل بيضا يتناول بيض الدجاج والأوز ما لم ينو غيرهما؛ لأن في العرف يقتني الدجاج والإوز للبيض فيتناوله إلا إذا أشد على نفسه بنية الكل.

حلف لا يأكل هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث إلا إذا نوى أكل عينه؛ لأن الدقيق لا يؤكل عادة فوقعت اليمين على ما يتخذ منه مجازا كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة فأكل من ثمرتها حنث.

وكذلك لو أكل من عصيدته يحنث؛ لأنه قد يؤكل لذلك؛ لأن أكل الدقيق هكذا يكون عند العقلاء فينصرف إلى ما هو معتاد بينهم.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة فأكل من ثمارها أو من جمارها قالوا الجمار شحم النخل أو من دبسها أو قال لا يأكل من هذا الكرم فأكل من عنبه أو زبيبه أو عصيره حنث؛ لأن النخلة عينها لا تؤكل فتعذر العمل بحقيقته فجعل مجازا عن أكل ما يخرج منها عرفًا، ولهذا يقال في عرف الاستعمال أكلت من نخل فلان ومن كرم فلان، فإن أكل مما يخرج منها لا من عينها؛ ولأن الحالف إنما يمنع نفسه

باليمين عن أكل ما يخاف أكله وإنما يخاف أكل ما يخرج منها لا أكل عينها كما لو حلف لا يأكل من هذا القِدْر شيئًا فهو على ما يطبخ فيه فكذا هذا، والمراد بالدبس ما يسيل من الرطب والعنب والعصير، فأما الدبس المصنوع والناطف منه لو أكله لا يحنث؛ لأنه لا يوجد كذلك متصلا بها وإنما يصير كذلك بصنع العباد فلا ينصرف اليمين إليه.

ولو أكل من خله قالوا ذكر في الجامع أنه لا يحنث، فإن كان العصير يصير خلًّا من غير صنع أحد؛ لأنه ليس بخارج منه حقيقة ولا اعتبارا، فإن الخارج منها ما يوجد كذلك متصلا بخلاف العصير وهما العنب والتمر، فإن العصير يوجد حال اتصاله بها إلا أنه منكمن وزوال الانكمان بالعصر، وصار كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة الجوز أو اللب فأكل من لبهما حنث؛ لأن لبهما خارج منهما؛ لأنه مما يوجد كذلك متصلا من غير صنع أحد إلا أنه منكمن بالقشر فكذا العصير.

ولو قال: لا يأكل من هذه الشاه فأكل من لبنها أو من زبدها أو من سمنها لا يحنث؛ لأن عين الشاة مأكول فانصرفت يمينه إلى اللحم استحسانا للعرف فإنه في عرف الاستعمال لو قال الرجل: لا آكل من هذه الشاة يراد بذلك أكل لحمها لا أكل لبنها وما يخرج منها والمعروف كالمشروط.

ولو أكل عين الدقيق لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه والصحيح أنه لا يحنث؛ لأن الحقيقة مهجورة فصار المجاز مرادا كما في الشجرة وإن نوى أكل عينه لم يحنث؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

حلف لا يأكل من هذه الحنطة فأكل من خبزها أو سويقها لا يحنث عند أبي حنيفة وعندهما يحنث وإن قضمها حنث بالإجماع.

لهما: أن أكل الحنطة في العادة اسم لأكل ما في ضمنها مجازا؛ لأن في العادة والعرف يراد بأكل الحنطة أكل خبزها يقال فلان يأكل الحنطة أي يأكل الخبز وما يتخذ منها فصار أكل الحنطة مجازا عن أكل ما يتخذ منها بعرف الاستعمال وذلك عام، فإن أكل الحنطة أنواع فوجب العمل بعموم المجاز فيتناول عين الحنطة وما يتخذ منها، كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها حافيا أو راكبا يحنث؛ لأنه صار عبارة عن الدخول.

له: أن هذا كلام له حقيقة مستعملة وهو الأكل قضمًا بعد القلي وبعد الطبخ ومجاز متعارف، وهو أكل ما يتخذ منها فينصرف مطلق اللفظ إلى الحقيقة دون المجاز، وإن كان المجاز الأكثر استعمالا؛ لأن الحقيقة استعمال الشيء في موضعه والمجاز مستعار في غير موضعه والجمع بينهما محال والحقيقة هنا مراد فينتفي المجاز وصار كما لو حلف لا ينكح امرأته أو أمته يقع ذلك على الوطء دون العقد فكذا هذا.

وإن أكل النيء منه لا يحنث؛ لأنه لا يؤكل عادة فينصرف الاسم عن الإطلاق إلى ما ذكرنا.

(فصل)

حلف لا يأكل إداما ولا نية له فعندهما يتناول كل ما يصطنع به الخبز كالخل والزيت واللبن والعسل والمرق وغيره أو يضرب عليه الخبز كالملح وما يوضع على الخبز كاللحم والجبن والبيض لا يكون إدامًا، وقال محمد: كل ما يؤكل مع الخبز غالبًا يكون إدامًا.

لمحمد رحمه الله: قول النبي صلى الله عليه وسلم: "**سيد إدام أهل الجنة اللحم**"[1] ولأن الاسم مأخوذ من المأدبة وهو الموافقة ويقول العرب أدم الله بينكما أي أصلح الله بينكما والإدام لما يصلح للخبز ويطيبه ويحببه إلى الأكل واللحم والجبن في إصلاح الخبز وتطييبه إلى الأكل أبلغ من سائر الإدام فكان إطلاق اسم الإدام عليه أحق؛ ولأن هذه الأشياء تسمى إداما عرفا وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

لهما: أن الإدام هو الموافقة وحقيقة الموافقة بأن يصير شيئًا واحدًا بالملازمة والملازقة والملاصقة، فأما المجاورة فليست بحقيقة الموافقة بل إطلاق الاسم عليها يكون مجازا، والحقيقة مرادة بالإجماع فبطل المجاز إذ الحقيقة مع المجاز لا يجتمعان في لفظ واحد وقول محمد أظهر.

وقال محمد: التمر والجوز ليس بإدام؛ لأنه ينفرد بالأكل في الغالب، وكذلك

---

(١) ذكره ابن قتيبة في "غريب الحديث" (١/٨٨ رقم ٢٦).

العنب والبطيخ والبقل؛ لأنه لا يؤكل تبعًا للخبز بل يؤكل وحده غالبًا، وكذلك سائر الفواكه حتى لو كان موضعًا يؤكل تبعًا للخبز غالبًا يكون إدامًا عنده اعتبارًا للعرف والله أعلم.

(باب الحلف على أكل شيء فيغلب عليه غيره)

أصله: أن المحلوف عليه متى اختلط بغيره، فإن كان مرئيًّا كالحنطة متى اختلط بالحنطة أو الشعير يعتبر الغلبة بالأجزاء، فإن كان المحلوف عليه غالبًا؛ لأن المغلوب صار كالمستهلك بمقابلة الغالب، وإن كان مغلوبا لا يحنث؛ لأنه صار كالمستهلك لانعدام اسمه ومعناه، إن لم يكن مرئيًّا كالسمن إذا اختلط بالسويق أو بالعسل يعتبر اللون والطعم، فإن كان يستبين لونه وطعمه فهو الغالب، وإن كان لا يستبين فهو المغلوب.

وقال أبو يوسف: إذا كان طعمهما واحدًا وأشكل عليه، فإن أحاط العلم بالمحلوف عليه أنه هو الغالب حنث، وإن لم يعلم ذلك لا يحنث قياسًا؛ لأن الكفارة لا تجب بالشك ويحنث استحسانا أخذ بالثقة والاحتياط وإن اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن المحلوف عليه إذا خلط بلبن آخر، قال أبو يوسف: هو كالجنسين يعتبر الغالب، وقال محمد: يحنث وإن كان معلومًا؛ لأن الشيء لا يصير مستهلكا بجنسه عنده لما مر في كتاب الرضاع.

حلف لا يأكل سمنًا فأكل سويقًا لته بالسمن إن كان يستبين السمن فيه ويوجد طعمه يحنث وإلا فلا؛ لأنه متى استبان فيه فليس بمستهلك، وإذا لم يستبن فهو مستهلك، وإن كان يوجد طعمه ولا ينوي مكانه ينبغي أن يحنث؛ لأن هذا يعد أكل السمن عادة.

ورُوي عن محمد في النوادر: وقيده بمعنى زائد وقال: إذا كان بحيث إذا عصر يسال السمن؛ لأنه إذا كان ينعصر فاليمين ممكن فلا يكون مستهلكا.

حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير حنث.

ولو حلف لا يشتري شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير أو لا يشتري رطبا

فاشترى كناسة بُسْرٍ فيها رطب لا يحنث؛ لأن في الصورة الأولى أكل الشعير؛ لأنه تناول واحدا فواحدًا وفي الصورة الثانية العقد أضيف إلى الحنطة والبسر والحنطة والرطب دخل فيه تبعا، ولهذا لا يسمى مشتريًا للشعير والبسر حتى لو أكل والحنطة في الأولى حفنة حفنة لا يحنث ما لم يأكلها حبة حبة؛ لأنه متى أكلها حفنة حفنة فالمحلوف عليه مغلوب بغيره فيعتبر هالكا فلا تصير أكلًا للمحلوف عليه ومتى أكلها حبة حبة فقد زال سبب الهلاك وهو الخلط قبل الأكل؛ لأن المحلوف عليه صار متميزا عن غيره فصارا كلالة.

حلف لا يأكل بسرًا فأكل بسرًا مدنيا وهو الذي عامته بسر وشيء منه رطبا ولا يأكل رطبا فأكله رطبا مدنيا حنث بالإجماع وإن أكل رطبا مدنيا في الأول وفي الثاني أكل بسرًا مدنيا حنث عندهما، وقال أبو يوسف: لا يحنث؛ لأنه متى كان عامته رطبا فهذا في العرف يسمى رطبا ولا يسمى بسرا ومتى كان عامته بسرا يسمى بسرًا لا رطبًا فقد اعتبر العرف وجعل الاسم باتا للغالب.

لهما: أن الجزء الذي أرطب منه يسمى رطبا حقيقة، وإن قل، ألا ترى أنه لو أفرد هذا القدر منه وأكله يحنث؛ لأن الرطب اسم مشتق من معنى وهو الرطوبة وليس باسم لشيء مقدر حتى لا ينطلق الاسم على القليل منه وكذا القدر الذي منه بسر يسمى بسرًا؛ لأنه اسم مشتق من معنى وهو الحموضة فثبت له هذا الاسم وإن قل محل الاسم كمن حلف لا يأكل طعام فلان فأكل طعاما مشتركا بينه وبين غيره يحنث؛ لأن قدر الذي هو المحلوف عليه نطلق عليه اسم الطعام وإن قل فكذا هذا.

(**المنتقى**): لو حلف لا يذوق من هذا التمر فشرب من نبيذه لا يحنث، ولو قال: لا أشرب من هذا التمر فشرب من نبيذه حنث؛ لأن شرب التمر لا يتصور فينصرف إلى شرب نبيذه فأما ذوق التمر فيتصور فيقع اليمين على عينه.

ولو حلف لا يأكل مما يخرج من هذه الشاة فأكل من لبنها يحنث.

وكذلك يحنث في الزبد؛ لأن الزبد متفرق في اللبن مثل الزيت في الزيتون وإن أكل من سمنها أو سرارها لم يحنث؛ لأنه معمول متغير عما كان.

حلف لا يأكل اللبن فطبخ به أرزًا فأكل لا يحنث، وإن كان يرى عينه، وكذا لو

حلف لا يأكل هذا الخل فاتخذ منه سِكْباجَة[1] فأكله لا يحنث لأنه صار مرقة وصار شيئًا آخر؛ لأنه صار مستهلكا فيه.

(**الفتاوى**): حلف لا يأكل من هذا الدقيق فاتخذ منه خبيصًا قال الفقيه أبو الليث: أخاف أن يحنث قالوا وخبز القطائف كذلك؛ لأن اليمين عقدت على ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يتخذ منه.

حلف لا يأكل خبزا فأكل ثريدًا، قال الفقيه أبو الليث: أرجو أن لا يحنث؛ لأنه زال عنه اسم الخبز بخلاف ما لو حلف لا يأكل التمر فأكل خبيصًا يحنث؛ لأن اسم التمر لم يزل عنه لما بينا.

رجل حلف لا يأكل اليوم رغيفًا فأكل مع الخل أو الرب أو الفالوذج الرطب، قال: لا يحنث، وإذا أكل مع اللحم والجبن فعند أبي يوسف لا يحنث؛ لأنه تابع له، وقال محمد يحنث؛ لأنه يؤكل على الانفراد.

ولو حلف لا يأكل ملحا فأكل طعاما مالحا قيل يحنث؛ لأن الملح هو الملوحة كمن حلف لا يأكل الفلفل فأكل طعاما فيه فلفل، فإن وجد طعمه حنث، وإن لم يجد طعمه لا.

وذكر الفقيه أبو الليث: أن في الملح لا يحنث ما لم يؤكل عينه وفي الفلفل لا يحنث وهو الصحيح؛ لأن عين الملح مأكول وعين الفلفل لا، فصار الملح كالخل ولو حلف لا يأكل خلا فأكل سكباجًا لا يحنث فكذا هذا.

ولو حلف لا يأكل من مال فلان فأخذ عجنه وجعل في عجين آخر وخبزه فأكل لا يحنث؛ لأن العجين قد ذهب واستهلك.

وكذا لو حلف لا يشرب من شرابه ولم يأكل من ملحه فأخذ ماء وملحا وجعلهما في العجين لا يحنث؛ لأن ذلك قد تلاشى.

(باب اليمين التي يتعين المحلوف عليه)

أصله: أن اليمين إذا تعلقت بعين ينقى بنقاء العين ويزول بزواله والأوصاف في

---

(١) السِّكْبَاجُ: طعامٌ يُعْمَلُ من اللَّحم والخَلِّ مع توابلَ وأَفاويه القطعةُ منه: سِكباجَة.

الأعيان لغو إذا عري عن الفائدة فتبدل الوصف لا يوجب تبدل الذات فأما في الغائب فلا أوصاف معتبرة؛ لأن الغائب يعرف بوصفه بجهالة ذاته.

حلف لا يأكل من هذا البسر فأكله بعدما صار رطبا أو من هذا الرطب فأكله بعدما صار تمرا لا يحنث.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا العنب فأكل منه بعدما صار زبيبا أو من هذه الحرجة فأكله بعدما صار بطيخًا لا يحنث.

ولو حلف لا يأكل من هذا الحمل فأكل بعدما صار شاة أو لا يكلم هذا الصبي فكلمه بعدما شاخ حنث.

والفرق أنه عقد يمينه على عين موصوفة بصفة في الفصلين لأن صفة الصبا في العين لا تفيد لأنها غير داعية إلى هجران الكلام؛ لأن الشرع أمرنا بتحمل أخلاق الفتيان فأمرنا بمداراة الصبيان فلم يصح اعتباره شرعا فلغت الصفة وبقي قوله لا أكلم هذا، وكذا في الحمل لا يمنع نفسه عن الأكل لأجل الحملية فلغت صفة الحملية لانعدام الفائدة، أما هنا صفة الرطوبة بل لأجل الحملية داعية إلى اليمين؛ لأن من الناس من يرغب عن الرطب لرطوبته لما أنه قد يضره أكله ثم يرغب فيه إذا صار تمرًا ليبوسته فتقيدت اليمين بالأصل والوصف جميعًا ولم يوجد فلا يحنث.

ولو حلف لا يأكل من هذا اللبن فأكل بعدما صار جبنًا أو إقطًا لا يحنث.

وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه البيضة فأكل من فراريجها أو لا يذوق من هذه الخمر فصارت خلا لم يحنث؛ لأن الاسم والمعنى قد تبدل فتبدل الذات فلا يحنث كمن حلف لا يأكل من هذه الشجرة فأكل بعدما صار لوزا أو مشمشا لم يحنث؛ لأنه عين الزهر لتبدل الاسم والمعنى.

حلف لا يأكل التمر فأكل العشب لا يحنث؛ لأنه اسم ليابس البسر وهو حصرم التمر كمن حلف لا يأكل رطبا فأكل حصرما يابسًا.

حلف لا يأكل تمرا فأكل حيسًا حنث؛ لأنه تمر مفتت فإن التمر بجميع أجزائه قائم إنما تفرق أجزاؤه لا غير، والقيد إذا لم يكن للنقصان لا يمنع دخوله تحت مطلق الاسم.

(المنتقى): رجل حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به لم يحنث؛ لأن القلم إذا لم يكن مبريا لا يسمى قلما بل يسمى أنبوبة، وكذلك لو حلف على مقص أو سكين أو سيف فكسر ثم صنع مثله.

ولو نزع مسمار المقصّ وأعاد فيه مسمارًا آخر أو نزع نصاب السكين وجعل فيه مكانه نصابا آخر حنث؛ لأن السكين اسم للحديد.

ولو حلف لا يلبس قميصًا بعينه فنقضه ثم استأنف خياطته فخاطه ثانيا ثم لبسه أو حلف على قباء أو جبة مبطنة أو محشوة أو مكسوة أو قلنسوة أو خفين فنقضه ثم أعاد خرزه يحنث؛ لأن الاسم قائم، فإنه يقال قميص مفتوق فكانت الخياطة وصفا له واليمين لا يبطل بغير الوصف مع بقاء الاسم.

وكذلك لو حلف لا يركب هذا السَّرج فنقضه ثم أعاده، قال أبو الفضل: هذه الأجوبة بخلاف ما في الجامع، ولو حلف لا يقرأ في هذا المصحف فخلعه ثم ألف ورقة وخرز دفتيه ثم قرأ فيه حنث.

ولو حلف لا يركب هذه السفينة فنقضها ثم استأنف عملها بتلك الخشبة فركبها لم يحنث؛ لأن اسم السفينة لم يبق وهذا بمنزلة البناء. ولو حلف لا ينام على هذا الفراش فنقضه وغسله ثم حشاه بحشوة وخاطه ونام عليه حنث؛ لأن هذا ذلك الفراش بعينه.

ولو حلف على قميص لا يلبسه فصنعه جبة محشوة فلبسها لم يحنث، وكل شيء حلف عليه فيعبر عن تلك الصفة وعن ذلك الاسم لم يحنث فيه ما خلا الحيوان، فإنه لو حلف لا يطأ الصبية فوطئها بعدما صارت امرأة حنث.

ولو حلف لا يأكل من لحم هذا الخروف فأكل بعدما كبر حنث.

وذكر المعلى عن أبي يوسف: إذا حلف لا يلبس هذه الجبة ففتقت وخيطت وجعل فيها حشوًا آخر وجعلها جبة فلبسها حنث.

ولو حلف لا يبيت على هذا الشاذكونة[1] فَفُتِقَتْ وقلبت وحشيت فبات عليها.

---

(١) الشاذكونة: بِالْفَارِسِيَّةِ الْفِرَاشُ الَّذِي يُنَامُ عَلَيْهِ.

وكذلك لو حلف لا يدخل هذا البيت فنقض ثم بنى بيتا آخر من أجره وآلاته فدخله، قال: سألت محمدًا عن ذلك فقال: لا يحنث في شيء من هذا إلا في الجبة إذا لم تفتق جميع دروزها لكن فتق الجانبين وجعل فيها قطنا آخر وخيط، فإنه يحنث في هذا وحده استحسن فيه؛ لأنه يقال لها جبة من قبل أن تخاط ثانية.

رجل قال لآخر: والله لا أمس شعرك فحلق رأسه فنبت شعر آخر ثم مس شعره حنث، وكذلك لو قال: لا أمس سنك فسقط سنه ثم نبت؛ لأن الداعي إلى اليمين معنى في صاحب السن والشعر لا في نفس السن والشعر فيراعي فيه قيام هذه النسبة وقت الحنث.

حلف لا يضرب فلانا بنصل هذا السكين أو بزج هذا الرمح فنزع هذا النصل وهذا الزج وأدخل آخر فضربه لا يحنث؛ لأنه لم يضربه بهذا النّصل.

(**الجامع**): حلف لا يلبس هذه الملحفة فقطعها فخاطها قميصا فلبسها لا يحنث؛ لأن الاسم قد زال، فإن نقضها وأخاطها ملحفة فلبسها لا يحنث لأنها عادت ملحفة بصنعة جديدة واليمين ما انعقدت عليها.

ولو جعلت الملحفة درعا يخاط جانبيها ثم نقض ثم لبس حنث؛ لأنه عاد الاسم بالصنعة الأولى لا بالصنعة الأخرى واليمين كانت منعقدة على ذلك فعادت اليمين.

حلف لا يجلس على هذا البساط فخاط ما بين طرفيه وجعله خرجا ثم جلس لم يحنث لزوال الاسم.

ولو نقض الخياطة حتى عاد بساطا بالصنعة الأولى لا بصنعة الجديدة ثم جلس يحنث؛ لأن الاسم عاد من غير صنعة قائمة في العين، ألا ترى أنه لو وجد هذا من الغاصب وفي المغصوب لا يفيد الملك.

(باب الرجل يحلف لا يأكل الشيء فيقع على بعضه أو كله)

(**المنتقى**): أصله: أن كل شيء يأكله الرجل في مجلس أو يشربه في شربة

فيحلف على جميعه ولا يحنث بأكل بعضه؛ لأن المقصود الامتناع عن أكله، وكل شيء لا يطاق أكله في المجلس ولا شربه في شربه يحنث بأكل بعضه؛ لأن المراد من اليمين الامتناع عن أصله لا عن جميعه؛ لأن ما يمنع فعله في الغالب لا يقصد باليمين.

(**المنتقى**): حلف لا يأكل من ثمر هذا البستان أو من تمر هاتين النخلتين أو من هذين الرغيفين أو من لبن هاتين الشاتين أو من هذا الغنم أو لا أشرب من ماء هذه الأنهار فأكل أو شرب بعضه يحنث؛ لأن كلمة من للتبعيض فكانت اليمين متناولة بعض المذكور وقد وجد.

وكذلك لو قبض دينارًا له فوجد درهمين زائفين فحلف لا يأخذ منهما شيئًا فأخذ أحدهما حنث.

ولو قال لا أشرب من لبن هاتين الشاتين ونحو ذلك لم يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة؛ لأنه حلف عليهما فلا يحنث بإحداهما حتى يشرب جزءًا من لبن كل واحدة منهما ولا يعتبر شرب الكل؛ لأن الكل غير مقصود.

ولو حلف لا يأكل من سمن هذه الخابية فأكل بعضه حنث ولو كان مكان الأكل بيعًا فباع بعضها لم يحنث؛ لأن الأكل لا يتأتى على جميعه في مجلس واحد؛ لأنه لا يستطاع أكل كله والبيع يتأتى على جميعه.

ولو حلف لا يأكل هذه البيضة لا يحنث حتى يأكلها كلها لأنه عقد اليمين على أكلها وكلها تؤكل في مجلسٍ واحدٍ.

وكذلك لو حلف لا يأكل هذا الطعام، فإن كان يقدر على أكل كله دفعةً واحدة لا يحنث حتى يأكل كله، وإن لم يقدر يحنث بأكل بعضه، وفي رواية إن كان الشيء يمكنه أن يأكل في جميع عمره لا يحنث ما لم يأكل كله.

والأول أصح وهو المختار لمشايخنا.

وعن محمد رحمه الله: لو حلف لا يأكل لحم هذا الجزور فهو على بعضه؛ لأنه لا يمكن استيعابه دفعة.

ولو قال لامرأتيه: إن أكلتما هذين الرغيفين فعبدي حر فأكلت كل واحدة منهما

رغيفا عتق العبد، وكذلك لو أكلت إحداهما الرغيفين إلا شيئًا وأكلت الأخرى الباقي يحنث.

(باب الحلف على أكل الفاكهة)

حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبًا أو رمانًا أو رطبًا لا يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يحنث لأنهما في العرف يعد رأس الفواكه وأعزها وأكملها فكانت أحق بالاسم، ولأن الفاكهة اسم لما يتفكه به على أثر الطعام أي يتنعم بأكله ولا يقصد بأكله إلا التلهي وذهاب الملالة ومنه سمي المزاح فاكهة؛ لأنه يكون للتلهي وهذه الأشياء تؤكل للتلهي وأفرد الله تعالى هذه الأشياء بالذكر بقوله: ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٌ وَنَخۡلٞ وَرُمَّانٞ ٦٨﴾ [الرحمن: ٦٨] لزيادة معنى التفكه فيها لا لنقصانه فلا يمنع دخولها تحت مطلق اسم الفاكهة كقوله تعالى: ﴿مَن كَانَ عَدُوّٗا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ وَمِيكَىٰلَ﴾ [البقرة: ٩٨]، له ﴿فِيهِمَا فَٰكِهَةٞ وَنَخۡلٞ وَرُمَّانٞ ٦٨﴾ وقوله تعالى: ﴿وَعِنَبٗا وَقَضۡبٗا ٢٨ وَزَيۡتُونٗا وَنَخۡلٗا ٢٩ وَحَدَآئِقَ غُلۡبٗا ٣٠ وَفَٰكِهَةٗ وَأَبّٗا ٣١﴾ [عبس: ٢٨ - ٣١] عطف الفاكهة على هذه الأشياء مرة وعطفها أخرى والشيء لا يعطف على نفسه خصوصا في موضع المنة ولأن معنى التفكه فيها قاصر؛ لأن الرطب والعنب يستعملان للغذاء والرمان يستعمل في الأدوية ومطلق الاسم يتناول ما يقع به التفكه.

قال الكرخي: ثمرة الشجرة كلها فاكهة إلا الأشياء الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك البطيخ فاكهة؛ لأنه يؤكل للتفكه دون الغذاء واليابس من أثمار الشجرة فاكهة إلا البطيخ، فإنه لا يعتاد يابسه فاكهة في عامة البلدان.

وأما القثاء والخيار والجزر والباقلاء الرطب فليس بفاكهة؛ لأنه من جملة البقول، ألا ترى أنها تؤكل مع البقول على المائدة.

قال محمد: والتوت فاكهة والرطب إذا صار تمرًا والعنب زبيبا والرمان حبا فليس بفاكهة.

ورُوي عن أبي يوسف: أن اللوز والعناب فاكهة واللوز والجوز فاكهة ذكره في

الأصل؛ لأنهما من جملة الفواكه اليابسة، قالوا: وهذا في عرفهم.

أما في عرفنا: لا يعد ذلك من جملة الفواكه اليابسة؛ لأن الجوز عندنا لا يؤكل للتفكه.

وقال محمد: يسمى السكر والبسر الأحمر فاكهة.

ورُوي عن محمد: حلف لا يأكل من فاكهة العام أو ثمار العام إن كان في أيام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطب وإن أكل اليابس لا يحنث.

وإن كان في غير وقتها فهو على اليابس وهذا استحسان لتعارف الناس إطلاق اسم الفاكهة في وقت الرطب على الرطب دون اليابس.

(باب الحلف على أكل اللحم والكراع)

(**المبسوط**): ولو حلف لا يأكل لحما ولا نيئا فأي لحم أكل من الرأس والبطن والكراع ولحم الإنسان أو لحم الخنزير حنث وكذا المشوي والمطبوخ، وأما الضعيف والقديد، فإن أكل النيئ منه لا يحنث؛ لأنه لا يؤكل عادة فينصرف الاسم عند الاطلاق إلى ما ذكرنا كما في الدقيق وقيل يحنث؛ لأن اللحم القديد يؤكل.

وإن أكل لحم السمك أو غيره مما يعيش في الماء لا يحنث استحسانا خلافًا لمالك والشافعي؛ لأن معنى اللحمية في السمك قاصر حقيقة وعرفا.

أما حقيقة، فإن معنى اللحمية حقيقة: هو التقوي والقوة تتولد من الدم وسائر اللحمان من شاة متولدة من الدم، والسمك متولد من الماء وليس له دم والدم في إيراث القوة أقوى من الماء.

وأما عرفا فلأن الناس لا يستعملونه استعمال اللحم في إيجاد المرقة وأشباه ذلك ويقال ما أكلت اللحم.

وإن كان أكل سمكا ومتى كان معنى اللحمية ناقصا لا يتناوله مطلق الاسم كاسم المملوك لا يتناول المكاتب لقصور الملك فيه فكذا هذا.

والله تعالى وإن أطلق اسم اللحم عليه بقوله: ﴿تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [فاطر: ١٢] ولكن مبنى الأيمان على العرف والعادة لا على لفظ القرآن، فإن من

حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ عِندَ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ﴾ [الأنفال: ٥٥] وإن عناه يحنث؛ لأن اسم اللحمية واقع عليه.

وإن أكل الكبد أو الكرش أو الطحال يحنث خلافًا للشافعي، قيل هذا في عرفهم فإنهم كانوا يعدونها لحما وتباع مع اللحم مقطعا في بلادهم.

فأما في عرفنا فلا يسمى لحما ولا تستعمل استعمال اللحم فلا تدخل تحت مطلق الاسم.

ولو أكل الإلية أو شحم البطن لا يحنث إلا إذا نواه؛ لأنه ليس بلحم حقيقة، ولهذا يذاب ولا يطبخ فكان ناقصا في معنى اللحمية من وجه وهي الدسومة فيجوز إطلاق اللحم عليه مجازا.

ولو أكل شحم الظهر يحنث؛ لأنه لحم.

ولو حلف لا يأكل شحما فأكل شحم الظهر لا يحنث عند أبي حنيفة، وعندهما يحنث؛ لأنه شحم قال الله تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام: ١٤٦] والمستثنى يكون من جنس المستثنى منه ولأنه يذوب بالنار كما يذوب الشحم ومن يكون سمينا من الناس يقال إنه ذو شحم ولحم بالمجاورة فعرفنا أنه شحم في الحقيقة.

له: أنه من جملة اللحم؛ لأن في العرف لا يسمى شحما ولا يستعمل استعمال الشحم بل يطبخ مع اللحم ويؤكل معه وله قوة اللحم أيضًا.

ألا ترى أن اللحم إنما يقوي بأثر الدم وأثر الدسومة، ولهذا لو حلف لا يأكل لحمًا فأكل شحم الظهر يحنث بالإجماع وكيف يكون شحمًا مع كونه لحما.

وأما الاستثناء في الآية فهو استثناء منقطع فلا يدل على الجنسية، ألا ترى أنه تعالى استثنى الحوايا وذو الليتين بشحم كذا هذا وهذا الاختلاف يتحقق في عرفهم، فأما في لسان الفارسية اسم الشحم لا يقع على شحم الظهر بحال حتى لو عزله عن اللحم فأكله قالوا: لا يحنث عنده.

ورُوي عن محمد: لو أمر رجلان أن يشتريا له شحما فاشتريا له شحم الظهر لا يجوز على الأمر وهذا يدل على أن مطلق اسم الشحم لا يتناوله كما قال أبو حنيفة.

حلف لا يأكل رأسًا يقع على رأس البقر والغنم ما لم ينوعهما عند أبي حنيفة وعندهما على رأس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، فإن في زمن أبي حنيفة كان الناس يتبعون رؤوس الغنم والبقر في السوق فأفتى على حسب عرف زمانه، وفي زمانهما كانوا لا يبيعون إلا رؤوس الغنم ولا يعتادون أكل رؤوس الغنم فأفتيا على عرف زمانهما، وفي الأيمان يعتبر العرف في كل موضع حتى قالوا لو كان الحالف خوارزميًّا فأكل لحم السمك يحنث لأنهم يسمونه لحما، وكذا لو حلف لا يشتري خبزا فاشترى خبز الأرز لا يحنث إلا أن يكون بطبرستان.

(**الجامع**): لو حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم عنز يحنث؛ لأن الشاة اسم جنسٍ فيتناول العنز وغيره.

وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: أنه لا يحنث سواء كان الحالف قرويًّا أو مصريا وعليه الفتوى لأنهم يعرفون بينهما عادة.

ولو حلف لا يأكل لحم بقرة لم يحنث بأكل الجاموس لأنه، وإن كان بقرًا حتى يعد في نصاب البقر ولكن خرج من اليمين بتعارف الناس.

(باب الحلف لا يأكل من طعام فلان أو من كسب فلان)

أصله: أنه ينظر إلى المحلوف عليه، فإن كان شيئًا مقدرًا لم يحنث إذا كان مشتركا؛ لأن الاسم يتناول جزءًا منه، وإن كان غير مقدر حنث؛ لأن الاسم يتناول كل جزء منه بانفراده كالطعام.

حلف لا يأكل من طعام يشتريه فلان فأكل من طعامٍ اشتراه فلان وآخر معه يحنث.

ولو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان ولا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا أو لبس ثوبا اشتراه فلان مع آخر لم يحنث، والفرق أن اسم الطعام يقع على القليل

فالقدر الذي اشتراه فلان يسمى طعامًا، فأما الثوب والدار اسم لمقدار فالبعض لا يسمى ثوبا ولا دارًا، فإذا لم يقع على البعض اسم الدار والثوب فلم يوجد شرط الحنث فلم يحنث.

ولو حلف لا يأكل رغيف فلان فأكل رغيفًا بينه وبين آخر لا يحنث؛ لأن الرغيف اسم لجميع أجزائه وليس لبعضه اسم الرغيف ولا كذلك الخبز.

حلف لا يأكل طعام فلان فوُهب له أو اشتراه منه فأكله لا يحنث؛ لأنه لم يبق طعاما له، فرق بين هذا وبين مسألة ذكرها في النوادر إذا حلف لا يأكل من خبز فلان الخباز فأكل من خبزه بعدما اشتراه يحنث، والفرق أن الداعي إلى اليمين صنعة الخباز لا كون الخبز ملكا له والصنعة باقية بعد الشراء، فأما الداعي إلى اليمين في طعام فلان ملك فلان والملك قد زال بالبيع فيزول اليمين.

وكذلك لو حلف لا يأكل من رمان اشتراه فلان فاشتراه مع غيره حنث، ولو قال من رمانة اشتراها فلان لم يحنث.

وكذلك لو قال: لا ألبس من نسج فلان فنسج فلان مع غيره.

(**المنتقى**): أصله: أن الكسب ما صار ملكا له يفعله كالتملك في المبايعات والأخذ في المباحات؛ لأنه صار أحق به وصنعه فيكون كسبا له وما صار ملكه له بغير صنعة كالميراث لا يكون كسبا له؛ لأنه لا يضاف إلى كسبه.

حلف لا يأكل من كسب فلان فاشترى شيئًا منه أو وهبه له فأكل لا يحنث؛ لأنه أكل مكسوب نفسه لا مكسوب فلان.

ولو ورث الحالف منه وأكله يحنث؛ لأنه كان مكسوب فلان قبل موته وبالإرث لم يصر مكسوب الحالف؛ لأن الكسب عبارة عن الصنع ولم يوجد منه صنع في الميراث فبقي مكسوب فلان كما كان وهذا إذا ملكه فلان بشراء أو هبة أو صدقة أو وصية، فإن كان مالكه ملكه بميراث فورث الحالف منه لا يحنث؛ لأن في الميراث دخل في ملك فلان بغير فعله وصنعه فلا يكون كسبًا له ومهر المرأة وأرش الجراحات من كسبه.

ولو حلف لا يأكل من غزل فلانة فاشترى غزل فلانة أو وهبت له فباعه وأكل

ثمنه لا يحنث؛ لأنه أكل من ثمن غزل نفسه لا من ثمن غزل فلانة؛ لأن بالبيع صار مضافًا إليه.

ولو باعت بنفسها فدفعت الثمن إليه فأكل منه حنث؛ لأنه أكل من ثمن غزل مضاف إليها.

ولو حلف لا يأكل من ميراث والدي فاشترى بدرهمين من ميراثه طعاما فأكله حنث.

ولو حلف لا يأكل من ميراث فلان ومات فلان وترك ميراثه لابنه ثم مات ابنه فأكل الحالف من ذلك لا يحنث؛ لأنه نسخ الميراث الآخر الميراث الأول، وكذلك لو قال: لا يأكل ما اشتراه فلان وقد اشتراه لنفسه أو لغيره فباعه المشتري من غيره ثم أكل الحالف لم يحنث نسخ الشراء الآخر الشراء الأول إذا طرأ على الشراء بطلت الإضافة الأولى.

وكذلك لو اشتراه الحالف فأكله لم يحنث ولو وهبه منه فأكله حنث؛ لأن بالهبة لا يرتفع حكم الشراء الأول؛ لأنه لا ضمان فيهما بخلاف الشراء.

ولو حلف لا يأكل مما زرعه فلان فباعه فأكله حنث؛ لأن البيع لا ينسخ الزراعة من بذرة المشتري فيزرعه فأكل الحالف لم يحنث؛ لأن الأول قد انعدم بالثاني، وعلى هذا إذا حلف لا يأكل من طعام يصنعه فلان أو خبز يخبزه فصنعه وباعه لم ينسخ بالبيع، وكذلك النسخ لا تنسخ بالبيع إذا نقض وغزل إن أمكنه؛ لأن الثاني أبطل الأول.

ولو حلف لا يشتري ثوبا مسه فلان فمسه ثم باعه، فإنه يحنث؛ لأن إضافة المس لا يبطل بالبيع.

ولو حلف لا يأكل من هذا الطعام ما دام في ملكه فباع بعضه ثم أكل ما بقي ذكر الحسن بن زياد أنه لا يحنث.

ولو حلف لا يأكل من طعام شريكه فأكل من طعام بينهما لم يحنث؛ لأن الذي أكل إنما هو من حصته، ألا ترى أن له أن يأخذ من حصته.

ولو حلف لا يأكل من مال فلان شيئًا فغصب منه حنطة فطحنها فخبزه أو دقيقًا

فخبزه ثم أكله لم يحنث؛ لأنه صار ملكا له بالطحن والخبز.

وروى المعلى عن أبي يوسف: لو حلف لا يأكل من مال فلان شيئًا وبينهما ألف درهم فأخذ منهما درهما فاشترى به شيئًا فأكله لم يحنث؛ لأن ما أخذه من حصته.

ولو حلف لا يأكل من مال فلان (فساء) هذا ويقال بالفارسية: (سم افكيديد) وأكل الحالف يحنث؛ لأن في العرف يسمى كل واحد منهما آكلا مال نفسه.

(باب الحلف على الإنفاق وأكل المال)

(**المنتقى**): حلف على ما لا يؤكل أن لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله حنث؛ لأن اليمين انصرفت إلى ما يشترى به من المأكولات مجازا عرفا.

ولو حلف على ما يؤكل أن لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله لم يحنث؛ لأن اليمين وقفت على عينه حقيقة؛ لأنه مأكول فلا يجوز صرف اليمين إلى غيره مجازا.

رجل معه دراهم فحلف لا يأكلها فاشترى بها دنانير وفلوسًا ثم اشترى بالدنانير أو بالفلوس طعاما فأكله يحنث؛ لأنه يقدر صرف اليمين إلى عينها وبَدَلها فانصرفت إلى بدل بدلها؛ لأنه مأكول وهكذا يؤكل المال عرفا وعادة.

ولو اشترى بها عرضا ثم باع ذلك العرض فاشترى به طعاما فأكله لم يحنث؛ لأن هذا لا يسمى أكل الدراهم في العرف.

ورُوي عن أبي يوسف فمن حلف لا يأكل من هذه الدرهم فاشترى بها طعاما فأكله حنث، وهذا بخلاف قول محمد؛ لأن الدراهم لا يمكن أكلها فينصرف إلى ما يشتري بها فلو أبدلها بغيرها ثم اشترى بما أبدل طعاما لم يحنث؛ لأنه لم يشترها وعلى هذا إذا حلف لا يأكل ثمن هذا العبد.

ورُوي عن أبي يوسف فيمن حلف لا يأكل من غلة أرضه ولا نية له فأكل من ثمن الغلة حنث؛ لأن في العادة يقال إنه من استغلال الأرض، وإن نوى أكل نفس ما يخرج منها دين في القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه.

ولو حلف لا يأكل من ميراث أبيه شيئًا ثم مات الأب فورثه فاشترى به طعامًا

فأكله حنث استحسانا؛ لأن المواريث هكذا تؤكل فاشترى بالميراث شيئًا فإن اشترى بذلك الشيء طعاما فأكله لم يحنث؛ لأن ما اشترى به كسبه وليس بميراث، ورُوي عنه فيمن حلف لا يطعم فلانا مما ورثه من أبيه فورث دراهم فاشترى بها طعاما فأطعمه حنث؛ لأن إطعام غير الدراهم لا يتصور فانصرف إلى ما يشترى بها.

ولو ورث طعاما فاشترى بذلك الطعام طعاما فأطعمه لم يحنث؛ لأنه أمكن اعتبار الحقيقة فيه وما اشتراه ليس بموروث بل هو مكسوبه وفي رواية أخرى أنه يحنث، وكذلك إن ورث دراهم فاشترى بها دنانير ثم اشترى بالدنانير طعاما فأكله حنث.

وكذلك لو اشترى بالدراهم متاعا ثم باع المتاع بالدراهم ثم اشترى بالدراهم طعاما فأكله حنث.

(فصل)

ولو قال: لا أنفق هذه الدنانير فاشترى بها دراهم حنث؛ لأنه منفق لها حين اشترى بها دراهم.

هشام عن أبي يوسف: رجل حلف على دراهم عنده أن لا ينفقها فقضى بها دينا عليه ولا نية له حنث؛ لأن قضاء الدين نفقة.

ولو قال: لا أنفق هذه الدنانير في رقيق فاشترى بها دراهم ثم اشترى بالدراهم رقيقا لم يحنث.

(باب الحلف على الطبخ والشوي)

(**المبسوط**): حلف لا يأكل شواء ولا نية له يقع على اللحم المشوي لا غيره إلا إذا نوى ما يشوي؛ لأنه في العرف يراد به الأول إلا أنه يحتمل غيره فصحت نيته.

والطبيخ على اللحم خاصة استحسانا ما لم ينو غيره؛ لأنه في العرف يطلق هذا الاسم على اللحم خاصة، وهو اللحم الذي يجعل في الماء ويطبخ ليسهل أكله إلا إذا نوى غيره فهو على ما نوى؛ لأنه شدد الأمر على نفسه.

فإن أكل سمكا مشويا لم يحنث.

والشوي على اللحم والألية والشحم.

(**النوادر**): ولو حلف لا يأكل طبخا فأكل قلية يابسة لا مرق لها لا يحنث إلا أن يكون لها مرقة يأكل لحمه ومرقه حنث؛ لأن بدون المرقة لا يسمى طبيخا، ذكر ابن سماعة والطبيخ يكون على الشحم أيضًا، وإن طبخ عدسا أو أرزا بودك فهو طبيخ.

وإن كان بسمن أو بزيت فليس بطبيخ.

ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلانة فسخنت له قدرا طبخه غيرها لم يحنث؛ لأن الطبخ هو الفعل الذي يتسهل به أكل اللحم وذلك موجود في الأول دون الثاني.

(فصل)

حلف لا يأكل الحلوى يحنث بأكل السكر والتمر والخبيص؛ لأنه مأخوذ من الحلاوة فيتناول كل ما فيه حلاوة، فأما العنب والرمان فيوجد في جنسه ما هو ليس بحلو فلا يخص معنى الحلو فيه والمرجع عادات الناس.

(**النوادر**): والخابز هو الذي يضرب الخبز في التنور دون من عجنه وبسطه، والطابخ هو الذي يوقد النار دون من ينصب القدر ويصب الماء واللحم فيه وما يحتاج إليه؛ لأن الطبخ هو الفعل الذي يتيسر معه الأكل وذلك بإيقاد النار وما قبل ذلك من مقدماته حتى لو قال لامرأته: إن أكلت من هذا القدر الذي تطبخه أنت فأنت طالق فوضعت القدر على الكانون وأوقدت هي النار فأكله الزوج طلقت لأنها هي التي طبخت، وإن أوقد النار غيرها لم تطلق لأنها طبخ غيرها، وإن أوقدت المرأة النار فيه قبل الموضع طلقت أيضًا، ولو حلف لا يأكل مما يطبخ في هذا القدر فطبخ طبيخًا وحوَّل إلى قدر آخر وأكل منه حنث؛ لأنه أكل مما طبخ في هذا القدر، وإن أوقدها غيرها قيل: لا تطلق والمختار أنها تطلق لأنها هي التي طبخت، فإن هذا يسمى طبخًا عرفا، ألا ترى في العادة إذا كان التنور في السمكة يوقد النار فيه امرأة واحدة وتضع كل امرأة قدرها عليه ويسمى ذلك كل واحد منهن طبخا.

(باب الحلف على التغذي والتعشي والسحور)

(**المنتقى**): يحتاج إلى معرفة: وقت الغداء والعشاء، وإلى مقدارهما.

أما وقتهما: روى ابن سماعة عن أبي يوسف: قال الغداء من طلوع الفجر إلى الزوال، والعشاء من الزوال إلى نصف الليل، والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر الثاني حتى لو حلف لا يتعشى فأكل بعد انتصاف الليلة لا يحنث؛ لأنه تسحر ولم يتعش.

ولو حلف أن لا يتغدى اليوم فأكل بعد انتصاف النهار لا يحنث.

وذكر المعلى عن محمد قوله: لتأتينه ضحوة فهو من طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار؛ لأن هذا وقت صلاة الضحى والتصبح ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحى الأكثر، وإذا ارتفع وقت التصبح؛ لأن التصبح بفعل من الصباح فيفيد زيادة مدة على ما يفيده الإصباح.

وإذا حلف لا يتصبح فقام عند طلوع الفجر فتوضأ وصلى ركعتين ثم نام في فراشه قبل أن يصلي الفجر لا يحنث ولو نام جالسًا بعدما صلى الفجر يحنث.

ولو نام بعد طلوع الشمس على فراشه حنث.

وقال محمد في نوادر هشام: المساء مساءان:

أحدهما: إذا زالت الشمس.

والآخر: إذا غربت الشمس.

فإن حلف بعدما زالت الشمس أن لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيوبة الشمس؛ لأنه لا يمكن حمل الشيء على المساء الأول فيحمل على المساء الثاني.

وأما مقدارهما: فالغداء والعشاء عبارة عن الأكل الذي يقصد به الشبع في العادة، فإنه روى ابن رستم عن محمد: إذا حلف لا يتغدى أو لا يتعشى فأكل لقمة أو لقمتين لا يحنث حتى يأكل أكثر من نصف شبعه والمعتبر في ذلك العادة في كل بلدة حتى لو حلف المصري لا يتغدى فهو على الخبز حتى لو تغدى بعد الخبز من

الأرز والتمر واللبن لم يحنث، والبدوي إذا تغدى بالتمر واللبن حنث؛ لأن ذلك غداهم، ولو حلف على فعل ماض بأن قال والله ما تغديت اليوم وقد تغدى بأرز أو سمن ينبغي أن يحنث، وقال أبو يوسف ومحمد: الغداء في مثل الكوفة والبصرة على الخبز؛ لأن المعتبر هو العادة، وكذلك الهريسة والفالوذجة يعتبر في ذلك العادة.

فإن تغدى المصري بالعنب لم يحنث إلا أن يكون من أهل الرساتيق فمن عادتهم التغدي به في وقته.

ولو حلف لا يذوق في منزل فلان طعاما ولا شرابا فذاق فيه شيئًا أدخله في فمه ولم يصل إلى جوفه قال هذا على ذلك فيحنث.

ولو قال: تغدين عندي اليوم فحلف أن لا يذوق في منزل فلان طعامًا فهذا على الأكل ليس الذوق والله أعلم.

(باب الحلف على الأكل الحرام)

(**المنتقى**): قال أبو يوسف في نوادر المعلى: إذا حلف لا يأكل حراما فاضطر إلى ميتة أو خمر فأكل منهما حنث؛ لأنه لا يحل الميتة بحال إلا أن إثمه موضوع عن المضطر، وكذلك الصبي والمعتوه والمكره إذا فعلوا شيئًا من الحرام ليس بحلال لهم إلا أن أثمه موضوع عنهم لما نبين في الإكراه.

وقال أبو يوسف في رواية أخرى: إنه لم يحنث فحصل عنه روايتان.

وقال محمد في إكراه الأصل: إن الله تعالى أحل الميتة حال الضرورة، فإذا امتنع عن أكله حالة الإكراه أثم فقد أطلق محمد عليه أنه حلال فلا يحنث في يمينه.

ولو حلف لا يأكل حراما فأكل خبزا أو لحما غصبه حنث.

ولو باع الخبز أو اللحم بشيء فأكله لم يحنث؛ لأن الأول حرام مطلق؛ لأنه لا يملكه والثاني لا؛ لأنه يملكه.

وروى ابن رستم عن محمد: لو اشترى بدراهم غصبها العالم فأكله لم يحنث لأن البيع اسم لم يتعلق بعينها لأنها لا تتعين في العقود.

ولو غصب برًّا فطحنه فأعطى مثله قبل أن يأكله لم يحنث.

وإن أكله قبل أن يعطي مثله حنث؛ لأنه إن ملكه بالطحن بعد ملكه بسبب حنث والحنث من كل وجه باقٍ ما لم يؤد البدل، فإذا أدى زال الحنث.

وفي نوادر هشام عن محمد: إذا زرع في أرض غصب قلنا أن يشتري منه ويأكله إلا أن الزارع يتصدق بثمنه ولا يحل له أكله إلا قدر بذرة ويتصدق بالباقي على الفقراء.

وقال أبو يوسف: لو بنى رجل في أرض غصب مسجدا أو حماما أو حانوتا فلا بأس بالصلاة في المسجد، ولا يستأجر الحمام والحانوت وله أن يدخل الحانوت ليشتري المتاع.

وقال أبو يوسف في الإملاء: لو غصب دارا فجعلها مسجدا لا ينبغي لأحد أن يصلي فيه ولا يدخله ولو جعلها طريقا لا يمر فيه.

(باب الحلف على الشرب والشراب)

(**المبسوط**): حلف لا يشرب شرابا فأي شراب شربه من ماءٍ وغيره يحنث؛ لأنه نكرة في موضع النفي فيعم إلا إذا نوى واحدا فيصدق ديانة لا قضاء لما بينا.

حلف لا يشرب نبيذا فشرب سكرا لا يحنث؛ لأن النبيذ ما ينبذ فيه التمر أو الزبيب حتى يتغير فصار جائزا والسكر ما يستخرج من التمر أو غيره ويترك ليتغير وغلا واشتد حتى صار مرًّا فكانا مختلفين وصار كما لو شرب عصيرا وهذا في عرفهم، فأما في عرفنا النبيذ يقع على كل مسكر يقال: (خرنبيد خواركان) فحنث.

حلف لا يشرب شرابا فمضغ رمانة ومص ماءها وألقى تفله لا يحنث؛ لأن المضغ لا يكون شربا. حلف لا يشرب الماء ولا نية له يحنث بأي قدر شرب؛ لأنه اسم جنس وقد تعذر صرفه إلى كل الجنس؛ لأنه لا يمكنه شرب جميع مياه العالم فيتناول أدنى الجنس.

وإن نوى الكل لا يحنث أبدا؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه كما في الطعام.

حلف لا يشرب مع فلان شرابا فشرب من إناءين في مجلسٍ واحد حنث؛ لأنه في العرف صار عبارة عن الشرب في مجلس واحد؛ لأن الشرب معه حقيقة لا

يتصور كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف إلى التمر، وكذلك لو شربا من شرابين مختلفين إلا إن نوى شاء آخر كما لو حلف لا يأكل مع فلان فأكل من مائدة واحدة حنث وإن اختلف قصعتهما وطعامهما فكذا هذا.

(**المنتقى**): عن أبي يوسف: لو حلف لا أشرب اليوم فشرب خلًّا أو سمنا أو زيتا حنث؛ لأن الشرب اسم لما يشرب نبيذ زبيب فشرب نبيذ مشمش حنث؛ لأن المشمش نوع من الزبيب.

(**الفتاوى**): حلف لا يشرب من دار فلان فأكل منها شيئًا قال محمد بن سلمة رحمه الله: يحنث؛ لأن قصده المنع جدا عن جميع المأكولات يقال بالفارسية (بخورم ارخاند فلان)، والمختار أنه لا يحنث إلا إذا نوى جميع المأكولات؛ لأن الألفاظ تراعى في الأيمان كما تراعى المقاصد، فإذا نوى فقد نوى ما يراد في العرف فصح.

رجل حلف لا يشرب هذا الماء فجمد الماء فأكل من الجمد لا يحنث؛ لأنه زال اسم الماء، فإن ذاب وشرب حنث؛ لأنه عاد الاسم من غير فعل فيه فصار كما لو حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا خيط بغزل فلانة لا يحنث؛ لأنه لا يعد لابسًا له.

وكذلك لو لبس ثوبا فيه سلك من غزل فلانة؛ لأن السلكة الواحدة لا عبرة لها إنما العبرة للبعض ومنه تتشعب المسائل.

حلف لا يشرب السكر فصب في فيه إن دخل حلقه بغير فعله لا يحنث، ولو شرب بعد ذلك لا يحنث؛ لأن اليمين لم ينحل لانعدام شرط الانحلال، ولو لم يدخل حلقه ثم هو أدخل بعد ذلك حنث؛ لأنه وجد الشرط.

رجل عاتبته امرأته في شرب الشراب فقال إن تركتُ شربه أبدا فأنتِ طالق، فإن كان يعزم على أن لا يترك شربها ولا يشربها لا يحنث؛ لأن شربها أبدا لا يكون عادة فلا يراد بالترك ترك حقيقة الشراب وإنما يراد به الترك من حيث العرف.

رجل حلف لا يشرب شرابا ولا نية له فشرب الماء لا يحنث؛ لأنه لا يسمى شرابا عرفا.

ولو حلف لا يأكل نبيذا فالمختار للفقيه أبي الليث أن اليمين يقع على المسكر من ماء العنب نيئا كان أو مطبوخا؛ لأن نبيذ (خواركان) بالفارسية يتناول من شرب هذا.

ولو قال بالفارسية (اكرسكي حورمه) تبع هذا على كل مسكر من ماء العنب؛ لأن الناس بالفارسية يسمون شارب كل مسكر من ماء العنب (سكير خوره)، فإن كان حلف لا يشرب من ماء فلان فاشترى الحالف كوزا ووضعه في حانوت المحلوف عليه فاستقى أجير المحلوف عليه الماء من النهر بذلك الكوز ووضعه في الحانوت ليلا فلما فتح الحالف دعا بالكوز وشرب الماء إن كان الحالف اشترى الكوز لهذا احتيالًا منه كي لا يحنث أرجو أن لا يحنث؛ لأنه حينئذ يصير الأجير عاملًا له.

ولو قال (أكسركسي رانبيدا)، فإن نوى بذلك الكلام السَّقي لا يحنث بالإهداء وإن نوى الإهداء لا يحنث بالسقي؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه، وإن لم ينو شيئًا وقعت يمينه على السقي وعلى الدفع جميعًا؛ لأنه يتحقق في كل واحد منهما شرط الحنث وهو إعطاء النبيذ.

(باب الحلف على الشرب من الأواني والأنهار)

(**المنتقى**): حلف لا يشرب من ماء المطر فشرب من ماء وادٍ سال من المطر فيه لم يكن فيه ماء قبل ذلك إن شرب من ماء مطر يستنقع حنث وإن شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة لم يحنث.

ولو حلف لا يشرب من ماء يستقي من هذه الرواية ثم صب في جبّ فشرب من ذلك الجب لم يحنث، ألا ترى أنه لو صبَّه في دجلة أو في مصنعة من مصانع طريق ثم شرب منها لم يحنث.

(**الفتاوى**): ولو قال والله لأشربن من وسط الدجلة فشرب من موضع لا يقع عليه اسم الوسط وذلك فقد أثلث النهر أو ربعه لا يحنث؛ لأنه ليس بشط النهر فكان من وسطه.

(**الجامع**): أصله أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز مستعمل ينظر إن

كان استعمال الحقيقة أرجح وأغلب فالعبرة للحقيقة؛ لأن الكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه، مثاله إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله بعدما صار تمرًا لا يحنث، وإن كان قد يطلق اسم الرطب على التمر مجازًا؛ لأن استعمال الحقيقة في هذا أغلب وأكثر، فإن أكل التمر لا يسمى أكل الرطب في الأغلب والأعم، وإن كانت الحقيقة غير مستعملة والمجاز مستعملًا فالعبرة للمجاز؛ لأن الحقيقة صارت مهجورة مهملة فلا عبرة بها كما لو حلف إن أكلت من هذه النخلة أو من هذه الكرمة ينصرف إلى ثمارها، وإن كانت له حقيقة مستعملة ومجاز مستعمل متعارف إن استويا في الاستعمال فالعبرة للحقيقة لأنها أحق بالاستعمال، وإن كان استعمال المجاز أكثر وأغلب، فعند أبي حنيفة رحمه الله العبرة للحقيقة، وعندهما العبرة للمجاز؛ لأن الحقيقة صارت كالمهجورة والمهملة بكثرة كاستعمال المجاز؛ لأن المغلوب والمرجوح يسقط اعتباره بمقابلة الراجح والغالب خصوصًا في الكلام، فإن المقصود منه الإعلام والإفهام وقل ما يتسارع الإفهام والأوهام إلى ما يقل استعماله.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن الحقيقة بقلة الاستعمال لا تصير كالمهجورة والمهملة؛ لأن إهمال الحقيقة وإبطالها لا يجوز إلا لضرورة لا من الاستعمال حق الحقيقة والضرورة فيما إذا لم تبق الحقيقة مستعملة وصارت مهجورة، ثم المسائل على ستة أوجه: إما إن حلف لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات أو من ماء فرات أو ماءً فراتًا أو حلف لا يشرب من هذه البئر أو من هذا الجب، فإن حلف لا يشرب من الفرات أو من هذا النهر فعند أبي حنيفة يقع على الشرب كرعًا حتى لو اغترف بإناء أو بيده لا يحنث وعندهما يحنث؛ لأن عندهما الشرب بالاغتراف مستعمل متعارف وإنه أغلب من الشرب كرعًا فصارت العبرة للمجاز مع أن الأيمان تنصرف إلى المتعارف وعنده حقيقة الشرب منها أن يشرب كرعًا كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فحقيقته أن يشرب منه كرعًا صب عين كفه وشرب لا يحنث والشرب كرعًا حقيقة مستعملة شرعًا وعرفًا.

أمَّا شرعًا فلما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**هل عندك ماء بات في**

الشن وإلا كرعنا[(١)]"[(٢)]، وكذا الناس اعتادوا الكرع من الأنهار عند فقد الأواني فرفع التعارض في الاستعمال في العرف فسقط اعتبار العرف للتعارض وبقيت العبرة للحقيقة، ثم على قولهما إذا كرع هل يحنث؟ قيل لا يحنث؛ لأن اللفظ الواحد لا يظهر الحقيقة والمجاز صار مرادًا وهو الشرب بالإناء فلا تلقى الحقيقة مراده، وقيل الحنث وهو الأصح؛ لأن هذا عمل بعموم المجاز وليس بجمع بين الحقيقة والمجاز تحت لفظ واحد؛ لأن قوله لا أشرب من الفرات صار مجازًا عن قوله لا أشرب من ماء الفرات.

ولو قال: لا أشرب من ماء الفرات يحنث بالشرب كرعًا واغترافًا لعموم المجاز كوضع القدم لما صار مجازًا عن الدخول يحنث إذا دخله ماشيًا أو راكبًا عملًا بعموم المجاز.

ولو نوى بقوله: لا أشرب من الفرات ماء الفرات، قيل تصح نيته؛ لأنه نوى ما يحمله لفظه؛ لأن الشرب لا يتحقق دون الماء فكان الماء مضمرًا فيه ويجعل ما نوى كالمصرح به، وقيل: لا تصح نيته؛ لأنه نوى تعميم المقتضى، فإن الماء غير ملفوظ

---

(١) قوله: (وإلا كرعنا) بفتح الراء وتكسر أي: شربنا من غير إناء ولا كف، بل بالفم.

(٢) أخرجه «البخاري» ١١٠/٧ (٥٦١٣) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا أبو عامر. وفي ١١١/٧ (٥٦٢١) قال: حدثنا يحيى بن صالح. و«ابن ماجه» (٣٤٣٢) قال: حدثنا أحمد بن منصور، أبو بكر، قال: حدثنا يونس بن محمد. و«أبو داود» (٣٧٢٤) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا يونس بن محمد. و«أبو يعلى» (٢٠٩٧) قال: حدثنا بشر بن الوليد. و«ابن حبان» (٥٣١٤) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا أبو الطاهر، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني محمد بن أبي يحيى بن سليمان. وفي (٥٣٨٩) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب البلخي، قال: حدثنا منصور بن أبي مزاحم، قال: حدثنا إسماعيل. قال منصور: ثم قال لي إسماعيل: هناك فليح، اذهب فاسمعه منه، فلقيت فليحا، فسألته عنه، فحدثني به، كما حدثني إسماعيل.

تسعتهم: (يونس بن محمد المؤدب، وأبو عامر العقدي، عبد الملك بن عمرو، وموسى بن داود، وإسحاق بن عيسى، ويحيى بن صالح، وبشر بن الوليد، ومحمد بن أبي يحيى، وأبو يحيى هو فليح، وإسماعيل بن عياش، ومنصور بن أبي مزاحم) عن فليح بن سليمان، عن سعيد بن الحارث، فذكره.

به ولأن يكتب بمقتضى ذكر الشرب والمقتضى لا عموم له فيكون نية التعميم فيه باطلة.

كما لو قال لامرأته: أنت طالق ونوى الثلاث لا يصح، ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث بالإجماع أما عند أبي حنيفة فظاهر؛ لأن شرط الحنث أن يضع فمه على الفرات فيشرب منه، وأما عندهما فلأن العرف الشرب من نهر يأخذ من الفرات لا يعدونه شربًا من الفرات وإنما يريدون من الفرات الشرب منه بالاغتراف.

والمسألة الثانية: لو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب منه كرعًا أو اغترافًا بيد أو آنية أو من نهر يأخذ من الفرات يحنث؛ لأن ماء الفرات ما جرى بين حافتي الفرات وقد شرب ما جرى بين حافتي الفرات فكان شاربًا ماء الفرات، كمن حلف لا يشرب من ماء زمزم فشرب ماءه بأي صفة كانت حنث، وكذلك لو حلف لا يشرب ماء السماء وهو المطر فشرب بعدما اجتمع في الأرض حنث، وإن كان من الفرات يصب في واد آخر فشرب من ذلك الوادي هل يحنث؟ قالوا: إن كان الغالب ماء الفرات حنث وإلا فلا؛ لأن المغلوب مستهلك بمقابلة الغالب كمن حلف لا يشرب من ماء زمزم فشرب من ماء زمزم مخلوطًا بغيره.

والثالثة: لو حلف لا يشرب من ماء فرات أو ماء فراتا فشرب من ماء دجلة أو من بئر عذبة حنث؛ لأنه ذكر الفرات صفة للماء؛ لأنه عبارة عن العذب قال الله تعالى: ﴿وَأَسْقَيْنَٰكُم مَّآءً فُرَاتًا ﴿٢٧﴾﴾ [المرسلات: ٢٧] أي: ماء عذبًا، كأنه قال: لا أشرب ماء عذبًا بخلاف ماء الفرات؛ لأنه أضافه إلى الفرات فقد أراد بالفرات نهر الفرات لا نعت الماء بالعذوبة.

والرابعة: وهي مذكورة في (**المبسوط**) لا في (**الجامع**): لو حلف لا يشرب من هذه البئر أو من هذا الجب فأخذ منه بإناء وشرب حنث عندهما كما في النهر.

وعند أبي حنيفة: إن كان ملآنًا يمكن الشرب منه لا يحنث إلا بالكرع، وإن لم يكن ملآنًا فشرب اغترافًا يحنث؛ لأنه لا يمكن الشرب كرعًا فينصرف إلى المجاز،

فإن تكلف ونزل البئر وكرع لا يحنث؛ لما ذكرنا أن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحدٍ.

ولو قال لأجنبية: إن نكحتك فأنت طالق، فتزوجها حنث، ولو وطئها لا يحنث.

ولو قال ذلك لامرأته حنث بالوطء دون العقد؛ لأن النكاح في اللغة الوطء حقيقة وللعقد مجاز متعارف لما بينا في النكاح والعمل بالحقيقة متعدد في الأجنبية؛ لأنها محرمة وطئًا محللة عقدًا فيحمل على المجاز وهو العقد في المنكوحة أمكن العمل بالحقيقة وهي الوطء ولا يمكن العمل بمجازه وهو العقد؛ لأنه لا يملك العقد على المنكوحة فلا يحمل على المجاز، وهذا كما لو قال لأجنبية: إن راجعتك فعبدي حر ينصرف إلى العقد؛ لأن المراجعة بالقول لا يتصور، ولو قال ذلك لمنكوحته ينصرف إلى المراجعة بالقول؛ لأن العقد عليها لا يتصور فكذا هذا.

تم المجلد من المحيط.

والحمد لله أولًا وآخرًا وصلاته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

بتاريخ الثاني من شهر رجب الفرد من شهور سنة اثنتي عشرة وسبعمائة، أحسن الله خاتمتها لمحمد وآله، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

يتلوه في المجلد الرابع: القسم السابع في الملبوسات والمركوبات من الأيمان[1].

---

(١) جاء بعده في الأصل: الحمد الذي لله فضل الإنسان بفضائل العلوم ومحاسن الأعمال والصلاة على سيدنا محمد الذي أرسل إلينا لبيان طرق الحق وأحسن الأفعال وآله وأصحابه المجاهدين لإعلاء الدين في الغدو والآصال.

أما بعد:

فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال في بيان فضيلة العلم: (**فضل العلم خير من فضل العبادة**) وفي بيان فضيلة العلماء: (**فضل العالم على العابد كفضلي على أدناكم**) وفي حديث آخر: (**إن العلماء ورثة الأنبياء**) إلخ، كان صاحب الخيرات والحسنات حضرة رستم باشا يسره الله في الدنيا والآخرة ما يشاء محبًّا للعلم والعلماء وأراد الدلالة على طلب العلم والاشتغال به طالبًا للثواب مثل أجر عامله على مقتضى الحديث الشريف، وهو: «**الدال على الخير كفاعله**» وقصد أن يتصدر للعلماء والطالبين للعلم صدقة جارية وحسنة غير منقطعة =

بسم الله الرحمن الرحيم

(القسم [السابع][1] في الملبوسات والمركوبات)

(باب الحلف على اللبس والكسوة)

فيه فصلان:

فصل في اللبس.

وفصل في اللبس من غزل غيره.

(فصل)

حلف لا يلبس شيئًا فلبس درعًا من حديد أو خفين أو قلنسوة أو عمامة حنث؛

=

على مقتضى حديث النبي المكرم صلى الله عليه وسلم: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: ولد صالح يدعو له، وعلم ينتفع به، وصدقة جارية» وأن المؤمنين في ظل صدقاته فوقف هذا الكتاب للمحتاجين من العلماء والطالبين للعلم.

وشرط أن يوضع في بيت يسمى (بدرس خانة) في مدرسة بناها واقف المزبور في بلد قسطنطنية، ولا يخرج الكتاب المذكور ولا بعض أجزائه عن البيت المذكور أبدًا، وإن احتاج الكتاب إلى الترميم يخرج المجلد بمعرفة المديرين والمتولي على البيت المذكور ويرمَّم ثم بمحضر حافظ الكتب.

وشرط أيضًا أن يحضر ويتوقف حافظ كل يوم من الصبح إلى الظهر في المدرسة المذكورة، وكان يغيب عنها لإتمام مرام المحتاجين وفي وقت انتساخ أحد من المحتاجين المذكورين الكتاب المزبور أو مطالعته إياه لا يغيب حافظ الكتب عن البيت المذكور بل يحضر فيه حتى يقضي المحتاج المذكور حاجته، وبعد إتمام حاجته أخذه حافظ الكتب وحفظه في موضعه الذي عيَّن للحفظ فيه.

وشرط أيضًا أن يكون حافظ الكتب من أهل العلم قادرًا على مطالعته، وقد روعي فيه ما لا بد منه في كون وقف المنقولات وقفًا بالاتفاق وبعد مراعاة ما لا بد منه المذكور كان هذا الكتاب وقفًا صحيحًا شرعيًّا بالاتفاق، فلا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبدله، ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُۥ بَعْدَ مَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١٨١﴾﴾ [البقرة: ١٨١]، ومن تعدَّى فخالف في شيء من وضعه فهو ظالم، ﴿أَلَا لَعْنَةُ ٱللَّهِ عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿١٨﴾﴾ [هود: ١٨].

(١) ما بين المعكوفتين في (س): السادس.

لأن كل ذلك يسمى لبسًا، قال النبي صلى الله عليه وسلم: "**لا يلبس المحرم القميص ولا العمائم ولا الخفاف ولا القلانس ولا البرانس**"[1].

ولو قال: لا ألبس هذا القميص فاتزر به أو اشتمل عليه أو لفه على رأسه حنث.

ولو قال: لا ألبس قميصًا فارتدى به أو اتزر به لم يحنث. والفرق أن الصفة في العين لغو؛ لأن العين تعرف بالإشارة فلا حاجة إلى ذكر الصفة وفي الغائب معتبرة؛ لأن الغائب لا يعرف إلا بالصفة، ولهذا لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ حنث.

ولو حلف لا يكلم شابًّا وكلم شيخًا لا يحنث؛ لأنه تعلقت اليمين بالعين لا بالصفة فكذا هذا في العين تعلقت اليمين بأصل اللبس فعلى أي وصف لبسه حنث، ولهذا لو قال: لا ألبس هذا القطن فاتخذه قميصًا ولبسه حنث وفي غير العين تعلقت اليمين بالعين والصفة جميعًا فبقيت الصفة في اللبس معتبرة وهو أن يلبسه كما يلبس القميص في العرف والعادة.

حلف لا يلبس قميصًا فلبس قميصًا إلا كمين يحنث؛ لأن القميص اسم للبدن يقال قميص وكمين وقميص لا كم له.

ولو وضعه على عاتقه لا يحنث؛ لأن هذا يعد حملا لا لبسًا إلا أن ينوي ذلك، ولو لبس أكثر من نصفه حنث، ولو لبس أقله لا يحنث؛ لأن للأكثر حكم الكل، فإن الأكثر من الثوب يستر أكثر البدن ويطلق على الأكثر اسم الثوب، كما لو لبس قميصا لا كمّين له، حلف لا يلبس ثوبًا بعينه فاتخذه قباء أو جبة وحشاها ولبس يحنث؛ لأن اسم الثوب باقٍ.

ولو حلف على قميص لا يلبسه ولا نية له فجعله قباء أو حلف على قباءٍ لا يلبسه فجعله قميصًا أو جبة لم يحنث؛ لأن اسم القميص والقباء قد زال، حلف لا يلبس إبْرَيْسَمًا[2] ولا نية له فلبس ثوبًا سداه إبْرَيْسَم دون لحمته لا يحنث إلا إذا

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٨٧/٥، رقم ٥٤٦٩)، ومسلم (٨٣٥/٢، رقم ١١٧٧)، وأبو داود (١٦٥/٢، رقم ١٨٢٣)، والنسائي (١٢٩/٥، رقم ٢٦٦٧)، وابن ماجه (٩٧٧/٢، رقم ٢٩٢٩). وأخرجه أيضًا: الحميدي (٢٨١/٢، رقم ٦٢٦)، وأبو يعلى (٣٩٩/٩، رقم ٥٥٣٣).

(٢) الإبْرَيْسَم: أحسن الحرير.

نوى؛ لأن الثوب ينسب إلى اللحمة لأنها هي الظاهرة والسدى باطن، ولهذا يحل للرجل ثوب سداه حرير ولحمته قطن ولا يحل على عكسه، حلف لا يلبس كتانا فلبس ثوبًا من قطن وكتان حنث بخلاف ما إذا حلف لا يلبس إبريسمًا فلبس ثوبًا لحمته قطن أو خز لا يحنث وهنا يحنث في الحالين، والفرق أن الإبريسم إذا جعل سدى يصير متكمنا بالقطن؛ لأن القطن شيء ثخين والإبريسم رقيق فيصير الإبريسم متكمنا بحال لا يرى فيصير الإبريسم مستهلكا بالقطن فأما الكتان مع القطن لا يصير أحدهما متكمنا للآخر بحيث لا يرى فلا يصير مستهلكا فيكون كل واحد منهما قائمًا فقد لبس الكتان فيحنث.

ولو حلف لا يلبس ثوبًا من كتان لا يحنث؛ لأنه لم يلبث ثوبا من كتان بل لبس بعض ثوب من كتان وبعض الثوب لا يسمى ثوبًا، حلف لا يلبس قميصًا فلبس ثوب قطن حنث؛ لأن اليمين ينصرف إلى ما يتخذ منه مجازًا؛ لأن عينه غير ملبوس.

ولو لبس ملحفًا محشوًّا بقطن لا يحنث إلا أن ينويه؛ لأن اليمين انصرفت إلى قطن منسوج والمحشو غير منسوج بل هو مندوف إلا أن ينوي عين القطن؛ لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد. حلف لا يكسو فلانا ولا نية له فكساه قلنسوة أو جوربين أو خفين يحنث بخلاف ما لو أعطى هذه الأشياء في الكفاية لا يجزيه؛ لأن ثمة أمر بإعطاء الكسوة مطلقًا ومطلق اسم الكسوة يتناول الكامل من ذلك الاسم وهو ما تستر عورته أما هنا عقد اليمين على فعل الإكساء يتحقق بذلك القدر.

ولو أرسل إليه بثوب فكساه حنث إلا إذا عنى بنية؛ لأنه كساه برسوله؛ لأن فعل الرسول كفعل المرسل وإن أعطاه درهم فاشترى بها ثوبًا لا يحنث لما عرف.

(فصل)

حلف لا يلبس من غزل فلانة ونوى الغزل بعينه لا يحنث إذا لبسه؛ لأنه نوى حقيقة كلامه، وإن كان لبس الغزل قبل النسج غير ممكن، كما لو حلف لا يشرب الماء ونوى شرب جميع المياه لم يحنث حتى لو لم يكن له نية تحمل على المنسوج عرفا؛ لأنه عقد يمينه على ما لا يتصور لبسه فينصرف إلى ما يصنع منه

مجازًا عرفا، كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة لا يلبس هذا الثوب ثوبًا من غزل فلانة فلبس ثوبًا من غزلها وغزل أخرى لا يحنث؛ لأن بعض الملبوس ليس من غزلها وبعض الثوب لا يسمى ثوبًا؛ لأنه اسم لمقدر، كما لو حلف لا يلبس ثوب فلان فلبس ثوبًا بين فلان وبين آخر لم يحنث فكذا هذا حتى لو حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبًا من غزلها وغزل غيرها حنث، وإن كان من غزل فلانة خيطه واحد؛ لأن الغزل ليس باسم لشيء مقدر فالبعض منه يسمى غزلا لكن ما لم ينسج لا ينافي لبسه فمتى وجد النسج صار لابسًا غزل فلانة وإن قل، فأما الثوب اسم لمقدر فما لم يكن جميع الثوب من غزلها لا يصير لابسًا ثوبًا من غزل فلانة.

([الجامع الصغير][1]) حلف لا يلبس ثوبًا من غزله فلبس ثوب غزل أو قطن كان في ملكه وقت اليمين يحنث، وكذلك إن لم يكن في ملكه عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يحنث.

لهما: أن اليمين إنما يصح إما في الملك أو مضافًا بسبب إلى الملك والغزل أو اللبس ليسا من أسباب الملك ولم يوجد في الملك فلا يصح اليمين.

لأبي حنيفة: أن العادة الغالبة أن المرأة تغزل لزوجها من قطن يملكه الزوج فصارت اليمين مقيدة بالعادة فتصير مقيدة بالملك دلالة كأنه قال من قطن أملكه.

(**المنتقى**): حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوبًا فلبس ثوبًا زره وعراه من غزلها لا يحنث، لأن الزر والعري قبل الشد لا يصير ملبوسًا فلبس القميص وبعدما شد لا يحنث وإن صار لابسًا؛ لأن هذا يسمى شدًّا ولا يسمى لابسًا عرفا يقال: شد زره وعراه ولا يقال لبس، وفي اللينة والرق يحنث؛ لأنه يصير ملبوسًا بلبس الثوب ويسمى لابسًا لهما عرفًا، وكذلك لو لبس عمامة أو قلنسوة أو شبكة من غزلها يحنث؛ لأنه يسمى لابسًا، ولو لبس تكة من غزلها لا يحنث عند أبي يوسف، وعند محمد يحنث.

لأبي يوسف: أن التكة تشد شدًّا ولا تلبس فلا يحنث كما في الزر والعُري.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

لمحمد: إن لبس السراويل مما يتحقق بشد التكة وإنه إذا لم يشد تسقط السراويل عنه فصار لابسًا له معنى بخلاف الزر والعري؛ لأن لبس القميص يتحقق بدونهما فلم يصر لابسًا لهما حقيقة ولا معنى.

والفتوى على قول أبي يوسف؛ لأنه يسمى لابسًا التكة عرفا، فرق بين هذا وبين ما إذا لبس تكة من الحرير، فإنه يكره بالاتفاق والفرق أن المكروه استعمال الحرير مقصودًا سواء صار لابسًا أو لم يصر وقد وجد هنا المحرم باليمين اللبس ولم يوجد ولا يكره الزر والعري في الحرير؛ لأنه لا يعد لابسًا له ولا مستعملا إياه، وكذلك اللينة والرق لا يكره في الحرير ذكره في (**المنتقى**) نصًّا عن محمد؛ لأنه مستعمل له بيعًا لا مقصودًا فصار كالإعلام.

ولو أخذ الحالف خرقة من غزلها قدر شبرين ووضع على عورته لا يحنث؛ لأنه لا يسمى لابسًا.

وقال أبو يوسف: إذا رفع في ثوبه سترا يحنث؛ لأن هذا تجديد الكثير عندي.

ولو لبس ثوبًا من غزلها فلما بلغ الذيل إلى السرة ولم يدخل كميه ورجلاه بعد بجب اللحاف يحنث؛ لأنه لبس.

ولو حلف لا يلبس ثوبًا من نسج فلان فنسجه غلمانه، فإن كان فلان يعمل بيده لم يحنث، وإن كان لا يعمل حنث؛ لأن حقيقة النسج ما يفعله بيده فيحمل على الحقيقة ما أمكن ولا يحمل على المجاز وهو الأمر به كما يقال بنى الأمير دارًا أي أمر به.

ولو حلف لا يلبس ثوبًا من غزلها فلبس كساءً من غزلها حنث؛ لأن هذا ثوب من غزلها وإن كان من الصوف.

(**المنتقى**): حلف لا يلبس هذا الثوب فألقي عليه وهو نائم، فإن انتبه ووجد حرارة الثوب إن ألقاه كما انتبه لم يحنث؛ لأنه ليس لابس، فإن تركه فاستقر عليه بعد الانتباه حنث عالم أن الثوب المحلوف عليه أو لم يعلم؛ لأنه لابس.

وكذلك لو ألقي عليه وهو منتبه إن ألقاه عن نفسه كما ألقي عليه لا يحنث، وإن تركه حنث علم أنه الثوب المحلوف عليه أو لم يعلم، حلف لا يلبس السراويل أو

الخفين فأدخل إحدى رجليه لا يحنث؛ لأنه لا يسمى لابس السراويل والخفين، حلف لا يلبس سراويل فلبس ثياب رجل طويل وهو عليه سراويل وهو على تقطيع سراويل أنه يحنث.

وكذلك لو حلف لا يلبس ثيابا فلبس سراويل رجل قصير وهو عليه ثياب حنث.

المعلى عن أبي يوسف: حلف لا يلبس هذا القميص فاغتسل فلفه في رأسه حنث؛ لأنه لبسه.

ولو وضعه على رأسه لا يحنث؛ لأنه ليس بلبس حلف لا يلبس ثوبا جديدا قال الجديد ما لم يتكسر حتى يصير مثل الخلق.

(**الفتاوى**): لو قال لامرأته: اكرر بسمان بو كار برم بايكار اندم فأنت طالق، فاستبدل غزلها بغزل آخر لا يحنث؛ لأنه لم يوجد شرط الحنث، وإن لبس ثوبًا من غزلها أن قال: اكرر بسمان بو كار برم لا يحنث؛ لأنه لم يوجد شرط الحنث، وإن قال: اكرر بسمان بو كار اندم يحنث؛ لأنه وجد شرط الحنث وهو الانتفاع بغير غزلها.

ولو قال لامرأته: اكرر بسنه بوتين من ايد فأنت طالق فوضع يده على غزلها أو خاط به قميصًا لا يحنث؛ لأن هذا اليمين وقع على اللبس عرفًا ولم يوجد، وهذه المسألة: سألتُ أبا مطيع البلخي فَأَوْمَأَ بِرَأْسِهِ أن لا يقع الطلاق.

عن أبي يوسف: حلف لا يلبس السواد فهذا على الثياب، ولو لبس قلنسوة سوداء أو خفين أو نعلين أسودين أو فوق أسود لا يحنث.

(باب الحلف ليجعلن من الشيء شيئين)

(**المنتقى**): هشام عن محمد: لو حلف ليقطعن من هذا الثوب قميصين فقطع منه قميصًا واحدًا وخاطه ثم فتقه ثم خاطه مرة أخرى؛ قال: يحنث.

ولو كان حلف ليخيطن منه قميصين؛ لم يحنث.

ولو قال: لأقطعن منه قميصين فقطع منه قميصًا فخاطه ثم فتقه ثم قطعه قميصًا آخر على غير ذلك التقطيع؛ قال: لا يحنث.

حلف لا يلبس قطنًا فلبس ثوب قطن حنث؛ لأن القطن عينه لا يلبس فيحمل على المجاز وهو ما يتخذ منه.

وإن لبس قباء ليس بقطن وحشوه قطن؛ لم يحنث إلا أن ينوي؛ لأن البطانة تبع للطهارة فلا يكون لبسه مقصورًا بل يكون تبعًا.

ولو لبس ثوبًا من قطن وكتان يحنث؛ لأن اليمين منصرفة إلى ما يتخذ منه وقد لبسه.

حلف لا يلبس هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة فلبسها لم يحنث؛ لأن الاسم قد تبدل، وإن اتخذ منه قميصًا ففضل منه فضلة ومعه صغيرة يتخذ منها لبة ونحوه، فإنه يحنث، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل هذه الرمانة فأكلها غير حبة وحبتين لا يحنث.

(**الزيادات**): أصله أن اليمين إذا تعلقت باسم العين يدور مع الاسم وجودًا وعدمًا ولا يزول إلا بزوال الاسم؛ لأن الأعيان إنما تعرف بأسمائها فما دام الاسم باقيًا كان العين قائمًا وشرط البر إذا كان شيئين يعتبر وجودهما للبر سواء وجد في حالة أو في حالتين؛ لأن ببعض شرط البر لا يحصل البر كما إذا كان شرط الحنث وجود شيئين لم يحنث بوجود أحدهما.

ولو قال: عبده حر إن لم يجعل من الثوب قباء وسراويل فجعله قباء ثم يقصه وجعل منه سراويلا لم يحنث إن لم يكن له نية؛ لأن شرط البر اتحاد القباء والسراويل من الثوب الذي عينه وقد وجد؛ لأن اسم الثوب باقٍ بعدما جعله قباء؛ لأن اسم عين فيه تبعا للعين فإذا جعله سراويل فقد جعل الثوب قباء وسراويل فقد وجد شرط البر وإن وجد متعاقبًا فلم يحنث.

ولو قال: إن لم يجعل من هذه الملحفة أو هذا الإزار أو الرداء قباء وسراويل فجعلها قباء ثم نقضها فجعلها سراويل حنث؛ لأن اتحاد قباء يزول اسم الملحفة والإزار والرداء؛ لأن القباء لا تعود ملحفة وإزارًا ففات شرط البر وهو اتحاد القباء والسراويل من الملحفة فحنث؛ لأن شرط البر هو الجمع بينهما وكان شرط الحنث

عدم الجمع وعدم الجمع كما يتحقق بانعدامها يتحقق بانعدام أحدهما.

ولو قال: عبده حر إن لم يجعل هذه الدار بستانا أو حماما فجعلها بستانا ثم حماما حنث؛ لأن اسم الدار لا تبقى بعدما جعلها بستانا فلم يتحقق الجمع بينهما، فإن جعل بعضها بستانا وبعضها حماما لا يحنث؛ لأنه تم شرط البر.

ولو قال: عبده حر إن لم يجعل هذه الدار منزلا أو حماما فجعلها منزلا ثم حماما لم يحنث.

ولو قال: إن لم يجعلها بيتا وحماما فجعلها بيتا ثم حماما حنث؛ لأن اسم الدار تبقى بعد اتحادها منزلا؛ لأن اسم المنزل يقع على الدار يقال حصرت منزل فلان إلا أن المنزل أضيق من الدار، فأما البيت لا يسمى دارًا؛ لأنه اسم لما يبات فيه فلا يبقى اسم الدار بعد اتخاذها بيتا قال عبده حر إن اشتريت أنا وفلانا فاشترياه جميعًا أو اشتراه أحدهما ثم الآخر بعده يحنث؛ لأن شرط الحنث أن يشتريه وقد وجد إذ لا فرق بين أن يوجد الشرطان معا أو متعاقبا كما بينا.

(باب الحلف على لبس الحلي والسلاح وشرائه)

حلف لا يلبس سلاحًا ولا نية له فقلد سيفًا أو ترسًا لا يحنث؛ لأنه لم يلبس السلاح وإنما تقلد أو تنكب، وهذا في عرفهم.

فأما في عرفنا لو قال بالفارسية: سلاح موسم يحنث؛ لأنه يسمى بالفارسية التقلد والتنكب لابس السلاح.

ولو لبس درعًا من حديد أو غيره يحنث؛ لأن الملبوس من السلاح الدرع وما يشبهه. حلف لا يلبس درعا ولا نية له فلبس درع حديد أو درع امرأة حنث؛ لأن الاسم يتناولهما، فإن نوى أحدهما لا يحنث بالآخر لما عرف. حلف لا يشتري سلاحًا فاشترى سكينًا أو حديدًا لا يحنث؛ لأن بائعه لا يسمى بائع السلاح.

(فصل)

حلفت امرأة لا تلبس حليا فلبست خاتم فضة لا تحنث خلافًا للشافعي؛ لأنه ليس

بحلي؛ لأنه يستعمل لإقامة السنة والتختم به لا للتزين والتجمل والحلي اسم لما يتزين به بكل حال، ولو لم يكن ذهبًا وكان خاتمًا مما تلبسه النساء من الفضة والحجارة يجب أن يحنث اعتبارًا بالعادة وقيل لا تحنث ولا عبرة للعادة ولهذا يحل لبسه للرجال ولا يحل لهم التزين بالحلي بخلاف الخلخال والدملوج والسوار؛ لأنه لا يستعمل إلا للتزين فكان كاملا في معنى الحلي، ولو لبست عقد لؤلؤ خالص لا يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله يحنث، وإن كان مرصعًا بالذهب والفضة يحنث بالإجماع، وكذلك على هذا الخلاف إذا لبست عقد زبرجد أو زمرد غير مرصع نص على الخلاف في (**السير الكبير**) قيل: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ففي زمنه كان الناس لا يطلقون اسم الحلي على الزمرد من عقد اللؤلؤ وفي زمنهما اطلقوا اسم الحلي عليه وقيل هذا اختلاف حجة وبرهان حجتهما أن اللؤلؤ حلي حقيقة لقوله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾ [فاطر: ١٢] وإنما يستخرج من البحر اللؤلؤ.

له: أن العادة ما جرت بالتحلي باللؤلؤ إلا مرصَّعًا بذهب أو فضة أو مقرونا بذلك فأما وحده فلا والمعتبر في الأثمان التعارف لا لفظ الكتاب ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ فِرَٰشًا﴾ [البقرة: ٢٢] و﴿وَجَعَلَ ٱلشَّمْسَ سِرَاجًا ﴿١٦﴾﴾ [نوح: ١٦].

ولو حلف لا يجلس في السراج فجلس في الشمس لا يحنث، وقيل على قياس قوله لا بأس بأن يلبس الغلمان اللؤلؤ وكذلك الرجل، وقياس قوله في اللؤلؤ أن الذهب والفضة لا يكون حليا إلا أن يكون مصوغا كما أن اللؤلؤ لم يكن حليا ما لم يكن مرصعا فعلى هذا إذا علقت المرأة في عنقها شيئًا من الذهب غير مصوغ لم تحنث.

(**المنتقى**): حلف لا يلبس حليًّا فلبس منطقة [مفضضة][1] أو سيفًا محلى لم يحنث؛ لأنه ليس بحلي بدليل أنه يحل للرجال، فلو كان حليًّا ما حل للرجال إنما الحلي ما تلبس النساء.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في الأصل، وأثبتناه من (س).

(باب الحلف على الركوب)

(المبسوط): فيه فصلان:

فصل في ركوب الدابة المطلقة.

وفصل في ركوب الدابة المضافة.

(فصل)

حلف لا يركب دابة ولا نية له فركب حمارًا أو بغلًا أو فرسًا أو برذونًا يحنث، ولو ركب بعيرًا لا يحنث إلا بالنية لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾ [النحل: ٨] إلى قوله: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [النحل: ٥] والشي لا يعطف على نفسه، ولأن الدابة اسم لكل ما يدب على وجه الأرض ويمكن ركوبها فيحمل على ما هو مركوب في معتاد الناس في الأمصار والأسفار، والبعير مركوب في السفر على مثال حمل الأثقال وعموم الاسم ساقط الاعتبار بدلالة اقتران اسم الركوب به فيتقيد اليمين بما أعد للركوب تخليقًا وعادة.

حلف لا يركب دابة يريد الفرس فركب حمارًا حنث القضاء دون الديانة؛ لأن اسم الدابة يتناول الحمار وغيره فلا يصدق بخلاف الظاهر.

حلف لا يركب فرسًا فركب برذونًا لا يحنث؛ لأن الفرس اسم للعربي والبرذون اسم للعجمي، وهما نوعان مختلفان كما لو حلف لا يكلم عربيًّا فكلم أعجميًّا، فأما الخيل فاسم للكل يتناول العربي والعجمي.

حلف لا يركب دابة فركب بغلًا يحنث؛ لأنه ركبها.

حلف لا يركب مركبًا فركب السفينة يحنث؛ لأن السفينة مركب في البحر قال الله تعالى[1]: ﴿وَٱلْفُلْكَ تَجْرِى فِى ٱلْبَحْرِ﴾ [الحج: ٦٥] والسرج اسم للخباء وما عداه تبع حتى لو بدل الخباء والدفتين لا يحنث؛ لأن الاسم قد زال وعلى عكسه يحنث.

---

(١) في الأصل و(س): فركبوا في البحر.

[(الفتاوى)][1] لو حلف لا يركب مركبا والحالف من أهل بلادنا فاليمين يقع على ركوب الفرس خاصة؛ لأن الناس إذا ذكروا الراكب بلفظ العربية في بلادنا يفهمون منه الفرس دون غيره.

(فصل)

حلف لا يركب دابة لفلان فركب دابة عبده لا يحنث نوى أو لم ينو عند أبي حنيفة إذا كان عليه دين مستغرق، فإن لم يكن عليه دين ونوى يحنث وإلا فلا، وعند أبي يوسف لا يحنث في جميع الأحوال، وعند محمد يحنث في جميع الأحوال وحبس هذا مر في العتاق، وذكر في المختصر: لا يركب دابة لفلان فركب دابة لعبده لا يحنث سواء على العبد دين أو لا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد والشافعي يحنث.

لمحمد: أن الملك ثابت للمولى فكانت مضافة إلى العبد بملك اليد والتصرف وهي مجاز فكان اعتبار الحقيقة أولى.

لهما: أن شرط حنثه ركوب دابة مضافة إليه مطلقا ودابة عبده غير مضافة إليه مطلقا بل يضاف إلى غيره تارة وإليه أخرى فكانت الإضافة إليه ناقصة فلا يدخل تحت مطلق الإضافة دار كانت مملوكة له، ولو ركب دابة مكاتبه لا يحنث؛ لأن ملكه ليس بمضاف إلى المولى ذاتًا ولا يدا والله أعلم.

(القسم الثامن في اليمين بغير الله تعالى)

وهو ينقسم إلى أربعة أقسام:

قسم في كيفية التعليقات.

وقسم في أنواع الشروطات.

وقسم في تعليق المشروطات بالشروطات.

وقسم في الاستثناف.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

(القسم الأول في كيفية التعليقات)

(باب ما يصح به التعليق وما لا يصح)

(**الجامع**): أصله: أن الشرط متى كان سابقًا والجزاء لاحقًا، فإنه لا يتعلق الجزاء بالشرط إلا بإلصاق حرف الفاء بالجزاء؛ لأنه استعمل للتعليق كذلك لقوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِنَ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَا كُفْرَانَ لِسَعْيِهِۦ﴾ [الأنبياء: ٩٤] وقوله تعالى: ﴿إِن تُعَذِّبْهُمْ فَإِنَّهُمْ عِبَادُكَ﴾ [المائدة: ١١٨] إذا كان الجزاء فعلًا، فإنه يتعلق بالشرط من غير حرف الفاء كما تقول لآخر إن ردتني أزورك، وإن كان الجزاء سابقًا على الشرط، فإنه يتعلق بالشرط من غير حرف الفاء لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴿٦٨﴾﴾ [الفرقان: ٦٨] علق الجزاء بالشرط من غير فاء، وكما يقول: أزورك إن ردتني، أضربك إن شتمتني ومتى كان الجزاء اسمًا، فإنه لا يتعلق بالشرط إلا بإلصاق حرف الفاء به.

ثم المسائل على سبعة أوجه:

أحدها: لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق يتعلق الطلاق بالدخول؛ لأنه بدأ بالشرط وثنى بالجزاء وقد ألصق به حرف الفاء فيتعلق بالشرط.

والثاني: لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق طلقت للحال؛ لأنه لم يذكر حرف التعليق في الجزاء وهو الفاء فيكون إرسالا.

ورُوي عن أبي يوسف أنها لا تطلق حتى تدخل الدار لأنها تضمر حرف الفاء فيه صيانة للشرط المذكور عن اللغو، فإن عنى التعليق صدق ديانة لا قضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه؛ لأن حرف الفاء الفاقد يضمر الكلام إيجازًا واختصارًا، شعر[1]:

مَنْ يَفْعَلِ الحَسَنَاتِ اللهُ يَشْكُرُهَا

---

(١) صدر بيت عجزه:

والشرّ بالشرّ عند الله مثلان

البيت منسوب لعبد الرحمن بن حسان بن ثابت، ونسب إلى كعب بن مالك.

انظر: شرح أبيات المغني/١/٢٤٠.

أي: فالله، ولكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء، وكذا لو قال: وإن دخلت الدار أنت طالق.

والرابعة: لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق طلقت للحال ولا تصح نية التعليق أصلًا؛ لأنه يحتاج إلى إسقاط حرف الواو ثم إضمار حرف الفاء، ولأن الإضمار إنما يصح متى أظهر ما أضمر لا يحيل الكلام وهنا لو أظهر ما أضمر احتال الكلام؛ لأنه يصير كأنه قال: إن دخلت الدار فأنت طالق.

والخامس: لو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار طلقت للحال ولا يصح به التعليق؛ لأن الواو في مثله للتحقيق والتأكيد لا للتعليق يقال أكرم أخاك، وإن أذاك فأعط فلانا درهما وإن دخل دارك أي أعطه درهما دخل أم لم يدخل فصار كأنه قال أنت طالق دخلت الدار أم لا.

وذكر الكرخي: لو نوى بأن الحال أي أنت طالق في حال دخولك تصح نيته ديانة لا قضاء؛ لأن الواو في مثال هذا تذكر للحال كقوله أنت طالق وأنت راكبة أي في حال ركوبك وهذه الجملة مذكورة في الجامع، والثاني مذكور في النوادر.

الأول: لو قال: أنت طالق وإن لم يذكر فعلًا عند محمد طلقت للحال؛ لأنه لم يذكر فعلًا عقيب حرف الشرط ليتعلق به فبقي مرسلا، وعند أبي يوسف لا يطلق؛ لأنه لما ذكر حرف الشرط فقد بين أنه لم يرد به الإرسال، والسابع لو إن قال أنت طالق ثم إن دخلت الدار طلقت للحال ولا تصح نية التعليق أصلًا؛ لأنه لا يحتمله؛ لأن حرف ثم للتعقيب مع الفصل والتعليق للوصل فكان بينهما مضادة.

وعن أبي يوسف: لو قال: أنت طالق لدخلت الدار فهذا يخبر أنه دخل الدار وأكره باليمين فيصير كأنه قال إن لم أكن دخلت الدار فأنت طالق، فإن لم يكن دخل طلقت.

ولو قال: أنت طالق لا دخلت الدار يتعلق بالدخول؛ لأن لا حرف نفي وقد أكره بالدخول فكان الطلاق معلقا بالدخول.

ولو قال: أنت طالق لدخولك الدار طلقت الساعة؛ لأن اللام للتعليل فقد جعل الدخول علة للوقوع فوقع وجدت العلة أم لا.

ولو قال: أنت طالق بدخولك الدار أو بحيضتك لم تطلق حتى تدخل أو تحيض؛ لأن الباء للوصل وإلا وإنما يتصل الطلاق ويلتحق بالدخول إذا تعلق به.

ولو قال: أنت طالق لولا دخولك الدار لا يطلق؛ لأن كلمة لولا حرف بمعنى الاستثناء؛ لأنه يمنع موجب اللفظ كالاستثناء، فإنه يستعمل لمنع الشيء لأجل وجود غيره كقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا رَهْطُكَ لَرَجَمْنَاكَ﴾ [هود: ٩١] ويقال لولا شفاعتك لضربته.

ولو قال: أنت طالق لولا دخولك الدار إن قبلت يقع وإلا فلا؛ لأنه يستعمل الدخول استعمال الأعواض فكان الشرط قبل العوض لا وجودهما لو قال أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم.

(**الفتاوى**): لو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا لي إن كان بكيد ينظر إن تعارفوا التعليق بقوله لي لا تطلق ويتعلق بالشرط؛ لأن المعروف كالمشروط فصار تعليقًا، وإن لم يتعارفوا التعليق بهذه اللفظة طلقت للحال؛ لأنه تنجيز.

وإن تعارفوا التعليق به وتصريح الشرط أكد قيل طلقت للحال والمختار لمشايخنا أنها لا تطلق؛ لأنه يراد بها التعليق ويصير بمنزلة قوله أنت طالق إن دخلت الدار؛ لأن لفظة كي ترجمة قوله لدخلت الدار وثمة يكون تعليقا بالدخول فأولى أن يجعل هذا تعليقا وقد تعارفوا تعليقا وإن تعارفوا التعليق بطريق آخر.

(باب معرفة حروف الشرط)

وحروف شروط الأيمان عند أهل اللغة ستة: إن، وإذا، وما، ومتى، ومتى ما، وكل، وكلما.

وكلمة (إن) شرط محض لا يستعمل إلا للشرط وما سواها يستعمل للشرط والوقت لما عرف في موضعه كلمة كل ليس بشرط حقيقة لأنها تصحب الأسامي دون الأفعال والأخرية يختص بالأفعال دون الأسامي ولكن يصير بمعنى الشرط إذا اقترن به الفعل؛ لأن هذا الاسم وصف فعل، فإنه يقول كل امرأة أتزوجها وكل عبد اشتريته فأخذ معنى الشرط كأنه قال: إن تزوجت وهذه الحروف تتعلق بالأفعال المستقبلة دون الماضية ولا بالأسماء المحضة؛ لأن الشرط ما جعل علما عليه والجزاء إنما يتعلق بما هو على حظر الوجود وذلك يكون في المستقبل دون الماضي وكلمة أو بمعنى الشرط، فإنه يستعمل هذه الكلمة لأمر مترقب منتظر فصار بمعنى الشرط الذي هو مترقب الثبوت وعلى حظر الوجود فتوقف عليه حتى لو قال: لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل، ولو قال: أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك طلقت الساعة؛ لأن لو دخل على المراجعة فصار كما لو قال: أنت طالق لو حسن خلقك راجعتك، وكذلك لو قال: لو قدم أبوك راجعتك وهذه ليست بيمين وإنما هي عدة.

ورُوي عن أبي يوسف: لو قال: أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك وهذا رجل حلف بطلاق امرأته أن دخل الدار بمنزله قوله عبدي حر لو دخلت الدار لأضربنك وهذا حلف بعتق عبده ليضربها إن دخلت الدار فإذا دخلت الدار في مسألة الطلاق لزمه أن يطلقها فإذا ماتت أو مات هو فقد فات الشرط في آخر جزء من آخر الحياة فيقع الطلاق، كما لو قال أنت طالق إن لم آت البصرة فمات قبل أن يأتيها طلقت في آخر جزء من حياته.

(**الفتاوى**): ألفاظ التي للشروط بالفارسية ستة: اكرهمي وهميسة وهركاه وهرزمان وهربار.

فالأول [بمعنى] إن فلا يحنث إلا مرة، والثاني بمعنى متى لا يحنث إلا مرة، والثالث كالثاني ومعناهما واحد كما إن متى وهما واحد، وفي الرابع والخامس يحنث مرة؛ لأنه بمعنى كل وهو الصحيح والسادس بمعنى كلما يحنث كل مرة.

ولو قال: أية امرأة أتزوجها فهي طالق فهذا يقع على امرأة واحدة إلا أن ينوي

جميع النساء؛ لأن اللفظ لامرأة واحدة لغة إلا أن العرف في بعض المواضع لجميع النساء فلا ينصرف إلى جميع النساء إلا بالنية.

ولو قال بالفارسية هي كدام ررن يربي كما ذكر الناطفي في "واقعاته": يقع على كل امرأة.

وقال غيره من المشايخ: يقع على امرأة واحدة وهو المختار؛ لأن هذا فارسية قوله أيه امرأة رجل قال هرج وي رن بربي كيد فهي طالق فهذا يقع على كل امرأة مرة واحدة إلا أن ينوي التكرار؛ لأن هذا فارسية قوله كل امرأة.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فطلق امرأته ثانيا ثم تزوجها طلقت عندهما.

وعند أبي يوسف: لا تطلق فهما يعتبران عموم اللفظ وهو يعتبر الغرض والغرض من هذه اليمين غيرها.

(باب ما يكون يميناً بصورته لا بمعناه)

أصله: أن اليمين بغير الله ذكر شرط محض وجزاء يحلف به كما بينا؛ لأنه لو لم يكن الشرط شرطا محضًا يمكن في الشرطية نوع قصور بمطلق اسم الحلف لا يتناوله والشرط المحض ما يكون شرطا في حق الأشخاص كلها وفي الأوقات بأسرها، وإن كان لا يصلح الشرط مع الجزاء بمجموعهما تفسير الجملة ما أرسلها لم يكن يمينا، فإن الشرط المحض إذا صلح مفسرا لجملة ما أرسلها لم يكن يمينا لا يكون يمينا؛ لأن ذكر التفسير كذكر المفسر، وإذا كان ذكر المفسر لا يكون يمينا فكذا ذكر تفسيره لا يكون يمينا.

(**المبسوط**): ولو قال لامرأته: إن حضت وطهرت فأنت طالق فهي يمين صورة وتفسير للطلاق السني معنى، فإنه لو قال: أنت طالق للسنة لا تقع ما لم تحض حيضة وتطهر فوجد الشرط صورة لا معنى فيمكن نقصان فيه، وكذلك لو قال: إن حضت حيضة أو حيضتين أو ثلاث حيض؛ لأن الحيضة اسم لكمالها وكمالها

بوجود جزء من الطهر فيقع الطلاق في الطهر فيكون ما بعدها وقت الإيقاع السني فكان تفسيرًا للطلاق السني.

ولو قال: إن حضت أربع حيض ذكر الكرخي أن هذا حلف؛ لأن هذا ما بعد مضي أربع حيض لا يتصور فيه إيقاع الطلاق السني، فإنه لو قال أنت طالق للسنة لا يقع سني بعد مضي أربع حيض فبقي يمينا بصفته ومعناه.

وقال عامة مشايخنا: لا يكون يمينا بمعناه؛ لأن ما بعد مضي أربع حيض وقت للطلاق السني في الجملة، فإنه لو قال لها بعد مضي أربع حيض أنت طالق للسنة تقع سنية وإنما لا تقع بقوله أنت طالق ثلاثا للسنة للحال؛ لأنه لا يبقى سني من الطلاق بعد مضي أربع حيض؛ لأنه ليس بوقت للسنة فصلح هذا تفسيرًا للطلاق السني أيضًا فلم يكن يمينا بمعناه.

ولو قال: إن حضت ولم يقل حيضته فهو يمين؛ لأنه لا يصلح تفسيرًا للطلاق السني، فإنه لا يقع في حالة الحيض فبقي يمينا بصفته ومعناه، ولو علق الطلاق بطلوع الشمس أو مجيء الغد وكل ما لا يمكنه الامتناع عنه فهي يمين عندنا خلافًا للشافعي لوجود حد اليمين وهو ذكر شرط صالح وهو كونه معدوما على حظر الوجود وجزاء صالح ولكن فات الغرض المطلوب منها تعارض وهو الامتناع عن اتحاد الشرط فلا يتعذر به اسم اليمين كالحلف بالله تعالى؛ لأن الطلاق الاسم على كل تصرف باعتبار وجود ركنه وجد لا باعتبار وجود غرضه.

(**الجامع**): لو قال: لامرأته أنت طالق إن شئت أو أحببت أو هويت فليس بيمين؛ لأن هذا تمليك معنى تعليق صورة ولهذا يقتصر على المجلس والعبرة للمعنى دون الصورة وصار، كما لو قال إن أديت إليَّ ألفًا فأنت حر، وإن عجزت رددتك في الرق تكون كتابة لا يمينًا، فإن وجد الشرط والجزاء صورة؛ لأنه تفسير للكتابة حقيقة، وكذا لو قال لرجل بعت عبدي منك بكذا إن شئت فقبل يكون بيعًا صحيحًا أداء لبيع لا يحتمل التعليق، وكذلك لو قال: أنت إن شئت طالق وقع كقوله طلقتك فصار كأنه قال أنت طالق إن طلقتك وهذا لا يكون بمعناه كقوله لعبده أنت حر إن شئت، وأما إذا قال إن أردت أو أحببت، أما ذكر الشيخ الإمام أبو بكر المعروف

بجواهر زاده في شرح الجامع بأنه نص في بعض نسخ الجامع بأنه لا يكون يمينا؛ لأن هذه الألفاظ، وإن لم تصلح عبارة عن الإيقاع، فإنه لو قال لامرأته: أردت طلاقك أو أحببته لم تطلق ولكن يمكن النقصان في هذا الشرط من حيث إنه لا يكون شرطا محضًا، فإن الشرط المحض ما يكون شرطا في حق الأشخاص والأحوال أجمع وهذا لا يصلح شرطا في حق غير المالك بل يكون تمليكا وتعويضًا فيتمكن نوع نقصان في الشرطية فتمكن القصور في الحلف.

ولو قال: أنت طالق غدًا أو رأس الشهر لم يكن يمينا؛ لأن هذا إضافة إلى الغد فكان إيقاعا مؤجلا فيعتبر بأنه المعجل بأن قال أنت طالق اليوم.

ولو قال: أنت طالق إذا جاء غدًا ورأس الشهر فهو يمين؛ لأنه ذكر شرط وجزاء فلأن المجيء يصلح شرطا لكونه معدومًا على حظر الوجود فصار كما لو علق بقدوم فلان أو طلوع الشمس وهبوب الريح، ألا ترى أن الطلاق المضاف يقع مقارنا بالأول جزء من الغد ليصير واقعا في كل الغد والمعلق بمجيئه يقع بعد انقضاء جزء منه وهذا علامة التعليق والأول علامة الإضافة، ولو قال لها وهي لا تحيض أنت طالق إذا جاء رأس الشهر لا يكون يمينا؛ لأنه وقت للطلاق السني في حقه لا من سنة طلاقها أن يوقع رأس الشهر عادة ليتيسر عليها حساب العدة فأمكن أن يجعل هذا تفسيرًا للطلاق السني فيجعل عبارة عن طلاق السنة كقوله لمن تحيض إن حضت وطهرت فأنت طالق جعل عبارة عن الطلاق السني.

(**النوادر**): رُوي عن أبي يوسف: لو قال: أنت طالق في نفر الحاج أو ذبح الناس فهي يمين؛ لأن حرف الظرف إذا دخل على الفعل يصير بمعنى الشرط لما مر في الطلاق فصار كأنه قال إن قدم نفر الحاج أو ذبح الناس، ولو قال في الأضحى لم يمينا؛ لأن حرف الظرف إذا دخل على الوقت يكون للظرف حقيقة ولا يصير بمعنى الشرط؛ لأنه يصلح للظرف ليتصور حلول المظروف فيه فلا يصير مجازًا عن الشرط ولا كذلك الفعل فكان هذا إضافة لا تعليقًا.

ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله لم يكن يمينا عند محمد؛ لأن الاستثناء أبطل الجزاء فأبطل اليمين، وعند أبي يوسف يكون يمينا لوجود ركنه

وهو ذكر شرط وجزاء إلا أنه لا يقع بها الطلاق؛ لأن مشيئة الله تعالى لا توقف عليها.

وذكر ابن سماعة عن محمد: رجل قال: إن لم يطلق امرأته اليوم فعبده حر فقال لامرأته أنت طالق بيّنا على ألف درهم فقالت لا أقبل لم يعتق عبده لوجود البر وهو التطليق منه.

عن أبي يوسف: رجل قال لامرأته: إن طلقتك ففلانة طالق قال لها والله لا أقربك فتركها حتى بانت بالإيلاء تطلق فلانة أيضًا؛ لأن الإيلاء طلاق مؤجل.

(القسم الثاني في أنواع الشرط)

(باب عطف الشروط بعضها على بعض)

أصله: معرفة معاني الحروف اللغوية وهي أن الواو للعطف أو للجمع المطلق كما يقال جاءني زيد وعمر وهذا يقتضي مجيئها بأي صفة كان فالفاء للعطف مع التعقيب بلا فصل كما يقال جاء زيد فعمر اقتضاء أن يكون مجيء عمر عقيب مجيء زيد وحروف ثم للعطف والتعقيب مع التراخي وحروف أو للتخيير كما في الكفارة.

(**المنتقى**): ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فلانة لامرأة آخر ثم طلقت فلانة للحال؛ لأن قوله كل امرأة أتزوجها ليس شرطًا صريحا وتحقيقا ولكنه في معنى الشرط لاقتران الفعل به فينعطف قوله وفلانة على الطلاق لا على الزوج بخلاف قوله إن تزوجت امرأة فهي طالق وفلانة، تطلق فلانة قبل تزوج امرأة؛ لأن قوله إن تزوجت كلمة شرط وقوله وفلانة معطوف على الشرط فصار طلاقها معلقًا بالشرط.

وكذلك لو قال: كل امرأة من نسائي تدخل الدار فهي طالق وفلانة طلقت فلانة للحال، وإن دخلت الدار وهي في العدة طلقت أخرى لأنها دخلت تحت قوله كل امرأة من نسائي تدخل الدار.

وكذلك لو قال: أنت ومن دخل الدار من نسائي طالق.

ولو قال لامرأته: أنت طالق وفلانة أن تزوجتها لم تطلق امرأته حتى يتزوج بالأخرى؛ لأنه ذكر التزوج شرطا صريحا فتعلق طلاقها بالتزوج.

ولو قال لامرأته: أنت طالق غدا وهذا حرّ، فالعتق على العبد بمنزلة قوله أنت طالق غدًا وهذه.

ولو قال: أنت طالق غدًا وهذه طالق طلقت الثانية الساعة؛ لأنه أفرد الثانية بخبر على هذه وهو تنجيز الطلاق فصارت مفردة مستقلة به.

ولو قال: إن تزوجتك وإن تزوجتك فأنت طالق لم تقع حتى يتزوجها مرتين؛ لأنه عطف أحد الشرطين على الآخر فتعلق الجزاء بهما، ولو قال أنت طالق إن تزوجتك وإن تزوجتك فهذا على تزويج واحد، وكذلك لو وسط الجزاء؛ لأنه أعاد الشرط بعدما تم الكلام الأول يمينا لوجود الشرط والجزاء فلا يتعلق بالشرط الثاني، ولو قال أنت طالق إن تزوجتك، فإن تزوجتك أو وسط الجزاء لم يقع حتى يتزوجها مرتين فقد فرق بين الفاء والواو فجعله في الواو وأعاده للشرط الأول وفي الفاء جعله شرطا مبتدأ؛ لأن الفاء للتعقيب والتعقيب إنما يتحقق في شيئين فيتعذر أن يجعل الثاني تكرارًا للأول فأما الواو قد تذكر للإعادة الأول للتأكيد والتقرير كما يذكر العطف ألا ترى لو قال عبده حر إن كلمت فلانا وإن كلمت فلانا وكلمه مرة حنث.

ولو قال عبده حر إن كلَّمَت فلانا فكلمت فلانا لم يعتق حتى يكلمها، ولو قال أنت طالق إن تزوجتك ثم تزوجتك مع قياس قول أبي حنيفة على التزويج الأول؛ لأن حرف ثم للفصل فانفصل الشرط الثاني عن الجزاء، ولو قال إن تزوجتك ثم تزوجتك فأنت طالق انعقدت على الأخير.

(فصل)

ولو قال: إن دخلت هذه الدار وخرجت منها فأنت طالق فأحملها إنسان وأدخلها مكرهة ثم خرجت ثم دخلت طلقت.

وكذلك لو قال لها: إن توضأت وصليت فأنت طالق فصلت وهي على وضوء ثم توضأت طلقت؛ لأن الواو تقتضي الجمع بينهما وجودا دون الترتيب وقد وجدا، وكذلك القيام والقعود والصوم والإفطار ونحو ذلك، وكذا لو قال لامرأته إن تزوجتك وطلقتك فعبدي حر فطلقها واحدة بائنة ثم تزوجها عتق عبده.

ولو قال لها: إن حضت وطهرت فأنت طالق وهي حائض فطهرت من هذه الحيضة ثم حاضت لم تطلق حتى تطهر، وكذلك لو قال إن غزلت فنسجته فأنت طالق فنسجت ثوبًا من غزل غيرها ثم غزلت ونسجه آخر لم تطلق حتى تغزل ثم تنسج ذلك الغزل وكذلك الحبل والولادة والزرع والحصاد؛ لأن كل شيء في العادة إذا كان يتعقبه أحد الأمرين الآخر يعتبر الترتيب فيه باعتبار العادة وعن أبي يوسف قال لامرأته إن دخلت هذه الدار ولم تعطني ثوب كذا فأنت طالق فدخلت قبل الإعطاء طلقت، ولو أعطته قبل الدخول لم تطلق؛ لأن الواو هنا للحال كقوله إن دخلت وأنت راكب فصار شرط الحنث دخولا ينعدم فيه الإعطاء، فإن سبقه الإعطاء بعدم وصف الشرط فلم يحنث، وإن لم يوحد حنث، وكذلك لو قال إن خرجت ولم تأكلي وإن خرجت وليس عليك إزارا وقال إن لم تعطني ودخلت لم تطلق حتى يجتمع الأمران، فإن دخلت ولم تعطه الثوب حتى مات أحدهما أو هلك الثوب فقد اجتمع الأمران بوصف له فتعلق الحنث بوجودهما، ولو قال والله لا تدخلي هذه الدار أبدًا ولا تعطني هذا الثوب فأيهما فعلت حنث؛ لأنه لما أعاد كلمة النفي صار كل واحد منفيا على الانفراد قال الله تعالى: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِى ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧] والمراد بقي كل واحد على الانفراد الجامع لو قال إن دخلت هذه الدار وهذه الدار وقال فهذه الدار وثم هذه الدار فأنت طالق تعلق الطلاق بدخولهما، وكذلك لو قدّم الجزاء أو وسّط؛ لأنه عطف دخول الثانية على الأولى والدخول الثاني ناقص في كونه شرطا، فإنه لو يقرن به حرف الشرط والعطف يقتضي الجمع والاشتراك فصار دخولهما شرطا واحدا إلا أنه إذا عطف بحرف الفاء وثم يجب أن يكون دخول الدار الثانية بعد دخول الدار الأولى بخلاف الواو؛ لأن الفاء وثم للتعقيب والواو للجمع المطلق، وكذلك لو قدم

الجزاء على الشرط أو وسط، ولو قال أنت طالق إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار الأخرى طلقت بدخول الدارين وبطلت اليمين، وكذلك لو وسط الجزاء؛ لأن قبل ذكر الشرط الثاني تعلق الجزاء بالشرط الأول وتمت اليمين لوجود ذكر الشرط والجزاء ولهذا لا يملك الرجوع عنه فلم يصر الشرط الثاني مشاركا للأول في الشرطية فبقي شرطا على حدة من غير جزاء فجعلنا جزاء الأول جزاء الثاني أيضًا بحكم العطف تصحيحًا لكلامه؛ لأن المعلق بالشرط يجوز تعليقه بشرط آخر وكذلك إذا وسط أجزأ؛ لأن الجزاء يتعلق بالشرط الثاني بعد تعلق الأول، فإنه جائز ونظيره ما ذكر في النوادر لو قال لامرأته أنت طالق إن شئت وشئت وشئت لا يقع ما لم تشأ ثلاث مرات، كما لو قال إن دخلت هذه الدار وهذه الدار وهذه الدار، ولو قال أنت طالق إن شئت وإن شئت وإن شئت فشاءت مرة طلقت، كما لو قال أنت طالق لو دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه والحاصل أنه متى كرر حرف الشرط يتعلق الطلاق بكل واحد من الشروط ومتى كرر الشرط ولم يكرر حرف الشرط يتعلق الطلاق بالكل وإن أخر الجزاء إن دخلت هذه الدار وإن دخلت هذه الدار فأنت طالق لم تطلق حتى تدخل الدارين.

وعن أبي يوسف أنها تطلق بدخول إحداهما؛ لأنه لا فرق في الأيمان بين تقديم الجزاء وتأخيره؛ لأنه كرر حرف الشرط فلو علقنا الطلاق بدخول الدارين يلغو حرف الشرط في المرة الثانية ولا يلغى من كلام العاقل ما أمكن فيتعلق بكل واحد من الدارين لكي لا يلغو حرف الشرط الثاني، وجه ظاهر الرواية أنه متى أخر الجزاء فقد ذكر الجزاء عقيب شرطين معطوف الثاني على الأول والعطف يقتضي المشاركة فتشاركا في الشرطية فصار كلاهما شرطا واحدا فتعلق الجزاء بهما.

ولو قال لدار واحدة إن دخلت الدار إن دخلت الدار فأنت طالق فهي على دخلة واحدة استحسانًا؛ لأن اليمين يعقد للمنع والظاهر أن الإنسان يمنع نفسه عن أصل الدخول دون التكرار فكان الثاني إعادة وتكرارا للأول وذلك مستعمل في كلام العرب تقول العرب: اضرب ارم ارم فلم يصر الثاني فاصلًا بين الجزاء أو الشرط إلا

أن يعني دخلتين فهو كما عنى بإضمار حرف الفاء وثم بينهما، فإنه لو قال إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخلها مرتين؛ لأن الفاء وثم للتعقيب، والتعقيب إنما يتحقق من شيئين فتعذر أن يجعل الثاني تكرارًا للأول.

(باب الشرط إذا اعترض على الشرط)

أصله: أن الشرط إذا دخل على الشرط بلا حرف عطف إن كان الجزاء مؤخرا على الشرطين في الذكر، فإنه يجعل الشرط الأول مؤخرا على الجزاء حتى يصير الجزاء متخللا بين الشرطين فيتصل كل واحد منهما بالجزاء وإن كان الجزاء مقدمًا على الشرطين فإنه يقدم الشرط الآخر على الجزاء حتى يصير الجزاء بين شرطين فيتصل كل واحدٍ منهما بالجزاء ولا يلغو؛ لأنه لو لم يجعل كذلك يبقى أحدهما مفصولا عن الجزاء لما تخلل بينهما الشرط الثاني والشرط الأول محتاج إلى التأخر عن الجزاء حتى يتصل به فلا يلغو، وإن كان الجزاء مقدما على الشرطين، فإنه يجعل الشرط الأخير مقدما على الجزاء؛ لأنه هو المحتاج إلى التقدم ليتصل بالجزاء؛ لأن الجزاء غير محتاج إلى التأخر متصل بالشرط الأول.

ثم المسائل على ثلاثة أوجه:

أحدها: إذا أخر الجزاء على الشرطين.

والثاني: إذا قدمه عليهما.

والثالث: إذا وسط بينها.

أما **الأول**: لو قال: إن دخلت هذه الدار إن كلمت فلانا فعبدي حر، فإن دخل ثم كلم لا يعتق، ولو كلمه ثم دخل حنث؛ لأنه آخر الجزاء عن الشرطين فيؤخر الشرط الأول إلى ما بعد الجزاء فيصير كأنه قال إن كلمت فلانا فعبدي إن دخلت هذه الدار أو يحمل كأنه قال: إن كلمت فلانا وإن دخلت الدار فأنت حر فيقرر كل شرط من الشرطين في موضعه ويضمر حرف العطف حتى يتصل كل واحد من الشرطين بالجزاء.

ولو قال: هذا ما لم يوجد الدخول بعد الكلام لا يحنث؛ لأنه جعل الكلام شرطا لانعقاد اليمين والدخول شرطا للحنث فإذا وجد الدخول قبل الكلام فقد وجد

شرط الحنث قبل انعقاد اليمين فلا يعتد به، وكذلك إذا قدم الجزاء على الشرطين بأن قال عبده حر إن دخلت الدار إن كلمت فلانا؛ لأنه يقدم الشرط الثاني على الجزاء وهو الكلام فصار كأنه قال إن كلمت فلانا فعبده حر إن دخلت الدار فكان الكلام شرط الانعقاد والدخول شرط الحنث، وأما إذا وسط الجزاء فقال إن دخلت هذه الدار فعبدي حر إن كلمت فلانا فكلم ثم دخل لا يحنث، وإن دخل ثم كلم يحنث ويقر كل شرط في موضعه ولا تكون هذه المسائل المعترضة؛ لأنه لا حاجة إلى التقديم والتأخر؛ لأنه يخلل الجزاء بين الشرطين بحرف الوصل وهو الفاء فيقر كل شرط في موضعه فكان الأول شرطا لانعقاد اليمين؛ لأنه علق بالشرط يمينا والثاني شرطًا للحنث.

(**النوادر**): ذكر ابن سماعة في "نوادره" عن أبي يوسف أنه متى ذكر شرطين ولم يذكر بينهما حرف العطف، فإنه ينظر، فإن كانا مرتين في العرف والعادة إن كان الجزاء مؤخرا، فإنه يؤخر الشرط الأول إلى ما بعد الجزاء، وإن كان الجزاء سابقا يقدم الشرط على الجزاء كما ذكرنا مثاله لو قال إن أكلت إن شربت فعبدي حر يقر كل شرط في موضعه حتى إذا شرب ثم أكل لا يعتق، فإن أكل ثم شرب يعتق؛ لأن الأكل عرفا وعادة يكون مقدما على الشرب.

ولو قال: إن شربت إن أكلت فعبدي حر يؤخر الشرط الأول وهو الشرب إلى ما بعد الجزاء ويجعل كأنه قال إن أكلت فعبدي حر يؤخر الشرط الأول وهو الشرب إلى ما بعد الجزاء ويجعل كأنه قال إن أكلت فعبدي حر إن شربت، ولو قال إن دعوتني إن أجبتك فعبدي حر يقر كل شرط في موضعه؛ لأن الإجابة تكون بعد الدعوة عرفا وعادة، ولو قال إن أجبتك إن دعوتني فعبدي حر، فإنه يؤخر الإجابة إلى ما بعد الجزاء، وكذلك لو قال إن لبست طيلسانا إن أتيتني فعبدي حر، فإنه يقر كل شرط في موضعه؛ لأن لبس الطيلسان يقدم على الإثبات للزيادة، ولو قال إن أتيتني إن لبست طيلسانا يؤخر الإتيان إلى ما بعد الجزاء، وكذلك لو قال إن ركبت الدابة إن أتيتني يقر كل شرط في موضعه؛ لأن الركوب عرفا وعادة يكون قبل الإتيان، ولو قال إن أتيتني إن ركبت يؤخر الإتيان وذلك؛ لأن الشرطين متى كانا

مرتبين عرفا وعادة صارت كلمة العطف وهي كلمة ثم نائبا بين شيئين عرفا وعادة والثابت عرفا كالثابت ذكرا كما في نقد البلد، ولو ذكر كلمة ثم بين الشرطين، فإنه يقر كل شرط في موضعه فكذا هذا، وإذا كانا غير مرتبين عرفا وعادة لم يثبت كلمة العطف بين شيئين لا عرفا ولا ذكرا فمتى أقر كل شرط في موضعه لا يتصل الجزاء بأحد الشرطين فيلغو.

(**المنتقى**): إن تزوجت فلانة فهي طالق يعلق الطلاق بالشرط الثاني ولغى الأول؛ لأن الجزاء اتصل بالشرط الثاني وانفصل الأول فبقي الأول من غير جزاء فلغى والشرطان من جنس واحد فتعذر فيهما التقدم والتأخر.

وكذلك لو قال: أنت طالق إن تزوجتك إن تزوجتك لغى الثاني؛ لأن الجزاء اتصل بالأول دون الثاني، ولو وسط الجزاء فقال: إن تزوجتك فأنت طالق إن تزوجتك انعقدت فاعتبار الشرط المحض أولى بخلاف الأول لأنهما استويا في الشرطية فكان تعليق الجزاء بالشرط الأول أولى كما بينا.

(باب ما يتخلل بين الشرط والجزاء)

(**الجامع**): أصله: أن النداء المتخلل بين الشرط والجزاء متى كان ملائما بأن ذكر لإعلام المخاطبة أو لتأكيد ما خاطبها به بمعنى قائم في المنادي كما يقول يا قائم أقبل لم يصر فاصلًا بين الشرط والجزاء ولا يتعلق النداء بالشرط إلا عند الصرف؛ لأنه خبر والخبر لا يوجد بوجود الشرط، وإنما يوجد بوجود المخبر به.

لو قال لامرأته: أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار تعلق الطلاق بالدخول ولا حد ولا لعان؛ لأن النداء هنا لتأكيد ما خاطبها به؛ لأنه نداء يصفه فيها فكان ملائما بمنزلة قوله أنت طالق يا زينب إن دخلت الدار يتعلق بالشرط فكذا هذا، وإذا تعلق الطلاق بالشرط تعلق النداء أيضًا ضرورة أنه يستحيل أن يتعلق ما لا يلي الشرط بالشرط ولا يتعلق به ما يليه ومن حكم القذف المعلق بالشرط أن لا يجب حد ولا لعان لما عرف.

وعن أبي يوسف يقع الطلاق للحال؛ لأن النداء ليس من جنس الطلاق وله حكم على حدة وليس بنداء مقصود فصار فاصلًا.

ولو قال: يا زانية أنت طالق إن دخلت الدار فهو قاذف؛ لأن قوله أنت طالق فصل بين الشرط والنداء؛ لأنه كلام آخر غير القذف وليس بمعطوف عليه ولا ضرورة إلى تعليق النداء بالشرط؛ لأنه أمكن تعليق الطلاق بالشرط من غير تعليق النداء فلا يتعلق به.

ولو قال: أنت طالق يا زانية بنت زانية إن شاء الله لم يلزمه شيء؛ لأن الزيادة على النداء بذكر الأعلام المنادى ولتأكيد الخطاب فيصير من النداء فلم يصر فاصلًا، كما لو قال أنت طالق يا عمرة بنت فاطمة إن دخلت الدار، وإن شاء الله فانصرف الاستثناء إلى الكل.

ولو قال: يا طالق أنت طالق ثلاثا إن شاء الله طلقت واحدة بالأول واستثناؤه على الثلاث، وكذا لو علق بالشرط على هذا الوجه؛ لأنه ناداها بوصف إليه إثباته قبل صدور الخطاب منه فصار، كما لو قال لعبده: يا حر أنت حر إن شاء الله.

ولو قال: أنت طالق يا طالق إن شاء الله إن دخلت الدار لم تطلق ويتعلق؛ لأن النداء هنا لتأكيد الخطاب بمنزلة قوله أنت طالق يا زانية إن شاء الله.

وذكر في (**النوادر**) عن أبي حنيفة رحمه الله: تطلق واحدة؛ لأن قوله يا طالق وإن كان هذا لفظًا فهو إيقاع شرعا كقوله: أنت طالق فصار كأنه قال أنت طالق أنت طالق إن شاء الله فاصلًا بخلاف قوله يا زانية؛ لأنه نداء وإخبار حقيقة شرعًا فلم يصر فاصلًا.

(باب الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال)

أصله: أن كل فعل يمتد كان لدوامه حكم الابتداء؛ لأنه ينطلق على دوامه اسم الابتداء كالركوب والسكنى والقعود والمشي، ولهذا صح تأقيتها بالوقت يقال ركبت يومًا وسكنت يومًا ونحوه وهذا؛ لأنه وجد حال دوامها معنى الابتداء وهو صيرورته راكبا وساكنا بالقرار في مكان فانطلق على الدوام اسم الابتداء.

لو قال لامرأته: أنت طالق إن قعدت وهي قاعدة أو إن قمت وهي قائمة وإن لبست وهي لابسة فمكثت ساعة تطلق، وكذلك الركوب والسكنى والضرب والأكل؛ لأن هذه الأفعال تمتد فكان لبقائها حكم ابتدائها فيقع الطلاق بالدوام كما يقع بالابتداء.

ولو قال: إن دخلت وهي داخلة لا يحنث بالبقاء عليها وكذلك الخروج والحبل؛ لأنه ليس بممتد؛ لأنه عبارة عن الانفصال من الخارج إلى الداخل وذلك لا دوام له، ولهذا لا يصح تأقيته فلم يكن المكث دخولا.

ولو قال: أنت طالق ما لم تحبلي وما لم تلدي أو ما لم تحيضي وهي حامل أو حائض أو في الولادة يقع للحال؛ لأنه أضاف إلى وقت يعدم فيه الحيض والحبل وقد وجد عدم حيض وحبل مستأنف بعد اليمين إذا لم تحبل ولم تحض متصلا باليمين وصار، كما لو قال أنت طالق ما لم تدخلي الدار فلم تدخل متصلا باليمين يقع فكذا هذا، فإن عنى به الحيض الموجود والولادة الموجودة يصدق ديانة لا قضاء؛ لأن الحيض عبارة عن سيلان الدم حقيقة وأنه موجود في الحال إلا أن ظاهر هذه اللفظة لابتداء سيلان الدم وحدوث الولادة بخروج الولد حقيقة وقد وجد ولكن له حكم الدوام شرعا فإذا نوى بقاءه فقد نوى ما يحتمله لكنه خلاف الظاهر فيصدق ديانة لا قضاء.

ولو قال: هذا في الحبل لا يصدق ديانة ولا قضاء؛ لأن الحبل اسم للعلوق وما بعده ليس بعلوق فلم يكن في دوام الحبل معنى العلوق فلا يسمى حبلا فلم تصح نيته.

(**المنتقى**): لو قال إن حضت وهي حائض أو مرضت وهي مريضة فهو على حيضة مستقبلة؛ لأن الحيض والمرض، وإن كان معني مبتدأ؛ لأن الشرع لما علق بهما حكما واحدا فقد جعل حالتهما حالة واحدة فصار كفعل لا يمتد، وإن عنى ما يحدث من هذا الحيض والمرض فهو كما نوى؛ لأن الحيض والمرض ذو أجزاء حقيقة فإذا نوى الجزء الذي يحدث في المستقبل صحت نيته.

ولو قال: إن حضت غدًا فأنت طالق وهو يعلم أنها حائض فدامت هذه الحيضة

إلى أن ينشق الفجر من الغد طلقت؛ لأنه لما علم أنها حائض علم أنه أراد به دوام هذه الحيضة، وإن لم يعلم بحيضها فهو على حيض مستقبل؛ لأن الأيمان تقتضي شروطًا في المستقبل وكذلك في محموم قال: إن حمت، أو مصدع قال إن صدعت.

ولو قال للصحيحة: إن صححت فأنت طالق طلقت الساعة، وكذلك لو قال: إن أبصرت أو سمعت وهي بصيرة وسميعة؛ لأن الصحة والسمع أمر يمتد فكان لبقائها حكم الابتداء فصار كل ساعة بمنزلة صحة جديدة، وكذلك لو قال لعبده إن ملكتك فأنت حر عتق حين سكت.

(باب الشرط الذي يوجد في غير الملك)

أصله: أن الملك يشترط عند انعقاد اليمين ليتحقق الجزاء؛ لأن الجزاء الصالح ما يكون غالبًا موجود عند وجود الشرط كما تبين، وإنما يغلب وجوده باعتبار بقاء الملك باستصحاب الحال؛ لأن الأصل في كل ثابت دوامه واستمراره ويشترط الملك عند وجود الشرط لينزل الجزاء؛ لأن الجزاء لا ينزل إلا في الملك ولا يشترط فيما بين ذلك؛ لأن بقاء اليمين يستغنى عن بقاء الملك؛ لأنه ليس بحال انعقاد اليمين ولا حال نزول الجزاء كما في نصاب الزكاة.

ولو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها وانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولم تطلق؛ لأنه فقد الملك عند الشرط فلم يتصور نزول الجزاء فبطلت اليمين.

ولو قال كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها ثلاثا وعادت إليه بعد زوج ودخلت الدار لا يقع خلافًا لزفر؛ لأن الجزاء قد فات بتنجيز الثلاث؛ لأن الجزاء هو الطلاق المبطل للحل أو الملك القائم للحال؛ لأنه لم يقصد بيمينه إيقاع الطلاق في الحل والملك الذي يستحدث؛ لأن الجار والمجرور ما يكون غالب الوجود أو متيقن الوجود فيحصل ما هو الغرض والمطلوب من عقد اليمين وهو الحمل أو المنع والطلاق المبطل للحل الذي سيوجد ليس لغالب الوجود بل هو غالب العدم

فلم يكن مخوفا فات إجزاء ادعاء؛ لأن الإنسان لا يخاف زوال نعمة ستوجد كما لا يخاف على سرقة مال سيوجد فلم يكن مقصودًا باليمين فلم يصلح جزاء فتعين الطلاق المبطل للحل القائم جزاء وهذا قد فات بتنجيز الثلاث فانحلت اليمين، ولو أبانها بواحدة أو ثنتين ثم دخلت طلقت؛ لأن الطلاق المبطل للحل القائم جزاء وهذا قد فات بتخيير الثلاث فانحلت اليمين، ولو أبانها بواحدة أو ثنتين ثم دخلت طلقت؛ لأن الطلاق المبطل للحل القائم كان غالب الوجود ثم صار محتمل الوجود في حالة البقاء لزوال الملك واحتمال زوال الجزاء يكفي لبقاء اليمين دون ابتدائها؛ لأنه وقع الشك في بطلانها فلا تبطل بالشك، وفي الابتداء وقع الشك في انعقاده فلا ينعقد كاحتمال القدرة على التسليم يكفي لبقاء البيع دون ابتدائه وكذلك الإيلاء؛ لأنه يمين بالطلاق قائمًا ينعقد على الملك القائم، ولو قال إن ولدت ولدين فأنت طالق فولدت أحدهما في ملكه والثاني في ملك غيره ثم عادت إليه لم تطلق، ولو ولدت الأول في غير ملكه والثاني في ملكه تطلق خلافًا لزفر، وكذلك لو علق بدخول الدارين فدخلت إحداهما في غير ملكه ثم دخلت الأخرى في ملكه طلقت لما بينا أن الملك يعتبر عند انعقاد اليمين وعند نزول الجزاء وقت وجود الشرط الأول ليس وقت انعقاد اليمين ولا وقت نزول الجزاء فلا يعتبر وقت الشرط الأخير وقت نزول الجزاء فإذا وجد في الملك ينزل الجزاء وإلا فانحلت اليمين لا إلى جزاء.

(**الجامع**): ولو قال: إن دخلت هذه الدار فأنت طالق إذا دخلت هذه الدار الأخرى فدخلت الأولى في غير ملكه ودخلت الأخرى في ملكه لا يحنث؛ لأن الشرط الثاني لما لم يكن معطوفًا على الأول يعتبر بنفسه شرطا على حدة فيعتبر الثاني شرطًا للحنث كي لا يلغو إذ ليس له جزاء على حدة ويعتبر الثاني شرطا للحنث الأول شرطًا لانعقاد اليمين فقد علق بدخول الدار الأولى انعقاد اليمين الثانية وكان حال الدخول حال انعقاد اليمين فيعتبر فيه الملك.

ولو قال: والله لا أقربك أبدًا إلا مرة وأبانها فجامعها في غير الملك ثم تزوجها فهو مولي؛ لأن الإيلاء انعقد؛ لأنه وجد في الملك إلا أنه لا يلزمه حكمه في الحال

مكان الاستثناء وهو استثناؤه عن ذلك قربانها مرة فإذا ارتفع الاستثناء وزال المانع عمل عمله فيلزمه حكمه.

ولو قال: إن قربتك مرة فوالله لا أقربك ففعل ما ذكرنا لا يكون موليا؛ لأنه علق انعقاد الإيلاء فلا بد من الملك ولم يوجد.

ولو قال لامرأته وأمته: والله لا أقربكما ثم أبانها وقرب أمته ثم تزوج المرأة يكون موليا؛ لأن الإيلاء قد صح وحال قربان الأمة حال بقاء اليمين لا حال ثبوته فلا يراعي فيه الملك.

ولو قال: إن قربت أمتي فوالله لا أقربك لم يكن موليا؛ لأن حال قربان الأمة حال انعقاد الإيلاء فلا بد فيه من الملك.

(القسم الثالث في كيفية تعليق الحنث بالشروط)

(باب تكرار اليمين بغير الله تعالى)

(**المبسوط**): لو قال لفلان: والله لا أكلمك عشرة أيام، والله لا أكلمك تسعة أيام، والله لا أكلمك ثمانية أيام حنث في اليمين الأولى والثانية وانعقدت الثالثة؛ لأنه جعل شرط الحنث الكلام مع فلان عشرة أيام وقد كلمه باليمين الثانية والحنث كما يجوز أن يقع إذا تجرد شرطا يجوز أن يقع باليمين المنعقدة متى وجد الشرط فيها فيحنث في اليمين الأولى بالمكالمة في اليمين الثانية وانحلت وانعقدت الثالثة لوجود ركنه وشرط الحنث الكلام معه بعد اليمين ولم يوجد فلم يحل اليمين الثالثة.

(**المنتقى**): وهي مذكورة في العيون أيضًا رجل له أربع نسوة فقال لواحدة منهن إن لم آت عندك الليلة فالثلاث طوالق ثم قال للثانية والثالثة والرابعة مثل ذلك ثم بات عند الأولى يقع على التي بات عندها ثلاث تطليقات لأنه انحلت عليها ثلاث أيمان ووقع على كل واحدة منهن تطليقتان؛ لأنه انحلت على كل واحدة منهن يمينان.

ولو بات مع الثنتين وقع على كل واحد منهما تطليقتان وعلى كل واحدة من الأخريين تطليقة.

ولو بات مع الثلاث وقع على كل واحدة منهن تطليقة؛ لأنه انحل على كل واحدة وهي اليمين التي عقدت على الرابعة ولا تقع على الرابعة شيء؛ لأن اليمين انعقدت على الثلاث، وهذا لأنه جعل ترك البيتوتة عند كل واحدة منهن شرطا لوقوع الطلاق على صواحبها فإذا بات عند الأولى فقد تكرر شرط الوقوع في حقها ثلاث مرات وهو ترك البيتوتة عند اثنتين وأما إذا كانت عند الأولى والثانية فقد تكرر الشرط في حق كل واحدة منهما مرتين وهو ترك البيتوتة مع الثالثة والرابعة فتكرر الجزاء في حق الأخريين الشرط متحد وهو ترك البيتوتة عند صاحبتها فاتحد الجزاء وأما إذا بات عند الثلاث فقد وجد الشرط في حقهن مرة وهو تكرر البيتوتة عند الرابعة وانعدم الشرط في حق الرابعة.

رجل له ثلاث نسوة فقال لإحداهن إن طلقتك فالأخريات طالقات ثم قال للثالثة مثل ذلك ثم طلق الأولى واحدة طلقت كل واحدة من الأخريين وقد وجد وصار مطلقا لهما بكل سابق على اليمين المعقودة على الأولى؛ لأنه صار مطلقا لهما بتطليق الأولى وفي الأيمان تعتبر الشروط في المستقبل لا في الماضي فلم يتحقق الشرط لوقوع الطلاق على الأولى فلم يقع، ولو لم يطلق الأولى ولكن طلق الوسطى يقع على الأولى تطليقة وعلى كل واحدة من الأخريين ثنتان؛ لأن بتطليق الوسطى وجد شرط الحنث في اليمين المعقودة على الأخريين فتقع على كل واحدة منهما تطليقة وبوقوع الطلاق على الأولى وقعت واحدة على الوسطى وواحدة على الثالثة؛ لأنه جعل تطليق الأولى شرطا لوقوع الطلاق عليهما وقد صار مطلقا للأولى باليمين المعقودة على الوسطى فصار مطلقا لكلام وجد بعد هذه اليمين فيتحقق الشرط، ولو طلق الأخيرة لا غير تقع على الأخيرة ثلاث وعلى الوسطى ثنتان وعلى الأولى واحدة؛ لأن على الأخيرة وقعت واحدة بإيقاع الزوج وثنتان لوقوع الطلاق على الأولى والثالثة؛ لأنه صار مطلقا لهما بكلام وجد بعد يمين الوسطى وعلى الوسطى وقعت واحدة بوقوع الطلاق على الأولى وواحدة بوقوع الطلاق على الأخيرة؛ لأن تطليقهما وجد بعد يمين المعقودة على الوسطى.

ولو قال لإحدى نسائه الأربع كلما حلفت بطلاقك فسائر نسائي طوالق ثم قال لكل واحدة منهن مثل ذلك فقد بانت منه الثالثة والرابعة بثلاث ووقع على الثانية ثنتان وعلى الأولى واحدة؛ لأن كلمة كلما توجب التكرار والشرط متى تكرر تكرر الجزاء فإذا قال ذلك للأولى انعقدت هذه اليمين على الباقيات ولم يوجد شرط الحنث فيها وهو الحلف بطلاق الأولى، فإذا قال للثانية مثل ذلك انعقدت هذه اليمين أيضًا على الباقيات سوى الثانية فتحقق شرط الحنث في اليمين الأولى وهو الحلف بطلاق الأولى فوقع على واحدة طلقة ولم يتحقق شرط الحنث في حق الأولى؛ لأن شرط الحنث في اليمين الثانية هو الحلف بطلاق غيرها ولم يوجد الحلف بطلاق غيرها بعد اليمين الثانية فإذا قال للثالثة مثل ذلك فقد تحقق شرط الحنث في اليمين الثانية في حق الأولى مرة وهو الحلف بطلاق الثالثة وتكرر شرط الحنث في حق الثانية مرتين مرة بالحلف بالطلاق ومرة بالحلف بطلاق الثالثة وتكرر شرط الحنث في حق الثالثة والرابعة ثلاث مرات بكل حلف مرة، ولو لم يقل كلما ولكن قال للأولى إذا حلفت بطلاقك فسائر نسائي طوالق ثم قال للثانية والثالثة مثل ذلك طلقت الثالثة والرابعة كل واحدة ثنتان وتقع على الأولى والثانية واحدة؛ لأنه عقد على الثالثة والرابعة على كل واحدة يمينان وعقد على الأولى والثانية على كل واحدة يمين واحدة ووجد شرط الحنث فيها مرة، ولو لم يكن دخل بهن وقع على كل واحدة تطليقة أما الأولى فلا يقع عليها شيء؛ لأن الشرط وجد في حق الثلاث واليمين الأولى منعقدة في حقهن فطلقن وخرجن عن ملكه فلم تنعقد اليمين الثانية والثالثة لأنهن صرن مبانة فلم يصر بهما حالفا بطلاق الأولى فلا يقع عليها شيء.

(**الجامع**): مسائله على فصول:

أحدها: في تكرار الحلف بطلاق امرأة واحدة.

والثاني: في تكرار الحلف بطلاق امرأتين.

والثالث: في تكرار الحلف بكلمة كلما.

(فصل)

أصله: أن اليمين بغير الله تعالى ذكر شرط صالح وجزاء صالح يحلف به؛ لأن اليمين إنما يعقد للحمل أو للمنع؛ لأن مقصود الحالف من يمينه إما الحنث والحمل على إيجاد المحلوف عليه أو المنع والرد عنه بنفيه وذلك إنما يتحقق إذا كان الشرط صالحا بأن كان معدوما على خطر الوجود والجزاء صالحا بأن كان غالب النزول أو متيقن الوجود ليكون بحق خوف نزوله صار أو مانعا له عن اتحاد الشرط أو حاملا وحاثا له على إيجاده.

ولو قال لامرأته التي لم يدخل بها: إن كلمتك فأنت طالق، إن كلمتك فأنت طالق، إن كلمتك فأنت طالق، طلقت واحدة وانعقدت الثانية ولغت الثالثة وانحلت الثانية بالثالثة لا إلى حنث؛ لأن في المرة الأولى حلف بطلاقها لوجود ركنها وهو ذكر شرط وجزاء يحلف به وجعل شرط الحنث فيها الكلام معها فلما كلمها باليمين الثانية يحنث في الأولى وانحلت وانعقدت الثانية ولغت الثالثة وانحلت الثانية بالثالثة لا إلى حنث؛ لأن في المرة الأولى حلف بطلاقها لوجود ركنها وهو ذكر شرط وجزاء يحلف به وجعل شرط الحنث فيها الكلام معها، فلما كلمها باليمين الثانية يحنث في الأولى وانعقدت الثانية، وقال زفر: لا ينعقد؛ لأنه جعل شرط الحنث في الأولى مطلق الكلام معها فلما قال لها في المرة الثانية إن كلمتك فقد كلمها، ألا ترى لو سكت واقتصر عليه حنث في اليمين الأولى فإذا حنث بقوله إن كلمتك فقوله أنت طالق في اليمين الثانية صادفها وهي مبانة فلم يصح.

لنا: أن اليمين الثانية صادفها وهي منكوحة؛ لأن الجملة كلام واحد لا يفصل بعضها عن البعض كما في كلمة الإخلاص وكالكلام إذا تعقبه استثناء أو عدد مقرون به، كما لو قال أنت طالق ثلاثا تصحيحًا لكلامه وصونا له عن اللغو، لأنا متى فصلنا أول الكلام عن آخره يكفر في كلمة الإخلاص ويبطل الاستثناء وقِران العدد بالإيقاع فكذا هذا متى فصلنا الجزاء عن الشرط لم يبق يمينا وهو تكليم بما يسمى يمينا فيعتبر كلامه كله كلاما واحدا صونا له عن اللغو، وكذلك لو قدم الجزاء بأن قال لها أنت طالق إن كلمتك لو فصلنا قوله أنت عن آخره لم يعد قوله أنت،

فائدة فيلغو ولم يصح آخره فزال الملك بعد الفراغ عن اليمين الثانية فانعقدت الثانية وتوقف انحلالها على وجود الكلام معها، فإذا كلمها باليمين الثالثة تحقق شرط الحنث فانحلت اليمين لا إلى جزاء لِعدم الملك؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط، ولو أرسل الطلاق في هذه الحالة لا يقع، ولو قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق وكرر قوله ثلاثًا طلقت واحدة بالأولى فانعقدت الثانية بالإجماع فلغت الثانية؛ لأنه كلمها باليمين الثانية فحنث في الأولى وصادفها الثانية وهي منكوحة، فإن تزوجها وحلف بطلاقها تقع أخرى؛ لأن شرط انحلال اليمين الثانية الحلف بطلاقها وهو بالثالثة لم يحلف بطلاقها؛ لأن الثالثة صادفها وهي أجنبية بخلاف اليمين الثانية الحلف بطلاقها وهو ثالثة لم يحلف بطلاقها؛ لأن الثالثة صادفها وهي أجنبية بخلاف اليمين الثانية في المسألة الأولى؛ لأن شرط الحنث فيها المكالمة معها وكلام الأجنبية يصلح شرطا للحنث، كما لو قال لأجنبية إن كلمتك فامرأته طالق فتكلم معها طلقت وهنا الشرط الحلف بطلاقها ولا يصح الحلف بطلاق الأجنبية فتبقى الثانية منعقدة فإذا تزوجها ثم حلف بطلاقها يحنث وطلقت باليمين الثانية؛ لأنه تحقيق شرط الحنث وهو الحلف بطلاقها.

ولو لم يتزوجها ولكن قال لها: إن تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فقال لها إن كلمت فلانا فأنت طالق لا يقع شيء باليمين الثانية لأنها انحلت بقوله إن تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فقال لها إن كلمت فلانا فأنت طالق لا يقع شيء باليمين الثانية؛ لأنها انحلت بقوله إن تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق لا إلى حنث؛ لأنها لم تعقد بلفظ يوجب التكرار وبقيت في عنقه يمينان منعقدتان اليمين المضافة إلى التزويج واليمين المنعقدة على الكلام مع فلان، وإنما ضم محمد دخول الدار إلى التزويج في اليمين المضافة حتى لا يقع الطلاق كما تزوجها فيصح منه اليمين بقوله إن كلمت فلانا فأنت طالق فلهذه الفائدة إنما يصح الدخول إلى التزوج.

(فصل)

أصله: أن اليمين بغير الله تعالى يعرف بالجزاء لا بالشرط؛ لأن أسامي الأيمان

تختلف باختلاف الأجزية وإن اتحد الشرط كيمين البيعة تسمى أيمانا مغلظة لاختلاف الأجزية، فإنه يختلف بالطلاق والعتاق وغيرهما وإن اتحد الشرط، ولأن المقصود من اليمين تحقيق الصدق في خبره وذلك يحصل بالجزاء فكان الجزاء أصلًا والشرط تبعا فكان إضافة اليمين إلى الجزاء وأنه أصل أولى من إضافته إليهما. ثم الحنث لا يتحقق إلا بوجود الشرط بكماله؛ لأن الجزاء معلق بالشرط والمعلق بالشيء لا ينزل ما بقي شيء من العلقة كالقنديل المعلق بالحبل لا يسقط إلا بعد انقطاع الحبل ثم إذا وجد الشرط إن كان المحلوف في ملكه انحلت اليمين إلى حنث، وإن لم يكن في ملكه انحلت لا إلى حنث؛ لأن المعلق بالشرط يصير كالمرسل عند وجود الشرط؛ لأنه يصير إيقاعا وإرسالا عند الشرط لما عرف.

ولو أرسل الجزاء عند الشرط ينزل إذا صادف ملكه وإلا فلا.

للرجل امرأتان دخل بإحداهما دون الأخرى قال لهما: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان قالها ثلاث مرات طلقت كل واحدة تطليقة واليمين الثانية منعقدة بطلاق المدخول بها وحدها؛ لأن الأولى انعقدت لوجود ركنها وهو ذكر شرط وجزاء يحلف به وقد حلف بطلاقهما؛ لأن اليمين يعرف بالجزاء والجزاء طلاقهما وشرط الحنث الحلف بطلاقهما؛ لأن شرط الحنث ما ذكر عقيب حرف الشرط والمذكور عقيب حرف الشرط الحلف بطلاقهما وقد حلف بطلاقهما في المرة الثانية؛ لأن اليمين الثانية صادفتهما وهما في نكاحه فوقع على كل واحدة تطليقة وبقيت الثانية منعقدة ولا يحنث فيها باليمين الثالثة؛ لأن شرط الحنث الحلف بطلاقهما وفي المرة الثالثة حلف بطلاق إحداهما وهي المدخول بها لا بطلاقها لأن اليمين الثانية صادفت المدخولة وهي منكوحة أو معتدة وغير المدخولة مبانة فوجد نصف الشرط ونصف الشرط لا يكتسب حينا وتنعقد الثالثة في حق المدخولة ولا يحنث فيها باليمين الثالثة؛ لأنه جعل شرط الحنث فيها الحلف بطلاق الأجنبية والحلف بطلاق الأجنبية يصلح شرطا للوقوع على المنكوحة بأن قال لامرأته إن حلفت بطلاق هذه الأجنبية فأنت طالق يصح؛ لأن الحلف بطلاق الأجنبية متصور بأن قال لها إن تزوجتك فأنت طالق والحالف ذكر التثنية في الشرط والجزاء جميعًا

إلا أنه تعذر اعتبار التثنية في حق الجزاء؛ لأن الحلف بطلاق الأجنبية لا يصح إذا لم يكن مضافًا إلى النكاح فألغينا التثنية في حق الجزاء لهذه الضرورة وبقيت التثنية في حق الشرط معتبر إلا أنه لا يلغي من كلام العاقل ما أمكن وقد أمكن اعتبار الحلف بطلاق الأجنبية شرطا، ولو غير المدخول بها وقال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق طلقت كل واحدة تطليقة باليمين الثانية لوجود نصف الآخر من الشرط فكمل به شرط الحنث في اليمين الثانية وهو نصف الشرط لليمين الثالثة؛ لأن الشرط الواحد يصلح شرطا في الأيمان الكثيرة، فإن حلف بطلاق غير المدخول بها ثانيا لم يحنث في اليمين الثالثة؛ لأن شرط الحنث الحلف بطلاقهما؛ لأن الحلف بطلاق إحداهما مرتين فلم يوجد إلا تكرار شطر الشرط في اليمين الثالثة فلا يكمل به الشرط فلا جرم لو حلف بطلاق المدخول بها طلقت وبانت بثلاث بالأيمان الثلاثة؛ لأنه كمل شرط الحنث وانحلت اليمين الرابعة لأنها صارت مبانة بثلاث تطليقات.

(فصل)

أصله أن الواحدة متى ذكرت في النفي تعم ومتى ذكرت في الإثبات تخص وإحدى تخص في المنفي والإثبات جميعًا بتناول الواحدة فحسب؛ لأن الواحدة لا تصير منفية إلا بنفي الكل كما يقال: ما رأيت واحدا فقد نفى رؤية الكل؛ لأن نفي رؤية الواحد لا يتصور إلا بنفي رؤية الكل وفي الإثبات تخص فإنك إذا قلت رأيت واحدًا كان المرئي واحدًا؛ لأن رؤية الواحد متصور بدون رؤية الكل بخلاف إحدى، فإنه لو قال ما رأيت إحداهما وهذا لا يقتضي مع رؤيتهما بل يستقيم أن يقال رأيت إحداهما وما رأيت الأخرى، ولهذا لا يستقيم في أن كلمة كل وهي كلمة التعميم بإحداكما فإنه لو قال: لا أقرب كل إحداكما لا يستقيم فلا يمكن تعميمها ويستقيم قران كلمة كل بالواحدة، فإنه لو قال: لا أقرب كل واحدة منكما كان صحيحا في اللغة فأمكن القول بتعميمها، ولو قال لها وهما مدخولتان: كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان قالها مرتين فهو على أربعة أوجه:

أحدها: هذه.

والثاني: أن يقول كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقان قالها مرتين.

والثالث: أن يقول كلما حلفت بطلاق كل واحدة منكما فأنتما طالقان.

والرابع: أن يقول: كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان قالها مرتين طلقت فإنهما طالقان.

أما **الأول**: لو قال: كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان قالها مرتين طلقت كل واحدة تطليقة؛ لأنه جعل شرط الحنث في اليمين الأولى الحلف بطلاقهما وقد حلف بطلاقهما في المرة الثانية؛ لأن اليمين الثانية صادفتهما وهما في نكاحه فانعقدت وتحقق شرط الحنث في الأولى وبقيت اليمينان منعقدتين؛ لأن عقدهما بكلمة توجب التعميم والتكرار في الأفعال حتى لو قال لهما ثالثا كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان طلقت كل واحدة تطليقتين فتبين كل واحدة بثلاث في المسألة المتقدمة تنحل الأولى بالثانية؛ لأن كلمة أن لا توجب التكرار فلم يتناول إلا حلفا واحدا.

والثاني: لو قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقان قالها مرتين طلقت كل واحدة تطليقتين؛ لأن جعل شرط الحنث الحلف بطلاق واحدة منهما؛ لأن الحلف بطلاقهما، ألا ترى أنه لو قال لإحداهما بعد اليمين الأولى إن دخلت الدار فأنت طالق طلقت كل واحدة تطليقة وفي المرة الثانية حلف بطلاقهما جميعًا؛ لأن اليمين يعرف بالجزاء وجعل الجزاء طلاقهما فاختلفت أيمانهما فوقع بكل حلف طلاقان؛ لأنه تكرر شرط الحنث فتكرر الحنث واليمينان ينفيان لما عرف بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه جعل شرط الحنث الحلف بطلاقهما لا الحلف بطلاق إحداهما، ألا ترى لو قال لإحداهما بعد اليمين الأولى إن دخلت الدار فأنت طالق لا يقع عليها شيء.

ولو قال لهما: إن دخلتما الدار فأنتما طالقان طلقتا وفي المرة الثانية حلف بطلاقهما مرة واحدة فاتحد شرط الحنث فاتحد الجزاء.

والثالث: لو قال: كلما حلفت بطلاق كل واحدة منكما كل واحدة طالق قالها مرتين طلقت كل واحدة تطليقة طعن علي الرازي، وقال: يجب أن تطلق كل واحدة

تطليقتين؛ لأن كلمة كل في الواحدة المذكورة في الشرط هدر وفي الجزاء معتبر؛ لأن كلمة كل لتعميم الأسماء والتعميم ثابت في الواحدة المذكورة في الشرط من غير ذكر كلمة كل؛ لأن الواحد مذكور في موضع النفي؛ لأن الشرط للنفي لا للإثبات؛ لأن في الشرط غرض الحالف من يمينه تأكيد نفي الشرط قرارا عن نفي الجزاء لا تحقيقه والواحد في المنفي يعم فلغا ذكر كلمة كل في حق الواحدة المذكورة في الشرط ووجب اعتباره في الجزاء؛ لأنه موضع الإثبات والواحدة والإثبات يخص فإذا ذكر كلمة كل تعميم الجزاء فكان ذكرها مقيدًا فكان معتبرا، والجواب عنه: إن كلمة كل في الواحدة المذكورة في الشرط معتبرة كما هي معتبرة في الجزاء؛ لأن كلمة كل في الواحدة المذكورة في الشرط تفيد تعميم الاسم؛ لأنه متى ذكر كلمة كل في الجزاء ولم يذكرها في الشرط تقع على كل واحدة تطليقتان ومتى ذكر كلمة كل فيهما تقع على كل واحدة تطليقة والطلاق أبغض المباحات فلكان السبيل فيه تقليله، فإنه فائدة أعظم من هذا فعلم أن كلمة كل تفيد في الشرط والجزاء جميعًا فلا بد من اعتبارها ومتى اعتبرناها فيهما وأنه حرف جمع وتعميم فيجمع الأسماء ويعمها فصار المجموع بحرف الجمع كالمجموع بلفظ الجمع، ولو جمع بينهما بلفظ الجمع في الشرط والجزاء بأن قال كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان مرتين تقع كل واحدة طلقة فكذا إذا جمع بينهما بحرف الجمع.

والرابع: لو قال مرتين: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فكل واحدة منكما طالق طلقت كل واحدة تطليقتين؛ لأنه ذكر حرف الجمع في الجزاء لا في الشرط بأن قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقان مرتين طلقت كل واحدة تطليقتين فكذا هذا؛ لأنه جعل شرط الحنث الحلف بطلاق واحدة منهما لا الحلف بطلاقهما وفي المرة الثانية حلف بطلاقهما فيكون شرط الحنث فتكرر الطلاق.

ولو قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق قالها مرتين فلا يخلو إما أن قال هي طالق، أو قال: فصاحبتها طالق، أو قال: فالأخرى طالق، طلقت واحدة تطليقة في الوجوه كلها؛ لأن قوله كلما حلفت بطلاق واحدة منكما بمنزلة قوله كل واحدة منكما؛ لأن الواحدة مذكورة في موضع الشرط واليمين يعقد لنفي الشرط

فكانت تكره في موضع النفي فتعم فتناولهما الشرط فصار المذكور منفيين معنى وقوله في الجزاء فهي طالق بمنزلة قوله فكل واحدة لأنها كناية عن الواحدة المذكورة في الشرط وصاحبتها والأخرى كلام لا يستدل بنفيه؛ لأنه لا يفيد متى قطع أوله عن آخره فلا بد من أن يصرف إلى مكني يسبق ذكره وهي الواحدة المذكورة في الشرط الواحد المذكور في الشرط عامة بتناولهما فكذلك المذكورة في الجزاء ليكون ذكر الكناية على حسب المكني عنه؛ لأن الكناية تقوم مقام المكني عنه فإذا كان المكني عنه عاما فكذلك الكناية فصار كأنه قال كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان قالها مرتين، ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فإحداكما طالق أو قال فواحدة منكما طالق قالها مرتين تقع طلقة واحدة بوقعها على من يشاء؛ لأنه حلف بطلاق إحداهما؛ لأن اليمين يعرف بالجزاء وقد ذكر في الجزاء الواحدة مصرحة ومفصحة والجزاء إثبات والواحدة في الإثبات تخص فصار حالفا بطلاق واحدة لا بعينها وجعل شرط الحنث فيها الحلف بطلاق واحدة منهما وفي المرة الثانية صار حالفا بطلاق واحدة منهما فحلف بخلاف المسائل المتقدمات؛ لأن الواحدة مذكورة في موضع النفي وهو موضع الشرط فعمت فتناولهما جميعًا وفي الجزاء مكنية لا مصرحة فانصرفت إلى الواحدة المصرحة في الشرط فعمت ضرورة عموم المكني عنه.

ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فواحدة منكما طالق ثلاثا قالها مرتين طلقت إحداهما ثلاثا والبيان إليه، ألا ترى لو قال لامرأتيه إذا جاء غدًا فإحداكما طالق ثلاثا قالها مرتين فجاء الغد تطلق إحداهما ثلاثا والبيان إليه.

ولو طلق إحداهما ثلاثا قبل الغد تقع الثلاث على الأخرى في الغد والاستشهاد بهذه المسألة صحيح؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عنه وجود الشرط.

ولو أرسل عند مجيء الغد وقال: إحداكما طالق ثلاثًا مرتين لا يقع إلا ثلاث على إحداهما؛ لأنه في المرة الثانية صار جامعًا بين المطلقة ثلاثا وبين منكوحته وقائلا لهما إحداكما طالق ثلاثًا.

ولو قال لمنكوحته ولمطلقته ثلاثا: إحداكما طالق ثلاثا لا يقع على امرأته شيء؛

لأنه صادق في مقالته في المرة الثانية فكذلك في التعليق فصح الاستشهاد بها.

ولو طلق إحداهما بعينها ثلاثا فالمطلقة ثلاثا لا تصلح محلا لبقاء اليمين عليها فتعينت الأخرى لليمين فتقع الثلاث عليها في العدة.

ولو قال كلما حلفت بطلاقكما فواحدة منكما طالق قاله مرتين لا يقع شيء؛ لأن شرط الحنث في اليمين الأولى الحلف بطلاقهما؛ لأن المذكور بعد حرف الشرط الحلف بطلاقهما وفي المرة حلف بطلاق إحداهما؛ لأن المذكور في الجزاء طلاق واحدة منهما فوجد شطر الشرط وشطر الشرط لا يكتسب حنثًا هذا إذا لم يكن له نية، وإن نوى بالواحدة في اليمين الثانية غير ما أراد باليمين الأولى يقع على إحداهما تطليقة؛ لأنه يصير حالفا بطلاقهما إلا أنه على التفاريق وذلك لا يصير فيكمل شرط الحنث فحنث.

(باب تعليق اليمين بالشرط)

(**الجامع**): أصله: أن اليمين ذكر شرط وجزاء والجزاء كما يجوز أن يكون شرط اليمين يجوز أن يكون تامه، كما لو قال لامرأته: إن قربتك فوالله لا أقربك ما لم يقربها مرة لا يصير موليا؛ لأنه علق الإيلاء بالقربان وإنها يمين تامة وذلك؛ لأن الجزاء ما يكون مخوفا محذورًا يخاف نزوله ووقوعه والخوف يتحقق بتعلق اليمين التامة بالشرط كما يتحقق بشرط اليمين؛ لأنه يخاف نزول الجزاء بانحلالها عند تحقيق شرطها.

لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن كلمت فلانا فتزوج امرأة قبل الكلام وامرأة بعده طلقت التي تزوجها قبل الكلام، ولو قدم الشرط بأن قال: إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق طلقت التي تزوجها بعد الكلام.

وعن أبي يوسف: الطلاق يقع على الأخير في الوجهين جميعًا.

وقال زفر: يقع عليهما في الوجهين.

لزفر: أن كلام فلان شرط الحنث فما تزوج قبل الكلام وشرط الانعقاد في يمين

أخرى، كما لو قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق قاله مرتين فالكلام في المرة الثانية شرط الحنث في اليمين الأولى وشرط انعقاد اليمين الثانية فكذا هذا.

لأبي يوسف: أنه لو قدم الكلام طلقت المتزوجة بعد الكلام فكذا إذا أخره إذ لا فرق بين تقديم الشرط وبين تأخيره؛ لأن الشرط المؤخر مقدم معنى؛ لأنه يتوقف عليه الجزاء، وجه ظاهر الرواية أنه متى أخر الكلام لانتهت اليمين المضافة إلى التزويج بعد كلام فلان؛ لأن قوله: (كل امرأة أتزوجها) شرط؛ لأن كلمة (كل) متى قرنت بالفعل تصير بمعنى الشرط فقد علق الحالف بالتزوج طلاقا معلقا بكلام فلان وهو يمين تامة لا طلاقا منجزًا فإذا كلم فلانا انحلت هذه اليمين لفوات الجزاء وهو الطلاق المعلق بكلام فلان فالتي تزوجها واليمين منحلة مرتفعة فلا تطلق والتي تزوجها قبل الكلام تزوجها واليمين باقية فطلقت فأما إذا قدم الكلام فقد علق انعقاد اليمين بالتزويج بالكلام؛ لأنه دخل الشرط وهو الكلام على طرف الانعقاد فما لم يوجد كلام فلان لا ينعقد اليمين بالتزوج؛ لأن المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجود الشرط فما تزوج قبل الكلام تزوج قبل انعقاد اليمين فلا تطلق وما تزوج بعد الكلام تزوج بعد انعقاد اليمين فطلقت، ولا فرق بين تقديم الشرط وتأخيره فيما إذا كان المعلق شرط اليمين فأما إذا كان المعلق يمينا تامة فلا؛ لأنه إذا قدم الكلام كان المعلق به انعقاد اليمين، وإذا أخره كان المعلق به شرط انحلال اليمين وبينهما مباينة بعيدة ومفارقة عظيمة، وكذلك لو قال: كلما كلمت فلانا، إلا من حيث إن (كلما) مما تكرر به وجود الجزاء على المرأة الداخلة تحت اليمين تكرر الشرط وهو الكلام وفي كل لا يتكرر وحتى إذا كلم فلانا مرتين ثم تزوج امرأتين طلقت ثنتين؛ لأنه انعقدت عليها يمينان وكلمة (كل) إذا كلم مرتين ثم تزوج امرأة طلقت واحدة؛ لأنه انعقدت عليها يمين واحدة؛ لأن كلمة (كلما) توجب تكرار اليمين وكلمة (إن) لا توجب التكرار.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها أبدًا أو إلى سنة فهي طالق إن كلمت فلانا فتزوج امرأة قبل الكلام وامرأة بعده طلقتا بخلاف ما لو قال: إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها أبدًا أو إلى سنة وهي طالق طلقت التي تزوجها بعد الكلام لا ما تزوج

قبله؛ لأنه متى أخر الكلام فقد جعل اليمين عامة مصرحة وهو ذكر الأيام أبدا والسنة، فلو اعتبرنا الكلام شرطا لانعقاد اليمين في حق ما تزوج قبل الكلام يلغو ذكر الوقت، وفائدة ذكر الوقت أن يطلق ما تزوج في الوقت فمتى لم يطلق ما تزوج في الوقت يلغو ذكر الوقت فلم يعتبر الكلام شرطا لانعقاد اليمين فما تزوج بعد الكلام حتى يفيد ذكر الوقت فائدته ولا يلغو وجعلناه شرطا لوقوع الطلاق حتى يتعلق بوقوع الطلاق فينعقد اليمين على المرأة الأولى وتطلق لوجود الشرط الثاني وهو الكلام بخلاف ما إذا قدم الكلام؛ لأنه جعل الكلام شرطا لانعقاد اليمين مطلقا؛ لأنه دخل الشرط على طرف الانعقاد فتعذر أن يجعل شرط الحنث فلا ينعقد اليمين إلا بعده.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها إن دخلت الدار فهي طالق فهو بمنزلة ما لو قال: إن دخلت الدار وكل امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة أتزوجها بعد الدخول؛ لأنه ذكر شرطين ولم يذكر بينهما جزاء؛ لأن قوله كل امرأة أتزوجها شرط معنى، وقوله إن دخلت الدار شرط مفصح ومصرح به فكان شرطا اعترض على شرط فيجعل الشرط المقدم في الذكر مؤخرًا والمؤخر مقدما كما بينا فيجعل التزويج مؤخرا ويضمن في التزويج حرف الفاء؛ لأن التقديم والتأخير والإضمار والإدراج في اللغة لتصحيح الكلام جائز فصار كأنه قال: إن دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج ثم فعل لا تطلق؛ لأن المعلق بالفعل طلاق المتزوجة بعده ولم يوجد فإذا نوى تقديم النكاح على الفعل صحت بينته؛ لأنه نوى ما يحتمله؛ لأن الكلام يحتمل التقديم والتأخير فصار كأنه قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق إن فعلت كذا فقد حق الفعل شرطا للحنث.

(باب اليمين بكلمة كل)

(**المبسوط**): أصله: أن كلمة كل تصحب الأسماء وتعمها ولا تصحب الأفعال قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَآئِقَةُ ٱلْمَوْتِ﴾ [آل عمران: ١٨٥] تناول جميع النفوس المكتوب عليها الموت وقوله تعالى: ﴿تُدَمِّرُ كُلَّ شَيْءٍ بِأَمْرِ رَبِّهَا﴾ [الأحقاف: ٢٥]

ولأنه يقال كل رجل وكل امرأة ولا يقال كل صرت وكل مشيت دل أن كلمة كل تجمع الأسماء دون الأفعال إلا إذا اقترن به الفعل حينئذ تجمع الأفعال تبعًا للأسماء.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فكل امرأة يتزوجها تطلق واحدة، فإن تزوجها ثانيا لا تطلق.

ولو قال: كلما تزوجتك فأنت طالق يقع الطلاق كلما تزوجها، والفرق أن كلمة كل أوجبت عموم النساء لا عموم الفعل وهو التزوج، وكلمة كلما أوجبت عموم الفعل وتكراره وهو التزوج لها فتكرر الحنث بتكرر التزوج وحيلته أن يقبل الفضولي نكاح امرأة فيخيره الحالف بالفعل دون القول كإيفاد المهر وإعطاء الهدية على ما مر شرحه في باب الحلف على التزوج وفي إن، وإذا ومتى لا تقع إلا مرة واحدة؛ لأن كلمة إن للشرط، وإذا ومتى للوقت فيتناول مرة واحدة ووقتا واحدا؛ لأن اللفظ لا يوجب التعميم.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ونوى بعض النساء صحت نيته ديانة لا قضاء؛ لأن نية تخصيص العام خلاف الظاهر.

وقال الخصاف: تصح نيته في القضاء أيضًا وهذا مخلص لمن يلحقه ظالم فمن وقع في يد الظلمة واحد بقوله فلا بأس به؛ لأن الحالة دلالة ظاهرة على إرادة الخصوص من العموم.

(**المنتقى**): رجل له أربع نسوة فقال: كل امرأة لم أجامعها منكن الليلة فالأخريات طوالق فجامع واحدة منهن وطلع الفجر طلقت المجامعة ثلاثا؛ لأنها مطلقة ينزل جماع كل واحدة وسائرهن طلقت كل واحدة ثنتين؛ لأن في حق سائرهن جماع امرأتين في حق كل واحدة منهن لسواها وعلى هذا القياس فافهم.

(**الجامع**): مسائله على فصول:

أحدها: في اليمين المنعقدة على جزاء واحد.

والثاني: في اليمين المنعقدة على أجزية.

والثالث: في اليمين المنعقدة على المنكوحة وعلى الأجنبية.

(فصل)

رجل له أربع نسوة قال: كل امرأة تدخل الدار فهي طالق فدخلت واحدة طلقت؛ لأن كل يتناول كل امرأة على حدة فصار مصنفا الطلاق إلى كل امرأة موصوفة بكونها داخلة الدار فلا بد من مراعاة هذه الصفة، كما لو قال: كل امرأة لي مكية أو طائفية أو سوداء أو بيضاء فهي طالق لا بد من مراعاة هذه الصفة لوقوع الطلاق فكذا هذا، ولو دخلن طلقن؛ لأن كلمة كل تناولت كل واحدة من نسائه، فإن دخلت تلك المرأة مرة أخرى لا تطلق.

ولو قال: كلما فدخلت واحدة تطلق ولو دخلت ثانيا تطلق، ولو دخلت ثالثا تطلق؛ لأن كلما تعم الأفعال مقصودًا والأسماء تبعا للأفعال، فقد علق الطلاق بكل دخول فنزل عند كل دخول وكلمة كل تعم الأسماء دون الأفعال فلا يتناول كل امرأة إلا مرة واحدة ولا يتعلق طلاقها إلا بدخولها مرة واحدة، فإن تزوجت بزوج آخر بعد الثلاث وعادت إليه ودخلت لم تطلق خلافًا لزفر لما عرف، بخلاف ما لو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فإنها تطلق لو تزوجها ألف مرة؛ لأن جزاء هذه اليمين تطليقات كل ملك سيوجد وذلك لم يفت بالثلاث؛ لأن في الملك الذي سيوجد كثرة فبقيت اليمين وفي تلك اليمين الجزاء تطليقات الملك القائم للحال؛ لأن اليمين المضافة إلى الملك إنما تنعقد باعتبار الملك القائم للحال لا باعتبار مطلق الملك كما بينا وطلاق هذا الملك لم يبق فارتفعت اليمين.

(فصل)

أصله: أن الكلام إذا كان تاما مستقلا بنفسه يوجد حكمه من نفسه لا من غيره، وإن كان ناقصًا غير مستقل بنفسه ولا مفهوم المعنى بذاته يوجد حكمه من غيره لئلا يلغو بنفسه، والكناية لا تستقل بنفسها فأخذ حكمه من المكني عنه والصريح معتبر بنفسه.

ولو قال: كل امرأة لي تدخل الدار فهي طالق وعبد من عبيدي حر فدخلن طلقن ولم يعتق إلا عبدًا واحدا؛ لأن العقد صريح مستقل بنفسه متفرد بحكمه

مفهوم المعنى بذاته فلا يوجد حكمه من غيره بل يعتبر بنفسه فلم يعطف على الأول وأنه يكره في الإثبات فيخص.

ولو قال: كلما والمسألة بحالها عتق أربعة عبيد؛ لأن كلمة كلما أوجبت تعميم الفعل فصار كل دخول شرط على حدة وعتق العبد معلق بالدخول، ومن ضرورة تكرر الشرط تكرر الجزاء حتى يقيد، ومن ضرورة تكرر الجزاء تعميم الاسم؛ لأن جزاءين وهو عتقين لا يوجد في عبد واحد، وإنما يوجد في عبدين فما أوجب تعميم الفعل أوجب تعميم العبد بخلاف الأولى؛ لأن كلمة كل تعم الأسماء لا الأفعال، وإنما تعم الأفعال تبعا لعموم الأسماء ضرورة عموم الأسماء وتعميم الاسم يثبت في حق النساء فأوجب تعميم الفعل ولم يثبت تعميم الاسم في حق العبد؛ لأنه لم ينعطف على النساء فلا يثبت تعميم الفعل وهو الدخول فبقي الشرط في حقه دخولا واحد وأحد من نسائه صار كأنه قال إن دخلت واحدة من نسائي هذه الدار فعبد من عبيدي حر لو أرسل وقال: كل امرأة لي طالق وعبد من عبيدي حر يطلق جميع نسائه ويعتق عبد واحد والمعلق بالشرط كالمرسل عند وجوب الشرط.

ولو قال: كل جارية لي تدخل فهي حرة وولدها وعبد من عبيدي حر فدخلن جميعًا عتقن وعتق الأولاد كلهم ولم يعتق إلا عبد واحد، وأما عتقهن فلِمَا ذكرنا، وأما أولادهن فلأن الولد مضاف إلى أمه والمضاف إنما يعرف بالمضاف إليه؛ لأنه مما لا يستقل بنفسه، فإن قوله: وإنها لا يستقل بنفسه ولم يكن كلاما مفهوم المعنى فكان ناقصا فيوجد حكمه من أمه والمضاف إليهن وهي الجواري عامة بسبب كلمة كل فكذلك المضاف إليهن وأما العبد فلما مر.

ولو قال: كل دار دخلها فعليَّ حجة فدخل دورًا لم يلزمه إلا حجة؛ لأنه صرح بالحجة وهي نكرة في الإثبات فتخص ولم يقترن بها ما يوجب تعميمها وهي كلمة كل ولم يعلقها بشرط مكرر، فإن دخول الدار غير متكرر؛ لأن كلمة كل تجمع الأسماء دون الأفعال فكان المعلق حجة واحدة فصار كأنه قال إن دخلت دارا من الدور فعليَّ حجة.

ولو قال: فعليَّ بها حجة لزمه بكل دار حجة؛ لأنه أضاف الحجة إلى الدار؛ لأن الهاء كناية عن مكني مؤنث سابق ذكرها وهي الدار لا الدخول وحكم المضاف إليه كما بينا والمضاف إليه وهي الدار عامة؛ لأنه دخل عليها كلمة التعميم وهي كلمة كل فكذا المضاف وهي الحجة تصير عامة ثم تثبت عموم الفعل وهو الدخول ضرورة عموم الاسم متى اقترن الفعل به.

(فصل)

إذا كان للرجل امرأة لم يدخل بها فقال: كل امرأة وكل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة فهي طالق إن دخلت الدار فتزوج امرأة فطلقها وطلق التي كانت عنده واحدة قبل أن يدخل بها ثم تزوجها في الثلاثين سنة ثم دخلت الدار طلقت التي كانت عنده تطليقتين بالدخول والأخرى واحدة؛ لأنه انعقدت على القديمة يمينان إحداهما يمين الكون بقوله كل امرأة ويمين التزوج بقوله كل امرأة أتزوجها؛ لأنه داخلة فيه وقد تزوجها في ثلاثين سنة والجديدة لم تدخل تحت يمين الكون ودخلت تحت يمين التزوج وإن تزوجها مرتين؛ لأن كل لا تعم الأفعال وشرط الحنث في الأيمان كلها دخول الدار؛ لأن الزوج ذكر الدار عقيب كلامين معطوف أحدهما على الآخر فينصرف الدخول إليهما والشرط الواحد يكفي شرطا لأيمان جمة فبانت القديمة بثلاث ثنتين باليمين والأخرى بالتنجيز والجديدة طلقت ثنتين إحداهما باليمين والأخرى بالتنجيز.

ولو قال: كلما والمسألة بحالها طلقت الجديدة تطليقتين فتكرر اليمين بتكرر التزوج.

ولو لم يتزوجهما بعدما طلقهما حتى دخلت الدار ثم تزوجهما ثم دخلت الدار واليمين بكلمة كل طلقت القديمة دون الجديدة؛ لأن القديمة دخلت تحت يمين التزوج حتى تزوجها بعد الدخول فيكون الدخول شرط انعقاد اليمين بالتزوج والتزوج شرط الحنث واليمين باقية في حقها لأنها لم تبطل بالبينونة الواقعة بالطلقة الأولى فتطلق القديمة بنفس التزوج فأما الجديدة دخلت تحت يمين التزوج حتى

تزوجها وانحلت يمينها بلا حنث حين دخلت الدار وهي ليست في نكاحه ولا عدته ولم يتكرر اليمين عليها بالتزوج ثانيا.

ولو قال: كلما تزوجت امرأة ودخلت الدار فهي طالق فتزوج امرأة مرتين ثم دخلت الدار لم تطلق إلا مرة؛ لأن قوله فدخلت الدار عطف على التزوج وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، وكلمة كلما توجب التكرار فصار الدخول مكررا أيضًا وصار كما لو قال كلما دخلت الدار فأكلت فأنت طالق فدخلت الدار مرارًا وأكلت مرة لم يقع إلا واحد فكذا هذا، بخلاف ما لو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق إن دخلت الدار فتزوجها مرارًا ودخل بها مرة طلقت ثلاثا؛ لأنه لم يعطف الدخول على الشرط المكرر حتى يصير الدخول مكررًا بحكم العطف بل قرن بالدخول كلمة إن، فإنه لا يقتضي التكرار فلم يثبت تكرار الدخول فصار الدخول شرط الحنث والأيمان كلها.

(باب اليمين بكلمة كلما)

(**المبسوط**): أصله: أن كلمة كلما تصحب الأفعال وتعمها وعموم الأسماء ضرورة عموم الأفعال قال الله تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَٰهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾ [النساء: ٥٦] وقوله تعالى: ﴿كُلَّمَآ أَوْقَدُواْ نَارًا لِّلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٦٤] وقوله تعالى: ﴿كُلَّمَا دَخَلَ عَلَيْهَا زَكَرِيَّا ٱلْمِحْرَابَ﴾ [آل عمران: ٣٧] ولأنه تعالى كما يقال كلما ضرب وكلما قام وكلما قعد ولا يقال كلما رجل وكلما امرأة، وإنما يجمع الأسماء تبعًا للأفعال؛ لأن من ضرورة الفعل وجود الاسم، فإنه لا يتصور فعل بدون الفاعل فإذا جمع الفعل جمع الاسم ضرورة ويتصور الاسم بدون الفعل ثم المنعقد كلمة كلما يمين واحدة للحال ويتجدد انعقادها مرة بعد أخرى كلما حنث في يمينه أم أيمان منعقدة عليَّ.

رواية (**الجامع**) أيمان منعقدة للحال انحلت بعضها بالحنث وبقيت بعضها منعقدة إلى أن يوجد شرطها وعلى رواية المبسوط المنعقدة للحال يمين واحدة

ويتجدد انعقادها مرة بعد أخرى، وجه هذه الرواية أن اليمين تعرف بالجزاء ولم يذكر الجزاء إلا مرة واحدة فكانت يمينا واحدة للحال إلا أنه يتجدد انعقادها مرة بعد أخرى ثم بعد الحنث لأنها عقدت كلمة توجب التكرار.

ولو قال لامرأته: كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار مرة واحدة لا تقع عليها إلا طلقة واحدة.

ولو انعقدت الأيمان كلها للحال لكان يحنث في الأيمان كلها بدخول واحد فلما لم يحنث إلا في يمين واحد علم أن المنعقد للحال يمين واحد.

وجه رواية الجامع أن اليمين إنما يتكرر بتكرر الشرط والجزاء وقد تكرر الشرط والجزاء؛ لأن كلمة كلما تقتضي التكرار في الأفعال وتعميمها فتقتضي أن يكون كل فعل شرطا فكان الشرط مكررًا ومن ضرورة تكرار الشرط تكرار الجزاء؛ لأن الشرط لا يصح بدون الجزاء.

ولو تكرر الجزاء حقيقة لكانت أيمانا منعقدة فكذا إذا تكرر معنى وصورة إلا أنه انحلت بعضها بالحنث وبقيت بعضها منعقدة فصار الثابت أيمانا منعقدة للحال متعاقبة مترادفة على حسب تعاقب الشرط فصار كأنه قال إن دخلت الدار فأنت طالق.

ولو صرح بهذا كان لا يحنث في الأيمان بشرط واحد فكذا هذا والفتوى على رواية الجامع؛ لأنه أحوط.

ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: إذا علق الجزاء بشرط واحد مكرر.

والثاني: إذا علقه بشرطين أحدهما مكرر والآخر غير مكرر.

(فصل)

(**المنتقى**): ورُوي عن أبي يوسف: كلما دخلت الدار فامرأتي طالق وله أربع نسوة فدخلها أربع مرات ولم يعين واحدة بيمين بعينها تقع بكل دخلة واحدة إن شاء فرقها عليهن، وإن شاء جمعها على واحدة.

ولو قال: كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا أو كلمت فلانا فعبد من عبيدي

حر فدخلت مرارًا وكلمت مرة لم يعتق إلا عبد واحد؛ لأنه جعل الدخول والكلام شرطا واحدًا فما لم يتكرر كل الشرط لا يتكرر الجزاء ولا يعتبر الترتيب ولكن كلما وجد دخول وكلام طلقت.

ولو قال: كلما دخلت هذه الدار، فإن كلمت فلانا فأنت طالق فدخلت ثلاثا ثم كلمت فلانا طلقت ثلاثا؛ لأنه لم يعطف الكلام على الدخول؛ لأنه ذكر للكلام حرف الشرط لا يتكرر الجزاء ولا يعتبر الترتيب ولكن كلما وجد دخول وكلام طلقت.

ولو قال: كلما فيصير شرطا على حدة فقد علق الطلاق بالكلام ثم علق اليمين بالدخول فكانت اليمين جزاء الدخول والجزاء يتكرر بتكرر الشرط إذا ذكره بكلمة كلما فيصير عند كل دخول، فإنه علق الطلاق بالكلام فإذا كلمت مرة طلقت ثلاثا؛ لأن الفعل الواحد يصلح شرطا لأيمان جمة.

ولو قال: كلما دخلت هذه الدار وكلما كلمت فلانا فأنت طالق فاليمين الثانية تصير متعلقة بالدخول، وإذا دخلت الدار انعقدت اليمين الثانية فإذا كلمت ثلاث مرات بعد ذلك طلقت ثلاثا.

(**الفتاوى**): رجل قال كلما أكلت اللحم فلله عليّ أن أتصدق بدرهم فأكل فعليه بكل لقمة درهم؛ لأن كل لقمة أكل.

ولو قال: كلما شربت الماء والمسألة بحالها فعليه لكل نفس درهم؛ لأن كل نفس شرب على حدة وليس عليه في نفس واحد أكثر من درهم يعني كل مص؛ لأن الكل شرب واحد.

ولو قال: كلما قعدت عندك فأنت طالق فقعد عندها لساعة طلقت امرأته ثلاثا؛ لأن الدوام على القعود بمنزلة قعود مستقبل.

(**الجامع**): أصله: أن الجزاء متى علق بشرط مكرر وغير مكرر، فإنه لا يتكرر بتكرر المتكرر؛ لأن المعلق بشرطين لا ينزل عند وجودهما.

ولو قال: كلما دخلت هذه الدار فعليَّ حجة إن ضربتك فركل مرارًا ولم يضربه

إلا مرة، فإنه يلزمه الحج بعدد الدخلات؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فكأنه قال عند كل دخلة على حجة إن ضربتك.

ولو قال مرارًا عليّ حجة إن ضربت فلانا فضربه مرة حنث في الأيمان كلها؛ لأن الشرط الواحد يكفي شرطا للحنث في أيمان جمة بخلاف ما لو دخل وضرب ثم دخل مرة أخرى لا يلزمه حجة أخرى ما لم يضربه ثانيا؛ لأن اليمين الثانية انعقدت عند الدخلة الثانية والضرب في اليمين الأولى وجد قبل انعقاد اليمين الثانية والأيمان تقتضي شروطا في المستقبل لا في الماضي.

وكذلك لو قال: كلما دخلت الدار فامرأته طالق أو عبده حر إن ضربت فلانا؛ لأنه علق بشرط متكرر وهو الدخول عتقا أو طلاقا معلقا بالضرب.

ولو قال: كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أضربك أو حلف أو عزم أن لا أضربك فدخلها مرارا ثم ضربه بعدد كل دخلة لم يحنث إلا مرة؛ لأن اليمين بالله تعلقت بشرطين أحدهما مكرر وهو الدخول والثاني غير مكرر وهو الضرب؛ لأنه لو اقتصر على قوله فوالله لم يكن كلاما تاما فلا يتعلق بالدخول بشيء، وإنما يتم بقوله لأضربك وكانت يمينا واحدة فتعلقت بالدخول والضرب غير مذكور فكانت اليمين معلقة بشرطين أحدهما مكرر والآخر غير مكرر والمعلق بشرطين لا ينزل إلا عند وجودهما وفي المرة الثانية لم يوجد أحدهما وهو الضرب فلا يحنث، كما لو قال إن دخلت الدار وكلما كلمت فلانا فعبدي حر فدخل مرة وكلم مرارًا لا يعتق إلا عبد واحد فكذا هذا، ولو قال فعلي نذر أو يمين أو عهد الله أو يهودي فدخلها مرتين وضربه بعدد كل دخلة حنث في يمينه؛ لأن الجزاء هنا تعلق بشرط مكرر؛ لأنه لو اقتصر على قوله كلما دخلت الدار فعليّ يمين الله أو عهد الله كان كلاما تاما وتعلق اليمين بالله بالدخول فكان الضرب لتأخر المكرر عن حالة الدخول إلى وقت الضرب لا لتعليق المكرر والجزاء متى تعلق بشرط مكرر على الخصوص تكرر بتكرر الشرط، ولو قال كلما دخلت الدار فوالله لا أقربك فدخل مرتين ثم قربها لم يلزمه إلا كفارة واحدة؛ لأن الجزاء وهو قوله والله لا أقربك تعلق بشرط مكرر وهو الدخول وبشرط غير مكرر وهو القربان؛ لأن الحنث في الإيلاء معلق بالقربان

والجزاء متى تعلق بشرط مكرر وغير مكرر، فإنه لا يتكرر المكرر فإذا حنث مرة لا يبقى اليمين، وإن لم يقربها فمضت أربعة أشهر من الدخلة الأولى بانت، وإذا انقضت أربعة أشهر أخرى من الدخلة الثانية وهي في العدة بانت؛ لأن الإيلاء لها حكمان حكم الحنث كما في سائر الأيمان وحكم البر وهو الطلاق وقد ظهر عمل كلمة كلما في حق الطلاق ولم يظهر في حق الكفارة؛ لأن الإيلاء طلاق مؤجل معلق بمضي المدة فيعلق الطلاق المؤجل بشرط مكرر وهو الدخول فيتكرر الطلاق بتكرر الدخول وقوله إن لم أقربك لتأخر المكرر وتأجيله لما بينا وصار كأنه قال كلما دخلت الدار فأنت طالق إلى أربعة أشهر قاما للكفارة حكم الحنث لا حكم يمين منعقدة فلا يمكن أن يجعل الإيلاء كناية عن إيجاب الكفارة فلم يتعلق بشرط مكرر فلم يتكرر الحنث.

(فصل)

(الجامع): أصله: أن الإيلاء حكمان حكم الحنث وهو لزوم الكفارة متى قربها وحكم البر وهو الطلاق متى لم يقربها ومضت المدة والكفارة تتعدد بتعدد اليمين وتتحد باتحادها اختلفت مدة الإيلاء أم اتحدت؛ لأن الكفارة شرعت لرفع الذنب الحاصل بالحنث ومحو الإثم الواقع بهتك حرمة الإثم فمتى تعددت اليمين والحنث تعددت الكفارة وإلا فلا، والطلاق يتعدد بتعدد المدة ويتحد باتحادها وإن تعددت اليمين الإيلاء إنما صار سببا لوقوع الطلاق؛ لأنه بالإيلاء منع حقها من الجماع مدة أربعة أشهر فصارت مظلومة فتضررت فالشرع جعل الإيلاء سببا لخلاصها بوقوع الطلاق بعد مضي المدة والممنوع في واحدة حق واحد وإن تعددت اليمين؛ لأن الحق الواحد لا يصير حقوقا بتعدد المنع، وإذا لم يتعدد المنع لم يتعدد الطلاق، وإذا اختلفت المدة بعدد المنع حكما واعتبارًا؛ لأن المنع أمر باطن منكتم فأقيمت المدة مقامه لأنها علامة ظاهرة دالة عليه.

ولو قال: كلما كلمت رجلا فوالله لا أقربك فكلم رجلين معا ثم لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر لم يقع إلا طلاق واحد؛ لأنه اتحدت المدة فاتحد المنع فلم يتصور تكرر المنع فلا يتكرر أيضًا تعليق الطلاق فكلام بخلاف ما لو قال: كلما

دخلت دارًا؛ لأن الدخولين لا يوحدان إلا في وقتين مختلفين فتعددت مدة المنع فتعدد المنع فتكرر تعليق الطلاق بالدخول.

ولو قال: إن قربتك فأنت طالق كلما دخلت هذه الدار لم يكن موليا؛ لأنه يلزمه بقربانها شيء، وإنما يلزمه اليمين، فإنه يصير بالقربان حالفًا بطلاقها ويمكنه أن لا يدخل الدار وأن لا يقع الطلاق وله يد من الدخول ولا يفوت عليه السكنى متى لم يدخل، فإنه يخلي بين يدي إنسان فيحمله فيدخله فينتفع بها.

ولو قال: كلما كلمت أحد هذين الرجلين فوالله لا أقربك فكلمهما في مجلسين كان إيلاءين وإن قربها حنث في يمين واحدة ويلزمه كفارة واحدة؛ لأن المنع قد تعدد واختلف لاختلاف مدة الإيلاء فتعدد الطلاق إلا أن اليمين قد اتحدت لاتحاد صيغة اليمين وهي قوله والله لا أقربك فاتحد الحنث فاتحدت الكفارة.

وقال زفر: يكون إيلاءين في حق الطلاق والكفارة.

وكذلك لو قال إن جاء غدًا فوالله لا أقربك ثم قال ثانيا فهما يمينان والإيلاء واحد حتى لو لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانت بواحدة ومتى قربها لزمه كفارتان.

وقال زفر: يكون إيلاءين في الطلاق والكفارة؛ لأن الإيلاء صار كناية عن قوله أنت طالق مني لم أقربك أربعة أشهر فمتى قاله مرارا فقد كرر الإيلاء فتكرر حكمه وهو الطلاق والكفارة.

لنا ما ذكرنا أن الإيلاء إنما انعقد سببا لوقوع الطلاق باعتبار منع حقها في الجماع أربعة أشهر والمنع قد اتحد لاتحاد المدة متحد الإيلاء فيتحد الطلاق فأما اليمين قد تعددت لتعذر صيغة اليمين فتعدد الحنث فتتعدد الكفارة.

ولو قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق إن قربتك أو قال إن قربتك كلما دخلت الدار فأنت طالق لا يصير موليًا ما لم يدخل؛ لأن المعلق بالشرط عند عدم وجوده كالمرسل، فإنه قال لها عند الدار إن قربتك فأنت طالق يصير موليًا؛ لأنه بحال لا يملك قربانها إلا بشيء يلزمه وهو الطلاق، فإن دخلها دخلتين فهو مولى بكل دخلة لاختلاف المدة وتعددها.

ولو قال: كلما دخلت هذه الدار، فإن قربتك فعليَّ حجة فدخل ثم قربها فعليه حجة وكفارتان؛ لأنه ذكر بين الشرطين حرف الفاء فلا يمكن تقديم القربان على

الدخول؛ لأن حرف الفاء للتعقيب فلا يكون من المسائل المعترضة فلم يبق إلا بتأخر الشرط الثاني عن الجزاء لتبقى كلما على العموم ويتكرر الجزاء بتكرره فصار كأنه قال كلما دخلت هذه الدار فعلي حجة إن قربتك.

وكذلك لو قال: كلما دخلت الدار فقربتك فعلي حجة فدخل ثم قرب لم يلزمه حجتان؛ لأن القربان هنا شرط مثل الدخول؛ لأنه معطوف عليه ولم يذكر له حرف الشرط فصار مع الدخول شرطا واحدًا فدخلا تحت كلمة كلما فتكرر الحج بتكررهما جميعًا.

ولو دخل مرارًا ولم يقرب يلزمه كل دخلة إيلاء في المسألة الأولى؛ لأن الإيلاء فيها متعلق بالدخول فيتكرر بتكرره وفي المسألة الثانية لا يلزمه إلا إيلاء واحد؛ لأن هنا الحجة جزاء الدخول والقربان فلا يتكرر ويتكرر أحد الشرطين.

(باب اليمين بكلمة أي)

(**الجامع**): أصله أن النكرة متى وصفت بصفة عامة عمت، وإذا أطلقت خصت مع الإثبات كما لو حلف لا يكلم الناس إلا رجلا فكلم واحدا حنث؛ لأن المستثنى نكرة في الإثبات مطلقه عن صفة؛ لأن المستثنى رجل وأنه نكرة؛ لأن أسماء الأجناس كلها نكرات لا معارف، ولهذا يستقيم أن يقال أي رجل.

ولو قال: كان اسم معرفة لما استقام أن يقال أي رجل.

ولو قال: لا أكلم إلا رجلا كوفيًا وكلم كوفيًا ثم آخر إلى أن كلم جميع رجال الكوفة لا يحنث؛ لأن المستثنى جميع رجال الكوفة؛ لأن المستثنى نكرة وقد وصف بصفة عامة فأوجبت التعميم؛ لأن الصفة متى كانت عامة تعم الموصوف بحيث لا يحتمل العدد كقوله إلا رجلا واحدا كوفيا وكلمة أي يتناول لكل واحد من الجملة على سبيل الانفراد وقال الله تعالى: ﴿أَيُّكُمْ يَأْتِينِي بِعَرْشِهَا﴾ [النمل: ٣٨] فأراد به الفرد وقوله تعالى: ﴿أَيُّ الْفَرِيقَيْنِ خَيْرٌ مَّقَامًا﴾ [مريم: ٧٣] والمراد به أحد الفريقين وهم المؤمنون ويقول: أيكم يفعل كذا ولا يقول أيكم تفعلون؛ لأنه يصحب الأسماء ولا

يصحب الأفعال ويصحب النكرات ولا يصحب المعارف، فإنك تقول أي رجل ولا تقول أي فعل وأي ضرب، ولهذا قال سيبويه والمبرد: إن أي في اللغة بعض مجهول من جملة معلومة.

ولو قال: أيُّ عبيدي ضربته فهو حر فضربهم جميعًا لم يعتق إلا واحدا؛ لأن أي تتناول واحدا نكرة من عبيده؛ ولأنها نكرة في الإثبات معرفة عن الصفة، فإن المولى جعل الضرب صفة للمخاطب لا للعبد فيخص، ولو ضربهم على التعاقب عتق الأول لوجود شرط الحنث فيه ولم يعتق الباقون لانحلال اليمين.

ولو قال: أي عبيدي ضربك فهو حر فضربوه عتقوا؛ لأنه وصفهم بصفة عامة؛ لأنه جعل الضرب صفة للعبد، والنكرة متى وصفت بصفة عامة عمت فتناول ذلك جميع عبيده فصار كأنه قال كل واحد من عبيدي ضربك فهو حر.

ولو قال لعبيده: أيكم حمل هذه الخشبة فهو حر فحملوها جميعًا إن كانت الخشبة بحيث يطيق حملها الواحد لم يحنث؛ لأن كلمة أي تتناول الواحد المنكر من الجملة فكان شرط الحنث حمل الواحد ولم يوجد بكماله، وإن كانت بحيث لا يحملها الواحد عتقوا؛ لأن في العرف يراد به حملهم على الشركة لما تعذر حملها على الواحد فصار كأنه قال: أيكم حملها مع أصحابه، ونظير هذا لو قال: أيكم شرب ماء هذا الوادي فشربوا جميعًا عتقوا؛ لأن المراد منه شرب البعض عرفا؛ لأن شرب الكل متعذر فصار كأنه قال أيكم شرب بعض هذا الماء فهو حر.

ولو قال: أيكم شرب ماء هذا الكوز وكان ماؤه يمكن الواحد شربه بدفعة أو دفعتين فشربوا جميعًا لم يعتق واحد منهم لما ذكرنا، وإن حملها بعضهم لم يعتق؛ لأن كلمة أي تتناول واحدا منكرا من الجملة لكنها صارت عامة معنى متى وصفت بصفة عامة وهنا وصفت بصفة عامة وهو الحمل متناول كل واحد على الانفراد على سبيل البدل لا على العموم والشمول بخلاف قوله إن حملتم هذه الخشبة فأنتم أحرار فحملها بعضهم لم يعتق؛ لأن اللفظ عام بصيغته فيتناول الكل بعمومه وشموله فما لم يوجد الحمل منهم لا يتحقق شرط الحنث.

(**المنتقى**): له ثلاث نسوة وهن مصطفات بين يديه فقال أيتكن يجنب التي يقع عليها طلاقي فهي طالق لا يقع شيء حتى تطلق إحداهن، فإن طلق الوسطى طلقت الوسطى ثنتين وكل واحدة بالتنجيز وأخرى يتعلق طلاقها بوقوع الطلاق على التي بجنبها، وإن طلق الأولى طلقت التي بجنبها وهي الوسطى؛ لأنه وجد شرط الحنث ويمينها.

(باب اليمين بكلمة أو)

(**المبسوط**): أصله: أن كلمة أو متى دخلت بين اسمين أو اسمًا في النفي والتحريم والإباحة كان بمعنى (ولا) ويعم جميع المسميات في هذه المواضع كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا ﴿٢٤﴾﴾ [الإنسان: ٢٤] معناه ولا تطع آثما ولا كفورا ومتى دخل بين اسمين في الإثباتات والإيجابات كان للتخيير كما في قوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] والواجب أحد الأنواع الثلاثة وللمكفر الخيار وكذا إذا دخل بين اسمين في الإخبار ممن يجوز عليه الغلط والشك كما في قوله رأيت زيدًا أو عمرًا كان الثابت رؤية أحدهما لا رؤيتهما، ولهذا لو قال: لفلان عليّ ألف درهم إلا مائة أو خمسين درهما كان المستثنى أحد العددين لا كلاهما وكلمة (أو) هنا للخصوص؛ لأن أو في حقيقة اللغة للخصوص، فإنه إنما يذكر لبيان الثابت أحد المسميات لا الكل إلا أنه نزل هذه الحقيقة في النفي والتحريمات والإباحات وجعلناه بمنزلة الواو لعرف الاستعمال أو لضرورة أن المقصود من النفي والتحريم هو أن لا يوجد المحرم والأدنى أن لا يصير منفيًّا ومحرمًا إلا بنفي الكل وتحريمه لقوله ما رأيت رجلا لا ينتفي رؤية الواحد إلا بانتفاء رؤية الكل هذه الضرورة معدومة في الكل الإيجابات والإخبارات فبقيت العبرة للحقيقة ومتى دخل بين نفي وإثبات كان بمعنى حتى مهما أمكن جعله للغاية كقوله تعالى: ﴿فَلَنْ أَبْرَحَ ٱلْأَرْضَ حَتَّىٰ يَأْذَنَ لِىٓ أَبِىٓ أَوْ يَحْكُمَ ٱللَّهُ لِى﴾ [يوسف: ٨٠] وقوله تعالى: ﴿لَن نُّؤْمِنَ لَكَ حَتَّىٰ تَفْجُرَ لَنَا مِنَ ٱلْأَرْضِ يَنۢبُوعًا ﴿٩٠﴾﴾ [الإسراء: ٩٠] وقوله تعالى: ﴿أَوْ يَكُونَ

لَكَ بَيْتٌ مِّن زُخْرُفٍ ﴾ [الإسراء: ٩٣] معناه حتى وقال الشاعر[1]: [البسيط]

لا أَســتَطيعُ نُزوعًــا عَــن مَوَدَّتِهــا أو يصنعُ الحُبُّ بي بعض الَّذي صَنَعا

معناه حتى يصنع الحب.

وفي عرف الاستعمال يقال للمديون: لا أبرح من هاهنا أو تعطيني حقي أي حتى تعطيني حقي ويقال لا أبيعك هذا الثوب بعشرة أو تزيدني أي حتى تزيدني، مثال الأول لو حلف لا يكلم فلانا فأيهما كلم حنث كأن قال: لا أكلم فلانا ولا فلانا؛ لأن كلمة أو دخل بين اسمين في النفي؛ لأنه دخل بين اسمين في الإيجاب والإثبات.

وكذلك لو قال: أنت طالق إن دخلت هذه الدار وهذه الدار فأي الدارين دخلت طلقت؛ لأن أو للتخيير فصار كل واحد شرطا على حدة.

ولو قال: إن دخلت هذه الدار فامرأته طالق أو كلمت زيدًا فعبده حر فدخل الدار طلقت ولا ينتظر كلام زيد، ولو كلم عتق ولا ينتظر الدخول لأيهما يمينان تامتان أدخل حرف التخيير بينهما فأيهما وجد شرطه سابقا بين الجزاء ولا ينتظر الآخر، ولو وجد الشرطان معًا قالوا له الخيار إن شاء طلق، وإن شاء أعتق؛ لأن المعلق بالشرط يصير كالمرسل عند وجود الشرط، ولو أرسل هكذا كان له الخيار ولا خيار له قبل وجود الشرطين؛ لأنه لم يلزمه باليمين، وإنما يخير في الحقوق اللازمة ليمكننا بناء الأحكام عليه.

(**المنتقى**): رُوي عن أبي يوسف رحمه الله: فمن قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا أو لأضربن هذا الخادم اليوم فضربه من يومه فقد بر في يمينه ولم يقع الطلاق؛ لأن الثابت أحدهما فإذا وجد الضرب انتفى الطلاق وإن مضى اليوم قبل الضرب حنث ويخير بين أن يوقع الطلاق أو يلزم نفسه اليمين؛ لأن الثابت أحدهما والإجمال وجد منه وكان التعيين إليه، فإن اختار الطلاق لزمه وبطلت اليمين؛ لأن التخيير وجد بين الإيقاع واليمين فإذا اختار الإيقاع وقع وبطلت اليمين، فإن اختار التزام اليمين لا يبطل الطلاق؛ لأن اليمين لا يجب على الإنسان بالالتزام؛ لأن الالتزام إنما يصح فيما يلزمه من الحكم وقبل الحنث الكفارة لا تلزمه فلم يتعين اليمين بالاختيار فلم يصح تعيين اليمين قبله.

---

(١) البيت لمجنون ليلى في ديوانه ١/٨٢.

ولو قال: امرأته طالق ثلاثا أو والله لأضربن فلانة فماتت فلانة قبل الضرب فهو مخير بين الكفارة والطلاق؛ لأن الحنث يثبت في إحدى اليمينين، ولو مات الحالف قبل الضرب فقد وقع الحنث أو الطلاق وقد مات قبل البيان فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث وهذا التخيير من حنث اليمين ولا يجيزه القاضي على ذلك؛ لأن أحدهما لا مدخل له في القضاء وهو التزام الكفارة، ولو كان بدل الكفارة طلاق امرأة أخرى أجره القاضي حتى يتبين؛ لأن لكل واحد منهما مدخل في القضاء.

ولو قال: أنت طالق أو عليَّ حجة لم يجزه القاضي؛ لأن الحجة لا تدخل تحت الالتزام.

ولو قال: أنت طالق أو فلانة عليّ حرام تعين اليمين لم يجبره القاضي حتى يمضي أربعة أشهر؛ لأنه أدخل التخيير بين الإيقاع وبين الإيلاء؛ لأن قوله عليّ حرام ينعقد إيلاء مع إرادته الإيلاء ولا يمكنه إسقاط الإيلاء عن نفسه بالكفارة فإذا مضت أربعة أشهر قبل القربان أجبره القاضي على أن يوقع طلاق الإيلاء.

ولو قال: والله لأتركن دخول هذه الدار اليوم أو لأدخلن هذه الدار الأخرى غدًا فترك الأولى والأخيرة أو دخلهما جميعًا ومضى اليومان، فإنه يحنث إلا في وجه وهو ما إذا ترك الأولى ودخل الأخيرة في اليوم الثاني، فإنه لا يحنث.

(**الجامع**): ولو قال: والله لا أكلم فلانا أو فلانا أو فلانا اليمين على أن يكلم الأول وحده أو يكلم الآخرين جميعًا؛ لأن (أو) دخل بين معنيين فكان بمعنى ولا فصار كأنه قال: لا أكلم فلانا ولا فلانا وفلانا؛ لأن الثالث معطوف على الثاني لا على الأول؛ لأنه يقدر عطفه على الأول؛ لأن الثاني صار فاصلًا بينهما؛ لأنه صار مقطوعًا عن الأول لما صار منفيا ينفي على حدة فصار معطوفًا على الثاني ومجموعًا إلى الثاني بحرف الجمع فصار كأنه قال لا أكلم فلانا ولا كلاهما.

ولو قال لا أكلم فلانا وفلانا أو فلانا إن كلم الثالث حنث وإن كلم أحد الأوليين لا يحنث ما لم يكلمهما؛ لأنه عطف الثاني على الأول في التحريم؛ لأنه أفرد الثالث يبقى على حدة فينعطف الثاني على الأول فيه فيشاركه في لفظ التحريم فصار كأنه قال: لا أكلم فلانا وفلانا ولا فلانا، ولو قال: والله لا أدخل هذه الدار ولا أدخل هذه

الدار فأيهما دخل حنث؛ لأن كلمة أو دخل بين اسمين في النفي كان بمعنى ولا وأنها نكرة في النفي فتعم فيصير كل واحد منفيا كأنه قال لا هذه ولا هذه فقد جعل شرط حنثه أحد الفعلين والحالف متى جعل شرط حنثه أحد الفعلين، فإنه يحنث بأولهما حتى لا يصير كلاهما شرطًا للحنث لما مر في الطلاق.

ولو قال: والله لأدخلن هذه الدار أو هذه فأيهما دخل بر؛ لأن كلمة أو دخلت بين إثباتين فكان للتخيير فيخص فيتناول إحداهما.

ولو قال: والله لا أدخل هذه الدار أبدًا أو لأدخلن هذه الدار الأخرى اليوم فدخل الأولى حنث وإن دخل الأخرى بر لأنها دخلت بين نفي وإثبات ولم يمكن أن يجعل للغاية بمعنى حتى؛ لأنه لو صرح بحتى مكان (أو) لم يستقم الكلام واختل النظام؛ لأنه نص على الأبد في النفي وذكر اليوم في الإثبات لا يصلح غاية للأبد؛ لأن الأبد لا ينقضي باليوم ومتى تعذر جعلها للغاية يجعل للتخيير.

ولو قال: والله لا أدخل هذه الدار أو أدخل هذه الدار أو أدخل هذه الدار الأخرى اليوم، فإن دخل الأولى قبل دخوله الثانية حنث وإن دخل الثانية أولا سقطت اليمين؛ لأن (أو) هنا بمعنى حتى للغاية؛ لأنه أمكن؛ لأنه لم يذكر في النفي ما ينافي الغاية ويمين النفي لا ينفي بعد دخول الدار الأخرى اعتبر (أو) للتخيير بالإجماع فكان غاية معنى تخييرًا لفظًا وقد تعذر الجمع منهما لما فيه من التنافي فكان اعتبارًا بمعنى أولى من اعتبار اللفظ؛ لأن المقصود من الألفاظ المعاني فصار كأنه قال لا أدخل هذه الدار حتى أدخل الدار الأولى، ولو نص على ذلك كان المنعقد يمينا واحدة على النفي إلى غاية وهي دخول الدار الأخرى.

ولو قال: لا أدخل هذه الدار أو أدخل هذه الدار الأخرى، فإن دخل إحدى الأخريين سقطت يمينه، فإن دخل الأولى قبل دخول إحدى الأخريين حنث؛ لأنه جعله بمعنى حتى كأنه قال والله لا أدخل هذه الدار حتى أدخل إحدى الدارين الأخريين فقد جعل الغاية لانحلال يمينه دخول إحدى الدارين الأخريين فما لم يدخل إحداهما كانت اليمين باقية فحنث بدخول الأولى لوجود شرط الحنث، وإذا دخل إحداهما فقد انحلت يمينه لوجود الغاية.

ولو حلف لا يكلم أحدًا إلا فلانا أو فلانا لم يدخلا جميعًا تحت اليمين؛ لأن أو دخل بين اسمين في الإباحة؛ لأنه دخل في الاستثناء وأنه استثناء من التحريم، والاستثناء من التحريم إباحة فصار بمعنى الواو فصار كأنه قال لا أكلم أحدًا إلا فلانا وفلانا فخرجا من اليمين.

ولو قال: لا أكلم الناس إلا أحد هذين الرجلين فكلمهما حنث؛ لأن أحدًا لا يتناول كلاهما؛ لأن أحدا يخص في النفي فلأن يخص في الإثبات أولى فيكون المستثنى والثاني بخلاف الأولى؛ لأن كلمة أو متى دخلت بين اسمين في الإباحة تعم كما بينا فيتناول كلاهما.

ولو قال: إلا أحد رجلين كوفي وبصري خرجا جميعًا عن اليمين؛ لأن قوله: إلا أحد رجلين كوفي وبصري خرجا جميعًا عن اليمين؛ لأن قوله: إلا أحد رجلين كلام مجمل لا يستقل بنفسه ولا يتم كلامًا إلا بتفسير فإذا أعقبه بتغير وهو قوله كوفي أو بصري خرجا جميعًا عن اليمين؛ لأن قوله: إلا أحد رجلين كلام مجمل لا يستقل بنفسه ولا يتم كلاما إلا بتفسير فإذا أعقبه تفسير وهو قوله كوفي وبصري كانت العبرة للتفسير ولغى ذكر المجمل وهو أحد رجلين وبقي قوله لا أكلم أحدا من الناس إلا كوفي وبصري.

ولو قال: إلا واحدًا من أهل الكوفة فكلم منهم رجلين حنث؛ لأنه استثنى الواحد من الكوفيين والواحد نكرة والواحد النكرة وإن وصفت بصفة عامة يخص ولا يعم؛ لأنه لا يمكن تعميمه مع صفة الوحدة.

ولو قال: إلا رجلا من أهل الكوفة وكلم عشرة لم يحنث؛ لأنه استثناء نكرة منعوتة بصفة عامة غير مقرونة بالوحدة وهذا يوجب التعميم فصار كقوله: إلا رجلًا كوفيًا.

ولو قال: قد برئ فلان من حقوقي إلا دراهم أو دنانير لم يدخل تحت البراءة؛ لأن (أو) دخل بين اسمين في الإباحة؛ لأن قوله: إلا دراهم استثناء من التحريم والاستثناء من التحريم إباحة فصار بمعنى الواو فصار كأنه قال إلا دراهم ودنانير.

(باب اليمين إلى غاية)

أصله: أن كلمة حتى حقيقتها للغاية قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ مَطْلَعِ ٱلْفَجْرِ ۝٥﴾ [القدر: ٥] وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [يوسف: ٦٦] ويقال أكلت السمكة حتى رأسها، فإن تعذر العمل بحقيقتها تحمل على الجزاء فكان بمعنى لام كي قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦] ويقول الرجل لغيره: أكرمتك حتى تكرمني، مدحتك حتى تعطيني أي: لأن يفعل ذلك، فإن تعذر العمل به يحمل على واو العطف قال الله تعالى: ﴿وَزُلْزِلُوا۟ حَتَّىٰ يَقُولَ ٱلرَّسُولُ﴾ [البقرة: ٢١٤] أي ويقول الرسول ويقول الرجل جاءني القوم حتى زيد معناه وزيد معهم.

وقال بعض مشايخنا: الصحيح أن كلمة حتى للغاية في المواضع كلها؛ لأن الاستنزال ليس بأصل في اللغة ولكن الغاية تختلف باختلاف مواضع الاستعمال، فإن كلمة حتى إذا قرنت بفعل مستدام يكون غاية لنفس الفعل ومتى قرنت بفعل غير مستدام يكون غاية للغرض كما في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦]، فإن الأمان لغرض استماع القرآن فينتهي الأمان بالسماع، وقوله جاءني القوم حتى زيد للغاية أيضًا؛ لأن هذا الكلام يستعمل في موضع كان زيد أشرفهم أو أرذلهم فيكون عبارة عن مجيء الكل فينتهي مجيء القوم بأجمعهم بذكر مجيء زيد.

(**المنتقى**): ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: رجل قال والله لا أحج حتى أعتمر وأحرم بعمرة وحجة ثم قضى بهما حتى قضاها، فإنه لا يحنث؛ لأن جعل العمرة غاية للحج والغاية يجب أن تكون قبل المضروب له الغاية لينتهي المضروب له الغاية بوجودها وقد اعتمر قبل الحج محققًا شرط البر.

وذكر عيسى بن أبان عن محمد: لو قال لامرأته: إن لم تجيئي الليلة حتى اغتسال فأنت طالق فأتت في تلك الليلة فلم يغشاها لا يحنث، وإنما كانت اليمين على

مجيئها إليه ولم يكن عليه غشيانه لها، لأن الغاية هو الأمان لهذه الجملة لا نفس هذه الحكمة فإذا أتته فقد بر في يمينه.

وروى هشام عن اليمين أنه يحنث في جماع الجارية، وكذلك لو قال لعبد: إن لم تأتني حتى أضربك فأنت حر فأتاه فلم يضربه؛ لأنه تعذر أن يجعل حتى غاية ليمينه؛ لأنه أدخله على الشرط لا على الجزاء، رجل قال لوالديه كل امرأة أتزوجها فهي طالق حتى يموتا فمات أحدهما لم تسقط اليمين؛ لأنه جعل الغاية موتهما جميعًا ولم يوجد.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق ما دمتما حيين فمات أحدهما سقطت اليمين، وكذلك لو قال: لا أكلمك ما دام أبواك حيَّين فمات أحدهما فكلمه لا يحنث؛ لأنه جعل الغاية حياتهما؛ لأن كلمة ما دام وما زال وما كان غاية في اليمين.

ولو قال: إن لم أدخل الدار حال حياة فلان فامرأته طالق لم تطلق حتى يموت فلان قبل دخوله فيقع طلاقها قبل موته بلا فصل؛ لأنه جعل شرط الحنث عدم الدخول حال حياة فلان وذلك لا يتحقق إلا بموته، وكذلك لو قال حتى يقوم فلان وهذا وقت، وإن كان مجهولا.

ولو قال: حتى أموت أو تموتي أنت فليس هذا وقت، ألا ترى أن فلانا قد يموت وهما حيان فيقع الحنث، وإذا مات أحدهما لم يقع الحنث بعد الموت؛ لأنه لا ملك له بعد الموت.

ولو قال لامرأته: إن لم أتزوج عليك وآتيك بها تنظري إليها فأنت طالق فتزوج وأتى بها فعمت أو قالت لا أنظر إليها قال لا يحنث؛ لأنه لم يجعل النظر غاية.

هشام عن محمد: رجل قال: إن متُّ ولم أضربك فكل مملوك لي حر فمات الحالف ولم يضربه لم يعتق مماليكه؛ لأن حنث بعد الموت.

وعن أبي يوسف: لو حلف لا يطلق امرأته واحدة حتى يطلقها ثنتين فطلقها ثلاثا معا لم يحنث، وكذلك لو حلف لا يشتري أمة حتى يشتري عبدًا فاشتراهما معا في عقده، ولو حلف لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان وحلف الآخر لا يدخلها حتى يدخلها فلان فدخلا معا يحنث، وكذلك قوله: لا أكلمك حتى تكلمني

فوقع كلامهما معا لم يحنث، وكذلك لو حلف لا يصلي حتى يصلي فلان فافتتح الصلاة معه والركوع والسجود معه لم يحنث وهذا كله عند أبي يوسف.

وقال محمد في (**الجامع**): إنه يحنث، لأبي يوسف إن غرضه ومقصوده من هذه اليمين أن لا يكلمه ولا يدخل قبله وكلمة حتى هنا غاية للغرض فينتهي اليمين بحصول الغرض وهو عدم الفعل قبله.

لمحمد: أن كلمة حتى غاية ليمينه حقيقة؛ لأنه أدخلها على اليمين والغرض غير مذكور فلا يصلح غاية لغير المذكور فإذا كلمه قبل وجود الغاية حنث.

وكذلك قوله: إلا أن يكلمني؛ لأن هذا استثناء فكان المستثنى كلاما بعد كلامه وما عدا ذلك داخل بحنث اليمين بخلاف ما لو حلف لا أبتدئ بك بكلام أبدًا فالتقيا وسلم كل واحد منهما على صاحبه معا لم يحنث؛ لأن الابتداء وجود الشيء قبل غيره فإذا خرج الكلامان معا لم توجد البداية.

وكذلك لو قال: إن كلمتك قبل أن تكلمني؛ لأن اليمين إنما انعقدت على كلام قبل كلام المحلوف عليه ولم يوجد، ولو حلف لا يكلم فلانا ما دام في الري فخرج ثم عاد إليه فكلمه لم يحنث؛ لأن اليمين انتهت بخروجه؛ لأن كلمة ما دام للغاية.

وكذلك لو قال: ما دام في هذه الدار أو ما كان فيها فخرج بمتاعه وأثاثه ثم عاد إليه فكلمه لم يحنث؛ لأن اليمين انتهت بخروجه؛ لأن اليمين كانت مؤقتة إلى غاية فإذا جاءت الغاية أنهت اليمين، ولو حلف لا يكلمه ما دام عليه هذا الثوب فنزعه ثم لبسه ثم كلمه حنث؛ لأنه لم يؤقت اليمين بوقت ولكنه جعل ذلك وصفًا لليمين ما بقي الوصف وهو قيام الثوب عليه، وكذلك إن خرجت من هذه الدار حتى أكلم الذي فيها فامرأته طالق وليس فيها أحد يكلمه فخرج لا يحنث، حلف لا يكلم فلانا إلى الحج إن كان بعد الزوال يوم عرفة فقد بر، ولو قال: إلى أن يحج الناس إن زالت الشمس من يوم النحر بر.

(**الزيادات**): أصله: أنه إذا حلف على فعل وجعل لذلك الفعل فعلًا آخر غاية ينظر إن كان الفعلان من شخص واحد وقعت يمينه على الفعلين جميعًا؛ لأنه لا يمكن جعل حتى بمعنى الغاية؛ لأنه غير مستدام ولا بمعنى لام كي؛ لأنه لو صار

بمعنى لام كي يصير جزاء وفعله لا يصير جزاء لفعله فيصير بمعنى حرف العطف وهو الواو، وإن كان أحد الفعلين منه والآخر من غيره ويصح استدامة الأول إلى الثاني فوقعت واليمين عليهما جميعًا، وإن لم تصح استدامته يقع على فعله خاصة؛ لأنه يجعل حتى بمعنى لام كي؛ لأن فعل غيره يصلح جزاء لفعله فلا يصير غاية لفعله.

ولو قال: إن لم أخبر فلانا بما صنعت حتى يضربك فعبدي حر فأخبره فلم يضربه أو قال إن لم آتك حتى تعذبني أو إن لم أضربك حتى تضربني فأتاه فلم يعذبه ولم يضربه حتى مات لم يحنث؛ لأن الإخبار والإتيان والضرب فعل لا يستدام، ولهذا لا يصح ضرب المدة له لا يقال أخبرته وأتيته شهرا وكذلك بقي الضرب عنه فلا يمكنه استدامة فعله إلى فعله الثاني فلا يمكن جعله غاية فلا يمكن حمل كلمة حتى على الغاية فحملناها على الجزاء فتصير بمعنى لام كي يعني لكي يضربك فصار عرفا كأنه علقه بفعله لا غير، وعلى عبارة مشايخ الآخرين يصير غاية للغرض معناه غرضي أن أخبر فلانا بسوء صنيعك حتى يضربك، فإذا أخبر وأبى لهذا الغرض فقد انتهى الغرض، وإن لم يضربه فانتهت اليمين لوجود البر.

ولو قال: إن لم ألزمك حتى تقضي حقي أو إن لم أضربك حتى يشفع لك فلان أو حتى يدخل الليل أو حتى تصح أو حتى تشتكي بيدي فاقلع عنه قبل أن يكون ما قال حنث؛ لأن الملازمة والضرب فعل مستدام، ألا ترى أنه يضرب له المدة يقال لازمه شهرا وضربه يوما؛ لأنه قد يستدام على الضرب إلى أن يشتكي أو يصح عادة أو يشفع غيره فأمكنه استدامته فيجعل حتى للغاية ويشترط له ملازمة تمتد إلى استيفاء وضرب يمتد إلى الصبح أو لشفاعة ولم يوجد حتى فارقه قبل الاستيفاء والشفاعة فيحنث، وإن أراد بقوله حتى يقضي لتقضي فتركه قبل أن يقضيه لا يحنث ديانة ويحنث قضاء؛ لأنه يحمله لكنه خلاف الظاهر.

ولو قال: إن لم آتك اليوم حتى أتغدى عندك أو حتى أضربك فأتاه ولم يتغد ولم يضربه حنث؛ لأن كلاهما فعله فكان شرط بره وجود الفعلين منه ولم يوجد أحدهما فحنث، ولو لم يؤقت الإتيان وقال إن لم آتك حتى أتغدى من عندك فأتاه

ولم يتغد ثم أتاه فتغدى أو تغدى بغير إتيان لم يحنث؛ لأنه جعل شرط حنثه وجود الفعلين من شخصين.

وكذلك إن أضاف الفعلين إلى الآخر فقال: إن لم تأتني اليوم حتى تتغدى أو إن لم تأتني حتى تضربني فعبدي حر فلم يأته، أو أتاه فلم يتغد أو لم يضربه حنث؛ لأن الفعلين من واحد فيتعلق بهما.

وعن أبي يوسف رحمه الله: إن لم أضربك حتى تتوفى وقعت يمينه على الأمرين؛ لأن الاستدامة ممكنة فتجعل حتى للغاية، ولو قال: حتى يموت على الضرب؛ لأن المراد بهذا المبالغة في الضرب لا حقيقة الموت عرفا.

(باب إضافة الجمع إلى الجمع في الجزاء أو الشرط)

(**الجامع**): أصله أن إضافة الجمع إلى الواحد يعتبر جمعًا في حق الواحد كما يقال: إن دخلت دورك أو ركبت دوابك ولبست أثوابك والجمع المضاف إلى الجمع يعتبر آحادًا في حق الآحاد ولا يعتبر جمعًا في حق الآحاد لقوله تعالى: ﴿جَعَلُوٓاْ أَصَٰبِعَهُمۡ فِيٓ ءَاذَانِهِمۡ وَٱسۡتَغۡشَوۡاْ ثِيَابَهُمۡ﴾ [نوح: ٧]، وإنما جعل كل واحد إصبعه في أذنه وقوله تعالى: ﴿يَخۡرُجُونَ مِنَ ٱلۡأَجۡدَاثِ﴾ [القمر: ٧] أراد به أن يخرج كل واحد منهم من قبره وجدثه؛ لأن الواحد من الأجداث وعرف الاستعمال يدل عليه، فإنه يقال لبس الناس ثيابهم وركبوا دوابهم ويريدون أن كل واحد لبس ثوبه وركب دابته، ولأن الجمع المضاف إلى الجمع، ولو اعتبر جمعًا في حق كل واحد يكون إبطالا للقيد الذي ذكره المتكلم في الجمع؛ لأنه أضاف الجمع إلى شيئين فمتى أضفناه إلى شيء واحد يكون تعبيرًا وإبطالًا للقيد الذي ذكره وهذا لا يجوز.

مسائله على فصلين:

أحدهما: في إضافة الجمع.

والثاني: في إضافة الفعل إلى شيئين.

(فصل)

(**الجامع**): لو قال لامرأتيه: إن دخلتما هذه الدار فأنتما طالقان لم تطلق واحدة

حتى يدخلا؛ لأنه أضاف الجمع إلى الواحد، فإنه أضاف دخولهما إلى دار واحدة والجمع المضاف إلى الواحد يعتبر جمعا في حق الواحد لا فيما لا يمكن ودخول الدارين ممكن فيجب اعتبار الجمع فيه.

ولو قال: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان فدخلت كل واحدة دارًا على حدة طلقتا.

وذكر أبو يوسف في (**الأمالي**): لم يطلقا حتى تدخل كل واحدة منهما الدارين جميعًا؛ لأنه علق طلاقهما بدخول كل واحدة الدارين، فإن قال إن دخلتما الدارين فأنتما طالقان فصار، كما لو قال إن دخلتما هذه الدار ودخلتما هذه الدار فأنتما طالقان تطلقا ما لم تدخل واحدة منهما الدارين جميعًا فكذا هذا.

وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الجمع إلى الجمع؛ لأنه أضاف الدخولين إلى دارين والجمع المضاف إلى الجمع يعتبره آحادا في حق الآحاد، كما لو قال إن لبستما ثيابكما أو ركبتما دابتكما فأنتما طالقان فلبست إحداهما ثوبا والأخرى ثوبا طلقت فكذا هذا إذا دخلت إحداهما دارا أو الأخرى دارا طلقتا.

وكذلك لو قال: إن دخلتما هذه الدار وهذه الدار؛ لأنه لم يذكر الدار الثانية دخولا على حدة.

ولو قال: إن دخلتما هذه الدار ودخلتما هذه الدار لم يطلقا حتى يدخلا جميعًا كل واحدة الدارين؛ لأنه ذكر جمعًا مضافا إلى الواحد، فإنه أضاف دخولهما إلى دار واحدة والجمع المضاف إلى الواحد يعتبر جمعا في حق الواحد فتعلق وقوع الطلاق بدخولهما جميعًا كل واحدة الدارين.

ولو قال: لامرأتيه إن ولدتما ولدين أو قال إن حضتما حيضة فأنتما طالقان فولدت أو حاضت إحداهما استحسانًا؛ لأن اجتماعهما على ولادة ولد واحد وحيضة واحدة لا يتصور فيجعل ذلك مجازًا عن ولادة إحداهما وإضافة الفعل إلى اثنين أراد به أحدهما شائع في اللغة قال الله تعالى: ﴿يَٰمَعۡشَرَ ٱلۡجِنِّ وَٱلۡإِنسِ أَلَمۡ يَأۡتِكُمۡ رُسُلٞ مِّنكُمۡ﴾ [الأنعام: ١٣٠] والرسل كان من الإنس لا من الجن وقوله صلى الله عليه وسلم: "**الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والكرم**" والخمر من الكرمة لا من

النخلة، ولأن قوله ولدتما ولدين اسم عام للأنثيين لا اسم عدد كقولنا ولدتم فصار كأنه قال أيتكما ولدت.

ولو قال: ولدين أو حيضتين لم تطلقا حتى يلدا أو يحتضا؛ لأنه علق الطلاق بفعلهما وذلك فيكون منهما وصار كما لو قال إن دخلتما هاتين الدارين لم تطلقا ما لم تدخل كل واحدة دارًا؛ لأنه قابل الرغيف فهو على أكلهما؛ لأن كلمة أكله متصور منهما، فإن اشتركا فيه لم يطلقا ولا عبرة لكثرة الأكل وقلته من إحداهما؛ لأن المنصوص أصل الأكل لا قدره.

(فصل)

لو قال: إن لبست قميصين أو نمت على فراشين فعبده حر فلبس ثوبين واحدا بعد الآخر ونام عليهما متفرقين لم يحنث؛ لأن في العرف يراد به لبسهما معا والمظاهرة بينهما لا متفرقين؛ لأنه يقول الرجل منذ حلفت ما لبست قميصين، وإن كان لبس قميصا كثيرًا إذا لم يظاهر بينهما لفترة أو لغيره.

وهذا كما رُوي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقاتل بسيفين والمراد به المقاتلة بسيفين معًا لا متفرقين؛ لأنه يذكر ذلك لإظهار شجاعته فتقيدت اليمين بلبسهما معا بالعرف بخلاف ما لو قال إن لبست هذين القميصين يحنث إذا لبسهما متفرقين لعدم العرف؛ لأنه لا يراد به في العرف حالة اليمين لبسهما، فإنه لا يستحيل أن يقول منذ حلفت ما لبست هذين قميصين يحنث إذا لبسهما متفرقين لعدم العرف؛ لأنه لا يراد به في العرف حالة التعيين فبقيت اليمين على إطلاقه.

وكذلك لو قال: إن تغذيت برغيفين فأكلهما متفرقين؛ لأن الغذاء في العرف اسم لأكل يكتفي به للعدول وذلك لقيمات مجتمعة مشبعة كما يقال فلان يتغذى بالخبز واللحم والخبيص ويراد بذلك الجمع بين الكل لسعة حاله في الغذاء، وكذلك التعشي؛ لأن التعشي اسم لأكل مشبع وذلك يتحقق بأرغفة.

ولو قال: إن أكلت رغيفين فأكلهما متفرقين حنث؛ لأنه لا عرف في الأكل، فإنه

لا يقول منذ حلفت ما أكلت رغيفين إذا أكلهما متفرقين فيجري كلامه على إطلاقه واسم الأكل ينطلق على الأقل فيحنث.

(باب ما يقع به الحنث في اليمين على أن لا يعتق ولا يطلق)

أصله: أن الأيمان تقتضي شروطًا في المستقبل لا في الماضي؛ لأن اليمين يعقد للحمل أو للمنع عادة، وإنما يتصور الحمل والمنع في المستقبل لا في الماضي؛ لأن ما مضى خرج عن يده.

(فصل)

لو حلف بطلاق عمرة [لا يحلف بطلاق زينب ثم حلف بطلاق زينب لا يحلف بطلاق عمرة][1] كانت عمرة طالقا؛ لأن شرط الحنث في الحلف بطلاق عمرة الحلف بطلاق زينب وقد حلف بطلاق زينب بعد الحلف بطلاق عمرة فيحنث ولا يحنث في يمين زينب؛ لأن اليمين بطلاق عمرة سابق على يمين زينب واليمين يقتضي شرطا في المستقبل لا في الماضي.

(**النوادر**): ولو حلف بطلاق امرأته أن لا يطلق امرأته فآلى منهما فمضت المدة وقع عليها طلاقان؛ لأنه وجد شرط الحنث وهو التطليق وهو الإيلاء بعد اليمين.

ولو حلف وهو عنين ففرق القاضي بينهما لا يقع باليمين وهو الأصح والفرق أن في الإيلاء الطلاق وقع بقوله حقيقة وهو الإيلاء، وفي العنين لم يقع بقوله حقيقة ولكنه أنزل مطلقا شرعا فلم يتحقق الشرط فلا يحنث.

(**الزيادات**): ولو حلف لا يعتق عبده ثم قال له: إن دخلت الدار فأنت حر فدخل عتق وحنث في يمينه، ولو كان التعليق قبل اليمين لا يحنث خلافًا لزفر.

له: أن شرط الحنث هو الإعتاق بعد اليمين وقد وجد؛ لأنه إنما يصير معتقا عند دخول الدار.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (س).

لنا: أن شرط الحنث هو الإعتاق كلام يصدر منه بعد اليمين عن اختيار ليمكنه الامتناع عنه، فأما الإعتاق بكلام سابق على اليمين لا يتصور الامتناع عنه؛ لأن التعليق إنما يصير إيقاعا عند الشرط شرعا وجبرا لا حقيقة واختيارا فلا يصلح شرطا.

ولو كان التعليق بفعل نفسه فالامتناع عنه متصور ولكنه يصير معتقا عند الشرط حكما لا حقيقة فيمكن التصور في الشرط فلا يحنث، وهذا كمن جرح إنسانا ثم حلف لا يقتله فمات المجروح لم يحنث؛ لأنه صار قاتلا له عند زهوق الروح بالجرح السابق على يمينه، ولو جرحه بعدما حلف فمات حنث فكذا هذا.

ولو وكل وكيلًا يعتقه ثم حلف أن لا يعتقه ثم أعتقه الوكيل أو قال لعبده أعتق نفسك إذا شئت ثم حلف أن لا يعتقه ثم أعتق العبد نفسه، أو قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف أن لا يطلقها ثم طلقت نفسها حنث.

ورُوي عن محمد: أنه لا يحنث في الوجهين؛ لأن الحالف إنما يمنع نفسه عما يمكنه الامتناع عنه، ولا يمكنه الامتناع عن الإعتاق والتطليق بعد التفويض والتمليك فصار ذلك مستثنى عن يمينه دلالة، ظاهر الرواية أن الوكيل والمفوض إليه نائبان عنه في التكلم بالإيقاع بدليل أن المعتق والمطلق هو المولى والزوج دون الوكيل والمفوض إليه وهما سفير ومعبر عنه ولو لم ينتقل فعلهما إليه لا يصير معتقًا أو مطلقًا فصار متكلمًا بكلامهما وجد بعد اليمين فصار هو معتقًا أو مطلقًا بعد اليمين. ثم أوضح محمد الفرق بين التعليق والتفويض فقال، ألا ترى لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم شهد شاهدان أنه دخل وقضى به ثم رجعا لا ضمان عليهما؛ لأن العتق حصل بقول المولى أنت حر لا بالشرط.

ولو قال له: أعتق نفسك إن شئت وشهد شاهدان أنه أعتق نفسه وقضي به ثم رجعا ضمنا؛ لأنهما أثبتا كلمة حصل بها العتق، ولو دفع إلى رجل مالا لينفق على داره ثم حلف لا ينفق على داره ثم أنفق الوكيل حنث، ولو كانت اليمين في البيع والشراء لا يحنث، والفرق أن الوكيل في الإنفاق والعتاق ونحوه نائب محض سفير ومعبر فيه فصار الموكل مباشر الفعل ونائبه، فأما الوكيل في البيع أصل في نفس

العقد وحقوقه، فإن حقوقه راجعة إليه فلا يصير الموكل مباشرا العقد بفعله، ولهذا لو أنشأ التوكيل بعد اليمين فباع الوكيل أو اشترى لا يحنث الموكل.

(باب تعليق الطلاق بالتطليق أو بعدمه)

أصله: أن اليمين ذكر شرطًا وجزاء ويقتضي شرطا في المستقبل لا في الماضي لما بينا.

مسائله على فصلين:

أحدهما: في التعليق بالتطليق.

والثاني: في التعليق بعدم التطليق.

(فصل)

لو قال لامرأته زينب أنت طالق إذا طلقت عمرة ثم قال لعمرة أنت طالق إذا طلقت زينب ثم طلق زينب تقع على عمرة ولا تقع على زينب أخرى، ولو لم يطلق زينب ولكن طلق عمرة تقع على زينب واحدة وعلى عمرة أخرى، قيل في الصورة الأولى وجب أن تقع على زينب أخرى وفي الثانية وجب أن لا تقع على عمرة أخرى وهو الصحيح؛ لأن الشرط في اليمين الأولى تطليق عمرة وفي الثانية تطليق زينب فإذا طلق زينب فقد وجد شرط طلاق عمرة؛ لأن تطليق زينب وجد بعد اليمين بطلاق عمرة فطلقت عمرة وطلقت زينب أخرى؛ لأن تطليق عمرة باليمين وجد بعد اليمين بطلاق زينب فوجد شرط الحنث في يمين زينب فيطلق أخرى بالحنث، ولو لم يطلق زينب ولكن طلق عمرة طلقت زينب واحدة بالحنث ولا تطلق عمرة أخرى؛ لأن الإيقاع على زينب يمين سابقة على يمين عمرة فلم يوجد شرط الحنث في يمين عمرة؛ لأن الشروط تعتبر في المستقبل لا في الماضي، فنظيره لو قال لزينب: إن طلقت عمرة فأنت طالق فدخلت طلقت زينب أيضًا؛ لأن إيقاع الطلاق على عمرة بعد اليمين بطلاق زينب.

ولو قال لعمرة أولا: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال لزينب: أنت طالق إن

طلقت عمرة فدخلت عمرة لم تطلق زينب؛ لأن إيقاع الطلاق على عمرة يمين سابق على يمين زينب، وهذا لأن قوله أنت طالق إنما يصير إيقاعا عند الدخول بالكلام السابق حكما لا حقيقة وشرط الحنث هو الإيقاع حقيقة لا حكما ولم يوجد.

ولو قال لها: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق فطلقها واحدة تقع الثلاث؛ لأنه جعل شرط الحنث وقوع الطلاق عليها، وقد وقع الطلاق عليها مرتين بعد اليمين مرة بالتطليق ومرة بالحنث فوقعت الثالثة بوقوع الثانية؛ لأن كلما توجب تكرار الجزاء بتكرار الشرط.

ولو قال: كلما طلقتك فأنت طالق ثم طلقها تقع ثنتان؛ لأنه جعل شرط الحنث تطليقها ولم يوجد إلا مرة فوقعت واحدة بالإيقاع وأخرى بالحنث وبقيت اليمين منعقدة لأنها عقدت بحرف التكرار.

(فصل)

ولو قال: أنت طالق إن لم أطلقك لا يقع حتى يموت أحدهما، فإن مات أحدهما يقع قبل الموت ولها الميراث وإن كانت مدخولا بها؛ لأن إن حرف شرط محض فقد علق الطلاق بعدم التطليق والعدم لا يتحقق إلا بالموت بخلاف قوله أنت طالق إن لم أدخل الدار، وإن لم آت البصرة فماتت المرأة لا يقع؛ لأن عدم الدخول يتحقق بموته لا بموتها وهنا عدم التطليق كما يتحقق بموته يتحقق بموتها.

ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو حنث أو يوم وسكت طلقت؛ لأن كلمة ما تستعمل للوقت قال الله تعالى خبرًا عن عيسى صلوات الله عليه: ﴿مَا دُمْتُ حَيًّا ﴿٣١﴾﴾ [مريم: ٣١] أي وقت حياتي، وكلمة متى للوقت أيضًا يقال متى فعلت ومتى خرجت فصار الطلاق مضافا إلى وقت خالي عن التطليق وقد وجد حين سكت.

ولو قال: حين لا أطلقك أو زمان لا أطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر؛ لأن كلمة لا تستعمل للاستقبال فقال لا أفعل كذا ويراد به في المستقبل فصار

الطلاق مضافا إلى زمان في المستقبل واسم الحين والزمان ينصرفان إلى ستة أشهر لما عرف.

ولو قال: يوم لا أطلقك لم تطلق حتى يمضي يوم.

ولو قال: أنت طالق إذا لم أطلقك، وإذا لم أطلقك إن عنى به أن لا يقع حتى يموت أحدهما وإن عنى به متى أو حين يقع للحال، وإن لم يكن له نية.

عند أبي حنيفة رحمه الله: يحمل على أن.

وعندهما: على متى.

لهما: أن كلمة إذا للوقت لقوله تعالى: ﴿إِذَا ٱلشَّمْسُ كُوِّرَتْ ۝١﴾ [التكوير: ١]، وقوله: ﴿إِذَا ٱلسَّمَآءُ ٱنشَقَّتْ ۝١﴾ [الانشقاق: ١] ويقال: آتيك إذا اشتد الحر أي وقت شدة الحر فدل على أن استعماله للوقت أظهر وأكثر فصار الوقت كالحقيقة وللشرط كالمجاز.

له: أن كلمه إذا قد تستعمل للشرط قال الشاعر[1]: [الكامل]

اسْتَغْنِ مَا أَغْنَاكَ رَبُّكَ بِالْغِنَى ... وَإِذَا تُصِبْكَ خَصَاصَةٌ فَتَجَمَّلِ

أي: وإن تصبك، فقد تستعمل للوقت أيضًا فتحمل كلاهما، فإن أريد بها الوقت يتأجل الوقوع، وإن أراد بها الشرط يعجل فلا يتعجل بالشك.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا مني لم أطلقك واحدة، ثم قال: أنت طالق واحدة موصولا به تقع الثلاث قياسًا وهو قول زفر؛ لأنه أضاف الطلاق إلى وقت ينعدم فيه التطليق وقد دخل وجد بعد اليمين ساعة لم تطلق؛ لأن الإيقاع ما لم يتم يكون معدومًا وتقع واحدة استحسانًا؛ لأن اليمين يعقد للبر لا للحنث عادة، وإنما يمكنه البر إذا انعقد على ترك الإيقاع في وقت يمكنه أن يطلقها فيه فصار الشرط عدم التطليق في وقت يمكنه التطليق فيه بدلالة حالة ولم يوجد.

---

(١) لعبد القيس بن خفاف البرجميّ، وقيل: لحارثة بن بدر الغدّانيّ.

والشّاهدُ فيه: (وإذا تصبك) حيث جزم بـ(إذا)؛ وهذا خاصٌّ بالشّعر.

يُنظر هذا البيتُ في: المفضّليّات ٣٨٥، ومعاني القرآن للفرّاء ١٥٨/٣، والأصمعيّات ٢٣٠، وأمالي المرتضى ٣٨٣/١، وشرح عمدة الحافظ ٣٧٤، والمغني ١٢٨، والهمع ١٨٠/١، والأشمونيّ ١٣/٤.

ولو قال للمدخولة: كلما لم أطلقك فأنت طالق ثم سكت فهي طالق ثم سكت فهي طالق متتابعا لا معا؛ لأن قوله كلما أي كل وقت وقد تكرر الشرط متتابعا فيقع متتابعا.

(**المنتقى**): لو قال لامرأته: إذا طلقتك فأنت طالق، وإذا لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها حتى مات تطلق ثنتين؛ لأن تحقيق العدم فوقعت واحدة باليمين الثانية وصار لها مطلقا لها فوقعت أخرى باليمين الأولى.

ولو قال لامرأته: إن لم أطلقك اليوم ثلاثا فأنت طالق ثلاثا فحيلته أن يقول لها أنت طالق ثلاثا عليّ ألف درهم فلم تقبل المرأة، فإن مضى اليوم تقع الثلاث في قياس ظاهر الرواية؛ لأنه تحقق شرط الحنث وهو عدم التطليق؛ لأنه أبى بالتعليق والتعليق غير التطليق.

ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنها لا تطلق وعليه الفتوى؛ لأنه أبى بالتطليق؛ لأن هذا تطليق مقيد؛ لأنه تطليق يعوض المعاوضة ليست بتعليق والمقيد يدخل تحت المطلق فينعدم شرط الحنث.

(باب تعليق الطلاق بالحيض)

لو قال لامرأته المدخولة: كلما حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضتين تقع واحدة ثم إذا حاضت أخريين تقع أخرى، فإن حاضت أخرتين لم يقع شيء؛ لأن العدة انقضت بالحيضة الأولى من الشرط الثالث فتم الشرط ولا عدة فلا يقع.

ولو قال: إذا حضت حيضة فأنت طالق ثم قال كلما حضت حيضة فأنت طالق، فإن رأت الدم طلقت واحدة لوجود الشرط في اليمين الثانية؛ لأنه علّق باسم الحيض وهي عبارة عن رؤية الدم وقد وجد، فإذا طهرت تقع أخرى لوجود الشرط في اليمين الأولى؛ لأن الحيضة اسم للحيضة الكاملة وقد وجدت ولا يحتسب بهذه الحيضة من العدة؛ لأن الطلاق وقع بعد رؤية الدم فلم يكن الجزء الأول من العدة.

ولو قال: إذا حضت حيضة فأنت طالق لأن الطلاق وقع بعد رؤية الدم فلم يكن جزاء الأولى من العدة ثم قال إذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة تقع

واحدة باليمين الأولى، فإن حاضت أخرى تقع أخرى باليمين الثانية؛ لأن الحيض الأول كلام للشرط في اليمين الأولى وشطر الشرط لليمين الثانية فإذا حاضت أخرى فقد تم الشرط لليمين الثانية.

وإن قال: ثم إذا حضت حيضتين والمسألة بحالها لا تقع حتى توجد حيضتان بعد الأولى؛ لأن كلمة ثم للتعقيب مع التراخي فتقتضي وجود حيضتين بعد الأولى.

ولو قال: إذا حضت فأنت طالق فولدت لا تطلق؛ لأن دم الولادة يسمى نفاسًا لا حيضًا.

ولو قال: إن حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت أو قالت إن كنت تحبني فأنت طالق وفلانة معك فقال أحبك وأنكر الزوج تطلق هي ولا تطلق فلانة استحسانًا؛ لأن قول الإنسان مقبول في حقه لا في حق غيره؛ لأنه لا يخلو عن تهمة الكذب إلا أنها صارت مؤتمنة مصدقة شرعا في الإخبار عما في رحمها في حكم يدور بينها وبين زوجها كانقضاء العدة وحرمة الوطء وغيره وبقيت متهمة مكذبة شرعا في حكم يدور بين الزوج وضرتها.

(**الجامع**): مسائله على أوجه:

أحدها: إذا علق الطلاق بالحيضة منهن.

والثاني: إذا علق بحيضتهن.

والثالث: إذا ذكر الحيضة بكلمة التكرار.

الأول: لو قال لنسائه الأربع: إذا احتضن حيضة فأنتن طوالق فقالت واحدة حضت حيضة وصدقها الزوج طلقن؛ لأن شرط وقوع الطلاق عليهن حيضة واحدة منهن؛ لأن اجتماعهن على حيضة واحدة لا يتصور فيجعل ذلك مجازًا عن حيضة إحداهن، كما لو قال لامرأتين: إن حضتما حيضة فأنتما طالقان فحاضت إحداهما طلقت وإن كذبها طلقت وحدها تطليقة لأنها مصدقة في حقها دون ضرتها.

ولو قالت كل واحدة: حضت حيضة طلقت كل واحدة تطليقة صدقها الزوج أو كذبها؛ لأن كل واحدة مصدقة شرعا فيما بينها وبين زوجها.

ولو قال: إن حضت نصف حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض وتطهر؛ لأن الحيضة مما لا يجري في تعليق الحكم بها فيجعل ذكر البعض كذكر الكل.

ولو قال: إن حضت نصف حيضة فأنت طالق إذا حضت نصفها إلا جزء فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت ثنتين معا؛ لأنها إذا لم تتحر صار كأنه قال مرتين إذا حضت حيضتين فأنت طالق.

والثاني: لو قال: أنت طالق إن حضن فأنتن طوالق فقلن جميعًا حضنا إن صدقهن تطلق كل واحدة واحدة، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن؛ لأن شرط وقوع الطلاق على كل واحدة حيضهن جميعًا وحيض كل واحدة لا يثبت في حق صواحبها إلا بتصديق الزوج، وإن صدق واحدة أو ثنتين لم يطلق واحدة منهن؛ لأن الشرط لم يكمل، وإن صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة خاصة؛ لأنه لم يثبت حيضها في حقهن وثبت حيضهن في حقها وهي مصدقة في حق نفسها.

والثالث: لو قال: كلما حضتن حيضة فأنتن طوالق فقالت كل واحدة حضت حيضة، فإن كذبهن طلقت كل واحدة تطليقة؛ لأنه ثبت حيضة كل واحدة في حقها خاصة دون صواحبها فلم يوجد في حق كل واحدة إلا شرط طلاق واحدة، وإن صدق واحدة دون الثلاث طلقت كل واحدة من الثلاث ثنتين والمصدقة واحدة؛ لأنه ثبت في حق المصدقة حيضها دون حيض صواحبها وثبت في حق كل واحدة من المكذبات حيضتان حيضتها بإخبارها وحيضة بالمصدقة بتصديق الزوج، وإن صدق ثنتين طلقت كل مصدقة ثنتين لوجود حيضتين في حق كل واحدة حيضتها وحيضة صاحبتها المصدقة وكل مكذبة ثلاثا لوجود ثلاث حيض في حقها حيضتها وحيضتين المتصدقتين وإن صدق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا لثبوت ثالث حيض في حق المصدقات وأربع حيض في حق المكذبة.

(**الزيادات**): مسائله على فصول:

أحدها: في طلاق السنة.

والثاني: في تعليق الطلاق أو العتاق بالحيض أو بالطهر.

والثالث: في التعليق بالزيادة ودعوى الاستحاضة.

(فصل)

ومن قال لامرأته: أنت طالق للسنة فحاضت فجامعها على حيضها ثم طهرت لم يقع في ذلك الطهر طلاق السنة لما مر في الطلاق، فإن قال الزوج: جامعتك في حيضك وأنكرت المرأة، فإن كانت حائضا يصدق الزوج؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه وإنشاءه فلا يكون متهما فيه، وإن كانت طاهرة لا يصدق؛ لأنه لا يملك استئنافه وإنشاءه فكان متهما فيه؛ لأنه يريد إبطال حكم واقع في الظاهر؛ لأنه وقع الطلاق عليها ظاهر لوجود وقت السنة.

وكذلك لو قال: طلقتك في حيضك وفي هذه الصورة تقع ثنتان إحداهما بإقراره في حالة الحيض وأخرى بإيقاعه في وقت السنة.

ولو قال لها: إن لم أجامعك في حيضك فأنت طالق فقال: جامعت وأنكرت فالقول له بكل حال؛ لأن المعلق بالشرط إنما ينقلب إيقاعا بوجود الشرط فمتى أنكر الزوج الشرط فقد أنكر وجود الإيقاع فيكون القول له وفيما تقدم الطلاق مضاف إلى وقت السنة وقد وقع ظاهر الوجود وفيه فإذا ادعى إبطاله لم يصدق.

(فصل)

ولو قال: إذا حضت أو طهرت فعبدي حر وضرتها طالق، فقالت: حضت أو طهرت وأنكر الزوج لم تصدق المرأة؛ لأن قولها غير مقبول في حق غيرها في حكم لم يتعلق بها لأنها شاهدة وشهادة الضرة مردودة.

ولو قال لها عبد حر: إن حضت، فقالت: رأيت الدم وصدقها الزوج لا يحكم بعتقه حتى تستمر ثلاثة أيام فيحكم بعتقه من حين رأت؛ لأن الدم لا يكون حيضًا حتى يستمر ثلاثة أيام والطاهر، وإن كان فيه الاستمرار ولكن الظاهر يكفي للدفع فيدفع به العبد استخدام المولى عن نفسه ولا يكفي الاستحقاق فإذا استمر يتبين أنه كان حيضًا فيعتق من حين رأت الدم حتى لو جنى أو جني عليه كان أرشه أرش الأحرار؛ لأنه يظهر عتقه ولا يستند بمنزلة قوله إن كان فلان في الدار فأنت حر

فظهر ذلك في آخر النهار يظهر عتقه بخلاف قوله أنت حر قبل موتي بشهر فمات بعده بشهر وقد جنى العبد كان حكمه حكم العبد عند أبي حنيفة؛ لأن تمة العتق ثبت مستندًا أو الإسناد لا يظهر في حق المباين في المتلاشي، فإن قال الزوج انقطع الدم في الثلاثة وأنكرت المرأة والعبد فالقول لهما؛ لأن الزوج أقر بوجود شرط العتق ظاهرا؛ لأن رؤية الدم من وقته يكون حيضًا، ولهذا تؤمر بترك الصلاة والصوم ثم ادعى عارضا يخرج المرئي من أن يكون حيضًا فلا يصدق، فإن صدقته المرأة وكذبه العبد في الأيام الثلاثة فالقول لهما، وإن كان بعدها فالقول للعبد لأنها في الثلاث أخبرت عن انقطاع الدم لا غير وهي أمينة في الإخبار عن انقطاع الدم صدقت أنه لا يقف عليه غيرها فتصدق فتبين أن شرط العتق لم يوجد، وبعد الثلاث أخبرت عن الانقطاع والإسناد وهي غير أمينة في الإسناد لعدم الضرورة فلم يثبت الإسناد لما فيه من إبطال حق العبد ظاهرا؛ لأن العتق قد نزل بمضي الثلاث ظاهرًا.

ولو قال: إذا طهرت فعبده حر فقالت طهرت وكذبها الزوج فالقول له؛ لأنه منكر شرط العتق وإن صدقها الزوج عتق للحال؛ لأنه ثبت الطهر بتصادقهما، فإن ثبت أن يعاودها الدم بخلاف الحيض؛ لأن الطهر أصل في النساء وقد صار مؤكدا بدليل شرعي وهو الاغتسال فسقط الاحتمال وترك العتق فأما الحيض عارض، وإنما يتأكد باستمراره ثلاثة أيام فقبل التأكيد وجب التوقف فيه.

(فصل)

امرأة عادتها في الحيض خمسة فقال الزوج لها إن حضت هذه المرة ستة أيام فعبده حر، فإن صدقها في الخمسة دون السادس فالقول له؛ لأنه متمسك بالظاهر وهو الوقوف على العادة، وإن رأت بعد الستة وصدقها الزوج وكذبهما العبد لا يحكم بعتقه حتى ينقطع على العشرة، فإن انقطع يحكم بعتقه من بعد الستة وإلا فلا؛ لأن رؤية الدم في اليوم السادس متردد بين أن يكون حيضًا إن انقطع على العشرة وبين أن لا يكون إن تجاوز فصارت كرؤية الدم في ابتداء عدة الحيض إذ لا فرق بينهما، فإن تتمة صفة الحيض للمرأة إنما يتحقق بالتمادي وهنا بالانقطاع على العشرة.

ولو قال الزوج بعد العشرة: لم ينقطع حتى الساعة وقالت: انقطع على العشرة وصدقها العبد فالقول لهما لأنها أمينة في الإخبار عن الانقطاع في العشرة ونجدها أمينة في الانقطاع للحال متهمة في الإسناد فثبت الانقطاع مقصورًا على الحال فتبين أن الدم في اليوم السادس لم يكن حيضًا.

ولو قالت في العشرة: انقطع الدم وصدقها ثم قالت عاودني وهي في العشرة لم يصدق؛ لأن العتق حصل للعبد ظاهرًا فلا يصدق على إبطاله.

ولو قال: إذا حضت فعبدي حر فقالت حضت الساعة وصدقها الزوج فقالت بعد الثلاث لم يكن الطهر قبل هذا طهرا كاملا وكان هذا الدم استحاضة وصدقها الزوج عتق العبد.

ولو قالت: رأيت الدم والمسألة بحالها تصدق والفرق أن إقرارها بالحيض إقرار بالطهر كاملا قبلها؛ لأن رؤية الحيض يقتضي طهرًا صحيحًا قبلها فإذا ادعت طهرًا فاسدًا بعد ذلك فقد يناقض كلامها فبطل، فأما الإقرار برؤية الدم فليس باعتراف بتقدم طهر كامل فلم يناقض كلامها فتصدق.

ولو كان البائع بالخيار فقال: إن تم البيع بيننا فجاريتي حرة فمضت الثلاث فقال البائع نقضت البيع قبل مضي الثلاث وأنكر المشتري لم يصدق البائع؛ لأن مضي الثلاث دلالة إبرام البيع ولزومه ظاهرا فوقع العتق ظاهرا فلا يصدق في إبطاله.

ولو كان قال: إن لم أنقض البيع فهي حرة صدق إذا قال نقضت؛ لأنه جعل عدم النقض شرطا أيضًا فكان القول في إنكار شرط العتق له.

(باب تعليق الطلاق بالولادة والحبل)

مسائله على فصلين:

أحدهما: في التعليق بالولادة.

والثاني: في التعليق بالحبل.

(فصل)

ولو قال لامرأته كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدين في بطن واحد، فإن كان بين كل ولدين أقل من ستة أشهر طلقت بالأول وانقضت عدتها بالثاني ولا يقع طلاق آخر؛ لأن بالأول وجد شرط الطلاق فوقع وبالتالي انقضت عدتها فلا يقع الطلاق؛ لأنه صادق حال انقضاء العدة.

ولو ولدت ثلاثة أولاد وقع ثنتان؛ لأنه ما لم تلد الآخر لا تنقضي العدة فوجد شرط طلاقين في الملك فوقع؛ لأن «كلما» تكرر الأفعال.

ولو ولدت ثلاثة وبين كل ولدين ستة أشهر وقع ثلاثا وتعتد بثلاث حيض؛ لأن بالأول وقعت واحدة وصارت معتدة لحين حبلت بالثاني وصار مراجعًا بالوطء بعد الطلاق؛ لأنه وقع الشك في انعلاق الولد الثاني من ماء الولد الأول؛ لأن تخلل بينهما مدة يجوز أن يحدث في مثلها الحبل فأجلنا انعلاق الثاني إلى ما حادث بعد الطلاق؛ لأن الأصل في الحوادث أنه يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر، وإذا ولدت الثاني طلقت أخرى لأنها منكوحته وهكذا الثالث.

ولو قال: إذا ولدت غلامًا فأنت طالق واحدة، وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية لا يدرى الأول، يقع واحدة قضاء ويأخذان بالثنتين احتياطا لأنها إن ولدت الغلام أولا تقع واحدة، وإذا ولدت الجارية لا يقع شيء لأنها تصير منقضية العدة بولادة الجارية فالطلاق صادفها حال انقضاء العدة فلم يقع، فإن ولدت الجارية أولًا يقع ثنتان ولا يقع بولادة الغلام شيء؛ لأنه حال انقضاء العدة فقد تيقنا بوقوع الواحدة وشككنا في الثانية فلا تقع الثانية بالشك ولا رجعة ولا توارث لأنها إن ولدت الغلام أولا ثم الجارية لا رجعة ولا توارث فلا يثبتان بالشك، ولو ولدت غلاما وجاريتين في بطن واحد ولا يدرى الأول تقع ثنتان في القضاء وفي التنزه ثلاث؛ لأن الغلام إن كان أولا تطلق ثلاثا واحدة بالغلام آخر تقع ثنتان بالجارية الأولى ولا تقع بالثانية شيء؛ لأن اليمين قد انحلت فلا يقع بولادة الغلام شيء؛ لأنه حال انقضاء العدة ففي حال تقع ثلاثا وفي حال تقع ثنتان فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزيهًا.

(فصل)

ولو قال: إذا حبلت فأنت طالق فوطئها، فالمستحب أن لا يطأها إلا باستبراء لتصور حدوث الحبل ولا يقع الطلاق ما لم تلد لأكثر من سنتين من يوم اليمين؛ لأنه علق الطلاق بحدوث الحبل بعد اليمين ويتوهم حدوث الحبل قبل اليمين إلى سنتين فوقع الشك في الوقوع فلا يقع بالشك.

ولو قال: إن كان حبلك هذا جارية فأنت طالق واحدة، وإن كان غلاما فاثنتان فولدت غلاما وجارية؛ لأن الحبل وإن كان اسم جنس فاسم الجنس ينصرف إلى الأدنى إلا أنه ذكره مضافا إلى المرأة فيصير جميع ما في بطنها مذكورًا بذكر الإضافة فصار كأن قال إن كان جميع ما في بطنك جارية، وإن لم يكن فلا يقع شيئًا، كما لو قال إن كان ما في الطرف حنطة فأنت طالق، فإن كان دقيقًا فعبدي حر فإذا بعضه حنطة وبعضه دقيق لا يقع.

(**الجامع**): ولو قال لامرأته الحامل: كلما ولدت فأنت طالق للسنة فولدت ثلاثة أولاد في بطن واحد لم يقع عندهما حتى تطهر من نفاسها فتقع في كل طهر تطليقة، وعند محمد وزفر طلقت واحدة بالولد الأول فلا يتصور الطلاق السني فيه، وعن محمد وزفر النفاس من الولد الأخير فتقع عليها واحدة بالولد الأول ولا يقع بالثاني شيء؛ لأن طلاق السنة للحامل واحدة عندهما وتنقضي العدة بالولد الثالث، فإن تزوجها بعد ذلك عند محمد طلقت أخرى؛ لأنه يصير كأنه قال عند الولادة الثانية أنت طالق للسنة؛ لأن كلما للتكرار، فإن تزوجها ثالثا لم يقع شيء؛ لأن حال وجود الولادة الثالثة انقضت العدة فلا ينعقد اليمين.

ولو قال لامرأتيه: كلما ولدتما ولدًا فأنتما طالقان فولدت إحداهما ثم الأخرى آخر ثم الأولى آخر ثم الأخرى آخر في بطن واحد حتى ولدت كل واحدة ولدين طلقت الأولى ثنتين وانقضت عدتها بولدها الثاني والأخرى ثلاثا وانقضت عدتها بولدها الثاني؛ لأن شرط طلاقها ولادة إحداهما كما بينا وبولادة الأولى وقع على كل واحدة واحدة وصارتا معتدتين وبولادة الثانية كذلك؛ لأن «كلما» للتكرار فلما ولدت الأولى ثانيا لا يقع عليها شيء لانقضاء عدتها بوضع ما في بطنها وتقع على الأخرى لأنها معتدة فتم الثلاث في حقها.

ولو كان بين ولدي كل واحدة ستة أشهر أو أكثر إلى سنتين طلقت الأولى ثنتين وانقضت عدتها بالولد الثاني ويثبت نسب الولدين وطلقت الأخرى واحدة وانقضت عدتها بالولد الأول ولا يثبت نسب ولدها الثاني؛ لأن بولادة الأولى الولد الأول وقع على كل واحدة تطليقة ووجبت العدة على الأولى وهي حامل وعلى أخرى وهي حامل فلما ولدت الأخرى وقع على الأولى تطليقة أخرى؛ لأنها لما علقت بالولد الثاني صار الزوج مراجعًا لها؛ لأن علوق الولد الثاني مضاف إلى ما حدث بوطء حادث بعد ولادة الأول كما بينا فصادفها الطلاق الثاني وهي منكوحته فوقع، ولا تقع على الأخرى الثانية لانقضاء عدتها بولادتها أولا؛ لأنه ليس في بطنها ولد آخر؛ لأن الثاني انعلق بعد ولادة الأول، ولما ولدت الأولى ثانيا لا يقع شيء لانقضاء عدتها لأنها لما ولدت الثاني لأقل من سنتين احتمل أن يكون العلوق قبل الطلاق الثاني فلا يصير مراجعا ويحتمل به فيصير مراجعًا فلا تصح الرجعة بالشك ويثبت نسب الولد من الأولى؛ لأن علوق أحدهما كان في النكاح والثاني في العدة وصار به مراجعًا فلا يثبت نسب الولد الثاني في حق الأخرى؛ لأن علوقه كان بعد انقضاء العدة.

ولو قال لامرأته الحامل: إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثنتين ثم قال إن كان الولد الذي تلدينه غلاما فأنت طالق فولدت غلاما طلقت ثلاثا؛ لأن شرط وقوع الثنتين الولادة وشرط وقوع الواحدة ولادة الغلام، وقد تحقق الشرطان في اليمين معا فنزل الجزاآن معا.

ولو قال: إن كان الولد الذي في بطنك غلاما والمسألة بحالها طلقت واحدة؛ لأن شرط يمين الغلام كونه في بطنها وبالولادة تبين كون الغلام في بطنها فتبين أن الطلاق كان واقعا من ذلك الوقت لا عند الولادة وقد انقضت العدة بوضع الحمل فلا يقع بالولادة شيء.

(باب تعليق الطلاق بالمحبة والبغض وبما لا يُعرف إلا من جهتها)

ولو قال لها: إن كنت تحبيني فأنت طالق فالقول قولها؛ لأنه علق بأمر لا يعرف

إلا من جهتها فيقبل قولها، كما لو قال: إذا حضت، فقالت: حضت.

ولو قال: إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك وكذبها الزوج تطلق عندهما.

وعند محمد: لا تطلق إذا كانت كاذبة فيما بينها وبين ربها.

ولو قال: إن كنت تحبين الطلاق بقلبك فأنت طالق فقالت لا أحب، وفي قلبها خلاف ما أظهرت لا تطلق ويسعها المقام معه عندهما.

وعند محمد لا يسعها؛ لأنه علّق الطلاق بالمحبة؛ لأن القول باللسان جعل حلفًا عنها تيسيرًا والتقييد بالقلب يبطل خلافه اللسان لئلا يعري ذكر القلب عن الفائدة.

لهما: أن المحبة لما لم تكن إلا بالقلب كان إطلاقها وتقييدها بالقلب سواء.

ولو أطلق تعلق الطلاق بالخبر عن المحبة ضرورة تعذر الوقوف على ما في القلب فكذا إذا قيد بالقلب وذكر القلب لفائدة التأكيد لقوله تعالى: ﴿يَقُولُونَ بِأَلْسِنَتِهِم﴾ [الفتح: ١١] والقول لا يكون إلا باللسان ثم ذكره للتأكيد.

ولو قال: إن كنت تحبين النار فأنت طالق فقالت أحب يقع وكذلك كل أمر يعلم أنها لا تحبه.

وعن محمد: لا يقع لأنها كاذبة في إخبارها فلا يدل على المحبة فلا يقام الخبر مقامها.

لهما: أن الإخبار عن محبة النار والموت يختل الصدق في الجملة؛ لأن الإنسان قد يستقبله في الدنيا من البلوى والشدائد في بعض الأوقات ما يتمنى الموت بإلقاء نفسه في النار فيخرجها ليستريح وذلك أهون عليها مما أصابه من المكاره، وإذا احتمل خبرها الصدق وأقيم مقام المحبة لبطونها.

وكذلك لو قال: إن كنت تبغضيني لشيء يعرف أنها تحبه.

ولو قال لامرأتيه: أشدكما حبًّا للطلاق أو أشدكما بغضًا له طالق فقالت كل واحدة أنا أشد حبًّا في ذلك لا يقع شيء؛ لأن كل واحدة تخبره في حق نفسها

شاهدة على صاحبتها بما في ضميرها لأنها تقول أنا أشد حبًّا منها وهي أقل حبًّا مني وهي غير مصدقة في الشهادة على صاحبتها فلم يتم الشرط.

(**النوادر**): ولو قال: أنت طالق إن لم يكن أمها تهوى ذلك، فقالت الأم: أنا لا أهوى وكذبها الزوج لا تطلق، فإن صدقها طلقت لما عرف.

وروى ابن رستم عن محمد: ولو قال: إن كان فلان مؤمنا فأنت طالق، لا تطلق لأنه هذا لا يعلمه إلا هو ولا يصدق وهو على غيره، وإن كان هو ابن مسلمين يصلي ويحج. رجل قال لآخر لي إليك حاجة فاقضها لي فقال: امرأته طالق إن لم أقض حاجتك فقال: حاجتي أن تطلق زوجتك فله أن لا يصدقه فيه ولا تطلق زوجته؛ لأنه محتمل للصدق والكذب فلا يصدق على غيره.

ولو قال لامرأته المراهقة: إن حضت فأنت طالق، فقالت: حضت، أو قال لغلامه المراهق: إن احتلمت فأنت حر، فقال: احتلمت، تصدق المرأة ولا يصدق الغلام.

وروى ابن هشام: لأن الغلام ينظر إليه كيف يخرج منه المني ولا يستطاع ذلك في الجارية لأنها تدخل الدم في الفرج فلا يعلم منها أو من غيرها، وفي رواية يصدق الغلام أيضًا وهي الأصح؛ لأن الاحتلام لا يعرفه غيره كالحيض.

وكذلك إذا قال: احتلمت في حال إشكال أمره يصدق فيما له وفيما عليه؛ لأنه أخبر بخبر محتمل للصدق والكذب فيصدق كالجارية.

(باب الحنث بإتيان المحلوف عليه ولم يعلم الحالف به)

(**المنتقى**): رجل هرب في دار رجل فحلف صاحب الدار أنه لا يدري أين هو إن أراد به أنه لا يدري أنه في أي مكان هو من الدار لا يحنث؛ لأنه بار. حلف لا يأخذ من فلان ثوبا هرويًّا فأخذ منه خراب مروي ودس فيه فلان ثوبًا هرويًّا ولم يعلم الحالف لم يحنث ديانة وحنث قضاء؛ لأنه أخذ.

وكذلك لو حلف لا يأخذ من فلان درهمًا فأعطاه فلوسًا في كيس الدماء الفاسدة فيها درهما وقبضه الحالف ولم يعلم بخلاف ما إذا أخذ من فلان قفير دقيق فيه درهم لم يحنث ديانة وقضاء، والفرق أن الدرهم يؤخذ مع الفلوس عادة فكان أخذ الدرهم ظاهرا، أما الدرهم لا يوجد في الدقيق عادة فلم يكن آخذا، فإن علم بذلك وأخذه حنث؛ لأنه لما علم فقد قصد أخذه فكان هو آخذا للدراهم قصدا إلا أن يصير آخذا للدراهم بأخذ الثوب.

ولو قال: لا آخذ منك درهما هبة لم يحنث في هذه الدراهم المضروبة في الثوب وإن علم أنه لم يأخذ هبة؛ لأن أخذ الهبة أن يهب الواهب الدرهم ولم يوجد.

(باب الأيمان التي يكذب بعضها بعضا)

(**المنتقى**): رجل ادعى على آخر ألف درهم فقال المدعى عليه: امرأته طالق إن كان لك علي ألف، وقال المدعي: امرأته طالق إن لم يكن لي عليك ألف فأقام المدعي البينة على حقه وقضى القاضي به.

عند أبي يوسف: يحنث، وهو رواية عن محمد، ورُوي عنه: لا يحنث؛ لأنه نفى الحق والشهادة إنما أثبتت الحق في الظاهر، فإذا أصر هو على الإنكار فلعله صادق، وإنما اشتبه على الشهود وربما جهلوا قضاء الحق وعرفوا ثبوت الحق فوقع الشك في الحنث فلم يحنث بالشك.

لأبي يوسف: أن الحق قد ثبت بالبينة العادلة والثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة فيثبت شرط الحنث ظاهرا وعدم الحق بالقضاء والإبراء موهوم مشكوك فيه فلا يعتبر بمقابلة الثابت ظاهرا، ولو أقام البينة على إقرار المدعى عليه بالألف.

ذكر في الواقعات للناطفي أنه لا يحنث؛ لأن شرط الحنث كون الألف عليه وهذا محتمل والقاضي يقضي بإقراره بالألف وإقراره يحتمل وفيه نظر.

عن محمد: رجلان في أيديهما دار فحلف كل واحد منهما أن الدار داره وأقاما البينة أن الدار داره قال يكون بينهما ويحسبان؛ لأنه ثبت بينة كل واحد منهما كذب

الآخر فتحقق شرط الحنث، وإن كان في يد أحدهما حنث صاحب اليد؛ لأن بينة الخارج تقبل دون بينة ذي اليد فثبت كذب ذي اليد بينة الخارج.

ولو قال لامرأته: إن كلمتك الليلة قبل أن تكلميني فأنت طالق وقالت المرأة إن كلمتك قبل أن تكلمني فعبدي حر ثم قال الزوج لها أعط السائل شيئًا قال لا يعتق ولا تطلق، أما الطلاق؛ لأنه كلمها بعدما كلمته المرأة، فإن المرأة كلمته باليمين فلم يتحقق شرط الحنث في الطلاق وهو كلامه قبل كلامها، وأما العتق فلأنه لو كلمته بعد اليمين فقد كلمته بعدما كلمها الزوج بالأمر بإعطاء السائل فلا يتحقق شرط الحنث فيها أيضًا. حلف بالله إنه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم قال عبده حر إن لم يكن دخلها اليوم لا كفارة عليه ولا يعتق عبده؛ لأنه إن كان صادقا في اليمين بالله لم يحنث ولا كفارة عليه ولا يعتق عبده، وإن كان كاذبا فهي يمين الغموس فلا يوجب الكفارة واليمين بالله لا مدخل لها في القضاء فلم يصر فيها مكذبا شرعا فلم يتحقق شرط الحنث في اليمين بالعتق، وهو عدم الدخول حتى لو كانت اليمين الأولى يعتق أو طلاق حنث في اليمين؛ لأن لها مدخلا في القضاء كما تبين في الجامع رجل ادعى على رجل دينًا فحلف المدعى عليه بالطلاق ما له عليه من شيء فأقام المدعي البينة وقضى به له ينظر إن قال كان له علي دين فأوفيته لم تطلق امرأته.

وإن قال: لم يكن له عليّ شيء قط طلقت امرأته، وكذلك لو حلف بطلاق امرأته إن هذه الدار له وهي في يديه وأقام رجل البينة أن الدار داره قضي بها له ينظر إن قال الزوج كانت لفلان ولكن اشتريتها منه وفلان حلف أنه ما باعها منه فقضى بها له لا تطلق امرأته وإلا فتطلق امرأته، ولا ينبغي للقاضي أن يطلق امرأته حتى يسأله هل كان هذا الحق عليك قط وهل كانت الدار لفلان قط؛ لأنه لا يدري لعل له من ذلك مخرج وكذلك امرأة ادعت على رجل أنها امرأته فحلف ما هي له بامرأة فأقامت البينة أنها امرأته فقال قد كانت امرأتي فطلقتها لا يحنث في يمينه.

(**المنتقى**): اختلف البائع والمشتري في ثمن العبد فقال البائع إن بعته إلا بألف فهو حر وقال المشتري إن اشتريته إلا بخمسمائة فهو حر لزم البيع؛ لأن في زعم البائع أن العبد قد عتق بيمين المشتري فكيف ينقض البائع ويلزم المشتري ثمنه خمسمائة لإقراره بذلك ولا يعتق العبد.

(**الجامع**) قال: عبده حر إن كان فلان دخل هذه الدار أمس ثم قال امرأته طالق إن لم يكن دخل طلقت امرأته وعتق عبده.

وعن أبي يوسف في (**النوادر**): أنه يعتق ولا تطلق؛ لأنه باليمين بالطلاق أقر بالدخول وهو شرط الحنث في اليمين بالعتق فقد وجد شرط الحنث بعد اليمين بالعتق فحنث وباليمين بالعتق ينفي الدخول قبل انعقاد اليمين بالطلاق؛ لأن اليمين بالعتق سابقة، ويمين الطلاق لاحقة والإقرار بالحنث في اليمين بالطلاق سبقها فلا يعتبر وجه ظاهر الرواية أنه أقر باليمين الأولى أنه لم يكن دخل الدار وذلك يوجب الحنث في اليمين بالطلاق وأقر باليمين الثانية أنه كان دخل وذلك يوجب الحنث في اليمين بالعتق فلزمه الأمران بالإقرار على نفسه؛ لأن كل مقر يؤاخذ بإقراره، وإن كان كاذبا فيه؛ لأنه يمكن الكذب في الإقرار فلا يمنع صحة الإقرار كمن أقر أنه لم يجب لفلان عليّ مال قط ثم أقر أنه كان وجب عليه مال صح الإقرار والمقر كاذب في أحد الإقرارين ومع هذا صح؛ لأن ضرر الإقرار عائد عليه لا على غيره والمناقضة تمنع القضاء فيما كان على غيره لا فيما عليه.

وذكر في (**المنتقى**): لو حلف بعتاق أنه لم يدخل هذه الدار اليوم ثم حلف بعتاق آخر أنه قد دخلها اليوم عتق الأول ولا يعتق الثاني؛ لأنه زعم أن الثاني هو الصدق والأول كذب وهذا كلام يحيط به العلم، فإذا زعم أن الثاني هو الصدق يؤاخذ بما في زعمه، ولو حلف بعتق عبده إن دخل هذه الدار ثم حلف بعتق آخر أنه لم يدخل ثم حلف بعتق ثالث أنه قد دخل يعتق الأول والثاني ولا يعتق الثالث وقال في موضع آخر عتق العبيد الثلاثة جميعًا وهذا موافق لرواية الجامع والأول يخالف.

(القسم الرابع في الاستثناءات)

(باب الاستثناء في اليمين للتعطيل)

قال عليه حج وماله صدقة وعليه عهد الله إن كلم فلانا إن شاء الله تعالى أو قال

إلا أن يبدو لي أو أرى خيرًا من ذلك فكلمه لا يلزمه شيء؛ لأن الاستثناء إذا ذكر بعد جملة معطوفة بعضها على بعض ينصرف إلى الكل كما في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣] عد المحرمات ثم استثنى المذكى منها فيكون استثناء عن الكل.

ولو قال: إلا أن أستطيع، إن عنى عارضا من بلاء أو عرض يكون مصدقًا، وإن نوى التقدير والقضاء بكلمة ولا يلزمه شيء، وإن لم ينو شيئًا فهو على العارض لا على التقدير؛ لأن عدم الاستطاعة قد يراد به في العرف عدم الاستطاعة بسبب القضاء والقدر وقد يراد به عدم الاستطاعة بعوارض معجزة مفوتة لسلامة الآلة من مرض وغيره إلا أن عدم الاستطاعة لفوات سلامة الآلة حقيقة مستبق إليه أوهام الناس فعند عدم النية ينصرف إليه وأيهما نوى فقد نوى ما يحمله لفظه فصحت نيته.

ولو قال: والله لا أكلم فلانا والله لا أكلم فلانا لرجل آخر إن شاء الله ينصرف الاستثناء إلى الأخيرة؛ لأن اليمين الأخيرة مقطوعة عن الأولى؛ لأنه واو قسم لا واو عطف كما في قوله تعالى: ﴿وَالْفَجْرِ ۝١ وَلَيَالٍ عَشْرٍ ۝٢﴾ [الفجر: ١، ٢] فيكون مبتدئا باليمين الثانية فاقتصر الاستثناء عليها، وإن نوى واو العطف تصدق؛ لأن القسم صحيح بدون واو القسم، فإنه لو قال: الله لا أفعل كذا كان يمينا وهذا أمر بينه وبين الله فيصدق، وقيل: إنما صحت نيته؛ لأنه لما نوى بالاستثناء اليمين جميعًا فكأنه نوى إضمار واو العطف بينهما والإضمار في كلام العرب جائز قال الشاعر[1]: [البسيط]

---

(١) هذا البيت قد نسبه سيبويه إلى حسّان بن ثابت رضي الله عنه؛ ونسبه المبرّد إلى عبد الرّحمن بن حسّان، وقيل: لكعبِ بن مالك.

والشّاهدُ فيه: (من يفعل الحسنات اللهُ يشكُرها) حيث حذف الفاء الرّابطة من جواب الجزاء؛ والتّقديرُ: فاللهُ يشكُرُها؛ وهذا الحذفُ للضّرورة الشّعريّة.

يُنظر هذا البيتُ في: الكتاب ٦٥/٣، ونوادر أبي زيد ٣١، والمقتضب ٧٢/٢، والأُصول ١٩٥/٢، وما يحتمل الشّعر من الضّرورة ١٣٥، والخصائص ٢٨١/٢، والتّبصرة ٤١٠/١، =

مَــنْ يَفعَــلِ الحَــسَنَاتِ اللهُ يَــشْكُرُهَا وَالــشَّرُّ بِالــشَرِّ عِنْــدَ اللهِ مِــثلانِ

ومعناه: فالله يشكرها، فصار كأنه قال: والله لا أكلم فلانا إن شاء الله، فإن قال عبدي حر إن كلمت فلانا، عبدي حر إن كلمت فلانا إن شاء الله، فكلم يعتق عبده الأول؛ لأن الثانية غير معطوفة على الأول فيقتصر الاستثناء على الثانية، وإن عنى اليمين يصدق ديانة؛ لأنه نوى إضمار الواو فيه ولا يصدق قضاء؛ لأنه نوى خلاف الظاهر فالقاضي يقف على الظواهر دون الضمائر، كما لو قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن شاء الله تعالى، بخلاف الأول؛ لأنه لا مدخل للقضاء في اليمين بالله فلا معنى للتفصيل وهنا للقضاء فيه مدخل فكان التفصيل مستقيما.

(باب الاستثناء في اليمين بكلمة إلا)

(**المنتقى**): ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا في هذه السنة إلا يوما، فإن كلمهما في يوم لم يحنث؛ لأن استثنى يوما مبكرا، فإذا جمعها في الكلام في يوم حنث؛ لأن المستثنى يوم يجمع كلامهما فيه ولم يوجد اجتماع كلامهما في يوم فلم يصر هذا اليوم مستثنى عن يمينه فبقي داخلا تحت يمينه فيحنث لوجود الشرط، ولو كلمه أحدهما ثم كلمهما لم يحنث؛ لأن اليوم الذي كلمهما فيه صار مستثنى عن يمينه وفي اليوم الذي كلم أحدهما الموجود نقض الشرط؛ لأن شرط الحنث كلاهما ولم يوجد كلامهما، وإنما وجد كلام أحدهما فوجد شرط الحنث فلا يحنث ولو استثنى يومًا معروفًا فكلم أحدهما فيه والآخر من الغد لم يحنث؛ لأنه لم يوجد في غير اليوم المستثنى إلا بعض الشرط.

ورُوي عن أبي يوسف: لو قال: والله لا أشتري بهذه الدراهم غير اللحم فاشترى بنصفها لحما وبنصفها خبزًا لم يحنث قياسًا؛ لأن شرط الحنث أن لا يشتري

=

وأمالي ابن الشّجريّ ١/١٢٤، ٢/٩، ١٤٤، وشرح المفصّل ٢/٩، ٣، وضرائر الشّعر ١٦٠، وزيادات ديوان حسّان ٢/٥١٦، وديوان عبد الرّحمن بن حسّان ٦١، وديوان كعب بن مالك ٢٨٨.

بجميعها غير اللحم ولم يوجد ويحنث استحسانًا؛ لأن المراد بهذا اللفظ أن يشتري بجميع الدراهم اللحم، فإذا اشترى ببعضها غير اللحم فقد وجد شرط الحنث فيحنث.

ولو قال: لا أشتري بهذه الدراهم إلا لحما لم يحنث حتى يشتري بالدراهم كلها غير اللحم وهذا يخرج على وجه القياس ولا يخرج على وجه الاستحسان، فإنه لا فرق بين كلمة إلا وكلمة غير.

ولو قال لرجلين: والله لا يبيتان إلا في بيت واحد، فإذا تفرقا في بيتين حنث.

ولو قال: لا يبيتان إلا في هذا البيت فبات أحدهما فيه والآخر في غيره لم يحنث والفرق أن هنا اليمين لم ينعقد على اجتماعهما، وإنما انعقد على بيتوتهما، فإذا بات أحدهما دون الآخر فقد وجد نقض شرط الحنث فلا يحنث، وفي المسألة المتقدمة اليمين انعقدت على عدم اجتماعهما على البيتوتة في بيت واحد ولم يجتمعا فكمل الشرط، ونظيره ما لو قال إن كنت ضربت هذين الرجلين إلا في دار فلان فعبده حر فضرب أحدهما في دار فلان والآخر في غيرها لم يحنث؛ لأن شرط الحنث أن يضربهما في دار غيره.

ولو قال: إن لم أكن ضربته بهذين السوطين في دار فلان والمسألة بحالها حنث؛ لأن شرط البر أن يجتمع ضرب السوطين في دار فلان ولم يجتمعا.

ولو حلف لا يدخل هذه الدار إلا ناسيا فدخل مرة ناسيًا ثم دخلها متعمدًا يحنث؛ لأن اليمين مطلقة والمستثنى دخول نصفه، فإذا دخل متعمدًا كان هذا الدخول داخلا في المستثنى عنه.

ولو قال: لا أدخلها إلا أن أنسى والمسألة بحالها لا يحنث؛ لأن كلمة إلا أن بمعنى حتى فينتهي اليمين بالدخول ناسيًا.

بشر عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل حلف فقال: إن كانت هذه الحملة حنطة فامرأته طالق، فإذا هي حنطة وتمر لم يحنث؛ لأن شرط الطلاق أن يكون الحملة حنطة ولم يوجد.

ولو قال: إن كانت هذه الجملة إلا حنطة أو غير حنطة، فإذا هي حنطة وتمر، فإنه يحنث، وإن كان الكل حنطة لم يحنث.

وقال محمد: لا يحنث في الفصلين.

لأبي يوسف: أنه استثناء من الجملة المذكورة جملة واحدة وهي أن تكون حنطة وهذه ليست بحنطة.

لمحمد: أن المستثنى ليس بداخل تحت اليمين، وإنما الداخل تحت اليمين هو المستثنى فيعتبر وجوده، وإذا لم يعتبر وجود المستثنى لم يعلم المستثنى منه أنه هل وجد أم لا فلا يحنث؛ لأن شرط الحنث أن تكون الجملة غير الحنطة وهذه الحملة ليست بغير الحنطة وهذا كما قال في الجامع: رجل حلف إن كانت لي إلا عشرة دراهم، فإن كانت اليمين بغير الله تعالى لزمه ذلك؛ لأن علق بشرط كائن فكان التزاما ويتخير وإن كانت اليمين بالله فهو كاذب، فإن كان عالما فهو يمين غموس، وإن لم يكن عالما فهو لغو، ولو حلف لا يشتري بهذه الدراهم إلا لحما اليوم فاشترى به لحما وخبزًا لم يحنث.

وكذلك لو حنث لا يكلم فلانا وفلانا إلا في هذه الدار فكلم أحدهما فيها والآخر في غيرها لم يحنث حتى يكلمهما في غيرها.

ولو قال: إن كان هذان الثوبان إلّا هرويين، فإذا أحدهما هروي والآخر زطي حنث، وكذلك لو قال: إن كان حملك أو ما في بطنك إلا غلاما، فإذا هو غلام وجارية حنث؛ لأن في الأولى شرط الحنث أن يشتري بالدراهم كلها غير اللحم ولم يوجد وفي الثانية شرط الحنث أن لا يكون الثوبان هرويين ولا يكون جميع ما في بطنها غلاما وقد وجد.

ولو قال: امرأته طالق إن لم يخرج اليوم إلى الموصل إلا أن لا يجد ركابًا فوجد ركابًا فأبوا أن يحملوه، فإنه لا يحنث لأنهم إذا أبوا أن يحملوه فلم يجد ركابا وإن وجد ركابا وأغلوا عليه الكراء لا يحنث إن لم يخرج معهم إلا أن يكريه بمثل ما يكري الناس.

رجل قال لعبده: إن ضربتك اليوم فأنت حر إلا أن أكلم فلانا غدًا فضربه في

يومه قال إن كلم فلانا من الغد لم يحنث، وإن لم يكلمه حنث. رجل قال لعبده: أنت حر إن شربت النبيذ إلا أن أمرض أو أشرب دواء فمرض أو شرب دواء فقد خرج من يمينه. رجل قال لامرأته: عبدي حر إن جامعتك إلا من عذر أو بلية أو ضرورة فكان معها يأتيها فيما دون الفرج فأخطأ فخالطها فهذا منه عذر إذا كان منه على الخطإ. قال أبو يوسف: لو قال: إن كان الألف التي دفعت إليك إلا جيادًا فعبدي حر وكان نصفها جيادًا أو نصفها رديء لم يحنث حتى يكون كلها غير جياد، وكذلك لو قال إن كان سكان هذه القرية إلا العرب فعبدي حر لم يحنث حتى يكون كلهم غير العرب، ولو قال إن كان في هذه القرية غير العرب فكانوا نصفين حنث.

(**الجامع الصغير**): لو قال: إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق، فإذا له خمسون لا يحنث؛ لأنه استثنى المائة واستثناؤها استثناء لما دونها فكان شرط حنثه ملك زيادة شيء على المائة ولم يوجد فلا يحنث.

(**الجامع**): أصله: أن المستثنى من اليمين غير داخل فيها؛ لأن الاستثناء إخراج بعض ما يتناوله اللفظ لولا الاستثناء أو تكلم بالباقي بعد الاستثناء؛ لأن حكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه، وإنما يختلفان حكمًا إذا لم يكن المستثنى منه من جنس المستثنى ما أمكن حتى يكون استثناء حقيقة؛ لأن الكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه، كما لو قال لفلان عليّ ألف إلا درهم يجعل المستثنى منه من الدراهم تصحيحًا للاستثناء أو عرف ذلك بدلالة كلامه، فإن كان المستثنى منه مذكورًا نصًّا أو ثابتًا عرفا، فإنه لا يمكن أن يجعل المستثنى منه من جنس المستثنى منه وهو الدينار؛ لأنه لا يمكن تغيير نص كلامه، وكذلك إذا كان ثابتًا عرفا؛ لأن المعروف كالمشروط ليكون هذا استثناء مجازًا لا حقيقة.

ثم المسائل على فصول:

أحدها: في الاستثناء عما في الدار.

والثاني: في الاستثناء عن العرف.

والثالث: في الاستثناء عن الكل.

(فصل)

لو قال: عبده حر إن كان في الدار إلا رجل ولا نية له، فإن كان معه رجل أو صبي أو امرأة حنث؛ لأن قوله إلا رجل يكره في الإثبات فيخص فلا يخرج من اليمين إلا واحدًا، فإذا وجد أكثر من الواحد فقد وجد شرط الحنث والمستثنى منه ثابت عرفا وهو بني آدم والإنسان غير مذكور نصًّا؛ لأنه في العرف متى قيل لهم ليس في الدار إلا رجل يراد به نفي جميع بني آدم إلا رجلًا واحدًا والثابت عرفا كالثابت نصًّا فصار كأنه قال: عبده حر إن كان في الدار أحد من بني آدم إلا رجل فدخل الصبي والمرأة في اليمين؛ لأنه من جملة بني آدم فكذا هذا، وإن كان فيها مع الرجل دابة أو متاع لم يحنث؛ لأن الدابة غير داخلة تحت اليمين؛ لأن المستثنى منه بنو آدم عرفا، فإنه يقال ما رأيت اليوم إلا رجلا أي ما رأيت اليوم أحدًا من بني آدم إلا رجلا، وإن كان رأى مع الرجل دابة والبيان يدل عليه، فإن قال نويت الرجل لم يصدق قضاء؛ لأنه نوى التخصيص.

ولو قال: إن كان فيه إلا شاة فهو على بني آدم والحيوانات حتى لو كان فيه دابة أو إنسان يحنث؛ لأن في العرف متى قيل ليس في الدار إلا شاة يريدون بذلك خلو البيت عن جميع الحيوانات إلا الشاة لا خلو البيت عن الشياه إلا شاة، وإن كان فيها متاع لم يحنث؛ لأن المستثنى منه الحيوانات والمتاع ليس من جنسه فلا يدخل تحته وسكان البيوت، وإن كان حيوانا إلا أنها لم تدخل تحت اسم الحيوانات عرفا؛ لأنه إذا قيل ليس في البيت حيوان إلا شاة لا يفهم منه نفي سكان البيوت في العرف.

ولو قال: إلا ثوب فهو على كل شيء إلا سواكن البيوت من الهوام؛ لأن في العرف يراد بذلك نفي ما سوى سكان البيت من الموجودات.

وكذلك لو قال: إن كان فيه شيء لم يدخل فيه سكان البيت.

ولو قال: عبده حر إن ملكت إلا خمسين درهما فملك خمسين درهما وعشرة دنانير حنث؛ لأن إلا المستثنى منه هو المال عرفا؛ لأنه في العرف متى قيل فلان لا يملك إلا خمسين درهما يراد به أنه لا يملك من المال إلا خمسين درهما، ولأن الدراهم والدنانير كلها جنس واحد من حيث عرض الملك.

وهو الثمنيّة في التجارة وفي كونها وسيلة ودراعه إلى الأعيان المنتفعة، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في حق تكميل النصاب وعدم انقطاع الحول بذهاب أحدهما فكذا في حق انعقاد اليمين على الملك يعتبر جنسًا متحدًا ولا يحنث إذا ملك خمسين درهما وزيادة دار يسكنها أو ثياب قينة لأنها ليست من جنس الدراهم حقيقة ولا عرفا.

(فصل)

ولو قال لعبدين له: إن ضربتكما إلا يوما فامرأته طالق فضرب أحدهما يوم الخميس لم يحنث؛ لأنه لم يكمل الشرط وهو ضربهما فلو ضرب الآخر يوم الجمعة لم يحنث لاحتمال أن يضرب الآخر فيه فيكون هو اليوم الذي استثناه عن اليمين، ولو ضرب الآخر أيضًا يوم الجمعة لم يحنث؛ لأن المستثنى عن يمينه يوم يضربهما فيه متفرقا أو مجتمعا؛ لاناسي عن قوله إن ضربتكما وهذا نفي معنى والاستثناء من النفي إثبات فصار كأنه قال إن ضربتكما فامرأته طالق إلا يوما أضربكما فيه فصار يوما يضربهما فيه خارجًا عن يمينه وما عداه داخلا في يمينه فمتى ضربهما يوم الجمعة لا يحنث؛ لأن ذلك اليوم مستثنى عن يمينه، وإن مضى الجمعة قبل أن يضرب الآخر حنث؛ لأنه تحقق شرط الحنث وهو ضربهما في يومين؛ لأن ضربهما في يومين غير مستثنى عن يمينه وإنما المستثنى ضربهما في يوم واحد؛ لأنه نكرة في الإثبات فيخص وإن ضرب الآخر يوم السبت حنث؛ لأنه وجد ضربهما في غير يوم الاستثناء، فإنه ضربهما في يومين وضربهما في يومين غير مستثنى في يمينه.

ولو قال: إلا يومًا أضربكما فيه متى ضربهما جميعًا في يومين أو ثلاثة أو أكثر لا يحنث بخلاف الأول إذا ضربهما جميعًا في يومين يحنث، والفرق أن في الأول استثنى يوما نكرة مطلقة عن الصفة؛ لأن قوله أضربهما فيه غير منطوق به، وإنما يثبت الضرب فيه مقتضى قوله إن ضربتكما والمقتضى يثبت ضرورة لا عموم له، والنكرة في الإثبات يخص فكان المستثنى يوما واحدا يضربهما فيه وفي الثانية النكرة بصفة عامة؛ لأنه وصف اليوم بأن يضربهما فيه فيعم بعموم الوصف فصار

كل يوم يضربهما فيه مستثنى عن يمينه، ولو قال: إلا يوم الخميس فهو على كل يوم خميس؛ لأنه نكرة موصوفة بأنه خميس فتعم كل خميس.

(فصل)

أصله: أن المستثنى وما يكون تابعًا له خارجًا عن اليمين؛ لأن تسمية الشيء تسمية له ولما هو تابع له عرفا واعتبارا تحقيقا للتبعية كما يقول الرجل ما رأيت اليوم إلا رجلا، وإن كان رأى معه لباسه وسلاحه ودابته التي يركبها وكان صادقا في مقالته؛ لأن هذه الأشياء تابعة للرجل فصار الرجل بِتوابعه مستثنى عن الرؤية.

ولو قال: إن أكلت اليوم إلا رغيفًا فعبده حر فأكل رغيفًا ثم فاكهة حنث؛ لأن قوله: إن أكلت كلمة عامة تعم وتشمل جميع المأكول فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح الاستثناء فيدخل الكل في يمينه إلا أكل رغيف.

ولو قال: إن تغديت برغيف فأكل رغيفا وفاكهة يحنث؛ لأن التغدي يتناول الفاكهة إذا أكلها تبعا للرغيف، فإنه يقال تغديت برغيف وفاكهة والتغدي بما سوى الرغيف غير مستثنى فيكون داخلًا تحت يمينه بخلاف ما إذا أكل الرغيف مع الإدام كالجبن والخل وما يصطبغ به؛ لأن الإدام يصير تبعا للرغيف فيصير مستثنى بأكل الرغيف، فإن من تغذى برغيف وجبن لا يحنث؛ لأنه لا يسمى متغديا بها ولا يتعارف أكلها وحدها تغديا وكذلك اللبن إلا للتداوي فإنهم يتغدون به وحده، ولو قيل له: إنك تأكل اليوم رغيفين فقال إن أكلت اليوم إلا رغيفًا فعبده حر فهو على الجبر فأصله خاصة؛ لأنه صدر جوابا لما قيل له ولم يرد على حرف الجواب ليصير مبتدئا فصار جوابا له فيضمن إعادة ما في الخطاب فصار كأن قال إن أكلت اليوم من الأرغفة إلا رغيفا فعبدي حر.

ولو قال: إن أكلت أكثر من رغيف فأكل رغيفا وفاكهة لم يحنث؛ لأن جعل شرط حنثه أكل أكثر من رغيف، وإنما يصير أكل أكثر من رغيف إذا كانت الزيادة على الرغيف من جنسه؛ لأن الشيء إنما يتكثر بجنسه لا بخلاف جنسه فصار كأنه قال إن أكلت أكثر من جنس الرغيف فعبده حر إلا إذا قام دلالة العرف كما في التبع

لو قال عبده حر إن باعه إلا بأكثر من عشرة فباعه بعشرة ودينار يحنث؛ لأن الدينار يعد من جنس الدراهم في حق التجارة عرفا.

ولو قال: عبده حر إن أكل اليوم إلا رغيفا فأكل رغيفا بإدام كالملح والخل وكل ما يعتبر وصفًا له لا يحنث؛ لأن الإدام تبعا للرغيف، ألا ترى أن من أكل رغيفا ما دام يستخبر من نفسه أن يقول ما أكلت اليوم إلا رغيفا، وإن أكل الرغيف من الكروسا والكمون والسمسم الذي عليه والبورق والخل والزيت ونحو ذلك، فإذا كان تابعًا للرغيف صار مستثنيًا عن يمينه باستثناء الرغيف لما ذكرنا، فأما إذا أكله بلحم أو جبن أو بيض فما تجاوزها ويقع عليها اسم الأكل فصار كما لو أكله بعد الرغيف وحده، وقال أبو يوسف: لا يحنث؛ لأنه إدام عنده فيكون تابعًا للخبز.

(باب اليمين بكلمة إلا أن)

(**المبسوط**): لو قال لامرأته: أنت طالق إلا أن يقدم فلان، فإن لم يقدم حتى مات طلقت وإن قدم لا تطلق؛ لأن كلمة إلا أن للغاية حقيقة وللاستثناء مجازًا كما بينا وهنا لا يمكن أن يجعل للغاية؛ لأنها دخلت على إيقاع الطلاق وذلك مما لا يقبل التوقيت والغاية وتعذر أن يجعل للاستثناء؛ لأن حقيقة الاستثناء تقتضي أن يكون الطلاق واقعا قبل القدوم ثم يرتفع بالقدوم؛ لأنه استثنى القدوم من الطلاق والاستثناء لا يتصور إلا بعد وجود المستثنى منه والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل الرفع فجعل الطلاق معلقا بعدم القدوم؛ لأن الحالف جعل قدوم فلان مانعًا لوقوع الطلاق فيعتبر مانعا ما لم يقع اليأس عنه فيصير الإيقاع منفيا إذا وجد القدوم يصير موجودًا إذا عدم القدوم فصار كأنه قال: أنت طالق إن لم يقدم فلان لما يقتضيه حقيقة الاستثناء.

ولو قال: أنت طالق إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان آخر فكلمته قبل القدوم طلقت قدم فلان أو لم يقدم وإن كلمه بعد القدوم لا يقع؛ لأن كلمة إلا أن هنا دخلت على اليمين فأمكن أن يجعل للغاية؛ لأن اليمين هنا تقبل التوقيت فصار القدوم غاية ليمينه.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا إلا أن يرى غير ذلك لا تطلق إلا أن يموت الزوج.

ولو قال: أنت طالق ثلاثا إلا أن يرى فلان يقتصر على مجلس ذلك الرجل؛ لأنه تعذر أن يجعل كلمة إلا أن هنا للغاية لأنها دخلت على الإيقاع كما في القدوم فجعلت للاستثناء فصار الطلاق معلقا بعدم رؤية غير ذلك فصار كأنه قال أنت طالق إن لم ير غير كذلك إلا أن في حق الأجنبي اعتبر تمليكا؛ لأن غير مالك للطلاق وجواب التمليك يقتصر على المجلس في حق الزوج اعتبر شرطا محضا؛ لأنه ملك الطلاق والله عز وجل أعلم بالصواب.

كتاب النذور

النـذر فـي اللغـة: عبـارة عـن الالتـزام قـال الله تعـالى: ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا﴾ [مريم: ٢٦] أي التزمت ضمنا وأنه مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم: "**من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى**" إذا نذر لله تعالى بما هو قربة مقصودة كالصوم والصلاة يصح ويلزمه الوفاء به، فإن نذر بما ليس بقربة مقصودة كعيادة المريض وتشييع الجنازة وقراءة القرآن ونحوه التسبيح وغير ذلك لا يصح النذر لأنها ليست بقربة مقصودة بنفسها على أن الشرع ما ورد بإيجابها مقصودًا وإيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى لما تبين حتى يصح النذر: بما هو من جنسه إيجاب ولا يصح بما ليس من جنسه، كذا لو قال: لله عليّ أن أكفن الميت أو على أن أضحي لا يلزمه؛ لأن تكفين الميت ليس بقربة مقصودة والتضحية واجبة عليه متى كان موسرا والتزام الواجب لا يصح.

وإن نذر بما هو معصية لا يصح، وإن فعله يلزمه الكفارة، وأصل هذا قوله عليه السلام: "**من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه**"، ولو نذر ذبح ولده يلزمه ذبح الشاة استحسانًا.

وقال أبو يوسف وزفر والشافعي: لا يصح نذره؛ لأنه نذر بما هو معصية؛ لأنه إراقة دم معصوم فلا يصح كما لو نذر قتل ولده.

لهما: ما رُوي عن ابن عباس وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم أفتوا بوجوب ذبح شاة وقال علي رضي الله عنه: أرى عليه مائة بدنة وهذا لا يعرف قياسًا، وإنما يعرف سماعا صار المروي عنهم كالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، ولهذا قول الصحابي فيما لا يعرف قياسًا يكون حجة، ولو نذر بلفظ الفيل لا يصح؛ لأنه لو نذر ذبح الشاة بلفظ القتل لا يصح؛ لأن النص ورد بلفظ الذبح؛ لأنه ينبني على القربة فكذا هذا، ولو نذر بذبح العبد عند محمد يصح؛ لأنه كسبه؛ لأنه

مملوكه حقيقة فلما صح النذر بذبح ولده وإنه كسبه تسبيبًا فلأن يصح نذره بذبح عبده وله كسبه حقيقة أولى وعندهما لا يصح؛ لأن النص ورد في الولد وإنه أعظم حرمة وأعلى خطرًا من العبد وشفقته على ولده فوق شفقته على عبده فالنص الوارد في الولد لا يكون وارادًا في العبد دلالة فيرد إلى ما يقتضيه القياس وفي ذبح الوالد والوالدة عن أبي حنيفة روايتان والأصح أنه لا يصح النذر به؛ لأن النص ورد في الوالد معذولا به عن القياس وشفقته على ولده فوق شفقته على والديه فلا يصح إلحاقه به.

ولو نذر بذبح نفسه رُوي عن محمد أنه يلزمه شاة؛ لأن ولده جزؤه فلما صح نذره في جزئه فلأن يصح في كله أولى، ورُوي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يلزمه شيء؛ لأن النص ورد بالفداء في الولد معدولا به عن القياس فلا يصح قياس غيره عليه.

(باب النذر المطلق)

(المنتقى): أصله: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وفرع له حتى صح النذر بما لله تعالى من جنسه إيجاب ولا يصح بما ليس لله من جنسه إيجاب؛ لأنه ليس للعبد ولاية الإيجاب ابتداء ولكن له ولاية إيجاب مثل ما أوجبه الشارع بأمره تحقيقا لمصلحة العبد وإيجاب الطعام صار عبارة عن إيجاب مثل ما أوجبه الإطعام؛ لأن الطعام اسم العين، وإنما يصح إيجاب الفعل دون العين فكان المراد من الطعام هو الإطعام عرفا فصار كلاهما سواء فيلزمه الإطعام مقدار ما أوجب الله تعالى.

ولو قال: لله تعالى عليّ طعام عشرة مساكين ونوى أن يعطي واحدًا ما يكفي عشرة ولم ينو أن يطعم عشرة مساكين أجزأه أن يعطي واحدا؛ لأنه أوجب مقدار طعام عشرة مساكين ومتى صار قدر الطعام مذكورًا لم يكن ذكر عدد المساكين معتبرا؛ لأن القربة في الإطعام لا في التفريق بإطعام الواحد والاثنين في القربة سواء متى كان الطعام مقدرًا.

ولو قال: لله عليّ إطعام عشرة مساكين لم يجز إلا أن يصرف إلى عشرة؛ لأنه

أوجب إطعام عشرة مساكين وإيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وما أوجب الله تعالى من إطعام عشرة مساكين لم يجز فيه الدفع إلى البعض إلا أن يكرر عليه في الأيام فكذا هذا.

وعن أبي يوسف: لو قال: لله علي أن أطعم عشرة ولم يسم فأطعم خمسة لم يجز؛ لأنه أوجب إطعام عشرة فيلزمه إلى مراعاة العدد كما في إيجاب الله تعالى.

قال أبو حنيفة: لو قال: لله علي أن أطعم عشرة ولم يسم فأطعم خمسة لم يجز؛ لأنه أوجب إطعام عشرة فيلزمه مساكين أو قال على طعام عشرة مساكين فهما سواء لا يجزيه أن يطعمهم إلا ما يطعم في كفارة اليمين؛ لأنه أوجب على نفسه مثل ما أوجبه الله تعالى على المكفر عددا وقدرًا.

وقال أبو يوسف: لو قال لله عليّ طعام فله أن يطعم ما شاء ولو لقمة.

وذكر في أحباس الناطفي: لو قال: لله عليّ أن أتصدق بهذه الدراهم على مسكين فتصدق على واحد جاز؛ لأنه كلما ذكر قدر الصدقة لم يكن ذكر المسكين معه معتبرا؛ لأن الدفع إلى مسكين واحد وإلى اثنين في القربة سواء إلا أن قدر الصدقة لما لم يكن مذكورًا لزمه مراعاة عدد المساكين اعتبارًا بإيجاب الله تعالى.

وكذلك لو قال: لله على أن أطعم هذا المسكين هذا الطعام بعينه فأعطاه غيره أجزأه.

قال أبو يوسف رحمه الله: لو قال علي عتق عبد لا يجزيه إلا ما يعتق في الوصية.

ولو قال: علي عتق عبد من عبيدي هؤلاء وفيهم مدبرون وعميان أجزأه ما أعتق عنهم؛ لأنه التزم ناقصًا.

ولو نذر ألف حجة لم يكن له أن يأمر غيره؛ لأن العدد الذي يفوته من ذلك ليس بمعلوم ليأمر غيره به بخلاف ما لو نذر صوم الأبد فأفطر يوما فله أن يفدي؛ لأن القدر الذي يفوته معلوم بيقين.

وذكر الفقيه أبو الليث في (**النوادر**): لو قال لله عليّ ثلاثون حجة كان عليه بقدر

عمره؛ لأنه يصير بمنزلة من قال لله عليّ أن أحج سنة كذا فمات قبل ذلك لا يلزمه شيء؛ لأن إيجاب الفعل بعد الموت لا يصح، والصحيح هو الأول.

ولو قال: لله عليَّ أن أحج بألف من مال فلان فعليه أن يحج من مال نفسه؛ لأن إيجاب الحج على نفسه صحيح فلزمه وإيجابه من مال غيره لا يصح فلم يلزمه.

(**الجامع**): ولو قال: لله عليَّ إطعام مساكين أو المساكين فعليه إطعام عشرة مساكين كل واحد نصف صاع من حنطة؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وقد أوجب الله تعالى إطعام عشرة مساكين في كفارة عليَّ فإذا أبهم الناذر عدد المساكين أخذ المقدار مما أوجب الله تعالى في كفارة اليمين ولا يوجد من كفارة الخلق؛ لأن ثمة أوجب الكفارة باسم الصدقة لا باسم الإطعام غير مقدر بالمساكين وهنا الناذر أوجب باسم الإطعام مقدرا بالمساكين فكان هذا نظيره كفارة اليمين لا كفارة الحلق.

ولو قال: لله عليَّ طعام مساكين فعليه إطعام مسكين نصف صاع من حنطة؛ لأن ذلك أقل ما أوجبه الشرع، وكذلك لو قال: لله عليَّ صدقة، ولو قال: لله عليَّ عتق فهو على رقبة؛ لأن ذلك أقل ما أوجبه الله تعالى، ولو قال: لله عليَّ صوم فعليه صوم يوم؛ لأنه مقدر به شرعا وأدنى ما يجب بالأمر.

وقد ذكر أبو يوسف في (**الأمالي**): لو قال لله عليَّ صيام يلزمه صوم ثلاثة أيام؛ لأن ذلك أقل ما أوجبه الله تعالى في كفارة اليمين بقوله تعالى: ﴿فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦].

(باب النذر المعلق)

(**المبسوط**): لو قال: إن فعلت كذا فعليّ حجة أو صوم سنة أو كل شيء هو طاعة لزمه الوفاء به.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: آخرًا إن شاء وفا به، وإن شاء كفّر، وهو رواية عن محمد، وهو قول الشافعي، وعليه فتوى بعض مشايخنا للضرورة والبلوى.

وإن علق نذره بما يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضي أو رد غائبي أو مات عدوي فعليّ كذا يلزمه الوفاء به ولا تنفعه الكفارة.

وجه رواية النوادر أن النذر المعلق بشرط لا يريد كونه يمين من وجه نذر ومن وجه يمين باعتبار الشرط؛ لأن الشرط مزجور ومحذور عنه فرارا عما يلزمه من الجزاء نذر باعتبار الجزاء؛ لأن الجزاء خلص حقا لله تعالى بخلاف ما لو علق بما يريد كونه؛ لأنه نذر من كل وجه باعتبار الجزاء والشرط جميعًا؛ لأن الشرط مرغوب فيه والشرط في اليمين بالله ما يكون مزجورًا عنه.

وجه ظاهر الرواية أنه يرجح فيه معنى النذر على معنى اليمين؛ لأن النذر ثابت باعتبار الجزاء ومعنى اليمين ثابت باعتبار الشرط والجزاء أصل والشرط تبع له، ولهذا اختلفت الأيمان باعتبار الأجزية لا باختلاف الشرط فسقط اعتبار معنى اليمين فصار النذر المعلق والمنجز سواء وصار كالنذر المعلق بما لا يريد كونه.

ولو قال: لله عليَّ نذر إن فعلت كذا إن نوى قربة يلزمه ما نوى؛ لأنه نوى ما يحتمل لفظه فيجعل ما نوي كالمنطوق والمصرح به، فإن لم يكن له نية فعليه كفارة يمين وكذا إن علق النذر بفعل هو معصية كقوله إن كلمت أبي أو صليت الظهر فعليّ نذر إن نوى يلزمه ما نوى، وإن لم ينو يحنث نفسه ويكفّر لقوله عليه السلام: "**من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير وليكفّر يمينه**".

ولو حلف بالنذر ونوى الصوم أو الصدقة ولم ينو عددا فعليه في الصوم ثلاثة أيام وفي الصدقة إطعام عشرة مساكين؛ لأنه إذا أبهم النذر كان عليه كفارة يمين يجزيه فيها صيام ثلاثة أيام وإطعام عشرة مساكين فكذا إذا أبهم المقدار كان عليه من المقدار ما في كفارة اليمين؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى.

(**النوادر**): ولو قال: إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة ففعل وهو لا يملك إلا مقدار مائة درهم لا يلزمه التصدق إلا بمائة وهو الصحيح؛ لأن فيما لا يملك لم يوجد النذر في الملك ولا مضافًا إلى سبب الملك فلا يصح، كما لو قال: مالي في المساكين صدقة وليس له مال لا يصح.

ولو قال: إن نجوت من هذا الغم فلله عليّ أن أتصدق بهذه خيرا ثم تصدق

بثمنه ولا يصدق بالخير جاز؛ لأن دفع القيم في حقوق الله تعالى جائز.

ولو قال: إن كلمت فلانا فعلي صوم شهر كشهر رمضان فكلمه يلزمه صوم شهر إن شاء تابع، وإن شاء فرق؛ لأن قوله كشهر رمضان تشبيه في حق الوجوب به لا في حق صفة الواجب إلا إذا نوى التتابع.

ولو قال: إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة لكل مسكين درهم ففعل وتصدق بذلك على مسكين واحد جاز؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وفي الزكاة يجوز صرفها إلى واحد فكذا هذا.

ولو قال: إن اشتريت بهذه الدراهم شيئًا فهذه الدراهم صدقة على المساكين فاشترى بها شيئًا لزمه التصدق بها؛ لأنه حنث والدراهم باقية في ملكه.

ولو قال: إن اشتريت بهذا الثوب أو بهذه تبرة فضة أو ذهب شيئًا فهو في المساكين صدقة فاشترى بها لا يلزمه أن يتصدق بشيء؛ لأنه حين اشترى به فقد صار ملكا للبائع لأنها تتعين في الشراء.

ولو قال: إن بعت عبدي هذا قيمته في المساكين صدقة، فباعه فوجد المشتري عيبًا فنقض البيع قبل أن يتقابضا بقضاء أو برضا لا يتصدق البائع؛ لأنه انفسخ البيع من الأصل، ولو تفاسخا بعدما تقابضا والثمن دراهم أو دنانير فعليه أن يتصدق بمثلها، وإن كان الثمن عرضًا، فإن كان الرد بغير قضاء تصدق بقيمته، وإن كان نقضا لم يتصدق بشيء، ولو كان المشتري قبض العبد ولم يسلم الثمن حتى رد العبد بالعيب بقضاء لا يصدق البائع بشيء وإن رده بغير قضاء تصدق بمثل الثمن من قبل إنه ملكه وهو بالرد فسخ ملكه فكأنه وهبه، ولو كان البائع قبض الثمن ولم يسلم العبد فهلك عنده والثمن عرض رده ولم يتصدق بشيء؛ لأن ثمنه صار مستحقا لغيره، وإن كان الثمن دراهم أو دنانير تصدق بمثلها، ألا ترى لو كان أخذ بالثمن رهنًا فعليه أن يرد مثلها من الذهب وعليه أن يتصدق بمثلها ولا يتصدق بالذهب.

(**الجامع**): لو قال: إن كان في يدي من الدراهم إلا ثلاثة فهي صدقة، فإذا هي خمسة، فإنه يتصدق بها كلها؛ لأن ثلاثة مستثنى من يمينه وشرط حنثه يعتبر فيما وراء الثلاثة وهو أن يكون في يده بعض الدراهم؛ لأن كلمة من للتبعيض وقد وجد

بعض الدراهم في يده سوى الثلاثة؛ لأن الدرهمين بعض الدراهم فوجد شرط الحنث فحنث فيلزمه التصدق بالكل ولا يحمل كلمة من على التمييز؛ لأنه ذكره بعد عدد من دراهم فاستثنى فلا يحتاج إلى التمييز بخلاف ما لو قالت لزوجها طلقني على ما في يدي من الدراهم، فإذا في يدها درهمان يلزمها ثلاثة دراهم فقد جعل كلمة من للتمييز هناك؛ لأن كلمة ما للتعميم فيما لا يفعل، ألا ترى لو أصر على ذلك تناول الكل، وإذا قال من الدراهم فقد مُيِّزت الدراهم من غيرها، أما هنا التمييز وقع بقوله إلا ثلاثة وصار الثلاثة مستثناة عنها فيعتبر من للتبعيض.

ولو قال: إن كان في يدي دراهم إلا ثلاثة فهي صدقة والمسألة بحالها لم يتصدق بشيء؛ لأن المستثنى هو الثلاثة لا يعتبر في شرط الحنث، وإنما يعتبر شرط الحنث فيما وراءه والناذر شرط في اللزوم للصدقة أن يكون في يده دراهم سوى الدراهم المستثناة والدراهم اسم جمع فيطلق على الثلاثة ولم يوجد في يده ثلاثة سوى المستثنى فلم يوجد شرط الحنث فلم يحنث حتى لو كان في يده شيء يلزمه التصدق بالكل؛ لأنه وجد شرط الحنث.

ولو قال: إن كان في يدي دراهم أكثر من ثلاثة فهي صدقة وفي يده أربعة أو أكثر لزمه التصدق؛ لأنه لم يستثن بل يجب التصدق بشرط أن تكون الدراهم أكثر من ثلاثة وقد وجدت بهذه الصفة.

ولو قال: إن بعت هذا الغلام فثمنه صدقة فباعه لزمه التصدق؛ لأنه أضاف النذر إلى سبب الملك؛ لأن البيع سبب لملك الثمن فصح النذر بالثمن، كما لو قال إن اشتريت عبدًا لله عليَّ أن أتصدق به، فإن قتل البائع العبد في يده وقد قبض الثمن لزمه التصدق به؛ لأنه لم يستحق عليه عين ما لزمه التصدق به، وإنما استحق عليه مثله دينًا في ذمته، ألا ترى أن له أن يرد غيره فهذا دين لحقه بعدما لزمه التصدق بالمقبوض فلم يسقط عنه التصدق، وإن لم يقبض الثمن فلا شيء عليه؛ لأنه لم يستهلك الثمن بل هلك حكمًا لانتقاض البيع باستهلاك المبيع لا مقصودًا؛ لأن قتل العبد غير موضوع لاستهلاك الثمن فكان سقوط الثمن عن المشتري حكما لا يقصده فلا يكون الهلاك مضافا إلى صنعه فلا يضمن بخلاف ما لو وهب الدين من

المديون بعد الحول يضمن قدر الزكاة؛ لأنه استهلك عين ما وجب فيه الزكاة قصدا باختياره فضمنه.

ولو قال: إن بعت عبدي هذا بهذا الكر من الحنطة وبهذه الألف فهما صدقة فباعه بهما تصدق بالكر دون الألف؛ لأن البيع سبب لملك عين الكر؛ لأنه يتعين بالتعين فملكه وليس بسبب تملك هذه الألف فلا يملك بنفس البيع فصار بائعا بما يملكه وبما لا يملكه فكان شرط وجوب التصدق بالكر وهو بيع العبد بالكر وبالألف المشار إليها حقيقة لا حكما وهو أضاف البيع إلى الألف المشار إليه، وإن كان لا يتعلق البيع بعينها؛ لأن البيع من حيث إنه يتعلق بعينها لا يتأتى فانصرفت اليمين إلى ما يتأتى وهو إضافة البيع إليها كما لو جمع بين أجنبية وذات رحم منه وقال إن تزوجتكما فأنت طالق انصرفت يمينه إلى نكاح فاسد في المحرم فكذا هذا.

وذكر في (**الجامع الصغير**): لو قال: إن لبست غزل فلانة فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ثم نسج فلبسه فعليه أن يهدي عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما ليس عليه أن يهدي؛ لأن النذر إنما يصح إما في الملك أو مضافا إلى سبب الملك والغزل واللبس لنا بسبب من أسباب الملك ولم يوجد في الملك فلا يصح لأبي حنيفة أن العادة الغالبة أن المرأة تغزل لزوجها من قطن يملكه الزوج فتصير اليمين مقيدة بالعادة فتصير مقيدة بالملك دلالة والله أعلم.

(باب الدور في النذور المعلقة)

(**الجامع**): لو قال: كلما كلمت فلانا يوما فلله عليَّ أن أتصدق بدرهم كلما كلمته يومين فلله علي أن أتصدق بدرهمين كلما كلمته ثلاثة أيام فلله علي أتصدق بثلاثة دراهم كلما كلمته أربعة أيام فلله علي أن أتصدق بأربعة دراهم كلما كلمته خمسة أيام فلله علي أن أتصدق بخمسة دراهم فكلمه في اليوم الرابع والخامس لزمه التصدق بثلاثين درهما وذلك؛ لأنه عقد خمسة أيمان بكلمه كلما وهي توجب تكرار الفعل والاسم، كما لو قال كلما كلمت فلانا يوم الخميس فعلي أن أتصدق بدرهم تجدد اليمين بتجدد كل خميس وذلك لأنه كما لا بد لحلول الفعل وانفعاله

من المحل لا بد له من الوقت؛ لأن الفعل لا ينفعل إلا في الوقت فيعم الوقت أيضًا ضرورة تعمم الفعل كما يتعمم الاسم ضرورة تعمم الفعل، وإنما يتحقق القول بتعمم الأوقات وتكرارها متى تجدد كل يمين بتجدد دورها على وقتها وقد جعل لكل يمين مدة ودورا فدور اليمين الأولى يوم فيتجدد اليمين بتجدد كل يوم ودور اليمين الثانية يوم فتجدد هذه اليمين تجدد كل يومين، وكذلك بقية الأيمان فمتى كلمه في اليوم الرابع لزمه خمسة عشر درهما ومرة أخرى بالكلام في اليوم الخامس فيلزمه خمسة فاليوم الرابع هو الدور الرابع في اليمين الأولى فتتجدد فيه اليمين الأولى وقد وجد فيه شرط الحنث فحنث فلزمه درهم وهو الدور الثاني من اليمين الثانية تتجدد فيه اليمين الثانية وقد حنث فيها فلزمه درهمان وهو أول يوم من الدور الثاني من اليمين الثالثة؛ لأن بمضي ثلاثة أيام قضى دورها الأول وبمجيء اليوم الرابع دخل دورها الثاني فتجدد فيه اليمين الثالثة وقد حنث فيها فلزمه ثلاثة دراهم وهو آخر يوم من الدور الأول من اليمين الرابع وقد حنث فيها فلزمه أربعة وهو اليوم الرابع من الدور الأول في اليمين الخامسة وقد حنث فيها فلزمه خمسة فصار جملة ذلك خمسة عشر فلما كلمه في اليوم الخامس حنث في الأيمان كلها مرة أخرى؛ لأن اليوم الخامس هو الدور الخامس من اليمين الأولى فاليوم الأول من الدور الثالث في اليمين الثانية واليوم الثاني من الدور الثاني في اليمين الثالثة واليوم الأول من الدور الثاني في اليمين الرابعة واليوم الآخر من الدور الأول في اليمين الخامسة فكانت الأيمان كلها مجتمعة في اليوم الخامس فحنث بها لوجود شرط الحنث، ولو كان فكان كلما كل يوم كلمت فلانا والمسألة بحالها فكلمه في الرابع والخامس تصدق باثنين وعشرين درهما؛ لأن كلمة كل توجب تعميم الاسم وكل دور حنث فيه مرة لا يحنث فيه ثانيا فلما كلمه في اليوم الرابع فقد حنث في الأيمان كلها؛ لأن الأيمان كلها قائمة في اليوم الرابع لبقاء أوقاتهن، فإن الأيمان معقودة بحرف كل وإنه يعم الأيام والأدوار؛ لأنه وإن قرن كلمة كل بالأيام ولم تقرن بالكلام ولكن قرن به حرف في، فإنه قال كل يوم أكلمه فيه وأنه يوجب تكرار الكلام بحرف الفاء فصار كأنه قال كل يوم أكلم فلانا فلله علي درهم وصار كلما لو

قال كل دار أدخلها فلله علي بها حجة فلم يحنث في شيء منها فحنث فيها بالكلام في اليوم الرابع؛ لأن الشرط الواحد يصلح شرطا في أيمان جمة فلزمه خمسة عشر فلما كلمه في اليوم الخامس يلزمه سبعة دراهم؛ لأن لم يلزمه باليمين الخامسة شيء؛ لأنه حنث فيها مرة بالكلام في اليوم الرابع فلا يحنث في ذلك الدور مرة أخرى؛ لأن اليمين واحدة على كل خمسة أيام فلزمه باليمين الرابعة أربعة دراهم؛ لأن اليوم الخامس أول الدور من اليمين الرابعة ولم يحنث في ذلك الدور فيها، وإنما حنث في الدور الأول فيها في اليوم الرابع فيحنث فيها مرة أخرى ولا يلزمه باليمين الثالثة شيء؛ لأن اليوم الخامس أوسط يوم من الدور الثاني في اليمين الثالثة وقد حنث في هذا الدور بالكلام في اليوم الرابع فلا يحنث مرة أخرى ويلزمه باليمين الثانية درهمان؛ لأن اليوم الخامس أول يوم من الدور الثالث من اليمين الثالثة لم يحنث فيه في اليوم الرابع، وإنما حنث في دورها الثاني فحنث في هذا الدور مرة أخرى ويلزمه درهم باليمين الأولى؛ لأنه خامس دور فيلزمه سبعة فتصير مع خمسة عشر اثنين وعشرين.

ولو قال مواجهة كلما كلمتك يومًا فلله علي أن أتصدق بدرهم حتى حلف بخمسة أيمان لزمه التصدق بعشرين درهمًا؛ لأنه حنث في الأيمان كلها إلا الخامسة تعدد بما حلف بعدها؛ لأنه كلمه بكل يمين فحنث في الأولى بالثانية فلزمه درهم وحنث بالثالثة في الأولى والثانية فلزمه ثلاثة دراهم وبالرابعة في الأولى والثانية والثالثة فلزمه ستة وحنث في الخامسة لانعدام المكالمة بعدها والحاصل أنه حنث في الأولى أربع مرات فلزمه أربعة وحنث في الثانية ثلاث مرات فلزمه ستة وحنث في الثالثة مرتين فلزمه ستة وحنث في الرابعة مرة فلزمه أربعة؛ لأن الأيمان كلها معقودة بحرف كلما فكلما حنث في يمين ينحل اليمين وتتجدد يمين أخرى.

ولو قال: كل يوم أكلمك فيه كل يومين أكلمك فيهما كل ثلاثة أيام أكلمك فيهن كل خمسة أيام أكلمك فيهن فكلمه في يوم يلزمه عشرة؛ لأن كلمة كل لا توجب تكرار الفعل فحنث في كل يمين مرة واحدة في هذا اليوم؛ لأن الدور واحد ولا يحنث في الخامسة؛ لأنه لم يوجد الكلام بعدها، وإن كلمه في اليوم الثاني لزمه

ستة دراهم أخرى؛ لأنه يحنث في اليمين الأولى؛ لأنه يأتي دورها ولم يحنث فيه ولا يحنث في اليمين الثانية والثالثة والرابعة؛ لأن اليوم الثاني من الدور الأول في هذه الأيمان وقد حنث فيها في ذلك الدور مرة فلا يحنث مرة أخرى ويحنث في اليمين الخامسة؛ لأنه لم يحنث فيها أصلًا.

(**المنتقى**): رجل قال: إن دخلت الدار فعلي لكل دخلة درهم وبكل دخلتين درهمان فدخل مرتين قال يتصدق بأربعة دراهم؛ لأنه لزمه درهمان بكل دخلة ودرهمان بدخلتين.

(باب من حلف أو نذر على شيء فقال آخر: عليَّ مثل ذلك)

(**المبسوط**): لو قال: لله عليه المشي إلى بيت الله وعبده حر وكل امرأة له طالق ثلاثا إن دخل هذه الدار فقال رجل آخر وعلي مثل ما جعلت على نفسك إن دخلت هذه الدار فدخل الثاني الدار يلزمه الحج ولا تطلق امرأته ولا يعتق عبده في القضاء ولكن الأفضل أن يفي بالعتق؛ لأن كلمة عليّ للإيجاب في الذمة فقد أوجب الثاني في ذمته جميع ذلك كأنه قال علي المشي والعتق والطلاق.

ولو صرح بهذا يلزمه المشي؛ لأنه يصح النذر به ويصح النذر بالإعتاق؛ لأنه قربة فيلزمه ولكن لا يقع إلا بإيقاعه ولكن عليه أن يفي بالعتق، كما لو قال علي عتق عبد ولا يصح النذر بالطلاق؛ لأنه ليس بقربة فلا يلزمه وهذا أثبت وأشد من الأول أضعف؛ لأن الأول نذر على سبيل الكناية والثاني نذر مفصح به ففي المفصح به يلزمه الوفاء به ديانة لا قضاء ففي المكنَّى أولى ويستدل بهذه المسألة على أن من قال الطلاق عليّ واجب أو لازم لا يقع طلاقه وهو رواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح كما بينا في الطلاق.

(**النوادر**): رجل طلق امرأته فقال آخر: عليَّ مثل هذا الطلاق في امرأتي لم يلزم الثاني؛ لأن كلمة عليَّ للإيجاب والطلاق مما لا يصح إيجابه، ولو حلف بطلاق امرأته أن لا يدخل الدار فقال آخر عليَّ مثل ذلك، فإن أراد بهذا إيجاب اليمين كان

يمينا كأنه قال والله لأطلقها، فإن مات أحدهما حنث؛ لأن النذر يحتمل معنى اليمين فقد نوى ما يحمله لفظه فصحت نيته.

ولو قال الأول: لله عليّ عتق نسمة إن دخلت الدار، وقال الثاني: عليّ مثل ذلك إن دخلت لزم الأول والثاني؛ لأن الثاني أوجب مثل ما أوجبه الأول وقد أوجب الأول عتق نسمة في الذمة فكذلك الثاني.

ولو قال: كل مالي هدي فقال آخر وعليّ مثل ذلك لزم الثاني أن يهدي جميع ماله سواء كان أقل من الأول أو لأن الثاني أوجب ما أوجب الأول والأول أوجب الهدي بكل ماله فلذا إيجاب الثاني ينصرف إلى كل ماله ليكون مثلا للأول إلا أن معنى مثل فيلزمه؛ لأن اللفظ يحمله والله عز وجل أعلم بالصواب.

كتاب الكفارات

يحتاج إلى معرفة: وجوب الكفارة، وتفسيرها، وسبب وجوبها، وصفتها، وحكمها، وأنواعها.

أما وجوبها:

أما كفارة اليمين: فلقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ [المائدة: ٨٩] والله تعالى ذكر المؤاخذة في اليمين المعقودة بقوله: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَۖ﴾ الآية والمؤاخذة إنما تكون في الواجب ثم فسر تلك المؤاخذة بالكفارة بقوله ﴿فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾ الآية.

وأما كفارة الظهار: فلقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾ [المجادلة: ٣].

وأما كفارة القتل: فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـًٔا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾ [النساء: ٩٢].

وأما كفارة الفطر: فلحديث الأعرابي لما يأتي.

وأما تفسيرها: فلأنها مبنية على الستر لغة لأنها مأخوذة من الكَفْرِ وهو التغطية والستر[1]:

فِي لَيْلَةٍ كَفَرَ النُّجُومَ غَمامُهَا

أي ستَرها.

وأما سبب وجوبها: فما هو سبب لوجوب التوبة وهو الإسلام وعهد مع الله تعالى أن لا يعصيه، فإذا عصاه يتوب ويرجع عنه؛ لأن الكفارة من تمام التوبة؛ لأنها شرعت للتكفير والتمحيص عن الذنب ومحو الإثم الحاصل بترك تعظيم الله تعالى

---

(١) هو عجز البيت (٤٢) من معلقة لبيد، ديوانه: (١٧٢) وصدره:

يَعْلُو طَرِيقَةَ مَتْنِهَا مُتَوَاتِرًا

وهتك حرمة اسمه وأمره بالحنث عندنا حتى لا يجوز التكفير قبل الحنث خلافًا للشافعي؛ لأن وجوبها معلق بالحنث لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ إِذَا حَلَفۡتُمۡۚ﴾ الآية قرأ ابن مسعود إذا حلفتم وحنثتم وهو قرأ قرآنا، فإن لم يثبت قرآنا لعقد شرطه وهو التواتر فلا أقل من أن يكون خبرًا مشهورا والزيادة على الكتاب بالخبر المشهور جائز، ولأن الكفارة شرعت ستر الذنب ورفعه فكان يحلها الذنب وقبل الحنث لا ذنب؛ لأن الموجود هو اليمين ولا ذنب فيها، وإنما الذنب يحصل بالحنث بهتك حرمة اسم الله تعالى فلا تكون الكفارة أوجبه قبل الحنث وأداء الواجب قبل الوجوب لا يتصور كما لو كفر قبل الإفطار بخلاف ما لو كفر عن القتل بعد الجرح قبل الموت يجوز؛ لأن كفارة القتل تعلقت بالقتل في حق القاتل والقتل في حق القاتل هو الجرح المفضي إلى زهوق الروح، فإذا مات تبين أنه أفضى إلى زهوق الروح فتبين أن فعله كان قتلا من حين وجوده لا في حق المقتول؛ لأن الكفارة جزاء فعل المخالف تكفيرا لذنب والذنب إنما يتحقق بفعله فيعتبر فعله مثلًا في حقه من حين وجوده.

وأما صفتها: فكونها عبادة عندنا، وعند الشافعي عقوبة حتى أن يمين الكافر لا تنعقد موجبة للكفارة عندنا خلافًا له فعنده المغلب فيها العقوبة وعندنا المغلب فيها معنى العبادة لأنها حسنة وقربة حقا لله تعالى لما فيها من تخليص عبد من ذل الرق وقهر المملوكية أو إسباغ عبده وإكسابه أو صيام هو كسر شهوة عنده خالصا لوجهه تبعا لمرضاته، فإذا كانت حسنة فالحسنات مذهبة للسيئات بالنص وما يكون مذهبا للسيئات لا يجوز أن يكون عقوبة؛ لأن العقوبة شرعت للجزاء والتنكيل والحسنة شرعت للتكريم والتبجيل؛ لأنها شرعت لرفع الذنب وارتفاع الذنب ثواب؛ لأن الثواب ليس إلا نعمة شرعت جزاء على العبادة وارتفاع الذنب نعمة وكرامة فيكون ثوابا والثواب إنما يحصل بالعبادة والكافر ليس من أهل أداء العبادة بالإجماع؛ لأنه ليس من أهل حكمها وهو الثواب، وإن حلف ثم ارتد ثم أسلم فحنث فلا كفارة عليه؛ لأنه بالترك لم يبق أهلا لليمين فيبطل كما تبطل سائر العبادات.

وأما حكمها: هو حصول الثواب لأنها شرعت للتكفير والتمحيص والتكفير إنما يحصل بالثواب لينعدم العقاب في مقابلته.

وأما أنواعها: فالكفارات على ضربين:

أحدهما: على الترتيب وهو كفارة الظهار والفطر والقتل والآخر على التخيير وهو كفارة اليمين ثم تتنوع ثلاثة أنواع: فأعلاها كفارة القتل فيها تحرير رقبة مؤمنة وصوم لا يجوز التكفير بالصوم مع وجود الرقبة في ملكه أو ما يقدر على ثمنه.

وعند الشافعي: إذا كان له عبد للاستخدام أو لا مال له سواه يجوز له التكفير بالصوم.

والصحيح قولنا؛ لأن التكفير بالصوم خلف عن التكفير بالمال لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] جوز التكفير بالصوم حال عجزه عن التكفير بالتحرير ومن شرط جواز المصير إلى الحلف بحق العجز عن الأصل وهنا لم يتحقق العجز عن الأصل فلا يجوز الحلف.

والثاني: كفارة رمضان والظهار وفيها تحرير رقبة مطلقة وصوم وإطعام على الترتيب كما نطق به الكتاب وحديث الأعرابي على ما روينا في كتاب الصوم.

والثالث: كفارة اليمين فيها تحرير وإطعام وكسوة وهو مخير بين هذه الثلاثة؛ لأن الله تعالى ذكرهما بكلمة «أو» وإنها للتخيير متى دخل على الإثبات، فإن لم يقدر على واحد منها يجزيه الصوم وصام ثلاثة أيام متتابعة.

وقال الشافعي: إن شاء تابع، وإن شاء فرق.

والصحيح قولنا؛ لقراءة ابن مسعود وأُبي رضي الله عنهما: (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) وقراءتهما مشهورة فصار كالخبر المشهور ويجوز الزيادة على الكتاب بالخبر المشهور وتجوز الزيادة.

(باب التكفير بالتحرير)

ويجوز في الكفارة إعتاق رقبة مطلقة بأي صفة كانت صغيرة أو كبيرة مسلمة أو كافرة إلا في كفارة القتل.

وعند الشافعي: لا يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى أوجب تحرير رقبة مطلقة لقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وكذا في كفارة الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام للأعرابي في كفارة الإفطار: "**أعتق رقبة**" وقد حرر رقبة مطلقة؛ لأن الرقبة المطلقة اسم ذات كامل مرفوق من كل جهة وجه والكافر ذات كامل مرفوق من كل وجه؛ لأن الكفر سبب الرق فكيف بباقي كمال الرق واشتراط وصف الإيمان زيادة على النص وإن نسخ فلا يجوز.

ولو أعتق حربيًّا في دار الحرب عن الكفارة وخلى سبيله قيل يجزيه؛ لأنه تحرير كامل وقيل لا يجزيه؛ لأنه صرف الكفارة إلى الحربي فلا يجوز كما لو صرف إليه الطعام أو الكسوة، وإن أعتق مرتد يجوز بالاتفاق.

وأما المرتد ذكر الكرخي أنه يجوز؛ لأنه تحرير كامل وكونه مشرفا على الهلاك بالردة لا يمنع الجواز كما لو أعتق عبدًا حلال الدم يجوز وإن صار مشرفًا على الهلاك وقيل لا يجوز؛ لأنه بالردة صار حربيًّا، ولهذا أجل قتله وصرف الكفارة إلى الحربي لا يجوز ثم الأصل أن كل عيب يوجب فوات حبس المنفعة يمنع جواز الكفارة وإلا فلا؛ لأن قيام الرقبة بقيام المنفعة وفواتها بفوات المنفعة فمتى كان حبس المنفعة قائمًا كان أصل المنافع قائمًا فيكون أصل الرقبة قائمًا، وإنما فاتت النهاية في الكمال والنهاية في الكمال ليست بشرط لجواز التكفير؛ لأن «ما» كامل إلا ورقبة أخرى تكون أكمل منه وما لا يمكن مراعاته يسقط اعتباره كالعيب اليسير إذا الحيوان لا ينفك عن العيب اليسير، فأما إذا فات جنس المنفعة صارت الرقبة هالكة من وجه فكانت ناقصة فلا يتناولها مطلق اسم الرقبة وإعتاق عبدٍ عوار وأقطع إحدى اليدين أو الرجلين أو اليد والرجل من خلاف أجزأه؛ لأن منفعة الجنس قائمة وهي منفعة البطش والمشي والبصر ولكن وصف الكمال فيه فائتا وإنه لا يمنع الجواز.

ولو أعتق أعمى أو مقطوع اليدين أو الرجلين أو اليد والرجل من جانب واحد أو فاتت أكثر الأصابع أو الأخرس والمعتوه والمفلوج اليابس الشق لا يجوز؛ لأنه فائت جنس المنفعة فتصير الرقبة هالكة من وجه، ولهذا قدر بدله بدل النفس وثلاثة

أصابع من كل بدلها حكم الكل؛ لأن الأكثر فائت فلا يمكنه البطش، فإن كان الإبهام من كل يد مقطوعة لا يجزيه؛ لأنه لا يستطيع أن يعمل بالباقي وكان جنس المنفعة يفوت لفوات الإبهامين ويجوز الأصم قالوا هذا إذا كان أصم يسمع شيئًا من قريب ولا يسمع من بعيد؛ لأنه لم يفت جنس المنفعة وهو السماع لكن ذهب وصف كماله فصار كالأعور، فأما إذا كان أصم لا يسمع أصلًا لا يجزيه؛ لأنه فات حبس المنفعة وإنه يكون بمعنى الآخرين؛ لأن التكلم إنما يحصل بالعلم ولا يمكنه التعلم متى كان لا يسمع أصلًا.

ويجوز الذي يجن ويفيق؛ لأنه لم يفت جنس المنفعة؛ لأنه ينتفع بعقله أحيانا ويجوز الخصي ومقطوع الأذنين والمذاكير؛ لأنه لم يفت جنس المنفعة؛ لأن منفعة السمع باقية مع قطع الأذنين وبالخصي إن فات خروج المني ومنفعة النسل لم تفت خروج البول وبالجب لم يفت خروج البول والمني ولأن منفعة النسل راجعة إلى العبد لا منفعة للمولى في كون عبده محلا بل ازدادت قيمته في حق المولى بالخصي والجب فلا تصير الرقبة كالهالكة في حق المولى ولا يجوز المدبر وأم الولد ويجوز المكاتب خلافًا لزفر والشافعي؛ لأن تحرير المكاتب تحرير كامل؛ لأن الكتابة لا توجب الرقبة ولا زوال الملك؛ لأن العتق في الكتابة معلق بالأداء؛ لأن اللفظ بصيغته وحقيقته تعليق العتق بالأداء والمعلق بالشرط عدم قبله، ولهذا يحتمل الكتابة النقض والفسخ.

ولو صارت الحرية مستحقة بالكتابة لما احتمل النقض كما في التدبير والاستيلاد وحرية اليد ليست إلا عبارة عن صيرورته أحق بمنافعه ومكاسبه وملك الرقبة يكفي لولاية التحرير؛ لأن التحرير يلاقي ملك الرقبة لا ملك اليد فصار كالعبد المرهون والمستأجر والموصى بخدمته لآخر، فإن ملك الرقبة قائم مع زوال ملك اليد والمنفعة وسلامة الأولاد والأكساب معلقة بعتقه وهو مكاتب لا بالعتق بجهة الكتابة؛ لأن الأصل أن يكون الإنسان أحق بكسبه وولده، وإنما يصرف إلى السيد إذا فضل عن حاجته في حال قيام الملك بطريق القيام مقامه فأداء عتق لم يبق الملك فلا يقوم مقامه فبقيت الأكساب والأولاد سالمة بقضية الكسب بخلاف

المدبر وأم الولد؛ لأنه ثبت لهما حق الحرية للرقبة وصار كالزائل عن ملكه من وجه فيكون تحريرهما ناقصا، ولو أدى بعض بدل الكتابة لا يجوز؛ لأن بقدر ما أدى يكون عتقا بعوض؛ لأنه يسلم للمولى عوض بعض الرقبة والعتق إذا كان بعضه بعوض لا يجزي عن الكفارة وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز؛ لأن العتق معلق بأداء كل البدل فلا يثبت شيء من العتق بوجود بعض الشرط، ولو أعتق نصيبه من عبد مشترك ثم ضمن لشريكه فأعتقه عن تمام كفارته لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز؛ لأن عندهما العتق لا يتجزأ فقد عتق جميع العبد عن الكفارة في ملكه؛ لأنه ملك نصيب شريكه بالضمان مقتضى الإعتاق سابقا عليه وعنده الإعتاق يتجزأ فاقتصر العتق على نصيبه ويثبت في نصيب شريكه حق عتق لا يفسخ ولا ينقض كما ثبت في المدبر حتى امتنع على شريكه بيعه وهبته كما في المدبر ومتى انتقص نصيب صاحبه فقد ملك نصيبه ناقصا فلم يصر قدر ما انتقص مصروفا إلى الكفارة فتبقى الكفارة إعتاق ناقص فلا يجوز، وإن كان معسرا حتى وجبت السعاية على العبد لا يجوز؛ لأنه لم يملك نصيب صاحبه بل عتق نصيب صاحبه على ملكه عنده وعندهما وإن عتق الكل على ملكه إلا أنه لما وجبت السعاية على العبد كان هذا إعتاقًا حصل للعبد بعوض فلا يجوز.

ولو أعتق نصف عبده عن الكفارة ثم أعتق النصف الباقي يجزيه استحسانًا؛ لأن ما يثبت للنصف الباقي من حق الجزية ثبتت بسبب الكفارة والعبد في ملكه وقت الإعتاق، فإذا أعتق الباقي صار الكل مصروفا إلى الكفارة تحرير كامل بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن ما فات لم يملكه بالضمان فلم يمكن أن يجعل مصروفا إلى كفارته فيكون المصروف إلى الكفارة تحرير ناقص، ولو أعتق نصف عبده عن كفارته وأطعم مساكين مقدِّرًا ولم يوجد واحد منهما وتحميل العتق بالعتق من شخص آخر لا يجوز فلأن لا يجوز تحميله بالتمليك من جنس آخر أولى وعندهما يجوز؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ فصار معتقا للكل ثم حصل متبرعا بالإطعام ولا يجوز إعتاق الجنين عن كفارته؛ لأن الجنين رقبة من وجه جزء من أجزاء الأم من وجه حتى يعتق بعتق الأم فلم تكن رقبته مطلقة ومالا كاملا.

ولو اشترى رقبته الذي يعتق عليه أو اتهبه ناويا عن كفارته جاز خلافًا لزفر والشافعي.

لهما: أن الشراء تحرير بصنعته وحقيقته ولا يمنعاه؛ لأن معنى الشراء ثبوت الملك ومعنى التحرير زوال الملك والرق وبين الثبوت والزوال مضادة ومنافاة، وإنما عتق عقيب الشراء بالنص.

لنا: أن شراء القريب تحرير شرعًا وعقلًا:

أما شرعًا: قوله صلى الله عليه وسلم: "**لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه**" جعله معتقا بالشراء؛ لأن الشراء فعل يعقبه العتق ولا يتصور من الابن هنا فعل يعقبه العتق إلا الشراء؛ لأنه لما اشترى عتق فتعين كونه معتقا بالشراء.

وأما عقلا: فلأن التحرير اسم لما تصير الرقبة به محررة كالتسويد اسم لما يصير الشيء به أسود والقريب صار محررًا بالشراء؛ لأن الشراء صار علما على ثبوت الحرية عقيبه والأثبات كلها أعلام وأمارات على المسببات فثبوت الحرية عقيب الشراء ملازما له يدل على أنها ثابتة بالشراء؛ لأن الأصل أن لا يزول الرق والملك عن المحل إلا بإزالة العبد وفاء لعصمة ملكه وحرمة حقه فلو جعلناه معتقا بالشراء كان زوال الرق والملك بإزالته يكون موافقا للأصل، ولو جعلناه معتقا بالقرابة لا بالشراء كان الزوال من غير إزالته وأنه مخالف للأصل فجعلناه محررا بالشراء جريًا على نصيبه الأصل، ولو ورث قريبه ونواه عن كفارته لا يصح؛ لأنه لم يوجد من جهته فعل حتى يجعل تحريرا.

ولو قال لعبد: إن اشتريتك فأنت حر ثم اشتراه بنية الكفارة لا يجزيه؛ لأن الحرية تثبت بقوله أنت حر إلا أن هذا اللفظ إنما ينقلب تحريرا عند وجود الشرط فعند وجود التكلم لم يوجد اقتران النية وعند الشرط يصير تحريرا شرعا بلا صيغة واختيار فلا يصح وجود النية عنده.

ولو قال: إن اشتريتك فأنت حر عن كفارتي أجزأه؛ لأن حتى صدر منه اللفظ اقترنت النية فكانت الحرية واقعة معتبرة بتلك الجهة، ولو أعتق في مرضه عبدًا عن كفارته ولا مال له غيره سعى في ثلثيه ولم يجز عن الكفارة؛ لأن حق الورثة تعلق

بالباقي فلم ينفذ عتقه في ثلثيه فلم يعتق رقبة كاملة، ولو أعتق عن كفارة عين بأمره جاز خلافًا لزفر أن الأمر بإعتاق عبد غيره عن نفسه لا يصح إلا بعد ثبوت الملك له في المحل بمقتضاه سابقا عليه والمقتضى لا صحة له شرعا إلا بعد صحة المقتضي وهو الأمر بالإعتاق فتعلق ثبوت كل واحد منهما بثبوت صاحبه فلا يتصور ثبوتها أصلًا فلغى الأمر به.

لنا: أن الأمر بإعتاق عبده عنه لا يصح إلا بعد ثبوت الملك في العبد وقد أمكن إثبات الملك سابقا عليه اقتضاء؛ لأن الملك له شرط زائد بصحة الإعتاق عنه؛ لأن العتق صحيح بدون ملكه والشرائط توابع فأمكن إثباتها بطريق الاقتضاء فوجب القول بثبوت الملك له مقتضى الأمر بالإعتاق سابقًا عليه تصحيحًا لتصرفهما وصونًا لكلامهما عن اللغو كالأمر بصعود السطح تضمن أمرًا بنصب السلم ولا يتعلق ثبوت كل واحد منهما بثبوت صاحبه؛ لأن المقتضى وهو طلب الإعتاق قد صح لصدقة من أهله في محله لكن لا ينفذ عليه شرعا بدون الملك فيقتضي ثبوت الملك له سابقا عليه لينفذ عليه شرعا بخلاف ما لو قال كاتب عبدك عليّ فقال كاتبت تقع عن المأمور؛ لأنه طلب منه إثبات ملك اليد وملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلا يمكن إثبات الأقوى مقتضى الأدنى، ولو أعتقه بأمره بغير مال لا يجوز عندهما، وعند أبي يوسف والشافعي يجوز؛ لأنه أمكن تصحيح تصرفهما بإثبات الملك بالهبة مقتضاه سابقا عليه والقبض ليس بشرط في هبة ثبتت ضمنا واقتضاء كالإيجاب والقبول ليس بشرط في منتفع يثبت ضمنا واقتضاء.

لنا: أنه لا يمكن إثبات الملك اقتضاء؛ لأن الهبة لا تفيد الملك بدون القبض إذ القبض فيها شرط مطلق لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا تصح الهبة إلا مقبوضة**" ولم يوجد القبض بخلاف البيع الشرط فيه هو التراضي، ولهذا ينعقد بالتعاطي والإيجاب والقبول دلالة التراضي وقد وجد هنا دلالة التراضي بالملك للأمر فثبت، ولو قال أعتق عبدك عني بألف درهم ورطل من خمر فأعتق المأمور ذكر الكرخي وعيسى بن أبان أنه يقع عن المأمور؛ لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض كالهبة وقيل بأنه يقع عن الآمر؛ لأن الشرط الفاسد دخل على الأمر بالإعتاق لفظًا لا على

البيع فلا يوجب فساد البيع؛ لأن البيع إنما ثبت في ضمن الأمر بالإعتاق والشرط الفاسد متى دخل على الإعتاق لا يفسده كما لو أعتق عبده على ألف ورطل خمر فكذا لا يفسد ما ثبت في ضمنه؛ لأنه تبع له.

(**النوادر**): ولو أعتق عبدا حلال الدم عن كفارته أجزأه؛ لأن جواز التكفير يعتمد قيام الرقبة والملك ووجوب القصاص لا يحل بالرق والملك فصار كما لو أعتق عبدًا مريضًا.

وذكر ابن رستم في "نوادره" عن محمد: في حلال الدم لا يجوز عتقه عن الكفارة؛ لأنه صار مشرفا على الهلاك.

ولو أعتق عبدًا مريضًا عن الكفارة إن كان برجاء ويخاف يجوز؛ لأنه ليس بميت معنى، وإن كان في حد الموت لا يرجى حياته لا يجوز؛ لأنه مثبت معنى.

وذكر ابن رستم في "نوادره" عن محمد: جاز مقطوع الأنف إذا استوعب جذعه ومقطوع الشفتين إذا كان يقدر على الأكل؛ لأن لم يفت به جنس منفعة، ولا يجوز ساقط الأسنان كلها ويجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحية والرأس.

ولو أعتق عبدًا قد غصبه أحد جاز عن الكفارة إذا وصل إليه.

ولو ادعى الغاصب أنه وهبه وأقام بينة زور وحكم الحاكم بالعتق لم يجز عتقه عن الكفارة؛ لأنه بمعنى الهالك.

وذكر محمد في المفقود: لو أعتق عبدًا إيفاء عن الكفارة وعلم أنه كان حيا جاز، ولو أعتق عبدا مديونًا عن الكفارة واختار الغرماء استسعاء العبد جاز؛ لأن استغراق الدين برقبته واستسعاءه لا يحل بالرق والملك، فإن السعاية لم تجب للإخراج إلى الجزية فوقع تحريرا من كل وجه بعد بدل عليه، وكذا لو أعتق عبدًا مرهونا فسعى العبد في الدين، فإنه يرجع على المولى ويجوز عن الكفارة كما بينا.

ولو أعتق عبدين بينه وبين غيره لم يجز عن الكفارة؛ لأن الواجب تحرير رقبة واحدة وتخليصها عن الرق هو ما حررها رقبة واحدة ولم يصرف العتق إلى شخص بل حرر نصفا من كل رقبتين كما لو فرق طعام مسكين على اثنين، وإن كان شابان بين رجلين فذبحاهما عن نسكهما أجزأهم؛ لأن الاشتراك في النسك جائز، ألا ترى أنه يجزي البدنة عن سبعة فكان المعتبر في باب النسك مقدار الشاة وقد وجد.

(باب التكفير بالإطعام)

(**المبسوط**): وإذا اختار المكفر لليمين الإطعام أطعم عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من بر وصاعًا من تمر أو شعير وهو يروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما.

وعند الشافعي: طعام كل مسكين مقدر بمدّ وهو مروي عن ابن عمر وزيد بن ثابت.

والصحيح قولنا؛ لأن الأخبار قد تعارضت والصحابة قد اختلفت فيجب الأخذ بما يوجد الزيادة احتياطا؛ لأن الكفارة عبادة وقربة فيحتاط في إيجابها لا في درئها.

ولو أدى نصف صاع من دقيق أو سويق جاز لأنهما من أجزاء الحنطة وإن أنفع للفقير فلما جاز من الحنطة فمن دقيقها وسويقها أجود كما في صدقة الفطر، فإن غداهم وعشاهم جاز خلافًا للشافعي؛ لأن الله تعالى نص على الإطعام والإطعام هو التسليط على الأكل في العرف والتمكين منه، فإنه يقال فلان يطعم الطعام ويراد به تمكين الطاعم من الطعام لا حقيقة إيصال الطعام إلى جوفه؛ لأنه لا يتعلق بفعله وإحيائه إلا أنا جوزنا تمليك الطعام بدلالة النص؛ لأن المبتغى من الإطعام رد الجوعة وسد الخلة وهذا في التمليك أتم؛ لأنه يأكل متى شاء وكيف شاء ثم المعتبر في طعام الإباحة الشبع وهو أكلتان مشبعتان للغذاء والعشاء، فإن المعتبر هو الأكل المعتاد في يوم واحد وهو أكلتان مقصودتان وهو الوسط، فأما ما أكله واحدة من التقتير وثلاث مرات من الإسراف فالوسط هو أكلتان وإليه أشار قوله تعالى: ﴿وَلَهُمْ رِزْقُهُمْ فِيهَا بُكْرَةً وَعَشِيًّا ﴿٦٢﴾﴾ [مريم: ٦٢] وإن كان أحدهم شبعانًا وأكل قليلًا قيل يجوز لأن إطعام العشرة قد وجد وقيل لا يجوز لأن المأخوذ عليه أن الشبع عشر وهو إنما أشبع تسعة، فأما الواحد فقد كان شبعانًا، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله لو غداهم وعشاهم خبزًا وإداما أو خبزًا بغير إدام أو خبز الشعير أو سويقًا أو تمرًا جاز ذلك لأن الله تعالى شبه إطعام الكفارة بإطعام الأهل وإطعام الأهل قد يكون بإدام وقد يكون بغير إدام وقالوا بأن خبز البر يجوز بغير إدام وقالوا بأن خبز البر يجوز بغير إدام فأما خبز الشعير لا يجوز إلا بإدام؛ لأن المعتبر في طعام الإباحة الشبع والمسكين يستوفي من خبز البر إلى الشبع عادة وقل ما يتمكن من استيفاء خبز الشعير إلى الشبع إلا بإدام.

وذكر في الزيادات: الإطعام غداءان وعشاءان أو عشاء ونحوه، وكذا لو غداهم في يوم وعشاهم في يوم أجزأه لوجود الأكلتين المشبعتين كلَّ مسكين والسحور هو الغداء؛ لأنه يصلح للاستغناء وأقيم مقام الغداء قال عليه السلام للعرباض بن سارية وقد دخل عليه وهو يتسحر: "**هَلُمَّ إِلَى الْغَدَاءِ الْمُبَارَكِ**"[1] أي الصوم كف عن الغداء، وكذا لو عشاهم في رمضان لكل مسكين عشاءين في ليلتين أجزأه، وكذا لو غداهم في يوم وعشاهم في يوم أجزأه لوجود الأكلتين المشبعتين لكل مسكين لكن المستحب غداء وعشاء.

ولو غدى عشرة مساكين وعشى عشرة أخرى لم يجزئه إلا يعيد على عشرة منهم غداء وعشاء كما في التمليك كما بينا.

ولو غدى عشرة منهم صبي فعليه إطعام مسكين مكان الصبي إلا أن يكون مراهقًا فيجزيه؛ لأنه أطعم ناقصًا؛ لأن الفطيم لا يتناول مقدار ما يشبع به الرجل الصحيح فلا يقع موقعه وصار كما لو كان أحدهم مريضا لا يأكل إلا قليلًا لا يجوز؛ لأنه ليس بإطعام كامل، ولأنه لو جاز أن يكون الواحد صبيًّا فطيمًا أو مريضًا جاز أن يكون العشرة كذلك ومتى كانت العشرة كذلك فإنما يشبعون بشيء يسيرٍ من الطعام لا يقع به الزجر والردع مثله والكفارة إنما شرعت للزجر والردع، فإن أطعم عشرة كل واحد مدا من حنطة لزمه مدٌّ آخر لكل واحد منهم ولا يجزيه أن يعطي غيره؛ لأنه مأمور بإطعام كل مسكين من العشرة قدرا معلوما وكان الواجب عليه شيئين

---

(١) أخرجه «أحمد» ١٢٦/٤ (١٧٢٧٣) قال: حدثنا حماد بن خالد الخياط. وفي ١٢٧/٤ (١٧٢٨٢) قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«أبو داود» (٢٣٤٤) قال: حدثنا عمرو بن محمد الناقد، قال: حدثنا حماد بن خالد الخياط. و«النسائي» ١٤٥/٤، وفي «الكبرى» (٢٤٨٤) قال: أخبرنا شعيب بن يوسف، بصري، قال: حدثنا عبد الرحمن. و«ابن خزيمة» (١٩٣٨) قال: حدثنا بندار، ويعقوب بن إبراهيم الدورقي، وعبد الله بن هاشم، قالوا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«ابن حبان» (٣٤٦٥) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا القواريري، قال: حدثنا ابن مهدي.

ثلاثتهم: (زيد بن حباب، وحماد بن خالد، وعبد الرحمن بن مهدي) عن معاوية بن صالح، عن يونس بن سيف، عن الحارث بن زياد، عن أبي رهم السمعي، فذكره.

مراعاة عدد المساكين ومراعاة وظيفة كل مسكين مقدر بها فلا يجوز النقصان عنه بخلاف صدقة الفطر؛ لأن الواجب عليه في صدقة الفطر مراعاة قدر الوظيفة لا مراعاة عدد المساكين.

ولو أعطى عشرة مساكين مدًّا ثم استغنى المساكين ثم افتقر فأعاد عليهم مدًّا مدًّا لا يجوز، وكذا لو أدى إلى المكاتبين مدا مدا ثم ردوا في الرق ومواليهم أغنياء ثم كوتبوا ثانيا ثم عاد عليهم لم يجز لأنهم صاروا بحال لا يجزئ الأداء إليهم فصار كجنس آخر، وإن أعطى مسكينًا واحدًا ما للعشرة في عشرة أيام طعام أو كسوة جاز خلافًا للشافعي وفي يوم واحد لا يجوز؛ لأن الكفارة حق الله تعالى لأنها عبادة كما بينا، وإنما أمر بصرفها إلى عشرة مساكين لأجل دفع عشر جوعات ولسد عشر خلات لا عين الدفع إلى عشرة أشخاص؛ لأن الكفارة لا تتأدى إلا بما هو قربة والقربة في دفع الحاجة ورد الجوعة لا في الدفع إلى الشخص بدليل أنه لو دفع إلى عشرة أغنياء لا يجوز وكما صرف طعام عشرة إلى الواحد في عشرة أيام فقد دفع عشر حاجات؛ لأن الحاجة تتجدد للواحد في كل يوم كما لم يتجدد اليوم لا تتجدد الحاجة إلا أن قدر ما تتجدد الحاجة إلى الكسوة غير معلوم؛ لأنه مما يتفاوت فيه الناس فلا بد من سبب ظاهر يقام مقام تجدد الحاجة لبطونها فأقيم تجدد اليوم مقام بتجدد الحاجة كما في الطعام، وإن لم يوجد في الكسوة مثل ما يوجد في الطعام.

ولو أطعم عشرة مساكين في يوم غداء وأعطى كل واحد مدّا من الطعام جاز؛ لأنه جمع بين التمليك والإطعام. رجل وضع خمسة آصُع من الطعام بين عشرة مساكين لتقسيمها بينهم في كفارة فاستلبوه جاز عن مسكين واحد؛ لأنه لا يخلو من أن يكون أخذ واحد منهم نصف صاع ظاهرا ولا كذلك في الأكل؛ لأنه لا يستحق فيه العذر والتفريق بل المعتبر فيه الشبع.

قال محمد: في رجل أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة يمينه بعد الوصي عشرة ثم ماتوا قال تغدى وتعشى غيرهم ولا يضمن الوصي شيئًا؛ لأن تفريق الغداء والعشاء على مسكين لا يجوز ولم يوجد من الوصي تعدي فيما فعل فلا يضمن.

ولو قال: أطعموا عني عشرة مساكين ولم يسم كفارة قعدوا عشرة ثم ماتوا تعشى عشرة غيرهم؛ لأنه ليس بمأمور على وجه التكفير وكان بمنزلة النذر فجاز التفريق.

(باب التكفير بالكسوة)

وإذا اختار المكفر الكسوة كسا عشرة مساكين لكل مسكين إزار ورداء أو قميص وكساء أو مكجانة؛ لأن الكسوة اسم لما يكسي؛ لأن المطلوب من الكسوة ردّ العري، ولهذا اختلفت الكسوة وكل ثوب يصير به كاسيا يسمى كسوة وما لا فلا ولا يجوز القلنسوة والخف خلافًا للشافعي؛ لأنه لا يسمى لابسه كاسيا ولا يحصل به ردّ العري، ولهذا لا يجوز الصلاة فيه.

وذكر محمد في (**الأصل**): لو كساه إزارًا جاز والمراد به أن يتوزر به، فأما إذا كان يستر العورة دون البدن لا يجوز، وكذلك السراويل لا تجوز في ظاهر الرواية؛ لأن لابس السراويل يسمى عريانا لا كاسيا؛ لأن المطلوب من الكسوة رد العري ثابت بجميع البدن فيجب إكساء جميع البدن.

ورُوي عن محمد: أنه يجوز إن كان يستر العورة ويجوز فيه الصلاة؛ لأن ستر العورة فرض وما زاد عليه فضل يستر للتجمل والتزين فلا يوجب عليه في الكسوة كما لم يوجب عليه في الإطعام الإدام حتى لو أعطى للمرأة سراويل لا يجوز عن الكفارة؛ لأنه لم يستر به عورتها.

فأما العمامة فقد رُوي عن أبي حنيفة إن كانت سائغة قدرها قدر الإزار السابغ أو ما تقطع قميصا يجوز وإلا لم يجز عن الكفارة لأنها إذا كانت سائغة قدرها يجيء منها الإزار الذي يستر من الركبة إلى القدم.

ولو أعطى إزارًا بهذه الصفة جاز فكذا هذا وفي الكسوة لا تتأدى إلا بالتمليك حتى لو أعار منه الثوب لا يجوز؛ لأن الكفارة لا تتأدى إلا بفعل يزيل ملكه عن العين ليكون شاقا على البدن متعبا للنفس زاجرا ورادًّا بماله وفي الكسوة لا تزول العين عن ملكه إلا بالتمليك، فأما بالإعارة فلا وفي الطعام تزول العين عن ملكه

بالإباحة كما تزول بالتمليك ولا يجزيه أن يعطي من الكفارة من لا يجزيه أن يعطيه من زكاة إلا فقراء أهل الذمة؛ لأنها معتبرة بصدقة الفطر لما فيها معنى القربة كما في صدقة الفطر.

ولو كفر عنه غيره بأمره جاز وإن أدى بغير أمره لا يجوز؛ لأن متى كان بأمره صار المؤدى مملكا منه أولا ويصير الفقير نائبا عنه في القبض ثم يصير مؤديا عنه بحكم الوكالة ومتى كان بغير أمره لم يصح التمليك منه فلا يصير مؤديا عنه كما في الزكاة.

(باب التكفير بالصوم)

(**المبسوط**): فإن كان الحانث معسرًا فعليه صوم ثلاثة أيام متتابعات كما بينا والمظاهر إذا لم يجد ما يعتق يصوم شهرين متتابعين، وكذلك كفارة الفطر متتابع لقوله عليه السلام للأعرابي: "**صم شهرين متتابعين**"[1].

وفي كفارة القتل إن لم يجد رقبة فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢] والإطعام فيه غير مشروع؛ لأنه لا مدخل للقياس في إثبات الإبدال، وإذا حاضت الصائمة في الكفارة لم تستقبل وتَصِلُ الصوم حين تطهر بما قضى لأنها لا تجد شهرين خاليين عن حيضة في العادة فسقط عنها مراعاة شرط التتابع.

ولو أفطر لمرض أو المرأة مرضت تستقبل لأنهما يجدان شهرين خاليين عن المرض عادة فكانا تاركين التتابع المأمور به.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٩٨٨٠) قال: حدثنا أبو خالد الأحمر. و«أحمد» ٢/٢٠٨ (٦٩٤٥) قال: حدثنا يزيد. و«ابن خزيمة» (١٩٥٥) قال: حدثنا محمد بن العلاء بن كريب، وهارون بن إسحاق، قال: حدثنا أبو خالد.

كلاهما: (أبو خالد الأحمر سليمان بن حيان، ويزيد بن هارون) عن الحجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي صلى الله عليه وسلم، مثله، وقال: «صم يوما مكانه».

ولو حاضت في كفارة اليمين تستقبل لأنها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها في الغالب فبطل التتابع.

وعن محمد في (**المنتقى**): أنها لو صامت شهرًا ثم حاضت ثم أيِست استقبلت لأنها قدرت على مراعاة التتابع فلزمها التتابع.

وعن أبي يوسف: إذا حبلت في الشهر الثاني ثبت ومن عليه كفارة فصيام شهرين متتابعين أحدهما رمضان استقبلهما ولم يكن رمضان عما نواه إلا إذا كان مسافرًا فيجزيه عما نوى عند أبي حنيفة رحمه الله.

ولو جامع التي ظاهر منها في صوم كفارته بالليل عامدًا أو بالنهار ناسيًا يستقبل عندهما خلافًا لأبي يوسف له أنه لو استقبل يقع كل الصوم بعد المسيس، ولو لم يستقبل يقع بعضه بعد المسيس وبعضه قبله وكان ذلك أولى لهما أنه مأمور بصوم شهرين قبل المسيس لقوله تعالى: ﴿مِن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٤] ومن ضرّ فيه الأمر فقدم الصوم على المسيس أُمِر بإخلاء الصوم عن المسيس لكن عجز عن تقديمه على المسيس وقدر على إخلائه عن المسيس فما عجز سقط عنه وما قدر عليه يلزمه فيلزمه إخلاؤه عن المسيس وقد انعدم ذلك فلا تبقى كفارة معسر له دين على الناس أو عبد غائب يجزيه الصوم يريد بالعبد الغائب أنه لم يكن مملوكا له فأما إذا كان في ملكه لا يجزيه الصوم؛ لأنه قادر على إعتاقه فأما الدَّين إذا لم يقدر على أخذه من مديونه فقد عجز عن التكفير بالمال فيجزيه الصوم أما إذا قدر على أخذه منه لم يجزه الصوم وكذلك امرأة زوجت على عبد وزوجها قادر على أدائه إذا طالبته بذلك لم يجزيه الصوم، وإن كان له مال ووجب عليه دين مثله يجزيه الصوم بعدما قضى دينه؛ لأنه عين واحد للمال فأما قبل قضاء الدين قيل يجزيه؛ لأن محمدا علل وقال بأنه يحل له الصدقة وهذا إشارة إلى أن ماله يلحق بالعدم حكما لكونه مستحق الصرف إلى الدين والمستحق بجهة صار كالمصروف إلى تلك الجهة كالماء المستحق بالعطش وقيل لا يجزيه وقد ذكر محمد ما يدل عليه، فإنه خص الصوم بعد قضاء الدين وذلك؛ لأن ملك المديون في ماله كامل بدليل أنه يملك جميع التصرفات المختصة بالملك إزالة وإثباتا وشرط جواز التكفير بالصوم هو

العجز عن التكفير بالمال وهو قادر على التكفير بالمال فلا يجزيه التكفير بالصوم عليه كفارتان وله طعام يكفي لإحداهما فصام عن إحداهما ثم أطعم عن الأخرى لا يجوز صومه؛ لأنه صام وهو قادر على التكفير بالمال فلا يجزيه، وإن حنث معسرًا ثم أيسر لم يجزه الصوم، وإن حنث موسرا ثم أعسر أجزأه؛ لأن العبرة بحالة الأداء في حق العجز والقدرة؛ لأن القدرة إنما تحتاج إليها للأداء فيشترط وجودها وعدمها عند الأداء، فإن قدر على الأصل عند الأداء يمنع البدل، فإن عجز يجب البدل كالمحدث إذا وجد الماء لا يباح له التيمم، وإذا عدم الماء يباح له التيمم وكالمعتدة إذا أيست لزمها الاعتداد بالحيض أيسر في خلال الصوم كفّر بالمال خلافًا للشافعي؛ لأنه قدر على الأصل قبل انتهاء الحكم بالبدل فيبطل حكم البدل كالمتيمم إذا رأى الماء في خلال صلاته، ولو أيسر بعد الصيام لا يبطل الصوم؛ لأنه قدر على الأصل بعد انتهاء الحكم بالبدل فصار كالمتيمم إذا رأى الماء بعد الفراغ من الصلاة، ولو صام بالأهلة فاتفق تسعة وخمسين يوما جاز، ولو صام بغير الأهلة في تسعة وخمسين يوما يصوم ثانيا؛ لأن الأصل اعتبار الشهر بالأهلة، فإن غم عليهم الهلال يعتبر الشهر بالأيام والعد متى كان باعتبار الأيام تحسب كل شهر ثلاثين يوما، والله أعلم.

(باب ما يجب فيه الطعام كان الصيام وما لا يجب)

ولا يجوز الإطعام عن الصيام إلا في حق الشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصوم لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ يُطِيقُونَهُۥ فِدْيَةٌ﴾ [البقرة: ١٨٤] وعلى الذين لا يطيقون الصوم فدية إلا أنه حذف لا كقوله تعالى: ﴿يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا۟﴾ [النساء: ١٧٦] أي لا تضلوا، وهكذا قرأه أُبي بن كعب، وقرأ ابن عباس وعائشة رضي الله عنهم: (وعلى الذين يطيقونه فدية) يعني يكلفونه فلا يطيقونه طعام مسكين يعني يطعم مسكينا نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير؛ لأن إطعام المسكين مقدر بهذا في الشرع ويجوز التغذية والتعشية؛ لأن النص ورد بلفظ الطعام وهو مشتق من الطعم وحسنه في التمكين من الطعام دون التمليك فلو جاز التمليك فلأن يجوز التمكين أولى.

وذكر الحسن بن زياد أنه لا يجوز؛ لأن الله تعالى يسمي ذلك فدية والفداء يبنى عن التمليك، ألا ترى أن العبد إذا جنى جناية، فإن شاء مولاه دفعه، وإن شاء فداه فكان المراد من هذا تمليك المال من ولي الجناية ومن لم يقدر على صوم رمضان بأن كان مريضا أو كانت امرأة حاملا أو مرضعا تخاف على ولدها لم يجزه الفدية على الصوم.

وقال الشافعي: يجوز.

لنا: أن القياس يأبى أن يكون الإطعام بدلا عن الصوم؛ لأنه ليس فيه معنى الصوم؛ لأن معنى العبادة في الصوم لكونه شاقا على البدن بالكف عن اقتضاء الشهوات ومعنى العبادة في الإطعام لكونه سادًّا لخلّة المحتاج ورد الجوع عنه إلا أن النص ورد بالإطعام بدلا عن الصوم في حق الشيخ الفاني بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره إلا إذا كان في معناه وهذا ليس في معناه؛ لأن ثمة وقع اليأس عن أداء الصوم؛ لأن ذلك العذر ليس بغرض الزوال وهنا لم يقع اليأس عن الصوم؛ لأن هذا العذر بغرض الزوال ويجب القضاء بدلا عن الصوم فلا تجب الفدية بدلا عنه؛ لأن الشيء لا يضمن ببدلين.

ومن مات وعليه قضاء رمضان فعليه أن يوصي بأن يطعم عنه لكل يوم مسكينا كما وصفنا، فإن أوصى يؤدي من ثلث ماله لقوله عليه الصلاة والسلام: "**من مات وعليه صوم رمضان يطعم عنه ورثته**"، ولأنه وقع اليأس عن الصوم فتحقق شرط وجوب الفدية كما في الشيخ الفاني هكذا ذكره في المبسوط والزيادات قال مشايخنا هذا إذا كان مريضا يعلم إن آخره الموت وأمكنه أن يوصي فهو بمنزلة الشيخ الفاني؛ لأنه وقع الناس عن صومه فأما إذا كان مريضا يرجى برؤه فلا شيء عليه؛ لأنه لم يقع الناس عن صومه بجواز أن يبرأ وإنما يقع الناس في آخر جزء من حياته وهو في تلك الحالة عاجز عن الإطعام والوصية.

وإن لم يوص وتبرع الورثة جاز؛ لأن التبرع بالإطعام عن الميت جائز بخلاف ما لو أعتقوا عنه في كفارة عليه لم يجز بغير أمره؛ لأن الإعتاق يستعقب الولاء والولاء بمنزلة النسب كمالا يورد أن يلزم غيره نسبا بغير رضاه لا يقدر أن يلزمه ولاء وليس

في الإطعام إلزام شيء للميت فجاز ما فيه اتصال الخير والتبع إليه، وإن لم يتبرعوا لم يلزمهم ذلك خلافًا للشافعي لما مر في الزكاة قال عامة مشايخنا: لو مات وعليه صلوات يجوز الإطعام عنها لأنها شبه الصوم من حيث إنها عبادة بدنية فجوزوا ذلك احتياطا للعبادة حتى لو كانت الصلاة عند الله كالصوم لا تبقى تحت عهدة الفداء ويطعم لكل صلاة نصف صاع من بر لأن كل صلاة عبادة على حدة وكذلك الوتر عند أبي حنيفة؛ لأنه ملحق بالفرائض وقيل يؤدي كل يوم نصف صاع من حنطة واعتبر صلاة يوم وليلة بمنزلة صوم يوم والفتوى على الأول، ولو أدى كفارة ست صلوات اثني عشر منًّا إلى مسكين واحد جاز، ولو أدى أحد عشر منًّا إلى مسكين واحد ومنًّا واحدا إلى مسكين واحد قيل يجوز كما في صدقة الفطر وقيل يجوز عشرة أمناء بخمس صلوات ولا يجوز الصلاة السادسة، وكذا لو أدى اثني عشر منًّا لأربعة وعشرين مسكينا قيل يجوز وقيل يجوز أصلًا وبه أخذ الفقيه أبو الليث لأنها كفارة فلا يجوز إعطاؤها لكل مسكين أقل من نصف صاع فإذا بلغ نصف صاع كَكفارة اليمين، فإذا كفارة الصلاة لا تفارق كفارة اليمين من حيث إنه فرق على مساكين لا يجوز بخلاف صدقة الفطر.

(**الزيادات**): أصله: أن كل يوم هو أصل بنفسه يجوز الإطعام بدلا عنه عند وجود اليأس عن الصوم وكل صوم هو بدل عن غيره لا يجوز الإطعام بدلا عنه؛ لأن الأصل هو أن البدل لا يكون له بدل لأنا عرفنا وجوب الإطعام بدلا نصًّا لا قياسًا والنص ورد في صوم هو أصل بنفسه وكل صوم هو أصل بنفسه كان في المعنى المنصوص عليه فيلحق به وما كان بدلا عن غيره ليس في معنى المنصوص عليه فلا يلحق به إلا فيما ورد النص بعينه وهو كفارة الظهار كما تبين والشيخ الفاني لا يطعم عن صوم كفارة اليمين والقتل؛ لأن هذا الصوم بدل عن غيره فلا يجوز الإطعام بدلا عنه.

وإن مات وأوصى أن يكفر عنه كفر عنه في اليمين بالإطعام أو الكسوة عنه كفروا عنه في اليمين بالإطعام أو كسوة ولا يكفّرون في القتل شيء؛ لأن التبرع في الإطعام عنه جائز وبالإطعام وبالإعتاق كما بينا وصوم المتعة لا يقوم الإطعام

مقامه؛ لأنه بدل ولا يجوز الإطعام عن الصوم في كفارة الأذى؛ لأن الإطعام فيها وجب أصلًا بنفسه وهو ثلاثة أصوع على ستة مساكين؛ لأنه منصوص عليه وقد أخرج عن كفارة الأداء صاعا ونصف ولا يجوز فيها أقل من ثلاثة أصوع على ستة مساكين، والتمكين في هذه الكفارات كلها جائز عند أبي يوسف؛ لأن المقصود هو سد الخلة ورد الجوعة يتأدى بالتمكن بالتمليك فلا يختص بالتمليك إلا بنص قاطع وليس في الصدقة نص على التمليك.

وقال محمد: ما أوجبه الله تعالى بلفظة الإطعام فالتمكين فيه جائز مثل كفارة اليمين والظهار وجزاء الصيد، وما أوجب بلفظة الصدقة لم يجز التمكين فيه مثل كفارة الحلق وصدقة الفطر؛ لأن قضاء حق الفقير إنما يتكامل بالتمليك ليتمكن الفقير من أكله متى شاء ويتصرف فيه كيف شاء وبالإباحة يتقاصر حقه فلا يصار إلى الإباحة إلا بالنص ولم يوجد.

(باب ما يجوز فيه البدل عن الكفارة وما لا يجوز)

وإن أطعم خمسة إباحة وكسا خمسة أجزأه عن الطعام إن كان الطعام أرخص من الكسوة وإن كانت الكسوة أرخص لم يجزه؛ لأنه إن كانت الكسوة أغلى يكون فيها وفاء بالطعام وزيادة معنى؛ لأن فيه تمليك وفي التمليك ما في الإباحة وزيادة فأمكن أن يجعل الكسوة بدلا عن الطعام، وإن كان الطعام أغلى لا يمكن أن يجعل الطعام بدلا عن الكسوة؛ لأن الطعام طعام الإباحة لا ينوب عن التمليك فقد تعذر إكمال التمليك بالإباحة، فإن أطعم خمسة تمليكا وكسا خمسة جاز الأغلى عن الأرخص؛ لأنه أمكن أن يجعل الأغلى بدلا عن الأرخص في القيمة والتمليك أيهما كان أغلى فيجعل كذلك حتى يتم وظيفة عشرة مساكين فيسقط المكفر الكفارة إذ المكفر بما أدى قصد إسقاط الواجب عن ذمته، وإنما يتحقق مقصوده إذا جعل الأغلى بدلا عن الأرخص، فإن دفع ثوبا إلى عشرة مساكين لم يجز عن الكسوة وجاز عن الطعام إن وقّت قيمته بالطعام نوى أو لم ينو.

وعند زفر: لا يجزيه نوى أو لم ينو.

ورُوي عن أبي يوسف: إن نوى يجزيه وإلا فلا.

لزفر: أن كل واحد منهما أصل بنفسه؛ لأن كل واحد مضمون عليه وما يكون أصلًا بنفسه لا يصح بدلا عن غيره؛ لأن البدل بمنزلة البيع عن المبدل وما يكون أصلًا بنفسه يقع عن نفسه بغير نية ويقع عن غيره عند النية؛ لأن أحد الأصلين أمكن أن يجعل بدلا عن الآخر عند الحاجة فيجعل تصحيحًا لقصده وتقييدا لإرادته ومسببه.

لنا: أن المقصود من الكسوة تحالف المقصود من الطعام؛ لأن المطلوب من الكسوة رد العري ومن الطعام رد الجوعة فصلح أن يكون أحدهما بدلا عن الآخر باعتبار القيمة ونحن لم نجعل الكسوة بدلا عن الكسوة حتى يصير بدلا مما صار أصلًا فيه، وإنما جعلناه بدلا عن الطعام والكسوة في حق الطعام ليس بأصل، وإنما الأصل في حق الطعام هو الطعام ومتى صلح بدلا عنه وقد قصد المكفر بما أدى إسقاط الواجب عن ذمته فقد أمكن تصحيح قصده وتصرفه فيصلح بدلا عن الطعام تصحيحًا له بخلاف التمر مع الحنطة والشعير؛ لأن المقصود من الطعام متحد وهو رد الجوعة وهما سببان في رد الجوعة فصار الشيء واحدًا باعتبار المقصود فلا يصلح أحدهما بدلا عن الآخر.

ولو أعطى كل مسكين نصف صاع من تمر يبلغ قيمته نصف صاع من بر لم يجز؛ لأنه منصوص عليه فيقع عن نفسه لا عن غيره بقيمته فلا بد من اعتبار كمال الكل فيه.

ولو أعطى كل مسكين نصف صاع من تمر ومدا من حنطة جاز؛ لأن كل واحد أصل بنفسه وهما متفقان في المقصود وهو رد الجوعة فيهما، كسا واحد من حيث المقصود فجاز تكميل أحدهما من حيث القيمة كما في صدقة الفطر.

(باب إعطاء الكفارة عن جهتين)

ومن عليه كفارات أيمان أعتق عن إحداهن وأطعم عن الأخرى وكسا عن الأخرى أو أعتق عنها عبدًا ولا ينوي كل واحدة بعينها جاز استحسانًا خلافًا لزفر.

له: أنهما كفارتان مختلفتان لأنهما وجبا بشيئين مختلفين، فإن اليمين الثانية غير الأولى فما لم يتعين عن إحداهما لا تقع الكفارة عنها كما لو كانت عليه صلوات ظهر فنوى الظهر ولم ينو صلوات يوم بعينه لم يجز.

لنا: أنه تعدد الواجب والجنس متحد؛ لأن ذواتها وأسبابها من جنس واحد حقيقة ونية التعيين في الجنس المتحد لغو ضائع؛ لأنه كيف ما كان يقع كل واحد من المؤدي عن كل كفارة ليحصل المقصود في الكل كمن عليه قضاء أيام من رمضان فصام يومًا ولم يعين يومًا من تلك العدة جاز، فكذا هذا بخلاف صلوات الظهر؛ لأن نية التعيين ثمة لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب إلا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت تكفيه نية الظهر لا غير.

ولو كان عليه كفارة يمين وكفارة ظهار وكفارة قتل فأعتق عبدًا عن الكفارات لا يجزيه عن الكفارة خلافًا للشافعي؛ لأن الكفارات من أجناس مختلفة؛ لأن أسبابها مختلفة وجهاتها متعددة فلا بد من نية التعيين والتمييز لتقع كل رقبة عن كل كفارة وإلا فتقع عن كفارة بعض الرقبة على سبيل الشيوع؛ لأنه ليس بعضها بأن تصرف إليه بأولى من الأخرى فانقسمت كل رقبة عن الكفارات كلها فيصير معتقًا عن كل كفارة رقبة من ثلاثة أشخاص فلا يجزيه كما لو أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق نصف عبد آخر عن تلك الكفارة لا يجزيه، فكذا هذا.

ولو أعتق كل رقبة ناويًا عن واحدة منها لا بعينها جاز بالإجماع؛ لأنه أعتق عن كل واحدة رقبة كاملة إلا أن المكفر عنها مجهول، وجهالة المكفر عنها لا تمنع صحة التكفير؛ لأن ما جاز تحقيقه بأي وجه فالجهالة لا تمنع صحته كالعتق.

ولو أعتق عبدا عن ظهارين أو عن ظهار امرأتين فله أن يجعله عن أيهما شاء وكذلك الصوم، وعند زفر: لا يجزيه؛ لأنه وقع عن كل واحدة بصفة فبطل كما لو كان عليه نصف كفارة ظهار وقتل.

لنا: أن الجنس متحد ونية التعيين في الجنس المتحد باطلة فصار كما لو أعتقه عن الظهار مطلقًا كان له صرفه إلى أيهما شاء فكذا هذا وصار كمن عليه قضاء

رمضان فصام يومًا عن يومين من قضاء رمضان يجزيه عن يوم واحد وصارت نيته عن يومين بمنزلة نية عما عليه حملا لأمر المسلم على الصحة فكذا هذا.

ولو كانتا من جنسين لم يجزه ما صنع؛ لأن نية التعيين في الجنس معتبرة، ومن عليه ظهاران فأطعم عنهما ستين مسكينا لكل مسكين صاعًا من حنطة أو صاعين من تمر، أو عليه كفارتان فأطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعًا من بر أو كسى عشرة مساكين ثوبين ثوبين عن يمينين أجزأه عن واحدة لا عنهما عندهما، وعند محمد: يجوز عنهما.

ولو كان ما عليه من جنسين جاز عنهما بالإجماع.

لمحمد: أن نية الانقسام صادفت محله؛ لأن محل الانقسام الكفارتان وقد وجد وبالمؤدى وفاء بوظيفة الكفارتين والمصروف إليه محل الكفارتين فيجعل عنهما تصحيحًا لقصده كما لو اختلف السبب.

لهما: أن نية التعيين والانقسام باطلة لمصادفتهما غير محلها؛ لأن الجنس المتحد لا يكون محلا لها لأنها شرعت للتمييز بين الأجناس المختلفة كما بينا ومتى بطلت نية الانقسام التحقت بالعدم.

ولو انعدمت حقيقة لا يقع الكل إلا عن واحد، فكذا إذا التحقت بالعدم.

وكذلك الفدية لو أعطى مسكينًا عن فدية صوم يومين عليه، فعن أبي يوسف فيه روايتان:

في رواية: يجزيه عنهما.

وفي رواية: لا يجزيه، قيل: وهذا قول أبي حنيفة كما في كفارة اليمين.

فهرس المحتويات

كتاب العَتَاقِ ٣

باب ما يقع به العتق ٤

باب ما لا يقع به العتق وإن نوى ١١

باب العتق بدعوى النسب ١٤

باب من ملك ذا رحم محرّم منه ١٧

فصل ١٧

فصل ١٩

باب الحلف بعتق كل مملوك يملكه ٢٢

فصل ٢٢

فصل ٢٤

فصل ٢٥

باب الاستثناء في العتق ٢٧

فصل ٢٩

فصل ٣٠

باب عتق ما تلده الأمة ٣١

فصل ٣٢

باب عتق ما في البطن ٣٤

باب عتق المملوك بين الشركاء ٣٧

باب الجمع بين التدبير والعتق والكتابة في المملوك بين الشركاء ٤٤

باب شهادة أَحَدِ الشريكين على صاحبه بالعتق ٤٨

فصل ٤٨

فصل ٤٩

فصل ٥٠

فصل ٥٢
فصل ٥٣
فصل ٥٤
باب عتق أحد عبديه بغير عينه..... ٥٧
فصل ٥٧
فصل ٥٩
فصل ٦١
فصل ٦١
فصل ٦٤
فصل ٦٧
فصل ٦٩
باب العتق في إحدى إمائه ومات قبل بيانه..... ٧٠
باب العتق على مال..... ٧٢
فصل ٧٣
فصل ٧٤
فصل ٧٥
فصل ٧٧
فصل ٧٩
فصل ٨٠
باب عتق أحد عبديه على مال أو كل واحد منهما..... ٨٣
فصل ٨٥
فصل ٨٧
باب عتق البعض على مال..... ٨٨
باب العتق يقع بقبول المال قبل أدائه..... ٩٠
باب أمّ الولد ٩٢

باب الجارية بيـن رجلين فيقر أحدهما أنها أم ولد لصاحبـه أو باستيلاد الأجنبـي
الجارية المشتركة ٩٩
فصل ١٠٠
فصل ١٠١
فصل ١٠٤
فصل ١٠٥
كتاب التدبير ١٠٧
باب ما يقع به التدبير وما لا يقع ١٠٩
فصل ١١٣
فصل ١١٤
فصل ١١٥
باب تدبير العبد المشترك ١١٦
فصل ١١٨
باب تدبير ما في البطن..... ١١٩
باب تدبير المكاتب وكتابة المدبر ١٢٠
فصل ١٢١
باب تدبير الذمي ١٢٣
فصل ١٢٣
فصل ١٢٤
باب الجمع بين العتق والتدبير..... ١٢٥
فصل ١٢٥
كتاب المكاتب ١٣١
باب معرفة حكم الكتابة بعد إذ أبدلها وما يوجب فسخها..... ١٣٢
باب ما تقع به الكتابة ١٣٥
باب ما يصلح بدل الكتابة وما لا يصلح ١٣٦
فصل ١٣٧

فصل ١٣٨
فصل ١٤٠
باب ما يفسد الكتابة وما لا يفسدها ١٤١
باب الصلح والاستحقاق على بدل الكتابة واستحقاقه ١٤٦
فصل ١٤٧
باب كتابة عبدين ١٤٧
فصل ١٤٨
فصل ١٤٩
فصل ١٥٠
فصل ١٥١
فصل ١٥٢
باب مكاتبة الرجلين..... ١٥٤
فصل ١٥٤
فصل ١٥٦
فصل ١٥٩
فصل ١٦٤
باب مكاتبة الرجل شقصًا من عبده..... ١٦٥
فصل ١٦٥
فصل ١٦٧
باب الكتابة على نفسه وأولاده الصغار..... ١٦٩
باب مكاتبة الحامل أو الحمل ١٧٠
فصل ١٧١
فصل ١٧١
فصل ١٧٢
فصل ١٧٣
باب موت المكاتب ١٧٧

فصل ١٧٧
فصل ١٨٠
باب موت المولى عن مكاتبه..... ١٨١
باب من يتكاتب على المكاتب إذا ملكه ومن لا يتكاتب..... ١٨٤
باب كتابة المكاتب..... ١٨٥
باب المكاتبة تلد من مولاها..... ١٨٨
باب تصرف المكاتب ١٨٩
فصل ١٩٠
فصل ١٩١
باب وصية المكاتب ١٩٢
باب إقرار المكاتب بالرق وغيره على نفسه أو ولده..... ١٩٣
باب مكاتبة الوصي..... ١٩٦
فصل ١٩٦
فصل ١٩٧
باب كتابة العبد المأذون ١٩٨
فصل ١٩٨
فصل ٢٠٠
فصل ٢٠٠
باب الاختلاف بين المكاتب والمولى ٢٠١
فصل ٢٠١
فصل ٢٠٢
فصل ٢٠٣
باب كتابة المريض ٢٠٣
باب ارتداد المكاتب أو المولى..... ٢٠٥
كتاب الولاء ٢٠٨
باب من يستحق الولاء ومن لا يستحق ٢٠٩

باب جر الولاء ٢١١
باب ولاء الموالاة..... ٢١٤
باب بيع الولاء ٢١٨
باب الشهادة بالولاء..... ٢١٩
فصل ٢١٩
فصل ٢٢٠
باب من يكون ولاؤه لبيت المال..... ٢٢١
باب ولاء العتق للحربي ٢٢٢
باب ولاء المرتد ٢٢٣

كتاب الحيل ٢٢٥

باب الحيل في البيع والشراء..... ٢٢٥
فصل ٢٢٦
فصل ٢٢٦
فصل ٢٢٧
باب الحيل في الإجارة ٢٢٨
باب الحيل في الرهن ٢٣٢
باب الحيل في الشركة والمضاربة..... ٢٣٤
فصل ٢٣٥
فصل ٢٣٥
باب الحيل في الوكالة والكفالة ٢٣٦
فصل ٢٣٨
باب الحيل في الصلح ٢٤٠
فصل ٢٤٠
باب الحيل في الكتابة..... ٢٤٣
باب الحيل في الشُّفعة ٢٤٤
باب الحيل في الدَّيْن..... ٢٤٧
باب الحيل في الميراث والوصاية..... ٢٥٠

باب الحيل في اليمين بالنكاح والطلاق ٢٥١
باب الحيل في اليمين على العتق والتزويج ٢٥٤
باب الحيل في اليمين على الفعلين المختلفين أو المتضادين ٢٥٦
باب الحيل في اليمين على الدخول والمساكنة والخروج ٢٥٨
باب الحيل في اليمين على الأكل والشرب وعلى الكسوة واللبس ٢٥٩
باب الحيل في الملك على عدم الإنفاق وعلى فعل المرء بدفع ماله ٢٦٠
باب الحيل في اليمين على التقاضي ٢٦١
باب الحيل في الحلف على البيع ٢٦٢
باب الحيل في دفع اليمين والخصومة عن نفسه ٢٦٣
باب الحيل في التعريض في الحلف ٢٦٤
باب الحيل في استحلاف اللصوص والظلمة ٢٦٥

كتاب الأيمان ٢٦٨

القسم الأول: في أنواع اليمين وألفاظها ٢٦٩
باب معرفة أنواع اليمين ٢٦٩
باب اليمين على الفور والتراخي ٢٧٢
باب ما تنعقد به اليمين وما لا تنعقد ٢٧٨
فصل ٢٨٧
باب تكرار اليمين بالله تعالى ٢٨٨
باب اليمين على ما لا يتصور الامتناع عنه ٢٩١
فصل ٢٩١
فصل ٢٩٣
باب الرجل يحلف فينوي التخصيص ٢٩٥
باب اليمين بتحريم الحلال ٢٩٨
القسم الثاني: في المكالمات والمقالات ٣٠٠
باب الحلف على الكلام ٣٠٠
فصل ٣٠٠
فصل ٣٠١

باب الحلف على الكلام المؤقت ٣٠٥
فصل ٣٠٥
فصل ٣٠٦
باب الحلف على الكلام في الوقت المبهم وهو الحين والزمان والدهر..... ٣٠٧
فصل ٣١٠
باب الحلف على البشارة والخبر والمحادثة ٣١٣
القسم الثالث: في التكليمات والمعاوضات ٣١٩
باب الحلف على البيع والهبة ونحوه..... ٣١٩
فصل ٣٢٠
فصل ٣٢٢
باب الحلف على الفعل لغيره بأمره أو بغير أمره ٣٢٤
فصل ٣٢٦
باب اليمين يقع على بعض ما يحلف عليه دون بعضه ٣٢٨
فصل ٣٢٩
باب اليمين في شراء الأدهان والرياحين وشمها..... ٣٣٠
باب الحنث في المساومة في الزيادة والنقصان..... ٣٣١
فصل ٣٣٢
فصل ٣٣٣
باب الحلف في الكفالة والشركة والعارية والمزارعة..... ٣٣٤
فصل ٣٣٤
باب الحلف على القضاء والاقتضاء..... ٣٣٥
فصل ٣٣٥
فصل ٣٣٧
فصل ٣٣٩
فصل ٣٤١
باب الحلف على التزويج ٣٤٣

فصل ٣٤٤
فصل ٣٤٥
القسم الرابع: في الفعليات الحسّيَّات ٣٤٩
باب الحلف على الدخول ٣٤٩
باب الحلف على دخول دار فلان ٣٥٣
باب الحلف على الدخول على فلان ٣٥٧
باب ما يخرج الحالف عن يمينه وما لا يخرج ٣٥٨
باب الحلف على السُّكنى ٣٦٠
باب الحلف على المساكنة والبيتوتة والإيواء ٣٦٣
فصل في البيتوتة والإيواء ٣٦٦
باب الحلف على ما يضيفه إلى ملك فلان أو ينتسب إليه ٣٧٠
باب الحلف على الخروج ٣٧٤
باب الحلف على الخروج إلا بإذن ٣٧٧
باب الحلف على الإتيان والذهاب والعيادة والزيارة ٣٨١
باب الحلف على المسافرة والمصاحبة والمرافقة والمؤاخاة ٣٨٣
باب الحلف على اللقاء والرؤية والدعوة ٣٨٤
باب الحلف لا يقعد على شيء ٣٨٦
باب الاستخدام ٣٨٧
باب الحلف على الوطء والقربان والتقبيل واللمس ٣٨٨
باب مسائل متفرقة في الحلف على أفعال محسوسة ٣٩٢
فصل ٣٩٣
فصل ٣٩٣
فصل ٣٩٤
القسم الخامس: في الطاعات والمحرمات ٣٩٥
باب الحلف على الطاعة ٣٩٥
فصل ٣٩٨

فصل ٣٩٩
باب الحلف على الفعل الحرام..... ٤٠٠
فصل ٤٠٢
باب الحلف على الشتيمة والضرب والقتل ٤٠٤
فصل ٤٠٤
فصل ٤٠٨
القسم السادس: في المطعومات والمشروبات..... ٤١٢
باب الحلف على الأكل والذوق ٤١٢
فصل ٤١٢
فصل ٤١٣
باب الحلف على الطعام والإدام ٤١٤
فصل ٤١٧
باب الحلف على أكل شيء فيغلب عليه غيره ٤١٨
باب اليمين التي يتعين المحلوف عليه ٤٢٠
باب الرجل يحلف لا يأكل الشيء فيقع على بعضه أو كله..... ٤٢٣
باب الحلف على أكل الفاكهة ٤٢٥
باب الحلف على أكل اللحم والكراع..... ٤٢٦
باب الحلف لا يأكل من طعام فلان أو من كسب فلان ٤٢٨
باب الحلف على الإنفاق وأكل المال..... ٤٣١
فصل ٤٣٢
باب الحلف على الطبخ والشوي..... ٤٣٢
فصل ٤٣٣
باب الحلف على التغذي والتعشي والسحور..... ٤٣٤
باب الحلف على الأكل الحرام ٤٣٥
باب الحلف على الشرب والشراب ٤٣٦
باب الحلف على الشرب من الأواني والأنهار ٤٣٨

القسم السابع: في الملبوسات والمركوبات ٤٤٣
باب الحلف على اللبس والكسوة ٤٤٣
فصل ٤٤٣
فصل ٤٤٥
باب الحلف ليجعلن من الشيء شيئين ٤٤٨
باب الحلف على لبس الحلي والسلاح وشرائه ٤٥٠
فصل ٤٥٠
باب الحلف على الركوب ٤٥٢
فصل ٤٥٢
فصل ٤٥٣
القسم الثامن: في اليمين بغير الله تعالى ٤٥٣
القسم الأول: في كيفية التعليقات ٤٥٤
باب ما يصح به التعليق وما لا يصح ٤٥٤
باب معرفة حروف الشرط ٤٥٦
باب ما يكون يمينًا بصورته لا بمعناه ٤٥٨
القسم الثاني: في أنواع الشرط ٤٦١
باب عطف الشروط بعضها على بعض ٤٦١
فصل ٤٦٢
باب الشرط إذا اعترض على الشرط ٤٦٥
باب ما يتخلل بين الشرط والجزاء ٤٦٧
باب الشرط الذي يحتمل الحال والاستقبال ٤٦٨
باب الشرط الذي يوجد في غير الملك ٤٧٠
القسم الثالث: في كيفية تعليق الحنث بالشروط ٤٧٢
باب تكرار اليمين بغير الله تعالى ٤٧٢
فصل ٤٧٥
فصل ٤٧٦

فصل ٤٧٨
باب تعليق اليمين بالشرط ٤٨٢
باب اليمين بكلمة كل..... ٤٨٤
فصل ٤٨٦
فصل ٤٨٦
فصل ٤٨٨
باب اليمين بكلمة كلما ٤٨٩
فصل ٤٩٠
فصل ٤٩٣
باب اليمين بكلمة أي ٤٩٥
باب اليمين بكلمة أو..... ٤٩٧
باب اليمين إلى غاية ٥٠٢
باب إضافة الجمع إلى الجمع في الجزاء أو الشرط ٥٠٦
فصل ٥٠٦
فصل ٥٠٨
باب ما يقع به الحنث في اليمين على أن لا يعتق ولا يطلِّق..... ٥٠٩
فصل ٥٠٩
باب تعليق الطلاق بالتطليق أو بعدمه ٥١١
فصل ٥١١
فصل ٥١٢
باب تعليق الطلاق بالحيض ٥١٤
فصل ٥١٧
فصل ٥١٧
فصل ٥١٨
باب تعليق الطلاق بالولادة والحبل ٥١٩
فصل ٥٢٠

فصل ٥٢١
باب تعليق الطلاق بالمحبة والبغض وبما لا يُعرف إلا من جهتها ٥٢٢
باب الحنث بإتيان المحلوف عليه ولم يعلم الحالف به ٥٢٤
باب الأيمان التي يكذب بعضها بعضا ٥٢٥
القسم الرابع: في الاستثناءات ٥٢٧
باب الاستثناء في اليمين للتعطيل ٥٢٧
باب الاستثناء في اليمين بكلمة إلا ٥٢٩
فصل ٥٣٣
فصل ٥٣٤
فصل ٥٣٥
باب اليمين بكلمة إلا أن ٥٣٦
كتاب النذور ٥٣٨
باب النذر المطلق ٥٣٩
باب النذر المعلق ٥٤١
باب الدور في النذور المعلقة ٥٤٥
باب من حلف أو نذر على شيء فقال آخر: عليَّ مثل ذلك ٥٤٨
كتاب الكفارات ٥٥٠
باب التكفير بالتحرير ٥٥٢
باب التكفير بالإطعام ٥٥٩
باب التكفير بالكسوة ٥٦٢
باب التكفير بالصوم ٥٦٣
باب ما يجب فيه الطعام كان الصيام وما لا يجب ٥٦٥
باب ما يجوز فيه البدل عن الكفارة وما لا يجوز ٥٦٨
باب إعطاء الكفارة عن جهتين ٥٦٩
فهرس المحتويات ٥٧٢

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية كلية الشريعة

الجزء الخامس

المحتوى:

الاستحسان - التحري - اللقيط - اللقطة - الآبق - المفقود - الوديعة - العارية - الجهاد - المأذون - الحجر - الهبة - الوقف

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي (ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568		عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	**Lebanon**	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

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

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

ISBN 978-2-7451-8337-8

9 782745 183378 90000

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاستحسان[1]

يحتاج إلى معرفة: تفسير الاستحسان، وشريعته، وماهيته، وأنواعه، وتسمية هذا الكتاب باسمه.

❖ **أما تفسيره لغة:** فالاستحسان لغة هو وجود الشيء حسنًا، كالاستقباح: وجود الشيء قبيحًا.

❖ **وأما ماهيته:** فهو اسم لقياس خفي، فإن القياس نوعان: جلي وخفي.

فإن كان المعنى في المقيس عليه جليًّا ظاهرًا سميناه قياسًا، وإن كان خفيًّا باطنًا سميناه استحسانًا؛ لأنا وجدنا ترك العمل بالدليل الظاهر والعمل بالدليل الباطن حسنًا، كما إذا اجتمع دليلان ظاهر وباطن في الحظر والإباحة في أمور الدين والمعاملات فالدليل الظاهر يوجب الحظر، والدليل الباطن يوجب الإباحة، ويرجح الدليل الباطن على الظاهر لنوع رجحان وهو الضرورة وبلوى الناس، فإن للضرورة تأثيرًا ورجحانًا في الإباحة كضرورة المخمصة والمجاعة.

---

(١) الاسْتِحْسَانُ فِي اللُّغَةِ: هُوَ عَدُّ الشَّيْءِ حَسَنًا، وَضِدُّهُ الاسْتِقْبَاحُ. وَفِي عِلْمِ أُصُول الْفِقْهِ عَرَّفَهُ بَعْضُ الْحَنَفِيَّةِ بِأَنَّهُ: اسْمٌ لِدَلِيلٍ يُقَابِل الْقِيَاسَ الْجَلِيَّ يَكُونُ بِالنَّصِّ أَوِ الإِجْمَاعِ أَوِ الضَّرُورَةِ أَوِ الْقِيَاسِ الْخَفِيِّ.

كَمَا يُطْلَقُ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ - فِي كِتَابِ الْكَرَاهِيَةِ وَالاسْتِحْسَانِ - عَلَى اسْتِخْرَاجِ الْمَسَائِل الْحِسَانِ، فَهُوَ اسْتِفْعَالٌ بِمَعْنَى إِفْعَالٍ، كَاسْتِخْرَاجٍ بِمَعْنَى إِخْرَاجٍ. قَال النَّجْمُ النَّسَفِيُّ: فَكَأَنَّ الاسْتِحْسَانَ هَاهُنَا إِحْسَانُ الْمَسَائِل، وَإِتْقَانُ الدَّلَائِل.

انظر: إفاضة الأنوار بحاشية نسمات الأسحار ص١٥٥ ط. أولى، وطلبة الطلبة ص٨٩ ط. أولى. ورد المحتار ٢١٣/٥ ط. أولى.

والشافعي رحمه الله أبى هذا الاسم لهذا النوع من الدليل؛ لأنه لم يرد به اللغة والشريعة فيكون اختراعًا، والاختراع على اللغة لا يجوز، إلا أنه مخطئ فيه لأنا نسمي هذا النوع من الدليل استحسانًا استعارة ومجازًا مما أطلق في اللغة، فإنه في اللغة عبارة عن وجود الشيء حسنًا فلما وجدنا أحد القياس أحسن من الآخر سميناه استحسانًا باسم حكمه، ويجوز تسمية الشيء باسم حكمه على أن الشرع ورد به وهو قوله تعالى: ﴿يَسْتَمِعُونَ ٱلْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُۥٓ﴾ [الزمر: ١٨]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن**"، والمسلمون رأوا الاستصناع حسنًا فسميناه استحسانًا[١].

❖ **وأما بيان أنواعه:** فالاستحسان ضربان:

ضرب قام عليه الدليل من أصول أربعة: من كتاب أو سنة أو قياس أو إجماع أمة، وهو حسن مقبول وما يقتضيه معمول؛ لأنه يستند إلى أصل صحيح.

وضرب نسج في الوهم استقباح الشيء واستحسانه ولم يقم عليه دليل من هذه الأصول، وإنه حرام مذموم؛ لأنه قول بالهوى والشهوة[٢].

---

(١) اخْتَلَفَ الأُصُولِيُّونَ فِي قَبُول الاسْتِحْسَانِ، فَقَبِلَهُ الْحَنَفِيَّةُ، وَرَدَّهُ الشَّافِعِيَّةُ وَجُمْهُورُ الأُصُولِيِّينَ.
أَمَّا الْمَالِكِيَّةُ فَقَدْ نَسَبَ إِمَامُ الْحَرَمَيْنِ الْقَوْل بِهِ إِلَى مَالِكٍ، وَقَال بَعْضُهُمْ: الَّذِي يَظْهَرُ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ الْقَوْل بِالاسْتِحْسَانِ لَا عَلَى مَا سَبَقَ، بَل حَاصِلُهُ: اسْتِعْمَال مَصْلَحَةٍ جُزْئِيَّةٍ فِي مُقَابَلَةِ قِيَاسٍ كُلِّيٍّ، فَهُوَ يُقَدِّمُ الاسْتِدْلَال الْمُرْسَل عَلَى الْقِيَاسِ.
وَأَمَّا الْحَنَابِلَةُ فَقَدْ حُكِيَ عَنْهُمُ الْقَوْل بِهِ أَيْضًا.
وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ الْخِلَافَ لَفْظِيٌّ؛ لأَنَّ الاسْتِحْسَانَ إِنْ كَانَ هُوَ الْقَوْل بِمَا يَسْتَحْسِنُهُ الإِنْسَانُ وَيَشْتَهِيهِ مِنْ غَيْرِ دَلِيلٍ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَلَا يَقُول بِهِ أَحَدٌ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْعُدُول عَنْ دَلِيلٍ إِلَى دَلِيلٍ أَقْوَى مِنْهُ، فَهَذَا مِمَّا لَا يُنْكِرُهُ أَحَدٌ.
انظر: إرشاد الفحول ص٢٤٠ ط. مصطفى الحلبي، والبحر المحيط للزركشي مخطوطة باريس، الورقة: (٣٣٤/ب)، والمستصفى ٢٧٤/١ ط. بولاق، وشرح العضد لمختصر ابن الحاج ٢٨٨/٢ ط. أولى.

(٢) يَنْقَسِمُ الاسْتِحْسَانُ بِحَسَبِ تَنَوُّعِ الدَّلِيلِ الَّذِي يَثْبُتُ بِهِ إِلَى أَرْبَعَةِ أَنْوَاعٍ:
أَوَّلًا- اسْتِحْسَانُ الأَثَرِ أَوِ السُّنَّةِ: وَهُوَ أَنْ يَرِدَ فِي السُّنَّةِ النَّبَوِيَّةِ حُكْمٌ لِمَسْأَلَةٍ مَا مُخَالِفٌ لِلْقَاعِدَةِ الْمَعْرُوفَةِ فِي الشَّرْعِ فِي أَمْثَالِهَا؛ لِحِكْمَةٍ يُرَاعِيهَا الشَّارِعُ، كَبَيْعِ السَّلَمِ، جَوَّزَتْهُ السُّنَّةُ نَظَرًا لِلْحَاجَةِ، عَلَى خِلَافِ الأَصْل فِي بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ وَهُوَ الْمَنْعُ.
=

وأما تسمية هذا الكتاب استحسانًا؛ لما أن عامة مسائله يستحسنها العقل لرجحان معنى الخفي على معنى الجلي.

(باب ما يكره أكله وما لا يكره)

(**الجامع**[١]): ويكره أكل لحوم الحُمر الأهلية والبغال والبهائم[٢].

=

ثَانِيًا- اسْتِحْسَانُ الإِجْمَاعِ: وَهُوَ أَنْ يَنْعَقِدَ الإِجْمَاعُ فِي أَمْرٍ عَلَى خِلَافِ مُقْتَضَى الْقَاعِدَةِ، كَمَا فِي صِحَّةِ عَقْدِ الاسْتِصْنَاعِ، فَهُوَ فِي الأَصْل أَيْضًا بَيْعُ مَعْدُومٍ لَا يَجُوزُ، وَإِنَّمَا جُوِّزَ بِالإِجْمَاعِ اسْتِحْسَانًا لِلْحَاجَةِ الْعَامَّةِ إِلَيْهِ.

ثَالِثًا- اسْتِحْسَانُ الضَّرُورَةِ: وَهُوَ أَنْ يُخَالِفَ الْمُجْتَهِدُ حُكْمَ الْقَاعِدَةِ نَظَرًا إِلَى ضَرُورَةٍ مُوجِبَةٍ مِنْ جَلْبِ مَصْلَحَةٍ أَوْ دَفْعِ مَفْسَدَةٍ، وَذَلِكَ عِنْدَمَا يَكُونُ اطِّرَادُ الْحُكْمِ الْقِيَاسِيِّ مُؤَدِّيًا إِلَى حَرَجٍ فِي بَعْضِ الْمَسَائِلِ، كَتَطْهِيرِ الآبَارِ وَالْحِيَاضِ؛ لأَنَّ الْقِيَاسَ أَلَّا تَطْهُرَ إِلَّا بِجَرَيَانِ الْمَاءِ عَلَيْهَا، وَفِيهِ حَرَجٌ شَدِيدٌ.

رَابِعًا- الاسْتِحْسَانُ الْقِيَاسِيُّ: وَهُوَ أَنْ يَعْدِل عَنْ حُكْمِ الْقِيَاسِ الظَّاهِرِ الْمُتَبَادَرِ إِلَى حُكْمٍ مُخَالِفٍ بِقِيَاسٍ آخَرَ هُوَ أَدَقُّ وَأَخْفَى مِنَ الْقِيَاسِ الأَوَّل، لَكِنَّهُ أَقْوَى حُجَّةً وَأَسَدُّ نَظَرًا. فَهُوَ عَلَى الْحَقِيقَةِ قِيَاسٌ سُمِّيَ اسْتِحْسَانًا، أَيْ: قِيَاسًا مُسْتَحْسَنًا لِلْفَرْقِ بَيْنَهُمَا. وَذَلِكَ كَالْحُكْمِ عَلَى سُؤْرِ سِبَاعِ الطَّيْرِ، فَالْقِيَاسُ نَجَاسَةُ سُؤْرِهَا قِيَاسًا عَلَى نَجَاسَةِ سُؤْرِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ كَالأَسَدِ وَالنَّمِرِ؛ لأَنَّ السُّؤْرَ مُعْتَبَرٌ بِاللَّحْمِ، وَلَحْمُهَا نَجِسٌ.

وَالاسْتِحْسَانُ طَهَارَةُ سُؤْرِهَا قِيَاسًا عَلَى طَهَارَةِ سُؤْرِ الآدَمِيِّ، فَإِنَّ مَا يَتَّصِل بِالْمَاءِ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا طَاهِرٌ. وَإِنَّمَا رَجَحَ الْقِيَاسُ الثَّانِي لِضَعْفِ الْمُؤَثِّرِ فِي الْحُكْمِ فِي الْقِيَاسِ الأَوَّل، وَهُوَ مُخَالَطَةُ اللُّعَابِ النَّجِسِ لِلْمَاءِ فِي سُؤْرِ سِبَاعِ الْبَهَائِمِ، فَإِنَّهُ مُنْتَفٍ فِي سِبَاعِ الطَّيْرِ إِذْ تَشْرَبُ بِمِنْقَارِهَا، وَهُوَ عَظْمٌ طَاهِرٌ جَافٌّ لَا لُعَابَ فِيهِ، فَانْتَفَتْ عِلَّةُ النَّجَاسَةِ فَكَانَ سُؤْرُهَا طَاهِرًا كَسُؤْرِ الآدَمِيِّ، لَكِنَّهُ مَكْرُوهٌ؛ لأَنَّهَا لَا تَحْتَرِزُ عَنِ الْمَيْتَةِ فَكَانَتْ كَالدَّجَاجَةِ الْمِخْلَاةِ.

انظر: إفاضة الأنوار بحاشية نسمات الأسحار ص١٥٥ ط. أولى، والمبسوط للسرخسي ١٤٥/١٠ ط. أولى، والتقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢٢٢/٣ ط. بولاق.

(١) ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) انظر: البدائع ٣٨/٥ - ٣٩، وحاشية ابن عابدين ١٤٨/١ و١٩٣/٥، ونهاية المحتاج ١٤٣/٨، والمقنع ٥٢٨/٣، والمغني مع الشرح الكبير ٦٦/١١، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١١٧/٢، وحاشيتا الرهوني وكنون ٣٩/٣.

وقال أهل الشام: لا بأس بأكله.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي خلافه "**أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية والبغال والخيل يوم خيبر**"، وعن علي وجابر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم "**أنه حرم لحوم الحُمر الأهلية يوم خيبر وأمرنا أن نكفأ القدور، وقال: إنها رجس**"[(١)] وحديثهم ورد في حالة الضرورة وهي حالة المخمصة، وإذا حرم اللحم حرم اللبن؛ لأنه متولد من اللحم، وكذا يكره شرب لبن الأتان للتداوي بالاتفاق.

أما عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر كما في بول ما يؤكل لحمه، وهما فرّقا وقالا: الأصل هو الكراهة فهمًا لقوله عليه السلام: "**إِنَّ اللهَ تعالى لَمْ يَجْعَل شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ**"[(٢)].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥٦/٤ (٢٩٩١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. قال البخاري: تابعه علي، عن سفيان؛ «رفع النبي صلى الله عليه وسلم يديه». وفي ٢٠٨/٤ (٣٦٤٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا أيوب. وفي ١٣١/٥ (٤١٩٨) قال: أخبرنا صدقة بن الفضل، قال: أخبرنا ابن عيينة، قال: حدثنا أيوب. وفي (٤١٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الوهاب، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا أيوب. وفي ٩٥/٧ (٥٥٢٨) قال: حدثنا محمد بن سلام، قال: أخبرنا عبد الوهاب الثقفي، عن أيوب. و«مسلم» ٦٥/٦ (٥٠٦٠) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. وفي ٦٥/٦ (٥٠٦١) قال: حدثنا محمد بن منهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا هشام بن حسان. و«ابن ماجه» (٣١٩٦) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن أيوب. و«النسائي» ٥٦/١ و٢٠٣/٧، وفي «الكبرى» (٦٤ و٤٨٣٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. و«أبو يعلى» (٢٨٢٨) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن هشام، عن محمد، عن أنس (ح) وأيوب، عن محمد (قال حماد: أظنه عن أنس). و«ابن حبان» (٥٢٧٤) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، قال: حدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن أيوب.

كلاهما: (أيوب، وهشام) عن محمد بن سيرين، فذكره.

(٢) أخرجه أبو يعلى (٤٠٢/١٢، رقم ٦٩٦٦) قال الهيثمي (٨٦/٥): رجال أبي يعلى رجال الصحيح خلا حسان بن مخارق، وقد وثقه ابن حبان. والطبراني (٣٢٦/٢٣، رقم ٧٤٩)، =

ولكن في البول ورد حديث خاص فبقي ما عداه على الأصل[1].

=

والبيهقي (١٠/٥، رقم ١٩٤٦٣). وأخرجه أيضًا: إسحاق بن راهويه (١٣٩/١، رقم ٩٨)، وابن حبان (٢٣٣/٤، رقم ١٣٩١).

(١) عن أنس بن مالك: «أن ناسا من عرينة قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة، فاجتووها، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن شئتم أن تخرجوا إلى إبل الصدقة، فتشربوا من ألبانها وأبوالها، ففعلوا فصحوا، ثم مالوا على الرعاء فقتلوهم، وارتدوا عن الإسلام، وساقوا ذود رسول الله صلى الله عليه وسلم، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم، فبعث في إثرهم، فأتي بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمل أعينهم، وتركهم في الحرة حتى ماتوا».

«البخاري» ٥٦/١ (٢٣٣) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. وفي ٦٢/٤ (٣٠١٨) قال: حدثنا معلى بن أسد، قال: حدثنا وهيب، عن أيوب. وفي٥٢/٦ (٤٦١٠) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري، قال: حدثنا ابن عون، قال: حدثني سلمان، أبو رجاء، مولى أبي قلابة. وفي ١٦٢/٨ (٦٨٠٢) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا الأوزاعي، قال: حدثني يحيى بن أبي كثير. وفي ١٦٣/٨ (٦٨٠٣) قال: حدثنا محمد بن الصلت، أبو يعلى، قال: حدثنا الوليد، قال: حدثني الأوزاعي، عن يحيى. وفي (٦٨٠٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، عن وهيب، عن أيوب. وفي (٦٨٠٥) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي ٩/٩ (٦٨٩٩) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا أبو بشر، إسماعيل بن إبراهيم الأسدي، قال: حدثنا الحجاج بن أبي عثمان، قال: حدثني أبو رجاء، من آل أبي قلابة. و«مسلم» ١٠٢/٥ (٤٣٦٩) قال: حدثنا أبو جعفر، محمد بن الصباح، وأبو بكر بن أبي شيبة، واللفظ لأبي بكر، قال: حدثنا ابن علية، عن حجاج بن أبي عثمان، قال: حدثني أبو رجاء، مولى أبي قلابة. وفي (٤٣٧٠) قال: وحدثنا هارون بن عبد الله، قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب، عن أبي رجاء، مولى أبي قلابة. وفي (٤٣٧١) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا معاذ بن معاذ (ح) وحدثنا أحمد بن عثمان النوفلي، قال: حدثنا أزهر السمان، قالا: حدثنا ابن عون، قال: حدثنا أبو رجاء، مولى أبي قلابة. وفي ١٠٣/٥ (٤٣٧٢) قال: وحدثنا الحسن بن أبي شعيب الحراني، قال: حدثنا مسكين، وهو ابن بكير الحراني، قال: أخبرنا الأوزاعي (ح) وحدثنا عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، قال: أخبرنا محمد بن يوسف، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير. و«أبو داود» (٤٣٦٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي (٤٣٦٥) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال:

=

=

حدثنا وهيب، عن أيوب بإسناده. وفي (٤٣٦٦) قال: حدثنا محمد بن الصباح بن سفيان، قال: أخبرنا (ح) وحدثنا عمرو بن عثمان، قال: حدثنا الوليد، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير. و«النسائي» ٩٣/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٧٣) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن حجاج الصواف، قال: حدثنا أبو رجاء، مولى أبي قلابة. وفي ٩٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٧٤ و١١٠٧٨) قال: أخبرني عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار، عن الوليد، عن الأوزاعي، عن يحيى. وفي ٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٧٥) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا الأوزاعي، قال: حدثني يحيى بن أبي كثير. وفي ٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٧٦) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب. و«أبو يعلى» (٢٨١٦) قال: حدثنا أبو بكر، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية، عن حجاج بن أبي عثمان، قال: حدثني أبو رجاء، مولى أبي قلابة. و«ابن حبان» (٤٤٦٧) قال: أخبرنا ابن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير. وفي (٤٤٦٨) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، ببست، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. وفي (٤٤٦٩) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، ومحمد بن عبيد بن حساب، قالا: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا أيوب. وفي (٤٤٧٠) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد المديني، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا ابن علية، قال: حدثنا الحجاج الصواف، قال: حدثنا أبو رجاء، مولى أبي قلابة. ثلاثتهم: (أيوب، وأبو رجاء، ويحيى) عن أبي قلابة، فذكره.

وَقَد اسْتَدَلَّ بِهَذَا الْحَدِيثِ مَنْ قَالَ بِطَهَارَةِ بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ، وَهُوَ مَذْهَبُ الْعِتْرَةِ وَالنَّخَعِيِّ وَالأَوْزَاعِيِّ وَالزُّهْرِيِّ وَمَالِكٍ وَأَحْمَدَ وَمُحَمَّدٍ وَزُفَرَ وَطَائِفَةٍ مِن السَّلَفِ، وَوَافَقَهُمْ مِن الشَّافِعِيَّةِ ابْنُ خُزَيْمَةَ وَابْنُ الْمُنْذِرِ وَابْنُ حِبَّانَ وَالإِصْطَخْرِيُّ وَالرُّويَانِيُّ. أَمَّا فِي الإِبِلِ فَبِالنَّصِّ، وَأَمَّا فِي غَيْرِهَا مِمَّا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ فَبِالْقِيَاسِ. قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ: وَمَنْ زَعَمَ أَنَّ هَذَا خَاصٌّ بِأُولَئِكَ الأَقْوَامِ فَلَمْ يُصِبْ إذ الْخَصَائِصُ لا تَثْبُتُ إلا بِدَلِيلٍ، وَيُؤَيِّدُ ذَلِكَ تَقْرِيرُ أَهْلِ الْعِلْمِ لِمَنْ يَبِيعُ أَبْعَارَ الْغَنَمِ فِي أَسْوَاقِهِمْ وَاسْتِعْمَالُ أَبْوَالِ الإِبِلِ فِي أَدْوِيَتِهِمْ. وَيُؤَيِّدُهُ أَيْضًا أَنَّ الأَشْيَاءَ عَلَى الطَّهَارَةِ حَتَّى تَثْبُتَ النَّجَاسَةُ.

وَأُجِيبُ عَن التَّأْيِيدِ الأَوَّلِ بِأَنَّ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ لا يَجِبُ إنْكَارُهُ، وَعَن الاحْتِجَاجِ بِالْحَدِيثِ بِأَنَّهَا حَالَةٌ ضَرُورِيَّةٌ وَمَا أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ لا يُسَمَّى حَرَامًا وَقْتَ تَنَاوُلِهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ وَمِنْ أَدِلَّةِ الْقَائِلِينَ بِالطَّهَارَةِ حَدِيثُ الإِذْنِ بِالصَّلاةِ فِي مَرَابِضِ الْغَنَمِ السَّابِق.

=

=

وَأُجِيبُ عَنْهُ بِأَنَّهُ مُعَلَّلٌ بِأَنَّهَا لا تُؤْذِي كَالإِبِلِ، وَلا دَلالَةَ فِيهِ عَلَى جَوَازِ الْمُبَاشَرَةِ وَإِلا لَزِمَ نَجَاسَةُ أَبْوَالِ الإِبِلِ وَبَعْرِهَا لِلنَّهْيِ عَنِ الصَّلاةِ فِي مَبَارِكِهَا. وَيُرَدُّ هَذَا الْجَوَابُ بِأَنَّ الصَّلاةَ فِي مَرَابِضِ الْغَنَمِ تَسْتَلْزِمُ الْمُبَاشَرَةَ لآثَارِ الْخَارِجِ مِنْهَا، وَالتَّعْلِيلُ بِكَوْنِهَا لا تُؤْذِي أَمْرٌ وَرَاءَ ذَلِكَ، وَالتَّعْلِيلُ لِلنَّهْيِ عَنِ الصَّلاةِ فِي مَعَاطِنِ الإِبِلِ بِأَنَّهَا تُؤْذِي الْمُصَلِّي، يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْمَانِعُ لا مَا كَانَ فِي الْمَعَاطِنِ مِنَ الأَبْوَالِ وَالْبَعْرِ.

وَاسْتَدَلَّ أَيْضًا بِحَدِيثِ: "لا بَأْسَ بِبَوْلِ مَا أُكِلَ لَحْمُهُ" عِنْدَ الدَّارَقُطْنِيِّ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ وَالْبَرَاءِ مَرْفُوعًا. وَأُجِيبُ بِأَنَّ فِي إِسْنَادِهِ عَمْرُو بْنُ الْحُسَيْنِ الْعُقَيْلِيِّ وَهُوَ وَاهٍ جِدًّا، قَالَ أَبُو حَاتِمٍ: ذَاهِبُ الْحَدِيثِ لَيْسَ بِشَيْءٍ. وَقَالَ أَبُو زُرْعَةَ: وَاهِي الْحَدِيثِ، وَقَالَ الأَزْدِيُّ: ضَعِيفٌ جِدًّا.

وَقَالَ ابْنُ عَدِيٍّ: حَدَّثَ عَنِ الثِّقَاتِ بِغَيْرِ حَدِيثٍ مُنْكَرٍ وَهُوَ مَتْرُوكٌ. وَفِي إِسْنَادِهِ أَيْضًا يَحْيَى بْنُ الْعَلاءِ أَبُو عُمَرَ الْبَجَلِيُّ الرَّازِيّ، قَدْ ضَعَّفُوهُ جِدًّا. قَالَهُ الدَّارَقُطْنِيّ وَكَانَ وَكِيعٌ شَدِيد الْحَمْلِ عَلَيْهِ، وَقَالَ أَحْمَدُ: كَذَّابٌ، وَقَالَ يَحْيَى: لَيْسَ بِثِقَةٍ، وَقَالَ النَّسَائِيّ وَالأَزْدِيُّ: مَتْرُوكٌ، وَاحْتَجُّوا أَيْضًا بِحَدِيثِ "إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ" عِنْدَ مُسْلِمٍ وَالتِّرْمِذِيّ وَأَبِي دَاوُد مِنْ حَدِيثِ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ وَابْنِ حِبَّانَ وَالْبَيْهَقِيّ مِنْ حَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ، وَعِنْدَ التِّرْمِذِيّ وَأَبِي دَاوُد مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ بِلَفْظِ: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ كُلِّ دَوَاءٍ خَبِيثٍ" وَالتَّحْرِيمُ يَسْتَلْزِمُ النَّجَاسَةَ، وَالتَّحْلِيلُ يَسْتَلْزِمُ الطَّهَارَةَ، فَتَحْلِيلُ التَّدَاوِي بِهَا دَلِيلٌ عَلَى طَهَارَتِهَا، فَأَبْوَالُ الإِبِلِ وَمَا يَلْحَق بِهَا طَاهِرَةٌ.

وَأُجِيبُ عَنْهُ بِأَنَّهُ مَحْمُولٌ عَلَى حَالَةِ الاخْتِيَارِ، وَأَمَّا فِي الضَّرُورَةِ فَلا يَكُونُ حَرَامًا كَالْمَيْتَةِ لِلْمُضْطَرِّ، فَالنَّهْيُ عَنِ التَّدَاوِي بِالْحَرَامِ بِاعْتِبَارِ الْحَالَةِ الَّتِي لا ضَرُورَةَ فِيهَا وَالإِذْنُ بِالتَّدَاوِي بِأَبْوَالِ الإِبِلِ بِاعْتِبَارِ حَالَةِ الضَّرُورَةِ، وَإِنْ كَانَ خَبِيثًا حَرَامًا، وَلَوْ سَلِمَ فَالتَّدَاوِي إِنَّمَا وَقَعَ بِأَبْوَالِ الإِبِلِ فَيَكُونُ خَاصًّا بِهَا، وَلا يَجُوزُ إِلْحَاقُ غَيْرِهِ بِهِ لِمَا ثَبَتَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ مَرْفُوعًا: "إِنَّ فِي أَبْوَالِ الإِبِلِ شِفَاءً لِلذَّرِبَةِ بُطُونُهُمْ" ذَكَرَهُ فِي الْفَتْحِ، وَالذَّرَبُ: فَسَادُ الْمَعِدَةِ، فَلا يُقَاسُ مَا ثَبَتَ أَنَّ فِيهِ دَوَاءً عَلَى مَا ثَبَتَ نَفْيُ الدَّوَاءِ عَنْهُ عَلَى أَنَّ حَدِيثَ تَحْرِيمِ التَّدَاوِي بِالْحَرَامِ وَقَعَ فِي جَوَابِ مَنْ سَأَلَ عَنِ التَّدَاوِي بِالْخَمْرِ، كَمَا فِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ وَغَيْرِهِ، وَلا يَجُوزُ إِلْحَاقُ غَيْرِ الْمُسْكِرِ بِهِ مِنْ سَائِرِ النَّجَاسَاتِ، لأَنَّ شُرْبَ الْمُسْكِرِ يَجُرُّ إِلَى مَفَاسِدَ كَثِيرَةٍ، وَلأَنَّهُمْ كَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ يَعْتَقِدُونَ أَنَّ فِي الْخَمْرِ شِفَاءً، فَجَاءَ الشَّرْعُ بِخِلافِ ذَلِكَ. وَيُجَابُ بِأَنَّهُ قَصْرٌ لِلْعَامِّ عَلَى السَّبَبِ بِدُونِ مُوجِبٍ، وَالْمُعْتَبَرُ عُمُومُ اللَّفْظِ لا خُصُوصُ السَّبَبِ.

وَاحْتَجَّ الْقَائِلُونَ بِنَجَاسَةِ جَمِيعِ الأَبْوَالِ وَالأَرْبَالِ، وَهُم الشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَفِيَّةُ، وَنَسَبَهُ فِي الْفَتْحِ إِلَى الْجُمْهُورِ، وَرَوَاهُ ابْنُ حَزْمٍ فِي الْمُحَلَّى عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ السَّلَفِ بِالْحَدِيثِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ أَنَّهُ

=

=

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ بِقَبْرَيْنِ فَقَالَ: "إِنَّهُمَا لَيُعَذَّبَانِ وَمَا يُعَذَّبَانِ فِي كَبِيرٍ، أَمَّا أَحَدُهُمَا فَكَانَ لا يَسْتَنْزِهُ عَن الْبَوْلِ" الْحَدِيثَ.

قَالُوا: يَعُمُّ جِنْسَ الْبَوْلِ وَلَمْ يَخُصَّهُ بِبَوْلِ الإِنْسَانِ، وَلا أَخْرَجَ عَنْهُ بَوْلَ الْمَأْكُولِ، وَهَذَا الْحَدِيثُ غَايَةُ مَا تَمَسَّكُوا بِهِ. وَأُجِيبُ عَنْهُ بِأَنَّ الْمُرَادَ بَوْلُ الإِنْسَانِ لِمَا فِي صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ بِلَفْظِ: "كَانَ لا يَسْتَنْزِهُ مِنْ بَوْلِهِ".

قَالَ الْبُخَارِيُّ: وَلَمْ يَذْكُرْ سِوَى بَوْلِ النَّاسِ، فَالتَّعْرِيفُ فِي الْبَوْلِ لِلْعَهْدِ، قَالَ ابْنُ بَطَّالٍ: أَرَادَ الْبُخَارِيُّ أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ: كَانَ لا يَسْتَنْزِهُ مِن الْبَوْلِ: بَوْلِ الإِنْسَانِ لا بَوْلَ سَائِرِ الْحَيَوَانِ، فَلا يَكُونُ فِيهِ حُجَّةٌ لِمَنْ حَمَلَهُ عَلَى الْعُمُومِ فِي بَوْلِ جَمِيعِ الْحَيَوَانِ، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ الرَّدَّ عَلَى الْخَطَّابِيِّ حَيْثُ قَالَ: فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى نَجَاسَةِ الأَبْوَالِ كُلِّهَا، قَالَ فِي الْفَتْحِ: وَمُحَصِّلُ الرَّدِّ أَنَّ الْعُمُومَ فِي رِوَايَةِ مِن الْبَوْلِ أُرِيدَ بِهِ الْخُصُوصُ لِقَوْلِهِ: "مِنْ بَوْلِهِ" أَو الأَلِفُ وَاللامُ بَدَلٌ مِن الضَّمِيرِ انْتَهَى.

وَالظَّاهِرُ طَهَارَةُ الأَبْوَالِ وَالأَزْبَالِ مِنْ كُلِّ حَيَوَانٍ يُؤْكَلُ لَحْمه تَمَسُّكًا بِالأَصْلِ وَاسْتِصْحَابًا لِلْبَرَاءَةِ الأَصْلِيَّةِ، وَالنَّجَاسَةُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ نَاقِلٌ عَن الْحُكْمِ الَّذِي يَقْتَضِيه الأَصْلُ وَالْبَرَاءَةُ فَلا يُقْبَلُ قَوْلُ مُدَّعِيهَا إلا بِدَلِيلٍ يَصْلُحُ لِلنَّقْلِ عَنْهُمَا، وَلَمْ نَجِدْ لِلْقَائِلِينَ بِالنَّجَاسَةِ دَلِيلا كَذَلِكَ، وَغَايَةُ مَا جَاؤوا بِهِ حَدِيثُ صَاحِبِ الْقَبْرِ وَهُوَ مَعَ كَوْنِهِ مُرَادًا بِهِ الْخُصُوصَ كَمَا سَلَفَ عُمُومٌ ظَنِّيُّ الدَّلالَةِ لا يَنْتَهِضُ عَلَى مُعَارَضَةِ تِلْكَ الأَدِلَّةِ الْمُعْتَضِدَةِ بِمَا سَلَفَ، وَقَدْ طَوَّلَ ابْنُ حَزْمٍ الظَّاهِرِيُّ فِي الْمُحَلَّى الْكَلامَ عَلَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِمَا لَمْ نَجِدْهُ لِغَيْرِهِ لَكِنَّهُ لَمْ يُدِرْ بَحْثَهُ عَلَى غَيْرِ حَدِيثِ صَاحِبِ الْقَبْرِ.

فَإِنْ قُلْت: إِذَا كَانَ الْحُكْمُ بِطَهَارَةِ بَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ وَزَبْلِهِ لِمَا تَقَدَّمَ حَتَّى يَرِدَ دَلِيلٌ، فَمَا الدَّلِيلُ عَلَى نَجَاسَةِ بَوْلِ غَيْرِ الْمَأْكُولِ وَزِبْلِهِ عَلَى الْعُمُومِ؟ قُلْت: قَدْ تَمَسَّكُوا بِحَدِيثِ: "إِنَّهَا رِكْسٌ" قَالَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الرَّوْثَةِ، أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ وَالتِّرْمِذِيُّ وَالنَّسَائِيُّ. وَبِمَا تَقَدَّمَ فِي بَوْلِ الآدَمِيِّ وَأَلْحَقُوا سَائِرَ الْحَيَوَانَاتِ الَّتِي لا تُؤْكَلُ بِهِ بِجَامِعِ عَدَمِ الأَكْلِ وَهُوَ لا يَتِمُّ إلا بَعْدَ تَسْلِيمِ أَنَّ عِلَّةَ النَّجَاسَةِ عَدَمُ الأَكْلِ وَهُوَ مُنْتَقِضٌ بِالْقَوْلِ بِنَجَاسَةِ زِبْلِ الْجَلالَةِ، وَالدَّفْعُ بِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي زِبْلِ الْجَلالَةِ هُوَ الاسْتِقْذَارُ مَنْقُوضٌ بِاسْتِلْزَامِهِ لِنَجَاسَةِ كُلِّ مُسْتَقْذَرٍ كَالطَّاهِرِ إِذَا صَارَ مُنْتِنًا، إلا أَنْ يُقَالَ: إِنَّ زِبْلَ الْجَلالَةِ هُوَ مَحْكُومٌ بِنَجَاسَتِهِ لا لِلاسْتِقْذَارِ، بَلْ لِكَوْنِهِ عَيْنَ النَّجَاسَةِ الأَصْلِيَّةِ الَّتِي جَلَّتْهَا الدَّابَّةُ لِعَدَمِ الاسْتِحَالَةِ التَّامَّةِ.

وَأَمَّا الاسْتِدْلال بِمَفْهُومِ حَدِيثِ: "لا بَأْسَ بِبَوْلِ مَا يُؤْكَلُ لَحْمُهُ" الْمُتَقَدِّمِ فَغَيْرُ صَالِحٍ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ ضَعْفِهِ الَّذِي لا يَصْلُحُ مَعَهُ لِلاسْتِدْلالِ بِهِ حَتَّى قَالَ ابْنُ حَزْمٍ إِنَّهُ خَبَرٌ بَاطِلٌ مَوْضُوعٌ قَالَ: لأَنَّ فِي رِجَالِهِ سَوَّارُ بْنُ مُصْعَبٍ، وَهُوَ مَتْرُوكٌ عِنْدَ جَمِيعِ أَهْلِ النَّقْلِ مُتَّفَقٌ عَلَى تَرْكِ الرِّوَايَةِ

=

ويكره لحم الخيل عند أبي حنيفة[١]، وعندهما: لا يكره، ثم قيل: إنه يكره عنده كراهة تنزيه.

والصحيح: أنه كراهة تحريم.

لهما: ما روى جابر: أن النبي صلى الله عليه وسلم "**نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر وأذن في الخيل**"[٢].

له: ما روى خالد بن الوليد: أن النبي صلى الله عليه وسلم "**نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير**"، والنهي يوجب الحرمة وحديثهما يوجب الإباحة، فقد اجتمع المبيح والمحرم ولم يعرف التاريخ منهما فيجعل التحريم متأخرًا احتياطًا لأمر الحرمة وتقليلا للنسخ.

=

عَنْهُ، يَرْوِي الْمَوْضُوعَاتِ، فَالَّذِي يَتَحَتَّمُ الْقَوْلُ بِهِ فِي الأَبْوَالِ وَالأَزْبَالِ هُوَ الاقْتِصَارُ عَلَى نَجَاسَةِ بَوْلِ الآدَمِيِّ وَزِبْلِهِ وَالرَّوْثَةِ.

وَقَدْ نَقَلَ التَّيْمِيُّ أَنَّ الرَّوْثَ مُخْتَصٌّ بِمَا يَكُونُ مِن الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ، وَلَكِنَّهُ زَادَ ابْنُ خُزَيْمَةَ فِي رِوَايَتِهِ "إِنَّهَا رِكْسٌ إِنَّهَا رَوْثَةُ حِمَارٍ".

وَأَمَّا سَائِرُ الْحَيَوَانَاتِ الَّتِي لا يُؤْكَلُ لَحْمُهَا فَإِن وَجَدْت فِي بَوْلِ بَعْضِهَا أَوْ زِبْلِهِ مَا يَقْتَضِي إِلْحَاقُهُ بِالْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ طَهَارَةً أَوْ نَجَاسَةً أَلْحَقْته وَإِنْ لَمْ تَجِدْ، فَالْمُتَوَجِّهُ الْبَقَاءُ عَلَى الأَصْلِ وَالْبَرَاءَةِ كَمَا عَرَفْت.

(١) انظر: الدر المختار بحاشية رد المختار ١٩٣/٥ - ١٩٤، ونقل هنا في رد المحتار عن الطحطاوي أن الخلاف في خيل البر، أما خيل البحر فلا تؤكل عند الحنفية اتفاقا.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٣٦/٥ (٤٢١٩) و٩٥/٧ (٥٥٢٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب. وفي (٥٥٢٠) قال: حدثنا مسدد. و«مسلم» ٦٥/٦ (٥٠٦٢) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو الربيع العتكي، وقتيبة بن سعيد. و«أبو داود» (٣٧٨٨) قال: حدثنا سليمان بن حرب. و«النسائي» ٢٠١/٧، وفي «الكبرى» (٦٦٠٧) قال: أخبرنا قتيبة، وأحمد بن عبدة. و«أبو يعلى» (١٩٩٨) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. وفي (٢١٥٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«ابن حبان» (٥٢٧٣) قال: أخبرنا الحسين بن عبد الله القطان، قال: حدثنا عمر بن يزيد السياري.

جميعهم (عفان بن مسلم، وحسن، وسريج بن النعمان، وأبو النعمان، محمد بن الفضل، وسليمان بن حرب، ومسدد بن مسرهد، ويحيى بن يحيى، وأبو الربيع العتكي، وقتيبة، وأحمد بن عبدة، وعبيد الله، وعبد الرحمن، وعمر) عن حماد بن زيد، عن عمرو بن دينار، عن محمد بن علي، فذكره.

ويكره أكل الإبل والبقر الجلالة استحسانًا ولا يكره قياسًا، وهو قول مالك؛ لأن الجلة بعد الأكل صار لحمًا والنجس متى استحال إلى صلاح لا يكره أكله، فإن سائر الحيوانات خلقت من النطفة والعلقة ويحل أكلها لاستحالته إلى صلاح، وكالخمر إذا صارت خلا.

وجه الاستحسان: ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم "**نهى عن أكل الإبل الجلالة وشرب ألبانها**"[1] وهي إلى الأغلب من أكلها النجاسة ولأنه يوجب تغيير لحمه إلى خبث ونتن ورائحة كريهة وإن استحال أصل النجاسة، ولو بقي أصل النجاسة حرم الأكل، فإذا بقي أثرها كره، ولا يكره أكل الدجاجة المخلاة، وإن أكلت النجاسة؛ لأن لحم الدجاجة لا يتغير ولا ينتن بأكل النجاسة؛ لأنه يخلطها بغيرها، [فتأكل الجميع مع كون النجاسة قليلة][2].

وإن حبست الجلالة أيامًا وتعلفت تحل؛ لأنه يزول نتنها بعلف طيب فتزول الكراهة بزوال النتن، ولم يقدر في الأصل مدة الحبس.

وذكر في (**النوادر**): أنه قدر في الإبل شهرًا، وفي رواية: أربعين يومًا. وفي البقرة عشرين يومًا، وفي الشاة عشرة أيام، وفي الدجاجة ثلاثة أيام.

وروى محمد عن أبي حنيفة أنه لم يوقت الحبس، بل تحبس حتى يطيب لحمها ويذهب نتنه.

ورُوي عن أبي يوسف: أن الدجاجة لا تحبس؛ لأنها لا تأكل الجيف كلها بل تأكل الحبة ومعها لوث النجاسة لكن يستحب أن تحبس يومًا أو يومين.

(**النوادر**): جدي ارتضع بلبن خنزير لا يكره أكله؛ لأنه يستحيل ولا يتغير لحمه به.

وذكر في (**العيون**): إن علف أيامًا فلا بأس به؛ لأنه بمنزلة الجلالة، والجلالة إذا حبست أيامًا وعلفت لا بأس به فكذا هذا.

---

(١) أخرجه أحمد ٢/٢١٩ (٧٠٣٩) قال: حدثنا مؤمل. و«أبو داود» (٣٨١١) قال: حدثنا سهل بن بكار. كلاهما: (مؤمل بن إسماعيل، وسهل بن بكار) قالا: حدثنا وهيب، قال: حدثنا ابن طاووس، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

ولا بأس بالشعير يوجد في بعر الإبل والشاة فيغسل ويؤكل، وإن كان في أخثاء البقر وروث الفرس لا يؤكل؛ لأن البعر صلب قل ما تدخل فيه النجاسة في أجزاء الشعير والحنطة.

ولا بأس بأكل دود الزيتون قبل أن تنفخ فيه الروح؛ لأنه إنما ينطلق اسم الميتة على من له روح فخرج منه.

ويكره رفع الجهد من السقاية وحمله إلى منزله؛ لأنه وضع للشرب لا للحمل، والحطب الذي يوجد في الماء إن كان لا قيمة له فهو حلال؛ لأنه مأذون بأخذه، وإن كان له قيمة حرام أخذه.

ويكره أكل الطين؛ لأنه يضر به، والإضرار بنفسه حرام.

قال مشايخنا: ولا بأس بمضغ العلك للنساء ويكره للرجال للنهي عن التشبه بفعلهن؛ لأن مضغ العلك في الأصل وُضِعَ للنساء قائمًا مقام السواك؛ لأنها تخاف من السواك سقوط سنها؛ لأن سنها [أضعف][1] من سن الرجل فأقيم العلك لهن مقام السواك؛ لأنه مما ينقي الأسنان ويشد اللثة كالسواك، ونظيره الخضاب لا بأس بخضاب اليد والرجل للنساء ما لم يكن خضاب فيه تماثيل، ويكره للرجال والصبيان؛ لأن ذلك تزين وأنه مباح للنساء دون الرجال.

ولا بأس بخضاب الرأس واللحية بالحناء والوسمة للرجال والنساء؛ لأن ذلك سبب لزيادة الرغبة والمحبة بين الزوجين إلى صاحبه.

رجل مر بالثمار الساقطة تحت الأشجار، فإن كان في المصر لا يسعه أن يتناول منها إلا أن يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك؛ لأنه لا عادة في الإباحة في المصر، وإن كان في الحائط والكرم، فإن كان ثمارًا تبقى كالجوز ونحوه لا يأخذه إلا إذا علم الإذن به.

وإن كان مما لا يبقى فلا بأس به ما لم يتبين النهي عنه.

وإن كانت الثمار على الأشجار، فإنه لا يأخذ في موضع ما إلا بإذن صاحبه إلا

---

(١) هكذا بالأصل، وفي (س): أصغر.

أن يكون موضعًا كثير الثمار، ويعلم أنه لا يشق عليهم ذلك فيسعه الأكل دون الحمل، ويجوز رفع الثمار من نهر جار وأكلها وإن كثر؛ لأنه مما يفسد إذا ترك فيكون مأذونًا بالرفع دلالة.

رجل نثر السكر فوقع في حجر رجل فأخذه رجل آخر منه؛ إن كان صاحب الحجر فتح الحجر ليقع فيه السكر لا يجوز؛ لأنه أحرزه، وإلا فيجوز لأنه ما أحرزه، ونظيره رجل وضع طشتًا على سطحه فاجتمع فيه ماء المطر فجاء رجل ورفعه، فإن كان وضع صاحب الطشت لذلك فهو له، وإن لم يضع لذلك فهو للرافع؛ لأنه مباح غير محرز.

(باب الكراهية في استعمال آنية الذهب والفضة)

ويكره الأكل والشرب والادهان في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء جميعًا لما رُوي: **أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشرب في آنية الذهب والفضة، وقال: "من شرب منها فكأنما يُجَرْجِرُ[1] فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ"[2]**. ولأنه تشبيه بزي

(١) الْجَرْجَرَة: صَوْتٌ يُرَدِّدُهُ الْبَعِيرُ فِي حَنْجَرَتِه إِذَا هَاجَ، نَحْوَ صَوْتِ اللِّجَامِ فِي فَكِّ الْفَرَس. (فتح الباري) (ج١٦ص١١٧).

(٢) أخرجه «البخاري» ١٤٦/٧ (٥٦٣٤) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك بن أنس، عن نافع، عن زيد بن عبد الله بن عمر. و«مسلم» ١٣٤/٦ (٥٤٣٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك، عن نافع، عن زيد بن عبد الله. وفي (٥٤٣٦) قال: وحدثناه قتيبة، ومحمد بن رمح، عن الليث بن سعد (ح) وحدثنيه علي بن حجر السعدي، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن علية، عن أيوب (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا محمد بن بشر (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى بن سعيد (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، والوليد بن شجاع، قالا: حدثنا علي بن مسهر، عن عبيد الله (ح) وحدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، قال: حدثنا الفضيل بن سليمان، قال: حدثنا موسى بن عقبة (ح) وحدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا جرير، يعني ابن حازم، عن عبد الرحمن السراج، كل هؤلاء عن نافع، بمثل حديث مالك بن أنس، بإسناده عن نافع. وفي ١٣٥/٦ (٥٤٣٧) قال: وحدثني زيد بن يزيد، أبو معن الرقاشي، قال: حدثنا أبو عاصم، عن عثمان، يعني ابن مرة. و«ابن ماجه» (٣٤١٣) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث بن سعد، عن نافع، عن زيد بن =

المشركين وتنعم بنعمة المترفين، قال الله تعالى: ﴿أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَٰتِكُمْ فِى حَيَاتِكُمُ ٱلدُّنْيَا﴾ [الأحقاف: ٢٠] وكذلك المجمر والأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة ونحو ذلك ما يقع الانتفاع به؛ لأن هذه المنفعة تختص بالبدن فصار كمنفعة الأكل والشرب[١].

وأما الإناء المفضض والمضبب فلا يكره الأكل والشرب فيه إذا لم يضع فمه على الفضة، وأبو يوسف كره ذلك، وكذلك الكرسي المضبب[٢] لا بأس بالجلوس عليه والانتفاع بها في غير موضع الذهب والفضة خلافًا لأبي يوسف، وكذلك لا بأس بتذهيب السقف خلافًا له، وكذلك الذهب والفضة على الثياب أو كانت حلقة المرآة من الذهب والفضة، وقيل: بأن قول محمد مثل قول أبي يوسف، وقيل: إن قوله مثل قول أبي حنيفة، فصار عن محمد روايتان.

لأبي يوسف: أن الذهب والفضة صار من أجزاء ذلك الشيء بالتفضيض وكل

=

عبد الله بن عمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٨٤٣) قال: أخبرني شعيب بن يوسف، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله، عن نافع، عن زيد بن عبد الله. وفي (٦٨٤٤) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا إسماعيل، عن أيوب، عن نافع، عن زيد بن عبد الله. وفي (٦٨٤٥) عن عمرو بن علي، عن عاصم بن هلال، عن أيوب، به. و«أبو يعلى» (٦٨٨٢) قال: حدثنا علي بن الجعد، قال: أخبرني صخر بن جويرية، عن نافع، قال: حدثني زيد بن عبد الله بن عمر. وفي (٦٩٣٩) قال: حدثنا سليمان بن عبد الجبار، قال: حدثنا أبو عاصم، عن عثمان بن مرة. وفي (٦٩٩٨) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله، قال: أخبرني نافع، عن زيد بن عبد الله. و«ابن حبان» (٥٣٤١) قال: أخبرنا الحسين بن عبد الله القطان، قال: حدثنا نوح بن حبيب، قال: حدثنا يحيى القطان، قال: حدثني عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن زيد بن عبد الله. وفي (٥٣٤٢) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن نافع، عن زيد بن عبد الله بن عمر.

كلاهما: (زيد بن عبد الله، وعثمان بن مرة) عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي بكر، فذكره.

(١) انظر: ابن عابدين (٣٦٢/٦)، وتكملة فتح القدير (٩٦/٨)، ومواهب الجليل (١٢٤/١ - ١٢٥)، وأسنى المطالب (٢٧٦/١)، والروضة (٦٧/٢)، وكشاف القناع (٢٢٣٨/٢)، والإنصاف (١٤٤/٣ - ١٤٥)، والمغني (١٥/٣ - ١٦).

(٢) جاء هنا في الأصل: والمداهن والمجامر والمرآة المضببة. وسقط في باقي النسخ.

من استعمل إناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره.

لأبي حنيفة: أن هذا يقع لما ليس بذهب وفضة ولا يقصد الانتفاع به، والعبرة للمتبوع دون التبع كما في الجبة المكفوفة بالحرير وكالعلم في الثوب وهذا الاختلاف فيما إذا كان يخلص بالإذابة.

وأما الأواني المموهة بماء الذهب والفضة فلا بأس بالانتفاع بها بالإجماع، والتمويه ليس بشيء؛ لأنه لا يخلص بالإذابة.

ولو جعل المصحف مذهبًا أو مفضضًا لا بأس عند أبي يوسف في رواية، وفي رواية يكره أيضًا، ورخص أبو يوسف في حلية السيف والمنطقة؛ لأن الآثار قد وردت في باب السلاح بالرخصة.

ولو كان السكين مفضضًا كله مشددًا بالذهب والفضة يكره الانتفاع به إلا إذا كان على طرف المقبض بحيث لا تقع يده عليه، فإنه لا يكره.

وفي "نوادر" هشام عن محمد: في قارورة أو دشيشاية يصب منه الدهن على الرأس والأشنان ويده أكرهه ولا أكره الغالية، وفرق بينهما بأن في الغالية يدخل الإنسان فيه يده، فإذا أخرجه إلى الكف لم يكن استعمال له.

فأما الدهن، فإنه يستعمل نصيبه منه فأكرهه، ولا يسد الأسنان بالذهب، ولو جدع أنفه لا يتخذ أنفًا من ذهب، ويشده ويتخذه من فضة عند أبي حنيفة، وعند محمد رحمه الله: لا بأس به بالذهب أيضًا.

وذكر الكرخي قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة رحمه الله، وقيل: قوله مثل قول محمد.

لمحمد: حديث عرفجة بن أسعد أنه أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفًا من ورِق فأنتن عليه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بأن يتخذ أنفًا من ذهب، ولأن الذهب والفضة يستويان في حرمة الاستعمال والفضة حرام إلا عند الضرورة والحاجة، وقد اندفعت الضرورة بالأدنى وهو الفضة؛ لأن حرمة استعمال الذهب أقوى من استعمال الفضة، ألا ترى أنه يجوز التختم بالفضة ولا يجوز بالذهب، فلم يجعل ما لا ضرورة فيه، فأما حديثه قلنا ما اندفعت الحاجة والضرورة ثمة؛ لأنه أنتن.

وقال أبو حنيفة: إذا سقطت ثنية رجل، فإنه يكره أن يعيدها ويشدها بفضة أو ذهب ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيسد مكانها.

وقال أبو يوسف: لا بأس بأن يشد سنَّة مكانها استحسانًا وإن كان سن غيره يكره.

لأبي حنيفة: أن السن نجس متى انفصل عن الآدمي الحي وصار بمنزلة السن الآدمي الميت لقوله عليه السلام: "**ما أنتن من الحي فهو ميت**"[1] فيكره إعادتها إلى مكانها كما يكره في سن ميت آخر.

لأبي يوسف: أن السن عظم لا ينجس بالموت؛ لأنه لا يحله الموت كسائر عظامه إلا أنه يكره الانتفاع بسن غيره لاحترامه لا لكونه نجسًا.

أما الانتفاع بسن نفسه ليس بحرام لاحترامه؛ لأن كونه محترما يظهر في حق غيره لا في حقه، ألا ترى أنه ينتفع به قبل انفصاله، فإذا أعادها إلى مكانها وشدها صار كأنها لم تنفصل.

وأما التحلي بالذهب والفضة كالسوار والخلجان والخاتم، فإنه يحل للنساء ويحرم للرجال إلا التختم بالفضة لما رُوي: **أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج ذات يوم وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب فقال: "هذان حرامان على ذكور أمتي حل لإناثها"**.

ويتختم بالفضة قدر المثقال أو دونه والتختم بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر فمكروه للرجال والنساء جميعا لما رُوي عن النعمان بن بشير أنه قال: اتخذت خاتمًا من ذهب فدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "**ما لك أخذت حلي أهل الجنة قبل أن تدخلها**" فرميت به فاتخذت خاتمًا من حديد، فلما دخلت عليه فقال: "**ما لك اتخذت حلي النار**" فرميت به فاتخذت خاتمًا من نحاس فدخلت عليه فقال: "**ما لي أجد منك ريح الأصنام**" فرميت به فقلت: كيف أصنع يا رسول الله، فقال: "**اتخذه من الورقِ ولا تزده على المثقال**".

ثم التختم إنما يكون سنة إذا كان له حاجة إلى التختم بأن كان سلطانا أو قاضيا، أما إذا لم يكن محتاجا إلى التختم فالترك أفضل، وإذا تختم ينبغي أن يجعل

---

(١) أخرجه الطبراني (٥٧/٢، رقم ١٢٧٦).

الفص إلى بطن الكف لا إلى ظهره بخلاف النسوان لأنهن يفطن للتزين والرجال للحاجة إلى التختم، ولا بأس بشد ثقب الفص بمسمار ذهب؛ لأنه قليل فلا يقع به الزينة الكاملة فصار كالقليل من الحرير وهو كالأعلام.

وذكر في (**الأصل**): لا بأس بالفص يكون من الحجر فيجعل فيه مسمار الذهب وهذا دليل على أن الفص يكون من الحجر ولا يكره ذلك؛ لأنه معيب جعل تبعا محضا فلم يكن به غيره.

ولو جعل فص الخاتم عقيقًا أو قيرًا أو ياقوتًا ونقش عليه اسمه أو اسمًا من أسماء الله تعالى لا بأس به لتعامل الناس بذلك من غير نكير.

(باب الكراهية في اللبس)

(**المبسوط**): ويكره لبس الحرير والقز للرجال ولا بأس به للنساء لما روينا ولما رُوي أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال: "**إِنَّمَا يَلْبَسُه مَنْ لَا خَلَاقَ لَهُ**[1] **فِي الْآخِرَةِ**"[2]، وكذلك يكره للصبيان الذكور والإثم في ذلك على من ألبسهم؛

---

(١) قَوْله: (مَنْ لَا خَلَاق لَهُ) أَيْ: لَا نَصِيب له.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤/٢ (٨٨٦) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ١٦٣/٣ (٢٦١٢) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. وفي ١٥١/٧ (٥٨٤١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثني جويرية. وفي «الأدب المفرد» (٧١) قال: حدثنا محمد بن سلام، قال: أخبرنا عبدة، عن عبيد الله. و«مسلم» ١٣٧/٦ (٥٤٥١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (٥٤٥٢) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو أسامة (ح) وحدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، كلهم عن عبيد الله (ح) وحدثني سويد بن سعيد، قال: حدثنا حفص بن ميسرة، عن موسى بن عقبة. وفي ١٣٨/٦ (٥٤٥٣) قال: وحدثنا شيبان بن فروخ، قال: حدثنا جرير بن حازم. و«ابن ماجه» (٣٥٩١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (١٠٧٦ و٤٠٤٠) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«النسائي» ٩٦/٣، وفي «الكبرى» (١٦٩٨) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي «الكبرى» (٩٤٩٨) قال: أخبرنا عبد الرحمن بن عبد الله بن عبد الحكم، قال: حدثنا شعيب بن الليث، عن أبيه، عن محمد بن عبد الرحمن. و«أبو يعلى» (٥٨١٤) قال: حدثنا =

لأن النص جعله حرامًا على الذكور عاما فيكون إلباسه حرامًا، كشرب الخمر لما كان حرامًا كان سقيها حرامًا، ولا بأس بتوسده والنوم عليه للرجال.

وقال محمد: يكره ذلك أيضًا، وهو قول أبي يوسف، ذكره القدوري والقاضي أبو عاصم العامري.

وكذلك الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب، لهما: ما روينا عن عموم النهي والتحريم، ولأن التنعم بالجلوس والنوم عليه كالتنعم باللبس وذلك عادة المترفين.

له: ما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان على بساطه مرفقة حرير، وعن أنس أنه حضر وليمة وجلس على وسادة من حرير عليها طيور، والنص العام ورد في اللبس والنوم دونه فلا يلحق به، ولأن النوم عليه والتوسد به امتهان للمحل يقضي فيه معنى التنعيم والتزين فلم يتعد حكم التحريم إليه من اللبس الذي هو زينة كاملة، ولو جعله دثارًا يكره؛ لأنه استعمال تام ويكره لبسه الحرير، وكذا الديباج والإبريسم ذكره محمد في نوادر ابن هشام؛ لأنه استعمال تام.

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا بأس بالعلم في الثوب قدر أربع أصابع لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم "**نهى عن لبس الحرير إلا موضع القبضتين أو ثلاثة أو أربعة**" أراد به الأعلام، ولأن العلم تبع للثبوت في اللبس فلا يكون لابسا للحرير كقليل الذهب في الخاتم، ولأن العلم في الثياب معتاد من غير نكير من أحد فيكون إجماعًا.

وكذلك إذا كان العلم منسوخًا بالذهب فلا بأس به إذا كان قدر أربعة أصابع، وإن كان أكثر يكره، ولا بأس بلبس ثوب سداه حرير ولحمته غير حرير، فإن لُبس

=

شيبان، قال: حدثنا جرير. و«ابن حبان» (٥٤٣٩) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

تسعتهم: (مالك بن أنس، وأيوب السختياني، وأيوب بن موسى، وعبيد الله بن عمر، وحنظلة بن أبي سفيان، وجويرية بن أسماء، وموسى بن عقبة، وجرير بن حازم، ومحمد بن عبد الرحمن) عن نافع، فذكره.

عامة الصحابة الخز مشهور والخز سداه حرير؛ لأن السدي فيه مستور فأشبه الحشو.

فأما اللحمة مزينة في مرأى العين فحصل التزين به، فعلى هذا لو كان السدي ظاهرًا كالقتابي يكره لبسه؛ لأن لابسه في مرأى العين لابس الحرير؛ لأن ما يبطن إذا كان حريرا يكره وما يظهر إذا كان قطنا لا بأس به، وإلى هذا المعنى أشار محمد في كتاب الرخصة في الإملاء، ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج وهو تركيب اللحمة بالسدي فيضاف صيرورته ثوبا إلى اللحمة على ما هو الأصل أن الحكم يضاف إلى ما هو آخر الوصفين وجودا وعلى هذا يباح لبس العتابي، ولو كان لحمه حرير أو سداه غير حرير يكره في غير الحرب ولا بأس به في الحرب لمكان الحاجة إلى تهييب العدو وإلى دفع مضرة السلاح؛ لأن للغر أثرا في ذلك.

وأما ما هو حرير كله يكره لبسه في الحرب عند أبي حنيفة. وعندهما: لا بأس به؛ لحديث الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب، ولأن الحاجة ماسة إليه؛ لأن ما خلص منه أدفع لمضرة السلاح وأهيب للعدو.

له: عموم النهي، ولأن الضرورة تندفع بالأدنى وهو المخلوط لحصول التحمل والتهييب للعدو به ودفع المضرة؛ لأنه لو كان للخالص مزية الخلوص فللمخلوط مزية القوة والثخانة فاستويا فانعدمت الضرورة، والمحرم لا يرخص فيه إلا عند الضرورة وهذا إذا كان الثوب صفيقًا[1] يجيء منه الإيهاب للعدو في الحرب.

وأما إذا كان رقيقًا لا يجيء منه الإيهاب للعدو، فإنه يكره بالإجماع؛ لأنه انعدمت الضرورة، ولو جعل القز حشوا للقباء لا بأس به لأنه تبع، ولو جعله ظهارة أو بطانة فهو مكروه؛ لأن كليهما مقصود إذ المعنى لا يحصل لأيهما، وتكره الخرقة التي يمسح بها العرق؛ لأنه بدعة لم يفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أحد من الصحابة، وإنما كانوا يمسحون بأطراف أرديتهم، ولأنه ضرب من التكبر والتجبر وتشبه بزي العجم، ولهذا قال عليه السلام: "**وإياكم وأخلاق العجم**" يعني في التربع وإظهار التجبر أو فيما يكون مخالفًا لأخلاق المسلم من أخلاق الأعاجم والمجوس.

---

(١) صفُق الثَّوبُ: كثُف نَسْجُه (ثوبٌ صفِيقٌ).

وكذلك الخرقة التي يمخط بها تكره، وأما إذا كانت لإماطة الأذى وإزالة القذر فلا تكره، والخرقة التي يمسح بها الوضوء قيل: لا بأس به لتوارث المسلمين.

وقال مشايخنا المتأخرين: من فعل ذلك تكثُّرًا فهو مكروه، ومن فعل ذلك لحاجة وضرورة لا يكره، ونظيره التربع في الجلوس والاتكاء، فإن كان للتكبر يكره، وإن كان لحاجة لا يكره. ولا بأس بربط الخيط على إصبعه وخاتمه للحفظ وللحاجة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعض أصحابه بذلك، ولأنه لو كره إنما يكره لكونه عبثا وقد تعلق به ضرب فائدة وهو التأكيد في رعاية حقوق المسلم فيكون أقرب إلى الذكر وأبعد من النسيان مع ما فيه ضرب من التواضع وهو ترك الاعتماد على حفظه.

(باب ما يكره النظر واللمس وما لا يكره)

النساء على أربعة أنواع: منها زوجات ومملوكات، ومنها ذوات المحارم، ومنها مملوكات الغير، ومنها أجنبيات وذوات رحم غير محرم.

أما الزوجات والمملوكات: فيحل للزوج والمالك النظر والمس من قرفها إلى قدمها عن شهوة ويحل الاستمتاع بها في الفرج وما دون الفرج إلا في حالة الحيض لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٢٩ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾ [المعارج: ٢٩، ٣٠] من غير فصل ولا يحل الاستمتاع بالدبر عند عامة العلماء خلافًا لأصحاب الظواهر لما رُوي عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم: "**من أتى حائضًا أو امرأة في دبرها أو أتى كاهنا فصدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد**".

والنظر إلى فرجها مباح لكنه غير أدب، وكذا النظر إلى فرج نفسه لقول عائشة رضي الله عنها: قُبِضَ رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت إلى مأمنه ولا نظر إلى مأمني.

وأما ذوات المحارم: فلا بأس بأن ينظر الرجل إلى مواضع الزينة من ذوات الرحم محرم منه من نسب أو سبب بالرضاع أو الصهرية وهي: الرأس والصدر والعضد والساق، ولا ينظر إلى بطنها وظهرها وما بين سرتها حتى يجاوز حافة

الركبة؛ لأن الله تعالى أمر بغض البصر مطلقًا لقوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] فأباح النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة جميعا للمحارم لقوله ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] والمراد بالزينة مواضعها لا نفس الزينة؛ لأنه مما يباح النظر إليه، ولكن كني بالزينة عن مواضعها فبقي ما عدا موضع الزينة داخلا تحت نص التحريم، ومواضع الزينة هي الرأس والشعر والصدر والعضد واليد والقدم والساق والوجه، ولأن المحرم يدخل عليها للزيارة ولصلة الرحم من غير استئذان وحشمة، وإنما تكون هي مكشوفة هذه المواضع مشمرة لأعمال البيت من الخبز والطبخ والغسل، فلو حرمنا عليه النظر إلى هذه المواضع للمحارم مع أمرهم إياه بصلة الرحم والزيارة كان ذلك إيقاعا لهم في الحرج، والحرج مدفوع شرعا وهذه الضرورة متحققة في مواضع الزينة لا فيما عداها، وما حل نظره منهن حل له مسه وغمره؛ لأن الأمة توارثت خلفا عن سلف من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا في مصافحة المحارم ومعانقتهم من غير نكير، ولأنه أبيح لها المسافرة مع المحرم وفي المسافرة يحتاج إلى إنزالها وإركابها وذلك لا يتصور بدون المس وللضرورة أثر في الإباحة، وما كره النظر إليه كره مسه بطريق الأولى إلا مرور الثياب فلا بأس بأن يأخذ ببطنها وظهرها ويحملها وينزلها؛ لأنه لا يمكنه إركابها وإنزالها إلا بمس ظهرها وبطنها إلا أنه يمسها مع الثياب لا متجردة؛ لأن الضرورة تندفع بذلك وهذا إذا كان آمن عن الشهوة، وإن كان أكثر رأيه أنه يشتهي أو يشك فيه فليتجنب؛ لأنه إذا اشتهى كان سببا للوقوع في المعصية، وإن لم يمكنها الركوب والنزول بنفسها يتكلف ويجتهد بأثر ثياب حتى لا يصل إلى حرارة عضوها، فإن لم تجد الثياب ولم يجد بدًّا من المس يتكلف لدفع الشهوة عن نفسه بقدر الإمكان.

وأما النوع الثالث وهي مملوكات الغير: فحكمها حكم ذوات المحارم في النظر والمس والحمل والإنزال سواء لما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مس ناصية أمة ودعا لها بالبركة، ومر ابن عمر رضي الله عنهما بأمة تباع فضرب يده على صدرها ومس ذراعيها، وبه جرى التوارث خلفا عن سلف من غير نكير، ولأن الأمة

تحتاج إلى الخروج في الحوائج والأخذ والإعطاء فتقع الضرورة إلى مس بعض أعضائها والنظر إليها، وكذا أمة زوجته تحتاج إلى أن تخدم زوجها بالادهان وغسل الرأس وغمره.

وكذلك أمة الابن لأب مولاها فالتحقت الأمة بالمحارم في حق الناس كافة دفعًا للحرج، وإنما يباح له النظر والمس بشرط عدم الشهوة في غير حالة الشراء، فأما عند الشراء يباح له النظر بالشهوة ولا يباح المس بالشهوة، والفرق بينهما أن المس بشهوة استمتاع بها حقيقة والاستمتاع بأمة الغير حرام، فأما النظر بشهوة ليس باستمتاع حقيقة، ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة ولا يفسد به الصوم إذا أنزل، وإنما حرم من حيث إنه سبب للوطء والنظر بشهوة عند إرادة الشراء سبب لوطء حلال فلا يكون حراما.

فأما الخلوة والمسافرة بأمة الغير لم يذكرها محمد في الكتاب واختلفوا فيها قيل: لأنها التحقت بالمحارم في حق إباحة النظر والمس، فكذا في حق الخلوة والمسافرة وقيل: لا يحل؛ لأنه كثرت الرغبة والشهوة للأجنبي إلى الأمة وقلَّت الرغبة والشهوة في حق المحارم ولا ضرورة للأجنبي في حق الخلوة والمسافرة بالأمة الأجنبية، وفي المحارم ضرورة في المسافرة مع المحرم وكذا يحل للأمة النظر إلى الرجل الأجنبي إلى كل شيء منه ومسه وغمره ما خلا تحت سرته إلى ركبته؛ لأن ما عدا السرة إلى الركبة من الرجل ليس بعورة في حق المحارم في الإماء.

أما النوع الرابع وهو الأجنبيات وذوات رحم غير محرم: فلا يحل للأجنبي أن ينظر إلى شيء مكشوف منها إلا الوجه والكف، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه زاد القدم، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: لا يحل النظر إلى شيء منها.

وجه ظاهر الرواية قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما في تفسير قوله: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ الآية أنه الكحل والخاتم، والمراد به موضعهما والكحل

موضعه الوجه والخاتم موضعه اليد؛ ولأن المرأة لا بد لها من الخروج للمعاملة مع الأجانب لإقامة معاشها ومعادها لعدم من يقوم بأسباب معاشها، فلا بد لها من إبداء الكف للأخذ والإعطاء وكمن كشف وجهها لتعرف بوجهها فيتعامل معها، ويمكن للبائع مطالبتها بالثمن والرد عليها بالعيب؛ لأن كل أحد لا يعامل معها إذا لم تعرف بوجهها فكان لها في الإبداء ضرورة وللضرورة أثر في الإباحة ولا ضرورة في العدم، ولا يجوز النظر إليه، فالعدم عورة في حق النظر وليس بعورة في حق جواز الصلاة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه زاد القدم، وهكذا ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه ليس بعورة في حق النظر لأنها تحتاج إلى المشي فيبدو قدمها فصار كالكف ولا ينظر إلى وجهها وكفها بشهوة؛ لأنه نوع استمتاع بها وإنه حرام لقوله صلى الله عليه وسلم: "**العينان تزنيان**"[1] ولا بأس بالنظر إلى وجهها في التزويج والشهادة والقضاء عليها، وإن لم يأمن الشهوة؛ لأن في حالة الشهادة والقضاء عليها ضرورة ماسة؛ لأنه لا يصح ذلك مع جهالة الوجه وللضرورة الماسَّة أثر في إباحة النظر، وإن كان بشهوة بخلاف المعاملة لأنها مع مجهولة الوجه جائزة ولكن لا يعاملها كل أحد فكان فيه حرجا ولم يكن فيه ضرورة ماسة فأبحنا النظر بغير شهوة؛ لأن الحرج يندفع به[2].

فأما التزويج فلقوله عليه السلام لمغيرة بن شعبة: "**انظرها كان أَحْرَى**[3] **أَنْ يُؤْدَمَ**

---

(١) أخرجه أحمد ٣٧٢/٢ (٨٨٣٠) قال: حدثنا سليمان، قال: حدثنا إسماعيل. وفي ٤١١/٢ (٩٣٢٠) قال: حدثنا عفان، قال: حدثني عبد الرحمن بن إبراهيم. و«أبو يعلى» (٦٥٠١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا إسماعيل. و«ابن حبان» (٤٤١٩) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا القعنبي، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. ثلاثتهم: (إسماعيل بن جعفر، وعبد الرحمن بن إبراهيم، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي) عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤/٢ ط. م الكليات الأزهرية، وحاشية ابن عابدين ٨/٣ وما بعدها ط. مصطفى الحلبي بمصر، وحاشية الدسوقي ٢١٥/٢، ونهاية المحتاج ١٨٣/٦، والمغني ٥٥٣/٦ وما بعدها، والمبدع في شرح المقنع ٧/٧ وما بعدها.

(٣) أَيْ: أَجْدَرُ وَأَوْلَى وَأَنْسَبُ. تحفة الأحوذي (ج٣/ ص١٥٣).

بَيْنَكُمَا[١]"[٢]، ولأن النظر إليها بشهوة إنما يصير سببًا لوطئ حلال فلا يكون حرامًا، ولا يمس وجهها ولا يدها إذا كانت شابة مشتهاة؛ لأن المس أغلظ من النظر في إثارة الشهوة وتهييجها ولا ضرورة فيه فلا يباح المس مع انعدام الضرورة، ولا بأس بمصافحة العجوزة التي لا تشتهى.

وذكر بعد هذا: ولا تمس المرأة الرجل وهما شابان، وإن كانا كبيرين مأمونين فلا بأس بالمصافحة دون المس فقد شرط لإباحة المصافحة كونهما كبيرين مأمونين وفي الرواية الأولى شرط لإباحة المصافحة كون أحدهما كبيرًا فحصل في المسألة روايتان، وجه الرواية الأولى أن أحدهما إذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كمصافحة الصغيرة سواء كانت الصغيرة ماسة له أو البالغ ماسا لها. وجه رواية الأخيرة: أن الشاب إذا كان لا يشتهي بمس العجوز فالعجوز تشتهي بمس الشاب لأنها كانت علمت بملاذِّ الوطء واحترمت فيؤدي ذلك إلى الاشتهاء في أحد الجانبين والاشتهاء حرام فما يكون سببًا له يكون حرامًا بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيرًا؛ لأن المصافحة لا تؤدي إلى الاشتهاء من الجانبين جميعا؛ لأن البالغ كما لا يشتهي بمسه الصغيرة فالصغيرة لا تشتهي بمسه أيضًا؛ لأنها لم تختبر بالوطء ولا علمت بحاله ولا بأس بتأمل جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فيغض بصره لقوله صلى الله

---

(١) أَيْ: يُوقَعَ الْأَدْمُ بَيْنَكُمَا، يَعْنِي يَكُونُ بَيْنَكُمَا الْأُلْفَةُ وَالْمَحَبَّةُ؛ لِأَنَّ تَزَوُّجَهَا إِذَا كَانَ بَعْدَ مَعْرِفَةٍ، فَلَا يَكُونُ بَعْدَهَا غَالِبًا نَدَامَةٌ. تحفة الأحوذي (ج٣/ ص١٥٣).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٣٥) عن الثوري، عن عاصم الأحول (ح) وأخبرنا معمر، عن ثابت البناني. و«ابن أبي شيبة» ٤/٣٥٥: ٢ (١٧٦٧٧) قال: حدثنا أبو معاوية، عن عاصم. و«أحمد» ٤/٢٤٤ (١٨٣١٧) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن عاصم الأحول. وفي ٤/٢٤٦ (١٨٣٣٥ و١٨٣٣٦) قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا عاصم. و«الدارمي» (٢٣١١) قال: أخبرنا قبيصة، قال: حدثنا سفيان، عن عاصم الأحول. و«ابن ماجه» (١٨٦٦) قال: حدثنا الحسن بن أبي الربيع، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر، عن ثابت البناني. و«الترمذي» (١٠٨٧) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا ابن أبي زائدة، قال: حدثني عاصم بن سليمان، هو الأحول. و«النسائي» ٦/٦٩، وفي «الكبرى» (٥٣٢٨) قال: أخبرنا محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة، قال: حدثنا حفص بن غياث، قال: حدثنا عاصم. كلاهما: (عاصم بن سليمان الأحول، وثابت البناني) عن بكر بن عبد الله، فذكره.

عليه وسلم: "**من تأمل خلق امرأة ورأى ثيابها حين تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة**"، ولأنه متى لم يصف ما تحتها من جسدها يكون ناظرا إلى ثيابها وقامتها دون سائر أعضائها فكأنه نظر إلى خيمةٍ فيها امرأة ومتى كان يصف ما تحتها يكون ناظرًا إلى أعضائها من وجه قدر ما تصفه الثياب، وتنظر الحرة الأجنبية من الرجل، وينظر الرجل والمرأة إلى كل شيء سوى ما تحت السرة إلى الركبة؛ لأن ما عدا ما بين الركبة إلى السرة من الرجل ليس بعورة؛ لأنه يحتاج إلى كشفه للأعمال، فإن الرجال قد تكون في إزار واحد في الأسواق، ولهذا جاز صلاته بإزار واحد.

فأما المرأة كلها عورة، ولهذا لا يجوز لها الصلاة إذا كان ذلك مكشوفا إلا أنه أبيح كشفه في حقهن للضرورة لأنها تحتاج إلى غسل غيرها حالة الحياة في الحمام وغيره وكذا بعد الممات، فسقط اعتبار عورتها للضرورة في حق النساء مع أن النظر منهن إلى جسمهن لا يصير سببا للوقوع في الحرام. ولا يحل للأجنبية مس شيء من الأجنبي لأنها متى مست أعضاء الرجل يصير الرجل ماسًّا لها؛ لأن المس لا يتصور إلا باثنتين فربما يؤدي إلى الوقوع في الفتنة، والركبة عورة والسرة ليست بعورة، وعند الشافعي على عكسه، والأحوط قولنا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**العورة ما بين السرة إلى الركبة**" فقد جعلها غاية والغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية إلا بدليل وقد قام الدليل على دخول الركبة تحت المضروب له الغاية دون السرة؛ لأن الركبة تجمع عظم الفخذ وعظم الساق والفخذ عورة والساق لا ولا يمكن التمييز بينهما فقد اجتمع الحظر والإباحة في الركبة فيترجح الحظر على الإباحة ويجعل الكل عورة احتياطا للحرمة ولا كذلك السرة فبقيت غاية فلا تدخل تحت المضروب له الغاية وهي العورة.

وهكذا رُوي عن علي وابن عمر رضي الله عنهما: السرة ليست بعورة.

وحُكِي أن أبا حنيفة رضي الله عنه دخل الحمام فرأى رجلا مكشوف العورة يقال له شيطرتا وكان رجلًا متكلمًا، فغض أبو حنيفة بصره، فقال لأبي حنيفة: مذ كم أعمى الله بصرك، فقال: مذ كم هتك الله سترك.

والنظر إلى العورة حرام لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ملعون من نظر إلى سوأة**

أخيه"، ولا بأس بأن تنظر المرأة من المرأة إلى موضع الفرج عند الولادة وتعرف البكارة والرجل إلى موضع ختان الرجل عند الحاجة؛ لأن القابلة متى لم تنظر إلى موضع فرجها ربما يؤدي إلى تلف الأم أو الولد، والختان من شعائر الإسلام لا يسع تركه بمنزلة الواجب والضرورة ماسة لتعرف البكارة لفصل الخصومة والمنازعة والضرورة تبيح المحظور، ألا ترى أنه يجوز النظر إلى الفرج لتحمل الشبهة على الزنا فلأن يجوز لهذه الأعذار أولى.

وإن أصابت امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل النظر إليه علَّم امرأة دواها ليداويها؛ لأن النظر من المرأة أخف في الحرمة، فإن لم يجد امرأة أو وجد ولكنها لا تعلم نظر هو وستر كل شيء سوى القرحة وغض بصره ما أمكن؛ لأن الإباحة للضرورة فتقدر بقدر الضرورة وسواء فيه المحارم وغيرهن؛ لأن النظر إلى هذه المواضع حرام على المحرم والعبد البالغ لا ينظر إلى مولاته كالحر الأجنبي خصيًّا كان أو فحلاً.

وقال مالك وهو أحد قولي الشافعي: إن العبد بمنزلة المحرم.

والصحيح قولنا؛ لأنه ليس بينهما محرمية التي هي مقللة للرغبة والشهوة فكثرت الرغبة والشهوة إلى مولاته فيتساوى الحر الأجنبي في المعنى الداعي إلى الحرمة وهو الشهوة والخصي فيه شهوة والمجبوب إن كان لا يتصور منه الوطء فالاشتهاء منه متصور بالنظر إلى مواضع زينتها فيصير سببا للنظر عن شهوة أو للمس عن شهوة وإنه حرام إلا أنه يدخل العبد على مولاته بغير إذن لحاجة الخدمة وقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] نزل في الإماء دون العبيد هكذا رُوي عن سعيد بن المسيب أنه قال: لا يغرنكم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ الآية؛ لأنه عنى به الإماء دون العبيد وقوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النور: ٣١] على الصغار المماليك أو الطفل على الصغار من القرابات.

(**الجامع الصغير**): ويكره تقبيل غيره ومعانقته ولا بأس بالمصافحة.

وذكر الطحاوي في "شرح الآثار": أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد، فأما

أبو يوسف فلم ير به بأسا لما رُوي أن النبي عليه السلام عانق جعفر حين قدم من الحبشة وقبَّل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر، وقال: "**لا أدري بماذا أُسَرُّ بفتح خيبر أو بقدوم جعفر**"[1].

لهما: ما رُوي أن عليه السلام سُئِلَ: أيقبِّل بعضنا بعضًا؟ قال: "**لا**"، فقيل: أيعانق بعضنا بعضًا؟ قال: "**لا**"، قيل: أيصافح بعضنا بعضًا؟ قال: "**نعم**".

قال مشايخنا: إن كان يأمن على نفسه من الشهوة وقصد به المبرة والإكرام وتعظيم المسلم فلا بأس بها، وحديث أبي يوسف محمول على هذا.

فأما المصافحة فهي سنة قديمة متوارثة بين المسلمين في العهود والمواثيق والبيعة.

(**النوادر**): وتقبيل يد العالم والسلطان العادل لا بأس به لما رُوي عن سفيان أنه قال: تقبيل يد العالم ويد السلطان العادل لا بأس به سنة، فقام عبد الله بن المبارك وقبل رأسه.

ورُوي أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقبِّلون أطراف رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(باب الكراهة في اللهو واللعب)

(**الجامع الصغير**): ويكره اللعب بالشطرنج والنرد وفرسه، ورُوي عن علي رضي الله عنه أنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج ولم يسلم عليهم، وقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون، ولأنه لعب يصد صاحبه عن الجُمع والجماعات وسبب لوقوع فواحش الكلام واللغو والمؤثمات فمن أباحه فقد أعان الشيطان على المسلم.

ولم ير أبو حنيفة بأسًا بالسلام عليهم ليشغلهم عما هم فيه من اللعب، وكره أبو يوسف ومحمد تحقيرًا وتصغيرًا لهم.

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (١٠٨/٢، رقم ١٤٧٠). وأخرجه أيضًا: في الأوسط (٢٨٧/٢، رقم ٢٠٠٣)، وفي الصغير (٤٠/١، رقم ٣٠) قال الهيثمي (٢٧١/٩): في رجال الكبير أنس بن سلم، ولم أعرفه، وبقية رجاله ثقات.

والجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد يؤكل لما رُوي عن ابن عمر كان يشتري الجوز لصبيانه وكان يأكل منه، وهكذا فعل علي رضي الله عنه بجواريه، وهذا إذا لم يكن على سبيل المقامرة، وإن كان فالقمار حرام، واستماع صوت الملاهي كالضرب بالقضيب وغيره حرام؛ لأنه من الملاهي وقد قال صلى الله عليه وسلم[١]: "**استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذُّذ بها من الكفر**[٢]"، وهذا خرج على وجه التشديد وتعظيم الذنب إلا أن يسمع بغتة فيكون معذورًا والواجب عليه أن يجتهد ما أمكنه حتى لا يسمع لما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أدخل إصبعه في أذنيه.

وذكر محمد في (**السير الكبير**): أن أنس بن مالك دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى فقال: اتبعني، فقال: أخشى أن أموت على فراشي وقد قبلت تسعة وتسعين من المشركين بيدي سوى ما شاركت فيه المسلم، وفيه دليل أن لا بأس بالإنسان أن يتغنى إذا كان وحده ليدفع عنه الوحشة عن نفسه، فإن البراء بن مالك من زهاد الصحابة، وقد قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**لَوْ أَقْسَمَ عَلَى اللهِ تعالى لَأَبَرَّهُ**"[٣] ثم كان يتغنى في مرضه حتى بقي وحده واستبعد منه ذلك أنس، وإنما

---

(١) أورده العراقي في تخريج أحاديث إحياء علوم الدين (٢٦٩/٢) وعزاه لأبي الشيخ الأصبهاني من حديث مكحول مرسلًا.

(٢) الْمَقْصُودُ بِالْكُفْرِ كُفْرُ النِّعْمَةِ انظر: الدر المختار ورد المحتار ٢٢٣/٥.

(٣) أخرجه «البخاري» ١٨٦/٣ (٢٧٠٣) و٢٤/٦ (٤٤٩٩) و٨/٩ (٦٨٩٤) قال: حدثنا محمد بن عبد الله الأنصاري. قال البخاري عقب (٢٧٠٣): زاد الفزاري، عن حميد، عن أنس؛ فرضي القوم وقبلوا الأرش. وفي ١٩/٤ (٢٨٠٦) قال: حدثنا محمد بن سعيد الخزاعي، قال: حدثنا عبد الأعلى (ح) قال: حدثنا عمرو بن زرارة، قال: حدثنا زياد. وفي (٤٥٠٠) قال: حدثني عبد الله بن منير، سمع عبد الله بن بكر السهمي. وفي ٥٢/٦ (٤٦١١) قال: حدثني محمد بن سلام، قال: أخبرنا الفزاري. و«ابن ماجه» (٢٦٤٩) قال: حدثنا محمد بن المثنى، أبو موسى، قال: حدثنا خالد بن الحارث، وابن أبي عدي. و«أبو داود» (٤٥٩٥) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا المعتمر. و«النسائي» ٢٦/٨، وفي «الكبرى» (٦٩٢٨) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا أبو خالد، سليمان بن حيان. وفي ٢٧/٨، وفي «الكبرى» =

المكروه ما يكون على سبيل اللهو واللعب قال عليه السلام: "إياكم عن صَوْتَيْنِ أَحْمَقَيْنِ فَاجِرَيْنِ: صوت الغناء، فإنه مزمار الشيطان، وصَوْتٍ عِنْدَ مُصِيبَةٍ، خَمْشِ وُجُوهٍ، وَشَقِّ جُيُوبٍ، وَرَنَّةِ شَيْطَانٍ"[1] يعني رفع الصوت عند المصيبة[2].

وعن الحسين بن زيادة: لا بأس بأن يكون في العرس دف يضرب به ليشهر ويعلن النكاح.

وسُئل أبو يوسف عن الدف أتكرهه في غير العرس بأن تضرب المرأة في غير فسق للصبي؟ قال: لا أكرهه، وأما الذي يجيء منه اللعب الفاحش للغناء فإني أكرهه.

رجل دُعي إلى وليمة أو طعام فوجد ثمة غناء فلا بأس بأن يبتعد ويأكل.

وقال أبو حنيفة: ابتليت بهذا فصبرت، وهذا لأن إجابة الدعوة مسنونة مندوبة ولا ينزل المسنون لعصيان يقع من الغير كما لا يجوز ترك الصلاة على الميت، وإن حضرها نياحة النساء هذا إذا كان الغناء في منزل، فإن كان على المائدة فلا ينبغي أن يبتعد

=

(٦٩٣٢) قال: أخبرنا حميد بن مسعدة، وإسماعيل بن مسعود، قالا: حدثنا بشر. وفي ٢٧/٨، وفي «الكبرى» (٦٩٣٣ و٨٢٣٢) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا خالد. و«ابن حبان» (٦٤٩٠) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، قال: حدثنا زياد بن أيوب الطوسي، قال: حدثنا مروان بن معاوية.

عشرتهم: (سليمان بن حيان، أبو خالد الأحمر، وابن أبي عدي، ومحمد بن عبد الله الأنصاري، وعبد الأعلى، وزياد البكائي، وعبد الله بن بكر، ومروان بن معاوية الفزاري، وخالد، والمعتمر، وبشر بن المفضل) عن حميد الطويل، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٩٠/٣ (١٢٢٣٨) و٣٤١/٨ (٢٥٨٧٦) قال: حدثنا وكيع، وعلي بن هاشم. وفي ٣٩٣/٣ (١٢٢٥١) قال: حدثنا علي بن هاشم. و«عبد بن حميد» (١٠٠٧) قال: أخبرنا عبيد الله بن موسى. و«الترمذي» (١٠٠٥) قال: حدثنا علي بن خشرم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس. أربعتهم: (وكيع بن الجراح، وعلي، وعبيد الله، وعيسى) عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن عطاء، فذكره.

(٢) انظر: فتاوى قاضيخان والبزازية مع الفتاوى الهندية ١٩٠/١، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٣٨٣/١، وحاشية ابن عابدين ٦٠٧/١، وحاشية الدسوقي ٤٢٢/١، جواهر الإكليل ١١٢/١، مواهب الجليل مع التاج والإكليل ٢٣٥/٢، والخرشي مع حاشية العدوي ١٣٣/٢.

هناك بل يخرج في الوجهين جميعا؛ لأن ذلك يشين الدين ويفتح باب المعصية على المسلمين.

وقول أبي حنيفة: ابتليت؛ كان ذلك قبل أن يصير مقتدى به، هذا إذا حضر ثم علم، وإن علم بذلك قبل الحضور، فإنه لا يحضر في الوجهين جميعا؛ لأن حق الوليمة لم يلزمه هنا. ولا تركب امرأة مسلمة على السرج لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لعن الله الفروج على السروج**"[1] وهذا إذا ركبت متلهية أو مزينة لتعرض نفسها على الرجال، فإن ركبت لحاجتها إلى ذلك للجهاد أو للخروج مع زوجها فركبت مستترة فلا بأس به. رجل أظهر الفسق في داره ينبغي للإمام أن يتقدم إليه لإيلاء العذر، فإن كف عنه لم يتعرض له، وإن لم يكف فالإمام بالخيار إن شاء حبسه وإن شاء أدبه سياطا، وإن شاء أرجعه عن داره؛ لأن الكل يصلح للتعزير.

قال أبو يوسف في دار يسمع منها صوت مزامير ومعازف: ادخل عليهم بغير إذنهم؛ لأن النهي والزجر عن المنكر فرض، فلو لم يجز الدخول بغير إذن لامتنع الناس عن إقامة هذا الفرض، ولو رأى منكرًا وهو ممن يرتكب هذا المنكر يلزمه أن ينهى عنه؛ لأن الواجب عليه ترك المنكر والنهي عن المنكر، فإذا ترك أحدهما لا يترك الآخر.

(باب الكراهية في القتل والجرح وإيصال الألم إلى الحيوانات)

(**النوادر**): امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن استخراجه إلا بقطع الولد إربًا إربا، ولو لم يفعل يخاف على الأم، فإن كان الولد ميتًا في البطن لا بأس به، وإن كان حيًّا لا يجوز؛ لأن هذا قتل نفس لصيانة نفس آخر، وهذا شيء لم يرد الشرع به.

---

(١) أخرجه ابن عدي في "الكامل" عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى ذوات الفروج أن يركبن السروج، فإن الاستدلال بالحديث المذكور على أن الفرج من الأعضاء التي يعبر به عن جملة المرأة، كالوجه، والعنق.

امرأة حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد، فإن كان أكثر رأيه أنه حي يشق بطنها؛ لأن ذلك سبب إلى إحياء نفس محترمة بترك تعظيم الآدمي وحرمته، وترك التعظيم أهون من إتلاف الآدمي فجاز، ألا ترى لو أن نُفَّسًا مسلمات متن في دار الحرب ويطأ أهل الحرب النساء الأموات يسعنا أن نحرقهن بالنار فالتي في بطنها ولد أولى أن يشق بطنها. ويشق بطنها من الجانب الأيسر لما رُوي: أن الله تعالى خلق حواء من الضلع الأيسر فالولد يكون من الجانب الأيسر، ولو لم يشق بطنها حتى دفنت ثم رؤيت في المنام أنها تقول: ولدت، لا ينبش القبر؛ لأن الظاهر أنها لو ولدت كان الولد ميتًا.

امرأة عالجت في إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يُستَبن شيء من خلقه؛ لأنه ما لم يُستَبن منه شيء من خلقه لا يكون ولد.

وعن محمد: رجل ابتلع دراهم أو دنانير لرجل فمات المبتلع ولم يترك مالًا فعليه القيمة ولا يشق بطنه؛ لأنه لا يجوز إبطال حرمة الأعلى وهو الآدمي لصيانة حرمة الأدنى وهو المال ولا كذلك المسألة المتقدمة.

وذكر الشيخ أبو عبد الله الجرجاني في كتاب الحيطان: قال أبو حنيفة: وجدت مقصوصا عن أصحابنا المتقدمين أنه يشق بطنه للحال؛ لأن المانع إما حق الله تعالى أو حق الميت وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لحاجة العبد وافتقاره ومقدم على حق الغير في هذه الصورة أيضًا؛ لأنه مظلوم والمبتلع الميت ظالم متعدٍّ.

وعلى هذا قالوا: إن نعامة إذا ابتلعت لؤلؤة الغير أو دخل قرن شاة في قدر الباقلاني وتعذر إخراجه ينظر أيهما أكبر قيمة يؤمر بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويملك ملك صاحبه ويكون مخيرا أتلف أيهما شاء.

وكذلك إذا كان للمستأجر حب في دار مستأجرة ولم يمكن إخراجه ينظر أيهما أكثر قيمة، ما ينهدم في الحائط بإخراج الحب أو قيمة الحب فأيهما أكبر قيمة أمر بدفع قيمة الآخر إلى شريكه.

امرأة أتى على حملها شهران وأرادت أن تلقي العلق على الطهر لا حل الدم سئل من أهل الطب، فإن قالوا: يضر بالحمل؛ لا تفعل وكذا الفصد والحجامة حتى

لا يضر بالولد قالوا: ولا ينبغي لها أن تفعل إلقاء العلق والحجامة ما لم يتحرك الولد، فإذا تحرك لا بأس به ما لم يقرب الولادة، فإذا قربت فلا تفعل.

فأما الفصد فالامتناع منه أفضل في حالة الحمل؛ لأنه يخاف على الولد بآفة ولا بأس بإلقائه في الشمس لتموت الديدان؛ لأن فيه منفعة للناس، ألا ترى أن السمكة تلقى في الشمس فتموت.

فأما قتل النملة قيل: لا بأس مطلقا، وقيل: إن ابتدأت بالأذى فلا بأس لأنها مؤذية، وإن لم تبتدئ يكره وهو المختار لما رُوي أن نبيًّا من الأنبياء قرصته نملة فأحرق بيت النمل فأوحى الله إليه: هلا نملة واحدة؛ أي: هلا قتلت تلك الواحدة؛ فيه دليل على جواز قتلها عند الأذى، وعلى عدم الجواز في غير حالة الأذى واتفقوا أنه يكره إلقاؤها في الماء، وقتل القملة يجوز بكل حالة لأنها مؤذية بكل حالة. إحراق القمل والعقرب مكروه بالنار لما جاء في الحديث لا يعذب بالنار إلا ربها. وأما طرحها حيًّا مباح ويكره من طريق الأدب، ويحل قتل الجراد؛ لأنه صيد لا سيما إذا كان فيه ضرر عام.

ولا بأس بقتل الكلب العقور لأنه يعض كل مار يمر عليه؛ لأن دفع الضرر واجب، فإن عضَّ هل يجب الضمان على صاحبه، فإن لم يتقدموا على صاحب الكلب قبل العض فلا ضمان عليه؛ لأن فعله مقصور عليه، وإن تقدموا فعليه، وهذا بمنزلة الحائط المائل، ذكره الناطفي في أجناسه وفيه نظر؛ لأن في الحائط وجد من صاحبه التسبيب وهنا لم يوجد منه التسبيب؛ لأن فعل الكلب غير مضاف إلى صاحبه؛ لأنه لا يصلح آلة له.

قرية فيها كلاب كثيرة، ولأهل القرية منها ضرر يؤخذ أرباب الكلاب أن يقتلوا الكلاب؛ لأن دفع الضرر واجب وإن أبوا رفعوا الأمر إلى القاضي حتى يكرههم، ذلك لأن القاضي نُصِبَ لدفع الضرر ولا ينبغي للرجل أن يتخذ في داره كلبًا إلا كلبًا للحراسة؛ لأن كل دار فيها كلب لا تدخل فيه الملائكة.

الهرة إذا كانت مؤذية لا بأس بذبحها بالسكين لدفع الأذى، ويكره ضربها وتعريك أذنها؛ لأن بذلك لا يندفع الأذى فيكون تعذيبا للحيوان بلا فائدة.

ولا بأس بثقب أذن البنات الأطفال لأنهم كانوا يفعلوان ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير إنكار، ولأنه إيلام لمنفعة الزينة، ولا بأس بإخصاء

الصبيان إذا كان لداء أصابهم؛ لأن ذلك مداواة، وكذا لا بأس على البهائم للعاهة، وإخصاء البهائم وإخصاء الهرة إذا كان يراد صلاح البهائم؛ لأنه لا طريق للوصول إلى هذا الحبس في المنفعة إلا به.

وذكر محمد في (**السير الكبير**): لا يخصى الفرس أولى؛ لأنه يقطع صهيله، وفي صهيله إرعاب للعدو وإرهابه، ولو فُعِلَ لا بأس به.

وفي مختصر الطحاوي: لا بأس بإخصاء البهائم ونزو الحمير على الخيل، ويكره كسب الخصيان من بني آدم واستخدامهم.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لولا استخدام الناس إياهم لما أخصاهم الذين يخصونهم ويكتسبون.

وقال محمد: لا بأس باقتناء الخصيان ودخولهم على النسوان ما لم يبلغوا الحلم، وحدّه إذا بلغ الخصي خمس عشرة سنة؛ لأنه لا يحتلم، فقدر الحلم بالسنين والواحد والكثير فيه سواء.

قال [أبو يوسف][1]: للأب أن يختن ولده الصغير ويحجمه ويداويه ويبط قرحه[2] وكذا أب الأب ووصيهما، وقد جاء في الحديث: "**الختان سنة يحارب على تركها**" حتى لو اجتمع أهل مصر على ترك الختان يحاربهم الإمام؛ لأنه من شعائر الإسلام وخصائصه، وقد ذكرنا وقت الختان في كتاب النكاح في باب نكاح الصغائر.

غلام ختن فلم تقطع الجلدة كلها ينظر إن كان قطع أكثر من النصف يكون ختانا؛ لأن الأكثر يقوم مقام الكل، وإن قطع النصف أو أقل لا يكون ختانا لانعدام الختان حقيقة وحكما، والأصل أن إيصال الألم إلى الحيوان لمصالح تعود إلى الحيوان يجوز في الشرع كالختان.

صبي ولد وهو يشبه المختون لا يقطع منه شيء حتى يكون ما يواري الحشفة فيقطع الفضل عن ذلك.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أبو حنيفة.

(٢) انظر: الفرائد البهية في القواعد الفقهية ١/٢٤٧.

ويجوز مداواة الجراحات خلافًا لبعض الناس لقوله صلى الله عليه وسلم: "**تداووا عباد الله، فإن الله تعالى لم يخلق داء إلا وقد خلق له دواء إلا السام والهرم**" إلا أنه إذا كان يعتقد أن الدواء هو الذي يشفيه، فإنه لا يحل له أن يشتغل بالتداوي، وإن كان يعلم أن الشافي هو الله وإنه جعل الدواء سببًا فلا بأس بالتداوي. ويجوز المداواة بعظم بالي؛ لأن العظم لا ينجس بالموت على أصلنا ويكره بعظم الإنسان والخنزير؛ لأنه يحرم الانتفاع به لاحترام الآدمي لا لنجاسته ولكون الخنزير نجس العين.

رجل شفي بطنه لا بأس بأن يشق عنه، وكذلك اليد والرجل إن أصابته الأكلة لا بأس بقطعها، وكذلك الخصي إذا كان به حصاة لا بأس بأن يشق وهو بمنزلة الكي.

وقال محمد في الجراحات المخوفة والقروح العظيمة والحصيات الواقعة في المثانة وما يجري مجراه من العلل التي يخشى التلف منها ينظر إن قيل ينجو أو قد يموت يعالج لما فيه احتمال استيفاء حياته، وإن قيل لا ينجو أصلا ينزل ولا يداوى؛ لأنه لا فائدة في معالجته.

وذكر ابن شجاع في كتاب الحلال والحرام: رجل ابن خمسين سنة أو أكثر وقع في مثانته حجر أنه لا يخرجه فإني أخاف أن لا يلئمه.

وقد جاء في الحديث: "**تضرب الدابة على النفار ولا تضرب على العثار**"؛ لأن العثار يكون من سوء إمساك الراكب اللجام والنفار من سوء خلق الدابة فيؤدب على ذلك.

وعن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى أصحاب السكك ينهاهم عن الركض بتكلف، والمراد به النخاسون؛ لأن في الركض إتعاب الدابة من غير حاجة إليه، وكذلك الركض بتكلف للعرض على المشتري مكروه؛ لأن ذلك يغري المشتري، والغَرور حرام.

فأما تحسين الدابة وركنها في عرض صحيح في الجهاد أو غيره لا بأس وللملهى مكروه؛ لأنا أمرنا بالإحسان إلى الحيوان لإرهاب العدو بها فلا يجوز إتعابها بالركض للتلهِّي.

ويكره تعلم البازي بالطير الحي يأخذه ويعذبه، ولا بأس بأن يعلمه بالمذبوح.

ولا بأس بأن يمشي الغلام مع مولاه ومولاه راكب إن كان يطيق المشي راجلا، وإن كان لا يطيق يكره لما رُوي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم راكبًا وغلامه يمشي مسرعًا فكره ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: "**لِمَ لَمْ تتركه في البيت**" فأعتقه عثمان، وتأويله إن كان لا يطيق المشي مسرعًا.

وذكر في (**الجامع الصغير**): ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة وهو حرام؛ لأنه عقوبة أهل النار، ولا يكره أن يقيده تحرُّزًا عن إباقهم والتمرد على مواليهم ويعرضهم بالمكروه وهو سنة المسلمين. والله أعلم.

(باب الكراهية في البيع)

(**الجامع الصغير**): مسلم باع خمرًا وأخذ ثمنها وعليه دين، فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه؛ لأن الخمر في حق المسلم غير متقومة فلا يصلح مبيعًا، فكان بيعها باطلًا فلم يملك الثمن بالقبض فلا يصح بيعها فصار الثمن ملكًا للبائع.

وأما المغني والنائحة [والقوال][1] إذا أخذ المال هل يباح له؟ إن كان من غير شرط يباح؛ لأنه إعطاء المال عن طوع من غير عقد، وإن كان من آخر عقد لا يباح؛ لأنه أجر على المعصية ثم الاحتكار على وجوه أحدها أن الاحتكار حرام وهو أن يشتري في المصر طعاما ويبيع من بيعه عند حاجة الناس لقوله عليه السلام: "**المحتكر ملعون والجالب مرزوق**"[2]؛ لأن ما جلب إلى المصر تعلق به حق العامة وهو شراؤهم والمحتكر بالحبس عنهم يريد إبطال حقهم في الشراء فحرم عليه

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): والقواد.

(٢) أخرجه عبد بن حميد (٣٣) قال: حدثنا أبو نعيم. و«الدارمي» (٢٧٠٤) قال: أخبرنا محمد بن يوسف. و«ابن ماجه» (٢١٥٣) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا أبو أحمد.
ثلاثتهم: (أبو نعيم، ومحمد، وأبو أحمد) عن إسرائيل بن يونس، عن علي بن سالم بن ثوبان، عن علي بن زيد بن جدعان، عن سعيد بن المسيب، فذكره.

ومنع عنه[١].

ثم عند محمد الاحتكار يختص بالأقوات وعلف الدواب مثل الحنطة والشعير والتين لا بغير المطعوم كالثياب ونحوها، وعند أبي يوسف يجري في كل ما يضر بالعامة وفي المطعوم وغيره كالثياب والذهب والفضة، محمد اعتبر الأمر المعتاد العام الغالب وذلك لا يكون إلا فيما هو قوت مطلق أو علف دواب، وأبو يوسف اعتبر الضرر أينما وجد، وإن لم يكن معهودًا؛ إذ دفع الضرر واجب لئلا يتحقق، فأما من جلب شيئًا من أرضه وصنعته فحبسه فليس باحتكار بالإجماع؛ لأن ذلك خالص حقه لم يتعلق به حق غيره بالجلب إلى بلده فلم يكن بالحبس مبطلا حق غيره.

ولو اشترى طعامًا في غير المصر ونقله إلى المصر وحبسه؛ قال أبو حنيفة: لا بأس به؛ لأن حق أهل المصر إنما يتعلق بما جمع في المصر أو جلب من فنائه، قال أبو يوسف: يكره ذلك؛ فكأنه اعتبر في هذا حقيقة الضرر، وقال محمد: كل بقعة يمد منها إلى المصر في العادة فهي بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار منه وهذا في غاية الاحتياط.

وقال أبو يوسف فيما يشتريه الرجل من نصف ميل أنه يكره أن يحتكره فقد جعل ما يتصل بالمصر من نصف ميل ملحقا بالمصر وهذا الحد مثنى على العادة.

والثاني: أن مدة الحبس إذا قلت لا يكون احتكارًا وإن طالت كان احتكارا؛ فمنهم من قد زاد في ذلك بأربعين يوما كذلك جاءت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قدر بشهر؛ لأن ما دون الشهر قليل والشهر وما فوقه كبير كما عرف.

والثالث: أنه يؤمر المحتكر بالبيع إيفاء لحق المسلمين ولا يسعر؛ لأنه عليه السلام قال: "**إن الله تعالى هو المسعر القابض الباسط الرزاق**"؛ لأن الثمن حق البائع فإليه تقديره إلا إذا كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلم إلا بالتسعير فلا بأس به بمشورة من أهل الرأي والنظر، وإذا فعل ذلك فتعدى رجل عن ذلك فباعه بثمن فوقه أجازه

---

(١) انظر: فتح القدير والعناية بهامشه، وحاشية ابن عابدين ٥/٢٥٥ ط. ١٢٧٢هـ، والمجموع شرح المهذب ١٣/٦٠.

القاضي وهذا لا يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يرى الحجر على الحر، وكذلك عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم؛ لأنه إذا لم يكن على قوم بأعيانهم لا يكون حجرا بل يكون حجرا منوي في ذلك.

وقال بعض مشايخنا: إن المحتكر إذا امتنع عن البيع يبيعه الإمام عليه عندهم جميعا؛ لأن الضرر في هذا عام، وأبو حنيفة يرى الحجر إذا عم الضرر كما تبين في كتاب الحجر والشرائع إذا رفع إلى القاضي هذا الأمر، يأمر المحتكر بأن يبيع ما فضل عن قوته وقوت أهله وينهاه عن الاحتكار ويزجره عنه، فإن رفع إليه مرة أخرى وهو على احتكاره مصرٌّ وعظه وهدده، فإن رفع إليه مرة أخرى ألان حبسه وعزَّره حتى يمتنع عن شر صنعه وسوء فعله.

وكذا تلقِّي الركبان منهي إذا كان يضرُّ ذلك بأهل المصر لما روي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقِّي الركبان**".

اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع فيما بينهم فتقدم رجل إلى رجل منهم وقال: أعطني خبزًا ولحمًا بدرهم، فأعطاه أقل مما يباع ولم يعلم المشتري؛ فله أن يرجع عليه بحصة النقصان من الثمن؛ لأن البيع وقع على الوزن الذي شاع بينهم؛ لأنه معروف فيما بينهم والمعروف كالمشروط، وإن لم يكن المشتري من أهل هذه البلدة فكذلك في الخبز وفي اللحم ليس له أن يرجع؛ لأن الاصطلاح والتسعير في الخبز متعارف قد ظهر في حق الكل وفي اللحم غير متعارف في البلاد إلا نادرا فلا يظهر في حق غير أهل هذه البلدة.

ولو قال السلطان للخبازين: بيعوا عشرة أمناء بدرهم ولا تنقصوا من ذلك شيئًا، فاشترى رجل من أحدهم عشرة أمناء بدرهم، فالخباز يخاف إن نقص ضربة السلطان لا يحل أكله؛ لأنه في معنى المكره وحيلته أن يقول المشتري للخباز: بعني بما يجب ليصح البيع.

رجل في يده ثوب قال: وكلني فلان ببيعه وأن لا ينقص من عشرة فطلب منه إنسان بتسعة فباعه بتسعة، فإن وقع في قلبه أنه إنما قال ذلك لترويجه بعشرة وسعه أن يشتري؛ لأن هذا أمر يتعارفه التجار فكان الشراء صحيحا، وإن لم يقع ذلك في قلبه لا يسعه الشراء؛ لأن الشراء غير صحيح، ولا يكره بيع

الزنار من النصراني والقَلنسوة من المجوسي؛ لأن ذلك إذلال لهما، وبيع المكعب المفضض للرجال إذا علم أنه اشتري ليلبس يكره؛ لأنه إعانة له على لبس الحرام.

وذكر الفقيه أبو الليث في (**نوازله**): إن كان أمره إنسان أن يتخذ له حقًّا على زي المجوس أو الفسقة أو الخياط أمره إنسان أن يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له أن يفعل ذلك؛ لأن هذا يتسبب بتشبه الرجال بالمجوس والفسقة، ويكره الخياطة وكل عمل من أعمال الدنيا في المسجد؛ لأنه أُعد لإقامة القربات والطاعات لا للمعاملات.

رجل يبيع ويشتري على الطريق فأراد إنسان أن يشتري منه، فإن لم يكن في قعوده ضرر بالناس لسعة الطريق لا بأس بالشراء منه، وإن كان فيه ضرر يكره أن يشتري منه وهو المختار؛ لأنه إذا لم يجد مشتريا ما يجلس على الطريق، فكان الشراء منه إعانة على الإثم والعدوان.

صبي جاء إلى فاني مخبرا ومفلس فلا بأس بأن يبيع منه الجوز والفستق مثل ما يشتري للصبيان حتى يسأله هل أذن له بذلك أبوه أم لا؛ لأنه غير مأذون فيه عادة.

(باب الكراهية في الدعاء والعبادة والسلام)

(**الجامع الصغير**): ويُكره أن يدعو فيقول: أسألك بمقعد العز من عرشك؛ لأنه يفهم تعلق عزه بالعرش، وأن عزه حادث إذا تعلق بالمحدث، والله تعالى عزيز لم يزل ولا يزال، والعز صفته لم يزل ولا يزال موصوفًا به.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لم ير به بأسًا؛ لأنه قد ورد به الحديث؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يدعو بهذا، وبهذا أخذ الفقيه أبو الليث إلا أن هذا خبر الواحد والاحتياط أن يمتنع عن هذا.

ويكره أن يقول: بحق أنبيائك ورسلك؛ لأنه لا حق للخلق على الخالق.

ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني؛ لأنه عليه السلام عاد يهوديا وقال له: "**قل لا إله إلا الله محمد رسول الله**، فنظر الفتى المريض إلى أبيه فقال له أبوه: أجبه، فأجابه وشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله، ثم مات، فقال النبي صلى الله

عليه وسلم: **الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار**"[١].

وأما السلام قالوا: يكره لما فيه من التعظيم والتكريم وتعظيمهم مكروه.

أما رد السلام فلا بأس به؛ لأن الامتناع عنه يؤذيهم فالرد إحسان في حقهم، وإيذاؤهم مكروه والإحسان بهم مندوب، ولكن لا ينبغي أن لا يزيد على قوله وعليكم؛ لأنه قيل: إنهم يقولون: السام عليكم، وإنه شتمٌ عندهم فيجازون بقوله: وعليكم؛ بطريق المجاراة، وهكذا رُوي أن يهوديًّا دخل على النبي صلى الله عليه وسلم وقال: السام عليك، فقال: "**عليكم وعليك**"، وقد سمعت عائشة رضي الله عنها ذلك فقالت: وعليك السام واللعنة والسخطة؛ فلما خرج اليهودي قال عليه السلام لعائشة: "**إن الله رفيق يحبُّ الرفق**"[٢].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٤٩/٢ (١٣٥٦) و١١٧/٧ (٥٦٥٧)، وفي «الأدب المفرد» (٥٢٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب. و«أبو داود» (٣٠٩٥) قال: حدثنا سليمان بن حرب. و«النسائي»، في «الكبرى» (٨٥٣٤) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا سليمان بن حرب. و«ابن حبان» (٢٩٦٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا الصلت بن مسعود الجحدري. وفي (٤٨٨٣) قال: أخبرنا محمد بن يعقوب الخطيب، بالأهواز، قال: حدثنا عبدة بن عبد الله الخزاعي، قال: حدثنا يزيد بن هارون. وفي (٤٨٨٤) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا إبراهيم بن الحسن العلاف.

خمستهم: (مؤمل، وسليمان، والصلت، ويزيد، وإبراهيم بن الحسن) عن حماد بن زيد، عن ثابت، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ٥٧/٨ (٦٢٥٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ١٦/٩ (٦٩٢٨) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان، ومالك بن أنس. وفي «الأدب المفرد» (١١٠٦) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك. و«مسلم» ٤/٧ (٥٧٠٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ويحيى بن أيوب، وقتيبة، وابن حجر، واللفظ ليحيى بن يحيى، قال يحيى بن يحيى: أخبرنا، وقال الآخرون: حدثنا إسماعيل، وهو ابن جعفر. وفي (٥٧٠٦) قال: وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا عبد الرحمن، عن سفيان. و«أبو داود» (٥٢٠٦) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني ابن مسلم. و«الترمذي» (١٦٠٣) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: أخبرنا إسماعيل بن جعفر. و«النسائي» في «الكبرى» (١٠١٣٨) قال: أخبرني علي بن حجر، عن إسماعيل. وفي (١٠١٣٩) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، والحارث بن مسكين، قراءة عليه، عن سفيان. وفي (١٠١٤٠) قال: أخبرنا =

رجل يدعو الأمير فيسأله عن أشياء، فإن تكلم بما يوافق الحق يناله المكروه ولا ينبغي أن يتكلم بخلاف الحق لما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**من تكلم عند ظالم بما يرضيه بغير حق يغيِّر الله قلب الظالم عليه ويسلطه عليه**" إلا إذا كان يخاف القتل أو تلف بعض جسده أو أن يأخذ ماله لا بأس بذلك؛ لأنه مُكرهٌ عليه معنى.

رجل تمنى الموت، فإن تمنى لضيق عيشه أو غضب من عنده ونحو ذلك يكره، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا يتمنى أحدكم الموت لضُرٍّ نزل به**"[1]. وإن تمنى لتغير زمانه وظهور المعاصي فيه مخافة الوقوع فيها لا بأس به لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إذا كان أمراؤكم أخياركم فظهر الأرض خير لكم من بطنها، وإن كان أمراؤكم أشراركم فبطن الأرض خير لكم من ظهرها**"[2].

=

عمرو بن علي، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٥٠٢) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن السامي، قال: حدثنا يحيى بن أيوب المقابري، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر.

خمستهم: (مالك بن أنس، وسفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، وإسماعيل بن جعفر، وعبد العزيز بن مسلم) عن عبد الله بن دينار، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٠/٢٦٥ (٢٩٩٥٩) و١٠/٤٣٧ (٣٠٤٧٧) قال: حدثنا عبيدة بن حميد. و«أحمد» ٣/١٠٤ (١٢٠٣٨) قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«عبد بن حميد» (١٣٩٩) قال: أخبرنا يزيد بن هارون. و«النسائي» ٤/٣، وفي «الكبرى» (١٩٥٩) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«أبو يعلى» (٣٧٩٩) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر. وفي (٣٨٤٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا يزيد بن هارون. و«ابن حبان» (٩٦٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن السامي، قال: حدثنا يحيى بن أيوب المقابري، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر. وفي (٢٩٦٦) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا أبو الطاهر، قال: حدثنا ابن وهب، قال: حدثني يحيى بن أيوب. سبعتهم: (عبيدة، وابن أبي عدي، ويزيد بن هارون، ويزيد بن زريع، ومعتمر، وإسماعيل بن جعفر، ويحيى بن أيوب) عن حميد، فذكره.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٢٦٦) قال: حدثنا أحمد بن سعيد الأشقر، قال: حدثنا يونس بن محمد، وهاشم بن القاسم، قالا: حدثنا صالح المري، عن سعيد الجريري، عن أبي عثمان النهدي، فذكره.

=

(باب ما يكره [أن يفعل في المسجد وما لا يكره][1])

(**المبسوط**): ولا بأس بدخول أهل الذمة المسجد الحرام وسائر المساجد.

وقال مالك: يكره دخوله سائر المساجد.

قال الشافعي: يكره دخوله المسجد الحرام.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل وفد بني ثقيف في مسجده، وهم كانوا كفارًا، وكذا المشركون يدخلوا المسجد الحرام عند رسول الله صلى الله عليه وسلم لعرض الإسلام عليهم ونحو ذلك، وتأويل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ﴾ [التوبة: ٢٨] بالنهي عن الطواف والزيارة، وقيل: المراد به منعهم على وجه الولاية عليه ويكره المجامعة والبول والتخلي فوق المسجد؛ لأن المسجد ثابت في الهواء والعرصة جميعًا ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد؛ لأنه سطح البيت ولا تخلو بيوت المسلم عن ذلك.

ويكره غلق باب المسجد؛ لأن المساجد مصلى المسلم فلا يجوز منع الناس عنها لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّن مَّنَعَ مَسَٰجِدَ ٱللَّهِ أَن يُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [البقرة: ١١٤] وكان المتقدمون يكرهون شد المصاحف واتخاذ المشدة له لئلا يكون ذلك في صورة المنع من قراءة القرآن وهذا مثله بل فوقه؛ لأن المصحف ملك لصاحبه وهذا ليس بملك لأحد قال مشايخنا اليوم لا بأس في غير أوان الصلاة؛ لأنه لا يؤمن على متاع المسجد.

ولا بأس بتذهيب المسجد، وقيل: يكره؛ لقوله عليه السلام: "**من أشراط الساعة تَزْيِين الْمَسَاجِدِ**" ومر على المسجد من خزف بالكوفة فقال: لمن هذه البيعة؟ فقيل: أيقول هذا لمصلى المسلم، فقال: ما هذا يكون مصلى المسلم[2].

=

قال أبو عيسى الترمذي: هذا حديث غريب، لا نعرفه إلا من حديث صالح المري، وصالح المري في حديثه غرائب ينفرد بها لا يتابع عليها، وهو رجل صالح.

(١) ما بين المعكوفتين في (س): ما يفعل في المسجد وما لا يفعل.

(٢) انظر: ابن عابدين ٤٤٢/١، ٤٤٣، والفتاوى الهندية ٤٦١/٢، والدسوقي ٦٢/١، ٦٥، ٢٥٥، وجواهر الإكليل ٥٥/١، ونهاية المحتاج ٩١/١، ٣٩٣/٥، وكشاف القناع ٣٦٦/٢.

وقيل: إنه قربة حسنة؛ لما رُوي أن داود صلوات الله عليه بنى مسجد بيت المقدس من الرخام وزينه ووضع قبة وعلى رأسها كبريتًا أحمر يضيء اثنا عشر ميلًا وكن الغزالات يغزلن بضوئها من ميل في الليالي، ولأن في التزيين ترغيب الناس في الاعتكاف والجلوس في المسجد لانتظار الصلاة مع تعظيم بيت الله، وجه رواية الكتاب أنه يجوز ولا يستحب لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مسجده مسقفًا من جريد النخل وحيطانه من الحجر، فقيل له: ألا [نهده][1] لك؟ فقال: "**لا [عريشة كعريشة][2] موسى**"، وكان يكف إذا حل به المطر فيثبت أن ذلك أفضل.

وقد كره بعض مشايخنا الزينة على المحراب؛ لأنه يشغل قلب المصلي إذا نظر إليه وربما ينتقص من خشوعه، ألا ترى أنهم كرهوا ثوبًا يشغل قلبه، فإن النبي صلى الله عليه وسلم صلَّى في جبَّة مكفوفة بالحرير فلما فرغ رماه وقال: "كادت لتفتنني اذهبوا بها إلى أبي جهم وائتوني بأنبجانيَّة[3]"[4] يعني كساء.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): نسقفه.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): عرش كعرش.

العرش ما يستظل به من خيمة أو نحوها والجمع عرش كقليب وقلب.

(٣) الأنبجانية: كساء صوف ينسب إلى بلدة أنبجان.

(٤) أخرجه «البخاري» ١/١٠٤ (٣٧٣) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا ابن شهاب. قال البخاري تعليقا: وقال هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «كنت أنظر إلى علمها وأنا في الصلاة، فأخاف أن تفتنني». وفي ١/١٩١ (٧٥٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي ٧/١٩٠ (٥٨١٧) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا ابن شهاب. و«مسلم» ٢/٧٧ (١١٧٥) قال: حدثني عمرو الناقد، وزهير بن حرب (ح) قال: وحدثني أبو بكر بن أبي شيبة، واللفظ لزهير، قالوا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. وفي (١١٧٦) قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس، عن ابن شهاب. وفي ٢/٧٨ (١١٧٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، عن هشام. و«ابن ماجه» (٣٥٥٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. و«أبو داود» (٩١٤) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. وفي (٩١٥) قال: حدثني عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا =

فأما التجصيص فحسن؛ لأنه بحكم البناء، وإذا جعل البياض فوق السواد للنقش فلا بأس به إذا فعله من مال نفسه، ومن مال الوقف لا يستحسن لما فيه من التضييع.

(النوادر): قوم بنوا مسجدًا واحتاجوا إلى مكان ليتسع فأدخلوا شيئًا من الطريق إلى المسجد، فإن كان يضر بأصحاب الطريق لا يجوز[1]، وإن كان لا يضر فلا بأس به، فإن ضاق المسجد على الناس وبجانبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها؛ لما رُوي عن الصحابة لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابهم بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام.

الجلوس في المسجد ثلاثة أيام للمصيبة مكروه، وفي غير المسجد جاءت الرخصة ثلاثة أيام للرجال وتركه أحسن لقوله عليه السلام: "**لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ،**

=

عبد الرحمن، يعني ابن أبي الزناد، قال: سمعت هشاما يحدث. وفي (٤٠٥٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا ابن شهاب الزهري. وفي (٤٠٥٣) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، في آخرين، قالوا: حدثنا سفيان، عن الزهري. و«النسائي» ٧٢/٢، وفي «الكبرى» (٨٤٩) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، وقتيبة بن سعيد، واللفظ له، عن سفيان، عن الزهري. وفي «الكبرى» (٥٥٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: أخبرنا سفيان، عن الزهري (ح) وأخبرنا محمد بن منصور، عن سفيان، قال: حدثنا الزهري. و«أبو يعلى» (٤٤١٤) قال: حدثنا عبد العزيز العمري، قال: حدثني إبراهيم، عن الزهري. و«ابن خزيمة» (٩٢٨) قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، وسعيد بن عبد الرحمن المخزومي، قالا: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الزهري. وفي (٩٢٩) قال: وقالا: حدثنا سفيان، عن هشام بن عروة. و«ابن حبان» (٢٣٣٧) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس، عن ابن شهاب. كلاهما: (ابن شهاب الزهري، وهشام بن عروة) عن عروة بن الزبير، فذكره.

(١) انظر: فتح القدير ١٦٤/٤ ط. الميمنية، وابن عابدين ٦١٧/٢ ط. أولى، وبدائع الصنائع ٢٠٩/٣ ط. أولى - الجمالية بمصر، والخرشي ٢٨٧/٣ ط. أولى - الشرقية، والباجي على الموطأ ١٤٥/٤ مكتبة السعادة بمصر، والأم ٢٣٢/٥ مطبعة الكليات الأزهرية، والمجموع شرح المهذب للشيرازي ٣٢/٢٧ نشر مكتبة الإرشاد بجدة، ونهاية المحتاج ١٤٠/٧ ط. الحلبي، والمغني لابن قدامة ١٦٦/٩، ١٦٧ ط. المنار، والكافي لابن قدامة ٩٥٠/٢ نشر المكتب الإسلامي بدمشق، ومغني المحتاج لشرح المنهاج ٣٩٩/٩ الحلبي ١٣٧٧هـ.

إِلَّا عَلَى زَوْجِهَا"[١].

والاختفاء أحسن ولا يباح اتخاذ الضيافة عند الثلاثة الأيام؛ لأن الضيافة تتخذ عند السرور، ويكره الخياطة وكل عمل من أعمال الدنيا في المسجد؛ لأنه أعد لإقامة القربات والطاعات لا المعاملات، ولو جلس المعلم في المسجد أو وراق يكتب في المسجد، فإن كان المعلم يعلم للحسبة والوراق يكتب لنفسه فلا بأس به؛ لأنه قربة، وإن كان بالأجرة يكره إلا أن تقع لهما الصرفة.

(فصل)

ويكره استقبال القبلة في الخلاء.

وقال الشافعي: تكره في الفَضاء لا في الأكنة.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ألا فعظموا جهة القبلة، فلا تستقبلوها في بول أو غائط ولا تستدبروها، لكن شرِّقوا أو غرِّبوا**". وهذا بالمدينة، فإن من شرَّق أو غرَّب لم يكن مستقبل الكعبة ولا مستدبرا لها، ولأن الحائط لا يصير حائلا كمن استقبل الكعبة في بيته للصلاة فكيف يصير حائلا إذا كشف عورته، وهذا غلط بين وتناقض فاحش.

وفي استدبار القبلة روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله:

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/٩٩ (١٢٨٢) قال: حدثنا إسماعيل. وفي ٧/٧٦ (٥٣٣٥) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف. و«مسلم» ٤/٢٠٢ (٣٧١٩) قال: حدثنا يحيى بن يحيى. و«أبو داود» (٢٢٩٩) قال: حدثنا القعنبي. و«الترمذي» (١١٩٦) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن بن عيسى. و«النسائي» ٦/٢٠١، وفي «الكبرى» (٥٦٩٧) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، قال: أنبأنا ابن القاسم. و«أبو يعلى» (٧١٥٦) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا منصور بن سلمة الخزاعي. و«ابن حبان» (٤٣٠٤) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر.

تسعتهم: (عبد الرزاق بن همام، وإسماعيل بن أبي أويس، وعبد الله بن يوسف، ويحيى بن يحيى، وعبد الله بن مسلمة القعنبي، ومعن بن عيسى، وعبد الرحمن بن القاسم، ومنصور بن سلمة، وأحمد بن أبي بكر) عن مالك بن أنس، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن حميد بن نافع، عن زينب بنت أبي سلمة، فذكرته.

في إحدى الروايتين: يكره لما روينا.

وفي رواية أخرى: لا يكره؛ لما روى ابن عمر رضي الله عنه قال: "**رأيت النبي صلى الله عليه وسلم على سطح أم سلمة على لبنتين يقضي حاجته وهو مستقبل الشام مستدبر الكعبة**".

والأحوط تركهما، وعلى ذلك عمل المسلم في مراحيضهم وكراسيهم، وكره مشايخنا استقبال الشمس والقمر بالقدح لحديث روي فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم ولما عليها من نور العرش، ويكره مد الرجلين إلى الكعبة في النوم وغيره عمدا، وكذلك إلى المصحف وكتب الشريعة، وكذلك في حال مواقعة الأهل، وكذلك متعلم له خريطة فيها كتب من أخبار الرسول والفقه ينام ويتوسد بها ينظر إن قصد بها الحفظ فلا بأس به؛ لأنه ليس فيه ترك التعظيم، وإلا فيكره؛ لأنه ترك التعظيم.

(باب الكراهية في إرسال الشعر وتركه والسُّنَّة في حلقه)

(**المبسوط**): ويكره للمرأة أن تصل شعرها المقطوع أو شعر غيرها بشعرها لقوله عليه السلام: "**لَعَنَ اللهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ**[1][2] وهي التي تصل شعر غيرها

---

(١) الْوَاصِلَةِ: الَّتِي تَصِلُ الشَّعْرَ بِشَعْرِ النِّسَاءِ. وَالْمُسْتَوْصِلَةُ: الْمَعْمُولُ بِهَا.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٦٥/٧ (٥٩٣٧) قال: حدثني محمد بن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا عبيد الله. وفي (٥٩٤٠) قال: حدثني محمد، قال: حدثنا عبدة، عن عبيد الله. وفي (٥٩٤٢) قال: حدثني يوسف بن موسى، قال: حدثنا الفضل بن دكين، قال: حدثنا صخر بن جويرية. وفي ١٦٧/٧ (٥٩٤٧) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن عبيد الله. و«مسلم» ١٦٦/٦ (٥٦٢٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا زهير بن حرب، ومحمد بن المثنى، واللفظ لزهير، قالا: حدثنا يحيى، وهو القطان، عن عبيد الله. وفي (٥٦٢٣) قال: وحدثنيه محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا بشر بن المفضل، قال: حدثنا صخر بن جويرية. و«ابن ماجه» (١٩٨٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، وأبو أسامة، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (٤١٦٨) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، ومسدد، قالا: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«الترمذي» =

بشعرها لتتزين به، ولأن فيه ابتذال جزء الآدمي، والآدمي خلق مكرما فلا يجوز أن يكون شيء منه مبتذلا، ولا بأس بأن تصل شعرها بشعر البهيمة؛ لأنها جاءت الرخصة في القَرَامِل[1] وهو ما يتخذ من الوبر ويزاد في ذوائب النساء؛ لأن ذلك من باب الزينة وهو مباح الابتذال والانتفاع به.

"وَالْوَاشِمَةَ" هي التي تشم في وجهها وذراعيها.

"وَالْمُسْتَوْشِمَةَ" هي التي تفعل بها.

"والْوَاشِرَة" هي التي تفلج أسنانها وذراعها.

"وَالْمُسْتَوْشِرَة" هي التي تفعل به.

"وَالنَّامِصَةُ" التي تنتف الشعر من الوجه.

"وَالْمُتَنَمِّصَةُ" التي يفعل بها ذلك.

وكل ذلك ورد النهي عنه ولا بأس للتجار أن يفعلوا شعرا للعبد من الجهة؛ لأن فيه زيادة في الثمن وهذا دليل على أن العبد إذا كان للخدمة ولا يريد بيعه لا يستحب له ذلك.

وذكر الطحاوي في "شرح الآثار": أن قص الشارب حسن، وتفسيره أن يوحد حتى ينتقص عن الإطار وهو الطرف الأعلى من الشفة العليا قال والحلق سنة وهو أحسن من القص، وهذا قول أبي حنيفة وصاحبيه.

وقال بعضهم: إن الحلق بدعة لحديث عائشة وعمار وأبي هريرة: "**أن**

=

(١٧٥٩ و٢٧٨٣) قال: حدثنا سويد بن نصر، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك، عن عبيد الله بن عمر. وفي (٢٧٨٣م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. و«النسائي» ٨/١٤٥ و١٨٨، وفي «الكبرى» (٩٣٢٢) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا عبيد الله. وفي ٨/١٨٧، قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، عن عبيد الله. و«ابن حبان» (٥٥١٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر. كلاهما: (عبيد الله بن عمر، وصخر بن جويرية) عن نافع، فذكره.

(١) القرامل: ما تصل به المرأة شعره من شعر أو صوف.

النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**عشر من فطرتي وفطرة إبراهيم عليه السلام**" وذكر من جملتها قص الشارب[١].

والصحيح قولنا؛ لحديث ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**جُزُّوا الشارب وَأَعْفُوا اللِّحَى**". وفي رواية: "**وَأَحْفُوا الشارب**"[٢]

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢٠٦/٧ (٥٨٨٩) قال: حدثنا علي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٥٨٩١) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد. وفي ٨٠/٨ (٦٢٩٧)، وفي «الأدب المفرد» (١٢٩٢) قال: حدثنا يحيى بن قزعة، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد. و«مسلم» ١٥٢/١ (٥١٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، جميعا عن سفيان، قال أبو بكر: حدثنا ابن عيينة. وفي ١٥٣/١ (٥١٩) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. و«ابن ماجه» (٢٩٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤١٩٨) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٢٧٥٦) قال: حدثنا الحسن بن علي الحلواني، وغير واحد، قالوا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«النسائي» ١٣/١، وفي «الكبرى» (١٠) قال: أخبرنا الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن وهب، عن يونس. وفي ١٤/١ و١٨١/٨، وفي «الكبرى» (١١) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا المعتمر، قال: سمعت معمرا. وفي ١٥/١، وفي «الكبرى» (٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٥٨٧٢) قال: حدثنا عمرو الناقد، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٥٤٧٩) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر، قال: سمعت معمرا. وفي (٥٤٨٠) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٥٤٨١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا سفيان. وفي (٥٤٨٢) قال: أخبرنا حامد بن محمد بن شعيب، قال: حدثنا سريج بن يونس، قال: حدثنا سفيان.

أربعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وإبراهيم بن سعد، ويونس بن يزيد) عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٦٠/٧ (٥٨٩٢) قال: حدثنا محمد بن منهال، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا عمر بن محمد بن زيد. وفي (٥٨٩٣) قال: حدثني محمد، قال: أخبرنا عبدة، قال: أخبرنا عبيد الله بن عمر. و«مسلم» ١٥٣/١ (٥٢١) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا يحيى، يعني ابن سعيد (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي، جميعا عن عبيد الله. وفي (٥٢٢) قال: وحدثناه قتيبة بن سعيد، عن مالك بن أنس، عن أبي بكر بن نافع. وفي (٥٢٣) =

والإحفاء الاستئصال ولفظ القص في حديثهم عبارة محتملة فوجب حملها على ما روينا والشارب اسم للحل لا لما يقع في الماء؛ لأن العرب اعتادوا الكرع من الأدوية وأفواه القرب فيصيب الماء ذلك الشعر كله فسمي كله شاربًا، واختلف الناس في إعفاء اللحية ما هو قال بعضهم تركها حتى تكث وتكثر والقص سنة فيها وهو أن يقبض الرجل لحييه فما زاد منها على قبضته قطعه كذلك ذكره محمد في باب الآثار عن أبي حنيفة قال: وبه يأخذ، وذكر هناك عن ابن عمر أنه كان يفعل ذلك، ولأن اللحية لما كانت زينة كانت كثرتها وكثافتها من كمال الزينة.

وكذلك وصف رسول الله صلى الله عليه وسلم "**أنه كان كث اللحية**".

فأما الطول إذا فحش فخلاف الزينة.

وأما في الإبط فالسنة النتف هكذا فعل النبي صلى الله عليه وسلم والحلق لا بأس به.

وذكر محمد لفظة "النتف" في الأصل، ولفظة "الحلق" في الجامع الصغير، فدل ذلك كله على أنه لا حرمة في الحلق ولكن السنة هو النتف والعمل بالسنة أحق.

وذكر أبو عبد الله الجرجاني: السنة في حلق العانة أن يبتدئ من تحت السرة وقلم الأظافر سنة؛ لأنه من الفطرة إلا في دار الحرب، فإن تركها مندوب إليه للمحامد؛ لما رُوي أن عمر بن الخطاب كتب أن وفروا الأظافر في أرض العدو

=

قال: حدثنا سهل بن عثمان، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن عمر بن محمد. و«أبو داود» (٤١٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك، عن أبي بكر بن نافع. و«الترمذي» (٢٧٦٣) قال: حدثنا الحسن بن علي الخلال، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، عن عبيد الله بن عمر. وفي (٢٧٦٤) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك، عن أبي بكر بن نافع. و«النسائي» ١/١٦ و٨/١٨١، وفي «الكبرى» (١٣) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، هو ابن سعيد، عن عبيد الله. و«أبو يعلى» (٦٥٨٨) قال: حدثنا محمد بن بكار، قال: حدثنا أبو معشر. و«ابن حبان» (٥٤٧٥) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن أبي بكر بن نافع.

أربعتهم: (أبو بكر بن نافع، وعبيد الله بن عمر، وعمر بن محمد، وأبو معشر نجيح) عن نافع، فذكره.

فإنها سلاح ولأنه إذا سقط السلاح من يده وقرب العدو منه ربما يتمكن من دفعه بأظافره، وكذا الغازي في دار الحرب مندوب إلى توفير شاربه ليكون أهيب في عين العدو فيحصل به الإرهاب.

(باب مسائل متفرقة من النوادر)

ويكره تصوير تمثال ذي روح لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أشد الناس عذابًا يوم القيامة المشبهون بخلق الله تعالى، يُقالُ لهم يوم القيامة: أَحْيُوا مَا خَلَقْتُمْ**"[(١)].

فأما تمثال ما لا روح فيه كالشجرة ونحوه فلا بأس به؛ لأنه يكون نقوشا، نص عليه محمد في (**السير الكبير**)، وفي (**المنتقى**) عن محمد: لو صلَّى في أرض الحرب وعليه ثوب حرير أو ترس مذهَّب أو فيه تماثيل وهو مواقف العدو أولا لا بأس به كما بينا ولا بأس للمرأة أن تدخل الحمام إذا خرجت متعففة واتَّزرت حتى دخلت[(٢)].

وقال بعض الناس لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أيما امرأة وضعت جلبابها في**

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٦٧/٧ (٥٩٥١) قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر، قال: حدثنا أنس بن عياض، عن عبيد الله. وفي ١٦١/٩ (٧٥٥٨) قال: حدثنا أبو النعمان، قال: حدثنا حماد بن زيد، عن أيوب. و«مسلم» ١٦٠/٦ (٥٥٨٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر (ح) وحدثنا ابن المثنى، قال: حدثنا يحيى، وهو القطان، جميعا عن عبيد الله (ح) وحدثنا ابن نمير، واللفظ له، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا عبيد الله. وفي ١٦١/٦ (٥٥٨٧) قال: حدثنا أبو الربيع، وأبو كامل، قالا: حدثنا حماد (ح) وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن علية (ح) وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا الثقفي، كلهم عن أيوب. و«النسائي» ٢١٥/٨، قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا حماد، عن أيوب. وفي «الكبرى» (٩٧٠١) قال: أخبرنا محمد بن خليل الدمشقي، عن شعيب بن إسحاق، عن عبيد الله. وفي (٩٧٠٢) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا حماد، عن أيوب (ح) وأخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا الثقفي، قال: حدثنا أيوب. وفي (٩٧٠٣) قال: أخبرنا مسعود بن جويرية، قال: حدثنا المعافى، عن الضحاك بن عثمان. أربعتهم: (أيوب السختياني، وعبيد الله بن عمر، والليث بن سعد، والضحاك بن عثمان) عن نافع، فذكره.

(٢) انظر: ابن عابدين ٣٢/٥، والقوانين الفقهية/٤٤٣، ٤٤٤، وحاشية البناني على الزرقاني ٤٥/٧، وأسنى المطالب ٧٢/١، وكشاف القناع ١٥٨/١، ١٥٩.

غير بيت زوجها فعليها لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"[١].

لنا: أن دخول الحمام لمعنى الزينة والنظافة وهي بالنساء أليق منها بالرجال.

وأما وجوب الاغتسال في حقهن أكبر وكانت حاجتهن إلى الاغتسال في الحمام أمسّ، فإن الرجل يتمكن من الاغتسال في الحياض والأنهار، والمرأة لا تتمكن من ذلك، فأما الحديث أنه إنما كره للمرأة الخروج بغير إذن زوجها. امرأة حلقت رأسها لوجع أصابها فلا بأس به، فإن حلقت تشبُّهًا بالرجل يكره؛ لأنها متى تشبهت بالرجال وغمر الأعضاء في الحمام يكره إلا بعذر؛ لأن الخادم ربما يفعل ذلك بشهوة، وإن أمن عن ذلك فلا بأس به.

رجل أخذ ثوبا من إنسان وهرب فتبعه صاحبه حتى دخل داره لا بأس به بأن يدخل داره حتى يأخذ حقه؛ لأنه موضع الضرورة ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، وكذا لو كان على امرأة حق فله أن يلازمها ويجلس معها ويقبض ثيابها، ولو هربت ودخلت دارها فلا بأس بذلك إذا أمن الرجل على نفسه ويكون بعيدا منها يحفظها؛ لأن في هذه الخلوة ضرورة.

رجل وجد طريقا في المقبرة يتحرى، فإن وقع في قلبه أن هذا طريق أحدثوه على القبور لا يمشي فيه؛ لأنه محدث، وإن لم يقع في قلبه ذلك يمشي؛ لأنه طريق ولم يعلم كونه محدثا، ويكره القعود على القبور، فإنه منقول عن بعض السلف أنه قال: لأن أجلس على الجمر أحب إلي من أن أجلس على القبر، ولأن فيه إهانة بتربة آدمي مسلم محترم، والإهانة به حرام، والإهانة بتربة آدمي مسلم محترم مكروه، ويكره الإشارة إلى الهلال عند رؤيته؛ لأن أهلية الجاهلية كانوا يعظمون

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١١٣٢) عن الثوري. و«أحمد» ٦/١٧٣ (٢٥٩٢١) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ٦/١٧٣ (٢٥٩٢٢) و٦/١٩٩ (٢٦١٤٥) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان. و«الدارمي» (٢٨١٧) قال: أخبرنا عبيد الله، عن إسرائيل. و«ابن ماجه» (٣٧٥٠) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«أبو داود» (٤٠١٠) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (٢٨٠٣) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا شعبة.

ثلاثتهم: (سفيان بن سعيد الثوري، وشعبة بن الحجاج، وإسرائيل بن يونس) عن منصور بن المعتمر، عن سالم بن أبي الجعد، عن أبي المليح الهذلي، فذكره.

كذلك، ولا يحمل الخمر إلى الخل للتحليل ولكن يحمل الخل إلى الخمر، ولا تحمل الجيفة إلى الهرة ولكن تحمل الهرة إلى الجيفة، ولا يحمل سراج المسجد إلى بيته ولا بأس بأن يحمل من البيت إلى المسجد، ولا ينبغي للرجل أن يقود أباه النصراني من البيت إلى البيعة؛ لأنه إعانة على المعصية ويقوده من البيعة إلى البيت؛ لأنه ليس بإعانة على المعصية.

رجل حفر قبرًا في غير ملكه ليدفن ميتًا له فيه فدفن فيه غيره لا ينبش القبر ولكن يضمن قيمة حفره جمعا بينهما، فإن دفن الميت في أرض غيره بغير إذن المالك فالمالك بالخيار إن شاء أمرنا إخراج الميت، وإن شاء سور الأرض وزرع حولها؛ لأن الأرض ملكه ظاهرها وباطنها فله أن يستخلص الظاهر والباطن وله أن يترك الباطن وينتفع بالظاهر.

رجل رفع طينًا أو ترابًا من طريق المسلم ينظر إن كان في أيام الردغ والأوحال فلا بأس به والرفع أولى؛ لأنه حسبة وتنقية الطريق، وإن لم يكن فاحتاج الرافع إلى القلع، فإن لم يكن فيه مضرة بالمارين فلا بأس، وإن كان فيه مضرة بالمار لا يسعه ذلك؛ لأنه تصرف في حق العامة وفيه ضرر. وكتبة الرقاع في أيام النيروز وإلزاقها بالأثواب مكروه حرام لما فيه إهانة اسم الله تعالى واسم النبي صلى الله عليه وسلم.

رجل قال: أنا لا أحب القرع، فإن أراد به لما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحبه فهو لا يحبه فهو كفر، لأن استخف برسول الله صلى الله عليه وسلم، وإن قال ذلك لمرض أصابه فلا بأس به؛ لأنه لم يستخفَّ.

حشيش أو بقول ينبت على القبور، فإن كان رطبا يكره قطعه، وإن كان يابسا لا بأس به؛ لأنه قيل ما دام رطبا يسبح وربما يكون للميت أنسٌ بتسبيحه، وعن هذا قالوا بيع الحشيش الرطب بلا حاجة لا يستحب.

وتستحب القيلولة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**فإن الشيطان لا يقيل**" وذلك بين المنحلين بين داس الشعير وداس الحنطة.

رجل يختلف إلى أهل الظلمة والشر ليدفع ظلمه وشره عن نفسه، فإن كان هذا الرجل مشهورًا ممَّن يُقتدى به كره له ذلك؛ لأنه إذا كان يختلف إلى السلطان فيظن الناس أنه يرضى بأمره فكان فيه مذلة أهل الحق، وإن لم يكن مشهورا لا بأس به إن شاء الله؛ لأنه عري عن هذا المعنى.

(باب خبر الواحد في أمور الدين والمعاملة)

(**المبسوط**): ولو أخبر حرٌّ أو عبدٌ عدل ذكرًا أو أنثى بنجاسة الماء أو بأنه ذبيحه مجوسي أو شيء من الحل والحرمة يجب قبول قوله؛ لأن خبر الواحد بأمر من أمور الدين حجة خلافًا للمعتبر له؛ لأن الصدق فيه راجح؛ لأن الداعي إلى الصدق والصارف عن الكذب موجود وهو العقل والدين والعدالة؛ لأن الظاهر أن كل عاقل متدين عدل يجتنب عما هو محظور دينه وهو الكذب لما أنه سبب المنقصة والمذمة في الدنيا واستحقاق العقوبة في الآخرة والعاقل يجتنب عما هو ضارٌّ له خصوصا إذا لم يستجلب بالكذب نفعا، والعمل بالدليل الراجح أولى من العمل باستصحاب الحال وهو التمسك بكون الماء طاهرًا في الأصل؛ لأن بقاء وصف الطهارة للماء ثابت بعدم الدليل لا بدليل أوجب بقاءه؛ لأنه يجوز أن ينجس الماء، وخبر المسلم العدل حجة وموجبةٌ للعمل فكان العمل بالدليل أولى من التمسك بعدم الدليل، وصار كالعدل إذا روى خبرًا عن النبي صلى الله عليه وسلم يجب قبوله فكذا هذا، ولو أخبره بذلك فاسق أو لا يعرف عدالته، فإن غلب على ظنه صدقه يسمع قوله وإلا فلا لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] والتبيُّن والتثبُّت هو طلب البيان وذلك بالتحري وطلب الصدق في خبره، ولأن الفاسق قد يكون ذا مروءة فيستنكف عن الكذب وقد يكون ذا خسة لا يبالي عن الكذب فوجب طلب الترجيح بالتحري، فإن وقع تحرِّيه على أنه صادق يقبل قوله وإلا فلا والأحوط والأوثق أن يريقه ويتيمم، ولا يقبل قول الذمي في نجاسة الماء؛ لأن الكافر يعتقد المسلم على دين باطل فيقصد به الإضرار لعداوة الدينيَّة؛ لأن عقله ودينه حامل له على الكذب في أمور الدين في حق المسلم وإليه أشار قوله تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُونَ يُقَٰتِلُونَكُمۡ حَتَّىٰ يَرُدُّوكُمۡ عَن دِينِكُمۡ إِنِ ٱسۡتَطَٰعُواْۚ﴾ [البقرة: ٢١٧] فترجح الكذب في خبره فلم يجب التحري بل يستحب؛ لأن الصدق فيه قائم لكنه مرجوح، فإن وقع في قلبه أنه صادق لا يجزيه التيمم ما لم يرق الماء والوضوء به جائز؛ لأن هذا التحري ليس بواجب فلم تثبت نجاسة

الماء بهذا التحري، فصار متيممًا مع وجود الماء الطاهر حكمًا فلا يجوز بخلاف ما لو أخبره فاسق؛ لأن التحري واجب في خبره لاستواء الصدق والكذب فيه فتثبت النجاسة بخبره عند ضمه التحري إليه في حق الحكم فصار متيمما مع وجود ما يحسن حكما فيستحب الإراقة ولا يجب فيجزيه التيمم وكذلك الصبي والمعتوه إذا عدل فيما يقولان لأن عقل المعتوه ناقص فلا يكون دليلا على الصدق، والصبي وإن كان عاقلا لكن العقل إنما يصرف عن الكذب إذا كان ضارًّا له باعتبار كونه محظورا فالكذب غير محظور في حقهما فربما لا يصرفه عن الكذب فلا يكون دليلا على الصدق بل يرجح جانب الكذب في خبرهما لعدم مبالاتهما وبحثهما عن الكذب وصار كما لو رويا خبرًا لا تقبل روايتهما، ومن أصحابنا من يجعلهما كالبالغ الفاسق؛ لأنه استوى الكذب والصدق في خبرهما فيجب التحري كما في الفاسق.

وذكر في الجامع الصغير: رجل أرسل أجيرًا له مجوسيًّا فاشترى لحما ثم قال اشتريته من مسلم أو يهودي أو نصراني وسعه أكله؛ لأن خبر الكافر في المعاملات حجة مقبولة بحاجة الناس وذبيحة المسلمين وأهل الكتاب حلال وخبر الذمي والصبي والمعتوه في المعاملات حجة بأن أخبر أنه ذبيحة مسلم أو أهل الكتاب أو ذبيحة مجوسي أو وكلني فلان ببيعه ونحو ذلك يقبل قوله ومن دعاه قوم إلى أكل لحم يأكلوه فأخبره مسلم ثقة حرٌّ أو عبدٌ ذكر أو أنثى أنه ذبيحة مجوسي، وقال الباقون: بل هو حلال وهم عدول أخذ بقولهم، وكذا لو أخبر عدلان بأنه حلال؛ لأن الصدق يترجح بزيادة العدد في المخبر؛ لأنه يدخل في العيان متى أخبر جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب ومتى دخل في حد العيان حتى بلغ حد التواتر يصير أقرب إلى العيان بزيادة عدد المخبرين فكان الأخذ بما هو أقرب إلى العيان أولى مما لم يقرب كما في رواية الأخبار إذا روى واحد خبرًا بحرمة شيء، وروى جماعة بحلِّه؛ فالأخذ برواية الجماعة بالحل أولى من الأخذ برواية الواحد بالحرمة بخلاف الشهادة، فإنه لا يترجح شهادة الجماعة على الاثنين؛ لأن الشهادة وإن كانت إخبارا حقيقة ولكن صار إثباتا للمشهود به شرعا بدليل أن الشاهد لو رجع يضمن، وبدليل أنه يشترط لفظة الشهادة، وشهادة الاثنين تساوي شهادة الجماعة في كونها حجة في إثبات المعهود به شرعا اعتبارا بالإيجاب والإثبات الحقيقي، فإن البيع

الصادر من الواحد والبيع الصادر من الجماعة سواء وأما هنا أخبار حقيقة وشرعا والخبر يترجح بزيادة العدد في المخبر كما في رواية الأخبار، فإن كانوا متهمين أخذ بقول الواحد؛ لأنه لا يجوز إبطال خبر العدل وتعطيله بخبر الفاسق كما في رواية الأخبار، وإن كان فيهم واحد عدل يتحرى؛ لأنه أخبره عدلان أحدهما بالحرمة والآخر بالحل فاستويا في الحجة فوجب ترجيح أحدهما بالتحري، فإن لم يكن له رأي واستوى الحالان عنده فلا بأس بأكله؛ لأن وقع التعارض بين الخبرين ولا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر فتساقطا، والطهارة والحل أصل فبقي ما كان بخلاف ما روى أحدهما خبرًا بحرمة شيء والآخر بحله، فإنه يترجح الحرمة ويؤخذ برواية من يروي الحرمة لا بأن يجعل كلا الخبرين ثابتا ويجعل أحدهما ناسخا إلا أنا جعلنا المحرم متأخرا ناسخا لما فيه من تقليل النسخ أما قضاء لا يمكن إثبات كلا الأمرين؛ لأن الماء متى وقعت فيه نجاسة لا يصير طاهرا ومتى رآه أخذه من نهر عظيم وقد غسل الكوز وحفظه إلى وقت الشهادة لا يتصور نجاسته، وإذا لم يتصور اجتماعهما كان الثابت أحدهما ولا يدري فتساقطا، ولو أخبره مملوكان ثقتان بالحل وحرٌّ بالحرمة فلا بأس بأكله؛ لأن الخبران استويا في الحجة؛ لأن قول المملوك في أمور الدين كقول الحر ثم يترجح قول العبدين بزيادة عدد والعدد مما نفع به الترجيح؛ لأن قلب الإنسان ربما لا يطمئن إلى قول واحد ويطمئن إلى قول اثنين، ولو أخبره بالحل غير ثقة وبالحرمة ثقة يعمل بأكثر رأيه؛ لأن الخبران استويا في الحجة ولا يمكن ترجيح أحدهما على الآخر بدليل سوى التحري فلزمه التحري، فإن كان أخبر بأحدهما حرَّان ثقتان وبالآخر عبدان ثقتان أخذ بقول الحرَّين؛ لأن خبرهما حجة في باب الدين والأحكام جميعا فيكون حجة مطلقة وخبر العبدين ليس بحجة في باب الأحكام فيكون حجة قاصرة فكان ترجيح خبر الحرين لكونه حجة مطلقة أولى من الترجيح بالتحري؛ لأن التحري مجرد ظن بلا دليل بخلاف ما لو أخبره ثلاثة عبيد بأحدهما وحران بالآخر، فإنه يترجح خبر العبيد؛ لأن الترجيح بزيادة العدد أولى من الترجيح بكونه حجة في الأحكام؛ لأن بزيادة العدد يدخل في حد العيان أو يقرب منه، فإن تعذر الترجيح بزيادة العدد يطلب الترجيح بكونه حجة في الأحكام لا بالتحري؛ لأنه صار حجة بالشرع لا

مجرد الظن، فإن تعذر بطلب الترجيح بالتحري، فعلى هذا لو أخبر بأحدهما حران عدلان وبالآخر أربعة أحرار ثقات أو بأحدهما رجل وامرأتان وبالآخر رجلان يؤخذ بخبر الأربع ورجل وامرأتين لما فيه من زيادة العدد، وكذلك هذا في كل طعام وشراب.

(فصل)

ومن اشترى جارية فأخبره مسلم ثقة أنها حرة الأصل أو أخته من الرضاعة فله أن يطأها وإن تنزه فهو حسن؛ لأن هذه شهادة الواحد قامت على إبطال الملك؛ لأن قيام الملك لا يتصور مع الحرمة وحرمة الرضاع فكان من ضرورة بنوتهما زوال الملك وشهادة الواحد على إزالة الملك لا تقبل؛ لأن الملك من حقوق العباد فصار كما لو شهد واحد أنه طلق امرأته، وإن اشترى لحمًا فأخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة مجوسي لم يأكله ولا يرد على بائعه ولا يمنع ثمنه؛ لأنه ليس من ضرورة حرمة الأكل زوال ملك اليمين؛ لأن حرمة الأكل مع قيام الملك يجتمعان كالعصير إذا خمر وكالدهن الذي وقعت فيه نجاسة؛ لأنه لما جاز أن ينفصل الحل عن الملك بالإباحة جاز أن ينفصل بثبوت الحرمة عن زوال المملك فأمكن ثبات الحرمة بدون زوال الملك فكانت الشهادة قائمة على حرمة الأكل لا غير والحرمة أمر من أمور الدين فتقبل بشهادة الواحد فتثبت الحرمة إلا أن في رده على البائع إبطال ملك البائع وقول الواحد ليس بحجة في حق زوال الملك؛ لأنه من حقوق العباد وإن ملك طعاما أو جارية بسبب فشهد مسلم ثقة أن المملك غصب من فلان تنزه عن أكله أو وطئها، وإن لم يتنزه فهو في سعة؛ لأنه أخبره بحرمة المحل بحق المالك لا لحق الله تعالى؛ لأن حرمة الانتفاع بالمغصوب لفقد الملك لحق المالك لا لحق الله تعالى بدليل أنه تزول الحرمة بإجازته وإذنه فكانت هذه شهادة قامت على زوال ملك البائع وبطلان بيعه وثبوت الحرمة لحق المالك فلا تقبل ولكن يتنزه لاحتمال الصدق في خبره، وكذلك إذا كان ذو اليد عدلا عند عامة مشايخنا.

وقال الفقيه أبو جعفر: بأنه لا يتنزه عن شرائه؛ لأن خبر ذي اليد صار معارضا بخبر العدل فتساقطا إن لم يقع تحريه على شيء فيبقى ما كان على ما كان وجه قول

العامة أن ذا اليد يشهد لنفسه؛ لأن بقوله: أنا مالك، يدفع عن نفسه ما ثبت بشهادة العدل وهو الغصب في حق التنزه، فلم يصر قول ذي اليد معارضًا بقول العدل فلم يدفع قول العدل بقوله فبقي الغصب ثابتا في حق التنزه دون الحرمة؛ فعلى هذا لو اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي وقال له القصاب: إنه ذبيحة مسلم؛ والقصاب عدل يتنزه عنه عند عامة المشايخ.

ومن عرف جارية لزيد يبيعها عمرو أو لم يعرفها ولكن أقر عمرو بها لغيره لم يسمح له أن يشتريها ما لم يعلم أنها ملك عمرو أو كونه وكيلًا له؛ لأنه اجتمع ما يوجب إباحة السمع وهو كونها في يده، فإن اليد تدل على الملك وعلى الإباحة وما يوجب الحظر وهو علمه أو إقرار ذي اليد أنها كانت ملكا لغير ذي اليد فأوجب الكراهة؛ لأن حد المكروه ما يجمع فيه دليل الحظر والإباحة؛ لأنا متى حرمنا عطلنا دليل الإباحة ومتى أبحنا عطلنا دليل الحظر فأثبتنا الكراهة عملا بالدليلين، فإن قال عمرو اشتريتها أو وكلني ببيعها وهو عدل فلا بأس بتصديقه؛ لأن قول الواحد مقبول في المعاملات إذا لم ينازعه غيره استحسانًا؛ لأنه جرى التوارث والعادة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا بالشراء من السمسار والدلال من غير شهود على صدق مقالته، ولأن المعاملات مما يكثر وجودها ويتكرر وقوعها فلو لم يصدق كل بائع في كل مبايعة ومعاملة إلا بشاهدين لاحتاج إلى أن يستصحب مع نفسه ببينة عادلة يشهد على صدق مقالته فضاق الأمر على الناس وصار كما لو قال رجل: أنا مضارب فلان أو عبد ما دون بالتجارة ووسع للناس أن يشتروا منه فكذا هذا، وكذلك إن كان فاسقًا ولكن أكثر رأيه أنه صادق؛ لأن بالتحري يرجح الصدق في خبره، وإن كان أكثر رأيه أنه كاذب فلا ينبغي أن يتعرض شيء من ذلك؛ لأنه يرجح الكذب في خبره وكذلك الطعام أو الشراب على هذا، وإن لم يعرفها لغيره ولكن مثله لا يملك مثلها كالفقير لا يملك قوت يوم وفي يده درة نفيسة فالتنزه أفضل؛ لأن دلالة الحال دلت على كونها ملك الغير، ولو ثبت الملك لغيره بدلالة النظر كره الشراء منه ودلالة الحال دون دلالة النظر فأوجب التنزه وذلك لا بظاهر يده في كونها دلالة على أن الملك له فوق دلالة الحال على كون ما في يده ملكا لغيره والتحري مشروع لترجح أحد

الاحتمالين على الآخر غير مشروع لإبطال دليل راجح في نفسه قبل التحري ومتى أمرناه بالتحري يؤدي إلى إبطال ذلك الراجح بالتحري، وإن كان ذو اليد مملوكا لا يشترى منه شيئًا ولا تقبل منه هدية حتى يسأله عنه؛ لأنه علم يقينا أن ما في يده ملك غيره، فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة فلا بأس؛ لأن قول العبد العدل حجة في المعاملات كقول الحر لأن للناس ضرورة في المعاملات مع العبيد فلو لم يقيد قوله في المعاملات بدون البينة لضاق الأمر على الناس، فإن لم يكن ثقة فعلى ما يقع في قلبه، فإن كان لا رأي له لم يتعرض لشيء منه كما في الحر، ولو كان صبيا أخبره أنه أذن له في بيعه وأن فلانا بعث به هدية يتحرى فيه صدقه وكذبه؛ لأن الصبي وإن كان عدلا لكن بسبب قصور عقله قد يُقدمُ على الكذب لقلة المبالاة كالفسق، ولو كان المخبر فاسقا يتحرى، وإن لم يكن له رأي بقي الأمر على ما كان فكذا هذا.

ولو عرف جارية لرجل ثم رآها في يد آخر يبيعها ويزعم أنها كانت في يد فلان يزعم أنها له وكانت مقرة له بالرق غير أنها كانت لي، وإنما أمرتها به تلجئة لا مرجعية وصدقته الجارية والرجل ثقة مسلم فلا بأس بشرائها منه إلا أن يكون عنده أنه كاذب؛ لأن قول العدل حجة في المعاملات إذا لم ينازعه أحد في خبره ولم يثبت منازع في خبره؛ لأنه أقر بكونها وديعة عند فلان والمودع لا ينازع المالك فما كان وديعة عنده؛ لأنه أخذه للمالك لا لنفسه فصار الثابت بخبره كالثابت معاينة، ولو قال: ظلمني، وغصبني فأخذتها منه لم يسع شراؤها فقد كان المخبر أو غير ثقة؛ لأنه أقر أن له منازعا في هذا العين؛ لأنه أقر أن ذا اليد غصبها منه والغاصب منازع للمالك؛ لأنه أخذه لنفسه لا للمالك وقول الواحد لا يكون حجة متى نازعه غيره في إخباره، وإن قال: ظلمني ثم رجع عن ظلمه وأقر لي بها ودفعها إلي؛ أو قال: خاصمته إلى القاضي فقضى لي فأخذتها منه أو من منزله؛ وهو ثقة أو غير ثقة ولكن أكثر رأيه أنه صادق فلا بأس بالشراء منه؛ لأنه لم يقر بالمنازع؛ لأن الغاصب بعدما دفع المغصوب إلى المالك أو بعد القضاء لا يبقى منازعا ما لم يجحد القضاء حتى لو قال: جحدني القضاء لا يسع الشراء منه؛ لأن مع الجحود يكون منازعا فقد أقر بالمنازع فلا يكون قوله حجة.

ولو قال: اشتريتها من فلان ونقدت وهو ثقة، وقال ثقة آخر: أن فلانا جحد هذا الشراء لم يسع الشراء منه؛ لأن الخارج أخبر عن المنازع وفيما أخبر اعتمد دليلا حادثا يعرف من حيث المشاهدة والمعاينة وهو جحود البائع وذو اليد فيما أخبر من الشراء لم يعتمد دليلا حادثا على عدم الجحود بل اعتمد استصحاب الحال وهو إقرار البائع بالشراء وإنه لا يوجب عدم الجحود بل عدم الجحود يكون ثابتا باستصحاب الحال، فإن الأصل هو العدم والعمل بما ينبني ويعتمد على الدليل أولى من العمل بما ينبني من استصحاب الحال؛ لأن المتمسك باستصحاب الحال عمل بغير دليل بخلاف ما أخبر أحدهما بطهارة الماء والآخر بنجاسته، فإنه يتحرى؛ لأن كل واحد من الخبرين بناء على دليل؛ لأن الخبر بالنجاسة منبني على معاينة وقوع النجاسة فيه والخبر بالطهارة مبني على معاينة اغتراف الماء من نهر عظيم واستصحاب الماء إلى وقت الخبر فاستويا فيطلب الترجيح بالتحري، وكذلك إن كان الثاني غير ثقة إلا أن أكثر رأيه أنه صادق؛ لأن أكثر الرأي يقوم مقام العلم عند فقد الأدلة، وإنما وجب التحري هنا؛ لأن خبر العدل والفاسق استويا في كونهما حجة؛ لأن خبر العدل اعتمد استصحاب الحال وذلك حجة للدفع لا للإثبات فكان حجة من وجه دون وجه وخبر الفاسق اعتمد واستند على دليل، لكنه يصير حجة بواسطة التحري فكان حجة من وجه دون وجه فاستويا فيطلب الترجيح بالتحري.

ومن رأى رجلا يبيع جارية عرفت لآخر فشهد عنده شاهدان عدلان أن مولاها أمره ببيعها فاشترى ونقد الثمن وقبض ثم حضر مولاها وجحد الأمر فالمشتري في سعةٍ من منعها حتى يخاصم إلى القاضي لأنهما لو شهدا عند القاضي أطلق القاضي للمشتري إمساكها فكذا إذا شهد عند المشتري حل له إمساكها؛ لأن شهادة شاهدين حجة أقوى من جحود البائع، فإذا قضى بها للمالك لم يسعه إمساكها؛ لأن قضاء القاضي صدر عن حجة وهو إقرار المشتري بكونها ملكا للموكل والوكالة بالبيع لم تثبت بما هو حجة عند القاضي؛ لأن الشهادة ما لم يتصل بها القضاء لا تكون حجة وكان العمل بالقضاء أولى من العمل بالشهادة إلا أن تحدد الشهادة بالوكالة عند القاضي حتى يقضي بها؛ لأن الوكالة تثبت بما هو حجة

مطلقة، وإن قال البائع: أمرني ببيع جاريته التي في منزله والتسليم؛ فلا بأس بالشراء والقبض من منزل مولاها بأمر البائع أو بغير أمره إذا نقد الثمن كان البائع ثقة أو لا إذا وقع عنده أنه صادق؛ لأن قول الواحد العدل حجة في المعاملات، وكذا قول الفاسق عند التحري وعليه الظن في أنه صادق، فإن وقع في قلبه أنه كاذب قبل الشراء أو بعده أو لا رأي له لا يتعرض لها ويعتزل عن وطئها حتى يستأمر مولاها؛ لأن خبر الفاسق يدور عليه الظن لا يكون حجة، والأصل أن لا يجوز الشراء من غير المالك فبقي الأمر كما كان والعامل بغالب الرأي إذا تحول رأيه إلى شيء آخر يلزمه العمل بالرأي الثاني في المستقبل فيعتزل عن وطئها في المستقبل ولا يلزمه فيما مضى حتى لا يبطل الشراء؛ لأن ما مضى باجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله كما في أمر القبلة، فإن وطئها ثم وقع في قلبه أنه كاذب يعتزلها، وإن أنكر المولى يدفع إليه الجارية والعقد؛ لأنه إذا جاء التجاحد والتشاجر من المالك لا يبقى خبر الواحد حجة؛ لأنه لا يزول ملك المالك بغير رضاه بمجرد خبره فظهر أنه وطئ ملك الغير وقد سقط الحد للشبهة فوجب العقد.

(فصل)

تزوج امرأة وغاب ولم يدخل بها فأخبره ثقة عبد أو حر أو محدود في قذف أنها ارتدت عن الإسلام وسعه أن يتزوج بأربع سواها، وكذلك إن كان غير ثقة وأكثر رأيه أنه صادق، فإن كان أكثر رأيه أنه كاذب لم يتزوج أكثر من ثلاث.

وذكر في (**السير الكبير**): لا يسعه أن يتزوج بأختها وأربع سواها ما لم يشهد على ردتها شاهدان؛ لأن الواحد لما أخبر عن ردتها فقد أقر بالمنازع؛ لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يرتد عن إسلامه فكانت المرأة منكرة للردة ظاهرا باعتبار الظاهر والغالب وجه رواية الاستحسان المخبر، وإن أخبر عن إنكار ردتها لكنه رجع عن هذا الإنكار لما أقر بالرد صريحا فيصدق، كما لو قال ذو اليد: هذا الشيء ملكي والأول كان غاصبًا رجع عن ظلمه وغصبه ودفعه إلي، فإنه يصدق، بخلاف ما لو قال: حين تزوجتها وهي مرتدة؛ لا يسعه أن يأخذ بقوله؛ لأنه متى أخبر عن ردة مقارنة للنكاح صار مقرا بالمنازع فيما أخبر؛ لأن إقدامها على النكاح إقرار منها

بصحة النكاح والردة منافية للنكاح فيكون إقرارًا منها، وإن كانت الردة دلالة وإذا ثبت إنكارها الردة حصل مقرًّا بالنكاح فلا يبقى خبره حجة فأما هنا الإخبار عن ردة طارئة على النكاح لا يكون إقرارا بالمنازع؛ لأن إقدامها على النكاح لا يكون إنكارا لما يقطع النكاح في المستقبل؛ لأن ما يقطعه في المستقبل لا ينافي صحته فيما مضى. وكذلك إن كانت صغيرة فأخبره أنها ارتضعت من أمه أو أخته؛ لأن الرضاع قاطع للنكاح فالإقدام على النكاح لا يكون إنكارا لما يقطعه، وكذا الرضاع أمر مشروع مباح فالإنكار على الرضاع لا يثبت باعتبار الظاهر كما ثبت الإنكار عن الردة فلم يحصل المخبر مقرا بالمنازع.

امرأة غاب زوجها فأخبرها مسلم ثقة أن زوجها مات أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة فأتاها كتاب الطلاق من زوجها ولا تدري أنه كتابه أم لا؛ لأن أكثر رأيها أنه حق فلا بأس بأن تعتدَّ ثم تتزوج، وكذلك المطلقة ثلاثا إذا قالت: انقضت عدتي فتزوجت بآخر وطلقني وانقضت عدتي فلا بأس للأول أن يتزوجها إذا كانت ثقة أو وقع في قلبه صدقها، وإن لم تكن ثقة لا؛ لأن خبر الواحد حجة في المعاملات والديانات.

ولو أخبرها رجل أن أصل نكاحها كان فاسدا لم يسعها أن تتزوج بقوله، وإن كان ثقة؛ لأنه أقر بالمنازع؛ لأن إقدامها على النكاح يكون إنكارًا للفساد فلا ينافي صحته، وإذا شهد عدلان للمرأة أن زوجها طلقها ثلاثا وهو يجحد ثم غابا أو ماتا قبل الشهادة عند القاضي لم يسع للمرأة أن تقيم معه وأن تدعه يقربها ولا يسعها أن تتزوج.

وكذلك إذا سمعت الطلاق ثم جحد الزوج وحلف فردّها القاضي إليه لم يسعها المقام معه ولم يسعها أن تعتد وتتزوج؛ لأن الطلاق مستهل على حق الله تعالى من حيث إن فيه تحريم الفرج وعلى حق العبد لما فيه إزالة ملك النكاح فيما هو حق الله تعالى وهو الحرمة تثبت بالشهادة العادلة بدون القضاء وما هو حق العبد وهو زوال الملك عنها لم يثبت إلا بالدعوى والقضاء ما قضى بالفرقة فلا يسعها أن تتزوج بآخر، وكذلك إذا شهد عند الأمة عدلان أن مولاها أعتقها وهو يجحد بمنعه عن القربان وعنه كما في الطلاق.

(باب من يسعه القتل بالتحري أو بالمعاينة من غير قضاء)

(المبسوط): رأى رجلا يقتل أباه عمدًا وأنكر القاتل قتله أو أقر به وقال: كان لي عليه القصاص أو كان مرتدًّا أو لم يعلم الابن شيئًا مما يقول ولا وارث غيره؛ فله أن يقتله؛ لأنه عاين سبب وجوب القصاص وهو قتل القاتل أباه عمدا أو إقراره بذلك ودعوى القاتل البراءة أو إنكاره القتل لم يثبت بحجة فصار كما لو قال للآخر: أخذت من مالك بإذنك فقد أقر بالسبب الموجب للضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن فلم يصدق فكذا هذا.

ألا ترى أنه لو أقر بالقتل عند القاضي وادعى ردة المقتول قضى القاضي بالقصاص فكذا هذا، ومن رأى يقتل أباه فهو في سعة من إعانة الابن في استيفاء القصاص؛ لأنه علم بوجوب الحق متى عاين قتل وليه فكان له إعانته على استيفاء حقه، وكذلك إن أقر بين يديه ثم أنكر الإقرار؛ لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة؛ لأن التهمة منتفية عن الإقرار، وإن شهد عند الابن عدلان بالقتل أو بإقرار القاتل به فليس له أن يقتله ولا لآخر أن يُعِيْنه إلا إذا قضى به القاضي؛ لأن تهمة الكذب متمكنة في الشهادة لأنها إقرار على الغير والإنسان قد يقر على غيره كاذبا فيجب أن لا ينتصب حجة كالإقرار إلا أنه سقط اعتبار احتمال الكذب في الشهادة وانتصبت حجة شرعا عند اتصال القضاء به لضرورة إحياء حقوق الناس وصيانتها عن الضياع، وإن قضى ثم شهد عنده عدلان أن أباه قتل وليه عمدا أو كان مرتدا فليس له أن يعجل بقتله في الديانة؛ لأنه وجد المطلق للاستيفاء ولكن القتل متى وقع خطأ لا يمكن تداركه وتلافيه، وقد شهد عنده عدلان بالسقوط فأورث شبهة السقوط فوجب أن يتأنى ولا يتعجل في الاستيفاء احترازًا عن الشبهة، ولو شهد بذلك عبدان أو محدودان في قذف أو نسوة متفرقات فهو في سعة من قتله وإن توقف فأحوط؛ لأن هذه الشهادة ليست بحجة للسقوط فلا تورث شبهة السقوط لكن الاحتياط في أمر الدم مستحبٌّ. وإن شهد واحد عدل وقال القاتل لي شاهدان فالمستحب أن لا

يعجل، وإن قتله فهو في سعة؛ لأن القول الواحد العدل مقبول في الديانات فيورث شبهة في المعاملات عند المنازعة فكان التثبت والتوقف أولى وينبغي لمن حضر مجلس القاضي بأن يعين بالقود الولي على استيفائه ولا يسعهم إلا ذلك لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

وذكر ابن سماعة عن محمد: أن يصلى على الذمي بشهادة الواحد أنه مسلم، ولا تترك الصلاة على المسلم بشهادة الواحد أنه ارتدَّ؛ لأن أمور الدين مبنية على الاحتياط والصلاة بشهادة الفرد احتياط في أمور الدين فتجب والاحتياط أن لا يسيء الظن بالمسلم ولا يحمد أمره على ما هو حرام بسبب ضعيف وهو قول الواحد حتى يتأكد ذلك بمقارنة خبر آخر معه كما في الصوم يجب بشهادة الواحد إذا كان في السماء علة، ولا يجوز الفطر إلا بشهادة رجلين، والله عز وجل أعلم.

كتاب التحري

يحتاج إلى معرفة: كون التحري حجة يجب العمل به، وإلى تفسيره لغة وشريعة، وإلى ركنه، وشرط جوازه، وحكمه تشريعه.

أما كونه حجة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمۡ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦] والتثبت هو التوقف وطلب الصدق في نبأ الفاسق متى وقع الاشتباه فيه وقوله صلى الله عليه وسلم: "**إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا فليتحر الصواب**" وقد اجتمعت الأمة على كونه حجة.

وأما المعقول: وهو أن حالة الاشتباه وتعارض الأدلة لما لزمه العمل بموجب التكليف مست الضرورة إلى جعل التحري حجة لترجح بالتحري بعضها على بعض فيعمل بالراجح منها ليتخلص عن عهدة التكليف.

وأما تفسيره لغة: فهو عبارة عن طلب الخبر بقلبه يقال أتحرى مسرتك أي أطلب بقلبي ما يسرك من الخير.

وفي الشريعة: يراد به طلب ما هو صواب في الشرع بقلبه قال الله تعالى: ﴿فَمَنۡ أَسۡلَمَ فَأُوْلَٰٓئِكَ تَحَرَّوۡاْ رَشَدٗا ١٤﴾ [الجن: ١٤] أي طلبوا ما هو الصواب في الشرع.

وأما ركنه: فهو طلب الصواب بقلبه؛ لأن التحري يقوم به.

وأما شرط جوازه: ففقد سائر الأدلة حالة اشتباه المطلوب؛ لأن التحري إنما جعل حجة حالة الاشتباه وفقد الأدلة لضرورة عجزه عن الوصول إليه.

وأما حكمه: فوقوع العمل صوابًا في الشرع والله أعلم.

(باب التحري في القِبلة)

(**المبسوط**) مسائله على ثلاثة أنواع: إما أن لا يشك في القِبلة ولا يتحرى، أو يشك ويتحرى.

أما إذا لم يشك وصلى إلى جهة في ليلة مظلمة من غير تحري فهو على الجواز حتى يظهر أنها ليست بقبلة بيقين بأن انجلى الظلام أو بأكثر رأيه بأن تحرى ووقع تحريه على غير الجهة التي صلى إليها، فإنه يلزمه الإعادة إن كان بعد الفراغ من الصلاة؛ لأن الجواز أصل فيما يفعله المسلم العاقل؛ لأن الظاهر من حال المسلم أن يقصد أداء الصلاة إلى القبلة ويكون قيامه إلى الصلاة على تحري القبلة فيجب حمل أمره على الجواز حتى يتبين خلافه بيقين أو بأكثر رأيه؛ لأن أكثر الرأي أقيم مقام العلم عند الاشتباه وذلك لأن الثابت بظاهر الحال يترفع بقيام الدليل؛ لأن الثابت بالدليل فوق الثابت باستصحاب الحال؛ لأن استصحاب الحال ثابت بعدم الدليل فيكون دون الثابت بالدليل.

وإن علم في الصلاة أنه أصاب القبلة أو كان أكثر رأيه ذلك يستقبلها؛ لأن ما ظهر من الحالة في الانتهاء فوق الحالة الماضية؛ لأن التوجه إلى القبلة في الحالة المؤتنفة ثابت بالدليل، وفي الحالة الماضية ثابت بظاهر الحال، والثابت بالدليل فوق الثابت باستصحاب الحال فلا يمكنه بناء الباقي على الماضي؛ لأن الأقوى لا ينبني على الأوهى كالأمي إذا صار قارئا والمومئ إذا قدر على الركوع والسجود في الصلاة.

وأما إذا شك في القبلة فلم يتحر وصلى يعيد صلاته إلا إن يتبين أنه أصابها؛ لأن التحري افترض عليه حالة الاشتباه وصار فرضا من فروض صلاته فيفسد بتركه إلا إذا علم أنه أصاب القبلة تبين أن التحري لم يكن فرضا عليه؛ لأن ما افترض لغيره لا يبقى فرضا متى حصل المقصود بدونه كالسعي إلى الجمعة لا يبقى فرضا متى حصل بغيره، وإن كان أكثر رأيه أنه أصاب اختلفوا فيه؛ قيل: يجزيه؛ لأن أكثر الرأي أقيم مقام العلم، وقيل: لا يجزيه؛ لأن التحري افترض عليه بيقين فلا يسقط إلا بيقين مثله ولا يسقط بما دونه وهو غالب الرأي، فإن تبين أنه أصابها في الصلاة يستقبل كما بينا، وعند أبي يوسف يبني، وأما إذا شك في القبلة وتحرى وصلى إلى جهة ثم تبين أنه استدبر القبلة لا يعيد صلاته خلافًا للشافعي إن ظهر أنه صلى يمنة أو يسرة جاز بالإجماع.

والصحيح قولنا لقوله تعالى: ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّواْ فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١١٥] أي أمر الله ورضا الله، ولأن القبلة في حالة الاشتباه هي الجهة التي يشهد قلبه أنها جهة الكعبة؛ لأنه تكليف بالصلاة، والتكليف يعتمد الوسع وقد عجز عن الصلاة إلى جهة الكعبة حقيقة لفقد الأدلة الموصلة والعلامات المفضية إليها، فأقيمت هذه الجهة مقام جهة الكعبة في حقه عند عجزه عن التوجه إلى عينها كالنائي عن الكعبة أقيم جهة الكعبة مقام عينها في حقه متى عجز عن التوجه إلى عينها أداء، إذ المطلوب في الأحوال كلها ابتغاء مرضات الله تعالى بتعظيم أمره وإجلاله وتفخيم شأنه وامتثاله، وإلا فالله تعالى مستغن عن الجهة متعالٍ عنها، ولهذا صحت النافلة على الراحلة بدون التوجه إلى الكعبة، بخلاف ما لو توضأ بماء أو صلى في ثوب على ظن أنه طاهر ثم تبين أنه نجس يلزمه الإعادة؛ لأن الماء والثوب النجس ما أقيم مقام الطاهر قط؛ لأن الطهارة شرط أصلي لا ينفك جواز الصلاة عنها؛ لأن معنى التعظيم يتكامل بوجودها ومختلٌّ بانعدامها فلا يسقط بالنسيان كما لو صلى بدون الطهارة ناسيا، ولو تحرى ووقع تحريه إلى جهة ثم صلى إلى جهة أخرى وأصاب القبلة لا يجزيه، وحكى أبو سليمان عن أبي يوسف أنه يجزيه؛ لأن التوجه إلى الجهة التي وقع تحرِّيه عليها لم تفترض لعينه، وإنما افترض لها أنها جهة الكعبة، فإذا أصاب الكعبة بالتوجه إلى غير تلك الجهة فقد حصل المقصود فسقط فرضية التوجه إلى تلك الجهة كما لو نزل التحري أصلا، وجه ظاهر الرواية أن الجهة التي وقع عليها التحري صارت قبلة له نصًّا وعقلا قائمة مقام الكعبة فافترض التوجه إليها لعينه، فإذا ترك التوجه لها فقد ترك فرضا من فروض صلاته فلا يجزيه، ولهذا قال أبو حنيفة: أخشى عليه الكفر، وقيل: وعلى هذا لو صلى في ثوب وعنده أن نجسٌ ثم ظهر أنه طاهر، وصلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه طاهر، أو صلى الفرض وعنده أنه قبل الوقت ثم ظهر أنه بعد الدخول لا يجزيه؛ لأنه لما حكم بفساد صلاته بناء على دليل شرعي وهو تحرِّيه فلا تنقلب جائزة وإن ظهر بخلافه.

رجل دخل مسجدا لا محراب له فتحرى القبلة وفيه قوم من أهله يعيد صلاته إن أخطأ؛ لأن التحري إنما شرع حجة حال فقد الأدلة وخبر المخبر في الدلالة على القبلة فوق التحري فلم يصح التحري، وإن سألهم في الابتداء فلم يخبروه حتى تحرى وصلى ثم أخبروه أنه لم يصب القبلة، فإنه تجزيه صلاته؛ لأنه فعل ما عليه، كما لو كان عنده قوم فلم يسألهم عن الماء حتى تيمم وصلى ثم سألهم فأخبروه بالماء لم تجز صلاته؛ لأنه قدر على الوصول إلى الماء بالسؤال، ولو سألهم فلم يخبروه فتيمم وصلى ثم وجد الماء أجزأته صلاته؛ لأنه عجز عن الوصول إلى الماء.

(**النوادر**): ثلاثة صلوا بجماعة في مفازة بالتحري وأحد المقتدرين لاحق والآخر مسبوق فلما سلّم الإمام علم أنه صلى لغير قبلة فصلاة اللاحق فاسدة وصلاة المسبوق جائزة يحوِّلُ وجهه إلى القبلة ويبني؛ لأن اللاحق وهو النائم يصلي مثل ما فاته مع الإمام كأنه خلفه، ولو أمرناه أن يصلي مثل ما صلى الإمام لكان يصلي لغير القبلة، ولو أمرناه بأن يحول وجهه إلى القبلة يصير مخالفا لإمامه.

(باب التحري في دفع الزكاة)

(**المبسوط**): مسائله على ثلاثة أنواع: إما أن دفع الزكاة إلى رجل وقد يخطر بباله أنه غني أو فقير، أو خطر بباله أنه فقير ولم يستدل على كونه فقيرًا ثم جعل أمارة على الفقر أو استدل به. أما إذا دفع ولم يخطر بباله شيء، فإنه يجزيه إلا إذا علم أو أكبر رأيه أنه غني؛ لأن الفقر أصل في بني آدم والغنى عارض فتمسك بما هو الأصل في حق المدفوع إليه حتى يثبت غناه بدليل؛ كمسافر وجد ماءً في المفازة ولم يدر أنه نجس أم طاهر فتوضأ به يجزيه؛ لأن الطهارة أصل في الماء فيتمسك بما هو الأصل.

وأما إذا خطر بباله أنه فقير ولم يستدل بفقره بشيء، فإنه يجزيه حتى يعلم أنه غني أو كان أكبر رأيه ذلك فلا يجزيه؛ لأن التحري لا عبرة به في الزكاة؛ لأن شرط جواز التحري فقد سائر الأدلة وفقد سائر الأدلة لا يكون في الزكاة؛ لأن من جملة الأدلة خبر المدفوع إليه عن فقره وخبر المدفوع إليه عن فقره لا ينعدم بحال، ولم

يذكر محمد نظير هذه المسألة من القبلة أنه متى وقع في قلبه من غير اشتباه أن القبلة هذه الجهة فصلى إليها وقد قال مشايخنا بأنه يجزيه حتى يتبين أنه لم يصب القبلة كما في مسألة الزكاة؛ لأن التحري حال عدم الاشتباه لا عبرة به فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

وأما إذا دفع إلى رجل بعدما أخبره أنه فقير يجزيه بكل حال عندهما.

وقال أبو يوسف والشافعي: إذا علم أنه غني لم يجزه، وقد ذكرنا هذا في كتاب الزكاة وعلامات الفقر أربعة: السؤال من الناس والسيماء والوقوف في صف الفقراء وإخباره هو أو غيره عن فقره؛ لأن خبر الواحد في المعاملات حجة فوق التحري كما بينا ففي الديانات أولى أن يكون حجة فوق التحري، وإن كان فاسقا؛ لأن فسقه إنما يحمله على الكذب إذا كان فيه جلب منفعة لنفسه وحصول منفعة الصدقة له مشكوك فيه وقد يعطيه صاحب المال وقد لا يعطيه، والعاقل لا يقدم على الحرام لمنفعة مشكوكة موهومة فيساوي الفاسق العدل في ذلك، وكذا وقوفه في صف الفقراء وسؤاله من إخراج يده إخباره عن فقره دلالة وكذا السيماء خبر عن الفقر دلالة لقوله تعالى: ﴿تَعْرِفُهُم بِسِيمَاهُمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلْحَافًا﴾ [البقرة: ٢٧٣] ولم يذكر أنه لو دفع زكاته إلى رجل ولم يشك في فقره ولم يتحر ذكر الحاكم في مختصره أنه لا يجزيه إلا إذا علم أنه فقير كما في القبلة، ومن مشايخنا من قال بأنه يجزيه كما إذا لم يحضره شيء؛ لأن التحري لا يعتبر في باب الزكاة فصار حالة الاشتباه وغير حالة الاشتباه سواء بخلاف القبلة؛ لأنه قد لا يجد دليلا يعمل به سوى التحري فلزمه العمل بالتحري كما بينا.

(باب التحري في اختلاط موتى المسلمين بالمشركين والميتة بالذكية)

(**المبسوط**): اختلاط موتى المسلمين وموتى الكفار من كانت به علامة المسلمين كالخضاب أو الختان أو لبس السواد يصلى عليه، ومن كانت به علامة الكفار يترك؛ لأن العلامة مما تفيد له العلم كمن دخل دار الحرب حل له قتل من

تلقاه إلا من كان عليه علامة المسلمين وهذه الأشياء سنة المسلمين.

أما الختان فظاهر.

وأما الخضاب فلقوله صلى الله عليه وسلم: "اختضبوا بالسواد، فإنه أهيب للعدو وأعجب إلى النساء".

وأما لبس السواد، فإنه عادة بني العباس كانوا يأخذون الناس في زمنهم بلبس السواد، ورُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إذا لبست أمتي السواد فانعوا الإسلام"، فإن لم يكن عليهم علامة والمسلمين أكثر غسلوا وصلوا عليهم؛ لأن الحكم للغلبة فما نقدر الوصول إلى معرفته فترجح إطلاق الصلاة على المنع لغلبة المسلمين، ألا ترى أن من وجد ميتا في دارنا صلى عليه اعتبارا للغالب وإن احتمل أن يكون كافرا، ولو وجد ميت في دار الحرب لا يصلى عليه وإن احتمل أن يكون مسلما إلا أنه ينوي بالدعاء المسلمين؛ لأنه تعذر تمييزه فعلاً أمكن تمييزه نية وعزمًا والصلاة دعاء واستغفار ويحل ذلك للمسلم دون غيره متى ميزنا لبسه تقع للمسلم لا للكافر معنى ويدفنون في مقابر المسلمين؛ لأنه أجري عليهم حكم الإسلام لما صلى عليهم وإن استويا أو المشركون أكثر فلا يصلى عليهم؛ لأن الصلاة على الكفار لا تجوز بحال وترك الصلاة على المسلم تجوز بحال بأن كان الميت باغيا أو قَطَّاع الطريق فكان جهة الترك أرجح فكان الترك أحق ويغسلون ويكفنون كما عرف في الصلاة ويدفنون في مقابر المشركين إن كانت الغلبة للكفار، وإن استويا قيل يدفنون في مقابر المشركين وقيل يدفنون في مقابر المسلمين وقيل يدفنون في مقبرة على حدة.

وأصل الاختلاف: كتابية ماتت وفي بطنها ولد مسلم قد مات لا يصلي عليهما بالإجماع واختلف الصحابة في موضع الدفن قال بعضهم: تدفن في مقابر المسلمين ترجيحا لجانب الولد.

وقال بعضهم: تدفن في مقابر المشركين ترجيحًا لجانب الأم، فإن الولد جزء منها ما دام في البطن.

وقال عقبة بن عامر: يتخذ لها مقبرة على حدة؛ لأنه إنما يصار إلى الترجيح عند

تعدد العمل بالدليلين ومهما أمكن العمل بهما بأن يتخذ لها مقبرة على حدة فلا يطلب الترجيح.

(فصل)

فإذا اختلطت المسالخ الذكية بميتة أو بذبيحة مجوسي أو بمتروك التسمية عامدًا إن كان بينهما علامة يمكن الفصل بينهما يفصل؛ لأن العلامة صلحت دلالة، وإن لم يكن إن كانت الغلبة للذكية يتحرى فألقي الحرام وأُكِلَ البقية.

وقال الشافعي: لا يجوز التحري وهو القياس؛ لأنه اجتمع الحلال والحرام فيغلب جانب الحرمة احتياطا، وجه الاستحسان: أن أموال الناس لا تخلو عن قليل الحرام فلو لم يجز الانتفاع بالتحري حال غلبة الحلال لأدى إلى تعطيل أملاك الناس فيؤدي إلى حرج عظيم، وكذا الذبائح التي في دار الإسلام لا تخلو عن ميتة أو ذبيحة أو متروك التسمية عامدا أو اختلاط الشاة المملوكة بالمغصوبة أو بلحم تناوله حرام بسبب من الأسباب فلو حرمنا التناول لوقع الناس في حرج وضيق شديد، وإن استويا أو كان الحرام أكثر لم يتحر وألقى الكل؛ لأن أموال الناس لا تخلو من أن تكون للأكثر أو النصف حرام غالبًا وقد استوى الحل والحرمة فتغلب ورجح جانب الحرمة احتياطا، وإذا اختلط ودك الميتة بودك الذكية أو بالسمن أو بالزيت، فإن كان ودك الميتة مثله أو أكثر لم ينتفع به لا تبعًا ولا استصحابًا؛ لأنه استوى الحظر والإباحة فغلب الحظر الإباحة لقوله عليه السلام: "**مَا اجْتَمَعَ الْحَلَالُ وَالْحَرَامُ إِلاَّ وَقَدْ غَلَبَ الْحَرَامُ الْحَلَال**"[1].

وإن كان السمن أو الزيت غالبًا لا يحل أكله ويحل الانتفاع به فيما سوى الأكل؛ لأن الغلبة كما كانت للحلال صار المغلوب فيه هالكا حكما فاعتبرنا كون الحرام المغلوب كالهالك في حق الانتفاع في غير الأكل إذ النجاسة غير مانعة من الانتفاع

---

(١) أورده العجلوني في كشف الخفاء (٢/٢٣٦)، وقال: قال ابن السبكي في الأشباه والنظائر نقلا عن البيهقي: رواه جابر الجعفي عن ابن مسعود، وفيه ضعف وانقطاع. وقال الزين العراقي في تخريج منهاج الأصول: لا أصل له، وأدرجه ابن مفلح في أول كتابه في الأصول فيما لا أصل له.

فيما سوى الأكل، فإنه يجوز الانتفاع بالأرواث بإلقائها في الأراضي وبالتراب النجس واعتبرنا قيام الحرام حقيقة في حق حرمة الأكل احتياطا؛ لأن الحرام واجب الاجتناب عنه والحلال مباح التناول والعمل بالواجبات أولى من العمل بالمباح.

(باب التحري في الأواني والثياب)

(**المبسوط**): معه في السفر ثلاثة أواني: اثنان طاهران وواحد نجس، تحرى المتوضئ ولا يجزيه ترك التحري؛ لأن الغلبة إذا كانت للطاهر ترجحت جهة جواز الاستعمال إلا أن احتمال النجس ثابت من وجه فيُميَّزُ النجس بالتحري؛ لأنه لا يفيد العلم غالبًا، وإن كان النجس اثنان أو معه اثنان أحدهما نجس لم يتحر وأراق كلها وتيمم، فإن تيمم بلا إراقة جاز.

وقال الشافعي: يتوضأ بالتحري.

والصحيح قولنا؛ لأن الوضوء بهذا الماء يجوز من وجه ولا يجوز من وجه والتيمم كذلك فاستويا في الجواز والفساد إلا أن اعتبار التيمم أولى؛ لأنه إن لم يفد الطهارة بيقين لكن لا يوجب نجاسة الأعضاء والوضوء لا يفيد الطهارة بيقين لكن يوجب نجاسة الأعضاء فكان اعتبار التيمم أولى، وكذا يجوز ترك استعمال الماء الطاهر لعذر العطش، ويجوز التيمم ولا يجوز التوضؤ بماء نجس بحال فيرجح جهة ترك الاستعمال فلا يجب استعماله، ولكن الأفضل أن يريق الماء ثم يتيمم ليصير عادمًا للماء بيقين، وحكي عن الطحاوي أنه قال يخلط النجس بالطاهر حتى يصير عادمًا للطهور بيقين ويبقى الماء له إن احتاج إلى الشرب يشربه.

وإن توضأ بالماءين وصلى، فإنه تجزيه صلاته إذا مسح في الموضعين من الرأس؛ لأنه إن توضأ بالطاهر أولًا فقد زال الحدث ثم إذا توضأ بالنجس تنجست أعضاؤه فهذا طاهر عن الحدث في أعضائه نجاسة حقيقية وهو عادم للماء فتجزيه صلاته.

وإن توضأ بالماء النجس أولًا تنجس أعضاؤه، فإذا توضأ بالطاهر زال الحدث والنجاسة الحقيقية عنها إلا أنه إذا مسح على الرأس على موضع واحد في المرتين

لا يجوز؛ لأن المسح إن كان بالطاهر أولا يجوز، وإن كان بالطاهر آخرا لا يجوز؛ لأن البلل ينجس بأول الملاقاة فلا يتأدى به المسح فدار بين أن لا يجوز وبين أن يجوز بالشك احتياطًا.

وإن مسح في مكانين يجزيه كيف ما كان، قيل: إذا كان تجزئه الصلاة على هذا الوجه فلماذا يجزيه التيمم؟

قلنا: لأنا لو أوجبنا عليه ذلك أدى إلى الجرح كما في الثياب كما تبين معه في سفر ثياب بعضها طاهر وبعضها نجس ولا يدري الطاهر منها ولا يجد ثوبا طاهرًا ولبس معه ما يغسله يتحرى، وإن كان الأكثر نجسًا؛ لأن كل الثياب لو كانت نجسة جاز له الصلاة فيها، وإن كان بعضها طاهرًا، لأن يجوز له التحري أولى؛ لأنه ليس في التحري أكثر من أن يصلي في الثوب النجس وهو غير قادر على ثوب طاهر فيكون مضطرًا إلى الصلاة فيها فجاز له التحري؛ لأن جهة الجواز أغلب وأرجح بخلاف المسالخ؛ لأنه ليس بمضطر إليها حتى لو كان في موضع لا يجد من الطعام غير تلك الغنم استوت حالها وحالة الثياب فتحرى وأكل.

فإن قيل: يجب أن لا يتحرى ويصلي في الثياب كلها حتى يخرج عن الفرض بيقين؟

قلنا: لو أمرناه بالصلاة في ثوب يحرج فيه لأنه من الجائز أن يختلط بغيره فيحتاج إلى أن يؤدي صلاة واحدة عشر مرات حتى يخرج عن الفرض بيقين وفيه حرج عظيم، وإن تحرى فصلى في أحدهما الظهر ثم تحول رأيه إلى الآخر فصلى فيه العصر لم يجز العصر؛ لأنا متى حكمنا بطهارة الأول وبجواز الصلاة فيه بالاجتهاد فقد حكمنا بنجاسة الثاني، فلو حكمنا بطهارة الثاني فقد حكمنا بنجاسة الأول وفساد الصلاة التي أدى فيه بالاجتهاد، وكل حكم متى قضي باجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله؛ لأن الاجتهاد الثاني يحتمل الخطأ أو الصواب فلا يجوز رفع الأول ونقضه بالشك، بخلاف من صلى الظهر إلى جهة بالتحري ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى فصلى العصر إليها جاز؛ لأن ذلك لا يؤدي إلى نقض الظهر بالاجتهاد؛ لأن الجهة التي تحراها صارت قبلة للظهر شرعا، فإذا تحول رأيه صارت الجهة

الأخرى قبلة للعصر؛ لأن الأحكام الشرعية قابلة للتوقف، فأما النجاسة أمر حسي فلا يصف طاهرًا بالتحري بدليل أنه لو صلى فيه بالتحري ثم تبين أنه نجس يعيد الصلاة ولكن جعلناه طاهرا بالاجتهاد، ولو جعلنا الثاني طاهرا بعده جعلنا الأول نجسًا بالاجتهاد نصًّا فيؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد فلا يجوز، فإن تيقن أن ثوب الظهر كان نجسًا أعاد الظهر وأجزأه العصر؛ لأن هذا نقض الاجتهاد باليقين وإنه جائز، وأما إعادة الظهر؛ لأن في الجملة الوقوف على طهارة الثوب ممكن إما بالعلامة أو بالتفحص عن حاله فلم يعذر في سقوط التكليف عنه بالصلاة في ثوب واعتبره عذرا في دفع المأثم عنه لما فيه من الحرج.

وكذلك إذا صلى في أحدهما الظهر وفي الثاني العصر وفي الأول المغرب وفي الثاني العشاء فما صلى في الثوب الأول جائز وما صلى في الثاني فاسد كما بينا.

وكذلك لو كان ثلاثة أثواب فتحرى وصلى الظهر في أحدهم أو صلى العصر في الثاني وصلى المغرب في الثالث ثم صلى العشاء في الأول فصلاة الظهر والعصر جائزة وصلاة المغرب والعشاء فاسدة؛ لأنه لما صلى الظهر والعصر في الأول والثاني فقد حكم بطهارتهما فتعين الثالث للنجاسة فلم يجز المغرب فيه وحين صلى العشاء في الثوب الطاهر فقد صلاها وعليه قضاء المغرب فلم يجز أيضًا لمراعاة الترتيب، وفي رواية أخرى: لأن العشاء جائز كما ذكرنا في إمام المغرب كما تبين، ولو كان له ثوبان وعنده أنهما طاهران وصلى في أحدهما الظهر وفي الآخر العصر وفي الأول المغرب وفي الآخر العشاء فوجد بأحدهما قدرًا ولا يعلم هو الأول أم الآخر فصلاة الظهر والمغرب جائزة والعصر والعشاء فاسدة؛ لأنا متى حكمنا بصحة الظهر باعتبار الأصل فما يفعله المسلم العاقل الصحة فقد حكمنا بطهارة الثوب الذي صلى فيه ضرورة فتعين الآخر للنجاسة كما لو حكمنا بطهارته بالتحري وكل صلاة صلاها في الثوب الأول وقعت مجزيةً وكل صلاة صلاها في الثاني وقعت فاسدة، وعلى هذا ذكر في النوادر ثلاثة نفر سمع من أحدهم صوت وأنكر كل واحد منهما أن يكون منه فأمَّ أحدهم الظهر والآخر العصر والآخر المغرب أو صلى كل واحد صلاة على هذا الوجه ثم وجد في موضع السجود قطرة

من دم وأنكر كل واحد أن يكون منه فصلاة الظهر للكل جائزة والعصر تجوز لإمام العصر ولإمام الظهر ولا تجوز لإمام المغرب، في صلاة المغرب تجوز لإمام المغرب خاصة لا غير في رواية أبي سيلمان عن محمد وفي رواية خلف عن محمد صلاة المغرب فاسدة للكل. أما الظهر جائزة للكل؛ لأن الإمام يقول أنا طاهر، وكل واحد من المقتدين يقول أنا طاهر لأن اقتداؤهما به تحرٍّ منهما أنه طاهر وإنما المحدث صاحبي المؤتم إلا أن حدث أحد المقتدين لا يمنع جواز صلاة الآخر فيعتبر زعم كل واحد في حقه؛ لأن كل واحد لما أنكر أن يكون الحدث منه صار مضطرًّا إلى التحري فيمكنه أداء الصلاة بجماعة لأنها ألحقت بالفروض من حيث إنها شعار الإسلام فمست الضرورة إلى اعتبار زعم كل واحد منهم.

وأما صلاة العصر تجوز لإمام العصر ولإمام الظهر باعتبار زعمهما ولا تجوز لإمام المغرب؛ لأنه لما اقتدى بأحدهما في الظهر وبالآخر في العصر فقد زعم أنهما طاهران فتعين هو للحدث.

وأما المغرب تجوز لإمام المغرب لا غير، وفي رواية: لأنه يزعم أنه طاهر والمقتديان يزعمان أنه محدث وحدث الإمام يفسد صلاة المقتدي ولا يفسد صلاته كما لو أنكره. وفي رواية خلف: المغرب فاسدة للكل وهو الصحيح؛ لأن إمام المغرب لما اقتدى بأحدهما في الظهر والآخر في العصر فقد زعم أنهما طاهران فيكون إقرارا منه بالحدث على نفسه دلالة ويجب أن يفسد ظهره وعصره؛ لأنه أقر على نفسه أن الحدث كان منه قبل الظهر والعصر، ولو صلى الظهر في ثوب والعصر في ثوب ثم تبين أن في أحدهما دما ولا يدري أية صلاة صلاها فيه ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يعيد الصلاة؛ لأن إحداهما فاسدة ولا يدري فيعيدهما ليتخلص عما هو عليه بيقين كما لو نسي صلاة من يوم، وفي قول أبي يوسف: يتحرى كما لو نسي صلاة يوم، وفي رواية محمد: يعيد العصر والله أعلم.

(باب التحري في عتق الجواري ووطئهن)

(**المبسوط**): ومن أعتق جارية من إمائه بعينها وهن أربعة ثم نسيها لا يتحرى

للبيع والوطء وكذلك الطلاق؛ لأن التحري إنما يجوز فيما يحل في حالة الضرورة ويستباح بالإباحة دون ما لا يحل بالضرورة والوطء لا يحل بالضرورة الماسة ولا يستباح بالإباحة فبالخروج أولى وبالأكل يباح بالضرورة فيحتاج إلى الخروج أيضًا؛ لأنه نوع ضرورة ولا يحول القاضي بينه وبينهن حتى يتبين المعتقة والمطلقة ليقع الأمن عن وطء المحرمة.

وإن متن إلا واحدة لا يطأها لجواز أن الحية هي المحرمة، فإن أخبر أنها غير المطلقة يستحلف ألبتة ما طلق هذه بعينها ثلاثا، فإن حلف جاهلا لا يسعه أن يقربها؛ لأن الحلف لا يبيح ما كان حراما عليه، فإن باع ثلاثا من الجواري يحكم الحاكم بجواز بيعهن وكان ذلك من رأيه وجعل الباقية المعتقة ثم رجع بعض ما باع إليه بجهة ملك لا يطأها؛ لأن قضاء القاضي لا ينفذ؛ لأنه مخالف للإجماع؛ لأن بالإجماع لا يجوّز هذا البيع فتعين على ملكه الأول، ومتى لم يصح البيع لا تتعين الرابعة للعتق، بخلاف ما لو طلق واحدة من نسائه ثلاثًا بعينها ونسيها ثم طلق كل واحدة تطليقة ثم تزوج الثلاث منهن جاز نكاحهن وتعينت الرابعة ونسيها ثم طلق كل واحدة تطليقة ثم تزوج الرابعة للطلاق، والفرق أن في البيع السبب المزيل للملك وهو العتق وقد تحقق بيقين ووقع الشك في بقاء الملك وزواله وجواز البيع مبني على الملك فوقع الشك في سبب جوازه فلا يجوز بالشك، أما في النكاح سبب جوازه الحل وسبب الحل قائم بيقين وهو كونها أنثى من بنات آدم والطلقات الثلاث تتعرض لزوال الحل لا لزوال سبب الحل فكان سبب الحل في الثلاث بائنًا بيقين ووقع الشك في زوال الحل فلا يزول الحل بالشك فتعينت الرابعة للطلاق وحكمنا بصحة النكاح، فإن تزوجهن فلا بأس بالوطء؛ لأن المعتقة حلت بملك النكاح وما عداها حلت بملك اليمين.

قوم لكل واحد جارية أعتق أحدهم جاريته ثم لم يعرف فلكل واحد أن يطأ جاريته حتى يعلم أنها معتقة؛ لأن كل واحد تيقن بالملك والحل وشك في زواله فلا يزول بالشك فصار كمن شك في طلاق امرأته لا تثبت الحرمة فكذا هذا، بخلاف ما لو أعتق إحدى إمائه بعينها ثم نسيها؛ لأنه تيقن بزوال ملكه عن إحداهن فقد تيقن بوجود سبب الحرمة وشك في ثبوت الحرمة بسبب جهالة المحل فلا

يمتنع ثبوت الحرمة بالشك، وإن كان أكثر رأي أحدهم أنه هو المعتق فالأحب أن لا يقرب حتى يستبين تنزهًا واحتياطا وإن قرب فلا بأس؛ لأنه تيقن بملكه والحل له فلا يزول إلا بيقين وحرمة الوطء حكم زوال الملك والتحري لا يكون بحجة في زوال الملك، فلا يكون حجة في زوال الحل.

ولو اشتراهن واحد علم ذلك لا يحل له قربان واحدة حتى تعلم المعتقة؛ لأنه لما اجتمعن في ملكه يتحرَّهو، بخلاف ما لو كان الحل لواحد وإن اشتراهن إلا واحدة حل له وطؤهن؛ لأنه لم يستيقن بالحرمة في حقه لجواز أن تكون المعتقة هي التي لم يشترها، فإن اشترى الباقية لم يحل له وطء واحدة منهن؛ لأنه تيقن أن المعتقة فيهن. [والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب][1].

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

كتاب اللقيط

يحتاج إلى معرفة: صفة اللقيط، وتفسيره، وحكمه.

أما صفته: فالتقاط صغار بني آدم مفروض عليه إن علم أنه متى لم يلتقط يهلك بأن وجده في مفازة أو واقعا في بئر أو بين يدي سبع صيانة له ودفعًا للهلاك. عند الحسن: رأى أعمى يقع في البئر يفترض عليه حفظه عن الوقوع ومندوب إليه إن كان غالب رأيه أنه لا يهلك بأن وجده في المصر؛ لأنه سعى لإحياء نفس محترمة وإنه مندوب إليه لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢].

وأما تفسيره: فاللقيط لغة وشريعة: اسم لما يلتقط ويرتفع مما يطرح على الأرض من صغار بني آدم.

وأما حكمه: فنذكره.

(باب معرفة أحكام اللقيط)

اللقيط حر وميراثه للمسلمين وعقله عليهم، هكذا رُوي عن علي وابن عمر وشريح رضي الله عنهم، ومن التقط لقيطًا إن شاء أنفق عليه ويكون متطوعا، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ليأمره بالإنفاق عليه على أن يكون دينا عليه؛ لأنه أنفق على اللقيط بأمر من يلي عليه فنفذ أمره عليه وصار دينا في ذمته كما لو أنفق على صغير بأمر أبيه يكون دينًا عليه فكذا هذا.

وإن أمره القاضي بالإنفاق عليه ولم يشترط له الرجوع ذكر الطحاوي أنه يرجع عليه بعد البلوغ؛ لأنه أمره أن يقضي عنه حقا واجبا فكان له الرجوع على الأمر بما قضى عنه بأمره، كما لو قال لآخر: اقض عني ديني؛ فله الرجوع بما قضى، وإن لم يشترط له الرجوع.

وذكر في الكتاب ما يدل على أنه لا يرجع، فإنه قال أمره بأن ينفق عليه على أن

يكون دينا عليه وذلك؛ لأنه يأمره بقضاء حق واجب بغير عوض؛ لأنه ما يجب على بيت المال من النفقة يجب بغير عوض فلا يكون له الرجوع إلا بالشرط كما لو قال لآخر: أدِّ عني زكاة مالي؛ لا يكون له الرجوع إلا بالشرط بخلاف قضاء الدين؛ لأنه وجب عليه بعوض.

ولو سأل الملتقط من القاضي أن يقبل اللقيط منه، فإن شاء قبل، وإن شاء لا، لأنه متهم في هذه الدعوى لجواز أنه ابنه ولم يكن لقيطا إلا أنه احتال بهذا ليجعل نفقته في بيت المال فيكون مدعيا حقا في بيت المال وهو النفقة فلا يصدق إلا ببينة كمن يدعي الفقر والمسكنة ويطلب النفقة في بيت المال لا يصدق إلا ببينة فكذا هذا، فإن أقام البينة على أنه التقطه، فإن شاء القاضي قبل منه، وإن شاء لا؛ لأنه لما التقط فقد التزم حفظه وتربيته ثم أراد أن يعزل نفسه لا ينعزل إلا بعزل القاضي؛ لأنه لو انعزل من غير عزل القاضي كان للقاضي أن يلزمه الحفظ ثانيا؛ لأنه لم يتهيأ للقاضي حفظ كل لقيط فكان له أن يلزم غيره في الحفظ فلا يفيد انعزاله كمن التزم وصاية إنسان إليه ثم جاء إلى القاضي ليخرجه منها فله أن لا يخرجه منها فكذا هذا، وإن قبضه القاضي ودفع إلى آخر ثم سأل الأول أن يرد عليه، فإن شاء رد، وإن شاء لا؛ لأنه أبطل حقه في الحفظ والحضانة حيث سلمه إلى غيره، وللقاضي ولاية إزالة يده الثابتة فلا يكون له إعادة يده الزائلة أولى، وإن وجد معه مالا فقال القاضي: أنفق عليه منه؛ جاز وهو مصدق في نفقة مثله ويجوز أن يشتري الطعام والكسوة له؛ لأنه مال اللقيط لكونه في يده وهو من أهل الملك؛ لأنه حر فيكون ما في يده له، ولأن من طرح لقيطا ومعه مال فقد رضي بأن ينفق منه عليه ثم لا بد من الإنفاق من شراء الكسوة والطعام فدخل تحت الأمر بالإنفاق اقتضاء وولاية الحفظ والتزويج والبيع والشراء له للسلطان لا للملتقط لقوله صلى الله عليه وسلم: "**السلطان ولي من لا ولي له**"، ولأن الولاية إنما تستحق إما بالتملك أو بالقرابة أو بالسلطنة ولم يوجد الكل في حق الملتقط، وإذا زوجه السلطان فالمهر في بيت المال إلا إذا كان للقيط شيء فيكون في ماله.

وذكر في النوادر: الملتقط إذا أمر بختان الصبي وهلك الصبي يضمن؛ لأنه ليس

له هذه الولاية، ولو انتزع رجل اللقيط من يد الملتقط ثم اختصما فيه يدفع إلى الملتقط؛ لأن الأول سبقت يده إليه واستحق حفظه وحصانته فلا يكون للثاني إبطال حقه عليه بغير رضاه، بخلاف ما لو دفعه الأول إلى الثاني ليس له أن يسترده؛ لأنه رضي بإبطال يده وصار الثاني أحق بحفظه وإمساكه فلا يجوز له إبطال حق الثاني، وهذا كمن جلس في المسجد ثم قام فجاء آخر جلس فيه ليس للأول أن يزعجه، ولو أزعجه الآخر كان للأول أن يزعج الثاني؛ لأنه يوجد منه الرضاء ببطلان حقه.

(باب حكم اللقيط في الإسلام والملك)

ولو وجد المسلم لقيطًا في ديار المسلمين فهو مسلم، وإذا وجده ذمي في مكان أهل الذمة كالبيعة والكنيسة فهو على دين أهل الذمة؛ لأنه متى اتحد الواجد والمكان تثبت التبعية للواجد.

ولو وجده مسلم في مكان أهل الذمة أو وجده في ديار المسلمين فقد اختلفت الروايات فيه، في ظاهر الرواية اعتبر المكان دون الواجد حتى لو وجد في دار الإسلام يكون مسلما، ولو وجد في مكان أهل الذمة يكون ذميًّا، وفي رواية أبي سليمان عن محمد أنه اعتبر الواجد كيف ما كان دون المكان، وفي رواية: اعتبر الإسلام فأيهما كان على حكم الإسلام، أما الواجد أو المكان يكون اللقيط تابعاً.

وجه ظاهر الرواية: أن الظاهر أن أولاد المسلمين لا يكون في مواضع أهل الذمة في البيع والكنيسة ولا أولاد أهل الذمة في مواضع المسلمين فوجب الترجيح باعتبار الظاهر كما في اللقيط إذا وجد في دار الحرب لم يحكم بإسلامه؛ لأن الظاهر يشهد خلافه، ولأنه تعذر أن يجعل تبعًا للواجد والمكان جميعا لما بينهما من التنافي في الأحكام فيجعل تابعا لأحدهما وجعله تابعا للمكان أولى؛ لأن تبعية المكان أسبق من تبعية الواجد لكينونته فيه قبل أخذ الواجد وبعد أخذ الواجد بقي تبعا للمكان لكينونته فيه فكانت تبعيته للمكان أشد وأكثر فيجعل تابعا، وجه رواية أبي سليمان: أن تبعية الواجد أكثر بقيام يده عليه بنقله حيث شاء واجب ليس مثل ذلك للمكان والتبعية باعتبار اليد والتصرف فيه أشد من تبعية المكان فصار تبعا له

كالأبوين، وجه رواية الأخيرة: أن اللقيط تابع للواجد والمكان وتبعية أحدهما توجب الإسلام وتبعية الآخر توجب الكفر فجعله تابعا لما يوجب الإسلام أولى كالولد الحادث من أبوين أحدهما مسلم والآخر ذمي.

ولو وجد لقيطا في ديار المسلمين فأدرك كافرًا يجبر على الإسلام استحسانًا بالحبس ولا يقتل وكذلك أولاد المسلمين إذا كبروا وأظهروا الكفر، وجه القياس أنه حكم بإسلامه بظاهر الدار فكان بمنزلة ما لو حكم بعبادته.

وجه الاستحسان: أن إسلامه ثابت حكمًا تبعًا [للدار][1] لا حقيقة فلا تتحقق الردة من كل وجه فيعتبر في حق الجبر لا في حق القتل، فصار كصبي حكم بإسلامه تبعًا لأبويه لا بعبادته وبلغ كافرا يجبر ولا يقتل فكذا هذا.

وإذا التقط الذمي لقيطا في ديار الإسلام ثم مات في يده صُلِّي عليه؛ لأنه محكوم بإسلامه تبعا للدار في ظاهر الرواية وإن وجده في ديار الكفر فمات قبل أن يعقل لا يصلى عليه؛ لأنه محكوم بكفره تبعا للدار؛ لأنه وجد في موضع تحت تصرف الكفار وإن وجد في قرية فيها مسلمون وكفار صلوا عليه استحسانًا، وجه القياس: أنه احتمل أنه ولد الكافر فلا يصلى عليه احتياطا، وجه الاستحسان: أنه اجتمع باعتبار تبعية المكان ما يوجب إسلامه وما يوجب كفره فيترجح ما يوجب إسلامه على ما يوجب كفره كالمولود بين كافر ومسلم يحكم بإسلامه، وإن وجد في ديار الإسلام فادعاه ذمي فهو ابنه متفق عليه وهو مسلم؛ لأن له في ثبات النسب من الذمي نفع وفائدة؛ لأنه متى ثبت النسب يلزمه الإنفاق عليه ويزول عنه تعيير الزنا، فإن ما يلحقه من العار والشنار بتعيير الزنا أفحش مما يلحقه بتعيير كفر الأب، فإن الزنا في حق العار أفحش من الكفر حتى كان القذف بالزنا يوجب الحد والقذف بالكفر لا يوجب فيثبت نسبة منه لاختلاف هذه الفائدة وليس من ضرورة إثبات النسب من الذمي الحكم بكفره لجواز أن تكون أمه مسلمة، وقد حكمنا بإسلامه قبل دعوة الذمي فلا يبطل حكمنا بمجرد دعوته بنيته، وإن ادعى الملتقط أنه عبده إن لم يقر بأنه لقيط فالقول قوله؛ لأن الصغير في يده؛ لأنه لا يد للصغير، وإن

(١) ما بين المعكوفتين في (س): للمكان.

كان في يده فهو ملكه ظاهرا فيكون القول قوله، وإن أقر أنه لقيط لا يصدق في دعواه إلا ببينة لأنا حكمنا بحريته بالظاهر وهو شهادة الدار والظاهر يزال بالبينة لا بمجرد الدعوى.

وإن وجده مسلم وذمي فالمسلم أولى؛ لأنه يتخلق بأخلاق المسلمين وينشأ على طباعهم ومع الكافر يتخلق بأخلاق الكفرة وينشأ على طباعهم فكان المسلم أولى وصار كالأمة المشتركة بين مسلم وذمي جاءت بولد وادعى كل واحد منهما أنه ابنه، فإنه يقضى به للمسلم؛ لأنه أنفع للصغير فكذا هذا.

(**النوادر**): ولو التقط المسلم فادعاه نصراني فهو ابنه وهو مسلم إن كان عليه زي المسلمين كما بينا، وإن كان عليه زي أهل الشرك فهو ابنه وعلى دينه يجوز أن يكون في رقبته صليب أو في وسطه زنار أو وسط رأسه مجزوزٌ فيكون هذا علامة على أنه ولد على دينه ولا ينظر في ذلك إلى موضع، وإن كان زيُّه مشكلا والتقطه نصراني وادعاه فهو ابنه على دينه ولا ينظر في ذلك إلى الموضع الذي وجد فيه بأن كان في مسجد أو غيره.

(باب إقرار اللقيط بالرق والجناية عليه)

وإذا أدرك اللقيط وأقر بالرق قبل أن تجرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته وضرب قاذفه ونحو ذلك، فإن صدق المقر له فهو رقيق وإلا فهو حر؛ لأنه مجهول النسب أقر على نفسه بالرق فيصح إلا أنه لا يصح بعدما أجري عليه أحكام الحرية؛ لأنه اتصل به التكذيب من جهة الشرع فصار لها كما لو اتصل فيه التكذيب من جهة المقر فقد شرط لصحة إقراره إدراك اللقيط وذلك يدل على أن إقراره بالرق قبل الإدراك لا يصح؛ لأنه بهذا الإقرار يضر نفسه والصبي مجحود عما تضره الأقوال، بخلاف ما لو كان في يده صبي لم يعرف أنه لقيط فادعى أنه عبده وصدقه الصغير صار عبدا له، وإن كان بهذا الإقرار يضر بنفسه؛ لأنه تبطل حريةٌ تثبت له باعتبار الأصل فإن الحرية أصل في بني آدم، ولهذا لو رد لا يصح دعواه؛ لأن يد ذي اليد ثابتة عليه من كل وجه؛ لأنه لم يعرف كونه إلا في يده والقول قول ذي اليد

فيما في يده كما لو كان صبيا لا يعبر عن نفسه فصار عبدًا له لقيام يده عليه لا بتصديق، ولهذا لو سكت يصير أيضًا عبدا له لكن إذا رد لا تصح دعواه؛ لأنه لما كان يعبر عن نفسه فله يد على نفسه من وجه من حيث إنه من أهل التدبير والتمييز فيصح رد اللقيط. امرأة تزوجت ثم أقرت بالرق لإنسان لم تصدق على فسخ نكاحها وهي أمة للمقر له؛ لأنه ليس من ضرورة ثبوت الرق فيها فساد النكاح لجواز أن يكون النكاح في ملك غيره ثم صار ملكا للمقر له فصح إقرارها فيما لا يتعدى إلى إبطال حق الغير وهو انفساخ النكاح، فإن كان الزوج طلقها ثنتين ثم أقرت بملك الرجعة.

وإن كان طلقها واحدة ثم أقرت كان طلاقها ثنتين والفرق أنه متى طلقها واحدة لو جعلنا طلاقها ثنتين لا يبطل حقه في النكاح؛ لأنه يمكنه أن لا يطلقها ثانيا بعد ذلك فيحصل له ما يحصل بالثلث، وأما لو جعلنا طلاقها ثنتين بعدما طلَّقها ثنتين فبطل حقه ثم في المراجعة والنكاح فلا يصدق فيما يؤدي إلى إبطال حق الآخر، وعلى هذا لو حاضت حيضة ثم أقرت فعدتها حيضتان؛ لأنه أمكن للزوج مراجعتها في الحيضة الثانية، ولو حاضت حيضتين ثم أقرت كانت عدتها ثلاث حيض وإن طلقها واحدة بائنة أو ثنتين فعدتها حيضتان في الحالين؛ لأنه يبطل حق الزوج بالطلاق وعدة الوفاة شهران وخمسة أيام؛ لأنه لا حق للزوج في عدة الوفاة، فإن أعتقت أو دبرت ثم أقرت بالرق لم يصدق على إبطاله؛ لأن التدبير والعتق قد صح فلا يحمل الانتقاض والإقرار، وإن كان إخبارًا باعتبار الصدق لكنه إنشاء باعتبار الكذب فيعتبر إنشاءً مقصورًا على الحال في حق المدبر والمعتق نفيًا للضرر عنه لاحتمال تمكن الكذب فيعتبر إنشاء كان هذا بعضًا للتدبير والعتق وهو لا يحتمل النقص بعد وقوعه، وكذلك لو باع أو كفل ثم أقر.

ولو دبر اللقيط عبدا ثم أقر بالرق لآخر ثم مات عتق المدبر من ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته لمولاه؛ لأنه يقر بذلك لمولاه كمن أقر لرجل بألف فقال المقر له لا بل لفلان صار لفلان فكذا هذا.

ولو أن مولاه أعتقه كان المدبر على حاله غير أن خدمته للمولى وسعايته بعد

موت اللقيط للمولى؛ لأن المدبر يقر بالخدمة والسعاية للقيط وهو يقر بذلك لمولاه فكان كمن يقر المقر له.

وجد العبد المحجور عليه لقيطا ولا يعرف إلا بقوله وقال المولى: كذبت بل هو عبدي فالقول للمولى؛ لأن ما في يد العبد المحجور في يد المولى؛ لأنه ليس له يد على نفسه، ولهذا لو ادعى إنسان ما في يده لم ينتصب خصما له.

ولو أقر بما في يده لم يصح، وإن كان مأذونا فالقول له؛ لأن للمأذون يد، ولهذا ينتصب خصما لو ادعى ما في يده، ولو أقر بما في يده صح فصح إقراره أنه لقيط من حيث إن ما في يده ليس له كما في مال آخر في يده لا من حيث إنه إقرار بالحرية؛ لأنه لا يملك الإقرار بالحرية، وإذا صح إقراره أن ما في يده ليس له تثبت حريته بعد ذلك باعتبار الأصل، فإن الحرية أصل في بني آدم لا بإقراره.

ولو قتل الملتقط اللقيط أو غيره عمدًا، فإن شاء الإمام قتله، وإن شاء صالح على الديّة عندهما.

وقال أبو يوسف: عليه الديّة في ماله ولا يقتل لما يأتي في كتاب القصاص، وليس للقاضي أن يعفو بالإجماع؛ لأن القصاص حق واجب لجماعة المسلمين فلا يملك القاضي إبطاله بغير عوض كالأب إذا عفا عن قصاص وجب لولده الصغير.

وإن قتل خطأ فديته لبيت المال ويحد قاذف اللقيط؛ لأنه قذف محصنًا لم تتمكن فيه شبهة الزنا ولا يحد قاذف أمة؛ لأن تهمة الزنا قائمة في حقها؛ لأن في حجرها ولد لا يعرف له أب فصارت كالملاعنة إذا كانت في يدها ولد وجنايته على بيت المال؛ لأنه مسلم عاقلة له.

كتاب اللقطة

يحتاج إلى معرفة: صفة اللقطة، وحكمها.

أما صفتها: فأخذها مندوب إليه إن كان يأمن على نفسه أن تعرف وترد إلى صاحبها؛ لأنه ربما يأخذها فاسق لو تركها فيكون الأخذ سعيًا لإحياء حق المسلم فيكون مندوبا إليه، وإن كان يخاف الضياع على المالك فعليه أن يأخذها صيانة لحق المسلم؛ لأن لماله حرمة كما لنفسه، وإن كان لا يأمن على نفسه فالترك أولى؛ لأن صيانة نفسه عن الوقوع في الحرام أولى لاحتمال أن يأخذها مصلح فيتوصل إلى صاحبها وأخذ الضالة أولى من تركها وهو في سعة من تركها.

وعند الشافعي: لا ينبغي أن يأخذها متى وجدها في الصحراء.

والصحيح قولنا؛ لأن الغالب في زماننا هو الضياع على المالك؛ لأن السلامة من جهة الناس نادر فكان في أخذها حفظ المال لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر**"، قلنا: كان في زمن آمن لا يخاف عليها الضياع؛ لأن في زمنه كان الناس لا يرغبون في الحلال من الدنيا فكيف في الحرام فكان الأفضل في ذلك الزمان تركه؛ لأن تركه أبلغ في الوصول إلى المالك من الأخذ؛ لأنه ربما يتذكر الموضع الذي نسيه فيه أو سقط عنه فيجيء فيأخذه ومتى أخذه الملتقط ربما لا يجده وهو لا يجد المالك فيصير الأخذ سببًا لعدم الوصول والترك سببًا للوصول من الأمور سوى الحيوانات والالتقاط هو الرفع لشيء ساقط ضائع يقول العرب: لكل ساقطة لاقطة؛ أي رافعة ومنه التقاط السنبل لكن في عرف الشرع إذا أطلق يراد به رفع شيء ضائع للحفظ على الغير لا على التمليك والضالة هي الدابة التي ندَّت فضلت الطريق إلى مربطها.

وأما شرطها: فأن يكون المرفوع شيئًا ساقطا ضائعا لا حفظ له؛ لأنه متى كان له حافظ يسمى رفعه غصبًا أو سرقة لا التقاطًا.

فأما حكمها شريعة: فكون اللقطة أمانة عنده وأن يكون أحق بحفظها وإمساكها كالمودع ولها حكم آخر سنذكره.

(باب معرفة أحكام اللقطة)

ومتى وجد لقطة يُعرّفها حولًا في ظاهر الرواية لقول النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة في اللقطة: "**يعرفها حولا**" ولم يفصل بين القليل والكثير.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما في المجرد: إن بلغت مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولا، وإن كانت أقل من مائتين فوق عشرة يعرفها شهرًا، وإن كانت عشرة يعرفها جمعة، وإن كانت ثلاثة دراهم يعرفها ثلاثة أيام، وإن كانت درهما يعرفها يومًا، وإن كانت تمرة أو نحوها تصدق بها، وإن كان محتاجا أكلها مكانها.

وروى هشام عن محمد عن أبي حنيفة: إن كانت عشرة أو أكثر يعرِّفها حولا، وإن كانت أقل فعلى ما يرى، وهو قول محمد. وجه رواية الحسن: ما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**من التقط لقطة يسيرة درهمًا أو حبلاً أو شبه ذلك فليعرِّفها ثلاثة أيام**".

وروى الطحاوي في كتابه عن زيد بن طوخان أنه قال: وجدت قلادة في طريق مكة فأتيت بها إلى عمر فذكرت ذلك له، فقال: عرِّفها أربعة أشهر، فإن وجدت صاحبها وإلا فضعها في بيت مال المسلمين؛ فدلت هذه الأخبار أن مدة التعريف مما يختلف باختلاف مقدار المال.

وجه رواية محمد: أن العشرة مال نفيس ويتعلق بها أحكام كثر وهو وجوب القطع بالسرقة ويتعلق بها استحلال الفرج فألحقنا هامًّا فوقها في حق التعريف وأوجبنا التعريف فيها بالحول احتياطا، فأما دون العشرة مال حقير لا يتعلق بها أحكام النفاسة في الشرع ففوضنا مقدار مدة التعريف فيه إلى رأي الملتقط، والتعريف هو المناداة في الأسواق والمساجد والشرائع: من ضاع له شيء فليطلبه عندي؛ لأن المقصود من التعريف وصوله إلى المالك والتعريف في هذه المواضع أبلغ، فإذا

مضت مدة التعريف ولم يجد صاحبها، فإن كان الملتقط عينا لا ينتفع بها بل يتصدق بها، وإن شاء أمسكها ثم إن جاء صاحبها وأقام بينة بعد التصدق، فإن شاء أمضى الصدقة والأجر له، وإن شاء ضمنه والأجر للمتصدق، وإن كان فقيرًا، فإن شاء انتفع بها ثم للمالك خيار التضمين، وعند الشافعي: للملتقط أن ينتفع بها، وإن كان عينا.

والصحيح قولنا لقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] وأكل الأمانة مما يعجزه عن أداء الأمانة إلى صاحبها فيكون منهيا عن أكلها وقوله عليه السلام: "**من وجد لقطة عرف عفاصها**[1] **ووكائها، فإن جاء صاحبها وإلا فليتصدق بها**"[2].

ورُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه اشترى جارية فذهب صاحبها فلم يقدر فتصدق بالثمن، ويقول الآخر لصاحبه: فإن أتى فلنا الأجر وعلينا الثمن، قال: وهكذا يفعل باللقطة.

---

(١) قال أبو عبد الرحمن، عبد الله بن أحمد بن حنبل: قلت لأبي: إن قوما يقولون: «عقاصها»، ويقولون: «عفاصها»؟ قال: «عفاصها» بالفاء.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٥٥/٦ (٢٢٠٦٢) قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي. و«أحمد» ١٦١/٤ (١٧٦٢٠) قال: حدثنا هشيم. وفي ٢٦٦/٤ (١٨٥٢٦) قال: حدثنا إسماعيل. وفي (١٨٥٣٣) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٢٥٠٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي. و«أبو داود» (١٧٠٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا خالد، يعني الطحان (ح) وحدثنا موسى، يعني ابن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب، المعنى. و«النسائي» في «الكبرى» (٥٧٧٦) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا هشيم. وفي (٥٧٧٧) قال: أخبرني محمد بن عبد الله بن عبد الرحيم، قال: حدثنا أسد بن موسى، قال: حدثنا حماد بن سلمة. وفي (٥٩٦٨) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الأعلى. و«ابن حبان» (٤٨٩٤) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سعيد بن عامر، قال: حدثنا شعبة.

ثمانيتهم: (عبد الوهاب الثقفي، وهشيم بن بشير، وإسماعيل بن علية، وشعبة، وخالد الطحان، ووهيب، وحماد بن سلمة، وعبد الأعلى بن عبد الأعلى) عن خالد الحذاء، عن أبي العلاء، يزيد بن عبد الله بن الشخير، عن أخيه مطرف، فذكره.

والانتفاع باللقطة على سبيل القرض يحل للغني بإذن الإمام، فإن للإمام أن يقرض الملتقط من الملتقط، وإنما لا يحل له بغير إذن الإمام، ولأن التصدق بها أنفع للمالك من إقراض الغني؛ لأن بالصدقة يصل إليه ثواب ماله عند الناس من وصول المال إليه وثواب القرض من الغني دون ثواب الصدقة، فإن الإقراض من الغني لا يكون قربة كالهبة له فلا يحصل له ثواب الصدقة ومتى كان التصدق بها أنفع للمالك يكون أقرب إلى رضاء صاحبه فيكون التصدق أولى، ثم إنما كان للمالك خيار التضمين والإجازة؛ لأنه تصدق عنه ماله بغير إذنه فيوقف على إجازته، فإن أجاز جاز وله الثواب، وإن كان المتصدق به هالكا؛ لأن الملك وقع للفقير قبل الإجازة؛ لأن التصدق حصل بإذن الشرع ولكن بغير إذن المالك، ولو حصل بإذنهما ثبت للفقير ملك لازم، فإذا حصل بإذن الشرع ولكن بغير إذن المالك، ولو حصل بإذنهما لا بإذن المالك حصل للفقير ملك غير لازم توقيرًا على الأمر حظهما، وإن لم تجز الصدقة، فإن كانت اللقطة قائمة في يد الفقير فللمالك أن يأخذها منه وإن كانت هالكة فله أن يضمن الفقير أو الملتقط قيمتها؛ لأن الملتقط سلم ماله بغير إذنه والفقير قبضه بغير إذنه فصار الملتقط كالغاصب والفقير كغاصب الغاصب، فإن ضمن الملتقط، فإنه لا يرجع على الفقير؛ لأن الصدقة نفذت على الملتقط؛ لأنه يملكها من وقت الأخذ؛ لأن أخذ اللقطة حتى بإذن المالك والأخذ بغير إذن المالك سبب الضمان، وإنما جاز التصدق قبل مجيء صاحبها بدون إذنه نظرا له ليصل إليه الثواب، فإذا حضر النظر له أن ينعقد الأخذ بغير إذنه سبب للضمان ليتخير بين الأجر والضمان فيستند الضمان إلى وقت الأخذ فملكها الملتقط من وقت الأخذ.

وإن ضمن الفقير لا يرجع على أحد؛ لأنه أخذه لنفسه كغاصب الغاصب وما يتسارع إليه الفساد يعرفه إلى أن يخاف فساده ثم يتصدق به أو يأكله إن كان فقيرا، وعند الشافعي يبيعها ويتربص بثمنه حولا.

لنا: أن مدة التعريف فيما يتسارع إليه الفساد مقدرة إلى خوف الفساد؛ لأن في إمساكه بعدما خاف الفساد عليه إضاعة المال بلا فائدة تحصل للمالك؛ لأنه يفوت عينه وثوابه فيتصدق به ليصل ثوابه إلى ملكه.

وذكر في النوادر: ولو وجد لقطة فعرفها فلم يجد صاحبها وهو فقير فباعها وأنفق على نفسه ثم أيسر لا يلزمه أن يتصدق على الفقراء بمثل ما أنفق؛ لأنه وضع اللقطة موضعها فلم يضمن.

ومن ادعى اللقطة وذكر وصفها وعلامتها، فإن شاء الملتقط دفع إليه؛ لأن إصابة الوصف والعلامة نوع دليل على صدق دعواه ويأخذ منه كفيلا حتى إن ظهر لها مستحق أمكنه الرجوع، فإن شاء الملتقط امتنع حتى يقيم البينة؛ لأن العالم بالعلامة والصفة لا تدل على أنه ملكه لاحتمال أنه سمع العلامة من مالكها أو رآها في يد المالك، وعند مالك: يخبر الملتقط على الدفع بذكر الصفة والعلامة.

والصحيح قولنا؛ لأنه ادعى مالًا في يد غيره وقد نازعه ذو اليد فيه فلا يستحقه المدعي إلا ببينة كما لو نازعه في الملك؛ لأن اليد حق مقصود كالملك، ولو نازعه في الملك لم يستحق بإصابة الوصف فكذا إذا نازعه في اليد؛ لأن بيان الصفة والعلامة دليل محتمل فلا يصلح حجة للاستحقاق وقوله صلى الله عليه وسلم للسائل عن لقطة: "**اعْرِفْ عِفَاصَهَا**[1] **وَوِكَاءَهَا**[2] **وَعَدَدَهَا ووزنها**"[3]، فإن جاء

---

(١) الْعِفَاصُ: الْوِعَاءُ الَّذِي تَكُونُ فِيهِ النَّفَقَةُ مِنْ جِلْدٍ أَوْ خِرْقَةٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ. فتح الباري (ج١/ ص١٤٩).

(٢) الوِكاء: مَا يُرْبَط بِهِ. فتح الباري (ج١/ ص١٤٩).

(٣) أخرجه «البخاري» (٩١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا أبو عامر، قال: حدثنا سليمان بن بلال المديني، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٢٣٧٢) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثنا مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٢٤٢٧) قال: حدثنا عمرو بن عباس، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن ربيعة. وفي (٢٤٢٨) قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثني سليمان، عن يحيى. وفي (٢٤٢٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٢٤٣٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٢٤٣٨) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن ربيعة. وفي (٦١١٢) قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، قال: أخبرنا ربيعة بن أبي عبد الرحمن. و«مسلم» ١٣٣/٥ (٤٥١٩) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: قرأت على مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي ١٣٤/٥ (٤٥٢٠) قال: وحدثنا يحيى بن أيوب، وقتيبة، =

=

وابن حجر. قال ابن حجر: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا إسماعيل، وهو ابن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٤٥٢١) قال: وحدثني أبو الطاهر، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرني سفيان الثوري، ومالك بن أنس، وعمرو بن الحارث، وغيرهم، أن ربيعة بن أبي عبد الرحمن حدثهم. وفي (٤٥٢٢) قال: وحدثني أحمد بن عثمان بن حكيم الأودي، قال: حدثنا خالد بن مخلد، قال: حدثني سليمان، وهو ابن بلال، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٤٥٢٣) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة بن قعنب، قال: حدثنا سليمان، يعني ابن بلال، عن يحيى بن سعيد. وفي ١٣٥/٥ (٤٥٢٤) قال: وحدثني إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا حبان بن هلال، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: حدثني يحيى بن سعيد، وربيعة الرأي، ابن أبي عبد الرحمن. و«أبو داود» (١٧٠٤) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (١٧٠٥) قال: حدثنا ابن السرح، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني مالك، بإسناده ومعناه. وفي (١٧٠٧) قال: حدثنا أحمد بن حفص، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن عباد بن إسحاق، عن عبد الله بن يزيد. وفي (١٧٠٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، عن حماد بن سلمة، عن يحيى بن سعيد، وربيعة. و«الترمذي» (١٣٧٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٧٣٩ و٥٧٧٠ و٥٧٨١) قال: أخبرني محمد بن عبد الله بن عبد الرحيم، قال: حدثنا أسد بن موسى، قال: حدثنا حماد بن سلمة، عن يحيى بن سعيد، وربيعة. وفي (٥٧٤٠ و٥٧٧٢ و٥٧٨٤) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل، عن ربيعة. وفي (٥٧٨٣) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: أخبرنا عبد الرحمن بن القاسم، عن مالك، عن ربيعة. وفي (٥٧٨٦) قال: أخبرنا أحمد بن حفص بن عبد الله، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن عباد، عن عبد الله بن يزيد. وفي «الكبرى» «تحفة الأشراف» ٣/(٣٧٦٣) عن قتيبة، عن إسماعيل بن جعفر، عن ربيعة (ح) وعن محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، عن القعنبي، عن سليمان بن بلال، عن يحيى بن سعيد. و«ابن حبان» (٤٨٨٩ و٤٨٩٨) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن. وفي (٤٨٩٠) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا أبو الربيع، قال: حدثنا ابن وهب، قال: حدثني عمرو بن الحارث، أن ربيعة بن أبي عبد الرحمن حدثهم. وفي (٤٨٩٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: أخبرنا إبراهيم بن الحجاج السامي، قال: أخبرنا حماد بن سلمة، عن يحيى بن سعيد.

=

صاحبها أو ربها إنما أمره بإعلام العفاص والوكاء حتى إذا طلب رجل شيئًا بهذه العلامة يُعلم أنه يطلب هذه اللقطة.

وإن كانت اللقطة حيوانا فأنفق عليه بغير إذن القاضي فهو متطوع وللقاضي أن يأمره بأن ينفق عليه يوما أو يومين فيرجع وله أن يمسكه ليعطيه ما أنفق؛ لأنه استحق دينا بسببه فكان له حبسه حتى يستوفي حقه كما في البيع، وهذا إذا شرط له الرجوع على صاحبه، وإن لم يشترط ففيه روايتان ذكرناها في كتاب اللقيط، فإن لم يجئ صاحبها باع القاضي الشاة ونحوها وحفظ ثمنها لصاحبها؛ لأنه لا فائدة في إمساكها؛ لأن النفقة تستغرق قيمتها فلا يصل إلى المالك عينها ولا يد لها، وإن كان غلاما أو دابة أجره بأمر القاضي وينفق عليه؛ لأنه أمكن الإنفاق عليه من غلته فكان ذلك أنفع للمالك بخلاف الآبق لا يؤاجره القاضي؛ لأنه لا يأمن أن يأبق ثانيا كما أبق من المالك، وليس في رد الضالة واللقطة والصبي والحرشي واجب، وإن أعطاه صاحبه شيئًا فهو حسن؛ لأنه متبرع فخيره، ولو تبرع بقضاء دينه لم يجب له شيء فكذا هذا، وجعل الآبق واجب نصًّا لا قياسًا فلا يقاس عليه غيره وعن أبي الحسن الكرخي في اللقطة إذا قال: من وجدها فله كذا؛ فجاءها إنسان إليه يستحق أجر مثله؛ لأنه إجارة فاسدة.

(النوادر): وذكره ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف: رجل التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها في يد رجل فلا خصومة له معه وليس هو في هذا كالمستودع؛ لأن حق أخذ الوديعة للمستودع لا للثاني، وفي اللقطة للثاني ولأنه الآخذ كالأول لأنهما سيان في الالتقاط، قال أبو حنيفة وأبو يوسف: ولا بأس أن يلتقط الرجل ما لا قيمة له أصلا مثل النوى وعلوف وقشر الرمان إذا نبذه صاحبه والانتفاع؛ لأن العادة قد جرت بين الناس بإلقاء النوى والزجاج المكسور والقشور وحشاوات الخبز ولم يجر الشح والطنه بها في الطريق ولا يعودون إلى أخذه، فكان إباحة للأخذ دلالة ولصاحبه أن يأخذ من الملتقط لأن الإباحة لا توجب سقوط الملك عن الغير، وإن

=

ثلاثتهم: (ربيعة، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وعبد الله بن يزيد، مولى المنبعث) عن يزيد مولى المنبعث، فذكره.

كان ذلك كثيرًا لم يجز للملتقط أن يأخذه؛ لأن المالك إنما جمعه للحاجة إليه، فإذا بلغ ما لم تجرِ العادة في تضييعه لم يجز أخذه، وكذا المزارع إذا التقط السنابل بعدما حصد الزرع وجمعه كان له خاصة؛ لأنه لو لم يلتقط لم يلتقطه رب الأرض فكان مباح التمليك والأخذ فكان كثوب خلق رمى به صاحبه.

وقال أبو يوسف: في شاة ميتة نبذها أهلها فأخذ رجل صوفها وجلدها وديعة فهو له ولصاحبها أن يأخذ الصوف والجلد وردّ ما زاد في الجلد بالدباغة كمن غصب جلد ميتة ودبغها. رجل له دار يؤاجرها فجاء إنسان بإبل وأناخ في داره واجتمع من ذلك بعر كبير، فإن كان من رأي صاحب الدار أن يجمع ذلك فهو له؛ لأنه أعد الدار للأحرار، فإن لم يكن من رأيه أن يجمع بل ترك ذلك على وجه الإباحة وكل من أخذه فهو أولى؛ لأنه مباح.

رجل وجد جوزةً ثم أخرى حتى بلغت عشرا أو صارت لها قيمة، فإن وجدها في موضع واحد فهي كاللقطة بخلاف النواة؛ لأن لها قيمة، فإن وجدها في مواضع كثيرة متفرقة اختلفوا فيه، والأصح أنها كاللقطة بخلاف النواة إذا وجدها إنسان متفرقة بحيث لو جمعها صار لها قيمة فهي له؛ لأن الناس يرمون بالنواة عادة فصارت مباحة بالرمي فأما لا يرمون بالجوز عادة فلا تصير مباحة بل تكون لقطة.

وذكر أبو الليث في (**العيون**): رجل مسيب دابته فأخذها إنسان فأصلحها ثم جاء صاحبها، فإن قال عند التسييب جعلها لمن أخذها فلا سبيل لصاحبها عليها؛ لأنه أباح الملك، وإن لم يقل ذلك له أن يأخذها، وكذلك فمن أرسل صيدا له هكذا اختاره بعض مشايخنا، فإن اختلفا فالقول قول صاحبها مع يمينه؛ لأنه لم يقل: هي لمن أخذها؛ لأنه منكرا إباحة الملك.

قوم أصابوا بعيرًا مذبوحًا في طريق البادية إن لم يكن قريبا من الماء ووقع في قلبه أن صاحبه فعل ذلك وأباحه للناس فلا بأس بالأخذ والأكل؛ لأن الثابت بالدلالة كالثابت صريحًا.

وذكر الفقيه أبو الليث في (**نوازله**): إذا اجتمع للدهانين ماء يقطر من الأوعية من الدهن في إنائه، فإن كان يسيل من خارج الأوعية يطيب له؛ لأن ما سال من خارج الأوعية ليس للمشتري؛ لأن ما يفضل عنها لا يدخل في البيع، وإن سال من الداخل أو من الداخل أو الخارج جميعًا أو لا يعلم ينظر إن زاد لكل واحد من المشترين

شيئًا طاب له، وإن لم يزد لا يطيب ويتصدق إلا أن يكون محتاجًا؛ لأن سبيله سبيل اللقطة.

غريب مات في دار رجل وله وارث معروف وخلف مالًا يساوي خمسة دراهم وصاحب الدار فقير فله أن يتصدق بها على نفسه؛ لأنها بمنزلة اللقطة.

(باب ما يضمن به الملتقط وما لا يضمن)

ومن أخذ لقطة ولم يشهد أنه أخذها ليرد ولم يسمع منه التعريف وهلكت في يده وقال صاحبها: أخذتها لنفسك، ضمن عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يضمن إن صدقه صاحبها أنها لقطة عنده، وإن اختلفا في كونها لقطة قال صاحبها: أخذتها غصبًا، وقال الملتقط: لا بل أخذتها لقطة لك، ضمن بالإجماع.

لأبي يوسف: أن الظاهر شاهد للملتقط؛ لأن الظاهر من حال العاقل أنه لا يشتغل بما يضره من غير فائدة ونية الأخذ لنفسه مما يضره من غير فائدة؛ لأنه يجعل المال مضمونا عليه؛ لأن فائدته إمكان الانتفاع به ويمكنه الانتفاع به، فإن نواه للمالك متى أراد فيصير الأخذ لنفسه ضررا محضا فالظاهر أنه لا يشتغل به.

لهما: أن سبب الضمان قد تحقق وهو أخذ مال الغير بغير إذنه إلا أنه ادعى ما يبرئه عن الضمان وهو أخذها للمالك فلا يصدق إلا ببينة، كما لو قال: أخذت مالك بإذنك والظاهر، وإن كان يشهد للملتقط لكن الظاهر يصلح حجة للدفع لا لإبطال حق استحقه المالك وهو الضمان، فإن سبب الضمان قد تحقق حاجته إلى إثبات البراءة فلا تثبت البراءة بشهادة الظاهر، ولأن الشرع أباح له الأخذ نظرا لصاحبه والنظر في الإشهاد متى قدر عليه ليرجع الإشهاد عن الإمكان وإليه أشار وقوله عليه السلام: "مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً، فَلْيُشْهِدْ، ولا يَكْتُمْ، ولا يُغَيِّبْ" فقد أباح الأخذ بشرط الإشهاد فيقيد الأمر بالأخذ بالإشهاد، فإذا لم يشهد مع القدرة عليه فلا تثبت إباحة الأخذ لا من المالك ولا من الشرع فصار متعديا فصار ترك الإشهاد علامة الغصب، ولو أخذها وأشهرها وعرفها ثم ردها إلى موضعها لم يضمن ولم يفصل بينهما إذا تحول عن مكانها أو لم تتحول.

وذكر الحاكم أبو الفضل في (**المختصر الكافي**): أنه إذا ردها بعدما تحول مكانها ضمن؛ لأن بالتحول صار قابضا وحافظا للمالك، وإذا ردها إلى موضعها فقد صار تاركا للحفظ مضيعًا لها، فأما قبل التحول لم يصر ملتزما للحفظ للمالك؛ لأنه ربما أخذها لينظر إليها لا ليكون حافظا للمالك ملتزما للحفظ له، وإن أقر الملتقط بها لرجل ودفعها إليه بغير قضاء ثم أقام آخر بينة أنها له ضمن أيهما شاء؛ لأن كل واحد غاصب في حقه الملتقط بالدفع باختياره إلى غيرها والقابض يقبض مال غيره بغير إذنه فلا يرجع الدافع على القابض؛ لأن القابض قبضه بإذنه ولم يلحقه ضمان من جهته، وإن كان الدفع نقضا ضمن القابض لا غير؛ لأن الملتقط مخير على الدفع ملحقا فيه من جهة القاضي.

ولو التقطها كافر فأقام كافر بينة من أهل الكفر قضى له استحسانًا وإن كان الملتقط مسلما والمسألة بحالها لم تقض؛ لأن البينة للكافر قامت على المسلم فلا تقبل.

(**المنتقى**): رجل وجد ثوبًا فأخذه وهو لا يريد أن يرده ثم بدا له فردَّه إلى موضعه ثم سرق من ذلك الموضع، قال أبو يوسف: هو ضامن حين أخذه ولا يبرأ أبدًا وإن رده حتى يدفعه إلى صاحبه، وقال زفر: لا ضمان عليه.

وكذلك لو وجد دابة ضالة فركبها ثم ردها إلى الموضع الذي وجدها فيه، وكذلك لو أخذ من دار رجل وهو لا يعلم ثم رده إلى الموضع الذي أخذه منه فسرق من ذلك الموضع قبل أن يصل إلى صاحبه؛ لأنه أخذه لنفسه فلا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على صاحبه ولم يوجد.

ولو أخذ خاتمًا من يد نائم أو دراهمه من كمه أو نزع خفيه من رجليه ثم ردَّه إلى موضعه قال أبو يوسف رحمه الله: إن ردَّه إلى موضعه قبل أن يستيقظ من ذلك النوم الذي أخذ منه فقد برئ من الضمان؛ لأنه صح رده؛ لأن النائم حافظ؛ لأنه يخاف هجومه وانتباهه فيخاف منه في أخذ مال.

وإن استيقظ ثم نام ثم رده إلى موضعه ثم سرق قبل أن ينتبه فهو ضامن؛ لأن الرد لم يصح؛ لأنه متى استيقظ فقد وجب الرد على المنتبه دون النائم؛ لأن

المستيقظ حافظ من كل وجه والنائم حافظ من وجه دون وجه.

(**الفتاوى**): أخذ الثوب من السكران الواقع النائم على الطريق ليحفظه فهلك في يده لا ضمان عليه؛ لأنه متاع ضائع كاللقطة، فإن كان الثوب تحت رأسه فأخذه أو كانت دراهمه في كمه فأخذها ليحفظها فهو ضامن؛ لأنه ليس بضائع؛ لأنه محفوظ بمالكه؛ لأنه يخاف هجومه وانتباهه.

ولو طرح النواة فالتقطه رجل أو ترك الشاة الميتة صاحبها فسلخ آخر ودبغها لا بأس بذلك.

وفي رواية هشام في سرقين الدابة في الخان إذا ذهب صاحبها فهو لمن أخذها للصاحب الخان وما يجتمع للدهانين مما يقطر الأوعية ينظر إن سال من خارج الأوعية فزاد طيب وإن سال من داخل الأوعية فيحتاج إلى مقابلته إلى زيادة دهن حتى يطيب له، وإن لم يزد شيئًا يتصدق كما في اللقطة وينتفع إذا كان محتاجا، وإن لم يعلم أنه سال من داخله أو من خارجه أو منهما إن زاد للمشتري شيئًا من الدهن في تلك الحالة يطيب له ذلك وإلا فلا.

كتاب الآبق

مسائله مشتملة على فصول:

فصل فيمن يستحق الجعل برده ومن لا يستحق.

وفصل فيمن يستحق عليه الجعل.

وفصل في التصرف في الآبق.

وفصل في جنايته.

(فصل)

ولو أخذ آبقًا فرده إلى المالك إن كان من مسيرة سفر ثلاثة أيام فصاعدًا استحق الجعل على مالكه أربعين درهما، وإن كان أقل من ذلك رضخ له.

وعن الشافعي: لا شيء له وهو القياس؛ لأنه متبرع كما لو رد دابة.

والصحيح قولنا؛ لما روى عمرو بن دينار لم يزل يسمع النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**جعل الآبق أربعين درهما**". وعن ابن مسعود أنه أوجب الجعل أربعين درهما، وقال عمر وعلي رضي الله عنهما في جعل الآبق دينار لم يزل يسمع النبي صلى الله عليه وسلم أو عشرة دراهم، وعن عمار بن ياسر أنه قال: إن رده في المصر فله عشرة، وإن رده من خارج المصر استحق أربعين درهما.

فالصحابة مع اختلافهم في مقدار الجعل أجمعت على أصل الوجوب، فمن قال لا يجب أصلاً؛ فقد خالف الإجماع فلا يجوز؛ لأن الحق لا يعدو إجماع الصحابة؛ لأنه لا خلاف بين الصحابة في المقدار فمن أوجب أربعين إنما أوجبه إذا رده من مسيرة سفر، ومن أوجب أقل من أربعين إنما أوجبه إذا رده من أقل من مسيرة سفره، ثم اختلفوا في مقدار الرضخ قيل يستحق الرضخ بحساب ذلك، فإنه أوجب برد مسيرة سفره أربعين درهما فيكون بإزاء يوم ثلاثة عشر درهما وثلث فيقدر الرضخ بقدره، وقيل: التقدير مفوض إلى رأي المولى فيعطيه على قدر ما يعين صلة له؛ لأن

المقادير فيما دون السفر من الصحابة مختلفة فلا يمكن تقدير الرضخ بمقدار بل هو تفويض إلى رأي المولى.

ولو كان العبد يساوي أربعين درهما، فإنه ينقص من الجعل درهم عندهما.

وقال أبو يوسف: له الجعل تامًّا؛ لأن الآثار وردت مقدرة مطلقة غير مفصلة بين قليل القيمة وكبيرها.

لهما: أن الجعل إنما شرع حثًّا وترغيبًا للناس في الرد نظرًا للمولى إحياء لماله، وإنما يحصل له النظر إذا سلم له شيء من مالية العبد بغير جعل رد الآبق عند أبيه وهو في عياله أو لم يكن، وكذلك أحد الزوجين فلا جعل له استحسانًا؛ لأن العرف والعادة جرت من أن من أبق عبده فإنما يرده من كان في عياله متبرعا مستطيعًا لا متجعلًا متطمعًا وبعد ذلك ضرب خدمة وإعانة.

ولو رد عند ابنه أو أخيه وسائر قرابته لا جعل إن كان في عياله كما بينا، وإن لم يكن فله الجعل؛ لأن الجعل بدل الخدمة؛ لأنه يجب بدلا عن رد الآبق ورد الآبق من الخدمة عرفا وعادة، فإن الناس يعدون هذا من جملة الخدمة والأب والقريب يستحق بدل الخدمة على ولده وقريبه إذا لم يكن في عياله بخلاف الابن والزوج لا يستحق بدل الخدمة على أبيه وزوجته بالشرط فكذلك بالشرع رد أمه معها صبي رضيع يجب جعل واحد إلا إذا راهق يجب ثمانون؛ لأن من لم يراهق لا يتحقق منه الإباق فلا يعتبر إيفاء.

ولو صالحه عن الجعل على عشر جاز كما لو حط الكل، ولو صالح على أكثر من أربعين يطرح الفاضل على الأربعين؛ لأن المستحق أربعون فلا يجوز الصلح على خمسين فيطرح الزيادة لئلا يصير ربا كما لو صالح من أربعين دين على خمسين يجوز بقدر الأربعين ويطلب الزيادة فكذا هذا، فإن جاء بالآبق له أن يمسكه ليأخذ الجعل؛ لأنه مستحق شرعا كالثمن؛ لأن الراد بمعنى البائع؛ لأن العبد بالإباق صار كالزائل عن ملك المولى؛ لأن عامة منافع الملك زالت بالإباق وصار كالهالك معنى والراد بالرد صار مجيبا ملكه فقد استفاد ما زال بالرد بمال يجب عليه فكان بمنزلة ما لو زال عنه حقيقة بالبيع أو بالهبة. ثم اشتراه ثانيا وصار كالملتقط إذا أنفق على

اللقطة بإذن القاضي فله أن يحسبها حتى يستوفي النفقة؛ لأنه صار بمعنى البائع من حيث إنه أحيا ملكه بالإنفاق فكذا هذا، ولو مات في يده وأمسكه بأمر القاضي لا ضمان عليه؛ لأنه مأذون في حبسه ولا جعل له؛ لأنه معلق بالتسليم والرد ولم يوجد ولأنه بمعنى البائع والمبيع متى هلك في يد البائع، فإنه يهلك مضمونا بالثمن لا بالقيمة فكذا العبد إذا هلك في يد الراد يهلك مضمونًا بالجعل لا بالقيمة، وكذلك لو مات قبل أن يرده إلى الحاكم؛ لأن العبد أمانة في يده.

أمة أبقت إلى دار الحرب فاشتراها منهم رجل فوطئها وولدت أخذها بغير شيء وقيمة ولدها وعقرها عند أبي حنيفة وعندهما هي أم ولد للمشتري لا سبيل لمولاها عليها وهي كالدابة ندَّت إليهم، وهذا بناءً على أن الآبقة إلى دار الحرب عند أبي حنيفة لا يملكوها فكان المشتري مغرورًا وعندهما يملكونها، وإذا لم يملكها عند أبي حنيفة هل يستحق المشتري الجعل إن أشهد عند الشراء أنه أخذها للمالك يستحق الجعل وإلا فلا والجعل واجب في حق المدبر وأم الولد لأنهما مملوكان للمولى، ولو مات المولى قبل أن يصل بهما إليه فلا جعل لأنهما عتقا بموته قبل رده فقد رد حرا والإباق لا يتحقق من الحر، ولأن الراد بمعنى البائع وقد هلك المعقود عليه في يده بلا صنع من المشتري بعد الرد فسقط الجعل كما لو مات في يده، وإن كان على المدبر سعاية ورده على الورثة فلا جعل؛ لأنه رد حرا عندهما، وعند أبي حنيفة رد مكاتبا وراد المكاتب لا يستحق الجعل ولا جعل برد المكاتب؛ لأن المولى بهذا الرد لم يستفد ملكا في المكاتب؛ لأن ملك المنفعة والتصرف عنه زالت بالكتابة، وإنما استفاد به بدل الكتابة فكان بمنزلة ما لو رد غريما له عليه دين اشترى الآبق ورده لا جعل له إلا أن يقول: لا أقدر على رده إلا بأن أشتري فله ذلك إن أشهد عليه؛ لأنه صار عاملا له في الرد؛ لأنه أخذه لرده وفي الصورة الأولى ما أخذه لرده.

رد الآبق وقد مات مولاه أخذ الجعل من ورثته من جميع المال؛ لأن الرد حصل للميت؛ لأن التركة مبقاةٌ على حكم ملك الميت قبل القسمة فيكون الجعل في ماله، ولو كان على الميت دين محيط كان أحق بالعبد حتى يعطي الجعل أو بيع العبد وبدأ بالجعل؛ لأنه كالمرهون من حيث تعلق حقه به كما بينا رده وإرث المولى في حياته

من مسيرة ثلاثة أيام ثم مات ومعه وارث آخر كان له الجعل، وقال أبو يوسف: ليس له ذلك، وإن كان الوارث هو وحده فلا جعل له، لأبي يوسف: أن وجوب الجعل مضاف إلى التسليم لا إلى الأخذ، ولهذا لو هلك قبل التسليم سقط الجعل ووقت التسليم صار العبد مشتركا بينه وبين سائر الورثة فكان بالتسليم عاملا فما هو شريك فيه فلا يستحق الآخر كما لو أخذ المورث ميت لهما إن الوجوب مضاف إلى العمل؛ لأن الأجرة مستحقة بالعمل وأثر التسليم في باب العقود في تأكيد البدل لا في الخامسة إلا أن سبب التأكيد متى فات سقط البدل بعد الوجوب لا أن الوجوب كان متعلقا به وهنا التسليم فات في حصته؛ لأنه لا يكون مسلمًا ومستلمًا، فأما في حصة شركائه وجد التسليم فيتأكد عليهم حصتهم كما لو خاط ثوبا أو صبغ ثوبا للمورث ثم مات قبل التسليم لا يسقط الأجر؛ لأن الشركة لم تُمكِّن من العمل، وإنما تمكن من التسليم وذلك لا يسقط الآخر فكذا هذا بخلاف ما لو أخذ والمورث ميت؛ لأن العمل وقع في محل مشترك.

ولو قال المولى: إني أرسلته في حاجة ولم يأبق لم يكن له جعل إلا أن يقوم ببينة أن مولاه أقر به؛ لأن كونه آبقا يعرف من جهته، ولو أبق من الأخذ ثم جاء به آخر فالواجب للثاني؛ لأن الرد والتسليم وجد من الثاني دون الأول، ولو رده اثنان فالجعل بينهما نصفان، وإن كان عبدا محجورًا عليه لأنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الرد والتسليم فيستويان في الاستحقاق كما لو باعا عبدا بينهما والعبد محجور عما يضره المولى لا عما ينفعه والرد من المحجور تصرف ينفع المولى وهو وجوب الجعل؛ لأنه متى لم يجب الجعل تفوت منافع العبد في مدة الرد فيتضرر به المولى، وإذا أوجب انتفع به المولى فصار كما لو أجر نفسه وعمل وسلم من العمل يجب الأجر فكذا هذا.

ولو جاءه من مسيرة سفر فأبق منه ثم جاءه ورجل آخر من مسيرة يوم ودفعه إلى المولى فللأول نصف الجعل وللثاني نصف ما يرضخ له لأنهما في الرد والتسليم اشتركا.

(فصل)

والجعل واجب على الملاك بعدد الأنصباء؛ لأنه مؤونة الملك فيتقد بقدر الملك؛ لأن بالرد حصلت المنفعة لهم بقدر الملك.

أبق عبد الرهن ثم رده رجل كان جعله على المرتهن إلا أن يكون بعضه فارغا فحصته على الراهن؛ لأن بالإباق لا يبطل الرهن؛ لأن قيام اليد ليس بشرط لبقاء الرهن كالمتبع إذا أبق قبل التسليم لا ينتقض البيع؛ لأن احتمال عود اليد قائم فوقع الشك في انتقاضه فلا ينتقض بالشك فصار المرهون بمنزلة المملوك؛ لأن يد المرتهن يد استيفاء وأنها يد ملك كأنه اشتراه بالدين من الراهن، ولأن الجعل ضمان يجب كجناية العبد والعبد في ضمان المرتهن فيكون قراره على المرتهن كما لو جنى فعلى هذا جعل العبد المغصوب إذا أبق على الغاصب مولى الآبق.

مكاتب أو مأذون أو صبي عليهم الجعل؛ لأنه أعاد إلى ملكه ما زال بالإباق فصار بمعنى البائع منه فاستحق عليه عوضا وهذا المعنى يشمل الكل ويؤديه الوصي من مال اليتيم.

(فصل)

ولا يجوز بيع الآبق ولا هبته إلا ممن هو في يده ويجوز عتقه؛ لأنه عاجز عن التسليم، فإنه معتبر في البيع والهبة دون الإعتاق، فإن وهبه لابن صغير له في عياله جاز.

ولو باعه من ابنه الصغير لا يجوز والفرق أن العبد في يد مولاه وقبضه حكما بحكم دار الإسلام.

ولو كان في قبضته حقيقة لا ينوب قبضه الحقيقي عن قبض البيع؛ لأنه قبض ملك وقبض الملك قبض أمانة وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع وينوب عن قبض الهبة فيصير قابضا لابنه فكذلك إذا كان في يده وقبضه حكما.

ولو أعتقه مولاه حين جاء به أو باعه منه لزمه الجعل؛ لأن الراد بمنزلة البائع من المالك ومن اشترى عبدا فأعتقه قبل القبض بعد عتقه وصار قابضا بالإعتاق وتأكد عليه الثمن فكذا هذا بالإعتاق يصير قابضا ويتأكد عليه الجعل وكسب الآبق بإجارته

نفسه أو بيعه وشراه لمولاه لما عرف، وإن أخذه السلطان وحبسه ثم جاء رجل فأقام البينة أنه عبده حلفه ما باعه ولا وهبه؛ لأن القاضي أمين والأمين ينتصب خصما للمالك كالملتقط وكالراد فكان أخذ الكفيل احتياطا نظرا للغائب لجواز أن المدعي باع الآبق من غيره وشهوده لم يعلموا بذلك فشهدوا بما علموا وهو مبطل في دعواه بخلاف سائر الدعاوى؛ لأن الخصم وهو المدعى عليه حاضر فيمكنه أن ينظر لنفسه بدعوى البيع والهبة، فإذا ترك ذلك فلا يكون للقاضي أن يدعي؛ لأنه يكون إنشاء خصومة منه، والقاضي ينصب لفصل الخصومات لا لإنشائها ويأخذ كفيلاً منه وإن لم يأخذ جاز؛ لأن في أخذ الكفيل نظر للغائب بالاحتياط في أمره وفي تركه تعجيل إعطاء الحق إلى صاحبه؛ لأنه عسى لا يجد كفيلا أو لا يجد إلا بعد زمان فيؤدي ذلك إلى فوات حقه أو تأخيره وهذا لا يجوز، وفي رواية أبي سليمان: أحب إلي أخذ الكفيل.

وإن لم يقم بينة وأقر العبد أنه عبده دفعه إليه ويأخذ كفيلا؛ لأن العبد في يد نفسه، ولهذا لو ادعى الحرية يقبل قوله، وإذا اعترف بالرق له يقبل ويأخذ كفيلا احتياطا لجواز أنه أقر كاذبا، فإن لم يجئ للآبق طالب إن شاء باعه الإمام ويمسك ثمنه لئلا يحتاج إلى الإنفاق عليه، وإن شاء أنفق عليه من بيت المال ويكون دينا على مولاه أو في ثمنه إن باعه؛ لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين وتمام النظر للغائب في صيانة العبد وحفظه على المالك رجاء أن يجيئ المالك فيصل إلى عين ماله فلا يتعجل إلى بيعه بل يحبسه مدة لئلا يأبق ثانيا وينفق عليه من بيت المال ويرجع؛ لأن للقاضي ولاية الاستدانة على الغائب بحفظ ماله وله أن يبيعه ولا يؤاجره؛ لأن في الإجارة واستغلاله تعريضٌ له في الإباق؛ لأنه أبق وللقاضي ولاية الحفظ دون التعرض للإباق والإتلاف بخلاف العبد الضال، فإنه يؤاجره ولا يبيعه؛ لأن في الإجارة الضال لا يكون تعريضا له على الإباق إذا لم يظهر منه الإباق فكان النظر للغائب في الإجارة حتى لا يستغرق العبد بالنفقة ويصل المالك إلى عين ماله.

ولو أقام البينة وقد باعه الإمام فقال: كنت دبرته أو كانت أمة، فقال ولدت متى لا يصدق إلا ببينة على ما يقول أو يكون ولدها في يديه؛ لأن التبع قد يعد ظاهرا؛ لأن القاضي صار نائبًا عنه في البيع شرعا وهو يريد إبطاله فلا يصدق، فإذا كان في يده

ولد يثبت النسب بدعواه الولد وكانت دعوة استيلاد ودعوة الاستيلاد تستند إلى وقت العلوق فتثبت النسب وأمومية الولد مستندا إلى وقت العلوق فيظهر أن البيع صادف أم الولد فبطل فأما إذا لم يكن في يده ولد فدعوته دعوة ملك فيقتصر على الحال فهو يريد إبطال البيع بعد الصحة والنفاذ فلا يصدق. مات الابن في يد من أخذه ولم يشهد ضمن عندهما خلافًا لأبي يوسف كما في اللقطة.

(فصل)

العبد الآبق إذا جنى فلا يخلو إما أن جنى في يد المولى ثم أبق أو جنى في حال إباقة قبل أخذ الآخذ أو جنى في يد الآخذ، فإن كان جنى في يد المولى بأن قتل رجلا عمدا أو خطأ أو استهلك مالا لرجل فأخذه رجل على مسيرة ثلاثة أيام ودفعه إلى مولاه فلا جعل للراد؛ لأنه لم يحصل منفعة بالرد لأحد متى قتل قصاصًا، وكذلك إن عفا ولي القصاص؛ لأن المنفعة مضافة إلى عفوه لا إلى الرد.

وذكر في (**المنتقى**): له الجعل؛ لأن ذلك بمنزلة موته في يد المولى وإن جنى خطأ فدفعه مولاه بالجناية فالجعل على المدفوع إليه، ولو فداه كان على المالك؛ لأن الجعل إنما يجب على من حصل له منفعة الرد وبعد الدفع منفعة الرد حصلت لأولياء الجناية؛ لأن حقهم كان ساقطا بالإباق فإنهم بعد الإباق لا يستحقون على المولى شيئًا وعاد حقهم بالرد وبعد الفداء منفعة الرد حصلت للمولى فرق بين هذا وبينما إذا أبق الموهوب فرده الآخذ ثم رجع الواهب بعده فالجعل على الموهوب له وإن صار الملك للواهب بالرجوع والفرق أن منفعة الرد في الهبة غير مضافة إلى الرد، وإنما تكون مضافة إلى ترك الموهوب له تصرفا يزيله عن ملكه؛ لأن ترك التصرف آخر الأمرين وجودا، فإنه لو باعه أو وهبه لا يمكن للواهب الرجوع ولا يمكن للآخذ الرد عليه فصار منفعة الرد مضافة إلى ترك التصرف من الموهوب له لا إلى الرد فلم تحصل المنفعة للواهب بالرد فلم يجب عليه الجعل ووجب على الموهوب له؛ لأنه ملكه والمنفعة للحال حصلت له وفي مسألة الجناية المنفعة حصلت لأولياء الجناية بالرد بعد الدفع أو للمولى بعد الفداء.

وإن كان المولى دفع الجعل وأخذ عبده ثم قضى عليه بالدفع فدفعه بالجناية فله أن يرجع على المدفوع إليه بالجعل؛ لأن المدفوع إليه استحق الدفع بالجناية السابقة فصار العبد مستحقا وملكا له فالمولى في دفع الجعل مضطر؛ لأنه مخاطب بالدفع أو الفداء ولا يتمكن من الدفع إلا بالجعل فلا يكون متبرعا في دفعه، وكذلك لو باعه القاضي في الدين أخذ مولاه الجعل الذي أداه من ثمن العبد وأما إذا كانت الجناية أو الدين في حال إباقة قبل أخذ الآخذ فقتل في يد الآخذ فلا جعل له لأنه لم يوجد الرد إلى المولى فكان بمنزلة موته في يده، ولو دفع بالقتل الخطأ في يده أخذ الجعل من ولي الجناية، ولو بيع في الدين أخذ الجعل من ثمنه لما عرف.

وإن كانت الجناية في يد الآخذ فلا جعل له قبل أو دفع أو بيع وهو بمنزلة العبد الرهن في ذلك، ولو كان المولى دفع الجعل إلى الأخذ ولم يعلم بالجناية وقبض العبد ثم خاصمه ولي الجناية فيه فدفعه بالجناية، فإنه يرجع بالجعل على الآخذ إذا كان قيمة العبد مثل أرش جنايته وكذلك في الدين، فإن كان في قيمة العبد فصل على الأرش والدين فالمولى يرجع من الجعل بحصة ما أدى من ثمنه في دينه وأرش جنايته هذا كله رواه ابن سماعة عن محمد.

وذكر ابن رستم عن محمد: لو بيع بالدين بدأ بالجعل من ثمنه، وإن شق ثوبا في يد الآخذ وقيمته ثلاثمائة وقيمة الثوب مائة وخمسون قال يبطل نصف الجعل في القياس؛ لأن نصفه صار مستحقا بدين الاستهلاك.

(فصل)

مسائله على فصول:

فصل فيمن يستحق الجعل ومن لا يستحقه.

وفصل في تصرف المولى في الآبق.

وفصل في إقامة البينة على أخذه ورده.

(فصل)

روى الحسن عن أبي حنيفة قال: رجل أخذ آبقًا فجاءه من مسيرة الشهر حتى إذا

دخل المصر فهرب من الآخذ فأخذه آخر وجاء به إلى مولاه فلا جعل لواحد منهما؛ لأن استحقاق الجعل بالرد من مسيرة سفر وقد عدم الرد المقدر منهما فلم يكمل عليه الاستحقاق من واحد، وإن هرب وخرج من المصر وجاء به الثاني من مسيرة ثلاثة أيام وجب للثاني الجعل؛ لأن علة الاستحقاق كملت في حق الثاني وقصرت في حق الأول.

ولو أخذ الآبق رجلًا على مسيرة ثلاثة أيام فسار به يوما ثم أبق العبد منه متوجها إلى بلد مولاه ولا يريد أن يرجع إلى مولاه فأخذه الذي كان أخذه ثانيا فسار به اليوم الثاني فدفعه إلى مولاه فله ثلثا الجعل جعل اليوم الأول والثالث دون الثاني.

ولو كان العبد لم يأبق من الآخذ ولكن فارقه وجاء إلى مولاه متوجها لا يريد الإباق فللآخذ جعل يومٍ؛ لأنه لم يتمرد من الآخذ بل منقاد له فلم تنقطع يده عنه فصار كأنه رده إلى مولاه.

وذكر ابن سماعة في "نوادره" عن محمد: في رجل وجد عبدًا آبقا على مسيرة ثلاثة أيام فسار به يوما ثم دفعه إلى رجل وأمره أن يدفعه إلى مولاه فدفعه إلى مولاه أو باعه من رجل أو وهبه من رجل وقبضه الموهوب له وأمره أن يدفعه إلى مولاه فدفعه إلى مولاه أو باعه من رجل أو وهبه من رجل وقبضه الموهوب له وأمره أن يدفعه إلى مولاه فدفعه إلى مولاه أو سار العبد بنفسه إلى مولاه فللآخذ جعل اليوم الأول ولا شيء للمدفوع إليه؛ لأن المدفوع إليه حين أخذه صار ضامنا له، وإنما حفظه على نفسه لا على مالكه.

ولو أخذ عبدًا آبقًا على مسيرة ثلاثة أيام فدفعه إلى رجل وأمره أن يأتي به إلى مولاه ويأخذ منه الجعل فيكون له فدفعه إلى مولاه وأخذ الجعل منه جاز وهذا بمنزلة رجل له دين على رجل فوهبه صاحبه لرجل وأمره بقبضه ففعل فهو جائز.

رجل قال لرجل: إن عبدي قد أبق، فإن وجدته فخذه، فقال: نعم فأصابه المأمور على مسيرة ثلاثة أيام وجاء به إلى مولاه فلا جعل له؛ لأنه استعان به وقد وجد الإعانة فصار متبرعا عليه بذلك العمل فلا يستحق الأجرة. عبد رقيّته لرجل وجد منه لآخر أبق فأخذه رجل فالجعل على صاحب الخدمة؛ لأن المنفعة للحال له، فإذا انقضت

الخدمة رجع به على صاحب الرقبة أو يباع العبد في ذلك؛ لأنه بمنزلة العبد المشترك.

عبد بين رجلين فأخذه رجل من مسيرة ثلاثة أيام وجاء به وأخذ المولِيين غائب فليس للحاضر أن يأخذ مولاه حتى يعطيه جعله كله، فإن أعطاه وقبضه لم يكن متطوعا فيه.

(فصل)

ولو أخذ آبقا فجاء به من مسيرة ثلاثة أيام فقبضه من مولاه ثم وهبه فالجعل لازم على المولى؛ لأنه تم الرد على المولى قبل الهبة فاستحق الجعل، ولو وهبه قبل أن يقبضه منه فلا جعل عليه؛ لأنه لم يتم الرد إلى المولى قبل الهبة؛ لأن الموهوب له إنما يملك العبد بالهبة وبالقبض، وإنما صار قابضا للعبد بالأخذ السابق فما تم به سبب الملك لا يستحق له الجعل.

ولو كان مكان الهبة بيعا منه فله الجعل في ثمنه؛ لأن البيع يتم بنفس الشراء فقد ملك العبد ملكا تامًا بعد استحقاق الجعل فيوصل إلى المولى عوضه فصار وصول بدله كوصول نفسه.

ولو أخذ آبقًا فسار به ثلاثة أيام أو أكثر ليرده على صاحبه فأعتقه مولاه قبل أن ينتهي به إليه ثم هرب منه بعدما أعتقه فله الجعل؛ لأن لما سار ثلاثة أيام فقد استوجب الجعل بشرط الوصول إلى المالك وقد وصل بالإعتاق؛ لأنه قبض حكما وبالإعتاق ارتفع سبب الاستحقاق بعد انعقاده وتقرر الوجوب عليه فلا يسقط بخلاف ما إذا سار به أقل من ثلاثة أيام؛ لأنه لم ينعقد سبب الاستحقاق بل انقطع بالإعتاق وصار كأن لم يكن وقد وجد الإعتاق في حالة الإباق فلا يستحق عليه شيء.

قال أبو حنيفة رحمه الله: إن كان المولى دبره ثم هرب فلا جعل له؛ لأن بالتدبير لم يزل الرق وسبب الاستحقاق هو الرد على المولى في حالة الرق وقد وجد عبد آبق فوكل مولاه إنسانا يطلبه فأصابه الوكيل ومولاه لا يعلم به ثم باعه المولى من إنسان ولا يعلم البائع ولا المشتري أن الغلام أخذه الوكيل.

قال محمد: البيع باطل حتى يعلم أنه أخذه؛ لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه إذ القدرة على التسليم بعد ثبوت يده عليه أو علمه بثبوت يد نائبه، ولو كان القاضي قد أخذه فحبسه في سجنه ثم باعه المولى ولا يعلم به جاز بيعه؛ لأن للقاضي ولاية بيعه على الغائب فيكون أخذ القاضي كالوكيل إذا علم وليس للوكيل بيعه على الغائب.

(فصل)

ولو جاء رجل بالآبق فأقام أحدهما البينة أنه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام وأقام الآخر البينة أنه أخذه من مسيرة يومين فعلى المولى جعل تام ويكون للأول منه جعل يوم خاصة ويكون جعل يومين بينهما نصفين، ولو أقام أحدهما البينة أنه أخذه بالكوفة وأقام الآخر البينة أنه أخذه في طريق البصرة على مسيرة يومين فقد علمت أن إحدى البينتين كاذبة فعلى المولى جعل تام ويكون للذي أقام البينة أنه أخذه بالكوفة ثلث الجعل ويكون الباقي بينهما نصفين، ولو أخذ عبدًا آبقا فاغتصبه منه رجل وجاء به إلى مولاه فدفعه إليه وأخذ جعله ثم جاء الذي أخذه وأقام البينة أنه أخذه من مسيرة ثلاثة أيام، فإنه يأخذ من مولاه الجعل ثانيا ويرجع المولى على الغاصب بما دفع إليه؛ لأنه أخذه بغير حق. [والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المآب][1].

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

كتاب المفقود

مسائله مشتملة على فصول:

أحدها: في معرفة تفسير المفقود وإلى بيان أحكامه على الخصوص.

والثاني: في افتقاد أحد الورثة.

والثالث: فقد المكاتب.

(فصل)

المفقود هو الذي غاب عن بلده أو أسره العدو ولا يدرى أحيٌّ أم ميت ويمضي ذلك زمان لم يظهر أمره ولا يعرف أثره.

وأما أحكامه فنوعان:

أحدهما: في الحال.

والثاني: في المآل.

أما حكمه في الحال: وهو أن المفقود حي في حق نفسه حتى لا يورث عنه ولا تتزوج نساؤه وميت في حق غيره حتى لا يرث من أحد ولا يقسم ماله بين ورثته ما لم يثبت موته ببينة أو بلغ سنه مبلغا لا يعيش أقرانه إليها عادة؛ لأن عيش الإنسان بعد موت جميع أقرانه نادر والنادر لا عبرة به ولم يقدِّر محمد مدة حياته بالسنين.

وذكر الحسن أنها مدة مقدرة بمائة وعشرين سنة والحياة بعد ذلك نادر.

وعن أبي يوسف: مائة سنة وهو قول نصير بن يحيى. ورُوي أنه عاش مائة وخمسين سنة وقال: الزيادة على هذا المقدار نادر والنادر لا عبرة به، وقيل: تسعون سنة، وقيل: هو غاية ما ينتهي إليه أعمار أهل زماننا في الأعم والأغلب، فما قاله محمد أقيس وأحوط، وما قاله المشايخ المتأخرون أرفق بالناس؛ لأن مضي هذه المدة إن دل على موته فبقا من بقي من أقرانه بعد مضي هذه المدة يدل على حياته فيقع التعارض بين دليل الحياة ودليل الموت فلا يثبت الموت، فأما

موته بموت أقرانه يثبت بدليل لا تعارض فيه فكان هذا أحوط إلا أن في التفحص عن حال الأقران ضرب حرج فقدرنا بالسنين نفيا للحرج، وهذا كما اعتبر محمد في تقدير مدة يأس المرأة عن الحيض بأقرانها والمشايخ المتأخرون اعتبروا رفقا بالناس وتبقى أموره كما كانت ولا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى تقوم البينة أنه مات أو تمضي مدة لا يعيش في أكثر منها وهذا كله مذهبنا وهو مذهب علي رضي الله عنه، ولأن الحياة كانت ثابتة وقع الشك في موته فيقع الشك في إزالة أملاكه وإبطال حقوقه فلا يجوز إزالته بالشك ما لم يثبت موته بدليل ويقرض في ماله نفقة امرأته وأولاده الصغار وبناته الكبار ويليه الكبار الزمنى ولا يقرض لذي الرحم المحرم منه ولا يباع عقاره وعروضه وحيوانه إلا أن يخاف هلاكه وفساده فيبيعه وقد مرت هذه المسائل وأحوالها في كتاب النفقات وللقاضي أن ينصب وكيلًا عنه في خصومته وقبض ديونه وجمع غلاته؛ لأنه يجب عليه إحياء ماله واستحفاظه واستجماعه.

وإن مات غريمه وقد أقر له بدينه في مرضه كان لوكيله أن يأخذه لا لوريثه؛ لأنه بمنزلة المالك فكان حق القبض والاستيفاء له لورثته ولا يكون هذا الوكيل خصما له حتى لا يقبل البينة عليه؛ لأنه وكيل بالقبض والوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يكون وكيلًا بالخصومة بالإجماع؛ لأنه ليس من النظر؛ لأن القاضي انتصب نائبا عن الغائب في الحفظ والصيانة عليه لا في الخصومة والمتاجرة عليه كالمودع لا ينصب خصما لمن يدعي حقا في الوديعة.

ولو مات مورثه قبل مضي هذه المدة ردما وقف على ورثة الموروث لا على ورثة المفقود وجعل كأن المفقود لم يكن لأنا تيقنا بكون ورثة الميت وارثا بيقين أولى من توريث من كان وارثا بالشك وهذا معنى قول محمد: المفقود حي في ماله ميت في مال غيره؛ يعني: لا يرث ولا يورث عنه.

فأما حكمه في المال، وإذا مضت تلك المدة ورثه من كان حيا من ورثته دون من مات قبل مضيها؛ لأنه ثبت موته بدليل ظاهر فيعتبر كما لو ثبت موته بالمعاينة.

ولو أقر ورثته بموته وفي أيديهم مال قسم القاضي بينهم؛ لأن قولهم معتبر فيما تحت أيديهم؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم ولا يصدقون على دينه ووديعته إذا جحد

الغريم والمودع موته لأنهم يدعون حق القبض فالانتزاع عن أيديهما ويدهما على المال كانت محقة بيقين فلا ينقض إلا بحجة وحكم المرتد إذا لم يعرف لحاقه بالدار وموته يوقف ميراثه ولا يقسم ماله إلا بعد موته؛ لأن موته إنما ثبت إما بالمعاينة أو باللحوق بدار الحرب ولم يثبت واحد منهما.

وإن مات أحد من ورثته لم يحبس للمفقود شيء؛ لأن المرتد لا يرث من أحد وقد حكمنا بكونه مرتدا وفي إسلامه شك فلا يغير الحكم المفقود.

ذمي وله بنون مسلمون مات أحدهم لم يوقف للأب شيء؛ لأن الكافر لا يرث من المسلم ولا المسلم من الكافر.

(فصل)

مات رجل وترك بنتين وابن ابن وبنت ابن وابنًا مفقودًا ومالا في أيدي البنتين فالقاضي لا يحرك المال ويترك النصف في أيدي البنتين ويحبس إلى أن يظهر حاله فيكون موقوفا على حكم ملك الميت إن جاء المفقود حيا يدفع إليه.

وإن علم أنه كان ميتا جعل الثلثان للبنتين والثلث بين ابن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، ولو كان مال الميت في يد المفقود يعطي البنتان النصف ويترك الباقي في يد ولد المفقود من غير قضاء لهما ولأخيهما؛ لأن أقل ما يجب للبنتين النصف بأن كان المفقود حيا، وإن كان ميتا فلهما الثلثان فيعطيان الأقل؛ لأنه متيقن المال في يد الأجنبي فقالت البنتان: مات أخونا قبل أبينا، وقال: ولد الابن هو مفقود، فإن كان من في يده المال يقر بالمال وبأن الابن مفقود يعطي البنتان النصف ويترك النصف؛ لأن من في يديه المال القول له فيما في يده، فإذا زعم أن أخوهما مفقود فقد أقر لهما بالنصف فيخير على دفع النصف إليهما، ولو قال: مات المفقود أولًا يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين لأنهما يدعيانه وذو اليد صدقهما في ذلك لما أقر بموت المفقود أولا ويوقف الثلث على يديه؛ لأن ولد الابن لا يدعيه وإن جحد المال وأقامت المرأتان بينة أن أباهما مات وتركه ميراثا لهما ولأخيهما المفقود يدفع إلى البنتين النصف

لأنهما يدعيان مالا في يده وهو منكر فتقبل بيّنتهما؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الكل فما ثبت لأبيه فيثبت جميع المال للميت ويوقف الثاني على يدي عدل؛ لأن صاحب اليد لم يبق أمينا لما جحد الأمانة ويثبت بالبينة كذبه.

(فصل)

فقد المكاتب وله مال وأولاد ولدوا في الكتابة لم يؤد المكاتبة الولد ولا يستسعى؛ لأن المكاتب في حق التصرفات واليد بمنزلة الحر فتوقف ماله إلى أن يظهر حاله وهذا إذا كان متروكة من خلاف جنس ما عليه، وإن كان من جنس المكاتبة وعلم القاضي بالمكاتبة له أن يؤدي مكاتبته إذا طلب المولى ذلك كما في الخبر المديون وسعاية الولد إنما يجب بعد موته ولم يثبت موته وينفق على امرأته وأولاده الصغار الذين ولدوا في الكتابة كما لو لم يكن مفقودا مات بعض ولده المولود في الكتابة عن مال يكون ماله موقوفا ولم أخرجه من يد أخيه؛ لأنه من الجائز أنه مات حرا فيكون لورثته وإلا فلمولاه، ولأنه من الجائز أن يكون المكاتب حيا وقت اكتتابه فيكون له واحتمل أن يكون ميتا فيكون ميراثا لهذا الأخ فوقع الشك إلى إزالة يده فلا يزيل يده في الشك.

ولو أقر بالذين ولدوا في الكتابة أن أباهم مات وماله في أيديهم وأقر المولى بذلك فأدوا المكاتبة وقسموا المال ثم اختلفوا وارتفعوا إلى القاضي جاز عليهم ذلك؛ لأن الحق فيما بينهم لا يعدوهم فصار الثابت بإقرارهم كالثابت بالمعاينة فثبت جواز القسمة وأداء المكاتبة بإقرارهم وجحودهم بعد الإقرار لا تبطل ما ثبت بإقرارهم، وكذلك لو أقر بدين عليه بدأت به قبل الكتابة، والله أعلم.

كتاب الوديعة

الوديعة تحتاج إلى معرفة: شرعية الإيداع، وتفسيره لغة وشريعة، وركنه، وشرط جوازه، وحكم شريعته.

أما شرعيته: لقوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا ﴾ [النساء: ٥٨] والوديعة من الأمانات ولقوله عليه السلام: "**لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرِ الْمُغِلِ ضَمَانٌ**"[1]، ولأن القياس يأبى جواز الإيداع؛ لأنه عقد على المنفعة؛ لأن المودع بغير منافعة من المودع لغير ماله والقياس أنه لا يصح العقد على المنفعة كما في الإجارة على ما يأتي في الإجارات إلا أنه جوز بخلاف القياس لحاجة الناس إلى الإيداع كما جوزت الإجارة لحاجة الناس بخلاف القياس[2].

وأما تفسيره: فهو عبارة عن تسليط الغير على الحفظ أي شيء ما كان المحفوظ، يقال: أودعتك هذا الشيء أي سلطتك على حفظه والثمن حفظك، ولكن في عرف الشرع إذا أطلق يراد به التسليط على حفظ المال خاصة.

وأما ركنه: بقوله أودعتك هذا المال، وإن لم يقبل الآخر حتى لو قال: هذا للغاصب صار المال أمانة عنده، وإن لم يقبل حتى لو هلك عبده لا ضمان عليه وهذا؛ لأن ضرورة المال أمانة عند الغير حكم يلزم صاحب المال لا غير فثبت به وحده كالطلاق والعتاق فكفى قوله: أودعتك في حق ضرورة المال أمانة عند غيره، فأما في حق وجوب الحفظ على المودع فالركن هو الإيجاب والقبول؛ لأن وجوب

---

(١) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفي إسناده ضعيفان (تلخيص الحبير ٩٧/٣ ط. الفنية المتحدة).

(٢) انظر: البدائع ٣٨٩٨/٨، والاختيار ١١٨/٢، والشرح الصغير ٥٧٠/٣، وحاشية ابن عابدين ٥٠٣/٤، ونهاية المحتاج ١١٩/٥، وأسنى المطالب ٣٢٨/٢، والمغني ٢٢٧/٥، والإقناع ٣٠٥/١ ط. دار المعرفة.

الحفظ حكم يلزم المودع فلا بد من قبوله ليلزمه الحفظ.

وأما شرط جوازه: على الخصوص يكون المال قابلا لإثبات اليد عليه؛ لأن الإيداع عقد استحفاظ والحفظ لا يتهيأ إلا بعد إثبات اليد عليه حتى لا يصح إيداع الآبق والضال والمال الساقط في البحر.

وأما حكمه: فشيئان وجوب الحفظ على المودع؛ لأنه ألزم بعقد الوديعة حفظه وضرورة المال أمانة عنده؛ لأن يد المودع في حق الحفظ يد المالك والشيء في يد المالك أمانة فكذا هذا في يد نائبه، وإذا صار المال أمانة عنده كان هو أمينا فيه ضرورة.

(باب ما يقع به الإيداع)

عقد الوديعة تارة يقع بالإيجاب والقبول صريحًا، ومرة يقع كتابة دليلا.

فالصريح ما ذكرنا.

والكتابة كقول الرجل: أعطني ألف درهم، أو قال لرجل في يديه ثوب: أعطينيه، فقال: أعطيتك، وهذا على الوديعة نص عليه في (**المنتقى**)؛ لأن الإعطاء يحمل الهبة والوديعة إلا أن الوديعة أدى وهو متيقن والهبة أعلى وهو مشكوك فيها فصار كناية عن الإيداع.

وأما دلالة كما لو وضع ثوبا أو متاعا عند إنسان فلم يقل شيئًا أو قال: هذا الثوب وديعة عندك؛ وسكت الآخر صار مودعا حتى لو غاب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وتركه هناك وضاع ضمن؛ لأنه أودع عرفا والآخر قبل عرفا.

ولو قال الآخر: لا اقبل الوديعة؛ وتركها صاحبها عنده وذهب فضاع لا يضمن؛ لأن القبول عرفا لا يثبت عند الرد صريحًا، وكذا لو قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فالباقون مودعون فيه حتى لو تركوا فهلك ضمنوا؛ لأن الكل حافظوا، فإن قام واحد فالضمان على آخرهم؛ لأنه تعين الآخر حافظا وصار هذا كمن باع قفيز حنطة من قفيزين ثم هلك قفيز منهما تعين الباقي للعقد فكذا هذا.

وكذا لو وضع الثياب في الحمام بمرأى عين الحمامي ولم يقل باللسان شيئًا ودخل الحمام ينظر إن كان للحمامي ثيابي يحفظ الثياب لا يضمن الحمامي ويضمن الثيابي مثل ما يضمن المودع؛ لأنه استحفاظ للثيابي دلالة، وإن لم يضمن الحمامي؛ لأن وضع الثياب بمرأى عينه استحفاظ منه دلالة وعرفا.

ولو قال الداخل لصاحب الحمام: أين أضع الثياب؛ وأشار صاحب الحمام إلى مكان يضمن الحمامي ما يضمن المودع دون الثيابي؛ لأن هذا استحفاظ من الحمامي نصًّا فصار صاحب الحمام مودعا فيضمن، وإن كان الحمامي يعد لأخذ الغلة. وكذلك رجل دخل خانًا بدابته فقال لصاحب الخان: أين أربطها؟ فقال: هناك؛ فربط ورجع فلم يجد دابته فقال صاحب الخان: إن صاحبك أخرج الدابة؛ وليس له صاحب ضمن صاحب الخان؛ لأن قوله: أين أربطها؟ استحفاظ من صاحب الدابة فلما أشار صاحب الخان إلى موضع الربط فقد أجابه إلى الحفظ فصار مودعا، وكذا لو وضع الثياب بمحضر من الحمامي فخرج آخر من الحمام ولبس ثياب غيره وصاحب الحمام لا يدري أنها ثيابه أم لا ثم خرج صاحب الثياب فقال: ليس هذه ثيابي، فقال: الحمامي رجل خرج من الحمام ولبس الثياب وظننت أنها ثيابه ضمن الحمامي؛ لأنه ترك الحفظ.

ولو وضع ثيابه بمحضر من الحمامي ثم خرج فوجد الحمامي نائما وقد سرق ثيابه ينظر إن نام قاعدا لا يضمن؛ لأنه غير تارك للحفظ وإن نام مضطجعًا ضمن؛ لأنه تارك للحفظ.

رق انفتح وانفتق فمر به رجل إن أخذه ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن؛ لأنه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة؛ لأنه ليس له حافظ فالظاهر من حال المسلم أنه يسعى لحفظ مال غيره وصيانته عن الضياع فيضمن بترك الحفظ، وإن لم يأخذه ولم يرق منه لم يضمن؛ لأنه لم يلتزم حفظه فلم يصر تاركا للحفظ، وإن كان المالك حاضرا لم يضمن في الوجهين؛ لأنه لم يلتزم الحفظ دلالة؛ لأن له حافظًا.

(باب ما يكون حفظا للوديعة وما لا يكون)

وإذا قبل الوديعة يلزمه حفظها بما يحفظ به ماله من حرز ويد.

أما الحرز وهو داره ومنزله وحانوته سواء كان ملكه أو استأجره أو استعاره؛ لأنه يحرز ويحفظ الأموال في هذه المواضع عادة فكان حافظا لا مضيعًا.

وأما اليد فله أن يحفظها بيده ويد من هو في عياله كزوجته وأمته وولده الكبير وعبده وأجيره.

وقال الشافعي: لو دفع الوديعة إلى من هو في عياله ضمن.

والصحيح قولنا؛ لأن دفع الوديعة إلى من في عياله حصل بإذن المالك دلالة؛ لأنه لا يتهيأ له الحفظ بنفسه دائما آناء الليل وأطراف النهار، فإنه يضطر إلى الخروج لإقامة معاده ومعاشه ولإقامة الفرائض ونحوها ومتى خرج ربما لا يمكنه إخراج الوديعة مع نفسه فلا يمكن الحفظ دائما إلا بمن في عياله؛ لأن متى خرج تركه في بيته فتصير الوديعة في يد عياله فصار المالك راضيًا بكونها في يد عياله دلالة.

وأما أجيره إن استأجره مشاهرة بنفسه وكسوته فهو في عياله فلا ضمان عليه.

وأما الذي استأجره يجري عليه نفقة كل شهر ولا يسكن معه فيدفع إليه ضمن؛ لأن هذا ليس في عياله؛ لأنه غير ساكن معه ويمكنه الحفظ بدونه فيضمن بالدفع إليه.

ولو قال: لا يدفعها إلى فلان من عيالك وعينه فدفعها فإن كان لا بُدَّ له منه بأن لم يكن له عيال سواه لم يضمن؛ لأنه لم يصح نهيه؛ لأنه لا بُدَّ له من الدفع إليه، كما لو قال له لا يحفظها في هذه الدار وليس له دارا أخرى سواها، وإن كان له عيال غيره ضمن؛ لأنه صح نهيه؛ لأن الناس يتفاوتون في الحفظ وله يد من أن يدفع إليه، فإذا فعل صار ضامنا.

ولو قال: اخبئها في بيتك هذا ولا تخبئها في بيت آخر فخبأها في بيت آخر من الدار لم يضمن خلافًا للشافعي.

ولو قال: أخبئها في هذه الدار فخبأها في دار له أخرى ضمن والفرق أن البيتين من دار واحدة يستويان في الحرز والتحصين، فإن كان ظهر أحدهما إلى السكة ولا يكون ظهر الآخر إلى السكة، ألا ترى أن المتمكن من الأخذ من أحد البيتين يكون

متمكنا من الأخرى إذا كانت الدار صغيرة فصار البيتين من هذا الوجه بمنزلة بيت واحد، ولهذا السارق لو نقل المتاع من أحد البيتين إلى الآخر لانقطع فلم يكن التقييد مفيدا فلغى فلا يضمن، كما لو قال: احفظها في هذا الصندوق فحفظها في صندوق آخر بخلاف الدارين لأنهما مختلفان في الحرز والتحصين فيكون التقييد مفيدًا، وإن كان الثاني أحرز وأحصن من الأول إلا أن الممكن من الأخذ من الأخرى لا يكون متمكنا من الأخذ من الأخرى فلا يمكن أن يجعل الدارين بمنزلة دار واحدة فيكون الشرط مقيدا، كما لو قال: أودع مالي زيدًا، فأودع عمرا ضمن، وإن كان عمرو أعدل وأوثق، ولو دفعها إلى من ليس في عياله ضمن؛ لأنه تهيأ ويمكنه الحفظ بدون الدفع إلى الأجنبي.

(النوادر): لو دفعت المرأة الوديعة إلى زوجها لا تضمن، وإن لم يكن الزوج في عيالها لأنها لا يمكنها بنفسها ألا تخرج، ولأن الرضا بكون الوديعة في يد المرأة رضاء بكونها في هذا الزوج دلالة؛ لأن المرأة والبنت كلها في يد الزوج والعبرة للمعنى؛ لا للضرورة، ولو أجر بيتًا من داره إنسانا فدفع الوديعة إلى هذا المستأجر ينظر إن كان بيت كل واحد مغلق على حدة يضمن؛ لأنه ليس في عياله، وإن لم يكن ويدخل كل واحد على صاحبه بغير جسمه لا يضمن؛ لأنه بمنزلة من في عياله، ولو دفع إلى شريكه مفاوض أو عيان أو عبد مأذون له في التجارة أو عبد معتزل عن منزله فضاع لم يضمن وكذلك الصيرفيان إن كانا شريكين فوضع عند أحدهما وديعة فوضعها في كيسه أو صندوقه وأمر شريكه بحفظها فحمل الكيس فضاع لم يضمن؛ لأن كل واحد من الناس يحفظ ماله بشريكه ومملوكه فصارت أيديهم في حفظ المال كثيرة.

ولو غاب من منزله وخلق امرأته وكانت الوديعة في يده، فلما رجع طلب ولم يجد فإن كانت امرأته أمينة ثقة لا تضمن؛ لأنه غير مضيع، وإن كانت غير أمينة يضمن؛ لأنه مضيع.

رجل له امرأتان ولكل واحدة ابن من غيره يسكن معه وينفق عليهما فهما في عياله؛ لأنه وجد تفسير من هو في عياله.

ولو كان المودع دفن الوديعة في مكان حصين فنسي قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن

والأصح أنه ينظر إن قال: وضعت في داري فنسيت المكان؛ لا يضمن؛ لأن له أن يضع في داره.

ولو قال: لا أدري وضعت في داري أو في موضع آخر يضمن؛ لأنه لا يدري أنه وضع في موضع له ولاية الوضع.

ولو قال المودع: دفنت الوديعة في داري أو في كرمي ونسيت موضعها؛ لا يضمن إذا كان للدار والكرم باب؛ لأنه ليس بتضييع، وإن قال: دفنت في موضع آخر ونسيتها يضمن؛ لأنه تضييع.

وكذلك لو لم ينس مكان الدفن إلا أنه سرق الوديعة من المكان المدفون، فإن كان للدار والكرم باب لم يضمن المودع إذا قال: وضعت الوديعة بين يدي ثم قمت ونسيتها فضاعت، يضمن؛ لأن نسيانه تضييع منه.

ولو قال: وضعت بين يدي في داري ثم قمت ونسيتها، ينظر إن كان ما يحفظ في عرصة الدار لا يعد حرزًا له كصرة الذهب ونحوه يضمن وإلا فلا، وإذا وضع الوديعة في الدار وخرج والباب مفتوح فجاء سارق ودخل وأخذ الوديعة، فإن لم يكن في الدار أحد ولا في موضع يسمع المودع الحس يضمن؛ لأن هذا تضييع المودع، وإذا وضع الوديعة في حانوته فقال له صاحبها: لا تضعها في الحانوت، فإن مخوف وتركها فيه حتى سرق لئلا ينظر إن لم يكن له موضع آخر من الحانوت لا يضمن؛ لأنه غير قادر، وإن كان يضمن؛ لأنه قادر على حفظه في موضع الحرز منه فيكون نهي صاحب الوديعة مفيدا، فإذا وضعها في الحانوت فقد خالفه فصار مضيعا. سوقي قام من حانوته إلى الصلاة وفي حانوته ودائع فضاع شيء منها لا ضمان عليه؛ لأنه غير مضيع كما في حانوته؛ لأن جيرانه يحفظونه لا أن يكون هذا إيداعا من الجيران ليقال ليس للمودع أن يودع لكن هذا مودع لم يضع الوديعة.

(باب ما يضمن المودع وما لا يضمن)

المودع لا يملك الإيداع من أجنبي ولو أودع يضمن خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه مأمور بالحفظ والمالك رضي بحفظه دون حفظ غيره؛ لأن الناس يتفاوتون في

الحفظ والرضا بحفظه لا يكون رضًا بحفظ غيره كالوكيل بالبيع لا يملك التوكيل؛ لأن الناس يتفاوتون في البيع والشراء فكذا هذا وله أن يدفع الوديعة إلى غيره في حالة الضرورة نحو حرق بيته أو خاف غرق سفينته فدفعها إلى غيره لم يضمن استحسانًا؛ لأنه لا يتمكن من الحفظ في هذه الحالة إلا بالإيداع والاستحفاظ من الأجنبي فصار مأذونا فيه دلالة.

ولو أودع المستودع أجنبيًّا حالة الاختيار ضمن الأول دون الثاني عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول.

لهما: أن كل واحد منهما متعدٍّ في حقه الأول بالدفع والثاني بالقبض فالآخذ من يد ضمين فيصير ضامنا مودع الغاصب والمشتري من الغاصب المودع إلا أنه يرجع على الأول؛ لأنه عامل له فيرجع عليه بما يلحقه من الضمان كمودع الغاصب.

لأبي حنيفة: إن قبض الثاني حصل من يد الأمين لا من يد الضمين فكان أمينا فيه، وذلك لأن الأول لا يصير ضمينًا بمجرد الدفع إلى الثاني؛ لأن للأول أن يدفع الوديعة إلى الأجنبي ليحفظه للمالك بحضرته؛ لأنه مأمور بحفظها على المالك وفي حفظ الأجنبي بحضرته بأمره حفظ على المالك؛ لأنه لا يقطع رأي الأول فيكون حافظا له برأيه ما دام العين في المجلس فلا يصير غاصبا، ولهذا لو هلكت قبل مفارقته عن الثاني لا يضمن واحد منهما كالوكيل بالبيع إذا وكل من باع بحضرته جاز؛ لأن البيع حصل برأي الوكيل الأول، وإذا لم يصر الأول غاصبا بالدفع قبل المفارقة لم يصر الثاني غاصبا بالقبض قبل حصول المال أمانة في يده بالقبض ولم يوجد منه تعد وهو مستمر على الحال الأولى فلا يضمن، والأول لما فارقه فقد ترك الحفظ المأمور به بالمفارقة فضمن وصار، كما لو قال له الآمر: ادفع إلى فلان ولا تفارقه، فدفع وفارقه ضمن الأول دون الثاني لوجود التضييع بترك الحفظ من الأول دون الثاني، فإن استرد المودع الأول وحفظ بنفسه يبرأ عن الضمان وكذلك إذا خالف في الوديعة فعلًا بأن ركب الدابة أو لبس الثوب ثم نزل وعاد إلى الوفاق برئ خلافًا لزفر والشافعي.

والصحيح قولنا؛ لأن بالعود إلى الوفاق ارتفع سبب الضمان وهو إتلاف العين معنى بإعجاز المالك عن الانتفاع والارتفاق؛ لأن المالك صار متمكنًا من الانتفاع والارتفاق بعد العود إلى الارتفاق بواسطة الاسترداد والاستنفاذ منه ومناط ضمان التعدي هو الإتلاف معنى فمتى ارتفع مناط الضمان قبل تقرر حكمه لم يتوقف عليه حكمه.

وكذلك لو كانت الوديعة دراهم فأخذ بعضها لنفقته ثم رده إلى موضعه برئ عن الضمان؛ لأنه ترك الخلاف وعاد إلى الوفاق، ولو سافر بالوديعة ولم يكن لها حمل ومؤنة والطريق آمن لم يضمن إن هلك خلافًا للشافعي؛ لأنه أمره بالحفظ مطلقًا غير مقيد بزمان ولا مكان وقد أتى بالحفظ؛ لأن السفر محل الحفظ متى كان الطريق آمنا كالحصر، بدليل أن الناس يخرجون الأموال النفيسة إلى الصحراء والبراري ويحفظن بهائمه كأهل الجبال والصحاري، ولهذا الأب والوصي يملكان المسافرة بمال الصبي مع أنهما مأموران بقربان أمواله على وجه الأحسن والأنظر، فإن كان له حمل ومؤنة فسافر بها لم يضمن عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: يضمن إن كان بعيدا وإن كان قريبا فلا، وعند محمد: يضمن في الحالين، لمحمد: أن العرف بين الناس متى كانت الوديعة لها حمل ومؤنة أنهم يريدون بالأمر بالحفظ مطلقًا الحفظ في مكان الإيداع لكي لا يلزمه مؤنة الحمل والرد فيأتي ذلك على الوديعة فيتضررون به والثابت عرفا كالثابت نصًا لأبي يوسف أن هذا العرف معدوم فيما إذا كانت المسافة قريبة؛ لأن ما يلحقهم من المؤنة يسيرة والمؤنة اليسيرة ساقطة الاعتبار عرفا، ولهذا لو نقل الوديعة في المصر من محله إلى محله لم يضمن، وإن كان يلحقه مؤنة يسيرة لأبي حنيفة أن الأمر بالحفظ مطلق فيجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده بمكان إلا بدليل وما قالا من العرف مشترك منهم من وصى بمؤنة الرد حتى يكون المودع هو الحافظ ومنهم من لا يرضى فلا يجوز التقييد بدلالة عرف مشترك كما في الوكيل بالبيع لما كان العرف مشترك الدلالة منهم من يبيع بعين فاحش لإحراز الثمن فيشتري سلعة أخرى فيربح عليها ومنهم من لا يبيع لم يتقيد الأمر به فكذا هذا أودع صبيا أو عبدا محجورا عليه لم يضمن في الحال ويضمن العبد إذا

عتق عندهما، وقال أبو يوسف: يضمنان للحال، وإن كانت الوديعة عبدا فقتله ضمن عاقلة الصبي قيمته ومولى العبد بدفعه أو يقيد به، له: أنه لم يوجد الرضا من المالك بالاستهلاك صريحا ولا دلالة؛ لأن هذا التسليط لا يدل على الرضاء بالاستهلاك؛ لأنه اقترن به الأمر بالحفظ صريحا والأمر بالحفظ إن لم يصح في حق وجوب الحفظ عليه ولكن يصح في حق كونه إخبارا عن عدم الرضا بالاستهلاك، وإذا لم يكن راضيا بالإتلاف صار المودع بالإتلاف متعديا فيضمن كما قبل الإيداع، لهما: أن هذا التسليط تسبيب لحصول التلف؛ لأنه تمكين من الإتلاف في حق من له داع إلى الإتلاف وليس له صارف وزاجر عنه شرعا وحسا؛ لأن شهوة الإنسان داعية إلى الانتفاع بالمأكول والملبوس عند التمكن والاقتدار عليه خصوصا للصبي وليس له مانع حسا وشرعا، فإنه لا يلحقه المأثم بالإتلاف فيكون تمكين الصبي من الإتلاف مفضٍ إلى الإتلاف غالبًا فيكون تسبيبا لحصوله والتسبيب دلالة الرضا بحصول المسبب كمباشرة البيع دلالة الرضا بزوال الثمن عن ملكه وكتقدم الطعام بين يدي إنسان دلالة الرضا بتناوله بخلاف البائع؛ لأن في حقه وجد الضمان والمانع وهو لحوق المأثم ولزوم المغرم فلم يكن التسليط في حقه مفضيا إلى التلف غالبًا فلم يكن تسبيبا والأمر بالحفظ لم يصح في حق الصبي؛ لأنه لم يجب به الحفظ عليه فكان ضائعا فيما يرجع إلى الدلالة على عدم الرضا بالإتلاف مع علمه أن الحفظ لا يجب عليه من أمارات الرضا بالإتلاف فصار بمنزلة ما لو وضع الشعير بين يدي الحمار أو اللحم بين يدي الهرة وقال: لا أرضى بأكلها، كان هذا منه لغوا عيبا وقولا سفها فكذا هذا.

وفي حق العبد المحجور لم يصح الأمر بالحفظ في حق المولى؛ لأن الحفظ يقوم بالمنفعة ومنفعته مملوكه للمولى وصح في حق العبد حتى لو دل إنسانا على سرقته فسرق يضمن بعد العتق فظهر وجوب الحفظ في حقه ويلحقه الإثم بتركه فضمن بترك الحفظ بعد العتق لا بالإتلاف كما لو أقر بكفالة أحد به بعد العتق بخلاف ما لو كانت الوديعة عبدًا أو أمةً؛ لأن رضا المولى بالإتلاف لا يصح؛ لأن روح العبد منفي على الحرية فكان وجود الرضا من المولى وعدمه بمنزلة فصار كما لو استهلكه بدون الوديعة، ولأن التسليط لا يتحقق في الآدمي؛ لأن كل آدمي آلة الدفع والمقاومة فلم

يكن الإيداع تسليطا عليه، ولأن التسليط مُفْضٍ إلى التلف غالبًا أودعه رجلان مكيلا أو موزونًا أو دابة أو عبدا ثم غابا فجاء أحدهما بطلها لم يدفع إليه شيئًا حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يدفع إليه نصيبه ولا يجوز قسمته على الغائب حتى لو هلك النصف في يده يكون للغائب أن يشارك صاحبه فيما قبض ولم يفصل محمد بين المكيل والموزون وغيره.

وقال بعض مشايخنا: الخلاف في المكيل والموزون خاصة وهو الأشبه بدليل أن غير المكيل والموزون لو كان في يد أحد الشريكين وقد غاب ليس للحاضر أن يأخذ منه نصيبه فلأنْ لا يكون له أن يأخذ نصيبه من يد المودع أولى، وإنما جمع محمد بين الكل؛ لأن الجواب في الكل واحد عند أبي حنيفة.

لهما: أن قسمة المكيل والموزون إقرار لعين الحق من وجه حتى كان لكل واحد منهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى ومبادلة من وجه؛ لأن بالقسمة لا يصل إلى كل واحد منهما عين حقه حقيقة؛ لأن ما من حنطة إلا ونصفها له ونصفها لشريكه فباعتبار أنه إقرار لعين الحق له أن يأخذ حصته، ولهذا لو كان الشريك حاضرا كان لأحدهما أن يمد يده ويأخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فكذا إن كان غائبا وباعتبار أنها مبادلة حصل المأخوذ مشتركا بينهما في حق الغائب متى لم يسلم له الباقي توفيرا على الشبهين حظهما.

لأبي حنيفة: أن باعتبار أنه مبادلة لا يكون له حق الأخذ والمنع ولا للمودع الدفع لما فيه من دفع مال الغائب إلى غيره بغير إذنه والغائب أمر له بالحفظ ولم يأذن له بالدفع والقسمة ولهذا لا تصح القسمة على الغائب بالإجماع بخلاف ما لو كان الألف دينا لاثنين؛ لأن المديون يسلم مال نفسه فصح الطلب نظيره. لو جاء رجل إلى المودع وقال: إن المودع وكلني بقبض الوديعة منك؛ فصدقه وأبى أن يسلمها إليه لم يجبره القاضي عليه، وفي الدين يجبره القاضي لما ذكرنا من الفرق.

رجل أودع رجلين شيئًا بقسم فاقتسما نصفين ثم ضاع لم يضمنا؛ لأن القسمة حصلت بإذن المالك؛ لأنه لما أمرهما بالحفظ مع علمه أنه لا يتهيأ لهما الاجتماع على الحفظ في مكان واحد آناء الليل والنهار، وإنما يتهيأ لهما الحفظ بالقسمة كان

الإيداع منهما إذنا لهما بالقسمة دلالة، ولو دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن الدافع عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يضمن.

لهما: أنه لما لم يكن اجتماعهما على حفظ الكل دائما بحيث لا يعيب أحدهما عن الآخر وانصرف الأمر إلى حفظ ممكن كان المالك قال لهما: احفظهما حفظا ممكنا، ولو صرح بهذا كان لهما الحفظ بالطريقين بقسمة العين أو بطريق التهايؤ بأن يحفظ كل واحد شهرا ولم يضمنا فكذا هذا وصار كما لو كانت الوديعة مما لا يقسم.

لأبي حنيفة: أن المالك رضي بحفظهما لا يحفظ أحدهما واجتماعهما على حفظ الكل متعذر وطريق إمكان الحفظ غير ملفوظ من جهة الأمر لو ثبت إنما يثبت مقتضى صحة الأمر بالحفظ لضرورة صحة الكلام فينفذ بقدر الضرورة والضرورة ارتفعت بالحفظ بقسمة العين، فإن ثابت لهما بالإجماع فلا يطلق لهما الحفظ بطريق التهايؤ مع أن قسمة العين للحفظ أنفع للمالك؛ لأن الناس متفاوتون في الحفظ فمتى تهايأ في الحفظ فلو وقع الخلل بقصور أحدهما في الحفظ يقع في جميع المال ومتى اقتسما المال يقع الخلل في نصف المال فكان إثبات إمكان الحفظ بقسمة المال أولى، ومتى تعين هذا لإمكان الحفظ انتفى الآخر ضرورة وإن كانت الوديعة مما لا يقسم كالعبد ونحوه فتهايأا فدفع أحدهما الكل إلى صاحبه في نوبته لم يضمن؛ لأن اجتماعهما على حفظ الكل متعذر وحفظ النصف لكل واحد بالقسمة متعذر فلم يبق لإمكان الحفظ إلا التهايؤ ومطلق الأمر بالحفظ ينصرف إلى حفظ ممكن وذلك بالتهايؤ فثبت الإذن به دلالة فحصل دفع الكل إلى صاحبه في نوبته بإذن المالك وعلى هذا الخلاف المرتهنين والعدلين والوكيلين بالقبض إذا دفع أحدهما إلى الآخر مما يمكن قسمته.

مودع استهلك بعض الوديعة وضاع البعض لم يضمن الضائع؛ لأنه لم يتلف الباقي ولا ترك حفظه والأمين لا يضمن إلا بالإتلاف أو بترك الحفظ.

ولو رد ما استهلك فخلطه بما بقي ضمن كله؛ لأنه خلط الباقي بملك نفسه؛ لأن ما جاء به بقي على ملكه؛ لأنه لا يبرأ برده إلى ذلك المكان؛ لأن الديون لا تبرأ إلا

بالأداء إلى مالكه أو نائبه ولم يوجد؛ لأنه لا يتصور أن يكون قاضيا للدين عن نفسه بنفسه، فإن باعه طاب له ربح ما خلط ولم يطب له ربح ما بقي من الوديعة ويتصدق به، وقال أبو يوسف: كله طيب لما يأتي في الغصب.

أودعه حيوانا وغاب فحلب ألبانها فخاف فسادها وهو في المصر فباع بغير أمر القاضي يضمن وبأمره لا يضمن؛ لأنه لا يملك بيع مال غيره إلا بإذنه أو بإذن من يلي عليه وبيع ما يتسارع إليه الفساد حفظ معنى باعتبار إحراز ماليته على ملك مالكه وترك للحفظ باعتبار إزالة العين عن ملكه بغير إذنه وإذن من يلي عليه فوقع الشك في كونه حفظا فلا يدخل تحت الأمر بالحفظ، فأما إذا كان في المفازة فإنه يجوز بيعه هكذا روى ابن رستم؛ لأنه يجوز من الأجنبي بيع ما يتسارع إليه الفساد من مال الغير في المفازة فمن المودع أولى، فإنه مأمور بحفظه، وذلك لأن بيعه في المفازة حفظ من كل وجه؛ لأنه لا يتصور وجود الإذن من الغائب، ولو لم يبع يضيع أصلا فأما في المصر يمكنه تحصيل الإذن من القاضي فكان بيعه بغير إذنه يكون إزالة ملك غيره بغير إذن من يلي عليه فيكون إتلافا فيضمن.

ولو حمل الفحل على الوديعة فنتجت ثم هلكت من ذلك ضمن؛ لأنه غير ما دون بإنزاء الفحل عليها فصار متعدِّيًا فضمنها كما لو ركنها فهلكت والولد للمالك؛ لأنه متولد من ملكه كمن زوج جارية من عبد إنسان فولدت فالولد لصاحب الجارية فكذا هذا، ولو كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع فالنكاح فاسد، ولو دخل بها فالعقد لصاحبها لما عرف.

ولو أكراها فالكراء له والفرق بين الأجرة والعقد ذكرناه في كتاب الغصب، ولو ردها المستودع ثم استحقت لا يضمن؛ لأن مودع الغاصب إنما صار ضامنا باعتبار أنه فوت إمكان الأخذ على المالك من الغاصب الأول كقبضه منه فلما رده على الأول فقد أعاد ما فوت بقبضه على المالك وهو إيجاز الأخذ من الأول فارتفع سبب الضمان فبرئ عن الضمان بخلاف المودع إذا جحد الوديعة ثم أقر؛ لأن بالجحود ينفسخ عقد الوديعة ولم يبق أمينا وبالإقرار لا يعود عقد الوديعة والأمانة فلم يرتفع سبب الضمان.

(**المنتقى**): قال أبو يوسف رحمه الله: إذا جحد المستودع الوديعة عند حضرة صاحبه، وإذا جحد عند غيره لا يضمن.

وقال زفر: يضمن في الحالين؛ لأن الجحود منافٍ لعقد الوديعة؛ لأنه أخذ الشيء لنفسه وترك الحفظ على مالكه فكان ردًّا للنيابة، وذلك لا يختلف بحضرة المالك وغيبته كالخلاف بالفعل لأبي يوسف: أن الجحود حال غيبة المودع ليس بمبطل للعقد؛ لأنه ربما يجحد الوديعة حال غيبة المالك بحفظ المال عليه حتى لا يعلم غيره أنه مودع فلان فلا تصل إليه اليد المتغلبة المتلصصة وعلى هذا جرت العادة بين الناس بترك إظهار الودائع للأجانب وما يكون من باب الحفظ يكون المالك راضيا به فلا يضمن.

وكذا إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يجحد أصل الوديعة بل يدعي تمليكا من جهة المالك وهو ينكر فلا يصير مستهلكا، فإن طلبها فمنعه إياها ضمن بالمنع، ولو جحد الوديعة ثم أخرجها بعينها وأقر بها وقال لصاحبها: اقبضها، فقال: دعها وديعة عندك، فضاعت ينظر إن ضاعت تركها عنده وهو قادر على أخذها لو شاء تناولها برئ المودع وهي وديعة عنده؛ لأنه متى قدر على أخذها صار كأنه أخذها ثم أودعها منه ثانيا، وإن كان لا يقدر على أخذها يبرأ عن الضمان؛ لأنه لم يتم الرد فبقي على الضمان الأول وكذلك إن قال: اعملها مضاربة؛ ذكر الخصاف لو جاء رجل بصك باسم غيره وزعم أن صاحب الصك أقر له بالملك وأنه وكله بالقبض فدفعه إليه من عليه الدين من غير تصديق ولا تكذيب ثم جاء صاحب الصك وأقر بالوكالة فأنكر أن يكون المال له، فإنه يأخذ المال إن كان قائمًا، وإن كان هالكا ضمن القابض وكذلك هذا في الوصية؛ لأنه متى قبض لنفسه خرج من أن يكون وكيلًا وصار غاصبًا؛ لأن المالك إنما أذن له بقبض المال له لا لنفسه، فإذا ادعى أنه قبضه بنفسه على وجه الغصب كان ضامنًا.

رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم وقال: خمسة منها هبة لك وخمسة وديعة عندك، فاستهلك القابض منها خمسة وهلكت الخمسة الباقية يضمن سبعة ونصف؛ لأن هبة الخمسة فاسدة لأنها مشاعة والهبة الفاسدة مضمونة والوديعة أمانة وقد شاعتا في الكل فالخمسة المستهلكة نصفها أمانة فصارت كلها مضمونة بالاستهلاك

والخمسة الهالكة نصفها أمانة وإنها لا تضمن بالهلاك بقي نصفها مضمونة بالهبة الفاسدة فصارت جملة ما ضمن سبعة ونصف، ولو دفع إليه عشرة وقال: خمسة منها لك وخمسة سلمها إلى فلان؛ فهلكت الدراهم يضمن خمس الهبة لأنها كانت هبة فاسدة ولا يضمن الخمسة الباقية لأنها أمانة في يده، ولو أعطاه خمسة خمسة على حدة على أن له خمسة منها ولم يبين أيهما فخلطهما القابض يضمن الخمسة الهبة ولا يضمن كلها لما بينا.

(**الفتاوى**): المودع إذا طلب منه الوديعة فقال: اطلبها غدًا؛ فجاء صاحبها غدا فقال المودع: ضاعت الوديعة؛ سئل عنه: متى ضاعت قبل إقرارك أو بعده؛ إن قال: قبل إقراري؛ لزمه الضمان؛ لأنه متناقض؛ لأن قوله: اطلبها غدًا، إقرار أنه ما ضاع، فإذا قال: قد ضاعت قبل ذلك لا أدري أضيَّعت الوديعة أم لم أضيع؛ يضمن بدليل أنه لو تحقق ما توهم يضمن ولم يثبت التضييع من جهة غيره فيتعين كونه مضيعًا.

ولو قال: لا أدري ضاع أم لا؛ لا يضمن؛ لأنه لو تحقق الضياع لم يضمن فكذا إذا توهم فيه.

الدابة الوديعة إذا أصابها شيء فأمر المودع إنسانا أن يعالجها فعطبت من ذلك فلصاحبها أن يضمن أيهما شاء، فإن ضمن المودع لم يرجع على أحد؛ لأنه تبين أن المعالج عالج ملكه بأمره، وإن ضمن المعالج ينظر إن علم أنها دابة المستودع أو شكك فيها أنها له أم لغيره، فإنه يرجع على المستودع؛ لأن الدابة في يد المودع واليد دليل الملك ولم تثبت يد غيره عليها فصح الأمر في زعمه بناء على الملك، فإن علم أنها دابة غيره، فإن أخبره المودع أنها ليست بدابتي ولم أؤمر فيها بالمعالجة لا يرجع؛ لأن الأمر لم يصح.

ولو قال المالك للمودع في السر: من أخبرك بعلامة كذا فادفعها إليه، فجاء رجل وزعم أنه رسول المودع وأتى بتلك العلامة فلم يصدق ولم يدفع إليه حتى يهلك لم يضمن؛ لأنه يتصور أن نافى غرر رسوله بتلك العلامة.

(باب الأمانات تنقلب مضمونة بالموت)

(**المبسوط**): وإذا مات المستودع والوديعة قائمة بعينها في أيدي الورثة ردت

على صاحبها لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "**من وجد عين ماله فهو أحق به**".

وإن كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركة الميت بخاص الغرماء؛ لأنه لما مات المستودع ولم يتبين صار مجهلا للوديعة فصار بالتجهيل مستهلكا لها لا يمكن للمالك الوصول إليها فصار تالفًا معنى في حقه فضمن المستودع وهذا كالدين الثابت بالمعاينة فيكون متساويا لدين الصحة.

(**النوادر**): الأمانات تنقلب بالموت مضمونة أداء لم يبين شيئًا إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: متولي الوقف إذا مات ولا يعرف حال عليها التي أخذها لا يضمن.

والثاني: السلطان إذا أودع بعض الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا يضمن ذكره في السير الكبير؛ لأنه ناب عن المسلمين في الحفظ بنفسه وبغيره والثابت لا يضمن.

والثالث: في نوادر ابن هشام عن محمد: قاض مات في يده مال اليتيم ولا يدري أين المال ولم يبين ضمن ذلك في تركته، وإن عرف أنه دفع إلى إنسان ولا يدري إلى من دفعه لم يضمن؛ لأن له أن يحفظ مال الأيتام بغيره.

وفي نوادر ابن رستم عن محمد: أنه لو قال: ضاع مال اليتيم عندي أو أنفقته عليه لم يضمن، ولو مات قبل بيانه ضمن كالمودع.

وذكر في الهاروني: لو جن المستودع جنونا مطبقا فطلبت الوديعة فلم توجد صارت دينا في ماله وينصب القاضي له وليا يقبضها من ماله ويأخذ بها ضمينًا ثقة من المدفوع إليه حتى لو أفاق المستودع وقال: ضاعت أو رددتها أو لا أدري أين هي، حلف على ذلك، فإن حلف يرجع بها على المدفوع إليه، فإن كان قد دفعها إلى امرأته ثم مات أخذت المرأة بها، وإن قالت: قد ضاعت أو سرقت؛ فالقول قولها مع يمينها ولا شيء على أحد؛ لأن للمستودع أن يدفع الأمانة إلى عياله فكانت أمينة في حفظها، وإن قالت: قد رددتها عليه قبل موته؛ فالقول لها مع يمينها وصارت دينا فيما ورثت المرأة من الزوج لأنها أمينة ادعت الرد على المستودع ولم يعلم ذلك وقد مات المستودع مجهلا للرد عليه فصارت دينا في تركته في نصيبها؛ لأن باقي الورثة

ينكرون ردها، ولو رهن طيلسانا يساوي مائة بثلاثين درهما ودفعه إليه ثم مات المرتهن وطلب الطيلسان فلم يوجد، فإنه صار ضامنا لقيمة الطيلسان ويقبض منها الورثة ثلاثين ويرد سبعين من تركة الميت.

(**الجامع**): لو قال المستودع لصاحب الوديعة: قد قبضت بعض وديعتك، ثم مات المستودع ولا يدري الباقي قال صاحب المال: لم أقبض شيئًا، وقال ورثة المستودع: قد قبضت تسعمائة وبقي مائة؛ لا يصدق الورثة ويقال لصاحب الوديعة: لا بد من أن يقر بقبض شيء من الوديعة ويحلف على ما بقي: ما قبضت ما قالت الورثة؛ ويأخذ الباقي من تركة المستودع؛ لأن إقرار المستودع بقبض صاحب الوديعة بعض الوديعة جائز لكونه مؤتمنًا من جهته، ولهذا لو أقرَّ أن صاحب الوديعة قبض جميع الوديعة صح إقراره فهذا أولى ثم وقع الخلاف بينه وبين ورثة المستودع في مقدار المقبوض؛ لأنه أقر بقبض شيءٍ مجمل مجهول فكان هذا المجمل فيكون القول قوله في البيان بخلاف ما لو قال صاحب الوديعة في حياة المستودع: قبضت مائة وبقي عندك تسعمائة، والمستودع يقول: لا بل قبضت تسعمائة؛ فالقول قول المستودع مع يمينه؛ لأنه ما دام حيا فهو أمين والقول قول الأمين في قبض صاحب الأمانة وبالموت من غير بيان صار ضمنيا. ولم يبق أمينا فيكون القول قول القابض في قدر المقبوض كالغاصب مع المغصوب منه إذا اختلفا في مقدار قبض المغصوب إذا اختلف الطالب وورثة المودع في الوديعة فقال الطالب قد مات ولم يبين، فصار دينا في ماله، وقالت الورثة: كانت قائمة بعينها معروفة يوم مات المودع ثم هلكت بعد موته، فالقول للطالب وهو الصحيح؛ لأن الوديعة صارت في التركة ظاهرا فلا يقبل قول الورثة.

وذكر في (**المنتقى**): قال محمد: قاضٍ قبض ألف درهم لصبي في كيس وألفا أخرى لصبي آخر في كيس، فهلك أحد الكيسين لا يدري أيهما الباقي فالألف الباقية بينهما نصفين، فإذا كبرا كان لكل واحد منهما أن يدعي على صاحبه ما أنفق عليه ويحلفه رجلان أودعا رجلا ألف درهم فمات المودع وترك إثباتًا فادعى أحدهما أن الابن استهلكها بعد موت ابنه، وقال الآخر: لا أدري ما ضيعت؛ فلا شيء لمدعي الاستهلاك على الابن؛ لأنه أبرأ الأب منها حيث زعم أنه مات وتركها قائمة بعينها

فاستهلكها ابنه ولا يصدق على الابن فلا شيء له وأما الآخر فله خمسمائة درهم في مال الأب ولا يشركه فيها.

(باب المودع مع المودع إذا اختلفا)

مسائله على فصول:

أحدها: في الاختلاف في الرد والضياع.

والثاني: في جحود الوديعة.

والثالث: في الاختلاف في الإيداع وغيره.

والرابع: في الأمر بالدفع إلى غيره.

(فصل)

لو قال المودع: رددت الوديعة إليك، أو: ضاعت عندي، وأنكر المودع، وقال: لا بل أتلفتها؛ فالقول للمودع مع يمينه؛ لأنه منكر وجوب الضمان معنى؛ لأن صاحب المال يدعي عليه الضمان معنى؛ لأنه يقول: الوديعة عندك جحدتها حتى ادعيت الرد أو أتلفتها فصرت ضامنا؛ والمودع ينكر ذلك فكان مدعيا صورة منكر معنى فالعبرة للمعنى.

وإن أقاما البينة فالبينة بينة المودع أيضًا؛ لأن بينة المالك قامت على نفي الرد ولا علم للشاهد بنفي الرد إلا من حيث استصحاب الحال فلم يقبل كما لو أقام منكر الدين بينة على أنه لا دين عليه لا يقبل لأنها قامت على النفي فالبينة على النفي لا تقبل؛ لأنه لا علم للشاهد بنفي الدين إلا من حيث استصحاب الحال فكذا هذا.

ولو قال المودع: أودعتها رجلًا أجنبيًّا ثم ردها عليَّ فضاعت؛ لم يصدق إلا ببينة؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بحجة.

(فصل)

ولو جحد الوديعة فأقام المودع البينة على الوديعة وأقام المودع بينة أنها ضاعت

ضمن؛ لأنه بالجحود كما تثبت الوديعة بالبينة صار المودع بالجحود ضامنا لها؛ لأنه أمسكها لنفسه فصار غاصبا والشهود شهدوا بالهلاك مطلقًا فيحتمل أن يكون الهلاك قبل الجحود فلا ضمان عليه ويحتمل أن يكون بعده فعليه ضمان؛ لأن هلاك المضمون يوجب تأكيد الضمان لا سقوطه فقد وقع الشك في سقوط الضمان بعد وجوبه فلا يسقط بالشك.

ولو أقام البينة على الهلاك قبل الجحود يقبل ولم يضمن مذكورًا في الأصل؛ لأن بالجحود لم يصر مناقضا ومكذبا نفسه؛ لأنه لم ينكر بالإيداع أصلا بل أنكر كون الوديعة عنده، فإنه قال ليس عندي وديعة وهو صادق في ذلك؛ لأن الوديعة بعد الهلاك لا تكون عنده كمن أنكر الدين ثم أقام المدعي البينة عليه ثم أقام المدعى عليه البينة أنه أوفاه أو أبرأه تقبل بينته ولا يكون مناقضا في إنكار الدين؛ لأنه لا يكون عليه دين متى أوفاه حتى لو أنكر الإيداع أصلا بأن قال: لم يودعني؛ ثم قال: أودعني ولكنها هلكت؛ لا تقبل بينته على الهلاك قبل الجحود ويضمن؛ لأنه يصير مناقضا في الدعوى والمناقضة تمنع صحة الدعوى، وكذلك لو قال المستودع: أعطيتكها، ثم قال: لم أعطكها ولكنها ضاعت؛ لا يصدق لأنه لما قال: أعطيتكها؛ فقد جحدها فصار ضامنا ثم أقر بها وادعى هلاكها وهلاك المضمون يؤكد الضمان ولا يسقطه.

(فصل)

ولو قال: استودعتني ألفًا فضاعت، وقال المالك: أخذتها غصبًا؛ ضمن؛ لأنه أقر بأخذ مال الغير وأنه موجب للضمان ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن فلا يقبل إلا بحجة، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك؛ وأنكر صاحب المال وفي المسألة الأولى أقر بالإيداع والإقرار بالإيداع لا يكون إقرارا بالأخذ لا محالة؛ لأنه يتم الإيداع بدون الأخذ بأن يضع المال بين يديه ويقول له: احفظ؛ فلم يصر مقرا بفعل موجب للضمان وهو الأخذ والمالك يدعي عليه أخذ ماله وهو ينكر فيكون القول له أودعه ألف درهم وأقرضه ألفًا فأعطاه المودع القائم، ثم اختلفا فقال المودع: هذا قرضك وقد ضاعت الوديعة؛ صدق مع يمينه؛ لأن الإعطاء قرضا كان أو وديعة إنما يستفاد من

جهته فيكون القول له، ولأن الألف المردودة استغنت عن حكمها لأنها إن كانت وديعة فقد صارت مردودة وإن كانت قرضا فقد صارت موصولة إلى صاحبها، وإنما الخلاف وقع في الألف الهالكة فالمستودع يقول: أخذتها وديعة؛ والمالك يقول: أخذتها قرضًا، فالقول قول المستودع لأنهما تصادقا أن الأخذ كان بإذن والأخذ بإذن المالك لا يكون موجبا للضمان إلا بالشرط وهو أن يكون قرضا فالمالك ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض فيكون القول للمنكر.

رجل في يديه أمة أو ألف درهم فقال رجلان كل واحد منهما له: أودعتك هذه؛ فقال المودع: لا أدري لأيكما هذه؛ وأبى أن يحلف لهما فالألف أو الأمة بينهما نصفان وعليه قيمة أمة أو ألف أخرى بينهما.

وقال ابن أبي ليلى: لا يضمن لهما شيئًا؛ لأن كل واحد منهما يدعي كمال الألف لنفسه وقد أوجب ذلك على نفسه بنكوله؛ لأنه إنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده وتفريعاتها تأتي في كتاب الاستحلاف.

(فصل)

مستودع قال للمالك: أمرتني أن أدفع الوديعة إلى فلان، وكذبه المالك ضمن إلا ببينة أو باليمين خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان وهو الدفع إلى الأجنبي؛ لأن الدفع ثبت بتصادقهما فبالإذن لم يثبت لتجاحدهما فبقي الدفع متعريا عن الأول فانعقد موجبا للضمان ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن فلا يصدق إلا بحجة كما لو أقر بالبيع ثم ادعى سقوط الثمن.

ولو قال المالك: ادفع الوديعة إلى فلان؛ فقال: دفعت؛ وكذبه فلان وضاعت الوديعة صدق المستودع مع يمينه ولا يضمن فلان أيضًا؛ لأن المالك لما أمره بالدفع إلى فلان صار المدفوع إليه وكيلًا من جهته بالقبض فصار دعوى المودع الرد على وكيله كدعواه الرد على المالك وفي دعوى الرد على المالك القول قوله فكذا في حق وكيله والدفع بقوله يثبت في حق رأيه عن الضمان ولم يثبت في حق المدفوع إليه؛ لأنه إقرار على الغير.

ولو قال: بعثت بها مع رسولي أو أحد من عيالي؛ فالقول له مع يمينه؛ لأن له

حفظ الوديعة بيده ولا كذلك الرد على أيديهم.

مستودع قال: جاء رسولك فدفعتها إليه، وكذبه المالك ضمنها؛ لأنه أقر بالسبب الموجب للضمان ثم ادعى ما يبرئه وهو كون المدفوع إليه رسولا فلا يصدق إلا ببينة كما بينا وهل يرجع بما ضمن على الرسول فهو على أربعة أوجه إن صدقه في كونه رسولا ولم يشترط عليه الرجوع لم يرجع؛ لأن من زعمه أنه ليس له حق الرجوع على الرسول؛ لأن في زعمه أن المدفوع إليه قبض الوديعة بحق ولا ضمان علي وعليه إلا أن المودع ظلمني حيث جحد الرسالة وضمنني والمظلوم لا يظلم غيره، وإن كذبه ودفع إليه يرجع على الرسول بخلاف الغاصب إذا دفع المغصوب إلى غيره ليدفع إلى مالكه فهلك ثم ضمن، فإنه لا يرجع على المدفوع إليه، والفرق أن المودع يملك الوديعة بالضمان بعد قبض المودع إليه؛ لأن قبل قبضه لم يوجد سبب ضمان فلم ينقلب قبضه قبض أمانة على نفي قبضا بغير إذن المالك فصار غاصب الغاصب والغاصب يرجع بما ضمن على غاصب الغاصب، وثمة الغاصب يملك المضمون من وقت الغصب والدفع حصل بعده فيظهر أنه كان دافعا ملك نفسه فانقلب قبض المدفوع إليه قبض أمانة؛ لأنه قبض برضاه، وكذلك إن لم يصدقه ولم يكذبه؛ لأن السكوت يحتمل التصديق والتكذيب والرسالة لم تكن ثابتة فلم تثبت بالاحتمال فبقي عدم الإذن والرسالة على ما كان؛ لأن إبقاء ما كان باستصحاب الحال أولى من إثبات ما لم يكن ثابتا بالاحتمال؛ لأن الإبقاء أنهل من الإثبات فبقي قبضه بغير إذن فصار غاصب الغاصب وكذا إن صدقه وشرط عليه الرجوع؛ لأنه شرط عليه ضمان الدرك بما يلحقه يقتضيه؛ لأن المودع يقول للرسول: أخاف أن يجحد المالك رسالتك ويضمنني بغير حق فيصير ذلك الضمان دينا لي عليك لأنك تقتضي مني بغير حق فادفع الوديعة إليك بشرط أن يكفل بما يستحب لي عليه من الدين متى ضمنني بسبب قبضك فيكون هذا كفالة بدين مستحب وذلك جائز وهذه المسألة تسمى مسألة المرابعة؛ لأن لها فصولا أربعة في ثلاث منها ترجع وفي واحد لا ترجع.

أودعه ألفًا فجحدها ولم يقم لها بينة فأودعه المستودع ألفًا فله أن يأخذها بوديعته. وإن كان من خلاف جنسها لا يحل؛ لأن بالجحود صارت الوديعة دينا على المودع وصاحب الدين متى ظفر بجنس حقه كان له الأخذ خلافًا لابن أبي ليلى لأنا لو لم نطلق له الأخذ عسى يفوت أصل حقه ومتى أطلقنا له الأخذ يفوت على المديون خياره، فإنه بالخيار إن شاء قضى من هذا المال، وإن شاء قضى من غيره فكان ذلك إبطال الخيار أهون من إبطال أصل المال مع أن استيفاء حقه تخليص رقبته وتبريد جلدته على النار وأنه يقع له وليس يصار له فيصح بدون التراضي وأصله قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان: "**خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك بالمعروف**".

فأما أخذ خلاف جنس حقه لا يكون استيفاء لعين حقه بل يكون مبادلة والمبادلة لا تصح إلا بالتراضي، وإنما يكون له الأخذ؛ لأنه إنما يكون الأخذ بطريق المقاصة فيصير المأخوذ قصاصًا بما عليه وشرط المقاصة المساواة بين الحقين.

فأما إذا أخذ عين الدين من مال المديون ودفعه إلى الدائن بغير إذنه قيل: لا يضمن ويصير قصاصًا؛ لأن قضاء الدين إيفاء لعين الحق، ولهذا يجوز لصاحب الدين أن يأخذه بغير رضاء المديون فكان الأخذ والدافع كالمعين له على إيفاء حقه فيطلق له ذلك.

وقال عامة مشايخنا: يضمن، وعليه نص محمد رحمه الله في كتاب الوديعة قال: لو أودع رجلا فغاب ثم جاء يطلب الوديعة، فقال المودع: أنفقتها على أهلك بأمرك ضمن المودع وهذا يدل على أن المودع إذا قضى دين رب الوديعة من الوديعة بغير أمره يضمن وذلك؛ لأن قضاء الدين إيفاء الدين لعين الحق من وجد حكما مبادلة حقيقة؛ لأن حقه في الدين لا في العين فيكون المأخوذ بدلا عن دينه الواجب في الذمة فباعتبار الإيفاء يحل هذا الدفع وباعتبار المبادلة لا يحل والحرمة أصل في دفع مال الغير إلى الغير فلا تزول الحرمة بالشك فيبقى الدفع حراما فيبقى سببًا موجبا للضمان بخلاف صاحب الحق؛ لأنه لو لم يطلق الأخذ يفوت حقه أصلا فيحتاج إلى الأخذ صيانة لحقه ومتى لم يطلق لغيره الأخذ لا يؤدي إلى إبطال يقع الأخذ في حق غيره حراما، ولو حلف صاحب الوديعة الأولى بالله ما استودعتني

حيث؛ لان بالأخذ وإن وقعت المقاصة بين الديتين إلا أن بالمقاصة لا تتبين أن الإيداع لم يكن فيكون كاذبا في إنكاره إلا أن يستثني في نفسه ما أودعتني الألف درهم فيبرأ؛ لأن الاستثناء يمنع دخول المستثنى يجب المستثنى فيه، وإذا أخفى بالاستثناء وأسمع نفسه دون غيره يصح، وإن لم يسمع نفسه اختلفوا فيه كما في القراءة في الصلاة وإن حلف ليس لك في يدي شيء يجب رده أيضًا؛ لأنه بالأخذ وقعت المقاصة فلم يجب عليه رد شيء.

(**النوادر**): المودع إذا قال لرب الوديعة: قد رددت بعض الوديعة ومات، فالقول لرب الوديعة فما أخذ مع يمينه؛ لأن الوديعة صارت دينا ظاهرا إلا قدر ما رد إلى رب الوديعة فيكون القول له في مقدار المأخوذ.

رجل أودع رجلا خمسمائة فأنفق منها ثلاثمائة ورد عليه مائتين ثم حلف أنه لم يحبس من الوديعة شيئًا لا يحنث؛ لأن ما أنفق صار دينا عليه فلا يكون حابسا للوديعة.

رجل دفع إلى رجل مالًا لينثره على العروس، فإن كان المدفوع دراهم ليس له أن يحبس لنفسه شيئًا؛ لأنه مأمور بالنثر والحبس ضده وليس له أن يدفع إلى غيره لينثر؛ لأنه مأمور بنثره، ولو نثره بنفسه فليس له أن يلتقط منه، وإن كان سكرا له أن يلتقط وأن يدفع إلى غيره؛ لأن نثر السكر على السهولة لا على الاستقصاء وهل له أن يحبس لنفسه شيئًا يجب أن لا يكون له ذلك.

كتاب العارية

تحتاج إلى معرفة: شرعية العارية، وتفسيرها، وشرط جوازها، وأنواعها، وحكمها.

أما شرعيتها: فإنها عقد مشروع مندوب إليه لما روي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار درعا من صفوان**"، ولأنه تبرُّع وإحسان بتمليك المنفعة والإحسان مندوب إليه.

وأما تفسيرها لغة: فلأنه يحتمل أنها مأخوذة من التعاور عن العوض لأنها تمليك المنفعة بغير عوض فلعرائها عن العوض سماها الشرع إعارة وعارية ويحتمل أنها مأخوذة من التعاور وهو التناوب لأنها تمليك المنفعة في ثوبه على وجه يعود إليه في ثوبه إذا طلب المالك منه رد المستعار.

وأما تفسيرها شرعًا: فالإعارة تمليك المنفعة وتمليك المستعير أن يعير من غيره.

وقال الشافعي: هي إباحة الانتفاع حتى لا يملك أن يعير من غيره.

والصحيح قولنا؛ لأن المنافع نوع مال قابل للتمليك كما تبين في الإجارات والتمليك بغير بدل مشروع كالتمليك ببدل؛ لأنه تعلق بكل واحد من التمليكين غرض صحيح لا يتعلق بالآخر، فالشرع شرع كلي النوعين لتحصيل الغرض المتعلق بهما تحقيقا لمصالح العباد ودفعا لحوائجهم كما في الأعيان، فإنه شرع فيها تمليك ببدل وبغير بدل فكذا في المنافع فوجب أن يكون لتمليك المنفعة بغير عوض لفظ خاص ليباشر العبد تملكه بغير عوض بذلك اللفظ كتمليك العين بغير عوض وهو الهبة وليس ذلك إلا الإعارة ولهذا تصح الإعارة بلفظ التمليك.

وكذا لو أضاف العارية إلى الدراهم والمكيل والموزون كانت تمليكا، ولو لم تكن الإعارة تمليكا في محلها لما أفادت ملكا في غير محلها؛ لأن الغلة في محلها أعمل منها في غير محلها، وإنما تصح الإعارة بلفظ الإباحة؛ لأن لفظة الإباحة كناية عن لفظة التمليك حتى تنعقد الإجارة بلفظ الإباحة فكذا الإعارة، وإنما لا يملك

المستعير أن يؤاجر من غيره؛ لأن الإجارة عقد لازم فتصير العارية لازمة ضرورة لزوم الإجارة والعارية ما شرعت لازمة فلا يملك بما هو لازم؛ لأنه يؤدي إلى تغيير المشروع.

ولو أجر صار ضامنا؛ لأن الإجارة غير داخلة تحت الإعارة فصار مسلما مال الغير بغير إذنه فصار غاصبا وهل للمستعير أن يودع قيل: لا يودع؛ لأنه لم يثبت له قصد وقيل: يودع وهو المختار، وإليه أشار محمد في آخر كتاب العارية، فإنه قال: المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنه ملكه فهو خصم.

وإن قال ذو اليد قد أودعتها الذي أعرتها منه، فليس بخصم، وهذا يدل على أن للمستعير أن يودع وذلك؛ لأن الإيداع دون الإعارة وله أن يعير من غيره وفيها الحفظ والانتفاع فَلَأن يكون له الإيداع وفيه الحفظ لا غير أولى.

وأما شرط جوازه: فكون المستعار قابلا للانتفاع وخلو الإعارة عن شرط العوض حتى لو شرط العوض في الإعارة تصير إجارة؛ لأنها صارت تمليكا للمنفعة بعوض وهو تفسير الإجارة.

وأما أنواعها: فالإعارة نوعان: إعارة بطريق الحقيقة كإعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع قيامها كالثياب والعبيد والدواب والعقار ونحوها ونوع بطريق المجاز كإعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا بهلاكه كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فيكون إعارة صوره قرضا معنى؛ لأنه لما رضي بالانتفاع ولا يمكنه الانتفاع به إلا باستهلاكه فقد رضي باستهلاكه فكان تمليكا ببدل وهو تفسير القرض.

فأما حكمها: فالعارية أمانة عندنا، وعند الشافعي مضمونة.

والصحيح قولنا؛ لأن ضمان العين لا بجهة التمليك لا يجب إلا بالتعدي؛ لأن أحد الضمان منه تفويت ماله عليه بإعجازه عن الانتفاع به والتفويت لا يشرع إلا بعد سابقة التفويت منه ولم يوجد منه التعدي والتفويت بخلاف المقبوض على سوم الشرى؛ لأنه قبض بجهة التمليك والقبض بجهة التمليك مضمون كما بينا في البيوع، ولو شرط الضمان في العارية هل تصح العارية قيل: لا تصح.

وذكر ابن رستم في "نوادره": رجل قال لآخر: أعرني ثوبك وأنا ضامن له؛ لا يضمن والشرط لغو، وكذا لو رهن فقال المرتهن للراهن: أخذه رهنا على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء جاز الرهن والشرط باطل، فإن ضاع ضاع بالمال.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: لو دفع إلى رجل زجاجة ليقطعها بأجر، وقال له: ضمانه عليك إن كسرتها؛ فكسرها ينظر إن كان مثلها ربما يسلم ضمنه، وإن كان لا يسلم لم يضمنه، وكذا لو استأجر دابة فقال صاحبها: لا تؤاجرها؛ فله أن يؤاجرها.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: لو أعار رجل شيئًا، وقال له: لا تدفع إلى غيرك؛ فدفع فهلك عنده ضمن؛ لأنه دفع بغير إذنه وللمعير الرجوع في العارية متى شاء؛ لأن العارية تبرع بتمليك المنفعة والتبرع بالعين لا يكون لازما قبل القبض فالتبرع بالمنفعة قبل القبض أولى وما لم يستوف من المنفعة في المستقبل لم يتصل بها القبض والتبرع قبل القبض لا يكون لازما فله أن يرجع.

(باب التأقيت والإطلاق في العارية)

العارية على أربعة أوجه: إما أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع جميعًا، أو تكون مقيدة فيهما جميعًا، أو تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع، أو على عكسه.

أما إذا كانت مطلقة فيهما بأن استعار دابة أو ثوبا ولم يبين الوقت ولا من يستعمله فله أن ينتفع أي منفعة شاء في أي وقت شاء وله أن يركب ويلبس غيره عملا بإطلاق العقد لأن جهة الانتفاع لم يكن منفعته في العقد والمنفعة، فإذا عين غيره للبس أو الركوب فقد عين جهة الانتفاع وعين المنفعة أيضًا فملك ذلك باعتبار التعيين لا على أنه تمليك؛ لأن المستعير للركوب واللبس لا يملك أن يعير غيره لتفاوت الناس فيه حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن، وإنما صحت الإعارة المطلقة؛ لأن الإعارة تصح مع جهالة المدة؛ لأن جهالة المدة في الانتفاع لا تقضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم لأنها غير لازمة.

وأما إذا كانت مقيدة فيهما بأن استعار شيئًا يوما وبين أنه يستعمله بنفسه فهو على وجهين إن كان الناس مما يتفاوت في استعماله كالركوب واللبس فليس له أن يركب ويلبس غيره؛ لأن المالك رضي بلبسه وركوبه حيث شرط عليه دون غيره فصار إركاب الناس غيره بغير إذن المالك فصار غاصبا وله أن يعير غيره للحمل؛ لأن الناس لا يتفاوتون في الحمل وللمستعير أن يعير ماء لا تتفاوت الناس فيه، وإن كان لا يتفاوت كسكنى الدار واستخدام العبد فله أن يعير غيره؛ لأنه إذا لم يقع التفاوت فيه لم يظهر فائدة التقييد باستبقائه وما لا فائدة فيه يلغو.

وأما إذا كانت مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل ما شاء في اليوم لأنها مطلقة في الحمل مقيدة في الوقت فالمطلق يجري على إطلاقه والمقيد على تقييده، فإن أمسكها بعد الوقت ضمن، قيل: هذا إذا انتفع بها في اليوم الثاني؛ لأنه إذا انتفع بها ما لم يدخل تحت العارية فضمن، فأما بمجرد الإمساك بدون الانتفاع لا يضمن؛ لأنه أمانة في يده كالمودع إذا أمسك بعد مضي الوقت، وإن لم ينتفع بها؛ لأنه أمسك مال غيره لنفسه بغير إذن صاحبه؛ لأن الإذن مؤقت وقد أمسك لنفسه؛ لأنه إنما يمكن من إمساكها بالقبض الأول وبالقبض الأول كان ممسكا لنفسه بخلاف المودع؛ لأنه يمسكها للمالك؛ لأن القبض السابق كان للمالك وإنما يمكن من إمساكها بالقبض السابق.

وأما إذا كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء مراعاة للقيد فيما قيد ومراعاة للإطلاق فيما أطلق.

(باب ما يضمن المستعير وما لا يضمن)

(**المبسوط**): استعار دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها غير الحنطة مثل كيلها ينظر إن كان مثلها في النقل أو أخف كالشعير والأرز ونحوه لا يضمن استحسانًا؛ لأن الشعير إذا كان مثل وزن الحنطة فهو في حق الضرر بالدابة كالحنطة بل الشعير أقل ضررا؛ لأنه يأخذ من موضع الحمل أكثر مما تأخذه الحنطة فيصير داخلا تحت

الإذن دلالة وفائدة التقييد نفي الضرر وتحمل زيادة، فإذا كان المحمول مثل المسمى في الحمل خفة وقدرا لم يكن خلافًا معنى، فلم يكن التقييد مقيدًا في حق هذا وصار كمن استعار دابة ليحمل عليها طعام نفسه فحمل عليها طعاما لغيره لم يضمن فكذا هذا.

وإن كان أثقل منه أو حمله أضر بالدابة بأن حمل حجرا أو أجزاء أو استعارها ليحمل عليها قطنا فحمل مثله حديدا ضمن؛ لأن حمل هذه الأشياء أضر بالدابة من حمل الحنطة؛ لأن الحديد والأجر والحجر أصلب وأحسن من الحنطة فيكون أدق للدابة من الحنطة، ولأن ثقل الحديد والحجر في موضع واحد من الدابة ونقل الحنطة والقطن يتفرق على جميع ظهرها وما يكون نقله في موضع واحد أدق بالدابة مما يكون نقله على جميع ظهرها وكذا إن استعار دابة ليركب فركب وأركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها، وقد تأتي مع تفريعها في الإجارات أعارها ليحمل عشرة مخاتم فحمل أحد عشر مخاتيم ضمن جزءًا من أحد عشر من قيمتها.

ولو أعارها ليطحن بها عشرة مخاتيم فطحن أحد عشر فعطبت يضمن جميع قيمتها والفرق أن في الطحن التلف حصل من المختوم الحادي عشر لأنها فرغت من طحن عشرة ولم يتصل بها التلف ولا بقي له أثر بالدابة وقد اتصل التلف بالحادي عشر فيكون التلف مضافا إليه لا غير وهو بغير إذن صاحبها فضمن جميع قيمتها وكان طحن عشرة قبل الحادي عشر بمنزلة جرح اتصل به الرد والحادي عشر بمنزلة جرح آخر بعد البرء واتصل به التلف يكون التلف مضافا إلى الجرح الأخير فكذا هذا.

فأما في الحمل التلف مضافا إلى حمل الكل؛ لأن حمل الكل وحد حمله والتلف يحصل عقيب الكل بمنزلة ما لو جرح دابة إنسان بإذنه ثم جرحه آخر بغير إذنه قبل برء الأول يضاف التلف إليهما وهكذا هذا.

استعار دابة إلى مكان معلوم وإليه طريقان مسلوكان فهو مخير، فإن كان أحدهما غير مسلوك لا يسلك إلا المسلوك، وإذا ذهب بها في طريق غير مسلوك يصير ضامنا؛ لأنه لما استعارها للذهاب إلى المكان المسمى ولا يمكنه الذهاب إليه إلا بسلوك الطريق دخل تحت الإذن الطريق المسلوك باعتبار العرف والعادة لا غير المسلوك.

استعار قوسا أو سيفا ليقاتل فانكسر في القتال لا يضمن؛ لأنه استعمله بإذن المالك ترك من دابة العارية ودخل مسجدًا في البلدة يضمن، وفي الصحراء ترك ليصلي لا يضمن؛ لأنه لما دخل المسجد فقد ضيعها؛ لأنه ترك حفظها لما غيَّبها عن عينه والأمين يضمن بترك الحفظ والتضييع كالمودع وفي الصحراء لم يترك حفظها لما أمسكها، ألا ترى لو سرقها رجل يقطع؛ لأنه سرق مالًا له حافظ وفي الصورة الأولى لا يقطع بالسرقة فعلى هذا المودع لو وضع الوديعة بين يديه فنام فضاع لا ضمان عليه؛ لأنه لم يترك حفظها، ألا ترى لو سرق إنسان يقطع؛ لأن له حافظ.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): لو استعار دابة فنام المستعير في المفازة ومقودها في يده فجاء إنسان وقطع المقود وذهب بالدابة لا يضمن؛ لأنه غير مضيع، ولو مد المقود من يده وأخذ بالدابة ولم يشعر بذلك يضمن؛ لأنه صار مضيعا متى نام نصفه أمكن لغيره مد المقود من يده وهذا يجب أن يكون تأويله إذا نام مضطجعا، أما إذا نام جالسا فلا؛ لأنه لا يعد مضيعا بل يعد حافظا، فإنه نص محمد أن المودع إذا نام جالسا فسرقت الوديعة يضمن فالمودع والمستعير سواء في هذا استعارها إلى موضع تركها إلى الفرات لسقيها وجهة الموضع غير جهة الفرات ضمن؛ لأنه إلى ناحية لم يؤذن له في الإخراج إليها فضمن كما لو أخرجها إلى السقي ويمكنه السقي بالإخراج إلى ناحية المأذون فيها فيكون متعديا لا محتسبًا ومصلحا للدابة بإخراجها إلى ناحية أخرى للسقي.

أرسل رسوله يستعير دابة إلى الحيرة فاستعارها إلى المدينة فركبها إليها لا يضمن؛ لأن العبرة لإذن المعير وإذنه كان إلى المدينة والركوب إليها حصل بإذن المالك فلا يضمن.

وإن ركبها إلى الحيرة يضمن؛ لأن المعير لم يأذن له بالركوب إلى الحيرة ولا يرجع على الرسول؛ لأنه في القبض والانتفاع بها كان عاملا لنفسه فلا يرجع بما ضمن على غيره كالموهوب له، هلكت العارية في يد المستعير ثم استحقت له أن يضمن أيهما شاء؛ لأن المعير ملكه بالضمان من وقت الغصب فصار معيرا ملك نفسه كما في الوديعة.

أما المستعير فلأنه قبض لنفسه؛ لأن منفعة قبضه خلصت له وفي الإجارة يرجع

المستأجر على الآجر ولا يرجع الآجر عليه؛ لأن منفعة قبض المستأجر راجعة إليهما للمستأجر بالانتفاع وللآجر من حيث تحصيل الأجر له إلا أن منفعة الآجر أكبر؛ لأنه يحصل له عينا ولنفسه منفعة والعين فوق المنفعة فاعتبر عاملا له كما بينا.

محجور استعار من مثله دابة فهلكت تحته ثم استحقت وضمن المستعير ليس لمولاه أن يرجع على الأول؛ لأنه في القبض عامل لنفسه كما في الحر.

وإن ضمن المعير يرجع مولاه في رقبة الراكب وكذلك إن كانت الدابة لمولى المعير له أن يضمن الراكب؛ لأن المولى ملك الدابة بالضمان فصار العبد الأول معيرا ملك مولاه بغير إذنه فوجب ضمانها على المستعير.

(**النوادر**): رجل استعار قلادة ذهب فقلد صبيا فسرق، فإن كان الصبي يضبط حفظ ما عليه لا يضمن؛ لأنه لم يضيع، وإلا يضمن؛ لأنه ضيعه حيث وضعه عند من لا يعقل حفظه.

امرأة أعارت شيئًا بغير إذن الزوج، فإن كان شيئًا من متاع البيت مما يكون في أيديهن عادة فضاع لم يضمن؛ لأنه إعارة بإذن الزوج دلالة، وإن كان من غيره يضمن، ولو استعار رقعة ليجعلها على قميصه أو خشبة يدخلها في بناية فهو ضامن؛ لأن هذا ليس بعارية لكنه قرض، هذا إذا لم يقل: لأردها عليك، فأما إذا قال: لأردها عليك؛ فهو عارية؛ لأن القرض عينه لا يكون واجب الرد فصار إعارة.

رجل دخل الحمام واستعمل قِصَاع الحمام فانكسرت لا يضمن وكذا إذا أخذ كوز الفقاع ليشرب فسقط وانكسر؛ لأنه عارية في يده.

وكذا لو دخل منزل رجل بإذنه وأخذ إناء من بيته بغير إذنه لينظر إليه فوقع من يده وانكسر لا يضمن؛ لأنه مأذون فيه دلالة؛ لأن الإذن بالدخول دلالة الإذن بذلك، ألا ترى أنه لو تناول كوزه فشرب منه فسقط من يده فانكسر لا يضمن كذا هذا بخلاف ما لو أتى سوقيا يبيع إناء وأخذه بغير إذنه لينظر إليه فسقط من يده فانكسر ضمن؛ لأنه غير مأذون دلالة لانعدام دلالة الإذن.

رجل طلب من رجل ثوبا عارية فقال له المعير: أعطيك عدا؛ فجاء المستعير في العد وأخذه بغير إذن صاحبه وتلف في يده ضمن؛ لأنه أخذه بغير إذنه، ولو استعار من رجل بقرًا فاستعمله في بركة من المرج فضاع ينظر إن علم أن المعير يرضى بكونه في المرعى يرعى وحده كما هو عادة بعض أهل الرساتيق لا يضمن؛ لأنه

تركه في المرج بإذنه، وإن لم يعلم ذلك منه بأن كانت العادة مشتركة ضمن؛ لأنه تركه بغير إذنه.

(باب ردِّ العارية)

مات المعير أو المستعير تُردُّ العارية؛ لأنها أمانة والأمانة مردودة مؤداة، ولو رد العارية إلى أحد من عيال المعير فضاعت لا يضمن؛ لأن له الحفظ بيد هؤلاء فكذا له الرد إليهم؛ لأن الرد من تمام الحفظ.

وكذا لو ردها إلى عند صاحبها وهو يقوم عليها أم لا، وكذلك لو لم يدفعها إلى عبده لكن ردها إلى اصطبله ومربطه أو إلى منزله يضمن قياسًا؛ لأنه لم يردها على المالك ولا على وكيله، وإنما وضعها في ملكه فيجب أن يضمن كما لو وضعه في أرضه، وكالغاصب إذا رد المغصوب إلى منزله لا يبرئ عن الضمان فكذا هذا ولا يضمن استحسانًا؛ لأن الرد حصل إلى يد المالك معنى واعتبارا؛ لأن المربط والمنزل والعبد الذي لا يقوم عليه في يده حكما واعتبارا كما في المربط ويد العبد يكون في يده حكما؛ لأن المربط صالح للحفظ للدواب ويد العبد كذلك، فإن المالك يحفظ دابته فيها، ولأن العادة جرت برد الدابة المستعارة إلى الاصطبل وبرد الجيران الأمتعة المستعارة إلى دور ملاكها من غير تسليمها إليهم.

وذكر في (**المنتقى**): لو كانت العارية شيئًا نفيسا كالجواهر فردها إلى هؤلاء يضمن؛ لأنه لم تجر العادة بطرحها في الدار ولا يدفعها إلى غلمانه وكذلك المستأجر فأما المودع لو رد الوديعة إلى منزل المالك أو إلى أحد من عياله قالوا يجب أن لا يضمن؛ لأن الوديعة أمانة كالعارية.

وذكر الحاكم في (**المنتقى**) والكرخي في (**مختصره**): أنه يضمن؛ لأن المالك لم يرض بيدهم حيث أودع عند غيرهم والقياس في العارية والإجارة كذلك ولكن ترك القياس ثمة للعادة وهذه العادة معدومة في الودائع هذا كله في ضمان العين، فأما ضمان الرد، ولو رد المستعير الدابة المستعارة إلى عبد لا يقوم عليها هل يبرئ عن الضمان لم يذكره محمد في الكتاب قال مشايخنا أن لا يتعدى؛ لأن ضمان الرد واجب

على المستعير بمنزلة ضمان العين على الغاصب ثم الغاصب إذا رد المغصوب على عبد لا يقوم عليه لا يبرئ؛ لأنه لم يرد على المالك ولا على وكيله فكذا المستعير.

وأما الغاصب إذا رد المغصوب على عبد يقوم عليه قال مشايخنا: على قياس العارية يجب أن يبرئ عن ضمان العين؛ لأن ضمان الرد هنا بمنزلة ضمان العين ثمة والعبد وكيل عن الغير في القبض دلالة؛ لأنه لما أمره بالحفظ وبالقيام عليه ولا يمكنه ذلك إلا بالقبض من المستعير والغاصب صار وكيلًا بالقبض من جهة المالك دلالة.

ولو رد المغصوب إلى منزل المالك لا يبرأ عن الضمان؛ لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالرد إلى المالك أو إلى نائبه حقيقة وهنا وجد الرد حكما لا حقيقة فوقع الشك في الرد فلا يسقط الضمان بالشك بخلاف العارية؛ لأن ثمة الضمان غير واجب فلو وجب إنما يجب بترك حفظ العين وقد ترك حفظه من وجه دون وجه فلا يجب بالشك، وإذا اختلف المعير والمستعير في الوقت والمكان أو فيما يحمل عليه فالقول للمعير مع يمينه؛ لأن الإذن يستفاد من المعير فيرجع في بيانه إليه فيثبت الإذن بقدر ما أقرَّ به المعير وفيما زاد صار المستعير مستعملا فيما لم يؤذن له فيه فيضمن.

ولو قال المستعير: أعرتني، وقال: لا بل غصبتني، لا يضمن إن كان لم يتركها؛ لأنه لم يقر بسبب الضمان وهو استعمالها وإن ركبها ضمن؛ لأنه وجد منه سبب ضمان وهو استعمالها ثم ادعى ما يبرئه وهو الإعارة فلا يقبل إلا بحجة.

(**المنتقى**): لو اشترى المودع بدراهم الوديعة متاعا ثم استردها بشراء أو هبة فردها إلى موضعها فضاعت لم يضمن؛ لأنه قد ردها إلى موضعها وأعاد فكان الأخذ على مالكها فارتفع سبب الضمان فبرئ.

ولو أخذ ثوب رجل بغير أمره من بيته أو أخذ دابته من إربه ثم ردها إلى بيته فهلك لم يضمن استحسانًا.

رجلان يسكنان في بيت واحد كل واحد في زاوية فاستعار أحدهما من صاحبه شيئًا، وطالبه المعير بالرد فقال المستعير: وضعتها في الطاق الذي في زاويتك؛

وأنكر المعير، فإن كان البيت في أيديهما لا ضمان عليه؛ لأنه إن لم يثبت الرد لم يصر المستعير مضيعا بالوضع في الطاق. ولو طلب المعير رد العارية من المستعير فقال المستعير: نعم أردها؛ وفرط في الرد حتى سرقت منه ينظر إن كان عاجزا عن الرد وقت الطلب لا يضمن؛ لأنه لم يجب عليه الرد، وإن كان قادرًا عليه ضمن؛ لأنه وجب عليه الرد بالطلب، فإذا لم يرد ومنعها ضمن إلا إذا نص المعير على الرضا وقال: لا بأس به؛ فلا يضمن؛ لأنه أسقط وجوب الرد بعد الطلب فلم يصر غاصبا بالمنع.

وذكر في النوازل: لو استعار كتابًا ليقرأ فوجد في الكتاب خطأ ينظر إن كان يعلم أن صاحب الكتاب لا يكره إصلاحه أصلحه؛ لأنه مأذون فيه دلالة، وإن علم أنه يكره إصلاحه لا يصلحه؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فالظاهر أنه يكره إصلاحه فلا بأس به.

(باب ما يرجع المستعير في المستعار وهو مشغول بملك المستعير وما لا يرجع)

استعار أرضًا ليبني أو يغرس فيها مطلقًا أو مؤقتًا له أن يرجع متى شاء وينقص البناء ويقطع الشجر؛ لأن العارية غير لازمة ولا يضمن للمستعير فيه البناء والغراس.

وقال الشافعي وابن أبي ليلى: يضمن.

والصحيح قولنا؛ لأن المعير لم يضمن سلامة البناء والأشجار ولم يوجد منه الغرور؛ لأن العارية تسترد والضرر إنما يلحق المستعير بمعنى من قبله متى بنى وغرس في ملك كان لغيره حق الاسترداد والرجوع.

وإن كانت العارية مؤقتة فرجع قبل مضي الوقت يضمن قيمة البناء والأشجار قائمة على الأرض غير مقلوعة منقوصة خلافًا لزفر.

له: أن ذكر الوقت لا يغير حكم العارية لأنها تصير لازمة بالوقت فكان له استردادها فيكون الضرر لاحقا بالمستعير من جهة المعير كما لو كانت العارية مطلقة.

لنا: أن المعير غره حيث وعد له وعدا في التبرع والإحسان به وبذكر الوعد

والوقت التزم السلامة فقد بنى المستعير فعله على وعد سابق جرى من المعير والظاهر من المستعير الوفاء بالوعد، فإذا لم يفِ بالوعد صار المستعير مغرورا من جهة المعير فيرجع عليه بما لحقه من الضرر والغرور من جهته كالمشتري إذا استحقت الأرض المبيعة يرجع على البائع بقيمة البناء والغرس بحكم الغرور هكذا هذا، وإن شاء المستعير قلع غرسه وبناه ولا يضمنه إذا لم يضر بالأرض، وإن كان يضر بالأرض لا يقلع إلا برضا صاحبها ويضمن له قيمته مقلوعا؛ لأنه يسلِّم الأرض إليه معمورة فلا يرد على المعير خبرته منقوصة فكان له أن يمنعه عن القلع نفيا للضرر عن نفسه ويملكه بالقيمة؛ لأنه صار محبوسا عنده ولا يضمن المعير بعد مضي الوقت شيئًا خلافًا للشافعي؛ لأنه متى وفى بالوعد لم يصر عاريا للمستعير.

ولو استعار أرضًا ليزرعها فزرع واستحصد له الرجوع، وإن لم يبلغ الحصاد لا يرجع ويبقى بأجرة الأرض؛ لأن المستعير غير متعد في الزراعة ولإدراك الزرع مدة معلومة فكان قطع حقه في المنافع إلى مدة معلومة بعوض أقل ضررا من تفويت حق الزارع في الزرع بلا عوض فتركنا الأرض في يده تأخيره دفعا لأكبر الضررين ومراعاة لكلا الحقين بخلاف البناء والأشجار؛ لأنه ليس لهما غاية معلومة قصده بقائهما ممتدَّة فكان ما يلحق المالك من الضرر يقطع حقه عن المنفعة على التأبيد، وإن قل بعوض يربي على ما يلحق المستعير من فوات حقه في الصنعة.

وذكر في (**النوازل**): لو بنى فيها حائطا من تراب صاحب الأرض ثم استرد المعير الأرض ليس للمستعير أن يرجع على المعير بما أنفق وليس له أن يهدم الحائط؛ لأنه لو هدم يصير مواتًا والتراب ملك صاحب الأرض.

استعار أرضا ليبني ويسكن، وإذا خرج فالبناء لرب الأرض فلرب الأرض أجر مثلها مقدار السكنى والبناء للمستعير؛ لأن هذه إجارة معنى؛ لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض ولما شرط البناء لنفسه فقد شرط عليه العوض بإزاء المنافع السابقة وكانت إجارة فاسدة لجهالة المدة والأجرة؛ لأن البناء مجهول قد يصغر وقد يكبر والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل.

كتاب الجهاد

يحتاج إلى معرفة: فرضية الجهاد، وسبب فرضيته، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وحكمه، ومن يفترض عليه، ومن يجب عليه حال شهود الواقعة.

أما الجهاد فريضة محكمة وقضية محتومة يكفر جاحدها ويضلل عائذها ثبتت فرضيتها بالكتاب والسنة وإجماع الأمة والمعقول:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

وأما السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله**"[(١)].

وقال عليه السلام: "**الجهاد ماض منذ بعثني الله إلى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتي الدجال**"[(٢)].

وأراد بقوله: "ماض" أي فرض واجب، قال الخليل: العِصابة بكسر العين وهي

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٨٧ (٣٩٢) قال: حدثنا نعيم، قال: حدثنا ابن المبارك. وفي (٣٩٣) قال البخاري: قال ابن أبي مريم: أخبرنا يحيى. و«أبو داود» (٢٦٤١) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك. وفي (٢٦٤٢) قال: حدثنا سليمان بن داود المهري، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يحيى بن أيوب. و«الترمذي» (٢٦٠٨) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا ابن المبارك. و«النسائي» ٧/٧٥، وفي «الكبرى» (٣٤١٤) قال: أخبرنا هارون بن محمد بن بكار بن بلال، عن محمد بن عيسى، وهو ابن سميع. وفي ٧/٧٦ و٨/١٠٩، وفي «الكبرى» (٣٤١٥) قال: أخبرنا محمد بن حاتم بن نعيم، قال: أنبأنا حبان، قال: حدثنا عبد الله. و«ابن حبان» (٥٨٩٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك.

ثلاثتهم: (عبد الله بن المبارك، ويحيى بن أيوب، ومحمد بن عيسى) عن حميد الطويل، فذكره.

(٢) أورده النفراوي المالكي في الفواكه الدواني (١/٤٦٦).

قطعة وطائفة من الرجال، وكذلك العصابة من الطير والخيل، واختلفوا في قدره؛ قيل: أربعون، وقيل: عشرة[١].

وأما كيفية فرضيته: فهو فرض كفاية ويعني به إذا قام به البعض سقط عن الباقين؛ لأن المقصود من الجهاد والقتال هو دفع شر الكفرة وقمعهم وكسر شوكتهم وتشتيت شملهم وتفريق جمعهم وتوهين كلمتهم وإطفاء ثائرتهم وإعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز دين الإسلام والدعاء إلى دين الحق وذلك يحصل بالبعض، فإذا قام به البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة إلا أن يقع النفير عاما فحينئذ يفترض على كل من يقدر على القتال أن يقاتل بنفسه وبماله قال الله تعالى: ﴿ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَٰهِدُواْ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٤١]، ولأن الكفاية والمقصود لا يحصل وهو دفع شر الكفرة وإطفاء ثائرتهم فيفترض على الكل حتى يجب على العبد أن يخرج بغير إذن مولاه، وعلى المرأة القادرة على المقاتلة أن تخرج بغير إذن زوجها وعلى الولد بغير إذن أبويه وأحدهما إذا كان الآخر ميتًا.

وأما سبب فرضيته: هو المحاربة معنى لأنفس الكفر؛ لأن الكفر كبيرة تختص بالقلب ضرورة لا تتصل بالعباد فيقتضي جزاؤه مؤخرًا إلى دار الآخرة لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَبِعَكَ مِنْهُمْ فَإِنَّ جَهَنَّمَ جَزَآؤُكُمْ جَزَآءً مَّوْفُورًا ﴿٦٣﴾﴾ [الإسراء: ٦٣] إلا إذا عمل بموجب اعتقاده من المحاربة مع من يخالفه في الدين فيتعدى ضرر كفره إلى الحي المعصوم بفوات حياته فيجب المقاتلة والمحاربة معه لدفع ضرر كفره وشره يتعدى إلى العباد بفوات حياتهم، ولهذا ما شرعت الحدود والعقوبات في الدنيا إلا زواجر وروادع عن المعاصي دافعة لضرر يتصل بالعباد، ولهذا لا تقتل النسوان والذراري والزمنى والمقعد والأعمى لعدم المحاربة منهم إلا أن المحاربة متى تحققت لا يمكن دفعها فأقيم سبب المحاربة مقامها وهو البينة الصالحة للحراب إقامة السبب مقام المسبب.

---

(١) انظر: ابن عابدين ٢١٩/٣، وكشاف القناع ٣٢/٣، ٣٣، والمغني ٣٤٦/٨.

وأما تفسيره: فالجهاد هو الدعاء إلى دين الحق والقتال مع من امتنع وتمرد عن القبول إما بالنفس أو بالمال. وأما تفسير السير لغة فالسير جمع سيرة وهي طريقة الرجل في أموره ومنه سيرة الملوك لكن في عرف الشرع متى أطلق يراد به طريقة رسول الله صلى الله عليه وسلم في مغازيه على الخصوص، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: "**لكل نبي حرفة وحرفتي الجهاد، وإنما رزقي بجنب ظلال رمحي**".

وأما ركنه: فالمسير إليهم بقوة وشوكة وذلك يكون بالعدد والعدة؛ لأن القتال يقوم به وركن الشيء ما يقوم الشيء به.

وأما شرط إباحته: فشيئان:

أحدهما: امتناع العدو عن قبول ما دعي إليه من دين الحق وعدم الأمان والعهد بيننا وبينهم؛ لأن القتال ما شرع لعينه؛ لأنه إفساد وتخريب بيئة صالحة للنهوض بأعباء التكاليف، وإنما شرع ليلين رقابهم ويميل قلوبهم لقبول دين الحق وربما يحصل هذا المعنى بالدعوة وإبراز الحجة من غير قتال والقتال أشر من الدعوة وإبراز الحجة، فإنه مخاطرة بالروح الذي هو رأس مال الآدمي وبهما يحصل المقصود بأيسر الأمرين وأدونهما لا يصار إلى أشدهما أو باجتهاد من تعمد عليه في اجتهاده وآرائه، وإن كان لا يرجو القوة والشوكة للمسلمين في القتال، فإنه لا يحل له القتال لما فيه من إلقاء نفسه في التهلكة.

وأما حكمه: فسقوط الواجب عن ذمته في الدنيا ونيل المثوبة والسعادة في الآخرة كما في سائر العبادات.

وحكي أن محمد رحمه الله لما صنف السير الصغير وقع بيد الأوزاعي عالم أهل الشام فقال: لمن هذا الكتاب؟ فقيل: لمحمد العراقي، فقال: ما لأهل العراق والتصنيف في هذا الباب، فإنه لا علم لهم بالسير ومغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه كانوا من جانب الشام، فبلغ ذلك محمد فغاظه ففرغ نفسه حتى صنف السير الكبير فحكي أنه لما نظر فيه الأوزاعي فقال: لولا ما ضمنه من الأحاديث وإلا فقلت وضع العلم من نفسه وإن الله تعالى جعل جهة الصواب في رأيه واجتهاده صدق الله ﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِى عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴿٧٦﴾﴾، ثم أمر محمدًا أن يكتب هذا

الكتاب في ستين دفترا وأن يحمل على عجلة وبعث إلى باب الخليفة فقيل للخليفة: إن محمدا قد صنف كتابا في السير يحمل على العجلة إلى الباب، فأعجبه ذلك وعدّه من مفاخر أيامه، فلما نظر فيه ازداد إعجابه به ثم بعث أولاده إلى مجلس محمد يسمعون منه، وكان إسماعيل بن توبة القزويني مؤدب أولاد الخليفة فكان يحضر معهم يحفظهم فسمعوا الكتاب، فجمعت في هذا الكتاب بين مسائل (**السير الصغير**) و(**السير الكبير**) إكبارًا للفوائد وإكمالًا للفرائد تغمد الله مؤلفها محمد بغفرانه وأسكنه أعلى جنانه بفضله وإحسانه.

ثم مسائل هذا الكتاب تنقسم إلى خمسة أقسام:

قسم في صفة الجهاد وكيفية القتال وأحكامه.

وقسم في الأمان والموادعة والمصالحة.

وقسم في حكم الغنائم والأنفال وكيفية قسمتها.

وقسم في أحكام الأسر أو المستأمنين.

وقسم في أحكام المرتدين والخوارج والبغاة.

(القسم الأول في صفة الجهاد والقتال)

(باب صفة الجهاد والوصية للأمير)

(**السير الكبير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في فضيلة الجهاد والحث عليه.

والثاني: في الوصية [للأمير][1].

(فصل)

ذكر محمد بن الحسن رحمة الله عليه في (**السير الكبير**) بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**إن الله تعالى بعثني بالسيف بين يدي الساعة، وجعل**

(١) ما بين المعكوفتين في (س): للأمراء.

رزقي تحت ظل رمحي، وجعل الذل والصغار على من خالفني، ومن تشبه بقوم فهو منهم وصفته في التوراة: نبي الملحمة عيناه حمراوان من شدة القتال، وفي صفة هذه الأمة: أناجيلهم في صدورهم وسيوفهم [على][1] أعناقهم".

وعن سفيان بن عيينة رضي الله عنه بُعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بأربعة سيوف سيف لقتال المشركين باشر به القتال بنفسه، وسيف لقتال أهل الردة كما قال الله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦] فقاتل به أبو بكر رضي الله عنه، وسيف لقتال أهل الكتاب والمجوس قال الله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٢٩] فقاتل به عمر رضي الله عنه، وسيف لقتال المارقين كما قال الله تعالى: ﴿فَإِنۢ بَغَتۡ إِحۡدَىٰهُمَا عَلَى ٱلۡأُخۡرَىٰ﴾ فقاتل به علي على ما رُوي عنه رضي الله عنه أنه قال أمرت بقتال المارقين والناكثين والقاسطين، وقوله: "**جعل رزقي تحت ظل رمحي**"؛ المراد به حل الغنائم لهذه الأمة وما كانت تحل لأحد قبل بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله: "**جعل الذل والصغار على من خالفني**"، أي ذل الشرك وقوله: "**من تشبه بقوم فهو منهم**" أي من تشبه بالمجاهدين في الخروج معهم والسعي في بعض حوائجهم وتكثير سوادهم وتمهيد أسنانهم فهو منهم في استحقاق الغنيمة في الدنيا ونيل الفوز والمثوبة في الآخرة وعن عمر رضي الله عنه قال: إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر وكرهتم الجهاد ذللتم حتى يطمع فيكم عدوكم. والعين جمع العينة وهو نوع بيع أحدثه البخلاء من أكلة الربا للتحرز عن محض الربا كما يأتي في كتاب الخيل وقوله: اتبعتم أذناب البقر؛ أي اشتغلتم بالزراعة وتركتم الجهاد أصلا ولا يترك الجهاد لجور الأمراء وحيف الولاة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر عصابة من أمتي الدجال، ولا يصده جور جائر ولا عدل عادل**".

ذكر محمد في (**السير الكبير**) بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يوم أحد: "**إن الله تعالى جعل أرواح من استشهد من إخوانكم في أجواف**

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): في.

طير خضر ترد أنهار الجنة تأكل من ثمارها ثم تأوي إلى قناديل معلقة في ظل العرش، فلما أصابوا طيب مأكلهم ومشربهم قالوا: ليت إخواننا يعلموا ما نحن فيه فيجدُّون في الجهاد"، وفي ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ ٱلَّذِينَ قُتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [آل عمران: ١٦٩] وجاء في الحديث: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من استشهد في سبيل الله فبأول قطرة تقطر من دمه يغفر له جميع ذنوبه، وبالقطرة الثانية يكسى حلة الكرامة، وبالقطرة الثالثة يزوج الحور العين**"، ثم هذه الدرجة للشهداء إذا كان قتل محتسبا صابرا مقبلا غير مدبر ويريد بالجهاد مرضات الله وإعزاز الدين وإعلاء كلمة الله تعالى ولا يريد عرض الدنيا وحطامها ونيل المنقبة ووجاهها.

(فصل)

(**السير الصغير**): افتتح محمد بن الحسن رحمه الله الكتابين بحديث رواه عن أبي حنيفة عن علقمة عن مربد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه رضي الله عنهم أنه قال: "**كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث جيشًا أو سرية أوصى صاحبهم بتقوى الله تعالى أي أميرهم، فاغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، ولا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا الأولاد، وإذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم إلى ثلاث خصال إلى الإسلام، فإن أسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن أبوا فانبذوا إليهم أي أعلموا بالقتال، وإذا حاصرتم حصنا أو مدينة فأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم، فإنكم لا تدرون ما حكم الله فيهم، ولكن أنزلوهم على حكمكم، ثم اقضوا فيهم ما رأيتم، وإذا أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله، ولكن أعطوهم ذمتكم وذمة آبائكم، فإنكم إن تخفروا ذمتكم وذمة آبائكم أهون من ذمة الله وذمة رسوله**"[1] وإخفار الذمة نقضها، يقال: خفروا خفرا أي: نقض العهد وذم إذا عاهدتم.

---

(١) أخرجه «مسلم» ١٣٩/٥ (٤٥٤٢ و٤٥٤٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، عن سفيان (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا يحيى بن آدم، =

وهذا الحديث مشتمل على كثير من المواعظ والفوائد منها قوله صلى الله عليه وسلم إذا بعث جيشا أو سرية فيه دليل على أن الجيش غير السرية، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: "**خير الرفقاء أربعة، وخير الطلائع أربعون، وخير السرايا أربعمائة، وخير الجيوش أربعة آلاف، ولن يغلب اثني عشر ألف عن قلة إذا كانت كلمتهم واحدة**"[1].

ثم الجيش مأخوذ من جاش يجيش جيشًا إذا علا فسمي الجيش جيشا لأن الأرض تغلي بهم لكثرتهم، والسرية اسم مأخوذ من سَري يَسري إذا

=

قال: حدثنا سفيان، قال: أملاه علينا إملاء (ح) وحدثني عبد الله بن هاشم، واللفظ له، قال: حدثني عبد الرحمن، يعني ابن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي ٥/١٤٠ (٤٥٤٤) قال: وحدثني حجاج بن الشاعر، قال: حدثني عبد الصمد بن عبد الوارث، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤٥٤٥) قال: حدثنا محمد بن عبد الوهاب الفراء، عن الحسين بن الوليد، عن شعبة. و«ابن ماجه» (٢٨٥٨) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن يوسف الفريابي، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (٢٦١٢) قال: حدثنا محمد بن سليمان الأنباري، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي (٢٦١٣) قال: حدثنا أبو صالح الأنطاكي، محبوب بن موسى، قال: أخبرنا أبو إسحاق الفزاري، عن سفيان. و«الترمذي» (١٤٠٨ و١٦١٧) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٦١٧م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا أبو أحمد، عن سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٥٣٢) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يعلى بن عبيد، قال: حدثنا إدريس الأودي. وفي (٨٦٢٧) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا عبد الصمد، قال: حدثنا شعبة. وفي (٨٧١٢) قال: أخبرنا عبد الرحمن بن محمد ابن سلام، قال: حدثنا إسحاق الأزرق، عن سفيان. وفي (٨٧٣١) قال: أخبرني أحمد بن حفص بن عبد الله، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن شعبة بن الحجاج. و«أبو يعلى» (١٤١٣) قال: قرئ على بشر بن الوليد، عن أبي يوسف، عن أبي حنيفة. و«ابن حبان» (٤٧٣٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: أخبرنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان، وأملاه علينا إملاء.

خمستهم: (سفيان الثوري، ومعمر، وشعبة، وإدريس، وأبو حنيفة) عن علقمة بن مرثد، عن سليمان بن بريدة، فذكره.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٨٢٧) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا عبد الملك بن محمد الصنعاني، قال: حدثنا أبو سلمة العاملي، عن ابن شهاب، فذكره.

سار سيرا فكأنهم سموا بذلك لأنهم يسيرون ليلا دون النهار لكي لا يطلع عليهم أحد ومنها: أنه أوصى الأمير بتقوى الله تعالى، وهذا هو السبيل في كل من تقلد أمرًا من المصالح العامة أن يتقي الله تعالى ويخشى من عذابه ويرجو من فضله على حفظ حدوده وإقامة حقوقه وإقامة المعدلة ودفع المظلمة خصوصا الجهاد، فإنه أمر عظيم ومن يرصد لإقامة أمر عظيم لا يوفق لإقامته إلا إذا اتَّقى؛ لأنه متى لم يتَّقِ يصير مخذولًا لا ينصر لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "**إن أهون الناس عند الله تعالى وأبعدهم من الله وأعتاهم على الله رجل ولاه الله تعالى ولم يعدل**" والعتو والعتا هو الاستنكار ومجاوزة الحدود.

ومنها: قوله عليه السلام: "**اغزوا بسم الله**"؛ لأن افتتاح الأمور كلها يستحب بالتسمية تبركا فكيف الجهاد وإنه من أهم الأمور.

ومنها: قوله صلى الله عليه وسلم: "**لا تغلوا**" نهى عن الغلول، والغلول أن يأخذ شيئًا من الغنيمة ليستبد به، ونهى عن الغدر وهو الخيانة وهذا إذا كان بعد الأمان، وأما قبل الأمان فلا بأس به؛ لأنه يكون حيلة وخدعة، وقد قال عليه السلام: "**الْحَرْبُ خُدْعَةٌ**"[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٤/٢٤٤ (٣٦١١) و٦/٢٤٣ (٥٠٥٧) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان. وفي ٩/٢١ (٦٩٣٠) قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثنا أبي. و«مسلم» ٣/١١٣ (٢٤٢٧) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وعبد الله بن سعيد الأشج، جميعا عن وكيع، قال الأشج: حدثنا وكيع. وفي ٣/١١٤ (٢٤٢٨) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس (ح) وحدثنا محمد بن أبي بكر المقدمي، وأبو بكر بن نافع، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٤٢٩) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا جرير (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، وزهير بن حرب، قالوا: حدثنا أبو معاوية. و«أبو داود» (٤٧٦٧) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان. و«النسائي» ٧/١١٩، وفي «الكبرى» (٣٥٥١) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. وفي «الكبرى» (٨٥١٠) قال: أخبرنا محمد بن معاوية بن يزيد، قال: حدثنا علي بن هاشم. و«أبو يعلى» (٢٦١) قال: حدثنا أبو خيثمة، زهير بن حرب، قال: حدثنا أبو معاوية، محمد بن خازم. وفي (٣٢٤) قال: حدثنا عبيد الله، =

ومنها: أنه نهى عن المثلة وقالوا: هذا النهي محمول على ما بعد الظفر بهم فأما قبل الظفر فلا بأس بالمثلة قال الله تعالى: ﴿فَٱضْرِبُواْ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ وَٱضْرِبُواْ مِنْهُمْ كُلَّ بَنَانٍ ﴿١٢﴾﴾ [الأنفال: ١٢] وضرب البنان مثله، ولأن القتال بالسهام مباح وربما يصيب موضعا يصير مثله.

ومنها: أنه نهى عن قتل الأولاد لما روي: "أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى امرأة مقتولة يوم الفتح وقال: **هذه كانت هذه تقاتل فلم قتلت؟ أدرك خالدا وقل له: لا تقتلن عسيفًا ولا ذرية**"، ولأن من لا يصلح للمحاربة لا يوجد منه المحاربة لا حقيقة ولا اعتبارًا فلا يباح قتله كما بينا.

ومنها أنه أمر بتقدم الدعوة إلى الإسلام على القتال قالوا: وهذا كان في ابتداء الإسلام حين لم ينتشر الإسلام ولم يستفض فأما بعدما انتشرت واستفاضت وعرف كل مشرك إلى ماذا دعي يحل له القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك، فإن اعتبر بغير تجديد الدعوة جاز لما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم أغار على بني المصطلق ولم يجدد الدعوة**"، وإن جدد الدعوة فهو أحوط.

ومنها قوله: "**فادعوهم إلى إعطاء الجزية**" وهذا في حق الكفار أجمع إلا مشركي العرب ومتنامي ذلك.

ومنها قوله: "**فإن أبوا إعطاء الجزية فانبذ إليهم**"، قالوا: وإنما يجب النبذ والإعلام إذا كان بيننا وبينهم أمان مؤقت وقد رأى الإمام الصلاح نفي نقض ذلك فيجب أن يعلمهم نفيا للعذر والجناية، فإذا لم يكن بيننا وبينهم أمان، فإنه لا يجب النبذ والإعلام؛ لأنه لا يتصور فيه العذر والخداع.

=

قال: حدثنا وكيع. و«ابن حبان» (٦٧٣٩) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا محمد بن كثير العبدي، قال: أخبرنا سفيان.

سبعتهم: (سفيان الثوري، وأبو معاوية، محمد بن خازم، ووكيع بن الجراح، وحفص بن غياث، وعيسى بن يونس، وجرير بن عبد الحميد، وعلي بن هاشم) عن سليمان الأعمش، عن خيثمة بن عبد الرحمن، عن سويد بن غفلة، فذكره.

ومنها قوله: "**فإن أرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله فلا تنزلوهم فإنكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم**"، وسنبين ذلك في بابه وهذا دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب.

وهذا الحديث استدل به أبو يوسف في مجلس هارون الرشيد على المعتزلة أن المجتهد يخطئ ويصيب، إذ لو كان مصيبًا لا محالة لم يكن لقوله صلى الله عليه وسلم: "**فإنكم لا تدرون ما حكم الله فيهم**" فائدة ومعنى، ولأنا نقول باجتهادنا أن المجتهد يخطئ ويصيب، ماذا يقولون في اجتهادنا أصواب أم خطأ؟ إن قالوا: خطأ؛ ثبت أن المجتهد يخطئ ويصيب، فبطل ما قالوا: إن لكل مجتهد مصيب، ولأن ما قالوا يؤدي إلى المحال؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون الحظر والإباحة والنفي والإثبات حقا عند الله تعالى في حالة واحدة وهذا محال؛ لأن العمل به متعذر وما أدى إلى المحال فهو باطل.

(باب القتال والفرار من الزحف)

(**السير الصغير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في كيفية القتال.

والثاني: في الفرار من الزحف وتركه.

(فصل)

ويجوز القتال في الأشهر الحرام والنهي عن القتال فيها منسوخ هكذا قاله مجاهد لقوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ [التوبة: ٥] وعن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المحرم ولا بأس بأن يغزو ليلا ونهارًا بغير الدعوة إلى الإسلام كما بينا.

ولو ترك الدعوة وقاتلهم فأغار عليهم هل يباح لم يذكره محمد، واختلف المشايخ فيه، قيل: يباح؛ لأن الدعاء إلى الإسلام قد انتشر وشاع واشتهر في دار الحرب فيقوم الشيوع مقام البلوغ إلى كل أحد كالذمي إذا أسلم في دار الإسلام

ولم يعلم بالشرائع يلزمه القضاء وقيل: لا يباح؛ لأن الدعاء إلى الإسلام شاع في بعض بلاد الحرب ولم يشع في البعض، وما شاع في بعض البلد لا يعتبر في البعض، ولهذا لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يعلم بالشرائع لا يلزمه القضاء ويخربون حصونهم ويعرفونها، وإن كان فيها أطفال أو المسلمون خلافًا للأوزاعي والشافعي إلا أن لا يتهيأ الفتح إلا به.

والصحيح قولنا لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم غزا بني النضير خرب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بيوتهم بأنفسهم ويهربون من وراء الجدار فأنزل الله تعالى قوله: ﴿يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الحشر: ٢] وأحرق غيظهم، عليهم دويرة بني المصطلق، وكذلك حاصر أهل الطائف ورماهم بالمنجنيق وكان فيهم المسلمون غير أنه لا يتعمد المسلم، ولأن تخريب الحصون وقطع نخلها، وإن كان إفساد مال ولكن سبب لكسر شوكتهم ولحوق غيظهم، وإتلاف المال لفائدة مشروع حتى لو تيقنا الفتح بدونه يلزمه ذلك وإليه أشار قوله تعالى: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ﴾ [الحشر: ٥] أي النخيل الكرام ﴿أَوْ﴾ ﴿قَائِمَةً عَلَىٰ أُصُولِهَا﴾ الآية أي تركتموها ﴿فَبِإِذْنِ اللَّهِ﴾ الآية.

رمى إلى بلد ما بالمنجنيق أو بسهم إلى الكفار وفيهم أطفال ومسلمون جاز وكذلك إذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأساريهم ويتعمد برميه الجري جاز لما فيه من ضرورة إقامة الفرض عليهم وهو الجهاد؛ لأن الله تعالى فرض الجهاد مع علمه بأن ديارهم لا تخلو عن المسلمين تاجرًا أو أسيرًا أو أطفالا وصغارا وإليه أشار محمد رحمه الله لو كان يكف عن قتال أحل الحرب صيانة لمن لا يحل قتله عن الهلاك لم يقاتلوا أبدًا ولتقاعدوا عن الجهاد، فعند الشافعي لا يحل ما لم يوجد منهم البداية بالرمي وهذا ضعيف لأنهم لما تترسوا وجرموا للمحاربة فقد قصدونا بالقتال واحتجنا إلى الدفع، فلو انتظر البداية منهم ربما لا يمكنه دفع القتل عن نفسه لأنهم يصيبون المسلمين في أول المرة كما في الشاهر سيفه لا ينتظر المشهور عليه بابتدائه بالقتل؛ لأنه متى انتظر ربما تأتي عليه ضربته بموت فلا يحصل الدفع فكذا هذا ولا كفارة عليه ولا دية إن أصاب مسلما؛ لأنه أبيح له الرمي فسقط حرمة المؤمن.

(السير الكبير): ولا بأس بأن يحمل الرجل وحده على العدو، وإن كان بحيث ينكئ فيهم ظاهرًا لما روي أنه فعل ذلك جماعة من الصحابة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد ومدحهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه نزل قوله تعالى: ﴿ وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡرِي نَفۡسَهُ ٱبۡتِغَآءَ مَرۡضَاتِ ٱللَّهِۗ ﴾ [البقرة: ٢٠٧]، وإن كان يعلم أن لا ينكئ بل يقتل قط، فإنه لا يحل له أن يحمل عليهم؛ لأنه لا يحصل بحملته شيء مما يرجع إلى إعزاز الدين بل يكون ملقيا نفسه في الهلكة بخلاف ما إذا كان ينهى قوما من فساق المسلمين عن منكر وهو يعلم أنهم لا يمتنعون بنهيه وأنهم يقتلون فلا بأس بالإقدام عليه وهو العزيمة، وإن كان يجوز له أن يرخص في السكوت؛ لأن هناك القوم يعتقدون ما يأمرهم به نهاهم عنه فلا بد من أن يكون نهيه مؤثرا في باطنهم فأما الكفار فغير معتقدين لما يدعوهم إليه فالظاهر أنهم يقتلونه فلا يسعه الإقدام عليه.

طعن بالرمح في جوفه لا يكره أن يمشي إلى صاحبه من غير نزع الرمح ليضربه بالسيف؛ لأنه تيقن بموته وهذا إذا غلب على ظنه أنه ينكئ بالعدو مكانه؛ لأن في الذهاب والرمح في جوفه زيادة تعرض نفسه للهلاك وتعريض نفسه للهلاك مباح إذا غلب رأيه أنه ينال من عدو نيلا وينكئ به نكاية وهذا أولى وإن علم يقينا أنه لا ينكئ به نكاية لا يباح له الذهاب؛ لأنه متى استيقن أنه لا ينكئ بهم لا يكون ذلك جهادا؛ لأنه إهلاك نفسه من غير فائدة، وإذا رجا حياته فنزع الرمح أولى.

القيت النار في سفينة فيها مسلمون يميل إلى الصبر أو ألقى نفسه في الماء عندهما؛ لأنه ابتلى بشرين فيميل إلى أهونهما عنده. قال محمد: الصبر على النار أولى ليصير قتيلا بفعل غيره لا بفعل نفسه إلا أن العذر لهما على هذا أنه يلقي نفسه في الماء عن اضطرار وفعل المضطر ينتقل إلى من اضطره فصار متلفا بفعل غيره في الحالين.

ولا يستحب للنساء القتال مع العدو؛ لأنه ليس لها بُنْيَةٌ صالحة للقتال، وربما يكون في قتالها كشف عورة للمسلمين فيفرح به المشركون، وربما يكون المشركين على المسلمين ويستدلون على ضعفهم حيث احتاجوا إلى استعانة بالنساء على قتالها إلا أن يضطر المسلمون إلى ذلك، فإذن دفع شر المشركين عند تحقق الضرورة

واجب ولا بأس للعجائز أن يحضرن الحرب لمداواة الجرحى والطبخ والخبز وغيره للغزاة إذا احتاجوا إلى ذلك؛ لأن في ذلك إعانة للمجاهدين بما يليق بها من العمل.

(فصل)

ولا يستحب لرجل من المسلمين به قوة أن يفر من رجلان من المشركين لقوله تعالى: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ ۖ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ ﴿١٦﴾ ﴾ [الأنفال: ١٦] أي يتجاوز فيتوجه إليهم يقال: تجوز وتحيَّز إلى فلان أي انضم إليه والفئة القوم والجماعة قال بعض أهل التفسير: كان هذا يوم بدر خاصَّة إذا لم يكن فيه للمسلمين يتجاوزون إليها غير رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: أكثرهم على أنه لم ينسخ هذا الحكم والفرار من الزحف من الكبائر على ما قال عليه السلام: "**خمس من الكبائر لا كفارة فيهن**"، وذكر من جملتها الفرار من الزحف. وقال: "**إن من أعظم الموبقات الشرك بالله وأكل مال اليتيم والتولي يوم القتال وقذف المحصنات**" ثم إن كان عدد المسلمين مثل نصف عدد المشركين لا يحل لهم الفرار منهم وكان الحكم في الابتداء أنهم إذا كانوا مثل عشر المشركين لا يحل لهم أن يفروا كما قال الله تعالى: ﴿إِن يَكُن مِّنكُمْ عِشْرُونَ صَٰبِرُونَ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ﴾ [الأنفال: ٦٥] ومن أخبر الله تعالى أنه غالب فليس له أن يفر، ثم خفف الأمر وقال: ﴿ ٱلْـَٰٔنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ ۚ﴾ [الأنفال: ٦٦] وهذا إذا كانت لهم قوة القتال بأن كانت معهم أسلحة، فأما من لا سلاح له لا بأس بأن يفر ممن معه السلاح، وكذا لا بأس بأن يفر الواحد من الثلاث إلا أن يكون المسلمون اثنا عشر ألفا كلمتهم واحدة فحينئذ لا يجوز لهم أن يفروا.

وذكر عن ابن عمر رضي الله عنهما فيما قال: بعث رسول الله صلى الله عليه

وسلم سرية قبل نجد وأنا فيهم فحاص[١] المسلمون حيصة، يعني انهزموا من العدو فلما قدمنا المدينة قلنا: نحن الفرارون، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "**بل أنتم العكارون[٢] في سبيل الله وأنا لكم فئة**"[٣]، والمراد بالعكار الراجع إلى القتال في سبيل الله يعني كان هذا تحيزا منكم إلي أنا لكم فيه ارجعوا معي إلى القتال والجهاد في سبيل الله تعالى.

---

(١) قوله: «فحاص» بالمهملات، قال في "الدر النثير": حاصوا حيصة جالوا جولة والمحيص المحيد وحيصة من حيصات الفتن أي: رويحة منها.

(٢) قوله: «العكارون» بفتح العين المهملة وتشديد الكاف، قال في (مختصر النهاية): العكارون الكرارون إلى الحرب والعطافون نحوها يقال للرجل تولى عن الحرب ثم يكر راجعًا إليها عكر واعتكر.

(٣) أخرجه الحميدي (٧٠٤) قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ٥٦١/٨ (٢٦٧٢٩) قال: حدثنا محمد بن فضيل. وفي ٥٦٢/٨ (٢٦٧٣٠) و٥٣٥/١٢ (٣٤٣٧٤) قال: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان. و«أحمد» ٢٣/٢ (٤٧٥٠) قال: حدثنا محمد بن فضيل. وفي ٥٨/٢ (٥٢٢٠) قال: حدثنا وكيع، عن علي بن صالح. وفي ٧٠/٢ (٥٣٨٤) قال: حدثنا حسن، قال: حدثنا زهير. وفي ٨٦/٢ (٥٥٩١) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ٩٩/٢ (٥٧٤٤) قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي ١٠٠/٢ (٥٧٥٢) قال: حدثنا خلف بن الوليد، قال: حدثنا خالد، يعني الطحان. وفي ١١٠/٢ (٥٨٩٥) قال: حدثنا إسحاق بن عيسى، وأسود بن عامر، قالا: حدثنا شريك. و«البخاري» في «الأدب المفرد» (٩٧٢) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا أبو عوانة. و«ابن ماجه» (٣٧٠٤) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن فضيل. و«أبو داود» (٢٦٤٧ و٥٢٢٣) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير. و«الترمذي» (١٧١٦) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٥٥٩٦) قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا سفيان. وفي (٥٥٩٧) قال أبو علي (هارون بن معروف): وزاد فيه ابن فضيل. وفي (٥٧٣٧) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا محمد بن فضيل. وفي (٥٧٨١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير.

عشرتهم: (سفيان بن عيينة، ومحمد بن فضيل، وعبد الرحيم بن سليمان، وعلي بن صالح، وزهير بن معاوية، وشعبة بن الحجاج، وخالد الطحان، وشريك بن عبد الله، وأبو عوانة الوضاح، وجرير بن عبد الحميد) عن يزيد بن أبي زياد، أن عبد الرحمن بن أبي ليلى حدثه، فذكره.

(باب من يكره له الخروج للقتال بغير إذن ومن لا يكره)

(**السير الكبير**): ولا يخرج الرجل إلى الجهاد إلا بإذن والديه؛ لأن بر الوالدين وترك ما يلحقهما من المشقة والتعب فرض عليه عينا، والجهاد فرض على الكفاية إذا لم يكن النفير عاما فعليه أن يقدم الأقوى وفي خروجه إلحاق الضرر والمشقة بهما، فإن المجاهد على خطر الهلاك، فإن أذنا له فليخرج، وإن أذن أحدهما دون الآخر فلا يخرج مراعاة لحق الذي لم يأذن منهما.

وأصله ما رُوي أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إني جئت أجاهد معك وتركت والدي يبكيان، فقال: "**اذهب وأضحكهما كما أبكيتهما**" وأفضل الجهاد ما كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم أمره بالرجوع لكراهية الوالدين بخروجه.

ولما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أفضل الأعمال قال: "**الصلاة لوقتها ثم بر الوالدين ثم الجهاد في سبيل الله**" فهذا تنصيص على تقديم بر الوالدين على الجهاد والوالدان في سعة من أن لا يأذنا له إذا كان يدخلهما من ذلك مشقة شديدة لأنهما يحملانه على ما هو الأقوى في حقه وهو برهما.

وكذلك إن مات أحد أبويه؛ لأن السبب الموجب للبر في حق الحي كامل وإن كانا كافرين أو أحدهما وهو مسلم وكرها خروجه للجهاد أو كره الكافر منهما ينظر إن كان إنما كره ذلك لمخافة على نفسه أو للمشقة التي تلحقه بخروجه فلا يخرج إلا بإذنه؛ لأن في بر الوالدين يستوي فيه المسلم والكافر قال الله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] والمراد الأبوان المشركان بدليل قوله: ﴿ وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِي ﴾ الآية.

وإن كان نهاه عن ذلك لكراهية أن يقاتل مع أهل دينه لا شفقة عليه فيخرج ولا

يطيعه؛ لأن شركه دعاه إلى نهيه عن الخروج وحمله عليه وليس عليه طاعته في داعية الشرك، وإنما يعرف ذلك بغالب الظن والرأي؛ لأن فيما لا طريق فيه إلى معرفته حقيقة ينبني الأمر على غالب الرأي وهذا إذا كان لا يخاف عليه الضياع.

وإن كان يخاف عليه الضياع لا يحل له أن يخرج؛ لأنه إذا كان معسرًا محتاجًا إلى خدمته فخدمته فرض عليه عينًا.

وإن كان كافرًا ولا يجوز أن يترك فرضا عينا ليتوصل إلى ما هو فرض كفاية، ولأن ما يقوم به بتضييع والده لا يمكنه تداركه ويمكنه أن يتدارك الجهاد في وقت آخر ولا غيره بإذن غير الأبوين كالأجداد والجدات ما داما حيين لأنهم كالأجانب ألا ترى في حكم الحضانة والولاية واستحقاق الميراث كالأجانب فكذا في المنع عن الخروج، فإن مات الأبوان فالإذن إلى الجد من قبل أبيه والجدة التي من قبل أمه؛ لأن أب الأب قائم مقام الأب عند عدمه بدليل ثبوت الولاية له وكذلك أم الأم عند عدم الأم بمنزلتها بدليل ثبوت حق الحضانة لها.

وإن لم يكن له إلا أب أم وأم أب فالمستحب له أن لا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن حق الحضانة لأم الأب عند عدم أم الأم وأب الأم إن لم يكن الأب في حق الولاية فقد جعل كالأب في عدم استحقاق القصاص والمنع من قبول الشهادة وحرمة وضع الزكاة فيه، وإذا لم يبق أحد أقرب منه كان هو قائمًا مقام الأب في منعه من الخروج أيضًا، فإن كان له أم وأب أب لا يخرج إلا بإذنهما، فإن كان له جد من قبل الأب وجدة من قبل الأم يحق الإذن للجدة من قبل الأم خاصة لأنها في الحضانة مقدمة على الأخرى والجدة التي من قبل الأب لا تقوم مقام الأب بدليل أنه لا تثبت لها الولاية كما تثبت للجد، فإن كان له أب وأم أب لا يخرج حتى يأذنا له؛ لأن أم الأب بمنزلة الأم، ألا ترى أن حق الحضانة لها ويجوز أن يخرج لسفر غير الجهاد كالتجارة والحج والعمرة أو للتعلم إذا كان الطريق آمنا بغير إذنهما؛ لأن الغالب في هذه الأسفار السلامة ولا يلحقهما في خروجه مشقة شديدة، فإن الحزن على الغيبة يندفع بالطمع في الرجوع غالبًا وظاهرًا إلا أن يكون سفرًا مخوفًا عليه نحو ركوب البحر فلا يخرج إلا بإذنهما؛ لأنه بمنزلة الجهاد؛ لأن خطر الهلاك فيه أظهر.

وإن كان في التجارة إلى دار الحرب بأمان فكرها ذلك، فإن كان قوما يوفون بالعهد معروفين بذلك فلا بأس؛ لأن الغالب هو السلامة، وإن كان يخرج في تجارة إلى دار الحرب مع عساكر المسلمين، فإن كان عسكرًا عظيمًا كالصَّائِفَة[1] فلا بأس بأن يخرج بغير إذنهما؛ لأن الغالب يبين حالة السلامة، فإنه لا يعرض نفسه للهلاك بالاشتغال بالقتال والعسكر العظيم يقوون على دفع شر العدو عنه وعن أنفسهم، وإن كانت سرية أو نحوها فلا يخرج إلا بإذنهما؛ لأن خطر الهلاك أظهر في خروجه مع قوم ليس لهم قوة الدفع عنه.

ولا بأس بالخروج للجهاد بغير إذن أولاده وزوجته وسائر أقربائه غير الوالدين؛ لأنه لا يجب عليه بر غيرهما، إلا إذا كان يخاف الضياع على أحد من هؤلاء فلا يسعه أن يخرج ويدع من يلزمه نفقته ضائعًا؛ لأن القيام بتعاهده والإنفاق عليه مستحق عليه بعينه قال عليه السلام: "**كَفَى بِالْمَرْءِ إِثْمًا أَنْ يُضَيِّعَ مَنْ يعوله**"[2]، ولأن نفقة زوجته وأولاده الصغار والإناث الكبار إذا لم يكن لهن أزواج والزمنى من

---

(١) الصَّائِفَةُ: الغزوةُ في الصيفِ. وبها سُمِّيتْ غَزْوَةُ الرومِ، لأنهم كانوا يُغْزُونَ صيفًا اتقاءَ البَرْدِ والثلج.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٢٠٨١٠) قال: أخبرنا معمر. و«الحميدي» (٦١٠) قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا إسرائيل. و«أحمد» ٢/١٦٠ (٦٤٩٥) قال: حدثنا يحيى، عن سفيان. وفي ٢/١٩٣ (٦٨١٩) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي ٢/١٩٤ (٦٨٢٨) قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. وفي ٢/١٩٥ (٦٨٤٢) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«أبو داود» (١٦٩٢) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٩١٣١) قال: أخبرنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو بكر. وفي (٩١٣٢) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعيد، قال: حدثنا يحيى، قال: سمعت سفيان. وفي (٩١٣٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا المعتمر، قال: قرأت على فضيل، عن أبي حريز. و«ابن حبان» (٤٢٤٠) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان.

سبعتهم: (معمر بن راشد، وإسرائيل بن يونس، وسفيان الثوري، وسليمان الأعمش، وشعبة بن الحجاج، وأبو بكر بن عياش، وأبو حريز عبد الله بن حسين) عن أبي إسحاق السبيعي، عمرو بن عبد الله الهمداني، عن وهب بن جابر الخيواني، فذكره.

الكبار الذين لا حرفة لهم من ذوي الرحم المحرم واجبة شرعًا فلا يجوز له أن يمتنع عن الإنفاق عليهم ويضيعهم لأجل الجهاد وهذا كله إذا لم يكن النفير عامًّا، فأما إذا جاء النفير عامًّا يخرج بغير إذن والديه؛ لأن الخروج في هذه الحالة فرض على كل أحد كما ذكرنا، ولأن الضرر في ترك الخروج أعم؛ لأن ذلك يتعدى إليه وإلى والديه وإلى المسلمين جميعًا[1].

(فصل)

ولا ينبغي للعبد أن يخرج للجهاد بغير إذن مولاه ما لم يكن النفير عامًّا؛ لأن منافعه مملوكة للمولى فلا يجوز له تعطيل منافع مملوكة للمولى بغير إذنه وفرض الجهاد عند عدم النفير على الكفاية جاز لأحد تركه، فأما إذا صار النفير عاما صار الجهاد فرضا عينا على كل من قدر عليه كفرضية الصوم والصلاة وذلك مستثنى للعبد عما ملكه مولاه، وكذلك النساء إن كانت لهن قوة القتال فلا يخرجن بغير إذن أزواجهن إلا إذا كان النفير عامًّا، وكذلك الغلمان الذين لم يبلغوا إذا أطاقوا القتال فلا بأس بأن يخرجوا ويقاتلوا في النفير العام بغير إذن الآباء والأمهات كما بينا، ولا يستحب للرجال أن يخرجوا معهم بالنساء للمباضعة والخدمة مخافة عليهن؛ لأن النساء لحم على وصم إلا ما ذب عنهن، ومن خرج للقتال ربما يبتلى بعارضة تشغله بنفسه ولا يمكن فيه من الذب عن حرمه واقتضاء الشهوة بالمباضعة ليس من أصول الحاجة فلا ينبغي أن يعرض حرمته للضياع لأجله، فإن كان لا بد من إخراجهن فالإماء دون الحرائر؛ لأن حكم الاختلاط بالرجال حق الإماء أخف، ألا ترى أنه لا بأس للأمة أن تسافر بغير محرم وليس للحرة ذلك، وما هو المقصود من المباضعة والخدمة يحصل بالإماء فلا حاجة إلى إخراج الحرائر.

ولا ينبغي لأحد من العجائز أن يخرج مع سرية يدخلون أرض الحرب لمداواة الجرحى لأنهم جريدة خيل إذا أحزنهم أمر اشتغلوا بأنفسهم فلا يتمكنون من الدفع

---

(١) انظر: ابن عابدين ٧١/٢، والمغني ٨٢/٣، ٨٣، والقليوبي ٢٠٥/٣، والأحكام لابن العربي ١١٩٣/٣.

عنها وهي عاجزة عن الدفع عن نفسها، وإنما يحل له ذلك في الصوائف القاهرون للعدو ولا ينهزمون من العدو.

(**العيون**): ومن عليه الدين لا يخرج للعدو ما لم يقض دينه، فإن لم يكن عنده وفاء لا يخرج إلا بإذن الغريم؛ لأنه تعلق به حقهما وإن كفل بغير إذنه لا يخرج إلا بإذن الطالب خاصة؛ لأنه تعلق به حق الطالب.

(باب ما يكره فعله في الحرب وما لا يكره[1])

مسائله على فصول:

فصل في المسابقة والفروسية والملاعبة بالرمي.

فصل في الملابسة وترك الريبة ورفع الصوت عند المحاربة.

وفصل في حمل رؤوس العدو ونقلها.

(فصل)

ذكر ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**الْخَيْلُ فِي نَوَاصِيهَا الْخَيْرُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ**"[2] يعني: الجهاد وإرهاب العدو كما قال الله تعالى:

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٩/٢ ط. دار إحياء التراث العربي، والفتاوى الهندية ١٧٨/١، والخانية على هامشها ٢٤٩/١، والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل ٢٥٦/٢، والوجيز ٧٩/١ ط. دار المعرفة، والمغني ٦٢٠/١، ٦٢١ ط. الرياض.

(٢) أخرجه «البخاري» ٢٨/٤ (٢٨٥١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى. وفي ٢٠٨/٤ (٣٦٤٥) قال: حدثنا قيس بن حفص، قال: حدثنا خالد بن الحارث. و«مسلم» ٣٢/٦ (٤٨٨٧) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي ٣٣/٦ (٤٨٨٨) قال: وحدثنا يحيى بن حبيب، قال: حدثنا خالد، يعني ابن الحارث (ح) وحدثني محمد بن الوليد، قال: حدثنا محمد بن جعفر. و«النسائي» ٢٢١/٦، وفي «الكبرى» (٤٣٩٧) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا النضر (ح) وأنبأنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى. و«أبو يعلى» (٤١٧٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبيد بن سعيد. وفي (٤١٧٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وهب بن جرير. =

﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٦٠] ويغير به الآخر لصاحبها ولا بأس بالمسابقة بالأفراس للرياضة وإنه حسن ما لم تتعب من عابه لا يحملها، وجاء في الحديث: "**سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما، فسبق رسول الله صلَّى الله عليه وسلم وصلى أبو بكر، وثلث عمر**"(١).

ومعنى قوله: "صلى" أي: كان رأس دابته عند صلاة دابة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الذنب.

وفي حديث مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**لا تحضر الملائكة شيئًا من الملاهي سوى النصال والرهان**" يعني الرمي والمسابقة.

وجاء في الحديث: "**أن العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تُسبق**"، فجاء أعرابي على قعود له وسبقها، فشق ذلك على المسلمين فقال عليه السلام: "**ما رفع الله شيئًا من هذه الدنيا إلا وضعه**"(٢).

=

و«ابن حبان» (٤٦٧٠) قال: أخبرنا عمر بن إسماعيل بن أبي غيلان، ببغداد، قال: حدثنا علي بن الجعد بن عبيد.

عشرتهم: (أبو أسامة، ويحيى، وحجاج، وابن جعفر، وخالد، ومعاذ، والنضر، وعبيد، ووهب، وعلي) عن شعبة، عن أبي التياح، يزيد بن حميد، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ١٢٤/٤ (١٠٢٠) قال: حدثنا عبد الرحمن. وفي ١٣٢/١ (١١٠٧) قال: حدثنا وكيع. وفي ١٤٧/١ (١٢٥٩) قال: حدثنا أبو نعيم. ثلاثتهم: (عبد الرحمن بن مهدي، ووكيع بن الجراح، وأبو نعيم، الفضل بن دكين) عن سفيان الثوري، عن أبي هاشم، القاسم بن كثير، بياع السابري، عن قيس الخارفي، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ٣٢/٤ (٢٨٧١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا معاوية، قال: حدثنا أبو إسحاق. وفي ٣٢/٤ (٢٨٧٢) قال: حدثنا مالك بن إسماعيل، قال: حدثنا زهير. وفي ١٠٥/٨ (٦٥٠١) قال: حدثنا مالك بن إسماعيل، قال: حدثنا زهير (ح) قال: وحدثني محمد، قال: أخبرنا الفزاري، وأبو خالد الأحمر. و«أبو داود» (٤٨٠٣) قال: حدثنا النفيلي، قال: حدثنا زهير. و«النسائي» ٢٢٧/٦، وفي «الكبرى» (٤٤١٣) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، عن خالد. وفي ٢٢٨/٦، وفي «الكبرى» (٤٤١٧) قال: أخبرني عمرو بن عثمان بن سعيد بن كثير، قال: حدثنا بقية بن الوليد، قال: حدثني شعبة. و«أبو يعلى» (٣٧٣١) قال: حدثنا

=

وكذلك المسابقة على الأقدام لا بأس بها لحديث الزهري قال: كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيل والركاب والأرجل، ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة أنفسهم حتى إذا ابتلوا بالطلب أو الهرب وهم رجالة لا يشق عليهم العدو وكما يحتاجون في ذلك إلى رياضة الدواب[١].

وأما الرمي والسلاح[٢] ذكر حديث عقبة بن عامر الجهني رحمه الله: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في قوله: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠] "**أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْيُ**". قاله ثلاثًا[٣].

وفي حديثه أيضًا: "**إن الله تعالى يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة: صانعه الذي يحتسب به، وَمُنْبِلَه، والرامي به**"[٤].

=

أبو بكر، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر. و«ابن حبان» (٧٠٣) قال: أخبرنا الحسين بن أحمد بن بسطام، بالأبلة، قال: حدثنا محمد بن العلاء بن كريب، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر.

ثمانيتهم: (عبد الوهاب، وأبو خالد، وابن أبي عدي، وأبو إسحاق، إبراهيم بن محمد، وزهير بن معاوية، ومروان بن معاوية الفزاري، وخالد بن الحارث، وشعبة) عن حميد الطويل، فذكره.

(١) انظر: ابن عابدين ٢٥٩/٥، والقليوبي وعميرة ١٦٦/٤، والمغني ٦٥٩/٦، وعمدة القاري ٦١٠/٦، ٦١١، وفتح الباري لابن حجر ٧١/٦، ٧٢، ٧٣.

(٢) انظر: ابن عابدين ٣٩٠/٥، وفتح القدير ٢٦٤/٩.

(٣) أخرجه «مسلم» ٥٢/٦ (٤٩٨٤) قال: حدثنا هارون بن معروف. و«ابن ماجه» (٢٨١٣) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى. و«أبو داود» (٢٥١٤) قال: حدثنا سعيد بن منصور. و«أبو يعلى» (١٧٤٣) قال: حدثنا هارون. و«ابن حبان» (٤٧٠٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا حرملة بن يحيى. خمستهم: (هارون بن معروف، وسريج بن النعمان، ويونس بن عبد الأعلى، وسعيد بن منصور، وحرملة) عن عبد الله بن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، عن أبي علي، ثمامة بن شفي الهمداني، فذكره.

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٢١٠١٠) عن معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن زيد بن سلام. و«ابن أبي شيبة» ٣٤٩/٥ (١٩٨٩٨) و٢٢/٩ (٢٦٨٥٠) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. و«أحمد» ١٤٤/٤ (١٧٤٣٣) قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام، عن يحيى بن أبي كثير، قال: حدثنا أبو سلام. وفي

=

وقال: "**كل لهو ابن آدم باطل إلا ثلاثة: تأديبَهُ فرسه، وملاعبتَهُ أهله، ورمية عن قوسه**"[١].

وذكر عن عمر رضي الله عنه قال: علموا أولادكم السباحة والفروسية ومروهم بالاحتفاء بين الأغراض[٢]، وهذا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن في حديثه قال: "علموا **أولادكم السباحة والرمي، والمرأة المغزل**"[٣]، وقال: "**ارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا**"[٤].

=

١٤٨/٤ (١٧٤٧٠) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن زيد بن سلام. وفي (١٧٤٧١) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي سلام. و«الدارمي» (٢٥٥٨) قال: أخبرنا وهب بن جرير، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي سلام. و«ابن ماجه» (٢٨١١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. و«الترمذي» (١٦٣٧م) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. كلاهما: (زيد بن سلام، وأبو سلام الدمشقي) عن عبد الله بن زيد الأزرق، فذكره.

(١) أخرجه الطيالسي (ص١٣٥، رقم ١٠٠٦، ١٠٠٧)، وأحمد (١٤٤/٤، رقم ١٧٣٣٨)، والترمذي (١٧٤/٤، رقم ١٦٣٧)، وابن ماجه (٩٤٠/٢، رقم ٢٨١١)، والحاكم (١٠٤/٢، رقم ٢٤٦٧) وقال: صحيح الإسناد. والبيهقي (١٣/١٠، رقم ١٩٥١٥).

(٢) أثر عمر: علموا أولادكم السباحة. وأورد ابن القيم في كتابه الفروسية (ص٦ ط. دار الكتب العلمية) عن أبي إمامة بن سهل بن حنيف رضي الله عنه قال: كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه: «أن علموا غلمانكم العوم، ومقاتلتكم الرمي» وعزاه إلى الطبراني في كتاب فضل الرمي.

(٣) أورده الذهبي في الميزان (٣٢٤/٣، ترجمة ٣٥٤٢)، وابن حجر في اللسان (١١٢/٣، ترجمة ٣٦٨) كلاهما في ترجمة سليم بن عمرو الأنصاري وقالا: روى عنه علي بن عياش خبرًا باطلًا. ثم ذكرا الحديث. قال المناوي (٣٢٨/٤): قال السخاوي: سنده ضعيف لكن له شواهد.

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٢١٠١٠) عن معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن زيد بن سلام. و«ابن أبي شيبة» ٣٤٩/٥ (١٩٨٩٨) و٢٢/٩ (٢٦٨٥٠) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. و«أحمد» ١٤٤/٤ (١٧٤٣٣)

=

فالحاصل: أن كل ما يعينه على الجهاد فهو مندوب إلى تعليمه وإلى أن يعوِّد نفسه ذلك لما فيه من إعزاز الدين وقهر العدو[١].

(فصل)

وذكر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب: (أن وفروا [الأظافر][٢] في أرض العدو فإنها سلاح)، وهذا مندوب إليه للمجاهد في دار الحرب، وإن كان قص [الأظافر][٣] من الفطرة؛ لأنه إذا سقط السلاح من يده وقرب العدو منه ربما يتمكن من دفعه [بأظافره][٤] وهو نظير قص الشارب، فإنه سنة وفي حق الغازي في دار الحرب؛ لا، فإن يوفر شاربه مندوب إليه ليكون أهيب في عين العدو فيحصل به الإرهاب والإرعاب، ولهذا لا بأس بلبس ثوب لحمته حرير وسداه غير حرير في الحرب للحاجة إلى تهيب العدو وإلى دفع معرة السيف، ويكره لبس الحرير عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وقد مرت في الاستحسان.

ولا يستحب رفع الصوت في الحرب من غير أن يكون ذلك مكروه ومن وجه الدين ولكنه مشكلٌ، فإن كان فيه تحريض ومنفعة للمسلمين فلا بأس، يعني أن

=

قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام، عن يحيى بن أبي كثير، قال: حدثنا أبو سلام. وفي ١٤٨/٤ (١٧٤٧٠) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن يحيى بن أبي كثير، عن زيد بن سلام. وفي (١٧٤٧١) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي سلام. و«الدارمي» (٢٥٥٨) قال: أخبرنا وهب بن جرير، قال: حدثنا هشام، عن يحيى، عن أبي سلام. و«ابن ماجه» (٢٨١١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. و«الترمذي» (١٦٣٧م) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا هشام الدستوائي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلام. كلاهما: (زيد بن سلام، وأبو سلام الدمشقي) عن عبد الله بن زيد الأزرق، فذكره.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٣٧/٥، والفتاوى الهندية ٣٣٠/٥.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): الأضافير.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): الأضافير.

(٤) ما بين المعكوفتين في (س): بأضافيره.

المبارزين يزدادون نشاطا برفع الصوت بالتكبير والتهليل وربما يكون فيه إرهاب العدو على ما قال عليه السلام: "**صَوْتُ أَبِي دُجَانَةَ فِي الْحَرْبِ فِئَةٌ**"[١]، وأما إذا لم يكن فيه منفعة فهو مشكلٌ وربما يدل على الجبن.

وذُكِرَ عن الحسن: "**أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكره رفع الصوت عند ثلاثة: عند قراءة القرآن، وعند الجنائز، وعند الزحف**"، أي: القتال[٢].

ذُكِرَ عن كعب قال: (ما استيقن جيش من المسلمين إلا بعث الله ملكا ينادي في ظهورهم: اللهم اجعل ظهورهم شديدًا وحوافرهم حديدًا إلا ذات الجرس).

وعن خالد بن معدان قال: "**رأى النبي صلى الله عليه وسلم راحلة**[٣] **عليها الجرس فقال: تلك مطن**[٤] **الشيطان**"[٥]، فمن العلماء من كره اتخاذ الجرس على الراحلة في الأسفار في الغزو وغير ذلك، وكرهوا اتخاذ الخلاخل في رجل الصغير.

وقال عامة العلماء: يكره اتخاذ الجرس للغزاة في دار الحرب، ولا يكره في دار الإسلام إذا كان فيه منفعة لصاحب الراحلة؛ لأن الغزاة متى هجموا على العدو يعلم بهم العدو بصوت الجرس فيبدؤونهم، وإن كانت سرية علم بهم العدو فأتوهم فقتلوهم، فأما في دار الإسلام ينتفع به المسلمون في أسفارهم بصوت الجرس يدفعون به اليوم عن أنفسهم، ومن يميل من الطريق يتمكن من اللحوق بهم بصوت الجرس، ومن الدواب ما ينشط في السير بصوت الجرس، فإن أمنوا اللصوص وكان في الجرس منفعة بهذه الصفة فلا بأس باتخاذه، وهو نظير الحدو وهو معروف في العرف، وقد أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه فكان يسير في الليل والحادي يحدو بين يديه، فعرفنا أن لا بأس بمثله، وما يكون في رجل الصبيان على سبيل اللهو من غير منفعة فيه فلا يستحب أيضًا، وإن كان فيه منفعة فلا بأس.

---

(١) انظر: شرح السير الكبير (الشركة الشرقية للإعلانات - د. ط. - ١٩٧١م) ج١ ص٨٩ - ٩٠.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١/٤٤٤، ٤٤٥، ٥/٢٦٩.

(٣) الراحلة: البَعيرُ القويّ على الأسفار والأحمال، ويَقَعُ على الذكر والأنثى.

(٤) المطية: الدابة التي يركب مطاها أي ظهرها، أو هي التي تمط في سيرها أي تمدُّ، والمعنى كنائي.

(٥) أخرجه الخرائطي في مساوئ الأخلاق ١/٣٦١، رقم (٧٩٧).

(فصل)

قال بعض مشايخنا: لا يحل حمل الرؤوس إلى الولاة لما رُوي عن أبي بكر رضي الله عنه أنه كتب إلى عماله بالشام لا تبعثوا إليّ برأس ولكن يكفي الكتاب والخبر ولأنها جيفة والسبيل دفنها لإماطة الأذى، ولأن إبانة الرأس مثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الْمُثْلَةِ، ولو بالكلب العقور[1].

وقال أكثر مشايخنا: إنه إذا كان في ذلك كبتٌ وغيظٌ للمشركين وفراغ قلب المؤمنين بأن كان المقتول من قوَّاد المشركين أو عظيمًا من المبارزين فلا بأس

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٣٠/٢ (١٥٠١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا يحيى، عن شعبة. قال البخاري: تابعه أبو قلابة، وحميد، وثابت، عن أنس. وفي ١٢٩/٥ (٤١٩٢) و١٢٩/٧ (٥٧٢٧) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد. قال البخاري عقب (٤١٩٢): وقال يحيى بن أبي كثير: وأيوب، عن أبي قلابة، عن أنس: «قدم نفر من عكل». وعقب ١٢٩/٥ (٤١٩٢) قال البخاري، تعليقا: وقال شعبة، وأبان، وحماد، عن قتادة: «من عرينة». وفي ١٢٣/٧ (٥٦٨٦) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا همام. و«مسلم» ١٠٣/٥ (٤٣٧٤) قال: حدثنا هداب بن خالد، قال: حدثنا همام (ح) وحدثنا ابن المثنى، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا سعيد. و«أبو داود» (٤٣٦٨) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن هشام. و«النسائي» ١٥٨/١ و٩٧/٧، وفي «الكبرى» (٢٩٠ و٣٤٨١) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد. وفي ٩٧/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٨٢) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، عن عبد الأعلى، نحوه. و«أبو يعلى» (٢٨٨٢) قال: حدثنا هدبة، قال: حدثنا همام. وفي (٣٠٤٤) قال: حدثنا محمد بن مهدي، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٣١٧٠) قال: حدثنا أبو موسى، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا سعيد. وفي (٣٨٧٢) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا همام. و«ابن خزيمة» (١١٥) قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا سعيد. و«ابن حبان» (١٣٨٨) قال: أخبرنا الحسين بن أحمد بن بسطام، بالأبلة، قال: حدثنا إبراهيم بن محمد التيمي، قال: حدثنا يحيى القطان، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤٤٧٢) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا العباس بن الوليد النرسي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا سعيد. سبعتهم: (معمر، وسعيد، وهشام، وحماد، وهمام، وشعبة، وأبان) عن قتادة، فذكره.

بذلك لما رُوي أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه جز رأس أبي جهل لعنه الله فقال: الله أكبر هذا فرعوني وفرعون أمتي متى كان شره علي وعلى أمتي أعظم من شر فرعون على موسى عليه السلام وأمته؛ ولم ينكر عليه، وحين بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم محمد بن مسلمة يقتل كعب بن الأشرف جاء برأسه إلى رسول الله ولم ينكر عليه.

(باب ما يجب من طاعة الموالي [والأمير][1] وما لا يجب)

وأصله: قوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] والمراد به الأمراء عند بعض المفسرين، والعلماء عند بعضهم، وإنما يجب طاعة العلماء فيما يأمرون به لأنهم يأمرون بما فيه منفعة للناس في أمور دينهم؛ لأن قوام الدين والشريعة بالعلماء، قال الحسن البصري رضي الله عنه: (لولا العلماء لصار الخلق كالبهائم). ويجب طاعة الوالي في أمور دنياهم فيما فيه صلاحهم قال عليه السلام: "**اسمعوا وأطيعوا، ولو أُمِّرَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ حَبَشِيٌّ أجدع**"[2]، ولأن صلاح الدنياوية بالكلية معلقة بالأمراء القاهرة القامعة، إذ لولا مخافة السلطان ومهابته لما

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): والأمراء.

(٢) أخرجه «مسلم» ١٤/٦ (٤٧٨٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ١٥/٦ (٤٧٨٧) قال: وحدثناه ابن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، وعبد الرحمن بن مهدي، عن شعبة. وفي (٤٧٨٨) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، عن شعبة. وفي (٤٧٨٩) قال: وحدثنا عبد الرحمن بن بشر، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة. وفي (٤٧٩٠) قال: وحدثني سلمة بن شبيب، قال: حدثنا الحسن بن أعين، قال: حدثنا معقل، عن زيد بن أبي أنيسة. و«ابن ماجه» (٢٨٦١) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع بن الجراح، عن شعبة. و«النسائي» ١٥٤/٧، وفي «الكبرى» (٧٧٦٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة. ثلاثتهم: (شعبة بن الحجاج، وأبو إسحاق السبيعي، عمرو بن عبد الله، وزيد بن أبي أنيسة) عن يحيى بن الحصين، فذكره.

انزجر السفهاء عن المبادرة إلى سفك الدماء المحقونة وإلى إفساد الحقوق المحترمة عن الملاهي والمساهي بمجرد النواهي والتوعيد والتوبيخ؛ فكان بقاء العالم على نظمه وسننه متعلقًا بسلطان وراع رادع قال عليه السلام: "**إنَّ اللهَ تعالى لَيَزَعُ بالسُّلطانِ مَا لا يَزَعُ بالقُرْآنِ**"[1].

(**السير الصغير**): ولا بأس للإمام أن يأمر القاعد بإعطاء الجعل للشاخص ويضرب الجعل على الناس للغزاة ويحمل فرس القاعد للشاخص إذا لم يكن لهم ولا في بيت المال مال؛ لما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ درع صفوان عند الحاجة بغير رضاه**"، ولأن أخذ مال الغير لحاجة إقامة الجهاد مباح للإمام؛ لأن الجهاد بالنفس والمال فرض بأن يعين القاعد الشاخص، فإذا امتنع عن إقامة الفرض للإمام أن يجبر عليه، فإن كان عند الإمام مال كرهت له ذلك؛ لأن بيت المال معدٌّ لنوائب المسلمين، وإن جهز القاعد الشاخص بطيبة نفسه فهو حسن مندوب وبه مأجور ولا بأس للشاخص أخذه؛ لأن عثمان رضي الله عنه جهز جيش العزة وضمن النبي صلى الله عليه وسلم بالجنة، ولأن الجاعل في معنى المجاهد قال صلى الله عليه وسلم: "**للجاعل ثواب المجاهد**"، وإذا وجد من يحرس العدو فالصلاة أفضل لأنها أشرف العبادات وأفضلها، وإن لم يجد فالحراسة أفضل؛ لأن منفعة الحراسة تعود إليه وإلى عامة العسكر ومنفعة الصلاة تقتصر عليه، ولأن الحراسة فرض كفاية والصلاة نافلة وإقامة الفرض أولى من إقامة النافلة.

(**السير الكبير**): وإذا دخل العسكر دار الحرب للقتال وأمرهم أميرهم بشيء من الحرب، فإن كان لهم منفعة لهم فعليهم أن يطيعوه، وكذلك إن أمرهم بشيء منفعته لهم غير معلومة أو كانوا فيه مختلفين، قال بعضهم: الهلكة، وقال بعضهم: النجاة؛ يلزمهم طاعته؛ لأن فرضية الطاعة ثابتة بدلائل مقطوعة. وجه المنفعة في كون المأمور به مشكوك فلا يصلح معارضة للمقطوعة، ولأنه قد يكون طاعة الأمير في الكف عن القتال خير من مباشرة القتال، وقد يكون الظاهر الذي يعتمده الجند يدلُّهم على الشر والفساد ولا اطِّلاع لعامة الجند على حقيقة الصواب فلا يحل لهم التمرد

---

(١) أخرجه الخطيب (١٠٧/٤).

عن الامتثال برأي غير صائب صادر عن الشك والاحتمال، وإن كان أكثر رأيهم أن فيما يأمرهم هلكة فلا طاعة عليهم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا طاعة للمخلوق في معصية الخالق**"[(١)].

وفي حديث علي رضي الله عنه: "**أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية وأمَّر عليهم أميرًا فغضب عليهم أميرهم فأجج نارًا وقال: آمركم بطاعتي فاقتحموها، فمنهم من قال: ندخلها، ومنهم من قال: لا ندخلها، فإنا أسلمنا فرارًا من النار، فلما رفعوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه بذلك فقال: لو دخلوها ما خرجوا منها أبدًا، إنما الطاعة في المعروف لا في المنكر**"[(٢)].

---

(١) أخرجه الخطيب (٢٢/١٠).

(٢) أخرجه «البخاري» ١٦١/٥ (٤٣٤٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الواحد، قال: حدثنا الأعمش. وفي ٦٣/٩ (٧١٤٥) قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا الأعمش. وفي ٨٨/٩ (٧٢٥٧) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. و«مسلم» ١٥/٦ (٤٧٩٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، واللفظ لابن المثنى، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. وفي ١٦/٦ (٤٧٩٤) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وزهير بن حرب، وأبو سعيد الأشج، وتقاربوا في اللفظ، قالوا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٤٧٩٥) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع، وأبو معاوية، عن الأعمش، بهذا الإسناد نحوه. و«أبو داود» (٢٦٢٥) قال: حدثنا عمرو بن مرزوق، قال: أخبرنا شعبة، عن زبيد. و«عبد الله بن أحمد» ١٣١/١ (١٠٩٥) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا ابن مهدي، عن سفيان، عن زبيد. و«النسائي» ١٥٩/٧، وفي «الكبرى» (٧٧٨٠ و٨٦٦٨) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، ومحمد بن بشار، قالا: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد الإيامي. وفي «الكبرى» (٨٦٦٩) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو داود، عن شعبة، عن منصور، والأعمش. و«أبو يعلى» (٢٧٩ و٣٧٧) قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان، عن زبيد. وفي (٣٧٨) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، ومحمد بن عبد الله بن نمير، وزهير بن حرب، قالوا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٦١١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن حبان» (٤٥٦٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان، قال: أخبرنا عبد الله، =

ومعنى قوله: "**ما خرجوا منها**[(١)]" أي: ينقلون عنها إلى نار جهنم، ولأن أكثر الرأي فيما لا يمكن الوقوف على حقيقته بمنزلة الحقيقة، فإذا كان أكثر رأيهم أن فيه الهلكة كان أمره إياهم قصدا منه إهلاكهم واستخفافا بهم وقد ذم الله تعالى الطاعة في ذلك فقال: ﴿ **فَٱسْتَخَفَّ قَوْمَهُۥ فَأَطَاعُوهُ** ﴾ [الزخرف: ٥٤]، فإن عصاه عاصٍ لا ينبغي للإمام أن يعاقبه في أول مرة؛ لأن هذا منه عثرة وقال عليه السلام: "**أَقِيلُوا ذَوِي العثرات عَثَرَاتِهِمْ**"[(٢)]، ولكن يتقدم إليه وإلى الجند جميعًا أنه يؤدب من خالف

=

هو ابن المبارك، عن شعبة، عن زبيد. وفي (٤٥٦٨) قال: أخبرنا إبراهيم بن أبي أمية، بطرسوس، والحسين بن عبد الله القطان، بالرقة، قالا: حدثنا نوح بن حبيب، قال: حدثنا ابن مهدي، عن الثوري، عن زبيد. وفي (٤٥٦٩) قال: أخبرنا إبراهيم بن أبي أمية، بطرسوس، قال: حدثنا نوح بن حبيب البذشي، وهي قرية بقومس، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان، عن زبيد. ثلاثتهم: (سليمان الأعمش، وزبيد الإيامي، ومنصور بن المعتمر) عن سعد بن عبيدة، عن أبي عبد الرحمن السلمي، فذكره.

(١) قَالَ ابْن الْقَيِّم - رحمه الله -: اسْتَشْكَلَ قَوْلُهُ صلى الله عليه وسلم "مَا خَرَجُوا مِنْهَا أَبَدًا"، مَعَ كَوْنِهِمْ لَوْ فَعَلُوا ذَلِكَ، لَمْ يَفْعَلُوهُ إِلَّا ظَنًّا مِنْهُمْ أَنَّهُ مِن الطَّاعَةِ الْوَاجِبَةِ عَلَيْهِمْ، وَكَانُوا مُتَأَوِّلِينَ.

وَالْجَوَاب عَنْ هَذَا: أَنَّ دُخُولَهُمْ إِيَّاهَا مَعْصِيَةٌ فِي نَفْس الْأَمْر، وَكَانَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِمْ أَنْ لَا يُبَادِرُوا، وَأَنْ يَتَثَبَّتُوا حَتَّى يَعْلَمُوا، هَلْ ذَلِكَ طَاعَةٌ للهِ وَرَسُولِهِ أَمْ لَا؟، فَأَقْدَمُوا عَلَى الْهُجُومِ وَالِاقْتِحَامِ مِنْ غَيْرِ تَثَبُّتٍ وَلَا نَظَر، فَكَانَتْ عُقُوبَتُهُمْ أَنَّهُمْ لَمْ يَزَالُوا فِيهَا.

وَفِي الْحَدِيثِ دَلِيلٌ أَنَّ عَلَى مَنْ أَطَاعَ وُلَاةَ الْأَمْرِ فِي مَعْصِيَةِ اللهِ، كَانَ عَاصِيًا وَأَنَّ ذَلِكَ لَا يُمَهِّدُ لَهُ عُذْرًا عِنْدَ الله، بَلْ إِثْمُ الْمَعْصِيَةِ لَاحِقٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَوْلَا الْأَمْرُ لَمْ يَرْتَكِبْهَا، وَعَلَى هَذَا يَدُلُّ هَذَا الْحَدِيث. عون المعبود (٦/٥١).

(٢) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٤٦٥) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الوهاب، قال: حدثني أبو بكر بن نافع، واسمه أبو بكر، مولى زيد بن الخطاب. و«أبو داود» (٤٣٧٥) قال: حدثنا جعفر بن مسافر، ومحمد بن سليمان الأنباري، قالا: أخبرنا ابن أبي فديك، عن عبد الملك بن زيد، نسبه جعفر بن مسافر إلى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل. و«النسائي» في «الكبرى» (٧٢٥٣) قال: أخبرني إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني، قال: حدثنا ابن أبي مريم، قال: حدثنا عطاف بن خالد، قال: أخبرني عبد الرحمن بن محمد بن

=

أمره بعد ذلك فيكون ذلك إنذارًا منه وقال عليه السلام: "**قَدْ أَعْذَرَ مَنْ أَنْذَرَ**"، فإن عصاه بعد ذلك من غير عذر أدبه ليكون ذلك فطامًا له وزجرًا لغيره عن إساءة الأدب لمخالفة أمره، فإن شد العدو على الساق فلا بأس بأن يعينهم أهل الميمنة والميسرة إذا خافوا عليهم؛ لأنهم تواعدوا على النصرة حين اجتمعوا على المحاربة، ومن لا يعين غيره لا يعينه غيره عند حاجته ونزول نائبته وفي ترك التعاون ظهور العدو عليهم، فإذا ظهر العدو على الساق يقصدون أهل الميمنة والميسرة من ذلك الجانب فعليهم أن يدفعوا عن أنفسهم بالدفع عن إخوانهم، وإذا كان ذلك يخلُّ بمراكزهم فلا ينبغي لهم أن يعاونوهم؛ لأن الإمام فوض لهم حفظ ذلك عينا فيحرم عليهم تضييع ذلك والاشتغال بحفظ ما هو مفوض إلى غيرهم.

وإن أمرهم الإمام أن لا يبرحوا من مراكزهم ونهى أن يعين بعضهم بعضا فلا ينبغي لهم أن يعصوه وإن خافوا على غيرهم؛ لأن طاعة الإمام فرض عليهم بدليل مقطوع به وما يخافونه موهوم والأصل فيه ما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الرماة يوم أُحد أن لا يقوموا من موضع ولا يبرحوا من مراكزهم، فلما نظروا إلى المشركين قد انهزموا ذهبوا يطلبون الغنيمة**" فكانت هزيمة المسلمين من ناحيتهم.

كما قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَٰزَعْتُمْ فِى ٱلْأَمْرِ وَعَصَيْتُم مِّنۢ بَعْدِ مَآ أَرَىٰكُم مَّا تُحِبُّونَ ۚ﴾ [آل عمران: ١٥٢]، وإذا تبارز المسلم والمشرك فلا بأس بأن يعين المسلمون صاحبهم إن قدروا على ذلك؛ لأن المشرك قاصد إلى قتلهم كما هو قاصد إلى قتل صاحبهم لو تمكن من ذلك، ولو لم يكن قاصدا قتلهم كان لهم أن يقتلوا لكونه مشركا محاربا فكيف إذا كان قاصدا قتلهم، ولا بأس بأن يخرج الجماعة الممتنعة إلى العلافة بغير إذن المولى فيعتلفون ثم يرجعون لوجود دلالة

=

أبي بكر بن محمد. و«ابن حبان» (٩٤) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا سعيد بن عبد الجبار، ومحمد بن الصباح، وقتيبة بن سعيد، قالوا: حدثنا أبو بكر بن نافع العمري.

ثلاثتهم: (أبو بكر بن نافع، وعبد الملك بن زيد، وعبد الرحمن بن محمد) عن محمد بن أبي بكر بن عمرو بن حزم، عن عمرة، عن عائشة.

الإذن لأنهم يحتاجون إلى العلف ويشق عليهم استصحاب العلف من دار الإسلام ولا يجدون في دار الحرب من يشترونه منهم ولأنه أذن لهم فيما هو كبت وغيظ للعدو وفي أخذ العلوفة منهم تحقيق هذا أبلغ ولا ينبغي لهم أن يتفرقوا إلا بحيث يغيث بعضهم بعضًا إذا تفرقوا وبعد بعضهم عن بعض على وجه لا يمكنه أن يستغيث به إذا حزبه أمر كان معرضا نفسه للهلاك، فإنه لا يأمن من أن يجتمع عليه نفر من المشركين فيقتلوه.

وإن نهاهم الأمير عن الخروج للعلافة فلا ينبغي لهم أن يخرجوا وإن كانت لهم منفعة؛ لأن دلالة الإذن منعدمة بصريح النهي، وربما يكون النظر في هذا النهي إلا أنه ينبغي للإمام أن يبعث لذلك قوما؛ لأن حاجة الجيش إلى ذلك ماسة والإمام ناظر لهم، وإنما يتم النظر لهم إذا بعث لذلك قوما.

وإن نهى الأمير المسلمين عن قطع الشجر وهدم الأبنية فعليهم أن لا يفعلوا ذلك؛ لأن في ذلك النهي احتمال معنى النصر للمسلمين وهذا الصنع أدون من أمر الحرب، ولو نهاهم عن القتال فعليهم أن يمتنعوا عنه ما لم تأت ضرورة أو معصية وكذا إذا نهاهم عن هذه الخصلة والله أعلم.

(باب من يكره قتله من أهل الحرب ومن لا يكره)

(السير [الصغير][1]): وإذا ظفر الغزاة بالكفار فالإمام بالخيار إن شاء قتل الرجال من السبي، وإن شاء قسمهم بين الجند، وإن شاء منَّ عليهم وتركهم أحرارًا بالجزية؛ لأن في قتلهم دفع شرهم إذا خاف لحوقهم بدار الحرب كما فعله النبي صلى الله عليه وسلم بأهل خيبر، وفي استرقاقهم تحصيل منفعة المال للغانمين وتحصيل عوض مالي للمقاتل كما فعله عمر رضي الله عنه بسواد العراق فالإمام نصب ناظرًا فيفعل ما هو أصلح وأنظر لهم، فإن أسلموا لم يقتلهم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أُمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم**"، ولأنه اندفع شرهم بالإسلام لأنهم لم يبقوا محاربين، وقسمهم؛ لأنه يثبت

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الكبير.

حق التملك للمسلمين بالقهر والغلبة؛ لأن أهل الحرب كانوا أرقاء وأموالا قبل الأخذ لأنهم عرضة للتمليك والآدمي لا يكون عرضة للتمليك إلا وأن يكون مرقوقا؛ فإذا استولوا عليه المسلمون ثبت لهم فيهم حق الملك وثبت لهم ضرب اختصاص، وإن لم يملكوهم حقيقة قبل الإحراز فلا يبطل حقهم فيهم بالإسلام فلم يعتقوا فنقسم بين الغانمين وبعد الإحراز صاروا مماليك لهم ولكن للإمام قتلهم إذا رأى مصلحة فيه بخلاف ما قبل الأخذ، فإن ثمة يبطل الرق؛ لأنه ليس في الإسلام إبطال حق أخذ، وإنما صاروا أرقاء للغريم فلا يبقون أرقاء بعد الإسلام ولا يقتل الصبي والمعتوه والمقعد والأعمى والمرأة والشيخ الكبير من الأسارى؛ لأن هؤلاء لا يقتلون قبل الأسر لعدم المحاربة منهم واندفاع شرهم لعدم صلاح نيتهم للقتال إلا إذا قاتلوا، فإنه يباح قتلهم، وكذا إن كان ملكا أو المرأة ملكة فلا بأس بقتلهم كسرا لشوكتهم، وكذا إن كان واحد منهم ذا رأي في الحرب يقتله؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان أعمى وكذلك الرهبان يقتلون، وعند محمد لا يقتلون إذا لم يخالطوا الناس؛ لأنه اندفع شرهم لأنهم ممتنعين عن القتال في الحال كالنسوان، لهما: أنهم أهل للقتال؛ لأن بيئته صالحة للحراب ويقاتلون إذا وقعت الديرة عليهم وفي الحال يرجع إليهم في الرأي والمشورة فلا يندفع شرهم إلا بالقتل كالحربي المحترف بخلاف الشيخ الهرم والزَّمِنِ؛ لأن نيته غير صالحة للحراب، ويكره قتل ابنة المشرك وأمه المشركة وأجداده وجداته لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وليس من المصاحبة بالمعروف البداية بالقتل وقال النبي صلى الله عليه وسلم لحنظلة لما استأذنه بقتل أبيه دعه يقتله غيرك، ولو قصد أبوه المشرك بالقتل للابن أن يقتله؛ لأنه قصد دفعه لا قتله ابتداء ودفع الهلاك عن نفسه واجب، ولأن الأب كان سببًا لإيجاد الولد فلا يجوز للولد أن يجعل نفسه آلة لإعدامه بالقصد إلى قتله إلا أن يضطر إلى ذلك فيكون الأب هو المكتسب لذلك السبب بمنزلة الجاني على نفسه على ما هو الأصل أن الملجأ بمنزلة الآلة للملتجي، ولهذا لا يحبس الأب بدين الولد ويحبس بنفقته؛ لأنه إذا منع نفقته فقد قصد إتلافه.

وعن عمير بن مالك رضي الله عنه: "قال رجل: يا رسول الله، إني لقيت أبي في العدو فسمعت منه لك مقالة مسيئة، فطعنته بالرمح فقتلته، فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم".

في هذا دليل أنه لا يستوجب بقتله شيئًا إذا قتله؛ لأن عليه السلام لم يأمره بشيء، فالسكوت عن البيان عند تحقق الحاجة لا يجوز وأولى الوجوه أن لا يقصده بقتله ولا يمكنه من الرجوع إذا تمكن منه في الصف ولكن يلجئه إلى موضع ويستمسك به حتى يجيئ غيره، ولا يكره قتل أخيه المشرك وعمه وخاله؛ لأنه لا يلزمه صلته وإحياؤه بالإنفاق عليه فكذلك إحياؤه بترك قتله وكذلك قتل ابنه؛ لأن الابن إذا كان محاربًا لا يجب على الأب إحياؤه بالنفقة حالة الحاجة فكذلك لا يجب إحياؤه بالكف عن قتله.

(باب ما يكره إدخاله دار الحرب وما لا يكره والمواصلة والإهداء إليهم)

(**قال في السير الصغير**): ولا يحمل التجار إليهم الكراع والسلاح والحديد وتحمل الأمتعة والأطعمة إليهم لما رُوي أن ثمامة بن أثال الحنفي سيد اليمامة منع الميرة من أهل مكة فقحطوا حتى أكلوا الكلاب والجيف، فكتبوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا فيه: بحق الرحم الذي بيننا وبينك أن تأمر ثمامة بأن يميرنا، فأمر بأن يميرهم.

فأما السلاح والكراع، فإنه آلة القتال فيكون إعانة لهم علينا فتكون إعانة على المعصية وقد نهينا عنه قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢] والضرر على المسلمين في إدخال السلاح أكبر من ضرر إدخال الطعام؛ لأنه يمكنهم القتال بالسلاح ولا يمكنهم المقاتلة بقوة الطعام والثياب بدون السلاح فالنص الوارد في الطعام لا يكون واردا في السلاح هذا إذا كانوا محاربين ومستأمنين، وإن صاروا ذمة فلا بأس بإدخال الكراع والسلاح عليهم؛ لأنه بالذمة سقط حكم الحرب أصلا والتحقوا بالمسلمين بالأحكام ولا ينقل الحربي من دار

الإسلام إلى دار الحرب الكراع والسلاح والحديد والدقيق اشتراه في دار الإسلام مسلما كان أو كافرا؛ لأن فيه تقوية وإعانة لهم على حربنا والعبد عسى يقاتلنا فيصير حربيًّا علينا فكان في معنى السلاح ولا يمتنع أن يرجع إلى دار الحرب بما جاء به من هذه الأشياء؛ لأنه يتناوله عقد الأمان؛ لأنه أخرجه من دار الحرب فيمكن من إدخاله؛ لأنه يصير بالإدخال كأنه لم يخرج وهذا لنفسه يدخلها دار الحرب، وإن كان فيه ضرر بالمسلمين؛ لأنه أخرجه فلا يمنع من إدخاله لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦] إلا إذا أسلم بعض عبيده؛ لأنه يمنع من إدخاله المسلم دار الحرب.

جاء بسيف فاشترى مكانه سلاحا آخر أو سيفا آخر خيرا منه لا يترك ومثله يترك والخروج به؛ لأنه إن كان خيرا فلأنه يدخل زيادة لم تكن فيه فيجب المنع عن إدخال الزيادة ولا يمكن إلا بعد المنع عن إدخال الأصل فيمنع من إدخال الكل، ولأن عقد الأمان لم يتناوله، وإن كان مثله فإدخال الثاني كإدخال الأول ولا يمنع من إدخال الأول فكذلك يكون مثلا له، ولأن عقد الأمان يتناوله؛ لأن هذا بدل الأول، وإذا باعه بالدراهم ثم اشترى بها سلاحا يمنع من إدخاله كيف ما كان؛ لأنه لما باع سلاحه بدراهم صار كأنه لم يدخله أصلا من دار الحرب، وإنما أخرج الدراهم، ولو أخرج دراهم واشترى بها سلاحا منع من إدخال دار الحرب فكذا هذا.

(**السير الكبير**): ولا بأس بإدخال المصاحف أرض الحرب لقراءة القرآن إذا دخل مع جند عظيم أو دخل تاجرا مستأمنا؛ لأن الغالب عليهم السلامة والظفر كذلك صنع الله تعالى بأوليائه وحزبه فالقرآن حبل الله تعالى المنير من اعتصم به نجا ومن استنصر به رجا فيترك يحمل المصحف أو يستنصر به ويكره له ذلك إذا خرج في سرية لا شوكة لهم أو جريدة خيل يخاف عليهم الانهزام؛ لأنه وقوع المصحف في أيدي أهل الحرب فيكون فيه تعريض المصحف للاستخفاف ونهيُ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسافر بالقرآن في أرض العدو محمول على هذا. وذكر الطحاوي أن هذا النهي كان في ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف وحملة القرآن فيخاف ذهاب شيء من القرآن بالوقوع في يد أهل الحرب ثم انتسخ ذلك حتى كثرت المصاحف وكثر القراء على ظهر القلب فلا بأس بالمسافرة بالقرآن في أرض الحرب لأنهم لم يستخفوا به لأنهم وإن كانوا لا يَقرُّون بأنه كلام الله، فإنهم يقرُّون

بأنه أفصح الكلام بأوجز العبارات وأبلغ المعاني والإشارات فلا يستخفُّون به كما لا يستخفُّون بسائر الكتب، والأصح ما ذكره محمد رحمه الله فإنهم يفعلون ذلك مغالطة للمسلمين وقد ظهر ذلك من القرامطة حين ظهروا على مكة جعلوا يستخفون ويستنجون بالمصاحف إلى أن قطع الله تعالى ديارهم، ولهذا منع الذمي من شراء المصحف، ولو اشتراه يجبر على بيعه كي لا يذهب به إلى دار الحرب يستخف به وكذلك كتب الفقه بمنزلة المصحف.

(فصل)

ولا بأس بأن يصل المسلم الكافر محاربًا كان أو ذميًّا لما رُوي: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث خمسمائة دينار إلى مكة حين قحطوا، وأمر بدفع ذلك إلى أبي سفيان ابن حرب وصفوان بن أمية ليفرقا على فقراء مكة**، فقبل ذلك أبو سفيان وصفوان وقال: ما يريد ذلك محمد بهذا إلا أن يخدع شبابنا".

ولأن صلة الرحم محمودة عند كل عاقل وفي كل دين والإهداء إلى الغير من مكارم الأخلاق وقال عليه السلام: "**بُعِثْتُ لِأُتَمِّمَ مَكَارِمَ الْأَخْلَاقِ**"[1]. ورُوي: "**أنه عليه السلام كان يقبل هدايا المشركين**".

ثم قال محمد: ويكره لأمير الجيش أن يقبل هداياهم، فإن قبلها فليجعلها في جماعة المسلمين وتكلموا في هذا المعنى قيل أراد به كراهة التنزيه؛ لا كراهة التحريم؛ لأنه إذا قبل هداياهم لا يأمن أن يلاينهم على ما جاء في الحديث: "**الهدية تذهب وجراء الصدور**"، وقد أمرنا بالغلظة عليهم قال الله تعالى: ﴿وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ [التوبة: ١٢٣] وقيل: لا يحل له أن يقبلها على أن يختص بها ولكن يقبلها على أن يجعلها في المسلمين لأنهم أهدوا إليه بمنعة المسلمين لا بنفسه.

وكذلك لو أهدوا إلى قائد من قواد المسلمين، بخلاف ما لو أهدوا إلى مبارز، فإن عزته وحرمته بشجاعته وقوة نفسه لا بمنعة المسلمين فتسلم له الهدية، وفي حق

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/٦٧٠، رقم ٤٢٢١) وقال: صحيح على شرط مسلم. والبيهقي (١٠/١٩٢، رقم ٢٠٥٧٢). وأخرجه أيضًا: الديلمي (٢/١٢، رقم ٢٠٩٨).

رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما كانت الهدية له؛ لأن عزته ومنعته بنفسه ولم تكن بالمسلمين لقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِۗ﴾ [المائدة: ٦٧] ولم يتوهم في حقه الركون إليهم بقلبه إذا قبل هداياهم فلهذا قبلها واختلف الصحابة من بعده في حق جواز قبول الهدية من أمراء الجور على ما مر في كتاب الكسب، والله أعلم.

(باب بعث السَّرِيَّة [ونصب][1] الألوية)

(**السير الكبير**): قال محمد رحمه الله: وينبغي للإمام إذا بعث سرية قلَّت أو كثرت أن لا يتبعهم حتى يؤمِّر عليهم بعضهم؛ لما رُوي "**أن النبي صلى الله عليه وسلم داوم على بعث السرايا وأمَّر عليهم بعضهم في كل مرة**"، ولو جاز تركه لفعله مرة تعليما للجواز ولأنهم يحتاجون إلى اجتماع الرأي والكلمة والاستعداد للمحاربة وذلك لا يتحقق إلا بأمير يطاع وراع حتى إذا أمرهم بشيء أطاعوه والطاعة في الحرب أنفع من بعض القتال فلا تظهر فائدة الأمر بدون الطاعة قال عليه السلام: "**من أطاعني فليطع أميري ومن عصى أميري فقد عصاني**"[2].

وكذلك إذا كانا رجلين ليس معهما غيرهما فالأفضل أن يؤمَّر أحدهما على صاحبه؛ لأن ذلك أحرى أن يتطاوعا ولا يختلفا، وكذلك المسافرون إذا خافوا

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وعقد.

(٢) أخرجه «البخاري» ٩/٧٧ (٧١٣٧) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله، عن يونس. و«مسلم» ٦/١٣ (٤٧٧٧) قال: حدثني حرملة بن يحيى، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. وفي (٤٧٧٨) قال: وحدثني محمد بن حاتم، قال: حدثنا مكي بن إبراهيم، قال: حدثنا ابن جريج، عن زياد. و«النسائي» ٧/١٥٤، وفي «الكبرى» (٧٧٦٨) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد، قال: حدثنا حجاج، عن ابن جريج، أن زياد بن سعد أخبره. وفي «الكبرى» (٨٦٧٤) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد بن مسلم، قال: حدثنا حجاج، عن ابن جريج، قال: أخبرني زياد (ح) وأخبرنا محمد بن نصر، قال: حدثنا أيوب بن سليمان، قال: حدثنيه أبو بكر، عن سليمان، عن محمد، وموسى.

خمستهم: (معمر بن راشد، وزياد بن سعد، ويونس بن يزيد، ومحمد بن أبي عتيق، وموسى بن عقبة) عن ابن شهاب الزهري، أن أبا سلمة بن عبد الرحمن أخبره، فذكره.

اللصوص فينبغي لهم أن يؤمّروا عليهم أميرًا ليطيعوه ولا يصدروا عن رأيه عند الحاجة إلى القتال، وينبغي أن يستعمل على ذلك البصير بأمر الحرب الحسن التدبير للملك غير المقبح بهم في المهالك ولا يمنعهم عن الفرصة على ما قيل: الفرصة خلسة؛ لأنه إذا منعهم عن الفرصة يفوتهم ما لا يمكنهم استدراكه، فإذا أقبح في المهالك من جرائه لم يجدوا بدًّا من متابعته ثم يخرج هو بقوته والجند لا يقدرون عليه فهلكوا. ويحكى عن نصر بن يسار قال: اجتمع عظماء العجم على أن من كان صاحب جيش فينبغي أن يكون فيه عشر خصال من خصال البهائم: شجاعة كشجاعة الديك، وتحنن كتحنن الدجاجة يعني: الشفقة، وقلب كقلب الأسد، وغارة كغارة الذئب، وحملة كحملة الخنزير، وصبر كصبر الكلب، وحرص كحرص الكركي، وروغان كروغان الثعلب أي: الحيل، وحذر كحذر الغراب، وسمن كسمن الدابة التي لا ترى مهزولة أبدًا وهي تكون بخراسان، فإن كان الأمير لا بصر له بذلك فليجعل معه وزيرًا يبصره بذلك قال الله تعالى: ﴿وَٱجْعَل لِّي وَزِيرًا مِّنْ أَهْلِي ﴿٢٩﴾ هَٰرُونَ أَخِي ﴿٣٠﴾ ٱشْدُدْ بِهِۦٓ أَزْرِي ﴿٣١﴾ وَأَشْرِكْهُ فِيٓ أَمْرِي ﴿٣٢﴾﴾ [طه: ٢٩ - ٣٢]، فإن لم يجعل معه وزيرًا فليدع الأمير قومًا من السَّرِيَّة متبصرين ذلك فيشاورهم ويأخذ بقولهم؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يشاور الصحابة حتى في قوت أهله وإدامهم وبذلك أمر الله تعالى بقوله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] وقال عليه السلام: "**ما هلك قوم عن مشورة**".

وينبغي للإمام أن يبعث السرية في أول النهار، ذُكر عن صخر العامري: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**اللهم بارك لأمتي في بكورهم**"[1]، وكان إذا بعث سرية بعثهم أول النهار.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٥١٦/١٢ (٣٤٣٠٦) قال: حدثنا هشيم. و«أحمد» ٤١٦/٣ (١٥٥١٧) و٣٨٤/٤ (١٩٦٥٠) و٣٩١/٤ (١٩٧١٠) قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. وفي ٤١٧/٣ (١٥٥٢٢) وفي ٤٣١/٣ (١٥٦٤٢) و٣٩٠/٤ (١٩٧٠٨) قال: حدثنا هشيم. وفي ٤٣٢/٣ (١٥٦٤٣) و٣٩٠/٤ (١٩٧٠٩) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا شعبة. و«عبد بن حميد» (٤٣٢) قال: حدثنا عبد الملك بن عمرو، قال: حدثنا شعبة. و«الدارمي» (٢٥٩٢) قال: حدثنا =

فيه دليل أن لصاحب الحاجة ينبغي له أن يبكر للسعي في حاجته فذلك أقرب في تحصيل مراده ببركة دعاء الرسول صلى الله عليه وسلم.

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "**البكرة رباح**" أو "**نجاح**"، ولأجل هذا استحبوا الابتكار لطلب العلم، وقيل: إنما ينال العلم ببكور كبكور الغزوات.

وقيل: ينبغي أن يختار لذلك الخميس أو السبت، قال عليه السلام: "**بارك لأمتي في بكورها بسبتها وخميسها**".

وأفضل السرية أربعمائة، وأن لا يبعث أقل من ثلاثة قال عليه السلام: "**الأصحاب أربعة، وخير السرايا أربعمائة، وخير الجيوش أربعة آلاف، ولن يغلب اثنا عشر ألفًا عن قلة إذا كانت كلمتهم واحدة**"[1]، ولم يرد أن ما دون الأربعمائة لا

=

سعيد بن عامر، عن شعبة. و«ابن ماجه» (٢٢٣٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا هشيم. و«أبو داود» (٢٦٠٦) قال: حدثنا سعيد بن منصور، قال: حدثنا هشيم. و«الترمذي» (١٢١٢) قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا هشيم. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٧٨٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا خالد، قال: حدثنا شعبة. و«ابن حبان» (٤٧٥٤) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا هشيم. وفي (٤٧٥٥) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا شعبة.

كلاهما: (هشيم بن بشير، وشعبة بن الحجاج) عن يعلى بن عطاء، عن عمارة بن حديد، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ٢٩٤/١ (٢٦٨٢) قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس يحدث. وفي ٢٩٩/١ (٢٧١٨) قال: حدثنا يونس، قال: حدثنا حبان بن علي، قال: حدثنا عقيل بن خالد. و«عبد بن حميد» (٦٥٢) قال: أخبرنا وهب بن جرير بن حازم، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس بن يزيد الأيلي يحدث. و«الدارمي» (٢٥٩٥) قال: أخبرنا محمد بن الصلت، قال: حدثنا حبان بن علي، عن يونس، وعقيل. و«أبو داود» (٢٦١١) قال: حدثنا زهير بن حرب، أبو خيثمة، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس. و«الترمذي» (١٥٥٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى الأزدي البصري، وأبو عمار، وغير واحد، قالوا: حدثنا وهب بن جرير، عن أبيه، عن يونس بن يزيد. و«أبو يعلى» (٢٥٨٧) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس بن يزيد الأيلي

=

يكون سرية وإنما مراده أنهم إذا بلغوا أربعمائة فالظاهر من حالهم أنهم لا يرجعون من دار الحرب قبل نيل المراد.

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث حذيفة بن اليمان في بعض أيام الخندق سرية واحدة، وبعث دحية الكلبي سرية وحده، ولأنه ليس المقصود من بعث السرية القتال فقط، بل تارة يكون المقصود أن يجس خبر الأعداء فيأتيه بما عزموا عليه من الشر، ويمكن ذلك للواحد أكثر من الاثنين من الدخول بينهم وهم لا يعلمون لتحصيل المقصود أظهر من أن يمكن الثلاثة، وقد يكون المقصود أن يأتيه أحدهما بالخبر ويمكث الآخرين الأعداء ليقف على ما يتحدد لهم من الرأي بعدما ينفصل عنهم الواحد، وهذا يتم بالمثنى، وقد يكون المقصود هو القتال أو التوصل إلى قتل بعض المبارزين منهم غيلة وبالثلاثة فصاعدا يحصل هذا المقصود فلهذا كان الرأي فيه للأمير يعمل ما فيه نظر للمسلمين.

(فصل)

وينبغي أن تكون ألوية المسلمين بيضاء، والرايات سوداء، على هذا جاءت الأخبار، ورُوي عن راشد بن سعد رضي الله عنه قال: كانت راية رسول الله صلى الله عليه وسلم سوداء ولِواهُ بيضًا[1]، وقال عروة بن الزبير: كانت راية رسول الله

=

يحدث. وفي (٢٧١٤) قال: حدثنا حجاج بن يوسف، قال: حدثنا يونس بن محمد، وحجين بن المثنى، قال يونس: حدثنا حبان بن علي، عن عقيل. و«ابن خزيمة» (٢٥٣٨) قال: حدثنا محمد بن خلف العسقلاني، وإبراهيم بن مرزوق، وعمي إسماعيل بن خزيمة، قالوا: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس بن يزيد يحدث. و«ابن حبان» (٤٧١٧) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا أبي، قال: سمعت يونس بن يزيد الأيلي يحدث. كلاهما: (يونس بن يزيد، وعقيل بن خالد) عن ابن شهاب الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، فذكره.

(١) أخرجه الترمذي (١٩٦/٤، رقم ١٦٨١)، ابن ماجه (٩٤١/٢، رقم ٢٨١٨)، وأخرجه الحاكم على أنه شاهد (١١٥/٢)، وهو عند أبي يعلى (٢٥٧/٤، رقم ٢٣٧٠)، والطبراني في "الكبير" (٢٢/٢، ٢٠٧/١٢).

صلى الله عليه وسلم سوداء من برد لعائشة يدعى العقاب، وهو اسم رايته، كما تسمى عمامته السحاب، وفرسه السكب، وبغلته الذلول.

ثم اللواء اسم لما يكون للسلطان، والراية اسم لما يكون لكل واحد يجتمع جماعة تحت رايته، وإنما استحب في الرايات السوداء في حالة القتال ليتمكنوا من الرجوع إلى رايتهم والسواد في ضوء النهار أبين في الهواء وأشهر من غيره خصوصًا في الغبار فأما لا بأس به بأن يجعل الرايات بيضاء أو حمراء أو صفراء، وإنما يختار الأبيض في اللواء لقوله صلى الله عليه وسلم: "**إن أحب الثياب إلى الله تعالى البيض**"[(١)].

واللواء لا يكون إلا واحدًا في كل جنس ورجوعهم إليه عند حاجتهم إلى دفع أمورهم إلى السلطان فيختار الأبيض كذلك ليكون مميزًا من الرايات السوداء التي هي للقواد.

قال محمد: وينبغي أن يتخذ كل قوم شعارًا إذا خرجوا من مغازيهم، وينبغي أن يكون لكل راية شعارًا معروفًا حتى إن ضل رجل عن أصحابه وعن أهل رايته تأدى بشعاره فيتمكن من الرجوع إليهم، ولو لم يفعلوا لم يأثموا ولكنه أفضل والشعار هو العلامة فالخيار في ذلك للإمام إلا أنه ينبغي أن يختار كلمة دالة على ظهورهم على العدو بطريق التفاؤل وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعجبه الفأل الحسن[(٢)].

---

(١) أخرجه «ابن ماجه» (٣٥٦٧) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«الترمذي» (٢٨١٠)، وفي «الشمائل» (٦٨) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان، عن حبيب بن أبي ثابت. و«النسائي»، في «الكبرى» (٩٥٦٤) قال: أخبرنا أبو الأشعث، أحمد بن المقدام العجلي، عن يزيد بن زريع، قال: حدثنا سفيان الثوري، عن حبيب بن أبي ثابت. كلاهما: (حبيب، والحكم بن عتيبة) عن ميمون بن أبي شبيب، فذكره.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٩/٤٠ (٢٦٩٢٤) قال: حدثنا علي بن مسهر. و«أحمد» ٢/٣٣٢ (٨٣٧٤) قال: حدثنا محمد بن بشر. و«ابن ماجه» (٣٥٣٦) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا عبدة بن سليمان. و«ابن حبان» (٦١٢١) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا عبدة بن سليمان.

=

(فصل)

وإذا التقت السريَّتان ليلا من المسلمين وكل واحد يرى أن صاحبها من المشركين فاقتتلوا فأجلوا عن قتلى ثم علموا فلا شيء عليهم؛ لما رُوي أن جابر بن عبد الله قال: خرجت طليعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الخندق ليلا فالتقتا تحت الليل ولا يشعر بعضهم ببعض ولا يظنون إلا وأنهم العدو، وكانت بينهم جراحات وقتلى ثم تنادوا بإشعار الإسلام فكف بعضهم عن بعض، وذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "**جراحاتكم في سبيل الله، ومن قتل منكم فهو شهيد**" بخلاف ما لو كان المسلمون يقاتلون المشركين فقتل مسلم مسلما على ظن أنه مشرك أو رمى إلى مشرك فرجع السهم وأصاب مسلما فقتله فعليه الديّة والكفارة، وهذا هو صورة الخطأ والفرق بينهما أن المقتول هنا ما كان قاصدًا صاحبه فكان جزية نفسه وعصمة دمه باقية في حقه فيجب الديّة صيانة لدمه عن الهدر وفي الأول كان قاصدا إلى قتل صاحبه؛ لأن كل واحدة من السريتين قتلت الأخرى دفعًا عن أنفسهم وذلك الدفع مأمور به شرعًا يستوجب سقوطه حرمة نفسه وحقن دمه والله عز وجل أعلم بالصواب.

(القسم الثاني في الأمان والموادعة والمصالحة)

(باب ما يكون أمانا وما لا يكون)

(**السير الصغير**) يحتاج معرفة: جواز الأمان، وركنه، وشرطه، وحكمه.

أما جوازه: فبانت بالكتاب والسنة والمعقول وإجماع الأمة:

أما الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٦].

=

ثلاثتهم: (علي بن مسهر، ومحمد بن بشر، وعبدة بن سليمان) عن محمد بن عمرو بن علقمة، قال: حدثنا أبو سلمة، فذكره.

وأما السنة: قوله عليه السلام: "**المسلمون يد على من سواهم وتتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم**"[١] أي كلمتهم ونصرتهم واحدة للمعاونة على المحاربة ودماؤهم متكافئة متساوية ويسعى بذمتهم أي بأمانهم جميع المسلمين ويرد عليهم أقصاهم أي ما غنمت السرية فلهم المسمى لهم وردوا ما هي على جميع الغانمين أخبر أن الواحد يسعى بذمته جميعهم[٢].

ورُوي أَنَّ زَيْنَبَ ابْنَةَ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَّنَتْ زَوْجَهَا فَأَجَازَ رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَانَهَا[٣].

وأما المعقول: وهو أن الأمان بمعنى الجهاد والقتال؛ لأن القتال إنما شرع لإعلاء كلمة الله تعالى ودفع شر الكفر وإطفاء ثائرتهم وكسر شوكتهم وربما لا يحصل دفع شرهم إلا بالأمان بأن كان بالمسلمين ضعف وبالكفار قوة فيتبدل الأمان ليدفع شرهم عن المسلمين فيكون جهادا معنى، وذلك جائز وعلى هذا أجمعت الأمة.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٦٨٤) قال: حدثنا إبراهيم بن سعيد الجوهري، قال: حدثنا أنس بن عياض، أبو ضمرة، عن عبد السلام بن أبي الجنوب، عن الحسن، فذكره.

وأخرجه عبد الرزاق (١٨٥٠٦) عن ابن جريج، قال: أخبرني أبو قزعة. و«ابن أبي شيبة» (٢٨٥٤٨) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا أبو الأشهب. كلاهما: (أبو قزعة سويد بن حجير، وأبو الأشهب جعفر بن حيان) عن الحسن البصري؛ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «المسلمون يد على من سواهم، تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ولا يقتل مسلم بكافر، ولا ذو عهد في عهده».

ولفظ أبي الأشهب: «عن الحسن، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المسلمون تتكافأ دماؤهم، يسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم»، «مرسل».

وأخرجه ابن عدي، في «الكامل» ٢٥/٧، في ترجمة عبد السلام بن أبي الجنوب، وقال: وعبد السلام بن أبي الجنوب بعض ما يرويه لا يتابع عليه، منكر.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٠٦/٧، ١٠٧، وابن عابدين ٢٢٦/٣، والقوانين الفقهية ١٥٩، والشرح الصغير ٢٨٧/٢، وروضة الطالبين ٢٧٩/١٠، وكشاف القناع ١٠٤/٣، والمغني ٣٩٧/٨.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٢٢٤/٥) والبيهقي في السنن (٩٥٩/٩) من حديث عبد الله البهي، وقال البيهقي: "وهو مرسل".

وأما ركنه: فسيأتي.

وأما شرطه: أن يكون الأمن ممتنعًا مجاهدًا يخاف منه الكفار حتى لو لم يكن ممتنعا لا يصح أمانه؛ لأن الأمان إنما شرع لإثبات الأمن، وإنما يتصور إثبات الأمن بعد تحقق الخوف والخوف إنما يتحقق من الممتنع والأمان منه لا يفيد فائدته فلا يصح، وكذا إنما يصح الأمان بشرط أن يكون خبرًا للمسلمين بأن كان بالمسلمين ضعف وفترة وبالكفرة قوة وشوكة أو عند الحاجة إلى الاستعداد للقتال أو المحاورة إلى قوم أخر فأما عند عدم الضرورة فلا؛ لأنه ليس بجهاد.

وأما حكمه: هو ثبوت الأمان الكفرة غير لازم حتى كان للإمام أن ينقض الأمان إذا رأى المصلحة فيه ولكن يخبرهم بذلك ثم يقاتلونهم حتى لا يكون عذرًا وتعزيزًا، وكذلك الموادعة وهو الصلح على ترك القتال مدة بمال أو تبعها مال على ما يأتي في بابه ثم الألفاظ التي يقع بها الأمان على نوعين صريح وكناية.

أما الصريح فقوله: أمنت وأودعت أو لا تخافوا أو لا تذهل أو لا بأس عليك أو لكم عهد الله أو ذمته أو تعال أو اسمع الكلام؛ فهو أمان ويصح بأي لسان كان لحديث عمر رضي الله عنه، فإنه كتب إلى جنوده بالعراق إنكم إذا قلتم لا تخف أو مترسي أو لا تذهل فهو أمان، فإن الله تعالى يعلم الألسنة كلها، ولأن الأمان التزام الكف على التعرض له بالقتل والسبي حقا لله تعالى والله تعالى لا يعزب عنه مثقال ذرة ولا يخفى عليه خافية.

(**السير الكبير**): وإذا أمنهم بلسان لا يعرفه أهل الحرب ويعرفه المسلمون يصح أمانهم؛ لأن معرفته بذلك حقيقة أمر باطن لا يمكن تعليق الحكم به فتعليق الحكم بالسبب الظاهر الدال عليه وهو استماعهم كلام الأمان، ولهذا شرطنا الاستمتاع حتى إذا كانوا بالبعد منهم على وجه يعلم أنهم لم يسمعوا لا يكون أمانًا، ثم لعله كان فيهم ترجمان يعرف معنى نداء المسلمين فيوقفهم على ذلك، ولو لم يثبت الأمان به كان نوع عذر من المسلمين حيث بدؤوا بلغة لا يفهمون بها فلا يبطل به حكم الأمان في حقهم، فأما إذا كانوا بحيث لا يسمعون كلامهم فإنما لم يقفوا عليه لمعنى من جهتهم وهو أنهم لم يفرقوا من المسلمين فلم يصح الأمان في حقهم، وإذا أخذ

المسلم أسيرا من المشركين فحين أراد قتله قال للمسلمين: الأمان الأمان، فقال له المسلم: الأمان الأمان، وإنما أراد به رد الكلام على وجه التغليظ والاستهزاء عليه فلا بأس له بأن يقتله، ولكن من سمع هذه المقالة يمنعه من قتله ولا يصدقه فيما ادعى من مراده؛ لأن سياق كلامه من حيث الظاهر أمان ولكنه مجمل لما أراده إلا أن ذلك في ضميره لا يقف عليه غيره فلا يصدقه الأمين وغيره والله تعالى مطلع على ما في ضميره فوسعه قتله فيما بينه وبين ربه، ولو قال له المسلم: الأمان الأمان؛ بطلب وقال: لا تعجل حتى ننظر ما يكفي، فهذا لا يكون أمانا ولا بأس بقتله له ولغيره؛ لأن في سياق كلامه تنصيص على معنى التهديد وسياق الكلام دليل على ترك الحقيقة ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿فَمَن شَآءَ فَلْيُؤْمِن وَمَن شَآءَ فَلْيَكْفُرْ ۚ إِنَّآ أَعْتَدْنَا لِلظَّٰلِمِينَ نَارًا﴾ [الكهف:٢٩] أنه زجرٌ وتوعيد وتوبيخ لا أمر وتحقيق وطلب باعتبار سياق الكلام، وقوله تعالى: ﴿ٱعْمَلُوا۟ مَا شِئْتُمْ﴾ [فصلت: ٤٠]؛ لأنه تهديد وليس بأمر وتقدير، كذلك الرجل إذا قال لغيره: افعل في مالي ما شئت إن كنت رجلا أو افعل بي ما شئت إن كنت صادقا؛ لا يكون إذنا بل يكون زجرًا وتقريعًا، فكذا هذا، ولو نادى مشرك من الحصن قبل أن يظفر به: الأمان الأمان، فقال له المسلم: الأمان الأمان؛ فرمى بنفسه إلى المسلم فقال الذي أمَّنه: إنما أردت التهديد لم يلتفت إلى كلامه وخلى سبيله لأن ما في ضميره لا يعرفه المشرك فلو اعتبر ذلك أدى إلى الغرور وذلك حرام بخلاف الأسير، فإنه صار مأخوذا مقهورا فلا يتحقق معنى الغرور بينه وبين المسلم فيعتبر ما في ضميره في حقه خاصة وأما الكنايات والإشارات، ولو قال المسلم للحصور: الأمان الأمان ما أبعدك من ذلك، أو انزل إن كنت رجلا، فرمى المشرك نفسه فهو في تجوز قتله؛ لأنه لم يعده بشيءٍ؛ لأنه أسمعه ما هدده به وبين أن كلامه تهديد وليس بتحقيق للأمان، ألا ترى أن الرجل يقول لآخر: لي عليك ألف، فقال الآخر: لك علي ألف مما أبعدك من ذلك، فإن كلامه لا يكون إقرارا، وأما إذا سمعه ذكر الأمان فلم يسمعه ما وصل به فهو آمن؛ لأنه يعتبر في حقه ما أسمعه دون ما لم يسمعه وما لم يسمعه بمنزلة ما في ضميره لو اعتبر أدى إلى الغرور وإنه حرام، ولو أن مسلما من العسكر أشار إلى مشرك في حصن أو منعةٍ لهم تعال وظن المشركون أن ذلك أمان كان أمانا إذا كان هذا الصنع معروفا فيما بينهم أنه كان أمانًا

لحديث عثمان: أيما رجل من المسلمين أشار إلى رجل من العدو: أن تعال قائلا: إن جئت قتلتك؛ فأتاه فهو آمن وتأويل هذا إذا لم يفهم قوله: إن جئت قتلتك؛ أو لم يسمع فأما إذا علم وسمعه وجاءه مع ذلك فهو في؛ لأن دلالة الحال والعرف سقط اعتباره إذا صرح بخلافه، ألا ترى أنه لو قال: تعال إن كنت تريد القتال أو إن كنت رجلا أو تعال حتى تنظر ما أفعله بك، وهذا كلام تهديد لا كلام أمان، فأما قوله: تعال؛ مطلقًا كلام موافقة ومسالمة وكذلك أشار به بالأصابع إلى السماء فيه بيان أعطيك دمه إله السماء أو أنت آمن مني بحق إله السماء فهو بمنزلة قوله: أمنتك.

وذكر في (**المنتقى**): لو أشار المسلم بإصبعيه إلى السماء للرجل من العدو فأمنه قال أبو حنيفة رحمه الله: ليس هذا بأمان.

وقال أبو يوسف: إذا أشار إليه هلم؛ فأتاه فهو آمن استحسانًا، وإذا خرج مسلم من دار الحرب ومعه حربي فقال: أمنته؛ بالعربية، وقال الحربي: أمنتني بالفارسية أو اختلفا في وقت الأمان أو في المكان أو في الكتاب أو في الرسالة والأمان في اللسان فهو آمن لأنهما اتفقا على ما هو المقصود والأمان مما يعاد ويكرر فالاختلاف في هذه الأشياء لا يمنع الحكم بما هو المقصود.

ولو قال المسلم: أسلم فخرج معي وقال الحربي: بل أمنتني فهو آمن لأن الاختلاف بينهما في الحكم المطلوب بسبب، فإن المسلم يستفيد الأمان بإيمانه والمستأمن يستفيد الأمان من جهة من أمنه فمع اختلافهما لا يثبت واحد من الأمرين.

ولو قال المسلم: أعطيته دمه، وقال الحربي: بل أمنتني؛ فهو آمن لأنهما اتفقا على الحكم وهو ثبوت الأمان له من جهة هذا المسلم، وإن اختلفا في سببه والمسلم يدعي عليه زيادة وهو احتباسه في دارنا والتزامه الجزية فلا تثبت تلك الزيادة لمجرد قوله ويبقى أصل الأمان له باتفاقهما عليه فيرجع إلى دار الحرب إن شاء.

(باب طلب الأمان وما يدخل فيه وما لا يدخل فيه)

(**السير الكبير**): ولو نادى واحد من منعه المشركين المسلمين بالأمان فهو آمن

بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ﴾ الآية [التوبة: ٦] وقوله تعالى: ﴿ ۞ وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١]، وكذلك لو كان معه السلاح إلا أنه ليس عليه هيئة رجل يريد القتال؛ لأنه ربما استصحب السلاح ليبيعه في عسكر المسلمين أو خاف ضياعه إن خلفه عندهم واستصحبه صيانة منه لسلاحه، وإن كان أقبل سالًّا سيفه مادًّا رمحه نحو المسلمين فلما كان في موضع لا يكون ممتنعا نادى بالأمان فهو في؛ لأن الظاهر من حاله أنه أقبل مقاتلا؛ لأن بناء الأمر على الظاهر فيما يتعذر الوقوف على حقيقته وغالب الرأي شاهد عدل فيما لا يمكن معرفته حقيقة، ألا ترى أن من دخل على إنسان شاهرا سيفه لا يدري أهارب أو سارق، فإنه بحكم حاله، فإن كان فيه سيماء الخير وغالب رأيه أنه هارب لا يسعه أن يقتله.

ولو أن عسكر المسلمين في دار الحرب وجدوا رجلًا وامرأة فقال: حيث اطلب الأمان؛ ينظر إن لم تكن لهم به علم حتى هجموا عليه فهو فيء، ولا يصدق في ذلك؛ لأن الظاهر يكذبه؛ لأنه كان مختفيا منهم إلى أن هجموا عليه وهذا يليق بحال ما يأتيهم مغيرا لا مستأمنا فالظاهر أنه يحتال بهذه الحيلة بعدما وقع في الشبكة فلا يصدق، ولأنه كان ممتنعا في موضع لا يقدر عليه المسلمون فلما أراد المسلمون أن يقتلوه أقبل إليهم فهو فيء، وللإمام أن يقتله؛ لأنه حين أراد المسلمون أسره وقتله كان هو متمكنا من أن ينادي بالأمان فيعلم أيؤمنونه أم لا؟ وقد كان ممتنعا في ذلك الموضع فحين ترك النداء بالأمان فهو الذي لم ينظر لنفسه بعد التمكن فالظاهر أنه أقبل، رادًّا يقصد المسلمين فحين لم يتمكن من ذلك احتال بهذه الحيلة، وإن لم يعرض له المسلمون يقتل ولا أسير فاقبل إليهم حتى أتاهم وهو آمن؛ لأن إقباله إليهم دلالة المسالمة فهو بمنزلة النداء بالأمان بخلاف الأول؛ لأن إقباله بعد قصد المسلمين دليل على أنه أراد رد قصدهم بالقتال، وأما إقباله قبل المسلمين دليل على أنه قصد المسالمة والموافقة، ألا ترى أن تجارهم هكذا يدخلون دار الإسلام من غير أن ينادوا بطلب الأمان.

ولو وجدوا رجلا عليه سلاح في مؤخر العسكر أو عن يمينه أو عن يساره

يعارض العسكر فلما أبصروا به دعا إلى الأمان كان فيئًا؛ لأن الظاهر من حاله أنه كان متجسسا أو على قصد أن يثبت المسلمين، فإن أشكل حاله أنه مستأمن أو غير مستأمن فينبغي للأمير أن يخرجه إلى دار الإسلام ويجعله ذمة؛ لأن عند الاشتباه يجب الأخذ بالاحتياط والأحوط أن لا يقتله ولا يجعله فيئًا لاحتمال أنه جاء مستأمنا ولا يرده إلى مأمنه لاحتمال أنه جاء مغيرًا فلا يبطل حكم جزيته ولا يجوز إراقة دمه بالمحتمل فيبقى حرا محتبسا في دارنا على التأبيد، فإن أسلم فهو حر لا سبيل عليه وإن رأى أي وضع عليه الخراج.

وكذلك القوم من أهل الحرب يريدون دخول دار ولا يقدرون على أن ينادوا بالأمان إلا في موضع لا يكون فيه ممتنعين فنادوا حيث انتهوا إلى ذلك المكان فهم آمنون لأنهم أتوا بما في وسعهم.

ولو جاء أهل منعة فاستأمنوا، فإن شاء المسلمون أمنوهم وإن شاؤوا لم يأمنوهم؛ لأن أهل المنعة في دار الإسلام كهم في دار الحرب أو في حصونهم لكونهم ممتنعين، ولو كانوا مستأمنين كان للمسلم أن ينبذ إليهم إن كان في منعتهم لهم أيضًا أن يمتنعوا من إعطاء الأمان نظر الأول وأما إذا كانوا مستأمنين غير ممتنعين لم يجز نبذ الأمان إليهم حتى يلحقهم عامتهم فكذا إذا جاؤوا طالبين للأمان حتى صاروا غير ممتنعين والله أعلم.

(باب من يدخل بالأمان ومن لا يدخل)

(**السير الكبير**): ثم الاستئمان للغير على أنواع: للأهل، والذرية، والوالد، والولد، والابن، والأخوة.

أما الأهل: لو قال: أمنونا على أهلينا، فقالوا: أمناهم، فهو فيء وأهلوهم آمنون؛ لأنهم طلبوا الأمان لأهليهم ولم يذكروا أنفسهم صريحا ولا كناية ولا دلالة؛ لأن الإنسان لا يكون من أهل نفسه، وإنما أهله غيره؛ لأن المضاف غير المضاف إليه، وقد حكي أن مثل هذه الحادثة وقعت في زمن معاوية وقد كان الذي يسعى في طلب الأمان للجماعة قد آذى المسلمين فقال معاوية: اعقله عن نفسه فطلب الأمان

لأهله وقومه ولم يذكر نفسه فأخذ وقتل، وإن قالوا: يخرج إليكم على أن يراوضكم في الأمان على أهلينا، فقالوا لهم: اخرجوا؛ فلما خرجوا فهم وأهلهم آمنون؛ لأنهم لما أمروهم أن يخرجوا للمراوضة على الأمان فهذا أمان منهم لهم، ألا ترى أنه لو لم يتهيَّا بينهم أمان في شيء كان عليهم أن يردوهم إلى مأمنهم ولا يعرضوا لهم بشيء.

وأما الذرية: لو قالوا: أمنونا على ذرارينا فأمنوهم على ذلك فهم آمنون وأولادهم وأولاد أبنائهم وإن سفلوا؛ لأن اسم الذرية يعم جميع ذلك فذرية المرء فرعه الذي هو متولد منه وهو أصل لذريته، ألا ترى أن الناس كلهم ذرية آدم ونوح عليهما السلام قال الله تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ أَنۡعَمَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِم مِّنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ مِن ذُرِّيَّةِ ءَادَمَ﴾ الآية [مريم: ٥٨] ولا يدخل أولاد البنات في ذلك.

وذكر بعد ذلك ما يدل على أنه يدخل أولاد البنات في ذلك، وجه الرواية الأولى أن أولاد البنات من ذرية آبائهم لا من ذرية قوم الأم، ألا ترى أن أولاد الخلفاء من الإماء من ذرية آبائهم كما قال المأمون: فإنما أمهات الأولاد أوعية مستودعات والإنسان من الآباء. وجه الرواية الأخيرة أن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل، والأب والأم أصلان في اتحاد الولد، والتولد، والتفرع في جانب الأم راجح؛ لأن ماء الفحل يصير مستهلكا بحضانتها في رحمها، وإنما يكون الولد متولدًا منها بواسطة ماء الفحل، فإذا جعل الناقلة من ذرية أب أبيه فكذلك يجعل من ذرية أمه وأما الأولاد لو قال لهم: أمنونا على أولادنا؛ يدخل فيه أولاد الأبناء ولا يدخل أولاد البنات لما يأتي في الوصايا.

وأما الإخوة: لو قالوا: آمنونا على إخوتنا ولهم إخوة وأخوات فهم آمنون؛ لأن اسم الإخوة عند الإطلاق للذكور والإناث قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ﴾ [النساء: ١٧٦] وفي الحقيقة الصيغة للذكور إلا أن مذهب العرب عند اختلاط الذكور والإناث وإطلاق اسم الذكور على الكل والمستعمل بهذه الصفة بمنزلة الحقيقة والأخوات المفردات لا يدخلن في الأمان؛ لأن الإناث المفردات لا يتناولهن اسم الذكور.

وكذلك لو قال: أمنونا على أبنائنا؛ ولهم بنون وبنات فهم آمنون جميعًا كما في

الإخوة، قيل جوابه في الفصلين قولهما، وقول أبي حنيفة رحمه الله أولا وعلى قوله الآخر يتناوله الذكور خاصة بمنزلة الوصية لبني فلان أو لإخوة فلان والأصح أن هذا قولهم جميعًا، وأبو حنيفة فرق بين الوصية والأمان والفرق أنه موسع في باب الأمان وتجري فيه المساهلة ما لا يتوسع في باب الوصية، وأبو حنيفة في الوصية اعتبر الحقيقة لا غير وهي أن اسم الذكور لا يتناول الإناث وفي الأمان يعتبر الحقيقة وما يشبه الحقيقة بطريق الاستعمال احتياطا في باب الأمان وهذه الصيغة لا تتناول الإناث المفردات إلا إذا كان المضاف إليه أن القبيلة والمراد به النسبة إلى القبيلة والإناث المفردات بهذا اللفظ كالذكور.

وقال بعض مشايخنا: إنه يعذر منه كلام يستدل به على أنه أراد بالأمان الإناث بأن قال ليس لي إلا هؤلاء البنات والأخوات وأمنوني على بني أو على أخوي فالإناث آمنات؛ لأنه يستدل بتلك المقدمة على أن مراده الإناث وإن أمنونا على آبائنا ولهم آباء وأمهات فهم آمنون جميعًا؛ لأن اسم الآباء يتناول الآباء والأمهات ألا ترى أنهما يسميان أبوان قال الله تعالى ﴿ وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ [النساء: ١١] وكذلك إن كان له أب وجد وأمهات؛ لأن الاسم حقيقة للكل استعمالا عند الاحتياط.

ولو قال: أمنونا على أبنائنا؛ يدخل أبناء الأبناء في الأمان أيضًا استحسانًا لا قياسًا؛ لأن اسم الابن على ابن الابن مجاز لا حقيقة؛ لأنه غير متولد من أب الأب حقيقة واللفظ الواحد لا ينتظم الحقيقة والمجاز.

وجه الاستحسان: أنه إنما طلب الأمان لمن يكون مضافًا إليه بالبنوة وابن الابن مضاف إليه إلا أنه ناقص في الإضافة والانتساب إليه؛ لأنه يضاف إليه بواسطة الابن؛ لأنه متفرع ومتولد عندهما بواسطة والإضافة الناقصة كافية لإثبات الأمان؛ لأنه يختلف في إثباته؛ لأن موجبه حرمة الاسترقاق والشبهة ملحقة بالحقيقة في موضع الاحتياط بخلاف الوصية فإنها لا تستحق بالشبهة في حق إثبات المراجعة للورثة.

ولو قال: أمنونا على أبنائنا؛ لا يدخل فيه الأجداد؛ لأن اسم الأب لا يتناول الأجداد حقيقة ولا بطريق التبعية لأنهم أصول للآباء يختصون باسم خاص، فكيف

يتناولهم اسم الآباء على وجه الإتباع لفروعهم وهذا في لسان العرف، فأما في لسان الفارسية فهو داخل في الأمان، فإن الجد والد كما أن ابن الابن ابن، فإنه يقال للجد: بدر بدر، كما يقال لابن الابن: بسر بسر، وكذلك كل قوم في لسانهم يسمى الجد والدًا وأبًا.

(باب من يجوز أمانه ومن لا يجوز)

(**السير الصغير**): ويجوز أمان الواحد الحر المسلم استحسانًا؛ لأن ولاية الأمان لا تتجزأ كولاية النكاح؛ لأن العصمة عن القتل وحرمة الاسترقاق والاستغنام لا تتجزأ؛ لأنه لا يتصور أن يثبت في بعض شخص دون بعضه كما لا يتصور أن يثبت حكم النكاح في بعض المرأة دون بعضها وما لا يتجزأ لا يثبت إلا متكاملا ويثبت الأمان في حق الكل؛ لأنه يتضمن مصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل في الأمان لتعذر اجتماع الكل عليه، وبعد الأمان يدعوهم إلى الإسلام أو إلى إعطاء الجزية، فإن أبوا الأمرين ورأى الإمام المصلحة في نقض الأمان ألحقهم بمأمنهم ونبذ إليهم ثم قاتلهم لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦]؛ لأن الأمان إنما يصح بشرط أن يكون خيرا، فإذا صار الخير في النقض فات شرط جواز الأمان فيجب النقض ويجوز أمان المرأة كما روينا، ولا يجوز أمان المسلم التاجر أو الذمي أسلم في دار الحرب والأسير لأنهم لا يخافون منهم والأمان شرعا لرفع الخوف ولأنه لو صح الأمان منه أدى إلى ترك الجهاد؛ لأنه كلما ضاق الأمر على الكفار ولم يطيقوا القتال يجبرون الأسير والتاجر على الأمان لهم فيؤدي ذلك إلى ترك القتال ولأنهم متهمون في الأمان، وأمان الذمي باطل وإن حضر لمعونة المسلمين؛ لأنه من أمور الدين وهو غير مؤتمن فيه وأمان العبد إن كان يقاتل مع مولاه جائز وإلا فلا عندهما، وعند محمد والشافعي يجوز في الوجهين؛ لأن الأمان من مصالح الدين والعبد صار أهلا لإقامة هذه المصلحة بإسلامه وليس في إقامته تعطيل المنفعة على المولى؛ لأنه يقوم بمنفعة اللسان وهي غير مملوكة للمولى، فأما القتال يقوم بمنفعة البدن ومنافع بدنه مستحقة للمولى فيما استثنى عليه من الفرائض. لهما: أن العبد لم يملك ما به

قوام الأمان فلا يملك الأمان كالقتال وذلك؛ لأن قوام الأمان بمنافع بدنه ومنافع بدنه مملوكة للمولى؛ لأن العبد من رقبته إلى قدمه مملوك للمولى مطلقًا لقوله تعالى: ﴿ ۞ ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا ﴾ وصف العبد يكون مملوكا مطلقًا، ولأن الاستيلاء صادف جميع أجزائه فيوجب الملك في جميع أجزائه وملك الرقبة علة لملك المنفعة. ولا يصح أمان الصبي العاقل المراهق، وعند محمد يصح؛ لأن أهلية الأمان إنما تثبت بالعقل والإسلام وقد وجد، ولهذا صح إيمانه فصح أمانه بعد إيمانه؛ لأن الأمان نصرة الدين بالقول، فإذا صح قوله في أصل الدين فكذلك يصح في نصرة الدين. لهما أن المصلحة والجزية والنظر في الأمان مستورة متكتمة لا يعرفها إلا من اعتدل حاله واشتهر رأيه وتدبيره في استخراج مصالح القتال وتركه وذلك لا يكون إلا بعد اعتدال أحواله واستقامة أقواله وانتظام أفعاله بوفور رشده وهدايته وكره تجريبه وممارسته وذلك بعد البلوغ، وإن كان الصبي مأذونا في القتال قال أبو بكر الرازي بأنه يصح أمانه لكونه متمكنا مالكا لمباشرة القتال بمنزلة العبد المأذون وقال غيره من مشايخنا لا يصح أمانه؛ لأنه ليس بمعتدل الحال ولا كامل البال فلا يتم النظر للمسلم في أمانه.

(**السير الكبير**): قال محمد رحمه الله؛ ومختلط العقل إذا كان يعقل الإسلام ويصفه بمنزلة الصبي الذي يعقل يصح أمانه عنده خلافا لهما، ولو أمر أمير العسكر ذميا أن يؤمنهم فأمنهم فهو جائز؛ لأن أمان الذمي إنما لا يصح لتهمة مثله إليهم اعتقادا وقد زال ذلك إذا أمره المسلم فأمر المسلم إياه دليل على أن في الأمان مصلحة ونظرا للمسلم بخلاف ما لو أمره بالقتال لأن بأمره إياه بالقتال لا يتعين معنى الجزية في الأمان ولا يظهر برأي الكافر؛ لأنه متهم. ثم المسألة لا تخلو إما أن يقول لهم الذمي قد أمنتكم أو يقول إن فلانا المسلم قد أمنكم ثم لا يخلو إما أن قال له المسلم أمنهم يصح أمانه في الوجهين؛ لأنه صار مالكا للأمان بهذا الأمر فيكون فيه كمسلم أحرق المسلم إذا قال أمنتكم أو أمنكم فلان يصح؛ لأنه أضاف الأمان إلى من يملك الاستثناء فيكون ذلك إخبارا منه بأمان صحيح فيجعل في حكم الاستثناء لرفع العذر وإن قال له المسلم قل لهم إن فلانا أمنكم فقال لهم على هذا الوجه يصح أمانهم؛ لأنه جعله رسولا إليهم وقد أدى الرسالة على وجهها فيكون بمنزلة ما لو كتب إليهم

كتاب الأمان وبعث به على يده فبلغهم يصح أمانه وإن قال الذمي لهم: أمنتكم؛ فهو باطل؛ لأنه أمره بتبليغ الرسالة وذلك لا يتضمن تمليك الأمان منه وقوله: أمنتكم؛ ليس بتبليغ الرسالة ولكن إنشاء عقد مضاف إلى نفسه أو هو ليس من أهله فلم يصح.

مسلم في دار الحرب أمن جندا عظيمًا منهم فخرجوا معه إلى دار الإسلام فظفر بهم المسلمون كانوا فيئًا؛ لأن هذا المسلم مقهور بمنعهم في دار الحرب والإسلام جميعا فيكون أمانه باطلا ألا ترى أن هذا العسكر لو دخلوا دار الإسلام فدخل إليهم مسلم بأمان فأمنهم كان باطلا؛ لأنه غير ممتنع منهم فكذلك إذا خرج في منفعتهم من دار الحرب مستديما لذلك الأمان بخلاف ما إذا خرج واحد منهم مع المسلم بأمان فهو آمن؛ لأن الواحد لا يكون مقهورا بالواحد بل يمتنع منه فيصح أمانه، ولو كان آمن في دار الحرب عشرين رجلا منهم ثم خرج معهم إلى دار الإسلام فهم آمنون؛ لأن المسلم، وإن كان مقهورا باعتبار نفسه حيث لا يقاومهم ولكنه قاهر ممتنع بقوة المسلمين؛ لأن هؤلاء لا يمتنعون من جماعة المسلمين، فكان هذا الرجل قاهرًا لهم في دار الإسلام حكما لا مقهورا بهم، فصار يميز له ما لو أنشأ الأمان لهذه الجماعة في دار الإسلام ابتدأ بخلاف الجند لأنهم ممتنعون من أهل الإسلام بشوكتهم وقوتهم فيكون هو مقهورًا فيهم في دارنا كما في دار الحرب، ألا ترى أنه لو دخل قوم لا منعة لهم دارنا بغير أمان كانوا فيئًا للمسلمين.

ولو دخل جند عظيم منهم دارنا فقاتلهم قوم من المسلمين حتى قهروهم كانوا لهم خاصة لهذا إن الذي لهم منعة ما صاروا مقهورين بحصولهم في دار الإسلام والذي لا منعة لهم صاروا مقهورين، فلو لم يجعل أمان هذا المسلم صحيحًا أدى إلى الغرور لأنهم فارقوا منعهم بناء على ذلك الأمان وفي الجند لا يؤدي إلى الغرور لأنهم ما فارقوا منعتهم بناء على أمانه بل هم ممتنعون بشكوتهم في دارنا كما في دار الحرب وكذلك إذا أخرجهم هذا الواحد إلى عسكر المسلمين في دار الحرب فعلى هذا التفصيل.

ولو أن المسلمين حاصروا حصنًا وفيهم مسلم فأمن قومًا لا منعة لهم فأخرجهم معه إلى العسكر لم يكونوا آمنين؛ لأن المحصور صار مقهورا من وجه حاله كحاله

المأسور فلا يصح أمان المسلم الذي فيهم لهم لما فيهم من إبطال حق المسلم عنهم، ولأن لو جاز هذا الأمان لم يقدر المسلمون على قهرهم بحال، فإنهم إذا اتفقوا بالقهر أسلم بعضهم ثم أمنهم على أن يخرج مع كل نفر منهم ولا يجوز القول بما يؤدي إلى سد باب الاسترقاق على المسلمين.

(باب الأمان بالرسالة والكتابة)

(**السير الكبير**) مسائله على فصول:

فصل في أمان الرسول.

وفصل في نبذه.

وفصل في رسول أهل الحرب يطلب الأمان.

(فصل)

وينبغي لأمير العسكر أن يختار لرسالته رجلا مسلما أمينا عدلا ولا يختار جانيا أو ذميا أو حربيا مستأمنا؛ لأنه متهم في ذلك.

ورُوي أن عمر رضي الله عنه قال لأبي موسى الأشعري: مر كاتبك ليدخل المسجد فليقرأ هذا الكتاب، فقال: إن كاتبي لا يدخل المسجد، فقال: أجُنُبٌ هو؟ فقال: لا ولكنه نصراني، فقال: سبحان الله، اتخذت بطانة من دون المؤمنين، أما سمعت قوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا﴾ [آل عمران: ١١٨] أي لا يقصرون في إفساد أموركم.

ثم المسائل لا تخلو إما أن يكون رسول أمير العسكر، أو رسول المسلمين في حاجة، أو لم يكن رسول أحد.

أما **الأول**، فإذا أرسل أمير العسكر رسولا مسلما في حاجة له فذهب الرسول فلما بلغ الرسالة قال إنه أرسل على الثاني إليك الأمان ولأهل مملكتك فافتح الباب فأتاه كتاب افتعله على لسان الأمير وقرأه بمحضر نفر من المسلمين فلما فتحوا الباب ودخل المسلمون فيه وجعلوا يسبوهم فقالوا: أخبرنا رسولكم أن أميركم آمننا

وشهد أولئك المسلمون على مقالته فهم آمنون لا يجوز سبيهم؛ لأن التمييز بين الافتعال والاحتيال بنفسه وبين تبليغ الرسالة عن المرسل متعذر في حق المبعوث إليه؛ لأنه لا طريق للوقوف على حقيقة الرسالة، وإنما في وسعه الاعتماد على خبر الرسول فيجعل ما أخبر به الرسول كأنه حقٌّ وصدقٌ وبعدما ثبت رسالته كي لا يؤدي إلى الغرور في حقهم وذلك حرام أرأيت لو ناداهم الأمير إن هذا رسولي في كل ما يجري بيني وبينكم ثم أتاهم بهذا لم يكن القوم آمنين فكذا هذا.

ولو أرسل الأمير إليهم من يخبرهم أنه أمنهم ثم رجع إليه فأخبره أنه قد أتاه برسالته منه فهم آمنون، فإن كانوا لا يعلمون أن الرسول قد بلغهم الرسالة؛ لأن النبأ على الظاهر واجب فيما لا يمكن الوقوف على حقيقته والظاهر أن الرسول بعدما دخل عليهم لا يخرج حتى يؤدي الرسالة ولأن فيما يقوله الرسول احتمال الصدق قائم فثبتت شبهة التبليغ والأمان تثبت في موضع الشبهة.

ولو أن رسول الأمير حين بلغ رسالة الأمير بحاجة فقال: إن فلانا القائد قد أمنكم فأرسلني بذلك وإن المسلمين على باب الأمير أمنوكم أو إني كنت أمنتكم قبل أن أدخل عليكم أو بإذنكم وشهد على هذه المقالة قوم من المسلمين فهم فيءٌ أجمعون إذا كان ما أخبر به كذبا؛ لأنه ليس برسول للقائد ولا رسول المسلمين حتى تكون عبارته كعبارتهم ولا يملك أمانهم بنفسه في هذه الحالة؛ لأنه في منعتهم.

والثاني: لو أرسله رجل من المسلمين في حاجته فقضى حاجته ثم أخبرهم أن من أرسله أمنهم فهو باطل بخلاف ما لو أرسله الأمير أو جماعة من المسلمين في حاجة ثم أخبرهم بمثل ذلك يصبح أمانهم والفرق أن جماعة المسلمين أهل المنعة حيث ما يكونون والأمير لا يكون أميرا إلا باعتبار المنعة فرسولهم قائم مقامهم، وإذا أضاف الأمان كان صحيحًا فأما الواحد في عرض الناس لا منعة له فلا يصح إخبار رسوله إياهم بالأمان عنهم.

والثالث: رجل ليس برسول افتعل كتابا فيه أمانهم وقرأ عليهم وقال: إني رسول الأمير ورسول المسلمين أو المسألة بحالها فهم فيء؛ لأنه لا يمكن إثبات الأمان لهم من جهته كأنه غير ممتنع منهم بل هو بمنزلة الأسير منهم وأمان الأسير لا يصح ولا

يمكن تصحيحه من جهة الأمير والمسلمين؛ لأنه ما أرسله حتى يكون عبارته كعبارتهم ولا يتحقق معنى الغرور فيه متى أبطلنا هذه المقالة؛ لأن التقصير جاء من قبلهم حيث اعتمدوا على قول مجهول غير معروف بالرسالة ولا كان رسولا إليهم من جهة الأمير في وقت من الأوقات والأمير لا يمكن التحرر من هذا؛ لأنه لا يعرف المفتعل حتى يمنعه من الافتعال.

ولو قال: من لم يكن رسولا هذه المقالة وهو في عسكر المسلمين بأدائهم فهو أمان؛ لأنه لا يجعل هذه المقالة أمانا من جهته حين كان في منعة المسلمين؛ لأن من يملك الأمان إذا أخبر عمن يملك الأمان فذلك أمان صحيح لهم سواء كان الخبر صدقا أو كذبا إن كان صدقًا فمن جهة المخبر، وإن كان كذبا فمن جهة المخبر إلا أنه لا يثبت ذلك إلا بشهادة العدول من المسلمين لأنها تقوم لإبطال حقهم في الاستغنام.

(فصل)

ولو أمنهم المسلمون ثم بعثوا رجلا ليبدأ إليهم ويخبرهم أنهم قد نقضوا العهد، فرجع الرسول وذكر أنه قد أخبرهم لا يعرض لهم وبقي أمانهم حتى يعلموا ذلك؛ لأنه أتاهم بخبر متمكن بين الصدق والكذب، وذلك لا يكون حجة في نقض العهد، وإن كان حجة في إثبات الأمان؛ لأنه يتعلق بالنبذ إباحة السبي واستحلال الفروج والدماء وهذا لا يثبت مع الشبهة وخبر الواحد مما لا ينفك عن الشبهة ويتعلق بالأمان حرمة السبي والفروج وحقن الدماء وذلك يثبت مع الشبهة، وإن أغار عليهم المسلمون قبل النبذ فقالوا: لم يبلغنا ما جاء به رسولكم؛ فالقول قولهم لأنهم أنكروا نبذ الأمان وتمسكوا بالأصل وهو الأمان فيرد عليهم المسلمون ما أخذوا من أموالهم وتغرموا ديات من قتلوا منهم لأنهم كانوا في أمان ما لم يعلم النبذ؛ لأن وسع الأمير أن يرسل إليهم رسولا ينبذ إليهم ويرسل معه رجلين عدلين حتى يشهدوا على تبليغه وهذا أدنى ما يتم به الرسالة في النبذ حتى لو أرسل إليهم رجلين فرجعا وشهدا على تبليغ الرسالة لم يجز ذلك؛ لأن أحدهما يشهد على فعل ثقة وذلك لا يكون حجة في الأحكام، ولو جاء رسول أميرهم بكتاب مختوم إلى أمير العسكر إني قد ناصبتك فلا ينبغي للمسلمين أن يعجلوا حتى يعلموا

حقيقة ذلك؛ لأن الكتاب محتمل فلعله مفتعل وإن جاء بالكتاب رجلان من أهل الحرب فشهد أن هذا كتاب الملك وخاتمه جازت شهادتهما على أهل الحرب؛ لأن شهادة أهل الحرب على أمثالهم من أهل دارهم حجة تامة وبعد تمام النبذ بشهادتهم لا بأس بقتلهم واسترقاقهم وإن بعث إليهم عشرة معهم كتاب فيه نقض العهد فقرأ رجل مسلم عليهم بالعربية وترجم الترجمان بلسانهم وشهد الآخرين عليهم ثم قالوا: إن الترجمان لم يخبرنا بنقض العهد بل أخبرنا أن في الكتاب قد زدناكم في مدة الأمان؛ فقولهم باطل؛ لأن أمير العسكر أتى بما في وسعه وهو الإخبار بالنقض والشهادة عليه، وإنما التقصير جاء من قبلهم متى اختاروا للترجمة جاء بنا إلا أن يستيقن عند المسلمين الذين حصروهم أن الترجمان قال لهم غير ما في الكتاب أو كان أكبر الرأي منا إنهم لم يفهموا فهو على أمانهم لأنا متى تيقنا بذلك فقد سقط اعتبار الظاهر باليقين وأكبر الرأي يمكن هذا اليقين فيما يبنى على الاحتياط.

(فصل)

ولو جاء رسول ملك أهل الحرب إلى عسكر المسلمين وهو آمن حتى يبلغ الرسالة بمنزلة مستأمن جاء للتجارة؛ لأن مجيء كل واحد منهما منفعة للمسلمين عينيٌّ، فإن أراد الرجوع فخاف الأمير أن يكون قد رأى للمسلمين عورة فيدل عليها العدو فلا بأس بأن يمنعهما من الرجوع ويجعل عليهما حراسا يحرسونهما؛ لأن في حبسهما نظر للمسلمين ودفع الفتنة عنهم، فإن حضر قتالٌ وشغل عنهما الحرس وخاف انقلابهما فلا بأس بأن يقيدهما حتى يذهب ذلك الشغل؛ لأن هذا موضع الضرورة والنائب بالضرورة يتعذر بقدرها فيحل قيودهما متى ذهب الشغل، وإن رجع الأمير إلى دار الإسلام فله أن يذهب بهما معه حتى يبلغ موضعا الذي يأمن فيه مما يخاف منهما ثم يخلي سبيلهما، فإن لم يأمن منهما لم يخل سبيلهما حتى يدخل أرض الإسلام ويعطيهما من النفقة ما يبلغهما إلى المكان الذي جاء بهما مكرها منه من بيت المال وهذا إذا لم يصب الجند غنيمة أو أصابوها واقتسموها، فإن أصابوا غنيمة ولم يقسم بعد، فإنه يعطيهما النفقة من تلك الغنيمة؛ لأنه أكرههما على ذلك نظرًا منه للجند خاصة فتكون المؤنة في مال هو حق الجند بمنزلة ما لو

استأجر بحمل الغنائم أو سوقها أو حفظها، وكذلك إن منعهما من الرجوع وأكرههما على المقام معه ينفق عليهما من الغنيمة بخلاف ما قبل إصابة الغنيمة أو بعد القسمة؛ لأن في منحهما مكروهين نظرا للمسلمين، فتكون تلك المؤنة في بيت مال المسلمين بمنزلة نائبة بيوت المسلمين وفيما تجاوزا ذلك فقد أتيا باختيارهما فلا يعطيهما للرجوع النفقة، وإن كان في موضع يخافان من اللصوص فينبغي أن يرسل معهما قوما يبلغونهما مأمنهما لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ﴾ [التوبة: ٦].

(باب ما يكون أمانا ممن يدخل دار الحرب أو لأسير دخل عسكر المسلمين وما لا يكون أمانا)

(**السير الكبير**) مسائله على فصول:

فصل في المسلم دخل دار الحرب للرسالة.

وفصل في الأسير في أيديهم.

وفصل في الأسير في عسكر المسلمين.

(فصل)

ولو أن رهطا من المسلمين أتوا أول مسالح أهل الحرب فقالوا: نحن رسول الخليفة وأخرجوا كتابا يشبه كتاب الخليفة أو لم يخرجوا وكان ذلك خديعة منهم للمشركين فقالوا: ادخلوا؛ فدخلوا دار الحرب فهو أمان لا يحل لهم أن يتعرضوا لهم[1]؛ لأن ما أظهروه لو كان حقا كان أمانا فكذا إذا ظهروا من أنفسهم خداعا؛ لأنه لا طريق لهم إلى الوقوف على التوطن فيبنى الحكم على الظواهر تحرزا عن الغدر والخداع؛ لأنه حرام فيجعل ما أظهروه بمنزلة الاستئمان منهم.

وكذلك لو قالوا: جئنا نريد التجارة وقد كان قصدهم أن يغتالوا بهم.

ولو قالوا: نحن قوم من أهل الحرب؛ وأخذ أموالهم؛ لأن ما أظهروا لو كانوا

---

(١) انظر: "السير الكبير مع شرح السرخسي" (٢/٦٦).

حقيقة لم يكن استئمانا، فإن بعضهم ليس في أمان البعض، وإنما خلوا سبيلهم بناء على أنهم منهم وهذا وقوله ونحن منكم سواء والإنسان في دار نفسه لا يكون مستأمنا.

(فصل)

ولو أن رهطا من المسلمين كانوا أسرى في أيديهم فخلوا سبيلهم أو قالوا: قد أمناكم فاذهبوا حيث شئتم، ولم يقل الأسرى شيئًا فلا بأس لهم أن يقتلوهم ويأخذوا أموالهم، بخلاف ما لو دخل رهط من دار الإسلام بإذن أهل الحرب فهم آمنون، والفرق أن هناك دخل رهط من دار الإسلام، فإذا جاؤوا على اختيار مجيء المستأمنين فإنهم حين ظهروا لأهل الحرب موضع لا يكونوا ممتنعين منهم بالقوة فكأنهم استأمنوهم، وإن لم يتكلموا به.

وأما الأسرى في دارهم مقهورين لا عن اختيار منهم، ولا بد للاستئمان من قول أو فعل يدل عليه، ولو لقي قوم منهم الأسرى فقالوا: من أنتم؟ فقالوا: نحن قوم تجار دخلنا بأمان أصحابكم، أو قالوا: نحن رسول الخليفة صح أمانهم لأنهم أظهروا ما هو دليل الاستئمان فيجعل ذلك استئمانا منهم.

وإن علم أهل الحرب أنهم أسرى فأخذوهم ثم انقلبوا منهم حل لهم قتلهم وأخذ أموالهم؛ لأن حكم الاستئمان قد ارتفع بما فعلوا، ألا ترى أن المستأمنين لو أخذوا ملك أهل الحرب أموالهم وحبسهم ثم انقلبوا حل لهم قتلهم وأخذ أموالهم؛ لأن ذلك يقضي العهد من ملكهم، وكذلك لو فعل ذلك بهم رجل بأمر ملكهم أو بعلمه ولم يمنعه، فإن السفيه إلا لم ينه يكون مأمورا، فأما إذا فعله بعد علم الأمير وعلم جماعتهم لم يحل لهم ذلك؛ لأن فعل الواحد من عرضهم لا يكون نقضا للعهد، فإنه لا يملك ذلك لما يأتي، وكذلك لو كانوا أسلموا في دار الحرب فهم بمنزلة الأسرى في جميع ما ذكرنا؛ لأن حصولهم في دار الحرب لم يكن على وجه الاستئمان.

(فصل)

ولو أراد المسلمون قتل أسراهم من أهل الحرب فقال رجل منهم: أنا مسلم، لا

ينبغي لهم أن يقتلوه حتى يسألوه عن الإسلام؛ لأنه يصير مسلمًا بعد اللفظ؛ لأنه تكلم بكلام منهم فيستفسر وليس من الاحتياط المبادرة إلى قتله قبل الاستفسار، فإن وصف الإسلام حين سألوه عنه فهو مسلم لا يحل قتله وهو فيءٌ إلا أن يعلم أنه يؤمنه من القتل دون الاسترقاق، فإن كان عليه سيما المسلم وأكثر ظن المسلمين أنه كان مسلما وهو بمنزلة العلم بإسلامه حتى يجب تخلية سبيله؛ لأن أكثر الرأي بمنزلة اليقين فيما بني على الاحتياط وفيما يتعذر الوقوف على حقيقة الحال، فإن استوصف الإسلام فأبى أن يصفه، فإنه ينبغي للمسلمين أن يصفوا له الإسلام ثم يقولون له أنت على هذا، فإن قال: نعم؛ فهو مسلم وإن قال: لا؛ فهو حلال الدم.

وكذلك في الزوجة والجارية ينبغي أن يصف الإسلام بين يديها ويقول: أنا على هذا وظني بك أنك على هذا، فإن قالت: نعم؛ فهي مسلمة يحل له وطئها، وإلا فلا.

(باب الأمان على جُعل)

(**السير الكبير**) مسائله على فصول:

فصل في الأمان على أهل الحصن أو على القلعة والمدينة.

وفصل في فتح الحصن والأمان لأهله على مال.

وفصل في النزول على مال.

(فصل)

ولو قال: اعقدوا الأمان على أهل حصني على أن أفتحه لكم؛ فهو وأهل الحصن آمنون وأموالهم كلها فيءٌ؛ لأن في الأمان يشترط فتح الباب لا يدخل الأموال في الأمان لا نصًّا ولا تبعا للنفوس؛ لأنه لم يبق للمسلمين فائدة في فتح الباب، وهذا يبيِّن أنهم قصدوا بذلك ليتوصلوا إلى استغنام الأموال، ولأن في اشتراط فتح الباب دليل على أن الذين تناولهم الأمان غير مقرين بالسكنى في الحصن، وإنما يدخل

الأموال في الأمان؛ لأن التمكن من المقام يكون بالأموال، وإذا انعدم السكنى والمقام هنا لا تدخل الأموال في الأمان.

وكذلك لو قال: أفتح الحصن على أن تؤمنوني في أهل حصني؛ أو: وأهل حصني؛ لم تدخل الأموال فيه؛ لأن اشتراط الأمان لهم جزاء على فتح الباب مطلقًا.

ولو قال: اعقدوا لي الأمان على أهل حصني على أن أدلكم على الطريق إلى موضع كذا؛ ففعلوا وفتحوا الحصن، فجميع النفوس والأموال تدخل في الأمان؛ لأن شرط الأمان جزاء على الدلالة لا على فتح الباب فيكون كلامه بيانا أنهم يدلهم ليتمكن من الفرار في حصنه مع أهل الحصن وفي مثل هذا تدخل الأموال تبعا للنفوس؛ لأن لا يمكنهم المقام فيه إلا بالمال.

وكذا لو قال: اعقدوا لي الأمان على أهل حصني على أن يدخلوا فيه فيصلوا فيه؛ لأن في هذا تصريح بما هو فائدة فتح الباب وهو الصلاة فيه دون إزعاج أهله منه وقد يرغب المسلمون في ذلك ليفشوا الخير، فإن المسلمين صلوا بالجماعة في حصن كذا فيقع به الرعب في قلوب المشركين أو ليعبدوا الله في مكان لم يعبده في ذلك المكان أهله أو مكان العبادة شاهد للمؤمن يوم القيامة كما ورد به الأثر.

ولو قال صاحب القلعة: آمنوني على قلعتي أو على مدينتي أو على أن أفتحها لكم؛ فهذا أمان على القلعة والمدينة وعلى جميع ما فيها استحسانًا، والقياس هو عليهما خاصة؛ لأن المقصود من فتح الباب هو الاستغنام والاسترقاق وليس في لفظ القلعة والمدينة ما يغني عن أهلها أو عما فيها.

وجه الاستحسان: أن في العرف والعادة مراده ومقصوده من هذا الأمان أن تبقى له القلعة والمدينة على ما كانت من قبل ويكون هو المتصرف والمتغلب في أهلها كما كان لإيفاء عين القلعة والمدينة مع إيفاء أهلها وما فيها أرأيت لو قال: آمنوني على مملكتي على أن أفتح لكم القلعة؛ أليس يفهم من هذا اللفظ جميع ما في ملكته من النفوس والأموال فكذا هذا.

(فصل)

ولو قال: أفتح الحصن على أن يؤمنوني على ألف درهم؛ فهو آمن وماله كله فيءٌ إنما

له ألف درهم يعطيه الإمام من أي موضع شاء؛ لأنه شرط ألف درهم مطلقًا مع أمان نفسه حرا على الفتح، وفي مثل هذا الأمان لا يدخل ماله سوى ما شرط له من الألف عوضا له على فتح الباب؛ لأن اللفظ لا يتناول ما سواها.

وكذلك لو قال: أفتح الحصن ويؤمنوني على ألف درهم، فإن الواو هنا بمعنى الحال يعني في حال ما يؤمنوني على ألف درهم فيكون شرطًا؛ كقوله لامرأته: أنت طالق وأنت مريضة؛ أو: وأنت راكبة.

ولو قال: أفتح الحصن ويؤمنوني على ألف درهم من ماله؛ فله ألف من ماله والباقي كله، وإن لم يف ماله تالف لم يكن له زيادة على ماله؛ لأنا علمنا أنه لم يجعل الألف لنفسه عوضا، فإنه أضاف الألف إلى نفسه فقوله: من مالي وماله؛ لا يسلم له عوضا عن فتح الباب، بل يسلم بإعطاء الأمان في ماله كما في نفسه وبطريق الأمان لا يسلم له زيادة على ماله، ألا ترى أنه لو قال: أفتح الحصن على أن يؤمنوني على رفيقي أو على مالي أو على سلاحي؛ كان ذلك محمولا على طلب الأمان لهذه الأشياء مع نفسه فكذلك قوله: على ألف من مالي كيلا يلغو شرطه بخلاف الأول؛ لأنه أطلق تسمية الألف بمقابلة منفعة شرطها على نفسه للمسلمين؛ فيكون ذلك عوضا أو جزاء على فتح الباب لا إدخالا في الأمان، وإن لم يكن ماله دراهما ولكنه كان عروضا أعطى له من ذلك ما يساوي الفا؛ لأنه شرط في الأمان جزءًا من ماله والأموال كلها في صفة المالية جنس واحد، بخلاف ما لو قال: عليّ ألف درهم من دراهمي؛ لأن المشروط فيه الأمان هناك جزءًا من دراهمه، وإذا لم يكن له دراهم لم يكن هذا الأمان مصادفًا محله فكان لغوا، كما لو قال: أوصيت بألف درهم من مالي؛ أعطي له ألف درهم من ماله، وإن لم يكن له دراهم.

ولو قال: من دراهمي؛ لم يعط شيئًا إذا لم يكن له دراهم، ولو قال: علي عشرة أروش من الرقيق، أو: علي عشرة أفراس؛ كان ذلك عوضا؛ لأن الحيوان يصلح عوضًا عما ليس بمال وفتح الباب ليس بمال فللمسلمين أن يعطوه الأروش من أي موضع أحبوا بخلاف ما لو قال: من دقيقي أو كراعي، ولو قال: أفتح لكم على أن يؤمنوني على أهلي وألف درهم؛ أو: بأهلي وألف درهم؛ فله ألف من ماله مع أهله وما سوى

ذلك فيء؛ لأن الأهل ليس بمال فلا يكون ذكره الألف أهل على سبيل العوض عن أمانه سواء ذكره بحرف على أو بحرف الباء ولكنه على وجه الاستئمان لهم ثم الواو للعطف وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، فإذا كان المعطوف عليه استئمانا كان المعطوف كذلك، ولو بدأنا بالمال فقال: أفتح لكم ويؤمنوني على ألف أو على أهلي وولدي؛ كان أمانا على الألف ويعطوها إياه وعلى أهله وولده وما سوى ذلك فيء؛ لأنه شرط ذلك كله لنفسه جزاء على فتح الباب وما يصلح عوضا وهو الألف، ولو لم يذكر فتح الباب ولكن قال: أمنوني حتى أنزل إليكم بألف درهم من مالي؛ فهذا إفداء؛ لأن حرف الباء يصحب الأعواض فإنما التمس أمانا بعوض وقد زال ذلك حين نزل فعليه أداء الألف، وكذلك لو قال بحرف (على) هذا؛ لأنه لم يشترط على نفسه للمسلمين منفعة حتى يكون ذكر الألف عوضا عن أمانه في الوجهين، ولو قال: أفتح لكم على أن تؤمنوني بألف درهم وبأهلي وولدي؛ فعليه الألف وأهله وولده كلهم فيء؛ لأن حرف الباء فحكم في الأعواض وقد قرنه بالألف فكان دليلا على أن الألف عوض أمانة، ولو بدأنا بالأهل فقال: على أن يؤمنوني بأهلي وبألف فكذلك قياسًا.

وفي الاستحسان أهله وولده وألف من ماله لا يكون فيئًا؛ لأن الأهل ليس بمال ليصلح أن يكون عوضا فاستدللنا بدليل لك على أن المراد به الاستئمان للأهل جزاء على الفتح وقد عطف الألف عليه فيكون ذلك للاستثناء بالألف من جملة ماله الذي يكون فيئًا، ألا ترى أنه لو قال: أفتح لكم على أن تؤمنوني بجميع قرابتي وبأهلي وولدي بألف درهم فالذي سبق إلى وهم كل أحد أن هذا كله استثناء لا فداء.

ولو قال: أفتح لكم وأعطيكم مائة دينار على أن تؤمنوني على عشرة آلاف درهم من مالي؛ فعليه بعد فتح الباب أن يعطيهم مائة دينار وعليهم أن يسلموا له عشرة آلاف من ماله فكذلك إذا شرطا المائة دينار للمسلمين على نفسه مع فتح الباب.

ولو قال: أفتح لكم وأعطيكم مائة دينار على أن تأمنوني بألف درهم؛ فعليه مائة

دينار وألف درهم؛ لأنه صرح بكون الألف عوضا على نفسه حين وصل الباء بذكره وصرح بكون الدنانير عوضا عن أمانه حين شرط على نفسه أن يعطيها المسلمين إلا أن يقول: بألف درهم آخذها أو يعطونها فحينئذ يكون ذلك تنصيصًا على اشتراط الألف على المسلمين لنفسه عوضا.

(فصل)

ولو قال: آمنوني حتى أنزل إليكم على ألف درهم أو على ألف من مالي أو على عشرة أروش من الرقيق أو من رقيقي؛ فعليه أن يدفع ذلك إلى المسلمين؛ لأنه ما شرط بمقابلة ما التمس من الأمان منفعة للمسلمين فعرفنا أن مراده بذكر الألف والرقيق أن يكون عوضا للمسلمين على أمانه سواء أطلق أو قيد بماله؛ لأن بنزوله لا يتوصل المسلمون إلى ماله الذي في الحصن ليكون دلالة التماس الأمان في هذا القدر معين ماله فكان هذا شرطا مقيدًا للمسلمين فصح.

ولو قال: آمنوني على مالي ورقيقي؛ فهو آمن بجميع ماله ورقيقه، ولو قال: على نصف رقيقي؛ كان هذا فداء والفرق أن في العرف الأمان يفدي نفسه ببعض ماله ليعيش آمنًا بما بقي ولا يفدي لنفسه بجميع ما يترك به، فإذا ذكر نصف المال أو نصف جنس من ماله كالرقيق، فالظاهر أن مراده طلب الأمان كذلك الجنس مع نفسه، وإذا ذكر ما ليس بمال كالزوجة والولد فالغالب أن مراده الاستئمان لهم؛ لأنه الفداء، وهو بمنزلة ما لو قال: آمنوني على فلان، فإنه يكون ذلك طلب الأمان لفلان لا جعله فداء لنفسه وإن قال: آمنوني على عشرة من رقيقي حتى أنزل فهذا فداء، فإن نزل معه بماله وزوجته وولده فهم فيءٌ أجمعون؛ لأن في أمان النازل لا يدخل سوى ما عليه من اللباس، ألا ترى أن في الأمان بغير فداء لا يدخل المال والعيال فكذلك في الأمان بالفداء، وإن نزل معه بمثل ما اشترط من فدائه وهو عشرة رقيق فهو فيء قياسًا ويكون عليه فداء آخر؛ لأن الأمان له بعد النزول وذلك لا يتناول ما معه من المال فصار المال فيئًا للمسلمين وهو لا يتمكن من أداء ما التزم من الفداء بمال المسلم وفي الاستحسان يحسب له هذا من الفداء؛ لأنه يمكن من أداء ما التزم من ماله وهو يترك البناء ولا مال له، فإذا لم يترك هذا القدر

مع نفسه لا يتمكن من الفداء، فكان اشتراط الفداء عليه تسليطا له على أن يأتي به كما إن اشترط بدل الكتابة على المكاتب يكون تسليطا له على الاكتساب وتمليكا للكسب منه، وإن كان المشروط عليه عشرة أروش فجاء بأحد عشر كان له أن يأخذ الكل عشرة بالفداء وواحد فيئًا؛ لأن الاستحسان في مقدار حاجته إلى الفداء وفيما زادت عليه يؤخذ بالقياس، وكذلك لو جاء بعشرين رأسا، فإنه يؤخذ منه الكل وإن جاء بنصف غير الرقيق وقال: أردت أن أبيعه وأعطيكم القيمة، فإنه يقبل ذلك مع يمينه استحسانًا؛ لأن الرقيق في معاوضة ما ليس بمال مطلقًا يثبت مترددا بين العين وبين القيمة وبأنها جاء قبل منه فيصدق في ذلك كما لو تزوج امرأة على عبد.

ولو قال: على عشرة من رقيقي ثم جاء بالدراهم فكذلك فيء وهو مطالب بما التزم من الفداء؛ لأنه بإضافة الرقق إلى نفسه يصير معينا لهم فكأنه عينهم بالإشارة في مثل هذا لا يؤخذ منه القيمة فكان العين كما لو تزوج على عبد معين.

ولو قال: لم يدعني أهل الحصن أنزل إليكم بالرقيق فجئت بالقيمة؛ لم يصدق؛ لأن ما جاء به كان متمكنا من أن يبين للمسلمين قبل نزوله أن أهل الحصن يمنعنوني من النزول بالرقيق حتى تأذنوا له في النزول بالقيمة، فإذا لم يفعل ذلك كان التقصير من قبله، فإن فعل ذلك فأذنوا له في النزول بالقيمة كان ما جاء به من الدراهم فداء.

(باب الأمان على شرط)

(**السير الكبير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الأمان بشرط الإسلام بعده.

والثاني: في الأمان بشرط الدلالة على المال في مكان.

(فصل)

ولو قال: آمنونا حتى نفتح لكم الحصن فتدخلون على أن تعرضوا علينا الإسلام فنسلم؛ ثم أبوا أن يسلموا فهم آمنون وعلى المسلمين أن يخرجوا من حصنهم ثم

ينبذون إليهم لأنهم استعادوا الأمان بقبول الشرط قبل الوفاء به ثم لا يبطل حكم الأمان بالامتناع من الوفاء بما وعدوا، وبحكم الأمان يجب إعادتهم إلى مأمنهم ثم النبذ إليهم، فإن شرط المسلمون عليهم أنكم إن أبيتم الإسلام فلا أمان يثبت بيننا وبينكم فرضوا بذلك فالمسألة بحالها فلا بأس باسترقاقهم، وقيل: مقاتلهم إن أبوا الإسلام؛ لأن الوفاء بالشرط واجب فيما يجري بيننا وبينهم.

وأصله ما رُوي: أن رجلا من المشركين بعد وقعة أحد حين رجع الجيش ضل الطريق، فدخل المدينة، وجاء إلى بيت عثمان بن عفان رضي الله عنه سرًّا، وكان بينهما قرابة، فأتى عثمان رضي الله عنه النبي صلى الله عليه وسلم وسأل له الأمان فقال: "**قد أمناه على أنا إن أدركناه بعد ثلاثة فقد حل دمه**" فخرج الرجل فقال عليه السلام: "**اطلبوه، فإني أرجو أن تجدوه**" فوجدوه بعد ثلاثة قد سلط عليه النوم فأخذوه وقتلوه، فإن أسلم بعضهم وأبى البعض فمن أسلم حرٌّ ومن أبى في اعتبار التبعيض بالكل وهذا؛ لأن الجمع المضاف إلى الجمع يتناول كل واحد منهم على الانفراد لما عرف فصار كأنا شرطنا على كل واحد منهم أن يأبى الإسلام فلا أمان له منا، فإن جعله الإمام فيئًا بعدما عرض عليه الإسلام فأبى ثم أسلم لم يقتله ولكن يجعله فيئًا؛ لأن حكم ذلك الأمان قد انتهى حين أبى الإسلام ويبقى هو أسير في أيدينا، وإن عرض الإسلام عليه فأبى ولم يحكم عليه بأنه فيء حتى أسلم فهو فيء قياسًا؛ لأن شرط إثبات الأمان وانتقاضه قد تحقق بالإسلام والمعلق بالشرط يثبت بوجود الشرط حكم به الإمام أو لم يحكم كالأمان المعلق بالشرط وهو جزاء استحسانًا؛ لأن الإباء متردد محتمل قد يكون للكراهة الإسلام وقد يكون للتأمل فيه إلى أن تزول الشبهة عن قلبه فلا تتعين جهة الإباء إلا بحكم الحاكم كما إذا أسلم أحد الزوجين في دارنا بتوقف الفرقة على إباء الآخر الإسلام ثم لا يتحقق ذلك إلا بقضاء القاضي، وإن استمهل حتى ينظر في أمره أمهله ثلاثة أيام كما في المرتد، فإن سكت فلم يجب بقبول ولا يرد فالإمام يعرض عليه الإسلام ثلاث مرات ويخبره في كل مرة أنه إن لم يجب حكم عليه أنه فيءٌ؛ لأن نكوله محتمل فيعرض عليه الإسلام ثلاث مرات لإيلاء العذر ويخبره في كل مرة على سبيل الإنذار، فإن أبى

حكم عليه بأنه فيءٌ وهو بمنزلة الخصم إذا سكت من الجواب في مجلس القاضي جعله منكرًا، وإذا سكت عن اليمين بعد عرض اليمين عليه ثلاثا جعله ناكلا فكذا هذا.

وإن قال حين أراد النزول: آمنوني على أن تعرضوا عليّ الإسلام، فإن أسلمت إلى ثلاثة أيام وإلا فلا أمان لي؛ ثم عرضوا عليه الإسلام فله مهلة ثلاثة أيام ولياليها من حين عرضوا عليه الإسلام؛ لأنه استمهل ذلك لنفسه فعرفنا أن ابتداء المدة من ساعة العرض، فإن مضت المدة قبل الإسلام كان فيئًا من غير حكم الحاكم؛ لأن الشرط هكذا جرى والتأمل قد حصل ذلك بالمدة فتعين الإباء، وإن قال: لئن أسلمت إلى ثلاثة أيام وإلا كنت عبدًا لكم؛ فمضت المدة قبل أن يسلم كان فيئًا ولا يقبل؛ لأن الشرط هكذا كان، وكذلك لو قال: وإلا كنت ذمة لكم؛ أو قال ذلك جميع أهل الحصن فهم ذمة للمسلمين كما التزموا بالشرط، ولو قالوا: أنت آمن على أن تنزل فتسلم؛ فهو آمن بعد النزول قبل أن يسلم فيجب تبليغه مأمنه إن لم يسلم وكذلك لو قال: أنت آمن على أن تنزل فتعطينا مائة دينار؛ فقبل ذلك ونزل ثم أبى أن يعطيهم الدنانير فهو آمن بخلاف ما لو قال: إن نزلت فأعطيتنا مائة دينار فأنت آمن؛ فهو آمن إذا أعطاها؛ لأن هذا الأمان معلق بشرط أداء الدنانير وفي الأول معلق بشرط القبول، فإذا نزل وقبل كان آمنا وكانت الدنانير عليه، فإن أبى أن يعطيها يحبس ليؤديها ولا يكون فبالأجل الأمان الثابت له فمتى ما أعطى الدنانير وجب عليه سبيله حتى يلحق بمأمنه ولا يسقط عنه إلا بالإسلام أو بعقد الذمة؛ لأنه التزم الدنانير عوضا عن أمنه بنفسه، أو كان قد افتدى به نفسه ليلحق بمأمنه، فإذا استفاد الأمان بأقوى السببين وهو الإسلام أو الذمة يسقط عنه أداؤها كالمكاتب إذا أعتقه المولى يسقط عنه بدل الكتابة؛ لوقوع الاستغناء عن أدائها، وكذلك لو صالحوهم على أن يعطيهم رأسا فعليه وسط أو قيمته؛ لأن ما يلزمه بطريق الفداء لا يكون عوضا عن مال والرأس المطلق مصرف إلى الوسط متردد بين القيمة والعين كما في بدل الخلع والصلح عن دم العمد.

وإن قال للمسلمين: آمنوني على أن أنزل إليكم فأعطيكم مائة دينار، فإن لم

أعطكم فلا أمان لي، أو قال: إن نزلت إليكم فأعطيتكم مائة دينار وأنا آمن ثم نزل فطالبوه فأبى أن يعطيهم يكون فيئًا قياسًا لوجود شرط افتقاره الأمان في الأول ولانعدام شرط الأمان في الثاني ولا يكون فيئًا استحسانًا حتى يرفع إلى الإمام فيأمره بالأداء، فإن أبى يجعله فيئًا؛ لأن امتناعه من الأداء يحتمل المعاني كما بينا فلا تتعين جهة الإباء إلا بحكم الحاكم؛ أرأيت لو قال لهم: لا أعطيكم، وإنما أعطي الأمير؛ أو قال: لا أعطيكم إلا بشهود كان فيئًا بهذا الامتناع.

ولو قال رجل من المحصورين: آمنوني حتى أنزل إليكم على أن أدلكم على مائة رأس من السبي في موضع فآمنوه على ذلك فلما نزل أتى بهم ذلك الموضع، فإذا ليس فيه أحد فقال: قد كانوا هنا فذهبوا؛ أو لا أدري أين ذهبوا؛ يرد إلى مأمنه؛ لأنه حصل أمنا في العسكر، فإن الأمان بشرط العوض يثبت بوجود قبول الشرط ولا يتأخر إلى أداء المقبول كما لو أعتق عبده على أن يؤدي إليه ألف دينار وقيل: عتق، وإن لم يؤد فكذلك الأمان يثبت سواء أوفى بالشرط أو لم يف؛ لأنه لم يقل لهم إن لم أدلكم فلا أمان بيني وبينكم، وهذا لأن قولهم أمَّناك؛ تنصيص على الأمان، وقوله: على أن تدلنا على كذا محتمل لدفع الأمان والمحتمل لا يعارض المنصوص عليه فلا يرفع حكمه إلا بنص فيقول: على أني إن لم أدلكم فلا أمان بيني وبينكم؛ ونظيره ما لو كفل بنفس رجل إلى شهر، فإنه لا يبرأ بمضي الشهر ما لم يسلم الخصم إليه.

وإن قال: على أني بريء من الكفالة بعد شهر يبرأ بمضي الشهر، ولو قال: أسير في أيدينا آمنوني على أن أدلكم على مائة رأس والمسألة بحالها ثم لم يدلهم، فللإمام أن يقتله؛ لأنه صار مقهورا في أيدينا وحل للإمام قتله واسترقاقه، وإنما علق إزالة ذلك عنه بالدلالة ولم يفعل، وفي الأول كان في منفعته وقوته، وإن كان محصورا، وإنما نزل على أمان من المسلمين والتزم بمقابلة ذلك دلالة فهنا منفعة للمسلمين، فإن لم يف بما التزم فعلى الإمام أن يبلغه مأمنه وإن قال المحصور: على أني لم أدلكم كتب لكم فيئًا أو رقيقا ثم لم يف بالشرط فهو فيءٌ للمسلم ولا يحل لهم قتله؛ لأن لو لم يقل هذه للزيادة لكان أمنا من القتل والاسترقاق، وإن لم يف بالشرط فهذه للزيادة بشرط إزالة ذلك الأمان في حكم الاسترقاق خاصة دون

حل دمه والوفاء بالشرط واجب، وإن قال: آمنوني على أن أنزل فأدلكم على قرية فيها مائة رأس من السبي على أني إن لم أدلكم فلا أمان لي فدلهم على قرية فيها مائة رأس قد أصابها المسلمون أو علموا أنها قبل دلالته ولم يصيبوها فليست هذه دلالة ويكون فيئًا؛ لأنه التزم دلالة فيها منفعة للمسلمين ولا يوجد ذلك في هذه الدلالة، ولأن الدلالة إنما تتحقق، فما يتوصل إلى ذلك المقصود بتلك الدلالة والمسلمون لم يتوصلوا إلى هذه القرية بتلك الدلالة متى علموا أنها قبل الدلالة، كالمحرم إذا دل على صيد قد كان المدلول عالما بمكانه لم يلزمه الجزاء، ولو دلهم على الطريق فساروا فيه حتى عرفوا مكانها قبل أن ينتهي إليها أو وصف لهم مكانا ولم يذهب معهم فذهبوا نصفته حتى أصابوها وهذه دلالة؛ لأن الدلالة هكذا بكون أن نصف الطريق له فيصير معلوما بدلالته وما يحصل لهم من العلم يكون مضافا لدلالته، ولهذا لو تحقق هذا من المحرم يلزمه الجزاء.

وكذلك لو قال: آمنوني على أن أدلكم على بطريق بأهله وولده، فإن لم أفعل فلا أمان؛ فلما نزل وجد المسلمين قد أصابوا بطريقا، فقال: هذا هو الذي أردت أن أدلَّكم؛ فليس هذا بشيء، فإن قال: على أن أدلكم على بطريق هذا الحصن وأنه قد نزل هاربا من الحصن؛ فلما نزل وجد المسلمين قد أصابوا ذلك البطريق فهو أمن؛ لأن في الأول التزم الدلالة على بطريق منكر حتى ينتفع المسلمون بدلالته ولا يحصل هذا المقصود بهذه الدلالة، وفي الباقي الدلالة على بطريق معرَّف معلوم بعينه أو بِسمَتِهِ وقد دل عليه، وهذا لأن في المعين لا يعتبر الوصف؛ لأنه لا يفيد، وفي المنكر يعتبر الوصف؛ لأنه مفيد وعلى هذا لو التزم أن يدلهم على حصن أو مدينة أو على هذا الحصن أو هذه المدينة والله أعلم.

(باب [الموادعة][1] والمصالحة)

(**السير الصغير**) يحتاج إلى معرفة: تفسير الموادعة، ومشروعيتها، وجواز نقضها، وحكمها.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المزارعة.

أما تفسيرها: فالموادعة مأخوذة من قوله: دع البيع أي اترك فكانوا طلبوا منا ترك القتال فكان طلبًا للأمان.

وأما جوازها: فطلب قوم أهل الحرب موادعة شيئين بغير شيء إن كان خيرا للمسلمين يفعل الإمام وإلا فلا لقوله تعالى: ﴿ ۞ وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا ﴾ [الأنفال: ٦١][1].

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم وأودع أهل مكة عشر سنين ثم نقض الموادعة[2]، ولأن الموادعة والأمان ترك للجهاد حقيقة فلا يجوز أن يكون مشروعًا إلا إذا كان فيها خيرًا للمسلمين بأن كانت الشوكة والقوة لهم فيكون جهادا معنى لما فيها قطع شر الكفرة عن المسلمين ثم تجوز الموادعة أكثر من عشر سنين خلافًا للشافعي؛ لأنه إنما جاز عشر سنين لما فيها خير للمسلمين بدفع شر الكفرة وتحقيق المصلحة، وهذا المعنى موجود فيما زاد على العشرة، فإن وادعهم فرأى الموادعة شرا للمسلمين ينبذ إليهم الموادعة ويقاتلهم؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱنۢبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ سَوَآءٍ ﴾ [الأنفال: ٥٨]، ولأن الموادعة إنما جازت إذا كان فيها خيرا للمسلمين، فإذا صار النقض خيرا للمسلمين صار الأمان تركًا للجهاد حقيقة ومعنى، وترك الجهاد غير مشروع.

حاصر العدو المسلمين فسألهم المسلمون الموادعة على أن يعطيهم المسلمون كل سنة شيئًا وفيه صلاح يجوز لما رُوي أنه ضاق واشتد الأمر على المسلمين يوم الأحزاب حتى زاغت الأبصار وبلغت القلوب الحناجر فطلب رسول الله صلى الله عليه وسلم الأحزاب أن ينصرفوا مع موالي العرب على شطر من ثمار المدينة سنين معلومة، ثم استشار رسول الله صلى الله عليه وسلم الأنصار في ذلك، فقال سعد بن

---

(١) انظر: الدر المختار: ٣/٢٤٧، اللباب شرح الكتاب: ٤/١٢٠.

(٢) انظر المعاهدة في القسطلاني شرح البخاري: ٥/٣٣٦، العيني شرح البخاري: ١٤/١٣ وما بعدها، شرح مسلم: ١٢/١٣٥ وما بعدها، نيل الأوطار: ٨/٣١ وما بعدها، نصب الراية: ٣/٣٨٨، أخرج الحديث أبو داود عن المِسْور بن مَخرمة ومروان بن الحكم، وأصله في البخاري، وأخرج مسلم بعضه عن أنس، ورواه أحمد والبيهقي.

عبادة وسعيد بن معاذ: هذا شيء أمر الله تعالى به أم رأي رأيته من عند نفسك، فقال عليه السلام: "**لا بل رأي رأيته**"، فقال: يا رسول الله، إنهم لم ينالوا في الجاهلية من ثمار المدينة إلا قرى أو شراء وبعدما أعزنا الله تعالى بالإسلام لا نعطهم قهرا فليس بيننا وبينهم إلا السيف. فسرَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "**إذا أنتم أمنتم النصر**"[1] فقد جوز ذلك لما رأى فيه ضرًّا للمسلمين، ولأن دفع شر الكفرة بالمال جائز.

وادع المسلم أهل الحرب على أن يؤدي أهل الحرب كل سنة مائة رأس إلى المسلمين والموادعة خير للمسلمين، فإن كان هذه المائة من أنفسهم وأهاليهم وذراريهم لم يصح ذلك لأنهم وأولادهم بأجمعهم دخلوا تحت الأمان فلا يجوز استرقاقهم وتمليكهم.

وإن صالحوه على مائة رأس بأعيانهم أول سنة على أن يكون أولئك لهم ثم يعطون كل سنة مائة رأس من رقيقهم جاز؛ لأن هؤلاء الذين وقع الصلح عليهم لم يدخلوا تحت الأمان وإنما دخل تحت الأمان سواهم فيجوز تمليكهم بالصلح؛ لأنه يجوز تمليك أهل الحرب الذين ليسوا بمستأمنين بسائر أسباب الملك فيجوز الصلح، وعلى هذا يدل على أن الحربي إذا قهر حربيا آخر فباعه يجوز؛ لأنه ملكه بالقهر، ولو كان قبل القهر لا يجوز، فإن أطلقوا ولم يبيعوا جاز أيضًا؛ لأن الحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال، فإن أدوا من أنفسهم وأهلهم وأولادهم لم يجز لأنهم دخلوا تحت الأمان فصاروا مستأمنين، فإن أدوا من رقيقهم جاز؛ لأن أرقائهم بعد الأمان بقيت عرضة ومحلا للتمليك.

وإن وقع الصلح ثم سرق مسلم منهم شيئًا لا يملكه؛ لأنه أخذ مال المستأمن وكذلك إذا أغار المسلمون عليهم وسبوا قومًا في مأمنهم لم يسع للمسلمين الشراء من ذلك السبي، فإن اشترى رددت البيع؛ لأن الموادعة صحت بقبولها بين فئتين ممتنعين فصارت أموالهم وأنفسهم معصومة بالأمان، فإن أغار قوم من أهل الحرب عليهم جاز للمسلمين أن يشتروا منهم؛ لأن الحربي يملك مال المسلم فلأن

---

(١) أخرجه ابن إسحاق في السيرة من حديث الزهري مرسلا، كذا في البداية والنهاية لابن كثير (٤/١٠٤ - ١٠٥ ط. مطبعة السعادة).

يملك مال المستأمن أولى؛ لأن الأمان ثبت في حق المسلمين ولم يثبت في حق أهل الحرب فبقيت رقابهم عرضة التملك في حقهم فصار ملكا لهم بالاستيلاء ومن دخل منهم ديارنا بغير أمان لا يتعرض له؛ لأن الموادعة السابقة كافية في إفادة الأمان والعصمة.

(**السير الكبير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الموادعة على مال مقدر.

والثاني: في الموادعة على ترك الإتلاف من أموالهم.

(فصل)

ولو وادع الإمام قومًا من أهل الحرب على مال دفعوه إليهم وهو جائز إذا كان فيه خيرا للمسلمين؛ لأنه نصب ناظرًا للمسلمين فلا يجوز له ترك القتال والميل إلى أخذ المال إلا أن يكون فيه نظر للمسلمين.

ولو أن مسلمًا وادع أهل الحرب سنة على ألف دينار جازت موادعته؛ لأن أمان واحد من المسلمين بمنزلة أمان جماعتهم، فإن لم يعلم الإمام بذلك حتى مضت موادعته أخذ المال وجعله في بيت المال؛ لأن منفعة المسلمين منفعته في إمضاء الموادعة بعد مضي المدة فهو بمنزلة العبد المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل، فإنه ينفذ الإجارة وتكون الأجرة للمولى، وإن علم بموادعته قبل مضي السنة، فإنه ينظر إن كانت المصلحة في إمضائها أمضاها وأخذ المال؛ لأن له إنشاء الموادعة بهذه الصفة إذا رأى المصلحة فيها فلأن يكون له إمضاؤها أولى، فإن رأى المصلحة في إبطالها رد المال إليهم ثم نبذ إليهم وقاتلهم؛ لأن أمان المسلم كان صحيحًا والتحرز عن الغدر واجب، وإن مضى نصف السنة يرد نصف المال قياسًا على الإجارة ويرد كله استحسانًا لأنهم لما التزموا المال بشرط أن يسلمهم الموادعة في جميع السنة والمدة والجزاء إنما يثبت باعتبار الشرط جملة ولا يتورع على أجزائه وكلمة على للشرط حقيقة، والموادعة ليست بمعاوضة فجعلنا هذه الكلمة عاملة بحقيقتها وهي الحراسة، وهذا لأنه ربما يكون خوفهم في بعض المدة دون البعض فإنهم يأمنون في الشتاء ويخافون في الصيف، فإذا نبذ إليهم في وقت

خوفهم ومنعهم بعض المال فلم يحصل لهم شيء من مقصودهم بهذا الشرط وذلك يؤدي إلى الغرور، فإن كان وادعهم ثلاث سنين كل سنة بألف درهم وقبض المال كله ثم أراد الإمام نقض الموادعة بعد مضي السنة، فإنه يرد عليهم الثلاثين؛ لأنه فرق العقود هنا بتفريق التسمية حيث قال: كل سنة بألف درهم؛ بخلاف الأول؛ لأن هناك العقد واحد في السنة والمال مذكور بحرف (على) وهو حرف الشرط والموادعة ليست بمعاوضة باعتبار الأصل، وإنما تصير معاوضة عند التصريح بحرف الباء الذي يصحب الأعواض وهو محتمل التعليق بالشرط، فإذا ذكر فيها حرف الشرط كان محمولا على الشرط حقيقة، فإذا ذكر حرف المعاوضة يحمل على المعاوضة.

(فصل)

ولو قال أهل مدينة من مدائن أهل الحرب: أعطونا على أن لا تشربوا من ماء نهرنا، فأعطيناهم، فإن كان شربنا يضرهم في مائهم أو لا يعلم ذلك فلا شرب من ذلك النهر ويسقي الدواب بغير علمهم؛ لأنه متى كان تصرفهم فهذا شرط مفيد فيجب اعتباره، وإن كان لا يدري فالظاهر أنهم لا يشترطون ذلك إلا جلب المنفعة أو دفع المضرة؛ لأن العاقل لا يشتغل بما لا يفيد، وإن كان لا يضرهم لا يجب مراعاته؛ لأنه يكون متعينا؛ لأنه ليس بجالب منفعة ولا دافع مضرة وإن احتاج المسلمون إلى ذلك الماء فلينبذوا إليهم ويخبروهم أنهم فاعلون ثم يشربون وكذلك الكلأ بمنزلة الماء؛ لأنه غير مملوك لهم.

فأما الزروع والأشجار والثمار إذا أعطوهم على أن لا يتعرضوا لذلك، ليس لهم أن يتعرضوا لشيء من ذلك أضر بهم أم لا؛ لأن هذا ملكهم ويعود تصرف الإنسان في ملكه بحكم الملك لا باعتبار المنفعة والمضرة إلا أن يضطر المسلمون إلى ذلك فلينبذوا إليهم ثم يأكلون ويعلفون دوابهم؛ لأن بهذا الشرط لا تنعدم صفة الإباحة الثابتة إلى أملاكهم ولكن التحرز عن الغدر واجب وقد حصل ذلك بالنبذ إليهم.

فإن قالوا أعطونا: على أن لا تحرقوا زروعنا ولا كلأنا، فأعطيناهم فلا بأس لنا بالأكل والاعتلاف منها؛ لأن الأكل ليس من الإحراق في شيء.

وإن سألونا على أن لا يحرقوا قراهم فأعطيناهم لا بأس بأخذ أموالهم؛ لأن التخريب يكون في الأبنية، فأما أخذ الأمتعة من باب الحفظة لا من باب التخريب ولا يحل لهم هدم شيء من مساكنهم أو تحريقها بالنار؛ لأن ذلك فوق التخريب، فإن لم يقدر على فتح الباب إلا بكسر الغلق فلا ينبغي أن يفعل؛ لأن هذا تخريب.

وإن شرطوا علينا أن لا نأكل من زروعهم ولا نعلف منها، فلا يجوز أن نحرق شيئًا منها؛ لأن الإحراق فوق الأكل في تفويت مقصودهم بالشرط فيثبت الحكم فيه بطريق الأولى بخلاف ما إذا شرطوا علينا أن لا يحرق؛ لأن الأكل دون التحريق، فإن الإحراق إفساد العين والأكل انتفاع بالعين، فإذا شرطوا أن لا نأكل فمقصودهم بقاء العين لهم وذلك ينعدم بالإحراق كما ينعدم بالأكل، وإذا شرطوا أن لا يحرقوا فمقصودهم أن لا يفسدوا في الأكل إفساد.

(باب صلح الملوك)

(السير [الصغير][1]) ملك من أهل الحرب في أرض قوم هم عبيد له يبيعهم صالح المسلمين فصارت ذمة لهم فأهل مملكته عبيد له كما كان؛ لأن الصلح والذمة يؤكد الملك ويقرره إلا أن يزيله ويبطله.

وإن ظهر عليهم عدوهم فاستنقذوهم المسلمون يردون على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة؛ لأن العبيد كانوا ملكًا له، ومال الذمي كمال المسلم في حق الأحكام، والحكم في مال المسلم كذلك فكذلك في مال الذمي.

وكذلك إن أسلم الملك أو أهل أرضه دونه فهم عبيده لما عرف.

وإن طلب الذمة بشرط أن ينزل ليفعل في أهل مملكته من القتل وما لا يصلح في أرض الإسلام لم يجب إليه؛ لأنه طلب منا الترك على الظلم والنزول على

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الكبير.

أحكامهم وذلك لا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] فالواجب على المسلمين أن يحكموا في أهل الذمة بحكم الله فيكون الصلح على خلاف ذلك مردودًا.

فإن أعطى الذمة أو الصلح على هذا أبطل من شروطه ما لا يصح في الإسلام والصلح جائز؛ لأن الذمة لا تبطل بالشروط الفاسدة، فإن لم يرض به أبلغه مأمنه وأصحابه؛ لأنه جاء مستأمنًا فلا يقبل لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَبۡلِغۡهُ مَأۡمَنَهُۥۚ﴾ [التوبة: ٦].

غلب قوم من أهل الحرب على قوم أخر فاتخذوهم عبيدًا للملك صاروا عبيدًا له؛ لأن الكافر يملك رقبة الكافر وماله بالاستيلاء والقهر والغلبة كما يملك مال المسلم، فإن مات الملك فورث ماله بعض بنيه دون بعض أو خص بعض بنيه ثم أسلم ولده بعد ذلك يكون للمستولى عليه؛ لأنه فعل ما لا يجوز في الإسلام في وقت لم يكن ملتزما أحكام الإسلام فلا يتعرض لما صنع بعد الإسلام؛ لأن الولد خلّفه في الاستيلاء والقهر فملك ما استولى عليه؛ لأن ملكهم ينبني على الاستيلاء.

وكذلك إن كان فعله وهو موادع؛ لأن حكمنا غير جارٍ عليهم فأخص بعض بنيه فوثب آخر واستولى عليه ثم أسلم؛ يكون للوارث القاهر؛ لأنه حربي استولى على مال حربي وأخذ ماله فملكه، فإن فعل هذا الآخر بعدما أسلم الابن المقهور أو صار ذمة يردا عليه جميعه إن كان أخوه ضيعه وهو مسلم أو ذمي؛ لأنه مسلم استولى على مال مسلم فلا يملكه.

وإن كان ضيعه وهو محارب فجميعه له؛ لأنه كافر حربي استولى على مال مسلم، فإن ظهر المسلمون عليه ردوا على الأول بغير شيء قبل القسمة وبعدها بالقيمة كما عرف، فإن اشتراه التجار من القادم الأول أخذه بالثمن كما عرف، فإن استولى عليه وهما مسلمان أو ذميان ثم ارتد القاهر ومنع الدار وأجزل حكم الشرع يصير المستولى عليه مملوكا له؛ لأن الدار صارت دار الحرب فهو كافر أحرز مال المسلم بدار الحرب فملك بالاستيلاء.

(باب النبذ)

(السير الكبير): وإذا أمن الإمام قوما ثم بدا له أن ينبذ إليهم فلا بأس بذلك لقوله تعالى: ﴿فَٱنۢبِذۡ إِلَيۡهِمۡ عَلَىٰ سَوَآءٍۚ﴾ [الأنفال: ٥٨].

والنبذ لغة: هو الطرح، قال الله تعالى: ﴿فَنَبَذُوهُ وَرَآءَ ظُهُورِهِمۡ﴾[آل عمران: ١٨٧]، وإنما يتحقق طرح الأمان بإعلامهم وإعادتهم إلى ما كانوا عليه قبل الأمان حتى إذا كانوا لم يبرحوا حصنهم فلا بأس بقتالهم بعد الإعلام لأنهم في منعتهم كما كانوا، وإن كانوا قد نزلوا فصاروا في عسكر المسلمين وهم آمنون حتى يعودوا إلى مأمنهم كما دأبوا لأنهم نزلوا بسبب الأمان فلو عمل النبذ في رفع أمانهم قبل أن يصيروا ممتنعين كان ذلك جناية للمسلمين والله لا يحب الخائنين، ولأن الأمان كان باعتبار النظر للمسلمين ليحفظوا قوة أنفسهم وذلك يختص ببعض الأوقات، فإذا انقضى ذلك الوقت كان النظر والخبر به في النبذ إليهم ليتمكنوا من قتالهم بعدما ظهرت لهم الشوكة والقوة، فإذا آمن المسلمون رجلا على أن يدلهم على كذا ولا يخونهم، فإن جاءهم ولم يدلهم، فإن شاء الإمام قتله، وإن شاء جعله فيئًا؛ لأنه كان مباح الدم علقوا حرمة دمه بالدلالة أو ترك الجناية، وتعليق أسباب التحريم بالشرط جائز كالطلاق والعتاق، فإذا انعدم الشرط بقي حل دمه على ما كان.

ولو حاصر المسلمون حصنًا فقال أميرهم لأهل الحصن: متى أمنتكم فأماني باطل؛ أو: فلا أمان لكم أو قد نبذت إليكم ثم أمنهم فأمانه باطل؛ لأنه يصير بما تقدم من الكلام كأنه نبذ الأمان إليهم وبين لهم على وجه انتفى شهر الغرور من كل وجه.

ولو أمر الأمير مناديا في العسكر من أمن منكم من أهل الحصن فأمانه باطل، ثم أمنهم مسلم فأمانه جائز؛ لأن العلة الموجبة لصحة الأمان لم تنعدم لهذا النداء، ولأن الأمان لكل مسلم كانت شرعا لولاية الشهادة ولا تنعدم هذه الولاية بنهي الإمام ثم أهل الحرب لا يعلمون النهي فلو لم يصح أمان المسلم بعد هذا النهي أدى إلى الغرور وهو حرام.

ولو أمر بأن ينادي أهل الحصن أو كتب أو أرسل إليهم: إن أمَّنكم واحد من

المسلمين فلا تعتمدوا بأمانه، فإن أمانه باطل؛ ثم أمنهم رجل فنزلوا على أمانه فهو في الاعتبار أن أمان المسلم لا يصح بعد هذا النهي ولكن هذا القول من الإمام بمنزلة النبذ إليهم وكما يصح نبذه بعد الأمان يصح قبل الأمان إذ المقصود من النبذ رفع الغرور وذلك ينتفي في الوجهين جميعًا.

ولو طرأ النبذ على الأمان رفع حكمه، فإذا قاربه منع حكمه وإنما صح النبذ قبل الأمان دفعا للضرر على المسلمين، فإنه إن لم يصح النبذ يمكن بعض فساق المسلمين بأن يحول بينهم وبين فتح حصونهم، بأن يؤمنوهم كلما نبذ الأمير إليهم مرة بعد مرة فلا يظفرون بحصن أبدًا، فلدفع هذا الضرر صح النبذ إليهم قبل الأمان للإعذار والإنذار، ولو قال لهم: لا أمان لكم إن أمنكم رجل مسلم حتى أؤمنكم أنا ثم أتاهم مسلم وقال: إني رسول الأمير إليكم فقد آمنكم؛ فنزلوا على ذلك فهم آمنون، وإن كان الرجل كاذبا في ذلك؛ لأنه كما أخرج الكلام مخرج الرسالة فقد تحقق معنى الغرور إذ لا طريق لهم إلى الوقوف على حقيقة الصدق بل يعتمدون على دليل الصدق وهو الخبر الصادر عن عقل ودين، فلو لم يصح الأمان لهم أدى إلى الغرور.

ولو قال لهم الأمير: لا أمان لكم إن أمنكم مسلم وأتاكم برسالة مني حتى أؤمنكم بنفسي؛ فالمسألة بحالها، فهم فيءٌ؛ لأن هذا بمنزلة النبذ لكل أمان لهم إلا أمانا يسمعونه مني بلساني؛ لأن دفع الضرر عن المسلمين واجب ولا طريق له في دفع الضرر عنهم إلا ما فعله من التقدم إليهم، فلو لم يصح ذلك أدى إلى أن يتمكن الفاسق من إفساد الجهاد على المسلمين، وذلك لا يجوز، وفي هذا الفصل إن كان الأمير أرسل إليهم رسولا ليبلغهم ففعل فهم آمنون؛ لأن الأمير بما تقدم إليهم قصد أن يمنعهم من الاعتماد على خبر من يزعم أن رسوله كاذب ولم يمنعهم من الاعتماد على خبر من يرسل إليهم حقيقة يوضحه أنه إذا أرسل إليهم بعد تلك المقالة فهو رجوع منه عن تلك المقالة ورجوعه صحيح، ألا ترى لو قال لهم: فإذا أمنتكم فأماني باطل؛ ثم أمنهم؛ كان ذلك أمانا صحيحًا باعتبار أن هذا رجوع عما قاله لهم، والله أعلم.

(باب النزول على حكم رجل من المسلمين أو من أهل الذمة)

(**السير الصغير**): ولو حاصر المسلمون حصنًا أو مدينة فطلب المشركون أن

ينزلوهم على حكم الله تعالى، فلا ينزلوهم على ذلك، وروي عن أبي يوسف في النوادر: أنه يجوز للإمام الإنزال على حكم الله تعالى؛ لأن حكم الله تعالى في الكفرة معلوم في مقاتلتهم القتل وفي ذراريهم الاسترقاق وفي أموالهم الاستغنام.

وتأويل الحديث: أن ذلك كان في زمن لم تكن الأحكام مستقرة فالنسخ كان متصورًا، فإن الوحي ينزل في كل وقت وينسخ حكمًا بحكم فمن الجائز أن يكون الإنزال على حكم قد نسخ.

فأما الآن استقرت الشريعة ولا نسخ وعرف حكم الله تعالى فجاز الإنزال عليه، وجه ظاهر الرواية الحديث الذي روينا في باب الوصية للأمراء، ولأن حكم الله تعالى في رجالهم القتل والاسترقاق أو المن في نسائهم الاسترقاق والمن بالصلح وذلك مجهول فكان الإنزال على حكم مجهول فكان باطلا، كما لو قال: أنزلونا على حكم الله تعالى ولا حجة له في حديث سعد بن معاذ أن بني قريظة نزلوا على حكمه؛ لأن حكم سعد وافق حكم الله تعالى؛ فإنه روي أنه لما حكم بقتل رجالهم وسبي نسائهم وذراريهم فقال صلى الله عليه وسلم: "**حكمت بما حكم الله تعالى فوق سبعة أرقعة**"[1]. فقال الخليل: الرقيع[2]: اسم سماء هذه الدنيا كأن الكواكب رقعتها، فكل واحدة رقيع للأخرى فهي أرقعة، وقوله: حكم الله تعالى فيهم معلوم، قلنا: بلى في حق قوم ممتنعين وقع الظهور عليهم أما في حق قوم ممتنعين تركوا

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٨٤/٣، ١٥١١/٤، ٢٣١٠/٥) (٣٥٩٣، ٣٨٩٥، ٥٩٠٧)، ومسلم (١٣٨٨/٣) (١٧٦٨)، وأحمد (٢٢/٣)، وهو عند ابن حبان (٤٩٦/١٥) (٧٠٢٦)، والنسائي في "الكبرى" (٤٦٥/٣).

(٢) اسم السماء الدنيا الأولى (رقيع) وهي من دخان.
اسم السماء الثانية (قيدوم) وهي على لون النحاس.
واسم السماء الثالثة (الماروم) وهي على لون النور.
واسم السماء الرابعة (أرفلون) وهي على لون الفضة.
واسم السماء الخامسة (هيفوف) وهي على لون الذهب.
واسم السماء السادسة (عروس) وهي ياقوتة خضراء.
واسم السماء السابعة (عجماء) وهي درة بيضاء.

منعتهم باختيارهم مجهول، ولو ثبت هذا الحكم فيهم إنما يثبت إذا عرف أنهم في معناهم ولا يعرف ذلك إلا بالاجتهاد والاجتهاد لا يخلو عن نوع خطأ.

(**الفتاوى**): قوم حاصروا أهل الحرب فنزلوا على حكم رجل من أهل الذمة أو على حكم عبد أو محدود في قذف أو أعمى لا يجوز لأنهم ليسوا من أهل القضاء، وكذلك لو نزلوا على حكم امرأة مسلمة؛ لأنها ليست من أهل الشهادة في باب القتل فلا يكون من أهل القضاء فيه، فإن حكمت بالقتل لا يجوز وإن حكمت بأنهم ذمة جاز لأنها من أهل الحكم بالذمة، وليست من أهل الحكم بالقتل، ولو نزلوا على حكم أسير في أيديهم فالإمام لا يجيبهم؛ لأن الأسير مقهور لهم كالمملوك، ولو نزلوا على حكم رجل يختارونه لأنفسهم من أهل العسكر قبل ذلك ثم ينظر إن اختاروا رجلا مسلما موضعا لذلك قبل ذلك وإن اختاروا بعض ما وصفنا لا يجوز اعتبارا للانتهاء بالابتداء.

(**الزيادات**): فإن أنزلوهم على حكم الله تعالى مع أنه ليس لهم ذلك فللإمام أن يعرض الإسلام عليهم؛ لأنا نعلم أن الدعاء إلى الإسلام من حكم الله تعالى في كل فريق، فإن أسلموا كانوا أحرارا يسلّم لهم الإمام أموالهم ونساءهم وديارهم وتصير دارهم دار الإسلام ويكون في أرضهم العشر، فإن أبوا الإسلام جعلهم ذمة وجعل عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج؛ لأنهم أحرار قد احتبسوا في دارنا على التأبيد لأنه لا يجوز لنا أن نعيدهم إلى دار الحرب ليكونوا حربا على المسلمين، فإذا احتبسوا في دارنا على التأبيد فلا يخلو عن صغار وعقوبة وذلك هي الجزية ولا يسترقون ولا يقتلون لأنا لا ندري أن هذا حكم الله فيهم أم لا، ولا يردون إلى مأمنهم لأنهم رضوا بترك الحراب وفي الرد إعادتهم حربا علينا، ويعلم يقينا أن هذا ليس بحكم الله تعالى فيهم وهم ما طلبوا هذا الحكم حيث تركوه باختيارهم.

ولو نزلوا على حكم واحد من المسلمين بعينه جاز ذلك الحكم لما مر من حديث سعد فإن حكم ذلك الرجل فيهم بقتل أو سبي أو أن يصيروا ذمة جاز ذلك الحكم؛ لأنه حكم بحكم، وإن حكم بالرد لا يجوز؛ لأن هذا غير مشروع، فإن مات

فلان أو قتل قبل أن يحكم صاروا كما لو نزلوا على حكم الله تعالى؛ لأنه تعذر الوقوف على حكم من نزلوا على حكمه لموته، فإن أخرج نفسه من الحكومة يخرج؛ لأنه دخل باختياره فجاز أن يخرج باختياره، فإن حكم فلان بالرد ثم حكم بالقتل يصح الحكم بالقتل قياسًا؛ لأن الحكم الأول لم يصح فلا يخرجه عن الحكومة كالوكيل بالبيع بألف إذا باع بخمسمائة ثم باع بألف يجوز ولا يصح استحسانًا؛ لأن الحكم بالرد لم يتضمن تحريم القتل بل بقي مباح الدم فملك أن يجعلهم ذمة فصح هذا الحكم؛ لأنه داخل في ولايته بأن يجعلهم ذمة إن لم يصح هذا الحكم؛ لأنه داخل في ولايته بأن يجعلهم ذمة إن لم يصح الحكم بالرد، فإذا حكم بالقتل بعدما صح القضاء بالذمة وهذا يؤدي إلى قضائه الأول وهذا لا يجوز، فإن كانوا شرطوا في الصلح إن لم يحكم فلان في ذلك بلغتمونا إلى مأمننا ثم حكم فلان بأن يبلغوهم إلى مأمنهم جاز ويكره لأنهم ما رضوا بالصلح إلا بهذا الشرط، فإذا لم يف بهذا كان هذا عذرا منا والتحرز عن العذر واجب ويكره ذلك لما فيه إعادتهم حربا علينا بعد تركهم ذلك باختيارهم.

(القسم الثالث في حكم الغنائم والأنفال وكيفية قسمتها)

(باب معرفة [الغنائم][1] والأنفال والسلب والفيء)

(السير [الصغير][2]): أما الغنيمة اسم لما يوجد من أموال الكفرة بقوة الغزاة وقهر الكفرة قبل الإحراز بدار الإسلام، فأما ما أُخِذَ لا على وجه القهر والغلبة بل بالمهاداة والهبة منهم أو بالسرقة والخلسة منهم لا يكون غنيمة ويكون للآخذ خاصة.

والنفل هو الغنيمة في أصل الوضع ومنه قول الشاعر[3]:

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المغانم.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): الكبير.

(٣) صدر بيت للبيد، وعجزه: وبإِذْنِ اللهِ رَيْثي وعَجَلْ. انظر: الخزانة ١/٤٣٢.

إنَّ تَقْـــــــوَى رَبِّنَـــا خَـــــــيرُ نَفَـــلْ

قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِۖ﴾ [الأنفال: ١] أي الغنائم وسبب نزول الآية ما رُوي عن عبادة بن الصامت قال: ساءت أخلاقنا يوم بدر فحرمنا، فقيل: وكيف ساءت أخلاقكم؟ فقال: لما هزم الله تعالى العدو وافترقنا ثلاث فرق: فرقة كانوا حول رسول الله صلى الله عليه وسلم يحرسونه، وفرقة اتبعوا المنهزمين، وفرقة جمعوا الأموال، ثم ادعت كل فرقة أنها أحق بالغنائم فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وارتفعت أصواتنا ورسول الله ساكت، فأنزل الله تعالى في تلك الحالة: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِۖ﴾ الآية ثم نسخ حكم هذه الآية بقوله تعالى: ﴿۞ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٖ﴾ الآية [الأنفال: ٤١] وتفسيره في لسان الفقهاء ومتعارف الشرع ما خصه الإمام لبعض الغزاة تحريضًا لهم على القتال لزيادة قوة وجزاء منهم بأن قال لسريته: ما أصبتم فهو لكم أو قال لواحد متعين: ما أصبت فهو لك؛ فإنه يختص به ويثبت الملك له في النفل ولا يشاركه فيه غيره من الغزاة.

وأما السلب عبارة عن ثبات المقتول والسلاح الذي معه ودابته التي عليها سرجها وآلاتها وما عليها من الحقيبة التي فيها من الأموال وما على المقتول من الكيس الذي فيه الدراهم فأما ما تكون مع غلامه على فرس آخر وأمواله التي على دابة أخرى فذلك من الغنيمة يشترك فيها الغزاة كلهم.

وصورته: لو قال الأمير للغزاة: من قتل قتيلا له سلبه ولا يستحق النفل والسلب إلا بشرط الإمام.

وقال الشافعي رحمه الله: يستحق السلب بعد شرطه ويجوز التنفل قبل الإحراز ولا يجوز بعده خلافًا للشافعي والأوزاعي.

والصحيح قولنا؛ لما روى معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**من قتل قتيلا فله سلبه إلا في غزاة واحدة**"[1] ثم سمعته بعد هذا يقول: "**لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا**

(١) أخرجه «البخاري» ٦٣/٣ (٢١٠٠) و٩٢/٤ (٣١٤٢) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك. وفي ١٥٤/٥ (٤٣٢١) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي (٤٣٢٢) قال =

مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ"[١]؛ فصار الأول منسوخًا وشرط الإمام في السلب والتنفيل مشروطًا وإطلاق قوله: من قتل قتيلا فله سلبه؛ هذا منه على طريق التنفيل والتنفيل يجوز قبل الإصابة[٢].

ورُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**ردوا الخيط والمخيط، فإن الغلول عار وشنار على صاحبه يوم القيامة**"[٣]، فجاء رجل بكبة من خيط فقال:

=

البخاري تعليقا: وقال الليث. وفي ٦٩/٩ (٧١٧٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث بن سعد. وفي (٧١٧٠م) وقال لي عبد الله، عن الليث: «فقام النبي صلى الله عليه وسلم، فأداه إلي. و«مسلم» ١٤٧/٥ (٤٥٨٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: أخبرنا هشيم. وفي (٤٥٨٨) قال: وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي (٤٥٨٩) قال: وحدثنا أبو الطاهر، وحرملة، قالا: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: سمعت مالك بن أنس. و«ابن ماجه» (٢٨٣٧) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: أخبرنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٢٧١٧) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (١٥٦٢) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك بن أنس. وفي (١٥٦٢م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«ابن حبان» (٤٨٠٥) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، بمنبج، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٤٨٣٧) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس الأنصاري، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

أربعتهم: (مالك بن أنس، وسفيان بن عيينة، وهشيم بن بشير، والليث بن سعد) عن يحيى بن سعيد، عن عمر بن كثير بن أفلح، عن نافع أبي محمد، مولى أبي قتادة، فذكره.

(١) أخرجه الطبراني من حديث معاذ، وقد أخرجه إسحاق والطبراني في الكبير والأوسط بلفظ مختلف، وأخرجه البيهقي في المعرفة في باب إحياء الموات، وقال: هذا إسناد لا يحتج به (الدراية ٢٤٤/٢، ١٢٨).

(٢) انظر: ابن عابدين ٣٨٢/٥ ط. الأميرية، والزيلعي ٣٥/٦، والحطاب ١١/٦، ١٢ نشر مكتبة النجاح، والإقناع على الخطيب ١٩٥/٣ ط. دار المعرفة، والمغني ٥٦٦/٥ ط. الرياض، والمنتقى شرح الموطأ ٢٩/٦ نشر مكتبة السعادة، والدسوقي ٦٩/٤.

(٣) أخرجه أحمد ١٨٤/٢ (٦٧٢٩) قال: حدثنا عبد الصمد، قال: حدثنا حماد، يعني ابن سلمة. وفي ٢١٨/٢ (٧٠٣٧) قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي. و«أبو داود» (٢٦٩٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد. و«النسائي» ٢٦٢/٦ و١٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٢٥ و٦٤٨٢) قال: أخبرنا عمرو بن يزيد، قال: حدثنا ابن أبي عدي، قال: حدثنا حماد بن

=

أخذت هذه لأخيط بها بردعة بعير لي، فقال عليه السلام: "**أما نصيبي فهو لك**"، ولولا أن التنفل بعد الإصابة غير جائز إلا لترك عليه.

وهذا الحديث يدل على أن القاتل لا يستحق سلب القتيل إلا بشرط الإمام، ولأن التنفيل إنما يجوز قبل الإصابة؛ لأن فيه تحريضا على القتال وحثًّا عليه قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ ﴾ [الأنفال: ٦٥] وبعد الإصابة والتنفل ليس بتحريض على القتال بل هو إقعاد عن القتال، فإن الجيش إذا غنموا غنائم بعدما قتلوا لو خص واحد منهم بشيء من الغنائم دون غيرهم لبطل حق الغانمين عن بعض الغنيمة من غير منفعة تعود إليهم؛ لأنه ليس فيه دفع شر العدو عنهم ولاحقة أمر القتال عليهم فتقاعدوا عن القتال بخلاف ما قبل الإصابة؛ لأنه يعود إليهم منفعة حقه أمر القتال عليهم؛ لأن كل واحد منهم متى اختص بشيء من الغنيمة يظهر زيادة غناء من نفسه وتحريضه على المخاطرة بروحه وإيقاع نفسه في خلية العدو حتى يستحق ذلك.

وأما الفيء فما حصل من غير قتال وهو خاص لرسول الله صلى الله عليه وسلم كيف شاء قال الله تعالى: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْهُمْ﴾ الآية [الحشر: ٦].

وأما أحكامها ومن يستحقها: أما الغنيمة فخمسها للإمام وأربعة أخماسها على الغانمين بالنص.

خرج قوم من مسلحة أو عسكر فأصابوا غنائم بخمس وما يفيء بينهم وبين العسكر مبينا كان بإذن الإمام أولا؛ لأن المأخوذ غنيمة؛ لأنه أخذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة والكل سواء لأنهم أصابوا بقوة العسكر والجند لأنهم أعدوا أنفسهم للقتال فصار ردا لهم، وكذلك إن أخذه واحد مثل طليعة أو غيرها؛ لأنه أخذه بقوة العسكر وأعانهم، ولو خرجت سرية بغير إذن الإمام أو خرجوا في طلب العلف ولم ينقلهم الإمام فما أصابوا فهو غنيمة ولا تختص به هذه السرية؛ لأن الله تعالى جعل الحق للمجاهدين والجهاد قام بالكل، وإن خرجوا من

=

سلمة. كلاهما: (حماد بن سلمة، وإبراهيم بن سعد، والد يعقوب) عن محمد بن إسحاق، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

مدينة عظيمة طائفة لهم منعة وقوة يعينهم الإمام سرية لم يشركهم أهل المدينة وبخمس ما أصابوا؛ لأنه مأخوذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة فتكون غنيمة وأهل المدينة لم يعدوا أنفسهم للقتال فلا تصير الإصابة مضافة إلى قوتهم ولا أعانوا لهم، وإن خرج من المدينة رجل أو رجلان بإذن الإمام بخمس؛ لأن المال مأخوذ من الكفرة على وجه القهر والغلبة حكما واعتبارا؛ لأنه لا يحل للإمام أن يأذن لهم بالجهاد إذا لم يعلم منهم قوة، وإن خرجوا بغير إذن الإمام لا يخمس فيما أصابوا خلافًا للشافعي وإن كانوا أربعة يخمس؛ لأنه لا منعه ولا قوة لهم في أنفسهم ولا من أهل دارهم فلم يكن مأخوذا على سبيل القهر والغلبة حقيقة ونصرة دين الله تعالى ولا حكما لعدم إذن الإمام فكانوا مكتسبين متلصصين لا مجاهدين متغلبين فلا يكون غنيمة والخمس فيما يملك بالغنيمة.

جيش غزوا من مصر بغير إذن الإمام يجب الخمس في الغنائم؛ لأنه مال أخذ من الكفرة على سبيل القهر والغلبة.

ورُوي عن أبي سفيان أنه قدر الجماعة التي لا منعة لها بتسعة نفر.

وأما حكم النفل والسلب: فأن يكون لصاحبه خاصة ولا خمس فيما سمى لهم؛ لأن الإمام بالتنفل خلصها لهم، فإن قال: من أصاب شيئًا فهو له؛ فلا يتعلق به حق غيره، ولو قال: ما أصبتم فلكم النصف أو الربع؛ ونحو ذلك، فما سمى يكون لهم، وما لم يسم لهم ففيه الخمس وأربعة أخماسه للغانمين يشترك فيه المنفلون فيه أيضًا؛ لأن الحق قد انقطع عن قدر النفل؛ لأن أثر التنفيل في قطع حق الباقين عن المسمى والتخليص لهم ففيما عداه ففي على ما كان ولا ينبغي للإمام أن ينفل جميع المأخوذ؛ لأنه إبطال لحق الكل وليس له ذلك، ولو أثخنه أحدهما وقتله الآخر فالسلب للذي أثخنه؛ لأنه بالإثخان صار بحال لا يمكنه أن يقاتل ولا يعين على قتال فكان في حكم المقتول، فإن لم يصر في هذه الحالة فالسلب للثاني وما أخذه المسلمون منهم من الخراج في موادعهم والجزية في معاهدتهم لا خمس فيه خلافًا للشافعي لقوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ الآية [الحشر: ٧] فقد أثبت الحق في الفيء لجماعة المسلمين لا لرسول الله على

الخلوص، ولأن هذا مال أصيب بقوة الكل؛ لأن أهل الحرب إنما مالوا إلى الصلح خوفًا من المسلمين فكان مصابًا برعب الكل وقوتهم وشوكتهم فلا يختص به النبي صلى الله عليه وسلم ولا بخمس؛ لأنه أصيب من جهة الكفرة لا على وجه القهر والغلبة بل على وجه المصالحة والمسالمة فصار كالمتلصص إذا أخذ من مال المشركين والله أعلم.

(باب متى تملك الغنائم ويجوز قسمتها)

(**السير الصغير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما يتعلق بالغنائم من الملك والحق.

والثاني: في جواز قسمتها.

(فصل)

الغنائم لا تملك قبل الإحراز بدار الإسلام خلافًا للشافعي وينبني على هذا لو باع الإمام شيئًا من الغنيمة لا لحاجة الغزاة أو باع واحد من الغانمين لا يجوز، ولو أتلفه واحد من الغانمين في دار الحرب لا يضمن، ولو مات واحد من الغزاة لا يورث نصيبه، ولو لحق المدد الجيش قبل القسمة في دار الحرب يشاركوهم في الغنيمة، ولو قسم الإمام في دار الحرب لا لحاجة الغزاة لا تصح القسمة.

وعند الشافعي: الحكم على عكسه، ولو قسمها نفل بالإجماع.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بدر بعدما قدم المدينة، فهذا دليل على أن الغنيمة لا تقسم إلا بعد الإحراز بالدار، ولأن سبب الملك هو الاستيلاء لا يتحقق في دار الحرب؛ لأن الاستيلاء الذي هو سبب لإفادة الملك عبارة عن اليد الناقلة واليد الحافظة؛ لأن الملك عبارة عن الاختصاص الشرعي ينبني على الاختصاص الحقيقي فالاختصاص الحقيقي إنما يثبت باليد الناقلة والحافظة؛ لأن الملك يراد للانتفاع والارتفاق والتمكن من الانتفاع بالمستولى إنما يثبت اليد الناقلة والحافظة واليد

الحافظة لم تثبت للغزاة؛ لأن اليد الحافظة باقية للكفرة على الدار وما فيها؛ لأن لهم قوة وشوكة ولهم قدرة انتزاع المال واستنقاذه من أيدي الغزاة ومع بقاء اليد الحافظة للكفرة لا تثبت اليد الحافظة للغزاة فقد انعدم أحد شرطي الاستيلاء فانعدم الاستيلاء فلم يثبت الملك وإن قسمها نفذ ولزم؛ لأن ثبوت الملك في دار الحرب أمر مختلف فيه، فإذا قضى بالملك والقسمة ولاح اجتهاده في جوازها فقد قضى في فعل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه فالحاصل أن الغنائم لا تملك بالإصابة ولكن يثبت الحق فيها بالإصابة ويتأكد الحق بالإحراز ويثبت بالقسمة كالشفعة تثبت بالبيع وتستقر بالطلب وتملك بالقضاء حتى أن الأسير إذا أسلم قبل الإحراز بدار الإسلام لا يكون حرا.

ولو أسلم الآخذ يكون حرا، وكذا لو أسلم أرباب الأموال قبل الإحراز بدار الإسلام فإنهم لا يختصون بأموالهم بل هم من جملة الغزاة في الاستحقاق بسبب الشوكة وفي الإحراز بدار الإسلام بمنزلة المدد، وكذلك ليس لواحد من الغزاة أن يأخذ شيئًا من الغنائم من غير حاجة، وذلك لأنه تعلق به حق الغزاة باعتبار ثبوت يد الناقلة والمتصرف لهم، وحق الإنسان معصوم محترم بحقيقة ملكه فلا يجوز إبطاله وإزالته كحق الشرب وحق المرور في ملك الغير وبعد الإحراز قبل القسمة يتأكد الحق ويستقر، ولهذا قالوا: لو مات واحد منهم يورث نصيبه.

ولو قسم الإمام أو باع جاز ونفذ، ولو لحقهم مدد لا يشاركونهم ويضمن المتلف ولكن الملك لا يثبت لكل واحد منهم إلا بالقسمة حتى لو أعتق واحد من الغزاة عبدا من المغنم لا ينفذ العتق؛ لأنه لم يثبت الملك الخاص لكل واحد فيما يصيبه؛ لأن الشوكة متى كانت عامة لا تصيب كل واحد منهم ما يمكن الانتفاع به، ولو وطئ منهم جارية لا يحد؛ لأن له فيها شبهة حق كما لو سرق شيئًا من الغنيمة لم تقطع يده ولا يثبت السبب لعدم الملك من كل وجه؛ لأن الثابت لهم الحق وهو ثبوت اليد النافلة المتصرفة لا الملك من وجه والحق لا يكفي لثبات النسب، كالمرتهن استولد جارية مرهونة ويؤخذ منه العقد أن وطأها في دار الإسلام دون دار الحرب؛ لأنه أتلف منافع بضعها.

ولو أتلف جزءًا منها في دار الإسلام ضمن فكذا إذا أتلف منافع بضعها؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، فإذا سقطت العقوبة يلزمه الغرامة إظهارًا لخطر الإبضاع وهذا إذا كانت الشركة خاصة، وإن كانت عامة يجب العقد كما في العتق كما تبين.

ولو قسمت القسمة فوقعت جارية في أهل راية فأعتقها رجل منهم جاز إذا كانوا مائة أو أقل، ولست أوقت فيه وقتا أي لا ألزم هذا التقدير الناس، وهذا لأن القوم إذا كانوا كثيرًا لا يمكن اعتبار الملك في نفوذ العتق؛ لأنه لا يصيب كل واحد منهم من الملك ما يمكن الانتفاع به، وإن كان قليلًا أمكن اعتباره في حق نفوذ العتق؛ لأن يصيب كل واحد من الملك ما ينتفع به ثم جعل المائة وما دونها في حد القلة وما فوقها في حد الكثرة، وقد ذكر في كتاب الشفعة في الشركة إذا كانت الجماعة إن كانوا يحصون فهم قليل وانعقدت الشركة بينهم في الملك فثبتت لهم الشفعة، وإن كانوا لا يحصون فهم كثير فلا تثبت لهم الشفعة ومعرفة عدد يحصي أولا يحصي مفوَّضة إلى رأي الإمام، وقد رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم بخيبر وجعل لكل مائة سهمًا، فكانت تلك القسمة للملك، فدل أن المائة وما دونها في حكم شركة خاصة.

(فصل)

ويجوز قسمة الحمل في دار الحرب لأنها لا تعتمد إقرار الملك، وإن كان مع الإمام فضل حمولة من مال بيت المال فإنه يحمل عليها؛ لأن الغنيمة والحمولة كلهم مال المسلمين، وإن لم يكن معه فضل حمولة ومن الغانمين من له فضل حمولة إن طابت أنفسهم بأجر يحمل عليها، وإن لم تطب أنفسهم.

وذكر في (**السير الصغير**): لا يكرههم على حمل الغنيمة؛ لأنه لا يحل الانتفاع بمال المسلم إلا بطيب نفسه، كما إذا هلك دابة إنسان في المفازة في دار الإسلام فوجد فضل حمولة مع غيره لا يجوز له أن يحمل عليها بغير رضاء المالك.

وذكر في (**السير الكبير**): يحمل على كره منهم بأجر المثل كما إذا انقضت مدة

الإجارة في المفازة أو في البحر تنعقد إجارة أخرى بأجر المثل للضرورة فكذا هذا؛ لأنه في الحالين يملك منافع دابة الغير بأجر المثل للضرورة وهو صيانة المال وصار كما لو اضطر إلى طعام الغير يحل تناوله بعوض، فإذا لم يجز الإكراه على هذه الرواية، وإن لم يجد حمولة ماذا يصنع.

أما السبايا، فإنه يمشيهم إلى دار الإسلام إن أطاقوا المشي، وإن لم يطيقوه قتل الرجال منهم؛ لأن له قتال الرجال إن أمكنه إخراجهم إلى دار الإسلام فعند عدم الإمكان أولى.

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان، وترك النساء والصبيان في أرض مضيعة حتى يموتوا جوعًا وعطشًا، ولم يترك في أرض عامرة ؛ لأنه تعذر قتلهم لأنا نهينا عن قتلهم، ولا وجه إلى تركهم في أرض عامرة فيعودون حربًا علينا.

أما النساء، فإنه يقع بهن النسل والذراري فيبلغون فيعودون حربا علينا وقد أمرنا أن نفعل بهم ما ينقطع شرهم وحربهم عنا فلم نجد طريقا سوى أن نتركهم في أرض مضيعة حتى يموتوا جوعًا وعطشًا، ولهذا قال علماؤنا: إذا وجد المسلمون حية أو عقربا في دار الحرب في رجالهم ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية قطعا للضرر عن أنفسهم ولا يقتلونها؛ لأن في القتل قطع نسلها وفيه منفعة للكفار وقد أمرنا بضده.

فأما السلاح والمتاع يحرقها إذا لم يقدر على الإخراج لكي لا ينتفع بها أهل الحرب، وإن كان سلاحًا من حديد لا يحترق بالنار ذكر في السير الكبير: أنه يدفن؛ لأن أقصى سبب يؤدي إلى قطع منفعته الدفن والدواب والمواشي يذبحها ثم يحرقها ولا يمثل.

وقال الشافعي: يتركونها ولا يذبحونها؛ لأن هذا ذبح لغرض صحيح فيكون مباحًا كما لو ذبحها للأكل بل أولى؛ لأن منفعة الأكل تخص الأكل ومنفعة هذا الذبح تعم المسلمين؛ لأن فيه كسر شوكة الكفار وإلحاق الغيظ بهم وفي كسر شوكتهم وقطع عددهم وآلتهم منفعة المسلمين، فكان النص الوارد بإباحة الذبح

لمنفعة الأكل، وهو أنه صلى الله عليه وسلم "**نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة**"[١] وأراد دلالة وإباحة هذا الذبح بطريق الأولى.

ارتد طائفة من معسكر المسلمين فاعتزلوا أو نابذوا، فأصاب المسلمون غنيمة وأصاب أولئك المرتدون أيضًا من أهل الشرك، ثم تابوا قبل الإحراز بالدار، لم يشاركوا المسلمين في غنائمهم ولا المسلمون إياهم فيما أصابهم، بل يختص كل فريق بما أصابه؛ لأنه انقطع التناصر والتعاون بينهم بالردة، فلم يكن كل فريق بمظاهر للآخر؛ لأنه بعد الردة لم يبق المرتدين من أهل النصرة للمسلم فبطل ما انعقد من سبب الاستحقاق الذي وجد وقت المجاورة لافتقاد النصرة الأهلية. وفي قتال بعده عادوا إلى ما كانوا؛ لأن المشاركة في القتال والإحراز بدار الحرب من الأهل كما في الاستحقاق، وإن لم توجد المشاركة في السبب عند مجاوزة الدرب.

([**السير الكبير**][٢]): أصله أن الشركة متى كانت عامة لا يعتق أحد على أحد بالإعتاق ولا بالقرابة، ومتى كانت خاصة فإنه يعتق بهما؛ لأن الشركة متى كانت عامة كان للإمام رأيًا في الغنائم، فإنه يملك إبطال حق الغانمين في الغنيمة بالمن عليهم، وكذلك في القتل في الرجال البالغين فلم يكن الملك ثابتا للغانمين ومتى كانت خاصة بأن قال: من أصاب شيئًا فهو له؛ فأصاب كل واحد عبدًا، فإنه يملكه ولا يملك الإمام إبطال ملكه بالمن والقتل.

ولو قال للسرية: ما أصبتم فهو لكم؛ ينظر إن كانوا كثيرًا فهذه شركة عامة بمنزلة الغنيمة لا ينفذ عتق أحدهم، وإن كانوا قليلًا ينفذ استحسانًا لأنهم يملكون المصاب فصار كالعبيد المشتركة بين جماعة. ثم اختلفت الروايات في الحد الفاصل بين القليل والكثير في بعضها القليل هم التسعة والكثير ما فوقها وفي بعضها قدره بعشرة كنصاب السرقة وفي بعضها بأربعين وفي بعضها بالمائة على ما ذكرنا.

ولو بعث الإمام سرية أربعة أو ثلاثة من دار الحرب وقال: ما أصبتم فلكم منه الربع؛ فأصابوا غنائم فيها رقيق، فإنه لا يعتق بقرابته منهم ولا بإعتاقه بعضهم؛ لأن العسكر

---

(١) انظر: مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للإمام محمد التبريزي ٤٥٧/٧.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

شركة فيما دون النفل والشركة في الغنيمة متى كانت عامة تمنع نفوذ العتق. [والله أعلم بالصواب، وحسبنا الله ونعم الوكيل، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلى الله على محمد وآله وسلم][1].

(باب كيفية قسمة الغنيمة)

(**السير الصغير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في القسمة بين الإمام والغانمين.

والثاني: في القسمة بين الغانمين.

(فصل)

وتقسم الغنائم على خمسة أسهم: فأربعة أسهم للغزاة، والخمس لأربابه، ويقسم الخمس على ثلاثة أسهم: سهم لذوي القربي، وسهم للرسول، وسهم للمساكين، وسهم لأبناء السبيل.

وعند الشافعي على خمسة أسهم: سهم لذوي القربى، وسهم للرسول يُدفع إلى الفقراء، والثلاثة كما ذكرنا.

وقال بعض الناس: على ستة أسهم: سهم لله تعالى يصرف إلى عمارة البيت وأستاره، وسهم الرسول يصرف إلى كل خليفة في زمانه، وأربعة كما ذكرنا.

والصحيح قولنا؛ لأن سهم الله تعالى ذكر للتبرك والافتتاح باسمه لاستغناء الله تعالى عن إثبات الحقوق له، فإن الأشياء كلها مملوكة لله تعالى وسهم الرسول ساقط بموته؛ لأنه كان يستحقه بالرسالة؛ لأنه أضاف السهم إلى الرسول والرسول اسم مشتق من الرسالة فيصير موضع الاشتقاق على الاستحقاق إذا كان له أثر في الاستحقاق وللرسالة أثر، فإن في تبليغ الرسالة ونصب الشريعة وتمهيد المسألة عامل للمسلمين ومن استعد لعمل المسلمين يستحق الكفاية في مالهم كالإمام والقاضي والرسالة قد سقطت بموته فتسقط كفايته، وسهم ذوي القربى ساقط

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

لإجماع الصحابة؛ لأنه رُوي أن الخلفاء الراشدين أبا بكر وعمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم قسموا خمس الغنائم على ثلاثة أسهم بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهم تلوا كتاب الله تعالى وعاينوا قسمة الرسول فلولا أنهم عرفوا أن الأمر كما ذكرنا وإلا لما قسموا على ثلاثة أسهم، ولأنكر عليهم سائر الصحابة، وحيث لم ينكر عليهم أحد فحلَّ محلَّ الإجماع.

وقوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] قيل: المراد به قرب النصرة المصاحبة، وقيل: لذوي القرب وهو من يتقرب لله تعالى بصرف المال إليه وهو الفقير دون الغني، وعندنا يصرف إلى فقرائهم، وقد جاء في الأخبار أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة حظوظ في الغنائم: سهم الصفي وخمس الخمس وسهم كسهم واحد من الغانمين، ومعنى الصفي أنه كان يصطفي لنفسه شيئًا قبل القسمة من سيف أو درع أو جارية أو نحو ذلك، وقد كان هذا للوالي في الجاهلية مع خطوط أخر فنسخ ذلك كله سوى الصفي، فإنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يبق بعد وفاته بالاتفاق حتى أنه ليس للإمام الصفي بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفصل. ويقسم أربعة الأخماس على الجيش فيعطى للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة وزفر، وعندهما والشافعي للفارس ثلاثة أسهم، هكذا روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم: سهمًا له، وسهمان لفرسه[1]، ولأن سبب الاستحقاق للغنيمة

---

(١) أخرجه «البخاري» ٤/٣٠ (٢٨٦٣) قال: حدثنا عبيد بن إسماعيل، عن أبي أسامة. وفي ٥/١٣٦ (٤٢٢٨) قال: حدثنا الحسن بن إسحاق، قال: حدثنا محمد بن سابق، قال: حدثنا زائدة. و«مسلم» ٥/١٥٦ (٤٦٠٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو كامل، فضيل بن حسين، كلاهما عن سليم، قال يحيى: أخبرنا سليم بن أخضر. وفي (٤٦٠٨) قال: حدثناه ابن نمير، قال: حدثنا أبي. و«ابن ماجه» (٢٨٥٤) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا أبو معاوية. و«أبو داود» (٢٧٣٣) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا أبو معاوية. و«الترمذي» (١٥٥٤) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، وحميد بن مسعدة، قالا: حدثنا سليم بن أخضر. وفي (١٥٥٤م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سليم بن أخضر. و«ابن حبان» =

الجهاد، والجهاد يقع بالعناء وعناء الفرس ضعف عناء الرجل؛ لأن للفارس عناء الكر والفر والإتباع بعد الانهزام من جنس الكر فيعتبر نوعا واحدا كالسائل في السلاح يساوي الأعزل والفرس والبرذون سواء؛ لأن البرذون مثل الفرس والعناء؛ لأنه يصلح للكر والطالب إلا أن الفرس أعلى من البرذون في الكر والطلب إلا أن البرذون أكثر انقياد أو انعطافا وألين لصاحبه من الفرس، وهذا يحتاج إليه في باب الحرب كالعدو فيقوم هذا مقام ذلك فيستويان فالنص الوارد في الفرس وارد في البرذون دلالة والبغال والرواحل سواء؛ لأن البغل لا يصلح للكر والفر وهو الحمار والفارس في السفينة في البحر يستحق سهمين، وإن لم يمكنه القتال على الفرس في السفينة؛ لأنه إن لم يباشر القتل على الفرس فقد تأهب للقتال على الفرس والمتأهب للشيء كالمباشر له، ألا ترى أن الإمام لو بعث سرية من الجند فما أصاب السرية يكون بينهما وبين الجند، وإن لم يوجد من الجند القتال لأنهم متأهبين للقتال.

وكذلك المدد إذا لحقوا الجيش ولا يسهم إلا لفرس واحد، وقال أبو يوسف: سهم لفرسين؛ لما روى المقداد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين ولأنه قد يحتاج إلى اثنين للقتال إذا أعيا أحدهما يركب الآخر فصار الثاني كالأول، لما ما رُوي أن الزبير بين العوام حضر خيبر بأفراس فلم يسهمه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا لفرس واحد، وما رُوي أنه أسهم لفرسين محمول على غنائم بدر فإنها جعلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم على الخصوص، وما روينا

=

(٤٨١٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم المروزي، قال: حدثنا سليم بن أخضر. وفي (٤٨١١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد، قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الله بن الوليد، عن سفيان الثوري. وفي (٤٨١٢) قال: أخبرنا عبد الله بن قحطبة، قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي، قال: حدثنا سليم بن أخضر.

سبعتهم: (أبو أسامة، حماد بن أسامة، وعبد الله بن نمير، وهشيم بن بشير، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وسليم بن أخضر، وسفيان الثوري، وزائدة بن قدامة) عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، فذكره.

أن أسهم لفرس واحد محمول على غنمنا من الغنائم توفيقا بين الحديثين عملًا بهما ولأنه لا يمكنه القتال على فرسين إلا أنه يحصل بالثاني زيادة عناء في الكر والإتباع، فإن الأول إذا أعيا يكر على الثاني ويتبع ولكن الزيادة على العناء لا عبرة بها في زيادة الاستحقاق، فإن الأفراس والرجالة يتفاوتون في العناء فيكون المعتبر أصل العناء لا مقداره؛ لأنه غير مضبوط ولا سهم للعبد والمرأة والصبي ويرضخ لهم لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم للعبد والنساء والصبيان، وعن ابن عباس في العبد والمرأة ليس لهما سهم ويرضخ لهما، وكذلك المكاتب والذمي يرضخ لهما، ولأنه لا يجب على هؤلاء القتال إلا عند الضرورة فلا يقع فعلهم جهادا، ويجوز الاستعانة بالذمي في الجهاد إذا احتاج لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم استعان بيهود بني قينقاع على بني قريظة ولم يعطهم من الغنيمة شيئًا**"، ولا يجوز بغير حاجة ولا يرضخ العبد إذا كان في خدمة مولاه ولا أهل السوق إذا لم يقاتلوا بخلاف المرأة إذا كانت تقوم على المرضى وتداويهم وتحفظ متاعهم يرضخ لها شيء؛ لأن حقيقة القتال لا يتصور منها فأقيمت الإعانة منها مقام حقيقة القتال ومن العبد يتصور فلا تقام الإعانة مقام حقيقة القتال، وسبب الاستحقاق ومجاورة الدرب لقصد القتال كما تبين فما لم يوجد منه مجاوزة الدرب لقصد القتال فلا يستحق وأهل السوق جاوزوا الدرب بقصد التجارة لا بقصد القتال.

(فصل)

وإذا جاوز الدرب مع الجيش فارسًا ثم نفق فرسه أو عقره فله سهم الفرسان.

وعند الشافعي: له سهم الرجالة، وهذا بناء على أن المعتبر عنده شهود الوقعة وعندنا مجاوزة الدرب لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من جاوز الدرب فارسًا ثم عقر جواده أسهم له سهم فارس، ولم يرو عن غيره خلاف ذلك فحلَّ محلَّ الإجماع، ولأن سبب الاستحقاق سهم الفرسان مجاوزة الدرب فارسا، فإن عليه الاستحقاق حقيقة القتال؛ لأن الاستيلاء يتحقق بالقهر والغلبة وذلك يتحقق بالقتال إلا أن يعذر تعليق الحكم بحقيقة القتال؛ لأنه لا يمكن للإمام الوقوف عليه

إلا بالتفحص والمراقبة عن حال كل فرد واحد وفيه حرج ومجاوزة الدرب بسبب مفضي إلى القتال غالبًا؛ لأن اشتغاله بتهيؤ آلات القتل واستصحابه والمخاطرة بروحه بدخوله دار الحرب أمارة ظاهرة وعلامات واضحة على أن دخل دار الحرب لأجل القتال ابتغاء لمرضات الله تعالى وفي اعتبار شهود الوقعة سببا حرج؛ لأنه حال التشاغل بالحراب ففي كل ساعة يتوهم أن تقع الدائرة على المسلمين أو على الكفرة فلا يمكن التفحص عن حالهم.

ولو دخل راجلا ثم اشترى فرسا فقاتل عليه له سهم الراجل؛ لأن السبب انعقد موجبا بحق الرجالة فلا يتغير حقه.

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه له سهم الراجل، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: له سهم الفارس؛ لأن سبب الاستحقاق سهم الفارس وجد وهو مجاوزة الدرب فارسا فاستحق، كما لو نفق فرسه، وفي ظاهر الرواية فرق بين الهلاك والبيع، والفرق أن سبب الاستحقاق مجاوزة الدرب لقصد القتال لا مجرد المجاوزة إلا أن قصد القتال أمر باطن منكتمٌ فأقيم سبب ظاهر يدل على قصد القتال مقامه وهو كونه عاريا لا تاجرًا، فإن كونه عاريا متشمرًا للقتال حالة المجاوزة دلالة ظاهرة على قصد القتال فقام مقامه وبهلاك الفرس لم يتبين أن المجاوزة لم تكن بقصد القتال، وبالبيع ظهر أن المجاوزة كان للتجارة لا لقصد القتال فلم يوجد في حقه سبب الاستحقاق.

ولو شهد الوقعة فارسًا ثم باع فرسه استحق سهم الفرسان؛ لأنه لم يتبين أنه دخل للتجارة بل لأجل القتال؛ لأن القتال قد يكون في مضيفة ومسخره على وجه لا يمكنه الحراب فارسًا فيبيعه ليستمر للقتال راجلا بأبلغ الوجوه فيحمل على الضرورة.

ولو جاوز الدرب على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرد المالك وشهد الوقعة راجلا فيه روايتان: في رواية: يستحق سهم الفرسان، كما لو شهد الوقعة على فرس مغصوب ونحوه فاسترده المالك استحق سهم الفرسان. وفي رواية: يستحق سهم الرجالة؛ لأنه لم يضم العزم على القتال حالة الدخول؛ لأنه لما دخل دارهم على فرس مغصوب أو مستعار مع علمه أن المالك مسترده أو تنقضي من

الإجارة فيسترده المالك فقد ظهر وبان أنه لم يضم عزمه وقصده على القتال فارسًا، فلم يتحقق مبدأ استحقاق سهم الفرسان في حقه.

خرج رجل أو سبي فأصيبت الغنيمة قبل الرد ورجوع الأسير ثم رجعوا شاركوهم في الغنيمة؛ لأنه وجد مجاوزة الدرب بقصد القتال إلا أنه عجز عن القتال بعذر.

ولو جاوز الدرب بقصد القتال ولم يقاتل استحق الغنيمة؛ لأنه متهيؤٌ للقتال، فإذا قعد عن القتال بعذر أولى أن يستحق.

أسلم رجل من أهل الحرب أو كان مسلما تاجرا أو مرتدا فأسلم أو لحق بالجيش لم يشاركوهم في الغنيمة إلا أن يقاتلوا معهم؛ لأنه لم يوجد منه سبب القتال وهو مجاوزة الدرب بنية القتال ولا حقيقة القتال لا جَرَمَ إذا قاتلوا استحقوا المطوع في الغرور وصاحب الديوان في الغنيمة سواء لاستوائهما في الجهاد.

(باب ما يجوز الانتفاع به من الغنيمة وما لا يجوز)

(**السير الصغير**): ويجوز تناول الطعام والعلف قبل القسمة على قدر الحاجة، وعلى رواية (**السير الكبير**): ويجوز أيضًا بغير حاجة، ويستوي فيه الغني والفقير. وجه هذه الرواية ما رُوي عن عبد الله بن أوفى أنه قال تخمَّس طعام خيبر وكان قليلًا، واحدنا إذا احتاج إلى شيء أخذ قدر حاجته فقيد التناول بالحاجة، ولأن هذا مال مغنوم بين جماعة فلا يباح التناول منه إلا بالحاجة كما في السلاح والثياب.

وجه رواية (**السير الكبير**): ما رُوي أن عامل عمر كتب إلى عمر فقال: إنا ظفرنا بأرض كثيرة الطعام والعلف، فماذا ترى فيها أمير المؤمنين؟ فكتب إليه: دعهم يأكلوا ويعلفوا، ولم يعلق التناول بالحاجة؛ ولأنه يتعذَّر عليهم حمل الطعام والعلف مدة ذهابهم وإيابهم ومقامهم في دار الحرب لما فيه من حرج عظيم، والشراء منهم متعذر فلو لم يَجُزِ التناول لضاق الأمر على الغانم فبقي على الإباحة الأصلية لمكان الضرورة ومتى بقي على الإباحة الأصلية للضرورة يجوز للغني التناول بغير حاجة، فإذا كان محرزا بدار الإسلام لا يباح التناول من غير الضمان لانعدام الضرورة وما فضل منه فضله بعد الخروج إلى دار الإسلام بعدها إلى الغنيمة إن لم يقسم إن كان

غنيا، وإن كان فقيرا يأكل بالضمان؛ لأنه ليس له أخذ الطعام بعد الإحراز فكذلك الإمساك إلا أن الحاجة قد ارتفعت، وإن قسمت باعها وتصدق بثمنها؛ لأنه لا يمكنه قسمته لقلته فتعذر إيصاله إلى المستحق فيصدق به كاللقطة.

ولو باع شيئًا منه قبل القسمة يرد ثمنه للمغنم؛ لأنه بدل عين كان الحق فيه للجماعة لم يكن هو مختصًّا به، وإن كان بعد القسمة يتصدق على الفقراء إن كان غنيا ويأكل إن كان فقيرا وكل ما كان مأكولا أو مشروبا مثل السمن والزيت والخل فلا بأس بالتناول والإدهان لنفسه ودابته، بخلاف دهن البنفسج لا يباح لهم تناوله، وكذلك الهليلج والتليلج المريء؛ لأن هذا لا يستعمل استعمال الطعام بل يستعمل للزينة والتطيب أو للتداوي، فلا يستعمل إلا إذا احتاج إليه للتداوي، وما سوى الطعام والعلف من الأموال لا يباح للغزاة أن يأخذوا شيئًا منها لتعلق حق الكل بها لقوله عليه السلام: "**ردوا الخيط والمخيط وكلوا واعلفوا ولا تحملوا إلا في السلاح والكراع والثياب عند الحاجة**"، ويكره من غير حاجة ويرد إلى المغنم إذا استغنى أو يدفع إليه تحصينه من الغنيمة بخلاف الطعام والعلف؛ لأنه بعد رحلة في دار الإسلام مدة ذهابه وإيابه فأقيم كونه في دار الحرب مقام الحاجة؛ لأنه سبب مؤدي إلى الحاجة في حق الطعام غالبًا، فأما إن أمكن حمل السلاح والثياب مع نفسه ما يكفيه مدة قيامه في دار الحرب فلا يقام كونهم في دار الحرب مقام الحاجة بل اعتبرت حقيقة الحاجة في السلاح والثياب.

(فصل)

وجد مسلم جارية مأسورة له في دار الحرب في أيديهم وقد دخل بأمان كرهت له غصبها أو وطأها إذا كانت مدبرة أو أم ولد له فلا يكره؛ لأن المدبر وأم الولد لا يملكونها بخلاف القنة، وهذا لأنه بعقد الأمان ضمن أن لا يسرق ولا يغصب شيئًا من أموالهم، فإذا فعل كان هذا عدوًّا ونقضا للعهد منه وهذا حرام، فإن وطئ مدبرته أو أم ولده أهل الحرب لا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها؛ لأنهم باشروا الوطء على تأويل الملك، فتجب العدة ويثبت النسب للرجل المأسور فيهم لا يكره له أن يسرق أمته وسائر أموالهم وأن يقتلهم؛ لأنه لا عهد بينه وبينهم، وأموالهم

وأنفسهم مباحة في حقنا، ولا يحل لمن وقعت امرأته المرتدة في سهمه أن يطأها، فإن كانت كتابية؛ لأنه لا يحل للمسلم وطؤها بالنكاح فكذا لا يحل بملك اليمين.

ثم هنا ثلاث مسائل: إحداها: المتنفل. والثانية: المتلصص. والثالثة: المسلم المستأمن.

أما المتنفل: لو قال الإمام: من أصاب شيئًا فهو له؛ فأصاب رجل جارية فاستولدها؛ لا يطؤها ولا يبيعها حتى يخرج إلى دار الإسلام عندهما.

وعند محمد: يطؤها إذا استبرأها بحيضة.

لمحمد: أنه اختص بملكها؛ إذ ليس لا حد سواه فيها حق ولا ملك؛ فوطؤه يصادف ملكه خالصا محل له، كالجارية المشتراة من أهل الحرب.

والجارية المقسومة من الغنيمة.

لهما: أنه علق ملكه بمطلق الإصابة، والإصابة إنما تتم إذا زالت يد الكفرة عن المال من كل وجه والمال ما دام في دار الحرب فهو في يد الكفرة الحافظة كما بينا فلم تتم الإصابة فلم يتم الملك، بخلاف الجارية المقسومة؛ لأن القسمة من الإمام قضاء بالملك لهم في محل مجتهد فيه فقد قضاه وثبت الملك لهم في المصاب.

وأما التنفل ليس بقضاء بالملك له بل هو تخصيص بالتمليك بالإصابة.

وأما المتلصص إذا أخذ جارية لا يطؤها ولا يبيعها حتى يخرجها إلى دار الإسلام؛ لأنه لم يملكها قبل الإحراز؛ لأن سبب الملك وهو الاستيلاء لم يتحقق، ولهذا المدد إذا لحقه شاركه فيما أخذه.

والثالثة: مسلم دخل دارهم بأمان، فاشترى جارية كتابية واستبرأها؛ يحل له وطؤها، ويكره؛ لأن الملك قد تم فيها لتمام سبب الملك وهو الشراء، وإنما كره؛ لأنه ربما تحمل منه فيستنقذها الكفار من يده فيبقى له نسل في دار الحرب فيكره كراهة التنزيه.

(باب ما يظهر عليه المشركون من أموال المسلمين)

(**السير الصغير**) مسائله على فصول:

أحدها: في أخذ الكفار أموال المسلم.

والثاني: فيما إذا وجد المالك المأسور في الغنيمة أو في يد المشتري من أهل الحرب.

والثالث: في المأسور إذا وقع في سهم رجل فتصرف فيه.

والرابع: في المأسور إذا زاد أو نقص.

والخامس: في إتباع الكفار واستنفاذ المال منهم.

(فصل)

الكفار إذا استولوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم يملكونها، خلافًا للشافعي لما روى غنم بن طرفة: أن الكفار أصابوا بعيرًا لنا، فاشتراه منهم رجل فأخرجه إلى دار الإسلام فعرفه صاحبه وخاصمه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام: "**إن شئت أخذت بالثمن الذي اشتراه وإلا فهو له**".

وعند الشافعي: يأخذه بغير شيء، فهذا الحديث حجة عليه، ولأن الاستيلاء ورد على مال مباح؛ لأن المال خلق مباحا لقوله تعالى: ﴿**هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا**﴾ [البقرة: ٢٩] إلا أنه قام دليل العاصم في حق المسلم وثبتت العصمة بعد الإحراز ليتمكن هو من الانتفاع بملكه، فمن ادعى قيام دليل العاصم في حق الكفار مع أن دليل المبيح يسهل على أحوال ولا يتعارض جميعا فعليه الدليل.

ولو استولوا على أرقابنا من العبيد والمكاتبين والمدبرين لا يملكونها لأنها لم تخلق محلا للتملك في الأصل؛ لأن الحرية والحرية أصل في آدم والرق والمالية إنما ثبتت بعارض استنكافه واستكباره عن طاعة الله تعالى واستسلامه، والشرع جعله محلا للتملك حقا على استنكافه في حق المسلم دون الكافر.

الكفار إذا وجدوا عبدًا آبقًا إلى دارهم لا يملكونه عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يملكونه.

ولو أخذوا مدبرا لنا ومكاتبينا وأمهات أولادنا لا يملكونهم بالإجماع، حتى لو وجد المالك القديم في الغنيمة يأخذه بغير شيء قبل القسمة وبعدها.

لهما: أن الاستيلاء قد تحقق وهو إثبات اليد الناقلة والحافظة والمحل قابل للملك فثبت الملك فيه.

لأبي حنيفة: أن الاستيلاء على الآبق لم يتحقق؛ لأنه لما انفصل عن دار الإسلام وقع في يد نفسه يدا حافظة؛ لأن لكل آدمي يد على نفسه يدا حافظة، فإن له قدرة حفظ نفسه عن المهالك إما بالمقاومة أو بالحيلة أو المخادعة بالرأي والتدبر؛ لأنه زالت يد المولى عنه حقيقة وحكمًا؛ لأنه بالإباق صار غاصبًا متمردًا على مولاه فلا تخلو يده عن يد مولاه ويد العبد كانت ثابتة على نفسه يد الحافظة سابقة على يد المولى إلا أن الشرع أسقط اعتبارها حال قيام يد المولى عليه، فإذا انقطعت يد المولى عنه ظهرت يده السابقة على نفسه ومع ثبوت يده الحافظة على نفسه لا تثبت اليد الحافظة للكفرة فلم يتحقق الاستيلاء، بخلاف ما لو أخذ من دار الإسلام فإنهم يملكونه بالإجماع؛ لأن العبد ما دام مترددا في دار الإسلام فهو في يد المولى حكمًا واعتبارًا؛ لقيام يد أهل الإسلام على الدار على الدار فلم يظهر يد العبد على نفسه مع قيام يد المولى عليه، فإذا أحرزوه بدارهم تثبت لهم اليد الحافظة كما انفصل عن دار الإسلام فيتحقق الاستيلاء.

انقلبت إليهم دابة مسلم وأخذوها تصير مملوكة لهم؛ لأن الدابة لا تثبت لها يد على نفسها.

(فصل)

ومن وجد شيئًا من ماله في الغنيمة قبل القسمة أخذه بغير شيء، وبعد القسمة أخذه بالقيمة؛ لما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أن رجلاً وجد بعيرا له في المغنم قد كان المشركون أصابوه قبل ذلك، فقال له صلى الله عليه وسلم لما سأله: "**إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعدما قسم أخذته بالقيمة**"، وأما التعداد والمكيل والموزون فلا سبيل له بعد القسمة؛ لأن لو أخذه أخذه بمثلها وذلك لا يفيد وقبل القسمة يأخذه مجانا.

ولو وجد عبده الآبق وقع في سهم رجل أخذه مجانا وعوضه الإمام من بيت المال وإن وجده في يد مشتري من أهل الحرب يأخذه بغير ثمن عند أبي حنيفة.

وعندهما: إن وجده في الغنيمة بعد القسمة يأخذه بالقيمة ويأخذه من مشتريه بالثمن، وإن وهبوه رحلاً يأخذه بقيمته.

تملك الكفار فملكه الغانمون والمشتري من الكفار فيأخذه المالك بغير شيء، وإنما يعوض الغانم؛ لأنه لا يمكن نقض القسمة العظيمة ولا إبطال حقه فلم يبق إلا التعويض، والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه؛ لأن المولى يدعي حق الأخذ بغير بدل وهو ينكر.

وكذلك مأسور من مشتري المشتري من أهل الحرب بالثمن الذي اشتراه، ولو اشتراه من أهل الحرب فاشتروه ثانيا ثم اشتراه آخر منهم ثم حصره مولاه الأول لا يستقل عليه والمشتري الأول أحق بالأخذ بالثمن؛ لأن السبي والأسر ورد على ملك المشتري الأول فكان أحق بأخذه، ومتى أخذه عاد المولى الأول إلى حقه لظهور محل حقه فلا يحط عن ذلك شيء صيانة لحق المأخوذ منه، وإن أبى المشتري الأول أن يأخذه فلا سبيل إلى الأول عليه؛ لأنه لم يظهر محل حقه وهو ملك المشتري الأول، نظيره الواهب الثاني إذا رجع في الهبة وأخذها كان للواهب الأول أن يرجع في هبته لظهور محل حقه، وإذا لم يرجع الثاني لم يكن للواهب الأول الرجوع على الموهوب له الثاني، وإن أخذه المشتري الأول كان للمولى أن يأخذه باليمين؛ لأن العبد عاد إلى قديم ملك الثاني وقام عليه باليمين.

الجارية المرهونة بألف وهي قيمتها فأسرها العدو ثم اشتراها رجل منه بألف فأخذها مولاها بالثمن، وإذا أخذها لم يكن رهنا.

وذكر في (**الجامع الكبير**): أن حق الأخذ للمرتهن إذا حضر، فإن غاب المرتهن فللراهن؛ لأنهما متى حضرا فإثبات حق الأخذ للراهن لا يفيد؛ لأنه متى أخذ كان للمرتهن أن يأخذ منه بما أعطى من ساعته فيثبت حق الأخذ للمرتهن ابتداء قصرا للمسافة وتركا للاشتغال بما لا يفيد، وإن حضر الراهن دون المرتهن فإثبات حق الأخذ له مقيد؛ لأن الأسر وقع على ملكه كما وقع في يد المرتهن، وليس في أخذه إبطال حق المرتهن بل فيه إحياء حقه، وجه هذه الرواية: أن بالأسر زال عن ملك الراهن فصار ملكا للكفرة، وزوال الرهن عن ملك الراهن يوجب بطلان الرهن، كما لو زال عنه بالعتق وبالهلاك فلا يبقى للمرتهن حق الأخذ؛ لأن الراهن متى أخذه كان

للمرتهن أن يأخذ منه؛ لأنه متى عاد إلى قديم ملك الراهن يعود الرهن، ثم ينظر إن كان الثمن بخلاف الدين يرجع الراهن على المرتهن بما أدى ويأخذ المرتهن الرهن ويحبسه بدينه؛ لأن هذا غرم فحق الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن وهو الأسر فيكون قراره عليه، كما لو بقي الرهن في يده وغرم الفداء والذي رجع به على الراهن فكذا هذا.

وإن كانا من جنس واحد والثمن مثل الدين يتقاضيان وقد أفتك الرهن، فإن كان الثمن أقل، فإنه تقع المقاصة بقدر الثمن من الدين ويأخذ المرتهن الرهن ويحبسه بما بقي من الدين، وإن كان الثمن أكثر، فإنه تقع المقاصة بقدر الدين ويرجع بالفضل على المرتهن إذا لم يكن في قيمة الرهن فضلٌ على الدين؛ لأنه يكون كله مضمونا عنده فيكون بمنزلة المغصوب إذا لحق المالك غرم بسبب في ضمان الغاصب يرجع عليه فكذا هذا، وإن كان في يده إجارة أو عارية لم يكن له حق الأخذ؛ لأنه لا حق له في العين لا ملكا ولا يدا بل حقه في الحفظ وقد بطل بخروجه عن ملك المولى، وعلى رواية (**الجامع**): يجب أن يكون للمستأجر حق الأخذ؛ لأن المالك متى أخذه كان للمستأجر أن يأخذه منه فلا يفيد أمان حق الأخذ للمالك، فيثبت حق الأخذ للمستأجر ابتداء كما في الرهن.

وذكر في (**السير الكبير**): له أخذه قبل القسمة لا بعدها؛ لأن أخذه من الحفظ وهو مأمور بالحفظ، وبعد القسمة يأخذ بعوض، وإنه ليس من الحفظ.

أسر العدو الجارية المبيعة قبل القبض ونقد الثمن، فاشتراها منهم رجل؛ يأخذها البائع بالثمن ثم المشتري بالثمن الأول الذي اشتراها به وبالثمن الذي أمسكها به؛ لأن الأسر وقع على يد البائع، فله أن يأخذه بالثمن وهو لم يكن متطوعا به؛ لأنه عين حقه فيرجع به على المشتري والثمن الثاني واجب على المشتري بعقده.

عبد مأسور أمر رجلا بالشراء فاشترى منهم رجع المشتري عليه بالثمن إذا عتق؛ لأن على الأسير تخليص نفسه بالفداء، فإذا خلصه غيره بأمره يرجع عليه؛ لأنه يعتبر أمره في حقه دون المولى، وإن اشتراه له بغير أمره بطل ماله؛ لأنه تبرع بالفداء.

رجل أمر رجلا أن يشتري حرا من دار الحرب، فاشترى؛ للمأمور أن يرجع على الأمر الذي ضمن له الثمن أو قال: اشتر، فأما إذا قال مطلقًا؛ فلا؛ لأنه إذا قال مطلقا

فقد أمره بالشراء حسن أو لنفسك بخلاف ما إذا قال: اشتر لي؛ لأنه ضمن الرجوع به عليه؛ لأن الشراء لا يقع له إلا وأن يكون الثمن عليه.

(فصل)

العبد المأسور وقع في سهم رجل فدبره أو أعتقه؛ جاز ولا يبقى للمولى عليه سبيل؛ لأن المأسور منه لا يملك نقض تصرف المالك في المأسور؛ لأن تدبيره وعتقه صادف ملكه فنفذ، وإذا لم يملك نقض المأسور منه نقض تصرفاته ولا يمكنه الأخذ من غير نقض التصرف وهذه التصرفات تمنع النقل إلى ملك غيره فيمنع حق الأخذ.

ولو زوجها وولدت من الزوج له أخذها وولدها؛ لأن التزويج لا يمنع النقل ولا يفسخ النكاح؛ لأن ملك النكاح مع ملك اليمين لا يجتمعان، وإن أخذ عقرها أو أرش جناية عليها ليس للمولى عليهما سبيل فرق بين الولد والعقر والأرش، والفرق أن الولد جزء من أجر الأم حقيقة؛ لأنه متولد منها والأم بجميع أجزائها كانت ملكا له في القديم، والعقر والأرش لم يكن من أجزاء الأم، وإنما هو بدل حرمتها ولم يكن ملكا له في القديم بل وجب في ملك مستأنف للمشتري ولأنهما من ذوات الأمثال فلا يجري فيها المفاداة لأنها لا تقيد، ولو نقصها في يد المشتري، فإنه يطرح عن المولى قدر النقصان من الثمن؛ لأن هذا بمعنى الشراء؛ لأنه مبادلة مال بمال فصار كما لو اشترى فوجد به عيبا، وإن لم يكن زوجها حل له وطؤها وإن علم حالها؛ لأنه ملكها بالشراء ملكا صحيحًا؛ لأن للغير حق الاسترجاع وهذا لا يحرم الوطء، كما في الهبة وللوصي أن يأخذ المأسور لليتيم من مشتريه بالثمن ولا يأخذه لنفسه، قالوا: وهذا إذا كان الثمن الذي اشتراه من الحربي مثل قيمته؛ لأن تصرف الوصي مقيد بشرط النظر لليتيم.

لها زوج قبل الأسر فالنكاح بحالة لأنها ذمية أو مسلمة فلم تصر من أهل دارهم.

اشترى من المسلم العبد المأسور منهم ورهنه؛ ليس لمولاه عليه سبيل حتى يفتكه ولا يجبر على الافتكاك؛ لأنه يبطل حق المرتهن في حق الرهن بلا عوض اللهم بأن يتطوع بأداء الدين ثم يعطي الثمن فله ذلك، وإن كان أجره للمولى أن

يأخذه بالثمن ويبطل الإجارة؛ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار والمالك القديم يملك إبطال تصرف المشتري تصرفا غير لازم يحتمل الفسخ إحياء لحقه كالشفيع ولا يملك تصرفا لازما؛ لأنه صادف ملكه وانهزم.

(فصل)

اشتروا عبدًا في عنقه جناية أو دين فرجع إلى مولاه بملكه القديم فكله في عتقه؛ لأن بالأسر لا تبطل الجناية والدين؛ لأنه لا يرد عليه، وإن لم يرجع إليه أو يرجع بملكه مبتدأ فجناية العمد والدين بحال وسقطت جناية الخطأ؛ لأن القود لا يسقط بخروجه عن ملك المولى؛ لأنه متعلق بروحه لا بماليته، وكذلك الدين في ذمته ويتعلق بماليته حكما لا قصدا عند امتناع المولى عن قضاء به فيبقى ببقاء محله وهو الذمة، فأما جناية الخطأ تتعلق بماليته ابتداء، فإذا خرج عن ملك المولى إلى ملك من لا يخلفه بَطَل.

الجارية المأسورة إذا اشتراها منهم مسلم فعميت عنده أو قطعت يدها فأخذ أرشها لا يأخذها مولاها إلا بجميع الثمن ولا يأخذ الأرش؛ لأن هذا مفاداة لا بيع جديد، بدليل العود إلى ملك القديم، والمفاداة لا تنقص بانتقاص الجارية كالأمة الجانية انتقصت واختار المولى فداها. وكذلك لو فقأ المشتري عينها.

وعن محمد: أنه يسقط بحصته من الثمن، وهذا بمنزلة إذا هدم المشتري البناء سقط عن الشفيع حصة البناء كذا هذا.

ولو ولدت عبده فأعتق المشتري الأم أو الولد أخذ الباقي منهما بجميع الثمن؛ لأن الفداء لا يتورع فيما بقي شيء من الأصل أو ما تولّد منه فيلزمه جميع الثمن، وعن محمد: إن أعتق الأم أخذ الولد بحصته من الثمن وليس الولد كالأرش كما بينا.

(فصل)

الكفار إذا أخذوا أموالنا فما دام في دار الإسلام لا يملكونه وعلى المسلمين أن يتبعوهم ويقاتلوهم حتى يستنقذوا ذلك من أيديهم حتى يكون غيظا وكبتًا للمشركين وإعزازًا للدين، فإن دخلوا دار الحرب فالأولى أن يتبعوهم حتى يستنقذوا من أيديهم لما فيه من كسر شوكتهم؛ ليكون فطاما وقلعا لهم عن العود إلى مثل هذا ولا يفترض عليهم الإتباع؛ لأن أموالنا بالإحراز بدار الحرب صارت ملكا لهم فالتحق

بسائر أملاكهم، وإن أخذوا المسلمين وذراريهم وأحرزوهم بدارهم يفترض على المسلمين أن يتبعوهم ويقاتلوهم حتى يستنقذوا ذلك من أيديهم لأنهم لا يملكون النساء والذراري بالقهر والغلبة والإحراز، فإن حياتهم قد تأكدت بدار الإسلام فصار حالهم في دار الحرب ودار الإسلام سواء ما لم يدخلوا حصونهم، فإذا دخلوا حصونهم الأولى أن يقاتلوهم حتى يفتحوا الحصن فيستنقذوهم من أيديهم، فإن من حسنت نيته كان النصر موعودا له كما قال الله تعالى: ﴿إِن تَنصُرُوا۟ ٱللَّهَ يَنصُرْكُمْ وَيُثَبِّتْ أَقْدَامَكُمْ ۝٧﴾ [محمد: ٧] ولكن لا يفترض عليهم ذلك؛ لأن فيه تعريض النفس للهلاك، فإن الحصن إنما اتخذ للامتناع والاستصحاب والاستدفاع والمقاتلة مع البنيان، وكذلك في أموال أهل الذمة وذراريهم لأنا إنما أعطيناهم الذمة لتحفظهم وتدفع شر القاصدين عنهم وأنهم إنما بدلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا، ألا ترى أن القاضي إذا رأى مسلما يظلم ذميًّا يفترض عليه أن يمنعه من ذلك كما في المسلم.

ومن ترك متاعا أو دابة أو سلاحا بمهلكةٍ فأخذها إنسان فهو للأول ولا يصير ملكا للآخذ، خلافًا للشافعي؛ لقوله عليه السلام: "**من وجد عين ماله فهو أحق به**"[1]، وقوله عليه السلام: "**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، إِلَّا بِطِيبِ من**

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١٥٥ (٢٤٠٢) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«مسلم» ٥/٣١ (٣٩٨٩) قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن يونس، قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. وفي (٣٩٩٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا هشيم (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، ومحمد بن رمح، جميعا عن الليث بن سعد (ح) وحدثنا أبو الربيع، ويحيى بن حبيب الحارثي، قالا: حدثنا حماد، يعني ابن زيد (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب، ويحيى بن سعيد، وحفص بن غياث، كل هؤلاء عن يحيى بن سعيد. وفي (٣٩٩١) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا هشام بن سليمان، وهو ابن عكرمة بن خالد المخزومي، عن ابن جريج، قال: حدثني ابن أبي حسين. و«ابن ماجه» (٢٣٥٨) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث بن سعد، جميعا عن يحيى بن سعيد. و«أبو داود» (٣٥١٩) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، عن مالك (ح) وحدثنا النفيلي، قال: حدثنا زهير، المعنى، عن يحيى بن سعيد. =

نفسه"[١]، ورُوي عن الزبير بن العوام أنه كان له رمح يزن خمسة عشر منًّا أو أكثر، فيلقيه في الطريق فيمر به بعض الأعراب ولا يعرفون عادته فيأخذونه ويحملونه ثم يأتي هو فيأخذه منه، وتأويل قوله عليه السلام: "**من ترك دابة بمهلكة، [فهي للذي]**[٢] **أحياها**"[٣]؛ أراد به حق الحفظ يعني الذي أخذها أحق بحفظها وإمساكها من غيره. [والله عز وجل أعلم بالصواب][٤].

(أبواب التنفيل عشرة)

(باب التنفيل)

(**السير الكبير**): مسائله على فصول:

فصل في التنفل لسرية.

=

و«الترمذي» (١٢٦٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن يحيى بن سعيد. و«النسائي» ٣١١/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٢٨) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن يحيى. وفي ٣١١/٧، وفي «الكبرى» (٦٢٢٩) قال: أخبرني عبد الرحمن بن خالد، وإبراهيم بن الحسن، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: قال ابن جريج: أخبرني ابن أبي حسين. و«أبو يعلى» (٦٤٧٠) قال: حدثنا زكريا بن يحيى الواسطي، قال: حدثنا هشيم، عن يحيى بن سعيد. و«ابن حبان» (٥٠٣٦) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان الطائي، بمنبج، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن يحيى بن سعيد. وفي (٥٠٣٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن بن محمد، قال: حدثنا محمد بن يحيى الذهلي، قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان، عن يحيى بن سعيد. كلاهما: (يحيى بن سعيد الأنصاري، وابن أبي حسين، وهو عبد الله بن عبد الرحمن) عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن عمر بن عبد العزيز

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٣٤/١٤ (٣٧١٦٥) قال: حدثنا أسود. و«أحمد» ٧٢/٥ (٢٠٩٧١) قال: حدثنا عفان. و«الدارمي» (٢٦٩٤) قال: أخبرنا حجاج بن منهال. و«أبو داود» (٢١٤٥) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل. و«أبو يعلى» (١٥٦٩ و١٥٧٠) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد. خمستهم: (أسود بن عامر، وعفان بن مسلم، وحجاج، وموسى، وعبد الأعلى) عن حماد بن سلمة، قال: أخبرنا علي بن زيد، عن أبي حرة الرقاشي، فذكره.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): فهو لمن.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٨/٣) (٣٥٢٥)، البيهقي (١٩٨/٦)، ابن أبي شيبة (٥٤٠/٦).

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

وفصل في التنفل لسريتين.

(فصل)

ولا ينبغي للإمام أن ينفل أحدًا شيئًا إلا ببلاء يبليه، حتى لا ينفل السرية المبعوثة في دار الإسلام، وينفل السرية المبعوثة من الجيش في دار الحرب؛ لأنهم دخلوا جميعًا للقتال ثم اختصت السرية بالتقدم في نحر العدو فيكون ذلك إظهارا لبلائهم فيكون بمنزلة التنفيل من السلب للقاتل، ألا ترى أنه إذا برز علج من الصف ودعا إلى البراز فقال الأمير: من برز إليه فقتله فله سلبه؛ فذلك تنفيل صحيح؛ لأن الذي برز إليه يظهر فضل بلاء يصنعه فيجوز للأمير أن ينفله.

وكذلك لو حاصروا حصنا وكره القوم التقدم فيقول الأمير: من تقدم إلى القتال أو إلى الباب أو إلى حفر الحصن فله كذا، يصح التنفيل لما فيه من التحريض والمنفعة للمسلمين، فأما ما لا منفعة فيه للمسلمين فلا ينبغي له أن ينفل؛ لأنه إبطال الخمس وتفضيل الراجل على الفارس وذلك لا يجوز.

ويستوي الفارس والراجل في النفل إلا أن يفضل الأمير بعضهم في التسمية فيستحق قدر المسمى؛ لأن النفل شيء يرضخ لهم الإمام باعتبار جزائهم وغناهم فيعتبر في النفل إطلاق التسمية ولا كذلك الغنيمة، ألا ترى أنه لو قال: من قتل قتيلا فله سلبه؛ فقتل فارس وراجل قتيلا فسلبه بينهما نصفين.

ولو بعث الأمير قومًا من أهل الذمة سرية ونفل لهم الربع مما أصابوا؛ فالنفل بينهم بالسوية فكذلك في حق المسلمين.

ولو بعث سرية عليهم أميرًا ونفلهم بالثلث بعد الخمس ثم إن أمير السرية نفل قوما منهم لفتح الحصن أو للمبارزة بغير أمر أمير العسكر؛ ينظر إن نفل من حصة السرية أو من سهامهم بعد النفل يجوز ولا يجوز من سهام العسكر؛ لأنه أمير على السرية لا على العسكر فينفذ تنفيله على السرية فيما هو حقهم لا على العسكر، فإن لم ترجع السرية إلى العسكر حتى خرجوا دار الإسلام جاز نفل أميرهم من جميع ما أصابوا؛ لأنه لا شركة لأهل العسكر معهم في المصاب، وإنما الحق للسرية خاصة

فجاز نفل الأمير عليه وبطل نفل أمير العسكر لهم لفوات ما هو المقصود بالتنفيل حتى اختصت السرية بالمصاب دون أهل العسكر، وعلى هذا لو بعث الإمام سرية من دار الإسلام ونفل لهم الثلث وقال: تقدموا حتى يلحقكم العسكر؛ فإن التحق بهم الجيش في دار الحرب فلهم النفل، وإلا فلا شيء لهم من النفل والمصاب غنيمة لهم خاصة قال التقوا في دار الحرب فالمصاب بينهم وبين العسكر فيحصل ما هو المقصود بالتنفيل.

ولو بعث أمير السرية سرية من سريته ونفل لهم أقل من النفل أو أكبر فهو جائز من حصة أصحاب السرية كما بينا، إلا أن يكون أمير العسكر أذن له في التنفيل فحينئذ هو نائب عن الأمير فنفله جائز للسرية الثانية في حق جميع العسكر، ثم لا يخلو إما أن أصاب السرية الثانية غنيمة ورجعوا إلى السرية الأولى ثم التحقوا جميعًا بالعسكر يجوز التنفيل للسرية الثانية، وإن كان يأتي ذلك على جميع حصتهم، وإن لم يلحقوا بالعسكر وخرجوا إلى دار الإسلام يبطل نفل السرية الأول؛ لأن الحق لهم في المصاب خاصة والنفل العام في مثله باطل، كما لو كانت مبعوثة من دار الإسلام، وجاز نفل السرية الثانية لأنهم بمنزلة سرية مبعوثة من جيش في دار الحرب وقد نفل لهم أميرهم، فيعطيهم النفل من المصاب أولا ثم يقسم الباقي بينهم وبين جميع السرية على قسمة الغنيمة.

فقد رجل من السرية فقام هناك بعضهم لطلبه وبعضهم ذهبوا حتى أصابوا غنائم ثم رجعوا إلى أصحابهم ووجدوا المفقود فكلهم شركاء في النفل لأنهم فارقوا العسكر جملة وأحرزوا المصاب بالعسكر جملة فكانوا بمنزلة ما لو باشر القتال بعضهم وبعضهم كانوا رداءً لهم وهذا؛ لأن إحراز المصاب بالعسكر في استحقاق النفل بمنزلة الإحراز بالدار واستحقاق السهم.

ولو وقعت هذه الحادثة لبعض العسكر في دار الحرب ثم اجتمعوا عند إحراز الغنائم بدار الإسلام كانوا شركاء في الغنيمة وهذا مثله، وعلى هذا لو أصاب الرجل المفقود غنائم والذين أقاموا لانتظاره غنائم والسرح كذلك ثم التقوا قبل أن ينتهوا إلى العسكر فالنفل من جميع ذلك بينهم بالسوية كما لو لم يتفرقوا؛ لأنهم اشتركوا في إحراز المصاب بالعسكر، ولو لم يلتقوا حتى أتى كل فريق العسكر على سهام الغنيمة، وعلى هذا لو أن السرية تفرقوا سريتين وبعدت إحداهما عن الأخرى بحيث

لا تقدر إحداهما دون الأخرى، فإن التقوا قبل أن ينتهوا إلى العسكر كان لهم النفل من جميع ذلك بينهم بالسوية بمنزلة ما لو كانوا مجتمعين حين أصابوا، وإن لم يلتقوا حتى أتى كل فريق العسكر والتقوا في مكان قريب من العسكر بحيث لو قاتلوا نصروهم أهل العسكر فلكل فريق النفل مما أصابوا خاصة؛ لأن ما قرب من العسكر بمنزلة خوف العسكر على معنى أن إحراز المصاب بالعسكر بالإيصال إلى ذلك الموضع وقد تفرد به كل فريق.

ولو أصابت هذه السرية الغنائم ولم يقدروا على الرجوع إلى العسكر فخرجوا إلى دار الإسلام من موضع آخر فالغنيمة كلها لهم تقسم على سهام الغنيمة لأنهم تفردوا بالإحراز إلى دار الإسلام وهو سبب تأكُّد الحق ومتى صارت الغنيمة كلها لهم بطل التنفيل، فإن أصابوا الغنيمة في موضع إن كان أهل العسكر يقدرون على إعانتهم إن استعانوا ثم خرجوا بالغنيمة إلى دار الإسلام قبل أن يأتوا العسكر كانوا شركاؤهم في المصاب ولهم النفل؛ لأنهم اشتركوا في الإصابة حكما حتى كانوا رداءً لهم وقت الإصابة ألا ترى أن المدد يلحق الجيش بعد الإصابة قبل الإحراز فإنهم يشتركون في المصاب؛ لأن الإحراز حصل بقوة الجماعة، فكذا هذه الإصابة حصلت بقوة الكل فصار كما لو خالطوهم حكما وإن تفرقوا حسًّا.

ولو بعث الإمام من العسكر سرية ونفل لهم الربع فأصابوا غنيمة ثم ظهر المشركون على الغنيمة فأحرزوها، ثم إن المسلمين قاتلوهم حتى استنقذوا ذلك من أيديهم ردوا النفل إلى أهله؛ لأن حقهم تأكد في النفل وهو بمنزلة الغنائم المحرز بدار الإسلام إذا استولوا عليها المشركون فأحرزوها ثم استنقذها منهم جيش آخر، فإن وجدها الأولون قبل القسمة أخذوها بغير شيء؛ لأن حقهم تأكد فيها بالإحراز والحق المتأكد بمنزلة الملك حقيقة كما في المرهون إذا أخذه المشركون ثم وقع في الغنيمة، وإن وجدوها بعد القسمة: في رواية: يأخذونها بالقيمة إن شاؤوا، وفي رواية: لا يأخذونها؛ وهي الأصح؛ لأن الحق للجيش الأول إنما تأكد في المالية دون العين، ألا ترى أن للإمام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بينهم فلا يكون الأخذ بالقيمة مفيدًا إليهم شيئًا بخلاف المرهون، فإن حق المرتهن في حبس العين ثابت فيكون الأخذ مفيدا في

حقه، وإذا ثبت هذا في الغنائم المحرزة فكذلك في النفل قبل الإحراز، فإنه إذا ظهر عليها العدو وأحرزوها ثم استنقذها منهم جيش آخر فلا سبيل للجيش الأول عليها قبل القسمة وبعدها؛ لأن الثابت كان لهم حقًّا ضعيفًا، ألا ترى أن من مات منهم لم يورث نصيبه بخلاف ما بعد الإحراز والحق الضعيف يبطل بإحراز المشركين بدارهم، فأما في النفل الحق متأكد لهم قبل الإحراز، حتى إن من مات منهم يورث نصيبه ولا يشركهم المدد فيه فلهذا وجب الرد عليهم قبل القسمة.

ولو بعث الإمام رجلا أو رجلين من دار الإسلام للقتال خمس ما أصابوا بخلاف المتلصص الخارج بغير إذن الإمام لا خمس فيما أصاب لما يتناولوا.

ولو قال الإمام لهم: ما أصبتم فهو لكم لا خمس فيه؛ فهو جائز، بخلاف ما لو قال لأهل منعة: لا خمس فيما أصبتم؛ لا يجوز، والفرق أن من لا منعة لهم فإنما يجب الخمس مما أصابوا باعتبار إذن الإمام، فإنه لولا إذنه لما وجب الخمس فللإمام أن يبطل بقوله ما كان وجوبه باعتبار قوله، فأما وجوب الخمس فيما أصاب أهل المنعة لم يكن بإذن الإمام فإنهم لو خرجوا بغير إذن الإمام خمس ما أصابوا؛ لأن إعزاز الدين ونصرة الدين وكبت العدو يحصل بقتالهم، فلا يجوز أن يسقط حق أرباب الخمس عن مصابهم بإسقاط الإمام.

(فصل)

ولو بعث سريتين إحداهما يمنة والأخرى يسرة ونفل إحداهما الثلث والأخرى الربع مما أصابوا فهو جائز؛ لأن التنفيل للترغيب في الخروج وذلك يختلف باختلاف الطريق في القرب والبعد والوعورة والسهولة والأمن والخوف واختلاف حال المبعوث إليهم في المنعة والقوة والأمير ناظر لهم فيجوز أن يعاونهم في النفل، فإن ذهب رجل ممن بعثه الإمام في سرية الربع مع سرية الثلث فلا يبني له قياسًا، كما لو خرج رجل من العسكر مع أصحاب الثلث ولم يكن بالخروج أصلا ويكون له النفل مع سرية الثلث مقدار ما سمى له وهو الربع، وكذا لو ضل رجل من كل سرية الطريق ووقع في السرية الأخرى فذهب معهم فأصاب كل سرية

الغنائم فلا حق بهم قدر ما جعل الإمام له استحسانًا، فإن كان ممن جعل له الإمام الثلث أخذ الثلث، وإن كان الربع أخذ الربع والفاضل على الربع إلى الثلث من نصيبه غنيمة لأهل العسكر حتى لو كان سرية مائة رجل قسم مصاب كل سرية على مائة سهم فيأخذ الرجل من نفله جزءه ثلثًا كان أو ربعًا ثم الباقي يكون غنيمة وذلك؛ لأن تسمية الإمام لهم ما كان باعتبار أعيانهم بل لتحريضهم على الخروج إلى الموضع المبعوث وقد وجد هذا في حق هذا الواجد فيستحق قدر ما جعل له الإمام من النفل.

وإن لحق واحد من أحد السريتين بالأخرى خاصة قسم مصابهم على مائة سهم وواحد؛ لأن عددهم مائة وواحد فيأخذ اللاحق من سهمه ما سمى له الإمام من النفل؛ لأن استحقاقه بالتسمية ولكن عند الإصابة قائما يستحق من سهمه بالنفل مقدار ما سمى له، ولا يجوز التسوية بينه وبين السرية الملحق بها؛ لأن الإمام فرق بينهم في التسمية فلا يجوز إثبات المساواة بينهم في المستحق بالتسمية، فإن التقت السريتان قبل أن يقربوا من المعسكر يضم اللاحق ما أصابه إلى نصيب أصحابه الذين كان أخرجه معهم فاقتسموا نفلهم بالتسوية، وإن لم تصب تلك السرية شيئًا دخلت مع اللاحق في نفله؛ لأن الإحراز بالمعسكر حصل بهم جميعًا فكأنهم اشتركوا في الإصابة وهو نظير ما لو ضل رجل منهم الطريق فذهب وحده وأصاب غنائم ولم يصب السرية شيئًا ثم التقوا قبل أن ينتهوا إلى العسكر فإنهم يدخلون معه في النفل، وإن لم يلقوه حتى انتهوا إلى العسكر فهو له خاصة فكذا هذا.

ولو أن السريتين أصابت كل واحدة غنيمة وهما متقاربتان بحيث يغيث بعضهم بعضا لم يدخل بعضهم في نفل بعض؛ لأن استحقاق النفل بالتسمية، ألا ترى أن الإمام لو سمى النفل لبعض السرية خاصة لم يكن للباقين معهم شركة في ذلك، وإن شاركوهم في الإصابة حقيقة وكذلك هذا، وإن أصابوا جميعًا غنيمة واحدة قسمت على عدد رؤوسهم لتبين محل النفل لكل السرية، فإن محل النفل المصاب، وإنما يتبين مصاب كل سرية لهذه القسمة لاستوائهم في الإصابة ثم يأخذ كل سرية نفلها مما أصابها والباقي بينهم وبين جميع العسكر.

عسكر دخل أرض الحرب فبعث الإمام سرية منهم ونفلها الخمس أو الربع فخرجوا وتعدوا ثم لحق السرية عسكر آخر من دار الإسلام قال: تقسم الغنائم بين السرية والعسكر على قسمة الغنيمة ثم تجمع حصة السرية ويعطى نفلهم منها ثم الباقي بين السرية والعسكر على سهام الغنيمة، وذكر قبل هذا إذا بعث الإمام سريتين ونفل إحداهما الربع والأخرى الثلث والتقتا فأصابتا الغنائم أنه يقسم بينهما أولا بالتسوية قيل في الفرق بينهما أن في المسألة المتقدمة تفاوت فوجب قسمة المال على مساكين ليس يقتضيه التنفيل وهي القسمة بالتسوية وفي المسألة المتأخرة للأمير على العسكر الراحل من دار الإسلام؛ لأن ليس من عسكره فيقسم بينهم قسمة الغنيمة وقيل هذا لا يصح؛ لأن الأمير الذي بعث السرية أمير من جهة الخليفة، وأمير الخليفة بمنزلة الخليفة، فكانت ولايته ثابتة على جميع العساكر الذي في أرض الحرب فقلنا بأنه يجعل كأنه بعث العسكر الآخر سرية فكان المبعوث منه سريتان فالأصح أن في المسألة روايتان.

ولو كان عسكر في أرض الحرب فبعث سرية وقال: ما أصبتم فهو لكم؛ فخرجت السرية وأصابت غنائم وافتتحوا حصنا متاخما لأرض الإسلام ثم لحقهم العسكر فجميع المصاب للسرية دون العسكر؛ لأن العسكر لم يشاركهم في الإصابة ولا في الإحراز؛ لأن السرية إذا فتحوا حصنا متاخما لأرض الإسلام فقد صار الحصن المفتوح من جملة دار الإسلام لاتصاله بدار الإسلام فصارت الغنائم محرزة بالدار قبل لحوق ذلك العسكر بهم ويكون بينهم بالسوية ولا خمس فيه؛ لأن النفل بالإصابة صار حقا لهم، وإنما صار ذلك الحصن دار الإسلام إذا تم الظهور عليهم، فقبل أن يتم الظهور عليهم كان التنفيل خاصا للسرية فبقي النفل لها خاصًا.

(باب الاشتراك في النفل وعزل الأمير وموته بعد النفل)

(**السير الكبير**): ولو بعث الإمام سرية في دار الحرب ونفلهم الربع ثم أرسل سرية أخرى فقال لهم: الحقوا بأصحابكم بما أصبتم فإنكم شركاؤهم؛ فأتوا السرية الأولى وقد كانوا غنموا الغنائم ثم غنموا غنيمة أخرى جميعًا ورجعوا إلى العسكر فنفل الغنيمة الأولى

للسرية الأولى دون الثانية ونفل الغنيمة الثانية لهم جميعًا؛ لأن حق المنفلين يتأكد في المصاب بالإصابة فلا يثبت حق للسرية الثانية في الغنيمة الأولى فلا يملك الإمام اشتراك الثانية فيما أصابت الأولى؛ لأنه يتضمن إبطال الحق المتأكد وحق السرية الأولى لم يثبت في الغنيمة الثانية حين لحق بها الثانية، بل يثبت حق السريتين في المصاب بإصابتهما فصح الاشتراك وهذا إذا أخبر للسرية الثانية الأولى بتنفيل الإمام لهم، فإن لم يخبروهم بذلك فجميع مال الغنيمتين للسرية الأولى؛ لأن التنفيل الثاني قول ملزم مغيِّرٌ حكم التنفيل الأول فلا يصح إلا بعد العلم؛ لأنه يؤدي إلى الضرر والغرور بالأولى، والسرية الأولى إنما أظهروا المسابقة والجلادة ليختصوا بذلك ولا يشاركهم فيها غيرهم فلو صح الاشتراك للغير معهم من غير علمهم كان غرورا، وكذلك فيه إبطال مقصود التنفيل وهو التحريض؛ لأنهم كما إذا علموا أن الإمام يملك التنفيل لغيرهم فيما أصابهم فلا يظهرون الجرء والجلادة والتقدم في أمر الحرب فوجب أن لا يشاركونهم إلا بعد علمهم بذلك نفيا للضرر والغرور كعزل الوكيل.

وإن أخبروا أميرهم أو معظم العسكر يكفي ذلك لأنهم تحت ولاية أميرهم يصدون عن رأيه فالتبليغ إليه تبليغ إلى الكل ومعظم العسكر بمنزلة أن المأخوذ عليه إشاعة الخبر لا التبليغ إلى كل أحد لما فيه حرج كالمولى إذا حجر على عبده في سوقه فعلم به أكثر أهل السوق كفى ذلك.

ولو قال الأمير: من قتل قتيلا فله سلبه؛ فسمع ذلك بعض القوم دون البعض، أو بعث سرية ونفلهم الربع ولم يُسمِعِ السرية؛ فلا شيء لمن لم يسمع قياسًا؛ لأن سماع السرية والقائل شرط لثبوت الاستحقاق كعلم المخاطب بالخطاب شرط لثبوت المخاطب به وللسرية النفل وللقاتل السلب استحسانًا؛ لأن كلام الأمير في مجلسه لا يكتم ولا يخفى بل يعتني ويشيع ويستفيض فيما بين الناس؛ لأن الأمير والٍ عليهم وكل من سمع منه ذلك، فإن يخبر غيره فلا يبقى مختفيا فيثبت الاستحقاق بحصول العلم به ظاهرا.

ولو بعث الأمير سرية ونفلهم ثم قدم أمير آخر ولم يعلم السرية بعد ومد وعزل

الأول حتى أصابوا فلهم نفلهم؛ لأن العزل لا يصح في حق من لم يعلم به فلا يؤثر في إبطال استحقاقهم كعزل الوكيل إذا لم يعلم به لا يصح.

ولو مات الأول ولم يقدم الثاني فأصاب السرية غنيمة فلهم النفل؛ لأن النفل إنما يصح من الأمير نظرا منه وتحقيقا لمصلحة المسلمين، وبالموت لا يبطل نظره بخلاف العزل؛ لأن بالتقليد الإمارة والولاية للثاني وقع الاستغناء عن نظر الأول وأنه يمكن الإبطال وإقامة المصلحة من الثاني فيبطل نفل الأول.

ولو أمر الأول غيره وجعله خليفة نفسه ثم مات يبقى نفله؛ لأن الثاني قام مقامه باستخلافه، وتنفيل الأول كان ثابتا نظرا منه فيبقى ببقاء خليفته ما لم يبطله، وكذلك لو أمَّر الناس أميرا على أنفسهم؛ لأن الثاني بإجماع الناس صار خليفة الأول كالإمام في الصلاة إذا استخلف غيره أو الجماعة استخلفوا واحدا من القوم صح وهما سواء فكذا هذا.

(باب النفل المجهول)

(**السير الكبير**) ولو قال الأمير: من جاء منكم بشيء فله منه طائفة؛ فجاء رجل بمتاع، وجاء آخر بثياب، وجاء آخر بروسن؛ فللأمير أن ينفلهم من ذلك على قدر ما يرى؛ لأن التنفيل بالمجهول جائز بدلالة أن السلب جائز؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**من قتل قتيلًا فله سلبه**"، والسلب مجهول جهالة متفاحشة وتلك الجهالة لم تمنع صحة التنفيل فكذلك تنفيل طائفة من الذي جاءه المُنَفَّلُ له، ولأن التنفيل بالمجهول مما يحصل به المقصود بأبلغ الوجوه، فإنه يزداد حرص الرجل في القتال والأسر فتظهر جلادته عند الإمام ليعطيه نفلا عظيمًا، فرق بين هذا وبين ما لو قال لرجل من الغزاة: إن قتلت قتيلا فلك سلبه؛ فقتل قتيلين معًا؛ فالخيار منه للقاتل وهنا الخيار للإمام والفرق أنه هنا لم يشترط الإمام للمسلمين شيئًا فلا ينظر فيه إلى منفعة تحصل للمسلمين فيثبت الخيار للقاتل، وهنا لما شرط طائفة من المال الذي جاء به فقد شرط عليه منفعة للمسلمين كما شرط له، فلا بد من النظر لكلا الفريقين، والإمام نصب ناظرًا محتاطًا فيه، فينقله على قدر ما يرى من الصلاح، ولأن هنا

الايهام والإجمال جاء من الإمام حيث قال له طائفة من المصاب فكان البيان إلى المجمل، وهناك الإجمال جاء من جهة القائل؛ حيث ضم الباقي إلى الأول فجعل الاختيار إليه.

ولو قال: من جاء بشيء فله منه قليل أو يسير أو شيء منه؛ فله أن يعطيه مما أصابه أقل من النصف؛ لأن القليل واليسير يتناول ما دون النصف؛ لأن مثله لا يكون يسيرًا بمقابلته، وكذا الشيء ينبني عن القلة في الغالب والعادة فصار كأنه نص على القليل.

ولو قال: من جاء بشيء فله منه جزؤه فله أن ينفله النصف وما دونه دون ما فوقه؛ لأن الجزء اسم للبعض منه إلى النصف، يقال: جزء من جزأين، ويقال: الأكثر من النصف جزآن من ثلثه؛ فدل أن ما زاد على النصف لا يكون جزءًا والبعض كالشيء يعطيه ما لم يبلغ به النصف.

ولو قال: من جاء بشيء فله سهمُ رجل من القوم، فإنه يعطيه سهم الراجل؛ لأن له سهم من القوم والفارس له سهمان لا سهم، ولأن سهم الراجل أقل وإنه متيقن.

ولو قال: من جاء بألف درهم فله ألفا درهم؛ فجاء بألف لا يعطى إلا الألف.

ولو قال: من جاء بالأسير فله الأسير وألف درهم؛ فإنه يعطيه ذلك والفرق أن في الأول قصد بهذا تحصيل المال لا غير، فإذا لم يكن فيه غرض ومطلوب سوى تحصيل المال فلا يعطيه إلا ما أصابه من المال، وفي الثاني مقصوده من أخذ الأسير كسر شوكتهم وقطع ثائرتهم وهذا يحصل بأخذ الأسير فيعطيه ذلك كله.

ولو قال: من جاء بعشرة أثواب فله ثوب؛ فجاء رجل بعشرة أثواب من أجناس مختلفة؛ فله عشر كل ثوب؛ لأنه جعل جزاء الشرط ثوبا منكرا لا معينا، وإنما يكون منكرا إذا ملك من كل ثوب عشرة، فأما إذا استحق ثوبا معينا قائمًا استحق المعرف والإيجاب يتناول المنكر دون المعرف، بخلاف ما لو كانت الأثواب من جنس واحد، فإنه يعطى ثوبا، ولهذا وسطا؛ لأن الثياب متى كانت من جنس واحد يقسم قسمة على حدة، وكان للإمام أن يقسم ويجمع الأنصباء في واحد وكذلك الدواب على هذا.

(باب التنفيل على شيء وأصاب المنفل له غيره)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في الذهب والفضة [والحلي][1].

وفصل في الثياب والكسوة.

وفصل في الدواب.

(فصل)

أصله: أن ما كان معينا من الذهب والفضة أو وصفًا محضا كاللجام المموه لا يدخل في النفل؛ لأن المعيب والوصف في حكم المستهلك؛ لأنه لا يمكن تخليص شيء منه بالإذابة بل يتلاشى إذا قرب من النار والتنفيل للتحريض على الجهاد، وإنما يتحقق التحريض فيما هو مال ظاهر أمكن تخليصه.

ولو قال: من أصاب ذهبًا أو فضة فهو له؛ فأصاب رجل سيفًا محلًّى بفضة أو ذهب؛ كان الذهب والفضة له دون السيف وحقبه.

ولو أصاب سرجًا[2] مفضضًا أو لجامًا مفضضًا أو مصحفًا يكتبون فيه كتبًا لهم؛ فله الفضة دون الأصل؛ لأنه أمكن تخليصه وتمييزه عنه.

وكذلك لو وجد حلي ذهب أو فضة مفصصًا بفصوص أو خاتم فضة أو ذهب؛ كان الحليُّ له ونزعت عنه الفصوص كلها فجعلت في الغنيمة؛ لأن الفصوص واللآلئ إنما تركب في الحلي لزيادة منفعته والزينة لا من حيث إن قوام الحلي بها فصار وجودها وعدمها سواء.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) السَّرج هو الرّحل الذي يوضع على ظهر الدّابة ليجلس عليه الرّاكب، ويسمى أيضًا: القُعْدَةُ. وقد افتنَّ العرب في صناعة السّروج والعناية بها؛ لأنّ جلَّ اعتمادهم كان على التّرحال بالدواب، سواء في السّلم أو الحرب. وكما عرفت العرب اسمًا أو أكثر لكل جزء من أجزاء الدابة، عرفت كذلك لكل جزء من أجزاء السرج اسمًا أو أكثر، حتى ألفوا فيها مؤلفات خاصة بها، مثل كتاب "السّرج" لأبي عبيدة، وكتاب "السّرج واللجام" لأبي دريد وغيرهما.

ولو أصاب أبوابًا فيها مسامير فضة أو حديد، لو نزعت هذه المسامير لهلكت الأبواب حتى لا تكون أبوابًا فلا شيء له؛ لأن المسمار مغيب في الباب فصار كالمستهلك.

وكذلك السرج إذا نزعت عنه المسامير أو كان عليه ضبية أو ضبيتان لو نزعت هلك السرج فلا شيء له؛ لأن هذا وصف محض، فإن قوام السرج به، فصار كالقَرَبُوس[1] والقَيْقَب[2] في السرج، وهذه الأشياء للسرج كالأطراف للعبيد، فإن عين العبد حقيقة لكن لما كان وصفًا محضا صار مستثنى بالاستثناء العبد فكذا هذا، ألا ترى لو أصاب أسيرا من المشركين قد ضببت أسنانه بالذهب لم يكن له الذهب؛ لأن الأسنان مغيب غير ظاهر، بخلاف ما لو اتخذ أنفًا من الذهب كان له الأنف؛ لأنه ظاهر وإنه زينة تزين به صاحبه فصار كالحلي، ولأن السن إذا ركب في موضعه صار بالتركيب وصفًا وتبعا للآدمي بخلاف الأنف، فإنه يسلبه ولا يركبه فيه فلا يصير وصفًا له.

ولو قال: من أصاب حُليًّا فهو له؛ فأصاب رجل تاج الملك؛ لم يكن له ذلك؛ لأن الحلي ما يلبس ويستعمل للتزين والتاج لا يلبس للتزيين إذا كان للملك بل للتعظيم

---

(١) القَرَبُوس: حِنْوُ السَّرْج، والقُرْبُوس لغة فيه حكاها أَبو زيد، وجمعه قَرَابيس.
والقَرَبُوت: القَرَبُوس.
قال الأَزهري: بعض أَهل الشام يقول قَرَّبُوس، مثقل الراء، قال: وهو خطأٌ، ثم يجمعونه على قَرْبابيس، وهو أَشد خطأً.
قال الجوهري: القَرَبوس للسَّرْج ولا يخفَّف إِلا في الشعر مثل طرَسُوس، لأَن فَعْلُول ليس من أَبْنِيَتِهم.
قال الأَزهري: وللسرج قَرَبُوسان، فأَما القَرَبُوس المُقَدَّم ففيه العَضُدان، وهما رِجلا السَّرْج.

(٢) القَيْقَبُ: سَيرٌ يَدُورُ على القَرَبُوسَيْنِ كلَيْهما.
والقَيْقَبُ والقَيْقَبانُ، عند العرب: خَشَبٌ تُعمل منه السُّرُوجُ؛ قال ابن دريد: وهو بالفارسية آزاذْدِرَخْت، وهو عند المُوَلَّدين سَيْرٌ يَعْتَرِضُ وراءَ القَرَبُوسِ المُؤَخَّر؛ قال الشاعر:

يَزِلُّ لِبْدُ القَيْقَبِ المِرْكاحِ عن مَتْنِه، مِنْ زَلَقٍ رَشَّاحِ

فجعل القَيْقَبَ السَّرْجَ نفسه، كما يسمون النَّبْل ضالًا، والقوسَ شَوْحَطًا.
وقال أَبو الهيثم: القَيْقَبُ شجر تُتَّخَذُ منه السُّروجُ.

والترفق والترفع، بخلاف ما لو كان من تيجان النساء؛ فله ذلك لأنها تلبس للتزين والتجمل.

ولو أصاب ياقوتًا أو لؤلؤًا أو زمردًا ليس فيه ذهب؛ فلا شيء له عند أبي حنيفة، وعندهما: له ذلك؛ لأنه إذا لم يكن مرصَّعًا لم يكن حليًّا عنده خلافًا لهما.

ولو قال: من أصاب حديدا فهو له، ومن أصاب غير ذلك فله نصفه؛ فله الحديد التبر والإناء الحديد والسلاح وغير ذلك؛ لأن هذه الأشياء حديد لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا قود إلا بحديدة**"[1]، وهذا يتناول الأسلحة الحديدة، وأما جفون السيف والسكين فله منه نصفه؛ لأنها غير الحديد.

ولو قال: من أصاب ذهبًا أو فضة فهو له؛ فأصاب ثوبًا منسوجًا بالذهب، فإن كان الذهب سدى الثوب فلا شيء منه؛ لأن السدي تبع واللحمة أصل، ألا ترى أنه لو كان السدى حريرا واللحمة غزل القطن، فإنه يباح لبسه للرجال وإن كانت اللحمة من حرير لا يباح فكذلك في الاستحقاق بحكم التنفيل.

(فصل)

أصله: أن المنفَّل إن كان متصلا بغيره بحيث لو ميز عنه لم يكن في التمييز ضررا به يميز ويدفع إلى المنفَّل له والباقي غنيمة، وإن كان في تمييزه ضررا، فإنه يباع ويقسم على قيمة كل واحد منهما فيعطى المنفَّل له ما نفل والباقي غنيمة، إلا أن يعطى المنفَّل له قيمة ما لا نفِّلَ فيه فحينئذ يعطى له ذلك كله ويؤخذ منه قيمته وما كان تبعًا للشيء كالمسمار للسرج والضبة في السفينة والباب؛ فلا شيء للمنفل له فيه؛ لأن العبرة في الاستحقاق للأصل دون التبع.

ولو قال: من أصاب قزًّا فهو له؛ فأصاب رجل قباء أو جبة محشوة بقزٍّ؛ فلا شيء له؛ لأن الحشو مغيب في القباء والجبة والمغيب لا عبرة به؛ لأنه لا يتناوله الإيجاب.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٢٧٣/٩، رقم ١٧١٧٩). وأخرجه أيضًا: ابن أبي شيبة (٤٣٢/٥، رقم ٢٧٧٢٢).

ولـو قـال: مـن أصـاب ثـوب قـزٍّ فهـو لـه؛ فأصـاب رجـل جبـة بطانتهـا ثـوب قـزٍّ أو ظهارتهـا ثـوب قـز؛ فلـه الثـوب القـز، والثـوب الآخـر غنيمـة يبـاع فيقـسم؛ لأن فـي تمييـزه ضـررا؛ لأن الاسـتحقاق ثابـت فـي الثـوب القـز والبطانـة بعـدما ميزت عن الظهارة يبقى الثوب ثوب قز ولكن في تمييزها ضرر وهو نقصان القيمة.

ولو قال: من أصاب جبة حرير فهي له؛ فأصاب جبة ظهارتها حرير أو بطانتها؛ فإن كانت ظهارتها حريرا كانت كلها له، وإن كانت البطانة حريرا فلا شيء له منها؛ لأن الجبة اسم للظهارة والبطانة وتبع لها لأنها تضاف إلى الظهارة، يقال: جبة حرير وجبة خزٍّ، والظهارة متى صارت مستحقة بالتنفل فيستحق الكل وإلا فلا، ولو قال: من أصاب جبة خزٍّ فهي له؛ فأصاب جبة ظهارتها خز وبطانتها سمور أو فنك؛ فلا شيء له منها؛ لأن الجبة تضاف إلى السمور وإلى الفنك لا إلى الخز، ولو قال: من أصاب ثوب خزٍّ فهو له؛ فأصاب جبة خزٍّ بطانتها سمور أو فنك لم يكن له إلا الظهارة؛ لأن اسم الثوب الخز يتناول الظهارة دون البطانة، ولو قال: من أصاب ثوب فنك فهو له؛ فأصاب جبة خزٍّ بطانتها فنك كان له البطانة؛ لأن البطانة تسمى ثوبًا، ولو قال: من أصاب هذه الجبة الخز فهي له؛ فأصابها رجل، فإذا هي مبطنة بغير الخز من الفنك أو القز كان الكل له؛ لأن الإيجاب يتناول العين فلا يراعى فيها الأوصاف، كما لو حلف لا يكلم هذا الشاب وكلمه بعدما شاخ حنث، ولو قال: من أصاب منكم قباء خز أو قباء مروى؛ فأصاب من ذلك الصنف قباء محشوا بطانته غير خز أو غير مروية؛ كانت له الظهارة خاصة؛ لأن القباء يسمى ما بظهارته دون البطانة، فإنه يقال: قباء طاق، وقباء طاقين، بخلاف الجبة فإنها لا تكون جبة إلا ببطانتها وحشوها فكان له الكل.

(فصل)

ولو قال: من جاء بحرزة فهي له؛ فجاء بجزور أو بقرة وثوب؛ فلا شيء له؛ لأن الحرزة اسم للشاة عند أهل اللغة، والحرزة أيضًا اسم لمال نفيس؛ فإنَّ النبي صلى الله

عليه وسلم نهى عن أخذ حرزات أموال الناس[1].

ولو قال: من جاء بجزور فهو له؛ فجاء بناقة أو جمل ذكرًا أو أنثى؛ فله ذلك؛ لأن اسم الجزور يتناول هذا الصنف.

ولو قال: من جاء ببقرة فهي له؛ فجاء بجاموس؛ لا شيء له، ولا كذلك في حق الزكاة، فإن نصاب البقرة يكمل بالجاموس وكذا لحمها جنس واحد، والفرق أن الزكاة تجب باعتبار النية لا باعتبار اسمه، ومالية الجاموس والبقر جنس واحد وكذلك لحمها، فأما النفل يعتمد استحقاق الشيء بالاسم الذي أوجب له، والجاموس لا يدخل تحت اسم البقر بدليل أنه يجوز نفي اسم البقر عنه؛ يقال: هذا جاموس وليس ببقرٍ؛ ألا ترى أن نصاب الشاة يكمل بالمعز والضأن، ولحومهم جنس واحد والكبش والتيس سواء، ثم لو قال: من جاء بكبش فهو له؛ فجاء رجل بنعجة أو معز؛ لا شيء له؛ لأن كمال النصاب باعتبار المعنى وهي المالية لا باعتبار العين المسمى فكذا هذا.

(باب التنفيل على مجيء الرأس والأسير)

(**السير الكبير**): ولو نظر الأمير إلى رجل على سور الحصن يقاتل المسلمين فقال: من صعد السطح وأخذه فهو له مع خمسمائة درهم؛ فصعد رجل وأخذه؛ كان له وخمسمائة؛ لأن قصد الإمام من هذا كسر شوكتهم بالصعود على سورهم وقد حصل من الذي صعد.

ولو سقط هذا الرجل من السور إلى الأرض حتى قال الأمير هذا خارج الحصن، وأخذه رجل من المسلمين فقتله؛ فلا شيء له من النفل؛ لأن قصد الأمير من هذا التنفيل إظهار جلادته وجراءته بالصعود على السور، ولم يوجد متى سقط الرجل من السور.

---

(١) أخرجه مالك (١/٢٦٧، رقم ٦٠٢)، والشافعي (١/٩٨)، وابن أبي شيبة (٢/٣٦٢، رقم٩٩١٧)، والبيهقي (٤/١٥٨، رقم ٧٤٤٩).

ولو رماه رجل من المسلمين فطرحه من السور فله نفله؛ لأن المقصود من هذا ليس هو عين الصعود، بل فعل يؤثر في السقوط من السور لإظهار كسر شوكتهم وبتره شملهم.

ولو صعد إليه رجل وقد هبط من كان على السور داخل الحصن فقتله فله نفله؛ لأنه أتى بالمطلوب منه وزيادة.

ولو نظر إلى رجل على السور فقال: من أخذه فهو له؛ فسقط الرجل من السور إلى خارج الحصن وأخذه، فإنه ينظر، فإن كان في موضع يمتنع من المسلمين يكون له؛ لأنه صار مأخوذا بقوة الأخذ، وإن كان في موضع لا يمتنع فيه لا يكون له؛ لأنه صار مأخوذا بقوة الأخذ، وإن كان في موضع لا يمتنع فيه لا يكون له؛ لأنه صار مأخوذا بقوة العسكر لا بقوة الأخذ.

ولو قال الأمير: من صعد الحصن ونزل عليهم فله كذا؛ فصعد رجل السور ولا يقدر على النزول عليهم؛ فلا شيء له؛ لأن الإمام إنما نفله بإزاء الصعود والنزول لما فيه من إظهار الجلادة وكسر شوكة المشركين ولم يوجد.

ولو نظر الأمير إلى ثلمة فقال: من دخل من هذه الثلمة فله كذا؛ فدخل من ثلمة أخرى؛ ينظر إن كانت الأخرى مثل هذه في الصعوبة فلا شيء؛ لأن ما شرط عليه الإمام لا بدَّ من مراعاته ليستحق النفل باعتباره ولم يوجد المشروط عليه حقيقة ولا معنى فلا يستحق شيئًا.

(فصل)

ولو قال [الإمام][1] حين التقى الصَّفَّان: من جاء برأس فله كذا؛ فهذا على رؤوس الرجال دون الصبي، بخلاف ما لو انهزم الكفار فقال [الإمام][2] من جاء برأس فله كذا؛ فجاء بسبي أو برأس؛ فله النفل والفرق أن الرأس حقيقة اسم لعضو مخصوص إلا أنه قد يطلق على السبي مجازا أو حقيقة لهما، ومطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأمير.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): الأمير.

فعند التقاء الصَّفَّين بدلالة الحال شاهدة على أن إرادته رأس المقاتل دون السبي، وفي حالة الانهزام دلت على أنه أراد رأس المقاتل والسبي جميعًا.

ولو جاء برأس فقال بعض الناس: هذا رأس ميت من العدو؛ وجزه وقال الذي جاء به: لا بل أنا قتلته؛ فإنه يحلف الذي جاء به ويُعطى نفله، لأن جز الرقبة سبب للموت حقيقة وموته بدون هذا لا يعرف، فكان ظاهر الحال دليلا واضحًا وشاهدًا عدلا للجائي بالرأس وعليه الاستحقاق وهو جز الرقبة وإنه ثابت بيقين فتعذر ذلك أنه كان ميتا لا يمنع الاستحقاق؛ لأن ذلك موهوم لا يمكن اعتباره، كمن جرح إنسانا مريضا فمات؛ يجب على الجارح القصاص؛ لأن سبب موته الجرح وقد وجد فيضاف الموت إليه، وإن كان يتوهم موته بسبب آخر فكذا هذا.

ولو جاء برأس لا يدرى أنه رأس مسلم أو رأس كافر؛ لا شيء له، حتى يعلم أنه رأس كافر؛ لأن الاستحقاق يتعلق برأس المشرك فما لم يعلم أنه رأس مشرك بيقين لا يثبت الاستحقاق.

ولو جاء برأس وقال: أنا قتلته؛ وقال الآخر: أنا قتلته؛ فإنه يحلف الجائي بالرأس؛ لأنه ادعى عليه الآخر معنى لو أقر به لزمه، فإذا جحد وجب تحليفه، فإن نكل عن اليمين لا يكون له النفل ولا للمدعي قياسًا، ويكون للمدعي استحسانًا. وجه القياس: أن نكوله إقرار بأن هذا المدعي قتله، وهذا إقرار بإبطال حق نفسه وإثبات الحق للمدعي، وإقراره حجة في حقه لا في حق المدعي.

وجه الاستحسان: أن الحق ثابت له في النفل بكون الرأس في يده، فإن نكل عن اليمين فقد جعل ماله من الحق إلى المدعي، وله هذه الولاية فصار ذلك للمدعي كالقصاص إذا وجب للاثنين فشهد أحدهما على صاحبه أنه عفا أخوه وجحد أخوه فاستحلف فنكل أو أقر بذلك تجب الديّة للمدعي الشاهد على أخيه؛ لأن نصف الديّة ثابت للجاحد وبنكوله حوَّل ماله من نصف الديّة إلى الشاهد المدعي فكذا هذا.

ومن أصحابنا من قال في مسألة النفل: إذا جحد أولا فحلف فنكل؛ فلا شيء لهما، وإذا أقر أولا للمدعي فإنه يصدق؛ لأنه لما جحد أولا حق المدعي فقد أقر أنه لا شيء للمدعي؛ فبعد ذلك إذا نكل فقد أبطل حق نفسه فقلنا بأنه لا شيء لواحدٍ

منهما، ومتى أقر أولا للمدعي فلم يوجد منه ما يبقي حق المدعى فيقضى للمدعي بالنفل.

ولو نظر المسلمون إلى رجل يجز رأس رجل مقتول لا يُدرى من قتله، فقال الذي اجتز رأسه: أنا قتلته؛ فإنه يحلف على ذلك ويُعطى نفله؛ لأن ظاهر الحال يشهد له، فإن جز الرأس سبب للموت بيقين؛ فكان القول قوله مع اليمين؛ لأنه تمكنت فيه التهمة، فإن رآه المسلمون جاء في موضع بعيد لا يمكنه في مثل ذلك الموضع حتى اجتزاز رأسه وهو مقتول فشهدوا بذلك عند الإمام فلا نفل له؛ لأنه لما كان بعيدا من المصروع فالظاهر أنه لم يقتله هو، وإنما قتله غيره، فأما إذا قال: قتلته أنا ثم تنحيت عنه مقاتلا مع غيره؛ لا يصدق؛ لأن فيه دليل على أن القاتل غيره، فهو بهذا قصد تغيير ما هو ثابت في الظاهر فلا يصدق، ولو أن بطريقا قتل فقال: من جاء برأس ذلك البطريق فله كذا؛ إن كان ذلك البطريق رأسه في موضع لا يقدر عليه إلا بقتال وخوف؛ فله النفل؛ لأن مقصوده في هذا التنفيل أن يجعل رأس البطريق على رأس رمح فيعلم بذلك المشركون فتكسر شوكتهم فيستحق النفل، وإن كان في موضع يقدر من غير قتال أو خوف؛ فلا شيء له؛ لأن هذا استئجار باطل، وإنه لم يخاطب قوما بأعيانهم فكان باطلًا، حتى لو قال القوم بأعيانهم: من جاء منكم به فله كذا؛ فهو إجارة فاسدة عندنا؛ خلافًا للشافعي بناءً على مسألة الآبق إذا قال المولى لغيره: من جاء بعبدي فله كذا؛ ينعقد فاسدًا خلافًا له، والله أعلم.

(باب التنفيل على دلالة المسلمين على الأسر أو الطريق وأهل الحرب وغيره)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في الدلالة على الأسير أو المقاتلة.

وفصل في الدلالة على الطريق.

وفصل في التنفل على حمل السلاح عند الدخول دار الحرب.

(فصل)

ولو قال: من دلَّنا على عشرة من الرقيق فله رأس؛ فذهب المسلمون بصفة رجل وإشارته ولم يذهب الدالُّ معهم، فوجدوا الرقيق فلا شيء للدالِّ؛ لأن استحقاق النفل يجري مجرى استحقاق الغنيمة، فإن من يستحق الغنيمة يستحق النفل وإلا فلا، والغنيمة إنما تستحق بمباشرة فعلٍ، فكذلك النفل يستحق بمباشرة فعل والدلالة باللسان مجرد قول فلا يستحق به شيء؛ لأن الاستحقاق لا بدلالة من فعل يوجد منه في مقابلة به، بخلاف ما لو قال الأمير للأسرى من أهل الحرب: من دلَّنا منكم على عشرة من الرؤوس؛ فهو حُرٌّ؛ فدلَّهم واحد على عشرة ولم يذهب معهم، فذهبوا على صفته ودلالته فوجدوا عشرة من الرؤوس؛ فهو حرٌّ؛ لأن هذا الأسير لم يستوجب على الأمير شيئًا إنما بقي له الحرية التي كانت ثابتة له قبل الأسر وترك استرقاقه ولم يوجب له شيئًا وإيفاء شيء لا يفتقر إلى فعل ولا يشترط عليه الفعل، ولئن كان هذا إيجاب فهذا إيجاب معلق بالشرط والشرط يتحقق في الحالتين فيستحق الحرية في الحالتين فأما هنا إيجاب المال معلق بالشرط فلا من فعل يستحق به النفل بالغنيمة ولم يوجد إلا أنه لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب؛ لأنه تعلق بالأسرى حقان في ماليتهم عند ضرب الرق عليهم وحق صيرورتهم ذمة للمسلمين والإمام أبطل أحد الحقين عليهم لكن بقي حق الآخر وهو أنهم يصيرون ذمة للمسلمين إلا أن يقول الأسير: إن دللتكم فأنا حر وتدعوني أرجع إلى بلادي؛ فإنه يخلّى سبيله إذا وجد منه الدلالة؛ لأنه شرط عليهم تخلية سبيله كما شرط حريته؛ فيجب الوفاء بالشرط.

ولو قال الأسير: أدلكم على عشرة من المقاتلة وأنا حر؛ فقال الإمام: نعم؛ فذهب فدلهم على تسعةٍ؛ فإنه لا يعتق؛ لأن الشرط الدلالة على العشرة والجزاء لا ينزل عند وجود بعض الشرط.

ولو قال الإمام لهم: أعطونا مائة رأس على أنكم آمنون في حصونكم؛ فأعطوه تسعين؛ فللإمام أن يقاتلهم لكن يرد ما أخذه منهم، فإن أسلم الرقاب أو بعضهم يرد عليهم قيمة الرقاب؛ لأنه قد تعذر رد العين بالإسلام فصار كما لو تعذر ردهم بالهلاك فيجب رد القيمة فكذا هذا.

ولو قال: أعطونا مائة من الأسرى الذين عندكم من المسلمين؛ فأعطوه تسعين يقاتلهم ولا يرد عليهم شيئا؛ لأن الأسرى لم يملكهم الكفار وإمساكهم يكون ظلما منهم فللإمام أن يمنعهم من الظلم، بخلاف مائة دينار ومائة رأس؛ لأن الدنانير ورقاتهم كانت مملوكة لهم فهم إنما رضوا بتسليمها إلى الإمام بشرط سلامة شروطهم فمتى لم يسلم لهم مشروطهم يجب عليه رد المأخوذ منهم.

ولو قال الأمير للأسرى: من دلنا على عشرة من المقاتلة فهو حر فذهب أسير منهم ودلهم على عشرة ممتنعين في حصن فلا يعتق؛ لأن مقصود الإمام من هذا إنما هو الدلالة الممكنة من الظهور والقهر والغلبة عليهم ولم يوجد منه الدلالة الممكنة من القهر والغلبة عليهم متى كانوا ممتنعين في حصن، فإن دلهم على قوم غير ممتنعين إلا أنهم هربوا من المسلمين ينظر إن هربوا قبل أن يقربوا منهم لا يعتق؛ لأنهم متى هربوا قبل أن يقربوا منهم لم توجد الدلالة الممكنة من القهر والظهور وإن هربوا بعدما قربوا منهم يعتق؛ لأنه قد تحققنا الدلالة الممكنة إلا أن التقصير والتفريط جاء من قبل المسلم فلا ينعدم به الشرط.

ولو قال للأسرى: من دلنا على حصن كذا أو مغارة كذا أو معسكر الملك فهو حر فدلهم أحد منهم فلم يظفروا فالأسير حر؛ لأنه لا يراد بمثل هذا الكلام الظفر والظهور والتمكن من القهر، وإنما يراد به الوقوف على مكانهم، فإن الحصن والمعسكر إنما يطلب لتقاتل مع أهله والمغارة تطلب للسعة في المكان، وقد حصلت هذه المقاصد بتحقق شرط العتق فيعتق.

(فصل)

ولو أصاب الأمير غنائمًا فأقبل إلى دار الإسلام فقال: من دلنا على الطريق فله رأس، فدلهم رجل من المسلمين بكلام وصِفَةٍ ولم يذهب فلا شيء له؛ لأن هذا ليس بنفل، فإن الغنيمة قد أحرزت، وإنما هو استئجار للدلالة على الطريق والمعقود عليه في الإجارة عمل وفعل؛ لأن الدلالة بالقول لا يصلح معقودًا عليه كما بينا.

وإن ذهب معهم فدلهم على الطريق فله أجر مثله؛ لأن المعقود عليه مجهول

عملا ووقتا فينعقد فاسدا، وإن شرط له مائة درهم فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى؛ لأن المائة مال مقدر معلوم وقد رضي به فلا يعطى أكثر من ذلك وإن شرط له رأسا، فإنه يعطى أجر مثله بالغا ما بلغ؛ لأن أكثر الرأس مجهول.

ولو قال: من دلنا على الطريق فله أهله وولده فدلهم فهم في الأسر على حالهم؛ لأن هذا تمليك من المملوك والتمليك من المملوك لا يصح.

ولو قال: فله نفسه وأهله وولده ومائة درهم من الغنيمة؛ فدلهم فله جميع ذلك؛ لأن معنى قوله: له نفسه؛ أي حرية نفسه ومتى ثبتت له الحرية صح تمليك هؤلاء منه فيجب الوفاء به وأهله امرأته وولده لصلبه لا جميع ما يضمهم بيته؛ لأن حقيقة اللفظ وإن كانت تحمل جميع ما يعوله ويضمهم بيته إلا إن هنا الحق يثبت لجماعة المسلمين فوقعت الحاجة إلى إخراج هؤلاء عن الجملة فلا يصح الإخراج بلفظ مجمل؛ لأن المتيقن هو الأقل دون الأكثر بخلاف الأمان، فإنه يدخل فيه كل من يعولهم؛ لأن الحال حال ثبوت الحق ابتداء فلما كان اللفظ مجملا للجملة لا يثبت الحق للغزاة فيمن تناولهم اللفظ ظاهرا بالإجمال احتياطًا.

ولو قال: من دلنا على طريق حصن كذا فهو حر؛ ولذلك الحصن طريق فدلهم على طريق أبعدها يعتق؛ لأن الناس إذا كانوا يسلكون ذلك الطريق إلى الحصن فقد أتى بالمطلوب والمشروط؛ لأن الأقرب في معنى الأجود والجودة لا تستحق مطلق العقد، وإنما المستحق بصفة السلامة وقد وجد، وإن كان الناس لا يسلكون ذلك الطريق لا يعتق؛ لأن المطلوب منه الدلالة على طريق معتاد وسلوكه معهود غالب؛ لأن بقاع الدنيا متصلة بعضها ببعض لكن لما لم يكن السلوك في ذلك الطريق معهودًا معتادًا، فإنه لا يكون مصيبًا بل يكون متسعًا.

ولو قال: من دلنا على حصن كذا من طريق كذا فهو حر؛ فدلهم أسير على طريق آخر؛ ينظر إن كان المدلول مثل المنصوص في المشقة والرفاهية، فإنه يعتق، وإن كان أشق من المنصوص فلا يعتق؛ لأن المقصود من سلوك ذلك الطريق ليس هو عينه بل الوصول إلى الحصن بأيسر الأحوال وأسرع الأزمان، فإذا كان المدلول مثله فقد حصل مقصوده، وإن كان أبعد وأصعب في المرور به لم يحصل مقصوده.

(فصل)

ولو رأى الإمام دروع المسلم قليلة حين دخلوا دار الحرب فقال: من دخل بدرع فله من النفل كذا؛ فلا بأس به؛ لأن التنفيل للتحريض على القتال وذلك تارة يحصل بما هو آلة القتل وتارة يحصل بزيادة عناء من القاتل، ألا ترى لو قال: من دخل بفرس فله كذا؛ يصح فكذلك الدرع، وذلك لأن رهابة العدو وارتعابه تارة يحصل بالفرس وتارة يحصل باستعداد آلة القتل والخوف وآلة الخوف السلاح.

وكذلك لو قال: من دخل بدرعين فله كذا؛ لأن المبارز قد يستعمل الدرعين يوم اللقاء فكان هذا شرطا مقيدًا، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لبس درعين يوم أُحد[1].

ولو قال: بثلاثة أدرع؛ وجعل لكل درع حصة، فإن قال: من دخل بدرع فله مائة، ومن دخل بدرعين فله مائتان، ومن دخل بثلاثة أدرع فله ثلاثمائة؛ فإنه لا يستحق إلا المائتين؛ لأن لا فائدة في الزيادة على الدرعين، ألا ترى أن في الفرس هكذا فكذلك في الدروع.

ولو قال: من دخل بفرسين فله مائتا درهم؛ على قول أبي حنيفة لا يستحق إلا مائة بخلاف الدرعين؛ لأن المقاتلة قد تتحقق باستعمال الدرعين جميعًا؛ لأن المبارز قد يظاهر بين الدرعين؛ فأما ركوب فرسين في حالة واحدة لا يتصور؛ فلهذا كانت الزيادة على الواحد عارية عن الفائدة فلا يستحق بها شيئًا، وعندهما: يستحق مائتا درهم؛ لأن المبارز قد يحتاج إلى فرسين لزيادة ركوب في حالة الكر والفر والثاني يفيد فائدة فاستحق باعتباره نفلا.

ولو افتتحت المدينة وجمع المال فقال الإمام من جاء بدرعين أو بفرسين فله

---

(١) أخرجه أحمد ٣/٤٤٩ (١٥٨١٣). وابن ماجه (٢٨٠٦) قال: حدثنا هشام بن عمار. و«الترمذي» في «الشمائل» (١١١) قال: حدثنا محمد بن أبي عمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٥٢٩) قال: أخبرني عبد الله بن محمد الضعيف.

أربعتهم: (أحمد، وهشام، ومحمد بن أبي عمر، وعبد الله) عن سفيان بن عيينة، عن يزيد بن خصيفة، فذكره.

كذا، فإنه يجوز التنفيل ويكره ووسع للمتنفل له أن يأخذه إذا كان جاهلا بالإجماع، وإن كان عالمًا؛ فعند أبي يوسف: لا يسعه أخذه، وعند محمد: يسعه، وهذا بناء على ما إذا طلق امرأته تطليقة بائنة وقضى القاضي بأنها رجعية؛ فعند أبي يوسف: المطلق يتبع رأي نفسه، فإن كانت بائنة عنده لا يسعه أن يقربها في العدة، وعن محمد: يتبع رأي القاضي، وإن عجز الإمام والجند عن حمل الغنائم فقال: من أخذ شيئًا فهو له؛ فحمل بعضهم شيئًا من ذلك فأحرزوه إلى دار الإسلام فهو له خاصة؛ لأن الإمام بالتنفيل قطع حق البعض عن المال.

ولو قطع الكل بإحراق يملك، فإذا ملك إبطال حق الكل فلأن يملك إبطال حق البعض أولى إلا إذا كان شيئًا لا حمل له ولا مؤنة فهو بين الجند على سهام الغنيمة؛ لأن مقصود الإمام بهذا التنفيل العجز عن حمله والجواهر والحلي فيما لا يعجز عن حمله فلا ينصرف تنفيله إليه.

ولو عجز عن حملها وعسكره فحمل بعضهم بعض المتاع من غير تنفيل لهم فهو بين العسكر كله؛ لأن الإحراز حصل بالكل، ألا ترى لو لحقهم المدد في هذه الحالة شاركوهم فيه فكذلك بقية العسكر، والله أعلم بالصواب.

(باب التنفيل على دخول المدينة والحصن)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في التنفيل على الدخول من بابه.

والثاني: في التنفيل على الدخول فيه أولا.

(فصل)

ولو قال الأمير: من دخل من باب هذه المدينة أو هذا الحصن أو هذه المطمورة فله ألف درهم؛ فاقتحم قوم من المسلمين فدخلوا، فإذا لها باب آخر مغلق غير ذلك الباب فلهم النفل؛ لأن الإمام إنما شرط لهم النفل عند الخوف على نفسه في دخول الحصن تحريضًا على القتال والخوف كان قائمًا في حال دخولهم فيها في أي

باب كان ويستحق كل واحد ألفا؛ لأنه إنما شرط لكل داخل ألفًا منكرا غير محصور متعدد فصار كمن أوصى لأناس شتى لكل واحد ألفًا منكرا فكذا هذا بخلاف قوله من دخل فله الربع من الغنيمة فدخل عشرة فلهم الربع من المال وهو معرف غير متعدد، فإن الربع جزء من المال المعين فكان الجزء معينًا بتعيين المال الذي أصله ضرورة.

ولو دخل واحد ثم واحد فإنهم يشتركون جميعا في النفل حتى يلتحق العدو، ولأن استحقاق النفل متعلق بالدخول حال قيام الخوف فما دام الحق قائمًا كان الاستحقاق باقيا.

ولو قال الأمير: من دخل الباب فله بطريق المطمورة فدخل جماعة فلهم البطريق لا غير؛ لأن الإمام شرط لهم البطريق معرفا بالإضافة إلى الحصن فلا شيء لهم سواه بخلاف ما لو قال فله بطريق فدخل قوم فلكل واحد منهم بطريق آخر غير ما لصاحبه؛ لأن البطريق المنكر بمنزلة الألف المنكرة وفي الألف المنكرة يستحق كل واحد ألفًا على حدة فكذلك البطريق المنكر، وإن وجد في الحصن ثلاثة بطاريق فلهم أولئك ولا شيء لهم سواهم؛ لأن المشروط لهم البطارقة التي في الحصن، فإذا لم يوجد في الحصن إلا بطريقين أو ثلاثة كان لهم ذلك لا غير بخلاف ما لو قال: من دخل فله جارية، فإذا ليس في الحصن إلا جاريتان أو ثلاث فلكل رجل قيمة جارية وسط؛ لأن قوله جارية يعني فله قيمة جارية؛ لأن تسمية الجارية فيما يثبت الحيوان دينا في الذمة تسميته لماليته كمن أوصى لقوم لكل واحد بجارية، فإذا ليس للموصي إلا جارية، فإن يعطي لكل واحد قيمة جارية وسط.

وكذلك لو قال: من دخل فله جارية من جواريهم، فإذا ليس فيه إلا جاريتان كان لهم ما وجد فيه لا غير ففصل بين الجارية المضافة إلى الحصن وبين الجارية المذكورة مطلقًا كما في الشاة لما عرف في الوصايا.

ولو قال: من دخل فله ألف درهم فدخل طائفة من ناحية الباب وطائفة نزلوا من فوق السطح أدلاهم غيرهم بإذنهم ففتحوا المطمورة فلهم نفلهم؛ لأن بالتدلي يحصل المتدلي في الحصن من فوق الحائط والحصول في الحصن من فوق

الحائط يكون أكثر إظهارا للشجاعة من الدخول من ناحية الباب، ألا ترى أنه لو تسوّر الحائط فدخل، فإنه يستحق النفل، فإذا تدلى من فوق الحائط؛ لأن يستحق أولى وإدلاء غيره بأمره كإدلائه بنفسه؛ لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر وهذا إذا انتهوا إلى مكان يمكنهم المقاتلة مع أهل الحصن، فإن كانوا في موضع لا يمكنهم المقاتلة بأن كانوا متدلين من رأس الحائط ذراعا أو ذراعين فلا نفل لهم لأنهم لا يمكنهم القتال معهم من هذا المكان فصار كأنه قام على رأس الحائط، ولو قام على رأس الحائط لا يستحق النفل فكذا هذا.

ولو دلوهم حتى توسطوا بهم الحصن وانقطعت الحبال فوقعوا في الحصن فلهم النفل؛ لأن الحبال انقطعت بفعلهم فإنهم إنما دلوهم بأمرهم فصار انقطاع الحبال بفعل المأمور كانقطاعها بفعل الآمر فكان حصوله في الحصن مضافا إلى صنعه فصار كما لو ألقوا أنفسهم في الحصن.

ولو لم تنقطع الحبال ولكن الذين دلوهم قطعوا الحبال قبل أن يبلغ القوم موضع القتال فوقعوا في الحصن فقاتلوا حتى افتتحوا الحصن فلا شيء لهم؛ لأن القطع حصل من غيرهم بغير أمرهم فلم يضر الوقوع مضافا إلى فعلهم، ولهذا يضمن الذين قطعوا الحبال الديّة إذا تلفوا بالوقوع في الحصن بسبب قطع الحبال فكيف يستحقون النفل بفعل يستوجب بدل نفسه على القاتل.

ولو قطع أهل الحرب الحبال بالسيف فوقعوا في الحصن فلهم النفل؛ لأنه لما انتهى إلى موضع وصل إليه سلاح المشركين فقد انتهى إلى موضع القتال معهم والتنفيل تحريض على القتال فكان حصوله في موضع القتال كالمقاتلة حقيقة.

ولو توهقه[1] أهل الحصن توهق حتى رموه في الحصن فلا نفل له؛ لأن الكفار لما توهقوه قبل أن يصل إلى موضع تقاتلهم لم يتحقق منه حقيقة القتال في

---

(١) المُواهقَة في السير: المواظبة ومدّ الأَعناق. وتوهقه في الكلام: اضطره إلى ما بقي فيه متحيرا.
وفي حديث جابر: فانطلق الجمل يُواهِقُ ناقته مواهقةً أَي يباريها في السير ويماشيها.
ومُواهقة الإبل: مَدّ أَعناقها في السير.
والمُواهقَة: أن تسير مثل سير صاحبك وهي المواضخة والمواغدة كله واحد.

الحصن ولا الحصول في موضع المقاتلة وفعل الكفار لا يضاف إليه فلم يصر سبب الاستحقاق موجودا.

(فصل)

ولو قال: من دخل منكم أولا فله ثلاثة رؤوس ومن دخل ثانيًا فله رأسان ومن دخل ثالثا فله رأس فدخل واحد ثم واحد فلكل واحد ما سماه؛ لأن الإمام فاوت لهم في النفل على حسب تفاوتهم في الخوف، فإن خوف الأول فوق خوف الثاني والثالث وخوف الثاني فوق خوف الثالث فهما تفاوتا في الخوف تفاوتا في الاستحقاق المبني عليه.

وكذلك لو قال من دخل منكم فله ثلاثة أرؤس فللثاني رأسان وللثالث رأس؛ لأنه لما فاوت بينهم في النفل دل ذلك على إرادته دخولهم متعاقبًا.

ولو دخلوا ثلاثة معا بطل نفل الأول والثاني ولهم جميعًا نفل الثالث؛ لأن الأول اسم لفرد سابق والثاني لمن تقدمه واحد ولم يوجد فبطل نفلهما لانعدام الشرط وهو التفرد والمسابقة في الدخول.

وأما الثالث لو سبقه اثنان كان ثالثهما، وإذا قاربه اثنان كان كذلك وهذا؛ لأن خوف الثالث فيما إذا قارنه اثنان فوق ما إذا تقدمه اثنان؛ لأن الإنسان يقدر أن يتبع الانسانين ولا يقدر أن يدخل معهما، فإذا كان جوقه أشد وأتم كان فعله في الاستحقاق أبلغ وأحكم وإن دخل اثنان أول مرة بطل نفل الأول ونفل الثاني يكون لهما؛ لأن صفة الأولية انعدمت بالمقارنة الثاني معه وصفة المثنى لم تنعدم بالمقارنة؛ لأن الثاني مثنى سبقه واحد وقارنه كالثالث لما بينا.

ولو قال لرجل: إن دخلت أولا لست أطعمك، وإن دخلت ثانيا فلك رأسان فدخل أولا فلا شيء له قياسا؛ لأن الإمام شرط أن يكون النفل له إذا كانت ثانيا وشروطه مرعية، فإذا دخل أولا فلم يوجد الدخول ملك الصفة المشروطة فلا شيء له كما لو لم يتقدم منه هذه المقالة، وفي الاستحسان له النفل المشروط.

ولو لم تتقدم هذه المقالة لا شيء له والفرق أن هذا الشرط من الإمام ليس

بقصر للحكم عليه لكن لمعنى الناس عن وجود ما هو أعلى منه فكان هذا شرطا لم يذكر لقصر الحكم ويفسده به فلا يحرم النفل بدخوله أولا وهذا؛ لأن الكلام يتقيَّد بدلالة الحال، فإذا تقدم منه هذه المقالة كان هذا دليلا على أنه لم يرد بذكر الشرط منع النفل إذا وجد منه ما هو فوقه فكان ذكر هذا الشرط عاريا عن الفائدة فلا يعتبر فأما إذا لم تتقدم منه هذه المقالة فقد شرط لاستحقاق النفل دخوله ثانيا لا غير والشرط قد يذكر لتعليق الحكم به وهنا يجوز أن يكون شرط ذلك لإيفاء حياته كي لا يوقع نفسه في التهلكة فمتى دخل وإلا فقد خالف أمر الإمام فصار غاصبا فلا يستحق النفل.

ولو قال الأمير لثلاثة بأعيانهم: من دخل منكم باب هذا الحصن أولا فله ثلاثة أرؤس وللثاني رأسان وللثالث رأس فدخل رجل من الثلاث الحصن ومعه قوم من المسلمين فله ثلاثة أرؤس؛ لأنه أضاف هذه الصيغة إليهم فقال منكم وكان مراده الأول منهم، ألا ترى لو قال من دخل أولا من الناس فدخل رجل ومعه من البهائم أو قال من دخل من الرجال أولًا فدخل رجل معه نساء، فإنه يستحق فكذا هذا وبمثله لو قال: من دخل منكم أيها الثلاثة هذا الحصن قبل الناس فله كذا فدخل معه رجل من غيرهم من المسلمين أو الكفار فلا شيء له؛ لأن قوله قبل الناس طلب منه والسبق على ما ينطلق عليه اسم الناس ولم يتقدم معه غيره.

ولو قال: من دخل هذا الحصن أولا من المسلمين فله ثلاثة أرؤس فدخل ذمي ثم مسلم، فإنه يستحق النفل؛ لأنه جعل النفل لمن هو موصوف بهذه الصفة وهو كونه داخلا أولا من المسلمين والذمي غير موصوف بهذه الصفة فلا يمنع أولية المسلم كالبهيمة إذا دخلت أولا ثم دخل مسلم فله النفل بخلاف قوله من دخل هذا الحصن من المسلمين أولا من الناس فدخل ذمي ثم مسلم فلا شيء له؛ لأنه أوجب النفل للداخل من المسلمين شرط من يكون أول الناس فلما دخل الذمي أولا صار المسلم ثاني الناس فلا شيء له.

ولو قال الأمير: كل من دخل منكم هذا الحصن أولا فله رأس فدخل خمسة معا

فلكل واحد منهم رأس؛ لأن كلمة كل كلمة تعميم قال الله تعالى: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ ﴿٢٦﴾﴾ فيتناول جميع المسميات بعمومها بخلاف ما لو قال من دخل أو أي رجل دخل؛ لأن هذه كلمة فرد فيتناول فردا من المسميات.

ولو قال: من دخل منكم خامسا فله رأس فدخل خمسة معا استحق كل واحد النفل لأنه أوجب النفل للخامس متى دخلوا معا يتناول كل واحد اسم الخامس، وإذا دخلوا متعاقبا فالخامس آخرهم.

(باب السرية تؤمن أهل الحصن على مال ثم تلحقها سرية أخرى)

(السير الكبير) مسائله على فصلين:

فصل في السريتين.

وفصل في ثلاث سرايا.

(فصل)

سرية صالحوا أهل حصن على خمسمائة درهم على أن يؤمنوهم حتى يخرجوا إلى دار الإسلام صح ذلك، لأنهم لو أمنوهم بغير عوض جاز، فمع العوض أجوز وما أخذوا قبل الصلح فهو لهم؛ لأن المأخوذ صار غنيمة، فإن مضت مدة السرية في أرض ودخلت سرية أخرى من المسلمين فأخبروا بذلك الصلح وشهد عليه عدلان مسلمان ليس لهم أن يتعرضوا لأهل الحصن بشيء؛ لأن عقد الأمان من السرية الأولى نافذ في حق المسلمين كافة إلا أن يبدو إليهم برد الدنانير المقبوضة عليهم لما عرف، وإذا ردوا الدنانير وقاتلوهم حتى ظهروا بهم ثم التقوهم السرية الأولى فهم شركاء في أموال أهل الحصن والدنانير التي أخذها السرية الأولى؛ لأن كل ذلك غنيمة وقد اشتركوا في إحرازها بدار الإسلام وذلك سبب الشراكة بينهم فيها؛ لأن السرية الثانية أخذوا ما عرفوا والدنانير من أموالهم من أموال أهل الحصن قبل القسمة لأنهم تواصلوا إلى هذه الأموال برد تلك الدنانير فلا يكونوا متبرعين فيما

أدوا وإنما كانوا متطرقين بها إلى الوصول إلى هذه الغنيمة فيكون حقهم في ذلك القدر متقدما على حق الغانمين، وإنما كانوا أدوها من غنيمة أصابوها لم يأخذوا؛ لأن المؤدى من جملة الغنيمة المشتركة بينهم، وإن لم تلتق السريتان في دار الحرب سلمت للسرية الأولى الدنانير وللسرية الثانية غنائمهم؛ لأن كل فريق اختص بإحراز ذلك وليس للسرية الثانية أن يأخذوا دنانيرهم المعربة المؤداة من السرية الأولى لأنهم اختصوا بمنفعة ما أدوا حتى سلمت لهم غنائمهم بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه اشتركت السريتان في المنعة وهو غنائم أهل الحصن ومتى اشتركا في المغنم اشتركا في الغرم، وإن لم تظفر السرية الثانية بالحصن والتقت السريتان في دار الحرب لم تكن للسرية الثانية أن يأخذوا الدنانير من الغنائم التي أحرزوها بدار الإسلام؛ لأن لا منفعة للسرية الأولى فما أدوا من الدنانير متى لم يتواصلوا بها إلى غنائم أهل الحصن وكانت السرية الثانية شرعت في الأداء في حقهم فلا يصح الرد في حقهم بخلاف الأولى؛ لأن الغنم يقابل الغرم فصح الرد في حق الكل.

وكذلك إن كانت للسرية الثانية غنيمة أخرى من غير أموال أهل الحصن لم يكن لهم أخذ الدنانير منها؛ لأن هذه الغنيمة كانوا يتوسلون إليها بدون رد الدنانير فلا يظهر حكم رد الدنانير في حقها وإن خرجت السرية الأولى ثم وصلت السرية الثانية إلى الحصن فلهم أن يقاتلونهم من غير رد الدنانير؛ لأن أمانهم كان مؤقتا إلى غاية خروج السرية الأولى إلى دار الإسلام فانتهى الأمان بوجود الغاية، ولو كان خرج بعضهم دون بعض فالمعتبر خروج الأمير مع منعته؛ لأن الباعث لأهل الحصن على التماس الصلح خوفهم من السرية وذلك كان باعتبار منعتهم لا باعتبارها بعض من لا منعة لهم، ولو لم يخرجوا السرية الأولى ولكنهم قتلوا أو ماتوا يحل قتال أهل الحصن؛ لأن أهل الحصن يأمنون منهم إذا قتلوا فوق ما يأمنون إذا خرجوا، ولو صالحوهم على مال ولم يوقتوا وقتا فهذا على خروجهم إلى دار الإسلام لا الأمن دائما، فإن خرجوا ثم عادوا أو غيرهم لم يقاتلوا أهل الحصن حتى ينبذوا إليهم ولا يردوا الدنانير عليهم؛ لأن الأمان لهم ثبت مطلقًا نصًّا ولكن مقصودهم من إعطاء الدنانير لهم يحصل مؤقتًا بخروج السرية إلى دار الإسلام فباعتبار المقصود مؤقتا سلمت للسرية الدنانير بالخروج وباعتبار كون الأمان مطلقا لا يحل قتالهم ما لم

ينبذوا إليهم احتياطا للجزية كما لو آمنوهم بغير عوض بخلاف ما سبق؛ لأن هناك الأمان ثبت مؤقتًا نصًّا فلا يبقى بعد مضي الوقت، ولو بعث الإمام سرية إليهم من دار الإسلام من يدعوهم إلى الصلح فصالحوهم على أن يؤمنوهم على مال مطلقًا فليس للإمام أن يقاتلهم حتى ينبذوا ويرد ما أخذ منهم إليهم؛ لأنه ما حل بهم الخوف فلم يكن مقصودهم من بذل المال إزالة الخوف الذي حل بهم، وإنما مقصودهم من بذل المال تحصيل الأمن مطلقًا حتى لا يتعرض لهم أحد من المسلمين والمطلق فيما يحمل التأبيد بمنزلة المصرح بذكر التأبيد فكانوا قالوا آمنونا أبدًا.

(فصل)

ولو بعث الإمام ثلاثة عساكر إلى دار الحرب فصالح أهل حصن لم يحاصرهم المسلمون مع أمير عسكر من تلك العساكر على أن يؤمنوهم على ألف دينار حتى يرجعوا من غزاتهم فليس لأحد أن يغير عليهم حتى يرجع العساكر إلى دار الإسلام؛ لأنه لم يكن مقصود أهل الحصن الأمان من العسكر المبعوث إليهم خاصة فإنهم لم ينزلوا بساحتهم بعد بل خوفهم من جميع عساكر المسلمين بصفة واحدة وذلك إنما يحصل إذا عم الأمان كافة المسلمين بخلاف ما لو حاصروهم عسكر أو كان قريبا منهم فلغيرهم أن يقاتلوهم من غير بد لأنهم صاروا محصورين معهم قرب من جهتهم فكان مقصودهم الأمن من هؤلاء خاصة ومطلق الكلام يتقيد بالمقصود.

وكذلك لو كانوا إلى أحد العساكر فقالوا: آمنونا أنتم خاصة يثبت أمانهم في حق الكافة؛ لأن الأمان صدر منهم مطلقا، فإن قالوا: على أن يكفوا عنا أنتم خاصة فهذا على ذلك العسكر خاصة وجود دليل التخصيص صريحا والله أعلم.

(باب من يستحق السلب ومن لا يستحقه)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

أحدها: في تنفيل الأمير لنفسه.

والثاني: في التنفيل لغيره على وجه التخصيص.

والثالث: في التنفيل على وجه التعميم.

والرابع: في التنفيل بقتل رجل معين فقتل المنفل له غيره.

(فصل)

ولو قال الأمير للعسكر في دار الحرب وقد لقوا العدو: من قتل قتيلا فله سلبه استحسانًا لا قياسًا؛ لأن كلمة من اسم منكر منهم والأمير معرف والمعرف لا يدخل تحت المنكر كما لو أمره غيره بالتزويج فزوج المأمور من نفسه لا يجوز.

وجه الاستحسان: أن استحقاق السلب بالتنفيل كاستحقاق الغنيمة ثم الإمام يستحق سهمًا من الغنيمة كواحد من الغانمين فكذلك النفل ألا ترى أنه يقسم الغنائم فيتبين سهمه جاز، وتبين أن هذا ليس بقضاء منه ليكون قضاء لنفسه.

ولو قال: من قتلته أنا فلي سلبه، فإنه لا يستحق السلب بالقتل؛ لأن خص نفسه بذلك وفيه تهمة فلا يصح منه ذلك بخلاف ما لو أطلق؛ لأنه عم التنفيل وانتفت التهمة.

ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه فقتل الأمير رجلا فلا شيء له؛ لأن قوله منكم يميز نفسه منهم؛ لأن حرف (من) للتبعيض والتمييز.

ولو قال: إن قتلت قتيلا فلي سلبه ثم لم يقتل قتيلا حتى قال من قتل قتيلا فله سلبه ثم قتل الأمير قتيلا فله سلبه؛ لأنه عم للتنفيل بالكلامين فصار التعميم بالكلامين كالتعميم بكلام واحد وذلك جائز ويستحق الإمام سلبه بالقتل فكذا هذا.

ولو قتل الإمام قتيلين أحدهما قبل قوله ومن قتل قتيلا فله سلبه والآخر بعده فله سلب قتيل الآخر؛ لأن التنفيل الأول كان خاصا له فلم يستحق السلب لتهمة الإتيان والتنفيل الثاني كان عاما فيستحق سلب القتل الثاني.

ولو قال لرجل: إن قتلت قتيلا فلك سلبه فقتل قتيلين فله سلب الأول دون الثاني؛ لأنه ذكر القاتل بحرف إن وأنه للتخصيص فيتناول القتيل الواحد.

ولو قال: إن قتل رجل منكم قتيلا فله سلبه فقتل قتيلين فله سلبهما، وكذلك لو قتل رجلان كل واحد منهما ينكر فلكل واحد سلب جميع ما قتل؛ لأن قوله رجل

منكم نكرة في موضع النفي؛ لأنه مذكور في موضع الشرط والشرط للنفي والنكرة في النفي تعم؛ لأنه في موضع الشرط والشرط للنفي والنكرة للنفي تعم فيتناول كل واحد من آحاد العسكر كقوله إن دخل من نسائي الدار فهي طالق يتناول كل واحدة منهن.

ولو قال الأمير لواحد: إن قتلت قتيلا فلك سلبه فقتل قتيلين ينظر إن قتلهما على التعاقب فله سلب الأول دون الثاني وإن قتلهما جميعًا فله سلب أحدهما والخيار إليه لا إلى الإمام؛ لأنه تفرد الثاني وإن قتلهما جميعًا فله سلب أحدهما والخيار إليه لا إلى الإمام؛ لأنه تفرد بقتل أحسنهما سلبا كان له، فإذا ظهر زيادة جلادة بقتل غيره، فإن لم توجد هذه الزيادة في نقله فلا أقل من أن لا يحرم عن أفضلهما سلبا.

وكذلك لو قال: إن أصبت أسيرا فهو لك فأصاب أسيرين على التعاقب فالأول له وإن أصابهما معا فالخيار إليه كما في القتيلين.

ولو قال لواحد: إن أصبت عشرة أرؤس فلك منهم واحد فأصاب أكثر من عشرة أو أقل كان له في الزيادة ما بين واحد لا غير وفي النقصان بحساب ذلك إن كان خمسا فنصف الواحد الوسط بخلاف ما لو قال للعشرة إن أصاب رجل منكم عشرة أرؤس فله منها واحد فأصاب لكل واحد عشرة أو أكثر فله من كل عشرة واحد، والفرق أن قوله رجل منكم نكرة في النفي فتعم، وإن كان للتخصيص ولكن المقصود من الخطاب للجماعة كسر شوكة المشركين وقمع منعتهم واللفظ، وإن كان خاصا بصيغته ولكن باعتبار قصد الإمام صار عاما بمعناه فأما ليس المقصود من خطاب الواحد كسر شوكتهم، فإن الواحد لا يقدر على كسر شوكتهم فلم يثبت العموم لا باعتبار صيغته ولا باعتبار قصده وإرادته، وكذلك لو قال لعشرة إن أصبتم عشرة أرؤس فلكم منها واحد، فهذا وخطاب الواحد سواء؛ لأن التخصيص ثابت في لفظه؛ لأنه خاطبهم بخطاب واحد فلا يمكن تعميمه باعتبار قصده.

ولو خرج عشرة من المشركين للقتال والمبارزة فقال الأمير لعشرة من المسلمين ابرزوا إليهم إن قتلتموهم فلكم أسلابهم فبرزوا إليهم فقتل كل رجل

رجلا منهم كان لكل واحد سلب قتيله استحسانًا والقياس أن تكون الأسلاب مشتركة بينهم؛ لأن قوله إن قتلتموهم شرط وقوله فلكم أسلابهم جزاء والجزاء لا يتوزع على أجزاء الشرط بل يثبت الكل عند وجوده. وجه الاستحسان: أن جميع الأفعال متى أضيف إلى جماعة الفاعلين، فإنه يتفرق وينقسم آحادهم على آحادهم ومجموعه على مجموعهم لما عرف في الأيمان، فإن قتل تسعة من المسلمين تسعة من المشركين وهرب العاشر لم يستحقوا شيئًا قياسًا؛ لأن الشرط قتلهم جميعًا فيقتل بعضهم لا يترك الجزاء ويستحقون أسلابهم استحسانًا؛ لأن مقصود الإمام قد حصل بقتل التسعة وهو قهرهم وكسر شوكتهم ودفع غلبتهم.

ولو قال: إن قتل اثنان منكم قتيلا فله سلبه فقتل مسلم ومشرك مشركا أخطأ المشرك بقتل صاحبه فنصف السلب للمسلم القاتل ونصف الآخر غنيمة؛ لأن المشاركة والمزاحمة في القتل من غير المنفلين فلم يستحق المسلم إلا النصف.

(فصل)

ولو قال الأمير للقوم: إن قتل رجل منكم قتيلا فله سلبه فقتل رجلان قتيلا فلهما سلبه استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الأمير نص على الفرد فقال إن قتل رجل منكم والرجل اسم فرد فكان سبب استحقاق السلب تفرده بالقتل ولم يوجد. وجه الاستحسان: أن قوله رجل نكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل واحد منهم؛ ولأن مقصود الإمام من التنفيل هو التحريض على قتال المشركين لدفع ضررهم وإطفاء ثائرتهم وهذا يحصل بإجماع المسلمين على قتال الكفار وغالبا؛ لأن الغالب أن القتل يحصل حالة الإجماع فمتى أجمعا فقد حصّلا القتل على الوجه المعتاد فيعتبر سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهم.

ولو قال: من قتل قتيلا فله سلبه فقتل رجلان منهم رجلا واحدًا فلهما سلبه؛ لأن حرف (من) للتعميم إلا أن الإيجاب حصل لكل واحد منهم حال تفرده بالقتل والإجماع غير الفرد والمثنى ليس بجمع صحيح فكان الإيجاب متناولًا لهما وإن قتله الثلاثة فلا شيء لهم استحسانًا؛ لأن الإيجاب تناول الفرد، فإن الاسم يبنى عن

الفرد والجمع ضد الفرد والثلاث جمع صحيح والجمع لا يدخل تحت اسم الفرد والمثنى ليس بجمع صحيح فدخلا تحت الفرد.

ولو قال: من قتل قتيلا فله سلبه فضرب مسلم مشركا فرماه من الفرس فجره الضارب إلى عسكر المسلمين ولهم سلبه فعاش أياما ثم مات قبل قسمة الغنيمة فللضارب سلبه، وإن مات بعد القسمة في دار الإسلام فلا شيء له؛ لأنه متى مات قبل القسمة فقد تم سبب الاستحقاق وهو القتل للضارب، ولم يتم سبب الاستحقاق للغانمين وهو الإحراز بدار الإسلام فيستحقه الضارب، وبعد القسمة لم يتم سبب الاستحقاق للضارب وقت القسمة وقد تم سبب الاستحقاق للغانمين وهو الإحراز، ولا يجوز تعطيل سبب تام لتوهم حق عسى يجب وعسى لا يجب فيقسم المضروب في الغنيمة؛ لأنه لا يملك للضارب ولا حق له في السبب قبل موت المضروب فلم يوجد المانع من القسمة، ولو أخذ المشركون المخروج حين ضربه المسلم وأخذ الضارب سلبه ثم اختلف الضارب والغانمون فقال الضارب: مات قبل القسمة، وقال الغانمون: مات بعد القسمة فالقول قول الغانمين ولا يقتل عليهم بينة الضارب إلا بينة مسلمة؛ لأن الضارب يدعي الاستحقاق وهم ينكرونه.

ولو حمل رجل من المسلمين رجلا من المشركين عن فرسه فجاءه إلى الصف أو إلى العسكر فذبحه فلا شيء له ويكره له ذلك؛ لأنه علق استحقاق السلب بقتل من هو محارب مقاتل وهذا قد صار أسيرا ولم يبق محاربا وصار قنًّا للمسلمين وللإمام في الأسرى رأي وخيار فهو بالقتل فوت عليه رأيه فيكره إلا إذا كان معدما إلى الصف يقاتل معه فقلنا بأنه يستحق السلب.

(فصل)

أصله: وهو أنه متى خالف الجندي رأي الأمير في الجنس لا يستحق شيئًا ومتى وافقه في الجنس وخالفه في الصفة، فإنه ينظر إن أتى بما هو منفعة للمسلمين وخير لهم، فإنه يستحق، وإن كان فيه شر للمسلمين أو منفعته دون منفعة المأمور به فلا يستحق شيئًا كما في الوكيل بالبيع.

ولو قال الأمير: من قتل بطريقًا من البطارقة فله سلبه فقتل رجل رجلا من غير البطارقة لا يستحق سلبه؛ لأن الإمام إنما أثبت له سلب البطريق لما في قتله كسر الشوكة وقهر المنعة وهذا لا يحصل بقتل غير البطريق مثل ما يحصل بقتل البطريق وكان هذا خلافا إلى شر.

ولو قال: من قتل شيخًا فله سلبه فقتل شابا يستحق؛ لأنه أتى بما هو خير فيعد ممتثلًا لا مخالفًا.

ولو قال: من قتل شابًّا فقتل شيخًا لا يستحق؛ لأنه أتى بما هو شر فصار مخالفًا.

ولو قال: من جاء بأسير فله كذا فجاء بوصيف فلا شيء له؛ لأن الأسير اسم للبالغ من الذكور والوصيف اسم للصغير الذي هو غير منتفع فقد خالف في الجنس.

ولو قال: من قتل صعلوكا من صعاليك المشركين فله سلبه فقتل بطريقًا لا يستحق سلبه؛ لأن الإمام نفله سلب الصعلوك وسلب البطريق أكثر قيمة من سلب الصعلوك حتى لو قال: من قتل صعلوكًا فله مائة درهم فقتل بطريقا يستحق المائة؛ لأنه أتى ما هو أنفع لهم والنفل لا يختلف، كما لو قال من قتل شيخا فله سلبه فقتل شابا استحق سلبه؛ لأن قيمة السلب لا تختلف بالشاب والشيخوخة.

ولو قال: من جاء بألف درهم فجاء بألف دينار لا شيء له؛ لأنه خالفه في الجنس كما في الوكيل بالبيع بألف درهم إذا باع بألف دينار لا ينفذ؛ لأنه خالف في الجنس فكذا هذا.

(باب في استحقاق السلب)

(**السير الكبير**) مسائله على فصول:

أحدها: فيمن يستحق السلب.

والثاني: في القتل الذي هو سبب الاستحقاق.

والثالث: فيما يستحقه بالتنفيل.

والرابع: فيما يتناوله اسم التنفيل.

(فصل)

وكل من يستحق شيئًا من الغنيمة يستحق النفل والسلب كالذمي والمرأة والعبد والصبيان العاملين يستحقون الرضخ فيستحقون النفل إلا إذا حضر الإمام الأحرار البالغين المسلمين فحينئذ لا شيء لهم؛ لأن للإمام ولاية التخصيص والتمليك والإبطال والتعطيل.

ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه فأسلم قوم من أهل الحرب فقتل رجل منهم مشركا أو قتل رجل من أهل سوق العسكر مشركا فلا شيء له قياسًا؛ لأن التنفيل إنما يتناول من كان معه يوم التنفيل والذي يسلم بعد التنفيل لم يتناوله الخطاب وله سلبه استحسانًا؛ لأن كل من يستحق الرضخ يستحقون النفل.

ولو قال: من قتل قتيلا فله سلبه فدخل عسكر آخر من أرض الإسلام مددًا لهم فقتل رجل منهم قتيلا كان له سلبه إذا كان الأول أميرًا على العسكريين جميعًا؛ لأن الثاني إذا كان تحت راية الأمير صار موليا عليهم من جهته وولايته عليهم شاملة فصار بتنفيله عليهم.

(فصل)

أصله: أن كل من كان قتله مباحًا في الجملة يستحق السلب بقتله بالتنفل؛ لأن التنفل تحريض على القتال، وإنما يتحقق التحريض بقتل من هو مباح لا بقتل من هو حرام وكل سلب لولا التنفيل فيه يستحق بالغنيمة يصح فيه التنفيل وما لا يستحق بالغنيمة لا يصح فيه التنفيل؛ لأن التنفيل لقطع الشركة وتخصيص المنفل له بالملك فيه تنقطع شركة الغير عنه.

ولو قال: من قتل منكم قتيلا فله سلبه فقتل أجيرًا من أهل الحرب لم يقاتل أو تأخر في عسكرهم أو الذمي الذي نقض العهد وخرج إليهم أو مريضا لا يستطيع القتال فله سلبه؛ لأن قتل هؤلاء مباح؛ لأن بنية الأجير صالحة للحراب وهو من جملة المقابلة والتاجر كثر سوادهم والذمي ينقض العهد صار كالحربي والمريض إن كان لا يستطيع القتال ولكن من أهل الرأي والمشورة يقابل برأيه فكان قتله مباحًا.

ولو قتل امرأة أو صبيا لا شيء له؛ لأن قتلهما غير مباح إلا أن يكونا يقاتلان فحينئذ يستحق السلب بقتلهما؛ لأنه مباح قتلهما في هذه الحالة، وإن قتل شيخا فانيا فلا شيء له؛ لأن الشيخ الفاني من لا رأي له في أمر الحرب ومثل هذا لا يباح قتله.

ولو قاتل مسلم مع الكفرة المسلم فقتله رجل منفل له لم يكن له سلبه؛ لأن المسلم وما في يده لا يغنم، وإذا لم يستحق الغنيمة لا يستحق بالنفل، وإن كان السلب مما أعاره المشركون فقتله إنسان فله سلبه؛ لأن قتله مباح وسلبه في الغنيمة فيستحق بالتنفيل.

(فصل)

ولو كان السلب عارية عند المشرك كصبي أو امرأة فهو كالذي للبالغ من أهل الحرب؛ لأنه يستغنم مالهما كمال البالغ، فإن أعار المسلم أو الذمي سلاحه الحربي فقاتل المسلمون فقتله مسلم ينظر إن كان المسلم أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فسلبه للقاتل عند أبي حنيفة خلافًا لهما بناء على أن ماله يغنم عنده وعندهما لا يغنم، فإن كان المسلم من دار الإسلام، فإنه لا يغنم ماله؛ لأنه مال معصوم بعصمة متأكدة، وإن كان المسلم أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فأخذ مشرك سلاحه غصبا فقاتل به فقتله مسلم فليس له سلبه.

ولو دخل مسلم دار الحرب بأمان فأخذ مشرك سلاحه غصبا فقاتل فقتله مسلم فله سلبه والفرق في الأول لا يملك الكفار ماله بالاستيلاء لما تبين فلا ينقطع عنه ملكه وفي الثاني يملكه الكفار بالاستيلاء فانقطع ملكه عنه.

ولو رمى مسلم مشركا في صفهم فقتله فأخذ المشركون سلبه ثم انهزموا فوجد السلب في الغنيمة، فإنه يكون في الغنيمة ولا شيء للقاتل؛ لأنه لما سلبوه وانتزعوه منه فقد ملكوا ذلك السلب فاعترض ملكهم على ملك المتنفل له، فإذا ملكوه الغزاة بعد ذلك كان غنيمة.

ولو انهزموا ولا يدري أيهم هل أخذوا سلبه أم لا، فإنه ينظر إن وجد السلب قد نزعوا عنه فهو فيء لأنهم لما نزعوه فقد أثبتوا أيديهم على السلب وبطل ملك القاتل عنه لاعتراض ملك الكفرة عليه، ولو لم ينزعوا شيئًا من نفس المقتول يكون

للقاتل؛ لأن يدهم لم تثبت عليه حتى كان السلب على المقتول، وكذلك لو جره المشركون حين قتل وسلبه عليه ولم ينزعوا وهربوا فسلبه للقاتل؛ لأن جرهم محتمل قد يكون لكي لا تطأه الخيول وقد يكون كي لا تنكسر قلوب المشركين.

ولو وجدوه على دابته بعدما سار العسكر مرحلة أو مرحلتين لا يدري أكان في يد أحد أو لم يكن فهو للقاتل قياسًا؛ لأن الحاجة هنا إلى إبطال الاستحقاق الثابت للقاتل، وإذا لم يعرف ثبوت يد الغير على الدابة والدابة يحتمل أنها سارت بنفسها فلا تبطل استحقاقه بالدليل المحتمل ولا يكون له استحسانًا؛ لأن الدابة لا تسير يوما أو يومين سيرا مستقيما، فإن الظاهر أنها تسير من غير سائق أو قائد يمنة أو يسرة فلما سار في مثل هذه المدة مستقيما علم أنه أخذه منهم فيكون فيئا.

ولو أن المشركين أخذوا دابته فحملوا عليها القتيل وعليها سلاحه فهو للقاتل لأنهم لما حملوه على دابته مع سلاحه فالظاهر أنهم لم يأخذوه للملك بل للرد على أهله فلم يملكوه، ولو حملوا على الدابة القتيل وسلاحه وسلاحهم وأمتعتهم فهذا يكون فيئا؛ لأن حملهم على الدابة سلب القتيل ومتاعه إنما يكون بطريق الاستيلاء والتمليك فانقطع حق المنفل له إلا أن يكون شيئًا يسيرا كالإداوة ونحوها فيكون للقاتل بناء على مسألة الدعوى دابة يدعها رجلان لأحدهما عليها حمل وللآخر عليها إداوة أو شيء علقه عليها فالقول لصاحب الحمل؛ لأن يده محتوية عليها ظاهرا فكذا هذا، ولو أخذت الورثة الدابة فحملوا عليها القتيل وسلاحه فهذا يكون فيئا؛ لأن حمل الورثة السلب وأخذهم يكون على وجه الاستيلاء والتملك لا غير فقد اعترض ملكهم على ملك المنفل له فبطل ملكه وكذلك الوصي بمنزلة الوارث؛ لأن الوصي يأخذ المال للحفظ على الوارث فصار كأحد الورثة بأنفسهم، فإن قتل أحد الوارث يكون على وجه التملك إذا بقي ملكا للمقتول فأما إذا لم يبق ملكا له فلا. قلنا هذا من أحكام الإسلام وهذا غير ثابت في حقهم فإنهم لم يعتقدوا الملك بطريق التنفيل والغنيمة بالقهر والغلبة فصار في زعمهم أنهم أخذوا ملك أنفسهم فملكوا بالاستيلاء، ولو قال الأمير من قتل قتيلا فله فرسه فقتل رجلان رجلا ومع غلامه فرس له قائم بجنبه بين الصفين يكون للقاتل

فرسه؛ لأن مقصود الإمام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن من القتال فارسا إذا كان فرسه مع غلامه يقرب منه فأما إذا كان فرسه مع غلامه لا يقرب منه بأن لا يكون بجنبه في الصف فلا يكون له؛ لأن التمكن من القتال فارسا إنما كأن يكون بقدرته عليه من غير معالجة كبيرة ومتى كان الفرس لا بجنبه، فإنه لا يتمكن إلا بمعالجة وإعراض عن القتال وبالتربص إلى أن يحضر عبده أو بالمشي إلى الصف فلا يكون متمكنا من القتال فارسًا، ولو قتل رجلا مشركا على برذون، فإنه يستحق سلبه؛ لأن من كان على البرذون يسمى فارسا، ألا ترى أنه يستحق سهم الفرسان، ولو كان على حمار أو بغل أو جمل لا يستحق السلب؛ لأن راكب هذه الأشياء لا يسمى فارسا، ألا ترى أنه لا يستحق سهم الفرسان.

(فصل)

أصله: أنه متى علق الاستحقاق باسم الجنس يتناول الذكر والأنثى ومتى قيده بصفة الأنوثة لا يتناول الذكر؛ لأن ذلك اسم نوع فلا يتناول الجنس.

ولو قال: من قتل قتيلا فله برذونه فقتل رجلا على فرس لا يستحق فرسه؛ لأن المعلق بالقتل استحقاق البرذون والفرس فوقه؛ لأن الفرس اسم للعربي خاصة والبرذون لما يكون للعجمي خاصة فلا يستحق الأرفع والأعلى بتنفيل الأوضع والأدنى، كما لو قال له مائة درهم لا يستحق مائة من نقد بيت المال فكذا هذا.

ولو قال: من قتل قتيلا فله دابته فقتل رجلا على حمار أو بغل أو فرس فله ذلك؛ لأن الدابة اسم لهذه الحيوانات كلها، ولو كان على بعير لا يستحقه استحسانًا؛ لأن اسم الدابة لا يتناول البعير، ولهذا لو حلف لا يركب دابة فركب بعيرا لا يحنث.

ولو قال: من قتل قتيلا على حمار هو له فقتل رجلا على أتان كان له؛ لأن الحمار اسم جنس فدخل تحت الاستحقاق الأنثى والذكر بخلاف ما لو قال من قتل قتيلا على أتان فقتل رجلا على حمار ذكر لا شيء له؛ لأن اسم الأنثى لا يتناول الذكر وكذلك البعير والناقة بخلاف البغل والبغلة، فإن كل واحد منهما اسم جنس فيتناول الذكر والأنثى جميعا.

(القسم الرابع في حكم الأسرى والمستأمنين)

(باب مفاداة الأسرى)

(**السير الصغير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في مفاداة الأسير بالأسير.

والثاني: في المفاداة بالمال.

(فصل)

ولا يجوز مفاداة الأسير بالأسير عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يجوز؛ لأن المفاداة جائزة عند الحاجة وقد مست الحاجة وهو تخليص المسلم عن أيدي الكفار وذلك أولى من قتل هذا الكافر أو استرقاقه والانتفاع به، ولأن مفاداة الأسير بالأسير قتال من وجه وهو عود المؤمن إلينا وضرورته عونا لنا.

لأبي حنيفة: إن في المفاداة إعانة وتقوية لأهل الحرب، فإنه إذا عاد الحربي إلى دار الحرب صار حربا علينا ولا يجوز تمكين العدو من ضرورته حربا علينا؛ لأن دفع شر حرابهم عن المسلمين خير من استنفاد المسلم وتخليصه عنهم؛ لأنه إذا لم يخلص كان ذلك أملا في حقه.

وذكر الكرخي: قال أبو يوسف: تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة ولا يجوز بعدها، وقال محمد: يجوز على كل حال؛ لأن الحق ثابت قبل القسمة، فإذا جاز المفاداة مع وجود الحق قبل القسمة فكذا بعدها.

لأبي يوسف: أن الملك قد ثبت للمقسوم له فلا يجوز إبطاله عليه من غير عوض والاستبدال والمعاوضة لا يستقيم؛ لأن الثابت بعد القسمة هو الملك والملك أقوى من الحق، فإذا جاز إبطال الحق لا يدلّ على أنه يجوز إبطال حقيقة الملك.

قال محمد: لا بأس بأن يعاد والشيخ الفاني بالمال إذا كان لا يرجى منه ولد؛ لأنه لا معونة لهم بخلاف النسوان والصبيان؛ لأن في الرد عليهم معونة لهم.

ولو طلب المشركون أن يأخذوا واحدًا من المشركين من أسراهم ويعطوا بدله

رجلين لم يجز؛ لأنهم لا يفعلون ذلك إلا بفائدة ترجع إليهم ولا فائدة في ذلك للمسلمين.

(فصل)

ومفاداة الأسير من الكفار بالمال لا يجوز إلا عند الحاجة بل تقبل أو تجعل فيئًا.

وعند الشافعي: يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأن فيه إعانة وتقوية لأهل الحرب وضرورته حرما علينا بسبب المال وهذا حرام ولا حجة له في قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ [محمد: ٤] أباح المن أو الفداء قلنا هذه الآية نزلت بالمدينة فإنها في سورة محمد وهي آخر سورة نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال فكان ناسخا للمفاداة.

(**النوادر**): رجل أسره العدو فباعه الذي أسره من رجل آخر من العدو، وقال المشتري للأسير: ارجع إلى دار الإسلام وابعث إلي المال الذي أديته منك فخرج الرجل إلى دار الإسلام لا يجب عليه المال؛ لأنه بالبيع لم يصر ملك الثاني إلا إذا كان المأسور أمره أن يشتريه من الأول ليبعث إليه ثمنه ببيع أن يفي به؛ لأن الوفاء بالشرط والعهد واجب وإن أسره عدو آخر لا يبطل عنه ذلك.

(**العيون**) لأبي الليث: الأسير إذا أمر رجلا أن يفديه من أهل الحرب بألف ففداه بألفين، فإنه يرجع عليه بألف بخلاف الوكيل بالشراء إن اشترى بألفين لا يرجع بألف والفرق أنه ليس هنا عقد، وإنما أمره أن يخلصه بالفداء فصار كمن أمر رجلا أن ينفق عليه ألفًا فأنفق ألفين ولا كذلك الوكيل، ولو كان الأسير مكاتبا فأمر رجلا بفدائه جاز عند أبي حنيفة، وإن كان الفداء المأمور به أكثر من قيمته فاحشا، وإن كان الأسير عبدا مأذونا لا يجوز على مولاه ويلزمه إذا عتق كما لو جنى ففداه لا يجوز على مولاه ويلزمه إذا عتق فكذا هذا. رجل أمر رجلا أن يشتري له أسيرا في دار الحرب فاشتراه ينظر إن قال له: اشتر لي أو قال: اشتر من مالي يرجع على الآمر،

وإن لم يقل ذلك لا يرجع إلا أن يكون خليطا له؛ لأنه حينئذ يكون الأمر بالشراء له المأسور إذا وكل رجلا أن يفديه فقال الوكيل للرجل اشتره لي أو اشتره بمالي جاز؛ لأنه صار كأن الوكيل هو الذي اشتراه فكان له أن يرجع عليه، ولو قال الوكيل اشتره ولم يقل واحدا من ذلك ففعل صار الوكيل متطوعا ولا يرجع.

(باب حكم المستأمنين)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الحربي المستأمن.

والثاني: في المسلم المستأمن.

(فصل)

أصله: أن كل مال يحتمل النقل من ملك إلى ملك يصير فيئا وإلا فلا؛ لأن الملك بالاستيلاد كالملك بسائر الأسباب المقيدة للملك فكل ما يملك بسائر الأسباب فبالاستيلاء أولى في الأموال المباحة. حربي مستأمن في دارنا أدان وأودع ثم أسر أو ظهر على الدار فقتل تطلب ديونه والودائع فيء إلا العبيد الذين دبرهم في دار الإسلام فهم أحرار.

أما الوديعة فلأنها في يده معنى واعتبارا لقيام يد المودع مقام يده، فإذا صار هو مغنومًا قبل الموت لظهور الغانمين على الدار صار الذي في يده مغنومًا أيضًا تبعًا له.

وأما الديون لا تحتمل إثبات اليد عليها إلا بواسطة الاستيفاء لأنها ليست بمال قائم حقيقة فلا يتصور الاستيلاء عليها واختص من عليه باليد عليه فملكه فسقط عنه.

وأما المدبرون فلأن التدبير صح في دار الإسلام فعتقوا بموته بالأسر؛ لأن بالاسترقاق والأسر صار ميتا حكما، ولهذا لم يبق أهلا للملك فكان الأسر بمنزلة الموت في حق مسبب المالكية والأهلية، ولهذا تعتق أم ولده بأسره كما تعتق بموته، وأما الذين دبرهم في دار الحرب يملكون؛ لأن التدبير لم يصح في دار

الحرب. مات مستأمن في دار الإسلام على مال وورثته في دار الحرب يوقف ماله ليقدم ورثته ويقيموا البينة؛ لأن ماله دخل تحت الأمان والأمان لا ينتقض بموته في حق المال كالذمة فلا يملكونها المسلمون وهو من أهل دار الحرب حكما وورثته من أهل الحرب حكما وورثته من أهل الحرب فلم يوجد تباين الدارين حكما وتباين الدارين حقيقة لا حكما لا يمنع التوارث كما لو مات المسلم في دار الإسلام وله ورثة مسلمون في دار الحرب إلا أنهم لا يصدقون إلا ببينة لأنهم متهمون بالكذب، فإن أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانًا لا قياسًا؛ لأن هذه شهادة قامت على إزالة يد المسلم وهو الإمام فلا يقتل. وجه الاستحسان: أن هذه شهادة قامت على إثبات النسب من كافر لا على استحقاق المال وإزالة يد المسلم عنه؛ لأن يد المسلم تزول بإقراره لأن المال لوارث الحربي لا بشهادة الكافر وشهادة الكافر على إثبات النسب من الكافر مقبولة وصار كما لو مات ذمي وترك دينا على مسلم أو وديعة عنده مقر بها فأقام ذمي بينة على الغريم والمودع أنه وارثه تقبل لهذا فكذا هذا. ولا يقبل كتاب ملكهم فيه؛ لأن قوله لا يقبل؛ لأنه رغبة في حقنا فكيف كتابة عبد تاجر لحربي دخل دارنا بأمان فأسلم بيع وثمنه للحربي؛ لأنه لا يجوز أن يبعث إلى مولاه؛ لأنه مسلم ولا تجوز إزالته عن ملكه بغير عوض؛ لأنه مال معصوم للكافر ولا وجه إلى إمساكه لما فيه إبطال حقه فلم يبق طريق سوى البيع.

(فصل)

ولو دخل المسلم أو الذمي دار الحرب بأمان فأصاب هناك دورًا ومالا ثم ظهر المسلمون عليهما فكله له إلا العقار، فإنه فيء؛ لأن ما سوى العقار معصوم محترم محرم التعرض بالتملك بالاستيلاء، فأما العقار ثابت في دار الحرب ودار الحرب لا تدخل تحت العصمة المستفادة بالأمان وأولاده لا تصير فيئا لأنهم كانوا مسلمين وما كان وديعة له عند حربي فهو له في رواية أبي سليمان وفي رواية أبي حفص فيءٌ يُغنم؛ لأن يد الحربي المودع ليست بعاصمة محرزة مانعة من التعرض ورواية أبي سليمان أصح؛ لأن العصمة كانت ثابتة لهذا المال باعتبار عصمة المالك فاعتبار يد الحربي حقيقة إن أوجب زوال العصمة فباعتبار يد المالك معنى واعتبارا؛ لأن يد المودع يد

المودع معنى واعتبارا توجب بقاء العصمة تبعا لعصمة نفسه فوقع الشك في زوال العصمة فلا تزول بالشك.

ومن قاتل من عبيده الكفار المسلمين فهو فيء لأنه استعصى على مولاه بالقتال بغير إذنه فانقطعت يد مولاه عنه أصلا فصار حربيا فيسترق وكذلك أمة حربية حبلى منه فهي والجنين فيء؛ لأنها صارت غاصبة مولاها مستولية نفسها عينه، وإن كان المشركون قتلوا هذا المسلم في دارهم وأخذوا ماله ثم ظهر المسلمون ردوه على ورثته؛ لأن المورث لو كان حيا أخذه بغير شيء قبل القسمة وبعد القسمة يأخذون بالقيمة إلا النقدين وكذلك الوارث، فإن أسلم المشركون على دارهم أو صالحوا لم يوجدوا بدم المقتول ولا مال له.

مسلم دخل دار الحرب بأمان فاشترى صغيرا فأعتقه ثم خرج وتركه فكبر كافرا ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فهو فيء؛ لأنه أعتقه وخلى سبيله متى تركه في دار الحرب فزالت يده عنه بدخوله دارنا فصار حرًّا بالإجماع فيكون حرا حربيا كافرا فيملك بالاستيلاء.

قوم من المسلمين مستأمنون في دار الحرب فأغار على أهل تلك الدار قوم آخرون من أهل الحرب لا يحل للمسلمين أن يقاتلوا معهم؛ لأن إعانة الكفار لا تجوز وترك الإعانة لهم فرض عين والجهاد مع الكفار فرض كفاية فكان إقامة ما هو فرض عين أولى من إقامة ما هو فرض كفاية ولأنه لا يجوز للمسلم أن يجعل نفسه تبعا للكفار ويحارب تحت رايتهم؛ لأن فيه استدلالًا بالإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا تستعينوا بنار المشركين**"[1] أي: لا تقاتلوا تحت رايتهم إلا إن خافوا على أنفسهم من أولئك فيقاتلوا دفعًا لهم؛ لأنه يكون دفعًا للهلاك عن أنفسهم لا إعانة لأهل الحرب.

أهل دار الحرب أغاروا على دار المسلمين العدل أو الجوارح فأسروا ذراريهم

---

(١) أخرجه أحمد (٣/٩٩، رقم ١١٩٧٢)، والنسائي (٨/١٧٦، رقم ٥٢٠٩)، والطحاوي (٤/٢٦٣)، وابن جرير في التفسير (٤/٦٢)، والبيهقي (١٠/١٢٧، رقم ٢٠١٩٥)، والضياء (٤/٣٧٩، رقم ١٥٤٦).

الأحرار فمروا بالمستأمنين أولئك المسلمون لا يسعهم أن لا ينقضوا عهدهم ويقاتلوا عن ذراري المسلمين إن أطاقوا؛ لأن المستأمن بعقد الأمان إنما ضمن أن لا يغدرهم ولا يخونهم وما ضمن أن لا ينصر المسلمين ولا يدفع ظلمهم عن المسلمين وهم في أخذ ذراري المسلمين ظالمين فكان فرضا عليهم استنقاذهم في أيديهم إن أطاقوا.

والذمي كالمسلمين في وجوب الدفع عنه؛ لأنه من أهل دارنا في بلد الخوارج. قوم من أهل الحرب فأغار عليهم أهل الحرب يقاتلون مع الخوارج عن بيضة الإسلام؛ لأن الخوارج مسلمون ودفع شر الكفار فرض وبغيهم لا يمنع من الإعانة لهم؛ لأن إسلامهم يوجب الإعانة لهم وبغيهم يمنع فترجح الإسلام لأنه أصل، والله أعلم بالصواب.

(**السير الكبير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في حكم المستأمن في عساكر المسلمين.

والثاني: في حكم ما أصابه الغنائم.

(فصل)

مستأمنون في عسكر المسلمين فأراد الإمام أن ينبذ إليهم فعليه أن يلحقهم بمأمنهم، فإن قالوا يكون مع ذرارينا ونسائنا الذين أسرتموهم فإنه ينبغي للإمام أن يؤجلهم إلى وقت يتيسر فيه عليهم اللحوق بمأمنهم ولا يرهقهم في الأجل كي لا يؤدي إلى الإضرار بهم ويقول إن لحقتم إلى مأمنكم إلى وقت كذا وإلا فأنتم ذمة نضع عليكم الجزية ولا ندعكم أن ترجعوا إلى مأمنكم بعد ذلك، فإن لم يخرجوا حتى مضت المدة صاروا ذمة؛ لأن مكنهم في تلك المدة دلالة الرضاء منهم بأن يكونوا ذمة فيكون بمنزلة قبول عقد الذمة نصًّا بمنزلة المستأمنين في دارنا أطالوا القيام، فإن خاف أمير العسكر منهم أن يقتلوا المسلمين أو يغاروا عليهم ليلا، فإنه يأمرهم أن يلحقوا بمأمنهم ويوقت لهم ذلك وقتا ثم يأمرهم أن يجمعوهم في موضع يتحرسوا لهم في كل ليلة حتى يمضي ذلك الوقت، وكذلك إن حضر العدو جعلهم في موضع وجعل عليهم حراسا؛ لأن الخوف يزداد منهم عند التقاء الصفين ويحتاج

المسلمون إلى أن يأمنوا ليفزعوا للقتال، وإذا استأمن الحربي إلى العسكر ليدلهم على عورات المشركين هلع المسلمون العدو ففقدوه فلما هزموهم وجدوه فيهم فقال أسروني من صف المسلمين، فإنه ينظر في حاله، فإن كانت هيأته كهيئات المأسورين بأن كان مغلولًا أو مربوطًا أو مضروبًا لم يتعرض له وكان على أمانة الأول إلا عند تعذر الوقوف على حقيقة الحال يصار إلى تحكم الظاهر وإلى العلامة والزي المشعر بالأسر ولكنه يستحلف على ذلك إلا بما شاهدنا من دلالة الحال يصير الظاهر شاهدا له ولكن لا تنتفي تهمة الكذب عن كلامه فيكون القول قوله مع يمينه.

وإن لم يكن عليه شيء من علامات الأسر فهو فيء وللإمام أن يقتله؛ لأن الظاهر أنه فارق عسكرنا باختياره والتحق بمنعة أهل الحرب فانتهى به الأمان، فإن أشكل أمره بتعارض العلامات بحكم الموضع الذي وجد فيه وقد وجد في منعة أهل الحرب وفي موضع إباحة الاسترقاق وكونه في منعة أهل الحرب دليل مزيل لأمانه فاعتمدنا على ما هو معلوم للحال فيباح استرقاقه فإنهم ليسوا منا دينا ولا دارا فكانوا تبعا للمسلمين فصار كالعبد يرضخ له ويكون ذلك للمولى ومتى كان لهم منعه لم يصيروا تبعا للمسلمين فتكون الإصابة اكتسابا للمال لا بجهة الجهاد وإعزازًا للدين وإعلاءه فصار كالمتلصص لا خمس له فيما أصابه بخلاف أهل الذمة إذا قاتلوا مع المسلمين ولأنه لهم منعه بغير إذن الإمام يقسم ما أصابوا بينهم على سهام الغنيمة؛ لأن بقتالهم يحصل نوع نصرة للمسلمين وهي نصرة الدار فيستحقون الرضخ، فأما المستأمنون فلا يستحقون بغير إذن الإمام شيئًا لعدم النصرة منهم دينا ودارا، فأما إذا استعان بهم الإمام، فإنه يرضخ لهم شيئًا لأنهم في هذه الحالة بمنزلة أهل الذمة وصار هذا نظير المستأمن. إذا وجد في دار الإسلام معدنا أو ركازا بغير إذن الإمام، فإنه يوجد منه الكل، ولو طلب بإذن الإمام، فإنه يخمس وما بقي فهو له، ولو وجد ذلك الذمي، فإنه يخمس في الحالين والباقي له، ولو أن حربيا أخذ أموال أهل الحرب فاستأمن فأمنوه ثم أسلم وخرج بذلك إلى العسكر، فإنه يكون غنيمة؛ لأن الأخذ قبل الإسلام ليس على وجه كسر شوكة المشركين وقهرهم وإعزاز الدين فصار غنيمة متى صار محرزا بقوة العسكر أهل الحرب إذا خرجوا إلينا بأمان فقتلوا بعضهم بعضا يقبض.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يقبض وهذا أليق وأوفق لقواعدنا وهو أن حقن دمهم وعصمة نفسهم ناقص لقيام دليل المبيح وهو كونه حربيا منبعثًا على حرابنا، وإنما صار سلما لنا لتعارض الأمان فتمكنت فيه شبهة نقصان العصمة، ولهذا لو قتله مسلم أو ذمي لا قصاص عليه لشبهة نقصان العصمة والتقوم والمماثلة في العصمة شرط لوجوب القصاص.

(باب الرجل يسلم في دار الحرب)

(**السير الصغير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الحربي إذا أسلم في دار الحرب.

والثاني: إذا أسلم في دار الإسلام وترك ماله وعياله في دار الحرب.

(فصل)

أسلم حربي في دارهم واستولى المسلمون على تلك الدار ترك له ما في يده من ملكه ورقيقه وولده الصغير ويغنم أولاده الكبار وامرأته الحبلى وما في بطنها ودوره وأراضيه فوديعته عند حربي.

وقال الشافعي: لا يغنم.

والصحيح قولنا؛ لأن ما في يده من المال فقد سبقت يده إليه أيدي المسلمين وكل من سبقت يده إلى المباح فهو أولى به، ولأن يده عاصمة محرزة فصار ما في يده معصومًا محرزًا عن الاستغنام كما صارت نفسه معصومة وولده الصغير مسلمًا بإسلامه تبعًا له فتثبت له العصمة عن الاستغنام وولده الكبير وامرأته لم يصر مسلما بإسلامه تبعا له فبقي كافرًا حربيًّا، والكافر الحربي غير معصوم عن الاستغنام والجنين تابع للأم في الرق والحرية؛ لأنه جزء من أجزائها فتبعها في الاسترقاق؛ لأن الاستيلاء يرد على جميع أجزائها.

وأما العقار تابع للدار محفوظ بيد سلطانهم محمية بحمايته فلم يكن له العقار باليد الحافظة الحامية ولا اليد الناقلة المتصرفة فكان العقار تابعا للدار والتابع لا

يفارق أصله، فإذا ملكت بقاع أهل الحرب بالقهر والغلبة فظهر حكم الإسلام فيها فملكت ما هو تابع لها وما ليس في يده إن كان في يد مسلم أو ذمي وديعة فهو له؛ لأن يدهما معصومة كيده، وإن كان في يد حربي يكون فيئا؛ لأن يده غير محترمة واليد للمودع حقيقة فيجوز إبطالها وهذا؛ لأن العصمة لم تكن ثابتة لماله بل كان مباح الأخذ في الأصل وحاجتنا إلى إثبات العصمة والعصمة للمال إنما تثبت تبعا للمالك والتبعية للمالك إنما تثبت بقيام يده عليه ويد المسلم إن كانت ثابتة حقيقة فوقع الشك في ثبوت التبعية والعصمة فلا تثبت بخلاف ما إذا كان للمسلم وديعة عند الحربي فهي له؛ لأن العصمة لماله ثابتة ووقع الشك في زوالها فلا تزول بالشك كما وصفنا وما في يد مسلم أو ذمي غصبا فهو فيء عند أبي حنيفة وعندهما لا يكون فيئا ذكر هذا الخلاف في السير الكبير.

لهما: أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس وقد استفاد بإسلامه في النفس عصمة مؤثمة[1] مانعة من الاسترقاق والتملك بالاستيلاء فكذلك فيما هو تابع لها.

له: إن المال في الأصل خلق مباحا، ولهذا لا يجوز استغنامه قبل الغصب، وإنما تثبت عصمته بالإحراز بدار الإسلام ولم يوجد، فأما الآدمي خُلِقَ في الأصل حُرًّا معصومًا عن التملك لأنهم أولاد آدم وحواء ولكن يبطل ذلك بجناية الكفر، فإذا أزال الكفر عادت الأصلية لما كانت وهي العصمة المؤثمة، فأما العصمة المقوّمة[2] فعارضية فلا تثبت إلا بالإحراز ولم يوجد، وكل عصمة المال عارضية والإباحة فيه أصلية ولم يوجد السبب الموجب للعصمة في المال وهو الإحراز واليد فبقي على الإباحة الأصلية هذا كله إذا ظهر المسلمون على دارهم وصارت دار الإسلام فأما إذا غاروا هذه الأرض ولم يظهروا عليها فكذلك عند محمد رحمه الله، وعند أبي حنيفة يصير كل ماله فيئا إلا نفسه وولده الصغير.

---

(١) العصمة المؤثمة: هي التي تجعل من هتكها آثمًا. انظر: القلعجي معجم لغة الفقهاء ٢٨٣/١.

(٢) العصمة المقومة: هي التي يجب في هتكها القصاص أو الديّة، ومنها قولهم: المسلم معصوم الدم. انظر: القلعجي معجم لغة الفقهاء ٢٨٣/١.

فمحمد سوّى بين الإغارة والظهور والفتح عنوة؛ لأن كلاهما في سبب الملك سواء، وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما، والفرق أن بالظهور والفتح عنوة صارت الدار دار الإسلام وكانت يد المالك على ما في يده ثابتة حقيقة باعتبار منعة المسلمين وقوتهم وشوكتهم ويد المسلم يد محترمة فلا يجوز إبطالها فأما بالإغارة لم تصر دار الإسلام فلم تكن يده ثابتة على المنقولات معنى واعتبارًا؛ لأن يد أهل الحرب ثابتة عليها يدا حافظة دافعة باعتبار اشتمال يدهم على الدار باعتبار المنعة والشوكة، ولهذا لا تصير الغنيمة ملكا للغانمين في دار الحرب والعصمة إنما تثبت باعتبار اليد حقيقة والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك والإباحة كانت ثابتة فبقيت، وكذلك لو أسلم في دار الحرب وخرج إلينا ثم ظهر المسلمون على داره على التفصيل الذي ذكرنا؛ لأن داره صارت دار إسلام؛ لأن يد أهل الحرب قد انقطعت عنها فكان بمنزلة ما لو أسلم ولم يخرج إلينا. أسلم أهل الحرب على مال أخذه الكفار من المسلمين فهو لهم لأنهم ملكوه بالاستيلاء ولقوله عليه السلام: "**مَنْ أَسْلَمَ عَلَى مَالٍ فَهُوَ لَهُ**"[1]، ولأن الأخذ منهم يؤدي إلى تنفيرهم عن الإسلام لأنهم إنما أسلموا ليسلم لهم ما في أيديهم وفي عدم الأخذ منهم ترغيب وتحريض لهم على الإسلام، والتنفير حرام والترغيب واجب[2].

وكذلك خرج حربي مستأمن بمتاعه ليس لصاحبه عليه سبيل؛ لأن دخوله دار

---

(١) أخرجه ابن عدي والبيهقي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا بلفظ: "من أسلم على شيء فهو له". وفي إسناده ياسين بن معاذ الزيات. قال البيهقي: ياسين بن معاذ الزيات كوفي ضعيف جرحه يحيى بن معين والبخاري وغيرهما من الحفاظ. وأخرجه سعيد بن منصور من حديث عروة بن الزبير رضي الله عنهما، قال محمد بن عبد الهادي في تنقيح التحقيق: هذا الحديث مرسل لكنه صحيح الإسناد، وروي الحديث كذلك عن ابن أبي مليكة مرسلا. قال الألباني: والحديث عندي حسن بمجموع طرقه (السنن الكبرى للبيهقي ١١٣/٩ ط. دائرة المعارف العثمانية بالهند، وكتاب السنن لسعيد بن منصور القسم الأول من المجلد الثالث ص٥٤، ٥٥ ط. علمي بريس ماليكاون، وفيض القدير ٦٢/٦ نشر المكتبة التجارية، وإرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للألباني ١٥٦/٦، ١٥٧ نشر المكتب الإسلامي).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٣٣/٣ ط. ١٢٧٢هـ، وحاشية الدسوقي ١٨٧/٢.

الإسلام بأمان كان كإسلامه في حق إفادة العصمة وترك التعريض كما لو صاروا ذمة؛ لأن الذمة حلف عن الإسلام في أحكام الدنيا.

(فصل)

ولو خرج إلى دار الإسلام ثم أسلم ثم ظهر المسلمون على الدار فأهله وماله أجمع فيء؛ لأن المال ليس بمحرز ومعصوم بيده؛ لأن عصمة المال إنما تثبت تبعا لعصمة المالك والتبعية إنما تثبت بقيام يد المالك عليه حقيقة وحكما وهنا أن تثبت يده حكما بعد الإسلام لصيرورة داره دار الإسلام ولم تثبت حقيقة والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك وولده الصغير لا يصير مسلما بإسلامه بالتباين الدارين حالة الإسلام؛ لأنه حين أسلم كانت داره دار الحرب وتباين الدارين يمنع التبعية فلم تثبت له العصمة.

(باب الحربي يدخل دارنا بغير أمان)

(السير الصغير): حربي دخل دارنا بغير أمان فهو فيء لجماعة المسلمين أخذ قبل الإسلام أو بعده عند أبي حنيفة، وعندهما من أخذه فهو عبده، وإن أسلم قبل أن يأخذه أحد فهو حر.

لهما: أنه حر في يد نفسه حقيقة؛ لأن الحرية كانت ثابتة وإنما تزول بعارض الإسلام ولم يوجد وأنه في يد نفسه يدا متصرفة وحافظة لأن لكل آدمي يدًا على نفسه يدًا متصرفة ويدا حافظة باعتبار عقله فلا تبطل هذه اليد بدخوله دار الإسلام؛ لأن يد الدار يد حكمية على ما فيها واليد الحقيقية أقوى من اليد الحكمية فلا يبطل بها وهذا مال مباح وقع في يد الأخذ حقيقة وحكما فيختص الأخذ به.

له: أنه حين دخل دارنا وقع في أيدي المسلمين اليد الحافظة؛ لأن للمسلمين يدا على الدار يدا حافظة لأنهم مستنقذون بحفظ الدار وما فيها لقيام شوكتهم واليد الحافظة للحربي انتهت بدخوله دار الإسلام فسبقت يدهم يد الأخذ فسبق ثبوت الحق لهم فلا يبطل الحق بأخذ الأخذ، ولهذا لو أسلم الحربي قبل الأخذ يكون فيئا لجماعة المسلمين؛ لأن الإسلام لا يبطل الحق فكذا هذا.

ولو أسلم فقد أسلم بعد ثبوت اليد عليه فيسترق له والصحيح عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا خمس فيه؛ لأنه فيء لجماعة المسلمين أخذوا لا بطريق القهر والغلبة فلا يكون مغنومًا كالجزية.

والصحيح قولنا عن محمد أنه يجب فيه الخمس؛ لأنه مأخوذ على وجه الغنيمة؛ لأنه ملك بالاستيلاء على وجه الغلبة.

ورُوي عنه أنه لا خمس فيه؛ لأنه مأخوذ على أصل الإباحة، وإذا ادعى هذا الحربي أنه دخل بأمان لم يقبل قوله عند أبي حنيفة؛ لأن يدعي امتناع ثبوت الملك بعد وجود سببه وهو بالاستيلاء عليه لعارض وهو الأمان فلا يقبل منه إلا ببينة.

ولو رجع بهذا الحربي إلى دار الحرب خرج من أن يكون فيئا؛ لأن عندهما الملك إنما يثبت باليد الحقيقة ولم يوجد قبل الأخذ وعند السبب لم يوجد؛ لأن اليد الحافظة إن تحققت للمسلمين فاليد الناقلة المتصرفة لم تتحقق لهم، فإذا عاد قبل تمام السبب عاد على ما كان عليه كما لو انفلت وأخذ من السبايا في دار الحرب يعود حرا على ما كان فكذا هذا.

(**السير الكبير**) ولو قال رجل من المسلمين: أنا أمنته لم يصدق؛ لأنه أخبر بما لا يملك إنشاءه؛ لأنه ثبت فيه حق لجماعة المسلمين وهو استرقاقه وقول الواحد لا يقبل في إبطال الحق الثابت للمسلمين إلا إذا شهد بهذا رجلان مسلمان غير المخبر أنه أمنه فهو آمن؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

ولو قال الذي أخذه: إني أمنته قبل أن آخذه فهو آمن عند محمد؛ لأنه في الظاهر عبد له وقد أقر بحريته فلا تهمة في إقراره ولا يصدق في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن الحق فيه ثبت لجماعة المسلمين وهو غير مصدق في إبطال حقهم.

(**النوادر**): قوم من أهل الحرب خرجوا إلينا وأخذوهم في دار الإسلام فقالوا أسلمنا في دار الحرب كانوا فيئا للمسلمين؛ لأنه لو ثبت ذلك كان فيئا للمسلمين عند أبي حنيفة؛ لأن إسلامه ثبت بعد ثبوت يد المسلمين وملكهم، فإذا لم تثبت كان أولى. ملك من ملوك أهل الحرب أهدى إلى رجل من المسلمين هدية من أحرازهم ومن

بعض أهله، فإن كان بين المهدى إليه وبينهم قرابة كانوا مماليك له، وإن كان فيهم ذات رحم محرم منه أو أم ولد له لم يكن مملوكًا للمهدى إليه لأن المهدى إليه لا يملكهم بالاستيلاء فكذلك بالهدية. [والله عز وجل أعلم بالصواب][1].

(باب حكم ما في يد المسلم والمستأمن إذا خرج إلينا)

(السير الكبير) مسائله على فصول:

فصل في المسلم إذا خرج إلينا.

وفصل في الحربي إذا استأمن وخرج إلينا.

وفصل في المستأمن من أهل الحصن.

(فصل)

ولو خرج علج من أهل الحرب مع مسلم إلى المعسكر فقال المسلم: آخذ به أسيرًا، وقال الحربي: جئت مستأمنًا، فالقول قول الحربي؛ لأنه جاء مجيء المستأمنين فالظاهر شاهد له؛ لأنه غير مقهور حيث جاء معاهدا؛ لأن الواحد يتنصف من الواحد.

ولو جاءه وهو مكتوف أي مشدود اليد من الخلف أو مغلول أو في عنقه حبل يقوده فالقول قول المسلم؛ لأن دلالة الحال تشهد له وفي مثل هذا يحكم دلالة الحال.

ولو كان هذا الحربي مع عدد من المسلمين وهو مخلي عنه فقالوا هو أسيرنا وقال الحربي جئت مستأمنا فالقول قول المسلمين لأنه مقهور بجماعتهم لا يقدر على الانتصاف والتخلص منهم لو أراد ذلك وهو بمنزلة المربوط والمغلول، ألا ترى أنهم لو كانوا مائة رجل قد أجدفوا عليه حتى صار لا يقدر على التخليص منهم، فإنه يستبق إلى كل أحد أنه أسير لا مستأمن فيكون فيئا لجميع العسكر.

مسلم في دار الحرب أو كان مستأمنا فيهم أو كان أسلم منهم فالتحق بجيش

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

المسلمين ومعه حربية فقالت جئت مستأمنة إليهم، وقال المسلم: جئت بها قهرا ينظر إن كانت مخلاة غير مربوطة تمشي معه حتى إذا انتهت إلى أول مشايخ المسلمين فهي آمنة؛ لأن الظاهر شاهد لها لأنها جاءت مجيء المستأمنين.

ولو جاءت وحدها بهذه الصفة كانت آمنة فكيف إذا صحبها مسلم في الطريق؛ لأن بمجرد هذه الصحبة لا تثبت للمسلم اليد عليها فهي في يد نفسها.

وإن كانت مقهورة مربوطة فهي فيء؛ لأن الظاهر أن المسلم هو الذي أسرها وأخرجها إلا أنه حين أحرزها بمنعة الجيش فالجيش شركاؤه فيها؛ لأن الإحراز بالدار حصل منهم جميعًا وكذلك إن أخرجها إلى دار الإسلام إلا في خصلة وهو أنه يختص بها هنا إذا جاءها قاهرا لها؛ لأنه تفرد بإحرازها بدار الإسلام ولا خمس فيها؛ لأنه ما أصابها بجهة الجهاد بل هو بمنزلة ما لو أخذه المتلصص وأحرزوه.

وإن قالت المرأة: تزوجته وخرجت معه، وقال هو: كذبت بل هي أمة اشتريتها وأخرجتها، أو اشتريتها أو وهبت لي لم يصدق الرجل إذا كانت مخلاة لأنها في يد نفسها فإقرارها بأنه زوجها أو اشتريتها أو وهبت لي لم يصدق الرجل إذا كانت مخلاة لأنها في يد نفسها فإقرارها بأنه زوجها لا يسقط حكم يدها فكانت مستأمنة، وإن كانت مقهورة فالقول قوله؛ لأن باعتبار القهر والغلبة يسقط حكم يدها على نفسها.

وكذلك إذا جامعها معه برقيق وقالوا: نحن أحرار، وقال هو: بل هم عبيدي وهم مخلاة غير مقهورين فالقول قولهم إلا إذا أقام عليهم بينة عادلة مسلمة كانت أو ذمية أو مستأمنة أنه كان أسرهم قبلت البينة؛ لأن شهادة هؤلاء على المستأمنين مقبولة.

ولو صدقوه بذلك وهم عبيده وإن خرج بهم إلينا لأنهم تصادقوا على ذلك قبل أن يثبت الحق فيهم للمسلمين والضرورة داعية إلى اعتبار تصادقهم؛ لأن المسلم في دار الحرب لا يمكنه أن يستصحب شاهدين مع نفسه يشهدون أنهم له فلا بد من بناء الحكم على تصادقهم وإن كذبوه كان فيئا لما عرف.

(فصل)

[ولو][1] استأمن الحربي إلى أهل الإسلام فأمنوه فخرج معه امرأة وأطفال فقال هذه امرأتي وهؤلاء أولادي ولم يذكر الأمان فهم فيء قياسًا؛ لأنه طلب الأمان لنفسه خاصة وحكم الأمان لا يتعدى إلى من كان منفصلا عنه وهم آمنون استحسانًا لأنهم أتباع له من حيث إنه يعولهم وينفق عليهم والتبع لا يفارق الأصل في حكمه، فالعرف مؤيد وشاهد لذلك؛ لأن الحربي إنما يستأمن إلينا فرارًا من أهل الحرب ورغبة في الإقامة في دارنا ليتجر معنا، وإنما يتم هذا المقصود إذا خرج بزوجته وأولاده الصغار ليتمكن من الإقامة في دارنا، ألا ترى أن الذمي في دارنا يؤدي الجزية ولا جزية على أتباعه من النساء وأولاده الصغار.

وكذلك لو جاء معه بسبي كثير فقال: هؤلاء رقيقي وصدقوه أو كانوا صغارا لا يعبرون عن أنفسهم أو كان معه دواب عليها متاع ومعها قوم يسوقونها فقال هؤلاء غلماني وصدقوه كان مصدقا مع يمينه؛ لأن الظاهر شاهد له، فإنه مستصحب ماله بسبب التجارة أو على قصد الفرار.

ولو جاء وحده لا شيء معه هكذا جوعا في دارنا، وإنما طلب الأمان لنفسه حتى يتمكن من الفرار في دارنا أمانا فدخل ماله في ذلك تبعا إلا أنه يستحلف لتنتفي تهمة الكذب ومن كذبه في الرقاب كان فيئا وجميع ما معه؛ لأن الرق لم يثبت في حقه إذا كذبه وكان هذا حرا حربيا في دارنا بغير أمان فيكون فيئا، وإن قال ليست الدواب دوابي ولا الذين يسوقونها غلماني ولكن المتاع متاعي واستأجرتهم لحمل ذلك معي فصدقوه فهم آمنون مدة دوابهم استحسانًا؛ لأن المستأمن لا يمكنه نقل الأمتعة إلى دارنا على ظهره ليتجر فيها ولكن من عادة التجار الكراء في مثل هذا وثبوت الأمان لهم من جملة حوائجهم ومما تم به مقصوده فيتعدى حكم الأمان إليهم كما يتعدى إلى زوجه وأولاه الصغار ويصير كأنه استأمن لهم، وإن كان معه صغار يعبرون عن أنفسهم فقال هم أولادي وصدقوه فهم آمنون لأنهم أتباعه ما لم

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وإذا.

يبلغوا ألا ترى أنهم يتبعونه في الإسلام والذمة وإن كذبوه فهم فيء للمسلمين؛ لأن نسبهم لا يثبت منه عند تكذيبهم وقد ذكروا أنهم صاروا فيئا؛ لأن صاحب اليد لم يدَّع أنهم أرقاؤه فبقوا أحرارًا دخلوا دارنا بغير أمان، وإن كان معه صغار لا يعبرون عن أنفسهم فقال سرقتهم من أهل الحرب أو هم أيتام كانوا في عيالي فأخرجتهم معي فهم آمنون والمسروقون مماليكه؛ لأنه زعم أنه استولى عليهم في دار الحرب بطريق السرقة فثبت له عليهم اليد القاهرة فملكهم ومن في عياله أتباعه بسبب إنفاقه عليهم، وإن خرج بنساء قد بلغن فقال هؤلاء بناتي وصدقته فهن فيء قياسًا؛ لأن التبعية قد انقطعت عنهن بالبلوغ كذكور البالغين وهن آمنات استحسانًا لأنهن على عياله ونفقته ما لم يتحولن إلى بيوت الأزواج والظاهر شاهد لذلك؛ لأن النساء لا يستأمن لأنفسهن عادة ويكن مع آبائهن وأزواجهن بخلاف الذكور من الأولاد؛ لأن الذكور مقاتلة فلا يحصل الأمان لهم إلا بالاستئمان مقصودًا والإناث آمنات عن القتل، وإنما حاجتهن إلى الأمان لدفع الاسترقاق عن أنفسهن ويمكن إثبات ذلك لهن بالإتباع لآبائهن وعلى هذا الأمهات والجدات والأخوات والعمات والخالات من جاءت معه منهن فهي آمنة تابعة له بخلاف الآباء والأجداد ونحوها لا يتبعه في الأمان أحد من المقاتلة إلا عبيده وأخبره استحسانًا لتحقق حاجته إلى استصحابهم مع نفسه إما للتجارة فيهم أو لنقل أمتعة التجارة وكل ما كان آمنا بأمانه متى كذبه فيما ادعى عليه ثم صدقه كان فيئا؛ لأن تكذيبه أولا يثبت حق المسلمين فيه فتصديقه بعد ذلك يتضمن إبطال حقهم فلا يقبل، وإن صدقه ثم كذبه كان فيئا أيضًا لإقراره على نفسه بثبوت حق الاسترقاق فيه وذلك مقبول إلا رفيقه وأولاده الصغار الذين يعبرون عن أنفسهم؛ لأن ملكه في رفيقه وقد تقرر وتأكد بتصديقهم فلا يقبل قولهم في إبطال تملكهم وفي أولاده يثبت نسبهم منه بالتصديق وتأكدت حريتهم باعتبار أمانه فلا يقبل قولهم بالرق على أنفسهم بمنزلة صغير معروف النسب إذا أقر على نفسه بالرق لا يقبل والبنت البالغة إن ثبت نسبها منه بتصديقها ولكن ليس من ضرورة ثبوت نسبها بطلان إقرارها بالرق على نفسها، فإنه يجوز ثبوت الرق مع ثبوت النسب والبالغة يقبل قولها فيما يضرها والصغيرة لا يقبل قولها فيما يضرها فلا يمكن إثبات

الرق بإقرارها بعدما ظهرت حريتها بتصديقها والصغير المجهول النسب في يد الغير إذا أقر أنه عبده إنما كان عبدا له لا بإقراره بل بدعوى ذي اليد لما عرف في الدعوى.

(فصل)

ولو أن المسلمين حاصروا حصنًا فاستأمن رجل منهم على أن ينزل إليهم فأمنوه فخرج ومعه امرأته وولده الصغار ورفيقه وماله فذلك كله في غير نفسه؛ لأن هذا صار مقهورا خائفا على نفسه بإحاطة المسلمين بحصنهم، وإنما يطلب الأمان لينجو بنفسه وفي تحصيل هذا المقصود لا حاجة إلى إتباع شيء من هؤلاء معه بخلاف الفصل المتقدم، فإنه كان آمنا في داره لقيام منعته، وإنما استأمن إلى دارنا ليسكن فيها ويتجر بأمواله ولن يحصل هذا المقصود بحاله إلَّا باستصحاب هؤلاء مع نفسه.

ولو خرج المحصور إلينا بسلاح كما يلبس الناس راكبا على دابة ومعه قدر نفقته في حقوقه فذلك له استحسانًا؛ لأنه لا يمكنه أن يخرج عريانا ويحتاج إلى لبس السلاح أيضًا فيري أصحابه أنه يخرج إلى القتال أو يدفع شرهم عن نفسه بعدما خرج وربما لا يمكنه أن يمشي راجلا فيحتاج إلى ركوب دابته ويحتاج إلى نفقته؛ لأنه يعلم أنه لا يعطي شيئًا في عسكر المسلم، فإنه يكفيه منهم أن ينجو رأسا برأس، ولو لم يستصحب نفقته مات جوعا فيصير هذا القدر مستثنى من جملة ما يستصحبه مع نفسه فيسلم له ذلك.

(باب المسلم إذا خرج من دار الحرب ومعه النساء وفي يدهما مال فتخاصما فيه)

(**السير الكبير**): ولو خرج مسلم من دار الحرب ومعه امرأته حربية فقال أمنتها وأخرجتها على الأمان فهي فيء قياسًا؛ لأن أمانه في دار الحرب باطل لكونه مقهورا في منعة أهل الحرب وكما حصلت في دار الإسلام فقد صارت فيئا مأخوذا بالدار فلا يعمل أمانه في إبطال حق المسلمين وهي حرة مستأمنة استحسانًا؛ لأنه لما خرج

معها مستديما لذلك الأمان مصرا عليه فهو بمنزلة المنشئ للأمان في أول جزء من أجزاء دار الإسلام قبل ثبوت حق المسلمين فيها لأنها ما حصلت في دارنا إلا آمنة فأدنى الدرجات أن يقترن أمان المسلم إياها بسبب ثبوت حق المسلمين فيها وذلك يمنع ثبوت حقهم فيها يوضحه أنها لما وصلا إلى موضع فاصل بين الدارين لا يد لأحد أهل الدارين عليه فقد خرجا من منعة أهل الحرب وصح أمان المسلم فيه إياها وهي لا تصير مأخوذة بدار الإسلام ما لم يصل إلى موضع يأمن فيه المسلمون بخلاف ما لو أمنها ثم خرجت هي وحدها؛ لأنه لم يوجد استدامة الأمان ولا إنشاؤه في ذلك الموضع فكانت فيئًا.

ولو خرج مسلم من دار الحرب ومعه حربي فنادى بالأمان ومعهما مال في أيديهما أو على دابة هما ممسكان لها فقال المسلم هذا عبدي والمال والدابة لي وقال المستأمن كذب بل جئت مستأمنا والمال مالي، فإن كان الحربي مقهورا برباط وغيره فالقول قول المسلم؛ لأنه صار عبدا له حين جاءه مقهورا وليس للعبد يد معارضة ليد مولاه في المال، وإن لم يكن مقهورا فهو حر مستأمن والمال والدابة بينهما نصفان لاستواء يدهما عليه وإن كانا خرجا إلى معسكرنا في دار الحرب وقد كان المسلم أسيرا فيهم والمال في أيديهما فنصفه للمستأمن باعتبار يده ونصفه فيء لجماعة العسكر؛ لأن هذا النصف في يد الأسير وقد أحرزوه بمنعة عسكر المسلمين فيكون غنيمة.

ولو ادعى المسلم الهبة أو الغصب من أهل الحرب لا يصدق؛ لأنه يريد إبطال حق الجيش في المشاركة معه فلا يصدق إلا ببينة، وإن كان المال في يد المستأمن خاصة فشهد المسلمون أنه كان للأسير يصدق عليه وأودعه هذا المستأمن في منعة أهل الإسلام رد المال عليه، وإن شهدوا أنه أودعه في منعة أهل الحرب لم يرد عليه؛ لأن الإيداع متى كان في دار الحرب لم يلزمه شيء؛ لأن المستأمن لم يلتزم أحكامنا، وإنما أراد الأمان ليتجر فيما بيننا ثم يرجع إلى داره فلا يسمع القاضي خصومته عليه فما كان في دار الحرب ألا ترى أنَّ مسلمًا ومستأمنا دخلا دار الإسلام فادعى أحدهما على صاحبه دينا أو وديعة والمعاملة كانت في دار الحرب لم تسمع الخصومة لما يأتي في بابه.

ولو خرج المسلم والمستأمن وفي أيديهما بغلة وعليها مال يقول كل واحد منهما هو مالي وفي يدي فقامت لأحدهما بينة مسلمة قضى القاضي له به؛ لأن يقر دعواه بالحجة وتبين بهذه المسألة خطأ ما قاله بعض مشايخنا فيما لو قال كل واحد من المتداعيين هذا ملكي وفي يدي لا يسمع القاضي هذه الخصومة وقد نص محمد هنا على قبول البينة من أحدهما؛ لأنه محتاج إليه لدفع منازعة الآخر والبينة لهذا المقصود مقبولة.

(باب المعاقدة والمعاملة مع أهل الحرب)

(**السير الصغير**): دخل دارهم بأمان فقتل أحد منهم أو استهلك مالًا أو غصب متاعًا لا يلزمه غرم ويصير ملكًا له؛ لأن الإتلاف والغصب صادف مالا مباحا؛ لأنه ما أمنهم بل استأمنهم فبقي حربا لنا ولم تصر أموالهم معصومة عن الاستغنام من غير أمان فبقي مباحا فصار ملكا له إلا أنه يكره للمسلم ذلك؛ لأنه بالإتلاف والغصب صار ناقضًا عهدهم والوفاء بالعهد واجب فيجب عليه التوبة وهي لا تحصل إلا بالرد عليهم في الغصب فأشبه المشتري شراء فاسدا[1].

ولو أدان حربيا أو أدانه حربي ثم خرجا إلينا مستأمنين بطلب المداينة؛ لأن مداينة أهل الحرب ومعاملاتهم هدر في حقنا إذ لا ولاية لنا عليهم لأنها دار بهبة وكل من استولى على شيء ثم أسلم أو صار ذمة كان سالما له فلم يجب القضاء بذلك إلا إذا أسلما أو صارا ذمة ثم اختصما يجب القضاء به لقيام الولاية عليهما وكذلك إن قتلوه؛ لأنه حربي قتل مسلمًا غدر المسلم بهم وأخذ مالهم وعاد إلى دار الإسلام كره للمسلمين شراؤه منه وملكه؛ لأنه اكتسب بسبب محظور على ما قال صلى الله عليه وسلم: "**لا تغلوا ولا تغدروا**"[2].

---

(١) انظر: ابن عابدين ٢٢٤/٣، وجواهر الإكليل ٢٥٤/١، ٢٥٥، وحاشية الدسوقي ١٧٩/٢، والمغني ٤٩٤/٨.

(٢) أخرجه أبو يعلى (٧٥٠٥) قال: حدثنا أحمد بن عيسى التستري، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: حدثني ابن لهيعة، عن عبد ربه بن سعيد، عن سلمة بن كهيل، عن شقيق بن سلمة، فذكره.

ورُوي عن المغيرة بن شعبة: أنه صحب قومًا من أهل الحرب في الجاهلية فقتلهم وأخذ أموالهم وجاء بها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام: "**أما إسلامك فمقبول، وأما المال مال غدر وجناية، فلا حاجة لنا فيه**"[1].

فرق بين هذا وبين المشتري شراء فاسدًا إذا باع بيعًا جائزًا لا يكره للمشتري الثاني، والفرق أن الكراهة في الشراء الفاسد ثابتة لحق الله تعالى بإدخاله الشرط الفاسد في البيع لا لحق البائع؛ لأنه راضٍ به والبيع الثاني خلا عن الشرط الفاسد في البيع فلم تثبت الكراهية لحق الله تعالى ولا لحق البائع؛ لأنه سلطه على البيع لما ملكه منه فكان راضيا ببيعه فأما هنا الكراهة تثبت لحق المالك باعتبار الغلول والغدر عليه وحق المالك لا يبطل بتداول الأيدي فبقيت الكراهة وإن كانت جارية كره وطؤها لما عرف من الحظر في السبب.

(**الفتاوى**) هشام عن أبي يوسف: حربي دخل دارنا بأمان فباع غلاما من حربي في دار الإسلام ودفع إليه ولم يقبض منه الثمن واشترى أيضًا من بائعه الحربي غلاما ولم يقبضه ولم يعطه الثمن ثم دخل الحربي دار الحرب ثم سبى ذلك الحربي قال الغلام الذي باعه والبيع فيه منتقص والغلام الذي اشتراه منه فهو للذي في يديه. مسلم دخل دار الحرب بأمان فاشترى من أحدهم أمه أو بنته تطوع اختلف المشايخ فيه قال أكثر المشايخ البيع باطل مطلقًا.

وقال الكرخي: إن كانوا يدينون جواز البيع فالبيع جائز وإلا فلا لأنهم متى كانوا يرون البيع فقد كانوا يبيعون بطريق القهر والغلبة ممكن بالقهر قبل البيع والمختار أنه لا يجوز في الوجهين لأنه وإن ملك بالقهر والغلبة ولكنه صار حرا عليه لما ملكه بالقرابة بالإجماع، فإذا باع فقد باع ما لا يملكه، فإذا بطل البيع فمتى أخرجه إلى دار الإسلام قال بعضهم يملكه الآن؛ لأنه إن كان البيع باطلا، فإذا ذهب به المشتري

---

(١) أخرجه البخاري ١١/٣ (١٨١١) قال: حدثنا محمود، قال: حدثنا عبد الرزاق. و«أبو داود» (٢٧٦٥ و٤٦٥٥) قال: حدثنا محمد بن عبيد، أن محمد بن ثور حدثهم. و«النسائي» ١٦٩/٥، وفي «الكبرى» (٣٧٣٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا محمد بن ثور.
كلاهما: (عبد الرزاق بن همام، ومحمد بن ثور) عن معمر بن راشد، عن الزهري، عن عروة بن الزبير، عن المسور بن مخرمة.

فذلك قهر منه فملكه بالقهر وقال أكثرهم: يكون حرا؛ لأن البائع لا يملك التصرف فيه بيعا ووطئًا فلا يملك المشتري مطلقا؛ لأن المشتري أخذه بالقهر لما باع البائع قهرا فملكه بالقهر، وإن كان البائع لا يرى جوازه فهو على التفصيل إن اشتراه وذهب به كرها ملكه؛ لأنه ابتدأ قهر على الحربي في دار الحرب فملكه، وإن ذهب وهو طائع لم يملكه؛ لأنه لم يوجد منه القهر في دار الحرب. الحربي إذا دخل دارنا بأمان مع الولد فباع الولد لا يجوز؛ لأن الولد دخل تحت الأمان وفي إجازة البيع نقض الأمان. مسلم دخل دار الحرب بأمان فجاء رجل من أهل الحرب بأمه أو بأم ولده أو بعمته أو بخالته قد قهرها ببيعها من المسلم المستأمن لا يشتريها منه؛ لأن الحربي إن ملكها بالقهر فقد صارت حرة، فإذا باع فقد باع الحرة، فإن قهر حربي بعض أحرارهم ثم جاء بهم إلى المسلم المستأمن فباعهم منه ينظر إن كان الحكم عندهم أن من قهر منهم صاحبه فقد ملكه جاز الشراء؛ لأنه باع المملوك، وإن لم يملكه لا يجوز؛ لأنه باع الحرة.

(فصل)

الأسير إذا أراد أن يتزوج منهم وكانوا من أهل الكتاب إن لم يخش العنت يكره وإن خشي العنت لا يكره؛ لأن ما يخاف هنا أعظم مما ورد النهي لأجله، وإن أسروا أمة لمسلم يكره له أن يتزوجها؛ لأن ولده يصير عبدا لهم، فإن كانت مدبرة لمسلم فكتب إلى مولاها فأذن له جاز؛ لأن ما ورد النهي لأجله معدوم، وإن دخل مولاها بأمان جاز له أن يطأها لأنها مدبرته إن لم يكن وطأها الحربي لأنها ملكه. أسير خرج من دار الحرب إلى دار الإسلام فقالت له امرأته: إنك ارتديت في دار الحرب، فإن أنكر الزوج فالقول قوله وإن أقر وقال: تكلمت مكرها فالقول قولها؛ لأنه أقر بالردة وادعى الكره والمرأة تنكر، فإن صدقته المرأة بذلك فالقاضي لا يصدقهما؛ لأن تصادقهما في الفرج لا يجوز، وهكذا لو قال لامرأته: أنت طالق، وقال: عنيت به طلاقا من وثاق وصدقته المرأة فالقاضي لا يصدقهما.

(باب ما يصدق فيه المستأمن من أهل الحرب وما لا يصدق)

(السير الكبير): وإذا قال أهل حصن أو مطمورة لعسكر المسلمين آمنونا على أهلينا ومتاعنا على أن أفتحها لكم ففعلوا وفتحوها لهم فقالوا: هؤلاء أهلونا لفرق مسبية لا يصدق قياسًا إلا ببينة؛ لأن حق المسلمين قد ثبت في جميع ما في الحصن لظهور سببه وهو الاستيلاء فهم يدعون المانع بعدما ظهر الاستحقاق بسببه فلا يصدق، وفي الاستحسان إن صدقهم المسبيون أنهم أهاليهم وآمنون معهم يصدقون وإن كذبوهم لا يصدقون؛ لأن بتصادقهم ثبت الأمان فيما بينهم لا بألا نقف على حقيقة ما كان بينهم ولا يجوز في الحصن عدو لأمن المسلمين يشهدون على ما لهم في المتاع والأهل فينبني الحكم على ما يظهر بتصادقهم؛ لأنه لا يسبق إلى وهم كل واحد منهم أنهم لا يتجاسرون على التصادق على الباطل في مثل هذه الحالة فاعتبرنا تصادقهم احتياطًا لا من الأمان؛ لأنه منهي عن الاحتياط لما فيه من حرمة الاسترقاق وعند تكذيبهم لم يثبت السبب المبني عليه الأمان ومجرد خبرهم أنهم أهلونا لا يصح حجة لأنهم عارضون بالتكذيب، وإن كذبوه هؤلاء ادعى على غيره أنهم أهلونا لم يصدق؛ لأنه مناقض في ذلك والمناقض لا كلام له، وإن قال رجلان من السبي كل واحد منهما هذا من أهلي، فإن صدق المدعى أحدهما فهو من أهله، وإن كذبهما جميعًا كان فيئا، وإن ادعى المستأمنين المتاع ينظر إن كان في يد الغانمين سبيل عن ذلك المأخوذ منه من أهل الحصن، فإن صدقهم فهو لهم، وإن كذبهم كان فيئا لا ما عرفنا كون اليد في هذه الأمتعة للذي أخذوا منه ولصاحب اليد قول معتبر فيما في يده كما أن للمرء قول معتبر في نفسه ويده، وإن كانت زائلة في الحال ولكن سبب زوالها الأخذ على وجه الاغتنام كما في النفوس فإنها صارت مأخوذة منهم بالاغتنام ومع ذلك اعتبر تصديق المدعى في النفوس باعتبار الأصل فكذلك يعتبر تصديق من كان في يده؛ لأنه أعرف بما كان في يده من غيره، وإن كان المتاع في أيدي المستأمنين فقالوا: هذا متاعنا فالقول قولهم؛ لأن أصل اليد

لهم وهي شاهدة لهم من حيث الظاهر فيتبين الحكم ما لم يعلم بخلافه ويستحلف لانتفاء التهمة، وإن لم يكن المتاع في يد أحد وقد صار في يد المسلمين لم يصدق المستأمنون في ذلك إلا ببينة؛ لأنه لما لم يعلم يعرف فيه يد لأحد مما قضى وجب المصير فيه إلى اليد الظاهرة في الحال الموجبة للاستحقاق له وهي ثابتة ظاهرة للمسلمين فوجب الاستحقاق لهم ظاهرا فالمدعي بدعواه يبطل حقا ظهر استحقاقه لهم فلا يقبل إلا بحجة، فإن ادعوا ذلك قبل أن يصل المتاع إلى يد المسلمين فالقول لهم مع يمينهم؛ لأن ما كان في المطمورة فيد المستأمنين إليه أقرب من يد المسلمين حين كان في المطمورة فكأنه حين ادعى ذلك، وإن كان ذلك في يده فيد المسلمين جميعًا وهم متعلقون به وهو للمستأمن مع يمينه؛ لأن يده كانت أقرب باعتبار الأصل وقد علمنا أن يد المسلم مستحدثة فيه فلا تعتبر اليد المستحدثة مع بقاء اليد الأصلية القديمة وكذلك قوم من أهل المطمورة يقرون أنه للمستأمن فالقول قولهم باعتبار أن اليد الأصلية كانت لهم فلا تعتبر اليد المستحدثة للمسلمين بتعلقهم به.

ولو ادعى المستأمن المتاع بعد القسمة أو بيع المتاع لم يصدق إلا ببينة؛ لأن سبب الملك قديم لمن وقع في سهمه أو للمشتري والملك لا يستحق بمجرد الظاهر بل بالحجة الكاملة، وإنما الظاهر حجة لدفع الاستحقاق وحاجة المستأمن هنا إلى استحقاق الملك على الملاك فلا بد من بينة.

وإن أقر المسلمون أنهم أخذوه من أيدي المستأمنين لم يصدقوا؛ لأنه لم يبق لهم على المتاع يد ولا ملك إلا إذا أقر من وقع في سهمه أنه له، فإنه يرده على المستأمن؛ لأن إقراره صادف ملك نفسه إلا أنه لا يعوض له شيئًا؛ لأن الاستحقاق كان بإقراره وإقراره ليس بحجة على سائر الغانمين فكان هو في حقه متلفًا نصيب نفسه فلا يستحق التعويض من الغنيمة.

ولو قال المستأمنون جميع ما في المطمورة أهلونا وجميع ما فيها متاعنا ونحن بطارقنا وصدقهم بذلك من فيها فهم مصدقون إذا كانوا معروفين بأنهم رؤوس أهل المطمورة، وإن كان يعلم خلاف ذلك لأنهم يصدقون؛ لأن التصديق هنا باعتبار نوع من الظاهر وسقط اعتبار الظاهر إذا ظهر دليل الكذب.

(فصل)

وإن رجع المدعي عن قوله: هو أهلي، وكذبه المدعى فيه، فالقول قول المدعي؛ لأنه استفاد الأمان بادعائه الأول فبالرجوع عنه يريد إبطال الأمان الثابت له فلا يصدق فيه إذا لم يكن مناقضًا فكيف إذا كان مناقضا.

ولو رجع المدعى دون المدعي كان المدعي فيئا؛ لأنه أقر على نفسه بالرق للمسلمين وبكونه من أهل المدعي لا يمنع قبول إقراره على نفسه إلا أن يكون المدعي ادعى أنه عبده أو أمته وصدقه المدعى ثم قال: لست بمملوك له لم يصدق وبقي مملوكا له؛ لأن رجوعه عن تصديقه يتضمن إبطال ملك المدعي فلا يقبل قوله ومملوكه من أهله بقوله وينفق عليه فهو فيء؛ لأن المدعي أقر في ملكه بثبوت حق الغانمين وذلك إقرار على نفسه فيقبل إلا أنه ليس للإمام أن يقتله؛ لأنه صار آمنا عن القتل بتصادقهما في الابتداء أنه مملوكه، ولو أبيح قتله إنما يباح بقول المدعي وقوله ليس بحجة على مملوكه في إباحة دمه كما لو أقر عليه بالقصاص حتى لو تصادقا أنه ليس بمملوك له يباح قتله؛ لأن المدعى إنما أقر أنه لم يتناوله الأمان وهو غير متهم فيما يقر على نفسه من إباحة دمه كما لو أقر على نفسه بالقصاص، ولو قال المدعي هو ابني في عيالي وصدقه المدعى، فإنه يحلف المدعى، فإن حلف كان حرا، وإن لم يحلف كان فيئا؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار على نفسه بثبوت حق الغانمين فيه ولكنه لا يقبل؛ لأن الأمن عن القتل ثبت بتصادقهما فلو أبيح قتله إنما يباح بالنكول والنكول لا يصلح حجة لإباحة القتل قال عيسى هذا غلط؛ لأن إباحة القتل هنا باعتبار أصل الإباحة لا باعتبار النكول، فإنه كان مباح الدم وبنكوله ينتفي المانع وهو الأمان فتعود الإباحة الأصلية كما كانت كما لو ادعى القاتل على المولى وجحد الولي وحلف، فإن يستوفي القصاص والصحيح هو المذكور في الكتاب؛ لأن الإباحة الأصلية قد ارتفعت بتصادقهما على أنه من أهل المدعي فلو أبيح قتله إنما أبيح بسبب نكوله وذلك لا يجوز؛ لأن النكول حجة فيها شبهة ولا يستحلف المدعي؛ لأنه لا قول له على ابنه فيما يرجع إلى إثبات الرق أو إباحة القتل والمقصود بالاستحلاف هذا.

(**الزيادات**) أصله: أن دار الحرب دار إباحة الأموال فيتحقق الاستيلاء فيها سببًا لإفادة الملك ظاهرًا إلا إذا عارض هذا الظاهر ظاهرًا بخلافه ودار الإسلام دار عصمة الأموال والنفوس فلا يتحقق الاستيلاء فيها سببا، لإفادة الملك ظاهرا إلا إذا عارض هذا الظاهر ظاهر آخر بخلافه. بعث الإمام سرية إلى دار الحرب فجاؤوا بأسرى، فقال الأسرى: نحن قوم من أهل الإسلام أو من أهل الذمة لم يأسرونا من أرض الحرب وقالت السرية أسرناهم من أرض الحرب فالقول قول الأسارى؛ لأن الأسارى أنكروا وجود سبب التملك وهو الاستيلاء في دار الحرب والاستيلاء في دار الحرب الإسلام لم يثبت ظاهرا فكان القول لهم، ولو أقامت السرية بينة من التجار أو غيرهم ممن ليس له في الغنيمة نصيب تقبل، وإن كان ممن له نصيب في الغنيمة لا تقبل.

وذكر في السير الكبير: أنه تقبل قبل، إنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع موضوع المسألة في السير الكبير في الجيش العظيم فتكون الشركة عامة والشركة العامة غير ما بعد قبول الشهادة؛ لأنه لا يصيب كل واحد منهم نصيبا منتفعا، ولهذا لو أعتق واحد عبدًا من المغنم لا ينفذ عتقه فلا يصير شاهدا لنفسه فموضوع المسألة هنا في الشرح والشركة بين أصحاب السرية خاصة فيصيب كل واحد منهم نصيبًا منتفعًا فيصير شاهدا لنفسه.

ولو أقر الأسرى أنهم أسروهم من دار الحرب ولكنا من أهل الإسلام أو الذمة دخلنا تجارا أو لزيارة أقاربنا لم يصدق فكانوا فيئا لأنهم اتفقوا على وجود سبب الملك فيهم للسرية وهو الاستيلاء في دار الحرب ثم ادعوا عارضا مانعا بعد ذلك وهو كونهم من أهل الإسلام أو الذمة فلا يقبل ذلك منهم إلا ببينة مسلمة؛ لأن هذه شهادة تقوم على إبطال ملكهم بعدما ظهر سببه وشهادة الذمي على المسلم لا تقبل إلا أن يكون عليهم سيماء المسلمين فحينئذ لا يتعرض لهم؛ لأن العمل بالسيماء والعلامة والتحكيم به له أصل في الشرع عند اشتباه الأمر وإلا التباين بين الأدلة كما في اللقيط والموتى المسلمين إذا اختلطوا بموتى الكفار تميز بينهم بالسيماء.

وأصله قوله تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ﴾ [يوسف: ٢٦] فهذه إشارة إلى تحكم العلامة وسيماء المسلم الختان والخضاب ولبس السواد لما بينا في كتاب التحري وعلامات الكفار ثلاثة فقال محمد: أن يكون غير مختون؛ لأن عامة الكفار لا يفعلون الختان وزنار قد شده فوق قبائه وأبيض الرأس واللحية قد جعل رأسه فضة كما يفعله أهل الذمة يريد به أنه لم يغير شعره سوادًا بالخضاب.

(باب معرفة أرض الحرب وأرض الإسلام وأحكامهما)

(**السير الصغير**): أرض الحرب تصير دار الإسلام بإجراء الأحكام فيها بالاتفاق، فإذا ظهر المشركون على أرض الإسلام لا تصير دار الحرب عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بثلاثة شرائط بظهور أحكامهم فيها، وأن لا يكون فيها مسلم ولا ذمي أمن بأمان المتقدم، وأن تكون متاخمة بدار الحرب أي متصلة بها وعندهما تصير دار الحرب بظهور أحكام الشرك فيها.

وكذلك لو كانت أرض ذمة فنقض أهلها الذمة أو أرض المسلمين ارتدوا وأظهروا أحكام الشرك فيها فعلى هذا الاختلاف.

لهما: أن الدار إنما تثبت إلى أهلها لثبوت يدهم القاهرة عليها وقيام ولايتهم الحافظة فيها إذا أجروا أحكام الشرك فيها فقد تثبت ولايتهم فاشتملت واحتوت يدهم عليها وبقاء الواحد والمثنى فيها لا يحل بولايتهم وشوكتهم ولا ينقص شأفتهم ورعايتهم بل يكون ذلك أمارة زيادة قوتهم وسلطتهم عليها حيث لم يتعرضوا لهم بعلة موالاتهم وحق معاداتهم.

لأبي حنيفة: أن الأرض عرفت بكونها دار الإسلام فبقيت دار الإسلام متى بقي أثر من آثار الإسلام؛ لأن الأمان والعصمة للواحد ثبت بدار الإسلام وهو قائم، وهذا الأمر يدل على أنها دار الإسلام وظهور غلبة الكفار واحتواء أيديهم عليها يدل على أنها دار الحرب فتبقى دار الإسلام عند التعارض لقوله عليه السلام: "**الْإِسْلَامُ**

يَعْلُو وَلَا يُعْلَى"[١] وهذا كالولد إذا حكم بإسلامه تبعا لأبويه ثم ارتدا الأبوان ولحقا بدار الحرب يبقى الولد مسلمًا لبقاء أثر الإسلام وهو الدار فكذا هذا.

وأما إذا لم تكن الأرض متصلة بدار الحرب فهم مغلوبون بأهل الإسلام يزعجون عنها ساعة فساعة، وإذا كانت متاخمة بدار الحرب أو دار الحرب محيطة بها تكون مغلوبة بأهل الحرب وحقيقة الغلبة نصها دار الإسلام أو دار الحرب بخلاف ما إذا غلب المسلمون على أرضهم تصير دار الإسلام، وإن بقي واحد من أهل الشرك فيها؛ لأن بقاء أثر الشرك لا يكفي لبقاء حكم دار الحرب؛ لأن حكم الإسلام أقوى فيترجح الأقوى على الأوهى كالمسبي من دار الحرب يجعل مسلما تبعا للدار، وإن بقي أثر له في دار الحرب فكذا هذا. قوم ارتدوا وغلبوا على مدينة في أرض الحرب ومعهم نساؤهم وذراريهم وليس في المدينة مسلم فظهر المسلمون، يقتل الرجال ومن أسلم منهم فهو حر والنساء والذراري والمال فيء؛ لأن الدار صارت دار الحرب والسبي ورد على المرتدات وذراريهم في دار الحرب فصاروا فيئا لنا. ارتدوا أهل مدينة ونساؤهم معهم وغلبوا عليها غير أنَّ فيها قوما من المسلمين آمنين وظهر المسلمون عليهم لا تصير نساؤهم وذراريهم فيئا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لم تصر الدار دار الحرب عنده خلافًا لهما. منع المرتدون دارهم وصارت دار كفر ثم أصابوا من أموال الكفار والمسلمين يملكونه حتى لو أسلموا غلبة كان لهم لأنهم لما منعوا دارهم وغلبوا عليها صارت دارهم دار الحرب والتحقوا بسائر أهل الحرب وهم يملكون الأموال بالاستيلاء فكذا هؤلاء، فإذا ملكوها لم يوجد منهم بعد الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم: "من أسلم على مال فهو له"، والله عز وجل أعلم.

---

(١) أخرجه الروياني (٢/٣٧، رقم ٧٨٣)، والدارقطني (٣/٢٥٢)، والبيهقي (٦/٢٠٥، رقم ١١٩٣٥)، والضياء (٨/٢٤٠، رقم ٢٩١). وأخرجه أيضًا: الديلمي (١/١١٦، رقم ٣٩٥). قال المناوي (٣/١٧٩): قال الحافظ: سنده ضعيف.

(القسم الخامس في أحكام المرتدين والخوارج والبغاة)

(باب [في حكم][1] المرتدين)

(**السير الصغير**): المرتد يعرض عليه الإسلام، فإن أسلم وإلا قتل مكانه لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ**"[2]، ولم يأمر بالإمهال، ولأنه كافر شرير يتعدى ضرره إلى المسلمين بفوات حياتهم فيباح قتله من غير تأجيل كسائر أهل الحرب إلا أن يطلب أن يؤجل فيؤجل ثلاثة أيام؛ لأن رجاء العود إلى الإسلام

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) أخرجه «البخاري» ٦١/٤ (٣٠١٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٥/٩ (٦٩٢٢) قال: حدثنا أبو النعمان، محمد بن الفضل، قال: حدثنا حماد بن زيد. و«ابن ماجه» (٢٥٣٥) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: أخبرنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤٣٥١) قال: حدثنا أحمد بن محمد بن حنبل، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«الترمذي» (١٤٥٨) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي البصري، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي. و«النسائي» ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٠٨) قال: أخبرنا عمران بن موسى، قال: حدثنا عبد الوارث. وفي ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٠٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا أبو هشام، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥١٠) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: أنبأنا ابن جريج، قال: أنبأنا إسماعيل، عن معمر. و«أبو يعلى» (٢٥٣٢) قال: حدثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، وحماد بن زيد. و«ابن حبان» (٤٤٧٦) قال: أخبرنا المفضل بن محمد بن إبراهيم الجندي، بمكة، قال: حدثنا علي بن زياد اللحجي، قال: حدثنا أبو قرة، عن ابن جريج، قال: أخبرني إسماعيل ابن علية، عن معمر. وفي (٥٦٠٦) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن عبيد بن حساب، قال: حدثنا حماد بن زيد.

سبعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وإسماعيل بن إبراهيم ابن علية، وحماد بن زيد، ووهيب بن خالد، وعبد الوهاب الثقفي، وعبد الوارث بن سعيد) عن أيوب السختياني، عن عكرمة، فذكره.

قائم؛ لأنه ربما عرضت له شبهة فينظر في أمره فبزول تلك الشبهة فيمهل، وإذا لم يستمهل فهو متغيب، وإنما قدر الأجل بثلاثة أيام لأنها أقل مدة لإيلاء العذر؛ لأن الله تعالى أمهل قوم صالح ثلاثة أيام بعدما حق عليهم العذاب قال الله تعالى: ﴿تَمَتَّعُواْ فِي دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥] والمرتدة لا تقتل وتحبس خلافًا للشافعي وكذلك كل من لا يباح قتله بالكفر الأصلي لا يباح بالردة خلافًا له.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**لا تقتلوا النساء**"[1] ولم يفصل فلأن العلة

---

(١) أخرجه «البخاري» ٦١/٤ (٣٠١٢) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ١٤٤/٥ (٤٥٧٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وسعيد بن منصور، وعمرو الناقد، جميعا عن ابن عيينة. قال يحيى: أخبرنا سفيان بن عيينة. وفي (٤٥٧١) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٥٧٢) قال: وحدثني محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج، قال: أخبرني عمرو بن دينار. و«ابن ماجه» (٢٨٣٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٢٦٧٢) قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (١٥٧٠) قال: حدثنا نصر بن علي الجهضمي، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«عبد الله بن أحمد» ٧١/٤ (١٦٧٧٥) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر، وهو المقدمي، قال: حدثنا محمد بن ثابت العبدي، قال: حدثنا عمرو بن دينار. وفي (١٦٧٧٩) قال: حدثني أبو خيثمة، زهير بن حرب، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧٢/٤ (١٦٧٨٩) قال: حدثني أبو حميد، قال: حدثنا عبد الوهاب بن نجدة، قال: حدثنا إسماعيل بن عياش، قال: حدثني جعفر بن الحارث، عن محمد بن إسحاق. وفي (١٦٧٩٠) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور الكوسج، من أهل مرو، في سنة ثمان وعشرين ومئتين، قال: أخبرنا سفيان بن عيينة. وفي (١٦٧٩١) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ٧٣/٤ (١٦٧٩٧) قال: حدثنا الحكم بن موسى، قال: حدثنا مسلم بن خالد. وفي (١٦٨٠١) قال: حدثنا إسحاق بن منصور الكوسج، قال: أخبرنا ابن شميل، يعني النضر، قال: أخبرنا محمد، هو ابن عمرو. وفي (١٦٨٠٢) قال: حدثنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا عبد الله بن الزبير، يعني الحميدي، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٥٦٨) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن الزهري البصري، قال: حدثنا سفيان (ح) والحارث بن مسكين، قراءة عليه، واللفظ له، عن سفيان. وفي (٨٥٦٩) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد المصيصي، وإبراهيم بن الحسن المصيصي، واللفظ له، قال: حدثنا حجاج، قال ابن جريج: أخبرني عمرو بن دينار. وفي (٨٥٧٠) قال: =

المبيحة للقتال هي الحراب دون نفس الكفر لما بينا في صدر الكتاب وكفرها لا يفضي إلى الحراب؛ لأن بنيتها غير صالحة للحراب لضعف بنيتها وقصور رأيها وعدم هدايتها إلى أمر الحراب فكفرها لا يتعدى ضرره إلى الحي المعصوم بفوات حياته فلا يبيح قتلها لكفر الكافرة الأصلية وتحبس ثم يخرجها في كل أيام فيعرض عليها الإسلام، فإن أبت ضربها هكذا يفعل أبدًا؛ لأن التحميل على الإسلام والحث عليه أوجب بطريق الشرع وهو الحبس والتعزير أيضًا واجب عقوبة على جنايتها زاجرة لها عن الإصرار عليها والعبد المملوك على الردة؛ لأنه كافر على محارب لا أمان له بخلاف الأصلي؛ لأنه أمن بأمان المولى والمملوكة المرتدة تحبس، فإن كان أهلها محتاجين إلى خدمتها دفعها إليهم وأمرهم أن يجبروها على الإسلام وأرسل إليه القاضي كل أيام يحددها ويضربها أسواطا؛ لأن المنافع حق المولى فلا يسقط حقه بكفرها وقد أمكن الجمع بين توفير حق المولى والإجبار على الإسلام فيفعل عاد المرتد مرارا إلى دينه تقبل توبته لقوله تعالى: ﴿إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله**" الحديث.

(فصل)

(**الفتاوى**): الساحر هل يقتل أو تقبل توبته، ينظر إن اعتقد أنه خالق لما يفعل

=

أخبرنا محمد بن العلاء، قال: أخبرنا ابن إدريس، عن مالك بن أنس. و«ابن حبان» (١٣٦) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٣٧) قال: أخبرنا جعفر بن سنان القطان، بواسط، قال: حدثنا العباس بن محمد بن حاتم، قال: حدثنا محمد بن عبيد، قال: حدثنا محمد بن عمرو. وفي (٤٧٨٦) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا سفيان. وفي (٤٧٨٧) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن أبي عون، قال: حدثنا أبو عمار، قال: حدثنا الفضل بن موسى، عن محمد بن عمرو.

سبعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وعمرو بن دينار، ومحمد بن إسحاق، ومسلم بن خالد، ومحمد بن عمرو، ومالك) عن ابن شهاب الزهري.

فمتى تاب عن ذلك ويقول: الله خالق كل شيء، وتبرأ عما اعتقد تُقبل توبته ولا يقتل؛ لأنه كافر أسلم، وإن لم يتب يقتل لأنه مرتد.

وقال أبو حنيفة في (**المجرد**): أنه يقتل ولا يستتاب، ولا يقبل قوله: إني أترك السحر وأتوب منه، إذا شهد الشهود أنه الآن ساحرا وأقر بذلك.

وكذلك رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرأة وزوجها بتلك اللعبة كان هذا سحرًا فيحكم بارتداده ويقتل إذا كان يعتقد ذلك له أثر وهو الفاعل والخالق له وساحر بالتجربة والامتحان غير معتقد له وهذا ليس بكفر فلا يقتل وساحر يسحر وهو جاحد لا يدري كيف يفعل ولا يقر به فهذا لا يستتاب والاستتابة أحوط ويقتل إذا أخذ وثبت ذلك منه والساحرة تقتل إذا كانت تعتقد أنها هي الخالقة لذلك لتصير مرتدة وإن كانت المرتدة لا تقتل؛ لأنه جاء فيها الأثر وهو ما رُوي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أن اقتلوا الساحر والساحرة.

وذكر في (**المنتقى**): أن المرأة الساحرة لا تقتل ولكنها تضرب وتحبس كالمرتدة والأول أصح؛ لأن ضرر كفرها وهو سحرها يتعدى إلى الحي المعصوم بفوات حياته فتقتل كالرجل وهذه المسائل تدل على أن السحر متحقق وله أثر حقيقة في الجملة وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه وعامة العلماء خلافًا للمعتزلة دل عليه قوله تعالى: ﴿وَمَآ أُنزِلَ عَلَى ٱلْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَٰرُوتَ وَمَٰرُوتَ ۚ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّىٰ يَقُولَآ إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ ۖ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ ۚ﴾ [البقرة: ١٠٢] وكلمة ما كلمة إثبات وتحقيق بمعنى الذي والتعليم والتعلم والتفريق والتفرق إنما يتصور فيما يتحقق ويتكون لا فيما لا يتحقق ولا يتكون وقوله تعالى: ﴿يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِن سِحْرِهِمْ﴾ [طه: ٦٦] أي أروه وأبصروه من سحرهم، ولأن السحر منهي عنه وحرام والمنهي والمحرم ما يكون قبيحا والأفعال إنما تأخذ الحسن والقبح باعتبار آثارها لا باعتبار ذواتها حركة لا تتعدى عن الفاعل، وإنما تتعدى أثرها، فإن كان أثر الفعل صار بغيره يوصف الفعل بكونه قبيحا وحراما ومنهيا ومتى كان أثره حسنا يوصف بكونه حسنا فلو لم يكن للسحر أثر حقيقة وإلا لما اتصف بكونه قبيحا حراما منهيا، ولهذا يقتل الساحر إذا اعتقد أنه هو الخالق؛

لأنه صار مرتدا، ولو لم يكن له أثر حقيقة لما تصور هذا الاعتقاد فلا يصير هو مرتدًّا فينبغي أن لا يقتل.

(باب تصرفات المرتد)

(**السير الصغير**) تصرفات المرتد على أربعة أقسام:

قسم نافذ بالاتفاق كالطلاق والاستيلاد وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأنها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك؛ لأن الطلاق يقع على المعتد والاستيلاد يصح بشبهة الملك وتسليم الشفعة فتوقيفه لا يقيد؛ لأنه إن أسلم بعد التسليم أو مات على الردة بطلت الشفعة والحجر يصح بحق الملك فتحقيقه ملك موقوف أولى.

وقسم باطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والإرث؛ لأنه يعتمد الملة ولا ملة للمرتد.

وقسم موقوف بالاتفاق كالمعاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم.

وقسم مختلف فيه كالبيع والشراء والعتق والتدبير والكتابة والهبة والوصية وقبض الديون فهي موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذت، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت إلا النسب، فإنه يثبت عنده وعندهما هذه التصرفات جائزة إلا أن عند أبي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح وعنده محمد كما يجوز من المريض لا يجوز إلا من الثلاث وهذا بناء على أن عنده أملاكه موقوفة بين أن يصير لورثته من وقت الردة وبين أن يبقى له إذا أسلم والتصرفات المبنية على الملك كذلك وعندهما أملاكه باقية، وإنما تزول بالموت والقتل واللحاق.

لهما: أن النفاذ يعتمد الملك وهو قائم؛ لأن الأصل في بني آدم الحرية والمالكية بحاجته إلى المالك ليصير أخص وأحق بماله فيتمكن من استيفاء مصالحه فيتمكن من الجري على مواجب التكاليف، وإنما يزول ذلك بعارض الاسترقاق والمرتد لا يسترق وانعدم المزيل ودخل المقتضي لبقاء الملك فبقي على ما كان إلا

أن عند أبي يوسف هو بمنزلة الصحيح؛ لأنه متمكن من العود إلى الإسلام باختياره فلم يكن على شرف الهلاك ومحمد ألحقه بالمريض؛ لأنه مشرف على الهلاك؛ لأن الظاهر من حال من انتقل إلى دين أن لا يعود فكان ظاهر حاله التلف ألا ترى أن زوجته ترثه بالفرار إذا مات وهي في العدة، وإنما يثبت الفرار في حق المريض.

لأبي حنيفة: إن اجتمع في حق المرتد ما يوجب زوال ملكه وما يمنع زوال ملكه وذلك؛ لأن المرتد حربي مقهور تحت أيدينا بدليل أنه يجب قتله، وإنما يجب قتله لكونه حربيا وأنه مقهور في أيدينا والقهر على الحربي يوجب جواز تملك ماله وزوال ملكه وحريته وكونه ملحقا بالمسلم في حق عامة الأحكام يمنع جواز تملكه وزوال ملكه لاحتمال أنه يعود إلى الإسلام، فإذا تعارض سبب الزوال وسبب البقاء وجب التوقف في أملاكه كالحربي إلَّا حربي قهر وأسر تتوقف أملاكه حتى تتوقف تصرفاته على أن ينفذ.

لو خلي سبيله أو يبطل متى استرق لبطلان أملاكه من وقت القهر فكذا هذا. والمرتدة تنفذ تصرفاتها لانعدام ما يوجب زوال أملاكها وهو القهر على الحربي لأنها غير حربية فإنها لا تقتل ولا تسترق فبقيت أملاكها كما كانت وبقيت العصمة في حقها. أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه ولا وارث له غيره لم يجز عتق واحد؛ لأن عتق كل واحد لم يصادف ملكه؛ لأن ملك المرتد موقوف عند أبي حنيفة، والملك الموقوف لا يكفي لنفوذ العتق والملك للوارث يثبت وقت الموت وعلى الرواية التي عند أبي حنيفة أنه يعتبر كونه وارثا وقت الردة يجب أن ينفذ عتقه؛ لأنه يملكه من وقت الردة.

(باب ميراث المرتد)

مسائله على فصلين:

أحدهما: في كسب الإسلام.

والثاني: في كسب الردة.

(فصل)

وإذا مات المرتد أو قتل أو لحق بدار الحرب فماله بين ورثته المسلم على فرائض الله تعالى، وعند الشافعي يكون فيئًا.

والصحيح قولنا لإجماع الصحابة، فإنه رُوي عن علي وابن مسعود ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم قالوا بأن مال المرتد يقسم بين ورثته المسلم على فرائض الله تعالى، ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فكان إجماعا، ولأن القرابة علة لاستحقاق الميراث بنص الكتاب والقاطع للإرث اختلاف المسألة ولم يوجد هنا اختلاف المسألة حكما؛ لأن المرتد جعل كالمسلم في عامة الأحكام حتى لا يعم ماله ولا يسترق نفسه ما دام في دار الإسلام ولا يوظف عليه الجزية ولا تجوز تصرفاته في الخمر والخنزير والولد الحاصل بين مرتد وكتابي يكون مرتدًّا لأنه أقرب إلى الإسلام فلم يتحقق اختلاف المسألة حكما فلا يدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم: "**لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى**"[1] وأراد به ملتين يقر عليهما

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٤٧/٢ (١٥٨٨) قال: حدثنا أصبغ، قال: أخبرني ابن وهب، عن يونس. وفي ٧١/٤ (٣٠٥٨) قال: حدثنا محمود، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ١٤٧/٥ (٤٢٨٢ و٤٢٨٣) قال: حدثنا سليمان بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سعدان بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة. قال البخاري: قال معمر، عن الزهري: «أين تنزل غدا، في حجته؟»، ولم يقل يونس: «حجته»، ولا «زمن الفتح» وفي ١٥٦/٨ (٦٧٦٤) قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج. و«مسلم» ١٠٨/٤ (٣٢٧٣) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس بن يزيد. وفي (٣٢٧٤) قال: حدثنا محمد بن مهران الرازي، وابن أبي عمر، وعبد بن حميد، جميعا عن عبد الرزاق، قال ابن مهران: حدثنا عبد الرزاق، عن معمر. وفي (٣٢٧٥) قال: وحدثنيه محمد بن حاتم، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة، وزمعة بن صالح. وفي ٥٩/٥ (٤١٤٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، قال يحيى: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا ابن عيينة. و«ابن ماجه» (٢٧٢٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، ومحمد بن الصباح، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٢٧٣٠) قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٢٩٤٢) قال: حدثنا =

والمرتد لا يقر على ما هو عليه فليس له حكم الملتين في هذا والالتحاق بدار الحرب بمنزلة الموت؛ لأنه صار من أهل الحرب وهم أموات وأموات في حقنا حتى يملكون بالاستيلاء إلا أن هذا المعنى ليس بمستقر لاحتمال أن يعود إلى دار الإسلام فلا بد من قضاء القاضي ليتقرر كونه من أهل الحرب.

ثم عن أبي حنيفة ثلاث روايات في وقت الإرث في رواية ينظر إلى ورثته يوم ارتد وهو قول زفر؛ لأن استحقاق الإرث يثبت عند الموت مستندا إلى وقت الردة ليكون فيه توريث المسلم المسلم، وفي ظاهر الرواية عنه أنه يعتبر ورثته يوم

=

محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٠١٠ و٢٩١٠) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٢٩٠٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٢١٠٧) قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، وغير واحد، قالوا: حدثنا سفيان. وفي (٢١٠٧م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٤٢٤١) قال: أخبرنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد. وفي (٤٢٤٢) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر (ح) قال: وأخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، والأوزاعي. وفي (٦٣٤٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد بن جميل بن طريف البلخي، وأبو عمرو، الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن سفيان بن عيينة. وفي (٦٣٤٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن ابن الهاد. وفي (٦٣٤٥) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد بن مسلم، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: حدثنا الليث، قال: حدثني عقيل. وفي (٦٣٤٦) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا معمر. وفي (٦٣٤٧) قال: أخبرنا وهب بن بيان المصري، قال: حدثنا ابن وهب، قال: قال يونس. و«ابن خزيمة» (٢٩٨٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن حبان» (٥١٤٩) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٦٠٣٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا ابن عيينة.

تسعتهم: (معمر، والأوزاعي، وابن جريج، وسفيان بن عيينة، ومحمد بن أبي حفصة، ويونس، وزمعة بن صالح، وابن الهاد، وعقيل) عن ابن شهاب الزهري، عن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، عن عمرو بن عثمان، فذكره.

الموت واللحاق وهو قول محمد؛ لأن اللحوق بمنزلة الموت؛ لأن القرابة إنما ينعقد سبب لاستحقاق الإرث يوم الموت وفي رواية يوم القضاء وهو قول أبي يوسف؛ لأن العارض وهو اللحوق يتوهم زواله في كل ساعة ويتوقف ثبوت حكمه على القضاء فيتقرر الموت والاستحقاق يوم القضاء.

(فصل)

وكسب المرتد فيء عند أبي حنيفة، وعندهما ميراث لورثته؛ لأنه لما صح تصرفه عندهما بلا توقف صح ملكه فوجب النقل إلى الورثة لأنها قائمة مقامه في الملك له أن تصرفه لما لم يصح ملكه فلا يورث ويقضي ديونه ويعتق أمهات أولاده ومدبرته وعندهما الوصية بالقرب يبطل وبغير القرب لا يبطل؛ لأن لبقاء الوصية حكم الابتداء؛ لأن بقاءها بالموت وابتداء الوصية منه عندهما بما ليس بقربه جائز وبالقربة لا يجوز فكذا هذا. له: أن الردة بمنزلة الرجوع عن الوصية؛ لأن الردة تبطل الوصية إذا قارنها عنده، فإذا طرأ عليها يبطلها؛ لأنه لا يرضى بوصيته لأهل هذه الدار لمعاداته لهم فيكون ردته رجوعا عن الوصية دلالة ويرث منه امرأته إن كانت في العدة؛ لأنه صار مشرفا على الهلاك بالردة؛ لأنه يفضي إلى الموت وهو القتل أو اللحوق فصار كالمريض طلق امرأته، فإن رجع ثانيا إلى دار الإسلام جميع ما فعله الإمام ماض غير أنه إن وجد شيئًا يعينه في يد وارثه أخذ منه لأن ما فعله الإمام صدر عن ولاية كاملة ورعاية شاملة فصار جميعه نافذة والوارث إنما يخلفه في ملكه لاستغنائه عنه بلحوقه بدار الحرب، فإذا عاد مسلما فقد عاد حيا وعادت الحاجة فتبطل الخلافة للورثة، ولو تصور حياة الميت كان له أن يأخذ ما يجده في أيدي الورثة فكذا هذا.

ولو لم يقض القاضي بشيء حتى رجع مسلما لا يثبت شيء مما ذكرنا ويأخذ جميع أمواله؛ لأنه ما لم يتصل القضاء بلحوقه لا يصير ميتا حكما. المرتدة إذا ماتت في الحبس أو لحقت بدار الحرب قسم مالها بين ورثتها على فرائض الله تعالى سواء كان كسب الإسلام أو الردة، وأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين المرتد والمرتدة والفرق له أن أملاكها باقية مستقرة غير موقوفة لأنها ليست بحربية فانتقلت إلى

ورثتها بموتها فأما كسب المرتد فيء للمسلمين عنده؛ لأن تصرفاته موقوفة فلا يملك إكساب الردة فلم ينتقل إلى الورثة، فإن سبيت كان فيئا خلافًا للشافعي لإجماع الصحابة لما روي أن بني حنيفة ارتدت في زمن أبي بكر الصديق فقاتلهم وسبى نساءهم وقسم أموالهم بين أصحابه فوقعت جارية في سهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه فولد له منها ولد يسمى محمد بن الحنفية وإن جاءت مسلمة لها أن تتزوج في ساعتها؛ لأنه لا عدة عليها؛ لأن العدة قد سقطت بلحاقها بدار الحرب حكما للموت وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر بأرض الحرب من حين اللحاق ثم سبيا جميعًا يكونان فيئا؛ لأن النسب غير ثابت من الزوج؛ لأنه لا عدة عليها فيكون الولد كافرا تبعا لأمه وإن ولدت لأقل من ستة أشهر لم يصر الولد فيئا؛ لأن النسب يثبت من الزوج فيكون مسلما تبعا لابنه فلا يسبى مقصودًا بالاستيلاد.

(باب إسلام الصبي وارتداده ومن بمعناه)

(**السير الصغير**) مسائله على فصلين:

أحدهما: [في][1] إسلامه وارتداده أصلًا.

والثاني: في إسلامه تبعًا.

(فصل)

إسلام الصبي العاقل صحيح خلافًا للشافعي؛ لأنه صدر منه الإيمان عن غيب وهو الاعتراف باللسان والتصديق بالجنان؛ لأن الإيمان هو التصديق؛ لأن ضده وهو الكفر هو التكذيب، إلا أن التصديق من بواطن الأمور ومكنونها، فجعل الاعتراف عن عقل وعرفان علما على تصديق الجنان، وقد صدر إقرار الصبي عن عقل وعرفان لوجود آثار العقل في حقه وهو صدور أفعاله على نهج الأحكام والرشاد، ووقوع أقواله على سبق النظام والسداد، ومتى صدر منه الإيمان بحده وحقيقته وجب اعتباره في ترتيب أحكامه عليه وهو عصمة النفس وحرمة المال

(١) ما بين المعكوفتين في (س): على.

وتقومهما حتى يحرم استرقاقهما وإتلافهما على وجه يغرم متلفهما، وهذه الأحكام نافعة محضة له فيصح إقراره في حقها.

ارتد الصبي المراهق تصح ردته عندهما ولا يقتل.

وعند أبي يوسف والشافعي لا تصح؛ لأن ردته ضرر والصبي محجور عن المضار.

لهما: أن تبديل الاعتقاد متصور ممن كان بيده الاعتقاد، فإذا اقترن به الاعتراف دل على تبديل الاعتقاد كما في الإسلام ولكنه لا يقتل؛ لأن بينته غير صالحة للحراب، ولأن القتل عقوبة والصبي لا يعاقب على أفعاله ويجبر على الإسلام لأنا حكمنا بصحة إسلامه ولا يجوز أن يقر على الردة كالبالغ وبالجبر يندفع عنه المضار وهو حرمان الميراث وبينونة المرأة وردة السكران ليس بشيء استحسانًا خلافًا للشافعي قياسًا كإسلامه صحيح فكذا ردته. وجه الاستحسان وهو الفرق بين إسلامه وردته أن الردة محتملة بين أن تكون عن اعتقاد وبين أن لا تكون عن اعتقاد وهو الظاهر؛ لأن السكران لا يدري ما يقول وكذا إسلامه متردد محتمل بين أن يكون عن اعتقاد وبين أن لا يكون عن اعتقاد وهو الظاهر إلا أن المسلم أن يعتقد مما يحتاط في إثباته والكفر مما يحتاط في درايته فرجحنا ما يوجب الإسلام على ما يوجب الكفر احتياطًا لإثباته لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ**"[1]، ورُوي أن واحدًا من الصحابة شرب المسكر فقرأ: ﴿قُلْ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْكَٰفِرُونَ ۝١﴾ [الكافرون: ١] في صلاته فحذف ﴿لَآ﴾ فقرأ ﴿أَعْبُدُ﴾ وكان سكرانًا ولم يحكم بكفره.

(فصل)

أصله: الصبي إذا كان له عبارة مشعرة بالبيان وكان يصف الإسلام باللسان، فإنه

---

(١) أخرجه الروياني (٢/٣٧، رقم ٧٨٣)، والدارقطني (٣/٢٥٢)، والبيهقي (٦/٢٠٥، رقم ١١٩٣٥)، والضياء (٨/٢٤٠، رقم ٢٩١). وأخرجه أيضًا: الديلمي (١/١١٦، رقم ٣٩٥). قال المناوي (٣/١٧٩): قال الحافظ: سنده ضعيف.

يجعل أصلا في الإسلام ولا يجعل تبعا لغيره، وإن لم يعرب عنه لسانه فهو على دين أبويه لقوله صلى الله عليه وسلم: "**كل مولود يولد على الفطرة**[1] **إلا أن أبويه**

---

(١) اخْتَلَفَ السَّلَف فِي الْمُرَاد بِالْفِطْرَةِ فِي هَذَا الْحَدِيث عَلَى أَقْوَال كَثِيرَة، وَأَشْهَرُ الْأَقْوَال أَنَّ الْمُرَاد بِالْفِطْرَةِ: الْإِسْلَام. قَالَ ابْن عَبْد الْبَرّ: وَهُوَ الْمَعْرُوف عِنْد عَامَّة السَّلَف، وَأَجْمَعَ أَهْل الْعِلْم بِالتَّأْوِيلِ عَلَى أَنَّ الْمُرَاد بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِى فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَا﴾: الْإِسْلَام، وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِ أَبِي هُرَيْرَة فِي آخِر الحَدِيث: اقْرَؤوا إِنْ شِئْتُمْ: ﴿فِطْرَتَ ٱللَّهِ ٱلَّتِى فَطَرَ ٱلنَّاسَ عَلَيْهَا﴾. وَبِحَدِيثِ عِيَاض بْن حِمَار عَن النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم فِيمَا يَرْوِيه عَنْ رَبّه: "إِنِّي خَلَقْتُ عِبَادِي حُنَفَاءَ كُلَّهُمْ، فَاجْتَالَتْهُم الشَّيَاطِينُ عَنْ دِينِهِمْ"، وَقَالَ ابْن جَرِير: قَوْله: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ﴾ أَيْ: سَدِّدْ لِطَاعَتِهِ.

﴿حَنِيفًا﴾ أَيْ: مُسْتَقِيمًا.

﴿فِطْرَتَ ٱللَّهِ﴾ أَيْ: صِبْغَة الله، وَهُوَ مَنْصُوب بِفِعْلٍ مُقَدَّر، أَيْ: الْزَمْ.

وَقَدْ قَالَ أَحْمَد: مَنْ مَاتَ أَبَوَاهُ وَهُمَا كَافِرَانِ، حُكِمَ بِإِسْلَامِهِ.

وَتَعَقَّبَهُ بَعْضُهمْ بِأَنَّهُ كَانَ يَلْزَمُ أَنْ لَا يَصِحَّ اسْتِرْقَاقُه، وَلَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ إِذَا أَسْلَمَ أَحَد أَبَوَيْهِ.

وَالْحَقُّ أَنَّ الْحَدِيثَ سِيقَ لِبَيَانِ مَا هُوَ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، لَا لِبَيَانِ الْأَحْكَام فِي الدُّنْيَا.

وَقَالَ ابْن الْقَيِّم: لَيْسَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ "يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَة" أَنَّهُ خَرَجَ مِنْ بَطْنِ أُمِّهِ يَعْلَمُ الدِّينَ، لِأَنَّ الله يَقُول: ﴿وَٱللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْـًٔا﴾ وَلَكِنَّ الْمُرَادَ أَنَّ فِطْرَتَهُ مُقْتَضِيَةٌ لِمَعْرِفَةِ دِين الْإِسْلَامِ وَمَحَبَّتِه، فَنَفْسُ الْفِطْرَةِ تَسْتَلْزِمُ الْإِقْرَارَ وَالْمَحَبَّة، وَلَيْسَ الْمُرَادُ مُجَرَّدَ قَبُولِ الْفِطْرَة لِذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ بِتَهْوِيدِ الْأَبَوَيْنِ مَثَلًا، بِحَيْثُ يُخْرِجَانِ الْفِطْرَةَ عَن الْقَبُولِ، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ أَنَّ كُلَّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى إِقْرَارِه بِالرُّبُوبِيَّةِ، فَلَوْ خُلِّيَ، وَعَدَم الْمُعَارِض، لَمْ يَعْدِلْ عَنْ ذَلِكَ إِلَى غَيْرِه، كَمَا أَنَّهُ يُولَدُ عَلَى مَحَبَّةِ مَا يُلَائِمُ بَدَنَه، مِن ارْتِضَاع اللَّبَن، حَتَّى يَصْرِفَهُ عَنْهُ الصَّارِف، وَمِنْ ثَمَّ شُبِّهَت الْفِطْرَةُ بِاللَّبَنِ، بَلْ كَانَتْ إِيَّاهُ فِي تَأْوِيل الرُّؤْيَا، وَالله أَعْلَم.

وَقِيلَ: إِنَّ الْمُرَاد بِالْفِطْرَةِ: الْخِلْقَة، أَيْ: يُولَدُ سَالِمًا، لَا يَعْرِفُ كُفْرًا وَلَا إِيمَانًا، ثُمَّ يَعْتَقِدُ إِذَا بَلَغَ التَّكْلِيفَ، وَرَجَّحَهُ ابْن عَبْد الْبَرّ، وَقَالَ: إِنَّهُ يُطَابِقُ التَّمْثِيلَ بِالْبَهِيمَةِ وَلَا يُخَالِفُ حَدِيثَ عِيَاض، لِأَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ: ﴿حَنِيفًا﴾ أَيْ: عَلَى اسْتِقَامَة.

وَتُعُقِّبَ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ، لَمْ يَكُنْ لِاسْتِشْهَادِ أَبِي هُرَيْرَةَ بِالْآيَةِ مَعْنًى.

وَقَالَ ابْن الْقَيِّم: سَبَبُ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي مَعْنَى الْفِطْرَة فِي هَذَا الْحَدِيث، أَنَّ الْقَدَرِيَّة كَانُوا يَحْتَجُّونَ بِهِ عَلَى أَنَّ الْكُفْرَ وَالْمَعْصِيَةَ لَيْسَا بِقَضَاءِ الله، بَلْ مِمَّا ابْتَدَأَ النَّاسُ إِحْدَاثَه، فَحَاوَلَ جَمَاعَةٌ مِن الْعُلَمَاء مُخَالَفَتَهُمْ بِتَأْوِيلِ الْفِطْرَةِ عَلَى غَيْرِ مَعْنَى الْإِسْلَام، وَلَا حَاجَة لِذَلِكَ، لِأَنَّ =

يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكرًا أو كفورًا"[(١)].

وقوله عليه الصلاة والسلام: "**على الفطرة**"، أي: على الخلقة التي خلقه الله تعالى عليها قبل الولادة لم تتغير بالولادة أو على الدين الذي كان دراية يوم الميثاق، فإن الذرية كلهم قالوا: بلى، ولكن بعضهم قالوا عن اعتقاد فكان ذلك إيمانا منهم، وبعضهم قالوا عن خوف لا عن اعتقاد فلم يكن ذلك إيمانا منهم على ما عرف في أصول التوحيد.

وقوله: "**أبواه يهودانه**"، أي: يتبعانه في أحكام اليهودية حين يسلم أو يكفر إذا عقل، فإذا وجدت هذه الغاية لا تبقى التبعية ولأنه لا بد من إثبات الدين لكل مولود لبناء الأحكام عليه، فإذا أعرب عنه لسانه وهو الاعتراف باللسان والتصديق بالجنان جعلناه أصلا في الدين، فإذا لم يعرب جعلناه تبعا لأبويه في الدين لأنا عجزنا عن إثبات الدين له بعبارته وبيانه وتبعته الأبوين أقوى وآكد من تبعته أهل الدار؛ لأنه أقرب إليهما باعتبار التولد والتفرع منهما، فإذا فقد الأبوان جعلناه تبعا لأهل الدار في الدين؛ لأن بينهما اتصال مجاورة ومخالطة. سبي صبي من أهل الحرب فما دام في دار الحرب فهو على دينهما، فإن مات الأبوان بعد ذلك فهو على ما كان؛ لأن التبعية تناهت وتقررت بموتهما؛ لأن الحكم يتقرر بتقرر سببه، وكذلك لو أخرج أحد أبويه أولا ثم الصبي أو أخرج هذا من جانب وذلك من جانب ثم مات لا

=

الْآثَارَ الْمَنْقُولَةَ عَن السَّلَفِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ لَمْ يَفْهَمُوا مِنْ لَفْظِ الْفِطْرَةِ إِلَّا الْإِسْلَام، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ حَمْلِهَا عَلَى ذَلِكَ مُوَافَقَةُ مَذْهَبِ الْقَدَرِيَّة، لِأَنَّ قَوْله: "فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ إِلَخْ" مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ يَقَعُ بِتَقْدِيرِ الله تَعَالَى، وَمِنْ ثَمَّ احْتَجَّ عَلَيْهِمْ مَالِكٌ بِقَوْلِهِ صلى الله عليه وسلم فِي آخِرِ الْحَدِيث: "اللهُ أَعْلَمُ بِمَا كَانُوا عَامِلِينَ". فتح الباري لابن حجر - (ج٤/ ص٤٦٥)

(١) أخرجه «البخاري» ٢/٩٥ (١٣٥٩) و٦/١١٤ (٤٧٧٥) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يونس. وفي ٢/١٠٠ (١٣٨٥) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. و«مسلم» ٨/٥٣ (٦٨٥١) قال: حدثني أبو الطاهر، وأحمد بن عيسى، قالا: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد كلاهما: (محمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، ويونس بن يزيد) عن ابن شهاب الزهري، قال: أخبرني أبو سلمة بن عبد الرحمن، فذكره.

يصلى عليه؛ لأنه لا عبرة بتبعية الدار مع وجود تبعية الأبوين وقد أمكن أن يجعل الولد تبعا للأبوين في الدين لأنهما حصلا جميعا في دار الإسلام فلا يجعل تبعا للدار، وإن أخرج الصبي وحده أو أخرج الصبي أولا ثم أحد أبويه صلى عليه؛ لأنه حكم بإسلامه تبعا للدار؛ لأنه تباين الدارين بقطع التبعية من أصوله في الدين لانقطاع الولاية التي تجعل نفس الصغير في معنى نفسه فتعذر أن يجعل تبعا لأبويه في الدين فجعل تبعا للدار ومتى حكم بإسلامه تبعا للدار فلا يحكم بكفره بعد خروج أحد أبويه.

ولو أسلم أحد أبويه في دار الحرب فالصبي مسلم بإسلامه وكذا إذا أسلم في دار الإسلام ثم سبي الصبي بعده وصار في دار الإسلام فهو مسلم لأنهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قيل إخراج الصبي إلى دار الإسلام لا يكون مسلما بإسلام أبيه؛ لأن اختلاف الدارين يمنع التبعية في الأحكام ولا يكون الصبي مسلما بإسلام أبيه؛ لأن اختلاف الدارين يمنع التبعية في الأحكام ولا يكون الصبي مسلما بإسلام الجد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يكون مسلمًا تبعًا للجد، وهنا أربع مسائل:

إحداها: هذه.

والثانية: جر الجد الولاء.

والثالثة: وجوب صدقة الفطر على الجد.

والرابعة: في دخول الجد في الوصية لأقربائه، فعلى ظاهر الرواية لا يجر ولاء إلحاقه ولا يجب عليه فطرته ولا يدخل في الوصية بخلاف الأب وفي رواية الحسن سواء بينهما. وجه رواية الحسن أن الولد يتبع الجد عند فقد الأب؛ لأن الجد أب ينتسب وينتمي إليه الحافد باعتبار البعضية والجزئية بواسطة، وهو عند عدم الأب يقوم مقامه في حكم الولاية والتبع يتبع الأصل في الأحكام. وجه ظاهر الرواية أن الحافد إنما يصير تبعا للجد بواسطة تبعية الأب، فإنه ما لم يصر تبعا للأب لم يصر تبعا للجد لانعدام التبعية بينهما وهو الانحلاف والانغلاق وقد تعذر إثبات تبعية الولد للأب في الولاء والإسلام لفقد أهليته؛ لأنه عبد أو كافر فلا يتصور ثبوته.

(باب ما يصير به الكافر مسلماً)

(السير الصغير) أصله: أن الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقده يحكم بإسلامه؛ لأنه لا طريق إلى الوقوف على حقيقة عقيدة الجنان لأنها من بواطن الأمور ومكنوناتها والبواطن لا تجعل مناطا لربط الأحكام بها فجعل إقراره الصادر عن عقل وعرفان علما على عقيدة الجنان، فإذا صدر إقراره على خلاف ما اعتقده استدلنا به على أنه بدل اعتقاده تبديلا. ثم الكافر على ثلاثة ضروب: عبدة الأوثان وعبدة النيران والمشرك في الربوبية والمنكر للوحدانية كالثنوية والمقر بالوحدانية والمنكر للرسالة كاليهود والنصارى والجاحد للربوبية والمشرك فيها إذا قال لا إله إلا الله يحكم بإسلامه.

وكذلك لو قال: نشهد أن محمدًا رسول الله، أو قال: أسلمنا أو آمنا بالله؛ لأنه أقر بما هو مخالف لاعتقاده وانتقل عما هو ديانته فجعل ذلك دليلا على إيمانه قال عليه السلام: "**أُمِرْتُ أَنْ أُقَاتِلَ النَّاسَ حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها**"[1]، وعلى هذه المانوية وكل من يدعي الدين إذا قال: لا إله إلا الله يحكم بإسلامه؛ لأن ذلك دليل إسلامه واستسلامه وانقياده لله تعالى، وكذلك لو شهد برسالة محمد صلى الله عليه وسلم أو قال: أنا على دين الإسلام أو

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٨٧ (٣٩٢) قال: حدثنا نعيم، قال: حدثنا ابن المبارك. وفي (٣٩٣) قال البخاري: قال ابن أبي مريم: أخبرنا يحيى و«أبو داود» (٢٦٤١) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك. وفي (٢٦٤٢) قال: حدثنا سليمان بن داود المهري، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يحيى بن أيوب. و«الترمذي» (٢٦٠٨) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا ابن المبارك. و«النسائي» ٧/٧٥، وفي «الكبرى» (٣٤١٤) قال: أخبرنا هارون بن محمد بن بكار بن بلال، عن محمد بن عيسى، وهو ابن سميع. وفي ٧/٧٦ و٨/١٠٩، وفي «الكبرى» (٣٤١٥) قال: أخبرنا محمد بن حاتم بن نعيم، قال: أنبأنا حبان، قال: حدثنا عبد الله. و«ابن حبان» (٥٨٩٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك.

ثلاثتهم: (عبد الله بن المبارك، ويحيى بن أيوب، ومحمد بن عيسى) عن حميد الطويل، فذكره.

على الحنفية فهذا كله إسلام[١].

وأما المقر بالوحدانية والمنكر للرسالة أصلا من أهل الكتاب كاليهود والنصارى إذا قال لا إله إلا الله لم يكن مسلما لأنهم كانوا يجحدون الرسالة فلم يقروا بخلاف ما اعتقدوا ولم ينتقلوا عما دينوا.

وإذا شهد بالرسالة لمحمد صلى الله عليه وسلم يكون مسلمًا على ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على جاره اليهودي يعوده فقال: "**قل أشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله**، فنظر الرجل إلى أبيه، فقال له أبوه: أجب أبا القاسم، فشهد بذلك ومات، فقال عليه السلام: **الحمد لله الذي أعتق بي نسمة من النار**". ثم قال لأصحابه: "**لُوا أخاكم**" ومن يقر منهم برسالة محمد ولكنهم يزعمون أنه رسول إلى العرب لا إلى بني إسرائيل كما في بلاد العراق ويتمسكون بظاهر قوله: ﴿هُوَ ٱلَّذِى بَعَثَ فِى ٱلْأُمِّيِّـۧنَ رَسُولًا مِّنْهُمْ﴾ [الجمعة:٢] فمن يقر منهم بأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يكون مسلمًا حتى يتبرأ من دينه مع ذلك أو يقر أنه دخل في الإسلام.

وكذلك لو قال: أسلمت أو أنا مسلم أو مؤمن لا يحكم بإسلامه لأنهم يدعون الإسلام، فإن المسلم المستسلم للحق المنقاد له وهم يزعمون أن الحق ما هم عليه فلا يكون مطلق هذا اللفظ في حقهم دليلا على الإسلام حتى يتبرأ عن دينه مع ذلك.

وكذلك لو قال: برئت من اليهودية أو النصرانية ولم يقل مع ذلك دخلت في الإسلام لا يحكم بإسلامه؛ لأنه يحتمل أنه تبرأ من اليهودية ودخل في النصرانية أو على عكسه، فإذا قال مع ذلك ودخلت في الإسلام فحينئذ يزول هذا الاحتمال وقد قال بعض مشايخنا إذا قال دخلت في الإسلام يحكم بإسلامه، وإن لم يتبرأ مما كان عليه؛ لأن في لفظه ما يدل على دخول حادث منه في الإسلام وذلك غير ما كان عليه فاستدللنا بهذا اللفظ أنه يبرأ عما كان عليه وهذا ذكره الكرخي في مختصره، لو أعرف اليهودي أنه على دين الإسلام أو قال: أنا مسلم، قال أبو حنيفة رحمه الله

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٧٨/٣، والهداية ١٦٠/٢، وحاشية الدسوقي ٢٠١/٢، ومغني المحتاج ٢٤٤/٤، وروضة الطالبين ٣٠٥/١٠.

أولا: لا يكون هذا إسلاما حتى يقر بما جاء به من الله تعالى ويتبرأ من اليهودية والنصرانية، ثم رجع وقال ذلك إسلام منه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا قال اليهودي أو النصراني: أنا مسلم وقد أسلمت وسئل عنه أي شيء أردت بذلك إن قال: أردت ترك دين النصارى واليهود والدخول في دين الإسلام كان مسلما، فإن قال: أردت بقولي أسلمت أي على الحق ولم أرد بذلك رجوعا عن ديني لم يكن مسلما لما بينا.

(فصل)

الكافر صلى بجماعة أو أقر أنه صلى في جماعة أو أذّن في بعض المساجد يحكم بإسلامه خلافًا للشافعي رحمه الله؛ لأن الإيمان هو التصديق باللسان؛ لأن ضد الإيمان هو الكفر والكفر هو التكذيب والجحود فكان الإيمان هو التصديق والاعتراف باللسان؛ لأن الصلاة بجماعة من شعائر الإسلام وخصائص الدين والإتيان بخاصية الشيء لا عن كره وإجبار يكون دليلا على الإتيان به عن اختيار؛ لأن الصلاة بجماعة دلالة ظاهرة على أنه مسلم معتقدا بصحتها مصدقًا بحقيقتها.

ولو قال الكافر: أنا معتقد حقية الصلاة بجماعة يحكم بإسلامه فكذا إذا وجد دلالة على أنه معتقد حقيقتها، ولهذا الإتيان بخاصية الكفر يدل على الكفر، فإن من سجد للصنم أو تزنر بزنار النصارى أو تقلنس بقلنسوة المجوس يحكم بكفره فكذا هذا بخلاف الصلاة وحده؛ لأنه لا يختص بشريعتنا.

ورُوي عن محمد رحمه الله: إذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلمًا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ صَلَّى صَلَاتَنَا، وَاسْتَقْبَلَ قِبْلَتَنَا، وَأَكَلَ ذَبِيحَتَنَا، فله ما لنا وعليه ما علينا**"[1]، وكذلك إذا قرأ القرآن أو تلقنه؛ لأن قراءة الشيء لا تدل على

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٦/٢ (٩٥١) و١٠٢/٧ (٥٥٦٠) قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني زبيد. وفي ١٧/٢ (٩٥٥) قال: حدثنا عثمان، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ١٩/٢ (٩٦٥) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا زبيد. وفي ١٩/٢ (٩٦٨) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. وفي ٢١/٢ (٩٧٦) قال: حدثنا =

=

أبو نعيم، قال: حدثنا محمد بن طلحة، عن زبيد. وفي ٢٣/٢ (٩٨٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو الأحوص، قال: حدثنا منصور بن المعتمر. وفي ٩٩/٧ (٥٥٤٥) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد الإيامي. قال البخاري: قال مطرف: عن عامر، عن البراء: قال النبي صلى الله عليه وسلم: من ذبح بعد الصلاة، تم نسكه، وأصاب سنة المسلمين. وفي ١٠١/٧ (٥٥٥٦) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا خالد بن عبد الله، قال: حدثنا مطرف. وفي ١٠٢/٧ (٥٥٦٣) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة، عن فراس. وفي ١٣٧/٨ (٦٦٧٣) قال: كتب إلي محمد بن بشار، قال: حدثنا معاذ بن معاذ، قال: حدثنا ابن عون. و«مسلم» ٧٤/٦ (٥١١٠) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا خالد بن عبد الله، عن مطرف. وفي (٥١١١) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا هشيم، عن داود. وفي (٥١١٢) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن داود. وفي ٧٥/٦ (٥١١٣) قال: وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير (ح) وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا زكريا، عن فراس. وفي (٥١١٤) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد الإيامي. وفي (٥١١٥) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. وفي (٥١١٦) قال: وحدثنا قتيبة بن سعيد، وهناد بن السري، قالا: حدثنا أبو الأحوص (ح) وحدثنا عثمان بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، جميعا عن جرير، كلاهما عن منصور. وفي (٥١١٧) قال: وحدثني أحمد بن سعيد بن صخر الدارمي، قال: حدثنا أبو النعمان، عارم بن الفضل، قال: حدثنا عبد الواحد، يعني ابن زياد، قال: حدثنا عاصم الأحول. و«أبو داود» (٢٨٠٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو الأحوص، قال: حدثنا منصور. وفي (٢٨٠١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا خالد، عن مطرف. و«الترمذي» (١٥٠٨) قال: حدثنا علي بن حجر، قال: أخبرنا إسماعيل بن إبراهيم، عن داود بن أبي هند. و«النسائي» ١٨٢/٣، وفي «الكبرى» (١٧٧٦) قال: أخبرنا محمد بن عثمان، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني زبيد. وفي ١٨٤/٣ و١٩٠/٣ و٢٢٣/٧، وفي «الكبرى» (١٧٩٠ و١٨١٦ و٤٤٧١) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا أبو الأحوص، عن منصور. وفي ٢٢٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٧٠) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن ابن أبي زائدة، قال: أنبأنا أبي، عن فراس (ح) وأنبأنا داود بن أبي هند. وفي «الكبرى» «تحفة الأشراف» (١٧٦٩) عن عثمان بن عبد الله، عن عفان، عن شعبة، عن منصور، وداود، وابن عون، ومجالد، وزبيد. و«أبو يعلى» (١٦٦١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن داود بن أبي هند. وفي (١٦٦٢) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد، عن منصور.

=

اعتقاده وبخلاف سائر العبادات لأنها توجد في سائر الأديان والملل وأهل الجاهلية كانوا يأتون بها خصوصا الحج فلا تكون مختصة بدين الإسلام، فأما الصلاة بجماعة شرعت مختصة بدين الإسلام لم يكن في غيره من الأديان فالإتيان بها دلالة قبول الإسلام واعتقاد حقيته.

وذكر القدوري في الحج: إذا أحرم ولبى وشهد المناسك مع المسلمين كان مسلما؛ لأن هذه الهيئة تختص بشريعتنا فصار كالصلاة بجماعة، وإن لبى ولم يشهد المناسك أو شهد المناسك ولم يلب لم يكن مسلما؛ لأن العبادة لم تكمل ولا بد من وجود العبادة على أكمل الوجوه ليظهر الاختصاص بهذه.

ولو شهد فقال: رأيته يصلي في المسجد الأعظم وشهد آخر فقال رأيته يصلي في مسجد كذا لا يقتل ويجبر على الإسلام لأنهما لما اتفقا على فعل الصلاة فقد اتفقا على كونه مسلما إلا أنهما اختلفا في مكان الفعل وذلك لا يمنع قبول الشهادة على فعل الصلاة ويورث شبهة في إسقاط القتل عنه.

(باب ما يؤخذ أهل الذمة بإظهار العلامات ويمنع بإحداث البيع والكنائس)

مسائله على فصلين:

أحدهما: في أخذ العلامات.

=

و«ابن خزيمة» (١٤٢٧) قال: حدثنا يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير، عن منصور. و«ابن حبان» (٥٩٠٦) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، عن زبيد. وفي (٥٩٠٧) قال: أخبرنا علي بن إبراهيم بن الهيثم، ببلد، قال: حدثنا الحسن بن محمد بن الصباح، قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا منصور، وزبيد، وداود، وابن عون، ومجالد. وفي (٥٩٠٨) قال: أخبرنا النضر بن محمد، قال: حدثنا محمد بن عثمان العجلي، قال: حدثنا عبيد الله بن موسى، عن زكريا بن أبي زائدة، قال: حدثني فراس. وفي (٥٩١٠) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن الجنيد، قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا أبو الأحوص، عن منصور.

ثمانيتهم: (منصور، وزبيد، وداود، وعبد الله بن عون، ومجالد، ومطرف بن طريف، وفراس، وعاصم) عن عامر الشعبي، فذكره.

والثاني: في منع بناء الكنائس في دار الإسلام.

(فصل)

قال أبو حنيفة رضي الله عنه: لا يترك أهل الذمة يتشبهوا بالمسلمين في لباسهم ومراكبهم وهيئاتهم ويؤخذ بأن يجعل في وسطهم كستيجًا مثل خيط الغليظ يعقده على وسط الزنار ويكسوا قلانس مضربة ويركبوا بسروج على قربوس السرج مثل الرمانة، ولا يلبسوا طيالسة مثل طيالسة المسلمين، ولا أردية مثل أرديتهم، فالحاصل أنه يجب تمييزهم في الهيئة والزي على وجه يشعر ذلك بذلهم وصغارهم وقهرهم وعارهم وشنارهم، ولهذا قال عليه السلام: "**لا تَبْدَؤوهُمْ بِالسَّلامِ، والجؤوهم إلَى أضْيَقِ الطرق**"[1] وهذا مما يتعارفه أهل كل بلدة وعلى هذا يجب أن يتميزوا بعلامات يعرفون بها هكذا أمر عمر رضي الله عنه واتفقت الصحابة على ذلك ولأن المسلم يجب تعظيمه وإكرامه وموالاته واحترامه والكافر يجب إذلاله وإصغاره، فإذا اختلطوا بالمسلمين ولم يتميزوا بعلامة لم يؤمن أن يعظمهم ويوقرهم إنسان ظنا منه أنه مسلم، وإنما لم يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهود المدينة ونصارى نجران ومجوس هجر بإظهار العلامة لأنهم كانوا يعرفون

---

(١) أخرجه «البخاري» في «الأدب المفرد» (١١٠٣) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا وهيب. وفي (١١١١) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٥/٧ (٥٧١٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا عبد العزيز، يعني الدراوردي. وفي (٥٧١٣) قال: وحدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا وكيع، عن سفيان (ح) وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا جرير. و«أبو داود» (٥٢٠٥) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (١٦٠٢ و٢٧٠٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. و«ابن حبان» (٥٠٠) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي (٥٠١) قال: أخبرنا محمد بن يعقوب الخطيب، بالأهواز، قال: حدثنا عبد الوارث بن عبد الصمد بن عبد الوارث، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة. ثمانيتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن سعيد الثوري، وزهير بن معاوية، وشعبة بن الحجاج، ووهيب بن خالد، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي، وجرير بن عبد الحميد، وأبو عوانة) عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، فذكره.

بأعيانهم ولا يشتبه حالهم عليهم، فلما فتحت البلاد في زمن عمر وكثر أهل الذمة واختلطوا بالمسلمين وجب تمييزهم ونساءهم من نساء المسلمين، ويجب أن يكون على دورهم علامات يتميز بها من دون المسلمين فربما يقف عليهم سائل يدعو لهم بالمغفرة ويتركون أن يسكنوا في أمصار المسلمين يبيعون ويشترون في أسواقهم؛ لأن منفعة ذلك تعود إلى المسلمين.

(فصل)

وإذا صالح الإمام قومًا من أهل الحرب على أن يجعلهم ذمة يؤدي خراج رقابهم وأيديهم شيئًا معلوما جاز ولا يتعرض لكنائسهم وبيعهم القديمة؛ لأن الصلح قد وقع على أن لا يتعرض لهم فيكون التعرض نقضا للعهد ولا يمكنون من إحداث الكنيسة والبيعة بعدما صار مصرًا من أمصار المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا جفاء في الإسلام ولا كنيسة**" معناه لا تحدث في دار الإسلام كنيسة وقوله لا جفاء قيل معناه لا اعتزال من النساء كما يفعله أهل الكتاب حتى يصير في حكم الجفاء ولا يمكنون من إظهار بيع الخمر والخنازير في ذلك المصر ولا يدخلون شيئًا من ذلك في المصر؛ لأن في أمصار المسلمين يجب إظهار شعار الإسلام وإعلام الدين ويمنع من إظهار الفسق وشعائر الكفر.

وكذلك لا يمكنون من ضرب الناقوس خارج كنائسهم؛ لأنه من شعائرهم والحدود ملتهم الباطلة.

ولو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لم يتعرضوا لهم؛ لأن فيه إخفاء شعائرهم لا إظهارها وهذا في مصر تقام فيه الجمع والحدود وفي كل قرية لا تقام فيها الجمع والحدود.

وإن كان فيها عدد كبير من المسلمين لم يمنع من إحداث الكنائس والبيع وبيع الخمور والخنازير؛ لأن شعائر الإسلام فيها غير ظاهرة بل شعائرهم شائعة ظاهرة، فإن هدمت كنيسة من كنائسهم فلهم أن يبنوا كما كانوا؛ لأن إعادة البناء له حكم البقاء معنى لأنا عهدناهم على تقدير كنائسهم على التأبيد وليس لهم أن يحولوا هذا

إلى موضع آخر؛ لأنه إحداث كنيسة أخرى لا إعادة الأولى، وكذلك لو تخلى رجل منهم في صومعته منع من ذلك؛ لأنه يجري مجرى الكنيسة.

ولو فتح الإمام بلدة عنوة وصالحهم على أن يجعلهم ذمة يمنعهم من الصلاة في كنائسهم القديمة وأمرهم أن يجعلوها مساكن ولا يهدمها.

وكذلك كل قرية يجعلها الإمام مصرا لأنهم لما فتحوها عنوة كان لهم أن يقتسموا فيما بينهم ويمنعوا الكفار منها وصار حقا للغانمين بالفتح والاستيلاء عنوة، فإذا صالحهم على ذلك فموضع الكنائس إنما يستحقون بصلح المسلمين وتقديرهم على الذمة فصار بمنزلة إحداث الكنائس لأنها لم تبق مستحقة لهم، وإنما صارت مستحقة الآن بالصلح.

ولو عطل الإمام هذا المصر وتركوا الجمع وإقامة الحدود فيها كان لأهل الذمة أن يحدثوا ما شاؤوا لأنها خرجت من أن تكون مصرا وعادت إلى أحكام القرى.

قال محمد رحمه الله: ولا ينبغي أن يترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة ولا يباع فيها الخمر مصرًا كان أو قرية أو في ماء من مياه العرب ويمنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكنًا ووطنًا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**لا يجتمع دينان في جزيرة العرب**"[1] وكل قرية من أهل الذمة أو مصر أو مدينة أظهروا فيها شيئًا من الفسق مثل الرباء وإتيان الفواحش التي يحرمونها في دينهم فإنهم يمنعون من ذلك، وكذلك المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيئًا من ذلك لا يضمن؛ لأن هذه كبيرة في الأديان كلها لم يقروا عليها في الأمان[2].

ورُوي عن أبي يوسف: أن البيع والكنائس التي تكون في خراسان أو بالشام من الأمصار ما أحاط علمي أنه محدث هدمته وما لم أعلم بركنه حتى تقوم بينة أنه محدث؛ لأن النقض والتغيير لا يجوز بالشك وامنعهم من إدخال الخمر دون

---

(١) أخرجه مالك (٨٩٢/٢، رقم ١٥٨٤)، والبيهقي (٢٠٨/٩، رقم ١٨٥٣١).

(٢) انظر: فتح القدير ٣٠١/٥، حاشية ابن عابدين ٢٠٣/٤، الفتاوى الهندية ٢٤٧/٢، مواهب الجليل ٣٨١/٣، منح الجليل ٧٥٨/١، حاشية الخرشي ١٤٤/٣، بلغة السالك ٣٦٧/١، الزرقاني على مختصر خليل ١٤١/٢.

الخنازير؛ لأن الخمر لا يؤمن أن يفتن بها المسلم ويؤمن من الفتنة في الخنازير ولا يمنعون في الرساتيق. والله أعلم.

([باب عقد الذمة ونقضها][1])

(**السير الصغير**) مسائله على فصول:

أحدها: في عقد الذمة.

والثاني: فيما ينقضها.

والثالث: في حكم نقضها.

(فصل)

عقد الذمة وأخذ الجزية مشروع في حق سائر الكفار غير مشركي العرب والمرتدين، أما أهل الكتاب فلقوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ ٢٩﴾ [التوبة: ٢٩].

ورُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم صالح بني نجران وهم قوم من نصارى العرب على ألف ومائتي حلة.

وأما من المجوس، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أَخَذَ الْجِزْيَةَ مِنْ مَجُوسِ هَجَرَ وقال: "**سنوا بهم سنة أهل الكتاب**"[2].

وأما مشركو العجم فلحديث عمر رضي الله عنه أنه فتح سواد العراق وضرب

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب عقد الذمة وإعطاء الجزية.

(٢) أخرجه «البخاري» ٤/٩٦ (٣١٥٦ و٣١٥٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (٣٠٤٣) قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (١٥٨٧) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٧١٥) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا سفيان. و«أبو يعلى» (٨٦٠) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٨٦١) قال: حدثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، قال: حدثنا سفيان. ثلاثتهم: (عبد الملك بن جريج، ومعمر بن راشد، وسفيان بن عيينة) عن عمرو بن دينار، فذكره.

الجزية على جماعتهم والخراج على أراضيهم ولا تقبل من مشركي العرب الذمة والصلح، ولا يقبل منهم إلا القتل أو الإسلام لقوله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَۖ﴾ [الفتح: ١٦] وقال صلى الله عليه وسلم: "**لا يقبل من مشركي العرب إلا الإسلام أو السيف**"، ولأن كفرهم ازداد غلظًا واشتد قبحًا وفجعًا؛ لأنه صلى الله عليه وسلم كان منهم نسبًا وكان فيما بينهم قرارًا ومسكنًا، والقرآن أنزل بلغتهم عربيًّا مبينًا، وكانوا بالذكر والخطاب مخصوصين مميزين فهم أحق الناس أن يؤمنوا به تصديقا فحين أشركوا وعبدوا الأوثان تغلظت جنايتهم وعظمت فجيعتهم فصاروا نظير المرتدين عقوبتهم.

وأما المرتدون فلإجماع الصحابة في زمن أبي بكر رضي الله عنه على أن حكم الله تعالى في المرتد السيف أو الإسلام، ولأن كفر المرتد أغلظ وأقبح من كفر مشركي العرب؛ لأن الارتداد جحود وتكذيب بعد التصديق والاعتراف وبعد رؤية محاسن الإسلام وقبائح الكفر فكانت عقوبته أقبح وأفحش، إلا أن نساءهم وصبيانهم يجبرون على الإسلام بخلاف نساء المشركين وذراريهم يسترقون ولا يجبرون على الإسلام لما تبين في الفصل الأخير. الأصل أن الخزي لا يمكن أن يطيل المكث في دارنا فيصير عونا للكفرة علينا بل يمكن بقدر ما يقضي حاجته ثم يرجع، فإذا دخل ينبغي للإمام أن يتقدم إليه في أول ما دخل يضرب له مدة معلومة على قدر ما يفهم رأيه ويقول إن جاوزت المدة جعلتك من أهل الذمة، وإذا جاوز ما سماه جعله ذميًّا؛ لأن بالمكث بعد الشرط صار ذميا واستأنف الجزية بحول بعده عليه إلا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذ منه الجزية فيأخذها منه حينئذ. حربي دخل دارنا بأمان فتقدم إليه الإمام في أن يخرج أو يكون ذميا فمكث بعد ذلك سنة فهو ذمي وعليه الجزية لما بينا. حربي دخل دارنا بأمان فدخل فاشترى أرضًا خراج، فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي؛ لأنه قبل وظيفته بقي حكم يتعلق بالمقام في دار الإسلام فيكون راضيًا بكونه من أهل دارنا فصار ذميا ضرورة. حربية دخلت بأمان فتزوجت ذميًّا صارت ذمية وإن تزوج حربي ذمية لم يصر ذميا والفرق أن المرأة تابعة للزوج، فإذا تزوجت بالذمي لزمها المقام معه في دارنا فصارت

راضية بالمقام في دارنا فأما الزوج لا يلزمه المقام معها بنكاحه بل حق الإسكان إلا أنه لا تترك لسفلها فإما أن يبيعها فلا فبتزويجه إياها لم يصر راضيا بالمقام.

(فصل)

وعقد الذمة ينتقض بالفعل وهو الالتحاق بدار الحرب ولا ينتقض بالقول وأمان الحربي يثبت بالقول؛ لأن سبب ارتفاع الأمان وإباحة القتل الحراب والذمي بالقول لم يصر محاربا ما لم يلتحق بدار الحرب والأمان في حق الحربي هو ترك القتال لا كونه محاربا وبالقول عزم على المحاربة والقتال فيبطل الأمان الذمي إذا وقف منه على أن يخبر المشركين بعيوب المسلمين أو بقتال رجل من المسلمين فيقتله لا يكون نقضًا للعهد، لما رُوي أن حاطب ابن أبي بلتعة كتب إلى مكة: أن النبي صلى الله عليه وسلم يريد حربكم فخذوا حذركم، وجعل الكتاب في قرن امرأة ليذهب به إلى مكة، فنزلت: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ عَدُوِّى وَعَدُوَّكُمْ أَوْلِيَآءَ تُلْقُونَ إِلَيْهِم بِٱلْمَوَدَّةِ﴾ [الممتحنة: ١] سماه مؤمنا فبعث عليًّا فأخذه وجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لحاطب: "**ما حملك على هذا؟** فقال: إن لي عيالات وقرابات بمكة فأردت أن يكون بر عندهم، وإني أعلم أن الله تعالى ناصركم وممكنكم ولا يضركم ما صنعت، فقال عمر: ائذن لي يا رسول الله حتى أضرب عنق هذا المنافق، فقال: **مهلا يا عمر، لعل الله اطلع على أهل بدر وقال: اعملوا ما شئتم فإني قد غفرت لكم**"[1].

---

(١) أخرجه البخاري ٥٩/٤ (٣٠٠٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله. وفي ١٤٥/٥ (٤٢٧٤) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد. وفي ١٤٩/٦ (٤٨٩٠) قال: حدثنا الحميدي. و«مسلم» ١٦٧/٧ (٦٤٨٥) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد، وزهير بن حرب، وإسحاق بن إبراهيم، وابن أبي عمر، واللفظ لعمرو. و«أبو داود» (٢٦٥٠) قال: حدثنا مسدد. و«الترمذي» (٣٣٠٥) قال: حدثنا ابن أبي عمر. و«النسائي» في «الكبرى» (١١٥٢١) قال: أخبرنا محمد بن منصور (ح) وأخبرنا عبيد الله بن سعيد. و«أبو يعلى» (٣٩٤) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر الجشمي، وأبو خيثمة. وفي (٣٩٥) قال: حدثنا إسحاق بن إسماعيل الطالقاني. وفي (٣٩٨) قال: حدثنا زهير، أبو خيثمة. و«ابن حبان» (٦٤٩٩) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، =

ولأنه لو فعله مسلم لا يكون نقضا للإسلام فكذلك لو فعله الذمي غير أنه يعاقب ويحبس؛ لأنه ارتكب محظورًا، ولو يأسر الذمي ما يكون رده من المسلم كشتم النبي صلى الله عليه وسلم والقرآن لا يكون نقضًا للذمة، وإنما نقض الذمة بلحوقه بدار الحرب، وقال الشافعي: يكون هذا منه نقضا للذمة.

والصحيح قولنا لما روى عروة عن عائشة رضي الله عنها قال: دخل رهط من اليهود على النبي صلى الله عليه وسلم وقال: السام عليك، ففهمتها فقلت: وعليكم السام واللعنة والسخط، فقال عليه السلام: "**مهلا يا عائشة، فإن الله تعالى يحب الرفق في الأمور كلها**، فقلت: يا رسول الله؛ ألم تسمع ما قالوا؟ فقال: **قولي وعليكم**"[1]. وهذا سب للنبي صلى الله عليه وسلم ولم يقتلهم؛ لأن شتم النبي كفر منه والكفر المقارن لم يمنع صحة الذمة فالطارئ لا يرفعه بطريق الأولى.

=

قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء. جميعهم (الحميدي، وأبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، وعلي بن عبد الله، وقتيبة بن سعيد، وعمرو الناقد، وزهير أبي خيثمة، وإسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن أبي عمر، ومسدد بن مسرهد، ومحمد بن منصور، وعبيد الله بن سعيد، وعبيد الله بن عمر، وإسحاق بن إسماعيل، وعبد الجبار بن العلاء) عن سفيان بن عيينة، قال: حدثنا عمرو بن دينار، قال: أخبرني الحسن بن محمد بن علي، أنه سمع عبيد الله بن أبي رافع، كاتب علي بن أبي طالب، فذكره.

(١) أخرجه «البخاري» ٨/١٤ (٦٠٢٤)، وفي «الأدب المفرد» (٤٦٢) قال: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، عن صالح. وفي ٨/٧٠ (٦٢٥٦) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. وفي ٨/١٠٤ (٦٣٩٥) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا هشام، قال: أخبرنا معمر. وفي ٩/٢٠ (٦٩٢٧) قال: حدثنا أبو نعيم، عن ابن عيينة. و«مسلم» ٧/٤ (٥٧٠٧) قال: حدثني عمرو الناقد، وزهير بن حرب، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٥٧٠٨) قال: حدثناه حسن بن علي الحلواني، وعبد بن حميد، جميعا عن يعقوب بن إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا أبي، عن صالح (ح) وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن ماجه» (٣٦٨٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن مصعب، عن الأوزاعي (ح) وحدثنا هشام بن عمار، وعبد الرحمن بن إبراهيم، قالا: حدثنا الوليد بن مسلم، قال: حدثنا الأوزاعي. و«الترمذي» (٢٧٠١) قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، قال: حدثنا سفيان بن عيينة.
=

(فصل)

نقض قوم من أهل الذمة العهد وغلبوا على مدينة، فالحكم فيه كما في المرتد ويفعل في تركتهم ما يفعل في تركة المرتد؛ لأن المعنى الذي يوجب إلحاق المرتد بالميت فيما مر من الأحكام، وهو تباين الدارين موجود هنا إلا أنهم يسترقون بخلاف المرتد ونساؤهم يسترقون ولا يجبرن على قبول الذمة والمرتد أغلظ وأشد؛ لأن الحجة في حقه أظهر وأبين؛ لأنه جحد بعد الإقرار به فكان جحودهم أشد فكان بمنزلة مشرك العرب، وأما كفر الذمة بنقض العهد لم يتغلظ؛ لأنه لم يوجد منه الجحود بعد الإقرار بل بالنقض عاد إلى الحراب فكان بمنزلة سائر أهل الحرب.

وأما الفرق الثاني وهو أن المقصود من الذمة أن يصير من أهل دارنا سلما لنا بادئا للمحاربة علينا وهذا المقصود يحصل بالاسترقاق فلا معنى للجبر على قبول الذمة فأما المقصود من المرتد العود إلى الإسلام، فإن عادوا إلى الذمة أخذوا بحقوق كانت قبل النقض من القصاص والمال؛ لأنه حق التزمه بعقد الذمة فلا يسقط بصيرورته حربا لنا، ولأن الذمة خلف عن الإسلام في حق الأحكام فكان نقض الذمة بمنزلة ردة المسلم في حق الأحكام وحقوق العباد لا تسقط عنه بالردة ويؤاخذ به فكذا بنقض الذمة ولم يؤخذوا بما أصابوا في المحاربة وكذلك المرتدون لأنهم

=

و«النسائي» في «الكبرى» (١٠١٤١ و١١٥٠٨) قال: أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٠١٤٢) قال: أخبرنا عبيد الله بن سعد بن إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا عمي، قال: أخبرني أبي، عن صالح. وفي (١٠١٤٣) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. وفي (١٠١٤٤) قال: أخبرني عمران بن بكار، قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. و«أبو يعلى» (٤٤٢١) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٥٤٧) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر الحزامي، قال: حدثنا معن بن عيسى، عن مالك، عن الأوزاعي. وفي (٦٤٤١) قال: حدثنا ابن قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي السري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر.

خمستهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وعبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، وصالح بن كيسان، وشعيب بن أبي حمزة) عن ابن شهاب الزهري، عن عروة بن الزبير، فذكره.

بنقض العهد والردة التحقوا بسائر أهل الحرب وما أصاب سائر أهل الحرب من دمائنا وأموالنا لا يؤاخذون بذلك متى أسلموا فكذا هذا. والله أعلم.

(باب حكم الخوارج والبغاة)

(**السير الصغير**) مسائله على فصول:

أحدها: في حكم نفس البغاة والخوارج.

والثاني: في حكم ما أصيب من أموالهم.

والثالث: في موادعتهم.

والرابع: في الميراث منهم.

(فصل)

ذكر محمد بن الحسن رحمه الله حديث كثير بن مرة الحضرمي أن قال: دخلت مسجد الكوفة فإذا خمسة نفر يشتمون عليًّا رضي الله عنه، وفيهم رجل عليه برنس يقول: أعاهد الله تعالى لأقتلنه، فتعلقت به وتفرق أصحابه، فأتيت به عليًّا رضي الله عنه فقلت: إني سمعت هذا يعاهد الله ليقتلنك، فقال: ادن ويحك من أنت؟ قال: أنا سوار المنقري، فقال: خل عن الرجل، فقلت: أخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك؟! قال: أأقتله ولم يقتلني، قلت: فإنه قد شتمك فاشتمه إن شئت أو دع.

هذا الحديث اشتمل على فوائد منها أن قتل علي لا يكون كفرا؛ إذ لو كان كفرا لكان النذر بالكفر كفرًا كالنذر بحقيقة الكفر، ولو كان كفرًا لقتله علي عليه السلام ومنها أن فيه دليلًا على أن الخوارج مسلمون إلا من استحل قتله فيكفر، ألا ترى أن عليا رضي الله عنه لم يكفر الخوارج ولم يقتلهم دل عليه قوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟﴾ [الحجرات: ٩] الآية، وقال علي رضي الله عنه: إخواننا بغوا علينا.

وقال أبو حنيفة: لولا علي رضي الله عنه لما عرفت السيرة في أهل القبلة أي حكم الخوارج، فأبو حنيفة وأصحابه ما كفَّرَ الخوارج وفي تكفير أهل البدع كلام بعضهم لا يكفرون أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفرون البعض وهو أن كل بدعة

تخالف دليلا توجب العلم والعمل به قطعا فهو كفر وكل بدعة لا تخالف دليلا توجب العمل وتخالف دليلا توجب العمل ظاهرا فهو بدعة وضلالة وليس بكفر وقد اعتمد عليه عامة أهل السنة والجماعة، وقد اتفقت الأمة على تضليل أهل البدع أجمع وتخطئتهم إلا جعل وهو عبد الله البصري خالف جميع الأمة.

وقال المجتهدون في أمور الدين: مصيب، وهو قول مردود باطل وهو كفر ومنها أن سبه وتعصبه لا يكون كفرا، فإن عليًّا رضي الله عنه لم يكفر ذلك الشاتم حتى ولم يقتله ولكن يضلل شاتمه ومن يشتم إنسانا لا ينبغي للمشتوم أن يستمر مجيبا ولكن ينبغي أن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يعزره، وإنما أمره علي رضي الله عنه بشتم شاتمه؛ لأنه كان إماما فكان له إقامة التعزير بنفسه فملك التفويض إلى غيره؛ لأن التعزير تارة يكون بالضرب وتارة يكون بالإيذاء باللسان وتارة يكون بالحبس على حسب ما يرى الإمام ومنها لا يثبت حكم البغي ما لم يتغلبوا ويجمعوا وتصير لهم منعة ألا ترى أن عليًّا رضي الله عنه قال: خل سبيله.

ولو ثبت حكم البغي بإجماع خمس لكان يحبسه ولا يخلي سبيله وعن علي رضي الله عنه أنه قال في خطبته: لن نقاتلكم حتى تقاتلونا. وقصة ذلك أن الخوارج كانوا يستحلون قتل علي رضي الله عنه ولعنهم ومن استحل قتل مسلم يكفر وهم قوم خرجوا يوم الحكم، فإنه لما اشتد القتال بين علي رضي الله عنه وبين معاوية قال معاوية لعمرو بن العاص: هل بقي عندكم من الحيل والمكايد شيء قال نعم ثم أمر أصحاب معاوية حتى جعلوا المصاحف على رؤوس الرماح، وقالوا لأصحاب علي: بيننا وبينكم كتاب الله تعالى فاعملوا به فقال أصحاب علي على حكم الله وكتابه وتركوا القتال فقال لهم علي: لا تتركوا القتال إن هذا لمكيدة وحيلة فلم يفعلوا وقالوا كيف نقاتل قوما يدعوننا إلى العمل بكتاب الله تعالى، وقالوا إن ساعدتنا وإلا قاتلناك فساعدهم على ذلك مكرهًا فاتفقوا على أن يبعثوا حكما من عندهم وحكما من عند معاوية وكان علي يعرف أنه حيلة وكان لا يرضى بذلك حتى اجتمع أصحابه وقالوا لا بد من أن نتفق عليه فوافقهم على ذلك ضرورة وكرها لا طوعا ورضا فبعث معاوية عمرو بن العاص وكان من رأي علي أن يبعث

ابن عباس رضي الله عنهما؛ لأنه قيل له إنك رميت بداهية يعني عمرو بن العاص فابعث ابن عباس، فإنه لا يعقد عقدة إلا حلها ابن عباس فأبى أهل اليمن إلا أبا موسى الأشعري واتفقوا عليه وعلي في ذلك مكره فلما اجتمعا تشاورا وتدبرا واتفقا على أن يعزلا هذين ويتركا الأمور شورى لتسكن الفتنة ثم قال عمرو لأبي موسى الأشعري: أنت أكبر سنا فاصعد على المنبر واعزل عليا عن الإمارة، فصعد وحمد الله تعالى وأثنى عليه ثم قال: إن هذه الفتنة قد طالت والصواب أن نعزل عليا ومعاوية ونقلد غيرهما، فأخرج خاتمه من إصبعه وقال: أخرجت عليا عن هذا الأمر كما أخرجت هذا الخاتم من هذا الإصبع، ونزل ثم صعد عمرو المنبر وحمد الله تعالى وأثنى عليه وقال: إني أدخلت معاوية في هذا الأمر كما أدخلت هذا الخاتم في هذا الإصبع، فقال أبو موسى: الغدر الغدر، فوقع التشويش بين المسلمين، فقالت طائفة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنا قد ارتدينا حيث جعلنا الحكم في أيديهما والله تعالى يقول: ﴿إِنِ ٱلْحُكْمُ إِلَّا لِلَّهِ﴾ [الأنعام: ٥٧] فتبنا ورجعنا عن ذلك إلى الإسلام وقالوا لعلي رضي الله عنه: إنك قد ارتددت أيضًا حيث تركت حكم الله تعالى وأخذت بحكم الحكم، وتب على أن نبايعك، وخرجوا على علي عامة أصحابه، وكان مذهب أهل الخوارج تكفير كل مذنب صغيرة كانت أو كبيرة وكانوا ضالين كافرين في تكفير كل مذنب والرضا بحكم الحكمين لم تكن كبيرة منه؛ لأن الرضاء بحكم الحكمين فيما لا نص فيه جائز على أن عليا لم يكن راضيًا بذلك بل كان مكرها فيه وعلي كان على الحق؛ لأنه خليفة الحق؛ لأنه كان من جملة من اختاره عمر للخلافة واختاره من بعده من اختارهم للخلافة ومعاوية كان متأولًا وكان من الصحابة فالواجب على كل مسلم أن يعتقد في كل واحد من الصحابة الخير فيتكل ويفوض أمرهم إلى الله تعالى قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعْدِهِمْ﴾ [الحشر: ١٠] الآية، أمر بقتال البغاة. وعن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تقتلوا أسيرا ولا يذفَّف على جريح أي لا تتم قتله ولا تكشف سترا ولا يؤخذ مال منه وهذا إذا لم

يكن لهم فئة ومنعة يرجعون إليها لوقوع الأمن من شرهم وحاجتنا إلى دفع شرهم، فإن كان لهم فئة ومنعة يقتل أسيرهم ويتبع مدبرهم ويذفَّف على جريحهم. المرأة الباغية تقاتل فأخذت حبست ولا تقتل كالمرتدة؛ لأن المرأة بأصل الخلقة ليست محاربة ولا عادية شريرة وبالأسر يندفع شرها والحربية إذا كانت تقاتل المسلمين فأسرت لا تقتل فالباغية أولى، فإن قتلت في المحاربة جاز كما في الحربية، ولو أخذ حر أو عبد يقاتل وعسكر أهل البغي على حاله يقتل خلافًا للشافعي؛ لأن الرجل محارب شرير وشره لا يندفع إلا بالقتل ما دامت الفتنة ممتنعة والجنود باعثة متمردة. عبد يخدم مولاه لا يقاتل يحبس لكسر شوكتهم وتقليل سوادهم، ولا يقتل؛ لأنه مندفع الشر لعدم القتال والمحاربة منه أعان قوم من أهل الذمة البغاة لم يكن نقضا للعهد ويكون ذميا باعثا فيقتل ولا يسترق ولا يغنم وهم فيما أصابوه في الحرب بمنزلة أهل البغي؛ لأن نقض العهد لا يكون إلا بضد العهد ولم يوجد ضده فلا ينتقض العهد ولكن هذا بغي وجناية منهم كما هو جناية وبغي من أهل البغي ولا بأس بأن يرمي إلى أهل البغي النبل والمنجنيق وإرسال الماء والنار على البيات بالليالي؛ لأنه من أسباب المقاتلة وربما لا يحصل دفع شرهم وقتالهم إلا بهذه الأسباب فلا بأس كما في أهل الحرب.

(فصل)

وما أصاب أهل العدل من كراعهم وسلاحهم يجوز أن يستعمل عليهم خلافًا للشافعي ولا يباح الانتفاع بما سوى السلاح بل يحفظ حتى إذا وضعت الحرب أوزارها رد ما أصاب من أموالهم وسلاحهم عليهم؛ لأن عليًّا رضي الله عنه هكذا كان يصنع بما أخذ يوم الجمل ثم التقى ما أصاب من عسكر نهروان في الرحبة ونادى من عرف شيئًا أخذه، ولأن في استعمال أسلحتهم دفع شرهم وكسر شوكتهم واجب.

أصله: حديث صفوان، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ عنه درعه حالة الحاجة بغير رضاه، ولأنهم مسلمون معصومون بدار الإسلام مالا ونفسا فلا تغنم أموالهم بل تحفظ عليهم، وما أصاب من دوابهم وليس إليه حاجة يباع ويحبس

ثمنه؛ لأن رده لا يجوز؛ لأن فيه تقوية أهل البغي ولا فائدة في إمساكه؛ لأنه غير محتاج إليه ومحتاج إلى النفقة عليه وربما يربي النفقة على القيمة فتكون في توقيفه إضرارا بأهل العدل وبأهل البغي وهو إجماع النفقة بخلاف السلاح.

(باب أهل البغي)

وما أتلف أهل البغي لم يوجد شيء مما أصابوا من إتلاف مال أو قتل نفس إلا ما كان قائما بعينه فتركه لما رُوي عن الزهري أنه قال: وقعت الفتنة العظمى بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلهم متوافرون أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر، وكل مال أتلف بتأويل القرآن فهو هدر، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو هدر، ولأن الباغي يستحل أموال العادل ويستبيح بما عنده من التأويل الفاسد وليس لنا ولاية الإلزام والرد عليهم؛ لأن لهم منعة ممتنعة وقوة متوفرة، فإذا تعذر الإلزام عليهم والعادل لو أتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان؛ لأن مال الباغي معصوم في حقنا وأمكن إلزام الضمان له فكان في إيجابه فائدة.

(فصل)

طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إن كان خيرا للمسلمين كما في أهل الحرب ولا يوجد منهم شيء؛ لأن أخذ الجزية لا يجوز منهم، ولو وقعت الموادعة على أن يعطي كل فريق رهونا إلى الفريق الآخر على أنهم إن غدروا قدما الرهون خلال الآخر ثم غدر أهل البغي بأهل العدل وقبلوا رهون أهل العدل لا ينبغي لهم أن يقتلوا رهونهم؛ لأن الرهون صاروا آمنين في أيدينا متى أخذناهم على سبيل الرهن وشرط إباحة دمائهم باطل فلا يحل لنا قتلهم بجناية وجدت من غيرهم ولكن يحبسونهم حتى يهلك أهل البغي أو يتوبون، لأنا إنما أخذناهم رهنا برهاننا وكانوا كالبدل عن رهاننا، ولأن الرد عليهم بشرط ردهم رهائننا إلينا فما لم يصل إلينا البدل لا يلزمنا رد المبدل وقد عجزوا عن رد البدل بالقتل على التأبيد فنحن لا نرد المبدل إليهم على التأبيد تحقيقا للمساواة وكذلك أهل الشرك لو فعلوا برهوننا ذلك لا نفعل برهونهم فيخيرون حتى يسلموا أو صاروا ذمة تجارا وأسرى في يد أهل البغي

فجنى بعضهم على بعض وظهرنا عليهم لم يقبض فيما بينهم؛ لأنهم فعلوا في موضع لا ولاية لنا عليهم فلم يجب عليهم شيء؛ لأنه لا فائدة في الوجوب إذ الوجوب للاستيفاء كما إذا كان ذلك في دار الحرب، وما أصاب أهل البغي من القتل والأموال قبل الخروج إلى المحاربة ثم صالحوا بعد الخروج على إبطال ملكه لم يجز وأخذوا بحقهم لأنهم إذا لم يكن لهم منعة وشوكة ولم يحاربوا كانوا في معنى اللصوص أو العصبة وهم يؤاخذون بالضمان قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية، فلم يصح الصلح على هذا الشرط؛ لأن هذا شرط فاسد فلا يكون معتبرا والصلح لا يبطل بالشرط الفاسد.

الباغي دخل عسكرنا بأمان فقتله عدل عليه الديّة كما لو قتل حربيًّا مستأمنًا.

قال الباغي: تبت وألقى السلاح كف عنه؛ لأن توبة الباغي بمنزلة الإسلام من الحربي في إفادة العصمة والحرمة.

ولو قال: كف عني لأنظر في أمري لعلي ألقي السلاح، يكف عنه لقوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ﴾ [الحجرات: ٩]، ولأن الباغي لا يكون أسوأ حالًا من المرتد، والمرتد إذا استمهل حتى ينظر في أمره يكف عنه، فلأن يكف عن الباغي إذا استمهل وهو مسلم أولى.

ولو قال: أنا على دينك ومعه السلاح لا يكف؛ لأن ذلك ليس بتوبة. وادع أهل البغي قوما من أهل الحرب لا يغدرهم أهل العدل ولا يسبوا منهم؛ لأن أمارة البغاة جائزة لكونهم مسلمين ممتنعين، ولو غدرهم أهل البغي فسبوهم لم يسبوهم أهل العدل ومتى تاب أهل البغي ردهم على أهل الحرب لأنهم آمنون عن السبي والاستغنام فلم يصر ملكا لهم فلا يحل الشراء منهم لم يكن لأهل البغي منعة بأن كان رجلا أو رجلين ثم يستأمنان أخذ بجميع الأحكام؛ لأن الضمان إنما يسقط بالمنعة والتأويل ولم توجد المنعة.

لصوص غير متأولين غلبوا على مدينة وقتلوا الأنفس وأخذوا الأموال أخذوا بجميعه؛ لأن المنعة إن وجدت فالتأويل لم يوجد.

استعان أهل البغي بقوم من أهل الحرب يجوز سبيهم؛ لأن الأمان وإن ثبت لهم دلالة استعانة أهل البغي ولكن لو حاربوا فقد نبذوا الأمان ونقضوه فجاز سبيهم، وكذلك لو وادع أهل العدل قومًا من أهل الحرب فأعان ذلك القوم على أهل العدل يسبون ويقتلون؛ لأنهم نقضوا العهد لما بينا فبطل أمانهم كما لو نقض بالقول؛ لأن الأمان بالموادعة ترك القتال بشرط أن يترك أهل الحرب القتال أيضًا، فإذا قاتلوا فات الشرط فبطل الأمان، ومن لحق بأهل الحرب وصار معهم لا تبين امرأته ولا يقسم ماله بين ورثته؛ لأنه كواحد منهم وليس بمرتد.

(فصل)

قتل العادل أباه الباغي ورثه؛ لأنه قتل بحق، وكذلك لو قتله الباغي ورثه عند أبي حنيفة ومحمد.

وعند أبي يوسف والشافعي لا يرثه؛ لأن قتل الباغي العادل قتل بغير حق؛ لأنه لا يباح له الخروج على أهل العدل فضلا من القتال وتأويل الباغي في استحلال قتل العادل معتبر في الدفع عن نفسه لا في الاستحقاق على غيره، ولهذا المجوسي لا يتوارث بالأنكحة الفاسدة والقتل بغير حق يوجب حرمان الميراث، لنا: إجماع الصحابة أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر على ما بينا، ولأن فعل أهل البغي ملحق بسبب تأويلهم حتى لم يوجد وانبنى من ضمان العدوانات وأجزية السبات فكذلك في حق الإرث يكون ملحقا بالقتل الذي هو حق بسبب التأويل الذي عندهم فلا يحرم به الميراث ويكره للعادل قتل ابنه وابنه الباغي؛ لأن البغي لا يقطع الصلة، ولهذا يلزمه النفقة فلما وجب عليه إحياؤه بالنفقة حالة الحاجة وجب إحياؤه بالكف عن قتله. قتل رجل من أهل العدل في صف من أهل البغي لا بأس به؛ لأنه صار من جملتهم لما قام في صفهم كالمسلم قتل في صف الكفار وقتلى أهل العدل شهداء؛ لأن الشهيد من قتل بغير حق وأهل العدل قتلوا بغير حق، ولا يصلى على قتلى أهل البغي هكذا فعل علي رضي الله عنه وهو القدوة في الباب، وقد مر في كتاب الجنائز ويدفنون؛ لأن الكافر يدفن فالباغي أولى، ويكره أن يطاف برؤوسهم؛ لأنه مثلة والمثلة من غير فائدة حرام بخلاف رؤوس أهل الحرب على ما مر. والله أعلم بالصواب.

(باب في قضاة أهل البغي)

(**السير الصغير**): ظهر أهل البغي على مصر فاستعملوا عليه قاضيًا ليس من أهل البغي بل من أهل العدل يقيم الحدود والقصاص والأحكام بالحق جاز ولا يسعه غيره؛ لأن تقليد أمير البغاة القضاء جائز؛ لأن كل متسلط إذا تم تسليطه يصير عندنا سلطانا يصح تقليده القضاء، ويصح منه ما يصح من السلطان العادل، فإن الصحابة رضي الله عنهم رأوا قضاءنا قضاة بني مروان نافذة وأكثرهم كانوا متسلطة متغلبة.

ورُوي عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت: هل يتولى الأعمال من يريد؟ فقالت: "إن لم يتول خياركم يتولاها شراركم".

ولو كتب قاضي أهل البغي إلى قاضي أهل العدل كتابا جاز إن كان المكتوب إليه يعرف الشهود أنهم من أهل العدل؛ لأنه قاضي عدل؛ لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة وشهادة العادل على العادل للباغي على أصل الحق مقبولة وكذلك على الشهادة فيثبت النقل بهذا الكتاب فيجب القضاء بها، وإن كان لا يعرفهم لا يجوز كتابه بجواز أن يكون الشهود بغاة فتكون شهادة العادل قامت على شهادة الباغي؛ لأن الشهادة بأصل الحق من أهل البغي وشهادة الباغي على العادل غير مقبولة ولا يعمل بكتاب قاضي أهل البغي؛ لأنه منهم في الشهادة والكتاب على العدل؛ لأنه يستبيح مال العدل ودمه، وإليه أشار محمد فقال: لو قبلنا شهادة الباغي على العادل لذهب أهل البغي بجميع أموال أهل العدل فقد أشار إلى أنه ردت هذه الشهادة لتهمة الكذب لا لفسق الاعتقاد؛ لأن فسق الاعتقاد إذا لم يمكن تهمة الكذب في الشهادة لا يمنع القبول كشهادة أهل الأهواء والبدع. غلب البغاة على المدينة فاستعملوا عليها قاضيا منهم فقضى بأشياء ثم ظهر أهل العدل ينفذ قاضي المسلمين فيها إذا كان حقا أو فيه خلاف بين الفقهاء؛ لأن تفويضهم القضاء جائز وقد قضى في المجتهد فيه فتكون قضاياه في حقهم نافذة، ألا ترى أن قضايا حاكم أهل الذمة في حقهم نافذة فقضايا أهل البغي لأن تنفذ عليهم أولى، والله أعلم بالصواب.

كتاب المأذون

تحتاج إلى معرفة: شرعية الإذن للعبد والصبيان في التجارة، وتفسيره، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه شريعة.

أما شرعيته: فلما رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم "**أنه كان يخصف النعل ويرقع الثوب ويحلب الشاة ويركب الحمار ويجيب دعوة المملوك**"[1]، والمراد به المملوك المأذون بالإجماع؛ لأنه لا يجوز إجابة دعوة العبد المحجور بالإجماع ولأنه أضاف الدعوة إلى المملوك، وإنما تكون الدعوة مضافة إلى المملوك إذا كان مأذونا حتى تكون الضيافة متحدة بكون الدعوة مضافة إلى المملوك إذا كان مأذونا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٢٠٤٩٢) عن معمر، عن الزهري، وهشام بن عروة. و«أحمد» ٦/١٠٦ (٢٥٢٥٦) قال: حدثنا مؤمل، قال: حدثنا سفيان، عن هشام. وفي ٦/١٢١ (٢٥٤١٥) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا مهدي، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي ٦/١٦٧ (٢٥٨٥٥) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري (ح) وعن هشام بن عروة. وفي ٦/٢٦٠ (٢٦٧٦٩) قال: حدثنا يونس، وحسن، قالا: حدثنا مهدي، عن هشام بن عروة. و«عبد بن حميد» (١٤٨٣) قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري، وهشام بن عروة. و«البخاري» في «الأدب المفرد» (٥٣٩) قال: حدثنا موسى، قال: حدثنا مهدي بن ميمون، عن هشام بن عروة. وفي (٥٤٠) قال: حدثنا إسحاق، قال: أخبرنا عبد الله بن الوليد، عن سفيان، عن هشام. و«أبو يعلى» (٤٦٥٣) قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا عمر بن علي، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٤٨٧٦) قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا مهدي بن ميمون، قال: حدثنا هشام بن عروة. و«ابن حبان» (٥٦٧٦) قال: أخبرنا الحسين بن أحمد بن بسطام، بالأبلة، قال: حدثنا حسين بن مهدي، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري. وفي (٥٦٧٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا مهدي بن ميمون، قال: حدثنا هشام بن عروة. وفي (٦٤٤٠) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي السري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن هشام بن عروة.

كلاهما: (ابن شهاب الزهري، وهشام بن عروة) عن عروة بن الزبير، فذكره.

حتى تكون الضيافة متحدة من كسبه فتكون مضافة إليه، وفيه دليل أن العبد المأذون يملك الضيافة اليسيرة المعتادة فيما بين التجار فيكون حجة على الشافعي، وفيه دليل على غاية تواضع رسول الله صلى الله عليه وسلم وكمال خلقه وحسن شيمته ورفعة سريرته، فإن إجابة دعوة المملوك وركوب الحمار وحلب الشاة غاية في التواضع والتبرؤ من التجبر والترفع، ولهذا قال عليه السلام: "**برئ من الكبر من ركب الحمار واعتقل العنز** - أي ربطها على باب داره - **ولبس الصوف وأكل مع خادمه وعياله وأجاب دعوة المملوك وحمل متاعه من السوق إلى بيته بيده**"، ولهذا قيل عادات السادات سادات العادات ومن سادات العادات التواضع.

وروى محمد رحمه الله بإسناده عن أبي صالح أنه كان للعباس بن عبد المطلب رضي الله عنه عشرون عبدا كل عبد منهم يتجر بعشرة آلاف درهم، والظاهر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عالمًا بصنيع عمه وتجارة عبيده كانت مشهورة فيما بينهم لا يخفى عليه وعلى أصحابه ولم يرد منهم النكير فدل ذلك على جوازه، ولأن العبد أهل لمباشرة التجارات وإصدار التصرفات لكونه عاقلا مميزا ناطقا معبرًا والمولى محتاج إلى الاستكتاب والاسترباح وبإرسال العبيد وتصريفهم في الأسفار تجلب الأموال فصار المولى بالإذن الذي هو إطلاق وفك الحجر يستعمل للعبد وفي اكتساب الأموال واستجلاب المنافع والأرباح كما لو استعمل عبده في الاحتطاب والاحتشاش والإيهاب.

وأما تفسيره: فالإذن هو الإطلاق؛ لأن ضد الحجر والحجر عبارة عن المنع والزجر فيكون الإذن عبارة عن الإطلاق وفك الحجر.

وأما ركنه: فقول المولى لعبده: أديت لك في التجارة.

وأما شرط جوازه: قولانه الإذن على المأذون حجرًا وإطلاقًا منعًا وإسقاطًا وكون المأذون عاقلًا مميزًا عالمًا عارفًا بما يأذن له.

وأما حكمه شريعة: ففك الحجر وإطلاق التصرف فيصير بالإذن كالأحرار في حق التصرفات.

وعند زفر والشافعي الإذن إنابة وتفويض كالتوكيل؛ لأن العبد متصرف للمولى

بدليل أن حكم تصرفه يقع للمولى والتصرف يراد بحكمه فيقع لمن يقع له حكمه فصار كالوكيل والمضارب.

والصحيح قولنا؛ لأن العبد متصرف لنفسه؛ لأنه مالك للتصرف قبل التصريح بالإذن لقيام أهليته بأصل فطرته وخلقته، فإن التصرف عبارة عن الكلام المنتظم المعتبر شرعا سببا يحصل الملك وهذا يبيحه العقل والنطق الذي هو ملاك التكاليف لما عرف فبقي العبد على الجزية الأصلية في حق مالكية التصرفات، وإنما احتيج إلى أذن المولى في نفاذ التصرفات لأنه ربما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمولى بأن يتعلق الدين برقبته استيفاء والرقبة مملوكة للمولى، ولهذا يملك أن يبيعه من مولاه ويشتري منه، ولهذا يطالب بإيفاء الثمن على وجه امتنع أن يحبس ولا يرجع بالثمن على المولى، فإذا بيع في الدين لا يرجع بالزيادة على المولى لكنه يخاطب بأدائه بعد العتق.

ولو كان مشتريًا للمولى لا لنفسه لكان يرجع بجميع ذلك على المولى كما في الوكيل وهذا؛ لأن الملك أمر حكمي يعرف بأثره وبعض آثاره ظاهرة في حق العبد وبعضها بادية في حق مولاه على اعتبار أنه قائم مقام العبد في الملك لكونه أقرب الناس إليه كما في الديّة يجب بدلا عن ذمة المنفي على أصل الجزية وملك المولى استيفاءها بطريق الخلافة عنه قائمًا مقامه، والله أعلم.

(باب ما يقع به الإذن وما لا يقع)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الإذن صريحًا.

والثاني: في الإذن دلالة.

(فصل)

الإذن نوعان: عام، وخاص.

أما الإذن العام: بأن يقول لعبده: أذنت لك في التجارة صار مأذونا في جميع

التجارات، ولو أذن في نوع خاص منها صار مأذونا في جميعها أيضًا، وكذا لو قال: أذنت لك في الخياطة أو الصناعة أو في عمل آخر ذكره في أعمال التجارة فهو مأذون في جميع التجارات والحرف، وكذا لو قال: لك أن تتجر شهرا أو سنة يصير مأذونا في جميع الأوقات ما لم يحجر عليه حجرا عاما، وكذا لو قال: اتجر في البر ولا تتجر لا يصح نهيه ويصير مأذونا في التجارة كلها.

وعند زفر والشافعي يقتصر على ما سمى بناء على أن عندهما الإذن تمليك التصرف وتفويضه فيملك بقدر تفويضه كالوكيل والمضارب. وعندنا: إسقاط الحق وفك الحجر ليصير المولى بالإذن صريحًا راضيا بالضرر لا لتمليك التصرف لما بينا؛ لأنه لو نفذ تصرفه عسى يتعدى إلى مال المولى، فإنه عسى يتعلق الثمن برقبته أو كسبه عند تغير السلعة وهلاكها أو بخسران يتحقق في التجارة فيتضرر المولى بذلك فشرطنا التصريح بالإذن ليصير راضيًا بالضرر وهذا الضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع من جنس واحد فلا يكون التقييد بنوع مفيدا فلغى فنفى قوله اتجر.

ولو قال: اتجر يصير راضيًا بالضرر في جميع الأنواع فكذا هذا.

ولو قال: أد لي الغلة، أو قال: إن أديت إليّ ألفًا فأنت حر، وقال: أد إلي وأنت حر، صار مأذونا في التجارة؛ لأن أمره بأداء الغلة، وأداء الألف وتحريضه على ذلك بتعليق العتق بأداء الألف، ولا يتهيأ له أداء ذلك إلا بالكسب، فصار كأنه قال: اكتسب وأد ذلك، ولو قال ذلك صار مأذونا في التجارة؛ لأن التجارة اكتساب مال فكذا هذا وقوله أد إلي ألفًا وأنت حر بمنزلة قوله إن أديت فأنت حر؛ لأن جواب الأمر بالواو يكون كجواب الشرط بالفاء، فأما إذا قال: أد فأنت حر عتق للحال.

ولو قال له أجر هذا العبد يصير مأذونا في الإجارة؛ لأنه فوض إليه عقودًا مكررة؛ لأن الربح إنما يحصل بعقود مكررة.

ولو أذن لعبده فلم يعلم العبد ولا أحد من الناس فتصرف ثم علم بإذنه لم يجز تصرفه؛ لأن الإذن إنما يتحقق بالإعلام؛ لأن الإذن مأخوذ من الأذان وهو الإعلام والإعلام لا يتحقق إلا بعد العلم.

ولو قال لقوم بايعوه ولم يعلم العبد بذلك فهو مأذون.

وذكر في (**الزيادات**): ولو قال الرجل: بع عبدك هذا من ابني وهو صغير عاقل فباعه منه وقبل الابن إن علم بأمر الأب جاز، وإن لم يعلم لم يجز قبل المسألة على الروايتين، ووجه الروايتين ذكرناه في كتاب البيوع وقيل بين المسلمين فرق وهو الظاهر. والفرق أن في مسألة الزيادات إذن الصبي توكيل وليس بإذن في التجارة؛ لأنه فوض إليه عقدًا واحدا وبتفويض عقد واحد لا يثبت الإذن في التجارة، كما لو قال لعبده بع عبدي من فلان أو اشتر منه ثوبًا لا يصير مأذونا لما يأتي. والتوكيل لا يصح ما لم يعلم الوكيل. وفي مسألة المأذون هذا أذن لعبده في التجارة لا بوكيل؛ لأنه فوض إليه عقودا مكررة، فإنه قال بايعوا عبدي ومبنى الإذن على السهولة والبيعة حتى يثبت بالسكوت وبالدلالة فيجوز أن يثبت الإذن ضمنا للآمر بالمبايعة مع عبده والصبي بدون علمه، وإن لم يثبت مقصودًا كعزل الوكيل يثبت ضمنًا لبيع الموكل وكالبيع يصح من غير إيجاب وقبول ضمنا للآمر بالعتق، وإن لم يصح مقصودًا فكذا هذا.

ولو لم يبايعه أحد وباع منه من لم يأمره لم يصر مأذونا؛ لأن إذن العبد بما يثبت في ضمن مبايعة من أمرهم المولى بالمبايعة معه ولم توجد مبايعة المأمور معه فلا يثبت الإذن بمبايعة غير المأمور حصل في حالة الحجر فلم يعتبر، فإن باعه بعد ذلك من أمر بمبايعته صار مأذونا مطلقا في حق كافة الناس؛ لأنه وجد ما هو متضمن الإذن ومقتضى له.

وأما الإذن الخاص لو أمره بشراء ثوب له للكسوة أو لحم أو بقل أو غيره من الطعام فهو مأذون فيه خاصة؛ لأن هذا التصرف استخدام معنى، وإن كان تجارة صورة؛ لأن الأمر بشراء الطعام والكسوة ونحوه يصار إليه لدفع حاجة الوقت لا للاسترباح والتجارة اسم لما يصار إليه للاسترباح فلا بد من فاصل بين الاستخدام والتجارة وهو أن الأمر بعقد مرة يعد استخداما والأمر بعقود مكررة يعد تجارة؛ لأن الأول لحاجة الوقت وهذا للاسترباح، ولأنا لو فتحنا باب التصرف بمثل هذا يسد باب الاستخدام أصلا؛ لأنه لو صار مأذونا بالإذن له بشراء اللحم أو البقل بفلس لا يقدم أحد على استخدام مملوكه في التجارة.

ولو قال لعبده: أجر نفسك من فلان فهو مأذون قياسًا؛ لأن الإجارة تجارة، كما لو قال: أجر نفسك من الناس في عمل كذا فهو محجور استحسانًا؛ لأن هذا استخدام عرفا لأنه فوض إليه عقدا واحدا ولم يفوض إليه الرأي والتدبير فمن تعاقد معه بخلاف ما لو قال: أجر نفسك في الناس؛ لأنه فوض إليه عقودًا مكررة.

وكذلك لو قال: بع هذا الثوب من فلان أو اشتر ثوبا من فلان؛ لأنه فوض إليه عقدا واحدا.

ولو قال: بع هذا الثوب أو اشتر ثوبا يريد به الربح التجارة كان إذنا؛ لأنه فوض إليه عقودا مكررة.

وكذلك لو قال: بع واشتر، وذكر محمد في (**النوادر**): لو قال: أجر نفسك ليتجر له صار مأذونا بقوله ليتجر له؛ لأنه أذن له بأن يعقد عقودًا مكررة له من التجارات لما أمره ليتجر له بخلاف قوله أجر عبده من رجل يبيع له البر جاز وصار العبد مأذونا في التجارة؛ لأنه أجر ليتأسد عقودا مكررة من التجارة لغيره وصار وكيلًا عن المستأجر وما اشترى لنفسه يكون جائزا؛ لأنه مأذون له في التجارة بخلاف ما لو أجره منه ليخدمه؛ لأنه فوض إليه عقدًا واحدًا ومع أنه نص على استخدامه فيكون أمرًا بالاستخدام.

ولو دفع إليه حمارا يستقي عليه المسألة أو يجرانه بغير ثمن لم يكن إذنا؛ لأنه لم يأذن له في التجارة إنما أذن له في الحمل لا غير والإذن بالحمل استخدام.

ولو دفع إليه حمارا يكريه ويبيع عليه الماء صار مأذونًا؛ لأنه فوّض إليه عقودًا مكررة من التجارات، فإنه يبيع الماء من الناس مرة بعد أخرى.

ولو أذن له يومًا واحدًا ثم هو محجور عليه كان إذنًا عامًّا؛ لأن حجره معلق بمضي الوقت وتعليق الحجر بالشروط باطل.

ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت مأذون في التجارة، لم يصح وتعليق الحجر بالشرط باطل؛ لأن الإذن إطلاق أو إخراج من الحجر والقيد وإسقاط له فكان له كالطلاق وتعليق الطلاق بالشرط وأضافها إلى وقت في المستقبل جائز، فكذلك الإذن فأما الحجر والعزل تقييد وحجر عن الإطلاق فكان كالنكاح وتعليق

النكاح بالحظر وإضافته إلى المستقبل باطل؛ لأنه بمعنى التمليك وتعليق التمليكات بالأحظار باطل وصار كالوكالة يصح تعليقها بالشرط ولا يصح تعليق عزلها بالشرط.

(فصل)

ومن رأى عبده يبيع ويشتري فسكت صار مأذونا خلافًا لزفر والشافعي، ولا يجوز بيع تلك العين إن كانت من مال المولى.

لهما: أن السكوت يحتمل السخط والاستهانة، ويحتمل الإذن والاستعانة، والمحتمل لا يكون دليلًا على أحد محتملاته، ولهذا لم يكن دليلًا على الإذن في هذا البيع، فكيف يكون دليلا في بيع آخر؟!.

لنا: أنه جعل سكوته إذنًا منه دلالة دفعًا لضرر الغرور عن الناس لأنهم بنوا الأمر على ما يصلح دليلًا على الرضا إذ لو لم يكن المولى راضيًا لما سكت عرفًا، ولا يترك الناس يقتحمون موارد الضرر؛ لأن الأسواق فتحت أبوابها على أن يكون فيها عبيد تتجر ولا يمكنهم الاستعلام من مولاهم لغيبته أو لبعده أو لكونه ذا سلطان وجاه عريض لا يصلون إليه إلا بنوع عسر وضرب حرج، فإذا بايعوهم تقع أموالهم في أيدي العبيد وربما يتصل به إتلافهم فتحتبس حقوقهم في ذمتهم إلى ما بعد العتق فتتوى حقوقهم ودفع الضرر واجب فجعل سكوت المولى إذنًا دلالة دفعًا للضرر عن الناس.

وأما التصرف الذي عاينه المولى فسكت إن كان شرًّا ينفذ لأن المولى لا يتضرر به لأنه إن وجب الثمن عليه دخل المبيع في ملكه فيكون هذا ضررًا يقابله يقع للحال وضرر سائر الناس ضرر لا يقابله يقع الحال فكان ضرر المولى أقل فجعل سكوته إذنا؛ لأنه يزول ملكه عن عين ماله وللناس رغائب وأعراض في الأعيان ولا ضرر للمشتري معنى؛ لأنه يحرز ملكه فيبقى الثمن على ملكه فلم يجعل سكوته إذنا في هذا البيع دفعًا لأعلى الضررين، ولو رآه يتزوج أو رأى أمته زوجت نفسها فسكت اختلف المشايخ فيه والصحيح لا يصير مأذونا؛ لأن الإنكاح ملك السيد على عبده، ولهذا ملك إجباره على النكاح وزوال ملك التصرف كزوال ملك العين

فصار كما لو باع عينا من أعيان ماله، ولأن ما يلحق المرأة من الضرر أكبر؛ لأنه يزول ملكها عن منافع بضعها للحال ومنافع البضع في حكم العين وما يلحق العبد من الضرر بالدخول موهوم. ومن باع من عبده شيئًا كان إذنا له في التجارة؛ لأنه لو رآه يتجر كان إذنا له في التجارة؛ لأنه لو رآه يتجر كان إذنا فالمبايعة في إثبات الإذن أقوى من السكوت؛ لأن المبايعة تكون إذنا سبقه النهي أو لم يسبقه والسكوت لا يكون إذنا إذا سبقه نهي صريحًا فيما إذا كان العبد كله له؛ لأن المبايعة معه إذن صريحًا؛ لأنه أمر إياه بقبول البيع نصًّا فكان بمنزلة صريح الإذن وصريح الإذن صحيح وإن سبقه ما يوجب نفي الإذن.

ولو رآه يبيع مال الأجنبي بغير إذن المولى ولا نهاه صار مأذونا والعهدة على العبد، وإن لم يره المولى جاز البيع والعهدة على صاحب المتاع أما جواز البيع؛ لأنه يأذن صاحب المتاع وأما العهدة على العبد؛ لأن سكوت المولى حال ما يرى عبده يتجر ويعرض على البيع ولم ينهه عن ذلك جعل إذنا له في التجارة، وإذا صار مأذونا بالتجارة فعهدة البيع الصادر من المأذون عليه، فإذا لم يره لم يصر مأذونا وعهده البيع الصادر عن العبد المحجور متى يوكل عن غيره على الموكل لا عليه؛ لأن فيه ضررا على المولى.

ولو اشترى عبدا على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه فهو رضاء بالبيع لحقه دين ولا قبضه ولم يقبضه، ولو باع على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه، فإن لحقه دين فهو نقض للبيع وإلا فلا، فإن تم البيع فهو محجور عليه. والفرق أن الإذن مما لا ينافى خيار البائع؛ لأن الإذن مع خياره يجتمعان ويفترقان، فإن من باع عبدًا مأذونًا على أنه بالخيار وبقي العبد مأذونا في مدة الخيار، فإن لم يكن إذن البائع منافيا خياره فبقي خياره، فأما الإذن مع خيار المشتري لا يجتمعان، فإن من اشترى مأذونا على أنه بالخيار بطل الإذن فكان إذن المشتري منافيا لخياره فيسقط خياره، فإن كان العبد اكتسب شيئًا فهو للمشتري وإن كسبه بعد القبض طاب له وقبل القبض يصدق به وقيل هذا عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: الكسب للبائع وحبسه في الزيادات وقد ذكرناه في كتاب البيوع في باب اكتساب المبيع.

(باب من يملك الإذن ومن لا يملك)

(**المبسوط**): ومن له ولاية التجارة يصح إذنه للعبد فهنا كالمكاتب والمأذون والمضارب والشريك مفاوضة أو عيانا والأب والجد أب الأب والقاضي والوالي الذي يستعمل القاضي؛ لأن لهؤلاء ولاية التصرف في التجارة في عبيدهم وفي أموالهم للصغار فيكون لهم ولاية الإذن لهم؛ لأن ولاية الإذن مبنية على ولاية التجارة في مال الصغير فلا يكون لهم ولاية الإذن بالتجارة.

ويجوز الإذن للصبي العاقل في التجارة من وليه من القاضي ولا يجوز تخصيصه بنوع دون نوع كالعبد، وكذلك لو باع الصبي أو اشترى بغير إذن وليه فأجاز وليه ينفذ، وقال الشافعي: تصرفه باطل.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بعبد الله بن جعفر وكان صبيًّا، وهو يبيع، وكان قد أخذ من العمر في البيع فسر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له وقال: "**بارك الله في صفقتك**"[1]، فقد مدح صفقته ووصفها بالبركة دل أن صفقته معتبرة شرعًا، ولأن الصبي عاقل مميز له عبارة صحيحة مشعرة بالبيان فوجب أن ينعقد تصرفه قبل الإذن في نفس الانعقاد يقع فخص له لما فيه من اعتبار تصرفه وتصحيح عبارته، وإنما لم ينفذ قبل إذن المولى لتوهم الضرر، لأن الصبي وإن كان عاقلا ولكن عاقل وأهل يصدُر من الغبن فيه؛ لأن انتفاء الغبن[2] بكثرة

---

(١) أخرجه أبو يعلى (١٤٦٧) قال: حدثنا أبو سعيد، قال: حدثنا عبد الله بن داود، عن فطر، عن أبيه، فذكره.

(٢) الغبن لغة: الْغَيْنُ، وَالْبَاءُ، وَالنُّونُ، كَلِمَةٌ تَدُلُّ عَلَى ضَعْفٍ وَاهْتِضَامٍ. يُقَالُ غُبِنَ الرَّجُلُ فِي بَيْعِهِ، فَهُوَ يُغْبَنُ غَبْنًا، وَذَلِكَ إِذَا اهْتُضِمَ فِيهِ. وَغَبَنَ فِي رَأْيِهِ، وَذَلِكَ إِذَا ضَعُفَ رَأْيُهُ. وَالْقِيَاسُ فِي الْكَلِمَتَيْنِ وَاحِدٌ. [معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ٤/٤١١].

أمّا في الاصطلاح الشرعي: عندما نتكلم عن حَدّ الغبن، نجد تعريفات لعلماء الشرع، منها:

أ- تعريف القاضي عياض: الْغبن فِي الْبيُوع بِسُكُون الْبَاء إذا أَخذ شَيْئه مِنْهُ بِدُونِ عوضه وَأَصله النَّقْص [مشارق الأنوار على صحاح الآثار للقاضي عياض، ٢/١٢٨].

ب- تعريف الفيومي الغبن بأنه: غَبْنٌ فَاحِشٌ إذَا جَاوَزَت الزِّيَادَةُ مَا يُعْتَادُ مِثْلُهُ [المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي، ٢/٤٣٦].

=

=

ج- تعريف ابن عابدين: الْغَبْنَ الْفَاحِشَ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ [حاشية ابن عابدين، ٢٥١/١].

وقد انتهيت بعد التأمل في التعريفات السابقة للغبن إلى تعريفه بما يلي:

فالغبن اصطلاحًا: "انتقاص مالي من حق البائع أو المشتري"، والسبب فيه عدم خبرة كل من البائع والمشتري، بحيث يخرج العقد عن حدود التعامل المثلي المعتاد في العرف التجاري السائد، يرجع في تحديده للعرف ولأهل الخبرة.

وأسباب عدم الخبرة كثيرة:

- كون أحد الأطراف قاصرًا كاليتيم، وتصرف وصيه بغبن فاحش لحق به.
- عدم خبرة أحد أطراف العقد بالعرف التجاري، وتقويم الأسعار.
- استخدام أحد أطراف العقد التغرير لتتم الصفقة له.

والغبن اليسير مغتفر، ولا تكاد تخلو منه المعاملات، أما الغبن الفاحش فطريق معرفته العرف والعادة، فأما السادة الحنفية فيضبطون تحديد الفحش بتقويم المقومين فما دخل تحت تقويم المقومين فيسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين يعدّ فاحشًا.

ويقصدون بما يدخل تحت تقويم المقومين، ما يتناوله تقدير الخبراء كشراء شيء بعشرة، ثم يقدره خبير بثمانية أو تسعة أو عشرة مثلًا، فهذا غبن يسير.

ويقصدون بما لا يدخل تحت تقويم المقومين، ما لو وقع البيع بعشرة مثلًا، وقال بعض المقومين: إنه يساوي خمسة، وبعضهم ستة وبعضهم سبعة، فهذا غبن فاحش، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد. وقدرته مجلة الأحكام العدلية في مادة (١٦٥) عملًا برأي نصر بن يحيى بأنه نصف العشر أي (٥%) في العروض التجارية، والعشر أي (١٠%) في الحيوانات، والخمس أي (٢٠%) في العقار، أو زيادة. [الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ٥٧٦/٤].

حكم الغبن وأثره في العقد:

الأصل في الغبن أنه ممنوع ومحرم ديانة، قال ابن العربي: "الْغَبْنُ فِي الدُّنْيَا مَمْنُوعٌ بِإِجْمَاعٍ فِي حُكْمِ الدُّنْيَا؛ إذْ هُوَ مِنْ بَابِ الْخِدَاعِ الْمُحَرَّمِ شَرْعًا فِي كُلِّ مِلَّةٍ"، [أحكام القرآن لابن العربي، ٢٦١/٤]، لكن ليس كل غبن مؤثرًا عند الفقهاء، وخاصة عند أهلية المشتري والبائع وعدم ممارسة التغرير، فالأصل نفاذ العقد، قال النووي رحمه الله: "مجرد الغبن، لا يثبت الخيار وإن تفاحش. ولو اشترى زجاجة بثمن كثير يتوهمها جوهرة، فلا خيار له، ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن؛ لأن التقصير منه حيث لم يراجع أهل الخبرة" [روضة الطالبين للنووي، ٤٧٣/٣].

=

الملابسة والممارسة والصبي ربما يغبن فيه لقلة التجربة والممارسة، والصبا سبب داعٍ إلى النظر والشرع نظر له [بأن لم ينفذ تصرفه إلا بإذن المولى تكميلا للنظر له ودفعا لوهم الضرر عنه، فإذا أذن له][1] المولى ولا يحل له الإذن إلا إذا آنس رشده ورآه مهتديا في التصرفات ويتعرف عن تصرفاته، فإن وجده كما يرضيه يأذن له فاستدللنا بإذن المولى على أنه رشيد مهتد في التجارات فزال وهم الضرر عن تصرفه فنفذ.

ولو أعتق الصبي عبده وطلق امرأته وأجاز وليه ما صنع لم يجز، فإن قال بعد البلوغ أوقعت ذلك العين أو الطلاق وقع.

ولو قال: أجزت ذلك لم يجز؛ لأنه أجاز عقدا لم يكن له مخير حال وقوعه فبطلت الإجارة، فأما قوله: أوقعت ذلك إيقاع مستأنف وأنشأ محدد وهو تملك الإيقاع المستأنف والإنشاء المحدد للحال فوقع. وإذن الأب للمعتوه الكبير الذي يعقد البيع والشراء صحيح، فإذن الابن له باطل؛ لأن للأب ولاية التصرف في ماله؛ لأنه كامل الرأي وأقر الشفقة فتثبت له الولاية في النفس والمال جميعًا وأما ليس للابن ولاية التصرف في مال الأب المعتوه وتثبت له الولاية في النفس؛ لأنه إن كان كامل الرأي فهو قاصر الشفقة في حق مال الأب فصار كالأخ والعم.

(باب الحَجر [وما يبطل الإذن][2] وما لا يبطله)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

فصل: في الحجر قولًا.

وفصل: في الحجر فعلًا.

=

وجاء في [مجلة الأحكام العدلية المادّة ٣٥٦]: "إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير؛ فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع، ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم".

(١) ما بين المعكوفتين ساقط في (س).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

وفصل: في حجر عبيد العبد المأذون.

(فصل)

أصله: أن الحجر الخاص لا يرد على الإذن العام ويرد على الإذن الخاص، أما الحجر الخاص لا يرد على الإذن العام بأن حجر عليه مستترا فخصا في بيته بعد أن استفاض الإذن واشتهر لا يصح إلا إذا علم الأكثر من أهل سوقه دفعا للغرور والضرر عن الناس يبايعونه بناء على أنه مأذون له في التجارة فاقد التصرف صحيح التجارة فمتى صح الحجر خفية وسرًّا يتاجر استيفاء حقوقهم إلى ما بعد العتق من غير رضاهم فيلحقهم غرر وضرر وذلك منفيان في الإسلام وصار كالأمان متى استفاض واشتهر لا يصح النبذ والحفر سرا نفيا للغدر والخيانة عن الكفار فهذا أولى.

وأما الحجر الخاص يرد على الإذن الخاص بأن أذن له بمحضر من رجل أو رجلين أو ثلاثة فحجره بمحضر من هؤلاء يصح؛ لأن الحجر مثل الإذن وارتفاع الإذن بحجر مثله لا يؤدي إلى الغرور والضرر بأحد كما في الأمان الخاص يرفعه بنبذ خاص مثله صح، وإن أذن العبد يجب عليه العبد لا عين، فإن حجره بمحضر منه صح، وإن لم يكن بمحضر منه لا يصح نفيا للغرور والضرر عن العبد؛ لأن العبد متى لم يعلم بالحجر، فإنه يبايع مع الناس على تقدير أنه مأذون، فإن الديون التي تجب عليه تستوفى من مال المولى من كسبه ورقبته ومتى صح الحجر بدون علمه تتأخر الديون إلى ما بعد العتق فتستوفى من خالص ماله ولم يرض العبد بذلك فيلحقه ضرر وغرر وصار كعزل الوكيل فكذا هذا.

وإذا حجر على عبده المأذون في بيته دون جماعة من أهل سوقه لم يجز حجره؛ لأنه حجر خاص فلا يرفع الإذن العام فبقي مأذونًا في حق من علم بالحجر ومن لم يعلم، وإن كان لا يلحق من علم بالحجر ضرر؛ لأن الإذن مما لا يتحرى، فإذا بقي مأذونا في حق من لم يعلم لئلا يلحقهم ضرر وغرر بقي مأذونا في حق من علم ضرورة عدم التحري.

وكذلك إذا علم بالحجر واحد من أهل سوقه؛ لأنه حجر خفي غير منتشر، فإن

علم به الأكثر من أهل سوقه يصح حجره؛ لأن تبليغ الحجر إلى كل واحد من آحاد أهل السوق متعسر فأقمنا التبليغ إلى الأكثر منهم مقام التبليغ إلى الكل نفيًا للحرج عن المبلغ، وصار تبليغه إلى الأكثر كتبليغه إلى الكل كما في تبليغ الوحي.

ولو كان العبد غائبًا لا ينفذ الحجر عليه ما لم يعلم أن التبليغ إلى العبد ليس ساق معتبر فما لم يعلم العبد بالحجر لا يصح كي لا يلحقه ضرر وغرر.

ولو أذن فلم يعلم به أهل سوقه ثم حجر عليه قبل علمهم بإذنه جاز حجره، ولو علموا بالإذن بعد حجره لا يصح تصرفه؛ لأن هذا حجر خاص ورد على إذن خاص؛ لأن الإذن كان بمحضر من العبد لا غير والحجر بمحضر منه أيضًا فصح.

ولو رآه المولى يبيع ويشتري بعدما حجر عليه قبل أن يعلم العبد فلم ينهه ثم علم العبد بالحجر يبقى مأذونا استحسانًا ويصير محجورًا قياسًا؛ لأن العبد صار مأذونا وسكوت المولى إنما جعل إذنا إذا كان محجورا عليه نفيا للضرر عن الناس، فإذا كان مأذونا فلا حاجة إلى جعل السكوت إذنا من المولى.

وجه الاستحسان: أن سكوت المولى حال رؤية عبده يبيع ويشتري مما يرفع الحجر الثابت فلأن يرفع الموقوف أولى كما لو صرح المولى بالإذن بعدما حجر عليه ولم يعلم العبد به ثم علم بالحجر لا يعمل الحجر؛ لأن صريح الإذن مما يرفع الحجر الثابت فيرفع الحجر الموقوف بطريق الأولى، ولأن سكوته حال ما يبيع ويشتري رجوع عن الحجر دلالة؛ لأنه لو كان المولى على الحجر المتقدم لكان ينهى عبده عن البيع والشراء فدل تركه نهيه حال رؤيته يتجر على أنه ندم عن الحجر المتقدم فكان سكوته رجوعًا عن الحجر دلالة.

ولو أرسل إليه صبيا يخبره بحجره أو كتب إليه صار محجورًا عليه؛ لأن الرسالة والكتاب من الغائب بمنزلة المخاطبة والمشافهة من الحاضر للأعيان قد يبدوا له حجر عبده حتى لا يستغرق رقبته وكسبه بالدين وربما لا يجد عدلا أو اثنين فيبعث إليه ليعلمه بالحجر فلو قلنا بأنه لا يتحجر متى كان الرسول فاسقا أو صبيا أو عبدا أدى إلى إبطال حقوق الناس فلهذه الضرورة لم يشترط العدالة والعدد في الرسول، وإن أخبره بالحجر رجل أو صبي على غير رسالة لم يكن حجرا حتى يخبره رجلان

أو رجل عدل يعرفه العبد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يصير محجورا رجلا كان المخبر أو صبيا أو امرأة أو فاسقا بعد أن كان صادقا، فإن مجيء المولى ويقر بالحجر، فأما إذا أنكر الحجر لا يصير محجورا، وكذلك عزل الوكيل وخبر المولى جناية العبد وخبر البكر بالنكاح وخبر الشفيع بالبيع لا يثبت إلا بخبر عدل أو رجلان خلافًا لهما وقدمت في كتاب الوكالة والنكاح.

(فصل)

وإذا مات مولى العبد أو باع العبد صار محجورا عليه، وإن لم يعلم أهل سوقه؛ لأن بزوال العبد عن ملك المولى صار العبد محجورا؛ لأن لبقاء الإذن حكم الابتداء، ولهذا لو جن المولى انحجر العبد، فإذا لم يملك إنشاء الإذن بعد زوال العبيد عن ملكه إلا بملك إنفاقه فلا يبقى.

وإن كان على العبد دين فباعه بغير إذن الغرماء لا يصير محجورا؛ لأن البيع وقع فاسدا والبيع الفاسد لا يزيل الملك إلا بالقبض فما لم يقبضه المشتري لا يصير محجورا وهذا الحجر ثبت ضمنا وحكما لا مقصودًا وقد يثبت الشيء ضمنًا لغيره، وإن كان لا يثبت مقصودًا كعزل الوكيل.

وكذلك لو زال عن ملكه بالهبة وغيرها، فإن عاد إلى قديم ملكه بالرد بالعيب أو بالرجوع في الهبة لا يعود إلى الإذن بخلاف الوكيل بالبيع، فإذا باعه الموكل ثم عاد العبد إلى ملكه تعود الوكالة حتى يملك الوكيل بيعه. والفرق أن المقصود من الإذن فك الحجر وقد انفك الحجر بتعيين الإذن بحيث لا يعود؛ لأن فك الحجر إسقاط الحجر وإزالة العبد كالطلاق والعتاق وما سقط بلا شيء واضمحل فعوده لا يتصور، فأما مقصود الموكل من التوكيل بيع الوكيل ولم يبع وكذا مقصوده من الرد بالعيب استرجاع الثمن ورد المبيع وهذا غير حاصل فجاز أن تعود الوكالة متى عاد إليه قديم ملكه.

ولو باعه مولاه بخمر أو خنزير فما لم يقبضه المشتري لا يصير محجورا؛ لأن البيع الفاسد لا يزيل الملك إلا بالقبض وما لم يزل عن ملكه لا يصير محجورا عليه، ولو قبضه ثم رده على البائع فهو على حجره لما بينا. ولو باعه بميتة أو دم فهو على

إذنه وإن قبضه؛ لأنه لا يزول عن ملكه؛ لأن البيع بميتة أو دم غير منعقد، ولو قبضه المشتري في البيع بالخمر بمحضر البائع بغير إذنه صار محجورا ولو تفرقا ثم قبضه بغير إذنه لم يصر محجورا؛ لأن القبض في البيع الفاسد من وجه بمنزلة القبول؛ لأنه لا يفيد الملك إلا بالقبض كالقبول في البيع الجائز ثم إيجاب البيع إذن للمشتري بالقبول في المجلس دلالة فيكون إذنا له بقبض المشتري شراء فاسدا في المجلس دلالة وبعد المجلس لا يكون إذنًا بالقبول فلا يكون إذنا بالقبض لما بينا في البيوع.

ولو أمره بقبضه فقبضه بمحضر منه أو بعد التفرق صار محجورًا عليه؛ لأنه يزول عن ملكه والقبض في الهبة بحضرته أو بعدما تفرقا على هذا المثال، وإن باعه صحيحًا على أن البائع بالخيار لا يصير محجورًا ما لم يتم البيع؛ لأن خيار البائع يمنع زوال العبد عن ملكه فما لم يتم للبيع سقوط الخيار لا يزول العبد عن ملكه ولم يذكر أنه يصير محجورًا من وقت البيع أو من وقت الإجارة، قيل: يصير محجورًا من وقت البيع؛ لأن الملك يستند إليه، وقال مشايخ بلخ: يصير محجورًا من وقت الإجارة وهو الأصح وإليه أشار في الكتاب فقال: متى أجاز البائع البيع يصير العبد محجورًا؛ لأن الإجارة في حق الحجر متى استند إلى وقت البيع أدى إلى إبطال حق من بائع العبد في مدة الخيار؛ لأن العبد بقي مأذونا في مدة الخيار، فإذا بايعه أحد في مدة الخيار يتعلق حقه برقبته وكسبه فمتى أسندنا الإجارة في حق الحجر إلى وقت البيع يبطل حق من بايعه والبائع لا يقدر على إبطال حق الغير فلهذه الضرورة اقتصرت الإجارة في حق الحجر على الحال، وإن كان الخيار للمشتري صار محجورا من وقت البيع؛ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال العبد عن ملك البائع حتى لو أعتقه لا ينفذ، ولو أبق المأذون صار محجورا عليه حتى لو تصرف لا يصح خلافًا للشافعي وهذا بناء على أن الإباق عنده لا يمنع ابتداء الإذن فلا يمنع البقاء وعندنا يمنع ابتداء الإذن فيمتنع البقاء؛ لأن المقصود من الإذن بالتجارة هو الاسترباح واستكساب المال بتصرف العبد ومع إباق العبد لا يتحقق الاسترباح والاستكساب؛ لأنه متمرد على مولاه فلا يكون متجرا له فعزا الإذن عن

الإفادة فلا يبقى، فإن عاد العبد من الإباق هل يعود مأذونا؛ لأنه إنما زال الإذن لانقطاع ولاية المولى عنه؛ لأن بقيام ولايته تتحقق فائدة الإذن ومقصوده فيعتبر زوال الولاية بزوال الملك عنه.

ولو زال الملك ثم عاد إلى قديم ملكه لا يعود الإذن فكذا إذا زالت ولايته عنه ثم عاد، فإن قال المشتري لم يأبق ولكن أرسله المولى وجحد المولى فالقول للمشتري والبينة أيضًا له؛ لأن المشتري متمسك بما هو الثابت في الأصل باتفاقهما فأيهما اتفقا على الإذن والمولى ادعى أمرًا عارضًا وهو زوال الإذن فكان القول قول المتمسك بالأصل كالغريم إذا ادعى البراءة وأنكر صاحب الدين كان القول له، وكذا هذا. وأما بينته فلأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت جواز البيع وبينة المولى بنفي جوازه والبينة على النفي لا تقبل.

ولو غصب العبد إن كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة حاضرة فلأنه يصح الإذن؛ لأنه بقي له إمكان الأخذ فلم تنقطع ولايته عنه، وإن كان الغاصب جاحدا ولم يكن له بينة عادلة لا يصح الإذن لزوال الولاية عنه، وإذا غصب رجل عبدا محجورا عليه ولا بينة للمولى يسترده وحلف الغاصب ثم تصرف العبد ومولاه ساكت ثم قامت له بينة فاسترده لم يجز تصرف العبد ولا يصير مأذونا؛ لأن سكوت المولى إذن حكما لا حقيقة.

ولو أذن له صريحًا والغاصب جاحد ولا بينة له لا يصح الإذن فهذا أولى.

وإن أُسر العبد وأُحرز بدار الحرب صار محجورًا، وإن كان في دار الإسلام فهو على إذنه؛ لأن بالإحراز زال العبد عن ملكه فصار كما لو زال ملكه بالبيع، وقبل الإحراز بقي على ملكه، ولهذا لو أعتقه المولى يصح لأنهم ما داموا في دارنا فهم مقهورون ببلدنا فصار بمنزلة ما لو غصبه رجل والغاصب مقر له وإن ارتد فتصرف ثم أسلم جاز، فإن قتل على ردته بطل عند أبي حنيفة، وقالا: لا يبطل، ولو كانت أمة جاز بالإجماع وهذا بناء على أن صحة إذنه ابتداء أو بقاء منوط بقيام ولاية البيع والتصرف فيه للمولى حتى لو زالت ولايته عنه على الثبات بالإباق ينحجر العبد وبردة العبد توقفت ولاية التصرف للمولى عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى لو باع العبد المرتد إن أسلم يفسد بيعه وإن قتل على الردة بطل فيتوقف الحجر أيضًا.

وعندهما: ولاية البيع لا تقف بالردة لا باتًّا ولا موقوفًا بخلاف الأمة؛ لأن بردتها لا تنقطع ولاية المولى عنها لا باتًّا ولا موقوفًا حتى لو باع ينفذ بيعه بالإجماع.

ولو ارتد المولى فتصرف عبده ثم قتل المولى لم يجز تصرف العبد عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافًا لهما، ولو أسلم جاز اتفاقا؛ لأن ولايته موقوفة عنده وعندهما باتة.

ومأذون المرتدة على إذنه ما لم يلتحق بدار الحرب ويقضي بلحاقها حتى لو رجعت قبل القضاء فالإذن باقٍ؛ لأن ولايتها قائمة قبل لحاقها وبعده أملاكها موقوفة وتصرفاتها مترددة متوقفة. وجنون المولى مطبقًا يوجب الحجر على العبد لزوال ولايته بجنونه فصار كموته، فإن كان يجن ويفيق فهو على إذنه؛ لأن ولايته لا تزول بهذا والجنون المطبق ما يستوعب السنة.

وقال أبو يوسف: أكثر السنة وقد مر في كتاب الصوم وموت الأب والوصي حجر على الصبي المأذون وعلى عبده وإن أوصى إلى آخر وعزل القاضي وموته لا يوجب حجر المأذون من جهته. والفرق أن إذن القاضي قضاء من وجه؛ لأنه صح منه باعتبار ولاية القضاء لا باعتبار ولاية الملك والنيابة فمن حيث إنه قضاء لا يبطل بموته فلم يبطل بالشك فأما إذن الأب إذن من كل وجه؛ لأنه يملك باعتبار ولايته فيبطل بزوال ولايته كالوكالة وإذن القاضي للصبي جائز وإن أبى أبوه أو وصيه وحجرهما عليه لا يصح؛ لا في حياة القاضي ولا بعد موته؛ لأن الإذن في التجارة حق الصبي بعد قتل الولي؛ لأنه مما ينتفع به، فإنه يهتدي بذلك إلى التصرفات، فإذا طلب من الأب وأبى صار عاضلا له فانتقلت الولاية إلى القاضي كالولي في النكاح إذا عضل[1] انتقلت الولاية إلى القاضي، وإذا صح الإذن من

(١) معنى العضل: منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه...

وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها...

فإن رغبت في كفء بعينه، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها، وامتنع من تزويجها من الذي أرادته، كان عاضلا لها.

=

=

"فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها فله منعها من ذلك، ولا يكون عاضلا لها" انتهى من "المغني" (٩/٣٨٣).

والعضل محرم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾﴾ البقرة/٢٣٢.

روى البخاري (٥٣٣١) عن الْحَسَن أَنَّ مَعْقِلَ بْنَ يَسَارٍ كَانَتْ أُخْتُهُ تَحْتَ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ثُمَّ خَلَّى عَنْهَا حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ثُمَّ خَطَبَهَا فَحَمِيَ مَعْقِلٌ مِنْ ذَلِكَ أَنَفًا فَقَالَ خَلَّى عَنْهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَيْهَا ثُمَّ يَخْطُبُهَا فَحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا فَأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ فَدَعَاهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَرَأَ عَلَيْهِ فَتَرَكَ الْحَمِيَّةَ وَاسْتَقَادَ لِأَمْرِ اللَّهِ.

وعليه؛ فلا يجوز لولي المرأة أن يمنعها من الزواج بالكفء الذي رضيت به.

والأصل في الولي أنه حريص على مصلحة موليته، ولهذا قد يرد الخاطب لأسباب تتعلق بأخلاقه وسمعته، أو بأهله وأسرته، أو لغير ذلك، فينبغي حينئذ أن يبين سبب رفضه للخاطب، فإن كان سببا معقولا وجيها لم يكن عاضلا، وإن ردّه لغير سبب، أو لسبب غير معتبر، كان عاضلا، وربما حصل الخلاف في كون السبب معتبرا أو غير معتبر، وهذا يؤكد عدم التسرع في الحكم بالعضل، ولزوم التريث والسؤال والتأكد قبل تزويج المرأة، لا سيما إذا لم يكن لها أولياء آخرون.

ولأهمية أمر النكاح، وعظم الآثار المترتبة عليه، واحتمال الخطإ في دعوى العضل، ذهب جماعة من الفقهاء إلى أنه في حال العضل لا تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد، بل تنتقل إلى السلطان (القاضي)، وذهب جماعة آخرون إلى أن العضل لا يثبت إلا إذا تكرر ثلاث مرات.

جاء في "الموسوعة الفقهية الكويتية" (٣٠/١٤٤): "ذهب الفقهاء إلى أنه إذا تحقق العضل من الولي وثبت ذلك عند الحاكم، أمره الحاكم بتزويجها إن لم يكن العضل بسبب مقبول، فإن امتنع انتقلت الولاية إلى غيره.

لكن الفقهاء اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية: فعند الحنفية، والشافعية، والمالكية - عدا ابن القاسم - وفي رواية عن أحمد أن الولاية تنتقل إلى السلطان؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"؛ ولأن الولي قد امتنع ظلما من حقٍّ توجه عليه فيقوم السلطان مقامه لإزالة الظلم، كما لو كان عليه دين وامتنع عن قضائه. وروي ذلك

=

القاضي فلا يبطل بحجر غير القاضي؛ لأن الحجر فسخ الإذن، وإنما يصح من صح منه، وإن حجر القاضي عليه بعد عزله لم يصح حجره، وإنما حجره إلى القاضي الثاني؛ لأنه لم يبق للأول ولاية القضاء فلا يبقى له ولاية الحجر ويثبت للثاني ولاية القضاء فيثبت له ولاية الحجر.

ولو أذن الأب لعبد ابنه الصغير ثم ملكه الأب فهو حجر عليه؛ لأن الإذن من الأب صح في ملك الصبي فيزول بزوال ملك الصبي عن العبد، وإذا أدرك الصغير فيما دون ابنه على إذنه، ولو مات الأب بعدما أدرك الابن فالعبد على إذنه.

(فصل)

وإذا أذن العبد المأذون لعبده في التجارة ثم حجر المولى على الأول، فإن كان على الأول دين ينحجر الثاني، وكذلك لو مات الأول وعليه دين، وإن لم يكن على الأول دين لم ينحجر الثاني في الوجهين؛ لأنه متى كان على الأول دين لا يملك المولى إذن العبد الثاني فكان الإذن له إنما هو العبد الأول دون المولى فإذا زالت ولاية الأول بالحجر الحجر الثاني بمنزلة حر أذن لعبده ثم مات أو جن الحجر العبد لزوال ولاية الإذن وكذا هذا، وإذا لم يكن على الأول دين فالمولى يملك إذن العبد الثاني؛ لأنه يملك كسب المأذون فصار المولى إذنا للثاني حكما والعبد الأول أذن له حقيقة، ولو أذنا له حقيقة ثم الحجر العبد الأول، فإنه يبقى الثاني مأذونا بإذن المولى فكذا هذا.

=

عن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه وشريح، لكن ذلك مقيد عند الشافعية بما إذا كان العضل دون ثلاث مرات.

والمذهب عند الحنابلة أنه إذا عضل الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد، نص عليه أحمد؛ لأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب فملكه الأبعد كما لو جن، ولأنه يفسق بالعضل فتنتقل الولاية عنه، فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم، وأما قول النبي صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له" فيحمل على ما إذا عضل الكل؛ لأن قوله: "فإن اشتجروا" ضمير جمع يتناول الكل. وقال الشافعية: إذا تكرر العضل من الولي الأقرب، فإن كان ثلاث مرات انتقلت الولاية للولي الأبعد، بناء على منع ولاية الفاسق؛ لأنه يفسق بتكرر العضل منه" انتهى.

ولو مات المولى كان حجرا على العبدين كان على الأول دين أو لم يكن؛ لأنه إن كان على الأول دين فالثاني مأذون من جهته الأول؛ لا من جهة المولى والأول قد انحجر بموت الأول فتحجر الثاني كما لو حجر المولى على الأول وعليه دين، وإن لم يكن على الأول دين فالثاني مأذون من جهة الأول ومن جهة المولى جميعًا إلا أنه زالت ولاية الإذنين جميعًا لأحدهما بالموت وللآخر بالحجر بموت المولى فيثبت حجر الثاني ضرورة بخلاف ما لو حجر على الأول ولا دين عليه لا ينحجر الثاني؛ لأنه إن زالت ولاية الأول بالحجر بقيت ولاية المولى؛ لأنه حيٌّ مالك والمولى أذن له فبقي مأذونا من جهته ولا يجوز حجر المولى على مأذون مكاتبه؛ لأن الإذن لهذا العبد هو المكاتب دون المولى؛ لأنه لا يملك إلا بإذن لعبد مكاتبه في التجارة فلا يمكن أن يجعل المولى إذنا له يأذن العبد فلا يملك حجره.

وموت المكاتب وعجزه سواء، وسواء مات عن وفاء أو لا عن وفاء فهو حجر على ما دونه؛ لأن الإذن هو المكاتب دون المولى وقد زالت ولايته بالعجز وبالموت إن مات عن وفاء فلأنه بمنزلة حر أذن لعبده في التجارة ثم مات، وإن مات عاجزًا فهو بمنزلة عبد مأذون مات وعليه دين فينحجر كيفما كان.

وإن مات المكاتب عن ولد فأذن الولد لعبده في التجارة فإذنه باطل، وإن استقرض مالا فأدى المكاتبة عن أبيه؛ لأن التركة إن فرغت عن بدل الكتابة فقد اشتغلت بدين القرض؛ لأن ولد المكاتب قائم مقام أبيه فيكون استقراضه كاستقراض أبيه، والتركة ما دامت مشغولة بالدين، فإنه لا يملكه الوارث وعليه دين مستغرق وبه كفيل يتعلق بالتركة؛ لأن الكفيل قائم مقام أبيه فيكون استقراضه كاستقراض أبيه والتركة ما دامت مشغولة بالدين، فإنه لا يملكه الوارث إلى الأصل في الإيفاء، وكذلك الحر إذا مات وعليه دين فأذن وارثه لعبده في التجارة لم يجز إذنه؛ لأن التركة إن فرغت عن دين الغرماء استغلت بدين الوارث؛ لأن الوارث في قضاء الدين لا يكون متبرعا؛ لأنه مطالب بذلك ولأنه يستخلص التركة لنفسه بذلك فيثبت له الرجوع بما أدى في التركة، والتركة ما دامت مستغرقة بالدين لا يملكها الوارث.

ولو وهب لهما رجل مالا فقضيا الدين جاز الإذن الأول، والصحيح أنه لا ينفذ من ولد الحر إلا أن يبرئ أباه أو يقضي دينه متطوعا فيقول عند أدائه أنه متبرع فحينئذ ينفذ الإذن الأول ويصح تصرف العبد قبل قضاء الدين وبعده. والفرق أن ولد المكاتب قضى بدل الكتابة من كسبه إلا إن كسب ولد المكاتب مملوك للمكاتب حتى لو كان له أن يأخذ منه حال حياته.

ولو أدى بدل الكتابة من كسب المكاتب كان تفرغ التركة عن الدين فكذا هذا فصح الإذن، فإن كان الأول قبل قضاء الدين؛ لأنه يملكه من وقت الموت متى قضى الدين لا من وقت قضاء الدين؛ لأن سبب ملكه قد تحقق وهو موت الأب إلا أنه لم يعمل عمله في إيجاب الملك لمانع، فإذا زال المانع عمل عمله في الإيجاب من حين وجد، ولهذا لو أعتقه الوارث ينفذ عتقه إذا قضى الدين بخلاف ابن الحر؛ لأن كسبه ملكه لا ملك أبيه فقد صار قاضيا دين أبيه من ملك نفسه فصار ما قضى دينا على أبيه، فالتركة إن فرغت عن دين الغرماء بقيت مشغولة بدين الابن وما دام في التركة دين مستغرق، فإنه لا يصح إذنه؛ لأنه لا يملكها إلا إذا أبرأ أباه أو قضى دينه متبرعا؛ لأنه فرغت التركة عن دين الغريم وعن دينه فملكها.

ولو لم يكن على أبيه الحر دين وكان الدين على المأذون فموته حجر وإن أذن الابن بعد موت الأب جاز.

وقال الحسن بن زياد: لا يصح إذنه وهو رواية عن أبي يوسف وهذا بناء على أن دين العبد هل يمنع وقوع الملك للوارث فيه عندنا لا يمنع خلافًا له.

وهي مسألة الأولى من الزيادات.

ولو قضى دين أبيه الحر من ماله ثم أذن لعبد أبيه لم يجز وإن أبرأ أباه جاز إذنه الأول لما عرف، وإذا أذن المضارب لعبد المضاربة لم يصح حجر رب المال عليه ثم العبد لا يملك التصرف إلا بما يملك المضارب التصرف؛ لأن حجره على مأذون المضارب كحجره، وحجره على المضارب لا يصح إلا إذا كان المال عروضا فكذا على مأذونه.

([المنتقى][1]): اشترى المأذون جارية ولا دين عليه فزوجها من المولى جاز وقد خرجت الجارية من التجارة وليس له أن يبيعها ولا يباع للغرماء فيما يلحق العبد من الدين؛ لأن المولى يملك اكتتابه متى لم يكن عليه دين فحلت الجارية عن حق الملك وحقيقة للعبد، وإن كان عليه دين لم يجز النكاح وله أن يبيعها ويبيع ولده منها لأنها صارت ملكا للعبد ووقوع الملك للمولى في اكتتابه وإن قضى دينه بعد التزوج فهو بمنزلة تزويجه ولا دين عليه.

ولو اشترى المأذون أمة فتسراها وولدت له ثبت نسبه منه ولا تخرج الأمة وولدها من التجارة.

وكذلك لو تزوج امرأة بغير بينة بإذن المولى لم تخرج الأمة وولدها من التجارة، فإن كان النكاح بينة خرجت من التجارة، قال الحاكم أبو الفضل: يحتمل أن يكون الجواب في أمة تاجرة أيضًا.

وقال أبو يوسف: إذا تعيب العبد المأذون حل عليه كل دين الأجل، وكذلك إذا حجر عليه أو باعه بإذن الغرماء، وإن أعتقه لم يحل عليه من الدين وكان إلى أجله؛ لأن بالعتق لم تنقطع ولاية التجارة بل استفاد الولاية بطريق الأصالة فلم يعلق الدين برقبته فبقي الأجل على حاله فأما بالحجر والبيع انقطعت ولاية التجارة أصلا فتعلق الدين برقبته وماليته فحل الدين ضرورة.

ولو قال القاضي لرجل: قد حجرت عليك إذا سفهت لم يكن حكمًا بحجره، ولو قال للسفيه: قد أطلقتك إن أصلحت جاز؛ لأن الإذن والإطلاق إسقاط الحجر وتعليق الإسقاط بالحجر جائز كالطلاق والعتاق فأما الحجر عزل وتعليق العزل بالشرط لا يصح كتعليق شرط عزل الوكيل لا يصح.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد: جاز الحجر كما جاز الإذن؛ لأن الحجر منع وتعليق المنع جائز، كما لو قال لامرأته إذا جاء غد فوالله لا أقربك.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لو قال لامرأته: إذا جاء غد فوالله لا أقربك من له الخيار في البيع إذا جاء غد أبطلت خياري جاز ويبطل خياره إذا جاء غد؛

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

لأنه إسقاط الخيار وتعليق الإسقاط بالشرط جائز.

ولو قال: إذا جاء غد بعت عبدي منك بألف درهم لم يجز؛ لأن هذا تمليك.

ولو قال: بعت عبدي منك إن رضي فلان جاز البيع والشرط جميعًا؛ لأن ذلك بمعنى اشتراط الخيار لفلان لا أنه تعليق التمليك بالشرط.

ولو قال: بعت منك هذا العبد إن شئت بألف درهم فقال قبلت تم البيع؛ لأن قوله إن شئت بمنزلة قوله إن رضيت وذلك بمنزلة اشتراط الخيار فكذا هذا.

وفي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف لو قال: جعلت لك هذا العبد بيعا بألف درهم إن شئت فقال شئت لم يجز حتى يقول مولى العبد أجزيه لك فقد جعل قوله إن شئت بشرط الحظر؛ لأن قوله إن شئت خرج مخرج الشرط فلا يتعين حقيقة فيكون هذا تعليق التمليك بالشرط. [والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم][1].

(باب أحدُ الشريكين أذن للعبد المشترك في التجارة)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في حكم إذن أحدهما.

والثاني: في حكم إذن أحدهما صريحًا وإذن الآخر دليلًا.

(فصل)

أحد الشريكين أذن للعبد في التجارة جاز في نصيبه خاصة؛ لأن إذن العبد تصرف في استعماله في الاسترباح واستكساب المال ولأحد المولين استعمال العبد وتصريفه في أشغاله واشتغاله في نوبته حال الهائي وليس له ذلك في نوبة صاحبه بخلاف ما لو كاتب أحدهما نصيبه كان للآخر حق الفسخ؛ لأن الساكت يتضرر بذلك، فإنه بالكتابة يمتنع عليه بعض التصرفات من البيع والإجارة فكان له فسخ الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف الإذن، فإنه لا يبطل على الساكت شيئًا من

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (س).

التصرفات ولا يسد عليه باب الانتفاعات ولا يتعلق بنصيبه ما لحقه من دين التجارات وما لحقه من دين التجارة وهو عليه وليس لشريكه فسخ إذنه؛ لأنه مأذون في النصف محجور في النصف فكان لكل نصف حكم نفسه.

ولو لحقه دين التجارة وفي يده مال التجارة قضى من ذلك دينه والباقي بينهما نصفان لا من سبب حدوث الزيادة وهو الكسب حصل بالتجارة والنقصان وهو الدين متحد وهو التجارة؛ لأن الربح وهو الكسب حصل بالتجارة والنقصان وهو الدين بحقه بالتجارة والسبب الواحد متى أفاد شيئًا وأفات شيئًا كان الفائد خلفا عن الفائت قائمًا مقامه وسد مسده وصار كأنه هو وذلك؛ لأن كلاهما حصل بكسب العبد والكاسب أحق وأخص بكسبه؛ لأنه حدث بفعله وكان العبد أحق باكتسابه ما لم يفضل عن حوائجه، ألا ترى أن العبد المحجور المشترك إذا لحقه دين بالمتابعة وفي يده كسب التجارة، فإنه يصرف كله إلى الدين وهذا أولى أن يصرف كسبه إلى دينه، ولو وهب له أو كسب قبل الإذن أو تصدق به عليه أو بعد الإذن وهو بينهما نصفان؛ لأنه اختلف سبب الزيادة والنقصان؛ لأن سبب النقصان وهو الدين التجارة وسبب حدوث الزيادة وما ليس بتجارة فلا تقوم الزيادة مقام النقصان وهو مأذون في النصف محجور في النصف والمحجور إذا لحقه دين وفي يده كسب حصل لا بسبب الذي وجب به الدين، فإنه لا يصرف دينه فأما إذا لم يعلم أن ما في يده من كسب التجارة أم من غيرها فقال الآذن والعبد إنه استفاد بالتجارة وقال الساكت استفاده بالهبة وهو بيننا نصفان فالقول قول الآذن والعبد ويصرف كله إلى دينه استحسانًا؛ لأن العبد هو الكاسب والكاسب أحق بكسبه ما لم يفصل عن حاجته، فإذا وقع الشك والاشتباه في حال كسبه وجب الرجوع في البيان إليه لأنه أعلم بحاله من غيره وتباع حصة الآذن في دينه؛ لأن ما كتبه كانت مملوكة لهما قبل الإذن ولحوق الدين فلا تقوم مقام النقصان ولكن يتعلق الدين بحصة الآذن بصيرورته مأذونا فيه، ولو استهلك مالا كان عليهما بخلاف ما لو أقر باستهلاك مال فهو على الآذن خاصة؛ لأنه محجور في نصيب الساكت وإقرار المحجور لا يقبل في حق المولى فأما دين الاستهلاك الثابت بالبينة أو بالمعاينة يتعلق بجميع رقبته، فإن كان

محجورا كله، فإذا كان مأذونا في النصف محجورا في النصف أولى أن يتعلق بجميع رقبته، ولو كاتب رجل نصف عبده كان مأذونا في كله؛ لأن الإذن مما لا يتحرى فيكون ذكر البعض في حق الإذن كذكر الكل، وكذلك في حق الكتابة عندهما لأنها لا تتجزأ فيصير الكل مكاتبًا، وعند أبي حنيفة الكتابة تتجزأ فذكر البعض في حق الكتابة لا تكون ذكر الكل فيصير النصف مكاتبا والنصف الآخر يكون مأذونا حتى إذا اكتسب كسبا وفرغ عن دين التجارة يكون نصفه للمكاتب ونصفه للمولى وما لحقه دين، فإنه يسعى فيه ولا يباع؛ لأن عندهما جميعه مكاتب وعنده نصفه مكاتب ومكاتب البعض لا يجوز بيعه كمعتق البعض، ولو أذن أحد الشريكين ثم اشترى ثم نصيب الآخر فيصرف وهو لا يعلم فلحقه دين فالدين كله في النصف الأول، ولو علم بتصرفه ففي جميع الرقبة؛ لأن النصف الذي اشتراه لم يكن مأذونا؛ لأن الآذن وإن أذن في جميع العبد إلا أن الإذن في نصيب صاحبه لم يصح؛ لأنه كان قبل الملك ومن أذن لعبد لا يملكه ثم ملكه، فإنه لا يصير مأذونا، فأما إذا علم بتصرفه وسكت؛ لأن سكوته إذنا منه للنصف الذي اشتراه؛ لأن سكوته في هذه الحالة مما يرفع الحجر في الكل فلأن يرفع الحجر في النصف أولى فشراء الآخر وجد بعدما صار جميع العبد مأذونا فعلق دين شراء الآخر بجميع الرقبة ودين شراء الأول في نصفه؛ لأنه حين وجد كان مأذونا في النصف محجورا في النصف.

(فصل)

ولو أخبر شريكه أهل السوق أنه لا يرضى بإذن شريكه ثم رآه يتصرف فسكت لم يكن إذنا استحسانًا؛ لأن سكوت المولى إنما جعل إذنا للعبد إذا لم يسبقه ما يوجب نفي الإذن حالة السكوت، فأما إذا اشتق منه ما يوجب بقي الإذن لا يكون السكوت إذنا، فإنه لو قال لأهل السوق: إذا رأيت عبدي هذا يتجر فسكت فلا إذن له في التجارة ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذونا؛ لأنه متى أعلمهم بالنهي فمتى لم يصر مأذونا لا يؤدي إلى الضرر والغرور بالناس وهنا سبق منه سكوته النهي والنفي؛ لأنه أعلم أهل السوق أنه نهاه عن المبايعة ونهيه لا يصح إلا في نصيب نفسه

فصرفنا نهيه إلى نصيبه خاصة فصار النهي عبارة عن نفي الإذن حال سكوته متى رآه يتجر حتى لا يلغو النهي، فإنه لا يملك نهيه عن التجارة بخلاف ما لو كان العبد كله له محجورا أو قد نهى أهل السوق عن المبايعة معه ثم رآه يتجر فسكت صار مأذونا؛ لأن العمل بحقيقة النهي ممكن إذا كان العبد كله له، فإنه يملك نهيه عن التجارة فلم يجعل النهي عن المبايعة عبارة عن نفي الإذن حال سكوته.

قال أحدهما لشريكه: ائذن لنصيبين فأذن فهو مأذون كله؛ لأن الإذن في التجارة مما لا يتجزأ؛ لأنه لا يتهيأ للعبد أن يتجر ببعض الجوارح دون البعض وإنما يتجر بجوارحه كلها، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله فصار كأنه قال لصاحبه ائذن بجميع العبد وهكذا يقول إذا قال أحد المولين للعبد أذنت لك في نصيبي أنه يجعل ذكر البعض ذكرًا للكل؛ لأن العبد مما لا يتجزأ في حق الإذن فصار كأنه قال أذنت لك في الكل ولكن لو نص على هذا تعلق الدين بنصيبه لا بنصيب الساكت.

(باب ما يملك العبد المأذون من التصرف وما لا يملك)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

[فصل][1] في بيعه.

[وفصل][2] في هبته وتبرعه.

[وفصل][3] في إجارته وزراعته ونحوها.

[وفصل][4] في خياره عند الزيادة والنقصان في المبيع.

(فصل)[5]

باع المأذون أو اشترى بما لا يتغابن فيه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): الثاني.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): الثالث.

(٤) ما بين المعكوفتين في (س): الرابع.

(٥) ما بين المعكوفتين في (س): الفصل الأول.

لا يجوز كان على العبد دين أو لا وعلى هذا المكاتب والصبي المأذون.

لهما: أن الغبن الفاحش تبرع واصطناع؛ لأنه لا عوض بإزاء المحاباة حقيقة، ولهذا لم يعف عن المريض وأمكن الاحتراز عنه وهؤلاء لا يملكون التبرع، ولأن مقصود المولى من الإذن يحصل الربح ويتميز ماله لإيوائه ومتى لم يتقيد الإذن بالتجارة المعتادة المتعارفة فيما بين الناس وهي التجارة العارية عن الغبن الفاحش كان ذلك إيواء المال وهو غير مقصود بالإذن فلا يدخل تحت الإذن كما في الوكيل لأبي حنيفة أن المأذون والمكاتب متصرف لنفسه وليس بنائب عن المولى لما بينا. والراجل تحت الإذن مطلق التجارة والتجارة بغبن فاحش تجارة؛ لأن التجارة اسم لتمليك مال بمال فقط، ولهذا لو حلف لا يبيع أو لا يشتري فباع أو اشترى بغبن فاحش يحنث.

ولو حلف لا يهب لا يحنث بهذا، وإذا باع العبد في مرض مولاه أو اشترى بما يتغابن الناس فيه أو لا يتغابن جاز ذلك في ثلث مال المولى عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز فيما يتغابن فيه ولا يجوز فيما لا يتغابن فيه في حال صحة المولى فحال مرضه أولى وعنده يملك ذلك إلا أن تصرفه كتصرف المولى؛ لأنه يستفاد جواز التصرفات ونفاذها بإذن المولى. والمولى لو باع أو اشترى لمحاباة فاحشة في مرضه يعتبر من الثلث فكذا إذا حابى عبده.

(فصل)[1]

ولو وهب العبد المأذون هبة لم يجز لأنها ليست بتجارة ولا هو من صنيع التجارة، ولهذا لا يملك المكاتب مع أنه أعلى حالًا منه فلأن لا يملك المأذون أولى وهذا إذا بلغ قيمته درهما فصاعدًا، فأما ما يجوز هبته بما دون الدرهم؛ لأنه من صنيع التجارة لا بد للتجار منه ليعرف ويميل قلب الناس إليه فيكثرون التجارة معه، ولو أهدى هدية جاز قال محمد: يتصدق بالرغيف ونحوه واستحسنوا ذلك في الطعام للآثار، فإنه رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك،

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الفصل الثاني.

ورُوي أن سلمان الفارسي أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رطبًا فقبل منه وهو كان مكاتبًا، ولأن الهدية بالمطعوم من صنيع التجارة؛ لأنه لا بد للتجارة منه فيكون داخلا تحت الإذن كالإعارة، وكذلك يملك إيجاد الدعوة استحسانًا، وكذلك لو أعار رجلا دابة ليركبها أو ثوبا يلبسه لا بأس به؛ لأنه لا بد للتجارة منه، فإنه قد يبيع الشيء في وعاء ويسلمه إلى المشتري مع الوعاء ولم يقدر في الكتاب الضيافة اليسيرة.

وروى محمد بن سلمة البلخي أن ذلك على مقدار مال التجارة، فإن كان مال تجارته مثلا عشرة آلاف فالضيافة بمقدار عشرة دراهم يسير وإن كان مال تجارته عشرة كان دانقًا كثيرًا ولو اشترك المأذون شركة عيان على أن يشتريا بالنقد والنسيئة جاز في النقد ولم يجز في النسيئة؛ لأن المأذون لا يملك أن يشتري لغيره بالنسيئة؛ لأنه بمعنى الكفالة، ولو أذن له المولى في ذلك قال: يجوز مرة ولا يجوز بعد ذلك؛ لأن إذن المولى بالشراء بالنسيئة صحيح مرة واحدة ولا يصح بعد ذلك؛ لأنه يصير مشغولا بالدين.

(فصل)[1]

والمأذون له في التجارة يملك أن يؤاجر نفسه وماله ويملك الزراعة؛ لأن رقبة المأذون ومنافعه دخلت تحت الإذن؛ لأنه لا يتهيأ له التجارة إلا بنفسه ومنافعه، ألا ترى أنه يملك إتلاف منافعه في تصرف بغير عوض يحصل للمولى فبعوض يحصل له أولى وكان يجب أن يملك بيع رقبته ورهنها إلا أنه إنما لم يملك؛ لأن بالبيع تزول الرقبة عن ملكه والرهن إيفاء وإنه موضوع لإزالة ملك العين وبزوال الرقبة عن ملك المولى يصير محجورا والحجر ضد الإذن فلا يجوز أن يستفيد بالإذن، فأما بالإجارة فلا تزول الرقبة عن ملك المولى ويدخل العوض في ملكه فكانت تجارة لأنها مبادلة مال بمال، ولهذا ملك المضارب والشريك الإجارة والزراعة تنعقد إجارة وتتم شركة لما عرف.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الفصل الثالث.

ولو اشترى المأذون عبدا شراء فاسدا فأغل عبده كانت الغلة له ولا يتصدق؛ لأن الغلة حصلت على ملكه ولا ينقص ملكه فيه كما في الحر، ولو رده على بائعه رده مع الغلة ويتصدق البائع بها، وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يرد الغلة؛ لأن الأصل عنده الكسب يكون لمن كان الملك له في الأصل وقت حدوث الكسب وعندهما الكسب متى حدث قبل تقرر الملك بدون حدوث أينما دار الأصل كمن اشترى عبدا شراء صحيحًا فمات قبل القبض حتى انفسخ البيع أو وجد المشتري به عورا قبل القبض فردّه على البائع فعنده الكسب للمشتري وعندهما للبائع والأصح أن هذا قولهم جميعًا؛ لأن الكسب يملك بملك الأصل وقد ثبت للبائع في الأصل حق مستحق وهو حق الاسترداد بسبب الفساد فيسري ذلك الحق إلى الكسب كما يسري إلى الولد فكان للبائع استرداد الكسب لما كان له استرداد الأصل بخلاف تلك المسألة؛ لأن حين حدث الكسب في يد البائع لم يكن له حق ملك وهو حق الاسترداد حتى يسري الحق إلى الكسب فلم يكن له أخذ الكسب إلا أن المأذون لا يتصدق بالكسب متى تقرر ملكه في الأصل، والبائع، وإن كان حرا يتصدق بالكسب متى تقرر ملكه في الأصل وإن استفاد كل واحد منهما بسبب ملك خبيث؛ لأن العبد ليس من أهل التصدق والحر من أهله. ولو كان العبد هو البائع لا يتصدق.

اشترى من العبد بيعا فاسدا ثم باعه من مضارب العبد جاز ولم يكن فسخا للبيع الأول كما لو باع من أجنبي؛ لأن بيعه من العبد جاز ولم يكن فسخا للبيع الأول كما مضارب المأذون ليس كبيعه من المأذون؛ لأن حق المضاربة جعل كحقٍّ ثالث حتى جاز شراء رب المال مال المضاربة، ولأن ملك الرقبة للمأذون وملك اليد والتصرف للمضارب فباعتبار أنه ملك الرقبة يكون نقصًا وباعتبار أنه لم يملك اليد والتصرف لا يكون نقصا فلا يثبت النقص بالشك.

(فصل)

ولو باع جارية بعبد ودفع الجارية ولم يقبض العبد حتى حدث بها عيب فلا

يخلو إما أن تعيبت قبل هلاك العبد أو بعده، وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن تعيبت بآفة سماوية، أو بفعل المشتري، أو بفعل أجنبي.

أما إذا حدث بها عيب بآفة سماوية بأن ذهب عينها ثم هلك العبد فالمأذون بالخيار إن شاء قبض جاريته ولا يبيع بنقصانها، وإن شاء ضمنه قيمة جاريته يوم قبضها؛ لأن الجارية حين قبضت كانت مضمونة بالعبد لا بالقيمة؛ لأن النقصان حدث في ملك صحيح للمشتري والملك متى كان صحيحا كان مضمونا على القابض ضمان عقد وهو الثمن، والأوصاف لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد، وإن شاء ضمن قيمتها؛ لأنه وجب على مشتري الجارية رد الجارية كما قبض سليمة عن العيب وقد عجز عن ردها كما قبضها سليمة عن العيب فكان عليه رد قيمتها يوم قبضها لأنها دخلت في ضمانه يوم القبض.

ولو هلك العبد ثم ذهب عنها، فإن أخذها ضمنه نصف قيمتها؛ لأن العبد لما هلك صارت الجارية مضمونة على مشتريها بالقيمة؛ لأن النقصان إنما حدث بعد فساد الملك فيها؛ لأن الملك قد فسد في الجارية لهلاك العبد والملك الفاسد مضمون على القابض بالقبض لا بالعقد والأوصاف تفرد بالقبض فتفرد بضمان القبض كما في الرهن والغصب.

وأما إذا تعيبت بفعل المشتري بأن قطع يدها أو فقأ عينها فهو كما لو تعيبت بآفة سماوية في القسمين؛ لأن المشتري جنى على ملكه وجناية المالك على مملوكه هدر فلم يخلف بدلا فصار كأنه مات بآفة سماوية.

ولو تعيبت بفعل أجنبي بأن قطع يدها أو وطئها بشبهة فأخذ أرشها وعقرها وولد أو ولدت من غير سيدها، فإن كان قبل هلاك العبد لم يكن للعبد إلا قيمتها يوم دفعها؛ لأنه لما هلك العبد فسد البيع في الجارية فوجب على مشتري الجارية ردها بحكم الفساد وقد عجز عن ردها حكما؛ لأنه حدث بعد القبض زيادة منفصلة من الجارية في ملك صحيح ومثل هذه الزيادة تمنع انفساخ الملك في الأصل، وإذا تعذر فسخ البيع في الجارية صار المشتري عاجزًا عن ردها فكان عليه رد قيمتها، وإن كان بعد هلاك العبد أخذ الجارية وعقرها وولدها وأرشها إن شاء من المشتري،

وإن شاء من الجاني؛ لأن الزيادة المنفصلة لا تمنع انفساخ البيع في ملك فاسد كما لو وقع البيع في الجارية فاسدا في الابتداء ثم حدث منها زيادة منفصلة كان للبائع استرداد الجارية مع الزوائد؛ لأن الزيادة حين حدثت كان للبائع حق الاسترداد في الأصل فسرى ذلك الحق إلى الزوائد ثم إن شاء ضمن المشتري؛ لأن النقصان لو حدث بآفة سماوية كان له تضمينه وإن حدث بفعله أولى، وإن شاء ضمن الجاني؛ لأن الجاني صار جانيا على ملكه لما عادت الجارية إلى قديم ملكه بالفسخ.

ولو حدث بها عيبان: أحدهما قبل هلاك العبد، والثاني بعد هلاكه فعلى هذا القياس؛ لأن العيبين لو حدثا قبل هلاك العبد يتخير المأذون ومتى اختار أخذ الجارية لا يكون له ضمان النقصان.

ولو حدثا بعد هلاك العبد متى أخذ الجارية فله تضمين نقصان العيبين جميعا، فإذا حدث أحدهما قبل هلاكه والآخر بعد هلاكه كان لكل واحد منهما حكم نفسه هذا كله إذا تعيبت الجارية في يد مشتريها.

وأما إذا حدث فيها زيادة فلا يخلو إما أن كانت الزيادة منفصلة كالولد والأرش والعقر أو كانت متصلة كالسمن والجمال، فإن كانت منفصلة، فإن ولدت قبل هلاك العبد ثم مات العبد ينظر إن كان الولد قائما ليس للمأذون أخذ الجارية؛ لأن الزيادة المنفصلة الحادثة بعد القبض في ملك صحيح يمنع انفساخ العقد في الأصل، فإن هلك الولد والأرش كان للعبد أن يأخذ جاريته ولا يتبعه بنقصان الولادة والجناية إن شاء، وإن شاء ضمنه قيمتها؛ لأن المانع من انفساخ العقد قد ارتفع وهو الزيادة وصارت كأنها لم تكن والنقصان قائم؛ لأن الولادة في بنات آدم سبب النقصان وأنه عيب على كل حال فله أن يضمنه قيمة الجارية.

ولو كان مكان الجارية شاة فنتجت في يده قبل هلاك العبد لم يكن للعبد خيار ويأخذ الشاة؛ لأنه لا نقصان؛ لأن الولادة في البهائم ليست بعيب وإن هلكت الزيادة بفعل أجنبي فهو كما كان الولد قائما؛ لأن الولد مات وأخلف بدلا، والفائت إلى خلف كالقائم حكما، وإن هلكت بفعل المشتري بأن عتق المشتري ولد الجارية ثم هلك العبد لم يكن للمأذون على الجارية سبيل؛ لأن الولد يسلم للمشتري من

وجه، فإنه مولى له يرث منه إذا مات ولم يكن له عصبة أقرب منه فيؤدي إلى الربا من وجه أو سلم له بالشراء الولد من وجه من غير عوض والاحتراز عن شبهة الربا واجب فلا يجوز فسخ البيع في الجارية، فإن مات الولد المعتق وترك ولدا لم يكن للعبد على الجارية سبيل؛ لأن ولاءه عليه بقي تبعا للولد، فإن ولاء ولده له، وإنما صار له بسبب ولاء الولد الأول فصار ولاؤه على الولد الأول باقيا تبعا للولد الأخير فصار كأنه لم يمت، وإن لم يترك ولدا كان للعبد أن يأخذ الجارية إن شاء ولا يتبعه بنقصانها، وكذلك إن ترك ولدا لا يجر ولاءه المشتري بأن كان المعتق تزوج بأمة لرجل وحدث منها ولد ثم أعتق مولى الأمة الولد؛ لأن المانع من فسخ العقد في الجارية هو الولاء وقد زال هذا المانع بلا خلف وهذه الزيادة من خصائص مسائل هذا الكتاب فيجب حفظها، وكذلك إن قتل المشتري الولد فله الخيار بين الفسخ والتضمين وهذا لا يشكل على الرواية التي قال بأن الولادة عيب لازم في بنات آدم وذلك؛ لأن القتل بمنزلة الموت؛ لأن المقتول ميت بأجله.

ولو مات الولد في يد مشتري الجارية يتخير المأذون فكذا هذا، وإنما يشكل على الرواية التي قال بأن الولادة ليست بعيب إذا لم توجب نقصانا؛ لأن الولد مات ولم يخلف بدلا؛ لأن المشتري جنى على ملكه الصحيح وجناية المالك على ملكه هدر فصار كما لو مات الولد حتف أنفه. والجواب عنه أن الولد مات وأخلف بدلا من دمه؛ لأن جناية المشتري على الولد إنما تكون ملاقيا ملكه ما دام ملكه في الجارية متقررًا، فأما إذا انفسخ ملكه في الجارية بأن أخذ الجارية ولم يضمنه النقصان كانت الجناية على الولد ملاقيا ملك المأذون من وجه؛ لأن الولد تبع للجارية من وجه؛ لأنه متولد ومتفرع عنها، ولهذا ملك بسبب ملك الجارية وانفساخ الملك في الأصل يوجب انفساخ الملك في التبع فصار جانيا على ملك المأذون على هذا الاعتبار فيضمن قيمته الولد من وجه فصح أن الولد مات وأخلف بدلا من وجه فيتخير، وإن شاء أبرأه عن قيمة الولد ويأخذ الجارية، وإن شاء لم يبرئه وضمنه قيمة الجارية، وأما إذا كانت الزيادة متصلة بأن ازدادت الجارية في يديها خيرا قبل هلاك العبد أو بعده أخذها بزيادتها وقيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز

استردادها قبل هلاك الغلام، لما عرف من اختلافهم في الصداق زاد في يديه بعد القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يكون للزوج رد نصف الصداق إلا برضاها عندهما خلافًا لمحمد رحمه الله، وقيل: هذا قولهم جميعا فهما فرقا بين هذه ومسألة الصداق والفرق أن في الصداق حق المرأة في الزيادة لو بطل فإنما يبطل قصدا بإيقاع الزوج بالطلاق وهو لا يملك إبطال حقها قصدا فأما حق مشتري الجارية في الزيادة لو بطل، فإنما يبطل حكما لا بقصد المأذون؛ لأن بطلان حقه في الزيادة مضاف إلى موت الغلام وموت الغلام ما كان بصنع المأذون وقد ثبت حكما للشيء وضرورة ثبوته، وإن كان لا يثبت قصدا. والأصح أن هذا على الخلاف؛ لأنه ذكر بعد هذا أن العبد لو لم يمت لكن حدث به عيب فرد العبد كان للمأذون أن يسترد الجارية، وإن كانت الزيادة المتصلة حدثت قبل الرد وحق الرد وحق مشتري الجارية في الزيادة هنا لو بطل إنما يبطل قصدا؛ لأنه يبطل برد العبد ورد العبد كان بقصده وبين أن الرد بخيار الرؤية، والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الموت من حيث منع فسخ العقد؛ لأن العقد ينفسخ بهذا الرد كما ينفسخ بموت العبد قبل القبض.

ولو كان العبد المأذون بالخيار ثلاثة أيام في العبد الذي اشتراه وولدت الجارية في يد المشتري منه أو من غيره أو قطع يدها، فإن رد العبد بخياره أخذ الجارية وأرشها وعقرها وولدها؛ لأن اشتراط الخيار في العبد اشتراط للخيار في الجارية؛ لأن الخيار إنما يشترط للفسخ ولا يمكنه فسخ العقد في أحد البدلين دون الآخر فيكون اشتراط الخيار في أحد البدلين اشتراطا للخيار في الآخر، ولهذا لو أعتق مشتري الجارية بعد القبض لا ينفذ عتقه؛ لأن للبائع خيار شرط في الجارية والمشتري متى قبض المشترى وللبائع فيه خيار شرط يكون المشترى مضمونا عليه بالقيمة، ولو لم يقبض الجارية حتى أعتقها قبل هلاك العبد جاز عتقه، فإن أعتقها بعد هلاك العبد لم يجز عتقه؛ لأن قبل هلاك العبد أعتق ملك نفسه؛ لأن البيع صحيح في الجارية وبعد هلاك العبد فسد البيع في الجارية، والبيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك.

ولو قبض الجارية ووجد المأذون بالعبد المبيع عيبا قبل القبض أو بعده فردّه

بقضاء أو رضا أو خيار شرط أو رؤية ثم أعتق الجارية لم يجز عتقه، وكذلك لو تقايلا لا يفسخ البيع في كل وجه فزالت الجارية عن ملك المشتري فصار معتقا ما لا يملكه بهلاك العبد فلا ينفسخ البيع، وإنما يفسد فمتى كانت الجارية في يده صار معتقا ما يملكه فنفذ وقيل القبض لا يملكه فلا ينفذ والله تعالى أعلم.

(باب إقرار المولى على عبده المأذون)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في دين العبد بإقرار المولى.

والثاني: فيما إذا اجتمع دينهما على العبد أيهما يقدم في القضاء.

(فصل)

وإذا أقر على عبده المأذون بعشرة آلاف وقيمته ألف ولا دين عليه لزمه ويقال للمولى بعه أو افده وللغرماء إن يستسعوا العبد في جميع الدين؛ لأنه أقر بما يملكه ولم يلحق بغيره ضررا؛ لأنه أقر بشغل رقبته وكسبه بحق المقر له والمولى يملك بيع رقبته وكسبه بدين نفسه بأن يرهن رقبته شيئًا من كسبه فيملك أيضًا الشغل بدين يقر عليه، وإذا صرح إقراره صار الثابت بإقراره كالثابت بإقرار العبد فيتخير الغرماء بين البيع والسعاية كما لو ثبت دينهم بإقرار العبد، فإن أعتقه ضمن قيمته لهم ورجعوا على العبد بقدر قيمته أيضًا؛ لأنه بالإعتاق أتلف عليهم حق البيع ومنعهم من ثمنه فصار كما لو قتله أجنبي؛ لأن المولى أقر أن عليه عشرة آلاف درهم، فإذا وصل إليهم ألف من جهة المولى فلا تفرغ ذمة العبد عن الباقي وقد بقي للعبد رقبة متعلقة بدين الغرماء مشغولة بحقهم فكان عليه رد قيمته وقد عجز عن ذلك فيلزمه رد قيمته حتى لو أقر على العبد بدين ألف وقيمته ألف ثم أعتقه المولى وضمن ألفًا، فإنه لا يضمن العبد شيئًا آخر؛ لأنه فرغت ذمته عن شغل الدين بأداء المولى قيمته، وإنما وصل إلى العبد رقبة فارغة فلم يلزمه شيء.

ولو أعتقه المولى وهو معسر في صحته ثم مات لم يسع العبد لهم إلا في مقدار

القيمة إلا أن يكون الدين أقل من القيمة فيسعى في الدين؛ لأنه وصل إلى العبد رقبة مشغولة بالدين وقد احتبس عنده بالعتق فقد عجز عن ردها فيلزمه رد قيمتها ولم يصل إليه فما زاد على قيمته في حقهم شيء، ولو أخذ بالزيادة فإنما يؤاخذ بإقرار المولى وإقرار المولى يصح إذا كان المستحق بإقراره ملكه ولا يصح إذا كان المستحق به ملك العبد بعد عتقه.

ولو باعه مولاه ضمن قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق؛ لأن العبد متى بيع بالدين الثابت بإقراره لا يبقى للغرماء عليه سبيل لدخوله في ملك غير المولى فلأن لا يبقى لهم عليه سبيل متى بيع بالدين بإقرار المولى أولى وبعد العتق وصل إليه رقبة مشغولة بالدين؛ لأن بالبيع لا يسقط الدين عن رقبته وقد صارت محبوسة عنده بالعتق فيلزمه رد قيمتها، ولو أقر عليه بعشرة آلاف ودينه، فإن شاء الغرماء ضمنوه بقيمته ولا شيء لهم على العبد حتى يعتق فيضمنوه قيمته، وإن شاؤوا استسعوا العبد في دينهم؛ لأن الدين الثابت بإقرار المولى معتبر بالدين الثابت بإقرار العبد وثمة الأمر كذلك فكذا هذا.

ولو أقر عليه بعشرة آلاف في صحته ثم أعتقه ثم مرض ثم مات ثم المولى وعليه دين يسعى العبد في قيمته لغرماء المولى دون المقر له ثم يسعى في قيمة أخرى للمقر له؛ لأن العتق في مرض المولى وصية ولا تصح الوصية إذا كان على الموصي دين وقد صار قيمة العبد كلها دينا على المولى بعد العتق إذ لا مال له سوى العبد فوجب على العبد قيمة رقبته لما عجز عن رد رقبته بالعتق ردًّا للوصية ويضمن قيمة أخرى؛ لأنه أعتق عبدا مديونا وقد سلم للعبد رقبته بالعتق مشغولة متعلقة بحق الغرماء فلزمه رد قيمته بحق الغرماء.

(فصل)

أصله: أن من شرط صحة إقرار المولى على عبده أن يكون العبد فارغًا عن الدين خاليًا صافيًا عن حق الغير لا عن صحة إقراره باعتبار قيام الرقبة في ملكه بدليل أن الرقبة إذا هلكت أو استحقت بطل إقراره فمتى صارت رقبة العبد مستحقة بالدين وقت إقرار المولى لم يصح إقراره لأنها صارت هالكة معنى؛ لأن

الاستحقاق بمنزلة الهلاك كالماء المستحق بالعطش وصار كالوارث إذا أقر على مورثه إذا كانت التركة فارغة عن الدين ولا يصح إذا كانت مشغولة والأصل أن من أقر بعين لإنسان ثم استحق العين المقر به ثم يد المقر لم يكن على المقر شيء كمن أقر بوديعة لإنسان ثم استحقت بطل إقراره وكذا هذا أذن لعبده وقيمته ألف فلحقه دين ألف وأقر المولى عليه بألف لم يجز حتى يقضي دين نفسه؛ لأن رقبة العبد مشغولة مستحقة بالدين حال إقرار المولى فلم يصح إقراره في حق غريم العبد، فإن أعتقه مولاه، فإن ضمن غريم العبد المولى قيمته بطل إقرار المولى ولا ضمان على العبد؛ لأنه استحق غريم العبد المقر به وهي الرقبة؛ لأنه أخذ منه قيمة العبد وأخذ القيمة كأخذ العين، ولو أخذ الرقبة من يده لم يكن على المولى ولا على عبده شيء؛ لأنه بطل إقرار المولى فكذا إذا أخذ منه قيمته وإن أخذ غريم العبد دينه من العبد رجع المقر له على المولى بقيمة العبد؛ لأنه فرغت رقبة العبد عن الدين وسلمت رقبته للمولى، ولو سلمت له رقبة العبد بإبراء غريم العبد عن دينه يكون المقر له أحق بالعبد فكذا إذا سلمت له بإيفاء الدين، ولو أقر عليه مولاه أولًا بدين ألفي درهم ثم بحق العبد ألف فيبيع بألف اقتسماها أثلاثا؛ لأن إقرار المولى لاقى عبدا فارغا كله عن الدين فصح إقراره بالدين ولا تتقدر صحته بقدر القيمة بل يصح كله ما دام الاستيفاء يقع على ملك المولى وهنا يقع الاستيفاء على ملك المولى، فإن الثمن ملك المولى فصح إقراره بألفين وإقرار العبد بعد ذلك صح كله، وإن كان عليه دين؛ لأن دين العبد لا يحجر العبد عن الإقرار بالدين فحق غريم العبد في ألف وحق غريم الآخر في ألفين فيقسم الثمن على قدر حقهما أثلاثا، ولو أقر العبد أولا بدينه كان غريم العبد أحق بثمنه، فإن بقي عن ثمنه شيء كان لمن أقر له المولى؛ لأنه حين أقر المولى بالدين كانت رقبة العبد مشغولة مستحقة بالدين فلم يصح إقراره في حق غريم العبد متى كان على العبد دين محيط برقبته، ولو بيع بألفين فخرجت الألف لا غير كان غريم العبد أولى؛ لأنه لما نوى الألف من الثمن فكان العبد بيع بألف لا غير.

ولو أقر العبد أولا بدين ألف ثم أقر المولى بدين ألف ثم أقر العبد بدين كان غرماؤه أولى، فإن بقي شيء كان لغرماء المولى؛ لأن إقرار المولى لم يصح؛ لأنه لاقى مالا مشغولا بدين غريم العبد.

أقر بدين ألف على عبده ثم بألف وبيع بألفين إن أقر بالدينين متصلا تحاصا[1] وإلا بدأ بالأول؛ لأن الإقرارين متى كانا متصلين فهما كإقرار واحد حكمًا واعتبارًا، ولو كانا متصلين حقيقة بأن قال لهما: على عبدي ألفا درهم تحاصا، وكذا إذا وصل بينهما بحرف العطف، فأما إذا فصل بينهما فالإقرار للثاني صادف رقبة مشغولة بدين الأول فكان الأول مقدما على الثاني إيفاء، وإن كان متصلا وصدقه العبد في أحدهما تحاصا؛ لأن تصديق العبد المولى في أحدهما بمنزلة إقراره، ولو أقر العبد لأحدهما وأقر المولى لآخر وخرج الكلامان منهما جميعًا معا تحاصا وكذا هذا، وإن كان منفصلا فصدقه في الأول كان أحق؛ لأنه يصير كأن العبد أقر للأول ثم أقر المولى للآخر وإن صدقه في الثاني دون الأول تحاصا؛ لأنه يصير كأن المولى أقر للأول ثم أقر العبد لآخر، ولو كانت قيمته ألفًا وخمسمائة فأقر العبد بدين ألف ثم المولى بدين ألف ثم العبد بدين ألف ثم بيع بألفين فالثمن بينهما أخماسا للذي أقر له المولى خمسة؛ لأن إقرار العبد بدين ألفين قد صح؛ لأن صحة إقراره يعتمد الإذن لا خلوص المقر به عن حق الغير، ولهذا صح إقراره وإقرار المولى بألف صح بقدر خمسمائة؛ لأن صحة إقراره يعتمد خلوص المقر به عن حق الغير. ولا يصح إذا كان مشغولا بحق الغير والألف من العبد مشغولة بدين العبد وخمسمائة فارغة عن دينه فصح إقراره بقدر خمسمائة وبطل بقدر خمسمائة فجعل خمسمائة بينهما فصار حق غريمي العبد في أربعة وحق غريم المولى في واحد وذلك خمس الألفين، وكذلك لو أعتقه المولى وقيمته ألف وخمسمائة ضمن قيمته وكانت بينهم أخماسا؛ لأن القيمة بدل عن العبد كالثمن والمثمن يقسم بينهم أثلاثا فكذلك القيمة ثم يرجع غريمي العبد عليه بنفيه دينهما؛ لأن دينهما وجب بإقرار العبد فبقي

---

(١) أي: أخذ كلّ واحد منهما حصّته.

دينا عليه إلى ما بعد العتق وكذلك غريم المولى بنفيه خمسمائة وذلك مائتان؛ لأن إقرار المولى إنما صح على العبد بقدر خمسمائة وقد وصل إليه من دينه ثلاثمائة من القيمة التي ضمنها المولى بالإعتاق إلى تمام خمسمائة مائتان وإن شاؤوا اتبعوا العبد ولم يضمنوا المولى إلا أن غريم المولى يرجع على العبد بخمسمائة؛ لأن إقرار المولى إنما صح على العبد زهدا القدر ثم يرجع على المولى بخمسمائة؛ لأن غريمي العبد لما اختارا اتباع العبد وأبرآ المولى عن القيمة فقد سلمت القيمة للمولى وسلامة القيمة كسلامة العبد له، ولو سلم له العبد بأن أبرآ عن دينهما قبل العتق لكان يصح إقرار المولى بجميع الدين وقد وصل إليه خمسمائة من جهة العبد ولم يصل إليه خمسمائة فله أن يرجع بذلك، ولو كانت قيمته ألف درهم فأقر العبد بألف ثم المولى بألف لم يثبت إقرار المولى وإن زادت قيمته حتى صارت ألفين، وكذلك لو زاد قبل إقرار العبد للثاني؛ لأنه حين أقر المولى كان جميع العبد مشغولا بالدين والزيادة التي حدثت في القيمة بعد إقرار المولى للأوسط لم يبق إلى يوم القسمة بل هلكت معنى؛ لأنها صارت مشغولة بالدين الذي أقر به العبد آخرا والمشغول بالدين والمستحق به كالهالك، ولو أعتقه فاختار غريمي العبد اتباع العبد وأبرآ المولى كان لغريم المولى أن يبيع المولى بجميع دينه؛ لأن دين غريمي العبد وجب عليه بإقراره فصح مطلقا وبإبراء المولى عن القيمة سلمت له القيمة وسلامة القيمة كسلامة العبد، ولو سلم له العبد فارغا عن الدين صح إقرار المولى على عبده بجميع ما أقر به فكذا هذا، ولو كانت قيمته ألفًا وخمسمائة فأقر مولاه بدين ألف ثم بألف ثم بألف ثم بيع العبد ثبت كل الأول ونصف الثاني ولا شيء للثالث لأنه حين أقر للثالث لم يكن شيء من العبد فارغًا عن الدين فلا يصح إقراره وإقراره للأول لاقى العبد الفارغ كله فصح كله وإقراره للثاني لاقى عبدا فارغا ثلثه عن الدين وذلك خمسمائة فصح إقراره بقدر خمسمائة فكان حقه في خمسمائة وحق الأول ألف فيقسم ثمن العبد بينهما أثلاثا، ولو أعتقه وقيمته ألف ضمن لهما المولى ألفا ويرجعان على العبد بخمسمائة؛ لأنه وصل إليهما من دينهما ألف وهي قيمة العبد وبقي حقهما في خمسمائة ويكون الكل بينهما أثلاثا ويبطل ما سوى ذلك من الدين؛ لأن إقرار المولى لم يصح فيما زاد على ألف وخمسمائة، ولو اختارا ضمان

العبد ضمناه ألف درهم أيضًا بينهما أثلاثا على عكس الأول ثلثه للأول وثلثاه للثاني؛ لأن دينهما وجب على العبد بإقرار المولى فلا يجب أكثر من قيمته يوم العتق والمولى أعتق عبدا مديونا في زعمه فيضمن قيمته يوم العتق وقد وصل إلى الأول من ألف المولى ثلثاها بقي حقه في ثلث الألف وصل إلى الثاني من ألف العبد ثلثها بقي حقه في ثلثي الألف، فإن اقتسما الألف إلى أن أخذا من العبد أثلاثا ثم خرجت خمسمائة مما على المولى اقتسماها أثلاثا؛ لأن حق الأول كان في ألف وحق الثاني في خمسمائة فيكون حقهما أثلاثا، فإذا خرجت خمسمائة أخرى يكون كله لغريم المولى حتى يكمل دينه؛ لأنه وصل إلى الأول بجميع الدين بقي حق الثاني على العبد في نصف دينه وذلك خمسمائة فيسلم كلها له ولا يشاركهما صاحب الدين الآخر في شيء؛ لأن إقراره للثالث لم يصح؛ لأن العبد كله كان مشغولا بالدين.

ولو كانت قيمته ألف درهم فأقر المولى عليه بألف ثم أقر الآخر بألف فزادت قيمته فصارت ألفين ثم أقر مولاه بألف لآخر ثم بيع بألف كان الثمن بين الأول والثالث نصفين ولا شيء للثاني؛ لأنه حين أقر للباقي فالعبد كله مشغول بالدين وليس فيه فصل عن دين الأول فلم يصح إقراره للثاني فخرج من الوسط. وإقراره للأول والثالث بجميع الألف صحيح؛ لأن إقرار الأول لاقى عبدا فارغا والثالث لاقى عبدا فيه فصل ألف عن دين الأول فصح إقراره للثالث بجميع الألف فاستوى حقهما فتحاصا إلا أن يكون الثمن أكثر من ألفين فيكون الفصل الأول؛ لأن إقرار المولى للأوسط توقف نفوذه على وجود الزيادة في قيمة العبد بعد الإقرار وبقائها إلى وقت القسمة وقد وجدا فنفذ.

ولو أعتقه المولى وقيمته ألفان ضمن قيمته للأول والآخر ولا شيء للأوسط ولا سبيل له على العبد؛ لأن إقراره للأوسط لم يصح كما لم يكن في قيمة العبد فضل عن دين الأول والثالث. والله أعلم بالصواب.

(باب إقرار العبد المأذون)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

[أحدها][1]: في إقراره بالدين.

والثاني: في إقراره بالجزية.

والثالث: في إضافة إقراره إلى حالة الحجر.

(فصل)

ولو أقر العبد المأذون بدين من بيع أو فرض أو غصب أو مضاربة أو بضاعة استهلكها صح؛ لأن الإقرار بالدين من توابع التجارة؛ لأنه لا بد للتاجر منه، فإن الناس إذا علموا أن إقرار العبد لا يصح لا يتجرون معه فلا يحصل ما هو المقصود من الإذن وهو التجارة فكان الإذن بالتجارة إذنًا بالإقرار؛ لأنه أقر بما يملك استئنافه للحال فيصح إقراره كالحر.

ولو أقر العبد المأذون قبل أن يباع بدين لرجل صح وإن كذبه الغرماء والمولى؛ لأنه مأذون أقر على نفسه بدين لغيره فيكون مصدقا فيه، ولو أقر بذلك بعدما باعه القاضي وصدقه المولى لم يصدقا على الغرماء؛ لأنه أقر وهو محجور وإقرار المحجور لا يصح إذا كان عليه دين وإن صدقه المولى؛ لأن المولى بالتصديق يريد إبطال حق الحاضرين في البعض فلا يصدق.

أقر أنه اشترى هذه الجارية وافتضها ثم استحقت يلزمه العقد، فإن أقر بالافتضاض بالنكاح بغير إذن مولاه لا يلزمه؛ لأن في الشراء بالاستحقاق ظهر كون الجارية مغصوبة عند العبد فقد ثبت أنه غصب جارية سليمة فردها معيبة بنقصان البكارة فيضمن قدر النقصان كما لو غابت بعيب آخر، وفي النكاح أقر بدين لزمه بالنكاح والنكاح ليس بتجارة فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة فلم يصح إقراره؛ لأنه لا يجاء ملك الإقرار بحكم التجارة.

ولو صدقه مولاه في الاقتضاض بنكاح فاسد بدئ بدين الغرماء، فإن بقي شيء أخذ مولى الأمة من عقرها؛ لأن عندهما ضمان الافتضاض بمنزلة ضمان الجناية؛ لأن المتلف جزء من الآدمي، فإنه إتلاف بعض الآدمي فتكون جناية حقيقة وفي ضمان الجناية لا يصدق العبد في حق الغرماء كما لو أقر بقطع يدها أو رجلها فلا تثبت المقربة في حقهم ويثبت في حق المولى لتصديقه العبد فيه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

فأما عند أبي يوسف ينبغي أن يضرب صاحب الجارية مع الغرماء صدقه المولى أم كذبه؛ لأن ضمان الافتضاض عنده بمنزلة ضمان الغصب حتى قال: يؤاخذ به العبد للحال وإن كذبه المولى.

ولو تزوج بإذن مولاه حاصت الغرماء بمهرها وما يجب لها من النفقة؛ لأن النكاح حصل بإذن مولاه فيجوز وصح الإذن وإن تضمن إبطال حق الغرماء عن بعض كسبه ورقبته؛ لأنه من حوائج العبد، فإنه يحتاج إلى النكاح لتحصينه عن الزنا وتحصيل الولد وما كان من حوائج المديون يجوز منه وإن تضمن إبطال حق الغرماء كالإنفاق على نفسه وثمن الأدوية وكالمريض المديون إذا تزوج امرأة بمهر مثلها فتعلق هذا الدين بكسبه ورقبته فظهر التعلق في حق الغرماء، وإن لم يكن من التجارة، ولو أقر بافتضاض أمة رجل بإصبعه غاصبا كان إقراره باطلا عندهما، وقال أبو يوسف جاز وهو دين يلزمه وقد مرت المسألة في كتاب الإقرار.

(فصل)

الأصل أن المأذون متى أقر بحرية الجارية التي في يده لا يصح؛ لأنه لا يملك إنشاء حرية طارئة للحال فلا يملك الإقرار به ومتى أقر بحرية أصلية يصح؛ لأن الجهة الأصلية غير ثابتة بإقراره بل هي مضافة إلى الذات من بني آدم؛ لأن الأصل في أولاد آدم وحواء الحرية ثم إنما يكون مقرا بحرية عارضية طارئة إذا ظهر في العبد المقر به علامات الرق بأن أقر العبد أنه مملوك رقيق ثم أقر أنه حر الأصل لم يملك قط لا يصح إقراره؛ لأنه بعدما ظهر في العبد المقر به أمارات الرق يكون مقرا بحرية طارئة كالعبد إذا ادعى أنه حر الأصل فالقول له لأنه متمسك بما هو الثابت في الأصل، ولو ادعى يكون مدعيًا بحربه عاضيه فكذا هذا، ولو أقر العبد في يديه أنه حر الأصل أو ابن فلان وعليه دين صدق؛ لأنه أخبر عن الحرية الأصلية الثابتة بظاهر الحال؛ لأنه لم يظهر في المقر به أمارات الرق، فإنه لم يوجد فيه إلا مجرد إثبات اليد عليه، والمأذون كما تثبت يده على الرقيق تثبت يده على الحر؛ لأنه يودع عنده الحر كما يودع عنده الرقيق ويستأجر الحر للعمل كما يستأجر الرقيق فيثبت يده على الحر والعبد فلم يكن المأذون مقرًّا بحرية عارضة، ولو اشترى هذا العبد من رجل وقبضه والعبد ساكت ثم أقر أنه حر الأصل أو ابن فلان لم يصدق؛ لأنه أقر بحرية طارئة، فإنه ظهر في المقر به أمارات

الرق وهو البيع والتسليم فيه وهو ساكت؛ لأن سكوته عند التسليم يكون إقرارا منه بالرق، ولو اشترى أمة من رجل ثم أقر أن البائع أعتقها أو دبرها أو استولدها لم يصدق ويبيعها؛ لأنه أقر بحرية طارئة بعد الرق، فإن صدقه البائع انتقض البيع ويرد عليه الثمن؛ لأن التصديق من البائع إقرار منه بإنشاء هذه التصرفات وهو يملك إنشاء هذه التصرفات فملك الإقرار به والإقرار بهذه الأشياء يتضمن فساد البيع ويصح تصديق العبد في نقض البيع؛ لأن المأذون يملك نقص البيع فملك الإقرار به فينتقض البيع لتصادقهما على ذلك، ولو قال باعها من فلان قبل أن يبيعها متى صدق ولا يرجع بالثمن على البائع إلا أن يأتي اليمين أو يقيم عليه البينة أو يصدقه؛ لأنه أقر على البائع بفساد البيع ورد الثمن وأقر بكون الجارية ملكًا للمقر له وإقراره على البائع لا يصح؛ لأنه دعوى وإقراره بكونها ملكا لغيره يصح؛ لأنه على نفسه وإقرار المأذون بالعين للأجنبي جائز إذا أقر مطلقًا؛ لأنه يحمل مطلق إقراره على أنه كان أخذ من المقر له عوضا بأن باع منه وأخذ منه الثمن فيكون تمليكا ببدل شرعا وهاهنا نص المأذون أن ما في يده له من غير عوض استحق عليه فيكون شرعا؛ لأن إقراره من غير عوض يحصل له جائز كما لو أقر أن هذا العبد مغصوب عنده أو وديعة عنده صح، وإن لم يكن حمله على أحد العوضين ثم ذكر أنه إذا أقام البينة على البائع أو نكل أو صدقه يرجع بالثمن عليه.

وذكر في الجامع والزيادات: أنه لا تصح دعواه ولا تقبل بينته ولا يستحلف البائع إذا أنكر؛ لأنه مناقض في دعواه؛ لأنه لما اشترى منه فقد أقر بصحة بيعه، فإن له ولاية البيع إذ لو لم يكن له ولاية بيعه لكان لا يشتري هذا هو الظاهر من حال المسلم، فإذا قال بعد ذلك إنه كان مغصوبا فقد ادعى أنه لم يملك بيعه فصار مناقضا في الدعوى فلا يصح والبينة لا تسمع واليمين لا تجب إلا بعد صحة الدعوى قالوا: والصحيح ما ذكر في الجامع والزيادات إلا أن يصدقه البائع؛ لأن تصادقهما أن البيع كان باطلا حجة عليهما وحجة هذه الرواية أن المناقصة في الدعوى ثابتة ظاهرًا ضمنا واقتضاء لا نصًّا وإفصاحا والثابت بالظاهر يصلح حجة للدفع ولا يصح حجة للإبطال فلم يجز القول بإبطال البينة واستحقاق اليمين بالمناقصة الثابتة بظاهر الحال، ولو باع المأذون عنده فقال المشتري أنه حر وصدقه

المأذون لا يصدق ونفذ عتقه على المشتري؛ لأن تصديق العبد إقرار بحرية طارئة، فإنه ظهر فيه أمارات الرق، فإن بيعه وتسليمه والعبد ساكت إقرار منه بالرق وإقرار المأذون بحرية طارئة لا يصح والإقرار بانتقاض البيع ورد الثمن إنما ثبت ضمنا لإقراره بالحرية، فإذا لم يصح إقراره بالحرية لم يثبت ما في ضمنه فبقي البيع ماضيًا على حاله وعتق على المشتري بإقراره.

(فصل)

أقر المأذون المديون أو غير المديون بدين كان عليه وهو محجور من غصب أو وديعة استهلكها أو مضاربة أو عارية خالف فيها، فإن كذبه رب المال وقال: هذا كله في حال إذنك لم يصدق العبد في شيء منه ولزمه كله، وإن صدقه رب المال لزمه الغصب خاصة وتأخر ما سواه إلى حال عتقه؛ لأن إقرار العبد صحيح يؤخذ به في حال من الأحوال فقد ثبت الدين بإقراره إلا أنه بالإضافة إلى حالة الحجر يدعي بأجر المؤاخذة إلى ما بعد العتق فكان إضافة المقر به إلى حالة الحجر بمعنى دعوى الأجل، فإذا كذبه رب المال لا يثبت الأجل، وإن صدقه يثبت الأجل كما لو أقر بالدين مؤجلا وكذبه رب المال في الأجل لا يثبت وإن صدقه يثبت فكذا هذا إلا أن في الغصب يلزمه في الحال، وإن لم يصدقه؛ لأن غصب المحجور يوجب الضمان للحال وهذا عندهما، وعند أبي يوسف صدقه في الإضافة أم كذبه، فإنه يؤاخذ به للحال؛ لأن عنده الإقرار باستهلاك الوديعة واستهلاك الفرض وهو محجور عليه والإقرار بالغصب حالة الحجر سواء لما عرف.

وكذلك الصبي المأذون والمعتوه يلزمه الغصب في التصديق وكله في التكذيب إلا أن الصبي إذا أدرك لم يتبع بشيء مما أقر بعدما أخذ بالغصب.

وكذلك المعتوه بعد الإفاقة والعبد يلزمه كله إذا أعتق؛ لأن الصبي بهذه الإضافة يدعي الإبراء بعدما أقر بالسبب الموجب للضمان؛ لأن الإضافة من الصبي إلى حالة الحجر دعوى الإبراء من حيث المعنى، ألا ترى لو ثبت ذلك بالمعاينة أو بالبينة العادلة لم يؤاخذ أصلا لا للحال ولا بعد البلوغ فصار كما لو ادعى الإبراء بعد

الإقرار بالدين، فإن صدقه المقر له ثبتت البراءة وإن كذبه لم تثبت، كما لو قال أكلت طعامك بإذنك بخلاف الإضافة من العبد الكبير إلى حالة الحجر؛ لأن ذلك منه دعوى الأجل لا دعوى الإبراء؛ لأن إقرار العبد المحجور يصح فيثبت الدين بإقراره ولم يثبت الأجل إلا بتصديق رب المال وإقرار الصبي المحجور والمعتوه لا يصح ولا يوجب شيئًا فكان في إضافة الإقرار إلى حالة الحجر منكر الوجوب الضمان فيكون قوله مع يمينه، فإن أقام العبد والصبي البينة أنهما فعلا قبل الإذن وأقام المقر له البينة أنهما فعلا بعد الإذن لهما في التجارة فالبينة بينته كما أن القول قوله؛ لأن البينتين تساوتا في إثبات الدين ثم بينة المقر له تفردت بزيادة إثبات لأنها تثبت المؤاخذة في الحال وبينة العبد يبقى ذلك والمثبتة أولى من النافية.

ولو أذن له ثم حجر ثم أذن عبدا كان أو صبيا حرا فقال استهلكت كله في حال إذني الأول لزمه كله صدقه المقر له أم كذبه؛ لأن إقراره بهذا في الإذن الثاني معتبر بإقراره في الإذن الأول، ولو أقر بذلك في الإذن الأول يؤاخذ به للحال؛ لأنه مأذون أقر بدين حال فكذا هذا.

ولو حجر على عبده المأذون ولا مال له في يده ثم أقر بذلك كله أنه فعله في حال إذنه لم يلزمه إلا بعد العتق؛ لأنه محجور أقر على نفسه بالدين وليس في يده كسب الإذن فلا يؤاخذ به إلا بعد العتق؛ لأن الإذن قد زال بأصله وأثره إذا لم يبق في يده كسب فالتحق بالمحجور الأصلي، وإن أذن له مرة أخرى سئل عما أقر به، فإن قال كان حقا لزمه؛ لأنه يجعل ذلك بمنزلة إنشاء الإقرار منه، ولو أنشأ الإقرار بهذا وهو مأذون وأخذ به للحال، وإن قال: كان باطلا تأخر حتى يعتق، وكذلك الصبي والمعتوه؛ لأنه لم يوجد منه إنشاء الإقرار في حالة الإذن، وإنما وجد منه الإقرار في حالة الحجر والمحجور لا يؤاخذ بإقراره إلا بعد العتق.

(باب إقرار المأذون في مرض مولاه أو إقرارهما جميعاً)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في إقرار العبد.

والثاني: في إقرارهما.

(فصل)

أصله: أنه إذا أقر العبد في مرض موت المولى وعلى المولى دين ينظر إن كان عليه دين الصحة وهو محيط بجميع ماله ورقبة العبد مستغرق له لا يصح إقرار العبد، وإن كان على المولى دين المرض صح إقراره؛ لأن العبد استفاد صحة إقراره من جهة المولى؛ لأنه إنما يصح بإذن المولى فصار إقراره كإقرار المولى والمولى لو أقر بدين في مرض موته وعليه دين الصحة محيط بجميع ماله لا يصح إقراره، وإن كان عليه دين المهر يصح إقراره فكذا هذا. ثم المسائل على أقسام أما إن كان على المولى دين الصحة ولا دين على العبد أو على العبد ولا دين على المولى أو على كل واحد منهما دين، أما الأول لو أقر المأذون في مرض مولاه بدين ولا دين عليه وعلى المولى دين الصحة جعل كأن المولى أقر في مرضه ويبدأ بدين الصحة؛ لأن إقرار العبد في مرض مولاه وعليه دين الصحة كإقرار المولى ولو أقر المولى بدين في مرضه وعليه دين الصحة لم يصح فكذلك إقرار العبد، ألا ترى أن العبد لو أقر لوارث مولاه في مرض لا يصح؛ لأنه جعل كإقرار المولى فكذا هذا.

وإن لم يكن على المولى دين وعلى العبد دين في صحة مولاه ثم أقر بدين في مرض مولاه تحاصا؛ لأن إقرار العبد بالدين في حق غرمائه صحيح وإن تضمن إبطال حق غرمائه عن البعض لما بينا بخلاف ما لو كان على المولى دين الصحة؛ لأنه متى صح إقرار العبد يتضمن إبطال حق غرماء المولى الذين تعلقت ديونهم برقبة العبد والعبد لا يملك ذلك؛ لأن إقراره كإقرار المولى لما بينا، فإن كان كل واحد منهما دين الصحة فأقر العبد بدين في مرض مولاه فلا يخلو إما أن تكون رقبة العبد وما في يده لا يفضل عن دينه ولا يفضل عن دين المولى أو يفضل عنهما جميعًا، فإن لم يفضل عن دينه لا يصح إقراره؛ لأن شغل دين العبد برقبته وكسبه بجميع صحة إقراره لغيره إذا كان على المولى دين الصحة لأنه لو صح إقراره لغيره وأخذ المقر له من رقبته وكسبه ما يخصه كان لغرماء صحة المولى أن يأخذوا ذلك من المقر؛ لأن ذلك فاضل عن غرماء صحة العبد وما يفضل عن دين غرماء صحة العبد يكون غرماء صحة المولى أولى

بذلك، فإذا أخذوا ذلك من المقر له العبد يرجع المقر له بذلك فيما في يد غرماء صحة العبد ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء في يد غرماء صحة العبد فكان في تجويز إقراره إبطال حق غرماء صحة العبد أصلا وذلك لا يجوز فلم يصح إقراره لحق غرمائه بخلاف ما لو لم يكن على المولى دين الصحة؛ لأنه لو جوزنا إقرار العبد يؤدي إلى إبطال حقهم عن الكل، فأما إذا فضل عن دينه ولا يفضل عن دين المولى لا يصح إقراره؛ لأن الفاضل عن دين العبد مال فارغ عن دينه وعلى المولى دين الصحة فصار ملحقًا بدين المولى لأن في حق الفاضل إقرار العبد كإقرار المولى لما بيناه فصار كما لو لم يكن على العبد دين وعلى المولى دين الصحة لا يصح إقرار العبد في مرض مولاه فكذا هذا.

وأما إذا فضل عن دينهما، فإنه يصح إقراره؛ لأن إقرار العبد في الفاضل عن دين المولى صحيح كما لو أقر المولى في مرضه وماله فاضل عن دين صحته يصح إقراره في الفاضل فكذا هذا.

(فصل)

وإن لم يكن على أحدهما دين فأقر المولى في مرضه بألف على نفسه ثم أقر العبد بألف تحاصا في ثمن العبد؛ لأن إقرار المولى لاقى عبدا فارغا عن دين نفسه فيتعلق برقبته دين المولى وشغل رقبته بدين المولى لا يمنع جواز إقرار العبد؛ لأن دين المولى دين المرض ودين المرض لا يحجر المولى عن الإقرار بدين آخر فكذا لا يحجر العبد عن الإقرار بالدين لأن إقراره في مرض مولاه كإقرار المولى وإذا صح كل واحد من الإقرارين وتعلقا في رقبته تحاصا في ثمنها.

ولو أقر العبد أولا ثم المولى بدأ بدين العبد؛ لأن جميع رقبة المأذون صارت مشغولة بدينه؛ لأنه صح إقراره؛ لأنه أقر بدين وليس على المولى دين الصحة فيتعلق الدين برقبته فلا يتعلق به دين المولى؛ لأن دين المولى مؤخر عن دين المأذون لما بينا.

ولو أقر العبد بدين ثم بدين في مرض مولاه ثم أقر مولاه بدين بُدئ بديني العبد فيتحاصان ثم بدين المولى؛ لأن ديني العبد تعلقا برقبته أولا؛ لأن دين غريم العبد لا يمنع ثبوت دين غريم آخر فصارت رقبته مشغولة بديني العبد وشرط صحة إقرار المولى أن تكون رقبة العبد فارغة عن دين نفسه وحين أقر المولى كانت رقبته

مشغولة له بدين العبد فلم يصح، فإن أقر العبد بدين ألف ثم المولى بألف ثم العبد بألف وقيمته ألف فبيع بألف بعد موت المولى لم يكن لغريم المولى شيء وتحاصَّ غرماء العبد؛ لأنه أقر المولى ورقبة العبد كلها مشغولة بدين العبد فلم يصح إقراره، فإذا أقر العبد بعد إقرار المولى صح لأن شغل العبد لا يمنع جواز إقراره فصح كلا الإقرارين من العبد وإقرار المولى صح في حقه لا في حق رقبة المأذون حتى لو ظهر للمولى مال سوى العبد يقضي من ذلك دينه.

ولو أقر العبد بألف وقيمته ألفان ثم المولى بألف ثم العبد بألف فبيع بألفين تحاص الثلاث بالسوية؛ لأن إقراري العبد قد صحا؛ لأنه لم يوجد ما يمنع صحتهما وإقرار المولى صح أيضًا؛ لأنه حين أقر كان الألف من قيمة العبد فارغة من دين العبد وفي هذا الفصل إلى يوم القسمة، وإذا صحت الأقارير كلها يكون ثمن العبد بينهم بالحصص أثلاثا، فإن باعه القاضي وخمسمائة فهي بينهم على خمسة لغريم المولى سهم من خمسة؛ لأن إقرار المولى صح بقدر خمسمائة؛ لأن إقرار المولى إنما يصح بقدر الفاضل يوم القسمة؛ لأن الفاضل عن حاجة العبد تصرف إلى دين المولى، وإنما يتحقق الفاضل عن حاجة العبد يوم القسمة؛ لأن الفاضل عن حاجة العبد تصرف إلى دين المولى والقضاء لا يوم الإقرار والفاضل عن دين العبد يوم القسمة خمسمائة فكان حق غريم المولى في خمسمائة وحق غريمي العبد في ألفين فيقسم المال على خمسة، وإن بيع بألف لم يكن لغريم المولى شيء؛ لأنه لم يفضل شيء من دين العبد وقت القسمة.

ولو أقر المولى أولا بألف وقيمته ألفان في مرضه ثم أقر العبد بألف ثم المولى بألف تحاصوا جميعًا ولم يبين كيفية القسمة أنه يقسم بينهم أثلاثا أم أرباعا.

وقال مشايخنا: يجب أن يكون نصفه لغريم العبد ونصفه بين غريمي المولى؛ لأن إقرار الأول من المولى قد صح في الكل؛ لأنه لاقى عبدا فارغا وإقراره الثاني صح في النصف؛ لأنه حين أقر للثاني نصف العبد وهو ألف مشغول بدين للعبد لا يثبت فيه دين المولى؛ لأن ذلك يمنع صحة إقرار المولى والنصف الذي هو مشغول بدين المولى لا يمنع صحة إقراره؛ لأن ذلك دين المرض فيكون بين غريمي المولى

بخلاف ما لو كانت قيمته ألفًا فأقر المولى بألف ثم العبد بألف ثم المولى بألف يقسم الثمن بينهم أثلاثا. والفرق وهو أن ثمة لو قسمت الألف أرباعا نصفها لغريم العبد ونصفها لغريم المولى كان لغريم الأول للمولى أن يرجع على غريم العبد فيأخذ منه مائة وخمسة وعشرين؛ لأن حق كل واحد منهما يثبت في الألف على السواء فيجب أن يستويا في القسمة، فإذا أخذ منه ذلك يأخذ الغريم الباقي للمولى من الأول نصف ما أخذه حتى يستويا فيحصل في يد كل واحد منهم ثلث الألف فتصير القسمة بينهم أثلاثا في الانتهاء فقسمنا بينهم أثلاثا في الابتداء قصرا للمسافة وهنا بخلافه؛ لأن حق غريم العبد ثبت في ألف على حدة وثبت حق غريم المولى في ألف على حدة فلا يجب التساوي بينهما في ثمن العبد.

ولو أقر العبد أولا بدين ألف ثم أقر المولى بثلاثة آلاف لثلاثة نفر متصلا أو منفصلا ثم أقر العبد بألف وقيمته ألفان فبيع بألفين اقتسموا أثلاثا يضرب غرماء العبد بألفي درهم وغرماء المولى بألف؛ لأن أقارير المولى قد صحت في ألف واحدة؛ لأن النصف من العبد وذلك ألف فارغ عن دين العبد وبإقراره الأول صار هذا النصف مشغولا إلا أن يشغله لا يمنع بجواز إقراره للثاني والثالث فقد اجتمع حق غرماء المولى في ألف واحدة وإقرار العبد للثاني بألف قد صح بجميع الألف؛ لأن شغل العبد بدين المولى لا يمنع إقرار العبد إذا لم يكن على المولى دين الصحة وإقراره للأول قد صح بجميع الألف؛ لأنه صادف محلا فارغا فصار حق غرماء المولى كلها في ألف واحدة وحق غريمي العبد لكل واحد منهما في ألف فوجب قسمة الثمن منهم أثلاثا ثلثاه لغريمي العبد وثلثه لغرماء المولى ثم ما أصاب غرماء المولى يكون بينهم أثلاثا؛ لأن حقوقهم متساوية في الألف.

ولو بيع بألف وخمسمائة كان لغرماء المولى سهم من خمسة؛ لأن أقارير المولى إنما تصح بقدر الفصل يوم القسمة والفصل يوم القسمة خمسمائة فكان حق غرماء المولى في خمسمائة وحق كل واحد من غريمي العبد في ألف فاجعل الخمسمائة بينهما فصار الكل خمسة أسهم، فإن خرج بعده دين كان للمولى على الناس مقدار ألفين وخمسمائة فغرماء المولى أحق به؛ لأنه يعتبر ما خرج من مال المولى في

الابتداء ألفان وخمسمائة فغرماؤه يأخذون ذلك بدينهم ويبقى حقهم في خمسمائة وحق غريمي العبد في ألفين فيكون ثمن العبد بينهم ويبقى حقهم في خمسمائة أخماسا فكذا إذا ظهر في الانتهاء فتبقى القسمة الأولى ماضية على حالها.

ولو خرج ثلاثة آلاف رد غرماء المولى ما أخذوا من ثمن العبد وذلك ثلاثمائة؛ لأنه إذا خرج في الانتهاء قدر حقهم ظهر أنه لم يكن لهم على ثمن العبد سبيل وما أخذوا من ثمن العبد أخذوا بغير حق، وإذا أقر العبد في مرضه بدين وعليه دين الصحة بدئ بدين الصحة بمنزلة الحر.

(باب إقرار المأذون لمولاه)

(**المبسوط**) مسائله على أربعة أوجه: إما أن يقر المأذون لمولاه، أو لعبد مولاه، أو لمكاتبه، أو لمن لا تقبل شهادة له.

أما **الأول**: ولو أقر المأذون بعين في يده لمولاه إن لم يكن عليه دين جاز، وكذلك لعبد مولاه وإلا فلا؛ لأن إقراره لا يلاقي حق أحد ولا يتضمن إبطاله وقد يفيد للمولى فائدة وهو أنه متى لحق العبد دين لا يتعلق حق الغريم بالعين المقر به للمولى وتثبت للمولى مطالبة عبده بتسليمه إليه بجواز أن تكون العين عند العبد وديعة للمولى أو غصبه منه، فإن أقر بدين لمولاه لا يجوز سواء كان عليه دين أو لا لأنه لا يستوجب المولى على عبده دينا؛ لأنه لا يفيده.

والثاني: لو أقر لعبد مولاه بدين إن كان على المقر له دين جاز؛ لأن هذا إقرار لغرماء العبد لا للمولى؛ لأن دين العبد المقر له يمنع وقوع الملك في أكسابه لمولاه إلا أن للمولى حق استخلاص كسبه بقضاء دينه فقد حصل مقرا بالدين لغرمائه وللمولى بحق الاستخلاص لا بالدين ويجوز أن يثبت لغرماء العبد المقر له على مولى المقر دين فلأن يثبت على عبده دين أولى، وإن لم يكن على العبد المقر له دين لا يصح إقراره؛ لأنه حينئذ يكون إقرارا لمولاه.

ولو أقر لمولاه بدين لا يصح فكذلك له هذا كله إذا لم يكن على العبد المقر دين، فإن كان عليه دين لا يصح إقراره سواء كان على المقر له دين أو لا؛ لأنه إذا

لم يكن على المقر له دين فقد أقر لمولاه من كل وجه، فإن كان عليه دين فقد أقر لمولاه من وجه؛ لأنه حصل مقرا لغرمائه بالملك وللمولى بحق الاستخلاص. والإقرار بحق الاستخلاص إن لم يكن إقرار بالدين إلا أن الإقرار بعين الدين من العبد المديون لا يصح لمولاه كما لو أقر له بعين، وإذا بطل هذا الإقرار للمولى بطل لغرماء الشركة.

والثالث: ولو أقر بالعين لمكاتب مولاه ولا دين عليه يصح؛ لأن إقراره لمولاه بالعين في هذه الحالة جائز من كل وجه فمن وجه أولى، وإن كان عليه دين لا يصح إقراره؛ لأنه حصل مقرا بالعين للمولى من وجه؛ لأن للمولى حقًّا في كسب مكاتبه.

ولو أقر بالدين لمكاتب مولاه صح كان على المقر دين أو لا؛ لأنه يجوز أن يثبت للمكاتب على مولاه دين فعلى عبد مولاه أولى بخلاف ما لو أقر للمولى بالدين ولا دين على المقر لا يصح؛ لأنه لا يجوز أن يثبت للمولى على عبده دين.

والرابع: لو أقر لابن مولاه أو لأبيه بوديعة أو دين وعليه دين صدق؛ لأن إقراره لهؤلاء ليس بإقرار للمولى، فإنه لا حق للمولى في اكتساب هؤلاء، ولهذا لو أقر المورث لابن وارثه أو لابنه صح؛ لأنه لم يقر للوارث بوجه ما كذا هذا، ولو أقر لابن نفسه أو لأبيه أو مكاتب أبيه لم يجز عليه دين أو لا عند أبي حنيفة وقالا يجوز؛ لأنه أقر لمن لا حق له في إكسابه فصار كما لو أقر لأجنبي لأبي حنيفة رحمه الله أن هذا إقرار صورة شهادة معنى؛ لأن الشهادة ما تكون على الغير والإقرار ما يكون للغير على نفسه وهنا موجب إقراره على الغير؛ لأنه إن كان على المفردين فكسبه للغرماء فيكون مقرا على الغرماء، وإن لم يكن عليه دين فكسبه ملك مولاه فكان مقرا على المولى فكان موجب إقراره على غيره لا عليه فكان شهادة معنى والشهادة لهؤلاء لا تصح لو كان حرا فكذا لا يصح إقراره، وإذا أذن المأذون لجارية في التجارة فلحقها دين فأقر أحدهما لصاحبه بدين أو وديعة ينظر إن أقر العبد بذلك لها جاز سواء كان عليه دين أو لا؛ لأن العبد من الجارية نزل منزلة المولى من العبد؛ لأن العبد المأذون يستفيد من جهة الجارية الفاضل من كسبها كما يستفيد

المولى من العبد الفاضل من كسبه ثم المولى لو أقر للعبد المأذون بالدين والعين يصح فكذا إقرار العبد للجارية يجوز، فإن لم يكن عليها دين ويكون العين المقر به في يد المولى من كسبها حتى يتعلق بذلك دينها ما لم يمنع المولى منها بعد طلبها فيكون متبرعا من يدها فأما قبل ذلك يكون من كسبها؛ لأن يد المودع يد المودع فيكون كون الوديعة في يد المولى ما لم يقصد الانتزاع بها بعد طلبها لكونها في يد العبد، وإن أقرت الجارية بالدين أو بالعين ينظر إن كان عليها دين لم يجز؛ لأن المأذون المديون إذا أقر لمولاه لا يصح إقراره فكذا إذا أقرت الجارية له؛ لأن العبد منها بمنزلة المولى، وإن لم يكن عليها دين فإقرارها بالعين جائز وإقرارها بالدين لا يجوز؛ لأن العبد إذا أقر لمولاه ولا دين عليه بالعين يصح وبالدين لا يصح فكذا إذا أقرت الجارية للعبد الإذن لها.

ولو كان بعض غرماء الجارية مكاتب المولى أو عبده وعليه دين لم يجز إقراره لها؛ لأن إقرار المأذون لمكاتب مولاه ولعبد مولاه وعليه دين لا يصح؛ لأنه أقر لمولاه من وجه، وإذا بطل الإقرار في حق المكاتب والعبد يظل في حق سائر الغرماء؛ لأنه إذا صح في شيء يشترك فيه الكل كالمريض إذا أقر لوارثه وللأجنبي لما بطل إقراره في حق الوارث بطل في حق الأجنبي لأجل الشركة فكذا هذا، وإن لم يكن عليه دين صح إقراره لغرمائها؛ لأنه يجوز أن يثبت لمكاتب مولاه ولعبده دين على مولاه في هذه الحالة فلأن يجوز أن يثبت لهما دين على عبد مولاه أولى.

(باب ما يلحق المأذون من الدين في التجارة والاستهلاك)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

أحدها: في بيع المأذون في دينه.

والثاني: في حكم اكتسابه.

والثالث: في حكم أولاد المأذونة.

(فصل)

وإذا لحق المأذون بمن يباع في الدين إن لم يكن في كسبه وفاء أو يقر به المولى.

وقال الشافعي: لا يباع إلا في دين الاستهلاك.

والصحيح قولنا؛ لأن المولى رضي بتعلق الدين برقبته؛ لأن الدين وجب بتجارته والمولى رضي بتجارته فلو لم يتعلق الدين برقبته يكون تصرفه نفعا محضا؛ لأنه لا ضرر فيه سوى تعلق الدين برقبة العبد استيفاء له لا ضرر للمولى في تعلق الدين بكسب التجارة؛ لأنه لا يمكنه؛ لأن الكسب حصل بفعل العبد وهو كسبه والكاسب أحق بكسبه، وإنما يملكه المولى عند فراغه عن حاجة العبد ولا يملكه عند شغله بحاجة العبد.

ولو لم يتعلق الدين بالرقبة لوقع تصرفا نافعا محضا فملكه العبد بدون إذن المولى كالاحتطاب والإحشاش والإيهاب فدل أن التصريح بالإذن إنما شرط ليصير المولى راضيا بهذا الضرر وبالإذن رضي بهذا الضرر فيلزمه ولا يجوز بيع المولى العبد المأذون بأمر بعض الغرماء إلا برضاء الباقين أو يكون القاضي هو الذي باعه ويعزل نصيب الغائب منهم من الثمن؛ لأن للمولى في العبد ملكًا وللغرماء حق وهو حق الاستسعاء بديونهم؛ لأنه لا يفي الثمن بحقوقهم فكان لهم أن يستسعوا العبد في ديونهم ليصل إليهم كمال حقهم وهذا الحق يفوت عليهم ببيع المولى فشرط إذنهم لهذا إلا أن للمولى أن يستخلص العبد بقضاء دينه كما للوارث في الديون المستغرقة بالتركة، وإنما كان للقاضي ولاية بيعه على الغائب؛ لأن للقاضي ولاية بيع المنقول على الغائب حفظا عليه فلأن يملك بيع عبد لهم فيه حق السعاية أولى.

(فصل)

وإذا أخذ المولى من كسب المأذون شيئًا ثم لحقه دين سلم لمولاه ما أخذ، وإن كان عليه دين يوم أخذ قليل أو كثير لم يسلم للمولى ما أخذ، ويظهر ذلك فيما إذا لحقه دين آخر يرد المولى جميع ما كان أخذه؛ لأن للمولى أخذ كسب عبده

المأذون إذا كان فارغا عن دينه؛ لأنه صار ملكا له بكسبه وليس له أخذ كسبه إذا كان مشغولًا بالدين، وإن قل الدين لأنا لو جعلنا بعضه مشغولًا بقدر الدين في الابتداء وجب على المولى رد قدر المشغول على الغريم الأول، وإذا أخذه كان للغريم الثاني أن يأخذ منه نصف ما أخذه إذا كان دينهما سواء؛ لأن حق الثاني تعلق بكسبه أيضًا؛ لأن تعلق حق الأول [لا يمنع][1] تعلق حق الثاني فكان للغريم الأول أن يرجع ما أخذه منه على المولى؛ لأنه استحق عليه بعض ما أخذه، وإذا أخذ ثانيا كان للغريم الأداء إن شاركه فيه أيضًا؛ لأنه كسب العبد المأذون ثم وثم إلى أن يوجد من المولى جميع ما أخذه من كسب العبد فيصير كله مشغولا في الانتهاء فجعلنا كله مشغولا في الابتداء قصرا للمسافة، ولو أخذ منه ضربين مثله وعليه دين سلمت له استحسانًا لا قياسًا وإن أخذ أكثر من علة مثله لا يسلم له الفضل.

وجه القياس أن الدين كما يتعلق برقبته ثم لا يسلم شيء للمولى من رقبته إذا كان عليه دين محيط برقبته؛ [لأن الغريم صار أحق به][2] من المولى فكذلك الكسب.

وجه الاستحسان: أن المولى أعطى العبد بإزاء علة المثل عوضًا بعدله؛ لأنه ترك عليه بإزائه من الاستخدام، فإنه كان للمولى أن يستخدم العبد المأذون؛ لأن المنافع بقيت على ملكه، وله حق الانتفاع به وأخذ بدل منافعه وهي العلة، فإذا شرط عليه علة المثل فقد ترك عليه الخدمة عوضًا عنها فكان ما أخذ من علة المثل أخذها بعوض يعدلها فيملك ذلك بخلاف ما إذا أزاد على علة المثل؛ لأنه أخذه بغير عوض وبخلاف الرقبة لأسلمت له بغير عوض بتركه على العبد.

عليه دين خمسمائة وفي يد عبد قيمته ألف، فأخذه ثم لحقه دين ألف ثم أبرأ الأول العبد من دينه لم يسلم للمولى ما أخذه، ولو أبرأه قبل لحوق الدين الثاني سلم للمولى ما أخذه كله؛ لأنه متى أبرأه قبل لحوق الدين الثاني فقد برئ العبد من دينه ولم يكن لأحد عليه دين فكان كسبه فارغًا عن الدين فملك المولى كسبه

(١) ما بين المعكوفتين في (س): يمنع تعلق.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): ثم لا يسلم شيء للمولى.

وخرج المأخوذ من أن يكون كسب العبد، ولهذا لم يملك بيعه فلا يتعلق ما لحقه من الدين بعد ذلك، ومتى أبرأه بعد لحوق الدين الثاني فقد أبرأه بعدما تعلق به حق الغريم الثاني فبقي مشغولًا بحق الثاني لم يسلم للمولى.

ولو لم يبرئه ولكن قال: لم يكن لي على العبد قليل ولا كثير بعدما لحقه الدين الثاني يسلم للمولى ما أخذه كله؛ لأنه لما قال: لم يكن لي على العبد دين، وأقر بذلك كاذبًا فقد كذب العبد إقراره، والمقر له متى كذب المقر في إقراره بطل إقراره في الأصل فظهر أن دينه لم يكن واجبًا على العبد حين أخذه المولى فصح أخذه، فأما بالإبراء لم يظهر أن الدين لم يكن واجبًا إلا أن الإبراء إسقاط بعد الوجوب فلم يصح أخذه.

ولو كان المولى صدق عبده حين أقر للأول بالدين ثم لحقه الدين الثاني ثم قال الأول: لم يكن لي عليه شيء لم يسلم للمولى ما قبض؛ لأن المولى لما صدق عبده في إقراره بالدين وكذب الغريم الأول في إقراره؛ لأنه لا دين له على العبد فقد أقر أن ما أخذه كان مشتركًا بين الأول والآخر فصار مقرا لرجلين وقد صح إقراره؛ لأنه أقر بما في يده لغيره إلا أنه كذبه أحدهما وصدق الآخر فيؤخذ بإقراره للمصدق بخلاف ما لو صدق المولى الغريم الأول فيما قال إنه لا دين وكذبه العبد؛ لأن إقرار العبد على إقراره بمنزلة إنشاء إقرار آخر.

ولو أنشأ العبد إقرارًا آخر بعدما لحقه دين آخر أنه كان للأول عليه دين لا يصح إقراره في حق ما في يد المولى؛ لأنه أقر بما ليس في يده وإقرار الإنسان بما ليس في يده باطل.

(فصل)

وإذا ولدت المأذونة بعدما لحقها دين لزم الدين الولد كالأم يباعان فيه لأن دين الأم حق ثبت في رقبتها ثباتا مؤكدا؛ لأن دينها يجب في رقبتها فيتعلق برقبتها استيفاء لضعف دينها، ولهذا كان للغرماء بيعها بدينهم وقد ثبت ثباتًا مؤكدا؛ لأن المولى لا يقدر على إبطاله فيسري إلى الولد إذا كان حدوث الولد قبل حدوث الحق في الآخر؛ لأن الولد كما حدث تحدث على صفة الأم؛ لأنه تبع للأم من كل وجه حال اتصاله بالأم فيتعلق

الدين به تبعا للأم تحقيقا للتبعية قياسًا على الكتابة والتدبير والرهن وإن لحقها الدين بعد الولادة لا يباع الولد وهو للمولى لأن الدين إنما ثبت في رقبة الأم حال انفصال الولد عنها وبعد الانفصال الولد صار أصلًا ولم يبق تبعا للأم فلا يسري الدين إلى الولد تبعا كما في الكتابة والتدبير.

وأما الهبة والكسب فيباعان في الدين وإن استفاد بهما قبل الدين. والفرق أن تبعية الكسب للكاسب أشد من تبعية الولد للأم؛ لأن الكسب تبع للكاسب حقيقة وحكما بكل حال؛ لأنه حدث بكسبه وفعله والكاسب أحق بكسبه فيكون ملكا لها، ولهذا يجوز بيعه والتصرف فيه قبل أخذ المولى من العبد فيتعلق به دينه في الحالين.

وأما الولد تبع حال الاتصال ويصير أصلا بالانفصال، ولهذا لا يجوز للأم أن تبيع ولدها، وإن كان في يدها فلم يتعلق الدين به متى انفصل عنها وإن تعلق الدين بها لانعدام التبعية، ولو كان عليها ألف قبل الولادة وألف بعدها فالولد للأول خاصة؛ لأن الدين الأول لحقها قبل انفصال الولد فيتعلق بالولد والدين الآخر لحقها بعد انفصاله فلا يتعلق به ولا يدفع الولد بجناية الأم، وإن ولدته بعد الجناية؛ لأن موجب الجناية لا تجب في رقبة الجاني بل على المولى دفع الجاني بالجناية دون غيره والولد ليس بجاني فلم تجب عليه دفعه، وإذا لم يكن موجب الجناية متعلقة برقبة الأم لا يتعلق برقبة ولدها أصلا وأرش الجناية عليها بمنزلة الولد، وكذلك لو جنى عليها عبد فدفع بالجناية فهو بمنزلة الولد؛ لأنه بدل جزئها وهو منفصل عنها كالولد جزؤها المنفصل عنها.

[(**الزيادات**)][1] مسائله على أصول:

أحدها: أن الدين المحيط بالتركة يمنع وقوع الملك للوارث وغير المحيط لا يمنع وقال أبو حنيفة أولا يمنع أيضًا؛ لأن الدين وإن قل فهو شاغل لكل جزء من أجزاء التركة، ألا ترى لو هلك جميع التركة إلا مقدار الدين بقي الدين فصار كل جزء من أجزاء التركة في حق الدين كأنه ليس ثمة جزء.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

وجه قول الآخر أنه لا يجوز أن يمنع وقوع الملك في كل التركة؛ لأنه غير محيط بالكل ولا يجوز أن يمنع في البعض؛ لأنه لو منع في البعض لمنع في الكل لما قلنا والتركة لا تخلو عن قليل دين عادة، ولو قلنا بأنه لا يملك الوارث شيئًا من التركة لقيام الدين أدى إلى الإضرار والجرح بالورثة؛ لأنه لا تثبت اليد المتصرفة للورثة في التركة ويسد عليهم باب التصرفات والانتفاعات بها فتوخى إلى تعطيل ملكه وفيه ضرب إلا أن الوارث متى خوطب بقضاء الدين صار محاطًا بتعيين المال لقضاء دين المورث، فإذا عين انتقل ذلك القدر إلى ملك المورث؛ لأن الملك للوارث ثبت بطريق الضرورة وبالتعيين ارتفعت الضرورة فكان هذا قضاء الدين من مال المورث ودين العبد لا يمنع وقوع الملك للوارث في التركة إلا عند الحسن بن زياد رحمه الله.

له: أن دين المولى أقوى من دين المولى، ولهذا يقدم دين العبد على دين المولى في الإيفاء من رقبة العبد ثم دين المولى إذا كان محيطا بالتركة يمنع الإرث فدين العبد أولى.

لنا: دين المولى إنما منع الإرث لحاجة المولى والمورث أصل والوارث خلف عنه والملك إنما ثبت للخلف عند استغناء الأصل وأما حاجة ليس بحاجة الأصل وهو المورث فلا يمنع ثبوت الملك للخلف؛ لأن الوارث يملك مال الموروث عند استغنائه وقد وجد.

والثاني: أن التركة تقسم بعد قضاء الدين على مثال ما يقسم عند انعدام الدين؛ لأن قدر الدين صارت مستحقا بالتركة والمستحق في حق الشركاء بمنزلة التاوي وما توي من مال المشترك يتوى على الكل وما بقي يبقى للكل وهذا؛ لأن أثر قضاء الدين في قبض المال لا في تعيين القسمة.

والثالث: دين المولى إذا لم يكن محيطًا لكن بانضمام دين العبد إليه يصير محيطا لا يمنع ثبوت الملك للوارث.

وروى أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه يمنع؛ لأن دين العبد دين المولى معنى واعتبار اجتماعهما صار محيطا فصار مانعا. وجه ظاهر الرواية أن دين العبد بانفراده

لما لم يكن مانعا فكذلك بانضمامهما؛ لأن الانضمام لا تأثير له في المنع، وإنما المؤثر في المنع حاجة المورث وحاجة العبد غير حاجة المورث لما بينا فقد انعدمت حاجة المورث إلى منع الإرث فلا تمتنع.

ثم المسائل على فصول:

أحدها: في دين الوارث على عبد الميت.

والثاني: في دين الميت ودين العبد للموصى له.

والثالث: في هبة المريض عبده لرجل وللموهوب له على العبد دين.

(الفصل الأول)

وإذا هلك الرجل وعليه دين ألف درهم وترك ابنين وعبدًا قيمته ألف لا مال له غيره ولأحد ابنيه على العبد خمسمائة يباع العبد فيستوفي الابن دينه ثم يستوفي الأجنبي خمسمائة ما بقي من ثمن العبد؛ لأن دين المولى محيط بالتركة فلم يثبت الملك للورثة ودين الوارث دين العبد وهو مقدم على دين المولى فكان لأحد الابنين كمال حقه خمسمائة والثاني للغريم، وإن كان دين الميت خمسمائة والمسألة بحالها سقط نصف دين الابن ويستوفي نصفه إلا مائتين وخمسين ثم يستوفي الأجنبي دينه خمسمائة بقي مائتان وخمسون ثلثاها للابن ذي الدين؛ لأن الدين غير محيط فصار العبد ميراثا بين الابنين نصفين وسقط نصف دين الابن الذي في نصيبه؛ لأن المولى لا يستوجب الدين على عبده وبقي نصف دينه في نصيب أخيه ودين العبد متقدم في ثمنه فيأخذ الابن نصف دينه أولا ثم غريم المولى يأخذ خمسمائة كمال حقه ثم الباقي يقسم بينهما أثلاثا؛ لأنه لو لم يكن على الميت دين لكان الباقي بعد دين الوارث وهو سبعمائة وخمسون بين الاثنين أثلاثا؛ لأن ابن ذي الدين ملك نصف العبد بالإرث والابن الآخر ملك النصف الآخر ثم استحق نصف ذلك بدين الابن فبقي حق الابن الآخر في مائتين وخمسين وحق ابن صاحب الدين في خمسمائة فكان الباقي بينهما أثلاثا فكذا إذا استحق بدين المولى خمسمائة يقسم الباقي أثلاثا لما بينا أن التركة تقسم بعد قضاء الدين كما كان يقسم حال انعدامه.

(الفصل الثاني)

ولو هلك عن دين خمسمائة وابنين وعبد قيمته ألف وأوصى لرجل له على العبد دين خمسمائة بثلث ماله بطل ثلث الدين الموصى له ويستوفي ثلثيه والأجنبي خمسمائة دينه يبقى مائة وستة وستون وثلثا نصفه للموصى له ونصفه للابنين؛ لأن الدين غير محيط بالتركة فملك الموصى له ثلث العبد فيسقط ثلث دينه يبقى ثلثا دينه في نصيب الورثة فيأخذ ذلك من قيمة العبد وهي ألف ثم يأخذ الغريم كمال حقه خمسمائة والباقي بين الموصى له وبين الابنين نصفان؛ لأن الموصى له ملك الثلث بالوصية والورثة ملك الثلثين فاستحق نصف ذلك بدين الموصى له فبقي حق الورثة في ثلث الألف وحق الموصى له في مثله وهو ثلث جميع المال فكان الباقي بينهما نصفين فكذا إذا استحق بعض الباقي بدين الميت جعل ما بقي بينهما نصفين.

ولو كان دين الميت ألفًا يستوفي الموصى له تمام دينه أولًا ثم غريم الميت خمسمائة؛ لأن الدين متى كان محيطًا بالتركة لم يملك الموصى له شيئًا من التركة فلا يسقط شيء من دينه ودينه دين العبد ودين العبد مقدم على دين المولى في الإيفاء في رقبته، وكذلك لو أوصى بكله له ولم تجز الورثة بطل ثلث دينه؛ لأنه نفذت الوصية في الثلث وبقي ثلثا دينه في نصيب الورثة فيباع نصيب الورثة وسلم له ثلث العبد.

(الفصل الثالث)

ولو كان له عبد وهبه في مرضه ممن له على العبد دين ألف درهم ولا مال له غيره، فإن أجازت الورثة سلم العبد كله له وسقط دينه بخلاف ما إذا باعه من صاحب الدين لم يسقط دينه. والفرق أن حق صاحب الدين بالبيع يتحول إلى الثمن فلم يفت وبالهبة لا يتحول حقه إلى محل آخر فيسقط لفوات المحل وإن أبت رد على العبد بغير دين ويسلم له ثلثه. قال أكبر مشايخنا هذا قول محمد؛ لأنه لا يعود الدين بنقص الهبة في الثلثين. وعلى قياس قول أبي يوسف في مسألة الهبة في آخر الباب وجب أن يعود الدين بقدر الثلثين لما يأتي. ويقال للموهوب له إن لم تطلب

دينك فلك ثلث العبد وللورثة ثلثاه وإن طلبت دينك فرد جميع العبد وبطلت الهبة فإنك لا تتوصل إلى حقك إلا بإبطال أحدهما إما الدين أو الهبة وقيل عنده أيضًا لا يعود الدين بخلاف الرجوع في الهبة؛ لأن حق الرجوع ثبت مفارقا للهبة فبالرجوع تصير الهبة كأن لم تكن فيعود الدين فأما حق الورثة في نقض الهبة ثبت مقصورًا على حال الموت والدين كأن يسقط قبل ذلك فلم يقترن المبطل بالسبب وهو الهبة فلم يجعل كأن لم يكن، ولو وهب المريض للغريم ثلث العبد سقط ثلث دينه ثم الثلث الباقي في يد الغريم بينه وبين الورثة ثلثه له وثلثاه للورثة.

فرق بين الهبة والوصية

في فصلين:

أحدهما: أن في الهبة كل العبد ممن له عليه دين يسقط كل الدين إذا لم تجز الورثة وفي الوصية يسقط ثلثه.

والثاني: في الهبة إذا لم تجز الورثة لا يسلم الثلث للموهوب له وفي الوصية يسلم للموصى له.

أما الفرق الأول: أن في الهبة ملك الموهوب له كل العبد لوجود المطلق للتصرف وهو الملك للواهب فصح التمليك فوجده المسقط للدين في الكل وهو الملك فسقط كله وفي الوصية ملك الثلث لا غير؛ لأن الوصية لا تعمل إلا في الثلث فوجد المسقط في الثلث. والفرق الثاني أن المعادلة تشترط وقت القسمة وقد وجدت في الوصية دون الهبة؛ لأن الهبة تنفذ وقت التسليم إلا أنه ينقض بعد الموت، وإذا انتقض في الثلثين أثبتنا للورثة ثلثين مشغولا بالدين وبقينا للموهوب له ثلثا فارغا عن الدين؛ لأنه زال الشغل بسقوط دينه وقت التسليم فلم تتحقق المعادلة فلهم أن يشاركوه في الثلث، فأما الوصية تنفذ بعد الموت وكما مات ثبت للموصى له الملك في الثلث مشغولا وثبت للورثة في الثلثين مشغولة إلا أنه جاء التفاوت بعد ذلك بعارض ضرورة أن المولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا ولا غيره بالتفاوت بعد وجود المعادلة في القسمة فلا يثبت لهم حق الرجوع.

ولو كان دين الموهوب خمسمائة والمسألة بحالها لم يذكرها محمد رحمه الله في الكتاب لكن أوردها على الراوي في مسائله وقال: تنفذ الوصية في الخمس لأنا لو نفذنا الوصية في الثلث في الابتداء يظهر الخطأ في الانتهاء؛ لأن الوصية متى نفذت في الثلث يملك ثلث العبد فيسقط ثلث دينه وذلك مائة وستة وستون وثلثان وهو سدس الألف فيظهر أن العبد كان على ستة فيكون سهمان من العبد للموصى له بالوصية ويأخذ سهمين بدينه فيبقى للورثة سهمان فيظهر أن حق الورثة وحق الموصى له سيان ووضع الشرع أن حق الورثة ضعف حق الموصى له فيظهر أنا أخطأنا في القسمة. وهذا الخطأ جاء من قبل السهم السادس فطرحناه فصار العبد على خمسة أسهم للموصى له سهم فيسقط خمس دينه وبقي أربعة أخماس العبد وهي ثمانمائة وأربعة أخماس الدين أربعمائة فيباع خمسا العبد بدينه وبقي للورثة خمسان فيكون حقهم ضعف حقه بالوصية صحيح وهبا لعبد المديون من صاحب الدين حتى يسقط الدين ثم رجع في الهبة يعود الدين عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يعود والرجوع في الهبة قد ذكرناه في كتاب الهبة.

لمحمد: أن الدين يسقط والساقط مثلا شيء فلا يتصور عوده ألا ترى أن النكاح لا يعود بالرجوع في الهبة فكذا الدين.

لأبي يوسف: أن السقوط كان في ضمن الهبة، والهبة محتملة للفسخ، وإذا انفسخت صارت كأن لم يكن فيعود الدين كما إذا اشترى شيئًا بالدين ثم تفاسخا، وسقوط الدين متوقف غير نافذ؛ لأن الرجوع في الهبة فسخ من الأصل بدليل أنه بعد الرجوع يرد على بائعه بالعيب.

ولو لم يكن فسخًا من الأصل لما ملك الرد على بائعه فبالرجوع يظهر أن الدين لم يكن ساقطًا إلا أنه سقط ثم يعود. أرأيت لو كان الدين ليتيم فوهبه من اليتيم فقبله الوصي حتى يسقط ثم رجع الواهب في الهبة أيعود الدين هنا؟ إن قلتم لا يعود يكون إضرارًا باليتيم بإسقاط حقه مجانا وإن قلتم يعود فأي فرق بين هذه وتلك.

(باب العبد بين رجلين يلحقه دين)

(**المبسوط**): شريكان أذنا لعبدهما في التجارة فلا يخلو إما أن كانا شريكين

شركة ملك أو شركة مفاوضة أو عنان، فإن كانا شريكين شركة ملك أذنا لعبدهما في التجارة وأدانه كل واحد منهما مائة درهم وأدانه أجنبي مائة وأراد بالإدانة بيع العين بالنسيئة لا الإقراض منه فبيع العبد بمائة أو مات العبد عن مائة كان نصفها للأجنبي والنصف بينهما، فأبو حنيفة رحمه الله يعتبر القسمة في هذا النوع من المسائل على طريق العول والمضاربة وهو أن يضرب كل واحد من أصحاب الحقوق بجميع حقه وهما اعتبرا القسمة على طريق المنازعة لما تبين في حساب الوصايا.

أما تخريجه على أصل أبي حنيفة أن حق الأجنبي في مالين إدانة الأجنبي كلها صحيحة؛ لأن إدانته كلها لاقت عبد الغير وإدانة كل واحد من المولين صحت بقدر خمسين؛ لأن دين كل واحد نصفه لاقى نصيبه ونصفه لاقى نصيب شريكه فما لاقى ملكه لا يصح؛ لأنه لا يستوجب المولى على عبده دينا وما لاقى ملك شريكه يصح؛ لأنه لاقى ملك الغير فكان حقهما في مائة وحق الأجنبي في مائة فيضرب الموليان بمائة والأجنبي بمائة فتكون المائة مقسومة بينهما وبين الأجنبي نصفين وما أصاب الموليان فبينهما نصفين لاستواء حقهما.

وأما تخريجه على أصلهما وهو أنه اجتمع في نصيب مولى الأكبر دين الأجنبي وهو خمسون ودين مولى الأصغر وهو خمسون فقد استويا منازعتهما في نصيب مولى الأكبر فيكون مقسوما بينهما نصفين. وكذلك منازعة مولى الأكبر والأجنبي في نصيب الأصغر فيكون مقسومًا بينهما نصفين فصارت المائة مقسومة بين الأجنبي والموليين على أربعة أسهم مع اختلاف التخريجين.

ولو أدانه أحدهما والأجنبي والمسألة بحالها فثلثاها للأجنبي وثلثها للمولى المدين عند أبي حنيفة وعندهما ثلاثة أرباعها للأجنبي.

أما تخريجه فلأنه يضرب الأجنبي بمائة والمولى بخمسين فاجعل خمسين سهما فتكون المائة سهمين فاضرب الأجنبي بسهمين والمولى المدين بسهم فتكون المائة بينهما أثلاثا.

وتخريجه عندهما أن في نصيب مولى المدين ثبت دين الأجنبي ولم يثبت دين

المولى فيكون نصيب المدين وذلك خمسون للأجنبي بلا منازعة وفي نصيب شريكه اجتمع دين الأجنبي وذلك خمسون؛ لأنه استوفى من دينه خمسين ودين مولى المدين وذلك خمسون فيكون بينهما نصفين لاستواء منازعتهما فيه، وإذا صار أحد النصفين على سهمين صار النصف الآخر كذلك فتقسم المائة بينهما أرباعًا ثلاثة أرباعه للأجنبي وربعه للمولى.

ولو كانا شريكين مفاوضة أو عنانا وبينهما عبد ليس من شركتهما فأدانه أحدهما مائة من شركتهما وأجنبي مائة فبيع بمائة فثلثاها للأجنبي وثلثها بينهما عند أبي حنيفة؛ لأن دين الأجنبي وجب كله ودين المولى ثبت نصفه؛ لأن إدانة أحد الموليين كإدانتهما؛ لأن المال من مال الشركة وإدانة أحد الشريكين من مال الشركة كإدانتهما فصار كأن كل واحد أدانه خمسين وتلك الإدانة لاقت نصيبه ونصيب شريكه فما لاقى نصيب نفسه سقط وما لاقى نصيب شريكه ثبت فيثبت من دين كل واحد منهما خمسة وعشرون فثبت من دينهما خمسون ودين الأجنبي مائة فتقسم المائة بينهما أثلاثا، وأما عندهما قيل كذلك؛ لأنه ثبت من دين الأجنبي في نصيب كل واحد من الموليين خمسون وثبت من دين كل واحد منهما في نصيب شريكه خمسة وعشرون فيقسم بدل نصيب كل واحد منهما بين الأجنبي وبين أحد الموليين أثلاثا ثلثاه للأجنبي وثلثه للمولى فصار الكل بينهما أثلاثا وقيل على قولهما يجب أن يقسم على ثمانية أسهم ثلاثة أرباعها للأجنبي وربعها بين الموليين؛ لأنه الأجمع في نصيب مولى الأكبر دين الأجنبي وذلك خمسون ودين مولى الأصغر وذلك خمسة وعشرون فخمسة وعشرون خلي عن منازعة مولى الأصغر فيسلم للأجنبي بلا منازعة أحد وخمسة وعشرون آخر استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين ومتى صار خمسة وعشرون على سهمين صار خمسون على أربعة أسهم، وكذلك في نصيب مولى الأصغر فصار جميع المال على ثمانية أسهم أربعة بلا منازعة وسهمان مع المنازعة وسهمان بين الموليين مع المنازعة، فإن كان العبد من شركتهما والمسألة بحالها فالمائة كلها للأجنبي؛ لأنه لا فائدة في ثبوت دينهما؛ لأن الدين للشركة والعبد للشركة؛ لأنه لم يفد إخراج شيء من الشركة عن الشركة ولا إدخال ما ليس

من الشركة في الشركة فلغت الإدانة بخلاف ما إذا لم يكن العبد من شركتهما أو المال المدان ليس من شركتهما؛ لأن الإدانة مقيدة لأنها تقيد إخراج ما كان للشركة عن الشركة وإدخال ما ليس من الشركة في الشركة وهو بدل العبد أو المال المدان. قيل هذا إذا كانا متفاوضين بينهما عبد مأذون أدانه أحدهما مائة والأجنبي مائة وغاب الذي لم يدن وحضر الأجنبي يباع نصيب الذي أدان في دينه ويأخذ كله الأجنبي؛ لأن دين المولى ليس بواجب فيه بل فيه دين الأجنبي خاصة ولا يباع نصيب الغائب؛ لأن القاضي إنما يتصرف في مال الغائب صيانة لماله نظرا له ولا نظر له في بيع ماله بالدين بجواز أن يحضر فيستخلص العبد تفضلا منه، فإن بيع بخمسين ثم حضر الآخر بيع نصيبه لرب الدين والشريك بينهما نصفان لاستواء دينهما فيه فصارت القسمة أربعا بلا خلاف متى بيع العبد بصفقتين فتكون هذه المسألة شاهدة لهما على أبي حنيفة فيما إذا بيع العبد على صفقة واحدة كانت القسمة عنده أثلاثا. والفرق له أنه متى بيع بصفقة واحدة فجميع التي تكون مشتركًا بين الموليين ما من جزء إلا وفيه حق الأجنبي وحق مولى المدين ولا يصفو شيء من الثمن من حق مولى المدين حتى يخلص للأجنبي فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه في الثمن وحقهما أثلاثا فتكون القسمة أثلاثا ومتى بيع بصفقتين فنصيب مولى المدين متى بيع فجميع ثمن نصيبه للأجنبي خاصة؛ لأنه لا يثبت له في نصيبه دين يخلص للأجنبي ومتى بيع نصيب الذي لم يدن اجتمع في نصيبه دين الأجنبي ودين مولى المدين فيقسم بينهما نصفين، فإن توي ثمن ما بيع للأجنبي على المشتري كان من نصيب الذي لم يدن بينهما أثلاثا سهم للمولى وسهمان للأجنبي لأنه لم يصل إلى الأجنبي من نصيب المدين شيء فبقي حقه كله فيه كالتركة متى بقيت بالدين ثم توي الثمن على المشتري لا يكون ما توي محسوبا على الغريم الذي لم يقبض ذلك فكذا هذا.

وإن أذن الأجنبي على الخمسين على نصيب الذي لم يدن ثم خرج ما توي وهو خمسون أو أقل منه كان كله للأجنبي ما لم يرد على ثلثي المائة كانت الزيادة لمولى المدين؛ لأن تقدر ثلثي المائة مشغول بدين الأجنبي ليصل إليه كمال حقه والزيادة على ذلك قد فرغ من دينه فيكون لمولاه؛ لأنه ثمن عبده كان ينبغي أن ينقض

القسمة؛ لأن لما وصل إليه خمسون ظهر أن حقه في نصيب غير المدين كان في خمسين لا في مائة فظهر أنا أخطأنا في القسمة. والجواب عنه: أن الوصول يقتصر على الحال ولا يستند إلى ما قبله فلأن ظهر بخلاف ما وجبت القسمة؛ لأنه لم يظهر إن بيع العبد كان بصفقة واحدة فلم يظهر الخطأ في القسمة.

ولو أدانه كل واحد منهما مائة لرجل آخر بأمره وأدانه أجنبي مائة ثم بيع بمائة أو مات عن مائة كان بينهم أثلاثا؛ لأن دين كل واحد منهم ثبت كله؛ لأن الدين للأخرى لا للموليين وكل واحد منهما بمنزلة الرسول عن الآمر؛ لأنه لا يجوز أن يثبت للمولى قبل عبده مطالبة بالدين لغيره والمالك للدين هو الآمر والمطالبة له والمأمور بمعزل عنه ملكا وحقا وهما أجنبيان من العبد فصح دينهما فكان دينهما مائتين ودين الأجنبي مائة فيقسم بينهم أثلاثا ثلثاه للموليين وثلثه للأجنبي وهذا عندهم جميعًا؛ لأنه لم يخل شيء من المال عن منازعة أحدهم حتى يقسم على طريق المنازعة عندهما فيقسم على طريق العول على قول الكل.

ولو كان كل مائة بين المولى وبين الذي أمره بالإدانة قسمت المائة على عشرة أربعة للأجنبي المنفرد وأربعة للأجنبيين شريكي الموليين وسهم لكل واحد من الموليين؛ لأن دين الأجنبي المنفرد ثبت كله وهو مائة ودين الموليين ثبت نصفه وذلك خمسون لكل واحد منهما خمسة وعشرون؛ لأنه سقط من دين كل واحد منهما نصفه فيجعل كل خمسة وعشرين سهمًا فيصير حق الموليين سهمين وحق الأجنبيين الشريكين في أربعة وحق الأجنبي المنفرد في أربعة فيقسم بينهم على عشرة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يقسم على سبيل المنازعة على ستة عشر سهما؛ لأنه اجتمع في نصيب مولى الأكبر دين الأجنبي المنفرد وذلك خمسون ودين شريك المدين وذلك خمسون ودين مولى الأصغر وذلك خمسة وعشرون، ولا منازعة لمولى الأصغر في خمسة وعشرين فيكون بين الأجنبي المنفرد وبين الأجنبيين الشريكين أثلاثا بقي خمسة وعشرون استوت منازعة الكل فيه فيقسم بينهم على قدر حقوقهم وحق الأجنبي المنفرد في خمسين وحق الأجنبيين الشريكين في خمسة وعشرين، وكذلك حق مولى الأصغر فصار الخمسة والعشرون

التي استوت منازعتهم فيها على أربعة فصار النصف على ثمانية فصار الكل ستة عشر سهمًا. عبد أدانا له وقيمته مائتا درهم فأدانه أجنبي مائة فحضر الأجنبي وغاب أحد المولیين فباع نصيب الحاضر واستوفى دينه يرجع هذا الشريك على الغائب بخمسين نصيبه يباع فيه أو يفديه؛ لأن كل نصف من العبد يصير مشغولا بجميع الدين حال تعذر استيفاء الدين من النصف الآخر كالتركة إذا كانت ألف عين وألف دين على غائب وعلى الميت دين ألف، فإنه يؤخذ الدين كله من الألف الحاضرة فكذا هذا، فإذا بيع نصيبه بدينه فقد قضى عن الغائب خمسين درهما من الدين الذي كان في نصيب الغائب من نصيب نفسه؛ لأن جميع المائة كان في النصيبين وهو مجبر على القضاء فكان له الرجوع بذلك ويباع نصيب الغائب كذلك كأحد الوارثين إذا غاب ونصف التركة في يده ونصفها في يد الحاضر يرجع على الغائب بنصف ما قضى فما كان في يده فكذا هذا.

(باب تأخير دين العبد المأذون وحطه وهبته منه)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

أحدها: في حط الدين وهبته منه.

والثاني: في هبة غيره له.

والثالث: في الإقالة.

(فصل)

ولا يجوز هبة العبد التاجر الثمن ولا حطه إلا بعيب؛ لأنه تبرع واصطناع معروف وليس من صنيع التجارة فلا يدخل تحت الإذن بخلاف الإعارة والتأجيل وأنه إن كان تبرعًا إلا أنه من صنيع التجارة؛ لأنه لا بد للتاجر منه فإنهم يؤجلون الدين احتيالًا لاستخراج المال ويبيعون بالأجل والحال حتى تكثر مبايعة الناس معهم فيصير سببًا لتكثير الربح.

وكذلك الحط للعيب بقدر حصته من الثمن يجوز؛ لأنه من جملة التجارة؛ لأنه

لا بد للتجار منه حتى لا ترد عليهم السلعة المبيعة ويؤخذ منهم الثمن، وربما يكون ما يستبقون من الثمن بعد الحط خيرًا من أخذ السلعة وصار كالضيافة اليسيرة، فأما إذا كان المحطوط أكثر مما يخص العيب من الثمن بحيث لا يتغابن في مثله هل يجوز؟ لم يذكره في الكتاب.

واختلفوا فيه؛ قيل عند أبي حنيفة يجوز، وعندهما رحمهم الله لا يجوز،؛ لأن الحط للعيب بمنزلة البيع والشراء؛ لأن المشتري استحق على المأذون بسبب العيب جزءًا وهو مال بدليل أنه متى تعذر رده على البائع بعيب حدث عنده كان له أن يرجع عليه بحصته من الثمن والمأذون يحط بعض الثمن يشتري ذلك الجزء منه، والمأذون إذا اشترى بغبن فاحش وهو على الخلاف فكذا هذا وقيل لا يجوز بالإجماع؛ لأن البيع والشراء بغبن فاحش تجارة؛ لأنه تمليك مال بمال فأما الحط ليس بتجارة؛ لأن المشتري إن كان يملك بعض الثمن من جهة المأذون فالمأذون لا يملك شيئًا من جهة المشتري حقيقة؛ لأن الجزء الفائت معدوم حقيقة والمعدوم لا يتصور تملكه فكان هذا تبرعا حقيقة لا بيعا.

(فصل)

اشترى من رجل شيئًا فوهب الثمن من العبد أو من مولاه جازت هبته عليه دين أو لا؛ لأن العبد يملك قبول الهبة، وإن كان محجورا والمأذون أولى وهذا الدين، وإن كان على العبد حقيقة فهو على المولى دينا؛ لأن المستحق بهذا الدين مال المولى وهو رقبة العبد وكسبه والمديون من يستحق عليه بالدين ماله فتكون هذه هبة الدين ممن عليه الدين وصار كغريم الميت إذا وهب الدين من الوارث يصح؛ لأنه مستحق بالدين ماله أو حقه وكذا هذا ويريد الهبة برد العبد إذا وهب منه؛ لأن الدين عليه، فإذا رده يبقى عليه والعبد يملك ذلك ويجب أن يكون في غريم الميت إذا وهب الدين من الوارث فرده يبطل الهبة؛ لأن الهبة حصلت للوارث، وإنما الخلاف فيما إذا وهب للميت فرده الوارث وقد مرت في الكفالة.

ولو قيل العبد الهبة أو المولى ثم وجد بالمشترى عيبا والثمن غير مقبوض ليس

له أن يرده خلافًا لزفر وهذا بناء على أن المرأة إذا وهبت الصداق من زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها لا يرجع عليها بنصف الصداق خلافًا لزفر؛ لأنه وصل إلى الزوج بالهبة عين ما كان مستحقه بالرد، وإذا كان لا يستوجب على البائع شيئًا لو رد بالعيب كان ردا بغير ثمن فيكون تبرعا والتبرع لا يصح من المأذون.

ولو وهب منه بعد القبض فله أن يرده بالعيب ويأخذ منه الثمن إن كان بغير عينه؛ لأنه لم يسلم له بالهبة عين ما كان مستحقه بالرد، فإنه كان يستحق بالرد مثل المقبوض لا عينه وقد سلم له بالهبة عين المقبوض فكان له الرد وإن كان الثمن عينا ليس له أن يرده خلافًا لزفر رحمه الله، أما إذا كان الصداق عيبا فوهبته المرأة من زوجها بعد القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء خلافًا له؛ لأنه وصل إليه بالهبة على ما كان يستحقه بالطلاق بالرد فمتى رده رده بغير ثمن فلا يصح ثم إن وهب الثمن بعد القبض للمولى كان له دون الغرماء؛ لأنه ملكه بعقد جديد.

ولو وهب من العبد كان لغرمائه، وإذا اشترى العبد من رجل غلاما بجارية ثم وهبها المشتري من العبد وعليه دين أولا أو وهبها من المولى ولا دين عليه ثم وجد العبد بالغلام عيبا لم يقدر على رده؛ لأنه وصل إلى المأذون بالهبة عين ما كان يستحقه بالرد؛ لأنه بالرد كان يستحق أخذ الجارية المبيعة على وجه يعود إلى ملكه أو إلى ملك المولى إذا لم يكن عليه دين وقد وصل إليه ذلك بالهبة، ولو رده رده بغير ثمن والرد بغير ثمن تبرع، ولو وهبها من مولاه وعليه دين ثم وجد العبد بالغلام عيبا رده وأخذ قيمة الجارية يوم دفعها؛ لأنه لم يصل إليه عين ما كان يستحقه بالرد، فإنه كان بالرد يأخذ الجارية على وجه يعود إلى كسبه ويقضي منها دين الغرماء ألا ترى أن الجارية لو كانت في يد مشتريها فرد المأذون الغلام بالعيب ثم أخذ المولى الجارية من المشتري وعيبها كان للمأذون أن يرجع عليه بقيمة الجارية وبالهبة من المولى لم تعد الجارية إلى كسبه ومتى لم يصل إليه عين ما كان يستحقه بالرد فلو رد رد بثمن مجاز فلو ولدت الجارية في يد بائع الغلام أو جنى عليها هو أو وطئها ثم وهبها من العبد أو من مولاه وعليه دين أولا جازت الهبة.

ولو وجد بالغلام عيبا رده وأخذ منه قيمة الجارية؛ لأن حق المأذون عند رد

الغلام بالعيب في قيمة الجارية لا في عينها؛ لأن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب وقد وصل إلى المأذون عين الجارية لا قيمتها فلو رده رده بثمن وهو القيمة فلا يكون تبرعا، وكذلك لو تعيبت في يد المشتري بآفة سماوية أو بفعل المشتري؛ لأنه لم يصل إليه بالهبة عين حقه من كل وجه؛ لأن حقه إما في أخذ عين الجارية أو في تضمين قيمتها فلا يمكن أن يجعل وصولها إليه بالهبة كوصولها إليه بالرد، وإذا اشترى العبد من رجل جارية بعبد وبألف درهم وتقابضا ثم وهب الحر العبد والألف من العبد أو مولاه ثم وجد بالجارية عيبا لم يقدر على ردها إلا أن تكون الهبة للمولى أو على العبد دين فيردها ويأخذ من الحر ألف درهم وقيمة العبد؛ لأن ما يخص العبد من الألف فقد وصل إليه بالهبة عين ما كان يستحقه بالرد، وأما ما يخص الألف من الجارية فلأنه لو رد خصه الألف من الجارية ورجع عليه بالألف تضرر به البائع، فإن الجارية خرجت عن ملكه غير معيبة بعيب الشركة والآن تدخل في ملكه معيبة بعيب الشركة فامتنع الرد فيما يخص الألف من الجارية لضرر يلحق البائع بالرد إلا أن تكون الهبة للمولى وعلى العبد دين؛ لأن الهبة منه بمنزلة الهبة من الأجنبي بخلاف ما إذا لم يكن على العبد دين؛ لأن الهبة من المولى بمنزلة الهبة من العبد لما بينا، فإن قضى له بذلك على الحر ثم أبرأ الغرماء المأذون من الدين أو وهبوه من مولاه بعدما رد الجارية لم يتغير الحكم؛ لأنه بالإبراء والقضاء لا يظهر أنه لم يكن على العبد دين وقت الرد، وقضاء القاضي متى نفذ في موضع لا ينقص قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين وصار كما لو قضى القاضي بالفرقة بالعنة أو بالرد ثم زال العيب أو العنة لا ينقض قضاؤه؛ لأنه لم يظهر أن العيب والعنة لم تكن وقت القضاء حتى يظهر خطأ القاضي.

(فصل)

إقالة المولى بيع العبد وشراؤه ولا دين عليه جائزة بخلاف ما إذا كان عليه دين؛ لأن الإقالة تجارة فكانت بمنزلة البيع، ولو باع المولى شيئًا من كسب العبد المأذون ولا دين عليه جاز بيعه فكذا تجوز إقالته كالموكل إذا قال بيع الوكيل صحت إقالته؛

لأنه ملك بيعه فجاز إقالته ولا يجوز بيع المولى كسب المأذون متى كان عليه دين فلا تجوز إقالته.

ولو باع المأذون جارية من رجل بجارية فتقايلا ولم يتقابضا حتى ولدت كل واحدة ولدًا قيمته ألف، وقيمة كل واحد ألف، أخذ كل واحد منهما جاريته وولدها؛ لأن الولد إن حصلا على ملكهما، فإن لم يتقابضا بعدما تقايلا حتى ماتت الأمتان وأراد أخذ الولدين أخذ كل واحد منهما الولد الذي في يد صاحبه ونصف قيمة أمة؛ لأن الإقالة قد انتقضت بموت الأمتين في نصفهما وتعيبت في نصفهما؛ لأن الولدين لما بقيا إلى وقت القبض يدخلان تحت الإقالة كما يدخلان في البيع فصار كأن الإقالة وردت على الجاريتين والولدين جميعًا فتكون كل جارية وولدها مقابلا بالجارية الأخرى وولدها كما لو كان مكان الإقالة بيعا انقسم على السواء فيكون بإزاء كل جارية نصف الجارية الأخرى ونصف ولدها وقد بقيت الإقالة في حق الولدين؛ لأن الإقالة تبقى ببقاء أحد البدلين فتبقى الإقالة صحيحة في نصف كل جارية لبقاء نصف بدلها فيجب على كل واحد من المشتريين يسلم نصف الجارية التي بإزائها ولد الأخرى وقد عجز عن ذلك بموتها فعليه رد نصف قيمتها.

ولو كانت قيمة كل ولد خمسمائة أخذ كل واحد الولد الذي في يد صاحبه وثلث قيمة أمة؛ لأن الإقالة انتقضت في كل واحدة من الجاريتين في الثلث وبقيت في الثلث؛ لأن قيمة كل واحدة على الضعف من قيمة ولدها فصار ثلثاها بإزاء الجارية الأخرى وثلثها بإزاء ولدها فبموت كل واحدة منهما هلك ثلثا بدلها وبقي ثلثه.

ولو هلك الولدان دون الأمتين أخذ كل واحد جاريته ولم يتبع صاحبه بشيء؛ لأن الزيادة لم تبق إلى وقت القبض فيجعل وجودها وعدمها بمنزلة كما في البيع؛ لأن البيع والإقالة لم ترد عليهما حقيقة ولا ما هو سببه بالعقد وهو القبض. وإن هلكت الأمتان وأخذ الولدين، فإن الذي في يده الولد الحي يدفعه إلى صاحبه ويأخذ منه ثلث قيمة الأمة التي هلكت في يد الأخرى؛ لأن الولد الحي كان بدلا

عن ثلث الجارية التي في يد صاحبه فتبقى الإقالة في ثلثها ببقاء الولد فيجب على صاحبها تسليم ثلثها إلى الذي بقي في يده الولد وقد عجز فعليه رد قيمته.

ولو اشترى المأذون عبدا بجارية فوهب العبد من بائعه قبل القبض فقبل الهبة فهذا أنقض للبيع، وإن لم يقبل فالبيع على حاله؛ لأن تمليك المبيع قبل القبض فهي عنه فجعلت الهبة كناية عن الإقالة لأنها تصلح كناية عن الإقالة على ما مر في كتاب البيوع.

ولو وهب المشتري الجارية من العبد وهذا إقالة إن قبل الهبة كان عليه دين أولا؛ لأن الهبة لما صارت كناية عن الإقالة والإقالة تصح من المأذون كان عليه دين أولا، وكذلك لو وهبها من المولى ولا دين على العبد؛ لأن البيع واقع للمولى من وجه؛ لأن الملك يقع له فصار كأن المولى هو العاقد والهبة جعلت إقالة والمولى يملك إقالة بيع العبد وشراءه إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين لم تكن إقالة والبيع على حاله والجارية للمولى دون الغرماء ويقبض العبد الغلام؛ لأنه أمكن العمل تحقيقه الهبة وتعذر العمل بمكانها؛ لأن بيع المأذون المديون لا يكون كبيع المولى؛ لأن المولى لا يملك بيعه بنفسه ولا يقع الملك له فصار المشتري واهبا عن البائع قبل القبض وذلك جائز؛ لأنه يصير الموهوب له قابضا المبيع للمشتري؛ لأنه يصلح نائبا عنه في القبض ثم يصير قابضا لنفسه ولا كذلك البائع لما بينا في البيوع.

(باب وكالة العبد المأذون)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

أحدها: في توكيل المأذون.

والثاني: في توكيل غريمه مولاه بقبض الدين من العبد.

والثالث: في توكيل المأذون وشريكه مولاه بالخصومة.

والرابع: في توكيل عبده المأذون.

(فصل)

وللعبد أن يوكل غيره بالبيع والشراء نقدا ونسيئة؛ لأنه من صنيع التجارة ولأنه هو المتبرع عليه فالإذن ليس بشرط لقبول التبرع ولا لتمامه، ولو وكل عبد مأذون حرا ببيع متاعه فباع من رجل له على المأمور دين صار قصاصًا عندهما خلافًا لأبي يوسف، لأن عندهما الوكيل يملك إبراء المشتري عن الثمن بغير عوض، فملك الإبراء بعوض بالمقاصة بطريق الأولى وعنده لا يملك الإبراء أصلا.

ولو كان الدين عليهما وعلى العبد صار قصاصًا بدين العبد اتفاقا؛ لأن الثمن وجب للآمر دون المأمور حقيقة؛ لأنه مملوك للآمر حقيقة وحكما فكان وقوع المقاصة بما عليه من الدين أولى من قوع المقاصة بما على المأمور ولأنهما لو أبرآ المشتري عن الثمن يبرأ ببراءة الآمر لا ببراءة المأمور؛ لأن ولاية الموكل ولاية أصلية وولاية الوكيل ولاية عارضية فكان التنفيذ باعتبار الولاية الأصلية أولى من التنفيذ بولاية عارضية كالموكل مع الوكيل إذا باعا معا فبيع الموكل أولى، فإذا كانت البراءة بإبراء الأمر أولى فكذا تقع المقاصة بدين الآمر لا بدين المأمور لأنها إبراء بعوض فيعتبر بالإبراء بغير عوض.

(فصل)

أصله: أن العامل بنفسه لا يصلح أن يكون نائبا عن غيره؛ لأن الوكيل من يعمل لغيره لا لنفسه، ولهذا المديون لا يصلح وكيلًا عن الدائن بقبض ما عليه من الدين؛ لأنه عامل لنفسه في قبض ما عليه؛ لأن يبرئ ذمته عن الدين والأجنبي يصلح وكيلًا بقبض ما على المديون؛ لأنه عامل لغيره.

ولو كان على العبد دين فوكل الغريم مولاه بقبضه لم تجز الوكالة ولا قبضه، فإن أقر بقبضه لم يجز ولا يبرئ العبد؛ لأن المولى في قبض الدين من عبده عامل لنفسه؛ لأن فيه تطهير مالية وتسرية رقبة عبده عن الدين ورقبة مملوكه فكان تبرئة رقبته كتبرئة رقبة نفسه فيصير كالوكيل في حق نفسه فلم يصلح وكيلًا بقبض الدين من عبده وصار كما لو وكل غريم الميت الوارث بقبض دينه من التركة لا يصح؛ لأنه عامل لنفسه؛ لأنه يظهر التركة عن الدين.

وذكر في كتاب الوكالة: أنه يصح قبضه، فإن عاين الشهود قبضه رده إن كان قائمًا

وإن هلك في يده لم يضمن؛ لأنه قبضه بإذن المديون والغريم، ولو كان على المولى دين لرجل فوكل عبده بقبض ذلك جاز وإن أقر بقبض ذلك لم يجز والهالك في يده صدق؛ لأن العبد فيما يقبض من الدين عامل لغيره لا في نفسه؛ لأن في قبضه تبرئة ذمة المولى وتطهيرها عن الدين والمولى وماله غير مملوك للعبد فصلح وكيلًا عنه وصار كما لو وكل غريم الميت عبدا من تركته بقبض دينه من التركة صح؛ لأنه فيما يقبض عامل لغيره وهو الغريم والوارث لا لنفسه. لرجل على عبدين مأذونين في التجارة على أحدهما لأجنبي دين ألف درهم فوكل الأجنبي الآخر بقبضه جازت الوكالة؛ لأن العبد يصلح وكيلًا للأجنبي بقبض الدين من مولاه فمن عبده أولى؛ لأنه أبعد إليه من مولاه، ولو أقر بقبضه صدق فيه مع يمينه، فإن نكل عن يمينه لزمه ذلك في عتقه؛ لأن هذا دين لحقه بإذن المولى؛ لأن التوكيل عن الغير من باب التجارة.

على العبد دين فوكل الغريم ابن العبد أو أباه أو عبد أبيه أو مكاتبه فأقر الوكيل بقبض دينه صدق؛ لأنه لو وكل عبده بذلك جاز، فإذا وكل ابنه أولى.

ولو كان على العبد دين ألف درهم فرهن به رهنا ووضعاه على يد مولاه وهلك في يده لم يبطل دين الغريم وهلك الرهن من مال العبد؛ لأن قبض الرهن قبض للدين حكما، فإنه متى هلك صار قابضا لدينه والمولى لا يصلح وكيلًا بقبض الدين من عبده فكذا لا يصلح عدلا بقبض الرهن من عبده، فإذا هلك في يد مولاه كان الدين على حاله وكان أمينا فيه.

ولو لحق المأذون دين فأراد أن يرهن عبدًا من بعض غرمائه فللباقين المنع؛ لأن الرهن إيفاء حكما، ولو أبرأ العبد بعض غرمائه في الإيفاء الحقيقي لا يصح لما فيه إبطال حق الباقين عن المؤدى فكذلك لو أبرأ البعض في الإيفاء الحكمي لا يصح.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: في توكيل الشريك العبد بقبض دينهما.

والثاني: في توكيلهما مولى العبد بالخصومة في دينهما.

(**أما القسم الأول**): للعبد التاجر ولرجل آخر على رجل ألفا درهم فوكل الشريك العبد بقبضه لم تجز الوكالة وما قبض يكون بينهما نصفين وإن هلك هلك من مالهما قبل التوكيل بالقبض جائز حتى لو أقر بالقبض يجوز إقراره على شريكه، ولو هلك المقبوض في يده هلك من مالهما.

ولو لم يصح التوكيل بالقبض لهلك المقبوض من مال العبد خاصة كما لو قبض بغير إذن شريكه فعلم أن التوكيل بالقبض جائز؛ لأنه في قبض نصيب الأمر عامل له؛ لأنه يعين ملكه في المقبوض ويبرئ ذمة الغريم، وإنما لا يجوز التوكيل بالقسمة؛ لأن شريكه الآخر غائب والواحد لا يصلح مقاسما ومقاسما.

وكذلك لو كان الدين بين الحرين فوكل أحدهما صاحبه بقبض نصيبه وقيل لا تصح الوكالة مطلقًا كما نص في الكتاب؛ لأنه يملك قبض نصيب شريكه بحكم الوكالة متى صحت الوكالة ومتى قبض نصيب شريكه وهلك عنده يهلك على شريكه خاصة؛ لأنه قبضه بإذنه فتحمل أن يقبض نصيب نفسه وهلك عنده فيقول قبضت نصيب شريكي ليكون الهلاك على شريكه متهم في إقراره فيجب رد إقراره للتهمة ولا على القضاء لصحة الوكالة بدون قبول إقراره فلم تصح الوكالة وأخذ الشريكين إذا قبض شيئًا من الدين المشترك بإذنه يكون بينهما وما توي يتوي عليهما.

ولو وكل شريكه مولاه فكذلك حكمه إن لم يكن على العبد دين، وإن كان عليه دين جاز؛ لأنه لا يملك كسبه عند أبي حنيفة، وعندهما لا يملك التصرف فيه فلا يملك قبضه.

طعن عيسى وقال: لا يصح؛ لأنه متى صح ربما يقر أنه قبض نصيب الآخر وهلك عنده ويصح إقراره ويخلص الثاني للعبد فيصير عاملا للعبد أو يكون متهما فيه، والوكالة لا تصح في موضع التهمة.

والجواب عنه: أنه لا تهمة في إقراره؛ لأن سلامة الباقي لا تتعلق بإقراره، فإنه لو قبض نصيب الموكل يسلم الباقي للعبد من غير إقراره فلا يكون في إقراره تهمة الكذب فلا يملك قبض نصيب العبد إذا كان مديونا حتى يقبض نصيبه فهلك عنده ثم يقر أنه قبض نصيب شريكه فانتفت التهمة عن إقراره فصح التوكيل بخلاف ما لو مات

غريمهما فادعى العبد أن شريكه استوفى نصيبه فجحد شريكه فوكل الشريك مولى المأذون بالخصومة معه لا يصح، وإن كان على العبد دين؛ لأنه لو صحت الوكالة كان الباقي يخلص للعبد بإقرار المولى فكان عاملا لنفسه فلم يصح التوكيل، ولو قبض المولى نصيب الأجنبي ثم هلك في يده هلك من ماله؛ لأنه أمينه والذي بقي نصيب العبد، ولو أمر رجل مولى العبد ببيع شيء للآمر من العبد ولا دين على العبد لا يجوز؛ لأن الملك يقع للمولى من كل وجه فيكون في ذلك غلاما لنفسه فلا يصلح وكيلًا، وإن كان عليه دين جاز والعهدة على الآمر؛ لأن الملك يقع للعبد وللغرماء فيكون عاملا لغيره فيصلح وكيلًا، ولو أمره بالبيع والشراء مطلقًا فباع من عبده لم يجز عليه دين أولا أما لا دين عليه فلأن الملك يقع للمولى، وإن كان عليه دين فلأنه يتهم فيه؛ لأن للمولى حقا في اكتساب عبده المأذون فربما يسامحه ما لا يسامح مع غيره إلا أن التهمة معتبرة حالة الإطلاق غير معتبرة حالة التنصيص على البيع من عنده؛ لأنه رضي الآمر ببيعه مع عبده مع كون المولى متهمًا فيه.

(**وأما القسم الثاني**): وإذا كان للمأذون ولشريك له على رجل ألف فجحدها فوكل المولى بالخصومة جاز؛ لأن المولى يصلح وكيل العبد بالخصومة مع غريمه بدليل أنه لو كان جميع الدين للعبد فوكل مولاه بالخصومة مع المديون جاز لما مر في الوكالة وإن أقر المولى في مجلس القاضي بإيفاء الخصم لهما جاز، وإن أقر المولى في مجلس إقراره كان على العبد دين أولا؛ لأن إقرار الوكيل بالخصومة على موكله جائز ثم هل يرجع أحد الشريكين على صاحبه فلا يخلو إما أن كذبا الوكيل في إقراره أو صدقاه أو كذبه أحدهما وصدقه الآخر، فإن صدقاه لا يرجع على صاحبه بشيء؛ لأن كل واحد أقر أنه استوفى نصيبه من الدين لا رجوع له عليه وكذلك إن كذباه؛ لأن كل واحد كما قال ما استوفينا قياسًا فقد أقر أنه لا رجوع له على صاحبه وإن صدقه أحدهما، فإن صدقه الشريك وادعى على العبد أنه قبض نصيبه دونه وأنكر العبد، فإن لم يكن على العبد دين رجع الشريك في رقبته بنصف حصته وإن كان عليه دين لم يرجع على العبد ولا على مولاه حتى يقضي دينه؛ لأن إقرار الوكيل صحيح في حق براءة الغريم عن الدين؛ لأنه وكيل عنهما بالخصومة مع الغريم ولا يصح إقراره بالاستيفاء على العبد؛ لأن الشريك لم يوكله

بالخصومة معه فلم يصح إقراره عليه بحكم الوكالة ويصح إقراره بالاستيفاء على العبد بحكم الملك إذا لم يكن عليه دين فقد أقر المولى للشريك على العبد بإثبات المشاركة له فيما قبض فيصح إقراره كما لو أقر المولى على العبد بدين لغيره، وإن علم على العبد دين لا يصح إقرار المولى عليه بإثبات المشاركة إلا إذا لم يكن الدين مستغرقا فيصح فيما يفضل عن دين الغريم، وإن صدقه الشريك وكذبه العبد لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء كان على العبد دين أولا؛ لأنه إذا لم يكن عليه دين فالحق للمولى في الدين وقد أقر بأن العبد استوفى نصيبه وهو حقه فيصح إقراره، ومتى كان على العبد دين فلأن العبد لما كذب المولى وقال: ما قبضت شيئًا من الدين ولا قبض شريكي فقد كذبه شريكه فيما أقر من قبض نصيبه فلا يكون على شريكه شيء حتى لو قال العبد لشريكه أنت قبضت نصيبك من الدين ولم أقبض أنا يرجع عليه بنصف ما قبض متى كان عليه دين.

ولو وكل الشريك العبد بالخصومة فأقر أن الشريك قد استوفى في حقه برئ الغريم من نصف الدين ولا ضمان على العبد ويقبض العبد نصف الدين فيكون بينه وبين الشريك؛ لأنه أقر على شريكه الغريم ببراءة نصيبه من الدين وذلك صحيح بحكم الوكالة وأقر عليه باستخلاص الباقي لنفسه وذلك لا يصح إذا كذبه شريكه؛ لأنه في ذلك مدعٍ وليس بوكيل فيه؛ ولأنه في استخلاص الباقي لنفسه متهم، فإنه يجر إلى نفسه معهما، والوكالة لا تنصرف إلى موضع التهمة فلم يصح هذا الإقرار بحكم الوكالة فبقي المال مشتركا بينهما.

ولو ادعى شريك العبد أن العبد قبض حقه منه فوكل العبد مولاه بخصومته أو بعض غرمائه فأقر الوكيل باستيفاء العبد فللشريك أن يأخذ العبد برفع الدين ويرجع على المدين بربع الدين ليتم نصيبه؛ لأن توكيل العبد بالخصومة لما صح مع الشريك صار إقرار الوكيل على العبد أنه استوفى نصيبه كإقرار العبد.

ولو أقر العبد بذلك كان للشريك أن يرجع عليه بنصف ما قبض سواء كان عليه دين أو لا فكذا هذا، وللعبد أن يرجع على المدين بجميع حصته إذا كان عليه دين؛ لأن إقرار الوكيل على العبد ببراءة نصيبه من الدين لم يصح؛ لأن العبد لم يوكله

بالخصومة مع الغريم، وإنما وكله بالخصومة مع شريكه فلم يصح إقراره على العبد ببراءة غريمه بحكم الوكالة ولا بحكم الملك؛ لأن على العبد دينًا، وإن لم يكن عليه دين والوكيل هو المولى فلا يكون له على المدين سبيل؛ لأن إقرار المولى على عبده ببراءة الغريم عن دينه يصح بحكم الملك إن لم يصح بحكم الوكالة فيبرأ.

(فصل)

وإذا وكل مأذونا يشتري له شيئًا نسيئة لم تجز الوكالة، ولو لم يذكر نسيئة جاز استحسانًا؛ لأن التوكيل بالنسيئة يتضمن الكفالة؛ لأنه إذا اشترى شيئًا بالنسيئة يلزم ثمنه في رقبته، ومتى قبض المبيع لا يكون له أن يحبسه عن الموكل بل يجب عليه دفعه إليه؛ لأن حق الحبس قد سقط بتأجيل الثمن ثم إذا حل الثمن يكون للبائع أن يأخذ الثمن من العبد ثم يرجع العبد بما أدى على الموكل وليس في يده شيء حتى يحبسه به فيكون في معنى الكفالة، والمأذون لا يملك الكفالة بخلاف ما لو كان الشراء بالنقد؛ لأن هناك إذا أخذ الثمن العبد يكون في يد المبيع فيحبسه على الموكل حتى يستوفي الثمن منه فيصير كأنه اشترى ثم باع فيصح ذلك منه.

ولو باع المحجور عليه متاعا لرجل بأمره جاز والعهدة على الأمر، فإن عتق أو أذن له في التجارة عادت العهدة عليه، ولو كان الوكيل صبيا محجورا عليه أو معتوها ثم أدرك أو أفاق لم تعد العهدة إليه؛ لأن سبب وجوب العهدة وجد من العبد وهو صدور العقد من مكلف إلا أنه تعذر إيجاب العهدة عليه بحق المولى حتى لا تتعطل منافع المولى؛ لأنه يتشاغل عن خدمته، فإذا زال حق المولى كانت العهدة عليه لقيام سببها كالوكيل إذا أفاق من الجنون أو عاد من الغيبة أو أسلم من الردة تعود العهدة عليه وكذا هذا، فأما عقد الصبي لم ينعقد موجبا للعهدة ابتداء؛ لأنه غير مكلف، وإنما أوجب العهدة على الآمر ابتداء فلا ينقلب موجبًا للعهدة على الصبي انتهاء، والله أعلم.

(باب تصرف المولى في العبد المأذون)

(المبسوط) مسائله على فصول:

أحدها: في عتقه.

والثاني: في تدبيره.

والثالث: في بيعه وهبته.

(فصل)

ولو أعتق المولى المأذون المديون كان للغرماء أن يضمنوا المولى قيمته ويبيعوا المعتق ببقية دينهم، وإن شاؤوا ضمنوا المعتق جميع دينهم؛ لأن المولى بالإعتاق أتلف على الغرماء حقهم في رقبة العبد، فإنه كان لهم أن يستوفوا ديونهم من ثمن العبد وامتنع ذلك عليهم بالعتق وقد وجب دينهم على العبد فلهم أن يبيعوه باستيفائه، فإن اختاروا تضمين المعتق ولم يبرئوا المولى فلهم أن يرجعوا ويضمنوا المولى القيمة، فإن أبرؤوا المولى لم يكن لهم عليه بعد ذلك سبيل؛ لأن ديونهم في رقبة العبد؛ لأن العبد صار حرا ودين الحر يتعلق برقبته تعلق وجوب لا تعلق الاستيفاء ولا يتعلق بكسبه فجميع ديونهم في رقبة المعتق ووجبت القيمة على المولى لإتلافه حقوقهم فهما دينان ثابتان لهم على كل واحد منهما فكان لهم أن يأخذوا أي الدينين شاؤوا، وإذا اختاروا اتباع أحدهما لا يرى الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب؛ لأن هناك الضمان واجب على أحدهما، فإذا اختار ضمان أحدهما يبرئ الآخر ضرورة، وهنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة وما قبض أحدهم من العبد بعد العتق لا يشاركه فيه الباقون وما قبض أحدهم من القيمة التي على المولى يشارك فيه الباقون؛ لأن القيمة إنما وجبت لهم على المولى بسبب واحد وهو العتق، والدين متى وجب بسبب واحد للجماعة كان مشتركا بينهم كما لو باعوا عندهم من رجل صفقة واحدة فأخذ أحدهم شيئًا منه فأما ديونهم على العبد وجبت بأسباب مختلفة فلا يجوز أن يثبت لهم الشركة فيما قبض أحدهم.

ولو أعتق المولى عبد عبده التاجر جاز عتقه إن كان الدين عليه مستغرقا أو لم يكن، ويضمن قيمته عندهما، وقال أبو حنيفة: لا يجوز عتقه إن كان الدين مستغرقا، وإن كان غير مستغرق ينفذ في قوله الآخر وهذا بناء على أن دين العبد إذا كان مستغرقًا لا يمنع وقوع الملك واكتسابه عندهما وعنده يمنع، وإن كان الدين غير مستغرق لا يمنع في قوله الآخر.

لهما: أن هذا كسب عبد مملوك له رقبة ويدا إلا أن المأذون بعد لحوق الدين مملوك للمولى رقبة ويدا، ولهذا لو أعتق ينفذ عتقه وأثر ملك الرقبة في إقامة المولى مقام العبد في ملكه وإكسابه؛ لأن العبد ليس بأهل للملك إلا أنه بعد لحوق الدين يمنع من التصرف فيه؛ لأنه تعلق به حق الغرماء؛ لأن المولى بالإذن له في التجارة رضي بأن رقبته وكسبه رصدا لقضاء دينه وأثر تعلق الحق في منع المالك عن التصرف فيه ونقضه بعد وقوعه لا في إبطال ملكه. له: أن الملك المولى إنما يملك إكسابه عند فراغها عن حاجة العبد كما في الوارث؛ لأن المأذون متصرف لنفسه بحكم فك الحجر لا بحكم النيابة عن المولى لما بينا، وإذا كان التصرف واقعا للعبد كان حكم تصرفه وهو الملك واقعا له ثم ينتقل إلى المولى من جهته إذا فضل عن حاجته والعبد ليس من أهل الملك مستقرا فأما من أهل الملك منتقلًا إلى غيره؛ لأنه آدمي مكلف أهل ليحمل الأمانات والنهوض بأعباء التكاليف بمنزلة الحر، ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح فلشبهه بالحر من هذا الوجه يجوز أن يملك ملكا منتقلًا كالمقتول يملك الديّة والخبير يملك لغيره ملكا منتقلًا إلى ورثته حتى يقسم بين ورثته على فرائض الله تعالى فكذا العبد بخلاف ما إذا قال لم يكن الدين مستغرقا فلم يمنع الملك تقدره للضرورة؛ لأن المال قل ما يخلو عن قليل دين فلو صار مانعا من الملك يسد باب التصرفات كما في التركة.

ولو وطئ جارية عبده فولدت منه صارت أم ولد له ويضمن قيمتها مستغرقا كان دينه أو لا اتفاقًا؛ لأن عندهما الاستيلاد صادف حقيقة ملكه وعبده صادف حق الملك؛ لأن للمولى حق ملك، ألا ترى أنه لو تزوج بجارية من كسب عبده لا يجوز متى كان عليه دين مستغرق وحق الملك يكفي بصحة الاستيلاد كما في جارية المكاتب؛ لأن المولى يحتاج إلى تملك جارية المأذون حفظا لمائه عن الضياع وله

ولاية تملك كسبه عند حاجته في الجملة، فإن له أن يقضي ديونه ويملك إكسابه، فإذا مست حاجته إلى تملكه لصحة الاستيلاد يملكها عليه بالقيمة ويملكها بالقيمة من وقت العلوق والتملك بالضمان بمنزلة التملك بالشراء فلا يضمن قيمة الولد ولا العقر.

ولو أعتقها وعليه دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد لا بالعتق وعليه العقر لها ويثبت النسب؛ لأن العتق يوقف عند أبي حنيفة على أنه ينفذ متى ملك، ألا ترى لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد عن الدين حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا إذا ملك الجارية بالاستيلاد وضمن العقر لها؛ لأنه ظهر أنه وطئها بعد العتق ويثبت النسب؛ لأنه علق من مائه على ملكه؛ لأنه يملكها بمقتضى الاستيلاد سابقا عليه حكما لصحة الاستيلاد فما لم يتم الاستيلاد لا تعتق الجارية وهو يملكها قبيل الاستيلاد فالاستيلاد صادف ملكه فكان العلوق على ملكه فصحت دعوته.

[(المنتقى)][1] ولو أعتق المولى عبد المأذون بإذن الغرماء فللغريم أن يضمن مولاه القيمة وليس هذا كعتق الراهن بإذن المرتهن وهو معسر؛ لأنه قد خرج من الرهن بإذنه والمأذون لا يبرأ من الدين بإذن الغريم بعتقه.

(فصل)

ولو دبر المأذون المديون، فإن شاء الغرماء ضمنوا المولى قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق، فإذا عتق أتبعوه ببقية دينهم وهو على إذنه؛ لأن المولى بالتدبير أبطل عليهم حق البيع واستيفاء دينهم من ثمنه ومتى ضمنوا المولى القيمة فقد وصل إليهم بدله فصار كما لو وصل إليهم بدله بالبيع فلا سبيل لهم على العبد حتى يعتق، وقال زفر: يرجعون عليه بما بقي من دينهم؛ لأن ديونهم ثابتة في رقبة العبد وقد وصل إليهم بعض حقهم وبقي البعض في رقبته فيرجعوا بما بقي.

لنا: أنهم لما ضمنوا المولى لأجل ديونهم فقد صار اكتساب العبد للمولى؛ لأنه إنما يضمن القيمة ليسلم له الأكساب؛ لأن الأكساب مملوكة للمولى بحكم

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): النوادر.

ملكه رقبة العبد وإنما يستحق الغرماء الأكساب بسبب ديونهم، فإذا ضمن ديونهم من خالص ماله فإنما يضمن ليسلم له الأكساب فصار الأكساب بدلا عن القيمة فلا يكون لهم على الأكساب سبيل وبقي مأذونا؛ لأن التدبير لا يمنع ابتداء الإذن فلأن لا يمنع البقاء أولى، فإن لحقه دين واستفاد مالا كان للآخرين؛ لأنه تعلق به حق الآخرين وقد وصل إلى الأوليين بدل الرقبة مرة فلا يكون لهم على بدل الرقبة سبيل، وإن شاؤوا لم يضمنوا المولى واستسعوا العبد في جميع دينهم؛ لأن ديونهم على العبد وقيمة العبد ربما لا تفي بديونهم فلا يصل إلى كل واحد كمال حقه وبالسعاية يصل كل واحد إلى كمال حقه إلا أن السعاية كثيرة مؤجلة والقيمة قليلة معجلة والإنسان قد يختار الكثير الآجل على القليل العاجل وقد يختار القليل العاجل على الكثير الآجل فيتخير بينهما، فإن لحق المأذون دين ثلاثة آلاف لثلاثة يقر لكل واحد ألف فدبره مولاه واختار اثنان ضمان المولى فضمنوه ثلثي قيمته واختار الثالث استسعاء العبد في جميع دينه جاز؛ لأنه ثبت لكل واحد الخيار بين استسعاء العبد وبين تضمين المولى واختيار بعضهم أحدهما لا يوجب إبطال حق الباقين والآخر بخلاف ما لو كان الغريم واحدًا فاختار تضمين أحدهما يبطل بحقه في الآخر لما بينا ولا يشرك أحدهما صاحبه فيما قبض وليس لواحد الرجوع عما اختار؛ لأن اختيار أحدهما أبطل حقه في الآخر وبرئ من حقه، فإن كسب المدين بعد ذلك ولحقه دين اشترك فيه من اختار سعايته وأصحاب الدين الحادث؛ لأنه كسب عبد مأذون في يده ودين المأذون مما يتعلق بكسبه وليس للعبد إيثار بعض غرمائه على البعض لما فيه من إبطال حق البعض، فإن قبض مختار السعاية منه شيئًا قبل أن يلحقهم الدين يسلم له؛ لأنه أخذه قبل تعلق حق الآخرين به؛ لأنه لم يتعلق بالمأخوذ حق غيره فصح أخذه وخرج من أن يكون كسبا للعبد كما لو أخذ المدين شيئًا من كسب عبده المأذون ولا دين عليه ثم لحقه دين لا يتعلق بما أخذه المولى فكذا هذا، فإن أقر المدبر بدين ألف درهم زعم أنه كان عليه قبل التدبير لم يصدق في إقراره على غيره وإقراره بدين عليه قبل التدبير إقرار على المولى وعلى الذين اختاروا ضمانه بالمشاركة فيه لغيرهم فلم يصدق ولكنه يستسعى المدبر مع الذين يستسعونه؛ لأن هذا ليس بإقرار عليهم حقيقة، فإن صدق

المولى مدبره فما أقر به دفع إلى المقر له سدس القيمة إن كان دفع إلى الأوليين ثلثي القيمة بقضاء ويبيع المقر له المدبر بثلث حقه فيسعى له فيه وبربع القيمة إن دفع بغير قضاء ولا يبيع المدبر شيئًا هنا حتى يعتق؛ لأنه لما تصدق العبد في إقراره وثبت دين هذا الغريم في حق المولى فصارت الديون لأربعة نفر لكل واحد منهم ألف وقد اختار أحدهم استسعاء العبد واختار ثلاثة منهم تضمين المولى فيكون حقهم جميعا في ثلاثة أرباع القيمة لكل واحد ربع القيمة وقد أخذ الغريمان ثلثي القيمة فقد أخذا سدس القيمة زيادة على حقهما إلا أن المولى لم يصر ضامنا لذلك متى دفع بقضاء؛ لأنه كان مجبرًا على الدفع فيجعل كالتاوي فيكون التوى على المولى وعلى الغريم الرابع؛ لأن ستة أسهم من اثني عشر كان مشتركا بين المولى والغريم الرابع والأصل في المال المشترك أنَّ ما توى يتوى على الشركة وما بقي يبقى على الشركة وقد بقي من المال المشترك بينهما أربعة أسهم فيكون سهما من ذلك للغريم الرابع وسهمان من اثني عشر يكون سدس قيمة العبد ثم يبيع الغريم الرابع المدبر بثلث حقه؛ لأنه وصل إليه من حصته من القيمة ثلثا حقه؛ لأن حقه في ربع قيمة العبد وذلك ثلثه وقد وصل إليه سدس قيمته وذلك سهمان وهو ثلثا حقه بقي حقه في الثلث ولا يرجع فيما بقي من دينه على العبد ما لم يعتق وأما إذا دفع المولى ثلثي القيمة بغير قضاء إلى الغريمين فقد صار ضامنا زيادة سهمين بما دفع إليهما؛ لأنه كان طائعا مختارا فيه فقد وصل إلى المولى سهمان من حقه بقي حقه في سهم وحق الغريم الرابع في ثلثه فيرجع عليه بثلاثة أسهم من اثني عشر من القيمة وهو ربع القيمة ومتى وصل إليه تمام حقه من القيمة لا يبقى له سبيل على العبد بما بقي من دينه ما لم يعتق.

(فصل)

وذكر في كتاب الهبة: ولا يجوز هبة المولى مال عبده المأذون المديون وإن أجازه الغرماء؛ لأن تعلق الدين بماليته لا يزول بالإجارة فلا يزول المانع من جواز الهبة بالإجارة.

ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر في بعض الروايات أنه يجوز وفي بعضها أنه لا يجوز قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على ما إذا قضى المولى دينه أو أبرأه الغرماء وما ذكر أنه لا يجوز محمول على ما قبل قضاء دينه وقيل في المسألة روايتان في رواية يجوز؛ لأن الهبة صادفت ملكه حقيقة إلا أنه تعلق به حق الغرماء وقد زال المانع بإجازة صاحب الحق فيجوز كما في البيع والرهن ومتى جازت الهبة بإجازة الغرماء يبقى الدين في ذمة العبد يباع لهم فيه؛ لأنه يجوز أن ينتقل العبد إلى الموهوب له مشغولا بالدين كالعبد المديون إذا جنى جناية ودفع بالجناية يصير ملكا للمجني عليه مديونا. وفي رواية لا يجوز؛ لأن المانع من الجواز وهو تعلق حقهم بمالية العبد لا يزول بالإجازة؛ لأن التعلق بسبب الدين والدين لا يسقط بالإجازة فلا تجوز الهبة كما في الكسب.

عبد عليه دين إلى أجل فباعه أو وهبه مولاه جاز ونفذ؛ لأنه لا حق للغريم في النقض؛ لأن العبد ملك المولى ولم يتعلق حق الغريم به لا يدًا ولا منفعة ولا له حق استيفاء الدين من رقبته؛ لأن الدين مؤجل غير مطالب بإيفائه، فإذا حل الدين ضمن المولى قيمته؛ لأن بيع المولى وجد بعد وجود سبب ثبوت حقه في المطالبة بالبيع أو الاستيفاء وهو الدين، فإن الدين واجب قبل البيع لكن تأخرت المطالبة بالأجل ولولا بيع المولى وإلا لثبت حقهم في رقبة العبد فبسبب بيعه السابق عجزوا عن استيفاء حقهم من رقبة العبد فصار المولى بالبيع السابق مانعا العبد عنهم للحال فيضمن قيمته لهم كالعبد إذا دبره مولاه ثم لحقه ديون فالمولى يضمن قيمته للغرماء لهذا، وإن رجع المولى في هبته لم يكن لهم على العبد سبيل؛ لأن هبة المولى لما نفذت ولم يكن للغرماء حق النقض كان بمنزلة ما نفذ بإذنهم وانتقل حقهم من العبد إلى القيمة، وإن أذن له مرة أخرى بعدما رجع في الهبة فلحقه دين يباع وثمنه بين الآخرين دون الأولين؛ لأن الثمن بدل الرقبة والرقبة بالإذن الثاني صارت مشغولة بدين الآخرين خاصة لأنها فرغت عن شغل الأولين؛ لأن المولى لما ضمن القيمة للأولين فقد برئ العبد عن حقهم ما دام رقيقًا؛ لأنه وصل إليهم بدل الرقبة فكانت الرقبة مشغولة بدين الآخرين خاصة وكان ثمنها لهم خاصة

والقيمة للأولين خاصة، فإن مات المولى ولا مال له غير العبد بيع ويبدأ بدين الآخرين، فإن فضل شيء كان للأولين؛ لأن الثمن قام مقام الرقبة وقد اجتمع فيه دين العبد وهو دين الآخرين ودين المولى وهو القيمة للأولين فتقدم دين العبد في القضاء.

وإن كان على المولى دين سوى ذلك ضرر فيه غرماء المولى بدينهم والأولين بقيمة العبد؛ لأن الكل دين المولى وقد اجتمع فيما بقي من الثمن وضاف على إيفاء الكل فيضرب كل واحد لحقه، ولو وهب العبد وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الدين الحال أن ينقضه في الكل؛ لأن حقه، وإن كان في نصف الرقبة ولكن له حق النقض في الكل نفيًا للضرر عنه؛ لأنه متى نقض في النصف فإنما يباع بدينه نصف العبد وثمن نصف العبد متى بيع بانفراده أنقص من ثمن نصفه متى بيع جملة؛ لأن الانتقاص لا يشتري بمثل ما اشترى به الأشخاص.

ولو عينه الموهوب له ضمن المولى لصاحب الحالة نصف قيمته؛ لأن حقه في نصف العبد وبالتعييب عجز عن الوصول إلى حقه، فإن لم يحل دين الآخر حتى رجع في هبته باع له نصفه؛ لأن برجوع المولى في الهبة عاد إلى قديم ملكه قبل أن يضمن لصاحب المؤجل قيمة حقه، فإن اعورَّ في يد الموهوب له ثم رجع في هبته لم يضمن المولى ربع قيمته لصاحب الأجل ويباع نصفه في دينه؛ لأن نصفه تلف عند الموهوب له، فإن العين من الآدمي نصفه، ولو تلف كل العبد يضمن له نصف القيمة، فإذا تلف عنده نصفه بالاعورار يضمن له ربع القيمة ويباع نصفه في دينه؛ لأن له النصف.

وإن اعور بعدما رجع في هبته لم يضمن المولى شيئًا لصاحب الأجل ويباع له نصفه أعور؛ لأن بالرجوع عاد العبد إلى قديم ملكه فقد ارتفع السبب الموجب للضمان؛ لأنه عاد حق الغريم في البيع والاستسعاء كما كان، ولهذا لو هلك الكل في يد الواهب بعد الرجوع لم يضمن فكذا إذا هلك بعضه.

ولو كان عليه لرجل ألف حالة وألف مؤجلة فوهبه لأحدهما وقبضه كان للآخر أن نقض الهبة ويباع العبد فيستوفي الذي نقض الهبة حقه والباقي

للمولى ولا شيء للموهوب له؛ لأنه متى نفذت الهبة يتضمن إبطال حق الآخر في رقبته بيعا والاستيفاء فكان له نصفه ولا شيء للموهوب له وهذا قول محمد؛ لأن دين الموهوب له قد سقط بالهبة فلا يعود، وعند أبي يوسف يعود دين الموهوب له؛ لأن انتقاض الهبة بنقض أحد الغريمين معتبر بانتقاضهما برجوع الواهب، ولو انتقضت الهبة برجوع الواهب عاد الدين عند أبي يوسف ولم يعد عند محمد فكذا إذا انتقضت بنقض الغريم، وإذا عاد الدين عند أبي يوسف ومع العبد كان الثمن بينهما؛ لأنه يدل عند تعلق حقهما به، وعند محمد لما لم يعد دين الموهوب له بقي حق الغريم الآخر متعلقا به خاصة فيقضي من ثمنه دينه خاصة لزوال المزاحمة والباقي للمولى.

ولو رجع الواهب في هبته لم يعد الدين عند محمد، وعند أبي يوسف يعود، وكذلك لو كفل عن العبد رجل بدينه فوهب المولى العبد من صاحب الدين وقبضه منه حتى برئ الكفيل؛ لأن العبد برئ عن الدين لما ملكه صاحب الدين وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فإن رجع الواهب في هبته لم يعد الدين على الكفيل ولم يذكر خلافًا ونص في الزيادات أنه يعود الدين عند أبي يوسف، وعند محمد لا يعود وكذلك على هذا الخلاف إذا وهب العبد الجاني من ولي الجناية ثم رجع في الهبة.

لمحمد: أن البراءة عن الدين بغير عوض لا تحتمل الانتقاض؛ لأنه يسقط الدين والساقط متلاشٍ فلا يتصور عوده وانتقاضه كالطلاق والعتاق. لأبي يوسف أن البراءة قبل قبول من وقعت البراءة له تحتمل الانتقاض والبراءة هنا تقع للعبد؛ لأن الدين في ذمته فيعتبر قبوله لتتم البراءة ألا ترى أن الغريم لو أبرأ العبد عن الدين فرده العبد وقبله المولى لا تثبت البراءة وهنا لم يوجد قبول العبد لهذه البراءة فلم تتم البراءة فتنتقض بانتقاض الهبة كالملك وانعزال الوكيل وبطلان حقه في الرد بالعيب.

فأما إذا وهب العبد المديون من أجنبي فأجازها الغريم ثم رجع في هبته لم يذكره محمد واختلف المشايخ فيه قيل هو على هذا الخلاف وقيل يعود الدين بالاتفاق؛ لأنه لم يبرإِ العبد عن الدين، وإنما يبرأ عن المطالبة إلى أن يعتق بدليل أن

للغرماء أن يبيعوه بدينهم بعد العتق علم أن البراءة تقع عن المطالبة؛ لأن أصل الدين والإبراء عن مجرد المطالبة يحتمل النقض كإبراء الكفيل، ولو باع المولى من أحدهما فنقض الآخر البيع يباع ويقسم الثمن بينهما ولا يبطل من دين المشتري شيء؛ لأن الدين انتقل من رقبة العبد إلى الثمن لما بينا.

على عبده ألف مؤجلة لرجل فباعه منه بقليل أو كثير ثم حل الدين أخذ الثمن من مولاه ولم يكن عليه ضمان القيمة إن كان الثمن أقل من الدين؛ لأن المولى باع برضاء صاحب الدين؛ لأنه لما أقدم على الشراء من المولى فقد أذن للمولى بأن يبيع العبد منه فالبيع إنما حصل بإذن الغريم فصار المولى كالوكيل عنه فكان الثمن للغريم ولم يضمن القيمة للغريم؛ لأن حقه تحول من العبد إلى الثمن برضاه دلالة فصار كما لو أذن له بالبيع من أجنبي، فإن توى الثمن في يد المولى لم يكن له على المولى سبيل؛ لأن الثمن أمانة في يده؛ لأنه صار كالوكيل عنه.

ولو كان على العبد دين لآخر مثل دين المشتري فحل دينه أخذ المشتري الثمن وضمن المولى للآخر نصف قيمة العبد؛ لأنه لو باع العبد من الأجنبي بإذن أحدهما ثم حل دينهما فللأول نصف الثمن ويضمن المولى للساكت نصف قيمة العبد فكذلك إذا باع من أحد الغريمين فإقدامه على الشراء إذن إياه بالبيع منه ولا يشارك أحدهما صاحبه وإن توى حقه؛ لأن حق المشتري تحول من الرقبة إلى الثمن في ذمة المشتري وحق الآخر تحول إلى القيمة في ذمة المولى فالدينان وجبا في ذمتين مختلفتين بسببين مختلفين فلا يكون بينهما شركة.

رهن عبده المأذون أو أجره وعليه دين إلى أجل قبل حلوله جاز، وإذا حل الدين ضمنوه قيمته في الرهن دون الإجارة، فإن بقيت منها مدة عليهم أن يفسخوا الإجارة؛ لأن الرهن عقد لازم لا يفسخ بعذر ما والإجارة عقد غير لازم يفسخ بالأعذار، ألا ترى أن الأجر إذا لحقه دين فادح يفسخ الإجارة فكذلك لحوق الدين بالعبد المستأجر عذر؛ لأن حاجة الغرماء إلى بيع رقبته عذر معتبر؛ لأن تقديم حق الغريم على المستأجر أولى؛ لأن حق الغريم في المال أو العين وحق المستأجر في المنفعة والعين خير من المنفعة وصار كالحر إذا أجر عبده ثم لحقه دين فادح يكون عذرا في نقض الإجارة وهذا أولى.

ولو باعه ثم اشتراه أو استفاء له ثم حل الدين لم يكن لهم على العبد سبيل وضمنوا المولى قيمته إلا أن يرده عليه بالعيب بقضاء أو بخيار؛ لأن حقهم قد بطل عن رقبة العبد بالبيع وبرئ العبد عن الدين ما لم يعتق ويقع المولى لم ينفسخ في حق الغرماء والعبد؛ لأن الإقالة والرد بالعيب بالتراضي مع جديد في حق الثالث والغرماء والعبد ثالث فصار في حقهم كأن المولى اشترى العبد ثانيا بعدما باعه.

ولو كان هذا بقي ضمان القيمة للغرماء على المولى وبراءة العبد عن الدين ما لم يعتق على حاله فكذا هذا، وأما الرد بقضاء أو خيار فسخ في حق الكل فصار كأن البيع لم يكن من الأصل.

(باب كفالة المأذون بإذن المولى والبيع فيه)

(**المبسوط**): وإذا ضمن العبد بإذن مولاه لرجل فقال له: إن مات فلان ولم يقض حقك فإني ضامن وعليه ألف درهم حالة فباعه القاضي بألف دفع الألف إلى صاحب المال ويستوثق منه، فإن مات ولم يقضه رجع على الغريم الأول بحصة ما كفل به؛ لأنه كفل بإذن المولى كفالة توجب الضمان في الثاني والكفالة بإذن المولى جائزة حالة أو مؤجلة ومتى وجب الضمان على الكفيل يستند الضمان إلى وقت الكفالة السابقة؛ لأن الضمان حكم الكفالة والحكم أبدًا يستند إلى سببه، فإذا استند إليه ظهر أن الدين الذي لزمه بالكفالة من جهة المولى كان سابقا على دين العبد فيتحاصون في ثمن العبد.

ولو أذن لعبده فكفل بنفس رجل حالة أو إلى أجل ثم باعه المولى جاز وليس للمكفول له أن ينقض البيع ويتبع العبد في يد المشتري حيث وجده فيأخذه في الكفالة وهذا عيب فيرده المشتري به إن شاء؛ لأن حق الكفيل بالنفس لا يبطل بالبيع، فإنه يمكنه استيفاء حقه في ملك المشتري بأن يطالبه بتسليم نفس المكفول به؛ لأن المستحق بالكفالة بالنفس يسلم النفس لا رقبة العبد فلا يملك نقض البيع بخلاف الكفالة بالمال؛ لأن المستحق ثمة مال والمال يتعلق برقبته أو كسبه فكان

للغريم نقض البيع إلا أن الكفالة بالنفس مما يعد عينا؛ لأن بالمطالبة بتسليم نفس المكفول ربما يحبس عليه فيتقاعد عن خدمة المولى فكان عيبا كالنكاح، وإذا أمر عبده أن يكفل الرجل بألف على رجل على أن المطلوب إن مات ولم يؤد المال فالعبد ضامن، فإن باعه المولى من رب المال جاز وقد وجب دينه مؤجلا جاز بيعه وكان المولى أحق بالثمن ما لم يحل الأجل، فإذا باع من المكفول له قبل وجوب دينه على العبد؛ لأن يجوز بيعه ويكون الثمن للمولى أولى والثمن بدل عن الرقبة فلما جاز تصرفه في الرقبة فلأن يجوز في بدلها أولى.

وإن مات المطلوب ولم يقض دينه رجع الطالب المشتري على البائع بدينه في ثمنه، فإن كان دينه أكثر من ثمنه بطل الفضل؛ لأن حق الغريم تحول إلى ثمنه لا غير فيستوفي بقدره، فإن وجد به عيبا فرده وأخذ ثمنه يباع العبد وإن هلك الثمن عند البائع ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فرده وأخذ ثمنه يباع العبد له بدينه وإن هلك الثمن عند البائع ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فرده عليه إن شاء ولم يكن عليه من الثمن شيء ويباع العبد في ثمنه؛ لأنه لو رجع المشتري بالثمن على المولى فللمولى أن يرجع عليه بالثمن ثانيا؛ لأنه باع للمشتري فيكون وكيله في بيع العبد فلا يفيد الرجوع ومتى تعذر رجوعه بالثمن يباع العبد بدينه، فإن فضل من ثمنه شيء أخذه من دينه؛ لأن العبد متى بيع من صاحب الدين والثمن مثل الدين يتحول ما تعلق برقبته وهو حق الاستيفاء إلى الثمن ويبقى الدين في ذمة العبد؛ لأن الثمن بدل عن المالية لا عن الذمة فيتحول ما تعلق بماليته إلى الثمن ولا يتحول ما في الذمة كما لو بيع من الأجنبي بإذن الغرماء أو باعه القاضي، ولهذا لو هلك الثمن قبل الوصول إلى الغرماء فلهم أن يبيعوا العبد بدينهم إلا أنه لا يظهر بقاء الدين في ذمة العبد ما دام في ملكه في حق الاستيفاء؛ لأنه لا يفيد فمتى خرج عن ملك الغريم بالرد وعاد العبد إلى قديم ملك المولى ظهر ما بقي في ذمة العبد في حق الاستيفاء؛ لأنه يقيد حقهم، فإن نقص فلا شيء على المولى من النقصان؛ لأنه بمنزلة وكيله.

(باب بيع القاضي رقبة العبد المأذون وكسبه وبيعه مولاه)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في بيع القاضي وأمينه.

والثاني: في بيع المولى.

(فصل)

ولا يبيع القاضي العبد المأذون متى كان العبد كسب خاص يفي بديونه أو مال غائب يرجى قدومه أو دين حال يرجى خروجه، فإنه يتلوم حتى يقدم أو يخرج؛ لأن في بيعه ضرر إبطال ملك المولى وإبطال إذنه وليس للقاضي إبطال أملاك الناس وتصرفاتهم إلا لنوع ضرورة ولم يوجد، ولأن في التأخير إن كان ضرر بالغرماء ولكن ضرر التأخير أهون من ضرر الإبطال فيجب دفع أعلاهما بالتلوم ولم يقدر لمدة التلوم قيل هذا هو مفوض إلى رأي القاضي؛ لأنه لم يرد شرع بتقديره وقيل مقدر بثلاثة أيام؛ لأن التلوم شرط لإيلاء العذر وأقل مدة الإيلاء الأعذار ثلاثة أيام كما في مدة الخيار ولا يبيعه إلا بحضرة مولاه؛ لأن الخصم في رقبة العبد المولى دون العبد، ألا ترى لو ادعى إنسان رقبة العبد ينتصب العبد خصما في ذلك فلا يجوز بيعه إلا بحضرة خصمه أو بحضرة ثابتة بخلاف الكسب؛ لأن الخصم فيه هو العبد دون المولى، ألا ترى لو ادعى إنسان حقا في كسبه ينتصب العبد خصما له فيجوز بيع العبد المديون بغير رضاء المولى إذا امتنع عن قضاء الدين ولا يجوز بيع ملك الحر المديون بغير رضاه عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحر وبيع المأذون بغير رضاء المولى لا يكون حجرا على المولى؛ لأن المولى قبل ذلك كان محجورا من بيع عبده المديون بغير إذن الغرماء كالتركة إذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي أن يبيع التركة على الورثة بغير رضاهم إذا امتنعوا عن قضاء الدين ولم يكن حجرا عليهم لأنهم كانوا محجورين عن بيعها قبل ذلك، فكذا هذا.

ولو طلب المولى من القاضي أن يؤدي قدر الثمن ويترك عليه عبده فينبغي أن يكون له ذلك ذكره في بعض روايات مختصر الكافي؛ لأن فيه مراعاة حقوق الغرماء وحق المولى وحقهم في قدر ثمنه ولا فرق في حقهم بين وصوله من جهة المولى وبين وصوله من جهة غيره، وإذا خرج المأذون إلى مصر وتصرف ولحقه دين وفي يده أموال وقال: أنا محجور علي وكذبه الغرماء باع القاضي كسبه استحسانًا ولا يبيع رقبته حتى يحضر المولى؛ لأن إقدام العبد على المبايعة مع الناس إقرار منه بأنه مأذون بالتجارة ظاهرا حملا لأمره على الصلاح، فإن المسلم لا يبيع ما لا يملك بيعه كالحر إذا باع شيئًا ثم قال ما بعته كان لفلان غصبته منه لا يصدق؛ لأنه أقر أنه يسأل من بيعه كما أقدم على البيع فكذا هذا، ولا يمين على العبد؛ لأنه مناقض في الدعوى؛ لأن إقدامه على البيع إقرار منه بأنه يملك بيعه، فإذا قال بعد ذلك إنه محجور فقد صار مناقضا والمناقضة تمنع صحة الدعوى ولا يمين إلا بعد صحة الدعوى ثم للعبد أن يبيع كسبه بغير إذن المولى ويقضي دينه فملك القاضي ذلك، فأما العبد لا يملك أن يبيع رقبته بغير إذن المولى فكذلك القاضي؛ لأن للمولى أن يستخلص رقبته بقضاء دينه فمتى بيع رقبته بغير إذنه يتضرر المولى بذلك.

ولو باعه أمين القاضي وهلك الثمن في يديه ثم وجد المشتري به عيبا فرده باعه مرة أخرى وقضى المشتري ثمنه، وكذلك لو باعه مولاه بأمرهم إلا أن الأمين لا يضمن النقصان والمولى يضمن النقصان ثم يرجع به على الغرماء؛ لأنه لا يتوصل القاضي إلى إيفاء حق المشتري إلا ببيع العبد ويبدأ بدين المشتري؛ لأن العبد كان محبوسا بحقه فكان هو أولى ببدله من غيره؛ لأن الغرم عليه؛ لأنه متى هلك كان الهلاك عليه فكان الغرم له متى بيع كما في الرهن إلا أن الأمين لا عهدة عليه فلا يغرم النقصان والمولى عليه العهدة فيغرم وهو كان وكيلًا عن الغرماء فيرجع عليهم بما لحقه من الضمان بعمله لهم كما في الوكيل بالبيع.

(فصل)

ولو باعه المولى بغير أمر الغرماء وقبضه المشتري ثم جاء الغرماء فوجدوه في

يد المشتري والمولى غائب أو وجدوا المولى والمشتري غائب وقبض العبد فلا خصومة بينهما حتى يحضر الثالث في قول أبي حنيفة ومحمد البائع والمشتري والغريم، وكذلك قال أبو يوسف إلا أنه يقول: إن وجدوا المشتري والعبد في يديه والبائع غائب كان لهم أن يضمنوه قيمة عبده وعلى هذا الخلاف. المشتري إذا باع الدار المشفوعة فليس للشفيع حق الفسخ عند غيبة المشتري الثاني عندهما خلافًا لأبي يوسف.

له: أن المشتري ملك العبد بالشراء والقبض بدليل أنه تنفذ تصرفاته المختصة بالملك فيه فيجب أن ينتصب خصما لمن يدعي حقا في العبد وأن يضمن ذلك فسخ عقد جرى بينه وبين البائع وذلك؛ لأن الفسخ يرد على حكم العقد وهو الملك حقيقة لا على العقد كما وجد بلا شيء واضمحل ففسخه كيف يتصور والملك للمشتري فيكون الفسخ واردًا على حقه وهو حاضر فيصح الفسخ كما في الراهن.

لهما: أن العقد انعقد فيما بين البائع والمشتري صحيحًا مفسر الضرورة من ملك مالك مكلف حر والأصل في تصرف العاقل المكلف هو الاعتبار إلا أن للغرماء حق الفسخ والإبطال صيانة لحقهم فلا يملك أحدهما فسخ هذا العقد إلا بحضرة منهما؛ لأن في الفسخ إبطال الملك على المشتري وهو غائب وإبطال تصرف محترم وإدخال العبد وإعادته على ملك البائع وإزالة الثمن على ملكه وهو غائب فيكون فيه قضاء على الغائب أو للغائب وذلك باطل.

وأما إذا باع الراهن المرهون بغير رضاء المرتهن وسلم إلى المشتري هل يكون للمرتهن حق الفسخ بغير حضرة الراهن قالوا على هذا الخلاف؛ لأن بيع المرهون انعقد موقوفا على إجازة المرتهن وليس للمرتهن فسخه في ظاهر الرواية لأنه لا ضرر في إبقائه موقوفًا على إجازة المرتهن إلى وقت فكاك الرهن لما بينا في البيوع وعلى رواية النوادر له فسخ العقد في حق نفسه في حق إعادة العين إلى يده إذ لا حاجة إلى فسخ العقد في حق الراهن والمشتري فلا يكون فيه قضاء على الغائب ولا إبطال الثمن على الغائب وعند حضرتهما لا يفسخ إلا على هذا الوجه فلا يشترط حضرتهما بفسخ العقد وهنا بخلافه.

ولو باعه المولى بغير أمرهم وعينه المشتري، فإن شاؤوا ضمنوا المشتري

قيمته وإن شاؤوا ضمنوا البائع؛ لأنه تصدى من كل واحد سبب الضمان؛ لأن البائع أتلف عليهم العبد بالتسليم إلى غيره بغير إذنهم والمشتري قبض عبدا هو حقهم وعينه بغير إذنهم، فإن ضمنوا البائع قيمته ثم وجد المشتري به عيبا فرده على البائع فالبائع بالخيار إن شاء لهم تلك القيمة، وإن شاء رجع عليهم بها وباع لهم العبد؛ لأن المولى بأداء الضمان إن كان لا يستفيد ملك الرقبة ولكنه يستفيد ملك التصرف فيكون شراء ومبادلة معنى كرب المال إذا اشترى عرضا من مال المضاربة ولا ربح فيه جاز؛ لأنه يستفيد ملك التصرف.

ولو ملكه من جهتهم بالمبايعة حقيقة وباعه من غيره ثم رد عليه المشتري بالعيب بقضاء كان له أن يرده على الغرماء أو يأخذ منهم بدله وكذا هذا.

ولو كان مولاه علم بعيبه حين باعه ثم رده عليه، فإن ضمنه الغرماء قيمة العبد صحيحًا كان له أن يرجع عليهم بالقيمة وإن كانوا ضمنوه معيبا لم يكن له أن يرجع عليهم؛ لأن الأول لم يصل إليه مثل ما ضمن ولا وجد منه الرضاء بملكه معيبا؛ لأن الغرماء ملكوه بعد البيع بأداء الضمان جبرًا وكرها من جهة القاضي فكان هذا مبادلة جبرية جائزة فلا يدل على رضاه بالعيب وسقط اعتبار علمه بالعيب حكما وفي الثاني وصل إليه مثل ما ضمن فلم يسقط اعتبار علمه حكما لما لم يوجد منه قيمته صحيحًا لأنها مبادلة جائزة فصار مشتريا وهو عالم بالعيب فصار راضيا بالعيب وإن ضمن الغرماء المشتري قيمته رجع على البائع بالثمن والعبد للمشتري لا للبائع؛ لأنه ملكه بأداء الضمان وصار كغاصب الغاصب إذا ضمنه المالك لا يكون للأول على المغصوب سبيل فكذا هذا، فإن وجد المشتري به عيبا رده على الغرماء؛ لأنه ملكه من جهتهم بطريق المبادلة فصار كما لو اشترى منهم حقيقة.

ولو كان المشتري بالخيار ثلاثة أيام فرده بخيار بعدما ضمن الغرماء البائع القيمة لم يكن للبائع أن يرجع عليهم من القيمة بقليل ولا كثير؛ لأنه بالتضمين جرى بينه وبين الغرماء مبادلة حكمية.

ولو جرى بينهما مبادلة قصدية فباعه المولى من غيره على أن المشترى بالخيار

ثم رد المشتري عليه يختار الشرط لا يكون له أن يرده على الغرماء؛ لأنه ليس بينه وبين الغرماء خيار شرط فكذا هذا.

ولو أعتقه المشتري قبل القبض فعتقه موقوف على إجازة الغرماء البيع.

ورُوي عن أبي يوسف أنه ينفذ عتقه؛ لأن هذا الشراء صدر من مالك الرقبة ولكن تعلق به حق غيره فتقيد الملك للمشتري ملكا باتًّا وجه ظاهر الرواية أن باعتبار ملك الرقبة هذا الشراء صدر من المالك وباعتبار ملك التصرف وتعلق حق الاستيفاء برقبته حصل من غير المالك فكان هذا الشراء صادرًا عن المالك من وجه ومن غير المالك من وجه، فإذا ملكا موقوفا فيتوقف العتق لتوقف الملك بخلاف المشتري من الغاصب عند محمد؛ لأن الشراء عنده حصل من غير المالك باعتبار ملك الرقبة وملك التصرف فلم يعد للمشتري ملكًا موقوفًا.

ولو وهب المولى عبده من رجل وضمن القيمة لغرمائه ثم رجع في هبته ثم وجد به عيبا رده عليهم إن شاء؛ لأنه ملكه من جهتهم بطريق المبادلة فصار كما لو ملكه بالشراء منهم حقيقة، فإن أعتقه ثم وجد به عيبا رجع عليهم بحصة العيب كما في الشراء الحقيقي، فإن قالوا برد القيمة وببيع العبد بجميع القيمة لهم ذلك وهذا في غير العتق والتدبير كما لو اشترى منهم حقيقة ثم وهبه ثم وجد به عيبا كان للغرماء أن يأخذوا منه العبد ولا يعطوه في نقصان العيب فكذا في الشراء حكما.

ولو باعه مولاه وضمن قيمته للغرماء ثم وجد به عيبا فلم يرده عليهم ثم حدث به عيب آخر رجع على البائع بنقصان العيب الأول من الثمن ولم يكن للبائع على الغرماء شيء من تلك القيمة وقيل هذا عند أبي حنيفة وعندهما يرجع على الغرماء بحصة العيب وهذه فرع لمسألة مذكورة في الصلح وهو أن من اشترى عبدا فباعه من غيره ثم إن المشتري الثاني وجد به عيبا فمات في يده رجع على بائعه بنقصان العيب ولا يرجع بائعه على بائعه بذلك عند أبي حنيفة خلافًا لهما وقيل هذا قولهم جميعًا وهو الظاهر؛ لأن المأذون تصنيف محمد فيستحيل أن يذكر قول غيره ولا يذكر قول نفسه والفرق بين هذه وبين مسألة الصلح أن هنا الغرماء يقولون للمشتري إنما التزمت هذه الغرامة بطيب ورضاء من نفسك، فإنه كان تمليك إن

تقبل العبد حتى ترده علينا مقبل منك ولا يلزمك هذا النقصان فلما لم يقبل فقد التزمت هذه الغرامة برضاء وطيب من نفسك فليس لك أن ترجع علينا بذلك كما لو ادعى المشتري عيبا يحدث مثله فصالحه من دعواه مع المشتري على شيء ليس له أن يرجع على بائعه؛ لأن رضي بالتزام هذه الغرامة عن نفسه بقبول العبد، وإنما لزمه الغرامة جبرًا وكرها منه فلم يكن راضيا بذلك فله أن يرجع.

(**المنتقى**): رجلان بينهما عبد مأذون له في التجارة وعليه دين وأحد موليه غائب فحضر الغريم قال يباع نصيب الحاضر دون نصيب الغائب.

ولو باع نصف الحاضر بسبعمائة فقضاء الغريم ثم قدم الآخر فباع نصفه بخمسمائة قال يؤدي من ذلك إلى الغريم ثلاثمائة ويبقى مائتان فهي للشريك الآخر حتى يستويا في الأداء.

ولو باع القادم نصفه بستمائة أدى إلى الغريم ثلاثمائة وإلى الشريك مائتين وبقيت مائة بينهما نصفين.

ولو باعه مولاه من رجل وعليه دين فأذن له المشتري في التجارة أيضًا فاستدان دينا فللغرماء الأولين نقض البيع فيه ويباع في دينهم ويضمن المشتري للغرماء الآخرين الأقل من دينهم ومن قيمته؛ لأنه غريم من دينهم حيث لم يعلمهم بدين العبد.

وكذلك لو باع عبده بيعًا فاسدًا ولا دين عليه فأذن له المشتري في التجارة فلحقه دين فللبائع نقض البيع فيه لفساده ولا سبيل للغرماء عليه ويضمن المشتري الأقل من القيمة ومن الدين؛ لأن البائع ما رضي بدينهم؛ لأنه صار محجورا عليه بالبيع والمشتري قد رضي بلحوق دينهم بالعبد بالإذن في التجارة وهو مضمون عليه بالقيمة بالبيع وكذا هذا.

(باب الاختلاف في الإذن والبينة عليه)

(**المبسوط**): ولو باع القاضي كسب العبد المديون والمولى غائب ثم حضر وأنكر الإذن سألهم القاضي البينة على الإذن، فإن أقاموا وإلا ردوا ما قبضوا؛ لأن

قول الواحد العدل في المعاملات لا يكون حجة متى نوزع في خبره والمولى لما أنكر الإذن فقد نازع العبد في خبره فلم يثبت الإذن بقول العبد فكان هذا كسب عبد محجور فلا يتعلق به حق الغرماء فيردوا ما قبضوا ولا ينقض بيع القاضي؛ لأن له ولاية بيع مال الغائب.

ولو بائع العبد رجلا فقال الرجل: أنت محجور عليك فلا أدفع إليك الثمن أو المبيع وكذبه العبد فالقول للعبد ولا يمين عليه؛ لأن إقدام البائع على البيع منه إقرار منه، بأنه مأذون في التجارة؛ لأن الإنسان لا يبايع المحجور، فإذا ادعى بعد ذلك أنه محجور صار مناقضا والمناقضة تمنع صحة الدعوى واليمين لا تجب إلا بعد صحة الدعوى ولا تقبل بينة الرجل أنه محجور إلا أن يصدقه العبد؛ لأن البينة لا تقبل إلا بعد صحة الدعوى ولم يوجد، فإذا صدقه العبد فقد تصادقا على الحجر فيثبت الحجر ونفذ البيع لتصادقهما على ذلك؛ لأنه حجة في حقهما.

ولو لم يعلم أنه حر أو عبد حتى لحقه دين ثم قال أنا عبد فلان محجور عليّ وصدقه فلان وكذبه الغرماء لم يبطل دينهم ويقال إما أن يفدي أو يبيع؛ لأنه مجهول النسب أقر على نفسه بالرق وصدقه المقر له فيصير عبدا له لتصادقهما على ذلك إلا أن حق الغرماء لزمه للحال من حيث الظاهر؛ لأن الظاهر هو الحرية في بني آدم فلزمه الدين وثبت له حق استيفاء الدين للحال باعتبار الظاهر؛ لأنه في الظاهر هو حر والعبد بالإقرار بالرق على نفسه يقر على الغرماء بتأخر حقهم إلى ما بعد العتق فيصح إقراره على نفسه ولم يصح على غيره وهو الغرماء فلا يبطل حقهم في استيفاء الدين.

ولو جنى وقال ولي الجناية: أنت حر، وقال: أنا عبد فلان وصدقه فلان بطل حق صاحب الجناية؛ لأنه لما أقر الجاني أنه حر فقد أقر بطهارة العبد عن الجناية، فإن جناية الحر لا تتعلق برقبته وأقر ببراءة المولى عن الجناية، وإنما ادعى موجب الجناية في ماله أو على عاقلته ولا مال له والعاقلة لا تعقل ما يثبت باعتراف الجاني، فإن ثبتت البينة فلا تؤاخذ عاقلته بموجب ضمان الجناية؛ لأن حرية الجاني لم تثبت بالبينة، وإنما تثبت بظاهر الحال، وإذا جحد مولى العبد الإذن فشهد

شاهد أنه أذن له في البر وآخر أنه أذن له في الطعام جازت الشهادة لأنهما اتفقا على ما يوجب الإذن وهو قول المولى أذنت له في التجارة. واختلفا فيما لا يحتاج إليه، فإن قول المولى في البر أو الحر غير محتاج إليه؛ لأن الإذن في أحدهما إذن في شراء الأشياء كلها فيثبت ما اتفقا عليه كشاهدي البيع إذا اختلفا في الزمان والمكان.

ولو شهد أحدهما أنه أذن له في شراء البر وشهد الآخر أنه رآه يشتري البر فلم ينهه لم تقبل لأنهما شهدا بأمرين مختلفين، فإنه شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل، فإن رؤية شراء البر وسكوته فعل والفعل مع القول مختلفان على ما بينا في كتاب الشهادات.

وكذلك لو شهد أحدهما أنه رآه يشتري البر فلم ينهه وشهد آخران أنه رآه يشتري الطعام ولا ينهه لا تقبل؛ لأن هنا الإذن إنما يثبت بالرؤية، والرؤية لا تتحقق بدون المرئي ولا يمكن إثبات المرئي؛ لأن المرئي شراء البر وشراء الطعام وليس على كل واحد منهما إلا شهادة واحد، وإذا لم يمكن إثبات المرئي وهو الشراء لم تثبت الرؤية؛ لأن الرؤية لا تتحقق بدون المرئي.

(باب العبد المأذون والمولى إذا اختلفا فيما في يد العبد)

(**المبسوط**): العبد المأذون والمولى اختلفا فيما في يد العبد وعليه دين فالقول لمن له؛ لأنه لو صدق المولى فيه؛ لا يكون له؛ لأن صار مستحقا بحق الغرماء فكيف إذا كذبه، ولأن اليد للعبد فيما في يده متى كان عليه دين بدليل أن المولى لا يملك انتزاعه من يده فيكون العبد ذو اليد فيكون القول له، وإن لم يكن عليه دين فالقول للمولى؛ لأنه يملكه المولى، ولهذا يملك انتزاعه من يده فمنازعته من المولى أنه كسبه لا يقيد العبد المأذون في منزل المولى وعليه دين وفي يده ثوب فاختلفا فيه، فإن كان من تجارة فهو له وإلا فللمولى لأنهما استويا في اليد؛ لأن الثوب في يد المأذون حقيقة ويده معتبرة متى كان عليه دين وللمولى يد عليه حكما

لكونه في منزله وما يكون في منزل إنسان يكون في يده ولما استويا في اليد ترجح جانب العبد بشهادة الظاهر، فإن الظاهر يشهد له إن كان من تجارته، وإن لم يكن من تجارته فالظاهر يشهد للمولى؛ لأن الظاهر أن ما في منزل المولى يكون له، وإن كان من تجارتهما لم يذكره في الكتاب وقيل إنه للمولى لأنهما استويا في اليد والتجارة، ورجح جانب المولى بشهادة الظاهر، فإن الظاهر أن ما في منزله يكون له، وإن كان المأذون راكبًا على الدابة أو لابسا الثوب وهما في منزل المولى فالقول للعبد؛ لأن العبد مستعمل وللمولى مجرد يد حكما ولا عبرة لليد الحقيقية بمقابلة الاستعمال والانتفاع واليد الحكمية أولى. حر أو مأذون أو مكاتب أجر نفسه من رجل تاجر يبيع معه أو خياط يخيط معه وفي يد الأخير ثوب فقال التاجر هو لي وقال الأخير هو لي، فإن كان في حانوت التاجر فالقول له؛ لأن صاحب اليد هو المستأجر؛ لأن يد الأخير يد المستأجر حكمًا ألا ترى أن العمل يقع مسلما حتى لا يكون له الحبس بالأجرة.

وذكر الشيخ الإمام رحمه الله أبو بكر محمد بن الفضل البخاري: هذا إذا كان المتنازع فيه ليس من آلة العمل، وإن كان من آلة العمل فالقول للأخير؛ لأنه في يده حقيقة والظاهر يشهد له، وإن كانا في سكة أو في منزل الأخير فالقول للأخير؛ لأن اليد للأخير حقيقة وحكما ألا ترى أن العمل يقع مسلما، وإن كان العبد محجورا عليه فالقول للاستناد وسواء في هذا كونهما في سكة أو سوق أو منزل أو كان العبد راكبا على الدابة. واختلفا فيها فالقول في ذلك كله للاستناد لأنه لا يد للعبد المحجور بل يده يد مولاه حتى لو كان في يد المحجور مال لا ينتصب خصما لمدعيه بيده والمولى لما أجره وسلمه إلى المستأجر فقد نقل يده فصارت اليد للمستأجر ولم يبق للمولى يد فكان القول للمستأجر بخلاف المأذون والمكاتب؛ لأن يده يد نفسه حتى لو كان في يده مال انتصب خصما لمدعيه.

(باب تصرف المأذون مع مولاه)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

أحدها: في تصرف المأذون مع مولاه.

والثاني: في توكيل المأذون مولاه.

والثالث: في تصرف الصبي المأذون مع وليه.

(فصل)

وإذا باع المأذون المديون شيئًا من مولاه بمثل قيمته جاز؛ لأن هذا البيع قيد ملك الرقبة والتصرف للمولى في كسب العبد عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن دين العبد يمنع وقوع الملك للمولى في كسب عبده وعندهما لا يمنع فلا يستفيد بهذا البيع ملك الرقبة ولكنه يستفيد ملك اليد والتصرف في كسبه ويجوز أن يثبت للعبد على مولاه دين؛ لأنه مقيد بحق الغرماء كما يثبت له الملك في كسبه، ولهذا لو استهلك المولى شيئًا من كسب المأذون المديون يضمن لغرماء العبد فكذا هذا وصار كبيع المضارب مال المضاربة من رب المال بخلاف ما إذا لم يكن على العبد دين لا يجوز بيعه من مولاه؛ لأن كسبه مملوك للمولى رقبة وتصرفا فلا يقيد للمولى شيئًا.

وإن حاباه محاباة[1] يتغابن الناس في مثله لم يجز وكذلك المريض إذا باع شيئًا من التركة المستغرقة بالدين محاباة يسيرة، أو رب المال باع شيئًا من عروض المضاربة بمحاباة يسيرة في هذه الفصول الأربعة وهذا؛ لأن من كان متهما في حق الغير غير مسلط على التصرف من جهته يستوي في حقه المحاباة اليسيرة والفاحشة لتمكن التهمة كالشاهد في حق من يتهم لا تقبل شهادته بالقليل والكثير والعبد المأذون متهم بالميل إلى المولى وإيثاره على الغرماء والمريض متهم بالميل إلى الورثة ورب المال متهم بعدما أصاب المال عروضا بالميل إلى غيره وقصد الإضرار بالمضارب، وإذا لم يجز بيع المأذون من مولاه بغبن يسير يقال للمولى إن كان المباع قائمًا إما أن يتم القيمة وإما أن ينقص البيع؛ لأن العبد يبيع ملك نفسه فجاز إلا أنه أمر بتتميم القيمة أو نقض البيع صيانة لحق الغرماء؛ لأن في المحاباة اليسيرة إبطال حق الغرماء وليس له ولاية إبطال حقهم وقيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة

---

(١) قَال الْقُهُسْتَانِيُّ: الْمُحَابَاةُ هِيَ النُّقْصَانُ عَنْ قِيمَةِ الْمِثْل فِي الْوَصِيَّةِ بِالْبَيْعِ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى قِيمَتِهِ فِي الشِّرَاءِ. انظر: حاشية ابن عابدين ٦٦٨/٦ - ط. الحلبي.

لو حابى لا يجوز البيع فإن أتم المولى القيمة وعلى هذا الخلاف إذا اشترى العبد من مولاه بمحاباة يسيرة وهذا بناء على أن المولى من عبده ينزل منزلة الوارث من مورثه.

ولو باع المورث شيئًا من وارثه بمثل قيمته لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز، ولو كان المستهلك المتاع المبيع لزمه القيمة؛ لأن المولى مخير بين تتميم القيمة وبين نقض المبيع في استهلاكه فقد تعذر نقضه فيلزمه تتميم القيمة.

ولو دفع العبد إلى مولاه مضاربة بالنصف فربح فقال أخذت رأس مالي ونصيبي من الربح صدق في ذلك ولا يصدق على ما في يدي المولى من الربح فيأخذه منه، وكذلك لو شاركه عنانا فللغرماء أن يأخذوا نصفه؛ لأن مال المضاربة والربح كله أمانة في يد المولى والأمين متى ادعى رد الأمانة كان القول قوله حتى لا يضمن، فإذا صدقه صاحبهما في إقراره أولى ولا يصدق في استخلاص ما في يد المولى للمولى؛ لأن الأمين يصدق في رد الأمانة على صاحبها ولا يصدق فيما يدعي من استخلاص شيء من مال غيره في يده لنفسه أو ربح مال غيره لنفسه كما في المودع.

(فصل)

وإذا وكل العبد وكيلًا ببيع عبد له فباعه من مولاه بأكثر من قيمته ثم حجر على عبده فأقر الوكيل بالقبض لم يصدق، ولو باعه الغرماء وأقر صدق.

والفرق أن بعد الحجر على العبد بقي القبض حقا للعبد بدليل أن المشتري لو دفع الثمن إليه برئ من الثمن كما لو دفع إليه قبل الحجر، وإذا بقي القبض بعد الحجر حقا للعبد كان الوكيل وكيل العبد، ولا يصح إقرار العبد بقبض الثمن من المولى فلا يصح إقرار وكيله فأما بعد بيع العبد لم يبق القبض حقا له، وإنما بقي القبض للغرماء فكان هذا وكيل الغرماء، ويجوز إقرار الغرماء بقبض الثمن من المولى وكذا يجوز إقرار وكيلهم.

ولو باع المولى جارية عبده المأذون المديون ونوى الثمن فأقر العبد أنه أمر مولاه ببيعها لم يضمن المولى قيمتها، ولو أنكر ضمن؛ لأن العبد إذا صدقه فقد حكى أمرًا يملك استئنافه للحال، فإنه لو استأنف أمرًا للحال، فإنه يملك إنشاءه واستئنافه

فصدق فيما حكى كزوج المعتدة إذا قال راجعتك وكذبته المرأة هذا إذا كانت الجارية قائمة أو لا يدري حالها وإن كانت هالكة قيل تصدق؛ لأن محمدًا أطلق الجواب إطلاقا والصحيح أنه لا تصدق؛ لأنه حكى أمرًا لا يملك استئنافه، فإنه لو أمره ببيع الجارية وهي هالكة لا يصح فلا يصدق فيما حكى وإن كان فيه نفي الضمان عن المولى، ولو كذبه العبد ضمن المولى قيمتها؛ لأنه أتلف مال العبد والغرماء عليهم بالبيع والتسليم؛ لأنه لم يثبت إذن العبد بإقراره فصار قابضًا ومسلما بغير إذنه، وإن قال لم آمره ولكن أجزت البيع إن كانت الجارية قائمة جاز ولم يضمن المولى وإلا لم يجز وضمن؛ لأن البيع انعقد موقوفًا على إجازة العبد، فإذا لم يعرف موت الجارية بقي موقوفا كما كان؛ لأن العقد لا يبطل عند وقوع الشك في دليل البطلان فتعمل فيه الإجازة لأنها لاقت عقدًا موقوفًا ومتى علم هلاكها والإجازة لاقت عقدًا مفسوخًا فلم تصح الإجازة فلم يبرإِ المولى عن الضمان؛ لأنه تسلمها بغير إذنه.

ولو حجر عليه ثم قال العبد كنت أمرته بالبيع لم يقبل؛ لأنه حكى ما لا يملك استئنافه للحال فلم يصدق وبقي المولى ضامنًا، وكذلك لو أقر بعدما باعه الغرماء لم يصح إقراره، ولو أمر مولاه ببيع عبده فباعه ثم أقر أن العبد قبض الثمن من المشتري يحلف المولى على ما يقول، فإن حلف لم يضمن وإن نكل ضمن الثمن لعبده؛ لأن المولى يقر ببراءة المشتري عن الثمن بقبض الموكل فكانت دعواه براءة المشتري بقبض الموكل كدعواه البراءة بقبض نفسه وهناك القول قوله مع اليمين فكذا هذا.

(فصل)

وإذا باع صبي مأذون من أبيه عبدا بما يتغابن الناس فيه جاز؛ لأنه تعذر صيانة بياعاته وأشريته عما يتغابن الناس فيه فلا يعتبر ذلك في إفساد عقوده وهو يحتاج إلى أن يبايع مجازفة كما يحتاج إلى مبايعة الأجانب، ولهذا لو باع الأب ماله من نفسه بما يتغابن فيه الناس جاز، فأما إذا باع منه بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه ذكر في بعض الروايات أنه لا يجوز بالاتفاق وهو الصحيح وفي بعضها أنه

يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز، ولو باع من الأجنبي بما لا يتغابن فيه يجوز عند أبي حنيفة خلافًا لهما كما في العبد المأذون على ما بينا وجه الرواية أنه لا يجوز، فإنه لو باع الأب ماله من نفسه بما لا يتغابن فيه لا يجوز لأجل التهمة؛ لأنه يتهم أنه إنما أذن له ليبيع منه بغبن فاحش حتى يستجلب بهذا الإذن منفعة إلى نفسه؛ لأنه عسى يوثر نفسه عليه لجلب المنفعة إلى نفسه فكذا إذا اشترى منه وهذه التهمة منفية في حق الأجنبي؛ لأنه لا يؤثر الأجنبي على ولده. وجه الرواية التي يجوز المأذون يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد البلوغ لا بحكم النيابة عن المولى والمولى لما بينا وبعد البلوغ يجوز بيعه بغبن فاحش ويسير وكذا بعد الإذن، ولهذا جاز إقرار المأذون كما جاز بعد البلوغ فكذا هذا، ولو أقر الصبي بقبض الثمن من الأب أو الوصي لم يصدق إلا نفسه، وكذلك لو أقر الصبي لوليه أو لوصيه بالدين وفي رواية يصدق من غير بينة؛ لأنه غير متهم بالكذب في إقراره؛ لأن الإنسان لا يختار ولا يؤثر غيره على نفسه وإن كان أشفق الناس وأرفقهم به؛ لأن شفقة الإنسان على نفسه أوقر وأكبر من شفقته على غيره فلا يختار الأب والوصي على نفسه بالإقرار كاذبا. وجه الرواية الأولى أنه متهم في إقراره لأنه يحتمل أن المولى أذن له في التجارة مع قلة عقله وقصور رشده وهدايته ليدعوه إلى الإقرار بالقبض كاذبا لقلة عقله وسرعة اغتراره وانخداعه. والأب وإن كان وافر الشفقة ولكن شفقته على نفسه أوقر وأكبر فيختار نفسه عليه وقد وجد دليل الاختيار وهو الإذن. والله أعلم.

(باب تصرف المولى مع المأذون)

(**المبسوط**): وإن باع منه بمثل قيمته أو أقل جاز وللمولى الحبس حتى يقبض الثمن وقبل هذا البيع لا يجوز متى سلم المبيع أولا ثم قبض الثمن؛ لأنه تعذر تجويز هذا التصرف تبعا؛ لأنه لا بد للبيع من إيجاب الثمن والمولى لا يستوجب على عبده دينا فيكون بيعا بلا ثمن وتعذر تجويزه استخلاصًا للكسب؛ لأن ما سلم للعبد من المبيع صار كسب العبد وتعلق به حق الغرماء؛ لأنه ملكه من العبد بشرط أن يجب الثمن في ذمته فصح التمليك ولم يصح إيجاب الثمن في الذمة، وإذا أخذ

منه فأما متى أخذ الثمن أولا ثم دفع المبيع إليه فقد أمكن تجويزه بطريق الاستخلاص؛ لأنه أخذ من كسب العبد ألفًا وأعطاه بإزائها عوضا بعدله فكان استخلاصا للكسب وللمولى ذلك وقيل يجوز هذا البيع مطلقا وهو الصحيح؛ لأنه أمكن تجويزه بيعًا من غير ثمن يجب على العبد للحال ويتأخر وجوب الثمن إلى وقت تسليم المبيع أولًا إلى العبد؛ لأنه متى سلم المبيع أولا ثم يجب الثمن على العبد آخرا ويجوز أن ينعقد البيع ويتراخى وجوب الثمن كما لو اشترى شيئًا على أنه بالخيار انعقد البيع ويتأخر وجوب الثمن إلى وقت سقوط الخيار فكذا هذا.

وكذلك إذا قبض الثمن ثم سلم المبيع يجب الثمن في ذمة العبد بعد تسلم المبيع ثم سقط عنه؛ لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين ولا يسترد ما باع فكان لغرمائه؛ لأنه صار من كسب العبد تمليك المولى منه، وإن كان الثمن عوضا فللمولى أن يطالب العبد بالعرض الذي اشتراه منه؛ لأن الثمن متى كان عوضا يتعلق البيع بعيبه ولا يجب دينا في الذمة فيثبت للمولى مطالبة عبده بتسليم عين له عند العبد وذلك جائز كما لو أودعه مالا أو غصب العبد شيئًا من ماله فللمولى أن يطالبه برده، ولو استهلك شيئًا من مال المولى لم يضمن.

ولو باع من عبده بأكثر من قيمته فإما أن يأخذ بمقدار قيمته أو ينقض البيع؛ لأنه إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بالمسمى، فإذا لم يسلم له المسمى كان له نقض البيع كالمريض إذا اشترى وحابى في الثمن ولم يسلم المحاباة للبائع فله الخيار إن شاء أخذ مقدار قيمته، وإن شاء نقض البيع فكذا هذا.

(**المنتقى**): ولو أقرض المولى عبده المأذون المديون فالمولى أحق بها وكذلك إن أودعه وديعة فاشترى العبد بها متاعا فالمولى أحق بالمتاع؛ لأنه بدل ملكه، ولو اشترى المولى من عبده شيئًا لغيره بوكالة جاز الشراء ولم يجز قبضه له وإن صدقه الآمر بقبضه، فإن قبضه المولى فمات في يده ضمن الثمن للعبد وبطل البيع عن الآمر وكذلك شراء رب المال عبدا من المضاربة من مضاربه لغيره وقيمته ألفان ورأس المال ألف يجوز ولا يجوز قبضه.

(باب العبد والصبي المحجور عليه إذا انصرف ثم أذن له)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في العبد.

والثاني: في الصبي.

(فصل)

وتصرف العبد المحجور في مال مولاه يقف على إجازته؛ لأن تصرفه وقع لمولاه؛ لأن حكم تصرفه وهو الملك يقع لمولاه لو نفذ بإذنه فصار العبد مشارطا البدل على المولى؛ لأن البدل في المعاوضات إنما يكون مشروطا على فضل له بالمبدل فصار المحجور متصرفا في حق الغير بغير إذنه فيتوقف على إجازته، فإن أجازه المولى نفذ عليه وتكون العهدة على العبد؛ لأنه هو العاقد وصار كالفضولي.

اشترى عبد محجور عليه متاعا ثم أذن له مولاه في التجارة لم يجز شراؤه؛ لأن الإذن إجازة لأشريته وبياعاته في المستقبل لا في الماضي؛ لأن الإذن بتحصيل شراء حاصل مستحيل فيبقى شراؤه موقوفا، فإن أجاز العبد الشراء بعد ذلك جاز استحسانًا.

وكذلك لو أجازه المولى وهكذا ذكر في النكاح إذا تزوج امرأة بغير إذن مولاه ثم أذن له بالنكاح فأجازه يجوز استحسانًا. وجه القياس: أن هذا العقد توقف على إجازة المولى لا على إجازة العبد؛ لأن توقيف العبد على إجازة العاقد مستحيل فيجب أن لا ينفذ إلا بإجازة المولى. وجه الاستحسان: وهو أن الإذن بالتجارة إذن بإجازة التجارة؛ لأن الإجازة تجارة كإنشاء العقد، ولهذا يملك إجازة بيع شيء من كسبه، ولأن ما هو المقصود من الشراء يحصل بالإجازة فتكون الإجازة باعتبار المقصود تجارة معنى فيملك الإجازة بإذن المولى فصارت إجازته كإجازة المولى؛ لأنه يقوم مقامه في الإجازة، ولو لم يأذن ولكن أعتقه لم يجز شراؤه وإن أجازه، وكذلك لو أجازه المولى بعد العتق أو أجاز لم يجز؛ لأن الإجازة لاقت عقدًا

منتقضًا مفسوخًا؛ لأنه انتقض بالعتق؛ لأنه تعذر تنفيذه على الوجه الذي انعقد؛ لأن الشراء انعقد على أن يقع الملك في البيع للمولى والثمن مستحق من خالص ملكه، ولو نفذ بالإجازة بعد العتق يستحق الثمن من ملك العبد؛ لأنه تسلم بمنافعه ومنافعه ملكه ويجب الثمن في ذمته ومتى تعذر تجويزه على الوجه الذي انعقد بطل كالفضولي إذا باع مال غيره ثم مات المالك يبطل بخلاف ما إذا تزوج العبد بغير إذن المولى ثم أعتقه المولى ينفذ النكاح والشراء لا ينفذ والفرق أن النكاح وقع للعبد لا للمولى؛ لأن حكمه يقع للعبد متى أجازه المولى إلا أنه لم ينفذ بحق المولى حتى لا تصير رقبته مشغولة له بالمهر والنفقة فيتضرر المولى بذلك، فإذا زال حق المولى بالعتق نفذ على العبد فأما الشراء واقع للمولى؛ لأن حكمه يقع له فيتوقف على إجازته فلا ينفذ على غيره.

ولو اشترى المحجور متاعًا فهلك في يده ولم ينقد ثمنه ثم عتق لزمه قيمة المتاع؛ لأن القبض حصل بإذن المالك والعقد قول والمحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال ما لم يعتق، فإذا هلك المتاع قبل الإجازة انفسخ العقد بقي قابضا للمبيع بجهة العقد فصار كأنه قبضه على سوم الشراء بغير إذن المولى وهلك في يده، ولو كان كذلك يضمن قيمته بعد العتق لا الثمن فكذا هذا، ولو كان المبيع عبدا فقتله بعد أن قبضه لزمه في الحال ويقال لمولاه ادفع أو افده؛ لأنه جنى على ملك غيره؛ لأن شراء الموقوف لا يقيد الملك قبل الإجازة وإن قبضه فبقي العبد على ملك البائع فصار جانيا على ملك غيره فكانت جنايته معتبرة فيلزم المولى موجبها وهذا نص على أن شراء المحجور لا يقيد الملك بعد القبض.

ولو اشترى المحجور عبدا بألف قيمته ألف فباع وربح فيه أخذ البائع ثمنه من ذلك المال استحسانًا إذا علم أنه ثمن عبده في يده، والقياس أن لا يكون له أخذ الثمن؛ لأن البيع ليس بنافذ. وجه الاستحسان: أنه متى ربح فيه نفذ البيع؛ لأن بيع المحجور إنما لم يجز؛ لأن فيه ضررًا بالمولى وهنا لا ضرر بالمولى بل فيه نفع له، فإنه يحصل له الربح والعبد محجور عن المضار لا عن المنافع فكان هذا بيع مأذون فنفذ، ونظيره العبد المحجور إذا أجر نفسه بغير إذن مولاه وعمل وسلم من العمل تجوز الإجارة ويجب الأجر فكذا هذا، ويأخذ ثمنه مما في يده؛ لأنه عثر على بدل حقه.

ولو عثر على عين حقه أخذه فكذا إذا عثر على بدل حقه، ولو أنكر المولى وقال "هو هبة من عندي" كان القول له؛ لأن يد المحجور يد المولى فكان القول قوله أن ما في يده ملكه.

ولو أقاما البينة فالبينة بينة البائع؛ لأن بينته بينة الخارج، ولو باع المحجور عليه متاعًا لرجل بأمره جاز والعهدة على الآمر، فإن عتق أو أدركه في التجارة عادت العهدة عليه؛ لأنه لا ضرر على المولى.

(فصل)

وإذا باع صبي محجور عبده بألف درهم وضمن رجل للمشتري الدرك ثم دفع الثمن فاستحق العبد رجع المشتري بالثمن على الكفيل، ولو دفع الثمن ثم ضمن لم يرجع؛ لأن الكفالة قبل قبض الثمن صحيحة وبعده فاسدة؛ لأن الثمن بعد قبض الصبي أمانة عنده؛ لأنه قبض بإذن المالك وقبض المأذون لا يوجب الضمان ولا يجب بالعقد؛ لأن المحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال والكفالة بما ليس بمضمون باطلة فأما قبل قبضه أمكن تصحيح الكفالة بأن يجعل الكفيل كأنه قال ادفع الثمن إلى الصبي ليكون أمانة عنده على أني ضامن لك فيصير مستقرضًا المال من المشتري ثم أمره بدفعه إلى الصبي فينوب قبض الصبي عن قبض الضامن أولا ثم يصير قابضًا عن نفسه كمن قال لآخر أدركوه مالي على أني لك ضامن فصار الضامن قابضا الثمن من المشتري بقبض الصبي ثم دفعه إليه فكان ضامنا وكان المال أمانة في يد الصبي وبعد قبض الثمن لا يمكن أن يجعل الكفيل ضامنا على هذا الوجه وصار كمن دفع عشرة دراهم إلى صبي وقال: أنفقها على نفسك وضمن إنسان عن الصبي لم يصح.

ولو ضمن قبل دفع العشرة يصح فكذا هذا، فإن وجد المشتري ماله بعينه في يد الصبي رجع عليه، وإن لم يجد بطل حقه عندهما، وعند أبي يوسف رجع على الصبي بضمانه كما لو أودع صبيًّا محجورًا عليه مالًا فاستهلك.

(المنتقى): عبد محجور عليه اكتسب عشرة دراهم بغير إذن السيد ثم اشترى بها

ثوبا والسيد ينظر إليه فسكت صار العبد مأذونا له في التجارة وللمولى أن يرجع بالدراهم على البائع؛ لأن العبد اكتسبها قبل الإذن فكانت مال المولى ويرجع البائع بالدراهم دينا على العبد. عبد محجور عليه اشترى دارا وباعها ثم بلغ مولاه فأجاز البيع والشراء قال يجوز الشراء ولا يجوز البيع؛ لأنه لما نقد الشراء السابق على البيع بإجازة المولى فقد ثبت الملك البات للمولى سابقا على البيع فقد طرأ ملك بات للمولى على ملك موقوف بغيره فبطل الموقوف. عبد محجور اشترى ثوبا ولم يعلم مولاه بذلك حتى باعه العبد ثم أجاز شراءه لم يجز هذا الشراء أبدًا؛ لأنه لو جاز ونفذ صار للعبد دون المولى وهو إنما اشتراه للمولى.

ولو باع ثوبا من رجل ثم إن المولى باع العبد ولم يعلم ببيع الثوب ثم علم فأجاز البيع جاز؛ لأن بيع العبد لم ينفسخ البيع الموقوف فالإجازة صادقت عقدا موقوفا فصحت. عبد محجور أدان رجلا دينا فنهى مولاه من عليه الدين أن يدفعه إلى العبد فقضاه الغريم ذكر المعلى عن أبي يوسف إن كان رد على العبد عين الدراهم التي أخذها منه فهو بريء وإن قضاه غيرها لا يبرأ؛ لأنه متى كان المأخوذ قائمًا وجب عليه رده على العبد؛ لأنه أخذه منه بغير حق، وإن لم يكن قائمًا صار دينا عليه للمولى فيجب قضاؤه للمولى، وعند أبي حنيفة بشراء في الوجهين؛ لأن الإدانة من المحجور عليه موقوف وحقوق العقد ترجع إلى العاقد في الباب والموقوف جميعًا كما في الفضولي إذا أدان مال غيره فقضاه المدين بشراء فكذا هذا والله أعلم.

(باب تصرف المأذون بعدما حجر عليه)

(**المبسوط**) مسائله على فصول:

أحدها: في الإقرار بعد الحجر.

والثاني: في الهبة منه والاستهلاك.

والثالث: في الخصومة وقبض الديون.

(فصل)

وإذا حجر على عبده المأذون فتصرف بعد ذلك في بعض باقي يده وأقر بدين أو وديعة أو بضاعة أو استهلكها لا يلزمه شيء عندهما قياسًا.

وقال أبو حنيفة: كله باطل ما خلا الإقرار بالدين والوديعة والبضاعة استحسانًا.

لهما: أن إقرار العبد بالكسب إنما يصح بالإذن؛ لأن المحجور ممنوع من التصرف في كسب في يده؛ لأنه صار ملكا للمولى، ولهذا لو أقر المحجور الأصلي بما في يده من الكسب أو باع لا يصح وهنا إن بقي الكسب في يده فقد زال الإذن فلم يصح إقراره. لأبي حنيفة رضي الله عنه أن هذا المال بقي كسبا للمأذون وإن حجر عليه؛ لأنه لو كان عليه ديون يقضى عليه منه بعد الحجر، وإذا بقي كسبا له فوجب أن ينفذ إقراره فيه؛ لأن إقراره نافذ في حق الكسب بحاجته؛ لأن كل كاسب أحق بكسبه ما لم يفضل عن حاجته ودفعا للضرر عنه وعن الغرماء وأرباب الأمانات؛ لأن العبد لا يشهد على كل عقد يعقد في حالة الإذن فربما يجتمع مال عظيم في يده بالمبايعات فيحجر عليه المولى فلو لم يجز إقراره بعد الحجر أدى إلى إلحاق الضرر بالغرماء، فإنه يتأخر حقهم إلى ما بعد العتق ويتضرر به العبد، فإنه يلزمه القضاء من خالص ماله متى عتق وكان سبيل ديونه أن تقضى من كسب الرق، ولهذا جاز إقراره باستيفاء الديون التي وجبت له بالمبايعات في حالة الإذن، ويقبض الودائع التي كانت له عند الناس بعد الحجر نفيا للضرر عنه وعن الناس بخلاف التجارة؛ لأنه ليس في القول ببطلان تجارته فيه ضرر بأحد وبخلاف رقبته فإنها كسب مولاه لا كسبه.

ولو أقر بدين حادث بعد الحجر وعليه دين معروف وجب عليه في حالة الإذن لا يصح إقراره بدين الحجر لأنهما لم يتساويا؛ لأن أحدهما وجب في حال الإطلاق والآخر وجب في حالة الحجر فكان بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ولو أقر بعدما حجر عليه وكانت في يده ألف أخذها مولاه أنها كانت وديعة لفلان ثم عتق لم يلزمه شيء؛ لأنه محجور أقر بغبن وليس في يده من كسب الإذن شيء فلا يصح إقراره؛ لأن صحة إقراره باعتبار ما في يده من الكسب؛ لأنه بقي حقا له بعد الحجر، فإذا لم يكن في يده شيء لا يصح.

ولو أقر أنها كانت غصبا في يده لزمه إذا عتق؛ لأن أخذ المولى منه كرها يعتبر بما لو هلك في يد العبد والوديعة إذا هلكت في يد المودع لم يضمن؛ لأنه لم يخالف فيها والمغصوب إذا هلك في يد الغاصب يضمن فكذا هذا.

ولو لم يأخذ منه الوديعة ولكن كان عليه دين فقضاها لزمه إذا عتق؛ لأن الكسب إذا كان مستحقًّا بدين الإذن فهو كالهالك معنى كالماء المستحق بالعطش جعل كالعدم حكما، ولأن ما في يده مشغول بحق الغرماء فلا يصح إقراره كالوارث إذا أقر على مورثه وعليه دين مستغرق بالتركة إلا أنه يلزمه بعد العتق؛ لأن في زعم العبد أن دينه قضيت من الوديعة بغير إذن صاحبها.

ولو حجر عليه وفي يده ألف فأقر لرجلين لأحدهما بدين ألف درهم ولآخر بأن هذه الألف وديعة له فلا يخلو إما أن أقر بهما منفصلا أو متصلا بينهما وكل لا يخلو إما أن يقر بالدين أو لا ثم بالوديعة أو بالوديعة ثم بالدين، فإن أقر بهما منفصلا بأن قال لفلان عليّ ألف وسكت ثم قال هذه الألف وديعة لفلان عند أبي حنيفة الألف كلها للمقر له بالدين؛ لأنه لما أقر بالدين أولا فقد تعلق به حق صاحب الدين وصار جميع الألف مشغولة مستحقة بحقه فإقراره بالوديعة بعد ذلك يتضمن إبطال حق صاحب الدين فلا يصح إقراره كالوارث إذا أقر على مورثه بدين ألف درهم وفي يده ألف من التركة ثم أقر بالوديعة لا يصح فكذا هذا.

وإن أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالألف كلها للمقر له بالوديعة لما بينا، وأما إذا أقر بهما متصلا، فإن بدأ بالدين بأن قال لفلان عليّ ألف وهذه الألف وديعة لفلان تكون الألف بينهما نصفين.

ولو بدأ بالوديعة ثم بالدين فالألف كلها لصاحب الوديعة عند أبي حنيفة؛ لأن الكلام إذا كان متصلا بعضه ببعض في آخره ما يغير حكم أوله يتوقف أوله على آخره ولا يعطى لأوله حكم حتى ينتهي إلى آخره لئلا يلغو آخره، فإذا أقر بالدين أولا ثم بالوديعة فالبيان وجد والمحل في ملكه؛ لأنه حين أقر بالدين أولا فالألف لم تزل عن ملكه ولا يخرج من أن يكون كسبا له إلا أنه تعلق حق الغريم به فصح البيان منه؛ لأنه لاقى ملكه فيعتبر أول هذا الكلام فتنصف الألف بينهما وهذا البيان منه؛

لأنه لاقى ملكه بيان يعتبر لا تقرير فيصح موصولا لا مفصولا فأما إذا أقر بالوديعة أولا فالبيان وجد والألف ليست في ملكه؛ لأن بالإقرار الأول ظهر أنها ملك المودع، فإذا أقر بالدين بعد ذلك لا يتعلق حق المقر له بتلك الألف ولا يتعين أول الكلام بآخره بل بنقد ذلك للحال.

ولو ادعيا عليه فقال صدقتما كان بينهما نصفين عند أبي حنيفة؛ لأن الإقرار بالوديعة إقرار بوديعة مستهلكة؛ لأنه لا يمكن للمودع تسليمها فكأنه أقر لهما بالدين معا وعندهما الأقارير كلها باطلة والألف للمولى ويؤخذ العبد بالدين بعد العتق؛ لأن إقرار المحجور بما في يده من الكسب باطل.

(فصل)

ولو وهب رجل لعبد محجور ألفًا فلم يأخذها المولى حتى استهلك لرجل ألفًا ثم استهلك أيضًا ألف أخرى كانت الألف للمولى والدينان في رقبته؛ لأن المولى لم يرض باستحقاق رقبته وانغلاق كسبه بالدين فصار كسبه وهو الألف الموهوبة به ملكًا للمولى فملك فيها التصرف وكانت يد العبد في تلك الألف كيد المولى، فإذا لحقه الدين بعد ذلك لا يتعلق بتلك الألف؛ لأن حق المولى أسبق على حق الغرماء.

ولو لحقه دين الاستهلاك ثم وهب له تصرف الهبة إلى دينه؛ لأن الدين لما لزمه فالألف لا تصير ملكا للمولى لأنها كسب العبد ومحل قضاء دين الإنسان كسبه فيتعلق به حق الغريم وصار مستحقا به والفاصل من حق العبد يصير ملكا للمولى ولم يفصل كسبه من حقه بخلاف ما إذا كان مأذونا في التجارة؛ لأنه رضي المولى بانغلاق كسبه واستحقاقه بالدين فتعلق به حق الغرماء سواء كان الكسب حادثا قبل لحوق الدين أو بعده.

ولو استهلك ثم وهب له ثم لحقه دين آخر تصرف الهبة إلى الدين الأول لأنه حين لزمه الدين الأول صار كسبا مستحقا به والمستحق بالدين يصير كالهالك حكما فحين لزمه الدين الثاني لم يبق له كسب فلا يتعلق به وصار هذا كالمأذونة إذا ولدت ولدا بعد لحوق الدين بها، فإنه يتعلق بالولد وإن ولدت قبل لحوق الدين لا

يتعلق بالولد؛ لأن المحجور يملك التصرف في كسبه كما لا تملك المأذونة التصرف في ولدها فاستويا.

(فصل)

وإذا حجر على المأذون وله ديون على الناس كان الخصم فيها العبد حتى لو قبضها العبد وعليه دين أولا برئ الغريم؛ لأن حجر المولى لم يعمل فيما يثبت للعبد من استيفاء ديونه وقبض ودائعه التي وجبت حالة الإذن؛ لأنه ثبت للغريم حق أن يبرأ من الدين متى دفع الدين إلى العبد ولا يملك المولى إبطال الحق على غريمه بالحجر كما في الوكيل بالبيع لم يبطل حقه في قبضه بالعزل فكذا هذا، ولأن قبض الثمن من حقوق العقد والحجر لم يعمل في إبطال حق العقود المباشرة حالة الإذن فكذا لا يعمل في إبطال حقوقها وحقوق العقد ترجع إلى العاقد كما في الوكيل.

ولو مات العبد أو باعه فالخصم فيها المولى، وإن كان على العبد دين؛ لأن المولى أقرب الناس إليه، فإذا عجز العبد عن قبض حقه والخصومة فيه يقوم المولى مقامة كما يقوم الوارث مقام المورث إلا أنه لا يقبض الديون متى كان عليه دين؛ لأنه لا فائدة في قبضه إذ لو قبضه يجب عليه دفعه إلى الغرماء فيحيل بالقبض إليهم، ولذلك يجب أن يكون في الوارث، فإن أعتقه المشتري فللعبد أن يقبض دينه؛ لأن العجز قد ارتفع؛ لأن العجز إنما كان بحق المشتري حتى لا يتقاعد عن خدمته من غير رضاه وقد زال هذا المعنى بالعتق، وإذا أقر العبد بعد الحجر عند القاضي بعيب لا يحدث مثله في متاع باعه في حالة الإذن يرد عليه لا بإقراره لكن يعلم القاضي بوجود العيب عند البيع تغيبًا وإحاطة كما لو نكل عن اليمين أو أقام المشتري البينة عليه، وإن كان عيبًا لحدث مثله لم يصدق العبد على الغرماء والخصم فيه المولى يحلف على علمه؛ لأن هذا إقرار من العبد بالدين على نفسه؛ لأنه أقر للمشتري بحق الرد عليه وأن الثمن دين عليه للمشتري متى رد عليه فصار هذا إقرارًا بالدين على نفسه باعتبار المال وإقرار المحجور عليه بالدين باطل إذا لم يكن في يده كسب وقت الإقرار إلا أنه لا يبقى العبد خصمًا للمشتري؛ لأنه وافقه وساعده والخصومة إنما تتحقق بين المتنازعين لا بين المتوافقين، وإذا عجز

المشتري عن الخصومة مع العبد يقوم المولى مقامه في الخصومة كما لو مات العبد أو خرج عن ملكه، فإن أقر المولى لم يصدق على الغرماء وبيع العبد المردود ورد على المشتري ثمنه من قيمته، فإن فضل كان للغرماء وإن نقص لم يكن له شيء ما لم يقض الغرماء من رقبة العبد؛ لأن حق المشتري يتعلق بثمن المتاع لا برقبة العبد؛ لأن المولى والعبد لا يصدقان في حق الغرماء؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حقهم ثم جعل نكول العبد بمنزلة البينة ونكول المولى بمنزلة الإقرار؛ لأن العبد كالوكيل في هذا المتاع والمولى كالموكل ويكون الوكيل بمنزلة البينة؛ لأنه مضطر في النكول لجواز أن يكون به هذا العيب وقت البيع وهو لا يعلم به فمتى حلف الوكيل على البيان يكون حانثًا في اليمين فصار مضطرا في النكول فجعل نكوله بمنزلة البينة للضرورة إذا لم يسبق منه إقرار فأما الموكل والمولى غير مضطر في النكول؛ لأنه يستحلف على العلم فمتى لم يعلم بالعيب وقت البيع لا يحنث في الحلف.

(باب جناية العبد المأذون والجناية عليه)

(**المسبوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في جناية المأذون.

والثاني: في جناية عبده.

(فصل)

وإذا جنى المأذون يخاطب المولى بالدفع أو الفداء؛ لأن الخصم في رقبة المأذون هو المولى لأنها كسب المولى لا كسب المأذون، ولهذا لو ادعى إنسان في رقبته حقا ينتصب المولى خصما للمدعي لا للمأذون وكذا لا تباع رقبة المأذون المديون إلا بحضرة المولى.

ولو قتل العبد رجلا خطأ ثم أذن له مولاه في التجارة ولحقه دين لم يكن اختيارا للفداء؛ لأن الإذن للعبد لا يعجز المالك عن الدفع؛ لأنه باقٍ على ملكه وكل تصرف أصابه المالك في العبد ولا يعجزه عن الدفع لا يصير به مختارًا للدفع لما تبين في كتاب الجنايات.

وإن دفعه بالجناية بيع في الدين ويرجع أصحاب الجناية بقيمته على مولاه؛ لأن حقهم ثبت في عبد فارغ عن الدين، وإنما صار مشغولا من جهة المولى بعد ثبوت حقهم فصار المولى ضامنا بخلاف ما لو جنى العبد بعد لحوق الدين ودفعه المولى إلى أصحاب الجناية ثم بيع العبد بعد الدفع بدين الغرماء لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشيء؛ لأنه وصل إليهم قدر حقهم، فإن حقهم في عبد مشغول بالدين يباع فيه وقد وصل إليهم كذلك.

وكذلك لو أذن له ولم يلحقه دين حتى قتل رجلا خطأ ثم لحقه دين ألف درهم ثم قتل رجلا خطأ ثم لحقه دين ألف فرجع بالجناية وبيع بالدينين رجع صاحب الجناية الأخيرة على مولاه بنصف قيمة حصة الدين الثاني؛ لأنه لو وجب الدينان قبل الجناية لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشيء.

ولو وجب الدينان بعد الجناية يرجع أصحاب الجناية على المولى بجميع قيمة العبد، فإذا وجب أحدهما قبل الجناية والآخر بعدها كان لكل دين حكم لنفسه أقر على عبد بجناية ثم بجناية دفع إليهما نصفين ثم يرجع صاحب الجناية الأولى على المولى بنصف قيمته إذا تكاذب الوليان؛ لأن الإقرار بالجناية الثانية إقرار بتمليك العبد من أولياء الجناية وصحة تمليك العبد من أولياء الجناية لا يمنع صحة الإقرار بالجناية الثانية وبالإقرار بالجناية الثانية لا يصير مختارا للفداء ولا ضامنا قيمة العبد؛ لأنه لا يعجزه عن الدفع يمكنه دفع جميع العبد إلى أصحاب الجناية الأولى على عبده المأذون دين معروف أو أقر به المولى ثم أقر عليه بجناية لم يصدق إلا أن يقضي دينه.

ولو كان عليه جناية معروفة أو أقر بها المولى على عبده بالجناية الثانية صح إقراره. والفرق أن دين العبد يمنع المولى من تمليك العبد من غيره إلا برضاء الغرماء، ألا ترى لو باعه أو وهبه كان لهم أن ينقضوا وكذا يمنع صحة الإقرار بما يوجب تمليكه من غيره فأما جناية العبد لا تمنع المولى من تمليك العبد من غيره، ألا ترى لو باعه أو وهبه من غيره صح ولم يكن لولي الجناية نقضه، وفقهه أن دين العبد واجب في ذمة العبد لا في ذمة المولى وتعلق بماليته والمالية في العبد والحق

الثابت في العين يحجر المالك من تمليكه من غيره؛ لأنه يتضمن إبطال حق الغير كحق المرتهن في الرهن فأما موجب جناية العبد يجب في ذمة المولى وهو الدفع أو الفداء إلا أنه يتعلق بالعبد وهو دفعه ولا يتعلق بماليته، وإذا كان موجب الجناية يتعلق بذمة المولى فلا يحجره عن التصرف فيه؛ لأنه تصرف بحل خالص له لا حق للغير فيه إلا أنه إذا استهلكه ضمن قيمته؛ لأن العبد محل إقامة حقهم وهو الدفع فصار كنصاب الزكاة وجبت فيه الزكاة ولا يحجر المالك عن التصرف فيه، وإذا استهلكه ضمن فكذا هذا.

ولو قتل رجلا عمدا وعليه دين فصالح المولى على أن جعل العبد لأصحاب الجناية بحقهم لم يجز وليس لهم أن يقتلوه وقد سقط القصاص ويباع في الدين، فإن فضل شيء كان لصاحب الجناية وإلا فلا شيء له على أحد أبدًا؛ لأن تمليك المولى العبد من ولي القصاص بالصلح لو صح يؤدي إلى إبطال حق الغرماء في العبد والسعاية كما لو باعه؛ لأنه ليس للغريم ولاية بيع العبد والاستسعاء في ملك ولي القصاص فالواجب بقتل العمد القصاص لا الدفع فلم يصح هذا الصلح في حق الغرماء وصح في حق ولي القصاص؛ لأن العفو من ولي القصاص حصل بغير بدل؛ لأنه صالح على بدل لا يقدر المتبرع على تسليمه فصار كما لو صالح مع متبرع على خمر أو خنزير، وإذا سقط القصاص لا يخاطب الولي بشيء ولكن يباع العبد بالدين؛ لأنه لا يستحق به وما فضل شيء فلولي القصاص؛ لأن الثمن بدل العبد ولا مانع فيه.

(فصل)

ولو جنى عبد عبده المأذون، فإنه يخاطب به المأذون بالدفع أو الفداء لا المولى؛ لأن الخصم في كسب المأذون هو المولى؛ لأن ملك اليد والتصرف له، ولهذا لو ادعى إنسان في كسبه حقا انتصب المأذون خصما له ويملك بيع كسبه بغير رضاء المولى.

ولو قتل عبد العبد المأذون رجلا خطأ وقيمته ألف ففداه بعشرة آلاف جاز عند

أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز إلا الدفع وهذا بناء على أن المولى بالفداء صار مشتريا العبد وهذا يجوز عنده وعندهما لا يجوز؛ لأن كسب المأذون لا يملكه المولى قبل القبض عنده وعندهما يملكه.

ولو وجد عبد العبد المأذون قتيلا في دار المولى إن لم يكن عليه دين هدر دمه؛ لأنه لو قتل عبد عبده حقيقة هدر دمه فلأن يهدر دمه إذا جعل المولى قاتلا حكما أولى؛ لأن المقتول ملكه لا حق لأحد فيه، وإن كان عليه دين غير مستغرق يضمن قيمته حالًا بالإجماع؛ لأنه يملك رقبته، وإن كان مستغرقا فكذلك عندهما؛ لأنه يملك استهلاكه عندهما بالإعتاق فكذلك يملك استهلاكه بالجناية، وعند أبي حنيفة يضمن قيمته مؤجلا في ثلاث سنين في ماله؛ لأنه لا يملك استهلاكه بالإعتاق حتى يجعل مستهلكا بالإعتاق فيبقى مستهلكا بالجناية حقيقة وحكما وضمان الجناية يجب مؤجلا كما لو قتل عبد مكاتبه، فإنه يضمن قيمته مؤجلا؛ لأنه تعذر أن يجعل مستهلكا بالإعتاق فاعتبر مستهلكا بالجناية والله أعلم.

(باب الغرور)

(**المبسوط**): رجل دخل بعبد إلى السوق وقال: هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة ثم وجد حرًّا أو مستحقًّا وقد لحقه دين لم يكن غارا، ولو قال لهم: بايعوه ضمن لهم الأقل من قيمته ومن الدين، والفرق بينهما أن الأمر بالمبايعة مع عبد مضاف إليه يوجب على المولى البيع بالدين أو الفداء بقيمته؛ لأن المبايعة لا تنفك عن وجوب الدين ومن ضرورة وجوب الدين بالمبايعة الصادرة بإذن المولى وجوب البيع أو الفداء على المولى، فإذا أمره بما يوجب عليه البيع أو الفداء لا محالة فقد أطمعهم في ذلك فصار ضامنا سلامة الرقبة لهم فصاروا مغرورين من جهته فلهم الرجوع متى ظهر خلاف ذلك فأما الإذن بالتجارة ينفك عن وجوب البيع بالدين أو الفداء عنه؛ لأن الإذن فك الحجر فلا ينفك عن انفكاك الحجر والإذن ليس بسبب لوجوب الدين، وإنما المبايعة سبب لوجوبه وربما لا يبايع الناس فلا يلزمه دين فينفك عن وجوب البيع بالدين فبمجرد الإذن لم يصر ضامنا لهم البيع بالدين.

ولو قال: هذا عبدي فبايعوه وقد أذنت له في التجارة أو لم يقل له أذنت له في التجارة وهو غار لمن حضر من أهل السوق ولمن لم يحضر؛ لأن الأمر بالمبايعة إذن له في التجارة اقتضاء والثابت اقتضاء كالثابت نصًّا فصار المولى ضامنا لهم البيع بالدين أو الفداء عنه؛ لأن الإذن بالمبايعة قد انتشر واشتهر فيما بين أهل السوق فقام انتشار الأمر والشيوع فيما بين الناس مقام البلوغ إلى كل واحد منهم؛ لأن التبليغ إلى كل واحد من آحاد الناس متعذر كالحجر إذا انتشر وأشاع ثبت في حق من سمع ومن لم يسمع فكذا هذا، وكذلك لو كان مدبرا، ولو بعلمهم؛ لأنه لا يمكن بيع المدبر والمكاتب بالدين فقد أطمعهم في بيعه متى لحقه دين وقد ظهر الأمر بخلاف ذلك فصاروا مغرورين من جهته.

ولو كان قنًّا وأمرهم بالمبايعة ثم دبره قبل لحوق الدين لم يضمن المولى؛ لأنه لم يتحقق الغرور متى كان العبد قنًّا وقت الأمر بالمبايعة؛ لأن الغرور إنما يتحقق إذا ظهر الحال بخلاف المقال أو لم يظهر الحال بخلاف المقال؛ لأنه لما أمرهم بالمبايعة مع عبده فقد أخبر أن هذا العبد قنٌّ يجوز بيعه بالدين وإنه كذلك وقت المبايعة، وإذا لم يتحقق الغرور لم يضمن بالغرور ولا بالإتلاف؛ لأنه لم يتلف عليهم حق البيع؛ لأنه استهلكه قبل لحوق الدين وقبل تعلق حقهم برقبة العبد فلم يصر متلفا حقهم حتى لو دبره بعد لحوق الدين ضمن.

ولو قال: هذا مدبري وقد أذنت له في التجارة فلحقه دين ثم استحقه رجل وقال هذا مدبر لي لم يضمن الذي غرهم شيئًا؛ لأنه لم يغرهم، فإنه لم يظهر الحال بخلاف المقال؛ لأنه لما قال هذا مدبري فبايعوه لم يطمعهم في استيفاء الدين من رقبته بالبيع؛ لأن المدبر لا يباع ولا من كسبه؛ لأن الكسب كان معدوما وقت الإطماع الذي هو سبب الضمان والإطماع والغرور إنما حصل بالأمر بالمبايعة معه والمكتسب كان معدوما وقت الأمر بالمبايعة الذي هو سبب الضمان والزوائد الحادثة بعد سبب الضمان لا يحدث مضمونة كما في زوائد المغصوب، فإن قيل المدبر ضمن الذي غرهم قيمته؛ لأنه أطمعهم أن ديونهم تستوفى من بدل رقبته متى قيل إن لم يطمعهم في استيفاء ديونهم من ثمن رقبته بالبيع ولما استحق وقبل المدبر في يد المستحق لم يحصل لهم ما أطمعهم فصار غارًّا.

ولو قال: بايعوه من البر ضمن ما بايعوه في كل نوع؛ لأن الإذن في نوع إذن في الأنواع كلها فصار كأنه قال هذا عبدي أذنت له في التجارة فبايعوه.

ولو قال: أذنت له في التجارة ثم قال لأقوام بأعيانهم بايعوه فبايعوه وغيرهم فوجدوه حرا أو مستحقا ضمن لمن أمره خاصة قدر حصتهم؛ لأن التخصيص من الأمر بالمبايعة معتبر في حق الأشخاص؛ لأنه مقيد؛ لأن الناس يتفاوتون في المبايعات فصح الأمر بالمبايعة لمن خصه ولم يصح في حق غيرهم؛ لأنه ما أظهر الإذن عند ملإٍ من الناس حتى ينتشر ويشتهر فيصير كأنه أخبر الناس كلهم فتعلق الإخبار بمن أخبره والتخصيص في حق الإذن غير مقيد فلغي التخصيص فصار عاما وبالإذن المجرد لا يصير غارًّا ضامنا.

ولو قال لأهل السوق: بايعوه ثم نهى واحدا أو اثنين عن مبايعته ثم استحق لم يضمن لمن نهاه؛ لأن التخصيص في حق الحجر عن المبايعة صحيح، فإن قال: بايعوه أبدًا ولم يقل إنه عبدي لم يكن غارًّا ولم يضمن لأحد شيئًا؛ لأنه لم يضمن لهم سلامة العبد والبيع بالدين؛ لأنه أمرهم بالمبايعة مع عبد مطلق غير مضاف إليه وليس من ضرورة الأمر بالمبايعة مع عبد مطلق وجوب البيع بالدين عليه.

ولو كان الذي أمر بهذا كله عبدًا أو صبيًّا أو مكاتبًا ومن لا تجوز كفالته لا يضمن شيئًا إلا أن العبد والمكاتب إذا أعتقا يؤاخذان بالأقل من دينهم ومن قيمته من بايعوه؛ لأن الصبي والمحجور لا يؤاخذان بضمان الأقوال لا في الحال ولا في المآل وهما يؤاخذان بضمان الأقوال بعد العتاق.

وكذلك لو جاء صبي وقال: هذا ابني وقد أذنت له في التجارة فبايعوه وقد كان ابن غيره فهو غار؛ لأنه أطمعهم أن ديونهم تجب في ذمة الصبي وتستوفى من ماله بسبب إذنه وقد ظهر الأمر بخلافه، فإنه ظهر أن الصبي ابن الغير ولم يصح إذنه فصاروا مغرورين من جهته فكان لهم الرجوع على الإذن كما في عبده.

ولو جاء بأمة فقال: هذه أمي فبايعوها فولدت ثم استحقت ضمن لهم قيمتها وقيمة أولادها ولا يضمن ما وهب لها ولا ما اكتسب ويغرم القيمة في ذلك كله يوم الاستحقاق لا يوم الغرور؛ لأن الولد بعض من أبعاض الجارية فيكون ملكا لمن

كان له الملك في الجارية فضمانه سلامة الجارية لهم بحكم الملك يكون ضمانا بسلامة أولادها فأما الكسب ليس من جملة الجارية وقد يكون مملوكا له وقد لا يكون مملوكا له فلا يكون ضمانه بسلامة الجارية ضمانا بسلامة كسبها وتعتبر قيمة الجارية يوم الاستحقاق؛ لأن السلامة تكون بالاستحقاق.

(**المنتقى**): رجل وطئ جارية عبده المأذون المديون فجاءت بولد، فإنه يأخذها وعليه قيمتها؛ لأن للمولى فيها حق الملك وذلك يكفي لصحة الاستيلاد فيملكها بالقيمة حكما لصحة الاستيلاد مقتضاه سابقا عليه كالأب إذا استولد جارية ابنه، فإن استحقها مستحق أخذها وعقرها وقيمة ولدها ولا يرجع المولى بالغرور؛ لأنه ليس بشراء ولكنه يرجع بقيمتها على عبده إذا عرفت نفسها، وكذلك الأب إذا وطئ جارية ابنه فولدت له ثم استحقت لأن بالاستحقاق تبين أنه لا حق للابن والعبد في أخذ القيمة.

ولو وطئ جارية عبده المأذون ولا دين عليه ثم استحقت رجع العبد على البائع بالثمن وبقيمة الولد.

(فصل)

وإذا شهد لمسلم مسلمان على عبد كافر تاجر بألف دين ولمسلم كافران بألف بيع العبد وبدئ بدين الذي يشهد له المسلمان، فإن بقي شيء كان للآخر؛ لأن الخصم هو المأذون في حق إثبات المال عليه دون المولى؛ لأن هذا من ضمان التجارة والخصم في ضمان التجارة وهو المأذون؛ لأن المأذون انتصب خصما من جهة المولى في حق الإقرار حتى صح إقراره بضمان التجارة فينتصب خصما من جهته أيضًا في حق سماع البينة كالحر فيراعى حال العبد في الكفر والإسلام وهنا قامت بينة كافر على كافر فتقبل ويباع العبد بالدين ويبدأ بدين المسلم؛ لأن دين الثاني ثبت بحجة قاصرة كافرة لأنها حجة في حق الأول ولم يوجد منه الرضا بمشاركة الثاني معه فلا يشاركه فيه حتى لو كان الدين الأول لكافر فإنهما يتحاصان؛ لأن دين الثاني ثبت بما هو حجة متكاملة في حق الأول.

ولو صدق العبد الذي شهد له كافران اشتركا جميعًا؛ لأن دين المقر له ثبت بما هو حجة في حق المسلم، فإن إقرار المأذون الكافر صحيح في حق المسلم؛ لأن المأذون لا يصير محجورا عن الإقرار بوجوب الدين عليه، فإن كان فيه إبطال حق مسلم يقول كافر لنوع ضرورة داعية ولضرب حاجة ماسة؛ لأنه متى لم يصح إقرار المأذون المديون لكافر لا يتجر معه الكفار فيصير محجورا عن التجارة مع بعض الناس وهذا لا يجوز كما في الابتداء؛ لأن الإذن لا يقبل التخصيص في حق التصرف ولا ضرورة في الشهادة؛ لأنه متى أراد الانتهاء في حقه لاستيثاقه يمكنه أن يشهد بينة مسلمة فلم تصر بينة كافرة حجة في المسلم بإبطال حقه.

ولو شهد لمسلم كافران ولكافر مسلمان تحاصا؛ لأن بينة كل واحد منهما استويا في كونهما حجة لأنها حجة في حق العبد وفي حق صاحبه ولما استويا في الثبوت اشتركا في القسمة.

ولو كان أرباب الديون ثلاثة: مسلمان وكافر، فشهد للكافر مسلمان ولأحد المسلمين كافران وللآخران مسلمان فبيع العبد بدئ بدين المسلم الذي يشهد له مسلمان والكافر الذي يشهد له مسلمان ويقتسمان نصفين لاستواء حجتهما وهي البينة المسلمة فإنها كاملة في حق الكل وبينة المسلم الآخر حجة حاضرة على العبد وليست بحجة في حق المسلم ثم يدخل المسلم الذي شهد له كافران مع الكافر فما أخذه فيناصفه؛ لأن دينه ثبت بما هو حجة في حق الكافر فيشاركه فيما أخذه.

ولو كان المولى مسلمًا والعبد كافرًا محجورًا عليه، فشهد عليه كافران لمسلم أنه غصب ألف درهم، وشهد مسلمان لكافر أنه غصبه ألف درهم، قضى للكافر بألف درهم ثم يشاركه المسلم فيها ويفيه دين المسلم على العبد يأخذ منه بعد العتاق؛ لأن العبد إذا كان محجورا فالمولى خصم مع العبد لما بينا، ولأن العبد المحجور لو أقر باستهلاك المال لا يصح إقراره في حق المولى؛ لأنه متى صح يتعلق بماله فلا ينتصب خصما في حق سماع البينة والبينة الكافرة باطلة على المسلم فبقي في حق المولى مجرد الدعوى من غير بينة وفي حق العبد البينة

الكافرة حجة معتبرة؛ لأن العبد المحجور خصم في حق إثبات الدين عليه فيقضي القاضي بها في حق العبد فيثبت دين المسلم في حقه فيشاركه فيما أخذه، وإنما لا يثبت دينه في حق مولاه المسلم.

عبد كافر مأذون والمولى مسلم فأقام عليه مسلم أو كافر شاهدين كافرين بدين ألف فبيع وقضى من ذلك دينه ثم أقام مسلم شاهدين مسلمين بدين ألف درهم كانت له ويسترد من المقضي له فيدفع إلى هذا المسلم؛ لأن البينتين لو اقتربتا وقامتا معا يقضي لغريم الذمي ببينة مسلمة لأنها حجة مطلقة في حق العبد وفي حق صاحبه وبينة صاحبه ليست بحجة في حقه فكذا إذا تأخرت البينة المسلمة؛ لأن البينة مظهرة موضحة فيظهر أن الدين الثاني كان عليه فكان هو أولى بثمن العبد كالجارح أقام بينة على دابة في يد إنسان وقضى له ثم أقام ذو اليد البينة أن الدابة دابته نتجت في ملكه يقضي بها لذي اليد فكذا هذا، وإن كان الثاني كافرًا يشارك المقضي له الأول؛ لأن بينة كل واحد منهما حجة في حق صاحبه فاستويا في الحجة فاشتركا في الحصة.

ولو شهد لمسلم حربيان بدين ألف درهم على عبد تاجر حربي لحربي دخل دارنا بأمان وشهد لذمي ذميان بدين ألف وشهد لحربي مسلمان بدين ألف فبيع بألف يكون بين الحربي والذمي نصفين ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذه الحربي.

وقال عيسى بن أبان: يجب أن يكون الثمن بينهم أثلاثا لاستوائهم في الحجة. والجواب عنه: أنه لا استواء في الحجة؛ لأن البينة الحربية ليست بحجة في حق المسلم والذمي أصلا؛ لأن الحربي ليس منا دينا ولا دارا فصار كأن المسلم لم يقم البينة في حق الذمي والحربي وبينة الذمي حجة في حق المسلم من وجه غير حجة من الذمي منا دارا إن لم يكن منا دينا فكانت هذه البينة حجة باعتبار في حق المسلم باطلة باعتبار الذمي فلا بد في تقديم الذمي على المسلم في الاستحقاق لزيادة قوة ورجحان في بينته ثم المسلم مع الحربي استويا في الحجة؛ لأن بينة الحربية حجة في حق الحربي والبينة المسلمة حجة في حق المسلم.

شهود الذمي حربيان وشهود المسلم ذميان وشهود الحربي مسلمان وكان

الثمن للحربي والمسلم ثم يشارك الذمي الحربي فيناصفه؛ لأن شهادة المسلم الذمي حجة في حق الحربي وشهادة الحربي المسلم حجة في حق المسلم فقد استويا في الحجة والثبوت فيقضى بينهما نصفان ويؤجر الذمي؛ لأن بينته حربية وهي ليست بحجة في حق المسلم وحجة في حق الحربي فيدخل في نصيب الحربي فيكون بينهما لقيام الحجة في حقه ولا يدخل في نصيب المسلم لفقد الحجة في حقه.

ولو شهد المسلمان للذمي والذميان للحربي والحربيان للمسلم كان بين الذمي والحربي نصفين ثم يأخذ المسلم نصف ما أخذه الحربي. طعن عيسى وقال: يأخذ جميعه؛ لأن بينته حجة في حق الحربي وبينة الحربي ليست بحجة في حق المسلم. والجواب عنه: أن القياس هكذا إلا أنا تركنا القياس لنوع ضرورة وذلك؛ لأن المسلم لو أخذ جميع ما في يد الحربي كان للحربي أن يرجع على الذمي بنصف ما في يده لأنهما استويا في الحجة والثبوت، فإذا أخذ منه ثانيا أخذ منه المسلم مرة أخرى ثم يرجع الحربي على الذمي ثالثا ورابعا إلى أن لا يبقى شيء في يد الذمي فيؤدي إلى أن يصير الكل للمسلم ويصير الذمي محروما وهذا محال؛ لأن البينة المسلمة للذمي حجة في حق الكافة والبينة الحربية ليست بحجة في حقه.

(باب أسر العبد المأذون)

(**المبسوط**): أسر العدو العبد المأذون وأحرزوه ثم ظهر المسلمون عليهم أخذه مولاه بغير شيء قبل القسمة وبعدها بقيمته لما مر في السير، فإن كان جنى جناية وكان عليه دين لزمتاه؛ لأن العبد تعلق به الحق للغير بيعا واستيفاء وهذا الحق لا يبطل بالأسر وإن ملكه الكفار ملكا جديدا إذا لم يوجد الرضا من صاحب الحق بإبطاله كما لو دفع العبد المديون بالجناية أو أسلم الحربي الذي أسره، وكذلك لو اشتراه رجل وأخذه مولاه بالثمن عادت الجناية والدين لما بينا.

ولو لم يأخذه مولاه عاد الدين دون الجناية؛ لأن العبد زال عن ملكه بغير صنعه فكأنه هلك، وإذا هلك تبطل الجناية فكذا هذا، فأما الدين لا يبطل بزوال العبد عن ملكه كما لو باع أو وهب برضاء الغرماء بتأخر المطالبة لوجود الرضاء بتأخير حقهم

ولا يبطل دينهم وهنا لم يوجد الرضا من الغرماء بتأخير حقهم فلم يبطل عن رقبته بزواله عن ملك المولى لا وجوبا ولا استيفاء كما لو دفع العبد بالجناية، وإذا بيع العبد بالدين هل يعوض الذي وقع العبد في سهمه من مال بيت المال قيل يعوض؛ لأن العبد استحق من يد الغانم بسبب كان قبل الأسر فيكون بمنزلة ما لو كان العبد مدبرا أو مكاتبا بعوض من بيت المال فكذا هذا وقيل لا يعوض؛ لأن الغانم أو المشتري ملك العبد حتى لو أعتقه نفذ عتقه إلا أنه ملكه مشغولا بدينه، فإذا زال ملكه بهذا الشغل لا يكون له الرجوع على أحد كما لو دفع العبد المديون بالجناية ثم بيع بالدين لم يرجع ولي الجناية على المولى؛ لأنه ملكه مشغولا بخلاف المدبر والمكاتب؛ لأنه لم يملكه أصلا وقد ملك سائر الغانمين ما وقع في سهامهم وقد تعذر له الرجوع عليهم لكثرتهم بعوض من مال بيت المال ولو أسلم المشركون كان العبد لهم ويطلب الجناية دون الدين؛ لأنه زال العبد عن ملك من وجدت الجناية في ملكه وفي ملك الثاني لم توجد الجناية فيبطل، وزوال العبد عن ملك الإذن لا يبطل حق الغرماء لما بينا، وكذلك لو أدخل الكافر العبد دارنا بأمان عاد الدين ولا سبيل لمولاه القديم عليه لما بينا.

ولو اشترى منه مولاه لم تعد الجناية وعاد الدين؛ لأن الجناية تبطل بزوال العبد عن ملكه والدين لا يبطل.

ولو ارتدت مسلمة ولحقت بدار الحرب وعليها دين وجناية وحد وقصاص فما دون النفس يبطل كله ولا يبطل القصاص في النفس؛ لأن ما سوى القصاص تعذر إبقاؤه. أما الدين فلا وجه إن بقي متعلقا بماليته الحادثة بالرق؛ لأن السبي ورد على أجزاء المسبية وأجزاءها كانت صافية خالية عن الدين فملكها السابي صافية عن الشغل إذ السبي يوجب خلوص الرقبة للثاني من حيث إنه مال فلم يجز أن يتعلق الدين بماليتها الحادثة للثاني فهنا يسقط الدين ضرورة.

وأما الحد يسقط بالتقادم وقد وجد التقادم.

وأما القصاص فيما دون النفس فلأن حدوث الرق يمنع وجوب القصاص فيما دون النفس فيمنع الاستيفاء أيضًا؛ لأن القصاص فيما دون النفس لا يجري بين

الأحرار والعبيد ولا بين العبيد بخلاف القصاص في النفس؛ لأن حدوث الرق لا يمنع وجوب القصاص في النفس فلا يمنع الاستيفاء بطريق الأولى.

وكذلك ذمي نقض العهد ولحق ثم سبي؛ لأنه صار كحربي لم يزل فيسترق، وإذا استرق يبطل ما سوى القصاص في النفس، وإذا أدان حربي في دار الإسلام واستدان ثم سبي يبطل ما عليه وما له؛ لأن حدوث الرق يوجب سقوط الدين وزوال أملاكه.

ولو لم يسب ولكنه أسلم أو صار ذميا لزمه ما عليه ولم يبطل ما له؛ لأن بالإسلام والذمة التزم أحكام الإسلام في المستقبل والماضي، [والله عز وجل أعلم بالصواب][1].

(١) ما بين المعكوفتين في (س): والله أعلم.

كتاب الحجر

(باب القضاء بالحجر)

(**المبسوط**): قال أبو حنيفة رحمه الله: الحجر على الحر المبذر باطل وقالوا جميعًا: جائز حتى لا ينفذ منه التصرفات في ماله كالبيع والهبة والإجازة والإقرار بالمال ونحوها عندهم خلافًا له[1].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يحجر على الحر بإفلاسه ولا يجوز بيع ماله وعندهم يجوز وصورته وهو أن الرجل إذا ركبته ديون وقد استغرقت جميع ما في يده وطلب غرماؤه من القاضي أن يحجر عليه حتى لا يهبه ولا يتصدق به ولا يقر لغيره فعنده لا يحجر عليه خلافًا لهم حجتهم ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله لغرمائه[2]، ولأن تصرفه لا يشتمل على توفير النظر والمصلحة لما فيه من إضاعة ماله الذي ينتظم شمله وتلتئم به مصلحته الدينية والدنيوية وربما يلحق بغيره ضررًا، فإنه متى أتلف ماله في شهواته ونهماته صار كلا وعالا على أقربائه فوجب دفع الضرر وتوفير النظر وهو له وذلك توقيف عقوده من المعاملات على إجازة المولى حفظا لماله عن الضياع وصونا لحاله عن التبذير المذموم شرعًا وعقلًا.

له: قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فقد

---

(١) انظر: تبيين الحقائق: ٥/١٩٩، الدر المختار: ٥/١٠٣، الكتاب مع اللباب: ٢/٧٣، تكملة الفتح: ٧/٣٢٧ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/١٤٧ - ١٤٩، المهذب: ١/٣٢٠، المغني: ٤/٤٠٩، ٤٧١، كشاف القناع: ٣/٤٠٧ - ٤١١.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/٢٣٠)، البيهقي (٦/٤٨)، الحاكم (٢/٦٧، ٤/١١٣)، والطبراني في "الأوسط" (٦/١٠٥).

جوز المداينة مع السفيه كما جوز مع الرشيد فهذا يدل على أن السفه لا يوجب الحجر وقوله: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ﴾ الآية، كناية عن الضعيف لا عن السفيه؛ لأنه أقرب المكني إليه والضعيف هو الصغير وللصغير ولي وحديث معاذ حكاية حال لا عموم له، ويحمل أن ماله كان عروضا فحجر عليه ماله وقسم بين غرمائه وهذا جائز بالإجماع، ولأن في الحجر على الحر المكلف إبطال أهليته وإهدار خاصية إنسانيته وهي صحة عبارته ونفاذ نطقه؛ لأن الآدمي إنما يمتاز عن البهائم بصحة عبارته ونفاذ نطقه، فمتى حجرناه عن التصرفات ألحقناه بالبهائم والمجانين وفي ذلك إلحاق الضرر به والضرر مدفوع شرعا وضرر إبطال أهليته وإهدار ولايته متيقن وصيانة المال موهومة مع ما إن تلك الصيانة تحصل بمنع المال عنه مع إبقاء الأهلية والولاية والقضاء بالحجر ليس بقضاء بل هراء، فيؤدي لفقد شرائط القضاء وهي الدعوة والإنكار حتى لو وجد الدعوى والإنكار بأن يهب السفيه من إنسان مالا وسلم إليه وصار فقيرا يحنث تجب نفقته على محارمه ثم إنهم يرفعون الأمر إلى القاضي وأخبروه بأنه يفني أمواله سفها وطلبوا منه الحجر فالقاضي يحضر السفيه والموهوب له فادعى عليه وحنث عليه نفقة السفيه أن ماله في يد هذا الرجل فأمره بالرد عليه فقضى القاضي بالرد عليه ينفذ قضاؤه ثم عند أبي حنيفة جميع تصرفاته منذ بلغ نافذة.

وقال أبو يوسف: تبلغ مطلقًا ما لم يحجر عليه القاضي.

وقال محمد: يبلغ محجورًا عليه غير أن بيعه وشراءه وإجارته ونحوها صحيحة منه وحاله فيها كحال مريض عليه دين مستغرق لماله، وكذلك إذا أصلح السفيه لا يزول الحجر عنه إلا بالقضاء عند أبي يوسف، وعند محمد يزول من غير قضاء.

لمحمد: أن سبب الحجر وهو إفساد المال وتبذيره ثابت بلا احتمال؛ لأنه ثابت معاينة فيثبت الحجر من غير قضاء.

لأبي يوسف: أن سبب الحجر وهو إفساد المال وتبذيره إن كان ثابتا فيما مضى بلا احتمال إلا أنه للحال ثابت مع الاحتمال والتردد بجواز أنه صار مصلحا مرشدا ويجوز أنه بقي مبذرا مسرفا والظاهر هو الزوال؛ لأن عقله يمنع من التبذير

والإسراف فاحتيج إلى القضاء لترجيح الفساد على الصلاح كما في حجر الإفلاس ثم بنفس الإفلاس هل يصير محجورا عليه؟

عن محمد روايتان: في رواية يصير محجورا كما في السفيه، وفي رواية لا يصير محجورا عليه إلا بالقضاء وهو قول أبي يوسف؛ لأن الإفلاس مما لا يوقف على حقيقته؛ لأن الإنسان قد يرى نفسه مفلسا ولا يكون لجواز أن يكون له مال اكتسبه فاحتيج إلى القضاء حتى يترجح أحد الاحتمالين على الآخر كالشهادة، وأبو حنيفة كان لا يرى الحجر إلا على ثلاثة على المفتي الجاهل وعلى الطبيب الأخرق وعلى المُكاري[1] المفلس، ويكون هذا حجرا باللسان دفعًا للضرر عن الناس؛ لأن المفتي الجاهل يفسد الدين على الناس والطبيب الجاهل يفسد النفوس والمكاري المفلس يفسد الأموال، فإنه متى مات حمولته في المفازة ولا يمكنه شراء أخرى ولا استئجارها يؤدي إلى إيواء أموال الناس.

وإذا بلغ الصبي مُبذرًا فيصرف فيما يدخل تحت الحجر أبطله القاضي إلا ما يرى فيه خيرًا كأن كان فيه ربح أو بمثل قيمته وثمنه قائم عند محمد؛ لأن الصبي المحجور لو باع بمثل ذلك فالقاضي يخبره إن كان الثمن قائمًا فكذا هذا، وعند أبي يوسف يجوز كله ما لم يحجر عليه القاضي، وإن كان الثمن ضائعا لا يجيز الحاكم بيعه عند محمد رحمه الله؛ لأنه لا نظر له في تجويز بيعه والثمن هالك في يده بل فيه مضرة عليه؛ لأنه لو لم يجز كان لا يضمن ما هلك من الثمن؛ لأنه قبض بإذن المشتري ويحصل له المبيع ومتى أجاز يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن وإن قبضه بمعاينة الشهود واستهلكه لا يلزم المحجور شيء، وعند أبي يوسف يضمن الثمن كما في الصبي المحجور يؤاخذ بضمان الأفعال ولا يؤاخذ بضمان الأقوال.

ولو أنفق الثمن على نفسه أو أدى ركونه أو حجة الإسلام لا يبطله ويقضيه القاضي من ماله إن رد معه، ألا ترى أنه لو استقرض وأنفق على نفسه نفقة مثله أو دفع مهر مثل امرأته لم يبطل القاضي ذلك إلا أن يكون فيه فضل فيبطل الفضل؛ لأن

---

(١) المُكارِي: مُكْرِي الدَّوابّ. ويغلب على الحمَّار والبغَّال. والجمع: مُكارُونَ.

السفيه محجور عن تصرف فيه إفساد ماله غير محجور عن تصرف فيه إصلاح ماله وهنا لا فساد في البيع ولا في قبض الثمن، فإن صرفه فيما فيه مصلحة فلم يثبت الحجر فيه؛ لأن عند محمد يزول الحجر بالصلاح من غير قضاء كما يثبت الحجر بنفس السفه وعند أبي يوسف يكون موقوفا على إجازة القاضي؛ لأن عنده الحجر لا يثبت ولا يزول إلا بالقضاء.

ولو قضى القاضي في بيع سفيه بإبطال أو إجازة ثم رفع ذلك إلى قاضٍ آخر لا يرى ما يرى الأول ينبغي أن يخبر القضاء الأول، فإن أبطله ورفع إلى ثالث أبطل قضاء الثاني؛ لأن الأول قضاء فيما هو مختلف فيه خلافًا يسوغ فيه الاجتهاد فنفذ قضاؤه بالإجماع ويصير متفقا عليه فالثاني قضاء بخلاف الإجماع فلا ينفذ.

ولو كان الأول قضى بالحجر عليه ثم رجع إلى آخر فقضى بإطلاقه جاز قضاء الثاني؛ لأن قضاء الأول بالحجر كان فتوى لا قضاء؛ لأن القضاء لا بد له من المقضي له والمقضي عليه ولم يوجد ذلك حالة الحجر لما بينا والمجرد الفتوى لا يصير المختلف فيه متفقا عليه فكان للثاني أن يقضي بخلافه.

(فصل)

فإن بلغ الغلام مضيعا لماله منع عنه المال وصيه وإلا فالقاضي إلى أن يبلغ خمسًا وعشرين سنة ثم يسلم إليه ماله، وإن لم يؤنس منه الرشد وقالوا جميعًا: لا يسلمه إليه ما لم ير منه الرشد لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ [النساء: ٦] علق دفع المال إلى الصبي بعد البلوغ بشرط إيناس الرشد فما لم يؤنس منه الرشد لا يجب دفع المال؛ لأن المعلق بشرط لا يوجد قبل وجود الشرط ولأنه مفسد ومبذر لماله فيمنع عنه ماله نظرا له ليبقى ماله محفوظا مصانا عن الضياع والفوات.

لأبي حنيفة: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ أَشُدَّهُۥۖ﴾ [الأنعام: ١٥٢] قيل: هو عشرة، وقيل: هو اثنتان وعشرون سنة، وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: خمس وعشرون سنة وقيل: أربعون سنة فخمسة وعشرون

أوسط الأعداد والمقادير فيجب الأخذ به لقوله صلى الله عليه وسلم: "**خَيْرُ الأُمُورِ أَوْسَطُهَا**"، ولأن الأخذ بقول عمر أحوط وأوثق وأحق لقوله عليه السلام: "**إن الحق لينطق على لسان عمر**"[1] فالله تعالى نهى عن قربان مال اليتيم قبل الأشد وهو خمس وعشرون سنة وأمر بالدفع إليه بعد ذلك ولم يفصل بين رشيد فعندنا دليل من ثم بالنص وقدرنا مدة المنع بما ذكرنا توقيفا بينهما وعملا بينهما والعمل بهما أولى من تعطيل أحدهما.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا﴾ الآية، فقد شرط رشدا واحدًا لدفع المال؛ لأنه يكره في الإثبات والنكرة في الإتيان يخص فيتناول رشدا واحدا والرشد في المال مراد بالإجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا ولا حجة له في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥]؛ لأن الله نهانا عن إيتاء أموالنا إلى السفهاء لا عن إيتاء أموال السفهاء أموالكم إليهم وهكذا فسره ابن عباس رضي الله عنهما وقال: معنى الآية أن يقسم الرجل ماله بين أولاده وعياله فيصير كلا وعالا عليهم والإنسان منهي عن مثل هذا.

وقال الشعبي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم: إنهم قالوا ثلاث يدعون الله تعالى فلا يستجاب لهم رجل له امرأة سيئة الخلق فلا يطلقها، ورجل أعطى مالا سفيها وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ الآية، ورجل داين رجلا ولم يشهد على ذلك، ولو دفع الوصي إلى الغلام ماله بعد أن بلغ مفسدا ضمن، وكذلك لو

---

(١) أخرجه أحمد ٥٣/٢ (٥١٤٥) قال: حدثنا عبد الملك بن عمرو، قال: حدثنا نافع بن أبي نعيم. وفي ٩٥/٢ (٥٦٩٧) قال: حدثنا أبو عامر، قال: حدثنا خارجة بن عبد الله الأنصاري. و«عبد بن حميد» (٧٥٨) قال: حدثنا عبد الملك بن عمرو، قال: حدثنا نافع بن عبد الرحمن بن أبي نعيم. و«الترمذي» (٣٦٨٢) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا أبو عامر العقدي، قال: حدثنا خارجة بن عبد الله. و«ابن حبان» (٦٨٩٥) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، قال: حدثنا سوار بن عبد الله العنبري، قال: حدثنا أبو عامر العقدي، قال: حدثنا خارجة بن عبد الله الأنصاري.

كلاهما: (نافع بن أبي نعيم، وخارجة بن عبد الله) عن نافع، فذكره.

أودعه إياه إيداعا؛ لأن دفع المال إلى المفسد تضييع للمال واستهلاك له، ولو دفع المال إلى من يحفظ المال ومصلحة ولا يفسده لا يكون تضييعًا واستهلاكًا.

(باب التصرفات التي لا يصح الحجر عنها)

(**المبسوط**): وكل تصرف يصح مع الهزل والكره كالطلاق والعتاق والنكاح ودعوة النسب ويتصل بنفسه كالإقرار بالحدود والقصاص لا يصح الحجر عنه حتى يصح ذلك منه؛ لأن السفيه لا يتحقق في هذه التصرفات؛ لأن السفيه صرف المال إلى شهواته ولذاته؛ لأن إتلاف المال لعرض وشهوة ولذه؛ لأن هذا يعد جنونا وصاحبه محجورا عليه إجماعًا وليس في هذه التصرفات تحصيل اللذة والشهوة فلا يتحقق فيها السفه.

ثم المسائل على أربعة أوجه:

أحدها: في النكاح والعتاق.

والثاني: في الطلاق.

والثالث: في الدعوة.

والرابع: في الإقرار بالحدود.

أما **الأول**: لو تزوج امرأة جاز نكاحه بمقدار مهر المثل؛ لأن الزيادة على مهر المثل بمنزلة التبرع، وإذا تزوجت مفسدة كفؤًا بأقل من مهر مثلها يخير الزوج إما أن يتم صداق مثلها أو يفرق بينهما؛ لأن منافع البضع عند دخولها في ملك الزوج متقومة لها حكم المال فيجب تحميل مهر مثلها نظرا لها ويخيَّر الزوج؛ لأنه تلزمه زيادة مهر على المسمى في العقد ولم يرض به، فإن دخل بها وجب مهر مثلها ولا خيار له؛ لأن التخيير لا يعتد، فإنه يلزمه تمام مهر مثلها فسخ النكاح أو لم يفسخ فلم يخير، وإذا تزوجت بمهر مثلها غير كفؤ فرق القاضي بينهما.

ولو أعتق عبده عتق العبد وينبغي في جميع قيمته وفي رواية أخرى عنه وهو قول أبي يوسف لا يسعى؛ لأن السفيه مطلق وليس محجورا عليه في هذه التصرفات فكان تصرفه مصادقًا خالص حقه فوجد المطلق وفقد المانع فنفذ مطلقًا كما لو

كان المباشر مصلحا؛ لأنه لا يجب للمولى على عبده دينا إلا بالكتابة. وجه ظاهر الرواية عنه أنه نفذ عتقه لكونه مكلفا مالكا صحيح العبارة والنطق ويجب السعاية لصيانة ماله نظرا له لكونه مستحقا للنظر مستوجبا لدفع الضرر عنه كالمريض المديون دينه مستغرق بماله إذا أعتق عبدا يسعى في قيمته فكذا هذا وتدبيره جائز، وإن مات يسعى في قيمته مدبرا ولا يسعى في نقصان التدبير؛ لأنه عبده ما دام حيا، والسعاية لا تجب للمولى على عبده إلا في الكتابة؛ لأنه لا يستوجب على عبده شيئًا فأما بعد الموت استقام إيجاب السعاية عليه؛ لأن إيجاب السعاية للمولى على معتقه جائز وصار كالمريض إذا دبر عبده وعليه دين محيط بماله ثم مات المريض يسعى العبد في قيمته مدبرا ولا يسعى في نقصان التدبير فكذا هذا. قال مشايخنا هذا إذا كان أهل الصلاح يعدون هذه الوصية سرفا، فإن كانوا لا يعدونه سرفا بل معهودًا حسنًا، فإنه لا يسع المدبر في قيمته إذا كان يخرج من ثلث ماله، فإنه ذكر بعد هذا لو أوصى السفيه بوصية أو ذكاة أو عتق ونحو ذلك فوافق وصيته وصايا أهل الخير ولا يعدون ذلك سرفا وتبذيرا فإنه يجوز استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لا يجوز بيعه وهبته فلا يجوز وصيته لكونها تبرعا وسرفا. وجه الاستحسان: أن فساد بيعه وهبته لصيانة ماله عليهم نظرا له والنظر في أن يجوز وصية لأنها تمليك بعد الموت، فإنه يستغنى عن ماله بعد موته فمتى لم يوص به يزول ملكه إلى ورثته بلا محمدة ولا مثوبة تحصل له ومتى صحت وصيته زال عن ملكه مع إحراز محمدة ونيل مثوبة فكان النظر في تجويزها بعد أن لا يكون فيها سرف ولا تلف حتى لا يعلم إن قصده الصلاح.

والوجه الثاني: لو تزوج نساء في يوم وطلقهن قبل الدخول يجب لكل واحدة نصف المهر؛ لأن الحجر لا يصح في حق النكاح والطلاق لما بينا. امرأة مسرفة مفسدة طلقها الزوج على جعل وقبلت الطلاق وقع رجعيا ولا يلزمها المال أصلا؛ لأن السفيهة محجورة عن التزام المال بإزاء الطلاق لأنها بذلت المال لا بإزاء المال فكان بمنزلة التبرع فصارت كالصبية سواء، وإذا لم يجب المال بالخلع وقع الطلاق بما هو صريح في الطلاق فيكون رجعيا، وإن وقع بلفظه الخلع يقع بائنًا كالصبية إذا اختلعت من زوجها.

ولو كانت أمة فقبلت المال بغير إذن المولى يقع الطلاق بائنًا ويلزمها المال إذا أعتقت لأنها إذا كانت بالغة مصلحة فالحجر بحق المولى لا لفساد عبارتها وتصرفها فصح التزام البدل منها إلا أنه لا يؤاخذ به لحق المولى فكان هذا طلاقا بعوض مؤجل، فإذا زال حق المولى بالعتق يؤاخذ به فأما السفيهة محجورة عن التزام المال لفساد تصرفها حقا لها فلا تؤاخذ بالمال أصلا كالصبية، فإن كانت الأمة مفسدة مع رقها فالطلاق رجعي ولا يلزمها المال أصلا كالحرة لأنها صارت محجورة عن التزام المال لفساد تصرفها لحقها.

والوجه الثالث: إن جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه ويعتق بموته بلا سعاية؛ لأن الدعوة أسرع نفاذا وأقرب جوازا من العتق، فإن الدعوة تصح باعتبار شبهة الملك أو تأويله والعتق لا فلما صح عتقه فلأن تصح دعوته أولى ومتى كان العلوق في ملكه فالدعوة دعوة استيلاد والاستيلاد من حوائج السفيه ومصالحه الأصلية كالنفقة وصار كالمريض إذا كان عليه دين مستغرق تصح دعوته وله جاريته والولد حر بلا سعاية وتعتق الجارية بموته بلا سعاية فكذا هذا، وإن لم يكن معها ولد فقال هذه أم ولدي فلا سبيل إلى منعها، فإن ماتت عتقت وسعت في جميع قيمتها؛ لأن هذه الدعوة دعوة تحرير لأنا لم نتيقن بعلوق الولد في ملكه فصار كأنه قال للجارية أنت حرة بعد موتي فيكون بمنزلة التدبير كما في المرض.

ولو اشترى ابنه المعروف ينعقد فاسدًا ويعتق إذا قبض ويسعى في قيمته للبائع كالمريض ادعى غلاما وهب له في مرضه أن ابنه ومات وعليه دين مستغرق يسعى الغلام في قيمته للغرماء؛ لأن عبارته صحيحة ومالكيته كاملة والأصل في التصرف الصادر عن المالك أن ينعقد على بعث الصحة والنفاذ إلا أنه يسبب عنه وصف الصحة باعتبار كونه محجورًا عليه شرعًا نظرًا له، فإذا اتصل به القبض أفاد الملك، وإذا ملكه عتق عليه ويسعى العبد في قيمته للبائع؛ لأنه كان للبائع فيه حق الاسترداد وقد احتبس هذا الحق عند العبد بالعتق والحق معتبر بالحقيقة في التضمين وقد تعذر تضمين المعتق؛ لأن السفيه المحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال كالصبي سواء لما تبين، وقد احتبس الحق عند العبد فأوجبنا السعاية عليه كأحد الشريكين إذا أعتق العبد المشترك وهو معسر.

(باب تصرفات السفيه بعد الحجر)

(**المبسوط**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في العبادات.

والثاني: في المعاملات.

(فصل)

والسفيه في زكاة المال وحجة الإسلام كالمصلح ولكن الحاكم لا يخلي بينه وبين ذلك حتى يعطيه المساكن بجيرة أمينة؛ لأنه لا فساد فيما أوجبه الله تعالى عليه؛ لأنه لا يجب الفساد ولا يأمر به، وإنما الفساد فيما يوجبه على نفسه فكان في الواجبات لله تعالى بمنزلة المصلح إلا أنه ربما لا يصرفه إلى الفقراء بل يصرفه إلى شهواته فيصرفه بحضرة الأمين ليصل الحق إلى مستحقه ولا يمنع من القرآن في الحج وسوق البدنة وإن كانت الشاة مجزئة؛ لأن البدنة وجبت بسبب المتعة والقرآن وهما واجبان بإيجاب الشرع لا بإيجابه؛ لأنه وجب بسبب الجمع بين الحجة والعمرة والحجة والعمرة واجبتان بإيجاب الله تعالى ولا مفسدة في الجمع بين ذلك والزيادة على قدر الشاة إلى تمام البدنة واختلفوا فيه في وجوبها فأوجبناها عليه احتياطا كما أوجبنا العمرة ويدفع النفقة إلى نفسه في الرفقة ينفق عليه؛ لأنه ربما يفسد النفقة ويبذرها فيقول ضاع مني فيطلب أخرى وثم حتى يأتي عليه ماله كما في الزكاة، وإن اصطاد في إحرامه أو حلق أو فعل ما يجب به الصوم صام ولم يدفع فيه مالا إليه؛ لأنه لو مكن من التكفير بالمال يتوصل به إلى إتلاف ماله بأن يرتكب كل يوم هذا المحظور.

ولو رأى القاضي أن يأمر أمينه إن ابتلى بأذى فحلق أو لبس أن يذبح أو يتصدق فلا بأس بذلك ولكن لا يفعله الأمين بدون أمر المحجور عليه؛ لأنه مضطر في إيجاب ذلك ومدفوع إليه ضرورة دفع الأذى فالتحق بما وجب بإيجاب الله تعالى، وإن تطيب في إحرامه وفعل ما لا يجوز فيه الصوم فهذا لازم ولا يؤديه إلى أن

يصلح؛ لأن السفيه المحجور عليه عما فيه إفساد ماله بمنزلة العبد المحجور. ثم العبد إذا أحرم بإذن المولى فارتكب شيئًا من محظورات إحرامه، فإن كان سيّئًا له بدل بالصوم، فإنه يصوم، وإن لم يكن له بدل، فإنه يتأخر إلى أن يعتق فكذا هذا.

ولو جامع قبل الوقوف بعرفة لم يمنع نفقة المضي في إحرامه ولا نفقة العود من قابل؛ لأنه لا بد من المضي بعد الفساد فيكون المضي واجبا من جهة الشرع والكفارة في ذمته لا تدفع إليه إلا أن يصلح كالعبد إذا جامع؛ لأنه لو أطلق له ذلك جامع كل يوم مرة فيتوصل بذلك إلى إفساد ماله ولكن يتأخر إلى أن يصير مصلحا، ولو جامع بعد الوقوف قبل الطواف يلزمه بدنة ويتأخر إلى ما بعد الصلاح.

ولو قضى حجه إلا طواف الزيارة ثم رجع إلى أهله ولم يطف طواف الصدر لا يمنعه نفقة الرجوع للطواف ويؤمر الذي يلي الإنفاق عليه أن لا ينفق عليه في الرجوع حتى يحضره حين يطوف؛ لأن طواف الزيارة فرض وجب على السفيه بإيجاب الله تعالى فكان هو بمنزلة المصلح في ذلك لكن لا ينفق عليه حتى يلجئه ذلك إلى الطواف ويحمله عليه، فلا يحتاج إلى أن لا ينفق مرة أخرى.

وإن طاف جُنبًا ثم رجع لم يدفع إليه نفقة ليعود وعليه بدنة لطوافه جُنبًا، وشاة لطواف الصدر، يؤديهما إذا أصلح؛ لأن طواف الجنب معتد به، ويتحلل ولا يعود إلى ملكه لنافي عليه، ولكن يلزمه بدنة وشاة وهذا شيء يلزمه بفعله، فإن الدم إنما لزمه لطوافه جنبًا وما لزمه بفعله يتأخر إلى أن يصير مصلحًا.

فإن أحصر في حجة الإسلام بعث بهدي ليحل به كالعبد المأذون؛ لأن هدي الإحصار لزمه لا باختياره؛ لأنه لا صنع له في الإحصار، ولهذا يلزم المولى الهدي بإحصار عبده إذا أحرم بإذنه فلأن يلزم السفيه أولى.

ولو أحرم بحجة تطوعا دفع إليه من النفقة مقدار ما لو كان في منزلة لا نفقة السفر ويقال له إن شئت فاخرج ماشيا إلا أن يكون القاضي وسع عليه النفقة ليساره فقال أنا أتكارى بذلك الفضل وأنفق على نفسي من القوت فلا يمنع منه؛ لأنه إسراف ولا تبذير متى أنفق عليه في السفر مثل نفقة الحصر ودفعت النفقة إلى نفسه كما مر، فإن لم يقدر على الخروج وطال إحرامه وأصابه ضرر في نفسه فلا بأس أن ينفق

عليه حتى يخرج ويعود؛ لأنه إذا حلت به ضرورة من إحرامه لا يمكن دفعها إلا بزيادة نفقة من ماله، فإنه يزاد دفعا للأذى والضرورة عنه، ألا ترى لو مرض ازدادت نفقته في مرضه؛ لأنه لا يمكن إصلاح بدنه إلا بهذا فكذا هذا.

ولو أحضر في حجة التطوع لا يبعث الهدي إلى أن يبلغ موضع الضرورة، وإنما ينظر في ذلك إلى ما يصلحه ويصلح ماله؛ لأن ماله إنما يحفظ لإصلاح بدنه، وإذا كان حفظه يؤدي إلى إفساد بدنه فلا منفعة والفائدة في حفظ ماله.

ولو حنث في يمينه يلزمه القاضي أن يكفر بالصوم لكل كفارة ثلاثة أيام متتابعات لأنا لو كفرنا يمينه بالمال يحلف كل يوم ويحنث في يمينه ليتمكن من إفساد ماله فلا يفيد الحجر فصار ممنوعا عن ماله بسبب السفه فيجزئه الصوم كالغائب عن ماله يجزئه الصوم كما صار ممنوعا عن ماله بسبب الغيبة.

ولو أعتق رقبة لا يجوز عنه ويسعى العبد في قيمته وكذلك في الظهار؛ لأنه لم يجب عليه التحرير في التكفير فكان متبرعًا فيه والحجر لا يؤثر في العتق فيعتق وتجب السعاية. قيل: وعلى رواية عدم وجوب السعاية على العبد يجب أن يجزئه عن الكفارة والصحيح هو الأول لما بينا ويجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم ويوصل ذلك القاضي؛ لأن نفقة المحارم تتأدى من غير نية فينوب القاضي منابه في الأداء بخلاف الزكاة لأنها لا تتأدى من غير نية من عليه ولا يصدقه أنه قريبه إلا ببينة إلا الوالد والولد والزوج والمولى، وكذلك المرأة في سوى الولد؛ لأن نفقة الوالدين والمولودين تجب بالنسب وهو مصدق بالنسب ونفقة غيرهم تجب باعتبار القرابة والعسر والحاجة، فإذا أقر بالعسر والحاجة يكون وجوب النفقة مضافا إلى العسر لا إلى القرابة؛ لأن للعسر تأثيرًا في إيجاب النفقة عليه فيصير مقرا بإيجاب المال على نفسه لا بالنسب والقرابة فلا يصدق.

(فصل)

ولو أودعه رجل وديعة فاستهلكها لا يضمن خلافًا لأبي يوسف كما إذا أودع عند صبي أو عبد محجور عليه مالا فاستهلكه لا يضمن خلافًا له ولأنه لو أقر أنه

استهلك ماله بغير إذنه لم يصح إقراره صيانة لماله فكيف إذا أقر أنه استهلكه بإذنه؛ لأن الإيداع من المقر إذن له بالاستهلاك.

ولو باع عبدًا في حال صلاحه ثم فسد قبل قبض العبد لم يجز دفع المشتري الثمن إليه عند محمد، ألا ترى أن من باع وكيله عبدا ثم جن الوكيل لم يبرإِ المشتري بدفع الثمن إليه ما لم يصل إلى الأمر بعدما قبض الوكيل إلا أن يأمره وهو مجنون وهو يعلم بذلك أو لا يعلم فيبرأ المشتري بالدفع إلى المأمور؛ لأن عند محمد بنفس الفساد يتحجر كما يتحجر بالعته والجنون فقد دفع الثمن إلى من ليس له حق القبض؛ لأن جواز البيع مؤقت بحالة الصلاح فكذا القبض يتوقف بحالة الصلاح؛ لأن القبض من حقوق البيع وتوابعه إلا أن يأمره بالبيع وهو سفيه أو مجنون؛ لأن الأمر بالبيع أمر بقبض الثمن فقد رضي ببيعه وقبضه مع علمه بفساده وكذلك إن لم يعلم بفساده؛ لأن أمره بالبيع ولم يعلم بحاله ويجوز أن يكون مفسدًا ويجوز أن يكون مصلحًا ولم يتفحص عن حاله صار راضيًا ببيعه في الحالين كأنه قال الآمر بع واقبض مصلحًا كنت أم مفسدًا بخلاف ما لو كان عالما بكونه مصلحا ولم يأمره بالبيع بوقت البيع والقبض بحالة الصلاح كأنه قال بع واقبض ما دمت مصلحا.

(باب إضافة التصرف إلى حالة الفساد والسفه)

(**المبسوط**): ولو أقر باستهلاك الوديعة ثم صلح فأقر أنه استهلكها في حال فساده لم يضمن عند محمد بخلاف ما لو أقر بقتل على هذا الوجه حيث يلزمه في ماله كما لو شوهد ذلك منه؛ لأنه أضاف الإقرار إلى حالة معهودة فصدق في الإضافة؛ لأن استهلاك الوديعة لو ثبت معاينة أو بالبينة العادلة لم يضمن عنده فكذا إذا ثبت بالإقرار والقتل لو صدر بالمعاينة وجبت الديّة على العاقلة فكذا إذا ثبت الإقرار يجب في ماله بالمعادلة.

ولو أقر لرجل بدين ثم صلح وقال: أقررت به باطلا لم يلزمه، وإن قال: كان حقا يلزمه؛ لأنه متى قال كان حقا فقد وجد منه إقرار مبتدأ منشأ بعد الصلاح فيلزمه

وإن قال: كان باطلا لم يوجد منه إقرار مبتدأ بعد الصلاح فلا يلزمه.

وكذلك الصبي المحجور لو أقر أنه استهلك مال إنسان بغير إذنه في حالة الصبا ثم قال بعد البلوغ كان حقًّا أو قال: كان باطلا لما مر في كتاب الإقرار، ولو قال لرجل بعد الصلاح: أقر صبي في حال فسادي واستهلكها، وقال الآخر: لا بل في صلاحك واستهلكها فالقول لرب المال والضمان واجب وبمثله لو قال: أقرضتك في فسادك واستهلكها بعد الصلاح فالقول للمدعى عليه حتى تقوم البينة أن المال كان في يده بعد الصلاح، والفرق أن في الأول أقر المحجور أن الاستهلاك كان وجد منه إلا أنه ادعى أنه كان بإذنه وتسليطه وأنكر رب المال أنه سلطه على الاستهلاك وأذن له فيه لما قال أقرضتك أودعتك في حالة السفه وقال المحجور: ما سلطتني عليه في حالة الفساد ولا ضمان عليّ ورب المال يقول أنا أمضيت ما سلطتك عليه بعد الصلاح ولي عليك الضمان فيكون القول قول المحجور وعلى رب المال البينة كالوكيل بالبيع إذا قال بعت قبل العزل والموكل قال بعت بعد العزل وأمضيت بعد العزل ولي عليك الضمان فالقول للوكيل وعلى الموكل البينة، والله أعلم.

(باب إجازة القاضي بيع المفسد والإذن [بالتجارة][1])

(**المبسوط**): ولو أجاز القاضي بيع المفسد ولم ينه عن دفع الثمن إليه برئ المشتري بالدفع إليه، وإن نهاه لم يبرأ ويدفع ثانيًا ولا خيار له في رد المبيع؛ لأنه لا فساد في البيع بل فيه صلاح، فكان النظر له في تجويز معه ونهي المشتري عن دفع الثمن إليه؛ لأن في دفع الثمن إليه فسادًا، فإنه ربما يفسده ويبرئه، فإن نهاه لم يبرأ؛ لأنه دفع الثمن إلى من ليس له حق القبض ويلزمه مرة أخرى كما لو دفعه إلى أجنبي، وإن لم ينهه فقد دفع إلى من له حق القبض؛ لأن القاضي لما أجاز بيعه فقد أجاز قبضه؛ لأن القبض من توابع البيع وحقوقه لما بينا.

وإن أجاز القاضي بيعه وقال: نهيت المشتري عن الدفع إليه، فدفع قبل العلم

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): في التجارة.

برئ وبعد العلم لا يبرأ؛ لأنه لما علم إجازة القاضي لبيعه فقد صار مأذونا من جهة القاضي بدفع الثمن إليه؛ لأن في إجازة البيع إجازة القبض فلا يبطل هذا الإذن إذا نهاه عن الدفع إليه ما لم يبلغه النهي كالوكيل بالبيع إذا عزله الموكل لا ينعزل ما لم يعلم به بخلاف ما لو أجاز بشرط أن لا يدفع الثمن إليه؛ لأنه لم يصر مأذونا بالدفع إليه؛ لأنه لما لم يعلم بالنهي لا يعلم بالإجازة؛ لأن الإجازة كانت مقرونة بالنهي لو بلغه الإجازة لكان بلغه النهي، فإذا لم تبلغه الإجازة لم يصر مأذونًا بالدفع إليه.

ولو أذن القاضي للمفسد أن يبيع ويشتري جاز بيعه وقبضه بخلاف الأب إذا أذن له لا يصح إذنه؛ لأنه بعدما بلغ مفسدًا انقطعت عنه ولاية الأب، وإنما تثبت الولاية عليه للقاضي؛ لأنه يجوز أن تثبت الولاية للقاضي على العاقل البالغ متى عجز عن النظر لنفسه، فإنه تثبت له الولاية في مال الغائب ولا تثبت ذلك للأب، فكيف بعذر السفه.

وإذا رأى القاضي النظر في الإذن بالتجارة بأن رجي منه زوال الفساد ومجيء الرشد صح إذنه، فإن باع بما لا يتغابن فيه لا يجوز؛ لأن المحاباة تبرع إلا أن القليل منه مما لا يمكن الاحتراز عنه فدخل تحت الإذن والكثير منه مما يمكن الاحتراز عنه فلم يدخل تحت الإذن ولا تجوز هبته ولا صدقته؛ لأن الداخل تحت الإذن التجارة دون التبرع لما فيه إفساد ماله، وإن أذن له في تصرف بعينه يكون رفعًا للحجر فيه خاصة ولا يتعدى إلى بقية التصرف؛ لأنه أمره بتجارة ويعد مثل هذا من جملة الاستخدام، ولهذا لو أذن المحجور المصلح على هذا الوجه لا يصير مأذونًا في الأنواع كلها فكذا هذا بل أولى؛ لأن الإذن أقبل للتخصيص في حق المفسد من الإذن في حق المصلح، ألا ترى أن القاضي متى أذن للمفسد في ماله وقال لأهل السوق: أخبر ما يثبت منه بالبينة ولا أخبر ما ثبت بالإقرار بعمل هذا التخصيص في حقه.

ولو أذن للصبي على هذا الوجه يصير مأذونًا في الأنواع كلها، ولو أذن له في البر تعدى إلى سائر التجارات؛ لأن التخصيص إنما يصح إذا كان مقيدًا، وإنما يكون مقيدًا إذا كان يحصل به صيانة المال، وبهذا التخصيص لا يحصل صيانة المال، فإنه يمكنه أن يستهلك ماله في هذا النوع كأن يشتري مالا كثيرًا من هذا النوع.

ولو قال لأهل سوقه: أذنت له في التجارة ولا أخبر في بيعه وشرائه إلا ما قام عليه بينة ولا أخبر إقراره فهو كما لو قال، وفي الصبي والعبد المأذون على هذا الوجه يلزمهما على الإقرار كما بالبينة، والفرق بينهما أن في المفسد التخصيص مقيد ضرورة صيانة المال، فإنه مفسد مبذر لماله وما يكون بالمعاينة أو بالبينة العادلة لا يكون استهلاكًا للمال وبالإقرار يكون استهلاكًا لماله؛ لأنه يمكنه الاستهلاك بالأقارير الكاذبة فكان التخصيص مقيدًا فاعتبر، فأما المصلح حافظ لماله غير مفسد ومسرف له فلم يكن التخصيص مقيدًا، والله أعلم بالصواب وإليه المآب.

تم المجلد الرابع من المحيط

يتلوه كتاب الهبة في المجلد الخامس إن شاء الله تعالى.

بسم الله الرحمن الرحيم
وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت

كتاب الهبة[1]

نحتاج إلى معرفة: مشروعية الهبة، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها شريعة.

أما مشروعيتها: فلقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴿٤﴾﴾ [النساء: ٤] أي: فإن وهبن لكم شيئًا من مالهن عن طيب أنفسهن، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**تَهَادُوْا تَحَابُّوا، وَكُونُوا عِبَادَ اللهِ إِخْوَانًا مؤتلفين**"[2]، ولأن الهبة بر وإحسان وهذا أمر مندوب وصنيع محمود.

---

(١) الْهِبَةُ فِي اللُّغَةِ: إِعْطَاءُ الشَّيْءِ إِلَى الْغَيْرِ بِلَا عِوَضٍ، سَوَاءٌ كَانَ مَالًا أَوْ غَيْرَ مَالٍ، فَيُقَال: وَهَبَ لَهُ مَالًا وَهْبًا وَهِبَةً، كَمَا يُقَال: وَهَبَ اللَّهُ فُلَانًا وَلَدًا صَالِحًا، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ﴿٥﴾ يَرِثُنِي﴾. وَيُقَال: وَهَبَهُ مَالًا، وَلَا يُقَال: وَهَبَ مِنْهُ، وَالأَكْثَرُونَ عَلَى: وَهَبَ لَهُ، مُتَعَدِّيَةٌ بِحَرْفِ الْجَرِّ. وَالاسْمُ مِنَ الْهِبَةِ: الْمَوْهِبُ وَالْمَوْهِبَةُ. وَالاتِّهَابُ: قَبُول الْهِبَةِ. وَالاسْتِيهَابُ: سُؤَال الْهِبَةِ. وَتَوَاهَبَ الْقَوْمُ: وَهَبَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، وَرَجُلٌ وَهَّابٌ وَوَهَّابَةٌ: أَيْ كَثِيرُ الْهِبَةِ لأَمْوَالِهِ.
وَفِي الاصْطِلَاحِ عَرَّفَهَا بَعْضُ الْفُقَهَاءِ بِأَنَّهَا: تَمْلِيكُ الْمَال بِلَا عِوَضٍ فِي الْحَال.
انظر: تكملة فتح القدير ١١٣/٧، وحاشية ابن عابدين ٥٣٠/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٠٩/٧، والغاية القصوى ٦٥١/٢، ومغني المحتاج ٣٩٦/٢، والمغني والشرح الكبير ٢٤٦/٦، والخرشي ١٠١/٧، ومنح الجليل ٨٣/٤.

(٢) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤) قال: حدثنا عمرو بن خالد. و«أبو يعلى» (٦١٤٨) قال: حدثنا سويد بن سعيد. كلاهما: (عمرو، وسويد) عن ضمام بن إسماعيل، قال: سمعت موسى بن وردان، فذكره.
وأخرجه مالك مرسلا من حديث عطاء بن أبي مسلم عبد الله الخراساني وإسناده معضل. قال ابن المبارك: حديث مالك جيد. وقال ابن عبد البر: هذا يتصل من وجوه شتى، حسان كلها. =

وأمّا تفسيرها: فهي في اللغة: عبارة عن الإعطاء والصلة لقوله تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴿٤٩﴾﴾ [الشورى: ٤٩] وقوله صلى الله عليه وسلم: "**أَوْلَادكُمْ هِبَةُ الله**"[١].

ولكن في عرف الاستعمال يطلق على تمليك مال بغير عوض.

وأمّا ركنها: فقول الواهب: وهبت؛ لأنه تمليك، وأنه يتم بالمملك وحده، والقبول شرط ثبوت الملك للموهوب له حتى لو حلفه أن لا يهب فوهب ولم يقبل الآخر حنث لما مر في الأمان.

وأمّا شرط جوازها: فكون الموهوب مالًا متقومًا حتى لا يصح هبة ما ليس بمتقوم، كأم الولد والخمر ونحوها، والقبض شرط في الهبة والصدقة حتى لا يثبت الملك للموهوب له والمتصدق عليه إلا بالقبض خلافًا لمالك.

وقال الشافعي: تجوز الصدقة إذا أعلمت بقيد الملك قبل القبض.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا تجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة[٢]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**إن لله تعالى ملكًا ينادي كل يوم: يَا ابْنَ آدَمَ؛ ليس لك مِنْ مَالِكَ إِلَّا مَا أَكَلْتَ فَأَفْنَيْتَ، وتَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ، ولَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ**"[٣]. فقد شرط الإمضاء في الصدقة، والإمضاء إنما يكون

=

(الموطأ للإمام مالك ٩٠٨/٢ ط. مصطفى الحلبي، وجامع الأصول في أحاديث الرسول ٦١٨/٦، ٦١٩).

(١) أخرجه الحاكم (٣١٢/٢، رقم ٣١٢٣) وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (٤٨٠/٧، رقم ١٥٥٢٣).

(٢) هذا أثر عن الصحابة، ورد الزيلعي على من قال: إنه حديث بقوله: غريب، ورواه عبد الرزاق من قول النخعي قال: «لا تجوز الهبة حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض» (راجع نصب الراية: ٤ ص١٢١، وراجع المبسوط: ١٢ ص٥٧، تكملة فتح القدير: ٧ ص١١٣ وما بعدها، البدائع: ٦ ص١٢٣، المهذب: ١ ص٤٤٧، مغني المحتاج: ٢ ص٤٠٠).

(٣) أخرجه «مسلم» ٢١١/٨ (٧٥٣٠) قال: حدثنا هداب بن خالد، قال: حدثنا همام. وفي (٧٥٣١) قال: حدثنا محمد بن المثنى، وابن بشار، قالا: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا
=

بالإقباض، وما رُوي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قالا: إذا أعلمت الصدقة جازت[1]، محمول على الصدقة على ابنه الصغير أو على الصدقة الموقوفة، فإنها تجوز بدون القبض عند أبي يوسف لتكون توقيفًا بين أقاويل الصحابة، ولأنه لو ثبت الملك بدون القبض ثبت للمتبرع له حق المطالبة بالتسليم ومتى طالبه يلزم المتبرع التسليم فيصير تبرعه سببًا للزوم ما لم يتبرع به وهذا لا يجوز؛ لأنه يصير الإحسان والإنعام حملا للمنعم عليه على إيتائه المنعم، فيصير كفرانا من المنعم وهذا غير مشروع.

وأمّا حكمها: فوقوع الملك للموهوب له غير لازم وللواهب أن يرجع فيها ما لم يعوض عنها لما نبين إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

(باب الألفاظ التي تقع بها الهبة)

وهي أنواع ثلاثة: نوع تقع به الهبة وضعًا، ونوع تقع به الهبة كناية وعرفًا، ونوع يحتمل الهبة والعارية مستويًا.

أمّا الأول: كقوله: وهبت هذا الشيء، أو ملكتك منك، أو جعلته لك، أو هذا لك، أو أعطيتك، أو نحلتك هذا، فهذا كله هبة؛ لأن هذا عبارة عن التمليك؛ لأن

=

شعبة (ح) وقالا جميعا: حدثنا ابن أبي عدي، عن سعيد (ح) وحدثنا ابن المثنى، قال: حدثنا معاذ بن هشام، قال: حدثنا أبي. و«الترمذي» (٢٣٤٢ و٣٣٥٤) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وهب بن جرير، قال: حدثنا شعبة. و«النسائي» ٦/٢٣٨، وفي «الكبرى» (٦٤٠٧) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا شعبة. وفي «الكبرى» (١١٦٣٢) قال: أخبرنا محمد بن عمرو، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا شعبة. و«ابن حبان» (٧٠١) قال: أخبرنا عبد الله بن قحطبة، قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا محمد بن جعفر، وهو غندر، قال: حدثنا شعبة. وفي (٣٣٢٧) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا هشام الدستوائي.

خمستهم: (هشام الدستوائي، وشعبة بن الحجاج، وسعيد بن أبي عروبة، وأبان بن يزيد، وهمام بن يحيى) عن قتادة، عن مطرف بن عبد الله بن الشخير، فذكره.

(١) انظر: المبسوط ١٢/٣٥.

الإضافة بلام التمليك موضوعة للتمليك كما يقال: هذا الشيء لك يكون إقرارًا له بملك الرقبة.

والإعطاء في اللغة عبَارة عن التمليك بغير عوض لإيتاء سواه، ولهذا سميت العطية عطية لثبوت الملك فيها بلا عوض.

والنحل في اللغة هو الهبة لقول عائشة رضي الله عنها: نحلني أبو بكر رضي الله عنه، أي: نحلني وهب لي، وقال عمر رضي الله عنه: لا ينحل أحدكم ولده نحلا، أي: لا يهبه.

وأما الثاني: كقوله: كسوتك هذا الثوب أو أعمرتك هذه الدار فهو هبة؛ لأن الكسوة في عرف لسان الشرع عبارة عن تمليك العين بغير عوض لما بينا في الإيمان، والعمرى في عرف لسان الشرع عبارة عن الهبة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ، لَا تُعْمِرُوهَا فإن من أعمر شيئًا فهو لمن أعمره في حياته ولورثته بعد وفاته**"[1] أراد بقوله: أعمر، أي: وهب بدليل أنه جعله ميراثًا من المعمر له.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٦٨٧٦) عن الثوري. و«ابن أبي شيبة» ١٣٨/٧ (٢٣٠٦٥) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٤٢/٧ (٢٣٠٧٧) قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا حجاج بن أبي عثمان. و«أحمد» ٢٩٣/٣ (١٤١٧٢) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان. وفي ٣٠٢/٣ (١٤٢٧٩) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي ٣١٢/٣ (١٤٣٩٣) قال: حدثنا هاشم بن القاسم، قال: حدثنا زهير. وفي ٣١٧/٣ (١٤٤٦٠) قال: حدثنا إسماعيل، عن الحجاج الصواف. وفي ٣٧٤/٣ (١٥٠٨١) قال: حدثنا كثير، قال: حدثنا هشام. وفي ٣٨٥/٣ (١٥٢٠٣) قال: حدثنا حسن، قال: حدثنا زهير بن معاوية، أبو خيثمة. وفي ٣٨٩/٣ (١٥٢٤٣) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان (ح) وأبو نعيم، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٦٨/٥ (٤٢٠٤) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير. وفي (٤٢٠٥) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: أخبرنا أبو خيثمة. وفي (٤٢٠٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا حجاج بن أبي عثمان (ح) وحدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، عن وكيع، عن سفيان (ح) وحدثنا عبد الوارث بن عبد الصمد، قال: حدثني أبي، عن جدي، عن أيوب. و«النسائي» ٢٧٤/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٣١) قال: أخبرنا =

وكذا لو قال: هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي أو حياتك فإذا مت رجع إلي.

وقال مالك: يكون عارية.

والصحيح قولنا؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أَجَازَ الْعُمْرَى[1] وأبطل شرط المعمر، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى حياته فهو له ولورثته بعدَ وفاته**"[2]، ولو كان التوقيت صحيحًا لما جعله ميراثًا لورثته، ومتى بطل الشرط

=

عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو عاصم، قال: حدثنا ابن جريج. وفي ٢٧٤/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٣٢) قال: أخبرني محمد بن إبراهيم بن صدران، عن بشر بن المفضل، قال: حدثنا الحجاج الصواف. وفي ٢٧٤/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٣٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا خالد، عن هشام. و«ابن حبان» (٥١٣٦) قال: أخبرنا محمد بن أحمد بن أبي عون، قال: حدثنا علي بن حجر، قال: حدثنا هشيم، عن داود بن أبي هند. وفي (٥١٤٠) قال: أخبرنا عبد الله بن أحمد بن موسى، قال: حدثنا محمد بن معمر، قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج. وفي (٥١٤١) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا أيوب.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (١٢٨/٤ - ط. المجلس العلمي): "غريب" يعني أنه لا أصل له، وتعقبه ابن قطلوبغا فقال: "رواه الإمام محمد بن الحسن بهذا اللفظ". كذا في منية الألمعي (ص٦٣ - ط. المجلس العلمي).

(٢) أخرجه «مسلم» ٦٧/٥ (٤١٩٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرأت على مالك. وفي (٤١٩٨) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة، قال: حدثنا ليث. وفي (٤١٩٩) قال: حدثني عبد الرحمن بن بشر العبدي، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا ابن جريج. وفي ٦٨/٥ (٤٢٠٠) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، وعبد بن حميد، قالا: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٢٠١) قال: حدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا ابن أبي فديك، عن ابن أبي ذئب. و«ابن ماجه» (٢٣٨٠) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أنبأنا الليث بن سعد. و«أبو داود» (٣٥٥٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، ومحمد بن المثنى، قالا: حدثنا بشر بن عمر، قال: حدثنا مالك، يعني ابن أنس. وفي (٣٥٥٤) قال: حدثنا حجاج بن أبي يعقوب، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن صالح. قال أبو داود: وكذلك رواه عقيل، ويزيد بن أبي حبيب، عن ابن شهاب، بإسناده ومعناه، واختلف على الأوزاعي، في لفظه =

والتوقيت بقيت هبة محضة[١].

وأمّا الثالث: كقوله: هذه الدار لك رقبى[٢] أو حبيسة لكَ ودفعها إليه فهو عارية عندهما، وعند أبي يوسف: هي هبة له أنه اقتصر على قوله: داري لك تكون: هبة تامة

=

عن ابن شهاب، ورواه فليح بن سليمان، مثل حديث مالك. وفي (٣٥٥٥) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«الترمذي» (١٣٥٠) قال: حدثنا الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك. و«النسائي» ٢٧٥/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٣٧) قال: أخبرنا عيسى بن مساور، قال: حدثنا الوليد، قال: حدثنا أبو عمرو. وفي ٢٧٥/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٠) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. وفي ٢٧٥/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤١) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن القاسم، عن مالك. وفي ٢٧٦/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٢) قال: أخبرنا عمران بن بكار، قال: حدثنا أبو اليمان، قال: حدثنا شعيب. وفي ٢٧٦/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، عن ابن أبي فديك، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. وفي ٢٧٦/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٤) قال: أخبرنا أبو داود، سليمان بن سيف، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن صالح. وفي ٢٧٦/٦، وفي «الكبرى» (٦٥٤٥) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا سعيد، قال: حدثني يزيد بن أبي حبيب. و«أبو يعلى» (٢٠٩٢) قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا ابن أبي ذئب. وفي (٢٠٩٣) قال: حدثنا حجاج، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي، عن صالح. و«ابن حبان» (٥١٣٥) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد بن سلم، قال: حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم، قال: حدثنا الوليد، قال: حدثنا الأوزاعي. وفي (٥١٣٧) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: حدثنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٥١٣٨) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثنا الليث. وفي (٥١٣٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر.

عشرتهم: (مالك بن أنس، وعبد الملك بن جريج، ومعمر، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، ومحمد بن عبد الله، ابن أخي ابن شهاب، والليث بن سعد، وصالح بن كيسان، وأبو عمرو الأوزاعي، وشعيب بن أبي حمزة، ويزيد بن أبي حبيب) عن محمد بن مسلم، ابن شهاب الزهري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، فذكره.

(١) انظر: الهداية ٢٣٠/٣، رد المحتار على الدر المختار ٥٢٠/٤، الزرقاني ١٠٤/٧.

(٢) الرقبى: أن يقول: «إن مت أنا قبلك فهو لك، وإن مت أنت قبلي فهو لي» سميت بذلك، لأن كلًّا منهما يترقب، وينتظر موت الآخر قبل موته.

بمحكمه فلا تبطل بقوله: رقبى وحبيس لأنهما لفظان يحتملان الهبة والعارية فلا يبطل المحكم ولا يتعين بالمحتمل المتردد.

ولهما: ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقبى، ورُوي أنه أجاز العمرى والرقبى[1] وأبطل المنافع فقد تعارضت الروايات في إبطال شرط الرقبى فلا يثبت الإبطال فبقي شرطه وكلامه معتبرًا فقد اتصل بكلامه وصف محتمل يحتمل الهبة والعارية؛ لأن قوله: رقبى يحتمل أن يكون مأخوذًا من المراقبة والانتظار أي: أنتظر موتك وتنتظر موتي فيكون عارية؛ لأن العارية مرتقبة منتظرة متى ذهب وفيها عادت إلى معيرها، كما لو قال أرقبتك هذه الدار ويحتمل أن يكون مأخوذًا من الإرقاب أي داري لك رقبة فتكون هبة، وكذا قوله: حبيس يحتمل أيّهما محبوسة رقبتها على ملكي وكذا المنفعة فتكون عارية ويحتمل أنها محبوسة رقبتها على ملكك فتكون هبة فلما صار الوصف محتملا صار الموصوف محتملا للهبة والعارية فقد تيقنا تمليك المنفعة وشككنا في تمليك الرقبة فثبت المتيقن، وهو العارية ولم يثبت المشكوك وهو الهبة.

ولو قال: أرقبتك هذه الدار، قال أبو يوسف: تكون عارية، وقال زفر يكون هبة، كما لو قال: داري لك رقبى.

وأبو يوسف يقول: بأن قوله أرقبتك لا يحتمل إلا المراقبة والانتظار فلا يمكن جعلها هبة فجعلناها عارية بخلاف قوله رقبى، فإنه يحتمل المراقبة ويحتمل الرقبة فلا يتغير أول الكلام بالشك والاحتمال.

---

(١) هذا الحديث ثابت في رواية عن جابر في الحديث السابق الذي خرجناه بلفظ: «العمرى جائزة لأهلها». رواه الترمذي وابن ماجه. ويؤيد ذلك أحاديث منها: ما روي عن ابن عمر مرفوعًا عند النسائي وابن ماجه: «لا عمرى ولا رقبى، فمن أعمر شيئًا، أو أرقبه، فهو له حياته ومماته» ومنها: ما أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن زيد بن ثابت بلفظ: «من أعمر شيئًا فهو لمعمره حياته ومماته، ولا ترقبوا، فمن أرقب شيئًا فهو سبيله» ومنها: ما روى النسائي عن ابن عباس، وما روي الترمذي عن سمرة بن جندب، وغير ذلك (راجع جامع الأصول: ٩/١١١ - ١١٥، نصب الراية: ٤/١٢٨، نيل الأوطار: ٦/١٢ وما بعدها، سبل السلام: ٣/٩١، التلخيص الحبير: ص٢٦٠).

ولو قال لرجلين: عبدي هذا لأطولكما حياة، فهو باطل، وكذلك لو قال: هي عمرى لأطولكما حيَاة؛ لأن الموهوب له مجهول وجهالة الموهوب له تمنع صحة الهبة كجهالة الهبة.

ولو قال: إن حملتك على هذه الدابة فهي عارية إلا أن يقول أردت الهبة؛ لأن الحمل يراد به العارية، يقال: حمل فلانا على دابته إلى مكة إذا أعارها ويراد به الهبة، يقال: حمل الأمير فلانًا فقلبه إذا وهبها، فإذا لم ينو تحمل على أقلهما وهي العارية لأنها منتفية وإن نوى الأكبر يصح؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، وكذا لو قال: أخدمتك هذه الجارية فهي عارية؛ لأن الإخدام قد يكون بتمليك المنفعة وقد يكون بتمليك الرقبة كالحمل على الدابة فتكون إعارة عند الإطلاق لأنها الأدنى وهو منتفٍ.

ولو قال: منحتك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذه الجارية فهي عارية إلا إذا نوى الهبة.

ولو قال: منحتك هذا الطعام أو الدراهم والدنانير وكل ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يكون هبة؛ لأن المنحة قد يراد بها العارية لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، والعارية مردودة، والهبة غير مردودة**" وقد يراد بها الهبة فقال: فلان منح فلانا أي وهب منه، فإن أضاف إلى ما يمكن الانتفاع به مع قيامه حملناها على العارية لأنها الأدنى وإن أضاف إلى ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه حملناها على الهبة؛ لأنه منفعة مع عينه.

وذكر الكرخي رحمه الله: لو منحه جديًا أو عناقا فهو عارية، ولو منح شاة حلوبة جاز الانتفاع بلبنها؛ لأنه أمكن الانتفاع مع قيام عينها.

ولو قال: أطعمك هذه الأرض فهو إطعام لغلتها إعارة لرقبتها؛ لأن عين الأرض لا يطعم وغلتها تطعم فانصرف الإطعام إلى الغلة ويصير معيرا للأرض؛ لأن إطعام غلة معد فيه لا يتصور إلا بعد إعارة الأرض.

ولو قال: أطعمتك هذا الطعام فاقتصه فهي هبة؛ لأن الإطعام يحتمل التمليك كما يحتمل الإباحة، فإنه روي "أن النبي عليه السلام أطعم الجدة السدس" أي:

أعطاها، فإذا ذكر القبض عقيبه دل على أنه أراد به التمليك؛ لأن الهبة هي المحتاجة إلى القبض ليتم لا الإباحة فإنها تتم بغير قبض.

ولو قال: جعلت لك هذه الدار فاقبضها فهي هبة؛ لأن هذا عبارة عن التمليك.

ولو قال: داري هذه لك عمرى سكنى أو محلي سكنى أو سكني هبة أو سكني صدقة فهي عارية.

ولو قال: داري هذه لك عمرى تسكنها أو هبة تسكنها فهي هبة، والفرق أن قوله داري لك، وإن كان ظاهره لتمليك الرقبة فهو يحتمل تمليك المنفعة؛ لأن الإضافة بلام التمليك يحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى محكم للمنفعة لا يحتمل ملك الرقبة وسكنى تصلح نعتًا وتفسيرًا لقوله داري لك؛ لأن الاسم يصلح نعتًا للاسم فصار كأنه قال لك سكنى داري فجعلنا المحكم قاضيًا على المحتمل فتبين أنه أراد به تمليك المنفعة.

وأما قوله: تسكنها فعل، والفعل لا يصلح نعتًا للاسم ألا ترى، لو قال: لك تسكن داري لا يستقيم، فلا يصلح تفسيرا لقوله: داري لك، فبقي فلم يتغيّر به أوّل الكلام.

ولو قال: هي هبة لك عارية أو عارية هبة فهي عارية؛ لأن قوله عارية نصّ على تمليك المنفعة ويحكم فيه، وقوله: هبة يصلح لتمليك المنفعة ولتمليك الرقبة فجعلنا المحكم قاضيًا على المحتمل ولم تثبت الهبة بالاحتمال.

ولو قال: هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو إجارة هبة فهي إجارة؛ لأن الإجارة معاوضة والهبة تبرع والمعاوضة لا تحتمل التغير والتبدل إلى التبرع، فإنه لو قال: أجرتك بغير شيء لا تكون عارية. فأمّا التبرع يحتمل التغير إلى المعاوضة، فإنه لو قال: وهبتك منافع داري وكل شهر بكذا كان جائزًا فانقلبت الهبة إجارة وتصير عبارة عن تمليك، ولم يذكر في الكتاب أن هذه الإجارة هل تكون لازمة وقد حكى عن الجصاص أنها لا تكون لازمة حتى يملك كل واحد منهما فسخا بعد القبض لكن إذا سكن يجب الأجر؛ لأنه أمكن العمل باللفظين فتعمل بهما بقدر الإمكان كما في الهبة بشرط.

ولو قال: هو هبة لك ولعقبك من بعدك فهي هبة صحيحة؛ لأن قوله هو لك هبة

صحيحة وقوله لعقبك من بعدك شرط فاسد؛ لأن العقب لا يملكه بهبة من جهة الواهب وإنما يملكه إرثا من الموهوب له فقد ألحق بالهبة شرطا فاسدًا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لما تبين فبلغوا الشرط كشرط المعمر.

ولو قال: أسكنتك داري هذه حياتك ولعقبك من بعدك فهي عارية؛ لأنه ملكه سكنى داره وتمليك السكنى عارية.

(**المنتقى**): رجل قال لرجل قد متعتك بهذا الثوب أو بهذه الدراهم فقبضها، فهي هبة، وكذا لو قال لامرأة قد تزوجها على غير مهر مسمى فقال: قد متعتك بهذه الثياب أو بهذه الدراهم فهي هبة؛ لأنه يراد بلفظة التمتع تمليك الرقبة عرفا.

(**النوادر**): رجل دفع إلى رجل ثوبا وقال: اكس نفسك ففعل فهي هبة، ولو دفع إلى رجل دراهم وقال: أنفقها، ففعل فهو قرض، والفرق أن الأمر بالإكساء والإنفاق كلاهما عبارة عن التمليك لما بينا ذلك في الأيمان، إلا أن التمليك قد يكون بالقرض وقد يكون بالهبة والقرض أولى؛ لأنه تمليك المنفعة وهو متيقن فكان الصرف إليه أولى إن أمكن ففي الدراهم أمكن؛ لأن القرض بالدراهم يجوز فانصرف إليه وفي الثوب لا يمكن؛ لأن قرضه لا يجوز فانصرف إلى التمليك بجهة الهبة، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازله: رجل قال جميع مالي أو كل شيء له أو جميع ما أملكه لفلان فهي هبة حتى لا يجوز بدون القبض؛ لأن قوله ما أملكه للملك القائم له حقيقة والملك القائم لا يصير لغيره إلا بالتمليك منه بخلاف ما لو قال جميع ما يعرف بي أو ينسب إلي لفلان حيث يكون إقرارًا له؛ لأنه يجوز أن يكون ملك المقر له وهو في يده ويعرف به وينسب إليه فيكون إقرارًا له.

وكذا لو قال له بالفارسية: (أين يرا) يكون هبة؛ لأنه جعله له في المستقبل وهذا يكون بالتمليك منه.

ولو قال أين تراست يكون إقرارا؛ لأن قوله تراست يكون إخبارًا عن كونه له قبل التكلم.

ولو غرس كرما فقال: جعلته لابني الصغير يكون هبة؛ لأن الجعل إثبات ويصير له فيكون تمليكًا له.

ولو قال جعلته: باسم ابني فهو أمر متردّد محتمل ويكون إلى التمليك أقرب.

ولو قال: اغرس باسم ابني لا يكون هبة؛ لأنه لا يستعمل للتمليك عرفًا.

وذكر محمد في (**السير الكبير**): رجل قال لقوم قد وهبت جاريتي هذه لأحدكم فليأخذ من شاء، فأخذها رجل منهم تكون له؛ لأن هذا هبة من كل واحد منهم عادة وفيه وجه دليل على أن الهبة تتم بالقبض، وإن لم يوجد القبول من الموهوب له.

رجل دفع ثوبين إلى رجل وقال: أيما شئت فلك والآخر لابنك فلان، فإن بين الذي له قبل أن يتفرقا جاز؛ لأن ارتفاع الجهالة في آخر المجلس كارتفاعها في أول المجلس، وإن لم يبين لم يجز؛ لأن الجهالة لم ترتفع، وعلى هذا لو وهب لآخر غلامًا على أن الموهوب له بالخيار ثلاثة أيام إن اختار الهبة قبل أن يتفرقا جازت الهبة، وإن لم يخير حتى تفرقا لم يجز.

(باب قبض الهبة)

قبض الموهوب له الهبة لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن كان الواهب أمره بقبضه، أو نهاه عنه، أو سكت، فإن أمره صح قبضه في المجلس وبعده؛ لأن القبض في الهبة، وإن كان بمنزلة القبول من حيث إن الملك يقع بالقبض في الهبة كما يقع بالقبول في البيع، والقبول لا يصح بعد المجلس فكذا القبض إلا أن عقد الهبة يتم بإيجاب الواهب وحده والقبول شرط ثبوت الملك لا شرط العقد، والعقد التام يجوز أن يقف على ما وراء المجلس فصح بقبض بعده وأمر الواهب بالقبض مطلق فلا يتقيد بالمجلس ففي أي وقت قبضها كان قبضها بتسليم الواهب، وإن نهاه عن القبض لا يصح قبضه أصلًا، لأن نهي الواهب إيّاه عن قبضها رجوع عن الإيجاب والقبض بمنزلة القبول في الهبة ويصح الرجوع عن الإيجاب قبل القبول وإن سكت، ولم يأمره ولم ينهه إن قبضه بعدما افترقا لا يصح وإن قبضه بحضرة الواهب يصح استحسانًا لا قياسًا وهو قول الشافعي وكذلك في البيع الفاسد؛ لأن ملك البائع والواهب قائم في العين ويده قائمة عليه فلا يكون للموهوب له والمشتري إبطاله عليه بغير أمره كما في البيع الصحيح.

وجه الاستحسان: أن هذا عقد تمليك والتمليك تسليط على التملك وإذن له والقبض في الهبة والبيع الفاسد بمنزلة القبول والتملك لا يثبت الملك بدونه فصار الموهوب له مسلطا على القبض ومأذونا فيه بحكم الإيجاب ضمنًا وإقتضاء له، والإيجاب يقتصر على المجلس وكذا ما يثبت ضمنا له وبحكم ما يثبت ضمنًا واقتضاء يثبت ضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الإذن في المجلس فلا يثبت فيما وراءه كما في التسليط على القبول في البيع بخلاف الإذن بالقبض نصًّا؛ لأن الإذن ثبت مطلقًا فيعم المجلس وغيره وكذلك الصدقة.

ولو وهب دينا له على رجل وأمره بقبضه فقبضه جازت الهبة استحسانًا لا قياسًا وهو قول زفر؛ لأن الدين لا يستطاع قبضه بحال وإنما يقبض مثله عينا والهبة مضافة إلى الدين لا إلى مثله.

ولو أضاف إلى المثل لا يجوز؛ لأنه ملك العين قبل قبضه وما لا يستطاع قبضه لا تجوز هبته.

وجه الاستحسان: أن الهبة تفيد الملك عند القبض وعند القبض الموهوب عين مملوكة للواهب مقررة متميزة عن غيره؛ لأن المقبوض عين الدين حكما؛ لأنه قائم مقامه شرعا وعرفا، ولهذا يجبر المديون على تسليم مثله وللمالك أن يأخذه بغير رضى المديون متى ظفر بحبيسه ولأحد الشريكين أن يشارك فيما قبض صاحبه من الدين وإذا كان المقبوض عين الدين حكمًا وعرفًا والموهوب له يصير قابضا أولا للواهب بحكم النيابة عنه ثم يصير قابضًا لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذن له في القبض لم يجز؛ لأنه لا يصير نائبا عنه في القبض بدون الاستنابة.

ولو وهب الوديعة من المودع أو العارية من المستعير جاز وكفاه ذلك القبض؛ لأن قبض الوديعة أمانة كقبض الهبة فتجانس القبضان، وتشاكلا فتناوبا، وكذلك لو وهب المستأجر من المستأجر أو المغصوب من الغاصب جاز وبرئ عن الضمان؛ لأن قبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة؛ لأن في قبض الضمان ما في قبض الأمانة وزيادة بخلاف البيع والرهن لما مرّ في البيوع. وهب لابنه الكبير في عياله يشترط قبض الابن خلافا لابن أبي ليلى لأنه لا ولاية له عليه فلا ينتصب نائبًا عنه فلا يقوم قبضه مقام قبض الولد كالأجنبي يقبض الهبة عن الصغير، وإن كان صغيرا جازت وهو قابض له؛

لأن له ولاية على الصغير فينوب عنه في القبض كما لو وهب له غيره فقبضه الأب جاز فكذا إذا وهب هو كان قبضه جائزًا عنه، ولو قبض الجد أو الأخ أو العم فلا يخلو إما أن كان الأب حيا أو ميتا، وإن كان ميتا جاز قبضهم عن الصغير؛ لأن الولاية انتقلت إليهم، وإن كان حيا وهو غائب غيبة منقطعة ينظر إن كان الصغير في عيالهم جاز قبضهم عنه؛ لأنه بغيبته انتقلت الولاية إلى الأبعد كما في ولاية الإنكاح، وله ولاية التصرف في ماله متى كان الصغير في عياله، وإن لم يكن في عيالهم لا يجوز؛ لأنه ليس لهم ولاية التصرف في ماله ومن لا يكون له ولاية التصرف في مال الصغير لا يكون له قبض الهبة عليه؛ لأنه من باب التصرف كالأجنبي، فأما إذا كان حاضرًا والصبي في عيالهم هل يصح قبضهم عنه لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه هل يجوز قبض كل من تعوله قريبا كان أو زوجا أو أجنبيا؛ لأن كل من كان الصغير في عياله وحضانته والإنفاق عليه من ماله كان له ولاية التصرف في ماله وقيل إن كان الذي يعوله قريبا له لا يجوز قبضه عن الصغير، وإن كان زوجًا يجوز إن كان بنى بها، وإن لم يقربها لم يجز.

وذكر الحاكم في مختصره: أنه لا يجوز قبضه إذا كان الأب حيا، وإن كان أجنبيًّا لا يجوز قبضه إلا حال عدم الأقارب، وهكذا ذكر الكرخي في (**مختصره**) وذلك لأن سبب ثبوت الولاية لقبض غير الأب كون الصغير في عياله وقد تحقق هذا في الزوج من كل وجه حال حضرة الأب كما تحقق حال غيبته؛ لأنه ليس للأب. انتزاع الصغيرة من الزوج فصارت حضرته كغيبته، وفي غير الزوج للأب أن ينتزع الصغير منه وللقريب أن ينتزع الصغير من الأجنبي فلم يستقر ولم يتأكد بسبب ثبوت ولاية القبض على الصغير لهؤلاء، وغير المستقر ثابت من وجه دون وجه، وولاية القبض لم تكن ثابتة لهؤلاء فلا يثبت بالشك وإنما جاز قبض الأجنبي حال عدم الأقارب لأن قبض الهبة من المنافع المحضة فجاز أن يملكه من يعوله بولاية الحضانة والتربية نظرا للصغير نفعا له؛ لأن قبضه بمنزلة إيصال النفع إليه ويكون من باب الحفظ.

وأما الأم إن لم يكن للأب حق انتزاع الصغير ولكن ليس لها ولاية على الصغير

ولا على ماله فلم تثبت لها ولاية القبض، وإن كان الصبي يعقل ولم يراهق فقبض جاز استحسانا؛ لأن قبض الهبة من المنافع المحضة وكل تصرف هو نفع محض والصبي فيه غير محجور عنه كالعبد المحجور.

ولو وهب رجل لعبد محجور عليه فالقبول والقبض إلى العبد دون المولى؛ لأن قبول الهبات نافع للمولى والعبد ملك التصرف هو نافع للمولى كما في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فتكون الهبة واقعة للعبد فيكون القبول والقبض إليه، وإذا قبض ثبت الملك للمولى بحكم أنه كسب عبده وكذلك المكاتب لو وهب له فالقبول والقبض إليه ولا يملكه المولى؛ لأنه أحق بكسبه ولا تجوز هبة الأب مال الصغير لأنها تبرع.

ولو وهبه بشرط العوض وقبض الآخر العوض لم يجز عندهما وكذلك العبد المأذون والمكاتب إذا وهبا بشرط العوض وقال محمد يجوز وكل من ملك البيع ملك الهبة بعوض، له أنه لما شرط فيها العوض صار بيعًا معنى؛ لأنه يصير مبادلة والعبرة للمعنى دون الصورة.

لهما: أن النية بشرط العوض تبرع حالًا وابتداءً، ولهذا لا يملك قبل القبض وتنقلب معاوضة مآلًا وانتهاء بعد القبض لما تبين، فإذا لم يكن له ولاية التبرع لم يقع العقد في الحال صحيحًا فلا ينقلب معاوضة في الانتهاء وصار كما لو أعتق بشرط العوض لا يصح.

[(**النوادر**)][1] رجل وهب من رجل ثوبًا وهو حاضر، فقال الموهوب له: قبضته، قال أبو حنيفة: صار قابضًا؛ لأنه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه، كالتلجئة في باب البيع، وقال أبو يوسف: لا يصير قابضًا ما لم يقبضه بيده؛ لأنه غير قابض حقيقة.

ولو وهب من رجل عينا فقبضه الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت صحت الهبة؛ لأن القبض في الهبة بمنزلة القبول لما بينا.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المنتقى.

ولو وهب لرجل ثيابا في صندوق مقفل ودفع إليه الصندوق لم يكن قبضًا؛ لأنه لا يمكنه القبض لو أراد قبضه وإن كان الصندوق مفتوحًا كان قبضًا لأنه يمكنه القبض. رجل قال وهبت هذا الشيء من ابني الصغير جازت الهبة من غير قبول لأن الأب يتولاه، هذا وكل عقد بتولية الواحد يكفي فيه الإيجاب كبيع الأب ماله من ابنه الصغير.

ولو وهب لأولاده الصغار والكبار فقبض الكبار حصتهم جازت في حق الكل؛ لأن الأب قابض حصة الصغار وهل يجوز تفضيل بعض الأولاد على البعض في الهبة حالة الصحة.

رُوي عن أبي حنيفة: أنه لا بأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل له في الدين وإن استووا في ذلك، فإنه يكره لما رُوي أن أبا بكر فضّل عائشة على غيرها من أولاده بالهبة حالة الصحة.

وعند محمد: يجزئه أن يعطي للذكر مثل حظ الأنثيين على قدر مواريثهم؛ لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، ثم الله تعالى فضَّل الذكر على الأنثى فيما أوجب لهم من الميراث وكذا فيما أوجبه العبد.

وعند أبي يوسف: يسوي بينهم يعطي الأنثى مثلما يعطي الذكر لحديث النعمان بن بشير أن أباه نحله غلاما فأتى النبي صلى الله عليه وسلم ليشهده على ذلك فقال: "**أو لكل أولادك نحلت مثل هذا، فقال: لا، فقال أرجعه**" وفي رواية: قال: "**إنه جور وإنا لا نشهد على جور**"[1]؛ إلا أن أبا حنيفة رحمه الله حمل هذا الحديث على ما إذا

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/٢٠٦ (٢٥٨٧) قال: حدثنا حامد بن عمر، قال: حدثنا أبو عوانة، عن حصين. وفي ٣/٢٢٤ (٢٦٥٠) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا أبو حيان التيمي. قال البخاري عقبه: وقال أبو حريز، عن الشعبي: «لا أشهد على جور». وفي «الأدب المفرد» (٩٣) قال: حدثنا محمد بن سلام، قال: أخبرنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى القرشي، عن داود بن أبي هند. و«مسلم» ٥/٦٥ (٤١٨٩) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا عباد بن العوام، عن حصين (ح) وحدثنا يحيى بن يحيى، واللفظ له، قال: أخبرنا أبو الأحوص، عن حصين. وفي ٥/٦٦ (٤١٩٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن أبي حيان (ح) وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، واللفظ له، قال: حدثنا محمد بن بشر، قال: حدثنا أبو حيان التيمي. وفي (٤١٩١) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثني =

كان الكل سواء وحمل حديث عائشة على أن التفضيل لزيادة فضل في الدين

=

أبي، قال: حدثنا إسماعيل. وفي (٤١٩٢) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن عاصم الأحول. وفي (٤١٩٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب، وعبد الأعلى (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، ويعقوب الدورقي، جميعا عن ابن علية، واللفظ ليعقوب، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم، عن داود بن أبي هند. وفي ٥/٦٧ (٤١٩٤ و٤١٩٥) قال: حدثنا أحمد بن عثمان النوفلي، قال: حدثنا أزهر، قال: حدثنا ابن عون. و«ابن ماجه» (٢٣٧٥) قال: حدثنا أبو بشر، بكر بن خلف، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن داود بن أبي هند. و«أبو داود» (٣٥٤٢) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا هشيم، قال: أخبرنا سيار، وأخبرنا مغيرة، وأخبرنا داود، وأخبرنا مجالد، وإسماعيل بن سالم. و«النسائي» ٦/٢٥٩، وفي «الكبرى» (٦٤٧٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الملك بن أبي الشوارب، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن زريع، قال: حدثنا داود. وفي ٦/٢٦٠، وفي «الكبرى» (٦٤٧٤) قال: أخبرنا محمد بن المثنى، عن عبد الوهاب، قال: حدثنا داود. وفي ٦/٢٦٠، وفي «الكبرى» (٦٤٧٥) قال: أخبرنا موسى بن عبد الرحمن، قال: حدثنا أبو أسامة، قال: حدثنا أبو حيان. وفي ٦/٢٦٠، وفي «الكبرى» (٦٤٧٦) قال: أخبرنا أبو داود، قال: حدثنا يعلى، قال: حدثنا أبو حيان. وفي «الكبرى» (٥٩٧٩) قال: أخبرنا محمد بن قدامة، قال: حدثنا جرير، عن مغيرة. و«ابن حبان» (٥١٠٢) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير، عن عاصم. وفي (٥١٠٣) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا أبو حيان التيمي. وفي (٥١٠٤) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا جرير، عن مغيرة. وفي (٥١٠٥) قال: أخبرنا عبد الله بن محمود بن سليمان، قال: حدثنا عمرو بن صالح، قال: حدثنا إبراهيم بن المغيرة، ختن ابن المبارك، قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد. وفي (٥١٠٦) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: أخبرنا إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا داود بن أبي هند. وفي (٥١٠٧) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا معتمر بن سليمان، قال: قرأت على الفضيل، عن أبي حريز. جميعهم (مجالد بن سعيد، وحصين بن عبد الرحمن، وأبو حيان التيمي، يحيى بن سعيد بن حيان، وداود بن أبي هند، وسيار، ومغيرة بن مقسم، وإسماعيل بن سالم، وأبو حريز، عبد الله بن الحسين، وإسماعيل بن أبي خالد، وعاصم الأحول، وعبد الله بن عون) عن عامر الشعبي، فذكره.

لا بأس به توفيقًا بين الحديثين، فإن وهب ماله كله لواحد جاز في القضاء وهو إثم نص عليه محمد؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في مثل هذا: "**اتق الله تعالى**".

(باب هبة ما هو متصل أو مشغول بغير الموهوب)

أصله: أن الهبة متى كانت متصلة بملكه اتصال خلقة وأمكن فصله وتمييزه عن غيره لا تجوز الهبة ما لم يزل الاتصال؛ لأن الهبة ما دامت متصلة بملكه أو مشغولة بحقه لا يتحقق قبضها إذ القبض لا يتحقق إلا في المفروز المتميز عن غيره، وإذا زال الاتصال ووجد الانفصال وقت التسليم جازت الهبة؛ لأن تمام القبض إنما يعتبر وقت التسليم لا قبله، وإن كانت الهبة متصلة بملكه اتصال مجاورة إن لم تكن الهبة مشغولة بملكه جازت الهبة إذا لم يبق للواهب يد مستعملة على الهبة؛ لأنه أمكن قبض الهبة فلا يتمكن بالمجاورة نقصان في قبض الهبة، وإن كانت الهبة مشغولة بحقه لم يجز؛ لأنه يبقى للواهب يد مستعملة على الهبة وقيام يد المستعملة يوجب نقصانًا في قبض الموهوب.

[(**المبسوط**)][1]: ولا تجوز هبة الجبن والدهن في السمسم والسمن في اللبن وإن سلطه على القبض؛ لأن في وجود الولد وقيام ماليته غررًا وخطرًا فوقع الشك في ثبوت المحلية للهبة ولم تصادف الهبة محلها، ولا تصح إضافتها إلى زمان في المستقبل فلم ينعقد أصلا والدهن معدوم للحال من وجه وإنما يصير موجودًا بالعصر؛ لأنه لا يحصل إلا باستهلاك السمسم، ولو كان الدهن موجودًا فيه ويظهر بالعصر لكان لا يحتاج إلى استهلاك الوعاء لإظهاره كالقارورة، وإنما جرى الربا بين الدهن والسمسم لقيام شبهة الدهن فيه قبل العصر، والشبهة تكفي لإثبات الحرمة ولا تكفي لإثبات محلية الهبة.

ولو وهب صوفًا على ظهر أو لبنًا في ضرع نحره وحلبه ففعل جاز استحسانًا،

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): النوادر.

وذكر في موضع آخر أنه لا يجوز. قيل فيه روايتان والأظهر أنه رواية واحدة وما ذكره أنه لا يجوز جواب القياس وما ذكر أنه يجوز جواب الاستحسان.

وجه القياس: أن اللبن والصوف بمنزلة صفة من أوصافها في حق التمليك فلا يصلح محلًّا لإضافة التمليك إليه مقصودا كما لو وهب يدها أو رجلها.

وجه الاستحسان: أن الملك في الموهوب يقع عند القبض وعند القبض الموهوب عين مال قائم مقرر من غيره؛ لأن اللبن والصوف بالانفصال يصيرا أصلا ولا يبقيا وصفا والمانع من جواز الهبة كون المحل وصفًا حالة القبض؛ لأنه حال ثبوت الملك وقد زال المانع من الجواز وقت القبض فصحت الهبة كما لو وهب مشاعًا يحتمل القسمة ثم سلمه مقررًا بخلاف ما لو وهب يدها ورجلها؛ لأنه لا يبقى مالًا بعد الانفصال وقيام المالية وقت القبض شرط لصحة الهبة، وكذلك ثمر الشجرة والزرع تجوز هبته إذا أمره بالحصاد والجذاذ وتجوز هبة الشجر وإذنه في القلع كما في السمن والزرع.

ولو وهبها واستثنى ما في بطنها جازت الهبة فيهما وبطل الاستثناء؛ لأن الهبة لا تبطلها الشروط الفاسدة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الشروط، ولأن الشرط الفاسد في الهبة لا يفضي إلى المنازعة؛ لأن التسليم باختيار الواهب لا الموهوب وفيه حق المطالبة به فتسلمه كما اختاره، فلا تقع بينهما المنازعة فصار وجوب الشرط فيها وعدمه بمنزلة، ولو أعتق الجنين ثم أعتق الأم جاز.

ولو دبر الجنين ثم وهب الأم لا يجوز، والفرق أن المدبر مال مملوك للواهب وأنه متصل بالأم اتصال خلقة واتصال الهبة بملك الواهب يمنع صحة الهبة.

ولو كان الولد حرا والهبة غير مشغولة بحقه ولا متصلة بملكه؛ لأن الولد بعد الحرية لم يبق حقًّ وملكا له فلا يمنع الجواز، وإن كانت متصلة أو مشغولة بغيره لأن يد الاستعمال للواهب على الهبة بعد التسليم قاصرة غير قائمة فصار كما لو وهب دارًا فيها حر جازت.

(**المنتقى**): ذكر ابن سماعة عن محمد: ولو وهب دابة مسرجة بلجمة ولم يهب

السرج واللجام جاز؛ لأن الهبة غير مشغولة بحقه؛ لأن الدابة غير مشتغلة بسبب اللجام لأن استعمال الدابة يتحقق بدونه.

ولو وهب السرج واللجام دون الدابة لم يجز إلا إذا نزعه ودفعه إليه؛ لأن اللجام ما دام على الدابة فهو مستعمل له؛ لأن استعماله إنما يكون بالدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فيوجب نقصانا في قبضه، وكذلك لو وهب جارية عليها حلي دون الحلي جاز.

ولو وهب الحلي عليها دون الجارية لم يجز حتى ينزعه ويدفعه إليه، وكذلك لو وهب الدابة وعليها حمل لم يجز؛ لأنه مستعمل للدابة تحمله.

ولو وهب الحمل على الدابة وسلم معها يجوز؛ لأنه لا يكون مستعملا للحمل بالدابة؛ لأن الحمل إنما يوضع على الدابة لتصير الدابة مستعملة بالحمل لا الحمل بالدابة، وكذلك لو وهب الماء والقمقمة يجوز.

ولو وهب القمقمة دون الماء لم يجز؛ لأنه مستعمل للقمقمة بالماء لا الماء بالقمقمة.

ولو وهب أرضا لابنه الصغير وفيها زرع الأب أو وهب منه دارا والأب فيها ساكن أو فيها متاعه أو غير ساكن ذكر هشام عن أبي حنيفة أنه لم تجز الهبة فيهما.

وفي (**المنتقى**) و(**المجرد**): قال أبو حنيفة: إنه يجوز، وهو قول أبي يوسف وهو الصحيح؛ لأن الشرط قبض الواهب وكون الدار مشغولا بمتاع الواهب أو بسكناه لا يمنع قبض الواهب وإنما يمنع قبض غيره.

ولو وهبت المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ولها أمتعة فيها والزوج ساكن معها يصح؛ لأنها وما في يدها في الدار في يد الزوج فكانت الدار مشغولة بعياله وهذا لا يمنع صحة قبضه.

(**الزيادات**): وهب دارًا أو جوالقًا فيها متاع الواهب وسلمها لم يجز؛ لأن الواهب مستعمل للدار لحفظ الأمتعة فتكون يد المستعملة للواهب قائمة عليها، ألا ترى أن رجلين تنازعا في دار وهي مشغولة بمتاع أحدهما كان القول قوله لقيام يده عليها وقيام يد الواهب عليها بمنع تمام القبض من الموهوب له في الدار فيمنع تمام

الهبة حتى لو فرغها وسلمها إليه تمت الهبة، وإن وهب ما في الدار والجوالق وسلمها جازت الهبة؛ لأن الموهوب غير مشغول بملك الواهب؛ لأن المتاع لا يكون مشغولا بالوعاء وإنما الوعاء يكون مشغولا به فلا يكون للواهب يد مستعملة على الهبة ويده على الجوالق والدار، وإن كانت مشتملة محتوية على ما فيها لكن متى سلمها إليه صار معيرًا للجوالق والدار ومملكا ما فيها فوقع الكل مسلما إليه حتى لو أودع المتاع أو الطعام في المسألة الأولى ثم سلم الكل أنه تمت الهبة في الدار والجوالق لا تثبت يده على ما فيها حقيقة؛ لأن اليد حقيقة للمودع، وإن كانت منفعتها عائدة إلى المودع فلم تبق يد الواهب حقيقة حتى يمنع التسليم، ولا تجوز هبة الزرع والشجر بدون الأرض ولا الأرض بدونهما ولا الثمر بدون الشجر ولا الشجر بدونه؛ لأن الموهوب متصل بملكه اتصال خلقة فيمتنع تمام القبض فيكون بمنزلة الهبة الجزء السابع.

فأمّا في الدار والمتاع ليس بينهما اتصال خلقة لكن بينهما اتصال مجاورة فتكون الدار مشغولة بالمتاع والتسليم يتم في الشاغل ولا يتم في المشغول، ولو أمره بالحصاد والجذاذ ففعل تمت الهبة؛ لأن فعله بأمر الواهب كفعل الواهب فتم قبضه بعد الانفصال، وإن وهب دارًا فيها متاع وسلمها كذلك ثم وهب المتاع منه أيضًا جازت في المتاع خاصة وإن بدا فوهب له المتاع وقبض الدار والمتاع ثم وهب الدار جازت الهبة فيهما، والفرق أنه لما وهب المتاع أولا وقبضه الموهوب له بالتخلية فقد تمت يده على المتاع فحين وهب الدار وسلمها بالتخلية لم يوجب قيام يد الواهب على الدار ولا تمنع تمام يد الموهوب له على الدار وإذا وهب الدار أولًا لم يصح قبض الموهوب له فيها لقيام يد الواهب عليها، فإذا وهب المتاع منه بعد ذلك وجازت الهبة في المتاع زال المانع عن تمام القبض في الدار لكن لم يوجد بعد ذلك فعل في الدار ليتم قبضه فيها فلا ينقلب القبض صحيحا في حقها، وإن وهب أحدهما فلم يقبض حتى وهب له الآخر وأذن له في قبضهما جميعًا فقبض جاز فيهما؛ لأن المانع من تمام القبض قد زال وقت التسليم فوقع القبض صحيحا فتمت الهبة كما لو وهب نصف الدار ولم تسلم حتى وهب النصف الباقي جازت الهبة في

الكل لما بينا وهبه دارًا ومتاعا فيها وسلم الكل فاستحق المتاع لا تبطل الهبة في الدار؛ لأن المانع من تمام القبض كون الدار مشغولا بمتاع الواهب لا بمتاع غيره؛ لأن يد غيره قاصرة عنها ويد الواهب قائمة عليها حقيقة وباستحقاق المتاع لم يظهر أن الدار مشغولة بمتاع الواهب فجازت الهبة في الدار، ألا ترى لو استعار دارًا ثم غصب متاعًا من آخر ووضعه فيها ثم وهب المعير من المستعير جازت الهبة، وكذا لو غصب المعير متاعا وأودعه إلى المستعير فجعله في الدار ثم وهب الدار منه جازت الهبة؛ لأن الدار غير مشغولة بمتاع الواهب فتمت يده على الدار بحكم الهبة، وإن هلك المتاع ثم استحق وقد عوضه الموهوب له أولًا، فإن شاء المستحق ضمن الموهوب له، وإن شاء ضمن الواهب قيل هذا قول محمد فأما عندهما ما لم تنقل لا يضمن، وقيل هذا قولهم جميعا وهو الصحيح؛ لأن يد الواهب على المتاع كانت يد ناقلة مقوية ليد المالك وبالهبة أقام يد الموهوب له مقام يد نفسه ويده يد الناقلة فكذا يد الموهوب له بحكم القيام مقامه كما لو وكل المشتري بقبض المبيع وكيلًا فقبضه وهلك عنده ثم استحق من يده فللمستحق أن يضمن الموكل؛ لأن قبض الوكيل بمنزلة قبض الموكل فيصير غاصبًا بيد ثابتة يدا ناقلة بخلاف البائع إذا خلى بين المبيع والمشتري حتى صار قابضا ثم هلك قبل أن ينقله فجاء مستحق ليس له أن يضمن المشتري؛ لأن يد المشتري ما قام مقام يد البائع بل المشتري استحق اليد بحكم العقد ابتداء فلا تكون يده قائمة مقام يد البائع وبمجرد التخلية لم يوجد منه اليد الناقلة المقوية ليد المالك فلم يصر غاصبًا لا حقيقة ولا تقديرا أودع رجلا جوالقًا فيه طعام ثم وهبها منه ثم استحق أخذها جازت الهبة في الباقي لما قلنا. وهب أرضا وزرعا فيها استحصد وسلم ثم استحق أخذها تبطل الهبة في الآخر؛ لأن الزرع متصل بالأرض اتصال خلقة فكان هذا نظير الشائع وإذا استحق النصف الدار الموهوبة بطلت الهبة في الباقي، فكذا هذا. وهب زرعا في أرض أو تمرا في نخيل أو جلة على سعف وأذن في قبضه وحصاده فقبضه جازت الهبة استحسانًا لما بينا في المبسوط، وإن لم يأمره بالقبض فقبض في المجلس بحضرتهما لم يجز ويضمن ما أفسد؛ لأن الجذاذ والحصاد يصرف في ثمن أخذ عين الموهوب فلا يصح إلا بإذن

الواهب وإنابته وإيجاب الهبة لا يقتضي الإذن في تصرف ليس منها وهو تصرف في غير الموهوب فيضمن إذا باشره بدون رضاه بخلاف القبض لأنه تصرف في الموهوب وهو من شرائط الهبة وتمامها فيكون إيجاب الهبة إذنا له بالقبض دلالة ما لم ينهه عنها صريحا فكذا لو قال: وهبت لك من طعامي قفيزا، فإن اكتاله بإذنه جاز وإلا فلا؛ لأن الاكتيال تصرف في ملك الغير فلا يصح إلا بإذنه.

(باب مسائل الشيوع)

جمعت فيه من مسائل الشيوع وفصلت بينها تفصيلا وسهلت على المقتبسين حفظا وتفهيمًا فبقول مسائل الشيوع تنقسم إلى أربعة أقسام: بيع الشائع، وإجارة الشائع ويتصل بها إعارة الشائع، ورهن الشائع، وهبة الشائع ويتصل بها صدقة الشائع ووقف الشائع.

أما بيع الشائع: فجائز فيما تنقسم؛ لأن البيع يفيد الملك في الحر والشائع والملك لا يراد لعينها وإنما يراد لمنافعه ومرافقه، والانتفاع والارتفاق لا يتهيأ إلا في المقسوم والمقرر فصارت القسمة مستحقة بقضية الملك وهي قسمة العين فيما ينقسم وقسمة المنافع فيما لا ينقسم بطريق التهاني والتناوب وإذا اقتسما صار البعض عوضا عن البعض وقد أمكن تحقيقه في بيع العين؛ لأن كل نصف يصلح بدلا عن النصف الآخر؛ لأنه ملك غيره فيصير العقد الوارد على الشائع مطلقًا له الانتفاع بالمعين والمميز بواسطة القسمة والإقرار فأمكن توفير مقاصد العقد وثمراته عليه فيحكم بصحته.

وأمّا إجارة الشائع فعلى وجهين:

أحدهما: لو أجر نصف ملكه من أجنبي لا يجوز فيما ينقسم وفيما لا ينقسم عند أبي حنيفة وقالوا جميعًا صححه لهم أنه أمكن الانتفاع بالشائع بطريق التهايؤ فإنهما إذا تهايئا زمانا للانتفاع فالمستأجر في نوبته يصير مستوفيا لمنفعة الكل نصفها بحكم العقد ونصفها عوضًا عن المنفعة التي يستوفيها الآخر في نوبته فأمكن تحقيق مقصود العقد وتوفير ثمرته عليه فوجب القول بصحته كما في بيع الشائع، له: أن

الانتفاع بالشائع لا يتهيّأ إلا بالتهايؤ والتهايؤ لا يصلح طريقا للانتفاع بالشائع في الإجارة لفقد شرطه وهو صلاحية بيانه كل واحد منهما من صاحبه؛ لأن الآجر لا يصلح نائبا عن المستأجر في الانتفاع بملكه؛ لأن الملك مطلق له الانتفاع بمملوكه لأن المنافع ثمرات ملك الذات واتباعه فكان تأثير سلطان الملك في فتح باب الانتفاع فوق تأثير إذن الغير إلا أن حق المستأجر حاجز إياه عن الانتفاع، فإذا سقط حقه بالإذن زال الحاجز فعمل المطلق فانطلق من الانتفاع بحكم مالكيته كالراهن إذا تصرف في المرهون بإذن المرتهن صح بحكم ملكه وإذا ملك الآجر استيفاء المنفعة بحكم الملك ليكون مستوفيا للمنفعة بحكم المبادلة فلا تصلح منفعة النصف بدلا عن النصف الآخر، فلا يمكن تحقيق طريق الانتفاع فالشائع في الإجارة فسدت وأمكن تحقيقه في البيع فصح ثم قيل هذه الإجارة لا تنعقد على قوله حتى لا يجب الأجر أصلا والصحيح أنه ينعقد فاسدا حتى يجب أجر المثل لأنها صادفت محلا منتفعًا وطريق يمكن الانتفاع كان فائتًا ظاهرا لكن بالقسمة موهوما مترقبا.

والثاني: لو أجر أحد الشريكين نصيبه من الأجنبي، حكى أبو الطاهر الدماميني، عن أبي حنيفة: أنه يجوز؛ لأن كل واحد منهما صلح نائبا عن صاحبه وحكى عنه غيره أنه لا يجوز لأن الشيوع لما صار مانعا للجواز لمعنى فبعد ذلك يدار الحكم على الشيوع لا على حقيقة المعنى تيسيرا كما في السفر والسلم.

وأما إذا أجر من رجلين أو من شريكه يجوز؛ لأنه لم يتمكن فيه الشيوع؛ لأنه أجر الكل منهما صفقة وهما في قبول العقد نزلا منزلة شخص واحد ولا شيوع في الكل ولئن تمكن فيه الشيوع فكل واحد منهما يصلح نائبا عن صاحبه فأمكن تحقيق طريق الانتفاع في حقهما فصح.

وأمّا الشيوع الطارئ ففي ظاهر الرواية لا يفسد الإجارة؛ لأن العقد كان صحيحًا وقع الشك في ارتفاع صحته؛ لأن وهم القدرة على الانتفاع قائم فلا يرتفع الجواز بالشك كالإباق الطارئ لا يفسد البيع والمقارن يفسده وروى خالد بن صبيح عن أبي حنيفة أنه يفسد الإجارة؛ لأن عقد الإجارة يتجدّد كل ساعة حيث تتجدد المنفعة فيكون الشائع مقارنا له بكل حال لا طارئا.

وأما إعارة الشائع فجائزة؛ لأنه لا يظهر أثر صحة الإعارة في الجزء الشائع لأنها لا تتم إلا بالتسليم، فإن سلم الكل كان هذا إعارة مسالفة للكل، وإن لم يسلم لا يجبر على تسليم النصف الشائع بخلاف الإجارة؛ لأن المستأجر يطالب الآجر بتسليم النصف الشائع كما اقتضاه العقد والآجر يعجز عن تسليمه فمنع الجواز.

وأمّا الرهن فرهن المشاع فاسد فيما ينقسم وفيما لا ينقسم رهن من شريكه أو من أجنبي، وقال الشافعي: تصح.

والصحيح قولنا؛ لأن فيه تأقيت العقد معنى وهذا خلاف ما يقتضيه عقد الرهن؛ لأن حكم الرهن هو ملك اليد والحبس على الدوام والاستمرار لما يأتي في كتاب الرهن وهذا لا يمكن إيمائه في المشاع؛ لأن حبس المشاع واحتواء اليد عليه لا يتصور وحبس الكل على الدوام عين مستحق بالعقد لكونه مضافا إلى النصف وكذا لا يمكن الحبس بطريق التهايؤ لفقد شرطه وهو صلاحية كل واحد منهما نائبا عن صاحبه؛ لأن الراهن لا يصلح نائبا عن المرتهن في حبس ملكه كما في الإجارة فيعود الحبس للمرتهن في نوبة الراهن بنفسه ونائبه فيصير الرهن مؤقتًا معنى فلا يصح، كما لو قال رهنتك يوما ويوما لا، وكذا فيما إذا رهن من شريكه يتأقت العقد أيضا؛ لأنه لا يد للتمييز بين الحبس بحكم الرهن إذ هو غير مطلق للانتفاع، وبين الحبس بحكم ملك الرقبة إذ هو مطلق للانتفاع وإذا ميزنا بطريق التهايؤ فالمرتهن يحبس يوما بحكم الملك لينتفع به بإذن الراهن أو لا بد من إذنه لينطلق له الانتفاع به ويوما بحكم الرهن ليمتنع عن انتفاعه، ففي يوم الحبس تملك الرقبة بحبسه بحكم الإذن لا بحكم الرهن فيفوت حكم الرهن فيه بخلاف ما لو أجر من شريكه؛ لأن يد الملك ويد الإجارة في حق استيفاء المنفعة سواء؛ لأن كل واحده مطلقة له الانتفاع فأنكر إقامة يده في نوبته مقام يد الإجارة، ولو رهن من رجلين جاز؛ لأنه لا شيوع في رهن الكل منهما؛ لأن حبسهما جملة مما يدوم ويستمر ولأن كل واحد منهما يصلح نائبا عن صاحبه في الحبيس فانعقد العقد موجبا للتهايؤ بين المرتهنين ابتداء.

وأمّا الشيوع الطارئ في الرهن فيه روايتان في رواية لا يفسده؛ لأن طرآن

المفسد لا يفسد العقد لما بينا، وفي رواية بأن القلب يفسده لما يأتي في كتاب الرهن.

وأمّا الهبة فتجوز هبة المشاع فيما لا يقسم ولا يجوز فيما يقسم خلافا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لما روي عن الصحابة أنهم قالوا: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة والحيازة يراد بها القسمة هنا ولأنه لو صحت الهبة وأفادت الملك للموهوب له قبل القسمة لثبت له حق المطالبة بالقسمة؛ لأن الملك مطلق له الانتفاع للملوك ولا يتهيأ له جميع أنواع الانتفاعات بالملك إلا بالقسمة فصار الملك عليه لاستحقاق المطالبة بالقسمة والملك ثابت بالهبة وكان حق المطالبة بالقسمة بواسطة الملك مضافا إلى التبرع فيصير تبرعه سببًا للزوم ما لم تتبرع به وهذا لا يجوز؛ لأنه يصير الإحسان حملا للمنعم عليه على إساءة المنعم بمطالبته القسمة وجره إلى باب القاضي فيصير كفرانا من المنعم عليه، وهذا لا يجوز فوجب أن يتوقف الملك على القسمة دفعًا للإساءة والضرب عن المتبرع، ولهذا لم يفد الملك قبل القبض.

فأمّا هبة المشاع فيما لا ينقسم يفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة لأنها لا يمكن.

وأمّا المهايأة فلا يجب في ظاهر الرواية لأنها إعارة، فإن كل واحد منهما يصير معيرًا بصفة من صاحبه والجبر على الإعارة غير مشروع وفي رواية يجب؛ لأنه لو لم يتحمل وجوب المهايأة ينسد باب الهبة في مشاع لا ينقسم، والحاجة داعية إلى هبته فجوزناها للضرورة إذ باب الهبة مفتوح فيما يؤدي إلى انسدادها يكون باطلًا، وأمّا فيما ينقسم أمكن توقيفا لملك على وجود القسمة من غير أن يلحق المتبرع بتبرعه ضمان لم يتبرع به ثم الحد الفاصل بينما يحتمل القسمة وبينما لا يحتمل وهو أن كل ما كان مشتركا بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر، فإن كان للقاضي أن يجبر الآبي على القسمة فهو مما يحتمل القسمة كالدار والبيت الكبير ونحوه، وإن كان لا يجبره فهو مما لا يحتمل القسمة كالعبد والحمام والبيت الصغير والحائط.

وإن وهب مشاعًا ينقسم لشريكه لا يجوز خلافا لابن أبي ليلى؛ لأن الشيوع إنّما صار مانعًا جواز الهبة لمعنيين:

أحدهما: لكي لا يلزم المتبرع بتبرعه ضمان المقاسمة ولا يلحقه ضرر المطالبة.

والثاني: أن بالشيوع يمكن النقصان في القبض الكامل لا يتصور في الشائع؛ لأنه لا تتحقق فيه صورة القبض وهذا الأخذ بالتراحم واحتمال اليد عليه، ولا لمعنى وهو التمكن من الانتفاع وإنما يتصور كلاهما بقبض الكل وكان قبض المشاع بقبض غيره والقائم بغيره عدم في نفسه فكان ناقصًا وفي حق الشريك إن لم يوجد ضمان المقاسمة فقد وجد يمكن القصور فصار الشيوع في حقه مانعا لهذا بخلاف ما لو أجاز المشاع من شريكه؛ لأن الجواز ثمة معلق بتمكنه من استيفاء المنفعة لا بالقبض وقد تمكن الشريك من استيفاء منفعة النصف باستيفاء الكل.

ولو وهب النصف فقسم ثم سلّم الكل جازت؛ لأن المانع هو الشيوع وقت التسليم؛ لأنه وقت ثبوت الحكم لا قبله لما بينا.

ولو وهب ما يقسم لرجلين واقتصهما لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك الصدقة وعندهما يجوز وذكر في الجامع الصغير أن الصدقة تجوز اتفاقا.

لهما: أنه عرى العقد والتسليم عن الإشاعة؛ لأنه وهب الكل منهمَا صفقة وسلم الكل إليهما دفعة إلا أنه ثبت الملك لكل واحد في النصف لا بموجب التمليك؛ لأن موجب تمليك الكل بينهما ثبوت الملك لهما في الكل لا لكل واحد في النصف ولكن ثبت الملك لكل واحد في النصف لضرورة المراحمة تثبت لا بموجب الصيغة، له أنه يمكن الشيوع في العقد والقبض؛ لأنه ملك من كل واحد نصفه بدليل أنه يثبت الملك لكل واحد في النصف وثبوت الملك موجب التمليك المضاف إلى النصف لا باعتبار ضرورة المزاحمة؛ لأن الحكم يثبت على وفق قضية الصيغة لا على خلافهما وعلى أن الخلاف ثابت فيما إذا قال وهبت الدار منكما نصفها منك ونصفها منك وهنا وجد التنصيص على التنصيف في الملك فيحقق الشيوع في العقد والتسليم فمنع جوازها بخلاف ما لو رهن لواحد من رجلين جاز؛ لأنه لم يتمكن الشيوع فيه؛ لأن رهن الدار منهما رهن من كل واحد منهما، كالأجنبي

استحق كل واحد منهما حبس جميع المرهون بدينه حتى لو قضى دين أحدهما كان للآخر حبس كله بدينه.

وأمّا الصدقة على اثنين تجوز على رواية الجامع الصغير؛ لأن الصدقة تقع لله تعالى والفقير نائب عنه في القبض ولا شيوع في حق الله تعالى ولا يجوز على رواية الأصل؛ لأن الصدقة تقع لله تعالى في ضمن ملك الفقير لا ابتداء؛ لأن التمليك من الله تعالى ابتداء لا يتصور والملك للفقير لا يثبت في الشائع، فإنه لا يتم قبض الفقير فلم تقع لله تعالى في ضمنه، فإن وهب لأحدهما ثلثها ولآخر ثلثيها وسلم لا يجوز عندهما ويجزئ عند محمد، فأبو حنيفة رحمه الله مر على أصله أن الشيوع متمكن فيه حالة التفضيل كما في حالة المساواة ومحمد مر على أصله أن التمليك والتسليم وقع إليهما مطلقًا والتفاوت في الملك ثبت لشرط تفاوت الأنصباء لا بموجب العقد كما لو نصّ على التنصيف، وأبو يوسف فرق بين حالة التفضيل وحالة التسوية وهو أن التفضيل بالتفضيل صحيح لا يفيد من الحكم ما لا يفيده مطلق العقد؛ لأن وقوع الملك على التفاوت، والتفاضل يثبت بالشرط لا بمطلق العقد فصار موجبًا شيوعا في العقد فتحقق المانع كما لو رهن من رجلين ثلثه من هذا وثلثاه من آخر.

فأمّا التنصيص على التنصيف غير صحيح؛ لأنه لا يفيد إلا ما يفيده مطلق العقد؛ لأن بدون التنصيص يفيد العقد ثبوت الملك لكل واحد في النصف فلغي، ولو وهبا لرجل وأقبضاه يجوز؛ لأنه لا يتمكن الشيوع في العقد ولا في القبض؛ لأن الملك ثبت للموهوب له في جميع الدار وقبضه لا في كلها عينا عبد بين رجلين قال أحدهما لصاحبه أو لآخر: وهبت لك نصيبي منه ولم يسم ولم يعلمه لم يجز؛ لأن هذه جهالة يوقعها في المنازعة؛ لأن الموهوب له يقول ملكت نصيبك النصف والواهب يقول لا بل ملكت الثلث فيتنازعان.

فأمّا إذا علم الموهوب له نصيب الواهب ينبغي أن يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز كما لو باع نصيبه من عبد بينه وبين آخر، فإن لم يعلم المشتري نصيبه لا يجوز وإن علم جاز عنده وعندهما لا يجوز ما لم يعلما.

ولو وهب نصف عشرة أثواب مختلفة يجوز ومتفقة لا يجوز؛ لأن المختلفة مما لا يحتمل القسمة والمتفقة مما تحتمل القسمة إذا كانت قيمتها متساوية، وإن كانت قيمتها متفاوتة تجوز هبة نصفها لأنها مما لا يحتمل القسمة لأنها لو كانت بين اثنين لا يجمع نصيب أحدهما في ثوب واحد.

وأمّا وقف المشاع فيجوز عند أبي يوسف، ولا يجوز عند محمد بناء على أن التسليم إلى المتولي ليس بشرط عند أبي يوسف، وعند محمد شرط لما تبين في كتاب الوقف.

(**المنتقى**) عن أبي يوسف: رجل معه درهمان فقال لرجل وهبت لك درهمًا منهما، فإن كانا مستويين لم تجز الهبة إلا أن يقرر أحدهما؛ لأن الهبة تناولت أحدهما وهو مجهول وهما يحتملان القسمة وإن كانا مختلفين يجوز؛ لأنه هبة مشاع لا تحتمل القسمة، فأمّا في المقطعة فلا يجوز ذلك حتى تقرر.

وذكر الحسن في المجرد عن أبي حنيفة: رجل أعطى رجلا درهمين فقال أحدهما: لك هبة لم يجز كانا في الوزن سواء أو مختلفين وإن قال: نصفها لك ودفعها إليه، فإن كانا في الوزن سواء لم يجز؛ لأنه مشاع يحتمل القسمة، وإن كان أحدهما أوزن من الآخر أو أردى جاز وإن قال وهبت لك ثلثهما وهما سواء في الوزن والجودة ودفعهما إليه جَاز ذلك.

قال محمد رحمه الله في الكيسانيات: رجل دفع تسعة دراهم وقال ثلاثة قضاء من حقك وثلاثة هبة لك وثلاثة صدقة لك فضاع الكل يضمن ثلثه الهبة؛ لأنها هبة فاسدة ولا يضمن ثلثه الصدقة؛ لأن صدقة المشاع جائزة إلا في رواية.

ولو وهب لرجلين درهمًا صحيحا فالصّحيح أنه يجوز؛ لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة ويضره الكسر فكان مشاعا لا يحتمل القسمة.

(**النوادر**): رجل أعطى رجلا درهما على أن نصفها صدقة ونصفها هبة جازت؛ لأن الشيوع لا يتمكن فيه وقت القبض. رجل وهب دارًا من ابنين له أحدهما صغير والآخر كبير والصغير في عياله لم تجز الهبة بالاتفاق أمّا عند أبي حنيفة فظاهر، وأمّا عندهما فلأنه يمكن الشيوع منه وقت القبض؛ لأنه حين وهب صار قابضا حصة

الصغير فبقي النصف الآخر سابقا بخلاف ما لو وهب من كبيرين وسلم إليهما؛ لأن ثمة لا شيوع في العقد ولا في القبض، أما بين عبد بين رجلين وهب أحدهما لهذا العبد شيئًا، فإن كان الموهوب ممّا يحتمل القسمة لا يصح أصلا؛ لأنها لما لم تصح في نصيب الواهب حصل في نصيب غير الواهب هبة مشاع يحتمل القسمة، وإن كان مما لا يحتمل القسمة يصح في نصيب صاحبه؛ لأنه حصل هبة مشاع لا يحتمل القسمة.

ولو وهب أحد الشريكين حصّته من الربح لآخر، فإن كان المال قائما لم يصح؛ لأنه هبة مشاع يحتمل القسمة، وإن كان مستهلكا صح؛ لأنه هبة مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن الدين لا يحتمل القسمة والهبة الفاسدة مضمونة بالقبض نص عليه محمد في المضاربة فقال: إذا دفع رجل إلى رجل ألفا وقال: نصفها مضاربة ونصفها هبة لك فهلكت الألف في يده ضمن المضارب حصّة الهبة وهذه هبة فاسدة؛ لأنها هبة مشاع يحتمل القسمة وذلك أن الهبة الفاسدة انقلبت عقد معاوضة لأنهما قصدا إثبات الملك والتبرع الصحيح لا يفيد الملك إلا بعد القبض والمعاوضة الفاسدة لا تعقد الملك إلا بعد القبض، فإذا انضاف الفساد إلى التبرع لا يفيد الملك عند القبض لأنا لو أوجبنا الملك في التبرع الفاسد بمجرد القبض من غير ضمان لسوّينا بين الجائز والفاسد فلا بد من قرينة تنضم إليه ولها أثر في إفادة الملك ليتقوى بالقرينة فيعمل في إفادة الملك وليست تلك القرينة إلا العوض فانقلبت عقد معاوضة يفيد الملك عند القبض، وهل يثبت الملك للموهوب له بالقبض قيل تثبت لأنها لما انقلبت معاوضة والمعاوضة تفيد الملك عند القبض وكذا هذا وقيل لا يثبت إلا عند هذا العوض وعليه نص محمد في كتاب الحج من الأصل قال: لو وهب نصف دار من رجل وسلّمها إليه فباعها الموهوب له لم يجز ولأنه لم يملكه.

وفي النوادر: قال أبو يوسف: وهب له نصف دار فقبضه ثم باعه لم تجز؛ لأن التبرع لما انقلب معاوضة يتوقف ثبوت الملك في العوضين على وجود قبض البدلين كما لو وهب بشرط العوض.

(باب ما يمنع الرجوع في الهبة وما لا يمنع)

المعاني المانعة من الرجوع في الهبة أشياء خمسة:

أحدها: القرابة المحرمية وصلة الزوجية.

والثاني: وصول العوض إليه.

والثالث: خروجها من ملك الموهوب له.

والرابع: موت الواهب أو الموهوب له.

والخامس: حدوث الزيادة أو التغيير في عينها.

أما القرابة المحرمية فلا رجوع في هبة ذي رحم محرم منه وهبة الزوجين ويرجع في هبة الأجنبي والمحرم غير ذي الرحم وذي الرحم غير المحرم.

وقال الشافعي: لا رجوع إلا فيما يهب الوالد لولده أو جده.

والصحيح قولنا؛ لقول النبي عليه السلام: "**الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها**" ولأن هذا عقد لم يفد للواهب غرضه ومطلوبه؛ لأن المقصود من جهة الأجانب هو المكافأة بالعوض؛ لأنه يقصد بها التودد والتحبب عرفا وتبرعا لكن المودة والمحبة أمر باطن منكم والمكافاة والمهاداة دلالة ظاهرة على المحبة الباطنة؛ لأن الطباع جبلت على حب المال والنفوس طبعت على الشح والضنة ببدله، فإذا بدل ما هو محبوب طبعه دل ذلك على إظهار مودّته وصداقته فصارت المكافأة مطلوبة لغيرها وهو حقيق المودة والمحبّة لا لعينها، ولهذا قيل الأيادي قروض وهذا هو العرف المألوف والأمر المندوب قال عليه السلام: "**تهادوا تحابوا**"، فإذا لم يعوض فات مطلوب الواهب من هبته فيظهر أنه لم يكن راضيا بلزومها فتظهر أنها لم تكن لازمة فتمكن من فسخها وكذا كل قرين ليس بينهما قرابة محرمة للقطعية فهو بمنزلة الأجنبي؛ لأنه يقصد منه المكافأة والتعوض عادة كما في الأجنبي.

وأمّا ذو الرحم المحرم فلقول عمر رضي الله عنه: من وهب هبة لذي رحم محرم فقبضها فليس له أن يرجع فيها، وتأويل قوله عليه السلام: "**لا يحل للواهب**

أن يرجع في هبته" إذ الوالد فيما يهب لولده، فإنه يحل له الأخذ بغير قضاء ورضا إذا احتاج إليه ولأنه حصل للواهب منها مقصوده وهو صلة الرحم وصلة الزوجية والألفة والمودة وفي الرجوع قطيعة الرحم؛ لأنه يورث الوحشة والنفرة عنه فانحسم باب الرجوع صيانة للقرابة عن القطيعة وإبقاء للزوجية على الألفة والمودة فكانت صلة القرابة والزوجية بمعنى التعويض وسواء كان أحدهما مسلما أو كافرا؛ لأن المسلم غير ممنوع عن البرّ والصلة في حق قريبه الكافر؛ لأن البرّ والإحسان ربما تستجلب قلبه وتستميل إلى نفسه فيحمله على الإسلام ويكره الرجوع في الهبة، وإن كان جائزا في الحكم لقوله عليه السلام: "**العائد في هبته كالعائد في قيئه**" وأنه من باب الخساسة والدناءة ولا يصح الرجوع في الهبة إلا بقضاء أو رضا؛ لأنه فسخ بعد تمام العقد وثبوت حكمه وضرورة الهبة ملكا للواهب رقبة وتصرفا فلا ينفسخ إلا بفسخ من له ولاية الفسخ وهو القاضي أو المتعاقدان كما في الردّ بالعيب بعد القبض وتصرف الموهوب له بيعًا وعتقًا قبل القضاء بالرجوع جائز؛ لأنه صادف ملكه ولا يجوز بعد القضاء؛ لأن العقد انفسخ بالقضاء وعادت الهبة إلى ملك الواهب فصار تصرفه في ملك غيره فلا يجوز وهي أمانة في يده بعد القضاء لا يضمنها إلا بالمنع؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة والأمانة لا تنقلب إلّا بالتعدي والخيانة. وهب لامرأة ثم تزوجها له الرجوع؛ لأن الهبة وقعت موجبة حق الرجوع لانعدام الزوجية عندها فوقعت غير لازمة فلا تبطل حق الرجوع بحدوث الزوجية من بعد.

ولو وهب لامرأته ثم أبانها لا يرجع؛ لأن الزوجية وجدت حالة الهبة فوقعت لازمة غير موجبة الرجوع فلا توجب حق الرجوع من بعد. ولو وهب لأخيه وهو عبد لغيره له أن يرجع.

ولو وهب لعبد أخيه له الرجوع عند أبي حنيفة، وعندهما: لا رجوع له.

لهما: أن الملك في الهبة تقع للمولى فتكون الهبة صلة من المولى؛ لأن معنى الصلة تحصل بالملك لا بالعقد، ولهذا لو وهب لأخيه له الرجوع؛ لأن صلة الرحم لم تحصل معه والمانع من الرجوع هو صلة الرحم فمتى تحققت الصّلة بالملك

تعتبر جانب من يقع له الملك لا جانب من يقع له العقد، فإن كان من يقع له الملك هو المولى ذا رحم محرم منه لا يرجع وإلا فيرجع. له: أن هذه هبة للعبد من وجه باعتبار أن العقد وقع له بدليل أنه يعتبر قبول العبد ورده، والملك يقع له أولًا ثم ينتقل إلى المولى إذا فرغ من حاجته حتى لو كان عليه دين لا ينتقل إلى المولى وهبة للمولى من وجه باعتبار أنها تستقر على ملكه فلا يكون صلة كاملة في حق كل واحد منهما والصلة الكاملة مانعة من الرجوع فلا يتعدى إلى الصلة القاصرة؛ لأنه وقع الشك في كونها مانعة من الرجوع، والأصل في الهبات هو الرجوع فلا يبطل حق الرجوع بالشك.

ولو كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي عن محمد: أن قياس قول أبي حنيفة رحمهم الله أن يرجع؛ لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: ليس له أن يرجع في قولهم جميعًا؛ لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع.

ولو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم منه، فإن أدّى المكاتب، فعتق لم يرجع؛ لأنه استقر الملك عليه فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وإن عجز فعند محمد لا يرجع؛ لأن الكسب كان للمكاتب ثم ينتقل إلى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب وانتقال الملك يمنع الرجوع، وعند أبي يوسف يرجع؛ لأن من أصله أن بالعجز يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى في وقت الكسب والهبة لما بينا، ولو كان المكاتب أجنبيا ومولاه قريب الواهب، فإن عتق المكاتب يرجع؛ لأن الملك وقع للأجنبي، وإن عجز فكذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه.

(فصل)

التعويض مانع من الرجوع في الهبة لما روينا. ثم العوض نوعان: عوض مشروط في العقد وعوض متأخر عن العقد. أمّا العوض المشروط في العقد بأن

وهب لرجل عبدًا على أن يعوضه ثوبا فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا، فإذا تقابضا فهو بمنزلة البيع يرد أن بالعيب ويجب به الشفعة في العقار إلا في خصلتين:

إحداهما: أنه لا يجوز في المشاع.

والثانية: أنه لا يجوز للأب أن يهب مال ابنه الصغير بعوض خلافًا لمحمد لما مرّ.

وقال زفر والشافعي: هو بمنزلة البيع في الابتداء.

لهما: أن الهبة بشرط العوض تبرع لفظًا معاوضة معنى وبين التبرع والمعاوضة مضادة في الأحكام، والعبرة في العقود للمعاني فكان اعتبارها معاوضة معنى أولى كالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة.

لنا: أن الهبة بشرط العوض تبرع لفظا معاوضةً معنى فالعمل بهما ممكن، فإن التبرع يحتمل الانقلاب معاوضة والبيع يحتمل معنى الهبة، فإن البيع الفاسد يتراخى حكمه إلى وقت القبض فعملنا بهما جميعا فجعلناها هبة وتبرعًا ابتداء حتى لا يفيد الملك قبل القبض، ولا يصح في المشاع وتبعا وانتهاء حتى إذا اتصل القبض بالبدلين يثبت حكم البيع فيه من ثبوت حق الرد والشفعة وغيره، فإن استحق ما في يد أحدهما رجع بماله إن كان قائما وبقيمته إن كان هالكًا؛ لأن كل واحد من المالين عوض عن الأجر فمتى تم يسلم له العوض كان له الرجوع بالمعوض كما في البيع.

وأما العوض المتأخر عن العقد فلا يخلو إما أن أضافه إلى الهبة أو لم يضف ولا يخلو فإما أن عوض عن كلها أو عن بعضها، فإن أضاف العوض إلى الهبة بأن قال: هذا عوض عن هبتك أو مكان هبتك أو ثواب منها أو كافأتك أو جاريتك أو أثبتك أو نحلتك هذا عن هبتك أو تصدقت بهذا عليك بدلًا عن هبتك فهذا كله عوض ويكون العوض هبة تصح بما تصح به الهبة وتبطل بما تبطل به الهبة ويتوقف الملك فيه على القبض ولا تكون في معنى المعاوضة ابتداء ولا انتهاء؛ لأن التعويض من الموهوب له لإسقاط حق الرجوع ولتأكد ملكه في الموهوب لا بإزاء أصل الملك؛ لأن أصل الملك ثبت له بالعوض حقيقة ولكن لم يكن متأكدًا وإنما صار متأكدًا

بالتعويض فصار العوض بإزاء تأكد ملكه فلا يكون معاوضة في حق أصل الملك حقيقة فلا يثبت للشفيع الشفعة ولا للموهوب له الرد بالعيب؛ لأن هذه ليست بمعاوضة في حق الواهب.

وأمّا إذا لم يضف العوض إليها، بأن وهب الموهوب له للواهب شيئًا ولم يقل عوض من هبتك فلكل واحد منهما الرجوع فيما وهب؛ لأن هذا تمليك مبتدأ وليس بتعويض وحق الرجوع إنما يبطل بالتعويض لا بتمليك مبتدإٍ.

وأمّا إذا عوضه عن كلها وقبض الواهب العوض، فإنه لا يرجع في هبته ولا الموهوب له في عوضه قلّ العوض أو كثر أو كان من خلاف جنسه؛ لأنه حصل للواهب من الهبة عوضه وهو المكافأة وسلم للموهوب له مقصوده وهو تأكد ملكه في الهبة بسقوط حق الرجوع فلزم العقد وانبرم والعوض يدل على إسقاط حق الواهب في الرجوع ولا ربا فيه فيتقدر بما اتفقا عليه.

وأما إذا عوضه من نصف هبته فللواهب أن يرجع فيما بقي؛ لأن حق الرجوع ثابت في كل جزء منه بدليل أنه لو رجع في البعض دون البعض صح والمانع هو التعويض فيتقدر بقدره. وهب لرجلين فعوضه أحدهما له أن يرجع في نصيب الآخر خاصة لما عرف.

وإن عوضه على الكل لا يرجع في شيء، وكذلك لو عوضه رجل أجنبي عن الموهوب له؛ لأنه حصل مقصوده وهو وصول العوض إليه ولا يرجع المعوض على صاحبه، وإن كان التعويض بأمره؛ لأن التعويض تبرع وإذا أمره بفعل هو تبرع بنفسه لم يجب على الآمر ضمان إلا بالتنصيص عليه، فإن قال عوض عني على أني ضامن، كما لو قال لآخر هب فلانا عني ألف درهم فوهب أو أدركوه مالي أو كفر يميني ففعل لم يرجع عليه إلا أن يقول على أني ضامن بخلاف المأمور بقضاء الدين لما مر في الزكاة فلا تعيده.

ولو وهب له ألف درهم فعوضه واحدًا من الألف أو وهبه دارًا وثوبًا فعوضه الثوب عن الدار لم يكن عوضًا استحسانًا وهو فسخ للهبة في ذلك القدر ويرجع في الباقي إن شاء؛ لأنه في نفسه موهوب فلا يصلح عوضًا عن الباقي في عقد واحد؛

لأن للواهب حق الرجوع فيه فكان له أن يأخذه بجهة الرجوع لا بجهة العوضية فلا يصلح عوضًا مانعًا من الرجوع في حقه.

ولو وهب له حنطة فعوضه دقيقها أو صبغ الثوب الموهوب فعوّضه به كان عوضًا؛ لأن التعويض يحصل من ملك الموهوب له من كل وجه؛ لأن بالتغير يمتنع حق الرجوع ويتأكّد ملكه فيه.

ولو وهب جاريتين فولدت إحداهما فعوضه الولد منهما ليس له الرجوع؛ لأنه ليس للواهب حق الرجوع في الولد؛ لأنه غير موهوب فصلح أن يكون عوضًا عن الموهوب.

ولو وهب شيئين في عقدين فعوض أحدهما عن الآخر كان عوضًا ولم يذكر في الأصل خلافًا.

وذكر الكرخي أن عند أبي يوسف: لا يكون عوضًا. له: أن حق الرجوع ثابت للواهب فيما عوض فيقع في الجهة المستحقة فلم يقع موقع العوض كما لو وهبهما في عقد واحد.

لهما: أن الشيء لا يصلح عوضا عن بعضه، أما يصلح عوضًا عن غيره، فإذا عوضه عن غيره وأخذه الواهب بجهة العوضية عن هبة أخرى جاز أن يقع موضع العوض وحق الرجوع لا يمنع وقوعه عوضًا عن جهة أخرى كما لو باعه منه يقع عن جهة البيع حتى لو قصد الواهب الأخذ بجهة الرجوع فيما لا يقع عن جهة العوض.

ولو كانت هبة وصدقة فعوضه الصدقة عن الهبة كانت عوضًا؛ لأنه لا رجوع في الصدقة والجهة قد اختلفت فوقعت موقع العوض. عبد تاجر وهب لرجل شيئًا فعوضه منه فلكل واحد منهمَا الرجوع؛ لأن العبد حين وهب كان متبرعًا وبعدما أخذ العوض إن صار هذا معاوضة في حق الموهوب له لم يصر معاوضة في حق العبد لما بينا فبقي تبرعا في حقه فلا يجوز. وهب للصغير فعوضه الأب لا يجوز؛ لأن التعويض تبرع من وجه فلا يملكه الأب. وهب مال غيره فأجاز المالك جاز وحق الرجوع له دون الواهب؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة والوكيل في

باب الهبة سفير ومعبر؛ لأنه لا حقوق للعبد إلا التسليم، والتسليم من تمام العقد لا من حقوقه فصار كما لو كان رسولا فيها.

ولو استحقت الهبة رجع في العوض إن كان قائما وبقيمته إن كان هالكًا؛ لأنه ملكه العوض بشرط أن يسلم له المعوض ملكا مؤكدا وإذا لم يسلم له رجع بالعوض لفوات مقصوده بالتعويض وصار كما لو كان العوض مشروطا في الهبة إذ المعروف كالمشروط، فإن استحق نصف الهبة رجع في نصفه؛ لأنه عوضه ليسلم له ما بإزائه من المعوض فثبتت المعاوضة بين الهبة والعوض في حق الموهوب له فيقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض فبقدر ما لم تسلم له من الهبة يرجع في عوضه وبقدر ما سلم لا يرجع كما في الشراء، وإن استحق العوض رجع في الهبة إن كانت قائمة ولم يرجع بقيمتها إن كانت هالكة؛ لأن مقصود الواهب من الهبة التودد والتحبب بالمكافأة بعوض المالي حال قيام الهبة وحال هلاكها فمقصوده التودد والتحبب لا غير؛ لأن أخذ الضمان حال هلاكها إيحاش وإيذاء بالموهوب له وأنه ضدّ التحبيب وإيذاء فيكون خلاف موضوع عقد الهبة وإن استحق نصف العوض، فإن يشإِ الواهب رد ما بقي من العوض ورجع في جميع هبته، وإن شاء أمسك ما بقي ولا يرجع في شيء من هبته.

وقال زفر: له أن يرجع بنصف الهبة ويمسك ما بقي من العوض. له: أن بالتعويض تثبت المعاوضة بينهما في حق الموهوب له حتى انقسمت أجزاء العوض على أجزاء الهبة فكذا ثبتت المعاوضة في حق الواهب؛ لأن المعاوضة لا تستقل بأحد الطرفين بل تقوم بالجانبين.

ولو استحق بعض الهبة كان للموهوب له أن يرجع فكذا إذا استحق بعض العوض كان للواهب أن يرجع.

لنَا: أن الموهوب له ملكه العوض ليسلم له ما بإزائه وهو تأكد الملك في الهبة فتحققت المعاوضة فرجعت، فأمّا الواهب ما ملكه الهبة متعوضا بل ملكه متبرعا والموهوب له يستفيد أصل الملك في الهبة مجانا لا متعوضا؛ لأن أصل الملك كان ثابتا له قبل التعويض فلم تتحقق المعاوضة في حق الواهب فاستحقاق العوض لا

يوجب للواهب حق الرجوع في الهبة؛ لأن ثبوت الملك فيها يستغني عن وجود العوض فبقاء الملك فيها أولى أن يستغنى عن بقاء العوض وما بقي لم يصلح عوضًا فصار كل جزء من العوض في حقه مقابلًا بجميع الهبة إلا أنه ثبت للواهب الخيار؛ لأنه ما رضي بسقوط حقه في الرجوع إلا بسلامة كل العوض له، فإذا لم يسلم له كل العوض له أن يرجع، وإن كانت الهبة والعوض ممّا يقسمان فاستحق بعض أحدهما، فإن وهب دارا فاستحق نصفها بطلت الهبة فيما بقي؛ لأن باستحقاق نصفها شائعا ظهر أن الشيوع كان مقارنا للعقد والقبض فيمنع جواز الهبة بخلاف ما لو وهب دارا ثم رجع في نصفها لا يفسد؛ لأن هذا شيوع طارئ والشيوع الطارئ لا يبطل العقد؛ لأن القبض كان كاملًا وبقاء القبض ليس بشرط لبقاء الملك، ولو استحق ثبت منها جازت فيما بقي لأنّ الهبة في الباقي بقيت في المقرر فيجوز.

(**النوادر**): رجل وهب من رجل أرضًا وسلمها إليه واشترط على الموهوب له أن ينفق على الواهب من الخارج فالهبة فاسدة؛ لأن الخارج مال الموهوب له؛ لأنه خرج من بذره، فإذا شرط عليه ذلك فقد شرط عوضًا مجهولا فتبطل الهبة.

ولو كان الموهوب كرمًا وشرط أن ينفق عليه من ثمره تصح الهبة ويبطل الشرط؛ لأنه شرط ردّ بعض الهبة فيكون شرطا فاسدا فتصح الهبة ويبطل الشرط كشرط المعمر.

وذكر أبو الليث في نوازله: امرأة قالت لزوجها وهبت مهري منك على أن كل امرأة تتزوجها تجعل أمرها بيدي فقبل الزوج الهبة، فإن جعل الأمر بيدها فالهبة ماضية، وإن لم يجعل فكذلك، وكذلك لو وهبت مهرها من زوجها على أن لا يطلقها فقبل ثم طلقها فالهبة ماضية هكذا اختاره بعض مشايخنا وقيل: الزوج إذا لم يفِ بما شرطت تبطل الهبة؛ لأن الرضا بالهبة كان معلقا شرطيا، فإذا انعدم الشرط انعدم الرضا والهبة لا تصح بدون الرضا ونظيره مرّ في كتاب النكاح.

لو قال لامرأته: أبرئيني عن مهرك حتى أهب لك كذا فأبرأته ثم أبى الزوج أن يهبها أو تركت مهرها على الزوج على أن يحج بها فالأصح أنّ مهرها على حاله فكذا هذا وكذلك على هذا الخلاف لو وهبت لزوجها شيئًا على أن يمكث معها ولا يعيب ثم عاب.

ولو قال: وهبت منك إن مكث معي فالهبة باطلة لأنها معلقة بالشرط، ولو صالحته على أن يمكث معها على هذا الحائط فالصلح باطل.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: لو وهب جارية فزوّجها من الواهب بعد القبض وجعل مهرها عوضا منها جاز، ولو أجرها وجعل الأجر عوضا، عقيب العقد لم يكن عوضًا حتى يمضي يوم، والفرق أن المهر وجب بنفس العقد والأجرة لم تجب بنفس العقد، فإذا مضى يوم وجب من الأجر بقسطه فجاز أن يكون عوضا.

وذكر الجرجاني في الآحاد: لو تفاسخا الهبة ثم وهبها منه هبة مستقبلة لم يتم إلا بالقبض، ولو قبضها الموهوب له فلا رجوع فيها؛ لأن هذه هبة بشرط العوض معنى لأنها متى تقايلا حصل فيها معنى المعاوضة؛ لأنه تملكه من الواهب.

(فصل)

وخروج الموهوب عن ملك الموهوب له ببيع أو هبة ويحوه يمنع الرجوع؛ لأنه لا يمكنه فسخ تصرف الموهوب له؛ لأنه بتسليطه عليه، فقد تصرف في حقه وتعلق به حق غيره فلا يملك إبطاله بالفسخ والموهوب له الثاني لم يتلقَّ الملك من جهة الواهب الأول فلا يملك الرجوع وملكه لم يوجبه.

ولو وهب الموهوب له من آخر ثم رجع فللأول أن يرجع فيها.

وقال زفر: إن رجع برضاه ليس للأول أن يرجع فيها؛ لأنه يكون عقدًا جديدًا في حق التالف كما في الردّ بالعيب.

لنا: أن الهبة كما وقعت وقعت موجبة له حق الفسخ لا موجبة العوض له لكن إذا وجد العوض يلزم العقد فيمتنع الفسخ فكان الفسخ غبن حقه باعتبار مقتضى العقد وموجبه والعوض بدل عنه باعتبار مقصوده فكان بالفسخ مستوفيًا حقًّا ثابتًا له بالعقد فيظهر الفسخ مطلقًا في حق الكل فعاد إليه قديم ملكه فيعود الحق المتمكن وهو حق الواهب الأول بخلاف الرد بالعيب؛ لأن حق المشتري في صفة سلامة المبيع باعتبار مقتضى العقد لا في الفسخ، فإذا فاتت السلامة فات المشروط فيثبت له حق الفسخ ضرورة فلا يظهر حكم الفسخ في حق الثالث إلا بقضاء القاضي.

ولو تصدق به الثالث على الثاني أو باعها منه لم يكن للأول أن يرجع لأن هذا ملك جديد؛ لأنه عاد إليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا في هذا الملك فلا يرجع، وكذلك لو كان الموهوب هالكا لأن بزوال الملك مع قيام الموهوب يمتنع الرجوع فبزوالهما أولى، وكذلك موت الواهب أو الموهوب له يمنع الرجوع؛ لأن الثابت للواهب مجرد خيار الفسخ ومجرد الخيار يبطل بالموت ولا يورث كخيار الشرط وبموت الموهوب له ينتقل ملكه إلى الورثة، والانتقال من ملكه يمنع الرجوع كما في البيع والهبة وأيهما مات قبل القبض بطلت الهبة؛ لأن الموهوب قبل القبض كان باقيا على ملك الواهب، فإذا مات الموهوب له فلأنه لم يملكها قبل القبض والقبض بمنزلة القبول في الهبة وخيار القبول لا يورث كما في المشترى.

(فصل)

ولو ازداد الموهوب زيادة متصلة بأن كانت مهزولة فسمنت أو كانت جارية صغيرة أو غلاما فكبرت أو كانت دارًا فبنى الموهوب له فيها بناء أو كانت أرضًا فغرس فيها أشجارا أو ثوبا فصبغه بعصفر أو قطعه قميصًا وخاطه ينقطع الرجوع خلافا لابن أبي ليلى؛ لأن الرجوع في هذه الحالة يتضمن إبطال حق الموهوب له في الزيادة؛ لأن حقه في الزيادة حقيقة الملك وحق الواهب في الرجوع ليس إلا مجرد حق التملك ومراعاة حقيقة الملك عن البطلان أولى من مراعاة حق التملك؛ لأنه دونه وفي البناء والأشجار إن رجع الواهب فيما لم يوجد البناء والأشجار يؤدي إلى إبطال مال مملوك على الموهوب له؛ لأن ما بقي له من البناء بدون الباقي لا يشترى في الغالب بمثل ما أنفق عليه في البناء فيفوت حقه في بعض ما أنفق في البناء من غير عوض؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بالبناء والأشجار إلا بالمكان الخالي منها بخلاف ما إذا ازداد الموهوب من حيث السعر، فإنه لا يمنع الرجوع؛ لأن الزيادة من حيث السعر زيادة في القيمة لا في العين، والرجوع في العين لا يتضمن إبطال حق الموهوب له، فأمّا إذا نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل.

ذكر في (**المنتقى**): أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ينقطع الرجوع، وعند أبي يوسف لا ينقطع. له: أن الزيادة لم تحصل في العين وإنما حصلت في القيمة وهذا لا يمنع الرجوع كما لو ازدادت من حيث السعر في مكانها.

لهما: أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له فأمّا إذا نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة في الكراء أو مؤونة النقل لأنه إنما يحمل مؤنة الكراء ليبيعه بالزيادة بخلاف المنفعة عليه قبل الرجوع؛ لأن النفقة تكون بإزاء منفعة الاستخدام، فتفوت النفقة بعوض فلا يعد فواتا فأمّا الكراء يفوت بغير عوض فيكون فواتا لحقه، فأمّا الزيادة المنفصلة كالوالد والأرش والعقر فإنه يرجع في الأصل دون الزيادة؛ لأنه يمكنه الرجوع في الأصل من غير إبطال ملك الموهوب له في الزيادة فلا يمتنع الرجوع في الأصل بسبب الزيادة وزيادة الموهوب له، وإن كانت موهوبة تبعا كزيادة المبيع ولكن لا تطلب له عوضًا عادة؛ لأنه لم يقصد الواهب بها الصلة والتبرع فلا يثبت له حق الرجوع فيها بخلاف زوائد المبيع حيث يمنع الرد بالعيب؛ لأن البيع معاوضة فلو رد الأصل بدون الزيادة تؤدي إلى الربا؛ لأنه يبقي الزيادة، فهذه مبيعة مجانة وفي الهبة يجوز أن يسلم له الأصل مجازًا فلأن يجوز أن تبقى الزيادة له مجانة أولى.

وذكر في (**المنتقى**): لو ولدت الجارية الموهوبة ليس له أن يرجع فيها حتى يستغني ولدها عنها لئلّا يكون تفريقا بينها وبين ولدها، ولو حبلت ولم يزدد خيرا فللواهب الرجوع؛ لأنه لم يتصل بالهبة حق للموهوب له ونقصان الموهوب لا يمنع الرجوع بأن انتقصت قيمته أو هدم بناء الدار الموهوبة أو قطع الثوب الموهوب ولم يخطه؛ لأن الرجوع بعد النقصان لا يتضمن إبطال حق الموهوب له، وكذا لو كانت الهبة سويقا فبله بالماء أو حنطة فبلها بالماء؛ لأن هذا نقصان مع بقاء عين الموهوب واسمه بخلاف ما لو وهب ترابا فبله بالماء لا يرجع؛ لأنه لم يبق اسم التراب بل صار طينًا فصار الموهوب مستهلكًا.

ولو بنى الموهوب له فأراد الواهب الرجوع فقال القاضي ليس لك الرجوع ثم هدم البناء فللواهب الرجوع؛ لأن المانع من الرجوع وهو البناء قد زال بالهدم

فيزول المنع كما في الزيادة المتصلة في الحيوان متى ذهبت عاد للواهب الرجوع وحق الرجوع لا يبطل بإبطال القاضي؛ لأنه لا يبطل بإبطال الواهب مقصودا؛ لأنه خيار يثبت شرعا لا شرطًا فشاء به خيار الرجعة وخيار الرؤية ونحوه مع أن القاضي لم يبطل حق الرجوع لكن امتنع عن القضاء بالرجوع لمكان الزيادة. الموهوب مريض فداواه الموهوب له انقطع الرجوع، وكذا لو كان أصم أو أعمى فسمع أو أبصر؛ لأنه ازدادت صفة الهبة صفة متقومة وهب عبدًا فدبره الموهوب له انقطع الرجوع؛ لأن المدبر لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك فمنع فسخ الهبة.

وإن كاتبه فعجز وردّ رقيقا وله الرجوع؛ لأن بالكتابة لم تزل الرقبة عن ملكه وإنما زال ملك التصرف وقد عاد إليه بالفسخ، ولو زالت الرقبة عن ملكه ثم عاد إليه بالفسخ فللواهب الرجوع فهنا أولى.

ولو جنى العبد على الموهوب له فللواهب الرجوع والجناية باطلة؛ لأن جناية المملوك على المالك هدر إذا كانت توجب المال ولم ير فيه خير فلم يوجد المانع للرجوع.

جنى الموهوب ففداه الموهوب له للواهب الرجوع ولا يرد شيئًا من الفداء؛ لأن الهبة لم تزدد في نفسها بل انتقصت بالجناية ثم زال النقصان بالفداء فنعتبر ما فداه إعادة ما انتقص لا زيادة كما لو داوى الموهوب المريض حتى برأ ولا يرجع بالفداء؛ لأنه ظهر ملك نفسه عن لوث الجناية؛ لأنه بالرجوع يملكه الواهب مقصورا على الحال فلا يظهر أنه فدى ملك غيره وإن رجع فيه قبل أن يفديه كانت الجناية في عتق العبد يفديه الواهب أو يدفعه؛ لأن الرجوع في الهبة فسخ للعقد من الأصل فعاد إلى قديم ملكه فصار كأن العبد جنى في ملكه فيخاطب بالدفع أو الفداء كالمأسور إذا جنى واسترده المأسور منه وهب شجرة بأصلها فقطعها الموهوب له فله أن يرجع فيها.

وقال أبو عصمة: إنه خطأ إلا أن يريد بأصلها بعروقها لا بمكانها؛ لأنه وهبها بدون الأرض فالهبة تمت فيها بالقطع كما لو وهب الصوف على ظهر الشاة فالهبة

إنما تتم بالجز وإذا كان من تمام الهبة فما أنفق في القطع القلع قبل تمام الهبة فلم يوجب منه بعد تمام الهبة إنفاق ولا إحداث صنعة معتبرة في الهبة فله الرجوع، فإذا وهبها مع الأرض فالهبة قد تمت قبل القطع فما أنفق في القطع أنفق بعد تمام الهبة فرجوع الواهب فيها يبطل حق الموهوب له فيما أنفق فلا يرجع كما لو كانت الهبة أرضا فبنى فيها أو نقل الهبة إلى مكان ولحقه مؤونة وازدادت قيمتها وإن جعلها جذوعا لا يرجع، وإن لم يسقها ويرجع في موضعها من الأرض؛ لأنه أحدث فيها صنعة متقومة ازدادت قيمتها بتلك الصنعة فيقطع الرجوع كما في الغاصب وفي رواية أبي حفص إذا لم يشقها يرجع فيها؛ لأنه أحدث فيها صنعة تافهة غير معتبرة بدليل أنه لا عبرة لها في السرقة، فإنه كما لا يجب القطع بسرقة الشجر لا يجب بعدما جعلها جذوعا، والرواية الأولى أصح؛ لأن الصنعة، وإن كانت تافهة يسيرة لكن الزيادة وإن قلَّت في الهبة يمنع الرجوع صيانة لحق الموهوب له فكذا الصنعة وإن تافهت وقلت يمنع الرجوع بخلاف القطع؛ لأنه لا يجب إلا بسرقة مال نفيس والنفاسة لا تثبت بجعلها أجذاعا.

وهب ثوبا فشقه نصفين وخاط نصفه قباء له أن يرجع في النصف الباقي؛ لأنه لا مانع في النصف الباقي وهو إحداث الصنعة المتقومة.

وهب لبنًا فجعله طينًا يرجع؛ لأنه نقص الموهوب كما لو وهبه جذعًا فجعله حطيمًا، فإن أعاده لبنًا لم يرجع؛ لأنه أحدث فيه صنعة متقومة فلا يجوز تفويت الصنعة على الموهوب له، ولهذا يقطع حق المغصوب منه.

وهبه نجيحًا فجعله خلًّا لم يرجع فيه كالغاصب إذا غصب عصيرًا فخلله ينقطع حق المالك؛ لأنه أحدث فيه صنعة متقومة فهذا أولى. وهبه حمامًا فعلق عليه بابا أو جصصه لا يرجع؛ لأنه ازدادت الهبة بإحداث الصنعة المتقومة فيها. وهبا عبدًا لرجل فلأحدهما الرجوع في نصيبه مع غيبة صاحبه؛ لأن الشيوع لا يمنع فسخ الهبة بدليل أن للواهب أن يرجع في بعض الهبة.

(**المنتقى**): رجل وهب لرجل وصيفًا فشب وكبر وشاخ وانتقصت قيمته ليس للواهب الرجوع؛ لأنه زاد في يديه وطال في جثته ثم نقص من وجه آخر بشيخوخته.

وذكر الناطفي في أجناسه: لو وهب أمه فسنت وكبرت له أن يرجع وكذلك جميع الحيوان، ولو كان طويلا فوهبه فازداد طوله فهذا الطول نقصان وكان أسمح له وينقص ثمنه ولا يزيده خيرا فللواهب الرجوع فيه.

ولو وهب لرجل عبدا فعلمه القرآن أو الكتابة أو العمل فللواهب الرجوع فيه خلافا لزفر؛ لأن هذا ليست بزيادة في عين الموهوب فصار كالزيادة من حيث السعر.

وذكر الفقيه أبو الليث في العيون: ليس له أن يرجع؛ لأن هذا بعد زيادة تزداد به قيمته فصار كالزيادة من حيث النقل بالكراء من مكان إلى مكان.

وذكر الناطفي في أجناسه: لو وهب لرجل عبدا كافرا فأسلم في يد الموهوب له لا يرجع؛ لأن الإسلام زيادة فيه.

ولو تزوّج امرأة على هذا العبد الكافر فأسلم بعد أن قبضته ثم طلقها قبل أن يدخل بها رجع الزوج عليها في نصف العبد فعلى هذا ينبغي أن يرجع في الهبة أيضا؛ لأن الإسلام ليس بزيادة في عين الموهوب.

وذكر ابن سماعة: لو وهب عبدا حلال الدم فعفا عن القصاص لا يرجع؛ لأن حرمة دمه وعصمة نفسه زيادة تزداد بها المالية والتقوم.

ولو وهب كِرْبَاسًا[1] فقصره الموهوب له لا يرجع؛ لأنه زيادة متصلة وصنعة متقومة، ولو غسله يرجع؛ لأنه ليس بزيادة في العين، ولو قبله لا يرجع إن كان يزيد في ثمنه وإلّا فيرجع، ولو ذبح الواهب الشاة الموهوبة بغير أمر الموهوب له ثم رجع فيها بغير قضاء ولا يعزم للموهوب له شيئًا، ولو كان الموهوب ثوبا فقطعه

---

(١) الكِرْباس والكِرْباسة: ثوب، فارسية، وبيَّاعُه كَرَابِيسِيّ.

التهذيب: الكِرْباس، بكسر الكاف، فارسي معرّب ينسب إِليه بيَّاعه فيقال كَرابيسيّ، والكِرباسة أَخص منه والجمع الكَرابيس.

وفي حديث عمر رضي اللَّه عنه: وعليه قَمِيص من كَرابيسَ؛ هي جمع كِرْباس، وهو القُطْن.

ومنه حديث عبد الرحمن بن عوف، رضي اللَّه عنه: فأَصبح وقد اعْتَمَّ بعِمامة كَرابيس سوداء.

والكِرْباسُ: راوُوق الخمر.

الواهب بغير أمره ثم رجع بغير قضاء ضمن فيه النقصان للموهوب له؛ لأن في الصورتين نقصًا لملك غيره لكن في الأولى اعتياض اللحم باللحم وزيادة لو ضمنها تكون ربا وذلك لا يجوز وفي الثانية اعتياض الثوب بالثوب وزيادة لو ضمنها جاز؛ لأنه لا يكون ربا.

ولو وهب حلقة فركب فيها فصار إن كان لا يمكن نزعه إلا بضرر لا يرجع وإن أمكنه نزعه بلا ضرر ينزع، وإن وهب له ورقه فكتب عليها سورة أو بعض سورة يرجع؛ لأنه لا يريد بهذا في ثمنه وإن قطعه مصحفا وكتب لا يرجع؛ لأن كتبه المصحف زيادة في الثمن، وإن كان دفاتر كتب فيها فقهًا أو حديثًا أو شعرًا إن كان يزيد في ثمنه لا يرجع، وإن كان ينقص يرجع.

(الزيادات) مسائله على سبعة أنواع: الرجوع في الهبة، والرجوع بسبب عيب في البدل، وبعيب في المبدل، وبالاستحقاق، وبفساد البيع، وتفسخ هبة المريض، وبالهلاك بسرقة أو غيرها، وكل فصل على وجهين رجوع قبل الذبح ورجوع بعده.

(الفصل الأول)

رجل وهب شاة أو بدنة أو بقرة فأوجبها الموهوب له لأضحية أو هدي أوجب الصيد أو نذر أو قلد البدنة أو البقرة وأوجبها تطوعا فللواهب أن يرجع في الروايات الظاهرة وعن أبي يوسف لا يرجع؛ لأنه لما عين لهذه القرب فقد تعلق به حق الله تعالى أو حق الفقير فيبطل حق الرجوع كما لو جعل الموهوب رهنًا أو وقفًا. وجه ظاهر الرواية: أن بالتعيين لهذه القربات لا يزول الموهوب عن ملكه، ولهذا تصح تصرفاته فيه كالبيع والهبة ونحوه فلا يمتنع الرجوع كالنصاب الموهوب إذا وجبت فيه الزكاة وكما لو نذر أن يتصدق بهذه الدراهم بخلاف الرهن؛ لأنه تعلق به حق المرتهن حقا يعجزه عن التسليم وهنا بخلافه ولا ضمان على الموهوب له إذا رجع الواهب بقضاء أو رضا؛ لأن الاستحقاق بمنزلة الهلاك كما في نصاب الزكاة، فإن ذبح الأضحية والهدي فللواهب الرجوع وهذا قول محمد.

وعند أبي يوسف: لا يرجع وهذا الخلاف مذكور في الأصل وقيل بأن قول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف.

لمحمد: أن هذه القربة تتأدى بإراقة الدم؛ لأن التصدق باللحم بل العين بعد الإراقة يبقى على ملكه حتى يملك نقله إلى ملك غيره ويورث عنه ولم يتعلق به حق الغير حتى لو استهلكه على وجه لم يؤذن له بأن أحرقه بالنار لم يضمن لكن منع عن بيعه بالدراهم باعتبار أن سبيله التصدق لا باعتبار زواله عن ملكه.

لهما: أنه تعلق بالمذبوح والمنحور حق الله تعالى وهو التصدق بدليل أنه صار ممنوعا عن بيعه.

ولو باعه لزمه التصدق بثمنه وإنما صار ممنوعًا عن بيعه على سبيل التمول لا على سبيل الابتداع والتمتع حقًّا لله تعالى فوجب صرفه إلى حيث لا يبطل به حق الله تعالى من القربة والرجوع في الهبة يبطل ما يقام به القربة؛ لأنه بعد الرجوع يتموله كسائر الأموال وتعلق حق الغير به يمنع الرجوع كما لو وهب رهن من غيره بخلاف النذر؛ لأنه إيجاب قربة في الذمة فتعتبر بإيجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى من القربة في الذمة متعلقا بالمال كالزكاة لا تمنع الرجوع فهذا أولى.

ثم عند محمد رحمه الله إذا رجع بقضاء أو رضا ينظر إن كان الواجب عليه إراقة الدم على ملكه وبالرجوع لا يتبين لم يكن ملك الموهوب له، ولهذا لو كانت الهبة جارية فوطئها الموهوب له ثم رجع الواهب فيها لا يلزمه العقر، وإن كان الواجب عليه إراقة الدم والتصدق باللحم كجزاء الصيد وكفارة الحلق وهدي الإحصار يتصدق بقيمتها مَنْحورة؛ لأن التصدق باللحم هنا واجب وقد فات التصدق بفعله؛ لأنه حق فعل الذبح في محل الغير فيه حق مستحق له معنى بخلاف ما إذا هلك أو سرق منه اللحم في الفصول كلها لا ضمان عليه؛ لأن المحل ما فات بفعله فلم يصر مستهلكًا له فصار كما لو هلك المنذور بعينه أو سرق منه.

(والفصل الثاني)

اشترى شاة بفضة بعيبها أي بتراء فذبحها المشتري للأضحية ثم وجد البائع بالفضة عيبا، فإن شاء ردها وأخذ الشاة مذبوحة؛ لأن الذبح نقصان محض والنقصان يمنع الرد بحق الراهن البائع، فإذا رضي به ردها ثم إن كانت قيمة الفضة مثل قيمة

اللحم أو أكثر تصدق بها المشتري، وإن لم يكن تصدّق بقيمة اللحم ولا يلزمه قيمتها حيّة؛ لأن البائع لما رد الفضة وأخذ اللحم فقد أخذه ببدل فصار كما لو باع لحم أضحيته بالفضة، وإن كان الثمن كثيرًا تصدق بالكل؛ لأنه بدل أضحيته، وإن كان أقل تصدّق بقيمة اللحم ولا يجب عليه قيمتها حيّة؛ لأنه وجد منه إقامة القربة بإراقة الدم.

(والفصل الثالث)

فإن وجد المشتري بالشاة عيبا لا يخرجها من الهدي ترجع بحصّة البيع فيسلم له ذلك؛ لأن القربة وهي الإراقة لم تقم بالجزء الفائت فلا يتعلق حقهم بعوضه فلا يتصدق به إلا في جزاء الصيد، فإنه ينظر إن بلغت قيمة الشاة المعيبة قيمة الصيد يسلم له حصة النقصان أيضا، وإن لم تبلغ يتصدق بحصّة النقصان لإتمام قيمة الصيد بها، فإن رضي البائع بأخذ الشاة المذبوحة ورد الثمن فللمشتري أن يتصدق بالثمن إلّا حصة النقصان إلا في جزاء الصيد لما قلنا.

(والفصل الرابع)

اشترى بدنة شراء فاسدًا فنحرها عن متعة أو إحصار أو غيرهما، فإن أخذ البائع قيمتها جازت عن المشتري؛ لأنه ملكها بالضمان من وقت القبض كما لو غصب شاة فضحى بها وإن رضي بأخذها مذبوحة يتصدق المشتري بقيمة اللحم ويجزئه عن أي دم نحرها؛ لأن للبائع حق تضمين المشتري القيمة، فإذا لم تضمن سلمت القيمة للمشتري ترد المنحور فصار كأنه باع المنحور بقيمته منحورا؛ لأنه ليس للواهب أن يضمنه؛ لأن قبض الموهوب له لم يكن قبض ضمان فيرد المنحور لا تسلم له القيمة ولا يلزمه التصدق.

(والفصل الخامس)

وكذلك لو وهب مريض لرجل بدنة وعليه دين محيط فنحرها ثم مات الواهب فضمن قيمتها للغرماء أو لم يكن عليه دين فضمنه الورثة ثلثيها لأنها مضمونة عليه لفساد الهبة لتعلق حق الغرماء والورثة بها، فإن أخذ الغرماء أو الورثة لحمها يتصدق

الموهوب له بقيمتها منحورة؛ لأنه بالردّ سلم له ضمان القيمة فصار كأنه باعها بالقيمة كما في البيع الفاسد ولا يبطل الإراقة في الوجهين؛ لأنه بهذا الاستحقاق لا يتبين أنه لم يكن مالكها يومئذ فلا يتبين أن الإراقة ما حصلت على ملكه ولأن العقد إنما ينفسخ فيما بقي لا فيما تلاشى وهو الدم المراق فلا يتبين أن الإراقة لم تحصل في ملكه.

(والفصل السادس)

لو اشترى بدنة فنحرها عن بعض هذه الأشياء ثم استحقت فضمنه المستحق قيمتها جازت عما ذبح؛ لأنه ملكها من وقت القبض كالغاصب وإن أخذها منحورة لم يجز الدم عن شيء، وعاد المحصر حراما حتى ينحر عنه هدي آخر وعليه دم لإحلاله؛ لأنه تبين أنه لم يكن مالكا لها وقت النحر فتبين أن الإراقة حصلت على ملك غيره.

(والفصل السابع)

رجل قال: لله عليّ أن أنحر بدنة فنحر بدنة موهوبة له فرجع الواهب فعلى الموهوب له قيمتها منحورة؛ لأنه بالنذر التزم التصدق باللحم، فإن عين الإراقة لا يكون قربة إلّا في زمان مخصوص ومكان مخصوص ومن لم يسم ذلك في نذره فلم تكن الإراقة كقربة لعينها فإنما يصح نذره باعتبار التزام التصدق باللحم وقد لزمه ذلك في محل فارغ وهذا المحل كان مشغولا بحق الواهب فمتى استحق بالرجوع لم يوجد الوفاء بالنذور فعليه التصدق بقيمتها منحورة إتماما للوفاء بالمنذور، وإن رجع قبل النحر فعليه البدنة مكانها؛ لأنه لما تقيدت الموهوبة للنذور والواجب في ذمته نحر بدنة مطلقة إلا أنه قصد إقامة ذلك الواجب بهذه البدنة، فإذا لم يتمكن من ذلك برجوع الواهب بقي الواجب في ذمته، ولو نذر نحر الموهوبة فرجع قبل الذبح أو بعده فلا شيء عليه؛ لأنه التزم الحق في محل للغير فيه حق التملّك بالرجوع وإذا استحقه وملكه بالرجوع صار كأنه هلك حتف أنفه فلا يضمن.

ولو استهلكها الموهوب له بهبة مستقبلة للواهب أو لغيره بعد النحر تصدق بقيمتها منحورة؛ لأنه لما أخرجها عن ملكه باختياره صار مستهلكًا لها فصار ضامن المحل للفقراء وقبل النحر عليه أخرى مكانها؛ لأنه التزم النحر في هذا المحل والتصدق بالعين خلف عن التضحية ولم يقع اليأس عن الأصل فلا تصار إلى الخلف.

(باب الصدقة)

الصدقة بمنزلة الهبة حتى لا تجوز في المشاع ولا تتم إلا بالقبض لما بينا إلا أنه لا يرجع فيها؛ لأن المقصود من الصدقة هو التقرب وطلب نيل الثواب ودفع العقاب وردّ البلايا والمكاره دون المكافأة بالعوض وقد حصل هذا بنفس التصدق فلم يوجب له حق الرجوع فكان بمنزلة هبة عوّض عنها، وكذا لو تصدّق على غني؛ لأن الثواب قد يطلب بالصدقة على الغني؛ لأنه قد يكون له نصاب وله عيال كثيرة لا يكفيه فيعينهم بالإنفاق فينال بالصدقة الثواب عليه وقد قيل بأنه لا يثاب على صدقة الغني ولكن المتصدق لما عبر بها عن الصدقة فقد أظهر أنه لم يطلب منه العوض المالي.

ولو وهب للفقير لا يجوز الرجوع؛ لأن الهبة من الفقير صارت عبارة عن الصدقة عرفا، فإنه في العرف لا يقصد من هبة الفقير إلا الصدقة؛ لأنه لا يطلب منها إلا التقرب ونيل الثواب فكانت صدقة عرفًا وقصدًا.

ولو ورث الصدقة من المتصدق عليه لا بأس بأكلها لما رُوي أن رجلا تصدق على رجل بصدقة ثم مات فورثه النبي صلى الله عليه وسلم من تلك الصدقة، ولأن المتصدق عليه لو أباح للمتصدق حلّ له أكله، فإذا ملكه بالإرث ويحدد المالك أولى أن يحل.

ولو قال في صحته: جعلت علة داري هذه صدقة في المساكين ثم مات فهي ميراث لورثته وما دام حيا فعليه أن يتصدق بها؛ لأن هذا نذر بالتصدّق ووجوب التصدق بمال لا يخرج المنذور عن ملكه قبل الإمضاء والتنفيذ كمال الزكاة ومتى بقي على ملكه كان ميراثا عنه.

ولو قال: داري هذه صدقة في المساكين فعليه أن يتصدق بها، فإن تصدق بقيمة الدار أجزأه لما عرف في دفع القيم في الزكاة ونحوها.

ولو قال: مالي صدقة في المساكين أو جميع مالي صدقة في المساكين فهو على أموال الزكاة استحسانًا وهو على جميع ماله قياسًا وهو قول زفر؛ لأنه أضاف النذر إلى الكل كما في الوصية.

وجه الاستحسان: أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى؛ لأن العبد لا يملك الإيجاب مبتدأ وإنما يصح إيجابه على إيجاب الله تعالى وصفته ونهجه كما بينا في كتاب النذر وإيجاب الله تعالى الصدقة في الأموال المطلقة تناول الأموال الزكوية دون أموال الغيبة وكذا إيجاب العبد كمن نذر إطعام مساكين لزمه إطعام عشرة مساكين بخلاف الوصية؛ لأن الشرع ورد بإيجاب الوصية مطلقًا غير مقيد بمال الزكاة.

وأما الأراضي العشرية هل يدخل فيه؟، قال أبو يوسف: يدخل؛ لأنها سبب لوجوب الصدقة وهي العشر وجهة القربة فيه غالبة فشابه أموال الزكاة.

وقال محمد: لا يدخل لأنها سبب لوجود المؤونة وجهه المؤونة فيه غالبة فشابه الأراضي الخراجية، والأراضي الخراجية لا تدخل بإجماع.

ولو قال: ما أملكه أو جميع ما أملكه صدقة في المساكين ذكر في المبسوط أنه يتصدق بجميع ما يملكه ويمسك قوته قيل هذا جواب القياس.

وأما في الاستحسان يتصدق بمال الرغبة خاصة، وكذا ذكر الحاجب في مختصره: لأن الملك مذكور في الأصلين وهو قوله مالي وفي الثاني صريحًا فكان ذكر المال وذكر الملك سواء وقيل إنه يتصدق بجميع ماله قياسًا واستحسانًا؛ لأنه أضاف الصدقة إلى الملك لا إلى المال ولم يجد في الشرع إضافة الصدقة إلى الملك والمراد به مال الزكاة خاصة ليكون إيجاب العبد معتبرا به فلم يقم دليل التخصيص فتغيب العبرة لعموم اللفظ، وإن لم يكن له مال سواء الأموال الزكوية حتى يلزمه التصدق بالكل بالإنفاق فإنّه يمسك مقدار قوته ولم يتبين مقدار قوته.

وقال مشايخنا: إن كان دهقانًا يمسك قوت سنة؛ لأن القوت له يتحدد كل سنة، وإن كان تاجرًا يمسك قوت شهر؛ لأن التجارة لا تنفق كل حين وإنما تنفق في بعض الأحايين فقدَّرناه بشهر وقيل مقدار ما يرجع إليه ماله وإن كان محترفا يمسك قوت يومه؛ لأنه يتجدد له القوت كل يوم ثم إذا وجد شيئًا تصدق بمقدار ما أمسك من القوت؛ لأنه استهلك قدر القوت من مال لزمه التصدق به فصار ضامنًا لمثله دينًا في ذمته كما لو استهلك مال الزكاة، وذكر يحيى بن هلال في وقفه لو قال: أرضي صدقة في المساكين لا تصير صدقة لأنها مجهولة.

ولو قال: أرضي هذه صدقة وأشار إليها ولم يحدّها تصير صدقة؛ لأن الأرض بالإشارة صارت معلومة، وكذلك لو حدّدها ولا يشير إليها لأنها بالتحديد صارت معلومة فاستغنى عن الإشارة وتكون هذه صدقة التملك لا صدقة موقوفة؛ لأن قوله أرضي هذه صدقة يحتمل الصدقتين جميعا فحمل على صدقة التمليك لا صدقة موقوفة لأن قوله أعمّ وأغلب لأنها تجري في جميع أنواع المال والصدقة الموقوفة تجري في أموال مخصوصة والكلام يحمل على ما ينظم ويحتمل الأعم والأغلب؛ لأنه هو المتعارف كلفظة الطلاق حملت على الطلاق من النكاح لا من الوثاق؛ لأنه أعم وأغلب.

(**النوادر**) لو قال: إن فعلت كذا فمالي صدقة في المساكين وله ديون على الناس لا تدخل الديون في يمينه؛ لأنه ليس بمالٍ مطلق. رجل قال لرجل كل منفعة تصل إليّ من مالك فعلي أن أتصدق به فوهب له شيئًا فعليه أن يتصدق به، وإن أذن له أن يأكل من طعامه فله أن لا يتصدّق به؛ لأن بالهبة نزول عن ملكه فيملكه الناذر فيلزمه التصدّق وفي الإباحة ما لم يأكل لا يزول ملكه وبعد الأكل لا يتصور التصدق به.

(**المنتقى**): رجل تصدق على رجل وسلمها إليه ثم تقايلا الصدقة لم تجز حتى يقبضها لأنها هبة مستقبلة؛ لأنه لا رجوع فيها، وكذلك الهبة إذا كانت لذي رحم محرم.

قال أبو يوسف: لو تناقضا الصدقة فمات المتصدق عليه قبل أن يقبضها المتصدّق فالمناقضة باطلة، ولو كان ذلك في هبةٍ كانت المناقضة جائزة؛ لأن له الرجوع فيها، فإذا فعلا شيئًا لو تقدّما إلى القاضي فعله أجزأه، وإن لم يقبض عن

أبي يوسف لو أعطى رجل دارا على نصفها صدقة عليه ونصفها هبة له وقبض الرجل فله أن يرجع في نصف الهبة؛ لأن كل نصف حكم على حدة والشيوع لا يمنع الرجوع.

(باب هبة الدين وإبرائه وإباحة ماله وتحليله)

(**المبسوط**): وهب دينًا له عليه لا يرجع؛ لأن الموهوب قد تلف في ذمّة الغريم؛ لأنه ملك ما في ذمته فسقط كما لو ورث، ولا رجوع في الهبة التالفة وهبة الدين والإبراء عنه يرتد بالردّ وقبولها ليس بشرط حتى لو مات قبل العلم أو سكت يبرأ.

وقال زفر: قبول الهبة شرط ولا يرتد الإبراء بالردّ؛ لأن الإبراء إسقاط؛ لأن الدين مال حكمًا لا حقيقة والعمل بالأمرين متعذِّر في لفظ واحد فعملنا بهما في لفظين فاعتبرناه مالًا في حق لفظة الهبة لأنها موضوعة للتمليك فلم تصح من غير قبول واعتبرناه إسقاطا في حق الإبراء؛ لأنه موضوع للإسقاط فيتم من غير قبول ولا يرتد بالردّ.

لنا: أن الدين ليس بمال حقيقة ولكنه مال حكما حتى يورث ويجوز الاعتياض عنه وتجب الزكاة فيه فصار التصرف في الدين تمليكًا حكمًا إسقاطًا حقيقة؛ لأن هبة ما ليس بمال يكون إسقاطا كهبة الطلاق والعتاق فلكونه تمليكًا حكمًا يرتدّ بالرد ولكونه إسقاطًا حقيقة يصح من غير قبول توفيرًا على السهمين حظهما ومهما أمكن اعتبار السهمين في حق حكمين في كل لفظ لا يصار إلى تعطيل أحدهما.

ولو قال لمديونه: إذا جاء غد فأنت بريء من الدين أو هو لك، أو قال: إن أديت إليَّ بنصفه فأنت بريء من النصف الباقي أو لك النصف الباقي فهو باطل؛ لأن الإبراء إسقاط من وجه تمليك من وجه والتعليق بالشرط مشروع في الإسقاط المحض لا فيما هو شبهة التمليك.

(**النوادر**): ولو أبرأه عن الدين على أنه بالخيار صح الإبراء وبطل الخيار؛ لأن الإبراء دون الهبة في كونه تمليكا.

ولو وهب عينًا على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فهذا أولى. رجل له على رجل ألف درهم جياد وألف درهم ردية فقال وهبت منك أحد المالين جاز وإليه البيان وإلى ورثته بعد موته؛ لأن هبة الدين ممن عليه الدين إبراء، وإسقاط حقيقة فالجهالة لا تمنع صحته. رجل قال لآخر حللني من كل حق لك علي ففعل وأبرأه نظر إن كان صاحب الحق عالما بما عليه برئ حكمًا وديانة عن كل ما عليه، وإن لم يكن برئ حكما ولا يبرأ ديانة عند محمد.

وعند أبي يوسف يبرأ أيضًا وهو الأصح؛ لأن الإبراء إسقاط، ولهذا يصح بلفظة الإسقاط ولا تفتقر صحته إلى القبول وجهالة الساقط لا تمنع صحّة الإسقاط؛ لأن الساقط متلاشٍ فلا يرد عليه التسليم، والتسليم ليفضي إلى المنازعة وصار كالمشتري إذا أبرأ البائع عن العيوب صح، وإن لم يبين العيوب فكذا هذا. رجل قال لآخر أنت في حل مما أكلت من مالي أو أخذت أو أعطيت حل له الأكل ولم يحل الأخذ والإعطاء أمّا حل الأكل فلأن إباحة الطعام المجهول لها أصل في الشرع قال الله تعالى: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩] فأمّا التوكيل بأخذ المجهول أو هبة المجهول لا يصح. رجل قال أيجب لفلان أن يأكل من مالي والمتاح له لا يعلم بذلك لا يباح له الأكل؛ لأن الإباحة إطلاق والإطلاق لا يعمل قبل العلم كالتوكيل. رجل قال لآخر بدخل اكرمي وخذ من العنب فله أن يأخذ مقدار ما يشبع منه إنسان واحد؛ لأن هذا إذن بأخذ ما يحتاج إليه للحال. رجل اتخذ لولده الصغير ثيابًا ثم أراد أن يدفع إلى ولدٍ آخر ليس له ذلك إلا أن يتبين وقت الإيجاد أنه عارية؛ لأن في المتعارف إنما يريدون البر والصّلة دون العارية لكن العارية محتملة، فإن تبيَّن صح وإلّا فلا، وكذلك لو اتخذ لتلميذه ثيابا ثم أبق فأراد أن يدفع إلى غيره، فإن أراد الاحتياط بين أنه عارية حتى لو أبق أمكنه الدفع إلى تلميذ آخر.

(**المنتقى**) لو قال لرجل: أنت في حل من مالي حيث ما أصبته فخذ منه ما شئت، فهو على الدراهم والدنانير خاصة اعتبارًا للعرف والعادة.

رجل له على رجل ألف درهم، فوهبها لرجل فوكّله بقبضها منه، فقبضها

فوجدها زيوفًا، فلا ينبغي له أن يردّها، هكذا القياس، من قبل أنه حين قبضها فقد تحوّلت إلى ملكه وخرجت من ملك الواهب، ولو كانت ستوقة ردّها. والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع.

(باب اختلاف الواهب والموهوب)

وإذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب: أنا أخوك أو عوضتك أو تصدقت فالقول قول الواهب؛ لأن دعوى الأخوّة دعوى سبب مانع من الرجوع ودعوى العوض دعوى حادث بقطع الرجوع والواهب ينكره فيكون القول له والاختلاف في الصدقة والهبة اختلاف في جهة التمليك والتملك يستفاد من جهة الواهب فيكون القول قوله من أي جهة ملكه، كما لو أنكر التمليك أصلًا كان القول له، فكذا إذا أنكر التمليك بجهة وإذا أراد الرجوع في الجارية الموهوبة فقال وهبتها صغيرة وقد كبرت، وقال الواهب: وهبتها كبيرة على هذه الحالة له أن يرجع خلافا لزفر رحمه الله.

له: إن وهب يدعي هبة الزيادة منه والموهوب له ينكر هذه الزيادة فيكون القول له.

لنَا: أن اختلافهما لم يقع في هبة الزيادة؛ لأن الزيادة المتصلة ممّا لا يفرد بالهبة لأنها لا تفرد بالملك وإنما وقع اختلافهما في هذه الأصل الموهوب له يدعي الهبة في زمان سابق؛ لأن الزيادة المتصلة لا تحصل إلّا بمضي الزمان والواهب ينكره ويدعي الهبة في زمان لاحق متأخر فيكون القول قول المنكر.

ولو كانت الهبة أرضًا فقال: بنيت أو غرست فيها وأنكره الواهب فالقول للموهوب له إلا أن يعلم أنه لا يبنى في مثل تلك المدّة، وكذلك في الصبغ ولت الدقيق بالسمن؛ لأن هذه الزوائد تجوز أن تفرد بالهبة؛ لأنه يجوز أن تفرد بالملك فإنه يجوز أن تكون هذه الزوائد ملكًا لإنسان والأصل لآخر وإذا كان مما ينفصل وينفك ملكها عن ملك الأصل فالواهب ادعى أنه وهب له هذه الزيادة والموهوب له ينكر فيكون القول له.

(**المنتقى**) ولو قال الواهب: شرطت لي عوضًا، وقال الموهوب له: لم أشترط ذلك فالقول للموهوب له مع يمينه لأنه منكر به لاشتراط العوض، وللواهب أن يرجع في هبته إن كانت قائمة، وإن كانت مستهلكة لم يرجع ولم يضمنه شيئًا.

ولو ادعى الواهب أنه اشترط له عوض ألف درهم وقال الموهوب له لا بل شرطت لك عوض خمسمائة ولم يقبض العوض والهبة قائمة، فإن شاء الواهب قبض خمسمائة، وإن شاء رجع في الهبة، وإن قال الموهوب له أنا أدفع الألف ولا يرجع في الهبة لم أجبر الواهب على ذلك وله أن يرجع في الهبة، وإن كانت مستهلكة ضمّنه قيمتها والمستهلك وغير المستهلك سواء من قبل شرط العوض، ولو قال الواهب وهبتك وقبضته بغير إذني وأنا غائب وقال الموهوب له وهبته لي وقبضته منك فالقول للموهوب له؛ لأنه مقبوض في يده. قال أبو يوسف: ولو وهب لرجل عبدًا والعبد بحضرتهما بحيث يقدر الموهوب له على قبضه ثم خاصمه الواهب والعبد في يدي الموهوب له فقال قبضته وقال الواهب: أخذته بغير أمري فالقول للموهوب له؛ لأن ظاهر اليد يشهد له.

ولو قال الموهوب له: قد كانت الهبة حيث وهبته في منزلك فأمرتني بقبضها فقبضت لم تصدق على ذلك؛ لأنه أقر بكونها في يد الواهب ثم ادعى قبضها فلا يصدّق إلا بحجة.

ولو قال رجل: وهب والدي لك هذا العبد فلم يقبضه في حياته وإنما قبضته بعد موته، وقال الموهوب له: بل قبضت في حياته والعبد في يد الوارث فالقول قول الوارث؛ لأن القبض إنّما علمته السّاعة والميراث قد تقدم القبض. وهب عند رجل يعتبر إذن مالكه ثم ادعى مولاه وأنكر الواهب فأقام المولى البينة ثم أجاز الهبة، ذكر الخصاف أنه لا تصح إجازته عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن على ظاهر الرواية تصح إجازته وهذا بناء على أن البيع على المستحق ينفسخ بنفس الاستحقاق على رواية الخصّاف فكذا الهبة، فأمّا على ظاهر الرواية لا ينفسخ البيع بنفس الاستحقاق فكذا لا تنفسخ الهبة فتصح الإجازة وقد ذكرناه في كتاب البيوع.

(باب هبة المريض)

هبة المريض تفيد الملك للحال إذا قبضت ويعتبر خروجها من الثلث كالوصية وكذلك الصدقة؛ لأنه تبرع في المرض فلا يجوز فيما زاد على الثلث؛ لأنه متى مات ظهر أن حق الورثة كان متعلقا بثلثي ماله من وقت المرض لما عرف في موضعه فصار متبرعًا بمالٍ تعلق به حق الورثة فاعتبر من الثلث كما لو كان مضافًا إلى ما بعد الموت فكان حكمها حكم الوصايا وحتى يعتبر خروجها من الثلث وجوازها جواز الهبات فتقيد الملك في الحياة إذا قبضت، كالعتق في المرض. الهبة دار ولا مال له غيرها جازت في ثلثها ورد ثلثيها؛ لأن الهبة صحت موجبة للملك في كل الدار حتى لو باعه صح بيعه إلا أنه استحق بعض الهبة في البعض لتعلق حق الورثة بماله فكان هذا شيوعًا طارئا على العقد لا مقارنا فلا تبطل الهبة في الباقي كما في الرجوع في باقي الهبة.

وإن كانت جارية، وكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له سواها فعلى الموهوب له ثلثا قيمتها للورثة ولا ترد الكتابة؛ لأن الهبة قد صحت في الابتداء وإنما يصح قبضها في الانتهاء فصار وقت الكتابة ملكه فنفذت والكتابة تمنع النقل من ملك إلى ملك فتعذر رد الثلثين إلى الوارث بفعله فضمن ثلثي قيمتها فإن عجز قيل القضاء بالقيمة أخذوا ثلثيها وبعد القضاء لا؛ لأن قبل القضاء الحق في العين؛ لأنه لم ينتقل إلى القيمة إلا أن قبل انفساخ الكتابة لا يتمكنون من أخذ عين حقهم؛ لأن الكتابة تمنع النقل من ملك إلى ملك، فإذا انفسخت الكتابة بالعجز زال المانع فكان لهم أخذ العين وبعد القضاء الحق انتقل من العين إلى القيمة فلا يعود إلى العين؛ لأن القضاء لا ينفسخ بزوال سبب القضاء من بعد وصار كالعبد المغصوب إذا أبق ثم عاد من الإباق قبل القضاء بالقيمة يعود إلى ملكه وبعد القضاء لا يعود فكذا هذا.

وكذلك إن كاتبها بعد موت المريض قبل القضاء للورثة؛ لأن ملك الموهوب له قائم قبل رد القضاء عليه برد الثلثين فنفذ تصرفه في جميع العبد، فإن قضى للورثة ثم أعتق الموهوب له فهو كأخذ الشريكين أعتق؛ لأنه عاد الثلثان إلى ملك الورثة وبقي الثلث على ملك الموهوب له فصار هو شريكًا للورثة.

ثم ذكر أنَّ عند أبي حنيفة يخير الورثة بين التضمين والإعتاق ولا سيما إن كان الموهوب له موسرًا ولم يذكر إن كان معسرًا هل للورثة تضمينه ويجب أن يكون لهم تضمينه بالإجماع.

أمّا عندهما فلأنه أعتق كلّه وأما عنده فلأنه إن يوجد الاستهلاك فقد وجد العيب الفاحش؛ لأنه يفوت حبس منفعة وأنه كاف لإيجاز ضمان القبض. مريض وهب عبده لرجل ولا مال له غيره فأعتقه الموهوب له أو باعه ثم مات المريض يصح تصرفه ويضمن ثلثي قيمته لورثة الميّت؛ لأن تبرعه صادف ملكه إلا أنه تعلق به حق الورثة وذلك لا يمنع نفاذ تصرفه ووقوع الملك للتمليك؛ لأن المطلق للتنفيذ موجود ظاهر أو هو حقيقة الملك للمريض وفي الحاجر وهو الحق شك واحتمال للحال، فإذا ظهر الحاجر يعمل به في النقض بعد النفاذ لا في المنع من النفاذ ليكون عملًا بهما ومتى صح تبرعه ملكه الموهوب له فجاز إعتاقه وبيعه إلا أنه لما كان يستحق نقض تبرعه في الثلثين لتعلق حق الورثة به وجب على الموهوب له رد الثلثين وقد عجز عن رده فلزمه قيمته، فإن كان على المريض دين محيط به يضمن جميع قيمته؛ لأنه ظهر أن حق الغرماء قد تعلق بكل العبد؛ لأن الدين مقدم على التبرع لأن تبرع المريض بمعنى الوصية والوصية مؤخَّرة عن الدين فوجب عليه رد كل العبد وقد تعذر رده بالعتق فضمن قيمته ولا سبيل للغرماء على العبد موسرا كان المعتق أو معسرا؛ لأن الإعتاق من الموهوب له لاقى عبدًا فارغا عن دين الغرماء؛ لأن العبد بالهبة صار ملكا له والتحق بسائر أملاكه فصار كالعبد المأذون إذا بيع يزول تعلق الدين برقبته بالبيع؛ لأن المولى يملك نقل حق الغرماء من العين إلى القيمة بالبيع فيملك أيضًا نقل حقهم من العين إلى قيمته بالهبة ومتى انتقل حقهم إلى القيمة لم يبق لهم سبيل على العبد بالسّعاية بخلاف الراهن إذا أعتق المرهون وهو معسر سعى المرهون للمرتهن؛ لأن الإعتاق لاقى عبدًا مشغولا بالدين؛ لأن الشغل لا يزول ما لم يصر العبد ملكًا للغير فقد احتبس عند العبد مالية مشغولة بالدين ومنفعة الاحتباس حصلت له فكان لهم استسعاء العبد إذا عجز عن تضمين المعتق، وإن كان الموهوب له حالة الإعتاق مريضًا ومات وعليه دين سعى العبد في جميع قيمته يضرب فيها غرماء الموهوب له بجميع دينهم

وغرماء الواهب بقيمته؛ لأن إعتاق الموهوب له لاقى عبدا مشغولا بالدين؛ لأنه لما لم يظهر أنه كان مشغولا بحق الغرماء فظهر أن العتق لاقاه وماليته مشغولة بحق الغرماء للموهوب له فقد احتبس عند العبد مالية مشغولة بالدين فكان لهم استسعاؤه.

مريض وهب لمريض عبدًا وسلم فأعتقه وليس لواحد منهما مال غيره ثم مات الواهب ثم الموهوب له يسعى العبد في ثلثي قيمته لورثة الواهب؛ لأنه دين لهم على الموهوب له ويسعى في ثلثي الباقي لورثة الموهوب له؛ لأن تبرع الواهب نفذ في الثلث دون الثلثين فوجب على الموهوب له رد الثلثين وقد تعذر رده بالعتق فضمن قيمة الثلثين، ويسعى العبد فيه لأن هذا دين على معتقه لحقه بعتقه ثم يسعى في ثلثي الثلث؛ لأن ثلث العبد خلا عن حق الغرماء وتعلق به حق الوارث إلا أن المريض تبرع بعتقه الثلث على العبد بالإعتاق فنفذ تبرعه في ثلث الثلث ولم ينفذ في ثلثيه فصار الحاصل قيمته على تسعة أسهم يسعى في ثمانية أتساع قيمته ستة أتساعها لورثة الواهب وتسعاها لورثة المعتق وعتق منه التسع مجانًا.

مريض وهب عبدا لرجل وهو ثلث ماله وسلمه ثم إن الموهوب له قتل الواهب في مرضه يرد الهبة إلى وارثه؛ لأن هذه الهبة بمعنى الوصية من حيث إنها تبرع في حال تعلق حق الغرماء والورثة بماله ولا وصية للقاتل.

وإذا رجع الواهب في الهبة والموهوب له مريض وكانت الهبة في الصحة، فإن كان الرجوع بقضاء فلا حق لغريم الموهوب له ولا لوارثه فيه؛ لأنه يكون فسخًا في حق الكل؛ لأنه ليس للقاضي ولاية على الناس في هبة أموالهم فكان قضاؤه فسخًا للهبة وإعادة إلى قديم ملك الواهب، فإن كان بغير قضاء فالرجوع بمنزلة هبة جديدة في مرض يعتبر من الثلث، وإن كان عليه دين محيط يبطل الرجوع.

وفي رواية أبي سليمان والجامع أنه فسخ في حق الناس كافة قيل هذا قياس والأول استحسان. وجه هذه الرواية: أن الرجوع في الهبة استيفاء لعين الحق، ولهذا كان للواهب أن يرد بالعيب على بائعه، ولو كان مالا وجبت فيه الزكاة سقطت الزكاة على الموهوب له ويصح قبل القبض وفي مشاع يحتمل القسمة.

ولو كانت هبة جديدة لما سقطت الزكاة عنه ولما صح في المشاع.

وجه الرواية الأولى: أن المريض قادر على إبطال حق الرجوع، بأن يريد في الهبة شيئًا أو يبيعه لئلا يمكنه الرجوع والأمر مضيق في حق المريض حتى لم يصح إقراره للوارث ولم يصح إيثار بعض الغرماء والورثة على البعض فصار بالامتناع عما يمنع الرجوع ورده بإحسان منهما في حق الغرماء والورثة فجاز أن تعتبر بمنزلة هبة جديدة في حق الغرماء والورثة صيانة لحقهم، وإن كان فسخًا.

(باب هبة الحربي والمرتد)

حربي وهب في دارنا هبة ثم دخل دار الحرب قبل قبض الموهوب له ولم يأمره بالقبض بطلت الهبة، وإن أمره بالقبض ثم دخل دار الحرب ثم قبض جاز استحسانًا؛ لأن ملك الحربي المستأمن وحقوقه لا تبطل بالعود إلى دار الحرب فبقي إيجابه صحيحًا، إلا أنه يصح قبض الموهوب له بأمر الواهب بعد الافتراق عن المجلس ولا يصح بغير أمره كما في المسلم.

نصراني وهب لمسلم شيئًا فعوضه خمرًا فله الرجوع في هبته؛ لأنه لا يصح من المسلم تمليك الخمر فلا يصحُّ تعويضه؛ لأنه تمليك حربي مستأمن وهب لمسلم أو وهب له المسلم ثم رجع إلى دار الحرب ثم خرج مستأمنًا فلكل واحد أن يرجع في هبته؛ لأنه لم يوجد ما يبطل حق الرجوع؛ لأنه بعوده إلى دار الحرب لم تبطل أملاكه وحقوقه، فإن سبي وأخذت الهبة معه لم يكن للمسلم أن يرجع وإن حضر قبل القسمة؛ لأنه زالت الهبة عن ملك الموهوب له بالسبي إلى الغانمين فيبطل حق الرجوع كما لو باع، وإن كان الواهب هو الحربي وسبي ووقع في سهم رجل لم يكن له أن يرجع في هبته، وكذلك إن سبق لم يستطع الرجوع؛ لأنه بطل حقوقه بعدما يسبى والرجوع إعادة للهبة إلى قديم ملك الواهب وبعدما يسبى لو عادت الهبة تعود إلى ملك مولاه فصار الراجع هو المولى وحق الرجوع لا يثبت لمولاه بالهبة.

ولو وهب حربي لحربي ثم أسلم أهل الدار وأسلما جميعًا وخرجا إلى دارنا فله الرجوع إلا أن عوضه؛ لأن الإسلام لا يبطل حقًّا كان ثابتا قبله. مسلم وهب لمرتد فعوضه المرتد ثم قتل أو لحق بدار الحرب جازت الهبة له ولم يجز تعويضه

عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لما عرف في السير أن تصرفات المرتد تقف عنده، وعندهما: تنفذ وإن كان المرتد هو الواهب وعوض ثم قتل أو لحق ترد هبته إلى ورثته والعوض إلى صاحبه إن كان قائما، وإن كان مستهلكا كان دينا في ماله وهذا قول أبي حنيفة لأن الهبة بطلت عنده ومتى استحقت الهبة يرجع الموهوب له في العوض حال قيامه ويستحق قيمته حال هلاكه. وهب المرتد للنصراني أو النصراني له على أن يعوضه خمرًا فذلك باطل ويجوز ذلك فيما بين الذميين إلا أن المرتد في حق الأحكام كالمسلم، ولهذا لم يجز بيعه الخمر والخنزير فأمّا الخمر في حق الذمي مال كالخل والله أعلم.

كتاب الوقف

يحتاج إلى معرفة: شرعية الوقف، وتفسيره، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه.

أمّا شرعيته: فلما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف أوقافًا بالمدينة، والصحابة كذلك وقفوا، وقد أطبقت الأمة على جواز أصل الوقف، وإن اختلفوا في كيفية جوازه؛ لأنه إقامة قربة باتصال النفع إلى الغير.

وأمّا تفسيره: فهو في اللغة: عبارة عن الحبس مطلقًا مأخوذ من قولهم وقفت الدابة على الطريق أي حبستها ومنعتها عن السير إلا أن في متعارف الشرع يراد به حبس مخصوص وهو حبس العين عن النقل من ملك إلى ملك.

وأمّا ركنه: فما توجب به الوقف؛ لأن ركن الشيء ما يوجد به ذلك الشيء، لكن اختلفوا فيما يوجد به الوقف لما يأتي في الباب الأول.

وأمَّا شرط جوازه، فقد اختلفوا فيه؛ قال أبو حنيفة وزفر رحمهما الله: أن يكون موصى به حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز له بيعه ويورث عنه إلا أن يجيز الورثة فيصير جائزًا ويتأبد الوقف.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: هذا ليس بشرط وهذا بناء على أن تقدير الوقف عند أبي حنيفة كأنه قال: حبست العين على ملكي وتصدقت بثمرته المعدومة على المساكين ولا يصح التصدق بالثمرة المعدومة إلا بالوصية وعندهم تقديره كأنه قال أزلت العين عن ملكي إلى الله تعالى وجعلته محبوسًا في حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عبَاده وهذا يصح بدون الوصيّة.

لهمَا: أنه يقصد بالوقف إقامة القربة واستدامة الخير ونيل المثوبة دائما بإيصال النفع بصرف الغلة إلى الفقراء ونزول الناس فيه على وجه لا ينقطع دائما فوجب أن يخرج عن ملكه وخلص لله تعالى ويصير محرزا على التملك ليستدام نفعه ويستمر وقفه للعباد كما لو جعل داره أو أرضه مسجدًا خرج عن ملكه وخلص لله تعالى

ابتعادا. له: أنه ذكر لفظين بقوله صدقة موقوفة والصدقة عبارة عن التمليك والوقف عبارة عن الحبس فأحدهما يوجب زوال ملكه والآخر يوجب احتباسه في ملكه والعمل بهما متعذر في شيء واحد فعملنا بلفظ الوقف في حق العين وجعلناه محبُوسًا على ملكه وبلفظ الصدقة في حق الغلة والثمرة وجعلنَاه متصدّقا بالغلة المعدومة عملا باللفظين بقدر الإمكان ثم عند محمد لصحة الوقف شرائط أربعة التسليم إلى المتولي، وأن يكون في المقرر، وأن لا يشترط لنفسه شيئًا من منافع الوقف، وأن يكون مؤبدًا بأن يجعل أجره للفقراء، وعند أبي يوسف شيء من ذلك ليس بشرط، فعلى هذا لو وقف على نفسه أو على أمّهات أولاده يصح الوقف عند أبي يوسف.

وعند محمد وهلال بن يحيى لا يصح ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف ترغيبا للناس في الوقف ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد.

لمحمد: أن الصدقة الموقوفة تمليك من العباد كالصدقة المنفذة وحق الله تعالى يثبت في رقبة الوقف ضمنا تبعا لحق العبد في الغلة، ولأن التمليك والتملك إنما شرع لوصول النفع إلى العباد وإلّا فالله تعالى متعال عن النفع، ولهذا لا تصح إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى على وجه لا تكون للعباد فيه منفعة ما فعلم الصدقة تمليك من الفقير لوصول النفع إليه وحق الله تعالى يثبت في ضمنه بالتقرب إليه بالإحسان إلى عبده والتمليك بطريق التبرع يفتقر إلى التسليم ولا يصح في المشاع؛ لأن الشيوع يوجب نقصانا في قبضه والتمليك ملكه من نفسه لا يصح، ولا يصح التمليك مؤقتا كالصدقة المنفذة.

لأبي يوسف: أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى وجعله محرزا عن التملك دون التمليك منه ولأن التملك من الله تعالى لا يتصور؛ لأن الأشياء كلها مملوكة لله تعالى فيكون الوقف إزالة لملكه للتقرب بالإعتاق لعبده وصح ذلك قربة لوصول منافعه ومواقفه إلى عباده بخلاف الصدقة المنفذة لأنها تمليك من الفقير حقيقة وإزالة الملك تصح من غير تسليم وتصح في المشاع ويجوز أن يشترط لنفسه شيئًا من علته ومنافعه؛ لأن الغلة والمنفعة تحدث على حكم ملك الله تعالى لا على ملكه

وهو وغيره من عباده فيها سواء يستحق غلته بالشرط لا بحكم الملك فيجوز كما يجوز أن يستحقها بشرط غيره وصار كما لو جعل أرضه خانا أو مقبرة أو سقاية يستوي فيه الواقف وغيره بخلاف الصدقة المنفذة؛ لأنه يشترط لنفسه بعض العين والعين ملكه فصار مملكا ملكه من نفسه فلا يصح.

وأمّا حكمه: فعندهما زوال العين عن ملكه إلى الله تعالى كما ذكرنا.

وعند أبي حنيفة: حكمه صيرورة العين محبوسة على ملكه بحيث لا تقبل النقل عن ملك إلى ملك التصدق بالغلة المعدومة متى صح الوقف بأن قال جعلت أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبّدة وأوصيت به بعد موتي وأنه يصح حتى لا يملك بيعه ولا يورث عنه لكن ينظر إن خرج من الثلث يجوز في الكل، وإن لم يخرج من الثلث يجوز الوقف فيه بقدر الثلث ويبقى في الباقي إلى أن يظهر له مال آخر أو يجيز الورثة فإن لم يظهر له مال ولم يجز الورثة تقسم الغلة بينهم أثلاثا ثلثه للوقف وثلثاه للورثة.

ولو رفع الأمر إلى القاضي فأمضى القاضي الوقف بناء على دعوى صحيحة وبشهادة قائمة عليه وأنكر الواهب، فإنه يصح الوقف عليه فيلزمه حتى لا يجوز نقضه بحال؛ لأنه قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه.

ولو قضى بالوقفية بالشهادة القائمة على الوقف من غير دعوى يصح؛ لأن حكمه هو التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى وفي حقوق الله يصح القضاء بالشهادة من غير دعوى.

(باب الألفاظ التي ينعقد بها الوقف)

وهي تنقسم إلى خمسة أقسام:

الأول: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبّدة على المساكين حال حياتي وبعد وفاتي، أو يقول: أرضي هذه صدقة محرمة مؤبدة، أو يقول: أرضي هذه صدقة محبوسة أو حبيس مؤبد حال حياتي وبعد مماتي فإنها تصير وقفا لازما على الفقراء بالإجماع إلا أن عند أبي حنيفة هو نذر في حياته حتى لو تصدّق بقيمتها جاز، هكذا

روى الحسن عنه ولأنه التزم قربة ووصية بعد وفاته، كما لو قال تصدقت بثمرة أرضي على الفقراء بعد موتي.

والثاني: لو حذف لفظة التأبيد عن هذه الألفاظ بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة أو محرمة أو محبوسة ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل إلا عند أبي يوسف بن خالد التيمي البصري وهو تلميذ أبي حنيفة، فإن ذكر التأبيد عنده شرط لصحة الوقف والصحيح أن ذكر التأبيد ليس بشرط لصحة الوقف؛ لأنه موجود دلالة؛ لأن قوله صدقة يدل على أنه أراد به الفقراء دون الورثة وقوله موقوفة يدل على أنه لم يرد بالصدقة صدقة التمليك فصار كل واحد من اللفظين تفسيرًا للآخر فتكون وقفًا للفقراء والوقف على الفقراء يتأبد ولا يتوقف لأنهم لا يتعرضون فعلى هذا لو قال: أرضي صدقة موقوفة ولم يقل على المساكين صح الوقف إلا عند الخصاف وأهل البصرة.

والثالث: لو حذف لفظ الصدقة والوقف بأن قال: أرضي هذه حرمتها أو حبستها لا تصير وقفًا بالإجماع؛ لأن هذا اللفظ مشتبه لا يدرى مراده منه أنه حرمها على غير الورثة وحبسها على الورثة أو حرمها على الورثة وحبسها على الفقراء فلا يحكم بزوال ملكه بلفظ مشتبه متردَّد.

والرابع: لو حذف الصدقة لا غير بأن قال: أرضي هذه موقوفة ومحرمة أو محبوسة أو قال وقفت أرضي هذه أو حبستها فعند أبي يوسف يكون وقفا، وعند محمد وهلال بن يحيى لا يكون وقفا ما لم يقل صدقة موقوفة أو موقوفة على المساكين. لمحمد أن قوله موقوفة لفظ مشتبه لا يدرى أنها موقوفة على الورثة أو على الفقراء أو على إنسان بعينه فلا يحكم بزوال ملكه بلفظ مشتبه محتمل.

لأبي يوسف: أنه ذكر الوقف مطلقًا والوقف المطلق يكون على الفقراء عادة وعرفا؛ لأن الناس تعارفوا هذا وقفا والمعروف كالمشروط فكان قول أبي يوسف أصح لمكان العرف.

والخامس: لو حذف الوقف بأن قال: أرضي هذه صدقة أو جعلت أرضي هذه صدقة يكون نذرا لا وقفا بالإجماع؛ لأنه ذكر الصدقة مطلقًا ومطلق الاسم ينصرف

إلى الكامل والكامل من التصدق بالمال أن يصير عينه وثمرته صدقة وذلك بالتمليك من الفقير لا بالفقر.

ولو قال: أرضي هذه للسبيل، فإن كان في بلدة تعارفوا مثل هذا وقفًا صارت الأرض وقفًا؛ لأن المعروف كالمنصوص، وإن لم يتعارفوا يسال منه إن أراد به الوقف فهو وقف؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه وإن نوى الصدقة أو لم ينو شيئًا يكون نذرا فتصدق بها أو بثمنها؛ لأنه نوى ما يحتمله، وكذلك لو قال جعلتها للفقراء إن كان ذلك وقفا في تعارف تلك البلدة كان وقفا، وإن لم يكن يرجع إليه في البيان، فإن نوى به وقفًا كان وقفا وإن نوى صدقة أو لم ينو شيئًا يكون نذرًا بالتصدق؛ لأن هذا أدنى فكان إثباته عند الاحتمال أولى.

رجل قال: جعلت حجرتي لدهن سراج المسجد ولم يزد على هذا صارت الحجرة وقفًا على المسجد لما قاله وليس للمتولي أن يصرف إلى غير الدهن؛ لأنه جعلها وقفًا على دهن المسجد.

رجل قال في مرضه: اشتروا من غلة داري هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزًا وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفًا؛ لأن هذا اللفظ يؤدي معنى الوقف فصار، كما لو قال وقفت داري هذه بعد موتي على المساكين.

رجل قال: إن مت من مرضي هذا فقد وقفت أرضي هذه لا يصح الوقف برئ أو مات؛ لأنه علقه بالشرط وتعليق الوقف بالشرط لا يصح، ألا ترى أنه لو قال: إن دخلت هذه الدار فقد جعلت أرضي صدقة موقوفة لم يجز؛ لأنه تمليك الغلة من الفقراء والتمليك لا يحتمل التعليق بخلاف ما لو قال: إن مت فاجعلوا أرضي هذه وقفا حيث يجوز لأن هذا تعليق التوكيد بالشرط وتعليق التوكيل بالشرط جائز، ألا ترى لو قال إن دخلت هذه الدار فاجعلوا أرضي موقوفة جاز.

(باب تسليم الوقف)

وتسليم الوقف إلى القيم والقسمة فيما يحتملها شرط لصحة الوقف عند محمد خلافا لأبي يوسف والشافعي لما مرّ، ثم التسليم إلى القيم يكفي قبضًا في الأوقات

كلها؛ لأن المتولي نائبًا عن الموقوف عليهم في القبض وقبض النائب كقبض المنوب عنه هو إن جعل أرضه مسجدا ولم يسلمها إلى قيم لا تصير مسجدا إلا أن يصلي القوم فيه بجماعة بإذنه؛ لأنه وجد قبض من المسجد له، فإن صلى فيه واحد أو جماعة وحدانًا، فعن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية صح التسليم؛ لأن قبض الواحد كقبض الكل لتعذر قبض الكل كما في المقبرة والخان وفي رواية لا يصح التسليم وهو قول محمد؛ لأن المسجد إنما بني للصلاة بجماعة لا وحدانا؛ لأن الصلاة بجماعة تختص بالمسجد دون الصلاة وحدانا لأنها تقام في غير المسجد.

ولو جعلوا رجلًا واحدًا إمامًا ومؤذنًا وأذن وأقام وصلى وحده صار مسجدا؛ لأنه إذا صلاته بأذان وإقامة كالجماعة، ولهذا قالوا: مؤذن مسجد إذا أذّن وأقام وصلى وحده ليس لمن يجيء بعد ذلك أن يصلي بجماعة في ذلك المسجد، وإن لم يصل فيه بجماعة ولكن دفعه إلى متولي نصيبه فيما يقوم بمصالحه قيل لا يكون قبضا؛ لأن المساجد لا يكون لها متولٍّ فلا يكون الدفع إلى من يقوم بأمورها قبضا وقيل يكون قبضا وهو الأصح؛ لأن المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ويقوم بأموره منصوب بإذن النائبين، فإذا سلمه إليه كان قبضه ينوب عن قبض النائبين كما في سائر الأوقات.

وذكر في الجامع الصغير: بنى مسجدًا بابه إلى الطريق وتحته سرداب أو فوقه بيت له لا يصير مسجدا؛ لأن المساجد خالصة لله تعالى وهذا لم يخلص لله؛ لأن ما تحته يبقى ملكه وعلوه حقه فلا يصير مسجدا.

ولو كان السرداب لمصالح المسجد صح كما هو مسجد بيت المقدس وعن أبي يوسف أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجدا والأعلى ملك؛ لأن الأسفل أصل والأعلى تابع له ولم يجز أن يكون الأعلى مسجدا.

وعن محمد: أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله للضرورة.

ولو جعل وسط داره مسجدًا لم يصر مسجدًا حتى يفتح طريقه إلى الجادة لأنه لم يقهره حين أبقى الطريق لنفسه.

ولو جعل أرضه مقبرة أو خانًا أو سقاية أو طريقًا يمر فيه الناس إذا دفن في المقبرة أو نزل في الخان أو شرب من السقاية أو مر في الطريق واحد من الناس، فإنه يكون قبضًا ويستوي فيه الغني والفقير؛ لأن القبض من الكل متعذر فيكتفى بقبض الواحد وقبض كل شيء على حسب ما يليق به وفي العرف والعادة يراد به الغني والفقير والمعروف كالمشروط فكأنه وقف على الغني والفقير نصًّا، وكذلك لو جعل داره بمكة مسكنا للحاج وبغير مكة مسكنا للمساكين جاز ويسكنها الغني والفقير.

ولو وقف أرضًا لتصرف غلتها إلى الحاج والغزاة وطلبة العلم لا تصرف إلى الغني؛ لأن في تمليك الغلة يراد به الفقراء والمحتاجين لا الأغنياء في العرف والعادة كسائر صدقات الشرع، فأمّا البناء للسكنى إباحة ويراد به الغني والفقير عادة كمن وضع جبّ ماء على الطريق جاز للغني الشرب منه بخلاف ما لو أوصى بثلث ماله لطلبة العلم والصّلة كما يتحقق للفقير يتحقق للغني، أمّا هنا فبخلافه حتى لو وقف على طائفة من الأغنياء ثم بعدهم على الفقراء، فإنه يكون للأغنياء ثم بعدهم للفقراء؛ لأن الواقف هكذا شرط.

ولو جعل أرضه مقبرة ودفعها إلى قيم المقبرة هل يكون قبضا قيل لا يكون قبضا كما في المساجد وقيل يكون قبضا كما في الخان والسقاية.

(فصل)

وقف نصف أرضه مشاعًا لم يجز عند محمد خلافا لأبي يوسف لما بينا، فإن كانت بين رجلين فوقفاها جاز؛ لأنه لا شيوع فيه كما في الصدقة المنفذة، فإن دفع كل واحد نصيبه إلى قيم لم يجز عند محمد؛ لأن القبض حصل في المشاع فلو قضى القاضي بجوازه جاز في حق الكل؛ لأن المختلف يصير متفقا باتصال القضاء به.

ولو طلب بعضهم القسمة قال أبو حنيفة: لا يقسم ويتهايؤون.

وعند محمد: يقسم وأجمعوا أن الكل إذا كان موقوفا على أرباب، فإن أرادوا

القسمة لا تجوز لما تبين ثم الأصل لمحمد رحمه الله أن الشيوع متى يمكن في الصدقة حالة القبض يمنع جواز الصدقة؛ لأن ثبوت الحكم معلق بقبض كامل والشيوع يوجب نقصانا في القبض فلا يثبت حكم العقد مع تمكن النقصان في القبض ومتى تمكن الشيوع في العقد لا في القبض لا يمنع جواز الصدقة؛ لأنه ليس بحال ثبوت الحكم فصار وجوده وعدمه بمنزلة. رجلان تصدقا معا صدقة واحدة ونصبا قيما فسلما إليه معا جاز عندهما؛ لأنه لا شيوع في العقد ولا في القبض.

وكذلك إن تصدق كل واحد بنصفه صدقة موقوفة على المساكين ونصبا قيما واحدا فقبض نصيبهما جميعًا أو متفرقا جاز؛ لأنه لا شيوع في القبض؛ لأن قبض القيم ورد على الكل لأنهما فوّضا إلى الواحد قبض الكل فمتى قبض نصيب أحدهما لا غير صار مخالفًا فيوقف قبض النصف من القيم على قبض الباقي كالوكيل يشتري العبد إذا اشترى النصف يتوقف شراء النصف على شراء الباقي فكذا هذا.

ومتى توقف قبض النصف منه على قبض الباقي لم يكن حال قبض النصف الأول حال ثبوت الحكم؛ لأنه معلق بقبض الكل فتمكن الشيوع في القبض لا يمنع صحة الصدقة وكذلك إن اختلفت الجهة بأن تصدق أحدهما نصيبه على ولده ثم على المساكين والآخر على إخوته، فإن انقرضوا كانت الغلة للحج يحج بها عنه كل سنة أو كان الواقف واحدا جعل نصفها للآمر الأول ونصفها للثاني؛ لأن الشيوع لا يتمكن في القبض متى كان القيم واحدًا؛ لأنه لا يتصور من الوالي الواحد تفريق القبض؛ لأنه لا يقبض أحد النصفين إلا بقبض الآخر؛ لأن أحدهما شائع في الآخر فحصل القبض؛ لأنه لا يقبض أحد النصفين إلا بقبض الآخر؛ لأن أحدهما شائع في الآخر فحصل قبض الكل مجتمعا وإنما تفرقت جهات القرب وذلك لا يمنع صحة الوقف كسبعة اشتركوا في بقرة أراد أحدهم جزاء صيد، والآخر كفارة حلق ونحوه، فإن قبض نصيب أحدهما ولم يقبض نصيب الآخر لا يصح الوقف حتى كان للذي قبض نصيبه أن يرجع عنه ويبيعه؛ لأنه ما لم يقبض الكل لا يثبت حكم الصدقة ولا تصير الصدقة لازمة كمن تصدق بجميع أرضه وسلم نصفها فله أن يرجع ما لم يسلم الكل.

ولو مات قبل أن يقبض نصيب الآخر بطل كله عند محمد؛ لأن تمام الصدقة موقوف على قبض الكل فصار وجود هذا القبض وعدمه بمنزلة بينهما.

أرض تصدق أحدهما بنصيبه على رجل وأمره بقبضه فلم يقبضه حتى يصدق عليه الآخر بنصيبه وأمره بقبضه جازت الصدقة كلها؛ لأن الصدقة واحدة باعتبار حكمها لأنهما لما أذنا له بقبض الكل لا يتصور منه قبض نصيب أحدهما إلا بقبض الكل؛ لأن نصيب كل واحد شائع في نصيب الآخر فيوقف القبض في النصف على انضمام قبض الباقي إليه فلا يثبت حكم الصدقتين إلا بقبض الكل.

ولو قبض نصيب الأول قبل أن يتصدق والثاني قبل منه لأنه حين قبض نصيب الأول لم يكن مأذونا في قبض نصيب الآخر فلم يصر قابضا نصيب الآخر حكما فيمكن الشيوع في القبض حال ثبوت الحكم؛ لأن نصيب كل واحد منهما جميع المعقود عليه.

ولو وكل المتصدق عليه وكل واحد بقبض نصيب أحدهما فقبضاها جميعا أو متفرقًا جاز هذا إذا قبض وكيلاه بخلاف ما لو تصدقا بها صدقة موقوفة ونصب كل واحد قيما لقبض نصيبه لم يجز، والفرق أنّ الشيوع في الصدقة المنفذة لم يتمكن في القبض حال ثبوت الحكم؛ لأن الصدقة انعقدت على أنها لا تفيد حكمها إلا في الكل؛ لأن المتصدق عليه واحد وقد أذنا له بقبض الكل فيكون قبض النصف من أحد الوكيلين موقوفا لا يفيد حكمه ما لم يوجد قبض الثاني، فأمّا في الصدقة الموقوفة الصّدقة من كل واحد منهما انعقدت موجبة للحكم إذا وجد قبض نصيبه؛ لأنه لم يتوقف قبض نصيب أحدهما على قبض نصيب الآخر؛ لأن كل واحد من الوالين لم يصر مأذونا بقبض نصيب الآخر فيكون الشيوع متمكنًا في قبض نصيب كل واحد حال ثبوت الحكم فمنع جوار العقد حتى لو كان كذلك في الصدقة المنفذة بأن تصدق كل واحد بنصيبه على إنسان على حدة وأذن له بقبضه لا يجوز.

(باب ما يجوز وقفه وما لا يجوز)

ويجوز وقف العقار وكلما كان تبعًا له من المنقول كما لو وقف أرضًا مع العبيد والثيران وآلات الجراية؛ لأنها توابع العقار لأن ما يفنى يجوز أن يكون تبعًا لما يبقى

إلى قيام الساعة فيثبت حكم الوقف فيه تبعًا للعقار كالشرب وكمن وقف دولابه وعليها سانية وحبلًا ودلوًا صار الكل وقفًا تبعًا، وكمن وقف دارًا صار البناء وقفًا تبعًا وإن البناء مما ينقل.

فأمّا إذا وقف المنقول مقصودًا ينظر إن كان كراعًا وسلاحًا يجوز وقفها في سبيل الله استحسانًا لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين شكى من خالد بن الوليد حين منع منه الزكاة، فقال: "**ولا تظلموا خالدا؛ فإنه احْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتَادَهُ**[1] **فِي سَبِيلِ اللهِ تعالى**"[2].

---

(١) الْأَعْتَاد: آلَات الْحَرْب مِن السِّلَاح وَالدَّوَابّ وَغَيْرهَا، وَالْوَاحِد عَتَاد، وَمَعْنَى الْحَدِيث: أَنَّهُمْ طَلَبُوا مِنْ خَالِد زَكَاة أَعْتَادِهِ ظَنًّا مِنْهُمْ أَنَّهَا لِلتِّجَارَةِ، وَأَنَّ الزَّكَاة فِيهَا وَاجِبَة، فَقَالَ لَهُمْ: لَا زَكَاة لَكُمْ عَلَيَّ، فَقَالُوا لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وسلَّم : إِنَّ خَالِدًا مَنَعَ الزَّكَاة، فَقَالَ لَهُمْ: إِنَّكُمْ تَظْلِمُونَهُ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَهَا وَوَقَفَهَا فِي سَبِيل الله قَبْل الْحَوْل عَلَيْهَا، فَلَا زَكَاة فِيهَا، وَيَحْتَمِل أَنْ يَكُون الْمُرَاد: لَوْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ زَكَاة لَأَعْطَاهَا وَلَمْ يَشِحَّ بِهَا؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَف أَمْوَاله لله تَعَالَى مُتَبَرِّعًا فَكَيْف يَشِحّ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ؟، وَاسْتَنْبَطَ بَعْضهمْ مِنْ هَذَا وُجُوب زَكَاة التِّجَارَة، وَبِهِ قَالَ جُمْهُور الْعُلَمَاء مِن السَّلَف وَالْخَلَف خِلَافًا لِدَاوُدَ، وَفِيهِ دَلِيل عَلَى صِحَّة الْوَقْف، وَصِحَّة وَقْف الْمَنْقُول، وَبِهِ قَالَت الْأُمَّة بِأَسْرِهَا إِلَّا أَبَا حَنِيفَة وَبَعْض الْكُوفِيِّينَ. شرح النووي على مسلم - (ج٣/ ص٤١٦)

(٢) أخرجه «البخاري» ١٥١/٢ (١٤٦٨) قال: حدثنا أبو اليمان، قال: أخبرنا شعيب. و«مسلم» ٦٨/٣ (٢٢٣٩) قال: حدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا علي بن حفص، قال: حدثنا ورقاء. و«أبو داود» (١٦٢٣) قال: حدثنا الحسن بن الصباح، قال: حدثنا شبابة، عن ورقاء. و«الترمذي» (٣٧٦١) قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ورقاء. و«عبد الله بن أحمد» ٣٢٢/٢ (٨٢٦٨) قال: حدثني داود بن عمرو الضبي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد. و«النسائي» ٣٤/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٥٦) قال: أخبرنا أحمد بن حفص، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم بن طهمان، عن موسى. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٩) قال: حدثنا أحمد بن حفص بن عبد الله، قال: حدثني أبي، قال: حدثني إبراهيم، عن موسى بن عقبة. وفي (٢٣٣٠) قال: حدثنا الحسن بن محمد بن الصباح، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ورقاء. و«ابن حبان» (٣٢٧٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الرحمن بن محمد، قال: حدثنا محمد بن مشكان، قال: حدثنا شبابة، قال: حدثنا ورقاء. وفي (٧٠٥٠) قال: أخبرنا حاجب بن أركين الفرغاني، بدمشق، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا =

ولا يجوز وقف ما سواهما من المنقول عند أبي يوسف؛ لأن القياس يأبى جوار الوقف؛ لأنه فيه إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى دون التمليك من عبده إلا أنا تركنا القياس واتبعنا الأثر في السلاح فبقي ما عداه منفيا بقضية القياس.

وقال محمد: ما تعارف الناس بمثل وقفه من المنقول، فإنه يجوز استحسانًا كالمنشار والفأس والقدور والمراحل والجبارة والمصحف ونحوها وما لم يتعارف وقفه لا يجوز كوقف الثياب والأمتعة والحيوان؛ لأن ترك القياس جائز بتعامل الناس وتعارفهم ولهذا جوزنا الاستصناع بالتعامل وما لا عرف ولا نص فيه يرد إلى ما يقتضيه القياس.

وقال الشافعي: يصح وقف كل عين يمكن الانتفاع به في بقاء عينه ويجوز الوقف على تجهيز الرّجال بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله لأنّ هذه الجهات قربة فجاز الوقف عليه كالوقف على الفقراء.

وأمّا وقف الكتب اختلفوا فيه؛ والأصح أنه يجوز لمكان التعارف.

وذكر الناطفي في "واقعاته": رجل جعل فرسه حبيسًا في سبيل الله جاز لمكان العرف ولأنه بمعنى الكراع والسلاح، فالفضل الوارد ثمة يكون واردًا هنا دلالة ولا يؤاجر؛ لأنه أعدّ لأمر آخر إلا إذا احتيج إلى نفقتها فيؤاجر بقدر ما ينفق عليها وهذه المسألة دليل على أن المسجد إذا احتاج إلى النفقة للعمارة يؤاجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه.

ولو وقف ثورًا على أهل قرية لإيراء نفورهم لا يصح؛ لأن وقف المنقول لا يجوز مقصودا إلا فيما فيه تعارف ولا تعارف هنا.

ولو وقف بقرة على رباط على أن لبنها وسمنها يعطى أبناء السبيل جاز إن كان في موضع تعارفوا بذلك لمكان العرف.

وذكر هلال في وقفه: رجل وقف أرضا وفيها زرع أو ثمر لا يدخل الزرع والثمر

=

شبابة، قال: حدثنا ورقاء. أربعتهم: (ورقاء بن عمر، وشعيب بن أبي حمزة، وعبد الرحمن بن أبي الزناد، وموسى بن عقبة) عن أبي الزناد، عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، فذكره.

في الوقف؛ لأن الزرع والثمرة بمنزلة المنقولات الموضوعة في الأرض، ولهذا لا يدخل في البيع والهبة والصدقة إلا بالشرط فكذا لا يدخل يجب الوقف إلا بالشرط.

ولو وقف أرضًا بجميع ما فيها ومنها وفيها ثمرة قائمة يوم الوقف لا تدخل في الوقف لأنها ليست من توابع العقار ولكن يلزمه التصدق بها على الفقراء على معنى النذر لا على معنى دخولها في الوقف.

وذكر أبو الليث في نوازله: رجل قال في مرضه جعلت برك كرمي أو غلة كرمي وقفًا وفي الكرم ثمرًا ولم يكن يصير كرمه وقفا بثمرة إن كان؛ لأن تصحيح كلامه واجب ما أمكن وقد أمكن بجعله عبارة عن قوله جعلت كرمي بما فيه من البرك والثمرة وقفا وعلى قياس المسألة المتقدمة ينبغي أن لا يصير وقفًا بل يكون نذرًا.

ولو وقف شجرةً بأصلها جاز؛ لأنه وقف الأرض مع الشجرة والمنقول يدخل في الوقف تبعًا للعقار ثم إن كانت الشجرة ينتفع بثمارها أو بأوراقها أو بأصلها لا يقطع أصلها؛ لأنه يفوت الانتفاع بها إلا إذا أفسد أغصانها، وإن كان لا ينتفع بها أصلا تقطع ويتصدق؛ لأنه لا ينتفع بالشجر إلا بعد القطع، وكذلك لو وقف شجرة بأصلها على مسجد فيبست أو يبس بعضها يقطع اليابس ويترك الباقي؛ لأن اليابس لا ينتفع به إلا بالقطع وغير اليابس لا.

وذكر أبو الليث في نوازله: رجل وقف برج الحمام أو دارًا فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات؛ لأن هذا من مرافق الدار وبرج الحمام فيكون تبعًا له والمنقول يدخل تحت الوقف تبعًا، وكذلك لو وقف بيتًا فيه كوارة العسل يجوز ويصير النحل تابعا للعسل.

رجل اشترى عقارًا فوقفه قبل القبض وقبل نقد الثمن فالأمر موقوف إن أدى الثمن وقبضه جاز الوقف وإن مات ولم يترك مالًا يباع العقار ويبطل الوقف بخلاف ما لو أعتق المبيع قبل القبض صح؛ لأن العتق لا يحتمل النقض، فأمّا الوقف تصرف يحتمل النقض بعد وقوعه، ألا ترى أنه لو وقف في مرضه ثم مات وعليه دين ينقض وقفه.

ولو أعتق عبده لا ينقض. رجل جعل أرضه مقبرة وفيها أشجار فالأشجار بأصلها ملكه؛ لأن موضع الأشجار لم يصر وقفا؛ لأنه مشغول بملكه، وكذلك لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء فيه؛ لأنه مشغول بالبناء ويتعذَّر الدفن تحته، وإن كانت الأرض مواتًا واتخذها أهل القرية مقبرة وفيها أشجار، فإن كانت الأشجار ثابتة قبل اتخاذ الأرض مقبرة فهي بأصلها على حالها القديم وإن ثبتت بعد إيجاد الأرض مقبرة، فإن علم لهَا غارس فهي له لأنها ملك الغارس حصل بصنعه، وإن لم يعرف لها غارس كانت في حكم الوقف، ألا ترى أن الشجرة إذا أنبتت في ملك إنسان ولا يعرف لها غارس كانت ملكًا لصاحب المحل فكذا هذا. رجل وقف أرضًا وفيها أشجار واستثنى الأشجار لا يجوز الوقف؛ لأنه صار مستثنيا للأشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولا. رجل غرس في المسجد تكون للمسجد؛ لأنه بمنزلة البناء للمسجد، وكذا لو بنى في الأرض الوقف أو نصب فيها بابا، فإن نوى عند البناء أنه بناء للوقف تصير وقفا؛ لأنه جعله وقفا ووقف البناء بيعا لغيره يجوز، وإن لم ينو ذلك لم يصر وقفا؛ لأنه لم يجعله وقفا.

ولو غرس في أرض موقوفة على الرباط إن نوى الغارس تعاهد الأرض الموقوفة فالأشجار للوقف؛ لأن هذا من جملة التعاهد، وإن لم ينو فهي للغارس وله قلعها؛ لأنه ليس له هذه الولاية، ولو غرس على طريق العامة أو على شط نهر العامة أو على شط حوض القرية فالشجرة للغارس وله رفعها؛ لأنه ليس له ولاية على العامة.

(باب الوقف على شيء بعينه ولم يذكر في آخره للفقراء)

ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم؛ لأن الوقف على الغني ليس بقربة؛ لأنه ليس بسبب لاستجلاب الثواب كما في الصدقة لما بينا في الهبة.

ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء يجوز ويكون الحق للأغنياء ثم للفقراء؛ لأنه يكون قربة في الجملة، فإن انقرض الأغنياء يصرف إلى الفقراء فصح والواقف شرط هكذا فيعتبر شرطه.

ولو وقف على شيء بعينه ولم يذكر في آخره للفقراء فهو على ستة أوجه:

الأول: لو قال: أرضي هذه صدقة لله أو موقوفة لله تعالى تصير وقفًا على الفقراء ذكر الأبد أم لا؛ لأنه وقف على وجه القربة وهو التقرب إلى الله تعالى والمراد من ذكر اسم الله تعالى الفقراء عرفا وعادة؛ لأنه وقفها على شيء لا ينقطع أجره ولا ينصرم ثوابه وذلك بالوقف على الفقراء لأنهم لا ينقرضون إلا أنه ذكر اسم الله تعالى على وجه التبرك باسمه فكان وقفا على الفقراء دلالة وعرفا.

والثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على وجه الخير والبرّ أو على اليتامى فأراد جنس اليتامى يصير وقفًا على الوجه الذي سمّاه؛ لأن وجود الخير والبر وحبس اليتامى لا ينقطع، فإذا أضاف إلى وجه لا ينقطع أبدا جاز الوقف مؤبدًا كالفقراء.

والثالث: لو قال: أرضي هذه موقوفة على فلان بعينه أو على ولدي أو على فقراء قرابتي أو فقراء قريتي، وهم يحصون أو على اليتامى ولم يرد به جنسه لا يصير وقفًا عند محمد؛ لأنه وقع على شيء ينقطع وينقرض ولا يتأبد، وعند أبي يوسف يصح؛ لأن التأبيد ليس بشرط عنده هذا إذا لم يذكر مع الوقف الصدقة وإن ذكر.

وهو **الرابع**: بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان أو على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما وإن لم يذكر الأبد والغلة لفلان ما دام حيًّا، فإذا مات هو تصرف الغلة إلى الفقراء؛ لأنه إن ذكر الأبد فقد شرط التأبيد والتأبيد لا يقع إلا بالفقراء لأنهم لا ينقرضون إلى يوم القيامة وكان المراد منه الوقف على الفقراء دلالة ذكر لفظ الأبد وكذلك إن لم يذكر الأبد؛ لأنه لما نص على الصدقة والصدقة لا تكون إلا للفقراء كان هذا وقفا على الفقراء وذكر فلان لتخصيصه بالبداية بالغلة ما دام حيًّا.

والخامس: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على المساكين تصير وقفا ذكر الأبد أم لا؛ لأنه وقف مؤبّد لأنّ المساكين لا ينقرضون أبدا فكان ذكر الأبد وجوده وعدمه بمنزلة.

والسادس: لو وقف أرضه على عمارة مسجد بعينه ولم يذكر آخره للمساكين

اختلفوا فيه؛ قيل: عند محمد لا يجوز؛ لأن من أصله أن المسجد إذا خرب واستغنى الناس عن الصلاة فيه يعود ملكا إلى صاحبه متى كان حيا أو إلى ورثته بعد وفاته فقد وقف على شيء لا يتأبد وينقطع فلا يجوز، وعلى قول أبي يوسف يجوز؛ لأن عنده لا يعود ملكًا بالخراب بل ببقائه مسجدا أبدا وقيل ينبغي أن لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه وقف على عمارة المسجد، والمسجد وإن بقي مسجدا بعد الخراب لكنّه يستغني عن العمارة فلم يقف مؤبدا وقيل ينبغي أن يجوز بالإتفاق وبه كان يفتي الفقيه أبو جعفر وهو المختار لمكان العرف، فإن الناس تعارفوا الوقف على مسجد بعينه والقياس يترك بالعرف كالوقف في المنقول فيما تعارفوا ولأن إيجاد المسجد جائز في الحال، وإن كان ربّما يستغنى عنه وكذلك الوقف على عمارته يجوز، وإن كان ربما يستغنى عنه وهذا لأن حمل الأمر على الغالب واجب والغالب هو السلامة.

وكذلك على هذا الخلاف لو قال: أوصيت بثلث مالي على هذا المسجد، فإن قال: بثلث مالي وقف أو وصية على المساجد يجوز؛ لأنه وجه من وجوه الخير ولا يتوهم انقطاعه.

ولو تصدق على مسجد أو طريق المسلمين قيل لا يجوز وقيل يجوز وهذا الأظهر كالوقف.

ولو وقف أرضه على عمارة مصاحف موقوفة لا يجوز؛ لأنه لا عرف.

ولو وقف صنعه على مسجد على أن ما فضل من العمارة هو للفقراء فأجمعت الغلة والمسجد لا يحتاج إلى العمارة للحال هل تصرف تلك الغلة إلى الفقراء اختلفوا فيه والمختار أنه إذا اجتمع من الغلة مقدار ما لو احتاج المسجد والضيعة إلى العمارة يمكن العمارة منها وزيادة تصرف الزيادة إلى الفقراء ليكون جمعًا بين شرط الواقف وصيانة الوقف.

(فصل)

وذكر في الأصل: لو وقف على أمهات أولاد فلان ثم للفقراء ما لم يتزوجن جاز؛ لأنه لو وقف على مواليهن جاز، فكذا إذا وقف عليهنّ إلا من يتزوج منهنّ فلا شيء لهَا، فإن تزوجت واحدة منهنّ ثم طلقها زوجها فلا شيء لها؛ لأنه استثنى من

الوقف من يتزوج منهن إلا إذا شرط أن من تزوجت منهن وطلقها زوجها فلها أيضًا ذلك؛ لأنه استثنى من هذا المستثنى من طلقها زوجها والمستثنى من النفي إثبات، وكذلك لو وقف على بني فلان إلا من خرج من البلد أو على بني فلان ممن يتعلم العلم فخرج بعضهم ثم عاد وترك بعضهم العلم ثم اشتغل فلا شيء له إلا إذا قال من خرج ثم عاد أو ترك العلم ثم اشتغل فله أيضًا بخلاف ما لو وقف على أقاربه المقيمين في بلد كذا هذا فانتقل أقاربه من تلك البلدة إن بقي هناك منهم أحد صرف الكل إليه، وإن لم يبق صرف إلى الفقراء؛ لأنه جعل آخره للفقراء فلو أنهم رجعوا إلى البلدة ثانيًا تعود وظائفهم؛ لأنه أثبت الوظيفة للساكن في تلك البلدة غير مؤقت بوقت ففي أي وقت يكون ساكنا فيها يستحق الوظيفة وفي المسألة المتقدمة نفي الاستحقاق للوظيفة لمن خرج أو ترك التعلم مطلقًا فلو استحق بالعود لبطل نفي الواقف وهذا لا يجوز نصراني وقف على أولاده وأولاد أولاده، فإذا انقرضوا فعلى فقراء المسلمين جاز الوقف؛ لأن هذا وقف على فقراء المسلمين، وكذلك لو قال، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء جاز فإذا انقرضوا أصرف إلى فقراء المسلمين لأن حقهم أقوى لشرف الإسلام فيتعيبون عند الإطلاق ولو قال فإذا انقرضوا فعلى فقراء النصارى لم يجز هذا الوقف؛ لأن الوقف على فقراء النصارى لا يجوز؛ لأنه معصية في حقنا.

رجل ذهب له شيء فقال: إن وجدته فلله علي أن يوقف أرضه على أبناء السبيل فوجدها يجب عليه أن يقف؛ لأن هذا نذر والوفاء بالنذر واجب، فإن وقف على الأجانب أو على قرابته ممن يجوز له دفع الزكاة إليه جاز ويخرج عن نذره هو إن وقف على قرابته التي لا يجوز دفع الزكاة إليها صح الوقف؛ لأن الوقف على هذه القرابة صحيح والنذر باقٍ؛ لأنه لم يؤدِّ المنذور؛ لأن صرف الصدقة الواجبة إلى من لا يجوز إعطاء الزكاة إليه لا يجوز.

(باب الرجل يقف على ولده أو ولد ولده أو نسله ويجعل أجره للفقراء)

فيه فصول:

فصل في الولد.

وفصل في ولد ولده.

وفصل في نسله.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: إذا ذكر الولد مطلقًا.

والثاني: إذا ذكر موصوفًا.

فالأول: لو وقف على أولاده يدخل فيه أولاده لصلبه وأولاد أبنائه، فأمّا أولاد البنات فيه روايتان:

ذكر هلال والخصاف عن محمد: أنهم يدخلون فيه؛ لأن اسم الولد يتناولهم لأن الولد اسم المتولد متفرع من الأصل وأولاد البنات متفرعة متولدة من الأم وأمهم متولدة من الجد فكاتب بواسطة الأم مضافة إلى الجد، ولهذا قال عليه السلام للحسن والحسين عليهما السلام: "**أولادنا أكبادنا**".

وذكر محمد في (**السير الكبير**): إذا استأمن الحربي على أولاده فأولاد بناته لا يدخلون في الأمان لأنهم ليسوا بأولاده.

وهكذا ذكر على الرازي في مسائل جمعها في الحسابيات؛ لأن اسم الولد لأولاد البنات مجاز؛ لأن الولد حقيقة من ولده وحكما وعرفا من يكون منسوبا إليه بالولادة وذلك أولاد الابن دون أولاد البنت.

قال الشعبي: بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهنّ أبناء الرّجال الأباعد والنبي صلى الله عليه وسلم لما سماهما ولدًا مجازًا بدليل قوله تعالى: ﴿مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَآ أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾[الأحزاب: ٤٠] أو كان لأولاد فاطمة رضي الله عنها على الخصوص كما قال عليه السلام: "**كل أولاد ينتمون إلى آبائهم إلا أولاد فاطمة فإنهم ينسبون إليّ، أنا أبوهم**"[1]. والأظهر أن ذلك كان بطريق المجاز لئلا يكون الحديث مخالفًا للكتاب.

---

(١) أخرجه الطبراني (٣/٤٤، رقم ٢٦٣١). قال الهيثمي (٤/٢٢٤): فيه بشر بن مهران وهو متروك.

ولو وقف أرضه على أولاده وجعل آخره للفقراء فمات بعضهم يصرف الوقف إلى الباقين، وإن ماتوا صرف إلى الفقراء؛ لأنه بقي بعد موت بعضهم أولاده فاستحقه الباقون بخلاف ما لو وقف على فلان وفلان سماهم بعينهم من أولاده وجعل آخره للفقراء ثم مات واحد منهم يصرف نصيبه إلى الفقراء؛ لأنه وقف على كل واحد منهم بعينه، فإذا مات واحد منهم كان نصيبه للفقراء؛ لأنه لم يستحق الباقون من أولاده.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وعلى ولد فلان فعند هلال بن يحيى يدخل كل من كان موجودا وقت حدوث الغلة.

وعند يوسف بن خالد السمتي: يدخل من كان موجودًا يوم الوقف لا من يحدث بعده؛ لأن الحق يجب لهم عند الوقف بدليل أن الواقف لو أراد أن يرجع عن الوقف في حال حياته لا يصح رجوعه وهلال يقول بأن الحق إنما يجب في الغلة لا في العين؛ لأن التصدق جرى في الغلة لا في العين لما بينا فينظر إلى وقت حدوث الغلة فصار يوم حدوث الغلة في حق وجوب الحق كيوم موت الموصي في حق وجوب الملك للموصى له في الوصية، وكذلك لو وقف على فقراء قرابته فافتقر بعضهم واستغنى الباقون ينظر إلى من كان فقيرا يوم حدوث الغلة فيعطى له ثم في كل موضع ثبت الحق للولد في الغلة إنما يثبت لولد له نسب معروف من الواقف لا من يعرف نسبه فقول الواقف حتى لو جاءت جاريته بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الغلة فادّعاه الواقف ثبت النسب ولا حصّه له من الغلة، ولو جاءت امرأته أو أم ولده بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الغلة فله أن يشاركهم؛ لأنه يعلم أنه كان موجودًا وقت وجوب الحق في الغلة والواقف غير متهم في هذا؛ لأنه يثبت النسب بالغراس لا بقوله وفي ولد الجارية يثبت النسب بقوله ودعوته فيكون متهمًا فيه ولا يصدق في حق غيره وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال يجوز أن يقال على قول علمائنا الثلاثة أنه يدخل في الوقف ولد جاريته الذي ادعى نسبه قياسًا على ما إذا باع دارا بجارية فأخذها الشفيع بالشفعة ثم ولدت الجارية ولدا لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فادعاه البائع ثبت نسبه منه وبطل البيع والشفعة وقد صدق في إبطال الشفعة فكذا تصدق في استحقاق الغلة.

وحكي عن الفقيه أبي الليث أنه قال: يجوز أن يقال: لا تصدق في حق الوقف بالاتفاق بخلاف الشفعة.

والفرق أن هناك يصدق البائع في إبطال البيع لا غير إلا أنه لما صدق فيه تبطل الشفعة حكما وضرورة وهذا ما قصد بهذا الإقرار إلا إيجاب الشركة لهذا الولد في الوقف وفي ذلك إبطال حق الباقين قصدا فلا يصدق فيه وهناك يطلب الشفعة حكما لا قصدا ويجوز أن يثبت الشيء حكما فإن كان لا يثبت قصد العزل الوكيل ثم تكملوا في معرفة اليوم الذي يجب الحق في الغلة ذكر هلال هو اليوم الذي صارت للغلة قيمة ولم يشترط الفصل عن المؤن وقيل هو اليوم الذي صارت لها قيمة بحيث يفضل عن المؤن وقيل في بلادنا هو اليوم الذي صارت لها قيمة بحيث يفصل عن المؤن والخراج وثوابت القاهرة كالدين الواجب في الغلة فيصير بمنزلة مريض مات وعليه دين وله مال، فإن كان الدين محيطًا بماله يصرف إلى الدين، وإن لم يكن محيطا يكون ملكا للورثة مشغولا بالدين وكذا حالة الغلة إذا كانت المؤن والخراج محيطا بها فإنها تصرف إليها، وإن كان فيها فضل عن المؤن تكون ملكا للموقوف عليهم مشغولا بالخراج والمؤن، فإن مات أحد من الموقوف عليهم قبل أن تصير للغلة قيمة لا يصير نصيبه ميراثا وإن مات بعدما صارت للغلة قيمة صار نصيبه ميراثا وهذا على قول هلال وعلى هذا القياس قول الآخرين فافهم.

(فصل)

الأصل فيه: أنه متى وصفه بشيء لا يزول أو إذا زال لا يعود حل ذلك الوصف محل القسمة، ولو سماه باسمه لا يدخل فيه غيره فكذا إذا وصفه بصفة لا تزول.

ثم المسائل على أوجه:

الأول: لو وقف أرضه على ولده الذكور يدخل فيه الذكور دون الإناث؛ لأنه وصف الولد بصفة لا تزول فصار كأنه سماه باسمه، وكذا لو وقف على العور من ولده أو على الصغار من ولده يدخل من كان عورا وصغيرًا يوم الوقف؛ لأن العور معنى لا يزول والصغر إذا زال لا يعود فحل ذكره محل التسمية.

والثاني: لو وقف على الفقراء من ولده أو على من يسكن البصرة من قرابته يدخل من كان فقيرًا من ولده وساكنا من قرابته بالبصرة يوم حدوث الغلة لا يوم الوقف؛ لأن الحق يجب لهم وقت حدوث الغلة.

ولو وقف على من افتقر من ولده يدخل من صار فقيرا قبل حدوث الغلة من ولده بعد الوقف لا من كان فقيرا اليوم عند محمد رحمه الله وعند هلال يدخل فيه كلاهما جميعًا؛ لأن الفقر صفة لمن يستحق الغلة فكل من وجد على تلك الصفة يدخل فيه سواء كانت موجودة يوم الوقف أو حدثت بعده كما لو وقف على من احتاج من ولده يدخل فيه كلاهما؛ لأن الاحتياج صفة لمن يستحق الغلة فكل من اتصف بتلك الصفة دخل.

لمحمد: أن الافتقار على وزن الافتعال وذلك يكون للمستقبل لا للماضي فيصير كأنه قال: وقفت أرضي على من يصير فقيرا من ولدي وهذا يتناول من اتصف بهذه الصفة بعد الوقف، كما لو قال: وقفت على من يسلم من ولدي أو على من يتزوج من ولدي يدخل فيه كل من أسلم ويتزوج بعد الوقف لا من كان مسلما أو متزوجا يوم الوقف بخلاف لفظة الاحتياج؛ لأنه يستعمل للحال.

(فصل)

إذا وقف أرضه على ولده وولد ولده فهو على ثلاثة أوجه:

الأوّل: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي يدخل فيه ولده لصلبه وولد ولده الموجود يوم الوقف ومن حدث بعده ويشترك البطنان في الغلة ولا يدخل منه من أسفل من هذين البطنين؛ لأنه خص هذين البطنين بالذكر فلا يدخل غيرهما ويدخلون فيه أولاد البنات في رواية الخصاف وهلال؛ لأن اسم الولد لمن ولدته حقيقة فما ولدته ابنته يكون ولد ولده حقيقة ولا يدخلون في ظاهر الرواية وعليه الفتوى؛ لأن أولاد البنات ليسوا بأولاد أولادهم مطلقًا لأنهم منتسبون إلى الأب لا إلى الأم.

والثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي وأولادهم

يدخل فيه البطون كلها وإن كثروا الأقرب والأبعد فيه سواء؛ لأنه لما قال أولادهم فقد ذكرهم مضافا إلى أولاده لا إلى نفس الواقف وقد ذكر أولادهم على العموم فيقع ذلك على البطون كلها.

والثالث: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أولادي فيدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ولكن يكون الكل للبطن الأول ما دام باقيًا، فإذا انقرض يكون للثاني، فإذا انقرض يكون للثالث والرابع والخامس فتشترك هذه البطون في القسمة والأقرب والأبعد فيه سواء؛ لأن المراد بهذا الوقف صلة أولاده وبرهم والإنسان في العادة يقصد صلة ولده خلقة أولا إمَّا لخدمته إياه أو لقربه منه فالبطن الأول أكثر خدمة وأقرب منه وأحب نفسا إليه، فكان علة استحقاقهم أرجح فكان الصرف إليهم أحق ثم البطن الثاني؛ لأن النافلة قد تخدم الجد، وتعد أقرب إليه ممن هو أسلف منه، فكان البطن الثاني أولى بعد انقراض البطن الأول، فأما ما عدا هذين البطنين قل ما يدرك الرجل خدمتهم، فكان قصده بالوقف عليهم برهم وصلتهم لأجل أنفسهم إليه لا لأجل الخدمة وهم في انتسابهم إليه على السواء فاستووا في علة الاستحقاق فاستووا في الاستحقاق.

(فصل)

مسائله على أوجه:

الأول: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على نسلي يدخل فيه من كان من ولده ونسله مخلوقا يوم الوقف أو انخلق بعده لأن النسل اسم عام يقع على البطون كلها، وإن كان في نسله أولاد البنات. ذكر هلال أنهم لا يدخلون في الوقف.

وعن محمد: فيه روايتان: فمن أوصى بثلث ماله لذرية فلان أو أشياء من الحربي من ذرية قوم الأم، ألا ترى أن أولاد الخلفاء من الإماء من ذرية آبائهم كما قال المأمون: إنما أمهات النساء أوعية مستودعات وللإنسان آباء، وفي رواية يدخل فيه لأن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل، ألا ترى أن الناس كلهم ذرية آدم عليه السلام ونوح والأب والأم أصلان للولد ثم الأم من ذرية ابنها فما يتولد منها يكون من ذريته أيضًا ومعنى الأصلية والتولد وجانب الأم راجح؛ لأن ماء الفحل يصير

مستهلكا بحضانتها في رحمها وإنما يكون الولد متولدًا منها بواسطة إرسال ماء الفحل في رحمها، فإذا جعل النافلة من ذرية أب ابنه فكذلك يجعل من ذرية أب أمّه ولما ثبت ذلك في الذرية ثبت في النسل لأنهما سواء.

والثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي المخلوقين ونسلي فعند يوسف بن خالد يدخل فيه من كان من ولده ونسله مخلوقا يوم الوقف ولا يدخل من لم يكن مخلوقا يومئذ؛ لأن من أصله: لو وقف على ولده لا يدخل فيه غير المخلوقين من ولده يوم الوقف فكذا هذا وعند عامة مجيزي الوقف يدخل فيه من كان مخلوقا يوم الوقف ومن انخلق بعده؛ لأن الموجودين يدخل بقوله ولدي وغير الموجودين يدخل بقوله نسلي.

والثالث: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي المخلوقين ونسلهم يدخل فيه المخلوقون من ولده ونسلهم سواء كان النسل مخلوقا أم لا ولا يدخل فيه غير المخلوقين من ولده ولا نسلهم؛ لأن الواقف شرط لولده المخلوقين لا لغير المخلوقين.

والرابع: لو وقف صيغة على ولديه لفظة الصدقة، فإذا انقرضا فعلى أولادهما وعلى أولاد أولادهما أبدًا ما تناسلوا، فإذا انقرض أحد ولديه وخلف ولدا تصرف نصف الغلة إلى الولد الباقي والنصف إلى الفقراء، فإن مات ولده الباقي صرف الكل إلى أولادهما والأولاد أولادهما لأن شرط الواقف مراعى والواقف إنما جعل الغلة لأولاد الأولاد بشرط انقراض الولدين فلم ينفرضا، فكانت حصة الذي انقرض للفقراء للفظ الصدقة.

(باب كيفية صَرف غلّة وقف الفقراء إليهم)

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فيه فقراء قرابته وأولاده أيضًا وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأن الصرف إليهم صدقة وصلة ثم الصرف إلى ولد الواقف أفضل؛ لأنه إلى الواقف أقرب فكانت الصلة في حقه أقوى وأحب من ذوي قرابة ثم إلى قرابة الواقف ثم إلى موالي الواقف ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم إلى الواقف منزلا هكذا ذكره هلال بن يحيى مطلقًا.

وقال بعض مشايخنا: إن نازع أقرباءه غيره في ذلك لا يعطون شيئًا، وإن لم يتنازعوا يعطي لهم بعض الغلة ويعطي البعض الأجانب أو يعطي الكل لهم لكن في بعض الأوقات؛ لأنه لو صرف بالكل إليهم على الدوام ربما يقع عند الناس أنها وقف عليهم فمتى طال العهد وامتد الأمر في ذلك ربما يتخذونه ملكًا لأنفسهم، فإن أعطى القاضي بعض القرابة ولم يقض لهم بذلك ولم يجعل راتبًا لهم في الوقت كان لقاض آخر أن ينقض ذلك، وإن قضى بذلك وجعله راتبًا لهم في الوقف صار ذلك وصاروا هم أولى من بين سائر الفقراء وليس لقاض آخر أن ينقض ذلك؛ لأن الأول في موضع الاجتهاد فصار فعل القاضي كفعل الواقف، ويكره أن يعطي كل فقير مائتي درهم بل يعطي أقله؛ لأن هذا ابتداء إعطاء من الوقف على وجه التمليك فأشبه زكاة المال وفي الزكاة يلزمه أن يعطي كل فقير مائتي درهم فكذا هذا بخلاف ما لو وقف على فقراء قرابته وهم يحصون قسمت الغلة كلها بينهم.

وإن كان نصيب كل واحد منهم أكثر من مائتي درهم؛ لأن هذه وصيفة وصفها لكل واحد منهم فصار كالوصية، وإن وقف على الأفقر فالأفقر من قرابته أو على الأحوج فالأحوج من قرابته، فإنه يعطي كل رجل مائتي درهم ولا يعطي الأكثر؛ لأنه بالمائتين خرج عن حكم الفقراء، ألا ترى أن في الابتداء لو كان يعطي له مائتي درهم لم يعط له من الغلة شيء فكذا إذا تحصل له في الانتهاء مائتا درهم، فأمّا الجيران فللقيم أن يعطي ما شاء قلت لا أو كثيرا لأن الجيران إن كانوا أولى على وجه البداية بهم بحال قربهم وجوارهم.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة بعد وفاتي على المسلمين واحتاج بعض ورثة الموصي ينظر إن كان لا يجوز له الوصية لا يجوز صرف الغلة إليه، وإن كان ممن يجوز له الوصية يجوز صرف الغلة إليه؛ لأن أصل هذا الوقف جار على طريق الوصية فما يخرج من الغلة كان صرفها بطريق الوصية؛ لأنه تابع للأصل فكل من يجوز له الوصية جاز صرف هذه الغلة إليه إذا كان فقيرًا وإلا فلا بخلاف ما لو أوصى بثلث ماله للمساكين، فإذًا للوصي أن يعطي من ذلك شيئًا لبعض ورثته والورثة كلهم كبار فأجازوا كلهم جميعًا كان للوصي أن يعطي إذا كان فقيرا؛ لأن

هناك المال بقي على ملك الورثة فتجوز إجازتهم في ملك أنفسهم، أمَّا هنا الغلة على ملك الفقراء وإجازتهم لا تعمل في ملك الفقراء.

ولو وقف نصف أرضه على فقراء المسلمين ونصفها على فقراء قرابته أو وقف أرضين إحداهما على فقراء المسلمين والثانية على فقراء قرابته ولم يكن فيما وقف عليهم كفاية، فإنه لا يعطي كل واحد من الفريقين مما وقف على الآخر عند يوسف بن خالد وهلال؛ لأن الواقف هكذا شرط، وقد قال صلى الله عليه وسلم: "**المؤمنون عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**"[1].

وعند أبي يوسف: يجوز ذلك، لأن ذكر هذين الفريقين لبيان المصرف أنه يصرف الغلة إلى هذا النوع لا بتخصيصهم بالاستحقاق لها كما أن الله تعالى ذكر الأصناف السبعة في الصدقات لبيان محلية الصرف لا لبيان الاستحقاق للكل فكذا هذا، وإلى أيهما صرف جاز. وقف ضيعة على الفقراء فمات وله ابنة صغيرة ضعيفة هل للقيم أن يصرف إليهَا مقدار حاجتها؟ ينظر إن كان الوقف في الصحة جاز وهو الأفضل، وإن كان في المرض لا يجوز؛ لأن هذا بمعنى الهبة والصلة والهبة للوارث تجوز في حالة الصحة ولا تجوز في حالة المرض.

(فصل)

ومن ليس له مال ثبت الحق له في هذا الوقف ويحل له الأخذ مكتسبًا كان أو عاجزًا؛ لأن هذه صدقة التطوع ويحل للقادر المكتسب أخذ صدقة التطوع ويكره له أخذ الزكاة على وجه المسألة، وإن كان له مال تجب فيه الزكاة لا حق له في الوقف؛ لأنه غني ولا تحل الصدقة للغني مطلقًا بالنص، وإن كان له مال فيه لا مال زكاة، وإن لم يفضل عن حاجته فله حق في الوقف؛ لأنه فقير، ولهذا يحل له الزكاة وإن فضل عن حاجته مقدار مائتي درهم فصاعدا لا حق له في الوقف؛ لأنه غني في حق حل أخذ الصدقة؛ لأن عنده ما يكفيه، ولهذا يجب عليه

---

(١) أخرجه الطبراني (٤/٢٧٥، رقم ٤٤٠٤). قال الهيثمي (٤/٢٠٥): فيه حكيم بن جبير، وهو متروك، وقال أبو زرعة: محله الصدق إن شاء الله. وأخرجه أيضًا: الإسماعيلي (٣/٧٤٩)، وابن عدي (٦/٤٢ ترجمة ١٥٨٦ قيس بن الربيع).

صدقة الفطر والأضحية، ثم من ولد منهم بعدما حدثت الغلة لأقل من ستة أشهر وهو فقير فلا حق له في هذه الغلة؛ لأن ما في البطن لا يوصف بالفقر؛ لأنه لا يحتاج إلى شيء وإنما يكون غناه تامة، وإن كان في يد أحدهم من غلة السنة الماضية مائتا درهم، فأدركت الغلة الثانية فلا حق له في الغلة؛ لأنه غني عند إدراك الغلة، وشرط الواقف الفقراء، فإن اجتمعت الغلتان وأدركتا ونصيب كل واحد منهم من أخذ الغلتين مائتا درهم يحل له أخذهما جميعا؛ لأن وجود الغلتين صادف حالة الفقر، ألا ترى لو أوصى رجل لفقراء قرابته وأوصى رجل آخر لفقراء قرابة الأول فماتا جميعًا معا فأصاب كل واحد من الوصيين أكثر من مائتي درهم يجب الحق لهم في الوصيتين جميعًا.

ولو مات أحدهما أولا ثم مات الثاني فلا حق لهم في وصية من مات آخرًا فكذا هذا، وكذلك لو جعل الواقف لكل واحد قوتًا والمراد بالقوت هي الكفاية فهو على هذا.

مسائله على قسمين:

أحدهما: في إثبات القرابة والفقر.

والثاني: في استحقاقهم في الوقف.

أما **الأول**: لو وقف أرضه على فقراء قرابته فادعى رجل أنه فقير وهو قريب الواقف يحتاج إلى إثبات القرابة والفقر؛ لأن شرط الواقف أن تكون الغلة مصروفة إلى فقير هو قريبه فما لم تثبت القرابة والفقر لا يتصف بالوصف الذي يستحق به الغلة والفقر، وإن كان كائنا باعتبار الأصل والظاهر لكن الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، فإن أقام البينة على قرابته لا تقبل ما لم يفسر الشهود قرابته وهو أن يكون من ذوي الأرحام؛ لأن القرابة أنواع وأحكامها مختلفة فلا يدري القاضي بأي ذلك يقضي فصار كما لو قامت البينة أنه وارث فالآن لا تقبل ما لم يفسر جهة الإرث وإن أقام البينة على فقره ينبغي أن يفسر الشهود أنه فقير معدم لا يعلم له مال ولا أحد يلزمه نفقته، وإذا قضى القاضي بإعدامه لا يكون قضاء بالإعدام في حق الدين لأن حكمها مختلف؛ لأن من كان له مسكن وخادم وعروض للكفاية يكون

معدمًا في حق الوقف ويعطى له من الوقف ولا يكون معدما في حق مطالبة الدين. ثم جاء يطلب الوقف يعطى له، هكذا ذكر هلال بن يحيى.

وقال الفقيه أبو جعفر: يجب أن يثبت مع ذلك أنه ليس له أحد يلزمه نفقته؛ لأن ذلك لم يدخل بالقضاء في الفقر في حال يطلب الدين من إثبات ذلك استحقاق الواقف لما نبيّن.

وأمّا **الثاني** فالأصل فيه أن كل من كان مكفى المؤنة من مال الغير بسبب أو نسب ويملك الاستيفاء بغير فرض القاضي فلا حظ له في هذا الوقف؛ لأن ذلك يدرّ عليه على ممرّ الأيام فصار كأنه ماله فصار مستغنيا بهذا، وكل من له مؤنة من مال الغير ولكن لا يملك الاستيفاء إلا بفرض القاضي فله حظ في هذا الوقف؛ لأنه إذا لم يقدر على الاستيفاء بغير رضا الغير لا يصير ماله كماله فلم يصر غنيا به. بيانه: إذا وقف أرضه على فقراء قرابته وله قريب غني، ولهذا الغني أولاد فقراء، فإن كانوا صغارًا ذكورًا كانوا أو إناثا لا أزواج لهنّ أو ذكورًا زمنى أو مجانين فلا حظ لهم في هذا الوقف لأنهم يأخذون النفقة من مال الوالد من غير فرض القاضي فصاروا مكفيي المؤنة من جميع الوجوه، وإن كان لهذا الغني إخوة وأخوات فقراء أو ولد له كبير فقير مكتسب لأنهم لا يملكون استيفاء النفقة من مال الغني إلا بفرض القاضي فلم يكونوا مكفيي المؤنة من جميع الوجوه وقيل في الولد الكبير إذا كان الأب يتحمل مؤنتهم ويوسع عليهم النفقة فلا حظ لهم في الوقف لأنهم مكفيو المؤنة من جهته ويعد غنيا بغنى أبيه، فأمّا إذا كان الأب لا يتحمل مؤنتهم فلا يعد غنيا بغنى أبيه فلهم حظ من الوقف.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أقرب الناس من قرابتي وله أخت لأب وأم وابنة بنت بنت فابنة بنت بنت أولى لأنها أقرب لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه فلا يعتبر الإرث لما بينا في كتاب النفقات.

(باب اشتراط الخيار أو البيع والاستبدال في الوقف)

مسائله تنقسم إلى عشرة أقسام: أربعة في اشتراط الخيار، وستة في اشتراط البيع.

أما التي في اشتراط الخيار:

الأول: إذا وقف بشرط الخيار لنفسه، قال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الخيار معلومًا فالوقف والشرط جائزان.

وإن كان الوقف مجهولًا اختلفوا فيه على قوله؛ قيل: الوقف باطل، وقيل: الوقف جائز والشرط باطل، وقال هلال: الوقف باطل في الوجهين.

وقال يوسف بن خالد: الوقف جائز والشرط باطل، ولا رواية عن محمد رحمه الله، ويجوز أن يكون قوله مثل قول يوسف.

له: أن هذا تمليك بغير بدل فشابه الهبة والصدقة، والشروط الفاسدة لا تبطل الصدقة فكذا الوقف، وعند هلال شرط صحة الوقف أن يكون مؤبدا، فإذا شرط فيه الخيار يكون موقوتا فيكون خلاف المشروع فبطل.

لأبي يوسف: أن الوقف تصرف يحتمل النقض بعد وقوعه بدليل أنه لو أوقف في مرضه ثم مات وعليه دين ينقض وقفه، وكذلك لو اشترى دارا فوقفها كان للشفيع أن يبطل وقفه فصار شبيه البيع فيجوز اشتراط خيار فيه إن كان وقته معلوما ولا يجوز إن كان مجهولا. ويتصل هذا التوقيت في الوقف وهو على وجهين: إما أن وقف للحال ويبين للوقف وقتًا إذا أضاف الوقت إلى ما بعد الموت ويبين له وقتًا.

فالأول: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على فلان سنة، فإذا مضت السنة فالوقف باطل. قال هلال: الوقف باطل. وقال يوسف: الوقف جائز والشرط باطل.

وقال أبو يوسف: كلاهما جائزان لما بينا.

ولو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة شهرًا ولم يرد على ذلك فالوقف جائز مؤبدًا على الفقراء؛ لأن حق الفقراء تعلق بها وذلك كافٍ لجواز الوقف، ولم يشترط البطلان بعد مضي الشهر فبقي جائزا، ألا ترى لو وقف على فلان ثم على الفقراء جاز الوقف وإن وقت الوقف على فلان؛ لأنه تعلق بها حق الفقراء فوقع مؤبدا.

وأما إذا أضاف الوقف إلى ما بعد الموت، بأن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة بعد موتي سنة ولم يردّ عليه جاز الوقف مؤبدا على الفقراء؛ لأن فيه معنى الوصية.

ولو قال على فلان بعد موتي سنةً، فإذا مضت السنة فهو باطل فهو كما قال لأنّ هذه وصية بالغلة فصار كأنه أوصى بغلتها للفقراء سَنةً جاز فكذا هذا.

وأما **القسم الثاني**: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي إبطالها فالوقف باطل عند هلال، وعند يوسف جائز؛ لأن هذا بمنزلة اشتراط الخيار ولقائل أن يقول إنه غير جائز عنده.

والثالث: إن قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن أصلها لي ولا يزول من ملكي فالوقف باطل بالإجماع؛ لأنه أخرج الكلام مخرج المناقضة والفساد؛ لأن الوقف زائل عن ملكه وقوله أصلها لي يقتضي أن لا يزول أصلها عن ملكه فآخر الكلام يناقض أوله فبطل.

والرابع: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة إن شئت أو هويت أو رضيت فالوقف باطل؛ لأن هذا تعليق الوقف بالخطر والقياس ينفي جواز تعليق الإنسان للخطر؛ لأنه للتحقيق والإثبات إلّا فيما قامت الدلالة.

وأمّا الستة التي في البيع:

الأول: لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على أن أبيعها وأتصدق بثمنها فالوقف باطل إما للمناقضة أو لأنه لم يجعل الوقف مؤبدًا.

والثاني: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أبيعها وأستبدل بها أخرى فتكون موقوفة مكان الأولى فالوقف والشرط فيه جائزان عند أبي يوسف وهلال.

وعند يوسف الوقف جائز والشرط باطل لما بينّا وقيل كلاهما باطلان؛ لأن شرط الاستبدال يمنع التأبيد والوقف لا يصح إلّا مؤبّدا.

لأبي يوسف أن اشتراط الاستبدال شرط يقتضيه العقد؛ لأنه ربّما تقع الضرورة إلى استبدال الوقف؛ لأن الأراضي ربّما لا تخرج منها الغلّة ما يفضل عن المؤن فيؤدي إلى أن لا يصل نفعها إلى الموقوف عليهم لفساد يحدث في الأرض وتكون الأرض الأخرى أصلح وأنفع للموقوف عليهم فلهذه الضرورة جوّزنا اشتراط الاستبدال في الوقف واستبدال الوقف جائز في الجملة، ألا ترى لو أتلف إنسان

الوقف بأن هدم العقار أو أجرى الماء على الأرض حتى صارت بحال لا تصلح للزراعة يغرم قيمتها وتشترى بقيمتها أرض أخرى وتوقف مكان الأول على تلك الشروط، وكذلك لو شهد شاهدان بالوقف لرجل أنه له وقضى القاضي ثم رجعا ضمنا قيمته.

والثالث: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة أبدًا على أن لي أن أستبدلها بأخرى يكون الوقف جائزًا استحسانا إذا كان الشراء بثمن الأولى؛ لأن رقبة الأرض صارت للفقراء فثمن الأرض الأولى ثمن أرض كانت للفقراء رقبتها فلما اشترى بذلك الثمن صار مستبدلا للفقراء فتصير الثانية موقوفة على ما كانت الأولى بنفس الشراء.

ولو أراد أن يبيع الأرض الثانية ليس له ذلك؛ لأنه شرط الاستبدال في الأرض كالوكيل بالبيع إذا باع وضاع الثمن من يده، فإن باع الأولى واشترى الثانية ثم استحقت الأولى فالقياس أن لا ينتقض وقف الأرض الثانية؛ لأن وقف أرض الأولى كان منعقدًا بدليل أنه لو أجاز المستحق جاز من غير استئناف فصَار وقف الثانية أيضًا منعقدًا، وفي الاستحسان لا تكون الثانية وقفًا لأنها إنما دخلت في الوقف لتقوم مقام الأولى وبالاستحقاق تبين أن الأولى لم تكن وقفًا فلا تقوم الثانية مقامها في الوقفية.

والرابع: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أستبدل بها أخرى وتكون موقوفة مكان الأولى ثم مات قبل أن يستبدلها وأوصى إلى غيره بأن يستبدلها، فإنه لا يكون لوصيّه حق الاستبدال؛ لأنه شرط الاستبدال برأي نفسه خاصة وهو مما يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير، ورأيه قد انعدم بالموت فلا يكون لغيره التصرف في حال عدم رأيه بخلاف ما لو وكّل حال حياته بالاستبدال حيث يجوز؛ لأنَّ رأيه قائم فيكون التصرف برأيه، وإن لم يكن بمباشرته وصار كمن له الخيار في البيع إذا وكل وكيلًا بالفسخ أو الإجازة جاز، ولو أوصى بذلك بعد الوفاة لم يجز فكذا هذا.

والخامس: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لكل من ولي هذا الوقف

أن يستبدلها بأخرى وتكون موقوفة مكانها جاز الشرط؛ لأنه جائز هذا الشرط للواقف فيدخل كل من وليه في صريح الشرط فحل محل الواقف.

والسادس: لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على أن لي أن أستبدلها بأخرى مع فلان وتكون موقوفة مكان الأولى فالشرط جائز، فإن تفرد الأجنبي بالاستبدال لم يجز؛ لأنه شرط الاستبدال برأي نفسه، وإن تفرد الواقف جاز؛ لأن له ولاية إخراج الأجنبي عن ذلك ومنعه عن الاستبدال.

(باب اشتراط الولاية في الوقف لنفسه ونصب القيم)

مسائله على أربعة أقسام:

الأول: لو اشترط الولاية لنفسه أو لغيره في الوقف جاز والولاية له؛ لأن شرط الواقف جائز معتبر في وقفه؛ لأنه تصرف في ملكه، فإن لم يكن الواقف أمينًا ثقة فللقاضي أن ينزعه من يده ويوليه من يثق به؛ لأنه شرط في حق الفقراء شرطًا يتضررون به فلا يجوز شرطه عليهم فيما يتضررون به.

والثاني: لو شرط الولاية لولده على أن يليها الأفضل فالأفضل من ولده تكون الولاية إلى أفضل أولاده، فإن صار أفضلهم فاسقا فالولاية لمن يليه في الفضل، فإن ترك الأفضل الفسق وصار عدلا وأفضل من هذا الثاني فالولاية تنتقل إليه في ظاهر الرواية.

وذكر أبو بكر الإسكاف: أن الفاسق إذا عزل ثم صار عدلًا فالولاية لا تنتقل كمن أوصى بولاية الوقف إلى عبد أو ذمي فأخرجهما الحاكم ثم عتق العبد أو أسلم الذمي فإنّه لا تعود الولاية إليه فكذا هذا. وجه ظاهر الرواية: أنّه شرط في الأولاد الأفضل مرّة بعد مرّة وظاهر هذا اللفظ يقتضي أن تعود الولاية إلى من صار أفضل منه بخلاف مسألة الوصية؛ لأن ثمة فوض الولاية إليهما تفويضا واحدًا ولم يشترط مرّةً بعد مرة وقد نفذ حجر القاضي عليهما في تلك المدّة فلا تعود الولاية إليهما لعدم التفويض من الموصي مرّةً أخرى.

والثالث: لو شرط الولاية لأجنبي هو على أوجه: الأول: إن شرط أن يليه فلان

وليس لي إخراجه فالتولية جائزة وشرط الإخراج باطل؛ لأن الولاية في حال حياة الواقف معتبرة بالوكالة لأنها مستفادة من جهته، ولو وكل بشرط أن لا يعزله كانت الوكالة جائزة والشرط باطل فكذا هذا.

وذكر محمد رحمه الله في (**السير الكبير**): إذا جعل الواقف ولاية الوقف إلى غيره ليس له عزله إلا أن يشترط أن له عزله. وفي نوادره على أنه إذا وقف أرضًا له ودفعها إلى رجل فله أن يخرجه من الوكالة ما لم يقضِ به القاضي، فإذا قضى به القاضي ليس للواقف أن يخرجه من الوكالة بمنزلة من رهن ووكل رجلًا ببيعه عند حل المال لا يكون للراهن أن يخرجه من الوكالة.

والثاني: إن شرط أن يليه فلان وليس له أن يوصي به إلى غيره فالشرط جائز؛ لأنه أراد أن يكون التدبير في هذا الوقف بعد موته إلى القاضي وله في ذلك منفعة وهو أن يصير وقفه معروفًا عند القاضي حتى يقع الأمر أن يجعل ملكا.

والثالث: إن شرط أن يليه بعد موتي ثم فلان بعده يليه وهذا الشرط جائز؛ لأن هذا كله وصية فصار كما لو أوصى فلانا، فإن مات ففلان جاز.

والرابع: إن شرط أن يليه فلان حتى يقدم فلان فالشرط جائز، فإن قدم فلان فكلاهما واليان عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يقدم، فإذا قدم فلان فالولاية إليه فحينئذ لا يكون للحاضر ولاية إذا قدم الغائب.

وقال أبو يوسف وهلال: الولاية تنتقل إلى القادم وزالت ولاية الحاضر وهذا الخلاف راجع إلى حرف وهو أن هذا تخصيص الوقت في باب الوصية والتخصيص بالمال في باب الوصية لا يجوز عند أبي حنيفة خلافًا له فكذا التخصيص بالوقت في الوصيّة.

والخامس: إن شرط أن يليه فلان في حياتي وبعد وفاتي ثم لم يرجع عن ذلك حتى مات فلهذا الرجل أن يتولى ذلك؛ لأن ولاية الوكالة، وإن انتهت بموت الموكل إلا أنه لما شرط له الولاية بعد الموت فحينئذ يكون ذلك وصيّةً إليه فتبقى الولاية بحكم الوصاية إن انتهت بحكم الوكالة.

فأمّا القسم الرابع من أصل المسألة: أنه إذا لم يشترط الولاية لأحد تكون

الولاية إلى الواقف عند أبي يوسف وهلال وهكذا ذكر في الأصل أنه ما دام الواقف حيًّا فنصيب القيم إليه لا إلى القاضي، وإن مات الواقف بطلت ولاية القيم.

وذكر محمد في (**السير الكبير**): لا ولاية لهُ والولاية للقيم إلا أن يشترط الولاية لنفسه؛ لأن الواقف أخرج الأرض عن ملكه وصارت مستحقة للفقراء فينقطع رأيه وتدبيره عنها فصار كمن باع عبدًا ولم يشترط الخيار.

لأبي يوسف: أن الوقف وإن صار مستحقًّا لغيره لكن لا بد من إنسان يقوم عليه والواقف أقرب الناس إليه؛ لأنه هو الذي أخرجه عن ملكه تبرعًا وهو أشفق على وقفه وأحرص على حفظه فكان أحق بالرأي والتدبير فيه وكذا يملك عزل القيم في حياته عند أبي يوسف خلافًا لمحمد؛ لأن عنده لا يصح الوقف إلا بالتسليم إلى القيم، فإذا اختار الواقف قيمًا وسلم إليه انقطعت ولايته فلا يملك عزله، وعند أبي يوسف يصح بدون التسليم، فإذا سلم إلى القيم كان القيم كالوكيل عنه فيملك عزله، وينعزل بموته وللمتولي أن يفوض التولية إلى غيره عند الموت كالوصية؛ لأنه بمنزلة الوصي وللوصي أن يوصي.

ولو قال الواقف عند الموت لرجل: أنت وصيي ولم يزد على ذلك تدخل ولاية الوقف في الوصيّة ولوصيّه أن يوصي غيره في الوقف، وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة أنه لا ولاية لوصيه أن يوصي إلى غيره لما بينا.

وإن مات الواقف ثم القيم ولم يوص إلى أحد فالأمر فيه إلى القاضي؛ لأن القاضي قائم مقام من مات ولم يوص إلى أحد في نصيب القيم في أملاكه حقيقة فلأن يقوم مقامه في أوقافه أولى ولا يفوض إلى أجنبي متى ما وجد من أولاد الواقف وأهل بيته؛ لأن قريب الواقف أشفق بالميت على وقفه وأحرص على حفظه من غيره، وإن لم يجد من يصلح منهم يفوض إلى أجنبي، فإن فوض إلى أجنبي ثم صدر منهم من صلح لذلك فوّضه إليه كما في حقيقة أملاكه الأولى أن ينصب من أقاربه إن وجد، وإن لم يجد ينصب من الأجانب فكذا هذا، فإن جعل الواقف الرأي في توزيع الغلّة إلى القيم جاز لأنّ شرط الواقف معتبر في المصارف، ومقدار ما يصرف فيملك تفويضه إلى القيم أرباب الوقف المعدودين إذا نصبوا متوليًا بدون

استطلاع رأي القاضي يصح إذا كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل المسجد على نصب متولٍّ جاز ولكن مشايخنا المتقدمون قالوا: الأولى أن يرفعوا ذلك إلى القاضي.

وقال مشايخنا المتأخرون: الأولى أن لا يرفعوا؛ لأنه ظهر في القضاة الأطماع الفاسدة وأخذ الأموال رشوة.

وقال بعض مشايخنا: أهل المسجد لو نصبُوا متوليًا بغير استطلاع رأي القاضي لا يصح؛ لأنه ليس لهم هذه الولاية وهو الأصح فعلى هذا ينبغي أن لا تصح تولية أرباب الوقف، ولكن الأصح أنه تصح كيلا يطمع القاضي فيه ولا كذلك تولية المسجد والله أعلم.

(باب الرجل يقف أرضه على أن يعطي غلتها من يشاء)

إذا وقف أرضه على أن له أن يعطي غلتها من يشاء جاز الوقف وله المشيئة في صرف الغلة إلى من شاء وإذا مات انقطعت مشيئته ثم إذا شاء أن يصرف غلتها إلى إنسان فهو على أوجه:

الأول: لو شاء أن يصرفها إلى نفسه فليس له ذلك في قول من لا يجيز الوقف على نفسه؛ لأنه لا يجوز أن يكون هو معطٍ ومعطٍ عليه في شيء واحد في حالة واحدة كما لو أوصى إلى فلان أن يعطي ثلث ماله من شاء ليس له أن يعطي نفسه، وأصله أن كل مال أمر الإنسان بإعطائه فليس له أن يعطي نفسه كالزكاة ونحوها وكل مال لم يؤمر بإعطائه فله أن يصرفه إلى نفسه كرجل أوصى أن يضع ثلث ماله في الفقراء فله أن يعطي نفسه.

والثاني: إن شاء أن يصرفها إلى رجل غني بعينه جازت المشيئة؛ لأنه لما شاء للغني صار الغني كالمذكور في المشيئة لا في الوقف ليصير وقفًا على الغني فلا يجوز، ولو ذكر الغني في المشيئة جاز فكذا إذا صار كالمذكور فيها.

والثالث: لو شاء أن يصرف إلى فقير بعينه جازت المشيئة والغلة له ما دام حيا وليس له أن يحولها عنده إلى غيره؛ لأنه كما صرف إلى الأول صار الأول مستحقا للوقف

من الأصل فلا يملك إبطال حقه بالصرف إلى غيره، فإذا مات فله أن يعطي غيره ممن شاء.

والرابع: إن شاء صرفها إلى الأغنياء دون الفقراء فالمشيئة باطلة؛ لأن الأغنياء لا ينقطعون ولا ينقرضون جميعا فتخرج من أن يكون قربة لله تعالى فصار هذا بمنزلة الرجوع وليس له أن يرجع.

والخامس: إن شاء صرفها إلى الفقراء دون الأغنياء جازت المشيئة؛ لأنه يكون قربة بكل حال.

والسادس: وإن شاء صرفها إلى الأغنياء والفقراء جميعًا يبطل الوقف قياسًا؛ لأن المذكور عند المشيئة كالمذكور عند عقد الوقف.

ولو وقف أرضه لله تعالى على أن أعطي غلتها أهل الدنيا غنيهم وفقيرهم لم يجز؛ لأن هذا وقف على الغني والفقير، والوقف على الأغنياء كلهم لا يجوز فاجتمع ما يمنع الجواز وما يوجب الجواز فيمتنع الجواز ولا يجوز بالشك ولا يبطل الوقف استحسانا وتبطل مشيئته وصارت الغلة للفقراء؛ لأن العقد وقع صحيحًا والفساد دخل في تفسير المشيئة، ففساد تفسير المشيئة لا يوجب إبطال عقد وقع صحيحًا بخلاف ما إذا وصل التفسير بالعقد نصًّا؛ لأن هناك أوّل كلامه يقف على آخره وعند وجود آخره ظهر أن كلامه خرج مخرج الفساد ولم يقع العقد صحيحًا.

(فصل)

مسائله على أربعة أقسام:

الأول: لو وقف أرضه على بني فلان على أن لي أن أعطي غلتها من شئت فشاء صرفها إلى واحد من بني فلان بعينه جازت مشيئته؛ لأن هذه مشيئة تخصيص وله ولاية التخصيص في العقد إفصاحا، فإنه لو قال: ثلث الغلة لفلان ومن بعده لفلان حتى ذكر جميعهم جاز، فكذا ذكر التخصيص في المشيئة بعد اشتراط المشيئة لنفسه وصحته كالإفصاح به في عقد الوقف، ولو شاء صرفها إلى غير بني فلان بطلت

المشيئة؛ لأن العقد ولفظة المشيئة لم تتناول غير بني فلان فهو بهذه المشيئة يريد إبطال حق بني فلان في الوقف فلا يملك وتبقى له مشيئة التخصيص في بني فلان استحسانا؛ لأن مشيئة غيرهم لم تدخل لفظة الاستثناء فلم يكن مستعملا للمشيئة التي شرطها لنفسه فصار كأنه لم يشأ شيئًا وإذا بطلت مشيئته لغيرهم لم يصر مانعا الغلة منهم؛ لأن المنع عنهم إنّما كان حكما لمشيئته لغيرهم، فإذا بطلت المشيئة بطل حكمها.

والثاني: لو قال: على أن لي أن أعطي غلتها من شئت منهم فلو شاء واحد منهم جازت المشيئة لما بيّنا، ولو شاء كلهم تبطل مشيئته ويكون الوقف للفقراء عند أبي حنيفة قياسًا وعندهما جازت المشيئة وتكون الغلة لبني فلان بالسويّة استحسانًا بناء على أن كلمة من في قوله منهم للتبعيض عنده وعندهما للتمييز لما عرف فيمن قال لآخر من شئت عتقه من عبيدي فأعتقه فله أن يعتق الكل إلّا واحدًا عنده. وعندهما: له أن يعتق الكل فكذا هذا قوله منهم يتناول البعض منهم دون الكل فمتى شاء الكل فبعضه يجوز وبعضه لا يجوز والذي يجوز مجهول جهالة غير مستدركة فبطلت المشيئة وعندهما للتمييز لهم فجازت مشيئة الواقف بعضهم ثم مات الواقف ومات ذلك البعض منهم فنصيبهم يصرف إلى الفقراء؛ لأن مشيئة الواقف سقطت بموته فلا يمكن يصرف ذلك إلى الباقين من أولاد فلان؛ لأن الواقف لم يشأ إلا مقدار ما خصّهم، ولو شاء غير بني فلان فالمشيئة باطلة لما بيَّنَّا.

والثالث: لو قال: على أن أفضل بغلتها من شئت فله مشيئة التفضيل دون مشيئة التخصيص حتى لو شاء واحدا منهم بعينه لا يجوز مشيئة، ولو جعل نصف الغلة لواحد بعينه والنصف الآخر للباقين جاز ويكون النصف لهذا الواحد والنصف الآخر بينه وبين الباقين بالسوية؛ لأنه خصّه بفضل النصف والتفضيل بالنصف يقتضي اشتراكه في النصف الباقي إذ لو لم يكن له تشريك في الباقي لم يكن له النصف من الفضل على قدر المستحق له.

والرابع: لو قال: على أن أخص بغلتها من شئت فخص واحدًا بالنصف جاز ولا شراكة له في الباقي؛ لأن لفظة الخصوص لا تقتضي شركته مع الباقين في الباقي بل

تقتضي انفراده بالاستحقاق في القبض، ولو شاء جمعهم جازت المشيئة لأنَّ كلمة مَنْ كلمة عامّة فتناولت عامتهم فجاز له صرف الغلة إلى عامتهم.

(فصل)

لو قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على بني فلان على أنّ لي أن أخرج من شئت منهم فما لم يخرج فالغلة لهم، وإذا أخرج إنسانا ينظر إن أخرج واحدًا منهم بعينه صح إخراجه؛ لأنه أتى بما شرط لنفسه في عقد الوقف ثم إن كان في الوقف غلة وقت الإخراج. ذكر هلال أنه يخرج منها خاصة وعلى قياس ما ذكر في وصايا (**الأصل**) و(**الجامع الصغير**) أنه يخرج عن الغلة أبدا، فإنه لو أوصى بغلة بستانه وفي البستان غلة يوم بموت الموصي فله الغلة الموجودة وما يحدث في المستقبل أبدا؛ لأن اسم الغلة بيِّن ولهما لأنها اسم لما نذر وقتًا بعد وقت ومنه غلة الدار والحانوت وعلى رواية هلال الغلة الموجودة دون ما سيحدث وهو المحكي عن بعض أصحابنا، وإن أخرج واحدًا منهما بأن قال أخرجت فلانا وفلانا جازت مشيئته ويرجع في البيان إليه لأنه يعرف أحدهما وهو المبهم فيكون البيان إليه، فإن لم يبين حتى جاءت الغلة تقسم على رؤوس الباقين ويضرب لهذين بسهم ثم إنهما إذا اصطلحا أخذا ذلك السهم بينهما نصفان، وإن أبيا أو أبى أحدهما يوقف ذلك حتى يصطلحا فإن أخرجهم جميعًا ينظر إن أخرجهم من غلة هذه السنة، صح إخراجه وتكون غلة هذه السنة للفقراء وبعد مضي السنة الغلة لهم وله المشيئة في الإخراج بعد ذلك؛ لأنه يصير كأنّه وقف أرضه على بني فلان على أن غلتها للفقراء في هذه السنة وما يحدث بعدها فلبني فلان على أن لي أن أخرج منهم من شئت، وإن أخرجهم مطلقًا بأن قال أخرجتهم من غلة هذا الوقف لا يصحّ قياسًا لأن شرط الإخراج رجع إلى بعض منهم دون الكل، فإذا أخرج الكل لم يعمل بما شرط فلم يصح والبعض من الكل مجهول فبطل أصلًا ويصح استحسانًا؛ لأنه يراد بهذا الشرط الإيثار في المستأنف وما يبدو له في المستقبل فيملك إخراجهم للحال وإذا أخرجهم بقي الوقف للفقراء.

(باب الرجل يقف أرضه ويشترط العمارة من الغلة في الوقف أو لم يشترط)

لو شرط العمارة في الوقف، فإنه يقدم العمارة على حق صاحب الغلة؛ لأن الواقف قصد لوقفه التأبيد ولا يتأبّد إلّا بالعمارة إلا إذا جعل غلته لفلان سنة أو سنتين ثم بعده للفقراء وشرط العمارة من الغلة، فإنه يؤخر العمارة عن حق صاحب الغلة؛ لأن حقه في الغلة في مدّة مخصوصة فينتهي بمضيّها.

ولو صرفنا إليه أولا لا يؤدي إلى فوات عمارة الوقف؛ لأنه يمكن عمارته في السّنة الثانية إلا إذا كان في تأخير العمارة ضرر بين بالوقف فحينئذ يقدم العمارة لئلا يؤدي إلى إبطال مقصود الواقف.

ولو وقف داره وجعل سكناها لفلان ما دام حيًّا ثم للفقراء وشرط العمارة على صاحب السكنى فأبى صاحب السكنى أن يعمرها، فإنه يؤاجر الدار برضاه، أو من غيره ويصرف الغلّة إلى العمارة استحسانا؛ لأنه ما لم يعمر الدار لا يمكن لصاحب السكنى السكنى فكان في الإجارة صيانة حقه في المستقبل فصار السكنى مؤجرا عن العمارة وإن أجر القيم وأنفق الأجرة في العمارة فتلك العمارة المجدية تكون لصاحب السكنى؛ لأن الأجرة بدل المنفعة تكون له والقيم إنما أجر لأجله، فإن أنفق الساكن من خالص ماله في العمارة ثم مات، فإن كانت العمارة شيئًا قائما بعينه فهو لورثته، وإن لم تكن فلا شيء لورثته هذا كله إذا شرط الواقف العمارة في الوقف، وإن لم يشترط العمارة فيه يبدأ بالعمارة استحسانا لأنّ الواقف قصد بالوقف أن يتأبد ولن يتأبد إلا بالعمارة فصار الواقف شارطا للعمارة دلالة وللقيم أن يعمر البناء الأصلي ويرمّه؛ لأن الغلة والمنفعة تصل إلى الموقوف عليهم فيجب أن تكون العمارة عليهم ليكون الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصي برقبته لرجل وبخدمته الآخر فنفقته على الموصى له بالخدمة؛ لأن المنفعة تصل إليه فكذا هذا.

وإن أراد القيم أن يزيد على العمارة ينظر إن كان الوقف على الفقراء فله ذلك؛ لأن الوقف لهم والغلة مالهم فجاز أن ينفق على وقفهم من مالهم لتكبير منافعهم

ومرافقهم، وإن كان الوقف على أقوام، بأعيانهم ثم على الفقراء فليس له ذلك؛ لأن الواقف للفقراء في الحاصل؛ لأن بهم صح الوقف وتعلق حقّهم له للحال فلا ينبغي أن ينفق في الحال أكثر مما تحتاج إليه العمارة.

ولو أراد أن يبني في الوقف بيوتًا أو حانوتا للغلة ينظر إن كانت الأرض في مدينة أو أرض مدينة له ذلك؛ لأنه يجد من يستكريه فكان ذلك مصلحة ومنفعة للموقوف عليهم، وإن كانت الأرض بعيدة من المدينة فليس له ذلك؛ لأنه لا يجد من يستكريه فلا يكون ذلك مصلحة للوقف ومنفعة للموقوف عليهم، وللقيم أن يشتري من غلة الوقف أغراسًا تغرس في أرض الوقف وأن يصلح قطعة من أرض الوقف إذا كانت مسيجة وأن يبني؛ لأن في ذلك إصلاح الوقف وفي تركه ذهاب منفعته وإصلاح الأرض المسيجة من العمارة فله أن يبدأ به، ألا ترى أنه يبدأ بحفر السواقي وإصلاح الدرقة، والبرذعة والمسناة؛ لأن ذلك من عمارة الوقف وما كان من عمارة الوقف وإصلاحه يبدأ به قبل أصحاب الوظائف.

(باب تصرّف المتولي في الوقف)

وإذا أراد المتولي أن يعقد عقدًا على الوقف فهو على قسمين: إمّا أن يعقد على المنفعة أو على العين، فإن عقد على المنفعة بأن أجره سنين معلومة بأجرة مثلها ينظر إن كان الواقف اشترط أن لا يؤاجر أكثر من سنة لا يجوز؛ لأن شرط الواقف مراعى، وإن لم يشترط ذلك قال المتقدمون من مشايخنا: إنه يجوز ذلك؛ لأن الواقف فوّض الأمر إلى المتولي فنزل المتولي منزلة الواقف وللواقف أن يؤاجره سنين كثيرة فكذا لمن يقوم مقامه.

وقال المتأخرون من مشايخنا: لا يجوز أكثر من سنة واحدة؛ لأنه لو جاز ذلك يخاف على الوقف أن يتخذ ملكا؛ لأنه بمضي مدّة مديدة تندرس سمة الوقفية ويتسم سمة الملكية خصوصًا في زماننا، فإن الظلمة المتغلبة مستحلة مستأكلة وكان الشيخ الإمام أبو حفص الكبير رحمه الله يجيز الإجارة في الضياع ثلاث سنين؛ لأن مصلحة الوقف في ذلك؛ لأن المستأجر لا يرغب في أقل من ذلك ولا يجيز في غير

الضياع أكثر من سنة واحدة إلا إذا كانت المصلحة في الضياع في عدم جواز إجارة ثلاث سنين أو في غير الضِّياع المصلحة في جواز إجارته أكثر من سنة واحدة. وهذا أمر يختلف باختلاف الموضع والزمان وهو المختار للفتوى، وكذلك المزارعة والمعاملة والوجه في تصحيح الإجارة الطويلة في الوقف أن يعقدوا عقودًا مترادفة كل عقد على سنة بأن استأجر ثلاثين سنة بثلاثين عقدًا كل عقد على سنة من غير أن يكون بعضها شرطًا في البعض فيكون العقد الأول لازمًا؛ لأنه تأخر والثاني لا؛ لأنه مضاف إلى المستقبل متولي الوقف، وإذا أجر دارًا موقوفة ثم مات قبل مضي مدّة الإجارة لا تبطل الإجارة؛ لأنه بمنزلة الوكيل عن الفقراء أو بموت الوكيل لا ينفسخ عقد الإجارة، وكذلك القاضي إذا أجر الدار الموقوفة ثم عزل قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة؛ لأنه بمنزلة الوكيل عن الفقراء، وكذا لو أجر الوصي دارًا موقوفة على قوم فمات بعض الموقوف عليهم قبل تمام المدة لا تبطل الإجارة؛ لأن الإجارة لا تبطل بموت الموقوف عليه؛ لأنه ليس بمالك للرقبة إنما حقه في الغلة ثم ما وجبت له من الغلة إلى أن مات تصرف حصّته إلى ورثته وما وجب بعد موته فهو لمن بقي، ولا تجوز إجارة الوقف إلا بأجر المثل؛ لأن ما نقص منه يكون إضرارًا بالفقراء، ولو أجره ثلاث سنين بأجر المثل ثم ازداد أجره لكثرته للرغبات ليس للمتولي أن ينقض هذه الإجارة لنقصان أجر المثل؛ لأن أجر المثل يعتبر وقت العقد ووقت العقد المسمى أجر المثل قيم على عمارة وقف استأجر أجيرًا بدرهم، ودانق وأجر مثله درهم فاستعمله في عمارة الوقف ونقد الأجرة من مال الوقف يضمن جميع ما نقد؛ لأن الإجارة وقعت له لا للوقف.

ولو استأجر أرضًا موقوفة وبنى فيها حانوتا وسكنها فأراد غيره أن يزيد في الغلة ويخرجه من الحانوت ينظر إن كان أجره مشاهرة ينعقد في رأس كل شهر ثم ينظر إن كان رفع البناء لا يضر بالوقف له رفعه؛ لأنه ملكه، وإن كان يضر به ليس له رفعه؛ لأنه، وإن كان ملكه فليس له أن يضرّ بالوقف، ثم إن رضي المستأجر بأن يتملك القيم للوصف بقيمته مبنيا أو منزوعا أيّهما ما كان أخف يتملك القيم، وإن لم يرض لا يتملك؛ لأن التملك بغير رضاه لا يجوز فتبقى إلى أن يخلص ملكه.

عرصة حانوت وقف وعمارته لآخر أبى صاحب العمارة أن يستأجر بأجر مثله ينظر إن كانت العمارة لو رفعت يستأجر بأكثر مما يستأجره صاحب العمارة كلّف برفع العمارة ويؤاجر من غيره لأن النقصان من أجر المثل لا يجوز من غير ضرورة وإن كان لا يستأجر بأكثر مما يستأجره لا يكلف وينزل في يده بذلك الأجر؛ لأن فيه ضرورة.

ولو أجر المتولي الوقف من الموقوف عليهم جازت الإجارة لأنهم لم يملكوا رقبة الوقف وإنّما حقهم في الغلة لمَا بيَّنَّا، فصاروا في حق رقبة الدار وغيرهم سواء وكذا فقير يسكن في وقف الفقراء بأجر فيترك ما وجب عليه بحساب ماله يجوز؛ لأن الرواية محفوظة عن علمائنا أن من له حق في مال بيت المال فترك عليه خراج أرضه لمكان حقه في بيت المال جاز كذا هذا، ولا تجوز إعارة الوقف والإسكان فيه؛ لأن الواقف جعل الغلة للفقراء وفيه إبطال حق الفقراء، وكذا لا يصح رهن الوقف؛ لأن فيه تعطيل منافع الوقف فلو سكن المرتهن يجب عليه أجر المثل لهذه الدار كانت الدار معدة للاستغلال أو لم تكن صيانة للوقف وهذا المختار، وكذلك متولي مسجد باع منزلا موقوفا على المسجد فسكنه المشتري ثم عزل القاضي هذا المتولي وولى التالي وأبطل القاضي البيع وسلم المشتري إلى المتولي الثاني فعلى المشتري أجر مثل هذا المنزل لما قلنا.

ولو استدان القيم على الوقف للخراج والجنايات ينظر إن أمره الواقف بالاستدانة جاز، وإن لم يأمره ففيه روايتان، والأصح أنه إذا لم يكن بد من الإستدانة يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة؛ لأن للقاضي هذه الولاية.

وأمّا **القسم الثاني**: إن عهد المتولي على رقبة الوقف فهو على وجوه: الأول: لا يجوز بيع فيه الوقف ولا قطعة منه وليلزم ما بقي قيمتها؛ لأنه يؤدي إلى إبطال شرط الواقف فيه وهو التأبد وكذا متى احتاج إلى العمارة لو جاز بيع بعضه يؤدي ذلك إلى فناء الوقف كله وكذا لا يجوز بيع البناء القديم والعمارة القديمة؛ لأن ذلك متصل بالرقبة فصار حكمه حكم الرقبة وكذا باب الوقف، فإن هدم المشتري البناء فالقاضي بالخيار إن شاء ضمّن البائع قيمة البناء، وإن شاء ضمّن المشتري، فإن ضمن البائع نفذ بيعه؛ لأنه ملكه بالضمان فصار كأنه باع ملك نفسه، وإن ضمّن المشتري لا ينفذ البيع وتملّك المشتري البناء بالضمان ويكون الضمان للوقف لا

للموقوف عليه؛ لأن حظ الموقوف عليه في غلة الوقف لا غير فلا يكون له حظ في بدل رقبة الوقف.

وأمّا بيع أشجار الوقف ينظر إن كانت مثمرة فلا تنتقص ثمرة الكرم بظلها لا يجوز بيعها؛ لأنها بمنزلة البناء للوقف، وإن كانت تنتقص ثمرة الكرم بظلها ينظر إن كانت ثمرة الكرم تزيد على ثمرة الكرم ليس له أن يبيعها ويقطعها؛ لأن في تركها مصلحة للوقف ومصلحة للموقوف عليه، وإن كانت تنقص عن ثمرة الكرم فله أن يبيعها ويقطعها لأن فيه مصلحة للوقف ومنفعة للموقوف عليه وإن كانت أشجارًا غير مثمرة وتنتقص ثمرة الكرم بظلها فليس له أن يبيعها ويقطعها، وإن كانت أشجار الدلب والحلاف ونحوه جاز له بيعها لأنها بمنزلة الغلة والمثمرة؛ لأن الحلاف والدلب إذا قطع نبت ثانيا وثالثا، وكذا لو باع ورق أشجار التوت جاز؛ لأن هذا بمنزلة الغلة والثمرة.

ولو أراد المشتري قطع قوائم هذه الأشجار يمنع؛ لأن هذا ليس بمبيع لو امتنع المتولي من منع المشتري عن قطع القوائم كان ذلك خيانة من المتولي، وإن كانت أشجارا قد نبتت في أرض الوقف إن كان في تركها ضرر للوقف جاز للقيم بيعها ويكون ثمنها بمنزلة الثمرة؛ لأن ذلك يعدُّ من الغلة، وإن تركها لا يضر بالوقف وينتفع به لا يجوز له بيعها؛ لأن ذلك بمنزلة النخيلة القديمة الداخلة على عقد الوقف. شجرة جوز في دار وقف فخربت الدار ليس للمتولي بيعها ويعمر الدار بثمنها ولكن يكري الدار ويستعين بالأجور على عمارة الدار لا بالشجرة؛ لأنه إذا باع الشجر لا تبقى وإذا أجر الدار يبقى الكل. قيّم الوقف اشترى من غلة المسجد حانوتا أو دارًا يستغل للمسجد فباعه عند الحاجة جاز إذا كان له ولاية الشراء؛ لأن هذا مستغل الوقف ومستغل الوقف ليس بوقف إذا لم يوقف وهو المختار.

وإن لم يكن معه في الوقف شريك ولم يكن الوقف محتاجا إلى العمارة له أن يؤاجرها قال وهذا إذا لم يشترط الواقف البداية بالعشر والخراج والمؤن القاهرة أمّا إذا شرط لا يجوز أن يؤاجرها؛ لأنه لو جازت الإجارة تقع الإجارة لنفسه للوقف؛ لأنه ليس بمتولي الوقف فكانت الأجرة له فلا يمكن أن يبدأ بالخراج والمؤن فيؤدي ذلك إلى تغيير شرط الواقف.

وأمّا الزراعة فيخرج على نحو ما قاله الفقيه أبو جعفر في الإجارة.

وأمّا المهايأة رُوي عن أبي يوسف: إن كانت الأرض عشريّة فلهم ذلك، وإن كانت خراجية فليس لهم ذلك؛ لأنه يشترط البداية من الغلة بالخراج والنوائب القاهرة.

ولو جاز التهاني أدى ذلك إلى تغيير شرط الواقف؛ لأن سبيل التهاني أن يختص كل واحد منهما فيما يخصه بخلاف ما إذا كانت الأرض عشريّة لأنّ العشر يكون صدقة والموقوف عليه محل الصدقة فلو اختص كل واحد منهم فيما يخصّه لا يؤدي إلى تغيير شرط الواقف.

فأمّا القسمة ينظر إن شرط الواقف أن سكناها لهم جاز لكل واحد منهم أن يسكن ناحية ويكون ذلك مهايأة لا قسمة لأنهم لا يملكون الرقبة فصار كأهل مسجد قسمُوا المسجد بينهم كانت قسمتهم باطلة، وإن شرط الواقف أن غلتها لهم فهو على الخلاف الذي مرّ في الموقوف عليه الغلّة إذا أراد أن يسكن الدار الموقوفة.

(فصل)

أهل المسجد باعوا غلة المسجد أو بعض المسجد إذا استغنى المسجد عن ذلك بأمر القاضي يجوز؛ لأن للقاضي هذه الولاية وبغير أمره لا يجوز؛ لأنه ليس لهم هذه الولاية ونظيره مسجد عتيق حرب لا يعرف بانيه وبنى أهل المسجد مسجدًا جديدا وباعُوا المسجد العتيق واستعانوا بثمنه في بناء المسجد الجديد جاز في قول من يرى جواز هذا البيع.

ولو كان مكان المسجد وقفًا لم يجز بيعه إلا بأمر القاضي، وكذا لو كان بجنب المسجد أرض وقف على المسجد فأرادوا أن يزيدوا شيئًا منها في المسجد جاز بأمر القاضي وبدونه لا؛ لأن الولاية للقاضي.

وقال محمد: إذا كان الطريق واسعا فبنى فيه أهل المحلة مسجدًا ولا يضر

بالطريق ولا يمنعهم أحد من المسلمين لا بأس به؛ لأن الطريق للمسلمين والمسجد للمسلمين.

وذكر أبو الليث في نوازله: ولأهل المسجد أن يهدموا المسجد ويجددوا بناؤه ويعلقوا القناديل من مال أنفسهم وليس لهم أن يفعلوا ذلك من مال المسجد إلا بأمر القاضي؛ لأنه ليس لهم ولاية التصرف في الوقف إلا بأمر القاضي.

وذكر ابن سماعة عن محمد: في رجل بنى مسجدا ثم مات فأرد أهل المحلة والمسجد أن ينقضوه ويزيدوا فيه فلهم ذلك وليس لورثة الباني منعهم، وإن كان اختيارهم أن يزيدوا من الطريق ثم أذن لهم.

وفي النوازل: مسجد مبني أراد رجل أن ينقضه ويبنيه ثانيًا أحكم من البناء الأول ليس له ذلك؛ لأنه لا ولاية له عليه.

رجل بنى مسجدًا فنازعه بعض أهله في عمارته أو في نصيب المؤذن والإمام، ففي العمارة الباني أولى، وفي نصيب المؤذن والإمام تكلّموا فيه، والأصح أن الباني أولى لما مرّ في الصلاة إلا إذا أراد القوم من هو أصلح منه فهم أولى؛ لأن منفعة ذلك وضرره يرجع إليهم.

مسجد أراد أهل المحلة أن يجعلوا الرحبة مسجدًا أو المسجد رحبةً أو يحدثوا له بابًا أو يحوّلوه عن موضعه فلهم ذلك، وإن تنازعوا فيه فإنهم أكثر وأفضل فلهم ذلك؛ لأنه لا يعارض لانعدام التساوي.

سُلط إن أذن لأقوام أن يجعلوا أرضا من أرض البلدة حوانيت موقوفة على مسجد فأمرهم أن يزيدوا في مسجدهم، ينظر إن كانت البلدة فتحت عنوة يجوز أمره إذا كان لا يضر بالمارة؛ لأن البلدة إذا فتحت صارت ملكًا للغزاة فجاز أمر السلطان فيها، وإن فتحت صلحًا بقيت البلدة على ملكهم فلم يجز أمر السلطان فيها، وعلامة الفتح عنوة وضع الخراج على أراضيهم، وعلامة الفتح صلحًا وضع العشر على أراضيهم.

مقبرة كانت للمشركين أرادوا أن يجعلوها مقبرة للمسلمين ولا بأس بذلك إن اندرست آثارهم وإن بقي شيء من عظامهم ينبش وينقل ويجعل مقبرة؛ لأن موضع

مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت مقبرة للمشركين فنبش واتخذ مسجدًا[١].

(باب الوقف في المرض)

المريض إذا أوقف لا تخلو من أربعة أوجه:

الأول: لو وقف أرضه على الفقراء إن خرج من الثلث جاز الوقف في جميعها، وإن لم يخرج إن جازت الورثة جاز، وللكل، وإن لم يجبروا جاز في مقدار الثلث؛ لأنه بمنزلة الوصية منه فيعتبر نفاذها من الثلث، فإن أبطل القاضي الوقف في الثلثين ثم ظهر له مال يخرج الكل من الثلث، فإن كان قائمًا في يد الورثة تصير كلها وقفا، وإن لم يكن بأن باع الوارث لا ينقض بيعه لكن يؤخذ منه قدر ما باع وتشترى بها أرض أخرى فتوقف مكانها؛ لأنه ظهر حق الغير بعد صحّة التصرف ونفاذه من حيث الظاهر؛ لأنه ملك للوارث ظاهرا فيظهر أثر الحق في حق التضمين لا في حق نقض التصرف كالوارث إذا باع عبدًا من التركة ثم ظهر على الميت دين وجب بعد الموت، فإن كان باع عبدًا في حياته فرد بعيب بعد وفاته، فإنه يغرم الوارث الثمن للغريم ولا ينقض بيعه في العبد فكذا هذا.

وكذلك لو باع القاضي الأرض في الدين ثم ظهر للميت مال فيه وفاء بالدين يخرج الأرض من ثلثه لا ينقض البيع لكن ترفع من مال الميت مقدار ثمن الأرض ويشترى به أرض أخرى ويوقفه على الفقراء؛ لأن فعله خرج مخرج القضاء لا مخرج الاستهلاك فلا ترفع القيمة بل يرفع الثمن.

والثاني: لو وقف على وارث بعينه ولم يخرج من الثلث إن لم يجز الورثة جاز في مقدار الثلث ويصير ذلك القدر وقفا.

وذكر هلال والخصاف: يقسم جميع غلة الأرض بين الورثة كلهم على فرائض الله تعالى حتى لو كان له ثلاثة بنين تقسم بينهم أثلاثا ولا يعطى للفقراء شيء منها ما دام الموقوف عليه حيا، فإذا مات صرف حصّة الوقف من الغلة إلى الفقراء، فإن

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٢/٤٦٩.

كان الوقف يخرج من الثلث يكون ذلك كله للفقراء وإلا فبقدر ما خرج من الثلث يكون لهم؛ لأن هذا وقف على الفقراء بعد موت الوارث لا قبله فما دام الوارث حيًّا لا يكون وقفًا على الفقراء فلا يكون لهم حق في تلك الغلة فالوصية للوارث قد بطلت فيقسم الكل بينهم بالتسوية.

وقال بعضهم: يعطي حصة الوقف من الغلة للفقراء للحال ولا يكون للورثة منها شيء؛ لأن الوقف حصل على الفقراء للحال إلا أن هذا الوقف فيه وصية بالغلة للوارث، فإذا لم يجز الباقون بطلت الوصية للوارث فبقي هذا وقفا على الفقراء، فأما إذا أجازت الوصية قيل تكون حصة الوقف للفقراء للحال؛ لأن من وقف أرضًا تكون وقفا على الفقراء عادة إذ الوقف لا يكون قربة بدونهم إلا أنه لما قال: على فلان فقد استثنى منه وخصّه بالبداية منه ولم يصح الاستثناء والتخصيص له؛ لأنه وصية ولا وصية للوارث فصار كأنه وقف على الفقراء لا غير فلا يفيد إجازة الورثة لأنهم لا يملكون إبطال حقهم فلم يصح، وقيل مقدار الثلث للفقراء وما وراء الثلث للموقوف عليه ما دام حيا وإذا مات رجع إلى الورثة؛ لأن مقدار الثلث جاز وقفه على الفقراء من غير إجازتهم فلا يملكون إبطال ذلك بإجازتهم للوارث، ألا ترى أنه لو أوصى لرجل بثلث ماله وأوصى أيضًا لوارثه فأجاز الورثة لم تصح إجازتهم للوارث في حق الموصى له بالثلث كذا هذا، فأمّا فيما زاد على الثلث فهو ملكهم فيجوز بإجازتهم.

والثالث: لو وقف على المحتاجين من أولاده ونسله ثم على الفقراء ينظر إن كان الأولاد والنسل كلهم أغنياء فالغلة للفقراء إلا أن يفتقر واحد منهم بعد ذلك فتصرف حينئذ على الاعتبار الذي ذكرنا، وإن كان كلهم فقراء أو كان في كل فريق بعضهم فقراء، فإنه يقسم الغلة بينهم وبين فقراء الفريقين بالسويّة فما أصاب الفقراء من أولاد الصلب قسم بين الأغنياء والفقراء على فرائض الله تعالى وما أصاب الفقراء من النسل قسم بينهم بالسوية دون الأغنياء منهم، وإن كان أولاد الصلب كلّهم أغنياء ونسله فقراء فالغلة كلها للنسل عنهم بالسويّة، وإن كان ذلك على العكس أو بعض أولاد الصلب فقراء فالغلة كلّها لأولاد الصلب يقسم بينهم على فرائض الله

تعالى؛ لأن ما أصاب النسل أصابوا على سبيل الوصية لأنهم لا يكونوا ورثة فيكون بينهم بالسوية وما أصاب الأولاد أصابوا بطريق الوراثة إذ لا وصية للوارث فيكون بينهم على قدر مواريثهم.

والرابع: لو أوصى بأن يوقف بعد موته على فقراء المسلمين، فإن خرجت من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة، فإنه يوقف كلها كما أمر، وإن لم يجز الورثة فمقدار الثلث يوقف اعتبارا للبعض بالكل، فإن خرج كلها من ثلث ماله وفيها نخيل فأثمرت بعد الموت قبل وقف الأرض دخلت الثمرة في الوقف؛ لأنها خرجت من أصل مشغول بحق الواقف عليهم؛ لأن حقهم يتعلق بالأرض بعد الموت، وإن أثمرت قبل الموت فتلك الثمرة تكون ميراثا؛ لأنه لم يتعلق حق الموقوف عليهم بها قبل موته وصار هذا كمن أوصى بأن يتصدق جارية على المساكين إذا أوصى أن توهب لفلان ومات الموصى ثم إنها ولدت ولدا قبل أن يتصدق بها أو يوهب فولدها يتبعها في الوصية؛ لأن الوصية معنى يرجع إلى رقبة الجارية فكذا الوقف معنى يرجع إلى وقته بالأرض.

(باب ما يعود ملكا من الوقف والمسجد وما لا يعود)

(**الزيادات**): وإذا جعل المسلم داره مسجدًا وخرب واستغنى المسلمون عنه عاد إلى ملكه أو إلى ورثته عند محمد.

وعند أبي يوسف: لا يعود لمحمد أنه أزال ملكه متقربا إلى الله تعالى بجهة مخصوصة، فإذا انقطعت الجهة ووقع الاستغناء عنه يعود إلى ملكه كما لو كفن ميتا ثم وقع الاستغناء عنه، بأن افترسه سبع يعود إلى ملك المكفن ولمن اشترى حصيرا أو قنديلا لمسجد فوقع الاستغناء عنه عاد إلى ملك المشتري فكذا هذا.

لأبي يوسف: أنه أزال ملكه إلى الله تعالى وصحت الإزالة والزائل ساقط متلاشٍ فلا يحتمل العود كالدين متى سقط بالإبراء لا يتصور عوده ولم يقع الاستغناء عنه؛ لأنه لم يتعين لحاجة لهذا القوم بل لعامة المسلمين؛ لأن حق إقامة الصلاة في المسجد لعامة المسلمين فما بقي في الدنيا مصلى لا يقع الاستغناء عنه،

ألا ترى أن المسجد الحرام في زمن الفترة استغنى أهله ولم يعد إلى ورثة الباني لبقاء حاجة عامة المسلمين، فأمّا التكفير فليس بتمليك للمال وإن الميت ليس من أهل الملك لكن تبرع بالمنفعة فصار كمن أعار عينا من ماله حال حياته والحصير والقنديل فالصحيح على قول أبي يوسف أنه لا يعود إلى ملكه بخراب المسجد لكن يحول إلى مسجد آخر كما نبين. مريض جعل داره مسجدا ومات ولم يخرج من الثلث ولم تجز الورثة صار كله ميراثا وبطل جعله مسجدا؛ لأن للورثة فيه حقًّا فلم يكن كله مقررا على حقوق العباد فقد جعل المسجد جزءًا شائعا فبطل كما لو جعل أرضه مسجدا ثم استحق ينقض منها شائعا يعود الباقي إلى ملكه بخلاف ما لو أوصى بأن يجعل ثلث داره مسجدا حيث يصح؛ لأن هناك وجد الإقرار؛ لأن الدار تقسم ويقرر الثلث ثم يجعل مسجدا.

(**النوادر**): علو وقف انهدم وليس له من الغلة ما يمكن عمارة العلو بطل الوقف وعاد في حوالينا إلى الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا وكذا حوض في محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته واستغنى أهل المحلة عنه يعود ملكًا لواقفه أو لورثته، وإن كان لا يعرف واقفه فهو كاللقطة في أيديهم يتصدقون على فقير ثم يتبعه الفقير فينتفع بالثمن وهكذا ذكر أبو الليث في نوازله بترتيب بالأجر فخربت القرية وانقرض أهلها هل يجوز أن ينقل أجرها إلى الحوض ينظر إن عرف الباني لا يجوز إلا بإذنه؛ لأنه رجع إلى ملكه، وإن لم يعرف يتصدق بالأجر على فقير ثم الفقير ينفق في الحوض؛ لأنه بمنزلة اللقطة.

ولو أراد القاضي أن ينفق بدون التصدق لا بأس به، وكذلك حانوت وقف احترق السوق والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء يخرج من الوقفيّة، وكذلك الرباط إذا خرب تبطل الوقفية ويعود ملكا، وكذلك منزل موقوف على مقبرة معلومة فخرب هذا المنزل وصار بحال لا ينتفع به فبنى فيه رجل بناء من ماله بغير إذن أحد فالأصل لورثة الواقف والبناء لورثة الباني، وكذلك وقف على أقوام مسمين فخرب ولا ينتفع به وهو لعبد من القرية لا يرغب أحد في عمارته بطل الوقف ولا يجوز بيعه وهذا الجواب صحيح على قول محمد.

فأمّا على قول أبي يوسف ففيه نظر؛ لأن الوقف بعدما صح بشرائطه لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة رجل جعل جنازة وملاة ومغتسلا وقفا في محله فغير أهلها واندرس لا يعود إلى الورثة بل يحتمل إلى مكان آخر أقرب من هذه المحلة فرق محمد بين هذا وبين المسجد إذا خرب ما حوله حيث يعود ملكا والفرق أن المسجد لا يمكن نقله إلى موضع آخر وهذا يمكن نقله لينتفع الناس به.

وذكر أبو الليث في نوازله: حصير المسجد إذا صار خلقًا واستغنى أهل المسجد عنه وقد طرحها الإنسان إن كان الطارح حيا فهي له لأنها لم تزل عن ملكه، وإن كان ميتًا ولم يدع له وارثًا أرجو أن لا بأس أن يدفع أهل المسجد إلى فقير أو ينتفعوا في شراء حصير آخر للمسجد والمختار أنه لا يجوز لهم أن يفعلوا ذلك بغير أمر القاضي.

(باب الإقرار بالوقف)

أرض في يدي رجل أقر أنها صدقة موقوفة فهذا لا يخلو من أربعة أوجه:

الأول: إذا أقر بوقفية أرض في يديه ولم يسم واقفه ولا مستحقه صح إقراره وصارت الأرض وقفا على الفقراء؛ لأن لا مكذب ولا منازع له في ذلك فلم يكن متهمًا في إقرار فصح ويستحقه الفقراء لأنه لو أنشأ الوقف مطلقًا بأن قال وقفت تصير وقفا على الفقراء فكذا إذا أقر مطلقًا ولا أجعل المقر هو الواقف له ولا غيره إلا أن يشهد الشهود أن هذه الأرض كانت لهذا المقر حين أقر فيجعل المقر واقفا وهو كرجل في يديه عبد أقر أنه حر جعلت العبد حرا بإقراره ولم أحكم بالولاء إلا أن يشهد الشهود أن العبد كان له حين أقر بحريته جعلت الولاء له.

وذكر الأنصاري في وقفه: أنه يجعل المقر كأنّه هو الذي وقفها، ألا ترى أنه لو قال لعبد: إنه حر، كان ولاؤه للمقر وجنايته على عاقلته، وولاية الوقف له استحسانًا؛ لأن القاضي لو انتزع عن يده يحتاج إلى أن يدفع إلى غيره وينصبه قيّما فيه فلا فائدة في انتزاعه من يده.

فإن سمي الواقف بعد إقراره بالوقف لا يقبل قوله لأنا لو قبلنا قوله أدّى ذلك إلى بطلان الوقف؛ لأن فلانا لو أنكر الوقف كان القول قوله، وكذلك لو سمي مستحقا للغلّة بعينه يعد ذلك لا تقبل قياسًا؛ لأن الغلة صارت مستحقة للفقراء حين ذكر الوقف ولم يذكر الموقوف عليه فلو قبل قوله أدى ذلك إلى إبطال حق الفقراء ويقبل استحسانا؛ لأنه لو لم يقبل قوله أدى ذلك إلى إبطال حق الموقوف عليه في الأوقاف القديمة؛ لأن بعد تقادم العهد وتطاول المدة لا يعرف أربابه ومستحقه ونسيبه على الإنسان أمره ومستوجبه.

والثاني: لو أقرّ بالوقف وسمى واقفه ولم يسم مستحقه بأن قال هذه الأرض صدقة موقوفة من أبي وأبوه ميت، فإن كان على أبيه دين يباع فيه، وإن كان له وصيّة تنفذ وصيته وما فضل منهما يكون وقفا على الفقراء إن لم يكن معه وارث آخر، وإن كان معه وارث آخر جاحد كان نصيب المقر وقفا؛ لأن كلمة من للتقريب، ألا ترى أن الرجل يقول لآخر ادن مني إذا أراد تقريبه من نفسه فقد قرب المقر الأرض الموقوفة من أبيه وحقيقة التقريب يوجب الملك لأبيه فصار مقرًّا بالملك لأبيه وبالوقفية عليه فيقبل إقراره بالملك لا بالوقفية في حق غيره بخلاف ما لو قال هذه الأرض صدقة موقوفة عن أبي، فإنه لا يكون إقرارًا بالملك لأبيه حتى جاز الوقف، وإن كان على أبيه دين أو له وصيّة أو معه وارث آخر جاحد؛ لأن كلمة عن تستعمل للتبعيد لا للتقريب فإنّه يقال ابعد عني ولا يقال ادن عني فيكون معنى قوله موقوفة عن أبي وقفتها أنا عنه أو وقفها فلان عنه ليكون ثوابه وأجره له، ولو أقر أنّ هذه الأرض صدقة موقوفة من فلان، فإن كان فلان حيا يتوقف الإقرار على تصديق فلان؛ لأنه أقر بالملك له ثم زعم أنه أخرجها عن ملكه، فإن صدقه فلان فيما أقر صح إقراره وإن كذبه كانت الأرض ملكًا له؛ لأن قوله لا يكون حجة على غيره، وإن كان فلان ميتا وله ورثة إن صدقوه في الوقف صارت الأرض وقفا وللمقر الولاية عليه استحسانا لما بينا وإن كذبوه كانت الأرض لهم مطلقة؛ لأن إقراره عليهم لا يصح وإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم يكون نصيب المصدق وقفا ونصيب الجاحد مطلقًا له اعتبارًا لحالة الانفراد بحالة الاجتماع.

والثالث: لو أقرّ بالوقفية ولم يسم واقفه وسمى مستحقه بأن قال هذه الأرض موقوفة على نفسي وعلى ولدي ونسلي، فإنه يقبل إقراره؛ لأن على قول من يجيز الوقف على نفسه إن كان الواقف هو صح إقراره، وإن كان الواقف غيره يقبل إقراره على سبيل بيان أن الأمر في هذا موكول إليه؛ لأن الأوقاف في العادة تكون في أيدي الولاة وقيِّميها ويكونون هم المتصرفين فيها وهم أعرف بذلك من غيرهم فوجب قبول قولهم إلا أن يكون الحال حال شك وريبة فالقاضي يتلوم وينظر في ذلك ويعمل على حسب ما يظهر له بعد التلوم.

وأمّا على قول من لا يجيز الوقف على نفسه، فإنه يجعل الواقف عبرة تحريًا للحوار.

ولو قال: هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان، ثم قال: لا بل على فلان أو زاد فيه غيره أو نقص منهم لا يقبل قوله الآخر؛ لأن إقراره الأوّل قد صح بإقراره الثاني حصل على غيره فلا تقبل، وكذا لو قال: على فلان بعيد ثم قال مفصولا يبدأ أولا بفلان بعينه لا يقبل، فإن قال ذلك موصولا عند محمد يقبل.

وعند أبي يوسف لا يقبل قوله الثاني وهذا كاختلافهما في امرأة أقرت أن فلانا تزوجها بعد فلان وهما يدعيان أنها امرأته فهي امرأة الذي ذكرت اسمه أولا عند أبي يوسف.

وعند محمد: هي للذي ذكر آخرًا وقد مرت في النكاح.

والرابع: لو أقر بالوقفية وسمى واقفه ومستحقه، فإنه يرجع إلى الواقف إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا إن صدقه فيه صار وقفًا وإن كذبه لم يصر وإن أقر بوقف صحيح وأقرّ أنه أخرجه من يده ووارثه يعلم أنه لم يكن أخرجه من يده صح الوقف في الحكم؛ لأن إقراره على نفسه صحيح.

(باب الاختلاف في الوقف)

وقف على نفر استولى عليه ظالم لا يمكن انتزاعه من يده فادعى الموقوف عليهم على واحد منهم أنه باع من هذا الظالم وسلمه إليه وهو منكر فأرادوا تحليفه فلهم ذلك لأنهم ادعوا عليه معنًى لو أقرّ به لزمه، فإذا أنكر استخلف، فإن نكل

قضي عليه بقيمته، وكذلك لو قامت لهم بينة؛ لأن الفتوى في غصب الدور والعقار الموقوفة بالضمان نظرًا للوقف كما أن الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان نظرا للوقف وهو اختيار مشايخنا ومتى قضى عليه بالقيمة يوجد منه القيمة فيشتري بها ضيعة أخرى فتكون وقفًا كالأول؛ لأن هذا بدل الأول. رجل ادعى كرما في يدي رجل وأقر المدعى عليه أنه وقف الكرم بشرائطه وليس للمدعي بينة فأراد تحليفه ينظر إن أراد تحليفه ليأخذ الكرم إن نكل عن اليمين ليس عليه يمين؛ لأنه لو نكل هنا لا يصل إلى المدعى به، وإن أراد تحليفه ليأخذ القيمة إن نكل عن اليمين فله ذلك؛ لأنه لو نكل وصل إلى القيمة.

ولو زرع الواقف الأرض الموقوفة يبذر نفسه بعدما سلم إلى المتولي فقال: زرعتها لنفسي، وقال أهل الوقف: زرعتها للوقف فالقول قوله والزرع له؛ لأن البَذْرَ له فيكون الزرع له لا يستحق عليه إلّا بشرط وهو منكر لذلك، فإن سأل أهل الوقف من القاضي أن يخرجها من يده لزراعتها لنفسه، فإنه يكون نجوها من يده.

ولو فعل ذلك المتولي يخرجها من يده ويضمن ما نقص الأرض هكذا ذكره الناطفي في "أجناسه" لكن هذا الفرق عسى يتأتى على قول من لا يشترط التسليم إلى المتولي، فأمّا على قول من شرط التسليم إلى المتولي لا يتأتى ويخرج الأرض من يد الواقف ما يخرجها من يد المتولي. رجل مات وترك ابنين وفي يد أحدهما ضيعة زعم أنه وقف عليه والابن الآخر يقول هو وقف علينا كان القول قوله وهو وقف عليهما وهو الصحيح لأنهما تصادقا على أنها كانت في يد أبيهما ولا ينفرد أحدهما بالاستحقاق إلا بحجة. رجل باع أرضًا ثم ادعى أنه وقفها أو قال هي وقف عليّ ينظر إن لم يقم البينة وأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك؛ لأن التحليف بناء على الدعوى والدعوى لم تصح لمكان التناقض؛ لأن مكان إقدامه على البيع إقرار بأنها ملك، وإن أقام البينة على الوقف تكلموا في سماع البينة والأصح أنه يسمع البينة؛ لأن الدعوى، وإن لم تصح لمكان التناقض لكن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى كالشهادة على عتق الأمة ومتى قبلت ينقض البيع. رجل وقف أرضا له فجاء إنسان وغصبها منه فأقام الواقف البينة تقبل بينة ويرد عليه بالاتفاق، أمّا عند أبي حنيفة فلأنه لم

يصح الوقف، وأمّا عند محمد فلأن الوقف لا يصح إلا بالإخراج من يده فيبقى على ملكه، وأمّا عند أبي يوسف فلأن الوقف وإن صح فهذا أولى بإحيائها والتولية فيها الوقف التي تقادم أمرها ومات شهودها وتنازع فيها أهلها، فإن كان ورثة الواقف حيا ترجع إليه، فإن أقروا بشيء يؤخذ بإقرارهم لأنهم قائمون مقام الواقف فكان الرجوع على ورثة الواقف أولى، وإن كان ميتًا إن كان لها رسوم في دواوين القضاة تعمل عليها يرجع إلى الرسوم ويجري عليها؛ لأن ذلك دليل ظاهر وليس هنا دليل فوقه، وإن لم يكن لها رسوم تجعل موقوفة إلى قيام الدليل فمن أثبت في ذلك حقا قضي له به وإلا فلا؛ لأنه تعذّر القضاء بدون الحجة. رجل ادعى دارا في يدي رجل أنها ملكه بأصلها وبنائها وأنكر المدعى عليه وادعى أنها وقف على مصالح مسجد كذا فأقام المدعي البينة وقضى القاضي له بذلك وكتب له السجل ثم أقر المدعي أن أصل الدار وقف والبناء له بطل دعواه والحكم والسجل؛ لأنه أقر ببطلان دعواه وبطلان القضاء والسجل له صاحب الأوقاف إذا أراد أن يسمع الدعوى في أمور الأوقاف ويقضي بالبينة والنكول جاز إن ولاه السلطان نصا أو عرف دلالة؛ لأنه صار كالقاضي المولّى وإلا فلا والله أعلم.

(باب مسائل متفرقة)

قوم جمعوا دراهم لعمارة قنطرة أو مسجد واشتروا ببعضها طعامًا للعمال واجتمع هناك من لا يعمل فدعاهم العمال إلى الطعام هل يحل لهم أكله، يُنظر إن حضروا لهداية العمال وإرشادهم وبعثهم على العمل حل لهم؛ لأنهم كالعمال، وإن حضروا نظارًا، ينظر إن كانوا قليلا لا يتمكن بأكلهم نقصان فيما جمع للقنطرة يسعهم، وإن كانوا كثيرًا فلا.

مسجد بجنبه ماء فانكسر حائط المسجد من ذلك الماء ينبغي لأهل المسجد أن يرفعوا الأمر إلى القاضي ليأمر أهل النهر بإصلاحه حتى إذا لم يصلحوا أو انهدم حائط المسجد ضمنوا قيمة الهدم؛ لأنه لما أشهد عليهم صاروا متلفين تسبيبًا بترك الإصلاح.

رجل وقف ضيعة وأشهد على ذلك وكتب صكًّا وأخطأ في كتبه الحدين فكتب بخلافهما، ينظر إن كان بين هذين الحدين وبين هذه الضيعة أرض أو كرم لغير الواقف جاز الوقف؛ لأنه وقف أرضه وأرض غيره وصح وقف أرضه ولم يصح وقف أرض غيره، وإن لم يكن كذلك فالوقف باطل؛ لأن المحدود لم يدخل تحت أرضه فيبطل الوقف إلا إذا كانت الأرض مشهورة مستغنية عن التحديد لشهرتها.

وذكر أبو الليث في نوازله: رجل وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم فسكن فيها متعلم ولم يثبت فيها ويشتغل بالحراسة ليلا لا يحرم عن ذلك أن يأوي في بيت من بيوته وله آلة السكنى ثمة؛ لأنه يعد ساكن هذا الموضع.

ولو اشتغل بالحراسة ليلا وبالنهار يقصر في التعليم ينظر إن اشتغل بالنهار بعمل آخر حتى لا يعد من جملة طلبة العلم فلا وظيفة له، وإن لم يشتغل حتى يعد من جملة طلبة العلم فله الوظيفة.

وكذا لو وقف على ساكني مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم حتى لم يكن لساكني تلك المدرسة من غير طلبة العلم شيء من الوظيفة؛ لأن المتفاهم والتعارف من ذلك طلبة العلم دون غيرهم.

ولو كان المتعلم لا يختلف إلى الفقهاء للتعلم، فإنه يُنظر إن كان في المصر واشتغل بكتابة شيء من الفقه لنفسه مما يحتاج إليه فله الوظيفة؛ لأنه مشتغل بالتعلم؛ لأن هذا من جملة التعلم، وإن اشتغل بكتابة شيء لغيره بالأجرة فلا وظيفة له، وإن خرج من المصر ينظر إن خرج إلى مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا لا يأخذ الوظيفة؛ لأنه صار مسافرًا ولم يبق ساكنًا مقيمًا، وإن خرج إلى ما دون ذلك إلى بعض القرى ينظر إن أقام خمسة عشر يومًا فصاعدًا لا يأخذ أيضًا؛ لأن هذه مدة طويلة، وإن أقام أقل من ذلك، فإن كان له منه بد كالخروج للتنزه لا يأخذ أيضًا، وإن لم يكن له منه بد كطلب القوت ونحوه يأخذ؛ لأنه قليل لا بد منه فيعفى عنه.

ولو اختلف طلبة العلم في السبق، فمن قدم متقدمًا تقدم سبقه، وإن لم يعلم ذلك يقرع بينهم لأنه يجعل كأنهم جميعًا قدموا معًا بمنزلة الغرقى والحرقى جعل كأنهم ماتوا جميعا معًا.

ولا يجوز حمل تراب ربض المصر كأن لأنه جص فكان حق الجماعة، فإن انهدم شيء من الربض ولا يحتاج إليه لا بأس بحمله، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

فهرس المحتويات

كتاب الاستحسان ٣

باب ما يكره أكله وما لا يكره ٥
باب الكراهية في استعمال آنية الذهب والفضة ١٤
باب الكراهية في اللبس..... ١٨
باب ما يكره النظر واللمس وما لا يكره..... ٢١
باب الكراهية في اللهو واللعب..... ٢٨
باب الكراهية في القتل والجرح وإيصال الألم إلى الحيوانات ٣١
باب الكراهية في البيع ٣٦
باب الكراهية في الدعاء والعبادة والسلام..... ٣٩
باب ما يكره أن يفعل في المسجد وما لا يكره ٤٢
فصل ٤٥
باب الكراهية في إرسال الشعر وتركه والسنة في حلقه..... ٤٦
باب مسائل متفرقة من النوادر ٥٠
باب خبر الواحد في أمور الدين والمعاملة..... ٥٣
فصل ٥٦
فصل ٦٠
باب من يسعه القتل بالتحري أو بالمعاينة من غير قضاء ٦٢

كتاب التحري ٦٤

باب التحري في القِبلة ٦٤
باب التحري في دفع الزكاة..... ٦٧
باب التحري في اختلاط موتى المسلمين بالمشركين والميتة بالذكية..... ٦٨
فصل ٧٠
باب التحري في الأواني والثياب..... ٧١

باب التحري في عتق الجواري ووطئهن ٧٤

كتاب اللقيط ٧٧

باب معرفة أحكام اللقيط ٧٧
باب حكم اللقيط في الإسلام والملك ٧٩
باب إقرار اللقيط بالرق والجناية عليه ٨١

كتاب اللقطة ٨٤

باب معرفة أحكام اللقطة ٨٥
باب ما يضمن به الملتقط وما لا يضمن ٩٢

كتاب الآبق ٩٥

فصل ٩٥
فصل ٩٩
فصل ٩٩
فصل ١٠١
فصل ١٠٢
فصل ١٠٢
فصل ١٠٤
فصل ١٠٥

كتاب المفقود ١٠٦

فصل ١٠٦
فصل ١٠٨
فصل ١٠٩

كتاب الوديعة ١١٠

باب ما يقع به الإيداع ١١١
باب ما يكون حفظا للوديعة وما لا يكون ١١٢

باب ما يضمن المودع وما لا يضمن ١١٥
باب الأمانات تنقلب مضمونة بالموت ١٢٣
باب المودع مع المودع إذا اختلفا ١٢٦
فصل ١٢٦
فصل ١٢٦
فصل ١٢٧
فصل ١٢٨

كتاب العارية ١٣٢

باب التأقيت والإطلاق في العارية ١٣٤
باب ما يضمن المستعير وما لا يضمن ١٣٥
باب رد العارية ١٣٩
باب ما يرجع المستعير في المستعار وهو مشغول بملك المستعير وما لا يرجع ١٤١

كتاب الجهاد ١٤٣

القسم الأول في صفة الجهاد والقتال ١٤٦
باب صفة الجهاد والوصية للأمير ١٤٦
فصل ١٤٦
فصل ١٤٨
باب القتال والفرار من الزحف ١٥٢
فصل ١٥٢
فصل ١٥٥
باب من يكره له الخروج للقتال بغير إذن ومن لا يكره ١٥٧
فصل ١٦٠
باب ما يكره فعله في الحرب وما لا يكره ١٦١
فصل ١٦١
فصل ١٦٥
فصل ١٦٧

باب ما يجب من طاعة الموالي والأمير وما لا يجب ١٦٨
باب من يكره قتله من أهل الحرب ومن لا يكره ١٧٣
باب ما يكره إدخاله دار الحرب وما لا يكره والمواصلة والإهداء إليهم ١٧٥
فصل ١٧٧
باب بعث السرية ونصب الألوية ١٧٨
فصل ١٨١
فصل ١٨٣
القسم الثاني في الأمان والموادعة والمصالحة ١٨٣
باب ما يكون أمانا وما لا يكون ١٨٣
باب طلب الأمان وما يدخل فيه وما لا يدخل فيه ١٨٧
باب من يدخل بالأمان ومن لا يدخل ١٨٩
باب من يجوز أمانه ومن لا يجوز ١٩٢
باب الأمان بالرسالة والكتابة ١٩٥
فصل ١٩٥
فصل ١٩٧
فصل ١٩٨
باب ما يكون أمانا ممن يدخل دار الحرب أو لأسير دخل عسكر المسلمين وما
لا يكون أمانا ١٩٩
فصل ١٩٩
فصل ٢٠٠
فصل ٢٠٠
باب الأمان على جعل ٢٠١
فصل ٢٠١
فصل ٢٠٢
فصل ٢٠٥
باب الأمان على شرط ٢٠٦

فصل ٢٠٦
باب الموادعة والمصالحة ٢١٠
فصل ٢١٣
فصل ٢١٤
باب صلح الملوك..... ٢١٥
باب النبذ ٢١٧
باب النزول على حكم رجل من المسلمين أو من أهل الذمة ٢١٨
القسم الثالث في حكم الغنائم والأنفال وكيفية قسمتها ٢٢١
باب معرفة الغنائم والأنفال والسلب والفيء..... ٢٢١
باب متى تملك الغنائم ويجوز قسمتها..... ٢٢٦
فصل ٢٢٦
فصل ٢٢٨
باب كيفية قسمة الغنيمة..... ٢٣١
فصل ٢٣١
فصل ٢٣٤
باب ما يجوز الانتفاع به من الغنيمة وما لا يجوز..... ٢٣٦
فصل ٢٣٧
باب ما يظهر عليه المشركون من أموال المسلمين..... ٢٣٨
فصل ٢٣٩
فصل ٢٤٠
فصل ٢٤٣
فصل ٢٤٤
فصل ٢٤٤
أبواب التنفيل عشرة..... ٢٤٦
باب التنفيل..... ٢٤٦
فصل ٢٤٧

فصل ٢٥٠
باب الاشتراك في النفل وعزل الأجير وموته بعد النفل ٢٥٢
باب النفل المجهول ٢٥٤
باب التنفيل على شيء وأصاب المنفل له غيره ٢٥٦
فصل ٢٥٦
فصل ٢٥٨
فصل ٢٥٩
باب التنفيل على مجيء الرأس والأسير ٢٦٠
فصل ٢٦١
باب التنفيل على دلالة المسلمين على الأسر أو الطريق وأهل الحرب وغيره..... ٢٦٣
فصل ٢٦٤
فصل ٢٦٥
فصل ٢٦٧
باب التنفيل على دخول المدينة والحصن..... ٢٦٨
فصل ٢٦٨
فصل ٢٧١
باب السرية تؤمن أهل الحصن على مال ثم تلحقها سرية أخرى ٢٧٣
فصل ٢٧٣
فصل ٢٧٥
باب من يستحق السلب ومن لا يستحقه ٢٧٥
فصل ٢٧٦
فصل ٢٧٨
فصل ٢٧٩
باب في استحقاق السلب..... ٢٨٠
فصل ٢٨١
فصل ٢٨١

فصل ٢٨٢
فصل ٢٨٤
القسم الرابع في حكم الأسرى والمستأمنين ٢٨٥
باب مفاداة الأسرى ٢٨٥
فصل ٢٨٥
فصل ٢٨٦
باب حكم المستأمنين ٢٨٧
فصل ٢٨٧
فصل ٢٨٨
فصل ٢٩٠
باب الرجل يسلم في دار الحرب ٢٩٢
فصل ٢٩٢
فصل ٢٩٥
باب الحربي يدخل دارنا بغير أمان ٢٩٥
باب حكم ما في يد المسلم والمستأمن إذا خرج إلينا ٢٩٧
فصل ٢٩٧
فصل ٢٩٩
فصل ٣٠١
باب المسلم إذا خرج من دار الحرب ومعه النساء وفي يدهما مال فتخاصما فيه ٣٠١
باب المعاقدة والمعاملة مع أهل الحرب ٣٠٣
فصل ٣٠٥
باب ما يصدق فيه المستأمن من أهل الحرب وما لا يصدق ٣٠٦
فصل ٣٠٨
باب معرفة أرض الحرب وأرض الإسلام وأحكامها ٣١٠
القسم الخامس في أحكام المرتدين والخوارج والبغاة ٣١٢
باب في حكم المرتدين ٣١٢

فصل ٣١٤
باب تصرفات المرتد..... ٣١٦
باب ميراث المرتد ٣١٧
فصل ٣١٨
فصل ٣٢٠
باب إسلام الصبي وارتداده ومن بمعناه..... ٣٢١
فصل ٣٢١
فصل ٣٢٢
باب ما يصير به الكافر مسلمًا..... ٣٢٦
فصل ٣٢٨
باب ما يؤخذ أهل الذمة بإظهار العلامات ويمنع بإحداث البيع والكنائس ٣٣٠
فصل ٣٣١
فصل ٣٣٢
باب عقد الذمة ونقضها..... ٣٣٤
فصل ٣٣٤
فصل ٣٣٦
فصل ٣٣٨
باب حكم الخوارج والبغاة ٣٣٩
فصل ٣٣٩
فصل ٣٤٢
باب أهل البغي..... ٣٤٣
فصل ٣٤٣
فصل ٣٤٥
باب في قضاة أهل البغي ٣٤٦
كتاب المأذون ٣٤٧
باب ما يقع به الإذن وما لا يقع ٣٤٩

فصل ٣٤٩
فصل ٣٥٣
باب من يملك الإذن ومن لا يملك ٣٥٥
باب الحَجر وما يبطل الإذن وما لا يبطله ٣٥٧
فصل ٣٥٨
فصل ٣٦٠
فصل ٣٦٥
باب أحدُ الشريكين أذن للعبد المشترك في التجارة ٣٦٩
فصل ٣٦٩
فصل ٣٧١
باب ما يملك العبد المأذون من التصرف وما لا يملك ٣٧٢
فصل ٣٧٢
فصل ٣٧٣
فصل ٣٧٤
فصل ٣٧٥
باب إقرار المولى على عبده المأذون ٣٨٠
فصل ٣٨٠
فصل ٣٨١
باب إقرار العبد المأذون ٣٨٥
فصل ٣٨٦
فصل ٣٨٧
فصل ٣٨٩
باب إقرار المأذون في مرض مولاه أو إقرارهما جميعًا ٣٩٠
فصل ٣٩١
فصل ٣٩٢
باب إقرار المأذون لمولاه ٣٩٥

باب ما يلحق المأذون من الدين في التجارة والاستهلاك ٣٩٧
فصل ٣٩٨
فصل ٣٩٨
فصل ٤٠٠
الفصل الأول..... ٤٠٣
الفصل الثاني..... ٤٠٤
الفصل الثالث..... ٤٠٤
فرق بين الهبة والوصية ٤٠٥
باب العبد بين رجلين يلحقه دين..... ٤٠٦
باب تأخير دين العبد المأذون وحطه وهبته منه ٤١١
فصل ٤١١
فصل ٤١٢
فصل ٤١٤
باب وكالة العبد المأذون..... ٤١٦
فصل ٤١٧
فصل ٤١٧
فصل ٤١٨
فصل ٤٢٢
باب تصرف المولى في العبد المأذون ٤٢٣
فصل ٤٢٣
فصل ٤٢٥
فصل ٤٢٧
باب كفالة المأذون بإذن المولى والبيع فيه..... ٤٣٢
باب بيع القاضي رقبة العبد المأذون وكسبه وبيعه مولاه ٤٣٤
فصل ٤٣٤
فصل ٤٣٥

باب الاختلاف في الإذن والبينة عليه ٤٣٩
باب العبد المأذون والمولى إذا اختلفا فيما في يد العبد..... ٤٤١
باب تصرف المأذون مع مولاه ٤٤٢
فصل ٤٤٣
فصل ٤٤٤
فصل ٤٤٥
باب تصرف المولى مع المأذون..... ٤٤٦
باب العبد والصبي المحجور عليه إذا انصرف ثم أذن له..... ٤٤٨
فصل ٤٤٨
فصل ٤٥٠
باب تصرف المأذون بعدما حجر عليه ٤٥١
فصل ٤٥٢
فصل ٤٥٤
فصل ٤٥٥
باب جناية العبد المأذون والجناية عليه ٤٥٦
فصل ٤٥٦
فصل ٤٥٨
باب الغرُور..... ٤٥٩
فصل ٤٦٢
باب أسر العبد المأذون ٤٦٥

كتاب الحجر ٤٦٨

باب القضاء بالحجر ٤٦٨
فصل ٤٧١
باب التصرفات التي لا يصح الحجر عنها ٤٧٣
باب تصرفات السفيه بعد الحجر ٤٧٦
فصل ٤٧٦

فصل ٤٧٨
باب إضافة التصرف إلى حالة الفساد والسفه ٤٧٩
باب إجازة القاضي بيع المفسد والإذن بالتجارة ٤٨٠

كتاب الهبة ٤٨٣

باب الألفاظ التي تقع بها الهبة ٤٨٥
باب قبض الهبة ٤٩٣
باب هبة ما هو متصل أو مشغول بغير الموهوب ٤٩٩
باب مسائل الشيوع ٥٠٤
باب ما يمنع الرجوع في الهبة وما لا يمنع ٥١٢
فصل ٥١٤
فصل ٥٢٠
فصل ٥٢١
الفصل الأول ٥٢٦
الفصل الثاني ٥٢٧
الفصل الثالث ٥٢٨
الفصل الرابع ٥٢٨
الفصل الخامس ٥٢٨
الفصل السادس ٥٢٩
الفصل السابع ٥٢٩
باب الصدقة ٥٣٠
باب هبة الدين وإبرائه وإباحة ماله وتحليله ٥٣٣
باب اختلاف الواهب والموهوب ٥٣٥
باب هبة المريض ٥٣٧
باب هبة الحربي والمرتد ٥٤٠

كتاب الوقف ٥٤٢

باب الألفاظ التي ينعقد بها الوقف ٥٤٤

باب تسليم الوقف..... ٥٤٦
فصل ٥٤٨
باب ما يجوز وقفه وما لا يجوز..... ٥٥٠
باب الوقف على شيء بعينه ولم يذكر في آخره للفقراء ٥٥٤
فصل ٥٥٦
باب الرجل يقف على ولده أو ولد ولده أو نسله ويجعل أجره للفقراء ٥٥٧
فصل ٥٥٨
فصل ٥٦٠
فصل ٥٦١
فصل ٥٦٢
باب كيفية صَرف غلّة وقف الفقراء إليهم ٥٦٣
فصل ٥٦٥
باب اشتراط الخيار أو البيع والاستبدال في الوقف..... ٥٦٧
باب اشتراط الولاية في الوقف لنفسه ونصب القيم ٥٧١
باب الرجل يقف أرضه على أن يعطي غلتها من يشاء..... ٥٧٤
فصل ٥٧٥
فصل ٥٧٧
باب الرجل يقف أرضه ويشترط العمارة من الغلة في الوقف أو لم يشترط ٥٧٨
باب تصرّف المتولي في الوقف ٥٧٩
فصل ٥٨٣
باب الوقف في المرض..... ٥٨٥
باب ما يعود ملكا من الوقف والمسجد وما لا يعود ٥٨٧
باب الإقرار بالوقف..... ٥٨٩
باب الاختلاف في الوقف ٥٩١
باب مسائل متفرقة ٥٩٣
فهرس المحتويات..... ٥٩٦

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية كلية الشريعة

الجزء السادس

المحتوى:

الصيد - الذبائح - الأضحية - الشركة - المضاربة - المزارعة - الشرب - الأشربة - الشفعة - القسمة - الإجارات

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي (ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568		عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	**Lebanon**	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

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

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

ISBN 978-2-7451-8337-8

9 782745 183378 90000

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصيد[1]

يحتاج إلى معرفة: إباحة الاصطياد، وتفسيره، وركنه، وشرط إباحته، وحكمه شريعة.

أمّا إباحته: فاصطياد صيد البحر مباح لكافة الناس، وصيد البر مباح لغير المحرم على كل حال إلّا في الحرم، ولا يباح للمحرم بحال[2].

وأصله: قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] إلى أن قال ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: ٩٦] وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة: ٢].

---

(١) الصَّيْدُ لُغَةً: مَصْدَرُ صَادَ يَصِيدُ، وَيُطْلَقُ عَلَى الْمَعْنَى الْمَصْدَرِيِّ، أَيْ فِعْل الاصْطِيَادِ، كَمَا يُطْلَقُ عَلَى الْمَصِيدِ، يُقَال: صَيْدُ الأَمِيرِ، وَصَيْدٌ كَثِيرٌ، وَيُرَادُ بِهِ الْمِصْيَدُ، كَمَا يُقَال: هَذَا خَلْقُ اللَّهِ أَيْ مَخْلُوقُهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى.

وَالصَّيْدُ هُنَا بِمَعْنَى الْمَصِيدِ: يَقُول اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة: ٩٥].

وَفِي الاصْطِلَاحِ: عَرَّفَهُ الْكَاسَانِيُّ عَلَى الإِطْلَاقِ الثَّانِي (أَيِ الْمَصِيدِ) بِأَنَّهُ اسْمٌ لِمَا يَتَوَحَّشُ وَيَمْتَنِعُ، وَلَا يُمْكِنُ أَخْذُهُ إِلَّا بِحِيلَةٍ، إِمَّا لِطَيَرَانِهِ أَوْ لِعَدْوِهِ.

وَعَرَّفَهُ الْبُهُوتِيُّ بِالإِطْلَاقَيْنِ: (الْمَعْنَى الْمَصْدَرِيِّ وَالْمَصِيدِ) فَقَال: الصَّيْدُ بِالْمَعْنَى الْمَصْدَرِيِّ: اقْتِنَاصُ حَيَوَانٍ مُتَوَحِّشٍ طَبْعًا غَيْرَ مَمْلُوكٍ وَلَا مَقْدُورٍ عَلَيْهِ.

انظر: المصباح المنير، ولسان العرب، والقاموس، وانظر الاختيار لتعليل المختار للموصلي ٢/٥، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٣٥/٥.

(٢) انظر: ابن عابدين نقلا عن مجمع الفتاوى ٢٩٧/٥، والشرح الكبير للدردير ١٠٨/٢، ومطالب أولي النهى ٣٤٠/٦.

ولأن الاصطياد اكتساب مال مباح في الأصل كالاحتطاب والاحتشاش؛ لأنه [شبيه][(١)] لإقامة مصالحه وتمهيد معاشه وهي الأكل والانتفاع بأجزائه إن كان مأكولًا، والانتفاع والاسترقاق بجلده وشعره ونحوه إن لم يكن مأكولا[(٢)].

وأمّا تفسيره لغة: فأخذ الصيد إما بيده أو بآلة وهي الشبكة وغيرها، والصيد اسم لكل ممتنع متوحش متنفر لا يمكن أخذه إلا بحيلة.

وأما ركنه: فهو الأخذ؛ لأنه يقوم به.

وأما شرطه: فكون الصيد غير آمن بالإحرام والحرم، وغير مملوك ومحترم؛ لأنه متى كان آمنًا مملوكًا كان اصطياده حرامًا.

وأمّا حكمه: فصيرورة المأخوذ ملكًا له؛ لأن بالاصطياد اختص بالمأخوذ حسًّا فيختص به شرعًا لتحقيق مصالحه ودفع حوائجه، والملك ليس إلا اختصاص شرعي يترتب على الاختصاص الحسيّ[(٣)]. [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب][(٤)].

(باب صيد الجوارح المعلمة)

الاصطياد بالجوارح المعلمة مباح لقوله تعالى: ﴿قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤].

وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم: "**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل**"[(٥)]، ولأنه اجتمع في الحيوانات الصائدة ما يوجب أن يكون آلة للذبح

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): سبب.

(٢) انظر: تنوير الأبصار بهامش ابن عابدين ٣٠٦/٥، نقلا عن الخانية، والمغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ١١/١١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥٠/٦.

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٥) أخرجه «البخاري» ٤٦/١ (١٧٥) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة، عن ابن أبي السفر. وفي ٥٤/٣ (٢٠٥٤) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني عبد الله بن أبي السفر. =

=

وفي ٨٥/٧ (٥٤٧٥) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زكريا. وفي ٨٦/٧ (٥٤٧٦) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٨٧/٧ (٥٤٨٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن بيان. وفي (٥٤٨٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا ثابت بن يزيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥٤٨٥) قال البخاري تعليقا: وقال عبد الأعلى، عن داود. وفي (٥٤٨٦) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٨٨/٧ (٥٤٨٧) قال: حدثني محمد، قال: أخبرني ابن فضيل، عن بيان. و«مسلم» ٥٦/٦ (٥٠١٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٥٠١٣) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٥٧/٦ (٥٠١٤) قال: وحدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا ابن علية، قال: وأخبرني شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي (٥٠١٥) قال: وحدثني أبو بكر بن نافع العبدي، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر، وعن ناس ذكر شعبة. وفي (٥٠١٦) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا زكريا. وفي (٥٠١٧) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا زكريا بن أبي زائدة، بهذا الإسناد. وفي (٥٠١٨) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ٥٨/٦ (٥٠١٩) قال: وحدثنا محمد بن الوليد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي (٥٠٢٠) قال: حدثني الوليد بن شجاع السكوني، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن عاصم. وفي (٥٠٢١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا عاصم. و«ابن ماجه» (٣٢٠٨) قال: حدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قال: حدثنا بيان بن بشر. وفي (٣٢١٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن عاصم. وفي (٣٢١٤) قال: حدثنا عمرو بن عبد الله، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قالا: حدثنا زكريا بن أبي زائدة. و«أبو داود» (٢٨٤٨) قال: حدثنا هناد بن السري، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٢٨٤٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٠) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٣) قال: حدثنا الحسين بن معاذ بن خليف، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا داود. وفي (٢٨٥٤) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. و«الترمذي» (١٤٦٩) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (١٤٧١) قال: حدثنا يوسف بن عيسى، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا زكريا. وفي (١٤٧١م) قال: حدثنا ابن أبي عمر،

=

وهو كونه جارحًا قاطعًا بطبعه غير عاقل بفطرته كالسكين، وما يمنع أن يكون آلة وهو كونه مختارًا في فعله كالآدمي، فالشرع شرط التعليم فيها ليترك بعد التعليم اختيار نفسه ويجري على موجب اختيار صاحبه فيعمل له لا لنفسه، فيصير آلة

=

قال: حدثنا سفيان، عن زكريا. و«النسائي» ١٧٩/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٦) عن سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله بن المبارك، عن عاصم. وفي ١٨٠/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٧) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله، عن زكريا. وفي ١٨٢/٧ و١٨٣ و١٩٢، وفي «الكبرى» (٤٧٦١ و٤٧٦٨ و٤٧٩٢) قال: أخبرني عمرو بن يحيى بن الحارث، قال: حدثنا أحمد بن أبي شعيب، قال: حدثنا موسى بن أعين، عن معمر، عن عاصم بن سليمان. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا زكريا، وهو ابن أبي زائدة. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٣) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، وهو ابن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٤) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٥) قال: أخبرنا سليمان بن عبيد الله بن عمرو الغيلاني البصري، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٦) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو داود، عن شعبة، عن ابن أبي السفر، وعن الحكم، وعن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٧) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: أنبأنا زكريا، وعاصم. وفي ١٩٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩١) قال: أخبرنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي ١٩٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٩) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠٠) قال: أخبرنا الحسين بن محمد الذارع، قال: حدثنا أبو محصن، قال: حدثنا حصين. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠١) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، وغيره، عن زكريا. و«ابن حبان» (٥٨٨٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا عباد بن عباد، قال: حدثنا عاصم.

تسعتهم: (عاصم، وزكريا، وبيان بن بشر، وسعيد بن مسروق، والحكم بن عتيبة، ومجالد، وعبد الله بن أبي السفر، وداود بن أبي هند، وحصين بن عبد الرحمن السلمي) عن عامر الشعبي، فذكره.

محضة لصاحبه كالسكين، ويجوز الاصطياد بكل ذي ناب أو مخلب معلم إذا لم يكن عينه محرم، فإنه لا يجوز الاصطياد بالخنزير؛ لأنه نجس العين محرم الانتفاع به فلا يصلح آلة للذكاة.

ورُوي عن أبي حنيفة في ابن العرس: إذا عُلِّم فتعلَّم جاز الاصطياد به.

وقالوا: لا يجوز الاصطياد بالأسد والذئب لأنهما لا يتعلمان؛ لأن التعلم إنما يكون بإمساك الصيد على صاحبه، ومن عادتها أنهما يمسكان صيدهما لنفسهما ولا يأكلانه للحال عادة، وإنما يستدل على العلم بترك الأكل لما نبين، ولو تصور التعلم فيما جاز.

ولو أخذ الجارح المعلم صيدًا وقتله جرحًا يحل، وإن قتله صدمًا أو حتمًا أو حتفًا لا جرحًا لم يحل في الرواية المشهورة مذكورة في الروايات.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول الشافعي: أنه يحل لقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [المائدة: ٤] فقد علق الإباحة بالإمساك على صاحبه إلا بالجرح، فمن علق بالإمساك والجرح فقد زاد عليه.

والمراد من الجوارح الكواسب؛ لأنه مأخوذ من الاجتراح وهو الاكتساب، وهو تفسير أهل اللغة.

وجه ظاهر الرواية: أن يسيل الدم المسفوح مقصودًا بالذكاة، والدم لا ينسفح ولا ينسال إلا بالجرح، وأصل الجرح يمكن اعتباره؛ لأن الكلب جارح بطبعه فلا يحتاج فيه إلى التعلم.

وأمّا الآية فكما شرط الإمساك على صاحبه شرط الجرح أيضًا لقوله: ﴿وَمَا عَلَّمۡتُم مِّنَ ٱلۡجَوَارِحِ﴾ [المائدة: ٤] وهي التي تخرج مأخوذة من الجراحة وهي التفسير عند أهل اللغة.

وحدَّ تعليم ذي الناب أنه إذا أرسل تتبع الصيد، وإذا أخذه أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه، وإن أكل منه لم يكن معلمًا خلافًا لمالك والشافعي.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى قيد الإباحة بالإمساك علينا، وإذا أكله فقد أمسكه

على نفسه دون صاحبه، وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم: "**إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل، وإن أكل منه لا تأكل**"؛ لأنه إنما أمسك على نفسه ولأن حقيقة العلم والجهل في هذه الحيوانات باطنة متمكنة فلا بد من أمارة ودلالة ظاهرة عليها، وتبدّل العادة الأصلية والطبيعة الغريزية دلالة على علمه، والجري على العادة الأصلية أمارة جهله وعادته الأصلية هي الأكل عند الظفر بالمأكول، فإذا بدل الأكل فقد بدل عادته الأصلية فتدل على علمه، وإذا أكل فقد جرى على عادته الأصلية فيدل على جهله.

وأما الإجابة فصاحبه داعيًا ومرسلًا فلا يدل على علمه؛ لأن الكلب ألوف في الأصل يجيب إذا دُعي ويصيد إذا [أرسل][1]، وتعليم ذي المخلب كالبازي والصقر بالاتباع إذا أرسل، وبالإجابة إذا دعي، لا يترك الأكل حتى لو أكل من الصيد يؤكل؛ لأن تبدل جميع عادته الأصلية بالإلف والإجابة وترك الأكل؛ لأنه وحش متنفر في الأصل إلا أن تعليمه بترك الأكل غير ممكن؛ لأنه لا يمكن تعليمه بترك الأكل إلا بالضرب حالة الأكل، وجثته لا تحتمل الضرب، فأمّا جثة الكلب تحتمل الضرب فأمكن تعليمه بترك الأكل، وفي الفهد أمكن اعتبار الكلِّ فاعتبر الكل شرطًا لصيرورته معلمًا.

ولو شرب من دم الصيد ولم يأكل منه فلا بأس بأكله؛ لأن هذا من غاية علمه وحذاقته حيث أكل ما لا يصلح للمرسل وأمسك عليه ما يصلح له.

ولم يوقت أبو حنيفة في التعليم شيئًا فقال: إذا كان عالمًا فكل بأن يقول أهل العلم إنه معلم.

وروى الحسن عنه أنه قال: لا يأكل أول ما يصيده ولا الثاني ويأكل من الثالث.

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا ترك الأكل ثلاثًا صار معلمًا ولا يؤكل الثالث ويحل الرابع.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أسلى.

لهما: أن العلم لا يثبت بترك الأكل مرة لجواز أنه تركه للشبع أو خوفا من الضرب ويثبت بمرات فقدرنا بالثلاث لأنها أقل الجمع الصحيح، ولا يؤكل الثالث؛ لأن التحديد متى وقع بشيء فالحكم إنما يعتبر فيما وراء الحد، وعلى رواية الحسن يؤكل الثالث؛ لأنه دل على التعليم.

له: أن الكلب يتفاوت كياسة وبلادة وجرأة وجبنًا، فينزجر عن الأكل خوفًا من الضرب لا علمًا، والبليد يطول ويمتد مدة تعلمه فلا يمكن التحديد للعلم بحد واحد فيفوض إلى رأي أهل العلم.

وإذا صار معلمًا في الظاهر ثم أكل من صيده بطل تعلمه ولا يؤكل ما صاده قبل ذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: يؤكل سوى الذي أكل منه.

لهما: أن ما أخذه المالك وأحرزه من الصيود فقد حكمنا بإباحته بالاجتهاد، وكل حكم ثبت بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله، وهنا لو حرمنا الصيود المحرزة فقد نقضنا حكمًا باجتهاد مثله؛ لأن أكل الكلب من الصيد محمول بين أن يكون لجهله وبين أن يكون لشدة جوعه أو لاعتراض نسيان ما علمه، وهذا لا يوجب جهله فيما مضى فلم ينقض ما حكمنا بإباحته بالاجتهاد فيما مضى بالاحتمال وحكمنا بحرمة ما صاده في المستقبل احتياطًا.

له: أن الاصطياد حرفة، والحرفة قلَّ ما تُنسى، وإنما تنسى دقائقها، فلما أكل والأكل علامة جهله في الحال تبين أنه لم يكن عالمًا إذ لا وجه لاحتمال النسيان، ولأن علمه إنما يثبت ظاهرًا فيبقى جهله موهومًا والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق شرعا احتياطًا ما أمكن، فقد أمكن اعتبار هذا الموهوم في حق الصيود القائمة؛ لأن حاجته إلى إثبات الإباحة قبل الأكل غير ماسة فلم تثبت الإباحة لتوهم الجهل احتياطا للحرمة، وفي حق الفائتة بالأكل لا يثبت توهم الجهل لامتساس حاجته إلى إثبات الإباحة حالة الأكل.

وإن قتله فأخذه صاحبه منه ثم وثب عليه فانتهش منه قطعة ورمى بها صاحبه إليه فأكلها لم يحرم؛ لأنه تمم الإمساك على صاحبه لما أخذه صاحبه وإنما أكل منه

بعدما خرج من أن يكون صيدًا متوحشًا فصار هذا وسائر الأطعمة في يده سواء.

ولو أكل قبل أن يأخذه صاحبه يكره أكله؛ لأنه أكل في حالة الاصطياد فلم يتم الإمساك على صاحبه، وكذلك لو انتهش منه قطعة في اتباعه فأكلها ثم لحقه فقتله ولم يأكل لم يحل؛ لأنه لما انتهش منه بضعة وأكلها فقد زالت علامة علمه وظهر أنه أخذه لنفسه لا لصاحبه.

وإن ألقاها ثم اتبع الصيد وقتله ولم يأكل ثم عاد إلى القطعة وأكلها يحل؛ لأنه لما ألقى النهشة ولم يأكلها علم أنه أخذ الصيد للمالك لا لنفسه ونهش البضعة كان حيلة منه للأخذ حتى يتخذه فيضعف عن التوحش والتنفر فيمكنه الأخذ فلا يدل على الجهل وإنما أكل تلك القطعة بعدما صارت ميتة فصار كما لو أكل من دمه.

مسلم صاد بكلب مجوسي يؤكل كما يذبح بسكينه؛ لأنه آلة لا تأثير لها في الحرمة؛ لأن الجرح من طبعه كالجرح من السكين فلا يكون الجرح مضافًا إلى تعليم المجوسي، وإنما المضاف إلى تعليمه إمساكه على صاحبه، ولو شارك المجوسي المسلم في الأخذ ثم تفرد المسلم بالذكاة حل، فكذا إذا شاركه المجوسي في الإمساك ثم تفرد المسلم بالذكاة. والله أعلم.

(باب معرفة الإرسال)

ولا بد للإباحة من الإرسال والتسمية عنده وكون المرسل من أهل الذكاة.

أما الإرسال فشرط لقوله تعالى: ﴿مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ [المائدة: ٤] جاء في التفسير أي مضريين والتضرية الإرسال والإشلاء، وقال صلى الله عليه وسلم لعدي: "**وإذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل**"[1] فقد شرط الإباحة بالإرسال

---

(١) أخرجه «البخاري» ١/٤٦ (١٧٥) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة، عن ابن أبي السفر. وفي ٣/٥٤ (٢٠٥٤) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني عبد الله بن أبي السفر. وفي ٧/٨٥ (٥٤٧٥) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زكريا. وفي ٧/٨٦ (٥٤٧٦) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. =

=

وفي ٨٧/٧ (٥٤٨٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن بيان. وفي (٥٤٨٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا ثابت بن يزيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥٤٨٥) قال البخاري تعليقا: وقال عبد الأعلى، عن داود. وفي (٥٤٨٦) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٨٨/٧ (٥٤٨٧) قال: حدثني محمد، قال: أخبرني ابن فضيل، عن بيان. و«مسلم» ٥٦/٦ (٥٠١٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٥٠١٣) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٥٧/٦ (٥٠١٤) قال: وحدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا ابن علية، قال: وأخبرني شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي (٥٠١٥) قال: وحدثني أبو بكر بن نافع العبدي، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر، وعن ناس ذكر شعبة. وفي (٥٠١٦) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا زكريا. وفي (٥٠١٧) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا زكريا بن أبي زائدة، بهذا الإسناد. وفي (٥٠١٨) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ٥٨/٦ (٥٠١٩) قال: وحدثنا محمد بن الوليد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي (٥٠٢٠) قال: حدثني الوليد بن شجاع السكوني، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن عاصم. وفي (٥٠٢١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا عاصم. و«ابن ماجه» (٣٢٠٨) قال: حدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قال: حدثنا بيان بن بشر. وفي (٣٢١٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن عاصم. وفي (٣٢١٤) قال: حدثنا عمرو بن عبد الله، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قالا: حدثنا زكريا بن أبي زائدة. و«أبو داود» (٢٨٤٨) قال: حدثنا هناد بن السري، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٢٨٤٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٠) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٣) قال: حدثنا الحسين بن معاذ بن خليف، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا داود. وفي (٢٨٥٤) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. و«الترمذي» (١٤٦٩) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (١٤٧١) قال: حدثنا يوسف بن عيسى، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا زكريا. وفي (١٤٧١م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن زكريا.

=

والتسمية، ولأن الكلب المعلم آلة للذكاة، والذكاة لا تحصل إلا باستعمال الآلة، فإن الصيد أو الشاة لو انقلب على سكين وأصاب مذبحه ومات لا يحل والاستعمال هنا يحصل بالإرسال فلما كان إرسال الكلب كاستعمال السكين في الذبح ومتى

=

و«النسائي» ١٧٩/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٦) عن سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله بن المبارك، عن عاصم. وفي ١٨٠/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٧) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله، عن زكريا. وفي ١٨٢/٧ و١٨٣ و١٩٢، وفي «الكبرى» (٤٧٦١ و٤٧٦٨ و٤٧٩٢) قال: أخبرني عمرو بن يحيى بن الحارث، قال: حدثنا أحمد بن أبي شعيب، قال: حدثنا موسى بن أعين، عن معمر، عن عاصم بن سليمان. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا زكريا، وهو ابن أبي زائدة. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٣) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، وهو ابن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٤) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٥) قال: أخبرنا سليمان بن عبيد الله بن عمرو الغيلاني البصري، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٦) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو داود، عن شعبة، عن ابن أبي السفر، وعن الحكم، وعن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٧) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: أنبأنا زكريا، وعاصم. وفي ١٩٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩١) قال: أخبرنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي ١٩٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٩) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠٠) قال: أخبرنا الحسين بن محمد الذارع، قال: حدثنا أبو محصن، قال: حدثنا حصين. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠١) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، وغيره، عن زكريا. و«ابن حبان» (٥٨٨٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا عباد بن عباد، قال: حدثنا عاصم.

تسعتهم: (عاصم، وزكريا، وبيان بن بشر، وسعيد بن مسروق، والحكم بن عتيبة، ومجالد، وعبد الله بن أبي السفر، وداود بن أبي هند، وحصين بن عبد الرحمن السلمي) عن عامر الشعبي، فذكره.

كان الإرسال بمنزلة الذكاة فيشترط الأهلية والتسمية عند الإرسال كما يشترط عند الذبح إلا أنه لا يشترط التسمية على كل صيد بعينه بخلاف الذبح لما يأتي في كتاب الذبائح.

ثم الإرسال على أقسام:

(**الأول**): يجب أن يكون الإرسال على ما هو صيد بأن أرسل كلبًا على صيد غائبة حتى لو أرسله إلى ما ليس بصيد من الإبل والبقر والغنم فأصاب صيدًا لا يحل أكله؛ لأن الإرسال إلى ما ليس بصيد لا يكون ذكاة شرعا؛ لأنه إنما شرع ذكاة حال عجزه عن الذكاة حقيقة ولا يتحقق العجز عن الذكاة إلا في حق الصيد المتوحش المتنفر.

ولو سمع حسًّا فظنه صيدًا فأرسل كلبه قاصدًا صيدًا ثم تبين أن المسموع حسّه كان آدميًّا أو بقرا أو شاة لم يؤكل؛ لأنه ما أرسله إلى صيده، وكذلك لو سمع حسًّا ولم يعلم أنه حس صيد وغيره؛ لأنه وقع الشك في صحة الإرسال فلا تثبت الصحة بالشك، ولو ظنّ أن المسموع حسه صيد فأرسل كلبا، فإذا هو حس صيد غير مأكول وأصاب صيدًا آخر يحل.

وقال زفر: إن كان حس صيد غير مأكول لا يحل المأخوذ.

ورُوي عن أبي يوسف: إن كان حسن خنزير لا يحل؛ لأن الخنزير محرم العين لا يحل الانتفاع به بوجه ما فلم يصح الإرسال إليه أصلًا.

لنا: أن اسم الصيد يتناول المأكول وغيره؛ لأنه اسم لكل ممتنع متوحش فحصل الإرسال إلى الصيد فصح فصار كأنه أخرج كلبه على صيد بعينه وهو غير مأكول فأصاب غيره يحل وكذا هذا؛ لأن تعبير الصيد غير معتبر في الإرسال فسقط حكم قصده فصار كأنه أرسله إلى المصاب ابتداء، وكذا لو سمع حسا فظنه آدميا فأصاب الحس نفسه، فإذا هو صيد يحل؛ لأن تعيين الصيد غير معتبر في الإرسال فلم يعتبر قصده أصلًا فصار كأنه أرسل إلى المحسوس صح؛ لأنه أرسله إلى صيد.

(**المنتقى**): ولو رمى ظبيًا أو طيرًا فأصاب غيره وذهب المرمي ولم يدر أنه كان

متوحشًا أو مستأنسًا أكل الصيد؛ لأن الأصل في الصيد التوحش والتنفر فيتمسك بالأصل حتى يعلم إلفه واستيناسه.

وقال محمد رحمه الله: لو ظن حين رآه أنه صيد ثم تحول رأيه وصار أكثر رأيه أن الذي رماه كان إلفا أهليا يحل الصيد الذي أصابه؛ لأن الأول عندنا صيد بحكم الأصل حتى يعلم أنه غير صيد.

ولو رمى إلى بعير نادٍّ فأصاب صيدا تؤكل؛ لأنه صح الرمي إلى النادِّ.

ولو ظن أنه نادّ وأصاب صيدًا فذهب البعير ولم يكن يعلم أنه كان نادًّا أو غير نادٍّ لم يؤكل حتى يعلم أنه كان نادًّا؛ لأن الأصل فيه الإلف والاستئناس دون التنفر والشرود، وكذا لو رمى إلى ظبي مربوط وهو يظنّ أنه صيد فأصاب ظبيًا آخر لم يؤكل؛ لأنه بالرّبط لم يبق صيدًا، وكذا لو أرسل كلبه على صيد موثق في يده فصاد غيره لم يؤكل، وكذا لو أرسل هذا على فيل فاصطاد ظبيًا لم يؤكل.

ولو رمى سمكًا أو جرادًا فأصاب صيدا فعن أبي يوسف فيه روايتان في رواية لا يؤكل؛ لأن السمكة والجراد لا يقع عليهما الذكاة فرميه وتركه سواء وفي رواية يؤكل وهي الأصح؛ لأن المرمي إليه صيد فكان الرمي حاصلا إلى صيد فصح كما لو رمى إلى خنزير فأصاب صيدا.

(**والقسم الثاني**): أن يكون عقد الإرسال باقيا ولا ينقطع إلى وقت الأخذ حتى لو أرسل كلبه إلى صيد فأخذ صيدا آخر أو عددا من الصيد واحدًا بعد واحد في ذلك الفور فكله حلال؛ لأن الذهاب حصل بإرساله فيكون مضافًا إليه فما أخذ بهذا الذهاب يكون الأخذ مضافًا إلى إرساله وفي تعيين المسار إليه نوع حرج فلا يعتبر تعيينه، وإن قتل صيدا وختم عليه طويلا فمر به صيد آخر وأخذه لم يؤكل وكذا إذا عدل عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل في غير طلب الصيد وفتر عن سننه ثم اتبع صيدا فأخذه لم يؤكل؛ لأن الختم والانحراف عن وجه الإرسال قد خرج من حال الإرسال وانقطع حكمه حيث تقاعد وفتر عن الصيد فصار الذهاب غير مستند إلى إرساله فيكون الأخذ بغير إرساله فلا يحل إلا إذا زجره صاحبه فينزجر؛ لأن في الابتداء لو ذهب بنفسه بغير إرسال ثم زجره صاحبه فانزجر يحل فكذا هذا.

وإن انفلت فصاح به وسمى، فإن انزجر لصاحبه حل وإلا فلا.

وقال مالك: لا يحل أصلًا.

لنا: أن الزجر إذا لم يتقدمه إرسال وقد أثر الزجر في الكلب أمكن أن يجعل الزجر إرسالا مبتدأ إذ لم يوجد ما هو أقوى منه في إضافة الحكم إليه وفعل العجماء جبار لا يورث شبهة الحرمة بخلاف ما إذا تقدمه إرسال وإذا كمن الكلب أو الفهد في إرساله حتى استلم من الصيد وثب عليه فقتله يحل؛ لأن هذا من عادة الجوارح ليتمكنوا من أخذ الصيد فلم ينقطع جهة الإرسال به.

(**والقسم الثالث**): أن يلحقه المرسل أو من يقوم مقامه قبل انقطاع الطلب حتى لو توارى الكلب والصيد عن المرسل فأدركه ميتا، فإن ترك طلبه لا يؤكل، وإن لم يترك طلبه لا يحل قياسًا لاحتمال أن تكون هوام الأرض أو سبع قتله ويحل استحسانًا للضرورة؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عن تواري الصيد إما لبعد المسافة بين المرسل والصيد أو بسبب الحيطان والأشجار فسقط اعتبار هذا الموهوم للتعدد إذ لو لم يسقط لما حل صيد أبدا بالرمي ولا ضرورة فيما إذا ترك طلبه؛ لأن الاحتراز عن الموهوم هنا ممكن بأن يتبع أثره ولا يشتغل بعمل آخر فيعتبر هذا الموهوم في حق التحريم احتياطًا.

وأصله: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن ذلك فقال: كُلْ ما أصْمَيتَ ودَعْ ما أنميت، قال أبو يوسف ومحمد الإصماء ما عاينه، والإنماء توارى عنه، وإن أدركه حيًّا واحده لم يحل له إلا بالذبح قدر على ذكاته أو لم يقدر لفقد الآلة ولضيق الوقت بأن كان في آخر الرمق.

ورُوي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأنه إذا لم يقدر على الذكاة الاختياري لضيق الوقت فلم يقدر على الأصل فلا يبطل حكم البدل كالمقيم إذا وجد الماء ولم يقدر على استعماله.

وجه ظاهر الرواية أن اعتبار حقيقة التمكن من الذبح غير ممكن؛ لأنه لا بد من الذبح من تقدير مدة والناس تتفاوت في مدة التمكن من الذبح منهم من يتمكن من الذبح في ساعة لطيفة، ومنهم من لا يتمكن إلا بأكثر من ساعة على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في الذبح ومتى تعذر اعتبار حقيقة التمكن أقمنا سبب التمكن

من الذبح وهو إثبات اليد على المذبح مقام التمكن كما أقيم السفر مقام المشقة وصار كالأهلي إذا وجده المالك ولم يتمكن من ذبحه لا يحل بذكاة الاضطرار فكذا هذا.

وذكر الكرخي في مختصره: لو أدركه ولم يأخذه، فإن كان في وقت أمكنه ذبحه لم يؤكل، وإن كان لا يمكنه ذبحه بعد أخذه أكل؛ لأن اليد لم تثبت على المذبح والتمكن من الذبح لم يوجد.

(باب ما يعترض على الإرسال فيفسده)

ولو أرسل مسلم كلبه وسمى فصاح به مجوسي أو مرتد أو محرم وانزجر لصياحه أكل صيده.

ولو أرسله مجوسي أو محرم وصاح به مسلم فانزجر لا يؤكل. والفرق أن إرسال المسلم قد صح وصيحة المجوسي لا تفسده؛ لأنه تقوية للإرسال وتحريض للكلب وليس بابتداء إرسال منه فلا ينقطع الإرسال بالزجر فبقي صحيحًا.

فأمَّا الإرسال من المجوسي وقع فاسدًا فلا ينقلب صحيحًا بالزجر وكذا إذا أرسل وترك التسمية عمدًا فزجره مسلم وسمى لم يحل.

ولو وجدت التسمية من المرسل فزجره من لم يسم حل وكذا المسلم إذا ذبح فأمرّ المجوسي السكين بعد الذبح لم يحرم.

ولو ذبح المجوسي وأمر المسلم بعده لم يحل لما ذكرنا أن أصل الفعل متى وقع صحيحًا لا ينقلب فاسدًا ومتى وقع فاسدًا لا ينقلب صحيحًا، وكذا محرم دل حلالا على صيد فقتله يحل له نص عليه في الروايات؛ لأن ذبحه حصل بفعل الحلال لا بدلالة المحرم.

ونص في (**المنتقى**) عن أبي حنيفة ومحمد: أنه لا يحل لحديث أبي قتادة حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**هل أعنتم؟ هل أشرتم؟ فقالوا: لا، فقال: إذًا فكلوا**" علق الإباحة بعدم الإعانة وفي الدلالة نوع إعانة.

ولو أرسل مسلم كلبه فرد عليه الصيد كلب غير معلم أو معلم لم يرسله أحد

ولم يزجره بعد انبعاثه فأخذه الأول وقتله لم يؤكل لأنه شاركه في الأخذ؛ لأن مشاركة الكلب هكذا تكون وقد قال عليه السلام لعدي: "**وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل، لأنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك**"[1] بخلاف

(١) أخرجه «البخاري» ١/٤٦ (١٧٥) قال: حدثنا حفص بن عمر، قال: حدثنا شعبة، عن ابن أبي السفر. وفي ٣/٥٤ (٢٠٥٤) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا شعبة، قال: أخبرني عبد الله بن أبي السفر. وفي ٧/٨٥ (٥٤٧٥) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زكريا. وفي ٧/٨٦ (٥٤٧٦) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٧/٨٧ (٥٤٨٣) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا محمد بن فضيل، عن بيان. وفي (٥٤٨٤) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا ثابت بن يزيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥٤٨٥) قال البخاري تعليقا: وقال عبد الأعلى، عن داود. وفي (٥٤٨٦) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٧/٨٨ (٥٤٨٧) قال: حدثني محمد، قال: أخبرني ابن فضيل، عن بيان. و«مسلم» ٦/٥٦ (٥٠١٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٥٠١٣) قال: وحدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي ٦/٥٧ (٥٠١٤) قال: وحدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا ابن علية، قال: وأخبرني شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. وفي (٥٠١٥) قال: وحدثني أبو بكر بن نافع العبدي، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر، وعن ناس ذكر شعبة. وفي (٥٠١٦) قال: وحدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا أبي، قال: حدثنا زكريا. وفي (٥٠١٧) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، قال: حدثنا زكريا بن أبي زائدة، بهذا الإسناد. وفي (٥٠١٨) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ٦/٥٨ (٥٠١٩) قال: وحدثنا محمد بن الوليد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي (٥٠٢٠) قال: حدثني الوليد بن شجاع السكوني، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن عاصم. وفي (٥٠٢١) قال: حدثنا يحيى بن أيوب، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرنا عاصم. و«ابن ماجه» (٣٢٠٨) قال: حدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قال: حدثنا بيان بن بشر. وفي (٣٢١٣) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن عاصم. وفي (٣٢١٤) قال: حدثنا عمرو بن عبد الله، قال: حدثنا وكيع (ح) وحدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل، قالا: حدثنا زكريا بن أبي زائدة. و«أبو داود» (٢٨٤٨) قال: حدثنا هناد بن السري، قال: حدثنا ابن فضيل، عن بيان. وفي (٢٨٤٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٠) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أحمد بن =

=

حنبل، قال: حدثنا يحيى بن زكريا بن أبي زائدة، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (٢٨٥٣) قال: حدثنا الحسين بن معاذ بن خليف، قال: حدثنا عبد الأعلى، قال: حدثنا داود. وفي (٢٨٥٤) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا شعبة، عن عبد الله بن أبي السفر. و«الترمذي» (١٤٦٩) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي (١٤٧١) قال: حدثنا يوسف بن عيسى، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا زكريا. وفي (١٤٧١م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن زكريا. و«النسائي» ١٧٩/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٦) عن سويد بن نصر، قال: أنبأنا عبد الله بن المبارك، عن عاصم. وفي ١٨٠/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٥٧) قال: أخبرنا سويد بن نصر، قال: حدثنا عبد الله، عن زكريا. وفي ١٨٢/٧ و١٨٣ و١٩٢، وفي «الكبرى» (٤٧٦١ و٤٧٦٨ و٤٧٩٢) قال: أخبرني عمرو بن يحيى بن الحارث، قال: حدثنا أحمد بن أبي شعيب، قال: حدثنا موسى بن أعين، عن معمر، عن عاصم بن سليمان. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٢) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا زكريا، وهو ابن أبي زائدة. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٣) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، وهو ابن جعفر، قال: حدثنا شعبة، عن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٤) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد، قال: حدثنا شعبة، عن الحكم. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٥) قال: أخبرنا سليمان بن عبيد الله بن عمرو الغيلاني البصري، قال: حدثنا بهز، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٦) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا أبو داود، عن شعبة، عن ابن أبي السفر، وعن الحكم، وعن سعيد بن مسروق. وفي ١٨٣/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٦٧) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن هارون، قال: أنبأنا زكريا، وعاصم. وفي ١٩٢/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩١) قال: أخبرنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك، قال: أخبرني عاصم الأحول. وفي ١٩٤/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٩) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عبد الله بن أبي السفر. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠٠) قال: أخبرنا الحسين بن محمد الذارع، قال: حدثنا أبو محصن، قال: حدثنا حصين. وفي ١٩٥/٧، وفي «الكبرى» (٤٨٠١) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: أخبرنا عيسى بن يونس، وغيره، عن زكريا. و«ابن حبان» (٥٨٨٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا عبيد الله بن عمر القواريري، قال: حدثنا عباد بن عباد، قال: حدثنا عاصم.

=

ما لو رد عليه آدمي أو دابة أو طير أو مجوسي حل؛ لأن الأخذ من الكلب المعلم ذبح حكمًا ولا يمكن أن يجعل هو لا مشاركًا إياه في الذبح؛ لأنه لم يوجد منه استعمال آلة الذبح وهو بنفسه لا يصلح له فلا يصير شريكًا للكلب في الذبح، فأمّا الكلب الجاهل يصلح آلة للذبح كالمعلم؛ لأنه خارج بنفسه فيصير مشاركا إياه في الذبح فاجتمع المسح والمحرم فيحرم كما لو مدّ المجوسي مع المسلم قوسًا إلى صيد وأصاب الصيد لا يؤكل؛ لأنه شاركه في الذبح؛ لأنه استعمل معه آلة الذبح.

ولو لم يرد عليه ولكنه اشتد عليه بأن كان يتبع أثر المرسل حتى قتله الأول حل أكله؛ لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل لا في الصيد فصَار فعله تبعًا لفعل المرسل فأضاف الأخذ إلى المرسل لا إلى المحرض والمشدّد بخلاف ما لو ردّ عليه لأن فعله أثر في الصيد لا في الكلب فصار الأخذ مضافًا إليهمَا.

مجوسي أرسل ثم أسلم فاصطاد كلبه لم يؤكل، وكذلك لو زجره بعد الإسلام فانزجر لزجره، ولو كان مسلمًا حالة الإرسال والرمي لا حالة الأخذ؛ لأن الإرسال والرمي فعل الذكاة بمنزلة الذبح فيعتبر إسلامه وتمجسه وردّته عند الذبح لا عند زهوق الروح فكذا هنا يعتبر إسلامه وكفره وقت الإرسال والرمي لا بعده.

(النوادر) ولو ضرب الكلب الصيد فوقذه ثم ضربه بآنية فقتله أكل، وكذلك لو أرسل كلبين فضربه أحدهما فوقده ثم ضربه الآخر فقتله أكل، وكذلك لو أرسل رجلان كل واحد كلبه فوقده أحدهما وقتله الآخر، فإنه يؤكل والصيد لصاحب الأول؛ لأن جرح الكلب بعد الجرح لا يمكن الاحتراز عنه؛ لأنه لا يمكن تعليمه بترك الجرح بعد الجرح فصار كأن القتل حصل بفعل واحد إلا أن الأول لما أخرجه من أن يكون صيدا صار ملكًا لصاحبه فلا يزول ملكه بجراحة الثاني.

=

تسعتهم: (عاصم، وزكريا، وبيان بن بشر، وسعيد بن مسروق، والحكم بن عتيبة، ومجالد، وعبد الله بن أبي السفر، وداود بن أبي هند، وحصين بن عبد الرحمن السلمي) عن عامر الشعبي، فذكره.

(باب رمي الصيد)

فيه فصلان:

فصل: في الرمي.

وفصل: في الإصابة.

(فصل)

وإن رمى ببندقة أو حجر أو معراض أو عصا ونحوه لا يحل؛ لأن هذه الأشياء تدق وتمزق ولا تجرح ولا تخرق فيكون موقوذة وهو حرام بالنص، وإن حدد عودا وطوله كالسهم، فإن أصاب بحده وخرقه حل وإلا فلا؛ لأنه متى خرقه ولصعه يكون آلة جارحة قاطعة فتكون بمنزلة السّكين ومتى لم يخرقه وأصابه بعرضه فقد وقذه والموقوذة حرام.

وأصله: قوله عليه السلام لمن سأله عن المعراض[1] فقال: "**ما أصابه بحدّه فكل، وما أصاب بعرضه فلا تأكل**" والمعراض سهم لا ريش ولا نصل له وإنه حديد الرأس يسمّى معراضًا؛ لأنه يذهب معترضا فتارة يصيب بحده وتارة يصيب بعرضه وتارة يصيب فيدقه ويكسره وإن رمى بسكين فأصاب بقفاها أو بمقبضها فقتله لم يحل؛ لأنه يمزق ولا يخرق والمزراق كالسهم؛ لأنه يجرح ويخرق وإن رماه بسهم وجرحه وأدماه حل؛ لأنه بمنزلة الذكاة عند العجز والاضطرار وإن جرحه ولم يدم اختلفوا فيه قيل لا يحل وقيل يحل بناء على اختلافهم في الشاة إذا اعتلفت بالعنَّاب

---

(١) قَالَ الْخَلِيلُ وَتَبِعَهُ جَمَاعَة: (الْمِعْرَاض) سَهْم لَا رِيش لَهُ وَلَا نَصْل.

وَقَالَ ابْن دُرَيْدٍ وَتَبِعَهُ ابْن سِيدَهْ: سَهْمٌ طَوِيل، لَهُ أَرْبَع قُذَذ رِقَاق، فَإِذَا رَمَى بِهِ اعْتَرَضَ.

وَقَالَ الْخَطَّابِيُّ: الْمِعْرَاض: نَصْل عَرِيض، لَهُ ثِقَل وَرَزَانَة.

وَقِيلَ: عُودٌ رَقِيق الطَّرَفَيْنِ، غَلِيظ الْوَسَط، وَهُوَ الْمُسَمَّى بِالْحُذَافَةِ.

وَقِيلَ: خَشَبَة ثَقِيلَة، آخِرهَا عَصَا مُحَدَّد رَأسهَا، وَقَدْ لَا يُحَدَّد؛ وَقَوَّى هَذَا الْأَخِير النَّوَوِيّ تَبَعًا لِعِيَاضٍ، وَقَالَ الْقُرْطُبِيّ: إِنَّهُ الْمَشْهُور.

وَقَالَ ابْن التِّين: الْمِعْرَاض: عَصًا فِي طَرَفهَا حَدِيدَة، يَرْمِي الصَّائِد بِهَا الصَّيْد. فتح الباري (ج١٥/ ص٤٠٤).

قد يجب ولم يسل منها الدم قيل لا تحل لأن الذكاة شرعت لإنهار الدم ومتى لم يسل منها الدم فإنه حرام فلا يحل تناوله مع الدم ومتى كانت ذكاة الاختيار لا تفيد الإباحة بدون إنهار الدم فكذا ذكاة الاضطرار لأنه بدل عنها وقيل يحل لأن الدم متى انجمد في عروقه لا يتصوّر إنهاره وتسييله فسقط اعتباره كالدم الذي يبقى في الذبيحة واللحم ومتى كانت ذكاة الاختيار بعيد الإباحة بدون إنهار الدم فكذا ذكاة الاضطرار وقيل إن كانت الجراحة صغيرة لا يحل إذا لم يدم، وإن كانت كبيرة يحل؛ لأن الجراحة متى كانت صغيرة فعدم خروج الدم يكون محالا على ضيق المسلك لا على عدم الدم فيه أصلًا وخروج الدم حال وجوده شرط الإباحة ومتى كانت كبيرة فعدم الخروج يكون لعدم الدم فيه أصلًا لا لضيق المسلك.

ولو رمى إلى صيد فأمالته الريح يمنة أو يسرة وعدل عن سننه فأصاب صيدًا لم يؤكل؛ لأن حكم الرمي قد انقطع؛ لأن مضي السهم يمنة أو يسرة أو العدول عن سننه ليس من موجب الرمي وإنما الإصابة بالريح لا بفعل الرامي.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أن حكم الرمي لا ينقطع بالتغيّر عن سننه يمينًا وشمالًا إلا إذا ارتد من ورائه، وكذا لو أصاب السّهم حائطا أو صخرة فرجع السهم وأصاب الصيد لم يؤكل؛ لأن الرمي قد انقطع واحتمل أن الإصابة بقوة الحائط والصخرة فلا يحل مع الشك.

ولو مرّ السهم على سننه لكن انحرف يمنة أو يسرة بالريح أو أصاب الحائط ومرّ على وجهه فلا بأس به؛ لأن ذهابه على سننه فأصابته الرمية إلا أن الريح وصدمة الحائط زادت في قوته ولا عبرة بهذه الزيادة كما لو هبت الريح فضربت السهم فزادت في ذهابه فأصاب الصيد لا بأس بأكله؛ لأن فعل الريح ليس من فعل حبس الرامي فلا يتحقق بهذه الإعانة شبهة المشاركة فبقيت الإصَابَة مضافة إلى الرمي.

وإن رمى صيدا ثم رماه آخر فأصاب الثاني السهم الأول فرده عن وجهه حتى أصاب صيدا فقتله، فإن كان الثاني رمى إلى الصيد يحل وإلا فلا لأن الثاني متى رد الأول عن وجهه وسننه فقد انقطع رمي الأول فبقيت الإضافة مضافة إلى الرمي الثاني فإن كان قصد به الرمي إلى الصيد بأن سمى عليه يحل وإلّا فلا.

وإن أصاب الثاني الأول فزاد في رميه حتى ذهب السّهم الأول فقتل الصيد فهو للأول؛ لأن السهم الثاني وإن زاد في قوته ولكن ما يزيد في الشيء لا يكون قاطعا لحكمه بل يكون مقررًا له فتكون الإصابة مضافة إلى الرمي الأوّل كما لو ازدادت قوته بالريح إلا أن يعلم أن السهم الأول لم يكن يبلغ الصيد فإنما بلغ بالرمية الثانية فحينئذ الصيد للثاني؛ لأن الرمي الأول صار مصيبا للرمي للصّيد بفعل الثاني فصار بفعل الثاني علة لفعل الأول فتكون الإصابة مضافة إليه كما لو ردّ السهم الثاني السهم الأول حتى أصاب صيدًا كان للثاني؛ لأنه انقطع موجب الرمي الأول فتكون الإصابة مضافة إلى الثاني وكذا مسلم رمى صيدًا فأصاب سهمًا موضوعًا فرفعه فأصاب صيدًا فقتله جرحا يؤكل؛ لأن السهم الموضوع إنما ارتفع بقوة السهم الأول فيكون نفوذه بواسطة الأول مضافًا إلى فعلهِ، ألا ترى أنه لو أصاب السهم المرفوع إنسانًا فقتله يجب القصاص على الرامي لو لم تكن الإصابة مضافة إلى رميه لما وجب عليه القصاص، وكذا لو رمى بمعراضٍ أو حجر أو بندقة فأصاب سهمًا فرفعه وأصاب السهم الصيد فقتله يحل؛ لأن الرمي بالمعراض والحجر ذكاة إذا جرح وحرق وإنما لا يكون ذكاة إذا دق لمعنى في المحل وهو أن الدق يخرجه من الصيدية لا لنقصان في الرمي فتكون إصابة السهم مضافة إلى فعل هو ذكاة فتكون ذكاة.

ولو كان الرامي الثاني مجوسيًّا فأصاب سهمه سهم المسلم فزاد رميه حتى أصاب الصيد فقتله لا يؤكل؛ لأن المجوسي أعانه على قتله؛ لأنه من جنس الفعل الأوّل فيتحقق بهذه الإعانة شبهة المشاركة وشبهة المشاركة تكفي للتحريم احتياطًا، ألا ترى أن المسلم لو وضع السكين على حلق الشاة فوضع المجوسي يده على يده وأعانه على ذبحه لم يحل وشبهة المشاركة لا تكفي للملك حتى يقع الملك فيه للمسلم؛ لأنه لا يحتاط في إثباته وأصل الرمي وجد من المسلم فيكون له، وكذا مجوسي رمى إلى صيد ففر الصيد من سهمه أو أرسل كلبه على صيد فنفر من كلبه فرماه مسلم بسهم أو أرسل كلبه لم يحل؛ لأن المجوسي أعانه على اصطياده فالإعانة تشبه الشركة في الاصطياد فتلحق بحقيقة الشركة تغليبًا للحرمة إلا إذا وقع سهم المجوسي على الأرض أو انصرف كلبه قبل رمي المسلم فإرساله يحل؛ لأن

إعانته قد انقطعت بوقوع السّهم على الأرض أو انصرف كلبه قبل رمي المسلم وإرساله يحل؛ لأن إعانته قد انقطعت بوقوع السهم على الأرض وبانصراف الكلب عن أثر الصيد وصار كمجوسي أضجع شاة فجاء مسلم وأخذ السكين من يده وذبحه حل أكله لزوال إعانة المجوسي فكذا هذا.

(فصل)

رمى صيدا فتوارى عنه ثم وجده ميتا وبه أثر ضربة أخرى لا يحل؛ لأنه يحتمل أنه مات بسبب تلك الضربة المجهولة فصار كمسلم ومجوسي رميا فقتلا صيدا ثم الأصل أن من رمى صيدا فأصابه فالعبرة في حق الضمان والحل لوقت الرمي وفي حق الملك لوقت الإصابة لأن الصيد مباح التملك فلا تملك إلا بالإحراز ولا إحراز بدون الإصابة والحل متعلق بالذكاة والذكاة فعله وهو الرمي والضمان يجب بالجناية والجناية فعله ولا فعل فيه سوى الرمي. رمى صيدا ثم رماه غيره فقتله فهو على وجهين: إمّا أن أثخنه الرمي الأول أو لم يثخنه، فإن لم يثخنه فهو ملك للثاني وحلال له ولا ضمان عليه؛ لأن الأول لم يخرجه عن كونه صيدًا بل أثاره، والثاني أخرجه عن كونه صيدا وأخذه فيكون حلالا له لقوله عليه السلام: "**الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره**" وإن أثخنه الرمي الأول حتى لا يستطيع براحا، ينظر إن كان بحال لا ينجو الصيد منه حل للأول ويكون ملكًا له؛ لأن الموت حصل مضافًا إلى رميه دون الرمي الثاني، وإن كان بحال ينجو منه الصيد فرماه الثاني ومات لا يحل لأن الموت حصل بالرميتين والرمية الثانية وجدت بعد خروج المحل من أن يكون صيدا فلم يكن فعله ذكاة شرعا فصار كالرمي إلى الشاة فقد اجتمع المبيح والمحرم فيحرم ويكون الصيد ملكًا للأول؛ لأنه يصير أخذًا له بالإصابة والإثخان، وهل يضمن الثاني؟ ينظر إن مات من الرمي الثاني لا من الأول يغرم الثاني قيمته مخروجا للأول؛ لأن الأول ملكه بالإثخان والثاني أتلف ملك الأول منقوصًا بالجرح الأول.

وإن مات من الجراحتين ضمن ما نقصه رميته؛ لأنه جرح صيدا مملوكًا للأول ونصف قيمته حيًّا مجروحا بجراحتين؛ لأن الباقي تلف بالجراحتين وفعل المالك

هدر وفعل غيره معتبر إلا أنه ضمن بنقصان جرحه مرّة فلا يضمنه ثانيا فصار كمن ضرب عبده سوطا ثم ضربه آخر سوطا فمات منهما يغرم الأجنبي ما نقصه سوط مضروب السّوط الأول ونصف قيمته مضروب السوطين فكذا هذا ثم يضمن نصف قيمته لحمًا ذكيًّا؛ لأن النصف الذي تلف بفعل الرامي الأول يحل تناوله لولا رمي الثاني والثاني برميه أفسد عليه لحم ذلك النصف؛ لأنه صار ميتًا بصيغة حتى لو أدركه الأوّل حتى صار الحل متعلقا بالذكاة، فإذا لم يدرك يكون الفساد مضافًا إلى تركه الذبح لا إلى غيره وذكر في الزيادات رجلان رميا صيدا معًا فبدأ سهم أحدهما فأصاب الصيد فكسر جناحه ثم أصابه السهم الآخر فكسر الجناح الآخر فمات الصيد منهما فهو للذي أصاب سهمه أولا ويحل أكله؛ لأن الرميتين خرجتا إلى الصيد معًا فيكون فعل كل رامي مذكيا للصيد شرعا بخلاف المسألة المتقدمة لأن ثمة الرمي حصل من الثاني بعد خروج الصيد من أن يكون صيدًا فلم يكن فعله ذكاة شرعا ولا يضمن الثاني شيئًا؛ لأن وجوب الضمان بفعله وفعله الرمي والرمي هنا حصل إلى صيد مباحٍ غير مملوك لأحد فصار كما لو رمى إلى مرتد ثم أسلم فأصابه لم يضمن؛ لأن وقت الرمي مباح الدم والعبرة لحالة الرمي لا لحالة الإصابة، فعلى هذا رجل رمى صيدا فانكسر الصيد بسبب آخر ثم أصابه السهم فقتله أكل لأنه حين رماه كان صيدًا. رجلان رميا صيدا فقتلاه أو رميا متعاقبا فأصابا معًا فهو بينهما لأن الملك إنما يقع بالأخذ والإحراز، والإحراز إنما يحرز بالإصابة لا بالرمي وقد اشتركا في الإصابة فاشتركا في الملك. رماه رجل فأخذه آخر فهو للرامي، وكذلك لو رمى صيدًا فوقع في أرض رجل فأخذه آخر فهو للرامي.

وكذا لو أرسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى أدخله في دار رجل فهو لصاحب الكلب؛ لأنه بالرمي والإرسال مع الإصابة صار آخذا له.

وكذا لو نصب شبكة في أرض رجل فتعقل بها صيد فهو له؛ لأن نصب الشبكة للاصطياد عادة فصار آخذًا له بخلاف ما لو نصب للتخفيف فتعقل بها صيد لم يملكه حتى يأخذه، لأنه لم يكن للاصطياد فلا يصير آخذًا له وعلى هذا إذا حفر حفيرة للاصطياد فوقع فيها صيد يملكه وإن حفرها للاستقاء لا يملكه، وكذلك قالوا

إذا كان في وليمة فنثر السكر والدراهم فوقعت على ثوبه فهو له وكذلك إن كانت أجمة لا يقدر على أخذ صيدها إلا باصطياد؛ لأن النهر والأجمة لم يعدا لأخذ الصيد وإنما أعدا لجريان الماء ولمنافع أخر فلا يصير آخذا لما فيه، وإن كانت أجمة يمكن أخذ صيدها من غير اصطياد يصير ملكًا لصاحبها لأنهما صنع صار آخذًا لها ومن أخذ صيدا أو فراخ صيد أو بيضه من دار رجل فهو له ما لم يحرزها صاحبها بغلق باب بحيث يقدر على أخذه بلا اصطياد فهو له؛ لأنه ما لم يفعل به ما يمنعه عن الطيران والذهاب لا يصير آخذًا له؛ لأنه يطير بلا مانع فبقي صيدا متاحًا حتى لو لم يرد بإغلاق الباب أخذ الصيد لا يملكه؛ لأن إغلاق الباب ما أعد للاصطياد كالدار فمتى قرن به قصد الاصطياد التحق بما أعد للاصطياد بخلاف ما لو نبتت شجرة أو ظهر عسل في أرضه حيث يكون له لأن ذلك من ريع الأرض ولأنه متصل بها فيكون تابعًا للأرض فأمّا الصيد ليس من ريع الأرض ولا هو متصل بها فلا يكون لصاحبها.

(النوادر) رجل نصب شبكة فوقع فيها صيد فاضطرب حتى قطعها فتخلص ثم اصطاده آخر فهو للثاني؛ لأن الأول لم يأخذه؛ لأنه لم يصر المالك خال لو مد يده أخذه، ولو لم يتخلص الصيد عنها حتى جاء صاحبها أو صار بحيث يقدر على أخذه فيخلص الصيد فصاده غيره فهو للأول؛ لأنه قد أخذه، وكذلك على هذا الشصّ إذا رمى به رجل في الماء فتعلقت به سمكة ورمى بها خارج الماء في موضع يقدر على أخذه فاضطربت فوقعت في الماء فهي ملكه لأنه أخذها.

ولو انقطع خيط الشصّ قبل أن يخرجها من الماء فذهبت السمكة لا يملكها؛ لأنه لم يأخذها، وكذلك لو أرسل كلبا على صيد فأخذه ثم تخلص منه ملكه لأنه أخذها وإن تخلص قبل أخذه لم يملكه.

وذكر ابن سماعة عن محمد: رجل رمى صيدًا فصرعه فغشي عليه من غير جراحة ثم ذهبت عنه الغشية فطار فأخذه آخر فهو للآخر بخلاف ما لو جرحه جراحة لا يستطيع معها النهوض فلبث ما شاء الله ثم برأ وطار فرماه آخر فأخذه فالصيد للأول والفرق أن في الأولى لم يأخذه الأول حين صرعه؛ لأن الرمي بدون

الجراحة لا يكون آخذًا له فلم يملكه فلما ذهبت عنه الغشية والصرعة وعاد إلى حالة الصيدية صار صيدا لمن أخذه، وفي الثانية الأول أخذه؛ لأنه انضمت الجراحة إلى الرمية فصار آخذًا بها فملكه والغشية ليست كالجراحة؛ لأنها شيء حدث بالصيد من الرمية وصار هذا بمنزلة من نصب شبكة فوقع فيها الصيد وهو غائب عنه ثم انفلت منها فأخذه آخر فهو له، ولو كان صاحب الشبكة أخذه ثم انفلت منه فهو ملك الأول؛ لأنه ملكه بالأخذ وانقلابه بمنزلة إباق العبد وشرود البعير وذلك لا يوجب زوال ملكه. أخذ صقرًا في رجليه سير أو جلاجل يرده على مالكه، وكذلك الحمام الأهلي وسمكة عليها خيط وظبية في عنقها قلادة؛ لأن ذلك علامة كونها مملوكة لغيره بالأخذ، وكذلك أخذ صيدا ثم أحرم فأرسله فأخذه آخر يرده على مالكه؛ لأنه بالإرسال لم يزل عن ملكه؛ لأن العجز عن الإمساك لا يوجب زوال الملك حتى لو أرسله على وجه الإباحة قيل لا يرد؛ لأن الإرسال على اختيار دليل الإباحة كما لو رمى بالنوى وقشر الرمان؛ لأن رميهما على اختيار دليل الإباحة.

(باب التردّي)

وإذا أصاب السهم الصيد فوقع على الأرض أو على آجرة مطروحة على الأرض فمات يحل لأن هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه، وإن وقع في ماء أو على جبل أو صخرة أو حائط أو شجرة أو على سنان رمح مركوز أو على حرف آجر أو لبنة منصوبة ثم وقع منه على الأرض لم يحل؛ لأن هذا مما يمكن الاحتراز عنه وقال: التردي مما ينقل عنه الاصطياد فوجب اعتباره، ويحتمل أن الموت حصل بالماء أو بالتردي واجتمع المبيح والمحرم فيحرم احتياطا حتى لو كان الطير مائيا، فوقع في الماء ولم تنغمس جراحته في الماء يحل أكله؛ لأنه لا يحتمل موته بسبب الماء، وإن انغمس جراحته لا يؤكل لاحتمال موته بالماء هذا كله إذا جرحه جرحا يرجى حياته منه، وإن كان جرحا لا يرجى منه يحل لانعدام هذا الاحتمال إذا بقي فيه من الحياة مقدار ما يكون من المذبوح بعد الذبح، فإن أبان رأسه ثم وقع في الماء هذا القدر في الحياة لا عبرة بها كما لو وقعت الذكية في الماء وإن مات على شيء من ذلك ولم يقع منه على الأرض، فإن كان ذلك الشيء مما لا يقتل مثل

السطح والجبل يحل؛ لأن وقوعه على ذلك المكان المستوي كوقوعه على الأرض لبعد الاحتراز عنه، وإن كان مما يقتل مثل حد الرمح والقصبة المنصوبة وحدة الآجرّة واللبنة القائمة ونحوها لم يحل؛ لأن وقوعه على هذه الأشياء قاتل ينفك عنه الاصطياد ويمكن عنه الاحتراز فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم.

(**المنتقى**): لو رمى صيدًا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله في (المنتقى): وهذا خلاف إطلاق الجواب المذكور في الأصل، ولكن يجوز أن يكون إطلاق الجواب في الأصل فيما عدا هذا المفسر؛ لأن حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم متردد والظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم، وإن وقع الصيد إلى جنب نائم أو رجل لا يعلم بموضع الصيد وقد علم أنه بحضرته أو لا يعلم أنه بحضرته صيد فمات من الرمية أكل؛ لأن النائم كالغائب أو كالذي لا يعقل الذبح.

وذكر في (**العيون**): أنه لا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله لأنّ النائم عنده بمنزلة المستيقظ في مسائل كثيرة كالنائم المتيمم إذا مرّ بالماء ونحوه، والأوّل أظهر، ولو وقع عند مجوسي مقدار ما يقدر على ذبحه فمات لم يحل لأنه قادر على ذبحه بتقديم الإسلام فلم يكتف بالذكاة الاضطراري وهو مذكور في النوازل أيضًا.

(باب صيد البحر)

لا يحل مما في البحر إلا السمك بجميع أنواعه، وقال ابن أبي ليلى ومالك والشافعي: يؤكل جميع ما يعيش في البحر؛ لقوله صلى الله عليه وسلم حين سأل عن البحر فقال: "**هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ، الْحِلُّ مَيْتَتُهُ**"[1]، ولم يُفَصِّل.

---

(١) أخرجه مالك (٤٥). وابن أبي شيبة ١/١٣١ (١٤٠٢) قال: حدثنا حماد بن خالد. و«أحمد» ٢/٢٣٧ (٧٢٣٢) و٢/٣٩٣ (٩٠٨٩) قال: حدثنا عبد الرحمن (بن مهدي). وفي ٢/٣٦١ (٨٧٢٠) قال: حدثنا أبو سلمة. و«الدارمي» (٧٧٤ و٢١٤٢) قال: أخبرنا محمد بن المبارك قراءة. و«ابن ماجه» (٣٨٦ و٣٢٤٦) قال: حدثنا هشام بن عمار. و«أبو داود» (٨٣) =

لنا: أن هذه الأشياء ميتة وأنها من جملة الخبائث، فإن الطبع يستقذرها ويستخبثها والميتة والخبائث حرام بالنص إلّا أن السمك والجراد خرجا عن نص التحريم بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام: "**أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ، السمك والجراد، والكبد والطحال**"[١] وحديثهم خبر واحد ورد مخالفًا للكتاب فلا يجب العمل به أو يجعل سابقًا على نص التحريم احتياطًا للحرمة ويقلب لا للنسخ فصار الحديث منسوخًا بالآية ولا يحل السمك الطافي خلافًا لمالك والشافعي[٢].

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**ما نضب عنه الماء فكلوه، وما لفظه الماء فكلوه، وما طفا فلا تأكلوه**"[٣] فصار هذا الحديث أصلًا.

=

قال: عبد الله بن مسلمة. و«الترمذي» (٦٩) قال: حدثنا قتيبة (ح) وحدثنا الأنصاري، إسحاق بن موسى، قال: حدثنا معن. و«النسائي» ١/٥٠ و١٧٦، وفي «الكبرى» (٥٨) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد. وفي ٧/٢٠٧، وفي «الكبرى» (٤٨٤٣) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: حدثنا عبد الرحمن. و«ابن خزيمة» (١١١) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى الصدفي، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا بشر، يعني ابن عمر الزهراني. و«ابن حبان» (١٢٤٣ و٥٢٥٨) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا القعنبي.

عشرتهم: (حماد بن خالد، وعبد الرحمن بن مهدي، وأبو سلمة الخزاعي، ومحمد بن المبارك، وهشام بن عمار، وعبد الله بن مسلمة القعنبي، وقتيبة بن سعيد، ومعن بن عيسى، وعبد الله بن وهب، وبشر بن عمر) عن مالك بن أنس، عن صفوان بن سليم، عن سعيد بن سلمة، من آل ابن الأزرق، عن المغيرة بن أبي بردة، وهو من بني عبد الدار، أنه أخبره، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ٢/٩٧ (٥٧٢٣) قال: حدثنا سريج. و«عبد بن حميد» (٨٢١) قال: حدثنا عمر بن يونس اليمامي، أبو حفص. و«ابن ماجه» (٣٢١٨ و٣٣١٤) قال: حدثنا أبو مصعب. ثلاثتهم: (سريج، وعمر بن يونس، وأبو مصعب) قالوا: حدثنا عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: رد المحتار على الدر المختار الشهير بابن عابدين ٥/١٨٩، والكافي ١/٦٤٧ ط. المكتب الإسلامي، والمغني ٨/٥٦٧، ٥٧٠، والدسوقي على الشرح الكبير ٢/١٠٣، ونهاية المحتاج ٨/١٠٦ ط. المكتب الإسلامي - دمشق.

(٣) الآثار عن جابر وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم في النهي عن أكل الطافي أخرجها ابن حزم في المحلى (٧/٣٩٤)، وأعلها بالضعف والانقطاع.

لنا: أن السمك إذا مات بسبب حادث يؤكل، وإن مات حتف أنفه لا يؤكل، وما انحسر عنه الماء أو نبذه على الحد فمات يؤكل؛ لأنه مات بآفة، وما مات من حرارة الماء أو برودته أو كدورته ففيه روايتان:

رُوي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يؤكل؛ لأن السمك لا يموت بسبب برودة الماء وحرارته غالبًا فيكون ميتًا بغير آفة ظاهرًا فلا يحل كالطافي.

ورُوي عن محمد أنه يؤكل لأنه مات بآفة؛ لأنه قد يموت بسبب برودة الماء وكدورته فيحال بالموت عليه وهذا أرفق بالنّاسِ[1].

وجد سمكٌ ميتٌ على الأرض يؤكل؛ لأنه ظهر سبب يصلح سببًا لموته وهو وقوعه على اليبس فيحال عليه.

أخذ سمكة فوجد في بطنها أخرى تحل كلاهما؛ لأن ما في بطنها مات بسبب الابتلاع وضيق المكان وهذه المسألة تدل على أنه إذا وجد سمكة في بطن سمكة طافٍ يحل ما في بطنه؛ لأن ما في بطنه مات بآفة.

روى محمد عن أبي حنيفة وهو قوله في (المنتقى) في السمكة توجد في بطن الكلب فشق بطن الكلب وأخرج فلا بأس بأكلها لما قلنا، ولو ألقى سمكة في جبّ

---

(١) قد يبدو أن المذاهب التي تحظر أكل الطافي من السمك تطمئن إليها النفس من الناحية الطبية أكثر، لأن السمكة الطافية التي ماتت حتف أنفها، وطفت فوق الماء قد تكون فسدت وتفسخت لمضي زمن على موتها كاف لفسادها، إذ لا يدرى متى كان موتها، فالطافي مظنة للفساد، فالتحرز عنه أليق بقواعد الشريعة التي حرمت الخبائث. وقد نص الفقهاء على عدم جواز أكل اللحم إذا فسد وقالوا: إن الحظر هنا لسبب طبي نظرا لضرره.

وقد يقال: إنه عند تعارض الأدلة من النصوص في حل الطافي وعدمه يحكّم الأصل، وهو الإباحة، من جهة الدليل الشرعي، ومجرد الطفو لا يستلزم الفساد، ولحالة الفساد حكمها الخاص وهو المنع للفساد لا لموتها وطفوها. وعندئذ يجب أن يلحظ في موضوع الطافي عند من يقول بحله قد عام تفرضه قواعد الشريعة ولا مجال للخلاف فيه، وهو ألا تكون السمكة الطافية قد بدت عليها آثار الفساد والتفسخ.

وهذا عندئذ معنى ما روي عن ابن عباس (كما في نيل الأوطار ١٤٧/٨) في بعض الروايات: "طعامه - أي البحر - ميتته إلا ما قذرت منها" أي استقذرت، فإن الاستقذار لحيوان تحل في الأصل ميتة إنما يكون لفساده وتفسخه بالمكث فتأمل.

أو مضيق حتى ماتت يحل لأنّها ماتت بسبب ضيق المكان عليها وكذا إذا أخذ سمكة فربطها في الماء فماتت تؤكل لأنها ماتت بسبب أنه وهو ضيق المكان وكذا إذا ماتت السمكة في الشبكة إن كان يمكنها أن تخرج منها لا تحل؛ لأنه بمنزلة ما لو ماتت في البحر وإلّا فيحل لأنها ماتت بآفة، وكذلك لو أكلت شيئًا ألقاه في الماء فماتت منه وذلك معلوم، وجد نصف سمكة في الماء يحل لأنها ماتت بآفة وهذا إذا علم أنه قطعها حجر وغيره فأمّا إذا علم أنه قطعها إنسان بسيف ونحوه لا تؤكل لأنها صارت ملكًا له، ولو أخذه حيًّا فألقاه في بركة فمات إن كان يمكن أخذه بلا اصطياد يحل وإلا فلا؛ لأنه أمكن موته بسبب ضيق المكان وإلا فحتف أنفه.

(المنتقى) روى هشام عن محمد سمكة بعضها في الماء وبعضها في الأرض ميّتة ينظر إن كان الرأس خارج الماء أكل؛ لأنه موضع النفس ونفس المائي يضيق ويحبس في البر كالبري في الماء فيكون ميتة بآفة، وإن كان في الماء، فإن كان ما في الأرض النصف أو أقل لم يؤكل؛ لأن موضع النفس في الماء فيكون الموت بغير آفة ظاهرا، وإن كان الأكثر من النصف أكل؛ لأن للأكثر حكم الكلِّ فصار كأن الكل على الأرض.

وروى هشام عن محمد: رجل اشترى سمكة في خيط مشدودة في ماء فقبضها المشتري ثم ناول المشتري الخيط للبائع وقال احفظها لي فجاءت سمكة أخرى فابتلعت هذه السمكة المشدودة فهي للبائع؛ لأنه هو الذي اصطادها وتخرج السمكة المشتراة من بطنها وتسلم إلى المشتري من غير خيار وإن نقصها الابتلاع لأن هذا نقصان حصل بعد القبض حتى لو لم يكن المشتري قبضها فله الخيار وإن نقصها الابتلاع، وإن كانت السمكة المشدودة ابتلعت أخرى فهما جميعًا للمشتري قبضها المشتري أو لم يقبض لأنه إنما صاد ملك المشتري فيكون له كما لو صاد كله.

(باب ما يحل من صيد البرّ وما لا يحل)

ما يعيش في البر فعلى نوعين:

- ما ليس له دم سائل.

- وما له دم سائل.

فما ليس له دم سائل فكله حرام إلا الجراد مثل الذباب والزنبور، وسائر هوام الأرض ما يدب عليها وما يسكن تحتها كالفأرة والوزغة واليربوع والقنفد والحيّة والعقرب ونحوها؛ لأنها من جملة الخبائث لأنها مستخبثة مستقذرة طبعًا، والخبائث حرام بالنصّ، ولا بأس بأكل الجراد سواء مات حتف أنفه أو بآفة، بأن أصابه المطر.

وقال مالك: لا يحل ما لم يقتله أو يقطع رأسه أو يشويه.

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: "**أحلت لنا ميتتان ودمان: السمك والجراد...**" إلا أن السمك متى مات حتف أنفه صار مستثنى عن إطلاق هذا النص بما روينا وبقي الجراد على إطلاقه حلالًا مطلقًا.

وعن علي رضي الله عنه أنه سُئِلَ عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيه الميت وغيره؟ فقال: كُلْه كُلَّه.

فأمّا ما له دم سائل، فعلى ضربين: مستوحش ومستأنس:

فالمستأنس من البهائم لا يحل سوى الأنعام، وهي: الإبل والبقر والغنم؛ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [المائدة: ١] وقوله تعالى: ﴿وَٱلْأَنْعَٰمَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَٰفِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ ۝٥﴾ [النحل: ٥] واسم الأنعام في اللغة ينطلق على هذه الأنواع الثلاثة خاصة وقد اجتمعت الأمّة على ذلك، والخيل والبغال والحمير ذكرناها في كتاب الاستحسان.

وأمّا المتوحش من البهائم كالظباء وبقر الوحش وحمار الوحش ونحوه يحل لأنه ليس بذي ناب، وأمّا المستأنس من الطيور كالدجاج والبط يحل؛ لأنه ورد الحديث بأكلها وأجمعت الأمة على إباحتها، والبط الكَسْكَريّ[1] في حكم الدجاج؛ لأنه لا يتوحش.

---

(١) قوله: (الكسكري) بفتح الكافين نسبة إلى كسكر، قال في المغرب: ناحية من نواحي بغداد، وإليها ينسب البط الكسكري، وهو ما يستأنس به في المنازل وطيرانه كالدجاج، انظر: اللباب في شرح الكتاب ٢٠٢/١.

وأمّا المستوحش من الطيور والسّباع وهو الصيد فيحرم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطيور سوى الأرنب فذوو الناب من السباع: الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والفيل والدبّ والقرد واليربوع وابن عرس والسنور الأهلي والبري، وذو المخلب من الطير: الصقر والباز والنسر والعقاب والشاهين.

وقال الشافعي: لا بأس بأكل الضبع والثعلب لما رُوي أنه عليه السلام سُئِلَ عن الضبع فقال: "**تلك نعجة سمينة**"[١].

والصحيح قولنا؛ لما روى أبو الدرداء: "**أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كُلِّ ذِي خِطْفَةٍ ونُهْبَة**[٢] **ومُجَثَّمَة**[٣]**، وعن أكل كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السِّبَاعِ، ومخلب من الطيور**[٤]"[٥].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق بشرح كنز الدقائق ٥/٢٩٥.

(٢) (النُّهْبَة): الْمَال الْمَنْهُوب، وَالْمُرَاد بِهِ: الْمَأْخُوذ جَهْرًا قَهْرًا. فتح (١٩/١٨٠).

(٣) المُجَثَّمة: الحيوان يُنْصب ليكون هدفا للنبال والسهام حتى الموت.

(٤) قَالَ أَهْل اللُّغَة: الْمِخْلَب لِلطَّيْرِ وَالسِّبَاع بِمَنْزِلَةِ الظُّفُر لِلْإِنْسَانِ. شرح النووي على مسلم - (ج٦/ ص٤١٦).

قَالَ فِي شَرْح السُّنَّة: أَرَادَ بِكُلِّ ذِي نَابٍ: مَا يَعْدُو بِنَابِهِ عَلَى النَّاسِ وَأَمْوَالِهِمْ، كَالذِّئْبِ وَالْأَسَدِ وَالْكَلْب وَنَحْوهَا، وَأَرَادَ بِذِي المِخْلَبِ: مَا يَقْطَعُ وَيَشُقُّ بِمِخْلَبِهِ كَالنِّسْرِ وَالصَّقْرِ وَالْبَازِي وَنَحْوهَا. عون المعبود - (ج٨/ ص٣١٦).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٢١٢ و٢٠٢٢٧ و٢٤٨٢٠) قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. و«أحمد» ٢/٣٦٦ (٨٧٧٥) قال: حدثنا معاوية، قال: حدثنا زائدة. وفي ٢/٤١٨ (٩٤١٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. و«الترمذي» (١٤٧٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا عبد العزيز بن محمد. وفي (١٧٩٥) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا حسين بن علي الجعفي، عن زائدة. و«أبو يعلى» (٥٩٥٢) قال: حدثنا وهب بن بقية، قال: حدثنا خالد بن عبد الله. وفي (٦١١٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب.

أربعتهم: (زائدة بن قدامة، وعبد العزيز بن محمد الدراوردي، وخالد بن عبد الله، وعبد الوهاب بن عبد المجيد الثقفي) عن محمد بن عمرو بن علقمة، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، فذكره.

والضبع والثعلب ذو ناب من السّباع، والخطفة والنهبة ما يختطف وينتهب ويختلس من السّباع والطيور كالكلب والسّنور والحدأة والبازي.

وأمّا المجثمة رويت بالفتح والكسر، والمجثمة بالفتح الصيد الذي ختم عليه الكلب أو الفهد حتى مات عمًا فيكون حرامًا، والمجثمة بالكسر ما كان من عادته أن يختم على الصيد، والختم في اللغة وقوع الشيء على الشيء على سبيل الملازمة مأخوذ من قولهم: ختم الطائر على الأرض إذا وقع، وختم العسل معدنه أي لزمه.

والمعنى أن الاختطاف والانتهاب والعداء عادة للسباع وأنها أوصاف ذميمة وخيمة، فالشرع حرم أكلها لكيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة وضراوة شرور الطبيعة إلا الأكل كرامة وشرفا للآدمي.

قال أبو يوسف: السنجاب والقنفذ والسمور والدلق سبع كالثعلب؛ لأنه من ذوات الناب.

ويحل أكل الأرنب والعَقْعَق[1] والغراب الذي لا يأكل الجيف والسودانية والصعو والعصفور والخطاف والفاخِتة[2] والهدهد؛ لأنه ليس بذي ناب من السّباع ولا بذي مخلب من الطير، وقد ورد في الأرنب حديث خاص، وهو ما رُوي أن أعرابيًّا أهدى أرنبًا مشويًّا إلى النبي عليه السلام فأكل وأمر أصحابه بالأكل، ودعا الأعرابي إلى أكله، ولأنه من جملة السباع ولا يأكل الجيف بل يعتلف البقل والنبت.

ويكره الغراب الأَبْقَع[3] والغُدَاف[4] الأسود الذي يأكل الجيف؛ لأنه ذو مخلب من الطير.

---

(١) العَقْعَقُ: طائر من الفصيلة الغُرابيَة ورتبة الجواثم، وهو صَخَّاب، له ذَنَبٌ طويلٌ ومِنقارٌ طويل. والعرب تتشاءَمُ به.

(٢) الفاخِتةُ: واحدة الفَواخِتِ، وهي ضَرْبٌ من الحَمام المُطَوَّق.

قال ابن بري: ذكر ابن الجَوالِيقيِ أَن الفاختة مشتقة من الفَخْتِ الذي هو ظِلُّ القَمَر.

وفَخَّتَتِ الفاختةُ: صَوَّتَتْ. وتَفَخَّتَت المرأَةُ: مَشَتْ مِشْية الفاختة.

(٣) الأَبْقَع: الأَبرص.

(٤) الغُدَافُ: غراب أَسحمُ ضخم كبير الجناحين.

ويكره أكل الضب خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لقول عائشة رضي الله عنها: "أُهدي لنا ضب، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه، فجاءنا سائل فأردت أن أطعمها إياه فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **أتطعمينها ما لا تأكلين**".

وعن عبد الرحمن بن حبشة أنه قال: نزلنا بأرض كثيرة الضباب فاصطدناها وإن القدور لتغلي فقال النبي عليه السلام: "**أَكْفِئُوهَا بما فيها**"[1].

(باب الاصطياد في الحرم)

ولا يؤكل ما ذبحه المحرم من الصَّيد وما أمر بذبحه ولا ما ذبحه الحلال في الحرم؛ لأن الشرع أخرجه من أن يكون محل الذبح بإضافة التحريم إلى عينه كالخنزير لما مر في المناسك الحلال إذا رمي إلى صيد فهو على أوجه: إمّا إن كان الرمي والإصابة في الحل أو كلاهما في الحل وبينهمَا طائفة من الحرم أو كلاهما في الحرم أو أحدهما في الحل والآخر في الحرم وفي كل وجهٍ، إما إن حصل الموت في الحل أو الحرم، فإن كان كلاهما في الحل والموت في الحل يحل أكله؛ لأن القتل صادق صيد الحل لا صيد الحرم، وإن مات في الحرم فلا جزاء عليه ويكره أكله استحسانًا.

وقال زفر: يحل أكله قياسًا؛ لأن الرمي والقتل حصلا في الحل؛ لأن زوال الروح يستند إلى وقت الجرح؛ لأنه أثر الجرح والحكم يستند إلى سببه، ولهذا جاز التكفير بعد الجرح قبل الموت فصار كأنّه مات وقت الإصابة والجرح، ولهذا لا يلزمه الجزاء.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٧٨/٨ (٢٤٨٢٧) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ١٩٦/٤ (١٧٩٠٩) قال: حدثنا أبو معاوية. وفي (١٧٩١١) قال: حدثنا يحيى بن سعيد (ح) وحدثنا وكيع. و«أبو يعلى» (٩٣١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع. و«ابن حبان» (٥٢٦٦) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا وكيع.

ثلاثتهم: (وكيع بن الجراح، وأبو معاوية الضرير، ويحيى) عن سليمان الأعمش، عن زيد بن وهب، فذكره.

لنا: أن وجوب الجزاء معلق بإزالة الروح وزوال الروح يستند وينتمي إلى الرمي والإصابة فهما حصَلا في الحل فلم يتحقق الفعل جناية فلا يلزمه الجزاء.

فأمّا إباحة الأكل معلق بإزالة الرّوح وخروج الدم المسفوح لا بمجرد إزالة الروح؛ لأن الذكاة لا تتم إلا بخروج الدم وخروج الدم المسفوح أمر معاين مشاهد لا يستند إلى ما قبل وجوده بل يقتصر على حال وجوده فلم يقع فعله ذكاة في الحل فلم يحل.

وأمّا إذا كان كلاهما في الحلّ وبينهما طائفة من الحرم ومات في الحل يحل ولا شيء عليه؛ لأن إزالة الروح وخروج الدّم المسفوح حصلا في الحل فوقع فعله ذكاة في الحل فيفيد الإباحة، وإن مات في الحرم لا يحل ولا جزاء عليه لما بينا كما إذا لم يكن بينهما طائفة من الحرم، وإن كان كلاهما في الحرم يلزمه الجزاء ويحرم سواء مات في الحل أو في الحرم؛ لأن الإصابة لاقت صيد الحرم فوجد أحد طرفي الذكاة وهو الجرح وإزالة الروح في الحرم فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم احتياطًا، وإن كان الرمي في الحل والإصابة في الحل والرأي في الحل والإصابة في الحرم يلزمه الجزاء ولا يحل، وعند زفر يحل؛ لأن الإصابة لاقت صيد الحل؛ لأن الأمن والحرمة للصّيد إنما يثبت بدخوله الحرم أو بإحرام الصائد ولم يوجد كلاهما، وإنما وجد نفوذ السهم ومروره في الحرم وهذا لا يوجب أمنًا للصيد كما لو مرَّ وبينهما طائفة من الحرم.

لنَا: أن الإصابة لاقت صيدًا آمنًا؛ لأن الصيد كما يستفيد الأمن بدخوله الحرم يستفيد الأمن بحرمة فعل الاصطياد؛ لأن تحريمه الاصطياد يأمن من التعرض كما لو كان الصائد محرما وقد حرم عليه الاصطياد بدخوله في الحرم، فإذا فوت الأمن يلزمه الجزاء.

ولو أرسل كلبه في الحل على صيد في الحل فطرده الكلب فأخذه في الحرم لا جزاء عليه ولا يؤكل، ولو رمى من الحل إلى صيد في الحل فأصابه في الحرم عليه الجزاء ولا يؤكل، والفرق أن إصابة السهم مضاف إلى الرامي لأنه لا اختيار للسهم

في الإصابة والرمي مباشرة للإتلاف فتضمن به، وإن لم يكن متعديا في المباشرة كالنائم إذا انقلب على مال إنسان، فأمّا إرسال الكلب يسبب للإتلاف؛ لأن الكلب مختار في العدو والأخذ وهو غير متعدّ في هذا التسبب فلا يضمن إلا أنه لا يؤكل لوقوع فعله ذكاة في الحرم لما بينا.

ولو زجر الكلب بعدما دخل الحرم فانزجر وأخذ الصيد فقتله فعليه الجزاء استحسانًا لا قياسًا؛ لأن مجرد الزجر لا عبرة به، فإن المسلم لو أرسل كلبا فزجره مجوسي يحل. وجه الاستحسان أنه متعد في تسببه وزجره؛ لأن زجره إعانة له على أخذ الصيد وللزجر حكم ابتداء الإرسال من وجه، فإن كلبا لو انفلت من يده فزجره فأصاب صيدًا يحل كأنه أرسله فوجب عليه الجزاء بالزجر احتياطًا كأنه أرسله ابتداء، ولو أرسل المجوسي كلبًا على صيد فزجره محرم فانزجر فقتل الصيد فعلى المحرم جزاؤه ولا يؤكل لما بينا.

ولو أرسل كلبًا على ذئب في الحرم فأصاب صيدًا لا جزاء عليه تميز له محرم نصب شبكة لذئب فوقع فيها ظبي لا شيء عليه؛ لأنه غير متعد في تسببه.

نصراني ذبح صيدا في الحرم لا يحل؛ لأنه ساوى المسلم في محليّة الذكاة وشرائطها لما يأتي، أخذه الحلال في الحرم وذبحه في الحل يحل ويكره؛ لأن الذبح لاقى صيدًا في الحل إلا أنه تمكن من هذا الذبح بأمر محظور وهو إخراجه من الحرم واستدامة اليد عليه والذبح وجد باختياره لا حكمًا لقيام يده عليه فلا يكون مضافًا على قيام يده عليه.

ولو أدى الجزاء ثم أكله لا يكره؛ لأن أداء الضمان يزيل الحظر عن الأخذ كما في الغصب وكذا إن أخذه في الحل ثم أدخله في الحرم ثم أخرجه؛ لأنه لما أدخله في الحرم التحق بصيد الحرم، ولهذا وجب إرساله، فإذا لم يرسله وأخرجه من الحرم فقد تمكن من ذبحه بقيام يده العادية المحظورة عليه فيكره أكله.

محرم أخذ صيدا فأرسله فأخذه حلال وذبحه لا يكره؛ لأنه يمكن من أخذه وذبحه ما هو مباح وهو أخذه في الحل.

ولو دفعه إلى حلال فذبحه يكره أكله؛ لأنه تمكن من ذبحه بما هو محظور وهو

دفع المحرم إليه، ولهذا وجب عليه الجزاء.

محرم أخذ صيدا وأدخله منزله في الحل فجاء بعض أهله فذبحه يكره، ويحل في رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أبو يوسف ومحمد لا يكره، وكذا لو انقلب الصيد من منزله فتبعه بعض أهله وقتله يكره، وكذا لو انقلب الصيد من منزله فتبعه بعض أهله وقتله يكره عند أبي حنيفة وعندهما لا يكره.

ولو انفلت من المحرم في الصحراء فذبحه إنسان لا يكره بالإجماع.

لهما: أن بالإرسال في بيته زالت يده عنه حقيقة وبقيت اليد الحكمية لكونه في بيته واليد الحكمية دون الحقيقية حتى لا يضمن باليد الحكمية ويضمن بالحقيقية فقيام يده الحكمية عليه وجب أن لا تجب الإباحة ليظهر انحطاط رتبته.

له: أن يده، وإن كانت زائلة عنه حقيقة لكن لما بقي له إمكان إعادة اليد إليه تكون قائمة عليه معنى ولا تعتبر زائلة عرفا وشرعا فتمكن من ذبحه بيد محظورة عادة فيكره بخلاف ما لو انفلت في الصحراء؛ لأنه لم يبق له إمكان إعادة اليد فلا تكون يده قائمة معنًى.

كتاب الذبائح

يحتاج إلى معرفة: تفسير الذكاة، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها.

أمّا تفسيرها:

فالذكاة في اللغة: مشتقة إما من الحدة يقال: سراج ذكي إذا كان نيرًا غاية فيكون في غاية من الحدة، ويقال: فلان ذكي إذا كان سريع الفهم والإدراك بحدة خاطره وفهمه، ويقال: مسك ذكي إذا كان طيب الرائحة يفوح منه الريح غاية.

وإما مشتقة من الطهارة فقال النبي صلى الله عليه وسلم[1]: "**دِبَاغُ الأَدِيمِ ذَكَاتُهُ**"[2]، أي: طهارته، وقوله: "**ذَكَاةُ الأَرْضِ يُبْسُهَا**"[3]، أي: طهارتها، وكلا المعنيين موجودان في الذكاة، فإن فيها حدة من حيث إنها مسرعة إلى الموت، وكذا يطهر الحيوان عن الدماء المسفوحة والرطوبات السائلة النجسة وأما ركنها فهو القطع والجرح؛ لأن الذكاة يوجد بها لتكون مسرعة إلى الموت مسيلة للدماء[4].

وأما شرطها: فأربعة أشياء: آلة جارحة قاطعة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَا**

---

(١) أخرجه أحمد (٤٧٦/٣ ط. المكتب الإسلامي) واللفظ له. وأخرجه أبو داود (٣٦٨/٤ ط. عزت عبيد الدعاس) والحاكم (١٤١/٤ ط. دار الكتاب العربي) وقال حديث صحيح الإسناد. ووافقه الذهبي وهو من حديث سلمة بن المحبق.

(٢) انظر: رد المحتار على الدر المختار ١٣٧/١، وبدائع الصنائع ٨٦/١، وفتح القدير ٤٢١/٨، وشرح الزرقاني ٢٣/١، والمجموع ٢٤٥/١، ٢٤٦، والمغني ٧١/١، ومطالب أولي النهى ٥٩/١.

(٣) قال السخاوي: لا يصح مرفوعا وقد ذكره ابن أبي شيبة من قول محمد بن علي بن الحسين وابن الحنفية وأبي قلابة، وذكره عبد الرزاق من قول أبي قلابة بلفظ "جفوف الأرض ظهورها" (المقاصد الحسنة ص٢٢٠).

(٤) انظر: فتح القدير ١٣٨/١، ١٣٩، وروضة الطالبين ٢٩/١، وابن عابدين ٣١١/١، والمغني ٧٣٩/١ مع الشرح الكبير، والحطاب ١٥٨/١، ١٥٩.

خَزَقَ المعراض فَكُلْ، وما لم يخزق فلا تأكل"[١]؛ لأنه وقيذ، ولأن الآلة إذا لم تكن جارحة قاطعة لا تكون مسيلة مسفحة للدم فلا تكون مطهرة فلا تكون ذكاة حقيقة وشرعًا.

والثاني: كون الذبائح حلالا في الحل ممن له ملة التوحيد إما اعتقادًا كالمسلم وإما دعوى كالكتابي لما نبين.

والثالث: كون المحلل من المحللات إما من كل وجه كمأكول اللحم أو من وجه كغير مأكول اللحم وهو ممّا يباح الانتفاع بجلده وشعره ونحو ذلك.

والرابع: التسمية عندنا لما يأتي.

وأمّا حكمها: فطهارة المذبوح وحل أكله في المأكول وطهارة غير المأكول للانتفاع لا بجهة الأكل لما مرّ في الصلاة والله أعلم.

(باب صفة الذكاة)

الذكاة نوعان: اختياري واضطراري.

فذكاة الاختيارية جرح مقدّر في محل مخصوص حالة القدرة، إما جرح مقدر لقوله صلى الله عليه وسلم[٢]: "**ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكُلْ**".

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨٥٣١) عن ابن عيينة. و«الحميدي» (٩٣٩ و٩٤٠ و٩٤٢) مقطعا، قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ٣٥٨/٥ (١٩٩٤٦) قال: حدثنا محمد بن فضيل. وفي ٣٦٦/٥ (٢٠٠٠٢) قال: حدثنا عيسى بن يونس. وفي ٣٧٥/٥ (٢٠٠٦٩) قال: أخبرنا عبد الله بن نمير. و«أحمد» ٢٥٧/٤ (١٨٤٤٧) قال: حدثنا عبد الله بن نمير. وفي ٣٧٧/٤ (١٩٥٨٨) و٣٧٩/٤ (١٩٦٠٢) قال: حدثنا هشيم. و«ابن ماجه» (٣٢١٢) قال: حدثنا علي بن المنذر، قال: حدثنا محمد بن فضيل. و«أبو داود» (٢٨٥١) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا عبد الله بن نمير. و«الترمذي» (١٤٦٧) قال: حدثنا نصر بن علي، وهناد، وأبو عمار، قالوا: حدثنا عيسى بن يونس. وفي (١٤٧٠) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان.
خمستهم: (سفيان بن عيينة، ومحمد بن فضيل، وعيسى بن يونس، وعبد الله بن نمير، وهشيم) عن مجالد بن سعيد، عن عامر الشعبي، فذكره.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٣٨/٣ (٢٤٨٨) قال: حدثنا علي بن الحكم الأنصاري، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١٤٢/٣ (٢٥٠٧) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا وكيع، عن سفيان. وفي ٧٥/٤ (٣٠٧٥) و٩١/٧ (٥٤٩٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي =

=

٩٢/٧ (٥٥٠٣) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرني أبي، عن شعبة. وفي (٥٥٠٦) قال: حدثنا قبيصة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٩٣/٧ (٥٥٠٩) قال: حدثنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا سفيان. وفي ٩٨/٧ (٥٥٤٤) قال: حدثنا ابن سلام، قال: أخبرنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«مسلم» ٧٨/٦ (٥١٣٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى العنزي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان. وفي (٥١٣٤) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وكيع، قال: حدثنا سفيان بن سعيد بن مسروق. وفي ٧٩/٦ (٥١٣٥) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن إسماعيل بن مسلم، ثم حدثنيه عمر بن سعيد بن مسروق. وفي (٥١٣٦) قال: وحدثنيه القاسم بن زكريا، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. وفي (٥١٣٧) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٣١٣٧) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا المحاربي، وعبد الرحيم، عن سفيان الثوري (ح) وحدثنا الحسين بن علي، عن زائدة. وفي (٣١٧٨ و٣١٨٣) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«الترمذي» (١٤٩١م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان الثوري. وفي (١٤٩٢م و١٦٠٠م) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ١٩١/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٠) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. وفي ٢٢١/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٦٥) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا سفيان الثوري. قال شعبة: وأكبر علمي أني سمعته من سعيد بن مسروق، وحدثني به سفيان، عنه. وفي ٢٢٦/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٧٧) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، عن عمر بن سعيد. وفي ٢٢٨/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٣) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد، عن شعبة. وفي ٢٢٨/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٤) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: أنبأنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. وفي «الكبرى» (٤١١٠) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٤٨٢١) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن إسماعيل، ببست، قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن الحكم الكردي، بصري، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، عن سفيان الثوري. قال شعبة: وأكبر علمي أني سمعته من سعيد بن مسروق، وقال غندر: وقد سمعته من سفيان. وفي (٥٨٨٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا أبو عوانة.

=

وإما في محل مخصوص وهو ما بين اللبة واللحيين لقوله صلى الله عليه وسلم: "**الذَّكَاةُ ما بَيْنَ اللَّبَّةِ وَاللَّحْيَيْنِ**"[١] أي: موضع الذكاة هذا، وقد ذكر في (الجامع الصغير) ولا بأس بالذبح في الحلق كله أسفله وأوسطه وأعلاه؛ لأن ما بين اللبة واللحيين هو الحلق كله، ولأن كله مجمع العروق فصار حكم الكل غالبًا واحدًا، ثم الذكاة هي فري الأوداج، والأوداج أربعة: الحلقوم والمريء وهو مجرى النفس، والودجان وهي مجرى الدم، فإذا قطع الكل فقد أكمل الذكاة المسنونة[٢].

وإن قطع أي ثلثه منها جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: إن قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين جاز وإلا فلا[٣].

وقال محمد رحمه الله: ما لم يقطع الأكثر من كل واحد لا يحل.

وقال مالك والشافعي: يحل بقطع الحلقوم والمريء لمحمد أن الشرع علق الإباحة بقطع الأوداج وهو اسم جمع فمطلقه ينصرف إلى الثلث فصارت الإباحة معلقة بقطع الودجين والمريء نصًّا وبقطع الحلقوم اقتضاءً؛ لأنه لا يتهيأ قطع الأوداج بدون قطع الحلقوم إلا بجرح إلا أن الأكثر من كل واحد أقيم مقام الكل لحصول المقصود بقطع الأكثر من كل واحد وهو التوجيه وتسييل الدم.

لأبي يوسف: أن الحلقوم مجرى الطعام والشراب، والمريء مجرى النفس فما هو المقصود بقطع أحدهما لا يحصل بقطع الآخر؟ وما هو المقصود من قطع

=

سبعتهم: (سفيان بن سعيد الثوري، وعمر بن سعيد الثوري، وشعبة بن الحجاج، وأبو عوانة الوضاح، وعمر بن عبيد، وإسماعيل بن مسلم، وزائدة بن قدامة) عن سعيد بن مسروق، عن عباية بن رفاعة، فذكره.

(١) قال الزيلعي عنه: غريب بهذا اللفظ، وأخرج الدارقطني عن أبي هريرة: «**ألا إن الذكاة في الحلق واللبة**» وإسناده ضعيف جدًّا. وأخرجه عبد الرزاق موقوفًا على ابن عباس وعلى عمر: «الذكاة في الحلق واللبة» (نصب الراية: ٤/١٨٥).

(٢) انظر: تكملة فتح القدير: ٨/٥٩ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/٢٩٠ وما بعدها، الدر المختار: ٥/٢٠٧ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ٣/٢٢٧.

(٣) انظر: البدائع: ٥/٤١، تكملة الفتح: ٨/٥٢، اللباب مع الكتاب: ٣/٢٢٥ وما بعدها، الشرح الكبير: ٢/٩٩.

الودجين؟ وهو تسييل الدم المسفوح يحصل بقطع أحدهما فيكتفى بقطع أحدهما.

لأبي حنيفة: أن قطع هذه الأشياء شرع لإزالة الروح وتسييل الدم المسفوح لا لعينها، فإزالة الروح على سبيل التوجيه إن حصل بقطع الحلقوم والمريء فيسيل الدم لا يحصل إلّا بقطع أحد الودجين، فأمّا ما هو المقصود من قطع الحلقوم والمريء وهو توجيه الموت يحصل بقطع أحدهما؛ لأن مجرى النفس متى انقطع أو مجرى الطعام والشراب متى انقطع يموت من ساعته فقام الثلث منها مقام الكل في تحصيل المقصود.

وإن حزّ عنق شاة بسيف من قبل الأوداج وسمى يحل؛ لأنه أتى بالذكاة وزيادة وقد أساء لأنه جاوز النخاع وقد "**نَهَى النبي صلى الله عليه وسلم أَنْ تُنْخَعَ الشَّاةُ إِذَا ذُبِحَتْ**"[1]، وإن حزّ مما يلي القفا إن ماتت قبل قطع الأوداج لا تحل وبعده تحل لأن الذكاة إنما تحصل بقطع الأوداج وهي حية.

واختلفوا في تفسير النخع؛ قيل: أن يبالغ في الذبح حتى تنتهي الشفرة إلى النخاع وهي عروق في القفا، وقيل: النخع أن يمد برأسه حتى يظهر حلقه ومذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وأي ذلك ما كان فهو مكروه لما فيه من زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة فعلى هذا لو سلخ قبل أن تبرد ذكر الكرخي أنه لا بأس به؛ لأنه لا يوجد فيه ألم.

وقال بعض مشايخنا: يكره؛ لأن الحرارة فيه أثر شيء من الحياة ويكره أن يضجع الشاة ثم يحدّ الشفرة؛ لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نظر إلى رجل قد أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهي ملاحظة فقال: "**لقد أردت أن تميتها ميتات هلا حددتها قبل أن تضجعها**" وإنما نهى عن ذلك؛ لأن الشاة تعلم بطبعها ماذا يفعل بها فمتى أحدّ الشفرة وهي تلاحظه كان ذلك زيادة تعذيب لها بلا فائدة. ثم الآلة على ضربين قاطعة وفاسخة فالقاطعة على ضربين حادة وكليلة فالحادّة يجوز الذبح

---

(١) حَدِيث: "**نَهَى رَسُول اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ تَنْخَعَ الشَّاه إِذَا ذُبِحَتْ**". وَرَدَ بِلَفْظ: "**نَهَى رَسُول اللَّهِ عَلَى عَنِ الذَّبِيحَةِ أَنَّ تُفْرَسَ قَبْل أَنْ تَمُوتَ**". أَخْرَجَهُ ابْن عَدِيٍّ فِي الْكَامِل ١٣/٤ وَالْبَيْهَقِيّ فِي السُّنَنِ (٢٨٠/٩ ط. دَائِرَة الْمَعَارِفِ الْعُثْمَانِيَّة) مِنْ حَدِيثِ ابْن عَبَّاسٍ، وَقَدْ فَسَّرَ فِي رِوَايَةِ ابْن عَدِيٍّ بِقَوْلِهِ فِيهَا: يَعْنِي أَنَّ تَنَخُّع. وَقَال الْبَيْهَقِيّ: وَهَذَا إِسْنَاد ضَعِيف.

بها من غير كراهة حديدا كان أو غير حديد كما لو ذبح بالليطة[١] أو بالمروة أو بالشقة العصا أو بالعظم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكُلْ**" والإنهار الإسالة يقال: استنهر النهر إذا سال ماؤه، والإفراء: القطع، والكليلة يجوز الذبح بها ويكره لما فيها إبطاء في الإراقة والإماتة فتكون فيه زيادة تعذيب للحيوان، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: "**وَلْيُحِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ**"[٢]، ولو ذبح بسنّ أو ظفر منزوع يحل ويكره[٣].

وقال الشافعي: لا يحل لقوله عليه السلام: "**كل مَا أنهر الدم وأفرى الأوداج**

---

(١) واحدة الليط وهي القشرة الرقيقة للقصبة.

(٢) أخرجه «مسلم» ٧٢/٦ (٥٠٩٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا إسماعيل ابن علية. وفي (٥٠٩٧) قال: وحدثناه يحيى بن يحيى، قال: حدثنا هشيم (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الوهاب الثقفي (ح) وحدثنا أبو بكر بن نافع، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة (ح) وحدثنا عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، قال: أخبرنا محمد بن يوسف، عن سفيان (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن منصور. و«ابن ماجه» (٣١٧٠) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب. و«أبو داود» (٢٨١٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا شعبة. و«الترمذي» (١٤٠٩) قال: حدثنا أحمد بن منيع، قال: حدثنا هشيم. و«النسائي» ٢٢٧/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٧٩) قال: أخبرنا علي بن حجر، قال: حدثنا إسماعيل. وفي ٢٢٩/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٦) قال: أخبرنا الحسين بن حريث، أبو عمار، قال: أنبأنا جرير، عن منصور. وفي ٢٣٠/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٨) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن بزيع، قال: حدثنا يزيد، وهو ابن زريع (ح) وأنبأنا عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا غندر، عن شعبة. وفي «الكبرى» (٨٦٠٤) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة، عن منصور. و«ابن حبان» (٥٨٨٣) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا مسدد، عن خالد بن عبد الله. وفي (٥٨٨٤) قال: أخبرنا محمد بن علي الصيرفي، بالبصرة، قال: حدثنا الفضيل بن الحسين الجحدري، قال: حدثنا يزيد بن زريع.

تسعتهم: (سفيان الثوري، وحفص بن غياث، وإسماعيل ابن علية، وهشيم بن بشير، وشعبة بن الحجاج، وعبد الوهاب الثقفي، ومنصور بن المعتمر، ويزيد بن زريع، وخالد بن عبد الله) عن خالد الحذاء.

(٣) انظر: البدائع ٧٨/٥، والفتاوى الهندية ٣٠٠/٥.

ما خلا السن والظفر والعظم فإنها مدى الحبشة".

لنا: أن الذبح حصل ما له جارحة قاطعة وهي غير الذابح فيقع الذبح، بعظم الآلة وبضعها إلا باعتماد الذبح وقوّته على الذبيح فيفيد الإباحة كما لو ذبح بالليطة، وأمّا حديثه فالمراد بقوله: ما خلا السن والظفر القائم دون المنزوع؛ لأنه يراد بذكر السن والظفر مطلقًا القائم لا المنزوع بل المنزوع يذكر مقيدًا فيقال: سن مقلوع وظفر منزوع ولأنه قال: مدى الحبشة والحبشة كانوا يذبحون بالقائم إظهارًا للجلادة ولأن هذا نهي لمعنى في غيره وهو زيادة تعذيب الحيوان بسبب ضعف الآلة فيوجب الكراهة دون حرمة الذبيحة.

وأما ذكاة الاضطرار فهي جرح في أي محل إصابة وهي مشروعة حالة العجز عن الذكاة الاختيارية حتى لو رمى إلى البعير والبقر الناد في الصحراء أو في المصر فقتله يحل خلافًا لمالك، لما روى رافع بن خديج أن بعيرا من إبل الصدقة قد فر فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال عليه السلام: "**إن لها أَوَابِدَ**[1] **كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ**"[2]

---

(١) جَمَعَ آبِدَة، وَهِيَ الَّتِي قَدْ تَأَبَّدَتْ، أَيْ: تَوَحَّشَتْ، وَنَفَرَتْ مِن الْإِنْس. شرح سنن النسائي - (ج٦/ ص٤٦)

(٢) أخرجه «البخاري» ١٣٨/٣ (٢٤٨٨) قال: حدثنا علي بن الحكم الأنصاري، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ١٤٢/٣ (٢٥٠٧) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا وكيع، عن سفيان. وفي ٧٥/٤ (٣٠٧٥) و٩١/٧ (٥٤٩٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة. وفي ٩٢/٧ (٥٥٠٣) قال: حدثنا عبدان، قال: أخبرني أبي، عن شعبة. وفي (٥٥٠٦) قال: حدثنا قبيصة، قال: حدثنا سفيان. وفي ٩٣/٧ (٥٥٠٩) قال: حدثنا عمرو بن علي، قال: حدثنا يحيى، قال: حدثنا سفيان. وفي ٩٨/٧ (٥٥٤٤) قال: حدثنا ابن سلام، قال: أخبرنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«مسلم» ٧٨/٦ (٥١٣٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى العنزي، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان. وفي (٥١٣٤) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا وكيع، قال: حدثنا سفيان بن سعيد بن مسروق. وفي ٧٩/٦ (٥١٣٥) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، عن إسماعيل بن مسلم، ثم حدثنيه عمر بن سعيد بن مسروق. وفي (٥١٣٦) قال: وحدثنيه القاسم بن زكريا، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. وفي (٥١٣٧) قال: وحدثنا محمد بن الوليد بن عبد الحميد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة. و«ابن ماجه» (٣١٣٧) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا المحاربي، =

أي لها توحشًا كتوحش الوحش، فإذا فعلت شيئًا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه ولأن الذبح في غير المذبوح أقيم مقام الذبح عند تعذّر الذبح لحاجة العباد، وإن أصاب قرنه أو ظلفه إن أدماه وخلص إلى اللحم يحل وإلّا فلا؛ لأن الذكاة تصرف في محل الحياة فمتى خلصت إلى موضع فيه حياة حل وإلا فلا، فإذا أدماه فقد وصل الجرح إلى محل الحيَاة وهو اللحم وإذا لم يُدْمِ لم يصل إلى اللحم فلا يحل والشاة إن ندت في الصحراء تحل بالعقر، وإن ندت في المصر لا تحل بالعقر؛ لأن في المصر يمكن أخذها ولا يخاف منها ولا يقع العجز عن حقيقة

=

وعبد الرحيم، عن سفيان الثوري (ح) وحدثنا الحسين بن علي، عن زائدة. وفي (٣١٧٨ و٣١٨٣) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، قال: حدثنا عمر بن عبيد الطنافسي. و«الترمذي» (١٤٩١م) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن سفيان الثوري. وفي (١٤٩٢م و١٦٠٠م) قال: حدثنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ١٩١/٧، وفي «الكبرى» (٤٧٩٠) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا حسين بن علي، عن زائدة. وفي ٢٢١/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٦٥) قال: أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا سفيان الثوري. قال شعبة: وأكبر علمي أني سمعته من سعيد بن مسروق، وحدثني به سفيان، عنه. وفي ٢٢٦/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٧٧) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، عن عمر بن سعيد. وفي ٢٢٨/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٣) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد، عن شعبة. وفي ٢٢٨/٧، وفي «الكبرى» (٤٤٨٤) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: أنبأنا يحيى بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. وفي «الكبرى» (٤١١٠) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٤٨٢١) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن إسماعيل، ببست، قال: حدثنا أحمد بن عبد الله بن الحكم الكردي، بصري، قال: حدثنا غندر، قال: حدثنا شعبة، عن سفيان الثوري. قال شعبة: وأكبر علمي أني سمعته من سعيد بن مسروق، وقال غندر: وقد سمعته من سفيان. وفي (٥٨٨٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا أبو عوانة.

سبعتهم: (سفيان بن سعيد الثوري، وعمر بن سعيد الثوري، وشعبة بن الحجاج، وأبو عوانة الوضاح، وعمر بن عبيد، وإسماعيل بن مسلم، وزائدة بن قدامة) عن سعيد بن مسروق، عن عباية بن رفاعة، فذكره.

ذكاتها وخارج المصر لا يمكن أخذها فيتحقق العجز عن ذكاتها بخلاف الإبل والبقر؛ لأنه قد يتحقق العجز عن ذكاتها في المصر؛ لأن الإبل تدفع عن نفسها بمشفرها ونابها والبقر بقرنها فيخاف القتل منها والمتردي في بئر لا يقدر على ذكاته بمنزلة الصيد؛ لأنه يتعذر ذبحه وهذا إذا لم يتوهّم موته من الماء لما بينا.

وذكر في (**المنتقى**): بعير تردّى في بئر فوجأه وجأة يعلم أنه لا يموت منها فمات لا يؤكل؛ لأن الجرح ليس بذكاة، وإن كان مشكلا أكل؛ لأن الجرح سبب الموت فيحال بالجرح عليه، وذكر فيه أيضًا: البعير إذا صال على رجل فقتله وهو يريد بذلك الذكاة حل إذا كان لا يقدر على أخذه؛ لأن الصيال بمنزل الندّ والشرود في حق العجز عن الذكاة. أبان رأس الصيد يحل أكله؛ لأن الأوداج تنقطع بإبانة الرأس فيكون ذبحًا وإن أبان منه غير الرأس فمات يحل كله إلا ما بان منه، وقال ابن أبي ليلى والشافعي: يحل المبان أيضًا.

والصحيح قولنا: لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ما أبين من الحي فهو ميت**"[1] وهذا مبان من الحي؛ لأن الجزء المبان فاتت حياته قبل فوات الحياة من الأصل وقيل صيرورة الفعل ذكاة في الأصل فيكون ميتة وحين صار الفعل ذكاة في الأصل كان الجزء المبان ميتا فلا يظهر حكم الذكاة فيه ولا كذلك إبانة الرأس؛ لأنه لا يتصوّر حيَاة الجسد مع إبانة الرأس، وإن تعلق منه بجلده، فإن كان يلتئم ويندمل لو تركه حل أكله وإلا فهو مبان؛ لأنه إذا لم يتوهم الالتئام والاندمال لا يتصور حياته بحياة الأصل فيكون مبانًا في الحي.

ولو قطع الصيد بنصفين طولًا أو عرضًا حل كلاهما؛ لأنه لا يتصور بقاء أحد النصفين حيًّا دون الآخر فحصل الموت في الكل بهذا الفعل فكان الفعل ذكاة للكل فيصير الكل مذكى ذكاة الاضطرار، وكذلك إن أبان الثلث مما يلي الرأس؛ لأن ما بين الرأس إلى العنق لا يتوهم حياة الباقي بعد هذا القطع لأن الأوداج متصلة من القلب إلى الدماغ، وإن كان الثلث ممّا يلي العجز لم يؤكل ذلك الثلث ويؤكل

---

(١) رواه الحاكم وصححه على شرط الشيخين وأحمد وأبو داود والترمذي عن ابن عمر بلفظ «**ما قطع من حي فهو ميتة**» أو «**ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة**» (نيل الأوطار: ٨/١٤٦).

الباقي لأنه لا يتصور حياة الباقي بعد هذا القطع؛ لأنه لا يقطع الأوداج فكانت ذكاته ذكاة الاضطرار فتكون ذكاة عند الموت فيكون الجزء المبان فاتت حياته قبل الذكاة فيكون ميتة.

ولو أبان طائفة من رأسه إن كان أقل من نصفه لا يحل المبان ويحل الباقي، وإن كان نصفه يحل كلاهما؛ لأن الأوداج متصلة بالدماغ فلا تصير مقطوعة بقطع الأقل فتكون ذكاة الاضطرار فيكون ذكاة عند الموت فلا يحل المبان قبل الموت وتصير العروق مقطوعة بقطع النصف فصار ذكاة كالذبح في المذبح المتردية والمنخنقة والنطيحة والموقوذة والشاة المريضة ومشقوقة البطن إذا ذبحت ينظر إن كان فيها حياة مستقرة حلت بالذبح بالإجماع، وإن لم تكن الحياة فيها مستقرة تحل بالذبح سواء عاش أو لا يعيش عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعليه الفتوى.

وقال أبو يوسف: إن كان فيها من الحياة ما تعيش مثلها تحل بالذكاة وإن كان لا يعيش مثلها لا تحل.

وقال محمد: إن بقي حيًّا أكثر من بقاء المذبوح بعد الذبح يحل بالذكاة.

لمحمد: أن هذا القدر من الحياة معتبر شرعا ولا يعتبر ميتًا بدليل أنه لما طعن عمر رضي الله عنهُ وشرب اللبن فخرج من إحدى طعانه فتيقن بذلك من حضره من الصحابة أنه ميت منه لا محالة فقال له أوص ما كنت موصيا فوالله ما تراك تمشي فعهد إليهم عهودا وأوصى بوصايا وقد صححوا ذلك منه وعدوه حيًّا.

لأبي يوسف: أنه متى حل به سبب قاتل ينفر فلا عبرة لما بقي فيه من الحياة؛ لأن شيئًا من المنافع المطلوبة من الإحياء لا يحصل بهذا القدر من الحياة فلا يعد حياة كما لو بقي رمق إلا أن في الآدمي اعتبرناه حيًّا إعظامًا لقدرة حتى يتدارك ما فرط في حياته، ألا ترى أن رجلًا لو وجأه إنسان ما تبين قصبه حتى بان جسده ثم قتله إنسان فلا شيء على قاتله.

لأبي حنيفة: أن الحياة موجودة حقيقة فيكون محلًّا قابلا للذكاة إذ الذكاة شرعت لتسييل الدم وقد حصل بهذه الذكاة فتكون ذكاة معتبره شرعا، وذكر في

البرامكة رجل ذبح شاه وقيدها إن كان أكثر رأيه أنها حية أكلت وإلا فلا وإن تحركت أكلت؛ لأن الميت لا يتحرك.

وذكر محمد بن مقاتل: إن تحركت ولم يخرج منها الدم أكلت، وإن خرج الدم ولم تتحرك لم تؤكل لأن عقيب موتها لا ينجمد الدم فيجوز خروج الدم بعد الموت وإذا تحركت حكمنا بحياتها؛ لأن الميت لا يتحرك ويجوز أنها قد فزعت وتجمد الدم فيها فلم يخرج منها، ومن ذبح شاة على سطح فاضطربت فوقعت وماتت يحل؛ لأنها صارت مذكاة بقطع الحلقوم والأوداج وقد تيقنا بموتها بالذبح فصارت بمنزلة قطعة اللحم.

الجنين لا يحل بذكاة الأم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهم يحل.

لهم: أن الجنين حيوان لا يمكن تحقيق فعل الذكاة فيه أصلًا فوجب أن تقام ذكاة الأم مقام ذكاة الجنين عند تحقيق العجز عن ذكاته باعتبار الحاجة كما أقيم الجرح في سائر الأعضاء مقام الذبح في المذبح في البعير الناد أو المتردي في البئر للحاجة بل أولى؛ لأن العجز عن سبب الاختيار فوق العجز عن الذكاة بالند والتردي وذكاة الأم في إزالة الحياة عن الجنين أبلغ من الجرح في الناد وأنه متصل بالأم اتصال خلقة بمنزلة سائر أجزائها فلأن يعتبر ذكاة الأم ذكاة له أولى.

له: أن الدم قائم في الجنين بدليل أنه لو انفصل حيا وذبح من ساعته يخرج منه دم كثير وذلك يدل على وجود الدم فيه قبل الانفصال وذبح الأم ليس بسبب لخروج الدم عن الجنين؛ لأن عروقه غير متصلة بعروق الأم بدلالة تصور بقائه حيا بعد ذبح الأم.

ولو كانت عروقه متصلة بعروق الأم لخروج دمه بذبح الأم؛ لأنه مائع سائل لا يستمسك بعد انفتاح المنفذ والحيوان لا يبقى حيًّا عادة بعد خروج الدم منه وقد يتصور بقاؤه حيًّا بعد ذبح الأم دل أن الدم فيه قائم والدم حرام فلا يحل تناوله كما لو انفصل حيا ثم مات.

(النوادر): بقرة تعسر عليها الولادة فأدخل رجل يده وجرح الجنين في غير المذبح إن لم يقدر على مذبحه حل؛ لأنه عجز عن الذكاة الاختياري كالإبل إذا وقعت في البئر وإن قدر لا يحل؛ لأنه لم يعجز، ويكره ذبح شاة حامل إذا تقاربت الولادة؛ لأنه تضييع ما في بطنها فلا فائدة وهذا يتأتى على قول أبي حنيفة، فأمّا عندهما فلا يكره.

دجاجة لرجل تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها ويخاف عليها الموت فرماها تؤكل؛ لأنه عجز عن الذكاة الاختياري.

رجل له حمامة فرماها وأصابها ينظر إن كان لا يهتدي إلى منزله أكل؛ لأنه عجز عن الذكاة الاختياري. وإن كان يهتدي ذكر أبو الليث في (نوازله): إن أصاب المذبح يحل وإن أصاب موضعًا آخر اختلفوا فيه.

وقد نص محمد في (**النوادر**): أنه لا يحل وهو مذكور في (العيون) أيضًا؛ لأنه إذا كان يهتدي إلى منزله يأوي إلى منزله فيقدر على الذكاة الاختياري، ألا ترى أن ظبيا ألف في البيت فخرج إلى الصحراء فرماه رجل، فإن أصاب المذبح يحل وإلا فلا إلا أن يتوحش ولا يؤخذ إلا بصيد. رجل ذبح شاة مريضة فلم يتحرك منها شيء إلا فاها، قال محمد بن سلمة: إن فتحت فاها لم تؤكل، وإن ضمت فاها تؤكل، وإن فتحت عينها لا تؤكل، وإن غمضت عينها تؤكل، وإن مدت رجلها لا تؤكل، وإن قبضت رجلها تؤكل، وإن نام شعرها لا تؤكل، وإن قام تؤكل وهذا إذا لم يدر أنه حي وقت الذبح ليكون هذا علامة الحيَاة، وإن علم أنه حي وقت الذبح يحل بكل حال لما بينا.

(باب التسمية على الذبيحة)

إذا ترك التسمية على الذبيحة عامدًا لم يحل خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] وهذا لم يذكر اسم الله عليه؛ لأن الذكر عليه لا يكون إلا بالذكر باللسان، فإنه يقال ذكر عليه إذا ذكره باللسان وإذا ذكره بقلبه يقال ذكره غير مقرون بكلمة على ولأن في الحمل في الذكر بالقلب تعطيل النصِّ وإهماله؛ لأنه يؤدي إلى حل متروك التسمية عامدًا وناسيًا وهذا لا يجوز.

وإن تركها ناسيًا يحل؛ لأن النبي عليه السلام سئل عن من ذبح وترك التسمية

ناسيًا فقال: "كلوه"، فإن ذكر اسم الله تعالى في قلب كل امرئ مسلم ولأن الشرع أقام اعتقاد التسمية مقامها في حق الناسي المعذور ولم يوجد منه قصد الترك لا يدل على إقامة اعتقاد التسمية مقامها في التعمد لترك التسمية المعرض عنها.

ولو ذبح شاتين وسمى على الأولى دون الثانية يحل الأولى دون الثانية.

ولو رمى سهمها إلى صيد فأصاب صيودا كفاه تسمية واحدة والفرق أن الإرسال إلى الصيد ذكاة، فإذا اتحد الإرسال تكفيه تسمية واحدة وإن حصل به ذكاة حيوان كثيرة، فأمّا ذبح الشاة الثانية ذكاة جديدة فلا بد من تسمية جديدة حتى لو أضجع شاتين إحداهما على الأخرى وذبحهما بحدة واحدة بخلاف تسمية واحدة، ولو أضجع شاة ليذبحها سمى ثم ألقى ذلك السكين وأخذ سكينا آخر وذبح به لا بأس به بخلاف ما لو أخذ سهمًا وسمى فوضع ذلك ورفع آخر ولم يسم لم يحل؛ لأن التسمية في ذكاة الاختيار مشروعة على الذبيح لا على الآلة والذبيح لم يتبدل وفي ذكاة الاضطرار التسمية مشروعة على الآلة لا على المرمى إليه والآلة قد تبدلت.

وروي عن أبي يوسف فيمن اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبح بتلك التسمية لم يجز، ولو رمى إلى صيد فأصاب آخر يحل لما بينا. سمى واشتغل بفعل آخر إن كان قليلًا ما لو كلم إنسانا أو شرب ما يحل، وإن كان طويلا فلا؛ لأن إيقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن إلا بخرج فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس فيكون مذبوحًا على التسمية والكثير يقطع فينفصل بينهما فيكون مذبوحا بغير تسمية.

ولو قال: بسم الله حل نوى أو لم ينو؛ لأنه صريح في التسمية وظاهر حاله يدل على أنه أراد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ما لم توجد نية الصرف عنها حتى لو أراد به التسمية لافتتاح العمل لا يحل؛ لأنه لم يسم عليه لما أراد به التسمية على غيره كمن قال الله أكبر وأراد إجابة الأذان لا افتتاح الصلاة لم يصر شارعا فيها.

ولو سبح أو حمد الله أو كبر يريد به التسمية على الذبيحة تحل وإلا فلا؛ لأن

هذه الألفاظ كناية عن التسمية فالكناية إنما تقوم مقام الصريح بالنية.

ولو أشرك في التسمية غير الله تعالى بأن قال باسم الله وباسم محمد أو ومحمد رسول الله بالخفض تحرم؛ لأنه أُهِلَّ لغير الله فصار ميتة لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِۖ﴾ [البقرة: ١٧٣].

ولو قال: بسم الله ومحمد رسول الله بالرفع تحل؛ لأنه أراد به الاستئناف والابتداء دون العطف، ولو قال: بسم الله بغيرهاء الله، إن أراد به التسمية تحل وإلا فلا؛ لأن العرب قد تحذف حرفا ترخيما، ولو قال: بسم الله محمد رسول الله يحل ويكره؛ لأنه لم يعطفه عليه فقد جرّد التسمية ولم يشركه فيها، وكذا لو قال: بسم الله وصلى الله على محمد، وكذا لو قال: بسم الله اللهم تقبل من فلان يحل ويكره؛ لأن فيه إبهام الإهلال بغير الله تعالى، ولو قال قبل الذبح أو بعده: اللهم تقبل من فلان فلا بأس به؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول: "**تقبل هذه عن أمة محمد ممن يشهد بالوحدانية لك ولي بالبلاغ**".

(باب معرفة أهلية الذكاة)

يجب أن يكون الذابح من أهل الملة التي يقر عليها ويعقل التسمية ويضبطه ويقدر على الذبح؛ لأن الظاهر من حال العاقل المتدين أن يأتي باسم الله تعالى عند الذبح إذ كل متدين معتقد يجري على موجب اعتقاده حتى يحل ذبيحة المرأة المسلمة والكتابية والصبي إن كان يقدر على الذبح ويعقل التسمية لاستجماع شرائط الذبح، وإن كان الصبي لا يعقل التسمية لا يحل؛ لأنه لا يصلح منه الإسلام وسائر التصرفات، وكذلك السكران والمجنون إذا لم يعقلا الذبح والتسمية، ويحل ذبيحة الأخرس؛ لأن ملة التوحيد فيمن يعقل التسمية أقيمت مقام التسمية حالة العجز كما في الناسي بخلاف الصبي، فإنه وإن عجز عن التسمية ولكن لا تعقل التسمية والنص إنما ورد بإقامة الملة مقام التسمية فيمن لا يعقل قياسًا ويحل صيد الكتابي وذبيحته لقوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حِلّٞ لَّكُمۡ﴾ [المائدة: ٥] جعل

طعام الكتابي حلالا لنا مطلقًا، وإن سمى النصراني المسيح وسمعه المسلم لم يأكل منه؛ لأنه أهل به لغير الله.

ولو قال: بسم الله وهو يعني بقول الله المسيح يجري اعتبارًا للظاهر ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته ولا بأس بطعامهم لقوله صلى الله عليه وسلم: "**سُنُّوا بالمجوس سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ**"[1]؛ لأن المجوس يدعون لِاثْنَيْنِ فلا يصح بينهم التسمية على الخلوص وهو شرط حل الذبيحة بخلاف أهل الكتاب فإنهم يظهرون التوحيد ويدّعون الإخلاص[2].

وإن كانوا يضمرون في ذلك شركًا، والمرتد كالمجوسي؛ لأنه لا ملة له؛ لأن الملة التي كان عليها تركها والتي انتقل إليها لا يقر عليها وكان أسوأ حالا من المجوسي ويحل صيد المجوسي والمرتد السمك والجراد وما لا يحتاج إلى الذكاة؛ لأن حله غير منوط بالتسمية. مجوسي تهوّد أو تنصر حلت ذبيحته؛ لأنه صار له ملة يقر عليها.

أحد أبويه مجوسي والآخر يهودي تحل ذبيحته؛ لأنه يتبع خير الأبوين دينًا فيحكم بكونه كتابيًّا كالمتولد بين كافر ومسلم حكم بكونه مسلمًا، والله أعلم بالصَّواب.

---

(١) أورده ابن حجر في التلخيص (١٧٢/٣) وعزاه إلى عبد الرزاق وقال: هو مرسل وفي إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف، وأخرجه البيهقي من حديث الحسن بن حمد بن علي بلفظ "**كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه، ومن أبى ضربت عليه الجزية على أن لا تؤكل لهم ذبيحة ولا تنكح لهم امرأة**" قال البيهقي: هذا مرسل وإجماع أكثر المسلمين عليه يؤكده (السنن الكبرى ١٩٢/٩).

(٢) انظر: تبيين الحقائق: ٥/٢٨٧، البدائع: ٥/٤٥، الدر المختار: ٢٠٩، بداية المجتهد: ١/٤٣٨، مغني المحتاج: ٤/٢٦٦، المغني: ٨/٥٧٠.

كتاب الأضحية[1]

يحتاج إلى معرفة الأضحية: أنها واجبة أم سنة، وإلى معرفة شرائط وجوبها، وشرائط أدائها.

أما **الأول**: فالأضحية واجبة على كل مقيم موسر من أهل الأمصار والقرى والبوادي.

وقال الشافعي: سنة، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف لقوله عليه السلام: "**ثلاث كتبت علي وهي لكم سنة: الوتر، والضحى، والأضحى**"[2].

لنا: قوله صلى الله عليه وسلم: "**إن الله تعالى أوجب على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة**"[3]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "**مَنْ وَجَدَ سَعَةً وَلَمْ يُضَحِّ فَلَا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّانَا**"[4]، ومثل هذا الوعيد لا يلحق إلا بترك الواجب وإطلاق اسم السنة عليه لا ينفي الوجوب؛ لأن السنة عبارة عن الطريقة، وطريقة النبي صلى الله عليه وسلم قد تكون واجبة وقد تكون سنة، ولا يجب على المسافرين لقوله عليه السلام: "**ليس على المسافر جمعة ولا تشريق ولا أضحية**"[5] ولأن السفر موثر في التخفيف

---

(١) انظر: تكملة فتح القدير: ٨/٦٧، اللباب شرح الكتاب: ٣/٢٣٢، تبيين الحقائق: ٦/٢، البدائع: ٥/٦٢.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى ٣٠/٥، طبع المكتب الإسلامي، والخصائص الكبرى ٢٥٣/٣، وحديث ابن عباس: "**ثلاث كتبت على...**" أخرجه الدارقطني وغيره، وقال عنه ابن حجر: في تلخيص الحبير ١١٨/٣، الحديث ضعيف من جميع طرقه.

(٣) أخرجه أحمد (٢١٥/٤، رقم ١٧٩٢٠)، وأبو داود (٩٣/٣، رقم ٢٧٨٨) والترمذي (٩٩/٤، رقم ١٥١٨) والنسائي (١٦٧/٧، رقم ٤٢٢٤) وابن ماجه (١٠٤٥/٢، رقم ٣١٢٥).

(٤) أخرجه أحمد ٣٢١/٢ (٨٢٥٦) قال: حدثنا أبو عبد الرحمن. و«ابن ماجه» (٣١٢٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا زيد بن الحباب.

كلاهما: (عبد الله بن يزيد، أبو عبد الرحمن المقرئ، وزيد) قالا: حدثنا عبد الله بن عياش، عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، فذكره.

(٥) قال عنه الزيلعي: غريب (نصب الراية: ٤/٢١١).

فلو وجب عليه الأضحية لتشاغل بها في السفر واشتغاله يقطعه عن أمور السفر فيتعسر عليه فسقط عنه كالجمعة[1]، وإن كان له أولاد مسافرين معه لم يصح عنهم وإن كانوا مقيمين في مصر ضحى عنهم؛ لأن الأصل في الوجوب هو الولد، ولهذا يضحي من ماله إن كان له مال والوجوب على الأب أمر عارض فيعتبر حال الصبي في الإقامة والسفر لا حالة المضحي عنه[2].

وأمّا شرائط الوجوب: منها اليسار وهو ما يتعلق به وجوب صدقة الفطر دون ما يتعلق به وجوب الزكاة؛ لأن الواجب إراقة الدم وإغناء الفقير فكان شرطه هو المكنة عليه والمكنة تحصل بالمال الفاضل عن الحاجة الأصلية بخلاف نماء الزكاة؛ لأن الواجب ثمة اتصف بكونه من نماء المال؛ لأن الزكاة عبارة عن النماء فلا يتصور بدون المال النامي، ومن له مال على مليء فهو موسر؛ لأنه موسر في حق الزكاة ففي حق الأضحية أولى ومنها الإسلام؛ لأن الأضحية قربة فلا تصح بدونه.

وأمَّا البلوغ والعقل ليس بشرط حتى لو كان للصغير والمجنون مال يضحي عنه أبُوه أو وصيه من ماله ولا يتصدق به ولا يضمنان عندهما.

وعند محمد، وزفر:لا يضحيان من ماله.

ولو فعلا يضمنان وهو رواية عنهما؛ لأن القربة تحصل بإراقة الدم والتصدق باللحم يعدها تطوعًا ومال الصغير لا يحتمل التطوع والصغير ربما لا يمكنه أن يأكل الجميع والبيع متعدّد فامتنع الوجوب.

لهما: أنه يجوز له ذبح شاة للصغير لأكله بدون التضحية وللتضحية أولى؛ لأنه زاد خيرا فيضحي عنه ويطعم الصغير ويدخر له ما أمكن ويبتاع بالباقي ما ينتفع به كما في جلد الأضحية، فإن تصدق بها ضمن، ويجب على الموسر أن يضحي عن أولاده الصغار في رواية؛ لأنها قربة مالية متعلقة بيوم العيد فشابهت صدقة الفطر وفي ظاهر الرواية لا يجب عليه؛ لأن القياس يأبى وجوب الحق على الغير بسبب

---

(١) انظر: تكملة الفتح: ٨/٧١، تبيين الحقائق: ٦/٣، الدر المختار: ٢٢٢/٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٣٩٣/٣، والزرقاني ١٥٦/٢، ونهاية المحتاج ١٧٥/٦، والروضة ٣/٧، وتلخيص الحبير ١١٩/٣، ومطالب أولي النهى ٣٠/٥، والخصائص الكبرى٢٥٣/٣.

الغير، ولهذا لا يجب عليه التضحية عن عبده بخلاف صدقة الفطر؛ لأن سبب وجوبها رأس يمونه ويلي عليه وقد تحقق في حق ولده الصغير كما في حق نفسه، ومنها الوقت فوقت وجوبها عند انشقاق الفجر من يوم النحر كما في صدقة الفطر، ويتأكد الوجوب ويتفرد في آخر أيام النحر كما يتأكد وجوب الصلاة في آخر وقتها حتى لو افتقر الموسر في أيام النحر سقطت عنه الأضحية، وكذا إذا نقص النصاب وإن افتقر بعدتها لم تسقط عنه ويتصدق بقيمة الشاة، وكذا لو مات من عليه الأضحية في أيامها تسقط عنه.

ولو مات بعدها لم يسقط عنه التصدق بقيمة الشاة حتى وجب الإيصاء به، ولو اشترى فقير شاة للأضحية في أيام النحر فضحى بها ثم أيسر قيل عليه أن يعيد؛ لأن العبرة لآخر الوقت وقيل لا يعيد.

وذكر الناطفي في "أجناسه": لو أيسر الفقير في أيام النحر تلزمه التضحية؛ لأنه أدرك وقت الوجوب وهو موسر، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله في الموسر إذا ولد له ولد في أيام النحر يضحي عنه الأبّ الموجود في جزء من الوقت كالموجود في أوله وقيل لا يلزمه التضحية في المسلمين؛ لأن الوجوب يتعلق بانشقاق الفجر من يوم النحر والفقير لم يكن موسرا عنده ولا الولد مولودًا عنده فلم يلزمه كما لا يلزمه صدقة الفطر، ولو زكى نصابه ثم مرّ عليه أيام النحر ونصابه ناقص تجب عليه الأضحية؛ لأنه لا يعد فقيرًا في هذه السنة، بأداء الزكاة؛ لأن قدر المؤدي يعد قائما شرعا، ولو انتقص النصاب في أيام النحر بغير الزكاة سقطت عنه الأضحية؛ لأن المؤدي لا يجعل قائمًا حكمًا فيعد فقيرا.

وأمّا شرائط الأداء: فمنها الوقت ووقته ثلاثة أيام العاشر والحادي عشر من ذي الحجة والثاني عشر أولها أفضلها وآخرها أدونها.

وعند الشافعي: أربعة أيام.

لنا: قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم: النحر ثلاثة أيام أفضلها أولها.

وأوقات العبادات لا تعرف لا سماعًا وتوقيفًا فصار كالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، ويجوز في نهارها ولياليها بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى

غروب الشمس من اليوم الثاني عشر إلا أنه يكره الذبح في الليل؛ لأنه عليه السلام "**نهى عن الأضحية ليلًا، وعن الحصاد ليلًا**"[١]، وإذا شك في يوم الأضحى فالمستحب أن لا يؤخر إلى اليوم الثالث لاحتمال أنه يقع في غير وقته، فإن أخر يستحب أن لا يأكل منه ويتصدق بكله ويتصدق بفضل ما بين المذبوح وغير المذبوح؛ لأنه لو وقع في غير وقته لا يخرج عن العهدة إلا بذلك، ومنها لا يجوز التضحية في غير المصر إلا بعد طلوع الفجر؛ لأنه لا صلاة عليهم فلا يجوز قبله، والمعتبر مكان الأضحية لا مكان من يضحي عنه لأنها شابهت الزكاة حتى تسقط بهلاك المال وتتبقى ببقائه كالزكاة وفي الزكاة يعتبر مكان المال فكذا هذا، وعن الحسن أنه اعتبر مكان المضحى كما في صدقة الفطر[٢].

ولو كان الرجل بالمصر وأهله بالسواد جاز أن يضحوا عنه قبل الصلاة، ولو كان الرجل بالسّواد وأهله بالمصر لا يجوز التضحية عنه إلا بعد الصلاة، وكذا لو كان في مصر وأهله في مصر آخر لم يضحوا عنه إلا بعد الصلاة في المصر الذي يذبح فيه وعن الحسن أنه لا يجوز حتى يصلي في المصرين.

ولو ذبح بعد انصراف أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة أجزأه استحسانًا؛ لأن وقت الذبح ما بعد فراغ البعض عن الصلاة بدليل أنه لو فرغ الإمام من الصلاة وخلفه مسبوقون فذبح إنسان قبل فراغهم جاز؛ لأنه ضحى بعد صلاة معتد بها فوقع موقعه فكذا هذا.

ولو ذبح بعدما صلى أهل المصلى قبل أن يصلّي أهل المسجد يجوز قياسًا واستحسانًا؛ لأن الصلاة المعهودة هي الصلاة في المصلى والصلاة في المسجد

---

(١) أخرج الطبراني عن ابن عباس أنه صلّى الله عليه وسلم نهى عن الذبح ليلًا، لكن في إسناده متروك. وفي البيهقي عن الحسن: «**نهى عن جذاذ الليل وحصاده، والأضحية بالليل**» وهو حديث مرسل (نيل الأوطار: ٥/١٢٦).

(٢) انظر: البدائع: ٥/٦٠، الدر المختار: ٥/٢٠٨، تبيين الحقائق: ٥/٢٩١، تكملة الفتح: ٨/٦٠، بداية المجتهد: ١/٤٣٥، القوانين الفقهية: ص١٨٥، الشرح الكبير: ٤/٢٧١ وما بعدها، المهذب: ١/٢٥١ وما بعدها، كشاف القناع: ٦/٢٠٨ وما بعدها.

لأجل العذر فيجب اعتبار الأصل، ولو صلى الإمام ولم يخطب جاز الذبح؛ لأن صحة الصلاة لا تعلق لها بالخطبة، وإن ضحى بعدما قعد الإمام قدر التشهد لم يجزه خلافًا للحسن لما عرف. صلى الإمام العيد بشهادة الشهود أنه يوم العيد ثم انكشف الأمر أنه يوم عرفة وضحى الناس جازت الصلاة والتضحية؛ لأنه تعذر الاحتراز عن هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لجمع المسلمين، ومتى جازت الأضحية ضرورة، وإن صلى بدون شهادة الشهود بذلك تعاد الصلاة والأضحية في الغد؛ لأنه لا ضرورة إلى التجويز، وإن ضحى الناس في الغد قبل الصلاة لم يجز لأنهم ضحوا قبل الصلاة في يوم هو وقت للصلاة إلا إذا كان لا يرجو أن الإمام يصلي فحينئذ يجوز وإن ضحى بعد الزوال يجزيه وإن شكّوا في أنه يوم عرفة فالأحوط أن يضحوا من الغد بعد الزوال؛ لأن رجاء الصلاة إنما ينقطع من الغد بعد الزوال.

ولو ضحى بعد الزوال من يوم عرفة ثم تبين أنه يوم النحر جاز، وكذا لو ضحى قبل الصلاة على ظن أنه يوم النحر ثم تبين أنه يوم الثاني من النحر جاز. الإمام إذا ترك الصلاة يوم النحر بعذر أو بغير عذر فلا تجوز التضحية حتى تزول الشمس؛ لأن الصلاة موجودة، وتجوز التضحية في الغد أو بعد الغد قبل الصلاة؛ لأنه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الأول والصلاة في الغد تقع قضاء لا أداءً فلا يظهر هذا في حق التضحية هكذا ذكره القدوري في شرحه.

ولو صلى الإمام يوم العيد ثم تبين قبل الزوال أنه كان جنبا أو محدثًا تعاد الصلاة وتجوز الأضحية؛ لأن من الناس من قال لا يعيدون الصلاة إلا الإمام وحده فكان الاجتهاد فيه مساغًا فجعلنا هذا عددًا في حق جواز التضحية مجزيا للجوار وصيانة لأضاحيهم عن الفسَاد، بلدة وقعت فيها فتنة ولم يبق فيها والٍ ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر جاز؛ لأنه صارت البلدة في هذا الحكم كالسّواد.

(باب شري الشاه بنيّة الأضحية)

عنى اشتراء شاة بنية الأضحية لا يتعين لها، وإن كان فقيرًا تتعين للأضحية في

ظاهر الرواية وفي رواية الزعفراني لا تتعين؛ لأن الشراء لم يوضع للإيجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم الموافقة بينهما في المعنى الخاص؛ لأن الشراء موضوع لاستجلاب الملك والنية بالأضحية موضوع للإزالة فكان بينهما مضادة.

وجه ظاهر الرّواية أن الشراء من الفقير بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفًا وعادة لأنا لا نجد في العرف فقيرًا اشترى شاة للأضحية إلا ويضحي بها لا محالة فكان الشراء منه للأضحية لتحقيق فعل التضحية عادة فكان هذا نذرًا بها عادة كالنذر بالمشي إلى بيت الله تعالى نذرًا للإحرام عرفا، فإن باعها واشترى بدلها أو أدون منها يجوز ويتصدق بفضل ما بينهما، وعند أبي يوسف لا ينفذ البيع كما في بيع مال الزكاة وإنما يتصدق بالفضل؛ لأنه حبس الفضل بعدما ثبت حق الله تعالى فيه، وإن وهبت له شاة أو تصدّق عليه أو كانت عنده شاة فنوى بقلبه أضحية لا تصير أضحية لعدم العرف فيه.

فقير اشترى أضحية فضاعت ليس عليه أخرى، ولو كان غنيًّا وجب عليه أخرى؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء والشراء تناول هذه فوجبت التضحية بعينها فيسقط الواجب بهلاكها، والواجب على الغني بإيجاب الشرع والشرع لم يوجب التضحية بهذه فلا يسقط بهلاكها.

(**النوادر**): فقير اشترى أضحية فضاعت فاشترى أخرى مكانها، ثم وجد الأولى فعليه أن يضحي بهما؛ لأن الوجوب على الفقير بالشراء والشراء قد تعدّد فتعدّد الوجوب بخلاف الغني؛ لأن الوجوب عليه بإيجاب الشرع والشرع لم يوجب عليه إلا أضحية واحدة.

وذكر الزعفراني في أضاحيه: رجل اشترى شاة للأضحية وأوجبها أضحية فضلّت منه ثم اشترى مثلها وأوجبها أضحية ثم وجد الأولى، فإن أوجب الأخرى إيجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بهما، وإن أوجب بدلا من الأولى فله أن يذبح أيهما شاء؛ لأن الإيجاب متحد فاتحد الواجب.

ولو اشترى شاتين للأضحية فضاعت إحداهما فضحى بالثانية ثم وجدها في أيام النحر فلا شيء عليه؛ لأنه لم يتعين إحداهما فأيهما ما ضحى هو المتعين.

ولو اشترى شاة للأضحية ثم اشترى أخرى للأضحية فضاعت الأولى فضحى بالثانية ثم وجد الأولى، فإن كانت مثل الثانية أو دونها فلا شيء عليه، وإن كانت أفضل تصدق بالفضل؛ لأن الأولى تعينت للأضحية.

رجل أوجب على نفسه عشر أضحية قيل: لا يلزمه إلا اثنتان؛ لأن الأثر جاء بالاثنتين وإراقة الدم عرف لزومه بالأثر لا بالقياس فيتقدر لزومه بقدر ما ورد به الأثر والأصح أنه يلزمه الكل؛ لأنه أوجب على نفسه ما للشرع من جنسه إيجاب، فإن الشرع أوجب على غني واحد أضاحيَ كثيرة بأن كان له أولاد صغار وإيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى.

ولو ضحى بشاتين قيل لا تكون الأضحية إلا واحدة والأصح أنه تكون الأضحية بهما، فإنه روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا بأس في التضحية بالشاة والشاتين، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم "**كَانَ يُضَحِّي كُلَّ سَنَّةٍ بِشَاتَيْنِ وَضَحَّى عَامَ الْحُدَيْبِيَّةِ بِمِائَةِ بَدَنَةٍ**"[1].

نذر أن يضحي أو أهدى بشاة، فضحى ببقرة أو بجزور أو أهدى بهما جاز؛ لأنه أفضل منهما. اشترى بقرة وأوجبها أضحية ثم أشرك فيها رجلًا جازت الشركة ويجوز عنه وعن شريكه وعليه أن يتصدق بما أخذ من شريكه. والله أعلم بالصواب.

(باب من لم يضح حتى [مضت][2] أيامها)

ولو اشترى شاة للأضحية فلم يصح حتى مضت أيامها تصدق بها حيّة أو بقيمتها ولا ينقص منها شيئًا من الشعر واللبن ولا يأكل من لحمها؛ لأنه انتقل الواجب من إراقة الدم إلى التصدق ولا يذبحها؛ لأن الإراقة ليست بقربة معقولة وإنما عرفت قربة شرعًا في زمان مخصوص، وقد تعدّد إقامة القربة بالذبح لفوات الوقت إلى خلف وهو التصدق؛ لأن التصدق قربة معقولة، فإن ذبحها وتصدّق بلحمها جاز، فإن كانت قيمتها حيّة أكثر تصدّق بالفضل وإن أكل منها شيئًا غرم

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٥/٢٩٥.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): فرغت.

قيمته؛ لأنه فوت المبدل فوجب عليه البدل، ولو لم يشتر شاة للأضحية حتى مضت أيامهَا فعليه أن يتصدق بقيمة شاة يجوز في الأضحية، ولو اشترى شاة فأوجبها أضحية ثم باعها ولم يضح ببدلها حتى مضت أيام النحر يصدق بثمنها وإن باعها بما لا يتعاين الناس فيه تصدق بالفضل.

(**الزيادات**): ولو اشترى شاة وأوجبها أضحية ثم تصدق بها حية في أيام النحر فعليه أخرى مكانه؛ لأنه التزم التضحية في هذا المحل والتصدق بالعين خلف عن التضحية ولم يقع الناس في الأصل فلا يصار إلى الخلف، وإن لم يشتر مكانها حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمتها؛ لأنه تعدّد التقرب بإراقة الدم لفوات وقته فتحوّل الحكم إلى خلفه وهو التصدق بالقيمة، وإن لم يتصدق ولم يذبح حتى مضت أيام النحر تصدق بها حيّة أو قيمتها؛ لأن الواجب بعد مضي وقت الذبح هو التصدق بعينها والتصدق بقيمتها مثله فيما هو المقصود وهو دفع حاجة الفقير بسد حلقه ورد جوعته بخلاف ما لو تصدق بقيمتها في أيام النحر لا يجوز؛ لأن ثمة الواجب هو الإراقة والتصدق بالقيمة لا يكون مثل الإراقة في المقصود وإن جاءت أيام النحر من قابل، فإن ذبحها وتصدق بها فعليه التصدق بفضل ما بين قيمتها حية إلى قيمتها مذبوحة لأن الإراقة عرفت قربة شرعًا لا عقلًا في أيامها من ذلك العام فلا يكون قربة في غيرها كرمي الجمار إذا فات وقته لا يلزمه قضاؤه.

(باب ما يجوز في الأضحية وما لا يجوز فيها)

يجوز فيها الثني وهو من الغنم ما طعن في السنة الثانية ومن البقر ما طعن في الثالثة ومن الإبل ما طعن في السادسة لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ضحّوا بالمسنة**" والثني مسنة، ويجوز الجذع من الضأن خاصّة دون المعز لقوله صلى الله عليه وسلم: "**نعم الأضحية الجذع من الضأن**"، وقال عليه السلام لأبي بردة ابن بدار حين قال: عندي جذع من المعز خير من شاتين: "**يجزي عنك ولا يجزي عن أحد بعدك**" والجذع من الغنم ابن ستة أشهر، حكاه القدوري.

وذكر الزعفراني في أضاحيه: الجذع ابن سبعة أشهر أو ثمانية، فأما ابن ستة

أشهر فهو حمل، والبقرة والبعير يجوز عن سبعة فما دونهم لحديث جابر أنه قال: "**أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية أن نشترك في البدنة سبعة وفي البقرة سبعة**".

ويجوز التضحية بالجاموس عن سبعة وهو المختار؛ لأنه نوع من البقر، ولهذا يكمل نصاب الزكاة وتجب فيه الزكاة ولا تجزئ الشاة أكثر من الواحد؛ لأنه لا نص فيه والبعير أفضل من البقرة، والبقرة أفضل من الشاة إذا استويا في القيمة والشاة أفضل من سُبْعِ البقرة إذا استويا في القيمة واللحم؛ لأن لحم الشاة أطيب، وإن كان سبع البقرة أكثر لحما فالسبع أفضل والذكر من الضأن أفضل إذا استويا؛ لأنه أكثر لحما وأطيب والأنثى أفضل من البقر؛ لأن لحمها أطيب، وشاتان بثلاثين درهما أفضل من واحدة بثلاثين والواحدة بعشرين أفضل من الثنتين؛ لأنه بثلاثين يوجد شاتان مثل ما يجب من كمال الأضحية في السن والكبر، ولا يوجد بعشرين حتى لو وجد كان شري الثنتين أفضل.

(فصل)

ولا يجوز العمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك، وإن كانت تمشي جاز ولا العجفاء التي لا تنقي، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**أربع لا يجزئن في الضحايا: العوراء البيّن عورها، والعرجاء البيّن عرجها، والمريضة البيّن مرضها، والعجفاء التي لا تنقى**" أي: التي لا نقي لها وهي المخ لشدة الهزال ولا السكاء التي لا أذن لها في الحلقة، وإن كان صغيرًا يجوز، ولا الهمتاء التي لا أسنان لها إن كانت لا تعتلف وإن كانت تعتلف جاز وهو الصحيح؛ لأن هذا لا يعدّ نقصًا في الشاة، ولا الجلالة وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجذاء، وهي المقطوعة ضرعها، ولا المصرمة، وهي التي لا تستطيع أن ترضع فصيلها ولا الحداء، وهي التي يبس ضرعها ولا مقطوعة الأنف والذنب والطرف، ثم العيب القليل لا يمنع لعدم خلو الحيوانات عنه عادة والكثير يمنع، وفي الفاضل بينهما ثلاث روايات في ظاهر الروايات الثلاث وما دونه قليل وما زاد عليه فهو كثير؛ لأن ما فوق الثلث ملحق بالكثير في باب الوصيّة لقوله صلى الله عليه وسلم في الوصيّة "**الثلث والثلث**

وما فوقه كثير" فكذا في الأضحية ألحقناه بالكثير احتياطا وفي رواية "**الثلث كثير وما دونه قليل**" وفي رواية أبي يوسف وهو قوله "**النصف فصاعدا كثير وما دونه قليل**"؛ لأن النصف بين القليل والكثير فرجحنا جانب الكثرة فيه احتياطا ويجوز الجرباء والتولاء وهي المجنونة إذا كانتا سمينتين لأنه لا ينقص عينها وسمنها، ويجوز الجماء وهي التي لا قرن لها خلقة، ويجوز بمكسورة القرن والتوماء وهي التي سقط أسنانها من قدامها ويجوز بالخصي وهو أحب؛ لأنه عليه السلام ضحّى بكبشين أملحين موجوءين ولا يضره الشق في الأذن ولا السمة؛ لأنه ليس بعيب ولا يجوز ببقرة الوحش؛ لأن هذه قربة عرفت شرعًا لا عقلًا والشرع ورد بالأهلي دون الوحشي، ويجوز بالجواميس؛ لأنه نوع من البقر، والمتولد بين الوحشي والأهلي له حكم أمه؛ لأن الولد يتبع الأم. شاة ندت وتوحشت فرماها ونوى عن الأضحية فأصابها يجزيه عن الأضحية؛ لأن بالند لا يصير بمنزلة الوحش، وإن ألقت بقرة الوحش لم يجز في الأضحية، وإن أصابها شيء من هذه العيوب في اضطرابها في الذبح فذبحها مكانها جاز استحسانًا خلافًا لزفر والشافعي؛ لأنه من ضرورات الذبح لتعذر الاحتراز عنه وكان من الذبح معنى فصار كأنه تعيبت بحقيقة الذبح وإن لم يذبحها على الفور وذبحها في الغد يجوز عند محمد؛ لأنه تعيب بسبب الذبح في وقت واحدٍ، وعند أبي يوسف لا يجوز؛ لأنه متى انقطع الفور خرج من أن يكون من أسباب الذبح. معسر اشترى شاة للأضحية أو أوجبها بعينها ثم تعيبت عيبًا مانعًا من الجواز يجوز أن يضحي بها لأنها معينة في حقه وفوات بعضها كفوات كلها حتى لو أوجب أضحية بغير عينها فاشترى صحيحة ثم تعيبت فضحى لا يسقط عنه الواجب؛ لأنه وجب عليه أضحية كاملة كما في الموسر.

(باب الشركة في الأضحية)

اشتركوا سبعة في بقرة أو بعير ونووا الأضحية ولم يسموهم جاز؛ لأنه يكتفى بالنية بالقلب، وكذلك لو ضحى عن نفسه وأولاده الصغار بسيماه ولم يسم لكل واحد شاة يجزي عنهم، وكذا إن ضحى عن أهله وأولاده الكبار بأمرهم، وإن كان بعيرًا لهم لم يجز أحدا منهم وعن أبي يوسف أنه يجوز عنهم؛ لأنه العادة لما جرت

من الأب في كل سنة بالتضحية عن أولاده صار الإذن موجودًا منهم دلالة وهو مستحسن، ولو ضحى عن غيره لم يجز عنه، وإن كان بأمره؛ لأنه لا يمكن تصحيح التضحية عنه إلا بإثبات الملك له في الشاة ولن تثبت إلا بالقبض ولم يوجد منه القبض لا بنفسه ولا نيابة، وإن كان معهم صبي ضحى عنه أبوه استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الإراقة لا تتجزأ وتصيب الصغير وتقع نفلا فينقلب الكل تطوعا.

وجه الاستحسان أن الإراقة متجزئة حكمًا؛ لأن الشرع لما جوز البقرة من السبعة فقد أقامها مقام سبع شياه وسبع إراقات، وإن كان بعضهم يريد الأضحية والآخر الهدي والآخر دم الكفارة ونحو ذلك جاز ويكره خلافًا لزفر؛ لأن المقصود بكل جهة متحد وهو ابتغاء مرضات الله ونيل ثوابه فصار كاتحاد الجنس الواحد، وإن كان أحدهم يريد اللحم أو كان ذمّيًا يريد القربة لم يجز عن أحدهم، لأن ذلك القدر لا يقع قربة فيبطل الكل ضرورة عدم التجزيء، ولو ضحى أحدهم عن ميّت جاز استحسانًا لا قياسًا وهو رواية عن أبي يوسف، لأن الأضحية قربة فلا تتأدّى إلا بإبانته ولم توجد فوقع نصيبه.

لنا: أن المضحي يضحي عن نفسه لكن الأجر للميت لأن الميت لا يملك شيئًا فيقع عن الورثة نقلًا، وللميت يقع أجرًا كما ذبح النبي صلى الله وعليه وسلم عن أمته. ويتناول من لحمه وهو الأصح؛ لأن الملك للمضحي، ولهذا لو كان عليه أضحية تسقط عنه، وإن ضحى عن الميت بأمره لا يتناول من لحمه؛ لأن الأضحية تقع عن الميت، وإن اشترك اثنان في بقرة أو بعير قيل لا يجوز لأنه يكون لكل واحد ثلاثة أسهم ونصف والنصف لا يجزيه عن الأضحية فلم تقع قربة فبطل الكل والأصح أنه يجوز لأن ذلك إن لم يكن أضحية لكن يصير قربة معًا للأضحية فلا يفسد به الأضحية.

سبعة اشتركوا في بقرة فمات أحدهم قبل يوم النحر وذبحها الستة فعند محمد تجوز عنهم إلا أن للورثة خيارًا؛ إن شاؤوا أجازوا نصيب الميت عنه وإن شاؤوا ضمنوا، وعند أبي يوسف إن أوجب الميت على نفسه فقد وجب فيجوز، وإن لم يوجب لا يجوز شاء الورثة أو أبوا، لأنه لا يرى أن يضحي عن الميت، ولو اشترى

بقرة يريد أن يضحي بها ثم اشترك فيها يكره وتجزئهم، لأنها بمنزلة سبع شياه حكمًا إلا أن يريد حين اشتراها أن يشركهم فيها لا يكره وإن فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن. وهذا إذا كان موسرًا وإن كان فقيرًا فقد أوجب بالشراء فلا يجوز أن يشرك فيها ولدًا ولو اشترك فيها ستة نفر بعدما أوجبها لنفسه لم يسعه؛ لأنه أوجب كلها لله تعالى، وإن اشترك جاز، ويضمن ستة أسباعها لأن الاشتراك ليس إلا مع ستة أسباعها، ولو باع كلها جاز وضمن فكذا إذا أشرك، وقيل في الغني إنه يتصدق بالثمن؛ لأن الغني فيما زاد على سبع بقرة أو شاة واحد لا وجوب عليه فيكون بمنزلة الفقير فيكون الشراء منه فيما زاد عليه نذرًا أو إيجابًا. شاتان بين رجلين ذكاهما عن نسكيهما أجزاهما بخلاف عبد بين ابنين أعتقاهما عن كفارتهما لا يجوز لأن في الشاة أمكن جمع كل واحد منهما في شاة فلا كذلك في الرقيق.

(**النوادر**): اشترك ثلاثة نفر في بقرة لواحد ثلاثة أسباعها وللآخرين لكل واحد سبعاها، فمات من له ثلاثة أسباعها وترك ابنًا وبنتًا صغيرين وترك ستمائة درهم مع حصّة البقرة فضحى الوصي عنهما حصة الميت من البقرة لا يجزيه عنهم؛ لأن نصيب الابنة صار لحمًا؛ لأنها فقيرة لأنها أصابت من ميراث الأب أقل من مائتي درهم، وإن ترك الميت ستمائة درهم سوى حصة البقرة جاز عنهم؛ لأنها غنية، وإن اشترك خمسة في بقرة فأشرك أربعة منهم رجلًا فيها وإن الواحد يجوز التضحية عنهم لأن نصيبه أكثر من السبع لأنه يجعل البقرة على خمسة وعشرين لأن الشركاء خمسة لكل واحد خمسة فنصيب الأربعة وعشرين قد جعلوا أنصابهم بين خمسة لكل واحد أربعة وأربعة من خمسة وعشرين أكثر من السبع ولو كانوا ستة واشترك خمسة منهم واحدًا وإلى الواحد لم يجز لأن نصيبه أقل من السبع لأن أصل حسابه ستة وثلاثون لكل واحد ستة فيكون للخمسة ثلاثون وقد جعلوه على ستة لكل واحد خمسة وخمسة من ستة وثلاثين أقل من السبع. ثلاثة نفر اشتركوا في بقرة وأشرك أحدهم رجلًا في الربع جاز والثلث بينهما نصفان؛ لأنه جعله مثلًا لكل واحد منهم ولم يصح الجعل في نصيب الشركاء فصح في نصيبه، وإن أشركه في السبع فالثلث بينهما على سبعة له أربعة ولشريكه ثلاثة؛ لأنه أشركه في سبع الكل

فيكون هذا إشراكا في سبع نصيب كل واحد وسبع نصيب كل واحد بينهم ولم يصح إشراكه في أنصبائهم وصح في نصيبه فصار له ثلاثة من نصيبه، فإن أجاز أحدهما كان نصيبهما أربعة عشر بينهما وبين الذين أشركاه له ثلاثة ولهما أحد عشر. ثلاثة نفر دفع أحدهم أربعة دنانير والآخر ثلاثة دنانير والآخر دينارًا فاشتروا بذلك بقرة على أن تكون البقرة بينهم على رأس ما لهم لم يجز الأضحية؛ لأن نصيب الواحد أقل من السبع وأصله أن ينظر إلى أقل نصيب عليها، وإن كان أقل من السبع لم يجز وإن دفع أحدهم ثلاثة دنانير ونصف والآخر دينارين ونصف والآخر دينارًا جازت عنهم؛ لأن أقل النصيب هو السبع، وكذلك لو اشترك خمسة دفع أحدهم دينارين والثاني دينارين ونصف والثالث ثلاثة دنانير والرابع كذلك والخامس ثلاثة دنانير ونصف جازت عنهم؛ لأن أقل النصيب هو السُّبع.

(باب ذبح أضحية غيره بغير أمره)

ذبح أضحية غيره بلا أمره جاز استحسانًا ولا يضمن؛ لأن في العرف لا يتولى صاحب الأضحية ذبحها بنفسه بل يفوض إلى غيره فصار مأذونًا له دلالة على القصاب إذا شد رجل شاته للذبح فذبحها إنسان بغير إذنه لا يضمن، وكذا من جعل اللحم في القدر ووضعه على الكانون ووضع تحته الحطب فأوقده إنسان وطبخ لا يضمن، وكذا لو جعل الحنطة في الدورق وربط عليه الحمار فساقه إنسان وطحن لا يضمن لما قلنا. رجلان غلطا بأضحيتهما فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه فإن رضيا به يجزيه عن الأضحية ويضمن قيمته لصاحبه؛ لأنه يصير غاصبا له بالأخذ فيصير مالكا له سائقا على الذّبح فيصير مضحيا ملك نفسه فجاز وكذا من غصب شاة فضحى بها عن نفسه يجوز عن أضحيته ويضمن قيمتها كما ذكرنا.

وإن اختار المالك أخذها مذبوحة يجزيه عنه لما بينا، وعلى الذابح أن يعيد الأضحية وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في الوجهين بخلاف المودع إذا ذبح الشاة الوديعة لا يجوز عن الأضحية في الوجهين؛ لأنه إنما يضمن القيمة بالذبح لا قبله فحصل أول الإراقة على ملك غيره فلا يجزيه.

رجل ذبح أضحية غيره عن نفسه بغير أمره، فإن ضمنه المالك قيمتها يجوز عن

الذابح دون المالك؛ لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه، وإن أخذها مذبوحة يجزيه عن المالك؛ لأنه قد نواها فليس يضره ذبح غيره لها.

رجل اشترى خمس شياه وأراد أن يضحي بواحدة منهن فذبح رجل واحدة منهن بغير أمره يضمن؛ لأن صاحبها لما لم يعينها لم يأذن بذبح غيرها دلالة.

رجل دعا قصابًا ليضحي عنه فضحى القصاب عن نفسه فهي للآمر؛ لأن نية القصاب قد لغت. رجل أمر رجلًا بذبح أضحيته فذبحها وقال: تركت التسمية عمدًا يضمن؛ لأنه جعلها ميتة ويشتري الآمر بقيمتها أخرى ويضحي بها ويتصدق بلحمها ولا يأكل، وإن كان بعد مضي أيّام النحر يتصدق بقيمتها. اشترى شاة بجملين وضحى بالشاة ثم وجد مشتري الجملين بهما عيبًا فردهما هو بالخيار إن شاء ضمن قيمة الشاة حية، وإن شاء أخذها مذبوحة وإن ضمنه جاز ما صنع وإن أخذها مذبوحة، فإن كان ذبحها عن أضحية أو هدي فعليه أن يتصدق بالجملين، وإن ذبحها عن جزاء الصيد والفدية يتصدق بقيمة الشاة المذبوحة؛ لأن في الأضحية والهدي يلزمه التصدق بثمن اللحم لا بعينه وثمن اللحم الجملين مع العيب، ألا ترى لو باع لحم أضحيته ما يساوي عشرة بدرهمين لم يلزمه إلا التصدق بدرهمين فكذا هذا. وفي الكفارة يجب التصدق باللحم، فإذا عجز عنه يلزمه التصدق بقيمته. رجل وهب له شاة فذبحها عن أضحية فرجع الواهب فيها جازت الأضحية ولا يتصدق بشيء؛ لأنه بمنزلة ما لو وهب الموهوب له مذبوحة من الواهب، ولو كان عن الكفارة فعليه أن يتصدق بقيمتها مذبوحة.

مريض وهب لإنسان شاة فضحى بها الموهوب له ثم مات المريض من مرضه ولا مال له غيرها فللورثة أن يضمنوه ثلثي قيمتها حيّة أو يأخذوا ثلثيها مذبوحة وعلى الموهوب له أن يتصدق بثلثي قيمتها مذبوحة وجازت عنه الأضحية في الوجهين؛ لأنه ضحى ملك نفسه.

ثلاثة نفر اشترى كل واحد شاة فأوجبها أضحية بلسانه وقيمة أحدهم ثلاثون والأخرى عشرون والأخرى عشرة فاختلطت ولا يعرف واحد منهم شاته، فإن رضوا بأن يذبح كل واحد شاة أجزأهم ويتصدق الذي قيمة شاته ثلاثون بعشرين

درهما احتياطا ويتصدق الذي قيمة شاته عشرون بعشرة احتياطا ولا يتصدق الآخر بشيء وإن تشاحوا يضمن كل واحد منهم لصاحبه قيمة شاته وإن مضى أيام النحر تصدق بثلث القيمة والله أعلم بالصواب.

(باب ما يكره من الانتفاع بالأضحية وما لا يكره)

اشترى شاة للأضحية فولدت يذبح الولد معها وهذا إذا كان معسرا؛ لأن الأم تعينت محلا لإقامة القربة حتى منع المالك عن الانتفاع بها فالحق متى ثبت في الأم يسري إلى الولد كالكتابة والتدبير، فإن كان موسرًا فله أن لا يذبح الولد؛ لأن الأم بالشراء لم تتعين للأضحية، فإن ذبح الولد يوم الأضحى قبل الأم أجزأه، وإن ذبحه مع الأم يأكل منه كما يأكل من الأم في ظاهر الرواية؛ لأن ذبح الولد وقع أضحية تبعًا فيفيد إباحة الأكل كما في الأم.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يأكل؛ لأن هذا جزء منفصل من الأضحية قبل الذبح فيلزمه التصدق به كاللبن والصوف، فإن باعه في أيام النحر تصدق بثمنه؛ لأنه لزمه ذبح الولد، فإذا عجز عن ذبحه لزمه التصدق ببدله كما في الأم، وإن لم يبع ولم يذبح ولكن تصدق به حيا في أيام النحر أجزأه ذكره الزعفراني في أضاحيه؛ لأنه ليس بمحل للأضحية مقصود فيجوز التصدق به كاللبن والصّوف.

وعن محمد في (**المنتقى**) أنه لا يجوز، ولو تصدق به يوم الأضحى فعليه أن يتصدق بقيمته؛ لأنه وجب عليه تضحية الولد تبعًا لتضحية الأم، فإذا فوت الذبح بالتصدق يضمن كما لو فوته بالبيع يضمن القيمة، ويكره أن يجلب الأضحية وقد التزم تنفيذ القربة في جميع أجزائها بإراقة الدم فيكره فصل جزء منها قبل تنفيذ القربة فيها، فأما الموسر إذا عيّن شاة للأضحية لا يتعين فقيل الذبح هذه وغيرها سواء وإن كان في ضرعها لبن وهو يخاف ينضح ضرعها بالماء البارد، فإن تقلص وإلا حلب وتصدق لأن دفع الضرر عنها واجب، ويكره ركوبها واستعمالها كما في الهدي، فإن فعل فنقصها فعليه التصدق بما نقص وإن أجرها تصدق بأجرها.

ولو اشترى بقرة حلوبة وأوجبها أضحية فاكتسب مالًا من لبنها أو انتفع من

روثها فهو له ولا يتصدق بشيء ولا يجوز بيع لحم الأضحية وجلدها وسائر أجزائها لقوله عليه السلام: "**لا تبيعوا لحوم الأضاحي وجلودها وكلوا وتصدقوا واستمتعوا بجلودها**"، فإن باع تصدق بثمنه؛ لأنه كسب خبيث ولا بأس بأن يشتري بجلد أضحيته متاعا للبيت؛ لأنه بالتضمين ملكها منه فصار كأنّه باعها منه، ولو باعها منه لزمه التصدق بقيمتها فكذا هذا ولا يجوز له أن يهبها لغيره، فإن تعينت القيمة على الغاصب فلا شيء على المضحي، فإنه تلف بلا صنعه، فإن أبرأه المضحي عن القيمة وهو غني أو فقير فلا شيء عليه؛ لأن في الابتداء كان له أن يهب الأصل من الغاصب فكذا يملك أن يهب البدل منه، وكذا لو صالحه على أقل من قيمته يلزمه أن يتصدق بما وصل إليه من قيمتها لا غير؛ لأنه أبرأ للبعض واستبقى للبعض.

ولو صالحه على شيء مأكول أو متاع فله أن يأكل المأكول وينتفع بالمتاع؛ لأن البدل يكون على صفة الأصل ونهجه.

ولو اشترى شاة شراء فاسدًا وضحى بها فللبائع أن يضمّنه قيمتها أو يأخذها مذبوحة، فإن أخذها مذبوحة فعلى المضحي أن يتصدق بقيمتها مذبوحة لا حية وهو الصحيح؛ لأن الفصل بين القيمتين قد أبرأه البائع بأخذه الشاة المذبوحة.

ولو لم يأخذها البائع لكن صالحه المشتري عليها مذبوحة من القيمة التي وجبت عليه أو باعها منه بتلك القيمة فعلى المشتري أن يتصدق بقيمتها حية لأنه قد باعها من البائع بتلك القيمة.

ولو اشترى شاة فضحى بها ثم وجد بها عيبًا ينقصها لكن لا يخرجها عن حد الضحايا فله أن يرجع على البائع بنقصان العيب، ولا يتصدق بما أخذ من النقصان؛ لأن الشاة المعينة جازت عن الأضحية فلا يلزمه شيء سواها، فإن رضي البائع بأخذها مذبوحة وأخذها وردّ الثمن يتصدق المشتري بما استرجع من البائع إلا حصة نقصان العيب، وإن نوى بعض الثمن على البائع ووصل إليه البعض يتصدق بما وصل إليه بقدر حصّة الشاة لا بقدر حصة نقصان العيب حتى لو كان الثمن عشرة ونقصان العيب درهم يتصدق بتسعة أعشار ما وصل إليه من الثمن لما عرف والله أعلم بالصواب.

كتاب الشركة

يحتاج إلى معرفة: جواز الشركة، وتفسيرها لغةً وشريعة، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها شريعة.

أمّا جوازها: فلما روي عن قيس بن السائب أنه كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم في تجارة البن والأدم وكان عليه السلام يقول في صفته: "**شريكي، وخير شريك لَا تُدَارِينِي، وَلَا تُمَارِينِي**" أي لا يجادل ولا يخاصم وقال عليه السلام: "**الشريكان الله ثالثهما ما لم يخونا**"، فإذا خانا محقت البركة من بينهما. وقد أجمعت الأمة على جواز أصل الشركة ولأن الشركة في الملك أمر ضروري كاثنين اشتريا أو اتهبا أو ورثا عينًا فلا بد من القول بثبوتها، والشركة في العقود ليست إلا توكيل كل واحد منهما صاحبه بالتصرف، وتفويض الأمر إليه في المعاقدة والمعاملة وأنه جائز كما في المضاربة.

وأمّا تفسيرها: فالشركة لغة: عبارة عن اجتماع النصيبين شائعًا متداخلًا متزاحمًا لقوله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَاوَاتِ﴾ [فاطر: ٤٠] أي: لهم نصيب شائع على سبيل التداخل والتزاحم إلا أن متعارف الشرع يطلق اسم الشركة على عقد الشركة مجازا لما أنه سبب لاجتماع النصيبين في الملك.

وأمّا ركنها: فهي شركة العقود الإيجاب والقبول بأن يقول أحدهما شاركتك في كذا ويقول الآخر قبلت؛ لأن الشركة تقوم بهما.

وأما شرط جوازها: فكونه قابلا للشركة.

وأمّا حكمها: فحكم شركة الملك ضرورته المجتمع من النصيبين مشتركا بينهما وحكم شركة العقد ضرورة المعقود عليه وما يستفاد منه بشركاء بينهما.

(باب معرفة أنواع الشركات)

الشركة نوعان: شركة ملك، وشركة عقد.

وشركة الملك نوعان: شركة جبرية، وشركة اختيارية.

فالشركة الجبرية: أن يختلط مالان لرجلين بحيث لا يمكن التمييز بينهما أو يرثان مالًا فهذه شركة ثبتت جبرا من غير اختيارهما. والشركة الاختيارية أن يشتريا أو يوهب أو يوصى لهما مالًا فقبلا أو يملكا مالًا بالاستيلاء أو يخلطا مالًا فتكون هذه شركة اختيارية لأنها حصلت باختيارهما ثم حكم الشركة الثابتة بالاختلاط أو بالخلط أنه لا يجوز بيع أحدهما نصيبه من الأجنبي بغير إذن شريكه؛ لأنه خلط الجنس بالجنس استهلاك والاستهلاك سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط لو كان على سبيل التعدي، فإذا حصل بغير تعدي فقد انعقد سبب الزوال من وجه فأورث شبهة زوال نصيب كل واحد إلى شريكه في حق البيع من الأجنبي فلا يجوز بيع نصيبه إلا برضا شريكه.

فأمّا فيما عداه ملك كل واحد قائم في نصيبه من كل وجه لانعدام سبب الزوال فأطلق له التصرف مطلقًا ولا يجوز لكل واحد التصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه؛ لأنه تصرف في ملك الغير.

وأمّا شركة العقد فنوعان: شركة في المال، وشركة في الأعمال.

أما الشركة في المال فأنواع أربعة: شركة مفاوضة وعنان ووجوه وشركة في العروض ولكل شركة تفسير وصورة وشروط وأحكام.

وأمّا تفسير المفاوضة: فيحتمل أنها مشتقة من التفويض وهو التسليم يقال فوضت أمري إلى الله أي سلمت إليه، ويجوز أنها مأخوذة من الشهرة والاستفاضة يقال فاض الماء إذا غلب وانتشر واستفاض الخير، ويجوز أنها مأخوذة من فاوض تفاوض أي ساوى تساوي.

قال الشاعر[1]: [البسيط]

تهدى الأمورُ بأهلِ الرَّأيِ ما صَلَحَتْ ... فإن تَوَلَّتْ فبالأشرارِ تَنْقَادُ

لَا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَى لَا سَرَاةَ لَهُمْ ... وَلَا سَرَاةَ إذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا

(١) البيتان للأفوه الأودي، وانظر: التذكرة الحمدونية ٣/١٥٥.

أراد بقوله: فوضى أي متساوٍ ليس لهم سادات وهذه المعاني تتحقق في الشركة؛ لأنه وجد فيها التفويض، فإنه فوض كل واحد منهما الأمر إلى صاحبه في جميع التجارات ووحد الاستهتار والاستفاضة فيها لاستفاضتها وانتشارها في التجارات ووجدت المساواة لأن هذه الشركة تقتضي المساواة فيما يصلح رأس مال التجارات والربح والخسران.

وأمّا صورتها: فهو أن يشترك اثنان شركة عامّة في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه وعلى أن يكون كل واحد منهما كفيلًا عن صاحبه فيما وجب عليه ووكيلًا فيما وجب لصاحبه لما نبيّن.

وأمّا شرط جوازها: فالتساوي بينهما في رأس المال والربح وإن تفاضلا في ذلك لم يكن مفاوضة وكانت عنانا وأن يكون كل واحد منهما من أهل الكفالة حتى لا يجوز إلا بين المسلمين الحرين البالغين وذلك لأن المفاوضة اقتضت ثلاثة أشياء: الوكالة في أعمال التجارة وتوابعها، والكفالة بضمان التجارة، ولواحقها، والاستواء في رأس الأموال وفوائدها ابتداء وانتهاء.

أمّا الوكالة ليتحقق معنى الشركة؛ لأن حكمها ثبوت الشركة في المستفاد بالتجارة والمستفاد بالتجارة لا يقع على الشركة ما لم يصر كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف وعاقدا لنفسه في النصف.

وأما الكفالة والاستواء في رأس المال والربح لأن المفاوضة لغة مقتضية المساواة بينهما فيما يتصل بالتجارة من الضرر والنفع وإنما يستويان في الضرر والنفع إذا كان كل واحد منهما مطالب بما طولب صاحبه بسبب التجارة وإنما يشترط استدامة هذه الشرائط؛ لأن الشركة عقد غير لازم فيكون لدوامها حكم الابتداء، فيشترط لدوامها شرائط الابتداء. ولا يجوز المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبدين والحر والمكاتب والمكاتبين والصبيين؛ لأن كفالة العبد لا تصح إلا بإذن المولى وإنما يصح إذنه في قدر قيمته ففاضل الحر العبد في الكفالة، وكذلك العبدان يتفاضلان في الكفالة لأنهما يتفاوتان في القيمة وقضية المفاوضة ضرورة كل واحد كفيلًا بما لزمه صاحبه ولم يتحقق هنا.

وأما المكاتب والصبي فلا يصح كفالتهما أصلًا، ولا تصح المفاوضة بين المسلم والذمي عندهما، وعند أبي يوسف يجوز ويكره، لأنهما استويا في أعمال التجارة وضمانها ورأس مالها ولا عبرة بتفرد الذمي بملك التصرف والتجارة في الخمر والخنزير؛ لأن المفاوضة تحتمل هذا القدر من التفاوت، والمفاضلة أو لا يمكن التحرز عنه كمفاوضة الحنفي مع الشافعي، وكمفاوضة من يستحل المثلث المشتد مع من لا يستحل.

لهما: أنهما متفاوتان في أعمال التجارة وضمانها؛ لأن الذمي يملك التجارة في الخمور والخنازير تجارة مطلقة بنفسه مباشرة ويؤاخذ الذمي بضمانها ولا يملكها المسلم بنفسه مباشرة، ولا يؤاخذ بضمانها فتحققت المفاضلة والمساواة في هذا شرط لصحة المفاضلة بخلاف مفاوضة الحنفي مع الشفعوي، لأنهما لم يتفاضلا في التجارة وضمانها؛ لأن شراء الشفعوي متروك التسمية ونحوه جائز في حقه وحق شريكه باعتبار زعمه واعتقاده، وفي اعتقاد الحنفي أنه غير جائز في حقّه ولا في حق شريكه فقد استويا في التصرف فيما يرجع إلى اعتقاد كل واحد منهما.

فأمّا تصرف الذمي في الخمر والخنزير نافذ في اعتقاده واعتقاد المسلم جميعًا فتحقق التفاضل في حق المسلم ويجوز بين الذميين، وإن كان أحدهما كتابيًّا والآخر مجوسيا لاستويا في التجارة وضمانها؛ لأن الكتابي لو أخر نفسه للذبح يطالب به المجوسي، وإن كان لا يقدر على الذبح بنفسه؛ لأنه يقدر عليه بالمعين أو الأجير، ولهذا المجوسي إذا أخر نفسه للذبح صح وكالقصار مع الخياط إذا تفاوضا صار كل واحد منهما مطالبا بما على الآخر؛ لأنه يقدر عليه بمعين أو أجير، وإن تفاوض عبدان أو مسلم وذمي فهو شركة عنان؛ لأنه إن تعذر تصحيحها مفاوضة أمكن تصحيحها عنانا فتصحح، شارك المسلم المرتد مفاوضة أو عنانا لم يجز عند أبي حنيفة إن قتل على ردته أو لحق بدار الحرب أو أسلم جازت، وعندهما يجوز العنان دون المفاوضة؛ لأن عنده تصرف المرتد موقوف فتوقفت شركته، وعندهما تصرفه نافذ فكذا شركته عنانا نافذة. ولا تصح المفاوضة لأنّ المسلم مع المرتد لم يستويا في أصل التصرف؛ لأن تصرف المسلم نافذ اتفاقا وملكه متقرر وتصرف

المرتد مختلف فيه وملكه وتصرفه يعرض للزوال؛ لأن الحاكم لو حكم بزوال ملكه وبطلان تصرفه نفذ حكمه فتفاضلا في أصل التصرف وملك المال فمنع الجواز؛ ولأن كفالة المرتد عند محمد تصح من الثلث؛ لأن المرتد عنده بمنزلة المريض فيفضل المسلم المرتد في الضمان، وإن شارك المسلم مرتدة صحّت عنانا لا مفاوضة وينبغي أن تجوز المفاوضة عند أبي يوسف وتكره؛ لأن تصرفات المرتدة نافذة بالإجماع فساوت المسلم في التجارات وضمانها كالذمي مع المسلم عنده.

لهما: أنها إن ساوت المسلم في التجارات لكنها انتقلت وأديت من المسلم في بعض ما يستفاد بالتجارة، فإن المرتدة لو اشترت عبدًا مسلمًا أو مصحفًا، فإنه لا يبقى ولا يقرر على ملكها بخلاف المسلم وغير المتقرر لا يساوي المتقرر والمساواة فيما يستفاد التجارة شرط لصحة المفاوضة وإنما صحت شركة العنان معها؛ لأن تصرفها نافد فكذا شركتها فيكره؛ لأن المرتد لا يبالي عن العقود الفاسدة، ولا يتحرز عن الربا فلا يأمن أن يطعم المسلم الربا ولا تصح شركة المفاوضة إلا بلفظ المفاوضة ذكره الكرخي في مختصره؛ لأن العوام لا يقضون على شروط المفاوضة ولا يهتدون إلى معناها فربما يقع الخلل فيها لو أتى بمعناها حتى لو أتى العاقد بما يشتمل على معناها صح لأن العبرة بالمعنى دون الصورة.

وأما حكمها: فصيرورة كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في التجارة في النصف وعاقدًا بنفسه في النصف وكفيلًا بما يجب على صاحبه لما بينا ثم المفاوضة جائزة استحسانًا خلافًا للشافعي؛ لأنها مشتملة على الوكالة والكفالة والشركة في الربح وكل واحد بانفراده صحيح، فإذا انتظمتها المفاوضة صحّت؛ لأن الوكالة لشري المجهول والكفالة للمجهول تجوز ضمنًا وتبعًا إن لم تجز مقصودا؛ لأن المقصود من الشركة تحصيل الربح لا تحصيل المشترى، وإنما يحصل الربح بالمعقود في أنواع السلع مرة بعد أخرى وهذا المقصود لا يفوت بجهالة المشتري فصحت، وإن تضمنت توكيلًا بشراء مجهول كما صحت شركة العنان والمضاربة، وإن تضمنت توكيلًا بشراء مجهول الجنس من السلع وكذا الكفالة للمجهول جائزة حكمًا لغيره وهو تحقيق المساواة، فإن المفاوضة تقتضي المساواة ولا تقع المساواة بينهما إلا

بعد أن يصير كل واحد منهما كفيلًا عن صاحبه وقد يثبت الشيء حكمًا لغيره، وإن كان لا يثبت قصدا كعزل الوكيل.

وأمّا شركة العنان فمالك والشافعي لم يستجيزا إطلاق هذا الاسم على هذه الشركة وقالا هذه كلمة يطرق بها أهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة الخاصة والشركة العامة من غير أن يكون مستعملا في كلام العرب وهذا خطأ فإن هذا الاسم مستعمل في كلام العرب، قال النابغة[1]: [الوافر]

وَشَارَكْنَا قُرَيْشًا فِي تُقَاهَا وفي أحسابها شِرْكَ العِنَانِ

وله مأخذ صحيح قيل العنان سبق من قولهم عنّ إذا حبس، ولهذا سمي العنين عنينا؛ لأنه صار محبوسًا عن النساء وسمي عنان الدابة عنانا؛ لأنه يحبس الدابة عن بعض الانطلاق فسميت هذه الشركة عنانا؛ لأن كل واحد يحبس صاحبه عن بعض التجارات في ماله وقيل إنه مشتق من الاعتراض يقال عنّ الشيء وعنّ لفلان كذا إذا عرض وظهر له فسميت هذه الشركة عنانا لأنه اعترض وظهر لهما تجارة خاصة من بين التجارات.

وأمّا صورتها: فهي أن يشترك اثنان في نوع خاص أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكر أن الكفالة والمفاوضة فيها فتضمنت معنى الوكالة دون الكفالة حتى يجوز هذه الشركة بين كل من كان من أهل التجارة كالعبد والصبي المأذون والمكاتب والذمي كما يجوز بين الأحرار البالغين المسلمين لأن قبول الوكالة صحيح منهم.

وأمّا شرط جوازها: فكون رأس المال عينًا حاضرًا أو غائبًا عن مجلس العقد لكن مشار إليه؛ لأنه متى كان دينًا يصير حينئذ شركة الوجوه لما تبين، والمساواة في رأس المال ليست بشرط؛ لأن لفظة العنان لا تقتضي المساواة ولا تثني عنه ولا تثبت مقتضى الشركة؛ لأن الشركة قد ثبتت في الشيء على التفاوت والتفاضل، ويجوز التفاضل في الربح مع تساويهما في رأس المال خلافًا لزفر والشافعي.

---

(١) البيت للنابغة الجعدي، وانظر: الأغاني ١/١٢٠، والصحاح ١/٣٥٤.

لهما: أن التفضيل في الربح لو صح أدى إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن الضمان يجب على كل واحد منهما بقدر رأس المال فمتى استويا في رأس المال فقد استويا في الضمان، فلو صح التفاضل في الربح صار صاحب الفضل آخذًا زيادة ربح من غير ضمان وهذا لا يجوز كما في شركة الوجُوه.

لنَا: أن شركة العنان انتظمت معنى المضاربة؛ لأن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه ويستحق ربح مال الآخر بعمله فيه مع ثبوت يده عليه وهذا هو معنى المضاربة، فإن المضارب يستحق الربح بعمله في مال غيره، وقد يكون أحدهما أهدى إلى العمل وأرشد وأحذق في التصرف من الآخر فجاز أن يستحق زيادة في الربح بأن ازدياد عمله كما في المضاربة، إلا أن في المضاربة لو شرط رب المال عمله مع المضارب يبطل وفي الشركة يصح؛ لأن المضاربة أمانة والأمانة لا تتم إلا بالتخلية بين الأمين والأمانة، فمتى شرط عمل رب المال معه لم يوجد التخلية، فأما في الشركة كل واحد منهما كالأخير في مال الآخر؛ لأنه يعمل له بأجر الربح فشرط عمل رب المال لا يبطل العقد كمن استأجر أجيرًا بعينه على العمل جاز.

وأمّا حكمها: فصيرورة كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في التجارة في النصف؛ لأن مبنى الشركة على الوكالة لما بينا ولا يصير كل واحد كفيلًا عن صاحبه؛ لأن شركة العنان لا تقتضي المساواة؛ لأن اللفظ لا يبنى عنها.

وأمّا شركة الوجوه فتفسيرها أن الناس يبايعونهما بجاههما وحشمتهما؛ لأنه لا يشتري بالنسيئة إلّا من له وجاهة عند الناس، وصورتها أن يشتركا ليشتريا بالنسيئة ويبيعا وما ربحا فهو بينهما وهي جائزة عندنا خلافًا للشافعي لتعامل الناس في الأعصار من غير نكير؛ ولأنه أمكن تصحيح هذه الشركة بأن يجعل كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف مشتريًا لنفسه في النصف فيقع المشترى مشتركا، كما لو قال لغيره اشتر هذه العين على أن تكون بيننا ويكون وجوب الضمان عليهما على الشركة، ومتى تحققت الشركة في التصرف والضمان تحققت الشركة في الربح فكانت هذا شركة تفيد مقصودها وتثمر ثمرتها فيجوز.

وأمّا شرط جوازها: فأن يكون التصرف الذي اشتركا فيه قابلا للتوكيل؛ لأن

حكمها ثبوت الشركة في التصرف، ولا تقع الشركة في التصرف إلا بصيرورة كل واحد وكيلًا عن صاحبه في النصف، وأن يكون الربح بينهما على قدر ملكيهما، ولا يجوز التفاضل في الربح مع تساويهما في الملك؛ لأن اشتراط زيادة الربح لأحدهما يؤدي إلى ربح ما لم يضمن؛ لأن الضمان يجب عليهما بقدر الملك في المشتري فزيادة الربح على قدر الملك يكون ربح ما لم يضمن وتصح شركة الوجوه مؤقتة؛ لأن الشركة في معنى توكيل فوض المشيئة إلى الوكيل كأنه قال لصاحبه اشتر لي بهذه الدراهم ما شئت وهذا جائز مطلقًا ومؤقتًا، وهل تتوقت هذه الشركة بالوقت؟

روى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة: أنها تتوقت حتى لا تبقى الشركة بعد مضي الوقت.

وقال الطحاوي: هذه الرواية مما لا يكاد يصح على ما روي عنهم في الوكالة أن من وكل رجلًا بشراء عبدًا ويبيعه اليوم لا تتوقف الوكالة باليوم فإذا لم تتوقف الوكالة لا تتوقف الشركة ضرورة.

وقال غيره من مشايخنا: بأن هذه الرواية في الشركة صحيحة وصارت الشركة والوكالة على الروايتين في رواية تتوقت الشركة والوكالة؛ لأنهما يقبلان الخصوص في النوع فتقبلان التوقيت بالوقت، وفي رواية لا تتوقت؛ لأن ذكر الوقت قد يكون لقصر الوكالة والشركة عليه وقد يكون لاستعجال العمل فيما لا يحتاج إلى التوقيت، فإن كان المراد بذكر الوقت القصر عليه ترتفع الوكالة بمضيه، وإن كان المراد به الاستعجال لا ترتفع والوكالة والشركة ثابتة للحال تتعين وترفع الشك في ارتفاعهما بمضي الوقت فلا ترتفع بالشك، ولهذا لا يتوقت الإذن وإذا قال أحدهما لآخر: ما اشتريت اليوم من بيتي فهو بيني وبينك، روى أبو سليمان عن محمد أنه تصح الشركة لأنهما نصّا على حكم الشركة والعقد يثبت بذكر الحكم اقتضاء كما لو ذكر الشراء من الجانبين.

وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله: أنه لا يصح إلا إذا قال: ما اشتريت اليوم وما اشتريت أنت فهو بيننا يصح؛ لأنهما لم يذكرا الشركة ولا حكمها على الخصوص؛ لأن حكم الشركة على الخصوص أن يصير كل واحد

منهما وكيلًا عن صاحبه، ولم يذكر كل واحد مما هو بوكيل لصاحبه وهو ذكر الشراء فلم تثبت الشركة لا نصًّا ولا اقتضاء بخلاف ما لو ذكرا شراءهما؛ لأنه ذكر كل واحد ما هو توكيل صاحبه فقد نصّا على حكم الشركة على الخصوص فتثبت الشركة اقتضاء.

وأمَّا الشركة في العروض: فلا يجوز سواء كانت من الجانبين أو من أحدهما خلافًا للمالك؛ لأن الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة لا يصح في العروض؛ لأنه يصير كأنهما قالا اشتركا على أن يبيع عرض كل واحد منا ليكون ثمنه بيننا.

ولو قال لغيره: بع عرضك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز بخلاف ما لو قال: اشتر بألف من مالك على أن المشترَى بيننا جازت الشركة؛ ولأن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة، فإن الربح لا يظهر إلا بعد سلامة رأس المال والقيمة مجهولة، وفي القسمة لا يعرف إلا بالحزر والظن فيكون رأس المال مجهولًا عند القسمة.

وأمّا الشركة في الأعمال فنوعان: جائزة، وفاسدة.

فالجائزة الشركة في الصناعات وهي أن يشترك اثنان ليتقبلا الأعمال والأجر بينهما وهي جائزة اتحد عملهما كالقصارين أو اختلف كالقصار والخياط.

وقال الشافعي هذه الشركة فاسدة.

وقال مالك وزفر: يصح إذا اتحدت الأعمال ولا تصح إذا اختلفت.

والصحيح قولنا؛ لأن هذه شركة تفيد مقصودها لأن مقصودهما الشركة فيما يستفاد بالعمل وهو الأجر، والشركة في حقيقة العمل إن كانت لا تتحقق ولكن في حق ضمان العمل يتحقق؛ لأن ما يتقبل كل واحد من العمل تحت ضمان العمل كله في ذمة المتقبل في نصفه أصيل وفي نصفه وكيل عن صاحبه في التقبل عليه، والوكالة في قبول العمل جائزة ومتى تحققت الشركة في ضمان العمل وهو سبب لحصول المال؛ لأن الأجر يستحق بالعقد والتقبل لا بالعمل، فإنه متى عمل بغير عقد لا يستحق الأجر تحققت الشركة في المال فجازت كما في شركة الوجوه،

ويجوز التفاضل في الربح في شركة التقبل؛ لأن الربح إنما يستفاد بمقابلة العمل؛ لأنه بدل عمله والعمل لا يتقوم إلا بالعقد فيتقوم بقدر التقويم، فإذا قومنا عمل أحدهما ثلثي المستفاد لجودة عمله وحسن صناعته وعمله الآخر بالثلث كان كما قومنا وصار المشروط له الزيادة أخذًا بدل عمله لا ربحًا فجاز كمن استأجر رجلين بحفر بئر وسمى لأحدهما أكثر أجرًا مما سمى به الآخر.

وأمّا الشركة الفاسدة: فهي الشركة في الأشياء المباحة كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد واحتباء الثمار من الجبال وحفر المعادن ونقل الطين والملح والجص والكحل وطبخ الآجر ونحوه ولكل واحد ما استولى عليه، وقال مالك: بأنها جائزة.

والصحيح قولنا؛ لأن الشركة تقتضي الوكالة والوكالة في أخذ المباحات باطلة؛ لأن التوكيل تفويض ما لا يملكه الوكيل إلّا بأمر الوكيل فيكون الوكيل نائبا عنه في تصرف بملك الموكل بنفسه وهذا لا يمكن تحقيقه في أخذ المباحات؛ لأن الوكيل يملك أخذ المباحات بنفسه من غير تفويض وتسليط أحد فكان فعل الوكيل واقعًا لنفسه وهذا كمن وكل بالاتهاب أو الاستقراض إذا اتهب أو استقرض مطلقًا وقع الفعل للوكيل دون الموكل فكذا هذا وقع الأخذ للشريك وهو سبب الملك بانفراده فينفرد بملكه، فإن أعانه الآخر بشيء وله أجر مثله لا يجاوز به نصف الثمن عند أبي يوسف وعندهما بالغًا ما بلغ له أن يسميه النصف في الشركة الصحيحة والشركة ما فسدت بجهالة التسمية وإنما فسدت لكون المعقود عليه غير قابل للوكالة فشابهت هذه الشركة الإجارة الفاسدة باشتراط شرط فاسد لا بجهالة التسمية وثمة لا يراد أجر المثل على المسمى؛ لأنه رضي بأن لا يجب له أكثر من المسمى فكذا هذا.

وأمّا إذا لم يصيبا شيئًا فقد قبل عنده لا يجب شيء كما في المضارب وقيل يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ؛ لأنه لا يمكن تقدير أجر المثل بنصف المجموع.

لهما: أن هذه الشركة متى فسدت انقلبت إجارة فاسدة وتسمية نصف المجموع تسمية مجهولة، فإنه لو استأجر رجلًا ليعينه في الاحتطاب بنصف المجموع يكون للمعين أجر المثل بالغًا ما بلغ وهذا؛ لأن المسمى متى كان معلومًا في الإجارة

الفاسدة فقد علمنا أنه أبرأه عن الزيادة على المسمى ومتى كان مجهولًا لم يعلم بإبرائه عن الزيادة على المسمى بل هو مسلوك فيه فلا تثبت البراءة بالشك.

طين النورة مملوك لرجل فاشتركا على أن يشترياه ويطبخاه جاز؛ لأنه يصح التوكيل في شرائه وطبخه فصحت الشركة فيه والله أعلم.

(باب ما يصلح أن يكون رأس المال وما لا يصلح)

والشركة بالأموال لا تصح إلّا بمال حاضر عند العقد أو عند الشراء ولا يصح بمال غائب أو دين في الحالين حتى لو دفع إلى رجل ألفًا فقال: أخرج من عندك ألفًا آخر فاشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا، فأخرج ألفا واشترى بهما جاز، وإن وجد المال عند الشراء لا عند العقد؛ لأن عقد الشركة لا يتم ولا يبرم إلا بالشراء؛ لأنه لا يتم مقصوده ولا يتوفر عليه ثمرته وهو الربح إلا بالشراء فقبل الشراء كان لبقائه حكم ابتدائه ويصح عقد الشركة بالنقدين؛ لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل بالشراء بهما صحيح.

ولو كان لأحدهما ألف درهم ولآخر مائة دينار أو لأحدهما دراهم بيض والآخر سود فاشتركا جازت الشركة خلافًا لمالك وزفر والشافعي وهذا بناء على الخلط ليس بشرط لصحة الشركة عندنا وعندهم شرط.

لهم: أن مقصود عقد الشركة هو إثبات الشركة في الربح والشركة في الربح لا تتحقق إلا بالخلط؛ لأن الربح إنما يستفاد وينال بالمال وبالتصرف والتقلب فيه وقبل الخلط إن تثبت الشركة في التصرف لم تثبت الشركة في المال فلا تتحقق الشركة في الربح وإذا ثبت أن الخلط شرط فالخلط لا يوجب الشركة إلا حال اتحاد الجنس.

لنا: أن الشرط في الربح يتحقق بدون الخلط؛ لأن الربح يستفاد بالتصرف والضمان لا برأس المال؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات عندنا ولا يتعلق العقد بعينهما فلا يكون حصول الربح مضافًا إليهما بل إلى التصرف والضمان وقد تحققت الشركة فيهما قبل الخلط؛ لأن جميع الثمن يجب في ذمة العاقد نصفه بالأصالة ونصفه بالوكالة عن صاحبه فقد اجتمع النصيبان في ذمته والتصرف يقع على الشركة فيقع الربح على الشركة والتبر والحلي بمنزلة العروض

لا يجوز الشركة في رواية هذا الكتاب وفي رواية كتاب الصرف جعله ثمنا لما بينا، وتجوز الشركة بالفلوس عند محمد، وعند أبي يوسف لا تصح.

وعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان، وهذا بناء على أن الفلوس لا تتعين ولا تصير سلعة بالتعيين عند محمد، وعند أبي يوسف تتعين وتصير سلعة بتعيينها لما عرف ولا تجوز الشركة بالمكيل والموزون والعدديات المتقاربة قبل الخلط لأنها عروض عن التعيين، والشركة في العروض فاسدة، وإن خلطا وهو جنس واحد فشركة العقد فاسدة وشركة الملك ثابتة؛ لأن شركة الملك حصلت مشاهدة بالخلط فلا يوصف بالفساد وما ربحا فلهما والوضيعة عليهما ولم يذكر في الأصل خلافًا.

وذكر الكرخي فيه خلافًا، قال أبو يوسف: هي شركة أملاك فالربح بينهما على قدر ملكيهما؛ لأنه بالخلط لا يصير ثمنا فلا يصح رأس مال الشركة.

وقال محمد: تصح شركة العقد بالخلط؛ لأن المكيل والموزون يصلح ثمنا، ومعنى الثمنيَّة فيه ثابت إلا أن قبل الخلط لم تصح الشركة؛ لأنه لا يمكن تحقيق الوكالة التي تقتضيها الشركة، فإنه لو قال اشتر بحنطتك شيئًا على أن يكون بيننا لا يصح وبعد الخلط يمكن تحقيق الوكالة فصحت الشركة، فإن باعاه بعد الخلط فالثمن على قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوط. قال عامة مشايخنا: الصحيح أن يقال يوم باعاه، فإن زاد الخلط أحدهما خير الصرف بقيمته يوم يقسمون غير مخلوط قبل الصواب بقيمته غير مخلوط يوم البيع؛ لأن حق كل واحد منهما انتقل من العين إلى الثمن بالبيع فيجب اعتبار قيمته يوم البيع كما في العروض إذا باعها كان الثمن بينهما على قيمة مالهما يوم البيع وقال بعضهم: المذكور في الكتاب صحيح لأن بالخلط بإذن المالكين يصير نصيب كل واحد زائلا إلى صاحبه من وجه حتى لا يجوز بيعه من الأجنبي إلّا برضا صاحبه لما بينا فيجب العمل بالسهمين فاعتبرنا شبه الزوال فيما انتقص بالخلط وهو الحنطة واعتبرناه زائلا إلى الثمن يوم الخلط واعتبرناه شبه القيام فيما ازداد وهو الشعير واعتبرناه قائما في ملكه بعد الخلط وجعلناه زائلا بالبيع عملًا بالسهمين.

اشتريا متاعًا بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما الحنطة والآخر الشعير ثم باعا

ذلك بدراهم يقسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقسمان قيل الصواب أن يقسمان على قيمتهما يوم البيع؛ لأن هذا بيع المساومة لانعدام التنصيص على المرابحة والثمن في بيع المساومة يقسم على قيمة ملكهما يوم البيع لأنه وقع لكل واحد منهما من الملك يومئذ بقدر القيمة وقيل ما ذكره محمد صحيح؛ لأن ما ذكره محتمل البيع المرابحة بأن كان باعه مرابحة بكر حنطة وكر شعير وربح عشرة دراهم وقد بين بدلالة الجواب أنه أراد به البيع مرابحة وبين أن البيع الأول كان بكر في الذمة؛ لأن بيع المرابحة لا يصح إلا بعد أن يكون الكر في الذمة دل عليه أنه قال اشتر بكر حنطة وكال، ولو كان كرًّا بعينه ما احتاج إلى الكيل والثابت دليلًا كالثابت صريحًا فصار كأنه نص وقال: باعه مرابحة على الثمن الأول فربح عشرة مثلا.

(**المنتقى**): رجلان لكل واحد طعام فاشتركا عليهما وخلطاهما وأحدهما أجود من الآخر فالشركة جائزة والثمن بينهما نصفان؛ لأن هذا يشبه البيع حين خلطاه على أنه بينهما وقال في موضع آخر في هذا الكتاب: يقسم الثمن على قيمة الجيد وقيمة الرّديء.

(باب شركة المفاوضة)

ولا بد للمفاوضة من المساواة في المال الذي يصلح رأس مال الشركة حتى لو تفاضلا فيما تصح به الشركة لا تصح المفاوضة؛ لأن مبناه على المساواة وإن تفاضلا فيما لا يصلح رأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون جازت المفاوضة؛ لأن التفاضل في ذلك لانعدام التساوي فيما تنعقد عليه المفاوضة حتى لو ورث أحد المتفاوضين الدراهم والدنانير أو وهب ذلك لأحدهما وقبضه أو جنى عليه وأخذ الأرش بطلت المفاوضة، وإن ورث عروضا أو ديونا لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون؛ لأن كل ما قاربه يمنع صحتها، فإذا طرأ عليها يبطلها؛ لأنه لم يتم عقد الشركة في الفاضل لما نبيّن، وإذا كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير، ولأحدهما سُود وللآخر بيض جازت المفاوضة.

وإن استوت قيمتهما في ظاهر الرواية لأنهما متحدا الجنس من حيث المعنى

وهو ثمنية الأشياء، ولهذا جعلا كجنس واحد في تكميل نصاب الزكاة وتقويم المتلفات حتى كان القاضي بالخيار في التقويم فأيّهما شاء فيعتبر هنا جنسًا واحدًا احتيالا لجواز المفاوضة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز؛ لأن المساواة بينهما لا تعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة وإن تفاضلا في القيمة فلا تجوز المفاوضة وهي عنان.

وروي عن أبي يوسف أنه يجوز؛ لأن الجودة في أموال الربا لا قيمة لها إذا قوبلت بجنسها فكأنها على صفة واحدة. وجه ظاهر الرواية أن شرط صحّة المفاوضة المساواة في رأس المال ومتى كان لأحدهما فضل على الآخر من حيث القيمة فلم يستويا في رأس المال فلا تصح المفاوضة كما لو تفاضلا من حيث القدر والجودة في أموال الربا لا قيمة لها في حق حرمان الربا لا فيما عداه ومتى فقدت المساواة في رأس المال انقلبت عنانا؛ لأن المساواة فيه ليس بشرط وإن كانا سواء وقت الشركة ثم فصل أحدهما فهو على ثلاثة أوجه: إما أن حصل الفضل قبل الشراء بالمالين أو بعد الشراء والنقد أو بعد الشراء قبل النقد، فإن فضل أحدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة؛ لأن التفاضل حصل ورأس المال في ملكهما؛ لأنه لم يستحق على صاحب الفضل شيء فبقي ملكه في رأس المال حقيقة وحكمًا فوجب التفاضل فيما يصلح رأس المال ففسدت المفاوضة.

كما لو ورث أحدهما دراهم أو دنانير فسدت المفاوضة؛ لأن عقد الشركة قبل الشراء غير لازم متأكد؛ لأن المقصود من الشركة التجارة لعرض الاسترباح، فإذا لم يحصل المقصود قبل الشراء لم يتم العقد، فإذا زال التساوي قبل الشراء انتقض العقد، وإن حصل الفصل بعد الشراء والنقد لا يفسد؛ لأنه انتهى موجب عقد الشركة وتأكد بالشراء وانتقل كلّ واحد من رأس المال إلى المبيع فالزيادة حصلت فيما استفاد من مال الغير لا في مالهما بخلاف ما لو ورث أحدهما دراهم أو دنانير أو وهب ذلك لأحدهما وقبضه بعد الشراء بالمالين يفسد المفاوضة؛ لأنه فضل أحدهما صاحبه فيما يصلح رأس المال للمفاوضة فأمّا الزيادة من حيث القيمة بعد الشراء حصل في مال الغير لا في مال أحدهما فلم يفت التساوي في مالهما، وإن حصل الفصل بعد الشراء قبل النقد

يفسد قياسًا؛ لأنه ازداد أحد المالين ورأس المال بقي في ملكهما ولا يفسد استحسانًا؛ لأن رأس المال وإن بقي في ملكهما إلا أنه استحق على كل واحد منهما والمستحق كالمعدوم حكمًا لأنه صار كالمصروف إليه حكمًا كالماء المستحق بالغطس فصار كأنه فصل أحد المالين بعد الزوال عن ملكهما.

ولو اشتريا جميعًا بمال أحدهما ثم فضل الآخر ينظران إن فضل المال الذي حصل به الشراء لا تفسد المفاوضة؛ لأن موجب عقد الشركة قد تناهى بالشراء فحصلت الزيادة في مال الغير وإن فضل المال الذي لم يشتريا به فسدت المفاوضة قياسًا؛ لأن المشتري صار مشتركا بينهما ورأس مال الآخر بقي على ملكه فصار ماله أكثر ولا يفسد استحسانًا لأن الشراء بالمالين قل ما ينفق دفعة واحدة.

ولو اعتبرنا هذه المفاضلة مبطلة للمفاوضة يلحقهما الحرج فسقط اعتبارها دفعًا للحرج كما لو اشترى أحدهما طعامًا لقوته وكسوة للبسه أو لعياله لا تنتقض المفاوضة وإن فضل أحدهما صاحبه ولأن الذي اشترى بماله وجب له على شريكه نصف ما قضاه من ماله فصار نصف ما في يد الآخر مستحقا له فصار كالمعدوم والزائل معنى فلم توجد المفاضلة معنًى.

ولو اشتريا بالمالين شيئين في صفقتين فلكل واحد على صاحبه نصف رأس ماله دينًا عليه؛ لأن كل واحد صار مشتريا النصف لنفسه والنصف لصاحبه بحكم الوكالة لأنه لو لم يصر كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف لا تثبت الشركة في المشترى؛ لأن الأجر لم يشتره وقد نقد كل واحد نصف الثمن عن صاحبه من ماله فكان لكل واحد الرجوع على صاحبه بنصفه ولا يلتقيان قصاصًا؛ لأن صفة المالين مختلفة بخلاف ما لو اشتريا بالمالين شيئًا صفقة واحدة، فإنه لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء؛ لأن كل واحد منهما لم يصر وكيلًا عن صاحبه في ذلك؛ لأن الوكالة في الشركة غير منصوص به وإنما أثبتا الوكالة ضرورة إثبات الشركة في المشترى ولا ضرورة إلى إثبات الوكالة هنا لإثبات الشركة في المشترى لأنهما متى اشتريا صفقة واحدة يكون المشترى مشتركا بينهما من غير اعتبار الوكالة كما قبل الشركة فصار كل واحد منهما مشتريا النصف لنفسه وناقدًا رأس ماله عن نفسه فلا يستحق بما يقدر رجوعًا على صاحبه.

(باب شركة العنان)

اشتركا فجاء أحدهما بألف والآخر بألفين على أن الربح والوضيعة نصفان فالعقد جائز والشرط في حق الوضيعة باطل، فإن عملا فربحا فالربح على ما شرطا، فإن خسر فالخسران على قدر رأس مالهما.

وقال مالك والشافعي: هذه الشركة فاسدة وكذلك المضاربة إذا شرط فيها الوضيعة على المضارب فالمضاربة صحيحة والشرط باطل خلافًا لهما.

والصحيح قولنا؛ لأنه ليس في تفضيل الوضيعة إلا اشتراط ضمان على أحدهما بهلاك مال الآخر وصار كأنه قال أحدهما لصاحبه إذا هلك بعض مالك فهو عليّ، ولو صرح بهذا لا يستقيم؛ لأن مال أحدهما أمانة في يد صاحبه والأمانة لا تصير مضمونة بالشرط وهذا الشرط لا يستحق بعقد ما فاشتراطه لا يكون مفسدًا للعقد؛ لأن كل شرط لا يستحق بعقد ما لا يكون مفسدًا؛ لأنه لا يفضي إلى المنازعة ولأن هذه الشركة بعقد لإثبات الوكالة والمقصود منها الربح والوكالة لا تبطل بشرط فاسد والفساد لا يدخل في الربح لأنهما يستحقانه كما شرطا ولا تفسد به الشركة ثم المسألة على ثلاثة أوجه، الأول: إن شرطا العمل عليهما والربح بينهما نصفين والوضيعة على قدر رأس المال جاز خلافًا لزفر والشافعي؛ لأن استحقاق زيادة الربح لأحدهما بسبب العمل بدون رأس المال جائز لجواز أن يكون لأحدهما زيادة حذاقة وبصارة وهداية في التجارة فيكون الربح بزيادة المال كما في المضاربة لما بينا بخلاف اشتراط المفاضلة في الوضيعة لا يصح لأنه اشتراط ضمان فيما كان الإنسان أمينا فيه واشتراط الضمان على الأمين باطل لما فيه من تغيير لحكم الشرع؛ وإن عمل أحدهما دون الآخر فالربح بينهما على ما شرطا؛ لأن عمل أحدهما يقع عنهُمَا كالمضارب استعان برب المال فعمل يستحق الربح وكان ذلك العمل واقعًا عن المضارب فكذا هذا لأنه بمعنى المضاربة لما بينا.

وإن شرطا العمل على أحدهما ينظر إن شرطا العمل على أكثرهما ربحًا جاز؛ لأنه عامل في ماله وربح ماله له وعامل في مال شريكه ببعض ربحه والربح مستحق

بالعمل كالمضارب، وإن شرطا العمل على أقلهما ربحًا خاصة لا يجوز والربح لهما على قدر رأس مالهما؛ لأن الربح لا يستحق إلا بمال أو بضمان عمل وليس لصاحب فضل الربح مال ولا ضمان عملي فبقي استيهاب المعدوم والربح ممّا يستحق بالعقد فيكون شرطا فاسدًا فيكون الفساد في الربح الذي هو المقصود بالعقد فيفسد فإنه يفضي إلى المنازعة.

لأحدهما ألف درهم ولآخر مائة دينار وهلك أحد المالين فلا يخلو إما أن هلك قبل الشراء بهما أو بعد الشراء بأحدهما، فإن هلك قبل الشراء بهما هلك من مال صاحبه وتبطل الشركة خلطا أو لم يخلطا؛ لأن ما هلك عين مال أحدهما بيقين وهي أمانة في يد صاحبه فكان هلاكه على مالكه كما قيل عقد الشركة بخلاف ما لو اتخذ جنس رأس مالهما وقد هلك بعضه بعد الخلط يهلك على الشركة لأنا لم نتيقن بأن الهالك مال أحدهما بعينه وليس أحدهما بأن يجعل الهلاك عليه بأولى من الآخر فيجعل الهلاك عليهما وتبطل الشركة؛ لأنه متى بطلت الشركة في الهالك قبل العمل؛ لأن الشركة عقدت لاستثمار المال واسترباحه وذلك لا يتصور بعد هلاكه بطلب في المال الآخر؛ لأن صاحبه لم يرض بمشاركة شريكه في ماله إلا بشرط الشركة في مال صاحبه.

وإن هلك أحدهما وهو الدنانير بعد الشراء بالآخر هلك من مال صاحبه والمتاع بينهما على رؤوس ماليهما؛ لأنه اشترى والشركة بينهما قائمة فوقع المشترى مشتركا بينهما والشركة لا تنتقض بهلاك المال بعد ثبوت الملك.

لهما في المشترى فصار بمنزلة ما لو هلك أحد العوضين في بيع المقابضة بعد التقابض لا يوجب انتقاض البيع فكذا هذا وأيهما باع فبيعه جائز؛ لأن شركة العقد بينهما قائمة.

وذكر الكرخي رحمه الله الثابت بينهما شركة الأملاك لا يملك أحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر؛ لأن الشركة انتقضت بهلاك المال والصحيح هو الأول ويرجع صاحب الدراهم عليه من ثمنه بقدر حصته؛ لأن صاحب الدراهم وكيل عن صاحبه بشراء ما يخصّه من المتاع وقد نقد ثمن حصّة صاحب الدنانير من مال نفسه فيرجع بذلك عليه.

وإن اشتريا بالدراهم متاعًا فوضعا في أحدهما وربحا في الآخر فالربح

والوضيعة عليهما على قدر ملكيهما في المشترى يوم الشراء وهو الصحيح والأصل فيه أنه يعتبر قيمة رأس المالين إذا كانا مختلفين يوم الشركة لاستحقاق أحدهما زيادة الرّبح؛ لأن سبب استحقاق زيادة الربح على رأس ماله من مال صاحبه هو الشرط، فإنه لولا الشرط كان الربح مقسومًا بينهما على قدر رأس ماليهما فالمشروط له الزيادة إنما استحق زيادة الربح بالشرط والشرط وجد يوم الشركة فيعتبر قيمة رأس ماليهما يوم وجد سبب استحقاق زيادة الربح وهي الشركة كما في الغصب والرهن والبيع ويعتبر قيمتها يوم الشراء ليعلم مقدار ملكيهما في المشترى؛ لأن حقهما إنما ينتقل من رأس المال إلى المشترى بالشراء ويعتبر قيمتها يوم القسمة لتحصيل رأس ماليهما؛ لأن حقهما إنما يصير منتقلا ومحولا من المشترى إلى رأس المال يوم القسمة ليظهر ربح مال كل واحد منهما فيجب اعتبار قيمتهما يوم القسمة.

(**النوادر**): عن أبي يوسف رحمه الله: رجل دفع إلى آخر ألفا فقال: اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل أن يشتري به فلا ضمان عليه وليس هذا بعرض وإنما هو شركة وإن هلك بعد الشراء فالضمان عليهما نصفان؛ لأنه نص على الشركة والقبض وقع بجهة الشركة المنصوص عليهما والقبض بجهة الشركة لا يوجب ضمانا إلا بعد الشركة المنصوص عليهما والقبض بجهة الشركة لا يوجب ضمانا إلا بعد الشراء فضمن نصف ما نقد من ثمن المشترى من ماله.

وقال محمد: إذا هلك قبل أن يشتري شيئًا ضمن نصف المال؛ لأن الشركة في المشترى والربح والوضيعة لا يكون إلا بعد وجود رأس المال من قبله فيضمن هذا إقراض النصف منه والقبض بجهة الفرض يوجب الضمان عليه مطلقًا، ألا ترى لو قال: اشتر بهذه الألف على أن الربح كله لك كان هذا قرضا في الكل فكذا إذا اشرط في النصف

(**الجامع**): لأحدهما مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة درهم والآخر ألف درهم فاشتركا عنانا وشرطا الربح والوضيعة على قدر رأس المال فاشترى بها صاحب

الدراهم جارية ثم هلكت الدنانير فالجارية بينهما وربحهما أخماسا ثلاثة أخماسه لصاحب الدنانير وخمسان لصاحب الدراهم لما بيعا إن حال شراؤها كانت الشركة قائمة وبهلاك أحد المالين لا تنتقض الشركة والربح يقسم على قدر ماليهما يوم الشراء ومقدار رأس المال يوم الشراء على خمسة أسهم خمسان لأحدهما وثلاثة أخماسه لآخر ويرجع صاحب الدراهم على الآخر بثلاثة أخماس الألف لأنه صار وكيلًا عن صاحبه في الشراء في ثلاثة أخماس الجارية وقد نقد ثمن ذلك من ماله.

ولو كان على عكسه رجع صاحب الدنانير عليه بخمسي الثمن أربعون دينارا لما عرف، فإن اشترى صاحب الدنانير بها غلاما والآخر بألفه جارية وقبضا وهلكا يهلكان من مالهما؛ لأن كل واحد حين ما اشترى كانت الشركة بينهما قائمة فوقع ما اشترى كل واحد مشتركا بينهما فيهلك على الشركة ويرجع كل واحد منهما على الآخر بما يرجع به حالة الاقتراف والانفراد.

ولو شرط الربح نصفين فاشتريا بالدنانير غلاما وبالدراهم جارية ثم باعهما بألفي درهم فثلاثة أخماسها لصاحب الدنانير وخمسمائة لصاحب الدراهم ويرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير بثلاثة أخماس الدراهم سبعمائة وصاحب الدنانير على الآخر بأربعين دينارا؛ لأن كل واحد يرجع بما أدى عن صاحبه بحكم الوكالة عنه كما في حالة الانفراد.

ولو باعا العبد والجارية بثلاثة آلاف أخذ كل واحد رأس ماله والباقي بينهما كما شرطا لأن الثمن يقسم بينهما أخماسًا على قدر ملكيهما في الغلام والجارية ثلاثة أخماس ثلث الألف وذلك ألف وثمانمائة لصاحب الدنانير وألف وخمسمائة رأس ماله وثلاثمائة ربحه وخمسا ثلاثة آلاف لصاحب الدراهم وذلك ألف ومائتان ألف رأس ماله ومائتان ربحه فظهر انقسام الربح على قدر رأس ماليهما.

(باب ما يجوز لأحد شريكي العنان أن يعمل في المال)

ولكل واحد من شريكي العنان أن يشتري ويبيع بالنقد والنسيئة إذا كان في يده

مال ناض من الشركة أو مكيل أو موزون فاشترى بذلك الجنس شيئًا؛ لأن ما كان من جنس التجارة يندرج وينطوي عليه عقد الشركة فصار كل واحد وكيلًا بالتجارة عامًا، وإن لم يكن في يده مال ناض وصار مال الشركة أعيانا وأمتعة فاشترى بدراهم أو دنانير نسيئة فالمشتري له خاصة دون شريكه؛ لأنه لو وقع على الشركة صار مستدينًا على مال الشركة وأحد شريكي العنان لا يملك الاستدانة إلا أن يؤذن له في ذلك.

ورُوي عن أبي حنيفة إذا كان في يده دنانير فاشترى بدراهم جاز خلافًا لزفر لأنهما متحدا الجنس لما بينا.

ولو اشترى من جنس تجارتهما وأشهد عند الشراء أنه يشتريه لنفسه فهو مشترك بينهما؛ لأن كل واحد منهما فيما كان من جنس تجارتهما في النصف بمنزلة الوكيل يشتري العين والوكيل يشتري شيئًا بعينه لا يملك أن يشتريه بعينه لنفسه فكذا هذا.

ولو اشترى شيئًا ليس من جنس تجارتهما فهو له خاصّة؛ لأن هذا النوع من التجارة لم ينطو عليه عقد الشركة.

ولو اشترى أحدهما شيئًا من تجارتهما ليس للآخر أن يرد بالعيب لأنه من حقوق العقد فيكون حقا للعاقد وكل واحد منهما وكيل في التصرف لا في الخصومة فلا يملك الخصومة في العيب.

ولو قال أحدهما فيما باعه الآخر جازت الإقالة بمعنى البيع في تحصيل الربح، فإن الربح يتحقق بالبيع مرّة وبالإقالة أخرى وله الانصياع ودفع المال مضاربة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ليس له أن يدفع مضاربة؛ لأنه فيه إثبات الشركة في الربح للمضارب وأحد الشريكين لا يملك أن يشارك غيره إلا أن ينص عليه وجه ظاهر الرواية أن دفع المال مضاربة لاكتساب الربح وتحصيل المال لا لإثبات الشركة في الربح مقصودًا بل الربح بمنزلة أجرة العمل.

ولو استأجره للعمل جاز، وإن كان مضمونا على المستأجر بالأجرة، وإذا دفع إلى من يعمل ببدل عين مضمون عليه أولى بالجواز ولا يملك أن يشارك غيره شركة عنان؛ لأن الشركة الثانية مثل الأولى والشيء لا يستتبع مثله فلا يجوز أن

يستفاد بمقتضى الشركة بيعًا. فأمّا المضاربة دون الشركة؛ لأن من المضاربة الشركة في الربح لا غير وفي المشاركة الشركة في الربح، والوضيعة ورأس المال فجاز أن يملك المضاربة بمقتضى الشركة تبعًا لها وله أن يودع ويوكل بالبيع ويحتال بالثمن ويستأجر؛ لأن هذا من جملة التجارة، فإن التاجر ربما لا يتمكن من مباشرة جميع التصرفات بنفسه ويحتاج إلى الحوالة والاستئجار فكان هذا من نوابع التجارة بخلاف الوكيل بالشراء لا يملك أن يوكل غيره؛ لأن الموكل طلب منه تحصيل العين برأيه ولا شيء للوكيل في أصل المال ولا في الربح وقد رضي برأيه فلا يملك تحصيله برأي غيره.

فأمَّا الشركة معقودة للتجارة ولتحصيل الربح وللشريك نصيب من الربح والتوكيل بالشراء من جملة التجارة واكتساب الربح فملك بمقتضى الشركة.

ولو أخذ أحدهما مالًا مضاربة فالربح له خاصة أطلق الجواب في الكتاب وهو على التفضيل إن أخذ مالًا مضاربةً ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة؛ لأنه لم يدخل يجب عقد الشركة وكذا إن أخذ المال مضاربة بحضرة صاحبه ليتصرف فيما هو من تجارتهما؛ لأن كل واحد منهما فيما كان من تجارتهما بمنزلة الوكيل يشتري شيئًا بعينه والوكيل يشتري شيئًا بعينه إذا قبل الوكالة يشتري ذلك الشيء من ماله بحضرة من الموكل، فإنه يخرج من الوكالة ويصير وكيلًا لا للثاني فكذا هذا.

فأمَّا إذا أخذ المال مضاربة ليتصرف فيما كان من تجارتهما أو مطلقًا حال عينه شريكه يكون الربح مشتركا بينهما؛ لأن الوكيل يشتري شيئًا بعينه إذا قبل الوكالة في الكل لغيره انصرفت الوكالة إلى ما يملك شراء لنفسه ولا ينصرف إلى ما يشتريه لصاحبه فيصير المشتري مشتركا بينهما النصف للمضارب والنصف لشريكه فيكون الربح نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب وربّ المال ولا يرهن أحدهما شيئًا من الشركة بدين عليه إلا بإذن شريكه؛ لأن الرهن إيفاء للدين حكمًا وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين نفسه من مال الشركة ولا دين شريكه من ماله إلا بأمره فكذا لا يملك أن يرهن من مال الشركة؛ لأن الداخل تحت شركة العنان ما هو تجارة من

كل وجه ولا يدخل ما هو تجارة من وجه، ولهذا لا يدخل فيها تزويج الأمة والكتابة وقضاء الدين ليس بتجارة من كل وجه؛ لأنه ليس بمبادلة له حكمًا وكذا لا يرتهن رهنا بدين من الشركة في نصيب شريكه إلّا إذا ولي عقده أو بأمر من وليه؛ لأن الارتهان اقتضاء للدين واستيفاؤه وهو لا يملك اقتضاء دين وجب بمبايعة شريكه حقيقة ولا يملك اقتضاؤه حكمًا بالارتهان به حكمًا فأمّا بملك اقتضاء دين وجب بمبايعته فيملك الارتهان به، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب نصف الدين وهو حصة المرتهن؛ لأنه يملك استيفاء حصة نفسه وإن ولي العقد صاحبه، فإذا ارتهن فقد اقتضى الدين كله فصح الاقتضاء في حصته كما لو اقتضى الشريك الذي لم يل العقد الدين كله حقيقة صح قبضه في نصيبه فكذا هذا ولشريكه الخيار إن شاء رجع على المديون بنصف دينه ويرجع المديون على المرتهن بنصف قيمة الرهن، وإن شاء أخذ من شريكه حصته مما اقتضى؛ لأن الاقتضاء بالارتهان مقبوض بجهة الاستيفاء فيعتبر بالمقبوض بحقيقة الاستيفاء وأحد الشريكين لو اقتضى كل الدين كان شريكه بالخيار فكذا هذا.

ولو أقر أحدهما في تجارتهما وأنكر الآخر فلا يخلو من ثلاثة أوجه: إمّا أن أقر بدين وليه بنفسه، أو ولياه جميعًا، أو وليه شريكه بأن قال: اشتريت عبدًا من فلان بكذا، أو اشترينا أو اشترى شريكي.

وإن أقر بدين وليّه وأنكر الآخر لزم المقر جميعه؛ لأنه أقر بالدين على نفسه؛ لأنه في النصف مشتر لنفسه وفي النصف وكيل عن صاحبه وحقوق العقد راجعة إلى العاقد وادعى الرجوع بنصف الدين على شريكه فقبل إقراره على نفسه ولا يقبل دعواه على شريكه.

وإن أقر بدين وليّاه لزمه نصفه؛ لأنه أقر على نفسه بنصف الدين وعلى شريكه بالنصف فيقبل على نفسه دون صاحبه.

وإن أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه شيء لأنه لم يقر على نفسه بشيء وإنما أقر على شريكه بجميع الثمن؛ لأن إبقاء الثمن يجب على العاقد دون موكله، وإن كان لهما دين على آخر فأحله أحدهما فهو على ثلاثة أوجه إن أحله العاقد جاز في

النصيبين ولا يضمن نصيب شريكه عندهما وعند أبي يوسف يجوز في نصيبه ولا يجوز في نصيب شريكه؛ لأنه وكيل في نصيب شريكه والوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله يصح عندهما خلافًا لأبي يوسف، إلا أن هناك يضمن من ماله لموكله عندهما وهنا لا يضمن؛ لأن العاقد هنا لو أقال العقد ثم باعه بنسيئة جاز فلمّا ملك إنشاء البيع بثمن إلى أجل فلأن يملك التأجيل فيه أولى، فأمّا الوكيل بالبيع لا يملك الإقالة أو البيع بالنسيئة فلا يملك التأجيل، فإذا أقر ضمن.

ولو أجل غير العاقد أو عقدا جميعًا فأجّله أحدهما لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في نصيبه بناء على أن أحد ربي الدين لا يملك التأجيل في نصيبه عنده وعندهما يملك وهي تأتي في كتاب الصلح بخلاف المفاوض، فإنه يصح التأجيل فيه؛ لأن كل واحد من المتفاوضين فوض أمره إلى صاحبه فيما هو من صنيع التجارة والتأجيل من توابع التجارة؛ لأنّه محتاج إليه في التجارة فصار تأجيل أحدهما كتأجيل الآخر، وفي شركة العنان لم يجعل فعل أحدهما كفعلهما في التجارة فكذا فيما كان توابعها.

ولو استقرض أحدهما مالًا لزمهما؛ لأن الاستقراض تجارة ومبادلة معنى؛ لأنه يملك المستقرض ويلزمه ردّ مثله فشابه المضاربة أو الاستعارة وأيهما كان نقد على صاحبه وليس لأحدهما أن يقرض.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أن له أن يقرض؛ لأن القرض معاوضة حقيقة، فإنه يملك المستقرض بعوض.

وجه ظاهر الرواية أن القرض إعارة حكمًا وعرفًا:

أمّا حكمًا: فإن المعاوضة فيه ساقطة الاعتبار حكمًا حتى لم يشترط قبض البدل في المجلس متى حصل العرض بالدراهم والدنانير.

وأمّا عرفًا: فإنه يشكر عليه في العاجل ويثاب عليه في الآجل ومتى سقط اعتبار المعاوضة شرعا وعرفا بقيت إعارة وهي تبرع واصطناع بمعروف فلا يملك أحد الشريكين وما استأجر أحدهما بشيء من تجارتهما جاز عليهما؛ لأنه تجارة معنًى؛ لأن تملك المنافع كتملك الأعيان ويزداد المال بذلك كما يزداد في التصرف في

الأعيان فيدخل تحت الشركة ولشريكي العنان وللمبضع والمضارب والمودع المسافرة بالمال عندهما.

وعند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ليس للشريك والمضارب أن يسافر؛ لأن المسافرة بالمال تعريض له على التوي والتلف، فإن المسافر وماله على قلة وخطر فصار مضيعا فلا يملك إلا بإذن صاحبه؛ لأنه مأمور بالتصرف نصًّا لا بالحفظ وإنما صار مأمورا بالحفظ ضرورة إمكان التصرف والضرورة تندفع بإظهار الأمر بالحفظ في المصر فلا يظهر الأمر بالحفظ في غيره كالوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه.

لهما: أن الإذن بالتصرف وجد عامًّا فيعم الأماكن كلها ومن ضرورة تعميم الإذن بالحفظ فيظهر الإذن بالحفظ عاما كالمودَع لما كان مأمورًا بالحفظ مطلقًا له أن يسافر بالوديعة.

ورُوي عن أبي يوسف في (المنتقى): وقال: إن سافر بماله حمل ومؤنة يضمن لا يلزم صاحبه مؤنة وهو لم يأذن له فيه، وإن سافر بما لا حمل له لا يضمن؛ لأنه لا يلحقه مؤنة فصار مأذونًا به مقتضى الإذن بالتصرف عامًا والجواب عنه أن من يلحقه من المؤنة هو ملحق برأس المال ولا يعدّه التجار من باب الغرامة.

(باب ما يجوز لأحد المتفاوضين أن يعمل في مال المفاوضين)

أصله: أن المفاوضة لما كانت شركة عامة بنيت على المساواة تبنى على ثلاثة أشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة وتوابعها والكفالة بما كان من ضمان التجارة، وعلائقها والاستواء في جنس رأس المال ابتداء وانتهاء وكل ما يجوز لشريك العنان أن يفعله فكذلك للمفاوض أعم؛ لأنها تضمنت ما يضمنه العنان وزيادة لما بينا ويجوز للمفاوض أيضًا ما لا يجوز لشريك العنان ويختص بأشياء، وأنه لو أقر أحدهما بالدين لزم صاحبه وكذا ما يلزمه أحدهما من دين سائر عقود التجارة فللغرماء أن يطالب أيهم شاء بجميع الدين بصفة بطريق

الأصالة ونصفه بحكم الكفالة عن صاحبه، فإن أدى أحدهما شيئًا لم يرجع على شريكه حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع بالزيادة؛ لأن ما عليه الأصالة أقوى مما عليه بحكم الكفالة؛ لأن ذلك حقيقة الدين وهذا أقوى المطالب بذلك الدين فمطلق الأداء ينطلق على الأقوى حتى يفضل عنه وكذا ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو استهلاك أو خلاف الوديعة والعارية لزم شريكه ويطالب المالك أيهما شاء عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يلزم الشريك ضمان غير التجارة؛ لأن الداخل يجب الشركة ضمان التجارة دون ضمان العدوانات؛ لأنه وجب بالجناية لا بالتجارة فأشبه ضمان الجناية على الآدمي.

لهما: أن ضمان الغصب والإتلاف ضمان تجارة معنًى؛ لأنه يجري مجرى الأعواض؛ لأنه يفيد الملك في المضمون ببدل يجب عليه، ولهذا يؤاخذ به العبد المأذون والصبي المأذون والمكاتب وصار كما لو باع أحدهما بيعًا فاسدًا فقبضه واستهلكه كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بالقيمة إلا أن في الغاصب قرار الضمان على الغاصب وفي الشراء الفاسد عليهما؛ لأن منفعة الغصب حاصلة للغاصب على الخلوص فيكون الضمان عليه وفي الشراء الفاسد المنفعة وهي الملك حصلت لهما فيكون الضمان عليهما.

ولو كفل أحدهما بمال لزم صاحبه عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزم صاحبه؛ لأن الكفالة تنزع ابتداءً وانتهاءً:

أما الابتداء لأنها تنعقد لإيجاب المطالبة بالمال، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون.

وأما انتهاءً لأن ما يستحقه على المكفول عنه مالًا فذا لا يمكن أن يجعل بدلًا عما يؤديه؛ لأنه لا يشترط قبض بدله في المجلس.

ولو كان معاوضة لشرط قبض بدله في المجلس كما في المضاربة فتعتبر إقراضا في حق المال لا معاوضة ويجعل رد المثل كرد العين فكان تبرعا وضمان التبرع لا يدخل تحت الشركة، له أن الكفالة تبرع ابتداء معاوضة انتهاء؛ لأن الابتداء لا ينفك

عن العوض؛ لأنه بالأداء يستوجب العوض على المكفول عنه وهذا هو حد المعاوضة أن يجب عليه مال بعوض هو مال إلا أن هذه المعاوضة مصارفة انعقدت حكمًا وضمنًا للتبرع الحاصل بالمطالبة لا قصدًا وقبض البدلين شرط في المصارفة القصدية لا في المصارفة الضمنية الحكميّة، ألا ترى أن من أتلف على إنسان، قلد فضة، وضمن قيمته من خلاف جنسه ذهبا انعقدت مصارفة بينهما ولا يشترط قبض بدله في المجلس فكذا هذا، ولهذا لو أنشأ الكفالة في مرض الموت اعتبر من الثلث؛ لأن باعتبار وقوعها تبرعًا.

ولو أقر بها مع في مرض الموت يعتبر من رأس المال؛ لأن الإقرار يلاقي بقاء الكفالة وهي في حالة البقاء معاوضة فكذا هنا لزوم صاحبه يلاقي بقاء الكفالة وهي في حالة البقاء معاوضة فيلزم بحكم المعاوضة حتى لو كفل أحدهما يعتبر أمر المكفول عنه لا يلزم شريكه وإليه أشار محمد في الأصل؛ لأنه علل وقال: لأن الكفالة من التجارة والتجارة اسم لمبادلة المال بالمال ومبادلة المال بالمال إنما يتحقق إذا كفل بأمر المكفول عنه.

ولو كفل أحدهما بنفس لم يؤاخذ بذلك شريكه؛ لأن الكفالة بالنفس بتبرع ابتداء وانتهاء؛ لأنه لا يستوجب مالًا على المكفول عنه وما يلزم أحدهما من أرش الجناية ومهر المرأة لا يلزم شريكه؛ لأنه وجب بما ليس بتجارة؛ لأنه وجب بدلا عما ليس بمال ولا يشاركه في جائزة إجارتها السلطان أو هبة أو ميراث؛ لأنه غير مستفاد بالتجارة فيكون للذي استفاده خاصة ولا يفسد ذلك المفاوضة إلا أن يكون دراهم أو دنانير وقد قبضه لأنهما تفاضلا فيما يصلح رأس مال الشركة فزال بمعنى المفاوضة وهو المساواة والتفاضل فيما لا يصلح رأس مال الشركة لا يوجب فسادها والوديعة عند أحدهما وديعة عندهما؛ لأن الوديعة من توابع التجارة، فإن التاجر لا يجد بدًّا من أن يودع عنده، وإن مات المستودع ولما يبينهما لزمهما الضمان؛ لأن بتجهيل الوديعة صار ضامنًا في آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأنه استهلاك الوديعة معنى وضمان الاستهلاك ضمان تجارة؛ لأنه يفيد الملك في المضمون لما بينا والشركة باقية في تلك الحالة فصار الآخر كفيلًا عنه.

وإن قال الحيّ: ضاعت منه قبل موته لم يصدق؛ لأن الحي ضامن بتجهيل الميت الوديعة وانفسخت المفاوضة بينهما بموت المودع ولم يبق الحي مودعا؛ لأنه إنما صار مودعا حكمًا للمفاوضة فلا يبقى مودعا بعد انفساخها والحي يدعي بضياعة سقوط الضمان عن نفسه بعدما لم يبق مودعا فلا يصح دعوى البراءة إلا بحجّة.

وإن كان الحي هو المستودع صدق؛ لأنه بقي مودعًا بعد انفساخ المفاوضة وهذا مودَع يدعي هلاك الأمانة فيُصدق.

وإن قال المستودع: آكلها قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة؛ لأنه أقر على نفسه وعلى شريكه بعد انقطاع الشركة فصدق على نفسه دون شريكه إلا أن يقيم البينة على ما قال فيكون الضمان عليهما؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة ولأحد المفاوضين إن كاتب عبدًا من تجارتهما ويأذن في التجارة ويزوّج الأمة ولا يزوج العبد ولا يعتقه على مال؛ لأن الإذن في التجارة من التجارة، ولهذا ملكه المأذون والمفاوضة أولى والكتابة وتزويج الأمة اكتساب المال؛ لأنه اكتساب بدل الكتابة، ومهرها وولدها مع بقاء الرقبة على ملكه وإسقاط النفقة عن نفسه، ولهذا ملك الأب والوصي في مال الصغير واكتساب المال داخل تحت المفاوضة كالتجارة؛ لأنها معقودة لتحصيل المال يقتضيه المساواة بينهما في اكتساب المال بخلاف العتق على مال؛ لأنه تبرع بتعجيل العتق للحال وفي الوصول إلى المال توهم واحتمال فلم يكن اكتسابا للحال، ولهذا لا يملك الأب والوصي والمكاتب بخلاف الكتابة؛ لأن الرقبة لا تزول عن ملكه إلا ببدل يصل إليه وكان اكتساب مال كتزويج الأمة وشريك العنان لا يكاتب ولا يزوج الأمة وكذلك المضارب كما مرّ في النكاح.

(فصل)

وللمفاوض أن يبضع ويضارب ويودع؛ لأن شريك العنان يملك هذه التصرفات فلأن يملك المفاوض أولى ولا يقرض؛ لأنه تبرع، وإن أقرض ضمن نصفه؛ لأنه دفع مال شريكه إلى غيره بغير إذنه؛ لأن الإقراض ليس بتجارة ولا يفسد المفاوضة

لأنهما تفاضلا في الدين من حيث وجب لأحدهما على صاحبه بدل ما أقرض والتفاضل في الدين لا يفسد المفاوضة؛ لأن الشركة لا تنعقد على الدين ابتداء فقد استويا في المال الذي تتناوله الشركة ويملك الإعارة استحسانًا لا قياسًا حتى لو عطبت الدابة المستعارة يضمن نصف قيمتها قياسًا؛ لأنّ الإعارة تبرع بالمنفعة ولا يضمن استحسانًا؛ لأن الإعارة من توابع التجارة وتصرفاتها؛ لأنه لا بد من التجارة منها، فإن من باع ذهبًا في وعاء يحتاج إلى أن يعير الوعاء منه ويجود لك كالضيافة اليسيرة استدلالًا بالعبد المأذون حتى يصح القرض من كل واحد بمال يسير، وإنما لا يصح القرض بماله خطر عند الناس وقبول هدية المفاوض وأكل طعامه والاستعارة منه بغير إذن شريكه جائز ولا ضمان على الكل والمتصدق عليه استحسانًا.

ولو كسبا ثوبًا أو وهبة لم يجز في حصة شريكه وإنما يجوز في الفاكهة والخبز واللحم وأشباهه؛ لأن القياس أن لا يدخل التبرع والهدية تحت المفاوضة وإنما أدخلناه للعرف فيما بين التجار والعرف في هذا المأكول لا في هذه الأمتعة والذهب والفضة لأنه ليس من ضرورات التجارة.

فأمّا إهداء الطعام من ضرورات التجارة؛ لأن التاجر إذا باع الطعام فطلب المشتري منه ما يجيز طعمه فلا بد له أن يعطيه ما يذوقه، ولو لم يفعل لامتنع الناس عن المبايعة معه فكان إلا هذا من ضرورة التجارة فدخل في الإذن بالتجارة كما في العبد المأذون رجل أعار أحدهما دابة ليركبها إلى موضع معلوم فركبها شريكه إلى ذلك المكان فعطبت يضمنان ركبها في حاجته أو حاجتهما؛ لأن الناس يتعاونون في الركوب والمعير رضي بركوب المستعير خاصة لا بركوب شريكه، فإذا ركبها شريكه يضمن.

وإن كان استعاره أحد المتفاوضين كاستعارتهما، كما لو قال صاحب الدابّة أعرت هذه الدابة لكما على أن يركب هذا بعينه إذا ركبها الآخر ضمن فكذا هذا إلا أنه إذا ركبها في حاجتها والضمان في مالهما؛ لأن الضمان وجب لمنفعة حصلت لهما، وإن ركبها في حاجة نفسه يرجع الشريك عليه بنصيبه؛ لأن منفعة الركوب حصلت للراكب خاصّة لكن يؤاخذ الشريك به؛ لأنه ضمان تجارة نحو شريكه فكان

بمنزلة ما لو اشترى طعامًا ليأكله أو غصب شيئًا فهلك يؤاخذ الشريك به وإن أدى من مال الشركة رجع بنصف ما أدى على شريكه فكذا هذا.

ولو استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاما له خاصة فحمل عليها شريكه طعاما مثل ذلك أو أخف لا يضمن.

ولو استعار أحد شريكي العنان دابة ليحمل عليها طعاما له خاصّة فحمل عليهَا شريكه طعامًا لنفسه مثله أو أخف يضمن، والفرق أن الاستعارة من أحد المتفاوضين كإعارتهما؛ لأن الاستعارة من صنيع التجارة وكل واحد من المتفاوضين وكيل صاحبه فيمَا هو من صنيع التجارة توابعها فكان المستعير وكيلًا عن صاحبه في الاستعارة فصارت الإعارة من أحدهما كإعارتهما فكان حمل أحدهما مثل حمل الآخر، ألا ترى أن المستعير لو حمل عليها طعامًا من شركتهما لم يضمن، فأمّا كل واحد من شريكي العنان ليس بوكيل عن صاحبه في حوائجه وتجارة وقعت لأحدهما خاصّة كما لو اشترى أحدهما طعامًا لأهله ليس لشريكه قبضه فكذا إذا استعار أحدهما لنفسه خاصة لا يكون شريكه وكيلًا في قبض المستعار.

ولو استعار أحد شريكي العنان دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة من تجارتهما فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير لم يضمن لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه فيما هو من تجارتهما فصارت الإعارة من أحدهما كالإعارة منهما؛ لأن منفعة الحمل حصلت لهما متى حصلت الإعارة لحمل شيء مشترك فصار مأذونًا له في الحمل.

ولو أبضع أحدهما رجلًا فاشترى المستبضع بالبضاعة شيئًا بعد تفرقهما، فإن علم تفرقهما والمشتري للمبضع خاصة؛ لأن صحة الإبضاع في حق من لم يبضع كان بحكم المفاوضة من حيث إن إبضاع أحدهما جعل كإبضاعهما فيكون فسخ المفاوضة فسخًا للإبضاع فمتى علم به الوكيل ينعزل وانفسخ الإبضاع حكمًا وتبقى الوكالة في حق الآخر؛ لأن صحة الإبضاع في حق المبضع كان لولايته على نفسه لا بحكم المفاوضة وولايته على نفسه قائمة بعد افتراقهما، وإن لم يعلم المستبضع بافتراقهما فهو على وجهين إن كان الثمن مدفوعا إلى المستبضع نفذ الشراء

عليهما، وإن لم يكن مدفوعا إليه فالمشترى للمبضع والفرق أن فسخ المفاوضة عزل قصدي؛ لأنه لا ينفك عن عزل ما؛ لأن كل واحد منهما ينعزل عن الوكالة بالفسخ وصيرورة كل واحد وكيلًا من أحكام المفاوضة فكان فسخهما نقضًا للوكالة قصدًا لأن نقض السَّبب نقض لحكمه قصدًا كفسخ البيع يكون نقضًا لحكمه قصدا كفسخ البيع يكون نقضًا لحكمه قصدًا والعزل القصدي إنما لا يصح إلّا بعد علم الوكيل نفيًا للضرر والغرر عنهُ فمتى كان الضرر مدفوعا إليه يلحق الوكيل ضرر متى انعزل في حق الوكيل؛ لأنه يضمن نصف ما نقد من المال المدفوع إليه لشريكه ومتى لم يكن الثمن مدفوعا إليه لو انعزل بدون علمه لا يلحقه ضرر، فإنه لا يضمن لشريكه شيئًا من الثمن ولا يبقى تحت عهده إيجاب الثمن متى هلك المبيع في يده؛ لأنه بقي وكيلًا في حق الآمر فيرجع بالثمن عليه.

ولو مات الذي لم يبضع ثم اشترى المستبضع المباع لزم الحي خاصّة؛ لأن الشركة بطلت حكمًا لا بفعلهما قصدا فظهر بطلان الشركة في حق الوكيل وغيره لا به لا غرور فيه من جهة أحد.

ولو نقد المستبضع الثمن من المال المدفوع إليه فورثه الميت بالخيار إن شاء ضمّنوا المستبضع، وإن شاء ضمّنوا المبضع، أما المستبضع لأنّه دفع مال الوارث إلى غيره بغير إذنه؛ لأنه انعزل في حق مورثهم بموته، وأمّا المبضع فلأنّه سلط المستبضع على النصف فصار فعل الوكيل بتسلطه وأمره مضافًا إلى الآمر فصار دفعه كدفع الآمر بعد موت شريكه، فإن ضمنوا المستبضع رجع به على الآمر؛ لأنه لحقه ضمان في عمل عمله للأمر، وكذلك لو ضمنوا البائع رجع البائع على المستبضع لأن نصف الثمن استحق عليه ثم المستبضع يرجع بذلك على المبضع.

ولو أبضع أحد المتفاوضين ألفًا له ولشريك له شركة عنان برضا شريك العنان ليشتري لهما متاعًا ثم مات أحدهم، فإن مات المبضع ثم اشترى المستبضع فالمباع للمشترى ويضمن المال فيكون نصفة لشريك العنان ونصفه للمفاوض الحي ولورثة الميت؛ لأنه انعزل المستبضع في حق الكل بموت المبضع؛ لأنه انقطع أمر الميت على نفسه وشركائه فلم يصر نقد المستبضع منقولا إليه فلا يضمن وقد بطلت

الشركة بموت أحد الشريكين وانعزل وكيله حكمًا في حق شركائه فصار مشتريا لنفسه ويضمن المال الذي نقده في الثمن لأربابه.

وإن مات شريك العنان ثم اشترى المستبضع فالمشترى كلّه للمفاوضين؛ لأنه انفسخت الشركة بموته فانقطع أمر المبضع على الميت حكمًا لانفساخ الشركة فانعزل المستبضع في حقّه وبقي الإبضاع صحيحًا في حق المتفاوضين؛ لأن المفاوضة باقية وولاية البضع باقية وصحة الإبضاع في حق المبضع بحكم ولايته وعلى الآخر بحكم المفاوضة، ثم ورثة الميت إن شاؤوا رجعوا بحصتهم على أيهما شاؤوا؛ لأن الآمر سلط الوكيل على التصرف في ملك الوارث بغير رضاه وإذا لزم أحد المتفاوضين ضمان يلتزم الآخر أيضًا، وإن شاؤوا ضمنوا المستبضع كما بينا ويرجع به المستبضع على أيهما شاء؛ لأن كل واحد من المتفاوضين كفيل عن صاحبه، وإن مات المتفاوض الذي لم يبضع ثم اشترى المستبضع فنصفه للآمر ونصفه لشريك العنان؛ لأنّه بالموت انفسخت الشركة المفاوضة في حق الميت فانعزل الوكيل في حق الميّت ويبقى وكيلًا للمبضع ولشريك العنان؛ لأن شركة العنان بينهما قائمة والمبضع أمره بشراء الكل نصًّا وإنما صار وكيلًا عنه في الربع ضرورة ثبوت الشركة المفاوضة والعنان، فإذا انفسخت شركة المفاوضة بقي أمرًا له بشراء النصف له ويضمن المفاوض الحي لورثة الميت حصتهم، وإن شاؤوا ضمنوا المستبضع ويرجع بها على الآمر كما ذكرنا. وكل المفاوض رجلًا يشتري شيئًا فنهاه الآخر يصح نهيه؛ لأن النهي عن الشراء من التجارة وفعل أحد المتفاوضين في التجارة بمنزلة فعلهما فصار نهي أحدهما عن الشراء كنهيهما، وإن لم ينهه حتى اشترى يرجع بالثمن على أيهما شاء؛ لأن الأمر بالشراء من التجارة فصار أمر أحدهما كأمرهما فصار كما لو اشترى أحدهما يأخذ البائع بالثمن أيهما شاء فكذا هذا ولغير المشتري أن يرد المبيع بالعيب؛ لأن المفاوضة أوجبت المساواة في التجارة وحقوقها فما يجوز لأحدهما رده جاز للآخر رده.

ولو تنازل أحدهما لآخر عنانا جاز عليهما؛ لأن شركة العنان أخص وأدون من المفاوضة فجاز أن ينتظم عقد المفاوضة ويستفاد بها تبعًا للشريك عنانا يملك دفع

المال مضاربة والمضارب يملك التوكيل بالبيع والشراء، وإن شارك مفاوضه جاز بإذن شريكه وبدون إذنه ينعقد عنانا؛ لأن المعاوضة مثل المفاوضة والشيء لا ينتظم مثله ولا يقتضيه فلا يكون من أحكامه وذلك؛ لأن المفاوض منصرف عن أمرٍ وتفويض فلا يملك أن يصرف إلى غيره جميع ما فوض إليه؛ لأن الآمر رضي بتصرفه لا بتصرف غيره كالمضارب لا يملك دفع المال مضاربة.

ولو أجر أحدهما نفسه أو اكتسب يكون بينهما بخلاف شريك العنان والفرق أن المفاوضة تدخل جميع أنواع التجارات واكتساب المال، وإن لم يسمياه حتى دخلت فيها الكتابة، وإن لم تكن تجارة حقيقة وكذا الإجارة فيما ليس من تجارتهما يدخل تحت المفاوضة باعتباراته اكتساب مال، وإما لا يدخل تحت الشركة العنان إلا ما سميا من التجارة ولا يدخل فيها اكتساب مال كما لم يدخل الكتابة؛ لأن ما عدا ما سميا لا يكون من شركتهما.

وذكر الكرخي في (مختصره): لو أجر نفسه للخدمة فالأجر له خاصَّة لأنه مقابل بالمنفعة ومنفعته مملوكة له وكان البدل له، ولو استأجر أحد المتفاوضين أجيرًا أو دابة فللمؤجر أن يأخذ أيهما شاء الأجرة؛ لأن كل واحد كفيل بما وجب على صاحبه بسبب التجارة كما لو اشترى أحدهما أخذ البائع أيهما شاء بالثمن إلا أنه إذا استأجره لحاجته أو إلى مكة للحج يرجع شريكه بما أدى عنه كما لو اشترى طعاما أو كسوة لعياله يأخذ شريكه بالثمن ويرجع عليه؛ لأنه ضمان تجارة فلزمهما إلا أن المنفعة حصلت لأحدهما فتقرر ضمانه عليه وفي شريكي العنان لا يؤخذ غير الذي استأجره؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه وليس بكفيل والموكل لا يطالب بما وجب على الوكيل.

ولو أجر أحد المتفاوضين عبدًا فللآخر أخذ الأجر وللمستأجر مطالبته بتسليم العبد، ولو أجر أحدهما عبدًا له من ميراث أو شيئًا له خاصة ليس لشريكه أخذ الأجر ولا للمستأجر مطالبته بتسليم المستأجَر، والفرق أن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في قبض الديون الواجبة بالتجارة وكفيل بما وجب عليه بسبب التجارة وإجارة العبد من تجارتهما من باب التجارة فصار كل واحد مطالِبًا ومطالَبًا.

فأمّا إجارة عبد له خاصّة خرجت عن المفاوضة للضرورة ليمكنه الانتفاع بعبده بغير إذن صاحبه كشراء الطعام والكسوة خرج عن المفاوضة للضرورة، ولأن الأجرة بدل منفعة لا حق للآخر فيها؛ لأنه لم يدخل تحت المفاوضة رقبة ومنفعة بخلاف ما لو أجر أحدهما نفسه؛ لأن منافعه داخلة تحت المفاوضة؛ لأن تصرفه داخل والتصرف إنما يتحقق بمنافع بدنه فبدل المنافع يكون بينهما ولا تبطل المفاوضة إذا أجر عبد الميراث، وإن كاتب الأجرة نقدًا إلا إذا قبضها؛ لأن الدين لا يصح الشركة فيه ولأحدهما أن يرهن مال المفاوضة بدين المفاوضة وبدين له خاصّة بغير إذن شريكه؛ لأن الرهن قضاء الدين حكمًا وأحدهما يملك قضاء دين المفاوضة ودينه خاصّة من مهر أو غيره بغير إذن شريكه؛ لأن ولاية المفاوض على شريكه عامّة فلما ملك قضاء الدين حقيقة فلأن يملكه حكمًا أولى.

وإن رهن عبدًا له خاصة بدين المفاوضة فهلك بما فيه يرجع بنصفه على شريكه؛ لأنه قضى دينًا وجب عليهما من ماله خاصة بأمر شريكه؛ لأن كل واحد صار مأذونًا في قضائه من جهة صاحبه فلم يصر متبرعًا.

ولو ارتهن أحدهما رهنًا بدين التجارة جاز؛ لأنه يملك استيفاءه حقيقة فيملك استيفاءه حكمًا. أقر أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان بعد تفرقهما أو موت أحدهما لم يجز على صاحبه؛ لأنه أقر بالرهن في حال لا يملك إنشاءه واستئنافه وصار محجورا عن التصرف في حق شريكه فلا يصدق فيه كالوكيل بالبيع إذا أقر بالبيع بعد العزل بخلاف ما لو أقر به في الشركة جاز عليهما؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه ولكل واحد أن يقبض ما أداناه أو أدانه خاصّة وما وجب لهما على رجل من ضمان غصب أو كفالة أو غيرها؛ لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولاه. مفاوضان لهما عبدٌ تاجر، فأدانه أحدهما من تجارتهما لم يلزمه شيء، وكذلك العنان في البيع والشراء؛ لأن هذا الشراء لا يفيد؛ لأن المشتري ملكهما قبل البيع رقبة وتصرفًا والعبد ملكهما ولهما حق بيعه والثمن لهما ولا يفيد فائدة والمولى لا يستوجب على عبده دينًا فلا يجب.

ولو كانا شريكين في عبد لهما خاصة فأذنا له في التجارة ثم أدانه كل واحد

لزمه نصف دين كل واحد في حصة الآخر يباع فيه؛ لأن هذا الشراء مفيد؛ لأنه يفيد الملك في المشترى لشريكه ولم يكن الملك بائنًا في المشترى وكذا هذا يفيد له بيع نصيب شريكه من العبد لنفسه خاصة فقد أفادت هذه الإدانة فائدة لم تكن ثابتة فصحت كرب المال إذا اشترى شيئًا من مال المضاربة إلا أن دين كل واحد منهما يلاقي عبدًا نصفه ملكه ونصفه ملك غيره فما يلاقي نصيبه بطل وما لاقَى نصيب شريكه ثبت فيباع نصيب شريكه في دينه ويسلم له ثمنه. عبد تاجر بين متفاوضين فباعه أحدهما يوما من ميراث له لزمه نصف دينه في نصيب الآخر؛ لأن هذا البيع يفيد ملك نصف الثوب لصاحبه وثبت له بيع نصيب شريكه.

ولو كان العبد ميراثًا لأحدهما فأذن له الآخر في التجارة لم يجز؛ لأنه أذن لعبد الغير بلا ولاية عليه؛ لأنه لا شركة للإذن فيه وإن أذن له مولاه ثم أدانه الآخر من التجارة لزمه نصفه للذي أدانه؛ لأنه أدانه عبد شريكه مالًا مشتركا بينهما فبطل نصيب مولاه وإقرار أحدهما لمن لا تقبل شهادته له يلزمه خاصة كأصوله وفروعه وامرأته وعندهما يلزم شريكه أيضًا إلا لعبده ومكاتبه لهما أن أملاكهما متباينة.

ولو باع أو اشترى من مولاه جاز على المفاوضة فنفذ إقراره لهم على شريكه كما لو أقر الأجنبي بخلاف المكاتب؛ لأن للولي فيه حق ملك فيكون إقرارًا لنفسه فلم ينفذ على شريكه.

له: أن أحد المتفاوضين بمنزلة الوكيل من وجه في نصيب صاحبه وبمنزلة المالك من وجه؛ لأن له شركة في الربح في نصيب صاحبه فباعتبار كونه مالكا يصح بيعه من مولاه؛ لأنه لما كان شريكًا في الربح لا يكون متهما في البيع وباعتبار كونه وكيلًا لا يصح إقراره لهؤلاء؛ لأنه يكون متهما فيه؛ لأنه تمليك مالٍ لا غير، ولهذا لا تقبل شهادته لهم.

ولو أقر لمعتدته المبانة بدين لم يصح عند أبي حنيفة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يصح الإقرار وهذا بناء على أنه لا تقبل شهادته لمعتدته في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن تقبل لما يأتي في الشهادات، فإن تزوج نكاحا فاسدًا ودخل بها وأقر بمهر لها لم يلزمه شريكه وبدين آخر يلزمهما؛ لأنه تقبل شهادته له فنفذ إقراره مطلقًا.

أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين يلزمهما، وإن كانت في عدته بخلاف المبانة المعتدة والفرق أن شهادته لأم ولده المعتقة جائزة؛ لأن المانع من قبول الشهادة فيها ملك اليمين، وملك اليمين زال كله بالعتق بجميع أحكامه وآثاره، فيزول المنع، وفي المطلقة المانع من قبول الشهادة قبل الطلاق هو أحكام النكاح، وبعض أحكامه قائم في العدّة فيبقى المانع؛ لأن الحكم إذا ثبت بعلة يبقى ما بقي شيء من العلة.

(فصل)

وما اشترى أحدهما طعامًا لنفسه أو كسوة أو ما لا بد منه يكون له خاصة استحسانًا؛ لأن ما لا بد منه يكون مستثنيًا عن الشركة لضرورة الحاجة الدائمة إلى هذه الأشياء، ولأن العرف جرى بأن لا يقصد الإنسان بالمفاوضة الشركة في ثبوت الكسوة ودار السكنة وطعام النفقة فصارت هذه الأشياء مستثناة عن الشركة بدلالة العرف والعادة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء؛ لأن هذا من صنيع التجارة فيتناوله عقد شركة فكان بدله وضمانه داخلا تحت الكفالة الثانية في ضمن الشركة وإذا أدى رجع عليه شريكه بنصف ذلك؛ لأنه قضى دين نفسه من مال مشترك.

ولو اشترى جارية للوطء أو للخدمة لنفسه بغير أمر شريكه فهي على أمر الشركة فهي على الشركة، وإن اشتراها للوطء بإذن شريكه فهي له خاصّة وللبائع أن يأخذ أيهما شاء ويرجع شريكه بنصف الثمن عندهما.

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يرجع، ذكره في (**الجامع الصغير**).

لهما: أن الشراء وقع للمشتري خاصّة؛ لأنه لما اشتراه بأنه لنفسه خاصة التحقت بما لا بد منه من الطعام والكسوة؛ لأن الوطء محتاج لصيانة نفسه كالأكل واللبس ولكن ليس بحاجة لازمة ضرورة كالحاجة إلى الأكل واللبس، فإذا أذن له فيه شريكه ألحقناه بما لا بد منه تحقيقًا لعرضهما وصار هذا الشراء مستثنيًا عن المفاوضة فوقع الشراء له خاصة، ولهذا يحل له وطؤها وقد نقد الثمن من مال مشترك فيرجع عليه شريكه بالنصف.

له: أن الشراء وقع على الشركة؛ لأن مطلق عقد المفاوضة يقتضي أن كل مشترى يقع على الشركة، ولا يجوز تغيير حكم العقد ومقتضاه إلا لضرورة ماسة

وحاجة قائمة ولا ضرورة هنا؛ لأن حل الوطء يحصل بالهبة؛ لأن شريكه لما أحل الوطء له حيث أذن له بشراء جارية للوطء ولا يحل له الوطء إلا بالملك فاقتضى هذا أن تصير الجارية مملوكة فصار الشريك مملكًا نصيبه منه بعد وقوع الشراء لها ضمنًا واقتضاء وصار كأنه قال له اشتر جارية بيننا وقد وهبت لك نصفها، فإذا اشترى وقبض وقع الشراء للشركة وصحّت الهبة وقد نفد الثمن من المال المشترك فلا يرجع، فإن وطئها ثم استحقت فللمستحق أن يأخذ أيهما شاء بالعقر؛ لأن العقر ضمان وجب بسبب التجارة، فإنه لولا التجارة لوجب الحد على الواطئ فصار من قبيل ضمان التجارات.

وذكر في (**النوادر**): لو قال أحد المتفاوضين لصاحبه: أنا أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي خاصة، فسكت شريكه فاشتراها لا يكون له خاصة ما لم يقل شريكه نعم، بخلاف ما لو أمر رجلًا أن يشتري له جارية بعينها بكذا فقبل الوكيل ثم قال الوكيل للموكل: إني أريد أن أشتري تلك الجارية لنفسي، فسكت الموكل ثم اشتراها الوكيل يكون له، والفرق أن أحد المتفاوضين لا يملك تغيير موجب المفاوضة إلا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال والوكيل بالشراء يملك عزل نفسه بعلم الموكل رضي الموكل أو سخط وقد وجد العلم.

ولو باع أحدهما شيئًا بنسيئة لا يشتريه أحدهما بأقل من ذلك، أما البائع فلأنه باع نصفه لنفسه وباع نصفه لشريكه بحكم الوكالة ولا يجوز للأصيل والوكيل شراء ما باع بأقل ما باع قبل قبض الثمن، وأمّا شريكه فكذلك في نصيبه؛ لأنه ملك وليس للموكل شراء ما بيع له وفي نصيب شريكه عاقد حكما، ولهذا يطالب بحقوق العقد وله حقوق العقد كما لصاحبه.

ولو كان عاقدًا حقيقة لا يجوز أن يشتري لنفسه ولشريكه بأقل ممّا باع فكذا إذا كان عاقدا حكمًا وهذا يطالب بحقوق العقد وله حقوق العقد كما لصاحبه.

ولو كان عاقدًا حقيقة لا يجوز أن يشتري لنفسه ولشريكه بأقل ممّا باع فكذا إذا كان عاقدا حكمًا وهذا على أصلهما صحيح؛ لأن من باع شيئًا ووكل إنسانًا ليشتري بأقل مما باع لا يصح.

وعند أبي حنيفة: يصح التوكيل فينبغي أن يجوز لغير العاقد أن يشتري نصيب شريكه بأقل ممّا باع لنفسه وشريكه، فإن وهب البائع الثمن للمشتري جاز عندها ويضمن نصيب صاحبه.

وقال أبو يوسف: لا يجوز في نصيب شريكه كالوكيل الخاص إذا أبرأ المشتري عن الثمن لما يأتي في الوكالة، فأما شريكه إذا وهب الثمن من المشتري أو أبرأ يصح في حصة صاحبه؛ لأنه ليس بعاقد ولا مالك؛ لأن الإبراء تبرع محض وأنه غير داخل تحت المفاوضة فلا يعتبر عاقدا في حق الإبراء، وإن اعتبر عاقدا حكمًا في حقوق العقد وهو القبض والتسليم والشراء بأقل مما بيع له؛ لأن هذه الأحكام من التجارة، وإن تعين أحدهما عينه أو اشترى نسيئة، فالمال عليهما، وتفسير العينة وهو أن يحتاج إلى دراهم فاستقرضها في الغنى، فلم تسمح نفس المقرض أن يقرضه إلا بزيادة، فاحتالا لدفع الربا فباع منه متاعًا يساوي ألفا بألفين إلى أجل.

وكذا لو باع متاعًا بألفين إلى أجل، ثم أراد أن يشتريه بأقل مما باع حالًا فالحيلة في جوازه أن يبعث متوسطا، ليشتري لنفسه بألف حالَّة، ويقبض المتاع ثم يبيعه من البائع الأول بألف حالة، ثم يحيل المتوسّط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه، وخرج هو من الوسط، فيدفع البائع الأول إلى المشتري الأول ألفا حالة، ويأخذ منه عند الأجل، وقد فعل ذلك الكثير من الصحابة، وجوزوا ذلك، ولم يعدّوه ربا، وكره بعضهم ذلك، وعدّوه من جملة الربا.

وذكر في (**النوادر**): قال أبو يوسف: لا يكره، وقال: لو باع كاغده بألف درهم يجوز ولا يكره.

وقال محمد: وهذا البيع في قلبي كأمثال الجبال أي لها شبهة في قلبي كأمثال الجبال، وقد رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "**إذا اتبعتم أذناب البقر وتبايعتم بيع العين وتركتم الجهاد ضربت عليكم الذلة فلا ترفع عنكم إلى يوم القيامة**".

وفي رواية: "**سلط عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم**".

ولو باع أحد المتفاوضين شيئًا بسببه ثم مات ليس لصاحبه أن يخاصم فيه؛ لأنه إنّما كان له مطالبة المشتري ومخاصمته بحكم الوكالة الثابتة بالمفاوضة لا بحكم

المعاقدة والوكالة والمفاوضة قد انقطعت بالموت فلا تبطل في ولائه المطالبة بالثمن، فإن أعطاه المشتري نصف الثمن برئ منه؛ لأنه دفع الملك إلى مالكه وأوصل الحق إلى مستحقه فصار كالمشتري إذا دفع الثمن إلى موكل البائع.

باع أحدهما صاحبه ثوبًا من الشركة ليقطعه قميصا جاز والثمن عليه نصفه له ونصفه لشريكه وكذلك الطعام وجارية يطؤها؛ لأن المبيع كان مشتركا بينهما نصفه للبائع ونصفه للمشتري فجوز البيع في نصفه بنصف الثمن فيستوجب على شريكة نصف الثمن.

ولو اشترى للتجارة كان باطلًا؛ لأنه لا يفيد هذا الشراء إلا ما كان ثابتا قبل الشراء؛ لأن المبيع كان مشتركا قبلهما وبالبيع يخلص للمشترى كله لأحدهما عند ميراث اشتراه الآخر جاز وهو بينهما؛ لأنه لا يفيد ما لم يكن ثابتا قبل البيع؛ لأن قبل البيع كان العبد لأحدهما خاصّة وبعده يصير مشتركا فكان الشراء مفيدا فصحّ والثمن على المشتري لا عليهما؛ لأن البائع أحد المتفاوضين فلا يمكن إيجاب الثمن عليهما؛ لأنه يصير مشتركا من نفسه وإقالة أحدهما نافذة عليهما؛ لأن شريك العنان يملك الإقالة فالمفاوض أولى أحد المتفاوضين جحدها ووقعت الفرقة؛ لأنه ينفرد أحدهما بفسخ المفاوضة فتنفسخ بجحود أحدهما؛ لأن الجحود فيمَا عدا النكاح جعل كناية الفسخ كما في البيع والوديعة وضمن نصف جميع ما في يده إذا ظهرت المفاوضة بالبينة العادلة؛ لأنه أمين جحد الأمانة فصار غاصبا كالمودع، وكذلك جحود وارثه بعد موته؛ لأنه أمين جحد نصيب الحي فصار غاصبًا ضامنًا. باع أحد المتفاوضين شيئًا ثم افترقا والمشتري لا يعلم فلكل واحد قبض المال كله وإلى أيهما دفع برئ؛ لأن المطلوب صار وكيلًا من جهة العاقد بتسليم ما عليه إلى شريكه حالة المفاوضة حتى لو دفع إليه برئ، واقترافهما عن المفاوضة عزل قصدي فيما يتضرر به الوكيل وهنا المطلوب يتضرر متى صح العزل في حقه؛ لأنه استحق البراءة بدفع الدين إليه، فمتى لا يبرأ بالدفع إليه يتضرر فلا يصح عزله في حقه؛ بدون علمه نفيا للضرر عنه، وإن كان علم بالفرقة لم يدفع إلا إلى العاقد.

ولو دفع إلى شريكه لا يبرأ عن نصيب العاقد؛ لأنه صح العزل وانعزل عن

تسليم المال إلى شريك العاقد، وكذلك لو وجد به عيبا لا يخاصم إلا البائع؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد فيرجع إلى العاقد وشريكه ليس بعاقد ولا بوكيل عن العاقد؛ لأن الوكالة قد انقطعت بانقطاع الشركة.

ولو ردّ عليه بالعيب قبل الافتراق وحكم عليه بالثمن ثم افترقا له أن يأخذ بالثمن أيهما شاء؛ لأن هذا دين وجب على البائع حال قيام المفاوضة فيصير شريكه كفيلًا بذلك، والكفالة متى صحت بدين وجب على صاحبه لا يبطل بافتراقهما؛ لأن الفرقة تفسخ أحكام المفاوضة في المستقبل لا فيما مضى.

ولو استحق العبد قبل الفرقة وقبل نقد الثمن فيها له أن يأخذ أيهما شاء؛ لأن بالاستحقاق ظهر أن الثمن كان مضمونًا على القابض يوم قبضه؛ لأنه قبض ما ليس بحقه؛ لأنه لم يصح البيع وهذا دين وجب على أحدهما حال قيام المفاوضة فيكون الآخر كفيلًا به فيؤاخذ به.

(**الجامع**): فيه مسألتان:

إحداهما: لو أمر أحد المتفاوضين رجلًا يشتري له عبدًا بألف ولم يدفع الألف إليه ثم تناقضا المفاوضة وفاوض كل واحد منهما رجلًا ثم اشترى المأمور العبد وهو يعلم بمناقضتهما أو لا يعلم فالعبد للآمر خاصّة ليس لشريكه الأول ولا للثاني فيه شيء؛ لأن أمر كل واحد يصح على نفسه بسبب ولايته وعلى شريكه بسبب الشركة وشركة المفاوضة قد انتقضت في حقِّ شريكه القديم فانعزل الوكيل في حقِّه، وإن لم يعلم بالمفاوضة؛ لأن بالانعزال لا يلحق الوكيل هنا ضرر وغرر؛ لأن الثمن لم يكن مدفوعا إليه ليصير ضامنًا نصيبه بالنقد.

ولو هلك العبد لا يبقى تحت عهدة الثمن؛ لأنه بقي وكيلًا في حق الآمر فيرجع بالثمن عليه ويكون المشترى له خاصّة؛ لأن وقت الشراء شركة الشريك القديم منقطعة والوكالة من جهته مرتفعة وشركة الشريك الجديد إن كانت قائمة حال الشراء لكنها مفقودة حالة التوكيل فلم يصر وكيلًا من جهته والشراء حاصل مسندًا إلى الوكالة السابقة فوقع الأمر خاصة، وللوكيل أن يرجع بالثمن على الآمر وشريكه الجديد؛ لأن المفاوضة تضمنت معنى الكفالة فصار شريكه الجديد كفيلًا بما لزمه

من ضمان التجارة وقد لزمه ضمان تجارة حال قيام المفاوضة بينهما فللوكيل أن يطالب به أيهما شاء.

وإن أدى الشريك من ماله يرجع عليه؛ لأنه أدى بحكم الكفالة لما مرّ.

والثانية: لو دفع الآمر كرًّا من طعام وأمره أن يشتري له به عبدًا والمسألة بحالها واشترى الوكيل بكر مثله فالقياس أن يكون مخالفًا، وفي الاستحسان لا يكون.

وجه القياس أنه أمر بالبيع والشراء؛ لأن الحنطة بعينها والعرض سواء وبيع العين بالعين سواء يسوى به بيع؛ لأن كل واحد ثمن من وجه ومثمن من وجه وقد أتى بشراء محضٍ متى اشترى عبد الحنطة في الذمّة فصار مخالفا الآمر؛ لأن للموكل في تعيين الحنطة فأيده وهو أن لا يلحقها العهدة متى هلك الكر المدفوع إليه في يد الوكيل؛ لأنه ينتقض البيع.

وجه الاستحسان أن عرض الآمر تحصيل الملك واستجلابه في العبد بكر حنطة وسط؛ لأنه استعمل الحنطة استعمال الأثمان، وتحصيل الملك بكر حنطة وسط في الذمّة أبلغ، وآكد من تحصيل الملك بكرّ حنطة بعينها؛ لأنه تعلق البيع بعينها ينتقض بهلاكها فربّما لا يحصل له ملك العبد بهلاك الكر وبكر حنطة في الذمة لا ينتقض البيع بهلاكه فكان الشراء بحنطة في الذمّة أثبت وآكد لملكه في العبد فيعد هنا وفاقا لا خلافًا، وصار كما لو دفع إليه ألفًا ووكّله بأن يشتري بها له عبدًا فاشترى بألف في الذمة جاز والدراهم تتعين في الوكالة كالحنطة، فإن كان علم بمناقضتهما ثم اشترى بهذا والأوّل سواء، وإن لم يعلم فالعبد بين الآمر وشريكه القديم. وذكر في الوكالة أن العبد للآمر خاصة علم الوكيل بمناقضتهما أو لم يعلم؛ لأن مناقضة المفاوضة عزل حكمي للوكيل؛ لأن الفرقة غير موضوعة للعزل وإنما هي موضوعة للفسخ بدليل أنه يصح المناقصة والفرقة بدون عزل الوكيل ولكن انعزل الوكيل حكمًا لانفساخ المفاوضة كما ينعزل ببيع الموكل ما وكله به العزل، والحكم يصح بدون علم الوكيل، وجه رواية الجامع أن الفرقة عزل قصدي؛ لأن فرقتهما مما لا ينفك عن العزل؛ لأن كل واحد من المتفاوضين ينعزل عن الوكالة بالفرقة، وإذا كان فرقتهما مما لا ينفك عن عزل الوكيل كان عزلًا قصديا والعزل القصدي لا يصح بدون العلم فمتى لم يعلم فرقتهما بقي وكيلًا لهما فوقع المشترى لهما.

(باب الشركة في العمل والحمل)

قد مرّ تفسير شركة الأعمال ثم هي قد تكون مفاوضة وقد تكون عنانًا، فإن ذكر في الشركة لفظة المفاوضة بأن اشترط الصانعان على أن يتقبلا جميعًا الأعمال، وأن يضمنا العمل جميعًا على التساوي، وإن تساويا في الربح والوضيعة، وأن يكون كل واحد كفيلًا عن صاحبه فيما لحقه بسبب الشركة فهي مفاوضة؛ لأنه ليس من صحة المفاوضة الشركة في جميع أنواع التجارات بينهما في حق المضرة والمنفعة، فإنه تصح الشركة وقد أمكن إثبات المساواة متى اشتركا في العمل بأن يجعلا المستفاد بالعمل بينهما على السواء والضرر من حيث المطالبة والضمان عليهما على السواء. شريكان مفاوضة في الخياطة دفع رجل ثوبًا إلى أحدهما ليخيطه بنفسه ثم افترقا ليس لرب الثوب أخذ شريكه بالخياطة؛ لأن حال قيام المفاوضة لم يكن الآخر كفيلًا به؛ لأن الكفالة بخياطة رجل بعينه لا يصح فيعد الافتراق أولى بخلاف ما لو لم يشترط خياطة أحدهما بعينه ثم افترقا يؤاخذ شريكه به؛ لأن الكفالة بمطلق الخياطة جائزة.

وإن شرطا التفاضل في العلم والأجر بأن قالا: على أحدهما الثلثان من العمل وعلى الآخر الثلث والآخر والوضيعة بينهما على قدر ذلك فهي شركة عنان، فكذا إذا ذكر لفظة العنان وكذا إذا أطلقا الشركة فهي عنان استحسانًا؛ لأنهما جميعًا قبلا الأعمال وضمنا تسليم ذلك إلى صاحبه فيكون العمل عليهما، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء، ولكل واحد أن يطالب بالأجرة عن العمل وإلى أيهما دفع صاحب العمل برئ، وعلى أيهما وجب ضمان العمل كان له أن يطالب الآخر به فيكون هذه شركة مطلقة جارية مجرى المفاوضة؛ لأنّها مقتضية للضمان؛ لأن كل واحد منهما إنما يتقبله ما هو مضمون على الآخر، ولهذا استحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه ولكن لا يكون مفاوضة حقيقة لما لم يذكرا لفظة المفاوضة أو معناها حتى قالوا: إذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون أو أشنان أو أجّر أجيرًا وأجره حانوتًا لمدة مضت لم يصدق على صاحبه إلّا بحجة ويلزمه خاصّة؛ لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ إقراره على صاحبه موجب المفاوضة، وإن كانت الإجارة لم تمض أو المبيع لم يستهلك لزمهما جميعًا كما في شركة العنان.

وذكر في النوازل قال أبو يوسف: لو ادعى رجل على أحدهما ثوبًا عندهما وأقر به أحدهما وجحد الآخر جاز إقراره على الآخر، ويدفع الثوب ويأخذ الأجر استحسانًا؛ لأنه لما ظهر معنى المفاوضة في ضمان العمل ولا ينفذ إقراره في النصف الذي في يد صاحبه قياسًا وهكذا روي عن محمد؛ لأن هذه شركة عنان ولكن ألحقاها بالمفاوضة في ضمان العمل والمطالبة بالأجرة خاصّة وفيما عداهما بقيت شركة عنان كما كانت وإن عمل أحدهما دون الآخر والشركة عنان أو مفاوضة فالأجر بينهما إن شرطا العمل عليهما وتقبلا ذلك؛ لأن الشركة انعقدت على التقبل والالتزام وذلك نافذ عليهما ويكون العامل معينًا لصاحبه ويصير صاحبه كالمعين بالعامل كالقصار إذا استعان برجل في القصارة، وكذلك إن شرط لأحدهما زيادة أجر واشترطا العمل والوضيعة على قدر الأجرة جاز، وإن كان عمل الذي شرط له الأجر القليل أكثر؛ لأن استحقاق الربح والأجر بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل، فإنه لو عمل أحدهما دون الآخر استحق الذي لم يعمل الأجر، فإذا ظهر التفاضل في الضمان ظهر التفاضل في استحقاق الأجرة والوضيعة على قدر ضمان العمل ولا يجوز التفاضل فيه لما مرّ في شركة الأموال.

وإن أقعد الصانع رجلًا في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف جاز استحسانًا ولا يصح قياسًا وهو قول مالك؛ لأنه لا يمكن تصحيح هذه المعاملة بطريق الشركة؛ لأنهما لم يشتركا في تقبل الأعمال ولا بطريق الإجارة؛ لأنه لا يخلو إما أن استأجر الرجل الذي أقعده بنصف كسبه أو أجره الدكان منه بنصف كسبه فهذه الإجارة فاسدة لجهالة الأجرة. وجه الاستحسان أنه أمكن تصحيح هذه المعاملة شركة لأنهما شرطا أن يكون الخارج من عمل التمليك بينهما على الشركة ولا يصح ذلك إلا بعد إثبات الشركة في التقبل فثبتت الشركة في التقبل اقتضاء إذ ليس في كلاهما إلّا تخصيص صاحب الدكان بالتقبل وتخصيص الأجر بالعمل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فأمكننا إثبات الشركة في التقبل والعمل إلا أنه يقبل أحدهما وعمل الآخر وهذا لا يضرُّ وإضمار غير المذكور وإدراجه لتصحيح المذكور جائز إذا لم يوجد في المذكور ما ينفيه فعلى هذا قالوا: لو تقبل التلميذ

جاز، ولو عمل صاحب الدّكان جاز حتى لو قال صاحب الدّكان: إما أتقبل ولا تتقبل أنت فأطرح عليك العمل بالنصف لا يجوز لأنه نفى الشركة في التقبل ولا يمكن إثباتها مع النفي اقتضاء.

وذكر في النوادر: ثلاثة نفر ليسوا بشركاء تقبلوا عملًا من رجل ثم جاء واحد وعمل ذلك كله فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين؛ لأنهم لم يكونوا شركاء فعلى كل واحد منهم ثلث العمل، فإذا عمل الكل كان متطوعًا في الثلثين فلا يستحق أجرا.

(فصل)

ولو اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر بعير على أن يؤاجرهما والأجرة بينهما لا يصح؛ لأن الشركة متضمّنة الوكالة، والوكالة لا تصح على هذا الوجه؛ لأنه لو وكل أحدهما الآخر أن يؤاجر دابته على أن يكون الأجر بينهما لم يصح؛ لأن الأجرة بدل منفعة مملوكة لهما فتختص كل واحد منهما ببدل ملكه، فإن أخلهما قسّم الأجر بينهما على مثل أجر البغل ومثل أجر البعير؛ لأن الإجارة صحيحة لوقوعها على منافع معلومة ببدل معلوم فيقسمان ما أخذا من الأجر على قدر أجر المثل البغل والبعير كما قبل الإجارة فإن تقبلا حمولة بأجر ولم يؤاجرا البغل والبعير فالأجر بينهما نصفان لأنهما تقبلا الحمل ولم يؤجرا الدابتين فتكون هذه شركة تقبل والبغل والبعير كالآلة لإبقاء العلم فصح، ألا ترى لو حملا على أعناقهما استحقا الأجرة. قصَّار له أداة وقصَّار آخر له بيت اشتركا على أن يعملا في بيت هذا بأداة ذاك جاز، وكذلك سائر الصناع؛ لأن الشركة وقعت على التقبل لا على إجارة البيت والأداة وشركة التقبل جائزة. دفع دابته إلى رجل يؤاجرها على أن الأجر بينهما فالشركة فاسدة والأجر لرب الدابة وللآجر أجر مثله، وكذلك السفينة والبيت؛ لأنه عقد على ملك الغير وقد استوفى منفعته بعقد فاسد فيجب أجر المثل.

وإن دفع دابته إلى رجل يبيع عليها البر على أنّ الربح بينهما فالربح لصاحب البر ولصاحب الدابة أجر مثلها؛ لأن منفعة الدابة لا يصلح رأس مال الشركة لأنها تتعين كالعروض فلم تصح الشركة والربح حصل بعمل صاحب البر؛ لأنه تولد من بيعه لا

من الدابة فيكون له وصاحب الدابة لم يرض بزوال منافع الدابة عن ملكها مجانا فيجب أجر المثل، وكذلك لو دفع شبكة ليصيد بها السمك بينهما نصفان فالصيد للصائد ولصاحب الشبكة أجر مثلها؛ لأن الصيد مباح يملكه الصائد بالإحراز إلا أنه استعمل الشبكة بحكم إجارة فاسدة، فإنه استأجرها بنصف ما يصطاد بها وأنه مجهول، وأن الأجرة ليست بعين مشار إليه ولا بواجب في الذّمة، والإجارة بأجر ليس بمشار إليه ولا واجب في الذمة فاسدة، ولو اشتركا ولأحدهما دابة وللآخر إكاف وجوالق على أن يؤاجر الدابة والأجر بينهما فالشركة فاسدة؛ لأنها وقعت على العين فكانت بمعنى الشركة في العروض، فإن أجر الدابة مع الجوالق والإكاف فالأجر كله لصاحب الدابة لأن الجوالق والإكاف يدخل في إجارة الدّواب تبعًا فلا يكون بإزائهما شيء من الأجر والنخيل معه أجر مثله بالغًا ما بلغ؛ لأنه ما رضي بزوال منافعه مجانا، وقال أبو يوسف: لا يجاوز له نصف أجر الدابة لما بينا.

ولو كان لهما كلب فأرسلاه جميعًا كان ما أصاب بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الأخذ، ولو كان الكلب لأحدهما وهو في يده فأرسلاه جميعًا كان ما أخذ لصاحب الكلب؛ لأن الأخذ لا يوجد بالإرسال وإنما يوجد باختيار الكلب فتكون الإصابة مضافة إلى الأخذ والأخذ منفعة كلبه فتكون لصاحبه إلّا إذا جعل منفعة كلبه لغيره بأن أعار الكلب من غيره ليصطاد فالمأخوذ للمستعير؛ لأن منفعته صارت مملوكة للمستعير فيكون أخذه مضافًا إليه.

ولو كان لكل واحد منهما كلب فأرسله فأصابا صيدًا فهو بينهما، وكذلك لو أصاب أحدهما ثم جاء آخر وأعانه عليه فهو بينهما؛ لأنّ الأخذ مضاف إلى الكلبين إذا لم يصر مثخنًا بالكلب الأول لأنّه لولا الثاني ربّما انفلت الصيد من الأول فكانت الإعانة كالأخذ حتى لو أثخنه الأول يكون لصاحبه خاصّة؛ لأن الأخذ مضاف إليه؛ لأنه لو لم يعنه الثاني لانفلت منه.

(**النوادر**): بعير بين شريكين حمل عليه أحدهما من الرستاق شيئًا بأمر شريكه فسقط في الطريق فنحره الشريك، ينظر إن كان يرجى حياته يضمن، وإن كان لا يرجى لا يضمن؛ لأنه مأمور بحفظ نصيب شريكه، والحفظ عند التيقن بالموت لا يكون

إلا بالذبح؛ لأنه لو لم يذبح يفسد اللحم وكان الأمر بالحفظ إذنا بالذبح دلالة، وإن ذبحه غير الشريك يضمن سواء يرجى حياته أو لا يرجى وهو الأصح؛ لأنه انعدمت دلالة الإذن بالذبح وهو الأمر بالحفظ فعلى هذا من ذبح شاة إنسان لا يرجى حياتها يضمن والراعي والبقار إذا ذبح لا يضمن؛ لأنه وجد ما يدل على الإذن وهو الأمر بالحفظ.

(باب الخصومة والاختلاف بين الشريكين)

الاختلاف بين المتفاوضين على قسمين: إما أن وقع حال قيام المفاوضة أو بعد افتراقهما، أما إذا اختلفا في المفاوضة بأن ادعى أحدهما أنه شاركه وأنكر الآخر والمال في يد الجاحد فأقام المدعي البينة على ما ادّعى هو على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يشهد الشهود بالمفاوضة وأن المال الذي في يديه من شركتهما أو بينهما نصفان قضي للمدعي بنصفه لأنهم شهدوا بالمفاوضة وبالمناقضة.

والثاني: إن شهدوا أنه مفاوضة وأن المال في يده ولم يزيدوا عليه فكذلك قضي بنصفه للمدعي؛ لأنه ثبتت المفاوضة بالبينة العادلة والمفاوضة تقتضي المعادلة وثبت كون المال في يد الجاحد معاينة حال قيام المفاوضة فتكون بينهما مناصفة.

والثالث: إن شهدوا أنه مفاوضة لا غير ينظر إن شهدوا في مجلس الدعوى قضي له بنصفه؛ لأن كون المال في يد الجاحد ثابت معاينة حال قيام المفاوضة؛ لأن المفاوضة انفسخت بإنكار الجاحد في الحال والمال كان في يده قبل ذلك وقبل ذلك حال قيام المفاوضة والمفاوضة تقتضي المعادلة في المال، وإن شهدوا بعدما تفرقا عن مجلس الدعوى لا يقضي بينهما نصفين ما لم يشهدوا أنه من شركتهما أو بينهما؛ لأن كون المال في يد المفاوض حال قيام المفاوضة شرط لثبوت المفاوضة ولم يثبت بهذه الشهادة كون المال في يده حال قيام المفاوضة لجواز أنه استفاد هذا المال بعدما تفرقا عن مجلس الدعوى وإذا قضى بنصف ما في يده للمدعي ثم أقام الذي في يده المال البينة أن ما في يديه صدقة أو ميراث فهو على هذه لإخوته في الوجه الأول وهو ما إذا شهدوا أنه مفاوضة، وأن ما في يده من

شركتهما لا تقبل بالإجماع لأنّ المدعي قبله صار مقضيًّا عليه بنصف ما في يده بالبينة والمقضي عليه بالبينة إذا ادعى يلغى الملك من جهة غير المدعي لا يسمع، ولا تقبل بالبينة؛ لأن المقضي له صار كالمتملك من جهة المقضي عليه؛ لأن الملك كان للمقضي عليه وبالقضاء صار للمقضي له فيعتبر بما لو ملكه من جهته بالبيع والهبة ثم ادعى يلغى الملك من جهة غيره لا تسمع دعواه فكذا هذا وفي الوجه الثاني والثالث وهو ما إذا شهدوا بالمفاوضة وبالمال في يده أو بالمفاوضة لا غير.

قال أبو يوسف: لا تقبل بينة المدعي قبله.

وقال محمد: تقبل.

لمحمد: أن الشهادة والقضاء وقعا بالعقد وكون المال في يده ولم يقع بالمناصفة والشركة في المال وأنهم لم يشهدوا بالمناصفة وإنما ثبتت الشركة في المال حكمًا للعقد ظاهرًا لا بالقضاء مقصودًا وهذا لا يمنع صحة دعوى المدعي قبله يلغى الملك من جهة غير الملك كما لو أقر بالمفاوضة ثم ادعى كون ما في يده ميراث أو هبة يسمع دعواه فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن البينة غير مسموعة على العقد والقضاء لم يقع به؛ لأن المفاوضة قد انفسخت بإنكار الجاحد؛ لأنه عقد جائز يزيد وينقص بجحود الجاحد وإنما سمعت البينة على موجب العقد وهو الشركة في المال، إذ لو لم يجعل كذلك لبطلت الشهادة ولتعطلت الحجة ولا يجوز تعطيل الحجّة وإهمالها ما أمكن فصارت الشهادة المصرحة بالعقد شهادة بموجبه كناية فيمنع دعوى المقضي عليه بالملك لا بسبب المقضي له بخلاف ما لو أقر بالمفاوضة؛ لأن العقد قائم فتكون الشركة في المال بظاهر العقد لا بالقضاء فجاز إثبات خلاف الظاهر بالبينة كما لو أقام البينة على ذي اليد بالملك.

ولو ادعى أنه وهبه له شريكه وسلم تقبل اتفاقا؛ لأنه ادعى تلقي الملك من جهة المدعي بعد ثبوت الملك له وهذا لا يمنع صحة دعواه؛ لأنه لا يناقض مقتضى شهادة شهوده بل يؤكده ويؤيده، وإذا ادعى أنه شريكه مفاوضة وأقر به المدعي عليه وقضي عليه بمال في يده ثم ادعى شيئًا مما في يده ميراثًا أو هبة وأقام البينة تقبل لما بينا هذا كله إذا كان في حياة المتفاوضين.

فأمّا إذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى ورثته المفاوضة وجحد الحي وأقاموا البينة أن أباهم كان شريكه مفاوضة لا يقضي لهم بشيء كان في يده؛ لأنه لم يثبت كون المال في يده حال قيام المفاوضة لا بالمعاينة ولا بالبينة ويحتمل أن يكون الحي اكتسب ما في يده بعد موت مورثهم وانتقاض المفاوضة بالموت فلا تقضي للمدعي بما في يد الحيّ كما لو شهدوا حالة الحياة في غير مجلس الدعوى بالمفاوضة لا غير لا يقضى له بالمناصفة فكذا بعد موته، وإن أقاموا البينة أنه كان من المال في يديه في حال قيام المفاوضة وما يكون في يد أحد المتفاوضين حال قيام المفاوضة يكون بينهما مناصفة، فإن أقام الحي البيّنة أنه ميراث له من أبيه بعد القضاء عليه لا يقبل إذا شهدوا أن المال من شركتهما، وإن شهدوا أن هذا المال في يده وقت الشركة فعند أبي يوسف لا تقبل بينة الحي، وعند محمد تقبل لما بينا.

وأمّا **القسم الثاني**: لو افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما أن صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه بالنصف وقد أقر بالمفاوضة فجميعه من العقار وغيره بينهما نصفان لإثبات كسوة أو متاع بيت أو رزق عيال أو خادم يطأها فلا يجعل في الشركة استحسانًا؛ لأن الإقرار بالمفاوضة إقرار بالمناصفة لأنها تقتضي المعادلة والرجوع بعد الإقرار لا يصح فيقضي بينهما نصفين لا فيما صار مستثنى عن عقد الشركة وهو ما يحتاج إليه كل واحد ولا بد له منه وهو ثبات الكسوة وطعام القوت وجارية هي موطوءة، إذ لو جعلت هذه الأشياء على الشركة لوقع كل واحد في حرج فصارت هذه الأشياء مستثناة عن عقد الشركة للضرورة.

ولو أقام البينة على آخر أنه شريكه مفاوضة وهو منكر والمال في يد الجاحد فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: إن ادعى المفاوضة وادعى المال مناصفة وشهد الشهود بالمثالثة لا تقبل الشهادة؛ لأن المدعي أكدت شهوده لفظا ومعنى فإنّه ادعى النصف لفظًا ومعنى بدعوى المفاضلة فلا تقبل كما لو ادعى ألفًا والشهود شهدوا بألفين.

والثاني: لو ادعى المفاوضة بالأثلاث له الثلثان ولشريكه الثلث والشهود شهدوا كذلك تقبل شهادته استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه أكذب شهوده معنى؛ لأنه لما ادعى

المفاوضة فقد ادعى المناصفة معنًى، وإن المبالغة لفظا وقع الشك في القبول، فلا يقبل.

وجه الاستحسان أن الشهادة طابقت، ووافقت دعوى المدعي لفظًا ومعنًى، إلا أنه امتنع بثبوت بعض المشهود حكمًا للمفاوضة لا قصدًا، فلم يمنع ثبوت الباقي وهو المفاوضة بينهما.

والثالث: لو ادعى المفاوضة، وشهد الشهود بالمثالثة، ثم قال المدعي: كانت كذلك تقبل استحسانًا لا قياسًا؛ لأن البيان المتأخر عن الكلام المجمل يلتحق بأصل الكلام، فيصير كالمفسر وقت الإجمال، وكان كما لو ادعى ألف درهم، وشهد الشهود بألفين ثم وقف وقال: كان لي عليه ألفان إلا أني استوفيت الألف، فإنه يقبل هذه الشهادة وكذا هذا مفاوض وكل رجلًا يشتري شيئًا ثم افترقا وقد اشتراه فقال الآمر اشتريته قبل التفرق فهو لي خاصة، وقال الآخر: قبله فالقول للآمر مع يمينه والبينة للآخر؛ لأن الشراء أمر حادث فيحكم بحدوثه حال ظهوره وقد ظهر بعد الافتراق فمن ادعى تقدمه على هذه الحالة فعليه إقامة البينة.

ولو اختلفا على عكس هذا فالقول للذي لم يوكّل؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأنه يدعي حدوث الشراء بعد الفرقة وقد ظهر بعدها ولا تقبل فيه شهادة الوكيلين؛ لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما وكانا مدعيين، وإن قال الشريكان: لا ندري متى اشتراه فهو للآخر خاصّة وكذلك هذا في شركة العنان؛ لأنه ثبت الشراء ولم يثبت سبقه فجعل كأنه حدث للحال بعد الافتراق.

(فصل)

مفاوض أودع شيئًا من مالهما فقال المودع رددته إلى أحدهم صدق؛ لأنه مودع ادعى دفع الوديعة إلى من له الدفع إليه؛ لأن كل واحد من المتفاوضين وكيل صاحبه في أخذ الودائع، وإن جحد المدعى عليه لم يضمن بقوله؛ لأن قول المودع يقبل في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في حق إيجاب الضمان على المدفوع إليه؛ لأنه شاهد في حقّه وشهادة الفرد لا تثبت شيئًا، وكذلك لو مات أحدهما ثم ادعى المودع الدفع إلى الميت؛ لأنه ادعى دفع الوديعة إلى المودع حال جباية فيصدق في

براءة نفسه عن الضمان كما لو كان المودع حيا، ولا يصدق في حق الورثة ولا في تركته ويستخلف الورثة على العلم؛ لأنه يستخلف على فعل الغير وهو الميت، وإن ادعى الدفع إلى ورثة الميت وحلفوا ما قبضوه يضمن حصّة الحي وهي بين الحي وورثة الميت؛ لأنه أقر بدفع نصيب الحي إلى ورثة الميت وليس له الدفع إليهم لأنهم ليسوا بوكلاء عن الحي؛ لأن الشركة قد انتقصت بالموت والوكالة لا تورث فصار ضامنًا نصف الوديعة للحي بالدفع إليهم وهو بينه وبين الورثة؛ لأن الدفع ثبت بقول المودع في حق براءته عن الضمان لا في أحق إبطال حق الورثة في المشاركة؛ لأنه كان للورثة حق المشاركة في كل الوديعة فلا يبطل حقهم بقول المودع، وإن مات المودع فقال المستودع دفعت المال إلى الحي نصفه، وإلى الورثة نصفه يتبرأ عن الضمان إذا حلف؛ لأنه ادعى دفع كل نصف إلى من له الدفع إليه هذا كله إذا مات المودع، فإن مات من لم يودع فقال المستودع: دفعت المال إلى من أودعني بعد موت من لم تودعني وحلف يبرأ عن الضمان؛ لأن المودع، وإن لم يكن وكيلًا عن الميت ولا عن الورثة بالقبض لكن تولى عقد الإيداع بنفسه فكان له حق القبض يجب العقد وردّ الأمانة إلى المودع لا يوجب الضمان، وإن لم يكن وكيلًا عن المالك بالقبض كالعبد المحجور إذا أودع مال المولى إلى رجل بغير إذنه والغاصب إذا أودع ثم ردّ المودع الوديعة إلى من أخذ برئ؛ لأنه ردّ الوديعة إلى من له حق الأخذ فكذا هذا، ولا يصدّق على إلزام الحي شيئًا يمينه بما قبض؛ لأن الحي منكر للقبض والمودع يصدق في نفي الضمان عن نفسه لا في إلزام الغير حقا، وإن أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركه الآخر فيه؛ لأنه أقر بقبض بعض مال مشترك بينهم وما أنكر الفريق الآخر قبضه جعل كالبالي والتالف، فكان هلاكه على الشركة.

ولو كان المتفاوضان حيان فقال المستودع: دفعت إليها فأقر أحدهما وجحد الآخر برئ المودع والمقر يصدق على نفسه وشريكه؛ لأن لكل واحد منهما أخذ الوديعة نصفها بالأصالة؛ ونصفها بالوكالة فصح إقراره على نفسه بالمالكية وعلى صاحبه بالوكالة وجحود أحدهما، وإن كان كجحودهما لكن فيه دعوى الضمان على المودع فلا يقبل والإقرار منهما يقبل، وإن افترقا فقال: دفعت إلى من أودعني يبرأ؛

لأن حق قبض الوديعة لمن باشر الإيداع، وإن قال: دفعت إلى الآخر وكذبه ضمن النصف للذي أودعه فيكون بينهما؛ لأنه أقر بدفع نصيب المودع إلى من ليس بوكيل عنه؛ لأنه انقطعت الوكالة بانقطاع الشركة فلم يكن للغير المودع إلّا قبض ملكه، فإن صدقه فالمودع بالخيار إن شاء ضمن المودع حصته، وإن شاء رجع على شريكه؛ لأن المودع أقر بدفع ماله إلى غيره بغير إذنه والقابض أقر بأنه أخذ ماله بعد انتقاض الوكالة وانقطاع الشركة فصار كل واحد متعديا وقيل ينبغي أن لا يكون له تضمين القابض عند أبي حنيفة رحمة الله؛ لأنه بمنزلة مودع المودع. اشترى شريك الوجوه أو العنان وقال: اشتريته لنفسه خاصّة قبل الشركة بمالي، وقال الآخر: بل على الشركة فهو على وجهين: إن قال ذو اليد إنه اشتراه بعد الشركة فهو على الشركة إذا كان المشترى من جنس تجارتهما؛ لأن كل واحد من الشريكين فيما كان من جنس تجارتهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه يشتري شيئًا بعينه؛ لأن الشركة انصرفت إلى الكل والوكيل يشتري شيئًا بعينه إذا اشترى لنفسه بمثل الثمن الذي أمر به حال عينه الموكل، فإنه يكون مشتريا للموكل لا لنفسه فكذا هذا، فإن قال اشتريته قبل الشركة وقال الآخر: لا بل اشتريته بعد الشركة فهو على أوجه: الأول أنه ينظر إلى أسبقهما تاريخا، وإن كان تاريخ الشراء أسبق فهو له خاصّة؛ لأنه قبل الشركة لم يصر وكيلًا عن صاحبه في شرائه، وإن كان تاريخ الشركة أسبق هو على الشركة؛ لأن الشراء كان بعد الشركة وقد صار وكيلًا عن صاحبه في شرائه والمشترى من جنس تجارتهما فيقع على الشركة وإن علم تاريخ أحدهما ولم يعلم تاريخ الآخر، فإن علم أن الشراء كان قبل هذه المنازعة بشهر مثلا ولم يعلم تاريخ الشركة، فإنه يجعل تاريخ الشراء قبل الشركة؛ لأن الشركة أمر حادث ولم يظهر لها تاريخ فيجعل حدوثها لأقرب ما ظهر فيجعل كأنهما عقدا الشركة للحال، وإن علم أن الشركة كانت قبل المنازعة بشهر ولم يعلم تاريخ الشراء، فإنه يجعل الشراء بعد الشركة فيكون بينهما؛ لأن الشراء أمر حادث فيحكم بحدوثه من وقت ظهوره، وإن لم يعلم تاريخ أحدهما جعل كأنهما وقعا معًا كما في الغرقى والحرقى.

ولو وقعا معًا لا يكون المشترى على الشركة وإن قال أحدهما: اشتريت متاعا فعليك نصف ثمنه وكذّبه شريكه، فإن كانت السلعة قائمة فالقول قوله؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه للحال فيكون مصدقًا فيما حكى، وإن كانت هالكة لا يصدَّق؛ لأنه لا يمكن استئنافه للحال وقد ادعى عليه ذلك وهو ينكر، وكذا لو أقر شريكه أنه اشتراه وأنكر القبض؛ لأن إنكار القبض والسلعة هالكة إنكار لوجوب الثمن؛ لأن الثمن لا يجب فمتى كانت السلعة هالكة إلا بعد القبض وحلف شريكه على العلم؛ لأنه يستحلف على فعل الغير، وإن أقام بينة على الشراء والقبض فالقول قوله مع يمينه على الهلاك؛ لأنه ثبت الشراء والقبض بالبينة العادلة والمقبوض في يده أمانة والأمين متى ادعى هلاك الأمانة يقبل قوله مع يمينه على الهلاك كالمودع إذا قال هلكت الوديعة.

(باب عتق أحد المتفاوضين واختلافهما فيه)

أعتق أحد المتفاوضين عبدًا من الشركة فالقول فيه كما في غير المتفاوضين؛ لأن الإعتاق تبرع محض لا يسويه تجارة فلا يدخل تحت المفاوضة فصار الحال بعد المفاوضة كالحال قبلها، وإذا تفرق المتفاوضان فأشهد كل واحد على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما: كنت أعتقت هذا العبد في الشركة فدخل نصف قيمته مما برئ إليك منه فصدقه الآخر في عتقه، وقال: كنت أخذت ضمان العبد فالقول لمن لم يعتق مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على براءة العتق لأنهما تصادقا أن العتق كان في المفاوضة والبراءة تناولت جميع ما يستحق كل واحد منهما على الشركة بالمفاوضة لكن المعتق يدعي بملك نصيب الساكت بالضمان، وأنه لا يثبت بنفس العتق فلم تتناوله البراءة وهو ينكر فيكون القول له وله تضمين العبد عند أبي حنيفة دون الشريك؛ لأن البراءة لا تتناول ما استحق العبد ويسار المعتق لا يمنع سعايته عنده وحق تضمين المعتق يثبت للساكت بنفس العتق فدخل تحت البراءة وإن قال اخترت ضمانك برئ من الضمان بالبراءة ولا شيء على العبد؛ لأنه أقر بتضمين المعتق وفي تضمينه إقرار ببراءة العبد عن السعاية فيبرأ العبد عن السعاية بالبراءة التي جرت بينهما؛ لأن البراءة تناولت ما يستحق كل واحد على شريكه

بسبب الشركة، وإن قال ما اخترت شيئًا فله أن يضمن العبد دون الشريك؛ لأن الإعتاق أوجب له تضمين المعتق أو استسعاء العبد وقد تعذر تضمين المعتق لأجل البراءة السابقة فتعين استسعاء العبد.

ولو قال الشريك: أعتقته بعد الفرقة فالقول له؛ لأن العتق أمر حادث فيحكم بحدوثه من وقت ظهوره ولا يثبت سبقه إلا بحجة، وإن أقاما البينة فالبينة للمعتق ويبرئ المعتق والعبد من نصف قيمته؛ لأن بينته أكثر إثباتًا؛ لأن المعتق أثبت بسبق العتق وتملكت نصيب الساكت ودخول الضمان تحت البراءة وبراءة العبد عن السعاية والآخر يبقي هذه الأمور فتقبل بينة المعتق.

ولو أقر أحدهما أنه كاتب عبدًا في الشركة على ألف وقبضها منه ومات العبد فقد دخل في البراءة، وقال الآخر: كاتبته بعد الفرقة فالقول لمن لم يكاتب؛ لأنه ظهرت الكتابة بعد الفرقة ولم يثبت تقدمها على الفرقة فتجعل حادثة بعد الفرقة وإن كان العبد ترك مالًا فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه وقال الآخر في المفاوضة: فنحن وارثاه والمكاتب لم يود شيئًا، فالقول لمن لم يكاتب قبل ثان دعوى المكاتب أنه كاتبه بعد الفرقة وأنه وارثه لا يصح عند أبي حنيفة؛ لأن الكتابة تتجزأ عنده فيصير نصيبه مكاتبًا ويبقى نصيب الساكت قنًّا فهذا عبد مات نصفه مكاتب ونصفه قن للساكت وقد ترك كسبا فلا يعتمد منه، وقيل: يصح عندهم جميعًا؛ لأن المكاتب متى كان موسرًا وقد مات العبد لا ثبوت للساكت إلا بتضمين المكاتب لما مرّ في العتاق، فإذا مات عن تضمين فأديت كتابته عتق الملك عليه فيكون جميع الولاء له، وإذا صحّ الدعوى من المكاتب ذكر أن القول لمن لم يكاتب؛ لأن الظاهر وإن كان يشهد للمكاتب؛ لأنه يدعي حدوثها بعد الفرقة والساكت يدعي استعادتها إلى حالة المفاوضة لكن الظاهر يصلح حجّة لدفع الاستحقاق ولا يصلح حجة للاستحقاق وهو بهذا الظاهر يريد استحقاق الكسب على شريكه وقد ثبت سبب كون المال مشتركا بينهما فجعلنا القول لمن لم يكاتب وجعلنا الكسب بينهما بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن الساكت بهذا الظاهر يدفع استحقاق شريكه في نصف الكسب، فإن المكاتب يدعي استحقاق كله له لأجل

البراءة والساكت يدفع ذلك بما يدعي من حدوث الكتابة بعد الفرقة والظاهر يصلح حجة للدفع والبراءة السابقة لم يمنع ذوي الساكت؛ لأنه بدل الكتابة كان في ذمة المكاتب لا في يد أحدهما وما كان في ذمّة غيرهما لا تتناوله البراءة. مات المفاوضان واقتسم الورثة فظهر مال فقال أحد الفريقين هذا كان من قسمنا وكذبهم الفريق الآخر وقال: إنه المشترك بيننا وإن كان المال في يد المنكرين أو في يد المدعيين ولم يشهدوا البراءة عن كل شركة بينهما فالمال بين الفريقين نصفان لأنهما اتفقا على الشركة في هذا على المال وأيهما اتفقا أنه كان من مال المفاوضة إلا أن صاحب اليد يدعي انقطاع الشركة عما في يده وخلوصه لنفسه بوصول مثله إلى صاحبه فلا يصدق إلا بحجة كما لو وقع الاختلاف بين المتفاوضين بعد الفرقة ولم يشهدوا على البراءة فالقول لمن ينكروا إن كان المال في يد المدعيين وقد أشهدوا على البراءة فالمال لهم خاصة؛ لأن البراءة توجب انقطاع حق كل واحد منهما عما في يد صاحبه فما في يده دخل تحت البراءة فحصل لذي اليد.

ولو كان المال في يد أحد الفريقين فقالوا كان لأبينا قبل المفاوضة وكذبهم الفريق الآخر فالمال بينهما وإن كانوا شهدوا على البراءة مما في الشركة؛ لأن ذا اليد أقر بأن البراءة لم تقع من هذا المال في زعمهم أن ما كان لأبيهم قبل المفاوضة لم يكن من الشركة فلم يكن داخلا تحت البراءة مال الشركة وإذا لم تقع البراءة عنه وقد أقروا بكونه في يد أبيهم حال قيام المفاوضة فيكون مشتركا بين المتفاوضين بحكم المفاوضة ولا يختص أحدهما بشيء مما في يده، وإن ادعى أنه ورثه من أبيه واختص بملكه، فإن كانت البراءة من الشركة وغيرها فهو لهم خاصة؛ لأن البراءة وقعت عامة فدخل فيها ما كان من المفاوضة وغيرها، وإن كان المال في يد غير الفريقين فهو بينهم إلا ببينة.

(باب من يشتري شيئًا فيشترك غيره فيه)

ومن اشترى شيئًا وأشرك فيه آخر قبل القبض لم يصح؛ لأن الاشتراك في المشترى تمليك بعوض؛ لأن مطلق الشركة اقتضت المساواة مطلقًا في النفع

وهو ملك المبيع وفي الضرِّ وهو لزوم الثمن كالمعاوضة فيكون الاشتراك بيعًا معنًى فلم يصح قبل القبض، وإن اشترك فيه بعد القبض فهو بينهما؛ لأن مطلق الشركة مقتضية للمساواة ما لم يقيد بالتفاضل قال الله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢] وكانوا في الثلث على السواء لا يفضل الذكر على الأنثى فصار كأنه قال سويتك بنفسي في ملك هذا العبد، وإن اشترك فيه اثنان فبينهم أثلاثا وإذا لم يعرف الدخيل مقدار الثمن جاز وله الخيار؛ لأن الثمن معلوم في نفسه، وإن جهله فصار كسرا ما لم يره يصح؛ لأنه معلوم في نفسه وقيل البيع فاسد، فإذا صار معلومًا انحذف الفساد.

وذكر في (**المنتقى**): ولو قبض النصف دون النصف شائعًا من المقبوض وغير المقبوض فصح في المقبوض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه، وكذا لو باع نصفه أشرك آخر فيما اشترى بعد القبض فهلك قبل التسليم إليه لم يلزمه الثمن وكذلك التولية؛ لأن الإشراك في المشترى بيع والمبيع متى هلك قبل التسليم انفسخ البيع وذكر في المضاربة لو قال: لك شركة ما فلان فعند أبي يوسف بينهما نصفان، وعند محمد هو باطل. قال أشركت فلانا في نصف هذا العبد فله الربع قياسًا؛ لأنه أضاف الإيجاب إلى نصف العبد فتقتضي التسوية بينهما في النصف وكذا النصف استحسانًا؛ لأن حقيقة إضافة الإشراك إلى النصف تقتضي أن يكون شريكًا له في النصف ويبقى الآخر خاليا عن الشركة وهذا لا يتصور؛ لأنا وإن جعلنا له ربع العبد كان شريكًا في جميع العبد لا في نصفه وإذا تعدّد اعتبار حقيقة هذه اللفظة يجعل حرف في مجازًا عن الباء؛ لأن الباء للإلصاق وفي للظرف وبين الظرف والمظروف نوع إلصاق فأمكن أن يستعار عن الباء فيصير كأنه قال: أشركتك بنصف هذا العبد، وإن اشترى رجلان عبدًا فأشركا فيه آخر ينظر إن أشركاه على التعاقب فله النصف ولهما النصف؛ لأن الإشراك إنما يصح في نصيبه فكان الأول أشركه في نصيبه لا غير فيصير نصيبه بينهما نصفين ثم إذا أشركه الآخر يصير نصيبه أيضًا بينهما نصفين، وإن أشركاه معًا يكون له نصفه قياسًا؛ لأن كل واحد إنما يملك الإشراك في نصيبه خاصة فينصرف الإشراك إلى نصيبه خاصّة وله ثلثه استحسانًا؛ لأن الإشراك يقتضي

المساواة، فإذا قالا: أشركنا فيه فقد جعلا الدخيل شريكًا ثالثًا في العبد فاقتضت المساواة بين الشركاء الثلاثة في العبد والتسوية إنما تتحقق إذا صار بينهم أثلاثا، وإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز صاحبه فله النصف وللشريكين نصفه؛ لأن الإشراك وإن حصل جملة فالنفاد حصل متعاقبًا ينفذ إشراكه في نصيبه للحال فينصف ويتوقف في نصيب شريكه على إجازته فلما أجازه بنصف نصيبه أيضًا رجلان قال كل واحد منهما لصاحبه أينا اشترى ذلك العبد فقد أشرك فيه صاحبه، أو قال فصاحبه فيه شريك جاز وأنهما اشتراه فقبضه قبضهما وأيهما نقد الثمن بأمر صاحبه أو بغير أمره رجع عليه بنصفه؛ لأن هذا في الحاصل توكيل من كل واحد منهما لصاحبه بشراء نصف عبد بعينه فجاز وقبض الوكيل ينوب عن قبض الموكل ويرجع بما نقد من ماله على موكله.

ولو اشتريا معًا وأحدهما نصف قبل صاحبه ثم اشترى الآخر النصف الباقي فهو بينهما، أمّا معًا فلأنه اشترى كل واحد منهما نصفه فيكون ما اشتراه له، وأما متعاقبا فلأنه لما اشترى الأول نصفه وقع الشراء لهما وللآخر أن لا يرضى بشري ربع العبد له ليفرق الملك عليه، فإذا اشترى هو النصف الباقي كمل نصف العبد له فيسقط خياره وصار النصف الباقي بينهما أيضًا لذلك، ولا خيار للأول؛ لأنه كمل له نصف العبد، فإن أذن كل واحد لصاحبه في بيعه فباعه أحدهما من رجل على أن له نصفه فهو بائع نصيب شريكه بنصف الثمن؛ لأنّه أوجب البيع في جميع العبد ثم رجع عن البيع في نصيب نفسه؛ لأنه استبقى واشترط الملك في ذلك النصف لنفسه بقوله على أن نصفه لي؛ لأن نصيب شريكه لا يكون مملوكا له فانصرف اشتراط الملك لنفسه إلى نصيبه خاصّة، وإن باعه إلّا نصفه فجميع الثمن ونصف العبد بينهما نصفان عند أبي حنيفة، وعندهما البيع ينصرف إلى نصيب البائع خاصة؛ لأنه استثنى نصف العبد مطلقًا عن البيع والاستثناء بيان أن المستثنى لم يكن داخلا تحت المستثنى منه فلم يدخل النصف المستثنى تحت البيع أصلًا فصار الثمن المستثنى متقابلان النصف فصار كأنه باع نصف العبد بالثمن المسمى فينصرف البيع إلى النصف من النصيبين عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ينصرف إلى نصيبه خاصة

بناء على أن الوكيل ببيع العبد يملك بيع بعضه عنده فينصرف النصف إلى النصيبين؛ لأنه ذكر النصف مطلقًا وعندهما لا يملك فوقع البيع على نصيبه؛ لأنه يملك بيع نصيبه بولاية أصليّة ويملك بيع نصيب شريكه بولاية عارضيّة والأصلية أقوى فينصرف البيع إليه.

ولو قال: أشركتك فيه على أن تنقد الثمن عني ففعل لا يصح؛ لأن الإشراك بيع والبيع بشرط أن ينقد المشتري عن البائع دينًا عليه لا يجوز؛ لأنه شرط فيه شرطًا لا يقتضيه البيع ولأحدهما فيه منفعة كما لو باع منه شيئًا على أن يقرضه. رجل أمر آخر أن يشتري عبدًا بعينه بينه وبينه فقال نعم فأشهد عند الشراء أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد مشترك؛ لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه حال عينه الموكل، وإن كان ذهب ليشتري العبد فقال له آخر اشتره بيني وبينك فقال نعم فاشترى العبد بين الأمرين فلا شيء للمأمور؛ لأنه لما قبل الوكالة من الأول في شراء نصف العبد لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه ولا لغيره فلما قبل الوكالة من الثاني انصرفت إلى النصف الذي يملك شراءه لنفسه فصار هذا النصف مستحقا للثاني والنصف الثاني كان مستحقا للأول وخرج الوكيل عن الوسط قالوا وهذا إذا قبل الوكالة من الثاني بغير محضر الأول، فأما إذا قبل الوكالة من الثاني لمحضر الأول يكون العبد بين الثاني والمأمور نصفين؛ لأنه لما قبل الوكالة من الثاني ليكون العبد بينهما، ولا يملك ذلك إلّا بأن يعزل نفسه عن وكالة الأوّل كان قبول الوكالة على هذا الوجه فسخًا للوكالة الأولى وهو يملك عزل نفسه بمحضر من الأول ولا يملك عزل نفسه حال غيبته فافترقا لهذا.

(المنتقى) رجل اشترى متاعًا فقال له رجل: أشركني فيه، فقال: قد أشركتك، فقبل ذلك الرجل ثم قال الآخر مثل ذلك، فللأول النصف وللثاني الربع؛ لأن الشركة لما اقتضت المساواة لم يفتقر إلى بيان النصيب الذي أشركه فيه فيوجب التساوي بينهما في الملك فثبت الملك في النصف الأول ثم إشراكه الثاني يصح في نصيبه فيصير نصيبه بينهما.

رجل اشترى عبدًا وقبضه فقال له آخر: أشركني فيه، فأشركه ثم لقيه آخر وقال:

أشركني، فأشركه، ينظر إن علم الثاني بمشاركة الأول فله نصف نصيبه وهو الربع؛ لأنه طلب منه الإشراك في نصيبه خاصّة ونصيبه النصف، وإن لم يعلم فله نصف جميع العبد ويخرج المشتري من العبد؛ لأنه طلب منه الإشراك في كل العبد فيكون طالبا للنصف وللمشتري ولاية جعل نصفه له لا غير فيصير نصفه له وبقي النصف للأول، وكذلك لو اشترى عبدًا فقال له رجل أشركني فيه فأشركه ثم استحق نصف العبد فللمشتري نصف العبد وخرج المشتري من العين.

وكذلك إن اشترى نصف عبد وقبض والعبد كله فأشرك آخر فيه فله نصفه إذا لم يعلم أنه اشترى نصف العبد، وإن علم أنه اشترى نصفه فله نصف النصف لما بينا.

اشترى عبدًا وقبضه ثم قال لرجل: قد أشركتك فيه ولم يقل شيئًا ثم قال المشتري لآخر: قد أشركتك فيه ثم قبلا جميعًا فالعبد بينهما ويخرج المشتري من العين وهذا بمنزلة ما لو قال لرجل: بعتك نصف عبدي هذا بخمسمائة، ثم قال لآخر: بعتك نصفه بخمسمائة فقبلا جميعًا بخلاف ما لو قال لرجل: قد بعتك عبدي هذا بألف ولم يقبل شيئًا ثم قال لآخر: قد بعتك نصفه بخمسمائة فقبلا جميعًا كان نصفه للآخر بخمسمائة ولا شيء للأوّل؛ لأنه لما رجع عن نصف العبد لم يكن للأول أن يقبل النصف الباقي؛ لأن الإيجاب وقع جملة وإنه متّحد فمتى رجع عن بعضه فقد رجع عن كله.

ولو قال له رجل: أشركني فيه فأشركه فلم يقل الرجل قبلت حتى قال لآخر: قد أشركتك فيه ثم قبلا فلا شيء للأول وللثاني النصف؛ لأن الإقدام على إشراك الثاني كان رجوعًا عن الشركة الأولى، وكذلك لو قال لآخر: قد أشركتك فيه، ثم قال لآخر ذلك ثم قال مثله لثالث ولم يقبل واحد منهم فهو بينه وبين الآخر إن قبل، وإن قال: قد أشركتكم جميعًا، فقبل أحدهم فله الربع؛ لأنه أضاف الإشراك إلى ثلاثة جملة فصار مشتركا لكل واحد في الربع اشترى بقرة بعشرة دنانير قبضها ثم قال لآخر: قد أشركتك فيها بدينارين فقبل كان له خمس البقرة؛ لأنه يصير كأنه قال: أشركتك في خمسها.

لو قال رجل لآخر: اشتر عبد فلان بيني وبينك، وقال له آخر اشتر عبد فلان بيني بينك فقال المأمور: نعم ثم اشتراه المأمور فهو بين الأمرين ولا شيء للمأمور؛ لأنه قبل الوكالة عن الأول في النصف وعن الثاني في النصف الثاني؛ لأنه لا يملك عزل نفسه عن الوكالة بغير محضر من الموكل فصار وكيلًا عن كل واحد في نصف آخر.

ولو لقيه ثالث فأمره بذلك فاشتراه المأمور بعد أمر الثلاثة ينظر إن قال للثالث: نعم بغير محضر الأوليين فالعبد بينهما ولا شيء للثالث وللمشتري؛ لأن قبول الوكالة من الثالث عزل لنفسه في حق الأوليين؛ لأنه لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة الأول والثاني من غير علمهما فلم يصح قبول وكالة الثالث، وإن قال نعم بمحضرهما فالعبد بين الثالث والمشتري نصفين؛ لأن قبول الوكالة من الثالث لا يصح إلا برد وكالة الأوليين وهو يملك بردّ وكالتهما بعلمهما فانعزل عن وكالة الأوليين. عبد بين رجلين فقال أحدهما لآخر: أشركتك في هذا العبد فأجاز صاحبه فله النصف بنصف الثمن، وإن لم يجز صاحبه صار نصيبه بينهما نصفين.

ولو كان مكانه بيعًا نقد بيعه في جميع نصيبه؛ لأن الشركة تقتضي المناصفة، ولو صار جميع نصيبه له لا تبقى الشركة ولا كذلك البيع، ولو قال أشركني معك ومع شريكك في هذا العبد ففعل، فإن أجاز الشريك فله الثلث، وإن لم يجز فله السدس؛ لأنه أضاف الشركة إلى اثنين وهو ثالثهما فقد استشركه في الثلث فمتى لم يجز شريكه صح إشراكه في نصف الثلث وفي الوجه الأول أضاف الشركة إلى واحد وهو ثانيه فقد طلب الشركة في النصف فمتى لم يجز صاحبه فله نصف النصف وهو الربع.

ولو قال له رجل: ما اشتريت اليوم فهو بيني وبينك، فقال: نعم جاز، ولو قال له: اشتر عبدًا بيني وبينك لا يجوز، والفرق أن في الأولى تلك شركة في الشراء والشركة في الشراء جائزة، وفي الثانية توكيل بالشراء والتوكيل بشراء عبد منكر لا يجوز.

(**النوادر**): رجل قال لآخر: اشتر لي جارية فلان وسكت المأمور ولم يردّ ولم

يقبل حتى ذهب واشترى ينظر إن قال عند الشراء: اشهدوا أني اشتريتها لفلان فهي للآمر لأن هذا آية قبول الوكالة، وإن قال: اشتريتها لنفسي فهي له؛ لأن هذا آية رد الوكالة، وإن لم يقل شيئًا وإن قال بعد ذلك: اشتريتها لفلان قبل أن تهلك أو يحدث بها عيب يصدق؛ لأنه غير متهم وبعد الهلاك وحدوث العيب لا يصدق؛ لأنه متهم.

ولو قال له رجل: ما اشتريت اليوم فبيني وبينك، وقال له آخر: مثل ذلك فما اشترى فللآخر نصفه ونصفه بينه وبين الأول، ولو قال لرجل: ما اشتريت اليوم فبيني وبينك فقال نعم ثم قال له آخر اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشترى العبد فنصفه للآخر ونصفه بينه وبين الأوّل، ولو قال الأول: اشتر هذا العبد بيني وبينك، وقال الآخر: ما اشتريت اليوم فبيننا ثم اشترى العبد فللأوّل نصفه ونصفه بينه وبين الآخر.

(باب قبض أحد ربي الدين نصيبه منه)

أصله: أن أحد الشريكين إذا اقتضى نصيبه من الدين المشترك وإن فصل القابض صاحبه بنصيبه بأن اقتضى غير مال منتفع به كما لو استوفى نصيبه أو اشترى به عينًا وقبض فلصاحبه أن يبيعه ويشاركه فيما قبض؛ لأن العين أفضل من الدين وهذه الزيادة حصلت بسبب أصل الحق وهو الدين، فإذا كان أصل الحق مشتركا فكذا الزيادة فيه بمنزلة الولد والثمرة فتشارك في عين المقبوض حتى تتساوى، فإن الشركة تقتضي المساواة.

(**المبسوط**): كل دين مشترك بين رجلين، فإذا قبض أحدهما شيئًا منه فللآخر أن يشاركه في المقبوض بعينه، وإن كان أجود أو أردأ؛ لأن الشركة تقتضي المساواة، فإذا قبض أحدهما نصيبه فقد تعين نصيب القابض وبقي الباقي دينًا على الغريم والعين أفضل من الدين فللساكت أن يشارك القابض في المقبوض حتى يساويه فتكون العين بينهما ولا دين بينهما تحقيقًا للمساواة وأنه متى لم يثبت للساكت المشاركة في المقبوض يؤدي ذلك إلى أن ينفرد أحد الشريكين بالقسمة وأحدهما لا ينفرد بالقسمة، وإن شاء الساكت يسلم المقبوض للقابض واتبع الغريم بنصيبه

وإذا اتبع الغريم لا يرجع على شريكه بنصف ما قبض ما لم ينو ما بقي على الغريم؛ لأن المقبوض كان ملك القابض؛ لأنه خالص ملك المقبوض للقابض فقد أبطل حقه في المشاركة إلا أن ينوي ما بقي على الغريم، فإنه يرجع على القابض في المقبوض؛ لأن الساكت إنما يسلم المقبوض للقابض بشرط أن يسلم له ما على الغريم، فإذا لم يسلم له ما بقي على الغريم عاد حقه في المقبوض كما في الحوالة.

ولو أخرج القابض المقبوض عن ملكه بأن وهبه أو قضاه غريما فليس للساكت أن يأخذه ممن في يده؛ لأن تصرف القابض صادف خالص ملكه؛ لأن للساكت حق المشاركة فيه فقبل أن يقبض منه بقي على ملك القابض فينفذ تصرفه فيه ولكنه يضمن للقابض مثل نصفه؛ لأنه أبطل حقه المتعلق به فصار كالمبيع في البيع الفاسد إذا ملكه المشتري من غيره لا ينقض البائع تصرفه ولكن يضمنه مثله.

ولو كان قبض نصيبه من المبيع فسلم له شريكه ونوى على أن يرده إليه فله أن يأخذ عين ما في يد الشريك لا يجوز غيره وإذا قبض منه الساكت كان للقابض أن يرجع به على الغريم؛ لأنه استحق نصف المقبوض منه فانتقض قبضه فعاد حقه على ما كان.

ولو وهب أحدهما نصيبه من الغريم أو أبرأه منه لم يضمن لشريكه شيئًا؛ لأن الإبراء إسقاط وليس بقبض لنصيبه فلم يزدد نصيبه، ولو أبرأه أحدهما عن مائة والدين ألف ثم خرج شيء من الدين اقتسماه بينهما على قدر حقيهما على الغريم وذلك تسعة للساكت خمسة والمبرئ أربعة؛ لأن الحق عاد إلى هذا القدر، وكذلك إن أبرأه بعد القبض قبل القسمة؛ لأن قدر الحق يتعين حالة القسمة.

ولو اقتسما المقبوض نصفين ثم أبرأ أحدهما عن شيء فالقسمة ماضية لا تنقض؛ لأن الحق كان ثابتا عند القسمة فنفذت القسمة فلا تتغير القسمة بالبراءة بعد.

ولو أقر أحدهما أنه كان للمطلوب عليه مثل نصيبه قبل دينهما برئ المطلوب من حصته ولا شيء لشريكه عليه؛ لأنه وجب للمطلوب على المقر مثل ما وجب له على الطالب فالتقيا قصاصا ويصير أول الدينين مقضيًّا بالثاني؛ لأنه وجب قبل الثاني

فصار المقر قاضيا دينًا عليه بنصيبه من الدين المشترك لا مقتضيا نصيبه من الدين، وكذلك لو جنى عليه جناية أرشها خمسمائة لا يكون لشريكه شيء؛ لأنه وجب للمطلوب على الجاني مثلما عليه فالتقيا قصاصا فبرئ المطلوب عن حصة الجاني ولا شيء لشريكه عليه؛ لأن الجاني وإن صار مقضيا نصيبه من الدين؛ لأنه صاحب أول الدينين إلا أنه لم يستفد بهذا الاقتضاء مال عين ولا عين له حكم المال إنما ملك إن شاء ووجب دينًا في ذمة المطلوب فلا يفضل صاحبه بنصيبه ولا يتقدم المساوة بينهما بهذا الاقتضاء، وكذلك لو أتلف عليه متاعا بأن رمى بالنار على ثوبه لا يرجع شريكه عليه شيء في رواية أبي سليمان، وفي رواية أبي حفص: أن عند أبي يوسف لا يرجع شريكه عليه، وعند محمد يرجع عليه بربع الدين.

ولو أخذه ثم أحرقه أو غصبه فلشريكه أن يرجع عليه بالإجماع.

لمحمد: أن المفسد اقتضى نصيبه من الدين بقيمة المتاع؛ لأن صاحب أول الدين وقد ملك بهذا الاقتضاء عين مال؛ لأن ضمان الاستهلاك يفيد الملك في المضمون كضمان الغصب، فبالضمان ملك المضمون مستندًا إلى أول التناول؛ لأنه في أول ما يناول، وإن كان مالًا عينًا محلا للتملك صار بمعنى المقبوض بخلاف ضمان الجناية؛ لأنه لا يفيد الملك في المضمون فلم يملك بهذا الاقتضاء عين مال.

لأبي يوسف: أن المتلف لم يسلم له عين مال ينتفع به؛ لأنه لم يملك الانتفاع بما يملك من العين في أول التناول بوجه ما، والعين إنما جعل أفضل من الدين لما فيه من زيادة منفعة ليست في الدين، فإذا لم يحصل له عين مال ينتفع به صار وجود ما يسلم له وعدمه سواء فلم تحصل له المفاضلة، وسبب ثبوت المشاركة المفاضلة فصار كالجناية بخلاف ما لو غصبه أو أخذه ثم أحرقه؛ لأنه يسلم له عين مال يمكنه الانتفاع به، وكذلك لو قبض بشراءٍ فاسدٍ فباعه أو أعتقه أو هلك عنده؛ لأنه بمنزلة الغصب.

ولو ارتهن أحدهما بحصته فهلك عنده، فلشريكه أن يضمنه؛ لأن الراهن استوفى حكمًا فصار كالاستيفاء الحقيقي.

ولو أجر أحدهما نصيبه لا يصح عند أبي حنيفة.

وعندهما: يصح.

لهما: أن هذا تصرف لا في نصيبه فيصح كما لو أقر أحدهما أن الدين كان مؤجلًا وكذبه صاحبه صح التأجيل في نصيب المقر، وإن كان يلحق الساكت زيادة مؤنة في القبض والتقاضي فلحوق ضرر الزيادة مؤنة بأحدهما لما لم يمنع صحة الإقرار بالتأجيل فلا يمنع إن شاء التأجيل؛ لأنه مثله.

له: أن تأجيل أحدهما تضمن إضرارًا لصاحبه؛ لأنه بالتأجيل قصد يحتمل جميع مؤنة التقاضي والقبض على صاحبه؛ لأنه متى صح التأجيل فالساكت متى قبض نصيبه من الدين ثم يحل الأجل كان للمؤجل أن يشاركه فيما قبض فيصير فيما بقي على الغريم بينهما، ثم يؤجل نصيبهما من الباقي ثم وثم حتى يصير جميع مؤنة القبض والتقاضي على الساكت، وعليه تحكم الشركة مؤنة التقاضي في النصف لا في الكل. فلا يصح تأجيل أحدهما دفعًا للضرر عن صاحبه بخلاف الإقرار؛ لأنه لم يتضمن إلحاق الضرر بشريكه؛ لأنه أقر أن الدين كان مؤجلا من الأصل، والدين متى وجب مؤجلًا من الأصل لا يكون على واحد منهما التقاضي قبل حلول الأجل وبعده يجب التقاضي عليهما نصفان فلم يكن إقراره سببًا لإلحاق زيادة مؤنة القبض والتقاضي لصاحبه حتى لو أقر أحدهما فقال: كنت أجلته لا يصح؛ لأنه أقر بالتأجيل بعدما وجب حالًا.

ولو اشترى أحد الشريكين بنصيبه ثوبًا فلشريكه أن يرجع عليه بربع الدين ولا سبيل له على الثوب؛ لأن الثوب حصل له بالشراء وقد صار مستوفيا للدين بالمقاصة من حيث إن ثمن الثوب وجب عليه فصار قصاصا بالدين إلا أن يجمعا على الشركة في الثوب فيصير كأنه باع منه نصف الثوب.

ولو صالح من حقه على ثوب فالمصالح بالخيار إن شاء أعطاه مثل نصف حقه، وإن شاء دفع إليه نصف الثوب؛ لأن مبنى الصلح على الحيطة والتجوز بدون الحق فالظاهر أنه بالصلح لم يستوف نصف الدين كملا، فمتى كلفناه إعطاء ربع الدين من عين الخيار تتضرر به المصالح بخلاف الشراء؛ لأن مبناه على المماسكة، فالظاهر أنه بالشراء استوفى نصف الدين بكماله بالمقاصة فمتى لم يجبر لا يتضرر به.

ولو استأجر أحدهما نصيبه دارًا فلشريكه أن يأخذ منه ربع الدين؛ لأن الأجرة بمنزلة الثمن للمنافع فلم تتعلق الإجارة بالدين المضاف إليه، بل بمثله دينًا في الذمة فصار مقتضيًا نصيبه بالمقاصة بين الدين والأجرة.

ولو تزوج أحدهما المرأة التي عليها الدين على حصته لا يرجع عليه شريكه بشيء، ولو تزوجها على خمسمائة مرسلة أو استأجر بخمسمائة مرسلة فلشريكه أن يأخذ منه نصف حقّه، والفرق أن النكاح متى أضيف إلى دين في ذمتها تعلق بعين الدين المضاف إليه فصار ذلك الدين ملكًا لها بالنكاح فسقط عنها فلم يضر الزوج مقتضيا للدين ومتى أضيف النكاح إلى دراهم مشار إليها لا يتعلق بعينها بل يتعلق بمثلها دينًا في الذمة فقد وجب لها على الزوج بالنكاح مثل ما له عليها فالتقيا قصاصا.

(**الجامع**): أصله: أن الدين متى وجب لاثنين على واحد بسبب واحد، فإنه يكون مشتركًا بينهما حتى لو قبض أحدهما شيئًا منه كان للآخر أن يشاركه فيه، كما لو باعا عبدًا مشتركًا بينهما صفقة واحدة؛ لأن الاشتراك في السبب يوجب الاشتراك في الحكم، وإن وجب الدين لاثنين بسببين مختلفين، فإنه لا يكون مشتركا حتى إن ما يقتضيه أحدهما لا يشاركه الآخر فيه كعبدٍ مشترك باع كل واحدٍ منهما نصيبه بصفقةٍ على حدة؛ لأن التفرد بالسبب يوجب التفرد بحكمه إلّا أن يجتمع الحقان في مال واحد وضاق المحل عن إبقاء حقهما فما يقبضه أحدهما يكون مشتركًا بينهما لازدحام الحقين في محل واحد وصفة عن إبقائهما كالتركة إذا اجتمعت فيها ديونٌ وضاقت عن إبقاء الكل.

ثم المسائل على أقسام: قسم في دين الاستحقاق، وقسم في دين الجناية، وقسم في دين الكفالة.

أما **القسم الأول**: جارية مشتركة باعها غاصب فاستولدها المشتري فقضى القاضي للمغصوب بين الجارية والعقد وقيمة الولد معًا اشتركا فيما يقبضه؛ لأنه وجب لهما بسبب واحد وهو القضاء به جملة ودفعة واحدة لهما فيكون مشتركًا بينهما كثمن جارية باعها صفقة واحدة، فإن وقع القضاء لهما متفرقا اشتركا في قيمة الجارية، والعقر دون قيمة الولد حتى لو قبض أحدهما نصيبه من قيمة الولد لا

يشاركه الآخر فيه؛ لأن الجارية مشتركة بينهما وقد قبض نصف مال مشترك فيشاركه الآخر فيه وكذلك العقر؛ لأنه وجب لهما بسبب واحد وهو الوطء؛ لأنه استيفاء لمنافع مشتركة بينهما وبدل منافع مشتركة يكون مشتركًا، فأمّا قيمة الولد قبل القضاء فلا شيء عليه والقضاء بقيمة الولد قد تعدّد؛ لأنه وجب لكل واحد منهما نصف قيمة الولد بقضاء على حدة فلا تكون قيمة الولد مشتركة بينهما، وإن اختار أحدهما تضمين البائع والآخر تضمين المشتري لم يشتركا في شيء؛ لأنه وجب الضمان لكل واحد يغصب على حدة فيفرد كل واحد بسبب على حدة فيفرد بحكمه، وإن قضى لأحدهما بنصف قيمة الولد ثم مات الولد ثم حضر الآخر لا شيء له؛ لأن الولد يحدث أمانة في يد الغاصب فكيف في يد المغرور وإنما يضمن بالقضاء؛ لأن ولد المغرور علق جزاءً في حق المستولد رقيقًا في حق المالك، فإذا طلبه المالك بتسليم الولد وقد عجز عن تسليمه يلزمه قيمته ولا يلزمه التسليم إلا بعد القضاء ولا شركة بينهما في سبب وجوب القيمة وهو القضاء فلا تثبت الشركة في القيمة، وإن ماتت الجارية في يد المشتري فالمولى بالخيار إن شاء ضمن البائع قيمة الجارية، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد غاصب في حقه، وفي الوجهين جميعًا له أن يضمن المشتري العقر وقيمة الولد طعن عيسى وقال: إذا ضمن البائع ينبغي أن لا يكون له من العقر؛ لأن الغاصب يملك الجارية من وقت الغصب حتى ينفذ بيعه والملك في العقر يستند إلى وقت الغصب؛ لأنه بمنزلة الكسب أو الأرش؛ لأنه بدل المنفعة حقيقة كالكسب أو بدل العين حكمًا كالأرش، وإنّما يظهر إسناد الملك إلى وقت الغصب في حقه، فيظهر أن وطأه صادف ملكه فلا يغرم العقر. والجواب عنه أن المستوفى بالوطء بمنزلة الولد؛ لأنه منفصل عن الأصل حالة الضمان بإزائه عوض؛ لأن المضمون بالغصب الماليّة ومنافع البضع ليست بمال، ولهذا يثبت الحيوان دينًا في الذمّة بدلا عنها، ولا يثبت بدلا عن سائر المنافع فلا يظهر إسناد الملك إلى وقت الغصب في حق المستوفى بالوطء كما لا يظهر في حق الولد فصار المشتري واطئًا ملك الغير فيلزمه العقر، وكذلك لو اشتريا دارًا وناما فيها ساعة فاستحقت فقضى لهما معًا بقيمة البناء على البائع فما يقتضه أحدهما منها

شاركه الآخر فيه وإن قضي متفرقا لم يشاركه الآخر لما بينا؛ لأن الحق إنما ينتقل من البناء إلى القيمة بالقضاء؛ لأنه لم يوجد قبل القضاء سبب ملك من البائع ليستند ملك القيمة إليه، ولهذا يعتبر قيمة البناء يوم القضاء والقضاء قد اختلف فصار بمنزلة لو باع البناء بصفقتين.

وأما **القسم الثاني**: لو قتل المكاتب رجلًا خطأً وله وليان فقدمه أحدهما إلى القاضي وأقام البينة فقضى القاضي بالدم كله وقضى بالقيمة لهما شرك الغائب الحاضر فيما يقبضه؛ لأن سبب وجوب الحق متحد وهو القضاء؛ لأن جناية المكاتب تتعلق برقبته؛ لأن الدفع أصل والقيمة بدل عنه وإنما سبيل الحق إلى القيمة، إما بالقضاء أو بالاصطلاح أو بالعتق أو باليأس عن الدفع من غير عجز لما يأتي فلينتقل الحق من الرقبة إلى القيمة هنا بالقضاء والقضاء متحد فيكون الحق متحدًا مشتركا بينهما، وإن قضى للحاضر بنصف القيمة فقبضه لم يشركه الآخر فيه؛ لأن القضاء وقع متفرقًا فوجب الحق متفرقًا لا مشتركًا، ألا ترى أنه لو قضى لأحدهما بنصف القيمة، ولو كان المقتول اثنين لم يشرك أحد الوليين الآخر فيما قبضه وقع القضاء مجتمعًا أم متفرقًا؛ لأن وجوب القيمة محال إلى الجناية حال اختلاف الجناية لا إلى القضاء؛ لأن قيمة المكاتب كما يجوز أن يجب بالقضاء؛ لأن المكاتب موهوم الدفع عند العجز يجوز أن تجب القيمة بالجناية؛ لأن معجوز الدفع للحال لقيام الكتابة المانعة من انتقاله من ملك إلى ملك كالدبر فأضيف وجوب القيمة إلى القضاء حال اتحاد الجناية لا إلى الجناية، فمتى اتحد القضاء كانت القيمة مشتركة بين ولي المقتول، ومتى تعدد القضاء لم يكن مشتركًا فأضفنا وجوب القيمة إلى الجناية حال اختلاف الجناية عملًا بالأمرين فقد اختلف سبب وجوب الحق وهو القتل فلم يجب مشتركًا.

ولو كان مدبرًا والمسألة بحالها وإنهما يشتركان في المقبوض كان القضاء مجتمعًا أو متفرقًا والفرق أن جناية المدبر يوجب قيمته على المولى ابتداء؛ لأنه ميؤوس الدفع واليأس عن الدفع جاء من جهة المولى بتدبيره فتحتمت قيمته عليه من الابتداء والواجب بجنايات المدبر وإن كثرت قيمة واحدة؛ لأن المولى ضمن

قيمته بسبب منع الرقبة بالتدبير وما منع إلا رقبة واحدة فكان الواجب قيمة واحدة بينهما، فإذا قتل الأول وجبت له القيمة، فإذا قتل الثاني صار شريك الأول في تلك القيمة، فأمّا جناية المكاتب أوجبت الدفع ابتداء؛ لأنه موهوم فصارت رقبته مشتركة بين ولي الجانبين، فإذا قضي لأحدهما بنصف القيمة فقد نقل حقه من الرقبة إلى القيمة وبقي حق الآخر في الرقبة ولا تضايق في القيمة فإنه يجوز أن يجب على المكاتب قيم كنسب جنايات مختلفة فمتى اختلف سبب وجوب القيمة لتعدّد الحق فلا يكون المقبوض مشتركا.

ولو قتل العبد رجلًا خطأ وله وليان فحضر أحدهما واختار الولي دفع العبد أو فداه فهو اختيار الدفع أو الفداء في جميع العبد ويشتركان فيما يقبضه أحدهما؛ لأن النفس واحدة فلا يجتمع فيها الدفع والفداء وأحد الورثة ينصب خصمًا عن الباقين والدفع والفداء وجب بسبب واحد؛ لأن الجناية متحدة والاختيار واحد فبأيهما وجب يكون السبب واحدًا فيكون الحق مشتركًا والله أعلم.

كتاب المضاربة

يحتاج إلى معرفة: شريعة المضاربة، وتفسيرها، وركنها، وشروط جوازها، وأحكامها وأنواعها.

أما شريعتها: فلإجماع الصحابة عليها؛ ولأن المضاربة كانت في الجاهلية الجهلاء وقررهم النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك حين روي أن العباس رضي الله عنه كان يدفع ماله مضاربة ويشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرًا ولا ينزل به واديًا ولا يشتري به ذات كبد بطنه، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز شرطه، ولأن المضاربة مشتملة على الوكالة والشركة والإجارة؛ لأنه وكيل عن رب المال بالشراء وشريكا له في الربح ورب المال استأجره ليعمل له ببعض ما يستفاد من الربح فيكون ما شرط من الربح كالأجرة على عمله، ولهذا إذا فسدت المضاربة ظهر معنى الإجارة حتى استوجب أجر المثل وكل ذلك جائز وهذا؛ لأن كل أحد لا يهتدي إلى التصرفات لاستنماء ماله ولا يجد ذا مال يشاركه.

ولو أكلها فني ماله وصار عبئًا على غيره فيحتاج إلى دفع ماله مضاربة إلى فقير يهتدي إلى التجارات ليحصل له منفعة المال مع بقاء أصله على ملكه ويرتفق الفقير بربح ماله فجوزها الشرع دفعًا لحاجة الناس كما جوز الإجارة.

وأمّا تفسيرها لغة: فالمضاربة مأخوذة من الضرب وهو السير قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١] أي سرتم إلا أن متعارف الشرع لا يراد بها السير وإنما يراد بها عقد مخصوص لعقد التصرف وتحصيل الربح العظام، إلا أن تحصيل الربح العظام لا يحصل غالبا إلا بالسير في الأرض فسمي العقد مضاربة لما فيها من السير.

وأمّا ركنها: أن يقول: دفعت هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة، أو قال خذ هذا المال واعمل به على أن لك نصف الربح أو ثلثه، أو قال ابتع به متاعًا

فما كان من فضل فلك كذا هذا كله مضاربة، إما صريحًا أو مكنيًّا فالمضاربة صريح اللفظ.

والمقارضة هي المضاربة لغة. إلا أن المضاربة لغة أهل العراق والمقارضة لغة أهل الحجاز فكانتا لغتين ببيان عن معنى واحد كالهبة والعطية وغيرهما مكنا عن المضاربة لتضمنه معنى المضاربة؛ لأنه يعمل في المال ببعض من الربح أن العمل اسم عام يتناول البيع والشراء فصار البيع والشراء مذكورين باسم العمل، وكذلك لو قال: خذ هذه الألف درهم فاعمل بها بالنصف أو بالثلث جاز استحسانًا؛ لأن البيع والشراء صارا مذكورين بذكر العمل ونصيبه من الربح صار مذكورًا عرفًا؛ لأن النصف متى ذكر عقيب البيع والشراء فإنما أراد به النصف من الربح عرفًا والثابت عرفًا كالثابت نصًّا فقد ذكر جميع ما تتضمنه المضاربة إمّا صريحًا أو دلالة.

ولو قال خذ هذه الألف واشتر بها هرويًّا بالنصف ولم يزد عليه لم يكن مضاربة لأنه ذكر الشراء ولم يذكر البيع واسم الشراء لا يتناول البيع، والنصف متى ذكر عقيب الشراء خاصة لا يراد بالنصف عرفا النصف من الربح؛ لأن الربح لا يتحقق من غير بيع المشترى يجوز أن تكون قيمة المشترى ألفين يوم الشراء وألفًا يوم البيع فيتوقف أمر الربح على البيع فلم يذكر جميع ما تضمنته المضاربة ولم تكن مضاربة وتبينت إجارة وهذه إجارة فاسدة؛ لأن العمل مجهول والبدل مجهول حتى لو اشترى كان له أجر مثله؛ لأنه أوفى منفعة بعقد فاسد وليس له أن يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال؛ لأنه وكيل بالشراء خاصة.

ولو قال: خذ هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لم يذكر البيع والشراء. وجه الاستحسان أن البيع والشراء مذكوران ضمنًا واقتضاء؛ لأنه شرط له عوضًا، والعوض لا يستحق إلا بالبيع والشراء فصار كالمنصوص عليه.

ولو قال: خذ مضاربة على أن لي جميع الربح فهو بضاعة؛ لأنه نص على معنى البضاعة؛ لأن المضارب لم يبتغ لعمله عوضًا لمّا رضي أن يكون جميع الربح لرب المال وكان إبضاعا معنى.

ولو قال: على أن الربح كله للمضارب فقبض فهو قرض عليه هلاكه وله ربحه؛ لأن المضارب لا يستحق كل الربح إلّا بعد أن يكون رأس المال ملكًا له؛ لأن الربح فرع رأس المال كالثمرة للشجرة والولد للأم، وإذا كان الربح لا يملك إلا بملك رأس المال، فإذا شرط رب المال جميع الربح للمضارب فقد ملك جميع رأس المال، مقتضى اشتراط جميع الربح له وشرط عليه رد رأس المال وقوله مضاربة، فإن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صاحبه فصار مقرضًا؛ لأن القرض أقل الدين عين؛ لأنه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبات تقطع الحق عن العين أصلًا فكان إثبات الأقل وأنه متيقن أولًا.

وأما شرائط صحتها فخمسة، **أحدها**: المضاربة لا تكون إلا بالنقدين عندهما.

وقال محمد: تكون بالفلوس أيضًا؛ لأنه ثمن عنده وعندهما لا، وكل ما صلح رأس مال الشركة يصلح رأس مال المضاربة وإلا فلا؛ لأن المضاربة مشتملة على ما يشتمل عليه عقد الشركة وزيادة لما بينا.

وأمّا المضاربة بدين فهو على وجهين:

أحدهما: إن كان له دين على رجل فقال له: اعمل مضاربة فماله عليه بالنصف لا تصح المضاربة بالإجماع ويكون ما اشترى له في ذمته بحاله عند أبي حنيفة.

وعندهما: الوكالة صحيحة وما اشتراه لرب المال وله أجر مثله، أما فساد المضاربة؛ لأن الدين لا يصلح رأس مال المضاربة؛ لأن المضاربة شرعت لاستنماء المال، ولا يتصور استنماء المال إلا وأن يكون المال عينًا لما بين في الشركة، ومتى فسدت المضاربة بقي أمرًا وتوكيلًا بالشراء بالدين الذي عليه وذلك لا يصح عنده وعندهما يصح فوقع الشراء للموكل فيكون المشترى له.

والثاني: لو قال: اقبض مالي على فلان ثم اعمل مضاربة جاز؛ لأنه وكله بقبض دين له على غيره وأضاف المضاربة إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده وكلاهما جائز بخلاف الأولى؛ لأنه لا يصلح وكيلًا بقبض الدين من نفسه فلم يصر قابضا للدين فلم تصر المضاربة مضافة إلى المقبوض العين، وكذلك لو دفع إليه عرضًا أو عبدًا فقال: بعه واقبض ثمنه واعمل به مضاربة فباعه بدراهم أو دنانير ويصرف

جازت المضاربة؛ لأنه أضاف المضاربة إلى ثمن العروض والعبد وأنه يصح به المضاربة، فإن باع العبد بعشرة أكرار حنطة وعمل فالمضاربة فاسدة عند أبي حنيفة، وعندهما: المضارب ضامن لقيمة العبد لرب المال؛ لأن عنده الوكيل بالبيع يملك البيع بأي ثمن كان وعندهما لا يملك إلا بالدراهم أو الدنانير.

ولو قال: اقبض ديني من فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل أن يقبض كله ضمن، ولو قال: فاعمل به لا يضمن والفرق أن كلمة ثم في اللغة للترتيب والتراخي فصار الإذن بالعمل مضافًا إلى ما بعد القبض كأنه قال له: اقبض الدين ثم اعمل به فلا يصير مأذونًا في العمل قبل قبض الكل.

فأما كلمة الفاء والواو للعطف والاشتراك لا للترتيب فيقتضي وجودها كيف ما وجد معًا أو متعاقبا فلم يتأخر الأول عن القبض مقتضى حرف العطف وإنما يتأخر ضرورة أنه لا يمكنه العمل قبل القبض وإذا وجد قبض البعض وأمكنه العمل يصير مأذونًا، وأما إذا قال اقبض ديني ليعمل به مضاربة أو يعمل به لا يعتبر مأذونًا ما لم يقبض الكل؛ لأن قوله ليعمل به أو يعمل به لا يستقيم الابتداء به فيعتبر متعلقا بما قبله حتى لا يلغو، فإذا اعتبر متعلقا صار أحدهما بمنزلة الشرط والآخر بمنزلة الجزاء فجعلنا القبض شرطًا والعمل جزاءً له؛ لأن العمل لا يصلح شرط القبض والقبض يصلح شرط العمل فصار كأنه قال: إن قبضت الدين فاعمل به مضاربة.

ولو نص على ذلك ما لم يقبض الكل لا يثبت الجزاء وهو الإذن بالعمل فكذا هذا بخلاف قوله واعمل به؛ لأنه مما يستقيم الابتداء به فلا يصير متعلقًا بما قبله والواو لا توجب التأخير فلا يتأخر الإذن عن القبض.

ولو قال: خذ عبدي مضاربة على أن رأس مالي قيمته فالمضاربة فاسدة؛ لأنه أضاف المضاربة إلى العبد أولا ثم أضافها إلى قيمته فالمضاربة على كلاهما فاسدة؛ لأن العبد عرض والقيمة مجهولة وجهالة رأس المال وقت العقد يمنع صحة المضاربة.

ولو قال: اشتر لي عبدًا بنسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه

بتقديم عمل مضاربة جاز؛ لأنه أمره بشراء العبد ثم أمره ببيعه ثم أمره بأن يعمل مضاربة بثمنه بعد القبض فقد أضاف المضاربة إلى ثمنه بعد القبض فيصح.

ولو قال رب المال للغاصب أو المستودع أو المبضع: اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز عند أبي يوسف والحسن.

وقال زفر: لا يجوز في الغصب؛ لأن المضاربة تقتضي كون المال أمانة في يده والمغصوب مضمون عليه.

لهما: أنه أضاف المضاربة إلى ما يصلح رأس المال، وإن كان مضمونا في يده ولكن ينقلب أمانة متى امتثل أمر ربّ المال وتصرف فيه بأمره ومتى انتفى الضمان ثبت معنى المضاربة فصحت.

والثاني من شرط صحّة المضاربة: أن يكون رأس المال معلقًا إما بالإشارة أو بالتسمية عند العقد، وأن يكون مسلمًا إلى المضارب بخلاف الشركة والفرق أن المضاربة اقتضت أن يكون رأس المال من ربّ المال والعمل من المضارب، والعمل لا يتأتى إلا باليد فيجب أن تخلص اليد للمضارب وتنقطع عنه يد رب المال والشركة انعقدت على العمل منهما واقتضت أن يكون المال في يدهما حتى يتحقق معنى الشركة.

والثالث من شرط صحتها: أن يكون الربح جزءًا مشاعًا من الجملة كالنصف والثلث والربع لا سهمًا معينًا يقطع الشركة بأن قال على أن لك من الربح مائة درهم أو شرط مع النصف أو الثلث دراهم لا تصح المضاربة؛ لأن اشتراط قدر معلوم من الربح يقطع الشركة في الربح لاحتمال أن الربح لا يكون إلا هذا القدر فلا يحصل الربح لرب المال فلا تتحقق الشركة في الربح فيكون مفسدا للمضاربة.

والرابع من شرط صحتها: إعلام قدر الربح؛ لأن الربح هو المعقود عليه فجهالته يوجب فساد العقد، وكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح يفسد المضاربة وكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن تكون الوضيعة على المضارب أو عليهما صحت المضاربة وبطل الشرط وكل الوضيعة على رب المال.

والخامس: أن يكون المشروط للمضارب مشروطًا من الربح لا من رأس المال حتى لو شرط له شيئًا من رأس المال أو منه ومن الربح فسدت المضاربة.

والسادس: أن التخلية بين المضارب وبين رأس المال شرط لصحة المضاربة لما نبين، وأما أحكامها فصيرورته أمينا بعد دفع المال إليه؛ لأنه قبضه بإذن مالكه ليرده عليه لا على طريق البدل فكان بمنزلة المودع ووكيلًا عند الشروع في العمل؛ لأنه تصرف في مال الغير بإذنه وشريكًا له إذا ظهر الربح؛ لأنه يستحق بعض الربح بشرط عمله والباقي نما مال المالك فهو له فكان مشتركًا بينهما فالمضاربة في ابتدائها إيداع وفي خلالها وكالة وفي انتهائها مشاركة، وإذا فسدت المضاربة انقلبت إجارة؛ لأن الواجب فيها أجر مثل عمله كما في الإجارة الفاسدة والربح كله لرب المال؛ لأن المضارب عامل في مال الغير فوقع عمله له وهو يستحق الربح بالشرط، فإذا لم يصح الشرط بقيت المنافع مستوفاة بحكم عقد فاسد فيجب أجر المثل بالغًا ما بلغ عند محمد.

وعند أبي يوسف لا يجاوز به القدر المسمى وقد مرّ في كتاب الشركة، وفي المضاربة الفاسدة لو هلك المال في يد المضارب لم يضمن في ظاهر الرواية؛ لأنه بقي أمينًا مأذونًا بقبض ماله وإمساكه إن لم يبق وكيلًا وشريكًا.

ورُوي عن محمد أنه يضمن؛ لأنه متى فسدت المضاربة انقلبت إجارة فيستحق المضارب الأجرة فيصير بمنزلة الأجير المشترك فلا يضمن ما ضاع في يده عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما.

وأما أنواعها: فالمضاربة نوعان: عامّة، وخاصّة.

فالعامّة: أن يدفع المال إلى رجل مضاربة على أنّ الربح بينهما نصفان، والخاصّة أن يدفع المال إليه على أن يعمل بها بالكوفة أو على أن يعمل في البر والبحر أو على أن يشتري به الطعام ونحوه.

(باب ما يجوز اشتراط الربح في المضاربة وما لا يجوز)

عقدا على أن يكون للمضارب عشر الربح أو ثمنه أو خمسه جاز، ولو قالا على

أن له مائة درهم أو ربح مائة درهم ففاسدة لما بينا وللمضارب أجر مثل عمله والربح لصاحب المال، وكذلك كل مضاربة فاسدة عمل فيها المضارب فله أجر مثله ربح أو خسر.

ورُوي عن أبي يوسف في (**النوادر**): إذا لم يربح فلا أجر له لأنّ المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من الصحيحة، وفي الصحيحة إذا لم يربح لا يستحق شيئًا، ففي الفاسدة أولى وهذا بناء على أصله، فإنه يعتبر حكم الشرط في المضاربة الفاسدة حتى قال: لا يراد على أجر مثله على قدر المشروط.

وجه ظاهر الرواية: أن المضارب لم يعمل لرب المال مجانا بل ابتغى لعمله عوضًا حيث شرط لنفسه ربحًا، ولهذا متى فسدت المضاربة انقلبت إجارة، فإذا لم يستحق المشروط من الربح استحق أجر مثل عمله؛ لأن منافعه صارت مستوفاة بحكم العقد وصار كالمزارعة إذا فسدت يكون للمزارع أجر مثله عمله وإن لم يحصل الخارج فكذا هذا بخلاف الشركة الفاسدة إذا عمل الشريك، فإنه لا يستوجب شيئًا، وإن كان ابتغى لعمله عوضًا؛ لأن من عمل في شيء مشترك لا يستوجب أجرًا، فأمّا المضارب عامل في مال الغير فوقع عمله لغيره وقد ابتغى لعمله عوضًا، فإذا لم يسلم له مشروطه استوجب أجرا، ثم يجب له أجر المثل بالغًا ما بلغ عندهما.

وعند أبي يوسف: لا يجاوز به قدر المشروط لما مر في الشركة، وإذا تلف المال عنده في المضاربة الفاسدة فلا ضمان عليه، وحكي عن الطحاوي أن المذكور في الأصل قول أبي حنيفة، فأمّا على قولهما يضمن المضارب إذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه؛ لأن المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة فصار المضارب أجيرًا مشتركًا؛ لأن له أن يتقبل مثل هذا العمل من غير واحد، والأجير المشترك في الإجارة الفاسدة متى هلك المال عنده بأمر يمكن التحرز عنه لا يضمن عنده خلافًا لهما.

وذكر الفقيه أبو جعفر: أنه لا يضمن بالوفاق وهو الظاهر، فإنه لم يذكر في الكتاب خلافًا فعلى هذا هما يحتاجان إلى الفرق بين هذا وبين الأجير المشترك

والفرق أن المضاربة متى فسدت هي إجارة معنى مضاربة لفظًا فيجب العمل باللفظ والمعنى جميعًا كالهبة بشرط العوض فعملنا بمعنى الإجارة وأوجبنا له أجر المثل وعملنا بلفظ المضاربة وجعلنا المال أمانة عندَهُ؛ لأنّ قضية لفظ المضاربة كون المال أمانة عنده بخلاف الإجارة الفاسدة؛ لأنها إجارة لفظًا ومعنى فكان أجيرًا مشتركًا حقيقة.

ولو قال: فللمضارب ربح نصف رأس المال أو ربح مائة من رأس المال جازت كما شرطا؛ لأنه شرط للمضارب من الربح شيئًا معلومًا، وفي المضاربة الصحيحة لا شيء للمضارب إذا لم يربح؛ لأنه استحق المشروط له من الربح متى صح الشرط فلا يستحق شيئًا آخر متى لم يربح دفع ألفًا على أن الربح كله للمضارب فقبض فهي قرض، عليه هلاكها وله ربحها؛ لأنه جعل جميع الربح للمضارب ولن يصير جميع الربح للمضارب إلا وأن يكون المال كله مملوكًا له؛ لأن الربح فرع رأس المال، ثم هنا خمس مسائل:

الأولى والثانية: لو قال: خذ هذا المال على النصف أو اعمل بهذا على النصف فالمضاربة جائزة استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لم يذكر معنى المضاربة وهو البيع والشراء ولا ذكر نصيبه من الربح؛ لأن مطلق النصف يحتمل النصف من الربح ويحتمل النصف من رأس المال. وجه الاستحسان أن ما ذكر من النصف مشروطًا للمضارب دلالة؛ لأن المضارب هو المحتاج إلى الشرط، فإنه لا يستحق ربح مال الغير بغير شرط، فأمّا رب المال لا يحتاج إلى الشرط؛ لأنه يستحق الربح لاعتبار أنه فرع ملكه لا باعتبار الشرط، فإذا شرط النصف في المضاربة مطلقًا ينصرف إلى ما يحتاج إلى الشرط لا إلى ما لا يحتاج إليه تصحيحًا للعقد وصار كمن اشترى عشرة دراهم وثوبًا بعشرين، فنقد عشرة انصرف إلى حصة الدراهم تصحيحًا للعقد فقد تقيد بالنصف من الربح دلالة. ذكر المضاربة؛ لأن المستحق بحكم المضاربة الربح لا رأس المال.

والثالثة: لو قال: خذ هذا وابتع به متاعا ولك نصف الفضل ولم يقل بع المتاع فالمضاربة جائزة وله أن يشتري ويبيع استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه ذكر الشراء ونصيبه

من الربح ولم يذكر البيع، فإن الابتياع عبارة عن الشراء فلم يذكر جميع معنى المضاربة فلا تثبت المضاربة، وجه الاستحسان أنه ذكر الشراء ونصيبه من الربح وذكر نصيبه من الربح يقتضي البيع؛ لأن الربح لا يتحقق إلا بالبيع فيكون البيع مذكورًا يقتضي ذكر نصيب المضارب من الربح والثابت اقتضاء كالثابت نصًّا.

والرابعة: لو قال: خذ هذه الألف واشتر بها هرويا أو رقيقا بالنصف فالمضاربة فاسدة قياسًا واستحانًا؛ لأنه لم يذكر الربح فلم يصر البيع مذكورا مقتضى ذكر الفضل، فإن اشترى هرويا فالمشترى للآمر؛ لأنه اشترى له بأمره بحكم إجارة فاسدة وليس له أن يبيع إلا بأمر رب المال؛ لأنه أمره بالشراء لا غير والمأمور بالشراء ليس له أن يبيع ما اشترى؛ لأنه لم يؤمر بالبيع، فإن باع ولم يقدر على رده فهو ضامن لقيمته؛ لأنه سلم ماله إلى المشتري بغير إذن صاحب المال والثمن للمضارب؛ لأنه بالضمان ملك ما باع فنفد بيعه عليه كالغاصب إذا باع ثم ضمن فإن قيل يجب أن لا يصح بيع المضارب؛ لأنه يصير غاصبا بعد البيع بالتسليم إلى المشتري، ولهذا يعتبر قيمته يوم التسليم فيملكه بعد البيع فلا ينفذ بيعه، قلنا البيع السابق قد ارتفع إلا أنه بالتسليم ثبت بيع آخر بالتعاطي بين المضارب والمشتري؛ لأنه وجد منهما الأخذ والإعطاء فيملك المضارب المبيع بالتسليم مقتضاه سابقا عليه تصحيحًا لتصرفه، فإن الحكم قد يثبت سابقا على سببه كمن قال لآخر اعتق عبدك عنّي بألف، ونظير هذه مسألتان إحداهما: دفع ثوبًا إلى رجل تسلمه في طعام فأسلم في غير ما أمره وهلك الثوب في يد المسَلَّم إليه فضمّن الآمر الوكيل جاز السلم فيما بين المسلم إليه والوكيل، وإن كان سبب ملك الوكيل وهو التسليم متأخرا عن العقد، والثانية: إذا التقط الرجل لقطة فباعه بغير أمر القاضي وهلكت في يد المشتري فجاء صاحبها وضمن الملتقط نفذ بيعه، وإن تأخر سبب الملك البيع وإذا نفذ بيع المضارب صار الثمن ملكًا له ويتصدق بالفضل على القيمة عندهما خلافًا لأبي يوسف لما عرف.

والخامسة: وهو ما لو قال: خذ هذه الألف مضاربة واشتر بها هرويا بالنصف اختلف المشايخ فيه قيل تجوز المضاربة؛ لأن قوله واشتر بها هرويا بالنصف يحتمل واشتر بها هرويا بالنصف على المضاربة فيحمل على ذلك تصحيحًا للمضاربة،

وقيل لا يجوز؛ لأنه بدأ الكلام بالعموم ثم ردّه إلى الخصوص بقوله واشتر بها هرويا بالنصف وذكر بعض ما شمله العموم يوجب تخصيص العام فصار كأنه تكلم بالخاص دون العام.

ولو تكلم بالخاص فسدت المضاربة فكذا هذا وصار كما لو دفع أرضًا مزارعة أو نخيلًا معاملة إلى رجل وقال: فاسْقِها أو احفظها بالنصف فهي فاسدة فكذا هذا.

ولو قال: على أن لرب المال ثلث الربح ولم يسمّ للمضارب شيئًا فهي مضاربة فاسدة قياسًا جائزة استحسانًا وباقي الربح للمضارب كما لو سمى للمضارب ولم يسم لرب المال. وجه القياس أن نصيب المضارب من الربح لا يصير معلومًا مقتضى ذكر نصيب رب المال؛ لأن بيان نصيبه من الربح غير محتاج إليه؛ لأنه إنما يستحق الربح بملك رأس المال لا بالشرط فيكون ذكره وعدمه بمنزلة، فصار كأنه لم يذكر نصيبه من الربح، وجه الاستحسان أنه لما بيّن نصيبه من الربح تعين الباقي نصيبا للمضارب عرفًا، فإن في الشيء المشترك بين اثنين كان بيان نصيب أحدهما بيانًا أن الباقي نصيب الآخر كما في قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: ١١].

لما بين نصيب الأم كان بيانًا أن الباقي للأب ولأنه لو لم يصر بيان نصيب أحدهما بيانًا أن الباقي نصيب الآخر يلغو ذكر نصيبه ولا يلغي من كلام العاقل ما أمكن وبيان نصيب رب المال إن لم يكن محتاجًا في حقه لكنه محتاج إليه في حق المضارب ليتبين نصيبه فصح بيان نصيب رب المال.

ولو قال: على أن للمضارب ثلث الربح ولرب المال نصفه فللمضارب ثلثه والباقي لرب المال؛ لأن بيان نصيب رب المال غير محتاج إليه لا في حقه ولا في حق المضارب؛ لأن نصيب المضارب معلوم بالثلث فلغي ذكر نصيب نفسه فصار كأنه ذكر نصيب المضارب بالثلث لا غير.

ولو قال: على أن ما رزق الله تعالى من شيء هو بيننا فالربح بينهما نصفان؛ لأن بيننا تقتضي الشركة والمساواة قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْۖ﴾ [القمر: ٢٨] أي

الماء مشترك بين قوم صالح وبين ناقة صالح فكان يوما لقومه ويوما لناقته، ولهذا لو أوصى بثلث ماله بين فلان وفلان وأحدهما ميت كان للحي منهما النصف.

دفع ألفا مضاربة على أنهما شريكان جاز والربح نصفان؛ لأن الشركة تقتضي المساواة في اللغة فقد جعل رب المال المضارب مساويا لنفسه في الربح، وكذلك لو قال: لك شرك في قول أبي يوسف.

وقال محمد: هذه مضاربة فاسدة؛ لأن الشركة عبارة عن النصف عند أبي يوسف.

وعند محمد: عبارة عن النصيب بناء على ما لو قال: لفلان شرك في هذا العبد عند أبي يوسف يكون مقرا له بالنصف، وعند محمد يكون مقرا بالنصيب وهي تأتي في كتاب الإقرار.

ولو قال: على أن للمضارب ثلث الربح أو سدسه أو قال: على أن لرب المال ثلث الربح أو سدسه فالمضاربة فاسدة؛ لأنه شرط له أخذ النصيبين، أما الثلث أو السدس فكان نصيبه من الربح مجهولًا وجهالة الربح أوجب فساد المضاربة. دفع ألفًا إلى رجلين على أن له نصف الربح ونصفه لهما لأحدهما الثلث وللآخر السدس جاز خلافًا للشافعي بناء على أن ثلثه اشتركوا على هذا الوجه جاز خلافًا له لما مرّ في الشركة. دفع المضاربة على مثل ما شرط فلان الأجر من الربح في مضاربته، فإن لم يعلماه أو يعلمه أحدهما لا يجوز، وإن علماه جاز لأنهما جهلا الربح أو أحدهما جهله فيفضي إلى المنازعة فيفسد العقد، كما لو باع بمثل ما باعه فلان ولم يعلماه أو علم أحدهما دفع ألف درهم مضاربة ولا يعلمان وزنها جاز؛ لأن جهالة الوزن لا يوقعهما في المنازعة للحال؛ لأنه وجدت الإشارة إليه، ولهذا يجوز البيع بدراهم مشار إليها لا يعرف وزنها وإنما يتوهم وقوع المنازعة بسبب جهالة الوزن في الثاني بأن يشتري المضارب برأس المال شيئًا وباع وربح ثم احتاجا إلى القسمة قد يقع بينهما منازعة في مقدار رأس المال وقد لا يقع بأن وزنا الدراهم قبل شراء المضارب، بل الظاهر أن المضارب يزن رأس المال عند الشراء، ويوهم المنازعة في الثاني لا يمنع جواز البيع والإجارة، فإنه لو باع بدراهم مشار

إليها جاز وربما تهلك الدراهم في يد البائع قبل الوزن ثم يجد المشتري بالمبيع عيبا فيرده ويسترد الثمن ويتنازعان والبيع أضيق جوازا من المضاربة ثم توهم المنازعة في الثاني لا يمنع جواز البيع فأولى أن لا يمنع جواز المضاربة، فإن عمل ثم اختلفا فالقول للمضارب مع يمينه والبينة لرب المال؛ لأن اختلافهما وقع في مقدار المقبوض فيكون القول قول القابض؛ لأنه ينكر قبض الزيادة ورب المال ببينة تثبت قبض الزيادة فكانت أولى.

(**النوادر**): عن محمد في رجل دفع مالًا مضاربة وقال: إن اشتريت به الحنطة فلك النصف من الربح، وإن اشتريت الدقيق فلك الثلث جاز؛ لأنه التخير وقع بين عملين مختلفين فصار كخياطة الرومية والفارسية.

ولو قال له: إن عملت في المصر فلك الثلث، وإن سافرت فلك النصف فاشترى في المصر وباع في السفر قال المضاربة على الشراء، فإذا اشترى في المصر فله ما شرط في المصر سواء باعه في المصر أو غيره؛ لأن العمل قد حصل بالشراء فاستحق المشروط والبيع أنها للعمل فيأخذ حكمه، وإن عمل ببعض المال في السفر وبالبعض في الحضر فربح كل واحد على ما شرط؛ لأن لكل بعض حكم نفسه. دفع إلى رجلين مضاربة على أن لأحدهما ثلث الربح والباقي لرب المال وعليه أجر مثل الآخر فالمضاربة فاسدة بينه وبين الآخر دون الأول؛ لأن المفسد وهو عدم الشركة في الربح وجد في حقه خاصة ولا ينفرد أحدهما بالتصرف؛ لأن الإذن بالتصرف لهما قائم.

(باب اشتراط الربح لغيرهما)

(**المبسوط**): لو شرط في المضاربة بعض الربح لغيره ولا يخلو، إما أن كان المشروط له عبد المضارب، أو عبد رب المال، أو المشروط له أجنبي، أو المشروط له قضى دين أحدهما والمساكين والحج، فإن كان المشروط عند أحدهما بأن دفع ألفًا مضاربة على أن ثلث الربح له إن لم يكن على العبد دين وجب الوفاء بالشرط شرط عمل العبد في المضاربة أو لم يشترط؛ لأن ما شرط العبد مشروط

لمولاه؛ لأن الملك يثبت لمولاه لا له؛ لأنه إن تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد؛ لأنه ليس له عمل ولا رأس مال أمكن تصحيحه لمولاه لأن عقد المضاربة قد جرى بين رب المال وبين المولى فأمكن أن يجعل المشروط للعبد باعتبار المعنى واقعًا للمولى فصار كأن مولاه شرط لنفسه الثلثين من الربح، وإن كان عليه دين إن شرط عمله جاز كما لو شرط بعض الربح لأجنبي وشرط عمله في المضاربة صح الشرط فهذه أولى، وإن لم يشرط ينظر إن شرط ثلث الربح لعبد المضارب لا يصح عند أبي حنيفة ويكون الثلثان لرب المال وعندهما يصح ويكون للمضارب؛ لأن عنده المولى لا يملك كسب عبده المديون فلا يكون المشروط للعبد مشروطًا للمولى فتعذر تصحيحه في حق العبد، ولا في حق المضارب فبطل الشرط وعندهما المولى يملك كسب عبده المديون فيكون المشروط للعبد مشروطًا للمضارب فصح وأما إذا شرطا لعبد رب المال يكون الثلثان لرب المال بالإجماع؛ لأن عنده الشرط لم يصح فصار كالمسكوت عنه فيكون لرب المال كما لو شرط لأجنبي، ولم يشترط عمله وعندهما الشرط قد صح فيصير المشروط للعبد مشروطًا لرب المال، واشتراط الربح لرب المال جائز فيكون الثلثان لرب المال عندهما بعلتين مختلفتين، وإن شرط بعض الربح لأجنبي إن شرط عمله صح؛ لأنه يصير مضاربا مع الأول واشتراط الربح للمضارب جائز وإن لم يشترط عمله لا يصح، ويكون لرب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط لأجنبي؛ لأنه ليس له رأس مال ولا عمل ولا ضمان عمل والربح إنما يستحق بأحد هذه الأسباب ولم يوجد وتعذر تصحيحه هبة لأنها هبة المعدوم، وكذلك لو شرط لامرأة المضارب أو لمكاتبه أو لمواليه أو لمن لا تقبل شهادته له؛ لأن الأملاك متباينة بينه وبين هؤلاء فالمشروط لهؤلاء لا يملك أن يجعل مشروطًا للمضارب؛ لأن المشروط لهؤلاء يكون مشروطًا للمضارب منفعة ولا يكون له رقبة وملك الرقبة أقوى وأرجح والعين للراجح فكأنه لم يشترط للمضارب شيء.

وإن شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو دين رب المال صح الشرط ويدفع إليه ولا يجبر على دفعه إلى غرمائه؛ لأن المشروط لقضاء دينه مشروط له معنى؛ لأن

منفعته تعود إليه خاصة وهو تبرئة ذمته عن الدين فصار الثلث مشروطًا له معنى إلا أنه شرط له مالًا وأشار عليه بأمر فكان المالك بالخيار إن شاء قضى به دينه وإن شاء لم يقض، وكذلك لو شرط ذلك للمساكين أو في الحج أو الرقاب؛ لأنه ليس للمشروط له رأس مال ولا عمل فلم يصح الشرط لهم فصار كالمسكوت عنه فيكون لرب المال.

ولو دفع رجلان ألفًا مضاربة على أن للمضارب ثلث ربحهما وثلث الباقي لأحدهما والثلث للآخر فعمل المضارب وربح فثلثه للمضارب وما بقي فبينهما نصفان؛ لأن أخذ رب المال شرط لنفسه بعض ربح مال صاحبه ولم يكن له فيه رأس مال ولا ضمان عمل والربح لا يستحق إلا بهما في المضاربة فلم يصح الشرط.

ولو شرط المضارب أن له الثلث ثلثاه من حصة أحدهما والثلث من حصة الآخر يصح وما بقي بين صاحبي المال على اثني عشر بينهما خمسة أسهم لمن شرط حصته الثلثين وسبعة للآخر؛ لأن شرط الربح للمضارب من نصيبهما على التفاوت صحيح؛ لأنه يستحق الربح بالشرط وشرط الباقي بينهما نصفان باطل؛ لأن الذي شرط للمضارب ثلثي الربح من نصيبه فقد شرط لنفسه بعض الربح من نصيب صاحبه وليس له نصف وثلث وأقله ستة للمضارب من ستة سهمان ثلثاهما من نصيب أحدهما وثلثه من نصيب الآخر وقد انكسر بالثلث فاضرب ثلثه في ستة فيصير ثمانية عشر للمضارب ستة وسهمان من نصيب أحدهما وأربعة من نصيب الآخر بقي اثنا عشر يقسم بينهما على قدر حقيهما في الربح وبقي حق الذي شرط للمضارب ثلثي الربح خمسة؛ لأنه ذهب من نصيبه وهي تسعة للمضارب أربعة وبقي حق الذي شرط للمضارب ثلث الربح في سبعة لأنّه ذهب من نصيبه سهمان.

ولو شرط ثلثه للمضارب وثلثه لمن شاء المضارب والثلث لرب المال فالثلثان لرب المال؛ لأنه شرط الثلث لمجهول؛ لأنه لا يدري أن يشاء الأجنبي أو يشاء لنفسه أو لرب المال وجهالة المشروط له الربح يمنع صحة الشرط كما لو شرط الثلث لرجل من عرض الناس إلا أن المضارب إن شاء الثلث لنفسه أو لرب المال صحّ

الشرط، وإن شاء لأجنبي لم يصح؛ لأنه ليس بإزائه عمل ولا رأس مال فوقع الشك في الصحة فلم يصح بالشك. دفع ألفا على أن للمضارب ثلث الربح على أن يخلط بألف من ماله ويعمل بهما فخلطهما وعمل وربح فهو على الشرط وربح ألف المضارب له خاصة؛ لأن الخلط جائز إذا رضي صاحب المال ويكون نصف الربح للمضارب؛ لأنه نما ملكه فيستحقه بحكم ملكه والثلثان له من النصف الآخر بحكم عمله في مال الدافع؛ لأنه شرط للمضارب شيء من ربح مال الدافع؛ لأن الخلط متى كان بأمر رب المال صار المخلوط مشتركًا بينهما والعامل في شيء هو فيه شريك لا يستوجب أجرًا. فلنا المضاربة بمعنى شركة العنان ومعنى الشركة فيها راجح على معنى الإجارة لما بينا فما يستحقه المضارب من الربح من مال الدافع يستحقه بحكم الشركة يجوز أن يستفضل أحدهما صاحبه في الربح وإن كانا مستويين في رأس المال.

ولو كان الدافع شرط لنفسه ثلثي الربح والعامل ثلثه فالرح بينهما على قدر مالهما؛ لأن الدافع شرط أن يكون ربح ماله كله له وهو نصف الربح فيكون هذا إبضاعا مبتدأ لا مضاربة وشرط لنفسه ثلث ربح مال المضاربة وليس له في ذلك عمل ولا رأس مال فلا يستحقه فيستحق كل واحد ربع مال نفسه خاصة.

ولو شرط للمضارب ثلثي ربح الألفين نصفه من ربح ألف صاحبه ونصفه من ربح ألفه وما بقي للدافع جاز.

طعن عيسى بن أبان وقال: يجب أن يكون للمضارب خمسة أسداس الرّبح والسدس للدافع؛ لأنه شرط الدافع للمضارب ثلثي الربح وذلك أربعة سهمان من ربح ألف المضارب وسهمان من ربح ألفه فقد بقي من ربح ألف كل واحد سهم، فإذا شرط الدافع لنفسه الثلث فقد شرط سهمًا من ربح ألف المضارب لنفسه وليس له في ذلك عمل ولا رأس مال فلا يستحقه والجواب أن الدافع ما شرط للمضارب سهمين من ربح ماله وبإزاء عمله في ماله خاصة وإنما شرط له ذلك بإزاء عمله في ماله وبإزاء سهم الذي شرط لنفسه من ربح مال المضارب، فإنه قال على أن ما بقي بينهما نصفان فيستحق المضارب سهمًا بإزاء عمله في مال الدافع وسهمًا آخر بدلا

عن السهم الذي شرط للدافع من ربح ماله وهذه معاوضة معدوم بمعدوم إلا أنه ثبت ضمنا للمضاربة، والمضاربة عقد على المعدوم بالمعدوم مضافًا إلى وجودهما تبعًا له كاستقراض الحيوان يجوز تبعًا للشراء بأن قال لآخر اشتر دار بجاريتي هذه فاشترى بها صار مستقرضا للجارية تبعًا للشراء، وإن كان لا يجوز مقصودا فكذا هذا.

(باب الشروط في المضاربة)

دفع ألفًا مضاربة بالنصف على أن للمضارب عشرة دراهم في كل شهر أجرة ما عمل في المال أو لعبده ولا دين عليه أو لعبد رب المال أجرة عمله في المال صحّت المضاربة وبطل الشرط ولا يستحق أجرا، فإن عمل فالربح على ما شرطا.

طعن عيسى وقال: يجب أن تكون المضاربة فاسدة وله أجر مثله كما لو دفع أرضًا مزارعة على هذا المثال، فالمزارعة فاسدة وللمزارع أجر المثل والصحيح هو الفرق بين المسألتين وهو أن معنى الإجارة في المزارعة أرجح وأظهر، ولهذا لا تصح المزارعة إلا بضرب المدّة، ويجبر العامل على العمل والعبرة للراجح فتعتبر إجارة والإجارة تبطل بالشروط الفاسدة فيعتبر شركة، والشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة ومتى عمل في شيء هو شريك فيه لا يستحق أجرًا.

ولو شرط لوالده أو لولده أو لمكاتبه أو لعبده المأذون أجرة عمله جاز؛ لأن المشروط له لا يكون مشروطًا للمضارب فصار كما لو شرط ذلك لأجنبي جاز فكذا هذا.

وعلى هذا الأصل لو دفع ألفًا مضاربة بالنصف على أن يدفع إليه رب المال أرضه يزرعها سنة أو على أن يسكن داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة؛ لأنه ألحق بها شرطًا فاسدًا، والمضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأنها بمعنى الشركة فبطل الشرط.

ولو كان المضارب شرط أن يدفع أرضه أو داره إلى رب المال ليزرعها أو يسكنها سنة فسدت المضاربة؛ لأنه جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة وجهالة حصة العمل من الربح تفسد المضاربة.

(**المنتقى**): روي عن أبي يوسف إذا دفع مالًا مضاربة على أن يبيع في دار رب المال أو دار المضارب كان جائزًا.

ولو شرط أن يسكن المضارب دار رب المال أو يسكن رب المال دار المضارب لا يجوز أن يفسد الشرط، وتصح المضاربة لأنه متى شرط للمضارب السكن فقد جعل ذلك أجرة له فيكون شرطًا فاسدًا، فإذا اشترط البيع في أحد الدارين فقد خص البيع بمكان ولم يجعل منافع الدار وسكناه أجرة له ولم يكن شرطًا فاسدًا حتى لا يصح من المضارب تصرف ما فيه؛ لأن لرب المال فسخ المضاربة بغير رضى المضارب إذا لم يتضمن فسخه إبطال حق المستحق للمضارب؛ لأن المال متى كان ناضًّا لم يتضمن إبطال حق المستحق للمضارب؛ لأنه إن لم يكن في المال ربح فلا حق للمضارب في رأس المال، وإن كان فيه ربح أمكن رب المال أخذ رأس ماله وأمكن قسمة الباقي من الربح بينهما من حيث اليقين والإحاطة من غير تقوم، وإن كان مال المضارب عروضا لا يصح نهيه للحال بل يقف إلى أن يصير ناضًّا حتى يجوز من المضارب كل تصرف استفاده بمطلق المضاربة؛ لأن فسخ المضاربة يتضمن إبطال حق المضارب؛ لأن الفاسخ يأخذ رأس المال باعتبار القيمة، وقد يختلف فيها المقوّمون وربما يدخل على المضارب في ذلك ضرر، فإذا صار ناضًّا زال المانع من الفسخ وعمل الفسخ عمله كما في الشركة، وإن كان مال المضاربة دراهم ورأس المال دنانير أو على عكسه، فإنه يصح نهيه عن الشراء المحض حتى لو اشترى بمال المضاربة عروضا لم يجز، ولا يصح نهيه عن صرف مال المضاربة؛ لأنه يلزمه رد رأس المال ولا يتوصل إلى ردّ رأس المال إلا وأن يشتري به ما هو مثل رأس المال جودة وصرفا ولا كذلك لو اشترى به عروضا.

ولو مات رب المال ففي كل وجه انعزل لعزل رب المال انعزل بموته علم به أو لم يعلم وفي كل وجه لا ينعزل بعزله لا ينعزل بموته بخلاف الوكيل ينعزل بموت الموكل مطلقًا والفرق أن في المضاربة إنما لا يصح العزل قصدًا متى كان رأس المال عروضًا لما فيه إبطال حق مستحق للمضارب وإبطال الحق لما لا يجوز قصدًا

لا يجوز حكمًا، فأمّا في الوكيل إنما لا يصح العزل قصدًا بغير علم الوكيل لما فيه من توهم الضّرر بأن ينصرف على حساب أنه على الوكالة فيلحقه ضرر العهدة لا لما فيه إبطال حقه والضرر الموهوم يمنع العزل قصدًا لا حكمًا.

ولو اشترى المضارب بالمال متاعًا فقال المضارب: أنا أمسكه حتى آخذ فيه ربحًا كثيرًا أو أراد رب المال بيعه فليس للمضارب إمساكه لما فيه من إنفاق ملك رب المال في رأس المال وتعطيل ملكه؛ لأنه قد يجد ربحًا وقد لا يجد إلا أن يعطي رب المال رأس ماله وحصته من الربح إن كان في المتاع فضل نظرًا للمضارب؛ لأنه إنما اشتراه ليربح عليه مع نظر رب المال بإيصال ملكه إليه.

وأما إذا لم يعطه رأس المال وأراد إمساكه هل يجبر المضارب على بيعه ينظر إن لم يكن في المال فضل لا يجبر؛ لأنه لم يحصل للمضارب بدل عمله متى لم يكن في المال فضل فكان متبرعًا فيما عمل فيما مضى وفيما يعمل في المستقبل والمتبرع لا يجبر على إتمام التبرع فكان بمنزلة ما لو صار رأس المال دينًا فامتنع المضارب من التقاضي لا يجبر عليه إذا لم يكن في المال فضل، وإذا لم يمكن إجباره على بيعه يقال لرب المال: إما أن يأخذ المتاع برأس المال أو يبيعه كما لو امتنع المضارب من التقاضي، وإن كان في المال فضل يجبر المضارب على بيعه؛ لأنه سلم له بدل عمله فيجبر على إتمام عمله نظرًا لرب المال حتى يصل إلى رأس ماله، كما يجبر على التقاضي إلا أن يقول المضارب أعطيك رأس المال وحصتك من الربح وأمسك المتاع أو أعطيك ثلاثة أرباع المتاع وأمسك الربع حينئذ لا يجبر.

(باب دفع المال مضاربة على أن يعمل رب المال معه)

الأصل: أن التخلية بين المضارب وبين رأس المال شرط لصحّة المضاربة، حتى لو قال لآخر: اعمل بهذا المال مضاربة ولم يدفع إليه فاشترى المضارب وباع وربح، أو وضع فالربح لرب المال والوضيعة عليه؛ لأن ما هو المقصود وهو الربح لا يحصل إلا بتصرف المضارب ولا يتمكن من التصرف إلا باليد فيجب أن يخلص

اليد للمضارب ليتحقق ما هو المقصود من عقد المضاربة بخلاف الشركة، فإن قيام يد رب المال لا يمنع صحّة الشركة؛ لأن الشركة انعقدت على العمل منهما دفع المال مضاربة على أن يعمل رب المال معه فالمضاربة فاسدة؛ لأن التخلية شرط لصحّة المضاربة ولم توجد التخلية بين المضارب والمال لثبوت يده عليه؛ لأنه ما لم تزل يد رب المال عنه لا تثبت يد المضارب عليه كمن باع شيئًا ولم يخلِّ المبيع والمشتري وتعلقا به فهلك يهلك على ضمان البائع، وسواء كان المالك عاقدًا أو غير عاقد كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير معه لم يصح.

ولو شرطا أن يعمل الأب أو الوصي معه جاز، وكذا لو دفع الأب والوصي إلى نفسه وأجنبي جاز، والفرق أن يده يد نيابة عن الصغير للحفظ لا يد أصالة لنفسه وقد بقيت يده النائبة عن الصغير للحفظ متى شرط عمل الصغير فلم توجد التخلية، فإذا شرط عمل نفسه أو دفع ماله إلى نفسه مضاربة فقد تبدلت يده الحافظة النائبة عن الصغير بيده المتصرفة لنفسه فقد زالت اليد النائبة للصغير بالمضاربة بخلاف يد المالك فإنها لا تتبدل بتصرف بحدته في ماله؛ لأنه مالك للتصرف في ماله.

ولو دفع أحد المتفاوضين مالًا مضاربة وشرط أن يعمل شريطة المفاوض مع المضارب فالمضاربة فاسدة؛ لأن نصف المال مملوك للمفاوض العامل وقيام يد المالك يمنع صحّة التخلية ففسدت المضاربة في نصيب العامل، فيفسد في نصيب الدافع أيضًا؛ لأن نصيب أحدهما لا يتميز من الآخر، وإن كان الشريك شركة عنان بأن كان المال من غير تجارتهما جاز؛ لأن شريكه فيه وأجنبيًّا آخر سواء، فإن كان من تجارتهما فالمضاربة فاسدة لما بينا.

ولو دفع مالًا مضاربة على أن يعمل المضارب عند رب المال والربح نصفه لرب المال ونصفه للمضارب جاز كان على العبد دين أو لم يكن؛ لأنه لو دفع المال مضاربة إلى عبده جاز؛ لأن المضاربة للحال توكيل بالبيع والشراء وإجارة في الثاني شركة متى ظهر الربح، وتوكيل المولى عبده بالبيع والشراء جائز ومعنى الإجارة في المضاربة إنما اعتبر في حكم واحد وهو إيجاب تسليم رأس المال

وتسليم المال إلى عبده يتصور، فإنه لو دفع إليه ليحفظه جاز والشركة مع العبد صحيحة لحق الغرماء إن كان عليه دين وإن لم يكن فصحيحة على معنى أن يصير الربح من كسب العبد حتى إذا وجب عليه دين قبل أن يتبرع المولى من يده، فإنه يقضي منه دينه، فإذا صلح العبد مضاربا في حق المولى جاز دفع المال مضاربة إلى عبده وأجنبي ثم العبد إن كان مديونا فحصته من الربح لغرمائه، وإن لم يكن مديونا فحصته لمولاه، وكذلك مكاتبه ومن لا تقبل شهادته له، ولو دفع المأذون مضاربه وشرط عمله مع المضارب لم يجز؛ لأن المأذون إن لم يكن مالكا رقبة ولكن يده المتصرفة ثابتة له فنزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعًا صحّة المضاربة.

ولو شرط أن يعمل مولاه معه على أن للعبد نصف الربح وللمولى ربعه وللمضارب ربعه ولا دين عليه والمضاربة فاسدة؛ لأن كسب العبد ملك المولى فمتى وصل المال إلى يد المولى فقد وجدت يد الملك فيمنع صحة التخلية، وإن كان عليه دين جازت المضاربة عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن كسبه غير مملوك لمولاه.

ولو دفع المكاتب وشرط عمل مولاه جازت المضاربة لأن المولى أبعد من مال المكاتب من مال المأذون؛ لأنه ليس له أن ينزعه من يده أصلًا فصار كالأجنبي، ولهذا لو رفع المكاتب المال إلى مولاه مضاربة جاز؛ لأنه كسب مملوك للمكاتب وإن وصل إلى يد المولى وإن عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت المضاربة؛ لأنه صار ماله ملكًا للمولى، وإن تصرفا وربحا فالربح كله لرب المال ولا أجر للمضارب؛ لأنه عمل في مضاربة مفسوخة؛ لأن الكتابة انتقضت بالعجز، ولهذا لو أجر شيئًا من كسبه أو استأجر أن يعمل برأه فصارت المضاربة غيره على أن يعمل المضارب الأول أو رب المال معه فهي فاسدة، وللأجير أجر المثل فيه والربح بين الأول ورب المال على شرطهما؛ لأن اليد للمضارب والملك للمولى، فإذا شرط عمل نفسه أو عمل رب المال لم يتم الدفع والتخلية إليه، وكذلك لو دفع المال إلى رب المال مضاربة والمضاربة الثانية فاسدة والربح بين رب المال والمضارب على ما شرطا في المضاربة الأولى ولا أجر لرب المال؛ لأن يد رب المال لا يتصور

ثبوتها بجهة المضاربة؛ لأن يده يد ملك ويد الملك مع يد المضاربة لا يجتمعان فلا يجوز أن يكون عاملا في مال نفسه بالمضاربة لأنه لا يستحق ربح مال نفسه بعمله فبطلت المضاربة الثانية وبقي الإذن لرب المال بالعمل، فإذا عمل يصير معينًا للمضاربة؛ والإعانة ليست بإخراج للمال عن يده فبقي عقد المضاربة فيكون الربح بينهما على ما شرطا في المضاربة الأولى رد المضارب المال على صاحبه وأمره بالتصرف على المضاربة فعمل وربح يكون على المضاربة؛ لأن رب المال معين للمضارب؛ لأنه يعمل بإذن المضارب وعمل المعين صار منقولا إلى المستعين، كما لو استعان المضارب بأجنبي صار عمله منقولا إليه فكذا هذا، ورب المال صلح أن يكون معينًا للمضارب في العمل؛ لأن المضارب لا يستوجب الربح بدل عمله وإنما يستوجب الربح من حيث إنه فرع عمله؛ لأن الربح حصل بعمله وهو التجارة في المال بخلاف ما لو استعان الأجير بالمستأجر فعمل المستأجر، فإنه لا يصير عمله منقولا إلى الأجير حتى لا يستحق الأجر؛ لأن الأجير إنما يستحق الأجر بدل عمله فلا بد أن يصير عمله مملوكًا للمستأجر حتى يستوجب الأجر، ولا يمكن أن يجعل عمل المستأجر منقولا إلى الأجير ثم يصير ملكًا له من جهة الأجير بالإجارة؛ لأن صاحب الرقبة يملك عمله بملك الرقبة لا بسبب آخر.

ولو أخذه رب المال من منزل المضارب بغير أمره واشترى وباع فقد انتقضت المضاربة والربح لرب المال؛ لأنه لا يمكن أن يجعل عاملًا للمضارب ومعينًا له لعدم إذن المضارب والاستعانة منه فكان رب المال عاملًا لنفسه ومن ضرورة كونه عاملًا لنفسه انتقاص المضاربة؛ لأنه لا يتصور أن يقع العمل لغير المضاربة مع بقاء المضاربة هذا إذا كان مال المضاربة ناضًّا، فإن كان عروضا فأخذها رب المال وباعها بغير أمر المضارب لا تنتقض المضاربة؛ لأنه لا يملك نقض المضاربة نصًّا متى كان المال عرضا فلا يملك نقضها ضرورة واقتضاء. اشترى المضارب جارية بألف فباعها رب المال بألفين ثم اشترى بألفين جارية أخرى فباعها بأربعة آلاف ضمن رب المال للمضارب خمسمائة حصته من الربح على الجارية الأولى فقط؛ لأن المال لما صار ناضًّا ملك فسخ المضاربة وكان مراده يعتبر أمر المضارب فسخًا للمضاربة؛ لأنه لا يمكن أن يجعل معينًا للمضارب؛ لأنه لم يأمره فلما اشترى بألفين

جارية أخرى فقد اشترى والمضاربة منتقضة فيكون الشراء واقعًا لرب المال لا للمضاربة ويضمن للمضارب خمسمائة؛ لأن الألف ربح في الجارية الأولى فيكون خمسمائة منها حصة المضارب وقد قضى من ذلك دينه فيضمن ذلك للمضارب.

ولو كان المضارب أمره بذلك كانت الجارية الثانية على المضاربة؛ لأن رب المال يصلح معينًا للمضارب في عمل المضاربة فيكون تصرفه بأمر المضارب واقعًا للمضاربة كالأجنبي، وكذلك لو باع الجارية تعرضا ثانيًا؛ لأنه لا يملك فسخ المضاربة ناقضًا فكذا لا يملك فسخها اقتضاء والله أعلم.

(باب دفع المضاربة إلى رجلين)

دفع ألفًا إلى رجلين مضاربة بالنصف، وقال: اعملا برأيكما، أو لم يقل لا يتصرف أحدهما بالبيع والشراء؛ لأنه شرط اجتماعهما ورضي برأيهما دون رأي أحدهما وأنه شرط يقيد؛ لأن التجارة مما يحتاج فيها إلى الرأي والتدبير فمتى اجتمع فيها رأي اثنين كأن أبقى للعين وأربح للمال فيلزمهما مراعاته، كمن وكل رجلين بالبيع والشراء لا ينفرد أحدهما به، فإن عمل أحدهما بنصف رأس المال بغير أمر صاحبه صار ضامنًا لذلك النصف؛ لأنه صار مخالفا وخرج عن المضاربة؛ لأنه صار غاصبًا ضمينا فلا يبقى مضاربًا أمينًا، وإن عمل أحدهما بإذن الآخر لا يضمن؛ لأنه بالإذن صار وكيلًا عن صاحبه فصار عقد الوكيل بمنزلة عقدهما.

ولو عقدا بأنفسهما جاز فكذا هذا بخلاف الوكيلين متى باع أحدهما بإذن الآخر بغير محضر من صاحبه لا يجوز؛ لأنه ليس للوكيل أن يوكل غيره، وأما للمضارب أن يوكل غيره ويأخذ رب المال ماله منهما النصف من كل واحد وما بقي في يد العامل من ربح فهو بين رب المال والمضاربين على شرطهم؛ لأنه لما عمل بإذن صاحبه وقع عمله للمضاربة فيكون الربح على المضاربة بينهم على شرطهم، فإن نوى ما على المضارب المخالف أخذ جميع رأس ماله أولًا؛ لأن التاوي يصرف إلى الربح لا إلى رأس المال؛ لأن الربح فضل على رأس المال فما لم يصل رأس المال إلى رب المال لا يظهر فيه الربح كما لو استهلك نصف رأس المال حتى أخر

ونوى ما عليه يأخذ رب المال جميع رأس المال ويكون التوى مصروفا إلى الربح فكذا هذا.

وإن بقي ربح يأخذ رب المال نصفه ويأخذ المضارب الموافق ربعه والربع الباقي الذي هو نصيب المخالف ينظر فيه إن كان مثلما عليه يحسب ما عليه من نصيبه من الربح؛ لأن في إذا ما عليه واحد نصيبه من الربح اشتغال بما لا يفيد فيكون الباقي من الربح مقسوما بين المضارب الموافق ورب المال ثلاثًا ثلثاه لرب المال، وإن كان نصيبه من الربح أكثر مما عليه يحسب ما عليه من نصيبه من الربح ويعطى له الباقي من الربح إلى تمام نصيبه من الربح، وإن كان أقل مما عليه يحسب قدر نصيبه مما عليه ويرد الباقي إذا أيسر صورته إن كان رأس المال ألف درهم وفي يد المضارب الموافق ألف وخمسمائة مائة ألف ربح خمسمائة رأس المال وخمسمائة دين على المضارب المخالف فيأخذ رب المال رأس ماله ألف درهم يبقى خمسمائة ربح يضم إلى الخمسمائة الدين على المخالف فيصير ألفًا فيكون بينهما أرباعا سهمان لرب المال وسهم للمضارب الموافق وسهم للمخالف من الربح مائتان وخمسون وعليه من الدين خمسمائة فيحسب ما عليه من الدين قدر نصيبه من الربح وذلك مائتان وخمسون وترد مائتين وخمسين إذا أيسر، وإن كان في يد المضارب الموافق ألفي درهم وخمسمائة والربح منه ألف وخمسمائة يضم إلى الخمسمائة التي على المخالف فيصير الربح كله ألفي درهم فيكون نصيب المخالف من الربح خمسمائة وهو مثل ما عليه فلا يلزمه رد شيء، وإن كان في يد المضارب الموافق ثلاثة آلاف فالربح ألفي درهم فيضم إلى ما على المخالف فيصير الربح ألفان وخمسمائة فنصيب المخالف منه أربعة وذلك ستمائة وخمسة وعشرون فيحسب ما عليه وهو خمسمائة من نصيبه من الربح فيرد عليه من الربح مائة وخمسة وعشرون تمام حقه، والباقي من الربح تكون بين رب المال والمضارب الموافق أثلاثا على قدر حصتهما. اشتريا عبدًا فباع أحدهما بعرض أو جارية فأجاز صاحبه لا يجوز قياسًا وجاز استحسانًا. وجه القياس أنه لو جاز بالجارية لصار مقرضًا له العبد كمن اشترى شيئًا كعبد غيره وأجاز صاحب العبد صار مقرضا له العبد والمضارب لا يملك الإقراض فلا يملك الإجازة؛ لأنها تضمنت

الإقراض. وجه الاستحسان أن أحد المضاربين لا يملك الإذن لصاحبه في شري شيء لنفسه بمال المضارب، ويملك الإذن بالبيع والشراء على المضاربة فتنصرف إجارته إليه تصحيحًا لكلامه وتحريا بجواز العقد.

ولو لم يجز صاحبه حتى قبض المشتري العرض أو الجارية أو باعه بألف ثم أجاز لم تجز ويرد العبد على المضاربة ويكون في أيديهما ويضمن قيمة الجارية والعرض وله ثمنه؛ لأنه مقبوض بعقد فاسد؛ لأنه لما زال العرض أو الجارية عن ملكه يصير هالكا حكمًا قبل إجازة البيع في العبد فأوجب فساد البيع فيه فيكون العبد مملوكا لمشتري العبد ملكًا فاسدًا فيؤخذ منه ويكون على المضاربة، ولم يذكر في الكتاب لو قبض الجارية ولم يبعها ثم أجاز المضارب الآخر البيع في العبد هل يجوز؟

وذكر الحاكم أبو نصر مهروند: ولقائل أن يقول: لا تصح إجازته؛ لأن الجارية صارت هالكة حكمًا فإنها زالت عن ملك بائعها وملك الجارية قبل إجازة البيع في العبد يوجب فساده ولقائل يقول تصح الإجازة؛ لأن الجارية قائمة حكمًا؛ لأنه إن زالت عن ملك بائع الجارية بقي له إمكان الإعادة بالاسترداد فلا تعتبر زائلة عن ملك بائعها فيقع البيع في العبد موقوفًا قبل القبض.

ولو لم يجز صاحبه بيع العبد بالجارية وأجاز رب المال جاز البيع وضمن بائع العبد قيمة العبد لرب المال وما اشترى فهو له وبطلت المضاربة؛ لأن إجازة رب المال لم تعتبر في حق نفاذ العقد؛ لأن العقد اعتبر نافذًا في حقه بل يعتبر مجيزا قضي دينه من ماله فصار مقرضا العبد من المضارب؛ لأنه يملك إقراض ماله فصار دينًا عليه ومال المضاربة متى صار دينًا على المضارب بطلت المضاربة والقيمة دراهم أو دنانير والمضارب يملك إبطالها حال كون مال المضارب المضاربة هذا فبطلت المضاربة حكمًا لصحة الإجازة.

(باب ما يجوز للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وما لا يجوز)

(**المبسوط**): أصله: أن المضارب مأمور بالتجارة فيدخل تحت الأمر كل ما هو

تجارة أو ما لا بد للتجارة منه من صنع التجار وما عداها فلا يدخل.

المضاربة نوعان: عامة، وخاصة.

فالعامة نوعان: أحدهما: لو دفع ماله إليه مضاربة وقال له اعمل برأيك فللمضارب البيع والشراء بالنقد والنسيئة والإجارة والاستئجار والرهن والارتهان والإيداع والإبضاع والتوكيل بالبيع والشراء والمسافرة بالمال في بر أو بحر؛ لأنه مأمور بالتجارة مرة بعد أخرى والحفظ للاسترباح والاستنماء ولا يتحصل الربح والنماء من كل وجه إلا إذا ملك مباشرة التجارة بنفسه والتفويض إلى غيره، ولا يجوز للمضارب دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة أو شركة أو يخلطه بماله أو بمال غيره، فإن رب المال لم يرض بذلك وهو ليس من لوازم التجارة فلا يدخل تحت مطلق التجارة بخلاف المكاتب والمأذون والوصي يملكون دفع المال مضاربة وشركة؛ لأنه بمنزلة المالك؛ لأنه يتصرف بنفسه بحكم فكان الحجر لا بحكم الأمر، ولهذا يملك جميع أنواع التجارات والمضارب يتصرف لرب المال بحكم أمره، ولهذا يرجع بالعهدة عليه والمأمور لا يملك إلا ما فوض إليه، ولا يجوز له الاقتراض والاستدانة على المضاربة وأخذ المال سفتجة؛ لأن هذا ليس بتجارة، وبالاستدانة ازداد المحل على ما تناوله عقد المضاربة، فإن المضاربة انعقدت على مال معين فالزيادة عليه لا تجوز إلا إن نص عليه فتعتبر شركة الوجوه لا المضاربة؛ لأنه ليس لأحدهما رأس مال.

ولو اختار المضاربة جاز الثمن على رجل أيسر أو أعسر منه جاز؛ لأن هذا من صنيع التجار يفعلون ذلك بخروج، فإن المعسر ربما يكون أيسر قضاء من الموسر ولذلك لو حطّ عنه شيئًا لعيب مثل ما يحط التجار أو ما يتعارفون به في ذلك العيب وليس له أن يزوج عبدًا أو أمة من مال المضاربة خلافًا لأبي يوسف.

وعن محمد: لا يطأ رب المال ولا المضارب جارية المضاربة ولا يقبّلها ولا يمسها بشهوة، وإن لم يكن فيها فضل على رأس المال.

وذكر في المضاربة الصغيرة وأحب إلي أن لا يطأها رب المال إذا لم يكن فيها فضل، قيل: إن أراد بالأولى أن لا يطأها تنزهًا وتورعًا لا حتمًا، وقيل: فيه روايتان.

وجه تلك الرواية أنه ليس للمضارب فيها ملك ولا حق ملك، ووجه هذه الرواية أن للمضارب فيها حق ملك؛ لأن المضاربة فيها سبب ملك المضارب حتى يقيد له الملك إذا ازدادت قيمتها وفضلت عن رأس المال وقيام سبب حقيقة الملك يورث شبه الملك للحال، ولهذا ليس لرب المال أن يأخذها من المضارب.

ولو مات المضارب يورث ماله من الحق في المضاربة، ولو لم يكن له حق التصرف لكان لا يورث وحق الملك للغير في الجارية يحرم الوطء ودواعيه كما في جارية المكاتب.

ولو زوجها رب المال ولا فضل فيها فالنكاح جائز وخرجت من المضاربة؛ لأن المضاربة انفسخت فيها بمقتضى إقدامها على النكاح تصحيحًا للنكاح حتى لو زوجها رب المال على أن تبقي الجارية على المضاربة لا يجوز.

ولو كان فيها فضل فالنكاح باطل وهي على المضاربة وليس للمضارب أن يكاتب؛ لأن الكتابة ليست بتجارة، فإن كاتب وليس فيه فضل فما أداه يكون من مال المضاربة ولا يعتق.

ولو كاتب وفيه فضل تصح الكتابة في حصة المضارب عند أبي حنيفة رضي الله عنه والباقي على المضاربة؛ لأن عنده الكتابة تتجزى كالعتق وعندهما لا تتجزى فللآخر نقض الكتابة دفعًا للضرر عن نفسه وإن لم ينقض الكتابة حتى أداها عتق نصيب المضارب عنده وعندهما يعتق الكل وما قبض المضارب من المكاتبة فربعه له وثلاثة أرباعه تكون على المضاربة فيستوفي رب المال رأس ماله من ثلاثة أرباع المكاتبة وما بقي يكون بينهما على الشرط. أذن المضارب لعبد في التجارة جاز على رب المال في ظاهر الرواية؛ لأن الإذن من التجارة من صنيع التجار، ويملك المأذون من جهته من التصرفات ما يملك المضارب دون ما لا يملكه فيكون هذا تخصيصا في الإذن، فإن المضارب فوض إلى العبد جميع ما يملكه بنفسه، فإن اشترى العبد عبدًا، من تجارته فجنى لا يدفعه ولا يفديه حتى يحضر المضارب ورب المال؛ لأنه لا يملك أن يفعل ما لا يملكه المضارب بنفسه، وإن حق عبدًا من المضاربة دين كان للمضارب أن يبيعه فيه سواء كان المولى حاضرا أو غائبًا؛ لأنه

دين التجارة فكان ولاية التصرف فيه له، ولو رهن المضارب العبد بدينه لم يجز سواء كان فيه فضل أو لا؛ لأن الرهن أبقى حكمًا وليس له أن يقضي دينه من مال المضاربة، وله أن يرهن مال المضاربة بدين المضاربة ويرتهن به؛ لأنه لا يملك إبقاء دين المضاربة واستيفاءه.

ولو دفع أرضًا بغير بذر مزارعة جاز؛ لأنه مؤاجر لأرضه والإجارة داخلة تحت عقد المضاربة، ولو استأجرها بيضاء واشترى بمال المضاربة بذرًا ليزرع على المضاربة جاز، وكذلك لو اشترى أرضًا وبذرًا ودفعه جاز، وكذلك إذا فصلها ليزرع فيها نخلًا أو شجرًا؛ لأن ذلك تجارة معنى؛ لأن هذا بدل المال ليستفيد أضعافه إلى أجل.

ولو أخذ نخلًا وشجرًا أو رطابًا معاملة على أن ينفق عليه من مال المضاربة لا يجوز، ويضمن ما أنفق من مال المضاربة وإن قال له: اعمل برأيك؛ لأنه عقد المضاربة على منافع ببعض الخارج فيكون بدل عمله للمضارب؛ لأن منافعه غير داخلة تحت المضاربة، وما شرط من الاتفاق فذلك مانع للعمل كالخيط للخياطة والصبغ في الصباغة فلا يجوز أن يستحق بدل عمله رب المال، وقوله اعمل برأيك يفيد تعميم التفويض في التصرف في المال لا في المنافع.

ولو اشترى المضارب خمرًا أو خنزيرًا أو مدبرًا أو أم ولد أو مكاتبًا ضمن رأس المال علم أو لم يعلم؛ لأن رب المال أمره يشتري ما يمكنه بيعه ليحصل الربح فصار مخالفًا فصار مشتريًا لنفسه وصار كما لو اشترى من رب المال لم يجز.

ولو اشترى بيعًا فاسدًا مما يملكه بالقبض لا فهو على المضاربة؛ لأن المضاربة عامّة تتناول العقد الصحيح والفاسد وقد اشترى ما يمكنه بيعه.

ولو اشترى عبدًا بما لا يتغابن في مثله لا يجوز، وإن قال له: اعمل برأيك؛ لأن الشراء بغبن فاحش تبرع من وجه، ولهذا لا يملكه الوكيل بالشراء لما يأتي في المأذون، ولو باع بما لا يتغابن الناس جاز عند أبي حنيفة خلافًا لهما كما في الوكيل.

ولو اشترى رب المال من مضاربه جاز ولا يخرج به عن المضاربة.

وقال زفر والحسن: لا يجوز متى لم يكن في المضاربة فضل؛ لأنه لم يعد لرب المال ملك التصرف؛ لأن ملك التصرف كان ثابتا لرب المال قبل الشراء، فإنه يملك بيعه من المضارب.

لنا: أنه يفيد له ملك تصرف لم يكن ثابتا له قبل الشراء؛ لأنه بعد الشراء يملك بيعًا لو كان فيه ربح كان الربح كله لرب المال وقبل الشراء لو كان فيه ربح كان الربح بينهما فكان الشراء مفيدا.

ولو اشترى المضارب من رب المال وفيه فضل جاز وخرج المال عن المضاربة؛ لأنه أفاد للمضارب ملك الرقبة في حصة رب المال وفي نصيب المضارب جاز شراؤه؛ لأنه كان على المضاربة فيخرج بالشراء عن المضاربة فيملك بيعًا لو كان فيه ربح سلم له وإنما خرج عن المضاربة؛ لأن المال صار مضمونا عليه وحكم المضاربة أن يكون المال أمانة عند المضارب فلا يجتمعان، وكذلك إن لم يكن فيه فضل؛ لأنه يفيد له ملك الرقبة في ملكه. اشترى المضارب بمال المضاربة ثم زاد مائة درهم في الثمن لزمه ولا يكون له شيء من المبيع بمنزلة الأجنبي؛ لأن المضارب وكيل عن ربّ المال، والوكيل عاقد لنفسه في حق الحقوق، والزيادة في العقد من حقوق العقد لأنه يستفاد جوازها بالعقد فصار المضارب كأنه اشترى لنفسه في حق الزيادة ولا يلزم في مال المضاربة؛ لأنه يصير مستدينًا شيئًا على المضاربة وليس له ذلك.

ولو اشترى جارية بألف ومائة ورأس المال ألف تقدر مائة يكون للمضارب؛ لأن ما يخص لا يكون داخلا تحت المضاربة فمتى جعلناه للمضارب لا يؤدي إلى إخراج شيء من المضاربة بخلاف الأول؛ لأن البيع كان كله للمضاربة فلا يجوز إخراج شيء منه من المضاربة إلى المضارب بإزاء الزيادة اشترى المضارب ممن لا يقبل بتهاديه له بما لا يتغابن فيه لم يكن على المضاربة عند أبي حنيفة خلافًا لهما ويجوز بمثل القيمة بالإجماع بخلاف الوكيل إذا اشترى أو باع من هؤلاء لا بمثل القيمة لا يجوز عند أبي حنيفة، والفرق أن المضارب غير متهم في الشراء من هؤلاء؛ لأنه يشتريه لنفسه لطلب الربح في الظاهر أنه لا يؤثر نفسه على قريبه، فأما

الوكيل منهم في الشراء من هؤلاء؛ لأنه ربما يمثل إلى قريبه إحسانا به. باع أحد المضاربين بغبن فاحش فأجاز رب المال لم يجز، وكذلك لو باع رب المال بغبن يسير فأجاز أحد المضاربين لم يجز بخلاف المضارب. باع من أجنبي بغبن يسير وأجاز الأجر جاز، وإن لم يجز رب المال والفرق أن المضارب مأذون بالبيع من جهة رب المال والمأذون بالبيع يجوز بيعه بغبن يسير؛ لأنه مما لا يمكن الاحتراز عنه فيدخل تحت الإذن كالربح اليسير ورب المال غير مأذون بالتصرف ونصيب المضارب من الربح وفي إجارة البيع بغبن يسير إلحاق ضرر النقصان بالمضارب الآخر فلا ينفد عليه إلا أن يرضى بالبيع إلا أنه يبيعه في نصيبهما من الربح بمثل القيمة لا بحكم الإذن على باعتبار دارٍ ملكها في الربح مع بيع ملك رب الملك كالموصي ملك البيع بغبن يسير ولا يملك الوصي وكبيع المريض يجوز بمثل القيمة ولا يجوز بغبن يسير.

ولو اشترى من مكاتبة بما يتغابن فيه لا يجوز على المضاربة بالإجماع؛ لأن له فيه حق الملك.

ولو اشترى من مكاتبه بمثل القيمة يجوز عندهما؛ لأنه يجوز ذلك من الوكيل الخاص فمن المضارب أولى عنده يجوز ذلك من الوكيل الخاص في رواية وفي رواية لا يجوز وقد ذكرنا الفرق، اشترى المضارب ذا رحم محرم منه ولا فضل جاز على المضاربة؛ لأنه اشترى ما يملك بيعه إذ ليس فيه فضل لتملك نصيبه فلا يملك بيعه فصار مشتريا لنفسه.

ولو اشترى ذا رحم من رب المال ضمن رأس المال ولم يعتق؛ لأنه اشترى مالًا يملك بيعه على المضاربة هذا كله إذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك، فإن قال له اعمل برأيك فله أن يخلط بماله ويشاركه ويعطيه مضاربة وجميع ما ذكرنا غير الإقراض والاستدانة وأحد السفاتج؛ لأن قوله اعمل فيه برأيك لا بد وأن يفيد زيادة عمل هو من التجارة؛ لأن هذا الكلام لا يصح ابتداء وإنما يصح بناء على المضاربة والمضاربة أمر بأعمال هي تجارة حتى يفيد ذكر هذه الزيادة سوى ما دخل تحت المضاربة والإقراض ونحوه جاز في الفاسد؛ لأن المضاربة تتضمن الإذن في هذه

الأشياء فالعقد إن فسد بقي الإذن وإذا أبضع المضارب في المضاربة الفاسدة جاز على رب المال؛ لأنه نفى الإذن به وللمضارب أجر المثل لأن عمل المستبضع صار مضافًا إلى المضارب فصار كأنه هو الذي عمل بنفسه.

ولو عمل بنفسه فله أجر مثل عمله فكذا هذا.

وأما المضاربة الخاصة فنوعان:

أحدهما: خاصة في المكان.

والثاني: في العمل.

أما **الأول**: لو دفع مالًا مضاربة على أن يعمل بالكوفة فليس له أن يعمل في غيرها؛ لأن اشتراط هذا مقيد لجواز أن يكون سعرها بالكوفة أرخص أو أغلى فكذلك الأمر وصيانة ماله في الحضر فيها أكبر وربّما يكون لرب المال الاطلاع على ماله حتى إذا همّ المضارب إلى الجناية أمكنه المنع، ثم الألفاظ التي تعتبر شرطا في المضاربة ستة أحدها: أن يقول على أن يعمل بها بالكوفة أو ليعمل بها بالكوفة أو يعمل بالكوفة بالجزم أو يعمل بالكوفة بالرفع أو فاعمل بالكوفة أو اعمل بها بالكوفة أو دفعت المال إليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما يعتبر مشورة ولم يعتبر شرطا، والمضاربة لفظان دفعت إليك مضاربة بالنصف فاعمل بها بالكوفة أو اعمل بالكوفة بغير واو؛ لأن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به، فإنه يعتبر متعلقا بما قبله لكيلا يلغو كما في الألفاظ الستة، وإن كان كلاما يصح الابتداء به لا يعتبر متعلقا بما قبله بل يعتبر كلاما مسدًى كما في اللفظين؛ لأن الواو مما يجوز الابتداء به والأمر بغير الواو يبتدأ به، ولهذا لو قال لامرأته: أنت طالق وإن دخلت الدار تنجز، ولا يتعلق بالدخول فلو خرج من الكوفة وربح فهو ضامن لرأس المال والربح له والوضيعة عليه؛ لأنه صار مخالفًا عاصيًا فصار متصرفًا بغير أمر رب المال، وإن أخرج البعض صار ضامنًا لذلك القدر، فإن لم يشتر به شيئًا حتى رده إلى الكوفة فهو مضارب على حاله؛ لأنه عاد إلى الوفاق فبرئ من الضمان ولا يعطيه بضاعة لمن يخرج منها اعتبارًا للتخصيص.

ولو شرط أن يعمل في سوق الكوفة فعمل في مكان آخر لا يجوز قياسًا؛ لأنه خالف شرطًا؛ لأن هذا شرط غير مفيد؛ لأن أماكن المصر الواحد لا تتفاوت في

الأمن والنقد والسعر والاطلاع على ماله إما بالمعاينة أو بالاستئجار عنه، ولو قال: لا يعمل إلا في السوق فعمل في غيره يضمن؛ لأنه صرح بالنهي عن غيره.

وأما المضاربة الخاصة في العمل لو قال: خذه مضاربة بالنصف فاشتر به الطعام فهو مضاربة في الحنطة والدقيق؛ لأن الربح مما يختلف باختلاف أنواع المال وكأن يخصص نوع مال مقيد أو المراد من الطعام في العرف هو الحنطة ودقيقها، وله أن يشتري في المصر وغيره وأن يبضع فيه ولو قال: خذه مضاربة بالنصف واشتر به البُرّ وبعه فلو أن يشتري ما شاء من البر وغيره؛ لأن قوله واشتر به مشورة وليس بشرط. دفع مضاربة على أن يشتري من فلان ويبيع فيه جاز ولا يتصرف مع غيره؛ لأن الناس يتفاوتون في الإيفاء والاستيفاء والملاءة والإفلاس والسّماحة في البيع والشراء فيعتبر هذا الشرط، ولو دفع مضاربة في المصر على أن يشتري من الصيارفة فله أن يشتري من غير الصيارفة؛ لأنه لا يمكنه اختيار جميع الصيارفة في معاملتهم حتى يعرف أمانتهم وصيانتهم وسماحتهم وسهولتهم في المبايعة فلم يكن تعيين الصيارفة مفيدا فلغي.

ولو دفع مالًا على أن يشتري بالنقد صح، ولو قال: بعه بالنسيئة ولا تبعه بالنقد فباع بالنقد جاز؛ لأنه خلاف إلى خير. دفع مضاربة على أن يشتري الطعام له خاصة فله أن يستأجر حمولة؛ لأنه لا بد للمضاربة من ذلك ولا يشتري سفينة يحمل فيها الطعام؛ لأنه ليس من عادة التجار والمأمور منه بد إلا أن يكون في بلد اعتاده التجار فيه ذلك، فإن كاتب المضاربة عامة جاز شراء السفينة أيضًا؛ لأنه لو صرف جميع مال المضاربة إلى شراء السفن جاز فكذا إذا أصرف البعض إليها بخلاف ما لو كانت خاصة ودفع مالًا مضاربة ثم نهاه عن العمل يصح نهيه إذا كان مال المضاربة من جنس رأس المال جودة وصرفًا وإلا فلا.

ولو قال له: لا تعمل إلا في الحنطة، فإن كان لم يشتر شيئًا صح أمره، وإن كان اشترى لا يصح؛ لأنه لو نهاه عن أصل العمل والمال عروض لم يصح وتوقف إلى أن يصير رأس المال ناضًا فكذا إذا نهاه عن البعض.

(باب المضارب يدفع المال مضاربة)

(المبسوط): أصله أن المضاربتين متى كانتا جائزتين وخالف الثاني في العمل وكلاهما ضامنان؛ لأن الأول صار مخالفا لما أشرك الثاني في الربح، والثاني عمل فيه يعتبر إذن رب المال فصار كل واحد منهما متعديا في حق رب المال، ومتى كانتا فاسدتين فلا ضمان على أحدهما متى هلك المال في يد الثاني؛ لأن الأول ما أشرك الثاني في الربح بل استأجره ليعمل في مال المضاربة؛ لأن المضاربة متى فسدت انقلبت إجارة، وللمضارب أن يستأجر أجيرًا ليعمل في مال المضاربة، وكذلك إذا كانت إحداهما فاسدة؛ لأن الأولى لما كانت فاسدة كانت الثانية أيضًا فاسدة. دفع المال مضاربة ولم يقل: اعمل برأيك ثم دفع المضارب إلى غيره مضاربة ولم يقل: اعمل برأيك ثم هلك ما في يده قبل عمله فلا ضمان على واحد منهما.

وقال زفر: له أن يضمن أيهما شاء؛ لأن المضارب لا يملك دفع المال مضاربة إلى غيره.

لنا: أنه لا يجوز أن يضمن بالعقد؛ لأنه مجرد قول لا يؤثر في المال، ولا يضمن بالدفع؛ لأن المضارب يملك تسليم مال المضاربة إلى غيره لجهة الإيداع وقد سلم إلى الثاني لجهة الأمانة ليتصرف فيه فصار كما لو دفع إليه بضاعة، ولهذا لو غصب رجل من المضارب الثاني فالضمان على الغاصب لا عليهما.

وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنهما لا يضمنان إلا إذا تصرف وربح؛ لأنه حينئذ يثبت للثاني شركة في مال رب المال من غير رضاه، وإن هلك المال بتجارة الثاني ضمنا جميعًا؛ لأنه إن ربح فقد أثبت الأول للثاني الشركة في الربح، وإن لم يربح فقد أثبت له حق البيع؛ لأن بيع ما اشتراه الثاني صار حقًّا له على وجه لا يملك الأول الإبطال عليه؛ لأنه ربما يظهر الربح متى باع فيكون وسيلة إلى الشركة في الربح، ووسيلة حق الإنسان تكون حقا له فلا يملك الأول الإبطال عليه، وإن هلك بعمل ليس بتجارة ضمن الثاني خاصة؛ لأنّه استهلك الأمانة بغير إذن الأول بخلاف ما لو هلك بعمل التجارة؛ لأن فعل الثاني حصل بإذن الأول فيصير فعله مضافًا إلى

الأول من حيث إنه أثبت للثاني حق البيع والشركة في الربح ويبقى مقصورًا عليه من حيث إنه يضمن إبطال حق رب المال؛ لأنه لم يصحّ الأمر من هذا الوجه.

ولو دفع الثاني مضاربة إلى ثالث وربح الثالث أو وضع فهو على وجهين إما أن قال المضارب الأول للثاني اعمل فيه برأيك أو لم يقل، فإن لم يقل اعمل فيه برأيك فلا ضمان على الأول ويضمن الثاني والثالث؛ لأن المال هلك في يد الثالث بعمل لم يكن داخلًا تحت المضاربة، فإنه ليس للثاني أن يدفع المال مضاربة فصار كما لو وهب للثاني أو استهلكه إلا أنه لما أشرك الثالث في الربح صار مخالفا والثالث أحدث تصرفًا في ماله بغير أمره فصارا متعديين في حق ربّ المال، وإن قال الأول للثاني: اعمل فيه برأيك فلرب المال أن يضمن أي الثلث شاء؛ لأن المضارب الأول لما قال للثاني اعمل فيه برأيك كان للثاني أن يدفع إلى غيره مضاربة فصار عمل الثاني عمل الأول فيضمن به الأول كما لو دفع الثاني إلى الثالث بضاعة وعمل المستبضع صار الثلاثة كلهم جناة في حق رب المال فكذا هذا.

ويرجع الثالث على الثاني والثاني على الأول والأول لا يرجع على أحد إذ ضمنه رب المال؛ لأن الأول لحقه الضمان بعمله لنفسه والثاني والثالث لحقه الضمان بعملهما لغيرهما فيرجعان على من عملا له هذا كله إذا كانت المضاربة من المضارب الأول صحيحة، فإن كانت فاسدة بأن دفع الأول إلى الثاني مضاربة فاسدة وربح وتوي بعدما عمل فلا ضمان على أحد لرب المال لما بينا أن المضاربتين متى فسدتا أو إحداهما فلا ضمان على أحد والوضيعة على ربّ المال وللعامل أجر المثل على المضارب الأول؛ لأن المضاربة متى فسدت انقلبت إجارة معنى فصار كأنه استأجر رجلًا للعمل في مال المضاربة بأجر في الذمّة ويرجع به الأول على رب المال؛ لأنه لحقه الضمان في عمل عمله له؛ لأن الأول أجير، والأجير متى استأجر أجيرًا للعمل الذي استؤجر عليه يكون أجر الثاني على الأول خاصّة، فإن كان فيه ربح فبين المضارب الأول ورب المال على الشرط بعدما يستوفي العامل أجره؛ لأن المضاربة بين الأول ورب المال صحيحة.

ولو أن رب المال قال للأول: اعمل برأيك وقد دفع إليه بالنصف فدفعه

المضارب إلى آخر بالثلث فربح فللآخر الثلث وللأول سدسه ولرب المال نصفه؛ لأن شرط المضارب الأول للثاني ينصرف إلى نصيبه دون نصيب رب المال؛ لأن الداخل تحت قوله اعمل فيه برأيك عمل هو تجارة لا عملًا يوجب خطأ ونقصانا عما شرط لرب المال من نصف الربح كمن وكل غيره ببيع عبد بألف وقال له: اعمل برأيك لا يملك حط شيء من الثمن المسمى فكذا هذا فاستحق الثاني ثلث الربح من نصيب الأول وبقي للأول سدس الربح.

وإن شرط الأول للثاني ثلثي الربح كان للثاني نصف النصف من ربح المضاربة ويرجع على المضاربة سدس الربح في ماله خاصة.

وقال زفر: بأن المضاربة الثانية فاسدة لأنّها لا تفيد الشركة في سدس الربح؛ لأنّه مستحق لرب المال فتكون المضاربة بقدر السدس فاسدة وأنها مضاربة واحدة، فإذا فسد بعضها فسد كلها.

لنا: أنّ المضاربة بقدر النصف جائزة وفيما زاد عليه بقدر السدس جائزة؛ لأنها لا تفيد الشركة في الربح بقدر السدس فما فسد يعتبر مشروطًا فيما كان جائزًا من المضاربة بحكم اتحاد الصفقة إلا أن المضاربة مما لا يبطلها الشروط الفاسدة، وإذا فسدت فيما زاد على النصف يغرم ذلك المضارب الأول لأنَّهُ شرط ذلك من نصيب رب المال.

ولو كان كل الشرط مستحقًّا ضمن مثله كذا في بعضه.

ولو قال رب المال: ما ربحت من شيء بيننا أو ما رزقك الله أو ما كان لك فيه من فضل أو ربح أو ما اكتسبت فيه من كسب أو ما رزقت فيه من شيء أو ما أصاب لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان وقال له: اعمل برأيك فدفعه الآخر إلى آخر مضاربة بالنصف فعمل وربح فللمضارب الآخر نصف الربح والنصف الثاني بين الأول وبين رب المال نصفان.

ولو قال رب المال للأول: ما كان فيه من فضل أو قال: ما رزق الله من شيء فهو بيننا نصفان والمسألة بحالها فنصف الربح للآخر والنصف لرب المال ولا شيء للمضارب الأول، والفرق أن في المسألة شرط لنفسه نصف الربح المضاف إلى

الأول والحاصل له؛ لأنه شرط نصف ما رزق الله الأول أو ما أصابه من فضل أو ربح وما رزقه الأول أو أصابه هو النصف الباقي من الربح بعدما دفع النصف إلى الثاني فيكون لرب المال نصف ذلك الباقي وفي المسألة الثانية شرط لنفسه نصف جميع الربح؛ لأنه أضاف نصف الربح إلى المال كله لا إلى ما يصيبه المضارب الأول ولا يتم له ذلك إلا وأن ينصرف شرط المضارب الأول النصف للثاني إلى نصيبه خاصة.

ولو دفع مالًا إلى رجل مضاربة على أن ما رزق الله تعالى يكون بينهما نصفين وقال له: اعمل برأيك فدفعه الثاني إلى الثالث مضاربة بالثلث فعمل فيه وربح فللثالث ثلث الربح وللثاني سدسه ولرب المال نصفه ولا شيء للمضارب الأول؛ لأن الأول شرط للثاني النصف وانصرف إلى النصف الذي يملكه دون نصيب رب المال فبقي من نصيبه سدس الربح وبقي لرب المال نصف الربح؛ لأنه شرط لنفسه ربح جميع المال ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه لما شرط للثاني نصف الربح انصرف إلى نصيبه خاصة فلم يبق له شيء من الربح والله أعلم.

(باب نفقة المضارب)

ولا نفقة للمضارب في مال المضاربة ما دام في مصره.

ولو سافر بالمال للعمل فنفقته في مال المضاربة؛ لأن النفقة إنما تجب بإحساس نفسه للعمل كالمرأة تستوجب النفقة على الزوج باحتباسها في منزل الزوج والقاضي يستوجب الكفالة باحتباسه لعمل القضاء والمضارب في مصره ساكن بالسكنى الأصلية لا لعمل المضاربة، فإنه حين قبل عقد المضاربة كان مقيما في وطنه فلم يكن محتبسًا لأجل المضاربة فوجبت النفقة في المال لأجل الاحتباس؛ لأنه ابتغى لعمله عوضًا على خطر الوجود فجعلنا نفقته في مال المضاربة كيلا يستضر بالإنفاق من مال نفسه ويذهب عمله مجانا متى لم يربح، وإن خرج ما دون السفر ينظر إن كان يغدو ثم يروح إلى منزله ويبيت بأهله فلا نفقة له؛ لأنه ليس لهذا حكم الخروج؛ لأن أهل المصر يتجرون بالسوق وفي السواد ثم يبيتون في منازلهم،

وإن كان لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة؛ لأن خروجه قد صار للمضاربة فصار محتبسًا لأجلها.

ولو نوى الإقامة في مصرٍ فله النفقة ولا تبطل نفقته إلّا بإقامته في مصره أو في مصر يتخذه دارا؛ لأن الإقامة إذا كانت للتصرف فهو محتبس لأجل المضاربة، فإذا صار موطنا له فقد توطن بوطنه الأصلي فكانت إقامته لتوطنه لا لأجل المضاربة.

ولو أن بصريا قدم الكوفة وأخذ بها مالًا مضاربة فلا نفقة له في المال حتى يخرج منها؛ لأنه لم يكن مقيمًا ومحتبسًا لأجل المضاربة، فإذا خرج يريد البصرة فنفقته في طريقه في المضاربة؛ لأنه خرج لعمل المضاربة وإذا بلغ البصرة فنفقته في ماله ما دام بالبصرة؛ لأنه صار متوطنا بوطنه الأصلي، ولا نفقة للمضارب ما دام في مصره ووطنه، فإذا خرج من البصرة فله النفقة حتى يأتي الكوفة وما دام مقيما بالكوفة؛ لأن وطنه بالكوفة، وإن كان وطن سكنى ووطن السكنى ينتقض بالخروج للسفر فخرجت الكوفة من أن تكون وطنا له فصار احتباسه واقعا لأجل المال، والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجة الدارة الراتبة وهو الطعام والشراب والكسوة وفراش ينام عليه والركوب وعلف دابته وأجر من يطبخ له ويغسل ثيابه ويعمل ما لا بد له منه وأجرة الحمام؛ لأن نفقة الاحتباس تتقيد بما لا بد له منه وهذه الأشياء مما يحتاج إليها الإنسان في عامة أحواله فتكون من النفقة وثمن الدواء والحجامة والفصد وجارية الوطء والخدمة في ماله خاصة؛ لأنه لا يحتاج إليها في عموم الأوقات وإنما يكون بعارض، فإنه قد يمرض وقد لا يمرض والوطء قد يجيء بدون الجارية وللإنسان منه بد والحاجة إلى الخدمة ترتفع باستئجار الأجير للخدمة فكان لا بد من الجارية، وما يكون من العوارض لا يدخل تحت النفقة، ألا ترى أنه لا يجب على الزوج ثمن دواء امرأته وأجر حجامتها.

وأما الدّهن ذكر محمد في (**الأصل**): أنه في مال المضاربة؛ لأنه يستعمل غالبا في عموم الأوقات فصار كالذي لا بد منه.

وذكر الكرخي في (**مختصره**): أنه في ماله؛ لأن هذا ليس من المؤن الأصلية ويستحق نفقة مثله بالمعروف؛ لأنها وجبت لأجل كفايته كما في نفقة الأقارب

والزوجات فإن تجاوز ذلك ضمن الفضل؛ لأن الإطلاق كان باعتبار العادة، والمتعارف بين التجار وكذلك نفقة غلمانه ودوابه يعملون معه في المال في مال المضاربة؛ لأن عمل مملوكه بمنزلة عمل المضارب بنفسه، ألا ترى أن عمل غلام الأجير المشترك والأجير الخاص كعمل الأجير فكذا هذا.

ولو أعانه رب المال بغلمانه أو دوابه في السفر لا يفسد المضاربة ونفقة غلمانه ودوابه عليه دون مال المضاربة؛ لأن عمل عبيد رب المال ودوابه كعمله بنفسه.

ولو عمل بنفسه على سبيل الإعانة للمضارب المستحق لم يستحق النفقة لعمله في مال المضاربة فكذا هذا؛ لأن عملهم لم يدخل تحت المضاربة فيكون تبرعًا بالعمل، فإن أنفق المضارب عليهم بغير إذن رب المال ضمن من ماله؛ لأن في الإنفاق عليهم تسليطهم إياه على الإتلاف فيكون مسببًا إلى الإتلاف فيضمن كالمودع إذا أنفق على عيال رب المال بغير إذنه يضمن.

ولو ردّ عليهم لا يضمن وكذا هذا لو ردّ شيئًا من مال المضاربة على عبيد رب المال لا يضمن، وإذا أنفق عليهم يضمن؛ لأن في الرد عليهم ضرورة؛ لأنه قد لا يتهيأ الردّ على صاحب الأمانة ولا ضرورة في الإنفاق وأنه يسبب إلى الإتلاف فيضمن.

ولو استبضع رجلًا لا يستحق ذلك الرجل النفقة لأن المستبضع معين ونفقة المعين في ماله لا على المستعين؛ لأنه متبرع بالعمل وتحسب النفقة من الربح إن كان، وإن لم يكن فهو من رأس المال؛ لأن النفقة بدل عمل المضاربة وبدل عمله من الربح إلّا أنه كان الإنفاق من رأس المال قبل ظهور الربح ليصير ما أنفق من رأس المال دينًا عليه للمضاربة متى ظهر الربح، فإذا ظهر الربح وجب استيفاء ذلك من الربح.

ولو أنفق من مال يفسد أو استدان على المضاربة لا يرجع على رب المال بها؛ لأن التدبير في الإنفاق إليه، فإذا أنفق من مال آخر ليرجع في المال جاز كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه، فإذا هلك المال فقد فات محل النفقة؛ لأن النفقة وجبت في مال المضاربة ففاتت النفقة، وتبدأ أولا برأس المال ثم بالنفقة ثم

بالربح؛ لأن النفقة بدل عمل المضارب وبدل عمله من الربح فكما وجب تقديم رأس المال على الربح فكذلك على النفقة، وإن أنفق من مال المضاربة شيئًا عن نفسه قبل أن يشتري به، فإنه يستوفي رب المال رأس ماله بكماله؛ لأن النفقة محلها الربح إلا أنه ينفق من رأس المال قبل ظهور الربح ليصير ذلك دينًا عليه للمضاربة متى ظهر الربح فإذا ظهر الربح وجب استيفاؤه منه وإذا لم يظهر يبقى دينًا عليه للمضاربة كما لو أنفق من رأس المال ثم هلك المال.

ولو اشترى شيئًا للمضاربة أو استأجر دابة ليحمل عليها متاع المضاربة فضاع المال قبل أن ينقد ذلك منه يرجع بذلك على رب المال.

ولو اشترى طعامه وكسوته ودهنه، أو استأجر ما يركب عليه فضاع المال لا يرجع بذلك على رب المال. والفرق أن المضارب فيما يشتري لنفقته ويستأجر لركوبه أصيل وليس بوكيل رب المال؛ لأنه عامل لنفسه؛ لأن منفعة ذلك راجعة إلى المضارب خاصة فوجب ثمنه في ذمة المضارب لا في ذمة رب المال إلا أن رب المال أذن له بقضائه من مال المضاربة على سبيل التبرع، فإذا هلك لم يرجع، فأمّا المضارب وكيل فيما اشترى ويستأجر للمضاربة؛ لأن منفعة ذلك حاصلة للمضاربة لا للمضارب خاصة، والوكيل بالشراء والاستئجار يرجع بالثمن والأجرة على الموكل باع المضارب بالنسيئة أو أدان دينًا فأبى التقاضي إن كان فيه فضل أجبر على التقاضي وإلا فلا ويجبر على أن يحيل رب المال؛ لأن المضارب عند حصول الربح بمعنى الأجير؛ لأنه يستحق عوضًا بعمله وهو الربح فيجبر على إتمام عمله وإتمامه في تقاضيه وعند عمله وكيل محض، والوكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على تسليم ما تبرع به لكنه يجبر على أن يحيل رب المال أي يوكله بقبضه؛ لأن الحوالة مستعملة في موضع الوكالة لما في الوكالة من معنى النقل وإنما أمرناه بالتوكيل لأن العهدة على العاقد والآمر ليس بعاقد فلا بد من التوكيل لتصح مطالبة رب المال، وكذلك هذا في الوكيل بالبيع إذا أبى التقاضي فأما الذي يبيع بالأجر كالبياع والسمسار فلا بد من أن يجبر على الاستيفاء ويجعل بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة وإن كان فيه فضل وهو في مصره فأنفق في تقاضيه وخصومته وطعامه

وركوبه لم يرجع في مال المضاربة؛ لأنه لا يستحق النفقة أبدًا في مصره فكذلك في تقاضي الدين.

ولو كان في مصر آخر فأنفق في سفره يرجع؛ لأنه لو سافر للعمل في المضاربة كانت نفقته في مال المضاربة وكذلك إذا سافر ليقاضي دين المضاربة إلا أن يزيد النفقة على الدين فلا يرجع بالزيادة لأنه مأذون بالإنفاق على نفسه من مال المضاربة، فإذا فني المال لم يكن له الرجوع على رب المال؛ لأنه مأذون بشرط أن تكون النفقة في هذا المال كالزوج إذا أعطى امرأته مالًا لتنفقه على نفسها فأنفقت ذلك المال وزيادة لا ترجع على الزوج بالزيادة.

مضارب عام ضارب مع غيره فنفقة الثاني في مال المضاربة؛ لأن المضاربة الثانية وقعت بإذن رب المال لما كانت المضاربة عامّة فكان عمل الثاني بإذن رب المال فيستحق النفقة، وفي المضاربة الفاسدة ما أنفق حسب من أجر عمله دون النفقة؛ لأنه لا نفقة للأجير. مرّ المضارب على السلطان فدفع إليه شيئًا ليكف عنه يضمن لأنه غير مأذون فيه؛ لأنه ليس بتجارة ولا من صنيع التجار، وإذا أخذه كرها لا ضمان عليه كما إذا غصب منه البعض وصار كالمودع إذا دفع الوديعة إلى أجنبي ضمن، وإن أخذ منه كرها لا يضمن وكذلك لو أراد العاشر أن يأخذ منه العشور فصانعه المضارب بشيء من المال حتى كف عنه يضمن لأنه مخير في هذه المصانعة فصار كما لو وهب هذا القدر من غيره.

وروي عن أبي يوسف: لو طمع السلطان في مال اليتيم فصانع الوصي بشيء من مال اليتيم على أقل مما طمع لا يضمن إذا كان أمرًا ظاهرًا.

وبه كان يقول محمد بن سلمة: أنه يجوز للمضارب والمستبضع أن يصانع السلطان ببعض المال إذا طمع فيه فتكون رواية أبي يوسف في الوصي رواية في المضارب فيجوز ذلك من المضارب، ولا يضمن عنده ولا خلاف بينهم في الحقيقة بل يضمن المضارب بالإجماع ولا يضمن الوصي؛ لأنه وضع مسألة المضارب في العاشر والسلطان، ودفع هذا الظلم ممكن من غير دفع المال بالمرافعة إلى الخليفة؛ لأن له قوة الدفع ووضع مسألة الوصي فيما إذا كان هذا الطمع من الخليفة أو من

غيره ولم يكن للخليفة قوة الدفع فلا يمكن الوصي دفع الظلم إلا بإعطاء بعض المال فلا يضمن بإعطائه؛ لأنه مأمور بحفظ ماله ما أمكنه وقد أمكنه حفظ البعض بهذا الطريق فيصير مأذونًا به دلالة كالمودع إذا وقع في بيته حريق غالب فدفع الوديعة إلى الأجنبي لم يضمن فكذا هذا. خرج المضارب بألف المضاربة وعشرة آلاف من مال نفسه فنفقته على أحد عشر جزءًا واحد على المضاربة وعشرة على مال نفسه وكذلك إن خلطه؛ لأنه خرج من وطنه لأجل المالين وسلم نفسه للعمل في المالين فكانت نفقته على قدر المالين، وكذلك لو سافر بمالين لرجلين مضاربة فنفقته على قدر ماليهما، وإن كان أحد المالين بضاعة فنفقته في مال المضاربة؛ لأنه متبرع بالعمل في البضاعة فلا يعتبر السفر واقعًا له إلا أن يتبرع للعمل في البضاعة فينفق في مال نفسه دون البضاعة إلا أن يكون صاحبها أذن له؛ لأنه تبرع بالعمل في البضاعة وترك العمل في المضاربة.

مات ربّ المال فسافر المضارب بمال المضاربة يضمن علم بموته أو لا؛ لأنه انعزل حكمًا بالموت ولا يعتبر فيه العمل كما في الوكيل، وإن سافر قبل موته لا ضمان في نفقته من مال المضاربة؛ لأن سفره حصل في حال هو مأذون فيه فاستحق النفقة وما استوجب النفقة بسفره لا يبطل بالنهي والسفر.

مات رب المال أو نهاه عن المضاربة والمضارب من مصر آخر فسافر بالمال من مصر فلا يخلو إما أن سافر به إلى مصر غير مصر رب المال أو إلى مصر رب المال ولا يخلو إما أن كان المال عروضا أو ناضًّا، فإن كان المال عروضا فخرج بها إلى غير مصر رب المال يضمن؛ لأنه لو نهاه عن السفر يصح نهيه؛ لأن في النهي عن السفر منفعة لرب المال؛ لأن المصر موضع قرار وأمن عن الخطر وليس فيه ضرر بالمضارب؛ لأنه يمكنه إنهاء الربح بالبيع والشراء في البلد فصح النهي بخلاف ما لو نهاه عن البيع لا يصح؛ لأن المضارب استحق إنهاء الربح بالبيع، ورب المال يريد إبطال حقه بالنهي فلا يصح، ومتى صح نهيه في مصر فكذلك إذا مات؛ لأن الأمر ينقطع بالموت كما يبطل بالنهي.

ولو كان المضارب في الطريق فنهاه رب المال برسول عن السفر أو مات فله أن

يتوجه إلى أي مصر أحب؛ لأن النهي عن السفر في هذه الحالة نهي عن البيع والشراء؛ لأنه لا يمكنه البيع والشراء في الطريق ولأنه ليس بموضع لبث وقرار فلم يصح نهيه عن السفر فله أن يذهب إلى أي مصر شاء ليبيع فيحصل رأس المال فكان نفقته في مال المضاربة، وأما إذا كان مال المضاربة ناضًّا وهو في مصر أو في الطريق فخرج إلى غير مصر رب المال يضمن؛ لأنه لو نهاه عن التصرف والمال ناض يصح نهيه فكذا يصح نهيه عن السفر؛ لأن السَّفر تصرف في المضاربة، فأما إذا سافر إلى مصر رب المال والمال عروض لا يضمن استحسانًا ونفقته على المضارب ويضمن قياسًا؛ لأنه انقطع الإذن بالنهي والموت، وجه الاستحسان أنه أنشأ السفر ليسعى في إيصال رأس المال إلى رب المال فيعتبر إنشاء السفر لرد رأس المال بعد نهي رب المال، ولو باع العروض بعد النهي ليرد رأس المال على صاحبه لم يضمن فكذا هذا بخلاف ما لو خرج إلى مصر آخر يضمن؛ لأنه إنشاء السفر لا لرد رأس المال فصار كما لو أنشأ تصرفًا لرد رأس المال ومتى كان له حق الرد بقي مضاربا، ألا ترى أنه إذا انتهى إلى مصر رب المال كان له بيع العروض، والمضارب يستحق النفقة في مال المضاربة، وإن كان مال المضاربة ناضًّا فخرج إلى مصر رب المال فهلك في يده لا يضمن إلا أنه لا نفقة له؛ لأن المضاربة قد انتقضت بالموت والنهي متى كان مال المضاربة ناضًّا وصار المال وديعة في يده والمودع لا يضمن بهلاك الأمانة في يده ولا يستحق النفقة في مال الوديعة.

(باب الاستدانة على المضاربة)

أصله: أن الاستدانة لا تنفد على المضاربة، وإن صرح الأمر بالاستدانة كان شركة وجوه لما مرّ، وإذا اشترى المضارب سلعة بأكثر من مال المضاربة كانت الزيادة للمضارب والمال دين عليه وله ربحه وعليه وضيعته؛ لأن الاستدانة نفدت عليه خاصّة وباختلاط ماله بمال المضاربة لا يصير مخالفًا؛ لأن الاختلاط حصل حكمًا لشرائه بالمالين لا يفعله وقصده فلا يعد خلافًا، ألا ترى أنه لو اشترى نصف عبد ثم باعه مع البائع صار الثمن مختلطا.

ولو اشترى بألف المضاربة سلعة بألف لم يملك أن يشتري بعد ذلك على

المضاربة شيئًا؛ لأنه لم يبق رأس مال المضاربة فعجز عن الشراء للمضاربة.

ولو كان رأس المال دراهم فاشترى بغير الأثمان كالمكيل والموزون ونحوه كان مشتريا لنفسه؛ لأنه اشترى بغير مال المضاربة فكان هذا استدانة على المضاربة فلا تنفد على المضاربة.

ولو كان رأس المال دراهم فاشترى بالدنانير أو دنانير فاشترى بالدراهم نفد على المضاربة استحسانًا لأنهما جعلا كحبس واحد في حق الثمنية وفي حق المضاربة، ألا ترى أنه يجوز انعقاد المضاربة عليهما وكذا إذا كان مال المضاربة دنانير وكان رأس المال دراهم فنهاه عن التصرف صح نهيه وكان الشراء على المضاربة بالدنانير والشراء بالدراهم سواء، وكذلك لو كان رأس المال دراهم بختية فاشترى المضارب بألف غلة البلد وصرف لها بدراهم غلة البلد وأعطى البائع جاز؛ لأن غلة البلد من جنس البختية. اشترى بحنطة نسيئة وفي يده حنطة جاز؛ لأنه اشترى بما هو من جنس رأس المال حقيقة. اشترى بألف على المضاربة عبدًا نسيئة ولم ينقد الثمن حتى اشترى بالألف التي عنده جارية لزمه خاصة؛ لأنه لو صار مشتريا للمضاربة لصار مستدينًا على المضاربة بغير إذن رب المال؛ لأن مال المضاربة صار مستحق الصرف إلى دين المضاربة والمستحق بالدين كالزائل عن يد المديون حكمًا، ولهذا لا تحرم الصّدقة فقد اشترى للمضاربة بعدما فني مال المضاربة فيصير مشتريا لنفسه حتى لا يصير مستدينًا على المضاربة.

ولو اشترى أولًا عبدًا بخمسمائة لم يملك أن يشتري بعد ذلك إلا بقدر خمسمائة، وكذلك كل دين يلحق المال؛ لأن قدر المستحق يخرج من المضاربة، وكذلك لو كان في يده جارية أو عرض فاشترى شيئًا للمضاربة ليبيع العروض ويؤدي ثمنه منها لم يجز سواء كان الثمن حالًّا أم مؤجلًا؛ لأنه مستدين والاستدانة على المضاربة لا تجوز لأنه يحتاج أن يرجع بما استأذن على رب المال ولم يرض به وهنا متى جاز شراؤه على المضاربة ربّما يحتاج إلى أن يرجع على رب المال بثمن المبيع؛ لأنّه ربّما يهلك ما في يده من العروض أو يكسد وتتراجع قيمته. وتوهم الرجوع على رب المال ما لم يرض به يمنع جواز الشراء على المضاربة كحقيقة الرجوع.

ولو باع ما في يده قبل مجيء الأجل لم ينتفع بذلك؛ لأن الشراء حين انعقد وقع له فلا ينقلب للمضاربة.

(**النوادر**): وإذا حصل في يد المضارب صنوف من المكيل والموزون والمعدود لم يملك أن يشتري متاعا بثمن ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقدره نحو أن يشتري كر حنطة وفي يده أجود ممّا اشترى به أو أدون لم يكن للمضاربة؛ لأن اختلاف الوصف هنا معتبر كاختلاف الجنس بخلاف ما لو اشترى بالدراهم البيض ورأس المال سود أو على عكسه أو بالصحاح ورأس المال مكسر جاز؛ لأن اختلاف الوصف في الأيمان غير معتبر؛ لأن اختلاف الجنس ثمنه غير معتبر كالدراهم مع الدنانير فاختلاف الوصف أولى.

(فصل)

دفع ألفًا مضاربة بالنصف وأمره أن يستدين على المضاربة، فإن الدين يلزمهما نصفين والمشترى به بينهما نصفان ففي حقّ ما دفع مضاربة، وفي حق الدين شركة وجوه؛ لأنه جمع بين المضاربة وشركة الوجوه.

أما المضاربة فمصرحة، وأما الشركة فثابتة دلالة الأمر بالاستدانة؛ لأن المراد من الأمر بالاستدانة الأمر بشري شيء نسيئة لا الأمر بالاستقراض؛ لأن الأمر بالاستقراض لا يصح؛ لأن التوكيل في الاستقراض باطل والتوكيل بشري شيء نسيئة جائز فحملنا هذا على الأمر بشراء شيء نسيئة حملًا لكلام العاقل على الصحة، ولفظة الاستدانة تطلق على شراء الشيء نسيئة دل عليه قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والمراد به: السلم، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما، وإنما أثبتنا الشركة بينهما في المشترى؛ لأن الاستدانة معطوفة على المضاربة وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه، والمضاربة عقد شركة فيكون المعطوف أمرًا بالشركة أيضًا ورأس المال دين فلم تكن الشركة فيه إلا شركة الوجوه، وهذا العطف معتبر لإثبات الشركة غير معتبر في حق مقدار الربح حتى كان الربح في شركة الوجوه بينهما نصفين سواء كان الربح المشروط في

المضاربة نصفين أو أثلاثا؛ لأن من حكم شركة الوجوه أن يكون الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى، وقوله استدن على المال وقوله استدن عليّ سواء؛ لأن مال المضاربة لرب المال فتكون الاستدانة على مال المضاربة استدانة على رب المال.

ولو قال: استدن على نفسك كان الدين للمضارب خاصة والمشترى به يكون له خاصّة؛ لأنه أمره بالاستدانة على نفسه خاصّة أمره بالاستدانة على المال فاشترى بالمال متاعًا، واستكرى دوابًّا يحمله عليها بمائة درهم كانت المائة شركة إن باع المتاع مرابحة قسم الثمن على أحد عشر جزءًا عشرة مضاربة وجزء شركة يكون بينهما بعد إذا الكراء منه؛ لأنه اشترى الثياب واستأجر الدّواب للمضاربة فصار مشتريا على الشركة وأجرة الحمولة معتبرة في المرابحة.

ولو باع مساومة بألفين كان كله مضاربة؛ لأن الثمن كله في المساومة ماثلًا في المبيع وهو الثياب والثمن والكري ليس بمبيع؛ لأنه لم يتصل بسببه عين مال بالمبيع فلا يكون له حصة في الثمن وضمن أجر الدواب مائة نصفين؛ لأن المضارب استدانه على رب المال ونفسه وعلى المضارب أداؤه؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد.

ولو استقرض مائة درهم فاكترى بها الدواب باع المتاع مرابحة على ألف ومائة عند أبي حنيفة رحمه الله فيقسم على أحد عشر جزءًا عشرة مضاربة وسهم للمضارب خاصة وعندهما يبيع على الألف وهو متطوع في الكل إلا أنه غير مأذون في الكرا من الفرض، ألا ترى لو اشترى بالمائة الفرض عينًا صار مشتريا لنفسه فكذا إذا استأجر بالفرض فحصل حمل الثياب بغير إذن رب المال فصار متطوعا له، أن للمضارب في الثياب حق يضاهي الملك، ألا ترى أنه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقام الثياب عليه بألف ومائة فيبيع مرابحة على الكل. دفع ألفا مضاربة بالثلث وأمره أن يستدين على المال فاشترى بألف المضاربة وبثلاثة آلاف جارية تساوي خمسة آلاف وباعها بعد القبض بخمسة آلاف وقبض الثمن ثم هلك الألف الأولى والجارية وثمنها في يده يضمن تسعة آلاف

يؤدي أربعة آلاف ثمن الجارية إلى بائعها؛ لأنه اشتراها منه بأربعة آلاف ولم يؤد ثمنها وخمسة آلاف إلى مشتريها؛ لأنه قبض منه الثمن ولم يسلم الجارية حتى هلكت وانفسخ البيع ويجب رد ما قبض من الثمن ويرجع على رب المال بخمسة آلاف قد باع ربع المضاربة بألف ومائتين وخمسين ألفًا منها رأس المال فكان ضمانها إذا هلكت على رب المال بقي من ثمن الربع مائتان وخمسون فهو ربح بينهما أثلاثا فضمان ثلثي الربح على رب المال وستة وستون وثلثي وضمان ثلث الربح على المضارب وهو ثلاثة وثمانون وثلث بقي من الثمن ثلاثة آلاف وتسعمائة وخمسون وهو ثمن ثلاثة أرباع الجارية المشتراة بالدين فكان ضمانها عليهما نصفان؛ لأن الثمن كان لهما، فإن هلكت الجارية المضاربة أولا ضمن المضارب خاصة ثلاثة آلاف وثلاثمائة وخمسة وسبعين ويرجع بالباقي على رب المال ولا رب للمضارب؛ لأن المضارب ربح خمسة آلاف، فإذا انتفى ملكه عن حصّته من الربح عاد ضمانه إلى رب المال وهو ثلاثة وثمانون وثلث.

(**المنتقى**): لو كانت المضاربة ألف درهم سود فاشترى بألف بيض وصح متاعا ينوي على المضاربة جاز.

ولو كانت المضاربة ألف درهم فاشترى شيئًا للمضاربة بمائة دينار وقيمة الدنانير أكثر جاز عليها بحصتها ولزم الفضل المضارب وكان شريكًا في المضاربة.

ولو اشترى بمائة دينار وقيمتها ألف ثم غلت الدنانير قبل أن ينقد حتى صارت تساوي ألفين فهذه وضيعة دخلت على المال فيشتري بالألف ذهبًا فينقده ثم يبيع المتاع فينقد بقية الذهب ورأس المال ألف درهم وخمسين واثنين. اشترى بألف المضاربة متاعًا فقبض ولم ينقد حتى نقد عنه رجل متطوع فالمتاع والألف التي عنده على المضاربة جميعًا؛ لأن الذي تطوع بالقضاء فإنما تطوع عن المضاربة فيقع عن المضاربة.

ولو كانت بضاعة كانت تطوعا عن الوكيل المشتري دون الآمر.

ولو اكترى سفينة بمائة درهم ولم يشتر بألف المضاربة شيئًا فلم يدفع الكراء

حتى اشترى بالمال كله طعاما فحمله في السفينة فهو متطوع بالكراء ولا يبيعه مرابحة على الكراء؛ لأنه يصير مستدينًا على المضاربة.

ولو كان اشترى بتسعمائة متاعا وبقيت مائة فأداها في الكراء لم يكن متطوعا وباعه مرابحة على الكراءِ؛ لأنه لم يصر مستدينا، وكذلك لو نقد المائة ثم اشترى بتسعمائة.

ولو كان نقد المائة ثم اشترى بالألف طعاما وقد أمره رب المال أن يعمل برأيه، فإن يبيعه مرابحة على ألف ومائة مائة منها للمضارب والألف على المضاربة.

ولو اشترى بألف المضاربة متاعًا وقبضه ولم ينقد الألف ثم باع المتاع بألفين وقبض الألفين ولم يدفع المتاع لم يكن له أن يشتري على المضاربة بشيء من ذلك؛ لأنه استدان على المضاربة، فإن دفع المتاع اشترى بألفين على المضاربة؛ لأنه قد برئ من الدين حين دفع المتاع.

ولو اشترى بألفين فقبض المتاع ولم يدفع الألفين ثم هلكت الثلاثة آلاف جميعًا وهلك المتاع رجع على رب المال بألفين وخمسمائة ويكون على المضارب خمسمائة؛ لأن رأس مال الأول على ربّ المال والشراء الثاني ألف درهم منه على رب المال؛ لأنه رأس مال والألف الثانية ربح فيكون عليهما.

ولو كان الشراء بألفين متفرقان مائة مائة كانت ثمن ما اشترى بينه وبين ألف على رب المال، وإن زاد بالمال ثم أخذ المتاع فباعه بعشرة آلاف للمضارب سدس ذلك حصة ما نقد الثلاثة آلاف ويكون خمسة أسداس على المضاربة يستوفي رب المال منها رأس ماله ثلاثة آلاف وخمسمائة والله أعلم بالصواب.

(باب الاستدانة على إصلاح مال المضاربة)

ولو اشترى ثيابًا بجميع مال المضاربة ثم استأجر على حملها أو قصارتها أو فتلها أو فعل ذلك من ماله فهو متطوع؛ لأنه يصير مستدينًا على المضاربة وهو لا يملك ذلك ولا ضمان عليه قال له: اعمل برأيك أو لم يقل؛ لأنه لم ينقد بالثياب عين مال قائم ليصير خالطا ماله بمال رب المال فيضمن بالاشتراك، وإنما المتصل

بالثوب **ألزمه** العمل، وأنه لا يتقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، وكذلك إذا صنعها سودا من ماله فنقضها فلا ضمان عليه، وإن لم يقل له اعمل فيه برأيك؛ لأنه لم يخلط ماله بمال رب المال؛ لأنه نقصان ولا يضمن بسبب هذا النقصان؛ لأن النقصان إنما حصل من حيث القيمة بسبب قلة رغبة الناس في لبس السّواد ونقصان القيمة بسبب قلة رغبة الناس لا غيره بها كما لو تراجع السعر، ولهذا لا يضمن الغاصب إذا صبغه أسود ولم يكن له فيه حق فالمضارب أولى وله فيه حق ظاهر الملك وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن؛ لأن للسواد عندهما قيمة.

ولو صبغها من ماله بصبغ يزيد فيها ولم يقل له: اعمل فيها برأيك فهو ضامن الثياب؛ لأنه خلط ماله بمال المضاربة بغير إذن رب المال وإن كان الصبغ غير مال قائم في الثوب فصار غاصبا ورب المال بالخيار إن شاء أخذ الثياب وأعطاه زيادة الصبغ، وإن شاء ضمنه قيمة ثياب بيض كما في الغصب إن لم يكن فضل على رأس المال، فإن باعها قبل أن يختار مساومة أو مرابحة جاز وبرئ عن الضمان؛ لأن بمال المضاربة عروض لا يصح فسخ العقد عليها وبقي مأمورا بالبيع؛ لأن كونه ضامنًا لا يمنع ابتداء الأمر كالمغصوب منه إذا أمر الغاصب بالبيع صح وبقي ضامنًا ما لم يبع، وإذا كان كونه ضامنًا لا يمنع ابتداء الأمر فلأن لا يمنع البقاء أولى، ويقسم الثمن في المساومة على قيمة الثياب غير المصبوغة وعلى ما زاد الصبغ فيها فيكون حصة الصبغ للمضارب وحصة الثياب على المضاربة يستوفي منه رب المال رأس ماله والباقي ربح، وفي المرابحة يقسم الثمن على ما اشترى به المضارب الثياب على قيمة الصبغ يوم صبغ لما عرف أن الثمن في المساومة يلاقي الملك لا الثمن الأول فيقسم على قدر ملكها في العين وفي المرابحة يلاقي الثمن الأول وما قام عليه السلعة فيقسم الثمن على قدر رأس المال والأجرة وهذا إذا لم يكن فيه فضل على رأس المال، فإن كان فيه فضل بأن اشترى الثياب بألف وهي تساوي ألفين حين اشتراها إن شاء ضمنه أرباع قيمته أبيض، وإن شاء أخذ ثلاثة أرباع وأعطاه ما زاد الصبغ في ثلثه أرباع؛ لأن الربع ملك المضارب فقد صبغ بذا القدر يملك نفسه فلا يضمنه بقدر حصته. باعها مصبوغة وهلك الثمن في يده لا يضمن شيئًا؛ لأنه باعها بأمر المالك فإن الثمن أمانة في يده كالغاصب باع المغصوب بأمر المالك.

(فصل)

وإذا اشترى بألف المضاربة وبألف من عنده عبدًا فأنفق عليه فهو متطوع؛ لأنه يكون ذلك استدانة على رب المال؛ لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال وهو لا يملك ذلك، فإن رفع الأمر إلى القاضي أمره بالنفقة ويكون ذلك قسمة؛ لأن للقاضي ولاية حفظ مال الغائب فيأمره بالإنفاق ويكون أمره بالإنفاق على حصّة الغائب إقرارًا لنصيب الغائب وهذه قسمة.

(**المنتقى**): ولو اشترى بألف المضاربة جارية تساوي ألفين فعندهما النفقة عليهما على قدر حصتهما أرباعا، وعند محمد النفقة على رب المال.

لمحمد: أن نصيب المضارب لم يظهر ولم يتعين له ملك لاحتمال أنه يتراجع السعر ولا شيء له فبقي على حكم ملك رب المال فتكون نفقته عليه، ألا ترى أنه لو بقي في يده شيء من رأس المال فالنفقة محسوبة من رأس المال.

لهما: أن نصيب المضارب من العبد صار مملوكا بدليل أنه لو أعتقه ينفد عتقه فلا يجوز أن يلزم رب المال النفقة على ملك غيره، وإذا قضي على كل واحد ينقصه نصيبه يعين الربح وكان ولذلك على هذا الخلاف إذا أبقيت الجارية وردت فالجعل كالنفقة.

ثم عند أبي حنيفة رحمه الله يخرج العبد من المضاربة ويجبر كل واحد منهما على أن يعطي حصّته من الجعل؛ لأنه لما وجب الجعل بقدر الحصة فقد تعين حق كل واحد منهما ولم يتعين حق المضارب في الربح إلا بعد تعيين رأس المال فكان هذا قسمة.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يحسب بالجعل في بيع المرابحة ويحسب به فيما بين المضارب وبين رب المال فإن كان هناك ربح فالجعل فيه وإلا فهو وضيعة من رأس المال، فإن هناك بيع المرابحة المتعين عادة التجار في الإلحاق ولم تجر العادة في إلحاق الجعل برأس المال فأما فيما بين المضارب ورب المال يعتبر من رأس المال لأنه غرم لزمه لأجل المال.

(باب المرابحة في المضاربة)

الأصل في بيع المرابحة أن المذكور أولا رأس المال والمذكور آخرًا ربح؛ لأن الربح في المرابحة ينبني على الثمن. لو قال: أبيعك هذا بربح الدرهم درهم يكون الثمن عشرين إذا اشتراه بعشرة؛ لأنه استربح لكل درهم من رأس المال درهما، فإذا كان رأس المال عشرة فصار كأنه قال بعتك بربح عشرة عشرة.

ولو قال يربح الدرهم درهمين يكون الثمن ثلاثين؛ لأنه استربح على كل درهم من رأس المال درهمين شرط مثلي رأس المال فكان الربح عشرين ورأس المال عشرة فصار كأنه قال بعتك بعشرة على ربح عشرين.

ولو قال بربح العشرة خمسة كان الثمن خمسة عشر؛ لأنه المذكور أولا وهي العشرة رأس المال والمذكور آخرًا وهي الخمسة ربح فقد استربح على العشرة خمسة، وكذلك لو قال يربح الدرهم نصف درهم؛ لأن المذكور أولا وهو الدرهم رأس المال والمذكور آخرًا وهو نصف درهم ربح فقد استربح على كل درهم نصف درهم، فإذا كان جميع رأس المال عشرة كان جميع الربح خمسة.

ولو قال بربح العشرة خمسة عشر يكون الثمن خمسًا وعشرين قياسًا؛ لأن المذكور آخرًا الربح فقد سمي الربح خمسة عشر فيجب أن يكون الربح خمسة عشر، كما لو قال تربح العشرة خمسة عشر، أو قال عشرة وخمسة، وفي الاستحسان يكون خمسة عشر؛ لأن الناس يريدون بهذا اللفظ في العرف أن يكون الربح على رأس المال خمسة ويكون الربح مع الثمن خمسة عشر ويذكرون العشرة مرّة أخرى مع الربح تكرارًا للعشرة التي هي رأس المال، ألا ترى أنه لو قال: أبيعك هذا بربح ده يازده، يريد به أن يكون الربح على العشرة درهما لا أن يكون الربح على رأس المال أحد عشر، وحقيقة الكلام ينزل بالعرف، وكذلك لو قال بربح العشرة أحد عشر ونصف كان الربح درهم ونصف.

ولو قال بربح العشرة عشرة وخمسة أو خمسة وعشرة كان الثمن خمسة وعشرين؛ لأنه لا عرف في هذا أنهم يريدون بذكر العشرة مرّة أخرى تكرار رأس

المال وحقيقة الكلام أن يكون المذكور إجراء كلمة ربح؛ لأنه جعل العشرة ربحًا ثم عطف الخمسة عليها فصار زيادة على الربح المذكور أولا فكان هذا في العرف والحقيقة عبارة عن كون الربح خمسة عشر سواء الثمن.

ولو قال بوضيعة الدرهم درهم فالثمن خمسة نصف ما اشتراه؛ لأنّه لو باعه بربح درهم درهم كان الربح نصف الجملة فكذلك في الوضيعة يكون المطروح نصف رأس المال؛ لأنه كان طارحًا من كل درهما درهما وطرح الكل غير ممكن؛ لأنه يبقى البيع بلا ثمن فلا يصح البيع ومتى تقدر العمل بحقيقة هذا الكلام في طرح الكل عملنا بحقيقته في طرح البعض وذلك أن يكون المطروح مثل نصف رأس المال عملًا بما يقتضيه حقيقة اللفظ بقدر الإمكان.

ولو قال بوضيعة الدرهم درهمين كان الثمن ثلاثة وثلثًا؛ لأنه لو باعه بربح درهم كان الربح مثلي رأس المال عشرين، فإذا باعه بوضيعة درهم درهمين كانت الوضيعة ثلثي الثمن ليكون مثلهما ثلثي العشرة ستة وثلثين فيطرح ذلك ويبقى ثلثه وثلث وقس عليه أمثاله وقال بوضيعة الدرهم نصف درهم كان الثمن ستة وثلثي ونحوه.

ولو كان رأس المال ألف نيسابورية فاشترى به عبدًا ثم باعه بألف من وزنه، وقال: اشتريته بألف نيسابورية وأبيعك مرابحة مائة فعلى المشتري ألف نيسابورية ومائة من وزنه؛ لأنه أطلق الربح ولم يذكره مضافًا إلى رأس المال ليصير شارطا الربح من صفة رأس المال مقتضى الإضافة ومطلق ذكر اسم الثمن ينصرف إلى النقد المتعارف في البلد كما لو أطلق وذكر الثمن.

ولو قال: تربح العشرة أحد عشر كان الثمن والربح، نيسابورية؛ لأنه ثبت في إضافة إلى رأس المال؛ لأنه شرط الربح مثل عشر الثمن ليكون الثمن والربح أحد عشر وإنما يكون الربح مثل عشر الثمن إذا كان من جنس الثمن فيكون الربح نصفه رأس المال حتى لا يلغو الإضافة، ولو قال بعتكه بوضيعة مائة كانت الوضيعة، نيسابورية؛ لأن الوضيعة حط بعض الثمن وحط الثمن يتحقق من الثمن لا من غيره بخلاف الربح؛ لأنه زيادة على الثمن والزيادة على الثمن كما تتحقق من جنسه تتحقق من خلاف جنسه.

(باب المرابحة بين رب المال والمضارب)

أصله: أن المضارب إنما يبيع المشتري مرابحة على الثمن الذي استتم زواله عن ملك رب المال وعن المضارب، فأمَّا مَا هو زائل من وجه دون وجه فلا يعتبر زائلا في المرابحة احتياطًا، والمرابحة مبنية على الأمانة منفية عن العدد والخيانة كالمكاتب إذا اشترى شيئًا بألف ثم باعه من المولى بألفين فإنه يبيعه مرابحة على ألف؛ لأن الألف الأخرى لم يستتم زواله عن ملك المولى والمكاتب؛ لأنه بقي للمولى فيها حق ملك فلم يعتبر زائلا في بيع المرابحة.

ثم المسائل على قسمين: إما أن كان في البيع الثاني هو المضارب أو ربّ المال.

وكل قسم على أربعة أوجه: إما أن كان في الثمن الثاني أو في المبيع فضل أو لا فضل في كلاهما أو كان في أحدهما فضل في المبيع دون الثمن أو في الثمن فضل دون المبيع.

أما **القسم الأول**: لو اشترى رب المال عبدًا بخمسمائة وباعه من المضارب بألف المضاربة ولا فضل في المبيع والثمن بأن كان قيمة العبد ألف ورأس المال ألف، فإن باعه مساومة باعه كيف شاء، وإن باعه مرابحة باعه على خمسمائة؛ لأن خمسمائة من الثمن لم يستتم زواله باعتبار العقدين؛ لأنه إن زال عن ملك المضارب لم يزل عن ملك رب المال، فإنه كان ملكًا له قبل الشراء من المضارب وإنّما خرج من ملك ربّ المال في ثمن العبد خمسمائة في البيع الأول فيبيعه مرابحة على ما خرج عن ملكه.

ولو اشتراه رب المال بألف وقيمته ألف وباعه من المضارب بخمسمائة ومال المضاربة ألف، فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة، فأمّا إذا كان في المبيع والثمن فضل على رأس المال بأن اشترى رب المال عبدًا بألف قيمته ألفين ثم باعه من المضارب بألفين بعدما عمل المضارب في ألف المضاربة وربح فيها ألفا، فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن ألفًا خرجت عن ملك رب المال بالبيع الأول فلا بد من اعتبارها وخمسمائة من الألف الربح بحصّة رب المال لم يزل عن ملكه؛

لأنها كانت ملكًا له قبل الشراء من المضارب فيجب طرحها بقي خمسمائة أخرى حصة المضارب من الربح لا بد من اعتبارها؛ لأنه يخرج من ملك المضارب إلى رب المال رقبة ويصرفان فيستتم زواله عن ملكه ويملك بإزائه ربع العبد رقبة ويصرفان فيجب اعتبارها فيجب ضم هذه الخمسمائة إلى الألف الخارجة عن ملك رب المال بالبيع الأوّل فصارا ألفا وخمسمائة فيبيعه مرابحة على ذلك، وكذا لو اشترى رب المال عبدًا بخمسمائة قيمته ألفان فباعه من المضارب بألفين، فإنه يبعه مرابحة على ألف؛ لأنه خرج من ملك رب المال من ثمنه خمسمائة واعتبرت في المرابحة وخمسمائة حصة المضارب من الربح خرجت من ملك إلى ملك رب المال وملك المضارب بإزائها ربع العبد فوجب اعتبارها وما زاد عليها وهو ألف ملك رب المال قبل البيع وبعده خمسمائة رأس ماله وخمسمائة ربح لم يخرج عن ملك أحد فلم يعتبر فبقي المعتبر ألف فيبيعه مرابحة على ألف، فأمّا إذا كان في الثمن فضل على رأس المال ولا فضل في المبيع بأن اشترى رب المال عبدًا بألف قيمته ألف باعه من المضارب بألفين، فإنه يبيعه مرابحة على ألف؛ لأن ألفا زال عن ملك رب المال وعن المضارب رقبة وتصرفًا واستتم زواله باعتبار البيعين ولا بد من اعتبارها وخمسمائة من الألف الباقية حصة رب المال لم يستتم زوالها عن ملكه لأنها كانت ملكًا قبل الشراء وبعده رقبة وخمسمائة أخرى حصّة المضارب إن خرجت عن ملكه، إلا أنه لم يملك من زوالها شيئًا من رقبة العبد، فإن جميع العبد مشغول برأس المال فلا فضل فيه، وإنما استفاد بزوالها ملك التصرف وإذا لم يملك المضارب بحصته شيئًا من العبد لا تعتبر حصته من المرابحة، وجعل كأنها كانت كمن اشترى عبدًا وزاد الأجنبي للبائع خمسمائة وسلمها إلى البائع فالمشتري يبيعه مرابحة على ألف ولا يبيع مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأنه لم يملك بتلك الخمسمائة شيئًا من العبد.

ولو اشتراه رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألفين يبيعه مرابحة على خمسمائة؛ لأن خمسمائة خرجت عن ملك رب المال فلا بد من اعتبارها بقي ألف وخمسمائة وألف كانت ملك رب المال خمسمائة من مال رأس المال وخمسمائة ربح وخمسمائة إن زال عن ملك المضارب إلا أنه لم يستفد بإزائها شيئًا من رقبة

العبد فلا تعتبر، فإما إذا كان في المبيع فضل دون الثمن بأن كان العبد يساوي ألفًا وخمسمائة فاشتراه رب المال بألف فباعه من المضارب بألف يبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين وخمسين؛ لأن ألفًا خرجت عن ملك رب المال باعتبار البيعين فاعتبر نفي ألف فخمسمائة منها حصة رب المال لم يزل عن ملكه فلم يعتبر وخمسمائة حصّة المضارب من الربح فلم يملك بها إلا مائتين وخمسين؛ لأن الربح نصفه في العبد مائتان وخمسون واعتبر ذلك العدد مع الألف.

وأما **القسم الثاني** والوجه الأول منه وهو ما إذا لم يكن فضل في المبيع والثمن بأن اشترى المضارب عبدًا قيمته ألف فباعه من رب المال بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة؛ لأن الخمسمائة التي نقدها المضارب الأجنبي خرجت عن ملك رب المال والمضاربة وخمسمائة أخرى لم يزل عن ملك رب المال رقبة فلم تستتم زوالها عن ملكه فلم تعتبر زائلة، وإن كان فيهما فضل بأن اشترى المضارب عبدًا يساوي ألفين بألف فباعه رب المال بألفين، فإنه يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأنه استتم زوال ألف وخمسمائة عن ملك رب المال برئ المضارب ونقدها الأجنبي، ألف من رأس المال وخمسمائة حصة المضارب من الربح؛ لأنه استفاد بإزائها ربعا من رقبة العبد بقيت خمسمائة حصّة رب المال من الربح ملكًا له رقبة وصار كما لو كان المشتري هو المضارب من رب المال، وإن كان الفضل في الثمن دون المبيع بأن اشترى المضارب عبدًا بألف قيمته ألف باعه من رب المال بألفين يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأنه زال عن ملك رب المال ألف وخمسمائة ألف يشري المضارب وخمسمائة بشرائه وهو حصة المضارب من الربح وقد ملك بإزائها عبدًا رقبة وتصرفًا إلا أنه ملك الرقبة يشري المضارب وشراؤه كشرائه بنفسه؛ لأنه وكيله وملك التصرف بشرائه من المضارب، ولو اشتراه المضارب بخمسمائة فباعه من رب المال بألفي درهم باعه رب المال مرابحة بألف وتخريجه على نحو ما مرّ، وإن كان الفضل في المبيع دون الثمن بأن اشترى عبدًا بألف قيمته ألفين ثم باعه بألف من رب المال فإنه يبيعه مرابحة على ألف؛ لأن الزائل عن ملكه هذا القدر كما لو كان المشتري هو المضارب فالحاصل في هذه المسائل أنه متى كان شراء المضارب بأقل الثمنين، فإن كان للمضارب حصّة ضمها إلى أقل الثمنين ومتى اشترى رب المال باعه على أقل الثمنين ويضم إليه حصة المضارب.

ولو ملكه رب المال بغير شراء فباعه من المضارب لا يبيعه مرابحة حتى يتبين أنه اشتراه من رب المال؛ لأن المضارب يبيعه لرب المال ورب المال لم يملك بيعه مرابحة فكذا المضارب، وذلك لأن الثمن إن زال عن المضارب لم يزل عن ملك رب المال فلا يعتبر زائلا احتياطا. اشترى المضارب عبدًا بألف وباعه من رب المال بألفين ثم باعه رب المال من أجنبي مساومة بثلاثة آلاف ثم اشتراه المضارب من الأجنبي بألفين لم يبعه مرابحة عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعندهما: يبيعه مرابحة على ألفين وهذا بناء على أنه يطرح الربح الحاصل للمشتري الآخر من الثمن الآخر في العقد المتوسط عنده، وعندهما لا يطرح كما في مسألة جرت في البيوع وهي ما إذا اشترى ثوبًا بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة، فإنه لا يبيعه مرابحة عند أبي حنيفة، وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة؛ لأن عنده إذا طرح الربح من هذا الثمن لم يبق من ثمنه شيء، وعندهما لا يطرح الربح وفي مسألتنا الربح ألفي درهم خمسمائة ربح المضارب؛ لأنه لما باعه من رب المال فقد ربح ألفا فيكون خمسمائة ربحًا للمضارب وألف وخمسمائة ربح لرب المال؛ لأنه لما باعه من الأجنبي بثلاثة آلاف ربح فيه ألفًا وخمسمائة؛ لأن رأس ماله كان ألفا وخمسمائة ألف ثمن ما اشتراه المضارب وخمسمائة حصّة المضارب من الربح وخمسمائة التي هي حصة رب المال من الربح فغير معتبره؛ لأنها كانت ملكًا له قبل الشراء وبعده فكان الربح ألفا وخمسمائة، فإذا ضمت إلى ربح المضارب صار ألفين فالمضارب لما اشتراه من الأجنبي بألفين صار مشتريا لنفسه، ولرب المال فيطرح الربح الحاصل في العقد المتوسط من الثمن الآخر فلم يبق من الثمن شيء فلا يبعه مرابحة وعندهما لا يطرح الربح من الثمن الآخر فيبيعه مرابحة على الثمن الآخر وذلك ألفان.

ولو باعه المضارب من رب المال بألف وخمسمائة وباعه رب المال من الأجنبي بألف وستمائة ثم الأجنبي من المضارب بألفين من المضاربة يبيعه المضارب على ألف وأربعمائة عند أبي حنيفة وعندهما على ألفين؛ لأن ربح المضارب في البيع الأول مائتان وخمسون وربح رب المال في بيعه من الأجنبي

ثلاثمائة وخمسون كل رأس ماله في هذا البيع ألف ومائتان وخمسون ألف ثمن ما اشتراه المضارب ومائتان وخمسون كان مستربحا حصة المضارب من الربح، فأمَّا المائتان والخمسون الباقية كانت ملك رب المال قبل الشراء وبعده فلم يعتبر ملك، فإذا باعه من أجنبي بألف وستمائة فقد ربح ما زاد على ألف ومائتين وخمسين وذلك ثلاثمائة وخمسون، فإذا ضممت ربح رب المال إلى ربح المضارب يصير كله ستمائة فيطرح ربحهما من الألفين فيبقى ألف وأربعمائة فيبيعه مرابحة على ذلك. عبد اشتراه المضارب بألف وولاه رب المال ثم باعه رب المال من أجنبي مرابحة بألف وخمسمائة ثم اشتراه المضارب مرابحة بألفين ثم حط رب المال عن الأجنبي ثلاثمائة وهو الخمس يحط الأجنبي عن المضارب الخمس وذلك أربعمائة ويبيعه المضارب مرابحة على ألف ومائتين عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يبين وعندهما يبيعه مرابحة على ألف وستمائة؛ لأن رب المال كان ربح فيه خمسمائة فلما حط عن الأجنبي ثلاثمائة كان الحط من جميع الثمن ورأس المال ألف والربح خمسمائة فينقسم المحطوط عليهما أثلاثا ثلثاه من رأس المال وثلثه من الربح فيكون المحطوط عن الربح مائة فيبقى من ربحه أربعمائة فيطرح من الثمن يبقى من الثمن ألف وستمائة، ثم يجب على الأجنبي أن يحط عن المضارب مثل ذلك؛ لأن من باع شيئًا مرابحة ثم حط عن المشتري بعض الثمن، فإنه يحط عن مضاربه مثل ذلك فيحط عن ثمن الأجنبي أربعمائة ثم يطرح أيضًا عن ثمن المضارب بربح رب المال وذلك أربعمائة وإذا طرح أربعمائة من ألف وستمائة يبقى ألف ومائتان وعندهما لا يطرح ربح رب المال هل يطرح ما يحط عن الأجنبي وذلك أربعمائة يبقى ألف وستمائة.

ولو حط المضارب عن رب المال مائتين ولم يحط رب المال شيئًا عن الأجنبي والمسألة بحالها باعه مرابحة على ألف ومائتين عند أبي حنيفة، وعندهما على ألف وستمائة؛ لأنه لما حط المضارب عن رب المال مائتين وجب على رب المال أن يحط تلك المائتين عن الأجنبي وحصّتهما من الربح وهي مائة مثل نصفها؛ لأن جميع الثمن ألف وخمسمائة ألف منها رأس ماله وخمسمائة ربح فكان حصة كل

جزء من رأس المال مثل نصفه من الربح فيكون حصة المائتين من الربح مائة فيكون المحطوط من الأجنبي ثلاثمائة فوجب على الأجنبي أن يحط عن المضارب ثلاثمائة وحصتها من الربح وهي مائة؛ لأنه باع من المضارب بشرط أن يكون الربح مثل ثلث الثمن وإذا حط أربعمائة عن المضارب بقي العبد في يد المضارب بألف وستمائة ويجب على المضارب أن يحط ما ربح رب المال أيضًا وهو أربعمائة فيكون الجملة المطروحة ثمانمائة فيبقى ألف ومائتان فيبيعه مرابحة عليهما وعندهما ما يطرح عن المضارب ما حط الأجنبي عنه وذلك أربعمائة ولا يطرح ما ربح رب المال فيه فيبيعه مرابحة على ألف وستمائة.

(باب المبايعة بين المضاربين)

دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، ودفع إلى آخر أيضًا كذلك فاشترى أحدهما عبدًا بخمسمائة فباعه من الآخر بألف فهو على قسمين: إما أن اشترى واحد بمال المضاربة خاصة أو بمال المضاربة ومال نفسه.

وكل قسم على وجهين: إما أن كان في مال المضاربة فضل أو لا فضل فيه، فإن اشتراه بمال المضاربة خاصة ولا فضل فيه بأن اشتراه بخمسمائة وباعه من الآخر بألف باعه الآخر مرابحة على أقل الثمنين خمسمائة؛ لأن شراء المضارب الثاني من صاحبه كشراء رب المال لنفسه؛ لأن المضارب مشتريه له، ولو اشتراه رب المال من المضارب بألف باعه مرابحة على خمسمائة؛ لأن الخمسمائة خرجت عن ملكه في ثمن العبد رقبة وتصرفًا وملك بإزائها عبدًا رقبة وتصرفًا فاستتم زوالها فيجب اعتبارها فأمّا الخمسمائة الأخرى لم تزل عن ملك رب المال، فإنه كانت ملكًا له قبل الشراء وبعده فلم يعتبر.

وأما **القسم الثاني**: إذا اشتراه المضارب الثاني بألف المضاربة وبألف من ماله باعه مرابحة على ألف ومائتين وخمسين؛ لأن المضارب الثاني اشترى نصف العبد لنفسه ونصفه للمضاربة؛ لأنه يعد ألفًا من ماله وألفًا من المضاربة بالألف المنقودة من ماله استتم زواله عن ملكه رقبة وتصرفًا فوجب اعتبارها فله أن يبيع هذا النصف مرابحة على ألف.

وأما النصف الآخر فقد استتم زوال مائتين وخمسين عن ملك رب المال وعن المضارب الأوّل؛ لأن المضارب الأول كأن اشترى جميع العبد بخمسمائة فكان كل نصف مائتين وخمسين فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين.

ولو دفع إلى أحدهما ألفًا وإلى الآخر ألفين فاشترى صاحب الألف عبدًا بها وباعه من صاحب الألفين بألفين باعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن ألف درهم رأس مال الأول وألف ربح يطرح الخمسمائة التي هي حصّة رب المال من الربح؛ لأنها لم تزل عن ملكه وتعتبر الخمسمائة التي هي حصة المضارب الأول من الربح.

ولو كان الأول اشتراه بألفين باعه مرابحة على الأول لما بينا كذا المضارب؛ لأنه بمنزلة رب المال.

ولو اشترى الأول بألف المضاربة ثم باعه من الثاني بثلاثة آلاف ألفان من المضاربة وألف من ماله باعه مرابحة على ألفين وسدس ألف؛ لأن المضارب الثاني اشترى ثلث العبد لنفسه خاصة بألف فيبيعه مرابحة على ذلك وثلثي العبد بألفين للمضاربة وقد خرج عن ملك رب المال بقدر ألف وسدس ألف؛ لأن المضارب الأول اشترى ثلثي العبد بثلثي الألف ستمائة وستة وستين وثلثين وهذا رأس ماله فاعتبر كله؛ لأنه خارج عن ملك رب المال وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث قيمة الألف التي هي رأس المال لا يعتبر؛ لأنه ملك رب المال بقي ألف ربح خمسمائة منها ربح المضارب الأول على الثاني فاعتبرت وخمسمائة ربح رب المال فلا يعتبر؛ لأنه لم يزل عن ملكه وإنه كان ملكًا له قبل الشراء وبعده فصار المعتبر ألفين ومائة وستين وثلثين.

ولو كان الأول اشتراه بخمسمائة من المضاربة والمسألة بحالها باعه الثاني مرابحة على ألف وخمسة أسداس الألف؛ لأنه اشترى ثلث العبد من ماله خاصّة فاعتبر كله. اشترى ثلثي العبد بألفي المضاربة والأول اشتراهما بثلثي الخمسمائة وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فاعتبر ذلك كله؛ لأنه خرج عن ملك المال وما زاد على هذا إلى تمام الألف غير معتبر في المرابحة؛ لأنه تمام رأس مال المضاربة

يبقى ألف خمسمائة ربح المضارب الأول فيعتبر وخمسمائة ربح رب المال لا يعتبر فكان جملة ما اعتبر ألف وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا.

ولو اشترى الأول بألف من ماله وخمسمائة من المضاربة عبدًا وباعه من الثاني بثلاثة آلاف ألف من ماله وألفين من المضاربة باعه مرابحة على ألفين وثلثي الألف؛ لأن المضارب الأول اشترى ثلثي العبد لنفسه وثلثًا للمضاربة والمضارب الثاني. اشترى ثلثه لنفسه وثلثيه للمضاربة؛ لأنه نقد ألفا من ماله وألفين من مال المضاربة وقد خرج ألفي درهم عن ملك رب المال وعن المضارب الثاني؛ لأنها صارت ملكًا للمضارب الأول رقبة وتصرفًا؛ لأن ثلث العبد ملكه فيملك ثمنه وذلك ألفين فيبيع ثلثي العبد مرابحة على ألفين، وإن اشترى الثاني سهمين من ذلك لنفسه وأربعة أسهم للمضاربة، وأما ثلث العبد الذي اشتراه الأول للمضاربة فثلث هذا الثلث الذي اشتراه المضارب والثاني لنفسه بثلث الألف وذلك بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وقد خرج هذا القدر عن ملك المضارب الثاني وملك بإزائه سهمًا من العبد فيبيع سهمًا من هذه الثلاثة مرابحة على ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وثلث هذا الثلث اشترى المضارب الثاني بثلثي ألف وذلك بستمائة وستة وستين وثلثين والمضارب اشترى ذلك بثلثي الخمسمائة وذلك بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث فيبيع سهمين من هذا الثلث مرابحة على ذلك؛ لأنه أقل الثمنين والجملة المعتبرة من الثمن ألفان وستمائة وستة وستون ألفان ثمن ثلثي العبد الذي كان للمضارب الأول خاصة وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ثمن الثلث الذي اشتراه المضارب الثاني لنفسه وذلك أقل الثمنين لثلاثين من هذا الثلث الذي اشتراه الثاني للمضارب.

ولو اشتراه الأول بألف المضاربة وخمسمائة من ماله ثم باعه من الثاني بألفي المضاربة فألف من ماله باعه على ألفين وخمسمائة؛ لأن الأول اشترى ثلث العبد لنفسه وثلثيه للمضاربة.

وكذلك المضارب الثاني فثمن ثلث الذي اشتراه الأول لنفسه وذلك ألف استتم زواله عن ملك رب المال فاعتبرناها فأمّا ثلثا الذي اشتراه الأول للمضاربة فثلثه

اشتراه المضارب الثاني لنفسه؛ لأن الثلث الذي اشتراه لنفسه شائع في جميع العبيد فثمن ثلث هذين الثلثين وذلك ثلث الألفين معتبر؛ لأنه خرج عن ملكه وثمن ثلثي الذي اشتراه للمضاربة وذلك ثلثا الألفين وكان الأول اشتراه بستمائة وستة وستين وثلثين فيعتبر هذا؛ لأنه أقل الثمنين وما زاد إلى تمام الألف وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث تمام رأس المال لا يعتبر بقي ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون ربح فنصف الأول يعتبر ونصف ربح المال لا يعتبر فصارت الجملة المعتبرة ألفين وخمسمائة لو اشتراه الأول بألف من ماله وخمسمائة من المضاربة وباعه من الثاني بألفين من ماله وألف من المضاربة باعه بألفين وخمسة أسداس الألف؛ لأن المضارب الأول اشترى ثلثي العبد لنفسه وباعهما بألفين بعضه للمضارب الثاني وبعضه لرب المال واعتبر ألفان، واشترى الأول ثلثه للمضاربة بخمسمائة وباع ثلثيه من الثاني خاصة بثلثي الألف فاعتبر وباع ثلثه من الثاني للمضاربة بثلث الألف بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين والأول اشتراه بثمانية وستة وستين وثلثين فيعتبر أقل الثمنين فالجملة المعتبرة مرة اعتبرنا ألفي درهم ومرة ستمائة وستة وثلثين ومرّة مائة وستة وستين وثلثين فالجملة كانت مائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا وذلك ألفان وخمسة أسداس الألف.

ولو اشترى بألف المضاربة وخمسمائة من ماله وباعه من الثاني بثلاثة آلاف ألفان للمضاربة وألفان من ماله باعه على ألفين وثلثي الألف وهو الصحيح وذكر في الأصل يبيعه على الألف وخمس أسداس وهو سهو وقع من الكاتب؛ لأن الأول اشترى ثلثه لنفسه وباع الثاني بألف من ماله ومال المضاربة جميعًا؛ لأنه شائع في الكل فاعتبر كل الألف؛ لأن ما كان جاز من ملك المضارب الأول فشراء المضارب الثاني منه للمضاربة وشراه من الأجنبي سواء واشترى المضارب الثاني ثلثي الثلثين الباقيين لنفسه بثلثي الألفين وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ولا بد من اعتباره واشترى ثلث الثلثين من مضاربة بثلث الألفين وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وكان المضارب الأول اشتراه بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث واعتبر أقل الثمنين وهو ما اشتراه الأول فصار المعتبر من الثمن مرة ألف ومرة ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا ومرة بثمان وثلاثة وثلاثين وثلث فجعلناه ألفين وستمائة

وستة وستين وثلثين وهذا كله إذا لم يكن في المضاربة ربح، وإن كان في المضاربة ربح بأن دفع إلى كل واحد ألفا فعمل أحدهما وصارت ألفين فاشترى الآخر بألفه عبدًا وباعه بألفين المضاربة وقيمته ألفان باعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن ألف درهم ثمن العبد وخمسمائة حصة المضارب من الربح فاعتبرناهما بخروجهما عن ملكهما رقبة وتصرفًا وخمسمائة حصة رب المال من الربح لم يعتبرها لأنها بقيت ملكًا له قبل الشراء وبعده وطرحنا خمسمائة فبقي المعتبر ألفان وخمسمائة.

ولو اشتراه الأول بخمسمائة من المضاربة وخمسمائة من ماله والمسألة بحالها باعه مرابحة على ألف وخمسمائة؛ لأن المضارب الأول اشترى نصف العبد لنفسه خاصّة وباع ذلك النصف من المضارب الثاني بألف المضاربة فاعتبر هذا الألف كلها لخروجها عن ملك رب المال، وأما النصف الثاني فالأول اشتراه بخمسمائة المضاربة وقد اشتراه الثاني بألف المضاربة فخمسمائة منها معتبرة لأنها خرجت عن ملك رب المال وخمسمائة منها مطروحة لأنها تمام رأس مال المضاربة الأولى في العبد؛ لأنه لا ربح للمضارب إلا بعد تمام رأس المال فالحاصل أنه يبيع النصف الذي للمضارب الأول مرابحة على ألف والنصف الذي للمضاربة يبيعه على خمسمائة فيكون الجملة ألفًا وخمسمائة.

ولو كان الأول اشتراه بألف من ماله وخمسمائة من المضاربة والمسألة بحالها باعه مرابحة على الألف وخمسة أسداس ألف؛ لأن الأول اشترى ثلثيه لنفسه خاصة وباعهما من الثاني بثلثي الألفين فاعتبر جميعه وقد اشترى الأول ثلثه بخمسمائة للمضاربة وباعه من الثاني بثلث الألفين ستمائة وستة وستين وثلثين فيبيعه مرابحة على أقل الثمنين وهي خمسمائة لأنها هي الخارجة عن ملك رب المال.

وأما الزيادة على الخمسمائة وستة وستين وثلثين بعض ما يتم به رأس المال؛ لأن المضارب الأول إنّما باع الثلث الذي اشتراه للمضاربة بأقل من رأس مال المضاربة فلا يعتبر الزيادة على الخمسمائة، فصارت الجملة المعتبرة ألفًا وثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا وذلك ألف وخمس أسداس ألف وكذلك لو اشتراه بخمسمائة

من ماله وألف من المضاربة؛ لأن الأول اشترى ثلث العبد لنفسه وباعه من الثاني بثلث الألفين ستمائة وستة وستين وثلثين فاعتبر كله واشتراه الأول ثلثي العبد بألف المضاربة وباعه من الثاني بثلثي الألفين وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث والألف خارجة عن ملك رب المال فاعتبرت وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ربح؛ لأنه فضل على رأس المال نصفها لرب المال فلم يعتبر؛ لأنه لم يزل عن ملكه ونصفها للمضارب الأول فاعتبر وهو مائة وستة وستون وثلثان فصار المعتبر من الثمن مرّة ستمائة وستة وستين وثلثين ومرة ألف ومرّة مائة وستة وستين وثلثين فجملته ألف وثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث.

(**المنتقى**): رجل أعطى رجلًا ألفا مضاربة فاشترى بخمسمائة منها عبدًا فأسره أهل الحرب فاشتراه منهم بالخمسمائة الباقية، فإنه يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ويقاسم الربح على ألف.

ولو اشتراه منهم رجل آخر بخمسمائة فأخذه المضارب منه بذلك يبيعه مرابحة على الثمن الأول؛ لأنه في هذا أحق به من المشتري.

ولو اشترى بجميع مال المضاربة عبدًا فاشتراه أهل الحرب واشتراه منهم بطلت المضاربة وشراه لنفسه؛ لأنه هلك مال المضاربة بالأسر، ولرب المال أن يأخذه منه إن شاء، فإن أخذه عاد في المضاربة؛ لأنه حتى مال المضاربة فعادت المضاربة ويبيعه مرابحة على الثمن الأول ويقاسم رب المال على ألفين.

ولو اشترى بألف المضاربة عبد فأسره أهل الحرب، ثم إن رب المال أعطاه ألفا فقال اِفده بها فاشتراه بها من أهل الحرب أو أخذه من إنسان قد اشتراه منهم بذلك، فإنه يبيعه مرابحة في الباب الأول على الثمن الآخر وفي الباب الثاني على الثمن الأول.

ولو أعطاه ألفًا مضاربة ثانية لا ليفديه بها فاشتراه بها من أهل الحرب باعه مرابحة على الثمن الآخر ويقاسم الربح على الثمن الآخر وهذه مضاربة جديدة سوى تلك.

ولو أنه أخذه بها من يدي رجل قد اشتراه منهم باعه مرابحة على الثمن الأول

وقاسم الربح على ألفين؛ لأنه إذا أخذه بحق الملك الأول عاد على المضاربة الأول.

(باب هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعده)

وإذا هلك المال قبل التصرف بطلت المضاربة؛ لأنه فات محل العقد؛ لأنه انعقد على هذا المال المعين فالقول قول المضارب في الهلاك مع يمينه؛ لأنه أمين بمنزلة المودع.

ولو استهلك المضارب رأس المال أو أنفقها أو أعطاه رجلًا فاستهلكه لم يكن له أن يشتري على المضاربة شيئًا؛ لأنه صار مضمونا عليه بالتعدي ومن حكم المضاربة أن يكون أمينا لا ضمينا، فإن أخذه من الذي استهلكه كان له أن يشتري على المضاربة رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه أخذ بدل المضمون وهذا مبادلة فصار كما لو باعه وأخذ ثمنه.

ورُوي عن محمد: أن المضارب إذا أقرض رجلا، فإن رجعت إليه الدراهم بعينها رجعت إلى المضاربة؛ لأنه يعود أمينا كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، وإن أخذ مثلهما لم يرجع؛ لأن الضمان قد استقر بهلاك عينها فلا يبرأ عن الضمان وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان.

ولو اشترى بألف المضاربة ثيابا وقبضها ولم ينقده الألف حتى ضاعت يرجع على رب المال بألف أخرى فيكون رأس المال ألفين؛ لأن رب المال دفع ألفين على جهة المضاربة، وكذلك كلما هلك قبل النقد ويكون رأس ماله جميع ما عزم مع الألف فرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء إذا اشترى وقبض الثمن من الموكل ثم هلك قبل أن ينقده البائع لم يرجع على الموكل ثانيًا والفرق بالشراء كما وجب للبائع على الوكيل الثمن وجب للوكيل على الموكل أيضًا؛ لأنه في حق الحقوق كأنه اشترى لنفسه ثم باعه من يوكله، ولهذا يملك جنس المبيع من الموكل ليستوفي الثمن منه، فإذا استوفى حقه من الموكل لم يبق له الحق أصلًا فلا يملك الرجوع ثانيًا، فأمَّا المضارب فلا يجب له على رب المال دين إذ لو وجب له عليه دين لصار

نقصا لدينه فيصير ما قبضه مضمونا عليه والمضارب لا يصلح ضامنًا بحال ما فيكون قبضه بجهة الأمانة دون الاستيفاء فيه وقبضه في المرة الثانية أمانة لقبضه في المرة الأولى سواء وإنما اعتبرنا الكل من رأس المال؛ لأن عقد المضاربة لتحصيل الربح، فإذا لم يعتبر ما ضمن المضارب من رأس المال يخسر رب المال ويربح المضارب وهذا لا يجوز، وكذلك لو ادعى المضارب أنه نقد الألف وأنكر البائع يرجع على رب المال بألف درهم؛ لأن إقراره بأنه نقد البائع لا يجعل المال مضمونا عليه فلا يمنع رجوعه على رب المال بخلاف الوكيل إذا أقر أنه نقد الألف للبائع وجحده البائع غرمها الوكيل من ماله؛ لأن أقر باستيفاء ما وجب على الموكل فلا يرجع به على الموكّل ثانيا.

ولو تصرف المضارب في ألف المضاربة حتى صارت ألفين فاشترى بهما جارية قيمتها ألفان فهلكت الألفان قبل أن ينقد رجع على رب المال بألف وخمسمائة ويضمن المضارب خمسمائة ويكون ربع الجارية له ويخرج من المضاربة والباقي على المضاربة؛ لأنه اشترى ثلاثة أرباع الجارية لرب المال؛ لأن ثلاثة أرباع الثمن كانت مملوكة لرب المال فكان ضمان مملوكه عليه وربعها اشتراه لنفسه؛ لأن ربع الثمن كان ملكا؛ لأنه حصته من الرّبح فكان ضمان هذا الربع عليه وخرج من المضاربة؛ لأن حق المضارب لا يظهر إلا في الربح، والربح لا يتحقق إلا بعد القسمة وإذا قسم لا يجوز أن يكون للمضارب رأس مال في المضاربة، فأمّا ثلاثة الأرباع بقيت على المضاربة؛ لأن ضمان رب المال لا يخرجه من المضاربة؛ لأن رأس ماله على حاله، فإن باعها بخمسة آلاف كان ثمن الربع وثلاثة أرباعه على المضاربة يأخذ رب المال منه رأس ماله ألفين وخمسمائة والباقي بينهما على الشرط؛ لأن رأس مال هذه المضاربة ألفان وخمسمائة يأخذ رب المال ذلك أولا والباقي يكون ربحًا بينهما على الشرط. اشترى بألف المضاربة جارية قيمتها ألفان ولم ينقد الثمن حتى باعها بألفين وقبض الثمن ولم يسلم الجارية حتى هلك كله، فهذا لا يخلو من أربعة أوجه:

إمّا أن هلكت الأموال كلها معًا أو هلكت الألف الأولى أولًا ثم هلكت الجارية

والمال الثاني وهي ألفان معًا، أو متعاقبًا أو هلكت الجارية ثم هلك المال الأول والثاني معًا متعاقبًا أو هلك المال الثاني أولا ثم هلكت الجارية والمال الأول معًا أو متعاقبا. أمَّا إذا هلكت الأموال كلها معًا ضمن المضارب ثلاثة آلاف ألف لبائع الجارية وألفان لمشتريها؛ لأن المبيعة هلكت قبل التسليم ورجع على رب المال بألفين وخمسمائة؛ لأنه اشترى جميع الجارية لرب المال؛ لأنه حين اشتراها لم يكن في المضاربة ربح فكان جميع ثمنها على رب المال فلما باعها بألفين صار بائعا ثلاثة أرباعها لرب المال وربعها لنفسه؛ لأن المستحق بثمن هذه الجارية لبائعها الألف التي كانت رأس المال فكانت الجارية فارغة عن الدين وقيمتها ألفان فتكون ألف منها رأس المال وألف ربح بينهما نصفين فيكون ثلاثة أرباعها ملك رب المال فيرجع المضارب بضمانها عليه؛ لأن المضارب عامل له وربعها ملك المضارب فكان ضمانًا عليه؛ لأنه عامل لنفسه.

وأما إذا هلك الألف الأولى أولا ثم هلكت الجارية والمال الثاني معًا أو متعاقبًا فالثلاثة آلاف كلها على رب المال؛ لأنها لما هلكت الألف الأولى صارت تلك الألف دينًا في المضاربة؛ لأنها ثمن الجارية المشتراة للمضاربة فيصير ألف من الجارية مضمونة بالدين وألف منها رأس المال ولا يبقى للمضارب ربح؛ لأن الربح ما بقي بعد قضاء الدين واستيفاء رأس المال فظهر أنه لم يكن للمضارب في الجارية شركة فصار كلها ملكًا لرب المال فصار ضمان كلها عليه، بخلاف ما لو هلكت الأموال معًا؛ لأنها هلكت قبل وجوب الدين فيه وكان للمضارب فيه ربح فغرم المضارب ذلك القدر فأمّا إذا هلكت الجارية أولًا ثم المالان معًا أو متعاقبًا فعلى رب المال ألفان وخمسمائة وعلى المضارب خمسمائة؛ لأنه بهلاك الجارية لم يلحق المضارب دين؛ لأن ثمن الجارية قائم في يدي المضارب وبقي ألف رأس المال فأمكنه بعث ثمنها إلى بائعها وأمكنه رد ألفي الدين اللذين قبضهما في ثمن الجارية إلى مشتريها فلم يلحق المضاربة دين حال قيام الجارية إنما لحق المضارب دين بعد هلاكها وذلك لا يقطع شركة المضاربة دين؛ لأن الجارية هلكت على الشركة فيكون الغرم عليها فصار كما لو هلكت الأموال كلها معًا، وكذلك لو هلك

المال الآخر أولا ثم الجارية والمال الأول؛ لأنه بهلاك المال الثاني لم يلحق المضاربة دين؛ لأن الجارية قائمة بردها على مشتريها والمال الأول قائم بنقده إلى بائعها. الأصل أن المضارب بقدر ما كان عاملًا لرب المال يكون قرار الضمان على رب المال؛ لأنه لحقه الضمان بسبب عمله له فيرجع بالضمان على المعمول له؛ لأنه هو الذي أوقعه فيه فعليه تخليصه، وإخراجه عنه وبقدر ما كان عاملًا لنفسه يكون قرار الغرم على المضارب؛ لأن غنمه له فيكون غرمه عليه. رأس المال ألف فاشترى بها جارية تساوي ألفا وقبضها قبل نقد الثمن فاشترى بالجارية جارية تساوي ألفين وقبضها ولم يدفع الجارية وهلكت الجاريتان والدراهم رجع على رب المال بألفين وخمسمائة ويؤدي من ماله خمسمائة وهي على أربعة أوجه:

الأول: لو هلكت الأموال كلها معًا ورجع على ربّ المال بألفين وخمسمائة من ماله؛ لأن المضارب في شراء الجارية الأولى كان عاملا لرب المال؛ لأنه لا فضل في الثمن ولا في الجارية على رأس المال؛ لأن قيمتها ألف فإذا لحقه غرم بسبب شرائها كان قرار ذلك الغرم على ربّ المال، فأمّا الجارية الأخيرة فربعها كان للمضارب فكان ضمان ربعها عليه وهو خمسمائة وثلاثة أرباعها كان لرب المال ألف رأس ماله وخمسمائة حصته من الربح فكان قرار ضمانها على ربّ المال؛ لأن المضارب في ذلك عامل لرب المال.

والثاني: لو هلكت الألف أولًا ثم هلكت الجاريتان معًا رجع المضارب على رب المال بجميع ثلاثة آلاف؛ لأنه بهلاك الألف لحق المضاربة دين ألف درهم، وليس مال المضاربة في يد المضارب، الجارية الأخيرة وقيمتها ألفان فصار نصفها مشغولا بألف الدين ونصفها مشغولا بألف رأس المال، فلا يبقى للمضارب فيها ربح وملك ومتى انتفى ربح المضارب عنها كانت كلها ملك رب المال فكان جميع الضمان عليه.

والثالث: لو هلكت الجارية الأولى أولا ثم الأخيرة والألف رجع بألفين وخمسمائة كما لو هلكت الأموال كلها معا؛ لأن هلاك الجارية الأولى لم يلحق المضاربة دين لقيام ثمنها في يده وهو ألف والجارية الأخيرة التي هي بدل الأول

أيضًا قائمة في يده وأمكن ردها إلى بائعها، فهلاك الجارية الأخيرة والألف، ولا دين على المضاربة حال هلاكهما فهلكت مشتركة وإنما لحق المضاربة دين بعد هلاكهما، ولحوق الدين بعد هلاك المال من المضاربة لا يقطع الشركة كما لو هلكت الأموال كلها معًا ولذلك لو هلكت الجارية الأخيرة ثم الباقي لما ثبت.

ولو اشترى بألف المضاربة جارية تساوي ألفا وقبضها ولم ينقد الثمن، ثم اشترى بالجارية عبدًا يساوي ألفين وقبضه ولم يدفع الجارية ثم اشترى بالعبد جرابًا هرويًّا يساوي ثلاثة آلاف درهم وقبضه ولم يدفع العبد فهلكت عنده هذه الأشياء الأربعة كلها فهو على خمسة أوجه:

الأول: لو هلكت الأبدان كلها معًا فعلى المضارب ستة آلاف يرجع على رب المال منها بأربعة آلاف وخمسمائة وتؤدى من ماله ألف وخمسمائة، إما بغرم المضارب ستة آلاف ألف منها ثمن الجارية؛ لأنه هلكت في ضمانه وألفان قيمة العبد؛ لأنه فسد العقد بهلاك أحد العوضين وهو الجارية قبل التسليم فلزمه رد بدله وهو العبد وقد عجز عن رده بالهلاك فيضمن قيمته ألفًا وثلاثة آلاف قيمة الجراب؛ لأنه اشتراه بالعبد وقد هلك العبد، وإما يرجع على رب المال بأربعة آلاف وخمسمائة؛ لأنه لا ربح في الجارية ولا في ثمنها فصار مشتريا كلها لرب المال فكان ضمانها عليه وفي العبد ألف ربح، فإن ألفًا منه مشغول برأس المال وألف ما ربح عن الدين وعن رأس المال فيكون ربحًا بينهما نصفين فصار ربعه ملكًا للمضارب فيكون ضمانه عليه وثلاثة أرباعه لرب المال فيكون ضمانها عليه وذلك ألف وخمسمائة، وفي الجراب ألفين ربح؛ لأن ألفًا منها مشغول برأس المال وألفان فارغان فيكون ربحًا لكل واحد ألف فصار ثلث الجراب لرب المال والثلث للمضارب فيكون غرمه عليهما أثلاثا فيرجع على رب المال بألف ثمن الجارية وبألف وخمسمائة من قيمة العبد وألفين من قيمة الجراب فيكون الجملة أربعة آلاف وخمسمائة، وأما إذا هلكت الألف أولا ثم البواقي معًا رجع المضارب على رب المال بخمسة آلاف وخمسمائة وإذا من ماله خمسمائة؛ لأن بهلاك الألف لحق المضاربة دين ألف ومال المضاربة عبد قيمته ألفان وجراب قيمته ثلاثة آلاف وأنهما

جنسان مختلفان فيعتبر كل واحد منهما مشغولا بالدين وبرأس المال فصار العبد كله مشغولا بالدين ورأس المال ألف دين وألف رأس المال فلم يبق في العبد ربح للمضارب فكان غرم العبد كله على رب المال، وأمّا الجراب فثلثاه مشغول برأس المال وثلثه فارغ؛ لأنه بلحوق الدين صار رأس مال المضاربة ألفين، فألفان منها رأس المال فغرم هذين الألفين على رب المال؛ لأنه لا ربح فيها وبقيت ألف ربح فكان نصفه للمضارب فكان نصف الألف على المضارب وضمان نصفه على رب المال وهو خمسمائة.

وأما إذا هلك العبد أولا ثم البواقي معًا رجع على رب المال بأربعة آلاف وخمسمائة؛ لأن بهلاك العبد يلحق المضارب دين؛ لأن بدله وهو الجراب قائم يردها على بائعها والجارية التي هي ثمن العبد قائمة يردها على بائع العبد والألف ثمن الجارية قائم يدفعها إلى بائعها، وكذلك لو هلك الجراب أولا ثم البواقي معًا؛ لأن بهلاك الجراب لم يلحق المضارب دين لأنّ بدله وهو العبد قائم بردّه على بائع الجراب على ما عرف.

فأما إذا هلكت الجارية أولا ثم ما بقي معًا رجع على رب المال بأربعة آلاف وسبعمائة وخمسين؛ لأن الجارية لما هلكت قبل التسليم فسد البيع في العبد؛ لأن هلاك أحد البدلين قبل التسليم في بيع المقابضة يفسد البيع، ووجب على المضارب ردّ العبد إن أمكنه وقد عجز عن رده حين باعه بالجراب، فوجب عليه ردّ قيمته وقيمة العبد ألفان فكانت في القيمة فضل ألف درهم على رأس المال فذلك ربح بينهما نصفين فكان ربع العبد له وثلاثة أرباعه لرب المال فيكون غرمه عليهما على هذا القدر وقد اشترى الجراب بالعبد فصار مشتريًا ربع الجراب لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة فيكون ضمان ربعه عليه وذلك سبعمائة وخمسون وضمان ثلاثة أرباعه على رب المال وذلك ألفان ومائتان وخمسون، وعلى رب المال أيضًا غرم الألف الأولى؛ لأنّها عن الجارية وغرم ثلاثة أرباع قيمة العبد وذلك ألف وخمسمائة فتكون الجملة أربعة آلاف وسبعمائة وستين.

ولو اشترى بالعبد جارية تساوي ألفًا وقبضها ثم اشترى المال الأول معًا فعلى

المضارب ثمن الجارية الأولى ألف درهم وألفان قيمة الجاريتين كل واحدة من الجواري مشغولة برأس المال لا فضل فيها؛ لأن الرقيق أجناس مختلفة فلا يعتبر رأس المال شائعًا فيهما؛ لأنه لا ربح في الجارية الأولى فكان كلها ملك رب المال، فإذا اشترى بها جاريتين صار مشتريًا كلتاهما لرب المال فهذا قول أبي حنيفة وقولهما على رواية هذا الكتاب وعلى رواية كتاب ألفين والدين فعندهما الرقيق جنس واحد فيكون الجواب في الجاريتين كالجواب في الدابتين.

ولو اشترى بالجارية دابتين قيمة كل واحدة منهما ألف، فإن برأس المال يعتبر شائعًا فيهما فيكون خمسمائة من كل واحد منهما ربحًا فيكون غرم خمسمائة على المضارب منهما فكذا هذا.

(باب الشركة والخلط في مال المضاربة)

ولو خلط المضارب مال المضاربة بماله أو بمال غيره ليعمل بهما يضمن إذا لم يقل له رب المال: اعمل فيه برأيك؛ لأن الخلط حصل بغير إذن رب المال؛ لأنه غير داخل تحت المضاربة؛ لأن المضاربة تعقد لإثبات الشركة للمضارب في الربح لا في رأس المال.

ولو كان قال له: اعمل برأيك فله أن يخلط بماله أو بمال غيره؛ لأنه أذن له بالخلط والشركة دلالة؛ لأنه يدخل تحت قوله: اعمل فيه برأيك تجارة لا يملكها المضارب بمطلق المضاربة، والثابت دلالة كالثابت صريحا.

ولو دفعه إلى غيره فقال: اخلطه بمالك هذا أو اخلطه بمالي هذا ثم اعمل بهما فأخذه الرجل فلم يخلطه بماله حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه؛ لأنه بمنزلة الوديعة في يده ما لم يخلطه؛ لأنه دفع إليه ليكون أمانة عنده، وللمضارب أن يودع كما أودعه عند أجنبي أو أبضعه دفع ألفًا مضاربة بالنصف وألفًا بالثلث ولم يقل فيهما اعمل برأيك فخلطهما المضارب قبل العمل ثم عمل فلا ضمان؛ لأن المالين ملك رب المال وهو ممنوع عن خلط ماله بمال غيره لا عن خلط ماله بماله ويقسمان نصف الربح نصفين ونصفه أثلاثا؛ لأن الربح مستفاد من المالين وربح

الألف الأولى مشروط بينهما نصفين وربح الألف الثانية مشروط بينهما أثلاثا.

ولو ربح في أحدهما ووضع في الآخر قبل الخلط لا يدخل في الوضيعة المال الذي فيه ربح؛ لأنّهما مضاربتان، فإن خلطهما بعد ذلك صار ضامنًا للمال الذي وضع فيه لا غير؛ لأنه خلط المال الذي وضع فيه بنصيبه من الربح في المال الأول فقد خلط مال رب المال بمال نفسه وأوجب لنفسه الشركة في أصله بغير إذن رب المال وأنه سبب ضمان، ولا يضمن المال الذي ربح فيه؛ لأنه لم يخلطه بماله وإنّما خلطه بمال رب المال؛ لأن الألف التي ربح فيها ملك رب المال وحصته من الربح أيضًا وقد خلط ذلك بماله أيضًا وهو المال الذي وضع فيه، وهذا الخلط لا يوجب الضمان إلا أن حصة المضارب من الربح لما كانت شائعة في الكل فما من جزء من أجزاء المال الذي ربح فيه إلا وللمضارب فيه شركة وقد خلطه بمال رب المال فيصير ضامنًا المال الذي وضع فيه، والمضارب إنما ملك المال الذي وضع فيه بعد الخلط، فحالة خلط المال الذي وضع فيه خالص ملك رب المال ولم يصر خالطًا ملكه بملك رب المال فلم يضمن إلا مقدار ما ذكرنا، فإن ربح في المال الذي فيه وضيعة فهو للمضارب يتصدق به عندهما؛ لأنه ربح ملكه دفع إليه ألفا للمضاربة بالنصف فاشترى ثمنًا وبألف من ماله جارية ثم خلط الألفين ونقدهما لم يضمن؛ لأن هذا الخلط حصل بإذن رب المال؛ لأن هذا الخلط إنما حصل بسبب شراء المشاع وشراء المشاع داخل تحت المضاربة، ثم إذا خلط مال المضاربة بمال نفسه في المبيع لم يضمن فكذا إذا خلط مال المضاربة بمال نفسه في الثمن بالنقد للبائع؛ لأن كلاهما حاصل بالشراء ولأن المضارب يملك بعد الثمن من مال نفسه وإمساك مال رب المال كالوكيل بقضاء الدين وإذا خلطهما ماله صار كأنه أمسكهما لنفسه وأنه وإن ضمن الألف بالخلط إلا أنه وجب للمضارب على رب المال بالشراء ألف فتقاصًا فإن هلك المال بعد الخلط قبل أن يدفعه إلى البائع ضمن ألف المضاربة للبائع ونصف الجارية على المضاربة؛ لأنه خلط مال المضاربة بماله بغير رضى رب المال فصار ضامنًا وانتقضت المضاربة؛ لأن من شرط قيام المضاربة أن يكون رأس المال أمانة عنده بخلاف ما لو خلط بعد الشراء؛ لأنه صار ضامنًا لرأس المال بعدما

تحولت المضاربة إلى العرض، فلم تنتقض المضاربة كما لو هلك رأس المال بعدما تحولت المضاربة إلى العرض، وكذلك لو اشتراها مع رجل آخر بألف المضاربة وألف من ذلك الرجل ودفعا الألفين قبل أن يخلطا جاز ونصف الجارية على المضاربة ولا ضمان؛ لأن الشركة وقعت حكمًا بالشراء لا بفعل المضارب وهو الخلط، وقد حصل الخلط بسبب مأذون فيه وهو الشراء. دفع ألفًا مضاربة بالنصف يعمل فيها برأيه فعمل فيها فربح القائم أعطاه ألفًا أخرى مضاربة بالثلث وأن يعمل برأيه فخلط خمسمائة من هذه الألف بالمضاربة الأولى ثم هلكت منها ألف فعند أبي يوسف الهالك ربح المال الأول.

وعند محمد يهلك من الكل بحسابه فينقسم على قدر المالين أخماسًا أربعة أخماس الهالك من الأول وخمسه من الثاني؛ لأن مال المضاربة الأولى ألفين ومال المضاربة الثانية خمسمائة كل خمسمائة منها سهم فصارت جملته خمسة أسهم لمحمد أن حكم كل عقد مختلف وشرطه مختلف وحكم المالين مختلف، فإن المال الأول بعضه ربح وبعضه أصل والمال الثاني كله أصل فصار الثاني مضاربة أخرى وينزل اختلاف العقدين منزلة اختلاف المتعاقدين.

ولو كان رب المال اثنين أو المضارب اثنين والمسألة بحالها كان الهالك مصروفا إلى المالين.

لأبي يوسف: أن باعتبار اتحاد رب المال والمضارب تجعل المضاربتان بمضاربة واحدة لاتحاد المتعاقدين وباعتبار اختلاف العقدين تجعل مضاربتان فكانت مضاربة واحدة من وجه ومضاربتين من وجه، ولهذا يضمن أحد المالين وهو المال الذي وضع فيه لا المال الذي ربح فيه.

ولو كان اختلاف العقدين كاختلاف المتعاقدين من كل وجه يضمن المالين جميعًا كما لو كان المضارب اثنين فربح أحدهما في ماله ووضع الآخر ثم خلط أحدهما ماله بمال الآخر ضمن المالين جميعًا، ومتى كانت مضاربة واحدة من وجه وقع الشك في هلاك بعض رأس المال الذي للمضاربة الثانية باعتبار أنها جعلت كمضاربة واحدة لا يهلك شيء من رأس المال الذي للمضاربة الثانية، وباعتبار أنها

متعددة يهلك فلا يثبت الهلاك بالشك، فإن لم تهلك حتى عمل وقد ربح ألفًا أخرى فخمس هذا الربح من المضاربة الأخيرة وأربعة أخماسه من الأولى؛ لأن خمس هذا المال من المضاربة الأخيرة فربح ذلك يكون على شرطه وأربعة أخماسه بين المضاربة الأولى فربحها يكون على شرط المضاربة الأولى. دفع ألفًا إلى رجل بالنصف فعمل فيها برأيه فربح ألفًا ودفع إلى آخر ألفًا أيضًا هكذا فدفع المضارب الأول ألفين إلى رجل بالثلث ويعمل برأيه ودفع الثاني إلى هذا الرجل بالثلث يعمل برأيه فخلط المالين، فهذا لا يخلو إما أن وضع الثالث أو ربح فإن وضع فالوضيعة موزعة على المالين أثلاثا فثلثه من المضاربة الثانية وثلثاه من الأولى؛ لأن مال المضاربة الأولى ألفان ومال المضاربة الثالثة ألف، وإن ربح ألفًا يقسم الربح على المالين أثلاثا فثلثه للمضارب الثالث؛ لأنهما شرطا له ثلث الربح والثلثان بين الأولين على قدر ماليهما أثلاثا ثلثا ذلك لصاحب الألفين؛ لأن ثلثي الربح حصل من الألفين، ثم يقاسم صاحب المال فيدفع إليه برأس ماله ألف درهم وما بقي من الربح فلرب المال نصف ما ربح المضارب الأول وهو خمسمائة وثلاثة أرباع ربح الثاني وما بقي فهو للمضارب لأن لرب المال أن يقول للمضارب الأول كان شرط الربح بيننا نصفين إلا أنك شرطت ثلث الربح للمضارب الثاني فيكون ذلك من نفسك لأني لم أرض بنقصان نصيبي فيكون ذلك سدس الربح ولي نصفه فيكون الرّبح على أربعة لي منها ثلاثة ولك سهم، ويأخذ المضارب الأجر صاحب الألف ثلث ما بقي من الربح الثاني بعد حصّة المضارب الثاني؛ لأن رأس ماله كان ثلث الجملة فكان له من الربح ثلث ما فضل عن نصيب المضارب الثاني ثم يقاسم رب المال أرباعًا ثلاثة أرباعه لرب المال وربعه له لما بينا.

(باب من يدفع بعضه مضاربة وبعضه لا)

إن دفع ألفًا فقال: نصفها قرض ونصفها مضاربة بالنصف وأخذها جاز على ما سمى؛ لأن المضاربة والقرض في المشاع جائزان، ولا يوجد في الكتاب رواية في جواز قرض المشاع إلا في هذا؛ لأن القرض معاوضة حقيقة؛ لأنه إيجاب ملك

ببدل، فإنه يوجب المثل في الذمّة، والمعاوضة جائزة في المشاع والمضاربة جائزة في المشاع أيضًا؛ لأنه يتمكن من التصرف فيه وثبوت الشركة لا تمنع المضاربة، ألا ترى أنه إذا ربح المضارب صار شريكًا في المال وبقيت المضاربة، فإذا جاز البقاء فكذلك الابتداء، فإذا ربح كان نصف الربح للمضارب؛ لأنه ربح ملكه ونصفه الآخر بينه وبين رب المال على ما شرطا في المضاربة.

ولو دفع إليه على أن نصفها قرض عليه ويعمل بالنصف الآخر على أن الربح للدافع هذا مكروه؛ لأنه شرط العمل في مقابلة العرض، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعًا، وإن عمل وربح أو وضع فالربح والوضيعة بينهما نصفان؛ لأن الربح فرع المال والوضيعة جزء هالك من المال فيقسم على قدر المال.

رجل دفع إلى رجل ألفًا فقال: هذه عندك مضاربة شهرًا فإذا مضى الشهر فهي قرض ينظر إن مضى الشهر والألف عنده ورق كانت قرضًا عنده.

ولو قال: نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة تكون الهبة فاسدة؛ لأنها هبة المشاع فيما تحتمل القسمة، فإن هلك المال ضمن نصفه وهو الهبة الفاسدة، ولا يوجد رواية في الكتب أن الهبة الفاسدة مضمونة إلا في هذا وقد مر في كتاب الهبة.

ولو ربح فنصف الربح حصّة الهبة للمضارب؛ لأنه ملك نصف المقبوض بالهبة الفاسدة لأنها انقلبت معاوضة؛ لأنه لما بطل عنه معنى التبرع جعلناها معاوضة ومضمونة بالقيمة كما في البيع الفاسد لما بينا في كتاب الهبة، والنصف الآخر على ما شرطا في المضاربة والوضيعة عليهما نصفان؛ لأن المال كان مشتركا بينهما ثم لم يذكر أن حصّة الهبة من الربح هل تطيب للمضارب قال الفقيه أبو جعفر لا يطيب عندهما ويتصدق به خلافًا لأبي يوسف لما عرف.

وقال الفقيه أبو إسحاق الحافظ: يطيب له بالإجماع ولا يتصدق به؛ لأنه دراهم مملوكة بعقد فاسد فصار كالدراهم المملوكة ببيع فاسد إذا تصرف فيها فربح يطيب له الربح بالإجماع، بخلاف الدراهم المغصوبة والمبيع بالبيع الفاسد لما مرّ في الغصب وهذا هو الصحيح؛ لأنه قال محمد في (الجامع): إن كل دراهم أو دنانير

ملكها بعقد جائز أو فاسد وربح فيها، فإنه يطيب له الربح ولا يتصدق به.

ولو قال: نصفها مضاربة ونصفها بضاعة جاز؛ لأنه يجوز إفراد كل واحد من العقدين على المشاع فعند الاجتماع أولى؛ لأن كلاهما لرب المال دفعها على أن نصفها وديعة ونصفها مضاربة بالنصف جاز؛ لأنه يجوز إفراد كل واحد منهما على المشاع فكذا إذا أجمع بينهما، فإن قسمها نصفين ثم عمل أحدهما ضمن نصف ما عمل به ونصف الربح له ونصفه بينهما على ما شرطاه في المضاربة والوضيعة عليهما؛ لأن المضارب لا يملك القسمة بنفسه، فإن أذن له رب المال صريحًا فبدون إذنه أولى؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسمًا ومتقاسمًا؛ لأن القسمة لا تقوم بشخص واحد فبطلت القسمة، فكان كلا النصفين بعضه مضاربة وبعضه وديعة، فقد عمل في بعض الوديعة وبعض المضاربة، فما كان في الوديعة صار مخالفًا فصار ضامنًا وكان متصرفًا لنفسه فكان ربحه له ووضيعته عليه، وما كان مضاربة فهو بينهما، والحيلة في أن لا يضمن أن يشتري بنصف الألف غير مقسوم ولا ينقد شيئًا من ذلك؛ لأنه متى لم ينقد فلم يوجد منه إلَا مجرّد الإشارة إلى الوديعة وبذلك لا يصير ضامنًا من غير نقد، ثم يصير البائع شريكًا في الألف؛ لأن الإشارة إلى الدراهم، وإن كانت لغوًا في حق استحقاق المشار إليه بغيته في المعاوضة لكنها معتبرة فيما عدا ذلك من الأحكام، وأن يصير البائع شريكًا في الألف في حق أن يجوز قسمة المضارب مع البائع متى أذن له بذلك رب المال حكم وراء استحقاق المشار إليه بعينه فيحصر البائع فيقاسمه المضارب.

ولو دفع إلى رجل جراب هروي فباع منه نصفه بخمسمائة ثم أمره أن يبيع النصف الباقي، ويعمل بالثمن كله مضاربة بالنصف فباع نصف الجراب بخمسمائة عمل فيها والخمسمائة التي عليه، ولا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن شرطا على أن الربح بينهما نصفان أو على أن لرب المال ثلثيه وللمضارب ثلثه أو على عكسه، فإن شرطا على أن الربح بينهما نصفان فالربح والوضيعة نصفان في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قياس قولهما لرب المال ثلاثة أرباع الرّبح وللمضارب ربعه والوضيعة كلها على رب المال وهذا بناء على أن عنده إذا وكل مديونه بأن

يشتري بالدين من غير تعيين من يشتري منه لا يصحّ التوكيل وكان مشتريا لنفسه فصار شريكًا بنصفه فيكون ربحه له، فأمّا الخمسمائة الأخرى فقد أمره بالتصرف فيها على أن يكون ربحها كله للآمر فيكون بضاعة فيكون النصف مال المضاربة والنصف مال رب المال فيكون الربح والوضيعة نصفين، وأما عندهما فالمضاربة في الخمسمائة التي قبضها من الأجنبي جائزة؛ لأنه مال عين فيكون نصف ربحه له، وفي الخمسمائة التي هي دين عليه فاسدة؛ لأن عندهما وإن صح التوكيل بشراء ما عليه إلا أنه لا تصح المضاربة فيه لأنها دين فكان هذا جمعًا بين مضاربة صحيحة ومضاربة فاسدة فالربح في الصحيحة بينهما، وفي الفاسدة لرب المال فكان للمضارب ربع ربح جميع المال، وهذا يستحق على رب المال أجر ما عمله في النصف الذي فسدت المضاربة فيه. ينظر إن خلط المالين فليس له أجر مثل عمله؛ لأنه عمل في شيء هو شريك فيه، وإن لم يخلط أحدهما في الآخر فله أجر مثل عمله فيما فسدت فيه المضاربة؛ لأنه ليس كشريك فيه، فأمّا إذا شرطا أن يكون للمضارب ثلثا الربح ولرب المال ثلثه والربح بينهما على ما شرطا في قياس قول أبي حنيفة والوضيعة عليهما نصفان؛ لأن عنده لغت المضاربة في النصف وصحت في النصف فصار كأنه قال: اعمل في مالك على أن ربحه كله لك واعمل في مالي على أن لك ثلث الربح.

ولو صرح بهذا كان للمضارب ثلثا ربح الكل والوضيعة على قدر ماليهما فكذا هذا.

وأمّا عندهما: فللمضارب ثلث الربح ولرب المال ثلثه؛ لأن المضاربة في النصف صحيحة وفي النصف فاسدة.

عندهما: وقد شرط ثلثي ربح المالين جميعًا فيكون نصف الثلثين مشروطًا فيما صحت المضاربة ونصفه مشروطًا فيما صحت المضاربة ونصفه مشروطًا فيما فسدت فما كان من الصحيحة فبينهما على الشرط وذلك ثلث الكل، وما كان من الفاسدة فكله لرب المال، وأمّا إذا شرطا لرب المال ثلثي الربح وللمضارب ثلثه فعنده الربح بينهما نصفان؛ لأنه صحت المضاربة في نصف المال ولغت في نصفه فصَار كأنه قال اعمل في مالي ليكون ربحه كله لي، وأنه استعانة منه إياه واعمل في

مالك ليكون ثلث الربح لي ولم يصح هذا الشرط؛ لأنه شرط لنفسه ربح مال غيره من غير عمل ولا رأس مال وهذا لا يجوز، وعندهما للمضارب سدس الربح والباقي لرب المال؛ لأن نصف الربح فيما فسدت المضاربة لرب المال وفيما صحت بينهما أثلاثا على الشرط.

(باب جحود المضارب مال المضاربة)

(**النوادر**): وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا جحد المضارب ثم أقر بألف مضاربة فهو ضامن للمال؛ لأنه أمين جحد الأمانة في عقد غير لازم بخلاف المستأجر إذا جحد الإجارة لا يضمن ما لم تمض المدّة؛ لأن الإجارة عقد لازم فلا يرتفع بالجحود، وكذلك لو جحد شيئًا من الدين ثم أقر به ثم قال لم يصل إلي ضمن ما جحد من الربح وذكر في موضع آخر إذا أقر بالمضاربة وبالربح ثم مات مجهلًا يضمن رأس المال ولا يضمن الربح.

قال مشايخنا: ليس بين المسألتين فرق ولكن فيهما اختلاف الرواية، فما ذكر في الجحود أنه يضمن يكون رواية في التجهيل أنه يضمن، وما ذكر في التجهيل أنه لا يضمن يكون رواية في الجحود أنه لا يضمن. فوجه الرواية التي قال أنه يضمن بالجحود والتجهيل فوق إمكان الأخذ على صاحب الدين على التأبيد، فإنه ليس لإمكان الأخذ وقت معلوم فكان بمنزلة الإبراء، وجه الرواية التي لا يضمن أن الجحود والتجهيل بمعنى التأجيل، فإن الدين لم يسقط بالجحود والتجهيل عن ذمة المديون بل بقي في ذمته على حاله إلا أنه يعذر لرب المال مطالبة المديون ما لم يقر المضارب أو يبرئ الورثة من عليه الدين، وأشبه من هذا الوجه التأجيل والمضارب لا يضمن بالتأجيل بخلاف المودع إذا جحد الوديعة ثم أقر يضمن؛ لأن الجحود يضمن فسخًا لعقد الأمانة فحين عاد إلى الوفاق عاد، والعقد مرتفع فلا يعود أمينا، فإن اشترى بها مع الجحود فهو مشترٍ لنفسه؛ لأنه لما صار ضامنًا ارتفع حكم المضاربة، والعقد متى ارتفع لا يعود إلا بتجديد سببه.

ولو اشترى بعد الإقرار يكون مشتريًا لنفسه قياسًا؛ لأن بالإقرار بعد الجحود لا

يرتفع الضمان، فيكون على المضاربة استحسانًا ويبرأ من الضمان؛ لأن الأمر بالشراء قائم مع الجحود، فإن الضمان لا ينافي الأمر كما لو أمر الغاصب ببيع المغصوب أو بالشراء به صح الأمر، وإن كان المحل مضمونا عليه، فإذا اشترى بموجب الأمر، وقع الأمر ومن ضرورة وقوعه للأمر انتفاء الضمان كالغاصب إذا باع بإذن المالك وسلم، وكذلك لو كان مأمورا بشراء عبد يعتبر عينه ودفع إليه ألفًا فجحد ثم اشترى ثم أقر لم يبرأ عن الضمان والتبرؤ واقع له، ولو كان مأمورا بشراء عبد بعينه فاشترى مع الجحود ثم أقر بالعبد للآمر؛ لأن الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك الشراء لنفسه فلم يقع الشراء لرب المال إلا أن يقر بالمال قبل الشراء.

قال أبو يوسف في المأمور يبيع العبد إذا جحد وادعاه لنفسه ثم أقر فباعه فالبيع جائز للأمر وبرئ عن الضمان، وكذلك المأمور بالهبة والإعتاق لأن الأمر قائم؛ لأن الضمان لا ينافي الأمر، وكذلك لو باع العبد أو أعتقه أو وهبه ثم أقر بعد البيع لزم الآمر لأنه لا يملك أن يبيعه ويعتقه لنفسه فوقع الأمر كالمأمور بشراء عبد بعينه.

وعن محمد: لو قال المضارب: هذه الألف رأس المال وهذه الخمسمائة ربح فسكت، ثم قال عليّ دين لفلان قبل قوله؛ لأنه يجوز أن يقال هذا المال ربح، وإن كان فيه دين وهو يملك الإقرار بالدين فلم يكن إقراره بالدين رجوعا عمّا أقر به من الربح.

وقال الحسن: إن وصل قبل وإن فصل لم يقبل وهذا يقاس قول أبي حنيفة؛ لأن الربح لا يكون إلا بعد قضاء الدين فتكون دعوى الدين رجوعًا عما أقر به فلا يقبل، فأما إذا كان موصولًا فالكلام لم يتم بعد، فكان إقراره بالدين بمعنى الاستثناء.

(**المبسوط**): ولو قال المضارب: ربحت القائم، قال: لم أربح إلا خمسمائة ضمن الخمسمائة الذي جحدها، ولا يضمن الباقي؛ لأن الربح أمانة في يده فإذا جحده صار غاصبًا بقدر ما جحده.

ولو قال المضارب لرب المال: دفعت إليك رأس المال والذي في يدي ربح، ثم قال: لم أدفع ولكنه هلك فهو ضامن بدعوى الدفع إليه صار جاحدًا فصار ضامنًا كالمودع إذا ادعى ردّ الوديعة، ثم أقر أنه لم يرد ولكنه هلك.

ولو اختلفا في الربح فقال رب المال: شرطت الثلث وادعى المضارب النصف ثم هلك المال فعليه ضمان السدس؛ لأن القول قول رب المال في قدر المشروط لما تبين والزيادة على المشروط وهو السدس قبضه لنفسه فصار ضامنًا ولا يضمن ما سوى ذلك.

(باب إقرار المضارب في المرض أو مات وعليه دين)

مات المضارب وعليه دين ومال المضاربة دراهم وكان رأس المال دراهم، فإن كانت المضاربة وحصته من الربح معروفة بدأ برب المال يأخذ رأس ماله وحصته من الربح؛ لأنه أمانة معروفة في يده، والدين لا يتعلق بالأمانة كما لو كانت وديعة عنده معروفة لغيره كان لصاحب الوديعة أن يأخذها، فإن قال لغرماء الدين في المضاربة ولربهم وكذبهم رب المال فالقول له مع يمينه على علمه؛ لأن ينكر تعلق حقهم بماله، وإن كان مال المضاربة عروضا أو دنانير فلوصيه أن يبيعها دون رب المال، وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا، وذكر في المضاربة الصغيرة يبيعها وصي المضارب ورب المال؛ لأن الوصي قائم مقام المضارب في جميع ما كان له، وللمضارب في هذا المال حق التصرف ولرب المال حقيقة ملك فلا ينفرد أحدهما ببيعه حتى يجمعها وجه رواية المضاربة الكبيرة أن المضارب حال حياته كان أحق ببيعه من رب المال، وكان البيع حقا مستحقا له، وكان يملك تفويض بيعه إلى غيره حال حياته فكذلك يملك تفويضه بعد موته إلى من يقوم مقامه لا يصح إلا بضمان كما يصح بغيره من حقوقه، وإن كانت المضاربة لا تعرف بقيمتها فرب المال أسوة الغرماء في جمع تركته؛ لأن المضاربة كانت أمانة معروفة عند المضارب وقد صار مجهلًا لها فصار ضامنًا؛ لأنه استهلك الأمانة بالتجهيل كالمودع إذا مات مجهلًا للوديعة فصار مال المضاربة دينًا عليه كسائر الديون وهذا الدين، وإن وجب بالتجهيل في آخر جزء في حياته لكن سببه وجد في حالة الصحة وهي المضاربة، فإن المضاربة حالة الصحة كانت ظاهرة والدين وجب بسببه والدين متى وجب على المريض بسبب ظاهر في حالة الصحّة، فإنه يساوي دين الصّحة. أقر

المضارب عند موته أنه ربح ألفًا ومات فالمضاربة غير معروفة وللمضارب مال فيه وفاء بالمضاربة والربح فرب المال يأخذ من مال المضاربة رأس ماله ولا شيء له من الربح؛ لأنه عرف كون رأس المال في يده وقع الشك في زواله عن يده، فإنه يجوز أنه اشترى برأس المال شيئًا ولم يسلم رأس المال فلا يثبت زوال يده بالشك فبقيت يده قائمة على رأس المال وقت موته وقد صار بترك البيان مجهلًا للأمانة فصار ضامنًا، فأمّا الربح لم يكن في يده في الأصل وقع الشك في وصوله إلى يده إن قبضه يثبت يده على الربح وإلا فلا فلم يثبت يده عليه بالشك ما لم يقر بقبض الربح وتجهيل ما ليس في يد المجهل لا يوجب ضمانًا عليه كمن عرف مال إنسان في مكان فلم يخبر صاحبه لا ضمان عليه.

ولو كان أقر أن الربح وصل إليه أخذ رب المال حصته منه مع رأس المال؛ لأنه أقر بثبوت يده على الربح، فإنه أمانة في يده وقد ضيعه بالتجهيل فصار دينًا عليه.

(فصل)

ولو قال المضارب في مرضه: قد ربحت فيه ألفًا وقد وصلت إلي فضاع المال كله وكذبه رب المال فلرب المال أن يحلف ورثته على علمهم بضياع المال لأنه ادعى دينًا على مورثهم بسبب الحجر وأنكر الوارث فله استخلافه على العلم؛ لأنه استخلاف على فعل الغير، وكذلك لو قال في مرضه: قد دفعت إليه رأس المال وحصته من الربح إلا أن رب المال يأخذ حصة المضارب من الربح فيكون له من رأس ماله؛ لأن الأمين يصدق فيما يدعي من براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق في استخلاص شيء من المال لنفسه؛ لأنه مدعٍ، وهنا يدعي أن جميع ما في يده له خاصّة فلا يصدق في ذلك فلم يظهر من مال المضاربة إلّا هذا القدر فيستوفي رب المال رأس ماله منه، وإن كان معه غريم يحاصّ الغرماء بحصة المضارب من الربح؛ لأنّه غير مصدق على الغرماء فيما يدعي من استخلاص ما في يده لنفسه من الربح فلم يظهر من مال المضاربة إلا هذا القدر، فإذا مات مجهلًا للمضاربة صار ضامنًا هذا القدر لرب المال فيحاصّ بهذا القدر مع غرمائه.

ولو قال: لفلان ألف مضاربة وهي في هذا الصندوق ولفلان ألف عليّ فلم يوجد في الصندوق فالتركة بين رب المال والغريم بالحصة؛ لأنه وقع الشك في كون المال في الصندوق وقت الإقرار فلم يصح التعيين بالشك فحصل مقرا بأمانة يعتبر عينها ثم بالدين فصار كما لو أقر بوديعة بغير عينها ثم بالدين فهما سيَّان، إلا أن الإقرار بوديعة بغير عينها إقرار بالدين؛ لأنه لا يمكن لصاحب الوديعة أخذ المال؛ لأنه تعلق به حق الغريم، فإن وجد في الصندوق كان هو أولى به؛ لأنه أقر بمضاربة بعينها ثم بالدين؛ لأنه أضاف الإقرار إلى الألف في الصندوق فلا يتعلق الدين بالمضاربة؛ لأنه ملك العين بإقراره فيرجح إقراره له على إقراره للغريم، وذكر في المضاربة الصغيرة إذا لم يشهد الشهود أن هذه الألف كانت في الصندوق يوم الإقرار فلم يثبت ملكه في هذا المال فلا يكون أولى من الغرماء.

وإن وجد في الصندوق ألفان فلرب المال ألف خاصة والثانية بين الغرماء مختلطة كانت الألفان أو غير مختلطة؛ لأنه أقر بمضاربة بعينها؛ لأنه أقر بألف في الصندوق لرب المال وفي الصندوق ألف كما أقر به فصح التعيين ولم يوجد ما يقطع حق رب المال عن العين؛ لأنه لا يعلم أن الميت خلطهما ليصير حقه دينًا، وإنما ثبت الاختلاط والاختلاط ممَّا لا يقطع حقه عن العين، فإن علم أن المضارب هو الذي خلط المال بغير أمر رب المال كان المال بينهم بالحصص في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه استهلك بالخلط فضمنها، وعندهما نصفه لرب المال ونصفه للغرماء؛ لأن عندهما الحق لا ينقطع عن العين بالخلط فيصير المخلوط مشتركا دفع إلى رجلين ألفًا مضاربة فمات أحدهما فقال الآخر: هلك المال صدق في نصيبه؛ لأنه أمانة في يده، وكان نصيب الآخر دينًا في ذمته وتركته لأنه صار مضيعًا للأمانة بالتجهيل فصار ضامنًا، ولا يصدق الحي في إسقاط ضمان وجب على صاحبه بسبب التجهيل لأنه شاهد والحكم لا يقطع شهادة الفرد، فإن علم أن الميت أودع نصيب صاحبه يصدق في الكل؛ لأن جميع المال أمانة عنده فقيل قوله في أنه هلك والميت لم يجهل الأمانة، فإنه عرف مكان الأمانة لما كان الإيداع من الأجنبي.

ولو قال: دفعت ذلك لصاحبي كان مصدقا مع يمينه وكان دينًا في مال صاحبه،

قال عيسى بن أبان: ينبغي أن لا يصير دينا؛ لأنه مصدق في براءة نفسه لا في إيجاب الضمان على الميت، وهذه الرواية مذكورة في الشركة. وجه رواية هذا الكتاب أن المضارب الحي مؤتمن مودع من جهة الميت مسلط على الرد، والمودع مصدق مطلقًا فيما أجبر عما سلطه عليه؛ لأن المؤتمن صدقه بحكم الائتمان في الإخبار عما سلطه عليه ولم يتمكن بهمه في خبره، فإنه لم يجر إلى نفسه، فإنه لم يدع لنفسه شيئًا فيكون إقرار المؤتمن بالدفع والرد بمنزلة إقرار الميت بقبضه ثم مات مجهلًا للوديعة فيضمنها بخلاف مسألة الشركة وهي ما لو أودع أحد المتفاوضين شيئًا من مال المفاوضة احتسبا فمات الشريك المودع فقال المودع دفعت إليه الوديعة، فإنه يصدق في براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق في إيجاب الضمان على الميت؛ لأن ثمة لو كان الميت أقر في حال حياته أنه قبض ثم مات مجهلًا لم يضمن؛ لأن جميع ماله مشترك بين الحي والميت لا يختص أحدهما بشيء مما في يده فلا يتحقق التجهيل. أقر المضارب بدين في المضاربة لمن لا تقبل شهادته أو لمكاتبه أو عبده وعليه دين أولًا لزمه في ماله خاصة عند أبي حنيفة إلا ما أقر لعبده ولا دين عليه، فإنه لا يلزمه، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله، وفي رواية المضاربة الصغيرة إن كان في المضاربة فضل لزمه ما أقر به في حصته، وعندهما يصح إقراره لهم إلا لعبده أو لمكاتبه بناء على أن بيع المضارب من هذه لا يجوز عنده فكذلك إقراره، وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء إلا من العبد والمكاتب فكذلك إقراره.

ثم فرق أبو حنيفة بين إقرار المضارب وهؤلاء وبين ما إذا أقر لنفسه بدين في المضاربة، فإنه يجوز، والفرق أن مطلق الإقرار بدين في المضاربة إقرار بالتجارة؛ لأن المضارب لا يملك في المضاربة إلا التجارة وقد لحقه الحجر عن التجارة في حق هؤلاء فكذا لحقه الحجر عن الإقرار الذي ينبني على التجارة، فأما دين المضارب في مال المضاربة إنما يثبت بأن يشتري شيئًا من الآخر وينقد من مال نفسه ولم يلحقه الحجر في حق الشراء من الأجنبي فكذا في الإقرار الذي يبنى عليه والله أعلم.

(باب قسمة المضاربة)

أصله: أن قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس ماله موقوفة إن قبض رأس المال صحت القسمة، وإن لم يقبض بطلت؛ لأن حال المقسوم موقوف متردد إن وصل رأس المال إليه كان المقسوم ربحًا، وإن لم يصل إليه وهلك في يد المضارب ظهر أنه لم يكن المقسوم ربحًا؛ لأنّه متى هلك شيء من مال المضاربة، فإنه يصرف الهلاك إلى الربح، ومتى كان الهالك ربحًا ظهر أن المقسوم كان رأس المال ولم يكن ربحًا فكانت قسمة الربح باطلة؛ ولأن الربح فضل عن أصل المال ولا يتحقق الفضل إلا بعد سلامة الأصل ووصوله إلى رب المال بتمامه.

ولو اقتسما الربح وهو ألف ومال المضاربة ألف قائم في يد المضارب ثم هلك ما في يد المضارب فالقسمة باطلة وما قبضه رب المال كان رأس المال ويرد المضارب عليه ما أخذه، ولو هلك في يده يضمنه؛ لأن بهلاك ما في يد المضارب ظهر أن المقسوم كان رأس المال، ولم يكن ربحًا وصار رب المال قابضًا نصف رأس ماله والمضارب قبض نصف رأس المال لنفسه بغير إذن رب المال؛ لأنه قبضه ليتملكه، ورب المال إنما أذن له بتملكه بشرط أن يكون المأخوذ ربحًا، فإذا ظهر أنه لم يكن ربحًا بل كان رأس المال لم يكن راضيا بالتملك فصار المضارب غاصبا.

ولو كان الربح ألفين فأخذ كل واحد ألفًا من الربح ثم ضاع رأس المال فالألف الذي قبض رب المال رأس ماله ويضمن له المضارب نصف الألف التي أخذها؛ لأنه ظهر أن ما أخذه المضارب كان ربحًا مشتركًا بينه وبين رب المال، وقد قبضها للتمليك فصار ضامنًا، فإن استوفى رأس ماله ثم اقتسما الربح ثم دفع رب المال ذلك نصيبه إلى المضارب فقال اعمل على المضاربة التي كانت، فإن ربح أو وضع فلا تنتقض القسمة الأولى؛ لأن هذه مضاربة مستأنفة؛ لأن المضاربة الأولى قد انقطعت وانتهت نهايتها متى اقتسما وقبض رب المال رأس ماله، وهلاك المال في المضاربة المستقبلة لا تبطل القسمة السابقة، وإنما يريد بقوله على المضاربة التي كانت أي على الشرط الذي كان في الأولى.

ولو ربح ألفين فأخذ رب المال رأس ماله ألفًا، وأخذ المضارب حصته من الألفين ألفًا ولم يأخذ رب المال حصته من الربح حتى هلك رد المضارب نصف ما أخذ من الربح؛ لأن القسمة فيما يكال ويوزن تنتقض متى هلك أحد القسمين قبل القبض؛ لأن في القسمة معنى المعاوضة فلا يسلم لأحدهما حصته ما لم يسلم للآخر ما بإزائه ومتى انتقضت القسمة صارت كأنها لم تكن، فما ضاع من الربح يضيع عليهما وما بقي يبقى مشتركا بينهما، وإن هلك ما أخذه المضارب يهلك من ماله؛ لأن القسمة لا تنتقض بهلاك المقبوض من أحد النصيبين؛ لأنه بالقبض سلم له حصته فينبغي أن يسلم للآخر حصته وهذا كمن اشترى عبدًا بجارية فقبض العبد وهلك في يده ولم يسلم الجارية لا ينتقض البيع وعليه أن يسلم الجارية إلى مشتريها.

ولو هلكت الجارية قبل التسليم ينتقض فكذا هذا. اقتسما الربح ثم اختلفا في رأس المال فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال ثم اقتسمنا وقال رب المال: ما دفعت إلي رأس المال فالقول لرب المال والبينة للمضارب؛ لأن المضارب بدعوى رد رأس المال يدعي استخلاص ما قبضه من الربح لنفسه، وانقطاع شرط رب المال فيه وأنكر رب المال ذلك فيكون القول له؛ لأن قول الأمين مقبول في حق إسقاط الضمان عن نفسه برد الأمانة، ولا يقبل فيما يدعي لنفسه بالاستخلاص ما في يده لنفسه؛ لأن القول قول المضارب في ردّ رأس المال ويقول القول لرب المال فيما يدعي انقطاع الشركة في الربح وخلوصه لنفسه، ولهذا قالوا يحلّف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأنّ كل واحد منهما حصل مدعيا ومدعى عليه، ولا يكون إقرار رب المال بقسمة الربح إقرارًا بقبض رأس المال؛ لأن الربح قد يقسم قبل قبض رأس المال؛ لأن العرف فيما بين التجار أنهم يحسبون المال مع الشركاء ويقتسمون الربح ويتركون رأس المال على حاله، وإن أقام كل واحد البينة على إقرار الآخر بما يدعي فالبينة للمضارب؛ لأن بينته أكثر إثباتًا لأنها قامت على نفي الرد صورة ومعنى، وعلى استخلاص ما قبضه لنفسه وبينة رب المال قامت على نفي الرد صورة. دفع مضاربة بالنصف فاشترى به وباع وربح أولا واشترى عرضًا

ولم يبعه حتى زاد رب المال له في الربح شيئًا أو هو حط ثم ربح بعد ذلك ويقسمان عليه حصل الربح قبله أو بعده؛ لأن الزيادة والحط تجوز حال قيام العقد ولأن الشرط الثاني نقض الشرط الأول فصار كأنهما باشرا العقد على الشرط الثاني، ولو اقتسما ثم زاد أحدهما أو حط فكذلك.

وعن محمد: أنه يجوز الحط دون الزيادة؛ لأن المعقود عليه في جانب المضارب عمله، والعمل قد انقضى فلا يجوز الزيادة في بدل العمل بعد فواته، كما لا يجوز الزيادة في الأجرة والثمن بعد انقضاء الإجارة وهلاك المبيع بخلاف الحط؛ لأنه ليس ببدل عن شيء؛ لأن رب المال يستحق الربح لا عوضًا عن شيء. وجه ظاهر الرواية أن معنى الشركة في المضاربة راجحة؛ لأنّها أوجبت شركة في الربح فصحت الزيادة في الجانبين بعد انقضاء العمل كما في الشركات تجوز الزيادة من أحد الشريكين لصاحبه بعد القسمة وارتفاع الشركة فكذا هذا.

(**المنتقى**): عن أبي يوسف: لو دفع إلى رجل ألفًا مضاربة بالنصف ثم أخذ رب المال من المضارب شيئًا فشيئًا من المضاربة لنفقته والمضارب يعمل ببقية المال ويربح ثم حاسبا، فإنهما يحسبان رأس المال ألفًا والربح نصفين، ولا يكون ما أخذه للنفقة نقصانًا من رأس المال، لأنا لو جعلنا المقبوض من رأس المال بطلت المضاربة وهما لم يقصدا الإبطال فيجعل رأس المال فيما بقي عنه وما أخذه رب المال بمنزلة دين على أجنبي. رجل دفع إلى رجل ألفًا مضاربة فربح فيها ألفًا فقال له رب المال: ادفع إلي رأس مالي وما بقي فهو لك لا يجوز ذلك؛ لأنها هبة مجهولة إذا كان المال قائما بعينه، وإن كان مستهلكًا فهذه براءة له مما كان عليه وهي جائزة.

(باب الاختلاف في شرط الربح أو في قدر رأس المال والرّبح)

أصله: أنهما متى اتفقا على ما يكفي لصحة المضاربة وادعى أحدهما شرطًا

يوجب فساد المضاربة فالقول لمن يدعي جوازها، ويكره الشرط الزائد كما لو اتفق البائعان على البيع، وادعى أحدهما شرطًا زائدًا يوجب فساده فالقول لمن ينكر الشرط، وإن اختلفا في نوع العقد فالقول قول رب المال، وإن كان ما يدعيه عقدًا فاسدًا؛ لأنه هو المملك، كما لو ادعى صاحب الدار الإجارة القائمة وادعى الآخر الشراء منه فالقول قول المالك؛ لأنه هو المملك فكذا هذا.

ثم مسائله على فصول:

فصل في الاختلاف في الشرط.

وفصل في الاختلاف في رأس المال والربح.

وفصل في الاختلاف في نوع العقد.

(فصل)

ولو اختلفا في قدر ما شرطا من الربح للمضارب فالقول لرب المال مع يمينه لأنهما اتفقا على المضاربة، والمضارب ادعى زيادة شرط الربح وأنكره رب المال كان القول له.

ولو أقاما البينة فالبينة للمضارب؛ لأنه أثبت زيادة شرط في الربح، وكذلك إن أنكر رب المال شرط الربح وادعى المضارب شرط نصف الربح فللمضارب أجر المثل لأنهما اختلفا في نوع العقد؛ لأن رب المال ادعى إجارة فاسدة؛ لأنه لم يقر بما يكفي لصحّة المضاربة، وكان مقرا بمضاربة فاسدة، والمضاربة إذا فسدت كانت إجارة فاسدة والمضارب ادعى المضاربة، والمضاربة مع الإجارة عقدان مختلفان فكان القول قول صاحب المال.

ولو قال المضارب: شرطت لي ثلث الربح، وقال رب المال: شرط لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم فلك أجر المثل فالقول للمضارب والبينة لرب المال؛ لأنهما اتفقا على المضاربة، فإن رب المال أقر بما يكفي لصحة المضاربة، فإنه أقر أنه شرط له ثلث الربح إلا أنه ادعى زيادة شرط يفسد العقد فلا تقبل دعواه إلّا ببينة كما لو اتفقا على البيع وادعى أحدهما شرطًا زائدًا يفسد البيع بخلاف ما لو قال

رب المال: شرطت لك من الربح مائة، وقال المضارب: شرطت لي ثلث الربح؛ لأنه أقر بالمضاربة الفاسدة؛ لأنه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة فكان مدعيا إجارة فاسدة، والمضارب ادعى المضاربة فقد اختلفا في نوع العقد فكان القول لصاحب المال.

ولو قال رب المال: شرطت ثلث الربح إلا عشرة دراهم، فالقول له وللمضارب أجر المثل؛ لأن المتكلم مع الاستثناء متكلم بما وراء المستثنى، فصار المضارب مدعيا تمام الثلث ورب المال ينكر فالقول له.

ولو قال رب المال: شرطت الثلث، وقال المضارب: ما شَرطتَ لي الربح، ولم يربح شيئًا، فالقول لرب المال والبينة بينته أيضًا؛ لأن رب المال ادعى مضاربة جائزة والمضارب ادعى مضاربة فاسدة فكان مدعيا إجارة فاسدة، فقد اختلفا في نوع العقد فكان القول لرب المال والبينة بينته لأنها قامت على إثبات الشرط، وبينة المضارب قامت على صورة النفي فكانت المثبتة أولى.

وكذلك لو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح، وقال المضارب: شرطت لي ربح مائة فلي أجر المثل، فالقول لرب المال لما بيّنا والبينة بينة المضارب فرق بين هذا وبين المزارعة.

ولو أقام رب الأرض والبذر أنه شرط للمزارع نصف الخارج، وأقام المزارع بينة أنه شرط مائة قفيز فالبينة بينة صاحب الأرض، والفرق أن في المضاربة: البينتان استوت في الإثبات، فإن كل واحد منهما أثبت شرطًا ببقية بينة الآخر وترجحت بينة المضارب بإثبات أجر المثل؛ لأنها قامت على أنه شرط له مائة درهم وهو يستحق هذا الشرط؛ لأنه أثبت اشتراط الدراهم وفي أجر المثل دراهم فكانت بينة قائمة على إثبات الشرط حقيقة، وتحتها إيجاب أجر المثل على كل حال فصارت أولى من بينة رب المال وتحتها بقي أجر المثل، فأمّا في المزارعة بينة العامل قامت على اشتراط عشرة أقفزة وهو لا يستحق عشرة أقفزة بحال وإنما يستحق أجر المثل دراهم أو دنانير جهدًا بقي معنى فصار كأنه أقام البينة على أنه لم يشترط له شيئًا وقد بقي الشرط معنى حتى أقام العامل بينة أنه شرط له مائة درهم وأقام رب الأرض بينة

أنه شرط له نصف الخارج فبينة العامل أولى كما في المضاربة.

(فصل)

وإذا اختلفا في قدر رأس المال وفيما شرطا له من الربح فقال رب المال: رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح، وفي يده ألفان فالقول قول المضارب في قدر رأس المال والقول لرب المال مما شرط من الربح.

وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولا: القول قول رب المال فيهما، وهو قول زفر؛ لأنهما اتفقا أن جميع المال مال المضاربة والمضارب يدعي زيادة الاستحقاق في الربح ورب المال ينكر فالقول قوله.

لنا: أن الاختلاف وقع في مقدار مقبوض ملك العين والقابض أحق بمعرفته فيكون القول للقابض؛ لأنه ينكر زيادة القبض، فإنه لو أنكر القبض أصلًا كان القول له فكذا إذا أنكر بعضه بخلاف الربح؛ لأنه يستفاد بشرط رب المال، فإنه لو لم يشترط الربح لم يستحقه المضارب فيكون القول له، وتقبل بينة كل واحد منهما على ما ادعى من فضل، فإن كان المال ثلاثة آلاف وأقاما البينة فالنفقة بينة المضارب على ما ادعى من الربح في الألف الفاضلة على الألفين؛ لأنها أثبتت زيادة شركة في الربح نفاها عنه رب المال.

ولو جاء المضارب بثلاثة آلاف فقال: ألف من رأس المال وألف ربح وألف بضاعة أو وديعة أو دين، فالقول في البضاعة والوديعة والدين قول المضارب؛ لأن المال في يده، والقول قول صاحب اليد مع يمينه. دفع إلى رجلين بالنصف فجاءا بثلاثة آلاف فقال رب المال: كان رأس مالي ألفين والربح ألف، فصدقه أحدهما وقال الآخر: بل ألف رأس المال يأخذ رب المال ألفًا من رأس المال من أيديهما لتصادقهما عليه واعترافهما به ويأخذ أيضًا خمسمائة من المصدّق؛ لأنه أقر بأنه رأس المال لا حق له ولا لصاحبه فيها فيدفعها إلى رب المال ويقاسم الآخر خمسمائة مما في يده أثلاثا لرب المال ثلثاها وللمضارب ثلثها.

طعن عيسى وقال: ينبغي أن يكون نصفين؛ لأن المضارب المنكر يقول إنه وصل من الألف المختلف فيها خمسمائة إلى رب المال وإنها نصيبه من الربح من هذه الألف بقي في يدي منها خمسمائة فهي حقي وحق المضارب المقر، بينهما نصفان وقد صار نصيب المضارب المقر لرب المال بإقراره له وقام رب المال مقامه كمن أقر لفلان بألف، وقال المقر له لفلان آخر يقوم المقر له الثاني مقام الأول فكذا هذا، فصار المنكر مقرًا لرب المال بنصف ما في يده. والجواب عنه أن الخمسمائة التي أخذها رب المال من المضارب المقر رأس ماله ولم يكن ربحًا؛ لأن رب المال مع المضارب المصدق تصادقا أنه رأس المال وإقرار ذي اليد بما في يده مقبول ولم يثبت كونها ربحًا بقول المضارب المنكر لأنها لم تكن في يده، والإقرار لا يقبل على ما في يد غيره وكان الربح الخمسمائة التي في يد المنكر لا غير؛ لأنه أقر بمائة ربحًا وهو مصدق فيما في يده وكذبه المقر في هذا الإقرار فسقط حقه عن ملك الخمسمائة وخرج من الوسط فيقسم الملك أثلاثا، كعبد في يدي رجل فقال لرجلين: هذا العبد بيني وبينكما أثلاث فكذبه أحدهما فالعبد بين المقر والمصدق نصفان؛ لأنه خرج المكذب من الوسط فكذا هذا ويقتسمون الألف الباقية ربحًا بينهم أرباعًا خمسمائة لرب المال، ولكل مضارب مائتان وخمسون ثم يضم نصيب المضارب المقر بألفين إلى نصيب رب المال فتصير سبعمائة وخمسين يأخذ منهما رب المال تمام رأس ماله إلى ألفي درهم وهي مائة وستة وستون وثلثان وما بقي بينهما أثلاث فحصل لرب المال ألف رأس المال وخمسمائة ربحًا لا غير افهم بذلك وخمسمائة من جهة المقر ومائتان وخمسون نصيب المقر من الربح وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث من المنكر فجملته ألفان وخمسمائة وثلاثة وثمانون وثلث.

(فصل)

دفع مالًا فربح فقال العامل إنه قرض وقال رب المال: بضاعة أو مضاربة فاسدة أو صحيحة فالقول لرب المال والبيّنة بينة المضارب؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد

فيكون القول للمالك؛ لأنه هو المملك فيكون منكرا للتمليك بتلك الجهة، فإن هلك المال في يد المضارب بعد هذا القول فيضمن الأصل والربح؛ لأنه ادعى ما كان أمانة عنده لنفسه لأنا متى جعلنا القول قول رب المال كان العامل أمينا فصار جاحدًا للأمانة، والأمانة تضمن بالجحود إلّا إذا قال رب المال دفعت المال إليه مضاربة بالثلث، فإنه لا يضمن إلا ما وراء الثلث؛ لأن قدر الثلث ملك العامل في زعمهما فلا يضمنها بالدعوى لنفسه فأما ما وراء الثلث كان أمانة في يده فيضمنه بالجحود.

ولو قال رب المال: هو قرض فادعى القابض المضاربة، فإن كان بعدما تصرّف فالقول لرب المال والبينة بينته والمضارب ضامن؛ لأن العامل أقر بسبب موجب للضمان وهو العمل في ماله، فإن التصرف في مال الغير موجب للضمان ثم ادعى الإذن لإبرائه عن الضمان والإذن بالعمل لم يثبت؛ لأن صاحب المال يدعي القرض والمستقرض لا يعمل بإذن المقرض وإنما يتصرف بحكم ملكه، والبينة بينة رب المال لأنها أكثر بيانًا لأنها أثبتت ضمانا على القابض وبينة القابض أثبتت شركة في الربح والضمان آكد وألزم من الشركة في الربح؛ ولأن العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض؛ لأن القرض يرد على المضاربة والمضاربة لا ترد على القرض فإنه يجوز أن يكون مضاربة ثم يجعله قرضا فتقدم المضاربة لإمكان العمل بالبينتين وإن كان لم يتصرف فالقول له ولا ضمان عليه لأنهما تصادقا على أن القبض كان بإذن رب المال ولم يثبت القرض وصار كأنه قال أخذت منك هذا المال وديعة وقال رب المال: أخذته قرضًا وقد هلك المال في يده قبل التصرف لا يضمن؛ لتصادقهما أن القبض حصل بإذن المالك وديعة أو قرضا، فكذا هذا.

ولو قال رب المال: أخذته غصبًا، وقال القابض: دفعته مضاربة وضاع قبل العمل لا يضمن وبعد العمل يضمن؛ لأن قبل العمل لم يقر القابض بالغصب؛ لأن الغصب نقل وتحويل ولم يقر القابض بالنقل والتحويل منه، بل قد يكون بتحويل رب المال ونقله إليه، وصار كما لو قال المودع: دفعته إلي، وقال رب المال: أخذته غصبا ثم هلك، قبل العمل لم يضمن.

فامّا العمل في مال الغير موجب للضمان إلا أن يثبت الإذن ولم يثبت لإنكار رب المال، كما لو قال: أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال والبينة للمضارب في الوجهين؛ لأنهما أكبر إثباتا لأنها أثبتت المضاربة وإذنا بالقبض والعمل وأوجبت الشركة في الربح وبينة رب المال تنفي ذلك، ولكنها أوجبت ضمانًا على القابض لا غير؛ ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه غصب ثم دفع مضاربة؛ لأن المضاربة ترد على الغصب، فأما المضارب لا يصير غاصبًا لمال المضاربة إلا بالخلاف ورب المال لم يدع غصبًا على المضاربة بل ادعى غصبًا ابتداء.

ولو قال: أخذته منك مضاربة يضمن في الوجهين؛ لأنه أقر بأخذ المال وأنه غصب إلا أنه ادعى أنه بإذن المالك ولم يثبت الإذن؛ لإنكار صاحب المال فضمن، كما لو قال المودع أخذته وديعة وقال صاحب المال: لا بل أخذته غصبًا. دفع إلى رجلين ألفًا مضاربة بالنصف فجاء بألفين خمسمائة بيض وخمسمائة سود فقال أحدهما الخمسمائة البيض وديعة لفلان عندنا، أو يقول هي دين له، أو يقول ملكه والخمسمائة السود ربح وقال الآخر: الألف كلها ربح، فهذه على أوجه:

إما أن كان المال كله في أيديهما، أو كله في يد المنكر، أو كله في يد المقر، أو الخمسمائة البيض في يد المقر الثاني، أو في يد المنكر أو على العكس.

فإن كان المال في أيديهما يأخذ رب المال رأس المال الضامن السود لاتفاقهم أن ألفا من السود رأس المال ويأخذ المقر له نصف البيض التي في يد المقر؛ لأن الخمسمائة البيض في أيديهما وإقراره مقبول فيما في يده لا فيما في يد غيره، ويقسم ما في يد المنكر من البيض بينه وبين رب المال أثلاثا سهمان لرب المال؛ لأن المقر أسقط حقه عنه حين قال: هو وديعة أو دين لفلان ولا حق له في ذلك وإقراره بأنه لا حق له في ذلك صحيح؛ لأنه على نفسه وإقراره أنه لفلان لا يصح؛ لأنه على غيره ويقسم الخمسمائة السود أرباعا نصفه لرب المال ولكل مضارب ربعه؛ لأنهم اتفقوا أن الخمسمائة السود ربح فيقسم بينهم على قدر حقوقهم.

وكذلك إن كان المال كله في يد المنكر؛ لأن المضارب المنكر للوديعة أقر أن جميع المال في يده مضاربة فصار ذلك إقرارًا منه بأن نصفه في يده ونصفه في يد

صاحبه معنى؛ لأن ما كان من المضاربة فهو في أيديهما فيكون يد المقر في النصف يد صاحبه والمضارب المقر بالوديعة صدقه في أصل اليد؛ لأن اليد على الوديعة للمودع فثبت أصل اليد بتصادقهما على ذلك إن لم يثبت الجهة لاختلافهما فصار نصف البيض في يد المقر معنى فصح إقراره بذلك.

وأما إذا كان المال كله في يد المقر يدفع الخمسمائة البيض إلى المقر له لأنهما في يده حقيقة وحكمًا؛ لأنه أقر أنها وديعة لا مضاربة وما كان وديعة لا يجعل كأنها في أيديهما فصح إقراره بما في يده ويدفع ألفًا إلى صاحب المال؛ لأنه رأس ماله ويقسم خمسمائة أرباعا لما عرف.

وأما إذا كان صاحب البيض في يد المنكر والمقر يقول: لم يودعني بل أودع صاحبي يأخذ المالك رأس ماله والباقي يقسم على أربعة ثم يدفع المقر سهمه من البيض إلى المقر له؛ لأنه ليس للمقر يد على البيض يد حقيقة ولا حكما؛ لأنه متى كان البيض في يد المنكر والسود في يد المقر كان لكل واحد منهما يد حقيقة على بعض مال المضاربة ولا ضرورة إلى أن يجعل ما في يد كل واحد منهما في يد صاحبه حكمًا بخلاف الحقيقة فكان إقراره بشيء من البيض إقرارا بما في يد غيره فلم يصح بخلاف ما إذا كان المال في يد المنكر؛ لأنه جعل كأنه في أيديهما ضرورة أن يكون مال المضاربة في يد المضاربين هذه الضرورة معدومة هنا فلم يجعل المال في يد المقر فلم ينفذ إقراره وتوقف نفاذه إلى أن يصير بعض البيض في يده، فإذا وصل إليه شيء منه يدفع إلى المقر ممن أقر بعبد في يد غيره لرجل ثم ملكه لزمه تسليمه إلى المقر له فكذا هذا، وإن كانت البيض كلها في يد المقر أخذها المقر له لما عرف، فإن جاء بألفين فقال أحدهما: خمسمائة وديعة لفلان خلطناها به وصدقه فلان وأنكر الآخر فهو على ثلاثة أوجه:

إمّا أن كان المال في أيديهما أو كله في يد المقر أو في يد المنكر، فإن كان المال في أيديهما أخذ رب المال ألفه ويأخذ المقر له بالشركة مائتين وخمسين من يد المقر؛ لأن نصف الخمسمائة المختلف فيها في يده ونصفها في يد صاحبه فصح إقراره بما في يده ويقسم النصف الذي في يد المنكر بينه وبين رب المال أثلاثا؛

لأن المضارب أقر أنه لا حق له فيه بأنه للمقر له بالشركة فصح إقراره بأنه لا حق له فيه ولم يصح بأنه للمقر ويقسم الخمسمائة الباقية أرباعًا نصفها لرب المال، ولكل مضارب ربعها ثم حصل للمقر منه وهو مائة وخمسة وعشرون يضمها إلى ما أخذ المقر له ويقسم على خمسة أسهم أربعة للمقر له وسهم للمقر؛ لأن المقر له يقول الألف بعد ألف برأس المال يجب أن يقسم بيننا على ثمانية أسهم أربعة أسهم لي؛ لأن حقي في خمسمائة بإقرارك وأربعة أسهم بين المضاربين ورب المال أرباعًا لكل مضارب ربعه فقد ظهر أن حقك في سهم وهو مائة وخمسة وعشرون وحقي في أربعة، وقد ظلمنا رب المال والمضارب حين جحد الوديعة فيكون الظلم عليّ وعليك؛ لأن المال كان مشتركًا فيجب أن يقسم الباقي بيننا أخماسا.

وإن كان المال كله في يد المقر بالشركة يأخذ المقر له خمسمائة من يده؛ لأنه أقر بأنها للمقر له وأنها في يده حقيقة وحكمًا؛ لأنه رغم أنها وديعة لا مضاربة ولا يجعل نصفه في يد الآخر حكمًا ويأخذ رب المال ألفًا رأس ماله والباقي يقسم أرباعا لما عرف.

وإن كان المال في يد المنكر يأخذ رب المال رأس ماله ألفًا وقسم هو والمضاربان الألف الباقية أرباعا فما أخذ بالمقر فالشركة تكون بينه وبين المقر له أخماسا؛ لأن المنكر وإن زعم أن نصف المال في يد صاحبه لكونه مضاربة لكن المقر بالشركة رد إقراره؛ لأنه زعم أنه لغيرنا وليس بمضاربة في أيدينا وإذا لم يكن للمقر يد عليه لم يجز إقراره فيه.

ولو جاء المضاربان بألفي درهم وقال أحدهما: كان رأس المال ألفًا فشاركنا فلان فجاء بخمسمائة، وخلطنا فعملنا وربحنا خمسمائة أخرى وأنكر الآخر ورب المال والمال في أيديهما يأخذ رب المال ألفًا رأس ماله ويدفع المقر إلى المقر له مائتين وخمسين لإقراره أن الخمسمائة حق المقر له إلا أن نصفها في يده ونصفها في يد صاحبه، ويأخذ المقر له أيضًا ممّا بقي في يد المقر ثلاثة وثمانين وثلثًا ربحًا؛ لأنه زعم أن الخمسمائة الربح مستفادة من المالين ثلثه للمقر له؛ لأنه ما شرط لنا ربحًا، وإنما عملنا في ماله على سبيل البضاعة إلا أن الخمسمائة الربح نصفها في

يده ونصفها في يد صاحبه فتكون في يده من الربح مائتان وخمسون فيصح إقراره بثلث مائتين وخمسين وذلك ثلاثة وثمانون وثلث، ويدفع مما في يد الآخر مثلي ذلك وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث بين رب المال والمنكر أثلاثا؛ لأن المضارب المقر زعم أنه لا حق له في ذلك فخرج من الوسط، ثم يقسم ما بقي في يد المضاربين وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون أرباعا نصفه لرب المال ولكل مضارب ربعه، ثم يجمع ما أصاب المقر وهو ثلاثة وثمانون وثلث إلى ما أخذ المقر له، فيقسم بينه وبين المقر أتساعا تسع للمقر وثمانية للمقر له؛ لأنه أقر له الخمسمائة رأس المال وثلث الخمسمائة الربح وبقي ثلث الخمسمائة الربح بينه وبين صاحبه ورب المال أرباعا فاحتجنا إلى حساب له ثلث ولثلثيه ربع وذلك ستة فيجعل كل خمسمائة ستة، وحصته من الخمسمائة الربح سهمان فلكل مضارب سهم ولرب المال سهمان ففي زعمه أن حقه في ثمانية وحقي في سهم وذلك تسعة وهما شريكان فكان الذاهب من تلك الألف على قدر حقهما والباقي منهما على قدر حقهما.

(باب الاختلاف في عموم المضاربة وخصوصها)

مسائله في وجهين: إمّا أن اختلفا في العموم والخصوص واتفقا على الخصوص واختلفا في جنس العقد، فإن اختلفا في العموم والخصوص بأن قال رب المال: دفعت مضاربة في الطعام خاصّة، وقال المضارب: ما سميت لي تجارة بعينها، فإن كان قبل التصرف لا يكون للمضارب التصرف في العموم؛ لأنه لو نهاه رب المال عن العموم في التصرف صريحًا صح نهيه فكذا هذا، وإن اختلفا بعد التصرف فالقول قول المضارب استحسانًا ولرب المال قياسًا وهو قول زفر ورواية الحسن، لأن الإذن يستفاد من جهة رب المال لو أنكر الإذن أصلًا كان القول له فكذا إذا أنكر البعض وصار كالبضاعة لو اختلف المبضع والمستبضع في عموم الإذن وخصوصه، فالقول لرب المال فكذا هذا. وجه الاستحسان أن مقتضى المضاربة العموم؛ لأن في لفظ المضاربة ما ينبي عن العموم من الضرب في الأرض، والضرب في الأرض كلها إنما يكون للتجارة كلها فمدعي الخصوص ادعى بغير

موجب العقد فلا يصدق إلا ببينة، ومدعي العموم يتمسك بالأصل فيكون القول له بخلاف البضاعة؛ لأنها تنبي عن دفع بعض المال ولا تنبي عن العموم لغة فلم يكن مدعي الخصوص مدعيا تغيير موجب العقد، والإذن مستفاد من جهته فيكون القول له، فإن أقاما البينة على ما قالا أخذ ببينة رب المال، وقت أحدهما أو لم يوقت؛ لأن مدعي الخصوص أثبت ببينته ما ليس بثابت وهو تغيير العقد عن مقتضاه بشرط زائد اقترن به وإن وقتنا وقتًا يؤخذ بينة الوقت الأخير؛ لأن الأول يحتمل الانفساخ وأنه يجوز أنه أذن له عامًا ثم نهاه عن العموم أو أذن له خاصًا ثم أذن له عامًا فيكون الثاني ناسخًا للأول، وانفسخ الأول بالثاني. وأما إذا اتفقا أن العقد وقع خاصا ثم اختلفا في الجنس بأن قال رب المال أذنت لك في البر خاصّة وقال المضارب أذنت له في الطعام فالقول لرب المال؛ لأن الإذن يستفاد من جهته؛ لأنهما اتفقا على تعيين موجب العقد فثبت التعيين باتفاقهما، وإنما اختلفا في صفته فكان القول في صفة العقد قول من يستفاد الإذن منه، وإن أقاما البينة، فإن وقتنا أخذا بالوقت الآخر؛ لأن الشرط الثاني ينقض الأول، وإن وقت أحدهما أو لم يوقتا فالبينة بينة المضارب؛ لأن توقيت أحدهما لا يحصل فائدة؛ لأنه لا يظهر به التقدم والتأخر فجعل كأنهما لم يوقتا فيصير المضارب مدعيا؛ لأنه يحتاج إلى دفع الضمان عن نفسه، ورب المال لا يحتاج إلى الإثبات.

ولو قال المضارب: أمرتني بالنقد والنسيئة، وقال رب المال: أمرتك بالنقد فالقول للمضارب؛ لأن القول قول من يدعي التعميم والبينة بينة من يدعي التخصيص لما بينا.

وكذلك لو قال: أمرتك أن تعمل بالكوفة أو أمرتك أن تشتري، كذا وقال المضارب العموم، وكذلك لو اختلفا في المنع من السفر بأن خرج المضارب بالمال من المصر فقال رب المال: لم آمرك بالخروج وأنكر المضارب فالقول له في ظاهر الرواية؛ لأن المضاربة تقتضي إطلاقها وتعميمها، وفي رواية النوادر وضمن. فأمّا المستبضع والمستعير إذا خرج بالدابة والثوب من المصر فقال رب المال لم آمرك بالخروج وهو مستعمله ضمن، وإن خرج به ولم يلبس الثوب ولم يركب الدّابة ضمن في الدابة، ولا يضمن في الثوب؛ لأن خروجه

بالدابة خلاف وخروجه بالثوب ليس بخلاف حتى يلبس والله أعلم.

(باب الاختلاف في الشراء للمضاربة)

اشترى المضارب عبدًا بألف فقال رب المال: اشتريته لنفسك، وقال المضارب: بل على المضاربة، فلا يخلو إمّا أن كان ألف المضاربة والعبد قائمين أو هالكين أو أحدهما قائم والآخر هالك، فإن كانا قائمين فالقول للمضارب؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه، فإنه يملك إنشاء الشراء على المضاربة للحال فيصدق فيما يحكي عنه؛ لأنه إن كان صادقًا فيه فالمحكي عنه ثابت، وإن كان كاذبًا ثبت المحكي عنه للحال؛ لأنه يملك استئنافه للحال، فإن هلكت الألف قبل أن ينقد البائع رجع بمثلها على رب المال لما ذكرنا، فإن كانا هالكين أو كان مال المضاربة هالكا والعبد قائما لا يصدق المضارب إلا ببينة؛ لأنه بعد هلاك مال المضاربة لا يملك إنشاء الشراء واستئنافه للحال؛ لأن المضاربة انتقضت بهلاك رأس المال وانعزل المضارب فلا يصدق كالوكيل الخاص بالشراء إذا قال اشتريت بعد هلاك المال المدفوع إليه وكذبه الموكل لم يصدق، وإن كان مال المضاربة قائمًا والعبد هالكا يصدق المضارب في حق تسليم ما في يده إلى البائع ولا يصدق في حق الرجوع بمثله على رب المال إذا هلك المال في يده؛ لأن رأس المال مشغول بثمن عبد هالك؛ لأن المضارب مصدق في الإخبار عن شغل رأس المال بثمن التجارة، فإنه لو اشترى به شيئًا صح فملك الإقرار بالشغل فصار رأس المال مشغولا بالدين فيكون هالكا معنى فانفسخت المضاربة في حق الرجوع بمثله على رب المال فلم يصدق في حق رب المال لأن إقراره بإيجاب الثمن في ذمة رب المال لا تجوز. اشترى بألف المضاربة عبدًا ونقد الثمن من ماله فلا يخلو إما أن يكاذبا في النية وقت الشراء أو يصادقا أنه لم يحضره نية وقت الشراء، فأن يكاذبا فقال: اشتريته لنفسي وقال رب المال: للمضاربة فلا يخلو إما أن أضاف الشراء إلى مال المضاربة أو لم يصف إليه أو أطلق، فإن أضاف إليه يكون العبد للمضاربة ويأخذ ألف المضاربة قصاصا بما نقد؛ لأن إضافة الشراء إلى مال المضاربة دليل على أنه اشتراه للمضاربة؛ لأنه جعل بدل العقد مال المضاربة والمبدل إنما يكون لمن ملك البدل فصار مقرًّا بالشراء للمضاربة مقتضى إضافة الشراء إليها وصار كالوكيل الخاص

بالشراء إذا أضاف الشراء إلى مال الموكل ثم قال: اشتريت لنفسي لم يصدق، فأما إذا أطلق الشراء يصدق؛ لأنه احتمل أن يكون الشراء للمضاربة، واحتمل أن يكون له، وإنما يعرف أحدهما من الآخر من جهته فوجب الرجوع في البيان إليه؛ لأنه أعلم بذلك من غيره؛ لأنه الحر عامل لنفسه ما لم يجعل عمله لغيره.

وأمّا إذا تصادقا أنه لم تحضره النية وقت الشراء فعند محمد يكون الشراء للمضارب، وعند أبي يوسف بحكم النقد إن نقد من مال المضاربة يكون للمضاربة وإن نقد من ماله فهو له لما يأتي في الوكالة. اشترى عبدًا بألف ولم يسم ثم اشترى آخر ولم يسم فقال نويتهما على المضاربة ولم ينقد المال فهو على أوجه: إما أن صدقه رب المال فيهما، أو كذبه فيهما، أو صدقه في الأول وكذبه في الثاني، أو على العكس.

فإن صدقه فيهما فالأول على المضاربة دون الثاني؛ لأن الأول لما صار للمضاربة لتصادقهما عليه صار جميع رأس المال مشغولا بثمن الأول، والمشغول بالدين مستحق به، والمستحق ملحق بالعدم كالماء المستحق بالعطش فحين اشترى الثاني كان رأس المال هالكًا معنى فلم يصر الثاني للمضاربة؛ لأنه يصير مستدينًا على المضاربة وليس له ذلك إلا بإذن رب المال، والإذن منه وجد بعد نفاذ الشراء والاستدانة على المضارب؛ لأنه لما اشترى الثاني بعدما فني مال المضاربة نفد الشراء عليه وإن نواه للمضاربة؛ لأن الشراء لا يقف متى وجد نفاذًا على العاقد فلا يلحقه الإجازة؛ لأن الإجازة إنما يلحق الموقوف دون الناقد.

وكذلك إن كذّبه فيهما أو صدقه في الأول وكذبه في الثاني؛ لأن المضارب مصدق في الأول؛ لأنّه حكى أمرًا يملكه استئنافه؛ لأن رأس المال قائم عند شراء الأول، فأما إذا صدقه في الثاني دون الأول فالقول لرب المال والعبد الثاني للمضاربة؛ لأن المضارب وإن أقر أن الأول للمضاربة وهو مصدق فيه إلا أنه لما أقر بشراء الثاني للمضاربة فقد رجع عن إقراره بشراء الأول عن المضاربة؛ لأنه لا يتصوّر أن يكون كلاهما للمضاربة وقد صدّقه رب المال في رجوعه كما صدقه في الثاني فبطل إقراره الأول.

ولو اشتراهما صفقة واحدة كل واحدة بألف وقال: نويت أن يكون كل واحد منهما بألف للمضاربة فهو على أربعة أوجه: إن صدقه فيهما كان نصف كل واحد على المضاربة والباقي للمضارب؛ لأنه لا يمكن أن يجعل كلاهما على المضاربة؛ لأن رأس المال لا يفي بثمنهما، ولا يمكن أن يجعل أحدهما بعينه للمضاربة؛ لأنه ليس بأولى من الآخر فصار نصف كل واحد على المضاربة وكذلك إن كذبه فيهما؛ لأنه ليس أحدهما بأن يجعل للمضاربة بأولى من الآخر، وإن صدّقه في أحدهما بعينه فقال اشتريت هذا للمضاربة كان للمضارب لاتفاقهما عليه واختلافهما في الآخر.

ولو قال المضارب: اشتريتهما جميعًا بألف من عندي وبألف من المضاربة، وقال رب المال: هذا بعينه للمضاربة صدق المضارب ونصفهما على المضاربة؛ لأن المضارب أقر بشراء نصف كل واحد للمضاربة بنصف مال المضاربة لا بشراء أحدهما بجميع المضاربة والمضارب فملك شراء الانتقاص فقبل قوله قال أبو يوسف: إذا عمل الوصي في مال اليتيم فوضع أو ربح فيه فقال عملت به مضاربة فهو مصدق في حال الوضيعة دون الربح إلا أن يشهد قبل العمل؛ لأن في الوضيعة أمينًا أخبر بأمر محتمل لا يكذبه الظاهر فيصدق كما لو ادعى الوصي أنه ملكه من غير مضاربة، فأمّا في حالة الربح يكذبه الظاهر فيما ادعى؛ لأنه ادعى بملك بعض مال اليتيم لنفسه؛ لأن الربح فرع مال اليتيم فكان لليتيم في الظاهر كالولد من الأم فلا تقبل دعواه إلا بحجة.

ولو قال: استقرضت لا يصدق حتى يشهد قبله إن كان فيه ربح؛ لأنه ادعى تملك الأصل والربح لنفسه بغير حجة، وإن كان فيه وضيعة ضمن؛ لأنه أقر بتملك مال اليتيم لما ادعى الاستقراض وقبض التملك بسبب موجب للضمان بخلاف ما لو ادعى أنه عمل به مضاربة وقد وضع لا ضمان عليه؛ لأنه لم يقر بقبض التملك، وكذلك لو دفعه إلى رجل عمل به ثم قال دفعته قرضا عليه ثم قال قرضًا عليّ وصدقه الرجل؛ لأنه ليس للوصي أن يقرض مال اليتيم من غيره كما ليس له أن يستقرض لنفسه.

ولو قال: دفعته مضاربة أو بضاعة وصدقه الرجل فيه، فإن كان فيه وضيعة فلا ضمان، وإن كان فيه ربح يكون كله لليتيم إلا أن يشهد قبل الدفع؛ لأن العامل يدعي استحقاق بعض الربح والوصي يصدقه فلا يقبل وكل هذا يسعه ديانة إن كان صادقًا ولكن القاضي لا يقبل قوله إلا ببينة.

(باب عتق المضارب وكتابته)

ولو أعتق المضارب عبد المضاربة فلا يخلو إما أن لا ربح في مال المضاربة أو فيه ربح، ولا فضل في قيمة العبد على رأس المال أو فيه فضل، وإن لم يكن ربح في المضاربة لا يصح عتقه؛ لأنه لم يملك المضارب شيئًا من العبد؛ لأن جميعه مشغول برأس المال.

ولو أعتقه رب المال يصح؛ لأنه أعتق ملكه إلا أن للمضارب فيه حق البيع وبهذا لا يصير المالك محجورا عن الإعتاق كالراهن إذا أعتق الرهن ويكون مستوفيا برأس ماله؛ لأنه جنس حقّه باعتبار الماليّة وقد صار مستهلكًا مال المضاربة بالإعتاق والإعتاق قبض حكمي فصار مستوفيا لرأس المال بالإعتاق، ويجوز أن ينحجر المضارب حكمًا لاستيفاء رب المال، وإن كان مال المضاربة عروضًا، ألا ترى لو باع رب المال عروض المضاربة واستوفى ثمنه برأس المال جاز وانحجر المضارب عن التصرف حكمًا فكذا هذا.

فأمّا إذا كان في المضاربة ربح فلا فضل في قيمة العبد بأن اشترى عبدًا بخمسمائة وهو يساوي ألفًا ورأس المال ألف فأعتقه المضارب لا يصح أيضًا؛ لأن العبد كله مشغول برأس المال؛ لأن العبد والدراهم جنسان مختلفان، ومال المضاربة متى كان جنسين مختلفين وقيمة كل واحد مثل رأس المال فإنّه يعتبر كل رأس المال في المالين مشغولا برأس المال كأنه ليس معه غيره ولا يعتبر رأس المال شائعًا فيهما لما عرف، فإذا كان كل واحد مشغولا برأس المال لم يظهر الربح.

ولو أعتقه رب المال يصح ويقسمان الخمسمائة نصفين؛ لأنه استوفى رب المال

رأس ماله بإعتاق العبد فبقي خمسمائة ربحًا بينهما نصفين، وإن كان في قيمة العبد فضل عن رأس المال بأن اشترى المضارب بخمسمائة عبدًا يساوي ألفين فأعتقه جاز عتقه في ربعه؛ لأنه ملكه؛ لأن الألف رأس المال في العبد تبقى من العبد ألف ربح نصفه للمضارب وهو ربع العبد، ويأخذ رب المال الخمسمائة الباقية من رأس ماله؛ لأنه مقدم على الربح فيؤخذ من أقرب المال وصولا إليه، ويضمن المضارب تمام رأس المال خمسمائة ونصف الربح وهو سبعمائة وخمسون لأنه متى ضمن من قيمة العبد خمسمائة تمام رأس المال يبقى الربح من العبد ألف وخمسمائة نصفه لرب المال ويرجع المضارب على العبد بجميع ما ضمن وهو ألف ومائتان وخمسون وإنما مائتان وخمسون يستسعينه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن بقدر ألف ومائتين وخمسين صار العبد مالكا للمضارب بالضمان من جهة رب المال وبقدر مائتين وخمسين حدث له زيادة ملك في العبد بعد العتق؛ لأنه لم يكن له ملكًا يوم أعتق؛ لأن نصف العبد كان مشغولا برأس المال فلم يعتق ما حدث له بالزيادة فله أن يستسعيه في ذلك القدر أيضًا فيكون جملة ما يستسعيه المضارب ألف وخمسمائة وقالا لا سعاية عليه وهذا بمنزلة عبد بين شريكين أعتق أحدهما نصيبه.

ولو اشترى المضارب بالألف عبدين يساوي كل واحد ألفًا فأعتقهما فعتقه باطل، أمّا عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن العبدين أجناس مختلفة لعظم التفاوت فيما بينهم فصار كل عبد مشغولا برأس المال فلم يظهر الربح فلم يملك المضارب شيئًا منهما، وكذلك عندهما على رواية هذا الكتاب. العبيد بمنزلة الأجناس المختلفة وعلى رواية كتاب العين والدين الرقيق جنس واحد فيكون مال المضاربة جنسًا واحدًا فيعتبر رأس المال شائعًا فيهما فيكون نصف كل واحد مشغولا برأس المال ونصفه فارغًا فيكون ربحًا بينهما نصفين فيكون ربع كل واحد للمضارب وقد أعتقهما فصح.

ولو أعتقهما رب المال ينظر إن أعتقهما معًا عتقًا وضمن للمضارب خمسمائة موسرًا كان أو معسرًا ولا سعاية على العبد؛ لأنه حين أعتقهما كان كل واحد ملك رب المال؛ لأنه لا شركة للمضارب فيهما؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال ثم

يصير رب المال مستوفيا رأس المال بالعتق فيظهر للمضارب شركة في الربح بعد العتق فقد استهلك رب المال حصته من الربح فيجب ضمان الإتلاف لا ضمان الإعتاق؛ لأنه لا شركة للمضارب فيهما وقت الإعتاق فلا يمكن أن يجعل ضمان عتق، وإن وجب بالعتق كالمولى إذا أعتق عبده المديون ولا سعاية على العبد مع ضمان الإتلاف، وإن عتق أحدهما بعد صاحبه عتق الأول كله وولاؤه له؛ لأن جميعه مملوك له ويعتق من الثاني نصفه؛ لأن رب المال صار مستوفيا رأس المال بإعتاق الأول فيعين الثاني كله ربحًا وصار بينهما نصفين فصار كإعتاق بين شريكين.

ولو اشترى بها عبدين يساوي أحدهما ألفين والآخر ألفًا فأعتقهما المضارب معًا أو متفرقا وهو موسر فعتقه في أقل القيمة باطل ويعتق من أكثر القيمة ربعه؛ لأن أقل القيمة كله مشغول برأس المال ونصفه فارغ فيكون ربحًا بينهما نصفين فيكون للمضارب ربعه فصح عتقه فيه، ويباع أقل القيمة فيستوفي رب المال رأس ماله ويضمن المضارب نصفيه من الربح في الذي أعتقه ذلك الألف؛ لأن رب المال لما استوفى رأس ماله صار كثير القيمة فارغا عن رأس المال فكان كله ربحًا فيكون نصفه لرب المال فيضمنه المضارب بالإعتاق، ويرجع على العبد عند أبي حنيفة ويستسعيه أيضًا في خمسمائة تمام نصيبه من العبد؛ لأن الألف ضمان الإعتاق وخمسمائة زيادة ملك حدث للمضارب بعد الإعتاق فلم ينفذ عتقه فيه.

وإن كان أعتقهما رب المال في كلمة واحدة عتق قليل القيمة كله من مال رب المال؛ لأن جميعه مملوك لرب المال وعتق من كثير القيمة ثلاثة أرباعه من مال رب المال؛ لأن ربعه ملك المضارب، والمضارب في الربع الآخر بالخيار عند أبي حنيفة لما عرف، ويضمن رب المال للمضارب خمسمائة موسرا كان أو معسرا؛ لأن رب المال صار مستوفيا من مال المضاربة ألفين وخمسمائة ومستهلكا لها ألف منها رأس المال وألف حصته من الربح؛ لأنه لما استوفى رأس ماله ظهر أن الربح كان ألفين يكون نصفه لرب المال واستهلك خمسمائة من ذلك حصة المضارب وضمان الاستهلاك لا يختلف باليسار والعسار، فإن أعتق رب المال أولا أكثر القيمة عتق منه ثلاثة أرباعه؛ لأن ربعه ملك المضارب ويعتق من الثاني نصفه؛ لأن رب المال

قبض رأس المال بإعتاق الأول فصار الآخر ربحًا كله نصفه للمضارب، فإن أعتق أقل القيمة أوّلا فقد استوفى كل رأس المال وبقي الآخر كله ربحًا فعتق نصفه وباقي المسألة يمكنه تخريجه.

(فصل)

اشترى بألف المضاربة عبدًا يساوي ألفين فكاتبه على ألفي درهم لم يكاتب إلا الربع الذي هو ملك المضارب؛ لأن المضارب لا يملك الكتابة بحكم المضاربة؛ لأنّها ليست بتجارة وإنما يملكها بحكم ملكه فلم يملك إلّا ربع العبد فلم تنفد كتابته إلا فيه ولرب المال أن ينقض الكتابة في نصيب المضارب كعبد بين شريكين كاتب أحدهما نصيبه، فإن لم ينقضها رب المال حتى اكتسب العبد ألفي درهم وأداها عتق الربع؛ لأنه وجد شرط العتق وهو أداء الألفين؛ لأن الكتابة، وإن كانت معاوضة من وجه فهي تعليق العتق بالشرط فيكون عتقًا معلقًا بأداء الألفين فيكون بعض المؤدى ملك غيره لا يمنع حصول العتق، كما لو أدى المكاتب الدراهم المغصوبة عتق بالربع من الكسب سلم للمضارب، وثلاثة أرباع الكسب يكون على المضاربة؛ لأن ربعه مكاتب وثلاثة أرباعه للمضاربة؛ لأن الكتابة تنجزئ عند أبي حنيفة، وعندهما وإن صار كله مكاتبًا إلّا أن الكتابة في حصّة رب المال غير لازمة فصار وجودها وعدمها بمنزلة فيستوفي رب المال رأس ماله وهي ألف من الكسب أولًا لأنّه أقرب إليه وصولًا وأيسر المالين إمكانًا ويأخذ خمسمائة بإزاء ربع العبد؛ لأن المضارب استوفى مثل ذلك باستهلاك ربع العبد حتى يستويا بقي ثلاثة أرباع العبد ربحًا فيكون بينهما نصفين وقد استهلكه المضارب فيضمن نصفه إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا سعى العبد في نصفه، فإن مات ولم يؤد المكاتب شيئًا وترك أقل من ثمانية آلاف مات عبدًا وبطلت الكتابة؛ لأنه مات عاجزا؛ لأن ما هو ملكه وهو ربع الكسب لا يفي ببدل الكتابة فيستوفي رب المال بما ترك رأس ماله ألف والباقي بينهما نصفان، وإن ترك ثمانية آلاف فقد مات عن وفاء بعتق؛ لأن الربع بقي ببدل الكتابة، ويأخذ المضارب من ذلك ألفين؛ لأن الكتابة صحت في الربع والعتق معلق بأداء كل البدل؛ لأن الكتابة تعليق العتق بالشرط، والمعلق

بالشرط لا ينقسم على أجر البدل فيكون عتقه من أجزائه معلقا، بأداء الألفين يغرم لرب المال ألفًا وخمسمائة قيمة ثلاثة أرباع العبد؛ لأنه بقي ذلك على ملك المولى وقد أفسده المضارب بالكتابة فضمن ويكون الستة الآلاف الباقية من الكسب بين المضارب ورب المال نصفين لأنها ربح، وإن ترك المكاتب تسعة آلاف أخذ المضارب ألفي درهم بدل الكتابة فيموت حرًّا ويأخذ أيضًا الألف الزيادة بحق الإرث؛ لأن الولاء له؛ لأنه عتق كله عليه؛ لأنه ملكه بالضمان، وإن كانت قيمته يوم الكتابة ألفين ثم انتقضت ثم أدى أو مات فالجواب فيه كما في المسألة الأولى؛ لأن الربع كان ملكه فنفدت الكتابة فيه إلا أن المكاتب يضمن قيمته يوم الأداء فيفارق الأولى في وقت الضمان.

(باب دعوة المضارب أو رب المال أمتهما جميعاً)

دفع ألفًا مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفًا فولدت ما تساوي ألفًا فادعاه المضارب فدعوته باطلة؛ لأن كل واحد منهما مشغول برأس المال لا فصل فيه لما بينا فلم يكن للمضارب ملك في واحد منهما ولا حق ملك، وإنما هو مجرد حق التصرف فبطلت دعوته، وهو ضامن لعقر الجارية؛ لأنه بالدعوة أقر بوطء الجارية والوطء في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، ولم تجب العقوبة للشبهة فيلزمه الغرامة وتكون في المضاربة؛ لأنه نزل جزء من أجزاء الجارية فيكون كالأرش ويتبعهما؛ لأنه لم يحدث فيهما ما يمنع المضارب من التصرف، فإن لم يبع واحدًا منهما حتى صارت تساوي ألفين، فإن الجارية أم ولد المضارب ويضمن ألف درهم وخمسمائة؛ لأنه ظهر الفضل فيها فملك المضارب ربعها فصحّت دعوته وصارت الجارية كلها أم ولد له؛ لأن الاستيلاد لا يتجزأ فيتملك الباقي حكمًا للاستيلاد فيضمن قيمة نصيب رب المال والولد رقيق ما لم يؤد المضارب ما عليه من قيمة الأم أو يأخذ رب المال شيئًا من العقر؛ لأنه لا فضل فيه على رأس المال فلا يحدث للمضارب شركة في الولد فيبقى رقيقا.

وإن لم يبعه حتى صار يساوي ألفين فالولد ابن المضارب ويعتق ربعه ولا

ضمان عليه فيه؛ لأنه ملك ربعه فثبت نسبه منه والنسب لا يتجزأ فيثبت كله والعتق يتجزأ فيعتق ربعه عند أبي حنيفة.

وعندهما: عتق كله؛ لأن العتق لا يتجزأ؛ لأنه عتق بعدما ملكه لا بإعتاقه قصدا بل حكمًا ليملكه فكان بمنزلة رجلين ورثا عبدًا وهو قريب أحدهما حتى عتق على القريب نصيبه لم يضمن فيأخذ المولى من المضارب ألف درهم رأس ماله؛ لأن ما وجب عليه من الضمان أيسر المالين استيفاء؛ لأن ما وجب عليه معجل وهو موسر السعاية وجبت مؤجلة والعبد معسر ورأس المال يوجد من أقرب المالين وصولا إليه وإذا استوفى صار ما بقي من الابن وما بقي على المضارب من قيمة الأم وعقرها ربحًا، فإن كان العقر مائة درهم ضمن لرب المال الألف كلها والمائة درهم، فإذا أخذهما كان للمضارب مثل ذلك من الولد قدر ألف ومائة ويبقى تسعمائة بين المضارب ورب المال فيعتق حصّة المضارب ويسعى الولد لرب المال في حصته أربعمائة وخمسين.

طعن عيسى وقال: ما بقي كله ربح بينهما فلا يكون حصة المضارب من الربح في الولد خاصّة لكن المضارب يضمن ما بقي من نصف قيمة الأم ونصف العقر ويسعى الولد في نصف قيمته؛ لأن موجب المضاربة أن يكون جميع الربح شائعًا بين رب المال والمضارب على شرطهما ولا يختص أحدهما ببعض الربح دون الآخر، وفي تخصيص أحدهما ببعض الربح يعتبر موجب المضاربة وذلك لا يجوز، ولتكثير حرية الولد وتقليل السعاية عن الولد كما في مسألة آخر الباب، والجواب عنه أن ليس في المضاربة تنصيص من جهة المتعاقدين أن يكون حقهما في الربح شائعًا، وإنما اعتبرنا حقهما في الربح شائعًا فيما عدا هذا بحكم المعارضة والمزاحمة؛ لأنه ليس جعل بعض الربح لأحدهما بأولى من الآخر، وهنا لو جعلنا ما بقي من قيمة الأم والعقر لرب المال خاصّة تكثر حرية الولد وتقل السعاية عنه؛ لأنه يعتق سبعة أعشاره وربع عشره، ومتى قسمنا ذلك والولد بينهما نصفان يعتق من الولد نصفه ويسعى في النصف قيمته ولم يوجد منه الرضا بالتزام السعاية فكان فيما قلناه تكثير الحرية وتقليل السعاية، وفي تكثير السعاية ضرر على رب المال؛

لأن السعاية مؤجلة والولد معسر وما يأخذ من المضارب معجل وهو موسر فكان في تخصيص رب المال ببعض الربح سعي إلى تكثير الحرية وبقي الضرر عنه فكان هذا أولى بخلاف مسألة آخر الباب لما تبين. وولاء الولد بين المضارب ورب المال عشر له وربع عشره لرب المال؛ لأنه يسعى له في أربعمائة وخمسين، وكل ما بين منه عشره هذا كله إذا كان المضارب موسرا، فإن كان معسرا فأراد رب المال استسعاء الجارية في رأس المال وحصته من الربح ليس له ذلك؛ لأنها أم الولد، ولا سعاية على أم الولد في دين على مولاها؛ لأن المملوك لا يسعى في دين على المالك.

وإن أراد استسعاء الولد له ذلك؛ لأنه معتق البعض فيستسعيه في ألف وخمسمائة ويعتق ربع الولد؛ لأن خمسمائة منه للمضارب وتعذر تضمين المضارب لكونه معسرا ويكون للمضارب ربعه ولرب المال ثلاثة أرباعه؛ لأن الولد لما عتق ربعه على المضارب تعذر على رب المال استدامة ملكه فيه فله استسعاء الولد في ملكه وهو ثلاثة أرباعه وقد عتق ذلك القدر على ملك رب المال فكان ثلاثة أرباع ولأنه له، ثم يرجع رب المال على المضارب بنصف قيمة الأم ونصف العقر؛ لأن الأم والعقر كله ربح فكان نصفه لرب المال دينًا على المضارب؛ لأنه أتلف المضارب بالدعوة.

ولو ادعى رب المال أنه ابنه لا المضارب فهو ابنه والجارية أم ولد له، ولا يضمن للمضارب شيئًا من عقر وقيمة؛ لأنه وطئ ملكه على الخلوص فعلق الولد حرًّا ولا فضل في الجارية؛ لأن كل واحد منهما كان مشغولا برأس المال لا شركة للمضارب فيهما، ولهذا لو أعتقهما رب المال لم يضمن للمضارب شيئًا، وكذلك لو كان الولد يساوي ألفين؛ لأن الجارية صارت أم ولد له من حين العلوق فانتقضت المضاربة من حين العلوق فحين حدث الولد المضاربة منتقضة فلم يتعلق حق المضارب بالولد بخلاف ما لو أعتقهما، فإنه يضمن حصّة المضارب من الربح؛ لأن الإعتاق يقتصر على حال وجوده ولا يستند إلى وقت العلوق، والجارية ولدت حال قيام المضاربة فتعلق حق المضارب به وقد استهلك بالإعتاق حصّة المضارب

من الربح فضمن، وإن كانت الجارية تساوي ألفين غرم ربع قيمتها وثمن عقرها؛ لأن ربع الجارية ملك المضارب؛ لأنه حصّته من الربح، وقد يملك رب المال بالاستيلاد وعليه نصف ربع العقر حصّة المضارب إلا أن ربع العقر صار ربحًا؛ لأن الجارية كانت على المضاربة حين وجب العقر؛ لأن ربع العقر وجب بأوّل الملاقاة وكانت المضاربة بينهما قائمة في ذلك الوقت فما وجب من العقر كان ربحًا فكان بينهما نصفين فسقط عنه حصته وهو الثمن وبقي ثمنه للمضارب.

ولو كان المضارب وطئ الجارية وقيمتها ألفان فجاءت بولد قيمته ألف فادعاه بأنه ولده فلا ضمان عليه فيه والولد رقيق؛ لأنه ولد جارية مشتركة إلا أنه لم يحدث الولد مشتركًا بينهما؛ لأنه لا فضل فيه؛ لأن كله مشغول برأس المال؛ لأن قيمته مثل رأس المال، والجارية إنما كانت مشتركة بينهما لوجود الفضل فيها على رأس المال ولا فضل في الولد ويجب عليه ضمان ثلاثة أرباع قيمة الأم؛ لأنه ملك نصيب رب المال بالاستيلاد ويغرم ثلاثة أثمان العقر؛ لأن ثلاثة أرباعها للمالك والعقر ربح فيكون بينهما نصفين فيبقى عليه ثلاثة أثمان العقر، فإذا أدى إلى رب المال عتق نصف الولد؛ لأنه قبض رب المال رأس ماله فصار الولد كله ربحًا فملك المضارب نصفه ولا ضمان عليه في الولد ويسعى الولد في نصفه لرب المال؛ لأن الولد وإن عتق ناصف المضارب ما عليه وذلك كان بصنعه إلا أنه كان مجيزا على الإيفاء فسقط اعتبار صنعه فكأنه عتق بغير فعله.

(فصل)

أصله: أن المضارب متى اشترى للمضاربة ما لا يمكنه بيعه مقتضى عقد المضاربة؛ لأن المضاربة إنما انعقدت لتحصيل الشركة في الربح والربح إنما يحصل بالبيع بعد الشراء وصار كمن وكل رجلًا بأن يشتري له جارية يطؤها فاشترى أخته من الرضاع لم يجز على الموكل وصار مشتريا لنفسه.

ولو اختلفا في الخلاف والوفاق فالقول من يدعي الوفاق؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الموافقة حلال والمخالفة حرام والظاهر من حال المسلم المكلف أنه لا يقدم

على الحرام؛ ولأن مدعي الموافقة متمسك بما هو ثابت في الأصل لأنه يدعي بقاء المضاربة ومدعي الخلاف يدعي انفساخها. اشترى المضارب عبدًا بألف المضاربة ولا يعرف نسبه فقال المضارب لرب المال هو ابنك وكذبه فهذا على وجهين: إما أن كان في العبد فضل على رأس المال أو لم يكن.

وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن كان صدقه رب المال أو كذبه، أو قال للمضارب: لا بل هو ابنك.

أما إذا كان في العبد فضل بأن كانت قيمته ألفي درهم وصدقه رب المال يثبت نسبه من رب المال وهو عبد المضارب؛ لأنهما تصادقا على أنه ثابت النسب من رب المال فصار المضارب مشتريًا ابن رب المال فقد اشترى ما لا يمكنه بيعه فصار مخالفا فوقع الشراء للمضارب فلم يملك رب المال شيئًا منه فلا يعتق، ويضمن رأس المال؛ لأنه صار غاصبا لمال رب المال حين نقده البائع، وإن كذبه رب المال يعتق العبد ويسعى لهما في قيمته أرباعا؛ لأن الشراء وقع للمضاربة؛ لأنهما اختلفا في الخلاف والوفاق. ادعى رب المال الوفاق فيكون القول له، والشراء متى وقع للمضاربة كان العبد مشتركًا بينهما؛ لأن في العبد ربح فصار كأحد الشريكين، قال الآخر: هو ابنك يسعى لهما فكذا هذا.

وإن قال للمضارب: لا بل ابنك، فإنه عبد المضارب، ويضمن رأس المال لرب المال؛ لأنهما تصادقا الخلاف لأنهما اتفقا أنه اشترى ما لا يمكن بيعه؛ لأنه إن كان ابن أيهما هو فلا يمكنه بيعه فصار مشتريا لنفسه فصار كعبد لرجل أقر أنه ابن فلان، وقال فلان: لا بل هو ابنك لا يثبت نسبه من واحد منهما ويبقى مملوكا لصاحبه فكذا هذا كله إذا كان في العبد فضل، وإن لم يكن فيه فضل بأن كانت قيمته ألف فقال المضارب هو ابنك، فإن صدقه رب المال يثبت نسبه منه ويكون الغلام للمضارب ويضمن رأس المال لأنهما اتفقا على الخلاف وأنه اشتراه لنفسه، وإن كذبه فهو على المضاربة لأنهما اختلفا في الخلاف والوفاق، ورب المال ادعى الوفاق فكان العبد لأجنبي اشتراه للمضاربة فيكون القول له، فإن صارت قيمته ألفين عتق وسعى في ثلاثة أرباعه لرب المال وفي ربع قيمته للمضارب؛ لأنه صار العبد

مشتركًا بينهما لظهور الربح فملك المضارب ربعه وقد أقر أنه ابن صاحب رب المال، فنفذ إقراره المتقدم وعتق العبد، وفي مثل هذ لا يضمن أحد الشريكين ويسعى العبد.

فأما إذا قال رب المال للمضارب: هو ابنك فلا يخلو إما أن كان في العبد فضل أو لا، فإن كان فيه فضل وصدقه المضارب يعتق ويضمن رأس المال؛ لأنهما تصادقا على الخلاف، فإنه اشتراه لنفسه لاتفاقهما على أنه ابن المضارب، وإن كذبه المضارب يعتق العبد ولا يسعى لرب المال لأنهما اختلفا في الخلاف والوفاق. ادعى المضارب أنه موافق، فإنه لم يشتر ابن نفسه فيكون القول له، ووقع الشراء للمضاربة وفي الغلام فضل فصار مشتركًا بينهما، وقد أقر رب المال أنه عتق نصيب المضارب وهو ينكر، وأحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالعتق كان للجاحد سعايته في نصيبه، ولا ضمان على الشاهد لما عرف، ولا يسعى لرب المال؛ لأنه يقول لا سعاية لي على العبد؛ لأن العبد كله ملك المضارب؛ لأنه صار مخالفا وإنما يدعي رأس ماله على المضارب.

وإن قال المضارب لرب المال: لا بل هو ابنك فالعبد للمضارب، وضمن رأس المال لأنهما تصادقا على الخلاف؛ لأن المضارب زعم أنه ابن رب المال، ورب المال زعم أنه ابن المضارب، فأما إذا لم يكن في العبد فضل أن صدقه المضارب هو ابنه مملوك للمضاربة؛ لأنهما تصادقا على الوفاق؛ لأنه اشترى ما يمكنه بيعه؛ لأنه لا فضل فيه فصار ملكًا لرب المال فقد أقر بنسبه من المضارب وصدقه المضارب فيه فيثبت نسبه منه، فإن زادت قيمته يثبت نسبه من المضارب وعتق عليه وسعى لرب المال في ثلاثة أرباعه، ولا ضمان على المضارب؛ لأنه نفدت دعوة المضارب لما ظهر الفضل فعتق عليه نصيبه بغير صنعه، فإن العتق شرعًا ثبت ضرورة الملك فلم يضمن، وإن كذبه المضارب فالعبد للمضاربة لأنهما تصادقا على الوفاق؛ لأنه اشترى ما يمكنه بيعه؛ لأنه لا فضل فيه، وكذلك لو قال المضارب لا بل هو ابنك لما عرف هذا كله إذا ادعاه أحدهما.

فأما إذا ادعياه بأن قال رب المال: هو ابني، وقال المضارب: لا بل هو ابني، فإن

لم يكن فيه فضل عتق على رب المال؛ لأن المضارب ادعى الوفاق؛ لأنه يزعم أنه اشتراه للمضاربة؛ لأنه لا يمكنه بيعه؛ لأنه لا فضل فيه، ورب المال يزعم أنه اشتراه لنفسه فكان القول للمضارب فيكون العبد للمضاربة، فدعوة المالك لاقت ملكه فصحت، وإن كان فيه فضل وادعاه المضارب أولا عتق عليهما أرباعًا ولا ضمان على أحدهما، ويثبت النسب من المضارب؛ لأن دعوة المضارب لاقت ملكه وقد سبقت دعوة رب المال فكانت دعوة المضارب أولى وعتق ثلاثة أرباعه بدعوة رب المال، وإن لم يثبت النسب منه؛ لأنه نسب ولد هو معروف النسب من غيره فيكون إقرارًا بحريته، فصار العبد حرا من جهتها فلم يكن لواحد منهم على صاحبه ضمان؛ لأن المضارب برئ عن الضمان بإعتاق رب المال نصيبه بالدعوة قصدًا.

(باب جناية عبد المضاربة والجناية عليه خطأ)

فيه فصلان:

فصل في الجناية عمدًا.

وفصل في الجناية خطأ.

(فصل)

ولو أقر عبد المضاربة بالقصاص قضي عليه به حضرا أو غابا.

ولو ادعى عليه القتل العمد وجحد لم تسمع البينة عليه إلا بعد حضور رب المال والمضارب عندهما.

وعند أبي يوسف كإقرار وقد مرّت في الآبق أن عندهما لا تسمع البينة على العبد بالعقوبة والمولى غائب، وعند أبي يوسف تسمع وهنا للمولى ملك وللمضارب ملك إن كان فيه ربح ثم له ملك يد وتصرف إن لم يكن فيه ربح فلا تسمع البينة على العبد حتى يحضرا، ثم فرقا بين البينة والإقرار والفرق وهو أن البينة تردّ لعلل أو مطاعن ربما لا يهتدي العبد بها لجهله بالأحكام في الغالب وهما يعرفان ذلك فيشترط حضورهما لعلهما يجدان فيها مطعنا أو مدفعًا فيدفعان به، فأمّا

الإقرار لا يرد بالطعن ولا بالتهمة فيه فلم يشترط حضور أحد.

ولو أقر العبد بالقصاص وكذباه وللمقتول وليان فعفا أحدهما فلا شيء للآخر؛ لأن موجب الجناية انقلب مالا، وإقرار العبد غير مقبول فيما يستحق به المال؛ لأنّه متهم فيه لجواز أنهم تصادقوا على ذلك حتى يستحق بعض العبد على المولى، وإنما قبلنا إقراره في حق القصاص؛ لأن المستحق به استيفاء روح العبد وهي غير مملوكه للمولى، فإن صدقه المضارب وفي العبد فضل يقال له ادفع نصف نصيبك إلى الذي لم يعف أو افده؛ لأنه بمنزلة عبد بين شريكين اعترف أحدهما بجنايته خطأ فصح إقراره في نصيبه إلا أنه سقط حق العافي وانقلب نصيب الآبي مالًا فلزمه نصف حصته فأيهما اختار بطلت المضاربة؛ لأنه تعين نصيبه من الربح بالدفع أو الفداء، ولا يتحقق ملك المضارب في حصته من الربح إلّا بعد قبض رب المال رأس ماله فجعل رب المال قابضًا رأس ماله مقتضى تحقيق ملك المضارب في الربح فتحققت القسمة وبالقسمة تنتقض المضاربة.

ولو صدقه ربّ المال وكذبه المضارب ولا فضل فيه قيل له ادفع نصفه أو افده بنصف الدية؛ لأن العبد كله لرب المال، فإن دفع كان الباقي على المضاربة؛ لأنه دفع نصفه بالجناية لاسترداده نصف مال المضاربة.

ولو استرد النصف لا تبطل المضاربة في النصف الثاني؛ لأنه لا شركة للمضارب فيه فلا يحتاج إلى القسمة ورأس المال خمسمائة إن كان العبد يساوي ألفا؛ لأنه استهلك من مال المضاربة خمسمائة، وإن كان فيه فضل صدق رب المال في حصته من ذلك فقال له ادفع نصف حصته أو افده وسلّم لرب المال نصف حصته من العبد. وبطلت المضاربة؛ لأن للمضارب فيه شركة فاحتجنا إلى تمييز ملك رب المال عن ملك المضارب فيما دفع وذلك يكون إلا بعد استيفاء رأس المال وحصته من الربح فتحققت القسمة وبطلت المضاربة، وإن فداه له ذلك القدر بالفداء فصار كأنه دفع ثم اشتراه.

ولو اشترى بمال المضاربة عبدًا فقتله رجل عمدًا فلا يخلو إما أن كان فيه فضل على رأس المال أو لا فضل فيه، فإن كان فيه فضل لا قصاص فيه؛ لأنه تعذر إيجابه

لأحدهما؛ لأن العبد مشترك بينهما فلا ينفرد أحدهما باستيفاء القصاص، وتعذر إيجابه لهما؛ لأن المضارب يصير مستوفيا رأس المال بالقصاص؛ لأنه ليس بمال ويوجد قيمته من ثلاث سنين فيكون على المضاربة؛ لأنه لمّا تعدّد استيفاء القصاص وجبت القيمة وقد بذل النفس فيكون على المضاربة مؤجلا لأنه بدل مال المضاربة.

فأمّا إذا لم يكن فيه فضل ينظر إن كان في يد المضارب مال آخر من المضاربة سوى العبد فلا قصاص فيه؛ لأنه اشتبه من له القصاص؛ لأن رب المال لا يصير مستوفيًا رأس ماله بالقصاص؛ لأنه ليس بمال فكان له أن يستوفي رأس ماله مما بقي في يد المضارب، فإن سلم ما في يده تبين أن العبد كان ربحًا مشتركًا بينهما فصار المضارب شريكًا في القصاص فكان القصاص لهما، وإن توي ما في يد المضارب كان الحق في القصاص لرب المال ولا يدري إن كان المال يتوي أم لا فلا يدري أن القصاص وجب لهما أو لرب المال فاشتبه من له القصاص فلم يجب كالمكاتب إذا قتل عمدًا وترك ابنًا لا يجب القصاص لاشتباه من له القصاص لاختلاف الصحابة فيمن له القصاص للمولى؛ لأن المقتول كله كان مملوكا لرب المال لا شركة للمضارب فيه، فإن صالحه القاتل على ألفين كانت الألف رأس المال والباقي ربح؛ لأن الألفين بدل العبد فكان بمنزلة ثمن العبد، فإذا انقلب القصاص مالًا بالصلح صار العبد فائتًا إلى حلف يصلح للمضاربة فعادت المضاربة لأنها انفسخت حكمًا لفوات المحل، فإذا فات المحل إلى بدل تعود المضاربة كما كانت كالعبد المرهون إذا أبق أو الشاة المرهونة إذا ماتت ثم عاد العبد من الإباق أو دبغ الجلد يعود الرهن فكذا هذا.

ولو كان عند المضارب عبدان فقتل أحدهما عمدًا لم يجب فيه القصاص وتجب القيمة؛ لأنه لم يتعين فيه الملك لواحد منهما؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال.

(فصل)

اشترى بألف المضاربة عبدًا قيمته ألف فجنى خطأ لم يكن للمضارب أن يدفعه

بالجناية، وإن فداه كان متطوعا فيكون العبد على المضاربة؛ لأنه لا ملك للمضارب في العبد، والدفع بالجناية ليس من التجارة فلا يكون له الدفع، وإذا فداه فقد فدى ملك غيره فيكون متطوعا بخلاف العبد المأذون إذا جنى عبده يملك دفعه؛ لأنه متصرف لنفسه بحكم انفكاك الحجر وهو في التصرف كالأجنبي، ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى وحق المولى إنما يظهر عند الفراغ، فإذا صارت رقبته مشغولة بالجناية لم يظهر حق المولى فخوطب العبد بالدفع أو الفداء، فأمّا المضارب وكيل في التصرف عن رب المال، ولهذا يرجع بالعهدة عليه فلم يملك الدفع أو الفداء، وإن كان رب المال حاضرا قيل له ادفع أو افده؛ لأنه هو المالك، فإن اختار الفداء به أخذه، ولم يكن للمضارب عليه سبيل؛ لأن المضاربة انتقضت بالفداء؛ لأن الفداء حصل من مالك بالدفع فيصير كأنه دفع ثم اشترى من المجني عليه.

ولو دفع ثم اشترى انتقضت المضاربة فكذا هذا، وإن أراد دفعه وقال المضارب: إما أفديه فله ذلك لا من مال المضاربة؛ لأنه متعنت في الدفع؛ لأنه متى دفع يزول العبد عن ملكه ويبطل على المضارب حق البيع والمضارب بالفداء استبقى ملكه وحق نفسه من غير ضرر يلحق رب المال، فإنه لا يرجع عليه بالفداء فكان في الفداء نفع له، وفي الدفع ضرر فكان في الدفع متعنتا فلا يلتفت إلى تعنته، وصار كالراهن إذا اختار الدفع والمرتهن الفداء فله ذلك، فإن كان المضارب غائبا لم يكن لرب المال دفعه؛ لأن للمضارب فيه حقًّا مستحقًّا وهو حق البيع بحيث لا يملك رب المال إبطاله قصدا فربما لو حضر يختار الفداء من ماله حتى يبقى العبد على المضاربة وصار كالراهن ليس له أن يدفع العبد المرهون بالجناية حال غيبة المرتهن فكذا هذا.

فأمّا إذا كانت قيمة العبد أكثر من رأس المال بأن اشترى بألف المضاربة عبدًا يساوي ألفين فجنى خطأ ليس لأحدهما الدفع إلا مع الآخر وأيهما فداه فهو متطوع؛ لأن العبد مشترك بينهما وأحد الشريكين لا ينفرد بالدفع.

ولو فداه يكون متطوعًا وإذا حضرا قيل لهم ادفعاه وافدياه، فإن فديا فالفداء أرباعا؛ لأن هذا فداء الملك فيجب على قدر ملكيهما وخرج العبد من المضاربة

لأنه يجعل كأنه دفع ثم اشتراه من المجني عليه؛ لأن العبد صار مستحقا بالجناية فإنما يسلم لكل واحد منهما نصيبه بما أدى من الفداء فصار كل واحد كالمشتري بحصته وبه يخرج من المضاربة لأنه صار القائم من مال المضاربة كالتاوي لاستحقاقه بالجناية، وليس للمضارب أن يتصرف في نصيب رب المال؛ لأن المضاربة انتقضت، فإن اختار رب المال الفداء واختار المضارب الدفع فداه رب المال ثلاثة أرباع الفداء ودفع المضارب وخرج من المضاربة؛ لأن كل واحد منهما ملك بعضه فكان له أن يدفع ملكه أو يفديه فصار كالعبد المشترك إلا أن في العبد المشترك إذا حضر أحد المالكين وغاب الآخر خوطب الحاضر بدفع نصيبه أو بفدائه، وهنا لا يخاطب واحد منهما حتى يحضرا؛ لأن هذا الدفع أو الفداء يتضمن القسمة، فإن المال لا يبقى على المضاربة بعد الدفع أو الفداء، والقسمة لا تصح إلا بحضرتهما ولا كذلك العبد المشترك وبخلاف العبد المرهون إذا جنى وقيمته أكثر من الدين فاختار أحدهما الدفع والآخر الفداء، لا يكون لهما ذلك؛ لأن هناك الملك في العبد لواحد والحق لواحد فليس لهما أن يفرقا الحق على المجني عليه وينتقض موجب الجناية وهنا لكل واحد فيه ملك فلم ينتقض موجب الجناية.

(باب مضاربة الحربي والمرتد)

أصله: أن عقود المرتد في مال غيره بإذن صاحبه نافذة؛ لأن جوازها يبنى على ملك الآمر وصحّة أمره وعبارة المأمور ولا يوقف في ملكه ولا خلل في أمره برده المأمور، وللمأمور عبارة صحيحة فنفذت إلا أن العهدة عند أبي حنيفة تقف، فإن أسلم كانت العهدة عليه، وإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه فالعهدة على الآمر؛ لأن العهدة تتعلق بماله بسبب قول المأمور وتصرفه فيقف كتصرفه في ماله كما لو وقف صبيًّا أو عبدًا محجورًا وعندهما لا يقف بل يكون عليه كتصرفه عندهما. ارتد المضارب أو دفع إلى مرتد فربح أو وضع ثم قبل على ردّته كان الوضع والربح على ما شرط؛ لأنه تصرف في مال الغير بإذنه فنفذ تصرفه والعهدة على رب المال عند أبي حنيفة وعندهما على المرتد، وإن كانت امرأة مرتدة فالعهدة عليها اتفاقا؛ لأنه يلحقها عهدة مالها فكذا يلحقها عهدة مال

غيرها؛ لأن تصرفاتها نافذة، وإن ارتد رب المال فعند أبي حنيفة ينفذ التصرف على المضارب ويضمن رأس المال وعندهما على المضاربة.

وذكر في المزارعة: إذا ارتد رب الأرض فزرع المزارع، فإنه يكون على المزارعة والفرق بين المزارعة والمضاربة صحيح على قول أبي حنيفة وهو أن المضاربة غير لازمة في الجانبين إن كان رأس المال ناضًّا فملك كل واحد فسخه، فإذا ارتد رب المال صار كأنه فسخها؛ لأن الردة تمنع صحة المضاربة ابتداء فيرفعها انتهاء فأمّا المزارعة، فإن لم تكن لازمة في حق البذر فهي لازمة في حق المزارع حتى يجبر على العمل كالمستأجر إلا من عذر وقع الشك في رفع بقائها وبطلانها فباعتبار أنها غير لازمة إن ارتفع بالردة الطارئة فباعتبار أنها لازمة لا ترتفع ولا ترتفع بالشك.

ولو ارتد المالك ولحق بدار الحرب ولم يقض بماله شيء حتى رجع مسلمًا، وقد تصرف المضارب فهو بمنزلة من لم يلتحق إذا لم يقض القاضي بلحوقه؛ لأن لحوقه بدار الحرب لا يكون موتا ما لم يتصل بقضائه.

ولو ارتد المضارب ولحق بدار الحرب وتصرف فيها ثم رجع مسلمًا لا ضمان عليه، وله جميع ما اشترى وباع؛ لأن المضاربة انقطعت بدخوله دار الحرب؛ لأنها تقيدت بدار الإسلام دلالة؛ لأن الظاهر من حال الإنسان أنه إنما يأتمن غيره في ماله إذا كان المؤتمن لا يستحل ماله ولا يتملكه بالقهر والغلبة، وإذا صار بحال يستحل ماله ويتملكه بالقهر والغلبة، فإنه لا يأتمنه والمضارب بعد لحاقه بدار الحرب مرتدًّا يستحل ماله ويتملكه بالقهر والغلبة فانتهت المضاربة نهايتها فيكون التصرف واقعا للمضارب ولا ضمان عليه في المال؛ لأنه بالتصرف صار مستهلكًا مال رب المال، والحربي إذا استهلك مال المسلم لا يضمن. اشترى بألف المضاربة عرضًا ثم ارتد رب المال ولحق بدار الحرب جاز بيعه والعرض على المضاربة.

ولو كان ثمنه دراهم لا يشتري به شيئًا؛ لأن ردته مع لحاقه بمنزلة الموت، وفي الموت لو كان مال المضاربة عروضا لم تنتقض المضاربة، وإن كان ناضا تنتقض، مستأمن أخذ مال مسلم مضاربة بالنصف وأودعه مسلمًا ثم رجع إلى دار الحرب وعاد

مستأمنا فاشترى وباع يضمن رأس المال وكان عاملًا لنفسه؛ لأنه انقطعت المضاربة بالعود إلى دار الحرب لتباين الدارين حقيقة وحكما لما جعل بمنزلة الموت في حق بطلان النكاح، فإنه عقد لازم فلأن يجعل بمنزلة الموت في حق انتقاض المضاربة وأنها غير لازمة أولى؛ ولأن المضاربة تقيدت بدار الإسلام لما بينا.

ولو أدخل المال معه دار الحرب وتصرف فيه فهو له ولا يضمن؛ لأنه حربي استهلك مال المسلم في دار الحرب، فإن كان المالك أذن له بذلك يبقى على المضاربة استحسانًا لا قياسًا لوجود تباين الدارين كما لو كانت المضاربة مطلقة. وجه الاستحسان أنه صرح بالإذن بإدخاله دار الحرب ولا قوام للدلالة مع الصرح بخلافها فلم يوجد تباين الدارين حكمًا فبقيت المضاربة كما لو كان رب المال معه في دار الحرب بخلاف ما لو كانت المضاربة مطلقة؛ لأن الإذن بإدخاله دار الحرب لم يوجد صريحًا بل هو محتمل ولكن قامت الدلالة على أن أرض الحرب غير مرادة لما بينا.

وإن استولى عليه المسلمون في دار الحرب يكون رأس المال وحصة رب المال من الربح لرب المال والباقي لجميع المسلمين؛ لأن بعضه ملك الحربي فصار ذلك فيئًا وبعضه ملك المسلم وديعة عند الحربي فلم يصر فيئًا. مستأمنان في دارنا دفع أحدهما إلى الآخر مضاربة فدخل أحدهما دار الحرب لا يبطل؛ لأنه لم يوجد تباين الدارين حكمًا لأنهما من أهل دار الحرب ويعتقدان العود إليها ولأن كل واحد منهما لا يستحل مال صاحبه فلم يتقيد الائتمان بمدة الأمان وبقي مطلقًا في أي مكان كان وذكر أن المضاربة في حق الحربي فساد أوضحه كما في حق المسلمين لما عرف. مسلم أو ذمي دفع إلى حربي دراهم مضاربة فاسدة جاز والربح على ما شرطا خلافًا لأبي يوسف رحمه الله بناء على أن المسلم إذا أربى مع حربي في دار الحرب جاز عندهما خلافًا له. رب المال مسلم والمضارب كافر فأربى جاز على المضاربة؛ لأن المسلم لو وكل ذمّيًا بشراء دراهم بدرهمين صح، فإذا جاز التوكيل بالبيع الفاسد ودخل تحت مطلق المضاربة فكان الربح بينهما على ما شرطا ويتصدق رب المال بحصته؛ لأنه استفاد بعقد فاسد فيكون كسب حينئذ، ولو اشترى الخمر والخنزير وباع فكذلك عند أبي حنيفة وعندهما يلزم المضارب خاصة وهذا بناء على أن توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير جائز عنده خلافًا لهما.

(باب زكاة مال المضاربة)

اشترى بألف المضاربة جارية تساوي ألفين فحال الحول ولا مال لهما غير ذلك فعلى رب المال زكاة ثلاثة أرباع الجارية؛ لأنه ملك ثلاثة أرباعها ألف رأس ماله وخمسمائة حصّته من الربح وعلى المضارب زكاة الربع؛ لأنه حصته من الربح وملكه فيه كامل قبل القسمة بدليل أنه لا يحل له أخذ الزكاة إذا بلغ نصيبه من الربح نصابا، وإن كان اشترى جاريتين كل واحدة تساوي ألفًا فعلى رب المال زكاة ثلاثة أرباع الجاريتين؛ لأن ذلك قدر رأس المال والربح، ولا زكاة على المضارب؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال فلا يظهر الربح في حق الآخر وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله خاصّة؛ لأن عنده الرقيق لا يقسم.

ولو اشترى بها جارية تساوي ألفين فنقصت من عيب أو سعر حلي صارت تساوي ألفًا ثم ازدادت فحال الحول منذ يوم اشترت وهي تساوي ألفين فلا زكاة على المضارب وعلى رب المال زكاة ثلاثة أرباعها؛ لأن أصل المال قائم في حق رب المال ونقصان النصاب في أثناء الحول لا يبطل حكم الحول ونصاب المضارب فد ذهب كله؛ لأنه لم يبق فيها ربح فبطل الحول فيشترط لما استفاد من الزيادة حول على حده.

ولو صارت قيمتها فوق الألف فعليهما الزكاة؛ لأن أصل المال قائم في حق كل واحد منهما فكان السبب قائما، ولو اشترى بها حنطة وشعيرًا أو إبلا وغنمًا كل جنسين يساوي ألفًا لم يكن على المضارب زكاة.

ولو كان جنسًا واحدًا يجب؛ لأن في الجنسين صار كل واحد منهما مشغولا برأس المال كالجاريتين فلا يظهر الربح، وفي جنس واحد الربح يشيع فيه فيصير نصف رأس المال في كل واحد فيظهر الربح كما في الجارية الواحدة، ولا تشبه الإبل والبقر والغنم والعبيد؛ لأن العبيد لا يقسم والإبل والبقر يقسمان، ألا ترى لو كان عشر من الإبل بين اثنين وجبت الزكاة عليهما، ولو كان عشرة أعبد بين اثنين لم تجب صدقة الفطر على أحدهما والله أعلم بالصواب.

كتاب المزارعة

يحتاج إلى معرفة: شرعية المزارعة، والمعاملة، وتفسيرهما، وركنهما، وشروطهما على قول من يرى جوازهما، وحكمهما شريعة، وأنواعهما.

أما شرعيتهما: فهما فاسدتان عند أبي حنيفة، وعندهما جائزتان، وعند الشافعي المعاملة جائزة وهي المساقاة والمزارعة فاسدة إلا تبعًا للمعاملة بأن دفع الأرض مع النخيل معاملة وكانت الأرض تسقى بماء النخيل.

لهما: ما رُوي أن النبي عليه السلام دفع النخل إلى أهل خيبر معاملة ودفع الأراضي إلى أهل خيبر مزارعة بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع؛ ولأنه جرى التعامل والتعارف بهما بين السلف فصارت شريعة متوازنة ولأن للنّاس ضرورة وحاجة فيهما؛ لأن كل واحد لا يمكنه أن يزرع ويعمل بنفسه وقل ما يرغب العامل في العمل بالأجرة فجوزناها لحاجة الناس مع كون الأجرة معدومة ومجهولة[1].

لأبي حنيفة: ما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المحاقلة وهي المزارعة.

وروى رافع بن خديج أن النبي عليه السلام "نَهَى عَنِ الْمُخَابَرَةِ"[2]، والمخابرة

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١٧٤/٥ وما بعدها، ١٨١ وما بعدها، وتبيين الحقائق ٢٧٨/٥ وما بعدها ٢٨٤، وحاشية الدسوقي ٣٧٢/٣، ٥٣٩، ومواهب الجليل ١٧٦/٥، ٣٧٢، والقوانين الفقهية ٢٧٧ وما بعدها، ومغني المحتاج ٣٢٢/٢ وما بعدها، وكشاف القناع ٥٣٢/٣.

(٢) أخرجه «البخاري» ١١٥/٣ (٢٣٨١) قال: حدثنا عبد الله بن محمد، قال: حدثنا ابن عيينة. و«مسلم» ١٧/٥ (٣٩٠٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، ومحمد بن عبد الله بن نمير، وزهير بن حرب، قالوا جميعًا: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٣٩٠٨) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، قال: أخبرنا مخلد بن يزيد الجزري. و«ابن ماجه» (٢٢١٦) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان. و«أبو داود» (٣٣٧٣) قال: حدثنا إسحاق بن إسماعيل الطالقاني، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ٢٦٣/٧، وفي «الكبرى» (٦٠٦٩) قال: حدثنا =

هي المعاملة، حكاه ابن الأعرابي وحديث جرير محمول على أنه كان خراج مقاسمة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح خيبر عنوة وقهرًا ترك خيبر على أهلها بوظيفة وظفها عليهم وهي نصف ما يخرج كيلهم وأراضيهم، ألا ترى أنه لم يذكر فيه إجلاء والإجارة لا بد من ذكر الأجل علم أنه كان خراج مقاسمة ولأن المزارعة تنعقد إجارة بدليل افتقارها إلى اشتراط المدّة لتصير المنافع المعقود عليهما معلومة والأجرة هنا مجهولة معدومة وكلاهما يفسدان الإجارة والقياس إنما يترك بالتعامل إذا لم يكن بين الصّدر الأول في ذلك خلاف وفي جوارهما خلاف في الصدر الأول فلا يكون التعامل حجة كما أن أهل مكة تعاملوا بالمتعة وأهل الشام تعاملوا بأكل لحوم الحمر الأهلية ولم يكن ذلك حجة كما كان في الصدر الأول فيه خلاف والفتوى على قولهما لحاجة الناس.

وأمّا تفسيرهما لغة: فالمزارعة مفاعلة من المزارعة والمعاملة مفاعلة من العمل وفي الشريعة عبارة عن عقد المزارعة ببعض الخارج وهو إجارة الأرض أو العامل ببعض الخارج وكذا المعاملة هي إجارة العامل ليعمل في كرمه وأشجاره من السقي والحفظ ببعض الخارج.

وأمّا إجارتهما بالدراهم والدنانير لا تسمى مزارعة، وتسمى المزارعة مخابرة، ولهذا يسمى الأكار خبيرًا والنصيب خبرة، وقيل: إن المخابرة اشتقت من معاملة

=

محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧/٢٧٠، وفي «الكبرى» (٦٠٩٦) قال: حدثنا عبد الحميد بن محمد، قال: حدثنا مخلد بن يزيد. و«أبو يعلى» (١٨٤٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا سفيان.

كلاهما: (سفيان بن عيينة، ومخلد بن يزيد) عن عبد الملك بن جريج، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر بن عبد الله، قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم، عن المزابنة، والمحاقلة، والمخابرة، وأن لا يباع الثمر حتى يبدو صلاحه، وأن لا يباع إلا بالدينار أو الدرهم، إلا أنه رخص في العرايا».

والمخابرة: كراء الأرض على الثلث والربع، والمحاقلة: بيع السنبل بالحنطة، والمزابنة: بيع الثمر بالتمر.

رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر[1]، حكاه القتبي عن ابن الأعرابي، ويجوز أن يسمى الفعل باسم المكان الذي وجد فيه الفعل فصارت لغة مستعملة في المزارعة واسم المخابرة يشتمل المزارعة والمعاملة.

وأما ركنها: فالإيجاب والقبول لأنها تنعقد إجارة وتتم شركة والركن في الإجارة الإيجاب والقبول.

وأمّا شرائط جوازها: فستّة:

أحدها: كون الأرض صالحة للزراعة وكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد.

والثاني: بيان المدة.

والثالث: بيان النصيب على وجه لا يقطع الشركة في الخارج بأن يقول بالثلث أو بالنصف.

والرابع: التخلية بين الأرض والنخيل بين العامل والمزارع.

والخامس: بيان من عليه البذر أنه على الأرض أم على المزارع.

والسادس: بيان ما يزرع في الأرض حنطة أو شعير أو يفوض الأمر إليه لأنها تنعقد إجارة وتتم شركة.

فأربعة من هذه الشروط شروط جواز الإجارة فيكون شرط الجواز المعاملة وتبيان شرط في المعاملة على الخصوص لأنها تصير شركة في الانتهاء ولا بد للشركة من بيان النصيب وبيان من عليه البذر حتى يعرف أن المستأجر وهي الأرض أو العامل.

وأمّا حكمهما شريعة: فإثبات أحدهما يثبت للحال وهو ثبوت الملك في منفعة الأرض إن كان البذر من جهة المزارع؛ لأنه يصير مستأجرًا للأرض أو ثبوت الملك في منفعة العامل إن كان البذر من جهة رب الأرض لا يصير مستأجرًا للعامل، والثاني يثبت في المال وهو ثبوت الشركة في الخارج لأنها تصير شركة في المال.

---

(١) المقصود أنها سميت مخابرة من تسمية العرب الزارع خبيرا وقيل هذا الاشتقاق من معاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر فسميت مخابرة بالإضافة إليهم.

فأما بيان أنواعها: فمعرفة ذلك مثبتة على معرفة أصولها منهما أن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء وثم شركة انتهاء لأنها تنعقد إجارة على منفعة الأرض أو منفعة العامل إن كان البذر من صاحب الأرض فهو مستأجر للعامل ليعمل له في أرضه بما يقطعه من العوض وهو بعض الخارج الذي هو نماء ملكه وهو البذر، وإن كان البذر من قبل العامل فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج، ولهذا لا يصح من غير بيان المدة ولا يجوز على منفعة البقر؛ لأن الشرع جاء بجواز المزارعة ببعض الخارج إذا كان عوضًا عن منفعة الأرض أو منفعة العامل بخلاف القياس لحاجة الناس فمتى وقعت المزارعة على هذا الوجه تكون صحيحة وإلّا تكون فاسدة.

وأمّا معنى الشركة لأنها تنعقد لإثبات الشركة في الخارج من الأرض والنخل فيكون الخارج مشتركا بينهما على قدر ما سميا في العقد، ولهذا لو عمل المزارع ولم يخرج من الأرض شيء لا أجر له كما في سائر الحركات فمتى وقعت المزارعة على هذا الوجه صحت وإلا فلا، ثم ينظر إن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو مستأجر للعامل ببعض الخارج، وإن كان البذر من العامل فهو مستأجر للأرض؛ لأن كل من كان من جهته غير مال فهو مستأجر وكل من كان جهته منفعة فهو مؤاجر كما في الإجارة المؤقتة وصاحب البذر من جهته عينه مال وهو الخارج من بذره فيكون مستأجرا وغير صاحب البذر من جهته الخارج فكان مؤاجرا ثم المزارعة على قولهما على ستة أوجه أحدها: أن تكون الأرض والبذر والبقر والآلات كلها من رب الأرض والعمل من العامل وهو جائز؛ لأن رب الأرض مستأجر للعامل ببعض الخارج وشرط آلات العمل على رب الأرض لا يوجب الفساد؛ لأنه شرط يقتضيه العقد من وجه؛ لأن العامل إنما يقدر على العمل بآلات العمل وصاحب الأرض يقدر على الاستيفاء إذا كان للعامل آلة العمل فكان فيه تأكيد الإيفاء والاستيفاء وأنه مما يقتضيه العقد فصار كاشتراط الكفالة والرهن في البيع.

والثاني: أن تكون الأرض من صاحب الأرض والباقي كله من العامل وهو

جائز؛ لأنه يكون العامل مستأجرا للأرض وحدها واستئجار الأرض وحدها واستئجار العامل وحده ببعض الخارج جائز.

والثالث: أن تكون الأرض والبذر من رب الأرض والبقر والعمل وآلاته من العامل وهو جائز؛ لأنه يكون صاحب الأرض مستأجرا للعامل، والبقر آلة العمل؛ لأن العمل مع البقر أجود فيكون معًا للعمل فلا يكون الأجر بمقابلة البقر كمن استأجر خياطا ليخيط بآلته يجوز.

والرابع: أن يكون البقر من صاحب الأرض والبذر من العامل فهذا فاسد؛ لأنه يصير العامل مستأجرا للأرض والبقر ببعض الخارج؛ لأن الخارج ملك صاحب البذر؛ لأنه يتولد من بذره ثم يستحقه رب الأرض بمقابلة الأرض والبقر، واستئجار البقر ببعض الخارج مقصودًا لا يجوز فبقيت المزارعة على أصلها من القياس والقياس يأبى استئجار الأرض والعامل ببعض الخارج لكون الأجرة معدومة مجهولة، وعن أبي يوسف أنه أجاز ذلك وجعل منفعة البقر تبعًا لمنفعة الأرض كما جعلت تبعًا لمنفعة العامل، فإن البقر تبع الأرض في العقد، ألا ترى أنه يصح وقف البقر مع الأرض ولا يصح وقفه مقصودا والجواب عنه أنه أمكن أن يجعل البقر تبعًا للعامل؛ لأنه من آلاته ولا يمكن أن يجعل تبعًا لمنفعة الأرض؛ لأن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض فلم تجعل تابعة لها والبقر مقصود في العقد هنا؛ لأن بعض الأجرة في مقابلته واستئجار البقر مقصودا ببعض الخارج لا يجوز.

والخامس: أن يكون من أحدهما بذر لا غير والباقي من الآخر لا يجوز؛ لأنه يصير مستأجرًا للأرض والعامل والبقر جميعًا ببعض الخارج ولم يرد الشرع به وعن أبي يوسف أنها جائزة.

والسادس: أن يشترك أربعة من أحدهم الأرض ومن الآخر البذر، ومن الثالث البقر، ومن الرابع العمل فهي فاسدة وفي غير هذه الحادثة ورد الأثر بالفساد ومتى فسدت المزارعة والمعاملة فالخارج كله لصاحب البذر والشجر؛ لأنه نماء ملكه؛ لأن الزرع والثمر يتولد من البذر والشجر والعمل شرط لحصولهما كالحضانة للبيضة شرط لحصول الفرخ والفرخ يتولد من البيضة وكان حدوث الزرع والثمر

مضافًا إلى البذر والشجر لا إلى العمل والأصل غير مشترك فما يتولد منه لا يكون مشتركا بل يكون الفرع لصاحبه الأصل، وإن كان البذر للعامل فعليه لرب الأرض أجر مثل الأرض، وإن كان البذر لرب الأرض فعليه للعامل أجر مثل عمله؛ لأن المزارعة متى فسدت صارت إجارة فاسدة من كل وجه كالمضاربة بل أولى لأنها انعقدت إجارة، وفي الإجارة الفاسدة الأمر كذلك، ثم إن كان البذر من رب الأرض يطيب له الخارج كله ولا يتصدق بشيء؛ لأنه نماء ملكه وقد حصل في أرضه، فإن الزرع لا ينمو بعمل العامل بل العمل يؤثر في الأرض، ثم الزرع ينمو بالأرض فلم يكن العمل سببًا للنماء فلم يكن كسبًا خبيثًا، وإن كان البذر من العامل فالخارج بقدر بذره وبقره ويقدر ما غرم من أجر مثل الأرض والمؤن تطيب له؛ لأنه أدى عوضه ويتصدق بالباقي؛ لأنه وإن تولد من بذره لكن في أرض غيره يعقد ويتصدق بالباقي؛ لأنه وإن تولد من بذره لكن في أرض غيره بعقد فاسد؛ لأن الزرع ينمو بجودة الأرض ويقل بقلتها وكانت منفعة الأرض سببًا لنمو الزرع وزيادتها والعقد انعقد فاسدًا على منفعة الأرض وكان كسبًا خبيثًا وكذلك عمل العامل.

وإذا لم تخرج الأرض والشجر شيئًا في الزراعة والمعاملة الصحيحة فلا شيء لواحد منهما؛ لأن صاحب البذر يستحق الخارج بسبب أنه نماء ملكه لا بالإجارة ومن ليس بصاحب البذر يستحق الخارج بالشرط في عقد المزارعة فمتى كان العقد صحيحًا يجب البدل المسمى، فإن كان فاسدًا وجب أجر المثل بمقابلة منفعة الأرض أو منفعة العامل؛ لأنه لم يرض ببدل المنفعة بغير عوض لكن عند محمد يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ.

وعند أبي يوسف: مقدر بقدر قيمة الخارج المسمى وقيل على قياس قول أبي يوسف في الشركة الفاسدة أنه يجب أجر المثل بمقدار ما شرط له من الربح ينبغي أن لا يجب أجر المثل في المزارعة الفاسدة إذا لم تخرج الأرض شيئًا؛ لأنه لم يوجد ما يقدر به أجر المثل عنده فتعذر إيجاب أجر المثل عنده.

(باب اشتراط النصيب وبيانه في المزارعة والمعاملة)

فيه فصلان:

فصل في اشتراط الخارج لهما.

وفصل في اشتراط كل الخارج لأحدهما.

(فصل)

فإذا تعاقدا على زراعة أرض على أن الخارج بينهما جاز، فإن بيّن نصيب من لا بذر من جهته لا غير جازت؛ لأن صاحب البذر يستحق الخارج بملكه في البذر ولا يحتاج إلى البيان، ومن لا بذر منه يستحق الخارج بالشرط أجره للعمل أو للأرض ولا بد من إعلامه، فإذا أعلم ما يحتاج إلى إعلامه جاز، وإن بين نصيب رب الأرض لا غير فسدت قياسا؛ لأنه لم يعلم ما يحتاج إلى إعلامه وصحت استحسانًا؛ لأن بيان نصيب أحد الشريكين يكون بيانًا لنصيب الآخر؛ لأن تبيان نصيب أحدهما يبين نصيب صاحبه كما في المضاربة والشركة.

ولو شرط على أن يأخذ صاحب البذر بذره والباقي نصفان لا يجوز؛ لأن هذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة في الخارج؛ لأن البذر أقفزة معلومة وربما لا تخرج الأرض إلّا مقدار البذر وكل شرط مما يقطع الشركة في الخارج يفسد المزارعة؛ لأن موجبها الشركة في الخارج.

وإن شرط أن يأخذ صاحب البذر العشر والباقي نصفان لا تفسد المزارعة؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج؛ لأن الخارج وإن قل يكون له عشر وتسعة أعشار، فإنه لو خرج مثلا عشر حبات كان له عشر فيصير كأنه شرط لنفسه خمسة أعشار الخارج ونصف عشره وللآخر أربعة أعشار الخارج ونصف عشره فجاز وهذا هو الحيلة لمن أراد أن يصل إليه قدر بذره ولا تفسد المزارعة.

وإن شرطا أن يأخذ صاحب البذر خراجها والباقي نصفان فسدت، وكذلك لو شرط قفزانا؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة في الخارج؛ لأن الخراج المشروط

للسلطان مشروط لرب الأرض؛ لأن الخراج عليه فصار كالمشروط بقضاء دينه فيكون له؛ لأن منفعته تعود إليه فصار كأنه شرط لرب المال من الخارج دراهم مسمّاة أو قفزانا مسمّاة يرفعها من الخارج وهذا الشرط يقطع الشركة في الخارج لاحتمال أن لا يزيد الخارج على قدر الخراج.

ولو شرط ربع العشر وهي عشرية ثم الباقي بينهما جازت؛ لأن هذا الشرط لا يقطع الشركة في الخارج؛ لأن عندهما العشر عليهما فيكون قدر العشر أو ربع العشر لهما فصار كأن قال ربع العشر بيننا والباقي بيننا نصفان فكان هذا اشتراط الخارج بينهما نصفين.

وعند أبي حنيفة: العشر على رب الأرض فيكون مشروطًا له؛ لأنه يقضي بالشرط حقا وجب عليه فصار كأنه شرط لنفسه خمسة أسهم وربع من عشرة أسهم وذلك جائز، فإن لم يأخذ السلطان العشر فهو لصاحب الأرض وهذا قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة؛ لأن عنده العشر على صاحب الأرض فيكون المشروط له وعندهما العشر عليهما فيكون المشروط لهما فيكون بينهما نصفين.

ولو قال صاحب الأرض للعامل: ما أدري ما يأخذ السلطان العشر أو نصفه فأعاملك على أن لي النصف مما تخرج الأرض بعد الذي يأخذ السلطان العشر جازت عندهما؛ لأن العشر عليهما في المزارعة فالمشروط له يكون مشروطًا لهما وكان الخارج بينهما نصفين سواء أخذ السلطان العشر أو نصف العشر أو لم يأخذ شيئًا وهي فاسدة عند أبي حنيفة لو كان يرى جوازها؛ لأنه صار كأنه شرط للعامل أربعة أعشار ونصف أو أربعة أعشار وثلاثة أرباع عشر فصار المشروط للعامل مجهولًا وجهالة نصيبه تمنع جواز المزارعة.

(فصل)

ولو شرط الخارج كله لأحدهما، فإن كان البذر من رب الأرض جاز والخارج كله للمشروط له؛ لأنه إن شرط الخارج كله لنفسه فليس يجب هذا الشرط إلا للاستعانة بالعامل ليزرع أرضه؛ لأنه لم يشترط لعمله وبقره عوضًا فكان متبرعًا في

العمل فصارت المزارعة كناية عن الاستعانة والاستعانة جائزة وصار كما لو دفع ماله مضاربة على أن الربح كله لرب المال كان بضاعة، وإن شرط الخارج كله للعامل فليس يجب هذا الشرط إلا إعارة الأرض من المزارع وإقراض البذر منه؛ لأنه جعل له الانتفاع بأرضه من غير عوض شرط عليه وهذا هو الإعارة وجعل كل الخارج له ولن يصير كل الخارج له إلا بعد أن يكون البذر ملكًا له فقد ملك البذر منه والقرض أقل التمليكين؛ لأنه لا يقطع الملك عن بذله فجعلناه مقرضا لا واهبا كما لو دفع المال مضاربة على أن جميع الربح للعامل صار المال قرضا عليه فكذا هذا.

فأما إذا كان البذر من المزارع وشرط جميع الخارج لأحدهما فهو على أربعة أوجه:

أحدها: لو قال صاحب الأرض للمزارع: ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج كله لي فهو فاسد والخارج كله لصاحب البذر وعليه أجر مثل الأرض؛ لأن المزارع صار مستأجرًا للأرض بجميع الخارج فهذا الشرط يقطع الشركة في الخارج فيكون منافيا لموجب العقد فيفسده، وقيل ينبغي أن يصير رب المال مستقرضا للبذر كما في المسألة الأولى قلنا: إن المزارع هنا لو جعلناه مقرضا للبذر من رب الأرض صار عاملا له من كل وجه ومتى جعلناه مستأجرا للأرض صار عاملا لنفسه في الزراعة من وجه؛ لأنه من حيث إنه يملك منفعة أرض رب الأرض يكون عاملا لنفسه وكان إثبات الإجارة أولى من إثبات القرض؛ لأن الحر عامل لنفسه ما لم يجعل عمله لغيره، وإن كان في جعله مستأجرا للأرض مباشرة العقد الفاسد لأنا متى جعلناه مقرضا أبطلنا ملكه عن منافعه وجعلناه لغيره ومنافع الحرّ مملوكة له وظاهر الحال لا يصلح حجة لإثبات ما كان ثابتا بخلاف المسألة الأولى لأنا لو جعلنا العامل مستقرضا إلا وصار عاملا لنفسه من كل وجه وكان جعله مستقرضا أولى.

والثاني: لو قال: على أن الخارج كله لك جاز وصار معيرًا أرضه منه.

والثالث: لو قال للمزارع: ازرع أرضي لي ببذرك على أن الخارج لي أو نصفان

جاز والبذر قرض على صاحب الأرض؛ لأنه إنما يكون زرعها له إذا كان البذر ملكًا له فاقتضى الأمر بالزراعة له إقراض البذر منه أولا فصار المزارع مقرضا البذر منه وصار رب الأرض قابضا له حكمًا لاتصاله بملكه كمن دفع لجاما إلى صانع لنموه بدرهم من عنده ليكون قرضًا عليه صار الصانع مقرضا وصار صاحب اللجام قابضا حكمًا وكذا هذا، وهذا الإقرار ثبت ضمنًا واقتضاء لا نصًّا وإفصاحًا فلا تفسد المزارعة؛ لأن المقتضى يثبت تبعًا للمقتضِي وحكم التبع حكم الأصل فيكون القرض من عمل الزراعة حكمًا.

والرابع: لو قال: ازرع أرضي لي ببذرك على أن الخارج كله لك فهو فاسد والخارج كله لرب الأرض؛ لأن بقوله ازرعها لي ببذرك صار مستقرضا البذر منه حتى يصير زارعا له وصار قابضًا له لاتصاله بملكه وقوله على أن يكون الخارج كله لك لم يكن إثبات جميع الخارج للمزارع بحكم القرض ثابتا؛ لأن القرض لا يصح إلا بالقبض ولم يوجد منه القبض بعد إلقاء البذر في الأرض حكمًا لاتصاله بملكه؛ ولأنه بالتبذير صار مستهلكًا واستقراض المستهلك لا يصح فبقي جميع الخارج مشروطًا لرب الأرض بحكم الإجارة.

ولو دفع البذر إلى رجل ليزرعه في أرضه ويقوم عليه على أن الخارج بينهما نصفان لم يجز؛ لأن المزارع لو كان عاملا مع رب الأرض لم يجز لفوات التخلية بين الأرض والمزارع؛ فلأن لا تجوز هذه المزارعة وقد شرط كل العمل على رب الأرض أولى.

ولو شرط أن يكون الخارج كله لرب الأرض جاز وهو مقرض للبذر؛ لأنه ليس يجب هذا الشرط إلا إقراض البذر من رب الأرض وقد صار رب الأرض قابضا لذلك بيده حقيقة.

وإن قال صاحب البذر: ازرع لي أرضك ببذري ليكون كله لك فهو فاسد؛ لأنه نص على أنه ما أقرض البذر منه بل أبقاه على ملكه فقد استأجر الأرض وربها بجميع الخارج وذلك يفسد المزارعة.

ولو شرط على أن الخارج كله لي جاز وصاحب الأرض معيرًا أرضه ومعينًا لصاحب البذر.

ولو قال: ازرعه في أرضك لنفسك على أن الخارج لي لم يجز والخارج لرب الأرض؛ لأن قوله ابذره لنفسك تنصيص على الإقراض؛ لأنه لا يكون باذرا لنفسه إلا بعد أن يكون البذر ملكًا له، وقوله على أن الخارج كله لي فقد استقرض منه ما وقع في الأرض وأنه لا يصح؛ لأنه صار مستهلكًا؛ ولأن القرض لا يصح إلا بعد القبض ولم يوجد من صاحب البذر قبض حقيقة وحكمًا لاتصاله بملكه.

(باب اشتراط الخارج لغيرهما)

فيه فصول:

فصل في اشتراط بعض الخارج لأجنبي.

وفصل في اشتراط الخارج لعبد أحدهما.

وفصل في اشتراطه للبقر.

(فصل)

ولو دفع أرضًا على أن يزرع ببذر المزارع وبقره ويعمل معه ثالث أجنبي والخارج أثلاثًا فالعقد فاسد بينهما وبين الأجنبي جائز بينهما، ولرب الأرض ثلث الخارج وثلثاه للمزارع وعليه أجرة مثل الأجنبي؛ لأن رب الأرض أجر الأرض من العامل ببعض الخارج؛ لأن البذر من جهته فصار المزارع الأول مالك المنفعة التي للأرض بالاستئجار فصار كما لو كانت الأرض مملوكة له ودفعها إلى عامل على أن يعمل معه لا يجوز لفوات التخلية بين الأرض وبين المزارع الثاني فكذلك هذا، ثم فساد المزارعة في حق الثاني لا توجب فساد المزارعة في حق الأول؛ لأن المزارعة الثانية غير مشروطة في الأولى، فإنه لم يقل على أن يعمل معه فلان بالثلث بل هي معطوفة على الأولى، فإنه قال ويعمل معه فلان والفاسد متى عطف على الجائز لا يوجب فساد الجائز، كما لو قال بعت منك هذا العبد بألف إلى شهر وهذه الجارية بألف إلى العطاء لا يفسد بيع العبد.

فأمّا إذا كانت الثانية مشروطة في الأولى بأن قال: على أن يعمل الثاني معه بالثلث هل تجوز المزارعة في حق الأول؟

اختلف المشايخ فيه؛ قيل: تفسد؛ لأن الثانية صارت مشروطة في الأولى ولرب الأرض منفعة في الثانية؛ لأن الربع مما يزداد بجودة العمل وجودة العمل تزداد بزيادة العامل فيزداد نصيب الأرض فتكون هذه منفعة مشروطة فيها صفقة ولأحد المتعاقدين فيها منفعة فيفسدان جميعًا كما في البيع، وكما لو شرط البقر أو العبد على رب الأرض والبذر من جهة المزارع، وقيل لا تفسد المزارعة في حق الأول، فإن نصيبه إنما هو الثلث وأنه لا يزداد ولا ينقص بعمل الثاني فلا يفسد به العقد، كما لو باع شيئًا بشرط أن يبتاع المشتري غلامه من أجنبي أو يقرض الأجنبي مالًا لا يفسد البيع بخلاف ما لو شرط البقر أو العبد على رب الأرض؛ لأن استئجاره البقر مشروط لصاحب الأرض من جهة المزارع وله فيه منفعة ففسد.

ولو كان البذر من رب الأرض والمسألة بحالها صحّت في حق الكل؛ لأنه استأجر العاملين ببعض الخارج وذلك جائز.

(فصل)

ولو شرط بعض الخارج لعبد أحدهما فلا يخلو إما أن كان مشروطًا لمن يملك رب الأرض أو المزارع كسبه كالعبد والمدبر وأم الولد أو لا يملك كسبه كالمكاتب والقريب.

وكل قسم على وجهين: إما أن كان البذر من قبل رب الأرض، أو من قبل المزارع.

أمّا **القسم الأول**: لو دفع أرضًا وبذرًا على أن ثلث الخارج لرب الأرض وثلثه لعبده وثلثه للعامل جاز شرطا عمل العبد أو لم يشترطا؛ لأنه لم يشترط عمله فالمشروط للعبد مشروط لمولاه؛ لأن المولى لا يصير مستأجرا لعبده فصار كأنه شرط لنفسه ثلثي الخارج ولِلمزارع الثلث، وإن شرط عمله فالمشروط للعبد يكون له حتى يقضي من ذلك دينه والمولى ممنوع عن أخذه وكان العبد كالأجنبي فصار كأنه دفع أرضه وبذره إلى رجلين جاز.

وأمَّا إذا كان البذر من قبل العامل وقد شرط ثلث الخارج لعبد رب الأرض، فإن

لم يشترط عمله في المزارعة جاز؛ لأن المشروط للعبد لمولاه كما في المضاربة، فإن شرط عمله فهي فاسدة في ظاهر الرواية.

ورُوي عن أبي يوسف أنها جائزة؛ لأنها استئجار الأرض، واستئجار العامل وهو العبد ببعض الخارج وأنه جائز. وجه ظاهر الرواية أنه متى شرط عمل العبد يكون المشروط له لا لمولاه فصار العامل مستأجرًا الأرض والعبد ببعض الخارج وهو كما لو استأجر الأرض والبقر ببعض الخارج؛ لأن الأثر لم يرد بجواز ذلك فيرد إلى ما يقتضيه القياس.

وأمّا إذا شرط ثلثه لعبد العامل إن لم يشترط عمله جازت؛ لأن المشروط للعبد مشروط لمولاه، فإن شرط عمله فحكمه كما لو دفع أرضه إلى أجنبيين على أن يزرعها أحدهما ببذره ويعمل الآخر معه وقد مرّت.

وأما **القسم الثاني**: لو شرطا الثلث لمكاتب أحدهما أو قريبه أو لأجنبي، فإن كان البذر من قبل رب الأرض أن شرط عمله جاز وهو مزارع معه وله ثلث الخارج؛ لأنه يصير كأنه دفع أرضه وبذره إلى رجلين؛ لأنهما شريكان في العمل والمكاتب يستحق كسبه، وإن لم يشترطا عمله فالمزارعة جائزة والشرط باطل وثلث الخارج لرب الأرض؛ لأنه يعذر تصحيح هذا الشرط بحكم المزارعة؛ لأنه لا يجوز أن يستحق بعض الخارج بغير عمل ولا أرض ولا بذر فلم يصر المشروط حقا للمشروط له فصار المشروط كالمسكوت عنه فيملكه صاحب البذر بحكم ملكه، ولا تفسد المزارعة بهذا الشرط؛ لأنه لا منفعة فيه لأحد المتعاقدين للحال ولأن كان فيه منفعة لأحدهما فيكون المشروط لهؤلاء مشروطًا لأحد المتعاقدين وذلك ثلثا الخارج وذلك جائز.

وأما إذا كان البذر من قبل العامل إن لم يشترط عمله فهي جائزة وما شرط له فهو للعامل ولا شيء لواحد منهم لما ذكرنا.

وإن شرط عمله وعمل فله أجره مثله على العامل وما شرط له فهو للعامل؛ لأن المزارعة فيما بين العامل وصاحب الأرض جائزة، وفيما بين العامل والذي شرط عمله فاسدة، وصار كما لو دفع أرضه إلى رجلين ليزرعا على أن يكون البذر من أحدهما ومن الآخر مجرد عمل.

(فصل)

وما شرط للبقر فهو لصاحبه؛ لأن البقر لا يملك شيئًا فكان المشروط له شرطًا لصاحبه كما لو أوصى لدابة رجل بالعلف كانت الوصية لصاحب الدابة فصار كما لو شرط لعبد أحدهما ولا دين عليه، وإن شرط عمل البقر فهو كما لو شرط عمل العبد ولا دين عليه؛ لأنه لا يتعين مشروطًا لصاحب البقر كما في العبد بل يكون استئجارًا للعبد والبقر وما شرط للمساكين فهو لرب البذر؛ لأن الخارج إنما يستحق إما بالبذر أو بالعمل أو بالأرض وليس للمساكين شيء من ذلك فلا يثبت لهم استحقاق الشركة وصار المشروط لهم كالمسكوت عنه فيكون لصاحب البذر نصًّا ويتصدق به ديانة؛ لأن هذا بذر منه؛ لأنه أضاف البذر إلى سبب الملك وهو الخارج من بذره فلزمه أن يتصدق بثلث ما يخرج من بذره فصار كما لو قال ثلث مالي للمساكين إلا أن القاضي لا يجبره على ذلك؛ لأنه لا مدخل لقضاء في النذور، وكذلك لو شرط الثلث لأجنبي؛ لأن المشروط لم يصر حقا للمشروط له فيملكه صاحب البذر بحكم ملكه. دفع أرضه مزارعة على أن يزرعها العامل ببذره وعمله على أن له ثلث الزرع ولرب الأرض على أن يلزمها ببقر فلان ولفلان الثلث فالثلث لرب الأرض والثلثان للمزارع وعليه أجر مثل بقر فلان؛ لأن المزارعة جائزة فيما بين رب الأرض والمزارع؛ لأن العامل استأجر الأرض من ربها ببعض الخارج وهي فاسدة في حق صاحب البقر؛ لأن العامل استأجر البقر من صاحبه ببعض الخارج إذا كان البذر من جهته وذلك لا يجوز فيلزمه أجر المثل فهذا الشرط لا يوجب الفساد؛ لأنه مشروط للأجنبي لا لأحد المتعاقدين لما بيّنا.

(باب الأرض بين رجلين يدفع أحدهما إلى صاحبه مزارعة)

أصله: أن يجعل نصف كل واحد منهما كأرض على حدة؛ لأن العامل يعمل في أحد النصفين بحكم الملك وفي النصف الآخر بحكم المزارعة ولما اختلف حكم

النصفين وجب اعتبار كل واحد منهما على حدة وينظر إلى شرطهما إذا دخل الفساد على أحدهما فسدت المزارعة.

ثم مسائله على أربعة أقسام:

القسم الأول: أرض بين رجلين دفعها أحدهما إلى صاحبه مزارعة على أن يزرعها ببذره وبقره، فأجزأته والخارج نصفان تفسد؛ لأنه صار كأنه قال للمزارع ازرع أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لي فهو فاسد في أرضين؛ لأنه أجر أرضه من العامل بجميع الخارج وقوله ازرع نصيبك ببذرك على أن يكون الخارج كله لك هذه مشورة وليست بمزارعة، وإذا فسد هذا في أرضين فسد في الأرض المشتركة أو يصير كأنه قال ازرع نصيبي ببذرك على أن الخارج بيننا وازرع نصيبك ببذرك ليكون الخارج بيننا فقد أجر أرضه ببعض ما يخرج من أرضه وبعض ما يخرج أرض غيره، فإنه لا يجوز؛ لأن القياس يأبى جوازها وإنما جوزنا فيما إذا أجر أرضه ببعض ما يخرج منها، وكذلك لو كان البذر من الدافع لأنا متى اعتبرنا كل نصف كأرض على حدة صار كأن الدافع قال ازرع نصيبي ببذري على أن يكون الخارج كله لي وازرع أرضك ببذري على أن يكون الخارج لك وهذا لا يجوز؛ لأنه جعل أجرة عمل الزارع في أرضه إقراض نصف البذر من الزارع، وإقراض البذر لا يصلح أجرًا لعمله في أرض صاحب البذر؛ لأنه لو صار أجرًا لعمله صار القرض مضمونا بالمثل وزيادة وهو عمله في أرض صاحب البذر وهذا لا يجوز، فالدافع استأجر العامل بما لا يصلح أجرًا لعمله ففسدت، وإذا كان هذا لا يجوز في أرضين متى كان أحدهما مشروطًا في الآخر بأن قال: ازرع أرضي ببذري على أن الخارج كله لي على أن أقرضك كرّ حنطة تزرع بها أرضك لم يجز فكذا لا يجوز في الأرض المشتركة؛ لأن كل نصف معتبر بأرضٍ على حدة، فإن قيل هلا جعل نصف الأرض بعينه أجرة عمله في أرض الدافع حتى تصح الإجارة قلنا: لو جعلنا كذلك أيضًا لا تصح الإجارة؛ لأنه يصير البذر مشتركا بينهما فيصير الدافع مستأجرا للعامل ليعمل في بذر مشترك، والإجارة على عمل الأجير فيه شركة لا يجوز كمن استأجر حمالا ليحمل حنطة لتكون أجرته نصف تلك الحنطة لا يجوز.

والثاني: لو شرط الخارج بينهما أثلاثا فلا يخلو إما أن كان البذر من قبل الدافع أو من قبل المزارع، فإن كان من قبل المزارع فقد شرطنا الثلثين للمزارع والثلث للدافع جاز؛ لأن تقديره كأنه قال للمزارع ازرع أرضي ببذرك على أن يكون ثلث الخارج من نصيبي لك وثلثاه لي ويعد جائزًا لأنه أجر نصيبه بثلثي الخارج من نصيبه وعلى أن تزرع أرضك ببذرك على أن كل الخارج لك وهذه مشورة وليست بمزارعة وكل واحد منهما جائز حالة الانفراد فتجوز حالة الاجتماع.

وإن شرط الثلثان للدافع والثلث للمزارع لم يذكره محمد رحمه الله ويجب أن تكون فاسدة؛ لأن تقديره كأنه قال للمزارع ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج ثلثه لي وثلثاه لك، وكل واحد منهما فاسد حالة الانفراد؛ لأنه أجر أرضه بجميع الخارج من أرضه وببعض الخارج من أرض المزارع.

وأما إذا كان البذر من قبل الدافع إن شرط الثلث لنفسه فسدت؛ لأن تقديره كأنه قال ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثا وهذا فاسد؛ لأنه جعل أجرة عمل المزارع في أرضه بعض ما يخرج من أرض المزارع وهذا لا يجوز؛ ولأنه دفع البذر إليه مفردا مزارعة من غير عمل ولا أرض وكلا الأمرين فاسدان، وإن شرط الثلثين للعامل فسدت أيضًا؛ لأن تقديره كأنه قال: ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج بيننا أثلاثا على أن تزرع أرضك ببذري ليكون الخارج كله لك وهذا فاسد؛ لأن الدافع جعل أجرة عمله في أرضه بعض الخارج من أرضه وإقراض البذر ليزرع أرضه فاسد.

والثالث: لو كان الأرض والبذر منهما فلا يخلو إما أن يكون البذر بينهما نصفين أو أثلاثا ثلثاه من الدافع وثلثه من العامل أو على عكسه، وكل وجه لا يخلو إما أن شرطا أن يكون الخارج بينهما نصفين أو أثلاثا ثلثاه للدافع وثلثه للعامل أو على عكسه.

أما إذا كان البذر منهما نصفين والخارج كذلك جازت؛ لأن تقديره كأنه قال ازرع أرضي ببذري على أن يكون الخارج كله لي، وهذه استعانة بالعامل وهي جائزة على أن تزرع أرضك ببذرك ليكون الخارج كله لك وهذه مشورة وليست

بمزارعة وهي جائزة فكان كل واحد منهما جائز حالة الانفراد وكذلك يجوز حالة الاجتماع، وإن شرطا أن يكون الثلثان للعامل جائزة في رواية وفي رواية فاسدة هذا إذا كان البذر متميزا وقت الإلقاء، وإن كان البذر مختلطا وقت الإلقاء لا تجوز المزارعة في الروايات كلها. وجه رواية الفساد أن البذر صار مشتركًا بينهما؛ لأنه بعد الإلقاء صار مختلطا أحدهما بالآخر ووقوع الشركة في البذر مانع من جواز المزارعة كما لو كان البذر مشتركا وقت الإلقاء؛ لأن الإجارة على عمل هو شريك فيه لا يصح والأصح رواية الجواز؛ لأن البذر لم يكن مشتركا بينهما وقت الإلقاء وإنما حدثت الشركة بعد الإلقاء وحدوث الشركة بعد إلقاء البذر لا يضر؛ لأن أصل الفعل لم يقع في محل هو شريك فيه، ألا ترى أن الخارج يحدث مشتركا في المزارعات ويكون على المزارع في ذلك أعمال وهذه الأعمال تحصل منه في شيء هو شريك فيه ثم تستوجب الأجر بجميع الأعمال علمنا أن حدوث الشركة بعد الإلقاء لا يضره.

وإن شرطا الثلثين للدافع فهي فاسدة؛ لأنه يصير كأنه قال: ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي على أن تزرع أرضك ببذرك فيكون الخارج بيننا أثلاثا ثلثاه لك وهذا فاسد؛ لأنه استعان بالعامل في أرضه ثم شرط عليه لنفسه بعض الخارج من أرضه وبذره، وهذا لا يجوز كمن دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه له بغير شيء على أن يعطي الخياط درهمًا لصاحب الثوب يكون باطلًا فكذا هذا؛ ولأن الدافع استوهب من المزارع ثلث الخارج من نصيبه؛ لأنه ليس له في نصيب المزارع عمل وبذر فلا يستحقه بالشركة واستيهاب المعدوم باطل.

وأمّا إذا شرطا ثلثي البذر على الدافع وثلثه على المزارع والخارج بينهما نصفان فهي فاسدة؛ لأنه صار كأنه قال ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي وازرع أرضك ثلثها ببذري وثلثاها ببذرك ليكون الخارج كله لك وهذا فاسد؛ لأن الدافع جعل أجرة عمل العامل في أرضه إقراض بذر يزرع نصيبه والإقراض لا يصلح أجر العمل ولأنه جعل بعض الخارج من بذره أجرة العمل المزارع في بذر مشترك، فإنه فاسد ولأنه دفع البذر مفردا بلا أرض ولا عمل وهذا لا يجوز، وكذلك لو شرطا

ثلثي الخارج للدافع وثلثه للمزارع أو على عكسه فهي فاسدة لأنه يصير كأنه قال للزارع: ازرع أرضك ثلثها ببذري وثلثاها ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثا وهذا لا يجوز؛ لأنه جعل أجرة عمل المزارع في أرضه. دفع البذر إليه مفردًا بلا أرض ولا عمل وهذا لا يجوز ولذلك ولو شرطا ثلثي الخارج للدافع وثلثه للمزارع أو على عكسه فهي فاسدة؛ لأنه يصير كأنه قال للزارع ازرع أرضك ثلثها ببذري وثلثاها ببذرك يكون الخارج بيننا وهذا لا يجوز؛ لأنه جعل أجرة عمل المزارع في أرضه. دفع البذر إليه مفردًا بلا أرض ولا عمل. أرض بين رجلين اشتركا على أن يعملا فيهما بنفسهما ببذرهما وبقرهما على أن الخارج نصفان جاز؛ لأنه يصير تقديره كأنه قال كل واحد منهما لصاحبه ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي وهذا جائز؛ لأنه استعانة بصاحبه ولأنهما لو لم يشترطا ذلك كان الخارج بينهما نصفين؛ لأن البذر بينهما نصفان فكذا إذا شرطا.

ولو شرطا أثلاثا كان فاسدًا؛ لأن صاحب الثلث استأجر صاحبه ليعمل في بذر مشترك بسدس الخارج والإنسان لا يستوجب أجرًا إذا عمله في شيء هو شريك فيه، وإن كان البذر بينهما والخارج جاز ونصفان لا يجوز؛ لأن صاحب الثلثين يأخذ الفضل من بذر صاحبه إمّا عوضًا عن عمله أو عوضًا عن أرضه، وعمله يقع في بذر مشترك وأرض مشتركة فلا يستوجب أجرا، وإذا اعتبرنا عوضًا عن ثلث حصته من الأرض يصير مؤاجرًا ثلث حصته بجميع ما يخرج منها، وهذا لا يجوز ولا كذلك إذا كان الخارج بينهما أثلاثا على قدر بذرهما.

ولو شرطا البذر والعمل والخارج عليهما إلا البقر، فإنه على أحدهما جاز وصاحب البقر معير لبقره؛ لأن صاحب البقر لما لم يشترط لنفسه فضلًا من بذر صاحبه لم يصر مؤاجرا بقره ببعض الخارج بل صار معيرا بقره من صاحبه ليزرع أرضه وأنه جائز وإن شرطا لصاحب البقر ثلثي الخارج فسدت والخارج نصفان؛ لأنه صار مؤاجرا بقره بثلث ما يخرجه بذر صاحبه وإجارة البقر ببعض الخارج فاسد ولصاحب البقر أجر المثل نصف بقرة فيما كربت؛ لأنه كرب أرضًا نصفها ملك صاحب البقر ونصفها ملك شريكه فيستوجب أجرا بإزاء ما يحصل من منفعة

الكراب لشريكه فرق بين هذا وبين ما إذا كان يحل بين رجلين دفعه أحدهما إلى صاحبه سنة هذه على أن يقوم عليه وثلثا الخارج للعامل وثلثه له فهو فاسد والخارج نصفان ولا أجر للعامل لما يأتي في بابه.

(باب المزارعة التي لم يُبَيِّنَا فيها مَنْ عليه البَذْرُ)

أصله: أن بيان من عليه البذر شرط لجواز المزارعة؛ لأنه إذا لم يعلم من عليه البذر كان المعقود عليه مجهولًا؛ لأن البذر إن كان من قبل العامل فالمعقود عليه منافع الأرض، وإن كان من قبل رب الأرض فالمعقود عليه منافع العامل فلا يدري من يكون البذر من قبله وهذه جهالة يوقعهما في المنازعة المانعة من المضي في المزارعة فأوجبت فسادها.

وحكي عن أبي نصر محمد بن سلام: هذا في مكان لم يكن في أيدي الناس في ذلك المكان عرف أن البذر على من يكون فأمّا في مكان بينهم عرف أن البذر على رب الأرض أو على المزارع تكون المزارعة جائزة؛ لأن المعروف كالمشروط كما في نقد البلد.

ولو دفع أرضًا مزارعة سنة ولم يسميا شيئًا فهو فاسد لفقد شرطهما وهو بيان من عليه البذر، وكذلك لو قال على أن يزرعها سنتك هذه لما بينا.

ولو دفعها على أن يزرعها لنفسه بالنصف جاز استحسانًا والبذر من العامل والقياس أن لا يجوز؛ لأن من عليه البذر مجهول ونوع البذر أيضًا مجهول؛ لأن الزراعة متفاوتة بعض الزرع أضر من بعض وجهالة أحدهما تفسد فجهالتهما أولى. وجه الاستحسان أن من عليه البذر معلوم دلالة؛ لأنه قال ازرعها لنفسك وإنما يكون المزارع مزارعا لنفسه إذا كان جميع الخارج له وإنما يكون جميع الخارج له إذا كان البذر من قبله حتى يكون الخارج متولدا من ملكه فيكون له ثم ما يستحق يستحق عليه بالشرط من جهته فكان قوله ازرعها لنفسك بيانًا منهما أن البذر من قبل الزارع دلالة وجهالة نوع البذر لا تمنع جواز المزارعة؛ لأن التفاوت بين أنواع البذر تفاوت يسير؛ لأنه لا يتوهم بزراعة بذر ما صيرورة الأرض بحال لا ينتفع بها،

والتفاوت اليسير لا يمنع جواز المزارعة كالتفاوت اليسير في السكنى والخدمة لم تمنع جواز المزارعة كالتفاوت اليسير في السكن والخدمة لم يمنع جواز الإجارة ويزرع ما بدا له من غلة الشتاء والصيف من الحصور والحبوب، ولا يغرس شجرا ولا كرمًا ونحوه؛ لأن اسم المزارعة لا يتناول الغراسة تحت عقد الزراعة دفعها على أن يزرعها سنته هذه ما بدا له من غلة الشتاء والصيف جاز والبذر من العامل؛ لأن قوله ما بدا له يكون بيانًا أن البذر من قبل المزارع؛ لأن بقوله ما بدا له لما فوض الرأي والتدبير له فقد جعله مالكًا للزراعة وإنما يكون مالكا للزراعة إذا كان البذر من قبله.

ولو قال: ما بدا لرب الأرض ما أحببت أو ما أردت فالبذر من رب الأرض والقياس أن يكون فاسدًا ما لم يبينا البذر من أيهما؛ لأنه يحتمل ما بدا من بذري أو بذرك. وجه الاستحسان أن هذا يكون بيانًا أن البذر من قبله دلالة حيث استبقى الرأي والتدبير في الزراعة لنفسه والخيار في المزارعة لمن يكون له البذر إن شاء زرع، وإن شاء ترك فلما شرط الخيار لأحدهما دل ذلك على أن البذر من قبل من له الخيار. دفع أرضًا أو بذرا على أن يزرعها سنته هذه بالرّبع جاز والربع للمزارع.

ولو قال على أن يزرعها ببذرك وعمل بالربع كان الربع لصاحب الأرض؛ لأنه أدخل حرف الباء في الربع وحرف الباء يصحب الإبدال فقد جعل الربع بدلا وإنما يستحق البدل من لا يكون البذر من قبله، فإن صاحب البذر يستحق الخارج بملكه؛ لأنه فرع ملكه لا بدلًا عن شيء دفعها على أن يزرعها حنطة من عنده بالنصف لا يزرع غير الحنطة، وإن كان أقل ضررًا من الحنطة؛ لأن رب الأرض جعل الأجرة هي الحنطة وهو المستحق للبذر فلا يملك المزارع أن يغير حق رب الأرض من جنس إلى جنس آخر بغير رضاه كما لو استأجر بدراهم ليس له أن يعطي مكانها دنانير استأجرها بدراهم يزرعها حنطة فزرع ما هو أقل ضررًا لا يضمن وعليه الأجر؛ لأنه لا يغير حقه بزراعة غير الحنطة إلا أنه خالف في الزراعة إلى خبر فلا يعد خلافًا فلم يضمن حتى لو زرع فيها ما هو أضر بالأرض يضمن؛ لأنه كان غاصبًا؛ لأن ما هو أضر غير داخل تحت العقد، وكذلك لو قال خذ هذه الأرض بزرعها حنطة أو لتزرعها أو فازرعها حنطة فهذا شرط لزراعة الحنطة؛ لأن قوله يزرعها معناه ليزرعها

الحنطة إلا أنه حذف لام التعليل وإنما دفع الأرض ليعمل هذا العمل.

وقوله: فازرعها الفاء للوصل فقد أوصل بالعقد زراعة الحنطة فصار شرطا على ما بينا في المضاربة ولم يذكر في المزارعة لو قال: خذ هذه الأرض مزارعة بالنصف وازرعها حنطة وذكر هذه في المضاربة ولم يعتبرها شرطا بل اعتبرها مشورة وقيل يجب أن تكون في المزارعة كذلك وإن قوله: ازرعها مما لا يستقيم الابتداء به فلا يعتبر متعلقا بما قبله كما في المضاربة وقيل يجب أن يعتبر شرطا في المزارعة حتى لو زرع غيرها يصير مخالفًا لأنا متى اعتبرناه شرطًا كان هذا بيانًا لنوع البذر فتجوز المزارعة قياسًا واستحسانًا ومتى لم يجعله بيانًا لنوع البذر جازت المزارعة استحسانًا لا قياسًا فكان اعتباره شرطًا مفيدًا.

فأمّا المضاربة جائزة من غير بيان مكان التصرف قياسًا واستحسانًا فلا حاجة إلى جعل قوله: واعمل بالكوفة شرطًا وأنه ممَّا يستقيم الابتداء به فاعتبر مشورة. دفع أرضًا وبذرًا على أن يزرعها سنته هذه فما خرج منها فللمزارع ربعه ولرب الأرض نصفه جاز وثلاثة أرباعه لرب الأرض؛ لأنه بيَّن ما يحتاج إلى بيانه وهو نصيب العامل فصار المسكوت عنه لصاحب البذر بحكم الملك، فإن قال: أجرتك هذه الأرض هذه السنة بالنصف وقال: على أن يزرعها بالنصف كان جائزًا لأن قوله أجرتك تنصيص على أن العامل مستأجر الأرض فإنما يكون مستأجرا إذا كان البذر من قبل العامل وقوله مزارعة لبيان جنس الأجرة.

ولو قال: أجرتك هذه الأرض هذه السنة بالنصف ولم يقل مزارعة ولا معاملة كان فاسدًا؛ لأنه لم يبين أنه أجرها للزراعة أو للغراسة والتفاوت بينهما فاحش فكان جنس ما يزرع وجنس الأجرة مجهولًا، فإن لم يتفاسخا حتى زرعها أو غرسها كان الخارج نصفين استحسانًا؛ لأن الفساد كان بجهالة ما يزرع أو ما يغرس، فإذا عمل نوعًا منهما ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة فانقلب جائزا من الأصل كما إذا استأجر دابة ليحمل عليها ولم يبين فحمل عليها شيئًا قبل الفسخ ينقلب جائزًا وقس عليه المعاملة.

ولو قال: قد استأجرتك هذه السنة تزرع هذه الأرض بالنصف جاز والبذر من

رب الأرض وما أعطاه من حبوب أو رطبه عليه زرعه؛ لأن الأجر هو العامل للمستأجر، وإن أعطاه شجرًا وكرمًا يغرسه فله أن يمتنع؛ لأنه لا يقع عليه اسم المزارعة.

(باب المزارعة على شرطين)

مسائله على أقسام ثلاثة:

القسم الأول: لو دفع الأرض والبذر سنة على أنه إن زرعها بغير كراب فللعامل ربع الخارج وإن كربها فثلثه، وإن كرب وثنى فنصفه جاز على ما شرطا، وكذلك لو كان البذر من جهة المزارع.

طعن عيسى وقال: يجوز الشرطان الأولان ولا يجوز الشرط الثالث، فإنه لو دفع بشرط أن بينهما فسد العقد فكذا إذا جمع بينهم والصحيح هو الفرق بينهما إذا أفرد العقد بشرط التثنية وبينما إذا جمع مع التثنية عقد آخر والفرق أن شرط التثنية في المزارعة إنما يفسد العقد؛ لأنه لو صح هذا الشرط في المزارعة يستحق عليه التثنية ويلزمه الوفاء بهما وأنه شرط لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة؛ لأنه تبقي منفعتها لرب الأرض إلى السنة الثانية فأفسد العقد وهنا التثنية غير مستحقة عليه ولا يلزمه الوفاء بها، فإنه خيره بين العقود الثلاثة فله أن يميل إلى العقد الآخر فلا يلزمه التثنية ونفس التثنية لا تفسد العقد فصار كما لو دفع بلا شرط التثنية، وكذا لو قال إن زرعها بكراب بكذا أو بغير فكذا أو بكراب وتثنية فكذا عن ابن سماعة في نوادره: أن هذه المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة، وعندهما جائزة بناء على أن من قال أعتق من شئت من عبيدي ليس له أن يعتق الكل وجعل كلمة مَنْ للتبعيض، وعندهما له أن يعتق الكل وجعلا كلمة مَنْ للصلة دون التبعيض فكذا هنا يجعل كلمة مَنْ للصلة فيصير كل عقد مضافًا إلى جميع الأرض، وعنده يجعل كلمة من للتبعيض فقد أضاف كل عقد إلى بعض منها مجهول القدر، والصحيح أنها جائزة بالإجماع؛ لأن كلمة من وإن كانت للتبعيض حقيقة وللصلة مجازًا ولكن هذه الجهالة لم توجب فساد المزارعة؛ لأن هذه الجهالة تزول وقت تأكد عقد المزارعة؛

لأن الكراب والتثنية يتقدمان على إلقاء البذر وحال إلقاء البذر يعلم ما كرب مما لم يكرب وكانت الجهالة زائلة وقت تأكد العقد فصار كما لو باع الشيء برقمه ثم علم الرقم في مجلسه جاز فكذا هذا.

ولو نص وقال بعضًا منها بكراب فلك كذا وبعضها منها بغير كراب إلى آخر يجب أن تجوز المزارعة؛ لأن الجهالة زائلة وقت تأكد المزارعة.

وأمّا **الثاني**: لو دفع الأرض على أن زرعها حنطة والخارج كذا، وإن زرعها شعيرًا فكذا وإن زرعها سمسمًا فكذا، وهذا على أربعة أوجه: إمّا أن قال: زرعتها، أو زرعت فيها، أو زرعتها منها، أو زرعت بعضها منها، فالمزارعة في الأوليين جائزة لأنه خيره بين العقود الثلاثة، وقد أضاف كل عقد إلى جميع الأرض فله أن يختار واحدًا منها كما في الإجارة، لو دفع يوما إلى خياط فقال إن خيطته رومية فلك درهم، وإن خيطته فارسية فلك نصف درهم، وأي ذلك اختار ارتفعت الجهالة وصح العقد فيه، وإن زرع فيها من الأصناف الثلاثة فالخارج من كل صنف على شرطهما فيه؛ لأنه ليس في تبعيض الأرض عند المزارعة ضرر يلحق المؤاجر وكان للبعض حكم الكل فيقسم الخارج على شرطهما فيه.

ولو قال: إن زرعت منها أو بعضها حنطة فكذا، وإن زرعت منها أو بعضها شعيرًا فكذا وسمسمًا فكذا فالمزارعة فاسدة؛ لأن له أن يزرع البعض حنطة والبعض شعيرًا وذلك البعض مجهول وهذه الجهالة قائمة وقت تأكد المزارعة؛ لأنه إنما يعلم بعض الزراعة للحنطة من البعض للشعير بإلقاء البذر فيفسد العقد كما لو علم بالرقم بعدما تفرقا عن المجلس ولا يلزم على أصلهما إذا أخرجا يوما وقال: إن قعدت حدادًا فكذا وإن قعدت خبازًا فكذا، وإن قعدت خياطا فكذا لا يصح؛ لأن الأجر يجب بالتخلية والتمكن من السكنى لا بحقيقة الفعل ولا يدري أي الآخرين يجب عند التخليلة أقلهما أو أكثرهما وكان الأجر مجهولًا حال وجوب الأجرة فلم يجز وفي المزارعة الأجرة تجب بالفعل والأجرة بعد وقوع الفعل معلومة فيصح.

ولو كان البذر من العامل وشرط على أن زرعها حنطة فبينهما نصفان، وإن زرعها شعيرًا فكله للعامل جاز على ما شرطا؛ لأن العقد الأول مزارعة والثاني

إعارة؛ لأنه أعار الأرض ليزرعها شعيرًا لنفسه، فإن لم يتبع بإزائه عوضًا فكل واحد بانفراده جائز فكذا عند اجتماعهما، كما لو قال إن سكنت هذه الدار شهرًا فبعشرة، وإن سكنت أخرى فبغير شيء جاز فكذا هذا.

وإن سمى الخارج من الشعير لنفسه جاز في الحنطة ولم يجز في الشعير؛ لأنه شرط الخارج كله لنفسه فتكون إجارة الأرض بجميع الخارج فلا يجوز؛ لأنه يقطع الشركة في الخارج فقد خيره بين المزارعة الجائزة والفاسدة وعطف أحدهما على الآخر ولم يشترط أحدهما في الآخر فلا يوجب فساد الجائزة، كما لو قال للخياط إن خطته روميّة فلك درهم، وإن خطته فارسية فلك رطل من خمر فالأولى جائزة والثانية فاسدة. دفع أرضه بثلثين سنة على ما زرع من حنطة أو شعير أو شيء من غلة الشتاء والصيف فنصفان، وما غرس فيها من نخل أو شجر أثلاثا جاز لما بينا ولا نسبة هذا البيع يريد به البيع على عين واحد ببدلين مختلفين لا يجوز، والمزارعة والإجارة ببدلين مختلفين يجوز، والفرق أن الثمن في البيع يجب بعد الفراغ منه وبعد الفراغ منه الثمن مجهول لا يدرى أن الواجب هو الدراهم أو الدنانير وفي المزارعة والإجارة البدل إنما يجب بعد العمل والأجرة بعد العمل معلومة.

ثم ذكر محمد التخيير بين عملين وبين أعمال ثلاثة في المزارعة ولم يذكر أنه هل يجوز التخيير في أكثر من ذلك.

وروى هشام عن محمد في (النوادر): أنّه لا يجوز التخيير في أكثر من ثلاثة أشياء دفع أرضًا وكر حنطة وكر شعير على أنه إن زرع الحنطة فيها فالخارج نصفان والشعير مردود عليه، وإن زرعها الشعير فالخارج كله لصاحب الأرض والحنطة مردودة عليه جاز كذلك؛ لأن العقد الأول مزارعة، والثاني استعانة بالعامل فقد خيره بين الإعانة وبين الزراعة وهذا جائز، كما لو قال للخياط إن خطته روميّة فلك درهم، وإن خطته فارسية فلا شيء لك جاز وأيهما ما اختار يجعل كأن العقد في الابتداء ما عقدا إلا عليه، وإن شرط الخارج من الشعير للعامل جاز والدافع مقرض لشعير ومعير للأرض دفع الأرض وحدها على أنه إن زرعها حنطة فالخارج

نصفان، وإن زرعها شعيرًا فكله للعامل، وإن زرعها سمسمًا فالخارج لرب الأرض فهو جائز في الحنطة والشعير على ما قال ولا يجوز في السمسم؛ لأن شرطه في الحنطة مزارعة وفي الشعير إعارة الأرض فيجوز كلاهما، وفي السمسم إجارة الأرض بجميع الخارج فلا يجوز، وإن كان البذر من صاحب الأرض وإقراض البذر وفي السمسم إعانة العامل لرب الأرض وكل ذلك جائز.

وأمّا **القسم الثالث**: دفع أرضًا على أن يزرعها ببذره على أنه إن زرعها في اليوم الأول من جمادى الأولى فالخارج نصفان وإن أخر فالثلث للمزارع فالشرط الأول جائز، والثاني فاسد في قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة وعندهما الشرطان جائزان بناء على ما لو دفع ثوبًا إلى خياط فقال إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم فعنده الشرط الأول جائز، والثاني فاسد، وعندهما كلاهما جائزان.

ولو كان البذر والبقر والعمل من المدفوع إليه على أن ما زرع منها في أول يوم من جمادى الأولى فثلثه للمزارع وثلثاه لرب الأرض وما زرعه منها في أول جمادى الآخرة فعلى عكسه ففاسد كله؛ لأن هذه مزارعة للبعض في كل واحد من الوقتين؛ لأنه ذكر كلمة من وهي للتبعيض فليس له أن يزرع الكل في واحد من الوقتين وكلاهما مجهولان فصار كما لو قال للخياط ما خطت منه اليوم فعلى حساب درهم وما خطت منه غدا فعلى حساب نصف درهم فهذا فاسد كله، وكما لو قال: ما زرعت فيها من حنطة فكذا وما زرعت من شعير فكذا كان فاسدًا فكذا هذا. دفع مزارعة والبذر من رب الأرض على أنه إن زرع بدالية فالثلثان للمزارع، وإن زرع بناضح فنصفان جاز؛ لأنه بمنزلة، كما لو قال للخياط إن خطته روميا فلك كذا، وإن خطته فارسيا فلك كذا جاز؛ لأنه عقد كل واحد من العقدين على أجرة معلومة وخيره بأن يبتدي بأيهما شاء من غير أن يكون أحدهما معلقا بفوات الآخر فجاز.

ولو قال على أن ما زرع منها بدلو فالثلثان للمزارع وثلثه لرب الأرض وما زرع منها بناضح فالخارج نصفان فهي فاسدة؛ لأنه عقد كل عقد على بعض بعض من الأرض مجهول؛ لأن كلمة من للتبعيض كما في مسألة الحنطة والشعير بخلاف

مسألة الكراب والتثنية كما بينا دفع أرضًا ثلاثين سنة على أن يزرع ما بدا له على أن الخارج في السنة الأولى نصفان وفي الثانية أثلاث وفي الثالثة أرباع وفي الرابعة أخماس جاز سواء كان البذر من رب الأرض أو المزارع؛ لأنه جمع في صفقة بين إجارات مختلفة لو انفردت كل واحدة جازت فكذا إذا اجتمعت ما لو عقد الإجارة المحضة على هذا الوجه، وكذلك لو شرط البذر في السنة الأولى من قبله وفي الثانية من جهة العامل جاز؛ لأنه استأجر العامل في السنة الأولى وأجر الأرض في السنة الثانية وهذا بمنزلة عبد دفعه إلى حايك يقوم عليه في تعليم الحياكة خمسة أشهر على أن يعطيه كل شهر خمسة دراهم وعلى أن يعطيه الحايك في خمسة أشهر أخرى في كل شهر عشرة دراهم فهو جائز على ما شرطا؛ لأنه استأجر الحايك وفي مدة لتعلم الغلام الصناعة وأجر الغلام منه بعد ذلك ليعمل للحايك فكذا هذا وإذا دفع أرضًا على أن يزرعها أرزا أو يغرسها نوًى على أن يحوله من موضعه إلى موضع آخر فالخارج نصفان، فإن عين موضع الحوالة والمزارعة فهي فاسدة، وإن لم يعين فهي جائزة؛ لأنه متى عين موضع الحوالة ربما لا يمكنه الوفاء به بجواز أن يكون زرعه كثيرًا لا يتسع في موضع الذي أمر بتحويله إليه فكل شرط ما لا يمكنه الوفاء به يفسد المزارعة، وإذا لم يعين موضع الحوالة يمكنه الوفاء به وشرط التحويل شرط فيه تنمية الزرع فصح الشرط.

ولو دفع أرضه على أن يزرعها قرطمًا ببذره فما خرج من عصفر فهو للزارع وما خرج من قرطم فهو لرب المال فهو فاسد، وكذلك لو شرطا على عكس هذا؛ لأن القرطم والعصفر كلاهما ثمرتان ليس أحدهما بأصل للآخر بل الأصل لهما الساق، ولا يجوز شرط إحدى الثمرتين لأحدهما والأخرى للآخر؛ لأن هذا يقطع ثبوت الشركة في الخارج، وصار كما لو شرط الحب لأحدهما والتبن لصاحب البذر لا يجوز؛ لأن كلاهما ثمرتان، وكذلك لو كان البذر من رب الأرض أو شرطا العصفر بينهما والقرطم لأحدهما أو على عكسه فكله فاسد؛ لأنهما جميعًا بمنزلة الثمرة وكل شرط يقطع الشركة في الثمار أفسد العقد.

(باب الاستثناء في المزارعة)

أصله: أنه متى شرط في المزارعة والمعاملة ما يقطع الشركة في الخارج أفسدهما؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة فمتى شرط ما يقطع الشركة في الخارج عسى يبقى إجارة محضة فالقياس يأبى جوازها؛ لأن الأجرة معدومة وليست بواجبة في الذمة دفع مزارعة على أن ما أخرجت هذه الجنة فلرب الأرض وما أخرجت الأخرى فللعامل فهي فاسدة؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة في الخارج؛ لأنه ربّما لا يخرج إحدى الجنتين فيكون الزرع كله لأحدهما ولا يكون للآخر شيء.

ثم المسائل على ستة أوجه: إما أن شرطا أن يكون الأصل والفرع لهما، فالأصل هو التبن والغرس والفرع هو الحب والثمر؛ لأنه متولد منهما أو شرطا أن يكون الأصل لأحدهما والفرع للآخر، أو شرطا أن يكون الأصل بينهما لأحدهما أو شرطا أن يكون الفرع بينهما والأصل لأحدهما، أو شرطا أن يكون الفرع لهما وسكتا عن الأصل أو شرطا أن يكون الأصل لهما وسكتا عن الفرع، فإن شرطا أن يكون الأصل والفرع لهما بأن شرطا أن يكون الحب والتبن بينهما جاز؛ لأنه وجدت الشركة في جميع الخارج من عمله وإن ثبات الفصيل وثبات الغرس مضاف إلى إثباته كما أن خروج التمر مضاف إلى عمله واشتراط الشركة في جميع ما يخرج من عمل العامل جائزة، وإن شرطا أن يكون الأصل لأحدهما والفرع للآخر بأن شرطا التبن لأحدهما والحبُّ للآخر لا يجوز؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة؛ لأنه ربما لا يخرج الحب ولأن الفرع إنما يملك بتملك الأصل لمن يملك الأصل يجب أن يكون الفرع له، فإذا شرطا الفرع لمن لا يملك الأصل كان باطلًا، وإن شرطا أن يكون الأصل بينهما وهو التبن والفرع وهو الحب للآخر وفي المعاملة الأغراس بينهما والتبن لأحدهما فهي فاسدة؛ لأن هذا الشرط يقطع الشركة فيما هو المقصود من الزراعة والمعاملة وهو الحب والثمرة ولأن الفرع يملك بملك الأصل، فإذا كان الأصل مشتركا بينهما يجب أن يكون الفرع كذلك، فإذا شرطا الفرع لأحدهما كان هبة ما لم يخلق فتكون باطلة، وإن شرطا أن يكون الفرع بينهما والأصل لأحدهما

ينظر إن شرطا الأصل لمن كان البذر والغرس فهي جائزة، وإن شرطا الأصل لمن لا بذر ولا الغرس له فهي جائزة فاسدة والقياس أن لا يجوز كلاهما وهو رواية عن أبي يوسف في النوادر؛ لأن الفرع إنما يملك بملك الأصل، فإذا كان الأصل لأحدهما يجب أن يكون الفرع كله له لأنا إنما جوزنا ذلك فيما كان البذر من قبله بالأثر، والتعامل بخلاف القياس، فإن النبي عليه السلام دفع نخيل خيبر معاملة بالنصف وكانت الشركة في الفرع وهي الثمرة لا في الأصل وهي الشجرة والناس تعاملوا على أن يكون الأصل لصاحب الأصل والفرع بينهما ولا أثر ولا تعامل فيما إذا اشترطا الأصل لمن لا بذر ولا غرس من جهته فبقي على قضية القياس وإن شرطا أن يكون الفرع لهما وسكتا عن الأصل كان الأصل وهو التبن والغرس لصاحب البذر والغرس؛ لأن الأصل والفرع ملكه وما يستحق عليه يستحق بالشرط فما لم يشتر لغيره يبقى على ملكه وقد شرطا الشركة في الفرع لا في الأصل فبقي الأصل على ملكه، ولهذا لو شرط صاحب البذر لصاحبه وسكت عن نصيبه فما وقع السكوت عنه يبقى على ملكه.

(باب الشروط المفسدة للمزارعة وما لا يفسدها)

أصله: أنه متى شرط في المزارعة على أحدهما عملًا ليس من أعمال المزارعة يفسدها؛ لأنه شرط فيها ما لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة فإنها تنعقد إجارة والإجارة تبطل بمثل هذا الشرط، وإذا شرط عملًا من أعمال المزارعة لا يفسدها؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد وعمل المزارعة كل عمل ينبت وينمي ويزيد في الخارج وكل عمل لا ينبت ولا ينمي ولا يزيد في الخارج لا يكون عمل المزارعة إذا شرط في المزارعة الحصاد والدراس والتذرية على أحدهما فسدت من أيهما كان البذر من قبله.

وعن أبي يوسف أنه يجوز إن شرطه على المزارع، وإن شرطه على رب الأرض فهي فاسدة، وكان مشايخ بلخ يفتون بهذا وكانوا يقولون يجوز شرط التنقية والحمل إلى منزل رب الأرض؛ لأن المزارعة بهذه الشرائط متعاملة فيها بينهم.

لأبي يوسف: أن الناس تعاملوا المزارعة بهذه الشرائط على المزارع، والشرط إذا كان متعاملا لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى بغلا أو شراكا على أن يحذوه البائع وجه ظاهر الرواية أن هذه الأشياء ليست من أعمال المزارعة؛ لأن عمل المزارعة بينهم بإدراك الزرع؛ لأنه لا ينمو بعده، وكل عمل لا ينمو به الزرع ولا ينبت به ليس من أعمال المزارعة فقد شرط ما لا يقتضيه العقد فيفسده وهذا متعامل في بعض البلاد غير متعامل في البعض فلا يكون حجة لما بينا، فإن كان الزرع بعلًا فالحفظ والسقي على الزارع خاصة؛ لأنه من أعمال المزارعة لأنه مما يزيد في الخارج وإذا صار فصيلا، فإذا كان أن يفصلاه ويبيعاه فصيلًا فالفضل عليهما على قدر ملكيهما في الزرع؛ لأن الفضل ليس من أعمال الزراعة؛ لأنه مما لا ينمى ولا يزيد في الخارج بل يوجب نقصانا فيه، ألا ترى لو دفع القصيل مزارعة على أن يفصله للحال لم يصح وكان بمنزلة الحصاد والدياس، وكذلك لو دفع النخيل معاملة فما كان من عمل قبل أن يصير ثمرًا كالتلقيح والتركيب والحفظ ليلا ونهارا فعلى العامل وبعدما صار ثمرا فالحفظ والجذاذ عليهما لأنّه انتهى عمل المعاملة بالإدراك، وكذلك إذا أدرك البطيخ والباذنجان فالالتقاط والحمل والبيع عليهما؛ لأنه ليس من أعمال المزارعة، وما كان بعد بلوغ الزرع وتناهيه وجفافه فهو عليهما حتى يقتسمانه؛ لأنه لما انتهى الزرع انتهى العقد فيبقى مالًا مشتركًا بينهما فيكون المؤنة عليهما بقدر ملكيهما، فإذا اقتسماه لزم كل واحد منهما الحمل والحفظ في نفسه خاصة؛ لأنه مؤنة ملكه خاصّة، ومن عامل رجلًا على أن يحصد زرعه بالنصف لم يجز؛ لأن الزرع انتهى فلا يحصل بعمله شيء فلا يجوز ثبوت الشركة فيما حصل قبل عمله وكان ذلك بمعنى قفيز الطحان.

ولو دفع أرضًا مزارعة ثم اختلفا فقال رب الأرض: أكرها ثم ازرعها، وقال الزارع: أزرعها بغير كراب، فإن كان الزرع يخرج بغير كراب مثل ما يخرج فلا يجبر عليه، وإن كان مع الكراب يخرج أجود وصفًا لا يجبر أيضًا؛ لأن المقصود هو الخارج، والخارج يحصل بغير كراب، وإنما الكراب للجودة والزيادة والجودة لا تستحق في العقد إلّا بالشرط ولم يوجد الشرط لفظًا ولا غرما، كمن اشترى حنطة

فوجدها غير جيّدة لم يكن له الردّ، وإن كان يخرج بغير كراب قليلًا لا يخرج للناس مثله يجبر؛ لأن الناس يعدونه تعطيلا للأرض لا استغلالًا وتثميرًا، وتعطيل منفعة الأرض بغير رضاه لا يجوز فصار الكراب مشروطًا على المزارع في هذه الحالة مقتضى المزارعة؛ لأنه إنما يطلب بزراعة الأرض زرعا معتادًا بحيث لا يعده الناس تعطيلا، وكذلك لو قال لا أسقي وأدعها لسقي السماء إن كان يكتفي بسقي السماء لا يجبر، وإن كان لا يكتفي يجبر. دفع أرضًا وبذرًا على أن يكربها ويزرعها سنة والخارج نصفان فليس له أن يزرعها بغير كراب إذا كان الكراب أجود للزرع؛ لأن الكراب سبب لزيادة الغلة وجودتها، والجودة تستحق في العقد بالشرط ويجبر على الكراب لو امتنع كمن اشترى حنطة على أنها جيّدة فوجدها رديّة فله الردّ، وإن لم يكن في الكراب فائدة لم يجبر عليه، وإذا شرط تثنية الكراب فسدت المزارعة. واختلفوا في تفسير التثنية فقيل إن يكربها مرتين، وقيل إن يكربها مرّة ويزرع ثمّ يكربها مرة أخرى بعد الحصاد ويردها مكروبة إلى صاحبها، وقيل أراد بالتثنية أن يجعل الأرض جداول ومسنيات وبشتات فيزرع الجداول وينزل المسنيات والبشتات كما يفعل ذلك في أرض المسطحة وهذا التفسير صحيح؛ لأنه أضاف فعل التثنية إلى الأرض لا إلى الكراب إنما فسدت المزارعة بهذا الشرط؛ لأن منفعته تبقى بعد انقضاء السنة خاصًا لرب الأرض لا حظ للمزارع فيه وكل شرط في المزارعة ينتفع به رب الأرض بعد انقضاء مدتها يفسد المزارعة مدّة الزراعة مساني لا يفسد؛ لأن منفعتها لا تبقى لسنتين قالوا وهذا في بلادهم، فأمّا في بلاد الخضرة، فإنه يجوز المزارعة؛ لأن منفعة النبتية في بلاد الحضرة لا تبقى بعد انقضاء مدّة الزراعة.

وإن اشترط المزارع على رب الأرض كري الأنهار وإصلاح المسناة جاز من أيهما كان البذر، وإن شرط على الزارع فسدت؛ لأن كري الأرض وإصلاح المسناة على رب الأرض؛ لأن الزارع لا يصل إلى منفعة الأرض إلا بكري الأنهار وإصلاح المسناة وعلى رب الأرض تمكين المزارع والمستأجر من الانتفاع بالأرض كتطيين السطوح وإصلاح الميازيب على رب الدار إذا أجرها، فإذا شرط ذلك على رب الأرض فقد شرط ما يقتضيه العقد فلم يفسد، وإذا شرط على المزارع فقد شرط ما يقتضيه العقد ففسد.

ولو شرط الكراب على رب الأرض والبذر من قبل المزارع لم يجز؛ لأن العامل استأجر الأرض وربها ببعض الخارج، واستئجار الأرض ببعض الخارج لا يجوز، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جاز؛ لأنه استأجر العامل ببعض الخارج ليعمل بعض أعمال المزارعة وذلك جائز كما لو دفع الأرض إليه مكروبة ليعمل فيها جاز، ألا ترى لو زرع رب الأرض الأرض فصار الزرع بقلا فدفعها إلى المزارع ليحفظها لبعض أعمال المزارعة فعلى هذ قال الفقيه أبو جعفر: إنما تجوز المزارعة إذا بين للكراب وقتًا معلومًا، وإن لم يبين فالزراعة فاسدة لجهالة وقت انعقاد المزارعة، وقيل إنما جاز شرط الكراب على رب الأرض، وإن كان شرطًا لا تقتضيه المزارعة؛ لأنه شرط غير لازم؛ لأن المزارعة غير لازمة في حق صاحب البذر قبل إلقاء البذر فكذا ما شرط فيها، فعلى هذا قيل: المزارعة جائزة وإن لم يتبين للكراب وقتا.

ولو شرط حفظ الزرع على ربّ الأرض حتى يستحصد فهي فاسدة من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن حفظ الزرع على المزارع؛ لأنه من أعمال الزرع وفيه منفعة لأحدهما فيفسده، وإن شرط على المزارع أن يغيره يفسد من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط ما تبقى منفعته بعد انقضاء مدّة الزراعة؛ لأن منفعة السرقين تبقى إلى العام الثاني وإذا طرح السرقين فيها فعلى رب الأرض أجر مثل عمل العامل، وقيمة سرقينه؛ لأنه اشتراه شراءً فاسدًا لأنه متى كان البذر من قبل رب الأرض فقد بذر نصف الخارج بإزاء منفعة العامل وبإزاء السرقين، وما يقابل السرقين يكون شراء فاسدا؛ لأن شراء السرقين ببعض الخارج لا يجوز وقد صار قابضا له لإيصاله بملكه فملكه، وإن كان البذر من قبل المزارع فلا يغرم رب الأرض قيمة السرقين؛ لأن منفعته حاصلة للمزارع حال قيام الزرع في الأرض وبعد الحصاد لا يبقى غير السرقين؛ لأنه صار مستهلكًا بل تبقي منفعته وهي قوة الأرض وتجرد المنفعة لا يتقوم من غير عقد ولا شبهة عقد، وإن شرط على رب الأرض أن يسرقنها، فإن كان البذر من قبل المزارع فهي فاسدة؛ لأن العامل استأجر الأرض واشترى السرقين ببعض الخارج وأنه فاسد وعليه أجر مثل الأرض وقيمة السرقين لرب الأرض؛ لأنه صار مشتريا له شراء فاسدًا وقابضا له لاتصاله بزرعه ومنفعته

حاصلة، وإن كان البذر والسرقين من جهة رب الأرض فهي جائزة؛ لأنه استأجر العامل ليزرع أرضه المسرقنة، وأنه جائز إذا بيَّن للسرقنة وقتًا معلومًا ولأن شرط السرقنة على رب الأرض غير لازم؛ لأن المزارعة في حق صاحب البذر غير لازمة فعلى هذا يجب أن تكون السرقنة مشروطة في المزارعة قبل إلقاء البذر، فإذا شرط بعد إلقاء البذر وهذا كله إذا شرط أحدهما على صاحبه أن يسرقن الأرض من عنده فأمّا إذا شرط أحدهما على الآخر إلقاء السرقين في الأرض من سرقين رب الأرض كما هو المتعارف من بلادنا هل تجوز المزارعة؟ لم يذكره محمد.

وقال مشايخنا: ينظر إن كان شرط إلقاء السرقين على الزارع فهي جائزة من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط يقتضيه العقد؛ لأن إلقاء السرقين من عمل المزارعة؛ لأنه ممّا يزيد في الخارج وكان كالكراب ومنفعة عمله لا يبقى إلى العام الثاني وإنما تبقى منفعة السرقين وذلك ملك رب الأرض وإن شرط على رب الأرض إن كان البذر من جهة العامل لا يجوز كما لو شرط الكراب على رب الأرض والبذر على العامل، وإن كان البذر من جهة رب الأرض يجوز كما لو شرط الكراب عليه، ولو شرط على أحدهما أن لا يكربها ولا يسرقنها فالشرط باطل والمزارعة جائزة، وله أن يسرقنها من أيهما كان البذر؛ لأنه وإن شرط ما لا يقتضيه العقد ولكن لا منفعة فيه لأحدهما فصار كما لو باع دارًا وشرط عليه أن لا يدخلها أو باع طعاما شرط أن لا يأكله.

ولو شرط الدّولاب والدالية على أحدهما فهو كاشتراط البقر على أحدهما؛ لأن الدالية والدّولاب آلة السقي والسقي على المزارع، فإن كان مشروطًا على المزارع فهي جائزة من أيهما كان البذر، وإن كان مشروطًا على رب الأرض والبذر من العامل فهي فاسدة، وإن كان البذر من رب الأرض فهي جائزة كما في اشتراط البقر.

ولو شرط الدابة التي يسقى بها مع العلف على أحدهما، فإن شرط على المزارع فهي جائزة من أيهما كان البذر وإن شرط ذلك على رب الأرض، فإن كان البذر من قبل المزارع فهي فاسدة، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فهي جائزة كما في اشتراط البقر.

ولو شرطت الدابة على أحدهما والعلف على غير صاحبها فهي فاسدة؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن الزراعة تقتضي أن يكون علف الدابة على صاحبها ولأحدهما فيه منفعة فأوجب فسادها.

(فصل)

وإذا شرط الزارع على رب الأرض حصَّته دراهم معلومة فسدت المزارعة، فإن بطل الشرط لم يرتفع الفساد؛ لأن اشتراط البذر من صلب المزارعة والفساد إذ تمكن في صلب العقد لا ينقلب جائزا بإبطال الشرط؛ لأن من له الحق متى أبطل حقه في الزيادة لا بدّ وأن يطرح عن الأجر ما بإزائه نصًّا أو دلالة من العمل ومتى طرحنا ما بإزائه من العمل بقي ما وراء المطروح من العمل على المزارع مجهولًا وأنه كافٍ للفساد كما لو باع عبدًا بألف ورطل من خمر فأبطل شرط الخمر لا يعود جائزا فكذا هذا.

ولو شرط أحدهما على صاحبه الحصاد أو الدياس أو خيارًا غير مؤقت ينقلب جائزًا بالإبطال خلافًا لزفر؛ لأن الفساد لم يتمكن في صلب العقد لأنه شرط مستعار ليس له حط من البدل فيرتفع الفساد بإبطاله كما في البيع.

ولو شرط أحدهما على صاحبه أن ما صار له لا يبيعه فالشرط باطل والمزارعة جائزة؛ لأن هذا شرط ليس فيه منفعة لأحدهما.

ولو شرط أن يبيعه منه فسدت المزارعة وإن أبطله صاحب الشرط لم يجز أيضًا لأن لهما فيه منفعة فلا يبطل الشرط حتى يتفقا على إبطاله كما لو شرط خيارًا مجهولًا أو الأجل لهما.

ولو شرط أن يهبه له فسدت، فإن أبطله صاحب جازت؛ لأن المنفعة فيه للموهوب فحسب وكان حقا له فتبطل بإبطاله، ولو شرط لأحدهما خيارًا معلومًا جاز.

(باب المعاملة في النخل والشجر والكرم والرطب والثمار)

ولو دفع نخلًا وكرمًا معاملة بالنصف ولم يذكر سنين معلومة لا يجوز قياسًا كما

في المزارعة؛ لأن المدّة مجهولة، وإن انصرفت إلى أول ثمرة تخرج في هذه السَّنة؛ لأن العمل ممَّا يتقدم ويتأخر وكان وقت الإدراك مما يتقدّم ويتأخر وجهالة المدة تفسد المعاملة كما في المزارعة، ويجوز استحسانًا وتقع على أول ثمرة تخرج؛ لأن مطلق المعاملة تنصرف إلى أول ثمرة تخرج من هذه السَّنة؛ لأن دخول هذه السَّنة متبقية وما زاد عليها مشكوك فيه فلا يدخل في المعاملة الزيادة المشكوكة وانصرفت إلى أدنى المدّة المتبقية وذلك معلوم عرفا؛ لأن ابتداء العمل وانتهاءه معلوم في المعاملة لا يتفاوت تفاوتًا فاحشًا؛ لأن لكل ثمرة وقت معلوم بخلاف الزراعة؛ لأن ابتداء العمل في الزراعة وانتهاءه يتفاوت تفاوتًا فاحشًا منهم من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع فكان الانتهاء كذلك فلم تكن المزارعة معلومة شرطا ولا دلالة، وإذا انتهى الثمر انتهى العقد، وإن لم يخرج النخيل شيئًا في السنة الأولى انتقضت المعاملة لانتهاء مدتها وإذا دفع الأرض ليزرعها الرطاب ودفع بذرها أو دفع رطبة ثابتة في الأرض معاملة، فإن لم يكن لابتداء نباتها ولانتهاء جزِّها مدّة معلومة لا يجوز؛ لأن هذه المعاملة كانت مجهولة، وإن كانت مدّة جزها معلوم يجوز ويقع على الجزّة الأولى كما في الشجر المثمر.

ولو دفع نخلًا فيها طلع أو بسر أحمر أو أصفر معاملة بالنصف ولم يسم شيئا جاز؛ لأن لعمله تأثيرًا في نمائه وجودته ولإداركه وقت معلوم فجازت، فإن قيل استأجره ببعض مال موجود فلا يجوز كما لو دفعه بعدما تناها عظمه قلنا الموجود يصير أجرة عمله بعدما يتغير عن حالة إلى حالة أخرى ويظهر فيه الزيادة بعمله بحيث لا يمتاز الموجود كما يزداد بعمله فيستحقه تبعًا للزيادة وقد يجوز أن يثبت الشيء تبعًا، وإن كان لا يثبت مقصودا.

ولو دفعه بعدما تناهى عظمه الثمرة ولا يزيد بعده لا يجوز؛ لأنه خرج عن هذا النماء والزيادة فلم يبق للعامل عمل يحصل به الثمرة والزيادة والجودة فلم يكن معاملة وكان استئجارًا ببعض مال موجود ليعمل في الشيء المشترك فلا يجوز وصار كما لو دفع الزرع وهو بقل مزارعة وبعدما صار قصيلا لا يجوز، ولو دفع رطبة نابتة في أرض وقد انتهى جزازها لكن بذرها لم يخرج ليقوم عليها ليخرج

البذر على أن البذر بينهما نصفان ولم يسم وقتا جاز؛ لأنه جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله والمدة معلومة؛ لأن لإدراك البذر غاية معلومة عرفا والرطبة لصاحبها كما لو دفع النخيل على أن تكون الثمار بينهما.

ولو شرط أن الرطبة بينهما نصفان فسدت؛ لأنه استأجر ببعض مال موجود قبل عمله مقصودا؛ لأن الرطبة مما يختار عن البذر وبعض مال يوجد بعمله ليعمل في الشيء المشترك وهذا لا يجوز.

ولو دفع غرس شجر أو كرم وقد علق في الأرض ولم يبلغ الثمر على أن يقوم عليه فما خرج من الفرس والثمر نصفان فهي معاملة فاسدة بجهالة المدة؛ لأنه لا يدري متى يحمل الأشجار ويثمر فليس لهذا نهاية معلومة وكان العمل مجهولًا فلم يجز، فإن سمّى مدّة معلومة يعلم أنها تحمل وتثمر في مثل تلك المدّة جازت؛ لأن النخيل في حد النماء والزيادة وثمرتها في المدة مترقبة. دفع نخلا وكرما معاملة شهورًا معلومة ويعلم أنه تخرج الثمرة في مثل تلك المدّة فهي فاسدة؛ لأنه جعل الأجرة عمل العامل شيئًا لا يقدر على تسليمه وقت وجوب التسليم فصار كما لو استأجر بشيء لا يملكه أو كعبدٍ أبق وإن شرطا وقتا فقد بلغ الثمرة فيه وقد تتأخر فالمعاملة موقوفة، وإن أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة؛ لأنه ظهر أنه جعل أجره عمله ما يقدر المستأجر على تسليمه، وإن لم يدرك فيه ففاسدة؛ لأن يبين أنه استأجره بأجرة لا يقدر على تسليمها، وكذلك إن خرج في تلك المدة ما لا يرغب فيه؛ لأن ما لا يرغب فيه وجوده وعدمه بمنزلة وإن أحال في تلك السنة ولم يخرج شيئًا فالمعاملة جائزة؛ لأنه لا يدري أن المدة المشروطة في المعاملة مدة تخرج في مثلها الثمرة أو لا تخرج لجواز خروج الثمرة في مثل تلك المدة لو لم يخرج، فوقع الشك في فساد العقد وقد انعقدت جائزة موقوفة إذا كان الحال متمالئين أن يخرج وبين أن لا يخرج فلا تثبت الفساد بالشك، بخلاف ما لو لم يخرج شيئًا أو أخرجت الثمرة بعد انقضاء المدّة؛ لأنها إذا لم تخرج شيئًا في المدة المضروبة ثم خرجت علم يقينًا أنه ضرب من المدة ما لا يخرج الثمرة في مثل تلك المدة وهذا يفسد المعاملة.

(فصل)

دفع أرضًا بيضاء لسنتين مسماة على أن يغرسها نخلًا وشجرًا وكرمًا على أن ما أخرج الله تعالى من شجر ونخل وكرم وثمر فبينهما نصفان، وعلى أن الأرض بينهما نصفان فهذا فاسد كله، فإن فعل فما خرج فجميعه لرب الأرض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل؛ لأن هذه معاملة شرطت في شراء فاسدٍ؛ لأنه باع بعض الأرض بنصف الأغراس؛ لأنه بدل نصف الأرض بأن الأغراس وبإزاء أعمال الغارس فيكون بعض الأرض بإزاء الأغراس وهي مجهولة له فيكون الشراء فاسدًا وقد دفع الأغراس إليه معاملة بالنصف فتكون هذه معاملة شرطت في شراء فاسد ففسدا كما لو شرطت في شراء جائز؛ لأنها اشتراط صفقة في صفقة وعليه قيمة الأغراس؛ لأنه ملكها بالقبض لأنه صار قابضا لها لاتصالها بملكه والعامل اشترى نصف الأرض بالأغراس إلا أنه لم يقبضها لنفسه وإنما قبضها ليعمل فيها عملًا لبائع الأرض فصار كمن اشترى حنطة شراء فاسدًا وقبضها على أن يطحن للبائع، فإنه لا يملكها حتى يكون الطحين للبائع؛ لأنه لما أذن له بالقبض ليعمل فيه عملًا كان هذا ثمنا عن قبضه لنفسه، والمشتري لا يملك المبيع في البيع الفاسد بالقبض بغير إذن البائع فصار العامل غارسا جميع الأغراس في ملك رب الأرض فصار رب الأرض قابضًا لها حكمًا لاتصالها بملكه ولئن صار للعامل مالكًا لنصف الأرض بالقبض إلا أن رب الأرض عند الغراسة صار مستردًّا للأرض؛ لأن الغارس غرس الأرض بأمر رب الأرض فتكون غراسته بأمر رب الأرض بنفسه وبالاسترداد صار جميع الأرض ملكًا له وللعامل أجر مثل عمله؛ لأنه دفع الأغراس إليه معاملة فاسدة، وكذلك لو لم يشترط له من الأرض شيئًا وقال: على أن لك عليّ مائة درهم أو شرط نصف أرض أخرى معينة أو كر حنطة؛ لأنه اشترى أغراسا مجهولة بدراهم أو نصف أرض أخرى وشرط فيها المعاملة ففسدا، وكذلك هذا في المزارعة؛ لأنه اشترى منه حنطة بنصف الأرض والحنطة مجهولة فيكون الشراء فاسدًا وقد شرطت فيها المعاملة ففسدتا وصار قابضا للبذر حين ألقاه العامل في أرضه بإذنه فملكه

وضمن مثله؛ لأنه مقبوض ببيع فاسد وضمن أجر العامل؛ لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد. دفع أرضًا على أن يغرسها المدفوع إليه لنفسه ما بدا له ويزرعها ما بدا له على أنّ الخارج نصفان وللعامل على رب الأرض مائة درهم فهو فاسد والخارج للغارس ولرب الأرض أجر أرضه؛ لأن قول رب الأرض على أن يغرسها العامل لنفسه دليل على أنه ما اشترى منه الغرس بمائة لكن جعل منفعة أرضه ومائة درهم عوضًا عن نصف الخارج من بذر العامل فما خصَّ الخارج من الدراهم يكون شراء فاسدا؛ لأنه اشترى ما لم يخلق وما يخص منفعة الأرض يكون مزارعة إلا أنه شرط فيها شراءً فاسدًا ففسدا وكان البذر والغرس من رب الأرض على أن يغرسه ويبذره العامل لرب الأرض على أن الخارج نصفان وعلى أن لرب الأرض على العامل مائة درهم فهو فاسد والخارج لرب الأرض وللعامل أجر مثله؛ لأن قوله يغرسها لرب الأرض دليل أنه ما باع الغرس من العامل بل جعل بعض الخارج عوضًا عن عمله ونقصه بيعًا عن الدراهم وهذا لا يجوز.

(باب اشتراط العمل في المعاملة والمزارعة)

مسائله على ثلاثة أقسام: إما أن شرط بعض أعمال المعاملة على العامل وسكت عن الباقي، أو شرط بعضها على نفسه وسكت عن الباقي، أو شرط بعضها على نفسه وبعضها على العامل.

وكل قسم على وجهين:

أما **القسم الأول**: لو دفع نخلًا معاملة بالنصف على أن يلقحه العامل وسكت عن الحفظ والسقي وعمل آخر غير التلقيح فهو على وجهين: إن احتاج النخيل إلى ما سوى التلقيح بأن كان لا يخرج شيئًا بدون السقي أو يخرج شيئًا لا يرغب فيه أو شيئًا مرغوبا فيه، إلا أنّها تيبس بدون السقي فالمعاملة فاسدة؛ لأنه استأجر العامل بنصف ما يخرجه هذه النخيل والأجير يستحق عليه تسليم الأجرة ولا يمكنه تسليم الأجرة إلا بالسقي والحفظ، فإذا لم يشترط السقي والحفظ على العامل يجبره رب النخيل عليه؛ لأنه صار مشروطًا عليه مقتضى ضمان الأجير ليمكنه تسليم الأجرة

فصار كأنه شرط السقي والحفظ على رب النخيل ففسدت المعاملة وتخصيص التلقيح بالذكر يكون نفي الأعمال عن العامل ليفيد التخصيص فائدته؛ لأنه ليس لتخصيص التلقيح بالذكر فائدة سوى نفي الأعمال عن العامل فصار كأنه عليه التلقيح ونفي عنه سائر أعمال المعاملة وذلك يفسدها بخلاف ما إذا لم يشترط عليه شيئًا فجميع الأعمال على العامل؛ لأن المعاملة تقتضي وجوب الأعمال عليه ولم يوجد ما ينفيه، وإن كان النخيل لا يحتاج إلا إلى التلقيح فالمعاملة جائزة لأنّه أمكنه تسليم الأجرة من غير هذه الأعمال فلم يكن مجبرًا عليها فلا يصير كالمشروط عليه في المعاملة، وكذلك لو كان سقى كان أجود لثمره وإن ترك لا يضره؛ لأن الجودة لا تستحق بالعقد بغير شرط؛ لأنه مما لا نهاية لها، وإن تركه يفسد بعضه لا كله فهي فاسدة؛ لأن تسليم الأجرة يستحق على رب النخيل فيخير رب النخيل على الحفظ والسقي ليمكنه تسليم الأجرة كما استحق عليه فصار كالمشروط في العقد فتفسد به المعاملة، فإن لقحه العامل فله أجر مثله وقيمة ما لقح به ثم إن كان رب النخيل أمره بشراء ما يلقح به رجع عليه بثمنه، وإن لم يأمره بالشراء رجع بقيمة ما لقح به، ثم اختلفوا في تفسير التلقيح قيل التلقيح: أن يؤخذ طلع فحال النخل ويجف ويدق ويجعل في خرقة ويضرب في منابت طلع الإناث فيدخل غباره فيها وقيل التلقيح أن يؤخذ غصن من أغصان فحل النخل ويشق غصن من أغصان الإناث ويركب فيه ذلك الغصن على سبيل الوصل وقيل التلقيح أن يغرس فحال النخيل بجيب الإناث حتى تهب الريح على فحال النخل ثم يضرب برائحتها على الإناث فيحمل، ولهذا قالوا: إن للنخل مشابها ببنات آدم فإنها لا تحمل إلّا بالتلقيح كبنات آدم ولا يثمر ما لم يبلغ خمس عشرة سنة كبنات آدم لا تحبلن ما لم يبلغن وإذا بلغت النخيل خمسين سنة أو ستين سنة لم تثمر كبنات آدم والمبذر الذي يلقح به إذا دقت كانت له رائحة كرائحة المني وهذا لأنها خلقت من فضلة طينة آدم صلوات الله عليه، ولهذا قال عليه السلام: "**أكرموا النخلة فإنها عمتكم**".

وأمّا **القسم الثاني**: ولو شرط على نفسه السقي والحفظ لا غير فالمزارعة فاسدة إلّا إذا علم أن السقي لا يزيد فيه خيرا فيجوز؛ لأنه شرط في المعاملة عمل رب النخيل وأنه شرط مفيد إذا كان السقي مما يزيد في أصل الخارج وجودته ولا بد من اعتباره فصار السقي مستحقًّا على رب النخيل لو صحت المعاملة فيفسد به المعاملة؛ لأنّه شرط بعدم التخلية بين النخيل والعامل، فإذا كان السقي لا يزيد فيه خيرا وهذا شرط لا يفيد فيلغوا، وكذلك لو شرط الحفظ على رب النخيل إلا إذا كان لا يحتاج إلى الحفظ بأن كان في حرزه فالمزارعة جائزة؛ لأنه شرط لا يفيد، وكذلك لو شرط التلقيح على رب النخل لم يجز.

وأمّا **القسم الثالث**: لو شرط السقي على رب النخيل والتلقيح والحفظ على العامل لم يجز لما بيناه، وكذلك لو شرط أن يلقحه صاحبه ثم يحفظه العامل ويسقيه لم يجز إذا لم يتبين للتلقيح وقتا لأنهما أضافا المعاملة إلى ما بعد التلقيح ولا يدري متى تلقح ومتى يسلمها إلى العامل فصار الوقت المضاف إليه المعاملة مجهولًا فيفسد، كما لو قال إذا طيبت داري فقد أجرت منك كل شهر بكذا لا يجوز، فإن بين للتلقيح وقتًا معلومًا بأن قال ألقحه في هذا الشهر على أن يحفظه العامل ويسقيه من غرة الشهر الآخر جاز؛ لأن ابتداء وقت المعاملة صار معلومًا والمزارعة مثل المعاملة في هذه الأحكام إذا كان البذر من رب الأرض؛ لأن المزارع أجير لرب الأرض ببعض ما تخرج الأرض كما في المعاملة، وإن كان البذر من المزارع ولم يشترط السقي والحفظ على أحدهما جاز، وكان على المزارع أو شرط البعض على المزارع وسكت جازت بخلاف المعاملة، والفرق أن البذر متى كان من المزارع فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج فيكون هو أيضًا من الأجر فلا يستحق على العامل إلا ما شرط عليه، وإلقاح النخيل على العامل؛ لأنه لا يصل إلى إصلاح النخيل ومنفعة ثمارها إلَّا به فيعتبر ما يلقحه به آلة للعمل فلا يجعل شيء من الأجر بإزائه كما أن الغلي والأشنان على القصار ولا يقابله شيء من الأجرة فكذا هذا.

(باب المزارعة شرطت فيها المعاملة)

المعاملة متى شرطت في المزارعة بأن دفع أرضًا فيها نخيل على أن يزرعها ببذره بالنصف وعلى أن يعمل في النخيل فيسقيه ويلقحه ويحفظه بالنصف فإنّه ينظر إن كان البذر من قبل العامل فسدتا لأنهما عقدان شرط أحدهما في الآخر؛ لأن المزارع استأجر الأرض ببعض الخارج على أن يؤجر هو نفسه من رب الأرض ليعمل في النخيل ببعض الخارج فتكون إجارة مشروطة في إجارة ففسدتا، وإن كان البذر من قبل رب الأرض جازتا؛ لأنه عقد واحد لأنّه استأجر العامل ليعمل في شيئين ببدلين مختلفين فصار أنه قال: استأجرتك لتزرع في أرضي وتعمل في نخيلي بنصف الخارج منهما.

ولو صرح بهذا جاز فكذا هذا، وإذا كانت المعاملة معطوفة على المزارعة جازتا من أيهما كان البذر بأن قال دفعتكم هذه الأرض بزرعها ببذرك بالنصف ودفعتك ما فيها من النخيل معاملة بالنصف وقتًا معلومًا جازتا؛ لأنه لم يشترط إحداهما في الأخرى وإنما عطف إحداهما على الأخرى فصار، كما لو قال بعتك هذا العبد وأجرتك هذه الدار جاز فكذا هذا.

(باب الأرض بين رجلين يعملان فيها)

نخل بين رجلين دفعها أحدهما إلى صاحبه سنته هذه على أن يقوَّم عليه والخارج ثلثاه للعامل وثلثه لِلآخر فهو فاسد والخارج نصفان ولا أجر للعامل؛ لأن صاحب الثلث استأجر صاحبه بثلث نصيبه من الخارج ليعمل في الشيء المشترك وهذا باطل ولا يستحق به الأجر بخلاف ما لو دفع الأرض المشتركة إلى شريكه على أن يزرعها ببذرهما، ويكون ثلثا الخارج للعامل جاز؛ لأن عقد المزارعة لم يتعلق بذلك البذر نفسه بدليل أنه يجوز لكل واحد منهما أن يقسم البذر ويأخذ بعينه ويزرع بذرا آخر، وإذا لم يتعلق العقد بذلك البذر لم يكن استئجارا على شيء هو شريك فيه بخلاف المعاملة؛ لأنها تتعلق بعمل العامل في هذه النخيل ليعمل في نخيل أخرى ورب النخيل أراد استعماله في نخيل أخرى لم يجز، ولما تعلق العقد

بالعمل في هذه النخيل فالشركة حاصلة في هذه النخيل كان استئجارًا على شيء مشترك فيه.

ولو كانا شرطا الخارج نصفين كان جائزا والعامل معين لصاحبه، وإن اشترى ما يلقح به النخيل بأمر صاحبه رجع عليه بنصف ثمنه؛ لأنه أمره بشراء شيء واستعماله في ملكهما على وجه يعود منفعته إليهما وكان وكيلًا له في شراء نصفه واستعماله في ملكه بأمره، وإن لم يكن أمره بشراء ما يلقح به ولكن أمره أن يلقحه ولقحه لم يذكره محمد، وقيل كان يجب أن يرجع بقيمة نصف ما يلقح به على الدافع؛ لأن الأمر بالتلقيح والأمر بالتبذير سواء ومن قال لآخر: ابذر أرضي ليكون الخارج كله لي جعل قرضا عليه ولم يجعل هبة فكذا هذا، وقيل لا يرجع عليه لأنّه وجد منه الدلالة على هبة ما يلقح به عرفا لأن قدر ما يلقح به النخيل لا يجري في الشحّ والظنة بين الناس؛ لأنه ليست له كبير قيمة ويتبرعون بذلك ولا يعتاضون عنه عادة فثبتت الهبة عرفا فصار كالثابت نصًّا بخلاف ما لو قال: ابذر في أرضي؛ لأن قدر البذر مما يجري فيه الشح والظنة؛ لأن له كثير قيمة فلا تثبت الهبة نصًّا ولا عرفًا فجعل قرضًا. دفع رجل كل نخيله إلى رجلين يقومان عليه على أن لأحدهما بعينه نصف الخارج وللآخر سدسه ولرب النخيل ثلثه جاز؛ لأنه استأجر أحدهما بنصف الخارج والآخر بسدسه، وكذلك لو شرط لأحد المعاملين مائة درهم على رب النخيل وللآخر الثلث ولرب النخيل الثلثان جاز؛ لأنه استأجرهما ببدلين مختلفين وذلك جائز حالة الانفراد.

ولو شرطوا لربّ النخيل الثلث ولأحد المعاملين بعينه الثلثين وللآخر على صاحب الثلثين أجر مائة درهم كان فاسدًا لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن المعاملة تقتضي أن يكون أجر العاملين على صاحب النخيل؛ لأنه هو المستأجر لهما، فإنه قال دفعت إليكما معاملة، فإذا شرط أجر أحدهما على الآخر فقد شرط ما لا يقتضيه العقد وفيه منفعة فيفسد ولأن هذه إجارة شرطت في إجارة؛ لأن رب النخيل استأجر العامل بثلثي الخارج ليعمل في نخله على أن يستأجر العامل أجيرا آخر فيكون إجارة مشروطة في إجارة ففسدتا بخلاف ما لو دفع أرضًا إلى رجل

على أن يزرعها العامل ببذره ويعمل معه فلان فيكون الخارج بينهما أثلاثا جاز فيما بين ربّ الأرض والمزارع الأوّل ويفسد فيما بين المزارع الأول والثاني؛ لأن هناك عطف العقد الفاسد على الجائز ولم يشترط في الجائز وعطف الفاسد على الجائز لا يفسد الجائز. وهنا شرط الإجارة الفاسدة في المعاملة وذلك يوجب الفساد بينهما يحل دفعها إلى رجل سنته هذه يقوّم عليه فما خرج فنصفه للعامل ثلثا ذلك النصف من نصيب أحدهما وثلثه من نصيب الآخر والباقي بين صاحب النخيل ثلثاه الذي شرط الثلث من نصيبه وثلثه الآخر جاز؛ لأن ربي النخيل استأجرا العامل لعمل لا شركة فيه بنصف ما يخرج النخيل على أن تكون الأجرة على أحدهما ضعف ما على الآخر ومثل هذا جائز في الإجارة المحضة فلأن يجوز في المعاملة وفيها معنى الشركة أولى.

ولو شرطا ثلثي الباقي لشارط الثلثين من نصيبه فالمعاملة فاسدة، وكذلك لو شرطوا نصف الخارج لأحد صاحبي النخيل بعينه والنصف الآخر للعامل منه ثلثاه ولصاحب النخيل ثلثه فهي فاسدة لأنهما استأجرا العامل على أن يكون أجر الأجير على أحدهما دون الآخر فإن أحدهما لما شرط نصف الخارج لنفسه كان أجر العامل من نصيب الآخر وهذا يفسد الإجارة المحضة فيفسد المعاملة ولا يجعل العامل معينًا لأحدهما؛ لأنه ابتغى بعمله عوضًا فلا يجعل معيّنا.

ولو شرطوا أن يقوم عليه العامل وأحد صاحبي النخيل والخارج بينهما أثلاثًا فهي فاسدة؛ لأنه استأجر العامل وشريكه بثلث الخارج من نصيبه واستئجار شريكه غير منعقد فقد جمع بين من ينعقد عليه العقد وبين من لا ينعقد عليه وهو الشريك في الاستئجار ولم يبين حصّة كل واحد منهما من الأجرة ففسد في حق الأجنبي كما لو اشترى قنًّا وعبدًا ولم يسم ثمن كل واحد منهما فسد العقد في حق القن بالإجماع وإن شرطوا النصف للذي يعمل والباقي بين الآخر والعامل نصفان جاز؛ لأن العامل لم يدفع نصيبه معاملة؛ لأنه شرط لنفسه جميع ما يخرج وهو النصف والآخر دفع نصيبه معاملة؛ لأنه شرط لنفسه معاملة إلى أجنبي بالنصف وعلى أن في صرف عمل الشريك العامل إلى نصيبه وصرف معاملة الآخر إلى نصيبه خاصة

احتيال بجواز العقد فيجعل كذلك تحريا للجواز كما لو باع نصف عبد مشترك انصرف إلى نصيبه خاصة. دفع رجل أرضًا له إلى رجلين سنة يزرعاها ببذرهما وعملهما والخارج نصفه لأحد العاملين بعينه وثلثه للآخر وسدسه لرب الأرض فهو فاسد؛ لأنهما استأجرا الأرض على أن يكون أجر الأرض كله لأحدهما، فإن شرطوا لأحدهما أربعة أعشار الخارج وللآخر الثلث ولرب الأرض الباقي جاز لأنهما استأجرا أرضًا على أن يكون أجر الأرض على أحدهما أكثر مما على صاحبه وهذا جائز.

ولو شرطوا على أن ما أخرجته بينهم أثلاث ولرب الأرض على أحدهما بعينه مائة درهم كان فاسدًا لأن أحد الزارعين استأجر نصف الأرض ببعض الخارج لا غير والآخر استأجره ببعض الخارج وبالدراهم فاسدة تفسد العقد في حقهما؛ لأن الأجر إنما وصي بشركة رب الأرض بشرط أن تكون المائة على صاحبه ولا تكون عليه، فإذا أدى إلى أن يجب عليه شيء من المائة كان له أن يفسخ العقد ولا يرضى به، وكذلك لو شرطوا المائة على رب الأرض لما كان فاسدا؛ لأنهما جعلا بعض الخارج للأرض فيكون إجارة وبعضه بإزاء الدراهم فيكون تبعًا؛ لأنه ذكر الدراهم على سبيل العوض؛ لأنه قال على أن يكون على رب الأرض مائة درهم فيكون بيعًا وبيع ما لم يخلق باطل وكانت هذه مزارعة شرط فيها بيع فاسد فأفسدها.

ولو شرطوها لأحدهما بعينه على رب الأرض وشرطوا الخارج بينهم أثلاثا ففي قياس قول أبي حنيفة على قول من يجيز المزارعة مزارعة فاسدة وعندهما المزارعة بين رب الأرض والمزارع الذي لم يشترط عليه المائة جائزة؛ لأن عند أبي حنيفة الصفقة إذا فسد بعضها فسد كلها وعندهما يقتصر الفساد على من وجد فيه الفساد فيأخذ المزارع الثلث ورب الأرض السدس ونصف الخارج للمزارع الآخر ولرب الأرض عليه نصف أجر أرضه وقال فيما تقدّم فسد العقد في حقّهما اتفاقا؛ لأن هاهنا شرط أحدهما المائة لنفسه فهو يملك إفساد عقده ولا يملك إفساد عقد شريكه وفيما تقدم شرط المائة على أحد المزارعين بعينه لرب الأرض؛ لأن اشتراط المائة على أحدهما بعينه اشتراط عليهما معنى؛ لأن وجوب المائة غير مقصور على

الشارط فحسب بدليل أنه لو أدى المائة رجع بنصفها على صاحبه؛ لأن ما أدى من المائة أجرة الأرض وقد وجد استئجار الأرض منهما فكانت المائة مشروطة عليهما، ولو شرط رب الأرض عليهما المائة نصًّا فسد العقد في حقهما فكذا هذا.

(باب مزارعة العامل أو معاملته مع آخر)

وللعامل أن يستأجر الأجير لإقامة العمل، وإن لم يقل رب الأرض: اعمل فيه برأيك لأن العمل على المزارع فله أن يعمل بنفسه وأعوانه كمن دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه كان له أن يستأجر غيره ليخيطه وله أن يودع البذر؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة وللشريك الإيداع.

ولو دفعها مزارعة إلى غيره إن كان البذر من قبل المزارع جاز؛ لأنه يكون مستأجرا الأرض ومن استأجر أرضًا كان له أن يؤاجر من غيره؛ لأن الخارج يتولد من بذره وهو تملك إشراك غيره في ماله، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فليس له ذلك لأنّ العامل أجير وليس للأجير أن يشرك غيره في مال المستأجر إلّا بإذنه، ورب الأرض رضي بشركته لا بشركة غيره إلّا إذا قال له اعمل فيه برأيك فله أن يدفعها مزارعة؛ لأنه دلالة على الإذن بدفعه مزارعة كما في المضاربة. دفع أرضًا وبذرًا ليزرعها بالنصف ولم يقل له اعمل برأيك فدفعها إلى غيره على أن يزرع ذلك البذر والخارج نصفان فالخارج بين الأوسط والآخر نصفان ولا شيء لرب الأرض؛ لأنه لما أشرك فيه بغير إذنه صار غاصبًا للبذر والأرض جميعًا، ومن غصب أرضًا وبذرًا ودفعها مزارعة كان الزرع بين الغاصب والزارع؛ لأن المزارعة من الغاصب جائزة؛ لأن إجارة المغصوب جائزة.

ولو دفع دراهم مغصوبة إلى غيره شركة فهي جائزة، وله أن يضمن البذر أيهما شاء ونقصان الأرض على الثاني دون الأول عندهما لا يضمن النقصان بالغصب؛ لأن غصب العقار لا يتحقق عندهما، وإنما يضمن بالإتلاف والتلف حص بفعل الثاني وهو إلقاء البذر في الأرض، وعند محمد يضمن أيهما شاء؛ لأن غصب العقار يتحقق عنده، يأخذ الأول من حصته مقدار ما غرم من البذر ويتصدق بالزيادة؛ لأنه

استفاد الخارج من أرض مغصوبة ويطيب للثاني حصته؛ لأن الثاني إنّما زرع ببذر الأول؛ لأن البذر صار ملكًا للأول بالضمان فصار الخارج حادثا على ملكه ثم صار جاعلا للثاني نصف الخارج أجره بعمله، ومن زرع أرضًا مغصوبة ثم استأجر ببعض ذلك الخارج أجيرا طاب للأجير فكذا هذا.

ولو قال له: اعمل برأيك والمسألة بحالها فالخارج نصفه للأجير ونصفه لرب الأرض ولا شيء للأول؛ لأنه لما أذن له أن يعمل برأيه فقد رضي بأن يشرك غيره في ماله فصح إشراكه إلا أن رب الأرض لم يرض بنقصان حقه عن نصف الخارج فانصرف شرط النصف للثاني إلى النصف الذي هو حق المزارع لا إلى نصف شائع كما في المضاربة وإذا صار نصيبه للثاني خرج هو من الوسط.

ولو لم يقل له اعمل برأيك فأشرك الأول فيها رجلًا ببذره على أن يعملان البذرين وعملا فالخارج بينهما وهما ضامنان لنقصان الأرض لأنهما نقصا الأرض بزراعتها والنقصان حصل بفعلهما فله أن يضمنهما وعلى الأول البذر؛ لأن الأول لم يدفع البذر إلى الثاني بل يزرعه بنفسه فصار الأول غاصبًا للبذر دون الثاني بل يزرعه بنفسه فصار الأوّل غاصبا للبذر دون الثاني ويدفع كل واحد من حصته بقدر ما اتفق وغرم ويتصدق بالفضل؛ لأن كل واحد استفاد الخارج من بذره في أرض مغصوبة والمستفاد من الأرض المغصوبة لا يطيب.

ولو كان قال له: اعمل برأيك جاز ونصف الخارج للمزارع الآخر ونصفه بين الأول وبين رب الأرض؛ لأن رب الأرض شرط نصف الخارج من بذره الأول والخارج من بذره هذا النصف فيكون بينه وبين الأول والمزارع الأول شرط للثاني في ما أخرج من بذره وهو نصف الخارج وكان له ورب الأرض لما أذن للأول بالإشراك وأذن للثاني بالزرع فقد رضي أن يكون نصف الأرض منحة وإعارة للآخر.

ولو لم يشاركه ولكن دفع إليه البذر على أن يعمل به ويبذر مثله من عنده والخارج بينهما نصفان كان فاسدا؛ لأن تقدير هذه المزارعة كأنه قال: ازرع نصف الأرض ببذري ليكون الخارج كله لي وازرع نصف الأرض ببذرك ليكون الخارج لك فقد جعل أجرة عمله في بذر مشترك منفعة نصف الأرض التي زرعها العامل

وهذا لا يجوز وللمزارع الآخر نصف الخارج؛ لأنه تولّد من ملكه وعليه نصف أجر الأرض لرب الأرض؛ لأنه استوفى منفعة نصف الأرض بعقد فاسد والذي يلي قبضه منه الزارع الأول؛ لأنه هو العاقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد ونصف الزرع بين رب الأرض والمزارع الأول على ما شرطا ويطيب لهما؛ لأن المزارعة فيما بينهما جائزة لأن الأول مأذون بالدفع مزارعة لما قال له اعمل فيه برأيك والمأمور بالمزارعة المطلقة إذا دفع مزارعة فاسدة لا يصير مخالفا كالوكيل بالبيع المطلق إذا باع بيعًا فاسدًا والأول لا يضمن بتسليم البذر إلى الثاني.

ولو قال: اعمل برأيك فدفعها المزارع إلى آخر مزارعة على أن للآخر الثلثين وللأول ثلثه فهو فاسد والخارج بين رب الأرض والأول نصفان وللآخر أجر مثله؛ لأن الأول استأجر الثاني بثلثي الخارج وبعضه مستحق لرب الأرض وهو سدس الخارج؛ لأنه من نصيب رب الأرض، فإن من استأجر أجيرًا على شيء مستحق بعينه كان فاسدًا ولا يمكن القول بجواز المزارعة في النصف وفسادها بقدر المستحق وهو السدس كما لو استأجر رجلًا بكر حنطة بأعيانهما وأحدهما مستحق جازت الإجارة في النصف وفسدت في النصف حتى لو عمل فله كر حنطة ونصف أجر مثل عمله؛ لأن في المزارعة لا يمكن إيجاب أجر المثل بقدر المستحق مع إيجاب نصف الخارج؛ لأنه يؤدي إلى استئجار العامل ببعض الخارج المشترك وبدراهم في الذمّة وهذا لا يجوز وفي الإجارة أمكن إيجاب كر حنطة وأجر مثله؛ لأنه لو استأجره في الابتداء بكر حنطة بعينه أو بدراهم معلومة جازت فكذا إذا فسدت في النصف وصحب في النصف دفع أرضًا مزارعة والبذر من جهة المزارع ولم يقل اعمل برأيك فدفعها وبذره إلى آخر على أن الخارج نصفان جاز ونصف الخارج للمزارع الآخر ونصفه لرب الأرض؛ لأن البذر متى كان من جهة المزارع كان مستأجرًا للأرض وهو الذي أشرك صاحب الأرض فجاز أن يشرك غيره.

(فصل)

أصله: أن المزارعة أو المعاملة الأولى أو الثانية إذا كانتا جائزتين فالعامل

الأول يصير مخالفًا ضامنًا إذا لم يقل له رب الأرض اعمل برأيك؛ لأنه أشرك الثاني في مال غيره بغير إذنه.

وإن قال له: اعمل برأيك لا يصير مخالفًا؛ لأن الإشراك حصل بإذن صاحبه، وإن كانت إحدى المعاملتين فاسدة لا يصير مخالفًا ضامنًا؛ لأن العامل إنما يصير مخالفا بالإشراك، ومتى كانت المعاملة فاسدة فلا شركة في الخارج بل الخارج كله لرب الأرض فلا يملك إشراك غيره في الخارج فلم يصح إيجابه الشركة للثاني فلم يصر غاصبًا، وكذلك إن كانت الثانية فاسدة؛ لأنه لم يثبت للثاني شركة في الخارج بل استأجره، وللعامل أن يستأجر غيره لإقامة العمل. دفع إلى رجل نخلًا له معاملة سنة بالنصف، ولم يقل له اعمل برأيك فدفع العامل إلى غيره معاملة فالخارج كله لصاحب النخيل، وللعامل الآخر وعلى الأول أجر مثل عمله ولا أجر للأول على رب النخيل؛ لأنّ الأول صار مخالفا غاصبًا لما دفع نخيل غيره إلى غيره وأشركه في الخارج بغير إذن صاحبه فلا يستحق الأجر؛ لأنه غاصب وقد استأجر الثاني بشيء بعينه وهو لا يملكه وقد أوفى الثاني العمل فيستحق أجر المثل على الأوَّل والخارج تولّد من النخيل فيكون لصاحبه، فإن هلك الثمر في يد العامل الأخير على رأس النخيل بآفة سماويّة فلا ضمان على أحد أن زوائد الغصب أمانة في يد الغاصب لا يضمنها إلّا بالتعدي ولم يوجد، وإن هلك من عمله في شيء خالف أمر العامل فالضمان لصاحب النخيل على الأخير دون الأول؛ لأنه استهلك الأمانة والأوّل لم يستهلك ولم يأمر بالاستهلاك؛ لأنه خالف أمره فلم يقع عمله مضافًا إليه بل يقتصر على الأخير فلم يضمن، وإن هلك من عمله في أمر لم يخالف فيه فلصاحب النخيل أن يضمن أيهما شاء؛ لأنّ الثاني كان أجيرًا للأوّل فيكون حدوث الثمار في يد أجيره كحدوثه في يد الأول؛ لأنه أمينه ويد الأمين كيد المؤتمن، والأمين إذا أمر غيره فاستهلاك الأمانة يضمن فقد أمره بالاستهلاك فصارا متعديين أحدهما بالاستهلاك والآخر بالأمر فضمنا، وإن ضمن الآخر رجع بما ضمن على الأوّل؛ لأن الأجير إذا لحقه ضمان فيما عمل للمستأجر يرجع به عليه.

ولو أمره أن يعمل برأيه صح دفعه إلى الثاني فالحكم على ما بينا في المزارعة.

دفع أرضًا وبذرًا مزارعة سنته على أن للمزارع عشرين قفيزًا ممَّا يخرج وقال له: اعمل برأيك ولم يقل فدفع الأرض والبذر إلى آخر مزارعة بالنصف فعمل بالخارج كله لرب الأرض وللأول عليه أجر مثل ذلك العمل وللآخر على الأول أجر مثل عمله؛ لأن المزارعة الأولى فاسدة وكان كل الخارج لرب الأرض ولا شركة للأول في الخارج فلا يملك إشراك غيره في الخارج فلم يصح إيجابه الشركة فلم يصر الآخر شريكًا في الخارج فلم يصر الأول غاصبًا ضامنًا يدفع الأرض إلى غيره مزارعة؛ لأن له أن يودع البذر إلى غيره، وقد استأجر الثاني بأجرة معينة مستحقة ففسد العقد فيجب أجر المثل للأول على رب الأرض أجر مثل عمله؛ لأن الثاني كان أجير الأول فصار عمل الثاني منقولا إليه فصار كان الأول عمل بنفسه، وكذلك إن لم يخرج الأرض شيئًا؛ لأن المزارعة الأولى والثانية فاسدة فوجب لكل عامل أجر مثله، فإن كانت المزارعة الأولى جائزة والثانية فاسدة بأن شرط الأول للثاني عشرين قفيزا من الخارج لا يصير الأول مخالفا قال له رب الأرض: اعمل فيه برأيك أو لم يقل وللآخر على الأول أجر مثل عمله؛ لأن المزارعة الثانية لما فسدت كانت إجارة فاسدة فيوجب أجر المثل، وإن كانت الأولى فاسدة والثانية صحيحة تفسخ الثانية قبل المزارعة ثم كان الفساد وبعد الزراعة لا يفسخ حتى لا يستحصد، وكذلك هذا في المعاملة؛ لأن الصحيحة تنقض بسائر الأعذار قبل نبات الزرع فجاز أن ينقض بعذر الفساد حقا للشرع وبعد الزراعة لا تنقض بسائر الأعذار ما لم تستحصد فكذا لا تنقض بعد الفساد.

(باب العذر في فسخ المزارعة والمعاملة)

أصله: أن المزارعة تنعقد إجارة وتتم شركة فكانت معتبرة بالإجارة في حق الأحكام والإجارة المحضة تفسخ للعذر؛ لأنّها جوّزت ابتداء للعذر رفقا بالناس وكذا تنقض للعذر رفقا بالناس حتى يكون النقض معتبرا بالعقد وأصل آخر أن المزارعة غير لازمة في حق من كان البذر من قبله؛ لأنه مستأجر للعامل أو لمنفعة الأرض والمستأجر يجبر على قبض المستأجر حتى يتأكد عليه البذل، ولا يجبر على

استيفاء المنفعة كما في الإجارة المحضة فكذا في المزارعة لا يجبر المستأجر على الزراعة؛ لأنه لا يتوصّل إلى الوفاء بالعقد إلا بإتلاف ملكه وهو البذر فلحقه ضرر والمزارعة لازمة في حق من لا بذر من قبله، وإن كان مزارعا؛ لأنه أجير والأجير بمنزلة المملوك؛ لأنه ملك منافعه بالإجارة والمملوك يجبر على العمل، وإن كان صاحب الأرض فقد ملك عليه منفعة أرضه فيجبر على إيفائه، ومن كان البذر من قبله فله أن يمتنع عن الزراعة؛ لأنها غير لازمة في حقه ومن لا بذر من قبله فليس له الامتناع ويجبر عليه إلّا من عذر لأنها لازمة في حقّه.

ولو استأجر أرضًا للزراعة فبدا له أن يزرع أخرى لم يكن عذرًا وسلمت إليه وعليه أجرها إذا مضت المدّة زرع أو لم يزرع؛ لأن المستأجر يجبر على قبض المستأجر حتى يتأكد عليه البدل فيلزمه الأجرة بالتمكن من الزراعة بخلاف المزارعة؛ لأن الأجرة فيها بعض ما يخرج منها فمتى لم يجبر من له البذر على الزراعة وترك الزرع لا يوجد الأجر حتى يجب بالتمكن من الزراعة فيبقيه اللزوم بحق الأجر لا يفيد.

ولو دفع نخيلا معاملة فليس لواحد منهما أن يمتنع إلا من عذر لأنه لزم العقد في حقهما، أما صاحب النخيل فلأنه مستأجر والمستأجر، وإن لم يجبر على استيفاء ما ملك بالمعاملة إلا أن اللزوم لو بقي لحق العامل يفيد؛ لأن عند مضي المدّة تثمر الأشجار لا محالة فيحصل أجر العامل فيفيد اللزوم فلزم.

وأمّا العامل ولأنه أجير والأجير بمنزلة المملوك فيجبر على إيفاء العمل والعذر أن يمرض العامل أو أراد سفرًا، ويترك الزراعة أصلًا ويلحق صاحب الأرض والنخيل دين قادح لا وفاء عنده إلا من ثمنها ونحو ذلك، وكل ما يكون عذرًا في نقض الإجارة يكون عذرًا في نقض المزارعة والمعاملة على ما يأتي في الإجارات. ثم المسائل على ثلاثة أقسام قسم في الدين وقسم في المؤنة وقسم في انقضاء المدّة.

أمّا **القسم الأول**: وإذا أراد رب الأرض أن يفسخ العقد وليس من قبل البذر قبل العمل ليس له ذلك إلّا أن يكون عليه دين لا وفاء إلا به، فإن باعها في الدين لم

يكن عليه من نفقة العامل شيء في حفر الأنهار وإصلاح المسناة؛ لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد أو شبهة عقد ولم يوجد ذلك متى كان البذر من قبله؛ لأنه يكون مستأجرا للأرض فيكون العقد واردًا على منفعة الأرض لا على عمله، فإن نبت الزرع لا يباع حتى يحصد ولكن القاضي يخرجه من الجنس ولا يحول بين الغرماء وبين لزومه؛ لأن في البيع إبطال حق العامل في الزرع، فإن المشتري يقلع الزرع. وفي ترك البيع تأخير حق رب الدين فالتأخير أهون من الإبطال فيتأخر البيع في الدين إلى حين الحصاد بخلاف ما قبل نبات الزرع؛ لأن حق المزارع في منفعة الأرض وأنه يجوز إبطاله بالعذر كما في الإجارة المحضة وحق الغريم في الدراهم والدراهم وإن كانت دينًا فهي فوق المنفعة، فكان حق الغرماء أولى بالمراعاة لما تعذر إيفاء الحقين من العين ويخرجه القاضي من الجنس؛ لأنه ظهر عجزه عن قضاء الدين فلم يكن ظالمًا كما ظهر عجزه في الإيفاء بالإفلاس، فإذا حصد الزرع رده إلى الجنس ليبيعها؛ لأنه قدر على قضاء الدين بمنفعة بيع ما له من غير إتلاف ملك العامل.

فأمّا إذا زرع ولم ينبت بعد اختلفوا فيه قيل لصاحب الدين بيعها بالدين؛ لأنه ليس للمزارع في الأرض عين قائم؛ لأن التبذير استهلاك وإنما يرتفع الاستهلاك بالنبات وقد تنبت وقد لا تنبت فلم يرتفع الاستهلاك بالشك، وإذا صار البذر مستهلكًا فما لم ينبت لم يكن للمزارع عين مال قائم في الأرض وإنما له مجرد عمل وهذا لا يمنع البيع بالدين وقيل ليس له بيعها؛ لأن التبذير استنماء وليس باستهلاك له معنى؛ لأنه سبب لحدوث النماء غالبًا فعدّ استنماء لا استهلاكا عادة بدليل أن الأب والوصي يملكان الزراعة للصغير وهما يملكان استنماء ماله لا استهلاكه.

وأما **القسم الثاني**: ولو كان دفعها إليه ثلاث سنين فمات رب الأرض في الأولى قبل الحصاد تبقى الزراعة حتى يستحصد استحسانًا، فإذا حصد تنفسخ في السنتين الباقيتين. وجه القياس أن المزارعة إجارة وشركة وكل واحد يبطل بالموت. وجه الاستحسان أن هاهنا ضرورة إلى إبقاء العقد في السنة الأولى؛ لأن المزارعة

لو انتقضت بالموت كان لورثة رب الأرض قلع الزرع والمزارع يتضرر به وللزرع غاية ينتهي إليها فمتى تعينَا المزارعة يتأخر حق الورثة ومتى نقضنا أبطلنا حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال وكان كمن استأجر سفينة أو دابة فمات المؤاجر قبل انقضاء المدّة في وسط البحر أو في المفازة أو انقضت المدة تبقى الإجارة إلى أن تخرج السفينة إلى الشط فكذا هذا ولا ضرورة فيما عدا السنة الأولى والموجب للنقض قد وجد فعمل عمله.

ولو مات قبل الزرع بطلت المزارعة؛ لأن المزارعة لا تبقى صيانة بحق ولا يجوز إزالة يد الورثة عن عين الأرض بغير رضاها صيانة لحق المزارع في مجرّد المنفعة؛ لأن العين خير من المنفعة ولأن المنفعة لا يتقوم إلا بالعقد ولم يوجد، فأما إذا مات بعد الزراعة قبل النبات اختلفوا فيه على نحو ما ذكرنا في الدين.

ولو مات الزارع والزرع يقل فلورثته القيام عليه حتى يدركه صيانة لحقهم في الزرع كما لو مات رب الأرض، فإن أبوا ذلك لم يجبروا على العمل لأنهم لم يلتزموا بالعقد شيئًا ورب الأرض بالخيار إن شاء أعطى قيمة نصيبهم، وإن شاء قلع، وإن شاء أتفق عليه حتى يستحصد ورجع بحصته في النفقة في حصة المزارع ولا أجر عليهم للأرض كما لو انقضت المدة.

وأما **القسم الثالث**: ولو أخر المزارع الزراعة ثم زرع فانقضت المدة والزرع نقل كان الزرع لهما والعمل عليهما حتى يستحصد، وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض وليس لرب الأرض قلعه؛ لأن المزارعة قد انتهت بانتهاء مدتها إلا أن في قلعه ضررًا فأثبت إجارة في نصف الأرض صيانة حق المزارع في الزرع كما لو استأجر أرضًا فزرعها ونبت الزرع فانقضت المدة، فإنه تثبت إجارة مبتدأة إلى أن يستحصد الزرع صيانة لحق المستأجر في الزرع فكذا هذا وما أنبتتا مزارعة أخرى مبتدأة؛ لأن جوازهما عرف نصًّا لا قياسًا حال وجود التراضي منهما ولم يوجد وكذلك العمل والمؤنة عليهما؛ لأنه لا يمكن إيجابه على العمل بحكم العقد لانقضائه وانتهائه والخارج مشترك بينهما فيكون العمل فيه عليهما وإن أراد المزارع قلعه نقلا فرب الأرض بالخيار إن شاء أعطاه قيمة نصيبه ثابتا، وإن شاء قلعه، وإن شاء أنفق عليه

حتى يستحصد ورجع بحصته من النفقة في حصة المزارع الزارع أجر مثل الأرض، إما له القلع؛ لأن الحق في الزرع لهما، فإذا اتفقا على القلع كان لهما، وإما له إعطاء قيمته؛ لأنه صاحب أصل والعامل صاحب تبع، فإن الزرع تبع الأرض، فإن قوامه بالأرض ولصاحب الأصل أن يتملك نصيب صاحب البيع بالقيمة نفيا للضرر عن نفسه كالغاصب إذا صنع الثوب له أن يتملك الصنع بالقيمة فكذا هذا.

وإما له الإنفاق عليه؛ لأن الزرع مشترك بينهما وفي الزرع المشترك بين اثنين إذا أبى أحدهما الإنفاق فللآخر أن ينفق عليه بأمر القاضي نفيا للضرر عن نفسه حتى يرجع بذلك في حصة الآتي؛ لأن المزارعة لما انتهت بانقضاء المدة فالنفقة تجب عليهما نصفين على قدر ملكيهما فيرجع بنصف النفقة مقدرا بالحصة حتى لا يرجع بالزيادة على الحصة؛ لأن الرجوع بالزيادة إجبار على النفقة وليس لهما ولاية الإجبار، ويضمن قيمة زرعه ثابتا ليس له حق القرار؛ لأنه ثابت ليس لمالكه حق تقريره في الأرض؛ لأنه غير مالك للأرض، ولا يستأجر فيضمنه كما هو، ولا أجر على المزارع؛ لأنه لما رضي بإبطال حقه لم يجز إثبات الإجارة فلم تثبت الإجارة بينهما.

ولو غاب المزارع بعدما زرع فأنفق رب الأرض إلى وقت الإدراك بأمر القاضي ورجع المزارع يرجع بجميع ما أنفق لا سبيل له على الزرع حتى يعطيه النفقة كلها؛ لأن المزارع لو كان حاضرًا لكان القاضي يجبره على النفقة على جميع الزرع لالتزامه بعقد المزارعة، فإذا غاب فأنفق رب الأرض بإذن من له ولاية على الغائب صار جميع النفقة دينًا على الغائب وكان لصاحب الأرض أن يحبس حصة المزارع من الزرع حتى يوفي نفقته؛ لأن هذا الدين للمنفق إنما وجب له عليه بسبب الزرع فيكون الزرع محبوسًا به كالمودع إذا أنفق على الوديعة بأمر القاضي كانت الوديعة محبوسة به إلا أنه يرجع عليه بعد هلاك الزرع، وإن كانت حصة الزارع محبوسة عنده بالنفقة لأن الأجر ما استفاد ملك الزرع من جهة رب الأرض بما أنفق، فإن الزرع قبل الإنفاق كان مالًا مملوكًا للمزارع إلا أنه وجب هذا المال له على الزارع بسبب الزرع وكان محبوسًا به، وإن لم يكن مضمونًا كالمستأجر يكون محبوسًا عند

المستأجر بالأجرة بعد انفساخ الإجارة ولا يكون مضمونًا به، وإن اختلفا في النفقة فالقول قول المزارع مع يمينه على علمه؛ لأن رب الأرض يدعي الزيادة في النفقة والمزارع ينكرها. انقضت المدة والزرع بعل فأيهما أنفق بغير أمر القاضي والآجر غائب فهو متطوع؛ لأنه لا ولاية له عليه وهو غير مضطر في ذلك، وأنه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي فصار كالمودع إذا أنفق على الوديعة بغير أمر القاضي، وأيهما أنفق بأمر القاضي رجع بنصفها في حصّة صاحبه، ولا يجب أجر الأرض؛ لأن الإجارة إنما تثبت بالتراضي أو بالقضاء ولم يوجد إلا أن يكون الزارع هو الحاضر فيأمر القاضي بالإنفاق؛ لأن له ولاية حفظ مال الغائب ويجعل عليه أجر مثل نصف الأرض؛ لأن العامل صاحب الأرض يشغل الأرض بزرعه وللقاضي ولاية النظر للغائب جاز أن يقضي بالإجارة بينهما ولا يقبل القاضي قول أحدهما إن صاحبي غائب حتى يثبته بالبينة فيأمره بالإنفاق؛ لأن القاضي لا يسمع هذه البينة للقضاء على الغائب؛ لأنه ليس عنه خصم حاضر وإنما يسمع ليلزمه الحفظ في مال الغائب، فإن المزارع بما قال ادعى على القاضي إيجاب حفظ مال الغائب فلا يلتزم القاضي ذلك منه مجرد الدعوى فإنما يلتزمه بإقامة البينة وقيل سماع البينة القاضي مجبر في حفظه وبعده يلزمه حفظه وكان سماع البينة حق الحفظ مقيدا، وإن لم يكن له بينة يقول له القاضي أمرتك بالإنفاق إن كان كما يقول؛ لأن للقاضي ولاية حفظ مال الغائب بالإنفاق عليه وصار كما لو جاءت امرأة إلى القاضي وقالت: إن فلانا يخطبني وليس لي وليّ، فإن القاضي يكلفها إقامة البينة على ما ادعت، فإن شاء قال لها زوجي نفسك إن كان الأمر كما وصفت؛ لأنها ادعت إيجاب عقد تزويجها على القاضي فيجبر القاضي في إنكاحها قبل إقامة البينة ويلزمه بعد فكذا هذا.

ولو قال المزارع بعدما صار بقلًا: لا أنفق أجبر عليه؛ لأنه ضمن بعقد الإجارة الزراعة الإنفاق على الزرع ما لم يستحصد، فإذا أبى يجبر عليه، فإن لم يكن عنده ما ينفق قيل لرب الأرض أنفق وارجع بجميع ما أنفقت إذا لم تنقض مدة الزراعة؛ لأن هذه نفقة مجبر عليها المزارع لو كان قادرًا على الإنفاق، فإذا أنفق بأمر القاضي رجع بجميعها عليه مراعاة لكلا الحقين. زرع المزارع ونبت فاستحقت الأرض

للمستحق القلع؛ لأنه ظهر أنهما غاصبان في الزرع فلا يستحق القرار كقوله عليه السلام: "**ليس لعرق ظالم حق**"، والعرق ما وصل في الأرض بغير حق ثم الزارع إن شاء ضمن الدافع قيمة نصف الزرع نابتًا، وإن شاء قلع معه؛ لأن الدافع ضمن له بعقد المزارعة سلامة الزرع نابتًا في أرضه إلى أن يستحصد الزرع، فإذا لم يسلم له ذلك حصل مغرورًا من جهته فيرجع على الغارّ وقيمته نابتًا في أرضه وله حق القرار أكثر من قيمته نابتا في أرض غيره وليس له حق القرار، ألا ترى أن من غصب أرضًا وزرعها ثم قلعه إنسان ضمن قيمته نابتا في أرض غيره؛ لأنه أتلف زرعًا ليس له حق القرار، وإن استحقت مكروبة قبل الزرع لا شيء له؛ لأن للعامل في الأرض مجرد عمل؛ لأنه لا يتقوم إلا بعقد ولم يرد على عقد إذا كان البذر من جهة العامل، وإن كان البذر من جهة رب الأرض لم يذكره محمد وقالوا: ينظر إن كان الاستحقاق قبل الزراعة فلا شيء للعامل؛ لأنه ورد على عمله مزارعة صحيحة ولم يظهر فسادها بالاستحقاق؛ لأن الإجارة وردت على منافع العامل هنا وعلى بعض الخارج من بذر رب الأرض ولم يظهر فيهما استحقاق فبقيت المزارعة صحيحة وفي المزارعة الصحيحة لا أجر للعامل إلا بعض الخارج، وإن استحقت بعد المزارعة، وإن شاء قلع معه، وإن شاء رجع على الدافع ثم قيل بماذا يرجع على الدافع قيل بأجر مثل عمله؛ لأن الأجرة تعينت بعد العقد وتعلق العقد بها حتى لم يكن للدافع أن يعطيه غيرها فالتعين في الانتهاء كالتعين في الابتداء كما في المعاملة إذا استحق النخيل بعدما أثمرت كان للعامل أن يرجع عليه بأجر المثل.

وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: يرجع عليه بقيمة حصته من الزرع؛ لأن الأجر لم يكن متعينًا في العقد وإنما تعين من بعد فإذا ردّ الأجر بالعيب وجب الرجوع بقيمة الأجر، كما لو استأجر بمكيل أو موزون في الذمة ثم قبض حتى تعين بالقبض ثم وجد به عيبًا رده ورجع بمثله لا بقيمة عمله فكذا هذا بخلاف المعاملة؛ لأن الأجرة كانت عينًا وقت العقد؛ لأن ما يتولد منه الأجر وهو النخيل متعين حتى لم يكن لصاحب النخيل أن يعطيه نخيلا أجر وكان تعيين نخل الأجر كتعيين الأجر وقت العقد حكمًا فلو أجاز المستحق المزارعة هل تصح إجارته؟ قالوا إن كان البذر

من جهة رب الأرض لا تصح؛ لأن العقد لم يرد على ملك المستحق، وإنما ورد على منافع العامل وعلى بعض الخارج من بذر صاحب الأرض وذلك ملكهما، فإن لم يرد العقد على ملك المستحق لم تصح إجارته، وإن كان البذر من جهة العامل تصح إجارته إلا إن قيل الزراعة لم تنته العقد نهايته فصحت الإجارة وبعد الزراعة انتهى العقد نهايته فلم تصح الإجارة كمن أجر دار غيره شهرًا فأجاز صاحب الدار قبل مضي المدّة جازت وبعده لا تجوز.

(فصل)

والعذر في المعاملة كالعذر في المزارعة وحكم موت أحدهما كذلك وتغير، فإن في ثلاثة أوجه **الأول**: المعاملة إذا انقضت مدتها والثمار بسر يترك إلى أن يدرك بلا أجر وفي المزارعة يترك الزرع بعد انقضاء المدة بأجر والفرق أنه يجوز إجارة الأرض البيضاء حتى يزرع، فيجوز إجارة الأرض المزروعة حتى تدرك ولا تجوز إجارة النخيل لتخرج الثمرة فلا يجوز أيضًا إجارة النخيل المثمرة لإدراك الثمرة فيترك النخيل في يده بغير إجارة إلى أن يدرك الثمار نظرًا للعامل وإن كان فيه شغل ملك العامل صاحب النخيل بثمره العامل؛ لأن حق الزارع في الثمرة قبل الإدراك يفوت بالغريم أصلًا وهو صاحب النخيل بكونها مشغولة بثمر العامل لا يفوت إلا بعوض، فإنه يحصل له زيادة مال، فإن الثمر يتعظم بتركه على النخيل إلى أن يدرك وكان مراعاة حق العامل أولى.

والثاني: إذا استحقت النخيل بعدما خرج طلعها ليس للعامل تضمين الدافع قيمة نصف الثمار لكن يرجع بأجر مثل عمله بخلاف المزارعة إذا استحقت الأرض لا يرجع المزارع بأجر المثل، والفرق أن استحقاق النخيل يوجب استحقاق الثمار؛ لأن الثمار تولد من النخيل، فإذا خرج الثمار لعمله تعينت الأجرة واستحقاق الأجرة المعينة يوجب الرجوع بأجر المثل، فأما استحقاق الأرض لا يوجب استحقاق الزرع؛ لأن الزرع يستحق بملك البذر لا بملك الأرض فلم يستحق الأجرة وبقيت على ملك المزارع إلا أنها تعينت فيرجع بقيمتها حتى لو دفع الأرض مزروعة فعمل العامل ونما الزرع بعمله ثم استحقت الأرض والزرع رجع العامل على الدافع بأجر المثل.

والثالث: دفع النخيل معاملة بعدما خرج ثمرها ليعمل فيها ويسقيها ولم يوقت وقتا لما بينا.

(باب عمل صاحب الأرض والنخيل مع العامل بأمر العامل أو بغير أمره)

مسائله على قسمين: إما أن كان البذر من قبل رب الأرض أو من قبل المزارع الأول لو دفع أرضًا وبذرًا مزارعة بالنصف فزرع العامل وسقاه فلما نبت قام عليه رب الأرض حتى استحصد بغير أمر المزارع فالخارج نصفان ورب الأرض متطوع؛ لأن الزرع نبت على ملكهما وكان مشتركا بينهما وأحد الشريكين إذا عمل في المال المشترك يكون متطوعا ومعينًا لشريكه فصار كما لو قام عليه أجنبي فاستحصد كان متطوعا.

ولو بذر المزارع ولم ينبت ولم يسقه فسقاه رب الأرض حتى نبت وقام عليه حتى استحصد والخارج لرب الأرض ولا شيء للمزارع قياسًا، وفي الاستحسان الخارج بينهما نصفان، وكذلك لو سقاه أجنبي بغير إذن المزارع. وجه القياس: أن البذر بعد التبذير قبل النبات قائم لم يتغير عن حاله، فإنه يمكن تمييزه من الأرض لو تكلف، ولهذا إن من غصب بذرًا وزرعه في أرضه فقيل إن ينبت كان لصاحب البذر وأن يجيز فعله.

ولو صار مستهلكًا لم يعلم إجازته كما بعد النبات، فإذا سقاه رب الأرض صار مستهلكًا البذر بغير إذن المزارع فصار مشتركًا وناقضًا للزراعة كما لو بذر رب الأرض بغير إذن المزارع وسقاه ونبت، وجه الاستحسان أن سقي رب الأرض حصل بإذن الزارع دلالة؛ لأن الزارع لما بذر الأرض فقد طلب منه الإنبات؛ لأن البذر لا يبذر في الأرض إلا للنبات والنبات لا يكون إلا بالسقي إذا حصل التبذير قبل السقي فصار الزارع بعد التبذير مستعينًا بكل واحد يسقي الأرض دلالة ويصير رب الأرض معينًا له دلالة، ولو لم يزرع حتى زرعه رب الأرض وسقاه حتى نبت ثم قام عليه المزارع بعده حتى استحصد فالخارج لرب الأرض والمزارع متطوع؛

لأن التبذير حصل بغير إذن الزارع نصًّا ودلالة؛ لأن الناس يتفاوتون في التبذير فلا تثبت الاستعانة لكل أحد من الناس دلالة فصار رب الأرض مستردًّا للبذر وناقضًا للمزارعة كرب المال إذا أخذ رأس المال بغير أمر المضارب وتصرف فيه وربح فالربح كله له وصار ناقضا للمضاربة فكذا هذا.

وإن بذره رب الأرض بغير إذن المزارع ولم يسقه ولم ينبت فسقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج نصفان؛ لأن سقي الزارع حصل بإذن رب الأرض بالزراعة السابقة، فإن الزراعة السابقة إذن للمزارع من رب الأرض بالتبذير والسقي؛ لأن العمل عليه بحكم المزارعة فوقع عمله في المزارعة ولا يمكن أن يجعل رب الأرض فاسخًا للمزارعة بالتبذير بغير أمر العامل؛ لأنه إنما يملك بعض المزارعة نصًّا حال حضره المزارع ولا يملك نقضها حال عينه المزارع نصًّا فكذا لا يملك دلالة كما في الوكيل بالبيع والشراء.

وأما **القسم الثاني**: لو كان البذر من قبل الزارع فبذر فلم يسقه ولم ينبت حتى سقاه وكان رب الأرض منبتًا له، وكذلك لو بذره رب الأرض فلم ينبت ولم يسقه حتى سقاه المزارع وقام عليه فالخارج بينهما؛ لأن البذر تغير بعمل المزارع وكان العقد انعقد على عمل المزارعة فوقع عمله على المزارعة.

ولو كان رب الأرض سقاه حتى نبت ثم قام عليه الزارع وسقاه فهو لرب الأرض ويضمن البذر والمزارع متطوع في سقيه؛ لأنه لما أخذ البذر بغير أمر المزارع وبذر وتغير واستهلك بعمله صار غاصبًا للبذر وعاملًا لنفسه فالخارج نبت على ملك رب الأرض والمزارع عمل في ملك رب الأرض بغير أمره فكان متطوعا وخروج الطلع في النخل كخروج الزرع ونباته في المزارعة فكان الجواب كالجواب في المزارعة حتى لو أخذ النخيل بغير أمر العامل فسقاه وقام عليه حتى طلع طلعه ثم صار تمرًا فجميع ذلك لصاحب النخيل؛ لأن صاحب النخيل صار عاملًا لنفسه فانتقضت المعاملة حكمًا كعمله لنفسه وقد ثبت الشيء حكمًا لغيره، وإن كان لا يثبت قصدا كعزل الوكيل.

(باب اختلافهما في المزارعة والمعاملة)

مسائله على قسمين: إما أن اتفقا على جواز المزارعة واختلفا في مقدار المشروط، أو اختلفا في زمان المزارعة وفسادها.

أما **القسم الأول**: لو اتفقا على جواز المزارعة واختلفا في مقدار المشروط والبذر من قبل رب الأرض وأقاما البينة ينظر إن كان قبل الزراعة وأقاما البينة فالبينة بينة المزارع لأنها أكثر إثباتا لأنها ثبتت زيادة شركة في الخارج، وإن لم يقم لأحدهما بينة تحالفا وترادّا؛ لأنهما اختلفا في بذل عقد يحتمل الفسخ والمعقود عليه قائم؛ لأن المزارعة معاوضة مال بمال؛ لأن ما سوى منافع البضع مال وأنها تقال وتفسخ بالتراضي وكان بمعنى البيع والإجارة فيجب التحالف بدلالة النص الوارد في البيع ويبدأ بيمين قيل هذا قول أبي يوسف الأول وعلى قوله الآخر وهو قول محمد يبدأ بيمين رب الأرض؛ لأن العامل بائع منفعته؛ لأن البذر متى كان من رب الأرض فهو مستأجر للعامل والعامل مؤاجر والمؤاجر بائع والمستأجر مشترٍ وفي البيع يبدأ بيمين البائع على قوله الأول وعلى قوله الآخر يبدأ بيمين المشتري وهل هذا قول الآجر وهو قول محمد؛ لأن اليمين في الأصل شرعت على المنكر والزارع ابتدأ إيجارًا؛ لأنه أشبه بالمنكرين؛ لأنه يستحق الخارج بالشرط.

ولو قال رب الأرض: أنا أنقض المزارعة فلا يخالف كالبيع إذا كان لأحدهما خيار واختلفا في الثمن، وإن اختلفا بعد الزراعة والنبات فالقول لرب الأرض مع يمينه والبينة للآجر؛ لأن العامل يدعي زيادة في المشروط ورب الأرض ينكر وصار كالإجارة إذا اختلفا في مقدار الأجر بعد استيفاء المنفعة فالقول للمستأجر فكذا هذا.

وأما إذا كان البذر من العامل فالقول له والبينة للآجر بعد الزراعة وقبلها يتحالفان ويبدأ بيمين رب الأرض؛ لأن صاحب البذر ينزل منزلة رب الأرض.

وأمّا **القسم الثاني**: لو اختلفا في جواز المزارعة وفسادها فهو على ثلاثة أوجه:

الأول: لو اختلفا قبل الزراعة فادعى أحدهما النصف وادعى الآخر أقفزة

معلومة فالقول لمدعي الفساد فهو مدعي الأقفزة؛ لأن مدعي الفساد هو المنكر بكل حال؛ لأن مدعي النصف إن كان رب الأرض فقد ادعى الشركة في الخارج ومدعي الفساد ينكر ذلك، وإن كان مدعي النصف صاحب البذر فقد ادعى لزوم العقد ويملك منافع الأرض ورب الأرض ينكر وكان المنكر من يدعي الفساد بكل حال وهذا الاختلاف وقع في نوع العقد؛ لأن أحدهما ادعى المزارعة والآخر ادعى الإجارة الفاسدة؛ لأن المزارعة إذا فسدت انقلبت إجارة فاسدة والاختلاف متى وقع في نوع العقد فيعتبر فيه الدعوى والإنكار كما في المضاربة إذا عمل المضارب وربح فقال رب المال: شرطت لك مائة درهم ولك أجر المثل وقال المضارب: لا بل شرطت لي النصف فالقول لمدعي الفساد وهو رب المال.

وأما إذا اختلفا كذلك بعد الزراعة فالقول قول من له البذر ادّعى الجواز أو الفساد؛ لأن صاحب البذر هو المنكر في الحالين؛ لأنه إن حصل الخارج ممن لا بذر من جهته يدعي الجواز والشركة في الخارج وصاحب البذر يدعي فيكون المنكر صاحب البذر، وإن لم يحصل الخارج فصاحب البذر يدعي الجواز حتى لا يجب عليه أجر المثل والآخر يدعي الفساد حتى يجب أجر المثل فيكون صاحب البذر منكرا لأجل أجرة المثل والبينة بينة مدعي الجواز؛ لأنها أكبر بيانًا إن أخرجت الأرض فلأنها تثبت الجواز والشركة في الخارج، وإن لم تخرج الأرض فلأن بينة المزارع تثبت عشرة أقفزة من الخارج والمزارع لا يستحق الأقفزة بحال وإنما يستحق أجر المثل وهو دراهم، فإذا لم يستحقه ما يدعي من الشرط كان بمنزلة ما لو أنكر الشرط وقال: لم يشترط لي شيئًا، وقال رب الأرض: شرطت لك النصف فبينة رب الأرض أولى لأنها قامت على الإثبات وبينة المزارع على النفي.

والوجه الثاني: لو اختلفا والبذر من قبل رب الأرض فقال: شرطت لك النصف وزيادة عشرة أقفزة، وقال العامل: النصف فالقول للعامل والبينة لرب الأرض سواء اختلفا قبل الزراعة أو بعدها لأنهما اتفقا على عقد واحد لأنهما اتفقا على شرط النصف وأنه اتفق لصحة المزارعة يكون اتفاقا منهما على المزارعة إلا أن صاحب البذر يدعي شرطًا زائدًا يوجب الفساد وهو زيادة عشرة أقفزة وأنكر الأجر فالقول

لمدعي الجواز كما في البيع إذا ادعى أحدهما شرطًا فاسدًا فأنكر الآخر فالقول لمنكر الشرط الفاسد فكذا هذا والبينة لرب الأرض؛ لأن بينته تقرر إثبات زيادة عشرة أقفزة فكانت أولى بالقبول.

ولو عكسا الخلاف فقال رب الأرض: شرطت النصف وزيادة عشرة أقفزة فالقول لصاحب الأرض المدعي للجواز في قياس قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة اختلفا قبل المزارعة أو بعدها؛ لأنهما اتفقا على ما يكفي لصحة المزارعة وادعى أحدهما شرطًا يوجب فسادها وأنكر الآخر وعندهما إن اختلفا قبل الزراعة فالقول لمدعي الفساد وبعد الزراعة القول لمدعي الجواز؛ لأن العامل ادعى زيادة بدلًا لعمله وكان بائعًا منافع عمله ببعض الخارج فبعد الزراعة ادعى زيادة في بدل المعقود عليه والمعقود عليه مقبوض هالك فيكون القول لمنكر الزيادة وقبل الزراعة المعقود عليه قائم غير مسلم فيكون القول لمن يدعي الزيادة في بدله، فإن كان ما يدعي من زيادة البدل لا يستحقه بحال كما لو قال البائع الثمن ألف ورطل من خمر وأنكر الآخر فعندهما القول له قبل قبض المبيع وبعد قبضه القول للمشتري، وعند أبي حنيفة القول قول المشتري في الحالين فكذلك في الزراعة والبينة بينة المزارع في الحالين اتفاقا؛ لأنها بينت ما هو غير ثابت وهو شرط زائد يفسد العقد وهو زيادة عشرة أقفزة.

والوجه الثالث: لو ادعى رب الأرض شرط نصف الخارج إلا عشرة أقفزة وقال العامل: النصف كاملا، فإن اختلفا بعد الزراعة والبذر من رب الأرض فالقول له والبينة للمزارع؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد. ادعى أحدهما مزارعة والآخر إجارة فاسدة لأنهما لم يتفقا على ما يكفي لصحة المزارعة؛ لأن أحدهما ادعى بعض النصف والآخر ادعى النصف؛ لأنه استثنى خمسه من النصف والاستثناء بحكم بما وراء الاستثناء والإقرار ببعض النصف يفسد المزارعة لقوله مجهولًا، والاختلاف متى وقع في نوع العقد يعتبر فيه الإنكار فالعامل يدعي عليه النصف كاملا ورب الأرض ينكر فيكون القول له والبينة للمزارع؛ لأنه أثبت زيادة شركة في الخارج وجواز العقد وبينة رب الأرض ثبت أجر المثل ويبقى جواز العقد وزيادة خمسة أقفزة فكانت بينة المزارع أكثر إثباتًا.

وإن اختلفا قبل الزراعة فقال العامل: شرطت لي النصف إلا خمسة أقفزة، وقال رب الأرض: النصف فالقول لرب الأرض؛ لأن المزارع متعنت يقصد به إفساد العقد؛ لأنه أنكر شيئًا أقر له به رب الأرض وزيادة ليفسد العقد، وقول المتعنت لا يقبل كما في السلم إذا ادعى الطالب الأجل وأنكر المطلوب فالقول للطالب والبينة بينته أيضًا.

ولو عكسا الخلاف فالقول لرب الأرض المدعي للفساد؛ لأن العامل يدعي زيادة ينكرها صاحب الأرض هذا كله إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وإن كان البذر من قبل العامل فحاله بمنزلة رب الأرض حين كان البذر منه في جميع ما ذكرنا.

(باب اختلاف ورثتهما بعد موتهما)

ولو مات أحدهما أو كلاهما فاختلف ورثتهما في شرط الأنصباء فالقول لورثة صاحب البذر، والبينة للآخر؛ لأنه إن كان البذر من المزارع فهو ذو البذر وصاحب الأرض خارج وبينة الخارج أولى بالقبول، وإن كان البذر من رب الأرض فالمزارع، وإن كان ذو اليد حقيقة؛ لأن البذر في يديه فهو بمنزلة الخارج حكما؛ لأنه يثبت زيادة في الأجر يثبته ببينة رب الأرض ولأن الزارع يثبت ما هو غير ثابت ورب الأرض يثبت ما هو ثابت بقوله؛ لأن شرط النصيب في الخارج يستفاد من جهته، ولهذا جعل القول قوله فكان المزارع خارجا معنى وحكما فكانت بينته أولى.

وإن اختلفوا في صاحب البذر كان القول قول المزارع ووارثه والبينة للآخر؛ لأن البذر كان في يد المزارع والزرع في يده لو أنكر الملك في الخارج أصلًا كان القول له فكذا هذا.

وإن اختلفا في البذر والشرط وأقاما البينة فالبينة بينة رب الأرض؛ لأنه خارج والزارع صاحب البذر، ولو مات المزارع بعد الاستحصاد ولم يوجد الزّرع ولا يدري ما فعل فضمان حصة رب الأرض في مال الزارع من أيهما كان البذر؛ لأن حصّة رب الأرض من الزرع كان أمانة في يد المزارع، فإذا مات ولم يبين فقد مات

مجهلًا للأمانة فيضمن كالمودع إذا مات مجهلًا للوديعة وكذلك إن مات العامل بعدما طلع الثمر وبلغ أو لم يبلغ فلم يوجد في النخل شيء هذا إذا كان عرف خروج الثمرة ونبات الزرع، فإن لم يعلم لا يضمن شيئًا لوقوع الشك في وجوب الضمان.

(باب مزارعة الصبيّ والعبد)

ويصح دفع العبد المأذون الأراضي التي اشتراها مزارعة وذلك لو أخذ أرضًا مزارعة وشرط البذر من قبل نفسه أو من رب الأرض وكذلك الصبي المأذون؛ لأن الزراعة تجارة لأنها مبادلة مال بمال؛ لأنه إن كان البذر من جهته فالعبد مستأجر للأرض ببعض الخارج ومنفعة الأرض مال، وإن كان البذر من جهة الآجر فالعبد مؤاجر نفسه ببعض الخارج ومنفعة العبد مال، وإذا كانت مبادلة مال بمال دخلت تحت الإذن كالإجارة. دفع المأذون أرضًا له مزارعة ثم حجره المولى فلا يخلو إما أن كان البذر من جهة المزارع بقيت المزارعة حجره قبل الزراعة أم بعدها؛ لأن الزراعة لازمة من جانب العبد متى لم يكن البذر من جهته حتى لم يكن له أن يفسخها قبل الحجر من غير عدد والحجر لا يؤثر في عقود لازمة باشرها العبد في حالة الإذن كما لا يؤثر في البيع والإجارة؛ لأن الحجر منع له من التجارة في المستقبل لا فيما مضى لما فيه من إبطال حق الغير، فإن كان البذر من العبد إن حجر عليه بعد الزراعة بقيت المزارعة؛ لأن المزارعة بعد الزراعة صارت لازمة في حق صاحب البذر حتى لا يملك فسخها، وإن حجر عليه قبل الزراعة انتقضت المزارعة؛ لأنها غير لازمة في جانب العبد، ولهذا يملك فسخها قبل الحجر والمولى يملك منعه من الزراعة لما فيه من إتلاف بذره فملك منعه بالحجر وكان الحجر نقضًا للمزارعة.

ولو أخذ المأذون أرضًا مزارعة فحجر عليه المولى، فإن كان البذر من صاحب الأرض بقيت المزارعة؛ لأنها لازمة في جانب العبد ولا يعمل الحجر في حقه، وإن كان البذر من العبد فكذلك بعد الزراعة لأنها صارت لازمة وقبلها بطلت المزارعة؛ لأن للمولى أن يمنعه من المزارعة لأنها غير لازمة فعمل الحجر وقد تعذر العمل

مع الحجر ففات المعقود عليه فينفسخ دفع العبد أو الصبي نخله معاملة ولم يعمل حتى حجر عليه لا ينقض؛ لأن المعاملة لازمة من الجانبين حتى لم يملك العبد نقضها قبل العمل فلا يؤثر فيها الحجر.

ولو دفع العبد أرضه وبذره مزارعة فنهى المولى المزارع أو العبد عن العمل كان نهيه باطلًا؛ لأنه حجر خاص ورد على إذن عام والحجر الخاص لا يرد على الإذن العام.

(فصل)

صبي أو عبد محجور دفع أرضه ليزرعها العامل ببذره والخارج نصفان، فإنه باطل وإن عمل فأخرجت ولم تنقض والخارج نصفان استحسانًا؛ لأنه أجر أرض مولاه وقد سلم المستأجر من العمل فصحت الإجارة لما عرف، وإن نقضها الزراعة فعلى المزارع ضمان النقصان والخارج كله له؛ لأنه زرع أرض غيره بغير إذنه فصار العامل غاصبا للأرض فيضمن النقصان، وإذا ضمنه نقصان الأرض فقد أخذ من المزارع بدل منفعة الأرض مرّة فلا يملك أن يأخذ بدلا آخر وهو الخارج؛ لأن أخذ بدلين بإزاء شيء واحد لا يجوز فيكون الخارج كله للمزارع، وإذا عتق العبد رجع المزارع عليه بما أداه إلى المولى؛ لأن العبد لما أجر الأرض من المزارع فقد ضمن له سلامة منفعة الأرض من غير غرم يلزمه، فإذا لزمه غرم بإزاء ما استوفى من منفعة الأرض فيرجع على العبد بما لحقه من الغرم؛ لأن العبد المكلف يؤاخذ بضمان الأقوال، ولا يرجع بذلك على الصبي بعد البلوغ؛ لأنه لا يؤاخذ بضمان الأقوال لا في الحال ولا بعد البلوغ، ثم يأخذ العبد من المزارع نصف ما أخرجت الأرض فيكون له مقدار ما غرمه للمزارع، فإن كان فيه فضل فالفضل لمولاه؛ لأن نصف الخارج كسب العبد في حال رقه، وكسب الرق إذا حصل في يد المعتق فقضى منه الدين وما فضل منه يكون لمولاه؛ لأنه كسب عبده وقد فضل من الرق، فإن قال المولى لا آخذ نقصان الأرض فأرضى بنصف الخارج فله ذلك قبل عتق العبد وبعده؛ لأنه كسب عبده؛ لأن مزارعة العبد أرض مولاه، والبذر من جهة المزارع إجارة منه للأرض بغير إذن مولاه فيكون بمنزلة إجارة الغاصب، وإجارة الغاصب

جائزة نافذة فيما بينه وبين المستأجر حتى يكون الأجر للغاصب، وكذلك إذا غصب أرضًا فدفعها مزارعة بالنصف فالمزارعة جائزة والزرع بينهما، فكذلك مزارعة العبد أرض المولى بغير إذنه نافذة بعد حصول الزرع فيكون نصف الخارج كسب عبده فيسلم للمولى. حرّ دفع إلى عبد محجور أو صبي محجور أرضًا وبذرًا مزارعة بالنصف فالخارج نصفان استحسانًا؛ لأن المحجور أجر نفسه للزراعة ببعض الخارج فصار كما لو أجر نفسه للزراعة بالدراهم وسلم من العمل يصح استحسانًا؛ لأن العبد غير محجور عن المنافع، وفي إبطال عقده إضرار وفي تصحيحه منفعة وإرفاق؛ لأنه يثبت الشركة في الخارج فصح عقده.

ولو مات العبد حتف أنفه أو في عمل الأرض ضمن صاحبها قيمته والزرع كله له؛ لأنه باستعماله صار غاصبا من أول الاستعمال، ومن غصب عبدًا فمات عنده حتف أنفه أو باستعماله ضمن وملك العبد بالضمان من أول حال الاستعمال فظهر أنه دفع أرضه وبذره إلى عبده للزراعة فيكون الخارج كله له؛ ولأن الزرع اكتساب المغصوب والغاصب يملك كسب المغصوب بالضمان والعامل يملك كسب المغصوب بالضمان.

فأما الصبي إذا مات من عمله في الأرض قبل استحصاد الزرع يضمن عامله صاحب الأرض ديته؛ لأن صاحب الأرض صار مستعملًا للصبي لنفسه ومن استعمل صبيًّا لنفسه ومات من ذلك العمل ضمن، كما لو قال: اصعد هذه الشجرة وانقض لي من ثمرها فصعد ومات وجبت ديته على عاقلة الآمر، وإن مات من عمله بعد الاستحصاد لا يضمن؛ لأنه لا يصير مستعملا للصبي؛ لأن العمل بعد الاستحصاد غير داخل تحت الزراعة وتكون حصة الصبي لورثة الصبي؛ لأنه ككسب الصبي، ولو كان البذر من قبل الصبي أو العبد فما خرج فهو لهما؛ لأنهما استأجرا الأرض ببعض الخارج وهما محجوران فلم تصح المزارعة فيكون الخارج كله لصاحب البذر وهو المولى، ولا شيء لصاحب الأرض ولا نقصان الأرض؛ لأن المزارعة حصلت بإذن المالك.

(باب مزارعة المرتد ومعاملته)

مسائله على قسمين: إما أن دفع المرتد مزارعة، أو دفع المسلم إلى مرتد مزارعة.

أما **القسم الأول**: لو دفع المرتد أرضًا وبذرًا مزارعة ثم قتل على ردته فعلى قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة والخارج كله للمزارع وعليه البذر ونقصان الأرض لورثة المرتد وعندهما مزارعة المرتد صحيحة كسائر عقوده وعنده تصرفات المرتد موقوفة وأملاكه مترددة وزوالها مترقب، وإن كان البذر من قبل المزارع، فإن انتقصت الأرض بالزراعة فضمن نقصان الأرض والخارج له، فإن لم تنتقص فالخارج نصفان نصفه للمزارع ونصفه لورثة المرتد استحسانًا، والقياس أن يكون كل الخارج للمزارع؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فيعد من المرتد في كسب الإسلام كسائر تصرفاته وقد بطل عقد المرتد بهلاكه فصار المزارع غاصبًا للأرض. وجه الاستحسان أن توقف تصرف المرتد لتعلق حق الورثة بماله نظرًا لهم فيكون المرتد محجورًا عن تصرف هو ضار بهم لا عما هو نافع لهم، ألا ترى أنه لم يصر محجورًا عن قبول الهبة، فإذا لم ينتقض الأرض لو أبطلنا عقده لتضرر به الورثة؛ لأنه فات مجًّانا وفي تصحيحه منفعة لهم؛ لأن الخارج يكون مشتركًا بينهم وبين العامل فصححا عقده نظرًا لهم كالعبد المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل وجبت الأجرة فكذا هذا والزرع تابع للأرض في حكم الفيء والأرض هنا لم تصر فيئًا لأنه كسب الإسلام فلا يصير الزرع أيضًا تبعًا لها حتى لو وهب للمرتد أرضًا في دار الإسلام وقبضها ثم مات على الردة قالوا: يجب أن لا تصير فيئًا فيكون للورثة كالزرع.

فأما **القسم الثاني**: لو دفع مسلم أرضه إلى مرتد مزارعة، فإن كان البذر من المرتد وقتل فالخارج لورثته ولا شيء لرب الأرض نقضه أم لا على قياس قول أبي حنيفة؛ لأن المزارعة قد بطلت بموته إلا أنه لم يبطل الأمر بالزراعة؛ لأن الأمر مسلم لمالك الأرض فصار كأنه قال: ازرع أرضي ببذرك فلا يضمن شيئًا لرب

الأرض بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن الأمر حصل من غير مالك؛ لأن مالك الأرض كان مرتدًا وأملاكه في حق التصرفات تعتبر زائلة وعندهما الخارج بينهما على ما شرطا؛ لأن المزارعة صحيحة، ولو أسلم المرتد بعد الإدراك تنقلب جائزة بالاتفاق كأنه لم يزل مسلمًا، وإن كان البذر من المسلم جاز والخارج على ما شرطا بالاتفاق؛ لأن المرتد أجر نفسه ببعض الخارج ولا حجر عليه في منافع نفسه إذ لا حق للورثة في نفسه ومنافعه، ولهذا يملك إعارة نفسه فلأن يملك الإجارة أولى.

ولو كانا مسلمين حرين تعاقدا ثم ارتدا أو أحدهما لم يفسد؛ لأن الردة الطارئة على الإجارة لا تبطلها ولا توجب توقفها، فكذلك المزارعة والمعاملة؛ لأن المزارعة بعد الزراعة لازمة من الجانبين كالإجارة وقبل الزراعة لازمة في حق من لا يدر من جهته فالردّة الطارئة عليه إن جعلت كالمقارنة باعتبار أنها غير لازمة كما في المضاربة لا تجعل كالمقارنة باعتبار أنها غير لازمة كما في الإجارة والمقارنة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك والاحتمال، ولو كانا مرتدين والبذر من الدافع فالخارج للعامل وعليه غرم البذر ونقصان الأرض؛ لأنه بطل عقد المزارعة فصار المزارع غاصبًا.

(فصل)

حربي دخل دارنا بأمان فدفع إليه مسلم أرضه وبذره مزارعة سنةً بالنصف جاز؛ لأن المستأمن في المعاملة كالذمي، وينبغي للوالي أن لا يدعه في دار الإسلام هذه المدة؛ لأن المستأمن الحربي لا يمكن أن يمكث في دار الإسلام حولًا من غير جزية ويجوز تركه فيما دون سنة، وإن مكث سنة بعد التقدم جعله ذمّيًّا ووضع عليه الجزية ولا يمكن من العود إلى دار الحرب؛ لأنه لما مكث حتى مضى الوقت وقد قال له الإمام جعلتك ذمّيًّا بعد مضي الوقت فقد رضي بالذمة وبالتزام الجزية دلالة.

ولو دفع مسلم في دار الحرب إلى حربي أرضه بعشرين قفيزًا مزارعة جاز عندهما ولم يجز عند أبي يوسف؛ لأن عندهما تجوز العقود الفاسدة بين المسلم، والحربي في دار الحرب خلافًا له، فإن استحصد الزرع ولم يحصد حتى ظهر المسلمون على تلك الدار والأرض والزرع كله فيء لأن الزرع تبع للأرض ما دام

متصلا بها، ولهذا يأخذ الشفيع الزرع مع الأرض قبل الحصاد والأرض صارت فيئًا فكذلك الزرع صار فيئًا تبعًا لها بخلاف البيع لا يدخل فيه الزرع إلا بالشرط؛ لأن الملك يثبت بالبيع بالشرط فلا يملك به إلا المشروط أو ما هو متصل به اتصال خلقة أو اتصال قرار فيصير في حكم أجزائه والزرع متصل به اتصال زوال فلم يصر في حكم أجزائه وهنا الملك يثبت بالاستيلاء والاستيلاء يتحقق في الكل والزرع تبع للأرض فيملك به.

ولو كان حصد كان نصيب المسلم له؛ لأن الزرع مال مسلم وبالحصاد صار منقولا فخرج من أن يكون تبعًا للأرض ومنقولات المسلم الذي دخل دار الحرب بأمان لا تصير فيئًا.

ولو دفع حربي أرضه مزارعة إلى حربي بعشرين قفيزا فلم يزرعها حتى أسلما وأهل الدار فسدت؛ لأن الإسلام ورد قبل انتهاء المزارعة فمنع عن الصبي في المزارعة الفاسدة كما لو أسلما قبل قبض مال الربا يمنع عن القبض فكذا هذا.

(باب مزارعة المريض ومعاملته)

أصله: أن المريض محجور عن تصرف يبطل حق الغرماء والورثة، غير محجور عن تصرف لا يبطل حقهم، وحق الغرماء والورثة تتعلق بما يجري فيه الإرث وهو الأعيان فلا يتعلق بما لا يجري فيه الإرث كالمنافع وما ليس بمال؛ لأن الإرث يجري فيما يبقى زمانين ينتقل بالموت إليهم من جهة الميت والمنافع لا تبقى زمانين.

مسائله على قسمين: إما أن دفع المريض أرضه مزارعة أو أخذ أرض غيره مزارعة، فكل قسم لا يخلو إما أن كان عليه دين مستغرق أم لا.

أمّا **القسم الأول**: لو دفع المريض أرضه مزارعة ينظر إن كان البذر من العامل فالمزارعة جائزة بكل حال والخارج على شرطهما ولا شيء على العامل؛ لأن المريض ملك منفعة أرضه من المزارع متى كان البذر من جهة المزارع وحق الغرماء والورثة لم يتعلق بالمنافع فصح تصرفه، فإن كان البذر من جهة المريض ولا

مال له سوى الأرض والبذر، فإن كان المزارع أجنبيًّا ولا دين على المريض ينظر إن كان قيمة حصة المزارع من الزرع يوم خرج مثل أجر المثل أو أقل منه سلّم له حصته من الزرع مهما يزداد بعد ذلك إلى يوم الحصاد.

وإن كان حصته من الزرع مع الزيادة أكثر من أجر مثل عمله؛ لأن المريض استأجر المزارع ببعض الخارج من بذره يوم صار للخارج قيمة بعوض بعدله والزيادة على أجر المثل إلى يوم الحصاد يسلم له؛ لأن المزارع قبض الأجر يوم خروجه؛ لأن جميع الخارج يحصل في يد العامل وقت خروجه من الأرض والأجرة تملك بالتعجيل فيملك العامل عند خروجه من الأرض، ولهذا لو باع حصته من الخارج جاز بيعه وصح قبضه؛ لأن ما قبضه مثل حقه والزيادة. إنما حدثت على حكم ملك القابض فيملكها، وإن كانت قيمة حصة المزارع يوم الخروج أكبر من أجر مثل عمله ينظر إن خرج ما شرط له من ثلث ماله أو لم يخرج ولكن أجازت الورثة فسلم له الكل، وإن لم يجز الورثة فله من الخارج مقدار أجر مثل عمله وثبت ما بقي إلى تمام المشروط وصية له؛ لأن قيمة المشروط له من الخارج لما كان أكثر من أجر المثل لم يصح قبض حصته من الزرع؛ لأنه قبض أكثر من حقه؛ لأن حقه مسبوق بحق الورثة شائع في الكل فكان قبضه مستحق النقض في الكل فلم يصح وبقي الزرع على حكم ملك المريض فتعتبر هذه الزيادة حادثة على ملك المريض فكان له أجر مثله وقت الحصاد من غير الزيادة كالمريض إذا باع جارية قيمتها ألف بخمسمائة فازدادت في يد المشتري، فإنه يعتبر في الزيادة حكم الوصية؛ لأنها حدثت بعض قبض مستحق النقض فكذا هذا.

وإن كان عليه دين محيط بجميع ماله كان الزارع أسوة الغرماء يضرب المزارع بقيمة حصته من الزرع زائدة إلى يوم الحصاد إن كانت قيمة حصته مثل أجر عمله، وإن كانت أكبر تصرف بمقدار أجر مثل عمله من غير زيادة وسائر الغرماء بديونهم؛ لأن المريض استأجر أجيرًا ببعض الخارج من الزرع فيكون غريما من غرمائه، فإذا سلم إليه الأجر وعليه دين مستغرق قد آثره على سائر غرمائه؛ لأنه دفع إليه مالًا ولم يقبض منه بأن الخارج ما يصلح لقضاء حق غرمائه، وكان في سلامة الأجر

للأجير ضرر للغرماء فلم يسلم كما لو قضى المريض دين أحد غرماء الصحّة لم يسلم للقابض ما قبض أو صار كما لو استأجره للزراعة بجارية بعينها وعليه دين مستغرق، وكذلك إن كان المزارع وارثا إلا أنه لا وصية له وهذا عندهما وعلى قياس قول أبي حنيفة لا يجوز مزارعته مع الوارث والوارث معين؛ لأن المريض محجور عن تمليك شيء من ماله من وارثه عنده حتى لو باع عينًا من أعيان ماله من وارثه ببدل يعدله لا يجوز عنده، وعندهما يجوز.

وأمّا **القسم الثاني**: صحيح دفع أرضه إلى مريض مزارعة بالنصف والبذر من العامل ولا مال له سواه فأخرجت الأرض ثم مات.

فالجواب فيه كالجواب فيما إذا دفع المريض أرضه مزارعة والبذر من العامل على الفصول التي ذكرنا؛ لأن هناك المريض هو المستأجر للعامل ببعض الخارج وهنا المريض مستأجر للأرض ببعض الخارج والمعاملة في هذا كالمزارعة.

وإذا استأجر المريض أجيرًا في مرضه يخدمه بجارية قيمتها ثلاثمائة درهم وأجر مثل الرجل مائة فأكمل الخدمة وقبض الجارية ثم مات المريض ولا مال له غيرها، فإن شاء الأجير أخذ الجارية كلها وأعطى الورثة أربعة أتساع قيمتها، وإن شاء نقض الإجارة وردّ الجارية على الورثة وكان له في مال الميت أجر مثله مائة درهم تباع الجارية حتى يستوفي ذلك؛ لأن ثلث الجارية لا محاباة فيه وفي الثلثين محاباة فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة فصارت الجارية تسعة أسهم ثلاثة للأجير بحكم الإجارة بقي ستة محاباة المريض بها، والمحاباة في مرض الموت وصية فيكون له ذلك وهو سهمان يسلم للأجير خمسة أتساع الجارية بقي أربعة أتساعها حق الورثة فيضمها للورثة، وإن شاء نقض الإجارة؛ لأنه يلزمه زيادة غرم لم يرض به فهو المحاباة بثلثي الجارية فله أن يلتزم الغرم. واحد أجر مثل عمله ولا شيء له من الوصية؛ لأن الوصية ما كانت مقصودة بنفسها، وإنما كانت في ضمن الإجارة وقد انتقضت الإجارة فبطلت الوصية فيبقى حق الأجير في أجر مثله فحسب ولا نسبة هذه المزارعة والمعاملة إذا كانت فيها المحاباة فأراد أن يرد قيمة الفضل من الأجر والوصية لم يكن له ذلك، وإنما يرد عين الزيادة؛ لأن الخارج

مكيل أو موزون والشركة ليست بعيب فيها، وله أن يرد عين الزيادة لا قيمتها.

ولو كان أجر مثل الأجير يوم دفعت الإجارة ثلاثمائة درهم والمسألة بحالها ثم مات المريض وقد زادت الجارية في بدنها أو في السعر أو زادت في يد الأجير قبل موت المريض بعد تمام مدة الإجارة أو قبلها وعلى المستأجر دين كثير، فإن الجارية بزيادتها وولدها بينهم تصرف الأجير بقيمتها وقيمة ولدها يوم الخصومة وتصرف الغرماء بديونهم فما أصابوا قيل للأجير: أدّ إليهم قيمة دراهم أو دنانير، قال: إني بعت الجارية وولدها، فيصرف الغرماء في ثمنها بديونهم ويصرف الأجير بأجر مثله لا غير؛ لأنه متى رد انتقضت الإجارة والوصية فيجب أجر المثل، فإن لم يرد الجارية ولكن نقصت في السعر فصارت تساوي مائة عند الأجير والمسألة بحالها فلا ضمان على الأجير في نقصانها؛ لأن نقصان السعر فتورٌ في قلوب الناس فلا يكون مضمونا على أحد، ولهذا لم يكن مضمونا على الغاصب ويصرف الغرماء فيها بديونهم ويصرف الأجير فيها بقيمتها وما أصاب الغرماء أعطاهم الأجير قيمته، فإن أبى بيعت الجارية فضرب في ثمنها بثلاثمائة أجر مثله وضرب الغرماء بديونهم؛ لأنه إذا لم يرد الجارية فقد انتقضت الإجارة ووجب له أجر مثله وأجر مثله ثلاثمائة درهم.

ولو نقصت [الجارية في الثمن][1] فصارت تساوي مائة درهم قسمت قيمتها يوم قبضها وذلك بثلاثمائة بين الغرماء والأجير فما أصابهم ضمنه من ماله وتسلم له الجارية وليس له أن يرد الجارية؛ لأن ما انتقص من الجارية تلف في ضمانه؛ لأن الأجير قبض الجارية وقد انتقص من الجارية تلف في ضمانه؛ لأن الأجير قبض الجارية وقد تعلق بها حق الغرماء فما فات شيء من عينها يكون مضمونًا عليه وقد تعلق بها حق الغرماء فما فات شيء من عينها يكون مضمونًا عليه وقد فات شيء عليه منها وأخلف بدلا فصار كأنه لم يفت وباقي في بدنه فيقسم ثلاثمائة بين الغرماء والأجنبي وليس له أن يرد الجارية لأنها تعيبت في يده وقد قبضها سليمة فلا يملك ردها معيبة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): في البدن.

(فصل)

المزارع مريض وعليه دين الصحة والبذر من قبله أو شرط الثلثين لصاحب الأرض ثم مات وأنكر الغرماء ذلك، فإن أقر بعد الاستحصاد بُدِئَ بدين الغرماء، فإن فضل شيء فله أجر الأرض من الثلثين الذي أقر به وما بقي يكون وصية لرب الأرض فكان له من الثلث؛ لأن المريض أقر بالمزارعة في حال لا يملك إنشاءها؛ لأن المزارعة بعد الاستحصاد لا تصح فصار مقرًّا في المرض بعين تعلق بها حق غرماء الصحة فلم يصح في حقهم فقد أقر بعين هي وديعة وأنها مستهلكة بالتجهل فصارت دينًا عليه ويقدر أجر المثل لا محاباة فيه وهو إقرار في المرض فيقدم على حق الوارث والموصى له والزيادة على أجر المثل محاباة فكانت وصية فينقد من الثلث، فإن أقر بذلك حتى طلع الزرع وفي ثلثيه فضل عن أجر مثل الأرض يوم أقر ثم استحصد ثم مات صاحب الأرض يصرف مع غرماء الصحة بمقدار أجر مثل الأرض؛ لأنه أقر بالمزارعة في حالة تملك إنشائها فيجعل إقراره بعقد ماضي كأن استأنف المزارعة في المرض.

ولو أنشأ المزارعة في المرض صح في حق غرماء الصحة فقد وجب مقدار أجر المثل بسبب معاين لا تهمة فيه وهو إنشاء العقد فساوى في قدر أجر المثل بسبب معاين.

ولو كان الدين عليه بإقراره في المرض بدأ بأجر المثل؛ لأن قدر أجر المثل وجب بسبب معاين لا تهمة فيه فيكون بمنزلة دين الصحّة فيقدم على دين المرض.

ولو كان البذر من قبل رب الأرض فالمريض مصدق فيما أقر به، وإن كان عليه دين الصحة؛ لأن المزارع أجير متى لم يكن البذر من قبله والأجير من يملك المنفعة فقد أقر بتمليك المنفعة بغير بدل أصلًا بأن أقر بأنه كان معينًا له صدق ففي هذا أولى وقس على هذا إذا كان المريض رب الأرض وعليه دين الصحة فأقر في مرضه في المزارعة بعدما استحصد الزرع بأنه شرط للمزارع الثلثين أو أقر به قبل

الاستحصاد فالحكم في البداية بدين الصحة وبقية الأحكام على ما مر، وكذلك الحكم في معاملة النخيل.

(باب المزارعة في الرهن والكفالة في المزارعة)

رهن أرضًا ونخلًا له فقال للمرتهن بعد التسليم اسقه ولقحه واحفظه على أن الخارج نصفان، فقيل: فالمعاملة فاسدة وللمرتهن أجر مثله في التلقيح والسقي دون الحفظ والأرض والنخيل والخارج رهن؛ لأن من شرط جواز المعاملة أن يكون النخيل أمانة عند العامل؛ لأن العامل أجير ببعض الخارج ومحل العمل أمانة عند الأجير كما في الإجارة المحضة ومتى جازت هذه المعاملة كان النخيل مضمونه على العامل؛ لأن الرهن لم يبطل بالمعاملة كما لا يبطل بالإجارة لأنها ترد على منافع العامل لا على المرهون فبقي مضمونًا على حاله، فلو جازت المعاملة كانت النخيل مضمونة على العامل وهذا لا يجوز.

وكذلك لو كان الرهن أرضًا مزروعة صار الزرع بعلاقتها لما بينا.

ولو كان الرهن أرضًا بيضاء فمزارعة الراهن والبذر من المرتهن جائزة والخارج على الشرط وقد خرج من الرهن لا يعود إليه إلا بتحديده؛ لأن الراهن أجر الرهن من المرتهن ببعض الخارج وإجازة المرهون من المرتهن يبطل الرهن لأنها وردت على الرهن وأنها فوق الرهن؛ لأنها لازمة مقيدة لملك المنفعة والبذر والجنس فلم يجز اجتماعهما فأبطلت الإجارة الرهن.

ولو كان البذر من الراهن فللمرتهن أن يعيرها رهنا بعد الزرع؛ لأن المرتهن أعاد الرهن من الراهن؛ لأنه طلب من المرتهن أن يجعل الأرض مشغولة ببذره فصار مستعيرا الأرض منه ليستعمله ببذره وزرعه ثم صار مستأجر المرتهن ليعمل فيها ببعض الخارج، فالإجارة وقعت على منافع العامل لا على الأرض والرهن لا يبطل بالإعادة لأنها دون الرهن لأنها غير لازمة فلا يبطل عقدًا لازما بل يزول ضمان الرهن ما دام في يد المستعير حتى لو هلك الرهن في مدة الإعارة يهلك أمانة وإذا زال المزارعة فللمرتهن أن يعيدها إلى حكم الرهن؛ لأن الإعارة غير لازمة.

ولو ارتهن أرضًا بيضاء وفيها نخيل فأمره أن يزرع سنته هذه ببذره وعمله بالنصف ويقوم على النخيل ويسقيه ويلقحه ويحفظه بالنصف فالمزارعة جائزة والمعاملة فاسدة؛ لأنه لو أفرد المزارعة على الأرض جازت ويخرج عن الرهن.

ولو أفرد المعاملة على النخيل لا يجوز فكذا إذا جمع بينهم جاز ما يجوز حالة الانفراد ويبطل ما يبطل عند الانفراد وفساد المعاملة لا توجب فساد المزارعة؛ لأن المعاملة معطوفة على المزارعة غير مشروطة فيها.

(فصل)

لو شرط الكفالة في الزراعة بالمزارعة والمعاملة والبذر من العامل فسدتا وإن لم تكن الكفالة مشروطة فيها بطلت الكفالة وصحت المزارعة؛ لأن البذر متى كان من العامل فالعمل غير مضمون عليه إن شاء عمل وإن شاء ترك والكفالة بعمل غير مضمون فاسدة فمتى شرطا في المزارعة فقد شرطا شرطًا فاسدًا؛ لأنه لا يقتضيه العقد فيفسد كما في البيع والإجارة، ومتى لم يكن مشروطًا فيها فقد خلى العقد عن المفسد فصح، وإن كان البذر من جهة رب الأرض فلا يخلو إما أن شرط في المزارعة عمل المزارع بنفسه أو لم يشترط، فإن لم يشترط تصح الكفالة والمزارعة جميعًا كانت مشروطة في العقد أو بعده؛ لأنه كفل بمضمون أمكنه استيفاؤه من الكفيل؛ لأن العمل مضمون على المزارع يجبر على إيفائه وقد لزمه هذا العمل بحكم المزارعة وأمكن استيفاؤه من الكفيل؛ لأنه متى لم يشترط في المزارعة عمل المزارع بنفسه كان له أن يقيم غيره مقام نفسه في العمل، كمن استأجر خياطًا ليخيط له يوما كان له أن يولي غيره متى لم يشترط خياطته بعينه، فإن أخذ المكفول له الكفيل بالعمل وعمل ذلك الكفيل فللكفيل على المزارع أجر مثله؛ لأنه أدى ما كفل به بأمر المكفول عنه فيرجع بمثل ما أدى إن كان مثليا وإلا فيرجع بقيمته كما لو كفل بثوب هروي وجب على الأصل فأداه الكفيل رجع بقيمته على المكفول عنه والمؤدي هنا العمل، وأنه لا مثل له من جنسه فيرجع بقيمته وذلك أجر المثل.

وأمّا إذا شرط في المزارعة عمل المزارعة بنفسه، فإن كانت الكفالة مشروطة في

العقد فسدتا، وإن لم تكن صحت المزارعة وبطلت الكفالة؛ لأنه كفل بما لا يمكن استيفاؤه من الكفيل؛ لأن عمل المزارع لا يمكن استيفاؤه من غيره فكانت هذه كفالة باطلة كما في الإجارة.

(باب النكاح والصلح والمكاتبة في المزارعة والمعاملة)

مسائله على أربعة أوجه:

أحدها: إذا كانت الأرض من قبل الزوج، والبذر والعمل من قبل المرأة بأن تزوج امرأة على أن تزرعها المرأة ببذرها وعملها فما خرج فهو بينهما نصفان، فالنكاح جائز والمزارعة فاسدة؛ لأنه شرط عقد في عقد فأحدهما يبطل بالشرط الفاسد وهو المزارعة والآخر لا يفسد وهو النكاح، وليس أحدهما بيع للآخر؛ لأنه يلفظ بهما فهما عقدان مقصودان شرط أحدهما في الآخر ففسدت المزارعة، كما لو قال لآخر زوجتك أمتي هذه بعشرة على أن تبتع مني هذا العبد بخمسمائة جاز النكاح وفسد البيع؛ ولأن المرأة استأجرت الأرض ببعض الخارج وببضعها فصار كما استأجرت الأرض ببعض الخارج وبالدراهم لا يجوز فكذا هذا فصداقها مثل نصف أجر الأرض عند أبي يوسف.

وعند محمد: لها الأقل من مهر مثلها ومن أجر مثل الأرض؛ لأن الزوج جعل منفعة الأرض عوضًا عن شيئين متقومين أحدهما معلوم وهو البضع والآخر مجهول القدر والقيمة وهو نصف الخارج فوجب وهو أن الإيراد على أجر الأرض لأنها رضيت بمنفعة الأرض عوض عن بضعها وعن شيء آخر فصار ما لو تزوجها على ألف وعلى أن تهدي المرأة له هدية وجب مهر المثل لا ينقص من الألف ولا يزاد عليها فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن الزوج جعل منفعة الأرض بإزاء معلوم وهو البضع، وبإزاء مجهول وهو نصف الخارج إلا أنه يبين حصة المعلوم من المجهول؛ لأنه شرط لها نصف الخارج والخارج قائم مقام منفعة الأرض فكان شارطا لها نصف منفعة الأرض بإزاء بضعها ونصفها بإزاء الخارج، فإذا فسدت المزارعة كان لها نصف أجر

الأرض بخلاف تلك المسألة، لأنها لم تبين حصة المعلوم من المجهول نصًّا وتعذر قسمة الألف عليها باعتبار القيمة؛ لأن قيمة الهدية مجهولة فبقي حصة البيع مجهولًا، فإن طلقها قبل الدخول كان لها ربع أجر الأرض عند أبي يوسف؛ لأن قبل الطلاق وجب لها نصف أجر الأرض فينصف بالطلاق قبل الدخول، وعند محمد لها المتعة؛ لأنه كان لها مهر المثل قبل الطلاق فبعده يجب المتعة، فإن زرعت المرأة الأرض فأخرجت أو لم تخرج ولم يطلقها فالخارج للمرأة عند أبي يوسف وعليها نصف أجر مثل الأرض ولا صداق لها على الزوج؛ لأن منفعة نصف الأرض صداقها وبالزراعة قد استوفت صداقها فالزوج أخر نصف الأرض منها بجميع الخارج وقد فسدت المزارعة فوجب عليها نصف أجر الأرض، وعند محمد عليها أجر مثل الأرض، ولها على الزوج الأقل من مهر المثل ومن أجر الأرض، فإذا كان مهر مثلها مثل أجر الأرض أو أكثر فقد استوفت ما وجب لها عليه فصار قصاصا، وإن كان مهر مثلها أقل يردّ عليه فضل ما بينهما إلى تمام أجر الأرض لأنها استوفت أكثر من حقها فترد الزيادة.

والوجه الثاني: إذا كان من قبلها الأرض والبذر ومن قبل الزوج العمل بأن تزوجها على أن يزرع هو أرضها ببذرها على أن الخارج نصفان فمهر نصف أجر عمله عند أبي يوسف.

وعند محمد: لها الأقل من أجر المثل ومهر المثل، والأصل عند أبي يوسف إذا جعل نصف الخارج مهرا لها فلها مهر مثلها؛ لأن نصف الخارج مجهول المقدار والمسمى متى كان مجهول المقدار يجب مهر المثل؛ لأنه يصح رضاها بالمجهول ففسدت التسمية، وإذا جعل أجره نفسه أو أرضه مهرا لها وبدلا بحصته من الخارج وجب نصف أجر المثل مهرا لها؛ لأنه جعل نصف منفعة الأرض أو منفعة نفسه بإزاء البضع وأنه معدوم، وعند محمد الأقل من جميع أجر المثل ومن مهر المثل.

والوجه الثالث: إذا كانت الأرض والبذر من قبل الزوج والعمل من قبلها فلها مهر المثل بالإجماع؛ لأن الزوج جعل نصف الخارج مهرًا لها وأنه مجهول فيجب مهر المثل.

والوجه الرابع: إذا كانت الأرض من قبلها والبذر والعمل من قبل الزوج بأن تزوجها إلى أن يزرع أرضها ببذره وعمله والخارج نصفان فالمزارعة فاسدة وللمرأة مهر مثلها بالغًا ما بلغ لما بيناه والمرأة في الخلع بمنزلة الرجل في النكاح فما كان في النكاح مهرها فهو عليها للزوج في الخلع.

وعند محمد عليه الإقرار من المهر الذي تزوجها عليه ومن أجر المثل فإن بدلت المرأة منفعة أرضها أو منفعة نفسها فعند أبي يوسف للزوج عليها نصف أجر المثل، وعند محمد الأقل من المهر المسمى ومن أجر مثل الأرض، وإن بدلت نصف الخارج يقع الخلع بالمهر المسمى بالإجماع، وكذلك الحكم في الصلح عن دم العمد؛ لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد كالنكاح والدية بمنزلة مهر المثل هناك وكل جناية لا قصاص فيها فالمزارعة فاسدة وأرش الجناية واجب؛ لأن هذا صلح عن مال مشروط في المزارعة ومزارعه مشروطة في المصالحة وكلاهما يفسدان بالشروط الفاسدة وأما إذا أعتق عبده على أن يزرع أرض المولى ببذر العبد وعمله أو ببذر المولى والخارج نصفان فالمزارعة فاسدة ويجب على العبد قيمة نفسه بالغة ما بلغت قيل إذ كان البذر من قبل المولى فهو قول أبي يوسف.

وفي قول محمد: على العبد قيمة نفسه لا يجاوز أجر مثل عمله؛ لأن عند أبي يوسف ضمان العتق يجري مجرى ضمان البيع عند الاستحقاق ولما يأتي ولم يسلم للمولى المشروط بإزاء العتق فوجب على العبد قيمة رقبته، وعند محمد ضمان العتق يجري مجرى ضمان المهر في النكاح؛ لأن التسمية لم تصح في الموضعين.

ولو تزوج امرأة على حصتها من ألف يقسم عليها وعلى امرأة أخرى يجب لها مهر المثل لا يجاوز الألف بالإجماع فكذا هذا.

والصحيح: أن هذا قولهما، فإنه لم يذكر محمد وفي الأصل خلافًا فهما فرقا بين العتق والنكاح والخلع، فأبو يوسف أوجب في النكاح نصف أجر المثل دون قيمة البضع وهذا أوجب قيمة العبد والفرق له أن التسمية قد صحت في الموضعين وقد استحق المولى المسمى بعد صحته بحكم فساد المزارعة لما صار جميع الخارج له إلا أن المسمى في النكاح متى استحق بعد صحّته يجب الرجوع بقيمة

المسمى لا بقيمة البضع كما لو تزوجها على عبد فاستحق والمسمى في العتق متى استحق بعد صحته يجب الرجوع بقيمة العبد لا بقيمة المسمى عند أبي يوسف كما لو أعتق عبدًا على جارية فاستحقت الجارية فالمولى يرجع بقيمة العبد عنده ومحمد فرق أيضًا، فإنه أوجب فيما تقدم الأقل من قيمة العبد، ومن أجر مثل عمله وهنا أوجب قيمة العبد بالغة والفرق أن ثمة المعقود عليه منفعة البضع والدم وأنه لا يتقوم إلا بالشرط فالشرط قد وجد بقدر منفعة الأرض أو بقدر منفعة العامل فيتقوم بذلك القدر ولم يتقوم فيما زاد عليه فلا يمكنه الرجوع بالزيادة لعدم تقومها ورقبة العبد متقوّم بغير شرط، فإذا لم يسلم للمولى ما شرط له من المسمى بحكم فساد المزارعة يرجع بقيمة العبد بالغة.

ولو كاتبه على نحو ذلك فالكتابة والمزارعة والمعاملة فاسدة؛ لأن الكتابة مشروطة في المزارعة والمزارعة في الكتابة فاسدة والكتابة تفسد بالشروط الفاسدة فإن عمل قبل ردّ الكتابة عتق. أخرجت الأرض شيئًا أو لم تخرج؛ لأنه أدّى ما تعلق به عتقه؛ لأن عتق المكاتب معلق بزراعة هذه الأرض وزراعة هذه الأرض سنة معدومة وقت العقد، فإذا أدى ما تعلق به عتقه عتق وعليه قيمة رقبته؛ لأنه سلمت له رقبته بعقد فاسد، فيجب رد الرقبة وقد تعذّر فيجب قيمتها كما لو كانت على رطل من خمر وأدى عتق وعليه قيمته للمولى وله أجر مثله، فإن كانت القيمة أكبر من أجر المثل ضمن الفضل، وإن كان أجر مثله أكبر فليس للمكاتب الفضل؛ لأنه لو رجع بالفضل لرجع فيما تعلق به عتقه؛ لأن عتق المكاتب تعلق بجميع ما عليه من الأرض، وليس للمكاتب أن يرجع على المولى فيما تعلق به عتقه؛ لأنه التزمه باختياره كما لو كاتبه على ألف كتابة فاسدة وقيمته خمسمائة فأدى الألف لا يرجع بالفضل على قيمته؛ لأن عتقه تعلق بأداء جميع الألف فكذا هذا، هذا إذا كان الأرض والبذر من المولى فأما إذا كان البذر من العبد لم يعتق، وإن عمل وأدى نصف الخارج؛ لأن هنا الكتابة وقعت على بدل مجهول المقدار؛ لأن العتق تعلق بإزاء نصف الخارج؛ لأن العبد جعل نصف الخارج بدل كتابته وأنه مجهول المقدار وقت الكتابة فوقعت الكتابة باطلة فلا يعتق بأداء مال كما لو كاتبه على ثوب مطلق،

فأدى ثوبًا لا يعتق بخلاف ما إذا كان البذر من رب الأرض؛ لأن بدل الكتابة معلوم وقت العقد؛ لأن عتقه تعلق بزراعة الأرض، فإنه معلوم وقت العقد، ولهذا لو كاتبه على أن يزرع أرض المولى سنة على أن يكون الخارج كله للمولى جازت الكتابة وما فسدت الكتابة هنا بجهالة البدل وإنما فسدت؛ لأن المزارعة مشروطة فيها.

(باب الزيادة والحظ في المزارعة والمعاملة)

أصله: أنه إن كان المعقود عليه بحال يجوز ابتداء المزارعة عليه جازت الزيادة، وإن كان بحال لا يجوز إنشاء العقد عليه لا يجوز الزيادة؛ لأن الزيادة في البدل معتبرة في الأصل، والأصل يقتضي معقودًا عليه ليكون بإزائه فكذلك الزيادة تقضي معقودًا عليه ليجعل بإزائه والحط جائز في الحالين؛ لأنه إسقاط بعض البدل فيستدعي قيام المبدل لا قيام المعقود وهذا كالزيادة في الثمن تصح حال قيام المبيع فلا تصح حال هلاكه والحط جائز، وإذا زاد أحدهما في الخارج، فإن كان قبل استحصاد الزرع وتنامى عظم السر جاز؛ لأنه يجوز ابتداء عقد المزارعة على الخارج ما دام في حدّ النماء والزيادة فيجوز الزيادة فيه كما في البيع والإجارة، وإن كان بعده لا يجوز من صاحب البذر والنخل، ويجوز ممن لا بذر من جهته؛ لأن الزيادة من صاحب البذر وجدت في حال لا يجوز ابتداء المزارعة على الخارج فلا يمكن تصحيح زيادة في البدل لفوات المعقود عليه وهو المنافع، ولا يمكن تجويزه بطريق الحط؛ لأن صاحب البذر مستأجر والمستأجر مشترٍ والزيادة من المشتري لا يمكن تجويزه حطًّا؛ لأن الثمن عليه لا له فكذا هذا الخارج له فلا يمكن حطه، فأما من لا بذر من جهته مؤاجر والمؤاجر يتصور منه حط الأجرة فيجعل الزيادة منه في الخارج لصاحب البذر حطًّا منه عن بعض الأجر والحط جائز حال فوات المعقود عليه والزّرع، وإن كان عينًا وقت الحط وحط الأعيان لا يصح ولكنه لم يكن عينًا وقت العقد فصح الحط وصار المحطوط ملكًا لمن وقع الحطّ له كالبائع إذا قبض الثمن ثم أبرأ المشتري عن بعض الثمن صحّ، فإن كان عينًا وقت الحط؛ لأنه لم يكن عينًا وقت العقد فكذلك المزارعة.

(باب البيع والشفعة في المزارعة)

دفع أرضًا مزارعة بزرعها ببذره وعمله، والخارج نصفان فزرعها، فباع رب الأرض الأرض بزرعها أو لم يسم الزرع فالزرع بيع والبيع موقوف على إجازة المزارع؛ لأنه تعلق حق المزارع بالزرع والأرض، فإن للزارع أن يستبقي الزرع إلى وقت الحصاد والإدراك إذ هو لا يجيز على القلع لما فيه إبطال ملكه وحقه فكان له أن لا يسلم الأرض حتى يستحصد الزرع فيتوقف البيع على إجازته ويتخير المشتري إن شاء انتظر حتى يدرك الزرع، وإن شاء فسخ؛ لأن البائع عاجز عن تسليم المبيع ويتوهّم قدرته فيتوقف كما لو باع المستأجر أو المرهون.

وروي عن أبي يوسف: إن علم المشتري بالزراعة فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار لما مرّ في البيوع، فإن لم يجز واستحصد الزرع ومضت السنة وقد باعها مع الزرع فللمشتري أن يأخذ الأرض ونصف الزرع بحصّته من الثمن إذا قسم على قيمة الأرض وقيمة الزرع يوم البيع؛ لأن بعد استحصاد الزرع صار البائع قادرًا على التسليم فنفذ البيع وسقط خيار المشتري كما لو عاد العبد من الإباق وفك الرهن وانقضت مدة الإجارة وقد استحق بعض المبيع فسقط عن المشتري بحصته من الثمن ويعتبر قيمة المستحق يوم البيع؛ لأنه صار مضمونا بالبيع، فإن لم ينقض أحدهما البيع وحضر شفيع أحدهما له ذلك؛ لأن الشفعة تجب بانقطاع حق البائع وقد انقطع حق البائع بهذا البيع، فإذا نفذ في حقه، فإن قال البائع هات الثمن وخذ الشفعة، فإن سلم البائع الأرض إلى الشفيع أي مكنه من الأخذ فعليه إعطاء الثمن، فإن لم يسلم فللشفيع أن يمنعه الثمن ولا يبطل شفعته؛ لأنه قائم مقام المشتري ولا ثمن على المشتري ما لم يحضره البائع المبيع فكذا الشفيع وكذلك هذا في المعاملة والله أعلم.

كتاب الشرب

يحتاج إلى معرفة: مشروعية حق الشرب، وتفسيره لغة وشرعًا، وركنه، وشرط حله، وحكمه شريعة.

أما مشروعيته: فلقوله عليه السلام: "**إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لأهل الأعْلَى أن يحبسوه عن أهل الأسفل**" اشتغل ببيان حكم الشرب فبدل ذلك على أنه مشروع.

وأمّا تفسيره لغة: فهو في اللغة عبارة عن نصيب من الماء قال الله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾﴾ [القمر: ٢٨] أراد بالشرب النصيب من الماء في قوله تعالى: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ١٥٥].

إلا أن في الشرع: إذا أطلق الشرب يراد به النصيب من الماء للأراضي لا لغيرها.

وأما ركنه: فالماء؛ لأن الشرب يقوم به.

وأمّا شرط حله: أن يكون ذا حظ من الشرب.

وأما حكمه: فالإرواء؛ لأن حكم الشيء ما يفعل لأجله وإنما يشرب الإرب ليروي.

(باب معرفة حكم المياه والأنهار والكلأ)

المياه أنواع أربعة: ماء البحار، وماء الأودية العظام، وماء العين والبئر والنهر في ملك رجل، والماء المحرز في الأواني والجباب.

أما ماء البحار: فهو مشترك بين الناس شركة عامة في حق الشفة وسقي الأراضي حتى إن من أراد أن يكري منه نهرًا إلى أرضه ليس لأحد أن يمنعه وانتفاع الناس

بماء البحار كانتفاعهم بالشمس والقمر وأصله قوله عليه السلام: "**الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلإ والنار**".

وأمّا ماء الأودية العظام: كالفرات والدجلة والجيحون وغيرها فلكل واحد فيه حق الشفة وسقي الأرض إلا أنه إذا أخبى رجل أرض موات وأراد أن يكري منه نهرًا فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر بالنهر، وإن كان فيه ضرر فليس له ذلك، وكذلك لو نصب الرط والدالية عليه؛ لأن الشركة في هذه الأودية عامة؛ لأنها لم تدخل في المقاسمة، والشركة في الشيء متى كانت عامّة، فإذا أراد أن يحدث فيه ما يضر بالعامة يمنع عنه كما في الطريق.

فأمّا ماء العين والبئر والنهر في ملك رجل: فلعامّة الناس فيه حق السقية وسقي الدواب ولا يمنعهم صاحب الأرض، وإن كان يأتي ذلك على الماء كله وهذا معنى قوله عليه السلام: "**الناس شركاء في ثلاث**" الحديث؛ ولأن الماء مباح على ما خلقه الله تعالى ما لم يحرزه أحد والبئر والعين والنهر ما وضع للإحراز فلا يصير الماء به محرزا، وإن كان في ملكه كالصيد إذا وقع في دار إنسان الا يصير ملكًا له؛ لأن الدار لم توضع لأخذ الصيد، وإذا لم يصر محرزا فبقيت الشركة في الشفة وهل لصاحب الملك أن يمنعه من الدخول في ملكه للشفة. ذكر الطحاوي أنه ينظر إن كان المريد للشفة يجد ماءً في أرض مباح يقرب من هذه الأرض فلصاحب الملك منعه الدخول في ملكه، وإن لم يجد يقال لصاحب الملك: إمّا أن يعطيه الماء لشفته والا فاتركه حتى يأخذه بنفسه كشرط أن لا يكسر حافتي النهر كما في الكلإ لما يأتي قالوا هذا إذا كان النهر والبئر في أرض مملوكة، فأما إذا حفر في أرض موات لم يكن لصاحب النهر والبئر أن يمنع المريد للشفة من الدخول إذا كان لا يكسر مسناة النهر؛ لأن أرض الموات كانت مشتركة بين الناس كافة فإذا أخبأها لتحصيل ما هو مشترك بأن حفر بئرا أو نهرا لم تنقطع الشركة في حق الدخول لأجل الشفة؛ لأن الأخذ كان لتحصيل ما هو مشترك لا بما يختص به المختبئ، وقد يجوز أن يكون رقبة الشيء لإنسان ولآخر فيه حق إلا أن يكسر مسناة النهر أو يخرب شيئًا منه لورود الإبل. يقال له خذ الإبل بالقرب واسق دوابك؛ لأن له حق الدخول دون

التخريب والشفة الشرب لبني آدم وللدواب؛ لأن الدواب وإن يشربون بالشفة كبني آدم وهم يحتاجون إلى الشرب، وللناس أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب وقيل ليس لهم ذلك.

والصحيح قولنا؛ لأن الحاجة ماسَّة إلى أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب لأنا متى أمرناهم بالوضوء وغسل الثياب في النهر خرجوا من ذلك وضاق الأمر عليهم، وله أن يمنعهم لسقي الأرض والزرع والشجر؛ لأن الماء متى دخل في المقاسمة انقطعت الشركة للشرب؛ لأنه متى لم تنقطع الشركة وأطلق الشرب لكل أحد يشاركه فيه كل من يمكنه سقي أرضه وشجره فلا يبقى لصاحبها شرب فيبطل حقه أصلًا، فأما إذا أراد أن يعترف بالحرة ويسقي أرضه وشجره ينظر إن كان يأخذ من ماء دخل في المقاسمة كماء الأنهار الصغار لا يكون له ذلك؛ لأنه بالقسمة انقطعت الشركة في الشرب وإنما بقيت الشركة في الشفة لا غير وهذا يأخذ الماء للشرب لا للشفة، وإن أخذ من ماء لم يدخل في المقاسمة كماء البئر والعين فله ذلك إلا أن يصير لصاحبه بأن يأخذها متتابعًا فلصاحبه أن يمنعه منه؛ لأن ما لم يدخل تحت المقاسمة بقيت على الشركة كما إذا سقى من ماء الأودية العظام.

وحكي أن أبا حنيفة رحمه الله ورد عليه مسائل من خراسان، فدفع أبو حنيفة هذه الفتاوى إلى زفر ليكتب جوابها:

أحدها: رجل له ماء يجري إلى مزارعه فنحى رجل فيسقي إبله ودوابّه منه حتى ينفذه كله هل لصاحب النهر أن يمنعه من ذلك؟

فكتب زفر جوابه: أنه ليس لصاحب الإبل أن يسقي دوابه على وجه لا يبقى منه شيء لصاحب النهر، ثم عرضه على أبي حنيفة فغلظه أبو حنيفة في جوابها وقال لصاحب الإبل ذلك؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلإ والنار**".

وأما الماء المحرز في الأواني: فهو مملوك للمحرز ليس لأحد فيه حق؛ لأنه بالإحراز صار ملكًا له وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد والحشيش ويباح للمضطر أخذه قهرًا ولا يقاتله بالسلاح بل يقاتله بما دون السلاح؛ لأنه لم يمنع حقه

عنه؛ لأن الشركة انقطعت بالإحراز وصار ملكًا له، ومن منع ملك نفسه عن المضطر كان للمضطر أن يقاتله بما دون السلاح؛ كما لو منع الطعام المملوك عن المضطر، فأما في البئر والنهر إذا منع غيره من الشفة، فإنه يقاتله على ذلك بالسلاح؛ لأنه منع حقًّا مستحقًّا لغيره فلصاحبه أن يقابل المانع بالسلاح ليصل إلى حقه كما لو منع عنه طعاما مشتركا بينه وبين المانع كان له أن يقاتل المانع بالسلاح.

وأما الشركة في النار فهو ما إذا أوقدنا نارا في مفازة فالجمرة ملك صاحب النار ولا يمنع أحد من الاستضاء بضوئها والاصطلاء بها والإسراج منها لأنا لو: أطلقنا للناس أخذ شيء من الجمرة لم يبق له نار يصطلي بها ويجبر بها وهذا لا وجه له.

وإن أوقد النار في ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول في ملكه لا من النار كما في الكلأ.

وأمّا الكلأ فعلى أوجه:

أحدها: أن تكون في أرض متاحة فالناس فيه شركاء في الاحتشاش والرعي كالشركة في ماء البحار.

والثاني: أن يكون في أرض مملوكة له نبت بنفسه من غير إنبات لا يمنعه صاحب الأرض قبل الإحراز، وهل له أن يمنعه من الدخول في أرضه لأجل الكلأ قال مشايخنا ينظر إذا كان المريد للكلإ يجد الكلأ في أرض مباحة قريبة من تلك الأرض فلصاحب الأرض أن يمنعه من الدخول، وإن لم يجد يقال لصاحب الأرض إما أن تعطيه الكلأ أو ائذن له بالدخول ليدخل فيأخذ حقه، وكذلك إن كان حوض ماء في كرم إنسان فأراد غيره الدخول فيه ليأخذ الماء، فهذا كمن وهب لأجنبي شيئًا فأراد الواهب أن يرجع في الهبة قبل أن يعوضه، والموهوب له أن يمنعه من أخذ ملكه، والواهب يطلب حقه يقال للموهوب له: إما أن تعوض الهبة لينقطع حق رجوعه وإمّا أن ترد الهبة إليه وكذا هذا.

والثالث: إذا أنبت الكلأ في أرضه، فإنه يكون مملوكا له؛ لأنه كان الحق فيه لغيره، فإذا أنبته صار للمنبت وانقطع حق الأوّل عنه، فإذا كان فيه حق وشركة وقد

أنبته؛ لأن ينقطع حق غيره عن ذلك أولى، ثم تفسير الكلإ كل ما ينجم على وجه الأرض أي ينبسط وينتشر ولا يكون له ساق فهو كلأ وما كان له ساق فهو شجر ﴿وَٱلنَّجۡمُ وَٱلشَّجَرُ يَسۡجُدَانِ ۝٦﴾ [الرحمن: ٦] قالوا: الشجر ما قام بساق، والنجم ما انبسط وانتشر على وجه الأرض كالإذخر وغيره، فعلى هذا قالوا: الشوك الأحمر والشوك الأبيض يقال له الغرقد من الشجر لا من الكلإ حتى لو نبت في أرض إنسان فأخذه غيره كان لصاحب الأرض أن يستردّه منه.

وأمّا الشوك الأخضر الملين الذي يأكله الإبل عن محمد في النوادر روايتان: في رواية جعله من الكلإ، وفي رواية جعله من الشجر وليس فيه اختلاف الرواية، بل أراد بما قال إنه بمنزلة الكلإ ما يبسط منه على وجه الأرض ولا يكون له ساق، وأراد بما قال إنه من الشجر ما كان له ساق، فحاصله أن ما يقوم على ساق إذا نبت في أرض إنسان فهو ملكه ولا يكون مشتركا بين الناس؛ لأن النبي عليه السلام أثبت الشركة في الكلأ لا في الشجر.

(باب مقاسمة الماء)

نهر بين قوم عليه أرضون إن علم كان الشرب بينهم، فإنه يقسم على ما كان بينهم[1]، وإن لم يعلم كيف كان بينهم.

واختلفوا في الشرب فالشرب؛ يقسم بينهم على قدر أراضيهم؛ لأن استحقاق الشرب لحاجة الناس إليه وحاجة الأرض الكبيرة أكبر من حاجة الأرض القليلة فيقسم على قدر الحاجة بخلاف الطريق إذا كان بين جماعة لا يعرف كيف أصله يقسم بينهم على عدد الرؤوس لا على قدر أملاكهم؛ لأن الاستحقاق للطريق بحاجتهم إلى المرور والتطرق، وحاجة صاحب القليل في المرور مثل حاجة الكبير ولما استويا في الحاجة استويا في الاستحقاق، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر على الأسفل لقلة الماء وارتفاع أراضيهم فليس له ذلك ولكن

(١) في الأصل كما إذا علم مقدار حقهم في الطريق يقسم على ما كان بينهم.

يشرب بحصته؛ لأن السكر إحداث تضرر في محل مشترك فلا يجوز إلا برضاء شركائه، ولأن أهل الأعلى وإن تضرر بترك السكر حاله فله الماء؛ لأنه ينتفع بالشرب أهل الأسفل دون أهل الأعلى تضرر أيضًا أهل الأسفل بالسكر حال كثرة الماء وقبضه، لأن أهل الأعلى إذا سقوا أراضيهم يرسلون فضل الماء على الأسفل فيبر أراضيهم فيفوت عليهم منفعة أراضيهم فاستويا في الضرر فلم يكن لأهل الأعلى إحداث السكر في مكان مشترك بغير إذن شركائهم.

وذكر محمد في النوادر: لو طلب أهل الأعلى حقهم وأهل الأسفل يمنعهم من إحداث السكر فالقاضي يجعل الماء بينهم بالنوب بالأيام، فإن قسمة الماء بالأيام مشروعة ويطلق لأهل الأعلى السكن في نوبتهم بوضع اللوح يحبسون به الماء ولا يسكرون بالطين؛ لأن حاجتهم ترتفع بوضع اللوح وحال كثرة الماء يأمر أهل الأعلى بسكر فوهة النهر حتى يندفع زيادة ضرر فصل الماء عن أهل الأسفل فتنقطع المنازعة فيما بينهم على هذا الوجه كما قالوا في كلئه تنبت في الأرض مملوكة لإنسان فشارع المريد لذلك الكلأ مع صاحب الأرض يقال لصاحب الأرض: إما إن تدفعه بنفسك أو ائذن له بالدخول.

ورُوي عن عمر أن أمر بمثل هذا في السواد، فإن اصطلحوا على أن يسكر على شرب كل واحد منهم في يومه أجزأه؛ لأنهم تراضوا على قسمة الماء وذلك جائز لقوله تعالى: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرۡبٞ وَلَكُمۡ شِرۡبُ يَوۡمٖ مَّعۡلُومٖ ١٥٥﴾ [الشعراء: ١٥٥]، فإن أراد أحدهم أن يكري منه نهرًا أو ينصب عليه رحا لم يكن له ذلك إلا برضاهم لأنه ينصرف في ملك مشترك بينهم فلا يجوز إلا برضاء شركائه، فإن كان ينصب الرحا في أرضه ولا ضرر بالنهر والماء جاز. وصورته إذا كان حافتي النهر ويظنه ملكًا له ولغيره حق إجراء الماء؛ لأنه تصرف في خالص ملكه فلا يمنع عنه إلا إذا أضر بإجراء الماء، وكذلك الدالية والسانية ينصبها في أرضه، ولا ضرر من ذلك على الماء والنهر يجوز وليس لأهل الأعلى أن يحبس الماء عن أهل الأسفل إذا كان الماء في النهر بحيث ينتفع به أهل الأعلى وأهل الأسفل لقوله عليه السلام: "**إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لأهل الأعلى أن يحبسوه عن أهل الأسفل**" أراد بذكر

الكعبين كثرة الماء لا حقيقة الكعبين ويجوز أن يذكر المقدر ويراد به الكثرة كما قال عليه السلام: "**من بنى مسجدًا ولو بمثل مفحص قطاة بنى الله تعالى له بيتًا في الجنة**" أراد به من بنى مسجدا يمكن الصلاة فيه؛ لأن ما لا يمكن الصلاة فيه لا يكون مسجدا، وإن كان الماء بحيث لو تركه أهل الأعلى لا يصل إلى أهل الأسفل لقلته، وأهل الأعلى أولى به لأنهم متى لم يحبسوا ولم يصل إلى أهل الأسفل ضاع الماء من غير فائدة وتضييع الماء من غير فائدة لا يجوز.

ثم اختلف مشايخنا؛ قال بعضهم: المراد به الماء المشترك بينهم في القديم، فأما ماء السيل فلأهل الأعلى أن يحبسوه عن أهل الأسفل بكل حال؛ لأنه لا حق لهم في ماء السيل بل هو مباح فيكون لمن سبقت يده إليه كالصيد والحش، وقال بعضهم: ماء السيل والماء المشترك سواء متى دخل في النهر المشترك؛ لأنه متى دخل في النهر المشترك صار مشتركا بين أهل النهر، وإنما يكون ماء السيل لمن سبقت يده إليه إذا لم يقع في النهر المشترك ولكن انحدر من الجبل وانتشر على وجه الأرض فيكون لمن سبقت يده إليه. نهر بين قوم اقتسموا لكل رجل شربًا مسمى وبعضهم غائب، ينظر إن وقعت القسمة جورًا بأن يقضوا شيئًا من حق الغائب فللغائب نقض القسمة، وإن كانت القسمة عدلا فله النقض قياسًا على قسمة الدور والأرضين إذا كان أحد الشركاء غائبا وليس له النقض استحسانًا؛ لأن نقض هذه القسمة لا يفيد؛ لأنه لو نقض الغائب هذه القسمة احتجنا إلى إعادة مثلها؛ لأن ما يقع بالقسمة الثانية والأولى سواء لا يتفاوت ونقض الشيء ليعاد مثله ثانيا لا يفيد بخلاف القسمة الأولى في الأرضين؛ لأن نقض القسمة الأولى يفيد؛ لأنه ربما يقع في نصيبه في القسمة الثانية أجود مما وقع له في القسمة الأولى.

ولو استأجر أهل النهر من يقسم بينهم الشرب كل شهر بشيء معلوم ويقوم على نهرهم جاز لأنهم استأجروه بعمل معلوم بأجرة معلومة فيجوز كما استأجروه لقسمة مال مشترك بينهم.

ولو قال له رجل: اسقني يوما من نهرك لأسقيك يوما من نهري لا يجوز ولا غرم لما أخذ من شربه؛ لأنه يعذر تجويزه تبعًا؛ لأن بيع الشرب لغير الشرب لا

يجوز فبالشرب أولى ويعذر تجويزه مهايأة وقسمة؛ لأن المهايأة والقسمة في المشاع لا في المفروز ولا يمكنه جعله إقراضا؛ لأن الشرب غير مضمون ولا يضمن ما أخذ؛ لأن الماء متاح بأصل الخلقة والماء بدخوله في النهر لا يصير ملكًا له فقد أتلف ما ليس بملك له ولأنه كان يملك استهلاك الماء بالشفة، ومن ملك استهلاك شيء بجهة إذا استهلكه لجهة أخرى لا يضمن كالمقضي عليه بالرجم إذا قتله إنسان بالسيف.

(باب أحكام الأنهار)

الأنهار ثلاثة:

نهر عام غير مملوك لأحد كالفرات والجيحون.

ونهر عام مملوك للعامة كنهر مرو وبلخ.

ونهر خاص مملوك لجماعة مخصوصة.

أمّا النهر العام الذي هو غير مملوك لأحد: فلكل أحد أن يكري منه نهرًا إلى أرضه إن لم يضر بالنهر الأعظم، وإن أضر به لم يكن له ذلك؛ لأن دفع الضرر عن العامة أولى من رفع الضرر عن الواحد، وكذلك لو أراد الأمير أن يجعل شربا لرجل من النهر الأعظم أو يريد كوة إن كان يضر بالعامة لا يجوز، وإن لم يضر بهم جاز؛ لأنه بمنزلة واحد من الرعية، فإنه لو أخذ الإمام بنفسه شربا من النهر الأعظم إن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ورجل اتخذ في أرضه رحا ماء على النهر الأعظم مفتحها ومسيلها في أرضه لا يضر بأحد وأراد بعض جيرانه أن يمنعوه ليس لهم ذلك؛ لأن هذا تصرف في خالص ملكه ولم يضر بأحد وله حق سيل الماء من النهر الأعظم فلا يمنع عنه.

ولو بنى حائطًا من الحجارة في الفرات واتخذ عليه رحا لم يجز قضاء، ولكل واحد هدمه مسلمًا كان أو ذميًّا أو امرأة أو مكاتبًا؛ لأنه بمنزلة رجل بنى في الطريق حائطًا.

وأمّا في الديانة، فإن كان يضر بمجرى السفن والماء قائم بالانتفاع به وإلا فلا.

وقال محمد بن سلمة البلخي بأنه لا يقضي عليه بالهدم إذا لم يضر بهم؛ لأن المخاصم متعنت في الخصومة؛ لأن الباقي من الفرات كالطريق يكفي لحرمان الماء وللنظر فلا يلتفت إلى خصومته. وجه المذكور في الكتاب أن المخاصم غير متعنت في الخصومة؛ لأنه إن كان ذلك لا يضر بالمسلمين للحال ربما يضر بهم في تأتي الحال؛ لأنه يجوز أن يكثر الماء في النهر ويكثر الزحمة في الطريق فلا يجد الناس سبيلا إلى التطرق في ذلك المكان ويحتاج الناس إليه لمرور الماء عند السيح والقبض فوجب استماع خصومته والقضاء بهدمه والعبد لا خصومة له فيه؛ لأنه لا حق له في التطرق والأنهار وكذلك الصبي والمعتوه إلا أن يخاصم عنه أبوه أو وصيه، لأنهما لا يملكان الخصومة في الحقوق الخاصّة فكذا في الحقوق العامة.

قال مشايخنا: راكب استقبله راجل في الطريق والطريق لا يسع لهما يقف الراكب حتى يجاوز الراجل؛ لأن الراكب يشغل الطريق بنفسه، ودابته والراجل يشغل الطريق بنفسه وكان في مروره شغل الطريق أقل وكان هو بالمرور أولى.

فأما النهر العام المملوك للعامة: مرو وبلخ فليس لأحد أن يكري منه نهرًا إلى أرضه، وإن لم يضر بهم؛ لأنه لا بد من أن يكسر حافتي النهر وأنه مملوك للعامة فلا يملكه إلا بإذن المالك، وإن لم يضر بهم.

وسئل أبو يوسف عن نهر مرو والذي ماؤه بالحصص ولكل قوم كوى معروفة فكرى رجل نهرا منه فوق نهر في موضع لا يملكه أحد يسوق الماء إلى أرضه اتخذه فكانت مواتا قال إن كان يضر بأهل مرو ليس له ذلك وإلا فله ذلك.

وكذلك على هذا إذا أراد أن يزيد في كري له في النهر الأعظم؛ لأن الماء لم يدخل في المقاسمة بعد والموضع الذي يكري ليس بمملوك لأحد فكان بمنزلة النهر العام إذا لم يكن مملوكا لأحد وكما في الطريق العام إذا أحدث فيه شيئًا يضر بالعامة يمنع عنه وإلا فلا.

وأمّا النهر المملوك لجماعة مخصوصة: لم يكن لغيرهم أن يكري منه نهرًا إلا برضى أصحابه، وإن لم يضر بهم لما بينا. نهر خاص يأخذ من النهر الأعظم ولكل رجل فيه كوى معروفة ليس له أن يزيده كوة، وإن كان لا يضر بأهل النهر؛ لأن النهر

مشترك بينهم شركة خاصة وليس لأحد الشركاء أن يحدث في الملك المشترك شيئًا إلا برضا الشركاء كطريق خاص لقوم ليس لأحد أن يفتح فيه بابا أو يخرج جناحا أو ميزانا، وإن لم يضر بهم إلا بإذنهم وكذلك ليس لأحد من أهل هذا النهر أن يتخذها ماء يكري لها نهرًا منه في أرضه بسيل فيه ماء النهر ثم يعيده إليه، فإنه لا يضر بأهل الشرب ولا يتخذ عليه قنطرة إلا برضاهم؛ لأنه من أعلاه إلى أسفله مشترك بينهم ليس لأحد أن يحدث فيه حدثًا ما بمنزلة طريق خاص بين قوم.

ولو أذن الوالي لرجل أن ينصب طاحونة على ماء قوم خاص في أرض لرجل ولا يضر بأهل النهر ولكنهم يكرهون ذلك أو يضرهم والوالي يرى فيه صلاحا للعامة قال لا ينبغي أن يصنع ذلك إلا برضا صاحب الأرض والنهر؛ لأن هذا اصطناع معروف بمال الغير وليس للإمام ذلك، وإن كان فيه صلاح للعامّة، فإن عوضهم من بيت المال وكان فيه صلاح العامة يجوز؛ لأنه يجوز قطع ملك خاص بعوض يعدله لطلب منفعة عامّة ولا يجوز، وإن كان فيه صلاح لقوم خاص؛ لأنه لا يجوز إلحاق ضرر بخاص لمنفعة خاصة فإما يجوز إلحاق ضرر خاص لمنفعة عامّة. نهر بين قوم يأخذ من النهر الأعظم فيه كوى مسناة ولكل واحد منهم نهر من هذا النهر الخاص له كوى وكان أحدهم في أسفل أرضه فأراد تحويل نهره فيجعله في أعلى أرضه أو كان قوة نهره في الأعلى فيجعلها في أسفل النهر ليس له ذلك؛ لأنه لا يمكنه ذلك إلا بكسر حافتي النهر، ونقصه فلا يجوز بغير رضا شركائه بخلاف طريق مشترك في سكة غير نافذة فلأحد من أهل الشركة أن يفتح فيه بابين أو ثلاثا؛ لأنه تصرف في خالص ملكه وهو الجدار ولم يضر بغيره، فإنه كان له حق المرور فيما وراء بابه.

ولو أراد صاحب كوة أن يكريها فيسفلها عن موضعها ليكون أكثر أخذًا من الماء أو أراد أن يرفع الكوى وكانت متسفلة ليكون أقل للماء له ذلك؛ لأن بالتسفيل لا يصير خذا أكثر من حقه في الماء؛ لأنه كان مقدار عمق نهره معلومًا وقت مقاسمة الماء فله أن يسفل نهره بذلك القدر ولا يمكن من الزيادة على ما كان له في القديم، وإن لم يكن مقدار عمق نهره معلومًا في القديم يسفل بمقدار ما يكري مثل هذا

النهر في العرف والعادة ويمنع عن الزيادة هكذا قاله الفقيه أبو جعفر رحمه الله، فأما رفع الكوة فلأنه كسر لبعض النهر وله أن يكسر النهر كله؛ لأن خالص ملكه وكأنه كسر بعضه وهذا إذا كان رأس نهره مرتفعا في القديم والماء سفله كان له أن يرفع مقدار ما يعيده إلى الحالة الأولى وليس له أن يرفع أكثر من ذلك لاحتمال أن يضر بأهل الأسفل، وإن أراد أن يقنطر نهره فله ذلك؛ لأنه تحصين ملكه؛ لأنه لو لم يستوثق رأس نهره ربما يعليه الماء فيضر به، وإن كان مقنطرا فأراد نقضها فله ذلك إن كان لا يزيد في أخذه للماء؛ لأنه ينقض ملكه ولا يضر بأخذه وليس له توسيع في النهر؛ لأنه ينقض حافة مشتركة؛ ولأنه يأخذ الماء أكثر من حقه.

نهر بين رجلين له خمس كوى من هذا النهر الأعظم وأرض أحدهما في أعلى هذا النهر وأرض الآخر في أسفله فأراد صاحب الأعلى سد بعض الكوى لكثرة الماء وأن أرضه تنزّ منه ليس له ذلك؛ لأن سد الكوة إحداث تصرف في كوة مشتركة بغير رضاء شريكه فلا يجوز وليس له أن يحتج بالضرر لكثرة الماء؛ لأن صاحبه يحتج عليه بالضرر لقلة الماء فيقابل الضرران فيترك ما كان على ما كان ولو قال له اجعل لي نصف النهر ولك نصفه لأسد في حصتي ما أريد لم يكن له ذلك؛ لأنه يطلب المهايأة فيما يمكن قسمته بالإجزاء فلا تجب المهايأة كدار تحتمل القسمة من حيث الإجزاء فطلب أحدهما الآخر المهايأة من صاحبه، فإنه لا يجبر على المهايأة فكذا هذا، ولو تراضيا على ذلك فلصاحب الأسفل أن ينقضه متى شاء؛ لأن المهايأة ليست بلازمة لأنها عارية؛ لأن تجويزها بطريق الإجازة متعذر؛ لأنها تكون مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها وهذ باطل فجوزتا بطريق الإعارة وصار كما لو تهايآ في الدار. نهر بين رجلين لهما فيه أربع كوى أضاف إليها رجل كوتين برضاهما ليكري منه نهرا إلى أرضه ثم بدا لأحدهما نقضه فله ذلك؛ لأن صاحبي النهر أعارا نهرهما من الدخيل ليسيل الماء فجاز الرجوع في العارية، وكذلك لو أذن له في الابتداء، وكذلك لأحدهما المنع في الابتداء؛ لأنه مشترك بينهما. نهر متشعب عن النهر الأعظم بين قوم لبعض منهم كوتان ولبعض ثلاث كوى فقال الأسفل للأعلى إنكم تأخذون أكثر من نصيبكم؛ لأن الماء أكثر في أول النهر، وإن أدوا المهايأة فيما يمكن قسمته

بالإجزاء ولأن ماء أهل الأعلى إن كان يزداد لكثرة الماء في أول النهر يقل بسبب ارتفاع أراضيهم، فإن الأراضي في أول النهر يكون أرفع وماء أهل الأسفل إن كان يقل بسبب قلة الماء يزداد بسبب سفل أراضيهم ونهرهم فيقابل الضرران فيترك ما كان على ما كان، وكذلك تنقض الكوى؛ لأنها مشتركة فلا يحدث شيئًا إلا برضاء شركائه. نهر وكروم لكل واحد أرض معلومة فأراد أحدهم أن يسوق شربه إلى أرض أخرى، أو يجعل شرب هذه لتلك لم يكن له ذلك؛ لأنه إن ساق الماء في مجرى القديم فهذا استعمل النهر المشترك فيما ليس له حق استعماله فيه، فإن ساق في مجرى آخر يحدثه من النهر القديم فقد أراد أن يكسر حافتي النهر، فإنه يجوز أن يكون مشترك وليس لأحد الشركاء أن يحدث شيئًا في مكان مشترك فلأنه يتضرر به أصحاب النهر إذا طالت المدة وتقادم العهد ووقعت المنازعة يقضى له بالشرب لتلك الأراضي من ذلك النهر إذا لم يعلم بحقيقة الحال وهذا بمنزلة طريق بين قوم ليس لأحدهم أن يفتح فيه طريقًا من دار أخرى، فأمّا إذا أراد أن يملأ أرضه ويسقي الأرض الأخرى إن لم يسد فوهة النهر وساق ذلك الماء إلى أرض أخرى فله ذلك؛ لأنه لم يضر أحدا أكثر من حقه وهذا بمنزلة طريق بين قوم ليس لأحدهم أن يفتح فيه طريقًا من دار أخرى إذا كان ساكنها اثنين؛ لأنه أخذ أكثر من حقه؛ لأن مرور اثنين أكثر من مرور واحد وإن كان ساكنهما واحدًا فله ذلك؛ لأن الماء واحد فلا يزداد المرور فلا يصير أخذها أكثر من حقه.

(**النوادر**): ساقية بين قوم لهم عليها أرضون لكل واحد منهم عشرة أجربة فكان في نصيب أحدهم فضل ماء عما تحتاج إليه أرضه، واحتاج أصحابه إلى تلك الفضلة، فإن شركاءه أولى بتلك الفضلة لأن لو استغنى عن جميع نصيبه من الماء كان شركاؤه يأخذونه وليس له أن يسوق الماء إلى أرض لماء جرى سوى تلك ولا ستة لو كان له سدس الماء من نهر بين قوم أو عشره أو أقل أو أكثر فأخذ نصيبه من ذلك في نهر له خاصة أن يسوقه إلى ما شاء من الأرضين؛ لأنه ليس لشرب الأرضين المعينة، ولو استغنى عنه ليس لشركائه عليه سبيل.

نهر بين أربعة أنفس: محمد وزيد وعلي وجعفر، لكل واحد منهم مفتح إلى أرضه في هذا النهر، ومفتح محمد يجاوره مفتح زيد ومفتح زيد يجاوره مفتح علي

ومفتح علي يجاوره مفتح جعفر فجفف جعفر أرضه صار ماؤه لعلي وإن جفف بين جعفر وعلي جميعًا فماؤهما لزيد، فإن جفف جعفر وعلي وزيد فجميع مياههم لمحمد، وإن جفف علي وحده وأرضه ولم يجفف غيره فماؤه لجعفر وحده ولا يرجع إلى زيد؛ لأنه جاوز الماء نهره ولم يكن في مأخذ الماء لعلي وجعفر حق لزيد، وإن جفف زيد أرضه وحده صار ماؤه لعلي وجعفر بقدر جريان أرضهما، ولو جفف محمد وحده أرضه لا يصير لزيد لكن إذا جفف أرضه صار ماؤه لعلي وجعفر، وكذلك لو قال زيد ماء أرضي لمحمد ليس إقراره بشيء لكن إذا جفف أرضه صار ماؤه لعلي وجعفر، ولو قال زيد: ماء أرضي لرجل آخر غير هؤلاء وصدقه علي وجعفر في ذلك لا يصير الماء لذلك الرجل؛ لأن محمدًا لم يصدقهم فيجوز أن يجففوا أراضيهم فيصير الماء كله لمحمد، فإن صدقهم محمد صار ماؤه لذلك الآخر. قطعتي أرض أحدهما على النهر والآخر أسفل من القطعة العليا وكل واحدة قدر عشرة أجربة، وللقطعة جميعًا حق الشرب من النهر ويجري ماء القطعة السفلى في القطعة العليا، فإن صاحب العليا يأخذ الشرب من النهر بعشرين جريبًا عشرة لأرضه وعشرة للأرض السفلى لصاحبها، فإن جفف صاحب العليا أرضه كان جميع هذا الشرب لصاحب السفلى.

(باب كري الأنهار وإصلاح مسنّاتها)

وكري الأنهار العظام وإصلاح مسنياتها كالفرات والجيحون على السلطان يكريها من بيت المال؛ لأن منفعة هذا لعامة المسلمين فيكون مؤنة كريها في مالهم وهو الخراج والجزية وما يجري مجراهما فإن لم يكن في بيت المال مال فالإمام يجبر الناس على كريها إذا احتيج إلى الكراء؛ لما روي أن عمر رضي الله عنه أجبر في مثل هذا فكلموه في ذلك فقال: لو تركتم لبعتم أولادكم؛ إلا أنه يخرج الكري من كان يطيق الكري منهم ويجعل مؤنتهم على الأغنياء المياسر الذين لا يطيقون الكري وكري الأنهار المملوكة للعامّة عليهم، ومن أبى منهم من الكري يجبر عليه؛ لأنه متى لم يجبر عليه يلحق الضرر بالعامة؛ لأنهم يحتاجون إلى كري نصيبه ليمكنهم السقي.

ولو أجبرنا الآبي على الكري تضرر هو بذلك بإنفاق ماله في كري نصيبه، وإلحاق الضرر بالواحد أولى من إلحاقه بالعامّة، فإن خافوا أن ينشقَّ فامتنع بعضهم من التحصين يجبر إن كان فيه ضرر للعامة بأن كان الماء يخرج إلى طريق المسلمين وأراضيهم وعليهم التحصين بالحصص؛ لأن إلحاق الضرر بالخاص بدفع الضرر عن العام جائز، وإن لم يكن فيه ضرر عام لم يجبر وأمر كل واحد أن يحصن نصيبه؛ لأنه لا يجوز إلحاق الضرر بالخاص لدفع الضرر عن الخاص كما في مسألة العلو والسفل وقد مرت في النفقات وكري نهر مملوك لجماعة محصورين عليهم؛ لأنه مؤنة ملكهم.

فإن أبى بعضهم هل يجبر الآبي على الكري اختلفوا فيه؛ قيل: فإنه يجبر؛ لأنه يوجد ضرران ضرر على الآبي بإتلاف ماله للكري وضرر على أصحابه؛ لأنهم لا يتمكنون من السقي إلا بكري نصيب الآبي، والضرر الذي يلحق الجماعة أكبر فكان دفعه أحق. وقيل لا يجبرونه. أخذ الفقيه أبو جعفر؛ لأنه يمكن لأصحابه دفع الضرر بدون الجبر بأن يرفعوا الأمر إلى القاضي حتى يأذن لهم بحفر نصيب الآبي على أن يستوفوا مؤنة الكري من نصيبه من الشرب وصار كزرع بين شريكين امتنع أحدهما من الإنفاق فلصاحبه أن ينفق عليه بأمر القاضي ويرجع عليه بما أنفق فكذا هذا ولا كري على أهل الشفة؛ لأن شركتهم في الشفة شركة عامة، فإنها ثابتة لجميع الناس والشركة العامة لا عبرة بها في حق التزام المؤنة كما لا عبرة بها في حق نفاد التصرف، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدًا من الغنيمة قبل القسمة لا ينفد؛ لأن ذلك شركة عامة كان لا ملك له أصلًا ومتى أرادوا كري هذا النهر كروه من أعلاه وكلما جاوزوا أرض رجل دفع عنه الكري عند أبي حنيفة.

وعندهما: الكري عليهم جميعًا من أوله إلى آخره بالحصص الشرب والأرض لهما وجهان:

أحدهما: أن الكري مؤنة من مؤن الملك وملك هذا النهر من أعلاه إلى أسفله مشترك بينهم حتى لو بيعت أرض على هذا النهر كان للكل حق الشفعة.

والثاني: أن من جاوز الكري أرضه يحتاج إلى كري ما وراء أرضه لتكون مفرغة

لفضل مائه حتى لا تغرق أرضه.

له: أن كري النهر إنما يجب لإمكان السقي حتى لو أمكن السقي بدون الكري لا يجب عليهم الكري وحاجة الذي انتهى الكري إلى أرضه قد ارتفعت واندفعت؛ لأنه يمكن من سقى أرضه فلا يلزمه الكري، وإن كانت شركة في الأسفل وحاجته إلى كري الأسفل لتكون مفرغة لفضل مائه يرتفع بسد فوهة النهر متى استغنى هو عن الماء.

وكذلك على هذا مسائل:

إحداها: إصلاح حافتي النهر من أعلاه عليهم فكلما بلغ أرض رجل رفع عنه مؤنة الإصلاح عنده، وعندهما مؤنة الإصلاح من أعلى النهر إلى أسفله عليهم جميعًا.

والثانية: الطريق إذا كان في سكة غير نافذة واحتاجوا إلى إصلاحه قيل على هذا الخلاف عنده يرفع مؤنة الإصلاح متى انتهوا إلى باب دار رجل وعندهما مؤونته من أوله إلى آخره عليهم، وأقاموا الطريق الخاص على النهر الخاص.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: رأيت في بعض النكت لمشايخنا أنهم متى انتهوا إلى باب دار رجل يرفع عنه مؤنة الإصلاح بالإجماع فهما يحتاجان إلى الفرق بين الطريق والنهر، والفرق أن صاحب الدار لا يحتاج إلى التطرق فيما جاوز داره بوجه ما، فأما في النهر، فإنه يحتاج إلى تسييل الماء فيما وراء أرضه لولا ذلك لغرقت أرضه حال كثرة الماء.

والثالثة: أنهم إذا أكروا على النهر وبلغوا فوهة نهر رجل وله وراء ذلك أرض متصل بالنهر هل يرفع عنه مؤنة الكري عند أبي حنيفة.

ذكر الكرخي أنه لا يرفع عنه مؤنة الكري ما لم يجاوز أرضه وهذا بناء على أن من جاوز الكري أرضه إذا أراد أن يفتح رأس النهر ليسقي أرضه قالوا على قول أبي حنيفة له ذلك؛ لأنه سقط عنه مؤنة الكري وعلى قولهما ليس له ذلك؛ لأنه لم يسقط عنه مؤنة الكري.

قال مشايخنا: ولهذا جرت العادة بين الناس أنهم إذا أرادوا كراء النهر يتركون شيئًا من اللون والتراب في أول النهر تحرزًا عن مثل هذه المنازعة على قول أبي حنيفة هذا كله فيما إذا كان النهر خاصا بين جماعة محصورين، فإن كان النهر

عامًّا عليه كوى كثيرة احتاجوا إلى كريه فبلغوا فوهة نهر قربه، فإنه ترفع عنهم مؤنة الكرى بالإجماع ذكره محمد في النوادر؛ لأن الشركة فيما بين أهل القرى شركة عامة، ولهذا لو بيعت أرض على النهر العام لا تجب لجميع أهله فيها حق الشفعة والشركة العامة لا عبرة بها في حق التزام المؤنة، وإذا احتفر قوم نهرا على أن يكون بينهم على مساحة أراضيهم ونفقته عليهم على قدر ذلك فوضعوا على رجل منهم أكثر مما عليه أو أقل غلطًا، فإنه يستدرك؛ لأن الغلط متى وقع في القسمة، فإنه يستدرك كما لو وقع الغلط في قسمة مال مشترك.

(باب التصرف في الشرب والأنهار)

وبيع الشرب قد مرّ في البيوع ويورث الشرب ويملك بالوصية؛ لأنه حق مالي والإرث يجري في الحقوق المالية كما يجري في الأعيان، والوصية أحب الميراث؛ لأنها تمليك بطريق الخلافة فكانت أشبه بالميراث من البيع فما يجري فيه الإرث تجري فيه الوصية، وجهالة الموصي به لا يمنع صحة الوصية ولا تصلح أن تكون صداقا ويجب مهر المثل؛ لأن المسمى مجهول المقدار، فإن الماء مما يزداد وينتقص، وجهالة قدر المسمى تمنع صحة التسمية.

وإن اختلعت المرأة عليه فسدت التسمية وردت المهر الذي أخذت؛ لأن المسمى مال مجهول المقدار ففسدت التسمية فوقع الخلع بما دفع إليها من المهر كما لو خالعها على مكيل أو موزون مجهول القدر، وقبلت وقع الطلاق. ويجب ردّ المهر فكذا هذا والصلح على الشرب من دعوى باطل؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق بمنزلة البيع ولأن المصالح عليه مجهول يحتاج إلى قبضه، ولا يمكن قبض المجهول ولا ضمان عليه فيما شرب منه؛ لأنه استهلك مباحًا غير مملوك، وإن صالح عليه عن قصاص في نفس أو دونها فالصلح باطل وجاز العفو وعلى الجاني الدية وأرش الجناية قياسًا وبه يأخذ؛ لأن سقوط القصاص يعتمد القبول لا وجوب القبول، ألا ترى لو صالح عن دم العمد على خمر أو خنزير سقط القصاص لوجود شرطه وهو القبول فكذا هذا إلا أنه لم يرض بسقوطه محابا فتجب الدية

والأرش، ومن كاتب عبدًا على شرب بغير أرض أو أرض وشرب والأرض غير معينة أو معينة لغيره لم يجز؛ لأن الشرب بغير أرض أو مع أرض غير معينة ليصلح بدل الكتابة لكونه مجهولًا، ولهذا لا يصلح مهرًا والأرض المعينة لغيره فيه روايتان ذكرناهما في كتاب المكاتب، وإذا أوصى بأن يباع شربه من فلان أو يتصدق به عليه فذلك باطل؛ لأن ما لا يجوز تمليكه حال حياته لا يجوز تمليكه بعد وفاته، وإن أوصى أن يسقي أرض فلان سنة أو كذا جاز من ثلاثة؛ لأن من أوصى بشربه مؤبدا جاز فيجوز مؤقتا واختلف مشايخنا في معرفة قسمة الشرب. قال بعضهم يقال للمقومين من أهل ذلك الموضع لو اتفق العلماء على جواز بيع الشرب بلا أرض بكم يشتري هذا الشرب فيما بينكم، فإن قالوا: يشتري بمائة، فإنه يعلم أن قيمته مائة فيعتبر خروجه من الثلث على هذا الوجه كما قالوا في تقويم المدبر يقال للمقومين بكم تشتري على أن يكون المشتري أحق بمنافعه دون رقبته وعلى أن يعتق بعد موته، فإن قالوا: بمائة يجب ذلك القدر على مبلغه.

وقال أكثر مشايخنا: معرفة قيمة الشرب فيكون الفضل فيما بينهما قيمة الشرب، فإن كان يشتري مع الشرب وبكم يشتري بدون الشرب فيكون الفضل فيما بينهما قيمة الشرب، فإن كان يشتري مع الشرب بمائة وخمسين وبدون الشرب يشتري بمائة يعرف أن قيمة الشرب خمسين درهما فيجب اعتبار ذلك القدر من الثلث، وإذا مات من له الوصية بطلت الوصيّة؛ لأن الشرب، وإن كان عينًا حقيقة؛ لأنه عبارة عن نصيب الماء إلّا أنه منفعة معنى؛ لأنه بائع للأرض كالمنافع والوصيّة بالمنفعة تبطل بموت الموصى له كالوصيّة بالخدمة، فأما إذا أوصى له بالشرب مطلقًا ولم يوقت لذلك وقتا ثم مات الموصى له هل تبطل الوصية؟ اختلفوا فيه قال الفقيه أبو جعفر: لا تبطل الوصية ويصير الشرب ميراثًا لورثة الموصى له وهو الأصح؛ لأن الشرب عين حقيقة منفعة فوقّتنا على السهمين حطهما فمتى وقت للشرب وقتا والوقت لا يليق إلا بالمنفعة اعتبرناه فيبطل بالموت، ومتى أطلق اعتبرناه عينًا عملًا بالمعنيين كما في الهبة بشرط العوض لما كان تبعًا معنى تبرعا لفظًا اعتبرناه تبرعًا قبل قبض البدلين وبعده اعتبرناه تبعًا فكذا هذا.

وقال غيره من مشايخنا: تبطل بموت الموصى له؛ لأن الشرب منفعة معنى والعبرة للمعنى فيبطل بالموت مطلقا؛ لأنه موقتا فإن قال: إن فعلت كذا وهذا الشرب صدقة في المساكين فذلك باطل؛ لأن هذه صدقة معلقة بالشرط والمعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، ولو أرسل التصدق به لا يصح فكذا إذا علقه.

ولو أوصى بثلث شربه بغير أرض في سبيل الله أو الحج أو الرّقاب أو الفقراء كان باطلًا؛ لأن هذه وصية ببيع الشرب؛ لأنه لا يمكن أن يحج ويغزي ويعان في الرقاب بعين الشرب وإنما يمكن تيمنه والوصيّة ببيع الشرب بغير أرض باطلة والوصية بالشرب للفقراء بغير أرض لا يجوز.

ولو أوصى بثلث حقه في النهر في كل شيء من ذلك جاز لأنه تصدق بثلث رقبة النهر فجاز ويدخل الشرب فيه تبعًا كما لو أوصى بالشرب مع الأرض.

(فصل)

اشترى أرضًا وشربًا بشرط الخيار وفي الأرض زرع اشتراه معها فيسقى الزرع من ذلك الشرب أو غيره سقط خياره؛ لأنه تصرف فيه تصرف الملاك لا على جهة الاختيار فكان اختيارًا منه للملك فيكون رضًا بإبطال الخيار دلالة كما لو كان المبيع أرضًا فكربها أو اشتراها بطل خياره، ولو سقى غنمًا أو استقى للشفة أو توضأ لا يكون رضا؛ لأنه لم يتصرف فيه تصرف الملاك؛ لأنه يجوز له ذلك بدون الملك، وكذلك لو رعى غنمه في حريم بئر اشتراها بشرط الخيار أو أتى بها في عطن البئر؛ لأن الرعي مباح قبل الشراء فلم يدل على الرضاء بالبيع والإبانة في العطن بيع للسقي، والسقي لأن له إقامة الأغنام في حريم البئر للسقي من غير ملك وبعدما أقامها للسقي لم يوجد منه إلا الدوام على تلك الإقامة والدّوام على فعل لا يدل على الرضاء كمن اشترى دارًا بشرط الخيار وهو ساكنها فدام على السكنى لا يبطل خياره.

ولو سقى آخر أرضه منها ولا يعلم صاحب الخيار لا يبطل خياره؛ لأنه لم يوجد ممن له الخيار ما يسقط به خياره.

ولو اشترى نهرًا بقناة بشرط الخيار، فإن سقى أرضه بما اشترى فقد أجاز البيع؛ لأنه اختار الملك فيما اشترى وإن سقى بما باع فقد نقض البيع؛ لأنه اختار البيع فانتقض البيع باقي مسائل الباب كتبه في البيوع.

(باب الاختلاف في الشرب والنهر)

وإذا ادعى شربا في يد رجل بغير أرض لم يسمع دعواه قياسًا؛ لأنه دعوى الشرب مطلقًا محمول على أنه ملكه بجهة التجارة والتمليك دلالة لا بجهة الإرث والوصيّة كالإقرار بالشري حمل على التجارة لا على غيرها والشرب لا يملك بالتمليك من غير أرض ويسمع استحسانًا؛ لأن دعوى الشري مطلقًا، وإن كان محمولا على التجارة إلا أنه يحمل على أنه اشترى الشرب مع الأرض ثم باع الأرض واستقى الشرب فجاز أن يكون الشرب حقا لإنسان بغير أرض فتقبل البينة عليه.

نهر بين قوم عليه أرضوهم ولبعض أراضيهم سواقي في النهر ولبعضها دوالي ولا ساقية ولا دالية لبعضها فاختصموا في النهر فادعى كل فريق في النهر شربا فالنهر بينهم على قدر أراضيهم استحسانًا، وفي القياس بين أهل السواقي والدوالي؛ لأن أصحاب السواقي والدّوالي مستعملين للنهر ومتعلقين به معنى؛ لأن ملكهم متصل بالنهر وإيصال ملكهم بالنهر كتعلقهم به ولا تعلق لأصحاب الأراضي فكان التعلق به أولى كدابة تنازع فيها اثنان وأحدهما راكب والآخر متعلق بلجامه. وجه الاستحسان أن أصحاب الأراضي الأصل لا بد لها من الشرب، فإن أصل الملك في الأراضي إنما يثبت بالاحتطاط والاحتياط لا يستقيم بدون الشرب وكان لهم استعمال في هذا النهر فيما مضى ظاهرا فكفى ذلك الاستحقاق الشرب للحال، وإن كانت الأرض التي لا ساقية ولا دالية شرب معروف من نهر آخر فلا شرب لها من هذا النهر؛ لأنه لم يثبت استعمالهم للنهر لا في الحال ولا فيما مضى وللآخرين استعمال قائم فكانوا أولى.

ولو كان إلى جنب أرض أحدهم أرض لآخر وأرض الأول بين النهر وبينهما وليس للثانية شرب معروف جعلت شربها من هذا النهر لأنهما في الاستعمال سواء

لما بينا، فإن كان النهر معروفا لقوم خاص ولأرضين خاصّة لم أجعل لغيرهم فيه شيئًا إلا ببينة؛ لأن القاضي لما عرف شربهم أو ثبت عنده بالبينة فقد ثبت شربهم بالدليل ولا دليل لأصحاب الأراضي إلا بمجرد الاستعمال فيما مضى.

ولو كان له استعمال قائم للحال وحق الآخر ثابت بدليل لا بالظاهر، فإنه لا يقضي لصاحب الاستعمال بشيء لأنه لا قوام للظاهر مع البينة كاثنين تنازعا في دابة وهما راكبان وقد عرف أن الدابة لأحدهما بدليل فوق الاستعمال، فإنه لا يقضي للآخر بشيء من الدابة إلّا ببينة.

ولو كان هذا النهر يصب في أجمة وعليه أرض لقوم مختلفين فاختصم أهل الأرض وأهل الأجمة فيه قضي به لأهل الأرض ولا يقطعونه عن الأجمة ولا يمنعهم أهل الأجمة من تسييلهم فضل الماء إلى أجمتهم؛ لأن استعمال صاحب الأراضي سابق على استعمال صاحب الأجمة؛ لأن حق صاحب الأجمة في فضل الماء والفضل إنما يتحقق بعد وجود الأصل وكان استعمالهم سابقا فكانوا أولى برقبة النهر، بمنزلة حائط تنازع فيها اثنان ولأحدهما اتصال تربيع وللآخر جذوع كان صاحب التربيع أولى بالحائط لأن استعماله سابق على استعمال صاحب الجذوع إلا أنه لا يمنع صاحب الجذوع من وضع الجذوع عليه وكذا هذا يقضي برقبة النهر لأصحاب الأراضي وليس لهم أن يمنعوا فضل الماء عن الأجمة؛ لأن لصاحب الأجمة منفعة في صب الماء إلى أجمته وليس لصاحب الأجمة أن يمنعهم عن تسييل الماء إلى أجمته؛ لأن لهم في ذلك منفعة وهو صيانة أراضيهم عن الغرق.

رجل له أرض ولآخر فيه نهر يجري ليس لصاحب الأرض منعه من إجراء الماء لأنه في يده مستعمل للنهر يسوق الماء فيه؛ لأن استعمال النهر إنما يكون إجراء الماء فيه وصاحب الأرض كالمتعلق به؛ لأن أرضه متصل بالنهر ومتى تنازع اثنان في شيء وأحدهما مستعمل والآخر متعلق به، فإن يقضي به للمستعمل لما بينا، وإن لم يكن في يده ولم يكن الماء جاريًا سألت البينة على أن النهر له؛ لأنه ليس في يده ولا هو مستعمل له وصاحب الأرض متعلق به لاتصاله بملكه فيقضى له كما لو تنازعا في دابة وأحدهما متعلق بلجامها والآخر لا، فإن لم يقم بينة على

رقبته وأقامها أنه قد كان مجرى مائة في هذ النهر يسوقه إلى أرضه أجرية لأنّه لما عرف جريانه إلى أرضه فيما مضى فقد ثبت استعماله للنهر فيما مضى فثبت استحقاق مجرى الماء فيه، قيل هذا قول أبي يوسف بناء على قبول البينة على يد كانت.

نهر لرجل يجري في أرض آخر اختلفا في مسنّاته فادعاها كل واحد منهما ولا يدري في يد من هي فهي لصاحب الأرض يغرس فيها ما بدا له ويزرع فيها ويمنع صاحب النهر عن الفيء، وعن المرور فيها ولا يهدمها عند أبي حنيفة.

وعندهما ملك لصاحب النهر ملقى لطينه قبل هذا بناء على أن صاحب النهر يستحق جريها لنهره عندهما فكان الحريم في يد صاحب النهر؛ لأنه بائع للنهر فيكون له وعند أبي حنيفة لا حريم للنهر فلم تكن المسناة في يد أحدهما إلا أن المسنّاة أسنة بالأرض من النهر؛ لأن المسناة صالحة للغراسة والزراعة كالأرض، والنهر لا يصلح لذلك ومتى تنازع اثنان في شيء لم يكن في يد أحدهما ما هو أسنة بالمتنازع فيه، فإنه يقضي لمن كان في يده ما هو أسنة بالمتنازع فيه كما لو تنازعا في أحد مصراعي الباب الموضوع على الأرض والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما، فإنه يقضي بالموضوع لمن كان المصراع الآخر معلقا على بابه وقيل لا خلاف أن للنهر حريمًا في أرض الموات لما يأتي لكن الخلاف هنا فيما إذا لم يعرف أن المسناة في يد صاحب النهر بأن كانت متصلة بالأرض متساوية لها ولم تكن أعلى منها فالظاهر شاهد أنها من جملة أرضه إذ لو لم يكن هكذا لكانت أعلى من الأراضي لإلقاء الطين فيها وعندهما الظاهر شاهد لصاحب النهر حريما له فوقع الكلام بينهم في الترجيح. لرجل نهر في أرض رجل فأراد دخول أرضه لإصلاح النهر فمنعه رب الأرض فليس له أن يدخل إلا في بطن النهر وكذلك القناة، قيل: هذا قول أبي حنيفة؛ لأنه لا حريم للنهر عنده فتكون المسناة لصاحب الأرض وكان له أن يمنعه من الدخول في ملكه وعندهما للنهر حريم فيكون المسناة لصاحب النهر وكان له أن يمر عليها لإصلاح نهره وقبل هذا هو لهم جميعًا إلا أن موضوع المسألة أن النهر والمسناة كانا لصاحب الأرض ثم باع المسناة من صاحب الأرض فلا يمر فيه لإصلاح نهره بخلاف ما إذا أراد المسلمون أن يمروا في أرض رجل

لاستقاء الماء من المشرعة ولم يكن لهم طريق غيرها فلهم ذلك؛ لأنه لا يمكنهم المرور لاستقاء الماء إلا في أرضه وفي منعهم من المرور إلحاق الضرر بهم والضرر العام يدفع بالضرر الخاص فأما إذا كان الصاحب يمكنه المرور في بطنه لإصلاح النهر فلا حاجة إلى المرور في أرض غيره، فإن كان المرور للاستقاء طريقًا غيرها فله أن يمنعهم كما في النهر.

وذكر في النوادر: لو كان النهر ضيقًا لا يمكنه المشي فيه فصاحب الأرض بالخيار إن شاء أذن له أن يصلحه ويسوي نهر نفسه، وإن شاء سوّى هو نهره.

وفي نوادر هشام عن محمد: ساقية لرجل في دار فأبى صاحب الدار أن يأذن لصاحب الساقية أن يدخل الدار فيكسحها وإنه يكسحها أصحاب الدار، فإن أبوا ذلك قال محمد: لا بد من هذا.

وذكر أبو يوسف في رسالته إلى هارون الرشيد: أنه يدخل داره فيمشي على حافتي نهره في حريمه؛ لأن الحريم ملك صاحب النهر.

ولو كان نهرًا جاريًا في أرض رجل اختلفا في موضع الجري فقال صاحب الأرض: هو لي ولصاحب النهر حق الجري، وقال صاحب النهر: هو لي، فالقول قول صاحب الأرض إذا لم يعرف كيف كان الأصل.

(باب الشهادة في الشرب)

نهر لرجل ادعى فيه آخر شرب يوم في الشهر وأقام بينة تقبل؛ لأن هذه شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرضٍ والشهادة على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على شرب معلوم من غير أرض مقبولة.

ولو ادعى يومين في الشهر فشهد أحد شاهديه على يوم في رقبة النهر والآخر على يومين قضي له بيوم في رقبة النهر عندهما.

وعند أبي يوسف: لا يقضي بشيء.

قال الفقيه أبو جعفر: يجب أن يكون هذا الخلاف في الإقرار بالشرب بأن شهد أحدهما أن المدعي قبله أقر له بشرب يوم وشهد الآخر أنه أقر له بشرب يوم كما لو

شهد أحدهما أنه أقر بألف وشهد الآخر أنه أقر له بألفين، فأما إذا شهد أحدهما بشرب يوم والآخر بشرب يومين يجب أن يقبل على الأقل بالإجماع؛ لأن الشهادة على ألفين تقبل على الأقل كما لو شهد أحدهما أن هذين العبدين له وشهد الآخر أن هذا العبد له تقبل على العبد الواحد بالإجماع.

ولو شهدوا بشرب يوم إذا لم يسموا من كم يوم هو لأنهم شهدوا بشرب مجهول؛ لأنه لا يدري أن له شرب يوم من شهر أو يومًا من عشرة وجهالة الشهودية تمنع قبول الشهادة.

ولو ادعى عشرة عين فشهد أحدهما على العشر والآخر على الأقل لم تقبل عند أبي حنيفة، وعندهم تقبل على الأقل.

قال أبو حنيفة: هذا الخلاف في الشهادة بالإفراز، فأمّا في الشهادة على عين الشرب يقبل على الأقل بالإجماع. رجل ادعى أرضًا على نهر شربها منه فأقام شاهدان أن الأرض له يقضي بها وبحصته من الشرب؛ لأن الشهادة بمطلق الملك شهادة بالملك من الأصل، ولهذا يستحق الأولاد وأولية الملك في الأرض لا ينفك عن الشرب؛ لأن قسمة الأرض في الأصل لا تصلح من غير شرب وطريق فكانت الشهادة بمطلق الملك شهادة له فكان القضاء له بالملك من الأصل قضاء بالشرب.

ولو ادعى الشرب وحده وشهدوا به لا يقضي بشيء من الأرض معه؛ لأن دعوى ملك الأرض مطلق دعوى للشرب تبعًا وضمنا لا مقصودًا ومتى قضينا بالشرب بدون الأرض قضينا بالشرب مقصودًا ودعوى الشرب لم توجد مقصودا كما لو ادعى جارية أنها ملكه مطلقًا وولدها فشهد الشهود بالولد لا بالجارية لم تقبل لأنه لم يوجد دعوى للولد مقصودًا.

ولو شهد أحد الشاهدين أنه اشترى هذه الأرض والشرب بألف والآخر شهد أنه اشترى الأرض بألف لم يجز؛ لأنه تعذر القضاء بالمبيع والثمن؛ لأنه تعذر القضاء بالأرض والشرب لأنهما لم يتفقا عليهما وتعذر القضاء بالألف بالأرض وحدهما؛ لأنه يتعذر قيمتها؛ لأن أحدهما شهد أن ثمنها جميع الألف، وشهد الآخر أن ثمنها

بعض الألف فلم يتفقا على ثمنها فتعذر القضاء بالثمن فامتنع القضاء بالبيع، وإن شهد الآخر أنه اشترى الأرض بكل حق هو لها بألف جاز لأنهما اتفقا على شري الأرض والشرب؛ لأن الشرب من حقوق الأرض فمن شهد أنه اشتراها بكل حق هو لها فقد شهد بالأرض والشرب جميعًا.

(باب أحكام الأراضي)

الأراضي نوعان: مملوكة، ومباحة.

أما المملوكة: فكل أرض مملوكة عامرة أو عامرة انقطع ماؤها فهي ملك لصاحبها لا تزول عنه إلا بإزالية فتورث عنه إذا مات متى عرف صاحبها، وإن لم يعرف فحكمها حكم اللقطة فكذلك لو كانت فناء للأرضين؛ لأن الظاهر أن فناء الأرض مملوك لمالك خاص وجدت فيه القسمة إلا أنه لا يعرف صاحبها فكان بمنزلة اللقطة.

وأمّا الأراضي المباحة: وتسمى الموات، وهي نوعان:

أحدهما: ما ينتفع بها أهل قرية أو مصر مسرحا لدوابهم ومحيطيا لهم فهي حقهم لا يجوز للإمام أن يقطعها من أحد؛ لأن في ذلك ضررًا بهؤلاء ولكن ينتفع بالحطب والقصب الذي فيها هؤلاء وغيرهم وليس لهم أن يمنعوه عن غيرهم لأنها ليست بملك لهم.

والثاني: ما لا يكون تبعًا لقرية من القرى فهي على الإباحة الأصليّة فهي الأرض الميتة حقيقة، قال محمد رحمه الله: الأرض الميتة كل أرض لم يبلغها الماء وليس لأحد فيها حق؛ لأن الميتة ما لا ينتفع به ومتى انقطع عنها الماء لا يكون منتفعة؛ لأن حياة الأرض بالماء.

[وقال][1] أبو يوسف: الحد الفاصل بينهما أن كل أرض يبلغها النداء إذا نادى رجل من أدنى الأرض المملوكة فهي تابعة لقريتهم، وما لا يسمع صوته فيه فليست بتابعة لقريتهم.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وذكر.

ومن أحيا أرضًا ميتة لم تكن له إلا بإذن الإمام عند أبي حنيفة، وعندهما والشافعي إذن الإمام ليس بشرط؛ لقوله عليه السلام: "**من أحيا أرضًا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم فيه حق**" ولم يفصل ولأن هذا مال مباح سبقت يده إليه فيملكه بغير إذن الإمام كالحطب والحشيش والحشيش له.

قوله عليه السلام: "**ليس للمرء إلّا ما طابت به نفسه إمامه**" فظاهره يقتضي أن لا يملك الحطب والحشيش إلّا بإذن الإمام إلا أنه خص في حقهما فبقي الباقي على ظاهره؛ ولأن الأراضي المتاحة أموال مشتركة بين جماعة المسلمين لأنها غنيمة من كل وجه لأنها كانت في أيدي الكفرة ثم صارت في أيدينا بحكم القهر والغلبة؛ لأن أيدي الغانمين محتوية مشتملة على ظاهر الأرض فصارت غنيمة لهم ولم يجر فيها قسمة فبقيت مشتركة بينهم إلا أنهم بادوا وماتوا وانقرضوا ولم يعرف لهم وارث فكان بمنزلة اللقطة التي لا يعرف لها مالك فيكون لبيت المال بخلاف الحطب والحشيش؛ لأنه مباح ليس في أيدي الكفرة لأنهم تركوا أيديهم باختيارهم وكذا الغانمون ما قصدوا إثبات اليد عليه فلم يصر غنيمة لهم.

وأما تفسير الإحياء أن يبني فيها بناء أو يزرع فيها زرعًا أو يجعل للأراضي مسنيات ونحو ذلك فيكون له موضع البناء والزرع دون غيره.

قال أبو يوسف: إن عَمَّرَ أكثر من النصف يكون إحياءً لها ولما بقي وإن عَمَّرَ نصفها له ما عمر دون ما بقي فقد اعتبر الكثرة.

وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة: إن حفر فيها بئرًا أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع.

ولو حفر فيها أنهارًا لم يكن إحياء إلا أن يجري فيها ماء فيكون إحياء وإن أحرق فيها حشيشا فليس بإحياء.

وفي (**المنتقى**) عن محمد: لو كرب أرض موات فليس بإحياء إلا أن يبذر فيها، ولو حفر فيها قدر أذرع ولم يبلغ الماء لا يكون إحياء ولكن يكون تحجيرًا ومن يحجر في أرض موات فليس بإحياء وتترك في يده ثلاث سنين، فإن أحياها وإلا فهي لمن أحياها لقول عمر رضي الله عنه: من أحيا أرضًا ميتة فهي له وليس لمتحجر

بعد ثلاث سنين حق والتحجير أن يُعلِّم بعلامة بأن يضع حجارة أو غرز حولها أغصانا يابسة أو قلع الحشيش وأحرق ما فيها من الشوك ونحو ذلك وهي تصير ملكًا للمتحجر قيل تصير ملكًا له والصحيح أنه لا تصير ملكًا له؛ لأن أرض الأموات إنما تملك بالإحياء والتحجير ليس بإحياء وإنما هو استيام على الإحياء، فإنه يبين بالتحجير لغيره أنه سيق إلى هذا المكان وقصد إحياءه إلا أنه يكون هو أحق بالانتفاع بها في مدّة ثلاث سنين نفيًا للوحشة عن التحجير وهذا لا يمنع وقوع الملك لمن أحياها كما في الاستيام على النفع، ومن يحجر على أرض موات سنة مبارة فقد أحياها؛ لأنه يكون منزلة البناء، وإن زرعها فلم يرض بحد للزراعة فتركها وجاء آخر وزرعها هل يكون الثاني أحق بها؟ قيل يكون الثاني أحق بها.

وقال عامّة مشايخنا: هي للأول وله أن ينزعها من يده وهذا بناء على أن بالإحياء يملك رقبة الأرض أم منفعتها؟ قيل: يملك منفعتها كمن جلس في موضع مباح كان له الانتفاع به ما دام مستعملا له، فإذا قام وأعرض عنه بطل حقه، فكذا هذا ما دام يستعملها هو أحق بها، فإذا ما تركها وأعرض عنها بطل حقه، وعند عامّة مشايخنا يملك رقبتها وهو الصحيح لقوله عليه السلام: "**من أحيا أرضًا ميتة فهي له**" أضاف الأرض إليه بلام التمليك والمبطحة اسم الأرض جرى عليها الماء مرارا وثبت فيها الحطب والقصب وغير ذلك وصار بعضها حفظا وبعضها ارتفاعا ونز بعضها وصار بعضها سبخة وهذا هو المبطحة ومنه بطحاء مكة الأشياء التي لها حريم خمسة إحداها حريم بئر العطن وهو أربعون ذراعا بالإجماع؛ لأن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة؛ لأنه لا يمكن لصاحب البئر الانتفاع بماء البئر إلا بالحريم لا محالة؛ لأنه لا بد له من موضع يقوم عليه لبرح الماء، ومن مستنقع يجتمع فيه الماء ومن موضع تقوم عليه المواشي تشرب الماء وقدرنا ذلك بأربعين ذراعًا حتى يتوفر ماؤه لأنه لو لم يملك ما حولها يحفر آخر بجنبها والآبار إذا تلاصقت قلّ ماؤها فيتضرر بها صاحبها والثاني حريم بئر الناضح أربعون ذراعا عند أبي حنيفة، وعندهما ستون ذراعا ورآهم أنه يملك هذا القدر من كل جانب فيبرأ الناضح التي ينزح الماء منها بالعير وبئر العطن التي ينزح منها الماء باليد.

لهما: ما روى الزهري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**حريم العين خمسمائة ذراع، وحريم بئر العطن أربعون ذراعا، وحريم بئر الناضح ستون ذراعا**". فلأن الحاجة في بئر الناضح إلى الحريم أكثر من الحاجة إليه في بئر العطن؛ لأن في الناضح يحتاج إلى موضع تدور عليه الإبل حول البئر لنزح الماء أو ربما كان الحبل أطول من أربعين ذراعا فلو قدرنا حريمها بأربعين ذراعا لبقي الدلو في وسط البئر لا يمكنه أن يجاوز حريمه ويمد الحبل حتى يرتفع إلى رأس البئر؛ لأنه يحتاج إلى سوق البعير في ملك الغير وربما يمنعه من سير الإبل في ملكه له قوله عليه السلام: "**من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنًا لماشيته**" ولم يفصل بين بئر الناضح والعطن؛ لأن القياس يأبى استحقاق الحريم أصلًا؛ لأن سبب الاستحقاق في أرض الموات هو الإحياء والعمل والإحياء لم يوجد فيما عدا البئر إلا أن النصوص قد اتفقت على أربعين ذراعا وانعقد الإجماع عليها فتركنا القياس فيه وتعارضت الأخبار فيما زاد على ذلك فبقي على أصل القياس.

قال أبو حنيفة: جعل في حديث الزهري ستين ذراعا لمد الحبل لا أنه يملك ما زاد على أربعين ذراعا.

ولو احتاج إلى سبعين ذراعا لمد الحبل إليه كان له مد الحبل إليه ولكن لا يملك.

ورُوي عن محمد في النوادر: أن حريم الناضح ستون ذراعا إلا أن يكون الحبل سبعين ذراعا فحينئذ يكون له الحريم بعدد الحبل سبعين؛ لأن استحقاق القديم كان بسبب الحاجة إليه فيكون له الحريم بقدر الحبل حتى يتهيأ له الانتفاع بالبئر.

والثالث: حريم العين خمسمائة ذراع لقوله عليه السلام: "**حريم العين خمسمائة ذراع**" وفي رواية القدوري "**ثلاثمائة ذراع**" ويستحق خمسمائة ذراع في حريم العين وأربعون ذراعا في حريم البئر من كل جانب وهو الصحيح؛ لأن الحاجة لا تندفع بهذا حتى قال بعض مشايخنا التقدير بأربعين في البئر إنما كان في ديارهم؛ لأن أراضيهم صلبة متى حفر آخر بئرًا أخرى فوق الأربعين لا يقل ما بينه، فأما في ديارنا الأراضي رخوة فيزاد على أربعين متى احتاج إليه صاحب البئر، وقد رُوي عن

محمد ما يدل على هذا، فإنه قال حريم البئر أربعون ذراعا إلا أن يكون الحبل أطول من أربعين لعمق البئر فحينئذ يزاد على الأربعين.

والرابع: القناة ذكر محمد في الأصل: والقناة حريم مفوض إلى رأي الإمام؛ لأنه لا بد للقناة من الحريم لملقى طينه ولمخرج مائه فجعلوا له حريما لأجل الحاجة ولم يقدّروا لحريمه تقديرا حتما؛ لأنه ليس لحريمه مقدار منصوص عليه في الشرع وكان مقداره مفوضا إلى الإمام قالوا: هذا قولهما، فأما عند أبي حنيفة لا حريم للقناة ما لم يظهر الماء على الأرض؛ لأن القناة قبل ظهور الماء على وجه الأرض. نهر مطوي فيعتبر بالنهر المظهر ولا حريم للنهر الظاهر عنده خلافًا لهما، فأمّا في الموضع الذي يظهر الماء على وجه الأرض يكون له من الحريم بقدر ماء للعين قدر خمسمائة ذراع؛ لأنه بمنزلة العين الغوارة في ذلك الموضع، ومن حفر نهرًا في أرض موات لا يستحق له حريما عند أبي حنيفة، وعندهما يستحق له حريما؛ لأنه يحتاج إليه لملقى طينه ونحوه.

وأبو حنيفة فرق بين النهر والبئر والفرق أن القياس يأبى استحقاق الحريم لما ذكرنا والنص الوارد لاستحقاق الحريم في البئر والعين لا يكون واردا في النهر؛ لأن الحاجة في النهر إلى الحريم دون الحاجة في البئر إلى الحريم؛ لأن البئر يحتاج إليه بكل حال ليتهيأ لصاحب البئر الانتفاع بها، فأما صاحب النهر يحتاج إلى الحريم في ابتداء الحفر لإلقاء الطين وبعد ذلك لا يحتاج إليه؛ لأنه ربما لا يحتاج إلى الكري ثانيا لانحدار الأرض وهبوطها، ولما كانت الحاجة في النهر إلى الحريم أقل رد النهر إلى ما يقتضيه القياس.

وقال المحققون من مشايخنا: للنهر حريم بقدر ما يحتاج إليه بالاتفاق لإلقاء الطين ونحوه؛ لأن النبي عليه السلام جعل للبئر حريما فيكون جعله للبئر حريما جعلا للنهر حريما بطريق الأولى لسده حاجة النهر إلى الحريم.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد في مقدار حريمه وهو المسناة:

قال أبو يوسف: قدر عرض نصف النهر من كل جانب.

وقال محمد: قدر عرض جميع النهر من كل جانب وكذلك الاختلاف في الحوض.

والخامس: لو غرس شجرًا في أرض موات هل يستحق له حريمًا؟ لم يذكره محمد قال مشايخنا: يستحق صاحب الشجر حريما له بقدر خمسة أذرع حتى لم يكن لغيره أن يغرس بجنب شجرته وللأول منعه لما رُوي أن رجلًا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الأولى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم **وأمر النبي عليه السلام بأن يؤخذ من شجرة جريدة فيذرع فبلغ ذلك ومسح فبلغ خمسة أذرع فرجع له النبي عليه السلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك**، وهذا حديث صحيح مشهور فلا بد من قبوله، ومن حفر بئرا في مفازة فجاء آخر وحفر أخرى في حريمه فله سدها؛ لأن قدر الحريم صار ملكًا للأول، فإن حفر لا في حريمه بل قريبًا منه بإذن الإمام فذهب ماء البئر الأولى بسبب الثانية فلا ضمان على الثاني؛ لأن له أن يحفر بئرا وراء حريم الأولى والحافر مسبب، فإذا لم يكن متعديًا في التسبب فلا يضمن ويكون للثاني الحريم من الجوانب الثلاثة ولا حريم له من الجانب الذي هو حريم بئر الأول؛ لأن ذلك القدر صار ملكًا للأول.

(**المنتقى**): روى ابن سماعة عن محمد: رجل أحيا أرضًا مواتًا فجاء آخر وأحيا بجنبها أرضًا وجاء آخر وأحيا في الجانب الآخر أيضًا أرضًا والثالث والرابع كذلك ولم يبق للأرض طريق فالطريق الأول في آخر أرض أحياها الرابع؛ لأن الأول حين أحياها لم يكن للأول فيها حق المرور؛ لأنه كان يستغني عنه للمرور لما بقي من الجوانب الأخرى أرضًا مباحا، وكذلك الثاني والثالث فيعين حقه في المرور في الجانب الرابع، فإذا أحياها الرابع فقد قصد إبطال حقه فلا يملكه وكان للأول أن يصلحه ويكبسه.

ولو أراد أخذ الحافر أن يكبسه هل له ذلك؟ قيل ليس له ذلك ولكنه يضمّنه النقصان ثم يكبس هو بنفسه كمن هدم جدار غيره، فإنه لا يؤمر بأن يبني جداره هل يضمنه قيمة البناء ثم يبني هو بنفسه؟ وقيل له ذلك؛ لأن الحافر صار جانيا بالحفر وأن له جنايته بالكبس ممكن فيجبر عليه كما لو ألقى كباسه في دار غيره، فإنه يجبر على رفعه كذا هذا بخلاف البناء؛ لأنه لا يمكنه أن يبني مثل الأول بلا تفاوت

ونقصان. قناة بين رجلين أحيا أحدهما أرضًا ميتة ليس له أن يسقيها من القناة أو يجعل شربه منها؛ لأنه يريد أن يستفضل على شريكه؛ لأنه لم يكن لهذه الأرض شرب من هذه القناة، وليس لأحد الشريكين أن يستفضل على شريكه إلّا بإذنه، وإذا حفر رجلان بنفقتهما بئرا في أرض الموات على أن يكون البئر لأحدهما، والحريم للآخر لم يجز لأنهما اصطلحا على خلاف موجب الشرع، فإن الشرع جعل الحريم تبعًا للبئر ليمكن صاحبه الانتفاع بالبئر فكان الحريم لمالك البئر، فإن كان البئر لواحد فالحريم له، وإن كان البئر بينهما كان الحريم بينهما.

ولو شرطا أن يكون البئر والحريم بينهما على أن ينفق أحدهما أكثر لم يجز، ويرجع صاحب الأكبر بنصف الفضل لأنهما اشتركا في إحراز مباح ليكون المباح بينهما والشركة في إحراز المباح تقضي أن تكون النفقة بينهما على قدر الملك، فإذا شرط زيادة النفقة على أحدهما لم يصح الشرط ويرجع بالزيادة على صاحبه؛ لأنه أنفق عنه بأمره.

(باب التلف بالسقي وإجراء الماء ونحوه)

رجل سقى أرضه وفجّرها أي ملأها فسال من مائه في أرض آخر ففرقها أو نزت فلا ضمان عليه.

قال الفقيه أبو جعفر: هذا إذا سقى أرضه سقيًا معتادًا يسقي مثله في العادة؛ لأن السقي المعتاد قد يغرق أرض جاره، وقد لا يعرف فإذا تعدى إلى أرض جاره كان مسببا لا مباشرا والمتسبب لا يضمن ما تولد من فعله متى لم يكن متعديا في التسبب، فإذا سقى سقيا غير معتاد ضمن؛ لأنه متعد في هذا التسبب؛ لأن هذا السقي سبب لغرق أرض جاره غالبًا، فأما إذا كان في أرضه جحر الفأرة فتعدى إلى أرض جاره وغرقت ينظر إن كان لا يعلم بجحر الفأرة لا يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ، فإن علم ضمن؛ لأنه متعدٍّ؛ لأنه مع جحر الفأرة لا يسقي إلا بعد كسر الجحر، وعلى هذا قالوا: إذا فتح رأس نهره فسال من النهر شيء إلى أرض جاره فغرقت ينظر إن فتح من الماء مقدار ما يفتح من الماء في مثل ذلك النهر ضمن.

وحكي عن الشيخ الإمام إسماعيل الزاهد أنه قال إذا سقى منه بما لا يضمن إذا كان محقا في السقي بأن سقاه في نوبته مقدار حقه، فأمّا إذا سقى في غير نوبته أو في نوبته أكثر من حقه يضمن؛ لأنه متسبب وهو متعدٍّ فيه فيضمن ما تولد منه، وكذلك لو أحرق كلأ أو حصائد في أرضه فذهبت النار فأحرقت شيئًا لغيره إن أوقد نارًا يوقد مثلها عادة لا يضمن؛ لأنه غير متعد في التسبب، وقيل إن كان يوم ريح وعلم أن النار تتعدى يضمن؛ لأنه متعد في الإيقاد إذا قصد به إحراق مال غيره.

(**الفتاوى**): رجل له مجرى ماء بقرب دار لرجل فأجري في النهر ماء لم يحتمله النهر فدخل الماء في جدار داره فخربها، ينظر إن كان الثقب خفيًّا.

ولولا الثقب ما تعدى الماء فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يصر متعديا.

ولو انبثق نهر يجري في أرض قوم وخربت أرضهم فليس لهم أن يأخذ أصحاب النهر بعمارة الأرضين ولهم أن يأخذوا بعمارة النهر.

ولو كان لرجل مجرى ماء السطح على سطح جاره فخرب سطح الجار فإصلاح المجرى على صاحب السطح بأن يبني السطح أو يضع ماءها في موضع المجرى على سطحه حتى يتعدى الماء إلى مصبه، وذكر الفقيه أبو جعفر: رجل ألقى شاة ميتة في نهر طاحونة فسار الماء بها في الطاحونة فخربت الطاحونة إن كان النهر لا يحتاج إلى الكري فلا ضمان عليه، وإن كان النهر يحتاج إلى الكري يضمن إن علم أنها خربت من ذلك والله تعالى أعلم.

كتاب الأشربة

يحتاج إلى معرفة: تفسير الأشربة والأعيان التي يتخذ منها الأشربة، وأسمائها، وماهيتها، وأحكامها.

أما تفسيرها:

فالأشربة جمع شراب، والشراب في اللغة: اسم لما يشرب.

وأمّا الأعيان التي يستخرج منها الأشربة أربعة: العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والذرة ونحوها.

وأمّا أسماؤها: فاثنا عشر: سبعة لما يتخذ من العنب الخمر والباذق والطلاء والمنصف والنحيح والجمهوري والحميدي ويسمى أبا يوسفي، واثنان للمتخذ من الزبيب نقيع ونبيذ، وثلاثة للمتخذ من التمر السكر والفضيخ والنبيذ.

وأما ماهيتها: أما الأشربة المتحدة من العنب فأحدها الخمر وهي اسم للنيئ من ماء العنب بعدما غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة وعندهما إذا غلا واشتد فهي خمر، وإن لم يقذف بالزبد.

لهما: أن معنى الخمرية وهي الاضطراب ومخامرة العقل تحصل بالغليان والشدة وصار مرغوب الفسّاق، فأما القذف بالزبد فنهاية في الغليان يطلب ليرق ويصفو الخمر وهذا ليس بشرط للحرمة.

له: أن الغليان دليل على شيء من الحلاوة فيه؛ لأن المرّ والحامض لا يغلو بل الحلو يغلوا وما دام شيء من الحلاوة باقيا كان معنى الأصلي قائما فلا يسمى خمرا وفيه من حلاوة شيء الأصلية إلّا إذا سكن وقذف بالزبد فيتم معنى المرارة فيه.

والثاني: الباذق وهو اسم لما طبخ من ماء العنب أقل من الثلاثين سواء كان أقل من الثلث أو النصف أو طبخ أدنى طبخة بعدما صار مسكرا أو يسكر عن الغليان.

والثالث: الطلاء وهو اسم للمثلث وهو ما إذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وإنما سمي المثلث طلاء لقول عمر رضي الله عنه ما

أشبه هذا بطلاء الإبل وهو القطران يطلى به البعير إذا كان جربًا والعصير إذا ذهب ثلثاه يصير شبه القطران من حيث اللون.

والرابع: المنصف وهو ما إذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب نصفه وبقي نصفه.

والخامس: البخنج وهو أن يصب الماء على المثلث حتى يرق ويترك حتى يشتد ويسمى أبا يوسفي؛ لأن أبا يوسف كثيرًا ما كان يستعمل هذا وهل يشترط أدنى طبخة بعدما صب الماء فيه؟ سيأتي.

والسادس: الجمهوري وهو الذي من ماء العنب إذا صب عليه الماء وقد طبخ أدنى طبخه حتى ذهب ثلثه وبقي ثلثاه.

وأمّا ما يتخذ من الزبيب فنوعان: وهو أن ينقع الزبيب في الماء حتى خرجت حلاوته إلى الماء ثم اشتد وغلا وقذف بالزبد، والثاني ينبذ وهو الذي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة وغلا واشتد، وأمّا ما يتخذ من التمر فثلاثة أنواع:

أحدها: السكر وهو الذي من ماء التمر إذا غلا واشتد. عليه أكثر أهل اللغة مشتق من سكرت الريح إذا سكنت وكل من سكن فقد سكر.

والثاني: الفضيخ وهو الذي من ماء البسر المذيب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وأنه اسم مشتق من الفضيخ وهو الكسر يقال انفضخ سنام البعير أي انكسر من الحمل فالبسر إذا كسر لاستخراج الماء منه وسمي الماء المستخرج منه بعد الفضيخ فضيخًا.

والثالث: النبيذ وهو الذي من ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخه وغلا واشتد وقذف بالزبد وكذا يقع على الماء الذي أنقع فيه التمر وخرجت حلاوته وغلا واشتد وقذف بالزبد.

وأمّا أحكام هذه الأشربة فهي على خمسة أوجه: في وجه حلال بالإجماع وفي وجه حرام بالإجماع، وفي وجه حرام عند عامّة العلماء، وفي وجه حلال عند عامة العلماء خلافًا للشافعي، أمّا ما هو حلال وهو كل شراب حلو لم يشتد، وأمّا ما هو حرام بالإجماع فهو الخمر والسكر من كل شراب.

أمّا الخمر فلها أحكام ستة:

أحدها: أنه يحرم شرب قليلها وكثيرها ويحرم الانتفاع بها للتّداوي وغيره؛

لأنـه محـرم العـين بالكتـاب وهـو قولـه تعـالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] الآية سمَّاه رجسًا ونجسًا وكل نجس حرم عينه كالدم والميتة وأمرنا بالابتعاد عنها، وبالسنة المتواترة وهو قوله عليه السلام: "**حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها**" والسكر من كل شراب، وعليه إجماع الأمة.

والثاني: أنه يكفر جاحدًا حرمتها لإنكاره الدلائل القطعية.

والثالث: أنه يحرم تمليكها وتملكها بالبيع والهبة وغيرهما ما للعباد فيه صنع؛ لأنه محرم العين.

والرابع: أنه قد بطل تقومها حتى لا يضمن متلفها؛ لأن الله تعالى لما سماها رجس فقد أهانها كالبول والدم فيبطل التقوم ضرورة.

والخامس: هي نجسه نجاسة غليظة كالبول والدم؛ لأن نجاستهما تثبت بدليل مقطوع به فتكون غليظة كالدم.

والسّادس: يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها لقوله عليه السلام: "**من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه**" وعليه إجماع الصحابة وهو مقدرهما بين سوط في حق الأحرار وفي حق العبيد نصف ذلك لما يأتي في الحدود.

وأما ما هو حرام عند عامّة العلماء فهو الباذق والمنصف نقيع الزبيب والتمر من غير طبخ، والسكر، فإنه يحرم شرب قليلها وكثيرها وقال أصحاب الظواهر مثل بشر المريسي، وغيره: بأنه يباح شربه ما لم يسكر والصحيح قول العامّة لقوله عليه السلام: "**الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة**".

ورُوي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن التداوي بالسكر فقال: **إن الله تعالى لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم**، وقوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنۡهُ سَكَرٗا وَرِزۡقًا حَسَنًاۗ﴾ [النحل: ٦٧]؛ لأنه انسحب بأنه تحريم الخمر لكن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر؛ لأن حرمتها مختلف فيها فتمكنت فيها شبهة الإباحة حتى لا يحد شاربها ما لم يسكر، وقال الشافعي يحد بشرب قطرة منها لما يأتي.

فأمّا نجاستها: ففيها روايتان عن أصحابنا، في رواية نجاستها غليظة، وفي ظاهر الرواية نجاستها محقّقة حتى يعتبر فيها الكثير الفاحش؛ لأن الأخبار قد تعارض في إباحتها وحرمتها فإن قوله عليه السلام: "**حرمت الخمر لعينها**" والسكر من كل شراب يدل على إباحتها فيما دون السكر فأورث ذلك حقه في نجاستها كبول ما يؤكل لحمه ويجوز بيعها وتمليكها عند أبي حنيفة خلافًا لهما وقد مرّ في البيوع.

وأمّا ما هو حلال عند عامة العلماء وهو المثلث ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة فهو حلال شربه ما دون السكر لاستمرار الطعام وللتقوي على طاعة الله تعالى إلا للهو والسكر منه حرام وهو القدر الذي يسكر وهو قول عامّة الصحابة والتابعين رضي الله عنهم إذا سكر يجب عليه الحد ويجوز بيعه ويضمن متلفه وهو أصح الروايتين عند محمد، وفي رواية عنده أن قليله وكثيره حرام، ولكن لا يجب الحد ما لم يسكر وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام: "**ما أسكر كثيره فقليله حرام**".

والصحيح قول العامّة، فإنه ذكر الطحاوي في "شرح الآثار" بإسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى اله عليه وسلم أتي بنبيذ فشمه فقطّب وجهه لشدته ثم دعا بها فصبّه عليه وشرب منه وهذا المذهب معروف عن عمر رضي الله عنه أنه كان يشرب الشراب الشديد فوق طعامه حتى قال: إنا نأكل لحم الجزور ونشرب عليه النبيذ الشديد ليقطعه في بطوننا وشرب أعرابي من سطيحة عمرو والسطيحة فوق الإداوة ودون المزادة فسكر الأعرابي فحبسه عمر حتى صحي الأعرابي ثم أراد أن يحدّه فاعتذر إليه الأعرابي أنه شرب من سطحته أي من شرابه الذي كان يشربه فقال: إنما أحدّك للسكر فحدّه، وعن علي رضي الله عنه أنه أضاف قوما فسقاهم فسكر بعضهم منها فقال الرجل يسقني ثم يحدّني فقال علي: إنما أحدك للسكر. فقد اتفقت عامّة الصحابة على إباحة شربه حتى جعل أبو حنيفة رحمه الله من شرائط مذهب السنة والجماعة أن لا يحرم نبيذ الجر لما في القول بتحريمه تفسيق كبار الصحابة والإمساك عن تفسيقهم من شرائط السنة والجماعة، وحديث الشافعي لا يكاد يصح؛ لأنه طعن فيه إبراهيم النخعي وهو ضيرفيّ الحديث ولأنه ورد مخالفًا لقول العامّة من الصحابة.

ولو كان صحيحًا لاحتجوا به عليهم، أو يحمل على أن المراد به إذا جلس قوم لطلب السكر من الشراب وللتلهي فالكل حرام وتعبير لإباحة نبيذ التمر والزبيب أدنى طبخة وليس في طبخه حد مثل إذا أنضجته النار فلا بأس به، وكذلك في نقيع الزبيب والتمر يكتفى بأدنى طبخه في ظاهر الرواية عنهما.

وروى هشام عن أبي حنيفة وأبي يوسف ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لا يحل؛ لأن العصير يخف في العنب متى ذيب فإذا صب فيه الماء، ويرطب فقد حتى ما فيها من العصير وعاد إلى الحال الأولى، ولهذا قال ابن عمر: خمر فحينها فيشترط لإباحته ذهاب ثلثيه كما في الابتداء. وجه ظاهر الرواية أن العصير في العنب لم يخالطه شيء من الماء وإنما استخرج ماؤه بمائة موطئ الأقدام وكان عصيرًا محضًا فيشرط ذهاب ثلثيه بالطبخ، فأمّا في النقيع خالطه الماء؛ لأنه استخرج ماؤه بغيره وهو ماء السماء فكان عصيره مخلوطًا بالماء وكان النقيع دون العصير ثم العصير يحل بذهاب الثلثين فوجب أن يحل النقيع بما دون ذلك ليظهر نقصان حاله عن حال العصير وليس لما دون الثلثين مقدار مقدر شرعًا فاكتفى بالأقل، ولهذا قال عمر رضي الله عنه كل شراب استخرج ماؤه بماء فهو حرام لا تشربوه، وكل شراب استخرج ماؤه بغيره فهو حلال فاشربوه فلهذا يمنع والتمر إذا غلا واشتد قبل الطبخ لا يفسق شاربه ولا يحد ما لم يسكر.

وأما الوساق: وهو ما يخرج من البقول الباقية بعد العصير بالماء إذا غلا واشتد ويقذف الزبد ما حكمه؟ اختلفوا فيه قيل إنه بمنزلة الخمر؛ لأن هذا في ماء العنب لم يرد عليه طبخ فيكون حراما كالعصير أيضًا في الذي لم يخالطه ماء وقيل إنه بمنزلة نقيع الزبيب لأنه استخرج ماؤه بما بقي من التفل لا بمائه بخلاف العصير الصافي؛ لأنه استخرج ماؤه بمائه.

وأمّا البخنج وهو ما إذا صب الماء على المثلث حتى يرق، فإن طبخ أدنى طبخة يحل شربه عندهما وإن لم يطبخ اختلف المشايخ فيه على قولهما قيل لا يحل؛ لأن المثلث بمنزلة الزبيب؛ لأنه بالطبخ انضم الآخر بعضها في بعض كما لو ذيّب العنب، فإذا صب فيه الماء صار بمعنى نقيع الزبيب، وقيل يحل؛ لأن هذا طبخ مرة

وبالطبخ فاتت الخمرية وذهبت ريح حبوبه وما هو حط السكر والحرام منه فلا يجب طبخه مرة أخرى للإباحة كما قيل صب الماء فيه بخلاف نقيع الزبيب؛ لأنه نيّء لم يرد عليه طبخ أصلًا فلا بد من الطبخ للإباحة.

وأمّا نبيذ الحنطة والشعير والذرة والسكر والفاتند والعسل والتين ونحوها فهو حلال ومطبوخه حلوه ومرّه؛ لأن المتخذ من غير النخيل والكرم ليس بخمر ولا شيء فيه من الخمرية لقوله عليه السلام: "**الخمر من هاتين الشجرتين**" وأشار إلى النخل والكرم فاقتصرت الخمريّة عليهما.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن السكر منه حرام كما في المثلث ولكن لا حد فيه على من سكر منه وهو الصحيح؛ لأن الحدّ متعلق بشرب الخمر وهذه من جملة الأطعمة ولا غيره بالسكر منه في وجوب الحدّ، فإن البنج يسكر ولبن الرمكة يسكر ولا حد إلا أنه حرم للسكر؛ لأن السكر من البنج حرام فمن هذه الأشربة أولى وإذا طلق امرأته لا يقع كما لو شرب البنج.

ورُوي عن محمد أن شرب ذلك حرام ويجب الحد بالسكر منه ويقع طلاقه؛ لأن هذا سكر حصل من مشروب مطرب والشرع أوجب الحد بالسكر من مشروب مطرب لجنايته على عقله كما في النبيذ.

ورُوي عن أبي حنيفة: لا بأس بالخليطين التمر والعنب والزبيب والتمر؛ لأن كل واحد لو نبذ بالانفراد حل فكذا إذا اجتمعا ويشترط ذهاب الثلثين حالة الاجتماع كما يشترط حالة الانفراد.

(باب طبخ العصير والعنب)

ولو طبخ العصير بعد غليانه وقذفه بالزبد حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه لم يحل؛ لأن الطبخ اعتبر في الشرع للمنع في ثبوت الحرمة فلا يؤثر في إبطال الحرمة الثانية قطعًا؛ لأن الحرمة الثانية قطعًا لا ترتفع بدليل مجمل، وهل يجب الحد بشربه ذكر القدوري أنه يجب؛ لأن الطبخ لم يغير الاسم، ولم يزل معنى وهو الخمرية.

وذكر محمد في الأصل ما يدل على أنه لا يجب فإنه قال إذا صبّ الخمر في

مرقة ثم حسا لا حد عليه ما لم يسكر ولم يعتبر الغالب والمغلوب؛ لأنه ورد عليه الطبخ وهو الأصح أنه ليس بخمر لغة، فإن الخمر لغة عن النيِّئ من ماء العنب وهذا حال ما يشربه مطبوخ وليس بنيِّئ فتمكنت فيه شبهة عدم الخمرية والحد يدرأ بالشبهة.

ولو طبخ العنب لم يحل له في أصح الروايات حتى يذهب ثلثاه؛ لأن العصير قائم فيه فيستوي اعتبار الطبخ فيه قبل العصر وبعده.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحل بأدنى طبخه لأنّه بمنزلة الزبيب، ولو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثه وتركه حتى يرد ثم أعاد الطبخ حتى ذهب نصف ما بقي ثم أعاد الطبخ قبل أن يغلي ويتغير عن حال العصير فلا بأس به؛ لأن الطبخ وجد قبل ثبوت الحرمة بالغليان والشدة وإن أعاد بعد أن غلا وتغير فلا خير فيه؛ لأن الطبخ وجد بعد ثبوت الحرمة فلا ينفع، وإذا طبخ عشرة أرطال عصير حتى ذهب منه رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال ثم إذا طبخ البقية حتى يذهب ثلثاه يطبخ حتى يبقى منه رطلان وتسعا رطل؛ لأن الرطل الذي ذهب بالطبخ دخل في تسعه؛ لأنه دخل في أجزاء الباقي ولم يرفع منه فأقسم الرطل العاشر على تسعة أرطال فصار مع كل رطل من التسعة الباقية تسع رطل العاشر؛ لأن العاشر فيه، فإذا أهرق ثلاثة أرطال منها فقد فات ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل وبقي ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخ حتى يبقى ثلثه وذلك رطلان وتسعا رطل وطريق آخر أن من هذه التسعة الأرطال ثلاثة أرطال وثلث رطل حلال لأنّه ثلث العشرة، فإذا أهراق ثلاثة أرطال منها فقد فات ثلث التسعة وبقي ثلثاها وذهب ثلث ما فيها من الحلال وهو رطل وينقع رطل وبقي ثلاثة أرطال وهي رطلان وتسعا رطل، فإن كان ذهب منها بالغليان رطلان ثم أهرق منها رطلا يطبخ الباقي حتى يبقى رطلان ونصف، ولو ذهب بالغليان خمسة أرطال ثم أهرق منها رطلًا يطبخ الباقي حتى رطلان وثلثا رطل ويخرج على نحو ما ذكرنا. قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في رجل صبّ في قدر عشرة دواريق عصير وعشرين دورقا ماء فإن كان الماء يذهب قبل العصير يطبخه حتى يرده إلى تسعة وذلك ثلث العصير؛ لأنه إذا ذهب الماء أولا يبقى عصيرًا لا ماء فيه فيطبخه حتى يذهب ثلثاه، ومعرفة ذلك أن كل عشرة من الماء

والعصير على ثلاثة أسهم لحاجتك إلى الثلث والثلثين في عشرة دواريق عصير فيكون الماء ستة من تسعة وما ذهب جعل كأنه لم يكن ما بقي العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرّة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل، وإن كانا ينقصان معًا طبخه حتى يذهب الثلثان؛ لأن الباقي ثلثاه ماء وثلثه عصير وقد كان عشرة فقد رد العصير إلى الثلث فحل وقالا في عشرة دواريق عصير فصب في قدر فيطبخ ويغلى ويقذف بالزبد فجعل يأخذ الزبد حتى أخذ قدر دورق، فإنه يطبخه حتى يبقى قدر ثلاثة دواريق ثلث الباقي؛ لأن المأخوذ يجعل كأنه لم يكن؛ لأن الزبد ليس بعصير فبقي في القدر تسعة دواريق فيطبخ حتى يذهب الحرام وهو ثلثا تسعه ويبقى ثلثها وذلك ثلاثة الثمر المطبوخ يمرس فيه العنب والعنب غير مطبوخ فيغليان جميعًا قال يكره؛ لأنه اختلط الحرام بالحلال؛ لأن نبيذ التمر بعد الطبخ حلال والنيِّئ من ماء العنب حرام وقد اختلطا ويعذر التمييز بينهما فحرم الكل، ولا يحد شاربه حتى يسكر إذا كان التمر المطبوخ غالبا، وإن كان العنب غالبا يحد كما لو اختلط الخمر بالماء اعتبر الغالب وكذلك هذا.

(**النوادر**): ذكر المعلى عن أبي يوسف: تمر طبخ ثم ألقي فيه تمر فغلي قال: إن كان ما ألقي فيه لو نبذ على حده كان منه نبيذ فلا خير فيه؛ لأن هذا مطبوخ وينقع وكذا إذا ألقى فيه زبيب، وإن كان ذلك يسيرًا لا ينبذ بنفسه لم يعتد به؛ لأنه لا يحدث فيه الشدة بانفراده فلا يغير حكم المطبوخ.

ولو صب قدح ينقع في جانبه مطبوخ أفسده؛ لأن النقيع المشتد حرام، فإذا اختلط بغيره أفسده.

وروي عن أبي حنيفة: إذا وضع العصير في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فلا بأس به وهو بمنزلة طبخه بالنار، وكرهه سفيان الثوري فكذلك إذا طلى الخابية بالخردل وجعل فيها العصير ومضى على ذلك مدّة ولم يشتد وهو بحال لا يسكر فلا بأس به في قول أصحابنا رحمهم الله، قال هشام: سألت أبا يوسف: عن رجل شرب تسعة أقداح من نبيذ فلم يسكر فأوجر القدح العاشر فسكر منه لا حد عليه، فإن أوجره تسعة أقداح فلم يسكر فأوجر القدح العاشر فسكر منه يحد.

(باب الانتفاع بالأشربة المحرمة سوى الشرب)

ولا تمشط المرأة بالخمر؛ لأن الانتفاع [بالخمر][1] حرام لقوله عليه السلام: "**إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها والانتفاع بها**" ولأنه محرم العين فلا يجوز الانتفاع بها كالميتة والخنزير، ولا يسقى الصبيان ولا غيرهم للدواء؛ لقول ابن مسعود رضي الله عنه: إن أولادكم ولدوا على الفطرة فلا تداووهم بالخمر ولا تغذوهم بها، فإن الله لم يجعل في رجس شفاء[2]. وإنما الإثم على من سقاهم.

ولو سقى شاة خمرًا لا يكره لحمها ولبنها لأن الخمر، وإن كانت باقية في معدتها فلم يختلط بلحمها، فإن استحال الخمر لحما فيجوز كما لو استحال خلًّا إلا إذا سقاها خمرًا كثيرًا بحيث يوجد رائحة الخمر في لحمها فإنه يكره أكل لحمها كما لو اعتادت أكل الجلة، وكذا لو انتقعت فيها الحنطة ثم غسلت حتى زال طعمها ورائحتها يحل أكلها ولا بأس بالانتفاع بظرف الخمر إذا غسل، فإن كان الظرف عتيقًا أو نحاسا؛ لأنه يطهر بالغسل؛ لأن النجاسة كانت في ظاهره غير متداخلة مسرية في أجزائه، وإن كان جرفا حديدًا يشربها يغسل ثلثًا ويجفف في كل مرة عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يطهر أبدًا، وقد مرّت في كتاب الطهارة.

وأما إذا صارت الخمر فيه خلًّا وقد كان الخمر فيه قد غلب ثم تسفل الخل لغليانه قيل لا يطهر الكل حتى يملأ الحب خلًّا فيطهر؛ لأن أعلى الحب فوق الخل كان نجسا؛ لأن ما وجد فيه من أجزاء الخمر لم يصر خلًّا بل تبين فيه فكان كذلك خمرا، فإذا ملأه خلًّا صار أجزاء الخمر الذي فيه خلًّا فيطهر وقيل يطهر الكل لأن بخار الخل وشدّة حموضته تجعل أجزاء الخمر التي في أعلى الحب كلها خلًّا فيطهر الظرف، وإذا طرح في الخمر سمك وملح فصارت مرما فلا بأس به إذا تحولت من حال الخمرية؛ لأن ما تداخل السمك والملح من أجزاء الخمر صار

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الحرام.

(٢) انظر: عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب الإمام أبي حنيفة ١/٥٥٥.

خلًّا والخمر متى تخللت طهرت فيطهر ما تنجس بمجاورة الخمر وهو السمك والملح فيكون سمكا مرما بالخل فيحل.

ورُوي عن أبي يوسف في النوادر: إذا كان السمك والملح مغلوبًا بالخمر، فإنه يطهر إذا صار خلا، وإن كان غالبًا لا يطهر؛ لأن ما بقي في الخمر صار نجسًا بمجاورة الخمر، فإنه لا يصير خلا بنفسه حتى يطهر فبقي نجسا إلا أن في القليل ضرورة لحاجتنا إلى تخليل الخمر فتركنا القياس فيه ولا ضرورة في الكثير الملقى فلا يطهر كما يقتضيه القياس.

ولو صنع في المريء خمرًا فطبخ لم يحل؛ لأنه نجس قبل الطبخ فلا يحل بالطبخ ولا يحد شاربه؛ لأنه شرب المريء النجس دون الخمر؛ لأنه بعد الطبخ والخلط لم يبق نيئًا من ماء العنب ولا بأس بتخليل الخمر، بأن ألقي فيها خلًّا أو ملحًا أو سمكًا أو بيضًا أو نقلها من الظل إلى الشمس حتى صار حامضًا يحل شربه خلافًا للشافعي لما روي أن النبي عليه السلام مرّ بشاة ميتة لآل ميمونة فقال: "**هلّا انتفعتم بإهابها**". فقيل إنها ميتة فقال: "**إيَّما إهاب دبغ فقد طهر**" كالخمر تخلل فتحل ولأن هذا ينبغي في تطهير عين نجسة لأنه يطهرها بالتخليل لأن به تزول صفة الخمرية وهي صفة نجسة ويثبت صفة الخلية وهي صفة طاهرة فلا بأس به كدبغ جلد ميتة وغسل نبات بخسةٍ، ولو كان الخمر فيها حموضة غالبة وفيها طعم المرارة، فإنه لا يحل ما لم تزل المرارة بالكلية عند أبي حنيفة وعندهما يحل واعتبر الغالب منها وكذلك تعليل التغير من العصير إلى الخمرية لا يصير خمرا عنده وعندهما يصير خمرا.

كتاب الشفعة

تحتاج إلى معرفة: مشروعية الشفعة، وتفسيرها، وسبب ثبوتها، وركنها، وشروط ثبوتها، وحكمها.

أمّا مشروعيتها: فلقوله عليه السلام: "**الجار أحق بسقبه**" وفي رواية: بصقبه بالصاد والعرب تبدل أحدهما بالآخر لقرب المخرج، وأراد بقوله: بسقبه أي أحق نسب قربه أو لقربه فالحق اسم لما هو لازم فأحق أن يكون ألزم وقوله عليه السلام: "**الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره**" وعليه إجماع الأمة.

وأما تفسيرها لغة: فالشفعة في اللغة مأخوذ من الشفاعة أو من الشفع وهو من انضمام الشيء إلى الشيء وفي متعارف الشرع يراد بها تملك المنفعة المشتراة بمثل الثمن الذي قام على المشتري وإنما سمي هذا النوع من التمليك شفعة لما فيه من وجود معنى الشفاعة وهو ترك صاحب الحق حقه على المشفوع له شفاعة الشفيع وبقاء المشتري بترك حقه على الشفيع بأمر الشرع فكان فيه معنى الشفاعة من هذا الوجه.

وأمّا سبب ثبوتها: فالشركة أو الجوار مع الشراء بدليل أنه لو سلم الشفعة قبل الشري لم يصح، ولو كان الشري شرطا لثبوت حق الشفعة وجب أن يصح التسليم قبله لأن الإبراء عن الحق بعد وجود سبب الثبوت جائز فلما لم يصح التسليم قبل الشراء علمنا أنه سبب مع الشركة أو الجوار وذلك لأن لكل واحد منها أثرًا في إيجاب الشفعة؛ لأنها وجبت لدفع ضرر الدخيل ضرر أدنى المجاورة وسوء المصاحبة وضرر الدخيل إنما يتحقق بهما فيصير كلاهما سببا.

وأما شرط ثبوتها: كون المحل عقارا لا منقولا؛ لأن الشفعة ثبتت في العقار لا في المنقول لما تبين.

وأمّا حكمها: فوقوع الملك للشفيع في البقعة المشفوعة بعد الأخذ.

(باب ما تستحق به الشفعة)

الشفعة تستحق معاني الشركة في البقعة أو الشركة في الحقوق أو الجوار الملاصق، وعند الشافعي لا تستحق إلا بالشركة في نفس المبيع فيما يحتمل القسمة.

والصحيح قولنا لقوله عليه السلام: "**جار الدار أحق بشفعة الدار**" ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الدخيل عن الأصيل وهو ضرر سوء الصحبة وأدنى المجاورة وهذا الضرر مما يدوم طول عمره وربما يضطر إلى الانتقال من الدار التي هي خطة إيابه ومولده ومنشأه وهجران من يوافقه من الجيران وإنه ضرر لا يقابله عوض وضرر المشتري باطل ملكه ساعة ضرر لا يدوم وإنه ضرر يقابله عوض يعدله فكان ضرر الأصيل أعلى فيجب دفع الضرر الأعلى ليحمل الأدنى إلا أن حقيقة الضرر باطن والاتصال بين الملكين بسبب ظاهر فصار الاتصال بين الملكين سببًا لاستحقاق الشفعة كما في الشريك فالشفعة أولى للشريك في نفس المبيع، فإن سلم فللشريك في حقوقه كالشريك في الطريق والشرب، فإن سلم للجار الملاصق.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا سلم الشريك الشفعة فلا شفعة لغيره؛ لأن السبب لم ينعقد موجبًا للشفعة للجار بدليل أنه لا يملك المطالبة بها والوجوب حكم شرعي يعرف بظهور أثره وهو ملك المطالبة، فإذا لم يظهر أثره وهو ملك المطالبة لم يظهر الوجوب أصلًا. وجه ظاهر الرواية أن سبب استحقاق الشفعة وجد في حق كل واحد وهو الاتصال بين الملكين لدفع ضرر الدخيل إلا أنه قدم البعض على البعض لرجحان السبب في قوته، فإن الاتصال في الشركة أكثر والضرر من الشريك في البقعة أكثر من الضرر من الشريك في الحقوق، والضرر من الشريك في الحقوق أكثر من الضرر من الجار الملازق الذي بينهما حد فاصل فاعتبرنا أصل سببًا لاستحقاق الشفعة دفعًا للضرر الناشئ عنه فاعتبر بأكثره الاتصال وكثرة الضرر للترجيح، فإذا أسقط الشريك حقه بالتسليم كان للآخر أن يستوفيه لقيام السبب في حقه وإذا تصدق البائع بقطعة من الدار وطريقها إلى باب الدار وسلم ثم باع الباقي

لا شفعة للجار؛ لأن الشريك في الطريق أولى من الجار وهذه حيلة لإسقاط شفعة الجار، فإنه يهب البائع منه قطعة من الدار بطريقها ليصير شريكًا في الطريق ثم يبيع منه البقية ولا شفعة للجار المقابل؛ لأن ضرره دون ضرر [المجاور]، والشرع ورد بالشفعة في حق هؤلاء دفعًا للضرر عنهم فلا يقاس عليهم غيرهم مع التفاوت في الضرر والنص الوارد في الجار الملازق ولا يكون واردًا في الجار المقابل؛ لأنه لا اتصال للمقابل بالمبيع فيمكن النقصان في جواره فلا يدخل تحت اسم الجار والشفعة على عدد الرؤوس دون قدر السهام.

وقال الشافعي: على قدر السهام.

وصورته: إذا كانت الدار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع صاحب النصف نصيبه، فإنه يقسم ما باع بين الشريكين نصفين.

وقال الشافعي رحمه الله يقسم بينهما أثلاثا.

والصحيح قولنا؛ لأنهم استووا في علة الاستحقاق؛ لأن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدره؛ لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل، ولا يندفع الضرر إلا إذا جعل أصل الملك سببًا؛ لأنه لو استحق بقدر ملكه يبقى الدخيل بعده فلا يندفع الضرر عنه، ولهذا لو كانت الدار بين اثنين لأحدهما كثير ولِلآخر قليل فباع صاحب الكثير يستحق صاحب القليل الكل بالشفعة.

ولو كانت العلة قدر الملك لما أخذ إلا بقدر الملك إلا أنه صار أصل الملك علة لمعنى وهو دفع الضرر، والحكم يدار على العلة لا على المعنى تيسيرًا كما في السفر والسلم.

(فصل)

سكة عظيمة غير نافذة وفيها سكة أخرى صغرى فبيعت دار في السكة العظمى فالشفعة لأهل السكتين جميعًا؛ لأن للكل حق المرور في السكة العظمى، فكان الكل شريكًا في طريق السكة العظمى، وليس لأهل السكة العظمى حق المرور في السكة الصغرى؛ لأن طريق الصغرى غير طريق العظمى لاختلاف السكتين بخلاف

السكة الواحدة إذا بيعت دار في أقصاها فالأعلى من أهل السكة والأقصى سواء في الشفعة، وإن لم يكن للأعلى حق المرور في الأقصى؛ لأن للكل شركة في أول السكة إلا أن شركة البعض أكثر وشركة البعض أقل فلا عبرة للكثرة والقلة سكة غير نافذة بيعت فيها دار فأهلها شفعاء؛ لأنهم شركاء في حقوق المبيع سواء، وإن كان فيها عطف إن كان مربعا فأصحاب العطف أولى بما بيع في عطفهم؛ لأنهم بسبب التربيع يصير العطف المربع كالمنفصل عن السكة؛ لأن هيأة الدور في العطف المربع يخلف هيأة الدور في السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة أخرى فصارت سككه في سكة، ولهذا يمكنهم نصف الدرب في أعلاها وهم أهل السكة فيما بيع في السكة سواء كما لو بيعت دار في السكة العظمى فهم وأهل السكة الصغرى فيها سواء فكذا هذا.

وإن كان العطف مدورا فالكل سواء؛ لأن العطف المدور اعوجاج في بعض السكة وبذلك لا يصير بمنزلة سكتين؛ لأن هيأة الدور فيها لا تتغير بسبب الاعوجاج فكانت سكة واحدة درب غير نافد فيه دور لقوم فباع واحد بيتا شاركا في السكة العظمى على أن لا طريق له في الدار فلأصحاب الدرب أخذه بالشفعة؛ لأنهم شركاء في الطريق، فإن سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لهم وإنما الشفعة للجار الملازق لأنه لما باع البيت أولا بطريق طريق لم يبق للبيت طريق في الدار فلم يبق أهل الدرب شركاء في الطريق وقت الشركاء الثاني يلاق البيع الأول؛ لأنه حين باع كان للبيت طريق في الدرب فكان أهل الدرب شركاء في طريق البيت. درب غير نافذ في أسفله مسجد ظهره إلى الطريق الأعظم خطه الإمام فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لأهل الدرب إلّا من جاورها، وإن كان حول المسجد بيوت تحول بينه وبين الطريق الأعظم فالشفعة لكل أهل الدرب؛ لأن المسجد متى لم يكن حوله سكة كان بمنزلة الطريق النافذ؛ لأن الإمام حين اختط هذا المسجد كان له أن يفتح بابًا إلى الطريق الأعظم وكذا لأهل المسجد أن يفتحوا بابًا إلى الطريق الأعظم والدخول فيه للصلاة، وإمكان الفتح كالفتح.

ولو فتح الإمام الباب وقت الاختطاط كانت السكة نافذة فكذا إذا أمكنه الفتح ولم يفتح.

ولو كان مكان المسجد دارًا اتخذوها مسجدًا فكذلك لهم الشفعة؛ لأن صاحب الدار لو فتح بابًا إلى الطريق الأعظم لا تصير السكة نافذة؛ لأن الشركة في الطريق قبل الفتح بينهم كانت شركة خاصة والحق كان ثابتًا لهم فلا يبطل بفعل محدث بخلاف ما لو خط الإمام مسجدا؛ لأنه لو فتح الإمام بابه إلى الطريق الأعظم لا يصير بفتح الباب قاطعا شركة خاصة على أحد بل مبقيا الطريق على الشركة العامة كما كان قبل القسمة فكذا إذا لم يفتح؛ لأن إمكان الفتح كالفتح دار فيها طريق إلى الدرب ويخرج من باب آخر منها إلى الطريق الأعظم، فإن كان طريقًا للناس فلا شفعة لأهل الدرب؛ لأن السكة نافذة وإن كان طريقًا لأهل الدرب خاصّة فهم شفعاء؛ لأن السكة غير نافذة، فإذا كان بين الدارين طريق نافذ فلا شفعة إلّا للجار الملاصق والطريق النافذ الذري لا يستحق به الشفعة ما لا يملك أهله سده ويتعلق به حق جميع المسلمين.

فأمّا إذا كان الطريق النافذ مملوكًا فهو في حكم غير النافذ، ألا ترى أن لهم أن يسدوه ويمنعوا الناس من استطراقه. اشترى بيتًا علوه لآخر وطريق البيت في دار أخرى فالشفعة لمن في داره الطريق؛ لأن صاحب العلوّ جار والذي له شرك في الطريق خليط والخليط مقدم على الجار.

(**النوادر**): دار بيعت ولها بابان في زقاقين ينظر إن كانت في الأصل دارين باب أحدهما في زقاق وباب الآخر في زقاق آخر فاشتراهما رجل واحد ورفع الحائط بينهما حتى صار كلها دارًا واحدة فلأهل كل زقاق أن يأخذوا الجانب الذي يليه؛ لأنه كان لأهل كل زقاق جوار بأحدهما، وإن كانت في الأصل دارًا واحدة ولها بابان فالشفعة لأهل الزقاقين في جميع الدار بالسوية؛ لأن الدار لما كانت واحدة في الأصل كان الجوار لكل دار ثابتا لأهل الزقاقين فكانت العبرة للأصل لا للعارض ونظير هذا الزقاق إذا كان في أسفله زقاق آخر إلى الجانب الآخر فرفع الحائط بينهما حتى صار الكل سكة واحدة كان لأهل كل زقاق شفعة في الزقاق التي لهم خاصة ولا شفعة لهم في الجانب الآخر وكذا سكة غير نافذة فرفع الحائط من أسفلها حتى صارت نافذة فهم فيها شركاء؛ لأن المنفذ محدد وإنما ينظر إلى أول

الأمر لا إلى ما صار في الانتهاء. أرض بين قوم اقتسموها بينهم ورفعوا طريقًا بينهم فجعلوها نافذة ثم بنوا دورًا وجعلوا أبواب الدور شارعة إلى سكة فباع بعضهم دارًا فالشفعة بينهم سواء؛ لأن هذه السكة وإن كانت نافذة فكأنها غير نافذة؛ لأن لهم أن يسدُّوا المنفذ فكذلك لو قالوا جعلناها طريقًا للمسلمين؛ لأن لهم أن يرجعوا ويسدوا الطريق وهو الأصح.

له: اثنان في دار كل واحد فوق الآخر، وكل واحد لإنسان فباع واحد منهم بيته، فإن كان طريق الكل في الدار فللباقيين أن يشتركا في الشفعة لاستوائهما في شركة الطريق، وإن كان أبوابهما في السكة، فإن باع الأوسط كان للأعلى والأسفل أن يأخذوا بالشفعة لأنهما جاران له، وإن باع الأعلى أو الأسفل والأوسط أولى؛ لأنه هو الجار الملازق دون الأعلى أو الأسفل. رجل اشترى دارًا من سكة غير نافذة ثم اشترى دارًا أخرى، فإن لأهل السكة أن يأخذوا الدار ويكونوا شركاء في الثانية؛ لأن وقت شراء الدار الأولى لم يكن المشتري شريكهم في السكة ووقت شراء الدار الثانية كان شريكهم في السكة. دار كثيرة فيها مقاصير باع صاحب الدار مقصورة أو قطعة معلومة أو بيتًا فلجار الدار الشفعة فيها كان جاريا من أي نواحيها؛ لأن المبيع من جملة الدار، والشفيع جار للدار فكان جارًا للمبيع، وإن سلم الشفعة ثم باع المشتري المقصورة أو القطعة المبيعة لم تكن الشفعة إلا لجارها؛ لأن المبيع صار مقصودا أو مفردا بالملك فخرج من أن يكون بعض الدار. دار بين ثلاثة نفر فاشترى رجل نصيبهم واحدًا بعد واحد فللجار أن يأخذ الثلث الأول وليس له على الثلثين الباقيين سبيل؛ لأن المشتري في الثلثين الباقيين صار شريكًا وقت شرائهما والشريك مقدم على الجار ولا شركة وقت شراء الثلث الأول.

ولو كانت الدار بين أربعة نفر فاشترى رجل نصيب الثلث واحدًا بعد واحد والرابع غائب فحضر فله أن يأخذ نصيب الأول وحده وهو في نصيب الآخرين شركة لما قلنا.

ولو اشترى أحد الأربعة نصيب الاثنين واحدًا بعد واحد ثم حضر الرابع كان شريكًا في النصيبين جميعًا؛ لأن المشتري شريك وقت شري النصيبين وفي المسألة

المقدمة غير شريك وقت شراء نصيب الأوّل. سفل بين رجلين ولأحدهما علو بينه وبين آخر فباع الذي له شركة في العلو والسفل نصيبه منهما فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ولشريكه في العلو الشفعة في العلو؛ لأن الشريك في السفل جار في حق العلو أو شريك في الحقوق وإذا كان طريق العلو فيه وشريك العلو جار في حق السفل والشريك في المبيع مقدم على الجار وعلى الشريك في الحقوق.

ورُوي عن أبي يوسف رجل له علو في دار لرجل وطريقه فيها وبقية الدار لآخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فلصاحب السفل الشفعة بالجوار؛ لأن ملك كل واحد منهما متصل بالآخر فكانا جارين؛ لأن الجوار ليس إلا اتصال الملك وقد وجد إلا أنه وجد طولا فصار كما لو وجد عرضا.

ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل آخر فالشفعة لصاحب الطريق لا لصاحب السفل؛ لأن الشريك في الطريق مقدم على الجار، فإن سلم صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملازق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لأنهما استويا في الجوار، فإن لم يكن الجار ملازقا وبين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له؛ لأنه ليس بجار. وعن أبي يوسف بيت عليه غرفتان إحداهما فوق الأخرى، ولكل غرفة طريق في دار أخرى وليس بينهم شركة في الطريق فباع صاحب البيت الأوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعًا؛ لأنهما تساويا في الجوار فإن باع صاحب العلو كانت الشفعة للأوسط دون الأسفل.

(**الزيادات**): وإذا بيع السفل فلصاحب العلو الشفعة بجواره إذا لم يكن طريقهما مشتركًا وهو كدارين متجاورتين لأحدهما حسب على حائط الآخر فصاحب الحسب لا يستحق الشفعة إلا بالجوار وإن لم يأخذ حتى انهدم البناء أو كان مهدوما حين البيع فلا شفعة عند أبي يوسف خلافًا لمحمد.

له: أن الشفعة في العلو لا تستحق بغير البناء؛ لأنه مما يحول وينقل، والمنقول لا يستحق بالشفعة وإنما يستحق بسبب قرار الملك البناء وهو حق التعلي وهذا قائم؛ لأن غير البناء ليس بمستدام وإنما المستدام حق قرار البناء والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل على سبيل الدوام.

لأبي يوسف: أن الشفعة إنما تستحق بما هو مملوك للشفيع بدليل أن الساكن لا يستحق الشفعة لانعدام الملك، والهواء غير مملوك؛ لأن الهواء ليس بمحل للعقد وكذا حق التعلي؛ لأنه لا يجوز بيعه من غير بناء وإنما البناء مملوك له، وقد انعدم البناء فانعدم ما يستحق به الشفعة قبل أن يأخذ فتبطل شفعته كما لو باع ملكه قبل البيع فكذلك مجرد الممر من غير ملك الطريق أو مجرد حق إجراء الماء من غير ملك النهر فهو وساحة العلو سواء لا يستحق بالشفعة على الانفراد كما لا يستحق بالشفعة.

ولو باع العلو فذهب السيل ببنائه قبل القبض بطل البيع؛ لأن المبيع هو البناء دون الهواء؛ لأنه ليس بمحل للعقد وهلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع.

(**النوادر**): ولو أوصى بغلّة دار لرجل وترقبها لآخر فبيعت دار بجنبها فشفعتها لصاحب الرقبة؛ لأن السبب تحقق في حقه وهو الجوار، ولو اشترى دارًا فلم يقبضها حتى بيعت بجنبها دار أخرى فله الشفعة؛ لأنه ملكها بالبيع فثبت له الجوار.

(باب الشفعة في الأنهار والطرق والحيطان)

والشريك في الأرض أحق من الشريك في شرائها؛ لأنه شريك في نفس المبيع وصاحب الشرب شريك في حقوقه والشركاء في النهر الصغير أحق من الجار ومن الكبير الجار أحق؛ لأن الشركة في النهر الصغير شركة خاصة والشركة الخاصة معتبرة في استحقاق الشفعة كالشركة في طريق خاص والشركة في النهر الكبير شركة عامة وهي غير معتبرة في استحقاق الشفعة كالشركة في طريق عام نافذ؛ لأنها لو اعتبرت في الاستحقاق لم تفد؛ لأنه لا يصيب كل واحد من الشركاء ما ينتفع به من الأرض المبيعة لكثرتهم وما لا ينتفع به من الملك يكون وجوده وعدمه بمنزلة.

ثم قال محمد: النهر الكبير ما يجري فيه السفن ولم ينص على التجديد في النهر الصغير، واختلف مشايخنا فيه قيل: الصغير ما لا يجري فيه السفن، وقيل الصغير ما يتفرق ماؤه بين الشركاء وينفذ إذا انتهى إلى آخر الأرض ولا يكون له منفذ إلى المفاوز وإلى الأوارق، والكبير ما يكون له منفذ إلى المفاوز وإلى الأوارق كما في

السكة إن كانت نافذة فهي عامة وإن كانت غير نافذة فهي خاصة وقيل الصغير أن يشترك فيه ما دون المائة، والكبير أن يشترك فيه مائة فما فوقها استدلالًا كما لو أعتق واحد من الغانمين عبدًا من المغنم نفذ الأحرار بدار الإسلام قبل القسمة إن كان الغانمون أقل من مائة ينفذ عتقه واعتبر شركة خاصة، وإن كانوا مائة لا ينفذ فاعتبر شركة عامة. نهر لرجل عليه أرضون ولآخرين عليه أرضون ولا شرب لهم فيه فبيع النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة لتساويهم في جوار النهر، وإن بيعت الأرض خاصة فالملازق لها أولاهم بالشفعة؛ لأن الملازق جار الأرض، وليس للآخرين جوار الأرض ولا لهم شركة في الشرب ولا في رقبة النهر، ولو بيعت الأرض والنهر جميعًا فهم شفعاء في النهر ويختص ملازق الأرض بشفعتها؛ لأن للكل جوارًا بالنهر وللملازق جوار بالأرض خاصة فاختص بشفعتها وهذا بمنزلة طريق في دار لرجل فباع الطريق وهو له خاصّة، فالطريق لجار الطريق والأرض لجار الأرض، وهذه المسألة تدل على أن من باع أرضين ولرجل آخر أرض تلازق بعض الأراضي دون البعض فله أن يأخذ التي تلازق أرضه دون الأخرى إذا كان الآخر يطلب الشفعة ما كان لزيق أرضه، وإن كان الآخر لا يطلب شفعة ما كان لزيق أرضه فالآخر يطلب، ويقال للطالب: إما تأخذ الكل أو تدع إذا لم يرض المشتري بتفريق الصفقة نفيا للضرر عنه.

ولو اشترى رحى وبيتها ولرجل أرض يلازق البيت ومن الجانب الآخر من النهر أرض لآخر يلزق بالنهر ولا يلازق البيت فهما في الشفعة سواء؛ لأن الرحا من النهر كسبي واحد؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بالرحا بدون النهر وهما في النهر سواء فيكون النهر مع الرحا بينهم بالسويّة بخلاف الأرض مع النهر؛ لأنه أمكن الانتفاع بالأرض بدون النهر بأن يبني عليها ويتخذ منها اللبن وذلك من منافع الأرض، وكذلك النهر فيما ينتفع به منافع النهر بدون الأرض بإمرار الماء فيه إلى الحياض وإلى الأراضي فصار كدارين مختلفتين فجيران كل واحدة منهم أولى من الآخرين.

وقال محمد: إذا انشق من هذا النهر نهر يتربع فيه أرضون فأصحاب التربيع أحق بما فيه بمنزلة سكة غير نافذة فيها عطف مربع، وصورته إذا نزع من هذ النهر نهر

آخر فبيعت أرض بشربها من هذا النهر النازع فأهل النهر النازع أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير المنزوع عنه لأنهم يختصون بشرب النهر النازع.

وإن بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع سواء كما في السكة فيها عطف مربع. قال محمد: قراح وجد في وسطه ساقية جارية يشرب هذا القراح منها من الجانبين فيبع القراح، فجاء الشفيعان أحدهما على هذه الناحية من القراح والآخر يلي الجانب الآخر قال هما شفيعان في القراح وليست الساقية بحائلة؛ لأن الساقية في حقوق هذا القراح فلا يعتبر فأصله كالحائط الممتدّة، ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح ويشرب منها ألف جريب خارجة من هذا القراح قال أصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار؛ لأن لهم شركة في الساقية.

(فصل)

دار بين رجلين، ولأحدهما حائط في الدار بينه وبين آخر بأرضه فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار والحائط فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في الحائط أحق بالحائط وهو جار في بقية الدّار، وكذلك لو كان مكان الحائط بئر مشتركة؛ لأن البئر والحائط ليسا من حقوق الدار فكان الشريك فيهما جارًا للدار والشريك في نفس المبيع مقدم على الجار.

ورُوي عن أبي يوسف وزفر: حائط بين داري رجلين بينهما فصاحب الشركة في الحائط أولى بالحائط من الجار وبقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار.

وكذلك بيت بين رجلين في دار رجل فباع الرجل الدار فالشريك في البيت أولى بالبيت وبقيّة الدار هبة وبين الدار؛ لأنه يساوي الجار في البقية، وروي عن أبي يوسف الشريك في الحائط أولى ببقية الدار وهو الأصح؛ لأن الشركة في نفس المبيع ثابتة؛ لأن الحائط من جملة الدار والشريك في بعض المبيع أولى من الجار.

وذكر محمد مسألة تدل على أن الشريك في الحائط أولى فقال في حائط بين دارين ولكل واحد منهما عليه حسب ولا يعلم أن الحائط بينهما إلّا بالحسب فبيعت إحدى الدارين، فإن أقام الآخر البينة أن الحائط بينهما فهو أحق به من الجار.

وقوله: أحق من الجار ظاهره يقتضي أنه أحق بالجميع وإن لم يقم له بينة لم أجعله شريكا؛ لأن استحقاق الحائط ثبت باعتبار الظاهر والشفعة لا تستحق بالظاهر.

ورُوي عن أبي يوسف فيمن اشترى حائطًا بأرضه ثم اشترى ما بقي من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة في الحائط ولا شفعة له في بقية الدار؛ لأن الحائط حائل بينه وبين ملكه في بقية الدار فلم يكن جارًا لبقية الدار وقت المبيع فلا تجب به الشفعة.

قال أبو يوسف ومحمد: دار بين ثلاثة نفر وفيها بئر وطريق بين اثنين منهم خاصّة فباع من له شركة في الدار والبئر والطريق نصيبه من الدار فالشفعة لمن له شركة في الكل لا لمن له شركة في الدار خاصّة لأن الشركة في البئر والطريق أمكن أن يعتبر ترجيحا للشركة في الدار؛ لأن البيع والطريق بيع للدار لأنهما من حقوق الدار ومرافقها فكانت الشركة فيهما تبعًا للشركة في الدار، وبيع الشيء بمنزلة صفته وما يصلح صفة للعلة يصلح ترجيحا للعلة كقرابة الأب في الإخوة لما صلحت صفة للعلة اعتبرت ترجيحا بخلاف ما لو كان لأحدهما زيادة نصيب في المبيع على الآخر لا يترجح صاحب الكبير على صاحب القليل؛ لأن كل جزء من نصيبه أصل في الدار وليس تبيع للجزء الآخر ولا صفة له فلم يمكن أن يعتبر ترجيحا كالزيادة في عدد الشهود.

ورُوي عن أبي يوسف: لو أن رجلًا له مسيل ماء في دار بيعت كانت له الشفعة بالجوار؛ لأن الشركة وليس المسيل كالشرب؛ لأن صاحب المسيل يختص بمسيل الماء ليس للآخر معه شركة في شيء فصار كحائط لصاحب إحدى الدارين في الأخرى.

(باب من يستحق الشفعة)

والصغير والكبير والحر والعبد والمسلم والذمي والمأذون والمكاتب في الشفعة سواء لأنها شرعت لدفع الضرر فالكل سواء في ذلك والخصم فيما يجب

بالشفعة للصبي أو عليه وليه الذي يتصرف في ماله فإن لم يكن للصبي أحد فأخذها يقف على بلوغه لقوله عليه السلام: "**ينظر للشفيع إذا كان غائبا**" فكذلك إذا كان عاجزًا، ولأن حق الشفعة متى ثبت لا تبطل إلا بترك الطلب بعد سماع المشتري مع القدرة على الطلب أو التسليم ولم يوجد واحد منها من الصغير، وكذلك أهل العدل وأهل البغي في الشفعة سواء لأنهما يستويان في نسبهما وهو الملك ولا شفعة له فيما باع أو بيع له وله الشفعة فيما اشترى أو اشتري له، وكذلك لا شفعة للوكيل فيما باع وله الشفعة فيما اشترى؛ لأن إيجاب الشفعة للبائع تؤدي إلى التضاد لأنه يؤدي إلى أن يكون البائع مملكًا ومزيلًا للملك بالبيع ومتملكًا بالشفعة في ساعة واحدة لأنه كما صار مملكًا بالبيع يثبت له حق الشفعة فيصير متملكًا بالشفعة والواحد لا يصلح مملكًا ومتملكًا في ساعة واحدة.

فأمَّا إيجاب الشفعة للمشتري لا يؤدي إلى التضاد والتناقض؛ لأن التملك بالشفعة مثل التملك بالشراء لا تنافي بينهما بل يكون أحدهما مؤكدا ومقررا للآخر إذا كان فيها شفيع آخر فكانت الشفعة مقيدة باعتبار أنها مقررة لملكه فكذا لو باع عقارًا وشرط الخيار لغيره وأمضى ذلك الغير البيع وهو شفيع فلا شفعة له؛ لأنه يتبرع منزلة البائع في إمضاء البيع.

ولو كان المشتري شرط الخيار لغيره فأجاز وهو شفيع فله الشفعة؛ لأنه قائم مقام المشتري في إتمام البيع وإمضائه وإذا باع المولى فلعبده المأذون أن يأخذ بالشفعة إن كان عليه دين؛ لأن المأخوذ لا يكون للمولى رقبة وتصرفًا عند أبي حنيفة وعندهما تصرفًا فكان أخذه وأخذ أجنبي آخر سواء، وإن لم يكن عليه دين لا يأخذه؛ لأن المأخوذ ملك المولى.

(**النوادر**): رجل أجر داره مدّة معلومة ثم باعها قبل مضي المدّة والمستأجر شفيعها فالبيع موقوف على حق المستأجر لقيام الإجارة، فإن أجار المستأجر البيع نفد في حقه وكان له الشفعة لوجود سببها، وإن لم يجز البيع لكن طلب الشفعة بطلت الإجارة لأنّه لا صحة للطلب إلا بعد بطلان الإجارة بخلاف ما لو باع. مَن أجر دارًا على أن يكفل فلان بالثمن وفلان شفيعها فكفل حيث لا شفعة له؛ لأن

الكفالة لما كانت مشروطة في البيع لا يجوز البيع ما لم يكفل؛ لأن الجواز صار مضافًا إلى الكفالة فصار الكفيل بمنزلة البائع لما مرّ في البيوع وهنا البيع جائز من غير إجازة المستأجر عن توقيف في حقه فصار بمنزلة ما لو باع دارًا على أن لفلان الخيار وفلان شفيعها كان له الشفعة فكذا هذا.

(باب فيما يثبت الشفعة)

ولا شفعة في غير العقار، وقال ابن أبي ليلى: يجب في المنقولات بالشركة لا بالجوار.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**لا شفعة إلّا في أرض أو ربع**".

وحديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**الشفعة في كل شيء حتى الرقيق**" لم يصح؛ لأن هذا الحديث لما بلغ عطاء لم يلتفت إليه، ولأنه ورد فيما تعم به البلوى، ولم يشتهر ولم يستقص فلم يصح، ولأن ضرره في المنقول يمكن دفعه بالبيع وبيعه لا يعدّ ضررًا عظيمًا؛ لأن المنقول معد للبيع لا للإمساك والدوام بخلاف العقار؛ لأنه لا يشترى إلا للتأبيد والاقتناء لا للبيع فمتى تضرر من جهة الدخيل لا يمكن دفعه إلا بالمرافعة إلى القاضي أو بالبيع وفي كل ذلك مضرة عظيمة.

ولو اشترى شجرة ليقطعها أو بناء ليقلعه لا شفعة فيه؛ لأن المبيع هو المقطوع والمقلوع، فإنه منقول، وتجب الشفعة في البئر والنهر والعين؛ لأن المبيع أرض ويخشى فيها التأذي والضرر على الدوام. اشترى رحا ماء تجب الشفعة وما كان مركبا في بنائه يدخل في الشفعة؛ لأنه عقار وما كان مركبا فيه يكون تابعًا للبناء فكان بمنزلة البناء، والحجر السفلى يدخل دون العليا؛ لأن السفلى تركب في البناء دون العليا.

ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يوجد بلا صيد يستحق الأجمة والقصب بالشفعة دون السمك؛ لأنه منقول والقصب مثبت في الأرض ومتصل بها فكان بمنزلة البناء، وتجب الشفعة في العقار فيما يقسم وما لا يقسم كالحمام والرحا والبئر والنهر والدور الصغار.

وعند الشافعي: لا شفعة فيما لا يقسم بناء على أن عنده الشفعة تجب لدفع ضرر المقاسمة وعندنا تجب لدفع ضرر التأذي لا لدفع ضرر المقاسمة؛ لأنه حق يستحق عليه شرعا وإيفاء حق مستحق عليه شرعا لا بعد إضرار أو ضرر أذى المجاورة وسوء المصاحبة قد يتحقق فيما يقسم وفيما لا يقسم، ولا شفعة فيما لا يجوز بيعه من العقار كالأوقاف المؤبدة والخانات المسبلة عند من يرى جواز الوقف؛ لأن حق الشفعة يبنى على صحة المبيع.

وذكر في النوازل دار بيعت بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف حتى يأخذها القيم؛ لأن الشفعة تستحق بحق الملك والموقوفة ليست بمملوكة لأحد في الحقيقة ولا شفعة إلا في عقد هو معاوضة المال بالمال كالبيع وما هو بمعناه كالصلح والهبة بشرط العوض، ولا شفعة فيما يملك بغير بدل كالهبة والصدقة والميراث والوصيّة والخلع والصلح عن دم العمد؛ لأنه تعذر تملكه بغير عوض؛ لأنه ضرر محض وهو لم يشرع عليه وتعذر تملكه بالقيمة؛ لأن الشرع شرعها بمثل ما يملك به الدخيل ولم يوجد.

ولو وهب عقارًا بشرط العوض فلا شفعة فيه حتى يتقابضا، فإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة خلافًا لزفر بناء على أن الهبة تنعقد تبرعًا ابتداء وتتم معاوضة انتهاء عند اتصال القبض فما لم يتقابضا لا يكون في معنى البيع وعنده تنعقد معاوضة ابتداء وهي مسألة كتاب الهبة.

وإن وهب بعض عقار فيما يقسم بشرط العوض لا شفعة فيه وإن تقابضا؛ لأن الهبة بشرط العوض تنعقد هبة ابتداء والهبة في مشاع يحتمل القسمة لا يجوز فانعقدت الهبة في الابتداء فاسدة والتمام بناء على الابتداء فيكون التمام بيعًا فاسدًا وكذلك الصدقة والنحل والعمرى، ولو أوصى بأن تباع داره من فلان بألف فباع الوارث أو الوصي منه فقبل الموصى له بعد موته وجبت الشفعة، وإن لم يقبضها؛ لأن الوصية بشرط العوض تصير بيعًا وتفيد الملك بشرط القبول قبل القبض بخلاف الهبة بشرط العوض لأنها لا تفيد الملك إلّا بعد القبض.

ولو وهب بغير شرط ثم عوضه فلا شفعة فيه وإن تقابضا؛ لأن هذا ليس في معنى البيع لأن العوض غير مشروط في العقد والعوض وإن كان يلتحق بأصل العقد

لكن من وجه دون وجه والشفعة تثبت فيما هو معاوضة من كل وجه لتكون بمعنى البيع فتلتحق به ومن لا يجوز هبته بغير عوض كالأب في مال أبيه وكالمكاتب والعبد التاجر إذا وهب بعوض لا يصح ولا يجب الشفعة عند أبي يوسف.

وعند محمد: يصح وتجب الشفعة لما عرف في الهبة ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع حتى يتم البيع؛ لأن المبيع لم يزل عن ملك البائع فلم يكن للشفيع التمليك على البائع كما للمشتري.

ولو كان الخيار للمشتري وجبت الشفعة خلافًا لمالك؛ لأن المبيع زال عن ملك البائع والشفعة متعلقة بزوال البائع لا بثبوت الملك للمشتري؛ لأنه يمكن للشفيع أن يتملك على البائع كما على المشتري، فإن أخذها الشفيع سقط الخيار؛ لأن البيع ينفسخ بين البائع والمشتري؛ لأن الشفيع صار متملكًا من جهة البائع كأنه اشترى منه.

ولو كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنبها فله الشفعة؛ لأن المشتري كان مالكا للدار قبل الشراء عندهما.

وعند أبي حنيفة: إن لم يكن مالكا لكن له حق الملك؛ لأن له أن يملك الدار بالإجارة وحق الملك كافٍ لثبوت حق الشفعة كالمكاتب والعبد المأذون يستحق الشفعة وله حق الملك لا حقيقة الملك، فإذا أخذ يبطل خياره في هذه؛ لأنه يكون ذلك اختيارا منه للملك دلالة فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى دارًا ولم يكن رآها ثم بيعت دار بجنبها فأخذها لم يبطل خياره في الرواية الصحيحة؛ لأن الأخذ بالشفعة دلالة الرضى وخيار الرؤية لا يبطل بالرضى صريحًا فكذلك بالرضى دلالة، وخيار الشرط يبطل بصريح الرضى فكذلك بالدلالة.

ولو كان الخيار للبائع فلا شفعة للمشتري؛ لأنه ليس له ملك ولا حق ملك وقت الشراء فلا يكون جارا لهذه الدار المبيعة وقت الشراء وإنما يصير جارًا بعد إجارة البائع مقصورا على الحال؛ لأن الجوار إنما يثبت بالسكنى أو بإمكان السكنى وأنه أمر حقيقي لا يمكن إسناده إلى وقت العقد فيكون جوار آحاد بعد الشراء ولا شفعة في البيع الفاسد ما دام حق البائع قائما في النقض؛ لأن للبائع حق الإعادة إلى

ملكه بالاسترداد فلا يعتبر زائلا عن ملكه في حق الشفيع لكيلا يتملك عليه فيبطل حقه بغير رضاه ولأن النقض كان مستحقًّا حقًّا للتبرع رفعًا للفساد وإيجاب الشفعة يتضمن إسقاط الفسخ فيتقرر الفساد فلا يجوز وإذا سقط حق البائع في النقض بأن زال عن ملك المشتري أو اتصل به زيادة يمنع الفسخ فللشفيع أن يأخذها بقيمته يوم القبض؛ لأن امتناع حق الشفعة لثبوت حق النقض، فإذا بطل حق النقض وبطلت الشفعة كما لو كان في البيع خيار للبائع فأسقط، فإن باع المشتري بيعًا صحيحًا فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ بالبيع الأول بالقيمة؛ لأنه صار للمشتري الأوّل بالقيمة وقد انقطع حق البائع، وإن شاء أخذه بالبيع الثاني بالثمن؛ لأنه انتصب وانتهض له ثلثان فله أن يأخذ بأيهما شاء.

ولو بنى في الدار المشتراة شراء فاسدًا فللشفيع الشفعة عند أبي حنيفة وعندهما لا شفعة بناء على أن حق البائع ينقطع بالبناء عنده خلافًا لهما وقد مرّت في البيوع. باع فاسدًا فقيل التسليم للبائع أخذ غيرها يسميها بالشفعة؛ لأن ملكه باق وكذلك المشتري بعد التسليم؛ لأنه ملكه وقت الشراء.

ولو اشترى فاسدًا ثم باع نصفها صحيحًا ثم جاء الشفيع يرد على البائع الأول نصف الدار؛ لأنه لم يوجد فيه ما يمنع الرد ويأخذ الشفيع نصف المبيع بقيمته، وإن شاء بثمنه الثاني؛ لأنه انقطع حق البائع في النصف.

ولو انقطع حق البائع عن الكل يثبت للشفيع الشفعة في الكل ويتخير وكذا هذا إذا انقطع حقه في النصف. باع كافر دارًا من كافر بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم أخذها بقيمة الخمر أو الخنزير؛ لأنه عاجر عن تسليم مثلها فتجب القيمة كما لو اشتراها بعرض لا مثل له. باع دارًا بجارية وتقابضا ثم جاء بولد لأقل من ستة أشهر وقد أخذ الشفيع بالشفعة فادعى البائع الولد يثبت النسب ويبطل البيع والشفعة لأن علوق الولد كان في ملكه فصحت دعوته فظهر أنه اشترى الدار بأم ولد فكان الشراء فاسدًا من الأصل فلا شفعة في الشراء الفاسد.

ولو جعل الدار مهرًا أو أجرة أو بدل خلع أو صلح عن دم فلا شفعة فيها.

وقال الشافعي: يجب بناء على أن هذه الأشياء غير متقومة بالمال عندنا حتى لا

يضمن مثلها وعنده متقومة لما عرف، ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفًا فلا شفعة في شيء من الدار عند أبي حنيفة وعندهما تجب الشفعة في حصّة الألف فكذلك على هذا الخلاف. لو خالع امرأة على دار على أن يرد الزوج عليها ألفًا.

لهما: أن الدار جعلها صداقًا ومبيعًا فما يخصّ البضع فهو صداق ولا شفعة فيه وما يخص الألف فهو مبيع لأنه مبادلة مال بمال، ولهذا يثبت فيه أحكام البيع كخيار الرؤية والرد بالعيب اليسير وبخيار الشرط فتجب الشفعة فيه. له أن المبيع ثبت ضمنًا وبيعًا للنكاح؛ لأن المبيع مشروط في النكاح، والشروط أتباع والمرأة ما بدلت الألف لتملك الدار بالبيع مقصودا وإنما بدلت ليستخلص الدار لها فصار في معنى المعاوضة في هذا العقد بيعًا للصداق وإذا لم تجب الشفعة فيما هو الأصل لم يجب فيما هو بيع تحقيقًا للتبعية.

(**النوادر**): رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرًا ثم دفع إليها دارًا ينظر إن قال الزوج جعلتها مهرك لا شفعة فيها؛ لأن هذا تعيين لمهر المثل ولا شفعة في المهور، وإن قال: جعلتها بمهرك ففيها الشفعة لأنها عوض عن مهر المثل فكانت مبيعة. رجل أسلم دارًا في مائة قفيز حنطة وسلم فجاء الشفيع فله الشفعة لأنها ملكت بعقد المعاوضة.

ولو لم يسلم حتى افترقا بطل السلم لمكان الافتراق ولا شفعة للشفيع؛ لأنه انفسخ عقد التسليم، وإن لم يفترقا حتى تناقضا السلم ثم افترقا فللشفيع فيها الشفعة؛ لأن الإقالة عقد جديد في حق الثالث والشفيع ثالث. رجل أوصى لرجل بدار ولم يعلم الموصى له حتى بيعت دار بجنبها فادعى الورثة شفعتها فلهم ذلك؛ لأن موته صار بمنزلة قبوله لما عرف في موضعه فصار ملكه موروثًا لوريثه فتحقق السبب للورثة.

(باب الشفعة في الأشجار والثمار والزروع مع الأرض)

اشترى أرضًا مع الزّرع أو اشترى أرضًا ونخلا فيها تمر فاشترط الثمرة في البيع للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة ما دام متصلًا استحسانًا.

وقال الشافعي: لا شفعة في الزرع والثمر.

والصحيح قولنا؛ لأن الزرع والثمار تابعة لِلأرض ما دامت متصلة بها، وإن كانت معدة للقطع والفصل فيظهر معنى التبعية في حق الشفيع فيأخذها تبعًا للعقار كالبناء والأشجار، ألا ترى أن الأبواب والسرر المركبة في البناء يأخذها الشفيع بحكم الاتصال بالعقار فكذلك الثمار، وإنما لا يدخل في البيع بدون الشرط لأنها غير معدة للتأبيد والقرار فلم يكن مقصودًا بالبيع، فإن حصد المشتري الزرع أو جدّ الثمر فلا شفعة فيه؛ لأنه لما انفصل انقطعت التبعية ولا تثبت الشفعة في المنقول إلّا تبعًا للعقار وسقط عنه حصته من الثمن؛ لأن العقد متناوله حقيقة.

(**النوادر**): ورُوي عن أبي يوسف: الثمن يقسم على قيمة الأرض وقيمة الزرع يوم وقع عليه العقد وهو بقل فيأخذ المشتري الأرض بحصتها؛ لأن الزرع دخل في العقد وهو نقل وزيادة القيمة لا تؤثر في تغيير القسمة كما لا تعتبر زيادة قيمة الأرض وقت قبض المشتري.

ورُوي عن محمد: أن الأرض تُقوّم وفيها الزرع وتُقوّم وليس فيها الزرع فيسقط عن الشفيع فيما بين ذلك؛ لأن الزرع دخل في العقد تبعًا للأرض على هذه الصفة فتعتبر قيمته كذلك ولا قيمة للزرع وهو نقل محصود وكان في اعتباره إضرار به، وكذلك الثمرة مع النخل يقوّم النخل وفيه التمر ويقوّم وليس فيه التمر ولا يقوّم التمر مجذوذا؛ لأنه لا قيمة له.

ولو كانت الأرض مبذورة لم يطلع الزرع بعد ثم طلع فحصده المشتري فعند محمد تقوّم الأرض مبذورة وغير مبذورة؛ لأن البذر بعد إلقائه في الأرض يصير مستهلكًا ثم لم يبق له قيمة، وعند أبي يوسف يقسم على قيمة الأرض والبذر كما في الزرع. رجل أخذ أرضًا مزارعة فزرعها فلما صار الزرع بقلًا اشترى المزارع الأرض مع نصيب رب الأرض من الزرع ثم جاء الشفيع فله الشفعة في الأرض وفي نصف الزرع؛ لأنه مبيع وهو متصل بالعقار فيجب فيه الشفعة تبعًا للعقار لكن لا يأخذ حتى يدرك الزرع؛ لأن نصف الأرض مشغول بنصيب المزارع ولم يجب للشفيع فيه الشفعة فكان المزارع أحق به حتى يدرك الزرع. رجل اشترى كرما

فأثمرت الأشجار وأكلها المشتري ثم حضر الشفيع فأخذ الكرم بالشفعة ينظر إن كانت الأشجار ذات ورد ولم يبدُ الطلع من الورد لا يسقط شيء من الثمن؛ لأنه لا حصة له من الثمن؛ لأنه غير متقوّم وإن بدا الطلع من الورد سقط بقدر ذلك؛ لأنه من الثمن يعتبر قيمته يوم قبض المشتري؛ لأن له حصة، وكذلك إن كان المشترى أرضًا فيه زرع لا قيمة له فأدرك الزرع وحصد المشتري ثم جاء الشفيع فأخذ الأرض لا يسقط شيء من الثمن الثمرة المتولدة قبل القبض توجد بالشفعة؛ لأنها مبيعة لأنها صارت مملوكة للمشتري بالبيع السابق، فإن لم يكن مذكورًا في البيع، فإن جذَّ الثمرة قبل الأخذ لا يأخذها؛ لأنه صار منقولا مطلقًا ويأخذ الأرض والنخيل بحصته؛ لأن الثمار الحادثة قبل القبض تصير لها حصّة من الثمن بالقبض؛ لأنه تناوله ما له شبه بالعقد وهو القبض؛ لأن وقت أخذ الشفيع المشترى يتملك الكل بجميع الثمن؛ لأن للثمار حصة من الثمن وقت أخذ الشفيع يظهر ذلك عند قبضه وكذلك الشفيع يتملكها بما يخصها من الثمن.

ولو اشترى أرضًا فيها نخل بعشرة أكرار ثمر فأثمر قبل القبض عشرة أكرار فالحادث مبيع لأنها متولدة من ملكه ويتصدق بالفضل؛ لأنه ربح حصل لا على ضمانه لأنه حين حدث لم يكن في ضمان المشتري فكان ربح ما لم يضمن فلا يطيب له، مذكور في (**الجامع**) ولا يفسد البيع بخلاف ما لو اشترى الأرض والنخيل والثمار بعشرة أكرار يفسد البيع؛ لأن الربا إنما يظهر في العقد وثمة العقد موجود حقيقة فما يقابل الثمن يكون الربا حقيقة فكأنه شرط في العقد ربا، أما هاهنا وجد وقت حدوث الثمر ما له شبهة بالعقد ما له شبهة في العقد وهو القبض لا أنه شرط في العقد ربا فيظهر الربا في حق لزوم التصدق بالفضل لا غير كما لو اشترى عبدًا قيمته ألفان بألف فقتل قبل القبض وغرم القاتل ألفي درهم تصدق المشتري بألف وتطيب له الألف فكذا هذا، فإن حضر الشفيع قبل القبض يقسم الثمن على قيمة الأرض والنخل والتمر فيأخذ الأرض والنخل بحصتهما من الثمن ويأخذ التمر حصته دنانير أو دراهم بخلاف المشتري، فإنه يأخذ الكل بالثمن؛ لأن الشفيع إنما يتملك بما يعطى من الثمن وتملك الثمن بثمن أقل منه أو أكثر لا يجوز؛ لأن بأقل يكون

ربا وبأكثر إن أمكن أن يجعل من الثمن بمقابلة الثمر مثليه والباقي، ما دام النخل والأرض احتيالا للجواز إلا أن هنا لا يمكن ذلك؛ لأن الشفيع إنما يتملك بمثل الثمن الذي يملك المشتري كذلك وضع التملك بالشفعة فلا يمكن تغييره عن وضعه وسنته.

وإن قضى للشفيع بالأرض والنخل ثم أثمر قبل القبض كان للشفيع بمنزلة المشتري؛ لأنه تملك الأرض والنخل بقضاء القاضي فصار كنصراني اشترى دارًا من نصراني بخمر وشفيعها نصراني فأسلم النصراني الشفيع لم تبطل شفعته ويأخذها بقيمة الخمر؛ لأنه عجز عن أخذها بمثلها بالإسلام فيأخذها بالقيمة ويتحول بدلها قيمة بحق الشرع فكذلك هنا يتحول بدل الثمار قيمة بحق الشرع؛ لأن حرمة الربا كان بحق الشرع، وكذلك لو حضر الشفيع بعد الإثمار في يد المشتري قبل الجذّ فهو كما لو حضر وقد أثمر قبل القبض؛ لأنه متصل بالنخيل فكان تبعًا له فإنها مملوكة للمشتري بالبيع السابق؛ لأنه ثبت الملك فيها تبعًا لثبوت الملك في المبيع وكان ثبوت الملك فيها بواسطة الملك في المبيع مضافًا إلى المبيع السابق.

ولو كان التمر كفري لم يصر بسرا يأخذ نخله بثمن مثل الثمن الأول لأنّ الكفري ليس بحال الربا؛ لأنه ليس بمكيل ولا موزون.

ولو صار التمر بسرًا أخذ البسر بحصته من الثمن دراهم أو دنانير؛ لأن البسر مال الربا لأنه من جنس الثمن، فإن كان المشتري جذّ البسر أو الكفري أو التمر ثم حضر الشفيع وأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن أو ترك؛ لأن التمر الحادث بعد القبض لا حصة له من الثمن فاحتباسها عند المشتري لا يسقط شيئًا من الثمن عن الشفيع بخلاف التمر الحادث قبل القبض له حصّة من الثمن؛ لأن انقسام الثمن يكون بالعقد أو بالقبض؛ لأن له شبهة بالعقد ولم يوجد في حق الثمار الحادث بعد القبض لا حقيقة العقد ولا ما له شبهة بالعقد. اشترى دارًا بعبد وتقايضا وفي الدار أبواب عليها صفائح فضّة وسلاسل فحضر الشفيع إن كان حصة الصفائح من قيمة العبد مثل الفضة قال القاضي سأقوّم العبد بالذهب أو بالفضة ولكن يقضي بأكثرهما على الشفيع، وإن كان حصتها أقل أو أكثر يقضي بقيمة حصتها ذهبا وفي قيمة الدار

والبناء يقوم بما شاء؛ لأن في حصة الصفائح يعذر تقويمه بجنسه تحرزًا عن الربا فيقوَّم بخلاف جنسه، وإن افترقا بعدما قضي بقيمة العبد قبل القبض انتقض القضاء وعاد الأمر إلى حاله ويحتاج إلى الاستئناف ولا تبطل الشفعة؛ لأن هذه مصارفه قصد به؛ لأن الصفائح والسلاسل أصل في التملك، ولهذا أجرى الربا فيكون القضاء بالشفعة فيه قضاءً لصرف فيبطل بالافتراق ومتى بطل القضاء بالشفعة بقدر الصفائح والسلاسل تبطل في الكل؛ لأن القضاء بالشفعة لا يحتمل الوصف بالتحري ثبوتًا ونفيًا، فإذا انتقض في بعضه انتقض في كله لكن لا تبطل الشفعة؛ لأنه لم يوجد من الشفيع الإعراض عن الطّلب ولا دليل الرضاء منه بنقض القضاء بالشفعة؛ لأنه لعل صاحبه فارقه بغير اختياره ورضاه، فإذا كان هذا السبب يتم بدون رضاه لا بحال انتقال القضاء إلى رضاه. أمر رجلًا بأن يشتري له دارًا بعينها بعبد بعينه للمأمور ففعل يضمن الآمر قيمة العبد للمأمور دراهم أو دنانير أي ذلك شاء القاضي؛ لأن الأمر صار مستقرضًا العبد من المأمور بالأمر بالشراء به؛ لأن الآمر ملك الشراء بالعبد فيتملك البائع العبد عليه ويصير المأمور نائبا عنه في تسليمه ولن يكون ذلك إلا بعد أن يملك الآمر العبد وإنما يملكه إما بالاستيهاب، أو الاستقراض والاستقراض أقل ضررًا فثبت، واستقراض الحيوان، وإن كان فاسدًا فهو ملحق بالصحيح في حق إفادة الملك ويضمن الآمر قيمة العبد؛ لأن القرض إعارة وفي العواري يجب ردّ عين المستعار، فإذا عجز المستعير لثبوت ملك البائع فيه يجب ردّ خلفه ليقوم مقام عينه، وإن كان في الدار ذهب أو فضّة أكثر من قيمة العبد لا بأس به؛ لأنه وجب على الآمر تسليم قيمة العبد بدلا عن العبد لا عن الدار، ألا ترى أنه لا يبيع الدار مرابحة على قيمة العبد فلا يتحقق الربا بخلاف الشفيع؛ لأنه إنما يتملك الدار بقيمة العبد، ولهذا يبيعه مرابحة على ذلك فيتحقق الربا. رجلان لكل واحد منهما دار وهما متلازقتان فتبايعا بالدارين فشفيع كل واحدة من الدارين أحق بها من المشتري؛ لأن كل واحد أزال جواره الذي كان ثابتًا قبل البيع وبعد البيع جواره حادث باعتبار ما يملكه والشفعة لا تستحق بجوار حادث بعد البيع ولا بجوار غير قائم وقت الأخذ.

ولو كان الداران بين رجلين لكل واحد منهما جيران فباع كل واحد نصيبه من إحدى الدارين بنصيب الآخر من الدار الأخرى فالمتبايعان أحق بهما من الجيران؛ لأن كل واحد منهما كان شريكًا فيما اشترى بالنصف الذي كان له والشريك مقدّم على الجار.

(باب بما يأخذ المبيع بالشفعة)

وإذا وجبت الشفعة، فإن كان الثمن من ذوات الأمثال وجبت بمثله، وإن لم يكن من ذوات الأمثال كالعبد والثوب وجبت الشفعة بقيمته.

وقال زفر والشافعي ومالك يأخذ بقيمة العقار؛ لأنه تعذّر إيجاب المسمى في العقد فوجب المصير إلى قيمة المبيع كما في البيع الفاسد.

لنا: أن الشفيع إنما يتملك المشفوع بمثل ما يملك به المشتري تحقيقًا للمعادلة ودفعًا للمضرة عنه ومتى تعذر إيجاب المسمى كان التعديل في إيجاب قيمته؛ لأن قيمة الدار ربما تبلغ ألفين وقيمة العبد المسمى ألف فلم يكن التمليك واقعا على نهج المعادلة ونفي المخاسرة. اشترى دارًا بعبد ثم هلك العبد قبل القبض أو دخله عيب لا تبطل الشفعة والقيمة للبائع؛ لأن بهلاك العبد قبل القبض فسد الشراء بعد صحته ولم ينفسخ.

ولو انفسخ لا يبطل حقه، فإذا فسد أولا فصار كأن الشفيع أخذ من البائع فيأخذ بقيمة العبد، وكذلك إن ردّه المشتري بعيب بقضاء لا تبطل شفعته.

وقال زفر: تبطل شفعته متى انفسخ الشراء؛ لأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر الدخيل وضرره قد زال بالانفساخ قبل الأخذ.

لنا: أن الاتصال بين الملكين انتصب سببًا لاستحقاق الشفعة بحكمة دفع ضرر الدخيل والضرر أمر باطن منكتم والاتصال سبب ظاهر دال عليه يقام مقامه ودار الحكم معه وجودًا وعدمًا كالسفر مع المشقة والسلم مع الحاجة، وسبب الاستحقاق قائم بعد انفساخ الشراء فلم يبطل حق الشفعة وإن اندفع الضرر؛ لأن الاستحقاق غير منوط بحقيقة الضرر.

ولو استحق العبد بطلت الشفعة؛ لأن بالاستحقاق تبين أن العقد وقع فاسدا؛

لأن الشراء بغير مستحقه فاسد، ولهذا لا يفيد الملك في بدل المستحق إلا بالقبض فلا شفعة في الشراء الفاسد، ثم يرد الدار على البائع إن أخذها بقيمة العبد بقضاء؛ لأنه ظهر أن القاضي أخطأ فيما قضى له بالشفعة ولم يكن له حق الشفعة؛ لأن القضاء بالشفعة قضاء بالملك المرسل؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الاستحقاق من حيث إنه يأخذ غير حقه من غير رضى المشتري، والقضاء بالأملاك المرسلة لا ينفذ أصلًا متى كان خطأ، فإن أخذها بغير قضاء لا يبطل الشفعة ويضمن المشتري قيمة الدار للبائع؛ لأنه وجد التمليك والتمليك برضاهما فجعل بيعًا مستأنفًا فيما بينهما لما يبين أنه لم يكن للشفيع حق الشفعة وصار كالوكيل بالبيع إذا كان شفيعا وسلم المشتري الدار إليه على تقدير أن له الشفعة ورضي الوكيل بذلك جعل بيعًا مستأنفًا محددًا فيما بينهما لما لم يكن له حق الشفعة فكذا هذا والمشتري شراء فاسدًا إذا باع نفذ بيعه وضمن للبائع قيمة المبيع فكذا هذا.

(**النوادر**): رجل اشترى دارًا بالجياد ونقد الزيوف وأخذ الشفيع بالجياد في خمس مسائل:

إحداها: هذه.

والثانية: إذا كفل بالجياد ونقد الزيوف يرجع على المكفول عنه بالجياد.

والثالثة: إذا اشترى شيئًا بالجياد ونقد البائع الزيوف ثم باعه مرابحة، فإن رأس ماله هو الجياد.

والرابعة: إذا حلف ليقضين حقه اليوم وكان عليه الجياد فقضاه الزيوف لا يجيب.

والخامسة: من له على آخر جياد فقبض الزيوف منه فأنفقها ولم يعلم بالزيافة إلا بعد الإنفاق لا يرجع عليه بالجياد عندهما خلافًا لأبي يوسف ويدفع الشفيع الثمن أوّلًا ثم يأخذ الدار؛ لأنه بمنزلة المشتري مع البائع.

(باب ما يثبت للشفيع بعد الأخذ)

وإذا قضى الحاكم بالشفعة لم يكن للشفيع أن يتركها؛ لأنه ملكه بالشراء؛ لأن

الصفقة تحوّلت إليه فصار كأنه اشتراه حقيقة ويرد بالعيب وخيار الرؤية كما لو اشتراه حقيقة حكم للشفيع على البائع والدار في يد البائع فأقاله جازت الإقالة وهي للبائع؛ لأن الشفيع صار متملكًا الدار من جهة البائع؛ لأن بالقضاء عليه انفسخ البيع بينه وبين المشتري فكأنه اشترى منه.

ولو اشترى منه ثم أقاله صحت الإقالة ويعود إلى ملكه فكذا هذا، وإن كانت في يد المشتري فقضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع جاز عندهما والمشتري والشفيع بريئان عن الثمن.

وقال محمد: لا يجوز رده واختلف عبارة مشايخنا فيه قيل، فإن أقاله الشفيع مع البائع هل تصح كناية عن البيع ولا تصح إقالة؛ لأن الشفيع يملك الدار من المشتري فصار كأنه اشترى منه فصار البائع في حق الشفيع بائع البائع والإقالة مع بائع بائعه لا تصح؛ لأنه لم يجر بينهما عقد فيجعل كناية عن البيع لما فيها معنى البيع وهو الأخذ والإعطاء وبيع العقار قبل القبض جائز عندهما خلافًا لمحمد، وقيل: بأن هذه إقالة من وجه وبيع من وجه؛ لأنه كما ثبت بيعه للمشتري حقيقة الملك ثبت للشفيع حق التملك فكانت إقالة من وجه بيعًا من وجه، ولا تصلح الإقالة كناية عن البيع لأنها ضده والبيع من وجه يجوز قبل القبض عندهما خلافًا لمحمد والمشتري والشفيع بريئان عن الثمن؛ لأنه وجب للبائع على المشتري الثمن ووجب للمشتري على الشفيع فلما عاد المبيع إلى البائع سقط عن المشتري وعنه. كفل رجل للمشتري بالدرك لم يكن أخذ الشفيع دركا؛ لأن الدرك عبارة عن الاستحقاق والأخذ بالشفعة ليس باستحقاق حقيقة؛ لأنه يتملك بالشراء، ولهذا لا ينفسخ بشري المشتري بأخذ الشفيع من الأصل.

ولو استحقت الدار من يد الشفيع فلا ضمان على الكفيل بالدرك؛ لأنه لم يكفل له بالدرك بل كفل للمشتري.

(**الجامع**): فإذا كان للمشتري جياد فأخذها الشفيع فلا خيار له؛ لأن الخيار يثبت بالشرط فيثبت لمن وجد الشرط في حقه وصار كتأجيل الثمن لا يثبت في حق الشفيع لانعدام الشرط في حقّه. اشترى دارًا بعبد فوجد العبد أعور فرضيه فالشفيع

يأخذ الدار بقيمته صحيحًا، وكذلك لو ردّه بالعيب؛ لأن البيع حين وقع وقع بالعبد سليمًا لا معيبًا؛ لأن سلامة البدل مشروطة في البيع عرفًا فاستحق بالبيع عبدًا سليمًا، فإذا رضي بالعيب فقد يجوز بدون الحق وصفًا؛ لأنه ما حط عن المشتري أصل الثمن ليحط عن الشفيع قدر المحطوط وإنما حط عنه وصفه وهي الجودة والسلامة فلم يظهر هذ الحط في حق الشفيع كما لو اشتراها بالجياد ونقد البائع الزيوف ويأخذ الشفيع بالجياد فكذا هذا.

(باب طلب الشفعة)

الشفعة تجب بالعقد والشركة أو الجوار ويتأكد بالطلب والإشهاد ويتملك بالأخذ والإعطاء ثم الطلب على ثلاثة أنواع: طلب مواثبة ومفاورة، وطلب تقرير وإشهاد، وطلب تمليك ومرافعة.

(فصل)

أما طلب المواثبة: وهو أن يطلب الشفيع على الفور حين علم بالبيع، فإذا سكت ولم يطلب بطلت الشفعة وهذه الرواية الصحيحة المشهورة عن الأصحاب.

وروى هشام عن محمد: إن طلب في مجلس العلم فله الشفعة وإلا فلا.

وقال الحسن بن زياد وابن أبي ليلى بأن مدّة الطلب مقدرة بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي رحمة الله، وقال في قول له: الطلب في جميع عمره.

والصحيح قولنا لقوله عليه السلام: "**الشفعة كحل العقال إن قيدها ثبتت وإلا ذهبت**" فقد شبه سرعة انفلات حق الشفعة بسرعة انفلات الدابة بعد حل العقال والدابة تنفلت بعد حل العقال على الفور فكذا حق الشفعة وقوله عليه السلام: "**الشفعة لمن واثبها**" أي طلبها على سبيل المبادرة والمسارعة ثم اختلفوا في كيفية لفظه الطلب قيل بأنه يطلب بلفظ واحد بأن يقول طلبت الشفعة أو يقول فأطلبها.

ولو جمع بينهما فقال: طلبت الشفعة فأطلبها بطلت؛ لأنه إخبار عن طلب

ماض، فإنه كذب فيما أخبر والكذب لغو فكأنه لم يطلب أصلًا وقيل لو قال: طلبت الشفعة تصحّ.

ولو قال: أطلبها، لا تصح والصحيح أنه لو طلب الشفعة بأي لفظ يفهم منه وطلب الشفعة يصح حتى لو قال: طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها جاز؛ لأن الألفاظ قوالب المعاني ولا عبرة للقوالب وإنما العبرة للمعاني ولأن قوله طلبت أو أطلبها في عرف الاستعمال يراد به الإيجاب والإثبات للحال كقوله أشهد، ولو قال الشفيع: الشفعة لي أطلبها تبطل شفعته؛ لأن قوله لي لغو لا يحتاج إليه فصار كأنه سكت بينهما.

(**النوادر**): ولو قال للمشتري: أنا شفيعك وآخذ الدار منك بشفعة بطلت شفعته؛ لأن قوله أنا شفيعك كلام غير محتاج إليه فصار لغوًا فصار كأنه قال كيف أصبحت وكيف أمسيت بطلت شفعته وإذا علم الشفيع بالبيع فقال الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر أو عطس صاحبه فشمته أو قال السلام عليك وقد طلب شفعتها لا تبطل شفعته؛ لأن هذه الأفعال مقدمة للطلب وتذكرة لافتتاح الكلام وليست بأمارة التسليم، وكذلك لو قال من اشتراها وبكم اشتراها لأنها قد تصلح ويوافق له ثمن دون ثمن ويرضى بمجاورة إنسان دون غيره فكان التعرف عن هذا تحقيقًا للطلب لا إعراضًا عنه، ولهذا لا يبطل خيار المجيز.

ولو كان المشتري واقفًا مع الأب فسلم الشفيع قبل أن يطلب الشفعة إن سلم على الأب بطلت شفعته وإن سلم على الابن لا تبطل؛ لأن الشفيع يحتاج إلى التسليم على الابن؛ لأنه هو المشتري فالشفيع يحتاج إلى التسليم على المشتري؛ لأنه يحتاج إلى التكلم معه ومفتتح الكلام السلام لقوله عليه السلام: "**من كلم قبل أن يسلم فلا تجيبوه**" وهو غير محتاج إلى السلام على الأب الشفيع إذا صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفعته فإن صل أكثر من ركعتين بطلت.

ولو صلى بعد الجمعة أربعًا لا تبطل شفعته، فإن صلى أكثر من أربع بطلت؛ لأن الأكثر ليس بمسنون فلا يكون معذورًا فيه، وكذا لو كان في الأربع قبل الظهر فسمع فأتمها أربعا لا تبطل شفعته؛ لأن الأربع مسنون والشفيع إذا قال للمشتري

بالفارسيّة: شفاعت حواهم بطلت شفعته؛ لأنه طلب الشفاعة لا الشفعة وهما أمران مختلفان.

أجمة بين اثنين ورثا عن أبيهما ولا يعلم أحدهما بعينه أن له فيها نصيبًا فبيعت أجمة أخرى بجوار هذه فلم يطلب هو الشفعة حتى علم فلما علم أن له فيها نصيبًا طلب الشفعة فلا شفعة له؛ لأنه لم يطلب طلب المواثبة؛ لأنه علم بالبيع ولم يطلب والجهل بملكه ليس بعذر؛ لأنه جهل ما لا يجهل عادة والطلب في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع حق البائع لا وقت شرائه؛ لأن الشفعة إنما ثبتت في البيع الفاسد وقت انقطاع حق البائع.

وأما في بيع الفضولي وفي البيع بشرط الخيار للبائع إذا أجاز فعند أبي يوسف يعتبر الطلب وقت البيع، وعند محمد يعتبر وقت الإجازة نص على هذا الخلاف في النوادر لمحمد أن علة الشفعة إنما تتم إذا انقطع حق البائع وحقه ينقطع عند الإجازة وسقوط الخيار.

لأبي يوسف: إن حق البائع إن كان ينقطع بالإجازة إلا أن الإجازة تستند إلى وقت العقد؛ لأن الإجازة إثبات صفة للعقد؛ لأنه يتقيد به والصفة لا تقوم بنفسها وإنما تقوم بالموصوف فيستند إلى وقت العقد مع حكمه وهو انقطاع حق البائع فثبت الانقطاع من وقت العقد بخلاف البيع الفاسد؛ لأنه ينقطع بتصرف المشتري ولا يستند تصرفه إلى وقت البيع بل يقتصر على وجوده وفي الهبة بشرط العوض روايتان في رواية يعتبر الطلب وقت القبض؛ لأن الملك يزول بالقبض وفي رواية يعتبر وقت العقد؛ لأن الملك يزول وقت القبض إلا أن الزوال مضاف إلى العقد لا إلى القبض بل القبض شرطه؛ لأن القبض ليس بسبب لإيجاب الملك لكنه شرط لا تعمل العلة فيه عملها إلا عنده كشرط الطلاق لا يقع الطلاق بدونه، فإذا وقع يكون مضافًا إلى الإيقاع لا إلى الشرط فكذا هذا، ولو سمع الشريك والجار ببيع الدار وهما في موضع واحد فطلب الشريك الشفعة ثم ترك ليس للجار أن يأخذ بالشفعة؛ لأنه لم يوجد شرط ثبوت حقه وهو الطلب عند السماع. دار بيعت ولها شفيعان أحدهما غائب فطلب الآخر الحاضر نصف الدار بالشفعة على حساب أنه لا

يستحق إلا نصفها بطلت شفعته، وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما الشفعة في النصف بطلت شفعتها؛ لأن سكوته عن النصف الباقي تسليم للشفعة في النصف، فإذا بطل في النصف بطل في الكل؛ لأنه لا يتجزأ.

(فصل)

وطلب الإشهاد وهو أن يشهد على طلب المواثبة حتى يتأكد الوجوب بالطلب على الفور وليس الإشهاد شرط لصحة الطلب لكن للتوثق حتى إذا كان أنكر المشتري طلب الشفعة حين علم فيقول له: لم تطلب الشفعة حين علمت بل تركت الطلب وقمت عن المجلس والشفيع يقول طلبت فالقول قول المشتري فلا بد من الإشهاد وقت الطلب توثيقا وتوكيدا لحقه وإنما يصح طلب الإشهاد عند حضرة المشتري أو البائع أو المبيع فيقول عند حضرة واحد منهم إن فلانًا اشترى هذه الدار أو دارًا ويذكر حدودها الأربعة؛ لأن الدار إنما تصير معلومة بذكر الحدود الأربعة وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك لأن الإشهاد لا يصح إلا بعد أن يعلم الشاهد المشهود عليه أو المشهود له أو المشهود به والمشهود عليه المشتري أو البائع فشرط لصحة الإشهاد حضرة أحدهما ليحصل للشاهد العلم بالمشهود عليه بالمعاينة لا بالنسبة؛ لأن الإشارة والعيان أبلغ في الإعلام من النسبة ويصح عند حضرة المبيع وحده؛ لأنه حصل للشاهد العلم بالمشهود له وبالمشهود به معاينة ويرجح جانب العلم على جانب الجهل فصح الإشهاد كما في القضاء إذا علم القاضي المقضي به والمقضي له صح القضاء.

وإن جهل المقضي عليه كما لو شهد شاهدان على رجل أنه طلق إحدى امرأتيه قبل الدخول بها ومات قبل البيان، فإنه يقضي بسقوط نصف المهر؛ لأنه علم بالمقضي به وبالمقضي عليه وهو الزوج فصح القضاء. فكذلك الشهادة، ثم طلب الإشهاد مقدر بالتمكن من الإشهاد فمتى تمكن من الإشهاد عند حضرة واحد من هذه الثلاثة ولم يطلب الإشهاد بطلت شفعته نفيًا للضرر عن المشتري كما في طلب المواثبة إذا لم يطلب على الفور بطل حقه نفيًا للضرر عن المشتري وعن أبي بكر الرازي أنه قال إذا طلب الشفعة ثم قام عن المجلس إلى الشهود وأشهدهم على

ذلك جاز؛ لأن الطلب يحتاج إليه لثبوت الشفعة فيما بينه وبين ربّه والشهود يحتاج إليها للتوثق، فإن ترك الأقرب من هذه الثلاثة وذهب إلى الأبعد إن كان الكل في مصر واحد لا تبطل الشفعة استحسانًا، وإن كان الأبعد في مصر آخر أو في قرية من قرى هذا المصر بطلت شفعته؛ لأن المصر الواحد مع نواحيها وأماكنها جعل كمكان واحد بدليل أنه لو شرط إبقاء المسلم فيه في المصر ولم يبين ناحية منه جاز فلا يظهر الأبعد والأقرب في مصر واحد فكان الكل حكما.

ولو كان الكل مكانًا واحدًا حقيقة وطلب من أبعدهما وترك الأقرب جاز فكذا هذا إلا أن يصل إلى الأقرب ويذهب إلى الأبعد فحينئذ يبطل؛ لأنه حين وصل إلى الأقرب قدر على الطلب، فإذا لم يطلب فقد ترك الطلب بخلاف ما إذا كانا في مصرين لأنهما في مكانين حقيقة وحكما، فإذا ترك الأقرب صار تاركًا للطلب مع الإمكان فتبطل شفعته، فإن كان المبيع لم يقبض فهو بالخيار إن شاء أشهد على طلبه عند البائع أو المشتري أو المبيع؛ لأن المشتري مالك والبائع صاحب يد فيصح من الشفيع المخاصمة معًا في نقل الملك واليد فأما المبيع يتعلق به حق الشفعة فيقوم الطلب عنده مقام الطلب منهما باعتبار الحاجة.

وإن كان المبيع في يد المشتري ذكر الكرخي، وفي (**النوادر**): أنه لا يصح الإشهاد على البائع؛ لأنه خرج من أن يكون خصمًا لزوال ملكه ويده ولكن له الخيار في الإشهاد على المشتري أو عند المبيع، ونص محمد في الجامع الكبير أنه يصح الإشهاد عليه بعد تسليم المبيع استحسانًا لا قياسًا كما لو سلم الشفعة للبائع بعد تسليم المبيع يصح استحسانًا لا قياسًا لما يأتي في بابه. الشفيع غائب يؤجل بعد العلم قدر مسيره لطلب الإشهاد؛ لأنه لا يتمكن من الإشهاد إلا بحضرة البائع أو المشتري أو المبيع، فإذا كان غائبا من الكل لا يتمكن من طلب الإشهاد إلا بعذر السنة إلى واحد من هؤلاء فينبغي أن يطلب طلب المواثبة كما علم في مكانه حتى لا تبطل شفعته، فإن حضر هو أو وكيله وإلا بطلت شفعته؛ لأنه ترك طلب الإشهاد مع القدرة عليه، فإن قدم وغاب المشتري فأشهد على الطلب فهو على شفعته؛ لأن عند أبي حنيفة بتأخر طلب التمليك لا تبطل شفعته، وعندهما تبطل إلا بعذر وهنا

ترك طلب التمليك بعذر، فإنه لا يمكنه أن يبيع المشتري؛ لأنه كلما قدم مصرًا فيه المشتري للمخاصمة فيأخذ منه يهرب المشتري إلى مصر آخر.

ولو أمر الشفيع باتباعه بعدما يغيب يتضرر به الشفيع، وإن ظهر المشتري في بلد ليس فيها الدار لم يكن على الشفيع الطلب هناك إنما يطلب حيث الدار؛ لأنه لا يمكنه الطلب والإشهاد إلا في بلده ظاهرا الشفيع في عسكر أو موضع لا يقدر على الخروج ولا أن يوكل لا يبطل شفعته؛ لأنه ترك الطلب بعذر.

ولو تعاقدا البيع في غير الموضع الذي فيه الدار والشفيع حاضر فلم يطلبهما بالشفعة وحضر موضع الدار فأشهد بطلت شفعته؛ لأنه ترك المطالبة مع القدرة عليها، وإن كان الشفيع غائبا عن مجلس البيع فعلم فحضر موضع الدار ولم يشهد وذهب حتى يجد البائع أو المشتري تبطل شفعته؛ لأنه ترك الطلب مع القدرة عليه، وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان أو رجل حر عدل عند أبي حنيفة وعندهما يجب عليه إذا أخبره واحد عدل حر أو عبد صبي أو امرأة وكذلك اختلافهم في عزل الوكيل لما يأتي.

ورُوي عن أبي حنيفة لو قال المشتري للشفيع: قد اشتريت فلم يطلب الشفيع بطلت شفعته، وإن لم يكن عدلا؛ لأنه خصم في هذا والعدالة غير معتبرة في الخصومة.

(**النوادر**): رجل علم بالشراء وهو في طريق مكة فطلب طلب المواثبة وعجز عن طلب الإشهاد بنفسه يوكل وكيلًا إن وجد من يوكله فيطلب له الشفعة، فإن لم يفعل ومضى بطلت شفعته؛ لأنه قدر على طلب الإشهاد بوكيله، فإن لم يجد من يوكله ووجد قبحا يكتب كتابا على يديه فيوكل وكيلًا بالكتاب، فإن لم يفعل بطلت شفعته؛ لأنه غير معذور.

وإن لم يجد وكيلًا ولا قبحًا لم تبطل شفعته حتى يجد القبح؛ لأنه معذور. الشفيع إذا كان في عسكر الخوارج أو البغي وخاف على نفسه لو دخل في عسكر أهل العدل فلم يطلب طلب الإشهاد بطلت شفعته؛ لأنه قادر بأن يترك أهل البغي

فيدخل عسكر أهل العدل الشفيع إذا طلب الشفعة فقال المشتري هات الدراهم وخذ شفعتك، فإن أمكنه إحضار الدراهم ولم يحضر ثلاثة أيام.

رُوي عن محمد أنّه بطلت شفعته وفي الرواية الصحيحة أنه لا تبطل شفعته؛ لأن الشفعة إنما ثبتت بطلب المواثبة والإشهاد فلا تبطل ما لم يسلم بلسانه. رجل اشترى دارًا نسيه سنة فلم يطلب الشفيع طلب الإشهاد وقال: انتظر السنة بطلت شفعته وكذا لو اشترى دارًا على أن المشتري بالخيار فلم يطلب الشفيع طلب الإشهاد بطلت شفعته؛ لأن حق الشفعة ثابت؛ لأن ثبوته تعتمد زوال ملك البائع وقد وجد الشفيع إذا علم بالبيع في نصف الليل ولم يقدر على الخروج للإشهاد، فإن أشهد حين أصبح صح لأن هذا تأخير بعذر.

ولو طلب طلب المواثبة وترك طلب الإشهاد وافتتح التطوع بطلت شفعته.

ولو افتتح الركعتين بعد الظهر أو الأربع بعد الجمعة لا تبطل شفعته.

ولو طلب الشفيع الشفعة من الوكيل بالشراء وقبض الوكيل الدار ينظر إن لم يسلم إلى الموكل صحّ، وإن سلم لم يصح وتبطل شفعته كما في البائع مع المشتري؛ لأن الوكيل مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشتري في حق الحقوق والخصومة.

ولو سلم الشفعة للوكيل يصح تسليمه سواء كانت الدار في يده أو لم تكن والفرق أن طلبه للتمليك والوكيل بعد التسليم ليس بخصم في التمليك والتسليم إسقاط حق عن الشراء والشراء قام بالوكيل.

(فصل)

وطلب التمليك هو المرافعة إلى القاضي ليقضي له بالشفعة، ولو ترك الخصومة إن كان بعذر نحو مرض أو حبس أو غيره ولم يمكنه التوكيل لا تبطل شفعته؛ لأنه ترك من غير إمكان، وإن ترك من غير عذر لا تبطل شفعته عند أبي حنيفة، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف.

وعند محمد وزفر وهو رواية عن أبي يوسف: إن أشهد وترك الخصومة شهرًا

من غير عذر تبطل شفعته؛ لأنه لو لم يسقط حق الشفعة بتأخير الخصومة أبدًا يتضرر به المشتري؛ لأنه يتعطل عليه ملكه؛ لأنه لا يمكنه البناء والغرس مخافة أن الشفيع يأخذه ويهدم بناءه ويقلع أغراسه فلا بد من تقديره بزمان دفعًا للضرر عن المشتري فقدرناه بشهر لأن الشفيع لا يمكنه الأخذ إلا بالثمن وربما لا يكون له الثمن حاضرا فيحتاج إلى تحصيل الثمن ولا بد للتحصيل من المدّة فقدرناها بشهر؛ لأنه أدنى الأجل وقد رأى أبو يوسف في رواية أخرى بما يراه القاضي.

وفي رواية عن محمد قدره بثلاثة أيام.

لأبي حنيفة: أن الحق متى ثبت وتقرر وتأكد بالإشهاد لا يسقط إلا بمسقط كسائر الحقوق المتأكدة ولا يجوز أن يتوقت دفعًا للضرر عن المشتري؛ لأنه لا يمكنه دفع ضرر تعطيل ملكه، فإنه إذا رفع المشتري الشفيع إلى القاضي حتى يأخذ بالشفعة أو يسقطها ولا يعطل ملكه، فإنه يجب على القاضي أن يوقت له وقتًا فيقول له إن أوفيته الثمن إلى وقت كذا وإلا بطل حقك؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لدفع المضار عن الناس فيكون دفع الضرر إلى القاضي لا إلى المفتي والفتوى على قولهما؛ لأنه ربّما لا يمكنه مرافعة الشفيع إلى القاضي حتى يوقت له وقتًا لأنه ربما يغيب نفسه فكان تمام النظر ودفع الضرر عن المشتري فيما قالا وإذا طلب الشفيع أن يقضي له بالدار والمبيع غير مقبوض لم يقض له حتى يحضر البائع والمشتري جميعًا لكونهما خصمين أحدهما بيده والآخر بملكه؛ لأن القضاء لا يجوز بدون حضرة الخصم، وإن كان المبيع مقبوضًا في يد المشتري فالقاضي يحضره وحده ويقضي عليه؛ لأن البائع خرج من أن يكون خصمًا بزوال يده.

(**النوادر**): رجل له شفعة عند القاضي تقدمه إلى السلطان الذي تولى القضاء، فإن كانت شفعته عند السلطان فامتنع القاضي من إحضاره فهو على شفعته؛ لأن هذا عذر شفيع بالجوار إذا خاف أنه إذا طلب الشفعة عند القاضي والقاضي لا يرى الشفعة بالجوار تبطل شفعته فلم يطلب فهو على شفعته؛ لأنه تركه بعذر. رجل طلب الشفعة فقال له المشتري دفعتها إليك، فإن علم الشفيع بالثمن صار للشفيع؛ لأنه ملكه منه وصح التمليك، وإن لم يعلم بالثمن لم يصح للشفيع وهو على شفعته؛ لأنه لم يصح التمليك.

(باب العهدة في الشفعة)

وعهدة الشفيع على من أخذت الدار منه وهي الرجوع بالثمن عند الاستحقاق.

وقال الشافعي: العهدة على المشتري بكل حال وهذا بناء على أن الشفيع متى أخذ الدار بالشفعة من البائع لا ينتقض البيع الذي بينه وبين المشتري عنده وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن الشفعة إنما تتعلق بالبيع فكان استحقاق الشفعة بناء عليه ومتى انعدم المبني عليه انعدم البناء ضرورة فاحتجنا إلى إبقاء البيع لإبقاء الشفعة فصار الشفيع نائبا عن المشتري في القبض شرعا وعندنا ينتقض البيع وتتحول الصفقة إليه؛ لأنه لم يوجد القبض من المشتري ومن نائبه؛ لأنه من أناب الشفيع مناب نفسه في القبض فلم يصر نائبا عنه وفوات القبض من المشتري يوجب انفساخ العقد وانفساخ العقد لا يبطل حق الشفعة لا تثبت بالشركة أو الجوار مع الشراء جميعًا والنائب بشيئين لا يزول بزوال أحدهما وهذا لو انفسخ البيع بالرد بخيار رؤية أو شرط أو بعيب فالقضاء لا يبطل حق الشفعة ويسلم الشفيع الثمن إلى البائع متى أخذ المبيع منه ويرجع بالثمن عليه عند الاستحقاق ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن نقده ثم القاضي في الرواية المشهورة عند أبي حنيفة وأبي يوسف يقضي بالشفعة، وإن لم يحضر الثمن ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إليه للحال، فإن لم يسلم يحبسه ولا ينتقض الآخذ بالشفعة؛ لأنه يملك المال بعوض وكان بمنزلة الشراء، فإن طلب من القاضي حتى يذهب ويحضر الثمن فالقاضي لا يحبسه؛ لأنه لم يوجد منه المماطلة، وإن طلب الأجل منه يومًا أو يومين فالقاضي يؤجله إن رضي الخصم ولا يحبسه، وقال محمد: لا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الثمن، فإذا أحضر يقضي بالشفعة ويأمر الشفيع بتسليم الثمن إلى المشتري، فإن قضي به بالشفعة قبل إحضار الثمن فيأمر الشفيع بدفع الثمن إليه للحال فإن قال لا أنقده إلى يومين أو أكثر وأبى المشتري أن يقبل ذلك لا ينتقض الآخذ بالشفعة ولكن يحبسه، والاحتياط من القاضي أن لا يقضي بالشفعة ما لم يقل للشفيع إن لم تأت بالثمن إلى ثلاثة أيام فلا شفعة لك حتى إذا امتنع وفرط في الأداء تبطل شفعته، فأمَّا بدون ذلك إذا قضى بالشفعة لا تبطل شفعته بتأخير الطلب

نسبة فطلب الشفيع ولم يرض البائع أن يكون الثمن عليه مؤجلا فقال له عجل الثمن ليقضى لك أو امكث ليحل الأجل ثم خذها وانقد الثمن.

وقال الشافعي: يأخذ بثمن معجل.

وقال مالك: يأخذ بثمن مؤجل إن كان مثل المشتري في الملاءَة.

والصحيح قولنا؛ لأن الشفيع يأخذ بمثل الثمن الأول ومتى أخذ بالثمن المؤجل لا يصير آخذًا بمثل الثمن الأول؛ لأن الناس يتفاوتون بعد الملاءة في قضاء الدين فمنهم من يماطل ويتعسر في القضاء والدين على المماطل أنقص من الدين على غير المماطل فللبائع أن لا يرضى به غير أن الحق الثابت أن لا يسقط بمضي الزمان فيأخذ إذا حل الأجل، فإن دفع الثمن إلى المشتري معجلًا فهو له ويبقى ثمن البائع عليه مؤجلا؛ لأن الشفيع بالأخذ صار مشتريًا من المشتري فصار كما لو باع المشتري بثمن معجل بقي ثمن المشتري مؤجلا فكذا هذا.

وإن دفع الثمن إلى البائع سقط الثمن عن المشتري؛ لأن الصفقة انتقضت في حق المشتري وتحولت إلى الشفيع.

(الزيادات) أصله: أن البائع والمشتري لا يملكان تصرفًا يتضمن إبطال حق الشفيع ويملكان تصرفًا يتضمن تحويل حق الشفيع؛ لأن القياس يأبى شرع الشفعة، وإنما شرعت لدفع ضرر الدخيل، وكل تصرف يتضمن إبطال أصل حق الشفعة يتضمن إلحاق ضرر الدخيل به فصح، وإذا رد المشتري الدار بعيب على البائع بقضاء أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية ثم حضر الشفيع فأراد نقض رد المشتري ليأخذ منه فتكون عهدته عليه ليس له ذلك؛ لأن الفسخ بهذه الأسباب لم يصح في حق بطلان الشفعة؛ لأنه يتضمن إبطال حق الشفيع، وصح في حق تحويل العهدة إلى البائع؛ لأنه لا يتضمن إبطال حقه، ألا ترى أن البائع لو سلم المبيع إلى المشتري فالشفيع يأخذه من المشتري لا من البائع وليس له أن يعيده إلى يد البائع لتكون عهدته عليه فكذا هذا، فإن رد برضاء فله النقض إن شاء أخذ بالشراء الأول، وإن شاء أخذ من البائع بالرد والعهدة على البائع؛ لأن الرد بالتراضي فسخ في حقهما بيع جديد في حق غيرهما فيجدد حق الشفعة للشفيع ضرورة تجدد البيع،

فإن شاء أخذ بالبيع الأول، وإن شاء أخذ بالثاني كما لو باع المشتري من البائع بعد القبض.

ولو أقر المشتري أن البيع كان تلجئة أو بشرط خيار للبائع فأخذها البائع نقضًا أو رضاء ليس للشفيع نقض الرد، بل يأخذ من البائع وتأويله أنهما أقرا بالبيع المرسل أولًا ثم أقر بشرط الخيار أو التلجئة في البيع فيثبت للشفيع حق الشفعة بتصادقهما على سببه أولا فلا يبطل تصادقهما على خيار البائع آخرًا وليس له نقض الرد؛ لأن التصادق منهما هنا لا يمكن أن يجعل بيعًا جديدًا في حق غيرهما، لأنهما بهذا التصادق يبقيان العقد الأول أصلًا أو وصفًا وهو وصف اللزوم فتعذر أن يجعله هذا بيعًا جديدًا في حق غيرهما فجعلناه فسخًا من كل وجه كالرد بالعيب بقضاء أو بخيار الشرط والرؤية، ألا ترى أن الشفيع لو كان سلم الشفعة لم تتجدد شفعته بهذا السبب بخلاف الرد بالعيب بالتراضي والإقالة؛ لأنه ليس يبقى للعقد الأول ولكنه يصرف في حكمه فأمكن أن يجعل بيعًا جديدًا في حق غيرهما، ألا ترى أن الشفيع لو كان سلم الشفعة ثم رد المشتري بالتراضي تتجدد شفعته. اشترى دارًا لعبد وقبضها ولم يدفع وقبضها ولم يدفع العبد حتى مات أو كان للمشتري خيار فردّ ولم يقبضها البائع حتى حضر الشفيع، فإنه يأخذها من المشتري والعهدة عليه؛ لأنه أخذها من يده ودفع إليه بدلها ولهذا؛ لأن حال المشتري مع البائع بعد الفسخ حال البائع مع المشتري عند قيام العقد؛ لأن تمام الردّ بالعود كما أن تمام العقد بالوصول إلى يد المشتري، وحال قيام العقد لو أخذ من يد البائع فعهد به عليه فكذا هذا. فلا خصومة بين الشفيع والمشتري حتى يحضر البائع؛ لأن الملك عاد إلى البائع ليصادقهما فيكون خصمًا، ألا ترى أن في الابتداء لو حضر الشفيع والدار في يد البائع لم يقض له حتى يحضر المشتري؛ لأن الملك له واليد للبائع فكذا هذا، فإن كذب الشفيع المشتري فيما ادعى من النقض بينه وبين البائع فالمشتري خصيم له ويأخذها منه بالشفعة لأنهما تصادقا على أن الملك واليد كان للمشتري فكان هو خصيمًا للشفيع ثم ادعى المشتري اعتراض سبب يخرج به من أن يكون خصيمًا له قبل حضرة البائع فلا يقبل قوله في ذلك إن أقام المشتري بينة على النقض لم يقبل؛

لأنه لا يخرج عن كونه خصيما إلا بعد إثبات الملك للغائب وهو ليس بخصم عنه في إثبات الملك له فلا تقبل بينته.

(باب الشفيع يطلب الشفعة في البعض)

مسائله على ثلاثة أقسام:

أما القسم الأول فعلى أوجه: إما أن كان المشتري والبائع واحدًا أو كان المشتري واحدًا والبائع اثنين أو على عكسه، فإن كان البائع والمشتري واحدًا فليس للشفيع أن يأخذ بعض الدار المشفوعة دون البعض؛ لأنه يتضرر المشتري بعيب الشركة، فإن الشركة في الدور والعقار عيب وليس للشفيع أن يلحق بالمشتري زيادة ضرر سوى التملك عليه بغير رضاه، وإن كان المشتري واحدًا والبائع اثنين ليس للشفيع أن يأخذ حصّة أحدهما في ظاهر الرواية.

وقال الشافعي: له ذلك بناء على أن عنده هذه الصفقة وقعت مفرقة وعندنا وقعت متحدة فيكون في أخذ نصيب أحدهما قبل القبض تفريق الصفقة على المشتري قبل تمامها ويلزمه عيب الشركة وبعض القبض إن كان تفوت عليه الصفقة بعد تمامها لكن يلزمه عيب الشركة في الباقي فلا يصح إلا برضاه، وإن كان البائع واحدًا والمشتري اثنين فله أخذ حصة أحد المشتريين؛ لأنه انعدم ضرر التفريق وعيب الشركة لوقوعه متفرقًا في حق المشتري فقام هو مقام أحدهما فلا ضرر على أحد.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إن كان البائع اثنين فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض وليس له أن يأخذ نصيب أحدهما من المشتري بعد القبض؛ لأن قبل القبض لا ضرر على البائع؛ لأنه أخذ منه جميع ما باع ولا على المشتري؛ لأنه تتفرق عليه الصفقة قبل التمام فكان له رد الباقي بعيب الشركة فيمكنه دفع ضرر عيب الشركة وبعد القبض لا يمكنه دفع الضرر هذا، فإنه لا يملك ردّ الباقي فيلحقه زيادة ضرر بغير رضاه، وإن كان المشتري اثنين فله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض وليس له ذلك قبل القبض؛ لأن قبل القبض يتضرر زيادة ضرر؛ لأنه تفرقت

اليد عليه؛ لأن له حبس جميع المبيع حتى يصل إليه جميع الثمن فمتى أخذ الشفيع نصيب أحدهما ونقد الثمن فله أن يأخذ نصف الدار فيبطل حق البائع في حبس النصف بخلاف ما بعد القبض؛ لأنه لا ضرر على أحد والجواب عن هذا أن الشفيع إذا نقد الثمن لم يكن له أن يأخذ النصف حتى ينقد الآخر الثمن فكذلك الشفيع.

وأما القسم الثاني: رجل وكل رجلين بالشراء فاشتريا كان للشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحدهما، وإن كان الموكل رجلين والوكيل واحدًا لم يكن له أن يأخذه نصيب أحدهما؛ لأنه ينظر في هذا إلى المشتري دون الموكل.

ولو اشترى عشرة لرجل واحد كان للشفيع أن يأخذ من واحد واثنين أو ثلاثة أو أكثر؛ لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد والوكيل في حق الحقوق أصل؛ لأن العقد واقع له في حق الحقوق فيعتبر إيجاد الوكيل وتعدده.

وأما القسم الثالث: لو اشترى دارين صفقة واحدة أو أرضين أو قرية بدورها وأراضيها أو قرية بأراضيها وشفيعهما واحد فليس للشفيع أن يأخذ إحداهما دون الأخرى.

وقال زفر والحسن: له ذلك بعد القبض؛ لأن فيه تفريق الصفقة على العاقد بعد تمامهما وذلك خاص كما أن للمشتري أن يرد إحداهما بالعيب بعد القبض؛ ولأنه ليس في أخذ إحداهما إلحاق ضرر عيب الشركة بالمشتري.

لنا: أن في أخذ إحديهما تفريق الصفقة على المشتري قبل تمامها باعتبار ما يجب للشفيع من الملك؛ لأن حقيقة الملك غير ثابت قبل الأخذ فيمنع من ذلك من غير رضى المشتري لما أن فيه ضرر بالمشتري لاحتمال أن يكون إحداهما أجود وأحسن وهو إنما رغب في شرائهما باعتبار الأجود وإلا فيدعهما، وإن كان الشفيع شفيعا لإحديهما دون الأخرى فله أن يأخذ التي له فيها الشفعة؛ لأن المشتري، وإن كان يستضر بأخذ الدار المشفوعة فيها دون الأخرى ولكن الشفيع أيضًا يستضر بإيجاب أخذ ما لا شفعة فيه فقد تقابل الضرران وتعذر دفعهما فكان دفع ضرر الشفيع وقد وجد سبب استحقاق الشفعة في إحديهما أولى من دفع ضرر المشتري مع انعدام سبب استحقاقهما في البعض. رجل له خمسة منازل في زقاق غير نافذ

فباع هذه المنازل فطلب الشفيع الشفعة في واحد من المنازل ينظر إن طلب بحق الشركة في الطريق لم يكن له ذلك؛ لأنه تفريق الصفقة من غير ضرورة؛ لأن السبب عمّ الكل وهو الشركة، فإن طلب بحق الجوار وجواره في هذا المنزل لا غير فله ذلك؛ لأن السبب خص هذا المنزل فاختص وجوب الشفعة فيه.

(باب ما يحدثه الشفيع مما يبطل الشفعة وما لا يبطلها)

ولو ساوم الشفيع الدار من المشتري أو سأله أن يوليه إياها أو استأجرها منه أو أخذها مزارعة أو معاملة وذلك بعد علمه بالشراء بطلت شفعته؛ لأن التملك بهذه التصرفات تملك من جهة المشتري بعقد جديد ولا يتصوّر التملك من جهته بعقد جديد ما لم يبطل حقه في الشفعة فكانت دلالة الرضا تملك المشتري، فكذا الاستئجار من المزارعة تقرير لملكه فكانت دلالة الإعراض عن طلب الشفعة.

ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد الشراء بطلت شفعته؛ لأن سبب الاستحقاق هو الجوار وقد زال قبل التملك وقيام السبب يراعى عند التملك؛ لأن المقصود من طلب الشفعة التملك وقد زال السبب قبل التملك فبطل الحق فإن رجعت على ملكه بالردّ بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط كان للمشتري فليس له أن يأخذ بالشفعة لأنه زال عن ملكه والحق قد بطل واضمحل فلا يعود إلا بسبب مستأنف محدد، وإن باعه بشرط الخيار له فهو على شفعته ما لم يلزم البيع؛ لأن ملكه لم يزل بنفس البيع ما لم يلزم البيع فبقي السبب وفي الجواز، فإذا طلب الشفعة في مدّة الخيار كان ذلك منه نقضًا للبيع لأن ذلك دلالة استيفاء ملكه واستقراره في المبيع فيتضمن سقوط خياره، ولو باع بيعًا فاسدًا وقبضه المشتري بطلت شفعته لأن ملكه قد زال بالبيع عند اتصال القبض به، فإذا طلب الشفعة لغيره بطلت شفعته لأنه قصد التملك للغير فيكون رضاء لسقوط الشفعة له، وحق الشفعة تبطل بموته ولا يورث عنه خلافًا للشافعي؛ لأنه يعذر إثبات حق الشفعة للوارث بطريق الإرث؛ لأنه لا يبقى بعد الموت؛ لأنه حق اختيار التملك فيتخير بين الأخذ والترك ولا حق له في المحل بل المحل ملك المشتري

قبل الأخذ بالشفعة من كل وجه وولاية أن يختار من الميت لا يتصور وتعذر إثباته للوارث ابتداء؛ لأن سبب استحقاق الشفعة هو ملك الدار وقت البيع وملك الدار وقت البيع لم يصر للوارث فلم يتحقق السبب في حقه فلا تثبت له الشفعة ابتداء. مات المشتري والشفيع حي له طلبها؛ لأن ذلك حق ثبت له وتعلق بالمبيع فلا يبطل بزوال ملك المشتري عن المبيع بعد موته كما لا يبطل بزوال ملكه بالبيع والهبة حال حياته بخلاف ما لو زال ملك الشفيع بموته يبطل حقه في الشفعة كما لو زال ملكه حال حياته قبل الأخذ فيبطل حقه فكذا إذا زال بموته مات المشتري فباع القاضي داره بدينه أو باعها الوصي لم يبطل حق الشفيع؛ لأن القاضي والوصي نائبان عن الميت.

ولو باع المشتري بنفسه فللشفيع أن ينقض بيعه ويأخذها بالشفعة فهنا أولى وذلك؛ لأن حق الغريم تعلق بالمالية دون العين، وحق الشفيع تعلق بالمالية والعين فكان حق الشفيع أقوى وآكد مع أنه ليس في الأخذ بالشفعة إبطال حق الغريم في المالية فكان ذلك له. قضي للشفيع ثم مات قبل نقد الثمن فعلى ورثته الثمن؛ لأن بالقضاء صار ملكًا له ولزمه الثمن فصار كما لو اشتراه حقيقة.

(**الجامع**): ولو باع من داره شقصًا شائعًا قبل القضاء بالشفعة لم تبطل شفعته؛ لأن سبب الاستحقاق وهو أصل الملك قائم، فإن هذا القدر يكفي لاستحقاق الشفعة ابتداء فلأن يكفي ببقائها أولى، فإن باع ما يلازق الدار المشفوعة معينًا ولم يبق من داره ما يجاورها بطلت الشفعة؛ لأنه فات سبب الاستحقاق وهو الجوار الملازق قبل القضاء بالشفعة فتعذر القضاء بها. دار بيعت ولها شفعتان بدار بينهما طريقها وطريق الدار المبيعة واحد فاقتسم الشفيعان دارهما فصار الطريق لأحدهما وفتح الآخر طريقه إلى الطريق الأعظم فالذي صار طريقًا له أحق بالشفعة؛ لأن الشريك في الطريق أولى فإن سلم فللآخر؛ لأن الجار شفيع مع خليطه إلا أن الخليط مقدم عليه، فإذا زادت مزاحمة الخليط بتسلمه ظهر حق الجار.

ولو كان الشفيع شريكًا وجارًا فباع نصيبه الذي يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار بخلاف ما لو سلم الشفعة بالشركة فليس له أن يأخذها بالجوار والفرق أن ما وجب له من الحق واحد إلا أنه وجب بسببين مختلفين والحق الواحد إذا بطل لا

يبقى ضرورة وبالتسليم أبطل حقه مطلقًا فبطل أصلًا وبالبيع ما أبطل حقه لو بطل إنما يبطل بارتفاع السبب وبالبيع إن ارتفع أحد السببين وهو الشركة بقي السبب الآخر وهو الجوار فبقي الحق.

دار لها شفعتان قال المشتري لأحدهما اشتريت الدار لك بأمرك فصدقه لا يبطل حقه، وإن أقر بعد ذلك أنه لم يأمره لا بانقضاء بثبوت الشفعة للمقر له بالشراء سواء اشترى الدار لنفسه أو اشتراها للمقر له بأمره؛ لأن من اشترى أو اشترى له كان له الشفعة ولم يوجد منه ما يبطلها؛ لأن تملكه الدار بالشراء طلب منه للشفعة وزيادة لأن من طلب الشفعة يملك الدار بالشفعة في الثاني، فإذا تملكها في الحال قام ذلك منه مقام الطلب والزيادة.

ولو قال المشتري هذه الدار كانت لك ولم تكن لي ولا للبائع أو قال كنت اشتريتها قبلي أو قال البائع وهبتها لك فصدقه بطلت شفعته ولم يصدقا على الشفيع الآخر ويأخذ كلها بالشفعة؛ لأن الشراء قد صح من حيث الظاهر ووجبت الشفعة للشفيعين ظاهرا باعتبار الشراء والمشتري أقر بما يوجب إبطال الشفعة للشفيعين بعدما يهب لهما الحق من حيث الظاهر فبطل حق المصدق لتصديقه ولم يبطل حق المكذب بجحوده لأنهما لا يصدقان عليه.

(**النوادر**): ولو أقر الشفيع قبل القضاء له بالشفعة أن هذه الدار لفلان الغائب وأنه لم يأمره بالبيع وقال المشتري: لا بل هي للبائع لم تبطل شفعته، وكذلك لو قال البائع وكلني صاحبها بالبيع، وقال الشفيع: لم يأمره صاحبها بالبيع فله الشفعة؛ لأن قول الشفيع لا يصدق في حق المتبايعين فكان المبيع محكوما بصحته في حقهما فجاز للشفيع أن يطالب بحقوقه، وكذلك لو ادعى هذه الدار رجل فشهد له هذا الشفيع فلم يعدّل ثم باعها ذو اليد فللشفيع أن يأخذها بالشفعة ذكره ابن سماعة.

ولو قال الشفيع: هذه الدار لي، فإن أقمت البينة وإلا أخذتها بالشفعة فلا شفعة له؛ لأنه ادعى ملكها والشفعة للتملك ويمتنع أن يملك ما هو على ملكه والشفعة حقّه فلا يجوز أن يملك بالعوض ما هو على ملكه ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف وفي المسائل المتقدمة اعترف بكون الشيء على ملك غيره فجاز أن يتملكه بعوض يسلمه إلى غيره.

(باب ما يكون تسليماً للشفعة)

ولو سلم الشفعة بعد البيع قبل العلم بالشراء بطلت، وإن لم يكن المشتري حاضرا؛ لأنه إسقاط حق بدليل أنه يصح من غير قبول ولا يرتد بالردّ ولا يشترط لصحة العلم كالإبراء عن الديون وكالطلاق والعتاق بخلاف مساومة الشفيع من المشتري واستئجاره فإنما يسقط حقه إذا كان عالمًا به؛ لأن الحق هنا يسقط بطريق الدّلالة دون التصريح فلا تصلح دلالة إلا بعد العلم، وإن سلم قبل الشراء لا يصح وله الشفعة؛ لأنه أسقط حقًّا قبل وجوبه وقيل سبب الوجوب لأن سبب ثبوت حق الشفعة الشركة أو الجوار مع الشراء؛ لأنه قط لا تثبت الشفعة إلا بهما والحكم إذا ظهر عقيب سببين ولكل واحد منهما إبراء في إيجاب الحكم بجعل كلاهما سببًا على ما بينا فلا يتم السبب بأحدهما سلم بعض الشفعة كان مسلمًا كلها إذا علم ببيع الكل؛ لأن حق الشفعة لا يتجزأ؛ لأنه لا يملك أن يأخذ البعض دون البعض فإسقاط الصفة يوجب إسقاط كله؛ لأن ذكر بعضه كذكر كله كما في الطريق.

(**النوادر**): ولو طلب الشفيع نصف الدار بالشفعة بأن قال للمشتري: سلم لي نصفها بالشفعة، فهذا التسليم منه في الكل عند محمد؛ لأنه ترك الطلب، والإشهاد في النصف فبطلت الشفعة فيه فيبطل في الباقي إلا أن يكون طلب الكل فلم يسلم له المشتري فقال: أعطني نصفها على أن أسلم لك النصف فهذا لا يكون تسليمًا؛ لأن الحق قد تفرد بالإشهاد وهو لم يرض بسقوط الحق في ذلك النصف بعدما تقرر حقه إلا أنه ترك طلب التمليك وذلك لا يبطل الشفعة.

وقال أبو يوسف: لا يكون هذا تسليمًا في الوجهين جميعًا وهو الأصح؛ لأن طلب تسليم النصف لا يكون تسليمًا للباقي لا صريحًا ولا دلالة؛ لأن من له الحق إذا طلب بعض حقه لا يكون ذلك منه رضاء بسقوط الباقي عرفًا، وعادة المشتري إذا قال للشفيع رد علي الثمن ولك الشفعة، فهذا لا يكون تسليمًا للدار والشفيع على شفعته؛ لأن قوله ولك الشفعة إن كان إخبارًا أن الشفعة لك هو صادق في الإخبار، وإن كان تسليمًا للدار كان تسليمًا معلقا، فإذا الثمن والتسليم والتمليك

على هذا الوجه لا يصح. رجل اشترى دارًا وهو شفيعها بالجوار، وطلب جار آخر الشفعة فسلم المشتري الدار كلها إليه كان نصف الدار له بالشفعة والنصف بالشراء؛ لأن المشتري قد تملك الدار والشفيع بعدما تملك الدار حتى سلم الشفعة لشريكه لا يصير لشريكه بالشفعة كالقاضي إذا قضى بالدار بين شفعتين ثم سلم أحدهما الشفعة لم تصر الدار كلها للآخر، المشتري إذا قال للشفيع إن لم يحضر الثمن غدًا فأنت بريء من هذه الشفعة فأجابه إلى ذلك، فلما كان الغد لم يحضر الثمن بطلت الشفعة؛ لأن تعليق تسليم الشفعة بالشرط صحيح؛ لأنّه إسقاط محض، وإن أحضر الدنانير والثمن دراهم هل تبطل شفعته. اختلف المتأخرون فيه والأصح أنه لا يبطل؛ لأنهما في حق الثمنية متحد فقد أحضر الثمن فلم يتحقق شرط البراءة فلم يبطل الشفيع إذا باع حق الشفعة أو وهبه من إنسان لا يكون تسليمًا للشفعة؛ لأن البيع لم يصادق محله أصلًا فلغي.

(**الجامع**): أصله: أن حق الشفعة يحتمل الإسقاط ولا يحتمل النقل والاعتياض عنه؛ لأنه شرع ضرورة دفع ضرر الدخيل؛ لأنه تملك مال الغير بغير رضاه فيظهر ثبوته في حق الاستيفاء والإسقاط، فلا يظهر حق النقل والاعتياض كملك النكاح والقصاص.

وكيل اشترى الدار فقال له الشفيع: سلمت لك صح وبطلت شفعته؛ لأنه خصيمه؛ لأن الشفعة من حقوق العقد وحقوق العقد راجعة إلى العاقد وكان التسليم إسقاطًا.

ولو قال: سلمت لك إن اشتريت لنفسك لم يبطل؛ لأنه تعليق الإسقاط بالشرط وكان عدمًا قبل الشرط.

ولو قال للبائع: سلمت لك والدار ليست في يده صح التسليم استحسانًا لا قياسًا؛ لأن البائع لم يبق خصمًا له؛ لأنه لم يبق له ملك ولا يد في المبيع ولا عهدة عليه فصار كالأجنبي. وجه الاستحسان: أن البائع بقي خصمًا له؛ لأن احتمال الأخذ من البائع قائم، ألا ترى أنه لو ردّت الدار عليه بالعيب بقي خصمًا له بالبيع السابق، وحق الشفيع قبل البائع كان ثابتًا قبل تسليم المبيع، وبالتسليم انقطعت الخصومة

على وجه يتوهم عودها إليه فلا يعتبر الحق منقطعًا بالاحتمال، كمن أقرض النصاب لا يبطل الحق، وإن زال عن ملكه؛ لأنه يحتمل عوده إلى ملكه وصار كمن اشترى عبدًا فباعه من غيره ثم اطلع المشتري الأول على عيب به كان عند البائع الأول فأبرأه بائعه عن خصومة هذا العبد صح، وإن كان لا يملك الخصومة معه لِلحال فكذا هذا وهذه المسألة تنصيص على أن الشفيع لو طلب الشفعة من البائع بعد تسليم المبيع يصح استحسانًا؛ لأنه بقي خصمًا حتى يصح تسليم الشفعة إليه.

ولو قال لأجنبي: سلمت شفعة هذه الدار صحّ وسقطت؛ لأنه سلم الشفعة مطلقًا فمتى صرفنا التسليم إلى الأجنبي لا يصح؛ لأن إسقاط الحق عمن ليس عليه الحق لا يصح فصرفناه إلى المشتري حملًا لكلام العاقل على الصحّة.

ولو قال: سلمت لك لا يصح؛ لأن الأجنبي بمعزل عن هذا العقد فلا يكون التسليم لشفاعته واحترامه وحقه، فلا يكون اللام للتعليل فبقي للتمليك، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك، وإن قال له الأجنبي سلم للمشتري فقال سلمت لك صح استحسانًا؛ لأن هذه العهدة دليل على أنه أسقط الشفعة عن المشتري لشفاعته ولاحترامه وحقه وكان اللام للتعليل؛ لأن الجواب ينتظم إعادة ما في السؤال فصار كأنه قال سلمت الشفعة للمشتري لشفاعتك ولأجلك.

ولو صرّح بهذا صح التسليم فكذا إذا انتظم في كلامه يحمل عليه حملًا لكلامه على الصحة، وكذلك على هذا لو قال الأجنبي لولي القتيل: اعف القاتل عن القصاص فقال ولي القتيل: عفوت لك صح استحسانًا؛ لأنه صار كأنه قال عفوت عن القاتل لأجلك وشفاعتك.

ولو قال للبائع: سلمت لك بيعك أو قال للمشتري سلمت لك شراءك فهو تسليم؛ لأن حق الشفيع حقٌّ في البيع وهو حق الشفعة؛ لأنه متعلق بالبيع فانصرف تسليمه إلى ما هو حقه في هذا البيع، وهو حق الشفعة؛ لأنه متعلق بالبيع فصار مسقطًا له وصار قوله: سلمت لك بيع هذه الدار، وقوله: سلمت لك شفعتها سواء ولأن تسليم البيع تسليم لما أوجبه البيع، وهو الملك للمشتري؛ لأن سلامة البيع بسلامة موجبه وتقرره وتأكده فيجب أن يصير الملك سالما للمشتري بتسليم

الشفيع، وإنما يصير الملك سالمًا له إذا انقطع حق الشفيع عنه فكان تسليم البيع تسليمًا للشفعة.

(باب تسليم الشفعة على مال)

ولو سلم الشفعة على مال فهو على ثلاثة أوجه: إما أن يسلم على مال آخر سوى الدار المشفوعة، أو يسلم على أن يأخذ بعضها منها بعينه أو بغير عينه، فإن سلم الشفعة على مال آخر بطلت بلا مال؛ لأن حق الشفعة لم يظهر ثبوته في حق الاعتياض عنه ولأن الثابت للشفيع حق التملك ولا حق له في المحل، والصلح عن حق التملك لا يصح؛ لأنه فعله والفعل لا يتقوم إلّا بالعقد والاعتياض عما لا قيمة له لا يجوز فلم يجب العوض وبطلت الشفعة؛ لأنه أسقطها بخلاف ما لو صالح عن القصاص والخلع على مال يسقط ويجب المال؛ لأن الحق ثابت في المحل وهو ملك نفس العامل في حق القصاص وأنه متقوم شرعا بالدية وكذا ملك بضع المرأة متقوم بالمهر، فإن سلم شفعته على أن يأخذ نصفها أو ثلثها جاز الصلح؛ لأنّه أخذ بعضًا معلومًا من الدار بثمن معلوم؛ لأن ثمن النصف معلوم يقينًا وإحاطةً، وإن سلم على أن يأخذ بعضًا غير معلوم أو ثلثًا معلومًا يبطل الصلح ولا تبطل شفعته؛ لأن ثمنه مجهول؛ لأنه لا يدري حصته من الثمن إلا بالحزر والظن بأن يقسم الثمن على قيمة هذا البعض وعلى باقي الدار فيصير مشتريًا بما يخصه من الثمن؛ لأن الأخذ بالشفعة أخذ شراء والشراء بالحصّة لا يجوز ابتداء وإنما جوزنا أخذ الدار بالشفعة بقيمة العوض إذا كان ثمنها لأجل الضرورة؛ لأن الشرع علق ثبوتها بالبيع ولا إمكان للأخذ إلا بقيمة العوض وهنا لا ضرورة لأنه يمكنه أخذ الكل بالشفعة، وإذا بطل الصلح بطل التسليم؛ لأنه إنما سلم البعض بشرط أن يسلم له البعض، فإذا لم يسلم له المشروط يبقى حقه في الكل بخلاف ما لو سلم الشفعة على مال آخر بطلت؛ لأن التسليم بمال آخر باطل لا يجوز بحال فكان ذكر المال لغوًا فصار كأنه سلم بلا مال فأمّا تسليم البعض بشرط أخذ البعض جائز، فإن كان ثمن المأخوذ معلومًا وإذا كان ثمنه مجهولًا وقع فاسدًا لا لغوًا باطلًا فوجب اعتبار العوض، فإذا لم يسلم له العوض بقي حقه كما كان.

(**الجامع**): صالحه أجنبي على أن يسلم الشفعة على مال بطلت الشفعة بلا مال؛ لأنه لا يقبل التمليك والاعتياض لما بينا فبطل الاعتياض وبقي إسقاطًا مطلقًا كمن طلق امرأته على خمر أو خنزير وقبلت طلقت بلا مال وكالأجنبي صالح مع ولي القتيل عن القصاص على خمر أو خنزير يسقط القصاص بلا شيء، فإن قال المصالح: على أن تكون الشفعة لي لم تبطل الشفعة لأن الشفيع لم يسلم الشفعة بل أقام الأجنبي مقام نفسه في الشفعة، فإن الأجنبي صالحه لتكون الشفعة له، وإنما يقوم الأجنبي مقامه في الشفعة إذا بقيت الشفعة على حالها، وصار كالأجنبي لو صالح مع ولي القتيل على خمر أو خنزير على أن يكون القصاص لي لا يسقط القصاص؛ لأنه لم يسقط بل أقام الأجنبي مقام نفسه في القصاص فكذا هذا.

(باب الشفيع يخبر بالبيع على خلاف ما وقع فيسلم)

ولو أخبر أن المشتري زيد فسلم ثم تبين أنه عمرو فله الطلب؛ لأن الناس يتفاوتون في الجوار وحق الشفعة ما ثبت إلا للجوار والرضاء بجوار أحدهما لا يكون رضاء بجوار الآخر ولأنه سلم شفعة عقد لم يعقد بعد؛ لأنه سلم شفعة عقد عقده زيد وزيد لم يعقد بعد وما عقد عمرو لم يسلم شفعته.

ولو تبيّن أن المشتري زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو لأن التسليم لم يوجد في حقه، وكذا لو علم أن المشتري فلان وسكت، فإذا هو غيره كان له الشفعة؛ لأن الرضا لم يتم ببطلان الشفعة وصار كرجل استأمر ابنته البكر ولم يسم الزوج فسكتت ثم علمت بالزوج كان لها أن ترد، ولو أخبر أنه بيع بألف ثم علم أنه بأقل فله الشفعة وبأكثر لا شفعة؛ لأن الرضاء بالإسقاط بأكثر الثمن لا يكون رضاء بالإسقاط بأصله فأمّا الرضاء بالإسقاط بالأقل رضاء بالإسقاط بالأكثر دلالة؛ لأن من لم يرض بتملك الدار بألف لا يكون راضيا بأكثر من ألف بطريق الأوْلى.

ولو بلغه أن الثمن صنف من المكيل والموزون أو المعدودات المتقاربة فسلم ثم تبين أنه صنف آخر فهو على شفعته أنه يأخذ الشفيع بمثل ذلك من جنسه لا بالقيمة وقد يتيسر عليه أداء جنس ويتعسر عليه أداء جنس آخر فالرضاء بأخذ الصنفين لا يكون رضاءً بالآخر.

ولو بلغه أن الثمن كان عبدًا أو عرضًا ثم تبين أنه جارية ينظر إن كان قيمة الجارية مثل قيمة العبد أو أكثر بطلت، وإن كانت أقل من قيمة العبد لا تبطل لأن قيمة العرض دراهم أو دنانير فكأنه أخبر أن الثمن ألف درهم أو مائة دينار فسلم، فإذا هو مائة دينار لم يذكره في الأصل نصًّا.

وذكر الكرخي ينظر إن كانت قيمة الدنانير ألفًا فأكثر صح التسليم، وإن كانت أقل لم يصح وله الشفعة وهو قول أبي يوسف.

ورُوي عن زفر: له الشفعة في الوجهين قالوا وهذا قول أبي حنيفة وإليه أشار محمد في الأصل.

لأبي يوسف: أنهما جعلا كجنس واحد في حق الثمنية كما في الزكاة وكما لو باع بالدرهم فاشتراه بالدنانير بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز فكان التسليم بأحدهما تسليمًا بالآخر.

لأبي حنيفة وزفر أنهما اعتبرا جنسين مختلفين في الإخبار حتى كان الإكراه على الإقرار بالدراهم لا يكون إكراها على الإقرار بالدنانير حتى لو أقر المكره عليه بالدنانير يصح وكذا في بعض الإيجابات حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا.

ولو استأجر دارًا بعشرة دراهم ثم أجرها بدينار قيمته أكثر من عشرة دراهم طابت له الزيادة وتسليم الشفعة، وإن كان إيجابا إلا أنه بنى على الإخبار، فإنه أخبر أن الثمن كذا وفي الإخبار اعتبرا جنسين مختلفين وفي بعض الإيجابات كذلك فترجح ما يوجب اختلاف المجانسة على ما يوجب إيجادها فالتحقا بخلاف المجانسة وقد يسهل عليه أداء أحدهما ويتعسر الآخر فالتسليم في أحدهما لا يكون تسليمًا في الآخر.

ولو أخبر أنه بيع نصفها ثم علم أنه بيع كلها فله الشفعة؛ لأنه رغب في شري النصف بعيب الشركة لا يكون راغبا عن شراء الكل وليس فيه عيب الشركة.

ولو أخبر أنه بيع كلها فسلم ثم علم أنه بيع نصفها بطلت الشفعة لأن من رغب عن شراء الكل وليس فيه عيب الشركة كان أرغب عن شراء النصف وفيه عيب الشركة قالوا وتأويلها أن يكون ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر أنه بيع الكل

بألف ثم علم أنه بيع النصف بألف فلا شفعة، فإذا أخبر أنه بيع الكل بألف ثم ظهر أنه بيع النصف بخمسمائة يجب أن يكون على شفعته لأن الإنسان قد يرغب عن شراء الكل بألف بأن لا يقدر على الألف ويرغب في شراء النصف بخمسمائة؛ لأنه يقدر عليه.

(**النوادر**): ولو أخبر أنها بيعت بألف فسلم الشفيع الشفعة ثم حطّ البائع عن المشتري شيئًا من الثمن وقبل الحط فله الشفعة؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد فصار كما لو أخبر بالبيع بألف فسلم الشفعة ثم تبين أن البيع كان بخمسمائة وصار كالبائع إذا زاد عبدًا أو أمة بعدما سلم الشفيع الشفعة كان للشفيع أن يأخذ الدار بحصتها من الثمن؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد فتبين أن حصة الدار من الثمن أقل ممّا علم الشفيع، ونظيره لو سمع الشفيع بيع الدار بألف فلم يطلب الشفعة ثم إن البائع حط منه خمسمائة فسمع الشفيع فله أن يأخذ بالشفعة؛ لأنه تسلم الشفعة في الشراء بألف وبالحط تبين أن الشراء كان بخمسمائة؛ لأنه يلتحق بأصل العقد.

ولو قضي له بالشفعة ولا يعلم بالثمن ثم علم فله الخيار؛ لأن رضاه بالأخذ إنما يتم إذا علم بالثمن؛ لأن الإنسان قد يرغب في الأخذ إذا كان قليلًا ولا يرغب إذا كان الثمن كثيرًا؛ ولأنه لو كان عالمًا بالثمن فله الخيار، فإذا لم يعلم بالثمن أولى. رجل اشترى دارًا فسلم الشفيع شفعتها ثم تبين أنّه قد اشتراها لغيره فهو على شفعته؛ لأنه رضي بالتسليم له لا بالتسليم للموكل.

(فصل)

سلم الشفعة ثم قال المشتري للبائع: كان البيع تلجئة لا تتجدد شفعته؛ لأن بعدما سلم الشفيع الشفعة لم يبق له حق فصحّ إقرارهما بأن البيع كان تلجئة فكان فاسدا؛ لأنه لم يتضمن هذا الإقرار إبطال حق الشفيع فصار الثابت بإقرارهما كالثابت معاينة.

ولو ثبت معاينة أن البيع كان تلجئة لا يتجدد للشفيع حق الشفعة فكذا هذا بخلاف ما قبل التسليم؛ لأن حق الشفعة للشفيع ثبت من حيث الظاهر بصحّة البيع ظاهرًا وإقرارهما بالتلجئة يتضمن إبطال حق الشفيع فلم يصح في حقه. سلم الشفعة

في هبة بعوض ثم أقر أنه كان بيعًا بذلك العوض لم تعد الشفعة؛ لأن العوض بهبة بعد لقابض البدلين والبيع سواء فيكون تسليم الشفعة في أحدهما تسليمًا في الآخر.

ولو سلم في هبة بغير شرط عوض ثم تصادقا أنها كانت بشرط فله الشفعة؛ لأن الهبة بغير شرط العوض لا يكون بيعًا فقد سلم الشفعة قبل البيع؛ لأن إقرارهما لم يصح في حق الشفعة فلم يثبت شرط العوض في حقه. سلم الشفيع الشفعة فردّ المشتري على بائعه بعيب بعد القبض برضاء فللشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ لأنه بيع جديد في حق ثالث وكذلك الإقالة قبل القبض أو بعده، وإن ردّ بعيب أو بخيار شرط أو رؤية قبل القبض برضاء أو قضاء أو بعد القبض بقضاء فلا شفعة؛ لأن هذا فسخ في حق الكل فعاد إليه قديم الملك فلا تجب الشفعة.

(**النوادر**): ولو سلم الشفيع الشفعة ثم جعل المشتري للبائع خيار يوم جاز، فإن نقض البائع البيع في ذلك اليوم لا يتجدّد للشفيع حق الشفعة رواه ابن سماعة عن محمد رحمهما الله.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن أبي يوسف: أن فيه الشفعة، لمحمد أن الخيار الملحق بالعقد بعد انبرامه بمنزلة اشتراطه في الابتداء وفي اشتراطه ابتداء لا تجب الشفعة بفسخه؛ لأن فسخ البائع البيع لا يقف على رضا المشتري فلم ينتقل الملك إليه بتراضيهما بل بفعل أحدهما من غير رضا الآخر فلم يكن في معنى البيع في حق غيرهما.

لهما: أن المبيع على ملك المشتري وقد سلطه على فسخ ملكه ونقله إلى نفسه ورد الثمن إليه فصار إذنًا له بالفسخ دلالة فحصل الفسخ بتراضيهما فنزل منزلة الإقالة، وفي الابتداء لم يدخل المبيع في ملكه فلا يكون الفسخ بيعًا جديدًا في حق غيرهما.

(باب الشفعة بين الشفعاء)

إذا سلم أحدهم قبل القضاء بالشفعة فللباقين الشفعة في الكل؛ لأن حق الشفعة ثبت لكل واحد في الكل، لوجود سبب الاستحقاق في الكل، وهو أصل إيصال

الملك كما في حالة الانفراد إلا أنه لم يظهر الكمال ويتجزى وينتقض حالة المزاحمة، فإذا ارتفعت المزاحمة بتسليم البعض ظهر الحق في الكل، ويجوز الجمع بين الحقوق بجماعة من غير إيجاد الملك في عين واحدة لكل واحد كملًا لفائدة أنه متى ترك أحدهم حقه أخذ الآخرون الكل، كالديون إذا اجتمعت في التركة، فأسقط بعضهم حقه فللباقين أخذها، وكالوصية بعبده لا بنين أبطل أحدهما وصيته للآخر أن يأخذ العبد كله فكذا هذا، وليس للآخر أن يأخذ نصفها؛ لأن فيه إلحاق ضرر عيب الشركة بالمشتري وليس للشفيع إلحاق زيادة ضرر بالمشتري سوى التملك.

ولو سلم أحدهم بعد قضاء القاضي بالشفعة لهم ليس للآخر إلا أخذ النصف؛ لأن الشفيع بالقضاء يملك الدار المشفوعة، وإيجاب الملك كملًا لكل واحد متعذر؛ لأنه لا يفيد، وإن كان أحدهما غائبا فللحاضر أخذ كلها؛ لأن جميع الحاضر قد تأكد وتقرّر بالطلب فكان ثابتًا قطعًا ويقينًا، وحق الغائب لم يتأكد بالطلب لاحتمال أنه لا يطلب فكان ثبوته متزلزلًا مشكوكًا فيه، فلا يجوز تأخير الحق الثابت يقينًا وإحاطة بحق هو متزلزل مشكوك، ولأن في التأخير نوع إبطال، وهذا كمن أقر بعبده لغائب ثم أقر به لحاضر وصدقه الحاضر، فإنه يدفع العبد كله إلى الحاضر؛ لأنه حقه قد تأكد وتقرر بالإقرار والتصديق وحق الغائب لا فكذا هذا، فإن جاء الغائب فطلب قضي له بالنصف؛ لأنه يساويه في السبب، وإن جاء ثالث قضي له بثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما.

(**المنتقى**): دار بيعت ولها جاران أحدهما حاضر والآخر غائب، فخاصم الحاضر إلى قاضٍ لا يرى الشفعة بالجوار، فأبطل شفعته، ثم حضر الغائب فخاصم إلى قاضٍ يرى الشفعة بالجوار. قضي له بجميع الدار؛ لأن القاضي الأول أبطل شفعة الحاضر فبقي الآخر متفردا فاستحق الكل.

ولو كان القاضي الأول قال: أبطلت كل شفعة تتعلق بهذه الدار لم تبطل شفعة الغائب؛ لأن هذا قضاء على الغائب فلا ينفذ ولا تبطل شفعته إلا على قول من يجوّز القضاء على الغائب.

(**الجامع**): دار لها شفيعان حاضر وغائب فقضى للحاضر كلها، فلم يقبضها حتى ردّها بعيب بقضاء أو رضاءً، ثم قدم الغائب ليس له إلا النصف؛ لأن القاضي لما قضى للحاضر فقد أسقط حق الغائب عن النصف؛ لأن الغائب يصير مقضيًّا عليه في النصف كما لو كان حاضرًا فبطلت شفعة الغائب في النصف والحق إذا سقط لا يعود؛ لأن الساقط مثلًا شيء لا يحتمل العود والقضاء بالشفعة، وإن انتقض بالردّ من الأصل إلا أن حق الشفعة بعد بطلانها لا تحتمل النقض بسبب ما، فلا تعود ببطلان القضاء، وكذلك إن ردّها بقضاء بعد القبض لأنه فسخ في حق الكل، وإن ردّها برضاء فللحاضر أن يأخذ نصفها بالصفقة الأولى، وإن شاء كلها بهذا الرد؛ لأن الردّ بالعيب بعد القبض بالتراضي بيع جديد في حق ثالث فيتجدد له شفعة أخرى بالرد.

ولو لم يقض للحاضر بالدار فرأى عيبًا وتركها فللغائب أخذ الكل إذا حضر؛ لأن القاضي ما أبطل حقه في النصف فبقي الحق ثابتًا في الكل لما بيّنا.

دار بيعت ولها ثلاثة شفعاء أحدهم حاضر فطلب الكل وأخذها، ثم حضر أحد الغائبين فله أن يأخذ نصف ما في يده، فإن صالحه على الثلث فله ذلك؛ لأنه ترك بعض حقه واستوفى بعضه وأنه معلوم، والمشتري رضي بضرر التفريق فيجوز، كما لو صالحه مع المشتري على هذا الوجه، فإن حضر الثالث أخذ من صاحب الثلث ثلث ما في يده فيضمان إلى ما في يد الآخر فيقسمانه نصفين؛ لأن المسلم سلم شفعته في ثلث الدار، ولم يسلمها في ثلثي الدار؛ لأن تسليمه لم يصح فيما أخذ؛ لأن ذلك سالم له، ولا يصح في مثل ما أخذ مما في يد صاحبه؛ لأن صاحبه يستحق مثل ذلك لا بتسليمه وذلك ثلثا الدار، وصح في الثلث الباقي فكان الثلث الآخرين بلا مزاحمة. بقي ثلثان استوت حقوقهما فيهما فيكون بينهم أثلاثا فيحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه نصف ولثلثيه ثلث، وذلك ثمانية عشر في يد المصالح ستة، فيأخذ الثالث منه ثلاثة وهو سهمان يضمهما إلى ما في يد صاحبه وهو اثنا عشر فيصير أربعة عشر بينهما نصفين لكل واحد سبعة، فإن كان لهم شريك رابع أخذا من صاحب الثلث نصف ما في يده فيضمانه إلى ما في يد الآخر، وقسماه أثلاثا يكون

لصاحب الثلث ثلثه، وللباقي خسمة عشر لكل واحد خمسه؛ لأن الثلث وهو ستة بين ثلاثة سوى المصالح؛ لأنه وجد فيها التسليم من المصالح والثلثان بين الأربعة لكل واحد ثلاثة، فلو أن الرابع ظفر بمن أخذ الثلث لا غير وقد قسمت الدار على ثمانية عشر كما ذكرنا أخذ نصف ما في يده؛ لأن حقوقهم في ذلك مستوية؛ لأنه لم يجز فيه تسليم من واحد، فإن حضر أحد الباقين وفي يده سبعة جمع ما في يده إلى ما في يد المصالح، وإلى ما في يد الرابع وذلك أربعة فيصير أحد عشر، للمصالح سهمان وثلثا سهم والباقي بين الآخرين نصفان إلى ثمانية أسهم من ذلك ثلثا الدار حقوقهم فيها مستوية؛ لأنه لم يجز من واحد منهم فيه تسليم فتكون هذه الثمانية بينهم أثلاثا ثلثها نصيب المصالح وذلك سهمان وثلثا سهم.

دار لها ثلاثة شفعاء اشترى اثنان منهم الدار على أن لأحدهما السدس والباقي للآخر صح الشرط ولا شفعة لأحدهما في نصيب الآخر؛ لأن كل واحد منهما لما شرط لصاحبه نصيبًا معلومًا ما صار مسلمًا شفعته فيما صار لصاحبه؛ لأنه إنما سلم المشروط لصاحبه إذا انقطعت شفعته عنه، فإن حضر الثالث قسمت الدار على ثمانية عشر لمشتري السدس سهمان ولكل واحد منهما ثمانية والمسألة تخرج من تسعة؛ لأنا نحتاج إلى حساب، له ثلث ولثلثه ثلث ولثلثيه نصف صحيح وأقله تسعة؛ لأن مشتري السدس سلم الشفعة في ثلثي الدار؛ لأنه لم يكن مسلمًا شفعته في قدر المأخوذ وفي مثل المأخوذ سالم له، وفي مثل المأخوذ سالم لصاحبه بلا تسليم، فظهر أن تسليمه في ثلثي الدار فكان الثلث بينهم أثلاثا لاستواء حقوقهم فيه والثلثان بين الآخرين نصفان، وهذه السهام تخرج من تسعة، فإن بقي الثالث صاحب السدس ولم يلق الآخر أخذ نصف ما في يده لما عرف، فإن لقيا الآخر قسمت الدار بينهم على ثمانية عشر على ما مرّ. اشترى دارًا لها شفيعان فصالح أحدهما على أن يأخذ نصف الدار، ثم حضر الآخر فظفر بالمشتري أخذ ما في يده، فإن ظفر بالشفيع بعده أخذ نصف ما في يده؛ لأن الشفيع الأول لما أخذ النصف من المشتري، وكان له أن يأخذ الكل فقد سلم شفعته في النصف الثاني، فكان للشفيع الثاني أن يأخذ النصف الثاني من يد المشتري؛ لأنه لا شفيع لهذا النصف، وبقي حقهم في النصف الآخر

مستويا فيكون بينهما، فإن لقي الشفيع الأول لا غير أخذ نصف ما في يده لاستواء حقهما فيه، فإن ظفر بالمشتري بعده أخذ جميع ما في يده؛ لأنه سلم له بلا منازعة. دار بيعت ولها ثلاثة شفعاء فحضر اثنان وأخذا الدار ثم ظفر الغائب بأحدهما أخذ منه نصف ما في يده؛ لأنه يساويه في الاستحقاق، فإن أخذه وغاب كان للمأخوذ منه أن يأخذ من شريكه ربع ما في يده ليصير في يد كل واحد منهما، ثلاثة أثمان الدار؛ لأنهما استويا في الاستحقاق. وفي يد المأخوذ منه ربع الدار، وفي يد شريكه الحاضر نصف الدار فيحتاج المأخوذ إلى أن يأخذ ربع نصف ما في يد شريكه ليستويا في الأخذ، فصار النصف الذي في يد شريكه أربعة، فصار الكل ثمانية، أخذ الغائب سهمين فيأخذ المأخوذ منه سهمًا من الآخر ليصير في يد كل واحد ثلثه، فإذا اجتمعوا قسموا ما في أيديهم أثلاثا حتى يصير في يد كل واحد ثلث الدار. دار لها ثلاثة شفعاء، اشترى اثنان فحضر الثلاثة فظفر بأحدهما فأخذ نصف ما في يده وسلم الآخر صح، ويقسم ثلاثة أرباع الدار بين المشتريين نصفين؛ لأن تسليمه صح من حيث إنه إسقاط لا من حيث إنه تمليك؛ لأن حق الشفعة لا يحتمل التمليك من غيره، فلم يصح تخصيصه لأحدهما بالتسليم له ورجع الإسقاط إليهما، ومتى سقط ظهر حق الآخرين على التساوي.

ولو وجدهما أخذ من كل واحد ثلث ما في يده صح واحد من الآخر ثلث ما في يده، ويرجع المأخوذ منه على صاحبه؛ لأن الشفيع الثالث استحق أن يأخذ ثلث ما في يد كل واحد منهما قبل التسليم، لأنه مساويهما في الاستحقاق، فإذا سلم لأحدهما صار مسقطًا حقه نقد من السدس ويبقى حقه في السدس، وهو ثلث ما في يد الذي لم تسلم له الشفعة وبقي خمسة أسداس الدار في يد المشتريين سدساه في يد أحدهما وثلث أسداسه في يد الآخر، وقد صح الإسقاط في حقهما وظهر حقهما على التساوي فيرجع المأخوذ منه على صاحبه بنصف السدس ليستويا، وكذلك لو كان المشتري غير الشفيعين وأخذ شفيعان الدار ثم حضر ثالث فظفر بهما، ثم سلم لأحدهما فالجواب ما قلنا.

ولو كان المشتري واحدًا فحضر الشفعاء الثلاثة فطلبوا، ثم أبطل أحدهم حقه

على أحد صاحبيه بطل عن الآخر، ولم يبق له شيء من الشفعة؛ لأن المشتري إذا كان واحدًا فلو صح تسليمه في النصف دون النصف تضرر فيه المشتري؛ لأن في أخذ النصف الباقي تفريق الملك عليه وفيه ضرر له؛ لأنه عيب بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن الملك وقع للمشتريين الشفيعين نصفين، فمتى صح تسليمه لأحدهما لا يلحق أحدهما ضرر عيب الشركة.

(باب الأخذ بالشفعة بعد القسمة)

اشترى نصف دار فقاسم البائع لم يكن للشفيع إبطال القسمة؛ لأن القسمة برضاء أو بقضاء ويأخذ ما أصاب المشتري؛ لأن القسمة من تتمة القبض؛ لأن قبض المشاع ناقص وليس للشفيع نقض قبض المشتري، فلا يكون له نقض ما هو من بتمامه ولأنه لو نقض القسمة احتاج إلى الإعادة ثانيا، فيكون نقض القسمة اشتغالًا مما لا يفيد فلا ينقض ليعيد.

(**الجامع**): اشترى نصف دار فأخذها الجار بالشفعة وقاسم البائع ثم حضر الشريك في الطريق يأخذ ما صار للشفيع بالقسمة فلا ينقض قسمته لأن الجار بالأخذ بالشفعة صار شريكا في هذه الدار فكانت القسمة مستحقة له والقسمة متممة القبض مكملة له، فكما أنه ليس للخليط نقض قبض الجار لا يكون له نقض قسمته، ولأنه لو نقض هذه القسمة لاحتاج إلى إعادتها، ونقض الشيء ليعاد مثله اشتغالًا بما لا يفيد. اشترى دارًا والشفعاء ثلاثة فأخذ اثنان منهم الدار واقتسما، ثم حضر الثالث له أن ينقض القسمة ويأخذ ثلثها غير مقسوم ثم يقسم؛ لأنه لو لم يستحق نقض القسمة لتضرر به؛ لأنه يصير حقه شائعًا متفرقًا في النصيبين بعدما كان مجتمعًا فيحتاج إلى المقاسمة مع كل واحد من الشفيعين النصف الذي في يده وفي ذلك ضرر عليه؛ ولأنه متى نقض القسمة لا يحتاج إلى إعادة مثلها، فإنه يقسم الدر بينهم أثلاثًا قسمة واحدة، فإن حضر الثالث بعد غيبة أحدهما أخذ ربع ما في يد الحاضر؛ لأن نصف ما في يده مأخوذ بحكم الشفعة ونصفه مأخوذ بحكم القسمة الفاسدة عوضًا عما تركه؛ لأن القسمة بين الشفيعين فاسدة في حق الشفيع الثالث

نفيا للمضرة والمفسدة حتى لا يتفرق نصيبه، والمقبوض بحكم الشفعة للشفيع الثالث المشاركة فيه وذلك ربع كل الدار، والمقبوض بحكم القسمة الفاسدة لا شفعة للثالث فيه؛ لأنه بمنزلة المقبوض بحكم المبايعة الفاسدة، ثم إذا حضر الغائب نقض القسمة؛ لأنها وقعت فاسدة في حق الثالث فيجب نقضها لفسادها ثم يستقبلون القسمة بينهم أثلاثا.

(باب تصرّف المشتري في الدار المشفوعة)

وتصرفات المشتري في الدار المشفوعة صحيحة إلى أن يحكم للشفيع بالشفعة، وله أن يهدم ويؤاجر وتطيب له الأجرة؛ لأن إطلاق التصرف ونفاده يعتمد الملك، والملك ثابت للمشتري قبل الحكم بالشفعة؛ لأن الثابت للشفيع حق التملك لا حق له في المحل فخلى المحل وعري عن حق الغير فصار كسائر أملاكه، وإذا ملك المشفوعة المشتري من غيره فللشفيع أن يبطله؛ لأنه مما يبطل حق الشفيع في الأخذ والتملك بمثل الثمن الأول؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بمثل الثمن الأول من المشتري الأول ما لم يعد إلى ملكه، ولا يعود إلى ملكه إلا بنقض تمليكه فاستحق الشفيع نقضه بحق سابق له على حق المشتري فكان بمنزلة الاستحقاق.

ولو انهدمت الدار كلها أو احترق البناء أو غرق لا يفعله، فللشفيع أن يأخذ الساحة بالثمن أو يترك؛ لأن البناء تبع ووصف للعرصة، فإن قيام البناء بالعرصة فلا يقابله شيء من الثمن ففواته لا يسقط شيئًا من الثمن كفوات العين والطرف من العبد.

ولو هدمها المشتري أو قطع نخلها أو فعله أجنبي يأخذ بحصتها يوم وقع الشراء إن شاء؛ لأن الأتباع والأوصاف يصير لها حصة من الثمن بالإتلاف؛ لأنها تصير مقصوده بالإتلاف كما في أطراف العبد فيقسم الثمن على قيمة الأرض، وعلى قيمة البناء مبينا لوقت اشتراها فما أصاب البناء يسقط عن الشفيع وكذلك لو نزع باب دار فباعه ولو انهدم بنفسه قسم الثمن على قيمة البناء منهدما وعلى قيمة الأرض؛ لأنه لم يدخل في ضمان أحد فيعتبر قيمته على الحالة التي هي عليها مهدومة.

ولو اتخذها المشتري مسجدًا أو مقبرة ينقض وقال ابن أبي ليلى والحسن:

بطلت الشفعة؛ لأنه أسقط ملكه متقربا إلى الله تعالى، ولم ينتقل إلى أحد من العباد فلا يمكن نقضه كالإعتاق.

لنا: أنه تقرب إلى الله تعالى بنقل ملكه إليه على وجه ينتفع به العباد لا بإسقاط الملك؛ لأن الملك إنما يسقط عن المحل إذا لم يبق محلًّا للملك، والمحلية باقية بعد اتخاذه مسجدا؛ لأنّ محلية الملك باعتبار كونه عين الآدمي خلق لمصالح الآدمي، فإنه باقٍ فعلمنا أنه نقل الملك إلى الله تعالى على وجه ينتفع به العباد، وللغير فيه حق فكان لصاحب الحق أن ينقض تقربه كما لو تصدق به على الفقير؛ ولأن حق الغير يمنع صيرورته مسجدًا؛ لأن مع تعلق حق الغير لا يخلص لله تعالى، والمسجد ما أخلصه لله تعالى.

ولو باع المشتري البناء بغير أرض ولم يهدم فللشفيع أن ينتقض البيع في البناء؛ لأن حق الشفيع تعلّق به فقد ورد تصرّف المشتري على محلّ تعلق به حق الشفيع فله نقضه.

ولو بنى المشتري بناء أو غرس غرسًا وسلم الشفعة إلى الشفيع قال الشافعي: إن شاء أخذ بالثمن ويغرم قيمة البناء والغرس، وإن شاء ترك وهي رواية عن أبي يوسف؛ لأن المشتري محق في البناء غير متعد فيه؛ لأنه بنى في ملكه، والأمر بالنقض أثر العدوان والحق لا يولّد العدوان فيقرر البناء ويأخذه الشفيع بالقيمة؛ لأنه أقلُّ ضررًا من النقض.

لنا: أنه بنى على محل تعلّق به حق الغير فكان لصاحب الحق أن ينقضه صيانة لحقه، كما لو باع المشفوعة من غيره، وضرر النقض إنما يلحق المشتري من جهته حين بنى على محل تعلق حق الغير به فلا يعتبر.

ولو أخذ الشفيع بالشفعة وبنى واستحقت الدار أمر الشفيع بنقض البناء ولم يرجع بقيمة البناء على من أخذ منه في ظاهر الرواية.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يرجع عليه بقيمة البناء؛ لأنه متملك عليه فصار كالمشتري مع البائع. وجه ظاهر الرواية أن حق الرجوع إنما يثبت لدفع الغرور، فإن البائع التزم سلامة المبيع للمشتري، فإذا لم يسلم له يرجع بالقيمة عليه، فأما هنا

صاحب اليد لم يلتزم سلامة المشفوع للشفيع؛ لأنه تملك المشفوع جبرًا وكرهًا من غير اختيار صاحب اليد فلم يصر مغرورا، فلا يرجع عليه. نظيره: الجارية المأسورة إذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن فاستولدها، ثم استحقت من يده رجع بالثمن على من اشتراها من أهل الحرب، ولم يرجع بقيمة الولد عليه؛ لأنه أخذه منه جبرًا من غير اختياره فلم يوجد الغرور في حقه، وللشفيع أن يقلع زرع المشتري قياسًا كالبناء والغرس وزرع الرطبة، وفي الاستحسان لا يأخذها حتى يحصد ولا أجر له، وإن كان كرمًا أو رطبة يقلعه كالبناء؛ لأن في ترك الزَّرع إلى وقت الحصاد تأخير حق الشفيع إلى غاية معلومة، وفي قلعه إبطال حق المشتري، فإنه محق في الزرع من وجه بخلاف الغرس والبناء؛ لأنه ليس لهذه الأشياء غاية معلومة فكان في الترك إبطال حق الشفيع أصلًا؛ لأن التأخير لا إلى غاية معلومة إبطال معنى فاستوى الحقان في الإبطال فرجحنا حق الشفيع؛ لأنه غير متعدٍّ بوجه ما، والمشتري متعدٍّ من حيث إنه زرع في ملكه وحق الغير متعلق به فلا أجر له؛ لأن المشتري مالك للأرض ولا أجر على مالك الرقبة.

(**النوادر**): اشترى أرضًا بمائة ورفع منها التراب وباعه بمائة، وطلب الشفيع الشفعة أخذ الأرض بنصف الثمن وهو خمسون؛ لأن الثمن يقسم على قيمة الأرض قبل رفع التراب، وعلى قيمة التراب الذي باعه وقيمتهما سواء فيقسم عليهما الثمن نصفين.

ولو كسر المشتري الأرض وأعادها على ما كانت قبل أن يحضر الشفيع ثم حضر الشفيع يقال للمشتري: ارفع عنها ما أحدث لأن ذلك ملك المشتري ثم الجواب كما وصفنا من قبل.

وذكر في (**المنتقى**): لو اشترى دارًا ثم صنعها بأشياء كثيرة وزخرفها فجاء الشفيع فهو بالخيار إن شاء أخذها بالشفعة وأعطاه ما زاد فيها، وإن شاء تركها؛ لأن نقض صنعته لا تمكن وفيه نظر: فإن المشتري إذا بنى على الدار المشفوعة بناء كان للشفيع أن ينقض البناء ولا يأخذ الدار ويعطيه ما زاد فيها.

(باب الزيادة والحط في ثمن الدار المشفوعة)

الزيادة في الثمن لا تثبت في حق الشفيع، ولو حط البعض عن المشتري يأخذ الشفيع بالباقي، ولو حط الكل يأخذ بالكل.

وقال الشافعي: يأخذ بالكل في الوجهين بناء على أن الحط عنده لا يلتحق بأصل العقد وعندنا يلتحق حط البعض بأصل العقد وصار كأن العقد وقع بما وراء المحطوط فثبت الحط في حق الشفيع، فأما حط الكل لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه متى التحق بأصل العقد بطل العقد؛ لأن العقد يصير بغير ثمن فيظهر أن المحطوط لم يكن ثمنًا فبقي العقد بجميع الثمن إلا أنه يصح حط الكل في حق المشتري لأنه لاقى دينًا قائمًا في ذمته فصح.

(**النوادر**): ولو طلب الشفيع الشفعة فسلمها المشتري إليه، ثم نقد المشتري البائع الثمن فوهب له البائع خمسة دراهم من الثمن، وقد قبض المشتري جميع الثمن فعلم الشفيع بالهبة فليس له أن يسترد شيئًا؛ لأن الهبة ليست بحط لأنها هبة العين؛ لأن الثمن صار عينًا بالتسليم.

ولو وهب البائع خمسة دراهم من المشتري قبل قبض الثمن كان للشفيع أن يسترد؛ لأنها هبة الدين لأن الثمن في ذمته.

ولو وكل رجلًا ببيع داره فباعها بألف، ثم حط عن المشتري مائة درهم وضمن ذلك للآمر ليس للشفيع أن يأخذها بالشفعة إلا بالألف؛ لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد.

(**الجامع**): باع دارًا بثلاثة آلاف وتقابضا فأخذها أحد ورثة البائع بالشفعة فحط البائع عن المشتري في مرضه ألفًا فالحط باطل؛ لأن الشفيع ينزل منزلة المشتري في ملك الصفقة؛ لأنها تحولت إليه وأثر الحط يظهر في حقه فكأنه حط عن وارثه ولم يصح.

ولو حط قبل الأخذ توقف على أخذ الشفيع أو تركه؛ لأن الصفقة لا تتحول إليه إلا بالأخذ، ولو لم يكن الوارث شفيعه ولكن أخذها من المشتري تولية أو مرابحة ثم حطّ عن المشتري في مرضه صح الحط، ويحط المشتري عن الوارث ما حط

عنه وحصته من الربح في المرابحة؛ لأن الحط وقع في بيع الأجنبي لا حقّ للوارث فيه فيكون الحط واقعًا للأجنبي من كل وجه، ثم صار ملكًا للوارث مضافًا إلى الأجنبي لا إلى الوارث لما تخلل بينهما فعل فاعل مختار، وكان بمنزلة ما لو أقر المريض بعين للأجنبي، ثم أقر الأجنبي لوارث المريض يصح فكذا هذا. باع دارًا بمئة درهم وكر حنطة بعينها فأخذها الشفيع بهما، ثم حط البائع عن المشتري المائة فهو جائز ويحطها المشتري عن الشفيع؛ لأن الحط يلتحق بأصل العقد فصار كأن العقد وقع بكر حنطة لا غير، فإن وجد البائع بالكر عيبًا ردّه وأخذ مثله وللمشتري أن يعطيه الكر الذي قبضه من الشفيع، وإن شاء مثله، وإن كان المشتري الأول ولاها رجلًا بمئة وبمثل ذلك الكر فحط البائع المائة وحط هو عن الثاني ثم وجد البائع الأول بالكر عيبًا فردّه رجع بقيمة الدار على المشتري الأول، والفرق أن البيع وأن الفسخ برد الكر في الموضعين؛ لأنه كان بعينه وانفساخ البيع لا يبطل حق الشفعة إلا أنه تعذر إيجاب قيمة الدار على المشتري في الشفعة؛ لأن عجز المشتري عن ردّ الدار بأخذ الشفيع مضاف إلى فعل البائع؛ لأن ثبوت حق الشفعة مضاف إلى إيجاب البائع مع الجوار كما أن ثبوت الملك للمشتري في الدار مضاف إلى إيجابه؛ لأنه كما زال عن ملك البائع يثبت للشفيع فيها حق الشفعة والزوال مضاف إلى تمليك البائع فكان الاستهلال بأخذ الشفيع مضافًا إلى إيجاب البائع فيعذر إيجاب قيمة الدار على المشتري فأوجبنا عليه كرًّا مثل كر الثمن، فأمّا في التولية أمكن إيجاب قيمة الدار على المشتري الأول؛ لأن الملك للمولى له في الدار ثبت من جهة المشتري الأول ببيعه، فتحقق عجزه عن رد الدار بفعله فصار مستهلكًا للدار في حق البائع فيلزمه قيمتها لما انفسخ البيع في الدار تبعًا لانفساخه في الكر.

(باب ما للشفيع أن يأخذ الشفعة بالبيعين)

(**النوادر**): ولو فسخا البيع الأول وعقدا بيعًا آخر فأخذ الشفيع بالأول إن شاء، وكذلك لو اشتراها بألف فباعها بألفين فللشفيع أن يأخذ بأي بيع شاء، والعهدة على من أخذ منه؛ لأنه تصدى له شيئان فله أن يأخذ بأيهما شاء، ولو علم الشفيع بالبيع

الثاني ولم يعلم بالأول فأخذها بقضاء أو رضا ثم علم بالبيع الأول فليس له أن ينقض أخذهُ؛ لأنه لما تملك بالبيع الثاني سقط حقه في الشفعة في البيع الأول ضرورة حصول الملك له؛ لأنه لا يتصور بقاء حق التملك مع ثبوت حقيقة الملك له فاستوى فيه العلم والجهل.

ولو اشتراها بألف فزاده في الثمن ألفًا فعلم الشفيع بالألفين ولم يعلم بالألف فإن أخذها بالألفين نقضًا يطلب الزيادة وعليه الألف؛ لأن الزيادة في الثمن لا تثبت في حق الشفيع فكان القضاء واقعًا بما ليس بثابت في حق الزيادة، وإن أخذها برضاء كان الأخذ بمنزلة شراء مبتدأ فلم يبق له حق الشفعة.

ولو اشتراها بألف ثم تناقضا البيع ثم تعاقدا بألفين فأخذ الشفيع بألفين بقضاء أو رضاء ولم يعلم بالبيع الأول، ثم علم به فليس له أن ينقضه؛ لأنه اجتمع سببان فالتملك بأحدهما يوجب إبطال حق التملك بالآخر.

(**الجامع**): ولو اشترى دارًا فباعها من آخر أو وهبها له أو تصدق عليه وقبضها الموهوب له وغاب المشتري فالموهوب له والمشتري الثاني خصم للشفيع عند أبي يوسف.

وعند محمد: ليس الموهوب له والمتصدق عليه خصم حتى يحضر المشتري، وكذلك المشتري ليس بخصم له إن أراد أخذها بالبيع الأول، وإن أراد بالثاني وهو خصم وتسلم للشفعة في البيع الأول وقيل يجب أن يكون قول أبي حنيفة كقول محمد وهو الأصح.

وهكذا ذكر ابن سماعة في نوادره، وذكر الكرخي في مختصره قول أبي حنيفة مع قول أبي يوسف، وعلى هذا الخلاف، المولى إذا باع عبده المأذون المديون من رجل أجاب فالمشتري ليس بخصم للغرماء عندهما. وعند أبي يوسف: خصم.

له: أن الشفيع يدعي حقا في رقبة الدار والحق معتبر بحقيقة الملك.

ولو ادعى ملكًا في الدار ينتصب ذو اليد خصمًا له فكذا إذا ادعى حقًّا فيها ينتصب خصمًا للشفيع ويقضي له بالدار بالثمن وتنتقض الهبة والصدقة؛ لأن الشفيع

يستحقه بحق سابق على حق الموهوب له ويستوي القاضي بالثمن نظرًا للغائب بأن أخذ الثمن من الشفيع ويضعه على يدي عدل أو يتركه في ذمته ويشهد عليه ويأخذ منه كفيلًا به.

لهما: أنا لو جعلناه خصمًا له في الابتداء لاحتجنا إلى إخراجه عن الخصومة في الانتهاء؛ لأنه ما لم ينقض ملكه حتى تعود الدار إلى ملك المشتري لا يمكن أن يقضي له بالشفعة؛ لأن الشفيع إنما يتملك الدار بالشفعة من المشتري الأول لا من الموهوب له، والمشتري الثاني، ولهذا كانت العهدة على المشتري الأول، ومتى نقضنا ملك صاحب اليد وعاد إلى ملك المشتري تثبت الدار في يد ذي اليد أمانة فلا يصلح خصمًا عن المشتري فلا يجعله خصمًا في الابتداء قصرًا للمسافة، فإن قال ذو اليد: أودعنيها فلان يعني المشتري أو أجّرنيها أو عصبته، ولا بيت له فلا خصومة بينهما لأنهما تصادقا أن الملك واليد كان للمشتري الغائب، فإنه وصل إليه من جهته على وجه لا يكون خصمًا لمن يدعي حقا فيها، وإن قال ذو اليد هي لي لم يكن للذي ادعى أنه باعها لم يكن خصمًا عند محمد؛ لأن الشفيع زعم أنها ملك للمشتري الغائب وأنه يتملكها على الغائب وذو اليد غاصب أو مودع وهو لا يكون خصمًا عن الغائب فيصير قضاء على الغائب، وعند أبي يوسف هو خصم؛ لأنه إثبات حق التملك إلا بعد إثبات الشراء فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب.

(باب الشفعة تزاد فيها الشفعة)

ولو اشترى دارًا ولها شفيع فبيعت دار إلى جنب هذه فأخذها بالشفعة ثم حضر الشفيع وأخذ الدار الأولى بالشفعة فلا شفعة له في الثانية؛ لأن جوار الشفيع حدث بعد شراء الدار الثانية، وبالجوار الحادث لا يستحق الشفعة؛ لأن الدار الأولى كانت مملوكة للمشتري والجوار ثابت له حال بيع الثانية فصح القضاء له بالشفعة، وبطلان الجوار من بعد لا يبطل القضاء الواقع بالشفعة كالشفيع إذا باع الدار المشفوع بها بعد القضاء بالشفعة له، ولو كان الأول جار الدارين والمسألة بحالها يقضى للأول بالدار الأولى وبالنصف من الثانية؛ لأن الشفيع مع المشتري جاران للدار الثانية فاستويا في استحقاق الشفعة للثانية وبالشراء لا يبطل حقه في الشفعة.

(**النوادر**): وذكر ابن شجاع في نوادره: لو اشترى دارًا ولها شفيع فبيعت دار بجنب هذه الدار المشتراة، فحضر الشفيع وطلب الشفعة، والمشتري للدار الأولى أيضًا طلب الشفعة في الدار الثانية، ينظر إن قضى القاضي بالشفعة في الدار الأولى للشفيع أولا يطلب شفعة الدار الثانية؛ لأنه زال ملك المشتري قبل تملكه الدار الثانية بالشفعة فصار كما لو باع الشفيع داره قبل الأخذ بالشفعة، وإن قضى بالشفاعة الأخيرة للمشتري أولا جاز والشفعة في الدار الأولى باقية للشفيع الغائب ولم يكن له أن يأخذ الدارين بالشفعة لما بينا.

ورُوي عن أبي يوسف فيمن اشترى نصف دار، ثم اشترى آخر نصفها الآخر فخاصمه المشتري الأول فقضي له بالشفعة بالشركة، ثم خاصمه جار في الشفعتين جميعًا، فالجار أحق بالشراء الأول، ولا حق له في الباقي فكذلك لو اشترى نصفها ثم اشترى نصفها؛ لأنه أجنبي في النصف الأول شريك في النصف الثاني، والشريك مقدم على الجار، واستحقاق النصف الأول لا يبطل الشفعة في النصف الثاني. وذكر ابن رستم رجل في يديه دار ميراث فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة بغير قضاء، ثم بيعت دار أخرى بجنب الثانية، ثم أخرى بجنب الثالثة، فأخذ الكل بالشفعة، ثم استحقت الدار الموروثة، فإنه يأخذ المستحق الدار الثانية، والوارث أحق بالثالثة والرابعة؛ لأنه يتبين أن الوارث أخذ الثانية ولا ملك له في الأولى فلم يكن جارًا للثانية، فأما الثانية صارت ملكًا له بالأخذ بالشفعة بالتراضي فكان الملك في الثانية ثابتًا له حين بيعت الثالثة وكان جارًا فاستحقت الشفعة، وزال الملك لا يوجب بطلان الشفعة. وذكر الحسن لو جاء رجل إلى دور شوارع في الطريق الأعظم فاشترى أقصاها ثم التي يليها ثم الأخرى ثم جاء أولا لزيق الدار الأخيرة فطلب الشفعة لم يكن له الأخيرة منهن، فإن جاء لزيق الأولى وطلب الشفعة لم يكن له الأولى، فإن جاء لزيق كلهن جميعًا أخذ الأولى بالشفعة والباقيتين بينه وبين المشتري نصفين. قوم ورثوا دارًا لم يقتسموها فاشترى رجل نصيب واحد بعد واحد حتى استجمعا، ثم جاء الجار يطلب الشفعة، له أن يأخذ نصيب الأول بالشفعة ولا سبيل له على الثاني، ولو اشترى أنصباءهم إلا نصيب رجل غائب فقدم الغائب له أن يأخذ نصيب الأول بالشفعة ثم يشارك المشتري فيما بقي من الأنصباء فيكون بينهما نصفين.

وذكر ابن رستم: رجل اشترى نصف دار، ثم اشترى آخر ثلثها، ثم اشترى آخر سدسها، ثم جاء الشفيع فله أن يأخذ الكل إذا لم يطلب غيره الشفعة، فإن كان المشتري الأول أخذ الثلث الثاني يكون الثلث له والشفيع يأخذ النصف الأول.

ولو أخذ المشتري الثاني السدس الثالث بالشفعة ولم يكن أخذ المشتري الأول شيئًا يأخذ الشفيع النصف والثلث ويكون للمشتري الثاني سدس الثالث.

وروى بشر بن الوليد: لو باع نصف دار من رجل ليس بشفيع وقاسمه بأمر القاضي فقدم الشفيع، ونصيب البائع بين دار الشفيع وبين نصيب المشتري، فإنه لا تبطل شفعة الشفيع؛ لأن القسمة تصرف من المشتري في إتمام قبضه فأصل قبضه لا يبطل الشفعة فكذا إتمامه، فإن باع البائع نصيبه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الأولى، ثم طلب الشفيع، فإنه ينظر إن قضى القاضي بالشفعة الأخيرة جعلها بينهما نصفين؛ لأن المشتري قد صار جارًا لنصيب البائع كالشفيع الأول فاستويا فيه وإن بدأ فقضى بالأولى للأول قضي له بالأخيرة أيضًا؛ لأنه لم يبق للمشتري الأول ملك حتى يأخذ به الشفعة الثانية.

(باب اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن)

وإذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن، فالقول للمشتري مع يمينه والبينة للشفيع عندهما.

وقال أبو يوسف: البينة للمشتري أيضًا؛ لأنها بينت زيادة في الثمن، وبينة الشفيع تبعتها فكانت المبينة أولى كالبائع مع المشتري إذا اختلفا في الثمن فبينة البائع أولى.

لهما: أنه إنما يصار إلى الترجيح إذا لم يمكن العمل بالبينتين وقد أمكن العمل بهما في حق الشفيع بأن يجعل كأنه اشتراها بألف ثم بألفين فيجتمع العقدان في حق الشفيع فهل أن يأخذ بأي عقد شاء بخلاف البائع مع المشتري؛ لأن اجتماع العقدين في حقهما غير متصور؛ لأن تجديد العقد في حقهما يتضمن انفساخ العقد الأول.

ولو قال البائع: بعتها بألف وما استوفيت الثمن، وقال المشتري: بألفين والدار

مقبوضة أخذها الشفيع بألف؛ لأن البائع إن كان صادقًا فالثمن ما قاله، وإن كان كاذبًا فالثمن أكثر مما قاله فقد أبرأ المشتري عن الزيادة والإبراء كالحط فينحط عن الشفيع قدر ما انحط عن المشتري.

ولو قال: بعت بألف واستوفيت الثمن وهو ألف يأخذ بالألفين بخلاف ما لو قال: بعت بألف واستوفيت الثمن يأخذ بالألف، والفرق أنه لما أقر بمقدار الثمن أولًا فقد ثبت للشفيع حق الأخذ بألف، فإذا قال قبضت الثمن يريد إبطال حق الأخذ للشفيع بألف؛ لأنه لا يصح منه بيان مقدار الثمن بعد الإقرار بالاستيفاء؛ لأنه لم يبق له حق في المبيع والثمن بعد استيفاء الثمن، وصار هو والأجنبي سواء وكان إقراره بالاستيفاء مبطلًا حق الشفيع فلم يصح إقراره بالاستيفاء.

ولو لم يقر بالاستيفاء يصح منه بيان مقدار الثمن فكذا إذا لم يصح إقراره، فأما إذا أقر بالاستيفاء أولًا لم يصح منه بيان مقدار الثمن آخرًا؛ لأن إقراره بالاستيفاء قد صح؛ لأنه لم يتضمن إبطال حق الشفيع؛ لأنه لم يثبت للشفيع حق الأخذ بمقدار الثمن، فإذا صح إقراره بالاستيفاء لم يصح منه بيان مقدار الثمن؛ لأنه لم يبق له حق فيه.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: لو كانت الدار في يد البائع فالقول قوله في بيان مقدار الثمن أقر بالاستيفاء أولًا وآخرًا؛ لأن قبل التسليم البائع ذا حظ من هذا العقد في حق الشفيع، فإن الشفيع يأخذ منه، وضرر هذا البيان عليه متى أخذ منه الشفيع فصح منه بيان المقدار بعد الإقرار باستيفاء الثمن كما يصح قبله.

ولو قال البائع: بعتها بألفين والمشتري والشفيع يدعيانها بألف والدار في يد البائع، فإنهما يتحالفان ويترادان؛ لأنهما اختلفا في مقدار الثمن والسلعة قائمة فصار كما لو لم يكن معهما شفيع.

ولو هدم رجل بناءها واختلف المشتري والشفيع في قيمة البناء، فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأن حاصل اختلافهما في قدر ثمن العرصة، فيكون القول للمشتري، كما لو اختلفا في مقدار الثمن؛ ولأنهما اختلفا في قدر الساقط من الثمن والشفيع يدعي زيادة السقوط والمشتري ينكر، وإن أقاما البينة فالبينة للمشتري على قياس قول أبي حنيفة هكذا قال محمد.

وقال أبو يوسف: على قياس محمد. له البينة للشفيع، وإنما اختلفا في قياس قوله لاختلاف العلتين فيما إذا اختلفا في مقدار الثمن فأقاما البينة فبينة الشفيع أولى. محمد علل له أن بينة الشفيع إنما كانت أولى؛ لأنه أمكن العمل بالبينتين واعتبار العقدين، وهنا لا يمكن ذلك فبقي العمل بإحدى البينتين والعمل ببينة المشتري أولى؛ لأنها زيادة في ثمن العرصة فتتأخر بينة البائع، وأبو يوسف علل له أن بينة الشفيع كانت ملزمة موجبة السلم على المشتري بالشفعة وبينة المشتري غيرت على الشفيع شيئًا وهذه العلة موجودة هنا، فإن الشفيع بعدما ادعى مخير بين الأخذ والترك فلا تكون بينة المشتري ملزمة عليه شيئًا والبينة إنما تقبل للإلزام.

ولو كان الثمن عرضًا بعينه فهلك العرض. ثم اختلفا في قيمة العرض فالقول للبائع وإن أقاما البينة فعند أبي يوسف على قياس قول أبي حنيفة البينة بينة الشفيع، وعند محمد البينة بينة البائع كما لو اختلفا في قيمة البناء، وإذا قال المشتري: اشتريت بألف وأخذها الشفيع بذلك، وأقام البائع البينة أن الثمن ألفان يجب للمشتري على الشفيع ألف أخرى.

وقال زفر والشافعي: لا يجب، وكذلك لو اشترى من آخر شيئًا فأقر أنه له، ثم استحق من يده فالبينة له أن يرجع بالثمن على البائع خلافًا لهما.

لهما: أن إقرار المشتري بالألف قد صح في حق الشفيع ولا يبطل بقضاء القاضي؛ لأن القضاء يبنى على الشهادة والشهادة محتملة مترددة بين الصدق والإفك فصار المشتري مكذبا في حق البائع حتى وجب عليه ألفان مصدقا فيما أقر به للشفيع.

لنا: أن المشتري صار مكذبا شرعا بقضاء القاضي عليه بألفين بشهادة الشهود، وقد يرجح الصدق في الشهادة ويسقط اعتبار احتمال الكذب بإيصال القضاء به، فصار الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، ومتى بطل قول المشتري بالقضاء بطل ما في ضمنه.

ولو استحق بعض الدار أو عرق فقال المشتري: بقي نصفها، وقال الشفيع: ثلثها

فالقول للمشتري؛ لأن حاصل اختلافهما في قدر الثمن فيكون القول للمشتري كما في أصل الثمن.

(باب اختلافهما فيما وقع عليه البيع)

قال المشتري: اشتريت البناء ثم العرصة فلا شفعة لك في البناء، وقال الشفيع: بل اشتريتهما جميعًا، فالقول للشفيع مع يمينه على العلم؛ لأن المشتري يدعي سقوط حق الشفيع بعدما أقر بثبوت حقه؛ لأنه أقر بأصل شري الدار والبناء جميعًا، وأنه سبب لثبوت حق الشفعة فيهما، فأنكر ثبوت حقه فيهما باعتبار أصل الشراء ومنكرًا بثبوته باعتبار وصف الشراء وقد يعذر الجمع بينهما فكان العمل باعتبار الأصل أولى؛ لأن الصفة تبع له، واعتبار الأصل أولى من اعتبار البيع، وصار كما لو قال أكلت طعامك بإذنك وأنكر الآخر الإذن يلزمه الضمان؛ لأنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى سقوطه، وإن أقاما البينة فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف.

وعند محمد: البينة بينة الشفيع لما مرّ.

ولو قال المشتري: باعني الأرض ثم وهب لي البناء ثم باع الأرض، وقال الشفيع: بل اشتريتهما معًا، فالقول للمشتري ويأخذ المبيع بلا بناء إن شاء؛ لأنه لم يقر بشراء البناء أصلًا فكان منكرًا ثبوت حقه في البناء أصلًا.

ولو قال: وهب مني هذا البيت بطريقه إلى باب الدار ثم باع مني بقية الدار وصدقه البائع، وقال الشفيع: بل اشتريت الدار كلها فالبيت بطريقه للمشتري، ويأخذ الشفيع بقية الدار؛ لأنه لم يقر بسبب ثبوت الشفعة وهو الشراء في الثلث الموهوب فكان منكرًا ثبوت حقّه فيه أصلًا. اشترى دارًا وقبضها فقال المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول للمشتري؛ لأن المشتري لم يعترف بشراء البناء بل أنكر حقه فيه أصلًا فكان القول له والبينة للشفيع، لأنها أكثر إثباتا، وكذلك الشجر والزرع وغيره، فإن قال المشتري أحدثت فيها النخل أمس لم يصدق، وكذلك ما لا يحدث مثله من البناء؛ لأنه ظهر كذبه بيقين ما لم يتصور إحداث ذلك في مثل هذه المدة.

ولو قال الشفيع: علمت بالبيع منذ أيام وطلبت، وقال المشتري: ما طلبت فالقول للمشتري، ولو قال: علمت الساعة وطلبت أو طلبت حين علمت، فالقول للشفيع مع يمينه، والفرق أنه لما قال: طلبت حين علمت فعلمه عند القاضي ظهر للحال وقد وجد منه الطلب للحال فيكون القول له، وإذا قال: علمت منذ كذا فعلمه بالشري منذ كذا ثبت عند القاضي بإقراره وطلبه منذ كذا لم يظهر فيحتاج إلى إثباته بالبينة، ونظيره: البكر إذا زُوِّجت فبلغها فردت فاختصما إلى القاضي فقال الزوج: سكتِّ، وقالت المرأة: رددْتُ، فإن قالت: رددتُ حين علمتُ فالقول قولها وإن قالت: علمت يوم كذا ورددت فالقول قول الزوج.

(**النوادر**): ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاصق فقال المشتري: اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريك في الثانية، وقال الشفيع: لا بل اشتريتهما صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما فالقول للشفيع؛ لأن المشتري أقر بشرائهما وذلك سبب لثبوت حق الشفعة ثم يدعي حقًّا لنفسه بدعوى تفريق الصفقة فلا يقبل قوله إلا ببينة.

وكذلك لو قال المشتري: اشتريت نصفًا ثم نصفًا، وقال الشفيع: اشتريت الكل صفقة فالقول للشفيع.

ولو قال: اشتريت ربعًا ثم ثلاثة أرباع فلك الربع، وقال الشفيع: لا بل اشتريت ثلاثة الأرباع أولا ثم ربعًا فالقول للشفيع؛ لأن المشتري أقر بشراء ثلاثة الأرباع، وهو سبب لثبوت حق الشفعة، ثم ادعى ما يسقطه وهو تقدم البيع في الربع فلا يصدق.

وإن قال المشتري: اشتريت صفقة واحدة، وقال الشفيع: اشتريت نصفًا فأنا آخذ النصف فالقول للمشتري ويأخذ الشفيع الكل أو يدع؛ لأن الشفيع يريد تفريق الصفقة وفيه إلحاق ضرر عيب الشركة بالمشتري فلا يقبل قوله.

(باب الاختلاف في صحّة البيع وفساده)

روي عن أبي يوسف: لو تصادق البائع والمشتري أن البيع كان فاسدًا، وقال الشفيع: كان جائزًا، فالقول قول الشفيع، كما لو اختلف المتعاقدان في الصحة

والفساد كان القول قول من يدعي الصحة، فكذا إذا اتفقا على الفساد وخالفهما الشفيع، هذا إذا ادعيا الفساد بأجل فاسد أو خيار فاسد.

ولو اتفقا على أنهما باعا بخمر أو خنزير فالقول قول من يدعي الفساد؛ لأنه عقد فاسد لا يصح أبدًا كما لو اختلف المتبايعان في ذلك، فالقول لمن يدعي الفساد فكذا هذا.

فأمّا على قول أبي حنيفة ومحمد فلا تجب الشفعة؛ لأنه يجري مجرى شرط الخيار، ومتى توافقا على شرط الخيار لا تجب الشفعة. رجلان تبايعا وطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما فتصادق البائع والمشتري أن البيع كان تلجئة لا يصدقان على الشفيع لأنهما أقرا بأصل البيع، فيكون القول قول من يدعي الجواز، ولهذا لو اختلف المتبايعان على هذا الوجه فالقول للمشتري إلا إذا كان الحال يدل عليه بأن كان المنزل كثير القيمة وقد بيع بثمن قليل لا يباع مثله به، فحينئذ يكون القول قولهما ولا شفعة للشفيع؛ لأن الظاهر يشهد لهما، ولهذا لو اختلف البائع والمشتري على هذا الوجه كان القول للبائع.

(**الجامع**): فإذا اتفق البائع والمشتري أن البيع كان الخيار للبائع وأنكر الشفيع فالقول لهما؛ لأنهما أنكرا ثبوت حق الشفعة لما توافقا على عقد لا يوجب حق الشفعة ولأن العقد تم بهما، وكانا أعرف بعقدهما فكان القول لهما في بيان كيفيته وصفته كما كان القول لهما في كيفية الثمن.

ولو وافق المشتري الشفيع في أن لا خيار وادعى البائع الخيار ولم يمض الثلاثة فالقول للمشتري، وقد رُوي عن أبي حنيفة في النوادر: أن القول قول البائع وهذا جواب القياس، والمذكور في الجامع جواب الاستحسان، وجه القياس أن البائع بدعوى الخيار ينكر زوال المبيع عن ملكه معنى، والمشتري وإن كان منكرًا شرط الخيار صورة فهو مدعٍ تملك المبيع على البائع فيكون القول للبائع. وجه الاستحسان أن البائع بدعوى الخيار يدعي إحداث فعل وشرط على المشتري، فإن خيار الشرط لا يثبت للبائع إلا باشتراط المشتري، والمشتري ينكر ذلك فيكون القول قوله كالمشتري إذا ادعى تأجيل الثمن والبائع ينكر.

وعن محمّد القول قول من ينكره وعن أبي يوسف إن تفرقا عن المجلس فلمن ينكر، وإن لم يتفرقا فلمن يدعيه.

(باب التناكر والتخاصم فيما يستحق به الشفعة)

وإذا أنكر المشتري أن الدار التي في يد الشفيع للشفيع حتى يقيم البينة أنها داره.

وعن أبي يوسف: أنه يستحق الشفعة باليد وهو قول زفر والشافعي؛ لأن اليد دليل الملك ظاهرًا، ولهذ لو رأى شيئًا في يد إنسان حل له أن يشهد له بالملك بناء على اليد.

لنا: أن اليد دليل الملك ظاهرًا والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق على الغير كالحريّة الثابتة للشاهد باعتبار الظاهر حتى لا يصلح حجّة للاستحقاق والإلزام حتى لو أنكر المشهود عليه حريّة الشاهد لم يكتف بحرية الأصل.

(**النوادر**): رُوي عن أبي يوسف: لو ادعى على رجل دارًا فأقام البينة أن هذه الدار كانت في يدي ابنه مات وهي في يده فإنه يقضى له بالدار.

ولو بيعت دار بجنبها، فإنه لا يستحق بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك؛ لأنّ القضاء باليد ليس نقضا بالملك في حق الغير.

ولو قال المشتري: لا أعرف لمدعي الشفعة دارًا يستحق بها الشفعة فالقول قوله؛ لأن الظاهر لا يكفي للاستحقاق.

ولو أراد الشفيع أن يحلفه فله ذلك؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه مع كونه خصمًا، ثم يحلفه على الثبات عند محمد.

وعند أبي يوسف: على العلم وعليه الفتوى؛ لأن هذ تحليف على ملك دار ليست في يده، والتحليف على ما ليس في يد إنسان يكون على العلم. دار في يدي رجل أقر أنها لآخر فبيعت دار بجنبها، فطلب المقر له بالشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة أن الدار داره؛ لأن الإقرار حجّة قاصرة فيظهر في حق المقر خاصّة، فلا يظهر الملك في حق المشتري لإثبات التملك بالشفعة.

وذكر في (المنتقى) عن أبي يوسف: رجل في يده دار عرف القاضي أنها له فبيعت دار بجنب هذه فقال الشفيع بعد البيع: الدار التي فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة فلا شفعة له ولا للمقر له، حتى يقيم البينة على الشراء؛ لأن الإقرار حجة قاصرة تصح في حق المقر لا في حق غيره.

وذكر الخصاف في إسقاط الشفعة: لو أقر البائع بسهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقيمة الدار فالجار لا يستحق الشفعة.

وقال بعض أصحابنا: للجار الشفعة ولا تبطل بإقرار البائع استدلالًا بمسألة الحائط وهي ما إذا أقر البائع قبل البيع أن الحائط بينهما فلا شفعة له بهذا؛ لأن إقراره ليس بحجة في حق الشفيع الجار. رجل وهب أو تصدق بالحائط التي يلي دار جاره على رجل وسلمه إليه، ثم باع ما بقي فلا شفعة للجار؛ لأنه تخلل بين المبيع وبين دار الجار ما ليس يمتنع وهو الحائط المتصدق به فلم يبق الجار جارًا، فإن طلب الجار يمين المشتري، بالله أنه ما تصدق فرارًا من الشفعة على وجه التخلية فعليه اليمين؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه وهو خصم، فإنّه لو أقر أن الصدقة كانت تخلية كانت التخلية للجار، فإن تخل فالشفعة للجار، فإنه ثبت كونه جارًا ملازقًا، وإن حلف فلا يظهر. رجل اشترى من ضيعة عشرها بثمن كثير وتسعة أعشارها بثمن قليل، فللشفيع الشفعة في البيع الأول دون الثاني.

ولو أرد الشفيع أن يستحلف المشتري بالله ما أردت إبطال شفعتي بذلك لم يكن له ذلك؛ لأنه ادّعى عليه معنى لو أقر به لا يلزمه، ولو أراد أن يستحلفه بالله أن البيع الأوّل ما كان تلجئة فله ذلك؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، وهو خصم. رجل له دار غصبها غاصب فبيعت دار بجنبها والغاصب والمشتري جاحدان لدار الشفيع ينبغي له أن يطلب الشفعة حتى إذا أقام البينة على الملك تبين أن الشفعة ثابتة، فإذا طلب خصم الغاصب إلى القاضي ويخبر القاضي عن صورة الأمر، فبعد ذلك ينظر إن أقام البينة قضى له بالدار وبالشفعة في الدار الأخرى؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة وإن لم يقم البينة حلفهما جميعًا، فإن حلفا لا يقضي بإحدى الدارين، وإن نكلا يقضي بالدارين وإن حلف الغاصب ونكل المشتري لا

يقضي له بالدار المغصوبة ويقضي له بالدار المشفوعة، وإن كان على العكس؛ فالحكم على العكس لأن النكول إقرار وإقرار كل مقر حجة عليه خاصة المشتري إذا أنكر طلب الشفعة، فالقول قوله مع يمينه لما بينا، فإن أراد الشفيع تحليفه ينظر إن أنكر طلبه عند سماع البيع، فإنه يحلف على العلم بالله تعالى ما يعلم أن الشفيع حين علم بالبيع لم يطلب؛ لأنه لا يحيط علمه به، وإن أنكر طلبه عند لقائه يحلف البتة؛ لأنه يحيط علمه به.

(**الجامع**): ادّعى الشفعة فقال من في يده الدار: ورثها من أبي، وقال الشفيع: اشتريتها من فلان وصدّقه البائع في البيع وقبض الثمن، فأقام الشفيع البينة أنها كانت لأب البائع وتركها ميراثًا للبائع ولم يقم البينة على البيع فسمع بينته وللمشتري أن يصدق الشفيع ويأخذ الثمن منه، وإن لم يصدقه أخذ الشفيع الدار من البائع وردّ البائع الثمن على المشتري والعهدة على البائع؛ لأن الشفيع انتصب خصمًا عن البائع في إثبات الملك له؛ لأنه لا يمكنه إثبات حق الشفعة لنفسه في هذه الدار إلا بعد إثبات الملك لبائعها فاستقرت بينته على إثبات الملك للبائع ومتى ثبت الملك للبائع كان القول قول البائع في إخراجه عن ملكه بالبيع، فثبت بيع الدار بإقراره إلا أنا لا نلزم المشتري العهدة بقولهما، فكان بالخيار في التزام العهدة وصار هذا كدار مملوكة لإنسان أقر المالك أنه باعها من فلان بكذا، وقبض منه الثمن فأنكر المشتري ذلك، فطلب الشفيع الشفعة فالمشتري بالخيار إن شاء صدق البائع ويأخذ الشفيع الدار منه وتكون العهدة عليه، وإن شاء كذبه ويأخذ الشفيع الدار من البائع والعهدة عليه فكذا هذا. دار في يدي رجل أقام البينة وأودعها إياه، وأقام آخر البينة أنه اشتراها من آخر بألف، وهو شفيعها قضي له بالشفعة؛ لأن ذا اليد انتصب خصمًا للمدعي بدعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة عنه بإحالة الفعل إلى غيره؛ لأن البينة قامت على إبطال خصومة المدعي لا على إحالة الفعل إلى غيره، وصار كمن ادعى غصبًا أو إجارة أو رهنًا عليه لم تندفع عنه الخصومة بإثبات الوديعة؛ لأنه يتضمن إبطال حقه في الخصومة وكذا هذا.

ولو أقر المشتري بالشراء سلمت إلى الشفيع؛ لأن ذا اليد مالك للدار ظاهرًا والملك للغائب موهوم مكتوم عسى يثبت وعسى لا، فيؤمر بتسليم الدار إلى

الشفيع؛ لأنه لا يؤخر حق ثابت بحق موهوم، فإن حضر البائع فأنكر أخذ داره منه؛ لأن نفاده وانبرامه موقوف على تصديق البائع؛ لأن الملك ثابت له لتصادقهم عليه، فإن كانت الدار في يد غير المشتري، والمسألة بحالها فلا خصومة حتى يحضر الغائب؛ لأن المدعي لا يدعي الحق على ذي اليد ويده يد الغير فلا ينتصب خصمًا.

ولو قال المشتري: بعت الدار المشفوعة من فلان الغائب وسلمتها إليه ثم أودعنيها وأقام البينة لا يسمع؛ لأن المشتري كان خصمًا له وثبت للشفيع حق الأخذ بالشفعة قبله وهو يريد إبطاله فلا يسمع البينة منه على ذلك لأنها قامت على فعله وصار كما لو كان المدعي ادعى ملك هذه الدار وزعم ذو اليد أنه باعها من فلان لا تقبل بينته على ذلك فكذا هذا، فإن قضي له بالشفعة ثم حضر الغائب وادعى لا يسمع؛ لأن القضاء بالشفعة تضمّن نقض البيع؛ لأنه صار مقضيا عليه بأنه ادعى بلغي الملك من جهة ذي اليد وهو صار مقضيا عليه فكذا من يلغي الملك من جهته.

(باب الشهادة في تسليم الشفعة)

وشهادة البائعين أن الشفيع سلم الشفعة باطلة؛ لأنهما يدفعان الخصومة عن أنفسهما إن كانت الدار في أيديهما، فإن كانت الدار في يد المشتري؛ فلأنهما يدفعان العهدة عن أنفسهما؛ لأن الشفيع متى أخذ الدار بالشفعة من المشتري تبعد العهدة عنهما فيجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنمًا فتمكنت التهمة فيهما، وكذلك شهد الكفيلان بالدار أن المشتري سلم إلى الشفيع فلم يقبل؛ لأن ضمان العهدة عليهما متى استحقت الدار على وجه لا يمكنها الدفع فصارا خصمين في هذه الدار بالكفالة، فإن لم يخاصما كالوصي إذا شهد لليتيم بعد البلوغ والوكيل بالخصومة إذا شهد بعد العزل لا يقبل فكذا هذا، فكذلك شهادة الشفيعين بشراء الدار باطلة، وإن سلما الشفعة ثم شهدا بالبيع في الأصل مطلقًا أنه تقبل شهادتهما.

وقال المشايخ: الجواب مفصلًا إن سلما الشفعة قبل الطلب تقبل شهادتهما؛ لأنهما لم يكونا خصمين فيما شهدا به، وإن سلما بعدما طلبا لا تقبل شهادتهما؛ لأنهما لما طلبا فقد أظهرا الخصومة من أنفسهما فصارا خصمين في هذه الحادثة،

ومن صار خصمًا في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة، وإن لم يبق خصمًا في تلك الحادثة كالوصي والوكيل إذا شهدا بعد العزل والبلوغ.

ولو شهدا على البائع أن الشفيع سلم الشفعة والدار في يد البائع، وهو يدعي تسليم الشفعة لا تقبل، وإن كان يجحد تقبل؛ لأن هذه الشهادة قامت على أمر فيه منفعة للأب من وجه إن كان المشتري أملى وأوفى من الشفيع ومضرة من وجه إن كان الشفيع أملى من المشتري، وشهادة الابن على أمر فيه منفعة للأب من وجه مضرة من وجه لا يقبل إن كان الأب يدعيه، ويقبل إن كان يجحده ويبقيه كما لو شهد على أبيه ببيع شيء، فإن كانت الدار في يد المشتري ثبت لعدم التهمة؛ لأنهما لا يدفعان بهذه الشهادة الخصومة عن أبيهما، ولا يبعدان العهدة عنه بل يقران بأن العهدة عليه فلم يكن للأب فيهما منفعة بوجه ما فقبلت.

ولو شهد أبناء البائع أن المشتري سلمها للشفيع والدار في يد المشتري لا تقبل؛ لأنه فيه تقرير ببيع الأب، وإسقاط الخصومة والعهدة عنه فتكون في هذه الشهادة منفعة له قامت بينة أن الشفيع سلم الشفعة، وقامت بينة أن البائع والمشتري سلما الدار قضي بها للذي في يديه؛ لأن بينة ذي اليد أول؛ لأن الشهود شهدوا بالأمرين ولم يشهدوا بالترتيب والتعقيب فيتصور وقوعهما معًا فيجعل كأنهما وقعا معًا، ولو وقعا معًا كان تسليم الشفعة أولى؛ لأنه إسقاط وتسليم الدار بالشفعة تمليك والإسقاط أسرع نفادًا من التمليك فكان أقوى فتقدم الأقوى على الأوهى، كما لو شهد شاهدان أنه أعتق عبده وشهد آخران أنه باعه صار العتق أولى؛ لأنه أسرع نفادًا من البيع فصار كأن الشفيع أبطل حقه ثم أقام البينة أنه سلم الدار إليه بالشفعة، ويكون هذا قضاء استحقاق لا قضاء ترك؛ لأن بينة ذي اليد صارت أولى لكونها أسبق من بينة الشفيع معنًى.

(باب الوكالة في الشفعة)

وكيل باع أو اشترى يأخذ الشفيع من الوكيل ما دامت في يده؛ لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد، والعاقد هو الوكيل فصار الوكيل كالمشتري لنفسه فيما

يرجع إلى الحقوق، فإذا سلمها إلى الموكل فالخصم هو الموكل؛ لأنه لما سلمها إلى الموكل زالت يده عنها، وصارت اليد للآمر وصار الخصم هو الآمر، ألا ترى أنه إذا وجد به عيبًا كان للآمر حق الخصومة والردّ فكذا هذا.

وهذا إذا علم أنه وكيل في الشراء، فأمّا إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله وأنكر الشفيع الوكالة فهو خصم، ولا فائدة في هذه الخصومة؛ لأنا لو علمنا بالوكالة كان خصمًا؛ لأن حقوق العقد تتعلق به فكذا إذا لم يكن معلومة.

ولو قال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع: اشتريت لفلان وسلمت إليه فحضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري؛ لأن إقراره قبل الخصومة صحيح فصار كم لو كانت الوكالة معلومة.

ولو أقر بذلك بعدما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه؛ لأنه صار خصمًا للشفيع، وهو بهذا الإقرار يريد إسقاط حقه فلا يملك.

ولو أقام بينة أنه قال قبل شرائه. أنه وكيل فلان لم تقبل بينته؛ لأنه لا يدفع بهذه البينة الخصومة عن نفسه.

ورُوي عن محمد أنه تقبل بينته لدفع الخصومة حتى يحضر المقر له، والتوكيل بطلب الشفعة جائز؛ لأن الأخذ بالشفعة يتضمن الشراء والخصومة والتوكيل بهما جائز إلا أن عند أبي حنيفة لا يصحّ إلّا برضا الخصم وعندهما جائز بغير رضى الخصم.

ولو طلب وكيل الشفيع فقال المشتري: قد سلم الشفيع لا يقبل قوله لأنه أقر بحق الأخذ للوكيل، وادعى ما يسقطه فعليه إثباته، ولا يمين على الوكيل أنه لم يعلم أن موكله سلم شفعته؛ لأن الوكيل قام مقامه في الطلب لا في اليمين، ولذلك لو أراد يمينه أنه لم يفرط في طلب الشفعة، ولكن يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل، ثم يبيع الموكل ويستحلفه وصار كوكيل يقبض الدين إذا ادعى المديون الإبراء على الموكل، فإنه يؤمر بدفع الدين إلى الوكيل ثم يبيع الموكل ويستحلفه على ذلك.

ولو سلم الوكيل الشفعة أو أقر بالتسليم عند القاضي جاز تسليمه؛ لأن من ملك

الأخذ بالشفعة ملك التسليم كما في الأب والوصي، ولا يجوز عند غير القاضي عندهما.

وقال أبو يوسف: يجوز بناء على أن الوكيل إذا أقر على موكله بالتسليم في غير مجلس الحكم لما يأتي في الوكالة. للدار شفيعان فوكلا رجلًا فقال: سلمت شفعة أحدهما ولم يتبين أيهما هو وقال: اطلب للآخر ليس له ذلك حتى يبين؛ لأن القاضي يحتاج إلى أن يقضي بالشفعة لأحدهما وبالتسليم على الآخر، ولا يمكنه ذلك إلّا بعد البيان وكّل الشفيع المشتري بأخذها، لم يصح؛ لأن الأخذ بالشفعة شراء، والواحد لا يصلح وكيلًا بالشراء من الجانبين، وكذلك لو وكل البائع استحسانًا؛ لأنه يصير آخذًا من نفسه فيؤدي إلى التضادّ في الحقوق إن كان المبيع في يده، وبعد التسليم يصير ساعيا لنقض ما قد تم به؛ لأن بأخذه ينفسخ العقد بينه وبين المشتري، ولا يجوز لأحد المتعاقدين السعي لنقض ما تم به. وكله بأن يأخذ الشفعة بكذا وكان المشتري اشترى بأكثر لا يأخذ؛ لأن الوكيل بالشفعة وكيل بالشراء والموكل بالشراء لا يملك الشراء بأكثر مما يبين له الموكل من الثمن.

وكذلك لو قال: إن اشتراها فلان لنفسه وقد اشتراها لغيره؛ لأنه خالف لأنه وكل بشراء من فلان وقد اشترى من غيره. وكله بأن يخاصم في شفعة دار فخاصم في أخرى ليس له ذلك إلّا إذا عم في التوكيل؛ لأن الوكيل بشراء دار بعينها لا يملك شراء دار أخرى.

ولو طلب المشتري من الوكيل بطلب الشفعة أن يكف عنه مدة على أنه على خصومته وشفعته جاز؛ لأن الشفيع لو أخر وأمهل المشتري بعد الإشهاد بدون طلبه جاز فكذا يطلبه ووكيله بمنزلته، ولا تبطل الشفعة بموت الوكيل وتبطل بموت الموكل ولحاقه بدار الحرب مرتدا؛ لأن الحق ثابت للموكل لا للوكيل.

(**المنتقى**): ولو وكل رجلًا بطلب كل حق له وبالخصومة والقبض ليس له أن يطلب شفعته، لأنّ الشفعة شراء، والوكيل بالخصومة لا يملك الشراء وله أن يقبض شفعة قد قضي بها للموكل.

(باب الشفعة للصغير)

ويثبت للصبي الشفعة ويأخذ له وليه كالأب والوصي؛ لأن هذا تصرف في المال فيملك ذلك كل من ملك التصرف في ماله، فإن سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصغير إذا بلغ عندهما.

وعند محمد وزفر: لا يصح، والصبي على شفعته إذا بلغ، وكذلك لو سكت عن الطلب بطلت شفعته عندهما خلافًا لمحمد وزفر.

لهما: أن الشفعة حق مستحق للصغير فإنه نظر محض له فكان إبطاله إصرارًا بالصبي فلا يصح كما في سائر حقوقه.

لنا: أن حق الشفعة عبارة عن ثبوت ولاية التملك بعوض فيكون التسليم والترك امتناعًا عن التملك لا إبطالا لملك ثابت، ولهذا لا يورث، ولهما الامتناع عن التملك وترك التجارة وإبقاء الثمن على ملكه؛ لأن المصلحة والنظر قد يكونان في ترك التملك وإبقاء الثمن عليه ففوض إليهما ذلك، ولهذا يملك الامتناع عن الاستيفاء ولا يعد ذلك إضرارًا فكذلك الترك والتسليم، وإذا سلم العبد المأذون شفعته جاز تسليمه كان عليه دين أم لا، أما عندهما فظاهر؛ لأن المأذون يملك الأخذ بالشفعة، وكل من ملك الأخذ بالشفعة ملك إسقاطه وتسليمه، ومحمد يحتاج إلى الفرق بين المأذون وبين الأب والوصي، والفرق له أن المأذون بمنزلة المالك في التجارة؛ لأنه يتصرف بحكم فك الحجر لا بحكم التفويض كالمكاتب، ولهذا لم يرجع بالعهدة على المولى كالمكاتب والأخذ بالشفعة شري فيكون من التجارة فيكون المأذون بمنزلة المالك فيه فيملك إسقاطه وتسليمه، فأما الأب والوصي ثابت محض على الصغير، ولهذا يرجع بالعهدة في مال الصغير، وإنما جعل إليه الأخذ بالشفعة ولم يجعل إليه إبطالها لما فيه إضرار بالصغير، فأمّا إذا سلم المولى ولا دين على العبد صح تسليمه؛ لأنه يملك الأخذ لنفسه وإن كان عليه دين لا يصح؛ لأنه لا يملك الأخذ لنفسه والشفعة ثبتت للجنين بداره التي ورثها؛ لأنه ممن يرث فتثبت له الشركة أو الجوار بالملك، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ البيع فله الشفعة لأنا تيقنّا بوجوده وقت البيع.

وإن وضعت لستة أشهر فصاعدًا فلا شفعة له؛ لأنه لم يثبت وجوده وقت البيع إلا أن يكون أبوه مات قبل البيع وورث الحمل منه فله الشفعة، وإن وضعت لستة أشهر فصاعدًا؛ لأن وجوده وقت البيع ثابت حكمًا لما ورث من أبيه.

(**المنتقى**): رجل اشترى دارًا لابنه الصغير والأب شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة؛ لأن الأب لو اشترى مال ابنه لنفسه يجوز فكذا الأخذ بالشفعة؛ لأنه شراء حكمًا ومتى أخذ كيف يأخذ؟ يقول: اشتريت وأخذت بالشفعة ليكون الطلب على فور الشراء، وكذا الوصي لو اشترى للصغير على قول من يملك شراء مال اليتيم لنفسه فهو كالأب، وعلى قول من لا يملك فله الشفعة أيضًا، ولكن يقول: اشتريت وطلبت بالشفعة ويسلم الثمن إليه ثم هو يسلم الثمن إلى الوصي.

وروي عن أبي يوسف: لو اشترى دارًا وابنه الصغير شفيعها كان له أن يأخذ لابنه بالشفعة، فإن لم يأخذ وسلم لنفسه جاز؛ لأن الشراء لا ينافي الأخذ بالشفعة، ألا ترى أنه لو كان وكيلًا بالشراء كان له أن يأخذ بالشفعة لنفسه فكذا هذا يملك الأخذ للابن، فإذا ملك الأخذ ملك الإسقاط.

ولو باع دارًا لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة؛ لأن من باع أو بيع له لم يملك الأخذ بالشفعة كما في الوكيل بالبيع، وإذا لم يملك الأخذ لم يصح تسليمه وتوقف إلى حين بلوغ الصغير كما لو لم يكن له ولي.

ولو اشترى الوصي دارًا لنفسه أو باع والصغير شفيعها وسلم الشفعة، فالصغير على شفعته؛ لأن الوصي لا يملك نقل ما ملكه إلى الصغير إلا إذا كان فيه نفع ظاهر، فإذا لم يملك الأخذ لم يكن سكوته تسليمًا فبقي حق الشفعة للصغير إلى حين بلوغه إلا إذا اشترى لابنه الصغير دارًا ثم اختلف مع الشفيع في الثمن فالقول قول الأب؛ لأنه ينكر حق التملك للشفيع بما يدعي ولا يمين عليه؛ لأن النكول لا يفيد.

(باب الشفعة في مال الشركة ومال المضاربة)

باع أحد المتفاوضين دارًا لا يأخذها شريكه بالشفعة؛ لأن فعل أحد المتفاوضين

فيما كان من التجارة كفعل الآخر فيكون بيع أحدهما كبيع الآخر، ولا شفعة لمن باع ولا لمن بيع له، وتسليم أحد المتفاوضين شفعة صاحبه بسبب دار له خاصة ورثها جائز؛ لأن كل واحد يملك أخذ الكل النصف بحكم الملك والنصف بحكم النيابة عن صاحبه فيملك تسليمه في الكل.

وعند محمد: وإن كان الثابت لا يملك تسليم الشفعة إلّا أن هناك لما صح تسليم أحدهما في نصيبه باعتبار ملكه صح في نصيب صاحبه ضرورة؛ لأنه متى لم يصح، فإذا أخذ الآخر بالشفعة كانت الدار بينهما وصاحبه لا يستحق الشفعة بعدما سلمها فلهذه الضرورة صح التسليم في الكل.

عنده: اشترى المضارب بألف المضاربة دارًا تساويها أو أكبر أو أقل، وربّ المال شفيعها فله الأخذ بالشفعة من المضارب، ويكون الثمن على المضاربة؛ لأنه يجوز له أن يتملك مال المضاربة بالشراء فكذا يكون له الملك بالشفعة؛ لأنه بمعنى الشراء. باع رب المال دارًا والمضارب شفيعها بدار من المضاربة، فإن كان في دار المضاربة ربح يأخذها بالشفعة لنفسه؛ لأن له شركة في دار المضاربة وهو أجنبي عما يبيعه رب المال.

ولو باع المضارب دار المضاربة لا يأخذها رب المال بالشفعة؛ لأن المضارب وكيله باع لرب المال، ولا شفعة لمن باع أو بيع له، وكذا لو باع رب المال دارًا من المضاربة لم يكن فيها شفعة للمضارب بدار المضاربة؛ لأنه لو أخذها للمضاربة صار أخذًا لرب المال، ورب المال بائع ولا شفعة لمن باع؛ ولأن بيع رب المال كبيع المضارب؛ لأنه يحصل معينًا للمضارب في بيعه، ولا شفعة لمن بيع له، وإن باع المضارب من غير المضاربة يأخذها رب المال؛ لأن دار المضاربة ملكه والبيع لم يقع له. اشترى المضارب ببعضها دارًا واشترى رب المال إلى جنبها دارًا أخرى لنفسه وللمضارب أخذها بالشفعة بما بقي من مال المضاربة؛ لأنه أجنبي عنها؛ لأنه لا حق له فيها. في يد المضارب داران، قيمة كل دار ألف ورأس المال ألف فبيعت بجنب إحداهما دار لا يأخذ المضارب لنفسه، ويأخذها رب المال إن شاء؛ لأنه لا يظهر الربح متى كان مال المضاربة جنسين مختلفين لما مر في المضاربة، والدور والعبيد أجناس مختلفة حكمًا في حق القسمة حتى لم يقسم الدور والعبيد باعتبار الأجزاء فلم يظهر الربح فلم يملك الأخذ بالشفعة.

ولو كان المضارب شفيعًا بدار المضاربة فسلم الشفعة، ينظر إن كان في يده من مال المضاربة ما بقي بثمنها صح تسليمه؛ لأنه كان له الأخذ للمضاربة لا غير لا لنفسه ولا لرب المال أن يأخذها، فصار كالعبد المأذون سلم الشفعة صح تسليمه إلى المولى، وإن لم يكن في يده شيء من المضاربة، وإن كان فيها ربح صحّ تسليمه في حقه ولم يصح في حق رب المال حتى كان لرب المال أن يأخذها لنفسه؛ لأن المضارب لا يملك الأخذ للمضاربة إلا بالاستدانة على المضاربة، وهو لا يملك الاستدانة على المضاربة وإذا لم يكن له الأخذ للمضاربة بقيت العبرة لشركتهما في الدار من غير مضاربة فكانت الدار بينهما بالشفعة، فإذا سلم أحدهما كان للآخر أن يأخذها فإن لم يكن فيها ربح لا يصح تسليمه أصلًا، وكان لرب المال أن يأخذها بالشفعة؛ لأن المضارب أجنبي عنها. اشترى المضارب دارًا ورب المال شفيعها فسلم الشفعة ثم باعها المضارب لا شفعة له؛ لأن المضارب باع له، ولا شفعة لمن بيع له. اشترى المضارب بألف المضاربة دارًا تساوي ألفين ورب المال شفيعها فسلم الشفعة ثم باعها المضارب بألفين، لا يأخذ رب المال بالشفعة؛ لأنه لمَّا كان في الدار ربح صار المضارب شريكًا فيها بحكم المضاربة فصار تسليم أحد الشريكين الشفعة كتسليم الآخر كما في المتفاوضين فسقط حق الشفعة لرب المال بتسليم المضارب.

ولو لم يبعها المضارب لكن باع رب المال دارًا فأراد المضارب أن يأخذها من أصل الربح له ذلك؛ لأن له شركة في دار المضاربة وهو أجنبي عما يبيعه رب المال فله أن يتملكها بأصل الربح وحيث الشفعة للمضاربين فسلم أحدهما ليس للآخر أخذها؛ لأن تسليم أحدهما كتسليمها؛ لأنه لو أخذ الآخر بالشفعة كانت الدار بينهما وصاحبه لا يستحق الشفعة بعدما تسلمها فلهذه الضرورة صح التسليم في الكل فصار كتسليم أحد المتفاوضين. دفع إلى رجلين مالًا مضاربة بالنصف فاشتريا دارًا ورب المال شفيعها له أن يأخذ حصة أحدهما بالشفعة دون حصّة الآخر قبضا أم لا لما عرف.

(**الجامع**): مضارب في يده ألفان من المضاربة اشترى بإحداهما دارًا ثم اشترى بالأخرى دارًا هو شفيعها بدار المضاربة وبدار له خاصّة وربّ المال شفيعها بدار له

فلرب المال ثلثها بالشفعة وثلثها للمضارب خاصّة وثلثها على المضاربة لأنهم بمنزلة ثلاثة شفعاء لأنّ دار المضاربة كدار لثالث غير رب المال والمضارب؛ لأن لها حكمًا خاصًّا، فإن دار المضاربة مملوكة للمضارب تصرفًا ومملوكة لرب لمال رقبة لا تصرفًا فتكون مركبة من حقين فيكون حكمها خلاف حكم المفردة فجعلناها كدار الثالث حق رب المال والمضارب، فإن كان هناك شفيع آخر، فله ثلث الدار وثلثاها بين المضارب ورب المال، والمضاربة أثلاثًا أثلاثا؛ لأن دار المضاربة في حق الأجنبي كدار أخرى لرب المال وللمضارب لضرورة عقد المضاربة ولا ضرورة في حق الأجنبي لأن حكمها بحصتهما فبقي المزاحم معه إثبات حقيقته.

(باب الشفعة في الصلح)

ادعى في دار شيئًا فصالحه بعض أهل الدار عن إقرار فلباقيهم الشفعة، وعن إنكار فلا شفعة؛ لأن الصلح مع الإقرار تملك مال بمال فصار المصالح مشتريا نصيب المدعي فكان بين الشركاء بالشفعة بالسويّة، فأمّا الصلح مع الإنكار في حكم افتداء اليمين وإسقاط الحق؛ لأن المصالح إنما بدل المال افتداءً عن اليمين لا عوضًا عن شيء فلم يملك شيئًا من جهة المدعي في زعمه فإذا صالحه من دين على دار ففيها الشفعة بقيمتها يقرّ المديون به أو يجحده؛ لأن من زعم المدعي أنها ملكت بدلًا عما هو مال، فإن للشفيع حق الأخذ والدار ملك المدعي فيعتبر زعمه لأن إقرار كل مقر عاقل في حقه وزعمه بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن المأخوذ منه الدار إنما المدعي قبله وفي زعمه أنه لا يملك شيئًا من جهة المدعي. صالحه على دار من جراحة خطإٍ تجب الشفعة؛ لأنه ملك الدار عوضًا عن المال؛ لأن موجب الجراحة خطأ هو الأرش؛ لأنه مال فيكون تمليك المال بالمال فكان بمعنى البيع.

ولو صالحه على مسيل الماء أو موضع الجذع فالقياس أن يجوز ويأخذ بالشفعة؛ لأنه باع بعرضٍ أو على الحائط وبعرض السطح فيجوز كبيع العلو وفي الاستحسان لا يجوز ولا تجب الشفعة؛ لأن مسيل الماء وموضع الجذع مجهول؛ لأن الجذع مما يتفاوت وما يجري عليه الماء يقل ويكثر، وإن بيّن موضعًا معلومًا

من السطح والجدار فكذلك لا يجوز؛ لأنه ربما لا يمكنه تسييل الماء فيما اشترى خاصة إلا بإحداث تغير فيما لم يدخل تحت البيع فلا يمكنه وضع الجذع إلا بهدم شيء من الحائط وما ينهدم من الحائط بعضه داخل تحت البيع وهو ظاهر الحائط من الأعلى والبعض غير داخل وهو ما تحت الظاهر فلا يمكن تسليم ما باع إلا بضرر يتصل بما لم يبع فهذا يمنع جواز الصلح أو البيع.

(**الجامع**): اشترى جارية بألف دينار وتقابضا فصالح عن عيوبها مع جحود العيب أو الإقرار به على دار فللشفيع فيها الشفعة.

ورُوي عن ابن سماعة عن محمد: أنه لا شفعة فيها لأنها ملكت لا بإزاء مال؛ لأن حق المشتري حال وجود العيب في الرد لا في الجزء والفائت ولا في حصة من الثمن بدليل أنه ليس للمشتري أن يأخذ من العيب مالًا حالا مكان الرد فصار بدلًا عما ليس بمال فأشبه المهر. وجه ظاهر الرواية أن الدار ملكت بإزاء الجزء الفائت أو حصته من الثمن لا في مجرد الفسخ بدليل أنه متى تعذر الردّ فله الرجوع بنقصان العيب.

ولو كان حقه في مجرد الفسخ لما رجع بالنقصان متى تعذّر الرد، ولهذا لو أعطى البائع المشتري حصته من الثمن لا يرد عليه المبيع جاز للمشتري أخذه.

ولو كان حقه في مجرد الفسخ لما حل له أن يأخذ المال بإزاء إسقاط حقه في الفسخ، وإن رضي بذلك صاحبه كما في خيار الشرط والرؤية، ولهذا يجوز أن يتزوج امرأة على حق الرد بالعيب فكان في زعم المشتري أنها ملكت الدار بإزاء مال فكان بيعًا معنًى، وليس للمشتري أن يبيع الدار بانفرادها ولا الجارية مرابحة وله أن يبيعهما معًا مرابحة؛ لأن الدار قامت مقام الجزء الفائت فكأنه اشتراهما جملة فلا يبيع أحدهما مرابحة تحرزًا عن الكذب؛ لأن حصّة كل واحدة منهما لا تعرف إلا بالحرز والظن فربما تكون حصته أقل مما قال فيكون كاذبًا فيما أخبر، فإن لم يبعهما المشتري حتى وجد بالدار عيبًا فردّها على البائع نقضًا ليس للشفيع أخذها بالشفعة ويعود على خصومته في العيب قالوا: هذا إذا وقع الصلح عن إنكار في زعم البائع أن الدار ملكت لا بإزاء مال لأنها ملكت بإزاء اليمين، وأنها ليست بمال، ويدل عليه لفظ محمد رحمه الله وهو قوله: ويعود المشتري إلى خصومته.

ولو كان أراد بذلك الصلح عن إقرار كأن يقول للمشتري أن يرد بالعيب لإقرار البائع أن العيب كان عنده، فأما إذا وقع الصلح على إقرار فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من يد البائع؛ لأنّ الدار ملكت بإزاء مال فكان بمعنى البيع، فصار كما لو اشترى دارًا ثم ردّها بعيب بعد القبض نقضًا فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من يد البائع فكذا هذا، فإن أراد المشتري بعد رد الدار بيع الجارية مرابحة على ألف له ذلك؛ لأنه لما بطل الصلح بقي كل ثمن مقابلًا بالجارية، فإن ردّ المشتري الدار بغير قضاء، أو أقال البائع الصلح فللشفيع أن يأخذها من المشتري بحصّة العيب؛ لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الشفيع فصار كأن المشتري باع هذه الدار ثانيا من البائع بحصّة العيب من الثمن وليس للمشتري خصومة البائع في ذلك العيب ولا ببيع الجارية مرابحة على باقي الثمن؛ لأنه لما أخذها الشفيع من المشتري انتقض الردّ؛ لأنه عجز عن التسليم فبطلت الإقالة والردُّ وعاد الصلح فلا يمكنه الخصومة؛ لأنه بالصلح أبرأ البائع عن العيب ولا البيع مرابحة؛ لأن حصته من الثمن إنما تعرف بالحزر والظنّ.

ولو سلّمها المشتري إلى البائع بعد الإقالة فللشفيع أن يأخذها من البائع بحصة العيب ويبيعها مرابحة على ذلك؛ لأن الشفيع ملكها بمائة دينار حصة العيب قطعًا ويقينًا فلا يخاف الكذب على نفسه متى قال أخذتها بمائة دينار، ويعود المشتري على حجته في العيب ويبيع الجارية مرابحة على الألف؛ لأن الصلح قد انتقض فيما بينهما؛ لأن الرد بالعيب والإقالة لم ينتقض لما اتصل التسليم به، فإذا لم ينتقض الرد والإقالة انتقض الصلح في حق العاقدين فيعود المشتري على خصومته في العيب. اشترى دارًا بمائة دينار وتقابضا ثم وجد بها عيبًا ينقصها العشر فصالح من العيب على جارية وحضر الشفيع في الدار يأخذها بتسعين دينارا؛ لأن ثمن الدار تسعون؛ لأن حصة العيب وهي عشرة عاد إلى المشتري ثانيًا فبقي ثمنها تسعين، فإن أخذها ثم استحقت الجارية أو ردّها بخيار كان له في الصلح أو بعيب نقضًا أو بخيار فالشفيع إن شاء أعطى المشتري عشرة دنانير، وإن شاء ردّ الدار؛ لأن جميع الثمن كان مقابلًا بالدار

إلا أنه صار للعيب حصة بعقد الصلح، وإن انتقض الصلح باستحقاق الجارية أو بالرد بالخيار فبقي كل الثمن بإزاء الدار فيظهر أن الثمن كله بإزاء الدار، فإن ردها فقبلها المشتري برضاء فلا سبيل له على بائع الدار في هذا العيب ولا في غيره؛ لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث كالرد بالعيب بالتراضي، وبائع الدار ثالث فكان بيعًا جديدًا في حقه فصار كما لو باعه، وإن رد بعضًا عاد إلى حجته؛ لأنه فسخ في حق الكل فانفسخ الشراء بينه وبين الشفيع وصار كأنه لم يكن، فإن رد المشتري الجارية بعيب كإقرار البائع وجحد الشفيع كون العيب عند البائع وحلف على علمه فلا شيء على الشفيع؛ لأنه ثبت حدوث العيب عند البائع بإقراره، وإقراره حجة في حقه لا في حق الشفيع، فإن نكل لزمه عشرة دنانير، فإن شاء رد الدار على المشتري؛ لأن نكوله بمنزلة إقراره بالعيب عند البائع وذلك يوجب تخييره بين الإمساك والردّ، فإن وجد الشفيع بالدار عيبًا غير العيب الأوّل فردّها على المشتري بقضاء فالمشتري على حجّته في العيبين جميعًا؛ لأن رد الشفيع على المشتري بقضاء فسخ في حق الكل فصار كأن الشفيع لم يأخذ الدار بالشفعة، وكانت الدار في يد المشتري فله أن يخاصم البائع في العيبين لزوال المانع فكذا هذا.

(باب الشفعة في البيع في المرض)

مريض باع داره بألفين وقيمتها ثلاثة آلاف ولا مال له سواها، ثم مات وابنه شفيعها لا شفعة له عند أبي حنيفة أجازت الورثة أم لا، وكذلك عندهما في رواية الجامع ورواية الأصل في الشفعة، وفي رواية الوصايا قالا: يأخذ بثلاثة آلاف؛ لأن المريض صار بائعًا الدار من الشفيع حكمًا، فصار كما لو باع منه حقيقة بألفين وقيمته ثلاثة آلاف وكان للوارث أن يأخذ بثلاثة آلاف عندهما فكذا هذا.

وجه عامّة الروايات أنه لا وجه إلى الأخذ بألفين لما فيه من المحاباة للوارث؛ لأنّه لا يجوز، ولا وجه إلى الأخذ بقيمة الدار؛ لأنه أكبر من الثمن الذي وجب على المشتري والشفيع لا يأخذ بالشفعة إلا بمثل الثمن الأول فتعذّر الأخذ بالشفعة فبطلت، ولا تعمل إجازة الورثة؛ لأن إجازة الورثة لا تعمل في حق المشتري؛ لأن

المحاباة تخرج من الثلث وإجازتهم تتضمن إبطال الملك على المشتري؛ لأنها متى صحت أحدها في حق الشفيع فبطل ملكه، وإذا لم تعمل إجازتهم في حق المشتري لا تعمل في حق الشفيع، وقيل: قبض المشتري للوارث أن يأخذ بالشفعة متى أجازت الورثة؛ لأن شراء المشتري ينفسخ فيصير متملكًا من جهة المريض، كأنه باعه منه فتعمل إجازة الورثة؛ لأن شراء المشتري ينفسخ فيصير متملكًا من جهة المريض.

ولو كان المشتري الابن لا شفعة للأجنبي عند أبي حنيفة، وعندهما يأخذ بثلاثة آلاف؛ لأن بيع المريض من وارثه وقع جائزًا عندهما، وعنده وقع فاسدًا، ولا شفعة في البيع الفاسد إلا إذا أجازت الورثة فله الشفعة؛ لأن بإجازة الورثة جاز البيع.

اشترى مريض دارًا تساوي ألفًا بألفين وله سواها ألف، ثم مات كان للشفيع الشفعة؛ لأن المحاباة تخرج من ثلث ماله وقد حصلت للأجنبي فجاز الشراء.

باع المريض دارًا بألف وقيمتها ألفان ولا مال له غيرها يقال للمشتري: إن شئت خذها بثلثي الألفين وإلا فدع؛ لأن المحاباة لا تصح إلا بقدر الثلث وجميع ماله ألفان فسلم له المحاباة بقدر ثلث الألفين إلّا أنه تغير عليه شرط عقده فيتخير، وللشفيع أن يأخذها بالألف وثلث الألف باعها بألفين إلى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالأجل باطل؛ لأنه حاباه بثلث ماله وهو ألف فحصل التأجيل فيما زاد على الثلث فلا يصح؛ لأن التأجيل تبرع من المريض؛ لأنه براءة مؤقتة فكان التأجيل بمعنى المحاباة.

(باب الشفعة التي تكون بمنزلة الاستحقاق)

أصله: أن الشفعة إنما تستحق بملك قائم وقت الشراء لا بملك مستحدث بعده؛ لأنّ السَّبب هو اتصال بين الملكين فيعتبر قيامه وقت الشراء، وإذا أخذ يكون بمنزلة الاستحقاق، فإن كان بقضاء ثبت في حق كافة الناس، وإن كان برضاء ثبت في حقهما خاصّة كالردّ بالعيب. اشترى دارًا بألف وتقابضا، فادعى آخر الدار وصالحه المشتري على خمسمائة عن إنكار فأخذها الشفيع من المشتري بالبيع الألف بقضاء

رد المدعي ما قبض على المشتري؛ لأن القاضي لما قضى بالشفعة فقد قضى بكون الدّار ملكًا للبائع فتبين أنه لا خصومة بينه وبين المدعي، فظهر أن المدعي أخذ مالًا لا بإزاء حقه ولا بإزاء دفع الخصومة فانتقض الصلح، ولو أخذ الشفيع بغير قضاء لا يرد؛ لأن الأخذ حصل بتراضيهما وتراضيهما حجّة في حقهما لا في حق غيرهما، فيجعل كبيع جديد جرى بينهما فلا يظهر أنه لا خصومة بينهما، ألا ترى أنه لو اشترى دارًا ثم استحقها مستحق بإقراره لا يرجع على البائع، وإن استحق بالبينة يرجع. اشترى دارًا هو وآخر شفيعها فوهب المشتري الدار لغيره يقضي للشفيع الآخر بنصف الدار، وتبطل الهبة في النصف الآخر؛ لأن الشفيع أخذ بحق سابق على الهبة؛ لأن له حق التملك قبل الهبة، فإذا أخذ يصير متملكًا من ذلك الوقت؛ لأنه تتحول الصفقة إليه فيتبين أنه وهب نصف الدار شائعًا، وإن الشيوع كان مقارنا للهبة فتكون فاسدة بخلاف المريض إذا وهب داره من رجل، ثم مات ونقض الورثة الهبة في الثلثين بقيت الهبة صحيحة في الثلث، وإن تعلق حقهم بماله في أول المرض فتبين أنه وهب الثلث شائعًا؛ لأنه ليس لهم حق التملك قبل الموت، وإنما لهم حق التملك بعد الموت فيكون الشيوع طارئًا لا مقارنًا للهبة. شهد لرجل بدار في يدي آخر أنها له، وردّت شهادته فاشتراها الشاهد ولها شفيع، فالشفيع أولى من المقر له؛ لأن سبب وجوب الشفعة وهي الشركة أو الجوار ظاهر للشفيع، وسبب ثبوت الحق للمقر له الإقرار، والإقرار محتمل؛ ولأن حق الشفيع أسبق وأقدم؛ لأن ثبوت حقه تعهد زوال ملك البائع لا ثبوت الملك للمشتري بدليل أنه تثبت الشفعة في البيع بشرط الخيار للمشتري، وإن لم يثبت الملك له، وكذا لو أقر البائع بالبيع فأنكر المشتري تثبت الشفعة وحق المقر له يثبت بالإقرار والإقرار ينفد بعد الشراء، وإن اشتراها بأمره لغيره ولا شفيع لها فالآمر أحق من المقر له أيضًا؛ لأنه ما اشترى لنفسه لينفد إقراره عليه، فإن أخذها الشفيع أو الآمر قبل قبض المشتري لا يضمن المشتري؛ لأنه إن كان كاذبًا في إقراره فلا شيء عليه، وإن كان صادقًا فما وصل إليه شيء، وإن أخذها بعد قبض المشتري ضمن قيمتها للمقر له عند محمد وعندهما لا

يضمن؛ لأن في زعم المقر أن البائع غاصب وأنه مشترٍ من الغاصب وغصب الدور والعقار لا يتحقق عندهما خلافًا لمحمد.

ولو قبضها المشتري من البائع ثم اشتراها من المقر له أخذها الشفيع بالبيع الأول بقضاء ينتقض البيع الثاني، ويرجع المشتري على المقر له بالثمن ويعطيه القيمة عند محمد، فإن أخذها بغير قضاء جاز البيع الثاني؛ لأن تراضيهما حجة في حقهما فلا ينتقض الشراء الأول، فإن لم يحضر الشفيع وحضر المقر له فقضي بها له، ثم حضر الشفيع وأخذها فعهدتها على المشتري، ويضمن المشتري قيمتها للمقر له عند محمد؛ لأن القاضي نقض تسليم المشتري الدار إليه بحق سابق عليه فكأنه استحق رقبة الدار.

وإن اشتراها من البائع غير الشاهد ثم اشترى الشاهد منه فأخذها الشفيع بالبيع الأوّل بقضاء فعهد به على المشتري الأول، ولا ضمان للمقر له على الشاهد؛ لأن القاضي نقض قبضه وشراءه فكأنه استحقت رقبة الدار عنه، فإن أخذها الشفيع بالبيع الثاني بقضاء أو رضاءٍ فعلى المشتري قيمتها للمقر له؛ لأنه تقرر شراؤه وقبضه بدليل أن العهدة عليه.

ولو اشترى العدو عبد رجل واشتراه منه مسلم، فأقر أن العبد كان لفلان قبل الأسر وصدقه فلان فالمولى المعروف أحق بالثمن، ولا يضمن المقر شيئًا؛ لأنه أقر له بحق التملك لا بالملك؛ لأن الأسر يوجب زوال ملكه فلا يكون مقرًّا على نفسه بالغصب فلم يضمن، بخلاف المسألة الأولى إذا أخذ الشفيع يضمن للمقر له؛ لأنه لما أقر بالملك له فقد أقر على نفسه بكونه غاصبًا، وإن لم يأخذه المعروف فللمقر له أن يأخذه بالثمن لما عرف، وإن أقر المشتري أنه مدبر فلان دبّره قبل الأسر، ينظر إن صدقه المقر له في الملك والتدبير يؤمر بالتسليم إلى المقر له ويكون مدبرًا له؛ لأن الأسر لا يوجب زوال الملك عن المدبر ولا سبيل للمالك المعروف عليه؛ لأنه أقرّ بالتدبير في حال تملك إنشاء التدبير.

ولو أنشأ العتق أو التدبير لا سبيل له عليه فكذا إذا أقر أنه مدبر فلان وصدقه وصار كرجل اشترى عبدًا بيعًا فاسدًا فأقر أنه عبد فلان دبّره فهو للمقر له، وعلى

المشتري قيمته للبائع كما لو دبّر بنفسه، وإن كذبه فيهما أو صدقه في الملك وكذبه في التدبير توقف العبد في يد المشتري فيكون مدبرًا موقوفًا؛ لأنه تردّد حاله بين كونه مدبرًا إن كان المشتري صادقًا وبين كونه عبدًا إن كان كاذبًا فيكون حكمه موقوفًا على تصديق المقر له بخلاف ما لو اشترى عبدًا شراء فاسدًا وقبضه ثم قال هو عبد فلان دبره.

وقال المقر له: هو عبدي ولم أدبّره فهو له يأخذه من المشتري؛ لأنه لما أقر بالملك فقد أقر أن البائع غاصب وأنه مشتر من الغاصب فلا يكون إقراره بالتدبير في حال لا يملك الإنشاء فلا يصح، وفي المأسور أقر في حال تملك الإنشاء فصح، وإن جنى فجنايته موقوفة في قياس قول أبي حنيفة، وعندهما يسعى في الأقل من الأرش ومن قيمته؛ لأن حكم جناية المملوك على المولى والكسب مال المولى أي مولى كان فيؤدي منه.

له: أن الأداء من الكسب يكون بعد القضاء على المولى والمقضي عليه مجهول فلا يمكن القضاء به فيوقف، وإن جنى عليه فالأرش موقوف؛ لأنه بدل جزئه وأصله موقوف فكذلك بدل جزئه ونفقته من كسبه ويؤمر بالاكتساب، فإن عجز عنه أنفق عليه من أرش الجناية؛ لأنه مال مولاه ونفقته على المولى، فإن لم يكن فنفقته على نفسه يسأل الناس والله أعلم.

(باب شفعة المرتد والحربي)

وإذا اشترى ذمّي من ذمّي دارًا بخمر بعينها أو بغير عينها ثم أسلما فسد البيع وبقيت الشفعة؛ لأن البيع إنما فسد بعد انعقاده صحيحًا لم تبطل الشفعة فإذا فسد بعد الصحة أولى.

ذمي باع من ذمي دارًا بميتة فلا شفعة فيها؛ لأن الميتة ليست بمال في حقهم لأنهم لا يتمولونها، فإن كانوا يتمولونها وجبت الشفعة؛ لأنها تكون مالًا في حقهم. اشترى بيعة أو كنيسة صح البيع وفيها الشفعة؛ لأنه إن كان من ديانتهم ثمن الملك لا يزول عن المالك يجعله بيعة أو كنيسة فقد باع ملكه وإن كان من ديانتهم أن الملك يزول عن المالك لكن لما أقدم على بيعها فقد دان بديننا ومن ديننا أن الملك لا يزول عن المالك بما أعده للمعصية، والذمي إذا دان بديننا يلزمه ذلك، كما في

نكاح المحارم دار بيعت بخمر ولها شفيعان مسلم وكافر أخذ الكافر نصفها بنصف الخمر وأخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر؛ لأن الكافر قادر على الأخذ بعين الخمر، والمسلم عاجز فيأخذ بقيمتهما.

ولو كان الثمن خنازير أخذ كل واحد بنصف القيمة؛ لأن كل واحد منهما عاجز عن الأخذ بمثل الخنزير؛ لأن الخنزير ليس من ذوات الأمثال.

ولو اشترى المرتد دارًا ثم قبل لم تبطل شفعة الشفيع؛ لأن الشفعة متعلقة بخروج المبيع عن ملك البائع وقد خرج، وانفساخ البيع من بعد لا يوجب بطلان الشفعة.

ولو باع المرتد دارًا ثم قبل أو لحق بدار الحرب لا شفعة فيها عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن بيعه نافذ عندهما وعنده موقوف كالبيع بشرط الخيار للبائع فلم يخرج المبيع عن ملك البائع للحال، فإذا اتصل به الموت حقيقة أو حكمًا باللحاق انفسخ من الأصل فلم تجب الشفعة.

ولو أسلم قبل اللحاق جاز بيعه وللشفيع الشفعة بالإجماع؛ لأنه يعد بيعه كالبائع بالخيار إذا اختار البيع. اشترى المسلم دارًا والمرتد شفيعها فقيل لا شفعة له ولا لورثته؛ لأن الشفعة لا تورث والملك لا يكون للورثة وقت البيع حقيقة وإنما أحدث لهم الملك بعد الموت، والشفعة لا تستحق بملك حادث بعد البيع، وإذا لحق بدار الحرب مرتدًّا فلورثته أن يأخذوا الشفعة في دار بيعت بجنب داره؛ لأن الملك انتقل إليهم من حين اللحاق بدار الحرب؛ لأنه بمنزلة الموت حكمًا والمستأمن ما دام في دارها بمنزلة الذمي في حق الشفعة؛ لأنه التزم أحكامنا. مستأمن وكل غيره بطلب الشفعة ثم لحق بدار الحرب بطلت الشفعة والوكالة؛ لأن لحوق الحربي بمنزلة الموت حكمًا، وإذا اشترى المسلم في دار الحرب دارًا فيها وشفيعها مسلم لا شفعة وإن أسلم أهلها؛ لأن المقصود من حق الشفعة هو التملك والتملك بحق الشفعة لا يحصل بيقين إلا بقضاء القاضي؛ لأن الظاهر أن المشتري لا يرضى بتملك الشفيع فلا يمكن إيجاب هذا الحق بناء على تملك يثبت للشفيع من جهة المشتري فيجب بناء التملك على قضاء القاضي والقضاء لا يجري في دار الحرب والله أعلم.

كتاب القسمة

يحتاج إلى معرفة: شرعية القسمة، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

أما شرعيتها: فلقوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴿٢٨﴾﴾ [القمر: ٢٨] وقوله تعالى: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ ﴿١٥٥﴾﴾ [الشعراء: ١٥٥] معلوم.

ورُوي عن النبي عليه السلام أنه فتح خيبر وقسم بين الغانمين، وعليها إجماع الأمّة.

وأما تفسيرها:

فالقسمة في اللغة: عبارة عن الإقرار وتمييز بعض الأنصباء عن البعض، فإنها لا تنفك عن المبادلة؛ لأنّ ما من جزء معين معلوم إلا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يقبضه كل واحد منهما نصفه ملكه ونصفه ملك صاحبه صار له، بإزاء ما تركه على صاحبه فصار عوضًا عما تركه من نصيبه في يد صاحبه إلا أن معنى الإقرار والتمييز في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة أرجح وأظهر؛ لأن ما يأخذ كل واحد منهما من نصيب صاحبه مثل ما ترك عليه فجعل وصول مثل حقه إليه كوصول عين حقّه كما في القرض فكانت القسمة في ذوات الأمثال إقرارًا لعين ألحق حكمًا، وهذا يكون لكل واحد أن يأخذ نصيبه بغير رضا صاحبه، ويجبر الآبي منهما على القسمة. ومعنى المبادلة في غير ذوات الأمثال أرجح وأظهر فيكون مبادلة حقيقة وحكمًا؛ لأن ما أخذ كل واحد ليس بمثل لما ترك على صاحبه، فلا يكون المقبوض عين حقه فترجحت المبادلة الحقيقة، ولهذا لا يجوز أن يبيعه مرابحة على الثمن الأول، وفي ذوات الأمثال يجوز إلا أنه يجيز الآبي منهما على القسمة لما فيها من تكميل المنفعة ويجوز الإجبار على المبادلة بحق مستحق للغير لا يتوصّل إليه إلّا به كما أجبر المشتري على تسليم الدار إلى الشفيع، وإن كان التسليم إليه معاوضة وكالغريم يجبر على بيع ماله لإيفاء الدين.

وأمّا ركنها: فالفعل الذي يقع به الإقرار.

وأمّا شرطها: فمشاع لا تتبدل منفعته بالقسمة ولا تفوت؛ لأن الإقرار لتكميل المنفعة وتتميم ثمرة الملك فمتى تبدلت المنفعة أو فاتت المرتفقة يكون تفويتا وتبديلا لا إقرارا وتقسيما.

وأمَّا حكمه: فتعين نصيب كل واحد منهما من نصيب صاحبه ملكًا وانتفاعا.

(باب ما يجوز قسمته وما لا يجوز)

المقسوم لا يخلو إما أن يكون في قسمته ضررٌ أو لا ضرر فيه، ولا يخلو إما أن تكون القسمة من القاضي أو من الشركاء عند التراضي، فإن كان شيئًا في قسمته ضرر، كالحمام والحائط والبيت الصغير والقميص الواحد والجوهرة الواحدة والباب الواحد والحبسة والساحة الواحدة وكل يحتاج إلى شقه وكسره وتبعيضه فطلب أحدهما القسمة من القاضي لا يقسم؛ لأن في قسمته تفويت المنفعة وإخلال بها عليهما، والقسمة إنما شرعت لتكميل المنفعة فمتى تضمنت تفويت المنفعة امتنعت لأنها قسمة مضرة والقاضي نصب ناظرًا لا ضارًّا.

ولو اقتسماه بأنفسهما جاز لولايتهما على أنفسهما، ولكل واحد منهما فيه نوع منفعة بأن يتخذ نصيبه من الحمام بيتًا وإن طلبا جميعًا القسمة من القاضي هل يقسم؟ فيه روايتان رواية لا يقسم؛ لأنها تضمنت تفويت منفعة، وليس للقاضي أن يتلف منفعة على الغير، وإن طلب منه صاحب الحق؛ لأنه يكون سفهًا وعيبًا، وفي رواية يقسم وإليه أشار في الأصل؛ لأن له فيها نوع منفعة بأن يخلص ملك كل واحد منهما عن ملك صاحبه حتى يدخله في منزله فينتفع به من وجه أو يتخذه مستغلًّا آخر، وإن كان فيها تفويت نوع منفعة، فإنه جائز، وإن كان بيتا كبيرًا ينتفع كل واحد بنصيبه يقسم؛ لأنه لا لضرر فيه دار أو بيت بين اثنين ينتفع أحدهما بنصيبه إذا قسم ولا ينتفع به الآخر لقلته، فإن كان الطالب للقسمة هو المنتفع قسم بينهما.

وإن كان على العكس ذكر الكرخي في (**مختصره**): أنه لا يقسم، وإليه ذهب

بعض مشايخنا، وذكر الحاكم في (مختصره): أنه يقسم أيهما طلب القسمة وهو الأصح.

وجه رواية الكرخي: أنّ الطالب إذا كان منتفعًا بنصيبه كان طلب القسمة منه صحيحًا، لأن فيها تكميل منفعة ملكه، وأنه محق في هذا الطلب متظلم غير متعنت، فإنه يسأل القاضي ليمنع شريكه من الانتفاع بملكه فيجيبه القاضي إلى ذلك، فأما إذا لم يكن الطاب منتفعًا لم يكن طلب القسمة منه صحيحًا؛ لأنه يتضرر بهذه القسمة فيكون متعنتًا في ذلك فلا يجيبه القاضي. وجه رواية الأصل أن امتناع القسمة لِضرر الآبي لا لضرر الطالب؛ لأن الطالب راضٍ بالقسمة وبالضرر ومع الرضاء بالضرر لا يعتبر الضرر وضرر الآبي بالقسمة كان لفوات المنفعة وهذه القسمة لا تتضمن على الآبي فوات المنفعة؛ لأن قبل القسمة حالة المهايأة إنما ينتفع صاحب الكثير بنصيبه وحده، وصاحب القليل لا ينتفع بنصيبه وحده؛ لأنه منفعة في نصيبه وحده فيكون هذا قسمة في حق الآبي لا إتلافا والقسمة مستحقة بطلب أحدهما. بينهما طريق إذا قسم لم يكن لأحدهما فيه ممرّ فأراد أحدهما قسمته وأبى الآخر إن أمكنه أن يفتح لنصيبه بابًا، فإنه يقسم؛ لأنه ليس في قسمته ضرر؛ لأنه إن لم يمكنه الانتفاع بالمرور بما أصابه من الطريق يمكنه الانتفاع به من وجه آخر وهو أن يدخله في منزله حتى يزيد في سعته، وإن لم يمكنه أن يفتح لنصيبه بابا لا يقسم؛ لأن فيه ضررًا.

قال بعض مشايخنا: هذا إذا كان الطريق بينهما سواء، وكان بحيث لو قسم لم يبق للآبي طريق ولا منفذ، فأمّا إذا كان على التفاضل بحيث لو قسم لا ينتفع صاحب القليل، فإنه يقسم إذا طلب صاحب الأكثر كما في الدار الصغيرة، والبيت الصغير وقيل لا يقسم كيف ما كان الطريق. وفرقوا بين الطريق والبيت، والفرق أن قسمة الطريق على صاحب القليل إن لم يتضمن تفويت منفعة عليه، وإنما يتضمن قطع الارتفاق بنصيب صاحب الكبير يتضمن تعطيل ملكه فيما كان له، فأما في الدار فلا يتضمن تعطيل ملكه على صاحب القليل، فإنه يدخله في بيت حتى يزيد في سعته ولا يقسم البئر والقناة والنّهر، وإن كان مع ذلك أرض قسمت الأرض وتركت البئر والقناة على الشركة.

ولو كانت أنهار الأرضين متفرقة أو عيونًا أو آبارًا قسمت الآبار والعيون؛ لأنه ليس من قسمتها ضرر، ولا يجوز قسمة البناء من غير أرض على أن يكون البناء لأحدهما والأرض للآخر، فيكون البناء لصاحبه في الأرض؛ لأنه أمكن التعديل والتسوية بينهما في البناء فلم يقع التمييز، ويجوز قسمة العلو بدون السفل؛ لأن العلو أمكن التعديل والتمييز فيه بدون السفل.

ولو بنى رجلان في أرض رجل بإذنه ثم أراد قسمة البيت وصاحب الأرض غائب فلهما ذلك، وإن أبى أحدهما لم يجبر على القسمة؛ لأنه لو قسمنا لكان لكل واحد منهما منع الآخر من شقه الآخر ما أصابه، فإن الأرض مستعارة أو مستأجرة، وفي نقص البناء ضرر فلا يجبر على ذلك إلا إذا التزما وتراضيا به، وإن أخرجهما صاحب الأرض نفذ؛ لأن ملكه مشغول ببنائهما فأمرا بالرفع واقتسما الآلة، ولا يجوز قسمة الصوف على ظهر الغنم أو اللبن في الضرع قبل الجزّ والحلب؛ لأن الصوف واللبن مال الربا فلم تجز القسمة إلا بكيل أو وزن، وكذلك الأولاد في بطون الأغنام؛ لأن التعديل غير ممكن، وكذلك لا يجوز قسمة الزرع وهو بقل أو مسيل بدون الأرض؛ لأنه إن كان بقلًا ففي قطعه ضرر وإذا قسم من غير قطع فلكل واحد منهما منع الآخر من تبقية نصيبه من الزرع؛ لأن الأرض مشتركة بينهما فيكون في قسمته ضرر، فإذا أدرك فقد صار مال الربا، وفي القسمة معنى المبادلة فلا يجوز مجازفة، وكذلك لا يجوز قسمة الطلع دون النخيل والأرض متى شرطا الترك؛ لأنه شرط كل واحد منهما في القسمة الانتفاع بملك الشريك وهذا شرط يفسد القسمة كما يفسد البيع، وإن شرطا القطع جاز قسمتهما إذا اقتسما بأنفسهما؛ لأنهما رضيا بإدخال الضرر عليهما.

وأمّا ما لا ضرر في قسمته فلا يخلو إما أن كان مثليا كالمكيل والموزون أو غير مثلي، فإن كان مثليا فطلب أحدهما من القاضي القسمة، فإنه يقسم ويجبر الآبي؛ لأن هذا تمييز محض، وكل واحد منهما لو ميز نصيبه بنفسه جاز فكان للقاضي أن يعينه على ذلك بالإجبار.

فأمّا إذا لم يكن مثليًّا فلا يخلو إما أن كان عقارًا أو منقولًا، فإن كان عقارًا فلا

يخلو إما أن كانت دارًا واحدة أو دورًا، فإن كانت دارًا واحدة وإن اقتسماها بينهما مزارعة جاز ولا بأس بالقرعة لإخراج النصيب وليست بواجبة؛ لما رُوي أن النبي عليه السلام قسم غنائم خيبر بين الغانمين وأقرع فيما بينهم؛ ولأنّ الناس تعاملوا استعمال القرعة لتسكين القلوب وتطييب النفوس وإزالة التهمة. والقرعة على ثلاثة أنواع: واحد لا يجوز وهو ما إذا كان لإثبات حق وإبطال حق آخر كمن أعتق أحد عبديه وقرع بينهما على أن من خرج قرعته بحريته يعتق ويرق الآخر لا يجوز واثنان جائزان: أحدهما إذا أقرع بين امرأتيه ليسافر بمن خرجت القرعة لها جاز والثاني القرعة بين الشريكين في القسمة جائزة ولكل واحد الرجوع عن القسمة ما لم تقع الحدود ويحصل التراضي بعد القسمة؛ لأن القسمة تتم بالتحديد ولا بأس بأجرة القسام؛ لأنه يعمل لهم.

وقال أبو يوسف ومحمد: الأولى أن يعطيه القاضي من بيت المال لما رُوي أن عليًّا رضي الله عنه اتخذ قاسما يرزقه من بيت المال، والأجر على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما والشافعي على قدر الأنصباء؛ لأن العامل يستحق الأجر بالعمل وعمل القاسم في نصيب صاحب الكثير أكثر من عمله في نصيب صاحب القليل.

له: أنّ الأجرة تستحق بالعمل وهو الإقرار والتمييز بين الأنصباء بدليل أنه لو ذرع ولم يميز لا يستحق الأجرة، ونصيب صاحب القليل في التمييز من نصيب صاحب الكثير سواء ولعل نصيب القليل أشد حسابًا من نصيب الكثير، ومتى تساويا في العمل تساويا في الأجر وجاز لهم الرجوع عن القسمة إذا خرج بعض السهام، ولا يجوز لهم الرجوع بعدما خرجت جميع السهام أو أخرجت السهام وبقي واحد؛ لأن القسمة لا تتم إلا بعد خروج السهام أجمع، وكل عقد لم يتم كان لكل واحد من العاقدين أن يمتنع عن الإتمام ويعد تمامه ليس له أن يمتنع عنه، وإذا خرجت السهام وبقي سهم فذلك السهم متعين للباقي فصار خروج جميع السهام، وإن طلب أحدهما القسمة من القاضي، فإنه يجبر الآبي على القسمة فيعدل بين الأنصباء ثم يقرع فيما بينهم؛ لأنه يجوز الإجبار على المبادلة لإيصال الحق إلى المستحق كما وصفنا، ولا يجوز رجوعهم عن قسمة القاضي؛ لأنها صدرت عن ولاية تامّة وزعامة كاملة.

فأمّا إذا كانت دورًا أو دوابًّا فعند أبي حنيفة تقسم كل دار على حدة ولا يجمع نصيب كل واحد في دار، وعندهما إن كان الجمع أعدل جمع.

لهما: أن الدور جنس واحد من وجه لاتحاد الاسم والمكان، وأجناس مختلفة من وجه لاختلاف الأعراض والمعاني وهي المنفعة؛ لأن منافع الدور متفاوتة بعضها يصلح للخزانة، وبعضها يصلح للتنزه لا للخزانة فكان موكولًا إلى رأي القاضي، فإن رأى الجمع أعدل في القسمة جمع وإلّا فلا.

له: أن الدور أجناس مختلفة لاختلاف المنافع والأعراض فرب دار تصلح للخزانة والتنزه دون غيرها، والعبرة للمعاني دون الاسم والصّورة كالهروي مع المروي جنسان مختلفان لاختلاف المنافع مع اتحاد الاسم والصورة والأجناس المختلفة لا تقسم على اعتبار الجمع إلا بالتراضي؛ لأن القسمة لا تتحقق مع اختلاف الجنس؛ لأنها شرعت لتكميل المنفعة وذلك يكون حال اتحاد الجنس لا حال اختلافه، والبيوت تقسم سواء كانت متلازقة أو متفرقة في محال؛ لأن التفاوت بين البيوت يسير فيكون كقسمة طرفين من دار واحدة، والمنازل إن كانت متلازقة قسمت، وإن كانت متفرقة في محالّ مختلفة لا تقسم؛ لأن المنازل فوق البيوت ودون الدار في التفاوت فعملنا بهما فاعتبرنا التفاوت فيها يسيرا متى كانت متلازقة ويكون تبعًا للدار يكون حكمه حكم الدار فاعتبرنا التفاوت فاحشًا متى كانت متفرقة.

ولو كانت دار وأرض أو دار وحانوت ذكر الخصاف في أدب القاضي أنه يقسم كل واحد على حدة، ولا يجمع نصيب كل واحد في أحد الصنفين وجعل الدار مع الحانوت جنسين مختلفين، وذكر في كتاب الإجارات ما يدل على أنهما جنس واحد بينهما أفرجة أرض متفرقة فهي بمنزلة الدّور على الخلاف الذي مرّ.

(باب كيفية القسمة وماهيتها وما يدخل فيها بالشرط وما لا يدخل)

وإذا قسم الدار فإنه يقسم العرصة بالذراع ويقسم البناء بالقيمة، ويجوز أن

يفضل بعضها على بعض لفضل فيه البناء والموضع؛ لأن المعادلة في القسمة بين الأنصباء واجبة صورة ومعنى ما أمكن، وإن لم يمكن اعتبار المعادلة في الصورة يعتبر المعادلة في المعنى كما في ضمان المتلفات، ثم هذا على ثلاثة أوجه:

الأوّل: إن اقتسما الأرض نصفين وشرطا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه نصف قيمة البناء والقيمة معلومة جازت؛ لأن هذه قسمة في الأرض بالسوية وبيع في نصف البناء بثمن معلوم فيكون بيعًا مشروطًا في القسمة، وهذا البيع من ضرورات القسمة، فيكون له حكم القسمة، وإن اقتسما كذلك ولم يعرف قيمة البناء جاز استحسانًا لا قياسًا، وجه القياس: أن الذي لم يقع البناء في نصيبه صار بائعًا نصف البناء من صاحبه بنصف قيمته، والقيمة مجهولة إذا لم يعرفوا مقدار القيمة فيكون الثمن مجهولًا، وجهالة الثمن تفسد العقد كما لو شرطا أن من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه حنطة أو شعيرًا ولم يبيّنا مقداره لا تجوز القسمة. وجه الاستحسان: أن القسمة العرصة ولا جهالة فيها فصحّت القسمة فيها ثم من وقع البناء في نصيبه بتملك على صاحبه نصف البناء بالقيمة للضرورة كما فيما إذا اقتسموا العرصة دون البناء فكان اشتراط القيمة في القسمة شرطًا يقتضيه العقد فلا يوجب فساده، وإن اقتسما الأرض نصفين ولم يقتسما البناء جازت القسمة، ثم يتملك من وقع البناء في نصيبه نصف البناء بالقيمة؛ لأنه لا وجه إلى إبقاء البناء مشتركًا لأن صاحب الأرض تضرر به ولا وجه إلى نقضه؛ لأن الذي لم يقع البناء في نصيبه لا يمكنه نقض نصيبه من البناء إلا بنقض نصيب صاحبه من البناء فيتضرر به صاحب الأرض، فإنه كان محقًّا في البناء فلا وجه إلى دفع الضرر إلّا بتملك الأرض، وبتملك البناء بالقيمة وتملك البناء بغير رضاء صاحبه أقل ضررًا من تملك الأرض بالقيمة بغير رضاء صاحبها؛ لأن البناء تبع والعرصة أصل وتملك التبع أقل ضررًا من تملك الأصل كالغاصب إذا صبغ الثوب المغصوب يتملك صاحب الثوب الصبغ دون الغاصب.

ويحسب في القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو، وقال أبو يوسف: ذراع من السفل بذراع من العلو، وعند محمد: معتبرة من حيث القيمة وعليه الفتوى. له:

أنه متى تعذر اعتبار المعادلة في المنفعة كان اعتبار المعادلة في القيمة أولى؛ لأن المالية تتفاوت في القيمة، فإن البيت المزخرف والسقف المذهب أكثر مالية من غير المذهب، وإن استويا في المنفعة، والمعتبر هي المالية في حقوق العباد فيكون العدل في اعتبار القيمة، ولهذا تعتبر المعادلة في القيمة في قسمة الحيوانات.

لهما: أن اعتبار المعادلة في المنفعة أولى من اعتبارها في القيمة؛ لأن القسمة شرعت لإقرار المشترك لتكميل المنفعة والمنفعة كانت مشتركة بينهما، ألا ترى أنهما لو تهايآ والمهايأة قسمة المنفعة وأنها داخلة تحت القسمة؛ لأن بالقسمة تمتاز منفعة كل واحد منهما عن منفعة صاحبه والقيمة غير مشتركة بينهما وهي غير داخلة تحت القسمة فكان اعتبار المعادلة فيما هو مشترك داخل تحت القسمة أولى من اعتبارها فيما ليس بمشترك، ولا داخل تحت القسمة بخلاف الحيوانات؛ لأنه تعذّر اعتبار المعادلة في المنفعة تامة؛ لأنه لا يدري مقدار المنفعة فاعتبرها في القيمة ضرورة، وهاهنا أمكن اعتبار المعادلة في المنفعة بين العلوّ والسفل بالذرعان؛ لأن منفعة السكنى في السفلي على الضّعف من منفعة العلو، وإن السفل منتفع في الحالين حال قيام العلو وحال ذهابه والعلو منتفع في حالة واحدة حال قيام السفل لا حال فوات السفل.

قال مشايخنا: إنما أجاب أبو حنيفة على عادة أهل الكوفة لاختيارهم السفل على العلو.

ولو اقتسما على أن تكون الأرض لأحدهما والبناء للآخر بلا أرض جاز إن شرطا قلع البناء؛ لأن بيع البناء بشرط القلع جائز فكذلك القسمة، وكذلك إن سكتا عن القلع؛ لأنه لما شرط لأحدهما البناء من غير أرض ولا قرار للبناء إلا بالأرض فصار كأنه شرط عليه القلع دلالة، وإن شرطا أن لا يرفع بناءه لم يجز؛ لأن تسليم الأرض تحت البناء لا يجوز إلا بقلع البناء فيكون القلع واجبًا تحقيقًا للتسليم، فإذا شرطا خلافه فقد شرطا ما لا يقتضيه العقد فيفسد.

ولو اختلفوا في قيمة البناء قال بعضهم: يجعل قيمة البناء بالذرعان من الأرض؛ لأنه أعدل في القسمة وأكمل لها؛ لأن القسمة إقرار ما هو مشترك بينهم وأقطع

للشعث والخصومة بين الشركاء؛ لأنه يصل إلى كل واحد حقّه للحال ولا يبقى بينهما مطالبة ومخاصمة بالدراهم ويرفع لكل واحد طريقًا إن أمكن أن يفتح طريقًا في نصيبه، وإن لم يمكن يرفع طريقًا واحدًا بينهم؛ لأن القسمة إقرار وتمييز بين الأنصباء فمهما أمكن التمييز على وجه لا يتعلق حق البعض بالبعض يكون أولى، وإذا تعذّر يبقى الطريق على الشركة؛ لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بأنصبائهم بدون الطريق، فمتى قسم قدر الطريق بينهم كانت هذه القسمة متضمنة تفويت المنفعة، فلا يقسم بينهم قدر الطريق ويجعل عرضه عرض باب الدار إن اختلفوا في سعته وضيقه وطوله بقدر طول الباب أراد به الطول من حيث الأعلى لا الطول الذي هو ضد عرض الطريق. وفائدته أنه لو أراد أحدهم أن يشرع جناحًا في نصيبه إن كان فوق طول الباب كان له ذلك؛ لأن الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار ثابتا عن خالص حقّه، وإن كان فيما دون طول الباب، فإنه يمنع عن ذلك؛ لأن قدر طول الباب من الهواء مشترك فيما بينهم والبناء على الهواء المشترك لا يجوز إلا برضاء الشركاء، فأمّا إذا كان أرضًا، فإنه يرفع الطريق مقدار ما يمر فيه بقر؛ لأنه لا بد من ذلك للزراعة وما زاد على ذلك فلا حاجة إليه ولصاحب الساحة أن يبني فيها رفيعا وأن يسد كوَّة الآخر، وكذلك تنورًا أو بئرًا أو حمامًا أو مخرجًا، وإن سقط جدار جاره وكذلك لصاحب البناء أن يفتح في بنائه بابا وإن تأذى به جاره والكف عما يؤذي جاره أحسن.

وقال نصير بن يحيى وأبو القاسم الصّفار: لصاحب البناء أو الجار أن يمنعه من ذلك؛ لأن رفع البناء يسبب لفوات منفعة على صاحب البناء وهو منفعة الشمس والريح واختلال في ملك جاره وإنه إضرار به. وجه ظاهر الرواية: أنه تصرف في ملكه ولم يتلف منفعة على صاحبه وجاره بل يمنعه عن الانتفاع بملكه لأن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء، فإذا سد الهواء بالبناء فقد منعه من الانتفاع بملكه ولم يصر متلفًا ومفوتًا منفعة على جاره فيما عدا البناء هو منتفع بملكه انتفاع مثله لا بد له من ذلك لإقامة مصالحه فلم يمنع عن ذلك ولا يضمن، وإن تولد منه نكد على الغير إذا لم يمكنه الاحتراز عنه كما لو سقى أرضه سقيًا معتادًا فتعدى إلى أرض جاره لا يضمن.

(فصل)

جدار أساسه على آجرتين وما ظهر منه على آجرة واحدة وقع الجدار لأحدهما والساحة للآخر فليس لصاحب الجدار أن يأخذ قدر أساسه من ساحة صاحبه وله ما تحته دون ما فوقه؛ لأن المشروط له الحائط إنما يستحق ما تحت الحائط من الأرض بقدر ما يبقى من الحائط مبنيا؛ لأن الحائط اسم للجدار المبني والحائط الذي بني على آجرتين يبقى بقدر آجرتين ما تحته فيستحق هذا القدر باسم الحائط ولا يستحق الزيادة؛ لأن الحائط يبقى مثبتًا بدونها.

ولو وقعت جذوع أحدهما على الحائط الآخر ليس لصاحب الحائط رفعها شرط تركها في القسمة أولًا؛ لأنه رضي بأن يكون السقف لصاحبه والسقف يكون على الحائط فيكون الحائط مشغولًا بحق صاحب السقف ليسلم المشروط له، كما لو اقتسما على أن يكون السفل لأحدهما والعلو للآخر لم يكن لصاحب السفل أن يرفع العلو فكذا هذا، وكذا إن لم يكن السقف مشتركا بينهما وكان ملكهما في الحائط مشغولا بالجذوع فالشركة في حق الملك إن زالت بالقسمة بقيت الشركة في حق الشغل بوضع الجذوع؛ لأن الشغل بوضع الجذوع أمر حقيقي فلا يمكننا القول بانقطاع الشركة في حق الشغل بالقسمة؛ لأنها باقية حقيقة ما لم ترفع، وإذا بقيت الشركة في حق الشغل بالقسمة لأنها باقية حقيقة ما لم ترفع وإذا بقيت الشركة في حق الشغل، فإذا طلب صاحب الحائط رفع الجذوع فقد طلب قسمة مشترك في قسمته ضرر على صاحبه؛ لأنه لا يمكن رفع الشركة في حق الشغل إلا بنقض السقف فلا يجبر صاحبه على ذلك، فإن شرطا رفع الجذوع ترفع؛ لأن صاحب الجذوع رضي بهذا الضّرر لما شرط رفعها واشتراط رفع الجذوع إسقاط حق له في الحائط لا تمليك؛ لأنه ليس له إلّا حق وضع الجذوع، فإنه لا يقبل التمليك والإسقاط لا يفسد بزيادة ضرر صار مشروطًا فيه كما لو شرط على صاحبه العلو أن يرفع العلو.

وكذلك لو كان أزج أو أسطوانة عليها جذوع أو روشن وقع لصاحب العلو مشرفًا على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفل أن يقطعه إلا بشرط القطع.

والروشن فارسية معربة أي راه روشن والصحيح من تفسيره أن يكون جسرًا موضوعًا بين سقفين سقف لأحدهما والسقف الثاني للآخر فليس لصاحب السقف أن يقلع الجسر.

(**النوادر**): وإن كان لأحدهما شجرة أغصانها مظلّة على نصيب الآخر، فقد ذكر ابن رستم أنه يقطع؛ لأنه بمنزلة أطراف الجذوع التي لا سقف عليها، وذكر ابن سماعة أنه لا تقطع؛ لأن في قطعها ضررًا وهو يستحق إبقاء ما في إزالته ضرر.

ولو كان لأحدهما أطراف خشب على حائط صاحبه، فإن كان ممّا يمكن أن يجعل عليها سقف لم يكلف قطعها؛ لأنه لا يمكنه الانتفاع بها فصار كالعلوّ والروشن، وإن كان لا يمكن السقف عليها كلف قطعها؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها فلا يكون من جملة الحقوق فصار شاغلًا هو وأصحابه بما لا حق له فيه فيؤمر بالقطع.

(باب قسمة المنقول)

المنقول إن كان جنسًا واحدًا كالإبل أو البقر أو الغنم، فإنه تجوز القسمة؛ لأن التفاوت فيما ينتهي بعد التقويم يسير فيمكن للقاضي اعتبار المعادلة في المنفعة؛ لأن المنفعة متحدة فلم يتضمن هذا القسم تفويت نوع منفعة، وإن كان أجناسًا مختلفة فجعل لأحدهم الإبل وللآخر البقر وللآخر الغنم لا يجوز إلا برضاهم لا يتضمن تفويت جنس المنفعة، فإنه قبل هذه القسمة كان له منفعة كل نوع وبعد القسمة يفوت عليه إحدى المنفعتين والقسمة شرعت لتكميل المنفعة لا لتفويتها، ولأن القسمة في أجناس مختلفة تكون مبادلة، والقاضي لا يجبر الناس على المبادلات، وكذلك لو كانت الثياب أجناسًا مختلفة لا يقسم إلا برضاهم ولا يقسم الثوب الواحد؛ لأنه يحتاج إلى القطع وفيه ضرر، وكذلك الثوبان إذا اختلفت قيمتهما إلا أن يزاد مع الأوكس دراهم مسماة وذلك يكون بتراضيهما؛ لأنه لا يمكن قسمتهما إلا بعد شق الثوب وفيه ضرر، وإن كانت ثلاثة أثواب ينظر إن كان فيهم سواء لأنفسهم؛ لأن فيه ضررًا، وإن كان اثنان أدى الواحد أجود وقيمة الاثنين تساوي قيمة الواحد، فإنه يقسم ويجعل الاثنين لأحدهما والواحد للآخر ولا يقسم الرقيق إلا برضاهم عند أبي حنيفة.

وعندهم يقسم كسائر الحيوانات.

لهما: أن الرقيق جنس واحد حقيقة، ولهذا لو تزوّج امرأة على عبد صحت التسمية لإيجاد الجنس، وإنما التفاوت في القيمة والوصف وذلك لا يمنع صحة القسمة كما في الإبل والبقر.

له: أن الآدمي يختلف اختلافًا فاحشًا لاختلاف المعاني والمقاصد وهو الذكاء والعقل والتمييز والهداية في تعليم الحرف الذي هو مطلوب من بني آدم، ولهذا قال عليه السلام: "**ما من شيء يعدل الواحد منه ألفين إلا ابن آدم**"، والعبرة لاختلاف المعاني فصار بمنزلة الأجناس المختلفة، فإن كان معه مال آخر يقسم بالإجماع ذكره في الأصل؛ لأن الرقيق جنس واحد صورة أجناس مختلفة معنى فألحقناه بجنس واحد متى كان معه مال آخر يحتمل القسمة وصححنا القسمة فيه تبعًا لصحة القسمة فيما يحتمل القسمة وصار كالدور إذا كان معها مال آخر قسم الدور قسمة جمع؛ لأنه يلتحق بجنس واحد فكذا هذا.

وقيل: عند أبي حنيفة أيضًا لا يقسم إلا بالتراضي؛ لأن كل واحد مقصود في نفسه فكيف يجعل تبعًا لغيره في القسمة، ويقسم بئر الذهب والحديد والنحاس؛ لأنه أمكن التعديل فيه بالوزن ولا تقسم الأواني؛ لأن الصياغة صيرتها مختلفة للتفاوت في قيمة الصناعة، وخيار الرؤية والعيب والشرط كهو في البيع؛ لأنها في معنى البيع وهذا إذا اقتسما بالتراضي.

فأمّا إذا قسم القاضي فكذلك في العيب؛ لأن القسمة لتعديل الأنصباء، فإذا ظهر العيب في تصدق أحدهما لم يوجد التعديل فتعاد القسمة ليزول ضرر العيب في قسمه.

فأمّا خيار الرؤية والشرط فلا يثبت فيه في رواية أبي حفص ويرجع بنقصان العيب؛ لأنه لا يفيد لأنه متى نقصت القسمة يجب إعادتها على حسب ما وقع أوّل مرّة ولا فائدة في نقص ما يجب إعادته ويثبت في رواية أبي سليمان؛ لأنه يفيد؛ لأن المعادلة في غير المثلي إنما يعتبر من حيث القيمة والقيمة إنما تعرف بالحزر والظن فيتوهم فيها ضربان الغلط والزيادة والنقصان فمتى نقصت القسمة بالخيار ربما تعاد القسمة على وجه يكون أعدل من الأولى فيكون النقص مقيدًا، ولا يثبت في ذوات

الأمثال كالمكيل والموزون في الجنس الواحد؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه متى نقضت القسمة يجب إعادتها كما وقعت أول مرّة؛ لأن المعادلة تعتبر من حيث الأجزاء وهي ثابتة حقيقة فيكون البعض اشتغالًا بما لا يفيد.

(**النوادر**): ولو اقتسما البئر بالحبال جاز؛ لأن التفاوت فيها قليل. اقتسموا دارًا فوقع في نصيب أحدهم بيت فيه حمامات ينظر إن لم يذكروا الحمامات في القسمة فهي بينهم كما كانت، فإن ذكروا ينظر إن كانت لا يوجد إلا بصيد فالقسمة فاسدة، وإن كانت تؤخذ بغير صيد فالقسمة جائزة إذا اقتسموا في الليل حين يجتمعن كلهن في البيت، وإن اقتسموا في النهار بعدما خرجن من البيت فالقسمة فاسدة؛ لأن القسمة في معنى البيع فاسد وبيع الحمامات على هذا التفصيل فكذا هذه القسمة.

رجل مات وترك ثلاثة بنين وترك خمس عشرة خابية خمسة منها مملوءة خلًّا وخمسة منها إلى نصفها خلا، وخمسة منها خالية كلها متساوية فأراد البنون أن يقتسموا الخوابي على السواء من غير أن يزيلوا عن مواضعها فالوجه في ذلك أن يعطى أحد البنين خابيتين مملوءتين وخابية إلى نصفها وخابيتين خاليتين، ويعطى للثاني كذلك بقي خمس خوابي إحداها مملوءة وإحداها خالية وثلاثة إلى نصفها فيعطي ذلك للثالث؛ لأن المساواة بذلك تقع. رجلان بينهما خمسة أرغفة لأحدهما رغيفان وللآخر ثلاثة فدعيا ثالثًا وأكلوا جميعًا مستويين ثم إن الثالث أعطاهما خمسة دراهم وقال: اقتسما على قدر ما أكلت من أرغفتكما فلصاحب الرغيفين درهمين ولصاحب الثلاث ثلاثة؛ لأن كل واحد أكل رغيفًا وثلثي رغيف مشاعا ثلثا رغيف من نصيب صاحب الرغيفين ورغيف تام من نصيب صاحب الثلاثة فاجعل كل ثلاثة سهمًا فأكل كل واحد سهمين من نصيب صاحب الرغيفين وثلاثة أسهم من نصيب صاحب الثلاثة وذلك خمسة أسهم فيقسم البدل بينهما كذلك.

(باب حقوق القسمة)

ولو اقتسما دارًا، فإذا لا طريق لأحدهما وقدر على أن يفتح في نصيبه طريقًا يمر فيه الرجل دون الحمولة جازت القسمة؛ لأن هذه القسمة لم تتضمن تفويت منفعة

فخلت عن المضرة، وإن لم يقدر ينظر إن لم يعلم أنه لا طريق له فالقسمة فاسدة؛ لأنّها تضمنت تفويت منفعة على شريكه بغير رضاه؛ لأنه لا يكون راضيا بهذا الضرر متى لم يعلم، وإن علم أنه لا طريق له جازت القسمة؛ لأنه رضي بهذه القسمة والقسمة بالتراضي جائزة، وإن تضمنت تفويت منفعة كما لو اقتسما البيت الصغير، وإذا وقعت الضفة وبعض الساحة لأحدهما والبيت وباقي الساحة للآخر وباب البيت في الضفة ومسيل مائه على ظهرها، فإن أمكن لصاحب البيت أن يفتح بابه في ساحته أو يسيل ماءه فيها فليس له أن يمر في الضفة ولا أن يسيل ماءه على ظهرها.

وإن ذكرا فيما أصاب كل واحد وكل حق هو له بخلاف البيع، فإنه يدخل الشرب والطريق يذكر الحقوق، والفرق أن في اعتبار اشتراط الحقوق في القسمة تعيين موضوع القسمة؛ لأنها موضوعة للإقرار والتمييز وذلك بقطع شركة كل واحد عن نصيب صاحبه وإنما تنقطع الشركة هنا إذا لم يبق لصاحب البيت حق المرور في الضفة ويسيل الماء على ظهرها، وليس في اعتبار ذكر الحقوق في البيع تعبير موجبه؛ لأن موجبه تمليك العين ويبقى كذلك مع إدخال ذكر الحقوق فيه.

ولو لم يكن له مفتح ولا مسيل ماء سواه، فإن قال بكل حق ترك على حاله، وإن لم يقل ذلك فالقسمة فاسدة؛ لأنا ألغينا ذكر الحقوق تصحيحًا للقسمة. وإذا رفعا طريقًا بينهما وعليه ظلة وطريق أحدهما على ظهر تلك الظلة ويمكن صرفه عنها ترك على حاله؛ لأن أسفل الطريق غير مقسوم ولهما الممرّ فيه وكذلك أعلاه؛ لأنه بيع للأسفل لأن الهواء تبع فبقاء الشركة في الأسفل يوجب بقاء الشركة في الظلة والقسمة تقتضي انقطاع الشركة عن الظلة فقطعنا الشركة عن رقبة الظلة عملًا بموجب وأبقينا الشركة في المرور على الظلة عملًا بما يوجب بقاء الشركة في الظلة ليكون عملًا بالدليلين. بينهم دار في سكة غير نافذة اقتسموها على أن يفتح كل واحد بابًا إلى السكة جاز ولا يمنعون منه؛ لأنه بهذا الفتح متصرف في خالص ملكه وهو الجدار ولم يصر آخذًا أكثر من حقه؛ لأن مروره في السكة من باب واحد وأبواب سواء إذ لا ضرر لأهل السكة في كثرة الباب. مقصورة بين قوم طريقها في دار لآخر فاقتسموها فليس لكل واحد أن يفتح بابًا من المقصورة إلى الدار إنما لهم

طريق على مقدار باب الدار العظمى؛ لأنه يصير آخذًا أكثر من حقه من الدار؛ لأن لهم من الدار قدر الطريق ولا يكون لهم حق المرور فيما سوى الطريق إلا إذا كان الطريق ملازقًا بحائط المقصورة طولا فلكل واحد أن يفتح بابه في نصيبه إلى الطريق لا إلى موضع آخر من الدار سوى الطريق؛ لأن الفتح يصرف في خالص ملكه، وله حق المرور في الطريق فلا يمنع عنه، فإن كان تحت المقصورة دار لهم وقعت في قسمة رجل فأراد أن يجعل طريق داره في هذه المقصورة المشتركة ثم إلى الدار ثم إلى الطريق لم يكن له ذلك؛ لأنه متى فتح الباب إلى الطريق المقصورة تصير طريق المقصورة طريقًا للدار وبإحداث الطريق يتضرر به شركاؤه؛ لأنه متى باع الدار بحقوقه يدخل الطريق في بيع الدار فيزداد شريك آخر في هذ الطريق بعدما لم يكن مشتركًا، وفي زيادة الشركاء في الطريق ضرر على أصحاب الطريق؛ لأن الطريق يضيق بزيادة الشركاء، ولهذا لو كان طريقًا مشتركًا بين جماعة ليس لواحد منهم أن يفتح إليه بابا لدار له أخرى لا حق لها في هذا الطريق، فإن اشترى صاحب المقصورة تلك الدار والمقصورة؛ لأن طريق المقصورة لا يصير طريقًا للدار؛ لأنّ الدخول في الدار لا يحصل من طريق المقصورة، وإنما يحصل من المقصورة والمقصورة لا تصير طريقًا للدار، وإن كان مدخل الدار من المقصورة؛ لأنه لا حاجة له إلى أن يجعل شيئًا من المقصورة طريقًا للدار بأن يمر فيها بحكم الملك لا بحكم الطريق فلا يدخل في بيع الدار بذكر حقوقها فلا يزداد الشريك في الطريق فلا يتضرّر به شركاؤه.

فأمّا إذا اختلف ساكنها لم يكن له ذلك؛ لأنه أدخل شريكًا آخر في طريق المقصورة فيتضرر به شركاؤه بمزاحمتهم في الطريق، فأمّا إذا كان المتطرق واحدًا لا تزداد المزاحمة فلا يتضرر به شركاؤه كما لو باع جميع نصيبه من الطريق المشترك يجوز؛ لأن المشتري يقوم مقامه فلا يزداد شريك آخر في الطريق.

ولو باع نصف نصيبه من الطريق لا يجوز إلا برضاء شريكه؛ لأن فيه ضررًا على شريكه؛ لأنه يزداد شريكه فيه. اقتسما دارًا وفي نصيب أحدهما ظلّة على الطريق أو

كنيف شارع إلى الطريق لا يكون له الظلة إلا إذا ذكر كل حق له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وله الكنيف بكل حال.

وقال أبو يوسف ومحمد: يكونان له بناء على أن الظلة لا تدخل تحت البيع عند أبي حنيفة إلا بذكر الحقوق فكذلك القسمة وعندهما يدخل وقد مرّ في البيوع اقتسموا قرية فأصاب أحدهم فراخًا والآخر كرمًا والآخر بيوتًا جاز؛ لأنه يجوز البيع كذلك فتجوز القسمة بتراضيهما.

ولو أصاب أحدهم بستانًا دخل شجرة وطريقه وشربه إذا لم يمكنه أن يفتح طريقًا وشربًا في نصيبه ولم يعلم به ؛ لأن القسمة تضمنت تفويت المنفعة بدونهما ولا يدخل الزرع والتمر في القسمة إلا بذكر الحقوق أو بكل قليل وكثير هو فيها ومنها وذكر في الزراعة لو قال: بكل قليل وكثير هو فيها أو من حقوقها لم يدخل الزرع والتمر؛ لأنه ليس قوله هو فيها أو منها بقوله من حقوقها وهذه الأشياء ليست من حقوق الأرض وذكر أن النخلة لصاحبها بأصلها.

ولو قطعها فله غرس ما بدا له مكانها؛ لأن الشجرة اسم لما قام على ساق وله حياة نمو وذلك إنما يكون إذا ملك ما تحتها من الأرض حتى يبقى حيًّا قائمًا على ساقه كما في الحائط له ما تحته؛ لأن الحائط اسم لمبنى يقع به الحياطة والحفظ وهذا لا يتصوّر إلا بعد قيامه على الأرض كما لو أقر بشجرة لإنسان يدخل فيها ما تحتها.

ولو وقع لأحدهما نهر والآخر أرض وقد اقتسموا بكل حق هو لها فلصاحب النهر أن يمر إلى نهره في أرض صاحبه إذا لم يكن له طريق سواها كما في الضفة والبيت، فإن كان للنهر مسناة فهي لصاحب النهر إذا لم يقع عليها شرط عندهما وعند أبي حنيفة هي لصاحب الأرض وقد مرت في الشرب.

(**النوادر**): دار بين شريكين قلعا بابا منها ووضعاه في الدار ثم قسما الدار فالباب الموضوع في الدار بينهما؛ لأنه لا يدخل في القسمة إلا بالذكر. شريكان اقتسما كرمًا وفيه ثمار وأعناب ينظر، إن قالا على أن النصف هذا لفلان بكل قليل وكثير أو بما فيه من الأعناب والثمار تصير الأعناب والثمار مقسومة، وإن لم يقولا ذلك

تلغى الشركة؛ لأن قسمة العقار بيع، وبيع الكرم لا يكون بيعًا للأعناب والثمار إلا بالتنصيص أو بذكر القليل والكثير. كرم بين رجلين اقتسماه وجعلا الطريق القديم لأحدهما، وتركا طريقًا حديثًا للآخر وفي الطريق الحديث أشجار ينظر إن جعلا ملك الطريق له فالأشجار له؛ لأنها بمنزلة التبع، والشجر يدخل في بيع الأرض، وإن جعلا حق المرور له فالأشجار بينهما كما كانت؛ لأن الطريق لم يصر ملكًا.

(باب القسمة على أن يزيد أحدهما شيئًا لصاحبه)

ولو قسما على أن أحدهما يريد شيئًا معلومًا فلا يخلو إما أن يكون المشروط دراهم أو دنانير أو مكيلًا أو موزونًا أو عروضًا أو حيوانًا، فإن كان المشروط دراهم معلومة جاز؛ لأن الزيادة إن كانت مشروطة لتعديل الأنصباء كانت القسمة على المعادلة إلا أنه لا يجوز هذه القسمة إلا بتراضيهما لأنها تتضمن تفويت منفعة على أحدهما؛ لأن منفعة أحدهما نزول عن الأرض بقدر ما شرط له من الدراهم على صاحبه فكانت بمنزلة قسمة الأجناس المختلفة، وإن كانت الزيادة مشروطة لتقع القسمة على المفاضلة فيكون بيعًا من كل وجه، والبيع على هذا الوجه جائز بتراضيهما فكذلك القسمة، وإن كانت الزيادة مكيلًا أو موزونًا ولم يسم مكان الإبقاء لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز وتسلمها عند الدار كما في السلم والبيع، وإن كانت الزيادة عرضًا إن كان عرضًا يجوز السلم فيه بأن كان يوما موصوفًا في الذمة مؤجلًا جاز ولا يجوز غير مؤجل، وإن كان عرضًا لا يجوز السلم فيه لا يجوز، وإن كانت الزيادة حيوانًا بعينه جاز وبغير عينه لا يجوز؛ لأن الحيوان يصلح عوضًا عن مال لكن لا يثبت دينًا في الذمة بدلا عما هو مال لما عرف.

ثلاثة بينهم دار إن أخذ أحدهم الصغرى والآخر الكبرى على إن لم يأخذ شيئًا دراهم مسماة جاز؛ لأن الاثنين أخذا حقهما المشترك وأخذ الآخر بدل حقه من غيره فيكون بائعًا نصيبه بدراهم معلومة فجاز، وكذلك لو أخذ الكبرى اثنان والصغرى واحد جاز؛ لأن الثالث صار بائعًا نصيبه من الدار الكبرى بنصيبهما من الدار الصغرى فيجوز بينهما. دار اقتسماها نصفين على أن يزداد أحدهما عبدًا بعينه على إن زاد الآخر مائة درهم جاز؛ لأن باذل الدّراهم صار مشتريًا عبدًا وربع دار من

صاحبه بربع دار ومائة درهم والبيع على هذا الوجه جائز فكذا القسمة.

ولو اقتسموا الثياب على أن من أصابه هذا رد درهمًا ومن أصابه هذا رد درهمين جاز وقيل ينبغي أن لا يجوز.

ولو اقتسموا أراضيَ على أن من أصابه شجر ونبت في أرضه فهو غلته بقيمته جاز استحسانًا. شريكان اقتسما على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض وقماش الحانوت، والديون التي على الناس على أنه إن نوى عليه شيئًا من الديون يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة؛ لأن القسمة فيها معنى البيع والبيع على هذا الوجه لا يجوز وعلى كل واحد منهما أن يرد على شريكه نصف ما أخذ.

(باب قسمة الدار الموروثة)

وإذا طلب الورثة قسمة العقار الذي في أيديهم لم يجبهم القاضي حتى تقوم بينة على الأصل عند أبي حنيفة.

وعندهما: يقسم بينهم بإقرارهم ويشهد أنه قضى بينهم بإقرارهم، وكذلك لو كان في الورثة كبير غائب أو صغير والدار في أيدي الكبار الحضور فأقرّوا بالميراث لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث عنده وعندهما يقسمها بإقرارهم ويعزل نصيب الصغير والغائب ويقسم ما سوى العقار بإقرارهم بالاتفاق.

لهما: أن إقرارهم بكون العقار ميراثًا بينهم صحيح؛ لأن العقار في أيديهم ولا منازع لهم فيه، والإقرار من ذي اليد للغائب صحيح، والثابت بإقرار صحيح فيما بينهم كالثابت بالبينة العادلة وصار كالمنقول للمحافظة، ولهذا لو قاسموا لأنفسهم جازت المقاسمة. له: أن هذه القسمة لا يجوز حق الملك تكميلا للمنفعة؛ لأنه لا ملك لهم حقيقة؛ لأن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت حتى إن الزوائد الحادثة قبل القسمة حادثة على حكم ملك الميت حتى ينفذ الوصيّة فيها، ولا يجوز للقاضي أن يقطع حكم ملكه إلا بحجّة كاملة، ولا تجوز هذه القسمة للحفظ والتحصين والصيانة؛ لأن العقار محفوظة محصنة تقسيمها فلا سبيل إلى القسمة بخلاف المنقول؛ لأنه محتاج إلى الحفظ والصيانة فكانت ضمته للحفظ

والاحتياط في الأمانة لا لقطع الملك عنه، فإن المقسوم في يد كل واحد منهم كان مضمونًا بعد القسمة وقبلها كان أمانة فبالقسمة يصير محفوظًا مصانًا عن التوي والتلف وللقاضي هذه الولاية والزعامة.

ولو كان العقار في أيديهم يزعمون أنهم اشتروه قسم بينهم بإقرارهم؛ لأن المبيع بعد القبض لا يبقى على حكم الملك للبائع قبل القسمة؛ لأن ملكه قد انقطع بالبيع فلم تكن القسمة قاطعة لحقه فيقسم بإقرارهم؛ لأنه حجة قاصرة في حقهم بلا منازع لهم.

ورُوي عن أبي حنيفة: لا يقسم كما في الميراث؛ لأنهم اعترفوا بثبوت الملك للبائع وادعوا الانتقال إليهم بالشراء فلا يقبل قولهم إلا ببينة، فإن كان أحدهم غائبا لا يقسم في الشراء أيضًا؛ لأنهم يستحقون عليه والحاضر لم ينصب خصمًا عنه.

ولو كان شيئًا من العقار في يد غائب أو في يد صغير لم يقسم حتى تقوم البينة على الميراث، وكذلك لو كان الغائب استودع رجلًا وغاب لم يقسم حتى يحضر؛ لأن التركة قبل القسمة صارت ملكًا للورثة من وجه أن يغيب على حكم ملك الميت من وجه فلا يقبل إقرارهم على ما في يد الغائب والصغير؛ لأنه يتضمن إزالة يدهما وقطع ارتفاقهما بنصيبه؛ لأن كل واحد من الورثة قبل القسمة مرتفق بنصيبه ونصيب صاحبه وكانت دعوى القسمة متوجهة على شركائه من الورثة بإزالة أيديهم وقطع ترافقهم عن نصيبه فلا يقبل.

ولو حضر اثنان والدار في أيديهما فأقاما البينة يقسم ويعزل نصيب الصغير والغائب، ولو حضر واحد لا يقسم، والفرق أنه متى حضر اثنان فأحدهما ينتصب مدعيًا والآخر ينتصب خصمًا عن الميت في القضاء عليه من حيث قطع حقه عن التركة وعن سائر الورثة؛ لأن ما للميت من الخصومات يتحول إلى الورثة فقامت البينة على خصم فقبلت، فأما إذا حضر واحد فالواحد لا يصلح أن يكون مقضيًّا له ومقضيًّا عليه فانتصابه خصمًا عن الميت لما فيه من التضاد فقامت البينة لا عن خصم فلم يقبل.

ولو تنازع شريكان في القسمة في الملك في غير المواريث وله شريك غائب لا يقسم القاضي بالإجماع؛ لأن الحاضر لم ينتصب خصمًا عن الغائب؛ لأن ما للغائب

من الخصومات لا يتحول إلى شريكه بالقسمة فكذا ما عليه.

ولو حضر الوارث الكبير وهناك وارث صغير نصب القاضي للصغير وكيلًا وقسم؛ لأن للقاضي ولاية على الصغير فله أن يجعل عنه وكيلًا قيما كما في سائر حقوقه.

ولو كان في الورثة صغير أو كبير غائب لم تجز القسمة بغير قضاء إلا أن يحضر ويبلغ فيجيز؛ لأن هذا تصرف له مجيز حال وقوعه فيقف على الإجازة، فإن مات الغائب أو الصغير فأجازوا ورثته جاز عند أبي حنيفة.

وقال محمد: لا يجوز؛ لأنه مات من له الإجازة فبطل العقد كما في البيع.

له: أنا لو أبطلنا القسمة بموت من له الإجازة احتجنا إلى إعادة مثلها متى طلب البعض القسمة فلا يفيد نقض القسمة، وأقمنا إجازة الورثة مقام إجازته؛ لأنها قائمة مقامه بخلاف البيع لأنا لو أبطلناه بموت من له الإجازة لا يحتاج إلى إعادة مثله فبطل. مات أحد الشريكين وترك ورثة، وشريكه غائب وكانا اشترياها وقامت بينة لم يقسم حتى يحضر الغائب.

ولو حضر الشريك وغاب بعض الورثة، أو غاب الشريك وقد كانت بين الشريكين ميراثًا قسمت؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الوارث الغائب، فأمَّا أحد الشريكين لا ينتصب خصمًا عن الشريك الغائب ولا الورثة ينتصب خصمًا عن شريك مورثه.

ولو اقتسموا بأمر صاحب الشرطة لا يجوز؛ لأنه ليس بقاضٍ منصوب له؛ لأنه فُوِّضَ إليه أمر مخصوص وهو جباية الخراج.

ولو كان على الميت دين لغائب غير مستغرق حبس القاضي قدر الدين وقسم الباقي؛ لأن التركة صارت ملكًا للورثة؛ لأن الدين إذا لم يكن مستغرقًا لا يمنع الملك للورثة في التركة إلا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج إلى نقض قضائه بعد ذلك وللقاضي صون قضائه عن النقض ما أمكنه، وإن كان مستغرقًا لم يقسم؛ لأنه لا ملك لهم في التركة؛ لأن الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التركة وينقض القسمة إذا ظهر الدين بعدها إلا أن يقضيه الورثة؛ لأن حق ذي الدين متعلق

بالتركة فتكون القسمة تصرفًا في محل تعلق به حق الغريم فكان له أن ينقضها، فإذا قضى الورثة دينه فقد زال حق الغريم بالقضاء فزال المانع من نفاذ القسمة فنفذت، وكذلك لو ظهر وارث آخر أو موصًى له بالثلث نقضت القسمة؛ لأنه ظهر أنه كان لهم شريك في التركة وقد قسموا دونه فلا يصح.

ولو قضى الدين بعض الورثة فله الرجوع على الباقين شرط أو لم يشرط إلا أن ينتزع؛ لأن كل واحد من الورثة مطالب بالدين حتى لو قدمه الغريم إلى القاضي قضى عليه بجميع الدين، وكان مجبرًا على القضاء ومضطرًّا فيه فلا يكون متبرعًا كالموصي إذا قضى من ماله لا يكون متبرعًا إلا إذا قصد بذلك التبرع بأن شرط أن لا يرجع عليه، وإذا اقتسمت الورثة دارًا وفيهم امرأة الميت، ثم ادعت بعد القسمة مهرًا على زوجها وأقامت البينة نقضت القسمة، وكذلك لو ادعى الوارث دينًا؛ لأن المهر والدين لا يتعلقان بعين الشركة بل معناها وهي المالية، ولهذا للوارث أن يقضي الدين من مال آخر سوى التركة فلم يكن بالإقدام على القسمة مقرا بأنه لا حق له ولأن إقدامها على القسمة إقرار منها بصحة القسمة فيكون المقسوم ملكًا للميت والدين لا يمنع صحّة القسمة، فإن القسمة صحيحة مع الدين إلا أن للغريم أن ينقضها، ألا ترى أن الورثة لو قضوا الدين من مالهم لم يكن للغريم نقض القسمة ولا ينافي أيضًا ملك الميت؛ لأن ملك الميت باقٍ مع الدين في الشركة فلم يكن متناقضا في دعوى الدين والمهر بالإقرار لصحّة القسمة فصحت دعواه؛ لأن الغريم لو أجاز القسمة نصًّا كان له أن ينقضها، فإذا باشرها لا يكون له نقضها أولى.

ولو ادعى الوارث نصيبا لنفسه في المقسوم لم تسمع دعواه لأنه مناقض في هذه الدعوى؛ لأن إقدامه على القسمة إقرار لصحّة القسمة ويكون المقسوم مملوكا للميت موروثًا لهم، فإذا ادعى لنفسه فقد ادعى فساد القسمة وعدم ملك المقسوم للميت فكان مناقضًا فيه، وكذلك لو ادعى وارثٌ وصيةً لابن له صغير، وأقام البينة لم يكن له أن يطلب وصيته؛ لأنه مناقض في هذه الدعوى؛ لأنه ادعى فساد القسمة بعدما أقر بصحتها يقتضي مباشرتها؛ لأن الوصية متعلقة بعين الشركة؛ لأنه ليس للورثة أن يعطوا حق الموصى له من مالهم وينفذوا القسمة، والإقدام على القسمة

إقرار بأنه لا حق له، ولو بلغ الابن كان له أن ينقض القسمة؛ لأنه لم يوجد من الابن إقرار بصحة القسمة فتكون الدعوى منه صحيحة.

ولو اقتسموا ثم ادعى أحدهم أن أخًا له من أبيه وأمه ورث أباه معهم، فإنه مات بعد أبيه فورثه هو وأراد ميراثه وقد كتبوا في القسمة أنه لا حق لبعضهم فيما أصاب البعض لا تنقض القسمة؛ لأنه بإقدامه على القسمة أقر بأن حقه في النصف، فإذا ادعى أنه ورث نصيب أخ له، فقد ادعى أن حقه في الثلثين فيكون مناقضا في الدعوى فلا يسمع، وكذلك لو قال وهبها لي إلى حال حياته أو اشتريتها منه.

(**النوادر**): ولو غاب بعض الشركاء وطلب الحاضر القسمة، فإن كانت الدار موروثة فالقاضي يقسم؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين، وإن كانت الدار مشتركة بالشراء لا يقسم؛ لأن أحد المشتريين لا ينتصب خصمًا عن الآخر.

ولو باع واحد من الورثة نصيبه يقسم القاضي إذا حضر البعض؛ لأن المشتري قام مقام البائع في الشركة الأولى وكانت أصلها وراثة.

ولو كانت مشتركة بالشراء فينظر في هذا إلى الشركة الأولى، فإن كانت الأولى بالميراث يقوم الثاني مقام الأول، وإن كانت بالشراء لا تقوم صيغة بين خمسة ورثة واحد منهم صغير واثنان غائبان واثنان حاضران، فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين فطالب شريكه الحاضر بالقسمة عند القاضي فأخبراه عن القصّة، فالقاضي يأمر شريكه بالقسمة، ويجعل وكيلًا عن الغائب والصغير؛ لأن المشتري قام مقام البائع وكان للبائع أن يطالب شريكه؛ لأن أصل الشركة كان ميراثًا، والعبرة لأصل الشركة لما قلنا. أرض بين رجلين طلب أحدهما القسمة وقدم صاحبه إلى القاضي فأتى شريكه وقال: قد بعت نصيبي وأقام البينة على البيع لا تقبل البينة لدفع القسمة عنه؛ لأنه يريد إبطال حق القسمة بإثبات فعل نفسه بالبينة وهو البيع فلا يقدر على الإثبات.

(باب قسمة الدور التي فيها طريق لغير أهلها)

بينهما دار وفيها طريق لآخر لا يمنعهما عن قسمتها ويترك طريقه على عرض

باب الدار العظمى لا ينظر فيه إلى باب صاحب الطريق؛ لأنه إذا ترك قدر الطريق لم يبق لصاحب الطريق حق في الباقي فلا يمنعان من التصرف في ملكهما، فإن باعوا الدار والطريق برضاهم ضرب أصحاب الدار بثلثي ثمن الطريق وصاحب المتجر بثلث الثمن؛ لأن الطريق بينهم أثلاث إذا لم يعلم قدر الأنصباء فيكون الثمن بينهم أثلاثا، وكذلك إن كان رقبة الطريق لاثنين وللآخر حق المرور فيه؛ لأن حق المرور ألحق بالغير حكمًا حتى يجوز بيعه على رواية المبسوط فصار بمنزلة ما لو كان لصاحب الممر شركة في رقبة الطريق، وعلى رواية الزيادات لا يجوز بيع حق المرور فيكون الثمن لهما لا لصاحب المرور؛ لأنه لما أذن لهما في البيع، فإنه لا يجوز بيعه فقد أسقط حقه عن الطريق.

وكذا ذكره الكرخي في مختصره، ومن مات منهم وتعدد ورثته اعتبر حقه كحق واحد؛ لأن الورثة إنما يستحقون من جهة الميت قدر ما كان للميت لأنهم يقومون مقام الميت في الملك والحقوق، وهذا إذا عرف أنه ميراث بينهم، وإن لم يعرف أن الدار ميراث بينهم فالطريق على عدد الرؤوس؛ لأنهم في الاستطراق وثبوت اليد المتصرفة فيه سواء، وقسمة الطريق على عدد الرؤوس؛ لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع بالطريق من حيث المرور.

ولو كان فيها طريق لرجل من ناحية وطريق لآخر من ناحية أخرى يعزل لهما طريق واحد؛ لأن الطريق يرفع لهما للمرور والطريق الواحد يكفي للمرور.

ولو اقتسموا دارًا فيها كنيف شارع إلى الطريق الأعظم أو ظلة لم يحسب ذرعهما في ذرع الدار؛ لأن الظلة والكنيف ليس لهما حق القرار لما كان مبنيًّا على طريق العامة بل هو مستحق النقض ومستحق النقض كالمنقوض، ولكنهما يقومان على وقع من خبره ولا يحسب في ذرعان الدار، فإن كانت الظلة على طريق غير نافذ قد احتسب بذرعهما في ذرع الدار؛ لأن لها حق القرار متى كانت مبنية على ملك خالص فكانت من حقوق الدار. مدينة بنوها بعد القسمة الوالي بينهم وترك طريقًا للعامة فرأى الوالي أن يعطي بعض الطريق أحدًا ينتفع به ولا يضر بأهل الطريق، فإن كانت المدينة للوالي جاز؛ لأن جميع المتصرفات نافذة على ملكه فلما

قسم بينهم إلا الطريق فقد ترك الطريق على ملكه فكان له أن يملّكه من شاء، وإن كانت للمسلمين لم يجز لأنها كانت ملكًا لهم فلمّا قسم بينهم إلا الطريق بقي الطريق ملكًا لهم فلا يجوز للإمام أن يملك من غيره.

(باب دعوى الغلط في القسمة)

دعوى الغلط في القسمة نوعان: ما يصح، وما لا يصح.

وما يصح نوعان: ما يوجب التحالف، وما لا يوجب التحالف.

أما ما لا يصح، وهو أن يدعي أحد المتقاسمين الغلط في التقويم بغبن يسير وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين لا يصح ولا تعاد القسمة؛ لأنّ الإعادة لا تفيد؛ لأن الاحتراز عن هذا غير ممكن؛ لأنه ربما يقع في المرّة الثانية والثالثة.

ولو ادعى الغلط في القيمة بغبن فاحش، وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين تصح الدعوى وتقبل البينة على ذلك إن حصلت القسمة بالقضاء؛ لأن في إعادة القسمة فائدة؛ لأنه ربما لا يقع الغبن الفاحش في التقويم في المرة الثانية.

ولو اقتسما بتراضيهما وقد ادعى أحدهما الغلط في التقويم بغبن فاحش هل تصح هذه الدعوى؟ لم يذكره في الكتاب.

وقال الفقيه أبو جعفر: يجوز أن يقال لا يصح؛ لأن القسمة بمعنى البيع، فإذا وقعت بالتراضي لم يجز بعضها لظهور غبن فاحش كما في البيع، وإذا وقعت بالقضاء يجب نقضها بالغبن الفاحش، ويجوز أن يقال تصح هذه الدعوى؛ لأن القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة؛ لأن التعديل يكون من حيث القسمة في الأشياء المتفاوتة، فإذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة، وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع؛ لأنه غير مبني على المعادلة في القيمة.

وأمّا ما يوجب التحالف، وهو أن يدعي أحد المتقاسمين غلطًا في مقدار المقبوض كالقسمة بأن اقتسما مائة شاة أخذ أحدهما خمسًا وخمسين والآخر خمسًا وأربعين، ثم قال صاحبا الأوكس أخطأنا في العدد نصيب كل واحد خمسون وهذه

الخمسة كانت خطأً في يدك وقال الآخر: اقتسمنا على هذا ولا بينة لهما تحالفا وترادا لأنهما اختلفا في مقدار المعقود عليه بالقسمة والمقسوم قائم بعينه، فيتحالفان كما لو اختلفا في مقدار المبيع؛ لأن القسمة مبادلة بمعنى البيع، وكذلك لو اقتسما دارًا فأخذ كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتًا في يد الآخر وقع في قسمه فأقاما البينة أخذ بينة المدعي لأنها أكثر إثباتا، وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا؛ لأنهما اختلفا في مقدار المعقود عليه، وكذلك لو اختلفا في حدٍّ بأن كانت حائلة بين النصيبين فقال: كل واحد هذا لصبي أدخل إلى الجانب الآخر، وأقاما البينة قضي لكل واحد منهما بالحد الذي في يدي صاحبه؛ لأنه خارج عما في يد صاحبه، وإن لم يقم بينة تحالفا؛ لأنهما اختلفا في مقدار المشروط لكل واحد منهما في القسمة، ويجعل ما في يد كل واحد له ويبقى الموضع مشترك لاستوائهما في سبب الاستحقاق فيه، وإن أراد أحدهما القسمة بعد التحالف فليس له ذلك؛ لأنه لا يمكن قسمة ذلك الموضع؛ لأن القسمة تكون بالقرعة فلعل نصيب كل واحد يقع في جانب صاحبه فيتضرر به، فإذا طلب أحدهما نقض القسمة ينقض ولا ينفسخ إلا بالقضاء كما في البيع، وأما ما لا يوجب التحالف ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وهو ما إذا أقر كل واحد بالاستيفاء، ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه غصب شيئًا من نصيبه بأن قال لصاحبه: كان لي ألف ذراع وقد أخذت مائة ذراع من نصيبي غلطًا.

وقال الآخر: لا بل كانت القسمة على أن يكون لي ألف ولك تسعمائة لا تعاد القسمة حتى يقيم مدعي الغلط البينة على ما ادعى؛ لأنه بدعوى الغلط يدعي لنفسه حق نقض العقد فلا يقبل إلا ببينة كما في البيع لو ادعى حق الفسخ بالعيب؛ ولأنه لما أقر بالاستيفاء التحق بسائر أملاكه فدعواه الغصب شيئًا من نصيبه يفتقر إلى إقامة البينة، وإن لم يكن له بينة حلف صاحبه؛ لأنه ينكر حق أخذه، فإن حلفوا فالقسمة ماضية على حالها، وإن نكلوا يقضى عليهم بالنكول وتعاد القسمة، وإن حلف واحد ونكل آخر ضم نصيب المدعي إلى نصيب الناكل ويقسم بينهما على قدر أنصبائهما؛ لأن النكول حجة في حقه خاصّة وقد اجتمعا على ما يوجب نقض

القسمة فينقض فيما بينهما، وكذلك المكيلات والموزونات والمذروعات إلا أن المكيل والموزون متى ثبت الغلط بالبينة لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهما إذ لا ضرر على المدعي في قسمة الباقي.

فأمّا في الأشياء المتفاوتة تعاد القسمة ولا يقسم الباقي؛ لأن المدعي ربما تضرر بزيادة ضرر يقسمه الباقي لجواز أن يأخذ نصيبه غلطًا كله جياد، وفي قسمة الباقي لا تصل إليه الجياد فتضرر به زيادة ضرر متى قسم الباقي فتعاد القسمة نفيًا للضرر عنه، كما في الدار، وكذلك لو اقتسما عشرة أثواب فأخذ أحدهما أربعة والآخر ستة فادعى صاحب الأربعة ثوبًا بعينه من الستة أصابه بالقسمة فأقام البينة يقضى له به، وإن لم تقم بينة يستحلف صاحبه؛ لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر وكذلك الأقرحة.

ولو ادعى كل واحد على صاحبه ثوبًا مما في يده أصابه في قسمة فأقام البينة قضي لكل وحد بما في يد الآخر؛ لأنه خارج عما في يد صاحبه.

ولو اقتسما مائة شاة وقبضا ثم ادعى أحدهما على صاحبه أنك أخذت من نصيبي خمسة غلطًا وأنكر الآخر وقال: اقتسمنا على أن يكون لي خمس وخمسون ولك خمس وأربعون فالقول قوله مع يمينه؛ لأن القسمة قد تمت وتناهت باستيفاء نصيبهما، فإذا ادعى عليه الغلط، فإن قامت به بينة قضي به وإلا استحلف المدعى عليه.

ولو قال أحدهما: كانت غنم أبينا مائة فأصابني خمسون فغصبت مني عشرة وهي هذه، وقال صاحبه وفي يده ستون بل كانت مائة وعشرين فأنت أيضًا أخذت ستين ولم يشهدا عليه بالإيفاء يرد صاحب الستين عشرة ويشتركان فيها؛ لأن صاحب العشر لما أقر بزيادة عشرين على المائة وأقرا به قبض عشرة فقد ادعى أن عشرة منها كانت مشتركة إلا أنه ادعى خلوصها لنفسه لوصول مثلها إلى صاحبه وصاحبه منكر فقبل إقراره على نفسه لا على صاحبه، وإن كانت العشرة قائمة بعينها فهي بينهما نصفان، وإن كانت مجهولة ردّت الستون والأربعون واستقبلا القسمة؛ لأنه لا يمكن معرفة نصيب كل واحد من تلك العشرة، وعلمنا مقدار نصيب كل واحد من أصل المال فيجب اعتباره.

(النوادر): قاسم قسم دارًا بين ورثة فأعطى بعضهم أكثر من حقه غلطًا وبنى بعضهم في قسمه، فإنهم يستقبلون القسمة فمن وقع بناؤه في قسم غيره رفع نقضه ولا يرجعون على القاسم بقيمة البناء ويرجعون عليه بالأجر الذي أخذه منهم.

(باب قسمة الأب والوصي على الصغير ونحو ذلك)

أصله: أن كل من ملك بيع شيء على الغير بحكم ولايته عليه يملك قسمته عليه؛ لأن في القسمة بيعًا وإقرارًا، ومن ملك بيع شيء ملك إقراره، ويجوز قسمة الأب على الصغير والمعتوه وعلى الكبار في العروض لما عرف.

وكذلك وصي الأب؛ لأنه قائم مقام الأب، ويقسم وصي الأم ما سوى العقار من تركة الأم عند عدم الأب والجد، وكذلك وصي الأخ في ميراثهما؛ لأن وصيهما يملك بيع منقول الصغير للحفظ والتحصين عليه فكذلك القسمة؛ لأن قسمة ما يخشى عليه التوي والتلف تحصين؛ لأنه يصير أقدر على الحفظ متى قسم، ولا يملك بيع عقاره للتحصين لأنها محصنة فلا يملك قسمتها، ولا يجوز قسمة الوصي بين الصغيرين؛ لأن له ولاية التصرف بشرط الأحسن والجمع بين الأحسنين لا يمكن.

ولو قاسم عنهما مع الكبير وأخذ نصيبهما معًا جاز؛ لأن بيع مالهما من الكبير جائز فكذلك قسمة مالهما مع الكبير، ولا يجوز قسمة وصي الميت على الكبار وهم كارهون؛ لأنه لا ولاية له عليهم، ولهذا لا يجوز بيعه عليهم.

ولو كان في الورثة صغير وكبير غائب وكبار حضور فعزل الوصي نصيب الكبير الغائب مع نصيب الصغار وقاسم الكبار الحضور جاز في العقار وغيره عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز على الكبير في العقار بناء على أن عنده بيع الوصي على الكبار جائز في العقار في ثلاثة مواضع: إذا كان على الميت دين أو وصيّة أو معهم صغير فكذلك القسمة، وعندهما لا يجوز لما يأتي في الوصايا. وصّى ذميًّا والورثة مسلمون يخرج من الوصية، ويجوز قسمته إن فعلها قبل الإخراج لأنه صحت وصيته؛ لأن الوصاية ليست إلا توكيل بعد الموت، وتوكيل الذمي حالة الحياة جائزة فكذلك بعد

الوفاة إلا أن الذمي متهم بالخيانة في حق المسلم؛ لأنه يعاديه في الدين فيجب إخراجه من الوصية، ولكنه قبل الإخراج وصي فيجوز قسمته، وقسمة المكاتب والمأذون مثل قسمة الحر؛ لأنهما يملكان البيع، ولا يجوز مقاسمة المولى على المكاتب وإن عجز؛ لأن القسمة توقفت على إجازة المكاتب فلا تنفذ على المولى كما لو باع المولى مال المكاتب بدون رضاه ثم عجز ورد رقيقًا لا تنفد بإجازة المولى، وكما لو باع الوارث مال مورثه ثم مات المورث لا تنفذ بإجازة الوارث.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يجوز كما في الوارث لما يأتي.

ولو نصب المكاتب وصيًّا ومات عن وفاء فقاسم الوصي ورثته لولده الصغير جاز في رواية الأصل، ولا يجوز في رواية الزيادات؛ لأنه لا ولاية للمكاتب على ولده؛ لأن حرية المكاتب لا تظهر إلّا في حق تصرف يحتاج إليه، وقيمة العقار غير محتاج إليها لأنها محصنة بنفسها، ولم تصح وصيته بالثلث. وجه رواية الأصل: أنه إذا مات عن وفاء يحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته، والوصية تصح بعد الموت؛ لأنه حر في تلك الحالة، وعلى هذه الرواية وجب أن تصح وصيته بالثلث؛ لأنها وصيّة حر وإن أدى قبل أن يفسخ القسمة جازت؛ لأنه عتق في آخر حياته لما مرّ في المكاتب.

ولو قاسم العبد مولاه إن كان عليه دين جازت وإلا فلا لما عرف.

(باب قسمة الذمي والحربي)

ذمي أوصى إلى مسلم كره له مقاسمة الخمور، ولكن يوكل من أهل الذمّة من يقاسم للصغير فيجوز، أما على أصل أبي حنيفة فظاهر، فإنه عنده المسلم لو وكل ذمّيًّا ببيع الخمور جاز فكذلك القسمة.

وأمّا عندهما فلأن الذمي يصير وكيلًا في قسمة الخمر عن الذمي لا عن المسلم إلّا أنه يصير وكيلًا بتوكيل المسلم وهذا جائز؛ لأنه تصرفه يكون واقعًا للذمي لا للمسلم وصار كما لو وكل الذمي مسلمًا أن يوكل ذمّيًّا بقسمة الخمر فقاسم جاز فكذا هذا بخلاف ما لو وكل وكيلًا ذميًا بقسمة خمر نفسه؛ لأن قسمة وكيله كقسمته وهنا بخلافه.

ولو أسلم أحد الورثة فوكل ذمّيًّا يقاسمه الخمور والخنازير جاز عند أبي حنيفة خلافًا لهما كما لو وكل المسلم ذمّيًّا ببيع الخمر غرما.

أقرض الذمي مسلمون وفي تركته خمرا وخنزيرا ولا وصي له؛ ينصب القاضي ذمّيًّا يتبعه ويقضي دينه لما عرف.

ولو قاسم الحربي المستأمن على أبيه الذمي لم يجز.

ولو كان ولده مثله جازت؛ لأنه لا ولاية للمستأمن على ابنه الذمي؛ لأن الذمي من المستأمن ينزل منزلة المسلم من الذمي ولهذا لا يرث المستأمن من الذمي كما لا يرث من المسلم وقسمة المزيد على نفسه وولده بمنزلة سائر تصرفاته على الخلاف.

(باب الاستحقاق في القسمة)

إذا اقتسما دارًا فأخذ أحدهما ثلثها، والآخر ثلثيها، وقيمة النصيبين سواء ثم استُحِق شيء منها، فلا يخلو إما أن استحق جزء شائع من النصيبين أو جزء شائع من نصيب أحدهما أو موضع بعينه بين نصيب أحدهما، فإن استحق جزء شائع من النصيبين انتقضت القسمة؛ لأن الإقرار والتمييز لا يتحقق متى ظهر لهما شريك ثالث في الدار فلم تفد القسمة فانتقضت.

ولو استحق ثبت بعينه من نصيب أحدهما فالقسمة جائزة؛ لأن ما وراء المستحق بقي مقررا بينهما؛ لأنه ليس لثالث فيه نصيب، ألا ترى لو كان المستحق ظاهرًا وقت القسمة صحت قسمة الباقي فلأن تبقى صحيحة إذا طرأ الاستحقاق على القسمة أولى إلا أنه بالخيار لما تبين.

ولو استحق نصف ما في يد أحدهما فعندهما لا تنقض القسمة لكن المستحق عليه بالخيار إن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده، وإن شاء نقض القسمة، وعند أبي يوسف تنقض القسمة وهو رواية عن محمد.

له: أن الإقرار والتمييز إن تحقق في نصيب صاحبه لم يحقق في نصيبه؛ لأنه لم يخلص عن الشركة متى ظهر بالاستحقاق أن فيه شريكًا ثالثًا فيطلب القسمة كما لو استحق جزءًا شائعًا من النصيبين.

لهما: أن الإقرار والتمييز قد حصل فيما بين المتقاسمين؛ لأنه خلص نصيب كل واحد عن شركة صاحبه؛ لأن كلا النصيبين مستويان في القيمة، ومعنى الإقرار والتمييز لم يبطل باستحقاق جزء من نصيب أحدهما كما لو استحق ثبت بعينه من نصيب أحدهما؛ لأنه ليس فيما وراء المستحق شريك ثالث فصحت القسمة فيما وراء المستحق بخلاف ما لو استُحِقَّ جزء شائع من النصيبين؛ لأن نصيب المستحق شائع في الكل فكان شريكًا ثالثًا لهما فلا يتحقق الإقرار والتمييز وإنما يجبر المستحق عليه؛ لأن الباقي صار معينًا بالاستحقاق؛ لأن قيمة الباقي تنتقض، فإن الباقي لا يشترى بمثل ما كان يشترى مع المستحق كما لو استحق بعض المبيع يتخير فكذا هذا.

ولو باع صاحب الثلث نصف ما في يده ثم استحق الباقي يرجع ربع ما في يد صاحبه إن شاء وبيعه جائز.

وعند أبي يوسف: تنتقض القسمة ويضمن فيه ما باع فيقسم مع ما في يد صاحبه نصفين؛ لأن عنده بالاستحقاق يتبين أن القسمة وقعت فاسدة والمقبوض بحكم قسمة فاسدة مملوكة كالمقبوض بحكم بيع فاسد فجاز بيعه وقد عجز عن ردّه فيلزمه رد قيمة نصف ما باع، وعندهما بالاستحقاق لا تبطل القسمة بل يثبت الخيار، فإذا باع ما في يده بطل الخيار لتعذر الردّ ويرجع بربع ما في يده؛ لأن ما استحق نصف ملكه ونصفه عوضًا عما تركه عند شريكه، فإذا لم يسلم له عوضه يرجع بما ترك بينهما. مائة شاة أخذ أحدهما أربعين قيمتها خمسمائة والآخر شاتين قيمتها خمسمائة فاستحقت شاة من الأربعين قيمتها عشرة، فإنه يرجع بخمسة دراهم في الشاتين يضرب هذا في الشاتين بخمسة والآخر بخمسمائة غير خمسة ولا خيار له في نقض القسمة هاهنا عند أبي حنيفة بخلاف الأرض والدار؛ لأن الاستحقاق هنا لا يوجب عيبًا ونقصا في الباقي؛ لأن نصيبه أعداد مختلفة، فأمّا منافع الأرض فالدار متصلة بعضها ببعض فصار كشيء واحد فاستحقاق بعضه يوجب عيبًا في الباقي وإنما يرجع بخمسة؛ لأن قيمة المستحق عشرة نصفها عليه ونصفها على شريكه؛ لأن الأصل في المال المشترك أن ما استحق استحق على الشركة وما بقي يبقى على الشركة، وإن كان بينهما أربعون قفيزا ثلاثون رديئة أخذها واحد بحقه

وعشرة جيدة أخذها الآخر بحقّه لم يجز؛ لأنه أخذ خمسة جيدة عوضًا عن خمسة عشر رديئة فيتمكن في هذه المبادلة الربا فلا تجوز، فإن أخذ العشرة الجيدة وثوبًا جاز؛ لأنه يجعل عادة الجنس بمثله والزيادة تجعل مقابلة الثوب تصحيحًا لتصرفهما، فإن استحق من الثلثين عشرة أقفزة رجع عليه بنصف الثوب، وذكر في زيادات الزيادات يرجع بثلث الثوب وقفيز وثلثي قفيز وقيل هذا قياس والأول استحسان.

وجه القياس أنه لو ستحق جميع الثلثين رجع بجميع الثوب وبخمسة أقفزة حنطة جيدة؛ لأن نصفها ملك صاحبه اشتراه بثوب وخمسة أقفزة، فإذا استحق رجع على صاحبه ببدله، فإذا استحق ثلثه رجع بثلث بدله اعتبارًا للبعض بالكل. وجه الاستحسان: أنا لو صرفنا الاستحقاق إلى ما قابل العشرة المشتراة بالثوب لا تبطل القسمة لأنا متى نقضنا الشراء باستحقاق بدله لا يجب إعادة القسمة ثانيا فصرفنا جميع العشرة المستحقة إلى العشرة المشتراة صونا للقسمة على النقض والإبطال؛ لأن تصرف العامل يصان عن النقض والإبطال ما أمكن. كر حنطة وكر شعير بين زيد وعمرو فأخذ عمر ثلثي قفيز حنطة رديئة وعشرة أقفزة شعير جيدة وأخذ زيد ثلثي قفيز شعير جيدة وعشرة أقفزة حنطة رديئة، ثم استحق نصف الثلثين قفيز شعير من زيد يرجع على عمرو بدفع العشرة الأقفزة الحنطة.

قال مشايخنا: هذا غلط والصحيح أنه يرجع بربع الحنطة وذلك سبعة ونصف التي في يد صاحبه استحسانًا، وفي القياس يرجع بخمسة أقفزة حنطة وقفيزين ونصف شعير؛ لأنه لو استحق جميع الثلثين من الشعير يرجع بخمسة أقفزة شعير وبعشرة أقفزة الحنطة الرديئة، فإذا استحق نصفه يرجع بنصفه. وجه الاستحسان: أن المستحق يصرف إلى العشرة المشتراة والعشرة الموروثة للمستحق عليه، ولا يصرف إلى العشرة المقسومة بينهما صيانة للقسمة عن الإبطال، وإذا صرفنا المستحق إلى ما وراء العشرة المقسومة صار نصف المستحق وذلك سبعة ونصف من العشرة المشتراة ونصفه من العشرة الموزونة وما كان موروثًا له لا يرجع به على أحد وما كان مشترى يرجع ببدله وذلك سبعة ونصف؛ لأن ثمن هذه العشرة عشرة من الحنطة الرديئة فيكون ثمن المستحقة سبعة ونصف من الحنطة الرديئة وذلك ربع

الحنطة فصح قولنا إنه يرجع بربع الحنطة فأمّا العشرة الأقفزة الحنطة الجيدة في يد المستحق عليه والمستحق لا يرجع بما في يده وإنما يرجع بما في يد صاحبه.

ولو اقتسما أرضًا فأخذ أحدهما المقدم وقيمته ستمائة والآخر المؤخر وقيمته أربعمائة على أن يرد صاحب المقدم مائة درهم ثم باع هل واحد ما أصابه ثم استحق نصف المقدم ورجع المشتري على بائعه بحصته من الثمن يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بمائة وخمسين درهما؛ لأن صاحب المقدم اشترى نصف المقدم من صاحبه بنصف المؤخر قيمته مائتا درهم وبمائة درهم التي ردّها على صاحبه، فلو استحق جميع المقدم كان يرجع على صاحبه بثلاثمائة قيمة نصف المؤخر والمائة المردودة كلها، فإذا استحق نصفه يرجع بنصف ذلك وذلك مائة وخمسون اعتبارًا للبعض بالكل.

ولو كان مكان المائة ثوب يساوي مائة يرجع بنصف الثوب ومائة؛ لأنه في مقابلته السدس من النصف المقدم. أرض ودار وبين رجلين فأخذ أحدهما الدار والآخر الأرض على أن يرد صاحب الأرض عبدًا قيمته ألف وقيمة الدار ألف وقيمة الأرض ألفان ثم إن صاحب الدار باعها فاستحق علو بيت والبيت والعلو عشر الدار فرجع المشتري على البائع بنصف عشر الدار حصّة العلو وأمسك الباقي، فإن صاحب الدار يرجع بستة عشر درهما وثلثي درهم من قيمة الأرض على صاحب الأرض عندهما.

وعند أبي يوسف يرجع بذلك في رقبتها ويكون شريكًا له في الأرض؛ لأن الأرض في يده نصفها له بحكم ملكه الأصلي ونصفها عوضًا عن نصف دار وعبد قيمته ألف وخمسمائة، فإذا استحق من الدار علو بيت وكان العلو مع السفل عشر الدار كان المستحق نصف عشر الدار قيمته خمسون درهمًا إلا أن نصفه استحق من ملكه فلا يرجع به على أحد ونصفه كان مشترى من جهة صاحبه فيرجع بثمنه وثمنه مثل ثلثي قيمته وذلك ستة عشر وثلثا درهم؛ لأنه اشترى نصف الدار والعبد قيمتهما ألف وخمسمائة بنصف الأرض قيمته ألف فانقسم نصف الأرض عليها أثلاثًا، فصار باب نصف الأرض ثمن نصف الدار فصار مشتريا كل جزء من نصف

الدار بمثلي قيمته من الأرض فيصير مشتريا نصف عشر الدار وهو خمسة وعشرون بستة عشر وثلثين فيرجع به.

وعند أبي حنيفة إنما يجعل السفل مثلي العلو في جنس واحد؛ لأن المقابلة في الجنس الواحد تعتبر باعتبار المنفعة والأرض مع الدار جنسين مختلفين، والمعادلة في الأجناس المختلفة تغيير بالقسمة لا بالمنفعة، فيجعل العلو مثل السفل إذا استويا في القيمة والقسمة لا تبطل باستحقاق شيء بعينه فيرجع بالقيمة عندهما، وعند أبي يوسف يرجع بها في رقبتها.

(باب ما يرجع فيه بقيمة البناء وما لا يرجع)

أصله: أن كل قسمة وقعت باختيار القاضي أو باختيارهما ينظر: إن كانت قسمة أو أبى أحدهما يجبر الآبي لو طلب من القاضي كالقسمة في دار وأرض واحدة لم يصر مغرورا؛ لأن كل واحد مضطر في هذه القسمة؛ لأنه يحتاج إلى تخليص ملكه عن ملك صاحبه حتى ينقطع ارتفاق صاحبه بملكه فكان كل واحد منهما محتاجا إلى هذه القسمة لإحياء حقه؛ لأن حقه يحيى بقسمة كل جنس على حدّه بلا تفويت جنس منفعة وهذه مبادلة محضة فصار كل واحد مغرورا من جهة صاحبه؛ لأنه ضمن له سلامة نصيبه وإذا اقتسما دارًا أو أرضًا نصفين وبنى كل واحد في نصيبه ثم استحق الدار لم يرجع أحدهما على صاحبه بقيمة البناء؛ لأن كل واحد مضطر في هذه القسمة فلم يصر مغرورا.

ولو كانت داران وأرضان أخذ كل واحد دارًا بحقه فبنى أحدهما في داره ثم استحقت رجع بنصف قيمة البناء عند أبي حنيفة قيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن عنده ليس للقاضي أن يجبر الآبي على القسمة في الدارين فيكون بيعًا محضًا فصار كل واحد مغرورا من جهة صاحبه الآبي، وعندهما لا يرجع؛ لأنه يجبر الآبي منهما على القسمة كما في الواحدة، وقيل هذا قولهم جميعًا وهو الصحيح؛ لأن عندهما القاضي إنما يجبر الآبي على هذه القسمة إذا رأى المصلحة في القسمة ولم توجد رؤية الصلاح من القاضي لما اقتسما بأنفسهما فاعتبرت الدور أجناسًا مختلفة بالإجماع، وفي الأجناس المختلفة لا يجبر الآبي منهما على القسمة بالإجماع.

ولو كانت جاريتان وأخذ كل واحد جارية واستولدها ثم استحقت رجع على صاحبه بنصف قيمة الولد عند أبي حنيفة؛ لأن الرقيق لا يقسم عنده قسمة واحدة فكانت القسمة منهما مبادلة كالبيع، واختلفوا على قولهما: قيل لا يرجع؛ لأن الرقيق عندهما يقسم قسمة جمع على كل حال، ولا تكون هذه القسمة موكولة إلى رأي القاضي كما في الدار الواحدة، وقيل يرجع عندهما؛ لأن قسمة الجمع هنا تكون موكولة إلى رأي الإمام كما في الدور. دور بين قوم رأى الإمام جمع نصيب كل واحد منهم في واحدة فخيرهم على ذلك فبنى أحدهم في داره وهدم شيئًا ثم استحق موضع جذع من الدار الأخرى أو مسيل ماء أو حائط بأصله أو طريق فهو بالخيار إن شاء ترك ولم يرجع بشيء، وإن شاء نقض القسمة وهدم ما بنى صاحبه وضمّنه قيمة ما هدم قال مشايخنا وهذه المسألة مخلوطة، والصحيح أن يقال: إن استحق موضع الجذع والمسيل ليس له نقض بناء شريكه بل له الخيار إن شاء ترك ولم يرجع بشيء، وإن شاء نقض القسمة ورجع بقيمة نصف الدار التي أخذ صاحبه مبنيا بالبناء القديم؛ لأن استحقاق موضع الجذع والمسيل عيب في المبيع وليس باستحقاق؛ لأنه لم يستحق جزءٌ من المبيع له حصة من الثمن وإنما استحق حق من حقوق المبيع وذلك يوجب عيبًا فيه، فإن رضي المقسوم بالعيب لا يكون له الرجوع بشيء، فإن فسخ له الرجوع بقيمة المقسوم بناء على أن من اشترى دارًا بعبد فوجد بالعبد عيبًا فردّه وقد بنى المشتري فيها بناء وهدم منه شيئا ليس لمشتري العبد أن ينقض البناء ويضمنه قيمة ما هدم ولكن يرجع بقيمة الدار مبنيا يوم الشراء؛ لأن البناء زيادة حديث بعد القبض في ملك صحيح فمنع الفسخ بالإجماع، فأما إذا استحق حائط بأصله أو طريق إن شاء أمضى القسمة ويرجع بحصته من قيمة الدار مبنيا عند أبي حنيفة وعندهما يرجع بحصته من رقبة الدار؛ لأن المستحق جزء من المبيع وهو الأرض ويقابله الثمن، وإن شاء نقض القسمة وليس له نقض بناء شريكه عند أبي حنيفة وعندهما له نقضه بناء على ما إذا اشترى عبدًا بدارٍ وبنى فيها ثم استحق العبد ينقض البناء عندهما وعنده لا ينقض.

(المنتقى): ذكر هشام عن محمد: أرض بين رجلين بنى فيها أحدهما فقال الآخر ارفع عنها بناءك، فإنه يقسم الأرض بينهما فما وقع من البناء في النصيب الذي لم يبن فله أن يرفعه أو يرضيه بأداء القيمة؛ لأنه لو رفع بطل حق الثاني في الكل.

ولو قسم لا يبطل في القدر الذي بنى في ملكه فكانت القسمة أولى. دار بين اثنين انهدمت فقال أحدهما أبني وأبى الآخر قسم العرصة بينهما.

ولو انهدم رحا بين اثنين فقال أحدهما ابني وأبى الآخر كان لطالب البناء أن يبني ثم يؤاجرها فيأخذ نفقته؛ لأن الدار تحتمل القسمة، والرحا لا.

(فصل)

دار بين ثلاثة اقتسموها أثلاثا ثم اشترى رجل من أحدهم قسمه وقبضه ثم جاء أحد الباقين فقال للمشتري: إنا لم نقسم فاشترى منه الثلث من جميع الدار شائعًا ثم جاء الثالث وقال: اقتسمناها وأقام البينة على ذلك وصدقه البائع الأول وكذبه الثاني والمشتري يقول لا أدري أقسمت أم لا فالقسمة جائزة والشراء الأول جائز؛ لأن الثالث أقام البينة على جواز القسمة ومتى قضي بجواز القسمة وقع الشراء الأول جائزًا والمشتري بالخيار إن شاء أخذ ثلث قسم البائع الثاني بثلث الثمن، وإن شاء رده وأخذ جميع الثمن؛ لأنه ظهر أنه باع ثلثه من نصيب نفسه وثلثيه من نصيب صاحبه؛ لأنه متى باع الثلث من جميع الدار بعد القسمة فقد باع سهمًا من قسمه وسهمين من نصيب صاحبه فصح في نصيب نفسه لا غير فقد استحق على المشتري سهمين من المبيع فيتخير.

ولو أن المشتري صدقه الأول والثاني فكذلك يخير؛ لأنه استحق بعض المبيع، فإن ردّ بيع الثاني رد عليه من نصيب الأول ثلثه؛ لأنه أقر أن سهمًا مما أخذه من الأول ملك الثاني، فالشراء وإن بطل يجب عليه التسليم إلى الثاني بحكم إقراره، كما لو أقر أن العبد ملك البائع ثم استحق من يده ثم عاد إليه فعليه الرد إلى البائع، وإن أمضاه لزمه ثلث الثمن بثلث من نصيب الثاني ويرجع بثلث الثمن حصة نصيب الثالث، ولا يرجع المشتري على الأوّل بشيء من الثمن؛ لأنه سلم له أن البيع من جهة البائع الثاني؛ لأنه سُلِّم له سهم ممَّا في يد الثاني وهو ثلث المبيع وسهم آخر

ممّا أخذه من الأول لأنه أقر أن ما أخذه من الأول كان ملكًا للثاني لما أقر وقت الشراء الثاني أن الدار غير مقسومة فصح أولًا شراؤه من الثاني وإلّا لزمه تسلم ذلك السهم إلى الثاني، وإنما سقط عنه التسليم لأجل شرائه منه فاعتبرها لماله من جهته بحكم الشراء بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه لم يقر نصًّا أن سهمًا مما أخذه من الأول ملك الثاني؛ لأنه لم يقر أن الدار غير مقسومة، وإنما حصل مقرًّا بذلك مقتضى مباشرة شراء الثلث شائعًا، وقد بطل هذا الشراء لما أبطل الثالث القسمة فبطل الأول ببطلان الشركة كما لو اشترى عبدًا ثم استحق من يده ثم وصل إلى يده لا يلزمه تسليمه إلى البائع، وإن حصل مقرا أنه ملك بائعه مقتضى الشراء فكذا هذا.

(باب المهايأة)

يحتاج إلى معرفة: مشروعية المهايأة، وتفسيرها، وحكمها.

أمّا شرعيتها: فالمهأياة فيما يحتمل القسمة جائزة لقوله تعالى: ﴿هَٰذِهِۦ نَاقَةٞ لَّهَا شِرۡبٞ وَلَكُمۡ شِرۡبُ يَوۡمٖ مَّعۡلُومٖ ١٥٥﴾ [الشعراء: ١٥٥] هذه المهايأة في الشرب وأجمعت الأمة جوازها؛ ولأن المهايأة قسمة المنافع يصار إليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على غير واحدة انتفاعا فكانت المهايأة جمعا للمنافع في زمان واحد لا لقسمة جمع النصيب الشائع في مكان واحد معين فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الاعتبار.

وأما تفسيرها: فإنّها مأخوذة من التهييء وهو أن يهيئ كل واحد منهما لصاحبه ما شرط له.

وأما تفسيرها شرعًا: فالمهايأة مبادلة معنى وليست بإقرار من كل وجه لأنها لا تجري في المثليات كالمكيلات والموزونات؛ لأنه مما لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها حتى تعبير قسمة المنافع إفرازا من كل وجه كالقسمة في المثليات وإنما تجري في الأعيان المتفاوتة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالدار والأرض فتعتبر المهايأة مبادلة معنى إقرارًا صورة؛ لأن ما يستوفي كل واحد منهما من المنافع بعضه نصيبه وبعضه نصيب صاحبه عوضًا عما ترك من نصيبه على صاحبه ومبادلة المنفعة بالمنفعة بطريق المهايأة جائزة لأنها ليست بمبادلة حقيقة والنصّ إنما حرم

النَّساء فيما هو مبادلة حقيقة معدولا عن القياس فلا يلحق المبادلة المعنوية.

وأما حكمها: فيميز نصيب كل واحد في المنفعة حتى لم ينفرد أحدهما بالمهايأة فإذا طلب أحدهما يجبر الآبي على المهايأة اعتبارًا بقسمة المنفعة بقسمة العين.

ورُوي عن ابن سماعة عن محمد: ليس لأحدهما أن ينقض المهايأة إلا بعذر كما في الإجارة، وفي ظاهر الرواية لهما نقض المهايأة بلا عذر إذا لم يرد التعنت لأنها غير لازمة كقسمة العين وغير لازمة قبل القبض ليأمن والمنفعة لم تصر مقبوضة بقبض العين لأنها تحدث ساعة فساعة فكان لكل لواحد نقضها اعتبارًا بقسمة المنفعة وهي بالغة للعين بقسمة العين وهي أصل، وهنا تهايآ بتراضيهما وإن تهايأ القاضي بينهما فليس لأحدهما نقضها ما لم يصطلحا على النقض لأنها لو انتقضت لنقض أحدهما لاحتجنا إلى إعادة مثلها فلا يفيد النقض ومتى انتقضت بنقضها لا يحتاج إلى إعادة مثلها فلا يفيد النقض ومتى انتقضت بنقضها لا يحتاج إلى إعادة مثلها وإنما يحتاج إلى إعادة ما هو أعدل من هذه القسمة وهي القسمة بقضاء القاضي فتقيدا لبعض فائدته وتصح المهايأة من غير بيان المدّة؛ لأن بيان المدة في العقد الواقع على المنفعة إذا لم يكن؛ لأن ما لا يكون شرطًا للجواز كما في العارية؛ لأنه إذا لم يكن لازما فجهالة المدّة لا تفضي إلى المنازعة بل لكل واحد نقضه ولا يبطل بموت أحدهما؛ لأن المهايأة مبادلة من وجه إقرار من وجه فباعتبار المبادلة إن بطلت بالموت كالإجارة وباعتبار الإقرار لا تبطل كالقسمة فلا تبطل بالشك.

ولو طلب أحدهما القسمة قسم القاضي بينهما وفسخ المهايأة لأنّ قسمة العين أبلغ في استكمال المنفعة من المهايأة فكانت القسمة أصلًا والمهايأة تبعًا ويجوز إبطال البيع لإثبات الأصل.

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في الشيء الواحد.

والثاني: في الشيئين.

أما **الأول:** لو تهايآ في دار واحدة فلا يخلو، إما أن تهايآ من حيث المكان أو من

حيث الزمان، فإن تهايآ مكانا، فإن تهايآ على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أو يسكن أحدهما سفلا والآخر علوًّا جاز وهي قسمة المنافع ولا يشترط بيان المدة.

ولو استغل أحدهما نصيبه جاز شرط في المهايأة أو لم يشترط؛ لأنه يكون المهايأة في الاستغلال حالة الانفراد نصًّا فيجوز تبعًا للمهايأة في السكنى؛ لأن المهايأة قسمة العين في حق المنافع فصارت العين مملوكة له في حق المنافع فكانت المنافع حاصلة من أصل مملوك له فيملك التمليك من غيره بعوض وبغير عوض.

وقال بعضهم: لا يجوز كما في العارية إلّا إذا شرط الاستغلال في المهايأة.

وأما إذا تهايآ زمانًا بأن تهايآ في دار واحدة على أن يسكن فيها أحدهما شهرًا والآخر شهرًا أجاز في ظاهر الرواية.

وذكر محمد في الرقيات: أنه لا يجوز المهايأة زمانًا وإنما يجوز مكانا؛ لأن القسمة مبناها على المعادلة ولا معادلة في التهايؤ من حيث الزمان؛ لأن الذي يبدأ بالانتفاع ينتفع حالًا والآخر مآلًا فيكون حق أحدهما نقدا والآخر نسبة والنقد خير من النسبة والتفاوت من حيث النقدية والنسبية يمنع جواز القسمة، ولهذا لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد استغلالا بخلاف المهايأة في المكان؛ لأن التفاوت في السكنى يسير فلا يمنع المهايأة. وجه ظاهر الرواية في التفاوت من حيث النقدية والنسبية في الانتفاع يسير عرفا وعادة، ولهذا الأب والوصي يملكان بيع مال اليتيم بالنسبة والتفاوت اليسير لا يمنع القسمة وهذا في معنى العارية، ولهذا يشترط المدة، ولو أجر أحدهما لا يجوز كما في العارية.

ولو تهايآ في دار واحدة على أن يأكل عليها هذا شهرًا وهذا شهرًا جاز إن استوت الغلتان وإن فصل في شهر اشتركا في الغلة.

ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد دارًا أو يؤاجرها جاز غلة إحداهما لا يشارك الآخر في الفضل والفرق في الدارين أمكن تصحيح قسمة المنفعة حقيقة، فإنه يصح قسمة العين على هذا الوجه فجازت قسمة المنفعة وإن صحت القسمة اختص كل واحد بمنفعة مقسومة فاختص ببدلها، فأما في الدار الواحدة لا يمكن

تصحيح القسمة للحال؛ لأن القسمة إنما تتحقق على سبيل المقابلة للحال وهنا المنفعة والغلّة لأحدهما لا يقابلها منفعة للآخر للحال بل ببدل سيحدث له في المال فلم تكن قسمة للحال فجعل إقراضا لغلة الدار؛ لأن القرض أجر عاجل بآجل وقد وجد هنا. أخذ غلة عاجلة بغلة آجلة وكانت الغلة مضمونة بالمثل وكانت الزيادة بينهما لأنها نماء ملكهما.

ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم كل واحد منهما يوما فهو جائز، ولو شرطا الاستغلال لم يجز لما تبين.

وأما **القسم الثاني**: ولو تهايآ في العبدين على أحد منهما سنة جاز.

ولو تهايآ على غلتهما لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز إذا استوت الغلتان.

لهما: أن التفاوت بينهما في الاستغلال تفاوت يسير متى استويا في الحرفة والعمل والمنفعة، والتفاوت اليسير لا يمنع القسمة خلاف التهايؤ في العبد الواحد؛ لأن التفاوت بين النصيبين في العبد الواحد تفاوت فاحش في الاستغلال؛ لأن العبد لا يستأجر في الشهر الثاني بمثل ما يستأجر في الشهر الأوّل؛ لأن المستأجر يبالغ في استيفاء العمل فيضعف العبد عن العمل في الشهر الثاني ففحش التفاوت في مقدار الغلة فتعتبر مبادلة محضة واستبدال منفعة بمنفعة من جنسها لا يجوز.

له: أن التفاوت بين العبدين في الاستغلال فاحش؛ لأن العبدين قد يتفقان في الحرفة ثم يستأجر أحدهما بأضعاف ما يستأجر به الآخر لزيادة حذاقة وكياسة وهداية في العمل ولمعاني باطنة في الإنابة والديانة والصيانة كما يشتري أحدهما بأضعاف ما يشتري به الآخر، ومتى فحش التفاوت في المنفعة صار كاختلاف الجنسين، فتعتبر المهايأة مبادلة محضة كالقسمة في الأجناس المختلفة، فاستبدال المنفعة بالمنفعة من جنسها لا يجوز بخلاف التهايؤ في الخدمة؛ لأن التفاوت في الخدمة للموليين يسير؛ لأن للمولى منفعة عليه فلا يبالغ في الخدمة على وجه يضر به، فتعتبر القسمة إقرارًا فلا يمنع إيجاد جنس المنفعة جوازها.

ولو تهايآ في دابتين على أن يركب أحدهما دابة منهما والآخر الأخرى، أو يستغلا على هذا الوجه لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز؛ لأن القسمة

للعين تجوز كذلك فكذلك المهايأة؛ لأن التفاوت في الركوب يسير كالتفاوت في خدمة العبدين له أن التفاوت في الركوب تفاوت فاحش بركوب واحد قد يكون أضر وآلمُ بالدابة من ركوب الآخر، وهذا لو أجر الدابة المستأجرة للركوب، وإذا اختلفت المهايأة كانت المهايأة مبادلة محضة فلا يجوز، ولا تجوز المهايأة في الدابة الواحدة ركوبا واستغلالا بالإجماع ولم يذكر في الكتاب المهايأة على لبس الثوبين.

قال بعض مشايخنا: لا يجوز عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس تفاوتًا فاحشًا، ولهذا من استأجر ثوبًا ليلبسه لم يجز أن يؤاجرها لِثاني. ولو تهايأو مملوك على أن يسكن هذا الدار سنة والآخر يستغل العبد سنة جاز؛ لأنه جائز استئجار الدار بخدمة العبد فلأن تجوز المهايأة على منافعهما أولى.

ولو تهايآ في غلتهما لم يجز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز لأنّهما تهايآ في غلة العبد؛ لأن الذي شرط له العبد مستغل له حقيقة والذي شرط له الدار مستغل لها معنى لا يحصل له بدل العبد وهو منفعة نصف الدار والتهايؤ في العبد الواحد استغلالًا فاسدًا وقد صار ذلك شرطًا في التهايؤ على الدار بحكم إيجاد الصفقة عند أبي حنيفة، فإنه شرط فاسد فأوجب فساد المهايأة في بداء وعندهما إنما يجوز التهايؤ في العبد الواحد استغلالا لتفاحش التفاوت في العمل وهنا لا يظهر التفاوت في الاستغلال عند اختلاف جنس المنفعة؛ لأن كل واحد يستغل ما شرط من المنفعة. تهايآ في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند هذا والنصف عند الآخر يعلفها ويرعاها ويشرب لبنها ويجز صوفها لا يجوز بيع اللبن في الضرع والصوف على الظهر فكذلك القسمة؛ لأن اللبن لهما والعلف عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه، فإنه لا يجوز ولأن اللبن يزيد وينقص والعلف مثله فيكون التفاوت فاحشًا فتكون مبادلة محضة فكان بيع لبن بلبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبلهما أولى، وكذلك لو تهايآ في النخيل والأشجار على أن يأخذ كل واحد طائفة ويستثمرها لم يجز.

ولو تهايآ في عبدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام خادم كل واحد

عليه جاز استحسانًا لا قياسًا؛ لأن كل واحد منهما شرط أن يطعم نصيب شريكه على أن يطعم شريكه نصيبه في مدّته فتكون مبادلة الطعام بالطعام وهو مجهول أو معدوم فلا يجوز. وجه الاستحسان: أن التفاوت بين الطعامين يسير غير معتبر عادة؛ لأن العادة قد جرت بالمسامحة والمساهلة في الطعام فلم تكن هذه الجهالة معتبرة شرعا.

ولو شرطا على كل واحد كسوة ما في يده لا يجوز إلا إذا ثبت شيئًا معلومًا؛ لأنّ التفاوت في الكسوة متفاحش ولا يجري فيها المسامحة فكانت جهالتها مانعة. أمتان إحداهما أفضل خدمة فتهايآ على أن يستخدم أحدهما الفاضلة سنة والآخر الأخرى سنين جاز؛ لأن خدمة الفاضلة تعدل خدمة المفضولة وقسمة العينين على التفاوت لتحقيق المعادلة بين النصيبين جائز فكذلك المهايأة في المنفعة.

ولو تهايآ في أمتين فعلقت إحداهما ممن هي عنده بطلت المهايأة ويستأنف في الأخرى؛ لأنها لما صارت أم ولد للواطئ وتملك نصيب شريكه بالقيمة وانقطعت الشركة فيها بالاستيلاد فبطلت المهايأة.

ولو استخدمها الشهر كله إلا ثلاثة أيام ثم مرضت أو أبقت نقصت من شهر الأخرى ثلاثة أيام ثم يستقبلان المهايأة تحقيقًا للمعادلة والمساواة، وعقد المهايأة قائم فيجوز التسوية بحكم العقد بخلاف ما لو استخدم الشهر وزيادة ثلاثة أيام لا يزاد للآخر ثلاثة أيام ليستويا؛ لأن المهايأة قد انتهت بمضي الشهر والمنافع لا يجوز أن تضمن بالإتلاف من غير عقد، وكذلك لو أبقت إحداهما كل الشهر واستخدم الآخر أمته شهرًا لم يضمن؛ لأنه استوفى المنفعة من غير عقد، فإن المهايأة قد انقضت بالإباق.

ولو هلكت إحداهما في خدمته لم يضمن لأنها هلكت بفعل مأذونٍ فيه كما في الإجارة والإعارة.

ولو مات أحدهما وعليه دين يباع نصيبه في دينه؛ لأنه تعلق به حق المدين فلا يملك الورثة تنفيذ المهايأة وتخصيص محمد فضل الدين أنه ليس للوارث إمضاء المهايأة دليل على أن لهم إمضاءها إذا لم يكن في التركة دين.

باع أحدهما نصيبه فاسدًا لا تبطل المهايأة ما لم يسلم؛ لأنه لا يزول عن ملكه إلا بالتسليم كما لو كان الخيار للبائع.

ولو كان البيع بخيار المشتري تبطل المهايأة؛ لأن ملك البائع قد زال وانقطعت الشركة. قوم اقتسموا أرضًا بالسوية ثم اختلفوا في الطريق إن اختلفوا بعد القسمة، فالقول قول المدعى عليه؛ لأن القسمة تميزت أملاكهم وأحد المتقاسمين إذا ادعى حقًّا في قسم صاحبه فأنكر صاحبه فالقول للمنكر، وإن كان قبل القسمة تهايؤوا بينهم على ما شاء والآن نصيب بعضهم لم يتميّز من البعض وهم شركاء في ذلك سواء.

(فصل)

ولو تهايآ في دارين فوضع أحدهما في داره شيئًا أو ربط فيها دابة أو مرض فعثر به إنسان ومات لا يضمن، ولو بنى أو حفر فيها بئرًا ضمن؛ لأن الأول من مرافق السكنى، ولهذا ملكه المستعير فلم يكن متعديًا فيه والبناء والحفر ليس من مراد السكنى فكان متعديا فيه في نصيب شريكه فضمن مقدار نصيب شريكه ولم يضمن مقدار نصيب نفسه. حائط أو دار مشتركة لأحدهما أن يبني عليه أو يفتح فيها كوة له يحفر فيها؛ لأنه تصرف في ملك مشترك، وذكر الحسن له البناء في الدار.

عبد بين رجلين فاستخدمه أحدهما بغير إذن صاحبه فمات في خدمته لم يضمن، وفي الدابة بين رجلين إذا ركبها أحدهما أو حمل عليها متاعه بغير إذن الآخر ضمن نصيب شريكه؛ لأن الاستخدام مما لا يتفاوت وكان مأذونًا فيه من جهة شريكه عادة، فأما الركوب والحمل ممّا يتفاوت فاحشًا فلا يكون مأذونًا فيه.

(**النوادر**): روى ابن مالك عن أبي يوسف: دار بين رجلين لأحدهما أن يسكن قدر حصته، ولو كانت أرض بين رجلين ليس لأحدهما أن يزرع قدر حصته؛ لأن السكنى ممّا لا تتفاوت والزرع ممّا يتفاوت في الضرر بالأرض، وذكر هشام في "نوادره" عن محمد: له ذلك في الوجهين، والله أعلم.

تم الجزء الخامس بحمد الله وعونه ومنه ولطفه وكرمه

يتلوه الجزء السادس: كتاب الإجارات.

غفر الله لكاتبه ولقارئه ومستمعه ومستنسخه سيدنا ومولانا أقضى القضاة حاكم الحكام حلال الأحكام مفتي الأنام بقية السلف الكرام كمال الدين أمتع الله ببقائه وزاد في علوه وارتقائه وأسبغ عليه صافي نعمائه، وجبل القلوب على حبه وولائه.

والحمد لله وحده، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا، حسبنا الله ونعم الوكيل.

بسم الله الرحمن الرحيم
وما توفيقي إلا بالله

كتاب الإجارات[1]

نحتاج الى معرفة: شرعية الإجارة، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها على الخصوص، وحكمها، وكيفية انعقادها، وأنواعها.

أما شرعيتها: فلقوله تعالى حكاية عن شعيب أنه قال لموسى عليهما السلام: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ﴾ [القصص:٢٧]، وشريعة من قبلنا تلزمنا حتى يقوم الدليل على نسخها. ولقوله عليه السلام: "**مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ**"[2]. وقوله عليه السلام: "**أعط الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْل أَنْ يَجِفَّ**

---

(١) الإِجَارَةُ فِي اللُّغَةِ اسْمٌ لِلأُجْرَةِ، وَهِيَ كِرَاءُ الأَجِيرِ وَهِيَ بِكَسْرِ الْهَمْزَةِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ. وَحُكِيَ الضَّمُّ بِمَعْنَى الْمَأْخُوذِ وَهُوَ عِوَضُ الْعَمَل، وَنُقِل الْفَتْحُ أَيْضًا، فَهِيَ مُثَلَّثَةٌ، لَكِنْ نُقِل عَن الْمُبَرِّدِ أَنَّهُ يُقَال: أَجَّرَ وَآجَرَ إِجَارًا وَإِجَارَةً. وَعَلَيْهِ فَتَكُونُ مَصْدَرًا، وَهَذَا الْمَعْنَى هُوَ الْمُنَاسِبُ لِلْمَعْنَى الاصْطِلَاحِيِّ.
وَعَرَّفَهَا الْفُقَهَاءُ بِأَنَّهَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى تَمْلِيكِ مَنْفَعَةٍ بِعِوَضٍ.
وَيَخُصُّ الْمَالِكِيَّةُ غَالِبًا لَفْظَ الإِجَارَةِ بِالْعَقْدِ عَلَى مَنَافِعِ الآْدَمِيِّ، وَمَا يَقْبَل الانْتِقَال غَيْرَ السُّفُنِ وَالْحَيَوَانِ، وَيُطْلِقُونَ عَلَى الْعَقْدِ عَلَى مَنَافِعِ الأَرَاضِي وَالدُّورِ وَالسُّفُنِ وَالْحَيَوَانَاتِ لَفْظَ كِرَاءٍ، فَقَالُوا: الإِجَارَةُ وَالْكِرَاءُ شَيْءٌ وَاحِدٌ فِي الْمَعْنَى.
انظر: حاشية ابن عابدين ٢/٥ ط. بولاق، وكشف الحقائق ١٥١/٢ ط. ١٣٢٢هـ، والمبسوط ٧٤/١٥ ط. أولى، والأم ٢٥٠/٣ ط. أولى ١٣٢١هـ، والمغني المطبوع معه الشرح الكبير ٣/٦ ط. المنار ١٣٤٧هـ الشرح الصغير على أقرب المسالك ٥/٤.

(٢) أخرجه أحمد ٥٩/٣ (١١٥٨٦) قال: حدثنا أبو كامل. وفي ٦٨/٣ (١١٦٧٢) قال: حدثنا سريج. وفي ٧١/٣ (١١٦٩٩) قال: حدثنا حسن. و«أبو داود»، في «المراسيل» (١٨١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل.
أربعتهم: (أبو كامل، مظفر بن مدرك، وسريج بن النعمان، وحسن بن موسى، وموسى) عن حماد بن سلمة، عن حماد بن أبي سليمان، عن إبراهيم النخعي، فذكره.

عَرَقُهُ"[١]. ولأن القياس يأبى جوازها لأن المعقود عليه المنفعة؛ لأن الإجارة وضعت لتمليك المنفعة، والمنفعة فيما يستقبل معدومة، وإضافة العقد إلى معدوم سيوجد لا تصح كإضافة البيع إلى عين ستوجد، وإنما جوزناها للضرورة؛ لأن الإنسان يحتاج إلى منفعة عين لإقامة مصالحه، ولا يجد من العين ليشتري فينتفع به بملك الرقبة وصاحب العين لا يعتبره، ولو لم تجز الإجارة لضاق الأمر على الناس، والقياس يترك للضرورة كما جوز السلم للحاجة والضرورة[٢].

وأما تفسيرها: فالإجارة لغة: عبارة عن بيع المنفعة؛ لأنها نقلت وأشهرت لذلك، ولهذا شرط التأقيت لبيان ملك المنفعة، والتأقيت في تلك الأعيان باطل.

وأما ركنها: فالإيجاب والقبول كما في البيع، ولا تنعقد الإجارة بلفظ البيع حتى لو قال: بعت منك خدمة هذا الغلام شهرًا، وقبله الآخر كان باطلًا. ولو قال: استأجرت منك، جاز؛ لأن البيع وضع لتمليك الأعيان دون المنافع.

وأما شرط جوازها: فثلاثة أشياء: أجل معلوم، ومحل معلوم، وبدل معلوم، لأن المنافع تصير معلومة بثلاثة أشياء:

أحدها: بالمدة، كاستئجار الدار للسكنى، والأرض للزراعة سنة.

وتارة تصير معلومة بالتسمية في العقد كمن استأجر رجلًا ودفع إليه ثوبًا على أن يصبغه أو يخيطه، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارًا معلومًا، أو ليركبها مسافة معلومة.

وتارة تصير معلومة بالتعيين والإشارة، كمن استأجر رجلًا لينقل هذا الطعام.

وأما حكمها: فوقوع الملك في اليدين ساعة بعد ساعة إلا بشرط تعجيل الأجرة.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣) قال: حدثنا العباس بن الوليد الدمشقي، قال: حدثنا وهب بن سعيد بن عطية السلمي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: البدائع ١٧٣/٤، ١٧٤، والمبسوط ٧٤/١٥، والهداية، وتكملة الفتح ١٤٦/٧، ١٤٧ ط. بولاق ١٣١٧هـ، والشرح الصغير ٥/٤، ٦، وبداية المجتهد ٢٤٠/٢، ونهاية المحتاج ٢٥٩/٥ ط. ١٣٥٧هـ، والمغني مع الشرح الكبير ٢/٦ ط. المنار ١٣٤٧هـ.

وأما كيفية انعقادها: فالإجارة عندما تنعقد فيما بين المتعاقدين للحال وتنعقد ساعة فساعة في حق الحكم وهو الملك على حسب حدوث المنفعة.

وعند الشافعي: تنعقد في حق الحكم للحال.

والصحيح قولنا؛ لأن المنافع معدومة حقيقة، ومنفعة الدار سنة لا يتصور وجودها في ساعة ولحظة، فلا يمكن جعلها موجودة شرعًا؛ لأن الشرع لا يرد بتقدير المستحيل، ولئن أمكن جعلها موجودة حكمًا، لكنه قلب الحقيقة وتغييرها فلا يصار إليها إلا بحاجة ماسة وضرورة داعية، والحاجة تندفع بانعقاد العقد فيما بين المتعاقدين مضافًا إلى رقبة الدار فينعقد هذا العقد على رقبة الدار في حق المنفعة بدليل أنهما لو أضافا العقد إلى المنفعة لا يجوز، ولو أضافا إلى الدار جاز، ثم ينعقد في حق الحكم على حسب حدوث المنفعة كما إذا أوصى بما تلد أغنامه العام، أو بما يثمر نخله العام، أو بثلث ماله ولا مال له يصح، فكذا هذا، وإنما يملك أن يؤاجر من غيره؛ لأن سبب الملك متى انعقد وصار بحال لو حدثت المنافع حدثت على ملكه فالشرع أطلق له مباشرة السبب باعتبار الحاجة؛ لأنه لا يملك إيراد العقد على المنافع بعد وجودها؛ لأنها لا تبقى فصار علة ولاية التمليك فيما لا يبقي ثبوت الولاية له على المحل وقد وجد.

وأما لو باعها فإنها نوعان:

أحدهما: إجارة على منافع الاعتبار كاستئجار العقار والعيد والدوار.

والثاني: إجارة على الأعمال كاستئجار الصناع والقصار والخياط ونحو ذلك، وشرط جوازهما أن تكون العين المستأجرة والعمل المؤاجر معلومًا، والأجرة والمدة معلومة لأنها عقد معاوضة؛ لأن الأجرة تجري مجرى الثمن والعمل، أو المنفعة تجري مجرى المبيع وإعلام الثمن والمبيع شرط لصحة العقد.

(باب ما يصلح أجرة في الإجارة ومتى يجب تسليمها)

كل ما صلح أن يكون ثمنًا في المبيع صلح أن يكون أجرة في الإجارة، وما لا فلا؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فيعتبر بيع العين والمكيل والموزون والنبات يصلح

أجرة على الوجه الذي يصلح ثمنًا، والحيوان يصلح أن يكون معينًا ودينًا فلا؛ لأن المنفعة مال والحيوان لا يثبت دينًا في الذمة بدلًا عما هو مال فمتى كان عينًا تكون العين بالدين هو المنفعة فجاز.

وإن كان دينًا يكون بملك الدين بالدين فلا تجوز إلا المنفعة، فإن المنفعة تصلح أجرة في الإجارة إذا اختلف جنس المنفعة ولا يصلح ثمنًا في البياعات؛ لأن الثمن يجب أن يكون مملوكًا بنفس البيع، والمنفعة لا تصير مملوكة بنفس العقد لأنها معدومة وتصلح أجرة؛ لأن الأجرة يجوز أن لا تكون مملوكًا بنفس العقد كالمنفعة، ولهذا يصلح أن تكون المنفعة مهرًا في النكاح؛ لأنه ليس في شرط الإمهار أن يكون المسمى مملوكًا بنفس العقد، فإنه لو سمي عند الغير صح فكذا هذا، وإذا كانت الأجرة حمل ومؤنة ولم يتبين موضع الأنصباء فسدت الإجارة عند أبي حنيفة، وعندهما لا تفسد ويدفع حيث الأرض والدار وفي الحمولة حيث ما وجب له يعني كلما حمل من المسافة فأخذ حصته من الأجر، وفي العمل حيث يوفيه العمل، فإن طالبه في موضع آخر لم يكلف بل يستوثق منه ليوفيه في موضعه، وإن لم يكن له حمل ومونة أخذ به حيث شاء، وقد عرف هذا في السلم، والأجرة لا تملك بنفس العقد حتى لا يملك الآجر حبس المستأجر لاستيفاء الأجرة.

وقال مالك والشافعي: يملك.

والصحيح قولنا؛ لأن المنافع لم تملك بنفس العقد لعدمها فكذلك بدلها تحقيقًا للتساوي بينهما كما في سائر المعاوضات؛ لأن المعاوضة تقتضي التسوية بين البدلين ملكًا بإزاء ملك وتسليما بإزاء تسليم نظرًا للمتعاقدين دفعًا للضرر عنهما، فإن شرطا التعجيل في العقد أو عجل ملكت؛ لأنه بالتعجيل أو باشتراطه رضي بالتفاوت فلم يبق التساوي مقتضى هذا العقد، وتغيّر بتغيرهما تحقيقًا لغرضهما في الرضى بالتفاوت وللمؤاجر حبس المنافع حتى يستوفي الأجرة ويطالبه بها ويحبسه، وله حق الفسخ إن لم يعجل؛ لأن المنافع بمنزلة البيع فكان له حق الحبس لاستيفاء بدله، ولو لم يشترط التعجل يأخذه بالأجر يومًا فيومًا في إجارة العقار وفي قطع المسافة يأخذ أجره كل مرحلة إذا انتهى إليها.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا سار ثلث الطريق أو نصفه لزمه التسليم، وقال زفر: لا يجب إيفاء شيء من الأجرة إلا بعد انقضاء جميع المدة أو قطع المسافة وهو قول أبي حنيفة أولا؛ لأن المعقود عليه المنفعة مما لم يسلّم كله لم يجب تسليم شيء من البدل كما في البيع لا يجب تسليم شيء من المبيع ما لم يسلم جميع الثمن فكذا هذا.

لنا: أن المعاوضة مبناها على المساواة والمعادلة وقد صار أحد العوضين مسلمًا منتفعًا فيجب أن يكون الأجر كذلك مسلمًا مرتفقًا تحقيقًا للمعادلة إلا في موضع الضرورة، فأما الخياط والصباغ وكل صانع لعمله أثر يحبس به، فإنه لا يستوجب الأجر حتى يوفي العمل كله؛ لأنه لا منفعة للبعض فأمكن تسليم المعقود عليه جملة فلا يجب تسليم شيء منه بإيفاء بعض الأجرة كما في المبيع حتى لو عمل في منزل المستأجر فكلما عمل شيئًا استحق قسطه من الأجر؛ لأنه منتفع به لا يمكن تسليمه جملة؛ لأنه يقع مسلمًا، ولهذا لا يستحق الحبس فوجب الأجر بقدر ما استوفى.

ولو شرط في الإجارة أن لا يسلم الأجر إلا بعد انقضاء مدة الإجارة فذلك جائز؛ لأن الأجرة تقبل التأجيل؛ لأنه دين كالثمن.

(**المنتقى**): رجل استأجر دابة بالكوفة إلى الري بالدراهم فغلبه بعد الكوفة؛ لأنه مكان العقد فينصرف مطلق الدراهم إلى المتعارف في مكان العقد.

(باب تصرف المؤاجر)

ولو باعه بالأجر متاعًا وسلمه جاز؛ لأنه يتضمن اشتراط التعجيل، ووجب الأجر دينًا في الذمة والشراء متعلق بمثله دينًا في الذمة فتقع المقاصة بينهما للحال؛ لأنهما قصدا من إضافة الشراء إلى الأجر وقوع المقاصة بين الأجر وبين الثمن حتى تفيد هذه الإضافة نوع فائدة، فإن تعدد إيفاء العمل رجع المستأجر بالدراهم دون المتاع؛ لأن المؤاجر ملك المتاع بالشراء فيعتبر بما لو أوفى بالدراهم حقيقة، ولو أوفاه بالدراهم وانتقضت الإجارة رجع بالدراهم فكذا هذا. ولا يجوز بيع الأجرة العين قبل قبضها؛ لأنه بمنزلة المبيع، ألا يرى لو هلك قبل القبض انتقضت الإجارة وعلى

المستأجر أجر مثلها، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، وبيع غير العين يجوز من المستأجر؛ لأنه دين بمنزلة الثمن فيجوز الاستبدال به قبل القبض، فإن باعه بشيء بعينه جاز بكل حال؛ لأنه بيع عين بدين، وإن قال بغير عينه يشترط قبضه في المجلس لئلا يكون بيع الدين بالدين، ولو تصارفا بالأجرة وأخذ بالدراهم دنانير لا يجوز عند أبي يوسف في قوله الأخير، وفي قوله الأول يجوز وهو قول محمد يجوز إن قصدهما من إضافة عقد الصرف إلى الأجرة إثبات المقاصة بين الأجرة وبدل الصرف، ولا تثبت المقاصة إلا بعد إثبات اشتراط التعجيل؛ لأن المقاصة ببدل الصرف وبدين وجب بعد الصرف لا يجوز فيضمن إقدامهما على المصارفة اشتراط التعجيل قيل كأنهما شرطا التعجيل قبل الصرف تصحيحًا لصرفهما.

لأبي يوسف: أن المصارفة قد دفعت بدين غير واجب؛ لأن الأجرة غير واجبة قبل الاستيفاء للمنفعة وقبل اشتراط التعجيل فلا يمكن إثبات اشتراط التعجيل مقتضى المصارفة سابقًا عليها لعدم الضرورة؛ لأن المصارفة صحيحة من غير اشتراط التعجيل، فإن المصارفة بأجرة غير واجبة وقعت جائزة حتى إذا نفذ في المجلس جاز، فإن المصارفة بدين لا يجب للحال جائز إذا نقده في المجلس وإنما يبطل بعد الصحة إذا لم ينفذ الأجرة ومتى أمكن إيقاعها على الصحة بانتقاد الأجرة فلا ضرورة إلى إثبات اشتراط التعجيل مقتضى نفاذ الصرف على الصحة.

وإن كانت الأجرة بقرة بعينها لا يجوز المصارفة بها بالإجماع؛ لأن الأجرة بمنزلة المبيع فالاستدلال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، ولو أبرأ المؤاجر المستأجر من الأجرة أو وهبه منه أو تصدق عليه لم يجز عند أبي يوسف عينًا كان أو دينًا ولم يكن نقضًا للإجارة؛ لأن الإبراء إسقاط الدين والأجرة غير واجبة قبل استيفاء المنفعة وغير مملوكة بنفس العقد إن كانت عينًا والهبة تمليك، فإذا لم تكن الأجرة مملوكة لم تصح الهبة فلم تتضمن نقضًا للعقد، وعند محمد يجوز إن كان دينًا، وإن كان عينًا إن قبل الهبة بطلت الإجارة وإن رد لم تبطل؛ لأن هذه التصرفات تضمنت اشتراط التعجيل فيصير شارطًا للتعجيل. مقتضى هذه التصرفات سابقًا عليها فصادفت هذه التصرفات الأجرة الواجبة في الذمة.

وذكر أبو الليث في (نوازله): لو وهب المؤاجر أجرة رمضان هل يجوز؟ قال على قول محمد إن استأجر سنة يجوز، وإن استأجر مشاهرة تجوز إذا دخل رمضان ولا يجوز قبله، وعلى قول أبي يوسف لا يجوز إلا بعد مضي المدة، ولو مضى من السنة نصفها ثم أبرأه من جميع الأجرة أو وهبه منه، فإنه يبرأ عن الكل عند محمد، وعند أبي يوسف تجوز البراءة عن النصف ولا يجوز عن النصف، فإن جعل الأجرة عبدًا وسلمه فأعتقه الأخر ثم انهدمت الدار فعلى المعتق قيمة العبد؛ لأنه أعتق ما يملكه؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل وقد فسدت الإجارة؛ لأن أحد البدلين وهو العبد قائم معنى؛ لأنه فات إلى خلفٍ وهو القيمة، والمعاوضة تفسد بهلاك أحد العوضين ولا تنتقض كما في بيع العرض بالعرض فلزمه رد العبد وقد عجز عن رده فلزمه رد قيمته كمن اشترى عبدًا بثوب فأعتق العبد ولم يسلم الثور حتى هلك في يده فعليه قيمة العبد فكذا هذا.

وإن لم يقبض العبد وسكن الدار شهرًا ثم أعتقا يجوز عتق رب الدار بقدر أجر شهر وعتق المستأجر فيما بقي تنتقض الإجارة؛ لأن بقدر أجر شهر صار ملكًا لرب الدار وبقي الباقي على ملك المستأجر.

ولو استكمل السكنى قبل قبض العبد فمات العبد أو استحق كان عليه أجر مثلها بالغًا ما بلغ، وفي الإجارة الفاسدة يجب أجر المثل لا يجاوز به المسمى.

والفرق بينهما أن المنافع إنما تتقوّم بالعقد وهنا استوفى المنفعة بحكم عقد جائز؛ لأن العقد كان جائزًا حالة الاستيفاء في الشهر، وإنما فسد من بعد فصار المستوفى متقومًا من كل وجه فيجب قيمته بالغة ما بلغت، ومتى كانت الإجارة فاسدة من الأصل فالعقد ضعيف لفسادها بوجود من وجه دون وجه فثبت التقوم من وجه بقدر المسمى ولم تثبت فيما زاد على المسمى فاعتبرت الزيادة على المسمى مستوفاة بغير عقد وتجوز الحوالة والكفالة بالأجرة أنه؛ لأنه يتضمن ذلك اشتراط التعجيل عند محمد، وأما عند أبي يوسف لأن الرهن والكفالة وثيقتان والتوثيق بدين سيجب جائز كما لو رهن بالثمن في البيع بشرط الخيار.

ولو استأجر دارًا وسكن فاستحقت فالأجرة للآجر ويتصدق بها؛ لأنه ظهر أن المؤاجر كان غاصبًا للدار أجرها والغاصب إذا أجر المغصوب فالأجر له.

وإذا وجد المؤاجر بالأجرة عيبًا فإن كانت عينًا كثوب ادعى فيه العيب فالقول للمستأجر؛ لأن الأجرة للعين بمنزلة المبيع للعين.

وإن كانت دينًا، بأن كانت الأجرة عشرة دراهم أو كر حنطة دين فأقر أنه قبض العشرة أو الحنطة ثم ادعى العيب تقبل؛ لأنه لم يقر باستيفاء حقه، وإنما أقر بقبض الدراهم لا غير.

ولو قال: قبضت من أجرة الدار عشرة أو كري حنطة لا يصدق؛ لأنه أقر بقبض الأجرة والأجر سلم عن العيب فيكون ذلك إقرارًا بقبض حقه. والله أعلم.

(باب تسليم المستأجر)

وتسليم المعقود عليه في الإجارة هو التمكين من الانتفاع به؛ لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فيقام التمكين من الانتفاع مقامه وذلك تسليم المحل إليه بحيث لا مانع من الانتفاع به، فإن عرض في المدة ما يمنع الانتفاع كما لو غصب الدار من المستأجر أو عرفت الدار المستأجرة أو انقطع عنها الشرب أو مرض العبد أو أبق سقطت الأجرة بقدر ذلك؛ لأن العقد يتجدد في كل ساعة فيلزمه التسليم حالًا فحالًا وقد مات التسليم لفوات الثمن من الانتفاع فيصبح العقد بقدره.

ولو استأجر دارًا سنة فلم يسلمه الأجر حتى مضى شهر لم يكن لأحدهما الامتناع من التسليم والتسليم في الباقي؛ لأن الإجارة عقد واحد حقيقة لكنها عقود متفرقة مضافة إلى ما يوجد من المنفعة ينعقد كل عقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فلا يفوت بعض المعقود عليه فلا يتخير في قبض الباقي، من مشايخنا من قال هذا إذا لم يكن في مدة الإجارة وقت يرغب في الإجارة لأجله، فإن كان في المدة وقت يرغب في الإجارة لأجله زيادة عنه كحانوت يستأجر سنة لحركة السوق ورواجه في بعض السنة أو دار بمكة تستأجر سنة لأجل أيام الموسم فلم تسلّم في الوقت الذي يرغب لأجله، فإنه يتخير في قبض الباقي كما في البيع؛ لأنه فات عرضه من هذا العقد ويتضرر بالجبر على قبض الباقي فجعلت الإجارة هنا صفقة واحدة كما هو الحقيقة دفعًا للضرر عنه كما في البيع، فإن سلمها الاثنان

رفع عنه من الأجر بحسابه؛ لأنه فات بفعل الأجر وله حصة من الأجر فسقط بحصته من الأجر كما في بيع العين، وإذا عمل المستأجر، فإن كان لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار وما أشبهه فله حبسه بالأجرة.

وإن ضاع فلا ضمان عليه ولا أجر له وقال زفر: ليس له حق الحبس، فإن لم يكن لعمله أثر في العين كالحمل والغسل لا يملك حبسه بالأجرة، ولو حبس صار غاصبًا، فإن ضاع فله الأجر بالإجماع لزفر أن المعقود وقع مسلمًا إلى الآخر لاتصاله بملكه اتصالًا لا يمكن فصله فلا يستحق الآخر حبسه.

لنا: أن العمل الذي له أثر يتصور حبسه يحبس أصله وأنه لم يقع مسلمًا إلى المالك؛ لأن العامل إذا قصد بما صنع إقامة العمل لا التسليم إليه فلا يصير العمل مسلمًا فيستحق الحبس كما في بيع العين وتصير العين مانعة للعمل هاهنا ضرورة ثبوت القدرة على الحبس بخلاف ما إذا لم يكن لعمله أثر؛ لأنه لا يتصور حبسه؛ لأنه لم يوجد وصف قائم بالعين ليمكنه حبسه بحبس محله بخلاف ما لو رد آنفًا حيث يحبسه للجعل، وإن كان لا أثر لعمله؛ لأنه لما رد عينًا كان على شرف الهلاك صار ذلك بمنزلة إحياء العين وتمليكه فملك حبس العين كأنه باعه فلم يوجد هنا إحياء العين ولا وصف قائم به ولا يملك حبسه وإذا استحق الحبس كان العين أمانة عنده عند أبي حنيفة كما قيل الحبس وتبطل الأجرة بهلاكه، كما لو هلك المبيع في يد البائع وعندهما كانت مضمونة. رجل استأجر رجلًا شهرًا يعمل له عملًا مسمى بأجر معلوم ثم قال له بلغ هذا الكتاب موضع كذا ولك درهم لا يكون له أجران وله درهم واحد؛ لأنه يصير كأنه فاسخه الإجارة في قدر ما يبلغ الكتاب، فإذا بلغ الكتاب ورجع عاد إلى الإجارة.

(**الجامع**): الوكيل بالاستئجار استأجر وقبض ومنع الآمر حتى انقضت المدة فالأجر على الوكيل ويرجع به على الموكل كما في الشراء؛ لأن الوكيل بالاستئجار والوكيل بالشراء يثبت حقوق العقد له ويجب عليه، فالوكيل بالشراء لو حبس المبيع من موكله وليس له حق الحبس بأن كان اشتراه بثمن مؤجل وهلك في يده يرجع بالثمن على الموكل، فكذا الوكيل بالاستئجار؛ لأن الآمر صار قابضًا للدار بقبض

الوكيل حكمًا؛ لأنه نائب عنه في القبض فلا يسقط الأجر عن الموكل متى بلغت المنافع في يد الوكيل بعدما حبس عن الموكل؛ لأن هلاك المعقود عليه بعد قبض العاقد فالآمر لا يسقط البدل، ولهذا لو انهدم شيء من الدار لسكنى الوكيل لا يضمن؛ لأنه لا يمكن أن يجعل الوكيل غاصبًا الدار من صاحب الدار وله حق القبض ولا يمنع الآمر من الانتفاع كما لو منع المالك عن ماله حتى ضاع لا يصير غاصبًا، فإن استأجر بشرط تعجيل الأجرة لزم المستأجر ولم يرجع على الآمر؛ لأن له حق المنع والحبس بالأجرة إذا كانت الأجرة معجلة بحق العقد فصار كالمالك في حكم ضمانه.

ولو كان مالكًا استأجر ثم أجر وحبس كان مضمونًا عليه فكذلك الوكيل بالاستئجار صار كأنه استأجر لنفسه ثم أجر من موكله بشرط تعجيل الأجرة ثم منع الدار منه حتى مضت المدة لم يكن له على الموكل أجرة انتهى.

(باب انتقاض العمل في الإجارة)

عن محمد رحمه الله: في الخياط إذا خاطه بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط؛ لأنه تلف قبل التسليم فسقط البدل، ولا يجبر الخياط على أن يعيد عمله؛ لأنه قد فرغ من العمل المعقود عليه وقد هلك فلا يجبر ثانيًا على العمل، فإن كان الخياط هو الذي فتقه فعليه أن يعيده؛ لأنه لما فتق فقد نقض العمل فيصير كأنه لم يعمل.

فأما في حق الأجنبي لا يمكن أن يجعل فتقه ونقضه كأنه لم يعمل، ألا ترى أنه يلزمه الضمان، وفي الخياط لا يلزمه، وكذلك الملاح إذا حمل الطعام إلى موضع فرد السفينة إنسان فلا أجر للملاح وليس عليه أن يعيد السفينة، فإن ردها الملاح بنفسه لزمه إعادة الحمل إلى الموضع المشروط عليه، فإن كان الموضع الذي رجعت إليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى الملاح أن يستلمه في موضع يقدر على قبضه ويكون له أجر مثله فيما سار؛ لأنه أمكن صون ماله مع مراعاة حق صاحب السفينة بإيجاب أجر المثل له وهذا كمن استأجر سفينة مدة معلومة فانقضت المدة في وسط البحر، فإنه يترك السفينة في يده بأجر المثل.

ولو اكترى سفينة إلى موضع يحمل فيها طعامًا فلما بلغت السفينة الموضع أو بعض الطريق ضربتها الريح وردتها إلى الموضع الذي اشتراها.

قال محمد: إن لم يكن المكتري معها فلا كراء عليه؛ لأنه انتقض الحمل بالرد فلم يستوف المعقود عليه بنفسه فلا يلزمه البدل، وإن كان معها فعليه الكراء بقدر ما سار؛ لأنه استوفى المعقود عليه بنفسه، وكذلك إن اكترى نعلًا إلى موضع فركبه فلما سار بعض الطريق جمح به فرده إلى موضعه الذي خرج منه فعليه من الأجر بقدر ما سار؛ لأنه صار مستوفيًا للمنفعة بنفسه ولا يسقط عنه البدل بعد التسليم.

هشام عن محمد: رجل تكارى سفينة ليذهب فيها إلى موضع فيحمل كذى ويجيء به فذهب بالسفينة فلم يجد الذي أمر بنقلانه فرجع قال يلزمه كراء السفينة في الذهاب فارغة، فإن قال أكريتها منك على أن تحمل لي طعامًا إلى هاهنا من موضع كذا فلم يجد الطعام فلا شيء من الكراء.

(**الجامع الصغير**): استأجره ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله وهم معلومون، فوجد بعضهم قد ماتوا، فجاء بمن بقي فله الأجر بحساب ذلك؛ لأن المعقود عليه هو الحمل فيسقط من الأجر بقدر ما لم يوف من العمل.

ولو استأجره ليذهب [كتاب][1] إلى فلان [ما][2] بالبصرة ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلانًا غائبًا أو ميتًا، فإن ترك الكتاب ثمة ليوصل إليه إذا حضر الغائب أو إلى ورثته إن كان ميتًا فله الأجر في الذهاب؛ لأنه أتى بأقصى ما في وسعه؛ لأنه مأمور بالإيصال ولا وسع له في الإيصال بأبلغ من هذا إذا لم يجد الموصل إليه، وإن رد الكتاب فلا أجر له عندهما، وعند محمد له أجر الذهاب.

ولو استأجره ليحمل طعامًا إلى فلان فذهب فوجد فلانًا ميتًا فرده فلا أجر له بالإجماع.

لمحمد: في الفرق بين المثلين أن نقل الطعام عمل يقابل به الأجر لما في تحصيله من المشقة وقد نقضه بالرد، فأما حمل الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر؛

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): بكتابه.

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط في (س).

لأنه ليس بمتقوم لأنه ليس له حمل ومؤنة، وإنما يقابل بقطع المسافة وقطع المسافة في الذهاب وقع له.

لهما: أن المقصود نقل الكتاب إلى فلان لا قطع المسافة؛ لأن المقصود تحصيل العلم للمحمول إليه فلا يحصل العلم له إلا بنقل الكتاب والأجر يقابل بالمقصود، فإذا عاد بالكتاب فقد بعض العمل الذي يقابل به الأجرة فيسقط البدل كمسألة الطعام، فأما إذا ترك الكتاب ثمة فقد وجد النقل ولم ينتقض بالرد فيستحق أجرة الذهاب، وكذا لو استأجر رسولًا ليبلغ رسالته إلى فلان ببغداد فلم يجد فلانًا وعاد فله الأجر؛ لأن الأجر يقابل قطع المسافة؛ لأنه في وسعه، فأما الإجماع فليس في وسعه فلا يقابله الأجرة.

(باب إجارة العقار)

استأجر دارًا ولم يسم من يسكنها جاز استحسانًا، وله أن يسكنها ويسكن غيره ويضع فيها ما بدا له من النبات والحيوان، ويعمل ما يريد إلا ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحانة. وفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر أرضًا للزراعة لم يجز حتى يسمي ما يزرع فيها، والفرق أن منافع السكنى غير متفاوتة إذا لم يكن فيها ما يوهن البناء؛ لأن الانتفاع المعتاد المتعارف فيما بين الناس بالعقار انتفاع لا يوهن البناء ولا يضر به، فصارت المنافع معلومة عرفًا، فانصرف مطلق العقد إليه وما يوهن البناء صار مستثنى عنه عرفًا؛ لأن المالك لم يرض بالسكنى على وجه يوهن بالبناء، فأما منافع الزراعة مختلفة؛ لأن منها ما هو أضر بالأرض من غيرها، فلم يجز العقد مع الجهالة وله أن يربط فيها دابته؛ لأنه من مرافق السكنى. قالوا: هذا إذا كان في الدار سعة، وإن كان فيها ضيق لا يكون له ربط الدابة فيها، لأنها لا تصلح لذلك.

ولو استأجر بيتًا ليُقعد فيه قصَّارًا فأراد أن يُقعد حدادًا جاز إن كانت مضرتهما واحدة، أو مضرة الحداد أقل، فإن كانت أكبر فلا وكذلك الرحا؛ لأن المالك رضي بمنفعة سكنى تضر بالبناء وتوهن به، فإذا لم يكن في ذلك زيادة ضرر لم يرض لها الأجر لم يمنع من ذلك؛ لأن منفعة السكنى متحدة وصفته مختلفة فتكون العبرة في ذلك للضرر، فإذا لم يتفاوت الضرر لم يمنع الجواز.

ولو استأجرها على أن [يسكنها][1] وحده فله أن يترك امرأته ودوابه؛ لأن هذا شرط لا فائدة فيه ولا منفعة، فإن سكنى غيره مما لا يضر بالدار فكان شرطًا صائغًا وجوده وعدمه بمنزلة، كما لو اشترى دارًا بشرط أن لا تسكن. استأجر دارًا على أن لا يسكنها فهو فاسد لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد ولأحدهما فيه منفعة وهو الأجر؛ لأن المستأجر إذا لم يسكن، فإنه لا يمتلئ بئر الوضوء والمخرج، فإذا سكن يمتلئ وعلى الآجر تفريغها فيتضرر به، وكل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين يفسد العقد، فعلى هذا ينبغي أنه إذا شرط أنه يسكن هو وحده أن لا يجوز؛ لأنه متى أسكن مع نفسه غيره يمتلئ بئر البالوعة والمخرج أسرع مما لو سكن المستأجر وحده فيتضرر به الآجر فيكون الأجر في هذا الشرط نوع منفعة إلا أن موضوع تلك فيما إذا لم يكن في الدار بالوعة ولا بئر وضوء حتى لا يكون للآجر في أن يسكن غيره منفعة؛ لأنه لا يتضرر بإسكان غيره إذا كانت الحالة هذه؛ لأن كثرة السكان لا توهن بالبناء ولا تفسده. استأجر دارًا على أن يسكنها فلم يسكنها وجعل فيها حبوبًا فليس للآجر استردادها؛ لأن وضع الحبوب فيها من جملة السكنى الذي يرتفق الناس بها من الساكن وتوابعها. رجلان استأجرا منزلًا وشرطا فيما بينهما لا في أصل الإجارة أن يترك أحدهما أقصاه والآخر مقدمه فالإجارة صحيحة والشرط باطل؛ لأن العقد خلى عن الشرط المفسد إلا أن هذه مواضعة منهما على المهايأة ولكل واحد من الشريكين أن ينقض المهايأة لما عرف.

فأما إذا شرطا ذلك في العقد هل يفسد؟ قيل: يفسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ويخالف موجبه؛ لأن المهايأة على هذا الوجه لا يقتضيه العقد، ولأحدهما فيه منفعة فيفسد العقد، وقيل: لا يفسد؛ لأن ذلك يكون اشتراطًا على المالك أن يؤاجر من كل واحد منهما مقامًا معينًا فيصير كأن الأجر مال أحرز من هذا مقدمه بكذا ومن الآخر مؤخره بكذا فيصير كل واحد مستأجرًا من المالك ما عين ولو نصًا على ذلك كان جائزًا فكذلك إذا طلبا بالشرط. والله تعالى أعلم.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): ينزلها.

(إجارة الأعيان والأمتعة)

استأجر ثوبًا ليلبسه يومًا ليس له أن يلبس غيره، فإن لبس فهو غاصب ولا أجر عليه؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس فاحشًا، فإنّ لبس القصاب ليس كلبس البزاز كما في الركوب بخلاف الدار إذا سكنها قصارة وسلمت تحت الآجر، فأما اللبس في نفسه مختلف لتفاحش التفاوت بين الاثنين فلتفاحش التفاوت ألحق جنسين مختلفين فانعقدت الإجارة على لبسه خاصة فلم يصر مستوفيًا المعقود عليه بلبس غيره فلم يجب الأجر، فإن لم يسم من يلبس فالإجارة فاسدة؛ لأن اللبس لما كان متفاوتًا تفاوتًا حسنًا فجهالة من يلبس يوقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم بأن لبسه في هذه المسألة أو ألبسه غيره فعليه الأجر؛ لأن العقد وقع على مطلق اللبس، فإنه يتناول لبسه ولبس غيره فيكون الداخل تحت العقد لبس أحدهما؛ لأن استيفاءهما جميعًا في مدة واحدة متعدد كما لو استأجر رجلًا يومًا للعمل كان الداخل تحت العقد عمل واحد؛ لأن استيفاء الأعمال كلها متعدد فكذا هذا فأيهما ما تعين كان هو الداخل تحت العقد، فإذا لبسه غيره فقد تعين المعقود عليه حالة العقد؛ لأن الإجارة يتحدد انعقادها ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، ومتى تعين المعقود عليه حالة العقد فقد زال المفسد فيعود جائزًا، ولذلك لو تكاري دابة ليركب عليها أو يحمل عليها ولم يبين من يركب وما يحمل ثم حمل شيئًا أو ركب هو أو غيره يعود جائزًا. مضت مدة اللبس ولم يلبس لزمه الأجر؛ لأنه تمكّن من استيفاء المعقود عليه وهو اللبس فيلزمه الأجر كما لو استأجر دابة ليركبها يومًا فجلس في منزله ولم يركبها فعليه الأجر كاملًا؛ لأنه استوفى المعقود عليه وهو اللبس، وإن اتزر به ضمنه إن تخرق وإن سلم فعليه الأجر؛ لأن الاتزار به في إفساد الثوب فوق اللبس. قميصًا وقد أذن له بلبس القميص، فإذا استوفي الزيادة صار ضامنًا.

فأما الارتداء في إفساد الثوب دون لبسه قميصًا أو مثله فكان مأذونًا به. استأجر درعًا، فإنه يلبسه في النهار وفي أول الليل وآخره ولا ينام فيه؛ لأن العرف فيما بين الناس أنهم لا يلبسون ثوب الصيانة والتجمل والتزيين فيما بين طرفي النهار بل

ينزعون ويخلعون عنه، والثابت عرفًا كالثابت شرطًا فصار اللبس فيما بين طرفي الليل مستثنى عن الإجارة عرفًا.

فأما إذا كان الثوب ثوب بذلة ومهنة فله أن يلبس الليالي كلها؛ لأن اللفظ بإطلاقه تناول الليالي كلها؛ لأن الأيام ذكرت هنا باسم الجمع فيتناول ما بإزائها من الليالي ولم يثبت الاستثناء عرفًا؛ لأن العرف في ثياب البذلة أنهم لا ينزعون فوجب العمل بعموم اللفظ، فإن نامت فيه وتخرق لا من النوم لا ضمان عليها، فإن تخرق من النوم فهي ضامنة لأنها كانت غاصبة وليس عليها أجر تلك الساعة وعليها أجر ما قبلها وما بعدها إلا أنه استوفاها بحكم الإجارة؛ لأنه لما انتهت فقد تركت الخلاف وعقد الإجارة قائم فيعود أمينًا وتكون مستوفية المنفعة بحكم الإجارة.

فأما حال لبسها نائمة كانت غاصبة ويد الإجارة زائلة؛ لأن تلك الساعة لم تدخل تحت الإجارة فلم تصر مستوفية بحكم الإجارة، وإن كان ثوب بذلة ومهنة كان لها اللبس حال النوم؛ لأن ثوب البذلة يلبس حال النوم عادة كما يلبس حالة اليقظة فلم يصر مستثنى عن الإجارة لا عرفًا ولا شرطًا، فإن سلم فعليها الأجر كله ولو لبسته جارتها بغير إذنها فلا ضمان عليها؛ لأنه لم توجد منها الجناية ويجوز استئجار الميزان والمكيال والسرج ولا يدفعه إلى غيره للركوب؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب كما في اللبس واستئجار الألف جائز وخطته وخطة غيره سواء؛ لأنه لا تتفاوت بينهما، ويجوز استئجار الحلي للمرأة ولا تلبسه غيرها؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الحلي كما يتفاوتون في لبس الثوب. استأجر سيرًا وقتًا معلومًا جاز؛ لأنه استأجر ما يمكن الانتفاع به وبقاء عينه والمعقود عليه معلوم ببيان المدة فجاز.

(فصل)

استأجر قُبَّة لينصبها في بيته شهرًا فنصب في الشمس أو المطر وإن نصبها يضمن؛ لأن النصب في الشمس والمطر مستثنى من الإجارة عرفًا؛ لأنه يضر بالفئة فصار كما لو كان مستثنى شرطًا إلا إذا سلمت فعليه الأجر وله أن ينصبها في دار

أخرى في المصر؛ لأن الدارين في مصر واحد سواء في حق إلحاق مؤنة الرد بالمالك، ولو أخرجها إلى السواد يضمن؛ لأن الانتفاع بها خارج المصر مما يلحق بالمالك ضررًا كبيرًا وهو مؤنة الرد، فإن مؤنة الرد على الآجر، وإنما تربى مؤنة الرد على الأجرة وبالانتفاع بها في المصر لا يلحقه هذا الضرر، وكان بين الانتفاعين تفاوت فاحش فلم يتناول العقد الانتفاع خارج المصر، فقد استوفى ما لم يتناوله العقد فلم يلزمه الأجر، ومؤنة رد المستأجر على رب المال؛ لأنه اعتاض عنه. استأجر الفسطاط إلى مكة ذاهبًا وجائيًا ولم يبين متى يخرج ففاسد قياسًا لجهالة وقت الخروج وجائز استحسانًا ويخرج كما يخرج الناس؛ لأن وقت خروج الحاج معلوم عرفًا، والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا، وليس له أن يدفع إلى غيره عند أبي يوسف، وقال محمد: له ذلك؛ لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى، ألا ترى أنه إذا أخرج الفسطاط مع نفسه كان له أن يسكن غيره، والتفاوت في النقل والتحويل والنصب والقلع تفاوت يسير فلا يعتبر فلا يمنع جواز الإجارة، كما لو استأجر عبدًا ليخدمه في طريق مكة كان له أن يؤاجر من غيره. لأبي يوسف أن الناس يتفاوتون في نقل الفسطاط والخيمة، وفي نصبه وقلعه تفاوتًا فاحشًا فرب إنسان ينقله شهورًا ولا يفسده لمعرفته وهدايته بنصبه وقلعه فصار كالملبوس والمركوب بخلاف العبد؛ لأن ما يلحق به من الزيادة من التعب ومشقة بنقل الثاني وتحويله يمكنه دفع ذلك بنفسه؛ لأنه حافظ نفسه، ولو لم يستطع نصبه لانقطاع أطنابه أو انكسار عموده فلا أجر عليه، وفي الوتد يجب الأجر لأن الوتد يكون من قبل المستأجر عرفًا. فأما الأطناب والعمود من قبل الآخر فإذا انقطعت وانكسرت فقد عجز عن الانتفاع فتسقط الأجرة بقدره كما لو انقطع الماء في إجارة الرحى، ولو اسود بالسراج أو بإيقاد النار إن كان فعل ما يفعله الناس لا يضمن؛ لأن هذا القدر داخل تحت الإجارة عرفًا؛ لأنه لا بد للساكن من السراج في أوقات الظلام للضياء وكذلك الوقود لا بد منه في أوقات البرد والطبخ والخبز إلا إن شرط أن لا يوقد ولا يسرج فيضمن إن فعل، وإن جاوز المعروف ضمن؛ لأنه حصل بغير إذن المالك، وإذا انقطعت أطنابه يصنعها من عنده ونصبه فعليه الأجر كله ويمسك الأطناب؛ لأنه

استوفى منفعة السكنى والسكنى إنما تكون بالفسطاط لا بالأطناب، وإن كان لا يتوصل إلى السكنى إلا بها إلا أن الأطناب تبع للفسطاط، فإنه لا تقع بها السكنى والأجر لا يقابل البيع فيكون كله بإزاء منفعة الفسطاط كما لو استأجر رحى الماء فانقطع ماؤه وتكلف لإجراء الماء فعليه الأجر كله فكذا هذا. استكرى فسطاطًا يخرجه إلى مكة فخلفه في الكوفة حتى رجع يضمن ولا كراء؛ لأنه خالف حين خلف؛ لأنه أمسكه في موضع لم يأذن له بالإمساك، فإن المالك رضي بإمساكها على وجه يجب الأجر ولا أجر عليه لهذا الإمساك؛ لأنه لم يمسكها في المكان الذي أضيف إليه العقد فيصير غاصبًا كما إذا استأجر دابة إلى مكة فأمسكها بالكوفة حتى رجع ضمن ولا أجر عليه فكذا هذا. والقول للآجر مع يمينه على علمه؛ لأن اختلافهما وقع في التسليم في المكان الذي أضيف إليه العقد فيكون القول له؛ لأن الظاهر يشهد له والرد على المستأجر؛ لأنه بمنزلة الغاصب. تكارى الفسطاط إلى مكة ذاهبًا وجائيًا فخلفه بمكة فعليه الأجر ذاهبًا وهو ضامن لقيمة الفسطاط يوم خلفه والفسطاط له؛ لأنه أمسكه في موضع لم يؤذن له بالإمساك فيه فيصير ضامنًا، فإن لم يختصما حتى حج من قابل ورجع بالفسطاط فلا أجر عليه في الرجعة؛ لأن العقد تناوله في العام الماضي لا في العام القابل.

(باب الأوقات التي تقع عليها الإجارة)

الإجارة نوعان: إما أن تكون معقودة للحال، أو مضافة إلى زمان في المستقبل.

والمعقودة للحال نوعان: مؤقتة، ومطلقة.

أما المؤقتة: فهي ما إذا استأجر شهرًا أو شهورًا معلومة إن وقعت الإجارة في أول الشهر تعتبر بالأهلة، وإن وقعت في خلال الشهر فعند أبي حنيفة تعتبر بالأيام كل شهر ثلاثون يومًا، وعندهما يتم الشهر الأول بالشهر الآخر بالأيام، وتعتبر فيما بينهما بالأهلة وقد مرّت في كتاب العدة.

وأما المطلقة: وهي الإجارة الطويلة فهي نوعان:

أحدهما: لو أجر كل شهر بكذا لزمت الإجارة في الشهر الأول ولكل واحد

بعضها رأس الشهر، فإن سكنها من الشهر الثاني يومًا لزمه وليس لأحدهما بعضها، واختلف مشايخنا في جواز هذه الإجارة في الشهر الثاني وفي كيفية ثبوت الخيار لهما في كيفية إمكان الفسخ وفي صحة فسخ أحدهما بغير محضر الآخر.

أما **الأول**: قبل الإجارة في الشهر الأول جائزة وفيما عداه في الحال فاسدة ثم انقلبت جائزة بدخول كل شهر، والصحيح أن الإجارة في كلٍّ جائزة، وإطلاق محمد الإجارة جائزة تدل على هذا؛ لأن كلمة كل تناولت كل شهر لأن كلمة كل تعم الأسماء وتنظمها. وابتداؤه وانتهاؤه معلوم فكما جاء العقد في الشهر الأول جاز فيما عداه.

وأما **الثاني**: قيل إنما ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما؛ لأن الإجارة في الشهر مضافة إلى وقت في المستقبل ولكل واحد فسخ الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل.

والصحيح أن الإجارة في كل شهر مرسلة منجزة غير مضافة إلا إن ثبت الخيار لكل واحد رأس كل شهر لنوع ضرورة وهي نفي الضرورة؛ لأنه لو لم يثبت خيار الفسخ رأس كل شهر لزال رقبة المستأجر عن ملك المؤاجر معنى؛ لأنه لا يملك السكنى ولا يملك بيعه ولا هبته أبد الدهر؛ لأنه لا نهاية لجملة الشهور فلهذه الضرورة استثناء ولأنه الفسخ لكل واحد ليتعامل الناس.

وأما **الثالث**: وهي كيفية الفسخ، فإن رأس الشهر عبارة عن الساعة التي يهلّ فيها الهلال وكلما أهلّ الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن نقضها، ثم قيل: يقول قبل مضي الشهر فسخت هذه الإجارة فيتوقف الفسخ على انقضاء الشهر، فإذا انقضى الشهر بعد نفذ ويجوز أن يتوقف نفاذ الفسخ على وقت كما إذا اشترى عبدًا على أنه بالخيار فَحُمَّ العبد وفسخ يتوقف الفسخ بحكم الخيار إلى أن تزول الحمى، وكذا رب المال إذا فسخ المضاربة ومال المضاربة كان عروضًا يتوقف إلى أن يصير مال المضاربة ناضًّا وقيل يقول: إذا انقضى الشهر فقد فاسختك الإجارة؛ لأنه يصح إضافة الإجارة إلى وقت في المستقبل فكذلك الفسخ اعتبارًا للفسخ بالعقد.

وأما **الرابع**: لو فسخ أحدهما الإجارة بغير محضر صاحبه قيل: لا يصح عندهما

خلافًا لأبي يوسف كما في خيار الشرط، وقيل: لا يصح في قولهم جميعًا، فأبو يوسف يحتاج إلى الفرق بين الإجارة وبين خيار الشرط، والفرق أن الشروط إنما تملك الفسخ بغير محضر صاحبه؛ لأنه مسلط على الفسخ من جهته فصار كالوكيل بالبيع، وهنا كل واحد منهما غير مسلط على الفسخ من جهة صاحبه، بل هو مسلط على الانتفاع من جهة صاحبه، وإنما بثبت الخيار لنوع ضرورة فصار كما لو ثبت له حق الفسخ بسائر الأعذار وفي سائر الأعذار لا يصح الفسخ إلا بمحضر صاحبه فكذا هذا.

وأما الثاني من الإجارة الطويلة التي يفعلها الناس في بعض البلاد أنهم يؤاجرون الدار والأرض ثلاثين سنة متوالية غير ثلاثة أيام من آخر كل سنة وتجعل للتسعة وعشرين سنة أجرًا قليلًا وبقية الأجر للسنة الأخيرة، ثم قبل هذه الإجارة لا يجوز عند أبي حنيفة لأنها إجارة واحدة شرط فيها الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وهذا يفسد الإجارة كما في البيع، والصحيح أنه يجوز بالإجماع؛ لأن هذا ليس بشرط الخيار في الإجارة بل هذا استثناء ثلاثة أيام في آخر كل سنة عن الإجارة على أن هذه الأيام لم تدخل في هذه الإجارة ولم يثبت حكم الإجارة في هذه الأيام المستثناة، وهذا لا يفسد الإجارة كما لو أجر هذه الدار عشر سنين إلا السنة الثانية أو الثالثة جاز فكذا هذا.

والإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل بأن قال في شهر رمضان أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة محرم يجوز، وعند الشافعي لا يجوز ما لم يكن أول المدة عقيب البيع بناء على أن عنده الإجارة تنعقد على المنافع الموجودة حكمًا، فإذا أضاف إلى زمان في المستقبل فقد أضاف إلى منافع ستوجد في المستقبل فلا تصح، وعندنا العقد ينعقد فيما بين المتعاقدين للحال، وفي حق الحكم ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فلم يكن في الإضافة بغير مقتضى العقد فجاز.

ولو قال رجل: أجرتك داري هذه غدًا بدرهم ثم إنه أجرها اليوم من آخر إلى ثلاثة أيام ثم جاء الغد فللمستأجر الأول أن ينقض الإجارة في رواية وفي رواية ليس له ذلك لما مر في البيوع.

(**المنتقى**): قال أبو يوسف رجل استأجر من رجل حانوتًا كل شهر بثلاثة دراهم، فقال صاحب الحانوت بعدما مضى شهران: رضيت كل شهر بخمسة وإلا ففرغ الحانوت، فلم يفرغ وسكن فيه يجب عليه كل شهر خمسة دراهم؛ لأن سكناه برضائه دلالة كما لو ساوم البائع يومًا فقال: بعشرة، وقال المشتري: بتسعة، فإن سلم البائع إلى المشتري يكون البيع بتسعة؛ لأن تسلمه يكون رضا بتسعة، وإن أخذه المشتري منه يكون بعشرة؛ لأن الأخذ منه يكون رضاءً بالعشرة فكذا هذا، فإن قال المستأجر: لا أرضى بخمسة وسكنها لا يجب عليه إلا الأجر الأول.

وكذلك رجل رعى غنم رجل كل شهر بأجر مسمى فقال الراعي لصاحب الغنم: لا أرعى غنمك بعد هذا إلا أن تعطيني كل يوم درهمًا وسكت صاحب الغنم وترك غنمه مع غنم الراعي يجب عليه كل يوم درهم؛ لأن سكوته يكون رضا بما قال الراعي دلالة.

ورُوي عن محمد: رجل استأجر ثوبًا ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضت عليه ستون، ثم رده فعليه كل يوم دانق إلى الوقت الذي علم أنه لو لبسه لكان لا ينخرق، فإذا مضى وقت علم أنه لو كان لبسه لتخرق سقط عنه الأجر.

(باب الإجارة على أحد الشرطين)

مسائله على قسمين: إما أن أفرد الإجارة على أحد شيئين وسمى لكل واحد أجرًا معلومًا، أو جمع بينهما في الإجارة وسمى لكل واحد أجرًا، فإن أوقع الإجارة على أحد شيئين فإن قال: أجرتك هذه الدار بكري أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا جاز، وكذلك بثلاثة أشياء ولم يجز ذلك في أربعة أشياء؛ لأنه تخيير بين عقدين مختلفين ببدلين معلومين فأيهما اختار يلزمه ببدل معلوم، ولا تقع المنازعة ولا يجوز فيما زاد على الثلاثة استدلالًا بالبيع؛ لأن الإجارة معاوضة بمنزلة البيع، فلما جاز التخيير بين ثلاثة أشياء في البيع فلأن يجوز في الإجارة وقد تسامح في الإجارة من يحمل الجهالة والخطر ما لا يتحمل في البيع أولى إلا أنه يفارقه من

وجه، وهو أنه تصح الإجارة في إحدى المنفعتين من غير شرط الخيار، ولم يصح في البيع إلا بشرط الخيار في رواية؛ لأن الأجرة لا تجب بالعقد، وإنما تجب باستيفاء المنافع، ومتى استوفى إحدى المنفعتين فقد صار المعقود عليه معلومًا فلا حاجة إلى الخيار حينئذ، وفي البيع الثمن يجب بنفس العقد والمبيع لا يصير معلومًا إلا بالاختيار فيفتقر إلى شرط الخيار.

وأما إذا جمع بين العملين في الإجارة بأن دفع ثوبًا إلى خياط فقال: إن خطته فارسيًّا فلك درهم، وإن خطته روميًّا فلك درهمان، أو قال لصباغ: إن صبغته بعصفر فلك درهم، وإن صبغته بزعفران فلك درهمان، جاز بالإجماع.

وكذلك لو قال: أجرتك هذه الدابة إلى الحيرة بدرهم، وإلى القادسية بدرهمين، جاز بالإجماع؛ لأن الأجر هنا لا يجب إلا بالعمل؛ لأن المعقود عليه نفس العمل والجهالة لا تبقى عند العمل، بل يصير الأجر معلومًا وقت العمل.

ولو أجر دارًا على أنه إن قعد فيها خياطًا فبدرهم، وإن قعد قصارًا أو حدادًا فبدرهمين جاز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز.

وكذلك لو استأجر دابة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فنصف درهم، وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فعلى هذا الخلاف.

لهما: أن الأجر مجهول وقت الوجوب؛ لأن الأجر هنا يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري عند التسليم أي الأجرين يجب أجر الخياطة والقصارة بخلاف الفارسية والرومية؛ لأن الأجر لا يجب إلا بالعمل والعمل يجب معلوم حال وجوده فيكون الأجر معلومًا حال الوجوب. له: أن الأجرة معلومة وقت الوجوب؛ لأنه إن سكن عقب التسليم صارت الإجارة معلومة.

وإن ترك السكنى يجب أقل الأجرين وهو المقابل بأدنى العملين؛ لأنه متيقن الوجوب في الحالين؛ لأن الدرهم واجب قعد خياطًا أو حدادًا أو الزيادة عليه مشكوك فيها فلا يجب بالشك.

ولو أعطى يومًا خياطًا فقال إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك

نصف درهم فالأول صحيح، والثاني فاسد عند أبي حنيفة، وعندهما الشرطان صحيحان.

وعند زفر: كلاهما فاسدان مِن مَن جعل ذكر اليوم للتعجيل، والإضافة إلى الغد لِلتَّرْفِيهِ والتيسير لا للتعليق؛ لأن الإضافة تذكر لِلتَّرْفِيهِ عادة، فإذا لم يترفه فكان العقد الموجود في الغد موجودًا في اليوم، والعقد الموجود في اليوم موجود في الغد، فاجتمع في كل يوم عقدان بثمنين مختلفين درهم ونصف درهم فيفسد العقد.

لهما: أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة ولغيره مجاز والإضافة إلى الغد للتعليق حقيقة ولغيره لا وأثر التأقيت أن لا يبقى المؤقت بعد مضي الوقت، وأثر التعليق أن لا يكون موجودًا قبله فلا يجتمع في كل يوم عقدان فيصحان.

له: أن ذكر اليوم للتعجيل دلالة؛ لأن اليوم قد يذكر للاستعجال عادة وقد قامت هنا الدلالة على أنه أراد به الاستعجال وهو حط بعض الأجرة في الغد؛ لأن بعضًا من الأجرة لتأخير العمل فبان أن ذكر اليوم للتعجيل لا للتأقيت والإضافة إلى الغد للتعليق؛ لأن المضاف إلى زمان معدوم للحال كالمعلق بالشرط في المآل فلا يكون موجودًا قبل الشرط فلا يجتمع في اليوم تسميتان فصح العقد، وإذا لم يعجل العمل كان العقد نافيا في الغد فاجتمع في الغد تسميتان متعارضتان فيفسد العقد، ولو خاطه في الغد، فإنه يجب أجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وفي رواية عنه لا يزاد على نصف درهم؛ لأن الزيادة على نصف درهم زيادة على المسمى في الغد والزيادة على المسمى لا تستحق في الإجارة الفاسدة. وجه ظاهر الرواية: اجتمع في الغد تسميتان الأقصى والأدنى؛ لأن التسمية الأولى لا تنعدم لمجيء الغد وقد اعتبرت التسمية الأقصى لمنع الزيادة عليها فيجب أن يعتبر الأدنى لمنع النقصان عنه ليكون لكل واحد من التسميتين خطأ في تحديد أجر المثل، ولو خاطه في اليوم الثالث فالصحيح عند أبي حنيفة أنه لا يجاوز به نصف درهم؛ لأنه إذا لم يرض بتأخيره إلى الغد فأكثر من نصف درهم فإلى ما بعد الغد أولى، والصحيح عندهما أنه ينقص عن نصف درهم ولا يزاد عليه هذا إذا جمع بين اليوم والغد.

فأما إذا أفرد العقد على اليوم، فإن قال: إن خطته اليوم فلك درهم فخاطه في الغد هل يستحق الأجر عند أبي حنيفة؟ قيل: لا أجر له؛ لأن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة وللاستعجال مجازًا ولكن قامت الدلالة على المجاز حالة الإجماع، ولا دلالة حالة الانفراد فنفي للتأقيت حقيقة وقيل له الأجر؛ لأنه متى ذكر التأقيت مع العمل فاعتبار التأقيت إن كان لا ينفي العقد في الغد فاعتبار ذكر العمل يبقى إلى الغد؛ لأنه باعتبار ذكر العمل تكون الإجارة منعقدة على العمل والعقد كان ثابتًا فلا يرتفع بالشك إلا أنه اعتبر عقدًا فاسدًا؛ لأن ذكر التأقيت مع ذكر العمل مفسدة للإجارة لما تبين.

(**النوادر**) ولو قال: إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدًا فلا أجر لك، فإن خاطه في اليوم فله درهم، وإن خاطه في الغد فله أجر مثله لا يزاد على درهم بالإجماع؛ لأن الشرط الثاني فاسد؛ لأن نفي الأجر بتأخير الخياطة عن اليوم فاسد لما فيه من الخطر؛ لأنه لا يدري أنه توجد الخياطة في الغد ولا تجب الأجرة أو لا توجد فتجب الأجرة فتكون بمعنى القمار. ثم جعل ذلك إجارة في الغد لا استعانة منه؛ لأنه أسقط الأجر بعوض يحصل للخياط وهو منفعة التأخير فإن للخياط نوع منفعة في التأخير فتكون إسقاطًا لعوض لا مجانًا فيجعل إجارة فاسدة.

ولو استأجر يومًا بدرهم، فإن بدأ له كل يوم بدرهم فالإجارة فاسدة قياسًا؛ لأنه علق الإجارة فيما عدا اليوم الأول بالخطر؛ لأنه ربما يبدأ له وربما لا يبدأ له فصار كأنه قال: إن فعلت هذا فأجري منك، وفي الاستحسان جائزة؛ لأن الإجارة فيما عدا اليوم معلقة بالمشيئة والإرادة فيكون تفسيرًا للقبول؛ لأن القبول لا يكون إلا عن مشيئة فكأنه قال: أجرتك فيما عدا اليوم الأول إن قبلت، ولو صرح بهذا كان جائزًا ولا يكون تعليقًا بالخطر بل تمييزًا لِعقد، كما لو قال: بعت منك هذا العبد بألف درهم إن سبق جاز فكذا هذا.

ولو دفع إلى خياط ثوبه للخياطة على أن يفرغ منه في يومه أو اكترى بعيرًا إلى مكة على أن يدخلها إلى عشرين ليلة ولم يرد على هذا فالإجارة جائزة، فإن وفى بالشرط فله المسمى، وإن لم يف فله أجر المثل لإيراده على المشروط؛ لأن ذكر اليوم هنا للاستعجال وهو مقصوده من هذا العقد فبقي العقد في الغد.

ولو استأجر دابة إلى الكوفة أيامًا معلومة أو استأجر خياطًا ليعمل له عمل خياطة اليوم أو استأجر خبازًا ليخبز له عشرة مخاتيم دقيق اليوم بدرهم تكون فاسدة عند أبي حنيفة وعندهما جائزة.

لهما: أن المقصود هو العمل فيحمل ذكر المدة على تعجيل العمل دون التأقيت تصحيحًا للعقد، فإذا لم يعمل في اليوم وفرغ من الغد يستحق الأجر كله.

له: أن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر الوقت يدل على أن المعقود عليه المنفعة فإن المنافع تقدر بالأوقات دون العمل وذكر العمل يدل على المعقود عليه نفس العمل، وكل واحد منهما مقصود في نفسه؛ لأن أغراض الناس ورغباتهم في ذلك مختلفة فلا يرجح أحدهما على الآخر مع قيام التسوية في الرغبة من غير دليل، ولا يمكن الجمع بينهما، فكان المعقود عليه مجهولًا وجهالته مانعة جواز العقد، بخلاف ما لو استأجره للعمل على أن يفرغ منه اليوم جاز؛ لأنه ذكر اليوم هنا صفة للعمل وهي الفراغ في اليوم، وصفة العمل تبع للعمل ولا يصلح معقودًا عليه مقصودًا، كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز فالكتابة والخبازة لا يكون مقصورًا عليه لأنها ذكرت صفة للعبد فكان تبعًا فكذا هذا.

(باب الإجارة الفاسدة)

كل جهالة تفسد البيع تفسد الإجارة؛ لأن الجهالة المتمثلة في البدل أو المبدل أو المدة تفضي إلى المنازعة فإنها مفسدة.

مسائله مشتملة على فصول:

فصل فيما لا يصلح بدلًا.

وفصل فيما يصلح مبدلًا.

وفصل فيما يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه.

(فصل)

ولو استأجر رجلًا ليطحن أو دابة ليطحن بها حنطة على أن يكون له قفيز من

ذلك الدقيق أو يعصر له سمسمًا ببعض ما يخرج من دهنه، أو استأجر دابة ليحمل عليها طعامًا بنصفه أو بقفيز منه لا يجوز؛ لأن النبي عليه السلام نهى عن قفيز الطحان وهو أن يخرج أجره قفيزًا مما طحن فكل ما كان بمعنى قفيز الطحان يكون حرامًا ولأنه جعل أجره شيئًا معدومًا؛ لأنه جعل أجره بعض الدقيق الذي يطحنه من هذه الحنطة أو بعض ما يخرج من عمله وذلك معدوم، ولو لم يقل من ذلك الدقيق ونحوه جاز؛ لأن الدقيق يصلح واجبًا في الذمة.

وكذلك لو دفع غزلًا إلى حائك لينسجه بالنصف لا يجوز والثوب لرب الغزل وللحائك أجر مثله. دفع أرضه ليغرس شجرًا أو كرمًا على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفان لم يجز، والشجر والكرم لرب الأرض وعليه قيمة الشجر والغرس وأجر ما عمل فيها ولا يؤمر بقلعه؛ لأن صاحب الأرض استأجر الغارس ليجعل أرضه بستانًا بأشجار من عنده ليكون أجره نصف البستان فقد جعل أجره بعض ما يخرج من عمله فيكون الأجر معدومًا حالة الإجارة فيكون بمعنى قفيز الطحان، ولأن هذه التسمية لو صحت يملك جزءًا من الأرض بجزءٍ من العمل فيصير عاملًا في شيء هو شريك فيه فكانت الإجارة فاسدة، وللغارس أجر مثل عمله في الإجارة الفاسدة، وعلى رب الأرض قيمة الأغراس؛ لأنه صار مستقرضًا للأغراس منه وقابضًا لذلك حكمًا باتصاله بملكه، واستقراض الأغراس لا يجوز فيكون قرضًا فاسدًا فيوجب الملك إذا اتصل به القبض، وهذا كما لو دفع غزلًا إلى حائك لينسجه بالنصف على أن يزيد رطلًا من غزل نفسه فينسج وزاد رطلًا من غزل نفسه فله أجر مثل عمله ويضمن صاحب الغزل للحائك رطلًا من غزله فكذا هذا، ولو كانا أكلا الغلة حسب من أجر الغارس ما أكل؛ لأنه ملك صاحب الأرض.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "**من السحت عسيب التيس وكسب الحجام ومهر البغي**".

أما عسيب التيس فهو استئجار التيس لينزو على غنمه وهذا لا يجوز خلافًا لمالك؛ لأن إنزاء العجل من غير أعلاق ولا فائدة للمستأجر فيه والأعلاق ليس في وسعه، ولو شرط الأعلاق فسدت الإجارة بالإجماع فخلت الإجارة عن الفائدة

وصار كما لو استأجر مهرًا صغيرًا لا يجوز، فأما عسيب التيس للإنزاء بغير أجر لا بأس به؛ لأن فيه بقاء النسل واتصال النتاج، فأما أخذ الأجرة عليه حرام.

ويجوز الاستئجار للحجامة وأخذ الأجرة عليها مباح والنهي الوارد عنه نهي إشفاق لما فيه من الدناءة؛ لأنه مستقذر عادة.

ومهر البغي هو أن يؤاجر أمته على الزنا فهذا حرام، وما أخذ من المهر فهو حرام عندهما.

وعند أبي حنيفة: إذا أخذ بغير عقد بأن زنى بأمة ثم أعطاها شيئًا فهو حرام؛ لأنه يصير أخذًا بغير حق، وإن استأجرها ليزني بها ثم أعطاها مهرها أو ما شرط لها فلا بأس بأكل ذلك؛ لأن في الإجارة الفاسدة إذا أخذ أجر المثل يطيب له، وإن كان السبب حرامًا فكذا هذا.

ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى، ولا الخدمة بالخدمة، ولا زراعة أرض بزراعة أرض خلافًا للشافعي، ويجوز خدمة العبد المعين بالركوب، والسكنى بالزراعة، فالمنفعة إذا قوبلت بجنسها لا يجوز عندنا وبغير جنسها جائز بالاتفاق بناء على أن المنافع معدومة حقيقة، وتقدير الاستحالة كون منفعة السنة كلها موجودة في ساعة واحدة، والعقد ينعقد ساعة بساعة وكانت المنفعة نساءً لا عينًا والجنس بانفراده يحرم النَّساء عندنا وعنده لا يحرم.

(فصل)

ولو استأجر نصيبًا أو مائة ذراع من عقار أو جريبًا من أرض لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز؛ لأن عنده لا يجوز بيع نصيب أو ذراع من الدار فكذلك الإجارة لأن المستأجَر مشاع مجهول، وعند أبي يوسف: يجوز بيع النصيب فكذلك الإجارة، وعند محمد: لا يجوز بيعه ويجوز إجارته.

والفرق بينهما أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة في حق المنافع، والأجرة تجب عند استيفاء المنفعة، وعند الاستيفاء النصيب معلوم بخلاف البيع، فإن الثمن يجب بالبيع والمبيع مجهول.

ولا يجوز إجارة الشجر على أن تكون الثمرة للمستأجر. وكذلك لو استأجر بقرًا أو شاة ليكون الولد أو اللبن له؛ لأنها عقدت على استحقاق العين وهي الثمرة والإجارة وضعت لاستحقاق المنفعة لا لاستحقاق العين.

(**الجامع**): ولو استأجر نخلًا أو شجرًا ليبسط عليه ثيابًا أو يشد به الدابة ذكر القدوري أنه يجوز، وإليه أشار محمد لأن الإجارة عقدت على منفعة محضة تتحقق من الأشجار مع بقاء العين، وذكر الكرخي في مختصره أنه لا يجوز؛ لأن هذه ليست بمنفعة مقصودة من الشجر، وعقد الإجارة حدد لمكان الحاجة، والحاجة إنما تتحقق من المنافع المقصودة، فإذا انعدمت الحاجة فيها بقي على أصل القياس.

(**الجامع**): ولو اشترى تمرًا من محل ثم استأجر النخيل حتى أدرك فهو باطل ولم يتصدق بالفضل؛ لأن استئجار النخيل باطل؛ لأن المنفعة الأصلية من النخلة إخراج الثمرة لابقاء الثمرة عليها، ولأن محل الإجارة المنفعة لا العين كما والمنفعة المطلوبة هنا زيادة الثمرة وأنها عين والإجارة لا تنعقد على العين كما لو استأجر شاة ليحلب لبنها أو ليخرصوها لا تنعقد فكذا هذا، فكان العقد مضافًا إلى غير محله فلغى وكان الفضل حاصلًا بالإذن لا يعقد فاسد فطاب له.

وكذلك لو اشترى أطراف الرطبة ثم استأجر الأرض لإبقاء الرطبة؛ لأن أصل الرطبة ليس على ملكه فلم يكن استئجارًا للأرض لإبقاء ملكه فيها.

ولو اشترى نخلًا أو قصبًا أو رطبة بأصلها ليقلعها، ثم استأجر الأرض مدة معلومة ليبقيها جاز؛ لأن لهما منفعة؛ لأن الحب والثمرة لا تتولدان من الأرض، ولكن منافع الأرض تحصيل الحب والثمر وهو التربية، فإن استأجر الأرض إلى أن يدرك لا يجوز ويتصدق بالفضل؛ لأن المحل قابل لعقد الإجارة فانعقدت إلا أنها فسدت بجهالة المدة فحصل له الفضل بعقد فاسد فيتصدق به.

(فصل)

(**المبسوط**): ولو استأجر أرضًا وفيها زرع أو كرم يمنع من الزراعة فهي فاسدة؛

لأنه أجر ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر يلحقه وهو قلع الزرع والكرم، وإن قلع وسلمها إلى المستأجر جاز؛ لأنه زال المانع كما لو باع جذعًا في سقف ثم نزعه وسلمه حتى لو كان الزرع قد أدرك لا يضره حصاده جازت الإجارة ويؤمر بالحصاد كما لو أجر دارًا فيها متاع للمؤاجر يؤمر بتفريغها من المتاع فكذا هذا.

فإن مضى من مدة الإجارة شيء قبل أن يختصما ثم قبل الزرع، فالمستأجر بالخيار إن شاء قبضها ودفع عنه أجر ما لم يقبض، وإن شاء ترك؛ لأن المقصود من الأرض الزراعة وذلك يكون في وقت دون وقت، فإذا مضى بعض الوقت ولم تكن الأرض في يده أحيل المقصود فيتخير، بخلاف ما لو استأجر دارًا يسكنها فمنعه المؤاجر عن السكنى في بعض المدة يلزمه العقد في الباقي ولا خيار له؛ لأن المقصود هو السكنى فهو أنه في بعض المدة لا يوجب خللًا في سكنى الباقي.

دفع أرضه ليغرس شجرًا على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الأرض، وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل ولا يؤمر بقلعه؛ لأن صاحب الأرض استأجر الغارس ليجعل أرضه بستانًا بأشجار من عنده ليكون له أجره نصف البستان، وهذه الإجارة فاسدة، لأنه جعل أجره بعض ما يخرج من عمله، فلا يكون الأجر معلومًا حالة الإجارة فيكون بمعنى قفيز الطحان، ولأن هذه التسمية لو صحت يملك جزءًا من الأرض بجزء من العمل فيصير عاملًا في شيء هو فيه شريك، فكانت الإجارة فاسدة، وللغارس أجر مثل عمله في الإجارة الفاسدة، وعلى رب الأرض قيمة الأغراس لأنه صار مستقرضًا للأغراس منه وقابضًا لذلك حكمًا لاتصاله بأرضه واستقراض الأغراس لا يجوز فيكون قرضًا فاسدًا فيوجب الملك إذا اتصل به القبض.

وهذا كما لو دفع غزلًا إلى حايك لينسجه بالنصف على أن يزيد رطلًا من غزل نفسه فنسج وزاد رطلًا من غزل نفسه فله أجر مثل عمله، ويضمن صاحب الغزل للحايك رطلًا من غزله فكذا هذا.

ولو كانا أكلا الغلة حُسب من أجر الغارس ما أكل؛ لأنه ملك صاحب الأرض.

ولا يجوز إجارة المراعي والآجام وشرب من نهر، وكذلك لو نبت بإنباته أو

زرع قصيلًا في أرضه ثم أجّرها من آخر ليرعى غنمه لم يجز وعليه قيمة ما رعته غنمه؛ لأن الإجارة عقد على استحقاق العين؛ لأن الحشيش والكلأ والماء عين، والأعيان لا تستحق بعقد الإجارة؛ لأنها وضعت لتمليك المنفعة لا لتمليك العين، فإذا رعى غنمه فقد استهلكها بحكم عقد فاسد فيضمن قيمتها.

ولو استأجر نهرًا ليصيد سمكًا أو حوضًا أو بركة ليسقي منه الماء لم يجز؛ لأن الإجارة وقعت على استحقاق العين مقصودًا فصار كما لو استأجر شاه ليحلب لبنها.

ولو استأجر نهرًا يابسًا ليجري فيه الماء إلى أرضه أو بالوعة ليصب فيها ماء وضوئه وقوله لا يجوز؛ لأنه لا يمكنه إجراء الماء في كل النهر؛ لأن النهر لا يستمسك ذلك فلا بد من أن ينقص شيئًا وقدر ما ينقص مجهول فيصير الباقي مجهولًا.

وكذلك قدر ما يصب في البالوعة مجهول جهالة يوقعهما في المنازعة وجهالة المستأجر تفسد الإجارة، وكذا لو استأجر مسيل ماء يسيل ماء المطر على سطح المؤاجر؛ لأن ما يسيل مجهول يقل ويكثر لا يدري كم يأخذ الماء فلا بأس به.

وذكر هشام عن محمد: ولو استأجر النهر اليابس ولم يقل شيئًا ثم أجرى منه الماء فلا بأس به.

وعن محمد: لو استأجر موضع أرض معروف ليسال ماؤه فهو جائز؛ لأنه لما عيّن الموضع زالت الجهالة.

ولو استأجر ميزابًا مركبًا في الحائط ليسيل الماء فيه لم يجز لما ذكرنا، وكذلك لو استأجر نهرًا ليسقي منها غنمه أو بكرة حبله ودلوًا ليسقي بها غنمه لم يجز؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأنه إنما يصير معلومًا ببيان المدة أو قدر العمل ولم يوجد واحد منهما.

ولو استأجر الحائط ليضع عليه جذعًا أو يبني عليه سدة أو موضع وتد أو كوة يبقيها أو موضع ميزاب لا يجوز.

وقال الشافعي: يجوز إذا بيّن المدة.

والصحيح قولنا؛ لأنه استأجر الحائط لا غير والحائط اسم للبناء ولا يتناول ما حول الحائط من الأرض فلا يدخل ما حولها من الأرض تجب الإجارة وبدون ذلك لا يمكنه الانتفاع بالحائط؛ لأنه لا يمكنه البناء ووضع الجذوع وفتح الكوة إلا بالقيام على الأرض فقد استأجر ما لا ينتفع به فلا يجوز، ولهذا لا يجوز إجارة البناء ممن ليس له العرصة؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بمجرد البناء من غير أرض.

ولو استأجر طريقًا ليمر فيه أو علو منزل ليبني عليه لم يجز عند أبي حنيفة خلافًا لهما. لهما: أن الأرض الذي للعلو بمنزله أرض السفل.

ولو استأجر أرضًا للبناء عليها جاز، وإن كان قدر البناء مجهولًا فكذا هذا.

له: أن جهالة قدر البناء تضر بأرض العلو والضرر يتفاوت بكثرة البناء وقلّته فكانت جهالة قدر البناء مانعة جواز إجارة أرض العلو، فأما جهالة قدر البناء لا تضر بأرض السفل، فإنه لو قلّ البناء أو كثر لا يتضرر به رب الأرض فجاز استئجار رب الأرض للبناء مع الجهالة وفي إجارة الطريق المستأجر مشاع؛ لأن مروره لا يشغل جميع الطريق وإنما يشغل طائفة منه، وشيوع المستأجر يمنع جواز الإجارة عنده خلافًا لهما حتى لو بين مكانًا معلومًا جازت بالإجماع.

ولو استأجر ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد، وكذلك الدنانير وتبرهما وتبر النحاس ونحوه؛ لأن الإجارة عقدت على الأعيان، والإجارة تنعقد على المنافع دون الأعيان ويكون فرضًا؛ لأن الإجارة لما لم تصح بقي مجرد إذن بالانتفاع لينصرف بها ويرد عليه مثلها فصار كإعادة المكيل والموزون.

ولو استأجرها ليزن بها يومًا إلى الليل جاز أي بغيرها ميزانًا أو مكيالًا.

وقال الشافعي: لا يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأنها عقدت على منفعة يمكن استيفاؤها مع بقاء العين فصار كاستئجار الصنجاة.

ولو استأجر الدراهم والدنانير مطلقًا ولم يذكر العمل بها اختلفوا فيه: قيل: يجوز ويحمل على الانتفاع بهما من حيث الوزن بهما احتيالًا للجواز. وقيل: لا يجوز؛ لأن المنفعة المطلوبة منهما التصرف بهما؛ لأن الوزن بهما فعند الإطلاق

ينصرف مطلق الإجارة إليه، وعند التقيد بالوزن تنصرف إليه، ولا يجوز استئجار العبد بطعامه لأن الجرة مجهولة.

(فصل)

ولو استأجر امرأته للخدمة لم يجز؛ لأن خدمة الزوج مستحقة على المرأة ديانة لما فيها من حسن المعاشرة والسكن والازدواج؛ لأن السكن والازدواج والإجارة على ما كان مستحقًا على الأجير لا يجوز كما لو استأجرها للعمل للبيت من الخبز والطبخ ورضاع ولده منها.

ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة أو لرعاية الغنم جاز وله أن يفسخها ولا يخدمها في ظاهر الرواية.

وروى أبو عصمة سعد بن معاذ المروزي عن أبي حنيفة: أنه باطل، وهكذا ذكر الحاكم في مختصره؛ لأن الزوج مالك وقوَّام عليها، وفي الاستخدام إذلال به فلا يجوز كالابن إذا استأجر أباه للخدمة. وجه ظاهر الرواية: أن خدمتها غير مستحقة عليه ومنافعه مملوكة فجازت الإجارة بهذا الاعتبار كما لو أجر نفسه من أخته وباعتبار أنه تلحقه المذلة والمذلة في الخدمة تثبت له حق الفسخ حتى يمكنه دفع هذا الذل لو أراده.

ولو خدمها استحق الأجر نظرًا له، ولو استأجره ابنه للخدمة لم تلزمه الإجارة إلا إذا كان الابن عبدًا أو مكاتبًا لغيره جاز وعليه الأجر؛ لأن خدمة الأب مستحقة على الابن بخلاف ما لو كان الابن عبدًا.

ولو استأجر أبويه لم يجز حرًّا كان أو عبدًا لغيره أو كافرًا وله الأجر إذا عمل؛ لأن الابن مأمور بتعظيم أبيه وتكريمه وينهى عن الاستخدام بتذليله وتوهينه، وإنما حكمنا بفساد إجارة الأب نظرًا له كيلا يلحقه إهانة ومذلة، والنظر في تجويزهما متى عمل حتى لا تزول منافعه مجانًا، ولا ينتقص الأجر متى كان أجر المثل أنقص من المسمى.

ولو استأجر جد أبيه للخدمة، وهو مكاتب أو عبد جاز ولو كان أباه لم يجز.

ولو استأجر الذمي المسلم للخدمة جاز ويكره؛ لأنه استذلال صورة لا معنى؛ لأنه يستحق العوض بإزاء الخدمة فيكون عاملًا لنفسه من حيث تحصيل الأجرة فيزول الذل من حيث المعنى فجاز إلا أنه يكره لمكان الاستذلال صورة.

(فصل)

ولا يجوز استئجار السكنى بالسكنى ولا الخدمة بالخدمة ولا زراعة أرض بزراعة أرض، خلافًا للشافعي.

ويجوز خدمة العبد المعين بالركوب، فالمنفعة إذا قوبلت بجنسها لا يجوز عندنا، وبغير جنسها جاز بالاتفاق بناء على أن عندنا المنافع معدومة حقيقة، وتقدير الاستحالة كون منفعة السنة كلها موجودة في ساعة واحدة والعقد ينعقد ساعة فساعة، فكانت المنفعة نساءً لا عينًا، والجنس بانفراده يحرم النَّسَاء عندنا وعنده لا يحرم.

استأجر رجلًا ليبيع له أو يشتري له بكذا بأجر معلوم لا يجوز، فإذا عمل فله أجر المثل ويكون أجر المثل طيبًا له إلا أنه يأثم إثم مباشرة عقد فاسد.

وقال مالك وابن أبي ليلى: إن الإجارة جائزة.

لنا: أن هذه الإجارة وقعت على عمل ليس في وسع الأجير؛ لأن البيع والشراء لا يقوم به وحده، وإنما يقوم به وبغيره وربما لا يجد من يساعده، وإذا لم ينفرد به لم يمكنه تسليم ما التزم فلا يصح كما لو استأجره لتَذْرِيةِ[1] الكُدْسِ[2] لا يجوز.

ولو استأجره يومًا أو شهرًا ليبيع أو يشتري له جاز؛ لأن المعقود عليه المنفعة لا العمل، ألا ترى أنه متى سلم نفسه لذلك يستحق الأجر فكان تسليم ما وجب بالعقد ممكنًا ولو أمره بأن يبيع له أو يشتري ولم يشترط له أجرًا فهو جائز؛ لأن هذه

---

(١) تَذْرِيَةُ الحِنْطَةِ بِالمِذْرَاةِ: ذَرْوُهَا، أَيْ تَنْقِيَتُهَا مِنَ التُّرَابِ.

(٢) الكُدْسُ: المجتمعُ من كلِّ شيء، نحو الحبُّ المحصود، والتمر، والدراهم، والرّمْلِ المتراكب والجمع: أَكداس

كُدْسُ الزَّرْعِ: الزَّرْعُ الْمَحْصُودُ الْمَجْمُوعُ.

استعانة ابتداء وإجارة أنها من حيث إنه أمره أحل له ولم يشترط له أجرًا كان استعانة ومن حيث إنه لم يقعد ليعمل مجانًا للناس، وإنما قعد ليعمل له بأجر كان إجارة انتهاء للعرف، فإن المعروف كالمشروط، ولهذا قالوا يجبر على إعطاء الأجرة متى امتنع من الإعطاء، ولهذا قال محمد: إذا عمل عوضه أجر المثل فقد أمره بإعطاء العوض.

(**المنتقى**): لو استأجر سنورًا ليصيد الفأر في بيته كان باطلًا؛ لأن هذا فعل السنور وربما لا يصيد فيتعذر تسليم المعقود عليه وليس هذا كالكلب، والبازي يستأجره أيامًا ليصيد به جاز؛ لأن المستأجر هو الذي يرسله وبإرساله وعمله يذهب ويصيد وهو بمنزلة الآلة للاصطياد فصار كما لو استأجر سكينًا ليذبح شاة.

وذكر الكرخي في مختصره: لو استأجر كلبًا معلمًا أو بازيًا ليصيد به فلا أجر له؛ لأنه لا يمكن إجبار الكلب على الصيد فيتعذر تسليم المعقود عليه.

ورُوي عن محمد فيمن استأجر شاة ليرضع جديًا أو صبيًّا لا يجوز؛ لأن محل الإجارة المنافع لا الأعيان، واللبن عين منتفع بها متقوّمة فلا تستحق بالإجارة بخلاف ما لو استأجر ظِئْرًا؛ لأن المستحق به فعل الحضانة واللبن آلة فجاز أن يستحق تبعًا وهنا بخلافه.

ولو استأجر قومًا يحملون جنازة أو يغسلون ميتًا، فإن كان في موضع لا يجد غيرهم فلا أجر لهم؛ لأنهم تعينوا لإقامة هذا الواجب، فإن وجد غيرهم فلهم الأجر لأنهم لم يتعينوا لإقامة هذا [الواجب][1].

قال محمد: لو استأجر سطحًا أو أرضًا يجفف عليه ثيابًا جاز، وإن استأجر نخلة يجفف عليها ثيابًا لم يجز؛ لأن استئجار النخل باطل لما مر.

ولو استأجر رجلًا بعشرة دراهم على أن يحلج له قطنًا معلومًا وسماه مَرْوِيًّا أو جنيبيًّا جاز إذا كان القطن عنده.

ولا يجوز أن يستأجره على عمل ليس عنده وهو بالخيار إذا رأى الثياب؛ لأن بعض الثياب أشد قصارة من بعض لدقتها ورقتها ولا تشبه قصارة الثياب حلج القطن.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الفرض.

رجل دفع إلى رجل ثوبًا فقال: بعه بعشرة دراهم فما زاد فهو بيني وبينك، فباعه باثني عشر، قال أبو يوسف: له أجر مثله ولا يجاوز به درهمًا.

وكذلك إن باعه بأكثر أو بأقل وإن باعه بعشرة دراهم فلا أجر له، وكذلك إن لم يبعه، وقال محمد: له أجر مثله بالغًا ما بلغ باع أو لم يبع.

رجل دفع ثوبًا إلى منادٍ ليبيعه فنادى ولم يبع صاحبه قال: له أجر مثله؛ لأن هذه إجارة فاسدة.

قال الفقيه أبو الليث في نوازله: هذا هو القياس.

وفي الاستحسان: لا يجب له شيء؛ لأن أجر المثل يعرف بعمل التجار وهم لا يعرفون لهذا العمل أجرًا.

باع شيئًا بالمزايدة فاستأجر مناديًا ينادي ببيع ذلك، ينظر إن بين فقال له: نادِ كذا كذا صوتًا فهو جائز وقّت له وقتًا أو لم يوقّت، وإن لم يبين فلا يجوز.

(باب الشروط المفسدة للإجارة)

اشترط تطيين الدار أو إدخال الجذع فهو فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين فيفضي إلى المنازعة.

ولو استأجر كل شهر بعشرة على أن يعمرها فهو فاسد؛ لأن بعض الأجر مجهول؛ لأنه لا يدري أي قدر يعطيه متى لم يخرب شيء من الدار حتى لم يحتج إلى المرمة والعمارة وعليه أجر مثلها بالغًا ما بلغ؛ لأنه رضي بتلك الزيادة على المسمى فيلزمه ما بلغ بخلاف غيرها من الإجارات الفاسدة لا يجاورها بأجر المثل المسمى؛ لأنه لم يرض بالزيادة عليه.

وإن شرط رد الأرض مكروبة ينظر إن شرط كرابها في مدة الإجارة فهي فاسدة؛ لأن مدة الإجارة مجهولة؛ لأن مدة الكراب مجهولة تقلّ وتكثر وأنها مستثناة من مدة الإجارة؛ لأنه عامل في مدة الكراب لرب الأرض فيوجب جهالة مدة الإجارة.

وإن شرط كرابها بعد انقضاء المدة بأن قال: أجرتها بكذا على أن يكربها بعد انقضاء المدة فهي فاسدة لأنها صفقة شرطت في صفقة.

[وإن قال: أجرتها بكذا وبأن يكربها بعد انقضاء المدة فهي فاسدة؛ لأنها منفعة شرطت في منفعة][1]، وإن قال: أجرتها بكذا وبأن يكربها بعد انقضاء المدة فالإجارة جائزة؛ لأن مدة الإجارة معلومة والكراب في نفسه معلوم يصلح أجرًا، ألا ترى لو استأجر رجلًا للكراب جاز.

وإن أطلق الكراب بأن قال: أجرتها بكذا وأن يكربها انصرف إلى ما بعد انقضاء المدة احتيالًا للجواز.

ولو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع الماء فالأجر لازم لا يصح؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد؛ لأنه شرط استحقاق الأجرة بعد انفساخ العقد قبل التسليم، فصار كما لو شرط الثمن على المشتري بعد هلاك المبيع في يد البائع.

استأجر بيتًا بعشرة على أنه إن سكن يومًا ثم خرج فعليه الأجر كاملًا فهو فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد؛ لأنه شرط بدل جميع المعقود عليه بإزاء بعضه حال فوات الباقي قبل القبض والعقد لا يقتضي ذلك فصار كما لو اشترى حنطة على أنه إن هلك شيء منها قبل القبض فعليه الثمن كله فسد البيع.

ولو استأجر عبدًا شهرًا على أنه إن مرض [هو] أو مرض المستأجر يعمل من الشهر الثاني بقدره فهو فاسد؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن العقد لا يقتضي بدل أيام المرض من الشهر الداخل؛ لأن الإجارة انفسخت بعذر مرض العبد من الشهر القائم لو انتهت بمضي الشهر القائم في مرض المستأجر فلا يدخل بدل أيام المرض من الشهر الداخل بحكم العقد فكان بمنزلة ما لو اشترى كر حنطة بعينها على أنه إن هلك بعضها قبل القبض، فإنه يتمها من حنطة مثلها فسد البيع؛ لأن العقد انفسخ فيما هلك فلا يجب بدله من حنطة أخرى بحكم العقد.

سلّم غلامه إلى معلم وشرط أن يخدمه فهو فاسد؛ لأن تحذيق الغلام ليس في وسع المعلم ولأن التحذيق مجهول؛ لأنه لا غاية له.

ولو شرط خراج الأرض على المستأجر يكون فاسدًا قالوا: هذا في خراج المقاسمة أو في أرض صاحبه ثم تقرر توصيفه، وإنما يعرف مقداره عند القسمة على

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

الأرضين؛ لأن الجماجم ربما تقلّ وتكثر فيتفاوت نصيب الأراضي فيكون الخراج مجهولًا وهذا عند أبي حنيفة؛ لأن عنده خراج المقاسمة على رب الأرض، فأما عندهما فعلى المستأجر فلا يفسد العقد؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد من غير شرط، فأما في خراج الوظيفة قيل يجوز؛ لأن الخراج معلوم فتكون الأجرة معلومة وقيل لا يجوز وإطلاق محمد يدل على هذا؛ لأن خراج الوظيفة مما ينقص عن وظيفة عمر، ويزاد عليها عند الطاقة وعدمها وقدر ما ينقص ويزاد مجهول، وكذلك لو اشترط العشر على المستأجر عند أبي حنيفة؛ لأن عنده العشر على رب الأرض، فإذا شرط على المستأجر فقد جعله أجرًا، فإنه مجهول وعندهما العشر على المستأجر فقد شرط ما يقتضيه العقد فيجوز.

ولو أجر عبدًا أو دابة وشرط على المستأجر بعضها لم يجز؛ لأن ما شرط يصير أجرة ومقدار النفقة مجهول فيفسد العقد. شرط على الكحال أن يكحل عينه شهرًا بدرهم جاز وكذلك في كل داء؛ لأن التعامل جرى به ولأن الدواء متفاوت وليس بمتفاوت شهرًا. شرط أن يقصر له عشرة أثواب بدرهم ولم يرها كان فاسدًا وإن سمى جنسًا؛ لأن عمل القصارة تتفاوت باختلاف الثياب من حيث الرقة والصفاقة[1] ومن حيث الطول والقصر فجهالته تفسد العقد، ولو شرط على الخياط كم قميصه أو على البناء الأجر فهو فاسد؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد؛ لأن المعقود عليه العمل دون العين.

(**المنتقى**): رجل قال: أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم على أن أهب لك أجر شهر رمضان، أو قال: عليّ أن لا آجر لك لشهر رمضان فالإجارة فاسدة؛ لأنه شرط الهبة في الإجارة فيكون اشتراط صفقة في صفقة.

(باب الاستئجار على فعل هو طاعة أو معصية)

ولا يجوز الاستئجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والإمامة والأذان والغزو عنه والحج عنه.

---

(١) صفُق الثَّوبُ: كثُف نَسْجُه.

وقال الشافعي: يجوز.

والصحيح قولنا؛ لأن قضية الإجارة أن يكون نفس العمل أو حكمه واقعًا للمستأجر، وهنا نفس العمل لا يقع للمستأجر؛ لأنه يقتصر على العامل ولا يتعدى إلى غيره؛ لأنه عرض كلما وجد تلاشى واضمحل، ولهذا يشترط النية وأهلية العبادة في حق المأمور حتى لو استأجر ذمّيًّا ليحج عنه لا يجوز، ولا يقع حكمه له؛ لأن حكم هذا العمل الثواب والثواب موعود للعامل بوعد الله تعالى لا لغيره بخلاف سائر الإجارات؛ لأن العقد ينعقد على حكم العمل، وأثره وهو صيرورة الثوب مخيطًا أو مقصورًا لا على نفسه فيصير تابعًا حكم عمله، وبعض أصحابنا المتأخرين جوزوا ذلك اليوم لكل الناس في الاحتساب ولحاجة الناس إلى هذه الأعمال، وكذا لا يجوز على تعلم الصناعات؛ لأن التعليم لا يقوم بالمعلم وحده، بل يحصل به وبمعنى من قبل المتعلم وهو ذكاؤه وفطنته وحذاقته ومواهبه، فكان المعلم والمتعلم شريكين في منفعة التعليم، والإجارة لا تصح في عمل الآخر فيه شريك ولأن الأجير التزم بالإجارة ما لا يقدر على تسلمه وحده فلا يصح.

ولو استأجر كتابًا ليقرأ منه أو مصحفًا لم يجز ولا أجر إن قرأ خلافًا للشافعي؛ لأن القراءة إن كانت طاعة أو معصية فالإجارة عليهما باطلة، وإن كانت مباحة فلأن القراءة بالنظر فيه دون حمله وتقليب أوراقه مباح له، والإجارة لا تنعقد على ما يملكه المستأجر قبل الإجارة لعدم الفائدة فصار كأنه استأجره ليحمله ويقلب أوراقه. ولا يجوز استئجار الكتاب لحمله وتقليب أوراقه؛ لأنه لا فائدة للمستأجر منه، ولأن القراءة والنظر منفعة تحدث من القارئ لا من الكتاب، والإجارة لا تنعقد على منفعة لا تحدث من العين المضاف إليه الإجارة، كما لو استأجر دارًا لينظر إلى بابها حتى يصنع لنفسه مثل ذلك لا يجوز.

وكذلك إذا استأجر قارئًا ليقرأ عليه شيئًا لا يجوز؛ لأن القراءة إن كانت طاعة أو معصية لا تجوز الإجارة، وإن كانت مباحة فلأن القارئ مع السامع كشريكين في منفعة القراءة؛ لأنه كما ينتفع السامع بالتذكير والعظة ينتفع ويتلذذ القارئ أيضًا فقد استأجره لعمل هو فيه شريك فلا يجوز.

ولو استأجره فكتب له مصحفًا أو فقها أو شعرًا أو نحوًا جاز؛ لأنه ليس عين الكتابة معصية ولا طاعة، وإنما الطاعة والمعصية في القراءة أو التعليم ونيل الثواب على كتابة المصحف لا تدل على كونها طاعة، فإن الإنسان يثاب على الدنيا إذا كانت تكتسب الإنفاق على نفسه وعياله وللتعطف على جاره استأجره القاضي للقصاص والحدود شهرًا لم يجز؛ لأن المعقود عليه العمل وإنه مجهول لا يدري كم يقع من الحدود والقصاص.

ولو استأجر شهرًا ليقوم عليه في مجلس القضاء وليقيم الحد وغيره جاز؛ لأنه استأجره لنوع من العمل وهو قيامه في مجلسه فصار كما لو استأجره شهرًا للخدمة.

ولو استأجر من له القصاص رجلًا ليقتص له فلا أجر له. وذكر في السير الكبير أنه لا يجوز عندهما، ويجوز عند محمد والشافعي، وكذا الإمام إذا استأجر إنسانًا ليقتل المرتدين أو الأسارى أو لاستيفاء القصاص في النفس لم يجز عندهما خلافًا له، ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس لقطع اليد جاز بالإجماع.

لمحمد: أنه استأجره لعمل معلوم وهو جز الرقبة فصار كما لو استأجر لذبح الشاة وقطع اليدين.

لهما: أنه متى انعقدت الإجارة على القتل ليثبت نوع ذلك الأجير في نفس من عليه القصاص؛ لأن فيما يعمل كالعامل لنفسه من حيث إنه يأخذ بذلك أجرًا؛ لأن الأجير متى استحق أجرًا بالقتل صار من وجه كالمستوفي لنفسه فيحصل له نوع ملك والقصاص لا يقبل التمليك بوجه ما ولا يصلح معقودًا عليه فلم تنعقد الإجارة فلم يجب القيام بقطع اليد؛ لأن الأطراف لها حكم الأموال حتى جاز القضاء بالنكول فيها ويجري فيها البدل والإباحة عند الضرورة وهو وقوع الأدلة فيها فصلح معقودًا عليه ثم القاضي لو استأجره للقصاص والحدود ففعل فله أجر المثل ولو استأجره من له القصاص ليقتص له ففعل لا أجر له؛ لأن الاقتصاص يصلح معقودًا عليه في حق القاضي من وجه، فإنه يصلح معقودًا عليه تبعًا للإجارة على القيام في مجلسه لكن لا يصلح معقودًا عليه أصلًا فانعقد فاسدًا، فأما في حق غير القاضي لا يصلح معقودًا عليه من كل وجه، فإنه لو استأجره ليقوم في بيته ليس له أن يأمره باستيفاء القصاص فلم ينعقد أصلًا.

وعن محمد: فيمن قال لغيره: اقتل هذا الذئب وهذا الأسد ولك درهم فالذئب والأسد صيد فله أجر مثله لا يجاوزنه درهمًا والصيد للمستأجر؛ لأنه يحتاج في العمل إلى المعالجة فيصير العمل مجهولًا باعتباره فيجب أجر المثل ويكون الصيد للمستأجر؛ لأن العمل سبب للملك وعمل الأجير يقع للمستأجر.

(فصل)

ولو استأجره للغناء أو النوح أو قراءة الشعر لم يجز ولا أجر له، لأنها معصية والإجارة على المعصية باطلة، وكذلك لو استأجر لضرب الطبل للهو لا يجوز؛ لأنه معصية، وإن كان للغزو أو القافلة يجوز؛ لأنه طاعة. استأجر ذمي من ذمي أو من مسلم بيعة يصلي فيها لم يجز؛ لأن صلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه والإجارة على المعصية أو الطاعة لا يجوز، وكذلك لو استأجر المسلم من المسلم مسجدًا يصلي فيه؛ لأن تمكينه من فعل الطاعة طاعة فالاستئجار على الطاعة لا يجوز. ذمي استأجر دارًا من مسلم فاتخذ منها مصلى لنفسه لم يمنع؛ لأنه ليس في إيجاده مصلى لنفسه إحداث بيعة ولا إظهار شيء من شعائر دينهم في أمصار المسلمين، فإن اتخذه مصلى للجماعة وضرب فيها الناقوس فلصاحبها منعه، وكذلك لو أراد بيع الخمر فيها؛ لأن هذه أشياء تمنع عن إظهارها في بلاد المسلمين فلو كان بالسواد لا يمنع.

وقال محمد بن سلمة البلخي ما ذكر محمد في سواد العراق؛ لأن عامة أهلها في ذلك الزمان أهل الذمة، فأما في سواد خراسان فإنهم يمنعون من ذلك؛ لأن الغالب فيها المسلمون.

وقال غيره من مشايخنا: لا يمنعون من ذلك في سواد خراسان؛ لأن الأصل أن يترك أهل الذمة وما يعتقدونه مباحًا في دينهم إلا ما استثني عليهم في عهودهم، وهو أن يحدثوا بيعة ولا يظهروا الفسوق والمعاصي في أمصار المسلمين لا في السواد. مستأجر مسلم شرب في الدار ويجمع القوم يمنع ولا يخرج وكذلك الذمي؛ لأن المعلن للفسق يستحق عليه المنع عنه ولا يستحق إبطال حقه وملكه. استأجر الذمي من يصلي بهم ويضرب الناقوس لهم لم يجز لما بينا. استأجر ذمي مسلمًا

ليحمل الخمر أو استأجر منه بناء ليبيع فيه الخمر يجوز عند أبي حنيفة، وعندهم لا يجوز؛ لأن هذا إعانة على المعصية؛ لأن بيع الخمر وحملها للشرب معصية عند الأخير؛ لأن الظاهر من حال الذمي أنه ينقل الخمر للشرب لا للتخليل والإعانة على المعصية معصية.

له: أن المسلم إنما يحمل الخمر للبيع ويشرب الذمي، وبيع الذمي الخمر وشربه مباح في حقه؛ لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه، ولهذا لو أتلف المسلم عليه الخمر ضمن فوقعت الإجارة على فعل مباح؛ ولأن عين الحمل ليس بمعصية ولا سبب لها أيضًا؛ لأن المعصية إنما تحصل بعد الحمل بفعل فاعل مختار فلا يكون مضافًا إلى حمله فأشبه عصير العنب، وقوله عليه السلام: "**لعن الله في الخمر عشرًا منهم حاملها والمحمولة إليه**"[1] هذا محمول على أن يكون المحمولة إليه المسلم؛ لأنه حملها لفعل مباح وهو شرب الذمي فصار كما لو حملها للتخليل، وكذا لو استأجره ليرعى له خنازيره فهو على هذا الخلاف، وإن استأجر مسلمًا ليحمل له ميتة أو دمًا يجوز؛ لأن نقل الميتة والدم لإماطة الأذى عن الناس مباح والظاهر أن الحمل لأجل ذلك فيحمل عليه.

(**النوادر**): مات رجل من المشركين فاستأجروا مسلمًا ليحمله إلى بلدة أخرى قال أبو يوسف: لا أجر له؛ لأنه لا حاجة إليه فصار كنقل الميتة من بلد إلى بلد.

وقال محمد: إذا علم الأجير أنها جيفة فلا أجر له لأنه نقل ما لا يجوز له نقله، وإن لم يعلم فله الأجر؛ لأنهم غروه إلى التسمية، والغرور يوجب الضمان، فأما إذا استأجروه للنقل إلى مقبرة البلدة جاز؛ لأن ذلك لدفع الأذى عنهم. السارق أو الغاصب استأجر لحمل المغصوب والمسروق لم يجز؛ لأنه ينقل مال الغير.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٤٧/٦ (٢٢٠٤٥). وأحمد ٢٥/٢ (٤٧٨٧) و٧١/٢ (٥٣٩١). وابن ماجه (٣٣٨٠) قال: حدثنا علي بن محمد، ومحمد بن إسماعيل. و«أبو داود» (٣٦٧٤) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة.

خمستهم: (أبو بكر بن أبي شيبة، وأحمد بن حنبل، وعلي بن محمد، ومحمد بن إسماعيل، وعثمان بن أبي شيبة) عن وكيع بن الجراح، قال: حدثنا عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، عن أبي طعمة، مولاهم، وعبد الرحمن بن عبد الله الغافقي، فذكراه.

(باب استئجار الشريك)

استأجر شريكه أو دابة شريكه ليحمل عليها الطعام المشترك لا ينعقد ولا يجب الأجر.

وقال الشافعي: يصح ويجب المسمى.

والصحيح قولنا؛ لأنه لا يميز عمله لنفسه من عمله لشريكه؛ لأن كل جزء من العمل الذي لا يتجزأ بعضه نفع للعامل وبعضه للمستأجر لشيوع المجمل فلا يمكن التنصيف والتثمين فيه فلا يمكنه تسليم نصف العمل إلى شريكه وما تعذر تسليمه لا يصح استئجاره، ولأنه المعقود عليه نصف الشائع محمولًا فإنه يستحيل؛ لأن الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشائع، فالعقد ورد على ما لا يتصور وجوده فلغى، وكذلك لو استأجر من صاحبه بيتًا أو حانوتًا فلا يجب الأجر نص عليه في كتاب المضاربة.

وذكر الحاكم في (**المنتقى**): قال محمد: كل شيء استأجر أحدهما من صاحبه مما يكون له عمل وعمل له فلا أجر له مثل الدابة والعبد وكل شيء مما لا يكون له العمل مثل الجوالق وغيره فاستأجره من صاحبه فهو جائز وهذا خلاف رواية (**المبسوط**).

ولو استأجر نصيب شريكه من العبد ليخيط له الثياب جاز؛ لأن المعقود عليه ملك منفعة نصيب شريكه شائعًا والملك وصف حكمي، والشائع يقبل الصفات الحكمية.

وقال محمد: لو استأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه يحمل حصته من الطعام أو نصف طاحونته فهو جائز؛ لأن المعقود عليه المنفعة ووجوب الأجرة يتعلق بتمكنه من الانتفاع لا بإيقاع الفعل في ذلك المحل المشترك، ألا ترى أنه لو سلم الدار ولم ينتفع به يستحق الأجرة فيصح العقد في قول من يجوز إجارة المشاع.

فأما إذا وقع العقد على العمل فوجوب الأجرة تتعلق بالعمل وذلك لا يتصور في المشاع.

وذكر الكرخي في (**مختصره**): عبد بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من صاحبه يخيط معه شهرًا على أن يصوغ نصيبه مع هذا شهرًا لا يجوز ويجوز هذا في العملين المختلفين في العبدين؛ لأن هذا مهايأة مبهمًا، فإن هذا مما يستحق عليهما بغير إجارة فالمهايأة من حكمها أن تقع على المنافع المطلقة، فأما إن تعين أحد الشريكين على صاحبه صرف المنفعة إلى نوع آخر لا يصح.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): امرأة لها دار أجرتها من زوجها ثم سكناها جميعًا فإنها لا تستوجب الأجر وهو كاستئجارها لتخبز أو تطبخ.

صباغان أجر أحدهما إليه عماله من الآخر ثم اشتركا هل تجب عليه الأجرة بعد الشركة؟ ينظر إن كانت الإجارة وقعت على شهر يجب الأجر في الشهر الأول، ولا يجب فيما بعده، وإن أجره عشر سنين فالأجر واجب عليه في ذلك كله؛ لأن الإجارة قد صحت فلا تبطل باشتراكهما. والله تعالى أعلم بالصواب.

(باب إجارة الدواب)

استأجر دابة إلى الجبانة للتشييع فهو فاسد؛ لأن المعقود عليه مجهول؛ لأنه ربما كانت لهم جبانات قريبة وبعيدة لا يدري إلى أيتهما استأجر، حتى لو كانت جبانة واحدة جاز، وتقع الإجارة إلى أول حد من حدود تلك الجبانة، كما لو استأجر دابة من محلة إلى محلة.

اكترى إلى الكوفة فله أن يركب إلى منزله استحسانًا، والقياس أن يركب إلى أول حدود المصر، كما لو استأجر من محلة إلى محلة.

وجه الاستحسان: أن التعارف فيما بين الناس أن من استأجر دابة إلى مصر أو قرية للحمل أو الركوب أنهم يبلغون به ومحمولاته إلى منزله والمعروف كالمشروط فصار كأنه شرط إلى منزله وهذا المعروف معدوم في حق المحلة؛ لأنه ربما تكون المسافة من المحلة المشروط إليها إلى منزل المستأجر على أضعاف ما يكون فيما بين المحلتين فيصح أن يستأجر دابة إلى موضع ثم يدخل فيها زيادة أضعاف ذلك.

وضع المتاع في ناحية من الكوفة على أنه منزله، فإذا هو خطأ ليس له أن يحمله إلى منزله.

تكارى ليركب إلى حاجته إلى الحيرة فلا أجر إن لم يذهب، وإن جلس قدر ما يذهب؛ لأنه لم يتمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد فلا يلزمه البدل كما إذا لم يتمكن من الاستيفاء في المدة المضاف إليها العقد؛ لأن تسمية المكان في إجارة الدابة بمنزلة تسمية المدة في إجارة الأعيان حتى لا يجوز إلا تسمية المكان، ثم التمكن من الاستيفاء في غير المدة المضاف إليها العقد لا يكون لوجوب الأجر فكذا التمكن من الاستيفاء في غير المكان المضاف إليه العقد حتى لو استأجرها إلى مكان معلوم فسار بها إلى ذلك المكان ولم يركبها يجب الأجر، فإن علم أنه توجه لم يصدق أنه رجع ولم يذهب إلا أن يردها من ساعته لا يثبت تسليم الدابة إليه، ثم ادعى المستأجر انقطاع التسليم بعدما وجد فلا يصدق إلا بحجة والرد من ساعته شاهد له فيكون القول له.

تكارى دابة بالكوفة من موضع الدابة إلى الحيرة ذاهبًا وجائيًا يرجع إلى موضع الدابة لا إلى أهله؛ لأن العقد انعقد على موضع الدابة إذا لم يذكر غيره؛ لأنه لم يوجد العقد فيما وراءه لا شرطًا ولا عرفًا لما بينا.

تكارى دابة كل شهر بعشرة يركبها عند حاجة تبدو له إن سمى بالكوفة ناحية من نواحيها جاز وإن لم يسم مكانًا يكون فاسدًا؛ لأن المعقود عليه هنا وهو الركوب إنما يصير معلومًا ببيان المكان؛ لأن التفاوت بين أماكن البصرة وبين غيره فاحش؛ لأن الركوب خارج المصر أضر بالدابة من الركوب في المصر ولا يدري أنه تبدو الحاجة في المصر أو خارج المصر وجهالة المكان تؤدي إلى المنازعة فمنع الجواز إلا في المصر، فإن المصر مع بيان أطرافها ومحالها جعل كمكان واحد؛ لأن التفاوت بين أماكنها يسير.

تكاراها ليقضي حوائجه في المصر يومًا جاز ويركب إلى أي نواحي المصر شاء وإلى الجنازة؛ لأن التفاوت بين أماكنه يسير وليس له أن يسافر عليها؛ لأن الركوب خارج المصر لم يدخل تحت الإجارة لما بينا.

تكارى إلى فارس ولم يسم مكانًا معلومًا يفسد؛ لأن فارس تقع على بلدان كثيرة وبينهما مسافة بعيدة فيكون منتهى مكان الإجارة مجهولًا بمنزلة ما لو تكارى إلى الشام أو إلى خراسان ولم يسم مدينة فيها.

تكارى إلى الري ولم يسم مدينتها ولا رستاقًا فالإجارة فاسدة ولم يذكر فيه خلافًا.

وذكر الطحاوي في (**مختصره**) خلافًا وقال: لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز؛ لأن أبا حنيفة جعل الري اسمًا للناحية وهي المدينة والرُّسْتاق[1]، وهما جعلا اسمًا للمدينة لا غير ككوفة وبغداد، فإن سار إلى أدنى فله أجر المثل لا يزاد على المسمى وينقص عنه؛ لأن الإجارة لم تنقلب جائزة بالمسير إلى أدنى الري؛ لأنه لم يتعين منتهى مكان الإجارة فبقيت المنازعة، فنفي الفساد إن سار إلى أقصى الري تعود جائزة استحسانًا لا قياسًا؛ لأن المنازعة قد ارتفعت لارتفاع جهالة مكان الإجارة كما لو استأجر دابة إلى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها ثم حمل عليها حملًا يعود العقد جائزًا ويجوز المسمى استحسانًا فكذا هذا.

وما قاله محمد بقوله: أجر المثل على طريقة القياس، وبقوله: لا ينقص عن المسمى كنى بذلك عن المسمى على طريقة الاستحسان؛ لأنه متى لم ينقص عن المسمى وجب المسمى فيحمل قوله على هذا نقر بها لقوله رحمه الله عن التناقض. تكاري دابة من الغدوة إلى العشي بردها عند الزوال وهذا في عرفهم ما بعد الزوال من العشاء، فأما في عرف بلادنا لا تنتهي الإجارة ما لم تغرب الشمس؛ لأن العشاء في عرفنا إنما يطلق على ما بعد غروب الشمس. تكارى يومًا فمن طلوع الفجر إلى غروب الشمس، وليله من غروب الشمس إلى طلوع الفجر؛ لأن اليوم في عرف الشرع وحقيقة اللغة اسم لبياض النهار والليلة اسم للسواد وذلك فيما قلنا. تكارى دابة بحكمه أو بما تكارى به أصحابه فهو فاسد إذا لم يكن ما يتكارى به أصحابه معلومًا أو كان مختلفًا، اكترى بعضهم بعشرة وبعضهم بثمانية؛ لأن الأجر مجهول وأجر مثل هذه الدابة إذا كان مختلفًا فعليه الوسط من ذلك؛ لأن في إيجاب الأقصى

---

(١) رستاق: قرى، مقاطعة، جمع: رساتيق ورستاقات.

ضررًا بالمستأجر وفي إيجاب الأدنى ضرر بالأجر فيجب الوسط من ذلك نظرًا لهما، وإن كان معلومًا، فإن كان جميع أصحابه تكاروا مثل هذه الدابة بعشرة جازت الإجارة،كما لو باع بمثل ما باعه فلان وكان معلومًا وقت العقد أو علم في المجلس فكذا هذا.

تكارى من مرو إلى نيسابور بكذا فعليه بعد مرو؛ لأن العقد وقع ثمة. تكارى دابة إلى موضع فنحفت وضعفت فعليه أن يأتي بدابة أخرى إذا كانت الدابة بغير عينها؛ لأن العقد لم يتناول هذه ولا تنفسخ الإجارة بردها كرد السلم إذا وجد بالمسلّم فيه عيبًا ورده لا ينفسخ السلم، وإذا بقي العقد كان له أن يطالبه بأخرى، وإن كانت الدابة بعينها فليس له أن يطالبه بأخرى؛ لأن العقد تناول هذه فيفسخ العقد بردها كما في بيع العين إذا وجد بالمبيع عيبًا فردّه.

استأجر دابة يطحن بها كل يوم عشرة أقفرة فوجدها لا تطيق إلا خمسة فله الخيار وعليه بحسبان ما عمل من الأيام ولا يحط من الأجر شيء؛ لأنه لم يسلم له شرطه المنتفع به فيتخير كما لو اشترى عبدًا على أنه كاتب أو خباز فوجده غير كاتب أو خباز، فإن رضي به لزمه جميع الثمن فكذا هذا إذا رضي به يلزمه جميع الأجر ولا يحط شيء من الأجر بسبب النقصان؛ لأن الإجارة وقعت على العقد لا على العمل فلا يتوزع الأجر على العمل. وفي المسألة عقدة لأن عند أبي حنيفة لو استأجر خبازًا ليخبز له اليوم بدرهم يكون فاسدًا.

والفرق له أن ذكر مقدار العمل في باب الطحين في العرف والعادة لا يذكر لتعليق العقد بالعمل حتى يصير العمل معقودًا عليه مع الوقت فيوجب فساد العقد للجهالة، وإنما ذكر لبيان قوة الدابة ومبلغ عمله فبقيت الإجارة على الوقت.

فأما في الخبز إنما يذكر مقدار العمل في العرف لتعلق العقد بالعمل لا لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله فيصير جامعًا بين الوقت والعمل فيصير المعقود عليه مجهولًا فأوجب فساده حتى لو ذكر في الخباز بيان مقدار العمل لبيان قوة الخباز ومبلغ عمله لا لتعليق العقدية يجوز أيضًا.

(**المنتقى**): استأجر دابة يومًا إلى الليل فليس له أن يخرج بها من المصر، ولو استأجر دابة إلى موضع كذا لم يكن له أن يرجع عليها، ولو استعار دابة إلى موضع

كذا كان له أن يذهب عليها ويجيء، وإن لم يسم لها موضعًا فليس له أن يخرج بها من المصر.

(فصل)

تكارى دابتين كل واحدة إلى موضع كذا لم يجز؛ لأن هنا عقدين والمعقود عليه في كل عقد مجهول جهالة يوقعهما في المنازعة. استأجر دابتين بعشرة صفقة واحدة ليحمل عليهما عشرين مختوما فحمل على كل واحدة عشرة يقسم الأجر على أجر مثل كل دابة؛ لأن أجر مثلهما على قدر سيرهما وقوتهما وسرعتهما وإبطائهما فصار كمن اشترى شيئين صفقة واحدة بثمن واحد يقسم الثمن على قيمة كل واحد منهما فكذا هذا.

(باب كري الدابة إلى مكة)

استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملًا فيه رجلان وما لهما من الوطاء والدثر، ولم ير المكاري الوطاء والدثر، وعلى الآخر زاملة عليه كذا مختومًا من السويق، وما يصلحه من الخل والزيت وما يكفي من الماء، ولم يبين قدره، وما يصلح من الحبل والتعاليق من القربة والميضأة والمطهرة، ولم يتبين وزنه، أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ما يحمل الناس، فهو فاسد قياسًا لجهالة المحمول، وجائز استحسانًا؛ لأن المحمول على الدابة في طريق مكة معلوم عرفًا؛ لأن مقدار ما يحتاج إليه مثل هذا المستكري في طريق مكة معلوم فيما بين الناس عرفًا، والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا ويحمل قربتين من ماء وإداوتين من أعظم ما يكون للتعارف.

ولو اشترط عليه عقبة الأجير جاز، وعقبه الأجير أن يستأجر اثنان دابة حتى يتعاقبان في الركوب ينزل أحدهما ويركب الآخر جاز، وإن لم يبينا مقدار ما يركبه كل واحد منهما؛ لأن مقدار ما يركبه كل واحد منهما معلوم عرفًا يركب أحدهما ميلًا وينزل الآخر والمعلوم عرفًا كالمعلوم شرطًا.

شرطا شرطًا قدرًا في الزاملة فما نقص في كل منزل فله أن يتمه، لأن بالإتمام يستوفي شروطه.

تكارى شق محمل، فقال الحمال: عنيت عيدان المحمل وقال المستكري: بل عنيت الإبل فإن كان الكري قدر ما تكارى به حسب المحمل فالقول للحمال، وإن كان قدر ما يتكارى به الإبل فالقول للمستكري؛ لأن اسم المحمل كما يطلق على العيدان يطلق على الإبل فيكون المراد من هذا اللفظ مجهولًا فوجب استبانة المراد من الملفوظ بالمسمى.

ونظيره لو اشترى قربة من ماء فقال المستكري: عينت به القربة لا الماء، وقال الآخر: عينت به الماء فكأنه علم الثمن فكذا هذا بحكم المسمى.

استكرى الإبل للحج فقال الحمال: أخرج في عشرة مضين من ذي القعدة، وقال المستكري في خمس أو قال في غرة الشهر، فإنه يخرج في الخمس في الوجهين جميعًا؛ لأن هذا أقرب إلى الميعاد فيما بينهم؛ لأن المعتاد أنهم يخرجون من عشرٍ مضين من ذي القعدة؛ لأنهم كانوا لا يخافون فوات الحج ولا يلحقهم تعب السرعة في السير بطي المراحل؛ لأن من الكوفة إلى مكة سبعًا وعشرين مرحلة فيحتاج إلى سبعة وعشرين يومًا، فمتى خرجوا بعد مضي عشر من ذي القعدة يكونون يوم التروية بمكة لا محالة، فكان قول من يدعي التقدم على الوقت المعتاد بخمسة أقرب إلى المعتاد من قول من يدعي التقدم بعشرة فكان الأخذ بقوله أولى.

ولو قال أحدهما: أخرج في النصف، وقال آخر: في الخمس يؤخر إلى العشر لا غير؛ لأن أحدهما يدعي التقدم على الوقت المعتاد بخمسة والآخر يدعي التأخير عنه بخمسة، فاستوى القولان في المقاربة إلى الوقت المعتاد، فتساقطا للتعارض فوجب الأخذ بالقول المعتاد، إلا إذا شرطا سببًا فيكون أملك؛ لأنه لا عبرة للعرف متى جاء الشرط بخلافه.

استكرى من الكوفة إلى مكة ذاهبًا وجائيًا فمات بعدما قضى المناسك ورجع إلى مكة فعليه من الأجر بحسابه ثم طريق الجادة من الكوفة إلى مكة سبعة وعشرون منزلًا وأيام المناسك ستة أيام فالجملة ثلاثة وثلاثون فيلزم ذلك من ستين جزءًا من الكراء؛ لأنه استحق منافع هذا الإبل ستون يومًا سبعة وعشرون يومًا ذهابًا وستة

لقضاء المناسك لأنهم يركبون المطايا في قضاء المناسك وسبعة وعشرون يومًا للرجعة وقد استوفى ثلاثة وثلاثين لما مات بعد قضاء المناسك فعليه أجر ذلك.

ولو شرط الممر على المدينة لزيارة قبر النبي عليه السلام ثم مات بعد قضاء المناسك، فإنه ينظر إن شرط ذلك الممر على المدينة في البداية فعليه من الأجر ستة وثلاثون جزءًا؛ لأنه يزداد ثلاث مراحل بعد الممر على المدينة؛ لأنه يحتاج في العدول إلى المدينة إلى ثلاث مراحل وقد استوفى ستة وثلاثين جزءًا سبعة وعشرون للذهاب إلى مكة، وثلاث مراحل للممر على المدينة، وستة أيام لقضاء المناسك، وإن شرط الممر في الرجعة يجب عليه ثلاثة وثلاثون جزءًا من ثلاثة وستين جزءًا من الكراء؛ لأنه استوفى من المنفعة ذلك.

ماشٍ استكرى بشرط أن يحمل إن مرض أو أعيا فهو فاسد؛ لأنه ربما يمرض وربما لا يمرض فيكون المعقود عليه على خطر الوجود والعدم فيمنع الجواز كما في البيع. أراد المستأجر تبديل محمله بمحمل غيره إن كانا سواء له ذلك؛ لأن ما يحمل والمشروط سواء في الضرر، وإن كان فوقه في النقل والضرر فليس له ذلك؛ لأن فيه زيادة ضرر لم يرض به المكاري، كما لو حمل الحنطة مكان الشعير. استأجر دابة من الكوفة إلى بلد آخر وقبض، إن حبسها مقدار ما يحبس الناس إلى أن يرحل لا يضمن، وإن حبس خلاف العرف يومين أو ثلاثة يضمن.

(**المنتقى**): رجل اكترى محملًا ليركبه إلى مكة فخلفه في أهله من غير عذر فلم يركبه لا أجر له وهو ضامن للمحمل إن أصابه شيء؛ لأن هذا على السير، والركوب إلى مكة، وكذا لو استأجر قميصًا يلبسه إلى مكة، وكذا لو استأجر المحمل شهرًا ليركبه إلى مكة؛ لأن الغالب منه على الركوب إلى مكة، ولو استأجر حليًا يزين به عروسه عشرة أيام وقبض الحلي ولم يزين عروسه قال يلزمه الأجر؛ لأن هذا على الأيام. قال محمد: رجلان اكتريا بعيرًا بينهما إلى مكة، فلما بلغا بعض البوادي قال أحدهما: أنا أقيم هاهنا، قال: آمره أن ينتهي إلى أقرب العمران منه، ثم اجعل نصف البعير في يد هذا ونصفه في يد هذا ولا أختار الذي أراد المقام على الخروج، ولو كان المكاري معهما على المكتري الذي يريد البيع نصف بعيره، أو إن لم يكن

المكاري معهما وأقاما البينة على ما اكتريا فالقاضي ينظر في ذلك فيأخذ نصف بعير الذي أقام فيكريه لصاحبه الغائب، فإن لم يجد من يكريه دفع النصف وديعة إلى المستأجر الذي يسير ويأمره أن يركب نصفه. استأجر من رجل إبلًا على أن يسير به إلى مكة عشرين ليلة فسار به نصف الطريق في عشر ليال ثم مات فله نصف الأجر المسمى؛ لأنه قد وفى له شرطه إلى أن مات، وإن سار به نصف الطريق في اثني عشر يومًا ثم مات فله أجر مثله ولا يزاد على نصف المسمى، وإن سار به النصف الثاني في ثماني ليال فله جميع الأجر المسمى استحسانًا؛ لأنه أوفاه ما شرط له في عشرين يومًا.

(**الفتاوى**): رجل يقبل من رجل طعامًا على أن يحمله من موضع إلى موضع إلى اثني عشر يومًا، فحمله في أكثر من ذلك قيل لا أجر له، وهذا بمنزلة رجل استأجر رجلًا على أن يخيط ثوبًا في يومه بدرهم فخاطه في اليوم الثاني لا أجر له. قال الفقيه أبو الليث: هذا الجواب يصح على قول أبي حنيفة وعلى قياس قولهما يجب الأجر؛ لأن من أصلهما أن الإجارة وقعت على العمل دون الوقت، ألا ترى أن رجلًا لو استأجر أجيرًا ليعمل له هذا العمل اليوم جازت الإجارة على قولهما، وتقع الإجارة على العمل دون الوقت.

(باب ما يصير به مخالفًا أو ضامنًا وما لا يصير)

أنه أن المستأجر متى صار مخالفًا فيما شرط له، فإنه ينظر إلى ضرر الدابة من حيث الخفة والثقل، فإن كان ضرر المحمول مثل ضرر المشروط أو أقل فلا شيء عليه؛ لأن الراضي بأكثر الضررين يكون راضيًا بما دونه أو مثله دلالة، وإن كان أكثر منه ضررًا، فإن كان من خلاف جنسه بأن حمل مكان الشعير الحنطة فعطبت الدابة ضمن ولا أجر عليه؛ لأنها هلكت بفعل غير مأذون فيه، فوجب الضمان دون الأجر؛ لأنهما لا يجتمعان.

وإن كان من جنسه بأن حمل المسمى وزاد عليه فعطبت الدابة ضمن بقدر الزيادة وعليه الأجر المسمى؛ لأنها هلكت بفعل مأذون وغير مأذون، فينقسم على

ذلك القدر. تكارى دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب، منهم: من يضر ركوبه بالدابة لحرفة، ومنهم: من لا يضر لحرفة، ولهذا يُعطى للرائض أجر على الركوب فلا يدخل ركوب غيره في العقد كما في اللبس، فإن ركبها وأركب معه غيره، فإن سلمت الدابة فعليه الكراء كاملًا؛ لأنه استوفى المعقود عليه وزيادة، فإن عطبت بعد البلوغ من الركوب فعليه الأجر كاملًا ونصف قيمتها كان الرديف أخف أو أثقل.

أما الأجر فلأنه استوفى المعقود عليه وزيادة؛ لأن المعقود عليه قدر ركوبه لا ما زاد عليه فضمن بقدر الزيادة وبهذا الضمان ملك ما هو غير مستأجر، وموت الملك في غير المستأجر لا يمنع وجوب الأجر عليه، فأما الضمان فلأن التلف حصل بركوبهما وركوب أحدهما غير مأذون فيه، فصار كما لو تلفت بجراحها وأحدهما غير مأذون فيها ثم إن شاء المالك ضمن المستأجر، وإن شاء ضمن الرديف؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه فإنما سوى بين الأثقل والأخف؛ لأنه قد يكون ركوب الخفيف أضر وأخسر بالدابة لحرفة وقلة هدايته بأمر الركوب بحركاته واضطرابه على الدابة، ورب جسم لا يضر بالدابة لتضاربه بأمر الركوب فسقط اعتبار الثقل والخفة في الركوب وثبتت العبرة للعدد، كما في الجنايات العبرة لعدد الحياة لا لعدد الجراحات هذا إذا كانت الدابة تطيق أن يركبها اثنان، فإن كانت لا تطيق ركوب اثنين فعليه جميع قيمتها؛ لأن هذا إتلاف منه معنى.

تكارى ليحمل إنسانًا فحمل امرأة ثقيلة لا يضمن؛ لأن اسم الإنسان يتناولها، فإن كانت ثقيلة بحيث لا تحملها الدابة يضمن؛ لأنه يكون إتلافًا لا حملًا. تكارى إلى واسط يعلفها ذاهبًا وجائيًا فركبها إلى واسط وحمل آخر معه أو متاعًا في الرجوع فهو ضامن لما زاد من الحمل ويحسب له العلف؛ لأن الإجارة وقعت فاسدة لجهالة الإجارة وهو العطب فقد ركبها بحكم الإجارة الفاسدة فعليه أجر مثلها في الذهاب،كأنه ركبها واحد وقبل الرجوع ركبها اثنان فعليه نصف أجر مثل ركوبهما، فإذا عطبت في الرجوع يضمن نصف قيمتها إذا أركب معه غيره ولما زاد من الحمل إن حمل المتاع؛ لأن العبرة في ركوب الآدمي للعدد لا للنقل وفيما

سوى الآدمي العبرة للنقل فيضمن بقدر ما زاد من النقل، وإنما يعرف ذلك بالرجوع إلى من له بصر في ذلك الباب أن هذا الحمل بأي قدر يزيد على ركوبه فيضمن بقدر ذلك إلا أن يوزن الرجل والمحمول بالقبان؛ لأن الحيوان لا يوزن بالقبان هذا إذا لم يركب على الحمل بل ركب موضعًا آخر، فإن ركب على المتاع نجد أن يضمن جميع القيمة؛ لأنه يجمع نقل الحمل ونقل الراكب في مكان واحد من الدابة فيصير أدق للدابة فيضمن جميع قيمتها، كما لو استأجر عريانًا فأركب وأسرج حتى تلفت الدابة يضمن جميع قيمتها فكذا هذا.

استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل مكيالًا آخر أخف منها أو ثقله مثل ثقل الحنطة لا يضمن وأثقل من المسمى يضمن.

ولو استأجرها ليحمل عليها مائة مَنٍّ مِنْ قطن فحمل مثل وزنه حديدًا أو أقل ضمن؛ لأن الضرر ليس من حيث الخفة والنقل، ولكن من حيث إن القطن ينبسط على ظهر الدابة فيكون ثقله على جميع العضو فيكون ضرره أقل، وثقل الحديد يكون في موضع واحد فيكون أدق للدابة فيكون أقوى في الضرر.

ولو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل أحد عشر فعطبت بعد البلوغ فعليه الأجر كاملًا ويضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمته؛ لأن التلف حصل بالثقل وثقل عشرة أجزاء مأذون فيها وجزء واحد غير مأذون فيه فصار مخالفًا في الزيادة على قدر المشروط.

تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل في جوالق عشرين وأمر رب الدابة بالوضع فوضع لا ضمان على المستكري؛ لأن حمل الكل حصل من رب الدابة وأمر المستكري بالحمل لا يصح؛ لأن صاحب الدابة مالك للرقبة فيكون أمر المستكري إياه بالحمل لغوًا.

ولو كان في جوالق واحد فحملاه جميعًا على الدابة يضمن المستكري ربع قيمة الدابة؛ لأن نصفه مأذون فيه ونصفه غير مأذون فيه، وما هو مأذون فيه غير متميز عما ليس بمأذون فيه، فيصير المستأجر حاملًا عشرة مخاتيم نصفها مأذون فيه ونصفها غير مأذون فيه، فيضمن نصف نصفه، بخلاف ما لو كان في جولقين فحمل كل

واحد جولقًا لم يضمن المستأجر شيئًا؛ لأن كل عشرة متميزة على الأخرى غير سائغة، فيجعل المستأجر حاملًا للشرعة المأذون فيها حملًا لأمره على الصلاح.

استأجر دابة ليركبها، ولبس من الثياب أكثر مما كان عليه حين الأجرة فعطبت الدابة إن لبس مثلما يلبس الناس فلا ضمان عليه، وإلا يضمن الزيادة؛ لأن القدر المعروف داخل تحت الإجارة والزيادة لا.

اكترى دابة ليحمل امرأة فحمل فولدت فحمل الولد معها يضمن بقدر الولد، وكذلك لو ولدت الناقة فحمل ولدها مع المرأة؛ لأن حمل الولد مقصودًا غير داخل تحت الإجارة، بل دخل فيها تبعًا وبعد الانفصال صار مقصودًا فيكون حمل الولد بغير إذن المالك فيصير ضامنًا، وإن كان ولد الناقة ملك صاحب الدابة كما لو حمل على دابته شيئًا آخر من ملكه.

اكترى بعير المحمل فحمل زاملة يضمن؛ لأنها أثقل، فإن حمل رجلًا مكان المحمل لا يضمن؛ لأنه أخف.

تكارى دابة يطحن عليها كل شهر بعشرة ولم يسم كم يطحن كل يوم يجوز، وإن طحن ما يخرج عن العرف يضمن؛ لأن الإجارة انصرفت إلى قدر ما يطحن عليها في العرف والعادة؛ لأن المعروف كالمشروط، وإذا جاوز المعروف ضمن.

وإذا استأجر دابة بإكاف[1] فأسرجها لا يضمن؛ لأن الضرر أقل؛ لأن السرج أخف على الدابة من الإكاف.

ولو استأجر حمارًا بسرج فأبدله بسرج آخر، إن كان يسرج بمثله الحمار لا يضمن، وإن كان لا يسرج بمثله ضمن بقدر ما زاد فإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله. ذكر في الأصل أنه يضمن بقدر ما زاد حتى لو كان ثقل الإكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمة الدابة عندهما.

لهما: أن الإكاف والسرج جنس واحد في حق المقصود وهو الركوب؛ لأن كل واحد آلة للركوب، فإنه متخذ من الخشب فلا يكون بينه وبين السرج تفاوت في

---

(١) الإِكافُ: البَرْذَعة. والجمع: أُكُفٌ.

ذلك فيكون الإذن بالإسراج إذن بالإكاف دلالة، إلا أن الإكاف لما كان أثقل من السرج لا يكون إذنًا بتلك الزيادة فيضمن تلك الزيادة.

وجه رواية الجامع وهي الأصح: أن الإكاف ليس من جنس السرج لا صورة ولا معنى؛ لأن الإكاف يستعمل للحمل لا للركوب عادة، والسرج يستعمل للركوب لا للحمل، وإن الإكاف مخالف أيضًا؛ لأنه لا ينبسط انبساط السرج فصار مخالفًا إلى جنس آخر غير المسمى فلم يصر مستوفيًا شيئًا من المسمى فيضمن الكل كما لو حمل الحديد مكان الحنطة.

تكارى عريانًا فأسرجه وركب ذكر في الأصل أنه يضمن.

قيل: المسألة محمولة على ما إذا اكترى إلى موضع ليركب بغير إكاف وسرج فلم يأذن له بالإسراج والإكاف.

فأما إذا كان لا يركب إلا بسرج فإن استأجره ليركب خارج المصر في السفر فأسرجه لا يضمن، فإنه لا يركب من بلد إلى بلد إلا بسرج فيثبت الإذن بالإسراج دلالة.

وإن استأجره ليركبه في المصر، فإن كان رجلًا من الأشراف أو الأوساط لا يضمن أيضًا؛ لأن مثله لا يركب من غير سرج فيكون إذنًا به دلالة.

وإن كان من الأسافل يضمن؛ لأن مثله يركب من غير سرج بالجل أو عريانا فلا يكون مأذونًا به والسرج أثقل فيضمن.

استأجر حمارًا بغير لجام فألجمه بلجام مثله لا يضمن؛ لأن اللجام إنما وضع لضبط الدابة عن السير وعطفها فلا بد للراكب من ذلك فيصير مأذونًا بالإلجام دلالة إذا كان الحمار يلجم مثله حتى لو كانت دابة لا تلجم ضمن؛ لأن الضبط والعطف ممكن من غير لجام فلا يصير مأذونًا به دلالة.

استأجرها إلى مكان فجاوز بها ذلك المكان ثم رجع، فهي أمانة عند أبي حنيفة.

ثم رجع فقال - وهو قولهما -: يضمن ما لم يدفعها إلى صاحبها.

وكذلك المستعير إذا تعدى ثم أزال التعدي لم يبرأ من الضمان بخلاف المودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف يبرأ من الضمان.

والفرق أن المستأجر والمستعير غير مأمور بالحفظ مقصودًا، وإنما يثبت الأمر بالحفظ ضمنًا للإجارة والإعارة ضرورة استيفاء المنفعة لا مقصودًا، فلم يكن غائبًا عن المالك في الحفظ، وقد ارتفعت الإجارة لما انتهى الوقت فلا يبقى الأمر بالحفظ فقد بلغت العين في يد من ليس بنائب من المالك فضمن. فأما المودع فمأمور بالحفظ مطلقًا فكان نائبًا عن المالك في قبض العين بعد ترك الخلاف فقد تلف في يد نائب المالك فلم يضمن.

ولو استأجره ذاهبًا وجائيًا فجاوز به ثم عاد يبرأ عن الضمان؛ لأنه عاد إلى الوفاق وعقد الإجارة ما تم فبقي الأمر بالحفظ فيعود أمينًا كما في المودع.

ضرب الدابة وكبحها باللجام في السير فعطبت يضمن إلا بإذن عند أبي حنيفة، وعندهما لا يضمن إذا لم يجاوز حده.

لهما: أنه مأذون من جهة المالك بضربٍ مثله في العادة لاستخراج السير؛ لأنه لا بد للسير من الضرب اليسير وله بد من الضرب الكثير فقدر باليسير بما يضرب الناس مثله في العرف والعادة والمعروف كالمشروط.

له: أنه غير مأمور بالضرب من جهة المالك لا نصًّا ولا عرفًا؛ لأن الناس قد يضربون لاستخراج السير وقد يكتفون بتحريك الرجل، وبالصياح والسير يمكن بدون الضرب بتحريك الرجل، وبالصياح فلا يثبت الإذن بالضرب لا عرفًا ولا ضرورة السير.

قال: إن كفاني قميصًا فاقطعه فقطعه فلم يكفه فهو ضامن؛ لأن هذا إذن مشروط بشرط الكفاية وبدون الشرط لا يكون مأذونًا.

ولو قال: هل يكفيني؟ فقال: نعم، قال: فاقطعه، فلم يكفه فلا ضمان؛ لأنه أمره بالقطع مطلقًا غير معلق بشرط الكفاية؛ لأنه لم يذكر حرف التعليق فيكون إذنًا مطلقًا لأن الخيّاط غره ومثله لا يوجب الضمان.

ولو قال: انظر إلى هذا الثوب هل يكفيني قميصًا؟ فقال: نعم، قال: فاقطعه، أو قال: اقطعه إذًا، فقطعه، فإذا هو لا يكفيه لم يذكره محمد في الكتاب.

وقال الفقيه أبو [بكر][1] البلخي: إنه يضمن؛ لأن في قوله: (فاقطعه) الفاء حرف تعليق؛ لأنه يذكر جوابًا للشرط لا ابتداء فيقتضي شرطًا فصار كأنه قال: إن كان يكفيني فاقطعه كمن قال لآخر: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري: فهو حر، كان قبولًا وإعتاقًا فيصير جوابًا له.

فأما في قوله: (فاقطعه إذًا) فلأنه مما لا يبتدأ به الكلام، وإنما جوابًا للشرط فاقتضى شرطًا، فصار كأنه قال: إن كان يكفيني اقطعه إذًا.

(**النوادر**): رجل دفع إلى رجل ثوبًا ليخيطه قميصًا بدرهم، فخاطه قباء، فإن شاء ضمنه قيمة الثوب، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله، ولا يجاوز به درهمًا يزيد بالقباء القُرْطَق[2] الذي هو ذو طاق واحد؛ لأن هذا القباء يستعمله بعض الناس استعمال القميص فكان مخالفًا من وجه موافقًا من وجه، فإن شاء مال إلى جهة الخلاف وترك القباء عليه وضمّنه قيمة الثوب، وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وأخذ القباء ويلزمه أجر المثل ولا يزاد على المسمى.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يضمن قيمته ولا سبيل له عليه؛ لأن هذا غاصب خائط ثوب غيره بغير أمره؛ لأن القباء جنس آخر غير جنس القميص فلا يتناوله الأمر أصلًا.

استأجر قميصًا ليلبسه ليذهب إلى مكان كذا فلم يذهب إلى ذلك الموضع ولبسه في موضعه، قيل: هو مخالف ولا أجر عليه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أبو الليث البلخي. وما أثبتناه من الأصل هو الصحيح.
وهو الإمام محمد بن أبي بكر الإسكاف البلخي، الفقيه حنفي، إمام كبير جليل القدر، أخذ الفقه عن محمد بن سلمة وعن أبي سليمان الجوزجاني، وتفقه عليه أبو بكر الأعمش محمد بن سعيد وأبو جعفر الهندواني.
من تصانيفه: (شرح الجامع الكبير للشيباني) في فروع الفقه الحنفي.
وانظر ترجمته في: الجواهر المضية ٢/٢٨، ٢٣٩، والفوائد البهية ص١٦٠، ومعجم المؤلفين ٨/٢٣٢، والأعلام ٤/٤.

(٢) القرطق (بضم القاف، معرب كرته الفارسية؛ كُرْتا بالأردية) قباء كان أهل جنوب آسيا يلبسونه في الأصل قبل أن ينتشر في بقية الأقطار.

وقال الفقيه أبو الليث: عندي أنه غير مخالف ويجب عليه الأجر؛ لأن هذا خلاف إلى خير.

وليس هذا كمن استأجر دابةً ليذهب إلى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف؛ لأن إجارة الدابة لا تجوز إلا أن يبين المكان، وفي الثوب يحتاج إلى بيان الوقت ولا يحتاج إلى بيان المكان. [والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب][1].

(باب ضمان الأجير المشترك وحكم الأجير الخاص)

الأجير المشترك كاسمه الذي يتقبل الأعمال من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما ويعمل لهم جميعًا، وليس كمن استأجر أن يمنعه عن العمل لغيره؛ لأن المعقود عليه العمل دون المنفعة فكان له أن يصرف منفعة نفسه إلى عمل الغير.

ولو هلك الغير في يده فلا يخلو إما أن هلك بصنعه أو لا بصنعه، فإن هلك بصنعه فلا ضمان قبل العمل ولا ضمان ولا أجر بعد العمل عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجب الضمان إلا إذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه كالحرق والغرق الغالب والعدو المكابر ثم إن شاء ضمنه معمولًا فأعطاه الأجر، وإن شاء ضمنه غير معمول ولا أجر له.

وقال زفر: لا ضمان عليه وله الأجر؛ لأن العمل كما يوجد يقع مسلمًا إلى المالك؛ لأن يد العامل على العين يد المعمول؛ لأنها يد أمانة فيكون العمل واقعًا في يد المالك معنى فيقع مسلمًا كالوكيل بالشراء إذا قبض المبيع، فإنه يصير الموكل قابضًا حتى لو هلك يهلك على الموكل كما أن الحفظ مستحق عليه كالعمل؛ لأنه لا يقدر على العمل، فإذا هلك بأمر يمكن التحرز عنه يضمن كما إذا هلك في العمل. له: أن المقبوض أمانة عنده بدليل أنه إذا هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمن.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من (س).

ولو كان مضمونًا في يده لضمن كالمغصوب فصح أنه أمانة، والأمانة لا تضمن إلا بالتعدي ولم يوجد منه تعدٍّ، وأما إذا تلف من عمل الأجير المشترك كالقصار إذا دق الثوب فتخرق أو ألقاه في النورة فاحترق، أو الملاح بمده السفينة غرقت، أو الحمال إذا تعثر أو عثرت دابته أو زلق ضمنه، كان المالك معه أو لم يكن.

وقال رفز والشافعي: لا يضمن.

لهما: أن الفساد حصل بعمل مأذون فيه من جهة المالك؛ لأنه أدل له في الدق المعتاد الذي لا يتسبب فيه إلى قصور وتقصير وقد أتى بالدق المعتاد من غير قصور فيه ولا تقصير فيه، وإنما التلف وقع خطأ لتعذر الاحتراز والتحفظ عنه، فإن الماهر المحتاط في العمل لا يمكنه الاحتراز من الخطإ والزلل إما لعقله أو فترة لا يخلو الإنسان عنها عادة بغتة حتى لو كان الفساد من تقصيره أو قصوره في المعرفة والهداية لزمه الضمان.

لنا: أن الفساد نتيجة عمل مأذون فيه؛ لأن الداخل تحت العقد العمل المصلح المدبر المثبت لوصف القصارة دون العمل المفسد المجري المخرق للثوب؛ لأن الإنسان يدفع ثوبه إلى القصار ليرتبه ويبيعنه بقصارته، والمخرق ضد المزين فالعقد على الشيء لا يتناول ضده، والفساد إنما جاء إما لجهله بالقصارة حيث ظن أنه يحتمل الثوب كذى كذى مدقه ولا يحتمل، أو المعنى في المدقة من الخشونة ونحوها أو لحصاه في طي الثوب، والتحرز عن هذه الأسباب ممكن من غير مسبقة وخرج فكان الداخل تحت العقد القصارة السالمة عن الفساد فلم يصر العمل المفسد مأذونًا فيه فيضمن قيمة هذا الجزء غير مقصور؛ لأنه لم يسلم قصارة هذا الجزء إلى الآخر وفي الحمال إذا تعثر أو عثرت دابته إن شاء ضمنه قيمته حال حمله ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته حيث انكسر وله من الأجر بحسابه؛ لأنه تصدى له شيئان ضمان العقد والعمل المفسد، فإن العمل المفسد أوجب الضمان باعتبار العقد من حيث إن المفسد غير داخل تحت العقد، فإنه لولا العقد لما وجب الضمان فباعتبار العقد كان له التضمين حالة الأخذ والحمل، وباعتبار الفساد كان له التضمين حالة الفساد والانكسار فيتخير كالقصار إذا استهلك الثوب، فصاحب الثوب إن شاء

ضمنه قيمته مقصورًا يوم الاستهلاك وأعطاه الأجر، وإن شاء ضمنه غير مقصور بالعقد ولا أجر له. ثم الأجير المشترك إنما يضمن ما جنت يده بشرائط ثلاثة: أن يكون في وسعه دفع ذلك الفساد، وأن يكون محل العمل مسلمًا إليه، وأن يكون المقصور مما يجوز أن يضمن بالعقد.

أما **الأول**: يجب أن يكون في وسع الأجير دفع ذلك الفساد، حتى لو غرقت السفينة من موج أو ريح أصابتها أو جبل صدمها لا ضمان على الملاح، وكذا الحمال إذا رجمه الناس فانكسر فلا ضمان عليه؛ لأن العقد لا ينعقد على ما ليس في وسعه، وكذا النزاع في الفصاد والحجام والختان لا يضمن إذا ما مات من ذلك؛ لأنه ليس في وسعه التحرز عن السراية فيتناول العقد مطلق العمل ضرورة أن لا يمتنعوا عن الفصد والحجامة مخافة السراية فيتضرر به الناس وبه فارق الحمال والأجير المشترك.

وأما **الثاني**: يجب أن يكون محل العمل مسلمًا إليه بالتخلية حتى لو كان صاحب المتاع معه أو وكيله، فإن كان راكبًا في السفينة فانكسرت بجلب الملاح أو على الدابة فعطبت لسوق صاحبها فلا ضمان عليه إلا إذا تعمد سببًا؛ لأن هذا الضمان ضمان العقد وضمان العقد لا يجب إلا بالتخلية كما في بيع العين.

قال محمد: وكذلك إذا كان رب المتاع والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين، وهو قياس قول أبي يوسف بخلاف ما لو كان صاحب المتاع يسير خلف الدابة لا يسوقها فعطبت الدابة وهلك المتاع يضمن الأجير؛ لأن محل العمل مسلم إليه؛ لأنه سلم المتاع إليه وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد لما دفع إليه؛ لأن هذا السير غير ممكن من الدابة، وكيف يتمكن مما عليها بخلاف ما إذا كان راكبها أو سائقها أو قائدها؛ لأنه متمكن من الدابة فيكون متمكنا مما عليها.

وعن أبي يوسف: إذا سرق المتاع من رأس الحمال ورب المتاع معه، فلا ضمان عليه، هكذا ذكره الكرخي في (مختصره)؛ لأن صاحب المتاع لم يحل بينه وبين المتاع فلم يكن في يده، ولا يضمن الحمال باليد.

وأما **الثالث**: أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، حتى لو استأجر

دابة تحمل عبدًا صغيرًا أو كبيرًا أفلا ضمان على المكاري فيما عطبت من سياقته وقوده، وكذا لو حمل عليها المتاع والعبد فمات العبد وفسد المتاع يضمن المتاع دون العبد؛ لأن ما يجب بقتل القتيل ضمان دم، وضمان الدم لا يجب بالعقد، ألا ترى أنه يجب على العاقلة وضمان العقود لا تجب على العاقلة، ثم إنما يضمن المتاع إذا كان العبد لا يصلح لحفظ المتاع.

فأما إذا كان يصلح لحفظ المتاع لا يضمن المتاع؛ لأنه في يد العبد ويد العبد يد المولى فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى تلف من فعل أجير القصار لا متعمدًا فالضمان على القصار دون الأجير؛ لأن التلف حصل من عمل القصارة، فالأجير مأذون في عمل القصارة فيصير عمله منقولًا إلى القصار كأنه فعله بنفسه.

ولو وطئ على ثوب من القصارة فتخرق ينظر: إن كان ثوبًا يوطأ مثله فلا ضمان عليه؛ لأنه مأذون بذلك من جهة الأستاذ دلالة، فإن كان لا يوطأ مثله بأن كان رقيقًا، فإنه يضمن الأجير؛ لأنه غير مأذون ما يوطأ من جهة الأستاذ دلالة.

ولو وقع من يده سراج فأحرق ثوبًا من القصارة أو حمل شيئًا من بيت القصار بإذنه فسقط على ثوب القصارة فتخرق، فالضمان على الأستاذ لا عليه؛ لأنه مأذون فيه من جهة الأستاذ فيصير عمله منقولًا إليه كما لو دق فتخرق.

وكذلك لو استأجر رجلًا ليخدمه فوقع شيء من يده وسقط على متاع البيت فأفسده لا ضمان عليه؛ لأنه مأذون برفع متاع البيت ووضعه، فالفساد تولّد من عمل مأذون فيه فلا يضمن، وكذا لو انفلتت المدقة من يده فتخرق ثوبًا من القصارة فالضمان على الأستاذ؛ لأن هذا من عمل القصارة فيكون مأذونًا فيه.

ولو وقع على ثوب وديعة عند الأستاذ فخرقه ضمنه الأجير، وكذا في السراج إذا حرقه؛ لأنه ليس بأجير فيما ليس من ثياب القصارة والإذن بالعمل إنما يثبت بالإجارة فلم يكن مأذونًا بالعمل مما ليس من ثياب القصارة فلم ينتقل فعله إلى الأستاذ.

وكذلك إن أصاب آدميًا فقتله فضمانه على الأجير. وذكر في الأصل لو انقلبت المدقة فأصابت ثوبًا فضمانه على القصار ولم يفصل بين ثوب القصارة وغيره،

ومشايخنا فصلوا وقالوا: إن انقلبت ووقعت على ثوب الوديعة بعدما وقعت على ثوب القصارة يضمن الأستاذ دون الأجير؛ لأن المدق متى وقعت على ثوب الوديعة ابتداء فهذا العمل غير مأذون فيه أصلًا فضمن، وإذا وقعت على ثوب القصارة أولا، ثم انقلبت إلى ثوب الوديعة فهذا العمل مأذون فيه من جهة الأستاذ؛ لأنه أجير في حق ثوب القصارة فيكون مأذونًا فيه فانتقل هذا القدر من العمل إلى الأستاذ فكأن الأستاذ دق بنفسه ثم انقلبت المدقة إلى ثوب آخر يضمن الأستاذ دون الأجير فكذا هذا.

وكذلك على هذا التفصيل إن أصاب آدميًّا، ولو مشى ضيف على بساط المضيف أو جلس على وسائده فتخرق لم يضمن.

وكذلك إن تخرق بسيفه المتقلد به؛ لأنه مأذون له في استعماله مما تولد منه لا يكون مضمونًا، ولو وطئ على آنية من الأواني ضمن؛ لأن هذا لا يؤذن في وطئه، وكذا لو وطئ ثوبًا لا يبسط مثله ولو قلّبوا إناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا؛ لأنه مأذون له في استعماله.

ولو جفف القصار ثوبًا على جبل فخرقته حمولة في الطريق، فالضمان على سائق الدابة؛ لأن مشي الدابة مضاف إلى السائق، ولهذا لو وطئت إنسانًا فمات يضمن السائق فما تولد من مشيها يكون مضمونًا على السائق؛ لأنه أتلف بالسوق، وإذا ساقها الراعي فتناطحت أو وطئت بعضها بعضًا فمات وهو غير مشترك؛ إن كانت لواحد فلا ضمان عليه؛ لأن أجير الواحد لا يضمن ما تجنت يده، وإن كانت لأقوام يضمن مشتركًا كان أو غير مشترك المأخوذ بحكم الإجَارة الفاسدة إذا هلك فلا ضمان؛ لأن المعقود عليه المنفعة فإنها مضمونة بأجر المثل، فأما العين أمانة في يده فلا تكون مضمونة عليه.

رد القصار عليه ثوب غيره خطأ أو عمدًا فأتلفه فمالكه بالخيار إن شاء ضمّن القصار قيمة ثوبه ورجع به القصار على المتلف ويرد عليه ثوبه، وإن شاء ضمّن المتلف ورجع المتلف بثوبه على القصار؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حق المالك.

(**المنتقى**): رجل دفع إلى قصار ثوبًا ليقصره فجاء يطلب ثوبه فدفع إليه القصار

ثوبًا على أنه له فضاع فهو ضامن له وكل من أخذ شيئًا على أنه له فلم يكن له فهو ضامن.

ولو كان صاحب الثوب بعث رجلًا ليأخذ ثوبه فدفع القصار ثوبًا إلى الرسول فضاع، فإن كان الثوب للقصار فلا ضمان على الرسول، وإن كان لغير القصار فلرب الثوب أن يضمن أيهما شاء القصار أو الرسول وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

حائك عمل ثوبًا لرجل فجاء الطالب فتعلق به ليأخذه وأبى الحائك أن يدفع حتى يأخذ الأجر وتخرق في يد صاحبه لا ضمان على الحائك، وإن تخرق في يديهما فعلى الحائك نصف قيمة الخرق.

ولو كان الطعام في سفينتين مقرونتين وسيرهما معًا وحبسهما معًا ورب المتاع في إحداهما فلا ضمان على الملاح فيما هلك، وكذلك العطار إذا كان عليه الحمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الحمال؛ لأن يد صاحب المتاع ثابتة على جميع ذلك.

وعن أبي يوسف في الحمال ورب المتاع إذا حملاه ليضعاه على رأس الحمال فوقع وهلك فلا ضمان على الحمال؛ لأنه لم يسلّم إليه، فإن المتاع في يده ما لم تزل يده عنه فلم تصح التخلية.

ولو حمله إلى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال وصاحب المتاع من رأسه فوقع من أيديهما وهلك، فالحمال ضامن عند أبي يوسف وهو قول محمد أولًا، ثم رجع فقال: لا ضمان على الحمال؛ لأن المتاع قد وصل إلى يد صاحبه إلى أخذه بيده فيبرأ الحمال عن الضمان، لأبي يوسف أن يد الحمال كانت ثابتة على المتاع وكان مضمونًا عليه فلا يزول الضمان إلا بزوال يده، وبإنزالهما معًا لم تزل يد الحمال فلا يزول الضمان قال الفقيه أبو الليث في نوازله: القياس أن يضمن النصف؛ لأن المتاع، وإن كان في يد الحمال فقد سقط من فعلهما جميعًا وهو اختياره. استأجر قدرًا، فلما فرغ حمله على حمار فزلق رجل الحمار فانكسر القدر، فإن كان الحمار يطيق حمل ذلك القدر فلا ضمان عليه؛ لأن رده، وإن كان على المؤاجر إلا أن بين الناس أن المستأجر يحمل إلى المؤاجر، وإن كان لا يطيق حمله، فإنه يضمن.

ورُوي عن أبي يوسف: في القصار إذا استعان بصاحب الثوب ليدقه معه فتخرق ولا يدري من أي الدقين تخرق قال على القصار نصف الضمان.

وقال محمد: عليه كل الضمان حتى يعلم أنه تخرق من دقهما أو من دق صاحبه؛ لأن الثوب صار مضمونًا عليه بالقبض فلا يخرج عن كونه مضمونًا بالشك حتى يعلم أنه تخرق من صنع المالك.

لأبي يوسف: أنه احتمل أن التلف حصل من فعل القصار، واحتمل أنه حصل من فعل المالك، وليس أحد الفعلين بأولى من الآخر فيضاف التلف إلى فعلهما فوجب نصف الضمان على القصار.

وعن محمد فيمن دفع إلى رجل مصحفًا يعمل فيه ودفع معه الغلاف أو دفع سيفًا إلى صيقلي يصقله بأجر، ودفع معه الجفن فضاع ذلك قال يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن؛ لأن السيف لا يستغني عن الجفن والمصحف لا يستقيم إلا مع الغلاف فصار كالشيء الواحد، فإن أعطاه مصحفًا يعمل له غلافًا فضاع المصحف، أو ينقطه بأجر فضاع غلافه، أو أعطاه سكينًا يعمل له علاقًا فضاع السكين، أو ثوبًا ليرقوه في منديل فضاع المنديل، أو ميزانًا ليصلح كفته فضاع العود الذي يكون فيه الميزان لم يضمن؛ لأنه لم يستأجره لإيقاع الفعل فيه، وإنما استأجره ليعمل في غيره فلم يكن المحل محل العقد فلا يكون مضمونًا عليه. رجل دفع إلى خياط ثوبًا فقال اقطعه حتى يصيب القدم وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا فخاطه ناقصًا، فإن كان قدر إصبع ونحوه فليس بشيء؛ لأنه لا يعد نقصانًا عرفًا، وإن كان أكثر فله أن يضمنه؛ لأنه يكون نقصانًا متفاحشًا. رجل له عدل زطي وعدل هروي فقال الآخر: احمل أي هذين العدلين سبب على أنك إن حملت الزطي إلى منزلي فلك درهمين، وإن حملت الهروي فلك درهم، قال محمد: الإجارة جائزة، وإنما وقعت على أحدهما بغير عينه فأيهما حمل أول مرة فله أجره وهو متطوع في حمل الآخر وضامن له إن ضاع في قولهم جميعًا وإن حملهما جميعًا، فعليه نصف أجر كل واحد منهما، وإن هلكا في يده ضمن في قياس قول أبي حنيفة نصف كل واحد منهما وعندهما ضمن لهما جميعًا حتى يدفعهما إلى

صاحبهما، وعليه نصف أجر كل واحد منهما. رجل دفع ثوبًا إلى قصار ليقصره بأجر معلوم فجحد القصار الثوب وحلف، ثم جاء بالثوب مقصورًا فأقر به، فإن كان قصره قبل الجحود فله الأجر، وإن كان قصره بعد الجحود فلا أجر له، ولو كان هذا صباغًا والمسألة بحالها، فإن علم أنه صبغه قبل الجحود فله الأجر، وإن صبغه بعد الجحود فصاحب الثوب بالخيار إن شاء أخذ ثوبه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء ترك الثوب وضمنه قيمته أبيض، ولو دفع إلى نساج غزلًا والمسألة بحالها، وإن نسج قبل الجحود فله الأجر، وإن نسج بعد الجحود فالثوب له وهو ضامن لغزل مثله.

ولو استأجر دابة ثم أنكر في وسط الطريق قال أبو يوسف: يلزمه الأجر قبل الإنكار ولا يلزمه بعد الإنكار ولا يسقط عنه الأجر في قول محمد؛ لأنه ليس للمؤاجر أن يأخذ منه في وسط الطريق فيبقى في يده في حكم الإجارة.

رجل استأجر عبدًا سنة وقبض العبد فلما مضى نصف السنة جحد أن يكون استأجره وقيمة العبد، يوم جحد ألفا درهم ومضت السنة وقيمته ألف، ثم مات العبد فالإجارة له لازمة، ويضمن قيمة العبد ألف درهم أما لزوم الإجارة؛ لأنه قد استعمله السنة كلها، فلما مضت السنة كان عليه أن يرده، فلما عجز عن رده يضمن قيمته وقد كان لزمه الأجر قبل أن يضمن فلم يجتمع الأجر والضمان في وقت واحد.

رجل دفع إلى رجل زجاجة يقطعها له بأجر معلوم فقطعها فانكسرت، وقد قال له الدافع: لا ضمان عليك إن انكسرت ينظر: إن كان هذا لا يكاد يسلم من الكسر فلا ضمان عليه، وإن كان يسلم أحيانًا وينكسر أحيانًا فهو ضامن. سمسار باع ما أمر ببيعه فأمسك الثمن عنده بأمر صاحب الحمولة فسرق الثمن لا ضمان عليه بالإجماع؛ لأنه يأخذ الأجر للبيع لا للإمساك وهو أمين بإمساكه.

(فصل)

الأجير الخاص: من يستحق الأجرة بالوقت دون العمل، كمن استأجر إنسانًا

ليخدمه شهرًا أو ليقصر معه أو ليعمل عملًا، أو بما هو في معنى الوقت بأن أجّر نفسه منه إلى مكة يستحق الأجرة بتسليم النفس في المدة، وليس له أن يؤاجر نفسه من غيره؛ لأن المعقود عليه هو المنفعة دون العمل لما بينا، وإنما يذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة، ومتى صارت منفعته مستحقة للمستأجر لا يمكن صرفها إلى عمل غيره، فلا يمكنه في تلك المدة لغيره فسمي أجيرًا خاصًّا لهذا، ولا ضمان عليه فيما هلك في يده، وما هلك من عمله فلا ضمان عليه إذا لم يتعمد الفساد؛ لأن المعقود عليه المنفعة والمنفعة سليمة، وإنما العيب في العمل الذي هو سليم للمنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونًا عليه إلا إذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع إذا تعدى.

وعلى هذا تلميذ القصار وأجزاء سائر الصباغ فالضمان على الأستاذ دون الأجير؛ لأنه قد أوفى العمل الذي كان واجبًا عليه بفعل الأجير، فصار عمله مضافًا إلى الأستاذ كأنه فعله بنفسه، فيجب عليه الضمان كما لو عمل بنفسه، ولا يرجع عليهم بما ضمن؛ لأنه أجير خاص في حق الأستاذ.

(إجارة الراعي)

استأجره ليرعى غنمه بأجر معلوم كل شهر جاز؛ لأن العمل معلوم والأجر معلوم ثم الراعي لا يخلو، إما أن يكون أجيرًا واحدًا أو أجيرًا مشتركًا، وإنما يكون أجيرًا واحدًا بأن أوقع العقد على المدّة لا على العمل بأن أستأجره شهرًا ليرعى غنمه بدرهم ولم يرد على هذا فهو أجير وحده؛ لأنه أوقع العقد على المدّة لما تقدّم ذكر الوقت على العمل وقوله: "ليرعى غنمه" يحتمل أن يكون العقد على العمل، ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل المستحق على الأجير في المدّة فلم يتغير أول الكلام فبقي أجير وحده.

وكذلك لو استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرًا، وشرط عليه أن لا يرعى غنم غيره فهذا أجير وحده؛ لأنه أضاف العقد إلى الوقت لا إلى العمل.

وإن استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرًا ولم يشترط أن لا يرعى غنم غيره فهو

أجير مشترك؛ لأنه أوقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على الوقت والأجير المشترك من يكون العقد مضافًا إلى العمل لا إلى الوقت، فإن كان الراعي أجيرًا خاصًّا ليس له أن يرعى لغيره؛ لأنه ليس لأجير الوحد أن يؤاجر نفسه من غيره؛ لأن منفعته صارت مستحقة للأول بالعقد فلا يملك صرفها إلى غيره.

ولو أنه أجر من غيره ورعى غنم الأوّل والثاني، استحق الأجر حملًا على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء منهُ وتم؛ لأنه أوفى العمل إلى كل واحد منهما بتمامه، كما لو استأجر ظئر شهرًا ليرضع ولده، فأجّرت نفسها من آخر وأرضعت ولد كل واحد منهما تستحق الأجر كملا فكذا هذا.

ولو ماتت شاة أو أكلها سبع أو غرقت في نهر يسقيها منه فلا ضمان على الراعي؛ لأنه أمين فلا يضمن إلا بالجناية ولا ينقص من الأجر بحسابها؛ لأن المعقود عليه في الأجير الخاص المنفعة، والواجب تسليم النفس وقد سلم، ولهذا لو سلم النفس ولم يأمره بالرعي يستحق الأجر وهو مصدق فيما يرعى من الهلاك مع اليمين لأنه أمين.

ولو سلم إلى الراعي الوَحْدِ عددًا فأراد أن يزيد عليه والراعي يطيقه فله ذلك استحسانًا؛ لأن المستحق عليه الرعي بقدر ما يطيقه لا رعي أغنام بعينها؛ لأن المستحق تسليم النفس لعمل الرعي مطلقًا وليس فيه زيادة عمل حتى إن في الظئر لو أراد إرضاع صبيين بعدما استأجرها لإرضاع صبي لا يمكنه؛ لأن فيه زيادة عمل وعليه رعي أولادها ولا يسقط شيء من أجره ببيع بعضها؛ لأن المستحق عليه تسليم النفس في المدة للمدعي وقد وجد.

فأما إذا كان الراعي أجيرًا مشتركًا فحكمه حكم الأجير المشترك، وليس لرب الغنم أن يزيد فيها؛ لأن المستحق على الأجير المشترك قدر ما يسمى في العقد؛ لأنه لا يجوز العقد على غير مسمًّى.

ولو وجد الخلاف من الأجير المشترك في الأجير المشترك إلا بالإشارة إلى الأغنام أو بذكر العدد، فتعلق العقد بالمسمى فلا يستحق عليه الزيادة، ولا يلزمه رعي الأولاد وما بيع منها سقط من الأجر بحسابه؛ لأنه لم يشترط عليه رعي الأولاد.

ولو شرط عليه إن يرعى أولادها فسد قياسًا؛ لأنه لا يدري قدر ما تلده الأغنام فيكون رعي الأولاد مجهولًا، فيكون المعقود عليه مجهولًا وصح استحسانًا؛ لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة عرفًا؛ لأن العرف قد جرى برعي الأولاد مع الأمهات، ولأنه لو لم تصح هذه الإجارة يحتاج إلى فصل الأولاد رعي الأوقات وإلى راعي آخر وفيه ضرر فقلنا بصحته دفعًا للضرر عن أرباب الأغنام. راعي مشترك خلط الغنم فالقول في التمييز للراعي مع يمينه إن جهل صاحبه؛ لأنه متى عرف غنم كل واحد لا يكون هذا الخلط استهلاكًا، وهو أمين فيكون القول له كالمودع، فإن جهل هو يضمن قيمة الكل؛ لأن هذا الخلط استهلاك فصار متلفًا للغنم في حق الأرباب معنى فيضمن، كما لو خلط الحنطة بالحنطة. راعي مشترك يشترط عليه أن يأتي قسمة الميت وإلا فهو ضامن فلم يأت لم يلزم الضمان؛ لأن إتيان القسمة عمل شرط عليه فيها بعد انفساخ الإجارة؛ لأن الإجارة انفسخت في حق الميت فلا يلزمه من ذلك؛ لأنه أمين شرعًا فما مات في يده فلا يصير ضمينًا بالشرط كالمودع، هكذا ذكر في المبسوط ولم يذكر فيه خلافًا، وذكر الحاكم في مختصره أنه لا يضمن عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن؛ لأنه شرط مطابق وليس للراعي أن ينزي على الماشية بدون إذن مالكها، فإن فعل فعطب به شيء ضمنه؛ لأن الإنزاء ليس من الرعي فلم يدخل تحت الإجارة فلم يصر مأذونًا فيه، فإن نزا فحل بدون فعله لم يضمن إذا عطب؛ لأن الهلاك لم يكن بفعله، فإنه يرسله وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما يضمن؛ لأنها ليست من الأشياء التي لا يمكن الاحتراز عنه.

ندّت واحدة فخاف على الباقي أن يتبعها فلا ضمان عليه في النادّ عند أبي حنيفة؛ لأنه ترك حفظها بعذر كيلا يضيع الباقي، والأمين إذا ترك الحفظ بعذر لا يضمن، كما لو دفع الوديعة إلى أجنبي حالة الحريق الغالب، وعندهما يضمن؛ لأنه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه، كما لو سرق وهو نائم كما هو أصلهما في تضمين الأجير المشترك، وكذلك لو تفرقت في قافلة أتباع بعضها لا غير.

ولو استأجر من يجيء بالناد فهو متبرع.

ولو ذبح الراعي شاة خوفًا عليها ضمن قيمتها يوم الذبح. قال مشايخنا: هذا إذا

كان شاة ترجى حياتها، فإن كان لا يرجى حياتها وتيقن موتها، فإنه لا يضمن متى ذبح؛ لأنه مأمور بالحفظ من جهة المالك؛ لأن الأمر كالرعي أمر بالحفظ فيلزمه الحفظ على المالك بقدر الإمكان، ولا إمكان للحفظ في هذه الحالة إلا بالذبح حتى لا يفسد اللحم كالقصاب إذا اشترى شاة وشدّ رجليه فذبحها إنسان لا يضمن؛ لأنه رضي بذبحها دلالة، بخلاف ما لو ذبح شاة للغير قد أشرفت على الموت يضمن؛ لأنه لم يوجد من المالك صنع يدل على الرضاء منه بالذبح، ودلالة حال المالك بالإذن بالذبح في هذه الحالة محتملة؛ لأنه كما يذبح المالك في هذه الحالة يترك للموت فلم يثبت الإذن بالذبح لا نصًّا ولا دلالة. راعي مشترك عطب بعض غنمه فقال المالك: شرطت الرعي لا في هذا المكان وادعاه الراعي فالقول للمالك والبينة للراعي؛ لأنه هو المدعي للإذن والمالك ينكره، وعندهما يضمن كما لو ثبت الإذن بالرعي في هذا المكان صريحًا فيعطب بعض منها ضمن عندهما وعنده لا، ولا أجر للراعي بعد الخلاف إذا سلم المال إليه؛ لأنه صار الغنم ملكًا له من وقت الخلاف فصار راعيًا ملك نفسه فلا يستحق الأجر إلا إذا سلمت؛ لأن التفاوت بين المكانين في حق الرعي يسيرٌ فاتحدا في أصل الرعي. واختلفا في الصفة، فإن الرعي في بعض الأمكنة ربما يكون أجود فكان إتباعًا بأصل المعقود عليه فاستحق الأجر، بخلاف ما لو استأجر دابة ليذهب بها في مكان كذا فذهب بها في مكان آخر وسلمت الدابة فلا أجر عليه، وإن لم يضمن؛ لأن الطرق في حق الركوب متفاوتة رب طريق يفسد الدابة بالسير فيه يومًا لصعوبته، ورب طريق لا يفسدها بالسير فيه شهرًا لسهولته فاختلفا جنسًا فاستوفى جنسًا آخر فلم يستحق الأجر، كما لو استأجر دابة للركوب فاستخدم عبده أو لبس ثوبه ولا يأخذه المصدق من الراعي، فإن أخذ فلا ضمان على الراعي؛ لأنه ليس في وسعه دفع السلطان والهلاك حصل بأمرٍ لا يمكن التحرز عنه فلا يضمن بالإجماع. جعل الإجارة لبنها أو شيئًا منها، فالإجارة فاسدة والراعي ضامن لما أصاب منها؛ لأن الأصواف والألبان الموجودة للحال مجهولة المقدار، وما سيحدث معدوم للحال وأحدهما مانع جواز الإجارة بمجموعها أولى.

(باب إجارة الظئر)

إجارة الظئر إجارتها لإرضاع الصبي بأجرة معلومة جائزة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] جوّز أخذ الأجر على الإرضاع ولأن إجارتها واقعة على خدمة الصبي وتربيته وحضانته وحفظه لا على استهلاك العين وهو اللبن مقصود بل بجعل اللبن تبعًا لهذه الأشياء، وإن كان قوام هذه الإجارة باللبن، ألا ترى أن إجارة الطاحونة المنصوبة على الماء جائزة لأنها واقعة على البيت وأدوات الرحى لا على الماء، وإن كان قوام هذه الإجارة بالماء حتى لو انقطع الماء بطلت الإجارة، فكان إجارة الظئر بمنزلة إجارة العبد للخدمة، فإن شرطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وشرطت دراهم مسماة عند الفطام ولم تصف سببًا من ذلك جاز استحسانًا من غير بيان عند أبي حنيفة.

وعندهما وعند الشافعي: لا يجوز قياسًا.

وإن بينوا كل يوم كذا طعام وكل ستة أشهر ثوب ذرعه وعرضه وصفته وجنسه كذا وضربوا له أجلًا جاز بالإجماع.

لهما: أن الأجرة مجهولة فلا يجوز.

كما لو استأجر امرأة بطعامها وكسوتها للخبز. له: أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة غالبًا؛ لأن العادة بين الناس في كل البلاد التوسعة على الأظآر والجري على موجب شهواتهن للشفقة على الأولاد، والجهالة إذا لم تفض إلى المنازعة كانت معفوًّا عنها غير مانعة كما في بيع قفيز من صبرة معه فارق سائر الإجارات.

ولو استأجر امرأته ترضع صبيًّا له من غيرها جاز، وإن كان منها لا يجوز خلافًا للشافعي؛ لأن إرضاع ولده منها واجب عليها ديانة؛ لأنه من أعمال البيت وأعمال البيت واجب على المنكوحة ديانة لا حكمًا؛ لأن السكن والازدواج لا يتحققان إلا بعد اجتماعهما على إقامة مصالح الزوجية وإرضاع الولد من حملها، وإنما ليس عليها إرضاع ولد زوجها لا ديانة ولا قضاء؛ لأنه ليس من أعمال زوجيتها.

ولو استأجر مطلقته لإرضاع ولده منها جاز في ظاهر الرواية؛ لأن الزوجية قد

انقطعت ومصالحها قد ارتفعت فلم يجب عليها إرضاع ولد منها فجازت الإجارة كما بعد انقضاء العدة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ما لم تنقضي عدتها؛ لأن بعض أحكام الزوجية قائم ما بقيت العدة، ولهذا استحقت النفقة كالزوجة ولا يجوز نكاح أختها وأربع سواها ولا تقبل شهادته لها.

ولو استأجر ذات رحم لإرضاع صبيه جاز؛ لأن إرضاع ولده غير واجب عليها لا ديانة ولا حكمًا. ويجوز استئجار الظئر الكافر والتي ولدت من فجور؛ لأن الكفر فساد في الاعتقاد فلا يؤثر في اللبن، بخلاف ما لو استأجر الحمقاء، فإنه يكره لأن الحمق داء في اللبن فيؤثر في فساد اللبن، فإذا غذي منه حتى يفسد عليه عقله.

ولو استأجرت الأمة الفاجرة والمكاتبة نفسها ظئرًا جاز؛ لأن الإجارة من التجارة ولو استأجر المكاتب ظئرًا جاز، فإن عجز وردّ في الرق انتقضت الإجارة؛ لأن المستأجر بعد العجز لم يبق أهلًا للتملك من كل وجه فيبطل الاستئجار كما لو مات.

وإن أجر أمته لم تنقض عند أبي يوسف، وقال محمد: تنقض؛ لأن الإجارة واقعة للمكاتب من كل وجه؛ لأن للمكاتب حق الملك وحق التصرف في اكتسابه، وليس للمولى حق التصرف فيه، ولهذا لم يملك المولى فسخ الإجارة، ويملك المكاتب فسخها فصار حق المكاتب راجحًا على حق المولى فسقط اعتبار حق المولى، فكانت الإجارة واقعة للمكاتب (وبالعجز قد زال المستأجَر) عن ملك المستأجر فبطلت الإجارة كما لو مات الآجر.

لأبي يوسف: أن الإجارة واقعة من وجه؛ لأن له حق الملك في اكتساب المكاتب، ولهذا لو تزوج أمة من كسبه لم يجز وحق المكاتب راجح على حق المولى في حق نفاذ التصرف حتى يمكنه الاكتساب. فأما فيما عداه فحكمهما سيان، ولهذا لو اشترى المكاتب منكوحة لنفسه لا يبطل نكاحه.

ولو كان الملك له من كل وجه تبطل فالإجارة تناولت حق المولى من وجه فصار مؤاجرًا من وجه كالمكاتب، فباعتباراتها تناولت حق المكاتب أوجب

انفساخها، وباعتبار أنها تناولت حق المولى أوجب بقاءها فلم تنفسخ بالشك ويجب عليها القيام بأمر الصبي فيما يصلحه من رضاعة وغسل ثيابه وما يعالج به من الدهن والريحان؛ لأن هذه الأعمال مشروطة عليها عرفًا؛ لأن العرف أن الظئر تتولى ما يحتاج إليه الصغير في إرضاعه، والمشروط عرفًا كالمشروط نصًّا، فإن كان الصبي يأكل الطعام فالطعام على أهله والدهن على الظئر؛ لأن شراء الطعام للصبي غير مشروط عرفًا إنما ما تهيأ ما يحتاج إليه الصبي مشروط عرفًا.

ولو أرضعته جاريتها أو غيرها فلها الأجر كاملًا؛ لأن الظئر بمنزلة الأجير المشترك، فإن جعل العمل مقصودًا بالعقد وهو الإرضاع فكان المعقود عليه العمل، وإن كان مضافًا إلى الوقت، فإن قال استأجرتك سنة لترضع هذا الصبي فالإرضاع منها ومن غيرها سواء فيما هو المقصود منه وهي حياة الولد وكسوته فصار فعل جاريتها مضافًا إليها فيكون لها الأجر كاملًا، وكذا لو استأجرت الظئر ظئرًا فأرضعته فلها الأجر استحسانًا؛ لأن المقصود حصل كما لو أرضعته جاريتها، كالخياط استأجر أجيرًا ليخيط الثوب ويتصدق بالفضل؛ لأنها أحدثت زيادة لا على عمل منها هذا إذا لم يشترط إرضاعها بنفسها.

فأما إذا شرط إرضاعها بنفسها فأرضعته جاريتها هل تستحق الأجر. قيل: لا تستحق الأجر؛ لأن اشتراط إرضاعها نوع فائدة؛ لأنه ربما يكون لبنها أجود: وصار كالخياط والقصار إذا شرط في الإجارة عمله بيده، فعمل أجيره وغلامه لا يستحق الأجر وقيل بأنها تستحق الأجر؛ لأن اشتراط الرضاع عليها بنفسها لا يفيد؛ لأن إرضاعها وإرضاع غيرها يستويان فيما هو المقصود من الإرضاع وهي حياة الولد.

ولو تفاوتا كان يسيرًا فلا يعتبر، واشتراط ما لا يفيد يكون لغوًا فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة بخلاف الخياط والقصار؛ لأن اشتراط عمله بنفسه يفيد؛ لأن عمل الأستاذ والتلميذ يتفاوتان فاحشًا فوجب اعتباره.

ولو أرضعت بلبن الغنم فلا أجر لها ويبقى هذا إطعام وليس بإرضاع، وإن اختلفوا فقال أهل الصبي: أرضعته بلبن البهائم، وقالت الظئر: أرضعته بلبني، فالقول لها مع يمينها؛ لأن الظاهر شاهد لها وهو إيفاء المستحق عليها وهو الإرضاع، فإن

أقاما البينة فالبينة لها؛ لأن تبيينها يثبت الأجرة؛ لأنه يجعل كأنها جمعت بين إرضاعها بلبنها وبين إرضاعها بلبن البهائم، ولو ثبت كلاهما بالبينة تستحق الأجرة فكذا إذا ثبتا بالبينة العادلة.

وإذا شرطوا عليها الإرضاع في منزلهم فليس للظئر أن تخرج من عندهم إلا بعذر كمرض أو غيره؛ لأن إرضاع الصبي في منزل الأب أجود للصبي من رضاعه في منزل الظئر؛ لأنها تحتشم من الأب في منزله فتحسن في الإرضاع، واشتراط زيادة الجودة في المعقود عليه صحيح، كما لو اشترى خادمًا على أنه كاتب أو خباز، وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إذا لم يشترطوا عليها ولها أن تخرج به إلى منزلها؛ لأن المستحق عليها العمل لا في مكان مخصوص.

ولزوج الظئر نقض الإجارة إن لم يرض؛ لأن حق الزوج سابق على حق المستأجر، فإن رضي فلهم منعه من غشيانها في منزلهم مخافة الحبل؛ لأن الدخول في منزل الغير ليس بمطلق له ولا يمنعه ألبتة في منزل نفسه؛ لأن الغشيان حق يستحق له قبل الإجارة بالنكاح، وعقد النكاح باق بعد الإجارة فيبقى حقًّا له، ولها الخروج إن آذوها باللسان لأنها تتضرر بالتصبر على الأذى، ولا يمكنها إيفاء العمل إلا بزيادة ضرر يلحقها، وهو احتمال الأذى ولهم منعها من زيارة الأقارب وزيارتهم إياها إذا أضر بالصبي، وإن لم يضر فلا لما عرف. وقع الصبي من يدها فمات أو تلف شيء من ثيابه وحليه فلا ضمان على الظئر؛ لأن الإجارة وقعت على إرضاع الصبي لا على حفظه وحفظ ثيابه فكانت مؤتمنة فيه غير أجير فيه سواء كانت في حكم الأجير الخاص أو المشترك، وتفسخ الإجارة بعذر وهو أن لا يأخذ الصبي من لبنها أو بقذفه ونفيه أو تكون سارقة أو حاملًا أو فاجرة أو يريدون سفرًا؛ لأن الإجارة تفسخ بالأعذار والحيل عذر؛ لأن لبن الحامل يضر بالصبي وكذا كونها فاجرة؛ لأنها تتشاغل عن حفظ الصبي؛ ولذلك إن أرادوا السفر فأبت أن تخرج معهم؛ لأنهم يتضررون ترك الصبي وكذا إذا مرضت؛ لأن الصبي يستضر بلبنها، وإذا مات أبو الصبي لم تنقض الإجارة؛ لأن الإجارة وقعت للصبي لا للأب سواء كان له مال أو لم يكن؛ لأن المنفعة له والأجر يجب في ذمته إلا أن الأب يقضي عنه من

ماله إن لم يكن للصبي مال، ولهذا قالوا لو ظهر للصغير مال كان للأب أن يوفي الأجرة من ماله، ولو وقعت الإجارة للأب لم يكن له أن يقضي من ماله، ولو مات الصبي أو الظئر انتقضت الإجارة، ولو كان الصبي لا يأخذ إلا من لبنها؛ لأنه قد ألفها لم تجبر على ذلك ولها فسخ الإجارة.

وذكر محمد في (**المنتقى**): قال أجبرها على أن ترضعه بأجر مثلها؛ لأن الإجارة كما تفسخ بعذر تبقى بعذر وفي إيفاء هذه الإجارة عذر فتبقى، وجه ظاهر الرواية أن هذا العذر مما يزول من غير أن تبقى هذه الإجارة؛ لأن الصبي إذا جاع واشتد جوعه يأخذ من لبن غيرها، فإذا كان العذر مما يزول من غير بقاء الإجارة لا تبقى فأما إذا كان عذرًا لا يزول إلا ببقاء الإجارة تبقى.

ولو استأجرها لترضع صبيين كل شهر بكذا فمات أحدهما سقط نصف الأجر؛ لأنه لا يمكنها إيفاء نصف المعقود عليه وهو عمل الإرضاع فانفسخت الإجارة.

ولو استأجر ظئرين فماتت إحداهما بقيت الأخرى بحصتها فرق بين هذا وبين ما إذا مات أحد الصبيين سقط نصف الأجر، والفرق أن الظئرين ينقسم الأجر عليهما كاعتبار قيمتهما لأنهما متفاوتتان في الإرضاع كما لو استأجر دارين أو عبدين للخدمة، فأما في الصبيين فالإجارة وقعت لهما فاستحق كل واحد منهما نصف المعقود عليه والبدل إنما يستحق بقدر ما ملك من المبدل وقد ملك كل واحد منهما نصف المبدل وهو لبن الظئر فيجب البدل عليهما نصفين وليس للظئر أن تؤاجر نفسها من آخر.

ولو أجرت من آخر وفرغت ولا يعلم الأول أتمت ولها الأجر كاملًا عليهما ولا تتصدق بشيء؛ لأن الظئر في حكم الأجير المشترك؛ لأن الركن في هذه الإجارة عمل التربية والحضانة والإرضاع واللبن كالبيع فيها لما بينا إلا أنه قسمة أجير الوَحْدِ من حيث إنه أوقع العقد على المدة فليسبقه تأجير الواحد ما تم وباعتبار كونها في حكم الأجير المشترك يملك أن يؤاجر نفسها من غيره ويجب لها الأجرة كالقصار والخياط، وإذا التقط لقيطًا فاستأجر له ظئرًا فالأجر عليه وهو متطوع؛ لأنه لا ولاية له على الصغير فلا يملك شغل ذمته بالأجرة فيكون متبرعًا.

(**المنتقى**): رجل استأجر امرأته لترضع ابنه منها من مال الصبي فهو جائز، ولو استأجر شاة ليرضع جديًا أو صبيًّا لا يجوز؛ لأن للبن البهائم قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز، وليس للبن المرأة قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز، وليس للبن المرأة قيمة فلأن تقع الإجارة على فعل الإرضاع والتربية والحضانة شرط.

(إجارة الأب والوصي والمولى والعبد ونحوه)

إجارة المولى على ثلاثة أوجه: إما أن أجر نفس الصبي أو ماله أو أجر نفسه أو ماله من الصبي.

وإذا أجر الأب أو الجد أو الوصي نفس الصبي في عمل من الأعمال فهو جائز؛ لأن له ولاية التصرف عليه من حيث التهذيب والرياضة واستعماله لمنفعة له فأولى أن يملك الإجارة عليه؛ لأنه أنفع بالصبي وأجود له.

ولا يجوز إجارة غيرهم إذا كان له أحد من هؤلاء لأنه لا ولاية له عليه، فإن لم يكن فأجره ذو رحم محرم منه وهو في حجره جاز؛ لأن له ولاية التهذيب والتأديب والاستعمال في حوائجه فيملك ولاية الإجارة عليه.

وإن كان في حجر ذي رحم فأجره أحد هو أقرب منه كصبي في حجر عمه ولد أم فأجر به الأم جاز عند أبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز؛ لأن الولاية تستفاد بالقرابة وقرابة الأمومة لا تطلق لها ولاية التصرف إلا في حق النكاح خاصة، وإنما تنسب ولاية التصرف لولاية التهذيب والتربية إذا كان في حجره.

لأبي يوسف: أن القرابة مؤثرة في إثبات الولاية فإنها حاملة وباعثة على النظر فتثبت الولاية لحاجة الصغير، فإذا ملكه الأبعد هذا فلأن يملكه الأقرب أولى وللذي ولي الإجارة أن يقتضي الأجرة؛ لأنه من حقوق العقد متعلق بالعاقد وليس له أن ينفق عليه؛ لأنه مال الصغير وليس له ولاية التصرف في مال الصغير، وكذلك إذا وهب للصغير شيء فله أن يقبضها؛ لأن هذا نفع محض وليس له أن ينفق عليه، وإذا بلغ الصبي فهو بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، وإن شاء فسخ بخلاف

الأب إن أجر عبدًا للصبي ثم بلغ فليس له حق الفسخ ومضى، والفرق أن إجارة العبد تصرف في ماله والأب ينوب عن الصغير في التصرف في ماله فلم يثبت له حق الفسخ كالوكيل عليه.

فأما إجارة نفس الصبي إنما ملكها الأب لحفظ الصغير والتهذيب لا بالولاية وإلا فالولاية باعتبار أصلها إضرار وفيها معهود به والحرية منافية لها، وولاية الحفظ والتهذيب قد انقطعت بالبلوغ.

والوجه الثاني: للأب والجد ووصيهما إجارة مال الصغير وليس لغيرهما ممن هو في حجره إجارة ماله لأية تصرف في ماله وليس لغيرهما ولاية التصرف في ماله.

ورُوي عن محمد أنه استحسن أن يؤاجروا عنده؛ لأنهم يملكون إجارة الصغير، فإذا ظهرت ولايتهم في نفسه ففي عبده أولى، وكذلك ينفقون عليه ما لا بد له منه؛ لأن في تأخير ذلك ضررًا، وكذلك أحد الوصيين يملك إجارة نفس الصبي، ولا يملك إجارة عبده عند أبي حنيفة؛ لأن من أصله أن كل واحد من الوصيين يملك التصرف في الذي يتضرر الصبي بتأخيره، والصبي يتضرر بترك الجارية؛ لأنه لا يتأدب ولا يتهذب ولا يتضرر بترك إجارة عبده، ولوصي اليتيم أن يؤاجر مدة طويلة إلا إذا انتقص من أجره مثلها ما لا يتغابن الناس فيه، كما في بيع العين.

والوجه الثالث: لو أجر الصبي نفسه أو عبده لعمل الصبي لم يجز إلا أن يكون جبر اللئيم عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز.

ولو فعل الأب جاز كما في البيع، وقد مرت في البيوع، وليس للصبي أن يؤاجر نفسه وإن عمل يجب الأجر استحسانًا، وكذلك العبد المحجور والقياس أن لا يجب الأجر؛ لأن عقد المحجور باطل وبالباطل لا يستحق شيئًا، كما إذا هلك من العمل. وجه الاستحسان: أن العبد محجور عما يضر بالمولى مأذون فيما ينفع المولى، ألا ترى أنه يملك الإنهار والاحتطاب والاحتشاش من غير إذن المولى لما فيه نفع به، فالجواز في الابتداء يضر بالمولى فوجب رده والجواز في الانتهاء ينفعه؛ لأنا إذا أبطلناه ضاعت منافعه، وإذا أجزناه تقومت منافعه من غير ضرر به، فوجب القول به بخلاف ما إذا هلك من العمل؛ لأنا متى جوزنا الإجارة يبطل ضمان العين فصار نفعه مشوبًا بالضرر فأبطلناه.

وإن هلك الصبي منه فعلى عاقلة المستأجر دينه وكون له الأجر فيما عمل قبل الهلاك، والفرق أن المستأجر صار غاصبًا للعبد كما استعمله، فإذا ضمن يملك من ذلك الوقت فصار منتفعًا يملكه فلا أجر عليه، فأما الحر لا يضمن بالغصب، وإنما يضمن بالجناية وقد صار جانيًا باستعماله إياه وضمان الجناية لا يفيد الملك في المضمون فلم يظهر أنه صار منتفعًا بتملكه فكان عليه الأجر.

(باب إجارة الرقيق)

استأجر خادمًا للخدمة كل شهر بكذا جاز ويخدمه من السَّحَر إلى ما بعد العشاء الآخرة إلى أن ينام الناس؛ لأن العرف فيما بين الناس أنهم لا يستخدمون المماليك فيما بعد العشاء الآخرة إلى السَّحَر؛ لأنهم ينامون والمستثنى عرفًا كالمستثنى شرطًا.

وهذا كما لو استأجر يومًا لعمل من الأعمال جعل ما بعد طلوع الفجر إلى ما بعد صلاة الغداة مستثنى من الإجارة عرفًا، فكذا هذا ولا يخرجه من المصر؛ لأن الظاهر أن المولى يريد استخدامه في مكان العقد؛ ولأنه يلحق بالمولى ضرر؛ لأن المستأجر له حمل ومؤنة فيلزمه مؤنة ردّه، وربما يؤدي ذلك على الأجرة ولا يكلفه الخبز والطبخ والخياطة لثوبه وعلف الدواب ونحوه، بل يكلفه بعمل البيت وخدمة أضيافه بالسواء وهذا إذا أقعده خياطًا أو يقعده خبازًا يخبز للناس؛ لأن ذلك العمل ليس من الخدمة. فأما إذا كان خياطة أو خبزًا لا بد للمستأجر منه فله ذلك؛ لأنه من أنواع الخدمة.

ولو دفع عبده إلى حائك ليعلمه النسج فاشترط عليه أن يحذقه في ثلاثة أشهر بكذا لم يجز؛ لأن التحذيق ليس بعمل معلوم، فإنه ليس له حد تعرف به الأقصى والأدنى، بخلاف ما إذا استأجره ليبيع ويشتري يومًا أو استأجره يومًا ليدربه الكدس، أو استأجره ليعمل النسج شهرًا جاز، وإن لم يكن ذلك العمل في وسعه؛ لأن هذه الأعمال معلومة في نفسها في المدة إلا أنه من غير مدة لا يجوز؛ لأن الإجارة عقد على العمل والعمل ليس في وسعه، وإذا دفع عبده إلى عامل ليعلمه عملًا على وجه الإجادة ولم يشترط واحد منهما على صاحبه آخرًا فعلى من يجب الأجر؟ ينظر في

ذلك إلى العرف إن كان عملًا يعطي صاحب العبد الأجر فالأجر عليه، وإن كان عملًا يعطي الأستاذ الأجر فالأجر عليه؛ لأن المعروف كالمشروط، كما لو دفع ثوبًا إلى قصار أو خياط ليقصر أو يخيط وجب الأجر؛ لأنه مشروط له عرفًا.

ولو استأجر عبدًا شهرين شهرًا بخمسة وشهرًا بستة فهو جائز والأول منهما بخمسة حتى لو عمل الشهر الأول دون الثاني استحق خمسة؛ لأنه قال شهرًا بخمسة انصرف إلى ما يلي الإيجاب فيتعين الشهر الثاني بستة.

ولو أجر عبده سنة ثم أعتق العبد في خلال السنة جاز عتقه؛ لأنه مالك لرقبته والعبد بالخيار إن شاء أجاز، وإن شاء فسخ، وعند الشافعي لا خيار له بناء على أن عنده المنافع المعدومة جعلت موجودة فملكها المستأجر بالعقد للحال، ونفاذ العتق لا يبطل حق المستأجر في المنافع، وعندنا العقد ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والمنافع بعد العتق حدثت على ملك العبد فيصير كأن العقد بعد العتق صدر من الفضولي فيتوقف على الإجازة، فإن أجاز لم يكن له أن ينقص وأجر ما مضى للسيد وما بقي للعبد؛ لأن الأجرة بدل المنفعة والمنفعة بعد العتق حدثت للعبد فيكون البدل له وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى؛ لأن القبض من حقوق العقد فيثبت للعاقد، فإن كان المولى حين أجّر العبد استعجل الأجرة، ثم أجاز العبد بعد العتق فالأجرة كلها للسيد؛ لأن الأجرة تملك بالتعجيل، فإذا أجاز فقد تقرر حكم ذلك الملك فلا يتغيّر بالعتق.

ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه بإذن المولى ثم عتق بعد مضي مدة للعبد حق الفسخ على ما بينا إلا أن العبد هو الذي يقبض الأجرة؛ لأنه هو العاقد.

ولو أجر المكاتب عنده ثم عجز فردّ في الرق فالإجارة باقية في قول أبي يوسف، وقال محمد: تنتقض الإجارة.

لمحمد: أن العقد أوجب حقًّا للمكاتب؛ لأنه التحق بالأحرار يدًا وتصرفًا فكان حكم العقد فيما يرجع إلى اليد والتصرف واقعًا للمكاتب، فإذا عجز انتقل إلى المولى فتعذر المضي على الإجارة كما في الوارث.

لأبي يوسف: أن قضية العقد يستدعي الوقوع للعاقد من كل وجه وقضية ملك

الرقبة يستدعي الوقوع للمولى من كل وجه، فإذا وجد في حق كل واحد منهما ما يستدعي الوقوع له من كل وجه فيقول إن عتق المكاتب قد ارتفع المعارض وثم حكم ذلك السبب فظهر أن العقد كان واقعًا له لا أن ينتقل شيء من المولى إليه، وإن عجز فقد ارتفع عقد الكتابة وثم السبب للمولى وظهر أن العقد كان واقعًا له إلا أن ينتقل شيء من العبد إليه.

(**المنتقى**): رجل أجر عبدًا له سنة ثم أقام العبد البينة أن مولاه أعتقه قبل الإجارة فالأجر للعبد، ولو قال العبد: إني حر وقد فسخت الإجارة فلم تقم له بينة ودفعه القاضي إلى مولاه فأجبره على العمل فأقام بينة أنه حر، وأن المولى أعتقه قبل الإجارة فلا أجر للعبد ولا لمولاه، ولو لم يقل فسخت كان الأجر للعبد كأنه أجره فرضي بتلك الإجارة، ولو كان عبد بالغ فادعى العتق وقد أجره وقال: قد فسخت ثم عمل فالأجر للغلام؛ لأنه كلقيط في حجر رجل أجره رجل آخر.

(باب ما يوجب فسخ الإجارة وما لا يوجب فسخها)

الأصل أن العيب متى حدث بالعين المستأجرة، فإن كان عيبًا لا يؤثر في اختلال المنافع لم يثبت للمستأجر خيار نحو: العبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط حائط من الدار وذلك لا يضر بالسكنى؛ لأن المعقود عليه المنفعة، فإذا لم يتمكن الخلل فيها لم يثبت خيار.

وإن كان عيبًا يؤثر في اختلال المنافع كالعبد إذا مرض والدابة إذا ندّت والدار إذا انهدم بعض بنائها أو سقط حائط يضر بالسكنى فللمستأجر الخيار؛ لأن الخلل قد تمكن في المعقود عليه قبل القبض، فإن المنافع لا تصير مقبوضة بقبض الدار ولكن باعتبار التمكن من الاستيفاء يصير قابضًا له حكمًا أو اعتبارًا فلا بد من استدامة التمكن من الاستيفاء، فإذا فات التمكن من الانتفاع لحدوث الخلل يثبت له الخيار، فإن شاء استوفى المنفعة مع العيب ويلزمه جميع البدل، وإن شاء نقض العقد؛ لأنه فات وصف المعقود عليه بآفة سماوية قبل القبض فلا يسقط شيء من البدل كما في بيع العين، فإن بنى المؤاجر ما سقط من الدار فلا خيار للمستأجر،

فإن العيب قد زال قبل الفسخ فسقط الخيار، فإن انهدمت الدار كلها فله أن يخرج سواء كان المؤاجر حاضرًا أو غائبًا واختلف المشايخ في انفساخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى وانقطاع الشرب عن الأرض، قيل: ينفسخ العقد بهذه العوارض بدليل أنه جوّز الخروج مع عيبه المؤاجر فلو لم ينفسخ العقد واحتاج إلى الفسخ يتوقف على حضرته وذلك؛ لأن المعقود عليه وهي المنفعة قد فاتت وانعدم فانفسخ العقد وانحل، وقيل لا ينفسخ العقد، فإنه ذكر في الصلح إذا صالح على سكنى دار فانهدمت لم ينفسخ الصلح وللمصالح أن يبني الدار ويمضي على الصلح.

ولذا رُوي عن محمد فيمن استأجر فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع، فهذا نص على أن الإجارة لا تنفسخ وهو الأصح؛ لأن أصل المعقود عليه لا يفوت بانهدام البناء؛ لأن الانتفاع بالعرصة يمكن بزوال البناء إلا أنه ناقص فكان بمنزلة العيب الفاحش وبالعيب يستحق الفسخ ولا ينفسخ وعلى هذا أن الإجارة هل تنعقد على الصحراء للسكنى قيل لا تنعقد؛ لأنه لا سكنى في الصحراء وقيل تنعقد وله الخيار؛ لأن السكنى تتحقق فيه إلا أنه ناقص.

وقال محمد: في السفينة إذا نقضت فصارت ألواحًا ثم ركبها لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر؛ لأن العقد قد انفسخ بهلاك السفينة، فإذا اعتدت صارت سفينة أخرى، ألا ترى أن الغاصب إذا غصب الألواح فجعلها سفينة ملكها، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها فالحاصل أنه إذا انهدمت الدار وسكن العرصة لا يجب الأجر.

ولو انهدم بيت منها وسكن في الباقي لا يسقط شيء من الأجر، وكذا لو أجر دارًا على أن فيها ثلاثة بيوت، فإذا فيها بيتان يجب أن يتخير ولا يسقط شيء من الأجر.

وذكر في (**المنتقى**): لو أجره داره فانهدم بيت منها يرفع عنه من الأجر بحصته لكنه خلاف ظاهر الرواية، والفرق على ظاهر الرواية أن الفسخ في الإجارة فسخ العقد من وجه وامتناع من القبول من وجه؛ لأن العقد على الأجرة منعقد للحال؛ لأنها موجودة وعلى المنفعة يتحدد انعقادها ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة

فاعتبرناه فسخًا متى كان العيب يسيرًا بانهدام البعض حتى لا يملك الرد إلا بحضرة صاحبه ولا يسقط شيء من الأجر متى سكن في الباقي؛ لأن البناء بمنزلة الوصف والوصف متى فات بآفة سماوية قبل القبض لا يكون له حصة من البدل كما في بيع العين فاعتبرناه امتناعًا من القبول متى كان متفاحشًا بانهدام الكل والامتناع من القبول صحيح حال عيبه صاحبه عملًا بالشبهين حطمها ولو غُصِب بيتٌ من الدار المستأجرة سقط عنه من الأجرة بقدره.

وكذا لو أجره دارًا وسلمها إليه إلا بيتًا منها، فإنه يرفع عنه بحساب ذلك؛ لأن الفائت وإن كان وصفًا من أوصاف المعقود عليه إلا أنه فات بفعل الأحرار والأجنبي والوصف متى فات بفعل العبد فله حصة من البدل؛ لأنه يصير مقصودًا بالإتلاف كما في بيع العين، ولو استأجر دارين فانهدمت إحداهما أو حدث بها عيب أو منعها مانع فله أن يترك الأخرى؛ لأن العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار.

ولو استأجر دارًا مدة فلم تسلم إليه حتى مضى بعض المدة ثم أراد أن يسلم في الباقي فله ذلك ويخير المستأجر على القبض؛ لأن الخيار لو ثبت إنما يثبت لتفريق الصفقة في المعقود عليه والعقد كما وقع يقع متفرقًا؛ لأنه يحدث ساعة فساعة فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقًّا بعقد آخر فتعذر التسليم في أحد العقدين لا يؤثر في الآخر.

(فصل)[1]

إجارة الرحى بما فيه من الأمتعة بأجرة معلومة جائز؛ لأنه استأجر ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، فإن انقطع الماء فلم يعمل فله النقض، فإن لم ينقض يدفع عنه من الأجر بحسابه؛ لأن المعقود عليه وهي المنفعة قد فات فواتًا يرجى عوده فيخير المستأجر كما لو أبق العبد المستأجر للخدمة. ثم اختلفوا في تفسير قوله بحساب ذلك قبل حساب أيام الانقطاع حتى لو انقطع الماء عشرة أيام سقط حصة عشرة أيام من الأجر؛ لأنه فات منفعة الطحن عشرة أيام.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

وقيل: تقدر حصة الماء الذي انقطع دون البيت فينظر إلى بيت الرحى وهو يطحن بكم يستأجر عشرة أيام وهو لا يطحن بكم يستأجر، فإن كان وهو يطحن يستأجر عشرة أيام بعشرة دراهم ولا يطحن يستأجر بخمسة تسقط خمسة دراهم وهي حصة ما انقطع من الماء ولا يسقط ثلث المسمى؛ لأن منفعة الطحن إن فاتت نفي منفعة السكنى وربط الدواب، فإن له أن يسكن فيه ويربط فيه دوابه فيسقط من الأجر بقدر ما فات وبقي بقدر ما بقي.

والأول أصح بدليل أنه قال: إذا انقطع الماء الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر فلا أجر عليه.

ولو كانت منفعة السكنى معقودًا عليه مع منفعة الطحن لأوجب بقدر ما تحصل منفعة السكنى، وهذا لأن الرحى لا يستأجر لمنفعة السكنى، وإنما يستأجر لمنفعة الطحن فكانت منفعة الطحن هي المعقود عليه مقصودًا، ومنفعة السكنى تدخل فيه بيعًا والبدل لا يقابل الاتباع.

ولو اختلفا في الانقطاع فلا يخلو إما أن اختلفا في قدر أيام الانقطاع، أو اختلفا في أصل الانقطاع، فإن اختلفا في قدر أيام الانقطاع، فإن قال المستأجر انقطع الماء عشرة أيام وقال الآجر خمسة أيام فالقول للمستأجر؛ لأن الأجير يدعي تسليمًا مبتدئًا بعود الماء بعد خمسة أيام، والمستأجر ينكر فيكون القول له.

وإن اختلفا في أصل الانقطاع ينظر إن كان الماء منقطعًا يوم الخصومة، فالقول للمستأجر؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الانقطاع للحال يدل على الانقطاع فيما مضى ظاهرًا، وإن كان الماء جاريًا فالقول للمؤاجر مع يمينه على علمه؛ لأن ظاهر الحال يشهد له؛ لأنه لما كان جاريًا في الابتداء وجاريًا وقت الخصومة، فالظاهر أنه لا ينقطع فيما بين ذلك.

استأجر رحًى شهرين بعشرين فيطحن فيها بثلاثين، إن كان المستأجر يقوم عليه أو أجيره طاب له الربح؛ لأن الزيادة على أجر الرحى جعل بإزاء منفعة نفسه، فإن كان رب الرحى يقوم عليه لا يطيب له لأنه ليس بإزاء الزيادة عوض فيكون ربح ما لم

يضمن إلا إن عمل المستأجر فيه عملًا أو زاد نفر الرحى أو غيره؛ لأنه يجعل الزيادة، بإزاء منفعة ما عمل أو أصلح شيئًا فلا يكون ربحًا فيطيب.

استأجر موضعًا على نهر ليبني عليه رحى جاز؛ لأنه استأجر الأرض، وإن انقطع ماء النهر فله فسخ الإجارة على الأرض؛ لأن استئجار الأرض لأجل منفعة الطحن فإذا فات منفعة الطحن كان عذرًا في فسخ الإجارة، وإن لم يفسخ حتى عاد الماء سقط حقه في الفسخ، وهل يسقط عنه الأجر بحساب ما انقطع من الماء قالوا يجب أن لا يسقط؛ لأن المعقود عليه قائم بأجمعه؛ لأن المعقود عليه منفعة وضع الماء على هذا المكان لا منفعة الطحن إلا أن المقصود من وضع هذا الماء الطحن فكان الطحن ثمرة من ثمرات هذا العقد فالأجر يقابل المعقود عليه لا الثمرة وصار كما لو استأجر حانوتًا ليتجر فأفلس فلم يفسخ حتى مضى شهر لم يسقط شيء من الأجر؛ لأن المعقود عليه قائم وهو السكنى، قلّ ماء الرحى إن كان ضررًا فاحشًا ينقض وإلا فلا؛ لأنه لا يخلو مدة الإجارة عن نقصان يسير؛ لأنه يختلف حال الماء إلى زيادة ونقصان ويصير راضيًا بذلك ويخلو عن نقصان فاحش لا يصير راضيًا بذلك وانكسار أحد الحجرين عذر، فإن أصلح رب الرحى قبل الفسخ لا يفسخ لما عرف. رجل له نهر اشترك هو ورجلان على رحى أحدهما برحى والآخر بمتاعها على أن يبنوا جميعًا البيت من أموالهم وعلى أن الكسب بينهم فهو جائز؛ لأنهم اشتركوا ليتقبلوا الأعمال فتكون شركة التقبل فيجوز، وإذا أجروا أشياء من ذلك فالأجر لصاحب ذلك الشيء وللآخرين أجر المثل لما مر في الشركة.

(المنتقى) استأجر بيت رحى ما سنة فعملت الرحى ستة أشهر، ثم انقطع الماء فسكن المستأجر حتى مضت السنة، فأراد المؤاجر بأن يأخذه بأجر السنة كلها يقسم الأجر على البيت والرحى، فيلزمه بحساب البيت في الستة الأشهر الأخيرة، وإن كان البيت ينتفع به، وإن لم ينتفع بالبيت إلا بالرحى فلا شيء على المستأجر، وإن لم يرده. وذكر أبو الليث في نوازله استأجر طاحونتين بالماء فقلّ الماء ينظر: إن كان بحال لو وصل الماء إليهما عملًا جميعًا عملًا ناقصًا، فإنه يلزمه أجريهما وله الخيار، وإن لم يعملا فعليه أجر أحدهما، فإن كان أحدهما متفاوتًا فعليه أجر أكثرهما هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر رحمه الله.

ولـو أجـر أرضًـا مـن رجـل ليـزرع فزرعهـا فلـم يجـد المـاء ليـسقيها فيـبس الـزرع والمـؤاجر يطالـب بـالأجر قـال الفقيـه أبـو جعفـر وأبـو القاسـم الـصفار: إن استأجرها بغير شرب فانقطع الماء كان له الخيار، وإن استأجرها بشربها فانقطع الشرب عنها فمن يوم فسد الزرع فالأجر عنه ساقط فهذه مثل مسألة الرحى إذا انقطع الماء عنه.

(باب العذر في فسخ الإجارة)

الإجارة تفسخ بالأعذار خلافًا للشافعي؛ لأن المعقود عليه وهي المنفعة لا تعتبر مقبوضة إلا بالاستعمال؛ لأنها معدومة لا تصير موجودة إلا بالانتفاع فكان هذا عذرًا حاصلًا مثل القبض، والعذر الحاصل قبل القبض بمنزلة العيب الحادث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض إنما أوجب حق الفسخ؛ لأنه لا يمكنه المضي في موجب العقد إلا بضرر يلزمه وهو لم يرض به فثبت له حق الرد دفعًا للضرر عن نفسه، وكذلك العذر متى تحقق قبل القبض عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا بضرر يلحقه وهو لم يرض به.

ويقال للشافعي: ما تقول فيمن استأجر إنسانًا ليقلع ضرسه فسكن الوجع، أو ليقطع يده لأكلة وقعت فيها فسقطت الأكلة، أو ليهدم قصرًا له لخوف السلطان فزال الخوف؟ فلو أبقينا العقد كان في ذلك ضررٌ بيِّنٌ فيضطر إلى أن الإجارة تفسخ بالأعذار، ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما يصلح عذرًا في فسخ الإجارة.

ثم إن كل عذر يمنع المضي في موجب العقد شرعًا، كما لو استأجر رجلًا ليقطع يده لأكلة ثم برأ ونحوه، فإنه تنتقض الإجارة من غير نقض؛ لأنه لا فائدة في إبقائها فتنتقض ضرورة وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعًا، ولكن لا يمكنه المضي إلا بضرر يلزمه، فإنه لا ينتقض إلا بالنقض.

ثم هل يكون قضاء القاضي أو التراضي شرطًا للنقض؟

ذكر في الزيادات: وجعل قضاء القاضي شرطًا إذا كان عذرًا يحتمل الاشتباه

كالدين الذي يحتمل أن يكون به وفاء بعين [المستأجرة][1] وكان القاضي هو الذي يحقق العذر ويزيل الاشتباه، فأما إذا كان عذرًا واضحًا فلا حاجة إلى القضاء.

وذكر في (**المبسوط**) و(**الجامع الصغير**): أن القضاء ليس بشرط بل ينفرد العاقد بالنقض وهو الصحيح؛ لأن في معنى العيب قبل القبض والرد بالعيب قبل القبض يصح بغير قضاء فكذا هذا. ثم الأعذار تتنوع إلى أنواع: **أحدها**: موت أحد عاقدي الإجارة خلافًا للشافعي؛ لأن المنافع تملك ساعةً فساعة بملك الرقبة وملك الرقبة انتقل إلى الورثة وهم لم يرضوا بالعقد. رجلان استأجرا أجيرًا فمات أحدهما انتقضت حصته؛ لأن الشيوع طرأ على العقد يبطله كالإباق الطارئ على البيع وارتداد أحد العاقدين ولحوقه بدار الحرب كموته لما عرف ومن لم يقع له العقد لم يبطل بموته، وإن كان عامدًا كالوكيل والأب والوصي والمتولي في الوقف إذا عقد ثم مات؛ لأن حكم العقد لم يقع له إنما يوجب حق الفسخ؛ لأن العقد انعقد موجبًا الاستحقاق عليه فمتى نفينا العقد كان الاستحقاق واقعًا على الوارث فيكون خلاف ما وقع العقد عليه.

وإذا مات أحدهما قبل انقضاء الإجارة وفي الأرض المستأجرة زرع ترك ذلك ويكون على المستأجر أو على ورثته الأجر المسمى؛ لأن القول بالانفساخ إضرار بأحدهما، فإنه يوجب قلع الزرع فنفينا العقد لهذه الضرورة، ولهذا وجب المسمى؛ لأن الباقي حكم ذلك العقد وذلك العقد يمكن أن يكون مضمونًا بالمسمى.

وإذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يستحصد ترك إلى بلوغ بأجر المثل لأنا احتجنا إلى تجديد عقد، فإن ابتداء الزراعة وقع بحق ومتى أمرناه بالقلع أضررنا به فتركناه في يده بأجر المثل وأثبتناه عقد المكان للضرورة بخلاف الغاصب إذا زرع، فإنه يؤمر بالقلع؛ لأن ابتداء الفعل يقع ظلمًا يجب إعدامه لا تقريره وإحكامه.

وإذا انقضت المدة وفي الأرض غرس أو رطبة يؤمر بالقلع؛ لأنه ليس لانتهائه

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المبيع.

غاية فيكون في تبقيتها إضرار بالمالك بخلاف الزرع.

والثاني: هلاك المعقود عليه وخرابه بأن غرقت الأرض أو نزت أو جف الماء عن الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى عذر وكذا تغيب المعقود عليه بأن مرض العبد المستأجر أو أبق فهو عذر، فإن لم يفسخ حتى برأ العبد أو عاد من الإباق أسقط من الأجر بقدره ويبقى العقد لازمًا في الباقي؛ لأن امتناع اللزوم كان لأجل العيب، فإذا زال العيب لزم كما في بيع العين فإنما يسقط الأجر بقدره؛ لأن التخلية إنما تكون قبضًا إذا تمكن المتملك من القبض ومتى كان مريضًا أو آبقًا لم يتمكن من القبض فلا تكون التخلية قبضًا وتسليمًا.

وبكون العبد سارقًا عذر للمستأجر لا للآجر؛ لأن السرقة توجب نقصانًا في الخدمة؛ لأنه لا يأتمنه على ماله ويتعسر عليه ملازمته كل ساعة وأوان فكان هذا عيبًا في المعقود عليه.

العبد ليس بحاذق للعمل ليس بعذر وفساد عمله عذر؛ لأن الحذاقة بمنزلة الجودة وليست بعيب ولم يشترط ذلك فلا يعتبر حقًّا له.

فأما الفساد فعيب في المعقود عليه فيكون عذرًا.

ولو مرض الأجير وهو يعمل بنفسه فهو عذر، وإن كان يعمل بأجرائه فلا.

والثالث: إذا لحقه دين قادح لا يمكنه القضاء إلا من ثمنه فهو عذر؛ لأن في بقاء العذر ضررًا غير مستحق بالعقد يحبس في الدين، ولو فسخ لا يتضرر المستأجر؛ لأنه يعود إليه الأجر فكان الفسخ أولى، وهذا إذا كان الدين على الآجر ظاهرًا، وإن لم يكن ظاهرًا لكن أقر بدين لرجل فهو عذر، وله أن يفسخ الإجارة عند أبي حنيفة.

وعندهما: أن صدقة المستأجر في إقراره فكذلك وإن كذبه ليس له أن يفسخ الإجارة.

لهما: أن الإقرار إخبار وهو يحتمل الصدق والكذب فيظهر المخير في حق المجبر لا في حق غيره لكونه منهما في حق غيره فلا يملك الفسخ، كما لو أقر بالمستأجر لإنسان لا يصدق في حق المستأجر، وكذا إذا أجّرت المرأة نفسها ظئرًا

ثم أقرت بالنكاح لرجل ليس له فسخ الإجارة فكذا هذا. له: أنه أقر بما يملك انشائه واستيثاقه فملك الإقرار به؛ لأنه لو باشر سبب وجوب الدين عليه صح، ويملك فسخ الإجارة فلا يكون منهما في الإقرار به فيظهر الوجوب في حق المستأجر كالمطلّق إذا قال في العدة كنت راجعتها يصدق، وكذا الوكيل بالبيع إذا قال قبل العزل كنت بعت يصدق فكذا هذا بخلاف تلك المسائل لأنهم لا يملكون إنشاءه فكانوا متهمين في الإقرار به، وبخلاف المريض مرض الموت، فإنه يملك إنشاء الدين بالشراء والتزويج، ولا يملك الإقرار به؛ لأنه يعلق حق عزما الصحة بما له فالإقرار يلاقي محلًا تعلق حق الغير به فلم يصح.

ولو أراد المؤاجر السفر أو التحول من المصر أو احتاج إلى سكناه ونحو ذلك فليس بعذر؛ لأنه يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير ضرر يلحقه ومسافرة المستأجر أو القيام عن السوق بدين أو إفلاس عذر في نقض إجارة الحانوت؛ لأنه لا يمكن حجزه عن السفر؛ لأنه يضره ضررًا غير مستحق بالعقد، وليس له أن يسافر بالعبد المستأجر حتى يستخدمه؛ لأنه خدمة السفر أعظم وأشق من خدمة الحضر، وكذلك إرادة التحول من تلك البلدة أو إلى تجارة أخرى عذر؛ لأن التجارة ربما تلحقه فيها خسران والعمل بالأمرين بنفسه متعذر فجعل عذرًا.

ولو اكترى دابة إلى سفر ثم بدا له أن لا يسافر أو مرض فهو عذر، ولو أراد الحمال أن يقعد أو مرض فليس بعذر، والفرق أن خروج الأجر معه ليس بمستحق عليه، فإنه يمكنه أن يغنم غيره مقام نفسه؛ لأنه إنما استأجرها ليركبها فتكون بدل السفر منه عذرًا، وإن قال الحمال: إنه لا يريد بدل السفر ولكنَّه يريد فسخ الإجَارة قال له الحاكم: انتظره حتى إذا خرج قعد الحمال معه وكذا إذا قال صاحب الدابة؛ لأنه لا يريد السفر ولكن يريد فسخ الإجارة حلفه الحاكم على أنه عزم على ترك السفر.

وكذا لو خرج من المصر ثم عاد يحلف أنه خرج قاصدًا إلى ذلك الموضع الذي ذكر. فالحاصل أن كل ما يدخل على المستأجر ضررًا في بدنه أو ملكه فله أن يفسخ نحو أن يستأجره ليقصر له ثيابًا أو يقطعها أو يخيطها أو ينقض دارًا أو يحدث

شيئا من بناء أو تجارة أو حفر أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضًا ثم بدا له أن لا يفعل؛ لأنه يلحقه ضرر في إيفاء العقد، فإن في بعضها استهلاك المال، وفي بعضها ينقص. استأجر دابة فعطبت إن كان بعينها فهو عذر وإلا فلا؛ لأنه إذا عين الدابة فالمعقود عليه منفعة دابة بعينها، فإذا هلكت لا يمكنه استيفاء المعقود عليه فيبطل العقد، وإذا لم يعين الدابة فالمعقود عليه فعل الحمل لا عين الدابة، والدابة آلة لا ما استحق عليه بالعقد، فإذا هلكت بقي الحمل واجبًا عليه كما في الابتداء. مات رب الإبل في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها وعليه الكرا حتى يأتي مكة فيدفع ذلك إلى السلطان قالوا: هذا إذا كان في مفازة بحيث لا يقدر على سلطان ويخاف القطع لو لم يركبها وهو استحسان؛ لأن الإجارة تبقى بالعذر كما تفسخ بالعذر وهنا وجد الناقض للإجارة إلا أنه لم يعمل عمله في النقض للعذر وهو خوفه على نفسه وماله ويستباح بملك الأعيان بعوض هذا العذر فلأن يستباح بملك المنافع بعوض بهذا العذر أولى، ثم ينظر القاضي ما هو الأصلح، فإن رأى بيع الحمل وحفظ الثمن للورثة فعل وإن رأى إمضاء الإجارة إلى الكوفة فعل، فإن كان المستأجر ثقة فالأفضل إمضاؤها، وإن كان غير ثقة فالأفضل فسخها، فإن فسخ وهو أمام البينة على توفير الكراء رد عليه بحساب ما بقي. أنفق على الإبل شيئًا لا يحسب له إلا إذا كان بأمر القاضي وأقام البينة على الإنفاق.

(**النوادر**): ورُوي عن أبي يوسف في امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الحمّال أن يقيم معها مدة النفاس فهذا عذر؛ لأنه لا يمكنها أن تخرج وينزل الطواف ولا يمكن إخبار الحمال على المقام مدة النفاس؛ لأنه إضرار به فيفسخ لمكان الضرورة، وإن كانت ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل يجبر الحمال على المقام معها؛ لأنه قد جرت العادة بالمقام بعد الفراغ من الحج هذا القدر.

(**المنتقى**): ورُوي عن محمد فيمن استأجر أرضًا يزرعها شيئًا قد سمّاه فزرعها وأصاب الزرع آفة فأفسدته وقد ذهب وقت زراعة ذلك الزرع قال إن أراد أن يزرع ما هو أقل ضررًا من الأول أو مثله فله ذلك وإلا فسخت الإجارة وألزمته أجرة ما

مضى؛ لأن في تبقيته مع فوات المقصود وهو الذي شرط في العقد إضرارًا به. استأجر أرضًا بيضاء بشربها وسمى الشرب وقال: هو نصف قناة كذا فكان الشرب أقل مما شرط له فله الخيار إن شاء أخذ، وإن شاء ترك إلا أن يكون بعض لا ينتفع به فلا خيار له. وذكر الحسن رجل تكارى من رجل إبلًا من الكوفة إلى بغداد ثم اشترى بعيرًا أو دابة قال هذا عذر.

(باب إجارة الحَمَّام)

وإجارة الحمام جائزة لتعامل الناس، فإنهم توارثوا استئجار الحمام من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير.

حمام للرجال وحمام للنساء، وإن سمى في كتاب الإجارة حمامًا، وذكر حدودهما فهو فاسد قياسًا؛ لأنه استأجر واحدًا مجهولًا؛ لأن الحمام اسم للفرد فكان المستأجر أحدهما لا بعينه وجائز استحسانًا وله الحمامان؛ لأن البينة ثابتة بالتحديد حقيقة، فإنه حددهما وثابتة باعتبار التسمية مجازًا؛ لأن الحمام يذكر في العرف باسم الفرد ويراد به البينة، فإنه يقال حمام فلان، وإن كانا حمامين لكون مرافقهما مجتمعة فيرجح جانب الجواز ومرمة الحمام على الآجر؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع إلا بها كما في مرمة الدار.

اشترط المرمة على المستأجر فسدت الإجارة؛ لأنه شرط لا يلائمه العقد وفيه يقع للآجر.

أذن له في نفقة شيء معلوم من الأجرة يجوز؛ لأن الأجرة غير واجبة حالة التوكيل فلم يكن أمرًا يصرف الدين إلى المجهول بخلاف ما لو قال: أسلم ما لي عليك من الدَّين؛ ولم يعين المسلّم إليه لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأن الدين واجب حالة التوكيل فقد أمره بصرف ما عليه من الدين إلى مجهول فلم يجز، كما لو قال: أدِّ ما لي عليك رجلًا من الناس حتى لو كانت الأجرة واجبة وقت التوكيل يجب أن لا يجوز على قول أبي حنيفة ما لم يعين الأجراء أو باعة الآلات فالقول للآجر؛ لأنه لم ينفق مع يمينه على عمله.

وإن شرط أنه أمين في الإنفاق؛ لأنه ضمين للأجر شرعًا فلا يصير أمينًا بالشرط؛ لأن حكم الشرع لا يتغير بالشرط.

ولو نصب عدلًا لأخذه وإنفاقه فأقر العدل بقبضه برأ المستأجر؛ لأن العدل أمين؛ لأنه جعله أمينًا إلا أن يكون كفيلًا بالأجر فيكون كالمستأجر ولا يمنعه الآجر من وضع سرقينه وبئر الماء وإن لم يشترط؛ لأنه من مرافق الحمام ومرافق المستأجر تدخل تحت الإجارة من غير شرط؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع به كما يدخل الطريق والشرب ومسيل الماء في إجارة الأرض والدار وعلف الحمام ورماده عند مضي المدة للمستأجر ويؤمر بالنقل؛ لأن القول في المنقول قول المستأجر إذا لم يعرف كونه في يد المدعي.

وأما الرماد صار مشغولًا من جهة المستأجر فعليه تفريغه كما لو كان مشغولًا بأمتعة، ولو أنكر المستأجر كون الرماد من فعله فالقول له؛ لأنه يدعي عليه تفريغ هذا المكان وتسليمه وهو منكر فيكون القول للمنكر، ولو امتلأ مسيل ماء الحمام فعلى المستأجر تفريغه، ولو امتلأت البالوعة من جهة المستأجر فعلى الأجير تفريغه، والفرق أن تفريغ مسيل الماء ممكن من غير نقض شيء من البناء؛ لأنه لا يكون مخصصًا مسقفًا يمكن بنفسه بالدخول فيه.

فأما بئر البالوعة لا يمكن تفريغه وتنقيته إلا بنقض شيء من البناء ولا يملك المستأجر نقض شيء من البناء، وإنما ملك رب الدار فجعل تفريغه عليه. اشترط على المستأجر نقل العلف والرّماد لا يفسد الإجارة؛ لأنه شرط ما يقتضيه العقد.

ولو شرط ذلك على رب الحمام فسدت الإجارة؛ لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد استأجر حمامين سنة كل شهر بكذا فانهدم أحدهما قبل القبض فله ترك الباقي؛ لأن الصفقة تفرقت عليه قبل التمام فله الخيار كما في البيع، بخلاف ما لو استأجر حمامًا سنة فلم يسلم إلى المستأجر إلى شهرين ثم سلم في الباقي فأتى المستأجر فإنه يجبر على قبضه؛ لأن ثَمّ الصفقة تفرقت في حق المنافع لا في حق العين وتفرق التسليم في حق المنافع لا يثبت خيارًا؛ لأنه لم يستحق على الآجر تسليم

المنافع جملة؛ لأنه ليس في وسعه ذلك، وإنما استحق عليه تسليمه متفرقًا على حسب حدوث المنافع.

أما هُنَا استحق على الآجر تسليم العين جملة وقد تفرق تسليم المستحق على المستأجر قبل التمام فيثبت له الخيار، وإن انهدم بعد القبض فالباقي لازم بحصته؛ لأن الصفقة تفرقت بعد التمام في حق الغير، وقد استحق عليه تسليمه جملة فتفرقه يوجب الخيَار، وفي حق المنافع تفرقت قبل التمام إلا أنّه لم يستحق على الآجر تسليم المنافع جُملة، وكذلك يتبين شارعين ليبيع فيهما. استأجر حمامًا وعبدًا ليقوم على الحمام فانهدم الحمام بعد قبضها فله ترك العبد؛ لأنه عجز عن استعمال العبد فيما استأجره له؛ لأنه استأجره ليقوم في هذا الحمام وصار كما لو استأجر دكانًا ليتجر فيه فأفلس.

وإن هلك العبد فليس له ترك الحمام لأنه لا يوجب خللا في منفعة الحمام، ويمكنه استعمال الحمام فيما استأجره عليه بآخر أو بنفسه، وإن كان استأجره لا ليقوم عليه لم يكن له تركه لما عرف. ضاع ثوب الداخل فلا ضمان على الحمامي، لأنه مودع في حفظ الثياب، والمودع لا يضمن إلا بالتعدي.

دخل بدانق على أن ينوره صاحب الحمام أو بفلس على أن يغتسل فهو فاسد قياسًا؛ لأن قدر النورة والماء مجهول، وكذلك وقت مكثه ومقامه وجائز استحسانًا للعرف والتعامل؛ ولأنه لا سبيل إلى تقديره بمقدار معلوم فأدت الضرورة إلى جوازه.

استأجر حمامًا بغير قِدْرٍ والقدر من آخر فانكسر القدر، شهرًا فأجرُ الحمام لازم دون أجر القدر؛ لأنه متمكن من الانتفاع بالحمام بعد انكسار القدر، فإنه يمكنه أن يستأجر قدرًا آخر أو يشتريه فينتفع به، ولما لم يبق متمكنًا من الانتفاع بالقدر بعد انكساره فلا تجب الأجرة.

ولو استأجر حمامًا شهرًا فعمل فيه من الشهر الثاني فلا أجر عليه في الشهر الثاني؛ لأنه غاصب.

ورُوي عن أصحابنا: أن عليه أجر الشهر الثاني، وهكذا رُوي في الدار وعليه

الفتوى؛ لأن الظاهر من حاله أنه ينتفع بأجر وجرى التعارف كذلك فتنعقد الإجارة في الشهر الثاني بالتراضي للتعارف.

وحُكي عن الكرخي ومحمد بن مسلمة أنهما كانا يوقعان بين الروايتين وقالا ما قال: لا يجب الأجر، محمول على دارٍ وحمام لم يعدا للاستعمال والحمام قد بني لا للاستعمال لكن لحاجة نفسه ثم أجره شهرًا أو سنة لعارض فلا أجر على الساكن في الشهر الثاني؛ لأنه لم يثبت العقد في الشهر الثاني لا نصًّا ولا عرفًا، فأما إذا كان معدًّا للاستعمال، فإنه يجب الأجر؛ لأن العقد في الشهر الثاني يثبت عرفًا إن لم يثبت نصًّا والثابت عرفًا كالثابت نصًّا.

(باب الحقوق في الإجارة)

عمارة الدار وإصلاح مجاريها والبالوعة وكل شيء يكون تركه مضرًّا بالسكنى على رب الدار؛ لأن ما يوجب نقصان المنفعة كان في ضمان الأجر ولا يجبر عليه وللمستأجر أن يخرج إذا لم يعمل؛ لأنه عيب حصل في المعقود عليه فلا يجب على المالك إزالة العيب وللمستأجر أن لا يرضى بذلك ومتى فسخ يزول حقه عن المنفعة ويحصل له الأجر والعين فوق المنفعة وفي الجبر إزالة ملك الآجر عن العين فكان ضررًا لآخر في الجبر أكثر.

وإن كان استأجرها كذلك ورآها فلا خيار له؛ لأنه عقد مع العلم بالعيب فيكون راضيًا بالعيب، وإصلاح بئر الماء وتنقية البالوعة الممتلئة من فعل المستأجر فعلى رب الدار استحسانًا والتراب والرماد المجتمعة في الدار من سكنه فعلى المستأجر إخراجه والفرق أن تفريغ البالوعة بمعنى المرمة والعمارة؛ لأنه لا يتوصل إلى إصلاح ذلك إلا بنقض البناء وتخريبه وتجديد البناء ثانيًا والمرمة على صاحب الدار لأنها إصلاح ملكه.

فأما تفريغ الدار عن التراب ليس من المرمة بل هو مانع من التسليم؛ لأن كونه مشغولًا بكناسته مانع من التسليم كما لو كان مشغولًا بقمامته وأثاثه فعليه التفريغ ليمكنه التسليم، ولأن الانتفاع بالمجاري من حيث الأجر أو بالخلاء من حيث

التخلي فيه لا يحصل إلا من هذا الوجه فكان الانتفاع مستحقًّا بالعقد فلم يجب عليه نقله.

فأما جمع الكناسة والرماد ليس من باب السكنى والانتفاع فيلزمه دفعه دفع المفتاح إليه فاستأجر حدادًا ليفتحه فعلى المستأجر أجره؛ لأنه هو العاقد.

ولو انكسر القفل من معالجة الحداد فعلى الحداد ضمانه؛ لأنه أجير مشترك حيث يده ولا ضمان على المستأجر إذا انكسر من معالجته؛ لأنه مأذون من مالكه وإخراج الأجر من الأتون والخبز من التنور على الأجير؛ لأنه من تمام العمل وتسريح اللبن على الآجر عند أبي حنيفة لما مر أن العمل يتم بدون التسريح الرّبيل واللبن على رب اللبن دون اللبّان؛ لأن في العرف هذه الأشياء تكون من عند رب الدار بخلاف آلة القصارة والخياطة على الخياط والقصار؛ لأنه مشروط على العامل بحكم العقد؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا بذلك، وإن شرط رب الدار الربيل وآنية الماء على المنقل فهو عليه؛ لأنه لا عبرة بالعرف متى جاء الشرط بخلافه.

(**المنتقى**): والماء على رب الدار إن كان بعيدًا من الدار؛ لأن العرف أن رب البيت هو الذي يحمل السقائين إذا كان الماء بعيدًا، وإن كان قريبًا منه أو في الدار فعلى المتقبل؛ لأن بلّ الطين مشروط عليه وعلى البناء بل الطين ونقله على الحائط؛ لأنه من أعمال البناء إلا أن يكون مكانًا بعيدًا خارجًا من العادة فيكون بالخيار إذا علم ذلك؛ لأنه تعين عليه مقصوده فيتخير كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبًا يخير وكذا هذا، وعلى الطباخ إخراج المرقة إن كان ذلك في عرس، وإن كان طبخ قدرًا لصاحبه فليس عليه إخراجه للعرف والعادة والسلوك على الحائك والدقيق على رب الثوب دون الحايك، فإن كان أهل بلد يعملون على غير هذا فهو على ما يعاملونه والإكاف والسرج على رب الدابة والحبل والجوالق واللجام على أهل تلك الحمولة. وذكر الحسن إن كان يحمل على ذوات المكاري فالجوالق والحبل عليه، وإن كان يحمل على عنقه أو على ذوات المستأجر فهو على رب الحمل. رجل تكارى دابة فحمل عليها حنطة فهل على المكاري أن يدخلها منزله، قال أبو حنيفة: على ما يفعله الناس ويتعاملون عليه.

وقال أبو يوسف: هذا حسن، فإذا أراد أن يصعد إلى سطح أو غرفة فليس عليه ذلك إلا أن يكون اشترطه، وذكر أبو الليث في نوازله وكري نهر رحى الماء على المؤاجر؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بالرحى إلا بالماء والماء لا يجري إلا بكري النهر إلا أن يكون شرط الكري على المستأجر.

وسئل محمد رحمه الله عمن استأجر قصارًا ليقصر له الثوب قال: أستحسن أن يكون حمل الثياب على القصار إلا أن يكون القصار قد اشترط على رب المال يسلم عبده إلى عامل، قال أبو حنيفة: كل شيء هو له حمل ومؤنة كرحى اليد ونحوه فعلى الآجر مؤنة رده؛ لأن منفعة قبضه عائدة إليه معنى؛ لأنه بمقابلته عوضًا وهو الأجر وما لا حمل ومؤنة له كالثياب والدواب فعلى المستأجر.

(باب الإجارة لحفر القبور والآبار والقناة [ونحوها][1])

استأجر حفارًا ليحفر له بئرًا يجوز أن يبين طولها وعرضها بأجر مسمى وإلا فلا وفي القبور نحو رواق لم يبين الطول والعرض؛ لأنه معلوم عرفًا فيجب بأوسط ما يعمله الناس. وحدُّ باطن الأرض أشد عملًا ليس له الترك؛ لأن الأرض لا تكون على صفة واحدة فمتى أمكنه الحفر إلا أنه يلحقه زيادة تعب ومشقة، فإنه يجبر على إيفاء ذلك، فإن تعذر الحفر يكون عذرًا؛ لأنه عجز عن الوفاء بما ضمن بالعقد شرط كل ذراع في السهل بدرهم وفي الجبل بدرهمين وفي الماء بخمسة دراهم جاز؛ لأنه بين لكل عمل أجرًا فرق بين هذا وبين ما إذا اشترى قطيعًا من الغنم كل شاة بدرهم، ولا يعرف عدد الأغنام فالبيع فاسد لجهالة الثمن وهنا الأجر مجهول وجاز العقد، والفرق أن في البيع الثمن مجهول حالة وجوبه، فإن الثمن يجب بنفس البيع وهنا الأجر معلوم حال وجوبه؛ لأن الأجر يجب بالعمل لا بنفس العقد وبالعمل يصير جميع الأجر معلومًا لا بالعرف بأي قدر حفر في السهل أو الجبل فجاز كما في خياطة الرومية والفارسية. وهنا مسألة يسألُ العوام عنها وهي ما إذا استأجر رجلًا ليحفر له حوضًا عشرة في عشرة بعشرة دراهم وبيّن عرضه وعمقه فحفر خمسة في

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وغير ذلك.

خمسة ماذا يجب له من الأجرة فالواجب درهمين ونصف؛ لأنه أوفى ربع العمل؛ لأن عشرة في عشرة في المذروعات باعتبار الضرب مائة وخمسة في خمسة يكون خمسة وعشرين، وخمسة وعشرون من مائة ربعها فقد أوفى ربع العمل فكان له ربع الأجر.

استأجر قومًا ليحفروا سردابًا وبين عرضه وطوله إلا أن بعضهم عمل أكثر مما عمل الآخر فالآخر مقسوم على عدد رؤوسهم؛ لأن التفاوت بين الأجر في عمل واحد يسير لا يعتبره الناس فسقط اعتباره، فإن لم يعمل واحد منهم لمرض أو لعذرٍ إن لم يشتركوا في تقبل العمل فلا أجر لمن لم يعمل؛ لأنه لم يوف نصيبه من العمل لا بنفسه ولا نيابة؛ لأنه لم يسبق منه استعانة من أصحابه وهو عقد الشركة فلم تقع الزيادة على نصيبهم للمريض فوقع لصاحب السرداب، وإن اشتركوا في تقبل هذا العمل فلهم جميع الأجر؛ لأن زيادة العمل على نصيبهم واقع للمريض بحكم الاستعانة لأنهم إنما يعقدون عقد الشركة في تقبل الأعمال حتى إذا عجز أحدهم عن العمل يعينه الآخر.

استأجره ليحفر قبرًا يدفن فيه ميت قبل أن يأتي بجنازته فلا أجر له؛ لأنه لم يسلم إليه.

وحثو التراب ليس على الحافر، وإنما هو كبس له فلا يكون مشروطًا عليه وفي الاستحسان ينظر إلى عرف تلك البلدة، فإن كان عرفهم أن الأجير هو الذي يتولى الحثو يجبر عليه؛ لأن المعروف كالمشروط وإلا فلا.

ووضع الميت ونصب اللبن وتطيين القبر ليس عليه؛ لأنه لا يكون هذا العمل مشروطًا شرطًا ولا عرفًا إلا إذا كان في بلدة يلي الأجير ذلك بنفسه يجبر عليه؛ لأن هذا العمل مشروط عليه عرفًا.

استأجره ليحفر له قبرًا ولم يبين في أي المقابر يحفر إن حفر في موضع يدفن فيه أهل ذلك نجيز الأجر استحسانًا، وفي موضع آخر لا إلا إذا دفن في حفرته؛ لأن مكان الحفرة معلوم عرفًا؛ لأن لكل محلة مقبرة خاصة يدفن ميتهم فيها والمعروف كالمشروط.

لم يسموا لحدًا ولا شقًّا إن كانت بلدة الغالب فيها اللحد يحمل على اللحد وبخلافه على خلافه؛ لأن المعروف كالمشروط.

شرط تجصيصه وآجره من عند الأجير ولم يره، فإن كان لبن ذلك البلد وآجره متفقا جاز وإلا فلا؛ لأن الجص والآجر مجهول القدر ومن عند المستأجر يجوز استحسانًا؛ لأن عدد الآجر معلوم عرفًا؛ لأنه لما أراه عرضها وعمقها صار عدد اللبن والآجر والجص معلومًا فيما بين أهل تلك الصناعة والمعروف كالمشروط.

استأجره ليبني له حائطًا بالآجر والجص وأعلم طوله وعرضه جاز؛ لأن الإجارة وقعت على عمل معلوم ببدل معلوم.

ولو سمى كذا كذا آجرًا من هذا وكذا جصًّا من هذا ولم يسم الطول والعرض يفسد قياسًا؛ لأن جهالة مقدار الطول والعرض يوقعهما في المنازعة؛ لأن العمل مما يتفاوت بالطول والعرض ويجوز استحسانًا؛ لأنه لما تبين عدد الآجر وكل الجص لعلم أهل تلك الصناعة مقدار طوله وعرضه على ما عليه عرف أهل تلك البلدة في الأبنية ولأنا جوزنا هذه الإجارة مع الجهالة لتعامل الناس فإنهم لا يعلمون تقدير الحيطان في الطول والعرض، وإنما يعرفه البناؤون.

ولو سمى كذا كذا آجرة أو لبنة ولم يسم الملبن ولم يره إياه يجوز استحسانًا إذا كان لأهل تلك البلدة ملبن واحد وغالب عملهم على ملبن واحد فينصرف مطلق الاسم إليه عرفًا، وإن كانت ملابنهم مختلفة ولم يغلب استعمالهم لواحد فالإجارة فاسدة؛ لأن جهالة اللبن توجب المنازعة.

(باب اختلاف المؤاجر والمستأجر في الإجارة)

ولو اختلف المؤاجر والمستأجر فلا يخلو إما أن اختلفا في المستأجَر أو في الأجرة، وكل وجه لا يخلو إما أن اختلفا في أصله أو نوعه أو قدره.

أما إذا اختلفا في أصل المستأجر فقال المؤاجر: المستأجَر هذا، وقال المستأجر لا بل هو هذا، فإن كان في المدة تحالفا؛ لأن الإجارة بيع المنفعة فيعتبر بيع العين،

وفي بيع العين يتحالفان إذا اختلفا قبل القبض فكذلك في بيع المنفعة والاختلاف هنا وقع قبل قبض المنفعة فيتحالفان.

وإن اختلفا بعد انقضاء مدة الإجارة فالقول قول المستأجر مع يمينه وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وعند محمد لم يمنع التحالف في بيع العين لكن يمنع التحالف في بيع المنفعة؛ لأن في بيع العين إنما لم يمنع التحالف؛ لأنهما إذا تحالفا وتعذر الرد لمكان الهلاك وجب رد القيمة وهنا إذا تحالفا وانفسخ العقد بقيت المنافع مستوفاة من غير عقد فلا يكون لها قيمة فتعذر رد القيمة وامتنع التحالف.

وإن اختلفا في نوعه، فإن دفع ثوبًا إلى صباغ فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه بعصفر، وقال الصباغ: أمرتني أن أصبغه بزعفران، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأنه أقر بسبب الضمان وهو الصبغ في ثوب الغير ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن من جهة صاحب الثوب وأنكر صاحب الثوب الإذن والبراءة فيكون القول له، كما لو قال قطعت ثوبك أو هدمت جدارك بإذنك وأنكر صاحب المنزل وأنكر الصباغ دفع الثوب إليه فشهد شاهد أنه دفع إليه الثوب ليصبغه أحمر وشهد آخر ليصبغه أصفر لا يقبل.

وكذلك لو اختلفا في الحمولتين شهد أحدهما أنه استأجرهما ليركب وشهد الآخر أنه استأجرهما ليركب ويحمل لا يقبل لأنهما شهدا بعقدين مختلفين؛ لأن العقد على الركوب غير العقد على الركوب والحمل وكذلك على الصبغ.

وإن اختلفا في مقدار المعقود عليه بأن أقام المستأجر البينة أنه أكراه دابتين بأعيانهما بعشرة دراهم إلى بغداد، وأقام المؤاجر بينة أنه أكراه إحداهما بعينها بعشرة دراهم إلى بغداد، فإنه يقضي بإجارة دابتين بعشرة دراهم إذا اتفقا في جنس الأجرة وإن اختلفا في جنس الأجرة بأن أقام صاحب الدابة بينة أنه أكراه إحداهما بدينار إلى بغداد وأقام المستكري بينة أنه استكراهما بعشرة دراهم إلى بغداد، فإنه يقضي بإجارة الدابتين إلى بغداد بدينار وخمسة دراهم إذا كان أجر مثلهما سواء والفرق أنهما إذا أنفقا على الإجارة فبينة صاحب الدابة لا تثبت شيئًا؛ لأن الأجرة ثابتة

باتفاقهما وهي العشرة فردت بينته وبينة المستأجر قامت على إثبات إجارة دابة أخرى فإنها غير ثابتة فكانت بينته مبينة فقلت: فأما إذا اختلفا في جنس الأجرة فبينة كل واحد منهما تثبت زيادة فتقبل بينة كل واحد منهما فيما يدعي من الزيادة؛ لأن صاحب الدابة يدعي إجارة دابة واحدة بدينار والدينار غير ثابت بإقرار المستكري، والمستكري يدعي إجارة دابتين إحداهما بخمسة دراهم وأنها غير ثابتة بإقرار صاحبه فثبت إجارة الدابتين عملًا بالبينتين كما في البيع.

وأما القسم الثاني إن اختلفا في أصل الأجرة فقال رب الثوب للقصار: عملت لي بغير أجر، وقال القصار: لا بل عملت لك بأجر، فإن اختلفا قبل العمل يتحالفان؛ لأن كل واحد منهما مدعٍ من وجهٍ ومنكر من وجهٍ؛ لأن الآجر يدعي نفيه العمل والعامل منكر والعامل يدعي بيع العمل والمعمول له منكر فكل واحد ادعى عقدًا أنكره صاحبه فبدأ تثمين المستأجر؛ لأنه منكر لوجوب الأجرة وإن اختلفا بعد الفراغ من العمل بالقول لرب الثوب؛ لأن التحالف لا يفيد؛ لأنه لا قيمة للقصارة من غير عقد فكان بمنزلة الحمال والمكاري إذا اختلفا بعد العمل فالقول للمعمول له، فإن تصادقا على أنه دفع إليه ولم يسم الأجرة لم يذكره في الكتاب.

وذكر أبو الليث في العيون قال: عند أبي حنيفة يكون متبرعًا، وعند أبي يوسف لا أجر له إلا أن يدفع إلى حليفه، وقال محمد: إن اتخذ دكانًا وانتصب لعمل القصارة، فإنه يجب الأجرة وإلا فلا، والفتوى على قول محمد؛ لأنه لما انتصب لهذا العمل كان عمله بأجر عرفًا والمعروف كالمشروط قال رب الثوب: صنعت بلا أجر، وقال الصباغ: بدرهم، يستحلف كل واحد على دعوى صاحبه ويضمن رب الثوب ما زاد الصبغ فيه لا يجاوز به درهمًا؛ لأن رب الثوب يبقي ضمان الأجرة ويدعي العمل متبرعًا والآخر على خلافه فيتحالفان، وإذا تحالفا بطلت الإجارة فبقي الصبغ له في ماله وقد تصادقا أنه صبغه بإذنه فيلزمه قيمته.

وإن اختلفا في قدر الأجرة ولم يأخذ في الأجرة بعد تحالفا وترادّا كما في بيع العين لو اختلفا في مقدار الثمن ولو كان فرغ من العمل فالقول لرب الثوب عندهما كما لو اختلفا بعد هلاك العين، واختلف المشايخ على قول محمد قيل: يتحالفان على

قدر العمل وهو أجر المثل، وقيل: لا يتحالفان وهو الأظهر؛ لأن فائدة التحالف الفسخ والتراد وقد تعذر الفسخ بعد الفراغ من العمل؛ لأن العمل يبقى بغير عقد والعمل لا يتقوم بغير عقد كما لو اختلفا بعد هلاك العين.

وإن اختلفا في نوع الأجرة فهو على ثلاثة أوجه: إما أن اتفقا في المكان واختلفا في الأجرة، أو اختلفا في المكان واتفقا على الأجرة، أو اختلفا فيهما.

فإن اتفقا في المكان واختلفا في نوع الأجرة بأن ادعى أحدهما دراهم والآخر دنانير فإنهما يتحالفان، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر؛ لأن الأجرة تثبت حقًّا له فكانت بينته أولى بالقبول، فإن اختلفا في نوع العقد بأن ادعى أحدهما إجارة والآخر إعارة فالقول لمدعي العارية؛ لأن الآخر يدعي عليه أجرًا وهو ينكر، وإذا قال رب الثوب: صبغته بدانقين، وقال الصباغ: بل بدرهم إن أزاد الصبغ درهمًا فصاعدًا فله درهم مع يمينه أنه ما صبغ بدانقين، فإن أراد أقل من دانقين أعطاه دانقين مع يمين صاحب الثوب ما صبغ إلا بدانقين، وإن زاد أكثر من دانقين وأقل من درهم يعطى ذلك مع يمين الصباغ ما صبغ بدانقين، ولو كان هذا مع القصار والقول لرب الثوب والفرق وهو إن حال اختلافهما في مقدار الأجر أمكن بحكم ما زاد الصبغ فيه؛ لأن لإيصال الصبغ بالثوب موجبًا معلومًا على صاحب الثوب وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه فيجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في التسمية كأنهما تصادقا على ذلك وليس لاتصال القصارة بثوبه موجب معلوم لو حصل بغير عقد؛ لأنه مجرد عمل ومجرد العمل لا يتقوم من غير عقد فلم يكن أن يجعل ذلك موجب العقد حال اختلافهما في المقدار المسمى حتى يجعل كأنهما اتفقا عليه فوجب اعتبار اختلافهما في المسمى وقد تعذر فسخ العقد فيجعل القول قول المنكر للزيادة.

وإن كان الصبغ أسود فالقول لرب الثوب عند أبي حنيفة خلافًا لهما؛ لأن عنده السواد نقصان فصار صبغة كَلا صبغٍ فليس في الثوب زيادة عين وعندهما السواد زيادة بمنزلة الحمرة.

فإن اختلفا في المكان واتفقا على الأجرة ولم يركب تحالفا وترادا لأنهما اختلفا

في الأجرة حال ما يحتمل العقد الفسخ فيقيد التحالف والبينة للمستأجر؛ لأن بينة الأجرة قامت على إثبات ما هو غير ثابت وهو الإجارة إلى بغداد بعشرة فكانت أولى كما إذا ادعى البائع أنه باع منه هذا العبد بألف وأقام المشتري البينة أنه اشترى منه هذا العبد وهذه الجارية بألف فبينته أولى.

وإن اختلفا في المكان وفي جنس الأجرة فأقام المستأجر بينة على تكاري دابة إلى بغداد بدينار وأقام الآخر البينة على الأكثر إلى صراة بعشرين درهمًا وقد ركبها إلى بغداد والصراة على النصف يقضي بعشرين درهمًا ونصف دينار؛ لأن البينتين تقابلتا في الإجارة إلى الصراة بالأجرة ورب الدابة هو المستحق للأجرة فيحكم ببينته؛ لأنه يثبت حقًّا لنفسه والأجر يثبت حقًّا لغيره ما شاء فيما وراء الصراة فلا تعارض بين البينتين والمستأجر أثبت عقدًا يدعيه من الصراة إلى بغداد للحكم به.

دفع ليصبغ بقفيز عصفر فقال صبغته بقفيز وقال رب الثوب: بربع قفيز برئ أهل الصنعة؛ لأنه يمكن معرفته بقول غيرهما، فإن قالوا مثل هذا الصبغ قد يكون بربع قفيز فالقول لرب الثوب؛ لأن الظاهر معه وإن قالوا لا يكون إلا بالقفيز فالقول للصباغ؛ لأن الظاهر معه والبينة للصباغ لأنها تثبت الزيادة.

قال المستأجر: اكتريت إلى القادسية بدرهم، وقال الآجر: إلى موضع آخر وقد ركبها إلى القادسية فلا كراء عليه؛ لأنه خالف؛ لأن الإذن يستفاد من جهة الآجر وقد أنكر الإذن فيما وراء الموضع الذي يدعيه فحصل ركوبه بغير عقد وإذن.

تكارى دابة يومًا فأراه الدابة وقال اركب فلما مضى اليوم تنازعا في الكراء أو الركوب إن دفعت إليه يجب الأجر وإلا فلا إلا إذا أقام البينة أنه ركب؛ لأنه إذا لم يدفع لم يحصل التسليم والأجرة لا تستحق إلا بالتسليم، وإذا دفع ولم يركب فالنقيضين من جهته والتسليم قد حصل فيستحق الأجرة.

أجر ودفع المفتاح إليه فلما انقضت المدة قال: ما قدرت على الفتح، وقال رب الدار: سكنت، فالقول والبينة لربها، أما القول؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأنه لما كان

المفتاح بيده فالظاهر أنه يقدر على فتحه إلا إذا كان مفتاحًا لا يلائم هذا الغلق ولا يمكن فتح الباب به فالقول للمستأجر.

وأما البينة فلأنها أكثر أمانًا وهو تتمة الإجارة، وما كان متصلًا بالدار فالقول للمؤاجر أنه ملكه وما كان منفصلًا فالقول للمستأجر؛ لأن في المنفصل الظاهر شاهدًا للمستأجر؛ لأنه في يده بخلاف المتصل؛ لأنه تبع للبناء والأرض فيكون لمن له الأصل.

في الدار كوارات أو حمامات فللمستأجر؛ لأنه في يده.

سقط أحد مصراعي الباب فادعياه فالقول لرب الدار والبينة للمستأجر؛ لأنه عرف كونه في يد رب البيت لأن المغلق في يد رب البيت وهذا أخوه وكذا كل ساقط يعرف بعلامة أنه من الدار.

ولو استأجر أرضًا ليطبخ فيها الآجر جاز، فإن اختلفا في الأتون من بناه فالقول للمستأجر؛ لأن الظاهر أن المستأجر هو الذي بناه لحاجته إليه.

ولو اختلفا في التنور في الدار فالقول للآجر؛ لأنه مركب بالدار وما عرف أن المستأجر هو الذي أخذ به قالوا وهذا بناء على عرف أهل الكوفة، فأما في عرف بلادنا فالمستأجر هو الذي يحدث التنور كما في الأتون، أقر رب الدار أن المستأجر خصصهما أو ركّب فيها بابًا فللمستأجر قلعه ما لم يضر بالدار؛ لأنه عين ماله، فإن كان يضر فعلى ربها قيمته يوم الخصومة كما لو كان غاصبًا إلا أنه يتملك وقت الخصومة فتعتبر قيمته يومئذ. وذكر في المزارعة الصغيرة إن كان الثوب مخيطًا، فقال رب الثوب: ما خطته وقال الخياط: أنا خطته ينظر: إن كان في يد الخياط فالقول قوله مع يمينه، وعلى رب الثوب الأجرة، وإن كان في يد رب الثوب فالقول قوله مع يمينه ولا أجر عليه، فإن كان في أيديهما فالقول قول الخياط مع يمينه وعلى رب الثوب الأجرة، وإن كان في دار رب الثوب فالقول فيه قول رب الثوب؛ لأن القول لذي اليد في أصل الثوب فكذا في صفته، ومتى كان في أيديهما فللخياط يد حقيقية ولرب الثوب يد حكمًا واليد الحقيقية فوق اليد الحكمية، وكذا إن كان في دار رب الثوب فيده حكمية وللخياط يد حكمية. أجره داره وخلا بينه وبينها

وفيها ساكن، فلما مضت المدة قال: منعني الساكن من السكنى والساكن مقر أو جاحد، فإن كان الساكن فيها فلا أجر على المستأجر، وإن كان المستأجر فيها فعليه الأجر؛ لأن كل الأجر إنما يستحق بدوام التسليم وبقائه إلى آخر المدة، فإن كان المستأجر فيها فالتسليم للحال ثابت والمانع معدوم فيدل على دوامه واستمراره، وإن لم يكن المستأجر فيها فالتسليم غير ثابت والمانع موجود فيدل على زواله.

(**المنتقى**): عن أبي يوسف فيمن استأجر دارًا سنة وادعى المستأجر أنه استأجر أحد عشر شهرًا بدرهم وشهرًا بتسعة وأقام البينة وأقام رب الدار البينة أنه أجرها إياه بعشرة يوجد بينة رب الدار؛ لأنه يدعي فضل أجره في أحد عشر شهرًا، فأما الشهر الأخير فقد أقر المستأجر بفضل الأجرة، فإن صدقه على ذلك أحد وإلا سقط. رجل أقام بينة أنه أجر بيته هذا بتسعة دراهم ثلاثة أشهر كل شهر بثلاثة دراهم وأقام الآخر بينة أنه أجر بيتًا أجره ستة أشهر كل شهر بدرهم فعليه لثلاثة أشهر تسعة دراهم وثلاثة أشهر بثلاثة دراهم وقبلنا بينة الآجر في زيادة الأجرة بثلاثة دراهم وجعلنا التسعة بإزاء ثلاثة أشهر؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقدًا غير ما يدعيه صاحبه وأثبته بالبينة. رجل استأجر عبدًا يخيط معه مشاهرة كل شهر بأجر مسمى فجحد الخياط الإجارة وادعى العبد أنه عبده وأقام رب العبد البينة على الإجارة وادعاها، واختلفا إلى القاضي في ذلك شهرًا ثم زكّى الشهود وقد استعمله قبل الجحود وبعده فعليه أجر جميع ذلك؛ لأن رب العبد قد أبرأه من ضمان القيمة، وادعى عليه ضمان الإجارة، ولو عطب العبد في حال الجحود في الخياطة فلا شيء على المستأجر إنما على الآجر، وكذلك لو قال المستأجر هو عبده ولكن غصبته، والمسألة بحالها قال أبو حنيفة: إذا قال القصار قد رددت فالقول له، مع يمينه ولا أجر له؛ لأنه أمين ادعى رد الأمانة فالقول له وروى هشام عن محمد إذا قال رددت عليك الثوب لا يصدق إلا ببينة، وكذلك الراعي المشترك إذا قال قد مات منها لا يصدق؛ لأن عنده الأجير المشترك يضمن إذا تلف في يده فلا يكون القول في الرد. قوله قال محمد: لو أعطاه القصار ثوبًا وقال هو ثوبك وقال رب الثوب ليس هو ثوبي فأخذه رب الثوب لا يسعه لبسه ولا بيعه إلا أن يقول للقصار: قد أخذته من

ثوبي فيقول القصار نعم. قال أبو يوسف رجل في يده دار أقام رجلان كل واحد منهما بينة أنها داره أجرها منه هذا الشهر بعينه بعشرة دراهم والذي في يده الدار منكر لدعواهما، فالدار بين المدعيين نصفان ولكل واحد منهما خمسة دراهم استحسانًا والقياس أن يكون لكل واحد منهما عشرة دراهم؛ لأن كل واحد منهما أثبت بينة عقدًا على حده، وجه الاستحسان: أن البينتين لما تعارضتا تعذر العمل بهما في أسباب الملك في كل الدار فعملنا بكل واحدة في إثبات الملك في النصف فاستحق كل واحد نصف الأجر.

قال أبو يوسف: رجل دفع إلى حذاء نعلًا ليخصفها، فقال الحذاء: أمرتني بدرهمين، وقال الآخر: أمرتك بدرهم، ينظر إن كان يستطيع أن ينزعها بغير ضرر فالقول قول الحذاء وينزعها، وإن كان لا يستطيع أن ينزعها إلا بضرر فله أجر مثل ما زاد فيه.

ولو دفع إلى نداف قباء يندف عليه قطنًا فأمره أن يزيد من عنده ما رأى فجاءه وقد ندف عليه عشرين أستارًا، فقال صاحب الثوب: دفعت إليك خمسة عشر أستارًا وأمرتك أن تزيد عليه فلم تزد إلا خمسه، وقال النداف: دفعت إلي عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة وقد زدت فالقول قول النداف، وعلى صاحب القباء أن يدفع إليه عشرة أساتير من قطن؛ لأن صاحب القباء مقر أنه لم يخالف لكنه لم يدع أنه دفع إليه خمسة عشر أستارًا فكان القول قول النداف في مقدارها قبض فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب.

ولو قال صاحب القباء: دفعت إليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد خمسة وقال النداف: دفعت إلي عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة فزدت، فصاحب الثوب بالخيار إن شاء صدقه ودفع إليه عشرة أساتير، وإن شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير وكان القول للنداف؛ لأن صاحب الثوب يدعي الخلاف فيما أمره به فكان القول قوله فيما أمره به والقول قول النداف في مقدار ما قبض.

(**النوادر**): ولو دفع إلى خياط ثوبًا ليقطعه قباء ودفع إليه البطانة والقطن فجاءه فقال رب الثوب: ليست بطانتي فالقول قول الخائط مع يمينه إليه أنها بطانته؛ لأن

البطانة أمانة في يده ويسع لرب الثوب أن يأخذ البطانة ويلبسها؛ لأنها إن كانت بطانته حل له لبسها وإن كانت غيرها فقد دفع إليه الخياط بدل بطانته فحل له اللبس.

ولو أعطى حمالًا متاعًا ليحمله من موضع إلى موضع ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال الحمال: هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه؛ لأنه أمين ولا يكون على الآمر أجر إلا أن يصدقه ويأخذه؛ لأنه يعترف باستيفاء المنافع، وكذلك لو حمله طعامًا فقال الحمال هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام: كان طعامي أجود من هذا، فإنه يحسن أن يكون القول قول رب الطعام ويبطل الآخر ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الأجر.

وإن كانا نوعين مختلفين بأن جاء به شعيرًا وقال رب الطعام: كان طعامي حنطة لم يجب له الأجر حتى يصدّقه؛ لأنه إذا اتحد الجنس فرب الطعام ملك أن يأخذه عوضًا من طعامه؛ لأن الحمال قد بدل ملكه، فإذا حصل له العوض سلمت له المنفعة، فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر إلا بالتراضي فما لم يصدقه لم يستحق الأجر.

ولو دفع غزلًا إلى حائك وأمره أن يزيد من عنده رطلًا فقال قد زدت وقال رب الثوب: لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه على علمه؛ لأن الصانع يدعي عليه الضمان وهو منكر ويحلف على العلم؛ لأنه يحلف على فعل الغير.

ولو وزن الثوب فكان زائدًا على ما دفعه إليه زيادة يعلم أن الدقيق لا يزيد فيه مثل ذلك فالقول قول الصانع مع يمينه؛ لأن رب الثوب يدعي خلاف الظاهر، وإن كان الثوب مستهلكًا لا يدري فالقول قول رب الثوب، لما بينا. إذا أمره أن ينزع ضرسًا له بأجر فنزع فقال الآمر أمرتك بغير هذا فالقول للآمر مع يمينه عند أبي حنيفة، وكذا لو أمره أن يقطع شيئًا من جسده أوسط فرجة؛ لأن الأمر يستفاد من قبله فكان القول قوله.

وقال محمد في رجل أمر إنسانًا أن ينقش في فضة اسمه فغلط فنقش اسم غيره فله أن يضمنه الخاتم؛ لأنه فوت غرضه من الخاتم وهو الختم فصار كالمستهلك.

ولو أمر رجلًا أن يحفر له بيتًا فحفره قال محمد: يعطيه ما زاد الحفر فيه؛ لأن ما استأجر عليه لم يوجد فلا يستحق الأجر وقد عمل ما لم يستأجر فكان له قيمة ما زاد في البيت، وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قباء وقال الخياط: أمرتني أن أقطعه قميصًا فالقول قول رب الثوب والخياط ضامن؛ لأن الإذن يستفاد من قبله.

ولو أنكر الإذن أصلًا كان القول قوله، فإذا أنكر الإذن إلا بصفة يكون القول قوله في الصفة؛ لأنه ما أقر بالإذن إلا على ذلك الوصف، وإن شاء ربّ الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله؛ لأنه امتثل الأمر في الأصل فيما أمره به وهو القطع والخياطة وخالفه في الوصف فقد وجد أصل المعقود عليه مع العيب فكان لصاحب الثوب الرضا به.

وكذلك لو قطعه سراويل بدليل أنه روي عن محمد أنه لو دفع سهمًا إلى رجل ليضرب له طشتًا فضربه كوزًا، فإن شاء ضمنه مثل سهمه، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله فيما عمل فيجب أن يكون في السراويل كذلك، وإنما أوجبنا أجر المثل؛ لأن المستعمل لم يرض بالمسمى إلا على صفة مخصوصة، فإذا لم يسلم له على ذلك الوصف وجب أجر المثل.

(باب الاستصناع[1])

الاستصناع غير جائز قياسًا لجهالة المعقود عليه بل لعدمه، ويجوز استحسانًا

---

(١) الاسْتِصْنَاعُ فِي اللُّغَةِ: مَصْدَرُ اسْتَصْنَعَ الشَّيْءَ: أَيْ دَعَا إِلَى صُنْعِهِ، وَيُقَال: اصْطَنَعَ فُلَانٌ بَابًا: إِذَا سَأَل رَجُلًا أَنْ يَصْنَعَ لَهُ بَابًا، كَمَا يُقَال: اكْتَتَبَ أَيْ أَمَرَ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ.
وَفِي الاصْطِلَاحِ هُوَ عَلَى مَا عَرَّفَهُ بَعْضُ الْحَنَفِيَّةِ: عَقْدٌ عَلَى مَبِيعٍ فِي الذِّمَّةِ شُرِطَ فِيهِ الْعَمَل. فَإِذَا قَال شَخْصٌ لآخَرَ مِنْ أَهْل الصَّنَائِعِ: اصْنَعْ لِي الشَّيْءَ الْفُلَانِيَّ بِكَذَا دِرْهَمًا، وَقَبِل الصَّانِعُ ذَلِكَ، انْعَقَدَ اسْتِصْنَاعًا عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ، وَكَذَلِكَ الْحَنَابِلَةُ، حَيْثُ يُسْتَفَادُ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّ الاسْتِصْنَاعَ: بَيْعُ سِلْعَةٍ لَيْسَتْ عِنْدَهُ عَلَى غَيْرِ وَجْهِ السَّلَمِ، فَيُرْجَعُ فِي هَذَا كُلِّهِ عِنْدَهُمْ إِلَى الْبَيْعِ وَشُرُوطِهِ عِنْدَ الْكَلَامِ عَنِ الْبَيْعِ بِالصَّنْعَةِ.
=

لتعامل الناس وتعارفهم في سائر الأعصار من غير نكير، وذلك دليل فوق القياس، فإن في النزع عن العرف والعادة حرج، والحرج مدفوع شرعًا.

ثم هو بيع عند عامة مشايخنا لا مواعدة؛ لأنه سماه في الكتاب بيعًا، وأثبت فيه خيار الرؤية، وذلك يليق بالبياعات.

والاستصناع يجوز فيما جرت العادة به كالقلنسوة والخف والآنية إذا بيّن الوصف على وجه يحصل به التعريف؛ لأن التعامل جرى في ذلك ولم يجز في الثياب بأن أمر حائكًا ليحوك له ثوبًا بغزل من عند نفسه ونحو ذلك لا يجوز؛ لأنه لا تعامل فيه، والقياس برده، والعقد فيه ليس بلازم، ولكل واحد منهما أن يمتنع منه؛ لأن الجواز لمكان الحاجة، وهي تندفع بإثبات أصل الجواز فبقي اللزوم على أصل القياس، وفيه خيار الرؤية عندهما وليس للصانع خيار.

وقال أبو يوسف: لا خيار لواحد منهما؛ لأن الصانع أفسد متاعه وقطع جلده، فإذا أتى على الصفة المشروطة لو كان للمستصنع الامتناع يؤدي إلى الإضرار به، وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل؛ لأنه لا يدري أن العمل هل يقع على الصفة المشروطة فجاز للمستصنع الفسخ.

لهما: أنه اشترى شيئًا لم يره؛ لأن المعقود عليه وإن كان معدومًا ألحق بالموجود تقديرًا ليمكن القول بجواز العقد فيصير مشتريًا ما لم يره فيثبت له الخيار بالنص. وليس للصانع بيعه ومنعه إذا رآه المستصنع ورضيه، وإن باعه قبل أن يراه

=

أَمَّا الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ: فَقَدْ أَلْحَقُوهُ بِالسَّلَمِ، فَيُؤْخَذُ تَعْرِيفُهُ وَأَحْكَامُهُ مِنَ السَّلَمِ، عِنْدَ الْكَلَامِ عَنِ السَّلَفِ فِي الشَّيْءِ الْمُسْلَّمِ لِلْغَيْرِ مِنَ الصِّنَاعَاتِ.

انظر: البدائع للكاساني ٢٦٧٧/٦ ط. الإمام، والمبسوط للسرخسي ١٣٨/١٢ ط. السعادة، وتحفة الفقهاء ٥٣٨/٢ ط. أولى جامعة دمشق، ومجلة الأحكام العدلية - المادة ٣٨٨، وكشاف القناع ١٣٢/٣ ط. أنصار السنة المحمدية، والإنصاف ٣٥٠/٤ ط. أنصار السنة المحمدية، والفروع ٤٥٨/٢ ط. المنار، والحطاب ٥١٤/٤، ٥٣٩ ط. النجاح، والمدونة ١٨/٩ ط. السعادة والمقدمات ١٩٣/٢ ط. السعادة، والشرح الصغير ٢٨٧/٣ ط. دار المعارف، والأم ١٣١/٣ وما بعدها ط. دار المعرفة، وروضة الطالبين ٢٦/٤ وما بعدها ط. المكتب الإسلامي، والمهذب ٢٩٧/١ - ٢٩٨ ط. عيسى الحلبي.

جاز؛ لأن العقد ليس بلازم، فإذا رآه ورضيه لزم العقد فيه بإسقاط الخيار، فإن ضرب للاستصناع أجلًا صار سلمًا عند أبي حنيفة، لا يجوز إلا بشرائط السلم ولا يثبت فيه الخيار، وعندهما يبقى استصناعًا؛ لأن المستصنع فيه عين، والعين لا تقبل الأجل، وإنما يذكر المدة فيه للتعجيل أو التأجيل، فإنه يلائم الاستصناع فلم يتغير به.

له: أن هذا المسمى بهذا الوصف الذي وصفه يجوز أن يكون عينًا معدومة، ويحتمل أن يكون دينًا في الذمة فجعلناه مبيعًا دينًا في الذمة؛ لأنه مشروع بالكتاب والسنة، فصار أقرب إلى الجواز وأحق بالرخصة؛ لأنه لازم بالإجماع، وذكر الأجل نص على كونه ميعادًا ينافي الذمة فصار العمل بالتنصيص أولى.

ولو دفع حديدًا ليعمل له إناء منه فلا خيار له؛ لأنه استئجار ليعمل له عملًا في ملكه وليس باستصناع، فإن أفسده يضمنه جديدًا، وما لا مثل له يضمن قيمته؛ لأنه لم يعمل ما أمر به فصار كما لو أخذ ابتداء.

دفع إليه غزلًا لينسج له ثوبًا سبعة في أربعة، إن جاء بأصغر أو أكبر فله أن يرده ويأخذ غزله، وإن أخذه أعطاه الأجر، وإن خالفه إلى نقصان أعطاه من الأجر بحسابه؛ لأنه إذا نسجه أكثر فقد زاد في قدر الذرعان لكنه أخل بالوصف، وإذا نسجه أصغر فقد نقص عن الذرعان وباختلال الصفة تفوت بعض المصالح فيكون عيبًا فاحشًا فيخير.

وكذلك لو شرط عليه رقيقًا فحاكه صفيقًا، أو شرط صفيقًا فحاكه رقيقًا؛ لأنه خالف في الوصف المرغوب ثم يعطيه أجر المثل.

في رواية: لا يجاوز به المسمى في الزيادة وفي النقصان مقدرًا بحصته من المسمى؛ لأنه لم يأت ببعض العمل فسقط حصة ما لم يعمل، وذلك لأن العقد قائم من وجه فائت من وجه باعتبار النقصان؛ لأنه قوي العرض بالاختلال في أصل الثوب، إلا أنه ما أخل بأصله فيحكم بالفساد كما لو هلك أحد العرضين في بيع المقايضة.

وفي رواية: يعطيه المسمى متى أخذه معيبًا، وإن أخذه ولم يرض بالعيب يعطيه

أجر المثل لا يجاوز المسمى؛ لأن العقد قائم من كل وجه؛ لأن المعقود عليه العمل وأصل العمل حصل بإذن صاحب الغزل إلا أن فيه عيب فكان المعقود عليه معيبًا وذلك لا يفسد العقد كما في البيع.

ورُوي عن محمد: لو أوفاه الوصف والذرع وزاد فيه، له الخيار إن شاء ضمنه، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ولا شيء للذرع الزائد؛ لأنه إذا زاد في الطول فقد استكثر الغزل زائدًا على ما أمره، وربما تكون له حاجة إليه فيكون له الخيار والزيادة حصلت بغير عقد فلا يجب بإزائها أجر.

دفع خفه لينعله فنعله على وجه لا ينعل بمثله في الخفاف، أو رديًّا، وقد شرط جيدًا، فإن شاء ضمنه خفه بغير نعل ولا أجر له، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وما زاد النعل فيه، وهو أن ينظر إلى قيمة الخف مخرزًا غير منعل ومبطن وإلى قيمته منعلًا مبطنًا، فإن كانت قيمته غير منعل عشرة وقيمته منعًلا اثني عشر عُلم أن قيمة ما زاد فيه درهمان؛ لأنه أتى بأصل العمل لكنه معيب فلم يوف العمل على الوجه المأذون فكان مخالفًا في الوصف موافقًا للأصل، فإن شاء مال إلى الخلاف وضمنه خفه، وإن شاء مال إلى الوفاق وأخذ خفه ويعطيه أجر مثل عمله وما زاد النعل فيه؛ لأنه اتصل بخفه عمل وعين مالًا، وفي مثل هذا يجب قيمة ما زاد كما في الصبغ.

ولو دفع غزلًا لينسجه ويزيد من غزله مسمى على أن يعطيه غزلًا مثل غزله أو يعطيه من الغزل دراهم والأجرة دراهم مسماة لا يجوز قياسًا؛ لأنه شرط قرضًا أو بيعًا في إجارة وذلك يوجب فسادها، ويجوز استحسانًا للتعامل، فإن الإنسان قد يدفع غزلًا إلى حائك ويأمره بنسج ثوب مقدر ويعلم أنه لا يكفي الغزل المأمور به فيشترط زيادة غزل من عند الحائك على سبيل القرض أو الشراء ليتم به الثوب فهذا شرط متعامل به فيما بين الناس من غير نكير، كما لو اشترى نعلًا على أن يشركه البائع أو يحذوه جاز الشراء؛ لأنه شرط متعارف فيه.

وكذلك لو قال: زد رطلًا من غزلك مثل غزلي، وسكت جاز، ويحمل على القرض لأنه يحتمل الهبة والقرض والقرض أدناهما؛ لأنه تمليك ببدل وأنه متيقن فكان إثباته أولى، فإن جاء به فاختلفا فقال رب الثوب: ما زدت، فوزن فإذا فيه

الزيادة، فقال: الزيادة من الدقيق، وقال النساج: هي من الغزل، فإن كان مثل تلك الزيادة تكون من الدقيق فالقول لرب الثوب، وإن لم يكن فللنساج؛ لأنه لما قال أهل الصناعة: إن الدقيق يزيد هذا القدر فالظاهر شاهد لرب الثوب، وإن قالوا: الدقيق لا يزيد هذا القدر صار الظاهر شاهدًا للحائك.

دفع ظهارة ثوب وقال: بطنه واحشه من عندك بشيء معلوم يجوز قياسًا كما لو استصنع خفًّا أو قلنسوة، ولا يجوز استحسانًا؛ لأنه بائع ما ليس عنده ولا تعامل في الخياطة فلا يجوز، وفي الخف والقلنسوة تعامل فجاز.

ولو دفع سمسمًا وقال: اقشره وزنه ببنفسج ولك درهم، كان فاسدًا؛ لأن البنفسج مجهول قدره؛ لأنه قد يقل وقد يكثر فيكون العمل مجهولًا، فإن كان قدر البنفسج معلومًا عند التجار جاز؛ لأن المعروف كالمشروط، بخلاف كما لو دفع ثوبًا إلى الصباغ ليصبغه بعصفره جاز وإن لم يبين قدر العصفر؛ لأن قدر ما يصبغ به مثل هذا الثوب معروف فيما بين الصباغين بحيث لو زادوا على ذلك المقدار فسد الثوب والمعروف كالمشروط، وإذا اختلفا فيما أمره أن يصبغه به فالقول لرب الثوب مع يمينه؛ لأنه لو أنكر الإذن أصلًا كان القول قوله، فكذا إذا أنكر وصفه، وإذا أنكر وصف المستصنع وقال: ما أمرتك بمثل هذا، لا يحلف؛ لأن الاستحلاف لا يفيد؛ لأنه لو يدعي عليه معنى لو أقر به لا يلزمه، بل له الامتناع عن الأخذ، فإذا أنكر لا يستحلف عليه، والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

فهرس المحتويات

كتاب الصيد ٣

باب صيد الجوارح المعلمة ٤

باب معرفة الإرسال ١٠

باب ما يعترض على الإرسال فيفسده ١٦

باب رمي الصيد ٢٠

فصل ٢٠

فصل ٢٣

باب التردّي ٢٦

باب صيد البحر ٢٧

باب ما يحل من صيد البرّ وما لا يحل ٣٠

باب الاصطياد في الحرم ٣٤

كتاب الذبائح ٣٨

باب صفة الذكاة ٣٩

باب التسمية على الذبيحة ٤٩

باب معرفة أهلية الذكاة ٥١

كتاب الأضحية ٥٣

باب شري الشاه بنيّة الأضحية ٥٧

باب من لم يضح حتى مضت أيامها ٥٩

باب ما يجوز في الأضحية وما لا يجوز فيها ٦٠

فصل ٦١

باب الشركة في الأضحية ٦٢

باب ذبح أضحية غيره بغير أمره ٦٥
باب ما يكره من الانتفاع بالأضحية وما لا يكره ٦٧
كتاب الشركة ٦٩
باب معرفة أنواع الشركات..... ٦٩
باب ما يصلح أن يكون رأس المال وما لا يصلح ٧٩
باب شركة المفاوضة..... ٨١
باب شركة العنان..... ٨٤
باب ما يجوز لأحد شريكي العنان أن يعمل في المال ٨٧
باب ما يجوز لأحد المتفاوضين أن يعمل في مال المفاوضين..... ٩٢
فصل ٩٥
فصل ١٠٣
باب الشركة في العمل والحمل ١٠٩
فصل ١١١
باب الخصومة والاختلاف بين الشريكين.....١١٣
فصل ١١٦
باب عتق أحد المتفاوضين واختلافهما فيه ١١٩
باب من يشتري شيئًا فيشترك غيره فيه.....١٢١
باب قبض أحد ربي الدين نصيبه منه.....١٢٧
كتاب المضاربة ١٣٥
باب ما يجوز اشتراط الربح في المضاربة وما لا يجوز.....١٤٠
باب اشتراط الربح لغيرهما ١٤٦
باب الشروط في المضاربة ١٥٠
باب دفع المال مضاربة على أن يعمل رب المال معه ١٥٢
باب دفع المضاربة إلى رجلين ١٥٦

باب ما يجوز للمضارب أن يعمل في مال المضاربة وما لا يجوز ١٥٨
باب المضارب يدفع المال مضاربة ١٦٦
باب نفقة المضارب ١٦٩
باب الاستدانة على المضاربة ١٧٥
فصل ١٧٧
باب الاستدانة على إصلاح مال المضاربة ١٨٠
فصل ١٨٢
باب المرابحة في المضاربة ١٨٣
باب المرابحة بين رب المال والمضارب ١٨٥
باب المبايعة بين المضاربين ١٩٠
باب هلاك مال المضاربة قبل الشراء أو بعده ١٩٦
باب الشركة والخلط في مال المضاربة ٢٠٢
باب من يدفع بعضه مضاربة وبعضه لا ٢٠٥
باب جحود المضارب مال المضاربة ٢٠٩
باب إقرار المضارب في المرض أو مات وعليه دين ٢١١
فصل ٢١٢
باب قسمة المضاربة ٢١٥
باب الاختلاف في شرط الربح أو في قدر رأس المال والرّبح ٢١٧
فصل ٢١٨
فصل ٢٢٠
فصل ٢٢١
باب الاختلاف في عموم المضاربة وخصوصها ٢٢٦
باب الاختلاف في الشراء للمضاربة ٢٢٨
باب عتق المضارب وكتابته ٢٣١

فصل ٢٣٤
باب دعوة المضارب أو رب المال أمتهما جميعًا..... ٢٣٥
فصل ٢٣٨
باب جناية عبد المضاربة والجناية عليه خطأ..... ٢٤١
فصل ٢٤١
فصل ٢٤٣
باب مضاربة الحربي والمرتد..... ٢٤٥
باب زكاة مال المضاربة..... ٢٤٨
كتاب المزارعة ٢٤٩
باب اشتراط النصيب وبيانه في المزارعة والمعاملة ٢٥٥
فصل ٢٥٥
فصل ٢٥٦
باب اشتراط الخارج لغيرهما..... ٢٥٩
فصل ٢٥٩
فصل ٢٦٠
فصل ٢٦٢
باب الأرض بين رجلين يدفع أحدهما إلى صاحبه مزارعة..... ٢٦٢
باب المزارعة التي لم يُبَيِّنَا فيها مَنْ عليه البَذْرُ ٢٦٧
باب المزارعة على شرطين ٢٧٠
باب الاستثناء في المزارعة ٢٧٥
باب الشروط المفسدة للمزارعة وما لا يفسدها ٢٧٦
فصل ٢٨١
باب المعاملة في النخل والشجر والكرم والرطب والثمار ٢٨١
فصل ٢٨٤

باب اشتراط العمل في المعاملة والمزارعة ٢٨٥
باب المزارعة شرطت فيها المعاملة ٢٨٨
باب الأرض بين رجلين يعملان فيها ٢٨٨
باب مزارعة العامل أو معاملته مع آخر ٢٩٢
فصل ٢٩٤
باب العذر في فسخ المزارعة والمعاملة ٢٩٦
فصل ٣٠٣
باب عمل صاحب الأرض والنخيل مع العامل بأمر العامل أو بغير أمره ٣٠٤
باب اختلافهما في المزارعة والمعاملة ٣٠٦
باب اختلاف ورثتهما بعد موتهما ٣٠٩
باب مزارعة الصبيّ والعبد ٣١٠
فصل ٣١١
باب مزارعة المرتد ومعاملته ٣١٣
فصل ٣١٤
باب مزارعة المريض ومعاملته ٣١٥
فصل ٣١٩
باب المزارعة في الرهن والكفالة في المزارعة ٣٢٠
فصل ٣٢١
باب النكاح والصلح والمكاتبة في المزارعة والمعاملة ٣٢٢
باب الزيادة والحظ في المزارعة والمعاملة ٣٢٦
باب البيع والشفعة في المزارعة ٣٢٧
كتاب الشرب ٣٢٨
باب معرفة حكم المياه والأنهار والكلأ ٣٢٨
باب مقاسمة الماء ٣٣٢

باب أحكام الأنهار ٣٣٥
باب كري الأنهار وإصلاح مسنّاتها ٣٤٠
باب التصرف في الشرب والأنهار ٣٤٣
فصل ٣٤٥
باب الاختلاف في الشرب والنهر ٣٤٦
باب الشهادة في الشرب ٣٤٩
باب أحكام الأراضي ٣٥١
باب التلف بالسقي وإجراء الماء ونحوه ٣٥٧
كتاب الأشربة ٣٥٩
باب طبخ العصير والعنب ٣٦٤
باب الانتفاع بالأشربة المحرمة سوى الشرب ٣٦٧
كتاب الشفعة ٣٦٩
باب ما تستحق به الشفعة ٣٧٠
فصل ٣٧١
باب الشفعة في الأنهار والطرق والحيطان ٣٧٦
فصل ٣٧٨
باب من يستحق الشفعة ٣٧٩
باب فيما يثبت الشفعة ٣٨١
باب الشفعة في الأشجار والثمار والزروع مع الأرض ٣٨٥
باب بما يأخذ المبيع بالشفعة ٣٩٠
باب ما يثبت للشفيع بعد الأخذ ٣٩١
باب طلب الشفعة ٣٩٣
فصل ٣٩٣
فصل ٣٩٦

فصل ٣٩٩
باب العهدة في الشفعة ٤٠١
باب الشفيع يطلب الشفعة في البعض ٤٠٤
باب ما يحدثه الشفيع مما يبطل الشفعة وما لا يبطلها ٤٠٦
باب ما يكون تسليمًا للشفعة ٤٠٩
باب تسليم الشفعة على مال ٤١٢
باب الشفيع يخبر بالبيع على خلاف ما وقع فيسلم ٤١٣
فصل ٤١٥
باب الشفعة بين الشفعاء ٤١٦
باب الأخذ بالشفعة بعد القسمة ٤٢١
باب تصرّف المشتري في الدار المشفوعة ٤٢٢
باب الزيادة والحط في ثمن الدار المشفوعة ٤٢٥
باب ما للشفيع أن يأخذ الشفعة بالبيعين ٤٢٦
باب الشفعة تزاد فيها الشفعة ٤٢٨
باب اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن ٤٣٠
باب اختلافهما فيما وقع عليه البيع ٤٣٣
باب الاختلاف في صحّة البيع وفساده ٤٣٤
باب التناكر والتخاصم فيما يستحق به الشفعة ٤٣٦
باب الشهادة في تسليم الشفعة ٤٣٩
باب الوكالة في الشفعة ٤٤٠
باب الشفعة للصغير ٤٤٣
باب الشفعة في مال الشركة ومال المضاربة ٤٤٤
باب الشفعة في الصلح ٤٤٧
باب الشفعة في البيع في المرض ٤٥٠

باب الشفعة التي تكون بمنزلة الاستحقاق ٤٥١
باب شفعة المرتد والحربي ٤٥٤
كتاب القسمة ٤٥٦
باب ما يجوز قسمته وما لا يجوز ٤٥٧
باب كيفية القسمة وماهيتها وما يدخل فيها بالشرط وما لا يدخل ٤٦١
فصل ٤٦٥
باب قسمة المنقول..... ٤٦٦
باب حقوق القسمة..... ٤٦٨
باب القسمة على أن يزيد أحدهما شيئًا لصاحبه ٤٧٢
باب قسمة الدار الموروثة..... ٤٧٣
باب قسمة الدور التي فيها طريق لغير أهلها ٤٧٧
باب دعوى الغلط في القسمة..... ٤٧٩
باب قسمة الأب والوصي على الصغير ونحو ذلك..... ٤٨٢
باب قسمة الذمي والحربي ٤٨٣
باب الاستحقاق في القسمة..... ٤٨٤
باب ما يرجع فيه بقيمة البناء وما لا يرجع ٤٨٨
فصل ٤٩٠
باب المهايأة..... ٤٩١
فصل ٤٩٧
كتاب الإجارات ٤٩٩
باب ما يصلح أجرة في الإجارة ومتى يجب تسليمها ٥٠١
باب تصرف المؤاجر..... ٥٠٣
باب تسليم المستأجر ٥٠٦
باب انتقاض العمل في الإجارة ٥٠٨

باب إجارة العقار..... ٥١٠
إجارة الأعيان والأمتعة..... ٥١٢
فصل ٥١٣
باب الأوقات التي تقع عليها الإجارة ٥١٥
باب الإجارة على أحد الشرطين ٥١٨
باب الإجارة الفاسدة..... ٥٢٢
فصل ٥٢٢
فصل ٥٢٤
فصل ٥٢٥
فصل ٥٢٩
فصل ٥٣٠
باب الشروط المفسدة للإجارة ٥٣٢
باب الاستئجار على فعل هو طاعة أو معصية ٥٣٤
فصل ٥٣٧
باب استئجار الشريك..... ٥٣٩
باب إجارة الدواب..... ٥٤٠
فصل ٥٤٤
باب كري الدابة إلى مكة ٥٤٤
باب ما يصير به مخالفًا أو ضامنًا وما لا يصير ٥٤٧
باب ضمان الأجير المشترك وحكم الأجير الخاص..... ٥٥٤
فصل ٥٦١
إجارة الراعي ٥٦٢
باب إجارة الظئر ٥٦٦
إجارة الأب والوصي والمولى والعبد ونحوه..... ٥٧١

باب إجارة الرقيق ٥٧٣
باب ما يوجب فسخ الإجارة وما لا يوجب فسخها..... ٥٧٥
فصل ٥٧٧
باب العذر في فسخ الإجارة..... ٥٨٠
باب إجارة الحَمَّام ٥٨٥
باب الحقوق في الإجارة ٥٨٨
باب الإجارة لحفر القبور والآبار والقناة ونحوها..... ٥٩٠
باب اختلاف المؤاجر والمستأجر في الإجارة ٥٩٢
باب الاستصناع ٦٠١
فهرس المحتويات..... ٦٠٧

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية كلية الشريعة

الجزء الثامن

المحتوى:

الصلح - الوكالة - الكفالة - الحوالة -

الرهن - السبق والرهان

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي (ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568		عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	**Lebanon**	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

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

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

ISBN 978-2-7451-8337-8

9 782745 183378 90000

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الصلح[1]

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الصلح، وتفسيره، وركنه، وشرطه، وحكمه، وأنواعه.

---

(١) الصُّلْحُ فِي اللُّغَةِ: اسْمٌ بِمَعْنَى الْمُصَالَحَةِ وَالتَّصَالُحِ، خِلَافُ الْمُخَاصَمَةِ وَالتَّخَاصُمِ.

قَال الرَّاغِبُ: وَالصُّلْحُ يَخْتَصُّ بِإِزَالَةِ النِّفَارِ بَيْنَ النَّاسِ. يُقَال: اصْطَلَحُوا وَتَصَالَحُوا وَعَلَى ذَلِكَ يُقَال: وَقَعَ بَيْنَهُمَا الصُّلْحُ، وَصَالَحَهُ عَلَى كَذَا، وَتَصَالَحَا عَلَيْهِ وَاصْطَلَحَا، وَهُمْ لَنَا صُلْحٌ، أَيْ مُصَالِحُونَ.

وَفِي الاصْطِلَاحِ: مُعَاقَدَةٌ يَرْتَفِعُ بِهَا النِّزَاعُ بَيْنَ الْخُصُومِ، وَيُتَوَصَّل بِهَا إِلَى الْمُوَافَقَةِ بَيْنَ الْمُخْتَلِفِينَ.

فَهُوَ عَقْدٌ وُضِعَ لِرَفْعِ الْمُنَازَعَةِ بَعْدَ وُقُوعِهَا بِالتَّرَاضِي، وَهَذَا عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ.

وَزَادَ الْمَالِكِيَّةُ عَلَى هَذَا الْمَدْلُول: الْعَقْدُ عَلَى رَفْعِهَا قَبْل وُقُوعِهَا - أَيْضًا - وِقَايَةٌ، فَجَاءَ فِي تَعْرِيفِ ابْنِ عَرَفَةَ لِلصُّلْحِ: أَنَّهُ انْتِقَالٌ عَنْ حَقٍّ أَوْ دَعْوَى بِعِوَضٍ لِرَفْعِ نِزَاعٍ، أَوْ خَوْفِ وُقُوعِهِ.

فَفِي التَّعْبِيرِ بِ(خَوْفِ وُقُوعِهِ) إِشَارَةٌ إِلَى جَوَازِ الصُّلْحِ لِتَوَقِّي مُنَازَعَةٍ غَيْرِ قَائِمَةٍ بِالْفِعْل، وَلَكِنَّهَا مُحْتَمَلَةُ الْوُقُوعِ.

وَالْمُصَالِحُ: هُوَ الْمُبَاشِرُ لِعَقْدِ الصُّلْحِ وَالْمُصَالَحُ عَنْهُ: هُوَ الشَّيْءُ الْمُتَنَازَعُ فِيهِ إِذَا قُطِعَ النِّزَاعُ فِيهِ بِالصُّلْحِ وَالْمُصَالَحُ عَلَيْهِ، أَوِ الْمُصَالَحُ بِهِ: هُوَ بَدَل الصُّلْحِ.

انظر: تبيين الحقائق ٢٩/٥، والبحر الرائق ٢٥٥/٧، والدر المنتقى صرح الملتقى ٣٠٧/٢، وتكملة فتح القدير مع العناية والكفاية (الميمنية) ٣٧٥/٧، وروضة الطالبين ١٩٣/٤، ونهاية المحتاج ٣٧١/٤، والفتاوى الهندية ٢٢٨/٤، وأسنى المطالب ٢١٤/٢، وكفاية الأخيار ١٦٧/١، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٢، وكشاف القناع ٣٧٨/٣، والمغني (ط. مكتبة الرياض الحديثة) ٥٢٧/٤، ومواهب الجليل ٧٩/٥، والخرشي على خليل ٢/٦، والبهجة شرح التحفة ٢١٩/١، وانظر للشافعية: أسنى المطالب ٢١٥/٢، ونهاية المحتاج ٣٧٢/٤، وروضة الطالبين ١٩٤/٤، وانظر م ١٥٣١ من مجلة الأحكام العدلية وم ١٠٢٦ من مرشد الحيران.

أما مشروعيته: فلقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ﴾ [النساء: ١٢٨] ولقوله عليه السلام: "**الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا ، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا**"(١). أي: إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا بأن صالح على خمر لم يجز؛ لأنه أحل حرامًا، وكذلك على عبد على أن لا يبيعه ولا يستخدمه، وهذا صلح حرم حلالًا فكان مردودًا، ولأن الصُّلح سبب لدفع الخصومة وقطع المنازعة والمشاجرة، والمنازعة والمشاجرة متى امتدت أدت إلى الفساد وكان الصلح دفعًا لسبب الفساد وإطفاء لثائرية الفتنة والعناد، وتحقيقًا لسبب الصلاح والسداد فكان حسنًا مندوبًا إليه شرعًا(٢).

وأما تفسيره لغة: فالصلح عبارة عن ترك المنازعة وقطع المشاجرة لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ﴾ [الحجرات: ٩] أي: اقطعوا المنازعة وارفعوا المشاجرة بينهما.

إلا أن في الشريعة الصلح يجوز بدون الحق وهو استيفاء لبعض حقه وإسقاط الباقي إن كان الصلح على جنس حقه، وإسقاط للحق بعوض إن كان الصلح على غير جنس حقه فيكون معاوضة ومبادلة معنى لما بيَّن.

وأما ركنه: هو الإيجاب والقبول؛ لأنه عقد معاوضة، والمعاوضة تقوم بهما.

وأما شرط جوازه: هو جوازه وهو أن يكون المال المصالح عليه معلومًا إن كان يحتاج إلى قبضه بأن صالح على ما في يد المُدَّعَى عليه، فمتى كان البدل مجهولًا يقع بينهما

---

(١) أخرجه أحمد ٣٦٦/٢ (٨٧٧٠) قال: حدثنا الخزاعي. و«ابن حبان» (٥٠٩١) قال: أخبرنا محمد بن الفتح السمسار، بسمرقند، قال: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، قال: حدثنا مروان بن محمد الطاطري.

كلاهما: (أبو سلمة الخزاعي، منصور بن سلمة، ومروان بن محمد) عن سليمان بن بلال، عن كثير بن زيد، عن الوليد بن رباح، فذكره.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٤١٧/٣، ونهاية المحتاج ٣٧١/٤، وكفاية الأخيار ١٦٧/١، والمغني لابن قدامة (ط. مكتبة الرياض الحديثة) ٥٢٧/٤، وبداية المجتهد (مطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية للغماري) ٩٠/٨.

منازعة مانعة من التسليم والتسلم والجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة جواز الصلح، فإن كان لا يحتاج إلى قبضه بأن ادعى حقًّا في دار إنسان فادعى المدعِي قبله حقًّا في دار المدعي فصالحا على ترك دعواهما كان جائزًا، وإن كان البدل مجهولًا؛ لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، فصار كما لو باع قفيزًا من صبرة وشرط آخر أن يكون البدل وهو المصالح عنه حقًّا يجوز الاعتياض عنه مالًا أو لم يكن مالًا كالقصاص معلومًا كان أو مجهولا؛ لأنه لا يحتاج إلى قبضه، فإنه في يد المُدَّعَى عليه، وإن كان لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة، وحد القذف والكفالة بالنفس لا يجوز الصلح عنه؛ لأن ما لا يقبل الاعتياض لا تقع به المعاوضة، والصلح معاوضة متى كان على خلاف جنس حقه[1].

وأما حكمه: فوقوع الملك في البدل وثبوت الملك في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال، ووقوع البراءة عنه للمدعى عليه إن كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص، هذا إذا كان الصلح على الإقرار، وفي الصلح على الإنكار ثبوت الملك في البدل للمدعي ووقوع البراءة للمدعى عليه عن الدعوى سواء كان المصالح عليه مالًا أو لم يكن مالًا، والله أعلم.

(باب معرفة أنواع الصلح[2])

(المبسوط): الصلح أنواع ثلاثة:

أحدها: الصلح عن إقرار المُدَّعَى عليه وهو جائز بالإجماع، ومعنى الصلح لا يتحقق فيه؛ لأن الصلح قطع المنازعة والمشاجرة ولم يوجد هنا خصومة ومنازعة وإنما هو إسقاط عن بعض الحق عن طوع ورغبة[3].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٤٣٢/٣، البحر الرائق ٢٥٩/٧.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٢، والمغني لابن قدامة ٥٢٧/٤، ونهاية المحتاج ٣٧١/٤، وفتح الباري (المطبعة السلفية) ٢٩٨/٥، وكشاف القناع ٣٧٨/٣، وأسنى المطالب ٢١٤/٢، والمبدع ٢٧٨/٤.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٤١٨/٣، ومجمع الأنهر ٣٠٨/٢، وشرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٢، وكفاية الأخيار ١٦٧/١، وبداية المجتهد (مطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية) ٩٠/٨، =

والثاني: الصلح عن إنكار المُدَّعَى عليه وهو جائز خلافًا لابن أبي ليلى والشافعي[١].

والثالث: الصلح عن سكوت المُدَّعَى عليه وهو جائز خلافًا للشافعي[٢] حتى لو أقر المطلوب بالدين بعد قبض مال الصلح ليس للطالب عليه شيئًا خلافًا له[٣].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: أجوز ما يكون الصلح: الصلح عن الإنكار؛ لأن معنى الصلح يتحقق فيه، وهو قطع الخصومة والمنازعة ودفع أذى الشغب والمشاجرة، فلما كان معنى الصلح فيه أبلغ وأكمل كان جوازه أحق وأتم؛ لأن هذا الصلح اشتمل على أخذ المدعِي المال عوضًا عن حقه؛ لأن الحق ثابت في زعمه لوجود دليل ثبوت الحق وهو الخبر الصادر عن عقل وتدين؛ لأن الأصل فيه هو الصدق وبذل المُدَّعَى عليه المال دفعًا لأذى الخصومة والشغب عن نفسه ويصون به عرضه وماء وجهه؛ لأن المال غير ثابت في حقه في زعمه وكلاهما عند الاجتماع جائز فعند الاجتماع أجوز والحاجة إلى جواز هذا الصلح أمسّ؛ لأن الناس إنما يحتاجون إلى الصلح عند الإنكار لقطع المنازعات وإطفاء الثائرات وللحاجة تأثير في تجويز العقود؛ لأن العقود كلها جوّزت باعتبار حاجة العباد وفي عدم تجويز هذا الصلح فتح باب المنازعات وإثارة الثائرات بين الناس وجرهم إلى الفتن والمكابدات.

ولهذا قال الشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله: لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس مثل من عمل في إبطال الصلح على الإنكار. له

=

والقوانين الفقهية (ط. الدار العربية للكتاب) ص ٣٤٣، وكفاية الطالب الرباني وحاشية العدوي عليه ٣٢٤/٢. وإرشاد السالك لابن عسكر البغدادي المالكي ص ١٣٢، والتفريع لابن الجلاب ٢٨٩/٢.

(١) انظر: روضة الطالبين ١٩٣/٤، وكفاية الأخيار ١٦٨/١، ونهاية المحتاج ٣٧٢/٤، وأسنى المطالب ٢١٥/٢، والمهذب ٣٤٠/١، والخرشي على خليل ٣/٦، وشرح الزرقاني على خليل ٣/٦.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٣٧٢/٤، وأسنى المطالب ٢١٦/٢، وروضة الطالبين ١٩٧/٤، والبدائع (٤٧/٦، الطبعة الأولى).

(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٥٥٨/٤ - ٥٦١، ودرر الحكام لعلي حيدر ٣٩/٤.

على آخر ألف درهم فأنكره المطلوب فقال الطالب للمطلوب صالحتك على ثلاثمائة من الألف التي عليك جاز وبرئ المطلوب عن الباقي قضاء ولم يبرأ ديانة، ولو قضاه المطلوب الألف وأنكر الطالب ثم صالحه المطلوب على مائة فالصلح جائز قضاء، ولا يحل للطالب أخذ المائة منه ديانة؛ لأنه بالاقتضاء لم يبق له عليه حق فكان أخذ المال أخذًا بغير حق فلا يحل، والصلح بعد الحلف يصح عند محمد رحمه الله؛ لأن الخصومة بينهما قائمة بعد الحلف، ولهذا تسمع من المدَّعِي البينة بعد الحلف فكان باذلا المال لدفع أذى الخصومة عن نفسه وعندهما لا يصح؛ لأن المُدَّعَى عليه ليس بباذل المال بإزاء الخصومة؛ لأن الخصومة اندفعت بالحلف ظاهرًا؛ وهذا لأن البذل إنما جاز لدفع اليمين عن نفسه ودفع سوء القول، فإنه لو حلف يقع في القيل والقال فالناس فيه بين مصدق ومكذب وبعد الحلف لا يندفع اليمين عنه ببذل المال فكان ببذل المال بعد الحلف عاريا عن دفع اليمين وأذى الخصومة فكان رشوة فلم يحل، والصلح مع المودع عن دعوى الاستهلاك لأن المودع يدعي عليه استهلاك الوديعة وهو يدعي الضياع فصالحه على مال يصح عند أبي يوسف؛ لأنه ادعى الضمان على المودع فصار كما لو ادعى دينًا عليه وهو ينكر وعندهما لا يصح؛ لأن المودع أمين متسلط على أداء الأمانة والأمين مصدق في دعوى الرد والضياع؛ لأنه يدعي براءة نفسه عن الضمان فيصدق فيه فينفذ قوله على المدَّعِي فاندفعت الخصومة عنه فلا يكون بذل المال لدفع أذى الخصومة ودفع ضرر اليمين عن نفسه ثم الصلح إن كان مثل جنس حقه فهو إسقاط بعض حقه واستيفاء للباقي، وإن كان الصلح على خلاف جنس حقه فهو تمليك بعوض من وجه واستيفاء لغير الحق من وجه؛ لأنه من حيث إنه تمليك المال بالمال معاوضة حتى يثبت فيه جميع أحكام البياعات من الشفعة وخيار العيب والرؤية ويبطل بالشروط الفاسدة ويشترط قبض البدلين إذا صالح من الدراهم على الدنانير واستيفاء لعين حقه من حيث إنه يتوصل به إلى حقه حتى لو صالح الطالب المطلوب عن ألف على مائة ثم تصادقا أن لا دين بينهما فالصلح باطل لأنهما لما

تصادقا على عدم الدين فلا يتصور الإسقاط؛ لأن الإسقاط يستدعي سابقة الثبوت فلم يوجد.

ولو صالحه من ألف على عبد ثم تصادقا أن لا شيء عليه فالمدفوع إليه بالخيار إن شاء رد العبد، وإن شاء أعطاه إكفًا وأمسك العبد؛ لأنه صالح على خلاف جنس حقه، فإن تعذر تصحيح هذا الصلح من حيث إنه إسقاط أمكن تصحيحه من حيث إنه تمليك مال بمال فصار كأنه باع العبد منه بألف إلا أن الطالب إنما رضي بشراء العبد بألف دين على المطلوب، فإذا لزمه ألف عين يتخير. ادعى على آخر ألفًا فأنكر ثم صالحه منها على أن باعه بها عبدًا جاز وهو إقرار بالدين.

ولو صالحه منها على عبد لا يكون إقرارًا؛ لأن البيع تمليك مال بمال من الجانبين فلا يتحقق تمليك مال بمال من الجانبين إلا إذا صار مقرًّا بالألف حين يملك الطالب من جهته العبد والمطلوب يملك من جهة الطالب الألف فصار مقرًّا بالألف مقتضى إقدامه على البيع. فأما الصلح موضوع للإسقاط والإصلاح، فإن الصلح على مال من أحد الجانبين وعلى ما ليس بمال جائز كالصلح عن القصاص والصلح بين الزوجين فلا يقتضي بحقيقة تمليك المال من الجانبين فإقدامه على الصلح لا يكون إقرارًا بالمال، أخذ شيئًا بالصلح لا يبيعه مرابحة إلا بالبيان؛ لأن مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز بدون الحق والظاهر أنَّ قيمة البذل تكون أقل من الدين، فإذا قال اشتريته بألف كان هذا خيانة منه، ولو اشترى بالدين يجوز؛ لأن الشراء مبناه على المماكسة والاستقصاء فصار مشتريا بجميع الألف فلا يتمكن منه تهمة الخيانة.

(**المنتقى**): ادعى دارًا في يدي رجل فأنكره فصالحه إنسان متطوعا من دعواه على ألف ودفعها إليه بغير أمر المُدَّعَى عليه ثم أقر المُدَّعَى عليه بأن الدار دار المدعِي يأخذ المصالح المتطوع الدار؛ لأن هذا الصلح معاوضة نافذة في حق المدعِي غير نافذة في حق المُدَّعَى عليه لقيام يده عليها، فإذا زال حقه عنها أخذ المتطوع بحكم البيع السابق، أو لو ادعى عليه ألفًا ودارًا فصالحه من دعواه على مائة درهم ثم أقر المدعِي بأن إحداهما كانت للمدعى عليه فالصلح جائز من الثاني ولا

يرجع المُدَّعَى عليه بشيء، وكذلك لو أقام المدعِي البينة بعد الصلح على الألف والدار جميعًا فالألف باطلة وكان على حقه في الدار؛ لأن المائة التي أخذها إنما هي من الألف وقد حط عنه الباقي من الألف؛ لأنه تبين أنه صالح على حقه؛ لأنه استيفاء للبعض وإسقاط للباقي بخلاف ما لو ادعى عبدًا وأمة فصالحه منهما على مال ثم أقام البينة عليهما صح وهما للمدعى عليه؛ لأن هذا الصلح وقع على خلاف جنس حقه فيكون تبعًا كما لو ادعى عروضا فصالحه منها فهو بمنزلة بيع باعه إياه، ألا ترى أنها لو كانت دار فصالحه منها ثم أقر المُدَّعَى عليه بأنها قد كانت للمدعي أخذها الشفيع بالشفعة.

ولو ادعى عليه ألف درهم ودارًا فصالحه من ذلك على ألف درهم ثم أقام البينة على نصف الألف ونصف الدار لم يكن له منهما شيء؛ لأن هذا الصلح استيفاء لبعض حقه وإسقاط للباقي والساقط لا يحتمل العود، ولو أقام البينة على ألف درهم ونصف الدار كانت الألف قضاء بالألف واحد نصف الدار، ولو استحقت الدار من يد المُدَّعَى عليه لم يرجع من الألف بشيء؛ لأنه يقول الألف التي قبضت من الألف التي ادعيت ولو ادعى على رجل ألف درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على مائة درهم كانت المائة قبضًا من الألف، فإن أقام البينة على المالين جميعا كان في الدنانير على حقه وباقي الألف يكون حطًّا؛ لأنه لم يجز أن يكون هذا بيعًا بل هذا قياس الدراهم والدار؛ لأن هذا الصلح لما كان إسقاطا في حق الألف لا يجوز أن يكون بيعا في حق غيرها؛ لأن الشيء الواحد لا ينتظم الإسقاط والمعاوضة لمضادة بينهما، فإذا جعلناه حطًّا وإسقاطًا تعذر أن يجعل بيعًا ومعاوضة.

ولو أعطاه ثوبًا بجميع حقه فهذا صلح بجميع حقه، وكذلك لو أعطاه بحقه أو لحقه؛ لأنه جعله عوضًا عن حقه؛ لأن حرفي الباء واللام يستعملان في الأعواض؛ لأنه لإلصاق أحدهما بالآخر والعوض يقابل الكل المعوض؛ لأن المعاوضة تقتضي المقابلة.

وإن قال: هذا من حقك عليّ أو من الذي لك عليّ أو من جميع حقك عليّ ينظر إن كان الثوب يساوي جميع الحق أو أقل منه بما يتغابن الناس فيه فهو بجميع حقه،

وإن كان عشرة دراهم بحيث لا يتغابن الناس فيه فهو باطل إلا أن يتصادقا أنهما عينا الحق كله فيكون بكله استحسانًا لا قياسًا لأن كلمة من في المعاوضات تستعمل في التبعيض فيصير كأنه قال: من حقك أي من بعض حقك وذلك البعض مجهول فبطل الصلح. وجه الاستحسان: أن كلمة من كما تستعمل للتبعيض تستعمل للتمييز وللكل كما يقال باب من حديد وثوب من حرير ويراد به كله، فإذا كان الثوب مثل حقه أو أقل بما يتغابن فيه أمكن استعماله للكل؛ لأنه أمكن تحقيق المعاوضة فيه، وإن كان فاحشًا يتغابن الناس فيه لا يمكن تحقيق المعاوضة والمقابلة فيه حقيقة فدل ذلك على أنهما أرادا به البعض وأنه مجهول فبطل.

(باب ما يمنع جواز الصلح وما لا يمنع)

(**المبسوط**): الصلح على **أربعة أوجه**:

معلوم، ومجهول على معلوم، وهما جائزان.

ومجهول على مجهول، ومعلوم على مجهول، وهما فاسدان.

(**مثال الأول**): لو ادعى دينًا أو حقًّا معلومًا على إنسان فصالحه على مال معلوم جاز؛ لأن بيع المعلوم بالمعلوم جائز والصلح أجوز؛ لأنه أوسع جوازًا منه.

(**ومثال الثاني**): لو ادعى حقا في دار إنسان في يده ولم يسم الحق فاصطلحا على أن يعطي المُدَّعَى عليه مالًا معلوما جاز؛ لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة؛ لأنها غير مانعة من التسلم والتسليم؛ لأن المصالح عنه في يده فلا تحتاج المدعِي إلى تسليمه، وإن كانت الدار في يد المدعِي فاصطلحا على أن يعطيه المدعِي مالا معلوما لا يجوز؛ لأنه يحتاج المدعى عليه إلى تسليم المدعى به إلى المدعِي، فإذا لم يكن معلوم المقدار لا يدري أي مقدار يقع تسلم فيقع بينهما منازعة مانعة من التسليم والتسلم.

(**ومثال الثالث**): لو ادعى حقًّا في دار في يد إنسان ولم يسم وادعى المُدَّعَى عليه حقا في أرضه، فإن اصطلحا بأن يدفع أحدهما مالا إلى الآخر ليترك دعواه لا يجوز؛ لأنه يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم وجهالة البدل مانعة من التسليم والتسلم

فيقع بينهما منازعة، وإن اصطلحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز وهذا صلح وقع عن مجهول على مجهول وجاز ذلك؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم.

(**ومثال الرابع**): وهو الصلح عن معلوم على مجهول إن كان يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم لا يجوز وإلا فجاز لما بينا. ادعى دارا فصالحه على بيت منها معلوم جاز ولا يمكن تصحيح هذا الصلح بطريق المعاوضة؛ لأن بعض الدار لا يصلح أن يكون عوضًا عن الباقي فكان هذا أخذ بعض حقه وترك الباقي، ولو ادعى بعد ذلك هل يسمع؟ ذكر في ظاهر الرواية أنه لا يسمع حتى لو أقام البينة لا تستحقه.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه يسمع ويستحقه بإقامة البينة؛ لأنه استوفى بعض حقه وأبرأه عن البعض والبراءة عن الأعيان باطلة فبقي المدعِي على دعواه في الباقي. وجه ظاهر الرواية: بأن الصلح شرع لقطع المنازعة ورفع الخصومة فيجب تصحيحه على وجه تنقطع الخصومة وترتفع المنازعة وذلك بأن يجعل أنه أخذ بعض حقه وأبرأ عن دعوى الباقي؛ لأن البراءة عن الباقي لاقت عينًا ودعوى، فالبراءة عن العين إن لم تصح فالبراءة عن دعوى العين تصح فيصح على هذا الوجه لتنقطع المنازعة، وكذلك لو صالح على أن يزرع سنين معلومة جاز؛ لأنه صلح وقع عن مجهول على معلوم كما لو ادعى دارًا فصالحه منها على سكنى سنين معلومة جاز وصالحه على سكنى بيت منها أبدا لا يجوز؛ لأن هذا الصلح إن جاز باعتبار جانب المدعِي؛ لأن في زعمه أنه استوفى حقه وترك الباقي فكان إبراء محضا ولكن لا يصح باعتبار جانب المُدَّعَى عليه؛ لأن في زعمه أن ما يعطي في الصلح على الإنكار يعطي فداء عن اليمين عوضًا عنها فكان الصلح معاوضة في حقه فيجب أن يكون بدله معلوما فوقع الشك في جواز هذا الصلح فلا يجوز بالشك.

دار في يد رجلين كل واحد منهما يدعيها يقضى بينهما نصفان، فإن اصطلحا قبل القضاء أو بعده على أن لأحدهما الثلثين وللآخر الثلث، أو لهذا منزل معلوم وللآخر كذلك جاز؛ لأن كل واحد منهما استوفى بعض حقه وترك بعضه وذلك جائز فلها يجوز البيع على هذا الوجه فكذلك الصلح.

(**المنتقى**): رجل محبوس في سجن لتهمة سرقة ونحوها فصالحه في السجن وجاءه قوم آخرون فادعى قبله حقا في السجن فصالحهم فلما خرج أنكر وقال صالحتكم لأني خفت على نفسي ينظر إن كان حبسه والي أو صاحب شرطة فالصلح باطل؛ لأنه مكره يخاف على نفسه، وإن كان حبسه القاضي فالصلح جائز؛ لأن القاضي لا يحبسه إلا في حق.

(**الفتاوى**): سرق من حانوت إسكاف خفاف لأقوام ثم أتى الإسكاف وأخذ السارق فتصالح معه على شيء قال إن كان المسروق قائمًا لا يجوز إلا بإجازة أربابه، وإن كان مستهلكًا يجوز بدون إجازة أربابه بعد أن يكون الصلح على دراهم لا يكون الحط فيه كثير إلا أن للمودع والغاصب حق الصلح واستيفاء الضمان إلا أن هذا كالوكيل فلا يجوز على موكله إذا كان فيه حط كبير، فإذا فرض القاضي لامرأة على زوجها عشرة دراهم كل شهر ثم صالحت زوجها من العشرة على قفيز دقيق إلى الشهر ينظر إن صالحها قبل أن يمضي شيء من الشهر جاز، وإن كان قد مضى بعض الشهر جاز في حصته ما بقي من الشهر ولم يجز في حصته ما مضى وكذلك صلحها من نفقة ولدها الرضيع. رجل دفع إلى صائغ مائة مثقال ذهب يصوغه له طوقًا فصاغه فصالحه رب الطوق على خمسين مثقالا ودفعها إليه فالصلح جائز، فإن وجد الطوق فرب الطوق يكون شريكا فيه له نصفه وقد أخذ خمسين دينارًا.

وكذلك رجل غصب رجلًا طوقا فيه مائة دينار فضاع من عند الغاصب فصالحه رب الطوق على خمسين دينارًا فهو جائز، فإن وجده الغاصب كان رب الطوق شريكا فيه له نصفه، ولو كان الطوق عنده لم يجز الصلح؛ لأنه لم يجب عليه قيمة إنما وجب عليه رده فلا يجوز أن يصالح على أقل منه وهو قائم بعينه، والصلح على أكثر من مهر المثل جائز والصلح على أكثر من قيمة المغصوب لا يجوز؛ لأنه لو زاد في مهرها جاز، ولو زاد في قيمة المغصوب لا يجوز، ولو طلقها بعد الدخول ثم صالحها على أكثر من مهر المثل أو ماتت المرأة وصالحه ورثتها لا يجوز إلا قدر مهر المثل؛ لأن هذا صار بمنزلة الدين ولم يبق له حكم المهر، ولهذا لا تجوز الزيادة فيه.

(باب صلح الأجنبي مع المدعِي والوكيل)

(**المبسوط**): ولو صالح الأجنبي مع المدعِي بغير إذن المُدَّعَى عليه فهو على **خمسة أوجه**: ففي وجه لا يصح، وفي وجه اختلاف المشايخ، وفي ثلاثة أوجه يصح.

أما **الأول**: لو قال: صالح فلانا أو صالحك مع فلان على ألف درهم من دعواك فأوقف الصلح على إجازة المُدَّعَى عليه؛ لأنه أضاف الصلح إليه ولم يضف إلى نفسه فيوقف عليه، فإن أجاز نفذ ويجب المال عليه دون المصالح؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة والحكم في الوكيل كذلك، وإن لم يجز بطل الصلح؛ لأنه لا يجب المال والمدعي لم يرض بسقوط حقه مجانا.

والثاني: لو قال: صالحتك على ألف درهم اختلفوا فيه قيل ينفذ الصلح عليه ويجب عليه المال؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه، فإن الباء كناية عن الفاعل كقوله ضربتك فقد جعل نفسه فاعلا للصلح، والأصل أن فعل الفاعل يعتبر وأفعاله، وإذا اعتبر الصلح وأفعاله صار بمنزلة قوله اشتريت يقع الشراء له لا لغيره فكذا هذا فصار بمنزلة قوله صالحني، وقيل لا يصح الصلح ويتوقف على إجازة المُدَّعَى عليه؛ لأنه لم يضف الصلح إلى نفسه لا محالة؛ لأن الباء كناية عن الفاعل والفعل كما يقع للفاعل يقع لغيره وإنما يعتبر الفاعل وأفعاله فيما له منفعة بوجه ولا منفعة له في هذا الصلح بوجه ما وأيضًا المنفعة للمدعى عليه فاعتبروا أفعاله بخلاف قوله صالحني؛ لأن النون والياء كناية عن المفعول كقوله اضربني فقد جعل نفسه مفعول الصلح وإنما يصير مفعول الصلح إذا وقع الصلح عليه لا على غيره.

وأما **الوجوه الثلاثة**: لو قال: صالحني بألف، أو قال: صالح فلانا على ألف من مالي أو على أني ضامن لك أو على هذه الألف أو هذا العبد ينفذ الصلح عليه ويلزم المال المصالح ولا يرجع على المُدَّعَى عليه بشيء؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه أو أضاف البدل إلى نفسه وإضافة البدل كإضافة العقد وقد التزم البدل فينفذ عليه؛ لأن التبرع بإسقاط الدين والتبرع بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح، فالصلح

عن إقرار إسقاط الدين، والصلح عن إنكار إسقاط الخصومة، فيجوز كيف ما كان ولو ضمن له ما صالحه عليه وكانت الدراهم فاستحقت أو وجدها زيوفا أو ستوقة يرجع المدعى عليه بمثلها؛ لأن الصلح جرى بينه وبين المصالح أو لم ينتقض الصلح بالاستحقاق؛ لأنه لم يتعلق بعينها فإنما انتقض الاستيفاء فكان بمنزلة الثمن إذا استحق في البيع يرجع على المشتري فلا ينتقض البيع فكذا هذا.

(فصل)

الوكيل بالصلح عن الدعوى في أحد الشيئين له أن يصالح على أيهما شاء لا غير؛ لأن كلمة أو للتخيير، فإذا اختار أحدهما لا يكون الآخر داخلا تحت الوكالة، كما لو قال لعبديه هذا أخي وهذا لم يبن العتق في أحدهما لا يكون الآخر داخلا تحت الإيجاب له وكله بالصلح عن الدعوى في دار فصالح الوكيل من في يديه الدار على مائة ولم يصفه إلى موكله ولم يسمه جاز استحسانًا. وجه القياس: أن الوكيل كما يملك الصلح عن دعوى الموكل يملك عن دعوى نفسه، فإذا لم يصف الصلح إلى الموكل ولم يسمه يكون واقعا له كالوكيل بالشراء إن لم يصف الشراء إلى موكله ولم يسمه تقع له فكذا هذا. وجه الاستحسان: أنه وكله بالصلح بعدما ادعاه الموكل والصلح مشروع لقطع الخصومة والمسألة وذلك لا يتحقق إلا بعد الخصومة فالمنازعة والخصومة وجدت من الموكل لا من الوكيل فانصرف الصلح إلى دعوى الموكل ضرورة بخلاف الوكيل بالشراء؛ لأن صحة الشراء لا تبنى على أمر سابق من جهة الموكل سوى الوكالة فلا ينصرف مطلق الشراء إليه إلا بإضافة.

(باب ما يصلح بدلًا في الصلح وما لا يصلح)

وما جاز في البيوع من الأجل جاز في الصلح؛ لأنه معاوضة كالتتمة، ولو صالح على عين مؤجل لا يجوز؛ لأن ضرب الأجل في العين باطل في البيع وتوجب فساده فكذا في الصلح، ولو صالح على ثبات في الذمة إن ضرب له أجلا جاز وإلا فلا؛ لأن الثبات لا يجب دينا في الذمة إلا مؤجلا بخلاف ما لو صالحه على مكيل أو موزون في الذمة ولم يضرب له أجلا جاز استحسانًا، كما لو اشترى عينا بمكيل

أو موزون موصوف في الذمة غير مؤجل جاز. ولو صالحه من دعواه في دار على دراهم مسماة على أن يزيد الآخر كر حنطة وليس عنده طعام لا يجوز؛ لأنه لو باع عبدًا بدراهم مسماة على أن يزيد الآخر كر حنطة لا يجوز؛ لأن الكر متى قوبل بالدراهم يكون مبيعا فالكر هنا مقابل بالدراهم فيكون مبيعا والمبيع لا يصلح أن يكون دينا في الذمة إلا بطريق السلم فمتى وجد شرائط السلم جاز وإلا فلا. هذا إذا كان الكر من المدعِي والدراهم من المدعى عليه قبله، وإن كان كلاهما من المُدَّعَى عليه فكذلك لا يجوز لجهالة المصالح عنه؛ لأن الدار تقسم على الدراهم والكر فمتى لم يكن الكر موصوفا فما يقابل الدار من الدراهم يكون مجهولا؛ لأنه لا يدري أن قيمة الحنطة مثل قيمة نصف الدار أو ثلثها متى لم يكن موصوفا فتصير ما وقع عنه الصلح من الدار مجهولا جهالة يوقعهما في المنازعة؛ لأن دعوى المدعِي انقطع في البعض دون البعض ولا يدري بأي قدر انقطع ومثل هذه الجهالة توجب فساد الصلح.

(**المنتقى**): والصلح عن المغصوب على ألف نسيئة، فإن كان المغصوب مستهلكا والمغصوب مثلي كالحنطة والشعير لا يجوز الصلح؛ لأنه دين بدين، فإن كان عن عوض يجوز؛ لأنه صلح عن عين بدين فيجوز كما في البيع. رجل له على رجل ألف درهم حالة وبها كفيل سنة فصالحهما جميعا على خمسمائة حالة يجوز في حصة الأصيل ولا يجوز في حصة الكفيل.

قال محمد رحمه الله: رجل دفع إلى رجل عبدا فقال بعه من فلان بألفه التي له عليك ففعل كان لصاحب العبد على المأمور ألف درهم.

ولو قال: صالحه من الثمن عليه ففعل كان عليه قيمته لصاحبه؛ لأن البيع يقع للآمر؛ لأنه تصرف في ملكه. فأما الصلح لا يقع له؛ لأنه تصرف في ملك الغير ولكن المأمور قضى دينه من مال الآمر بأمره فيرجع الآمر عليه بقيمته، فإن تصادقا المصالحان على أن لا دين بطل الصلح ورجع العبد إلى مولاه ما لم يقض القاضي له عليه بقيمته؛ لأنه متى قضى له بقيمته فقد تحول حقه من العبد إلى القيمة وزال العبد عن ملكه، ولو دفع إليه دنانير وقال: بعها منه بالدراهم التي له عليك ففعل فعليه له دنانير مثلها كأنه أقرضه الدنانير.

قصَّار أخرق ثوبا لرجل فصالحه على كر إلى أجل من الثوب كله ودفع إليه الثوب قال: يبطل من الكر بحساب الخرق؛ لأنه دين بدين، والله أعلم.

(باب ما ينقض الصلح وما لا ينقضه)

مسائله على فصول:

فصل في انتقاض الصلح بالعتق والهلاك.

وفصل في انتقاضه بالاستحقاق.

وفصل في الخيار بين النقض والإمضاء.

(فصل)

صالحه من دعواه في دار على خدمة عبد سنة فهو على **ستة أوجه**، إما أن أعتقه المالك، أو أعتقه صاحب الخدمة أو قتله المالك أو قتله صاحب الخدمة، أو قتله أجنبي أو مات حتفًا، فإن أعتقه المالك عتق؛ لأن رقبة العبد ملكه إلا أن خدمته ملك المدعِي فصار كالوارث أعتق العبد الموصى له بالخدمة لآخر بعد فكذا هذا. ثم العبد بالخيار إن شاء خدمه، وإن شاء لم يخدمه، فإن كان خدمه لا يبطل الصلح، وإن كان لا يخدمه يبطل ورجع إلى دعواه فيما بقي ولا يضمن المعتق شيئًا لصاحب الخدمة؛ لأن حق المدعِي في الخدمة لا غير فالمولى بالإعتاق أتلف عليه مجرد المنفعة والمنفعة لا تضمن بالإتلاف بخلاف الوارث إذا أعتق العبد الموصى له بالخدمة، فإنه يضمن القيمة؛ لأنه إنما يضمن للميت لا للموصى له؛ لأن الرقبة بقيت على حكم ملك الميت لتصح الوصية منه بالخدمة، فإنه متى لم تبق الرقبة على ملكه فحينئذ تحصل الوصية بمنافع هي ملك الورثة وأنه لا يصح، ولما صحت الوصية علم أن الرقبة مبقاة على حكم الميت فيجب الضمان للميت وحق الميت في الرقبة ومتلف الرقبة يضمن، وإن أعتقه صاحب الخدمة لا يعتق؛ لأنه لا يملكه، فأما إذا قبله صاحب العبد لا يضمن، كما لو أعتقه فيبطل الصلح فيما لم يستوف من المنفعة؛ لأنه فات ولم يخلف بدلا فصار كما لو مات حتف أنفه قبل مضي المدة، وإن قتله صاحب الخدمة يلزمه القيمة؛ لأنه أتلف رقبة هي ملك الغير كما في العبد

الموصى له بالخدمة قتله الموصى له بالخدمة يضمن فكذا هذا وينتقض الصلح عند محمد ولا ينتقض عند أبي يوسف رحمهما الله، وكذلك لو قتله أجنبي خطأ وأخذ قيمته لا ينتقض الصلح عند أبي يوسف رحمه الله وله الخيار إن شاء اشترى بالقيمة عبدًا آخر يخدمه سنة، وإن شاء عاد إلى دعواه، وعند محمد رحمه الله ينتقض الصلح وعاد إلى دعواه، ولو مات العبد ينتقض الصلح بالإجماع ولو لم يمت العبد ولكن مات أحد المتصالحين لا يبطل الصلح وتكون الخدمة لورثته، وعند محمد رحمه الله يبطل ويرجع بحصة دعواه، وكذلك لو صالحه من دعواه في دار على سكنى بيت منها ثم مات أحد المتصالحين فهو على الخلاف، ولو صالحه من دعوى سكنى دار على سكنى دار آخر له ينتقض بالإجماع، ولو صالحه على ركوب الدابة أو لبس الثياب سنة فمات المدعِي ينتقض الصلح بالإجماع، ولو مات المدعِي عليه فهو على الخلاف وهذه المسائل مبنية على حرف وهو أن أبا يوسف اعتبر معنى الاستيفاء في هذا الصلح ومعنى المعاوضة وفي الإجارة فباعتبار أحدهما يبطل وباعتبار الآخر لا فلا يبطل بالشك ومحمد رحمه الله اعتبر معنى الإجارة فيه والإجارة تبطل بالموت محمد يقول: إن الصلح متى وقع على المنفعة يعتبر إجارة ولا يعتبر استيفاء؛ لأن معنى المعاوضة فيه ثابت حقيقة؛ لأنه يأخذ بدل حقه لا عين حقه، ولهذا يثبت فيه خيار الرؤية والشرط ولأن المنفعة لا تملك إلا بعقد الإجارة، ولهذا يشترط التأقيت لجواز هذا الصلح بالإجماع والتأقيت يختص بالإجارة فتعتبر إجارة إلا إذا كان في اعتباره إجارة فساد الصلح فيعتبر استيفاء لعين الحق كما لو صالحه من دعوى سكنى دار على سكنى دار أخرى سنة لو اعتبرناه إجارة فسدت؛ لأنه تمليك المنفعة بمنفعة من جنسها وأنه باطل فاعتبرناه استيفاء تصحيحا له وفيما عدا ذلك ليس في اعتباره إجارة فساد الصلح فاعتبرناه، وأبو يوسف رحمه الله يقول: إن الصلح على المنفعة اشتمل على معنيين على معنى الاستيفاء وعلى معنى الإجارة كالصلح الواقع على العين اعتبر بيعا من وجه واستيفاء لعين الحق من وجه فباعتبار المعاوضة له والإجارة يشترط التأقيت؛ لأنها لا تجوز بدون التوقيت وباعتبار الاستيفاء يجوز والجواز لم يكن ثابتا فلا يجوز

بالشك ومهما أمكن اعتبار المعنيين يجب اعتبارهما ولا يجوز إهدارهما وإهمالهما فباعتبار أحدهما يبطل بموت أحد المتعاقدين وباعتبار الآخر لا يبطل فلا يبطل بالشك بخلاف ما لو صالحه على ركوب الدابة ولبس الثياب؛ لأنه تعذر اعتبار معنى الاستيفاء فيه فتعتبر إجارة من كل وجه حتى يبطل بموت المدعِي؛ لأنه يقع الشك في إلحاق زيادة ضرر بالمدعى عليه؛ لأن الناس يتفاوتون في استيفائه، ولهذا لم يجز للمدعي أن يقيم غيره مقام نفسه حال حياته في الاستيفاء كي لا يلحق بالمدعى عليه زيادة ضرر، ولو مات المُدَّعَى عليه لو اعتبرناه إجارة من وجه استيفاء لعين الحق من وجه ولا يلحقه زيادة ضرر فلا ينقض، فإن مات العبد أو الدابة قبل استيفاء شيء من المنفعة بطل الصلح وعاد المدعِي إلى دعواه.

وإن مات بعد استيفاء النصف جاز الصلح في النصف وبطل في النصف وعاد المدعِي إلى نصف الدعوى بالإجماع؛ لأن الاستيفاء لا يتصور بدون قبض بدل الصلح فلا يصير مستوفيا لحقه فصار كما لو صالح على عين فهلك العين قبل القبض بطل الصلح فكذا هذا، وكذا الإجارة تنتقض بهلاك المستأجر ولصاحب الخدمة أن يؤاجره وله أن يخرجه من مصره؛ لأن منفعته صارت ملكا له بالإجارة فجاز أن يملكها من غيره والإذن بالاستخدام حصل مطلقًا فكان له الاستخدام في الأماكن كلها كالموصى له بخدمة العبد، ولم يذكر محمد رحمه الله جواز إخراج العبد المستأجر للخدمة من المصر هل يجوز؟ فلقائل يقول يجوز له كالعبد المصالح على خدمته ولقائل يقول ليس له ذلك؛ لأن الإذن في الإجارة إنما يقيد بمكان العقد؛ لأن موته الرد على الآخر بخلاف العبد المصالح على خدمته والمستعار والموصى له بالخدمة يكون موته الرد على صاحب الخدمة والمستعير؛ لأن المنفعة تحصل له؛ لأن رد المستعار على المستعير والصلح بمعنى الإجارة من حيث إن المُدَّعَى عليه لم يستفد مالا بإزاء ملك المنفعة وإنما يسقط عنه مجرد اليمين واليمين ليست بمال.

(فصل)

ولو استحق العبد رجع إلى دعواه؛ لأن الصلح ينتقض بالاستحقاق؛ لأنه

معاوضة يحتمل الانفساخ كالبيع، ولو استحق نصفه أو وجده معينا فله الخيار إن رد عاد إلى دعواه كما في البيع ادعى حقا في دار فصالحه على دراهم فاستحقت الدار رجع بدراهمه، وإن استحق بعضها لم يرجع بشيء؛ لأن استحقاق المصالح عنه بمنزلة استحقاق المبيع في زعم المدعِي وفي زعم المُدَّعَى عليه افتداء عن اليمين والخصومة فمتى ظهر أن خصومته كانت باطلة فلا يمين عليه فله الرجوع بما أعطى إلا أنه متى استحق بعضه لا يرجع؛ لأنه ادعى حقه، فإنه مجمل قد يكون بعضا سابقا وقد يكون مكانا معينا ويجوز أنه لم يستحق ما ادعاه المدعِي وإنما استحق غيره فلا يثبت له الرجوع بالشك، ولو ادعى نصف الدار وأقر أن نصفها لذي اليد فصالح من نصيبه على دراهم معلومة ثم استحق نصف الدار رجع بنصف الدراهم؛ لأن المستحق في النصيبين جميعا؛ لأن المال المشترك متى استحق منه شيء يكون من النصيبين جميعا فقد استحق عليه نصف ما ادعاه، فإن قال لا أدري لمن هو أو سكت أو قال لفلان آخر لم يرجع بشيء حتى يستحق أكثر من النصف؛ لأنه يجوز أن يكون المستحق هو الشريك الذي أقر له بالنصف ولم يعين ولا يصير شيء من نصيبه مستحقا، وإقراره بالشركة لغير المدعى عليه لم يصح؛ لأنه يقر بما في يد غيره فصار كما لو ادعى النصف وسكت بخلاف ما لو أقر للمدعى عليه؛ لأنه إقرار من ذي اليد بنصف ما في يده وهو صحيح؛ لأن الملك له من حيث الظاهر.

(فصل)

صالحه على عبد لم يره فهو بالخيار إذا رآه؛ لأن الصلح معاوضة حقيقة وحكمًا فيكون شرًّا باعتبار المعاوضة. رجلان ادعيا دارًا فصالحه أحدهما من حصته على مائة فليس لصاحبه أن يشاركه؛ لأن بإنكار المدعى عليه صار حقهما كالتاوي والتالف وإنما صار ما لا يصلح أحدهما على نصيبه على الخصوص فكانت المائة بدل نصيبه على الخصوص كالغاصب إذا أجر المغصوب تكون الأجرة له، وإن كانت بدلا عن منافع المغصوب؛ لأنه إنما صارت مالا بعقده فكذا هذا، وذكر ابن رستم عن أبي يوسف له أن يشاركه في المائة؛ لأن هذا بدل شيء مشترك بينهما؛ لأن التاوي في حكم الدين والدين مشترك بينهما وحكم البدل كحكم المبدل

فيكون مشتركا بينهما، ولو صالحه على الجميع أحدهما على مائة وضمن تسليم شريكه فلشريكه الخيار ولا يرجع الشريك على المصالح إذا لم يسلم نصيبه؛ لأنه لم يصح ضمانه؛ لأن التسليم ليس بواجب على صاحبه؛ لأن الصلح في نصيبه موقوف على إجازته فله أن لا يجيزه ولا يسلمه فقد ضمن ما لا يقدر على تسليمه فلم يصح، فإذا لم يجز الصلح في نصيب شريكه هل للمدعى عليه الخيار في نصيب المدعِي بين الفسخ والإمضاء لما لم يسلم له جميع المصالح عنه. ذكر في الزيادات مسألة شبه هذه فقال: لو أن عبدا بين رجلين باع أحدهما جميع العبد من رجل وضمن تسليم نصيب صاحبه فلم يسلم صاحبه نصيبه فعند أبي يوسف للمشتري الخيار في نصيب البائع إن شاء فسخ؛ لأنه لم يسلم له شرطه وفيه ضرر؛ لأن الشركة في الأعيان عيب، وعند محمد لا خيار له؛ لأنه لما اشتراه مع علمه أن نصفه لغيره يكون راضيا لعيب الشركة، ولا فرق بين عبد ودار فيجب أن تكون مسألة الدار على هذا الخلاف. صالح من دعواه في دار على أرض فغرقت قبل القبض له خيار فسخ الصلح أو يصبر إلى انحسار الماء، فإن انحسر ولم ينتقص شيء من الأرض فالصلح لازم وبمثله العبد المبيع إذا أبق ثم عاد يبقى خياره؛ لأن المصالح عليه لم يهلك؛ لأن الهلاك بخروجه من حد الانتفاع في دار الدنيا مطلقًا ولم يضر كذلك، فإنه يتصور أن ينقطع عنها الماء وينتصب ما على الأرض فيمكن الانتفاع بها ولكن وقع العجز عن الانتفاع بها في الحال فيمكن النقصان فيهما فيثبت له الخيار، فإذا نصب عنها الماء ولم ينتقص زال العيب فلزم الصلح كالعبد المبيع إذا عاد من الإباق لزم البيع فكذا هذا وهذه تدل على أن النقصان الحادث في العقار قبل القبض يكون على البائع خلافا لما يقوله بعض مشايخنا أنه يكون على المشتري؛ لأنه بمنزلة المقبوض، وإن كانت الدار المدعاة غرقت إن كان المدعى قبله مقرا بالخيار في نقض الصلح والإمضاء، وإن كان منكرا لم يكن له الخيار؛ لأنه متى كان مقرا كانت الأرض أمانة في يده ولم تصل يده إليه وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء فله الخيار كمن اشترى وديعة عنده ثم حدث بها عيب قبل القبض لا خيار له فكذا هذا، ومتى كان منكرا كانت مضمونة عليه؛ لأنه بمنزلة الغاصب وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء فكما اشترى صار قابضا فالنقصان حصل

بعد القبض فلا خيار له، وقيل هذا عند محمد رحمه الله وعندهما بخلافه؛ لأن غصب العقار عنده موجب للضمان خلافا لهما.

(**المنتقى**): ابن سماعة عن محمد رحمهما الله رجل ادعى دارا في يدي رجل فصالحه على ألف وخدمه عبده سنة فقبض العبد والألف ثم مات العبد قبل أن يخدمه قال يعود على دعواه؛ لأنه هلك بدل الصلح قبل القبض؛ لأن بدله هي منفعة الخدمة وقيمة الخدمة فما أصاب الألف جاز لصاحب اليد وما أصاب الخدمة فهو للمدعي؛ لأن بقدر الألف وقع الاستيفاء وبقدر الخدمة لم يقع فبطل الصلح، وإن لم يقم له بينة سلمت له الألف وبطلت حصة الخدمة وصح الصلح؛ لأنه رضي بإسقاط حقه بعوض وقد سلم له بعض العوض فصح الصلح بقدره ولم يسلم له البعض فبطل. رجل في يده دار فادعى رجل نصفها فصالحه على ألف ثم ادعى آخر نصفها فصالحه على ألف ثم استحق نصف الدار لا يرجع على واحد منهما بشيء؛ لأن كل واحد منهما يقول بقي في يدك نصفي، فإن استحق ثلاثة أرباع الدار رجع عليهما بنصف ما أخذ ابن سماعة عن محمد رحمهما الله. رجل ادعى نصف دار في يدي رجل فأقر له صاحب اليد وصالحه منه على مائة درهم ثم استحق نصف الدار لا يرجع المقضي عليه على المصالح بشيء؛ لأنه يقول استحق النصف الآخر ولم يستحق نصف المصالح عنه، وكذلك لو ادعى رجل آخر نصفها منها ولم يقل في النصف الآخر شيئًا فصالح المُدَّعَى عليه بعد إقراره له به على مال ودفعه إليه ثم استحق نصف الدار لم يرجع المقضي عليه على أحد منهما بشيء ولو لم يقر المُدَّعَى عليه ثم استحق ثالث نصف الدار وقضى له لا يرجع المقضي عليه عليهما بشيء وقضاء القاضي بالاستحقاق إذا لم يقبض المستحق وغير الاستحقاق سواء؛ لأن صاحب اليد لم يخرج من خصومة النصف المستحق ولو كان المقضي له الثاني بالنصف قبضه ثم اشتراه صاحب اليد ثم استحق ثالث نصف الدار رجع المقضي عليه على المصالح الأول وعلى المستحق الأول بنصف ما أعطاهما؛ لأنه حين اشترى من المستحق الأول ما استحقه بعد تسليمه قام مقامه فيه فكان الاستحقاق وقع على المصالح الأول والمستحق الأول. رجل ادعى نصف دار في يد رجل فأقر بأن النصف الباقي لصاحب اليد فصالحه المُدَّعَى عليه على دراهم

مسماة وعلى أنه منكر لدعواه ثم استحق من الدار شيء ثم ادعى عليه بالخيار إن شاء رجع بحصته ذلك على المدعي، وإن شاء رجع بجميع ما دفع إليه وكان للمدعي على دعواه بمنزلة البيع إذا أقر المدعِي أن الدار نصفها له ونصفها للذي في يديه. رجل ادعى دارا في يد رجل فصالحه منها على أمة ودفعها إليه فأولدها ثم استحق الدار والأمة معًا أو متعاقبًا قال: يرجع صاحب اليد على المُدَّعَى عليه بما عزم من قيمة الولد؛ لأنه لم يعطه الأمة ثمنا فصار كالهبة.

(باب الصلح في الدين)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصلح على جنس حقه.

والثاني: في الصلح على خلاف جنس حقه.

(فصل)

أصله: أن الدين إذا كان يستوفيه المدعِي أدون من حقه فهو إسقاط وحطيطة، وإن كان يستوفيه زائدًا على حقه قدرًا أو وصفًا أو ما هو في معنى الزيادة كتعجيل المؤجل، فإنه يعتبر معاوضة؛ لأن هذه الزيادة غير مستحقة، ولا يمكن أن يجعل استيفاء لحقه فيعتبر معاوضة، والصلح متى وقع على جنس ما هو مستحق بعقد المداينة يجعل استيفاء، فإن لم يمكن أن يجعل استيفاء يكون صرفا فيشترط فيه شرائط الصرف ثم المسائل لا تخلو: إما أن كان الدين حالا أو مؤجلا، فإن كان حالا فصالح من دينه وهو دراهم على بعضه عاجلا أو آجلا جاز؛ لأن الصلح على جنس حقه استيفاء للبعض وحط الباقي وذلك جائز، وإن صالح على ذهب ثم افترقا قبل القبض بطل الصلح؛ لأن الصلح على خلاف جنسه مبادلة فيكون جنسا فيشترط القبض قبل التفريق، وإن كان عليه ألف درهم جيدة فصالح منها على خمسمائة جيدة أو رديئة جاز ويكون استيفاء للبعض وإبراء للبعض، وإن صالح على ألف جيدة أو رديئة جاز ويكون استيفاء العين حقه وإبراء عن الصفة، وإن صالحه على أكثر من الألف الدين لا يجوز؛ لأنه لا يمكن أن تكون الزيادة عوضا عن الجودة

فيجعل صرفا فالتساوي شرط لصحة الصرف عند اتحاد الجنس، وكذلك لو صالحه على ألف درهم رديئة أو مكسرة على خمسمائة جيدة أو صحيحة لا يجوز مستحق الرديء لا يستحق الجيد فلا يمكن أن يجعل استيفاء فتكون صرفا، وبيع ألف درهم رديئة بخمسمائة جيدة لا يجوز؛ لأنه ربا، وإن صالحه عن ألف سود حالة على ألف بيض مؤجلة لا يجوز لأنهما قصدا بهذا الصلح أن تصير الجودة حقا للطالب ولا تصير حقا له إلا بالمصارفة وكانت هذه مصارفة إلى أجل فلا يجوز؛ ولأن الافتراق حصل عن دين بدين، فإن كان الدين ألف سود مؤجلة فصالحه على ألف بيض حالة جاز إذا قبضها في المجلس؛ لأنه ليس باستيفاء بل هو مصارفة، فإذا وجد التقابض وهما من جنس واحد جاز؛ لأن الجودة لا قيمة لها عند معاملتها بجنسها، وإن صالحها على ألف بيض حالة على ألف سود مؤجلة جاز كيف ما كان؛ لأن هذه ليست بمصارفة؛ لأنه أمكن أن يجعل استيفاء لأصل حقه وإسقاطًا لحقه في الجودة والأجل وإن صالحه على ألف بيض مؤجلة على ألف سود حالة لا يجوز، وإن لم تكن هذه مصارفة؛ لأن الصلح وقع على جنس حقه وفيه إبراء جودة من المدعِي والإبراء صحيح من غير اعتبار المصارفة إلا أنه اعتاض عن الأجل والاعتياض عن الأجل باطل فأما إذا كان الدين مؤجلا فصالحه على بعضه معجلا؛ لأن صاحب الدين لا يستحق المعجل ولا يمكن أن يجعل استيفاء لحقه فصار عوضا عنه وبيع خمسمائة بألف لا يجوز ولأن المعجل خير من المؤجل في المالية فيكون ما أخذ أفضل ما أوجب عليه فتكون هذه الزيادة بإزاء ما حط عنه فيكون اعتياضًا عن التأجيل وذلك حرام.

(فصل)

لو كان دينه ألف درهم حالة فصالحه على خلاف جنسه بأن صالح من الدراهم على الدنانير إن وجد التقابض في المجلس يجوز وإلا فلا؛ لأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء لاختلاف الجنس فيجعل صرفا فيشترط فيه شرائط الصرف.

ولو صالح من دراهم على دنانير مؤجلة لا يجوز؛ لأن هذا افتراق عن دين بدين ولأنه لا يمكن أن يجعل استيفاء لحقه فيجعل مصارفة؛ لأنها مبادلة ذهب بفضة

والمصارفة إلى أجل لا تجوز، وكذلك لو صالحه على طعام في الذمة وافترقا قبل القبض يبطل؛ لأن الطعام متى قوبل بالدراهم يكون مبيعًا والمبيع لا يجب دينا في الذمة إلا بطريق السلم ولم يوجد قبض رأس ماله في المجلس فيفسد ادعى قبل رجل مائة درهم وكر حنطة سلما فصالحه منها على عشرة دنانير لا يجوز؛ لأن ما يخص المائة صرف ولم يوجد قبض أحد بدليه وما يخص الكر استبدال بالسلم فيه قبل القبض إن اعتبر بيعًا أو استبدال برأس مال السلم بعد الإقالة إن اعتبر إقالة وكلاهما لا يجوز.

وإن كان رأس المال جنسه دنانير فصالحه على عشرين دينارًا جاز؛ لأن فيما يخص المائة صرف وقد وجد قبض بدليه في المجلس وفيما يخص السلم إقالة لأنهما لما جعلا خمسة الدنانير بإزاء السلم علم أنهما أرادا بالصلح الإقالة فيما يخص السلم على رأس المال لأنهما ذكرا مقدار رأس مال السلم فدل تقديرهما برأس المال على أنهما أرادا الإقالة وقبض رأس المال في مجلس الإقالة ليس بشرط ولو لم يجعلا خمسة دنانير بإزاء السلم هل يجوز الصلح في الكل إذا نفذ عشرين لم يذكره محمد رحمه الله وقد اختلف المشايخ فيه قال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: بأنه لا يجوز وهو أن الصلح حقيقة للتمليك المبتدأ إلا أنه يحتمل الإقالة مجازا من حيث إنه لفظ عام كالهبة والكلام لحقيقته ما لم تثبت إرادة المجاز بدليله ولم تثبت إرادة الإقالة متى لم يثبتا، فإن السلم قدر رأس المال فبقيت العبرة للحقيقة وحقيقة الصلح للتمليك المبتدأ لا للفسخ فصار لفظ الصلح والبيع سواء وقال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله: بأنه لا يجوز؛ لأن الصلح، وإن كان حقيقة للتمليك ولكن يحتمل الفسخ والإقالة مجازا والكلام متى تعذر العمل بحقيقته يحمل على مجازه صونا له عن اللغو، فإن لم يوجد إرادة المجاز وهنا متى حمل الصلح على حقيقته وهو التمليك يصير مستبدلًا بالمسلم فيه قبل القبض وذلك لا يجوز، ومتى حمل على الإقالة مجازا يصح الصلح فحمل على الإقالة حملًا لكلامه على الصحة كما لو وهب المشتري المبيع من البائع قبل القبض اعتبر إقالة، وإن كانت تمليكًا تصحيحًا للعقد فكذا هذا صالح على كر حنطة دين بنصف

كر بغير عينة وتفرقا قبل القبض جاز؛ لأن الصلح على جنس الحق استيفاء للبعض وإسقاط للبعض فقد أبرأه عن البعض واستوفى البعض فجاز.

(باب إقامة البينة من المدعِي أو المُدَّعَى عليه بعد الصلح)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في إقامة البينة من المدعِي.

والثاني: في إقامة البينة من المدعَى عليه.

(فصل)

ولو صالحه على نصف دار على أن يبرأ من النصف الباقي، أو قال: أصالحك على أن لا حق لي في النصف الباقي ثم أقام البينة على الدار كلها يقضي له بجميع الدار، إلا أن يكون قال بعد الصلح: لا حق لي في النصف الباقي على وجه الإقرار؛ لأن بإقامة البينة ظهر له الملك في الدار من الأصل والإبراء والإسقاط عن الأعيان لا يصح فتبين أن الصلح كان باطلا، فأما الإقرار بنفي الملك والحق عن الأعيان يصح، فإذا ادعى قبل الصلح رجل دارا وألف درهم فصالحه على خمسمائة والنصف من الدار ثم أقام البينة على خمسمائة والدار لا يقضى له بشيء من الألف ويقضى له ببقية الدار؛ لأن الصلح على بعض حقه إسقاط لحقه للتبعيض وإسقاط الدين يصح ولا يبطل بإقامة البينة وإسقاط العين لا يصح، وإن أقام البينة على جميع الدار وثلث الخمسمائة لا يقضى له بشيء؛ لأنه ما زاد على ثلث الدراهم فهو يفصل الدار فتكون عوضا عن الدار فيكون الصلح في حق الدار معاوضة وتبعا فلا تبطل بإقامة البينة.

(فصل)

(**المنتقى**): هشام عن محمد رحمهما الله: لو أقام المُدَّعَى عليه البينة أن المدعِي أقر قبل الصلح أو قبل قبض بدله ليس له على فلان شيء فالصلح ماض؛ لأن المُدَّعَى عليه إنما صالحه على اعتبار أنه افتدى بيمينه بالصلح وافتداء اليمين بالمال

جائز فكان إقدامه على الصلح اعترافا منه بصحة الصلح فدعواه بعد ذلك أنه لم يصح الصلح صار مناقضا والمناقضة تمنع صحة الدعوى والبينة لا تقبل بدون صحة الدعوى، ألا ترى لو نكل المدعى عليه عن اليمين فقضى القاضي بالمال عليه للمدعي ثم أقام المُدَّعَى عليه البينة على إقرار المدعِي قبل القضاء بأنه لا حق له عليه لم يقبل فكذا هذا بخلاف ما لو قضى عليه بالمال ببينة ثم أقام البينة أن المدعِي أقر قبل القضاء أنه ليس له عليه شيء بطل المال عليه؛ لأنه لم يوجد من المُدَّعَى عليه الاعتراف بالمال فصحت دعواه فتقبل بينته، وإن أقام البينة أنه أقر بذلك بعد الصلح والقضاء؛ لأنه زعم أنه أخذ من الدين صالحه عليه أخذه بغير حق فيجب عليه رده بخلاف الإقرار قبل الصلح؛ لأنه يجوز أن يجب له عليه حق بعد إقراره، وإن كان القاضي علم بأن الرجل قد كان أقر عنده قبل الصلح بأنه ليس له عليه شيء بطل الصلح وعلم القاضي هنا بمنزلة الإقرار بعد الصلح، ولو ادعى دارا في يدي رجل فصالحه على ألف درهم على أن يسلمها ذا اليد ثم أقام ذو اليد بينة أنها له أو كانت لفلان اشتراها منه أو كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له فليس له أن يرجع في الألف، ولو أقام البينة أنه اشتراها من الطالب قبل الصلح قبلت بينته وبطل الصلح؛ لأن في الأول في حق المُدَّعَى عليه افتداء عن اليمين فلا يستطيع أن يرجع فيه وفي الثاني ادعى تلقي الملك من المدعِي ويجوز أن يكون ملك المدعِي تلقي الملك من جهته، ولو لم يقم البينة على الشراء ولكن أقام البينة على صلح صالحه على دار قبل هذا أمضيت الصلح الأول وأبطلت كل صلح بعد صلح فالثاني باطل وكل صلح بعد شراء فالصلح باطل وكل شراء بعد صلح فالشراء جائز والصلح باطل وكل شراء بعد شراء من واحد فالشراء الأول باطل والثاني جائز.

قال أبو يوسف رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم وأقام الطالب البينة أنه صالحه منها على مائة درهم وهذا الثوب، وأقام المطلوب البينة أنه أبرأه منها فالبينة بينة الصلح لأني أجيز الصلح في الثوب، وإذا أجزته فيه أجزته في المائة؛ لأنه لا يتجزأ فيجوز في بعضه ولا يجوز في بعضه، ولو أقام الطالب البينة أنه صالحه منها على مائة فقط كانت بينة البراءة أولى؛ لأن كلتا البينتين توجبان البراءة وبينة

المطلوب توجب زيادة براءة فكانت أكثر إثباتا وكانت أولى، وفي الأول إحداهما توجب البراءة والأخرى توجب المعاوضة في الثوب فكانت البينة المبينة للمعاوضة أولى؛ لأنها أكثر إثباتا ومتى قبلت في الثوب قبلت في المائة ضرورة.

وذكر في (**المنتقى**) في موضع آخر: إن بينة الطالب تقبل على الثوب خاصة وتقبل بينة المطلوب على البراءة، فإن استحق الثوب أو وجد به عيبًا فردّه رجع بتسعمائة وجازت بينة المطلوب على البراءة من المائة الفاضلة.

(باب الصلح على بعض دينه على أن يعجل الباقي)

(قال رحمه الله في المبسوط) مسائله على أوجه:

الأول: لرجل على آخر ألف فصالحه على أن يحط عنه خمسمائة على أن يعطيه خمسمائة ولم يوقت جاز ويبرئ أعطى أو لم يعط؛ لأن كلمة على لتعليق الإيجاب بالقبول لا لتعليقه بفعل الإعطاء، كما لو قال لامرأته: أنت طالق على أن تعطيني ألفًا صار الطلاق معلقا بالقبول لا بالإعطاء، حتى لو قبلت ولم تعطه يقع فقد علق البراءة بقبول الغريم إعطاء الخمسمائة لا بإعطائه فهذا جائز؛ لأن تعليق البيع يحظر القبول جائز فتعليق البراءة أولى.

والثاني: لو صالحه على أن يحط عنه خمسمائة على أن يعطيه خمسمائة اليوم وعلى أنك إن لم تنقد اليوم فالألف عليك، وإذا لم تنقد اليوم بطل الحط؛ لأنه علق البراءة بالقبول ثم علق بعض البراءة بعدم النقد في اليوم وهذا جائز؛ لأن تعليق البيع بعدم النقد جائز، كما لو باع عبدًا بألف على أنه إن لم ينقد الثمن اليوم فلا بيع بينهما جاز، وإذا لم ينقد بطل البيع فكذا هذا.

والثالث: لو صالحه على أن يحط عنه خمسمائة على أن يعطيه خمسمائة اليوم وسكت، فإن أعطاه سقط عنه ما قال وإلا يعود المال كله عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعود إلا نصفه.

له: أن الإبراء حصل مطلقًا؛ لأن أداء الخمسمائة كان واجبًا عليه للطالب قبل الصلح وما كان واجبًا للطالب لا يصلح عوضًا عن حقه فكان إبراء بغير عوض فلا

ينفسخ الصلح بعدم النقد، كما لو قال بعتك بألف على أن تعجل اليوم فلم يفعل لهما أن الإبراء حصل بشرط مرغوب فيه منتفع به وهو تعجيل الخمسمائة؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى المال في بعض الأوقات حاجة ماسة وضرورة داعية إليه فيحط بعض الدين عن غريمه ليسارع في إيفاء الباقي فيسد حاجته ويدفع ملمته وهذا هو المتعارف عند الناس احترازا عن المماطلة فتتقيد البراءة بسلامته كما إذا أبرأه على عوض مسمى، فإذا فات الشرط بطل الإبراء والحط، كما لو قال حططت عنك خمسمائة على أن تعطيني اليوم كفيلا أو رهنًا بالباقي ولم يعطه بطل الحط.

ولو قال: إن أديت إليّ خمسمائة أو متى أديت أو نحوه فأنت بريء من الباقي لم يبرأ؛ لأن هذه براءة معلقة بالشرط؛ لأن صيغته للشرط حقيقة وتعليق البراءة بالشرط باطل.

ولو قال: أصالحك على أنك إن أديت إليّ خمسمائة فأنت بريء من الباقي.

(فصل)

أصله: أن الطالب متى أحل دينًا ليعجل دينا لم يؤجله جاز وإن شرط ما لم يعجله ليتعجل من الدين المؤجل لا يجوز؛ لأنه متى أجل دينا ليتعجل ماله فعجَّله لم يكن اعتياضًا عن الأجل، بل كان تبرعًا بالأجل من جانبه لا معاوضة؛ لأن المعاوضة أن يستفيد كل واحد منهما ما لم يكن مستفادًا لهما قبل ذلك والمطلوب هنا إن استفاد الأجل فالمطلوب لم يستفد بإزائه شيئًا وهي المطالبة بما شرط تعجيله؛ لأنه كان ثابتًا له قبل التأجيل على آخر دين مؤجل فصالحه على بعضه على أن يعجل لا يجوز؛ لأنه أجل دينا ليتعجل ما ليس له تعجيله فكان باطلا. صالح من ألف مؤجلة سنة على أن يعجل خمسمائة ليزيد في الأجل لا يجوز؛ لأنه أجَّل دينًا ليتعجل ما ليس له تعجيله فكان اعتياضًا عن الأجل، ولذلك لو صالحه على ألف حالة على أن يعجله خمسمائة أجود من حقه ليؤجله في الباقي لم يجز معه كفيل فصالحه على أن يبرئ الكفيل الذي معه وعلى أن يدخل معه في الكفالة رجل آخر وعلى أن يزيد في الأجل شهرا جاز؛ لأنه لما برئ الكفيل الأول عن الكفالة صار كرجل له دين مؤجل على آخر ليس به كفيل زاد له الطالب على الأجل عن أن يعطيه كفيلا وذلك جائز فكذا هذا.

(**الفتاوى**): عن محمد رحمه الله: لو قال أنت بريء من خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة غدا جاز، وفي الصلح أنت بريء من النصف على أن تؤدي النصف إلي جاز؛ لأن البراءة قد وجدت قبل الأداء.

ذكر الحسن في (**المجرد**): عن أبي حنيفة رحمهما الله: في رجل له على رجل ألف درهم غلة حالة فصالحه منها على تسعمائة درهم غلة على أن يعطيها إياه قبل الليل فلم يعطها إياه حتى جاء الليل قال الصلح لهم وليس عليه إلا تسعمائة.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله قال: بطل الصلح ورجع المال بحالة، وقال أبو يوسف: لا يبطل الصلح إلا أن يكون شرط إن لم يعطه في هذا الوقت فالمال عليك؛ لأنه علق البراءة بقبول الإعطاء تسعمائة لا يفعل الإعطاء فهذا جائز لما بينا في صدر الباب.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: لو قال: أصالحك منها على تسعمائة درهم، وإن لم تعجلها لي قبل الليل فالألف كلها لي عليك كان الصلح جائزا، فإن لم يعطه التسعمائة حتى جاء الليل بطل الصلح وهذه موافقة لرواية أبي يوسف وهو الصحيح لما بينا. رجل قال لغريمه: حططت عنك خمسمائة من الألف التي لي عليك على أن تعطيني الخمسمائة الباقية رأس الشهر وقال الذي عليه بل حططت من غير شرط فالقول قول المطلوب؛ لأن الطالب قد أقر بالحط وادعى الشرط والمطلوب ينكر الشرط فيكون القول له.

قال أبو يوسف رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم فقال عجل لي مائة وأنت بريء من الباقي قال: إن أعطاه المائة قبل أن يتفرقا فهو بريء وإن تفرقا قبل أن يقبض بطل ذلك؛ لأنه معاوضة وبيع؛ لأنه قيّد البراءة بشرط تعجيل المائة فيكون إعطاء المائة عوضا عن البراءة فما لم يتحقق الإعطاء لا تقع البراءة.

(باب الصلح عن المنافع أو عليها)

(**المبسوط**): ولو صالحه من عين أو دين على خدمة عبد بعينه أو سكنى دار أو زراعة أرض أو ركوب دابة بعينها وقتًا معلومًا أو إلى مسافة معلومة جاز ويكون

إجارة؛ لأن في زعمه أنه يأخذ المنافع عوضا عن المدعى به فيصير في حكم الإجارة إن كان الصلح عن الإقرار من الجانبين، وإن كان عن إنكار فمن جانب المدعي فكل حكم عرف في الإجارة في موت المتعاقدين وهلاك المستأجر والاستحقاق فهو الحكم هاهنا إلا أن في الصلح عن إقرار المتعاقدين يرجع إلى المدعى به وفي الصلح عن إنكار يرجع إلى أصل الدعوى.

ولو ادعى حقا في دار فصالحه من ذلك على أن يبيت على سطح منها سنة جاز، قال في الكتاب: ألا ترى أنه لو استأجره جاز؛ لأنه استأجر العلو للسكنى في الليالي واستئجار العلو للسكنى في الأيام جائز فكذلك في الليالي.

وذكر في كتاب الإجارات: أنه لا تجوز إجارته؛ لأنه لا يجوز بيعه، وقد اختلف الجواب لاختلاف الوضع. ففي الصلح وضع في سطح فيه بناء وإن قل، وفي الإجارات وضع في سطح لا بناء فيه ولا حاجة إلى هذا التأويل، فإن غير المحجر والمبنى يمكن السكنى والبيتوتة عليه بخيمة أو بخباء تصرف فيه فصار كما لو استأجر صحن البيت منها صالحه من دعواه في دار على طريق منها إن صالحه على رقبة الطريق جاز؛ لأن بيعها وإجارتها جائز فكذلك الصلح عليها، وإن صالحه على ممر الطريق ذكر في الزيادات أنه لا يجوز.

وروي عن محمد رحمه الله: أنه يجوز؛ لأن في جواز بيع الممر روايتين فكذلك في جواز الصلح عليه صالحه على مسيل ماء أو على أن يضع كذا كذا جذعًا على حائط لا يجوز؛ لأنه صالح من مجهول على مجهول؛ لأنه جعل بدل الصلح مجرد المنفعة وهو حق المسيل ووضع الجذع فإنها مجهولة؛ لأنه لم يذكر له وقتا، ولهذا لا يصلح عوضا في البياعات والإجارات لكونها مجهولة فكذلك لا يصلح بدل الصلح. فأما إذا وقّت لذلك وقتا هل يجوز؟ لم يذكره محمد رحمه الله.

ورُوي عن الكرخي أنه قال يجوز، فإنه لو استأجر حائطًا ليضع عليه الجذوع أو استأجر طريقًا ليمر فيه مدة معلومة جاز؛ لأن المانع من الجواز هي الجهالة وقد زالت ببيان المدة ولكن بقي جهالة مقدار.

وذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنه لا يجوز؛ لأن الجهالة إن زالت ببيان المدة

ولكن بقي جهالة مقدار المعقود عليه، فإن المعقود عليه أيضًا مجهول بعد بيان المدة وذلك يمنع جواز الصلح، ولو صالح على عشر نهر يجوز؛ لأن بيع عشر النهر جائز لكونه معلومًا فكذا يجوز الصلح عليه.

ولو صالحه على شرب يوم من النهر لا يجوز وكذلك على ثمرة نخلة أو علت عنده ثلاث سنين لكونه مجهولا في نفسه، فإنه يزداد وينتقص جذوعه وإن يبني عليه حائطًا معلومًا ويحمل عليه جذوعًا معلومة لا يجوز كما لو صالح من الدعوى في دار على أن يضع على حائط من حيطانها جذعًا لا يجوز ؛ لأنه صلح وقع على منفعة مجهولة؛ لأنها مؤبدة غير مؤقتة والصلح على منفعة مجهولة باطل كما لو صالح على مسيل أو شرب صالح من بيت على سطحه لا يجوز؛ لأنه صلح وقع على الهواء مقصورا؛ لأن السطح اسم للهواء؛ لأن السطح عبارة عن الجانب الأعلى والجانب الأعلى من البيت إنما هو الهواء، ولهذا لو قال بعتك السطح وأجرتك لم يجز؛ لأنه باع أو أجر الهواء والهواء مجرد الحقوق ومجرد الحقوق لا يصلح عوضا في الشرع في المعاوضات فكذلك في المصالحات بخلاف ما لو صالح على أن يثبت على سطحه شهرًا لأن بذكر البيتوتة صار السقف مذكورًا؛ لأن البيتوتة إنما تتحقق على السقف لا على الهواء فصار السقف مذكورًا بمقتضى ذكر البيتوتة فصار كما لو قال أجرتك السطح مع السقف شهرًا لتبيت عليه جاز حتى لو كان على السطح بيت أو حجر واصطلحا على أن يكون لأحدهما علوه وللآخر سفله جاز؛ لأنه إنما أراد بالعلو البيت المبني عليه لا الهواء ولو تدلى غصن شجرة في دار جاره فللجار أن يقطعه إن لم يمكنه التدالي في ملكه؛ لأن هواء داره ملكه ولا يمكنه تفريغ هوائه إلا بالقطع ومتى قطعه فهو لمالكه ولا ضمان عليه لما مر في كتاب الدعوى.

ولو صالحه على دراهم كتركة لم يجز بخلاف ما لو كانت ظلة على سكة غير نافذة فصالح صاحبها مع أهل السكة على دراهم ليتركوها جاز وفي كلا الموضعين الصلح وقع على الهواء والفرق أن للناس تعاملًا في باب الظلة لحاجتهم إلى ترك الظلة على حالها ولا تعامل في ترك السقف والغصن وبيع الهواء للبناء وفي الصلح

على السطح لعدم حاجتهم إلى ذلك فجوّز لما فيه من تعامل لدفع حاجتهم ولم يجز ما لا تعامل فيه ورددناه إلى ما يقتضيه القياس وهو أن لا يجوز بيع الهواء مقصودًا والله أعلم.

(باب التصرف في بدل الصلح)

(**المبسوط**): صالح من دعواه في بيت على سكنى شهر ثم أجره المدعِي من المُدَّعَى عليه جاز عند أبي يوسف، ولم يجز عند محمد رحمهما الله بناء على أن عنده هذا الصلح إجارة من كل وجه وإجارة المستأجر من الأجر لا تصح؛ لأنه مالك للرقبة فيملك المنفعة بحكم ملك الرقبة لا بحكم الإجارة، فإذا قبض المُدَّعَى عليه البيت حتى مضت مدة الصلح انتقض الصلح ورجع المدعِي إلى دعواه؛ لأنه لم يستوف المنفعة في مدة الصلح، وعند أبي يوسف ليس هذا في معنى الإجارة بل يعتبر استيفاء لعين حقه باعتبار زعم المدعِي، فإن في زعمه أنه مستوفي عين حقه وليس بمستأجر فالقول قوله فيما في يده بعد الصلح؛ لأن اليد بعد الصلح صارت للمدعي وقول المُدَّعَى عليه أن الصلح معاوضة وأنه بدل السكنى عوضًا عن اليمين لا يكون معتبرا شرعا بعد الصلح؛ لأنه لا قول له شرعا فيما في يد غيره فيحكم بالجواز بناء على زعم المدعِي، وإن كان فاسدا في زعم المُدَّعَى عليه كما لو اشترى عبدًا أقر بحريته، ولو صالحه صاحب الدار من هذه السكنى على دراهم معلومة جاز، أما على قول أبي يوسف فظاهر؛ لأنه لما جاز إجارته منه فلأن يجوز صلحه أولى.

وأما على قول محمد ينبغي أن لا يجوز كما في الإجارة وقيل يجوز عنده والفرق له بين الإجارة والصلح أن الصلح عن المنفعة مع صاحب الرقبة أمكن تجويزه بطريق الإسقاط إن تعذر تجويزه باعتبار التمليك كالموصى له بالخدمة إذا صالح عن الخدمة مع الورثة على مال جاز؛ لأنه أمكن تجويزه بطريق الإسقاط وكذا هذا. وزعم المدعِي أنه ملك هذه المنفعة بغير عوض بطريق استيفاء حقه وكان قابلا للإسقاط فيصحح بطريق الإسقاط فأما إجارة المستأجر من الآجر لا يجوز كالمملوك بالوصية يجوز الصلح عنه ولا يجوز الإجارة فلأنه يجعل كأنهما

تركا الصلح الأول واصطلحا على هذه الدار؛ لأن الصلح يجب تجويزه ما أمكن بخلاف الإجارة؛ لأنه لا يمكن تجويزها إلا بطريق التمليك بعوض ذلك لا يجوز من الأجر، ولو باع هذا السكنى من رجل أو من المدعى عليه لم يجز قيل إنما لم يجز؛ لأن الإجارة لا تنعقد بلفظ البيع وقيل الإجارة تنعقد بلفظ البيع إلا أنه لم يذكر المدة والإجارة من غير ذكر المدة لا يجوز. صالحه من دم عمد على عبد جاز بيعه قبل القبض؛ لأن دم العمد ليس بمال فلا يكون بدله مبيعًا قبل القبض فجاز بيعه، ولو صالحه من دار على عبد لا يجوز؛ لأنه بيع المبيع قبل القبض؛ لأن عند محمد رحمه الله الصلح على المنفعة إجارة، وعند أبي يوسف معاوضة من وجه استيفاء من وجه. فمن حيث إنه معاوضة وبيع المنفعة لا يجوز بيعه قبل القبض من حيث إنه استيفاء يجوز فوقع الشك في الجواز فلا يجوز بالشك أو يرجح جانب المعاوضة احتياطًا من الحرمة؛ لأن بيع المبيع قبل القبض منهي عنه.

ولو صالحه من الدار على مكيل أو موزون في الذمة جاز الاستبدال عنه؛ لأنه يكون ثمنا ولا يكون مبيعًا. فالتصرف في الثمن قبل القبض جائز حتى لو كان المكيل والموزون عينًا لا يجوز الاستبدال به؛ لأنه يكون مبيعًا.

(باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال)

(**المبسوط**): لرجل ظلة على الطريق فخاصمه رجل فأراد نقضها فصالحه فلا يجوز إما أن كان الطريق نافذًا أو غير نافذ، وكل وجه لا يخلو: إما أن وقع الصلح عن الترك أو على الطرح، وحال الظلة لا يخلو من **ثلاثة أوجه**، إما أن علم كونها قديمة أو حديثة أو لا يعلم حالها، فإن كانت الظلة على طريق نافذ فخاصمه رجل فأراد طرحها فصالحه على الترك لا يجوز سواء كانت قديمة أو حادثة أو لا يعلم؛ لأن هذا الصلح معاوضة ولا يمكن تصحيحه باعتبار المعاوضة؛ لأن المخاصم في هذا الطريق شركة عامة والشريك في الشركة العامة لا يملك الاعتياض عن نصيبه كواحد من العاملين من مال بيت المال لا يجوز؛ لأن شركته شركة عامة ولا يصيبه شيء منتفع به، فأما إذا صالح مع الإمام جاز إذا رأى في ذلك صلاحا للمسلمين

ويضع بدل الصلح في بيت المال؛ لأن الاعتياض من الشركة العامة جائز من الإمام، كما لو باع شيئًا من بيت المال، فأما إذا صالحه على الطرح، فإن كان المخاصم دفع المال لدفع ظلته جاز إن كانت قديمة، وإن كانت حادثة لا يجوز وهذا الصحيح؛ لأنها متى كانت قديمة فالصلح، فإن ورد على إتلاف ملكه وهو رفع الظلة عن جداره؛ لأن أحد طرفي الظلة يكون على ملكه ولكن لعامة المسلمين فيه منفعة من جهته وهو تفريغ هواء طريقهم الذي كانت تحت الظلة والصلح على إتلاف الملك إذا كان يحصل لغيره منفعة من جهته جائز كما لو أعتق عبده على مال ومتى كانت الظلة حديثة فلم يحصل لأحد منفعة من جهته بسبب إتلاف ملكه؛ لأن في رفع أحد طرفي الظلة؛ لأن للإمام رفعه عن جداره فراغ ملكه وليس لغيره في ذلك منفعة من جهته فكان بمنزلة ما لو صالحه لرفع بنائه في دار لا يجوز؛ لأنه صلح وقع على إتلاف ملكه من غير أن يتضمن منفعة لغيره فكذا هذا، وإن كان لا يعلم حالها فأعطاه المخاصم دراهم ليطرحها لا يجوز؛ لأنه متى لم يعرف حال الظلة تجعل حديثة، ولهذا كان للإمام حق الرفع، ولو صالحه على أن يعطي دراهم إلى المخاصم لرفع الظلة يجوز كيف ما كانت؛ لأنه صار مستأجرًا للمخاصم لرفع ظلته بمال معلوم فصار كما لو استأجر غيره، فأما إذا كانت الظلة على طريق غير نافذ وأخذ المخاصم دراهم ليتركها لا يجوز إن كانت قديمة؛ لأن ترك الظلة حقه؛ لأنه ليس لأحد من الشركاء رفعها فالاعتياض عن حق نفسه لا يجوز، وإن كانت حديثة، فإن كان في السكة معه غيره فصالحه على الترك من نصيبه جاز؛ لأن بعض هذا الطريق ملك المصالح بشركة خاصة والشريك في الشركة الخاصة ملك الاعتياض عن نصيبه كما لو باع نصيبه جاز. ثم إن الشركاء إن تركوا الظلة سلم له بدل جميع الصلح؛ لأن المصالح عنه لم تستحق على المصالح، وإن رفعوا الظلة هل يرجع صاحب الظلة على المصالح بجميع البدل فقد اختلفوا فيه لما تبين، وإن أضاف الصلح إلى جميع الظلة يصح في نصيبه ويتوقف في نصيب شركائه؛ لأنه اعتاض عن حقه وعن حق الشركاء كما لو باع عبدًا مشتركًا، فإن أجاز شركاؤه جاز في الكل فيكون البدل بينهما، وإن لم يجوزوا الصلح ورفعوا الظلة يكون لصاحب الظلة أن

يرجع على المخاصم بحصة شركائه فهل له أن يرجع على المخاصم بحصته؟ اختلف المشايخ فيه قيل له ذلك؛ لأن الصلح وقع على ترك الظلة ولم تسلم لصاحبه شيء من ذلك بل المستحق عليه كله ولا يسلم للمصالح شيء من البدل كما لو استحق المبيع كله، وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: ليس له ذلك؛ لأن هذا الصلح إنما وقع على أن يثبت لصاحب الظلة حق في نصيب المصالح من الطريق وهو حق قرار الظلة في نصيبه وقد سلم له ذلك فصار كما لو اشترى نصيبه ونصيب شركائه ولم يجز شركاؤه لا يرجع بحصة البائع فكذا هذا، ألا ترى أن صاحب الظلة لو بنى بناء لم يكن للمصالح حق الخصومة في الطرح وإنما يكون لشركائه، وأما إذا كانت الظلة لا يعرف حالها لم يجز الصلح؛ لأنها في الحكم قديمة حتى لم يكن لأحد رفعها فكان كالجذوع الشاخصة في دار رجل إذا كانت لا يدرى أنها قديمة أو حديثة لا يكون لصاحب الدار رفعها فكذا هذا بخلاف ما لو كانت الظلة على طريق العامة ولا يدرى حالها فإنها تجعل حديثة حتى يؤمر بطرحها وهذا كله إذا صالحه على الترك، فإن صالحه على الطرح والرفع، فإن كان المخاصم دفع المال ليرفع وهي قديمة جاز؛ لأن الصلح وإن وقع على إتلاف ملكه لكن فيه منفعة لمن له حق المرور تحت الظلة وهو تفريغ الهواء، فإن كانت حديثة لم يجز؛ لأن رفعها فرض عليه؛ لأنه بنى على ما هو مشترك، ومن بنى بناء على مكان مشترك بغير إذن شركائه فالرفع مستحق عليه وكذلك هنا رفع الظلة مستحق عليه فلا يجوز أخذ العوض لرفعها.

وذكر الشيخ الإمام أبو بكر المعروف بجواهر زاده في (**شرح المبسوط**) وقال: يجوز هذا الصلح نص عليه في الكتاب؛ لأنه أخذ العوض على إتلاف ملكه وفي ذلك منفعة لغيره؛ لأن في تفريغ الهواء منفعة لمن له حق المرور تحت الظلة وأخذ العوض على إتلاف ملكه جائز إذا تضمن منفعة لغيره، فأما إذا لم يعلم، فإنه يجوز لما بينا وهاهنا مسألة لم يذكرها محمد رحمه الله في (**المبسوط**) وهي أنه هل يباح بناء الظلة على طريق العامة وهل يأثم بالبناء.

ذكر الطحاوي رحمه الله وقال: يباح له ذلك إلا إذا خوصم في رفعها ومنع من ذلك لا يباح له الانتفاع به ويأثم إذا ترك الظلة، وقال أبو يوسف ومحمد

رحمهما الله: يباح له ذلك ما لم يضر بأحد فكأنهما اعتبرا الضرر، وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الخصومة، وهذه المسألة تأتي في أول كتاب الوكالة.

(باب الصلح عن النفقة والأجرة)

(المبسوط) أصله: أن الصلح عن النفقة إن كان على شيء يجوز للقاضي تقدير النفقة به كالنقد، والطعام يعتبر تقديرًا للنفقة ولا يعتبر معاوضة، وإن وقع الصلح على شيء لا يجوز تقدير النفقة به كالعبد والدابة يعتبر معاوضة؛ لأنه تعذر أن يعتبر تقديرا للنفقة فيعتبر معاوضة وتصير مبرئة زوجها عن النفقة بما أخذت من البدل؛ لأن نفقة المرأة عوض من وجه، صلة من وجه، لما مر في النفقات فلكونها صلة يعتبر الصلح تقديرًا للنفقة كنفقة الأقارب ولكونها عوض من وجه يعتبر الصلح معاوضة متى وقع على ما لا يجوز التقدير به كالأجرة. صلح المرأة زوجها على النفقة لا يخلو إما أن كان على الدراهم أو على الحيوان والثوب، فإن صالحت المرأة زوجها من نفقتها على ثلاثة دراهم كل شهر جاز ويكون هذا تقدير النفقة منهما لا إيجابا لها؛ لأنها تجب شيئًا فشيئًا؛ لأن سببها يوجد شيئًا فشيئًا ولكن تقدير النفقة منهما جائز كما يجوز من القاضي، ولهذا لو قالت لا يكفيني هذا كان لها أن تخاصم زوجها حتى يزيدها ولو كان هذا الصلح إبراء عن النفقة لم يكن لها طلب الزيادة.

ولو صالحه من الدراهم على مَخَاتِيمِ دَقِيقٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ[1] قبل مضي الشهر يجوز وبعد مضيه لا يجوز؛ لأن الصلح الأول كان تقديرًا للنفقة والثاني أيضًا تقدير لها؛ لأنه يجوز تقدير النفقة بالطعام فتقدير الثاني يكون ناسخًا للأول فقبل مضي الشهر لم تصر النفقة دينًا فكان الثاني تقديرًا للنفقة فانتسخ التقدير الأول بصفتهما وبعد مضي الشهر صارت الدراهم دينا في ذمة الزوج فتعذر أن يعتبر الصلح تقديرا فيعتبر معاوضة فيكون معاوضة دين بدين فلا يجوز، ولو صالح امرأته على نفقتها سنة على حيوان سمى جنسه أو ثوب جاز مؤجلا وحالا؛ لأن هذا لم يجب بدلا عما هو مال؛ لأن نفقتها غير واجبة في الحال وإنما يجب بدلا عما ليس بمال وهو

(١) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤/٢٠٥.

الاحتباس المستحق عليها بالنكاح والاحتباس ليس بمال، والحيوان يجب دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال حالا ومؤجلا كما في النكاح بخلاف ما لو صالحها بعد الفرض أو بعد تراضيهما عن النفقة لا يجوز؛ لأن النفقة وجبت لها بالفرض أو بالتراضي والحيوان لا يجب دينًا في الذمة بدلا عما هو مال. صالحها من نفقة العدة على دراهم، فإن كانت تعتد بالحيض لا يجوز، وإن كانت تعتد بالأشهر يجوز؛ لأن العدة بالحيض مدة مجهولة فكانت مدة النفقة مجهولة ولا يمكن تقدير نفقتها في كل يوم فيكون حصة كل يوم من النفقة مجهولة لا يدري الزوج بأي قدر يوفيه وهي لا تدري بأي قدر تستوفيه فتقع بينهما منازعة. ومثل هذه الجهالة تمنع جواز الصلح كما لو صالحت مع الزوج عن نفقتها ما دامت زوجة له على مال لا يجوز فأما في العدة بالأشهر فمدة النفقة معلومة فتكون حصة كل يوم النفقة معلومة فجاز الصلح. صالحت الأم من نفقة ولدها الصغير جاز؛ لأن الأب هو العاقد من الجانبين؛ لأن الأب هو الذي ولي الصلح والأب يصلح عاقدا من الجانبين، كما لو باع مال نفسه من الصبي فلأن للأم ولاية على الصغير في الحضانة والتربية ونفقة الصغير من أسباب التربية والحضانة فتكون للأم في ذلك ولاية الأمة المنكوحة المنواة بنتًا صالحت من نفقتها جاز؛ لأن النفقة حق الأمة وحق المولى؛ لأن لكل واحد منهما فيها منفعة للأمة قوام مهجتها وللمولى إحياء ماله، فكان كل واحد منهما ذا حظ من النفقة فأيهما صالح فقد صالح عن حقه فيجوز بخلاف الصلح عن المهر؛ لأنه حق المولى على الخلوص. صالح رجل امرأته من نفقتها على ثوب وقبضها فاستحقت الثوب رجعت بالنفقة إن فرض، فإن لم يفرض رجعت بقيمة الثوب؛ لأن بعد الفرض صارت النفقة دينا لها فصارت مشترية الثوب بما وجب لها من النفقة والشراء يفسخ بالاستحقاق فيرجع بالبذل وهو النفقة وقبل الفرض لم تصر النفقة دينا لها فالصلح ما وقع عن النفقة وإنما وقع على الثوب بإزاء الاحتباس فقد ملكت الثوب بإزاء ما ليس بمال فلا ينفسخ العقد بالاستحقاق فيثبت الرجوع بقيمته كما في النكاح.

(فصل)

استأجر رجلا على حنطة بعينها فصالحه منها على دراهم لم يجز؛ لأن الحنطة

إذا كانت معينة فهي مبيعة وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، قال رب الدار: أجرت شهرين بعشرة، وقال المستأجر: ثلاثة أشهر، فاصطلحا على ثلاثة أشهر على أن زيادة المستأجر درهمًا جاز؛ لأن هذه زيادة في المستأجر وفي الأجرة فكل ذلك جائز.

(باب الصلح في الصرف)

(**المبسوط**): صالح من مائة درهم ومائة دينار على خمسين درهما وعشرة دنانير إلى أجل جاز؛ لأن هذا حط للبعض وتأجيل للباقي وليس بمعاوضة؛ لأن الصلح على جنس الحق يعتبر حطًّا وإسقاطا للبعض ولا يعتبر معاوضة وحط الباقي وتأجيل الباقي جائز.

ولو صالح من مائة درهم وعشرة دنانير على عشرة دراهم على أن ينقد خمسين درهما في المجلس وستين درهما يكون مؤجلا ونقد خمسين درهما جاز عند أبي يوسف رحمه الله، ولا يجوز عند محمد رحمه الله؛ لأن العشرة بإزاء الدنانير صرف؛ لأن الصلح وقع على خلاف الجنس فيعتبر معاوضة فيكون صرفًا وقد شرط فيه تأجيل الدين؛ لأن قوله وستون إلى أجل يعتبر شرطًا في الصرف؛ لأنه ذكره معطوفا على الشرط الأول وهو تعجيل خمسين درهما كقوله أنت طالق إن دخلت الدار وأنت راكبة والصرف متى شرط فيه تأجيل الدين يكون فاسدًا.

لأبي يوسف: أن شرط التأجيل قد بطل بالتعجيل؛ لأنه إنما كان فاسدًا؛ لأنه شرط يوجب تأخير قبض البدل، فإذا وجد قبض البدل لا ينفي ذلك الشرط معتبرًا؛ لأنه وجد قبض خمسين درهما في المجلس.

ولو وجد قبض العشرة قبل الافتراق يجوز فهاهنا أولى أن يجوز؛ لأن عشرة من خمسين بإزاء العشرة الدنانير فكان بدل الصرف مقبوضا في المجلس وزيادة فيما عدا العشرة ليس بمصارفة بل هو تأجيل للباقي. لرجل على آخر دراهم لا يعرفان وزنها وهما يقران به فصالح على دراهم مسماة جاز استحسانًا؛ لأن الصلح في الأعم والأغلب إنما يقع على الحطيطة والإغماض والتجوز بدون الحق فحالة الاشتباه تحمل على ما عليه الأعم والأغلب فيثبت كون بدل الصلح أقل من

المصالح عنه بدلالة الحال والعادة الغالبة. صالح من ألف على مائة فوجدها ستوقة أو مستحقة رجع بالمائة.

ولو كان صالح على غير الجنس يعود بحقه؛ لأن الصلح على حبس الحق استيفاء وإسقاط فصار كأنه أبرأه عما وراء المائة واستوفى المائة من غير صلح ثم استحقت رجع عليه بالمائة وكذا هذا. فأما الصلح على خلاف الجنس معاوضة فيكون صرفًا وقد ظهر أن الافتراق حصل من غير قبض بدله وبطل وكان له أن يرجع بالبدل.

(باب الصلح في الوديعة والهبة والصدقة والرهن والغصب)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في صلح المودع.

والثاني: في صلح الموهوب.

والثالث: في صلح الرهن.

والرابع: في صلح الغاصب.

(فصل)

الصلح مع المودع لا يخلو من **أربعة أوجه**:

الأول: لو قال المودع: لم يودعني، ثم صالح جاز؛ لأن المودع بالجحود صار غاصبًا وضامنًا فصار كأنه ادعى غصب مال والمدعى عليه يجحد ثم صالحه جاز فكذا هذا.

والثاني: لو قال: رددت الوديعة أو ضاعت وادعى المودع الاستهلاك ثم صالح لم يجز عند أبي حنيفة خلافًا لهما رحمهما الله، ولو صالح بعد الحلف لا يجوز بالإجماع.

لهما: أن دعوى الضمان باستهلاك الوديعة صحيحة واليمين متوجهة عليه والبراءة عن الضمان غير بائنة في حق المدعِي قبل الحلف؛ لأن الأمين مصدق فيما يدعي البراءة من الأمانة مع اليمين فلم يثبت فلا تثبت البراءة في حق المدعِي فصح

الصلح في حقه عوضا عن الضمان وفي حق المودع بدلا عن الخصومة والشغب له أن البراءة عن الضمان تثبت بقول المودع؛ لأن الرد أو الضياع قد ثبت بقوله؛ لأنه أمين وقول الأمين حجة فيما ادعى الخروج من الأمانة قبل الحلف؛ لأنه أخبر عن أمر حادث والحادث يثبت بالخبر لا باليمين كالمعتدة إذا قالت انقضت عدتي يثبت الانقضاء بقولها، وأن يضمن إبطال حق الزوج في النكاح والرجعة إلا أنه يحلف الأمين لنفي التهمة لا لثبوت البراءة فصار كالمودع إذا قال في المرض رددت الوديعة أو ضاعت ثم مات لم يكن للمودع حق الخصومة مع الورثة، ولو لم تثبت البراءة أصلا قبل الحلف لكان له حق الخصومة مع الورثة كما لو مات شاكيًا عن ذلك.

والثالث: لو قال: قد أودعتني، وسكت ولم يدع الرد والاستهلاك ثم صالح جاز؛ لأنه لا تثبت البراءة عما ادعاه المدعِي في حقه فجاز الصلح كما في سائر الدعاوى.

والرابع: لو ادعى المودع الرد أو الهلاك والمودع لم يدع شيئًا وسكت فصالحه، ذكر الكرخي أنه لا يجوز، عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله يجوز، لأبي يوسف أن الضمان لا يجب إلا بدعوى المدعِي وقد انعدم دعوى الضمان من المودع ولا يعتبر الضمان واجبًا في زعمه والأصل عدم الضمان فما لم يثبت في حق صاحب المال بالدعوى لا يجوز الصلح بخلاف ما لو ادعى الاستهلاك؛ لأن الضمان واجب في زعمه والبراءة عن الضمان لا تثبت لمجرد قول الأمين قبل الحلف فوقع الصلح قبل ثبوت البراءة فجاز لمحمد أن سكوت المودع محتمل بين أن يكون تصديقا فيما ادعاه المدعِي وبين أن يكون تكذيبا له أي أنك لم ترد وصرت ضامنًا بالجحود إلا أنه لما أقدم على الصلح فقد يرجح احتمال التكذيب على احتمال التصديق؛ لأنه لو كان المودع رد الوديعة أو ضاعت منه لما أقدم على الصلح، فإن صاحب المال أحجمه عنه فيثبت التكذيب من المودع مقتضى إقدامه على الصلح دلالة فإن صالحه ثم ادعى الرد أو الضياع لا يقبل قوله؛ لأنه يدعي فساد الصلح ولأنه لا فائدة فيه؛ لأنه لو سبقت منه هذه المقالة الصلح لم يمنع جواز

الصلح، فإذا لحقه أولى، فإن أقام البينة فسد الصلح عندهما، وعند محمد رحمهما الله لا يفسد؛ لأن عنده فائدة في قبوله؛ لأنه وإن ثبت الرد أو الضياع قبل الصلح لا يفسد الصلح وعندهما لو ثبت الرد أو الضياع تثبت البراءة فيفسد الصلح فقد أقام البينة على فساد العقد فتقبل كأحد المتبايعين لو أقام البينة على فساد البيع، فإذا كانت الوديعة ما بين فصالح منها على مائة وهي قائمة وقامت البينة على أنها قائمة لا يجوز الصلح مقرا كان أو منكرا أو إن لم يقم بينته جاز؛ لأنه متى ثبت كونها قائمة بالبينة العادلة فقد تعذر تجويز الصلح بطريق الإبراء؛ لأن البراءة عن الأعيان باطلة وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة لما يتعين الربا.

ولو كان الصلح على إقرار والوديعة غير حاضرة لم يجز عندهما، وإن كانت حاضرة في يد المستودع جاز، لأن المودع متى كان مقرًّا بالوديعة لم يصر غاصبًا وقبض الوديعة لا ينوب عن قبض الشراء أو الافتراق في الصرف حصل قبل قبض أحد البدلين فبطل متى كانت حاضرة إن حدد قبضا في الوديعة جاز وإلا فلا.

ولو كان المودع جاحدًا للوديعة أو استهلكها جاز الصلح؛ لأنه بالجحود صار غاصبًا للوديعة وبالاستهلاك صار ضامنا لها وقبض الضمان ينوب عن قبض الشراء والجواب في الإجارة والمضاربة والبضاعة وكل شيء هو أمين فيه كما ذكرنا في الوديعة وكذلك الأجير المشترك عند أبي حنيفة رحمه الله.

(فصل)

غصب مسلم من الحربي دراهم ثم صالحه لم يجز قيل هذا قولهما لا قول أبي يوسف رحمهم الله، فإنه ذكر بعد هذا: لو أن حربيًّا غصب من حربي مالا واستهلكه أو لم يستهلكه ثم صالحه لم يجز عندهما خلافًا لأبي يوسف.

وهذا بيان أن المستهلك والغاصب هل يضمن ما أخذه من الحربي عندهما يضمن خلافا له، وكذلك المسلم التاجر والذي أسلم هناك لو أتلف مال حربي أو غصب منه مالا ثم اصطلحا والمغصوب قائم أو مستهلك لا يجوز عندهما خلافا لأبي يوسف وهي تعرف في كتاب السير.

أقر الغاصب أن العبد أبق وقال الطالب بل هو في بيتك فصالحه على طعام إلى أجل لم يجز، ولو كان على عكسه جاز؛ لأن في الأول الصلح وقع عن القيمة؛ لأن القول قول الغاصب أنه أبق فيلزمه القيمة فالصلح وقع على خلاف الجنس فيكون معاوضة وأنه دين بدين فيكون باطلًا وفي الثاني الصلح وقع عن عين العبد؛ لأن القول قول الغاصب أنه حاضر في بيته؛ لأن صاحب اليد أعلم بحال ما في يده من غيره فيكون الصلح من عين على دين فيجوز.

اغتصب كرًّا فصالحه على نصف كر والطعام قائم وهو جاحد جاز؛ لأنه بالجحود صار المغصوب مستهلكا؛ لأن المالك عجز عن أخذ المغصوب فيكون الواجب مثله دينا في الذمة، فإذا صالحه على نصف كر فقد استوفى نصف الكر وأبرأه عن النصف الآخر والإبراء عن الديون جائز ولا يطيب للغاصب نصف الكر؛ لأنه متى كان الكر قائما في يده يلزمه رد النصف إلى المغصوب منه فيما بينه وبين ربه؛ لأن البراءة عن النصف الباقي في يد الغاصب حصلت وهي عين حقيقة والبراءة عن الأعيان باطلة فلا يصير ملكًا للغاصب، كما لو قال للغاصب أبرأتك عن المغصوب ينقلب أمانة في يده ولا يصير ملكًا له، فإن كان الغاصب مقرًّا وهو قادر على الأخذ فصالحه على نصفها لا يجوز استحسانًا؛ لأنه تعذر تجويز هذا الصلح بطريق الاستيفاء والإبراء؛ لأن المغصوب عين قائمة في يده يلزمه رده، والبراءة عن الأعيان باطلة ويعذر تجويزه بطريق المعاوضة؛ لأن معاوضة ملكه بملكه لا تجوز.

صالح من المغصوب إذا كان حيوانا على نصفه لا يجوز؛ لأن هذا الصلح عري عن إفادة حكمه؛ لأنه لا يفيد الملك في النصف للغاصب لما بينا ولا يمكنه تسلم نصفه؛ لأنه مما لا يمكن قسمته فيحتاجان إلى التصافي فيقع الكل في يد المدعِي في نوبته فيمسكه؛ لأن الكل بقي على ملكه ويحل له ذلك فيما بينه وبين ربه ولأنه لما وقع الاتفاق على قيام نصفه فقد وقع الاتفاق بينهما على قيام كله؛ لأنه لا يتصور أن يكون نصفه قائمًا ونصفه هالكا فيكون هذا الصلح إبراء عن النصف الآخر وهو عين قائمة فلا يصح بخلاف المكيل والموزون، فإنه يتصور قيام نصفه

وهلاك نصفه فلا يكون اتفاقهما على أحد النصفين اتفاقا على قيام النصف الآخر بالجحود وصار النصف مستهلكًا فصار مثله في ذمته دينا. صالح المسروق منه السارق على مائة على أن يقر بالسرقة ففعل إن كانت عروضا قائمة بعينها فالصلح جائز، وإن كانت مستهلكة لا يجوز لما ذكرنا أن إقراره بالعرض جعل عبارة عن تمليك مبتدأ فصار المدعى قبله مملكا بالعروض القائمة بالمائة الموجودة وأنه جائز، وتمليك قيمة العروض المستهلكة بالمائة الموجودة لا تجوز؛ لأن قيمة العروض المستهلكة مجهولة؛ لأنها تعرف بالحزر والظن وتمليك المجهول باطل، وإن كان ذهبًا قائمًا أو مستهلكًا يجوز، وإن كان فضة قائمة أو مستهلكة لم يجز؛ لأن الصلح مبناه على الحطيطة والإغماض فيكون فيه تمليك أكثر من المائة بالمائة وذلك لا يجوز حتى لو علم أن الدراهم المسروقة مائة يجوز الصلح إذا قبضت في المجلس؛ لأنه يكون صرفا.

(فصل)

ادعى على رجل أنه وهب عبده الذي في يده وقبضه وجحد الواهب ثم صالحه على شيء جاز؛ لأن في زعم المدعِي أن العبد ملكه إلا أنه ملكه من المُدَّعَى عليه بعوض لدفع أذى الخصومة والشغب وفي زعم المُدَّعَى عليه أن العبد ملكه إلا أنه افتدى عن اليمين والخصومة ببدل المال وكلاهما جائزان.

وإن قال: لم أقبض العبد فأعطاه الموهوب دراهم فأخذ نصف العبد جاز؛ لأن الزيادة من كل واحد منهما جائز؛ لأن في زعم المدعي أن العبد كله له إلا أنه ترك بعضه عليه وإعطاء هذه الدراهم قطعا للخصومة وفي زعم المدعى عليه أن العبد كله له إلا أنه باع منه بعضه بما يعطيه من الدراهم وكلاهما جائزان، ولو قال ذو اليد تصدقت بها عليّ وقال الآخر وهبتها لك فأنا أريد الرجوع فصالح على مائة جاز؛ لأن في زعم ذي اليد أن الدار صدقة عنده وليس له حق الرجوع إلا أنه يعطي المائة لقطع خصومته عنه وفي زعم المدعِي أنه وهبها منه ولي حق الرجوع ولم يأخذ منه عوضا بهذا الصلح يأخذ عوض هبته، وفي هبة الأجنبي كان للواهب أخذ العوض لقطع حق الرجوع جائز فاتفقا على جواز الصلح فصح.

(فصل)

ادعى الرهن وهو في يده وجحد الراهن وقال: دينك بلا رهن فاصطلحا على أن يهب المرتهن للراهن خمسين على أن جعله رجعيا لا يجوز؛ لأن في زعمهما فساد هذا الصلح؛ لأن في زعم الراهن أنه لم يكن رهنه وإنما يرهنه الساعة بشرط أن يهب له المرتهن خمسين درهمًا لأجل الرهن والرهن يجعل باطلًا؛ لأن عقد الرهن عقد إيفاء والإيفاء يجعل باطلا؛ لأنه أخذ مالا لإقامة ما هو واجب عليه ويكون إنشاؤه في زعم المدعِي أنه كان رهنًا إلا أنه لما جحد فبذل له مالا ليقر بذلك ومن أخذ مالا ليقر بحق كان عليه كان ارتشاء فيكون باطلا.

ولو صالحه على أن يبرئه من خمسين من تلك المائة على أن يقر بالرهن في يديه بخمسين درهما جاز؛ لأن في زعمهما جواز هذا الصلح؛ لأنه في زعم الراهن أنه حط عنه بعض الدين على أن يعطيه الرهن بالباقي، فإنه جائز، كما لو قال حططت عنه المائة على أن يعطيني بالباقي رهنًا جاز وفي زعم المرتهن أنه كان رهنًا إلا أنه حط عنه بعد الرهن خمسين من الدين وأنه جائز.

ولو كان في يدي الراهن فصالحه على أن يحط عنه درهما أو على أن يقرضه درهما آخر على أن يكون رهنًا به؛ لأنه حط عنه درهما على أن يعطيه رهنًا في الباقي وأنه جائز وأقرضه درهما بشرط أن يعطيه رهنًا بالقرض وبما عليه من المال وأنه جائز ويصير العبد رهنًا بالدينين في زعمهما؛ لأن الزيادة حصلت قبل قبض المرتهن الرهن والزيادة في الرهن قبل قبض الرهن جائزة ويصير الرهن رهنًا بالكل.

رهن رجل متاعًا بمائة وقيمته مائتان فقال المرتهن هلك وأنكر الراهن فاصطلحا على أن يرد عليه المرتهن خمسين وأبرأه عن المائة لا يجوز وإن لم يقل هلك يجوز كما في الوديعة؛ لأن الصلح وقع عن الزيادة على الراهن؛ لأن قدر الدين صار مسبوقا بهلاك الرهن والزيادة على الرهن أمانة في يد المرتهن، والأمين إذا ادعى الهلاك ولديه صاحب الأمانة ثم اصطلحا على شيء لا يجوز عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله يجوز، ولو لم يقل المودع شيئًا يجوز الصلح بالإجماع فلذلك المرتهن.

ولو أقر المرتهن أنه باع المتاع بمائة بإذنه وأنكر الراهن الإذن وقيمته مائتان فاصطلحا أن أبرأه من المائة وزيادة خمسين جاز كما في المودع إذا أقر بالبيع وادعى الإذن فأنكر صاحب المال الإذن فالقول له ويصير المودع ضامنا للوديعة فكذلك المرتهن صار ضامنا للزيادة على المائة لما أقر بالبيع، وإذا صالحه من ذلك على شيء جاز.

(باب الصلح في الشفعة)

(**المبسوط**): مسائله على قسمين:

أحدهما: في المصالحة عن شفعة جميع الدار.

والثاني: في المصالحة عن شفعة بعض الدار.

أما القسم الأول: فعلى ثلاثة أوجه:

أحدها: لو صالح الشفيع مع المشتري على نصف الدار.

والثاني: لو صالحه على بيت منها.

والثالث: لو صالحه على دراهم، أما **الأول** اشترى دارا ولها شفيع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لأنهما اصطلحا بعد طلب الشفعة من الشفيع صار آخذًا النصف بالشفعة ومسلّمًا الشفعة في النصف حتى كان للجار أن يأخذ النصف بالشفعة.

وإن اصطلحا قبل الطلب صار مشتريا النصف مبتدأ ومسلّمًا الشفعة في الكل حتى كان للجار أن يأخذ الكل بالشفعة؛ لأن اصطلاحهما على أخذ النصف في الحالين بمنزلة طلب النصف إلا أن طلبه النصف قبل تأكد حقه بالطلب ولا طلب بمنزلة؛ لأنه ليس له حق الطلب قبل تأكد حقه وثبوته فصار بمنزلة ما لو سكت عن الطلب، ولو سكت عن الطلب بطل حقه في الشفعة فصار مسلما الشفعة في الكل إلا أنه متى سلم المشتري إليه النصف صار آخذًا النصف شراء مبتدأ وبعدما تأكد حقه بالطلب وثبت له حق الأخذ بالشفعة لا يبطل حقه بالسكوت وبترك الطلب فيكون اصطلاحهما على النصف يكون طلبًا منه لأحد في النصف وقد سلم المشتري إليه النصف فيكون آخذًا النصف بالشفعة لا بالشراء مبتدأ.

والوجه الثاني: لو صالحه على أن يسلم الشفعة على بيت من الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باقٍ؛ لأن ثمن البيت مجهول؛ لأن حصته من الثمن يعرف بالحزر والظن وذلك مجهول جهالة مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم وهو إنما سلم الشفعة في الباقي بشرط أن يسلم له البيت، فإذا لم يسلم له البيت لم يصح التسليم وهذا إذا كان الصلح بعد تأكد حقه بالطلب، فأما قبل الطلب بطلت شفعته؛ لأن طلب البعض منه قبل تأكد حقه والسكوت من الطلب سواء.

والوجه الثالث: لو صالحه على أن يسلم الشفعة على دراهم لا يجب المال وبطلت الشفعة؛ لأن الاعتياض عن حق الشفعة باطل لما عرف في كتاب الشفعة بخلاف المسألة المتقدمة، فإن ثمة لم تبطل الشفعة والفرق أن ثمة جعل البيت عوضا عن التسليم وبعض الدار يصلح عوضا عن التسليم في الباقي، ألا ترى أنه لو اصطلحا على أن يأخذ النصف لتسلم الشفعة في الباقي يصح وإنما فسد لجهالة ثمن البيت ومتى سمى في العقد ما يصلح أن يكون عوضا له إلا أنه فسدت التسمية للجهالة لا يجعل ذكر العوض بمنزلة السكوت؛ لأنه لم يرض بسقوط حقه مجانا كمن طلق امرأته على ثوب أو دابة لا يقع مجانا وإنما يقع بما سمى لها من المهر، وأما الدراهم لا تصلح عوضا عن التسليم بحال ما، ومتى سمى في العقد ما يصلح عوضا فيه كان ذكر العوض بمنزلة السكوت عنه، كما لو طلق امرأته على خمر أو خنزير وقبلت وقع الطلاق مجانا فصار كأنه سلم وسكت عن ذكر العوض صح التسليم فكذا هذا.

وأما **القسم الثاني**: اشترى دارا فخاصم رجل على تبعض منها وطلب الشفعة فيما بقي فصالحه على نصف الدار بنصف الثمن على أن يبرأ من الدعوى جاز؛ لأن دعواه الملك في البعض وحق الشفعة في البعض صحيحة فيجوز الصلح عنها في نصف الدار؛ لأن الصلح عن كل واحد منهما بانفراده جائز فكذلك عنهما باجتماعهما فيكون نصف ذلك النصف مأخوذا بدعوى الملك ونصفه مأخوذًا بحق الشفعة بربع الثمن، ولو صالحه على نصف دار أخرى على هذا الوجه لا يجوز؛ لأنه صار مسلما الشفعة بعوض فالاعتياض عن الشفعة لا يصح بخلاف الأول؛ لأنه

لم يصر مسلما الشفعة بعوض بل صار آخذًا بعض ما ادعى فيه الشفعة وتاركا البعض فهذا جائز كما لو ادعى الشفعة في جميع الدار فصالحه على نصف الدار بنصف الثمن. ادعى في دار حقا فصالحه على دراهم ليس للشفيع الأخذ؛ لأن صاحب اليد زعم أنه لم يملك الدار من جهة المدعِي بل كان ملكه في الأصل وإنما بذل المال افتداء عن اليمين فالقول قوله؛ لأن الظاهر يشهد له، فإن اليد تدل على الملك، ولو أن الشفيع خاصمه فسلم له نصف الدار بنصف الثمن الذي صالح عليه المدعِي الأول جاز ويكون آخذًا بشراء مبتدأ لا بالشفعة؛ لأنه ليس له حق الشفعة فيجعل التسليم شراء مبتدأ.

(باب الصلح مع الورثة في التركة)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في صلح بعض الورثة.

والثاني: في صلح الوصي مع الورثة.

(فصل)

ولو صالح بعض الورثة على نصيبه من التركة فلا يخلو إما أن كان في التركة دين أو لم يكن، فإن كان في التركة دين لم يصح الصلح بحال؛ لأن الصلح وقع عن العين والدين جميعا؛ لأنه أوقع عن التركة والتركة تناولتهما جميعا والصلح عن الدين باطل؛ لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين، وإذا فسد الصلح في حصة الدين فسد في الكل لاتحاد الصفقة، والحيلة في جوازه ذكرناها في (**كتاب الحيل**)، وإن لم يكن في التركة دين فصالح من نصيبه على مثل نصيبه من الدراهم أو أقل ففاسد، وإن كانت أكثر فصحيح؛ لأنه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الإبراء؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل وتجويزه بطريق المعاوضة لا يكون إلا باعتبار المماثلة فيما هو مصارفة وبقدر حصته من الدراهم عقد صرف فيشترط المماثلة فيه وذلك بأن يكون بدل الصلح البر بأن يكون بإزاء نصيبها من الدراهم بمثلها والفضل بإزاء العروض الباقية لكي لا تؤدي إلى الربا وبشرط قبض البدلين في المجلس إذا كانت الورثة مقرين بالتركة.

وذكر في (**الفتاوى**): امرأة ماتت وفي تركتها نقد وغيره فصالح أبوها زوجها على مائة دينار ولا يدري أن نصيبه من النقد أقل أو أكثر لا يجوز لما بينا.

وإن صالحه على دراهم ودنانير جاز إذا قبضا في المجلس وكانت الدنانير بإزاء الدراهم وبحصتها احتيالا للجواز. فأما إذا ظهر دين للميت أو عين نقد بعد الصلح لا تعرفه الورثة هل يكون داخلا تحت الصلح فلا رواية فيه فلقائل أن يقول لا يدخل؛ لأن الورثة يقصدون بهذا الصلح الصلح عن التركة الظاهرة لا عن التركة المختفية لا يعرفها الورثة فصار ما لم يظهر من التركة كالمستثنى بدلالة ظاهر حال الورثة والمستثنى بدلالة الحال كالمستثنى صريحا فلقائل أن يقول يدخل؛ لأن الصلح وقع عن التركة واسم التركة يشتمل على ما ظهر وما لم يظهر ودلالة الحال لا غيره بها متى كان الصريح بخلافها إلا أنه إذا كان ما ظهر عينا لم يفسد الصلح بأن كان وديعة أو غصبا، وإن كان ما ظهر دينا فسد الصلح إلا إذا كان الدين مستثنى من الصلح. صالح بعض الورثة من جميع الدعوى على مال بغير أمر الباقين لا يرجع عليهم بالبدل؛ لأنه متطوع في الصلح عن الباقين وصلح المتطوع جائز وتقع البراءة للمتطوع عنه عن الدعوى فلا ترجع عليه؛ لأنه صالح بغير أمره.

ولو صالحه في يده صح وبقي المدعِي على دعواه فيما في يد صاحبه؛ لأنه لم يصالح عما في يد صاحبه هذا إذا صالحه عن إنكار، وإن صالحه عن إقراره عن جميع الدعوى جاز ثم إن صدَّقه صاحبه في إقراره فلا يرجع على صاحبه بحصته مما في يده؛ لأنه صار مشتريا من المدعِي ما في يده ويد صاحبه، فإن كذبه صاحبه فله أن يرجع على المدعِي بجميع البدل؛ لأنه لم يسلم له جميع ما اشتراه من المدعِي، وإن شاء لم يفسخ الصلح ويتربص إلى أن يتمكن من الأخذ مما في يد صاحبه إما بإقامة البينة أو بنكوله عن اليمين كما لو اشترى ممسوكًا في يد غيره.

(فصل)

ولو ادعى الوارث قبل الوصي ميراثا فلا يخلو إما أن أنكره الوصي أو أقر به،

فإن أنكره الوصي فصالح أحد الورثة مع الوصي جاز ولا شيء للآخر على الوصي؛ لأن الصلح عن إنكار لا يتضمن إقرارًا.

ولو أراد أن يشاركه صاحبه فيما قبض ينظر إن كان ما ادعاه قائمًا في يد الوصي ليس له ذلك؛ لأن في زعمه أنه باع شريكه المصالح نصيبه فيما ادعى من الوصي وأحد الشريكين إذا باع نصيبه ليس للآخر أن يشاركه فيما أخذ من الثمن، فإن كان مستهلكا فله أن يشاركه صاحبه فيما قبض؛ لأنه صالح عن دين مشترك؛ لأن في زعمهما أنه بالهلاك وجبت القسمة على الوصي فصارت مشتركة بينهما وأحد الشريكين متى صالح من دين مشترك كان للآخر أن يشاركه بخلاف ما لو ادعيا عينا ثم صالح أحدهما من نصيبه على دراهم لا يشاركه الآخر؛ لأنه صار بائعا نصيبه منه بالصلح فينصرف إلى نصيبه خاصة، وأما إذا أقر الوصي أن لأحد الورثة من ميراث عنده كذا لا يكون للآخر مثله عليه وله أن يشاركه أخاه.

وذكر في (**كتاب الوصايا**): يضمن مثل ذلك للآخر وجه رواية الوصايا أن تركة الميت كلها في يد الوصي فمتى أقر لأحد الورثة بشيء من ميراث عنده يكون مقرا للآخر بمثله اقتضاء؛ لأنه أقر بشيء مشترك بينهما والثابت اقتضاء كالثابت نصًّا، فإذا جحد بعدما أقر وقال: لم يكن عندي إلا هذا صار ضامنا للآخر بمثل ما أقر للأول بجحوده. وجه هذه الرواية أن الوصي لم يقر للآخر بمثل ما أقر به للأول اقتضاء؛ لأنه ليس من ضرورة إقراره للأول أن يصير مقرًّا للآخر بمثل ذلك بجواز أنه دفع إليه نصيبه بعد القسمة أو هلك نصيبه في يده بعد القسمة فلم يصر مقرًّا له بمثل ذلك فلا يتصور منه الجحود بعد الإقرار فلا يصير ضامنا إلا أن المقر به مشترك بين الورثة؛ لأن الوصي أمين فيما في يده من التركة والأمين يصدق فيما يدعي من براءة نفسه من الضمان ولا يصدق في إبطال حق على الغير؛ لأن ذلك شاهد والحكم لا يثبت بشهادة الفرد فلا يصدق في دعوى قطع شركتهم. أقر الوصي أن عنده للميت ألف درهم وديعة فصالح أحد الوارثين عن نصيبه على أربعمائة درهم لا يجوز؛ لأنه تعذر تجويزه بطريق استيفاء البعض والإبراء عن البعض؛ لأن البراءة عن الأعيان باطلة وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة؛ لأنه يصير ربا؛ لأنه بخلاف ما لو أقر بألف

وديعة مستهلكة؛ لأنها صارت دينا عليه فأمكن تصحيحه بطريق الاستيفاء والإبراء؛ لأن البراءة عن الديون جائزة.

(**المنتقى**): رجل مات وترك ابنين فادعى رجل على أبيهما مائة درهم فأقر له أحد الابنين وقال أنا أدفع إليك حصتي من ذلك وهي خمسون على أن لا يأخذه ببقية الدين قال أبو حنيفة رحمه الله: هذا باطل وله أن يأخذه ببقية الدين؛ لأن الإقرار بالدين على الميت صحيح وشرط عدم مؤاخذته بما وراء حصته لا يصح؛ لأن التركة ما لم تفصل عن الدين لا تصير ملكا للوارث بل تكون مبقاة على حكم ملك الميت.

وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يأخذه بشيء ويأخذ الآخر ببقية الدين، فإن نوى على الآخر أو جحده الدين رجع على المقر ببقية الدين، وكذلك إن كان الآخر غائبا فله أن يأخذ الحاضر بجميع الدين والصلح باطل، وكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لو صالح رب المال مع الأصيل على أن أعطاه الخمسمائة ويأخذ الكفيل بالخمسمائة الباقية من غير أن يبرئ الأصيل ليس له أن يأخذ الأصيل إلا أن ينوي حقه على الكفيل.

(باب صلح الوارث مع الموصى له)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في صلح الموصى له بالثلث.

والثاني: في صلح الموصى له بالخدمة.

والثالث: في صلح الموصى له بالغلة.

والرابع: في صلح الموصى له بالحقين.

(فصل)

أوصى لرجل بثلثه فصالح بعض الورثة على دراهم على أن يسلم له خاصة وليس في التركة دين ولا نقد بثلثه فمثل ذلك يجوز؛ لأن الوارث بهذا الصلح اشترى نصيب الموصى له من الأعيان لنفسه، كما لو اشترى غير الوارث نصيب الموصى له.

وإن كان في التركة مال نقد وهو في يد الموصي وما أعطاه الوارث أكثر من ثلثه ثم تفرقا قبل أن يقبض الوارث من الوصي ينتقض الصلح في نصيبه النقد دون غيره؛ لأن ما يخص النقد يكون صرفا فيشترط قبض بدله في المجلس وما يخص غيره يكون بيعا ولا يشترط قبض بدله.

وإن كان بدل الصلح مثل ثلثه أو أقل ولا يدري لا يجوز الصلح؛ لأنه يكون ربا، وكذلك لو صالح على ثياب موصوفة في الذمة معلومة القدر فضرب لها أجلا ثم تفرقا قبل أن يقبض الوارث حصة الموصى له من العين بطل من الثياب حصة ذلك المال لا ما سواه؛ لأن ما يخص الثياب من نصيبه من التركة سلم فيشترط قبض بدلها في المجلس، وكذلك لو صالح جميع الورثة كان حكمه كذلك.

(فصل)

ولو صالح الموصى له بخدمة عبد أحد الورثة على دراهم على أن يخدم للوارث خاصة تلك المدة لم يجز، وكذلك لو أجر منه ولو صالحهم جميعا جاز؛ لأنه تعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة والتمليك؛ لأنه ملك المنفعة بغير عوض ولا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير وأمكن تجويزه بطريق الإبراء والإسقاط؛ لأن المنافع قابلة للإسقاط؛ لأنها بمنزلة حقوق الملك من الشرب ومسيل الماء من حيث إنها تابعة للأعيان والحقوق قابلة للإسقاط فكذلك المنافع فيجوز الصلح بطريق الإسقاط فصار كأنه أسقط حقه في الخدمة على دراهم، وإذا سقط حقه في الخدمة صار كأن الميت لم يوص له بالخدمة وصارت الخدمة للورثة من جهة الميت لا من جهة الموصى له فيكون بينهم بخلاف الإجارة؛ لأنه ليس في الإجارة معنى الإسقاط حتى يجوز بطريق الإسقاط وتعذر تجويزه بطريق المعاوضة فلم يجز.

ولو مات العبد بعدما قبض الموصى له ما صالحوه عليه لا يبطل؛ لأن الإسقاط لا يحتمل الفسخ كالصلح عن القصاص، ولو باع منهم خدمته لم يجز؛ لأن الشراء معاوضة محصنة وتجويزه بطريق المعاوضة متعذر لما بينا.

ولو قال له الوارث: أهب لك الدراهم على أن تهب لي الخدمة جاز إذا قبض الدراهم؛ لأن الهبة تبنى على التبرع وفي الصلح معنى التبرع؛ لأنه يجوز بدون الحق فمتى كان مقرونا بالبدل فكما يحتمل البيع يحتمل الصلح فيحمل على الصلح تصحيحًا له.

(فصل)

وكذلك الواجب فيما إذا أوصى له بغلة عنده فصالح مع بعض الورثة أو كلهم جاز لما بينا أو آخر من بعض الورثة جاز بخلاف الموصى له بالخدمة أو آخر من الوارث ومن غيره لم يجز. والفرق أن الإجارة طريق وصول الغلة؛ لأنه لا يتوصل إلى الغلة إلا بالإجارة، وإذا أوصى له بغلته يكون موصًى له بالإجارة فيصير مأذونا بالإجارة دلالة فيملك الإجارة وأما ليس من ضرورة استيفاء الخدمة الإجارة؛ لأنه يمكنه الاستخدام من غير إجارة فلا يصير موصى له ومأذونا بالإجارة فلا يملك الإجارة.

ولو صالح على دراهم أقل من الغلة أو مثلها؛ جاز؛ لأن هذا إبطال حق الاستغلال وإسقاطه بهذه الغلة وذلك جائز.

ولو أوصى لرجل بغلة نخلة أبدا حالا، فإن صالحه الورثة بعدما خرج عامة منها ومن كل غلة يخرج منها أبدا على حنطة وقبضها جاز؛ لأنه لو صالح عن غلة النخل والكل معدوم جاز وهذا أولى، وإذا جاز الصلح كيف ينقسم البدل على الموجود والمعدوم حتى لو صالحه على عبد مثلا ثم استحق نصف العبد من يد الموصى له بأي قدر يرجع في هذه الغلة الموجودة وفيما يحدث في المستقبل اختلف المشايخ فيه قيل ينقسم عليهما نصفان؛ لأنه جعل المال بإزاء الثمرة الخارجة وبإزاء ما يخرج في المستقبل فيكون البدل مقابلا بهما على السواء.

وقال الفقيه أبو جعفر رحمه الله: ينقسم عليهما على قدر قيمتهما؛ لأن ما خرج في المستقبل مجهول قد يخرج من الثمرة الموجودة للحال أو أكثر أو أقل ولا يخرج شيء فلا يمكن القسمة عليهما باعتبار عينهما فيقسم باعتبار قيمتهما وقيمة ما يخرج في المستقبل مما يمكن معرفتها بأن ينظر أن هذه النخيل ولها ثمرة بكم تشترى ولا ثمرة لها أبدا بكم تشترى، وإن كان يشتري ولها ثمرة بألف وخمسمائة

ويشتري بألف ولا ثمرة لها علم أن قيمة الغلة قدر ما بينهما وذلك خمسمائة ثم ينظر إلى قيمة الثمرة الخارجة، فإن كانت قيمتها خمسمائة ظهر أن قيمتها سواء فانقسم البدل عليهما نصفان، فإن كانت قيمتها ألف انقسم عليهما أثلاثا، فإذا استحق من بدله شيء أو وجد ببعضه يرجع بحصة ذلك من الموجود والمعدوم.

قال الفقيه: وهكذا الجواب متى وقع الصلح على مسيل الماء أو عن موضع الجذوع ينظر إلى الدار بكم تشترى وليس لها مسيل وبكم تشترى ولها مسيل فالفصل فيما بينهما يكون قيمة المسيل.

ولو صالحوا على حنطة نسيئة وقد أثمر لم يجز؛ لأن ما يخص الثمرة الخارجة جمعيها الكيل والنساء، والكيل بانفراده يحرم النساء كالجنس، وإذا فسد الصلح في حصة الثمرة الخارجة فسد في الكل؛ لأنه صار مشتريًا بالخارجة الحال بالحصة ابتداء، فإن المعدوم لا يدخل تحت العقد.

ولو صالحوا على شيء من الوَزْنِيِّ نسيئة جاز؛ لأنه لم يجمعهما أحد وصفي غلة ربا النقد وهو الكيل أو الجنس أو الوزن وفي صحة الخارجة الافتراق حصل عن عين بدين في حصة ما يستخرج الافتراق لم يقع عن دين بدين؛ لأن ما يستخرج ليس في الذمة؛ لأنها معدومة بعرض الوجود وكان بمنزلة الإجارة بأجرة معلومة مؤجلة جائزة، وإن كانت المنافع معدومة؛ لأنها ليست في الذمة حتى يقع الافتراق عن دين بدين.

(فصل)

أوصى له بما في بطن أمته فصالحه الورثة على دراهم فولدت ميتًا أو ضرب إنسان بطنها فألقت جنينها ميتا لم يجز الصلح؛ لأنه ظهر أن الوصية كانت باطلة؛ لأنه أوصى بالميت؛ لأن عدم الحياة أصل والحياة عارض تثبت بالنسل والوصية بالميت باطلة.

ولو أعتقوا الأم ضمنوا له قيمة الولد لو ولدته حيا؛ لأن الولد عتق بعتق الأم تبعا لها؛ لأنه جزء متصل بها خلقة فقد عتق بإعتاقهم الأم فضمنوا قيمته، وإن قتلوا

الأم لم يضمنوا قيمة الولد؛ لأنه لم يثبت حياة الولد وقت الوصية حقيقة ولا حكما.

وإن أوصى بما في بطن بقرته وذبحها الورثة لم يضمنوا العجل عند أبي حنيفة خلافا لهما رحمهما الله بناء على أن الجنين لا يتذكى بتذكية الأم عنده ولا تثبت حياة الجنين وقت الوصية حقيقة ولا حكمًا.

أما حقيقة فلأنه لم يعرف حياة الولد عند الوصية، وأما حكما فلأنه لم يصح تناوله حتى يحكم بحياته ضرورة حل تناوله وعندهما يتذكى بذكاة الأم ويحل تناوله وإنما حل أكله إذا كان حيا وقت ذكاة الأم فصار مذبوحا بذبح الأم فتثبت حياته ضرورة الحكم بحل تناوله.

ولو أوصى بما في بطن فلانة فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر لا تصح الوصية؛ لأن الولد يجب أن يكون موجودا عند الوصية حتى تصح الوصية وإنما يعلم بوجوده وقت الوصية إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر، فإذا جاءت به لستة أشهر فقد شككنا في وجوده عند الوصية، ولا تصح الوصية بالشك إلا أن يكون الموصي مقرًّا بأنها حامل فتصح؛ لأنه يصير كأنه قال أوصيت لك بولد قد تلده إلى سنين، ولو صرح بها صحت الوصية فكذا هذا وإن جاءت به إلى سنين من يوم أوصى فصالح أبو الحبل عما أوصى به للحبل لا يجوز؛ لأنه لا ولاية للأب على ما في البطن لعدم ملكه في الأم ولفقد الحاجة للجنس؛ لأن ثبوت ولاية التصرف للأب عليه، فإنه لا حاجة لما في البطن إلى ثبوت الولاية فلا تثبت وكذلك مولى الحبل لا يصح صلحه ورُوي أنه يجوز؛ لأن الوصية متى تمت للعبد انتقلت إلى المولى حكما لملكه رقبته وهنا الوصية تمت للحبل بموت الموصي فينتقل إلى المولى حكما لملكه رقبته كما بعد الانفصال فصار المولى مصالحا عن حق نفسه لا على الحبل فيجوز. وجه ظاهر الرواية: أن الوصية تقع للعبد أولًا ثم تنتقل إلى المولى حتى يعتبر رده وقبوله وتصرف إلى ديونه فمتى فضل عن حاجته شيء يصير للمولى فالوصية قبل ولادة الحبل بعد موت الموصي لم تتم؛ لأنه قد يكون حيا وقد يكون ميتا وما لم تتم الوصية للعبد لا ينتقل إلى المولى فيكون مصالحا على الحبل فلا ولاية لأحد على الحبل كما لو أوصى لجنين بعبد ثم أعتق المولى الأمة الحامل ثم

ولدت غلاما فالغلام حر ولا وصية له بل لمولاه؛ لأن الوصية تمت بموت الموصي ويوم الموت كان عبدا فوقعت الوصية لمولاه فصار الموصي ملكا لمولاه فأعتقه المولى بعدما صار الموصى به ملكا لمولاه فيبقى على ملكه، وإن أعتقها قبل موت الوصي، فالمسألة بحالها تكون الوصية للغلام؛ لأنه يوم مات الموصي كان حرا فوقعت الوصية له ولم تنتقل إلى مولاه.

ولو أوصى بما في ضرع غنمه من اللبن جاز؛ لأن جهالة الموصى به لا يمنع صحة الوصية، فإن صالحه الورثة على لبن أقل أو أكثر لا يجوز لمكان الربا؛ لأنه لا مساواة بين اللبن المنفصل وبين اللبن المضمن في الضرع فيتمكن فيه الربا فهذا الصلح، وإن كان إسقاطا وإنما فيه شبهة تمليك اللبن والشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الربا.

(**المنتقى**): ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: رجل أوصى لرجل بثلث ماله وترك تسعمائة درهم ورقيقا فصالح الوارث الموصى له من وصيته على أربعمائة درهم إلى سنة لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يبطل في حصة الثلث من الدراهم وهو ثلاثمائة، ويجوز في حصة الثلث من الرقيق وهي المائة وهذا بناء على أن الصفقة الدائرة متى فسدت في بعضها فسدت في الكل عنده وعندهما تفسد بقدر المفسد والمفسد وجد في حصة الصرف وهو الدراهم وهو عدم القبض في المجلس دون حصة الرقيق ولو صالحه من وصيته على كر حنطة موصوفة إلى سنة جاز بالإجماع؛ لأن ذلك سلم في حصة الدراهم من الكر وبيع في ثلث الرقيق وبيع حصته من الرقيق بالكر وهو نسيئة جائز وهذا إذا كانت الدراهم في يد الوارث حتى يكون سلمًا، فإن كانت في منزل الوارث بطل العقد في حصة الدراهم لعدم قبض بدل السلم في المجلس وصح البيع في حصة الرقيق بالإجماع؛ لأن أبا حنيفة رحمه الله يجيز السلم في العين دون الدين إذا أسلمهما جميعا في كرة. رجل أوصى لرجل بعبد أو دار وترك ابنًا وبنتًا فصالحا الموصى له من العبد على مائة درهم إن كانت المائة من مال الميراث فالعبد بينهما أثلاثًا، وإن كانت المائة من مالهما غير الميراث فالعبد بينهما نصفان؛ لأنه معاوضة بينهما.

(باب صلح الأب والوصي)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في صلح الأب.

والثاني: في صلح الوصيّ.

(فصل)

أصله أن يصرف الأب والوصي مقيد بشرط الأحسن وإلا نظر، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] ثم صلح الأب على الصغير لا يخلو إما أن كان في دعوى على الصبي أو كان في دعوى له وكل ذلك له بينة أو لم يكن، أما الأول لو صالح الأب عن الدعوى في مال الصبي إن كان للمدعي بينة وما أعطاه مثل المدعِي به جاز، وإن لم يكن له بينة لم يجز؛ لأنه متى كان للمدعي بينة كان للصبي في هذا الصلح منفعة وهي سلامة العين له؛ لأنه لو لم يصالح يستحقه المدعِي بالبينة فيكون هذا الصلح من الأب بمعنى الشراء فصار بالصلح مشتريا للصبي فيتقيد بالمثل، وإن لم يكن له بينة صار الأب بالصلح متبرعا بمال الصبي لا مشتريا؛ لأنه لم يستحق المدعِي شيئًا من ماله لو لم يصالح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر عليه ولا يجوز، وإن صالح عن مال الصبي ولا بينة له يجوز كيف ما كان؛ لأنه لم يثبت للصبي فيما ادعى الأب له ملك ولا هو في معنى الملك وهو التمكن من الأخذ فكان محصلا مالا له من غير شيء أخرجه عن ملكه فكان نظرا لا ضررا فكان تحصيل مال الصغير أنفع من منازعة غير مفيدة، وإن كان له بينة لا يجوز؛ لأنه ثبت له إمكان الأخذ بواسطة إقامة البينة العاجلة فصار، كما لو ثبت له حقيقة الملك لما بيناه. صالح الأب من دم الصبي على مال جاز، وإن حط لا يجوز، فإن قل الحط؛ لأن الصلح أنفع للصبي من الاستيفاء؛ لأن منفعة الاستيفاء التشفي ودرك الثأر والغيظ وهذا مما لا يعرفه الصبي، وفي الصلح يحصل له منفعته يتعلق بها قوام الصبي فكان الصلح أنفع له فيملكه بطريق الأولى، فأما الحط والعفو ضرر بالصبي فلا يملكه.

(فصل)

صلح الوصي لا يخلو إما أن وقع في الدعوى على الورثة أو للورثة، ولا يخلو إما أن كانت له بينة أو لا، وكل ذلك لا يخلو إما أن وقع الدعوى في العقار أو في المنقول، فإن كانت الورثة صغارًا كلهم وقد صالح الوصي عن الدعوى عليهم وللمدعي بينة عاجلة يجوز في العقار والمنقول؛ لأنه صار محصلا المال لهم من غير إخراج شيء من ملكه فكان نظرًا لهم، وإن لم يكن له بينة لا يجوز؛ لأنه مزيل عنهم ملكهم من غير أن حصل لهم مالا فكان ضررًا عليهم، وإن صالح في الدعوى لهم ولهم بينة لا يجوز، وإن لم يكن لهم بينة يجوز لما بينا.

(باب الصلح الفاسد)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصلح على المجهول أو المعدوم.

والثاني: في الصلح على شرط فاسد.

(فصل)

الصلح على حيوان إلى أجل لا يجوز؛ لأن الصلح إن كان عن إقرار فهو معاوضة والحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عما هو مال، وإن كان الصلح عن إنكار فهو مبادلة في حق المدعِي؛ لأن في زعمه أنه إنما يأخذ الحيوان بدلا عن المال الذي ادعاه في زعم المُدَّعَى عليه معاوضة وافتداء عن اليمين ولكن الافتداء عن اليمين في حكم المال؛ لأن اليمين وجبت بسبب دعوى المال واليمين بدل حقه وهو دعوى المال فكان في معنى المال، ولهذا لو اختلفا في بدل الصلح أو في مقداره يتحالفان ويرد في العيب كما في البيع، ولو صالحه على ألف درهم إلى الحصاد لم يجز كما في البيع، وكذلك لو صالح من الدعوى في الغنم على نصف الغنم على أن للمطلوب الأولاد كلها سنة لا يجوز، وكذلك لو شرط الأولاد كلها للطالب؛ لأن هذا صلح وقع عن مجهول معدوم يحتاج فيه إلى التسليم؛ لأن ما يحدث من الأولاد من نصف الغنم الذي يأخذ الطالب يحتاج إلى تسليمه إلى

المطلوب، وكذلك ما في يد المطلوب يحتاج إلى تسليم نصف أولاده إلى الطالب وذلك مجهول معدوم، ولو صالح على صوفها على أن يجز من ساعته جاز عند أبي يوسف خلافًا لمحمد رحمهما الله.

له: أن هذا الصلح وقع على مجهول؛ لأن موضع الجزء مجهول من حيث العرف والعادة، فإنه قد يجز جزًّا ناعما وغير ناعم، ولهذا لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم وصار كما لو صالحه على اللبن الذي في ضرعها أو على ولد في بطنها. لأبي يوسف: أن هذا الصلح استيفاء للبعض وإسقاط للبعض في زعم المدعِي؛ لأنه يستوفي بعض حقه ويترك بعضه وفي زعم المُدَّعَى عليه إن كانت معاوضة ولكن المصالح عليه مرئي مشار إليه ومبنى الصلح على الحطيطة والتجوز فلا يجري بينهما المشاحنة والمنازعة في الجزّ، ولهذا يجوز هبة الصوف على ظهر الغنم إذا سلطه على الجزّ بخلاف البيع؛ لأنه معاوضة محصنة ليس فيه معنى الاستيفاء ويجزئ فيه المماكسة والمشاحنة فجهالة المبيع يوقعهما في المنازعة، ألا ترى لو كان له على آخر دين لا يعرف قدره باع ذلك منه بدراهم لا يجوز؛ لأنه أمكن تجويزه بطريق الاستيفاء والاستبراء، وقيل عند أبي يوسف إنما يجوز إذا صالح على صوفها، فإن صالح على صوف غيرها لا يجوز؛ لأنه يكون معاوضة وليس باستيفاء للحق وقيل يجوز فيهما؛ لأنه أمكن تجويزه بطريق الاستيفاء فيجوز، وإن صالح على ألبانها في ضروعها لا يجوز؛ لأنه معدوم على خطر الوجود لجواز أن يكون انتفاخا ولا يعطي له حكم الوجود قبل الظهور فكأنه وجد حالة الظهور فقبل الظهور كان معدوما في حق بناء الأحكام، ولهذا لو وهب اللبن في الضرع وسلطه على الحلب لا يجوز في إحدى الروايتين وهو الأصح لكونه معدوما في حقنا قبل الحلب فكذلك في الصلح لا يعطى له حكم الوجود قبل الظهور فلم ينعقد الصلح عليه كما لو صالحه على ما في بطنها من الولد، ولو صالحه على مخاتيم دقيق هذه الحنطة لا يجوز كما لو صالحه على أرطال من لحم شاة وهي حية؛ لأنه صالحه على معدوم، ولهذا لا يجوز بيعه؛ لأن دقيق هذه الحنطة معدوم قبل الطحن فإنما يصير دقيقا بالطحن، ولهذا لو وهب من رجل هذه الحنطة وسلطه على الطحن لم

يجز واللحم في الشاة قبل الذبح موجود مملوك للمصالح عليه ولكن لا يمكنه تسليمه إلا بضرر يلحقه وهذا يوجب فساد الصلح كما لو باع الجذع في السقف.

(فصل)

أصله: أن كل شرط يفسد البيع يفسد الصلح إذا وقع على خلاف جنس الحق؛ لأنه معاوضة كالبيع، ولو صالح من حقه على عبد على أن يخدم المُدَّعَى عليه شهرا لا يجوز؛ لأنه لا يجوز بيعه على هذا الشرط؛ لأنه بيع شرط فيه إعارة أو إجارة فكذا الصلح، وكذلك لو صالحه على ثوب على أن يصبغه بعصفر أو يقطعه له قباء ويحشوه ويبطنه؛ لأن هذا الشرط يفسد البيع فكذلك الصلح.

ولو شرط الخيار في الصلح جاز استدلالًا بالبيع، وإن كان الخيار للمدعى عليه فالمصالح عليه مضمون في يد المدعِي بقيمته ودينه على حاله كما في البيع متى كان الخيار للبائع والمبيع في يد المشتري مضمون عليه بالقيمة وثمنه على حاله فكذا هذا. لرجل على رجل ألف درهم مؤجلة فصالحه على أن يعطيه كفيلا وأجل سنة أخرى جاز؛ لأن البيع بشرط الكفالة جائز؛ لأن للناس حاجة إلى استيثاق الحقوق بالكفالة والرهن ولا يحصل الاستيثاق إلا بالشرط في البيع، فإنه من غير شرط لا يخير على ذلك وفيه تأكيد الثمن والدين وكان شرطا ملائما للعقد فلا يفسده فكذلك الصلح صلح المكره لا يجوز كالبيع. قوم دخلوا على رجل بيتا ليلا أو نهارا أو شهروا عليه السلاح حتى صالح مع المقر يجوز على قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز؛ لأن عنده الإكراه لا يتحقق من غير السلطان وعندهما يتحقق، فإن كان دون السلاح مما لا يقتل سريعا، فإن كان بنهار بمصر لم يكن مكرها وجاز صلحه، وإن كان بليل أو في مفازة كان مكرها، وبيع العطاء والصلح عنه قبل القبض لا يجوز؛ لأنه صالح عما لا يملك؛ لأن العطاء صلة ومعونة وأرزاق موعودة جزاء على أعمال معمولة لجماعة المسلمين؛ لأن العطاء لا يصلح عوضا عن الأعمال التي عملها؛ لأنها طاعة وقربة من الجهاد والقضاء وتعلم العلم والقرآن ونحوه والاستئجار على الطاعات باطل فكان ما يأخذه يأخذه على سبيل المعونة والصلة لا على سبيل المعاوضة والصلاة لا يملك قبل القبض، ولهذا لو مات من له

العطاء لا يكون موروثا بين ورثته. ادعى رجل أنه باع هذا منه بألف ورطل من خمر فقال المشتري: اشتريته بألف لا غير، فصالحه على أن يزيد المشتري دينارًا على أن يحط الخمر جاز؛ لأن في زعم المشتري أنه اشتراه بألف درهم شراء صحيحًا ولا زيادة دينار وفي زعم البائع أن البيع الأول كان فاسدًا ولأن ملكه بألف درهم وزيادة دينار وذلك جائز فقد اتفقا على جواز الصلح فيحكم بالجواز.

(باب الصلح عن دم العمد والجراحات)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: فيما يقع عليه الصلح من دم العمد.

والثاني: في رد بدل الصلح واستحقاقه.

والثالث: فيما يقع عنه الصلح.

والرابع: في صلح أحد الوليين.

والخامس: في صلح المولى على الدفع أو الفداء.

(فصل)

الصلح عن دم العمد في النفس أو فيما دونهما على مال جائز لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وروى ابن عباس رضي الله عنه قال: نزلت الآية في الصلح عن القصاص.

ولو صالح في العمد على أكثر من الديّة والأرش يجوز وفي الخطأ لا يجوز؛ لأن في العمد الواجب هو القصاص وذلك ليس بمال وإنما يتقوم بالعقد فيتقوم بقدر ما أوجب للصلح قل أو كثر وفي الخطأ الواجب هي الديّة، وهو مال مقيد شرعا. فالزيادة عليه تكون ربا لا يجوز وكل ما يصلح مهرا في النكاح ويصح تسميته في النكاح ويجب مهر المثل فيه. ففي العمد تجب دية النفس في القتل وأرش الجناية فيما دون النفس إلا في فصل وهو أنه إذا صالح على خمر أو خنزير عن العمد يسقط القصاص ولا يجب شيء، وفي النكاح يجب مهر المثل والفرق أن

وجوب المهر في باب النكاح كان من ضرورات العقد، فإن عقد النكاح ما شرع إلا بالمال، فإذا أبطلت التسمية صيّر إلى موجبه الأصلي وهو مهر المثل، فأما وجوب المال ليس من ضرورات الصلح عن دم العمد والخطأ، فإنه لو عفا ولم يسمّ مالًا لم يجب شيء وكان العفو بدون المال مندوبا إليه وأنه أقرب إلى التقوى، فإذا لغت التسمية لعدم المالية صار كأنه عفا من غير مال ثم فرق بين العمد والخطأ وقال: لو صالح عن الخطأ على خمر أو خنزير أو على حر يرجع بالدية ولا يسقط، وفي العمد يسقط القصاص. والفرق أن الواجب في الخطأ مال فبالصلح عنه صار بائعا المال بالخمر والخنزير فوقع البيع فاسدًا والبيع متى وقع فاسدًا كان لكل واحد منهما أن يرجع إلى رأس ماله، فأما الواجب في العمد القصاص، فإنه ليس بمال وكان الصلح عنه إسقاطا وعفوا بمال، وإذا لم يكن البدل مالا يقع عفوا مجانا؛ لأنه رضي بوقوعه مجانا لما لم يذكر بمقابلته مالا كما في الخلع.

ولو صالح بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز؛ لأن العفو بغير بدل أصلا جائز فلأن يجوز ببدل ليس بمال أولى كما في الخلع، فإن أتى القاتل ولم يعف عن الدم الذي وقع عليه الصلح هل يرجع العافي عليه بالدية إن كان القصاص للقاتل على قريب العافي كأبيه أو ولده؟ يرجع عليه بالدية؛ لأنه جعل بدل قصاصه منفعة له بقريبه، فإنه منفعة من عونه يحل له شرعا فيجوز له شرطا أو المنفعة الحاصلة لقريبه حاصلة له معنى، فإذا لم يسلم له شرطه كان له الرجوع كما لو تزوج امرأة على ألف وعلى أن يعفو قصاصًا له على أبيها ولم يف الزوج به فلها الرجوع بمهر المثل، وإن كان القصاص له على أجنبي لا يرجع؛ لأنه لا منفعة له فيه فلا يكون مشروطا له معنى كما لو تزوجها على أن يعفو عن أجنبي، ولو صالح على سكنى دار أبدا فعلى القاتل الدية؛ لأن السكنى مال متقوم إلا أنه فسدت التسمية بجهالة المدة فكان له الرجوع إلى البدل حتى لو بين مدة السكنى جاز.

(فصل)

ولو صالحه من دم العمد على عبد فاستحق أو وجد به عيبًا فاحشًا يرجع بقيمة

العبد لا بالدم ومن الخطأ يرجع ببدل الدم؛ لأن القاتل معاوض، فإذا لم يسلم له العوض رجع عليه المعوض، فإذا تعذر الرجوع بالمعوض؛ لأن القصاص قد سقط وتلاشى واضمحل رجع بقيمة المعوض، وفي الخطأ أمكن رجوعه بالمعوض فيرجع بالقول في العبد المصالح عليه للقاتل؛ لأن هذا العقد لا يقبل الانتقاض والانفساخ فيكون القول قول المنكر مع يمينه كما في الخلع، وليس له أن يبيعه قبل القبض في الخطأ بخلاف العمد؛ لأن في الخطأ مبيع ما ملك بإزاء ما ليس بمال وهو القصاص فجاز بيعه. وجد بالعبد عيبا يسيرا رده في قتل الخطأ دون العمد إلا بالفاحش، فإنه يرده ويأخذ قيمته؛ لأن الصلح عن القصاص لا يحتمل الفسخ؛ لأنه إسقاط وعفو بعوض فبقي السبب الموجب لتسليم العبد وهو العقد وقد عجز عن رد عينه فيلزمه رد قيمته كما في الخلع والنكاح.

فأما الصلح في قتل الخطأ يحتمل الفسخ؛ لأن الصلح وقع عن المال والصلح عن المال فيما يحتمل الفسخ، فإذا انفسخ بالاستحقاق أو بالرد له الرجوع برأس المال، ولا يرد بالعيب اليسير في العمد كما في النكاح والخلع لما مر. صالح عن دم العمد على أمة فولدت عنده ثم استحقت أو على بستان فأثمر عنده ماء ورد عليه الصلح والصلح لم يرد على الزيادة ألا ترى أن الغاصب لا يضمن الزيادة، لأنه لم يرد عليهما الغصب فكذا هذا. قضى المال قبل الأجل فاستحق أو وجده ستوقة أو زيوفا أو نبهرجة فردَّها عاد الأجل؛ لأن الأجل لم يسقط في الاستحقاق والستوقة أصلا؛ لأن القضاء لم يوجد وفي غيره إن صح القضاء إلا أنه يسقط الأجل حكما للقضاء ضمنا له لا مقصودًا وقد انتقض القضاء بالرد فيعود الأجل كما لو حصل الرد بخيار الرؤية أو الشرط.

(فصل)

جرح رجلًا عمدًا فصالحه منه فلا يخلو إما أن برأ أو مات منها، فإن صالحه من الجراحة أو من الضربة أو من الشجة أو من القطع أو من اليد أو من الجناية لا غير جاز الصلح إن برأ بحيث بقي منه أثر، وإن برأ بحيث لم يبق له أثر بطل الصلح؛ لأنه ظهر أن المجروح لم يستحق عليه ضمانا يجوز الاعتياض عنه؛ لأنه لم يبق له

أثر؛ لأنه لا يستحق عليه قصاصا ولا أرشًا إنما يستوجب عليه التعزير والتأديب، كمن ضرب على رأس إنسان فابيضت عينه ثم انجلى البياض أو حلق لحيته فنبتت مكانها أخرى والاعتياض عن التعزير لا يصح ومتى بقي له أثر ونقص بقي الصلح على الجواز؛ لأن الصلح عن نقص يمكن فيه جائز، فأما إذا مات وجبت الدية من ذلك وبطل الصلح عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما.

وفي مسألة العفو عن الشجة فإن صالحه عن الأشياء الخمسة وما يحدث منها فالصلح جائز إن مات فيها؛ لأن الصلح وقع عن القائم وما يحدث منها وهو السراية، أما إذا برأ ذكرها هنا أن الصلح جائز.

وذكر في الوكالة: لو أن رجلا شج رجلا موضحه فوكل إنسانا ليصالح عن الشجة وما يحدث منها فصالحه عن الشجة وما يحدث منها إلى النفس، فإن مات كان الصلح عن النفس، وإن برأ يجب رد تسعة أعشار المال ونصف عشره ويسلم للمشجوج نصف عشر المال. قيل: تأويل هذا أنه برأ بحيث لم يبق له أثر وتأويل ما ذكر هنا أنه برأ وبقي له أثر ونقص، وقيل في المسألة روايتان وقال عامة مشايخنا اختلف الجواب اختلاف الوضع، فإن الوضع ثمة أنه صالح عن الجراحة عما يحدث منها إلى النفس وما يحدث منها إلى النفس معلوم وأمكن قسمة البدل على القائم والحادث جميعًا، وإذا انقسم البدل عليهما، وإذا لم يسلم للشاج لا يسلم المشجوج بدله وهاهنا صالحه عن الجراحة وما يحدث منها ولم يقبل إلى النفس وما يحدث مجهول فلم يحدث وقد لا يحدث، وإذا حدث لا يدري أي قدر فتعذر قسمة البدل على القائم والحادث فصار البدل كله بإزاء القائم؛ لأنه متى جمع في العقد ما يصلح محلا له وما لا يصلح محلا يصير البدل كله بإزاء ما يصلح محلا وما لا يصلح محلا يصير البدل كله بإزاء ما يصلح محلا للعقد كمن تزوج امرأة وأتاها بألف يكون الألف كلها بإزاء الامرأة فكذا هذا متى تعذر انقسام البدل على القائم والحادث يجعل كله بإزاء القائم وأما إذا صالحه عن الجناية يجوز الصلح في الفصول كلها إلا إذا برأ بحيث لم يبق له أثر؛ لأن الجناية اسم عام يتناول النفس وما دونها، ولهذا لو قال لا جناية لي قبل فلان ثم ادعى عليه جناية في النفس أو فيما دونها لا يصدق.

فأما الجراحة اسم خاص لما دون النفس ولا يتناول النفس فلما آلت نقصًا ظهر أن الجراحة لم تكن حقا له؛ لأنها صادقت لا من الابتداء فظهر أن حقه كان في القتل لا في الجرح وما لم يقل وما يحدث منها لا يتناول النفس، وإن مات من الشجة وبرأ من القطع فعلى صاحب الشجة ثلثا المال وعلى صاحب اليد ثلثه.

وكذلك إن كان أحد الجانيين عبدا صالح عن دم عمد على هذه الدار على أنها إن كانت قيمتها ألف دينار فلا شيء له غيرها، وإن كانت أقل منها أتم له ألف دينار فالصلح فاسد وقد بطل الدم ويرجع بالدية؛ لأن بدل الصلح مجهول ففسد الصلح فبقي عفوًا عن القود وهو ما عفي عن القود مجانا بل بعوض، فإذا لم يسلم له العوض لجهالته يرجع بالدية. صالح المريض من دم عمد على ألف قال أبو يوسف رحمه الله: لم يجز إلا من الثلث؛ لأن الدم ليس بمال فكان الصلح من الدم على مال تبرعا والتبرع لا يصح إلا من الثلث.

وقال محمد رحمه الله: يجوز من جميع المال؛ لأنه أخذ عن المال عوضا والدية هاهنا عوض فلا يكون تبرعا كما لو تزوج امرأة على ألف، ألا ترى أن القاتل إذا صار معتوها فصالح عنه أبوه على ألف درهم جاز.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إنما جاز هذا؛ لأنه لا قصاص عليه حين صار معتوها ووجبت عليه الدية في ماله.

(فصل)

صالح أحد الوليين عن دم العمد على مائة جاز ولا يشاركه الآخر فيه، فإن كان القتل خطأ يشاركه؛ لأن الدية وجبت لهما بسبب متحد في وقت متحد فصارت مشتركة بينهما وأخذ ربا الدين إذا صالح عن نصيبه كان للآخر أن يشاركه فيما قبض.

فأما المال في القصاص وجب بعقد المصالح قائمًا انقلب حق الآخر مالًا بعد عقد الصلح؛ لأنه بعد الصلح لما تعذر على الساكت استيفاء حقه بمعنى حالًا من جهة الساكت انقلب حقه مالًا وكان انقلاب حقه مالًا بعد وجوب المال الأول بعقد الصلح منه فلم يجب بدل الصلح مشتركا بينهما.

(**المنتقى**): ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله قال في رجل قطع يمين رجل فصالحه المقطوعة يده على أن يقطع يسار القاطع فقطعه فهذا عفو عن الأول ولا شيء على قاطع اليسار؛ لأنه قطعها بأمره عوضا له من كفه ولا شيء له على قاطع اليمين؛ لأنه أبرأه عن القطع بالصلح، وإن اختصما قبل أن يقطع يساره وقد صالحه على ذلك فليس له أن يقطع يساره ولكنه يرجع بدية يمينه؛ لأنه عفا عن القطع بعوض لا مجانًا، فإذا لم يسلم له العوض وقد سقط حقه في القطع يرجع ببدله وهو الدية، وإن صالحه على أن يقطع يد القاطع ورجله أو على أن يقتل عبدا للقاطع إن قطع يده ورجله رجع عليه بدية رجله، وإن قتل عبده فله عليه قيمة عبده مقاصة منها بدية يده ويترادان الفضل؛ لأنه لا يصح الأمر بقطع الرجل وقتل العبد؛ لأنه لا يصلح حقا له بحال فكان قطعه وقتله بغير حق فيضمن، فأما اليد اليسرى قد تصلح حقا له؛ لأن اليد تماثل اليد ولكن اليسرى أنقص من اليمنى، فإذا رضي بأنقص من حقه فله ذلك فوقع الصلح جائزًا.

ولو صالح على أن يقطع يد هذا الحر أو على أن يقتل عبد فلان ففعل يغرم دية يد الآخر أو قيمة عبده ويرجع المقطوعة يده على القاطع بدية يده؛ لأن هذا صلح فاسد؛ لأن يد غير القاطع لا تصلح حقا له.

نشر عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل قطع يد عبد عمدًا ثم قطع آخر رجله عمدًا فمات منهما فعليهما القود، فإن صالح رجل عنهما بألف درهم كان على قاطع اليد خمسة أثمانها وعلى قاطع الرجل ثلاثة أثمانها؛ لأن بقطع يد واحدة تلف ربع قيمة العبد وذلك ثمنان فلزم بدله قاطع اليد بقي سنة تلف بفعلهما فبدله عليهما نصفان لكل واحد ثلثه. رجل قتل رجلا عمدًا أو قتل آخر خطأ ثم صالح أولياءهما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد كرجل عليه مائة دينار لرجل وألف درهم لآخر فصالحهما على خمسة آلاف درهم فلصاحب البيت ألف درهم مثلها وما بقي فلصاحب الدنانير؛ لأن الفضل على مثل حقه ربا.

ولو صالح أولياءهما على ديتين أو أقل منهما كان بينهما نصفان، ولو قتل عبد

إنسان خطأ أو شق ثوب إنسان فصالحه على أكثر من قيمة العبد أو أكثر من قيمة نقصان الشق جاز؛ لأن القيمة خلاف جنس حقه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: أبطل الفضل فيهما جميعا؛ لأن القيمة تماثله معنى فكان الفضل عليها ربا معنى. قطع رجل يد رجل عمدا وشجه آخر موضحه عمدًا فصالحا على مال، فإن المال عليهما على قدر جنايتهما على قاطع اليد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا وعلى الشاج جزءًا واحدا، فإن صالحه من الجناية وما يحدث منها فبرأ فهو على ما وصفت لك، وإن مات منهما فالمال عليهما نصفان؛ لأنها صارت نفسًا فلا ينظر إلى صغر الجرح وعظمه، وإن مات من اليد وبرأت الشجة فعلى صاحب الشجة جزء من أحد عشر جزءًا من المال وعلى قاطع اليد عشرة أجزاء.

(فصل)

قتل العبد والحر رجلًا عمدًا فأمر مولى العبد والحر رجلًا أن يصالح عنهما فصالح عنهما بألف يكون عليهما نصفان؛ لأن الألف بدل عن القصاص والقصاص وجب عليهما على السواء فكذلك بدله.

وذكر في بعض الروايات: وكذلك لو كان القتل خطأ؛ لأن موجب القتل وهو الدية عليهما نصفان إلا أن يتخلص بدفع العبد فكذلك بدلها. مدبر قتل رجلا وفقأ عين آخر فعلى مولاه قيمة واحدة يكون بينهما أثلاثا؛ لأن حق أحدهما في الكل وحق الآخر في النصف؛ لأن العين في الآدمي نصفه، فإن صالح المولى صاحب العين على مائة وقبضت أو لم تقبض وقيمة المدبّر ستمائة فالمائة بينهم على خمسة فيصرف صاحب الدية بأربعة وصاحب العين بمائة؛ لأن حق صاحب الدية قبل الصلح كان في أربعمائة وحق صاحب العين في مائتي درهم؛ لأن حقهما في قيمة المدبر وقيمته ستمائة وبالصلح بطل حق صاحب العين عن مائة وبقي حقه في مائة فيقسم بينهما على قدر حقهما أخماسًا.

ولو كان قبض المائة أولا ثم أبرأه عن المائة ثم اقتسما المائة، قال أبو يوسف:

أولًا نقسم المائة بينهما أثلاثًا؛ لأنه إنما قبض المائة على أن يكون المقبوض مقسوطًا بينهما أثلاثًا؛ لأن حقهما وقت القبض كان أثلاثًا وهذا لا يتغير بالإبراء من بعد؛ لأن الإبراء وجد بعد القبض فالإبراء يعمل فيما بقي لا فيما مضى من التصرف فينصرف الإبراء إلى ما وراء المائة كما بعد القسمة.

ثم رجع وقال: يقسم بينهما أخماسًا وهو قول محمد رحمه الله؛ لأن المقصود من قبض المال المشترك إنما هو القسمة؛ لأن حقهما إنما يتميز ويتعين بالقسمة لا بالقبض فتكون القسمة هي الأصل باعتبار المقصود ووقت القسمة كان حقهما أخماسًا؛ لأن بالإبراء قبل القسمة بطل وجوب القيمة أثلاثًا؛ لأن الإبراء يعمل فيما بقي فتجب القسمة على قدر حقهما كالشركات والمضاربة ويعتبر قدر مالهما يوم القسمة لا يوم القبض فكذا هذا.

صالحهما على عبد فقال كل واحد منهما أنا صاحب الدم ولا بينة لهما إن بيّن مولى المدبر فالقول له؛ لأنهما تصادقا أنهما تلقيا الملك في العبد من جهته فالقول قول المالك في كيفية التمليك؛ لأنه لو أنكر التمليك أصلا كان القول له، فإذا أقر بالتمليك وأنكر مقداره فالقول له، وإن لم يبين يكون بينهما نصفان؛ لأن العبد في أيديهما فيصدق كل واحد إلى النصف أنه له ولا يصدق فيما زاد عليه أنه له إلا ببينة ولأنه يثبت الشركة بينهما بتصادقهما ولم يثبت رجحان أحدهما على الآخر فيتساويان فيه.

مأذون قتل رجلا فصالح لا يجوز بخلاف المكاتب؛ لأن المكاتب صار أحق بنفسه واكتسابه، ولهذا كان دية نفسه وأرش طرفه له حتى يقضي منها بدل كتابته وديونه فكان بهذا الصلح يستبقي يده على نفسه فجاز. فأما المأذون لم يثبت له يد على نفسه حتى لو قطع طرفه فالبدل للمولى لا له بل رقبته مملوكة لمولاه رقبة وتصرفا فكان التصرف فيها لمولاه لا له، ولو جنى عبد له فصالح يجوز؛ لأن عبده من مال التجارة والتصرف في ذلك مفوض إليه وقد صار بمنزلة المستحق، فإذا صالح فكأنه اشتراه، وأما رقبة العبد المأذون ليست من مال التجارة وإنما هي للخدمة ولهذا لا زكاة على مولاه في رقبته وعليه صدقة الفطر وكان التصرف في رقبته إلى مولاه.

(باب صلح المرأة عن دم العمد أو الجراحة على التزوج أو على الخلع)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الصلح على النكاح.

والثاني: في الصلح على الخلع.

(فصل)

امرأة قطعت يد رجل عمدًا فصالحته على أنه يتزوجها فلا يخلو إما أن كان القطع عمدًا أو خطأ ولا يخلو إما أن تزوجها على القطع لا غير أو على القطع وما يحدث منه وقد مات الزوج من ذلك أو برأ منه، فإن كان القطع عمدًا وقد تزوجها على القطع لا غير وقد برأ منه جاز؛ لأن موجب القطع الأرش؛ لأن القصاص لا يجري بين الرجال والنساء في الأطراف فصار متزوجا لها على أرش وجب له عليها فتجب التسمية ويسقط الأرش عنها، فإن مات منها يجب مهر المثل وعليها الدية في ثلث يتعين؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله بطلت الشبهة؛ لأنه ظهر أن حقه عليها في القتل لا في القطع فظهر أنه تزوجها على ما لم يكن حقا له فلم تصح التسمية فكأنه تزوجها من غير تسمية وعندهما الجروح على القطع تزوج عليه وعلى ما يحدث منه لما بينا في النكاح وقد مات الزوج فظهر أنه تزوجها على قصاص وجب له عليها والقصاص لا يصلح مهرًا فلم تصح التسمية، فإن تزوجها على القطع وما يحدث منه، فإن برأ كان أرش تلك الجناية بدل الصلح ومهرها، وإن مات من ذلك كان الصلح والنكاح على دية النفس؛ لأنه جعل متزوجا لها على القصاص لما سمي وما يحدث منها فصار كأنه تزوجها على موجب القصاص وهو الدية، وإن كان القطع خطأ فمات، فإن كان مهر مثلها ألفا وهو يجيء ويذهب فهو كالصحيح فيصح في الكل، وإن كان صاحب فراس ولا مال له غيره يعتبر خروج ما وراء مهر المثل عن الثلث ويرفع مهر المثل وهو ألف على العاقلة؛ لأن قدر مهر المثل لا محاباة فيه والباقي فيه محاباة وقد حصلت في حالة المرض فتعتبر وصيته للعاقلة؛ لأن العاقلة

ليسوا بقتلة فيقدر ما يخرج من ثلث ماله ليسلم العاقلة ويؤدي الباقي إلى ورثة الزوج.

(فصل)

جرح امرأته عمدًا فاختلعت منه بها ثم ماتت لا يجب له بالخلع شيء؛ لأن الجراحة متى آلت نفسًا وصارت قبلا من الابتداء كان موجبها القصاص والقصاص لا يصلح بدل الخلع؛ لأنه ليس بمال فبطلت التسمية فوقع الخلع متعريا عن المال فوقع الطلاق مجانًا كما لو خالعها على ما في بيتها ولا شيء فيه ثم ذكر في بعض الروايات أنه يقع الطلاق رجعيًّا؛ لأن الطلاق وقع بغير عوض مالي فلا يكون بائنًا، وذكر في بعضها يقع بائنًا؛ لأن القياس أن الطلاق لا يقع إلا بائنًا في الأحوال كلها؛ لأن لفظة الطلاق تبنى على الانطلاق وارتفاع القيد وهي البينونة والفرقة إلا أنه امتنع عمل الطلاق في إثبات البينونة بعد الدخول إذا تعرى وتجرد عن ذكر العوض، فإذا اقترن به ذكر العوض، فإن لم يكن مما لا يعمل في إثبات البينونة كما يقتضيه اللفظ لغةً والصحيح أن في الكتابة يقع بائنًا وفي الصريح اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه يقع رجعيًّا؛ لأن الله تعالى أعقب الرجعة صريح الطلاق فلا يتصور صريح الطلاق بعد الدخول إلا وأن يكون معقبا للرجعة ولا تظهر فائدة قولنا وقع رجعيًّا أو بائنًا بعدما ماتت المرأة في إثبات الرجعة؛ لأن الرجعة بعد الموت لا تتصور وإنما تظهر فائدته في حق الميراث، فإن مات الزوج قبلها فإنها ترث منه متى كان رجعيًّا ولا ترث إن كان بائنا ويظهر في حق الوطء، فإن الزوج إذا وطئها بعد هذه المصالحة ثم ماتت إن كان الواقع رجعيا لا يلزمه مهر جديد.

وإن كان بائنًا يلزمه، فإن كانت الجراحة خطأ وماتت فالدية على عاقلته ترفع عنهم الدية بشرط خروج كله من الثلث؛ لأن الخلع سلك به مسلك التبرع فيعتبر، بما لو أبرأت عاقلة زوجها عن الجراحة وما يحدث منها من غير شيء، فإنه يعتبر من جميع المال إن كان في الصحة ومن الثلث إن كان في المرض فكذا هذا.

(باب الصلح في السلم)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في الصلح.

والثاني: في الإقالة.

والثالث: في صلح الكفيل.

(فصل)

له على آخر ثوب سَلَمًا فصالحه على نصف رأس ماله وعلى أن يعطيه نصف الثوب ثم جاء بنصف ثوب مقطوع لم يجبر على أخذه إلا بنصف مشاع؛ لأن هذا الصلح إقالة في نصف السلم واستيفاء لنصفه وأنه معروف جنس جميل فكان جائزًا، فإذا أتى بنصف ثوب مشقوق فقد أتى بأنقص مما عليه فيجبر؛ لأن حقه في نصف ثوب شائع؛ لأنه كان في ثوب كامل إلا أنه أقاله في نصفه شائعا ونصف ثوب مقطوع أنقص من نصف شائع؛ لأنه لا يشتري بمثل ما اشترى به النصف الشائع؛ لأن الذرعان من ثوب وأحدهما يتفاوت بعضه يكون أجود من بعض، ولهذا لو اشترى ثوبا مقطوعا بنصفين ثم أراد أن يبيع النصف المقطوع على نصف الثمن مرابحة لم يكن له ذلك؛ لأنه بالقطع أحدث نقصا فيه.

ولو باع نصف الثوب شائعًا بنصف الثمن قبل القطع يجوز. صالحه على أن يأخذ نصف رأس ماله ونصف الثوب معجلا لا يجوز؛ لأن التعجيل زيادة شرطت على رأس مال وقعت الإقالة فيه، فإنه أوقع الإقالة على النصف فيكون رأس مال الإقالة نصف رأس مال السلم فيكون شرط التعجيل وسقوط الأجل في النصف الباقي زيادة عليه؛ لأن المعجل خير من المؤجل والإقالة على أكثر من رأس مال السلم تقع الإقالة جائزة والزيادة باطلة.

ولو حل أجل السلم فرد عليه من رأس المال شيئًا على أن يؤخره شهرا جاز قيل يجوز الرد فأما شرط التأجيل فلا؛ لأنه إنما حط درهما ليؤجله ما كان عليه من السلم شهرًا فكان اعتياضًا عن الأجل فكان باطلا كما لو كان السلم مؤجلا فصالحه

على أن يحط عنه درهمًا ليزيد في الأجل شهرا كان باطلا فكذا هذا إلا أن الإقالة لا تبطل؛ لأنها لا تبطل بالشرط الفاسد لما عرف. وجه رواية الكتاب وهو الفرق بين هذه وبينهما إذا كان السلم مؤجلا فحط عنه المسلم إليه درهما ليزيد في الأجل شهرًا لا يجوز. والفرق أن قبض رأس المال معتبر بقبض المسلم فيه لأنهما يجريان مجرى واحدا في حق القبض حال قيام السلم حتى لا يجوز الاستبدال بهما لما فيه من تفويت القبض، ثم لو قبض بعض المسلم فيه والسلم حال ليؤجل في الباقي جاز فكذا إذا قبض بعض رأس المال ليؤجل فيما عليه من السلم يجوز اعتبارا لأحدهما بالآخر.

ولو قبض بعض المسلم فيه والسلم مؤجل ليزيد في أجل الباقي لا يجوز فكذا إذا قبض بعض رأس المال ليزيد في الأجل. أسلم رجلان عشرة في كر ونقد هذا خمسة وهذا خمسة ولم يخلطا ثم صالح أحدهما على رأس المال يصح ولا يشركه الآخر فيه.

(باب صلح الذمي)

(**المبسوط**): أسلم ذميان في خمر إلى ذمي ثم أسلم أحدهما بطلت حصته ورجع إليه رأس ماله كما في البيع، فإن توي مال للنصراني من هذا السلم فله أن يشارك المسلم فيما قبض من رأس المال لا يثبت للنصراني حق الفسخ في نصيبه؛ لأنه عجز عن قبض المسلم فيه بالتوى، كما لو كان المسلم فيه عصيرًا وقد انقطع أوانه، فإذا فسخ السلم في حصته عاد الأمر إلى ما كان قبل العقد وقبل العقد كانا يشتركان في رأس المال فكذلك إذا ارتفع العقد.

ولو كان رأس المال خمرًا وأسلم أحدهما ثم صالحه عن المسلم فيه على رأس المال لم يجز؛ لأن فيه تمليك الخمر من المسلم؛ لأن الخمر يصير ملكا للمسلم منهما والمسلم منهي عن ذلك ولا وجه إلى إيجاب قيمة الخمر لا يجوز أن تكون مضمونة بالقيمة على الذمي للمسلم، ولهذا يبطل الخمر عن المستقرض باستلام المقرض فلا يمكن تصحيح هذا الصلح بالخمر ولا بقيمتهما.

(فصل)

تناقضا السلم ورأس المال عرض وهلك أو باعه قبل أن يقبضه ضمن المسلم إليه قيمته أو وهبه من رب المال بغير عوض لا يضمن استحسانًا، والفرق أن في الهبة وصل إليه عين ما كان يستحقه بالإقالة؛ لأنه وصل إليه بلا بدل يلزمه وفي الإقالة يصل إليه بلا بدل يلزمه فيقوم وصوله إليه بالهبة مقام وصوله بالإقالة لأنهما تساويا في المقصود وفي البيع لم يصل إليه عين ما كان يستحقه بالإقالة؛ لأنه وصل إليه ببدل فلم يكن وصوله بالبيع كوصوله بالإقالة فبقي مضمونًا على المسلم إليه حتى لو وهب منه بعوض يضمن قيمته؛ لأن الهبة بشرط العوض والبيع سواء. أسلم ذميان في خمر إلى ذمي ثم أسلم المسلم إليه ثم إنه صالح مع ربي السلم أو مع أحدهما على رأس المال لا تصح الإقالة في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله وهو قوله.

وفي رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله وهو قوله وقول زفر: صحت الإقالة وهو بناء على أن المطلوب إذا أسلم هل يبرأ عن ضمان الخمر فعلى هاتين الروايتين لما عرف في البيوع أسلم عشرة في كر ثم مرض رب السلم وحل وهو يساوي عشرة ثم أقال ومات، فإن لم يجز الورثة جازت الإقالة في ثلثي الكر دون الثلث؛ لأنه لا وجه إلى إبطال الإقالة كلها لما فيه إبطال حق المسلم إليه في المحاباة بقدر الثلث ولا وجه إلى تجويزها في الكل لما فيه إبطال حق الورثة فيما زاد على الثلث بالوصية فوجب تجويزها في البعض وهو ثلثي الكر وإبطالها في الثلث؛ لأن ثلث جميع ماله مثل ثلثي المحاباة؛ لأن جميع ماله عشرون فيكون ثلثه ستة دراهم وثلثي درهم والمحاباة عشرة فيكون ثلث ماله مثل ثلثي المحاباة فجازت الإقالة في ثلثي الكر.

(فصل)

صالح الكفيل رب السلم على أن يزيده درهما في رأس المال وقبضه لا يجوز؛ لأنه أجنبي عن العقد؛ لأنه ليس بعاقد ولا هو مأذون من جهة العاقد بالزيادة

والتصرف في عقد هو أجنبي عنه لا يصح؛ ولأن هذه الزيادة لو صحت في الابتداء لبطلت في الانتهاء؛ لأن من شرط صحة الزيادة قبض المسلم إليه الزيادة في مجلس الزيادة ولم يوجد فيبطل فلم يصح في الابتداء قصرًا للمسافة.

(باب الصلح على الأجل وإسقاطه)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في إسقاط الأجل.

والثاني: في شرط انحلاله متى أجل.

(فصل)

له على رجل دين مؤجل فصالحه على أن يجعله حالا جاز، وكذلك لو قال: أبطلت الأجل يبطل؛ لأن الأجل حق المطلوب؛ لأنه يرتهن به، فإنه يضطرب في مدة الأجل ويتطلب فيكتسب مالا فيتعذر على إيفاء الدين بمنزلة خيار الشرط.

ولو قال: تركت الأجل في بعض الروايات أنه لا يبطل؛ لأن قوله تركت الأجل يحتمل أي تركته في ملكه على حاله كقوله تركت هذا العبد أي تركته في ملكه ويحتمل تركت الأجل أي أبطلته وأخرجته عن ملكي فوقع الشك في بطلانه ولا يبطل بالشك، كما لو قال لامرأته تركت طلاقك لا يقع إلا بالنية وفي بعض الروايات أنه يبطل؛ لأن ترك الأجل مستعمل في العرف للإبطال لا للإبقاء في ملكه، فإنه يقال ترك فلان حقه قبل فلان يريدون به الإبراء والإبطال لا الإبقاء في ملكه وهذا العرف معدوم في الطلاق فلا يتعين للإيقاع إلا بالنية.

ولو قال للطالب: برئَت من الأجل بنصب التاء يبطل الأجل؛ لأنه وصف الطالب بالبراءة عن حقه وإنما يتصف بالبراءة عن حقه إذا سقط الأجل كما لو قال الطالب للمطلوب: برئت من الدين، وإن قال: برئتُ من الأجل برفع التاء ذكر في رواية أبي سليمان رحمه الله أنه لا يبطل وفي رواية أبي حفص رحمه الله أنه يبطل؛ لأن البراءة عن الشيء تقتضي تركه وإهماله والإعراض عنه قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱللَّهَ

بَرِيٓءٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ وَرَسُولُهُۥٓ﴾ [التوبة: ٣] ويقال فلان بريء من فلان أي معرض عنه وتارك له فيقتضي ذلك إسقاط الأجل وإهماله وتركه فيبطل وصار، كما لو قال الطالب برئت من الدين يبرأ المطلوب فكذا إذا قال المطلوب برئت من الأجل. وجه رواية أبي سليمان وهو الفرق بين الأجل والدين والفرق أن البراءة إنما تتصور عما على الإنسان لأعماله؛ لأنه بريء عما له وفي الدين قبوله على الطالب إذ أجابه المطلوب وأوفاه حتى يجبر عليه فكأنه قال برئت عن قبول الدين متى أوفاه المطلوب وأبرأ نفسه عن قبول الدين لا يتحقق إلا بعد براءة المطلوب عن الدين فيضمن ذلك إبراء الدين حتى يبرأ عما عليه للمطلوب بخلاف الأجل فإنه لا يجب بالأجل للطالب حق على المطلوب وهو يسلم شيئًا فلا قبول شيء منه حتى ينصرف الإبراء إلى ما عليه للطالب فانصرف الإبراء إلى ما له وأنه برئ عمَّا له فكان صادقا في مقالته فلم يتضمن الإبراء عن الأجل.

ولو قال: لا حاجة لي في الأجل لا يبطل كقول الطالب لا حاجة لي في الدين لا يبطل؛ لأن معناه أنا مستغن عنه والاستغناء عن الدين لا يوجب زوال حقه ما دام حيًّا لتوهم الحاجة في الثاني كما في سائر حقوقه وأملاكه.

(فصل)

أجله منجما على أنه إن أخر منجما فالمال حال جاز؛ لأنه لو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما كان البيع جائزًا؛ فلأن يجوز في الصلح وأنه أسرع جوازا من البيع أولى. تخرق الثوب بفعل القصار فصالحه على أن يسلم له الثوب على دراهم مسماة إلى أجل يجوز؛ لأنه وجب على القصار قيمة الخرق في الذمة فما بدله من الدراهم يكون بإزاء الثوب المنخرق وبإزاء قيمة الخرق فما يقابل الثوب يكون ثمنا والثمن يجوز أن يكون حالا ومؤجلا وما يقابل قيمة الخرق فهو استيفاء لقيمة الخرق وليس بمصارفة وتأجيل ما وجب له من قيمة الخرق جائز، وكذلك لو صالحه على أن يسلم الثوب للقصار قال رب الدار أجرت شهرين بعشرة وقال الآخر بثلاثة أشهر فاصطلحا على ثلاثة أشهر على أن زاده المستأجر درهما

جاز؛ لأن الزيادة من المستأجر زيادة في الأجرة ومن الآجر زيادة في الأجل وكلاهما جائزان. صالح المريض من دم عمد على مال مؤجل أقل من الدية ولا مال له سواه جاز كما لو خلع امرأته على ألف إلى سنة؛ لأن الصلح عفو ببدل والمريض يملك العفو عن القصاص بغير بدل فلأن يملكه ببدل أولى وذلك؛ لأن حق الورثة لم يكن متعلقا بالمبدل؛ لأنه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل فلم يتضمن الصلح إبطال حق الورثة فجاز بخلاف ما لو صالح عن دين وجب بدلًا عما هو مال على مال مؤجل لا يصح التأجيل؛ لأن حق الورثة كان متعلقا بالمبدل، فإذا نقله المريض إلى بدل مؤجل فقد صار الوارث ممنوعا عما يعلق حقه به بسبب تبرعه فلا يجوز إلا بقدر الثلث. صالح المريض من ألف على أن يعجل خمسمائة ويؤخر خمسمائة ولا مال له غيره، فإن كانت الخمسمائة المعجلة عند المريض جاز التأجيل في ثلث الألف، وإن كانت قد استهلكت جاز تأخيره في ثلث الخمسمائة؛ لأن حق الورثة قد يعلق بجميع ماله، ولو صح التأجيل في جميع الخمسمائة لصار الوارث ممنوعا عنها بسبب التأجيل كما يصير ممنوعا عنها بالوصية؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حقهم فصح التأجيل بقدر الثلث. إن كانت الخمسمائة المعجلة قائمة عنده، وإن كانت مستهلكة بأن أنفقها على نفسه يصح التأجيل بقدر ثلثها؛ لأن التأجيل من المريض وصيته معنى ومال الميت لتنفيذ الوصية يعتبر يوم الميت لا يوم الإيصاء.

(باب من يجوز منه تأجيل الدين والحط ومن لا يجوز)

(**المبسوط**): وحط المضارب بعض الثمن وتأخيره بعيب جائز ولا يجوز عن غير عيب ورب المال لم يملكه مطلقًا؛ لأن المضارب يملك ما هو ثمن صيغ التجارة وتوابعها والحط والتأجيل بعيب من صيغ التجارة؛ لأنه لا بد للتجارة منه فكان داخلا تحت الإذن بالتجارة. فأما الحط من غير عيب ليس من صيغ التجارة فلم يكن داخلا تحت الإذن بالمضاربة وهذا عندهما، وعند أبي يوسف رحمهم الله يجوز التأجيل ولا يجوز الحط بناء على أن المضارب بمنزلة الوكيل بالبيع والوكيل لا يملك الحط عنده فأما التأجيل من صيغ التجارة فملكه والحط لا فأما رب المال

مالك وتصرف المالك في ملكه جائز مطلقًا إلا إذا كان في المضاربة ربح، فإنه لا يجوز تصرفه في حصة المضارب من الربح؛ لأنه ليس بمالك ولا عاقد فيه.

ولو أخّر أحد شريكي العيان وهو عاقد جاز في الكل وتأخير من لم يلِ العقد لا يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في حصته كأحد ربي الدين إذا أجل في نصيبه من الدين لا يصح عنده وعندهما يصح في نصيبه خاصة ومن لا يلي العقد من المتفاوضين جاز تأخيره وحطه عن عيب عليهما.

ولو حط من غير عيب جاز في نصيبه خاصة فأما الذي يلي العقد فجائز حطه وتأخيره مطلقًا ويضمن نصيب شريكه؛ لأن المتفاوضين تصرف أحدهما كتصرفهما حتى يثبت لغير العاقد حق القبض والمطالبة والرد فيملك التصرف في نصيب غير المتصرف من الحط والتأجيل بخلاف شريكي العنان؛ لأنه ليس لغير العاقد حق القبض والمطالبة والتأجيل والحط من صيغ التجارة إذا حصل ممن له حق القبض والمطالبة والتأجيل من غير عيب ليس من صيغ التجارة فجاز في نصيبه خاصة والذي يلي العقد يضمن نصيب شريكه؛ لأنه بمنزلة الوكيل بالبيع والوكيل بالبيع إذا حط الثمن يصح ويضمن لموكله فكذا هذا، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز حطه في نصيب صاحبه أصلا والشريك الخاص لا يصح ما يفعل إلا في حقه إذا لم يفوض إليه التصرف؛ لأن الشريك الخاص وهو ما إذا كان الشيء مشتركًا بين اثنين شركة ملك وباع أحدهما كله بإذن شريكه والبائع في نصيب شريكه وكيل فيملك ما يملكه الوكيل والصبي المأذون يجوز حطه عن عيب ولا يجوز عن غير عيب والتأخير يجوز في الحالين؛ لأن الحط عن عيب من صيغ التجارة والحط بغير عيب تبرع واصطناع والتأجيل من صيغ التجارة لكل حالة؛ لأنه لا بد للتجارة منه فيملكه.

(باب الصلح عن العيوب)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في الصلح عن العيب.

والثاني: في الصلح عن عيب أحد البيعين.

والثالث: في صلح أحد الشريكين.

(الفصل الأول)

صالحه من كل عيب على دراهم جاز ولو اشترى منه العيوب لا يجوز؛ لأن العيب عبارة عن الجزء الفائت وتمليك الجزء ممتنع متعذر فأما الصلح ففي زعم البائع أنه حط بعض الثمن افتداء عن اليمين والخصومة وأنه جائز وفي زعم المشتري أنه يأخذ حصة العيب من الثمن؛ لأن الجزء الفائت يجوز أن يكون له حصة من الثمن، وإن كان وصفا إما بالتناول والاستهلاك أو دفعًا للضرر عن المشتري وأنه متى لم يجز هذا الصلح تضرر به المشتري فاعتبر هذا صلحًا عن حصة العيب من الثمن لا عن الجزء الفائت؛ لأن الاعتياض عن الفائت لا يجوز تمليكا وإسقاطا وكل عيب لا ينقص الثمن لا يجوز الصلح عنه.

اشترى إبريق فضة بمائة دينار فوجده معيبا فصالح من العيب على دينار وقيمة العيب أقل منه بما يتغابن الناس فيه جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز إلا بقدر ما يتغابن في مثله.

لهما: أن الصلح وقع عن حصة العيب من الثمن لا عن الجزء الفائت؛ لأن البائع عجز عن تسليم الجزء الفائت فانتقل حق المشتري إلى بدله وهو حصته من الثمن فلا يجوز الصلح على أكثر من ذلك؛ لأن الزيادة ربا له أنه إن تعذر تجويز هذا الصلح بطريق المعاوضة لمكان الربا أمكن تصحيحه بطريق الحط والإسقاط بأن يجعل البائع موفيا بقدر حصة العيب من الثمن وبقدر الزيادة يجعل حطًّا منه عن ثمن الباقي؛ لأن في الصلح معنى الإسقاط والحط، والحط جائز فيجب على البائع رد قدر المحطوط من الثمن إن كان مقبوضا وإلا فيسقط عن المشتري بقدره. ثم الصلح عن العيب يجوز إذا كان المبيع مما يجوز رده على البائع لو له حق المطالبة بأرشه دون ردّه؛ لأن هذا صلح عن حقه، وإن لم يكن له حق الرد ولا أخذ الأرش لا يجوز الصلح؛ لأن هذا أخذ ما لا يقابله شيء فلا يجوز. اشترى ثوبا فخاطه قميصا ثم وجد به عيبا فصالح على دراهم مسماة جاز، ولو باع القميص ثم صالح

جاز؛ لأن العيب بعد القطع والخياطة يوجب حق الرجوع بنقصان العيب فكان هذا صلحا عن حقه فجاز. اشترى حيوانا فوجد بعينه بياضا فصالح منه على دراهم ثم ذهب البياض بطل الصلح؛ لأنه إنما حط عنه الدراهم لأجل البياض، فإذا انجلى البياض فقد زال حقه فلم يسلم له بدله كما لو قلع سن إنسان وأدى الضمان ثم نبتت مكانها أخرى. اشترى أمة بطعام موصوف مؤجل ثم وجد بها عيبا فصالحه البائع على دراهم لم يجز ولو صالحه على طعام موصوف جاز؛ لأن الطعام المبيع دين والدراهم دين فحصل الافتراق عن دين بدين فبطل الصلح. فأما الطعام الموصوف مثل التمر فهو عين حقه؛ لأن حقه حصة العيب من الطعام فيكون الصلح استيفاء العين حقه فجاز. اشترى عبدا من امرأة ونقدها الثمن ثم ظفر بعيب فتزوجها عليه جاز؛ لأنه تزوجها بدين له عليها؛ لأن حصة العيب من الثمن تصير دينا له عليها مقتضى إقدامها على النكاح؛ لأنها لما أضافت النكاح إلى العيب فقد أقرت بالعيب فتصير حصة العيب دينا للزوج عليها فيكون نكاحا بمال متقوم فكان بمنزلة ما لو باعت ثوبا منه بالعيب كان إقرارًا منها بالعيب حتى يصح البيع فكذا هذا؛ ثم إن كان أرش العيب أقل من عشرة يكمل عشرة لما عرف. طعن بعيب في عيب وأنه اشتراها فصالحه من عيبها على مسمى ولم يسمّ العيب جاز؛ لأن جهالة المصالح عنه لا يمنع جواز الصلح لما بيناه. صالح من الغرم في الجارية على عبد لا يبيع العبد مرابحة خاصة؛ لأن حصته من الثمن مجهولة حتى لو باعهما جميعا مرابحة بجميع الثمن جاز، فإن استحقت الجارية وبقي العبد عنده رجع بحصتهما من الثمن وأمسك العبد وانقسمت الألف على قيمة الجارية عوراء وعلى قيمة العبد فيردها بما أصابها وهو النصف فصار كأنه اشتراهما بألف وحصتها من الثمن النصف؛ لأن العبد قام مقام العين والعين نصف فصار بإزائه نصف الثمن بقي بإزاء الجارية النصف ولو لم تستحق الجارية ولكن إقامة البينة أنها حرة الأصل بطل البيع في الكل؛ لأنه ظهر أن البيع كان باطلا والخصومة في العبد كانت فاسدة. اشترى أمة بخمسين دينارا وقبضها ونقد الثمن ثم ظفر المشتري بعيب فاصطلحا على أن قبل البائع الأمة ورد عليه تسعة وأربعين دينارًا، فإن كان عيبًا لا يحدث مثله أو يحدث

غير أن البائع أقر أنه كان في يده لم يجز الصلح؛ لأن كون هذا العيب عند البائع يثبت بالعيان والمشاهدة أو بالإقرار العري عن التهمة فلا يحل للبائع ما استفضل من الدينار فيجب عليه رد الدينار؛ لأن الدينار المستفضل يسلم له بلا شيء فلا يطيب له، وإن كان عيبا يحدث مثله وكان جاحدا جاز؛ لأن ما استفضل للبائع من الدينار يكون طيبا له ولا يلزمه الرد على المشتري؛ لأنه رد وليس له حق الرد؛ لأنه إن اعتبر الصلح بيعا جديدا يطيب له الدينار؛ لأن البائع زعم أنه ليس للمشتري حق الرد وإنما اشتريت منه ثانيا ومن اشترى ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن كان ما استفضل من الثمن طيبا له، وإن اعتبر فسخا في حقه وفي زعمه أنه تعذر الفسخ فيما فات عند المشتري وإنما يفسخ فيما بقي فكان عليه رد الثمن بحصة ما انفسخ العقد وله إمساك الثمن بحصته ما تقرر العقد فيه واحتبس عند المشتري والدينار إذا كان مثل حصة العيب فله إمساكه فيطيب له الدينار في الحالين جميعا.

(فصل)

اشترى ثوبين كل واحد بعشرة وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا فصالحه على أن ردّه بالعيب على أن زاده في ثمنه درهما فالرد جائز وزيادة الدرهم باطلة عندهما، وقال أبو يوسف: لا يجوز الرد أيضًا؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بتراضيهما فسخ للعقد فيكون والإقالة سواء، ولو تقايلا البيع بعد القبض في أحدهما على أن يزيده المشتري درهما في ثمن الآخر يصح والإقالة عندهما وتبطل الزيادة؛ لأن الإقالة في هذه الحالة فسخ وقد شرط فيها شرط فاسد والفسخ لا يبطل، وعند أبي يوسف رحمه الله لا تصح الإقالة والزيادة؛ لأن الإقالة بسبب الزيادة في الثمن عنده بيع جديد والبيع تبطله الشروط الفاسدة. اشترى كر حنطة بكر حنطة فوجد بأحدهما عيبا فصالح الآخر على دراهم لا يجوز؛ لأن هذا اعتياظ عن الجودة وعن الصفة والجودة لا قيمة لها في مال الربا عند مقابلتها بجنسها فيكون باطلا وهل يفسد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله ينظر إن تلفظا بلفظة الصلح ولم يتلفظا بالزيادة لا يفسد؛ لأن الصلح عقد آخر غير الأول ففساده لا يوجب فساد البيع، وإن تلفظا بلفظة الزيادة بأن صالحه على أن يزيد له كذا يفسد البيع؛ لأن الزيادة تقتضي

مزيدًا عليه فالتحقت بأصل البيع وصارت كالموجودة كذا البيع فيفسد كما لو تصارفا عشرة بعشرة وتقابضا ثم زاد أحدهما لصاحبه درهمًا فسد الصرف عنده خلافا لهما.

(فصل)

اشترى رجلان شيئًا فوجدا به عيبا فصالح أحدهما من حصته جاز فليس للآخر أن يخاصم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الآخر على خصومته؛ لأن عند أبي حنيفة لو أبرأه أحدهما عن حصته بطل حق الآخر خلافا لهما لما مر في البيوع.

اشترى عبدًا فباعه ثم وجد به عيبًا لم يرجع بنقصان العيب، فإن رجع المشتري الثاني على الأول بنقصان العيب وقد مات العبد عنده ثم صالح المشتري الأول بائعه من العيب على صلح لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز، وهذا بناء على أن المشتري الثاني إذا رجع على بائعه هل يرجع بائعه على البائع الأول عنده لا يرجع فقد صالح عما ليس بحق له لا عيبا ولا أرشا فبطل وعندهما يرجع فصالح عما هو حق له فجاز، ولو لم يبعه المشتري الأول لكنه قبله أو أعتقه وهو يعلم بالغيب أو عرضه على البيع وهو يعلم بالعيب فصالح البائع على العيب لم يجز؛ لأنه بطل حقه في العيب وفي أرشه، والله أعلم.

(باب الصلح في النكاح والطلاق والخلع)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: في النكاح.

والثاني: في الطلاق.

(فصل)

ادعى على امرأة نكاحًا فجحدت فصالحها على مائة على أن تقر جاز ويجب المال قيل هذا ابتداء نكاح كأنه قال أعطيك مائة على أن تكون امرأتي ويحتاج إلى الشهود؛ لأن الإقرار متى كان مقرونا بالعوض كان عبارة عن تمليك مبتدأ؛ لأنه لا يستقيم تمليك العوض بالإخبار عن ملك كائن سابق؛ لأنه وجب عليه الإخبار

بذلك فلا يجوز أخذ العوض عليه وإنما يستقيم أخذ العوض بتمليك مبتدأ من جهته فعملنا بدلالته تمليك العوض أنه أراد بالإقرار التمليك ابتداء لا الإخبار عن ملك كائن سابق والإقرار صالح لذلك؛ لأن الملك فيما مضى سبب لثبوت الملك للحال فمتى تعذر العمل بحقيقته يجعل عبارة عن تمليك مبتدأ للحال حتى لا يلغو، ولهذا لو قال لآخر أقر لي بهذا العبد حتى أعطيك مائة كان بيعا.

ولو قال: أقر لي بألف حتى أعطيك مائة لم يجز، كما لو باع منه ألفا بمائة وقيل يكون إقرارًا بالنكاح والمائة زيادة في المهر؛ لأن الإقرار حقيقة للإخبار عن ملك كائن سابق للمقر له وقد أمكن العمل بحقيقته بأن يجعل العوض زيادة في المهر فلا يجعل لتمليك مبتدأ مجازا؛ لأنه يحتمل أنها كانت منكوحته ويحتمل أنها لم تكن منكوحته فلم يثبت التمليك المبتدأ بالشك والاحتمال. ادعى على رجل ألف درهم فجحد فقال أقر لي بها على أن أعطيك مائة لا يجوز.

ولو قال: أقر بها على أن أحط عنك مائة أو على أن حططت عنك مائة جاز وعليه تسعمائة؛ لأن في الأول بيع الألف بمائة؛ لأن الإقرار متى قرن بالعوض صار عبارة عن تمليك مبتدأ، وبيع الألف بمائة لا يجوز حتى لو ادعى عبدا فجحده فقال أقر لي بهذا العبد على أن أعطيك مائة جاز؛ لأن بيع العبد بمائة جائز وفي الثاني شرط للإقرار حط مائة والإقرار بشرط الحط جائز، فإن حط المائة عن ألف كان على المقر جائز وتعليق الحط بحظر القبول جائز، كما لو قال لغريمه حططت عنك خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة فقيل يصح. ادعى على مجهول أنه عبده فأنكر ثم صالحه على مائة جاز؛ لأن في زعم المدعي أنه عبده وأنه بهذا الصلح يبيع نفسه منه بما يأخذ من المال وأنه جائز وفي زعم المدعي عليه أنه حر إلا أنه يعطيه مالا افتدى عن اليمين والخصومة وكذلك جائز ولا ولاء له، فإن أقام المدعِي بعده البينة أنه عبده لا تقبل ويثبت له الولاء؛ لأن في زعمه أنه عبده وقد أعتقه على مال وفي زعم المدعى عليه أنه حر الأصل ولا ولاء عليه وزَعْم كل واحد منهما معتبر في حقه إلا أن يقيم البينة؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة.

(فصل)

صالح امرأته على أن يطلقها على أن ترضع ولدها سنتين وعلى أن زادها هو ثوبا بعينه وقبضت الثوب واستهلكته فأرضعت الصبي سنة فمات الصبي يرجع الزوج عليها إذا كانت قيمة الثوب والمهر سواء بنصف قيمة الثوب وربع قيمة الرضاع؛ لأن البدل من جانب الزوج شيئان الطلاق والثوب ومن جانب المرأة شيء واحد وهو الرضاع سنتين فانقسم الرضاع عليهما نصفين؛ لأنهما في العقد شيئان إلا أن ما يخص الثوب يكون إجارة؛ لأنها منفعة بدن قوبلت بمال وما يخص الطلاق يكون خلعًا وهذا الصلح اشتمل على إجارة وخلع وبدل الخلع متى لم يسلم له يرجع بقيمة البدل لا بالمهر ومنافع البدن متى لم تسلم في الإجارة يرجع في الآخر إن كان قائمًا وبمثله أو قيمته إن كان هالكا وهنا لم يسلم نصف بدل الخلع وهو منافع الرضاع؛ لأن بدل الخلع نصف منافع الرضاع ولم يسلم له ذلك فيرجع عليهما بربع قيمة الرضاع؛ لأن بالإرضاع سنة أو في نصف بدله ولم يسلم له نصف المستأجر فيرجع بنصف الأجرة وهو نصف الثوب، ولو كانت زادته مع ذلك شاة قيمتها مثل قيمة الرضاع يرجع عليهما بربع الثوب وبربع قيمة الرضاع وسلمت له الشاة؛ لأنه انقسم البدل من كل جانب على البدل من الجانب الآخر باعتبار القيمة فصار بإزاء الثوب نصف الشاة ونصف الرضاع وبإزاء الطلاق نصف الشاة ونصف الرضاع إلا أن ما يخص الثوب من الشاة بيع؛ لأنه عين مال قوبل بعين مال وما يخص الرضاع إجارة؛ لأنها منفعة قوبلت بعين مال وما يخص الطلاق من الشاة والرضاع يكون خلعا فهذا صلح يشتمل على بيع وإجارة وخلع وقد عجز عن تسليم ربع بدل الخلع وهو إيفاء ربع الرضاع؛ لأن بدل الخلع شيئان نصف الرضاع ونصف الشاة، فإذا عجزت عن إيفاء نصف الرضاع فقد عجزت عن تسليم ربع بدل الخلع فيرجع بربع قيمة الرضاع وعجز عن تسليم ربع المستأجر والمبيع فيرجع بربع قيمة بدلها وهو الثوب، ولو استحقت الشاة مع ذلك رجع عليها بثلاثة أرباع قيمة الثوب وبربع قيمة الرضاع وبنصف قيمة الشاة؛ لأنه لم يسلم للزوج من بدل الخلع ثلاثة أرباعه وذلك نصف الشاة وربع الرضاع وسلم له ربعه وهو ربع الرضاع فيرجع بقيمة ذلك ونصف الشاة بإزاء نصف منفعة الرضاع وقد سلم له نصفها ولم

يسلم نصفها فيرجع بربع أجره وربع قيمة الثوب، ولو استحق الثوب ولم يستحق الشاة والمسألة بحالها، فإن المرأة ترجع على الزوج بنصف الشاة ويرجع عليه بأجر مثلها في السنة التي أرضعت ويرجع الزوج عليها بربع قيمة الرضاع فيتحاصان بذلك ويرجع من له الفضل؛ لأنه لم يسلم للمرأة ما بإزاء الثوب شيء فيرجع على الزوج بنصف الشاة وبربع قيمة الرضاع؛ لأن ما يقابل الثوب كان بيعا وإجارة فيرجع بالبدل لا بقيمته وقد سلم للزوج من بدل الثوب ثلاثة أرباعه وذلك نصف الشاة وربع الرضاع ولم يسلم له ربع الرضاع وما يقابل الطلاق فيكون بدل الخلع فيرجع بربع قيمة الرضاع.

(باب صلح المكاتب والعبد)

(**المبسوط**): صالح مكاتبه بعدما حلت الكتابة وهي ألف على ألف ومائة أو لم يحل فصالحه على تسعمائة أو يصالحا على مائة دينار وأبطلا الدراهم يجوز؛ لأن الزيادة في بدل الكتابة والحط عنه جائز وفسخ الكتابة الأولى وإنشاء الثانية بتراضيهما جائز فهما لمّا أبطلا الدراهم فاصطلحا على الدنانير فقد جدد الكتابة على الدنانير وانفسخت الأولى ضرورة ولو لم يبطلا الكتابة وصالحه على دين لم يجز؛ لأنه صالحه من الدراهم على دنانير مؤجلا فيكون مصارفة إلى أجل فبطل. كاتب على وصيف إلى أجل ثم صالحه على ألف إلى سنة جاز؛ لأنه تأجيل بعين الواجب، فإن الواجب له بتسمية الوصيف أحد شيئين: إما الوصيف أو القيمة حتى لو أتى بالقيمة أجبر على القبول والقيمة دراهم أو دنانير والتأجيل بعين الواجب جائز. صالح المكاتب غريمه على أقل من دينه وهو منكر ولا بينة له جاز، فإن كان له بينة لا يجوز الحط ويرجع بما بقي؛ لأنه متى كان له بينة فقد أمكنه أخذ جميع الدين فيكون حطا لبعض مع إمكان الأخذ تبرعا واصطناعا بالمعروف، والمكاتب لا يمكنه ومتى لم يكن له بينة ليس له إمكان الأخذ لمجرد الدعوى فيكون هذا اكتسابا للمال تحصيلا للنفع فيملكه كما في الأب والوصي ادعى رجل على المكاتب شيئًا فجحد ثم صالح جاز؛ لأن هذا تبرع على المكاتب؛ لأنه حط عنه بعضا وأخذ بعضا فالتبرع عليه جائز بخلاف الأب أو الوصي من مال الصغير ولا

بينة للمدعي لا يجوز والفرق أن حجر المكاتب عن هذا الصلح لا يفيد؛ لأنه لو أقر بما ادعاه المدعِي فمتى حجرناه عن الصلح يقر بذلك فلا يفيد الحجر، وأما حجر الأب أو الوصي فيفيد، فإنه لم يصح إقرارهما على الصغير بما يدعيه المدعِي فلم يجز صلحهما عند افتقاد البينة، ولو صالحه بعدما رد في الرق لم يجز إذا لم يكن في يده شيء من اكتسابه؛ لأنه لا يجوز إقراره بما ادعاه المدعِي؛ لأنه لا يملك إبقاءه فلا يجوز صلحه في حق المولى ويجوز في حق العبد حتى يؤاخذ به بعد العتق إلا أن تقوم عليه بينة بذلك قبل العجز يجوز صلحه؛ لأنه يملك إيفاء هذا الدين فلأن يملك الصلح عنه وأنه يجوز بدون الحق أولى، وإن كان في يده شيء من اكتسابه جاز صلحه عند أبي حنيفة خلافًا لهما لما تبين.

(فصل)

والعبد التاجر كالمكاتب في الحط والتأخير والصلح؛ لأنه مثله في الإذن بالتجارة والتقلب في التصرف، ولو حجر مولاه عليه فادعى عليه دين فصالحه وليس في يده كسب جاز صلحه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز؛ لأنه يجوز إقراره عنده لما كان في يده شيء من اكتسابه فيجوز صلحه وعندهما لا يجوز إقراره فلا يجوز صلحه. استهلك حر متاعا في يد عبد محجور عليه لمولاه فصالحه العبد على دراهم مسماة مثل قيمته جاز وعلى عروض أو دنانير لم يجز؛ لأن العبد المحجور فيما في يده بمنزلة المودع، والمودع إذا صالح مع المستهلك فهو على هذا التفصيل فكذا هذا. وما جازت عليه الكتابة جاز الصلح من الرق عليه؛ لأن هذا إعتاق على مال في زعم المدعِي حتى يجوز هذا الصلح على حيوان في الذمة كالكتابة والعتق على مال، ولو أقام المدعى عليه البينة أنه كان عبدًا لفلان أعتقه العام الأول والمسألة بحالها لا تقبل بخلاف ما لو أقام البينة أنه أعتقه المدعِي أو أقام البينة أنه حر الأصل تقبل ويرجع بالمائة على المولى؛ لأن في الأول لا يقدر على إثبات العتق من فلان إلا بعد إثبات الملك له ولا يقدر على إثبات الملك له؛ لأنه ليس بخصم عنه وفي الثاني المدعِي خصم له فقامت البينة على خصم حاضر فيقبل ولأن بإقامة البينة على حرية الأصل أو على إعتاق المدعِي سابقا على دعواه

ظهر فساد دعوى المدعِي وقت الصلح؛ لأن القضاء بالرق مع قيام البينة على حرية الأصل أو على الحرية السابقة على دعواه متعذر فظهر فساد دعوى المدعِي وصحة الصلح عن إنكار إنما تبنى على صحة الدعوى حق ظهر فساد الدعوى فظهر أن الصلح كان باطلا، وإن كان مقرا بالرق وقت الصلح ثم أقام البينة على حرية الأصل أو على إعتاق المولى العام الأول تقبل وترجع المائة عندهما، وعند أبي حنيفة رحمهم الله لا تقبل بناء على أن البينة على عتق العبد تقبل من غير دعوى عندهما فالمناقضة في الدعوى لا تمنع قبول البينة وعنده لا تقبل بدون الدعوى فالمناقضة تمنع صحة الدعوى والمناقضة لا تقبل من غير دعوى والله أعلم بالصواب.

وصلح المستأمن في دارنا جائز؛ لأنه رضي بأحكامنا فيما التزمه في دارنا وصلح الذمي كصلح المسلمين؛ لأن الذمة خلف عن الإسلام في حق المعاملات وفي حق إفادة عصمة الأملاك وتجويز المعاقدات لقوله عليه السلام: "**إنما بذلوا الجزية لتكون دِمَاؤُهُمْ كَدِمَائِنَا، وَأَمْوَالُهُمْ كَأَمْوَالِنَا**"[1]، إلا في الصلح على الخمر والخنزير، فإنه يجوز بينهم ولا يجوز بيننا؛ لأنه مال معصوم محترم في حقهم لا في حقنا والله أعلم[2].

---

(١) الأثر عن علي رضي الله عنه "إنما بذلوا الجزية لتكون...." أورده الزيلعي في نصب الراية (٣٨١/٣) واستغربه، وذكر أثرا آخر عن علي رضي الله عنه، وعزاه إلى الشافعي والدارقطني ولفظه "من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا".

(٢) انظر: البدائع ٢٣٥/٧ وما بعدها، و٢٥٢ وما بعدها، والدر المختار ٣٧٨/٥ وما بعدها، وتكملة فتح القدير ٢٥٤/٨ وما بعدها، والشرح الكبير ٢٣٧/٤، و٢٤٢ وما بعدها، والقوانين الفقهية ص ٣٤٥، وبداية المجتهد ٣٩١/٢، ومواهب الجليل ٢٣٢/٦ وما بعدها، ومغني المحتاج ١٥/٤ وما بعدها، والمهذب ١٧٣/٢، والروضة للنووي ١٤٨/٩، و١٥٠، ١٥٦ والمغني ٦٤٨/٧، و٦٥٢، ٦٥٧، وكشاف القناع ٥٨٥/٥، و٥٨٧، ٦٠٧، ومطالب أولي النهى ٢٨٠/٦.

كتاب الوكالة

تحتاج إلى معرفة: شرعية الوكالة، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها.

أما شرعيتها: لقوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ الآية [الكهف: ١٩] والله تعالى حكى عن أصحاب الكهف أنهم وكلوا واحدا منهم ليشتري لهم طعاما وكل حكم حكى الله تعالى عن الأمم الماضية والقرون السالفة ولم يعقبه بالنسخ والإنكار يصير شريعة لنا.

ورُوي أن النبي عليه السلام "وكّل حكيم بن حزام بشراء الأضحية" ولأن للناس حاجة ماسة وضرورة دائبة إلى تجويز الوكالات، فإن كل إنسان لا يمكنه أن يتولى جميع ما يحتاج إليه من التصرفات بنفسه إما لعجزه بأن كان زمنا أو مريضا أو لكونها من المحذرات وأهل البيونات أو لعدم هدايته إلى التصرف فجوزت الوكالة لحاجات الناس كما جوزت الإجارة والإعارة.

وأما تفسيرها: فالتوكيل في اللغة عبارة عن التفويض للآمر إلى من يقوم مقامه بتدبيره، يقال: وكلت أمري إلى الله، أي: فوضته إليه، أي: القائم بتدبير أمورهم وقد يكون الاسم مأخوذًا من الحفظ، ولهذا الوكيل في أسماء الله تعالى الحافظ.

ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله: إذا قال: وكلتك في كذا فهو وكيل في حفظه؛ لأن اللفظ يقتضي الحفظ والتفويض والحفظ أدناهما وأنه متيقن فلا تثبت الزيادة بالبيان.

وأما ركنها: فقوله: وكلتك بكذا؛ لأن الوكالة تقوم به.

وأما شرط جوازها: على الخصوص فهو أن يكون الموكل به تصرفا بملك الموكل مباشرته بنفسه حتى لو وكل بما لا يملكه الموكل كان باطلا؛ لأن ما لا يملك لا يملك إنابة غيره مناب نفسه في مباشرته إزالة وإيثارا.

وأما حكمها: فقيام الوكيل مقام الموكل فيما وكل به؛ لأن التوكيل استعانة من

الوكيل بتمليك منافعه من الموكل فتكون الاستعانة تبرعا بالمنافع أو بالعمل فيكون نفس عمله واقعا للوكيل وحكمه واقعا للموكل لقيامه مقامه في إصدار العمل وإيجاده ولا يجبر الوكيل على إتيان ما وكل به إلا في دفع الوديعة بأن قال له ادفع هذا الثوب إلى فلان فقبله وغاب الآمر يجبر المأمور على دفعه؛ لأنه يجوز أن يكون الثوب وديعة عنده لفلان فيجب عليه رده فأما سائر الأشياء فهو على ملك المالك وإنفاذه غير واجب عليه، والله أعلم بالصواب.

[(باب ما يقع به الوكالة)][1]

(**المبسوط**): لو قال فلان لآخر: اشتر عبدي من فلان لنفسك ولم يكن وكيل البائع ولا يعلم به فاشتراه جاز، وكذلك لو قال لعبده: انطلق إلى فلان حتى يعتقك أو يكاتبك فأعتقه فلان أو كاتبه ولم يعلم بذلك جاز، وكذلك لو قال لامرأته: انطلقي إلى فلان حتى يطلقك فطلقها فلان ولم يعلم يقع. أما إذا علم البائع والمأمور بذلك يجوز؛ لأن صحة أمره بالشراء منه توكيل منه إياه بالبيع منه دلالة وضرورة فصار وكيلا، وأما إذا لم يعلم ذكرها هنا أنه يجوز.

وذكر في (**الزيادات**): أنه لا يجوز. فالحاصل أن الوكيل هل يصير وكيلا قبل العلم به فيه روايتان والوصي يصير وصيا بدون العلم. وجه رواية الزيادات أن حكم الأمر لا يثبت في حق المأمور إلا بالعلم كأوامر الشرع وأوامر العباد وهذا؛ لأن الأمر لا يطلب منه الإمساك إلا بعد العلم؛ لأنه عاجز عن الامتثال قبل العلم فلا يثبت حكم الأمر إلا بعد العلم بخلاف الوصي؛ لأنه لا يعمل بحكم الأمر؛ لأن الأمر يبطل بالموت فكيف يصح أمره بعد الموت ولكن جعلت الوصاية سببا لثبوت الولاية كالأبوة والجدودة تثبت الولاية لهما من غير علم حتى لو باع أحدهما مال اليتيم ولم يعلم بالولاية جاز فكذا هذا. وجه رواية الوكالة وهو أن بيع الأجنبي منعقد معتبر إلا أنه لا يفيد الملك للمشتري في حق المالك لما فيه من لحوق الضرر بالمالك، فإذا وجد منه التوكيل والأمر بالعقد فقد وجد منه الرضاء بالضرر

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب ما تصح به الوكالة وما لا تصح.

فيقيد الملك للمشتري، ولأنه لو رضي بهذا البيع بعد وقوعه وهو لا يشعر نفذ بيعه، فإذا كان الرضاء سابقا على البيع أولى أن ينفذ، ولو قال بع عبدي هذا أو هذا أو قال بع أحدهما فأيهما باع جاز؛ لأنه خيّر الوكيل في بيع أحدهما؛ لأن كلمة أو للتخيير كما في كفارة اليمين ومثل هذه الجهالة مع الخيار لا يمنع جواز البيع مع ضيق حاله فلأن لا يمنع جواز الوكالة مع سعة حالها أولى. قال وكلت هذا أو هذا ببيع هذا العبد جاز استحسانًا فأيهما باع جاز؛ لأن كلمة أو متى دخلت بين شيئين يراد بها أحدهما حقيقة، وإن يراد بها كلاهما بمعنى الواو تكون مجازا والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه فيصير كأنه قال أيهما قبل هذه الوكالة، فإذا باع أحدهما فقد تعين الوكالة فيه فيجوز بيعه وصار، كما لو قال وكلت أحدهما ببيعه أو قال أيكما باعه جاز فكذا هذا.

(**النوادر**): وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: إذا وكله بقبض الوديعة والمستودع لا يعلم فدفع جاز ولذلك إن علم المستودع ولم يعلم الوكيل جاز.

رجل قال لآخر وكل فلانا بأن يشتري لي منك ما بدا لك كان جائزا.

ولو قال: وكّل من شئت بأن يشتري منه وهذا البائع فلا يملك التوكيل بالشراء معه؛ لأن حقوق البيع تتعلق بالعاقد والواحد لا يتولى طرفي البيع؛ لأنه يؤدي إلى التضاد وهو أن يكون مستزيدا أو مستنقصا وقابضا ومستقبضا.

(**الفتاوى**): وذكر الحسن بن زياد وأسد بن عمرو رحمهما الله لو قال لآخر: لا أنهيك عن طلاق امرأتي لا يكون هذا توكيلا بالطلاق في العبد. لو قال: لا أنهيك عن التجارة لا يكون إذنا، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وفي الطلاق كذلك وفي العبد يصير مأذونا؛ لأنه لو رآه يبيع ويشتري فسكت يكون إذنا وهذا أولى.

ولو قال لآخر: وكلتك في جميع أمري فقال الوكيل طلقت امرأتك ثلاثا أو أعتقت عبدك ووقفت جميع أراضيك قيل يجوز فعله؛ لأنه عم التوكيل وقيل لا يجوز وهذا المختار للفقيه أبي الليث رحمه الله، فإن من قال لآخر فوضت أمر مالي إليك فالقياس أن لا يصير المأمور وكيلا في شيء من ماله وفي الاستحسان يصير وكيلا في حفظ ماله وهو كقول الرجل وكلتك في مالي.

ولو قال: فوضت إليك أمر عيالي كان وكيلا بالنفقة؛ لأنه يطلق ويراد به التصرف على أهل البيت من الطلاق والعتاق ونحوه ويذكر ويراد به الإنفاق عليهم وهو الأدنى والأقل فيجعل عليه؛ لأنه متيقن وقوله فوضت أمري إليك، قال بعضهم: لا يصلح، وقال بعضهم: يصير وكيلا.

وذكر الحسن وأسد بن عمرو رحمهما الله لو قال لآخر: ما صنعت في عبيدي فهو جائز فأعتقهم كلهم جاز؛ لأنه أطلق من غير تقييد، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز؛ لأنه لا يفهم من هذا اللفظ الإعتاق عرفا، قال أبو الليث الكبير قول أسد فيه أحب إليّ.

ولو قال: وكلتك ببيع كذا فسكت ثم باع جاز، ولو قال: لا أقبل بطل كما لو وهب الدين ممن عليه فسكت سقط، ولو قال: لا أقبل بطل، وكذا لو قال: جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صح، ولو قال: لا أقبل يبطل جعل السكوت بمنزلة القبول في هذه المسائل؛ لأنه دل على القبول عادة وفي وقف الأنصاري الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل؛ لأنه وقع لله تعالى.

(باب ما يصح التوكيل فيه وما لا يصح)

(**المبسوط**): أصله: أن الوكالة تحتمل الجهالة اليسيرة التي لا تمنع الامتثال بما وكل به ولا تحتمل الجهالة الفاحشة؛ لأنها مانعة من الامتثال بما وكل به والجهالة أنواع ثلاثة: **فاحشة**: وهي الجهالة في الجنس مثل التوكيل بشراء الثوب والدابة لا تصح، وإن سمى الثمن؛ لأنه لا يمكن للموكل الامتثال بما وكل به؛ لأن ما من جنس من الأموال يشتريه الوكيل إلا وللموكل أن يقول عنيت جنسًا آخر والأمر بما لا يمكن للمأمور الامتثال به كان باطلا. **والثاني**: الجهالة اليسيرة وهي الجهالة في النوع المحض والصفة كالتوكيل بشراء حمار أو فرس أو ثوب يهودي يصح من غير تقدير الثمن؛ لأن بعد إعلام الجنس ما بقيت الجهالة إلا في الصفة والجهالة في الصفة محتملة في الوكالة؛ لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل، فإن اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود وتسمية الثمن لا يشترط لصحة

هذه الوكالة؛ لأن بيان جنس الثمن يصير الثمن معلوما عادة فصار كأنه وكَّله بشراء ثوب يهودي بأي صفة كان وبالثمن المعتاد ولا يألو شرط الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يمكن للوكيل القيام بذلك فضاق الأمر على الناس فلهذه الضرورة لم تجعل جهالة النوع مانعة. **والثالث**: أن لا يصح التوكيل إلا بذكر الجنس والنوع، فإن لم يذكر الثمن بأن قال اشتر لي حمارا أو فرسا ولم يسم ثمنا جاز ويتعين الصفة بحال الموكل؛ لأن الحمار والفرس كل واحد منهما نوع على حدة وكان الجنس معلوما وجهالة الصفة لا تمنع صحة الوكالة. **والرابع**: الجهالة بين الجنس والنوع ولا يصح إلا بذكر الجنس والثمن، وإن لم يذكر النوع، فإن وكله بشراء عبد أو جارية أو دار لا يصح إلا إذا سمى الثمن فيصح؛ لأنه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال أجناس مختلفة، فإن الجمال منفعة مطلوبة من بني آدم، ولهذا جعل رؤية الوجه في بني آدم كرؤية الكل؛ لأن يجمع الجمال وفي هذه المنفعة يختلف الهندي والتركي لأنهما مختلفان من حيث الجمال، فإذا لم يسمّ الثمن ألحقناه بمجهول الجنس، فإذا سمى الثمن ألحقناه بمجهول النوع؛ لأن تسمية الثمن يصير النوع معلوما عادة، فإن ثمن التركي معلوم وثمن الهندي معلوم فكان تسمية الثمن بمنزلة تسمية النوع، وعن أبي يوسف في الأمالي أنه لا يصح التوكيل وإن سمى الثمن لأن بتسمية الثمن لا يصير النوع معلوما، فإن أجود الهندي ثم المسائل على أقسام: **أحدها**: لو دفع إليه الدراهم ليشتري بها الطعام ينظر إن كانت الدراهم كثيرة تصرف إلى الحنطة؛ لأن الناس لا يشترون بالدراهم الكثيرة الدقيق؛ لأن الدقيق يفسد إذا مضى عليه زمان والمعروف كالمشروط، فإن كانت الدراهم وسطا يشتري بها الحنطة أو الدقيق لا الخبز؛ لأن الطعام متى ذكر مقرونا بالشراء فإنما يراد به الحنطة ودقيقها في عرفهم، ألا ترى لو حلف لا يشتري طعاما لا يحنث إلا بشراء الحنطة ودقيقها في عرفهم، والثابت عرفا كالثابت نصًّا، وإن كانت قليلة يشتري بها الخبز؛ لأنه أراد بذلك شراء الخبز عرفا، ولو قال اشتر لي طعاما ولم يبين قدره ولا قدر الثمن لم يصح التوكيل؛ لأنه جنس ما وكل به إن كان معلوما فالمقدار مجهول وجهالة المقدار مانعة له عن الامتثال بما أمر به فكان كجهالة

الجنس، **والثاني**: لو وكله بشراء دار ولم يسم ثمنها لم يجز وإن سمى ثمنها جاز، وإن لم يبين موضع الدار ولا صفتها؛ لأن الدور جنس واحد من حيث إن منفعة أصل السكنى في الكل سواء وأجناس مختلفة من حيث إنها في الحرز والتحصين متفاوتة، فإن التحصين لبعض الدور لا يحصل من غير مالك وحافظ وبالبعض يحصل من غير مالك وكانت بين الجنس والنوع، فإذا بين الحدود أو الثمن ألحق بالجنس الواحد وإلا فلا لما بيناه ويشتري في المصر الذي وكله فيه عندهما، وقال أبو يوسف رحمهم الله: لا يجوز إلا بتسمية المصر؛ لأنه أطلق الوكالة فانصرفت إلى البلدان كلها والدور تختلف في البلدان مع تسمية الثمن وهما صرفا الوكالة إلى دور مصره للعرف والعادة، فإن في العرف بين الناس أن من أمر غيره بشراء دار وهو ساكن في مصر لا يريد شراءها في مصر آخر فنفذت الوكالة بالدار في مصره بالعرف والعادة واللؤلؤة بمنزلة الدار؛ لأنها كثير التفاوت ولو وكله بشراء دار فاشترى دارا لا بناء فيها جاز بخلاف ما لو حلف لا يدخل دارا فدخلها بعدما صارت صخرا لم يحنث والفرق أن في اليمين إنما اعتبر البناء صفة للدار الغائبة لأنا لم نجد وصفا آخر يعرف الغائبة سوى البناء والغائب لا يعرف إلا بالصفة فاعتبر البناء لتعريف الغائب فأما في الوكالة وجدنا صفة أخرى تعرف الدار الغائبة بها وهي تسمية الثمن؛ لأن التوكيل بشراء دار بغير عينها لا يصح إلا بعد تسمية الثمن، فإذا سمى له الثمن فقد أمره بشراء دار تساوي ألفا وهذه صفة للدار؛ لأن قيمة الشيء وما أشبه صفته فحصل التعريف بتسمية الثمن فلم يعتبر البناء صفة للدار فصار كأنه قال اشتر لي دارًا تساوي ألفا وقد اشترى بالمسمى فجاز؛ لأن الدار اسم للعرصة لما بينا في الأثمان هذا إذا اشترى صخرا كانت مبنية في الأصل ثم خربت، فإذا لم تكن مبنية في الأصل، فإنه يلزم الوكيل؛ لأن ما اشترى لا يسمى دارًا وفي عرفنا لا يلزم الأمر في الوجهين؛ لأن في عرفنا لا تسمى الصحراء دارا مطلقًا فلا تدخل تحت مطلق أمره، **والثالث**: لو وكله بشراء جارية وسمى جنسها وثمنها فاشتراها عمياء أو مقطوعة اليدين والرجلين ومقعدة أو مجنونة جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز ومقطوعة إحدى اليدين أو إحدى الرجلين أو عوراء يجوز

بالاتفاق. لهما: أن مطلق اسم الشيء ينصرف إلى الكامل منه، فإذا كان منفعة الجنس فائتة كان الدار ناقصا فلم يتناوله مطلق اسم الرقبة، وإذا كان جنس المنفعة قائمًا ولكن بعضه فائتًا كان الدار كاملا معيبا والمعيب لا يمنع دخوله تحت الاسم، ألا ترى أنه لا يجوز تحرير العمياء عن التكفير ويجوز العوراء. له: أن مطلق اسم العبد يتناول هؤلاء؛ لأن الفائت صفة وبفوات الصفة لا يحلل اسم العين ولا ينتقص، ولهذا لو قال كل عبد لي فهو حر يدخل تحت هؤلاء، ولو حلف لا يشتري عبدًا يحنث بشراء هؤلاء فالمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التخصيص والعرف مشترك، فإن الناس كما يشترون العبيد للخدمة يشترون للتحرير وللفك عن ذل الرق، ولهذا لو اشترى قريبه جاز بخلاف الكفارة؛ لأن الأعمى ناقص فيما هو المطلوب من التحرير بحجة التكفير؛ لأن المطلوب من التحرير بالتكفير ما يحصل للعبد من منافعه؛ لأن القربة إنما تقوم بإيصال المنفعة إلى الفقير فإنما تتكامل القربة في التحرير بتكامل المنفعة والمنفعة ناقصة مختلة فلم تتكامل القربة في التحرير بتكامل المنفعة فأما المطلوب من شراء العبد سلامة مالية العبد مساوية لمالية الثمن لا المنافع، فإن المنافع بالشراء تملك تبعًا لا مقصودًا، ولهذا لم يجز شراؤه بثمن لا يعدله، وإن كانت سليمة الأطراف بخلاف ما لو وكله بشراء رقبة؛ لأن الرقبة اسم للذات الكامل الأجزاء، ولو قال: اشتر لي جارية أطؤها فاشترى أخت الامرأة لم يجز؛ لأنه نص على من تحل له وطؤها ولو أطلق جاز؛ لأن الجارية قد تشترى للخدمة لا للوطء والله أعلم.

(**الزيادات**): أصله: أن الوكيل إذا قدر على تحصيل مقصود الموكل بما وقع عليه التنصيص صح التوكيل له وما لا فلا؛ لأن المقصود من التوكيل الامتثال بما أمر به والامتثال إنما يحصل بما فيه تحصيل مقصود الموكل.

ثم مسائله على **فصول**:

فصل في الوكالة.

وفصل في البضاعة.

وفصل في المضاربة.

(فصل)

دفع إلي رجل ألفا وقال: اشتر لي بها الثياب، أو قال: ثيابًا، أو قال: أي ثوب شئت أو أي دابة، جازت الوكالة؛ لأن الثياب والدواب اسم جنس، فإنه أدخل فيه الألف واللام وهما للجنس عند انعدام المعهود وليس هنا معهود فكان للجنس ولكن نعلم ببديهة العقل أنه لم يرد به تعميم أجناس الثياب والدواب؛ لأن شراء جميع ثياب العالم من الواحد لا يتصور فعلم أن مراده تعويض الرأي على العموم في شراء هذه الأجناس إليه فصار كأنه قال اشتر لي أي جنس شئت، ولو صرح بهذا صح التوكيل فكذا إذا دل لفظه عليه وكذلك ثيابًا أو دوابًّا؛ لأن اللفظ لما كان للجنس والعموم استوى فيه المعرفة والمنكر كاسم الإنسان والناس، ولو قال اشتر لي ثوبا أو أثوابا أو الأثواب لم يجز؛ لأن اسم الثوب يقع على أجناس مختلفة فلا يقدر الوكيل على تحصيل مقصوده فلم يصح لجهالة الجنس، وأثواب اسم جمع ومفرده ثوب وأدنى الجمع ثلاثة والأثواب أيضًا اسم جمع واللام تدل على التكثير وأكثر ما يتناوله اسم الجمع بهذا اللفظ عشرة، فإذا كان لا يجوز في الواحد للجهالة والجهالة في هذا اللفظ أكبر فلأن لا يجوز أولى، وفرق بين الأثواب والدواب والفرق أنه ليس للجنس هناك اسم سوى الدواب فحملنا قوله على الدواب على الجنس وفي الثياب للجنس اسم آخر سوى قوله الأثواب من ثياب؛ فلأن فلهذا لم يصح التوكيل بلفظ الأثواب ويصح بلفظة الثياب، ولو قال اشتر بها شيئا لم يجز؛ لأن هذا في الجهالة أفحش من قوله اشتر لي بها ثوبا أو دابة، ولو قال اشتر بها أو اشتر بها أدنى شيء جاز استحسانًا لا قياسًا. وجه القياس: أنه تمكنت الجهالة المتفاحشة فيما تلفظ به من المقالة. وجه الاستحسان: أن مراده من قوله أدنى شيء أي أدنى شيء أحببته أو وجدته أو أدنى شيء تيسر شراؤه فيكون الأمر إليه على العموم، وقوله: اشتر بها تفويض الأمر على سبيل العموم بمنزلة قوله خذ هذه الألف فاشتر بها بيني وبينك أو خذ هذه الألف فاشتر بها بالنصف وبالثلث كان تفويضا للأمر إليه على العموم بخلاف قوله شيء؛ لأنه نكرة في الإثبات فيدل على التخصيص وذلك يمنع تفويض الأمر إليه على سبيل العموم، كما لو قال اشتر بها شيئًا بيني وبينك أو بالنصف لا يجوز.

(فصل)

ولو قال: خذ هذا المال بضاعة فاشتر بها ثوبًا، أو قال: أثوابًا جاز بخلاف الوكالة والفرق أن بالبضاعة قامت الدلالة على تفويض الرأي إليه؛ لأنه نص على البضاعة وهي مسبقة من البضع وهو القطع فقد قطع هذا القدر من جملة ماله ولم يقطعه ملكًا وإنما قطعه رأيا وتصرفا فيصير كأنه قال جعلت الأمر في التصرف في هذا المال مفوضا إلى رأيه على العموم ولم يقم الدلالة في التوكيل فصح التوكيل، وكذلك لو كان مكان البضاعة مضاربة؛ لأن المضاربة تفويض الأمر إلى رأيه في التصرف في هذا المال على العموم، ولو قال: خذ هذا المال بضاعة إلى فلان صار رسولًا بالدفع إليه؛ لأنه يراد به عند الإطلاق الرسالة ومطلق الكلام ينصرف إلى المعتاد، ألا ترى أنه لو قال هذا الطيلسان بضاعة إلى مكة كان هذا على البيع، ولو قال: إلى فلان بمكة يكون على الرسالة حتى يدفعه إلى فلان، وإن قال: بضاعة ولم يقل إلى فلان فالتدبير إليه؛ لأنه نص على البضاعة دون الرسالة فقد فوض الأمر إلى رأيه، ولو قال: إني أريد أن أشتري طيالسة فقال آخر خذ هذا المال بضاعة فهو على شراء الطيالسة، فإنه أخرج الكلام بناء على المقدمة المذكورة فتصير تلك المقدمة كالمعادة في كلامه، ولو قال: خذ هذه الألف بضاعة في حوائجي فالأمر باطل؛ لأنه ألحق بآخر كلامه ما يمنع جعل الأمر مفوضا إلى رأيه على العموم وهو أنه سوى حوائجه ولا يقف غيره على حوائجه ولأنها مجهولة في نفسها، ولهذا يمنع صحة الوكالة فيمنع صحة البضاعة وضرورة الأمر مفوضا إلى رأيه على العموم، ألا ترى لو قال: هذه الألف بضاعة على أن تشتري بها ما أريده لم يكن له أن يشتري بها شيئا؛ لأن ما يريد رب المال غير معلوم للمستبضع فقد عجز عن تحصيل مقصوده فلم يصح الأمر فكذا في حوائجه. مستبضع اشترى شيئًا ثم استكرى دوابا تحمله فهو متطوع؛ لأنه أنفق على مال الغير بغير إذن مالكه، ولو أمسك بعض المال لاستئجار الحمولة أو يشتري نفقة الدقيق جاز استحسانا؛ لأن مطلق الأمر ينصرف إلى المعتاد والشراء بالبعض والإنفاق بالبعض معتاد والشراء بالجميع والإنفاق من مال نفسه تبرعا معتاد فكل واحد منهما معتاد فيما بين الناس فانصرف الأمر إليهما فيصير مأذونًا فيهما فكان موافقا للأمر إذا اشترى بالجميع وأنفق من ماله إلا أنه

متبرع؛ لأنه لم يأمره بالإنفاق من ماله، وإن كان وكله في المصر رجع استحسانا؛ لأن الإذن لهذا ثابت في المصر دلالة، فإن من أمر غيره بالشراء في المصر يكون إذنًا بالنقل ولا نقل إلا بالكراء فيكون إذنا له، بأداء الكراء من ماله دلالة فتركنا هذا القياس في المصر باعتبار الدلالة ولا دلالة في الخارج من المصر ونظيره إذا اشترى حطبا في المصر فعلى البائع تسليمه إلى منزله استحسانا، ولو اشتراه خارج المصر ليس عليه حمله إلى منزله وإن استكرى من مال نفسه، فإن أمسك البعض لنفقة الدقيق الذي اشتراه فلم ينفق حتى مات رب المال ثم أنفق ولا يعلم بموته لا يضمن استحسانا، فإن علم يضمن. وجه القياس: أن هذا عزل حكمي ثبت بانتقال الملك إلى الورثة فلا يختلف بالجهل والعلم كالموكل إذا أعتق العبد الموكل ببيعه. وجه الاستحسان: أن الأمر كان ثابتا ولم يبلغه المنهي والمبطل للأمر وهو الموت فلو انتهى الأمر كان تعزيرا وفيه ضرر، فإنه يصير ضامنا للنفقة على ظن أنه مأمور بالإنفاق فيصير مغرورا متضررا فجعل الأمر باقيا بجعل الموت عدما في حقة دفعًا للضرر عنه، بخلاف ما لو اشترى به شيئًا بعد موت رب المال ولم يعلم به كان مشتريًا لنفسه وضمن المال؛ لأنه لو انتهى الأمر في حقه بموت رب المال لا يتضرر؛ لأنه إن صار الثمن مضمونًا عليه فالمبيع يدخل في ملكه؛ لأن الشراء يقع له بخلاف الأول؛ لأنه ليس بإزاء ما ينفق على الدقيق عوض يدخل في ملكه نهاه رب المال بالكتاب ثم أنفق على الدقيق يصح نهيه في البضاعة دون المضاربة؛ لأن حق المضارب قد تعلق بذلك المال بالشراء؛ لأنه صار شريكا في الربح والربح لا يحصل إلا بالإنفاق على الحمل فلم يصح نهيه ولا حق المستبضع في المال فلا يعلق له به فصح نهيه فصار منفقا ماله بغير إذنه وإذن من يلي عليه وهو القاضي فضمن كالمودع إذا أنفق على عبد الوديعة بغير إذن صاحبها وإذن من يلي على الغائب وهو الغائب فكذا هذا.

(باب من يصلح بوكيله ومن لا يصلح)

(المبسوط): أصله أن التوكيل استنابة واستعانة فمن ملك التصرف بحكم الأصالة يملكه بحكم النيابة والاستعانة لغيره. وكّل عبده أو عبد غيره بإذن مولاه أو

صبيا عاقلا بإذن وليه أو ذميا أو الذمي مسلما أو المسلم حربيا مستأمنا في دارنا جاز؛ لأن هؤلاء يملكون التصرف بحكم الأصالة لأنفسهم فيملكون بحكم النيابة لغيرهم، فإذا وكّل صبيا لم يلزمه الثمن إلا أن يكون مأذونا في التجارة فيلزمه الثمن؛ لأن الصبي العاقل أهل للتصرف؛ لأنه محجور عن التصرف لنفسه؛ لأنه دائر بين الضرر والنفع غير محجور عن التصرف لغيره؛ لأنه نافع محض له لما فيه من تصحيح عبارته ونفاذ نطقه ويهتدي بذلك في التجارات والمعاملات إلا أن في لزوم العهدة ضررًا به فلا تلزمه العهدة، وإذا كان مأذونا تلزمه؛ لأن المأذون من أهل التزام ضمان الثمن ليفيد الملك في المشترى فالصبي مما يلتزم من الضمان يملك المشترى حكما واعتبارا، فإنه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه وتوكيل الصبي غيره باطل إلا أن يكون مأذونا فيه؛ لأن المحجور لا يملك التصرف بنفسه فلا يملك التفويض إلى غيره والمأذون يملك فيملك التفويض إلى غيره. وكّل عبده فباعه فلم يرض المشتري بذلك لا يجبر على الوكالة؛ لأن في ذلك ضررا عليه وهو تعطل منافع عبده عليه فيكون له ولاية المنع والإبطال بسبب الملك.

(باب وكالة الأب والوصي في مال الصبي)

(**المبسوط**): وللوصي أن يوكل بكل ما يفعله بمنزلة الأب؛ لأنه أقامه مقام نفسه عن ولاية شاملة على التصرفات العامة، فإن بلغ الصبي انعزل وكيله لزوال ولاية الوصي على الصغير ببلوغه رشيدًا كما في الأب، بخلاف ما لو أذن الوصي أو الأب لعبده في التجارة ثم بلغ الصغير لا يحجر العبد؛ لأن العبد بعد الإذن يتصرف بحكم الأصالة لا بحكم النيابة عن المولى؛ لأن الإذن فك الحجر وإسقاطه لا أنه إنابة وإقامة مقام نفسه فلا يحجر بالعزل. المولى وكّل اليتيم وأجاز وصيته جاز؛ لأن الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة. صبي يعوله ذو رحم محرم منه وليس بوصي له لم يجز عليه من التصرفات إلا إجارته وقبض الهبة والصدقة استحسانًا؛ لأن الذي يعوله يملك برقبة الصغير وحفظه وتحصينه؛ لأن في ذلك نفعا للصغير بحيث لا

يشوبه ضرر وقبول الهبة في معنى الحفظ؛ لأنه يقع محضًا لا يشوبه وكذا إجارة نفسه تقع محضًا له لما فيه حفظه وتحصينه عن المهالك؛ لأنه لو تركه يشتغل باللعب فعسى يفضي إلى هلاكه ولأنه لو لم يؤاجره تتعطل عليه منافعه وبالإجارة يتوفر عليه بدل منافعه فيكون ذلك في معنى حفظ نفسه فيملك ذلك بولاية الحفظ لا بالولاية على نفسه.

ولو أجر دابته وعبده لم يجز؛ لأنه ليس في معنى حفظ نفسه ولأنه يستعمل دابته وعبده في أمور الصبي فلا تتعطل عليه منافعه. وكّل الأب رجلا ببيع متاع الصبي ثم مات الصبي ووارثه الأب بطلت الوكالة؛ لأن بموت الصغير زالت ولاية الأب ولزوال ولاية الموكل أثر في انعزال الوكيل، كما لو زالت ولاية الأب، ببلوغ الصغير بل أولى؛ لأن ببلوغه لا يزول ملكه بما وكله به ولزوال المحل أثر في انعزال الوكيل، فإذا انضم إليه زوال ولاية الموكل أولى، وكذلك لو مات الأب تبطل والمجنون بمنزلة الصغير في حق ولاية الأب عليه؛ لأنه عاجز عن التصرف بنفسه مستحق للنظر بمباشرة تصرف من يلي عليه.

(باب توكيل العبد المأذون والمكاتب)

(**المبسوط**): والعبد المأذون والمكاتب كل ما جاز لهما أن يفعلا جاز لهما أن يوكلا ؛ لأن التاجر لا يمكنه القيام بجميع التجارات بنفسه فيحتاج إلى التفويض إلى غيره. أذن لهما الولي في التزويج فوكَّلا لم يجز لأنهما يملكان التزويج بوكالة خاصة بعد الإذن السابق بالتجارة فإنهما لا يملكان التزويج بالإذن بالتجارة والوكيل الخاص لا يملك أن يوكل غيره بما وكل به؛ لأنه عامل لغيره لا لنفسه.

ولو أذن له في التزويج وأن يوكل به ثم نهاه عن التزويج فالوكيل على وكالته ما لم يعلم؛ لأنه إنما صح توكيله بإذن الولي فصار توكيل العبد كتوكيل الولي ولو نهى الولي وكيله وعزله لا يصح ما لم يعلم به كالحر إذا وكل رجلا بالشراء وأمره أن يوكل غيره فوكل ثم عزل الثاني لا يصح العزل ما لم يعلم فكذا هذا. وكّل المأذون رجلا فعزله الولي لم يصح عزله كان عليه دين أو لم يكن لأنا لو أبطلناه نعيده العبد

ثانيا فلا يفيد إبطاله. وكّل التاجر مولاه بقبض ديونه فليس للمولى أن يوكل غيره؛ لأنه يتصرف بحكم الوكالة والنيابة لا بحكم الأصالة فصار كما لو وكل أجنبيا، فإن وكل الولي مع هذا وباشر وكيله شيئًا هل يجوز ينظر إن لم يكن على العبد دين يجوز؛ لأنه إن تعذر تنفيذه بحكم الوكالة أمكن تنفيذه بحكم الملك؛ لأن المولى مالك كسبه، وإن كان عليه دين لا يجوز؛ لأنه تعذر تنفيذه بحكم الوكالة والملك؛ لأن المولى لا يملك كسبه. وكل العبد التاجر ببيع عبد ثم أبق العبد فخرج الوكيل من وكالته لأنه يحجر بالإباق والوكيل يحجر وينعزل بإحجار الموكل؛ لأنه يعجز عن التصرف بالإحجار كما يعجز بالموت. وكل عبد محجور رجلا ليشتري له شيئًا ثم أعتقه مولاه أو أذن له في التجارة أو كاتبه لم يخرج الوكيل من وكالته؛ لأن تصرف العبد المحجور كما يوقف على إجارة المولى يوقف على العبد إلى وقت فك الحجر؛ لأن تصرف العبد كما يقع للمولى يقع للعبد لأن تصرفه صحيح بصدوره من أهله في محله لكونه عاقلا ناطقًا مكلفًا فكان صحة تصرفه بحكم مالكيته وإنما امتنع نفاذه بحق المولى لضرر يلحقه، فإذا نال حق الولي نفذ عليه من وقت وجوده بخلاف الشراء، فإنه لا يتوقف نفاذه على العبد حتى إذا عتق لا ينفذ عليه؛ لأن حكم الشراء هو الملك والعبد ليس من أهل الملك لعقد أهليته لا لحق الولي فلم يتوقف عليه؛ لأن الموقوف متى نفذ لزوال المانع فإنما ينفذ من وقت وجوده لا من وقت زوال المانع ولا يمكن تنفيذه من وقت وجوده.

(باب الوكالة بالخصومة)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في التوكيل بالخصومة.

والثاني: في تصرف الوكيل.

(فصل)

التوكيل بالخصومة جائز أجمعت الأمة عليه، ورُوي عن علي رضي الله عنه أنه

كان يوكل عقيلا بالخصومة، ولم ينكر عليه منكر ولا عير عليه معير، فحل محل الإجماع.

ولا يصح التوكيل بغير رضى الخصم عند أبي حنيفة، أي: لا يلزم وعندهما يصح لهم إن التوكيل صادف خالص حقه؛ لأن التوكيل إن كان من المدعِي فلأنه تناول الدعوى والدعوى خالص حقه؛ لأن حق المرء ما ينتفع به وهو ينتفع بها؛ لأن بها يتوصل إلى حقه، وإن كان من المُدَّعَى عليه فلأنه يتناول الجواب والجواب إما إنكار أو إقرار والتوكيل بالإقرار لا يفتقر لزومه إلى رضى الخصم والإنكار خالص حقه؛ لأنه يجلب نفعا؛ لأنه بالإنكار يدافعه عن نفسه فيندفع به ضرورة وهو مستقل به فصح أن التوكيل صادف حقه فيلزم بدون رضى الآخر كالتوكيل بقضاء الدين واقتضائه. له: أن فيه توهم إبطال حق الآخر بغير حق بخذل الوكيل؛ لأن الناس يتفاوتون في الخصومة تفاوتا فاحشا فرب إنسان يكون أهدى وأحذق في الخصومات والتورية وردّ الشهود حرجا فتطول الخصومات بمعاريض وبالحيل وتصوير الباطل بصورة الحق فلا يقع الآمن عن التلبيس والتدليس وكذا الناس يتفاوتون في إدلاء الحجة وإفحام الخصم بعبارته وخذله فيتوهم إبطال حق الآخر بغير حق يخذله، ولهذا قال عليه السلام: "**إنكم لتختصمون لديّ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض** - أي أفصح - **فمن قضيت له بشيء من حق أخيه المسلم [فلا يأخذه،] فإنما أقضي له بقطعة من نار**"[1].

دل أن في التوكيل احتمال الضرر بالآخر فله أن لا يرضى بذلك دفعا للضرر

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٤٢٨ و٢٣٨٥٦ و٣٧٦٤٣) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ٦/٣٢٠ (٢٧٢٥٣) قال: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٣٥٨٤) قال: حدثنا الربيع بن نافع، أبو توبة، قال: حدثنا ابن المبارك. وفي (٣٥٨٥) قال: حدثنا إبراهيم بن موسى الرازي، قال: أخبرنا عيسى. و«أبو يعلى» (٦٨٩٧) قال: حدثنا محمد بن عبد الله الأزدي، قال: حدثنا صفوان بن عيسى. وفي (٧٠٢٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا زيد بن الحباب العكلي.

خمستهم: (وكيع بن الجراح، وعبد الله بن المبارك، وعيسى بن يونس، وصفوان بن عيسى، وزيد بن الحباب) عن أسامة بن زيد الليثي، عن عبد الله بن رافع، مولى أم سلمة، فذكره.

عنه وهذا التفاوت قائم عنهما في حال خصومتهما لكن سقط اعتباره بالإجماع لضرورة صيانة حقوق الناس عن الإبطال ولا ضرورة في حال الخصومة مع الوكيل فبقي هذا مانعا من التوكيل، وإن كان الموكل مريضًا أو مسافرا فالتوكيل منهما لا يلزم بدون رضى الخصم بل يقال للمدعي إن شئت جواب خصمك فاصبر ليرتفع العذر، فإن لم تصبر فسبيلك الرضاء بالتوكيل، فإذا رضي لزمه برضاه، وفي ظاهر الرواية المرأة بمنزلة الرجل بكرا كانت أو ثيبًا واستحسن المتأخرون من أصحابنا رحمهم الله إذا كانت المرأة مخدّرة غير برزةٍ جاز توكيلها بغير رضاء الخصم؛ لأنها عاجزة عن الخصومة وإدلاء الحجة بسبب الحياء.

(فصل)

الوكيل بالخصومة لا يخلو إما أن نوكله بالخصومة مطلقًا أو نوكله بالخصومة والإقرار جميعًا وتوكله بالخصومة غير جائز الإقرار، أما إذا وكله بالخصومة مطلقًا فأقر على موكله في مجلس الحكم يصح وفي غيره لا، وعند أبي يوسف رحمه الله يصح فيهما، وعند زفر والشافعي لا يصح فيهما.

لزفر: أنه وكله بالخصومة والإقرار ضد الخصومة ويقتضيها؛ لأن الخصومة عبارة عن المنازعة والمشاجرة والإقرار عبارة عن المسالمة والمساعدة فكانا ضدين والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده فكان إيتاء بغبن ما وكله به فلا يصح.

لنا: أن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصم مجازا؛ لأن بين الخصومة والجواب مشابهة في معنى يختص بالخصومة وملازمها وهو الجواب به وإظهار الحق فجاز إطلاق اسم الخصومة على الجواب استعارة ومجازا، ولهذا القاضي يطلب من الخصم جواب خصمه فيقول له أجب خصمك بلا أو بنعم فلا يطلب منه المخاصمة والمحالفة وقد مست الحاجة إلى جعله توكيلا بالجواب؛ لأن التوكيل بالإنكار متردد بين الصحة والفساد؛ لأن التوكيل إنما يصح بما مملوك وحلال له شرعا والإنكار غير مملوك وحلال له قطعا بل هو محتمل متردد فأما الجواب المطلق وهو أحد الجوابين لا بعينه إما إنكارا أو إقرارًا مملوك له قطعا إن كان

المدعِي محقا فجوابه مملوك له بالإقرار، وإن كان مبطلا فجوابه مملوك له بالإنكار فكان العمل بالمجاز تصحيح الوكالة قطعا وفي العمل بالحقيقة إفسادها من وجه فجعلناه مجازا عن التوكيل بالجواب المطلق حملا لتصرفه على الصحة والسداد قطعا فصار كأنه قال وكلتك بجواب الخصم فيتناول الإقرار والإنكار جميعا، لأبي يوسف التوكيل بالخصومة لما صار عبارة عن التوكيل بالجواب مجازا صار كأنه قال وكلتك بجواب الخصم والتوكيل بالجواب حصل مطلقًا ولا يتقيد بمكان كما لو وكله بالإقرار نصًّا بخلاف الإنكار يتقيد بمجلس القاضي للضرورة؛ لأن في الإنكار يحتاج إلى إقامة البينة أو الاستحلاف وكلاهما لا يصح إلا في مجلس الحكم.

لهما: أن التوكيل بالإقرار لم يثبت نصًّا وإنما يثبت مقتضى التوكيل بجواب الخصم وجواب الخصم مقيد لمجلس الحكم؛ لأنه لا يستحق الجواب على المطلوب إلا في مجلس الحكم فقد وكله بالجواب عند القاضي فلا يصح في غير مجلسه كما في الإنكار، وأما إذا وكله بالخصومة والإقرار يصير وكيلا بهما، وقال الشافعي رحمه الله: لا يصير وكيلا بالإقرار وهذا بناء على أن التوكيل بالإقرار عنده يكون إقرارًا من الموكل عندنا لا يكون إقرارًا لا يقر صريحا ولا مجازا؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى الإقرار بلسان غيره صيانة لعرضه وماء وجهه من جرِّه إلى باب القاضي وهذا العرض مطلوب فيما بين العقلاء فلا حاجة إلى جعل توكيله عبارة عن التوكيل بالإقرار مجازا وأما إذا وكله بالخصومة واستثنى الإقرار لا يصير وكيلا بالإقرار؛ لأنه لما استثنى الإقرار فكأنه قال وكلتك بالإقرار ولو صرح بهذا لا يصير وكيلا بالإقرار، وأما إذا وكله بالخصومة غير جائز الإقرار والإنكار فلا رواية فيه عن أصحابنا المتقدمين وقد اختلف فيه المتأخرون قيل لا يصح؛ لأن التوكيل تفويض الأمر إلى من يقوم بتدبيره وفي هذا التوكيل تعطيل وليس بتفويض؛ لأن جواب الخصم يكون إقرارًا وإنكارا، فإذا استثناهما فلم يفوض إليه شيئًا قيل يصح التوكيل ويصير وكيلا بالسكوت في مجلس الحكم حتى يسمع البينة عليه؛ لأن مقصود الطالب من الجواب يحصل بالسكوت وهو سماع البينة قبل السكوت من الخصم

كافٍ لسماع البينة عليه كالإنكار وللموكل نوع فائدة في قصر الوكالة على هذا القدر؛ لأنه ربما تقع الخصومة في البيع ولو أقام الطالب البينة على البيع قبل القضاء عليه لو أقر المشتري وأراد أن يرد عليه بالعيب أمكنه ذلك إذا كان ساكتا ولو أنكر الوكيل البيع لا يمكنه ذلك؛ لأنه متى أنكر يصير مناقضا، فإن إنكار الوكيل كإنكاره ولم يصر مكذبا في إنكاره بتعيين إقامة البينة ما لم يقض القاضي عليه بالبينة.

والوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص إذا أقر لا يصح؛ لأن التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت شبهة العدم في إقرار الوكيل فيورث شبهة في درء ما يدرأ بالشبهات لأحد الوكيلين بالخصومة أن يخاصم وليس له أن يقبض، وقال زفر: لا ينفرد أحدهما بالخصومة؛ لأن الخصومة تحتاج فيها إلى الرأي والتدبير؛ لأنها احتجاج ومناظرة ومبنى المناظرة والمحاجة على الرأي والتدبير، فيشترط اجتماعهما على ذلك كما في التوكيل بالبيع والشراء.

لنا: أن اجتماعهما على الخصومة بمجلس الحكم لا يقيد؛ لأنه لا وجه إلى أن يتكلما ويتخاصما معا صيانة لمجلس القضاء عن الشغب والازدحام وتحرِّيًا للصواب، فإن الحق سيخفى ويلتبس عند الازدحام والشغب، ولا وجه أن يتكلما متعاقبين؛ لأنه بعدما خاصم أحدهما لا يمكن للقاضي الآخر من المزاحمة في ذلك المجلس لإتمام الخصومة بالثاني؛ لأنه وجب استماع كلام الثاني والثالث إلى الألف فيؤدي إلى تفويت حقوق الناس ولا يراعى من الشروط ما لا يفيد بخلاف القبض؛ لأنه رضي بأمانتهما وفي اجتماعهما على الحفظ زيادة فائدة؛ لأنه متى قصده قاصد يقدران على دفعه، وإذا هم أحد بالمحاربة منعه الآخر.

وليس للوكيل بالخصومة أن يصالح أو يهب الحق أو يبيعه؛ لأن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصم فهذه التصرفات ليست من جواب الخصم فلا يدخل تحت الوكالة.

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

(**المبسوط**): الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بما عز وهان وبأي ثمن كان جاز عند

أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يجوز إلا بمثل القيمة أو بما يتغابن فيه، ولا يجوز إلا بالأثمان.

لهما: أنه مأمور بالبيع والمفعول بيع من وجه تبرع من وجه لوجود معنى التبرع فيه وهو بدل مالي خالٍ عن العرض؛ لأن الزيادة إن كان بإزائها بدل مالي تسمية فليس بإزائها مال حقيقة، فإنه لو باع عبدا يساوي ألفا بخمسمائة فهو في نصف العبد بائع تسمية وتبرع حقيقة، ولهذا لا يملك الأب والوصي والمريض البيع بغبن فاحش فصار الوكيل مخالفا أمر موكله ولا ينفذ كالوكيل بالشراء إذا اشترى بغبن فاحش.

له: أنه أتى بما ينطوي عليه إطلاق الموكل فنفذ؛ لأنه وكله بالبيع المطلق والمأتي به بيع حقيقة؛ لأن البيع مبادلة مال بمال تسمية لا حقيقة والبيع ليس إلا مبادلة مال بمال تسمية وما فائدة هذه التسمية إن لم يترتب عليها حقيقة البيع ولأن الصادر منه صيغة البيع وبصيغة البيع لا ينعقد بغبن البيع مع أن البيع مع التبرع يجريان مجرى الضدين فلا يجتمعان في ذات واحد، ولهذا يوصف البيع بكونه خاسرا أو رابحا أو عدلا والخاسر وصف البيع حقيقة؛ لأنه لا يتصور الخاسر إلا في البيع إلا أن البيع الخاسر شبه التبرع لا أنه هو التبرع من وجه فالبصل يشبه البيض لونًا وحجمًا لا أنه هو البيض، ولهذا لو حلف ببيع هذا العبد فباعه بغبن فاحش يحنث ولو لم يكن المأتي به بيعا من كل وجه لا يتحقق شرط الحنث والأب والوصي لا يملكان البيع الخاسر لا أنه تبرع بل لأن تصرفه مقيد بشرط النظر والأحسن وهذا ليس بأحسن.

وكّله ببيع عبد فباع العبد من نفسه لا يجوز؛ لأن بيع العبد من العبد إعتاق، ولهذا لا يملك المولى الرجوع عنه قبل قبول العبد ويثبت الولاء للمولى كما لو أعتقه على مال والوكيل مأمور بالبيع غير مأمور بالإعتاق وإن باعه من ابن العبد جاز؛ لأن بيع العبد من قريبه بيع وليس بإعتاق في الزمان الأول ثم بعد الملك ينقلب إعتاقا حتى يملك البائع الرجوع قبل قبول المشتري فيثبت فيه خيار الشرط للبائع والمشتري جميعا ويثبت الولاء للمشتري كما لو اشتراه فأعتقه فالبيع داخل تحت الأمر.

وكّله بالبيع الفاسد فباع بيعا جائزًا جاز عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله.

له: أنه أمره ببيع لا يزيل الملك بنفسه ويملك الموكل نقضه وقد باع بيعا يزيل الملك بنفسه ولا يملك نقضه فصار مخالفا فصار كما لو وكله ببيع بخيار فباع باتا.

لهما: أنه أمره بالبيع وبأن يشترط فيه شرطًا فاسدًا، والأمر بالبيع إن صح فلم يصح الأمر باشتراط شرط فاسد فيه؛ لأنه أمره بالمعصية والأمر بما يضمنه معصية باطل، وإذا لغى الأمر باشتراط شرط فاسد نفي الأمر بالبيع مطلقًا فصار كما لو قال بع فباع بيعا جائزا جاز فكذا هذا بخلاف الأمر بالبيع بخيار؛ لأنه لا معصية في اشتراط الخيار، فإنه شرط منفعة فوجب مراعاته. وكّله بأن يبيع عبده بألف بوزن سبعة فباع بألفين بوزن خمسة جاز؛ لأن ألفين بوزن خمسة أكثر من ألف بوزن سبعة فقد باع بما أمر به وزيادة.

(باب الوكالة بالشراء)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الوكيل بشراء شيء بغير عينه.

والثاني: في الوكيل بشراء شيء بعينه.

(فصل)

لو وكله بشراء شيء بغير عينه فاشتراه بغبن فاحش وهو ما لا يتغابن الناس فيه لا يلزم الموكل؛ لأنه متهم فيه؛ لأنه لا يحجر عن الشراء لنفسه فيتهم أنه اشتراه لنفسه، فإذا وجد به عيبًا فاحشًا أظهر لموكله وموضع التهمة مستثنى عن التوكيل.

ولو اشتراه بغبن يسير نفذ على الموكل؛ لأنه لا يمكن التحرر عنه فصار معفوًّا ولا يكون الأمين متهما فيه، وقيل الغبن اليسير ما يدخل تحته تقويم المقومين فالكثير ما لا يدخل وقيل في الدراهم ده دائك وفي العروض ده يتم وفي الدواب ده بارده وفي العقار ده دوار ده.

وهكذا رُوي عن محمد نصًّا وإنما وقع التفاوت لقلة العادة في بيع العقار

وكثرتها في بيع العروض في الحيوان من الأمرين وكلما كثرت العادة قل الغبن، ولو أعطاه دنانير يشتري بها طعاما فاشترى طعامًا فلا يخلو إما أن اشترى بالدنانير المدفوعة إليه أو بغيرها أو بدنانير نسيئة أو بدنانير مرسلة، فإن أضاف إليها بأن قال اشتريت بهذه الدنانير جاز للأمر؛ لأن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالات بعد القبض حتى لو هلكت الدراهم المدفوعة إلى الوكيل قبل الشراء بطلت الوكالة فصارت بمنزلة العرض، ولو قال اشتر لي بهذا العرض طعاما فاشترى به يقع للأمر فكذا هذا؛ لأن إضافة الشراء إلى المال الذي تعلقت به الوكالة دلالة ظاهرة وأمارة ساقطة على أنه اشتراه لموكله، فإن أنفق الدنانير في حاجته وأعطى غيرها جاز؛ لأن الدنانير، وإن كانت تتعين في الوكالات ولكن لا تتعين في المعاوضات حتى لا يتعلق الشراء بعينها وإنما يتعلق بمثلها دينا في الذمة فقد وجب للبائع على الوكيل مثل الدنانير المضاف إليها الشراء ووجب للوكيل على الموكل مثله، فإذا نقد دنانير نفسه لم يكن متبرعا فيما قضى بل قضى دين نفسه ووجب له على الآمر مثل ذلك وللموكل عنده وديعة من جنسه وكان للوكيل أن يحبسه بحقه؛ لأنه ظفر بجنس حقه وأما إذا اشترى بدنانير غيرهما ثم نقدها فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الآمر؛ لأن الشراء وقع للوكيل ظاهرا؛ لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه، فإذا أضاف الشراء إلى مال نفسه كان ذلك علما ودليلا على أنه اشتراه لنفسه ظاهرًا كما لو أضاف الشراء إلى عرض غير العرض الذي أضيفت إليه الوكالة كان ذلك علما على أنه اشترى لنفسه قطعا ويقينا حتى لو ادعى الوكيل أنه اشترى للآمر لم يصدق إلا أن يصدقه الآمر، فإذا نفذ مال الآمر في شراء نفسه صار ضامنا؛ لأنه قضى دين نفسه من ماله، وأما إذا اشترى بدنانير نسيئة يقع الشراء للوكيل؛ لأنه لم يضف الشراء إلى الدنانير التي تعلقت بها الوكالة؛ لأن تلك دنانير عين والتي أضيف الشراء إليها دنانير دين والدين غير العين فصار كما لو اشترى بدنانير غيرها، وأما إذا اشترى حالا بدنانير مرسلة فالبيان إلى الوكيل أنه عنى به الشراء لنفسه أو لموكله؛ لأن الشراء بدنانير مرسلة حالة يحتمل الشراء بالدنانير المدفوعة إليه ويحتمل بدنانير غيرها؛ لأن مطلق الإضافة يحتمل كلا الأمرين سواء فالاحتمال والإهمال جاء من

جهة الوكيل فيرجع في البيان إليه، وإن لم تحضره نية عند الشراء فعند أبي يوسف رحمه الله إن أداه من مال نفسه فهو له وإن أداه من مال الموكل فللموكل، وقال محمد رحمه الله يقع للوكيل إلا أن ينوي للآمر؛ لأن الأصل أن تصرف الإنسان يكون له لولايته على نفسه؛ لأن ولايته أصلية وولاية النيابة عارضة والأصلية أقوى من العارضة فيقع التصرف له كالوكيل بالطلاق طلق مع الموكل معا يقع طلاق الموكل دون الوكيل لأبي يوسف هذا العقد دائر بين أن يقع للموكل وبين أن يقع للوكيل فيجب تحكيم النقد حملا لأمره على الصلاح حتى لا يصير غاصبا بالنقد من مال الغير متى عقد لنفسه، فإن تكاذبا في النية فهو لمن نقد دراهمه لأنهما استويا في الدعوى فالإنكار في مثل هذه الحالة يجب بحكم الحال كصاحب الطاحونة مع المستأجر إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه بحكم الحال فكذا هذا. وكله بأن يشتري له عبدا ووكله آخر بمثله ودفعا الثمن إليه فاشتراه فقال نويته لفلان يقبل؛ لأنه يملك الشراء لكل واحد منهما ولا ترجيح لأحدهما متى لم يضف الشراء إلى مال واحد منهما فيكون البيان إليه وصار كما لو كان الموكل واحدا واشترى الوكيل بالثمن مطلقًا كان القول قوله إنه نوى لنفسه أو لموكله؛ لأن مطلق الإضافة يحتمل الإضافة إلى مال الموكل وإلى مال نفسه وهذا الاحتمال جاء من جهته فيرجع في البيان إليه. وكله كل واحد منهما أن يشتري له نصف عبد من عبد بعينه فاشتراه والثمنان من جنس واحد فقال نويته لفلان فالقول له؛ لأنه لا يمتاز شراؤه لأحدهما من الآخر إلا بالنية وهو أعلم بنيته، وإن كان الثمنان من جنسين بأن وكله أحدهما بأن يشتري له نصفه بخمسمائة درهم ووكله آخر، بأن يشتري له نصفه بمائة دينار فاشترى نصف العبد بمائة دينار ناويا لصاحب الدراهم فالشراء يقع للوكيل؛ لأنه لا يقع الشراء لصاحب الدراهم وإن نوى؛ لأنه خالف أمره ولا يقع لصاحب الدنانير وإن وافق أمره؛ لأنه نوى لغيره ونيته لصاحب الدراهم لا يلغو حتى لا يقع لصاحب الدنانير؛ لأن شراء هذا النصف غير متعين لصاحب الدنانير والوكيل بشراء شيء لا بعينه متى نوى لنفسه أو لغيره يصح، وإذا صحت نيته لم يصر مشتريا لصاحب الدنانير ولا يصير مشتريا لصاحب الدراهم؛ لأنه خالف أمره

في الثمن فصار مشتريا لنفسه ضرورة وكّله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمأمور، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يلزم الآمر جميع ما اشتراه؛ لأنه خالف إلى حيز فيجب أن تكون الزيادة على المأمور به للآمر، وإن لم يدخل تحت الوكالة كما لو وكل رجلا ببيع عبده بألف فباعه بألفين كانت الزيادة للآمر. وجه ظاهر الرواية أنه أمره بشراء عشرة فكانت العشرة داخلة تحت الوكالة إلا أنه اشتراها بنصف درهم والنقصان عن الثمن المأمور به لا يعد خلافا والزيادة على عشرة غير داخلة تحت الوكالة فيكون للوكيل إلا للضرورة كما في مسألة البيع؛ لأنه تعذر أن يجعل الزيادة في الثمن للوكيل؛ لأنه ليس للوكيل من العبد شيء فلا يمكن أن يجعل بعض بدل العبد له فلهذه الضرورة جعلنا الزيادة للآمر؛ لأن من رضي بالبيع بألف يكون بألفين أرضى ولا ضرورة هنا فتكون الزيادة للوكيل وهذا إذا كان فيه عشرة أرطال لحم تساوي درهما، وإن كانت لا تساوي درهما فالكل ينفذ على الوكيل؛ لأنه إن نقص عن الثمن وأنه خلاف إلى حين فقد قضى في المشتري، فإنه وكله بشراء عشرة أرطال تساوي درهما وأنه خلاف إلى شيء والخلاف من وجه كما في إنفاذ الشراء على الوكيل وصار كما لو وكله بأن يشتري له عبدا بخمسمائة فاشترى بأربعمائة إن كان العبد يساوي خمسمائة جاز على الآمر وإلا فيلزم الوكيل.

(فصل)

أمره بشراء شيء بعينه لم يجز أن يشتريه إلا بدراهم أو دنانير؛ لأنه أمره بالشراء مطلقًا ومطلق الأمر ينصرف إلى الكامل والشراء بثمن عين شراء من وجه بيع من وجه؛ لأنه بيع مقايضة كل واحد منهما مبيع من وجه ثمن من وجه فلا يكون شراء مطلقًا فلا يدخل تحت الوكالة.

ولأن مطلق الشراء ينصرف إلى المعروف المعتاد فيما بين الناس والمعروف المعتاد فيما بينهم الشراء بالدراهم والدنانير لا بالعروض والمكيل والموزون في الذمة فصار المعروف كالمشروط، ولو اشتراه بغبن فاحش نفذ على

الموكل؛ لأنه غير متهم فيه لأنه لا يملك الشراء لنفسه، ولو اشتراه لنفسه يقع للموكل؛ لأنه مقبول الوكالة في شراء شيء بعينه يحجر عن الشراء لنفسه ضرورة. وكله بشراء جارية بعينها فاشتراها لنفسه ووطئها لا يحد ولا يثبت النسب وتكون الأمة وولدها للآمر؛ لأن الوكيل بالشراء ينزل منزلة البائع مع المشتري؛ لأنه يقع الملك له أولًا ثم ينتقل منه إلى الموكل في حق الحقوق والبائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض لا يحد لمكان الشبهة ولم يذكر أنه هل يلزمه العقر قال مشايخنا رحمهم الله: ينظر إن كان قبل إحداث الحبس للثمن، فإنه يغرم العقر؛ لأنها أمانة محصنة في يده فصار كالمودع إذا وطئ الجارية الوديعة لا يحد ويلزمه العقر، وإن كان بعد إحداث الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله لا يلزمه العقر، وعند محمد يقسم الثمن على الجارية والعقر فما أصاب العقر يسقط وما أصاب الجارية بقي؛ لأنه صار بمنزلة البائع بعد إحداث الحبس حتى لو هلك عنده كان مضمونا بالثمن فكان وطؤه كوطء البائع الجارية المبيعة قبل القبض، وعند أبي يوسف رحمه الله العقر إذا قال ظننت أنها تحل لي؛ لأنه بمنزلة المرتهن، وعند زفر عليه الحد؛ لأنه بمنزلة الغاصب عنده ولا يثبت نسب الولد؛ لأنه وطئ جارية الموكل؛ لأنه صار مشتريا له ولا شبهة في نفس الموطوءة كالبائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض، ولو قال اشتر لي عبد فلان بعبدك أو بمتاعك هذا فاشتراه جاز للآمر وعليه قيمة عبد الوكيل؛ لأنه أمره بشراء شيء له بمال الوكيل وذلك جائز، كما لو قال له اشتر لي عبد فلان بألف من مالك إلا أن الوكيل يرجع على الموكل بمثل الثمن الذي يجب عليه أداؤه وقد وجب عليه أداء العبد فيرجع على الموكل بمثله إلا أن مثله قيمته؛ لأن قرض الحيوان فاسد فتجب قيمته وصار كأنه قال أقرضني عبدك فاشتر به عبد فلان ويكون قبض بائع العبد قبل الموكل أولا وفي القرض الفاسد إذا اتصل به القرض يفيد الملك وتجب القيمة، فإن اختلفا في قيمته يتحالفان لأنهما تصادقا على وقوع الشراء للآمر وإنما اختلفا في مقدار الثمن فالوكيل يقول ملكت هذا العبد بعبد قيمته ألف ولي عليك ألف والموكل يقول لا بل ملكت بعبد قيمته خمسمائة ولك عليّ خمسمائة فنزل الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري، والبائع مع المشتري

إذا اختلفا في الثمن يتحالفان فكذا هذا، وقول محمد ويترادان يريد به تحليف كل واحد على دعوى صاحبه فأما حقيقة التراد لا تكون إلا من تحصين جرى بينهما عقد.

(باب ما يرجع به الوكيل على الموكل عند الهلاك)

[(المبسوط)][1]: ولو هلك المال عند الوكيل فلا يخلو إما أن هلك قبل الشراء أو بعده، فإن هلك قبل الشراء ثم اشترى وقع الشراء للوكيل؛ لأن بهلاك المال المضاف إليه الوكالة ينعزل الوكيل؛ لأن الوكالة تعلقت بالمال المدفوع إليه؛ لأنه أمره بالشراء بذلك المال، فإذا هلك فقد عجز عن الامتثال بما وكله به فانعزل حكما.

وإن هلك بعد الشراء يقع الشراء للموكل ويرجع بمثله على الآمر؛ لأن الشراء حصل قبل العزل بمثل الثمن المأمور به فوقع للموكل فكان المال أمانة في يده فيهلك على الآمر فكان له أن يرجع به على الآمر.

فإن قبض وهلك بائنا لم يرجع والمضارب يرجع أبدا والفرق أن الوكيل ما قبض من المال بعد الشراء بقبضه لنفسه بحكم الاستيفاء لا بحكم الوكالة؛ لأنها قد انتهت بالشراء مرة ولكنه وجب له بعد الشراء على الموكل دين فكان مستوفيا ما وجب له على الآمر والمستوفي لحقه مرة لا يستوفي مرة أخرى بخلاف ما قبضه قبل الشراء؛ لأنه قبض بإذن المالك لا لنفسه، فإنه لا حق له على الموكل حين قبض المال منه فكان أمينا فيه فأما المضارب فإنما يقبضه لرب المال لا لنفسه، فإنه يقبضه ليرده عليه ثانيا؛ لأنه يصير من جملة رأس المال فيكون المقبوض بحكم المضاربة أمانة في يده فهلك على رب المال.

ولو قال الآمر: هلك قبل الشراء، وقال الوكيل: بل بعده، فالقول للآمر مع يمينه على علمه؛ لأن الوكيل يدعي أنه اشترى للآمر بعد هلاك المال يحكي أمرًا لا يملك استئنافه للحال؛ لأن بهلاك المال ينعزل ومن حكى أمرا لا يملك استئنافه كان مُدعيًا والآخر منكرًا والقول قول المنكر مع يمينه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): قال رحمه الله.

(**الفتاوى**): رجل دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري بها عبدا فلما اشتراه قال الألف قد سرقت ومات العبد في يده فطلب البائع منه الثمن والآمر العبد. ذكر في الأصل للوكيل أن يأخذ من الموكل ألفا أخرى ويدفعها إلى البائع؛ لأن الوكيل عامل للآمر مما لحقه من الضمان يكون على من عمل له والألف والعبد هلكا في يد الوكيل إماته قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا إذا عرف أنه اشترى هذا العبد للآمر بشهادة الشهود فأما إذا لم يعرف إلا بقوله يكون مصدقا في نفي الضمان عن نفسه ولا يصدق في إيجاب الضمان على الآمر وعن نصر بن يحيى خمسة وكلوا رجلا بشراء حمار فاشترى لهم وقبض من كل واحد نصيبه من الثمن وضاع في يده نصيب واحد منهم قال يضمن الوكيل ولا يرجع به على أحد؛ لأنه لما قبض فقد قبض لنفسه؛ لأنه لما اشترى أولًا فقد وجب الثمن للبائع على الوكيل ووجب للوكيل على الآمر، فإذا قبض الثمن فقد قبض دين نفسه فهلك عليه.

(**النوادر**): ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله في الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به فباع وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل ومات العبد في يد الوكيل يرجع المشتري بالثمن على الوكيل ويرجع الوكيل على الآمر؛ لأن العزل لم يصح، وكذلك لو باع الآمر أو أعتقه أو دبره أو كاتبه ولم يعلم به الوكيل؛ لأن هذه التصرفات وإن تضمنت عزلا حكما؛ لأنه صار مغرورا من جهة الآمر حيث لم يعلمه بذلك فيرجع بحكم الغرور، ولو وكله بقبض دينه من رجل ثم الموكل أبرأه من الدين أو وهبه منه ولم يعلم الوكيل فقبض المال وهلك فلا ضمان على الوكيل ويضمن الموكل للدافع؛ لأن الوكيل نائب فخص في القبض، ولو مات العبد للموكل الموكل ببيعه أو مات الموكل ولم يعلم به الوكيل فباع وقبض الثمن وهلك عبده ضمن الوكيل الثمن ولم يرجع على الآمر ولا في تركه؛ لأن الغرور لا يتحقق بعد الموت وبعد هلاك ما وكل ببيعه.

[(**المنتقى**)][1]: قال هشام: سألت محمدًا رحمه الله عن رجل أمر رجلا أن يبيع عبده هذا بألف درهم فباعه وقبض الألف ودفعها إلى الآمر ثم الوكيل زاد المشتري دارا قال محمد هو جائز؛ لأنه هو العاقد وصارت الدار والعبد بالألف والوكيل

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

متطوع فيما زاد وللشفيع أن يأخذ الدار، قلت، فإن استحقت الدار قال يرجع على الوكيل بثلث الألف إذا كانت قيمة العبد ألفا وقيمة الدار خمسمائة ولا يرجع الوكيل على الآمر بشيء، قلت، فإن استحق العبد قال يرجع الوكيل على الموكل بالألف كلها فيدفع ثلثها إلى المشتري وثلثها له؛ لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد ويجعل كأن العقد ورد على الأصل والزيادة جميعا فصار كأنه باع العبد والدار بألف صفقة واحدة وسلم الألف إلى الموكل ويأخذ الشفيع الدار بما يخصها من الثمن وعند الاستحقاق يرجع عليه بما يخص قيمة الدار؛ لأن المشتري ملكهما جميعا بالألف ولا يرجع الوكيل على الآمر؛ لأنه متبرع في هذه الزيادة؛ لأن الموكل أمره ببيع العبد وحده بألف ويرجع بكل الألف متى استحق العبد؛ لأن الاستحقاق ورد على العبد والآمر أمره أن يجعل كل الألف بدلا عن العبد والألف جعل بدلا عنه إلا أن المشتري ملك العبد بثلثي الألف؛ لأنه ملك مع الدار بألف فيدفع ثلثيها إلى المشتري ويسلم الثلث للوكيل؛ لأنه، وإن كان متبرعا حالة العقد إلا أن الثلث لم يسلم للمشتري؛ لأنه ملك بإزائه الدار فيسلم ذلك للوكيل.

[(**الزيادات**)][1]: أصله: أن الاستيفاء من خلاف الجنس لا يتصور إلا بطريق المبادلة والمقاصة وأنه يعتمد التراضي والمقاولة والثاني إذا اجتمع في العقد التسمية والإشارة فالعبرة للتسمية إذا كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى، فإن كان من جنسه فالعبرة للإشارة لما مر في كتاب البيوع.

ثم مسائله على فصول:

فصل في الوكالة.

وفصل في المباشرة.

وفصل في المضاربة.

(فصل)

لو قال: اشتر لي جارية بهذه الألف درهم التي في هذا الكيس، فاشترى فوجد

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فصل.

في الكيس دنانير أو فلوسًا أو ستوقًا جاز الشراء على الآمر؛ لأن الوكيل ممثل آمره؛ لأنه أمره أن يستوفي دينه مما في الكيس؛ لأن بالشراء يجب الثمن للبائع على الوكيل ويجب للوكيل على الموكل حتى كان للوكيل أن يرجع على الموكل قبل الأداء، والاستيفاء من خلاف الجنس لا يتصور إلا بطريق المبادلة والمقاصة وذلك يعتمد التراضي والمقاولة والاستيفاء من المعدوم محال فلم يصح أمره بالاستيفاء وبقي التوكيل بالشراء بالألف المرسلة، وإذا اشترى بالألف المرسلة صار ممتثلًا آمره محصلا بيانه ولأنه جمع في كلامه بين التسمية والإشارة والمسمى من خلاف جنس المشار إليه فتعلق العقد بالمسمى وهذا الألف فيكون ممثلا لآمره وكذلك إن كان في الكيس تسعمائة؛ لأنه، وإن كان المشار إليه وهو تسعمائة من جنس المسمى ولكن المائة معدومة فكان في تعليق العقد بالمشار إليه ضرر بالوكيل فتعلق بالمسمى لهذه الضرورة فصار ممثلا أمر الآمر.

والثانية: ولو كان الوكيل يراه والمسألة بحالها لم يجز على الآمر؛ لأنه لما رآه وعاينه فقد بني الأمر على المشاهدة والعيان واستغنى عن التسمية والبيان إذ لا بيان فوق العيان فلا اعتبار بالتسمية بخلاف المشار إليه بعد إعلامه إياه صفة المشار إليه، فإن العادة الجارية الإنسان يصف العين المشار إليه بخلاف صفته مادحا له أو ذاما له، فإذا قال اشتر بهذه الدراهم وقد سمى المشار إليه دنانير فقد مدح له، فإذا سماه فلوسا فقد ذمه فلم يكن هذا منه تسمية حقيقة فتعلق العقد بالمشار إليه، كما لو قال بعت منك هذا الحمار بكذا وأشار إلى عبد قائم بين يديهما جاز العقد على العبد ولا عبرة بالتسمية فكذا هذا.

ولو قال اشتر بهذه الألف الدراهم ولم يدفعها إليه حتى هلكت فاشترى المأمور جاز على الآمر علم بالهلاك أم لا؛ لأنه لما لم يدفع إليه تلك الدراهم لم يتعلق التوكيل بعينها فهلاكها لا يمنع بقاء الوكالة فبقيت.

والثالثة: لو دفع إليه الكيس فأخبره أن فيه ألفًا واشتر بها جارية وكان فيه خمسمائة فضاع الكيس ثم اشترى المأمور بألف لزم الوكيل؛ لأنه ما رضي بتوجه مطالبة الوكيل عليه بما زاد على الخمسمائة فلو جاز شراؤه على الآمر بعد هلاك

الخمسمائة رجع عليه بألف درهم فهو غير راضٍ بذلك ولأن الوكالة تعلقت بالنقود والمقبوض وهي خمسمائة، فإذا هلكت انتهت الوكالة في قدر المنقود وبقيت في الخمسمائة التي لم ينقدها فبقي وكيلا بالشراء بخمسمائة، فإذا اشترى بألف صار مخالفا.

وإن اشترى جارية بخمسمائة ينظر إن كانت الجارية لا تساوي ألفًا كان مشتريا لنفسه؛ لأنه أمره بشراء جارية تساوي ألفًا جاز على الآمر؛ لأنه اشتراها بأقل مما أمر به فيكون خلافا إلى خير ولأن الآمر رضي بتوجه مطالبة الوكيل عليه بخمسمائة؛ لأنه يتعلق ببقاء الوكالة بالمقبوض.

والرابعة: دفع إليه ألفًا ليشتري بها جارية فضاعت في يد الوكيل ثم اشترى جارية بألف ثم تبين أنها كانت ستوقة جاز على الآمر ولو ظهر أنها زيوف فهلكت ثم اشترى بها جارية كان للوكيل؛ لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم حتى لو محورية في الصرف والسلم لا يجوز فكانت الوكالة متعلقة بالمسمى من الدراهم إلا بالمقبوض فلا يبطل لهلاك المقبوض فأما الزيوف من جنس الدراهم حتى لو يجوز بها جاز فتعلقت الوكالة بذات المقبوض، فإذا هلكت بطلت الوكالة فكان مشتريا لنفسه، فإن لم يهلك لكن الوكيل اشترى بالخيار فالمشترى للآمر لأنه سمى في الوكالة ألفًا مطلقة مرسلة ومطلق اسم الألف درهم ينصرف إلى الخيار؛ لأن معاملات الناس ومعاقداتهم جارية بها فتعلقت الوكالة بوصف المسمى وبذات المشار إليه كما لو كان مكان نقصان الوصف نقصان العدد بأن كان المدفوع إليه أقل من ألف جاز شراؤه بألف على الآمر.

ولو هلك المقبوض تبطل الوكالة فكذلك إذا انتقص الوصف هذا كله إذا لم يعلم الوكيل أو علم ولم يعلم الموكل، أو علما ولم يعلم كل واحد أن صاحبه علم، فالحاصل أنه يشترط لتعيين الدراهم وتعلق الوكالة بها علم كل واحد بصفتها وعلم كل واحد بعلم صاحبه بذلك لينتفي الغرر والضرر من الجانبين؛ لأن الوكيل إذا لم يعلم صفة الدراهم يعتمد ظاهر الأمر فيشتري بما سمى وهو الجياد ظنا منه أن في الكيس الألف الجياد، فإذا ظهر بخلافه يصير مخالفا فيلحقه ضرر الغرور، وإن لم

يعلم الآمر فلأنه لو تعلقت الوكالة بوصف المشار إليه لتضرر الموكل؛ لأن الموكل إنما رضي بأن يدخل في ملكه جارية تساوي ألف درهم جياد فنفذت الوكالة بالمسمى دفعا للضرر عنه، وأما علم كل واحد منهما بعلم صاحبه بشرط فلأن المأمور إذا لم يعلم بأن الآمر يعلم صفة دراهمه فإنما يظن أن قصد الآمر الوكيل شراء جارية بألف جياد، فلو تعلقت الوكالة بالمشار إليه لتضرر الوكيل؛ لأنه يشتري بالمسمى فيلزم الوكيل، فأما إذا علمنا جميعًا وعلم كل واحد أن صاحبه علم فاشتراها بالخيار يلزم الوكيل؛ لأن الوكالة تعلقت بتلك الدراهم بعينها؛ لأن الثابت بتصادقهما وتوافقهما كالثابت معاينة.

(فصل)

قال: بعني هذه الدراهم، ثم ظهر أنها ستوقة فالبيع على الجياد، فإن علما جميعا أو علم كل واحد أن صاحبه علم تراجع التسمية والإشارة والمسمى من خلاف جنس المشار إليه فتعلق العقد بالمسمى، وإن ظهر أنها زيوف، فإن كان البائع لا يعلم فعلى المشتري أن يدفع إليه دراهم جيادًا؛ لأن الشراء تعلق بالدراهم المسماة وهي ما تجري به المعاملة عادة؛ لأن الحق في الثمن للبائع ودفع الضرر عنه واجب فتعلق العقد بالمسمى، وإن كان البائع يعلم والمشتري يعلم أولا فالبيع على الزيوف؛ لأن المسمى من جنس المشار إليه فيتعلق العقد بالمشار إليه؛ لأن تعيين الدراهم في حق بيان الوصف صحيح وليس في تعلق العقد بالمشار إليه ضرر بأحدهما؛ لأن البائع عالم بحالها وأما المشتري فظاهر.

(فصل)

ولو دفع إليه ألف درهم مضاربة بالنصف وقبض ثم تبين أنها ستوقة أو زيوفة أو ظهر أنها خمسمائة، فإن كانت ستوقة وعلما وعلم كل واحد أن صاحبه علم فهي على مضاربة فاسدة إن كان الستوق لا ينفق؛ لأن المقبوض ليس من جنس الدراهم ولا يصير به قابضًا لرأس المال ويعتبر رأس المال وقبضه شرطًا لصحة المضاربة، فإذا تعلق العقد بالمسمى لكون المقبوض من خلاف جنسه ولم يقبض المسمى لم

تصح المضاربة، وإن كان ينفق فهو بمنزلة المضاربة في الفلوس ومتى فسدت المضاربة فالربح لرب المال وللمضارب أجر مثله؛ لأن المضاربة متى فسدت بقيت الوكالة فكان المشتري لرب المال والمضارب انتفى عن منافعه عوضا وهو نصف الربح ولم يحصل له ذلك فيجب له أجر المثل.

وإن كانت زيوفا وعلما فهي رأس المال والربح بينهما على ما شرطا؛ لأن المضارب وكيل بالتصرف وفي الوكالة يشترط علوم أربعة بصفة الدراهم لتعلق الوكالة بها فكذا هذا ولم يوجد فتعلقت المضاربة بالمسمى وهو ألف جياد ويقبض الزيوف أمكن أن يجعل قابضًا لرأس المال؛ لأنه من جنس المسمى، فإذا اشترى بالجياد وكان ممثلا أمر رب المال بعد استيفاء رأس المال فكان المشتري على المضاربة، فإن لم يعلم أحدهما حتى اشتراها فهي على المضاربة وللمضارب أن يستبدلها ورأس المال جياد، فإن وجدها خمسمائة فالمضاربة تعلقت بها، فإن اشترى شيئًا بألف فنصفه على المضاربة ونصفه لرب المال على وجه المضاربة الفاسدة ولا أجر للمضارب في ذلك النصف؛ لأن رأس المال مقبوض في النصف فصحت المضاربة فيه وفي النصف الآخر معقود فلم تصح المضاربة فيه ولكن الوكالة صحيحة فصار مشتريا لرب المال، فإذا باعها وحصل الربح فنصف الربح لرب المال والنصف الآخر يستوفي منه رب المال رأس المال وفي خمسمائة وباقي الربح بينهما على ما شرطا ولا أجر للمضارب في ذلك النصف؛ لأنه عمل فيما هو شريك له؛ لأن تقدير ما اشتراه على المضاربة هو فيه شريك في الربح والشريك لا يستوجب الأجر على صاحبه فيما هو شريك، وإن علما بذلك فالمضاربة بخمسمائة لا غير، وإن اشترى بأكثر فالمشترى للمضارب خاصة؛ لأن باجتماع العلوم الأربعة تتعلق الوكالة بالمشار إليه فكذا المضاربة.

(باب الوكيل بالبيع والشراء إذا فعل في بعض ما أمر)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الوكيل بالبيع.

والثاني: في الوكيل بالشراء.

(فصل)

لو قال: بع هذين العبدين بألف فباع أحدهما بأربعمائة وذلك حصته من الألف أو أكثر جاز؛ لأنه وافق أمر موكله؛ لأن الموكل لما أمره ببيعها بألف فقد أمر بأن يبيع كل واحد منهما بما يخصه من الثمن، ألا ترى أنه لو باعها بألف، فإنه يصير بائعا كل واحد منهما بما يخصه من الألف، وإن باع بأكثر فقد خالف إلى خير فلا يعد خلافًا، وإن كان أقل لم يجز؛ لأنه خالفه إلى شر، ولو أمره ببيع عبد فباع بعضه يجوز عند أبي حنيفة خلافا لهما؛ لأن في بيع النصف ضررا على الموكل؛ لأن الانتقاص لا يشترى بمثل ما يشترى به الأشخاص فقد ألحق به ضررا ولا يجوز إلا بإجازته. له: أن الأمر ببيع الكل يتناول الأبعاض والانتقاص، ألا ترى أنه لو لم يكن في تبعيضه ضرر نفذ على الآمر ولو لم يتناوله الآمر لما لزمه، فإذا وكله ببيع الكل فقد وكله ببيع كل جزء من أجزائه ولو كان فيه ضرر على الموكل فقد لحقه من جهته حيث لم يمنعه من بيع الأبعاض والانتقاص، فإذا امتثل مطلق الأمر نفذ على الآمر لأن من أصله أنه لو باع الكل بهذا القدر من الثمن جاز، فإذا باع به النصف أولى أن يجوز، ولو باع النصف الآخر جاز بالإجماع؛ لأن عندهما كان البيع في النصف الأول موقوفا للضرر الذي يلحق الموكل بسبب عيب الشركة فلما باع النصف الآخر زال الضرر فنفذ بيع الكل على الموكل، ولو قال بعه بأربعمائة فباعه بخمسمائة جاز؛ لأنه خالف أمره إلى خير، ولو وكل رجلان رجلا ببيع عبد فباع نصفه وقال هذا نصف فلان فهو جائز، وإن لم يبين عند البيع أي النصفين كان من نصيب كل واحد نصفه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه ليس أحد النصفين بأولى من الآخر، فإن تصرف البيع إليه فانصرف النصف إلى النصفين جميعا فصار كأنه قال بعت النصف من النصفين وعندهما لا يجوز لما عرف.

(فصل)

ولو وكله بأن يشتري له عبدًا فاشترى نصفه لم يجز على الآمر؛ لأن في شراء

النصف ضررا على الموكل والضرر الذي يلحق الموكل بالشراء يوجب تخصيص الاسم، ألا ترى أنه لو اشتراه بأقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بالإجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة لما بينا.

وإن اشترى النصف الآخر جاز قبل أن يختصما استحسانًا خلافا لزفر؛ لأن الشراء إذا لم يجد نفاذا على الموكل نفذ على الوكيل ولا يتوقف.

لنا: أن شراء النصف الأول لم يجد نفاذا على الموكل ولا على الوكيل؛ لأن شراء الوكيل إنما ينفذ عليه إذا كان مخالفا فيما صنع من كل وجه وهنا مخالف من وجه موافق من وجه؛ لأنه من الجائز أنه قصد شراء النصف لا غير فيتضرر به موكله ويجوز أنه فعل هذا ليمكنه شراء هذا العبد بأقل الثمنين؛ لأن الانتقاص يشترى بأقل مما يشترى به الأشخاص فيقبل خير إلى موكله فيحتمل أن يكون هذا احتيالا من الوكيل حتى يصل الموكل إلى مقصوده بأقل الثمنين، فإذا احتمل الخلاف والوفاق، فيما صنع تعذر القول بالنفاذ على كل واحد منهما للحال فقلنا بالتوقف لتعارض الدليلين، فلما اشترى النصف الآخر ظهر أن شراء النصف كان منه احتيالا ليشتري الكل بأقل الثمنين فظهر أنه كان موافقا ممتثلا لأمره بخلاف ما بعد الخصومة؛ لأنه بعد الخصومة عين القاضي جهة الخلاف فزال التوقف فنفذ على الوكيل.

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه، قال أبو يوسف: إن أعتقه الآمر جاز، وإن أعتقه الوكيل لم يجز.

وقال محمد رحمه الله: يجوز إعتاق الوكيل ولا يجوز إعتاق الموكل؛ لأن الوكيل خالف فيما أمر به والوكيل بالشراء إذا خالف ينفذ عليه وإنما يتوقف على الموكل باعتبار أن الخلاف بتوهم رفعه بأن يشتري الباقي فيرتفع الخلاف فيقبل أن يشتري بقي مخالفا فظهر أنه لم يتوقف عليه فلم يجز إعتاقه؛ لأبي يوسف أن العقد موقوف على إجازة الموكل، ألا ترى أنه لو أجازه صريحا نفذ عليه والإعتاق إجازة منه فنفذ عليه والوكالة تناولت محلًّا بعينه ولم يملك الوكيل الشراء لنفسه ولم يتوقف على إجازته فلا ينفذ إعتاقه. وكّله بشراء عبدين بأعيانهما بألف فاشترى أحدهما بستمائة لم يجز على الآمر إذا كان اشتراه بأكثر من حصته من الألف، وإن كان اشتراه بحصته منها أو أقل جاز لما بينا.

(**المنتقى**): هشام عن محمد رحمهما الله رجل أمر رجلا أن يشتري له دارا فاشترى له نصفها ثم اشترى الموكل النصف الباقي جاز؛ لأنه لما ابتدأ بشراء النصف صار مخالفا؛ لأن التبعيض والتنقيص في الأعيان المجتمعة تنقيص وتعييب، فإذا اشترى الموكل أو هو النصف الباقي فلم يخالف؛ لأنه تمم الصفقة ووفرها عليه فزال العيب والنقص، فإن استحق النصف الذي اشتراه الموكل فله أن يرد النصف الذي اشتراه الوكيل؛ لأنه لم يزل عنه العيب والنقص.

ولو أمر إنسانًا أن يشتري له دارًا بألف فاشترى نصف دار موروثة بينه وبين آخر بخمسمائة فهو جائز؛ لأنه وفر عليه الصفقة وجعل الدار في ملكه فلم يوجد في النصف المشتراة له إضرار به.

ولو استحق النصف صار كأنه لم يشتر فيكون مبتدأ بشراء النصف فلم يصح.

قال محمد رحمه الله: الوكيل يبيع العبد بألف لو باع نصفه بألف جاز؛ لأنه خالف إلى خير، وإن باع النصف بألف إلا درهما وبكر حنطة فالبيع فاسد، ولو باع العبد كله بألف وكر من طعام فالآمر بالخيار إن شاء أبطل البيع، وإن شاء أجازه ويصير الكر للوكيل وعليه حصته من قيمة العبد، وإن باعه بألف ثم زاده كرا بعينه أو بغير عينه جاز والكر للآمر ولا خيار له؛ لأن البيع قد وقع بما قال؛ لأن في الأول خالف أمر الآمر حيث أمره ببيع الكل فباع نصفه وأمره ببيع الكل بألف وقد باع ببعض ما أمره وبالكر وفي الثاني أتى بما أمره وزاد فيخير وفي الثالث أتى بما أمره من غير زائد وناقص.

(باب توكيل الواحد رجلين أو الرجلان واحداً)

(**المبسوط**): وكَّل رجل رجلين ببيع شيء واحد الوكيل من عبد محجور عليه أو صبي لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه؛ لأنه وكلهما ولم يوكل أحدهما، والعبد والصبي العاقل من أهل البيع فيصح توكيلهما ولا ينفرد أحدهما بالبيع؛ لأنه رضي بالبيع لا يرائي أحدهما. وكّل أحدهما رجلين كل واحد منهما مفردا ببيع عبد فلكل واحد أن يبيعه؛ لأن توكيل الثاني بعد وكالة الأول جائز؛ لأن الموكل بعد توكيل الأول يملك

بيع العبد بنفسه فيملك أن يوكل غيره، فإن باع كل واحد من رجل يجوز البيع الأول ويبطل الثاني؛ لأن الثاني صار مانعا ملك المشتري، وإن لم يعلم أيهما كان أولا لكل واحد نصفه بنصف الثمن وله الخيار؛ لأنه إذا لم يعلم يقدم أحدهما على الآخر فكأنهما وجدا معًا.

ولو وجدا معًا كان العبد بين المشتري نصفين فكذا هذا ويخير كل واحد منهما؛ لأن كل واحد اشترى جميع العبد وقد استحق عليه نصفه هذا إذا كان العبد في يد أحد الوكيلين، وإن كان في يد أحد المشتريين فهو أولى لأنهما ادعيا تلقي الملك من واحد والشيء في يد أحدهما فكان صاحب اليد أولى؛ لأن الظاهر شاهد له.

(**النوادر**): وإذا باع الموكل وباع الوكيل ولم نعلم أيهما أولا أو باعا معًا فعند محمد بيع الموكل أولى وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهم الله؛ لأنه أقوى وآكد، فإنه يتصرف عن ولاية الملك والوكيل يتصرف عن ولاية الآمر والتصرف الصادر عن ملكه أقوى وآكد وأنفذ من التصرف الصادر عن آمر؛ لأن ولاية الملك يبطل ولاية الآمر وولاية الآمر لا تبطل ولاية الملك وصار كالعتق مع الشراء إذا اجتمعا ولم يعلم أيهما أولا فالعتق أولى؛ لأنه أقوى، وعند أبي يوسف يكون بين المشتريين نصفين ولهما الخيار؛ لأن الوكيل ثابت فحل محل الموكل؛ لأن ولاية الآمر مع ولاية الملك قد استويا في تنفيذ التصرف ولا يكون أحدهما بأقوى من الآخر.

وذكر في العبر قال محمد رحمه الله: رجلان لكل واحد منهما عبد فوكلا رجلا واحدا كل واحد وكله أن يعتق عبده فأعتق الوكيل أحدهما ثم مات لا يعتق واحد منهما قياسا؛ لأن ملك كل واحد منهما ثابت بيقين فلا يزيله الشك وعتقا استحسانًا ويسعى كل واحد في نصف قيمته؛ لأن ملك أحدهما زائل بيقين وقد مات من يرجع في البيان إليه وليس صرف العتق إلى أحدهما بأولى من صرفه إلى الآخر فيعتقان؛ لأن العتق لا يتجزّأ عنده.

(**الفتاوى**): وكَّل رجلا ببيع عبده هذا ثم وكَّل آخر به فباعه أحدهما ثم باعه الآخر من المشتري بأكثر من الثمن الأول جاز بيع الثاني؛ لأن بالبيع الأول لم يخرج

الوكيل من الوكالة، ألا ترى أن الموكل لو باعه ثم رد عليه بقضاء قاضٍ كان الوكيل على وكالته قبل بيع الوكيل الثاني تكون إقالة للبيع الأول وهو لا يملك الإقالة بعد تمام البيع قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هو كالإقالة حكما وليست بإقالة صريحًا.

(باب الوكالة بالبيع بشرط)

(**المبسوط**): أصله وهو أن الموكل متى شرط في البيع على الوكيل شرطا ينظر إن كان شرطًا مفيدًا نافعًا من كل وجه يجب على الوكيل مراعاة شرط أكده بالنفي أو لم يؤكده.

وإن كان شرطًا لا يفيد ولا ينفعه بل يضره لا يجب عليه مراعاته، فإن كان شرطًا مفيدًا نافعًا من وجه ضارًّا من وجه إن أكده بالنفي يجب مراعاته، وإن لم يؤكده بالنفي لا يجب مراعاته؛ لأنه متى أكده بالنفي دل ذلك على إرادة وجوده؛ لأن إدخال حرف التأكيد والتأييد في الكلام يدل على زيادة المبالغة في إرادة إيجاده نظير هذا لو قال للمودع لا تحفظ إلا في هذه الدار يجب عليه مراعاة لفظة شرطه حتى لو حفظ في دار أخرى يصير مخالفًا؛ لأن الدور مما تتفاوت في الحرز والتحصين فكان تعبير الدار شرطا مفيدًا، ولو قال له: لا تحفظ إلا في هذا البيت ولم يؤكده بالنفي لا يجب عليه مراعاته؛ لأن هذا شرط مقيد من وجه ضار من وجه متى أكده بالنفي يجب مراعاته وإلا فلا، ولو قال احفظ في هذا الصندوق لا يجب عليه مراعاة شرطه وإن أكده بالنفي؛ لأن تعيين الصندوق مما لا يفيد، **مثال الأول**: إذا قال بعه بخيار فباع بغير خيار لا يجوز؛ لأنه ترك شرطا مفيدًا، فإن شرط الخيار مفيد نافع من كل وجه؛ لأن شرط الخيار لا يزيل ملكه للحال وإنما يزيل في الثاني فيجب على الوكيل مراعاته، كما لو قال بع غدا فباع اليوم لا يجوز فكذا هذا، **ومثال الثاني**: لو قال بع هذا العبد بنسيئة أو قال لا تبعه إلا بنسيئة فباع بالنقد جاز؛ لأن هذا شرط غير مفيد؛ لأن البيع بالنسيئة يضره وبالنقد ينفعه فلم تجب عليه مراعاته، **ومثال الثالث**: لو قال بع هذا العبد في سوق كذا فباعه في غير ذلك السوق لا يجوز؛ لأن نفس الشرط قد ينفعه وقد لا ينفعه فمتى أكده بالنفي يجب مراعاته وإلا

فلا، ولو قال بعه بشهود فباعه ولم يشهد جاز، ولو قال لا تبع إلا بشهود أو قال على أن يشهد فباع ولم يشهد لا يجوز؛ لأن الإشهاد شرطه مفيد من وجه غير مفيد من وجه، فإنه ينفعه إذا جحد المشتري البيع ولا ينفعه إذا لم يجحد وكذلك ينفعه إذا لم يغب الشهود أو لم يموتوا ولا ينفعه إذا غابوا أو ماتوا فيلزم الوكيل شرطه متى أكده بالنفي ولا يلزمه متى لم يؤكده بالنفي، ولو قال بعه برهن أو كفيل أو قال لا ينفعه إلا برهن أو كفيل لم يجز بيعه بغير الرهن أو الكفيل؛ لأن اشتراط الرهن والكفالة شرط مفيد من كل وجه؛ لأن الرهن استيثاق وتوكيد للثمن وأنه قبض استيفاء وقبض الاستيفاء ينفعه من كل وجه وكذلك أخذ الكفيل؛ لأنه يصير الثمن مضمونا على اثنين وفي ذلك منفعة للموكل حتى لو تعسّر الأداء من أحدهما أمكنه الأخذ من الآخر، فإن رهن بما لا يتغابن الناس فيه يجوز خلافا لهما لما عرف، وإن قال برهن ثقة لا يجوز إلا أن تكون قيمة الرهن مثل الثمن؛ لأن شرط الرهن الثقة وهو أن يكون مساويا للثمن شرط مفيد فيجب مراعاته، ولو قال بعه من رجل بعينه فباعه من آخر لا يجوز؛ لأن تعيين المشتري إذا كان الثمن دينا شرط مفيد نافع له من كل وجه؛ لأن الذمم تتفاوت في الملأ بخلاف ما لو كان الثمن عينا بأن قال له بعه بالجارية التي لفلان فصارت الجارية لفلان آخر فباعه بتلك الجارية يجوز؛ لأن تعيين المشتري إذا كان الثمن عينا لا يفيد؛ لأن تملكه من الذي باعه من فلان فلا يجوز في النصف الآخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز في الكل إلا أن يبيع الباقي من الذي وكله ببيعه منه فحينئذ يجوز بلا خلاف. وكّله بقضاء دينه وقال ادفع بشهود أو بحضرة فلان فدفع بغير ذلك لم يضمن، فإن قال لا تدفع إلا بشهود أو بحضرة فلان فقضاه بغير شهود وبغير حضرة فلان يضمن كما في الوكيل بالبيع قالوا وهذا إذا كان رجلا رفيع القدر بحيث لا يحتشم الناس مخالفته، وإن كان وضيع القدر بحيث لا يحتشم الناس مخالفته ولا توبة به لا يصير ضامنا؛ لأنه شرط شرطًا لا يفيد فلا يجب على المأمور مراعاته وإن أكده بالنفي، كما لو قال: لا تبع إلا بألف أو قال لا تبع إلا بنسيئة فباع بألفين أو بالنقد جاز؛ لأنه غير مفيد أصلا فكذا هذا.

المسألة دليل على أن الأمين إذا دفع الأمانة إلى طالب صاحب الأمانة والأمانة من جنس حقه، فإنه يضمن، وإن كان دينه ظاهرًا؛ لأن محمدًا رحمه الله جعل الوكيل هاهنا ضامنًا بالدفع وقد دفع الأمانة إلى غريم صاحب الأمانة والأمانة من جنس حقه ودينه ظاهر وقد ذكرنا الاختلاف فيه بين المشايخ في كتاب الوديعة.

(باب ما يصير الوكيل به مخالفا وما لا يصير)

(**المبسوط**): أصله أن كل ما كان خلافًا في البيع فالسلعة على ملك صاحبها والبيع موقوف على إجازته؛ لأنه فضولي باع بغير إذن المالك فيتوقف على إجازته وما كان خلافا في الشراء لزم الشراء الوكيل ولا يتوقف على إجازة من اشترى له؛ لأن الشراء وجد نفاذًا على العاقد؛ لأن الشراء يصرف في ملك نفسه بإيجاب الثمن في ذمته لا في ملك الموكل فإنما يقع الشراء للآمر إذا كان موافقا لأمره فيصير عاملا له بحكم أمره، فإذا خالف لم يقع له فيقع للوكيل حتى لو كان الشراء لا يجد نفاذا على المشتري يتوقف كالصبي والعبد المحجور والمرتد والوكيل حتى لو كان بشراء عبد إذا اشترى ولو وكله بشراء عبد فاشتراه بعين في ملك الموكل يتوقف على إجازة الموكل؛ لأنه بائع العين والبيع يتوقف على الإجازة.

ولو قال: بع بما باع به فلان فقال فلان بعت بأربعين فباع بها ثم وجد فلانا باع بخمسين فالبيع مردود؛ لأنه وكله بالبيع بمثل ما باع فلان لا بمثل ما أخبره فلان، وإن كان فلان قد باع كرا بأربعين وكرا بخمسين فباع الوكيل طعامه كله بأربعين أربعين أخبر به استحسانًا. وجه القياس: أنه وكله ببيع طعامه بمثل جميع ما باع فلان؛ لأن كلمة ما للتعميم كقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [آل عمران: ١٠٩] أي جميعه فصار كأنه قال بع طعامي بجميع ما أباع به فلان وهو باع ببعض ما باع به فلان فلا ينفذ. وجه الاستحسان: أن العمل بالتعميم هنا متعذر؛ لأنه لا يمكن بيع طعام واحد مرة بخمسين ومرة بأربعين، فإذا تعذر العمل بحقيقته كان المراد منه البعض فكأنه قال بع طعامي ببعض ما باع به فلان، فإذا باع فلان بخمسين وأربعين فكأنه قال بع بأربعين أو بخمسين؛ لأنه بأيهما باع فقد باع بمثل ما

باع به فلان، فإنه قد باع بأربعين. وكله أن يشتري له طعاما فاشتراه بنسيئة جاز؛ لأنه وكله بشراء طعام مطلقًا لا بعينه ولم يدفع الثمن إليه فبالشراء نسيئة كان ممتثلا لأمره لا مخالفا وليس للوكيل أن يحبس لاستيفاء الأثمان؛ لأن الأجل ثابت في حق الوكيل فصار كأنه باع ما اشترى من موكله بثمن مؤجل، فإن مات الوكيل فحل عليه المال لا يحل على الآمر؛ لأن الأجل ثابت في حقهما فإنما سقط في حق الوكيل بموته لاستغنائه عن الأجل فالموكل حي قائم محتاج إلى الأجل فيبقى الأجل في حقه.

(**النوادر**): مسائله على أقسام:

أحدها: في التوكيل بالبيع أو بالشراء المطلق إذا باع بشرط الخيار ثم تغيرت قيمة المبيع قبل الإمضاء.

والثاني: في الوكيل إذا خالف في الثمن ثم أجازه الموكل.

والثالث: إذا خالفه في أصل العقد.

(فصل)

هشام عن محمد رحمهما الله قال: وكل رجلا ببيع جارية وقيمتها ألف فباعها بألف فالوكيل بالخيار فصارت قيمتها ألفين ليس له أن يمضي البيع وهو قول أبي يوسف رحمه الله.

ولو سكت الوكيل حتى مضت الثلث فعند محمد بطل البيع، وعند أبي يوسف البيع جائز، وعند أبي حنيفة رحمه الله البيع جائز كما كان.

ولو كان البائع وصيا والمسألة بحالها لا يجوز البيع فمحمد رحمه الله سوى بين الإمضاء وبين مضي الأيام؛ لأن كل واحد منهما تتمة للعقد وعنده لا يملك البيع ابتداء بغبن فاحش فكذلك في الإمضاء، وأبو يوسف فرق بينهما فقال: مضي الأيام مما لا منع فيه رجال ما باع خلا تصرفه عن الغبن الفاحش فلم يوجد الإمضاء والإنشاء صريحا وتحقيقا فصح العقد السابق، فأما الإمضاء فعله فصار كأنه أنشأ العقد في حق حكمه فلم يصح، وأبو حنيفة فرق بين الوصي والوكيل والفرق أن الوكيل بالبيع مطلقًا

يملك البيع بغبن فاحش ابتداء عنده، فلأن يملك إمضاء بيع لا غبن فيه ابتداء أولى والوصي تصرفه مقيد بشرط الأنظر والأحسن، فإذا اقترن به الغبن الفاحش لم يصح، والوكيل بالشراء إذا اشتراه على أنه بالخيار فانتقصت قيمته في الثلاثة بطل البيع؛ لأن بالإجماع الوكيل بالشراء لا يملك الشراء بغبن فاحش ابتداء فكذلك لا يملك الإمضاء. وكل آخر بأن يبيع عبده هذا بألف درهم وقيمته ألف فتغير السعر حتى صارت قيمته ألفين قال ليس للموكل أن يبيعه بألف لتقييده بما سبق.

(فصل)

ذكر هشام عن محمد: في رجل أمر رجلا أن يبيعه غلاما له بمائة دينار فباعه المأمور بألف درهم ولم يعلم المولى بما باعه فقال المأمور بعت الغلام وقال المولى قد أجزت يجوز بيعه بألف؛ لأنه باعه بأمره وكذلك التزويج؛ لأنه خالف أمر الآمر في البدل ووافقه في أصل البيع فيوقف على إجازة المالك، فإذا أخبره بالبيع واتصلت به الإجازة صح وصار كأنه أخبره بالبيع بألف فجاز وعلى أصل أبي حنيفة رحمه الله صار كأنه أمره ببيع الغلام مطلقًا ابتداء ولم ينص على الثمن كان له أن يبيعه بأي ثمن أراده.

(فصل)

رجل عند وكيله كر حنطة فأمره بأن يتصدق على فلان كذا قفيز حنطة من تلك الحنطة ثم إن المتصدق عليه أمر وكيل الآمر بأن يبيع تلك الحنطة قبل أن يسلم إليه قال لا يجوز البيع؛ لأنه أمره بالبيع قبل أن يملكه؛ لأن الصدقة لا تملك قبل التسليم فالبيع صادف ملك الموكل فيوقف على إجازته، فإن أجاز جاز وإلا فلا. وكل آخر بشراء العبد من فلان، ثم قال البائع بعت هذا العبد من فلان بن فلان وهو الآمر فقال الوكيل قبلت لزم الوكيل؛ لأن الموكل إنما أمره أن يعقد هو لكي تكون العهدة عليه دونه وقد قبل على الموكل فصار مخالفا.

(**الجامع**): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما إذا خالف الوكيل في الأجل.

والثاني: فيما إذا خالف في الثمن.

(فصل)

أصله: أن الوكيل يملك التصرف الفاسد ولا يضمن إذا خالف؛ لأنه أتى بما ينطوي عليه إطلاق الموكل والمطلق يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده وتخصيصه إلا بدليل والظاهر من حال الموكل أنه أراد بالتصرف الجائز دون الفاسد حملا لأمره على الصلاح والسداد ولكن الظاهر لا يصلح حجة لإثبات أمر لم يكن ثابتا فلا يصلح أيضًا حجة ليفسد الأمر بالجائز فمتى باشر الوكيل فاسدا وسلم يضمن والضمان لم يكن ثابتا والظاهر لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن ثابتا. وكّله ببيع عبده إلى العطاء الأول فباع إلى العطاء الثاني إن شاء ضمن الوكيل، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأنه خالف إلى شر؛ لأنه زاد في الأجل المأمور به فلم يدخل هذا البيع تحت الأمر بالبيع فصار غاصبا بالتسليم والمشتري بالقبض.

ولو أمره إلى العطاء الثاني فباع إلى الأول لم يضمن؛ لأنه خالف إلى خير متى نقص عن الأجل المأمور به فلا يعد خلافا، وكذلك لو باعه إلى أجل مجهول دون أجل العطاء لا يضمن، ولو أمره بالشراء إلى العطاء فاشترى بأجل دونه أو مجهول فقد اشتراه لنفسه؛ لأنه خالف إلى شر؛ لأن له ضررا في نقصان الأجل؛ لأن المعجل خير من المؤجل.

(فصل)

أمر رجلا ببيع عبده فباعه بألف ومائة رطل من خمر ودفع العبد إلى المشتري فمات في يده فعند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء الآمر ضمن المشتري جميع القيمة، فإن إخبار ضمان البائع قسم العبد على ألف وقيمة الخمر وما أصاب الألف من العبد فليس على البائع في ذلك ضمان وما أصاب حصة المائة رطل ضمنها البائع؛ لأنه تصدى من كل واحد منهما سبب ضمان المشتري القبض بحكم بيع فاسد ومن الوكيل المخالفة؛ لأن العروض إذا قوبل بالعروض كان شرا فيكون مشتريا الخمر بما يقابله من العبد وبائعا العبد بما يقابله من الألف فكان موافقا في بيع ما يخص

العبد من الألف؛ لأنه أمره ببيع العبد بألف وقد باع بعضه بألف وعنده يملك تبعيض الملك في المبيع فكان خلافا إلى خير فلا يصير مخالفا في قدره ويصير مخالفا فيما يصح الخمر من العبد فصار بالتسليم إلى المشتري غاصبًا فيما يخص العبد من الخمر وعندهما إن شاء ضمن البائع جميع القيمة، وإن شاء المشتري؛ لأن عندهما لا يملك التبعيض في البيع فيصير مخالفا في الكل فصار ضامنا للكل وإن قسم عندهما يجب أن لا يصير مخالفا فيما يخص العبد من الألف؛ لأنه باع بعض العبد بالألف بيعًا فاسدًا.

ولو باع بعضه بألف بيعا جائزا لا يصير مخالفا فكذا هذا. قلنا في البيع الجائز إنما لم يصر مخالفا؛ لأن ما هو مقصود الآمر قد حصل وهو الألف فكان خلافا إلى خير وفي البيع الفاسد ما هو مقصوده وهو الألف لم يحصل له، فإن الألف التي قبضها الآمر لم تسلم له وإنما تسلم له قيمة العبد وبعض قيمة العبد الذي هو حصة الألف ربما لا يبلغ ألف درهم والخلاف متحقق ببيع نصف العبد فلا يزول الخلاف بالاحتمال حتى لو كان ما يخص الألف من قيمة العبد يبلغ الألف لا يصير مخالفا أيضًا؛ لأنه للآمر مقصوده فكان موضع المسألة في الجامع أن قيمة العبد ألف أو أقل فلا يحصل للآمر مقصوده فصار الوكيل مخالفًا عندهما.

ولو كان مكان العبد طعام والمسألة بحالها اتفق الجواب كما قاله أبو حنيفة رحمه الله؛ لأن الوكيل يملك تبعيض المكيل والموزون بالإجماع، ولو أمر أن يصالح من دم العمد على خمر فصالح على خنزير لا يصح؛ لأنه لم يفعل ما أمره به.

(باب ما يضمن به الوكيل وما لا يضمن)

(المبسوط): وكله ببيع عدل زطي فقصره الوكيل ضمن لما ضاع منه؛ لأنه سلم الأمانة إلى من لم يؤمر بالتسليم إليه كالمودع إذا دفع الوديعة إلى من لم يؤمر بالدفع إليه، فإن رجع المتاع إليه ثم هلك فلا ضمان؛ لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق فيعود أمينًا ولا يبقى ضمينًا، وإن باعه بعد القصارة فالثمن كله للآمر وليس

للوكيل آخر القصارة؛ لأن الوكيل لا ينعزل بالخلاف من حيث الفعل كالمودع لا ينعزل بالخلاف من حيث الفعل، ولهذا الوكيل بالبيع بألف باع بخمسمائة لا ينعزل حتى لو باعه بألف بعد ذلك يجوز فكذا هذا، وإذا جاز البيع للآمر سلم الثمن كله له، وليس للوكيل في الثوب عين مال قائم إنما له مجرد آثار العمل وذلك لا قيمة له، ولهذا القصار لا يحبس الثوب بالأجر والوكيل استأجر القصار بغير أمره فلا يلزمه الآمر، ولو باع الوكيل العبد ثم قطع الوكيل يده قبل قبض المشتري، فإن شاء أدى الثمن كله ويأخذ العبد وضمن الوكيل نصف قيمته، وإن شاء فسخ البيع ويضمن الوكيل للآمر نصف القيمة؛ لأن فعل الوكيل كفعل الأجنبي لا كفعل العاقد لنفسه؛ لأنه ليس بعاقد لنفسه حقيقة بل عاقد للموكل إلا أنَّا جعلناه في حق حقوق العقد كان عاقدا لنفسه في حق من يعاقده نظرا لمن يعاقده وليس في جعله عاقدا لنفسه هنا ضرر لمن يعاقده، فإنه لو جعل هكذا استنسخ البيع وليس فيه نظر للعاقد الآخر فلا يجعل عاقدا لنفسه فكان بمنزلة الأجنبي في حق الضمان، وقطع الأجنبي يوجب الخيار للمشتري فكذا هذا ويبيع الوكيل بنصف القيمة وتصدق بالفضل. قيل في المسألة روايتان في رواية يبطل العقد. باع العبد ثم قتله الوكيل بطل البيع وإن قطع يده انفسخ البيع في النصف.

(**المنتقى**): ولو دفع إلى آخر دراهم وأمره أن يشتري له حنطة ويزرعها فاشترى في وقت لم يخرج زرعا شيئًا ينظر إن اشترى في أوان الزراعة جاز الشراء على الآمر وهو ضامن لحنطته وإن اشتراها في غير أوان الزراعة فالشراء لنفسه وهو ضامن لثمن الحنطة؛ لأنه صار مخالفا؛ لأنه أمره بالشراء للزراعة فيكون مقيدا بأوان الزراعة، فإذا اشتراها في غير أوانها صار مخالفا.

(**الفتاوى**): عن أبي يوسف رحمه الله فيمن أعطى آخر دينارًا يبيعه فباع الوكيل دينار نفسه للآمر واحتبس دينار الآمر لنفسه لا يجوز، ولو دفع إليه دينارا ليشتري به ثوبا فاشترى بدينار من عند نفسه جاز الشراء للآمر والدينار له، وكذا لو دفع إليه دينارًا ليقضي عما عليه فقضى به من مال نفسه وحبس دينار الآمر لنفسه جاز؛ لأن ما هو مقصود الآمر وهو شراء الثوب وقضاء دينه قد حصل له في الوجهين ولا

كذلك في الوجه الأول؛ لأن مقصوده بيع ديناره ولم يحصل، وذكر في القبول لو دفع إلى رجل عشرة دراهم ليتصدق بها وأنفقها الوكيل ثم تصدق بغيرها لا يجزيه ويضمن العشرة، وإن كانت الدراهم عنده ثم تصدق من عنده عرضه، فإنه يجوز استحسانًا؛ لأن الدراهم والدنانير يتعيّنان في غير المعاوضات كالصدقات والهبات والشركات والغصوب والأمانات إلا أن في الأول بالدفع يعين، فإذا أنفقها وجب ضمانة في ذمته وفي الثاني أمره بالتصدق ولم تصر الدراهم مضمونة عليه؛ لأنها عنده، فإذا تصدق وقع عن الآمر. رجل اشترى عبدا فلم ينقد الثمن حتى وكل وكيلا بعتقه فأعتقه الوكيل لم يضمن؛ لأن الضمان من حقوق العقد والعاقد هو الموكل والوكيل بالعتق وكيل بقبض حكمي، ولو وكله بالقبض حقيقة فقبض لم يضمن إنما الضمان على العاقد فكذا هذا.

(**الجامع**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في توكيل الشاهد المقر بعتق عبده ببيعه.

والثاني: في الوكيل بالشراء إذا وجد الثمن زيوفا.

(فصل)

رجلان شهدا بعتق عبد فردهما القاضي لنهمه ثم المولى وكّل أحدهما ببيع العبد فباع من صاحبه صح ويعتق العبد على المشتري والبائع ضامن للثمن للآمر والمشتري بريء من الثمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

أما جواز البيع؛ لأن إقرار الشاهد بالعتق لم يصح على الموكل؛ لأنه على العبد فبقي العبد على ملكه فصح توكيله وقام الوكيل مقامه في البيع والبائع والمشتري إن تصادقا على فساد البيع لظنهما لا يصدقان على الموكل فحكم بالجواز بناء على زعم الموكل، وأما البراءة عن الثمن؛ لأن الوكيل بالبيع مالك للإبراء عن الثمن وقد أقر هنا بالبراءة؛ لأنه زعم أنه باع حرا وأنه بريء من الثمن فنفذ إقراره عليه فصار ضامنا للثمن عندهما خلافا لأبي يوسف لما عرف إلا أن عند أبي يوسف هنا الموكل يتولى قبض الثمن وفي الوكيل بالبيع الصحيح لو أبرأ المشتري عن الثمن

لما لم يصح عنده فالوكيل يتولى قبض الثمن، والفرق أن ثمة الوكيل زعم أن الثمن واجب على المشتري، وإن أبرأ لم يصح فنزل وجوده وعدمه بمنزلة فبقي ولاية الاستيفاء له وهنا زعم أن لا ثمن على المشتري وإقراره صحيح فيما له من المطالبة فتعجز عن المطالبة بالاستيفاء فينقل حق القبض إلى الموكل، فإن باع من رجل آخر صح ويقبض الثمن ولا يعتق؛ لأن المشتري لم يقر بعتقه وإقرار البائع ببراءة المشتري عن الثمن إنما يثبت في ضمن إقراره بحرية العبد لا نصًّا وإفصاحا وإقراره بالحرية لم يصح في حق المشتري بجحوده وإنكاره فلا يثبت ما في ضمنه ولأن الإبراء يرتد بالرد فبطل في حق المشتري برده، فإن صدقه المشتري بعدما قبض البائع الثمن صحت البراءة وعتق العبد ويضمن البائع من ماله للمشتري كما لو قبض الثمن ثم أبرأه صريحا؛ لأن إبراء الوكيل عن الثمن بعد قبضه لا يصح في حق المقبوض؛ لأنه تعين ملك الموكل فيه فلا يملك الوكيل إبطال حقه عن العين كما لو وكله بأن يبيع عبده بعرض بعينه فباع به ثم ذهب العرض من المشتري لم تصح هبته فكذا هذا فسلم المقبوض للموكل ويضمن الوكيل مثله للمشتري؛ لأنه زعم أنه قبض ماله بغير حق وقد عجز عن الرد فيلزمه رد مثله ولو صدقه قبل القبض يبرأ المشتري ويضمن البائع للآمر عندهما.

(فصل)

أصله: أن الأمين متى أخبر عما كان مسلطًا عليه صدّق ولأن تسليطه عليه وتمكينه فيه دلالة الرضاء بحصوله وصار، كما لو قال المودع للمودع دفعت الوديعة إلى رسولك وكذباه فيه صدق المودع في براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه سلطه على الحفظ وعلى الدفع والرد إليه أو إلى نائبه فيكون مصدّقا في براءة نفسه عن الضمان؛ لأنه سلطه على الحفظ وعلى الدفع والرد إليه أو إلى نائبه ولا يكن مصدقا فيما لم يكن مسلطا عليه لعدم الرضاء بحصوله من المالك.

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في الوكيل بالبيع.

والثاني: في الوكيل بالشراء.

أما القسم الأول: وكّل رجل رجلا بأن يشتري له شيئًا بألف ودفعها إليه فاشترى فوجد الألف زيوفا قبل قبض البائع وضاعت في يده، ضاعت من مال الموكل، ولو قبضها البائع فردها يهلك من مال الوكيل، والفرق أن إبراء الوكيل أوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل، فإذا قضى الوكيل دينه بأمر الموكل فقد وجب للموكل على الوكيل ألف وله على الموكل مثل ذلك فيلتقيان قصاصا فصار الوكيل مقتضيا دينه من الموكل؛ لأنه صاحب أول الدينين، وصاحب أول الدينين يكون مقتضيا والاقتضاء سبب ضمان فصار مضمونا عليه والقضاء، وإن انتقض يرد البائع لم ينتقض اقتضاء الوكيل ما لم يرد الألف على الموكل؛ لأن الاقتضاء لا يحتمل الانتقاض ما دام المال في يد المقتضي، ألا ترى أنهما لو قالا نقضنا الاقتضاء لا ينتقض الاقتضاء ما لم يرد المستقضي المال على الغريم؛ لأن صحة الاقتضاء إنما تكون بالقبض فما لم ينقض القبض لانتقض الاقتضاء وصار كالاستقراض لا ينتقض بالنقض باللسان ما بقي المال في يد المستقرض فبقي اقتضاء الوكيل على حاله، وإن انتقض القضاء بقبض المال من البائع، فإذا هلك يهلك على الوكيل بخلاف ما إذا لم يقبض البائع الألف من الوكيل؛ لأنه لم يوجد من الوكيل قضاء دينه فلم يثبت اقتضاء دينه على الموكل ضمنا له فبقي الألف أمانة في يده فلا يهلك على الأمين كما في الوديعة، ولو وجدها البائع ستوقة فردها تهلك من مال الموكل؛ لأنه بدفع الستوقة لم يصر قاضيا دينه فلم يثبت الاقتضاء من المودع وإنما وجد من الوكيل مجرد دفع الأمانة إلى الأحد بغير إذن صاحب الأمانة، فإذا عاد إلى يده زال سبب الضمان والآمر بالحفظ قائم؛ لأن الخلاف من حيث الفعل لا يرفع الآخر كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق عاد أمينًا فكذا هذا، وهلاكه في يد الأمين كهلاكه في يد المالك. وكّل ببيع جارية ودفعها إليه فقال بعتها وهلك الثمن وأنكر الموكل أنه قبض شيئًا فالقول للوكيل، وإن وجد المشتري بها عيبًا فردَّها لم يرجع المأمور على الآمر بشيء ويبيع القاضي الجارية فيؤدي إلى ما أخذه منه إليه، فإن فضل شيء أخذه الآمر؛ لأن الوكيل مسلط على

بيع الجارية وقبض الثمن ودفعه إلى الموكل فكان مصدقا فيه وغير مسلط على استحقاق مال آخر من مال الموكل سوى الجارية فلم يكن مصدقا في حق الرجوع على الموكل إذا كذبه في إقراره وقد كذبه لما أنكر قبض الثمن وقد تعذر استيفاء ما أدى إلى المشتري من مال آخر فكان للقاضي أن يبيع إذا غاب الموكل غيبة منقطعة، فإن فضل شيء فالفاضل ثمن جارية الموكل فيكون له، فإن صدق الآمر المأمور في بيع الجارية وقبض الثمن وقال: لم يدفع الثمن إليَّ، فالمسألة بحالها رجع المأمور على الآمر بالثمن؛ لأن إقرار الموكل بقبض الوكيل الثمن إقرار منه بقبض الثمن حكما؛ لأن قبض الوكيل قبض الموكل ما لم يحدث حبسا، ولهذا لو هلك في يد الوكيل صار كأنه هلك في يد الموكل حكمًا فقد أقر بدخوله في ضمانه ثم ادعى دفعه إلى المأمور فلا يصدق، ولو لم يدفع الآمر الجارية إلى الوكيل فأمره ببيعها فقال بعتها وقبضت الثمن وضاع لم يصدق على قبض الثمن؛ لأن الجارية متى لم تكن مدفوعة إليه فهو غير مسلط على تسليمها إلى المشتري قبل وصول الثمن إلى الموكل كما لو باع المالك الجارية بنفسه لا يكون تسليطا منه للمشتري بقبض الجارية قبل وصول الثمن إليه فلم يصدق الوكيل في حق تسليم الجارية إلى المشتري وصدق في حق البيع منه؛ لأنه مسلط عليه ثم إن شاء المشتري أعطاه ألفًا أخرى ويرجع على الوكيل بألف، وإن شاء نقض البيع؛ لأن المشتري لزمه زيادة غرم لم يرض به قبل وصول الثمن إلى الموكل فيخير في ذلك كما في بيع الراهن ويرجع على الوكيل بألف؛ لأنه إنما دفع الألف إليه بشرط أن يسلم له ما في ذمته من ثمن الجارية ولم يسلم له فكان له الرجوع. جارية بين رجلين وكّل أحدهما صاحبه ببيعها فباعها بألف فأقر الذي لم يبع أن البائع قبض الثمن وأنكر البائع برئ المشتري من حصة المقر ويدفع نصف الثمن إلى البائع؛ لأنه أقر الذي لم يبع ببراءة المشتري عن الثمن لما أقر بقبض البائع الثمن فصح إقراره في حقه ولم يصح في حق البائع فيكون نصف الثمن سالما له.

ولو كان البائع أقر أن شريكه قبض الثمن وأنكر شريكه ذلك برئ المشتري من نصف الثمن مضافا إلى من يجوز قبضه وهو حصة الشريك الذي لم يبع، فإذا قبض

من المشتري نصف الثمن جاز وبرئ المشتري عنه، والمالك للشيء إذا أقر بما يملك مضافا إلى من يجوز تصرفه يصح كالوكيل يعتق العبد إذا أقر أن الوكيل أعتقه يصح ويعتق العبد فكذا هذا فبرئ المشتري عن نصف الثمن بإقرار البائع فلا يبرأ من النصف الثاني؛ لأنه أقر بقبضه مضافا إلى من لا تحرر قبضه، فإن قبض الشريك الذي لم يبع نصيب البائع لا يصح؛ لأنه ليس بمالك ولا عاقد فيه ويكون مشتركا بينهما؛ لأن الذي لم يبع زعم أنه قبض النصف الباقي من الثمن فهو محق في قبضه وأنه من الثمن الذي كان مشتركا بينهما، والبائع يدّعي أنه قبض نصيبه فيكون مدعيا تخليص الباقي لنفسه بدعوى القبض فلا يصدق في خلوص الباقي له ويستحلف البائع لشريكه بعد قبض شريكه؛ لأن البائع في قبض حصة شريكه كان أمينًا فصار كالمودع إذا قال للمودع: قبضت الوديعة من منزلي وأنكر صاحب الوديعة ذلك فاليمين على المودع بالله لقد قبض صاحب الوديعة فكذا هذا، وإن نكل لزمه ما نفى من حق الشريك؛ لأنه صار مقرا أنه لم يقبض الثمن، وأن نصيبه إنما نوى بإقراره فكان مستهلكا على الذي لم يبع ما بقي من نصفه فيضمن.

(باب تصرف الوكيل أو البائع في الثمن)

(**المبسوط**): وإبراء الوكيل وهبته الثمن من المشتري وفسخه العقد صحيح عندهما ويضمن للموكل الثمن.

وقال أبو يوسف: لا يصح؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير أمره فلا يصح كما لو قبض الثمن ثم وهبه منه.

لهما: أن القبض حق الوكيل، فإذا أسقط الوكيل حقه في القبض فقد أسقط حقا محتملًا للسقوط فصح ولما سقط حقه في القبض والمطالبة بقي دين ليس له مطالب فصار كالتاوي والتالف لعجزه عن الوصول إليه فيضمن الوكيل؛ لأن التوى حصل بتصرفه. وهب البائع الثمن كله للوكيل أو حط الثمن كله عنه، فإن للوكيل أن يأخذ الثمن كله من الآمر.

ولو وهب أو حط بعضه سقط عن الآمر بقدره والفرق أن حط بعض

الثمن يلتحق بأصل العقد ويجعل العقد معقودا من الابتداء بما وراء المحطوط، فأما هبة جميع الثمن أو حطه لا يلتحق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق بأصل العقد يصير كأن العقد وقع من الابتداء بغير ثمن فيفسد فاقتصر على الحال فلم يظهر أن العقد عقد بدون الثمن حتى يحط عن الموكل إلا أن الوكيل يصير كأنه باع ما اشترى من الموكل لما بينا، ولهذا كان للوكيل أن يرجع بالثمن على موكله قبل الأداء وكان رجوعه بالثمن لبيعه منه لا لملك ما في ذمته، ولو أمره أن يشتري له عبدا بألف فاشتراه بألف ومائة ثم حط البائع المائة لم يلزم الآمر؛ لأن الشراء نقد على الوكيل لأنه صار مخالفا إلا أن الموكل يتضرر بالزيادة على مائة ولا ينتفع بوجه ما فصار مخالفا من كل وجه فنفذ عليه ولم يتوقف على الموكل؛ لأن بعد الحط لا ينتقل الشراء إلى الآمر؛ لأن الوكيل لا يملك نقل عقد نفذ عليه إلى الموكل فالحط وقع للوكيل لا للموكل.

(**المنتقى**): عن الحسن بن زياد رحمه الله: لو وهب منه البائع خمسمائة ثم وهب منه الخمسمائة الباقية لا يرجع الوكيل على الآمر بالخمسمائة الأولى؛ لأنه حط ويرجع بالخمسمائة الباقية؛ لأنه هبة؛ لأنه لا يصير كأنه وهب منه جميع الثمن وهب منه تسعمائة ثم وهب منه المائة الباقية، فإنه لا يرجع على الآمر إلا بمائة وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف وبه أخذ الحسن رحمهم الله، وإذا أبرأ البائع الوكيل بالشراء عن الثمن كان الثمن للوكيل ويرجع على الموكل فالبراءة والهبة فيه سواء.

وإن أبرأه أو وهبه بعضه فذلك حط والحط للآمر طالب ومطلوب. وكّل رجل هذا المطلوب ليبيع ثوبه فباع المطلوب من طالبه جاز وصار ثمنه بدينه قصاصا في قياس قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في إبراء الوكيل المشتري عن الثمن ويضمن الوكيل للموكل.

وقال أبو يوسف: لا يصير قصاصًا.

وفي (**نوادر ابن سماعة**): فإن كان دين المشتري على الموكل لا يصير قصاصًا؛ لأنه ليس للموكل مطالبة المشتري بالثمن.

(باب الحقوق في الوكالة)

(**المبسوط**): الواحد لا يتولى طرفي البيع سواءً كان البدل مسمى أو لا؛ لأن الوكيل في البيع مستثنى وليس كسفير ومعبر؛ لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل دون الموكل دفعًا للضرر عن المشتري وأمكن أن يجعل منشئا؛ لأن حكم البيع يقبل الفضل عنه فجاز أن يكون البيع واقعا لشخص والحكم لغيره، وإذا كان عاقدا كان مستزيدًا ومستنقصًا ومملكًا ومتملكًا ومطالبًا وبينهما تضاد إلا إذا كان الوكيل صبيًّا أو عبدًا محجورًا جعل الوكيل ثم سفيرًا ومعبرًا ضرورة دفع الحقوق عن الوكيل كي لا يتضرر.

ولا يتولى طرفي الخلع والكتابة والعتق والصلح عن دم العمد إذا لم يكن البدل مسمى، فإن كان البدل مسمى يتولى طرفي هذه العقود في هذه الرواية.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أن الواحد يملك طرفي هذه العقود سواء كان البدل مسمى صح أو لا. وصحح بعض أصحابنا هذه الرواية ولم يصححوا الأولى.

وجه هذه الرواية: أن الوكيل في هذه العقود بمنزلة الرسول لا سفير ومعبر؛ لأن حقوق هذه العقود راجعة إلى الموكل كما في النكاح والواحد يصلح سفيرًا ومعبرًا كالرسول.

وجه ظاهر الرواية: أن هذه العقود لا تعتبر معاوضة إلا بتسمية البدل فمتى لم يكن البدل مسمى في هذه العقود لا بد للوكيل من تسمية البدل؛ لأنه من غير تسمية البدل لا تصير هذه العقود معاوضة وقد أمر الوكيل بالمعاوضة، وإذا لم يكن بد من تسمية المال فيكون في حق التسمية وكيلا لا رسولا؛ لأن تقدير التسمية مفوضٌ إلى رأيه وحق المولى والزوج في الاستزادة وحق العبد والمرأة في الاستنقاص فيصير الوكيل مستزيدًا لحق المولى ومستنقصًا لحق العبد، والواحد لا يصير مستزيدًا ومستنقصًا؛ لأنه يؤدي إلى التعارض باعتبار التسمية إن كان لا يؤدي إلى التضاد باعتبار الحقوق بخلاف النكاح فالواحد يتولى طرفيه، فإن لم يكن البدل

مسمى؛ لأن النكاح يصح بدون التسمية فكان للوكيل بد من التسمية فلا يؤدي إلى التضاد في حق الحقوق ولا في التسمية.

ثم الوكيل في عقود يقبل الفضل عن الحكم كالبياعات والأشرية والإجارات والصلح على إقرار الجاري مجرى البيع فالحكم يقع للموكل. فالحقوق تثبت للوكيل فيكون أصيلا في حق الحقوق حتى إن الوكيل يطالب بالثمن ويطالب به ويقبض المبيع ويرد بالعبد ويرد عليه والوكيل في العقود لا يقبل الفضل عن الحكم فالحقوق تقع للموكل لا للوكيل حتى لا يطالب بتسليم البدل ولا بتسليم المبدل، وقال زفر والشافعي: الحقوق في الكل تقع للموكل؛ لأن الوكيل يملك التصرف بأمره فيملك بقدر ما أمره وقد أمره بالعقد فصار إنشاء العقد وإيقاعه مضافا إلى الوكيل فيكون حكمه حكمه وحقوقه وأفعاله.

لنا: أن الوكيل عاقد لنفسه في حق الحقوق؛ لأن دفع الضرر والغرر واجب على العاقد الآخر شرعا؛ لأن الوكيل بالبيع والشراء يستغني عن ذكر الموكل وإضافة العقد إليه والبائع يبني الأمر على أن الوكيل هو العاقد ولو لم يجعل الوكيل عاقدًا لنفسه في حق الحقوق لم يتمكن البائع من مطالبة الوكيل بالثمن والموكل ربما يكون مفلسًا فيقع في ضرر عظيم بخلاف النكاح؛ لأن الوكيل ثمة لا يستغني عن ذكر الموكل فجعل نائبا محضًا كالرسول.

ولو وكله بالصلح عن دينه ذكر في (**السير الكبير**): لو أضاف الصلح إلى نفسه فالحقوق له وإن أضاف إلى الموكل فالحقوق للموكل؛ لأن الصلح إسقاط من وجه معاوضة وتمليك من وجه فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا فجعلنا رسولا في حال وكيلا في حال، ثم قال أبو طاهر الدباس: الملك يقع للموكل ابتداء بدليل أن المشتري لو كان قريب الوكيل أو منكوحته لا تعتق ولا تفسد النكاح وقال الكرخي: يقع للوكيل أولا ثم ينتقل إلى الموكل لأنا نعتبر الملك واقعا له في حق القبض؛ لأن القبض لا يملك إلا بملك المقبوض ولم نعتبره واقعًا فيما عداه وإنه جائز كالمكاتب اعتبر الملك واقعا له في حق المعاوضة دون التبرع والوكيل بشراء شيء بعينه يقع العقد والملك للموكل، فإن لم نضف العقد إليه إلا في مسألة وهي ما لو

قال لعبد الغير اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى: بعني نفسي من فلان فباعه يكون للآمر؛ لأنه وكل العبد في شراء النفس له وقد اشترى له حيث أضاف العقد إليه، فإن قال بعني نفسي ولم يقل من فلان فأجابه السيد فهو حر؛ لأن بيع العبد منه إعتاق، فإذا أضاف البيع إليه وقبله العبد يصلح أن يكون إعتاقا ويصلح أن يكون بيعا من الآمر فجعلناه إعتاقا؛ لأن البيع لا يصلح معارضا للإعتاق ولأنه آكد من البيع وأسرع نفاذا منه، فإذا أضاف الشراء إلى نفسه يكون ذلك إعتاقا فلا يكون ممتثلا، فإنه وكله بالشراء لا بالعتق فوقع له.

والوكيل بالهبة والوديعة والعارية والرهن إذا قبض وفعل ما أمره به ليس له المطالبة بحقوقها وهو الرجوع في الهبة واسترداد الوديعة والعارية وفك الرهن وقبضه؛ لأنه سفير ومعبر في هذه العقود؛ لأن أحكام هذه العقود لا تثبت إلا بالقبض والقبض يصرف في المحل وهو أجنبي عن المحل الذي تلا فيه القبض؛ لأنه لا ملك له في المحل فلا يمكن أن يجعل أصلا في قبض المحل فجعلناه سفيرا ومعبرا في حق نفس العقد.

وكذلك الوكيل بالاستعارة والاستيهاب والارتهان والشركة والمضاربة لما بينا.

عبد مدبر قال لرجل اشترني من مولاي بألف فاشتراه وهو ابنه لا يعتق والمال على العبد لا غير؛ لأنه لا يملك الشراء لنفسه بل للمدبر فيصير كأن المدبر قبل ذلك وللوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن من الموكل خلافا لزفر؛ لأن الوكيل عنده ثابت محض فصار المبيع أمانة في يده، ولهذا لو هلك قبل الحبس لا ضمان عليه. لنا: لما كان الملك واقعا للوكيل في حق الحقوق ولم ينتقل منه إلى الموكل نزل الوكيل في حق الموكل منزلة البائع فكان له حبس المبيع لاستيفاء الثمن فإنما كان أمانة قبل الحبس؛ لأنه عاقد لنفسه من وجه ولموكله من وجه فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا فاعتبرنا شبه كونه ثابتا قبل الحبس وجعلنا المبيع أمانة في يده فاعتبرنا شبه كونه بالغا بعد الحبس وجعلناه مضمونا عليه.

فإن حبس وهلك يهلك هلاك البياعات عندهما، وعند أبي يوسف هلاك المرهون؛ لأن دينه ما وجب على الموكل بعقد البيع وإنما وجب عليه بسبب هذا

العين فيجب قضاؤه من هذا العين فيصير في معنى المرهون، وعند زفر هلاك المغصوب لما عرف الوكيل بالبيع إذا باع ليس للموكل قبض الثمن؛ لأن حق القبض للعاقد وهو الوكيل فلا يملك الموكل إبطاله، فإن دفع إلى الموكل لا يبرأ قياسا؛ لأنه دفع إلى من ليس له حق الدفع ويبرأ استحسانًا؛ لأن الحق وصل إلى مستحقه، فإن كان حق القبض لغيره لصاحب المواشي إذا دفع الزكاة إلى الفقير ولأنا لو نقضنا هذا القبض احتجنا إلى إعادة مثله فلا يفيد النقض.

كتب الوكيل الصك باسم رب العبد لا يسقط حقه في قبض الثمن وله أن يقبض إلا أن يوكل مولاه بقبضه؛ لأن بكتبه الصك لم يخرج الوكيل من أن يكون عاقدا وحقوق العقد للعاقد الوكيل بالكتابة لا يقبض المال لأنه رسول.

أمره أن يشتري له كر حنطة من الفرات فاشتراه واستأجر بعيرا فحمله فالكراء على الآمر استحسانًا؛ لأنه إن لم يأمره بالنقل نصًّا فقد أمره به عرفا؛ لأن العرف فيما بين الناس أن من اشترى طعاما من ناحية من نواحي المصر فإنما يشتري لينتقل إلى منزله لا ليكون هناك فيكون هذا أدبًا منه بالاستئجار دلالة والثابت عرفا كالثابت نصًّا.

وإن كان أمره أن يستأجر بدرهم فاستأجر بدرهم ونصف لم يلزم الآمر؛ لأن التوكيل بالاستئجار متى خالف صار مستأجرا لنفسه كما في الوكيل بالشراء.

[(**الفتاوى**)][1]: الوكيل بالبيع إذا باع ومات لا يكون للموكل قبض الثمن إلا بتوكيل من جهته؛ لأن الوكيل مالك للحقوق فجاز له تفويض الحقوق إلى موكله لا إلى غيره لما تبين، ولو اشترى الوكيل الجارية بألف ونقدها من مال نفسه وقبض الجارية ونقد الآمر من الثمن خمسمائة وطلب منه الجارية فمنعها فهلكت الجارية عند الوكيل فسلم للوكيل الخمسمائة التي قبضها ويطلب الخمسمائة؛ لأن الجارية كانت رهنًا فيها، ولو كان حبسها قبل أن ينقد الخمسمائة فعليه أن يرد الخمسمائة المقبوضة ويطلب الخمسمائة الباقية.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجامع.

(باب ما يصدق فيه الوكيل على الموكل وما لا يصدق)

(المبسوط): وكّل رجلا أن يشتري له أمة بألف فاشتراها بألفين وبعث بها إليه فوطئها الآمر فولدت، ثم قال الوكيل اشتريتها بألفين ينظر إن كان حين بعث قال هذه الجارية التي أمرتني فاشتريتها لك لم يصدق على ألفين ولم يقبل بينته؛ لأنه حصل مقرا بشراء هذه الجارية بألف فقضى إقراره اشتريتها لك؛ لأنه لا يصير مشتريًا له إلا إذا اشتراها بألف والثابت اقتضاء كالثابت نصًّا.

ولو لم يقل شيئًا فالقول قوله ويأخذ الأمة وعقرها وقيمة ولدها؛ لأنه قد يبعث إلى الموكل جارية لحاجة أو ينظر إليها وقد يبعث إليه ما اشتراه، فإذا كان البعث مترددا لا يصير مقرا بالشراء له مقتضى البعث وهو وكيل بشراء شيء لا يعينه ولا يملك الشراء لنفسه بألف ويملك الشراء لنفسه بألفين فيكون القول قوله أنه اشتراها بألفين فظهر أن الموكل وطئ جارية الوكيل فيأخذها الوكيل وعقرها وقيمة الولد؛ لأنه حصل مغرورا؛ لأنه وطئها على تقدير أنها ملكه اعتمادًا على سبب تقييد الملك له ظاهرًا وهو توكيل الباعث بشراء الجارية له والمغرور إنما يرجع على الغار إذا ضمن الغار سلامة الأولاد وهنا الوكيل لم يضمن له سلامة الأولاد وإنما وجب منه مجرد الغرور فلهذا القدر لا يثبت حق الرجوع فيكون التضمين مفيدا.

وكّله بشراء جارية وسمَّى جنسها دون الثمن فاشترى أمة فأرسلها إليه فوطئها الآمر فخلّفت منه فقال الوكيل: اشتريتها لك فالقول له ويثبت نسب الولد من الآمر ولا يثبت الاستيلاد؛ لأن الوكيل بشراء جارية بغير عينها يملك الشراء لنفسه ويملك الشراء لموكله فيكون القول له في بيان من يقع الشراء فلا يستدل بإرسالها على الآمر أنه اشتراها له؛ لأنه قد يرسل إليه غير جاريته لحاجه ثم هذا وطئ بشبهة عقد فيثبت النسب ولا يثبت الاستيلاد؛ لأنه لا شبهة في الموطوءة في أنها ملك الغير قطعًا والاستيلاد صادف ملك الغير فلم يصح.

(باب الوكالة في الهبة)

(المبسوط): يجوز للواهب أن يوكل بالتسليم وللموهوب له بالقبض؛ لأن

الموكل وإن أمره بقبض ما لا يملكه والأمر بما لا يملكه لا يصح فهو أمر بما يملكه من حيث إنه أمر أن يجعل عبارته موجبة للملك بعدما لم تكن عبارته ملكه؛ ولأن هذا فعل تجري فيه النيابة فينوب الوكيل منابه في الفعل ويجبر وكيل الواهب لو امتنع ولم يرد به أن الوكيل يجبر على التسليم شاء أو أبى؛ لأنه متبرع في تسليم الهبة إلى الموهوب له والمتبرع لا يجبر على إتمام ما تبرع به كما في الموكل، ألا ترى أن الوكيل بالبيع والشراء والطلاق إذا أبى لا يجبر على ذلك فهذا أولى فإنما أراد بالجبر أن الوكيل لا يمنع الموهوب له من قبض الهبة؛ لأنه صار مأذونا في القبض من جهة الواهب مقتضى أمره الوكيل بالدفع إليه فلم يكن للوكيل أن يمنعه من قبضه، وإن كان للموكل منعه؛ لأن الموكل كان له إبطال الهبة فلا يكون له المنع من قبض الهبة؛ لأن فيه إبطال حق الموهوب له وليس للوكيل في الهبة أن يرجع في الهبة إلا إذا وكله بالرجوع؛ لأن الوكيل في الهبة رسول وسفير ومعبر؛ لأنه يحتاج إلى ذكر الموكل في مباشرة العقد فكان العاقد هو الموكل دون الوكيل وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وليس للواهب أن يرجع في الهبة وهي في يد وكيل الموهوب له؛ لأنه أمين في حق المقبوض والأمين ينصّب خصمًا فيما يستحق لصاحب الأمانة ولا ينصب خصما فيما يستحق عليه والرجوع في الهبة مما يستحق عليه فلا ينصب خصمًا فيه وهذا فوكّلا واحدا بتسليمه جاز؛ لأنه وكله بما يملكه الموكل بنفسه، فإن وكَّل كل واحد رجلا فدفع أحدهما إليه جاز؛ لأن المنفرد بالدفع إن صار ضامنا إلا أنه إن وصل الحق إلى يد من كان مأمورًا بالقبض من جهة المالك فيبرأ الدافع عن الضمان وإن صار مخالفًا، ألا ترى أن الموهوب له لو قبض بنفسه من غير تسليمها جاز وكان وكيل كل واحد منهما وكيلا بالتسليم. وكَّل الموهوب له رجلين بقبضه لم يجز لأحدهما قبضه؛ لأنه شرط اجتماعهما على القبض وللموكل فائدة في اجتماعهما على القبض، فإنه متى همّ أحدهما بالخيانة يمنعه الآخر من ذلك فيجب مراعاة شرطه. وكّل الموهوب له بأن يعوض ولم يسلم فدفع عوضه لم يجز؛ لأن الموكل به مجهول الجنس، فإنه لا يدري أي شيء عوضه من ماله، كما لو قال له اشتر لي شيئا، فإن قال عوضه من مالي ما شئت جاز؛ لأنه متى كان معوضا إلى

مشيئته فمتى عوضه بشيء من ماله ليس للموكل أن يقول ما عنيت هذا، وإذا انقطع منازعة التعويض إليه أمكنه الامتثال بما أمر به مع جهالة الجنس، كما لو قال اشتر لي ما شئت والتوكيل بالرجوع جائز؛ لأنه توكيل بالخصومة ويفسخ عقد بأسره ويقبض الهبة والتوكيل لهذه الأشياء جائز وللوكيل أن يخاصم متى أنكر الموهوب له الهبة؛ لأنه وكله بقبض ملك الغير له فيه حق التمليك فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة وهكذا قالوا الوكيل باسترداد المبيع في البيع الفاسد له حق الخصومة. وكّل رجلين بالرجوع في الهبة لا يرجع أحدهما؛ لأنه يحتاج فيه إلى القبض والأمانة وأمانة اثنين وقبضهما وحفظهما ليس كأمانة واحد. وكل الذمي مسلمًا بتسليم خمر وهبها يجوز؛ لأن المسلم لو توكل بهبة الخمر وتسليمها يصح فلأن يصح بمجرد التسليم أولى وذلك؛ لأن الوكيل في الهبة رسول؛ لأن ليس للهبة حقوق ولا عهدة، فإن من حق الرجوع في الهبة ولم يمكن لثباته للوكيل لما بينا. والمسلم يصلح أن يكون رسولا لذمي في الخمر؛ لأن العقد مضاف إلى المرسل لا إلى الرسول فيصير المرسل هو العاقد.

(باب الوكالة بالعتق)

(**المبسوط**): وكَّله بعتق عبده على مال ليس له أخذ المال؛ لأن الوكيل بالعتق رسول؛ لأن الإعتاق إسقاط الرق والإسقاط لا يقبل النقل من شخص إلى شخص والوكيل في مثل هذا بمنزلة الرسول كالوكيل في الكتابة والخلع وليس للرسول قبض البدل. وكّله بعتق عبده فأعتق عن دين أو بشرط على مال، أو قال: إن شئت فأنت حر، لم يجز؛ لأنه وكَّله بالتخيير وهو أبى بالتعليق، وهما مختلفان جنسًا؛ لأن العتق المعلق بالشرط ليس بعتق للحال ويصير عتقا عند وجود الشرط ولا يستند إلى وقت التعليق فلا يدخل التعليق يجب الأمر بالتخيير فلم يأت كما أمر به، وإن كان الثاني أنفع للآمر من المأمور به كما لو وكله ببيع بألف درهم فباعه بألف دينار لم يجز؛ لأنه أتى بجنس آخر لم يؤمر به فكذا هذا.

ولو قال: أعتقه اليوم فأعتقه غدا جاز؛ لأن الأمر بالعتق في اليوم يكون أمرًا بالعتق في الغد؛ لأن ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيف لما عرف.

ولو قال: أعتقه في الغد فأعتقه في اليوم لم يجز؛ لأنه أمره بالعتق في الغد فلا يكون مأمورا بالعتق في اليوم ويجوز عتقه بعد الغد؛ لأن الأمر في الغد يكون أمرًا بعد الغد لما بينا.

وكّله أن يعتقها أو يبيعها لا يتبع ولدها ولا يعتقه؛ لأن ذلك ليس بحق ثابت في الأم فيسري إلى ولدها.

أمره بعتق عبده فقال أعتقته أمس فهو على وكالته وتأويله أن الوكيل قال وكلتني قبل أمس وقد أعتقته أمس وجحد رب العبد وقال: وكلتك اليوم لا يصدق الوكيل؛ لأن وكالته قبل اليوم لم تثبت بجحود الموكل فلا يملك الإعتاق أمس فقد حكى عتقًا باطلا فلا يثبت به العتق، وإن كان يملك إنشاء العتق للحال كمن اشترى عبدا اليوم فقال أعتقته أمس لا يعتق.

وكّله أن يعتق عبده أمس فقبل وأبى أن يعتق لا يجبر؛ لأنه متبرع كالواهب لا يجبر على التسليم ولأنه ليس في التوكيل أكثر من الوعد فلم يقر حقا للعبد قال أعتقه على مال فأعتقه على درهم جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما؛ لأن العتق على مال في معنى البيع، ومن وكّل آخر ببيع عبده بمال أو بدراهم فباع بدرهم جاز عنده فكذا هذا.

وكَّله أن يعتقه على جعل فأعتقه على خمر أو خنزير يعتق على العبد قيمة نفسه؛ لأنه أمره أن يعتقه على جعل والجعل هو البدل الذي تعقد به العقود ويجعل عوضا للأشياء والخمر مما يجعل عوضا عن الأشياء وينعقد به العقد، ألا ترى أنه ينعقد البيع بتسمية الخنزير والخمر فكذا هذا ينعقد المعاوضة بتسمية الخمر والخنزير فوجب على العبد تسليم العوض بحكم المعاوضة وقد عجز عن تسليمه شرعا، فإن المسلم ممنوع عن توكيل الخمر ويملكها شرعا فيجب عليه قيمتها ولو أعتقه على حكمه أو على هذا العبد، فإذا هو حر جاز العتق وعليه قيمة نفسه؛ لأن ما يحكم به أحدهما فهو مال فصار كأن الموكل أعتقه على حكمه جاز فكذا هذا.

قيل: فيما إذا أعتقه على هذا العبد، فإذا هو حر فعليه قيمة نفسه قولهما، وعند أبي يوسف يلزمه قيمة هذا الحر لو كان عبدا كما لو تزوج امرأة على هذا العبد، فإذا هو حر فعليه قيمة نفسه عندهما، وعند أبي يوسف يلزمه قيمة الحر لو كان عبدًا.

وقيل: هذا قولهم جميعا؛ لأن الإعتاق على مال مبادلة مال بمال حتى إذا استحق المسمى، فإنه يرجع بقيمة عبده لا بقيمة المسمى فصار ملحقًا بالبيع.

ولو قال: بعت منك هذا العبد بهذا العبد، فإذا هو حر وهلك المبيع عند المشتري، فإنه يرجع بقيمة عبده لا بقيمة المسمى بالإجماع فكذا هذا.

ولو أعتقه على شاة مذبوحة، فإذا هي ميتة لم يجز؛ لأن الميتة ليست بمال فلا ينعقد بها المعاوضة فيكون إعتاقا بغير جعل وإنه لم يدخل تحت الوكالة فلا يصح.

وكّل العبد رجلًا أن يشتري نفسه من مولاه فقال عبدك وكّلني أن أشتريه منك فاشتراه عتق والمال على العبد؛ لأنه أضاف الشراء إلى العبد ورضي المولى بذلك فيكون العقد مضافا إلى العبد ويكون رسولا لا وكيلا، فإن قال اشتريت منك عبدك بألف ولم يقل إنه اشتراه للعبد يقع الشراء للوكيل والمال عليه؛ لأن المولى لم يعلم أنه يشتري العبد لنفسه لا يصير راضيا به فلم يصر وكيلا فتعذر تنفيذ هذا الشراء على العبد فينفذ على الوكيل.

وذكر في (**الجامع**): أن الوكيل مطالب بالمال ويرجع به على العبد متى لم يبين ذلك للمولى؛ لأن خطاب الوكيل خطاب الشراء حقيقة فإنه يقول اشتريت منك عبدك بألف وحكما، فإنه يملك الرجوع بالبدل على الروايتين، وإذا كان خطاب الوكيل خطاب الشراء وقد أضافه إلى نفسه يجب أن تكون الحقوق عليه فيجعل الوكيل مشتريا لنفسه ثم بائعا من العبد في حق الحقوق كما إذا اشترى الأجنبي فأمكن إثبات العتق للعبد بهذا الطريق من غير أن يجعل الشراء مضافا إلى العبد بخلاف ما لو وكله المولى ببيع العبد من نفسه؛ لأن ذلك خطاب عتق معين واعتبارا، فإن العبد يعتق به وليس للوكيل أن يرجع عنه قبل قبول العبد كما لا يقدر المولى، فإذا صار إيجاب عتق كان قوله بعت نفسك منك بمنزلة قوله أعتقت على ألف فيكون رسولا لا وكيلا فلا تكون الحقوق عليه. وكّله أن يعتق نصف عبده فأعتق كله لم يجز عند أبي حنيفة خلافا لهما؛ لأن العتق عنده يتجزّأ فيكون هذا

توكيلا بعتق البعض وعندهما لا يتجزَّأ فيكون توكيلا بعتق الكل. وكّله أن يعتق على جعل فأعتقه على ألف جاز إن كان مثله يعتق على مثله استحسانًا وهذا القياس والاستحسان لا يجيء على قول محمد وإنما يجيء على قولهما فيما إذا وكله أن يعتقه على ألف ولم يبين أيهما دراهم أو دنانير لا يجوز قياسا ويجوز استحسانًا وهذا القياس، والاستحسان وجهه: أنه يعتق على بدل مجهول لما لم يبين أن الألف دراهم أو دنانير فيكون باطلا كما لو أعتقه الموكل على ألف ولم يبين، وجه الاستحسان: أن تسمية الألف تنصرف إلى الدراهم ولا يعتق على ألف دينار يستدل بحال العبد إلى الدراهم أنه أراد به ألف درهم والثابت بدلالة الحال ثابت نصًّا ولأن الدراهم أقل من الدنانير والألف في العقود لا يراد بها إلا الدراهم أو الدنانير والدراهم متيقنة؛ لأنها أقل والدنانير متوهمة فتنصرف إلى الدراهم مثل قيمته. قال: بعه أو كاتبه أو أعتقه فأي ذلك فعل الوكيل جاز؛ لأنه أمره بالتصرف في ملكه وخيره بين أنواع ثلاثة فيصح كما أمر الله تعالى الحالف بالتكفير متى حنث وخيره بين أنواع ثلاثة. الأصل أن كل ما يجوز تعليقه بالشروط ينعقد في المجهول؛ لأنه تعليق عمله في المعلوم بالبيان فيفيد انعقاد العقد في المجهول فائدته وكل ما لا يجوز تعليقه بالشروط لا ينعقد في المجهول؛ لأن العقد في المجهول لا يفيد فائدته. ثم المسائل على **خمسة أنواع**: في البيع والنكاح والخلع والطلاق والعتق والكتابة، أما البيع والنكاح وكّله بأن يبيع عبده هذا أو هذا أو وكّله أن يزوجه هذه أو هذه فباعهما معا بثمن واحد أو بثمنين مختلفين أو زوجهما معا لا يجوز في أحدهما؛ لأن المعقود عليه مجهول جهالة توقعهما في المنازعة المانعة من التسليم والتسليم والبيع والنكاح لا يجوز مع الجهالة، فأما الطلاق والعتاق وكّله بطلاق إحدى امرأتيه أو بعتق أحد عبديه فطلقهما أو أعتقهما معا على مال أو غير مال يجوز في إحدى الروايتين والخيار للموكل؛ لأنه لا يصح تعليقهما بالشروط فيصح تعليقهما بشرط البيان، وكذلك الخلع لو وكله بأن يخالع إحدى امرأتيه هذه أو هذه فخالعهما معا ببدل أو ببدلين وقبلتا يجوز الخلع في إحداهما ويجبر الزوج على البيان؛ لأنه ليس في تجويز الخلع على إحداهما إلا انقطاع الطلاق على إحداهما

وانقطاع الطلاق على إحداهما جائز؛ لأنه ليس فيه إلا تعليق الطلاق بالبيان، وأما الكتابة لو قال كاتب عبدي هذا أو هذا وكأنهما معا لم يجز أن يجعل النجوم واحدة، وإن لم يجعل يختار أيهما شاء طعن عيسى وقال: يجب أن لا يجوز؛ لأن الكتابة معاوضة كالبيع، ولهذا يحتمل الفسخ فلا يصح تعليقه بالخطر فلا يصح في المجهول كما في البيع والجواب عنه أن الكتابة تشبه البيع من وجه لوجود المعاوضة فيها وتشبه العتق من وجه؛ لأنها تفضي إلى العتق في الانتهاء؛ لأن الكتابة فك الحجر عن الإكساب للحال والعتق عند الأداء، ولهذا يثبت الحيوان دينا في ذمته لشبهه بالعتق فلشبهه بالبيع إذا كاتب أحدهما أو كاتبهما معا بنجم واحد لا يجوز؛ لأن حصة كل واحد منهما من البدل مجهولة والمكاتب مجهول فكان البدل والمبدل مجهولا والجهالة تمنع صحة المعاوضة والشبهة بالعتق يجوز في أحدهما متى كاتبهما على تخمين؛ لأن الجهالة تمكنت من المكاتب لا في البدل؛ لأن حصة كل واحد منهما من البدل معلومة والجهالة لا تمنع صحة العتق وهذا؛ لأنه متى كاتبهما بتخمين والجهالة طارئة غير مقارنة للعقد، فإنه كاتبهما وهما معلومان ثم خرج أحدهما عن الكتابة؛ لأنه كان مأمورا بكتابة أحدهما والجهالة الطارئة لا تفسد البيع، فإنه لو باعهما ثم استحق أحدهما أو هلك أحدهما قبل القبض بقي الباقي بحصته من الثمن.

[(باب الوكالة في الرهن)][1]

(**المبسوط**): أصله: أن حقوق العقد ترجع إلى من أضيف إليه العقد إن كان العقد مضافًا إلى الوكيل بالحقوق له، وإن كان مضافًا إلى الموكل تكون الحقوق له؛ لأن الحقوق تجب بالعقد فيكون للعاقد والعاقد من يكون العقد مضافًا إليه، **والثاني**: إن الرسالة بالاستقراض جائز والتوكيل بالاستقراض لا يجوز؛ لأن الرسالة موضوعة لنقل العبارة، فإن الرسول سفير ومعبر والعبارة ملك للمرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب العقد المضاف إلى الوكيل.

وإن كان أمرًا بالتصرف في ملك الغير باعتبار التملك، فإنه أمره بتملك مال الغير بالعوض فالأمر والقبض بالتصرف في ملك الغير لا يصح فتكون الرسالة أمرًا بالتصرف فيما هو حقه من وجه فصح. فأما التوكيل بالاستقراض أمر بالتصرف في ملك الغير من كل وجه؛ لأن العبارة ملك الوكيل، ولهذا كان حقوق العقد له والمال المستقرض ملك المقرض فيكون الأمر باعتبار العبارة والتملك لا في ملك الغير فلم يصح.

ثم المسائل لا تخلو إما أن أرسله بالاستقراض أو وكله وكل وجه لا يخلو إما أن أضاف المأمور العقد إلى الآمر أو إلى نفسه، فإن أرسله بالاستقراض، بأن قال الموكل له قل إن فلانا يستقرض منك عشرة دراهم وبرهن منك هذا الثوب، فإن أضاف الرسول القرض والرهن إلى الآمر فالقرض للآمر والمطالبة بالدين للمقرض على المرسل؛ لأن المأمور لما أخرج الكلام مخرج الرسالة وأضاف العقد إلى المرسل فقد وافق أمر المرسل فتعذر ذلك عليه فكان حقوق العقد راجعا إلى المرسل؛ لأنه هو العاقد متى أضيف العقد إليه وصار المرسل مستقرضا وراهنا بلسانه وقابضا بيده، فإن أضاف العقد إلى نفسه بأن قال لفلان أقرضني عشرة دراهم وارهن مني هذا الثوب به يكون مستقرضا لنفسه ولا يكون رهنًا؛ لأنه خالف أمر المرسل؛ لأنه أمره بإضافة العقد إليه لما جعله رسولا، فإذا أضاف إلى نفسه صار مخالفا آمره فيصير مستقرضا لنفسه وضامنا ثوبه؛ لأنه رهن ثوبه بدينه بغير إذنه وللمرسل أن يضمن أيهما شاء، لو هلك الثوب في يد المقرض لأنهما غاصبان في حقه.

وأما إذا وكله بالاستقراض، فإن أضاف القرض والرهن إلى الآمر فالقرض للآمر ويجوز رهنه على الآمر؛ لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح والرسالة بالاستقراض جائز فجعل التوكيل بالاستقراض عبارة عن الرسالة بالاستقراض تصحيحا للعقد؛ لأن في التوكيل ما في الرسالة وزيادة، وإن أضاف العقد إلى نفسه بأن قال لغيره أقرضني عشرة دراهم وارتهن هذا الثوب مني فالعشرة للوكيل؛ لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح والرسالة بالاستقراض متعذر؛ لأنه صار مخالفا أمر

الآمر بإضافة العقد إلى نفسه فصار مستقرضا لنفسه ولا يصير ضامنا للرهن؛ لأن دفع الرهن كان بأمر الآمر، فإنه أمره بأن يستقرض له بعبارته ويرهن ثوبه به وكان الدفع بإذنه باعتبار ما حسب الوكيل وصار الموكل معيرًا ثوبه منه ليرهنه بدينه فيصح رهنه.

ولو أمره بأن يقرض ماله غيره وأخذ رهنًا ليس للآمر أن يقبض الرهن؛ لأن حبس الرهن من حقوق العقد وحقوقه يكون للعاقد والعاقد هو الوكيل؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه.

وإن أمره أن يستقرض كذا برهن فزاد أو نقص فجاء الوكيل بمثل ما قال وأعطاه فهو دين للوكيل عليه ولا يكون الثوب رهنًا به، فإنه خالف إلى شر؛ لأنه إن زاد على ما سمى فهذا خلاف إلى شر؛ لأنه إذا كثر الدين يتعسر عليه الفكاك وإن نقص فقد خالف إلى شر ولأن ماله يصير محبوسًا عليه بدين قليل يصل إليه وفيه ضرر عليه فلا يكون راضيا عليه، فإذا لم يصح الرهن لا يصح الاستقراض أيضًا؛ لأنه مخالف فيهما فصار مستقرضا لنفسه، فإذا دفع إلى الموكل صار مقرضا ماله من الآمر وهل يضمن الثوب إن زاد يضمن؛ لأن الموكل بالاستقراض صار معيرًا ثوبه منه ليرهنه بدين مسمى؛ لأنه لما وكله بالاستقراض بالرهن مع علمه أنه يصير مستقرضا لنفسه لا للموكل ومع هذا أمره بالرهن صار معيرًا ثوبه منه ليرهنه بدين عليه مسمى، فإذا زاد على المسمى صار مخالفا إلى شر.

وإن نقص إن كان الدين مثل قيمة الثوب أو أكثر لا يضمن؛ لأنه خلاف إلى خير، وإن كان أقل من قيمة الرهن يضمن؛ لأنه خالف إلى شر كما لو استعار ثوبا ليرهنه بدين مسمى فزاد أو نقص رهن الوكيل عند من لا يقبل شهادته له جاز؛ لأن الاستقراض من هؤلاء توجب دينا عليه؛ لأن التوكيل بالاستقراض لا يصح فيكون في الاستقراض منصرفا لنفسه فالتهمة منتفية في حق تصرفه لنفسه مع هؤلاء كما لو باع ماله من هؤلاء واشترى منهم لنفسه وكذلك إن كان رسولا؛ لأن الرسول في البيع بثمن مسمى لو باع من هؤلاء يجوز فكذا إذا كان رسولا في الرهن؛ لأن تهمة

المحاباة في الرسول منتفية إذا كان الثمن مسمى وتهمة الإقرار كاذبا باستيفاء الثمن أيضًا متيقنة؛ لأن الرسول لا يملك الإقرار بالاستيفاء.

ولو رهن من ابن له صغير لا يجوز؛ لأنه هو العاقد من الجانبين والواحد لا يصلح أن يكون عاقدا من الجانبين لما بينا.

الوكيل صبي محجور عليه فقال إن فلانا يقول أقرضني جاز؛ لأنه أخرج الكلام مخرج الرسالة ورسالته في البيع جائزة فكذا في الاستقراض؛ لأنه لا عهدة على الرسول.

وإن قال: أقرضني أنا وامسك هذا رهنًا لم يجز؛ لأن استقراض الصبي لا يصح؛ لأنه لا يوجب دينا عليه؛ لأن الصبي لا يؤاخذ بضمان الأقوال وإذا لم يجب الدين لم يصح الرهن. وكل برهن عبده ثم رهنه الموكل بنفسه ثم افتكه لا يرهنه الوكيل؛ لأنه فعل ما أمره به منعزل الوكيل ضرورة؛ لأنه لا يقدر على رهنه فعد رهن الموكل.

ولو وكل آخر بالرهن والأول قد رهنه فافتك الأول كان للثاني أن يرهن؛ لأنه لما وكله برهنه بعدما رهن الأول فقد وكله بالرهن بعد الفكاك دلالة؛ لأنه لا يصح رهن الثاني إلا بعد الفكاك فانصرف الأمر إليه بخلاف ما إذا لم يكن الأول قد رهن فوكل آخر ثم بعثه الأول؛ لأن الأمر للثاني بالرهن صحيح للحال فصارا وكيلين بالرهن في الحال فأيهما رهن جاز كما لو وكل رجلا ببيع عبده ثم وكل آخر قبل أن يبيع الأول فكذا هذا. وكله أن يرهن فرهنه وكتب شراء والوكيل والمشتري مقران أنه رهن وكتب الشراء فهو رهن استحسانًا فلا يكون رهنًا قياسًا وهو ضامن؛ لأنه أمره بالرهن فهو باع فصار مخالفًا، فإذا سلم صار هو والقابض ضامنا فقد أقرا على أنفسهما بالضمان. وجه الاستحسان: أنهما تصادقا أنه رهن، فإن الشراء كان سمعة ورياء والعقد حقهما لا يعدوهما فيكون القول قولهما في كيفية ما عقدا وصار الثابت بقولهما كالثابت معاينة انتفع المرتهن بإذن الوكيل فهو ضامن؛ لأنه لم يصح الإذن من الوكيل؛ لأنه لم يؤمر بذلك.

(فصل)

ولو قال: بع هذا برهن فباع برهن ثم رده فهو ضامن وردَّه جائز والبيع ماض؛ لأن بردّ الرهن لم يتبين أن بيعه كان بغير رهن؛ لأن الرد فسخ لعقد الرهن والفسخ يقبض على حال وجوده بل كان البيع موقوفا به كما أمره الموكل والرد بفسخ عقد باشره بنفسه ولم يبطل على الموكل حقه وإنما أبطل حق الحبس لا غير والحبس حقه؛ لأنه من حقوق العقد وحقوق العقد للعاقد حتى لو أراد الوكيل أن يأخذه منه ويحبسه ليس له ذلك فصح الفسخ والرد كالوكيل بالإجارة إذا فسخ الإجارة قبل مضي المدة صح إلا أن بالرد كما يبطل حق الوكيل في الحبس يبطل حق الموكل في الاستيثاق لدينه، ولو أبطل حقه في الاستيثاق بإتلاف الرهن يضمن فكذا إذا أتلف حقه في الاستيثاق بالرد لم يذكر كيف يضمن قالوا ينظر إن كان الدين حالا يضمن بالغة ما بلغت ويكون رهنًا عنده كما لو أتلف الرهن. أمر رجلين أن يرهنا ويسلطا على بيعه فرهناه وأذن أحدهما للمرتهن في البيع لا يصير المرتهن مسلطا على البيع؛ لأنه ليس لأحد الوكيلين التفرد بالبيع فلا ينفرد أحدهما بالتسليط على البيع، فإن قالا: إن فلانا يستقرضك ودفعا إليه الرهن فقال أحدهما: أمرنا المرسل أن يجعلك مسلطا على بيعه والآخر ساكت يصير مسلطا؛ لأن لأحد الرسولين التفرد بالبيع فيتفرد بالسليط على البيع؛ لأن الرسالة أمر بنقل العبارة وليس بتفويض للتصرف إلى الرسول، فإذا أرسل اثنين فقد سلط أحدهما على النقل واجتماعهما على النقل شرط لا يفيد فلا يعتبر؛ لأن تبليغ أحدهما كتبليغهما إذا كان الآخر ساكتا على هذا عادات الناس بخلاف الوكالة؛ لأنها تسليط بتفويض التصرف إلى الوكيل، فإذا وكل اثنين فقد رضي برأيهما لا برأي أحدهما فلا يملك أحدهما أن ينفرد إذا كان تصرفًا يحتاج فيه إلى الرأي فكان اجتماعهما على الرأي شرطا مقيدا فيجب مراعاته، فإن استقرضاهما، وقال أحدهما: هذه المقالة والآخر ساكت لم يجز للمرتهن أن يبيعه؛ لأن العقد وقع لهما.

(باب الوكالة بقبض الوديعة والدفع إلى فلان)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في قبض الوديعة.

والثاني: في دفعها.

(فصل)

وكّل بقبض الوديعة فقبض بعضها جاز، إلا إذا قال: لا يقبض إلا جميعه فقبض بعضه ضمن؛ لأن قبض الشيء قد يكون بقبض أبعاضه جملة وقد يكون بقبض أبعاضه متفرقة على هذا عادات الناس جمة إلا أن قبض الجملة أنفع من قبض البعض فيكون ذكر الجملة لبيان الأول لا لنفي الوكالة والأمر بقبض البعض إلا إذا قضى الوكالة حال قبض البعض والنفي مقيد؛ لأن قبض الجملة أنفع من قبض البعض فلا بد من اعتبار النفي فلم تثبت الوكالة بقبض البعض، فإن قبض الباقي قبل أن يهلك الأول سقط الضمان؛ لأن قبض النصف كان موقوفا على قبض الباقي، فإذا قبض الباقي صار قابضا للكل؛ لأنه صار ممتثلا للآمر فصح القبض في النصف الأول؛ لأن المخير للتصرف الموقوف والمحل قائم نفذ فيبرأ عن الضمان. وكّله بقبض مكيل أو موزون وديعة فاستهلكه رجل وقبض المستودع مثله يأخذه الوكيل استحسانًا، وجه الاستحسان: أن المثل في المثليات قائم مقام العينيات معنى واعتبارا؛ لأنه يقوم مقامها ويسد مسدها منفعة وارتفاقا فصار كأن الأصل قائم معنى واعتبارا بخلاف القيمة؛ لأنها غير العبد بحقيقة واعتبارا؛ لأنها دراهم أو دنانير فإنها غير العبد حقيقة واعتبارا منفعة، فإن نطقا ولا يكون الأمر بقبض العبد أمرًا بقبض القيمة وبخلاف الوكيل ببيع مكيل أو موزون بعينها فاستهلكه إنسان وغرم مثلها لا يكون للوكيل بيع مثلها؛ لأن المثل عينها معنى لكن غيرها صورة والوكالة بالبيع تعلقت بعين ما وكل به حقيقة. وكله بقبض وديعة فقبضها الموكل ثم أودعها ثانيًا لا يملك الوكيل قبضها علم أم لا؛ لأن الموكل أبى تعين ما وكل به فانعزل الوكيل عن الوكالة وبالإيداع ثانيا لا يرتفع القبض الأول من الموكل بل يتقرر فلا يعود

وكيلا إذ بسبب العزل لم يرتفع كالوكيل بالبيع إذا باع الموكل الموكل به ثم اشتراه ثانيا أو ورث لا يعود وكيلا، ولو قال اقبض وديعتي اليوم يملك قبضها اليوم وغدا استحسانًا والقياس أن لا يملك قبضها غدا وهو قول زفر؛ لأنه وكله بقبضها اليوم دون الغد والوكالة مما يتوقت ولا يصير وكيلا في الغد، كما لو قال وكلتك غدا لم يصر وكيلا اليوم. وجه الاستحسان: أن ذكر اليوم في العرف والعادة لتعجيل القبض لا لتوقيت الوكالة به، ألا ترى أن من دفع ثوبا إلى خياط وقال له خطه اليوم بدرهم فخاطه غدا استحق الأجر وكان ذكر اليوم لتعجيل العمل لا لتوقيت الإجارة باليوم؛ لأن اليوم مثل الساعة في العرف والعادة، ولو ذكر الساعة كان ذكرها للتعجيل فكذا هذا، ولو قال اقبضها بمحضر فلان فقبض بغير محضره جاز؛ لأنه شرط لا يفيد فلا تجب مراعاته. وكّله بقبض دابة عارية فركبها الوكيل ضمن؛ لأنه خالف في الركوب؛ لأن القبض يتحقق بدون الركوب. وتجوز الإجارة بقبض الوديعة؛ لأنه معلوم العمل ولا تجوز الإجارة للخصومة والتقاضي؛ لأن العمل مجهول؛ لأنه لا يدري كم يحتاج إلى التقاضي والخصومة ليمكنه قبض الدين إلا أن تبين المدة يوما أو ثلاثة أيام فيجوز؛ لأنها وقعت على تسليم نفسه في المدة وأنه معلوم. وكّل رجلين بقبض وديعة فقبضاها واستودع أحدهما الآخر جاز؛ لأن اجتماعهما على الحفظ إما الليل أو النهار في مكان واحد متعذر وقسمة العين للحفظ كل واحد منهما نصفه متعذر؛ لأنه مما لا ينقسم فصار المالك راضيا بحفظ كل واحد منهما على الانفراد دلالة بخلاف ما يحتمل القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله إذا أودع أحدهما صاحبه يضمن الدافع؛ لأن القسمة مما تفيد زيادة حفظ في حق المالك؛ لأن الذي يريد الخيانة لا يمكنه الخيانة في الكل وإنما يمكنه الخيانة فيما جعل في يده بالقسمة حتى لا يحفظان على التهاني؛ لأن التهاني في حق المالك لا تفيد؛ لأن الذي يريد الخيانة يمكنه الخيانة في الكل في نوبته والقسمة من حيث التهاني لا تفيد زيادة حفظ على المالك فلا يجب مراعاته. وكّل بقبض عبده من المودع فقتل العبد خطأ للمودع أخذ قيمته دون الوكيل، وكذلك لو جنى عليه وأخذ أرشها له أخذ العبد لا الأرش وكذلك مهرها وأجرتها بخلاف البيع فإنه لا يبطل متى قتل

عبد البيع خطأ والوكالة تبطل والفرق أن المقصود من البيع من المشتري تحصيل صورة العبد وماليته وبالقتل إن فاتت الصورة بقيت المالية لقيام البدل وهو القيمة ففوات الصورة إن أوجب انتقاص البيع فبقاء المالية لا يوجب فلا ينتقض بالشك وأما المقصود من قبض العبد وصوله إلى يد الموكل ويفوت هذا المقصود بفوات العبد وإن أخلف بدلا وهي القيمة؛ لأن الوكيل قد يخون في القيمة لكثرة ولوع الناس ورغبتهم إلى الدراهم والدنانير دون غيرها من الأموال فربما يخون في القيمة ولا يخون في العبد لقلة رغبته فيه ومتى جاز لا يحصل للموكّل ما هو المقصود له من التوكيل بالقبض فتعلقت الوكالة بعين العبد لا ببدله وهي القيمة فتبطل بفوات العبد، ولو قبض الوكيل ثم قتل في يده له أن يأخذ القيمة؛ لأن الوكيل بعد القبض صار مأمورا لحفظ العبد فصار كالمودع فيه وللمودع أخذ قيمة العبد متى قتل في يده فكذا هذا. وكله بقبض حيوان فولدت قبل القبض فللوكيل قبضهما.

ولو كانت ولدت قبل الوكالة لا يملك قبض الولد؛ لأن الولد حين كان متصلا بالأم فهو جزء من أجزاء الأم والقبض يرد على الكل فيدخل تحت الوكالة فيثبت له حق قبض الولد تبعا للأم، فإذا انفصل عن الأم لا يبقى ذلك الحق، وإذا ولدت قبل الوكالة فبالانفصال صار أصلا ولا يبقى تبعا للأم فلا يدخل الولد تحت الوكالة تبعا بخلاف الوكيل ببيع الأم لا يبيع الولد المولود بعد الوكالة؛ لأنه ما ثبت له حق بيع الولد حين كان متصلا بالأم، فإن البيع لا يرد على الولد؛ لأن البيع لا يرد على الأطراف، ولهذا لا يضمن الأطراف بالبيع، فأما القبض فيرد على الكل حتى يضمن الكل بالقبض ولا يثبت له حق بيع الولد بعد الانفصال فصار كمن أوصى بأن تباع جاريته من فلان بكذا فولدت بعد موته، فإنه تباع الجارية ولا يباع الولد فكذا هذا. والثمرة بمنزلة الولد متصلا ومنفصلا بأن صرمت الثمرة بعد الوكالة لا يقبض الثمرة؛ لأنها لم تدخل تحت الوكالة كما في الولد.

(فصل)

وكّله بدفع عبده إلى فلان فأتاه فقال: إن فلانا استودعك هذا فقبل ثم رده على

الوكيل ثم هلك عنده فلرب العبد أن يضمن أيهما شاء؛ لأنه رسول وليس بوكيل فلا يكون له حق القبض ولا للمودع حق الدفع إليه فيضمن هذا بالدفع وذلك بالقبض قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن الرسول؛ لأن الرسول مودع المودع ومودع المودع يضمن عندهما، وعنده يضمن الأول دون الثاني.

وقيل: هذا قولهم جميعًا إلا أن موضع المسألة أن المودع دفع الوديعة بطلب الوكيل فإنما يدفع على تقدير أن له حق القبض بأن أمره المالك بالقبض؛ لأنه لو لم يكن له حق القبض ما طلب منه فيحمل طلبه على أنه يحق فلا يكون القابض مودع المودع بل يكون نائب المالك في زعم المودع، فإذا ظهر أنه لم يكن له حق كان كل واحد منهما متعديا بالإجماع.

ولو قال الوكيل: إن فلانا أمرك أن تستخدمه وتدفعه إلى فلان ففعل وهلك لم يضمن الوكيل؛ لأنه لم يوجد من الوكيل إلا مجرد الغرور بالقول كذبا ومجرد الغرور من غير أخذ البدل لا يوجب ضمانًا على الغار لما عرف والمستخدم يضمن؛ لأنه استخدم عبد غيره بغير إذنه.

(باب الوكيل بالاقتضاء والاستيفاء والتقاضي)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في التوكيل.

والثاني: فيمن يملك الخصومة ومن لا يملكها.

والثالث: فيمن يضمن ومن لا يضمن.

والرابع: في تصرفه في المقبوض.

والخامس: فيماذا يصدق وماذا لا يصدق.

(فصل)

التوكيل بقبض الدين والعين صحيح؛ لأنه يملك الاستيفاء بنفسه فيملك التفويض إلى غيره وإذا قبض الوكيل برئ المدين؛ لأن قبضه بمنزلة قبض الموكل.

وكّله بقبض دينه فلم يقبل ثم قبضه لم يبرأ الغريم؛ لأن الوكالة لا تتم إلا بالإيجاب والقبول، وإذا رد بطل كسائر العقود.

رب الدين وكّله بقبضه بمحضر من المطلوب، فإن المطلوب يبرأ بالدفع حتى يأتيه خبر العزل؛ لأنه كما أمر الوكيل بالقبض فقد أمر المطلوب بالدفع متى حصل التوكيل بمحضر المطلوب فمتى صح العزل في حقه قبل العلم به يصير مغرورا من جهة الموكل ولحقه ضرر في ذلك؛ لأنه إنما يدفع الدين إلى الوكيل معتمدا على أنه وكيل بالقبض وأنه قد برئ من الدين ومتى صح العزل بغير علمه لا يبرأ وكان للطالب أن يضمنه فيتضرر به فلم يصح العزل قبل علمه نفيا للغرر والضرر عنه كما لا يصح عزل الوكيل بالقبض قبل علمه بخلاف ما لو حصل التوكيل بغير محضر منه، فإنه يصح عزله قبل علم المطلوب؛ لأنه لم يعلم بالأمر بالقبض فلم يدفع بناء على الأمر بل له أن لا يدفع ويكذبه فيما يدعي من الوكالة فلو لحقه ضرر فإنما يلحقه من جهته.

ولو قال: إذا حل مالي فيقاضيه أو إذا قدم فلان فيقاضيه أو إذا أديته شيئًا فأنت وكيلي في قبضه أو إذا قدم الحاج فاقبض ديوني صحت الوكالة خلافا للشافعي؛ لأن الوكالة استنابة فتصح مطلقًا ومعلقا كالإجارة وهذا؛ لأن كل تصرف صح الملك مطلقًا يجب أن يصح منه معلقا؛ لأنه في الحالين متصرف في خالص ملكه وتصرف الإنسان في ملكه صحيح لوجود المطلق وهو الملك والحجر عارضا لا تصرفا يتمكن فيه الغرر والحظر كالبيع لا تجوز إضافته إلى المستقبل نفيا للغرر والحظر بالنص.

ولو قال: أنت وكيلي في قبض كل دين لي ولا دين له يومئذ ثم حدث بملك قبضه استحسانًا، وجه القياس: أنه وكله بقبض دين يضاف إليه والدين الذي يضاف إلى الموكل وقت الوكالة القائم لا الحادث، فإن ما سيحدث غير مضاف إليه وقت الوكالة فلا يصير وكيلا به، كما لو قال وكلتك بقبض ديني على فلان يصير وكيلا بقبض القائم لا الحادث.

وجه الاستحسان: أن العرف بين الناس أن من وكل غيره بقبض ديونه على

التعميم والشمول يريد بذلك القائم والحادث جميعا كما لو وكل بقبض فلانة ورفع أبرأ له يصير وكيلا بالقائم والحادث جميعا للعرف والثابت عرفا كالثابت نصًّا فتركنا القياس فيه للعرف والتعامل كما في الاستصناع بخلاف ما لو قال وكلتك بقبض ديني على فلان؛ لأنه خص دينا واحدا واجبا فيتناول القائم دون الحادث والواحد لا يكون وكيلا في القضاء والاقتضاء؛ لأن قضاء الدين تمليك وتملك، فإن المديون يملك ما في ذمته بما يعطي من المال فكان كالبيع والواحد لا يصلح مملكا ومتملكا ومطالبا ومسلما ومتسلما.

والوكيل بالتقاضي وكيل بالقبض خلافا لزفر وكذا الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا له؛ لأن التقاضي تفاعل من الاقتضاء والاقتضاء عبارة عن القبض فكان الوكيل بالتقاضي توكيلا بالاقتضاء نصًّا ولأن الوكيل بالتقاضي مأمور بقطع مماطلة المطلوب وإنما يحصل هذا القطع بالقبض؛ لأنه ما دام الدَّين غير مقبوض فالمماطلة على حالها فصار التوكيل بالتقاضي توكيلا بالقبض وكذا الوكيل بالخصومة مأمور بإثبات الحق وقطع الخصومة وإنما يتم قطع الخصومة كالقبض؛ لأنه ما دام الحق غير مقبوض يتوهم جحوده مرة أخرى فيحتاج إلى الخصومة مرة أخرى فإنما تنقطع الخصومة بالكلية بالقبض لا لمجرد إثبات الحق من غير قبض ومطلق الاسم ينصرف إلى الكامل.

وقال مشايخنا: ليس للوكيل بالتقاضي القبض؛ لأن العادة جرت بخلاف ذلك في بلادنا؛ لأن الناس في زماننا إنما يوكلون بالتقاضي من لا يأتمنونه على القبض فإنهم يوكلون بالتقاضي من هو أصفق وجها وأكبر كدما وأشد شغبا وعنفا ومثل هذا لا يؤتمن على المال فصار اسم التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا؛ لأنه سبب الاقتضاء فصارت الحقيقة مهجورة ونقل تملك الخصومة اختلف المشايخ فيه قيل لا يملك الخصومة؛ لأن الوكيل بالتقاضي يصير وكيلا بالقبض ضمنا واقتضاء لا نصًّا وإفصاحًا والمقتضى لا عموم له ومتى جعلنا وكيلا بالخصومة أيضًا فقد جعلنا للمقتضى عمومًا وهذا لا يجوز وقيل يجب أن تملك الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصوب والأشبه، فإن محمدا رحمه الله ذكر عقيب هذه

المسألة في كتاب الوكالة: الوكيل بالتقاضي وكيل بالخصومة؛ لأن التوكيل بالقبض ثابت نصًّا لا اقتضاء لما بينا فصار وكيلا بالخصومة، كما لو قال وكلتك بالتقاضي والقبض؛ لأن التقاضي والاقتضاء في اللغة سواء.

ولو قال: تقاضى ديني على فلان لا يملك الخصومة وله القبض؛ لأنه مأمور بالتقاضي والمأمور بالقبض لا يملك الخصومة بالإجماع لما تبين فالمأمور بالتقاضي أولى، وكذلك الرسول.

وكّل ذمي مسلمًا بتقاضي خمر له على ذمي دينا أو وديعة يقبض يبرأ المطلوب ويكره ذلك للمسلم؛ لأن قبض الخمر الدين يملك باعتبار الحقيقة لا المقبوض غير الدين حقيقة ولكنه استيفاء لعين الحق حكما واعتبارا حتى كان له الأخذ من غير قضاء ورضا ولو كان يملك الخمر من كل وجه لم يصح التوكيل به.

ولو كان قبضًا لعين الحق صح التوكيل ولم يكره، وإذا كان تملكا من وجه استيفاء من وجه جاز ويكره والوكيل بملازمة غيره بمال له عليه لا يكون وكيلا بالقبض؛ لأن الملازمة مفاعلة من اللزوم وليس في اللزوم لغة ما يبنى عن القبض وإنما يبنى عن حفظ الغريم بالكون معه فلم يدخل القبض تحت الأمر بالملازمة.

ولو أنكر المطلوب كونه وكيلا في القبض ودفع ثم أراد أن يسترد ليس له ذلك؛ لأنه دفعه على وجه القضاء والاقتضاء وتعلق به حق الغير ولم يبين أنه لم يقع القضاء ولا يكون للقاضي نقض ذلك كما لو دفع إلى المطالب، ثم قال لم يكن ذلك على دين لم يكن له أن ينقض قضاؤه فكذا هذا.

ولو صدقه أنه وكيل ليس له أن يمتنع من الدفع وإن أقر أنه وكله بقبض العين لم يجبر على تسلمها؛ لأن في الدين إقراره يلاقي ماله؛ لأن الدين يقضي من ماله وإقرار الإنسان في ماله صحيح وفي العين الإقرار يلاقي ملك الغير وهو الموكل والإقرار في ملك الغير لا يصح إلا بتصديق صاحبه.

(فصل)

الوكيل بقبض العين كالوديعة ليس بوكيل في الخصومة والوكيل بالخصومة

وكيل بالقبض؛ لأن التوكيل بالخصومة يكون منتظما للتوكيل بالقبض مقصودا؛ لأن المقصود من الخصومة هو وصول المال إليه بواسطة الإثبات ولا يصل إليه إلا بالقبض فأما التوكيل بقبض ملكه ونقل ماله لا يكون منتظما للتوكيل بالخصومة مقصودا؛ لأنه يمكنه قبض المأمور بقبضه ونقله من غير خصومة، والوكيل في حق الحقوق والدين وكيل في الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة الوكيل بالبيع خلافا لهما حتى لو جحد الغريم الدين فأقام الوكيل عليه البينة أو أقام الغريم البينة على الإيفاء إلى الطالب قبلت بينته عنده وعندهما لا تقبل والوكيل يطلب الشفعة وبالقسمة وبالرد بالعيب وكيل بالخصومة بالإجماع والمأمور بقبض الدين والرسول به لا يملك الخصومة وله القبض.

لهما: أن التوكيل بالدين توكيل بقبض ملكه وحقه حكما؛ لأن المقبوض في الدين عين حقه حكما لا بدل حقه حتى لو ظفر بجنس حقه فله أجره من غير قضاء ولا رضاء، ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيئًا من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التمليك والتمليك فيه ساقط، ألا ترى أن الذمي إذا وكل مسلما بقبض خمر على ذمي صح.

ولو كان المقبوض بدل حقه لا عين حقه وجب أن لا يصح كما لو وكله بشراء الخمر والوكيل بقبض ملكه لا يملك الخصومة له: أن الوكيل بقبض الدين وكيل بالتمليك والتملك؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها؛ لأن العين ملك المطلوب حقيقة؛ لأن تصرفات المديون فيما في يده نافذ وبالقبض يتملك العين بدلا عن الدين فيصير للقبض حكم المبادلة من وجه وقبض لغير حقه من وجه حتى يصح أخذه من غير تراض ويصح توكيل الذمي المسلم بقبض دين باعتبار أنه قبض لعين حقه حكما وباعتبار أنه مبادلة حقيقة يكون خصما في حق الملك فتقبل بينته عليه كالوكيل بالشراء ويطلب الشفعة بخلاف الوكيل بقبض العين؛ لأنه ليس بوكيل بالمبادلة فصار أمينا محضًا فصار رسولا فلا تقبل عليه البينة بخلاف المأمور والرسول؛ لأن الأمر في اللغة لامتثال ما أمره لا غير كما في أوامر الله تعالى اقتضاء الامتثال كما أمر به والرسالة لنقل العبارة عن المرسل وإبلاغ عبارته وليس فيها ما

يبنى عن التفويض وإقامة المأمور مقام نفسه وقد أمر بالقبض لا غير فلا يملك سوى القبض وفي الوكالة فيه ما في الأمر والرسالة وزيادة وهو تفويض الأمر إلى الوكيل فيما وكل به وإقامته مقام نفسه يقال: وكلت أمري إلى فلان أي فوضت والتوكيل في أمره جعل ذلك الأمر مفوضا إليه فملكه بتوابعه وبتمامه. وكّل بقبض عبد أو نقل امرأته فأقام العبد البينة على العتق أو المرأة على الطلاق الثلاث لا يقضي بالعتق والطلاق ويوقف، فإن قال بينتي حاضرة أحبسه ثلاثة ولا يدفع إليه؛ لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة ولكنه وكيل في نفس القبض فصار خصما في إبطال حق القبض فتقبل البينة في حق إبطال ولاية القبض والنقل وقصر يد الوكيل عنه وكله بكل قليل وكثير هو له لم يكن وكيلا إلا في الحفظ وقال ابن أبي ليلى يجوز بيعه.

والصحيح قولنا؛ لأن الحفظ متيقن، فإنه من تصرف إرادة الموكل سوى الحفظ إلا والحفظ داخل فيه فكان الحفظ متيقنا وما زاد على ذلك فمشكوك فيه فيثبت المتيقن ولا يثبت المشكوك ولا يصير وكيلا بالتقاضي وقبض الدين؛ لأنه صار وكيلا بحفظ الأعيان فلو جعلنا وكيلا بحفظ الدين وجعلناه وكيلا بالقبض لا حفظ الدين لا يتصور إلا بعد القبض؛ لأنه مال واجب في الذمة وإنما يتصور حفظ مثله بعد القبض ومثل الشيء غيره فكأن إطلاق اسم الدين على المقبوض مجاز والحقيقة والمجاز لا يجتمعان تحت كلمة واحدة، فإذا صارت الحقيقة مراده لا ينفي المجاز مرادا. وكّله بقبض الدين وغاب الطالب وقامت البينة على الخصم بالدين فقال المطلوب أريد يمين الطالب ما استوفاه مني يلزمه الأداء إلى الوكيل وكذلك الوكيل يطلب الشفعة إذا ادعى تسليم الشفعة على الموكل يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يحلف الشفيع متى حضر وكذلك وكيل المستحق يقبض المستحق من المشتري إذا ادعى المشتري الإجارة على المستحق يؤمر بتسليمه إلى الوكيل ثم يحلف المشتري المستحق متى حضر بخلاف الوكيل يرد العيب على البائع فادعى البائع رضى المشتري، فإنه لا يمكنه رده حتى يحضر المشتري فيحلف بالله ما رضي، والفرق أن في هذه المسألة القضاء بالرد للحال يبطل حق البائع في

اليمين في المال؛ لأن قضاء القاضي بالفسخ ينفذ ظاهرا وباطنا فمتى حضر المشتري وثبت الرضاء لا يثبت القضاء بالفسخ ولا يمكن استدراكه متى ظهر الخطأ في القضاء فوجب توقيفه لكي لا يؤدي إلى إبطال حق البائع في اليمين؛ لأن القاضي نصب لاستيفاء الحقوق لا لإبطالها وفي الفصول الثلاث لو أمر بالتسليم للحال لا يؤدي إلى إبطال حق صاحب اليمين في اليمين؛ لأنه متى حضر أمكنه الاستحلاف؛ لأنه متى نكل وثبت ما ادعاه المشتري انتقض القضاء؛ لأن القضاء لمجرد الأمر بالتسليم ليس بإنشاء عقد ولا فسخه بل بمنزلة القضاء بالأملاك المرسلة فينفذ ظاهرًا لا باطنًا قالوا وهذا قولهما في الرد بالعيب.

فأما عند محمد لا يؤخر القضاء بالرد؛ لأن القضاء بالعقود والفسوخ لا ينفذ باطنًا عنده فيكون الجواب في الفصول كلها واحدا عنده، فإن عاد الطالب وأقام المطلوب البينة، فإن شاء أخذه من الوكيل إن كان قائمًا، وإن شاء ضمن الموكل؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة فظهر بالبينة أن الوكيل أخذه بغير حق فصار ضامنا؛ لأنه أخذه على جهة الاقتضاء فصار كالأخذ على حقيقة الاقتضاء والوكيل قبض ما ليس له قبضه وإن نكل الطالب يلزمه دون الوكيل؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار.

ولو أقر الطالب أن الوكيل أخذ ما أخذ بغير حق صح إقراره في حقه لا في حق الوكيل؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر أخذ الطالب كفيلا بالدين لم يكن للوكيل مطالبة الكفيل بخلاف ما إذا أخذ الطالب به كفيلا قبل الوكالة ثم وكله بقبض الدين من الأصل كان له القبض من الكفيل والفرق أن الكفالة متى كانت سابقة على الوكالة فقد أمر الوكيل بالوكالة واستيفاء الدين من الأصل والكفيل جميعا؛ لأنه فوض إليه استيفاء هذا الدين والدين تعلق بهما، وإن كانت الكفالة لاحقة عن الوكيل فحين أمره بقبض الدين لم يكن للدين تعلقا بالكفيل فقد أمره بتملك مال المطلوب وتمليك الدين منه لا بتمليك مال الكفيل وتمليك الدين منه.

(فصل)

ولو دفع الوكيل المال إلى الطالب أو وهب الطالب المال للمطلوب أو أبرأه منه

ثم دفع وكيل المطلوب وهو لا يعلم لم يضمن، فإن علم ضمن فرّق أبو حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الوكيل بأداء الزكاة إذا أدى بعد أداء الموكل ضمن علم أو لم يعلم والفرق مر في كتاب الزكاة.

ولو لم يكن شيء من ذلك ولكن الطالب ارتد ودفع الوكيل المال بعد لحوقه بدار الحرب لا يجوز ويضمن إلا إذا وجب الدين بعقد عقده وحقوقه يرجع إلى العاقد فيجوز؛ لأن حق القبض للطالب كمثل هذا الدين إنما ثبت بحكم الملك لا بحكم العقد وملكه قد زال إلى الورثة بعد لحوقه بالدار أراد قتله على الردة فظهر أن الوكيل دفع مال الورثة إلى غيرهم فضمن ومتى وجب الدين يعقد عقده فحق القبض إنما ثبت للطالب بحكم العقد لا بحكم الملك فزوال ملكه لا بسبب حق القبض له، ألا ترى أنه لو لم يكن ملكا أصلا، بأن كان وكيلا كان له حق القبض فلأن يكون له حق القبض وكان ملكا وعاقدا وقت مباشرة العقد أولى إلا أنه إذا لم يعلم أن قبض المرتد لا يجوز لا يضمن؛ لأنه معذور عنده إذا جهل بحكم السبب مع علمه به؛ لأن توقف تصرفات المرتد حكم خفي مسببه على الفقهاء حتى كان للاجتهاد فيه مشاع، فإذا لم يعلم الوكيل بذلك كان معذورا لكونه أمينا مستحقا للنظر فيجب دفع الضرر عنه ما أمكن بخلاف ما لو علم الوكيل بقضاء الموكل.

ولو لم يعلم أنه منعزل بقضائه يضمن؛ لأنه حكم جلي ظاهر لم يشتبه على أحد حتى لا يسوغ الاجتهاد فيه ويرجع الوكيل في مال المرتد الذي اكتسبه في حال الردة؛ لأنه قبض منه ما ليس له حق القبض فصار مضمونا عليه بالمثل؛ لأنه بمنزلة الاستقراض منه واستقراض المرتد جائز فهذا دين لزمه في حالة الردة فيستوفي من كسب الردة عند أبي حنيفة رحمه الله.

دفع ألفًا إلى رجل ليدفعها إلى فلان فدفع غيرها يكون متطوعا ويرد الألف إلى الموكل قياسا ويجوز استحسانًا وجه القياس: أن الوكالة تعلقت بالدراهم المدفوعة إليه فكان مأمورا بقضاء الدين من دراهمه، فإذا قضى من دراهم نفسه صار قاضيا دينه بغير أمره فيكون متبرعا، وجه الاستحسان: أن القضاء تمليك وتملك لما بينا فصار كأنه قال اشتر بهذه الألف شيئًا يجوز أن يشتري بدراهم من عنده وذلك، فإن

الدراهم وإن تعينت في الوكالات لم تتعين في المعاوضات والقضاء معاوضة فلم تتعين في حق القضاء، ألا ترى أن للمطلوب أن يدفع إلى الطالب غير الدراهم المدفوعة إلى الوكيل والقضاء لا يسقط بهلاكها إذا لم تتعين في حق القضاء فصار كأنه قال اقض ديني فيكون قاضيا بأمره فلا يكون متبرعًا. رجل أمر رجلين أن يدفعا هذا المال إلى فلان فدفعه أحدهما ضمن نصفه قياسا؛ لأنه لما دفع الألف إليهما فأمرهما بالقضاء فقد ائتمن كل واحد منهما في النصف، فإذا دفع أحدهما الكل بغير إذن صاحبه صار بالأخذ غاصبا للنصف فضمن ويجوز استحسانًا؛ لأنه دفع المال إلى من كان مأمورا بقبض ذلك المال من جهة المالك؛ لأن الطالب صار مأمورا بقبض الألف مقتضى أمره أيهما بالدفع إليه، فإذا وصل المال إلى من كان مأمورا بالقبض من جهة المالك ووصل الحق إلى مستحقه ويسقط الدين عن الموكل بدفع أحدهما كان دفع أحدهما كدفعهما، ولأنه لو قبض من غير دفعهما يصح قبضه ولا ضمان على أحد فكذا إذا قبض بدفع أحدهما وهكذا يقول في الأجنبي إذا غصب الألف من المطلوب ودفعها إلى الطالب، فإنه يبرأ؛ لأنه دفع إلى من كان مأمورًا بالقبض من جهة المالك.

(فصل)

الوكيل بقبض الدين وهبه أو أبرأه أو أجره أو أخذ رهنًا لم يجز؛ لأنه مأمور بالقبض لا بما سواه ولم يثبت الدين بعقده فلا يملك ما سوى القبض، وإن أخذ كفيلا بالمال جاز، وإن قبل الحوالة لا يجوز؛ لأن الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند أبي حنيفة وللوكيل بالخصومة أخذ الكفيل؛ لأن الخصومة في الغالب لا تنفك من أخذ الكفيل ولأن الكفالة توثيق وتوكيد للدين والمأمور بقبض الدين مأمور بالتوثيق؛ لأن فيه منفعة للموكل بخلاف الرهن؛ لأنه، وإن كان فيه توثيق لكن فيه ضرر كمن له دين، فإنه متى هلك يسقط دينه وبخلاف الحوالة؛ لأنها إبراء الأصيل وفيه محض ضرر وحده الوكيل زيوفا وستوقة فردَّه يضمن قياسًا لا استحسانًا وهذا القياس والاستحسان في الزيوف لا في الستوقة؛ لأنه لا يقع بها الاستيفاء فلا يضمن قياسًا واستحسانا وجه القياس أن الزيوف يقع بها الاستيفاء؛

لأنها مثل حقه ذاتًا، ولهذا إذا تجوز به الموكل وقبضه منه صح فصار قابضا حقه ولا يكون له نقض القبض من غير استطلاع رأي الموكل إذ هو غير مأمور به. وجه الاستحسان أنه وكيل باستيفاء الجياد فلا يمكنه ذلك إلا برد الزيوف وهذا؛ لأن الزيوف مثل حقه ذاتًا لا وصفا، فإن تجويزه يجوز، وإن رده باعتبار الصفة يجوز أيضًا؛ لأن حقه في الصفة وهي الجودة لم تكن مستوفاة. الوكيل بقبض الحيوان أنفق في الطعام والعلف والكسوة يكون متبرعا؛ لأنه أنفق على ملك غيره بغير أمره وبغير إذن من يلي عليه. الوكيل بقبض الدين إذا قبض يكون أمانة في يده؛ لأنه قبضه له بإذنه فيكون كالوديعة قال اقض فلانا أو فلانا فأيهما قضى جاز؛ لأنه وكله بقضاء دين أحدهما فصار كما لو وكله بعتق أحد عبديه.

(فصل)

وكله بقبض الدين من أب الوكيل أو ابنه فقال قبضت وهلك وكذّبه الطالب يقبل قوله مع يمينه؛ لأنه أمين فيه فيجب تصديقه؛ لأنه غير متهم في ذلك، وكذلك لو وكل عبدا بقبضه من مولاه، ولو وكله بقبضه من عبده المديون ذكر في الوكالة أنه يجوز ويقبل قوله في القبض والهلاك، وذكر في المأذون أنه لا يصح توكيله.

وجه رواية الوكالة: أن التوكيل بقبض الدين أمر بتمليك الدين ممن عليه الدين من وجه، واستيفاء لعين الحق من وجه. التوكيل بالتمليك من عبده المديون جائز وبقبض عين له عند عبده جائز، وجه رواية المأذون: أن التوكيل بقبض الدين توكيل بتفريغ ملكه عن الدين، والإنسان فيما يفرغ ملكه عن الدين عامل لنفسه والعامل لنفسه لا يصلح أن يكون وكيلا لغيره، ألا ترى لو وكله بقبض الدين من نفسه لم يجز.

(فصل)

ولو أقام المدعِي شاهدين على دعواه ثم وكل أحدهما بقبضه فهو جائز، ولو وكله بالخصومة بطلت شهادته؛ لأن الخصم لا يصلح شاهدا، فأما يصلح قابضا بالنيابة؛ لأن القبض يؤكد المشهود به والخصومة تحل بالشهادة.

(**الفتاوى**): ولو بعث المطلوب الدين على يدي وكيله إلى الطالب فرضي به فقال للذي في يده المال اشتر لي به شيئًا فاشترى ببعضه شيئًا وهلك المال قيل يهلك من مال المطلوب وقيل من مال الطالب وهو الصحيح؛ لأنه أمره بشراء شيء فصار وكيلا له فكأنه قبضه بقبض الوكيل.

وذكر في (**واقعات الناطفي**): ولو جعل للوكيل بقبض الوديعة أجرًا على أن يأخذها ويأتيها به جاز، وإن كان دينًا لا يتقاضى لم يجز إلا أن يؤقت له وقتا أياما بخلاف الوديعة؛ لأنَّ مدة العمل إليه.

(باب الوكالة في المزارعة والمعاملة)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

فصل في الوكيل بدفع أرضه مزارعة.

وفصل في الوكيل يأخذ الأرض مزارعة.

وفصل في الوكيل إذا خالف.

(فصل)

وكل رجلا بأن يدفع أرضه مزارعة فدفعها بما لا يتغابن فيه لم يجز والخارج بين الوكيل والمزارع على شرطهما لا شيء لرب الأرض منه أمره ببيع المنفعة والوكيل ببيع العين إذا باع بما لا يتغابن فيه لا يجوز عندهما خلافا له، فكذلك في بيع المنفعة فصار دافعا أرضه مزارعة بغير أمره فيصير الوكيل غاصبا للأرض فصار كأنه غصب أرضا وأجرها والنقصان لا يضمن بغصب العقار عندهما وعند محمد رحمهم الله يضمن، وإن لم تنقص المزارعة الأرض لم يذكره محمد رحمه الله نصًّا وقيل تجوز المزارعة على الموكل ويكون الخارج بينه وبين المزارع على ما شرطا؛ لأن هذا محجور. أجر أرض غيره وقد سلمت الأرض من النقصان فصار كالعبد المحجور. أجر أرض مولاه مزارعة ولم يوجب الزراعة نقصانا في الأرض جاز على مولاه ويكون الخارج بينه وبين المزارع؛ لأن هذا نفع محض في حق مولاه فكذا هذا وعلمه مشايخنا قالوا الزراعة جائزة والخارج بين الوكيل والمزارع ولا

شيء للموكل منه وإليه أشار محمد رحمه الله، فإنه لم يفصل بينهما إذا أنقصت المزارعة الأرض أو لم تنقص؛ لأن الوكيل صار غاصبا للأرض، وهذا العقد صدر من الحر الغاصب فتقع له فيكون نصيبه من الخارج كسب الحر وكسب الحر يكون له لا لغيره فلم يكن للغاصب في الأرض المغصوبة بمنزلة العبد المحجور؛ لأن إجارته نفع محض والعبد غير محجور عن المنافع كقبول الهبات.

فإن دفع بما يتغابن فيه جاز والخارج بين المزارع ورب الأرض على الشرط والوكيل يلي قبض نصيب الموكل؛ لأن بيع المنفعة معتبر ببيع الغبن، ولو باع الوكيل العين بما يتغابن فيه جاز بالإجماع فكذا هذا.

وقبض الخارج من حقوق العبد فيملك من يلي العقد، فإن كان البذر من رب الأرض ودفع بما يتغابن فيه فرب الأرض هو الذي قبض حصته في رواية المزارعة، وكذلك في المعاملة صاحب النخل هو الذي يلي قبض حصته وفي رواية الوكالة للوكيل حق القبض.

وجه رواية المزارعة أن صاحب البذر يستحق الخارج بحكم ملكه البذر لا بالعقد؛ لأنه بما ملكه يتولد ويتفرع من ملكه، ولهذا إذا فسدت المزارعة كان الخارج كله لصاحب البذر وما يستحقه بحكم ملكه كان قبض نصيبه من حقوق ملكه؛ لأنه من حقوق العقد فيكون للمالك لا للعاقد، وجه رواية الوكالة: أن لعقد المزارعة أثرا في استحقاق ملك الخارج لصاحب البذر، فإنه لو زرع أرضه ببذر غيره من غير عقد لا يكون لصاحب البذر شيء؛ لأنه يصير غاصبًا فكان كقبض نصيبه من حقوق العقد فيكون للعاقد.

ولو دفع بما لا يتغابن فالوكيل غاصب للأرض والبذر ولرب الأرض نقصان الأرض على ما مر ولا يتصدق الزارع بشيء مما أصاب له في مسائل الخلاف ويتصدق الوكيل بالفضل؛ لأن المزارع أخذ أجرة عمله؛ لأن الوكيل صار بائعا بعض الخارج من بذره يوم نبت وصار له قيمة من المزارع فيطيب للمزارع ولأنه أخذ بدل عمله والعمل مع الخارج جنسان مختلفان فلا يظهر الفضل حتى يتصدق بالزيادة والغاصب استفاد الزيادة من بذر مغصوب وأرض مغصوبة فيكون خبيثه.

ولو وكله أن يدفع أرضه مزارعة ولم يبين الوقت للوكيل جاز على أول سنة وأول زراعة، فإن دفعها أكثر من ذلك أو غير هذه السنة ولم يدفعها هذه السنة لم يجز استحسانًا، وجه القياس: أن الأمر مطلق عارٍ عن التقييد بوقت فلا يتقيد بأول السنة بل ينصرف إلى السنين كلها، كما لو وكله بإجارة الدار والدواب مطلقًا لا يتقيد بأول السنة. وجه الاستحسان: أن الزراعة لا تتأتى في جميع الأوقات، فإذا أطلق الوكالة فيها ينصرف إلى أول السنة؛ لأنه أول غاية تنتهي إليها، فإنه إذا حصد الزرع انتهت الزراعة، فلهذا لو عقدت المزارعة سنة فحصد الزرع قبل مضي السنة انقضت الزراعة فتقيدت الوكالة بأول غاية تنتهي إليها كما لو وكله بشراء الأضحية تقيدت الوكالة بأيام نحر هذه السنة فكذا هذا، بخلاف التوكيل بإجارة الدار والدواب؛ لأنه ليس لها غاية تنتهي إليها فانصرفت إلى السنين كلها.

(فصل)

ولو وكّله بأن يأخذ له هذه الأرض مزارعة هذه السنة على أن البذر من الموكل فأخذ بما يتغابن فيه جاز، وبما لا يتغابن لا يجوز إلا أن يرضى الموكل به ويزرعها فيجوز والوكيل هو المأخوذ بحصة رب الأرض حتى يسلمها إليه؛ لأن هذا أمر باستئجار الأرض ببعض الخارج من بذره فيكون شراء لمنفعة الأرض. فالوكيل بشراء العين إذا اشترى بما يتغابن جاز وبما لا يتغابن لا يجوز ويتوقف على إجازة الموكل فتتقيد بإجازته فقد حصل العقد هنا موقوفا على إجازة الموكل وفي شراء العين أو المنفعة بما لا يتغابن ينفذ على الوكيل. وقد ذكر مسألة بعدها تدل على أن هذا العقد ينفذ على الوكيل قالوا وتأويله أن الوكيل أضاف الزراعة إلى الموكل بأن قالا لصاحب الأرض ادفع أرضك مزارعة لفلان على ما شرطا فقال دفعت والوكيل بالشراء إذا اشترى بما لا يتغابن وأضاف الشراء إلى الموكل يقف على إجازة الموكل؛ لأنه لم يجد نفاذا على الوكيل لما لم يضف الشراء إلى نفسه، فإن أخذ بما لا يتغابن فيه ولم يجبره حتى زرعها وأمره الوكيل بالزراعة فالخارج للموكل وعلى الوكيل أجر مثل الأرض لصاحبها لا مما أخرجت، ولا شيء لرب الأرض على

الوكيل وعلى المزارع بنقصان الأرض لصاحبها؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه حتى نفذ عليه فصار الوكيل مستأجرا هذه الأرض لنفسه، ولما أمره بالزراعة صار معيرا الأرض منه فيكون على المستأجر أجر المثل؛ لأن الأجرة وهي الخارج قد استحقت، فإن جميع الخارج كان للمزارع والخارج متى صار مستحقا تفسد المزارعة ويجب أجر المثل.

ولو كان لم يخبره ولم يأمره بالزراعة فزرع فالخارج للمزارعة ولا شيء لرب الأرض على الوكيل، وعلى الزارع نقصان الأرض لصاحبها ولا يرجع به على الوكيل؛ لأنه دفع الأرض إلى الموكل أمانة؛ لأن دفع الأرض إليه قد يكون للحفظ وقد يكون للمزارعة إلا أن الحفظ أقلهما وهو المتيقن فيثبت الأمر بالحفظ، والأمين إذا زرع كان غاصبًا، ومن استأجر أرضا وغصبها إنسان لم يكن على المستأجر والغاصب أجر وعلى الغاصب نقصانها ولا يرجع على الوكيل؛ لأنه لم يغرم ولم يعقد معه عقد ضمان ويتصدق بالفضل لما عرف.

ولو وكله أن يأخذ له أرض فلان وبذرا مزارعة فأخذ بما يتغابن فيه جاز ورب الأرض يقبض نصيبه من الزرع في رواية لما بينا وإن أخذ بما لا يتغابن فيه لم يجز على الموكل إلا أن يرضى ويعمل؛ لأن العقد يوقف على إجازة الموكل فلا سند إلا بإجازته لما بينا، فإن دفع الوكيل إليه وقد أخذ بما لا يتغابن فيه، فإن بين له ما صنع وزرعها الوكيل فهذا إجازة منه للمزارعة دلالة؛ لأنه لما شرع في العمل مع علمه بصنع الوكيل كان هذا منه رضاء دلالة.

وإن لم يبين له فعمل فالخارج لرب الأرض والمزارع متطوع في عمله قياسًا وفي الاستحسان يكون بينهما على الشرط وجه القياس: أن العقد يوقف على إجازة الموكل ولم توجد منه الإجازة نصًّا ولا دلالة وهو العمل مع العلم بصنع الوكيل فلم ينفذ كالوكيل بالنكاح من الزوج إذا زاد على المهر المأمور به ولم يعلم الزوج بصنيع الوكيل ودخل بالمرأة لا يصير مجيزًا للنكاح ويبقى موقوفًا فكذا هذا. وجه الاستحسان: أن العقد إنما توقف على إجازته نفيا للضرر عنه وبعد العمل الضرر إنما ينتفي بتنفيذ هذا العقد؛ لأن في بطلانه فوت منفعته وتعطيل عمله بغير عوض

وكان تنفيذ هذا العقد وتجويزه أنفع للموكل من إبطاله وصار كالعبد المحجور إذا أجر نفسه وعمل، فإنه يحكم بنفاذه حتى لا تفوت منافعه من غير بدل، فينتفي الضرر عن المولى فكذا هذا، فإن كان الموكل لم يسمِّ للوكيل وقتا فهو على أول سنة وأول زراعة لما بينا، فإن مضت السنة قبل أن يأخذ ثم أخذ لم يجبر الموكل على العمل؛ لأن العقد لم ينفذ على الموكل في السنة الثانية بل توقف على إجازته، فإن رضي وعمل كان بينهما على الشرط، والمعاملة تجري على قياس ما ذكرنا.

ولو أمره أن يأخذ له أرضا مزارعة أو نخلا معاملة ولم يبين لم تجز؛ لأن الأرض والنخل تتفاوت فاحشا، وصار كما لو وكله بشراء الأرض ولم يميز الأرض لا يجوز فكذا هذا، فإن بين الأرض ولم يبين البذر جاز؛ لأنه لا جهالة في الأرض الذي هو محل العمل فلا يفوت ما هو المقصود من العمل وهو حصول الربع والخارج، وإنما الجهالة في البدل، وجهالة جنس البدل لا تمنع صحة التوكيل؛ لأنه أبى تعدد ذلك كان جائزًا؛ لأن التوكيل عام في حق البذر وصار كما لو وكله ببيع عبده صح التوكيل، وإن كان الثمن مجهول الجنس.

ولو أمره أن يدفع مزارعة أو معاملة ولم يبين المدفوع إليه جاز، كما لو وكله أن يستأجر رجلا ولم يبين الأخير جاز؛ لأن التفاوت من العاملين تفاوت يسير وهذا التفاوت لا يؤدي إلى تفويت ما هو المقصود من العمل وهو حصول الخارج إنما للتفاوت من حيث الجودة والزيادة لا يمنع صحة الوكالة، كما لو وكله بشراء حمار أو ثوب هروي جاز بخلاف التفاوت في الأراضي، فإنه متفاحش بفوت ما هو المقصود من الأراضي وهو حصول الخارج؛ لأن من الأراضي ما لا يمكن زراعتها لبعدها عن الماء فصارت جهالة الأرض مانعة صحة الوكالة وجهالة العامل والبذر غير مانعة.

(فصل)

أمره أن يدفع أرضه مزارعة في الحنطة فأجرها بكرّ حنطة وسط جاز وللمزارع ما بدا له من الزراعات مما هو مثل الحنطة أو أقل ضررا منها؛ لأنه أبى بحبس

المأمور به بالأجر المأمور به؛ لأنه مأمور بالزراعة والزراعة والإجارة سواء، فإن الزراعة تنعقد إجارة، ولهذا تفسد بالشروط الفاسدة وشرط لصحتها التوقيت كما في الإجارة والبدل المأمور به هو الخارج من أرضه وقد جعل أجرة أرضه ما يخرج من الأرض إلا أنه خالف إلى خير حيث جعل الأجرة في الذمة وفي الخارج من الأرض وهذا أنفع للآمر؛ لأن الخارج من الأرض قد لا يسلم له بأن ذهب الزرع بآفة أو لم تخرج الأرض شيئًا وما يجب في الذمة سالم له على كل حال فكان هذا اختلافا إلى خير فجاز، وإن أجرها يعتبر الحنطة لم يجز؛ لأنه خالف في جنس المأمور في حق البدل؛ لأنه أمره بأن يجعل أجرة أرضه بعض الخارج وقد جعل الأجرة غير الخارج منها فصار كما لو أمره أن يؤاجره بعشرة دراهم فأجره بعشرة دنانير لا يجوز فكذا هذا.

وكله بأن يدفع أرضه مزارعة بالثلث فأجرها بكر حنطة وسط فهو مخالف؛ لأنه إن نفعه من وجه من حيث إن الكر في الذمة يسلم له على كل حال فقد أضر به من وجه؛ لأنه لا يدري أن الكر المشروط ثلث الخارج أو أقل وقد تحقق الخلاف في الظاهر وقع الشك في كونه إلى خير أو إلى شر فلا يرتفع الخلاف بالشك حتى لو تيقنا أن الكر المشروط مثل ثلث الخارج أو أكثر يجوز؛ لأنه يكون خلافا إلى خير، فإن زرعها المستأجر فالخارج له؛ لأن الخارج للزارع وعليه كر حنطة وسط للمؤاجر؛ لأن العقد وقع له؛ لأنه أجر الأرض المغصوبة ويضمن نقصان الأرض لمالكها؛ لأنه صار غاصبًا ويرجع به على المؤاجر، وإن شارب الأرض ضمن المؤاجر ويدفع المؤاجر من الكر الذي أجر به الأرض ما ضمن ويتصدق بالفضل لما عرف.

وكّله أن يأخذ هذه الأرض مزارعة بالثلث فاستأجرها الوكيل بكر حنطة وسط لم يجز إلا أن يرضى به؛ لأنه خالف إلى شر؛ لأنه متى أخذها مزارعة فالأجر لا يلزم الموكل، ومتى استأجرها بكر حنطة فالأجر يلزم الموكل، ومقصود الموكل ألا يلزمه الأجر إذا لم يخرج شيء فقد خالف مقصوده إلى شر فيتوقف على إجارته متى أضاف العقد إليه.

ولو وكّله أن يأخذ له هذا النخل معاملة فأخذه على أن الخارج لصاحب النخل وللعامل كر من تمر فارسي جيد جاز؛ لأنه خلاف إلى خير؛ لأنه اشترط له أفضل ما يخرج من النخل فقد حصل مقصوده وزاد خيرا.

وإن شرط كر دقل، فإن كان النخل دقلًا جاز وإلا فلا، ولو شرط له كر حنطة لم يجز لأنه خالف إلى خلاف جنس المأمور به.

وإن وكله أن يأخذ له نخل فلان معاملة بالثلث وأخذه بكر تمر فارسي لم يلزم العامل إلا أن يعلم أن الثلث يكون أقل من الكر ومثله؛ لأنه خلاف إلى خير لما بينا. والله أعلم.

(باب الوكيل مع الموكل إذا اختلفا)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما يصدّق الوكيل وفيما لا يصدّق.

والثاني: في إقامة البينة على الوكالة.

(فصل)

قال الوكيل: لم يأمرني به، وقال الآمر: أمرته به فالقول قول الآمر؛ لأن الأمر مستفاد من جهته.

ولو قال الوكيل بالبيع: بعته من هذا وقبضت الثمن وهلك وصدّقه المشتري جاز بخلاف ما إذا لم يصدّقه؛ لأنه حكى أمرًا فيما يملك استئنافه فيصدق فيما حكى كالمولى إذا قال: فئت إليها ومدة الإيلاء باقية يُصدَّق فيما حكى؛ لأنه حكى أمرًا يملك استئنافه فكذا هذا.

مات الآمر فقال: ورثته لم يبعه، وقال الوكيل: بعته من فلان وقبضت الثمن وهلك وصدقه المشتري. إن كان العبد قائمًا لم يصدّق الوكيل إلا أن يقيم بينة أنه باعه في حياة الآمر وإلا رد البيع وضمن الوكيل الثمن للمشتري؛ لأن العبد صار ملكا للورثة، والوكيل يدعي زوال العبد عن ملكهم ولا يملك إنشاء البيع في الحال

فلا يصدق في دعواه لتهمة الكذب، والورثة ينكرون لما يدعيه فيكون القول لهم، وإن كان العبد مستهلكا يصدق الوكيل مع يمينه استحسانًا.

وجه القياس: أنه انعزل عن الوكالة بموت الموكل فهو يدعي إزالة العبد عن ملكهم وهم ينكرون.

وجه الاستحسان: أن الشيء بالهلاك زال عن ملكهم باتفاقهم فلم يقع الاختلاف في زوال الشيء عن ملكهم وبقائه على ملكهم، وإنما وقع الاختلاف في إيجاب الضمان على الوكيل، والورثة يدعون عليه الضمان بقوله بعت ملكنا وسلمت بعدما انعزلت فصرت ضامنا فأنكر الوكيل ذلك والضمان كان منتفيًا عن الوكيل في الأصل؛ لأنه كان أمينا فهو يبقي الضمان بتمسك بما هو ثابت في الأصل فيكون القول له.

وكّل رجلا عند القاضي جاز إن عرف القاضي الموكل، وإن لم يعرفه لم يقبل قوله منه حتى يشهد رجلان على الوكالة؛ لأن القاضي متى عرفه فقد ثبتت الوكالة بمعاينة القاضي ومتى لم يعرفه لم تثبت بالمعاينة؛ لأن المقضي له مجهول؛ لأن الغائب يعرف باسمه ونسبه وكذلك المقضي عليه مجهول ولا بد من صحة القضاء من كون المقضي له والمقضي عليه معلومًا؛ ولأنه لو قبل الوكالة من غير أن يعرف الموكل يؤدي ذلك إلى إبطال حقوق الناس، فإن الفساق ينظرون إلى إنسان له حقوق على الناس، فإذا غاب ذلك الإنسان عن بصره فهذا الفاسق يجيء ويقول فلان ابن فلان وكلني بالخصومة ويغيب هو ثم يخاصم الوكيل بين يدي القاضي، ومن عليه الحق لا يعرف أنه ليس بوكيل من له الحق فيدفع الحق إليه ثم يسمع هذه الشهادة.

(فصل)

رجل دفع إلى رجل ألف درهم وأمره أن يشتري له عبدًا موصوفًا، فقال الوكيل: قد اشتريته وهلك الألف عندي قبل أن أدفعها وقبضت العبد ومات، يصدق على براءة نفسه؛ لأن الثمن والمبيع أمانة في يده.

ولو كان العبد قائمًا في يد الوكيل فقال الآمر: هلك المال قبل الشراء، وقال الوكيل: بعده، فالقول للآمر لما بينا.

فإن قال الآمر: لم يهلك المال بعد الشراء؛ لأن الوكيل بشراء شيء يبنى بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فكان الشراء واقعا للآمر إلا أن الوكيل لما ادعى هلاك المال بعد الشراء فقد ادعى الرجوع بالثمن على الموكل فيكون القول له مع يمينه، فإن كان الأمر بشراء عبد بغير عينه فالقول في الشراء قول الآمر، فإن أقر به لزمه، وإن جحد الشراء له وحلف عليه لم يلزمه العبد وبرئ الوكيل من المال إذا حلف ويلزم الشراء الوكيل بيمينه في ماله.

رجل أمر رجلا أن يبيع داره فباعها، ثم قال: قبضت الثمن فضاع، وقال الآمر: لم يقبض الثمن، ينظر إن لم يكن الآمر دفع الدار إليه فالقول قوله؛ لأنه لم يأتمنه على الدار حين لم يدفعها إليه، وإن كان قد دفعها إليه فالقول قول المأمور.

الوكيل بالاستقراض قال: قد قبضت ألفا منه، وقال المقرض: قد دفعتها إليه، وأنكر الموكل، قال محمد: القول قول الموكل، وقال أبو يوسف رحمه الله: القول قول الوكيل.

لأبي يوسف: أن الدافع والمدفوع إليه تصادقا على القبض فلا يعتبر قول غيرهما؛ لأن الوكيل أقر بقبض المال تأدية فلم يلتزم ضمانا لهذا الإقرار.

لمحمد: أن الدافع والقابض اعترفا أن المال للموكل إلا أن القابض ادعى إذنًا وتسليطًا من جهته وهو ينكر فكان القول قوله. وكّله بأن يكاتب عبده ويقبض بدل الكتابة فقال الوكيل: قد فعلت فأنكر الموكل ذلك قال محمد: يسمع قول الوكيل في الكتابة؛ لأنه لا منفعة له فيها ولا يسمع في قبض بدل الكتابة؛ لأنه متهم فيه.

ولو كاتبه ثم قال بعد إثبات الكتابة: قبضت الكتابة ودفعت إليك فهو مصدّق ولأنه أمين ادعى دفع الأمانة إلى صاحبها. وكّل آخر بأن يشتري أخاه فاشتراه فقال الآمر: ليس هذا أخي كان القول قوله مع يمينه. فمتى حلف لزم الوكيل وعتق؛ لأنه زعم أنه عتق على أمره، ومن أقر بعتق عبد ثم ملكه يعتق عليه وهو بإنكاره واليمين عليه دفع الضمان عن نفسه.

(فصل)

والوكيل بقبض الديون بكون القول قوله في ذلك؛ لأنه أمين، والوكيل بالاستقراض عند منازعته مع الموكل يكون القول للموكل؛ لأنه يريد إلزام شيء على الموكل وهو ينكر وهذا قول محمد.

(**الجامع**): مسائله على فصول:

فصل في اختلاف الوكيل مع الموكل في مقدار الثمن.

وفصل في اختلافهما في مقدار الثمن في شراء القريب.

وفصل في الوكيل بشراء جارية بألف ودفعها إليه وأمره أن يزيده من عنده ما يرى.

(فصل)

أمر رجلا بأن يشتري له جارية بألف فاشتراها وقال: اشتريتها بألف وخمسمائة، وقال البائع: بعته بألف، وصدقه الآمر والثمن غير مقبوض، فالقول للبائع والجارية للآمر؛ لأن إقرار البائع صادق خالص حقه؛ لأنه ينقص بعض حقه عن الثمن والثمن خالص حقه فقد أقر على نفسه بزوال ملكه بألف والثمن يثبت بتصديق الآمر فقد تصادقا على ألف فيقع البيع بما تصادقا عليه وليس للمأمور استحلاف البائع؛ لأن المقصود من الحلف النكول والنكول بدل أو إقرار وذلك لا يصح منه، فإنه لو أقر بالجارية للمشتري بما ادعى لا يصح؛ لأنه يقر له بالجارية بعدما صارت ملكا للموكل؛ لأنه يقر له بعدما أقر للآمر فلا يصدق، وإذا كان لا يؤاخذ بالأمرين لو أقر لا يؤاخذ به إذا كان، والمقصود من اليمين النكول لا الحلف؛ لأن بالحلف لا يصل إلى حقه وإنما يصل إليه بالنكول، فإذا تعذر القضاء بالنكول لم يجز الاستحلاف له: أن يستحلف الآمر على العلم؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به لزمه، فإن الآمر لو أقر بما ادعاه المشتري يصح؛ لأن الجارية ملك الآمر في الظاهر وهي مال فيجري فيه البدل والإباحة فيفيد الاستحلاف وذلك استحلاف على فعل غيره فيستحلف على العلم، فإن حلف أخذ الجارية وأعطى البائع الثمن؛ لأنه انقطعت دعوى المشتري

فسلمت الجارية للآمر، وإن نكل صارت الجارية للمشتري ويعطي البائع ألفًا لأن النكول بمنزلة الإقرار فقد أقر بما ادعاه المشتري فصح ويعطي البائع ألفًا؛ لأنه يدعيه عليه بحق شرائه، وإن رجع البائع إلى تصديقه أخذ منه خمسمائة أخرى؛ لأن المشتري مصرٌّ على إقراره، والإقرار على الإقرار بمنزلة إنشائه فعمل الصديق المقر له، كمن أقر لرجل بألف وخمسمائة فكذبه في خمسمائة ثم أقر المقر مرة أخرى فصدقه المقر له في جميع ذلك عمل تصديقه، ولأنه أقر له بألف وخمسمائة بحكم الشراء مطلقًا والشراء لا ينفسخ بجحود أحد المتعاقدين فيبقى الإقرار على حاله، فإذا عاد البائع إلى تصديقه في الخمسمائة عمل تصديقه، ولم يذكر هل للبائع بعد النكول أن يأخذ الألف من الآمر؟ ذكر الكرخي له ذلك؛ لأنه كان للبائع قبل نكول الآمر مطالبة بألف فكذلك بعد نكوله؛ لأن النكول بمنزلة الإقرار فالآمر بالنكول أقر أن الجارية للمشتري وأن للبائع قبله مطالبته بالثمن فإقراره بالجارية للمشتري صح؛ لأنه على نفسه وإقراره؛ لأنه بريء عن مطالبة البائع عن الألف شهادة على البائع فلا يصح.

وقال عامة مشايخنا: ليس له ذلك وهو الصحيح؛ لأنهم تصادقوا على أن العهدة للبائع على المشتري لا على الآمر؛ لأنه هو العاقد إلا أنه كان لا يطالب بالعهدة لمانع وهو أن المشتري إنما أقر بوجوب العهدة على نفسه بشرط أن يسلم له الجارية ولم يسلم له الجارية قبل نكول الآمر، فإذا نكل الآمر فقد أقر بالجارية للمشتري فسلمت له الجارية فتوجهت العهدة عليه فكان حق البائع في مطالبة الآمر بالألف ساقطا بإقرار البائع أنه لا عهدة له عليه بإقرار المشتري.

وكذلك لو قال المشتري: اشتريتها بمائة دينار والمسألة بحالها إلا في خصلة وهي إن نكل الآمر أخذ المشتري الجارية بغير شيء؛ لأنه يدعي الدراهم وهو يقر بالدنانير فلا يمكنه أن يأخذ الدنانير كالدراهم إلا أن يعود إلى تصديقه فنفى العهدة على الآمر كما كانت بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن الآمر لما نكل فقد أقر أن المأمور اشترى الجارية بألف وخمسمائة ووجب للبائع عليه ألف درهم والآمر أدى إلى البائع ألف درهم وكان قاضيا دين المأمور وهو مجبر على قضائه فكان له

الرجوع بما أدى على المأمور وهنا لم يصر قاضيا عنه دين المأمور؛ لأن الدنانير لا تصير مقضيا بالدراهم فلا يكون له الرجوع، فإن أنكر الوكيل الشراء في هذه الوجوه فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعي عليه العقد وهو ينكر، فإن نكل أخذه البائع بالثمن ويرجع به على الآمر؛ لأنه اعترف بالشراء والعهدة لسبب أمر الآمر قبل وأخذ بإقراره، وإن حلف أخذ البائع الثمن من الآمر؛ لأنه انقطعت دعوى البائع عنه فتعذر إيجاب العهدة على المأمور فوجب العهدة على الآمر؛ لأن الآمر مع البائع تصادقا أنه اشترى للآمر كما أمره الآمر، فإن كان البائع أقر باستيفاء الثمن في جميع هذه الوجوه فالقول للمشتري مع يمينه للآمر على ما ادعاه؛ لأن البائع بعد قبض الثمن لا يصير مقرا بالثمن على نفسه؛ لأنه مفروغ عنه فإنما يشهد على المشتري والحكم لا يقطع بشهادة الفرد، وإذا لم يصدّق البائع في تقدير الثمن بنفي الاختلاف بين الآمر والمأمور الآمر يقول عملت لي وهو يقول عملت لنفسي حيث خالفت في الثمن؛ لأن المأمور لشراء شيء بعينه إذا اشترى بأكثر من الثمن المأمور به أو بجنس آخر ونوى لنفسه يقع له؛ لأنه انعزل حكما لنفاد الشراء عليه لا مقصودا فالأصل أن الحر عامل لنفسه ما لم يثبت عمله لغيره.

(فصل)

وكّله بأن يشتري له أخاه بألف فقال: اشتريته بألف وخمسمائة أو بمائة دينار، وقالا: بل بألف فالقول للبائع ويعتق الغلام على الآمر؛ لأن الوكيل مع الموكل في شراء شيء بعينه متى اختلفا في تقدير الثمن والثمن غير مقبوض فالقول للبائع في مقدار الثمن وبيان نوعه لما بينا، فإذا صدقه الآمر في ذلك صار الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة.

ولو ثبت شراء الآمر أخاه عتق عليه؛ لأنه ملك عليه أخاه، وليس للوكيل أن يستحلف الآمر ليأخذ منه الغلام؛ لأنه لو أقر الآمر بما ادعاه الوكيل بعدما عتق الغلام لا تقبل على العبد فكذلك إذا نكل وأقر مستحلفه، فإن نكل قضى عليه بقيمة الغلام؛ لأن الآمر لو أقر بضمان القيمة للمشتري بأن أقر أنك اشتريت الأخ بألف

وخمسمائة وصرت مخالفًا ومشتريًا لنفسك إلا أني بإقراري للبائع أبلغك العبد عليك فصرت ضامنا قيمة العبد صح إقراره بذلك ولزمه قيمة العبد فكذلك إذا نكل وللبائع الثمن على الآمر بحاله؛ لأنه لا يصدق في حق البائع فبقي الثمن في حق البائع والآمر، فإن دفع الآمر الثمن إلى البائع يرفع عنه ذلك القدر من القيمة التي تضمنها للمأمور استحسانًا لأنه قضى دينه؛ لأن الآمر لما نكل فقد تصادقا أن لا ثمن للآمر على البائع بل على المأمور فصار في المعنى قاضيا عنه دينه وهو مجبر على قضائه؛ لأن الآمر بعد النكول نفى مجبرا على قضاء الثمن والمجبر على القضاء لا يكون متبرعًا فصار كالوارث إذا قضى دينا على المورث بعد موته هذا إذا كان القيمة من جنس ما أدى إلى البائع له أن يحبس من القيمة مقدار ما أدى إلى البائع؛ لأنه من جنس حقه، وإن كان من خلاف جنس ما أداه إلى البائع ينظر إن اختلفا في مقدار الثمن لا في جنسه كان له أن يحبس القيمة، وإن اختلفا في حبس الثمن ليس له أن يحبس؛ لأن القيمة بدل عن العبد فيكون قائمًا مقام العبد والعبد لو كان قائمًا في يد الآمر بأن كان العبد أجنبيًا وقد أدى الآمر الثمن إلى البائع كان للآمر أن يحبس العبد بما أدى إن اختلفا في مقدار الثمن، وإن اختلفا في جنسه ليس له حبس العبد ويأخذ العبد بغير شيء فكذلك القيمة، وإن كان البائع أقر بقبض الثمن وقال: كان الثمن ألفًا، وقال المشتري: ألف وخمسمائة وصدق الآمر البائع فالقول للمشتري في مسألة أول الباب وفي هذه المسألة والعبد حر؛ لأن البائع يصير أجنبيًا بعد استيفاء الثمن فيصير شاهدًا فلا يقبل قوله لما بينا.

وإن كان الآمر لم يسم ثمنًا والمسألة بحالها عتق العبد لأنهم تصادقوا جميعًا أن الشراء وقع للآمر، وأن العبد صار ملكا له اشتراه المأمور بألف درهم أو بمائة دينار؛ لأن الموكل لم يسم له ثمنا فبأي ثمن اشتراه يكون مشتريًا للآمر وهذا قولهما ولم يذكر قول محمد رحمه الله، وعلى قوله يتحالفان ويترادان العقد على القيمة؛ لأن الوكيل بالشراء مع الموكل ينزل منزلة البائع مع المشتري في حق الحقوق، والمتبايعان متى اختلفا في مقدار الثمن والسلعة هالكة فالقول للمشتري في الثمن عندهما، وعند محمد يتحالفان فكذا هذا.

(فصل)

أمر رجلًا أن يشتري جارية بألف درهم ودفعها إليه فأمره أن يزيده من عنده ما يرى إلى خمسمائة فقال الوكيل: اشتريتها بألف وخمسمائة، وقال الآمر: بألف يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه؛ لأن الوكيل بمنزلة البائع من الموكل في حق الحقوق والبائع مع المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن والسلعة قائمة في يد البائع فإنهما يتحالفان فكذا هذا فيبدأ بيمين الوكيل؛ لأن يمين الوكيل يمين ثبات ويمين الموكل يمين علم ويمين الثبات أقوى وآكد من يمين العلم فكانت البداية بالأقوى أولى، فإن حلف فالجارية بينهما أثلاثًا للوكيل ثلثها لأنهما تصادقا، فإن ثلثيها مشتراة بمال الموكل؛ لأن الوكيل زعم أنه صرف جميع الألف إلى ثلثي الجارية فيكون له خاصة والباقي للموكل.

(باب توكيل الوكيل)

(**المبسوط**): وليس للوكيل أن يوكل غيره إلا إذا قال له: ما صنعت في ذلك من شيء فهو جائز خلافًا لابن أبي ليلى؛ لأنه يتصرف بحكم الآمر؛ لأنه يعمل للموكل من كل وجه لا لنفسه وقد أمره بالتصرف والعمل بنفسه لا بالتفويض إلى غيره إلا إذا فوض إليه بالتنصيص على تجويز صنعه وأتى به غيره مناب نفسه حيث قال: ما صنعت في ذلك من شيء فهو جائز؛ لأن قوله وذلك كناية فينصرف إلى مكنى سبق ذكره وهو التصرف المفوض إليه.

ولو وكله بالبيع وسمَّى له الثمن وأمر الوكيل غيره وسمّى له الثمن كان جائزا؛ لأنه وجد في عبد الثاني ما أراده الموكل وابتغاه؛ لأنه أراد رأي الوكيل الأول، فإذا أمر غيره وسمى له الثمن فقد حضر هذا العقد رأي الأول فكأن الأول باشره بنفسه فجاز بخلاف ما لو وكل وكيلين بالبيع وسمى لهما الثمن فباع أحدهما بالمسمى لم يجز؛ لأن الآمر رضي برأيهما وانتفاء رأيهما واجتماعهما على بيعه وأنه شرط مقيد؛ لأن كل واحد منهما تعاون صاحبه في الرأي وربما يحتال في الزيادة في الثمن إن كان وكيلا بالبيع وفي النقصان إن كان وكيلا بالشراء.

الوكيل أمر غيره بالبيع أو بالإجارة ففعل فأجاز الوكيل جاز وهو حاضر أو غائب، وإن كان حاضرا، فإنه يجوز ولم يشترط الإجازة، وحكى عن الكرخي هذا محمول على إذا ما أجازوا إليه. ذهب بعض مشايخنا أو قال بعضهم فيه روايتان وفي رواية لا يجوز إلا بإجازة الأول؛ لأن التوكيل من الأول لما لم يصح كان بمنزلة الفضولي والفضولي لو فعل هذا بحضرة الوكيل لا يجوز إلا بإجازة الوكيل؛ لأن الإجازة لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت؛ لأنه محتمل للرضا والسخط فكذا هذا وفي رواية يجوز بدون إجازته؛ لأن المقصود من التوكيل هو حضرة رأيه عند العقد؛ لأن الموكل رضي رأيه لا برأي غيره فمتى كان الأول غائبا فقد تعرى العقد عن رأيه فيتوقف على إجازته ومتى كان حاضرًا فقد حضر هذا العقد رأيه فصح التوكيل فصار كأنه باشره بنفسه فلم يحتج إلى الإجازة وصار كما لو وكل وكيلا وسمى له الثمن فوكل الوكيل آخر صح؛ لأنه لم يتغير هذا العقد عن رأي الأول بل حضرة رأيه لما سمى للثاني ثمنا فكذا هذا وعلى هذا أحد وكيلي البيع إذا أمر صاحبه بالبيع فباع بحضرته ففي رواية لا يجوز إلا بإجازته وفي رواية يجوز بدون إجازته.

وذكر في (**الفتاوى**): الوكيل بالبيع لو وكل غيره فباع بحضرة الموكل الأول.

رُوي عن أبي يوسف رحمه الله: أنه يصح، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يجوز إلا بحضرة الوكيل الأول فحينئذ يجوز.

قال زفر: لا يجوز في الفصلين. وكّله بتقاضي دينه فوكّل غيره فقبض لا يبرأ المطلوب إلا إذا كان الثاني من عيال الأول؛ لأن يد العيال كيد صاحبه، ولهذا يملك المودع أن يدفع إلى من هو في عياله. قال لوكيله: ما صنعت فيه من شيء فهو جائز فوكل غيره في شيء لا يتجاوز الثاني عما وكله بخلاف ما لو قال صاحب المال للمضارب: ما صنعت فيه من شيء فهو جائز كان له أن يدفع المال إلى غيره مضاربة وأن يقول للثاني ما صنعت فيه من شيء فهو جائز حتى يكون للثاني أن يدفع المال إلى الثالث مضاربة، وفي الوكيل لا يكون له ذلك والفرق أن المضارب أعم تصرفا وآكد وأقوى حالا من الوكيل؛ لأنه متصرف لنفسه من وجه، فإن بعض

الربح يكون له والربح مقصود في المضاربة والربح لا يحصل إلا بتعميم التصرفات فمتى يعمم ما فوض إليه في حق الأول يتعمم في حق الثاني، فأما الوكالة فمبنية على الخصوص من التصرفات، فإنه لا يملك تفويض ما فوض إليه إلى غيره إلا برضاء الموكل، فإذا عمم الموكل التصرف في حق الأول دون الثاني لا يملك الأول تعميم ما فوض إليه في حق الثاني.

(**المنتقى**): الوكيل بالبيع والنكاح وكل عقد هو معاوضة لو فعل غير الوكيل فحضره الوكيل فأجاز فهو جائز وحال غيبته لا يجوز؛ لأنه إذا كان حاضرًا فهو العاقد والمتلفظ به والمعبّر بنفسه والآمر كالرسول عنه، وإذا كان غائبًا فالعاقد هو الحاضر فيصير عاقدا للغير فيتوقف على إجازة الموكل دون الوكيل، والوكيل بالطلاق والعتاق وبغير المعاوضة لو فعله غيره بغير حضرة الوكيل لم يجز، وإن أجازه، والفرق أن المعاوضة تتوقف على الإجازة إذ صحت العقود بارتباط الإيجاب بالقبول وضرورة من الأهل فلم يقع لغوا، فأما غير المعاوضة فينصرف مضاف إلى المحل بالإسقاط، فإذا لم يكن المحل مملوكا لغت الإضافة فعلى هذا الوكيل بالطلاق والعتاق لو قال: أعتقته أمس فكذبه الموكّل، فإنه لا يجوز، والوكيل بالبيع لو قال: بعته أمس وكذّبه الموكل فالقول قول الوكيل؛ لأنه لو أعتقه إنسان فأجاز الوكيل عتقه لم يجز.

ولو باعه إنسان فأجاز الوكيل البيع جاز؛ لأن البيع لا يقف على إجازة الوكيل؛ لأنه في العتق والطلاق سفير ومعبّر محض لا يتعلق به حقوق فلم يكن مالكا في حقه بل يقف على إجازة المالك، فأما البيع يقف على إجازة الوكيل؛ لأن الوكيل بمنزلة المالك في المعاوضات؛ لأن حقوقها تتعلق به والمالك كالأجنبي عنه.

(فصل)

وكّل آخر ببيع عبده وقال له: اعمل فيه برأيك، فوكل الوكيل آخر فباع الوكيل الثاني من الموكل الأول لا يجوز؛ لأن الثاني يسلم الثمن إلى الأول بعدما قبضه ويعمل حجره عليه.

وعن محمد رحمه الله فيمن وكّل آخر يشتري له جارية فقال له: ما صنعت من أمر فهو جائز، فوكل الوكيل آخر لهذا الشراء ثم عزل الموكل الوكيل الأول أو مات الأول فاشترى الثاني الجارية علم بذلك أو لم يعلم دفع إلى الأول دراهم أو لم يدفع صح شراؤه على الآمر الأول؛ لأن الثاني وكيله لا وكيل وكيله، حتى لو أخرج الوكيل الثاني من الوكالة صح كان الوكيل الأول حيًّا أو ميتًا، فإن اشترى الأول جارية حاز للموكل ثم اشترى الجارية الثاني لزمه دون الآمر علم بشراء الأول أو لا كمن قال لاثنين: اشتر أحدكما لي جارية فاشتراها أحدهما ثم اشترى الثاني لزم الثاني لا الآمر الأول، ولو اشترى كل واحد منهما جارية على حدة وقد اشتريا معا فهما جميعا لزم الموكل وكذا في الوكيلين.

(باب الوكالة في الصرف والسلم)

(**المبسوط**): مسائل الصرف على فصول:

أحدها: فيما صار الوكيل مخالفًا في الثمن وفيما لا يصير.

والثاني: في مصارفته مع من يجوز ومن لا يجوز.

والثالث: فيما يضمن وما لا يضمن.

(فصل)

وكّله بشراء إبريق فضة بعينه ولم يسم الثمن فاشترى بوزنه دراهم أو دنانير يجوز اعتبارا للعادة؛ لأن مطلق الأمر بالشراء يصرف إلى الثمن المعتاد وهو النقدان، وكذا لو وكله بشراء دابة أو غيرها له أن يشتري بأحد النقدين، ولو وكله بشراء إبريق فضة بدراهم فاشتراه بدنانير كان للوكيل؛ لأنه خالف آمره، ولو اشتراه بغير النقدين عينا أو دينا كان للوكيل؛ لأنه اشتراه بغير النقد المتعارف فصار مخالفا. وكله ببيع تراب الصياغة فباعه بغير النقدين جاز على الموكل عند أبي حنيفة، وعندهما رحمهما الله لا يجوز بناء على أن الوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بأي ثمن كان عنده خلافا لهما. وكله بصرف ألف بعينها فأخذ الوكيل ألفًا أخرى من مال

الموكل قبل قبض المعينة وصرف جاز، وإن قبض الألف وصرف ألفًا أخرى لا يجوز؛ لأن الدراهم لا تتعين إلا بالقبض فما لم يقبض رجعت الوكالة إلى ألف مطلقة ومتى قبضها تعينت وتعلقت الوكالة بألف معينة حتى تبطل الوكالة بهلاكها.

أمره ببيع مصوغ فضة بعينها فباع غيره لم يجز؛ لأن المصوغ يتعين، وكذلك التبر في إحدى الروايتين أمره بالكوفة بأن يصرف دنانير بدراهم فصرفها بدراهم كوفية يجوز عند أبي حنيفة، وعندهما لا يجوز، وهذا الاختلاف عرف الزمان في النقد ففي زمن أبي حنيفة كان النقد في الكوفة الخفاف وفي زمنهما النقد الشامية الثقال.

ولو قال: اشتر بهذه الدراهم غلة، فكذلك على غلة بلد السليط دون غيره؛ لأن الأمر ينصرف إلى المتعارف إلا أن تكون غلة غيره مثل غلته فيجوز فيهما؛ لأنه أتى بمثل المأمور به وحصل مقصود الأمر.

ولو قال: بع هذه الدراهم بدنانير شامية فباعها بكوفية وهي في الوزن كهي جاز؛ لأنه أتى بمثل المأمور به؛ لأنه لا تفاوت بين الدنانير صرفا بخلاف الدراهم؛ لأن الغش في الدراهم يزداد بزيادة الوزن فلم يكن زيادة الوزن فيها زيادة جودة ويكره توكيل المسلم الذمي بالصرف؛ لأنه يستحل الربا فربما يوقعه فيه.

(فصل)

ولو صارف الوكيل مع عبد الموكل لم يضمن عليه دين أم لا علم أنه عبده أم لا؛ لأنه إن كان عليه دين جاز البيع؛ لأن المولى لو صارفه جاز فكذا وكيله، فإن لم يكن عليه دين فكذا لا يكون بيعًا إلا أنه لا يضمن الوكيل بتسليم المال إليه؛ لأنه أمين دفع الأمانة إلى عبد صاحب الأمانة.

ولو صرف مع مفاوض الموكل أو الوكيل أو شريك الوكيل أو مضاربه لم يجز لأن الوكيل متهم فيه لأنه يملك نصفه فصار كما لو صارف مع مكاتبه والموكل لو صارف مع مضاربه لا يجوز وكذلك وكيله.

ولو صرف مع شريك الموكل غير مفاوض جاز؛ لأن الآمر لو صارفه جاز فكذا

وكيله وهو غير متهم فيه، وكذلك الوكالة في العروض في هذه المواضع.

ولو صارف أو أسلم إلى أبويه وولده وزوجته لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز؛ لأن الأملاك منفصلة ليس له في مالهم حقيقة ملك ولا حق ملك فصار كالمضارب باع من هؤلاء.

لأبي حنيفة رحمه الله: أنه متهم في حق هؤلاء؛ لأن منافع الأملاك متصلة بينهم فيكون بمنزلة نفسه، ولهذا لا تقبل شهادته لهم قيل هذا إذا حاباه فيه محاباة كبيرة، فأما إذا اشترى بمثل قيمته يجوز بالإجماع لزوال التهمة. وكّله بشراء فلوس فكسدت بعد القبض لزم الآمر؛ لأن قبضه بمنزلة قبض الموكل فيكون الكساد والهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل، وإن كسدت قبل القبض فقبض كانت للوكيل؛ لأن الكساد بمنزلة الهلاك فانتقض البيع، فإذا أخذها الوكيل انعقد بينهما بيع جديد بالتعاطي فله أن يمنعه عن الموكل وإن أعطى الآمر انعقد بينهما بيع جديد، فكذا لو أمره بشراء عبد فقبل عبد البائع قبل القبض فاختار الوكيل أخذ القيمة يلزم الوكيل إلا أن يشاء الآمر فيأخذها؛ لأن العقد وقع للآمر فالقيمة بدل ملكه إلا أن للآمر أن لا يرضى به لتغيير المبيع إلى جنس آخر، وإن شاء رضي بالعيب وأخذ القيمة؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العبد وقس عليه أمثاله.

وكّله بصرف أو بيع عبد فباعه في بلد آخر جاز سواء كان له حمل ومؤونة أو لم يكن. وفي كتاب الوكالة إن كان له حمل ومؤونة يكون مخالفا ولم يجز البيع؛ لأنه مقيد الأمر بالبيع بمكان الآمر حالة النقل دلالة وهي أن لا يلزم الآمر ضرر مؤونة الكراء وربما يربي ذلك على الثمن؛ لأن مؤونة النقل عليه؛ لأن النقل حصل بإذنه دلالة؛ لأن الوكيل مأمور بالحفظ بيعا للآمر بالبيع فلا يمكنه الحفظ إلا بالنقل فيكون النقل بإذن المالك فتكون مؤونة الرد عليه.

وجه رواية الصرف: أن الأمر المطلق بالبيع إنما يتقيد لئلا يلزم الآمر مؤونة النقل فلا يلزمه بل يلزم الوكيل؛ لأنه أمره بالبيع دون النقل والبيع ممكن بدون النقل والحفظ دخل في الأمر بالبيع بيعا لا مقصودا فلم يصر مأمورا بالنقل فصار غاصبا فيه ومأمورا في البيع حتى لو ضاع قبل البيع يضمن فتكون مؤونة النقل على الوكيل

فلم يتقيد الآمر فبقي عاما، ولو استأجر الوكيل وأخرجه إلى مكان آخر في رواية يجوز البيع ولا يلزم الآمر الآمر الآخر وفي رواية لا يجوز البيع لما مر.

(مسائل السلم)

وكّل رجلا ليسلم له عشرة في كر حنطة جاز؛ لأنه وكله بما يملكه بنفسه فصح التوكيل به وإن أداه من مال نفسه يرجع على الموكل؛ لأنه التزم الضمان في عقد عقده له ولو أمره بأن يأخذ له عشرة في طعام ففعل يلزم الوكيل؛ لأنه وكله ببيع ما ليس عنده فلا يجوز؛ لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم أي ورخص في بيع ما ليس عنده سلما ولم يرخص في بيع ما ليس عند العبد سلما فبقي منهيا نقضه النص والقياس قال: أسلم مالي عليك في كر حنطة فأنفذ لا ينفذ على الموكل عند أبي حنيفة خلافا لهما. لهما: إن السلم بيع ما في ذمته، ألا ترى لو اشترى شيئًا بدين على البائع ثم تصادقا أن لا دين عليه لم يبطل الشراء ووجب مثله ومتى لم تتعين الدراهم صار التقييد بها والإطلاق سواء فصار، كما لو قال أسلم لي عشرة في كر حنطة لأبي حنيفة أنه أمره بتمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يصح التوكيل؛ لأن الدراهم والدنانير تتعين في الوكالات إن لم تتعين في العقود بخلاف ما لو قال أسلم لي ما عليك إلى فلان ينفذ على الموكل بالإجماع؛ لأنه أمكن المسلم إليه وكيلا يقبض ما عليه أولا ثم يقع الشراء بعده وهاهنا المسلم إليه مجهول ولا يمكننا أن نجعله وكيلا بالقبض. وكَّل المضارب رجلا ليسلم له جاز كما إذا وكله بشراء العين. وكله رجلان كل واحد منهما ليسلم له دراهم في طعام فخلط دراهمهما ثم أسلم كلها في عقد واحد لم يجز وضمن؛ لأنه بالخلط صار مستهلكًا فلم يبق وكيلا، ولو لم يخلط وأسلم كلها في عقده جاز؛ لأنه أمسك أمرهما فنفذ الشراء عليهما والشركة في الطعام وقعت بينهما حكما لإمساك الآمر لا قصدا بفعل الوكيل فلا يضمن.

(باب وكالة المضارب)

(**المبسوط**): أصله: أن كل تجارة لو باشرها المضارب صح على رب المال، فإذا وكل بذلك يصح على رب المال؛ لأن المضارب مأمور بالتصرف على سبيل العموم والشمول ليحصل الربح وكان له المباشرة والتفويض إلى غيره كما في أحد الشريكين توكيل المضارب بالبيع والشراء والخصومة والقبض جائز؛ لأنه يملك بنفسه فيملك التفويض إلى غيره. وكل المضارب غيره بالخصومة في دين فأقر الوكيل أن المضارب أخذه جاز؛ لأنه وكيل بالخصومة أقر على موكله فصح، فإن قال المضارب لم أقبضه فلا ضمان عليه وقد برئ الغريم؛ لأن الوكيل أمين فصح إقراره على موكّله في حق براءة الغريم ولا يصح في حق إيجاب الضمان على المضارب كما لو أقر بالقبض من المطلوب وأنكر المضارب وكيل المضارب ببيع عبد من المضاربة ثم تناقضا فباع الوكيل جاز، وكذلك لو مات رب المال؛ لأن المضاربة وإن انفسخت فرب المال لا يملك عزل المضارب عن بيع العروض حتى لو باع جاز بيعه على رب المال فيجوز بيع وكيله أيضًا على رب المال. وكّله بالشراء من مال المضاربة فمات رب المال ينعزل الوكيل علم أو جهل؛ لأن بالموت انتقضت المضاربة حكما لا قصدا؛ لأن الموت لم يوضع لنقض المضاربة فيثبت العزل حكما لا قصدا والعزل الحكمي يصح علم الوكيل به أو لم يعلم ويلزم الشراء المضارب؛ لأن ضرورة الثاني وكيلا للمضارب لقيام ولايته على نفسه لا بحكم المضاربة، فإن توكيل الإنسان على نفسه صحيح مضاربًا كان أو لم يكن لقيام ولايته على نفسه فبقي وكيلا للمضارب ما بقي ولأنه المضارب بخلاف ما لو تناقضا المضاربة ثم اشترى الوكيل للمضاربة والثمن مدفوع إليه إن علم بالمناقضة لا يصير مشتريا لرب المال، وإن لم يعلم يصير مشتريًا لرب المال؛ لأن المناقضة عزل قصدي لا ضرورة الثاني وكيلا لرب المال بحكم المضاربة؛ لأن توكيل المضارب على رب المال لا يجوز إلا بحكم المضاربة وكان نقض المضاربة نقضًا للوكالة قصدا؛ لأن نقض السبب نقض حكمه قصدا كنقض البيع يكون نقضًا لحكمه قصدًا، فالعزل القصدي لا يصح إلا بالعلم. وكّل أحد

المتفاوضين بالتقاضي أو بقبض دين أو عين ثم تفرقا ثم فعل الوكيل جاز عليهما علم أو لم يعلم؛ لأن التوكيل حصل باستيفاء حقوق عقد باشره الموكل وللموكل استيفاء حقوق عقد باشره بعد الفرقة على صاحبه، وإن علم بالفرقة فكذلك وكيله بخلاف الوكيل بالشراء والبيع إذا فعل بعد الفرقة وعلم بها لا يجوز؛ لأنه باشره الموكل البيع والشراء بعد لم يجز على صاحبه فكذلك وكيله إذا علم؛ لأن الفرقة عزل قصدي. وكّل أحدهما فأخرج الآخر من الوكالة جاز إلا في تقاضي الدين إذا وجب بمداينة الموكل والمسألة في شريك العنان؛ لأن فعل واحد كفعلهما.

(باب ما يخرج به الوكيل من الوكالة)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في انعزال الوكيل بالجنون أو موت الموكل.

والثاني: في انعزاله بتصرف الموكل.

(فصل)

ولو مات الموكل أو جن جنونًا مطبقًا ينعزل الوكيل؛ لأن الجنون المطبق بمنزلة الموت؛ لأنه سلب أهلية التصرفات كالموت والوكيل ينعزل بموت الموكل لانسلاب أهلية التوكيل والآمر؛ لأن الأمر يتجدد في كل ساعة فكان لبقائه حكم ابتدائه والأمر يبطل بالجنون والموت والجنون العارض، وذلك أن يجن يومًا ويفيق يومًا لا يبطلها استحسانًا؛ لأن الجنون القصير في معنى النوم والإغماء والوكيل لا ينعزل بنوم الموكل ولا بإغمائه فكذا لا ينعزل بالجنون القصير وهذا؛ لأن الموكل بما وكله وأنابه مناب نفسه ليكون عمله كعمله فيكون هذا توكيلا منه إياه ما دام قادرًا على العمل دلالة، فإذا جن مطبقا فقد عجز عن العمل فانتهت الوكالة وإذا جن قصيرا إن ثبت نوع عجز لكن هذا العجز غير معتبر شرعًا ولا عرفًا لاحتمال زواله وارتفاعه في كل ساعة ولحظة وصار كالعجز بالنوم والإغماء.

وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه لا ينعزل حتى يجن أكثر السنة؛ لأن الجنون متى

قام أكثر السنة ولا يزول غالبا فيصير في معنى الموت.

وعن محمد رحمه الله: سنة، وهذا الصحيح؛ لأن الجنون إذا دام سنة فالظاهر أنه لا يزول؛ لأن الجنون لو كان لعلة أو مرض، فإذا احتمل عليه فصول السنة من حرارة الهواء وبرودته وهو سنة وجب أن يزول في بعض السنة لمرور ما يوافق عليه من الهواء فلما دامت في الفصول أجمع فالظاهر أنه لا يزول والأحكام تبنى على الظواهر فيجعل كأنه لا يزول حقيقة فبطلت ولايته، ولهذا الجنون المستوعب للسنة يمنع وجوب الصوم والزكاة وما دونها لا يمنع، وأما إذا جن الوكيل مطبقا ينظر إن صار بحال لا يعقل شيئًا ينعزل، وإن كان بحال يعقل البيع والشراء لا ينعزل بخلاف ما إذا جن الموكل مطبقا ويعقل البيع والشراء، فإنه ينعزل الوكيل والفرق فهو أن لبقاء الوكالة حكم الابتداء؛ لأنها أمر يتجدد ساعة فساعة وابتداء التوكيل من المجنون الذي يعقل البيع والشراء جائز كالصبي المحجور الذي يعقل البيع والشراء إذا توكل عن الغير جاز، فإذا جاز الابتداء فلأن يبقى أولى، وابتداء التوكيل من المجنون الذي لا يعقل البيع والشراء لا يجوز كالصبي المحجور إذا وكّل غيره لا يجوز وكذا الانتفاء؛ لأن لبقائها حكم الابتداء.

وإذا بقي وكيلا إذا اشترى في حال جنونه ذكر محمد رحمه الله في الكتاب: أنه يجوز بمنزلة ما لو وكّل صبيًّا.

قال مشايخنا: هذا محمول على أن الموكل رضي بذلك، فأما إذا لم يرض لا يعقد عليه؛ لأنه إنما رضي بتصرفه على أن تكون العهدة على الوكيل؛ لأنه إنما وكّله بذلك والعاقل البالغ الحر إذا وكل ببيع أو بشراء شيء كانت العهدة عليه والآن العهدة على الموكل وكان للموكل أن لا يرضى بذلك. التحق الموكل أو الوكيل بدار الحرب مرتدا ثم عاد لا يعود وكيلا، وعند محمد رحمه الله يكون وكيلا كما لو مرض أو جن ثم أفاق؛ لأن بلحوقه لم تزل ولايته عن نفسه وإن تصرفاته في دار الحرب على نفسه نافذة ومجرد زوال ملك المحل لا يوجب انعزال الوكيل على وجه لا تعود الوكالة إذا عاد ملك المحل نفسه، كما لو باع العبد الموكل ببيعه ثم رد عليه بعيب وبلحوق الوكيل لم تثبت إلا بزوال ولايته عن الموكل مع قيام أهليته

وهذا لا يوجب الانعزال كما في الجنون القصير. مات المطلوب تبقى الوكالة بقبض الدين؛ لأن الوكيل إنما ينعزل إما بفوات المأمور به أو بزوال ولاية الموكل وولايته قائمة والمأمور به قائم وهو استيفاء الدين.

(فصل)

أصله: أن الموكل متى أحدث فيما وكل ببيعه تصرفًا قبل بيع الوكيل يعجز الوكيل عن البيع، فإنه يخرج عن الوكالة، وإن كان تصرفًا لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة؛ لأن الوكيل إنما يخرج عن الوكالة ناشئا ثلثه إما بالعزل أو بانتهاء الأمر نهايته، فإن امتثل بما أمر به أو بعجزه عن الامتثال بما أمر به فمتى أحدث الموكل تصرفا يعجزه عن البيع يخرج عن الوكالة وإلا فلا. وكّله ببيع عبده ثم باعه المالك ووهبه وسلم ثم كاتبه أو استولدها أو كاتب جارية، فإنه يخرج عن الوكالة؛ لأن هذه التصرفات معجزة له عن البيع، وإن أذن له في التجارة لم ينعزل الوكيل؛ لأن ذلك لا يعجزه عن البيع.

ولو رهنه أو أجره لا تنتقض الوكالة، ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه تنتقض؛ لأن ذلك يعجزه عن البيع، ألا ترى أن الموكل لو باع نفسه لا ينفذ بيعه فصار كما لو كاتب أو دبر. وجه ظاهر الرواية: أن هذا التصرف يعجزه عن تنفيذ العقد ولا يعجزه عن عقد يوجب الملك للمشتري، ألا ترى أن الموكل لو باع المرهون والمستأجر وقبضه المشتري يملكه ملكًا فاسدًا إلا أنه لا ينفذ أما في النفاذ إبطال حق الآخر، فإذا لم يقع العجز عن عقد يوجب الملك لا يخرج الوكيل عن الوكالة.

ولو أبق العبد لا ينعزل الوكيل؛ لأن الآبق قابل للبيع وبيعه منعقد متوقف.

ولو باع الوكيل أو الآمر ثم رد بعيب بقضاء فللوكيل أن يبيعه وبغير قضاء لا يبيع؛ لأن الوكالة لم تصر منتهية ببيع أحدهما متى رد بقضاء؛ لأن الرد بقضاء فسخ في حق الكل وعاد إلى قديم ملكه فصار كأنه لم يوجد البيع أصلا فيبقى على وكالته كما لو خرج العبد عن ملكه بالهبة ثم عاد إليه يبقى وكيلا فكذا هذا.

فأما الرد بغير قضاء فسخ في حقهما بيع وشراء جديد في حق ثالث والوكيل ثالث فيعتبر هذا شراء جديدًا في حقه فكأن الوكيل اشتراه ثانيًا.

ولو اشتراه ثانيًا لا يعود وكيلًا؛ لأنه لم يعد إليه عين ما وكل ببيعه؛ لأن الملك مختلف باختلاف سبب الملك فصار كأنه عاد إليه عين آخر حكما بخلاف ما لو وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل أن يهب؛ لأن التوكيل بالبيع أو الهبة لأجل الحاجة وفي البيع الحاجة لم تنتقض لما رد عليه بقضاء؛ لأن حاجته إلى تحصيل الثمن ولم يحصل فكان للوكيل أن يبيع وفي الهبة بالرجوع فيها يتبين أنه لا حاجة له إلى الهبة إذ لو كان محتاجًا لما رجع فيها فكان الرجوع دليلا على نقض الوكالة فرُوي عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا باع الآمر ليس للوكيل أن يبيعه؛ لأن بيعه يمنعه من التصرف فصار كالعزل، فإن رجع بميراث لم يكن للوكيل بيعه؛ لأن السبب قد اختلف.

(**المنتقى**): مسائله على فصول:

أحدها: في موت الموكل أو تصرفه فيما وكل به قبل بيع الوكيل.

والثاني: فيما إذا تغير ما وكل بشرائه.

والثالث: فيما إذا اتصل به حق.

(فصل)

وذكر محمد رحمه الله في الإملاء: لو وكله بشراء شيء بعينه ودفع المال إليه وأمره أن يوكل غيره ثم مات الموكل فاشترى الوكيل الثاني لزمه دون الوكيل الأول علم به أو لم يعلم، وكذلك وكيل العبد المأذون إذا اشترى بعد حجر المولى لزم الوكيل دون العبد علم به أو لم يعلم؛ لأنه انعزل بموت الموكل الأول وحجر المولى.

ولو وكل المضارب رجلا بشراء عبد ودفع المال إليه ثم مات رب المال أو جن ثم اشترى الوكيل لزم المضارب خاصة كما لو وكل المضارب وكيلا بشراء شيء بعينه من المضاربة ولم يدفع المال إليه ثم تناقضا المضاربة والوكيل لا يعلم فاشترى لزم المضارب.

وفي (**نوادر ابن سماعة**): عن محمد رحمهما الله: إذا قال لغريمه: ادفع مالي عليك إلى فلان فضامن حقه فدفع الآمر ولم يعلم المأمور فدفع المأمور ما أمره لم يجز على الآمر علم أو لم يعلم.

وفي رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: إن لم يعلم جاز على الآمر فلا يضمن، وإن علم لم يجز على الآمر ويضمن.

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا وكل رجلا بطلاق امرأته ثم طلقها الزوج ثلاثًا أو واحدة وانقضت عدتها بطلت الوكالة، فإن طلقها واحدة والعدة قائمة فالوكالة بحالها؛ لأنه أمكن تنفيذ ما وكّل به.

(فصل)

وكله أن يشتري له حنطة بعينها فلم يشتر حتى تصير الحنطة دقيقًا أو سويقًا ولم يعلم الموكل خرج من الوكالة، وكذلك لو أمره ببيع بيض أو شرائه فخرج منه فراريخ أو بيع طلع فصار تمرًا أو ببيع عصير أو عنب فصار خلا أو زبيبا أو عصيرا أو ببيع اللبن فصار زبدًا أو سمنًا خرج الوكيل من الوكالة لفوات ما وكل به.

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: لو باع بيضًا على أنه بالخيار ثلاثا فخرج الفرخ منه في الثلث بطل البيع.

ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: لو أمره بشراء لبن حليب بعينه فمخض به ثم اشتراه لم يجز على الموكل؛ لأن المقصود من الشراء وهو الأكل قد اختلف، فإن لم يسم حليبًا جاز؛ لأنه يطلق عليه اسم اللبن فقال لبن مخيض ولبن حليب.

ولو أمره ببيع لبن حليب فمخض به ثم باعه جاز وهما مختلفان؛ لأن المحل الذي وكّل ببيعه لم يستهلك فإنما تغيّر وصفه من الحلاوة إلى الحموضة والمقصود من البيع تحصيل الثمن وذلك لا يختلف باختلاف الصفة بخلاف الشراء، فإن المقصود من شراء المأكولات الأكل وذلك يختلف باختلاف الصفة.

ولو أمره بشراء سمك بعينه طريا فاتخذ مالحا ثم اشتراه لم يجز على الآمر ويجوز هذا في البيع كما في اللبن إذا تمخض به.

ولو أمره بشراء سويق بعينه فَلُتَّ بسمن أو زيت أو عسل أو سكر ثم اشتراه لزم الآمر، وكذلك لو أمره بالبيع ففعل الآمر ذلك لم يكن نهيا عن البيع؛ لأن المحل قائم لم يستهلك، ولو أمره بشراء سمسم بعينه فربى لم يجز شراؤه؛ لأن المقصود قد اختلف ولو كان هذا بيعًا جاز.

وقد اختلفت الرواية في الحيوان؛ قال في (**الزيادات**): لو وكّله ببيع هذا الحمل فلم يبع حتى صار كبشا أو ببيع وصيفة فبلغت فالوكالة على حالها؛ لأن الحيوان بالكبر لا يصير في حكم جنس آخر، ألا ترى أنه لا تبطل به الوصية ولا ينقطع به حق المغصوب عن العين.

وعن أبي يوسف رحمه الله إملاء: لو أمره ببيع وصيفة فصارت عجوزًا تبطل الوكالة.

ولو أمره أن يشتري كبشًا فاشترى نعجة لم يلزمه؛ لأن الكبش عبارة عن الذكر والنعجة هي الأنثى فكان غير ما نص عليه، وكذلك لو أمره أن يشتري عناقا فاشترى جديًا.

(فصل)

ولو أمره بشراء دار بعينها وهي أرض بيضاء فنبتت فاشتراها الوكيل لم يجز، وإن كانت منبتة فزاد فيها حائطًا أو حصصها أو طينها لزم الآمر فكذلك الوكالة بالبيع، ولو قال: اشتر هذه الأرض البيضاء أو هذا القراح، أو قال له: بعه لي فغرس نخلا أو شجرًا أو بنى دارًا أو حمامًا أو حانوتًا أو جعلها بستانًا لا يجوز ذلك على الآمر في البيع والشراء، وكذلك لو زرع حنطة أو غرس كرمًا.

وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: لو زرع لم يكن عزلا.

(باب عزل الوكيل)

(**المبسوط**): وعزل الوكيل لا يصح بدون علمه، وعزل الوصي عن الوصاية جائز من غير علمه. والفرق أن جواز تصرف الوصي لا يفتقر إلى علمه بكونه وصيًّا،

فإنه ذكر في (**الجامع الصغير**): لو قال: جعلت فلانًا وصيًّا ومات ثم باع فلان تركة الميت وقضى دينه ولم يعلم بالوصية جاز فكذلك في إخراجه عن الوصية لا تفتقر إلى علمه وتصرف الوكيل يفتقر جوازه إلى علمه بكونه وكيلا حتى لو وكل فلانًا فتصرف في ماله قبل علمه بكونه وكيلا، وكذلك عزله افتقر جوازه إلى علمه به وذلك أنه لو صح العزل بدون علمه يقع في غرر وضرر؛ لأنه عسى يتصرف في المال المدفوع إليه ويسلم عينًا أو قبض المال الموكل بقبضه على حسبان أنه وكيل ثم يظهر أن تصرفه وقبضه ونقله كان بغير إذن فصار ضامنا فتضرر ودفع الضرر واجب وصار كنهي المأذون لا يصح إذا لم يشعر العبد بذلك دفعا للضرر عنه بأن يرتكب ما نهي عنه فيؤاخذ به فكذلك نهي الوكيل عما أمر به، وكذلك لو عزل الوكيل نفسه لا يصح بدون علم الموكل خلافًا للشافعي؛ لأن الوكالة عقد تم بهما وفي فسخ أحدهما بدون الآخر نوع ضرر بالآخر؛ لأنه تعلق به حق كل واحد منهما وفي الفسخ إبطاله، ولو عزل الوكيل بالخصومة بغير محضر الخصم، فإن كان وكيل الطالب يصح عزله؛ لأن الحق في هذا التوكيل للطالب على الخلوص؛ لأنه يعمل للطالب ويعينه على الخصومة ولا حق للمطلوب في الخصومة مع الموكل حتى لو ترك الطالب خصومته لم يكن للمطلوب أن يجيزه على ذلك فبالعزل يبطل حق نفسه فصح، وإن كان وكيل المطلوب أن وكله بالتماس الطالب بأن أخذه الطالب حتى أعطاه وكيلا يخاصم معه لا يصح عزله إلا بمحضر من الخصم؛ لأنه يتضمن إبطال حق الطالب في الخصومة أصلا؛ لأنه لا يمكنه مخاصمة الوكيل متى صح العزل وربما يغيب المطلوب قبل أن يحضر الطالب فيفوت حقه في الخصومة وإنه حق مستحق له فلا يجوز عزله إلا بحضرة الطالب، وإن وكله من غير التماس الطالب يصح عزله؛ لأن الخصومة مع الوكيل لا تصير مستحقة إلا إذا وجد منه طلب التوكيل فقبل الطلب بقيت الخصومة مستحقة على المطلوب بخلاف الراهن لا يملك عزل العدل المسلط على بيع الرهن عند محل الأجل بحضرة المرتهن إلا برضاه؛ لأن البيع لما شرط في الرهن صار حقًّا مستحقًّا للمرتهن كالرهن فكما لا يملك فسخ الرهن لا يملك عزله عن البيع.

(**الفتاوى**): رجل أراد سفرًا فأرادت امرأته أن يوكل وكيلا بطلاقها إن لم يجئ إلى وقت كذا ففعل ثم كتب إلى الوكيل بأني قد أخرجتك من الوكالة هل يصح عزله؟ قال نصير بن يحيى: يجوز عزله، وقال محمد بن مسلمة: لا يصح عزله وهذه فروع من مسألة أخرى، وهو أن الزوج إذا لم يحضر الوقت المشروط هل يجبر الوكيل على التطليق قال محمد بن سلمة: لا يجبر؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل وهو الزوج والزوج لا يجبر على التطليق إذا كان حاضرًا إلا بسبب العنة فكذا الوكيل، وإذا لم يجبر الوكيل على التطليق فلم يتضمن عزل الزوج إبطال حق مستحق للمرأة فصح وقال نصير بن يحيى: يجبر على التطليق؛ لأنه كان للمرأة أن ترافع زوجها إلى القاضي ليقضي عليه بالنفقة حتى لا يبطل حقها في النفقة في الماضي وهذا حق مستحق للمرأة قبل الزوج وإنما تركت ذلك وخلت سبيل الزوج ليطلقها الوكيل متى لم يحضر الزوج إلى الوقت المشروط فتتزوج بآخر فتصل إلى حقها في النفقة من جهة زوج آخر فصار التطليق حقا مستحقا لها قبل الوكيل بدلا عن القضاء بالنفقة فصار كما لو أعطى المطلوب وكيلا بالتماس الطالب، ولو وكل آخر في شيء وكالة من مرسلة، ثم قال له كلما عزلتك فأنت وكيلي في ذلك وكالة مستقبلة، ثم قال عزلتك في تلك الوكالات كلها، فإنه ينعزل عن الوكالة المرسلة. وهل ينعزل عن الوكالة المعلقة؟ قال نصير بن يحيى: إنه ينعزل وهكذا رُوي عن محمد رحمه الله، وقال محمد بن مسلمة: لا ينعزل وهكذا رُوي عن أبي يوسف رحمهما الله فهذا بناء على أن الوكالة متى كانت معلقة بالشرط فعزل الموكل الوكيل قبل وجود الشرط يصح العزل عند محمد رحمه الله حتى لا يصير وكيلا متى وجد الشرط وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصح العزل حتى يصير وكيلا متى وجد الشرط؛ لأن الوكالة قبل وجود الشرط غير ثابتة فلا يصح العزل قبل وجودها كما قبل التوكيل، لمحمد أنه انعقد سبب ثبوت الوكالة فيصح العزل بعد وجود السبب قبل أن يصير وكيلا كالإبراء عن الأجرة قبل استيفاء المنافع يصح؛ لأنه وجد بعد وجود سبب وجوب الأجرة وهو الإجارة، وإن لم تجب الأجرة فكذا هذا، ولو وكل المطلوب وكيلا بالخصومة على أن للوكيل أن يوكل غيره ثم حجره عن توكيله غيره

بغير محضر الطالب أو قال أخرجتك من الإقرار إن أقررت فلا يجوز عليّ يجوز حجره عند محمد رحمه الله؛ لأن الوكيل إنما يتصرف بالتفويض ليس على المطلوب تفويض توكيل غير الوكيل إليه ولا يفوض الإقرار إليه وإنما هو شيء تطوع به فيملك الحجر عنه بدون محضر الطالب كالعبد مع المولى، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصح حجره إلا بمحضر الطالب؛ لأن الأمر إذا تم باثنين لا يستند أحدهما بإبطاله كسائر العقود.

هشام عن محمد رحمهما الله: لو قال لآخر: إنك وكيلي في اقتضاء ديني فوكل من شئت فوكل رجلا فللوكيل أن يخرج وكيله، ولو قال: أنت وكيلي في اقتضاء ديني فوكل فلانًا بذلك لم يكن للوكيل أن يخرج الثاني من الوكالة؛ لأنه بمنزلة الرسول، ولو قال له: وكّل فلانًا إن شئت فوكله فللوكيل أن يخرجه؛ لأن في الأولى والأخيرة ملكًا من الوكيل توكيل غيره؛ لأنه سوّغ له أن يوكل ويفوض إلى غيره على حسب إرادته ومشيئته فالمالك إنما يتصرف بحكم الإرادة والمشيئة كما في تفويض الطلاق يملك عزله وفي الثاني جعله رسولا؛ لأنه لم يفوض إليه بحكم المشيئة وليس للرسول ولاية العزل.

(باب رد الوكيل أو الموكل المبيع بالعيب)

(**الجامع**): وللوكيل بالشراء أن يرد المبيع بالعيب عند غيبة الآمر، وإن سلم المبيع إلى الآمر فليس له أن يرده وقد مرت في كتاب البيوع، فإن رد ورجع الآمر وادعى الرضا يرد الجارية عليه وتكون عهدة البائع على الآمر دون الوكيل؛ لأن البائع إذا صدق الآمر فيما ادعى من الرضا ثبت الملك للآمر في الجارية بتصادقهما فصار تصادقهما على ذلك بمنزلة بيع مستقبل في حق ما بينهما في حق الوكيل وصار الآمر في حق الوكيل كأنه اشترى الجارية مستأنفا من البائع فتكون العهدة عليه؛ لأن الفسخ صح من حيث الظاهر وبرئ الوكيل عن العهدة وتصادقهما لا يقبل على الوكيل في إعادة العهدة إليه بعدما برئ عنها، فإن كان المشتري أخذ الثمن من البائع وهلك عنده هلك من مال المشتري ورد المشتري الثمن من ماله

على الآمر فالآمر يدفع الثمن من ماله إلى البائع فيأخذ الجارية وخرج المشتري عن عهدته؛ لأن الوكيل زعم أن الفسخ بالرد بالعيب قد صح؛ لأن الآمر لم يرض بالعيب ولكن الوكيل لا يصدق على الآمر فلم يصح الفسخ والرد بالعيب في حقه فصار الوكيل قابضا الثمن لنفسه لا للآمر فيصير مضمونا عليه للآمر والآمر يدفع الثمن من ماله؛ لأنه مشتريا مستأنفا، ولو أن المشتري بعد الإنكار ورد القاضي على البائع أقر برضاء الآمر فالبائع إن شاء صدقه، وإن شاء لا؛ لأنه وجد من الوكيل إقراران متناقضان فبالمناقضة يمنع صحة الكلام فيما له فلا يمنع فيما عليه فيتخير البائع في تصديق أيهما شاء، فإن صدقه بالإقرار بالرضا ردت الجارية على المشتري ثم قدم الآمر فأنكر الرضا فالجارية للمشتري وعليه الثمن للآمر؛ لأن القول للآمر أنه لم يرض بالعيب فصح رد القاضي بالعيب وصارت الجارية للبائع ثم صارت للوكيل آخرًا ببيع مستأنف فيصير ذلك بمنزلة شراء جديد من الوكيل في حق الآمر فينفذ على الوكيل وعليه الثمن، فإن أقر بالرضا كانت له لأنهم تصادقوا أن الآمر رضي بهذا العيب فقد تصادقوا على أن القضاء بالرد لم ينفذ باطنا وأن الجارية باقية على ملك الآمر بالبيع السابق والحق في الجارية فيما بينهم لا يعدوهم فكانت الجارية للآمر، ولو أن البائع لم يصدق الوكيل أولا ثم رجع الآمر وادعى الرضى وردّ تكون العهدة على الوكيل؛ لأن الوكيل أقر بأن الآمر رضي بالعيب والفسخ لم يصح، فإن البيع الأول قائم. الوكيل بالشراء اشترى جارية ونقد الثمن من مال الآمر ثم كانت الجارية في يد المشتري ثم استحقت، فإن شاء المستحق ضمن المشتري قيمتها، وإن شاء ضمن البائع ولا يضمن الآمر؛ لأن البائع غاصب والمشتري غاصب الغاصب والآمر لم يقبض الجارية بيده فلم يصر غاصبًا لها، فإن اشترى بنفسه ووكل غيره بالقبض يضمن القابض أيضا؛ لأنه صار غاصبا بالقبض بغير حق ولو لم تمت الجارية ولكن أبقت فضمن المستحق المشتري ثم ظهرت كانت للمشتري؛ لأن البيع قد انفسخ لما اختار المستحق تضمين المشتري فاقتصر الضمان وتقرر على المشتري؛ لأنه لا يرجع على غيره وبالضمان ينتقل الملك إلى من يقتصر الضمان عليه. الوكيل بالبيع باع وسلم ثم جاء مستحق فله أن يضمن أي

الثلاثة شاء؛ لأن قبض الوكيل الثمن في البيع يكون للموكل؛ لأنه ليس له جنس الثمن فصار للوكيل في قبض الثمن عاملا للموكل؛ لأنه إنما ملك قبض الثمن لكونه ملكا للبائع فكان نائبا محضا في قبض الثمن فكان قبضه واقعا للموكل من كل وجه فصار الآمر غاصبا بقبض نائبه.

كتاب الكفالة

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الكفالة، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها، وأنواعها.

أما مشروعيتها: فلقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ [يوسف: ٧٢] والزعيم هو الكفيل في متعارف الشرع ومتعاهد الناس.

أما متعاهد الشرع قال عليه السلام في خطبته: "**وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ**[1]"[2] وأراد به الكفيل.

وفي متعاهد الناس واستعمالهم يسمى رئيس القوم زعيمهم؛ لأنه يتكلم عنهم وينوب عنهم في نوائبهم وأمكن حمله على الكفالة؛ لأن المنادي قال للعير الملك يقول لكم ولمن جاء به حمل بعير وأنا كفيل بذلك فتكون كفالة عن الملك لا عن نفسه؛ لأن المنادي يكون رسولا من جهة الملك والرسول بالاستئجار يصلح

---

(١) قَالَ فِي النِّهَايَةِ: الْغَارِمُ الَّذِي يَلْزَمُ مَا ضَمِنَهُ وَتَكَفَّلَ بِهِ وَيُؤَدِّيهِ، وَالْغُرْمُ أَدَاءُ شَيْءٍ لَازِمٍ ، وَالْمَعْنَى أَنَّهُ ضَامِنٌ، وَمَنْ ضَمِنَ دَيْنًا لَزِمَهُ أَدَاؤُهُ. تحفة الأحوذي - (ج٣/ ص٣٧١).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٧٢٧٧ و١٤٧٦٧ و١٤٧٩٦ و١٦٣٠٨ و١٦٦٢١) مطولا ومختصرا. و«ابن أبي شيبة» ٤/٤١٥: ٢ (١٧٩٨٤) و٦/١٤٥ (٢٠٩٤٠) و٦/٥٨٥ (٢٢٥٢١) و٧/٢٠٠ (٢٣٢٩٥) و٨/٥٣٨ (٢٦٦٣٤) و١١/١٤٩ (٣١٣٥٩) مفرقا. و«أحمد» ٥/٢٦٧ (٢٢٦٥٠) قال: حدثنا أبو المغيرة. و«ابن ماجه» (٢٠٠٧ و٢٢٩٥ و٢٣٩٨ و٢٧١٣) مفرقا قال: حدثنا هشام بن عمار. وفي (٢٤٠٥) قال: حدثنا هشام بن عمار، والحسن بن عرفة. و«أبو داود» (٢٨٧٠ و٣٥٦٥) قال: حدثنا عبد الوهاب بن نجدة الحوطي. و«الترمذي» (٦٧٠) قال: حدثنا هناد. وفي (١٢٦٥ و٢١٢٠) قال: حدثنا هناد، وعلي بن حجر. و«عبد الله بن أحمد» ٥/٢٦٧ (٢٢٦٥١) قال: حدثني يحيى بن معين.

تسعتهم: (عبد الرزاق بن همام، وأبو بكر بن أبي شيبة، وأبو المغيرة الخولاني، وهشام بن عمار، والحسن بن عرفة، وعبد الوهاب، وهناد بن السري، وابن حجر، وابن معين) عن إسماعيل بن عياش، قال: حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني، فذكره.

أن يكون ضامنا بالأجر عن المرسل ولقوله عليه السلام: "**والزعيم غارم**" أي الكفيل ضامن، ولأن الكفالة عقد وثيقة وتوكيد ليتوصل المكفول له إلى إحياء حقه وتحقيق مقصوده؛ لأنه ربما يعجز عن الوصول إلى حقه من الأصيل فيحتاج إلى أن يستوثق بكفيل حتى يطالب به كفيله عند العجز عن مطالبة الأصيل فصحت الكفالة دفعا للحاجة.

وأما تفسيرها: فالكفالة في اللغة هي الضم قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] أي ضمها إلى نفسه وقال عليه السلام: "**أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين**" وقرب بين إصبعيه[1]، وأراد به من ضم اليتيم إلى نفسه لحفظه وتربيته.

وفي الشريعة: عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في حق التزام المطالبة توثيقا.

وأما ركنها: فعند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمهما الله فقول الكفيل كفلت لك بما لك على فلان وقول المكفول له قبلت فالركن هو الإيجاب والقبول جميعًا، وعند أبي يوسف الركن هو الإيجاب وهو قوله كفلت فالقبول ليس بشرط وهذا بناء على أن الكفالة عند التزام المطالبة للحال لا غير وعندهما التزام المطالبة للحال وإيجاب الملك من المؤدي عند الأداء لما يأتي، وأما شرطها على الخصوص فلكون المكفول به مضمونا على الأصيل وهو مقدور التسليم للكفيل؛ لأن الكفالة لالتزام المطالبة بما على الأصيل فلا بد أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥٣/٧ (٥٣٠٤) قال: حدثنا عمرو بن زرارة، قال: أخبرنا عبد العزيز بن أبي حازم. وفي ٩/٨ (٦٠٠٥)، وفي «الأدب المفرد» (١٣٥) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الوهاب، قال: حدثني عبد العزيز بن أبي حازم. و«أبو داود» (٥١٥٠) قال: حدثنا محمد بن الصباح بن سفيان، قال: أخبرنا عبد العزيز، يعني ابن أبي حازم. و«الترمذي» (١٩١٨) قال: حدثنا عبد الله بن عمران، أبو القاسم المكي القرشي، قال: حدثنا عبد العزيز بن أبي حازم. و«أبو يعلى» (٧٥٥٣) قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا ابن أبي حازم. و«ابن حبان» (٤٦٠) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا ابن أبي حازم.

كلاهما: (يعقوب بن عبد الرحمن، وعبد العزيز بن أبي حازم) عن أبي حازم، سلمة بن دينار، فذكره.

ليكون مطالبا بذلك فيلزم الكفيل بالكفالة المطالبة ولا بد أن يكون مقدور التسليم لتفيد فائدتها ومن شرطها أن يكون الدين صحيحا سواء كان على الصغير أو العبد المحجور؛ لأنه يطالب به نفذ العتق حتى لا تصح الكفالة ببدل الكتابة؛ لأنه ليس بدين صحيح؛ لأنه لا يجب للمولى على عبده شيئًا وإنما وجب مخالف للقياس لضرورة صحة الكتابة نظرا للعبد حتى يتوصل إلى العتق، ومن شرطها أن يكون الكفيل فيمن يصح تبرعه؛ لأن الكفالة عقد تبرع ابتداء فلا يصح ممن لا يصح منه التبرع كالصبي والعبد وأما **حكمهما:** فضرورة ذمة الكفيل مضمومة إلى ذمة الأصيل في حق المطالبة دون أصل الدين، وقال الشافعي: حكمها وجوب الدين على الكفيل فيصير الدين الواجب في حكم دينين أو تصير ذمتان في حكم ذمة واحدة.

والصحيح قولنا؛ لأن جعل السنن في حكم شيء واحد خلاف الحقيقة فلا يصار إليه إلا عند الضرورة ولا ضرورة هنا؛ لأنه أمكن أن يجعل الذمة مضمومة إلى الذمة في حق المطالبة فيتعذر حق المطالبة مع اتحاد الدين وليس من ضرورة لزوم المطالبة على الكفيل وجوب الدين، عليه؛ لأن المطالبة قد تنفصل عن وجوب الدين، ألا ترى أن الوكيل بالشراء مطالب بأصل الثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن جاز وسقطت المطالبة عن الوكيل وهذا؛ لأن المطالبة وجودا لا تتصور إلا بعد وجود أصل الدين فأما استحقاقا فيقبل الفصل عنه كالبناء لا يقبل الفصل عن العرصة وجودا، ولهذا لو أبرأ صاحب الدين الكفيل لا يرتد برده؛ لأنه إسقاط مجرد المطالبة دون الدين، ولو أبرأ الأصيل يرتد برده؛ لأنه أبرأ عن الدين، فإنه تمليك من وجه إسقاط من وجه لما عرف إلا إذا أدى الكفيل الدين أوجبنا الدين عليه قبيل الأداء لضرورة أن يرجع بما أدى عن الأصيل ليملك الدين بالأداء لتملكه الرجوع على الأصيل كما تبين.

(باب ما تقع به الكفالة وما لا تقع)

(**المبسوط**): الألفاظ التي تنعقد بها الكفالة نوعان: صريح وكناية. الصريح: كقول الكفيل: كفلت أو ضمنت أو عليّ أو إليّ أو أنا زعيم أو قبيل أو ضمين أو

قال لك عندي هذا الرجل أو قال عليّ أن أوافيك به أو عليّ أن ألقاك به أو دعه إليّ فهو كفالة؛ لأن هذه الألفاظ مستعملة في الكفالة مفصحة فيها؛ لأن لفظة الكفالة والضمان والقبالة تنبني على معنى واحد وهو الالتزام، والزعيم هو الكفيل لغة لما بينا وعلى كلمة إيجاب وإلي وعليَّ لفظان يستعملان في الكفالات، قال عليه السلام: "**مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، ومن ترك كلًّا وعيالا فهو إلى الله ورسوله**"[1]. وفي بعض الروايات: "**على الله ورسوله**".

ولو قال الرجل: ما بايعت فلانا فهو عليّ جاز؛ لأنه أضاف الكفالة إلى سبب الوجوب وهو المبايعة والمداينة والكفالة المضافة إلى وقت في المستقبل جائزة لتعامل الناس في ذلك، وذكر أن كلمة ما والذي كلمة عامة فيلزمه بكل مرة.

ولو بايعه مرارًا وكلمة ما، وإذا وأن لا تقع إلا على مرة وهي الأولى لما بينا في كتاب الإيمان.

ولو رجع عن الكفالة قبل المبايعة لا يلزمه شيء وإن باع؛ لأن الكفالة مبنيَّة على ما هو غير لازم وهو المبايعة والمداينة، فإنه قال إن بايعته أو داينته اليوم فهو عليّ والمبايعة والمداينة غير لازمة فكذا ما ينبني عليها؛ لأن المبني على الشيء كالبيع له وحكم البيع لا يفارق حكم الأصيل. قال: من بايع فلانا فهو عليّ لم يلزمه شيء.

وكذلك لو قال: لقوم ما بايعتموه أنتم وغيركم عليّ صح في حق المخاطبين دون غيرهم لأنهم مجهولون وجهالة المكفول له مانعة صحة الكفالة والكفالة الفاسدة لغير المخاطبين، فإن كانت مشروطة في كفالة المخاطبين إلا أن الكفالة لا تبطلها الشروط الفاسدة على أنها غير مشروطة فيها بل هي معطوفة عليها،

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١٥٥ (٢٣٩٨) و٨/١٩٣ (٦٧٦٣) قال: حدثنا أبو الوليد. و«مسلم» ٥/٦٣ (٤١٦٨) قال: حدثنا عبيد الله بن معاذ العنبري، قال: حدثنا أبي. وفي (٤١٦٩) قال: وحدثنيه أبو بكر بن نافع، قال: حدثنا غندر (ح) وحدثني زهير بن حرب، قال: حدثنا عبد الرحمن، يعني ابن مهدي. و«أبو داود» (٢٩٥٥) قال: حدثنا حفص بن عمر.

ستتهم: (محمد بن جعفر غندر، وبهز بن أسد، وأبو الوليد، هشام بن عبد الملك الطيالسي، ومعاذ بن معاذ العنبري، وابن مهدي، وحفص) قالوا: حدثنا شعبة، عن عدي بن ثابت، قال: سمعت أبا حازم، فذكره.

فإنه قال وغيركم والمعطوف على عقد لا يعتبر مشروطا فيه، كما لو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم وأجرت منك هذه الدار شهرا بعشرة دراهم لا يفسد البيع ولا تعتبر الإجارة مشروطة في البيع حتى تصير صفقتان في صفقة.

(**المنتقى**): ولو قال الرجل: ضمنت لك ألف درهم على أن لا أؤديها إليك فهو باطل.

ولو قال: عليّ أن لا أؤديها إليك حياتي فهو جائز ويأخذها بعد موته من ميراثه؛ لأنه بالكفالة التزم المال، وبقوله على أن لا أؤدي بها إليك في حياتي طلب منه تأجيل الأداء إلى ما بعد الموت فيلزمه المال بالتزامه وبتأجيل الأداء إلى ما بعد موته بتأجيل الطالب. رجل له على رجل ألف درهم ومائة دينار حالّة فقال أخرت الألف عليك شهرا على أن تجعل لي كفيلا بالدنانير فهو جائز.

ولو قال: أؤخر عنك على أن تكفل لي بنفس فلان فهو باطل، لأنه يأخذ بنفس الكفالة جعلًا. رجلان في سفينة انتهيا في مكان قليل الماء فقال أحدهما لصاحبه ألق متاعك في الماء على أن متاعي بيني وبينك فهو فاسد ويضمن لصاحبه نصف قيمة متاعه؛ لأنه أمره بإلقاء المتاع وإتلافه كشرط الضمان عليه؛ لأنه مشروط له نصف ملك متاعه وتعليق التمليك بالشرط لا يصح فبقي ضامنا له نصف قيمة متاعه.

وإن قال للطالب: قد ضمنت لك مالك على فلان أن أقبضه منه وأدفعه إليك لم يكن هذا ضمانا للمالك وإنما هذا على أن يتقاضاه له ويدفعه إليه وعلى هذا معاني كلام الناس.

ولو قال للمغصوب منه: أنا ضامن لما أخذه الغاصب منك فأدفعه إليك قال يلزمه ذلك ولا يشبه هذا الدين؛ لأن الدين يجري فيه التقاضي عرفا، فإذا قرن القبض بالدين ودفعه إليه دل ذلك على أنه أراد به التقاضي دون الكفالة، فأما المغصوب عين مضمونة واجب التسليم، فإذا أضاف الضمان إليه يلزمه ولا يراد به التقاضي عرفا.

ولو قال الطالب للمطلوب: أحلني على فلان بمالي على أنك لذلك ضامن ففعل

فهو جائز وله أن يأخذ أيهما شاء وهذا بمنزلة الكفالة ولا يبرئ الأصيل؛ لأن الحوالة بشرط الضمان على الأصيل تنقلب كفالة. رجل قال قد ضمنت لك هذا وإن سبب هذا فإنه يضمن الأول.

(فصل)

رجل كفل بنفس رجل وبما عليه والطالب غائب، وقيل عنه: فضولي ثم قدم الغائب فرضي جاز؛ لأنه قد خاطبه محابيًا وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل إجازة الطالب، وليس للمخاطب أن يخرجه من الكفالة حتى يحضر الطالب؛ لأن المخاطب لا يلحقه ضرر العهدة بإجازة الطالب فلا يملك فسخها كالفضولي في عقد النكاح لا يملك فسخه ولا كذلك البيع والكفيل يلحقه ضرر العهدة والمطالبة فلم تلزم الكفالة في حقه قبل الإجارة دفعا للضرر عنه.

ولو كان المخاطب وكيلا للطالب كانت الكفالة لازمة لا يقدر أن يرجع عنها؛ لأن الوكيل بقبض الدين يملك الكفالة فانعقدت لازمة.

ولو كفل بالمال بغير أمر المكفول عنه والمكفول له فرضي المكفول عنه ثم رضي المكفول له جازت.

ولو أداه المال رجع به على المكفول عنه؛ لأن الإجارة اللاحقة كالأمر السابق بالكفالة.

ولو رضي المكفول له أولا وأدى المال لا يرجع على المكفول عنه لكن رجع المال على الكفيل؛ لأن بإجازة المكفول له أولا صارت الكفالة نافذة لازمة ولزم المال الكفيل فلا يتغير حكمها بإجازة المكفول عنه والله تعالى أعلم.

(باب الكفالة بالديون والأعيان المضمونة)

(المبسوط): أصله: أن الكفالة بما هو مضمون على المكفول عنه ويمكن استيفاؤه من الكفيل يصح سواء كان المكفول به دينًا أو عينًا أو عملًا وبما ليس بمضمون عليه أو مضمون عليه ولكن لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح كخياطة رجل

بعينه وخدمة عبد بعينه؛ لأن الكفيل بالكفالة يتحمل ما على الأصيل ويلزمه اتقاؤه، فإذا لم يكن على الأصيل شيء لا يجوز التحمل عنه، ولهذا لو طرأ براءة الكفيل على الكفالة رفعتها، فإذا قارنت ثبوتها منعتها؛ لأن المنع أسهل من الرفع ومتى تعذر استيفاء المكفول به من الكفيل لا تفيد الكفالة فائدتها؛ لأنها شرعت لاستيثاق المكفول به ليوجد الكفيل به متى عجز عن استيفائه من الأصيل المكفول به أنواع الديون والأعيان والأعمال أما الكفالة بالديون صحيحة لحاجة العباد إلى استيثاق الديون واستوكاده وصاحب الدين بالخيار إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل ولا توجب براءة الأصيل وقال ابن أبي ليلى توجب براءة الأصيل كالحوالة.

والصحيح قولنا؛ لأن الكفالة تنبني عن الضم فتقتضي انضمام ذمة الكفيل إلى الأصيل في حق الدين وإنما يصير الكفيل منضما إلى الأصيل في حق الدين إن لو بقي الدين في ذمة الأصيل ويطالب به الكفيل والأصيل جميعا ولأن الكفالة لتوثيق الدين وتوكيده، ولو اقتضت الكفالة انتقال الدين إلى الكفيل ما يصور التوثيق والتأكيد فيجب أن تثبت له ولاية مطالبة كل واحد منهما حتى يصل إليه الدين فيحقق معنى التوثيق ومعنى الضم وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بخلاف غاصب الغاصب إذا اختار تضمين أحدهما يبرأ الآخر؛ لأن هناك الضمان واجب على كل واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما غاصب ومتلف في حقه، أما هنا الدين واجب على الأصيل؛ لأنه هو المتدين وليس بواجب على الكفيل؛ لأنه ليس بمدين بل هو ضام نفسه إلى الأصيل في حق بوجه المطالبة بالدين بطريق التوثيق لا بالانتقال للدين لما ذكرناه. ويجوز الكفالة بالأجرة دراهم كانت أو عبدا أو ثوبا؛ لأنه كفل بما هو مضمون على الأصيل، فإن عجل الكفيل الدراهم لم يرجع على المستأجر؛ لأنه إنما يتحمل عن الأصيل مثل ما كان عليه وعليه دين مؤجل فيلزم الكفالة كذلك وهو في التأجيل تبرع فصح تبرعه عليه لا على الأصيل وأمكن استيفاؤه من الكفيل وأما الكفالة بالأعيان فهي أنواع ثلاثة: **أحدها**: الكفالة بعين هي غير مضمونة بنفسها لو هلكت كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح أصلا؛ لأن الكفالة تحصيل ضمان على الأصيل ولم يوجد المستعير، **والثاني**: الكفالة بعين

هي أمانة ولكن واجب التسليم كالجارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بتسليم الغير وردها لا بعينها حتى لو هلكت لا يجب على الكفيل قيمة الرد؛ لأن الرد والتسليم مضمون واجب على المستعير والمستأجر فقد كفل بما هو مضمون التسليم فصح **والثالث**: الكفالة بالعين المضمونة لغيره كالمبيع قبل القبض والمرهون مضمون بالثمن والدين ذكر في الأصل لا تصح الكفالة بالرهن مطلقًا؛ لأن الرهن أمانة عند المرتهن وليس بمضمون عليه لكن يصير مستوفيا لدينه عند هلاكه ولأن الكفالة بتسليم الرهن للراهن لا تصح؛ لأن رد الرهن غير واجب على المرتهن بعد قضاء الدين حتى كان مؤونة الرد على الراهن كما في الوديعة والكفالة بالمبيع قبيل القبض يصح؛ لأن تسليم المبيع مضمون على البائع متى نقد الثمن.

وذكر القدوري في شرحه: تصح الكفالة بتسليم الرهن؛ لأن تسليم الرهن مستحق على المرتهن متى قبض دينه كما في تسليم المبيع. **والرابع**: الكفالة بالعين المضمونة بالقيمة كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء يصح ويجب عليه تسليم العين ما دامت قائمة وتسليم قيمتها إذا هلكت. أوصى لرجل بما في بطن أمته وللآخر بالأم فأخذها صاحب الولد بدون أمر الآخر وأعطى بها كفيلا جازت؛ لأن ردها مضمون على الموصى له بالولد وكان بمنزلة ما لو كفل برد العارية، ولو كان أخذها بإذنه لا تصح الكفالة؛ لأنها أمانة عنده والكفالة بالأمانة باطلة، ولو أخذها صاحب الأمة وأعطى كفيلا بالولد لا يجوز؛ لأن الموصى له بالأمة له حق قبض الجارية، والغاصب لو أخذ الجارية لا يصير ضامنا للولد فالموصى له بالجارية أولى أوصى برقبتها لرجل وبخدمتها لآخر والمسألة بحالها صحت كفالة صاحب الرقبة فصار كما لو كفل برد العارية وأمانة عند الخدمة، ولو ماتت في يده لم يضمن الكفيل قيمتها وبرئ من الكفالة؛ لأن الوصية بالخدمة انتهت نهايتها فبرئ الموصى له بالرقبة على الرد فيبرأ الكفيل أيضًا كما لو هلكت العارية في يد الأصيل برئ الكفيل فكذا هي. وأما الكفالة بالأعمال استأجر دارًا بخدمة عبد بعينه لم تجز الكفالة بها؛ لأنه كفل بما هو مضمون لا يمكن استيفاؤه من الكفيل؛ لأن الإجارة وردت على خدمة عبد بعينه وخدمة غيره لا يقوم مقام

خدمته، ولهذا انتقضت الإجارة بهلاك العبد، وكذلك لو كفل بالخياطة بيد الخياط لم يجز؛ لأن خياطة الكفيل لا تقوم مقام خياطته، ألا ترى لو خاط تلميذه لا يستحق أجرًا وإن كفل تسليم العبد جازت الكفالة؛ لأنه كفل بما هو مضمون التسليم على الأصيل ويقدر الكفيل على إيفائه، فإن خاطه الكفيل يقوم مقام خياطته، ألا ترى لو خاط تلميذ هذا الخياط استحق الأجر؛ لأن المستحق عليه مطلق الخياطة لا خياطة بعينها، فإن فعل الكفيل يرجع على المكفول عنه بأجر مثل ما عمله بالغا ما بلغ؛ لأن له أن يرجع على الكفيل عنه بمثل ما كفل به إن كان مثليًا وبقيمته إن لم يكن مثليًا؛ لأن قيمة العمل أجر المثل. رجل دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم تجز الكفالة ولو لم يشترط عليه بنفسه جازت لما بينا، فإن مات الخياط برئ الكفيل رجل ضمن لامرأة بنفقة كل شهر عن زوجها ثم أراد أن يرجع عند كمال الشهر ليس له ذلك، ولو ضمن بالأجرة في إجارة كل شهر فله أن يفسخ ضمانه عند رأس الشهر، ولو قال: أنا ضامن لما يجيء عليك فلان لم يكن له أن يرجع قبل المتابعة؛ لأن له ألا يتابعه.

ولو أقرض رجلا شاة وقبضها فاستهلكها فضمنها رجل عنه لم يلزمه الضمان؛ لأنه ليست عليه شاة، ألا ترى إن رجل ذبح شاة لرجل فأكلها ثم ضمن رجل تلك الشاة لم يكن عليه ضمان؛ لأنه أنمى له قيمتها. رجل ضمن عن رجل مائة شاة، قال أبو حنيفة رحمه الله: الضمان باطل إلا أن يعلم أنه ضمن كفالة مهر.

وقال أبو يوسف: هو جائز في الغصب والمهر.

رجل قال لامرأة: إن زوجك قد طلقك بائنة وتزوجتك على ألف درهم وصدقته وضمن لها المهر ثم جاء الزوج وأنكر، قال أبو يوسف: الألف لازمة الضامن ما لم ينكر الزوج، فإذا أنكر بطل الضمان، وكذلك هذا في البيع. استأجر دارًا ليسكنها أو أرضا يزرعها وكفل بالزراعة أو السكنى لا يجوز؛ لأن السكنى والزراعة غير مضمون على الأصيل وهو المؤاجر فلأنه تعذر استيفاؤه من الكفيل؛ لأنه متى وقع العجز عن السكنى في هذه الدار لا تقوم بسكنى دار أخرى للكفيل مقامه كفل بالحمولة وأراد غير الإبل جاز.

ولو أراد الحمل على هذه الإبل لم يجز؛ لأن تسليم الحمولة على أي صفة كانت يمكن حال ما يجب تسليمه على الكفيل وأما استيفاء الحمل على الحمولة بعينها لا يتصور من الكفيل متى تعذر استيفاؤها من هذه الحمولة لمرضها أو لغصب غاصب؛ لأن دابة أخرى لا تقوم مقامها، ولهذا انتقضت الإجارة بهلاكها فصار كالكفالة بخدمة عبد أو بخياطة رجل بعينه، ولو كفل بالحمل مطلقًا يصح؛ لأن الكفيل يقدر على إيفاء حمل مطلق وهو الحمل على أي دابة شاء.

(باب ما تجوز به الكفالة وما لا تجوز)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الكفالة بالنفس.

والثاني: في الكفالة بالمال.

(فصل)

كفل برجل غائب أو محبوس يجوز؛ لأنه كفل بحق واجب على الأصيل وهو تسليم نفسه وهو مقدور التسليم؛ لأنه يعرف مكانه فيمكنه أن يذهب ويأتي به ويمكنه أن يؤدي ما على المحبوس ويخلصه من السجن وقد صدر الإيجاب والقبول من اثنين فصحت الكفالة. كفل بنفس أو بمال والطالب غائب لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز قبل عبده موقوفة كالفضولي إذا زوج غائبة من غائب ينعقد موقوفا على إجازتهما عنده فكذا هذا وقيل نافذة وهي الأصح، ولو قيل عنه غيره جاز بالإجماع لأبي يوسف أن الكفالة ليست بتمليك مال؛ لأنها تمليك مطالبة ومجرد المطالبة ليس بمال، ولهذا لو أبرأ الكفيل لا يرتد بالرد؛ لأنه إسقاط محض وتمليك ما ليس بمال ثم يتم بالمباشر وحده كإبراء الدين.

لهما: أن الكفالة تمليك وليس بإسقاط؛ لأن الكفيل بالكفالة يملك المكفول له مطالبته؛ لأنه ليس للمكفول له ولأنه مطالبة الغير فالكفيل بالكفالة يملكه ما ليس له وليس يسقط من حق المطالبة شيئًا وكان تمليكا محضا وليس لأحد ولاية إثبات

الملك للغير إلا بالقبول منه أو من نائبه كالهبة بخلاف ما لو وجد القبول من الأجنبي ينعقد موقوفا؛ لأن الأجنبي يصبح نائبا عنه في الاستيفاء فصلح نائبا عنه في قبول الكفالة التي هي طريق الاستيفاء، فأما المطلوب لا يصلح نائبًا عن الطالب في الاستيفاء فلم يصح نائبا عنه في قبول الكفالة.

كفل لرجل غائب وقبل عنه فضولي جاز موقوفًا وللكفيل أن يخرج بنفسه من الكفالة قبل إجازتهما عندهما فرارا عن العهدة، فإنه يلزمه العهدة بالكفالة فيفر عنها بالفسخ كما في البيع.

مريض قال لوارثه: اضمن عني ديني، والمطالب غائب، جاز استحسانًا.

ولو مات لا عن تركة لا يؤخذ الوارث بأدائه؛ لأن حق الغرماء لما تعلق بماله ترك المريض منزلة الأجنبي فلهذا لا تنفذ تصرفاته المبطلة لحق الغرماء فصار كما لو خاطبه الأجنبي فقال اضمن لفلان فقال فعلت ثم عقد الضمان فكذا هذا وإنما صح العقد لمجرد الطلب من غير تحديد القبول؛ لأن قوله اكفل هذا لا يحمل على المساومة، فكان المراد منه التحقيق فصار سنة النكاح ولأنهم لما ضمنوا والتزموا المطالبة بعد طلب المريض فقد رضوا بصيروتهم خلفا للمريض فصاروا خلفاءه في قضاء دينه فتورث بحكم الخلافة لا بحكم الكفالة فلا يكون الضمان عليهم بحكم الكفالة، فإذا مات لا عن تركة انقطعت الخلافة فلا يؤاخذ قال: أنا كفيل لفلان أو فلان جاز وتسلم إليه أيهما شاء فيبرأ؛ لأن الكفالة التزام مطالبة بلا عوض فيكون حق البيان إلى المحكوم كما في الإقرار ولأن البيع على هذا الوجه جائز مع ضيق حاله فلأن تجوز الكفالة مع سعة حالها أولى، وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز بنفس الحد عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن لا يجبره على إعطاء الكفيل بل إذا سمحت وطابت نفسه بإعطاء الكفيل تجوز الكفالة وعندهما يجبره؛ لأن موجبهما التزام تسليم النفس وتسليم النفس إلى مجلس القاضي هاهنا أوجب فألزم فكانت الكفالة بها أوجب وأحكم.

له: أن الكفالة شرعت وثيقة محصنة، والحدود مبناها على الدرء واستيثاق ما

بني على الدرء مناقضة بخلاف سائر الحقوق فإنه يحتال بإنهائها فيليق بها الاستيثاق.

(فصل)

وتجوز الكفالة بكل دين في ذمة إنسان صغير أو كبير مأذون أو محجور عليه والدين حال أو مؤجل؛ لأن الكفالة التزام المطالبة والمطالبة، وإن لم تكن متوجهة للحال ولكن سبب التوجه قائم وهو الدين والتزام الحكم بعد وجود سببه جائز.

دين لرجلين على رجل فكفل أحدهما لصاحبه حصته لم يجز؛ لأنه تعذر تصحيح الكفالة بنصف الدين؛ لأن قسمة الدين قبل قبضه لا يتصور وتعذر تصحيحا بنصف شائع؛ لأنه يصير كفيلا لنفسه؛ لأنه متى قبض نصف الدين كان للمكفول له أن يأخذ من ذلك نصفه؛ لأن المقبوض من دين مشترك يقع مشتركا ومتى قبض نصف ما قضى انتقض القضاء من الأصيل فيما قبض؛ لأن الواحد لا يصلح أن يكون قاضيا ومقتضيا فصلت كأنه لم يقض إلا ما بقي في يد المكفول له فيكون نصف ما بقي في يده اتصالا به من دين مشترك ثم هكذا إلى أن ينتهي إلى الجزء الذي لا يتجزأ ولا يتصور ذلك في الأوهام فمتى صحت الكفالة في جزء شائع صار كفيلا لنفسه فلا يصح.

قال ما يدعي عليه فهو عليّ لم يلزمه المطلوب إلا بحجة ويلزم الكفيل؛ لأن إقرار الكفيل حجة في حقه لا في حق غيره وثبوت المال في حق المطلوب بشرط بجواز الكفالة؛ لأن المال على المطلوب إن لم يثبت في حقه بجحوده يثبت في زعم الكفيل والطالب، وإذا ثبت المال في حقهما صار كفيلا بحق واجب للطالب في زعمهما فصحت الكفالة كما في الصلح على الإنكار.

ولو قال الكفيل: ما لك عليه فهو عليّ ثم أنكر الكفيل شاء عليه لم يلزمه إلا ببينة أو إقراره؛ لأنه لم يقر بوجوب المال للطالب على المكفول له، فإنه قال ما لك عليه والشيء قد يكون مالا وقد يكون غير مال.

ولو قال لك عليَّ ما أقر به لزمه ما أقر به المطلوب؛ لأنه أضاف الكفالة إلى

سبب وجوب المال، فإن إقرار المطلوب سبب للوجوب وإضافة الكفالة إلى ما هو سبب الوجوب جائز، كما لو قال أنا كفيل ما كان على فلان أو بما وجب لك على فلان قال ما ادعيت إن لم أوافك به غدا فهو عليّ فلم يواف به غدا فادعى الطالب ألف درهم وصدقه المطلوب لم يصدق على الكفيل إلا ببينة أو إقراره والقول قول الكفيل مع يمينه على علمه بخلاف ما لو ادعى عليه ألفًا فقال رجل إن لم أوافِك به غدا فعليَّ ما ادعيت يلزم الكفيل ما ادعاه متى لم يواف به، وإن لم يثبت والفرق أن في الأولى الكفالة غير مضافة إلى ما هو سبب الوجوب؛ لأنها مضافة إلى دعوى ستوجد في المستقبل ومجرد الدعوى ليس بسبب للوجوب فتجعل مضافة إلى ما هو سبب الوجوب وهو الدعوى المبينة بالبينة أو الإقرار كي لا يلغو وفي الثانية أضاف الكفالة إلى دعوى موجودة فقد أضافها إلى ما هو واجب للحال في حق الطالب والكفيل إن لم يكن واجبا في حق المطلوب وصحة الكفالة مبنية على ما هو واجب للحال في زعم الكفيل والمكفول له؛ لأن الحق لا يعدوهما متى أنكر المطلوب والكفالة تصح بدون رضى المطلوب والوكالة لا تصح إلا برضاء الموكل؛ لأن في صيرورته وكيلا عنه في الخصومة ضررًا بالموكل؛ لأن الناس يتفاوتون في الخصومات والتصرفات فيشترط رضاه ليصير راضيًا بالضرر على المطلوب في صيرورته كفيلا بغير أمره بل فيه منفعة وهو عدم الرجوع عليه بالأداء.

ولو قال لرجل: كفلت لك بمالك على فلان وهو كذا أو كفلت لفلان آخر بماله وهو كذا لم يلزمه شيء ولو كان المالان لرجل واحد على رجلين جاز وأيهما شاء كفيل لزمه؛ لأن جهالة المكفول به مانعة صحة الكفالة وجهالة المكفول به غير مانعة؛ لأن مع جهالة المكفول له لا يمكن القضاء بإحدى الكفالتين بعينها؛ لأنه ليس إحداهما بأولى من الأخرى ولا يمكن القضاء بإحداهما مجهولة فلا يقضي بشيء فأما أمكن القضاء بصحة الكفالة مع جهالة المكفول به وهو أن يقضي بوجوب أحد المالين للطالب على الكفيل يعني أيهما شاء ويؤدي الكفيل أي المالين شاء.

وكذلك الكفالة بنفس فلان أو بنفس فلان كفل عن ميت مفلس بدين لم يصح عند أبي حنيفة خلافا لهما رحمهما الله.

ولو ترك مالا جاز بمقداره لهما: أنه كفل بدين قائم؛ لأن الدين يبقى بعد الموت بدليل أنه يصح الإبراء عنه والأداء.

ولو تبرع عنه إنسان جاز ولا يمكنه الرجوع، ولو لم يكن الدين باقيًا لما صح الإبراء والأداء ولأمكنه الرجوع؛ لأنه أدى لسقط عن الميت دينا، فإذا لم يكن عليه دين كان بصدد من الرجوع له أنه كفيل بدين ساقط؛ لأن الدين عبارة عن فعل واحد وهو تمليك المال وتسليمه بدلالة أنه يوصف بالوجوب والأفعال يوصف بالوجوب حقيقة لا الأعيان، ولهذا لا يجوز نفي الوجوب عن الأفعال ويجوز نفي الوجوب عن الأعيان وهذا أمارة المجاز وتلك أمارة الحقيقة ولا فعل هنا يوصف بالوجوب سوى تمليك المال وتسليمه وبالموت عجز عن الفعل فبطل وجوب الفعل أصلا فلا تصح الكفالة؛ لأن التزام الدين ولا دين يتصور بخلاف ما لو ترك مالا؛ لأنه قادر بخليفة وهو الوارث؛ لأن التمليك فعل يحتمل النيابة وهنا لا يقدر بخليفة؛ لأن الوارث إنما يخلف المورث في التمليك في المال المتروك منه والإبراء والأداء إنما صح في حق إسقاط الإثم عنه دون الدين؛ لأن الدين متى وجب في حال الملاءة يصير ظالما ومماطلا بترك الإيفاء فيكون آثما في الآخرة وإنما صح التبرع؛ لأنه حصل للمتبرع نوع عوض وهو تخليصه عن الوبال والوزر وتبريد جلدته على النار بإرضاء خصمه ومن تبرع لعرض وحصل عرضه ينقطع حق الرجوع للمتبرع فيما تبرع كما لو وهب لولده أو زوجته.

(**المنتقى**): أصله: أنه متى أضاف الضمان إلى ما هو سبب اللزوم للمال فذلك جائز كضمان الدرك ومتى أضاف الضمان إلى ما ليس بسبب للزوم فذلك الضمان باطل كقوله إن هبت الريح فمالك على فلان عليّ.

وفي (**نوادر هشام**): عن محمد: لو قال لآخر: ما غصبك فلان أو سرقك فأنا له ضامن جاز؛ لأنه أضاف الضمان إلى ما هو سبب الوجوب وهو الغصب والسرقة والمكفول له معين معلوم.

ولو قال: ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمي إنسانا

بعينه؛ لأن تقديره ضمنت لك ما يجب لك على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجز؛ لأن المكفول له مجهول.

وقال الحسن في (**المجرد**): قال أبو حنيفة رحمهما الله: لو قال لرجل: ما بايعت فلانا فعليّ فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن مبايعاته أول مرّة لا غير.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: يلزمه كله؛ لأن كلمة ما كلمة عامة والمبايعة اسم جنس فيتناول جميع مبايعاته.

لأبي حنيفة: أنه لا يمكن صرف الكفالة إلى جميع المبايعات فصرفنا إلى مبايعاته مرة واحدة وهي الأولى، وكذلك في العرف يراد به المبايعة مرة واحدة، فإن قال الطالب بعته متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وجحده الكفيل قال في كفالة الأصيل لزم المال الكفيل؛ لأن اسم المبايعة يطلق على الواحد وأنه متيقن فالزيادة مشكوك فيها.

ولو نهاه الكفيل على المبايعة حتى إنهما حكيا أمرا أنشأه للحال.

ولو أنشأ المبايعة للحال بمعاينة لا يلزمه شيء جاز بمعاينة الكفيل يلزمه المال فكذلك إذا حكيا عنه؛ لأن نهيه عن المبايعة رجوع منه عن الكفالة وهو يملك ذلك.

وفي مختصر الحاكم روى أسد بن عمر وعن أبي حنيفة رحمهما الله: القول فيه قول الكفيل؛ لأن تصادقهما على المبايعة ليس بحجة في حقه.

ولو قال: ما أقر لك به من شيء فعليّ فقامت بينة عليه أنه كان أقر قبل الكفالة بألف درهم لم يلزم الكفيل إلا أن يقر بعد الكفالة؛ لأنه أضاف الكفالة إلى إقرار بعد الكفالة لا إلى إقرار قبل الكفالة.

رجل اقتضى من رجل ألفا وضمن له رجل أن يبدل له ما فيها من زائف أو نبهرجة أو ستوقة أو درهم لا يجوز، فضمانه جائز، والقول قول الطالب في أنه وجده زيوفًا ونحوه ويستبدلها من الكفيل في قول أبي يوسف ويدفع إليه ما وجد فيها مما لا يجوز، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يستبدلها من الكفيل حتى يحضر الذي اقتضى منه المال فيقضي عليه ببدله ثم يرجع الطالب على الكفيل؛ لأن

الاقتضاء بالزيوف قد صح وما لم ينتقض الاقتضاء لا يرجع بالجياد ولا ينتقض الاقتضاء إلا بالقضاء، وفي الستوقة يجب عليه ردها فما لم يردها لا يطالبه بقضاء الجياد، ولو أخذ المولى من عبده كفيلا بنفسه فأبق العبد أو كفل بعد إباقه لم يضمن الكفيل؛ لأن العبد لا يكون مضمونًا على نفسه بالإباق فلا يكون مضمونًا على غيره.

قال أبو يوسف في (**المنتقى**): رجل اشترى من رجل ثوبًا بعشرة دراهم فضمن إنسان للبائع الثوب أو عشرة دراهم فضمانه باطل، وإن كان في البيع جاز ثلاثة أيام للبائع أو للمشتري فضمانه جائز وعليه العشرة أو الثوب فإن كان الخيار للبائع فأمضى البيع أخذ الكفيل بالثمن فهو عشرة، وإن نقض البيع أخذ الكفيل بالثوب؛ لأن البيع بشرط الخيار سبب للزوم أحدهما أما الثمن إن أبرم البيع، وأما المبيع إن انتقض فأما البيع البات سبب للزوم الثمن لا غير وقد كفل بأحدهما وأنه مجهول فلم يصح. والله أعلم.

(باب الكفالة بالنفس)

[(**المبسوط**)][1]: مسائله على فصلين:

أحدهما: في الكفالة بالنفس وحدها.

والثاني: في الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة.

(فصل)

الكفالة بالنفس جائزة خلافًا للشافعي.

والصحيح قولنا؛ لأنه التزام ما هو مضمون التسليم وهو قادر على التسليم؛ لأن على الأصيل أن يحضر بنفسه مجلس القضاء والتسليم والحضور عنده سواء لأن كلاهما عبارة عن دفع الموانع في مجلس القضاء؛ لأن القاضي مأمور بقطع الخصومة ورفع المنازعة ولا يمكنه ذلك إلا بالحضور عنده ليمكنه إلزامه بإيفاء الحق أو حبسه متى ظهر الحق وهو قادر على تسليمه؛ لأن التسليم هو التخلية بينه

(١) ما بين المعكوفتين في (س): قال في الزيادات.

وبين المُدَّعَى عليه والدلالة على مكانه بواسطة رفع الموانع وهو قادر على دفع الموانع بأن يقول هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه فوجب أن يصح التزامه؛ لأن حاجة المكفول له إلى تصحيح الكفالة هاهنا أمس وأشد من الحاجة إلى تصحيح الكفالة بالمال؛ لأن المطلوب ربما تغيب ويخفي نفسه فيعجز الطالب عن الوصول إلى حقه فيحتاج إلى أن يستوثق منه بالكفيل حتى يطالب الكفيل عند العجز عن مطالبة الأصيل.

كفل برأس رجل أو جزء شائع أو بوجهه أو بروحه أو ما يعبر به عن الجملة جاز؛ لأن هذه الأعضاء مما يعتريها عن جميع البدن فصار كأنه أضافها إلى البدن والروح شائع في جميع البدن فكان بمنزلة الإضافة إلى جزء شائع، ولو كفل بعينه لم يذكره محمد رحمه الله في الكتاب.

وحكي عن الفقيه أبي بكر البلخي رحمه الله أنه قال: لا تصح الكفالة ولا يقع الطلاق متى أضافه إليه؛ لأن العين وإن كان يعبر بها عن جميع البدن لغة يقال: هذا عين القوم أي جاسوسهم، ويقال: هذا من العيون أي ناظرًا إلا أنه لم يوجد فيه استعمال الشرع وتعارف الناس فبقي الاسم للعين حقيقة، ولما استعمل له في اللغة بمنزلة المجاز فلا جرم لو نوى البدن صحت النية، فأما في غير نية تنصرف إلى العضو الفرد وهو العين [الناظرة][1] حقيقة، وكذلك لو قال: عليّ أن أوافيك به أو ألقاك به جاز؛ لأن الموافاة مأخوذة من الإيفاء والموافاة والتسليم في اللغة سواء.

وقوله: على أن ألقاك به، معناه على أن آتيك به والإتيان إليه والتسليم سواء.

ولو قال: هو عليّ حتى يجتمعا أو حتى يتوافيا أو يلتقيا فهو كفالة إلى غاية؛ لأنه أوجب على نفسه تسليم المكفول به إلى غاية؛ لأن معنى قوله هو عليّ على أن عليّ تسليمه؛ لأن كلمة عليّ كلمة إيجاب وهو كناية عن المطلوب وغير المطلوب لا يتصور أن يكون واجبا في الذمة وتسليمه يتصور واجبا فجعل قوله هو كناية عن تسليمه حتى لا يلغو كما جعل قوله كفلت بنفسه عبارة عن تسليمه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الباصرة.

ولو قال: أنا ضامن لك حتى يجتمعا أو يلتقيا ذكر في رواية أبي سليمان أنه يصير كفيلا، وذكر في رواية أبي حفص: لا يصير كفيلا وهذا ليس باختلاف الرواية ولكن الأول الاستحسان والثاني هو القياس. وجه القياس: أن المكفول به مجهول الجنس، فإنه لم يذكر أن المضمون به نفس المطلوب أم الدين عليه وجهالة المكفول به يمنع صحة الكفالة. وجه الاستحسان: أن المقصود من تسليم النفس إنما هو استخراج المال والمقصود من تسليم المال هو الوصول إليه فكان الجنس متحدا باعتبار المقصود فيثبت المتيقن منهما وهي الكفالة بالنفس، كما لو قال لفلان عليّ درهم أو دينار لما كان الجنس متحدا باعتبار المقصود وهي المالية يثبت المتيقن وهو الدراهم فكذا هذا.

ولو قال: أنا ضامن لمعرفته لا يلزم؛ لأنه ضمن تعريفه وتعريفه يتصوّر بدون تسليمه. أخذ من رجل كفيلا ثم أخذ كفيلا آخر فهما كفيلان؛ لأن حكمهما التزام المطالبة وأنه يحتمل العدد والتزام الأول لا يمنع التزام الثاني كفل بالنفس فلزم الطالب الكفيل فأعطاه كفيلا بنفسه أو بما عليه وهو مائة درهم جاز وأي ذلك شاء الكفيل لزمه، وكذلك لو كفل بنفس فلان أو بما عليه.

(فصل)

أخذ كفيلا بنفس رجل ووكيلا في خصومته ضامنا لما قضى عليه جاز؛ لأنه جمع بين عقود ثلاثة بين الكفالة بالنفس والوكالة بالخصومة والكفالة بالمال وكل واحد يجوز حالة الانفراد فيجوز حالة الاجتماع للمبالغة في الوثيقة والوكالة ليتوصل إلى المال من جهته بعد إثبات الحق عليه، وإن دفع المكفول به إلى الطالب يبرأ عن الكفالة وبقي وكيلا بالخصومة ووكيلا بالمال؛ لأن البراءة عن الكفالة بالنفس معلقة بتسليم النفس وقد وجد فلا يبقى ولم يعلق البراءة عنهما بموافاة المكفول به فيبقى، وإن شرط الكفيل أنه متى وافى، وأما المكفول به كان بريئا عن الكل برئ عن الكفالتين ولا يبرأ عن الوكالة؛ لأن تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط جائز وتعليق العزل والحجر بالشرط لا يجوز.

(**المنتقى**): رجل كفل لرجل بنفس رجل بأمره ثم غاب المكفول له وأراد الكفيل أن يأخذ المكفول به حتى يبرئه مما أدخله فيه فله أن يأخذه بذلك ويحبسه حتى يخرجه مما أدخله فيه، وإذا حبس الكفيل بالنفس فيثبت عند القاضي أنه لا يقدر على إحضار المكفول به بعينه، وقد يلزم القاضي في ذلك خلى سبيله، وإذا أراد القاضي تخليته بعث إلى الذي حبسه إن كان في المصر فأحضره ورفعه إليه، وإن شاء لازمه، فإن كان في ملازمته ذهاب قوته وقوت عياله أمره أن يقيم له كفيلا بنفسه ثم يخلي سبيله فيسترزق الله تعالى.

(باب أخذ الكفيل للمدعي حتى يقيم البينة)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في أخذ الكفيل بالنفس المدعى عليه.

والثاني: في أخذ الكفيل بالمدعى به.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: فيمن يجيز على إعطاء الكفيل ومن لا يجيز.

والثاني: في صفة الكفالة وكيفيتها.

أما **القسم الأول**: رجل ادعى قبل رجل مالا ومثال أن يأخذ منه كفيلا بنفسه ينظر إن قال المدعِي لي بينة حاضرة في المصر فالقاضي يأخذ منه كفيلا استحسانًا لا قياسًا وجه القياس: أن مجرد الدعوى ليس بسبب للاستحقاق لكونه معارضًا بالإنكار فلا يجب على المُدَّعَى عليه إعطاء الكفيل. وجه الاستحسان: أن في أخذ الكفيل نظرًا للمدعي وهو التوصل إلى إثبات حقه، فإنه متى أحضر بينة ربما يخفي المدَّعى عليه نفسه فلا يقدر المدعِي على إثبات حقه بالبينة وليس فيه ضرر بالمدعى عليه إذا لم يكن من قصده الاختفاء، وإن كان من قصده الاختفاء يكون ظالما ولا يراعي حالته والمدعي ينتفع له فيصير إلى الكفيل، فإن قال المدعِي: لا

بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل؛ لأنه لا فائدة في التكفيل، فإن حقه تعين في اليمين؛ لأنه ليس كل غائب يؤوب وكذلك إن كان المُدَّعَى عليه مسافرًا لا يجبر على إعطاء الكفيل؛ لأن الكفيل يمنعه من السفر والذهاب إلى منزله فيتضرر لكن يؤجله إلى وقت قيامه من مجلس الحكم، فإن أبى المدعِي ببينة وإلا خلى سبيله؛ لأن من حجة الطالب أن يقول للقاضي ظننت أن يقر المطلوب بحقي أو كنت أعلم أنه ينكر لكنت آتي بالبينة فلا يجد بدًّا من أن يخرج من عند القاضي فبطلت بشهوده في المصر فيخلى سبيله فيقدر ذلك إلى آخر المجلس وليس في هذا القدر كبير ضرر بالمطلوب؛ لأنه لا ينقطع عن الرفقة هذا إذا علم القاضي أن المطلوب مسافر، فإن أشكل على القاضي أنه مسافر أو مقيم وقال المطلوب: أنا مسافر سأل القاضي أولا عن المدعِي أهو مسافر، فإن قال عليّ هو مسافر فقد ثبت كونه مسافرا بإقراره فيؤجله إلى آخر المجلس، وإن أنكر كونه مسافرا تكلموا فيه قبل القول قول المدعِي؛ لأنه متمسك بالأصل وهو الإقامة في موضع الإقامة وهو المصر وقيل ينظر إلى رده وثباته، فإن كان ثبات السفر فجعله مسافرا، فإن عرف بنفسه وإلا بعثه إلى رفقته وقيل يسأله عمن يريد السفر معه يبعث إلى الرفقة أمينا يسأله أن فلانا هل استعد للخروج معكم، فإن قالوا نعم قد استعد لذلك الأمر يثبت كونه مسافرا فهكذا قال مشايخنا في المستأجر إذا أراد فسخ الإجارة بعذر السفر وقد مر هذا. ثم اختلف المتأخرون قيل يقبل قوله ويؤجله إلى آخر المجلس إن أحضر المدعِي بينة وإلا خلى سبيله، وقيل يسألهم عن الخروج متى يريدون الخروج ويكفله إلى ذلك الوقت، وإن لم يعلم من حاله يجبره على إعطاء الكفيل؛ لأنه لم يستعد ونحن نعلم أنه ينفي لأجل الاستعداد ثلاثة أيام، فإن طلب المدعِي أن يعطيه كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة قال نأمره بذلك؛ لأنه ربما لا يبالي بالكفيل فيخفي نفسه فلا ينكر إقامة البينة على الكفيل فيأخذ الوكيل لتمكنه إقامة البينة عليه والتوصل إلى إحياء حقه عند اختفائه، فإن أبى إعطاء الوكيل لا يجبره بخلاف الكفيل لما مر.

ولو قال الطالب: لي بينة حاضرة ولكن حلفه، فإن حلفه أقيم البينة عليه هل يجيبه القاضي إلى ذلك لم يذكره محمد رحمه الله في الأصل.

وذكر في (النوادر): عند أبي حنيفة رحمه الله: لا يجيبه ويقول له أقم البينة وعندهما يحلفه، فإن حلف أقام البينة.

لهما: أن للمدعي طريقين إلى إثبات حقه البينة أو اليمين، فإنه ربما ينكل فيقضي عليه بالنكول ويكون هذا أيسر على المدعِي من إحضار البينة فيحلفه رجاء أن يثبت حقه بأيسر الطريقين. له: أن اليمين إنما شرعت حقا للمدعي حال عدم البينة قال النبي صلى الله عليه وسلم للمدعي: "**شاهد البينة أو يمينه**"[1] فقد رتب اليمين على البينة فلا يكون اليمين حقا له حال وجود البينة.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١١٠ (٢٣٥٦ و٢٣٥٧) قال: حدثنا عبدان، عن أبي حمزة، عن الأعمش. وفي ٣/١٢١ (٢٤١٦ و٢٤١٧) و٣/١٧٧ (٢٦٦٦ و٢٦٦٧) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا أبو معاوية، عن الأعمش. وفي ٣/١٤٣ (٢٥١٥ و٢٥١٦) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ٣/١٧٨ (٢٦٦٩ و٢٦٧٠) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. وفي ٣/١٧٩ (٢٦٧٦ و٢٦٧٧) قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: أخبرنا محمد بن جعفر، عن شعبة، عن سليمان. وفي ٦/٣٤ (٤٥٤٩ و٤٥٥٠) قال: حدثنا حجاج بن منهال، قال: حدثنا أبو عوانة، عن الأعمش. وفي ٨/١٣٤ (٦٦٥٩ و٦٦٦٠) قال: حدثني محمد بن بشار، قال: حدثنا ابن أبي عدي، عن شعبة، عن سليمان، ومنصور. وفي ٨/١٣٧ (٦٦٧٦ و٦٦٧٧) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا أبو عوانة، عن الأعمش. وفي ٩/٧٢ (٧١٨٣ و٧١٨٤) قال: حدثنا إسحاق بن نصر، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا سفيان، عن منصور، والأعمش. و«مسلم» ١/٨٥ (٢٧٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا وكيع (ح) قال: وحدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبو معاوية، ووكيع (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم الحنظلي، واللفظ له، قال: أخبرنا وكيع، قال: حدثنا الأعمش. وفي ١/٨٦ (٢٧٣) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا جرير، عن منصور. و«ابن ماجه» (٢٣٢٢) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن نمير، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع، وأبو معاوية، قالا: حدثنا الأعمش. و«أبو داود» (٣٢٤٣) قال: حدثنا محمد بن عيسى، وهناد بن السري، المعنى، قالا: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش. وفي (٣٦٢١) قال: حدثنا محمد بن عيسى، قال: حدثنا أبو معاوية، قال: حدثنا الأعمش. و«الترمذي» (١٢٦٩ و٢٩٩٦) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٩٤٨) قال: أخبرنا هناد بن السري، عن أبي معاوية، عن الأعمش. وفي (٥٩٤٩ و١٠٩٤٥ و١٠٩٩٦) قال: أخبرنا الهيثم بن أيوب، قال: حدثنا يحيى بن زكريا، عن الأعمش. وفي =

ادعى على آخر أنه عبده وقال: أنا حر الأصل أو ادعى على امرأة نكاحًا أو الذمي ادعى على مسلم إتلاف خمر أو خنزير وادعى بينة حاضرة يأخذ له كفيلا بنفسه.

ولو ادعى حقًّا على محبوس في حق وطلب من القاضي أن يخرجه من السجن يتخاصم يخرجه ثم يرده ولا يأخذ منه كفيلا بنفسه؛ لأنه لا يفيد في يد القاضي وإنما يأخذ الكفيل بسؤال المدعِي؛ لأن الأخذ لحقه فيشترط طلبه وقيل هذا إذا كان عالما بالخصومة فأما إذا كان جاهلا فلم يطلب الكفيل.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه يأخذ الكفيل؛ لأنه إذا كان عالما ولم يطلب فقد رضي بذلك فالقاضي لو أخذ كفيلا يصير منشأ للخصومة وليس له ذلك. أما إذا كان جاهلا يكون مجيبا لحقه ومحتبسا وفي حد القذف والقصاص لا يجبر على إعطاء الكفيل عند أبي حنيفة خلافا لهما وفي الحدود الخالصة لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر لا يجبر بالإجماع وقد مرت، فإن شهد على المطلوب شاهد عدل حبسه القاضي عند أبي حنيفة؛ لأنه تم أخذ شطري الشهادة وهو العدالة ولو تم العدد وانعدمت العدالة بيّنا التهمة حتى وجب الحبس فكذا إذا تمت العدالة وانعدم العدد بموجب التهمة فيحبس توثيقا للنفس، وعند أبي يوسف ومحمد لا يحبسه؛ لأن عندهما يجبر على إعطاء الكفيل فحصل التوثيق فلا حاجة إلى الحبس، ولو أقام شاهدًا مستورًا لا يحبس بالإجماع.

=

(٥٩٥٠) قال: أخبرني محمد بن قدامة، قال: حدثنا جرير، عن منصور. و«أبو يعلى» (٥١١٤) قال: حدثنا محمد بن أبي بكر، قال: حدثنا حماد بن زيد، قال: حدثنا عاصم. وفي (٥١٩٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم، قال: حدثنا الأعمش. و«ابن حبان» (٥٠٨٤) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن أبي معشر، قال: حدثنا محمد بن وهب، ابن أبي كريمة، قال: حدثنا محمد بن سلمة، عن أبي عبد الرحيم، قال: حدثني زيد بن أبي أنيسة، عن سليمان. وفي (٥٠٨٦) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم، قال: حدثنا الأعمش. ثلاثتهم: (سليمان الأعمش، وعاصم بن أبي النجود، وهو ابن بهدلة، ومنصور بن المعتمر) عن أبي وائل، شقيق بن سلمة، فذكره.

ولو أقام شاهدين مستورين يحبس بالإجماع؛ لهما: أن قول الواحد العدل ليس بحجة أصلا في المعاملات والجنايات فلا يثبت به شبهة الجناية فلا يحبس، له: أن الظاهر من حال العدل أنه صادق في مقالته وشهادته لوجود المرجح فيصدق في وهو العقل والدين أو العدالة إذ هي تجنيب عن محظورات دينه وعقله ولكنه لم يصر حجة متكاملة شرعا مع كونه حجة عقلا فتثبت الجناية بقوله من وجه فيحبس استيثاقًا واستوكادًا، وكذلك في حد شرب الخمر.

فأما في حد الزنا لو شهد عدلين لا يحبس المشهود عليه ويحدّ الشاهدان حد القذف؛ لأنه مأمور بالسر والكتمان والإخفاء منهي عن الإشاعة والإفشاء.

امرأة ادعت قبل زوجها قذفًا ووجب اللعان لم يوجد بها كفيل عند أبي حنيفة خلافا لهما رحمهما الله؛ لأن موجبه الحد وفيه خلاف وفي الجراحة خطأ والقتل خطأ يجبر على إعطاء الكفيل؛ لأن موجبه المال وفي السرقة لا يجبر على إعطاء الكفيل في حق القطع؛ لأنه خالص حق الله تعالى ويجبر على إعطاء الكفيل بالمال المسروق إذا ادعى المسروق منه رده على السارق وكل شيء يجب فيه التعزير يجبر على إعطاء الكفيل؛ لأن التعزير حق العبد يسقط بعفوه ويستحلف فيه ويثبت مع الشبهات حتى تثبت بشهادة النساء مع الرجال فصار كالأموال ولأن التعزير تثقيف وليس بعقوبة كضرب الصبي والزوجة والدابة تثقيف وتأديب، وإن كان في صورة العقوبة، ولهذا اختلف التعزير باختلاف الناس باتفاق الجنايات؛ لأن الناس يتفاوتون بما يقع به التثقيف، وإذا كان هذا تثقيفا يجب أخذ الكفيل عنه؛ لأن الاحتياط واجب في باب التثقيف فكذلك الاستيثاق وقد وجب حقا للعبد، فإنه ينتفع به وهو يشفي الصدور.

وأما **القسم الثاني**: فعند أبي حنيفة رحمه الله يأخذ كفيلا ثلاثة أيام لأنه لا يمكن للمدعي طلب الشهود وإحضارهم إلا بمدة لتفرقهم في حوائجهم وتقلبهم في أمور معايشهم ومعادهم فلا بد له من مدة فقدرناه بثلاثة أيام؛ لأنها أدنى الآجال وإلا الأوثق في الكفالة بالنفس أن لا يوفيها وأقل مدتها جلوس القاضي مرة أخرى؛ لأن الظاهر أن البينة لما كانت حاضرة في المصر يتمكن من إحضارها إلى مجلس

القاضي مرة أخرى ثم هذا التأجيل ليوثقه المدعِي حتى يتمكن من طلب الشهود وإحضارهم مجلس الحكم في المرة الثانية لا ليوثقه الكفيل، فإن الكفيل قادر على أن يسلمه للحال فيصير الأجل حقا للمدعي، فإن شاء طالبه بالتسليم قبل مضي المدة وله أن لا يقبل في المدة ليتمكن من إحضاره ولو سلم الكفيل في المدة ولم يقبله المدعِي لا يبرأ ليتمكن من إحضاره في اليوم الثالث وقت جلوس القاضي فيحصل ما هو مقصوده من أخذ الكفيل، وإن أعطاه المُدَّعَى عليه كفيلا فقال المدعِي لا أرضى بهذا، فإنه ليس بثقة، فإن القاضي يأخذ له منه كفيلا ثقة؛ لأن المقصود لا يحصل إلا به؛ لأنه كما يتوهم أن يهرب المُدَّعَى عليه يتوهم أن يهرب الكفيل الذي هو غير ثقة فلا يحصل الاستيثاق. وليس للمدعي أن يريد كفيلا تاجرا معروفا في الناس؛ لأن المقصود وهو الاستيثاق وهو حاصل بهذا الكفيل الثقة إذا كان يؤمن عليه من الهرب فما وراء ذلك من شهوات النفس وذلك لا غاية له والثقة أن يكون له دار معلومة أو يكون تاجرا له حانوت معلوم لا يمكنه أن يخفي نفسه أما إذا كان اكترى حجرة يسكن فيها لا يكون ثقة؛ لأنه إذا أتبع ربما يتوارى فلا يقدر عليه فلا يحصل معنى التكفيل فكان له أن لا يرضى به كفيلا، فإن قال المُدَّعَى عليه لا كفيل لي فالقول له؛ لأنه متمسك بما هو الأصل، فإن العجز عن وجود الكفيل أصل وأمره القاضي بملازمته حتى يحضر بينة فلا يحبسه لقوله عليه السلام: "**لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ**"[1] فأراد باللسان التقاضي وباليد الملازمة، ولأنه لا يتوصل إلى حقه إلا به؛ لأنه ربما يخفي نفسه فلا يقدر عليه لإقامة البينة عليه.

وتفسير الملازمة: أن يدور معه أينما دار ويبعث معه أحدًا من أمنائه ليكون معه حتى إذا اتفق له إقامة البينة يتوصل إليه.

وليس تفسير الملازمة أن يحبس في موضع؛ لأن ذلك حبس والحبس غير

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٢٢٨١/٦) من حديث أبي عيينة الخولاني رضي الله عنه وضعف أحد رواته واستنكر له هذا الحديث، ويدل عليه ما أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: "إن لصاحب الحق مقالًا" (فتح الباري ٥٦/٥ ط السلفية) ومسلم (١٢٢٥/٣ ط عيسى الحلبي).

مستحق عليه بنفس الدعوى لكن يدور معه حيث ما دار ولا يمنعه من إشغاله بأعماله بل يشتغل هو بمصالحه ويصرفه فيكون الرجل معه حتى إذا انتهى إلى باب داره يقول أتأذن لي فأذن معك ويسكن حيث تسكن أنت وإلا فاجلس معي على الباب ومن القضاة المتأخرين أوجب الحبس إذا قال المدعِي: بينتي حاضرة؛ لأن المطالب ربما لا يمكنه أن يلازم المطلوب لحاجته إلى طلب الشهود وإحضارهم ولم يمكنه أخذ الكفيل من المطلوب لتكون وثيقة في إحضاره لما قال ما أخذ فلو لم يحبسه له لا يقدر الطالب على إحضاره لإقامة البينة عليه فهذا على وجه النظر للمدعي، فإن أعطاه كفيلا ثلاثة أيام فغاب الطالب في الثلاثة أيام لم يبرأ الكفيل حتى يسلمه إليه؛ لأن المدعِي إنما يحتاج إلى إحضار المدعى عليه بعد مضي ثلاثة أيام وهذا التأجيل ليوثقه المدعِي فلا يبرأ بمضي ثلاثة أيام إلا بالإبراء أو بالتسليم إلا إذا كان مشروطا في الكفالة أنه متى تغيب الطالب بعد مضي ثلاثة أيام، فإنه يبرأ من الكفالة فحينئذ يبرأ.

ولو كفل كفيل لرسول القاضي أو للقاضي لا يبرأ بدفعه إلى المدعِي إلا أن يقول الرسول أخذ به للمدعي فحينئذ يبرأ؛ لأن رسول القاضي إنما يأخذ هذه الكفالة بحكم الوكالة عن الطالب.

(فصل)

ولو طلب المدعِي أن يعطيه المدعى عليه كفيلا بالمدعى به فلا يخلو إما أن كان منقولًا أو عقارًا أو دينًا، فإن كان منقولًا ينظر إن كان مثليًّا كالمكيل والموزون لا يجبر على إعطاء الكفيل بالمدعى به؛ لأنه ليس عليه إحضاره في مجلس الحكم، وإن لم يكن مثليًّا كالعبد والدابة والثوب يجبر على إعطاء الكفيل بالمدعى به؛ لأن عليه إحضاره فلا يصل إلى إثبات حقه إلا بحضرتهما.

فأما إذا كان المدعى عقارًا أو دينًا لم يأخذ منه كفيلا؛ لأنه يتصور تغييب العقار والدين فيمكنه القضاء بالتحديد والدين وصف شرعي في الذمة فمتى حضر يحضر معه فإن قال أعطيك كفيلا بالمدعى به ولا أعطيك كفيلا بنفسي ليس له

ذلك ويؤمر أن يعطيه كفيلا بنفسه ووكيلا بخصومته، فإن قال أعطيك كفيلا بالمدعى به ووكيلا بالخصومة ولا أعطيك كفيلا بنفسي لم يطلب أكثر من ذلك ولكن يطالب الوكيل بإعطاء الكفيل بنفسه؛ لأن الوكيل قائم مقام الموكل والموكل يطلب بإعطاء الكفيل بنفسه وبالمدعى به فيطالب الوكيل بإعطاء الكفيل بنفسه أيضًا، فإذا فعل ذلك فقد حصل النظر للمدعي؛ لأنه يتوصل إلى الوكيل وإلى المدعى به فمتى أراد البينة وهذا ينبني على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأن التوكيل بغير رضا الخصم جائز عندهما فتوجهت الخصومة على الوكيل وسقطت المطالبة عن الموكل، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز فبقي حضور الموكل مجلس القاضي حقا للمدعي فيجبر على إعطاء الوكيل لنفسه وهذا إذا كان المدَّعى به عقارا ومنقولا وسلمها إلى الوكيل، وإن كان المدَّعَى دينا لا يكف عنه؛ لأن المدعي يتضرر، فإنه متى أثبت حقه بالبينة على الوكيل ولا يتمكن من استيفائه من الوكيل فلا يحصل النظر له بل يقال أبيع خصمك بدينك وربما يخفي خصمه فلا يقدر عليه فينوي المال، فإن قال مع هذا أعطيتك كفيلا بالمال ولا أعطي كفيلا بالنفس فللمدعي أن لا يقبل ويطالبه بإعطاء الكفيل بالنفس؛ لأن الناس يتفاوتون في إنهاء الدين فربما يكون الاستيفاء من الأصيل أسهل بخلاف العين، فإنه لا فرق بين أن يكون تسليم العين إليه من الكفيل أو الأصيل وأما في دعوى العين والعقار إذا أعطاه وكيلا في خصومته وأخذ من الوكيل كفيلا بنفسه ودفع المطلوب المنقول والعقار إلى الوكيل لم يجبر على إعطاء الوكيل بنفسه؛ لأن الحق متى ثبت في المدعى به والوكيل قادر على تسليمه إلى المدعِي لكونه في يده فلا تقارب بين أن يكون التسليم من الوكيل أو الموكل فقد جعل جميع مقصود المدعِي فيلتقي به ولذلك لو طلبت منه أن يضعه على يدي عدل يأمره به وفي العقار لا يأمره بالوضع على يدي عدل ولا بالكفيل به إلا أن يكون شجر فيه تمر فيوضع على يدي عدل وهذا إذا كان المدعى عليه فاسقا، وإن كان عدلا ثقة لا يضعه على يدي عدل؛ لأنه يخاف من الفاسق التغييب والتبعيد؛ لأنه لما لم يجتنب عن محظورات دينه التي هي فوق التغييب في الحرمة فلأن لا يجتنب عن التغييب أولى فيكون التغييب ثابتا بنوع دليل فلا يكتفي

بأخذ الكفيل، فأما في حق العدل التعييب ثابت لمجرد الوهم لا بدليل فلا يجوز إزالة يده المحترمة لمجرد الوهم.

ولو طلب المدعِي من القاضي أن يجعل كفيلا له بما قضى له عليه فالقاضي يأمره بإعطاء الكفيل لما فيه زيادة استيثاق بحق المدعِي في جانب الاستيفاء إلا أنه لا يجبر على ذلك؛ لأن الاستيفاء بدونه ممكن، فإنه متى قضى عليه بالبينة حبسه حتى يوفي حق المدعِي. وكل رجلا بأن يأخذ له كفيلا من فلان بنفسه فأخذ، فإن كفل للوكيل يأخذه الوكيل لا غير؛ لأنه متى أضاف الوكالة إلى نفسه كان العقد مضافًا إليه فتكون المطالبة له؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد.

(باب الكفالة بالشرط)

(**المبسوط**): أصله: أن الكفيل متى علق الكفالة بشرط يراعي شرطه ما أمكن تحقيقًا لغرضه، فإن ثبت شرطه بما هو حجة في حقه ثبتت الكفالة.

وإن ثبت شرطه بما ليس بحجة في حقه لا تثبت الكفالة كالطلاق والعتاق المعلق بشرط يراعي شرطه، فإن ثبت شرطه بما هو حجة في حقه وقع الطلاق والعتاق وإلا فلا.

لو قال: ما كان لك على فلان فهو عليّ، أو ما ثبت أو ما قضى عليه، فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل إلا في قوله: ما قضى عليه لم يلزمه إلا أن يقضي القاضي عليه؛ لأن شرط ثبوت الكفالة قد يثبت بما هو حجة في حقه وهو الإقرار؛ لأن قوله إذا رأى وجب المال وبدون أي يجب وقد وجب المال عليه بالإقرار؛ لأن الإقرار في كونه حجة فوق البينة وحقيقة هذه اللفظة وهو قوله كان وثبت، وإن كان للماضي إلا أنه لكثرة استعمالها صار للاستقبال عرفا فصار كأنه قال ما يجب لك على فلان وفي قوله ما قضى عليه لا يلزمه حتى يقضي به؛ لأنه كفل بما قضى به القاضي عليه دون غيره.

ولو قال: ما كان لك فهو عليّ أو ما كان أقر لك أو ما أقر لك به أمس فهو عليّ فقال المطلوب أقررت له بألف لم يلزم الكفيل.

ولو قال: ما أقر فهو عليّ فأقر في الحال يلزمه والفرق بينهما أن في قوله ما أقر لك شرط كفالته بما يقر به المطلوب في المستقبل وإقراره يثبت بما هو حجة في حقه وهو المعاينة وفي قوله ما كان لك أو ما كان أقر لك شرط كفالته إقراره فيما قضى ووجوب المال عليه قبل الكفالة وهذا الشرط لم يثبت معاينة وإنما يثبت بإقرار المطلوب وإقراره حجة في حقه لا في حق الكفيل وصار، كما لو قال عبده حر إن كان أقر لك فلان بكذا فقال المطلوب كنت أقررت لك لا يعتق ولو علق بما يقر به وأقر به يعتق.

ولو قال: ما أقر له فقامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بألف لم تلزمه، وكذا لو أنا المطلوب اليمين وألزمه القاضي لم يلزم الكفيل؛ لأن شرط كفالته إقراره في المستقبل لا في الماضي ولم يوجد إقراره في المستقبل والنكول ليس بإقرار عند أبي حنيفة رحمه الله إقرار شرعًا لا حقيقة له فلم يوجد شرط لزوم الكفالة.

(فصل)

أصله: أن الكفالة التزام المطالبة في الحال وتمليك الدين عند الأداء فاعتباره معنى الالتزام يستدعي أن يصح تعليقها بالشروط المحضة كالبذور وغيرها من الالتزامات واعتبار معنى التمليك يقتضي أن لا يصح تعليقها بالشروط المحضة فوفرنا على الشبهين خطهما فباعتبار الالتزام صححنا تعليقها وإضافتها إلى سبب يوجب الحق أو وسيلة وديعة إلى الأداء بقوله إذا أقر به زيد فأنا كفيل؛ لأنه سبب الوصول إلى الأداء فيكون توثيقا وتوكيدا له وباعتبار معنى التمليك إذا علقها بما لا يكون سببا لوجوب الحق أو للوصول إلى الأداء كما إذا قال: إذا جاء المطر أو هبت الريح أو دخل زيد الدار ونحوه فأنا كفيل لا تصح الكفالة.

ولو قال: إن لم يعطك حقك فلان فهو عليّ فيتقاضاه فلم يعطه يلزم الكفيل استحسانًا، والقياس: أن لا يلزمه حتى يموت المطلوب؛ لأنه علق الكفالة بعدم الإعطاء مطلقًا فينصرف إلى العمر كما لو كان المعلق به طلاقا أو عتقًا، وجه الاستحسان: أن المراد بهذا الكلام تعليق الكفالة بعدم الإعطاء وقت الطلب

والتقاضي لا في جميع العمر؛ لأن المقصود من الكفالة التوثيق والتأكيد للدين وإنما يحصل التوثيق والتوكيد للدين أن لو لزم الكفيل إذا لم يعطه كما تقاضاه لا أن يموت قبل أن يعطيه، فإنه لا يقع بتلك الكفالة التوثيق بخلاف اليمين؛ لأن ثمة لم تقم دلالة على أنه أراد به العدم في الحال فيعتبر العدم من حيث الحقيقة وذلك يتحقق بالموت.

(**المنتقى**): ولو تقاضاه فقال له: أعطيك، فلو أعطاه مكانه أو ذهب به إلى السوق فأعطاه وقال: اذهب إلى المنزل حتى أعطيك، فأعطاه لا يلزم الكفيل، وإن طال ذلك ولم يعطه من يومه لزم المال الكفيل.

ولو قال: إن تقاضيت فلانا مالك عليه فلم يعطك فهو عليّ فمات المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان؛ لأنه علق الضمان بشرط التقاضي ولم يوجد الشرط قال أبو حنيفة رحمه الله: لو قال الرجل: إن قبلك فلان فأنا ضامن لدينك فقال المضمون له قد رضيت فهو جائز، وكذلك لو قال: إن شجك أو قطع يدك أو قتل عبدك أو غصبك.

ولو قال: من قتلك من الناس أو من غصبك أو من بايعك فأنا ضامن لذلك فهو باطل؛ لأن المكفول به مجهول.

ورُوي عن محمد رحمه الله فيمن قال لآخر: ضمنت لك مالك على فلان إن لم يوف جاز، فإن مات ولم يدع شيئًا فهو ضامن، وكذلك لو قال: إن خرج من المصر فلم يعط له؛ لأنه أضاف الضمان إلى حال تعذر استيفائه من الأصيل فإبداء معنى التوثيق جاز خوف تعذر الاستيفاء من الأصيل وكان هذا شرطًا ملائمًا للكفالة وتحقيقا لمعنى المطلوب منها.

(باب الشرط في الكفالة)

(**المبسوط**): ولو أقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة طويلة أو قصيرة أو صدقه المقر له يصح وله الخيار إلى آخر المدة، فإن كذبه لزمه المال؛ لأن الكفالة تقبل الخيار كالبيع بل أقبل للخيار منه حتى يقبل الخيار أكثر من ثلاثة أيام والبيع لا يقبل الأكثر عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف رحمه الله في (المنتقى): لا يصح شرط الخيار في الكفالة للكفيل ولا للمكفول له؛ لأن الكفالة وجبت بالمنطق فيكون التزامها من قبيل الطلاق والعتاق، ألا ترى أنه لو قال أنا كفيل لك بهذا المال على أني بريء إن ثبت غدا أن الكفالة لازمة وأنه لا يبرأ.

ولو قال: على أنه إن مات فأنا بريء كان بريئا ليس هذا بخيار ولو أقر بالكفالة إلى أجل قبل قوله وفي اشتراط الخيار لا يقبل متى كذبه المقر له والفرق أن شرط الخيار لا يثبت إلا باشتراط الطالب له الخيار فهو يدعي على الطالب شرطًا زائدا في الكفالة والطالب ينكر فيكون القول له، فأما الأجل يثبت للكفيل من غير اشتراط الطالب وتأجيله بأن أجل ما على الأصيل يصير على الكفيل مؤجلا ولما تصور ثبوت الأجل للكفيل من غير اشتراط الطالب لم يكن الكفيل بدعوى الأجل مدعيا على الطالب شرطا زائدا في الكفالة بل كان منكرًا زيادة مال، فإن المؤجل أنقص من المعجل فيكون القول له. صالح المطلوب الطالب على أن يؤخر سنة بأن يكفل فلانًا وهو غائب، فإن كفل جاز الصلح وإلا يبطل كما لو أبرأ عن البعض يشترط أن يكفل فلانًا وهو غائب، فإن يكفل كفل بشرط أن يرهن المكفول عنه رهنًا وسماه لم يرهن ولم يجبر عليه والمال لازم على الكفيل إلا أن يشترط براءة الكفيل أن يرهن فيبرأ الكفيل حينئذ إن لم يرهن؛ لأنه متى لم تعلق البراءة بعدم إعطاء الرهن بقي الرهن مشروطا في الكفالة وهذا الشرط جرى بين الكفيل وبين المطلوب وليس للمطلوب خيار فسخ الكفالة فلا يثبت للكفيل من جهته إذا لم يسلم شرطه، وإذا علق البراءة بعدم إعطاء الرهن، فإذا تحقق الشرط وقفت البراءة؛ لأن له ولاية التزام الكفالة معلقة ومرسلة قال ما نوى لك على فلان فهو عليّ فأعطاه المكفول عنه رهنًا به؛ لأن الرهن إنما يصح بدين واجب وقبل التوى لم يكن الدين واجبًا عليه؛ لأنه علق بالشرط والرهن لا ينعقد إذا لم يصادف دينا، وكذلك إن قال: إن مات ولم يوافك المال فهو عليّ، ولو كفل بالدرك وأخذ رهنًا لم يجز؛ لأن الدين غير ثابت، ولو كفل بالأجر وبالحمولة رجل واحد رهنًا جاز؛ لأن الآخر دين يمكن استيفاؤه من الرهن ولا يجوز بالحمولة وحدها؛ لأنه لا يمكن استيفاؤها من الرهن.

ولو قال لرجل: إذا تأجل مالك على فلان فهو عليّ جاز الرهن به قبل أن يحل استحسانا؛ لأن وجوب المال غير معلق بالشرط بل المال واجب ولكن غير حال والرهن بدين مؤجل جائز. ادعى مالا فقال المطلوب إن لم آتك غدا فهو عليّ لم يلزمه إن لم يأت به غدا؛ لأن الإقرار المعلق باطل.

(فصل)

العقود التي يشترط فيها الكفالة ثلاثة أوجه: منها ما لا يفسده شرط الكفالة كالقرض والعتق على مال والنكاح والصلح على دم العمد بأن أقرض رجلا أو تزوج امرأة أو أعتق عبدا على ألف على أن يكفلها فلان وهو غائب جاز ضمن الغائب أو لم يضمن؛ لأن هذه العقود مما لا يبطلها الشروط الفاسدة وفيها ما يفسده كالبيع والسلم يفسد العقد إلا أن يكون الكفيل حاضرًا يكفل لا يفسد استحسانًا، وقد مر في كتاب البيوع.

ومنها يصح إذا قبل الكفيل حاضرًا كان أو غائبًا فلا يصح إذا لم يكفل كمن له على رجل ألف ثمن بيع أو سلم فسأله أن ينجمه نجومًا على أن يكفل له فلان إن قبل الكفيل صح التأخير، وإن لم يقبل لا يصح؛ لأن تعليق التأجيل والتأخير بالشرط جائز؛ لأنه ليس بتمليك لما تبين.

(باب الكفالة بالنفس إن شرط إن لم يواف به فعليه المال)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في تعليق الكفالة بالمال لعدم الموافاة بالنفس.

والثاني: في الجمع بين تعليق الكفالة بعدم الموافاة وتعليق براءة الكفيل بعدم موافاة الطالب.

والثالث: في الجمع بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال.

(فصل)

مسائله على ستة أوجه:

أحدها: لو كفل بتعيين رجل عليه مال لرجال مؤجل، فإن لم يواف به إلى وقت كذا، أو لم يؤقت فعليه المال الذي عليه جاز، فإن لم يواف به لزمه المال ولا يبرأ من الكفالة بالنفس.

وقال الشافعي: لا يصح الكفالة بالمال.

والصحيح قولنا؛ لأن الكفالة التزام مطالبة بلا بدل للحال فيصح إضافتها وتعليقها كالوصية وذلك؛ لأنه علق الكفالة بالمال لعدم التسليم وأنه صحيح؛ لأن المقصود من الكفالة بالنفس التوصل إلى استيفاء حقه وحال عدم التسليم الاستيفاء متعذر فقد أضاف الكفالة بالمال إلى حين تعذر الاستيفاء من الأصيل، وهذا صحيح كما لو كفل بالمال إن غاب من عليه الدين أو مات ولم يوف ما عليه يصح كفقه واضح وهو أن الكفالة عقد استيثاق فكل ما يلائم ويليق بمعنى الاستيثاق من حيث الإضافة إلى حين تعذر الاستيفاء كان صحيحا؛ لأنه يكون تحقيقا لمعنى الاستيثاق وتوكيد الحقوق وتوثيقها بالوثائق متعارف متعامل فيما بين الناس فجوزنا ذلك لحاجتهم إلى تأكيد حقوقهم الثابتة.

ولو قال: إن لم أوافك به غدا فعليّ ألف درهم ولم يقل الألف التي لك عليه والطالب يدعي ألفا تلزمه ألف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: لا يلزمه، ثم رجع أبو يوسف إلى قول أبي حنيفة لمحمد إن قوله إن لم أوافك به فعليَّ ألف فيحمل محمل أن يكون إقرارا بالألف معلقا بعدم الموافاة لا كفالة له عنه والإقرار بالشرط باطل ويحتمل أن يكون كفالة وتعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة جائز والكفالة لم تكن ثابتة والإقرار لم يكن لازما فلا يثبت بالشك.

لهما: أنه علق وجوب المال بعدم الموافاة وفي العرف والعادة إنما تعلق بعدم الموافاة المكفول به الكفالة بالمال لا الإقرار والثابت عرفًا كالثابت نصًّا فيحمل على أنه أراد بالألف الألف التي يدعيها بدلالة العرف وظاهر الحال؛ لأن الظاهر من

حال العاقل إن عرضه من كلامه الصحة دون الفساد فيحمل على وجه فيه تصحيح العقد **والثالثة:** إن قال إن لم أوافك به غدًا فعلي الألف التي لك عليه والطالب يدَّعِ عليه مائة دينار لا يصح؛ لأنه كفل بدين غير واجب عليه؛ لأن الطالب لم يدَّعِ عليه ألف درهم فقد كذبه في ذلك فلم يصح.

والرابعة: لو قال إن لم أوافك به غدا فعليّ ألف سوى الألف التي لك عليه اختلف المشايخ فيه على قولهما قيل لا يصير كفيلا بالمال أصلا؛ لأن مطلوبا آخر مجهول والكفالة عن المجهول فاسدة وقيل يصير كفيلا بالمال عن غريم آخر؛ لأن الكفالة عن المجهول جائزة وللكفيل البيان؛ لأنه أوجب على نفسه المال بحكم الكفالة ولم يبين المطلوب فيكون هو المجمل وعليه البيان ولكن الظاهر من حال الكفيل إذا لم يذكر مطلوبا آخر أنه يريد بهذا الكفالة عن هذا المطلوب فصرفنا الكفالة إلى هذا المطلوب بدلالة الحال، فإذا نفى الكفالة عنه بقوله سوى الألف التي لك عليه صرفنا الكفالة إلى مطلوب آخر وجعلنا للكفيل البيان، **والخامسة:** لو قال إن لم أواف به غدا فالمال الذي له على رجل آخر عليه وهذا ألف درهم جاز عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله؛ لأن هذه الكفالة علقت بحظر لا تعامل للناس فيه إلا التعامل فيما إذا كانت الثانية مؤكدة لما وجب بالأولى وليس بالكفالة الثانية هنا تأكيد ما وجب بالأولى فكانت معلقة بحظر لا تعامل فيه فيفسد، كما لو قال أنا كفيل إن مطرت السماء أو هبت الريح؛ لأن الكفالة تمليك وليس بإسقاط، وتعليق التمليكات بالحظر لا يجوز إلا أن يكون للناس فيه تعامل ولا تعامل هنا فيفسد، لهما: أن الثانية يحظر فيه تعامل؛ لأن الثانية مؤكدة وموثقة لما وجب بالأولى؛ لأن المقصود من التأكيد والتوثيق هو وصول المال إليه إذا لم يسلم إليه النفس وهذا المقصود يحصل متى اتحد الطالب؛ لأنه يصل إليه ألف درهم متى لم يسلم إليه النفس فكانت الثانية مؤكدة للأولى باعتبار المقصود والمعنى، ولو قال إن لم أوافك به غدا فالمال الذي لك عليه وهو مائة درهم والمال الذي لك على فلان وهو عشرة دنانير عليّ ولم يواف به يصير كفيلا بالمائة بالإجماع؛ لأنه اتحد الطالب والمطلوب ولا يصير كفيلا بالعشرة عند محمد؛ لأنه اختلف الطالب والمطلوب وعندهما يصير

كفيلا؛ لأنه اتحد الطالب، وإن اختلف المطلوب لما بينا وكذلك على هذا الخلاف لو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فهو كفيل بنفس رجل للطالب عليه حق جاز عندهما خلافا لمحمد، **والسادسة**: كفل بنفس رجل لرجلين، فإن وافاهما به إلى كذا وإلا فعليه ما عليه لهما فوافاه به أحدهما والآخر غائب برئ من كفالة الشاهد ولزمه نصيب الغائب من المال؛ لأن الكفالة بالمال معاوضة متى وقعت بأمر في حق الكفيل والطالب جميعا، فإن كانت بغير أمر فهي معاوضة في حق الطالب إن لم يكن معاوضة في حق الكفيل والكفالة بالمال معلقة بالشرط وهو عدم الموافاة فيكون المعلق بالشرط معاوضة فيجب اعتبار المعاوضة فيهما كما في الكتابة وفي حكم المعاوضة المضافة إلى اثنين التوزيع عليهما، وإذا ثبت التوزيع صار شرط ثبوت الكفالة بالمال في حق كل واحد منهما عدم الموافاة إليه وقد وجد عدم الموافاة في حق الغائب فيلزمه الكفالة بالمال وما أخذ الغائب يكون بينهما، لأنه مال مشترك وللكفيل أن يتقدم إلى الحاكم لتنصيب على الغائب من يسلم إليه وأنكر الخصاف جواز نصيب القاضي كفل بنفسه على أن يواف به إذا جلس القاضي، فإن لم يفعل فعليه الألف لا يلزمه شيء ما لم يجلس القاضي ولا يوافيه به والتعليق بجلوس القاضي مخالف بالتعليق بدخول الدار؛ لأنه علق الكفالة بالمال بشرطين بعدم موافاته وبجلوس القاضي؛ لأنه قال أوافيك به إذا جلس القاضي، فإن لم أوافيك وجلس القاضي فأنا كفيل بالمال والمعلق بالشرطين لا يثبت لوجود أحدهما وقد وجد عدم الموافاة ولم يوجد جلوس القاضي فلا يلزم المال.

ولو قال: إن لم أواف به غدا فقد احتال الطالب عليه بهذا المال وعبدي هذا وهذا ألف جاز والحوالة كالكفالة في قبول الحظر، فإن الكفالة والحوالة يجوز إضافتهما إلى المستقبل وتعليقهما بالحظر كما يجوز لأنهما شيئان في إيجاب البراءة بل في الحوالة زيادة براءة فإنها توجب براءة الأصيل والكفالة لا توجب وكلمة عبدي للمقارنة يقال هذا الشيء ضعه عند فلان أي يقر به فقد جعل المال الذي لفلان قريبا منه ولا يصير قريبا منه إلا بالوجوب عليه أو بالقبض والوجوب أقلهما فتعين كلامه للإيجاب سابقا عليه لتصحيح كلامه، كفل بنفس رجل على أنه

إن لم يواف به غدا فهو ضامن لما دأب عليه أو بما قضى له عليه فلم يواف وادعى الطالب عليه مالا لا تقبل بينته على المطلوب إلا إذا كان حاضرا؛ لأنه إنما كفل بمال موصوف وهو أن يكون مقتضيا به على الأصيل أو يكون كاتبا عليه أي متقرر الوجوب فما لم يصر المال بهذه الصفة لا يكون هو كفيلا، فإذا لم يكن كفيلا لا يكون خصما على الأصيل والبينة على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر لا يقبل.

(فصل)

كفل بنفس رجل إلى الغد فإن لم يواف به غدا في المسجد فعليه المائة الدرهم التي له عليه واشترط الكفيل على الطالب إن لم يواف أنت المسجد فيقضيها مني فأنا بريء منها فادعى كل واحد منهما الموافاة فلا يخلو إما أن قامت لهما بينة أو لم تقم لهما بينة أو قامت لأحدهما، فإن قامت لهما البينة على الموافاة إلى المسجد ولم تقم للكفيل بينة على دفعه يلزمه كفالة النفس ولا يلزمه المال؛ لأن البراءة عن الكفالة بالنفس معلقة بشرطين بموافاة الكفيل المكفول به عند المسجد في الغد وبعدم موافاة الطالب المسجد بعد وجود موافاة الكفيل لا بعدم موافاة الطالب مطلقًا، فإنه قال، فإن لم توافه أنت المسجد فأنا بريء وقد ثبتت موافاة الطالب بالبينة فلم يتحقق شطر الشرط وهو عدم موافاة الطالب فلا تثبت البراءة عن الكفالة بالنفس والكفالة بالمال معلقة بعدم موافاة الكفيل وقد ثبتت موافاته بالبينة فلم يوجد الشرط فلا يلزمه، فإن قامت لأحدهما بينة إن قامت للكفيل برئ عن الكفالتين؛ لأن شرط لزوم الكفالة بالمال عدم موافاة الكفيل وقد ثبتت موافاته ولم يوجد الشرط فلا يلزمه وشرط براءة الكفيل له بالنفس عدم موافاة الطالب بعد موافاة الكفيل وقد ثبت ذلك فتبرأ عنها.

وإن قامت للطالب بينة لزم الكفيل الكفالتان؛ لأنه وجد شرط لزوم الكفالة بالمال وهو عدم موافاة الكفيل؛ لأن موافاته لا تثبت بمجرد الدعوى بدون البينة ولم يوجد شرط البراءة عن الكفالة بالنفس وهو عدم موافاة الطالب، وإن لم يقم لهما بينة لزم الكفيل الكفالتان جميعا؛ لأنه لا يصدق كل واحد منهما على الموافاة؛ لأن

الدعوى لا تسمع إلا بحجة فيحلف كل واحد على دعوى صاحبه، وإذا لم تثبت موافاة أحدهما لا يبرأ عن الكفالة بالنفس؛ لأنه لم يثبت شرط البراءة وهو عدم موافاتهما ووجد شرط الكفالة بالمال وهو عدم موافاة الكفيل ولو لم يشترط موافاة المسجد بل قال للطالب إن لم يأته غدا يقبضه مني فأنا بريء فلم يلتقيا إلا بعد الغد برئ منهما؛ لأن البراءة عن الكفالتين هنا معلقة بشرط واحد وهو عدم موافاة الطالب فحسب؛ لأنه وإن ذكر عدم موافاة الطالب بعد دفعه وتسليمه لكن الدفع إلى الطالب مع عدم موافاة لا يتصور فتعذر مراعاة الشرطين جميعا فتعلقت البراءة بشرط واحد وهو عدم موافاة الطالب فحسب بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه ثمَّة تعلقت البراءة بشرطين بموافاة الكفيل وعدم موافاة الطالب وقد أمكننا مراعاة الشرطين جميعًا لا يتصور موافاة الكفيل حال عدم موافاة الطالب فلزمنا تعليق البراءة بالشرطين وقد وجد أحدهما ولم يوجد الآخر فلم تثبت البراءة كفل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه ما له عليه فلم يواف به الكفيل ولكن الرجل لقي الطالب وخاصمه وتلازما فالمال على الكفيل؛ لأن شرطه عدم موافاته به وقد وجد؛ لأنه لم يوافه وحضور الأصيل بنفسه لم يقع عن التسليم المستحق عن الكفيل، فإن قال المكفول به للطالب سلمت نفسي إليك من كفالة فلان برئ الكفيل من المال؛ لأن تسليم نفسه صحيح من جهة الغير كما لو تبرع بدين عليه.

(فصل)

ولو كفل بالنفس والمال، ثم قال: إن وافيتك به غدا فأنا بريء به فوافاه به من الغد يبرأ من المال في إحدى الروايتين وفي رواية لا يبرأ؛ لأن هذا تعليق البراءة بالشرط وفي البراءة معنى التمليك فلا يصح تعليقه بالشرط.

ولو كفل بنفسه على أنه ضامن لما قضى عليه قاضي الكوفة فقضى عليه غير قاضيها يلزمه.

ولو قال: ما وجب لك على فلان بحكم فلان الحاكم فهو عليّ فوجب عليه بحكم غيره لا يلزمه والفرق أن تعيين القاضي لا يفيد؛ لأن أقضية القضاة

كلها سواء في إيجاب الحق إذ القضاة كلهم يقضون بالحق والحق واحد وليس لقاضٍ آخر أن ينقض حكمه برأيه فصار تعيين القاضي لغوًا ضائعًا.

وهذا إذا كان كلا القاضيين حنفي المذهب، فأما إذا كان المذكور حنفي المذهب فقضى به قاضٍ شفعوي المذهب لا يؤخذ به؛ لأن بين قضائهما فرقًا عظيمًا فصح التعيين وفي زماننا يجب أن يصح التعيين؛ لأن أكثر القضاة يقضون بالرشاء والقضاء بالرشوة باطل، وإن كان القاضي لا ينعزل بالرشاء فأما في الحكم فالتعيين مفيد، فإنه متى وقع حكمه إلى قاضٍ آخر له أن ينقض حكمه برأيه فمن الجائز أنه غير حكما متى حكم بالمال يرفع إلى قاضٍ آخر فينقضه برأيه فيخرج عن الكفالة فكان التعيين مفيدا. كفل بنفس رجل على أنه ضامن لما قضى على أبيه وهو ميت والمكفول له وارثه جاز؛ لأن المكفول به هو المطالب بما على أبيه فتكون الكفالة عن أبيه وعنه سواء. وكل رجلا بأن يعطي فلانا كفيلا بنفس الموكل ضامن لما كان عليه فأعطى فقضى على الموكل بمال للطالب أن يأخذ الكفيل وليس للكفيل أن يأخذ الوكيل؛ لأن الوكيل هنا بمنزلة الرسول؛ لأنه لم يوجد إيجاب العقد ولا قبوله وإنما وجد منه مجرد الأمر بالكفالة عن المطلوب والأمر بالعقد لا يؤاخذ بحقوق العقد.

(**المنتقى**): ابن رستم عن محمد رحمهما الله: كفل بنفس رجل على أنه إن لم يدفعه إلى الطالب غدا فعليه المال فأبرأ الطالب الكفيل من الكفالة قبل أن يدفعه إليه برئ الكفيل ولابسه البراءة بالموت لو مات الكفيل كان وارثه بمنزلة الكفيل إن دفعه إلى الطالب برئ، وإن لم يدفعه حتى مضى الوقت لزم الوارث المال فكذلك إن مات الطالب، فإن دفع الكفيل المكفول به إلى وارث الطالب في وقت برئ، وإن لم يدفعه لزمه المال. رجل قال لرجل إن لم يدفع غريمك مالك عليه أو لم يقضك حقك فهو عليّ فقال المطلوب للطالب لا أدفعه إليك ولا أقضك، أو قال: لا شيء لك عليّ يلزم المال الكفيل في تلك الساعة وللطالب أن يخاصم الكفيل ويثبت المال على الأصيل أن يجاحد أو يأخذ منه. رجل ادعى على رجل أنه غصبه ثوبا وأخذ منه كفيلا بنفسه فقال للكفيل إن تردّه عليّ غدًا فعليك من قيمة الثوب عشرة

دراهم فقال الآخر بل عشرين درهما فسكت المكفول له لا يلزمه إلا عشرة عندهما؛ لأن عشرين لا تثبت إلا بقبول الطالب ولم يوجد؛ لأن المال لا يثبت بالإقرار إلا بتصديق المقر له، وعند أبي يوسف رحمه الله هذا جائز؛ لأنه عين الضمان فيصح بعينه، وإن لم يقبل الطالب والله أعلم.

(باب الكفالة الموجبة)

(**المبسوط**): أصله: كل أجل معتاد يتعارفه التجار فيما بينهم جاز أن يكون أجلًا في الكفالة وما لا يتعارفه التجار لا يصح أن يكون أجلًا فيتعلق بالأجل فائدتان:

إحداهما: في حق الكفيل؛ لأنه لا مطالبة للطالب على الكفيل قبل مضي المدة.

والأخرى: في حق المطالب أنه بعد مضي المدة الكفيل على الكفالة إلى أن يسلم إلى الطالب.

مسائله على فصول:

أحدها: في التأجيل.

والثاني: في سقوط الأجل وحلوله.

والثالث: في عود الأجل بعد حلوله.

(فصل)

المال على الأصيل مؤجل يكون على الكفيل مؤجلًا، وإن لم يذكر الأجل حتى لو كان على رجل دين مؤجل وكفل به رجل مطلقًا، فإنه يكون مؤجلًا؛ لأن الكفيل متحمل ملتزم ما على الأصيل فيلزمه قدر ما التزم الأصيل فالأصيل التزم الدين مؤجلا فيلزم الكفيل مؤجلًا، ولهذا لو كان على الأصيل زيوف يصير كفيلا بالزيوف لا بالجياد وكذا هذا، فإن سمى الكفيل أجلًا زائدًا عليه أو ناقصًا عنه أو مثله يلزمه؛ لأنه متبرع فيلزمه على حسب ما تبرع به.

ولو كان المال حالا وكفل إنسان مؤجلا بأمر المكفول له وطلبه، فإنه يجوز ويكون تأجيلا في حقهما استحسانًا في ظاهر الرواية.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله: أنه حال على الأصيل مؤجل في حق الكفيل؛ لأن التأجيل وجد في حق الكفيل خاصة فلا يتغير الحكم في حق الأصيل كما لو أجله بعد الكفالة، وجه ظاهر الرواية: أنه أضاف الأجل إلى نفس الدين فملك المطالبة عليه ابتداء مؤجلة وأن تكون المطالبة عليه مؤجلة ابتداء إلا بعد ثبوت التأجيل في حق الأصيل فيتأجل في حقهما بخلاف ما لو كفل حالا ثم أجله بعد الكفالة لا يتأجل عن الأصيل؛ لأنه أضاف التأجيل إلى من عليه المطالبة لا إلى الدين فلم يتغير الحكم في حق الأصيل، ولو أجل الأصيل فهو تأجيل عن الكفيل؛ لأن التأجيل براءة مؤقتة فيعتبر بالبراءة المؤبدة ومتى أبرأ الأصيل مؤبدا برئ الكفيل أيضًا ولو أبرأ الكفيل مؤبدا لا يبرأ الأصيل وكذلك الإبراء المؤقت. كفل بنفس رجل أو مال إلى شهر جاز؛ لأن تسليم النفس والمال واجب في الذمة فيجوز ثبوته حالا ومؤجلا ويلزمه إيجاد الفعل عند محل الأجل وهو تفسير الوجوب الموسع ولو كفل إلى الحصاد أو البذور جازت وثبت الأجل.

وقال الشافعي: الكفالة بالمال مع الأجل المجهول لا تصح فهذا بناء على أن جهالة المكفول به من حيث القدر والجنس عنده يمنع صحة الكفالة فجهالته مقدار الأجل نهايته وعندنا جهالة المكفول به ما لم يمنع صحة الكفالة فجهالة مقدار الأجل أولى أن لا تمنع؛ لأنها دونها لما بينا.

ولو كفل إلى أن تمطر السماء أو إلى قدوم رجل أجنبي ليس معه في الكفالة جازت الكفالة والشرط باطل.

ولو قال: إلى أن يقدم المكفول به صح التأقيت؛ لأن القياس أن تصح الكفالة ولا يصح التأجيل؛ لأنه يتوهم قدومه للحال فلا ينتفع به الكفيل لأنه تتوجه عليه المطالبة للحال إذا توهم حلوله كل ساعة كما لو كفل إلى أن تمطر السماء أو تهب الريح أو يتوهم أن لا يقدم أصلا فلا يتوجه عليه المطالبة أصلا فلا يفيد الكفالة شيئًا إلا أنا تركنا القياس للتعامل في باب الكفالة، فإن الناس يتعاملون في الكفالة تأجيل شيء تيسر على الكفيل الأداء بذلك وقدوم المكفول به أو شريكه في الدين مما يسر به الدين التسليم والأداء على الكفيل فصح التأقيت لتعامل الناس في ذلك وقدم

الأجنبي لا ييسر الأداء على الكفيل، وكذلك أمطار السماء وهبوب الريح فلا تعامل فيه فلا يصح التأجيل بذلك فبقي شرطا فاسدا في العقد والكفالة لا تفسد بالشروط الفاسدة.

(فصل)

ولو ردّ الكفيل المكفول به قبل الأجل ليس له أن يقبل؛ لأنه لما عجل التسليم قبل مضي الأجل فقد أسقط الأجل والأجل خالص حقه؛ لأن منفعته عائدة إليه فيملك إسقاطه.

ولو مات الكفيل قبل الأجل حل عليه؛ لأن الأجل يسقط بموت من له الأجل، فإن أدى ورثته لم يرجعوا على المطلوب قبل حلول الأجل خلافا لزفر.

له: أن الأجل مشروط فيما وجب للطالب على المطلوب فأما فيما يجب للكفيل على المطلوب فالأجل غير مشروط؛ لأن الكفيل لم يشترط له أجلا فلا يكون مؤجلا.

لنا: أن الكفيل التزم الدين مؤجلا، فإذا عجل قبل مضي الأجل فلو رجع بالمعجل والمعجل أكثر من المؤجل في المالية صار آخذا منه أكثر مما كفل فلا يجوز كما لو كفل عنه بالزيوف فأدى الجياد لا يرجع بالجياد؛ لأنه لو رجع بالجياد يرجع بأكثر مما كفل فكذا هذا.

ولو مات المطلوب قبل الأجل حل عليه لا على الكفيل؛ لأن سقوط الأجل بموته معتبر بسقوط الأجل بإسقاطه.

ولو أسقط الأجل يسقط في حقه لا في حق الكفيل فكذا هذا الكفالة بالقرض إلى أجل جائز وهو حال على الأصيل؛ لأن ما وجب على الأصيل قرض؛ لأنه وجب بالاستقراض والقرض لا يقبل الأجل ما وجب على الكفيل ليس بقرض؛ لأنه وجب بسبب الكفالة وهي ليست باستقراض حقيقة لكن الكفيل يصير بمنزلة المقرض بالأداء، فإنه يملك الدين بمقابلة ما أدى فيصير معاوضة ومبادلة حقيقة فنسبة الثمن ونسبة القرض.

(فصل)

الدين مؤجل فباع من الطالب عبدا بدينه ثم استحق أو رده بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء عاد الدين مؤجلا؛ لأن الأجل إنما سقط حكما للبيع ضمنًا له لا بالإسقاط مقصودا وقد انتقض البيع فينتقض ما يثبت في ضمنه تبعا له كما لو اشترى عبدا بالدين ثم استحق العبد عاد الدين.

ولو ردّ بعض القبض بالعبد يعتبر قضاء كان حالا؛ لأن الرد بالعيب بعد القبض بتراضيهما اعتبر بيعا جديدا في حق الثالث وفسخًا في حق المتعاقدين والكفيل مع الطالب عاقدان فيجب أن يعتبر فسخًا في حقهما إلا أنهما متعاقدان في هذا العقد والأجل حكم عقد آخر وهو الكفالة وهي ليست من حقوق هذا العقد فلا يكون فسخًا في حقه بل اعتبر بيعا جديدا كما تقتضيه حقيقته.

ولو قضى دينه فوجده ستوقًا فردّ عاد الأجل؛ لأنه ظهر أنه لم يكن قضاء، وإن كانت زيوفا فردها بقضاء عاد وإلا فلا؛ لأنه كان قضاء وبالرد ينتقض القبض والقضاء، ولهذا يرجع على من عليه بالجياد إلا أن الرد بقضاء يكون فسخًا في حق الكل وبالتراضي بيعا جديدا من الكل، وذكر أن في الرد بالعيب بقضاء يعود الدين إلى الكفيل والأصيل لما عرف.

(**المنتقى**): ورُوي عن محمد رحمه الله فيمن قال لغيره: كفلت لك بما لك على فلان على أنك متى طلبته فلي أجل شهر فهو جائز فمتى طلبه منه فله أجل شهر، وإذا مضى شهر كان له أن يأخذه متى شاء بالطلب الأول.

ولو شرط هذا الشرط بعد الكفالة فهو باطل وله أن يطالبه متى شاء؛ لأن الشرط لما وجد في صلب العقد كان صحيحا، فإن ابتداء الكفالة يصح بشرط مفضٍ إلى الحق فأما إذا وجد العقد مرسلا فالتعليق دخل على التأجيل وتعليق التأجيل بالشرط لا يصح، ألا ترى أنه لو كفل إلى قدوم المكفول به صح.

ولو كفل مطلقًا ثم أخر إلى قدومه لم يصح التأجيل.

قال محمد رحمه الله: رجل له على رجل ألف درهم ثمن مبيع فقال قد أجلتك

إلى الحصاد والدياس فهذا جائز بمنزلة الكفالة ولا يفسد البيع به؛ لأن التأجيل إلى وقت مجهول يلائم الديون؛ لأن الجهالة في تأجيل الديون متحملة، فإذا أجله مجهولًا بعد العقد فقد عفا العقد عن المفسد ولم يوجد هنا فساد حتى يلتحق بأصل العقد فلم يفسد، فأما إذا أجله في العقد مقارنًا له أو بعده لاحقًا له يفسد العقد؛ لأن العقد لا يتحمل الجهالة والشروط المفسدة تلتحق بأصل العقد عند أبي حنيفة رحمه الله فيفسد به العقد.

وفي (**نوادر ابن سماعة**): عن محمد رحمهما الله: لو كفل بنفس رجل على أنه كلما طالبه منه فله أجل شهر من يوم مطلبه.

ولو مضى شهر فطالبه به ثانيا لم يكن له أجل شهر آخر؛ لأنه قد أجل شهرا بعد الطلب الأول وما لم يدفعه إليه فإنما يطلبه منه بالطلب الأول لا بالطلب الجديد.

ولو رده لا يبرأ حتى يقول: برئت إليك منه فحينئذ يبرأ فيما يستقبل سوى الأول؛ لأنه قال: كلما طلبته مني فلي أجل شهر يصير، كأنه قال: قد كفلت لك على أنك كلما طلبته مني أوافيك به إلا أن لي في ذلك أجل شهر حتى أطلبه ولا يبرأ منه أبدًا إلا أن يدفعه إليه ويبرأ إليه منه؛ لأنه علق الموافاة به وتسليمه بالمطالبة بكلمة يوجب التكرار فما لم يبرأ منه فله أن يطالبه به متى شاء، وإن طالبه منه بعد دفعه إياه فللكفيل أجل شهر أيضًا من يوم يطلبه منه؛ لأن هذا طلب غير الطلب الأول؛ لأن الأول انتهى بالدفع إليه.

ولو كفل بالمال مطلقًا ولم يشترط الأجل فيها ثم لقيه المكفول له فقال له: متى طلبتك بهذا المال فلك أجل شهر كان تأجيله باطلا وله أن يأخذه بالمال متى شاء، ألا ترى لو قال: أخرتك بالمال إلى قدوم فلان كان التأخير باطلا.

ولو قال لرجل: اضمن لفلان عني ألف درهم إلى سنة فضمنها حالة، فإن أداها حالة لم يرجع بها على المكفول عنه إلى سنة؛ لأنه أمره بالكفالة المؤجلة فصح الأمر بالأداء مؤجلًا لا معجلًا.

ولو كفل بنفس رجل على أنه إن لم يرده عليه غدًا فعليه المال فأخر الطالب المطلوب شهرا ينظر إن رد الكفيل الرجل غدا كان المال على الأصيل إلى شهر.

وإن لم يرده غدًا فالمال يلزم الكفيل وليس له أن يطالبه بالنفس إلى شهر؛ لأن تأجيل الأصيل تأجيل للكفيل فصارت الكفالة مؤجلة.

وإن أخر عن الكفيل بالكفالة شهرا فلم يرده غدا لم يلزمه المال إلا أن لا يرده بعد شهر ولا يبطل بالتأخير ضمان الرد؛ لأنه لو أجل الشفيع المشترى بالمطالبة شهرا لم تبطل الشفعة والتأخير جائز فهذا أولى.

(باب الكفالة المؤقتة والمقيدة)

(**المنتقى**): هشام عن محمد رحمهما الله: رجل ضمن رجلا بنفسه ثلاثة أيام فقال: هو ضامن أبدًا حتى يرده، إلا أن يشترط أنه إذا مضت الثلاثة فهو بريء فهو على ما شرط؛ لأن الكفالة بالنفس شرعت للاستيثاق والتأكيد في حق تسليم النفس فكان الواجب عليه تسليم النفس فما لم يسلم لا يبرأ عن الكفالة.

وإن مضى الوقت إلا أن يشترط البراءة بعد مضي الوقت فيبرأ بحكم الشرط.

وفي (**نوادر ابن رستم**): رجل ضمن لرجل دراهم على أن يعطيه نصفها هنا في بلد الضمان ونصفها بالري ولم يؤقت.

قال محمد رحمه الله: له أن يأخذه بالمال حيث شاء.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان له حمل ومؤنة يأخذ حيث شرط؛ لأن في تعيين المكان واشتراطه فائدة، وإن لم يكن له حمل ومؤنة يأخذ حيث شاء؛ لأنه لا فائدة في تعيين المكان كما في السلم.

ولو قال الكفيل بالنفس: أنا بريء من الكفالة متى ما رآه الطالب أو لقيه فهذا جائز ويبرأ إذا رآه الطالب أو لقيه في موضع يقدر عليه في طلب حقه؛ لأن الكفالة إنما شرعت ليتوصل المكفول له إلى استيفاء حقه ولا يتوصل إلى حقه إلا في موضع يقدر على إثبات حقه، ولو قال متى ما رآه فلان غير الغريم فأنا منه بريء فهذا باطل وهو كفيل به أبدا، كما لو قال إذا قدم فلان فأنا منه بريء، وإن قال هو على نفسه شهرا فمتى لقيته أو رأيته فأنا منه بريء فهو جائز إذا رآه من حيث يستطيع أخذه،

فإن رآه وهو في يد سلطان يمنعه منه لم يبرأ؛ لأنه لم يقع مسلما إليه، ولو قال لآخر فلان علي بنفسه إلى شهر أو إلى غد لا سبيل عليه حتى يمضي ذلك الوقت المسمى؛ لأنه كفل مؤجلا فلا يلزمه شيء قبل حلول الأجل.

ولو قال: هو عليّ بنفسه إلى شهر، فإذا مضى شهر فأنا منه بريء فهذا لم يضمن شيئًا؛ لأنه شرط البراءة حال لزوم الكفالة فلم تصح الكفالة، إلا أن يقول من اليوم إلى شهر؛ لأنه شرط البراءة حال عدم لزوم الكفالة بنفسه الكفالة متعرية عن شرط البراءة.

(باب كفالة الصبي [والعبد أو لهما][1])

(**المبسوط**): ولا يجوز كفالة الصبي عن الغير، وإن كان تأديهما؛ لأن هذا تبرع ليس مما يحتاج إليه في التجارة وإن أمره أبوه أو وصيه أن يكفل بالدين عنه وبنفسه جازت كفالته بالدين دون النفس؛ لأن الأب أو الوصي متى استدان على الوصية للصبي للنفقة كان لهما الرجوع بذلك في مال الصبي فكان أداء الدين على الصبي إلا أن الصبي ثبوت عنه الوصي في الأداء، فإذا أمر في الضمان فقد أذن له في الأداء وهو يملك الأداء بإذنه فيجب عليه الأداء فلم يكن هذا الضمان تبرعا واصطناعا بالمعروف، وأما ليس على الصبي تسليم نفس الأب أو الوصي فكان هذا الضمان تبرعا واصطناعا ولا يصح صبي مأذون كفل عنه رجل بإذنه جاز؛ لأن هذا تبرع واصطناع بالمعروف عليه وهو من أهل من أن تبرع عليه وقبوله صحيح ويوجد الصبي به متى كانت الكفالة بأمره؛ لأن عليه قضاء الدين وعليه تسليم نفسه بجواب الدعوى فكان هو والبائع سواء في هذا الأمر فيوجد به حتى يخلصه عن الكفالة؛ لأنه من جملة التجارة.

وإن كان الصبي محجورًا، فإن كانت الكفالة بإذن من يلي عليه فللكفيل أن يأخذ وليه حتى يحضره؛ لأن أمر الولي بالكفالة عن الصغير يكون أمرا بقضاء ما عليه من الدين والولي يملك الأمر بقضاء دين الصبي فيملك الأمر بالكفالة عنه فصارت

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

كفالته بإذن الولي ككفالته بإذنه إذا كان مأذونا ويوجد الأب به حتى يدفع إليه؛ لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيكون عليه تخليصه، ولو كفل بأمر القاضي أو الأب أو الوصي يرجع به على الوصي وبأمر غير الأب والجد من الأقارب لا يرجع؛ لأنه ليس لغير الأب والجد ولاية الاستقراض على الصبي فلا يصح منهم الإذن بالكفالة؛ لأن الأمر بقضاء الدين أمر بالاستقراض للصبي والصبيان يعتبر أمرهما للرجوع عليه عندهما، وقال أبو يوسف: أمر أحدهما كافٍ بناء على أن أحدهما لا يملك الأمر بقضاء الدين عندهما فكذلك بالكفالة وعنده يملك إذن الأب لولده الصغير بالكفالة فكفل لم يجز؛ لأن الكفالة تبرع والصبي ليس من أهل التبرع، ولو كفل الوصي بنفس الصبي لا يصح؛ لأن تسليم النفس ليس إليه لكن إلى الوصي فتكون هذه الكفالة لإنسان لا يملك المطالبة وهو باطل. كفل بنفس صبي بغير إذن أبيه للأب أن يمنع الكفيل عن التسليم ويوجد الكفيل به؛ لأن في التسليم ضررا بالصبي فلا يملك الإذن من يلي عليه ولكن الكفيل ربما يظفر به يوما من الدهر فيسلمه إلى المكفول عنه إذ يعلمه بمكانه والكفالة له لا يجوز إلا أن يخاطب وليه عنه عندهما وقال أبو يوسف يجوز؛ لأن عنده قبول المكفول له ليس بشرط لصحة الكفالة وعندهما شرط وقبول الصبي لا يصح ولو أقر أنه كفيل لهذا الصبي بألف كان باطلا عندهما، فإن بلغ الصبي فأجاز جاز، فإن رجع قبل أن يدرك الصبي أبطلها، وعند أبي يوسف جائز للحال؛ لأن الكفالة عندهما لا تصح من غير قبول المكفول له وعنده تصح ولكن انعقدت موقوفة على إجازته، فإنه وجد الإيجاب والقبول في الكفيل والمكفول عنه وقبول الصبي وهو المكفول له شرط صحتها لا شرط انعقادها فينفذ بإجازته بعد البلوغ كما في سائر العقود الموقوفة على إجازة الصبي ورجوع الكفيل يصح قبل الإجازة لئلا يلزمه العهدة كفضولي باع مال الغير ثم رجع قبل الإجازة، فإن كان أبو الصبي أو وليه يخاطبه في الكفالة فذلك جائز في قولهم جميعًا؛ لأن قبوله صحيح قائم مقام قبول الصبي.

أقر أنه كفل هذا الصبي جاز على الكفيل وإن كان الصبي لا يعقل؛ لأن هذا تبرع على الصبي واصطناع بالمعروف في حقه يتحمل عنه فلا يشترط قبول المكفول عنه وهو الصبي.

(باب كفالة العبد والمكاتب)

(**المبسوط**): ولا تجوز كفالة العبد بالنفس والمال بغير إذن المولى إلا أن يعتق فيوجد به خلافًا لابن أبي ليلى، وكذلك الصبي المأذون؛ لأنها تبرع واصطناع في الحال؛ لأنه تبرع بمنافع بدنه؛ لأن التسليم إنما يأتّى بمنافع بدنه ومنافع بدنه مملوكة للمولى أو بإقراض ماله واكتسابه وإنها حق المولى والمولى ما رضي بالتبرع بمنافع بدنه وماله فلا يصح في حقه إلا بإذنه. كفل بألف درهم بإذن سيده وقيمته ألف ثم كفل بألف أخرى بإذنه لم يلزمه حتى يقضي الأول؛ لأن رقبته صارت مشغولة بدين الأول والكفالة الثانية صادقتها رقبة مشغولة بحق الأول فلا يتعلق بها الدين الثاني فلم يصح في حق الأول، فإذا زال حق الأول بالقضاء يؤاخذ به لزوال المانع، فإن عتق قبل أن يقضي الدين لزماه؛ لأنه زال تعلق الدين برقبته استيفاء بالعتق؛ لأنه لا يمكنه استيفاء الدين من رقبته وبقي التعليق بها وجوبا ولا ضرر على الأول بوجوب الدين الثاني في رقبته؛ لأن الذمة متسعة لديون جمَّة فتنفذ تلك الكفالة وما أدى بعد العتق لا يرجع به على المولى؛ لأن الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع؛ لأنه لا يجب للعبد على مولاه دين فلم تنعقد الكفالة موجبة للرجوع على مولاه فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما إذا كفل بمال عن غيره بغير أمره ثم رضي المكفول عنه لا يرجع الكفيل عليه إذا أدى فكذا هذا، ولو زادت قيمته حتى بلغت ألفين فكفل بألف ثالثة ثم بيع بألفين كان ثمنه بين الأول والثالث ولا شيء للأوسط إلا أن يفصل؛ لأن هذه زيادة حدثت بعد الكفالة الثالثة فلم تتوقف الكفالة الثانية على وجود هذه الزيادة؛ لأن الفراغ من الدين إنما يعتبر وقت الكفالة؛ لأنه حال انعقاد السبب وحالة القسمة؛ لأنه حال ثبوت الحكم وهو الاستيفاء ولا يعتبر فيما بين ذلك؛ لأنه لا عمل للعقد ولا تأثير له ولا اتصال له بالمحل فيما بين ذلك فلم تصر

الزيادة مستحقة بالكفالة الثانية حال وجودها فالكفالة الثانية صادفت محلا فارغا؛ لأن الزيادة كانت موجودة عند الكفالة الثانية فنفذت فصارت الزيادة مستحقة بالكفالة الثانية بخلاف ما إذا لم تلزمه كفالة ثالثة؛ لأن الزيادة تغيب إلى وقت القسمة والاستيفاء وهو حال ثبوت الحكم فعملت الكفالة الثانية في استحقاقها.

على العبد أو أم الولد دين فأمرهما الولي بأن يضمنا عنه دينا ثم مات السيد وترك مالا فغرماء العبد يستسعونه لا غرماء السيد؛ لأن الإذن من المولى بالكفالة لم يصح في حق الغرماء؛ لأن ذمته صارت مشغولة بحق الغرماء فالكفالة صادفت محلا مشغولا بحق الغير فلم يصح إذن المولى.

فلا تنفذ الكفالة في حق الغرماء ولأن العبد لا يملك التبرع لحق الغرماء لا بحق المولى فلا ينفذ تبرعه بإذن المولى. عبد مأذون قيمته ألفا درهم وعليه دين ألف فكفل ألف درهم بإذن سيده ثم استدان العبد وحده ألفين ثم باعه القاضي بألف يضرب في ثمنه غرماء الأولين والآخرين بدينهم كلهم ويضرب فيه أصحاب الكفالة بألف؛ لأن الكفالة صحيحة؛ لأن نصفه مشغول بدين التجارة ونصفه فارغ وهو ألف فالكفالة صادفت محلا فارغا فنفذت واستدانة العبد بعد ذلك صحيحة؛ لأن ذلك دين التجارة ودين التجارة ودين الكفالة لا يمنع دين التجارة؛ لأن العبد لا يصير محجورا عن التجارة بلحوقه دين التجارة والكفالة كالحر ودين التجارة يمنع دين الكفالة؛ لأن دين الكفالة تبرع والمولى محجور عن الإذن بالكفالة لكونها تبرعا فلا يصح إلَّا إذا صادف محلا فارغا عن دين التجارة فينفذ بعد فراغه فكانت هذه الديون تعلقت برقبة العبد استيفاء فيضرب كلهم فيها إيفاء لرجل على عبد دين فأحال غريما له على العبد وضمن العبد جاز؛ لأن هذه ليست بكفالة ولا حوالة؛ لأن الكفالة والحوالة التزام ما لم يكن واجبا عليه وهنا التزم ما كان واجبا عليه إلا أن صاحب الدين وكّل غيره باقتضاء الدين من العبد فيلزم العبد القضاء إليه.

(فصل)

كفل المكاتب بنفس رجل أو بمال لم يجز وإن أذن له المولى خلافا

لابن أبي ليلى لما بينا بخلاف العبد إذا كفل بإذن مولاه يجوز؛ لأن الإذن بالكفالة إذن بالتبرع والمولى لا يملك التبرع بكسب المكاتب، وإن رضي المكاتب فلا يملك الإذن بالكفالة ويملك التبرع برقبة عبده وكسبه إذا لم يكن عليه دين فيملك الإذن بالكفالة كفل المكاتب عن أبيه لا يجوز؛ لأن هذه كفالة المكاتب.

ولو كفل عن عبده بدين عليه للمولى؛ لأن هذه ليست بكفالة بل التزام ما كان واجبا عليه قبل ذلك؛ لأنه كان واجبا عليه قضاء ما عليه الدين من كسبه كفل مكاتب لمولاه بدين له على أم ولد المكاتب جاز؛ لأنه التزم ما كان واجبا عليه فلم يكن كفالة، فإنه التزم الأداء من كسبه وقال يلزمه ذلك من غير كفالة ولو ضمن أجنبي ذلك لا يجوز؛ لأن هذه كفالة والكفالة للمولى بدين له على المكاتب لا يجوز للمكاتب على مولاه دين فأخذ له كفيلا جازت الكفالة؛ لأن هذا تبرع على المكاتب بالتزام الدين فيصح. كفيل لعبد يأخذ مدين عن مولاه بدين العبد عليه جاز ولو لم يكن على العبد دين لم يجز؛ لأنه متى كان على العبد دين صحت إدانته من المولى؛ لأن دينه يمنع وقوع الملك للمولى في اكتسابه رقبة وتصرفا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يصرفا لإدانة تفيد ما لم يكن ثابتًا فصحت الكفالة صادفت محلا دينا واجبا على الأصيل فصحت ومتى لم يكن على العبد دين لم تصح الإدانة من المولى؛ لأن اكتسابه مملوكة للمولى رقبة وتصرفا فالكفالة لم تصادف دينا واجبا عليه فلم تصح والكفالة على المستسعى لا تجوز عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه بمنزلة المكاتب. أعتق عبده على ألف فكفل بها رجل يجوز؛ لأنه التزم ما هو واجب على العبد عند تأخر بين اثنين أداناه دينا صفقة واحدة واحدا منه به كفيلا يلزم الكفيل نصف دين كل واحد منهما؛ لأنه أدان عبد وعبد غيره وإدانته عبد غيره صحيحة وعبد نفسه لا تصح فيثبت نصف الدين؛ لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين وهذا المدين مولى بنصفه وأجنبي عن نصفه، فإن كان على العبد دين لغيرهما صحت الكفالة بكل دينهما؛ لأنه يجب للمولى دين على عبده المدين، ولهذا يصح بيعه وشراؤه منه كفل مولاه له بمال وكل واحد كفيل ضامن عن صاحبه ولا دين على العبد يلزم كل واحد ربع الدين؛ لأن كفالة كل واحد منهما للعبد صحت في

النصف وبطلت في النصف فبطل من الدين نصفه ويبقى نصفه وهما بمجموعهما التزما دينا واحدا لاتحاد الصفقة ولم تصح البراءة منهما في نصفه فبقي النصف عليهما ولا تصح كفالة كل واحد منهما عن صاحبه؛ لأن كفالة كل واحد منهما إنما صحت في نصيب صاحبه فمتى جعلنا صاحبه كفيلا له صار كفيلا بعبده ولا تجوز كفالته بعبده إذا لم يكن عليه دين، ولو كان على العبد دين صار كل واحد كفيلا بكل الدين بحق الغرماء؛ لأن كل واحد منهما صار كفيلا عن صاحبه؛ لأن كفالة المولى لعبده المدين جائزة.

(باب كفالة الرجلين)

(**المبسوط**): مسائله على أربعة أقسام:

الأول: كفل ثلاثة عن رجل بألف درهم فأدى أحدهم برئوا جميعًا ولم يرجع على صاحبه بشيء؛ لأن الكفالة أضيفت إلى الألف فإنها مما لا يقبل التجزيء فانقسم الوجوب عليهم أثلاثًا فصار كل واحد كفيلا بثلث الألف حتى لو أدى أحدهم جميع الألف لا يجبر الطالب على القبول؛ لأنه في الثلثين متبرع عن الآخرين، فإن قبل منه صح الأداء فوقعت البراءة والمتبرع لا يرجع بما تبرع.

ولو كان كل واحد كفيلا عن صاحبه فأداها أحدهم رجع المؤدي عليهما بالثلثين ولصاحب المال أن يطالب كل واحد منهم بالألف؛ لأن كل واحد بالتحمل بحكم هذه الكفالة سواء، فإن كل واحد يحمل عن المطلوب بثلث الألف وعن صاحبه بثلثيها فيجب أن يكون في الغرم على السواء ولأن المؤدي أدى ثلثين عن صاحبيه بأمرهما؛ لأنه كفل عنهما بأمرهما فرجع على كل واحد بثلث الألف هذا إذا ظفر بالكفيلين، فإن ظفر بأحدهما رجع عليه بالنصف ثم رجعا على الثالث بالثلث لأنهما استويا في التحمل بحكم الكفالة فيستويان في الغرامة؛ ولأنه أدى ثلث الألف عن الحاضر بحكم الكفالة عنه فترجع بذلك؛ لأنه كان يأمره وأدى ثلثها عن الغائب وكل واحد منهما كفيلا عنه فصار مؤديا السدس عن نفسه بكفالة الغائب والسدس عن صاحبه الحاضر بحكم كفالته فله أن يرجع بذلك عليه؛ لأنه كان

يأمره، فإن ظفرا بالغائب يرجع كل واحد عليه بالسدس؛ لأنه أدى عنه بحكم الكفالة عنه، وإن شاء رجع على كل واحد منهما ثم رجعوا جميعا على الأصيل بالألف وإن ظفر بالأصيل قبل أن يظفر بصاحبه يرجع عليه بجميع الألف؛ لأنه أدى ثلثا بحكم الكفالة عنه وثلثين عن صاحبه بأمر المطلوب؛ لأن كفالة بعضها عن بعض مشروطة في عقد الكفالة وقد رضي المطلوب بذلك فتكون كفالته صاحبته بأمره والمطلوب متى أمر غيره أن يكفل عن كفيله يكون ذلك أمرا بالكفالة عنه اقتضاء فكان له الرجوع على الأصيل بالكل.

(**القسم الثاني**): لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتان وكل اثنين كفيلان عن اثنين بجميع المال، فإنه يأخذ أيهم شاء وحده تسعمائة وخمسين وأي اثنين شاء بجميع المال.

وذكر في المختصر: الصواب أن يأخذ أيهم شاء بنصف المال وأي اثنين شاء بجميع المال. أما الاثنين فلأن عليهما ستمائة درهم بحكم الأصالة بالمداينة وستمائة بحكم كفالتهما عن صاحبهما، وأن كل اثنين كفيلان عن اثنين بما عليهما فيأخذ الطالب أي اثنين منهم بجميع المال نصفه بحكم الأصالة ونصفه بحكم الكفالة، وأما الواحد فوجه ما ذكر في المختصر أن عليه ثلاثمائة بحكم الأصالة وثلاثمائة بحكم الكفالة عن أحدهم؛ لأن كل اثنين كفيلان عن اثنين بستمائة فيكون كل واحد كفيلا بثلاثمائة كما لو شرط أن يكون كل اثنين بأعيانهما كفيلا ثم ظفر بأحدهما يأخذه بستمائة فكذا هذا وجه رواية (**المبسوط**): وهو الصحيح أن على الواحد ثلاثمائة بحكم الأصالة بقي تسعمائة يوجد كل اثنين من الثلث البواقي بجميعها بعضها بحكم الأصالة وبعضها بحكم الكفالة؛ لأن كل اثنين من الثلاث البواقي كفيلان بما على الاثنين الباقيين فيجب على كل واحد نصف ذلك ونصف تسعمائة أربعمائة وخمسين وأربعمائة وخمسين مع ثلاثمائة يكون سبعمائة وخمسين ومن وجه آخر ثلاثمائة عليه بحكم الأصالة وهو كفيل بنصف ما على الاثنين الباقيين وكل اثنين من الثلث عليهما ألف ومائتا درهم ستمائة عليهما بحكم الأصالة وستمائة عليهما بحكم الكفالة عن اثنين إلا أن ثلاثمائة مما هو عليه بحكم

الأصالة لا يؤخذ هو به عن غيره بحكم الكفالة فبقي تسعمائة بحكم الكفالة فيكون الواحد كفيلا بنصف ذلك فيؤخذ به وبثلاثمائة فيكون سبعمائة وخمسين، فإن أدى أحدهم نصف المال وهو ستمائة فحصته منها الربع ثلاثمائة وحصة أصحابه الربع وهو ثلاثمائة إن شاء رجع على كل واحد منهم بثلثه وهو مائة؛ لأنه أدى ثلاثمائة عن نفسه بحكم الأصالة فلا رجوع فيها وثلاثمائة عن أصحابه بحكم الكفالة فتكون حصة كل واحد من ذلك مائة، فإن لقي أحدهم أخذه بمائتي درهم؛ لأنه يقول له أديت مائة عنك وما تبين عن الآخرين الباقيين فأنا وأنت في الكفالة عنهما سواء فيجب أن يكون في الغرم على السواء فيأخذ منه مائة من جهته ومائة من جهة أحد صاحبيه حتى يستويا في الغرم، فإن ظفرا بالثالث يأخذاه بثلثي المائتي لأنهما يقولان له أدينا عنك مائة وأدينا مائة عن الرابع الغائب بحكم الكفالة عنه ونحن وأنت في الكفالة عنه سواء فيجب أن يكون في الغرم على السواء فيرجعان بثلث المائة عليه فيكون الغرم بينهم أثلاثا، فإن لقوا الرابع رجع كل واحد منهم عليه بثلث المائة؛ لأنه أدى منه ذلك القدر بحكم الكفالة، فإن لقي الأول الثاني فيأخذ منه مائتي درهم ثم لقي الثاني الثالث يأخذه بثلاثة أرباع المائة لأنه أدى المائة عن نفسه فلا يرجع بها على أحد وأدى المائة الأخرى نصفها عنه وهو خمسون فيرجع به عليه والنصف الآخر أدى عن الرابع الغائب وهو والثالث في الكفالة عنه سواء فيكون في الغرم عنه سواء فيرجع بنصفه وذلك خمسة وعشرون فصار خمسة وسبعين وذلك ثلاثة أرباع المائة، فإن لقي الأول الثالث بعده أخذه باثنين وستين درهما ونصف؛ لأنه يقول أديت مائة عنك وعن الرابع فتكون حصتك منها خمسين وغرمت عن الرابع خمسين وأنا وأنت في الكفالة عنه سواء فيجب أن يستويا في الغرم فإنك غرمت للثاني من جهة الرابع خمسة وعشرين فأنا غرمت للثاني مثل ذلك فتقابلا واستويا يبقى خمسة وعشرون عن الرابع فيكون عليهما نصفان ليستويا في ضمان الكفالة، فإن لقيهما الثاني بعد ذلك رجعا عليه بثمانية وثلث ويكون بينهما ثم يرجعون على الرابع بمائة بينهما لأنهما يقولان له نحن أدينا عن الرابع خمسة وسبعين كل واحد منا سبعة وباثنين ونصف وأنت غرمت خمسة وسبعين

لأنك رجعت بخمسة وعشرين من الخمسين التي غرمتها عن الرابع على الثالث بقي غرمك عن الرابع خمسة وعشرين فيجب أن يكون غرم هذه المائة علينا أثلاثا على كل واحد منّا ثلاثة وثلاثين وثلث فيأخذان مائة وثمانية وثلثًا ليستووا في الغرم فيكون بينهما فإذا وصل إلى كل واحد أربعة وسدس بقي غرم كل واحد ثلاثة وثلاثون وثلث ثم يرجعون على الرابع بمائة بينهم، فإن لقي الأول الثاني بعدما أخذه من الثالث ثلاثة أرباع المائة أخذ منه نصف ما أخذ من الثالث؛ لأنه يقول له كل واحد منا غرم مائة عنهما فيجب أن يستويا في الغنم كما استويا في الغرم وسبعة وخمسين عنهم أصبته من الثالث فأخذ منك نصفه حتى يستوي في الغنم، فإن لقيا الثالث بعد ذلك أخذا منه ثمانية وخمسين درهما وثلث بينهما لأنهما يقولان أدينا عنك مائة وعن الرابع مائة وقد وصل إلينا مما أدينا عنك خمسون؛ لأن ما قبضه الأول من خمسة وسبعين خمسون مما أدينا عنك وقبض الثاني كقبضنا جميعا فبقي ما أدينا عنك خمسون فأدينا عن الرابع مائة فيجب أن يكون هذا الغرم بيننا أثلاثا على كل واحد منا ثلاثة وثلاثون وثلث وقد غرمت أنت خمسة وعشرين التي أخذها الأوسط منك فبقي إلى تمام ثلاثة وثلاثين وثلث ثمانية وثلث، فإن أديا عنه خمسين فيصير جملة ذلك مائة وخمسين وثلثًا، فإن لقوا الرابع أخذوا منه مائة لكل واحد ثلاثة وثلاثون وثلث.

(**القسم الثالث**): لرجل على عشرة نفر ألف وكل أربعة كفيل عن أربعة بجميع المال فأخذ أحدهم يأخذه بثلاثمائة وخمسة وعشرين مائة حصته من الدين ومائتان وخمسة وعشرون ربع ما بقي من الألف حصته من الكفالة لأنا جعلنا كل أربعة منهم لا بأعيانهم كفيلًا عن ستة حتى يمكنهم الرجوع على كل واحد منهم بحصته فإنَّا متى جعلنا الأربعة كفلاء عن الأربعة لا يمكنهم الرجوع بما أدوا على واحد من الستة؛ لأن لكل واحد أن يقول للأربعة المؤدين أنتم كفلاء عن أربعة منا لا عن الستة واثنان منا لسنا بمكفولين عنهما وكل واحد يدعي أنه ليس بمكفول عنه فتثبت كفالة الأربعة عن الستة حتى يمكنهم الرجوع بما أدوا عن الكفالة فصار الواحد مع ثلاثة منهم كفلاء بما على الستة فلزمه ربع تسعمائة بحكم الكفالة وذلك مائتان

وخمسة وعشرون وإن أخذ اثنين أحدهما بما بين حصتهما بحكم الأصالة وبنصف ما بقي وهو أربعمائة بالكفالة لأنهما كفلاء مع اثنين لا بأعيانهما عن الثمانية وعلى الثمانية ثمانمائة فيكون عليهما نصف ذلك وهو أربعمائة وإن أخذ ثلاثة أحدهم بثلاثمائة حصتهم بالأصالة وبثلاثة أرباع ما بقي بالكفالة لأنهم مع الواحد كفلوا عن سبعة وعليهم سبعمائة وثلاثة أرباع بسبعمائة خمسمائة وخمسة وعشرون وإن أخذ الأربع أحدهم بجميع المال أربعمائة حصتهم بالأصالة وستمائة بالكفالة عن ستة هذا كله إذا لم يؤد كل واحد منهم شاء وإن أدى أحدهم مائتين وخمسين فمائة من ذلك حصته ومائة وخمسين على أصحابه حصة كل واحد من ذلك التسع يرجع به عليه إن لقيه دون أصحابه ويرجع عليه أيضًا بنصف ما بقي وذلك أربعة الأتساع حتى يشاركه في الغرم لأنهما يستويان في سبب الغرم وهو الكفالة فيستويان في الغرم تحقيقا في المعادلة فإن أدى الثاني ثم لقي الثالث أخذه تسع وربع تسعمائة وخمسين؛ لأنه يقول للثالث أديت أنا خمسة أتساع إلى الأول تسعا عن نفسي وأربعة أتساع عنك وعن سبعة معك بالكفالة فحصتك نصف تسع بقي ثلاث أتساع ونصف إلى السبعة الباقية فيكون ذلك علينا نصفين لأنهما في الكفالة سيّان فوجب أن يستويا في الغرم والضمان فأعطى نصف ذلك وهو تسع وثلاثة أرباع تسع ولزمه أيضًا نصف تسع بحكم الأداء عنه فيكون جملة ذلك تسعين وربع، فإن لقي الأول بعد ذلك الثاني أخذ منه نصف ما أخذ من الثالث ليستويا لأنا استوينا في الغرم فيجب أن يستوي في الغنم وهذا غنم أصيبه من الثالث فيشركان فيه، فإن لقيا ذلك الثالث رجع الأول عليه بنصف سهم حصته ثم يجعل بينه والثاني نصفان، فإن لقي الأول والثاني والثالث يرجعان عليه بتمام ثلاثة أتساع وثلث لأنهما يقولان أدينا عنك وعن سبعة معك بالكفالة عدهم ثمانية أتساع تسعا عنك وسبعة أتساع عن صواحبك فيجب أن يكون سبعة أتساع صواحبك علينا أثلاثا فتكون حصتك تسعًا وثلثًا، فإذا ضممت ذلك إلى التسع الذي خصك صار ثلاثة أتساع ونصف إلا أنك أديت إلى الثاني تسعين وربع بقي عليك التسع ونصف سدس بتسعمائة وخمسين.

(**القسم الرابع**): ولو كان أصل المال على ثلاثة وكل واحد كفيل ضامن عن صاحبه فأدى أحدهم شيئًا فهذا على ثلاثة أوجه: في وجه يكون المؤدي عن نفسه، وإن لم يعين وفي وجه يكون المؤدي عنه وعن صاحبه، وفي وجه يكون المؤدي عن نفسه إذا لم يعين وإن عين يكون عن صاحبه. مثال الأول: ولو كان المال على ثلاثة وكل واحد منهم كفيل عن صاحبه فأدى أحدهم يكون إلى تمام الثلث عنه وما زاد على الثلث يكون عنهما، ولو قال هذا عن كفالة صاحبي لا يصح؛ لأن التعيين لا يصح لأنا لو صححناه في الابتداء يؤدي إلى إبطاله في الانتهاء؛ لأن المؤدي متى جعل المؤدى عن صاحبه فلصاحبه أن يجعل عنه أيضًا بحكم الكفالة عنه فيكون أداؤه كأدائه ثم وثم فيؤدي إلى الدور والدور ساقط فلأنه لا فائدة في التعيين هنا؛ لأن ما وجب عليهم جميعا كله من الكفالة فيكون الجنس متحدا والتعيين في جنس واحد صائغ؛ لأنه لا يفيد فيوقع المؤدي عن المؤدى لا عن صاحبه إلا أن يجاوز حصته فتكون الزيادة عن صاحبه؛ لأنه حينئذ لا يؤدي إلى الدور؛ لأنه ليس لصاحبه أن يجعل الزيادة عن المؤدي بالكفالة لأنهما لم يبقيا كفيلين عن المؤدي؛ لأنه لم يبق على المؤدي دين ولأن التعيين مقيد في الزيادة **والثاني**: لو كان على رجل ألف فكفل ثلاثة عنه على أن يكون بعضهم كفيلا عن البعض فأدى أحدهم شيئًا يكون مؤديا عن نفسه وعن صاحبه وإن عين عن أحدهما لا يصح؛ لأن ما وجب عليهما جميعا كله بسبب واحد وهو الكفالة فيكون جنس الدين وحدًا لاتحاد السبب والتعين في جنس واحد لغو فكان المؤدي شائعا في الكل ولأنه يؤدي إلى الدور ولأنه متى جعل المؤدي عن صاحبه فلصاحبه أن يجعل المؤدي عنه؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه، **والثالث**: لو كان الدين على رجلين وأحدهما كفيل عن صاحبه والآخر لم يكفل عنه إن أدى الكفيل شيئًا ولم يعين كان المؤدي عنه وإن عين يكون عن صاحبه؛ لأن التعيين عن نفسه إن لم يثبت نصًا ثبت دلالة؛ لأن ما عليه بحكم المداينة أقوى وآكد مما وجب عليه بحكم الكفالة، ألا ترى أن الطالب يملك إخراجه عن دين الكفالة بالإبراء شاء أو أبى ولا يملك في حق المطلوب والظاهر من حال المؤدي أنه يبدأ بالأقوى فالأقوى فيثبت التعيين عن نفسه دلالة

وإن عين عن صاحبه يصح؛ لأن الدينين إنما وجبا بسببين مختلفين أحدهما بالمداينة والآخر بالكفالة فيكونا دينين مختلفين حكما والتعيين في جنسين مختلفين مقيد فيصح كما لو كان عليه كفارة القتل وكفارة الظهار أو كفارة اليمين يصح تعيينه في أحدهما فكذا هذا.

(**المنتقى**): رجلان كفلا عن رجل بأمره بمال على أنّ كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم أدى أحدهما شيئًا فله أن يرجع بجميع ما أدى عن المكفول عنه، وإن شاء رجع عليه بنصفه وعلى شريكه بنصفه، وإن ضمنا عنه بغير أمره لم يكن له أن يرجع على شريكه بشيء حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع عليه بالزيادة على النصف والفرق أنهما متى ضمنا عنه بأمره كان صاحب المال معهما في الضمان فما أدى أحدهما من شيء فنصفه مما ضمن عن صاحب المال ونصفه مما ضمن عن صاحبه، فإذا ضمنا عنه بغير أمره فكان كل واحد منهما ضمن للغريم خمسمائة على حدة لأن كل واحد ضمن ما على صاحبه بأمره.

قال أبو يوسف رحمه الله: إذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بأمره.

(باب ما يصح تسليم الكفيل المكفول به وما لا يصح تسليمه)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في تسليم المكفول به.

والثاني: في مكان تسليمه.

كفل بنفس رجل ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء؛ لأن موجب الالتزام هو البراءة عند التسليم فيثبت نص عليها أم لا، ألا ترى أن الغاصب مع جنايته يستوجب البراءة عند التسليم كالذي لا جناية منه أولى والتسليم هو التخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول هذا خصمك فأنت أعلم بثباته فخذه إن شئت ثم لا يخلو إما أن سلم بعد الطلب منه أو قبله، فإن سلمه إليه بعدما

طلب منه يبرأ، وإن لم يقل سلمت إليك بحكم الكفالة؛ لأن التسليم حصل بناء على طلب الطالب بحكم الكفالة فتقع عن جهة الكفالة؛ لأن التسليم لما كان بناء عليه يتضمن إعادة لما في الطلب فصار كأنه قال سلمت إليك من جهة الكفالة وإن سلمه من غير طلب الطالب لا يبرأ ما لم يقل سلمت إليك بجهة الكفالة؛ لأن التسليم محتمل قد يكون بحكم الكفالة وقد يكون بحكم الاستعانة أو الإجارة والتسليم فعل وهو الإعطاء فعل التسليم بجهة الكفالة وبجهة الإجارة سواء ولا يترجح أحد التسليمين على الآخر فبقي محتملا فلا يبرأ بخلاف ما لو أقر الطالب فقال قبضت نفس فلان من فلان يبرأ الكفيل وحمل على القبض بجهة الكفالة؛ لأن الإقرار بالقبض كلام واختار عن القبض والقبض بجهة الكفالة قبض من كل وجه؛ لأن التسليم واجب عليه والقبض بجهة الإجازة قبض صورة لا معنى؛ لأنه لا تسليم عليه لهذه الجهة فانصرف الكلام إلى الحقيقة وهو القبض بحكم الكفالة، ولو سلم الكفيل يجبر الطالب على القبول ولو سلمه غير الكفيل فله أن لا يقبل؛ لأن التسليم مستحق على الكفيل لا على غيره، فإذا أبى بما هو المستحق عليه ولو لم يبرأ عنه لا يخرج عن عهدة الكفالة إذا دفع المكفول به نفسه إلى الطالب من كفالة فلان برئ الكفيل وكذلك وكيل الكفيل ورسوله لو سلم جاز ولو لم يقل من كفالته لا يبرأ؛ لأنه أتى بتسليم ما هو مستحق عليه وفي تسليمه فائدة وهو دفع يعرض الكفيل عن نفسه إن كانت الكفالة بغير أمره ويكسب براءة عن مطالبته إن كانت الكفالة بأمره. كفل وصي الميت غريما للميت بنفسه من رجل فدفعه الكفيل إلى ورثته أو غرمائه لم يبرأ؛ لأنه متى كان في التركة دين فحق القبض بما وجب بعقود الوصي للوصي لا للوارث والغريم فصار كما لو دفعه إلى أجنبي حتى لو لم يكن في التركة دين برئ بالدفع إلى الوارث؛ لأن حق القبض والتصرف له. مات المكفول له وعليه دين محيط فسلم الكفيل بالنفس إلى الغرماء والورثة لا يبرأ لما بينا، فإن أدى الورثة الدين جاز دفعه إليهم؛ لأن الوارث ممنوع عن التصرف في التركة ما لم يقض الدين، فإذا قضى الدين زال الحجر ويثبت إطلاق التصرف في التركة وهي ملكها

فانقلب التسليم إليه صحيحا. وصيان لليتيم يكفلان رجلا فدفع إلى أحدهما برئ منه وللآخر أن يأخذه.

وكذلك الوكيلان لو سلم الكفيل المكفول به إلى أحدهما يبرأ عن حصته ولا يبرأ عن حصة الآخر وكذا هذا وصار كما لو باعا عبدا من تركة الميت فسلم المشتري الثمن إلى أحد الوصيين لا يبرأ عن نصيب الآخر فكذا هذا، كفل ثلاثة بنفس رجل وبعضهم كفيل عن بعض كان له أن يأخذ كل واحد بنفس المطلوب خاصة لما تبين وأنهم سلم برئوا جميعا إلا إذا كانت الكفالة متفرقة فلا يبرأ صاحبه؛ لأن الكفالة متى كانت مجتمعة يجب على كل واحد تسليم ثلثه ولا يمكنه تسليم ثلث المطلوب دون تسليم الثلثين فيصير كل واحد منهم وكيلا عن صاحبه في تسليم ثلثه ضرورة إمكان تسليم الثلث كثلثه. اشتروا عبدا من رجل صفقة واحدة يصير كل واحد منهم وكيلا عن صاحبيه بأداء حصتهما من الثمن حتى لو أدى جميع الثمن أجبر البائع على القبول فكذا هذا ومتى كانت الكفالة وقعت متفرقة استحق الطالب على كل واحد منهم تسليم المطلوب بكماله فيقع تسليم أحدهم عن نفسه لا عن صاحبيه؛ لأنه يمكنه تسليم ما كفل به عن نفسه دون صاحبه فلا يصير وكيلا عن صاحبه، كثلاثة نفر اشترى كل واحد ثلث العبد صفقة واحدة على حدة فأدى واحد جميع الثمن لا يجبر البائع على القبول؛ لأنه متبرع وليس بوكيل عن صاحبيه بأداء شيء فكذا هذا. فضولي قال سلمت نفس المطلوب إليك عن فلان الكفيل لم يبرأ الكفيل إن لم يرض به الطالب؛ لأن التسليم مستحق على الكفيل والفضولي متبرع فلا يقع تسليمه عن جهة المستحق إلا برضاء الطالب فإن غاب المكفول به أجل الكفيل مقدار سيره وإتيانه.

وإن مضى الأجل ولم يحضره حبس؛ لأن الحبس عقوبة فلا تستحقه عليه إلا بعد ظهور الظلم والمماطلة لقوله عليه السلام: "**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ**"[1] وبعد التأجيل

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٥/٣ (٢٤٠٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الأعلى. و«مسلم» ٣٤/٥ (٤٠٠٨) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق.

ظهرت مماطلته وظلمه فيستحق حبسه وقتًا كما في سائر الحقوق، فإن كان في موضع تعذر الخروج إليه لا يحبس؛ لأنه معذور عاجز وليس بمماطل ولا عقوبة على المعذور. كفل بنفس رجل فغاب إلى بلد فأخذ الكفيل كتاب القاضي إلى قاضي ذلك البلد فأمره بالخروج معه ليسلمه ارتد المكفول به ولحق بدار الحرب لم يبرأ الكفيل؛ لأنه لم يعجز عن تسليمه متى عرف مكانه كما لو غاب إلى بلدة أخرى في دار الإسلام لا يجعل ميتا في حق ما عليه بلحوقه دار الحرب كما لو كان عليه قصاص أو دين أو حق لا يجعل ميتا في حق سقوط حقوق الناس عليه فإنما يجعل ميتا في حق إزالة أملاكه عنه عقوبة عليه قالوا وهذا إذا كان بحال يتهيأ له رده بأن عرف مكانه أو كان ميتا وبينهم موادعة إن من دخل دارهم منا مرتدا فإنهم يردون علينا، فأما إذا كان بحال لا يتهيأ له رده بأن لم يعرف مكانه أو لا موادعة بيننا وبينهم، فإنه لا يؤخذ به؛ لأنه عاجز عن تسليمه ولا يقدر عليه إلا بعد أن يطوف جميع الدنيا وليس في وسعه ذلك كالكفيل بالدين إذا اعتبر، فإن كانت امرأة فسبيت بعد اللحاق بدار الحرب يبرأ الكفيل؛ لأنه عجز عن تسليمها.

(فصل)

ولو سلم المكفول به في سجن أو مغارة لا يبرأ؛ لأن المستحق عليه تسليم ليمكن الظالم من أعدائه مجلس الحكم حتى يستخرج الحق منه فلا يمكنه ذلك كان في المغارة أو كان محبوسًا بدين غيره فكان بمنزلة من اشترى رمكة في مغارة فسلمها البائع إليه وهي مهملة غير مفيدة لا يصح؛ لأنه لا يتمكن من قبضها قالوا وهذا إذا كان محبوسًا في سجن قاضٍ آخر في بلد آخر؛ لأن المكفول به ليس في يد القاضي ولا تجب ولايته؛ لأنه لا ولاية له على ذلك المصر فلا يسقط عن الكفيل التسليم فيطالب بالتسليم؛ لأنه قادر على تسليمه بأن يوفي ما عليه من الحق حتى يخلي سبيله.

فأما إذا كان محبوسًا في سجن القاضي الذي تخاصما إليه أو في سجن قاض آخر أو في سجن أمير البلد في هذا المصر لا يطالب بتسليمه استحسانًا لأن سجنه

بيده وتجب ولايته فيخلي القاضي سبيله حتى يجيب خصمه ثم يعيده إلى السجن، وكذلك سجن قاض آخر أو أمير البلد في هذا المصر كسجنه؛ لأن له ولاية على أهل هذا المصر كلهم إلا أنه نصيب قاض آخر إذا كانت البلدة عظيمة؛ لأن الواحد ربما لا يمكنه القيام بجميع أمور الناس أو دفعا للحرج عن الناس لا لقصور ولاية كل واحد منهما على أهل هذا المصر، ولهذا لو امتلأ أهل السجين كان لكل واحد أن يصرف الباقي إلى سجن الآخر.

ولو دفع إليه في مصر آخر سلطان يبرأ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يبرأ؛ لأن تسليم المطلوب مما يختلف باختلاف الأماكن، فإنه قد يحصل التسليم في مكان لا يتمكن من الخصومة معه فوجب أن يتعين مكان العقد مكان التسليم بدلالة الحال كما في السلم إذا كان له حمل ومؤنة، له: أن المقصود من تسليم المكفول به إمكان الخصومة معه واستخراج الحق منه بالإثبات عليه وهذا المقصود يحصل في الأمصار كلها ومتى لم يختلف التسليم باختلاف الأماكن لا يتعين مكان العقد مكانا للتسليم كما في السلم إذا لم يكن له حمل ومؤنة.

ولو سلمه في السواد أو في موضع ليس فيه قاضٍ لم يبرأ؛ لأن تسليمه إليه في هذا الموضع ليس بسبب الوصول إلى حقه.

ولو شرط أن يدفعه عند الأمير فدفعه عند القاضي أو عزل وولى غيره فدفعه إليه عند الثاني فهو جائز؛ لأن المقصود متحد هذا إذا وقعت الكفالة مطلقة فأما إذا شرط التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة فسلمه في مصر آخر لا يبرأ عندهما.

واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة رحمه الله لاختلاف الرواية عنه في باب السلم إذا لم يكن حمل ومؤنة وإن شرط التسليم في مكان بعينه في المصر الذي وقعت فيه الكفالة فسلمه في غير ذلك المكان بأن شرط أن يسلمه في المسجد الجامع فسلمه في السوق بين الكفيل.

وذكر الخصاف، عن أبي يوسف: أنه لا يبرأ قياسا؛ لأنه شرط مقيد؛ لأنه قد تيسر عليه الإغداء من المكان المشروط إلى مجلس الحكم بأن يجد من يعينه على

إحضاره مجلس الحكم من جيرانه وأقربائه أو يكون أقرب إلى مجلس الحكم فيخف عليه مؤنة الإحضار متى احتاج إلى إحضاره بأعوان القاضي والشرط متى أفاد يجب مراعاته وجه الاستحسان: أن المقصود من التسليم في المكان المشروط أن يتمكن من إحضاره وإغدائه مجلس الحكم لإمكان الخصومة معه واستخراج الحق منه وهذا المقصود حصل متى سلمه في غير المكان المشروط، فإنه يجد من يعينه إذا كان من عادة أهل تلك البلد أنهم لا يزعجون الخصم من المدعِي بل يعينوه على الإغداء ولا يراعي من الشروط هذا الشرط وإليه أشار في الكتاب؛ لأنه قال دفعته في المصر والمكفول به لا يستطيع أن يمتنع منه قال رحب، ثم قال ثانيا أنا على مثل كفالتي التي تصير كفيلا؛ لأن هذه كفالة مسابقة محددة؛ لأن مثل الشيء غيره والعابرة إنما تتحقق بين شيئين فكانت الثانية غير الأولى.

(**المنتقى**): المكفول به محبوس بدين عليه فأخرجه القاضي بخصومة الطالب فقال الكفيل للطالب قد دفعته إليك، فإن قال ذلك قدام القاضي يرى من الكفالة، وإن قال في غير مجلس القاضي وهو ممنوع منه مع رسول القاضي لا يبرأ من الكفالة؛ لأنه لم يصح تسليمه؛ لأنه لا يقدر على دفعه.

قال محمد رحمه الله: إذا تكفل بنفس رجل وسلمه إليه في الحبس بعدما أحضره من الحبس في مجلس القضاء لم يبرأ، وإن تكفل به وهو في المجلس وسلمه في الحبس برئ؛ لأنه سلم كما كفل به وإن تكفل به في الحبس ثم خلي ثم حبس ثانية فدفعه إليه في الحبس الثاني، فإن كان الحبس الثاني في أمر من أمور التجارة ونحوها برئ، وإن كان في شيء آخر من أموره السلطان لم يبرأ.

ولو كان المكفول به محبوسا في الدم فلا سبيل على المكفول بالنفس؛ لأنه لا يقدر على إخراجه، ولو حبس الكفيل في الكفالة ثم علم أن المكفول به غائب ببعض الأمصار فأمر القاضي للطالب أن يأخذ منه كفيلا بنفسه ويخرجه من السجن حتى يجيء بالمكفول به، وكذلك لو حبسه بدين عليه فسأل عنه فلم يوجد له في هذا المصر مال وكان ماله بخراسان، فإنه يخرجه ويأمره أن يأخذ منه كفيلا بنفسه على قدر المسافة فيبيع ماله ويقضي دينه.

رجل كفل بنفس رجل في قرية أو مصر ولم يبين أن يرده في أي موضع. قال محمد: لا يأخذه به إلا حيث كفل له به ويدفعه حيث يجعل الكفالة.

(باب اشتراط أداء المال من مال المكفول به)

(**المبسوط**): كفل المودع على أن يعطيه من الوديعة بأمره يجوز ما دامت الوديعة قائمة، فإن هلكت أو غصبت برئ.

وقال زفر: لا يصح هذا الضمان؛ لأنه لو صح صارت الوديعة مضمونة الرد على المودع بالشرط، فإنه يلزمه ردها بهذه الكفالة إلى غريم صاحب الوديعة والوديعة لا يجوز أن تصير مضمونة بالرد بالشرط فبقي أمرا بقضاء الدين، لنا أنه لو ضمن هذا الإيفاء من ماله صح، فإذا ضمن الإيفاء من مال المكفول عنه أولى أن يصح؛ لأن فيه نوع توثيق الدين والوديعة لا يجوز أن تصير مضمونة الرد بالشرط مقصودا أما يجوز أن تصير مضمونة الرد حكما لقضاء ما ضمن من وديعته فكأنه أعار الوديعة لقضاء ما عليه فيجوز أن تصير مضمونة الرد بالإعارة كالعارية تصير مضمونة الرد لا مضمونة العين وليس للمطلوب أن يأخذ الوديعة منه؛ لأنه لما صح ضمان قضاء الدين من الوديعة وجب على الكفيل فصار الدين من الوديعة فصارت الوديعة مشغولة بحق الطالب فصار بمعنى الرهن والرهن مع وضع على يدي عدل لم يكن للراهن أن يأخذ من يده لكونه مشغولا بحق المرتهن فكذا هذا، ولو كفل له يأمره على أن يعطيه من ثمن داره فلم يبعها لم يضمن؛ لأنه إنما ضمن المال على أن يعطيه من ثمن هذه الدار فما لم يصل ثمنها إلى يده بالبيع لا يلزمه شيء كما لو ضمن قضاؤه من الوديعة وهلكت حتى عجز عن القضاء من عينها برئ ولا يجبر على البيع؛ لأن الأداء قبل البيع غير واجب عليه؛ لأن الكفالة مضافة إلى ثمن هذه الدار ولا يوجد الثمن إلا بالبيع فتصير الكفالة كالمضافة إلى وقت في المستقبل وهو ما بعد بيع هذه الدار والكفالة متى كانت مضافة إلى وقت المستقبل فما لم يوجد الوقت المضاف إليه لا يلزمه الأداء فكذا هذا. كفل بمال على أن يجعل له جعلا ولم يشترط الجعل في أصل الضمان جاز الضمان وبطل الجعل؛ لأن الكفيل

مقرض في حق المطلوب، فإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه وأنه ربا.

وإن كان الجعل مشروطا في أصل الضمان بطل الضمان والجعل وفي بعض الروايات الضمان جائز والجعل غير جائز؛ لأن الكفالة لا يبطلها الشروط الفاسدة كما لو كفل إلى أن تمطر السماء أو تهب الريح. وجه الرواية الأولى: أن الكفيل ما التزم المال مطلقًا بل التزم بشرط أن يسلم له الجعل ولا يسلم له؛ لأنه شرط فيه منفعة للكفيل فيكون بمعنى الربا فلا يؤاخذ بالكفالة؛ لأنه ما كفل بدون الجعل.

(فصل)

ولو أخذ الكفيل الدين من المكفول عنه قبل الأداء فلا يخلو إما أن يكون كفيلا بالأيمان أو بالأعيان، ولا يخلو إما أن أخذه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء، فإن قبضه على وجه الرسالة بأن قال له خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب فتصرف فيه وربح لا يطيب له الربح سواء كان ثمنا أو عينا؛ لأنه مودع فيه والمودع إذا تصرف في الوديعة وربح لم يطلب له الربح خلافا لأبي يوسف.

وإن قبضه على وجه الاقتضاء بأن قال له المطلوب: إني لا آمن أن يأخذ منك الطالب حقه فأنا أقضيتكه قبل أن يؤديه فذلك جائز؛ لأن الكفيل قد التزم المطالبة وثبت له حق مطالبة المكفول عنه أيضًا وذلك مما يستحق به الاقتضاء كحقيقة الدين، فإذا قضاه صح.

وإن أراد أن يرجع فيه ليس له ذلك؛ لأن المقبوض صار حقا للقابض على احتمال أن يؤدي الدين بنفسه فما لم يبق هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه ليس له أن يرجع، فإن تصرف فيه وربح ففي الأيمان يطيب له سواء أدى الأصيل الدين بنفسه أم الكفيل؛ لأن الأيمان لا تتعين عندنا فلا يكون الربح على ذلك المال.

فأما في الأعيان فعن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات: في رواية هذا الكتاب يطيب له، وفي رواية كتاب البيوع لا يطيب، وفي (**الجامع الصغير**) قال: يستحب له

أن يؤديه إلى الأصيل وعندهما يطيب له؛ لأن الربح حصل على ملك صحيح بضرورة المقبوض ملكًا له بالقبض.

لأبي حنيفة رحمه الله: إن اقتضاه فأقر غير خالٍ عن الشبهة؛ لأن المكفول عنه بسبيل من أن يقضي الدين بنفسه فيسترد منه غير ما أعطاه فأورث شبهة في الاقتضاء فيتمكن الحنث فيه إلا أن هذا الحنث ثبت لحق الأصيل فسبيله أن يرد عليه.

(**المنتقى**): ولو ضمن المودع بأمره على أن يعطيه من الوديعة عنده ثم رد الوديعة إلى المكفول عنه ينظر إن كانت الوديعة دراهم أو دنانير فالمال لازم له، فإن كانت عينا كالعبد والدابة لا يلزمه المال والفرق أن في الدراهم والدنانير يجبر على أن يعطيه منها؛ لأنه من جنس حقه ولا يجبر على بيع العين؛ لأنه ليس من جنس حقه ولكنه متى باعه أجبر على أن يعطيه من ثمنه.

ولو ضمن على أن يعطيه من ثمن هذا العبد والعبد للكفيل فمات قبل أن يبيعه بطل الضمان عن الكفيل؛ لأن الضمان تعلق بهذا العبد فيبقى ببقائه ويبطل بهلاكه، وإن باع العبد بمائة درهم وهي قيمته والدين ألف لم يلزمه من الضمان إلا قدر ثمن العبد، فإن ضمن له المال على أن يعطيه من مال المكفول له أو ضمن على أن يعطيه من ثمن هذا العبد وليس العبد له فالضمان باطل، وإن ضمن له على أن يعطيه من ثمن هذا العبد ولا عبد له فالضمان لازم؛ لأنه اشترط أن يعطيه ذلك من شيء مجهول يتوهم أن يكون في ملكه وليس هذا كالشيء بعينه؛ لأن المعين ليس في ملكه قطعا فلا يمكنه إعطاء الضمان عنه ألا ترى أنه لو قال: من مالي ولا مال له يلزمه الضمان، ولو قال: من هذا المال وهو ملك غيره لا يلزمه.

(باب إبراء الكفيل الأصيل أو أحدهما)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في البراءة المرسلة.

والثاني: في البراءة المعلقة.

والثالث: في البراءة من المال المكفول به.

والرابع: في نفي الحق قبل المكفول له.

(فصل)

ولو أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل، ولو أبرأ الأصيل برئ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجب سقوط الدين وسقوطه يوجب سقوط المطالبة؛ لأنها مبنية على وجوب الدين وبراءة الكفيل توجب سقوط المطالبة؛ لأن الثابت على الكفيل المطالبة وسقوط المطالبة لا توجب سقوط الدين.

ولو أبرأ الكفيل المكفول عنه مما ضمنه أو وهبه جاز ذلك، وإن أدى الكفيل بعد ذلك يرجع عليه؛ لأن الحق انعقد سبب وجوبه وهو الكفالة بأمره، وإن لم يكن واجبًا قبل الأداء لكن الإبراء بعد وجود السبب كما في الأجرة.

ولو كان كفيلا بالمال والنفس فقال ادفع نفس المطلوب وأنت بريء من المال وقال: ادفع المال وأنت بريء من النفس لا يجوز؛ لأن براءة الكفيل بالشرط لا تجوز لما تبين في الفصل الثاني.

ولو قال للكفيل: أبرأتك، فقال: لا أقبل، يبرأ.

ولو قال: وهبته، يرتد بردّه، ولو قال ذلك للأصيل فرد يرتد فيهما وعاد الدين عليه وعلى كفيله والفرق أن إبراء الكفيل إسقاط محض وهو إسقاط المطالبة المجردة وليس فيه تمليك مال؛ لأنه لا دين في ذمة الكفيل والإسقاط المحض لا يرتد بالرد كالطلاق والعتاق؛ لأنه بنفس الإبراء تلاشى واضمحل فعوده كيف يتصور بخلاف الهبة، فإن الهبة تمليك الدين الذي للطالب على الأصيل من الكفيل وهو كالواجب على الكفيل من وجه لما تبين فكان هذا إسقاطا فيه نوع تمليك فيرتد بالرد لمعنى التمليك فيه بخلاف الأصيل، فإن الإبراء والهبة كلاهما في حقه إسقاط فيه معنى التمليك وهو تمليك الدين منه، فإنه بالإبراء يملك ما في ذمته ثم يسقط كما مر في كتاب الهبة.

وبراءة الكفيل إنما تثبت في ضمن براءة الأصيل، فإنه قصد بالبراءة الأصيل ولم يقصد بها الكفيل وقد انتقضت البراءة في حق الأصيل برده فينتقض ما ثبت في

ضمنها من براءة الكفيل فبقي الدين عليهما الدين على ميت فقال الطالب أبرأته أو هو في حل أو وهبته له فقالت الورثة لا يقبل فلهم ذلك ويقضون المال والكفيل منه بريء، وقال محمد رحمه الله: لا يصح ردهم.

لمحمد: أن الإبراء وقع للميت لا للوارث؛ لأن الدين يبقى على الميت لما ترك رفاته، ولهذا صحت الكفالة عن ميت ملئ فلا يقبل رد الوارث وقبوله، فإن كان الوارث مطالبا به كالكفيل إذا رد براءة الأصيل وكالوكيل بقضاء الدين إذا رد براءة الموكل لا يصح، وإن كان مطالبا؛ لأن الإبراء وقع للأصيل والموكل فلم يعمل رد الكفيل والوكيل فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن الإبراء وقع للوارث من حيث المعنى؛ لأن الدين سقط عن الميت في حق أحكام الدنيا؛ لأن الدين عبارة عن تمليك المال من الدائن وذلك لا يتصور من الميت فسقط عنه وانتقل إلى الوارث، ولهذا المطالب بالدين هو الوارث ومنفعته في الدنيا عائدة إلى الوارث لا إلى الميت ولكن ينتفع به في حق أحكام الآخرة وهو تخليص رقبته وتبريد جلدته عن النار فصار الإبراء واقعا للوارث في حق أحكام الدنيا فيعمل رده بخلاف الكفيل والوكيل؛ لأن البراءة وقعت للأصيل صورة ومعنى؛ لأن الدين عليه ومنفعة الإبراء عائدة عليه في الدنيا. كفل بألف فمات الطالب والمطلوب وإرثه بربا، وكذلك الحوالة بأمره؛ لأنه لواحد من الكفيل كان للكفيل أن يأخذ منه ثانيا؛ لأنه كفل بأمره فيكون عليه تخليصه فلا يكون له إتباع الكفيل لعدم الفائدة.

ولو كفل أو أحال بغير أمره رجع بها على المحتال عليه والكفيل وهو تطوع من الكفيل؛ لأنه يقيد الأخذ منه؛ لأنه لواحد منه لا يكون للكفيل أخذه منه ثانيا متى كانت الكفالة بغير أمره هذا إذا كان شرط براءة الأصيل، وإن كفل مطلقًا لا يشترط براءة الأصيل لا يرجع بها على الكفيل كفل بأمره أو بغير أمره؛ لأن المطلوب بريء عن الدين لما ورثه من الطالب وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فأما الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبراءة الأصيل لا توجب براءة الحويل؛ لأنه لو أوجب براءة الحوالة ما صحت الحوالة أبدا.

ولو كان الكفيل وارث الطالب رجع على المكفول عنه إن كفل بأمره وإلا فلا؛ لأنه ملك ما في ذمة الأصيل بالكفالة فصار كما لو ملكه بالهبة أو الإبقاء.

(فصل)

وتعليق براءة الكفيل بالشرط جائز على رواية هذا الكتاب، وفي رواية (**كتاب الصلح**): لا يجوز بخلاف براءة الأصيل؛ لأن هذه براءة مؤجلة؛ لأن التعليق بالشرط في معنى التأجيل والبراءة المؤجلة لا تصح، كما لو قال: أبرأتك إلى شهر، وجه رواية هذا الكتاب أنه ليس فيه معنى التمليك؛ لأن الكفالة التزام المطالبة بتسليم المال وليست بالتزام المال فلم يكن المال واجبا في ذمة الكفيل فلم يكن الإبراء تمليكا فبقي إسقاطا محضا فيصح تعليقه بالشرط بخلاف براءة الأصيل؛ لأن فيها معنى التمليك؛ لأن المال واجب عليه، كما لو قال للمطلوب إذا جاء غد فأنت بريء من الدين لا يجوز؛ لأن فيه تمليكًا من وجه والإبراء إذا تضمن معنى التمليك لا يجوز تعليقه بالأخطار.

ثم المسائل على **ثلاثة أوجه**: إما أن قال المطالب للكفيل بالنفس: أعطني بعض الدين وأنت بريء من الكفالة، أو قال: أعطني عشرة وأنت بريء من الكفالة، أو قال: أعطني المال الذي لي عليه وارجع عليه وأنت بريء من الكفالة.

أما الأول: لو قال: أعطني بعض المال وأنت بريء عن الكفالة جاز وبرئ؛ لأنه ما جعل المال بدلا عن الكفالة بالنفس بل تبرع قد حصل منه ببعض الدين والتبرع بقضاء الدين جائز والبراءة عن الكفالة جائزة، فإنه لم يأخذ بإزائها عوضا؛ لأن الطالب استوفى دينه وأخذ حقه وحق الإنسان لا يصلح عوضا عن حقه.

والثاني: لو قال: أعطني عشرة وأنت بريء من الكفالة لا يجوز؛ لأن الاعتياض عن الكفالة بالنفس لا يصح؛ لأنها ليست بمال ولا هو في معنى المال فصار كالاعتياض عن الشفعة ثم هل تبطل الكفالة؟ فيه روايتان ذكرها هنا أنها لا تبطل وفي رواية تبطل؛ لأن الاعتياض عن الكفالة بالنفس لا جواز له بحال ما فلا يقع فاسدًا معتبرًا بل يقع لغوا باطلا فلا يؤثر في فساد ما ضم إليه وهو الإبراء فوقع الإبراء صحيحا فبطلت الكفالة. وجه هذه الرواية: أنه ما أبرأه مطلقًا بل أبرأه بشرط

أن يسلم له المال، فإذا لم يسلم له المال ينبغي أن لا يصح الإبراء؛ لأنه لم يرض الاعتياض عن العوض بخلاف الاعتياض عن الشفعة؛ لأن العوض المسمى إن لم يسلم له سلم له عوض آخر وهو سقوط تسليم الدين عن الشفعة فحصل له عوض من حيث المعنى فصار راضيا به فصح التسليم.

والثالثة: لو قال: أعطني المال الذي لي عليه وارجع عليه وأنت بريء من الكفالة لا يجوز؛ لأنه يؤدي دين غيره بغير أمره بشرط أن يرجع على من عليه الدين وهذا خلاف مقتضى الشرع فلا يصح الأداء؛ لأن هذه معاوضة فاسدة وكان له أن يسترد المال من الطالب كما إذا وهب عبدا بشرط أن يعوضه مائة درهم فلم يعوض كان له أن يرجع في العبد فكذا هذا، وإذا لم يصح القضاء لم تصح البراءة؛ لأنه شرط البراءة بعوض ولم يسلم له العوض فبطلت البراءة.

ولو قال للكفيل بالنفس: إذا جاء غد أنت بريء من الكفالة، فإنه يجوز؛ لأنه ليس في معنى التمليك؛ لأنه مجرد إسقاط.

ولو قال للكفيل بالمال: إن وافيتك به غدا فأنا بريء من المال فوافاه برئ من المال؛ لأن هذا تعليق البراءة وليس فيه معنى التمليك.

(فصل)

مسائله على أوجه:

الأول: لو قال الطالب للكفيل: أبرأتك من المال المكفول به أو أنت في حل فهو إبراء لا إقرار بالقبض.

ولو قال: برئت إليّ من المال المكفول به فهو إقرار بالقبض حتى لا يرجع الطالب بالقبض على الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما كفل والفرق أن في قوله برئت إلي أضاف البراءة إلى نفسه وإلى الكفيل والبراءة التي تقع بفعلهما هو البراءة بالقبض وهو الإيفاء والاستيفاء، ولهذا يكتب في الصكوك وبرئ إليه منه ويراد به براءة قبض واستيفاء فصار قوله برئت إلي بمنزلة قوله قبضت منك المال المكفول به وفي قوله: أبرأتك أضاف البراءة إلى نفسه خاصة والبراءة التي يختص به الطالب هو البراءة بالإبراء؛ لأنه يقع بفعله لا غير.

فأما البراءة بالإيفاء تقع بفعلهما وهو الإيفاء والاستيفاء، وإذا ظفر بجنس حقه من مال الكفيل فأخذه لا يكون الطالب منفردا بالبراءة وإنما حصلت البراءة بفعله وبمال الكفيل فيكون براءة قبض أيضًا.

ولو قال: برئت ولم يقل إليّ فهو قبض عند أبي يوسف خلافا لمحمد.

وقيل: قول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف.

لمحمد: إن قوله: برئت محتمل البراءة بالإيفاء ويحتمل البراءة بالإبراء ولم يوجد هنا دلالة تدل على أنه بالإيفاء وهو الإضافة إليهما وقد ينفيا بالبراءة وشككنا في الأداء والإيفاء فلا يثبت الأداء بالشك.

ولأبي يوسف: أنه أضاف البراءة إلى الكفيل خاصة، فإنه ذكر حرف الإضافة وهو إليه أو يذكر هذا إذا وجد الفعل من المضاف إليه على الخصوص كما قمت وقعدت وأكلت، فالبراءة التي توجد من الكفيل خاصة دون غيره هو البراءة بالإيفاء بأن يضع المال بين يدي الطالب ويخلي بينه وبين الطالب للمال فتقع له البراءة بفعله خاصة. فأما البراءة بالإبراء توجد بفعل الطالب لا بفعل الكفالة فلا تكون البراءة حينئذ مضافا إليه.

(فصل)

ولو قال الطالب: لا حق لي قبل المكفول به لا يبرأ الكفيل، ولو قال: لا حق لي قبله من وجه يبرأ الكفيل؛ لأن في الأول بقي الحق المضاف إليه والحق المضاف إليه ينصرف إلى الحق الثابت بحكم الملك، فأما الحق الثابت له بحكم النيابة عن الغير مضاف إليه من حيث الدعوى والخصومة ومن حيث الملك مضاف إلى الغير فكان قاصرا عن الإضافة إليه فلا يتناوله مطلق اسم الحق المضاف إليه فالأصيل إن برئ عن الحق الثابت قبله بحكم الملك لم يبرأ له عن الحق الثابت له بحكم النيابة بأن كان وكيلا بالخصومة أو وصى الميت ولعل الكفالة حصلت بهذا الحق لا بالحق الثابت له بحكم الملك فيقع الشك في بطلانها فلا يبطل بالشك وفي الثاني عن الحقوق كلها بالنفي فيتناول كلا الحقين.

(**المنتقى**): رجل قال لرجل: قد وهبت مالي عليك فلم يعلم من الموهوب له قبوله حتى مات قال جائز؛ لأن الهبة قد صحت؛ لأنها إبراء والإبراء تم بالمبرئ وحده وإنما يبطل بالرد وصاحب الدين فلم يثبت رده فبقي الإبراء صحيحًا كما كان، ولهذا لو أبرأ الميت عن دين له عليه جاز.

وإن كان الموهوب له مريضا قال لا أقبل عاد المال عليه، وإن كان الواهب وارث المريض جازت البراءة ولم يعد المال عليه؛ لأنه انعقد بسبب استحقاق وماله لوارثه وقد تعلق حق الوارث بماله وينقلب الحق حقيقة بموته والإبراء بعد انعقاد سبب الحق جائز ولا كذلك إذا كان الواهب أجنبيًّا، وإذا وهب لأجنبي ما على هذا الرجل فهو باطل إلا أن يكون قبله كلام يدل على براءته بأن طلب الأجنبي منه أن يهبه إليه أو أن يحلله له أو يبرئه أو قال اجعل ذلك لي أو قال هبه لي فقال قد فعلت قال أستحسن أن أجعله براءة؛ لأن الأجنبي يستشفع إليه ويطلب منه تخليص رقبة المديون، فإذا قال وهبته لك صار هذا كناية عن إبراء المديون عرفا الكفيل بالنفس لو أبرأ المكفول به جاز ولا يكون له أن يأخذه؛ لأن حقه على المكفول به وهو وجوب تسليم النفس يحتمل الإسقاط فيسقط كما لو أبرأه المكفول له وللمكفول له أن يأخذ الكفيل؛ لأن حقه قبل الكفيل لم يسقط وفي بقائه فائدة؛ لأن المكفول به ربما يسلم نفسه تبرعا وتعطفا فيتخلص الكفيل عن الكفالة ويصل المكفول له إلى حقه. رجل قال لرجل: إني قد ضمنت مالك على فلان ثم أقام فلان البينة أنه قضى دينه قبل الضمان قال يبرأ الأصيل ولا يبرأ الكفيل؛ لأن القضاء لم يثبت في حق الكفيل لإقراره أن الدين قائم وقت الضمان عن أبي يوسف رحمه الله.

ولو قال المطالب للمطلوب: إذا خرج فلان من السجن أو إذا قدم من سفره فأنت بريء من الدين فهذا باطل ولو كان المطلوب كفيلا بها عن المسجون جاز الإبراء.

(**الجامع**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في إبراء الكفيل أو الحويل ببدل الصرف.

والثاني: في إبراء المريض الكفيل.

(فصل)

اشترى عشرة دراهم بدينار فدفع إليه الدينار وكفل بالعشرة رجل فأبرأهما المشتري عن العشرة، فإن قبل الصارف انتقض البيع ورد الدينار، وإن لم يقبل بقي البيع وأدى العشرة؛ لأن إبراء المكفول عنه إسقاط من وجه تمليك من وجه؛ لأن الدين مال حكما لا حقيقة فكان إبراء الدين تمليكا من وجه إسقاطا من وجه، ولهذا يرتد بالرد لكونه تمليكا من وجه ويصح من غير قبول لكونه إسقاطا من وجه وقد تعذر تجويز هذه البراءة تمليكا من وجه من المكفول عنه؛ لأن بدل الصرف قبل القبض بمنزلة المبيع لا يجوز تمليكه من البائع ولا من غيره فجوزناها إقالة كهبة المبيع من البائع قبل القبض جعلت إقالة تحريًا للجواز فكذا هذا، والإقالة يتوقف جوازها على قبوله إن قبل انتقض الصرف وإلا فلا.

ولو قال: من عليه العشرة لم يكفل عنه بل أحال بها على حاضر فأبرأ المحتال له المحتال عليه أو لم يقبله؛ لأن البراءة عن بدل الصرف لما صارت كناية عن الإقالة والإقالة لا تجوز إلا برضاء المتعاقدين كما لا يجوز البيع إلا بتراضيهما وقد وجد الرضاء من المحيل والمحال له بنقض البيع؛ لأن المحتال له باشر البراءة وإنها توجب انتقاض الصرف والمحيل لما رضي بالحوالة مع علمه أن الحوالة توجب براءة المحيل وتحول الدين إلى ذمة المحتال عليه فيصح إبراؤه قبل المحال عليه أو رد ولا يكون للمحيل رد ذلك ولا قبوله؛ لأنه لما برئ عن الدين صار راضيا بما تتضمنه هذه الحوالة وهو يقضي الصرف يحصل بعض الصرف بتراضيهما فجاز بخلاف الكفالة إذا أبرأهما تتوقف البراءة على رضاء المكفول عنه؛ لأن المكفول عنه رد البراءة حتى لا ينتقض الصرف إن لم يكن للكفيل الرد فلا يكون أمره بالكفالة رضًا بالقبض فحصل النقض بغير رضاه فيتوقف.

ولو أن المحتال له أجاز على المحتال عليه بغير أمره عليه ثم أبرأه فلم يرض أدى العشرة ويسلم له الدينار؛ لأن الحوالة متى كانت بغير أمر المحيل فالحوالة صحيحة متى لم تؤد إلى نقض البيع؛ لأنه ينفع المحيل ولا يضره، فإنه يبرأ عن الدين ومتى أدى صحتها إلى نقض البيع لا تعتبر صحيحة في حقه؛ لأن ذلك ضرر به فلا ينتقض بغير رضاه.

(فصل)

ولو أبرأ المريض وارثه من الكفالة بالنفس جاز كما لو عفا عن دم عمد عن وارثه؛ لأن المريض مرض الموت بمنزلة الصحيح فيما لم يتعلق به حق الغرماء والورثة وحقهم لا يتعلق بالكفالة بالنفس؛ لأنها ليست بمال، ولهذا لو كان الكفيل بالنفس أجنبيا فأبرأه المريض لم يعتبر من الثلث.

وكذلك لو كان الكفيل بالنفس غير وارث وعلى المريض دين محيط فأبرأ الكفيل ثم مات من مرضه ذلك فهو جائز عليه لما بينا. عليه دين لثلاثة نفر ثلاثة آلاف لكل رجل منهم ألف وليسوا بشركاء فغاب الغريم فشهد اثنان على رجل لصاحبهما أنه كفيل بنفس الغريم جاز.

ولو كانوا شركاء لا يجوز لأنهما يشهدان لأنفسهما، فإنه ما من جزء من أجزاء المشهود به إلا وللشاهد فيه نصيب؛ لأن المشهود به هو الموافاة بنفس الغريم ولهما في الموافاة بنفس الغريم شركة من حيث المعنى؛ لأن المقصود من الموافاة المال ومتى اقتضى الغريم المال كان المال مشتركا بين الشاهدين وبين المشهود له وكان لهما شركاء في المشهود به معنى. فأما إذا لم يكونوا شركاء فقد حصلت شهادتهما لغيرهما من كل وجه وما يحصل لهما من المنفعة وهو التمكن من مطالبة الغريم بماله عليه غير مضاف إلى شهادتهما بل يحصل بموافاة الكفيل للمكفول به إلى المشهود به فقد عريت شهادتهما عن القدح والتهمة فقبلت وصار كما لو شهد رجلان بدين لغيرهما تقبل وإن حصل لهما نوع منفعة بالمشهود به فهو الأخذ منه إن كان من جنس حقهما أوقفت الدين منه بالبيع.

(باب ما يرجع به الكفيل على الأصيل وما لا يرجع)

(**المبسوط**): أصله: أن الكفالة في حق المكفول عنه استقراض والكفيل بالأداء مقرض له وثابت عنه في الأداء إلى المكفول له وفي حق المكفول له تمليك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل بما أخذ منه المال؛ لأن الكفالة بأمر المكفول عنه تبرع بالمطالبة ابتداء وتبرع بضمان المثل انتهاء؛ لأنه التزام المطالبة بالكفالة بحيث لا

محيص عنه إلا بالأداء كالأصيل وكان قاضيا عن نفسه والقاضي عن نفسه معتاض وليس بمقرض؛ لأنه بتمليك ما يقضي بتمليك ما في ذمته والتبرع بضمان المثل إقراض فقبل الأداء الكفيل مقرض ذمته في حق المطالبة، فإذا طولت بالدين كان له الرجوع بالمطالبة لا بالمال وبعد الأداء متبرع بالمال ومتملك ما في ذمة المكفول عنه بدلا عما أدى فيرجع بالمضمون وليس للكفيل أن يأخذ المال من المطلوب قبل الأداء بخلاف الوكيل فإن له أن يطالب الموكل بالثمن قبل أن يؤدي من عند نفسه والفرق أن الكفيل يلتزم المطالبة وإنما يملك الدين بالأداء فقبل الأداء لا يملك دينه ولا يرجع والوكيل ينزل منزلة البائع من المشتري فيما يرجع إلى الحقوق فتثبت له المطالبة بمواجب العقد كما تثبت للبائع ولكن يقول خلصني من الكفالة، فإن حبس كان له أن يحبس المكفول عنه؛ لأنه ضمن تخليصه حيث أمره بالكفالة دلالة وإن أدى الدين يرجع على المكفول عنه بما كفل لا بما أدى حتى لو أدى الزيوف وقد كفل بالجياد أو الدنانير مكان الدراهم أو صالح على مكيل أو موزون رجع بما كفل بخلاف المأمور بقضاء الدين إذا قضى يرجع بالمؤدى لأن الكفيل أو قاما عليه بما أدى تملك ما في ذمته وهو الدين ونزل منزلة الطالب فكان له أن يرجع بالمضمون فأما المأمور بقضاء الدين لم يجب عليه شيء حتى يملك المؤدى بالأداء بل هو مقرض المؤدي فيرجع بما أدى. رجلان كفلا بمال على رجل على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه؛ لأن المؤدي وقع شائعا عن الدينين إذ هما شيئان في الوكالة والثبوت بالوكالة، وإن شاء المؤدي رجع بجميع ما أدى على الأصيل؛ لأن ما أدى عن صاحبه أدى دينه بأمره ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بجميع الدين؛ لأن كل واحد كفيل بجميع المال وكذلك مكاتبان كتابة واحدة كل واحد كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه عليه ديون شتى فأعطاه شيئًا فالقول للدافع من أي وجه دفع؛ لأن الديون وجبت بأسباب مختلفة وكانت أجناسا متعددة والتعيين في الأجناس المختلفة صحيح، فإنه مفيد، فإن مات ولم يبين فالوجوه ثلاثة فمن كل وجه ثلاثة؛ لأن الأداء وقع شائعا وصار البيان منه

ميؤوسًا فوقع عن الكل متساويا. كفل رجلان بمال فشهد أحدهما على صاحبه أني دخيل معك في هذا المال وأقر الآخر به أو قال هذا المال كله عليّ ثم أدى المال كله رجع عليه بنصفه لأنهما تصادقا أن كل واحد منهما دخل في هذا المال مع صاحبه في حق النصف وقوله هذا المال كله عليّ محتمل يحتمل كله عليه نصفه بحكم الأمانة ونصفه بحكم الكفالة عن صاحبه فمتى بين ما يحتمله إقراره يلتحق به ويجعل كالمنطوق به بخلاف ما لو قال المال كله عليّ وصاحبه كفيل عني لا يرجع ببراءته أراد بقوله المال كله عليّ بحكم الأصالة؛ لأن صاحبه إنما يتصور أن يكون كفيلا إذا كان هو أصيلا والأمر كما يقوله فيصدق فيه، ولو قال أحدهما هو عليّ خاصة لم يصدق حتى يرجع صاحبه عليه بما أدى ولا يرجع هو على صاحبه بشيء؛ لأنه لما أقر أن المال عليه خاصة فقد أقر بكونه أصيلا في ذلك المال والأصيل لا يرجع على الكفيل والكفيل يرجع عليه. رجل كفل عن رجل بمال عليه بغير أمره، ثم قال المكفول عنه قد أخرت ضمانك وضمنته، فإن إجازته باطلة ولا يرجع عليه إن أداه؛ لأن الكفالة بدون أمر المكفول عنه نافذة ملتزمة غير موقوفة على إجازته فإجازته لم تلاق عقدا موقوفا فلم تصح ولو كفل للبائع بالثمن فوهب البائع الثمن من الكفيل فقبضه الكفيل من المشتري. وجد المشتري بالمبيع عيبا قال يرده على البائع ويرجع عليه بالثمن وليس لواحد منهما على الكفيل سبيل؛ لأن الهبة قد صحت لما اتصل بها فقبض؛ لأن التصرف في الثمن قبل القابض جائز ولو قبض الطالب المال من الكفيل وغاب الكفيل فوجده زيوفا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: أقول للأصيل أعطه ألفًا جيادًا وخذ الزيوف حتى يردها على الكفيل إذا لقيته. رجل ادعى على رجل أنه ضمن له عن فلان ألف درهم بأمره وأنكره فأقام المدعِي البينة على ذلك وقضى عليه بالمال فأداه قال أبو يوسف: له أن يرجع به على المكفول عنه إلا أن يقول بعدما قضى عليه لم يأمرني أن أضمنهما عنه فلا يرجع بها عليه؛ لأنه ثبتت الكفالة بالأمر بالبينة العادلة فثبت حق الرجوع إلا إذا صدر منه تكذيب وزعم أنه لم يأمره بالضمان فيؤاخذ بما في زعمه. رجل له على رجل ألف درهم فأمره الطالب أن يضمن عنه ألفًا لرجل آخر عليه.

قال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت الألفان حالتين فليس للطالب أن يأخذ الكفيل بألفه؛ لأن له أن يرجع على المطالب بمثلها متى أداها فكان له أن يمسكها بحقه.

وإن كانت ألف الطالب مؤجلة والألف التي عليه حالة فله أن يأخذه بالألف إن حلت أو لم تحل؛ لأن المؤجل ليس بمثل المعجل فلا تصير ألفه مستحقة بجهة الكفالة، وإن كانت الألفان مؤجلتين مثلين في المدة ثم حلت لم يكن له أن يأخذه لأنهما لما كانتا متماثلتين صارت ألفه مستحقة الصرف بجهة الكفالة، وكذلك إن كان له عنده وديعة وأمره أن يضمن لغريمه عنه ألفًا فليس له أن يأخذ منه الوديعة.

(باب صلح الكفيل الطالب وما يرجع به على المطلوب)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في صلح الكفيل.

والثاني: في صلح الأصيل.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: فيما إذا كان الكفيل واحدًا.

والثاني: فيما إذا كان له كفيلان.

أما **الأول** مسائله على **أربعة أوجه**: إما أن شرطا في الصلح براءة المطلوب والكفيل، أو شرطا براءة المطلوب خاصة، أو شرطا براءة الكفيل خاصة، أو لم يشترطا براءة واحد منهما.

وإن شرطا في الصلح براءتهما بأن صالح الكفيل الطالب من الدين الألف على مائة به على أن يبرئهما جميعا برئا ويرجع الكفيل على المكفول بمائة؛ لأن الصلح على جنس حقه إسقاط على بعض حقه واستيفاء للباقي؛ لأن المستوفي لا يصلح بدلا عن المخطوط يصير ربا فقد استوفى الطالب مائة وأبرأه عن التسعمائة وذلك

جائز وقد شرطا براءتهما في الصلح عن تسعمائة فبرئا لأنهما لو شرطا براءة المطلوب خاصة برئا؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فإذا اشترطا براءتهما أولا ترجع بما استوفى؛ لأنه يملك من الدين أداء القدر، ولو صالحه على مائة على أن يهب له الباقي يرجع بالألف؛ لأن الهبة موضوعة للتمليك وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فيعتبر المال واجبا في ذمة الكفيل حتى يملك ما في ذمته، وإذا ملك الدين يرجع به فأما الإبراء موضوع للإسقاط وليس بتمليك، ولهذا يرتد برده ويكفي بصحة الإسقاط لمجرد المطالبة فلم يعتبر المال واجبا في ذمته فلم يكن الإبراء تمليكا منه فلم يملك الدين بالإبراء، ولو صالحه على جنس سوى الدين يرجع بكل الدين؛ لأن الصلح على خلاف جنس حقه معاوضة ومبادلة؛ لأن خلاف جنسه يصلح بدلا عنه فيملك جميع ما في ذمته بدلا عما أوفاه فصار كما لو أوفى الألف كلها، فإن شرطا براءة المطلوب خاصة برئا؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، وإن شرطا براءة الكفيل خاصة جاز الصلح؛ لأنه استوفى البعض وأسقط البعض وبرئ الكفيل ولا يبرأ الأصيل؛ لأن براءة الأصيل الكفيل لا توجب براءة الأصيل فكان للطالب أن يرجع على المطلوب بتسعمائة؛ لأنه وصل إليه مائة من الكفيل ويرجع الكفيل على المطلوب بمائة؛ لأنه أوفى مائة وبرئ عن تسعمائة، وإن لم يشترطا براءتهما في الصلح برئا عن تسعمائة؛ لأن الصلح مضاف إلى الألف والألف في ذمة المطلوب لا في ذمة الكفيل فصارت البراءة عن تسعمائة مشروطة للأصيل وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

(**والقسم الثاني**): لو كان الدين مائة وبه كفيلان فهو على **ثلاثة أوجه**: إما أن صالح أحدهما صاحبه أو صالح أحدهما الأصيل أو صالحا الأصيل، فإن صالح أحدهما صاحبه على عشرة جاز في حقهما فلا يجوز في حق الطالب حتى كان له أن يأخذ المال من أيهما شاء؛ لأن هذا الصلح وقع بعد وجوب سبب وجوب الدين للكفيل على الأصيل وهو الكفالة بأمره فإنها سبب وجوب الدين عند الأداء أو الصلح بعد وجود سبب وجوب الدين جائزة كالصلح عن الأجرة وهذا لأنهما لما اصطلحا على عشرة فقد جعلا ملك الكفالة موجبة للمال في الحال؛ لأنها إنما

كانت موجبة عند الأداء ولم تصر موجبة للحال نظرا للمكفول عنه، فإذا رضي بكونها موجبة للحال تصير موجبة في الحال أو يقول المال واجب للكفيل على الأصيل إلا أنه لا يجب الأداء إلى الكفيل للحال فصار كالمؤجل إلى وقت الأداء والصلح يجوز عن الدين المؤجل كما يجوز عن المعجل فقد استوجب كل واحد منهما بالكفالة على صاحبه المال فصار الصلح جائزًا، فإن صالح قابض العشرة الطالب على خمسة دراهم من الدين كله رد قابض العشرة على صاحبه سبعة ونصف؛ لأن هذا الصلح إسقاط وليس بمعاوضة فصار الطالب مبرئًا المطلوب على خمسة وتسعين، وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل فظهر أنه كان عليهما خمسة دراهم على كل واحد منهما درهمين ونصف وقد أخذ من صاحبه عشرة فترد الزيادة على درهمين ونصف وذلك سبعة ونصف، وإن صالح أحدهما الأصيل على عشرة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم أدى المصالح إلى الطالب مائة لا يرجع على أحد بشيء؛ لأنه بالصلح مع الأصيل استوفى منه عشرة وأبرأه عن الباقي؛ لأن العشرة لا تصلح عوضا عن المائة فصار مستوفيا بعض حقه ومبرئا عن الباقي ومتى برئ الأصيل برئ صاحبه؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل، فإن أخذ الطالب الأصيل وأخذ منه المائة، فإنه يرجع على المصالح بعشرة؛ لأنه يقول صالحتك على عشرة لا يستفيد البراءة من المائة من جهتك بأن يؤدي المائة إلى المطالب فمتى لم تؤد أنت حتى أخذ الطالب من المائة لم يحصل إلى البراءة من جهتك فلا يسلم لك شيء من البدل.

ولو أخذ الطالب من الكفيل الأجر مائة يرجع على صاحبه بخمسين على المطلوب بخمسين ويرجع المطلوب بخمسة دراهم؛ لأن هذا الصلح لم يجز في حق الطالب والكفيل الذي لم يصالح فصار وجوده وعدمه بمنزلة وكان للطالب أن يأخذ بمائة، فإذا أدى مائة فقد ملك الدين فيرجع بكله على المطلوب إن شاء، وإن شاء يرجع على صاحبه بخمسين وعلى المطلوب بخمسين ويرجع المطلوب على المصالح بخمسة؛ لأنه استفاد البراءة من جهته بقدر خمسة ولم يستفد بقدر خمسين.

ولو صالحهما الأصيل على ثوب ثم أدى إلى المطالب مائة رجع عليهما بمائة إلا إن شاء رد الثوب إلى الأصيل؛ لأن الثوب يصلح أن يكون بدلا عن المائة فصار دافعا ومؤديا المائة بأداء الثوب إليهما؛ لأن وصول البدل كوصول المبدل فكان له أن يرجع عليهما بمائة لما لم يستفد البراءة عن المائة من جهتهما إلا أنهما أخذا الثوب على جهة الصلح والصلح مبناه على الحطيطة والإغماض والتجوز بدون الحق فيقولان إنما رضينا بذلك بدلا عن المائة رجاء أن يرضى الطالب بالثوب بدون حقه، فإذا آل الأمر إلى أن يرجع علينا بالمائة عملا ولا يرضى بالثوب، ولو دفع أحد الكفيلين إلى الطالب عشرة صلحا عن جميع الدين والمسألة بحالها لم يرجع على صاحبه بشيء؛ لأنه بقي في يده بدل خمسين درهما وهو نصف الثوب وقيام البدل كقيام المبدل فصار كأنه في يده خمسين درهما من مال المطلوب ويرجع الأصيل على الذي أدى عشرة بأربعين درهما إلا أن يشاء أن يرد عليه خمسي الثوب وعلى الآخر خمسين؛ لأنه وصل إلى المؤدي للعشرة بذات الخمسين وهو نصف الثوب ووصول البدل كوصول المبدل وقد أدى عشرة إلى المطالب فملك بإزائها من الدين وأبرأه عن أربعين ولم يملك بإزائه من الدين فله أن يرجع بأربعين وعلى الآخر بخمسين؛ لأنه وصل إليه بدل خمسين وهو نصف الثوب وقد برئ عنها ببراءة صاحبه؛ لأن صاحبه في حقه أصيل وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل ولم يؤد إلى الطالب شيئًا فله أن يرجع عليه بجميع الخمسين.

ولو صالح الأصيل للكفيل على عشرة ثم إن أحدهما صالح الطالب على أربعة دراهم لم يرجع على صاحبه بشيء ويرد درهما على الأصيل ويرد صاحبه خمسة على الأصيل يقول للكفيل الذي لم يؤد دفعت إليك خمسة لأستفيد البراءة عن خمسين من جهتك ولم أستفد منك البراءة فلي أن أرجع عليك بذلك ويقول للكفيل المؤدي دفعت إليك خمسة لأستفيد البراءة عن خمسين وما استفدت البراءة من جهتك إلا بقدر أربعة لأنك أديت أربعة وأخذت درهما بغير حق ويرجع به.

(باب الأمر بقضاء الدين)

(**المبسوط**): مسائله على أربعة أقسام:

أحدها: ما يرجع المأمور على الآمر مطلقًا.

والثاني: ما يرجع إذا كان خليطا ولا يرجع إذا لم يكن خليطًا.

والثالث: ما لا يرجع في الأحوال أجمع.

والرابع: ما يرجع إذا قال: اقض عني ونحوه إذا لم يقل ذلك.

أما **القسم الأول**: لو قال: انقد فلانا عني أو ما عليّ أو اضمن له عني أو عليّ أو اقضه ماله عني أو عليّ أو ادفع إليه ماله عني أو عليّ فأداه يرجع وهذا إقرار من الآمر بالمال؛ لأنه أقر بالدين إما نصًّا أو اقتضاء؛ لأنه لا يتصور أن يكون قاضيًا أو ناقصًا أو ضامنا عنه إلا بعد أن يكون عليه دين ثم قضى دينه بأمره فله أن يرجع عليه.

والثاني: لو قال ادفع أو اضمن اكفل له ولم يقل عني أو له علي، فإن كان خليطا له بأن كان يأخذ الرجل منه ويداينه ويضع عنده المال أو يكون في عياله يرجع وإلا فلا. عندهما وعند أبي يوسف يرجع، وإن لم يكن خليطا له أن الظاهر أن الإنسان يأمر بقضاء دين نفسه ويأمر بكفالة دينه لا بقضاء دين غيره؛ لأن الأمر بقضاء دين نفسه معتبر وبقضاء دين غيره هدر فيحمل على الأمر بقضاء دين نفسه بدلالة الظاهر.

لهما: أن الآمر يحتمل أنه أمر بالقضاء عن نفسه ويحتمل أنه أمره بالقضاء عن المأمور بصداقة ومودة بينهما لكي لا ينسب إلى المطل في الدنيا والإثم في الآخرة وأمر غيره بقضاء دينه من ماله معتاد فيما بين الناس يتعلق به أغراض كثيرة وفوائد جمة من الأمر بالمعروف والمحمدة والبناء والائتمار والامتثال من المأمور مرجو فكان الأمر به صحيحا، فإذا كان محتملا للأمرين فلا يثبت له حق الرجوع بالشك بخلاف ما لو كان خليطا أو في عياله؛ لأنه يرجح احتمال القضاء عن الأمر على احتمال القضاء عن نفسه باعتبار العرف والعادة؛ لأن كل واحد من الخليطين أو

الزوجين يستعين من صاحبه في قضاء دينه من مال الشركة أو من مال عياله حتى يجيبه من ماله، ولو قال ادفع إلى فلان ألفًا ولم يقل قضاء له قيل لا يرجع عند أبي يوسف؛ لأنه أمره بالدفع المطلق وما أمره بالدفع عنه فيكون دافعا عن نفسه وقيل يرجع؛ لأن الظاهر أنه أمره بالدفع عن نفسه؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يأمر غيره بالتبرع عن المأمور، فإنه تبرع باختياره وإنما يأمره بالتبرع عن الآمر قال وذو الرحم المحرم إن كان في عياله والزوج والزوجة والأجير المشترك بمنزلة الخليط اتفاقا ثم في غير الخليط ومن هو بمنزلة لو قال ادفع ولم يقل قضاء يرجع الدافع عن المدفوع إليه بما دفع بخلاف ما لو قال ادفع إليه قضاء لا يرجع به عليه والفرق أن القضاء لا يقع إلا عن جهة المستحق بالدين سواء وقع القضاء عن الآمر أو عن المأمور، وإذا وقع عن جهة المستحق لا يملك الاسترداد فأما الدفع المجرد كما يكون بحكم القضاء يكون بحكم الإيداع أيضًا وأنه أقل فيحمل على الإيداع ليكون له الاسترداد. دفع الخليط زيوفا يرجع بما أدى ولو أمره أن ينقد عنه فلان ألفًا جيادا فنقده المأمور زيوفا يرجع بما أدى إلا في **أربع مسائل: إحداها:** لو دفع الكفيل الحويل زيوفا يرجعان بالجياد إن كان الدين جيادا **والثانية:** الوكيل إذا اشترى بالجياد ونقد البائع الزيوف ورضي به يرجع على الشفيع بالجياد، **والثالثة:** لو اشترى بالجياد ونقد الزيوف ببيعه مرابحة بالجياد، **والرابعة:** إذا حلف أن يشتري بالجياد فاشترى بالجياد ودفع الزيوف قال أبو حنيفة: لا يحنث، وقال أبو يوسف: يحنث على ما عرف كل مسألة في موضعها.

(**المنتقى**): رجل له حريف من الصيارفة أمره أن يقضي رجلا ألف درهم فقضى عنه أو لم يذكر قضى عنه ففعل رجع الصيرفي على الآمر في قول أبي حنيفة، وإن كان غير حريف لا يرجع إلا أن يقول عني؛ لأن الحريف بمعنى الخليط؛ لأنه في العرف يستعار من الحريف في قضاء الدين ويعاملونه في الأخذ والإعطاء كما في الخليط.

(**والقسم الثالث**): لو قال لآخر هب لفلان عني ألف درهم فوهب من فلان كما أمره فالهبة عن الآمر ولا ضمان عليه للدافع وللآمر أن يرجع في الهبة والدافع

متطوع؛ لأن الآمر لم يبطل عنه بالهبة مالا ولن يأخذ لها عوضا ولم يضمن له شيئًا بل أمره بالتبرع على غيره بخلاف الأمر بقضاء الدين عنه؛ لأنه تمليك بعوض، ولو قال هب لي ألفًا على أن فلانًا لها ضامن فقال نعم فوهب، له: أن الهبة جائزة ويرجع بها المأمور على الآمر وهذه الهبة هبة من الضامن ويرجع فيها إن شاء الله وليس للدافع أن يرجع وكذلك الصدقة، ولو قال لآخر هب لفلان ألف درهم على أني لها ضامن ففعل فالهبة جائزة والآمر ضامن وللآمر أن يرجع في الهبة دون الدافع؛ لأن المأمور واهب عن الآمر لفلان؛ لأن المأمور صار مقرضا المال من الآمر ويصير المدفوع إليه قابضا أولا بالنيابة عن الآمر ثم يصير قابضا لنفسه بالهبة عن الآمر، ولو قال أقرض فلانا ألفًا فأقرضه لم يضمن الآمر شيئًا سواء كان خليطا أو غيره؛ لأن الآمر لم يضمن للدافع شيئًا.

(**والقسم الرابع**): لو قال اكتب له ألف درهم أو رد أو اكتب له ألف درهم أو اكتبها عندك واكتبها له عليك وهو حريفه ففعل ودفعها إليه، فإنه يرجع بذلك كله عليه، وإن كان غير حريفه لا يرجع بها عليه إلا في قوله اكتبها له عليه، فإن هذا ضمان فصار كأنه قال اكفل بها وهو ضامن يرجع بها عليه إذا أداها إن كان خليطا، وإن لم يكن خليطا لم يرجع إلا أن يقول عني وللمأمور أن يمتنع من دفعها ما لم يضمن أو يقول قد كتبتها لك عليّ فليس له أن يمتنع في قول أبي حنيفة رحمه الله وكذلك إذا جاء رجل يستحقه من إنسان إلى شريكه فدفعه إليه فقبل فقال هو عليّ أو قال قد كتبتها لك، فإن قال الدافع اضمنها لي فقال قد أثبتها لك عندي أو كتبتها لك عندي فليس هذا بضمان؛ لأن كلمة عندي تستعمل في الأمانات لما بينا فيحتمل أنه كتبها أو أثبتها ليبقى محفوظًا ولا يصير مثبتًا بخلاف الأول؛ لأن كلمة عليّ تستعمل للإيجابات فيدل ذلك على التزام الضمان المأمور بقضاء الدين إذا قضى وجحد الطالب لم يكن له أن يرجع به على الآمر؛ لأنه كفيل بدليل أنه يلزمه قضاء الدين ويتوجه عليه المطالبة به.

وقال أبو يوسف: يرجع به؛ لأنه وكيل وليس بكفيل؛ لأنه لم يوجد منه التزام المطالبة وهو الكفالة والكفيل بالمال إذا قضى ما عليه وجحد الطالب أن يكون

قبضها منه لا يرجع، ولو كان عليه دين للمكفول به لا يبرأ الكفيل عنه؛ لأنه ما لم يثبت منه الأداء إلا ثبت له حق الرجوع.

(باب موت الكفيل أو المكفول له أو الأصيل)

(**المبسوط**): ولو مات الكفيل بالنفس لم يوجد ورثته، وكذلك لو مات المكفول به لا تبقى الكفالة؛ لأن المستحق عليه تسليم المكفول به وذلك فعل بدني؛ لأنه يتأذى ببدنه لا بماله والحق البدني لا يتعلق بالتركة؛ لأنه لا يمكن الإيفاء من تركة فصار كما لو مات من عليه القصاص أو من عليه الخياطة يسقط عنه فكذا هذا.

ولو مات المكفول له لا يبرأ؛ لأن محل الفعل وهو تسليم المكفول به قائم وأمكن تسليمه إلى من يقوم مقام المكفول له وهو الورثة فيبقى الحق.

ولو مات الكفيل بالمال والمكفول عنه فللطالب أخذه من أي التركتين شاء؛ لأن دينه ثابت على كل واحد منهما كما في حالة الحياة.

(فصل)

وإذا مات الكفيل والطالب وارثه وتركه مالا، فإن كان المال في يده يصير مستوفيًا لدينه، وإن لم يكن في يده فله أن يرجع على المطلوب بالمال، وكذلك لو مات المطلوب والطالب وارثه ولم يصل المال إليه فله أن يأخذ الكفيل بدينه، فإن أخذه منه ثم وصل إلى الطالب رجع الكفيل عليه بما أداه في ميراث المطلوب إن كانت الكفالة عنه بأمره وإلا فلا.

وإن أقرض رجلا قفيز رطب وكفل به رجل ثم انقطع الرطب يأخذ الكفيل بقيمة الرطب؛ لأنه إما عجز عن تسليم عينه يلزمه يسلم قيمته كما في البيع ولو باعه ثوبا بقفيز رطب في وقته وكفل به اثنان ثم ذهب وقته فطالبه البائع بقيمة الرطب فليس له أن يلزم الكفيل قيمة الرطب؛ لأن للبائع أن يلزم المشتري قيمة الثوب لا قيمة الرطب، فإذا لزمته قيمة الثوب لم يكن على الكفيل سبيل؛ لأن الكفيل كفيل بالرطب لا بالثوب. رجل أقرض رجلا دراهم وكفل بها كفيل فأسقطت الدراهم فله أن يأخذ الكفيل بقيمتها دنانير في آخر ما نفقت وكسدت، وإن كانت الدراهم من

ثمن بيع فأسقطت والبيع مستهلك فعلى المشتري قيمة الثوب كما في البيع بالرطب.

(باب رجوع الكفيل أو الورثة في التركة)

(**المبسوط**): مريض قال لوارثه: إن لفلان عليّ دين كذا فاضمنه عني، فضمن لغريم غائب جاز ذلك استحسانًا.

ولو كان هذا في الصحة لم يجز؛ لأن في المرض أمرًا بقضاء دينه من تركته لا كفالة حقيقة؛ لأن المريض محتاج إلى قضاء دينه وحق الورثة متعلق بماله فيحتاج إلى الأمر بالقضاء والأمر بالقضاء يتم به وحده فأما في الصحة لا يحتاج إلى الأمر بالقضاء فبقيت كفالة حقيقة والكفالة لا تنعقد إلا بقبول أحد من جهة الطالب ولم يوجد، فإن أجاز الطالب لم يجز؛ لأنها لم تتوقف على إجازته؛ لأنها عدمت القبول من جهة أحد.

(**المنتقى**) وفي (**نوادر ابن رستم**): لو قالت الورثة للمريض: قد ضمنا للناس كل دين عليك ولم يطلب المريض ذلك منهم والغرماء غيّب لم يجز ذلك الضمان.

ولو قالوا بعد موت المريض جاز.

وفرّق أبو حنيفة رحمه الله بين موته وبين حياته، والفرق أن بعد موته قضاء ديون الميت واجب على الورثة من التركة ولا يحتاج إلى الكفالة فبقي إقرارًا بقضاء دينه.

وفي حياته يكون كفالة ولم يطلب منهم المريض الكفالة حتى يحمل على الأمر بالقضاء فيكون كفالة فلا ينعقد بدون قبول قابل.

وقال أبو يوسف: جاز في الوجهين وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إذا ضمن الوارث في مرض الموت ولم يطلب المريض ذلك منهم جاز لأنهم حملوه على الأمر بالقضاء.

وقال أبو يوسف رحمه الله في الوصيين: إذا ضمن أحدهما لصاحبه دينا للميت على رجل لم يجز؛ لأن لهما أن يقبضاه من الغريم فلا يصلح أن يكون قاضيا ومقضيا وطالبا ومطلوبا، ولو ضمناه للوارث وهو كبير جاز وليس لهما أن يتقاضياه

الغريم وخرجا من الوصية في ذلك الدين، وكذلك الوكيلان يتقاضى دين للموكل على رجل ثم ضمناه للطالب عن المطلوب جاز وخرجا من الوكالة وليس هذا كضمان من الوكيل بالبيع؛ لأن ذلك لا يخرجه من التقاضي بقاضي المشتري بالثمن.

ولو قضى دين الميت بعض ورثته أو الكفيل به رجع بذلك في التركة مع الغرماء بالحصص؛ لأنه بالقضاء ثلث الدين فصار غريم الميت كسائر غرمائه، وإن كان بذلك الدين رهن فافتكّه فهو بين الغرماء جميعا فلا يكون قاضي الدين وهو الوارث أو الكفيل به بأولى به من بقية الغرماء؛ لأنه كان ملك الميت رقبة ويدا إلا أنه بالرهن زال عنه ملك اليد والحبس بالافتكاك عاد إليه ملك اليد فكان بين غرمائه بالحصص ولو مات وترك عبدا عليه دين وعلى الميت دين يحيط برقبة العبد يقضي الوارث عن العبد دينه، فإنه يقوم فيه مقام غريم العبد يباع في دينه حتى يستوفيه الوارث بخلاف الرهن؛ لأن دين العبد كان في رقبته فالقضاء عنه كالقضاء عن الميت وفي الرهن كان الدين على الميت لا على الراهن، ألا ترى أن الكفيل لو قضى الدين الذي في الرهن لم يكن له على الرهن سبيل.

ولو أن كفيلا قضى عن عبد قضاء دينه رجع به في رقبة العبد فكان أحق به من غرماء الميت؛ لأن الكفيل بالقضاء قام مقام غريم العبد في دينه. رجل اشترى عبدا فلم يقبضه حتى مات وعليه دين فقضى ابنه البائع الثمن وقبض العبد، فإنه يكون بينه وبين الغرماء بالحصص، وهذا بمنزلة الرهن لا يكون الابن أحق به. رجل مات وترك عبدا وعلى الميت دين ثم إن العبد أفسد متاعا فلزمه دين منه فقضى عنه الوارث، فإنه لا يرجع به عليه إنما هذا رجل قضى عن عبد يملكه بعض ديونه ولا يحاص بقية الغرماء في رقبته.

ولو ترك عبدًا عليه دين وترك وارثين فقضى أحدهما دين العبد فله أن يرجع به في رقبته؛ لأن هذا شيء لزم مال الميت وهو خصم فيه ومتى كان الدين بعد الموت من يكن خصما إلا في حصته.

(باب ضمان الدرك)

(**الجامع الصغير**): الكفالة بالدرك جائزة وهي التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع؛ لأن الكفالة بالدرك إنما تعقد لتحقيق أحكام المبيع وتأكيدها؛ لأن المشتري ربما لا يرغب في الشراء إلا بهذه الكفالة.

ولو كفل بالدرك فاستحق المبيع لم يأخذ الكفيل حتى يقضي به على البائع؛ لأنه ما لم يقض به على البائع لا ينتقض البيع لاحتمال الإجازة من المستحق فلا يلزم البائع رد الثمن فلا يجب على الكفيل أيضًا.

وقال أبو يوسف في (**المنتقى**): الكفيل بالدرك يأخذه المشتري بالثمن إذا قضى عليه بالاستحقاق، وإن كان البائع غائبًا؛ لأن القضاء بالاستحقاق على المشتري قضاء على البائع؛ لأن المشتري انتصب خصما عنه. رجل باع دارا وكفل رجل بالدرك فهو تسليم للبيع؛ لأنه لو صح منه الدعوى بعد ذلك كان للمشتري أن يرجع عليه بحق الضمان فلا يقيد ولأن هذا إقرار منه يكون العين ملكا له؛ لأن الكفالة بالدرك لتأكيد أحكام البيع وهو ملك البيع والرجوع بالثمن وذلك ينافي صحة الدعوى بعده.

ولو اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة لا يتم مشتركة؛ لأن العهدة عند بعضهم اسم للعقد؛ لأن العهدة أخذت من العهد والعقد والعهد سواء ويحتمل أن يكون اسما للصك؛ لأنه وثيقة بمنزلة العهد ويحتمل أن يكون اسما لضمان الدرك فلم يجب العمل به قبل البيان وبطل للجهالة بخلاف الدرك؛ لأنه صار مستعملا في ضمان الاستحقاق.

(**المنتقى**): وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن؛ لأنه يرجح استعماله في ضمان الثمن باعتبار العرف والعادة وضمان الشراء باطل معناه لو استحق المبيع على شرائه لتسليمه إليك.

وذكر في (**الهاروني**): لو ضمن عند خلاصه ثم استحق المبيع لا شيء على

الضامن ومعنى الخلاص تسليم المبيع عند استحقاقه، وفي الهاروني إذا باع جارية أو دارًا فضمن رجل بتسليمها أو ردّ الثمن أو ضمن تسليمها لا غير فهو سواء، فإن ماتت الجارية أو استحقت أو كانت حرة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة فعلى الضامن رد الثمن والمشتري إن شاء أخذ البائع بذلك أو الضامن.

وقال الحسن بن زياد: إذا ضمن بتسليمها ولم يضمن بردّ الثمن فلا شيء على الضامن؛ لأن الضمان بتسليم المبيع لا غير لا يصح لما بينا.

ولو دفعها إلى المشتري والمسألة بحالها رجع المشتري بالثمن على البائع أو على الضامن عند أبي يوسف وعند الحسن برئ الضامن مما ضمن. رجل اشترى من رجل عشرة أقفزة على أنها جوارٍ وضمن رجل للمشتري بما أدركه من درك ثم علم أنها نورة، فإنه يرد ويأخذ الثمن من البائع ولا شيء على الضامن.

ولو اشترى عبدا وضمن له رجل بالدرك وتقابضا ثم أقام العبد البينة أنه حر الأصل أو كان مولاه أعتقه قبل ذلك ولمولاه أن يأخذ الضمين بالثمن؛ لأن هذا استحقاق للمبيع؛ لأن الاستحقاق ما قامت عليه البينة بنحو هذا وفي النورة ليس باستحقاق للمبيع، فإن المبيع هو الدقيق دون النورة وإنما هو شيء غير ما اشتراه فلم يقم بينة على استحقاق المبيع فلم يدرك المشتري درك فيما اشترى، ولو ضمن له الدرك في دار اشتراها لم يكن له أن يرجع عن ضمانه قبل أن يلحقه الدرك، وكذا لو قال لرجل إن مات فلان ولم يعطك مالك فأنا ضامن له لم يكن له أن يرجع عن ضمانه قبل موت فلان، ولو قال الآخر ما بايعت فلانا من شيء فأنا له ضامن فله أن يرجع عن ضمانه قبل أن يبايعه، والفرق أن في ضمان الدرك وغيره الضمان لازم نافذ منبرم؛ لأن المال واجب على المضمون عنه فلزم الضمان وفي المبايعة المال غير واجب على المكفول عنه فلا تقع الكفالة لازمة منبرمة. بشر عن أبي يوسف: رجل أمر رجلا أن يبيع خادما بألف على أنه ضامن هذه الألف فباعها إياه بألفين لم يضمن الكفيل إلا ألفا، ولو باعه بخمسمائة ضمن خمسمائة، ولو باع نصفه بخمسمائة ضمن خمسمائة؛ لأنه لما ضمن ببيع كله بألف وقد ضمن نصفه بخمسمائة. وكل رجلا ليشتري له عبدا بألف درهم ولم يدفع إليه شيئًا

فاشتراه فضمن رجل للبائع عن المشتري بالألف التي عليه، وإذا دفعها الموكل إلى المشتري فأنا منها بريء فالضمان جائز والبراءة باطلة؛ لأنه وجب للوكيل على الموكل غير هذه الألف لا غير هذه الألف.

(باب الاختلاف في الكفالة)

(**المبسوط**): قال الكفيل للطالب: دينك من ثمن خمر والمطلوب غائب أو أقام البينة على إقرار الطالب لا يسمع ولا يحلفه ويؤدي المال؛ لأن الكفيل ادعى الفساد والطالب يدعي الجواز فيكون القول قول من يدعي الجواز؛ لأن الظاهر شاهد له فلا تقبل البينة؛ لأن الطالب لا ينتصب خصما عن المطلوب؛ لأن الكفيل لم يدع على المطلوب شيئًا بل يقر له ببراءته عن الثمن، ألا ترى لو حضر المطلوب وأنكر ما ادعى الكفيل وأقام البينة عليه تقبل، وإذا لم تكن دعوى فساد العقد من الكفيل دعوى على الغائب لا ينتصب الطالب خصمًا له فلا يسمع.

ولو حضر المطلوب وصدق الكفيل وقد أداه يرجع عليه الكفيل ولا يصدق المطلوب على الطالب إلا ببينة أو يحلفه فينكل فيرد الطالب ما أخذه منه، وكذلك الحوالة؛ لأنه أمر الكفيل بدفع المال إليه بشرط الضمان فكان له أن يرجع على الآمر كما لو أمره بدفع الثمن إلى البائع ثم استحق المبيع له أن يرجع على المشتري، وإن شاء استرد من البائع وهنا استرد من الطالب بجحوده ولم يثبت عليه بالحجة، وإن كان المكفول به من ثمن عبد فاستحق أو كان حرا بطلت الحوالة والكفالة؛ لأنه ظهر أنه ما صادقت دينا واجبا. ادعى على رجل حوالة أو كفالة ولا يخلو إما أن أقر أو أنكر أو نكل، فإن أقر فأدى لم يرجع به على الأصيل متى جحد الحوالة والأمر؛ لأن إقراره ليس بحجة على غيره وإن أنكر أن أقام البينة على الحوالة أو الكفالة والأمر من الأصيل يرجع مما أدى على الأصيل؛ لأن الأمر بالحوالة تثبت بحجة مطلقة في حق الناس كافة.

وإن كان المحتال عليه لا يمنع الرجوع؛ لأنه صار مكذبًا شرعًا في الإنكار فالقضاء بالبينة، وإن لم يكن له بينة يستحلفه، فإن حلف برئ ورجع الطالب على

الأصيل بدينه؛ لأنه برئ ما على المحتال عليه؛ لأنه لا يمكنه الوصول إليه متى لم يكن له بينة، وإن نكل وقضى عليه بالنكول فله أن يستحلف المحيل إذا أنكر الأمر ولا بينة له، فإن أنكر رجع المحتال عليه بما ضمن اللهم إلا أن يكون المحتال عليه أنكر أمر المحيل ابتداء لما يأتي.

(باب الكفالة بالشهادة)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في قبول الشهادة.

والثاني: في الاختلاف في الشهادة.

والثالث: في الشهادة على الغائب.

كفل رجلان بمال فشهد أحدهما أن أصل المال على أبيهما والآخر كفيلا عنه جاز وعلى عكسه لا يجوز؛ لأن في الأول يشهدان على أبيهما بالمال ويبطلان حقه في الرجوع متى أدى وفي الثاني يشهدان لأبيهما بالرجوع وشهادة الابن لأبيه لا تقبل وعليه تقبل شهد شاهدان أنه كفل بنفس رجل لا يعرفه بل بوجهه حال ويؤاخذ به حتى يوافي بمن يعرفانه بوجهه، وكذلك لو قالوا: لا نعرفه بوجهه يؤخذ بالكفالة ويقال أي رجل أثبت به وحلفت عليه فأنت بريء من الكفالة؛ لأن الغالب أن الشهود لا يعرفون المكفول به؛ لأن الإنسان يكفل بنفس إنسان وثمة قوم حضور لا يقفون على حال المكفول به لا على نسبه ولا على بلده وقبيلته وقد يكون المكفول به غائبًا، ولو لم يقبل هذه الشهادة مع هذه الجهالة يؤدي إلى إبطال حقوق الناس كما لو شهدا على إنسان أنه غصب من هذا عبده أو دابته تقبل، وإن لم يثبتا قيمته ولا صفته ولأنهما نقلا كما تحملا فإنهما سمعا من الكفيل أنه كفل برجل يعرفانه أو لا يعرفانه بوجهه أو نقلا كما سمعا وتحملا ثم الاحتمال جاء من جهة الكفيل فيؤاخذ ببيانه.

(فصل)

شهد أحدهما أنه أحاله بماله على رجل وشهد آخر أنه ضمن له على إن أبرأ

الأصيل أو لم يذكر البراءة والطالب يدعي الحوالة برئ الأصيل لأنهما اتفقا على كون المحتال ضامنا لدينه حويلًا كان أو ضمينا والطالب يدعي كونه ضامنا لدينه بدعوى الحوالة فيقضى بكونه ضامنا بشهادتهما إلا أن براءة الأصيل تثبت بإقرار الطالب بالحوالة لا بشهادتهما، فإن قال الطالب ضمن بغير حوالة لم يبرأ الأصيل ويأخذ أيهما شاء؛ لأن الشاهدين اتفقا عل كونه ضامنا لدينه فادعى الطالب ذلك ولم يقر ببراءته بالحوالة ولم يصر مكذبا شاهده فيما شهد له بالحوالة؛ لأنه شهد بكونه ضامنا لدينه وهو يدعيه وإنما كذبه في حق براءة الأصيل والطالب مشهود عليه لا تبطل الشهادة.

ولو شهد أحدهما بالكفالة بألف إلى شهر والآخر حالا والطالب ينكر الأجل فالمال حال لأنهما شهدا بما يدعيه وهو الكفالة وينفرد أحدهما بما عليه وهو الأجل وتكذيب المشهود عليه من شاهده فيما شهد عليه لا تبطل الشهادة.

(فصل)

أصله أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يكون المدعى به هو نفس ما على الغائب أو حقا من حقوق الحاضر فحينئذ الحكم على الحاضر ينفذ على الغائب؛ لأن الحاضر انتصب خصما عنه لاتصال بينهما يثبت الحق أو في غير الحق فكان من ضرورة ثبوت الحق على الحاضر ثبوته على الغائب.

ولو أنكر الكفيل الكفالة وأقام المدعِي البينة لهذه الكفالة لأمر الغائب وإن له على الغائب ألف درهم فإنه تقبل بينته ويرجع الكفيل على الغائب لأن ما يدعيه على الغائب هو نفس المدعى على الغائب، فإن قال الكفيل بعد القضاء لم يأمره الغائب بالكفالة لم يرجع على الغائب إذا أدى وجعل ذلك بمنزلة الإبراء ذكره في الشهادات إملاء، وإن كفل عن رجل بأمره وأدى المال ثم غاب الطالب فجحد المكفول عنه الدفع ويقر بأنه أمره بالكفالة أو جحد الكفالة أيضًا فأقام الكفيل على دفع المال والكفالة بأمره، فإنه يقضي على الطالب الغائب بالقبض، وإن حضر الطالب وأنكر لم تعد عليه البينة وقضى عليه بالبراءة ويرجع الكفيل على المكفول عنه بالمال ولا يشبه هذا ما لو قال الرجل ما بايعت به فلانا فهو عليّ فغاب

المشتري فأقام البائع البينة على الكفيل أنه باع المشتري المباع بكذا كذا درهمًا وأنه دفع إليه المباع ووقّت الشهود وقتًا بعد وقت الكفيل والكفيل مقر بالكفالة جاحد الدفع، فإنه لا يقبل البينة على الكفيل ولا يلزم المشتري البيع، وكذلك لو أقام البينة على القرض؛ لأن ما يدعيه على الغائب ليس عين ما يدعيه على الحاضر؛ لأن المبايعة والقرض غير الكفالة فلم يكن بينهما اتصال يثبت الحق فلم ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ولو شهد شهوده أنه كفل به بعدما باعه أو أقرضه، فإنه يقبل البينة على الكفيل ويلزم المشتري البيع والقرض؛ لأن ما يدعيه على الحاضر وهو الكفالة عين ما يدعيه على الغائب.

(**النوادر**): ولو قال لآخر ما قضي لك على فلان أو ما أقر لك به فلان فهو عليّ فأقام الطالب البينة على الكفيل أن قاضي بلد كذا قضى على فلان بكذا أو أن فلانا أقر بكذا، فإنه لا تقبل بينته على فلان الغائب فلا يلزمه شيء متى جحد القضاء والإقرار رواه بشر بن الوليد.

وذكر ابن رستم: لو كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل وأقام المدعِي البينة على أحدهما وقضى القاضي بالمال والكفالة ثم غاب من غير أن يأخذ منه شيئًا ثم قدم الآخر، فإنه يقضي عليه القاضي بالبينة الأول بخمسمائة التي كانت عليه في الأصيل؛ لأنه حين قضى على صاحبه المقضي عليه الأول لزم هذا المقضي عليه الثاني؛ لأن صاحبه كان كفيلا بها، ولو لم يكن كل واحد منهما كفيلا والمسألة بحالها لا تقضي على الثاني حتى يعيد البينة لما عرف.

(**المنتقى**): كفل بنفس رجل وما عليه فقال الطالب: إن أتيتني غدا إلى مجلس القاضي وأخذه منك فأنت بريء واختلفا من بعد الغد في المجيء فالقول قول الكفيل؛ لأنه منكر للمجيء فيكون منكرا.

(باب كفالة أهل الذمة)

(**قال في المبسوط**): كفل ذمي عن ذمي بخمر واجب بسبب القرض أو البيع ثم

أسلم الكفيل أو المطلوب لا يلزمه شيء عند أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وعند محمد رحمه الله وزفر، وهو رواية عن أبي حنيفة يلزمه القيمة ولا يكون له على المكفول عنه شيء اتفاقا وهذا بناء على حرف وهو أن الكفيل مستقرض في حق الطالب فيقرض في حق المطلوب؛ لأن الكفالة إقراض ذمة لالتزام المطالبة لما على المطلوب فيثبت للطالب على الكفيل مطالبة وللكفيل على المطلوب مطالبة والمطلوب في باب القرض يكون مستقرضا والطالب يكون مقرضا وإسلام المستقرض يوجب براءته عن الخمر وبدلها عند أبي يوسف.

وعند محمد: لا يوجب فبقي الكفيل ضامنا قيمة الخمر عنده لما عرف في كتاب الغصب.

وإن كان واجبًا بسبب التسليم لا يجب شيء اتفاقًا؛ لأن عند محمد إيجاب القيمة على الكفيل هنا غير مفيد؛ لأنه يصير استبدالا بالمسلم فيه والاستبدال بالمسلم فيه باطل. تزوج ذمي ذمية على خمر بغير عينها وكفل بها ذمي فأسلم الزوج فالكفيل يبرأ، فإن أسلمت المرأة ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية تجب قيمة الخمر وفي رواية لا يجب شيء.

وإن أسلم الكفيل فلذلك روايتان؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب وهو الزوج ومستقرض في حق المطالب وهي المرأة وإسلام المقرض يفيد البراءة للمستقرض عن الخمر وبدلها عندهم جميعا وإسلام المستقرض يوجب البراءة له عن الخمر وبدلها في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وفي رواية محمد عنه لا توجب البراءة للمستقرض عن قيمة الخمر إن كان يفيد له البراءة عن عين الخمر، وعند أبي يوسف في (**الفصول**): كلها برئ الكفيل؛ لأن بإسلام أحد الزوجين يسقط الخمر ويجب مهر المثل والكفيل لم يكفل بمهر المثل وأما بإسلام الكفيل فلأنه مستقرض في حق الطالب وإسلام المستقرض يوجب البراءة عن الخمر وقيمتها عنده. كاتب الذمي عبده على خمر فكفل به ذمي ثم أسلم المكاتب فعليه قيمة الخمر؛ لأن المكفول عنه عجز عن تسليم الخمر فيلزمه تسليم قيمتها. كاتب عبدين على خمر كتابة واحدة كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأسلم أحدهما وأسلم

المولى ينقلب جميع الخمر قيمتها كما لو مات المكاتب وترك ولدين مولودين في الكتابة فأسلم أحدهما؛ لأن كل ما وجب على كل واحد منهما بدل كتابته تعلق عتقه بأدائه بحكم الكتابة لا بحكم الكفالة وإسلام المكاتب قبل قبض الخمر لا يوجب إبطال الكتابة؛ لأن تعليق العتق بأداء الخمر يصح من المسلم، وإن كانت المعاوضة لا تصح فلا تبطل الكتابة بالشك، وإذا بقيت الكتابة ولم يسقط الخمر بإسلام أحدهما، فإنه يتحول القيمة؛ لأنه عجز المسلم عن تسليم حصته من الخمر فتتحول حصته إلى القيمة وكذلك تتحول قيمة الكافر إلى القيمة؛ لأن ما يؤدي الكافر من الخمر يؤدي بعضه عن نفسه وبعضه عن صاحبه؛ لأن الكتابة واحدة لا يجوز تفريقها والكافر عاجز عن أداء الخمر عن المسلم فكما عجز المسلم عن تسليم الخمر عجز الكافر عن تسليم حصته من الخمر فيحوُّل الكل إلى القيمة.

(فصل)

كفالة المرتد كسائر تصرفاته موقوفة والمرتدة كفالتها جائزة بالإجماع كسائر تصرفاتها، وإن لحقت بدار الحرب وسبيت، فإن كانت الكفالة بالنفس تبطل، وإن كانت بالمال ولها مال تنتقل إلى المال؛ لأن السبي يوجب خلوص المسبي من السابي ونفسها مسبيته فيوجب خلوصها للسابي فيوجب سقوط الكفالة عنها كالإجارة ومالها ليس بمسبي فلا يوجب خلوص ذلك للسابي فيبقى ذلك المال متروكا عنها فتبقى الكفالة في ذلك المال كما لو ماتت عن مال تحت قضاء الدين عن ذلك المال فكذا هذا.

ولو كان كفل عنها في المال لا تبطل كفالته، وإن لم تخلّف المرتدة مالا؛ لأن المال وجب على الكفيل قبل السبي فبعد السبي يبقى المال عليهما في حق الكفيل، وإن كان لا يبقى في حق السابي؛ لأن في إبقاء الدين عليهما في حق الكفيل فائدة لتؤخذ من الكفيل فيبقى في حق الكفيل.

ولو خلفت في دار الإسلام مالا يرجع فيه، فإن لم تخلف مالا لا يرجع عليها في الحال ولا بعد العتاق؛ لأن الدين يسقط عنها والكفالة بالنفس تبطل؛ لأن تسليم النفس سقط عنها.

كفل حربي بمال ونفس ثم لحق بدار الحرب ثم خرج مستأمنا لزمه؛ لأن الكفالة لا تبطل باللحاق؛ لأنه يتصور عوده.

كفل مسلم لمرتد بنفس أو مال ثم لحق المرتد بدار الحرب فورثته على حقه في الكفالة لأنهم يقومون مقامه في سائر الحقوق فكذا في الكفالة، فإن رجع واستوفى ورثته بقضاء فالكفيل بريء، وإن لم يكن بقضاء فله أن يأخذ الكفيل؛ لأن هذا حق وجب له قبل الكفيل فيعتبر بسائر حقوقه المتوكدة على الناس، فإذا عاد ولم يستوفها الورثة فله أخذها وإن استوفاه الورثة فلا سبيل له على من عليه الحق فكذا هذا.

كتاب الحوالة

تحتاج إلى معرفة: شرعية الحوالة، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

أما شرعيتها: فلقوله عليه السلام: "**مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ أمر المحتال باتباع المحتال عليه**"[1]، فدلنا هذا الحديث على براءة ذمة المحيل وتقرر الدين في ذمة المحتال عليه.

وأما تفسيرها: فالحوالة لغة عبارة عن النقل والتحويل ومنه سميت حوالة الثالثة والعراس حوالة؛ لأنها تنقل من محل إلى محل ويقال حوّل الشيء من مكانه إلى مكان وفرع المكان الأول عنه. **وفي الشريعة:** عبارة عن نقل الدين وتحويله من ذمة إلى ذمة بحيث لا يبقى في الذمة الأولى كما يقتضيه اللفظ لغة تنزيلا للألفاظ على ما تقتضيها إذ العمل بحقيقة الألفاظ واجب. **وأما ركنها:** فقول المطلوب للطالب أحلتك بمالك عليّ من الدين على فلان فيقول الطالب احتلت ويقول المحتال عليه قبلت فسمي المطلوب محيلا والطالب محتالًا ومن أحيل عليه محتالًا عليه[2].

وذكر محمد رحمه الله في الكتاب المحتال عليه والمحتال له، وقيل: هذه اللفظة لا تستعمل في الحوالة إنما تستعمل في الاحتيال والافتعال يقال رجل محتال ومفتعال إذا كان ذا حيلة وافتعال وما ذكره محمد صحيح؛ لأنه كما يذكر احتال للاحتيال والافتعال يستعمل للحوالة أيضًا لقوله عليه السلام: "**مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ**[3]

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٥/٣ (٢٤٠٠) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الأعلى. و«مسلم» ٣٤/٥ (٤٠٠٨) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عيسى بن يونس (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٧٢/١، والفواكه الدواني ٣٣٠/١، ومغني المحتاج ٣٣٢/١، وشرح روض الطالب ٢٩٨/١، ٢٩٩، وكشاف القناع ٨٤/٢.

(٣) الْمَلِيء: الْغَنِيّ. فتح الباري (ج٧/ ص١٣١).

فَلْيَحْتَل"[1] فيكون لفظ محمد موافقًا للفظ رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وأما شرطها: فقبول الطالب شرط لصحة الحوالة؛ لأن الدين ملك المداين وحقه وذمة المحيل من حيث إنه محل الدين حقه فلا يجوز تفريغها عن الدين إلا برضاه؛ لأن الناس يتفاوتون في القضاء والاقتضاء فربما يكون المحتال عليه أعسر في القضاء فيلحق الطالب ضرر بذلك فيشترط رضاه، وأما قبول المحتال عليه شرط عندنا بكل حال.

وقال الشافعي: ليس بشرط إذا كان للمحيل عليه دين.

والصحيح قولنا؛ لأنه ربما يلحقه زيادة ضرر لم يكن التزمه بنفس المداينة؛ لأن الطالب ربما يكون أضعف استيفاء وأعسر اقتضاء من المحيل فيشترط رضاه لصحة الحوالة دفعا لزيادة الضرر عنه.

وذكر في (**المبسوط**): لو أحال المطلوب على رجل ولم يكن للمحيل عليه مال وقال: قبلت الحوالة ليس للمحتال عليه مطالبة المحيل بالمال قبل أدائه إلى الطالب لكن له ملازمته وحبسه حتى يخلصه؛ لأنه أدخله فيه وهذه كفالة بلفظ حوالة.

وذكر في (**المنتقى**): إذا قال: أحلتني على فلان ثم سكت، ثم قال لم أقبل

---

(١) أخرجه «البخاري» ٣/١٢٣ (٢٢٨٧) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي (٢٢٨٨) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ٥/٣٤ (٤٠٠٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، قال: قرات على مالك. و«ابن ماجه» (٢٤٠٣) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٣٤٥) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (١٣٠٨) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي» ٧/٣١٦، وفي «الكبرى» (٦٢٤١) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان. وفي ٧/٣١٧، وفي «الكبرى» (٦٢٤٤) قال: حدثنا محمد بن سلمة، والحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، عن ابن القاسم، قال: حدثني مالك. و«أبو يعلى» (٦٢٨٣) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا سفيان. وفي (٦٢٩٨ و٦٣٤٤) قال: حدثنا سويد بن سعيد، عن مالك. و«ابن حبان» (٥٠٥٣ و٥٠٩٠) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك.

أربعتهم: (مالك بن أنس، وسفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، وعبد الرحمن بن إسحاق) عن عبد الله بن ذكوان، أبي الزناد، عن عبد الرحمن بن هرمز الأعرج، فذكره.

فالحوالة جائزة؛ لأنه أقر بالحوالة بقوله: أحلتني، والحوالة لا تتم إلا بالقبول منه فكان هذا إقرارًا بالقبول اقتضاء.

وأما حكمها: فبراءة المحيل عن الدين وللمحتال له أن يطالب المحتال عليه لا غير.

وقال زفر: لا يبرأ المحيل، وله أن يطالبه بالدين كما في الكفالة؛ لأن الدين مما لا يقبل النقل والتحويل فلا يمكن العمل بحقيقة اللفظ فعملنا بمجازه، وهو أن المحتال عليه يلتزم ويتحمل عنه مثل ما على الأصيل كالكفيل، لنا: أن العمل بحقائق الألفاظ وإثباتها واجب إما تحقيقًا أو حكمًا ونقل الدين وتحويله جائز حكما كإثبات الدين؛ لأن ما أمكن إثباته أمكن نقله، فإن النقل هو الرفع من هذا الموضع والإثبات في موضع آخر كنقل العين فينتقل الدين من ذمة المحيل وتتفرع ذمته عنه ويثبت مثله في ذمة المحتال عليه فكان هذا تحويلا حكمًا وشرعًا.

ثم عند أبي يوسف رحمه الله: الحوالة توجب البراءة عن الدين والمطالبة جميعا لكن براءة مؤقتة إلى أن ينوي ما على المحتال عليه، وعند محمد رحمه الله توجب براءة المطالبة لا براءة الدين فالدين قائم في ذمة المحيل والمطالبة ساقطة عنه مؤقتة وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا أبرأ الطالب المحيل هل يصح والراهن إذا أحال المرتهن بالدين على غيره هل يسترد الرهن فعند أبي يوسف لا يصح الإبراء ويسترد الرهن؛ لأنه برئ المحيل عن الدين بالحوالة، وعند محمد يصح الإبراء ولا يسترد الرهن؛ لأن الدين قائم في ذمة الراهن.

لمحمد: أن نقل الدين غير ممكن؛ لأن الدين عبارة عن وجوب تمليك المال وذلك مما لا يقبل النقل وتوجبه المطالبة على المحتال عليه ممكن، فإنه بالقبول التزم المطالبة فيلزمه، ولهذا لو أدى المحيل الدين يجبر الطالب على القبول.

ولو أدى المحتال عليه يكون مؤديا عن المحيل لا عن نفسه فدل ذلك على قيام الدين في ذمة المحيل.

لأبي يوسف: أن الحوالة أضيفت إلى الدين لا إلى المطالبة.

ولو أضيفت إلى المطالبة لا تكون حوالة والحوالة مشتقة من التحويل فيتوجب

تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة المحتال عملا بحقيقة اللفظ وبحقيقة الإضافة جميعا إذ العمل بكلتا الحقيقتين واجب وإنما صح الأداء عن الأصيل ويجبر الطالب على القبول متى أدى المحيل؛ لأن الثابت للمحيل بالحوالة براءة مؤقتة وبالأداء نثبت براءة مؤبدة فنستفيد بأدائه نوع براءة وفائدة فيكون الأداء عنه متصورا ولا يكون المؤدي متنوعا فلم يكن بنا ضرورة إلى إبقاء الدين على المحيل مع قيام السبب الموجب للتحويل.

(باب ما يرجع به المحتال عليه على المحيل وما لا يرجع)

[(المبسوط)][1]: الحوالة نوعان: مطلقة ومقيدة.

أما المطلقة: بأن يحيل صاحب الدين على رجل فلا يخلو إما أن كان عليه مال أو لم يكن، فإن كان عليه مال ألف ولم يصف الحوالة إليه فعليه رد الألف إلى المحيل والألف إلى المحتال له وللمحيل أن يطالبه بتلك الألف؛ لأنه لم يقيد الحوالة به كما إذا كان لرجل عند رجل ألف درهم وديعة فأحال غريمه عليه بألف ولم يقيدها بالألف الوديعة فقيل له أن يأخذ الوديعة منه وعلى المحتال عليه أداء الألف بالحوالة، فإن لم يكن عليه مال يجب عليه أن يؤدي الحوالة ولا يرجع على المحيل في الوجهين حتى يؤديه كالكفيل؛ لأن الحويل بنفس الحوالة لا يملك ما في ذمته ما لم يؤد دينه ولو لازمه المحتال له كان له أن يلازم الأصيل، ولو حبس كان له أن يحبس الأصيل حتى يخلصه عن ذلك كما في الكفيل، وإذا أدى المحتال عليه الدين بأمر المحيل أو وهب إلى المحتال له أو تصدق عليه أو ورث من المحتال له أو أدى إلى المحتال له دنانير أو عرضا بدل الدراهم، فإنه يرجع على المحيل بالمال كالكفيل على ما مر وإن أبرأه المحيل عن الدين وقبل منه أو وهبه منه لم يبرأ ولم تبطل الحوالة؛ لأنه تعلق به حق المحتال له فصار المحيل محجورا عن التصرف فيه إذ لو صح إبراؤه وتصرفه لبطل حق المحيل له فلم تصح صيانة لحقه، ولو وهب المحتال له للمحيل له لم يجز ولا تبطل الحوالة؛ لأن له دين على المحيل.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجامع.

وأما الحوالة المقيدة: بأن قيد الأداء بالمال الذي عليه بأن قال أحلته عليك بالمال الذي لي عليك أو على أن تعطيه مما عليك ليس للمحيل أن يطالبه بالأداء إليه؛ لأنه تعلق به حق المحتال له، فإذا أدى تقع المقاصة بينهما.

ولو أحال على المودع بألف وديعة عنده كانت أجورًا لكون الأداء من الوديعة أيسر، فإن هلكت الوديعة برئ المودع؛ لأنه التزم الأداء من عين المال فيبرأ بهلاك العين كالزكاة قضى المحيل المحتال له دينه لم يكن متطوعا ويرجع على المحتال عليه بدينه؛ لأن الدين بقي على ملكه؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يصح إلا أنه تعلق به حق الاستيفاء للمحتال له فكان له التخليص كما في العبد المديون ولا يكون متطوعا حتى يجبر الطالب على القبول؛ لأنه بهذا الأداء يريد استخلاص ذلك الدين لنفسه ويسقط مطالبة الطالب في باقي الحال متى مات المحتال عليه مفلسا أو جحد ولا يقصد التبرع فيخلص له ذلك الدين كالراهن والوارث إذا قضى دينه لاستخلاص المرهون والتركة جاز، ويجوز قبول الحوالة بمال اليتيم من الأب والوصي عليه أملى من الأول؛ لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر، فإن كان المحتال عليه أملى من المحيل يكون للصغير فيه نظر فيجوز، فإن كان مثل المحيل في الملاءة اختلفوا فيه قيل: يجوز؛ لأنه لا ضرر على الصغير كما لو باع بمثل قيمته وقيل: لا يجوز؛ لأن فيه ضررا على الصغير؛ لأن الناس يتفاوتون في القضاء والاقتضاء وربما يكون المحتال عليه أعسر في القضاء من المحيل فيلحقه زيادة ضرر فيجب أن يكون أملى من الأول فيحصل له بذلك نوع منفعة لأنه الضرر.

احتال الأب والوصي بدين الصغير إلى أجل لم يجز؛ لأنه ليس له أن يؤجل دين الصغير؛ لأنه إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد وهذا إذا كان دينا ورثه الصغير لا بعقد الأب فأما إذا وجب بعقده فاحتال الأب له إلى أجل جاز عندهما خلافا لأبي يوسف كما في الوكيل بالبيع لما عرف.

[(**الجامع**)][1]: مسائله على فصول:

أحدها: في الحوالة بالجياد من النبهرجة أو على عكسه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الزيادات.

والثاني: في الحوالة على أن يعطيه من الوديعة التي له عنده.

والثالث: في الحوالة على أن يعطيه من ثمن داره.

(فصل)

لرجل على آخر مائة نبهرجة وللمدين على آخر مائة جياد فأحال صاحب الجياد على مدينه بالدراهم الجياد في مكان الدراهم النبهرجة على أن يأخذها من الجياد والمحتال عليه غائب فبلغه فأجاز لا يجوز، فإن كان حاضرا جاز استحسانًا فرق بين هذا وبين ما إذا قال أحلتك عليه بدراهم النبهرجة على أن تعطيه الدراهم الجياد التي لي عليك فالحوالة باطلة، والفرق أن هنا أن هذه حوالة لفظا مصارفة معنى، فإن المحيل اشترى الألف النبهرجة التي عليه بألف درهم جياد مرسلة غير مضافة إلى الدين الذي له على المحتال عليه؛ لأن المحيل قال: أحلتك بدراهم جياد ولم يقل بالدراهم الجياد التي لي عليك والمصارفة بدراهم مرسلة بشرط أن يعطي أحدهما حويلا لصاحبه بالدين الواجب بالصرف يجوز استحسانًا متى كان المحتال عليه حاضرا وقيل وإن كان غائبا لا يجوز وفي تلك المسألة المصارفة حصلت بدين للمحيل على غيره؛ لأن المحيل قال أحلتك بدراهمه النبهرجة على أن تعطيه الدراهم الجياد التي لي عليك والمصارفة بدين على غيره باطلة، فإن دفع قبل مفارقة المحيل له جاز ولا تبطل وتنتقض الحوالة وعادت دراهمه النبهرجة لما عرف. إن قبض بدل الصرف يعتبر في مجلس المتعاقدين لا في مجلس غيرهما والمتعاقدان للمصارفة المحيل والمحتال له، فإن قضى المحتال عليه المحتال له الدراهم الجياد على الحوالة الأولى يبرأ عن دين المحيل؛ لأنه أمره أن يعطيه ما عليه من الجياد وقد أوفاه الجياد كما أمره به.

وقيل: عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبرأ وللمحيل أن يرجع على المحتال له بالجياد ثم يعطيه دراهمه نبهرجة؛ لأنه أمره بإيفاء النبهرجة من الجياد ولا يمكن إيفاء النبهرجة من الجياد فقد أحال على غريمه بما ليس في وسعه إيفاؤه فكان باطلا والصحيح هو الأول؛ لأنه أمره بأن يعطيه ما عليه من الجياد وفي وسع المحتال عليه

إيفاء ما عليه من الجياد وإنما لا يقدر على إيفاء النبهرجة من الجياد والمحيل يأمره بذلك، لرجل على آخر ألف جياد وعلى صاحب المال على رجل آخر ألف نبهرجة فأحال من عليه النبهرجة على الذي عليه الجياد على أن يعطيه نبهرجة والجياد له فالحوالة باطلة؛ لأن هذه مصارفة حصلت بدين للمحيل على غيره؛ لأن المحيل قال أحلتك بدراهمه النبهرجة على أن تعطيه الدراهم الجياد التي لي عليك فالمحيل اشترى النبهرجة التي عليه بالجياد التي له على المحتال عليه فيكون هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وهذا لا يجوز، فلو أعطاها المحتال عليه يرجع بها على المحيل وللمحيل على المحتال عليه دراهمه الجياد، وإن شاء المحتال عليه رجع على المحتال بما أعطاه قيل هكذا في المسألة الأولى وقيل: بل بقي هنا خاصة؛ لأنه أعطاه بحكم ضمان فاسد فكان كالمقبوض بحكم بيع فاسد وصار كالكفيل بالثمن بأمر المشتري إذا أدى الثمن إلى البائع ثم استحق المبيع كان له أن يرجع بما أدى على المشتري بحكم الأمر، فإن شاء رجع على البائع بما أعطاه؛ لأن البائع قبضه بحكم ضمان فاسد، ولو لم يكن هكذا غير أن المحيل صالح المحتال عليه من دراهمه على ألف نبهرجة على أن يحيلها عليه هذا المحتال له بدراهمه النبهرجة وتراضوا جاز؛ لأن الصلح إبراء للبعض واستيفاء للبعض وكان فيه معنى الإبراء والمعاوضة فمتى تعذر تجويزه معاوضة يجوز إبراء وخطأ عن الجودة كمن له على آخر ألف جياد فصالح على ألف نبهرجة جاز واعتبر خطأ وإبراء عن الجودة فكذا هذا فصار كأنه إبراء عن الجودة بشرط أن يحيل عليه بالباقي غريمًا له والبراءة لا تبطل بهذا الشرط فكذا الصلح.

(فصل)

ولو كان له ألف جياد وديعة في يد المحتال عليه أو مغصوبة وهي قائمة جاز؛ لأن هذه مصارفة معنى؛ لأن المحيل اشترى ما عليه من النبهرجة بدراهم له جياد وديعة عند المحتال عليه والشراء بالدراهم الوديعة للمشتري عند غيره جائز ولا تجوز بدين له على غيره؛ لأن المصارفة حصلت بدراهم معينة إلا أنه شرط تسليمها على غيره والمصارفة بهذا لا تفسد كما لو أعطاه ببدل الصرف حويلا جاز وإن شرط التسليم على غيره.

(فصل)

أحال بمال على رجل على أن يعطيه من ثمن داره هذه يعني دار الحويل بالحوالة جائزة ولا يجبر المحتال عليه على بيع داره ولا على إعطاء المحيل ماله حتى يبيع داره؛ لأن بيع داره أو عبده بشرط توسيعه وفسخه وتأجيلا للمحتال عليه عرفا وعادة حتى لا يطالب بما التزم بالحوالة قبل بيع داره فكان بمنزلة أجل مشروط في الحوالة وفي التأجيل لا يجبر على تعجيل ما التزم بالحوالة قبل حلول الأجل لما فيه من إبطال حقه في الأجل فكذا هذا؛ لأن هذا تأجيل معنى وقيل بأنه يجبر على بيعها؛ لأنه التزم بيعها بالحوالة لإيفاء الدين فصار كالعدل في الرهن متى سلط على بيعه يجبر عليه فكذا هذا، فإن باع داره أجبر على أن يعطيه ماله منها؛ لأنه التزم إيفاء ما احتال به من ثمنها وقد قدر على إيفائه فيلزمه.

ولو أحال أن يعطيه من ثمن دار المحيل بغير أمره فالحوالة باطلة؛ لأن المحتال عليه لا يقدر على دار المحيل بغير إذنه، فإن أذن له المحيل ببيع داره فالحوالة جائزة ولا يجبر على بيعها؛ لأنه التزم بالحوالة ما يقدر على إيفائه وهو بيع داره وإيفاء ما احتال به من ثمنها ولا يجبر على بيعها؛ لأنه صار وكيلا ببيعها من جهة المحيل، والوكيل بالبيع إذا امتنع من بيع ما وكل ببيعه لا يجبر على ذلك، لأنه متبرع في بيعه بخلاف الرهن إذا سلط العدل على بيعه يجبر عليه إذا أبى ببيعه؛ لأن ثمة البيع مستحق مشروط في عقد الرهن والرهن لازم في جانب الراهن فكذا ما شرط فيه من البيع وهنا البيع لم يكن مشروطا في الحوالة حتى لو كان البيع مشروطا في الحوالة، فإنه يجبر في بيعها كما في الرهن.

(**الزيادات**): مسائله على فصول:

أحدها: في موت المحيل.

والثاني: في إبراء المحتال عليه.

والثالث: في حوالة المكاتب ببدل الكتابة.

والرابع: في مرض المحيل مرض الموت وعليه ديون.

والخامس: في حوالة المشتري بالثمن.

والسادس: في حوالة البائع غريما له على المشتري.

(الفصل الأول)

على وجهين:

أحدهما: إذا احتال حوالة مقيدة بأن كان للمحيل على المحتال عليه دين فاحتال طالبه على أن يعطيه من دينه ثم مات المحيل وعليه ديون كان المحتال له أسوة الغرماء ويبطل على المحتال عليه ما بقي من دينه.

وعند زفر: ليس للغرماء أن يشاركوه فيه؛ لأن حق المحتال له أسبق تعلقا من حق الغرماء؛ لأنه ثبت بالحوالة وحق الغرماء ما لو ثبت ثبت في أول المرض فيكون هو أخص به كالمرتهن مع سائر الغرماء.

لنا: أن ما على المحتال عليه بقي ملكا للمحيل لأن المحتال له لم يملكه بالحوالة؛ لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لكن ثبت بالحوالة المحتال له دين على المحتال عليه مع بقاء دين المحيل ملكا له إلا أن المحيل إنما لم يكن له حق الأخذ؛ لأن المحتال له إنما رضي بنقل حقه بشرط أن يوفي ما وجب له بالحوالة مما عليه والمحتال عليه قبل هذا الشرط أيضًا فلو بقي للمحيل حق الأخذ يفوت الرضاء بالحوالة فبطلت الحوالة فالمحتال بمجرد الحوالة لم يصر متملكا لذلك الدين ولا مساندة عليه، فإذا مات تعلق حق الغرماء بماله والدين ماله فيكون مقسوما بينهم بالحصص ثم المحتال له لا يشارك فيه قياسًا لأنهم أخذوا دين المحيل والمحتال له من غرماء المحتال عليه لا من غرماء المحيل ويشاركهم فيه استحسانًا؛ لأنه رضي بالحوالة بشرط أن يسلم دين المحيل له، فإذا لم يسلم تبطل الحوالة ويعود الدين إلى ذمة المحيل ويصير من غرمائه ويبطل ما بقي من دينه؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك، ولهذا يبطل بهلاكه فكذلك باستحقاقه.

والثاني: إذا كانت الحوالة مرسلة فللمحيل أن يأخذ دينه ووديعته من المحتال عليه وفي الحوالة المقيدة لم يكن له أن يأخذ؛ لأن في الحوالة المقيدة المحتال له

إنما رضي بنقل حقه بشرط أن يوفي ما وجب له بالحوالة مما عليه والمحتال عليه قبل هذا الشرط لما بينا وقد انعدم هنا هذا الشرط فيبقى له حق الأخذ؛ لأن المحتال عليه قبل الحوالة مطلقًا فلم يتعلق بما عليه.

ولو كانت الحوالة مطلقة وله عنده وديعة ثم مات المحيل كانت الوديعة بين غرماء المحيل؛ لأنه تركته ودين الطالب على المحتال عليه؛ لأنه لا دين له في ذمة المحيل ولم يبطل بالحوالة ليعود الدين إلى ذمة المحيل فيصير من غرمائه فلهذا لا يزاحم المحتال له غرماء المحيل إلا أنه يوجد من غرماء المحيل كفيل لأنا نعلم أن لهم مزاحما فيما يقبضون، فإن المحتال عليه إذا أدى مال المحتال له يرجع على المحيل فيشارك غرماء المحيل، وإن نوى مال المحتال على المحتال عليه بموته مفلسا للمحتال له حق الرجوع على المحيل فكان مزاحما لغرماء المحيل فيستوثق منهم بكفيل؛ لأن ذلك المزاحم مجهول الحال عاجز عن النظر لنفسه والقاضي إنما نصب لكل من عجز عن النظر لنفسه.

(الفصل الثاني)

إذا أحال على أن يعطيه مما له عليه فأبرأ المحتال له المحتال عليه من الدين يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه الذي كان له عليه؛ لأن المانع من الرجوع تعلق حق المحتال له به وقد زال ذلك بالإبراء فصار نظير المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدين كان للراهن أن يسترد منه رهنه فكذا هذا.

ولو وهب مكان الإبراء لا ينفى دين المحتال فرق بين الهبة والإبراء والفرق أن الهبة تمليك، ألا ترى أنها لو أضيفت إلى العين كان تمليكا صحيحا فوجب الملك له فيما في ذمته ثم سقط الدين حكما لملكه ما في ذمته، فإذا ملك ما في ذمته بالهبة صار كما لو ملك بالأداء.

ولو ملك بالأداء يرجع عليه فكذا هذا.

فأما الإبراء إسقاط، ولهذا لو أضيف إلى العين لا يصح إلا أن له شبه التمليك ولكن لو رجع إنما يرجع بملك ما رجع به حقيقة ولا مساواة بين الشبهة والحقيقة فلهذا لا يرجع به.

(الفصل الثالث)

لمكاتب دين على رجل فأحال المولى عليه حوالة مقيدة بأن يعطيه مما عليه حارث ويعتق المكاتب.

ولو أحال حوالة مطلقة لا يجوز ولا يعتق؛ لأن طريق الجواز في الحوالة المقيدة أن يصير المكاتب موكلا للمولى بقبض دينه ويصير إذنا للمحتال عليه بتسليم ما عليه إلى المولى فيأخذه قضاء من حقه وذلك جائز هذا الطريق معدوم في الحوالة المطلقة؛ لأنه لم يوكل بقبض دينه ولم يصر إذنا للمحتال عليه بتسليم ما عليه.

ولو لم يكن للمكاتب عليه دين لا يجوز كيف ما كانت الحوالة؛ لأن الكفالة ببدل الكتابة إنما لا يجوز؛ لأن الكتابة غير لازمة على المكاتب بدليل أنه لو عجز نفسه يسقط فلو صحت الكفالة تلزم على الكفيل فيصير الواجب على الكفيل غير الواجب على الأصيل هذا المعنى موجود في الحوالة إذا لم يكن عليه دين.

ولو أحال المولى غريما له على المكاتب ولم يذكر المكاتبة لم يصح؛ لأن الحوالة المطلقة في بدل الكتابة لا يصح كالكفالة به وإن أحاله من المكاتبة صح ولم يعتق حتى يؤدي؛ لأنه يصير المولى موكلا غريما بقبض بدل الكتابة من المكاتب ويصير إذنا للمكاتب بتسليم بدل الكتابة إليه ليأخذه قضاء لحقه وذلك جائز ولا يعتق المكاتب ما لم يؤد؛ لأن ذمته ما برئت عن المكاتبة بل هو مطالب بالمكاتبة من جهة المولى فلا يعتق قبل الأداء.

(الفصل الرابع)

أحال البائع غريما له بالثمن على المشتري ثم رد العبد بعيب بقضاء أو بغير قضاء لم تبطل الحوالة فكذا لو رد بخيار رؤية أو بخيار شرط أو تقايلا البيع لا تبطل الحوالة، وعند زفر تبطل؛ لأن الحوالة كانت مقيدة ببدل الكتابة والثمن، فإذا بطلت الكتابة وانفسخ البيع لم يبق بدله وثمنه فتبطل الحوالة.

لنا: أن الحوالة وقعت صحيحة؛ لأنها أضيفت إلى الدين والدين ثابت في ذمة المشتري

والمكاتب وتعلق حق المحتال له بذلك والكتابة والبيع انفسخا بفعل المحيل والمحتال عليه في الإقالة وخيار الرؤية والشرط وفي خيار العيب بفعل القاضي فيظهر الانفساخ في حقهما ولا يظهر في حق غيرهما كي لا يؤدي إلى إبطال حق المحتال له والمكفول له فلا تصح في حقهما صونا لحقهما عن البطلان.

(الفصل الخامس)

ولو قبل الحوالة بالمال الذي للمحيل على المحتال عليه ثم مرض المحيل فقضى المحتال عليه صاحب المال ماله يسلم للمحتال له؛ لأن المحتال عليه التزم المال له بالحوالة وأدّاه من خالص ماله؛ لأن المديون إنما يقضي الدين من مال نفسه فكان هذا مال المحتال عليه لا مال المحيل فيسلم للمحتال له ويؤخذ من المحتال عليه ما عليه ويقسم بين غرماء المحيل بالحصص والمحتال عليه يشاركهم فيه؛ لأن المحتال عليه قضى المحتال له مال نفسه واستوجب الرجوع على المحيل بما أدى فصار ذلك قصاصًا بدينه فحين مات المحيل من مرضه بين أنه خص أحد غرمائه بقضاء الدين بماله والمريض محجور عن هذا فلا يسلم للمحتال عليه ما في ذمته بعد موته.

ولو كان للمحيل وديعة عند المحتال عليه فأحال بتلك الوديعة والمسألة بحالها فلا سبيل لغرماء المحيل على المحتال عليه؛ لأنه كان أمينا وقد سلم الأمانة إلى من أمره المالك بالتسليم إليه فيكون التسليم إليه بأمره كالتسليم إلى المالك لكنهم يشاركون المحتال له في المقبوض بالحصص؛ لأن ما أخذه المحتال له عين مال المحيل فصار أخذه من يد المحتال عليه بأمره كأخذه من يد المحيل فتبين أن المحيل خص أحد غرمائه بقضاء دينه فلا يسلم للقابض ما قبض.

ولو لم يعطه المحتال عليه من تلك الوديعة بل من ماله يكون متطوعا قياسا لا استحسانًا نظيره الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعا فاشترى وأدى الثمن من مال نفسه أو الوكيل بقضاء الدين أو الإنفاق على عياله والمال مدفوع إليهما إذا أنفق من مال نفسه يكون متطوعا قياسا لا استحسانًا وقد مرت المسألة في كتاب الوكالة. انتهى.

(باب رجوع المحتال له إذا مات المحتال عليه مفلساً أو جحد الحوالة)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في الموت مفلسًا.

والثاني: في قضاء الدين.

والثالث: في الإبراء.

(فصل)

وليس للمحتال له أن يرجع على المحيل إلا إذا نوى ما على المحتال عليه بأن يموت مفلسًا أو جحد الحوالة وحلف ولم يكن للمحتال له بينة.

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بهذين وبثالث وهو أن يقضي القاضي بإفلاس المحتال عليه في حالة الحياة، وعند الشافعي لا يعود الدين إلى ذمة المحيل أبدا.

والصحيح قولنا؛ لأنه فقد الغرض المطلوب بالحوالة وهو السلامة؛ لأن غرض المحتال له من الحوالة هو السلامة وهي وصول الدين من ذمة الحويل إليه بدلالة العرف والعادة، فإن العادة قد جرت باختبار الملاءة في الحوالات، فإن الناس في الحوالات يختارون الأملى فالإملاء والملاءة والسهولة في القضاء لا يطلب لعينها بل لما أنها سبب الوصول إلى الدين فكان الغرض هو الوصول إلى الدين تحقيقه أن تفريغ ذمة المحيل وتبريزها عن الدين مما يضر بالمحتال له لما فيه إسقاط حقه فالعاقل لا يرضى بإسقاط حقه وتحمل الضرر إلا لغرض صحيح إذ المال محبوب كل إنسان، فإذا مات مفلسا فات رجاء الوصول إلى الدين ففات الغرض المطلوب بالحوالة والمحتال له ما رضي بقبول الحوالة إلا لهذا الغرض، فإذا فقد هذا الغرض فقد فقد الرضاء بالعقد فارتفع العقد من الأصل فيعود الدين إلى ذمة المحيل كما لو صالح عن الدين على عين ثم هلك العين قبل التسليم مات المحيل وعليه دين تحاص الغرماء المحتال له في الدين الذي على المحتال عليه ولا يسلم للمحتال له

إلا ما قبض قبل موته؛ لأنه يبقى هذا الدين على ملك المحيل؛ لأنه لو صار ملكا للمحتال له كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وهذا لا يجوز ولكن تعلق حقه به استيفاء وتعلق حق الاستيفاء يمنع المالك من التصرف المبطل لحقه ولا يمنع تعلق حق الغرماء به بخلاف الرهن؛ لأنه ثبت للمرتهن في المرهون ملك اليد والجنس وأنه يضاهي ملك الرقبة فصار أحق وأخص به وهذا ثبت له مجرد حق الاستيفاء من غير نوع ملك اليد والجنس فلا يصير أخص به كما في كسب العبد المأذون.

(**النوادر**): مسائله مذكورة في أجناس الناطفي، روى بشر بن الوليد في (**الإملاء**): لو أن المحتال عليه أحال الطالب بها على الأصيل أو رده بها عليه ونوى الدين على الأصيل لم يرجع الطالب على المحتال عليه الأول؛ لأنها قد صارت إلى الأصيل، وإذا مات المحتال عليه مفلسا وقد أعطى كفيلا بالمال ثم أبرأه الأصيل فنوى الدين على المحتال عليه وقد نوى بموته مفلسا، ولو مات مفلسا ولم تكن هناك كفالة رجع الطالب على المحيل إلا أن يكون القاضي فلسه حال حياته وهو مقر بالحوالة، فإنه لا يرجع على المحيل في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه قد يكون عينا موسرا في وقت معسرا في وقت آخر، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع على المحيل بدينه.

(فصل)

وإن قضى أجنبي المال عن المحتال عليه فله أن يرجع بذلك على المحيل إذا لم يكن له على المحتال عليه دين؛ لأن قضاء الأجنبي دين المحتال عليه كقضائه بنفسه؛ لأن الأجنبي يقوم مقامه في قضاء دينه.

ولو كان للمحيل على المحتال عليه دين وقضى أجنبي الدين عن المحيل لا يرجع الأجنبي على المحيل؛ لأنه متطوع في قضائه؛ لأنه قضى بغير أمره ويرجع المحيل بدينه على المحتال عليه؛ لأنه لم يقض دين المحتال عليه فبقي الدين عليه كما كان.

ولو قضاه الأجنبي ولم يبين عند القضاء أحدهما بعينه فالقول قوله عن أيهما قضاه، فإن كان غائبا أو ميتا قبل البيان والقضاء على المحتال عليه؛ لأن الدين بالحوالة انتقل إلى ذمة المحتال عليه وبرئت ذمة المحيل عنه فكان المحتال عليه محتاجا إلى تخليص رقبته فيقع القضاء عنه ظاهرًا عند الإيهام والإجمال حتى يبين بخلافه. رجل له على رجل ألفا درهم فكفل عنه إنسان بألف وأحال المطلوب الطالب بألف أخرى، فإن قال المطلوب نويت بالألف المحال بها الألف المكفول بها فالقول قوله؛ لأن له أن ينوي ذلك؛ لأنه هو المملك.

ولو لم يكن له نية يومئذ فالألف المحال بها من الألفين جميعا نصفان قال ابن سماعة: وكذلك على قياس قول محمد رحمه الله إن دفعها المطلوب إلى الطالب، ثم قال لم أنو بها شيئًا ولكني أجعلها اليوم من الألف المكفول بها عن فلان، وكذلك لو كان عليه ألف من كفالة عن رجل وألف من كفالة عن رجل آخر هذا كله رواية بشر بن الوليد.

ولو أحال المشتري البائع بالثمن على رجل ثم وجد بالمبيع عيبا فردّه بقضاء فليس له أن يأخذ الثمن من البائع ولكن البائع يحيله على المحتال عليه شاهدًا كان أو غائبًا والقول قول البائع أنه لم يقبض الثمن منه، وإن رده بغير قضاء، فإنه يأخذ الثمن من البائع؛ لأن الرد بغير قضاء بيع جديد فيجب عليه ثمن جديد مستأنف وفي البيع الفاسد لو رد القاضي المبيع على البائع رجع المشتري بالثمن على المحتال عليه؛ لأنه متاركة وفسخ في حق الكل.

(فصل)

(**الزيادات**): المحتال عليه أعطى كفيلا بالمال ثم مات المحتال عليه مفلسا لم يعد المحتال على المحيل بدين؛ لأن ذمة المحيل برئت بحكم الحوالة وإنما يعود الدين إلى ذمته عند فوات السلامة وتحقق التوى والسلامة لم يفت والتوى لم يتحقق بموت المحتال عليه عن كفيل؛ لأن ذمة الكفيل بحلفه فصار كما لو مات وترك مالا، وإن كان رهن بالمال رهنًا ثم مات رجع الطالب على المحيل. فرق بين

الرهن والكفالة والفرق أن الدين إنما يبقى ببقاء محله ومحله ذمته أو ذمة من يحلفه وذمة الكفيل يحلفه قائمه مقام ذمته فيبقى الدين ببقاء محله وفيما إذا ترك المحتال عليه مالا قدمه الوارث يحلفه في توجه المطالبة وفي الرهن لم يحلف ذمة أحد؛ لأنه لا يمكن جعل ذمة الراهن حلفه عن ذمته في حق توجه المطالبة؛ لأنه تبرع بإثبات ملك اليد لا بقضاء الدين من العين، ألا ترى أن في حال حياته لا يطالب الراهن بقضاء الدين من الرهن والورثة إنما يحلفونه في ملكه لا في ملك غيره فلم يبق ذمة أحد فلم يبق محل الدين ولا يبقى الدين. رجل عليه دين فرهن به ثم إنه أحال صاحب الدين على آخر له أن يأخذ رهنه.

وذكر بعد هذا: ليس له أخذه قيل ما ذكر هنا قول محمد وما ذكر بعده قول أبي يوسف وجه تلك الرواية أنه رهن بهذا الدين وغير هذا الدين باقٍ على المحتال عليه كذلك حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وجه هذه الرواية: أن الدين باقٍ على غيره ولكن هو إنما رهن بدين عليه لا بدين على غيره والدين على المحتال عليه مثل ما على المحيل فلم يكن الرهن بدين على المحيل رهنًا بدين على المحتال عليه فكان له أن يسترده وإذا مات المحتال عليه ولم يقبض صاحب الرهن رهنه حتى هلك في يد المرتهن ذهب الرهن بما فيه؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء لكنه لا يتضرر الاستيفاء لخيار الراهن في البعض بالافتكاك، فإذا هلك بطل خياره وصار مستوفيا من ذلك الوقت كالراهن إذا قضى الدين ولم يسترد الرهن حتى هلك في يد المرتهن هلك مضمونا حتى يسترد ما أدى فكذا هذا.

وفي (**المجرد**): قال أبو يوسف رحمه الله: لو أحالت المرأة على زوجها غريما لها بالمهر لها أن تمنع نفسها؛ لأن غريمها بمنزلة وكيلها، فإذا قبض لا تمنع نفسها وقد مرت بالنكاح.

(باب الاختلاف في الحوالة والبينة فيها)

(**المبسوط**): كفل بشرط براءة الأصيل يكون حوالة؛ لأنه كفالة صيغة ولفظا ولكنها حوالة معنى وحكما، فإن حكم الحوالة أن ينتقل الدين إلى ذمة المحتال

عليه ويبرئ المحيل عنه فقد جعل الكفالة عبارة عن الحوالة وقد تعذر العمل بهما لتضاد بين حكميهما وكان اعتبار المعنى وإلغاء اللفظ أولى؛ لأن المقصود هو المعنى واللفظ تابع له لكونه ذريعة إليه فجعلت لها حوالة.

وإن توى ما على الكفيل بموت عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما بموت أو بفلس الحاكم إياه يرجع على الأصيل كما في حقيقة الحوالة.

ولو مات هذا الكفيل فقال الطالب: لم يترك وفاء وكذبه المطلوب فالقول قول الطالب وعلى المطلوب البينة؛ لأن المطالب متمسك بما هو الأصيل؛ لأن الفقر أصل في بني آدم واليسار عارض والقول قول من تمسك بالأصل ما لم يثبت العارض بالحجة.

ولو قال المحيل: كان لي عليك دين مثل ما قضيته وأنكر المحتال عليه فالقول قوله؛ لأن الحوالة متى كانت صحيحة من غير دين فإقدام المحتال عليه على الحوالة لا يكون إقرارًا منه بالدين للمحيل وكان المحيل مدعيا دينا عليه وهو منكر فيكون القول له.

ولو قال المحيل: كنت وكيلي في قبض المال وقال المحتال له بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول للمحيل مع يمينه؛ لأن الحوالة ليست بإقرار منه للدين نصًّا ولا اقتضاء؛ لأن الإحالة كما تستعمل في نقل الدين وتحويله تستعمل في نقل التصرف وتفويضه إليه على سبيل الوكالة لا تبنى على النقل مطلقًا لا عن نقل الدين، ألا ترى أن محمدًا رحمه الله قال في مال المضاربة: إذا صار دينا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي أنه لا يجبر ويقال له أجل رب المال على الغرماء أي وكله، فإذا كانت الحوالة تستعمل في الوكالة لم يصر المحيل معترفا بالدين فالشك، بل لما كان محتملا كان القول قول الذي اتهمه إلا أن يكون المحيل. قال الحويل: اضمن عني هذا المال فليس للمحتال عليه أن يمتنع من الدفع إلى المحتال له بعدما ضمن له؛ لأن قوله اضمن عني لا يحتمل الوكالة؛ لأنه أمره أن يضمن عنه وإنما يصير ضامنا عنه إذا كان على المحيل دين وهذا إقرار بالمال له عليه ولو توى المال قبل المحتال رجع المحتال له بالدين على المحيل، ولو أدى المحتال عليه

الدين ثم اختلفا فقال المحتال عليه أحلت بمالي عليك وقال المحتال له: ليس لك عليّ دين فأرجع عليك فالقول قول المحتال عليه؛ لأنه أدى دينه عن أمره فله أن يرجع إلا أن يثبت ما يبطل حقه.

(**النوادر**): ولو غاب المحتال له وأراد المحيل أن يقبض المال من المحتال عليه وقال أحلته بوكالة لا يصدق على ذلك؛ لأنه قضاء على غائب هذا رواية بشر بن الوليد.

وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله، قال يقبل قول المحيل أنه وكيله؛ لأن الدين حقه قبل المحتال عليه وقد أنكر إسقاطه بالحوالة وأقر بحق قبضه للوكيل بالوكالة، وكذلك لو قال: لا يدفعه جاز بهبة، وإن كان الآخر غائبًا.

وروى هشام عن أبي يوسف رحمهما الله: لو أقام المحتال له البينة على جحود المحتال عليه الدين له وهو غائب لا تقبل بينته؛ لأن المشهود عليه غائب وإن صدقه المحيل أن الآخر جحده رددته عليه، وإن كان المحتال عليه حاضرا فجحده رددته على المحيل بدون البينة.

(باب الحوالة على الكفيل والجمع بين الحوالة والكفالة)

(**المنتقى**): أحال المحتال عليه المحتال له على رجل آخر جاز وبرئ الأول والمال على الآخر كالكفالة من الكفيل يجوز فكذا الحوالة من المحتال عليه. رجل قال لرجل قد ضمنت مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان فرضي الطالب إن أحاله الضامن على فلان وقبل فهو جائز وقد أحاله بماله، وإن لم يقبل فلان الحوالة فالكفيل ضامن على حاله.

ولو قال: ضمنت لك مالك على فلان على أن أحيلك به على فلان إلى شهر قال فهذا على أن يحيله على فلان متى ما شاء فيكون على المحتال عليه إلى شهر؛ لأنه لا يصح تأجيل الإحالة وهو عقد الحوالة وإنما يصح تأجيل الدين على المحتال عليه فانصرف التأجيل إليه، وإن قال: ضمنت لك على أن أحيلك به على فلان ما بيني وبين شهر فليس للطالب أن يأخذ الضامن أن يحيله به على فلان حتى يمضي شهر، فإذا أحاله به على فلان يكون عليه حياله، وإن لم يقبل فلان الحوالة

فالمال لازم للضامن، فإذا أراد أن يحيله على فلان فلم يقبل المكفول له الحوالة برئ الضامن من الضمان، فإن مات فلان في الشهر فالمال لازم للضامن، وكذلك لو لم يمت ولكنه لم يقبل الحوالة وهذا، كما لو قال لرجل قد كفلت لك بنفس فلان على أني إن وافيتك به مما بيني وبين شهر وإلا فالمال لازم، فإن وافى به ما بينه وبين شهر برئ من الكفالة وضمان المال، وإذا مضى الشهر قبل أن يوافيه به لزمه المال وإن مات الكفيل في الشهر قبل أن يوافيه به لا يخرج الكفيل من الكفالة ولا يلزمه المال إلا بعد مضي الشهر؛ لأنه لم يوافه بالرجل كما كفل.

(**الزيادات**): أصله: أن الحوالة بدين على الكفيل صحيحة فيتحول ما في ذمة المحيل إلى ذمة الكفيل؛ لأن بعقد الكفالة انضمت ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل والحوالة المقيدة بالشرط من الطالب صحيحة على الأصيل فكذا على الكفيل لكن ما للمحيل على الأصيل وهو الدين وما على الكفيل وهو بوجه المطالبة باقٍ كما كان.

مسائله فصلان:

أحدهما: في إقرار الأصيل أو الكفيل بالحوالة.

والثاني: في الجمع بينهما.

(فصل)

لو أحال الطالب غريمه بالمال على الكفيل يبرأ الكفيل من الطالب وللطالب أن يطالب المكفول عنه وللكفيل أن يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحوالة؛ لأن الكفيل إنما رضي بمطالبته المحتال له بشرط أن يبرأ من مطالبة الطالب؛ لأنه لا يرضى بمطالبة المطالبين، فإذا ثبت إحداهما يبرأ عن الأخرى ولأن الدين على الكفيل صار كالمرهون بدين المحتال.

وإن لم يصر مرهونا حقيقة لما تبين، فإن أدى المكفول عنه المال إلى المحيل قبل أن يؤدي الكفيل إلى المحتال لم يكن للكفيل على المكفول عنه سبيل لكنه يأخذ المحيل حتى يخلصه من الحوالة؛ لأن الأصيل يقول له إنما التزمت هذه المطالبة باختيارك بغير أمري فإنك لو لم تقبل هذه الحوالة حتى أديت برئت بأدائي

وإنما بقيت عليك المطالبة بعد أدائي بقبولك الحوالة فليس لك أن ترجع عليّ بشيء بخلاف ما قبل الأداء ولا تبطل الحوالة ولا يبرأ الكفيل من حق المحتال له بهذا.

وقال زفر: تبطل ويبرأ؛ لأن الحوالة كانت مقيدة بالمال الذي للطالب في ذمة الكفيل ولم يبق ذلك بعد أداء الأصيل فلا تبقى الحوالة لفوات محلها كما لو كانت مقيدة بوديعة في يده وهلكت وإنا نقول بأنه لما تعلقت الحوالة بهذا الدين لم يبرأ الأصيل في حق براءة الكفيل فلم يبرأ الكفيل فتبقى الحوالة مكان محل الحوالة باقيا وإن أدى الكفيل إلى المحتال بعد ذلك كان له أن يرجع على المحيل دون الأصيل بخلاف ما إذا أدى قبل الأصيل والفرق أنه متى أدّى قبل أداء الأصيل تقع المقاصة بينهما يجب للكفيل على المحيل بالأداء وبينما كان للمحيل على الكفيل بالكفالة فلا يرجع على الأصيل فأما إذا أدى الأصيل لم يبق للمحيل على الكفيل شيء حتى تقع المقاصة وقد أدى الكفيل بأمره فلهذا كان له أن يرجع على المحيل بما أدّى عنه وله أن يأخذ المحيل حتى يخلصه من الحوالة؛ لأنه لم يبق للمحيل على الكفيل شيء فالتحقت هذه الحوالة بالحوالة المطلقة وثمة للمحتال عليه أن يأخذ المحيل حتى يخلصه ولا يكون للكفيل أن يرجع بما أدى على الأصيل؛ لأن الأصيل أدى ما عليه إلى الطالب.

ولو لم يقبل الكفيل الحوالة لم يكن عليه سبيل بعد ذلك فلا يثبت السبيل بقبول الحوالة بغير أمره، ولو أحال الطالب بالمال غريمه على المكفول عنه برئ الكفيل من المال؛ لأن براءة الأصيل بأي سبب كان الإبراء والاستيفاء يوجب براءة الكفيل.

(فصل)

ولو أحال الطالب غريما له على المكفول عنه لم يجز للطالب أن يحيل غريما له آخر على الكفيل؛ لأن بالحوالة الأولى برئ الكفيل عن حق المحيل ببراءة الأصيل فالحوالة الثانية صدرت منه ولم يكن للمحيل على الكفيل شيء فبطلت، فأما إذا أحال أولا على الكفيل ثم أحال بالحوالة الثانية على المكفول عنه جازت الحوالتان جميعا؛ لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل وجد شرط صحة

الحوالة الثانية وهو قيام الدين للمحيل على المحتال عليه فصحت ولا تبطل بصحة هذه الحوالة الحوالة الأولى؛ لأنه حين وجدت الحوالة الثانية وجدت وقد برئ الكفيل من قبل لقبول الحوالة فلا يبرأ ببراءة الأصيل، فإن أراد الكفيل أن يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه لم يقدر وما لزمه ضمان حادث التزمه بقبول الحوالة؛ لأن الأصيل يقول هذه مطالبة التزمتها للمحتال له باختيارك فإنك لو لم تقبل الحوالة حتى قبلتها أنا برئت من الكفالة.

ولو وقعت الحوالتان معا جاز؛ لأنه وجد بشرطها وهو قيام الدين عليهما، فإن براءة الكفيل ببراءة الأصيل من حكم قبول الحوالة بأمره فتعقبه ولا تفارقه فكانا قائمين وقت الحوالة والله أعلم بالصواب.

كتاب الرهن

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الرهن، وتفسيره، وركنه، وشرط جوازه، وحكمه.

أما مشروعيته: فلقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] أمر بأخذ الرهن وقبضها حالة المداينة عند عدم وجدان الكاتب؛ لأنه عطف على الأمر بالإشهاد وأدنى مرتبة الأمر إفادة الجواز، ولما روى محمد رحمه الله عن النبي صلى الله عليه وسلم "**أنه اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا بِنَسِيئَةٍ ورهن به درعه**"[1]، والمعنى فيه أن للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء إحياء لحق المرتهن؛ لأنه يصلح للتوثيق ونسبة الحاجة إليه إنما يصلح؛ لأن الراهن متى صار محجورا عن الانتفاع به عند امتساس حاجته إليه فيضجر فيتسارع إلى قضاء الدين ليمكنه الانتفاع بأعز أمواله عند امتساس الحاجة إليه؛ لأن الرهن وسيلة موصلة إلى إحياء حق المرتهن[2].

وأما تفسيره لغة: فالرهن عبارة عن الحبس لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٣٨] أي محبوسة بوزر ما اكتسبته من المعاصي.

وقال الشاعر[3]: [البسيط]

وفَارَقَتْكَ بِرَهْنٍ لا فِكَاكَ لَهُ ... يَوْمَ الوَدَاعِ فَأَمْسَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

---

(١) أخرجه البخاري (٣٥٤/٤ رقم ٢٠٦٨)، ومسلم (١٢٦٦/٣ رقم ١٢٦/١٦٠٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٩٥/٧، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ١٧٥/٤، ورد المحتار ١٧٤/٤، ومنح الجليل ٥٠/٣، والزرقاني على خليل ٢٢٩/٥، والبهجة ٢٨٨/٢، والخرشي ٢٣١/٥، وأسنى المطالب ١٤٢/٢، وفتح العزيز ٣٧٥/٩ - ٣٨٥، ونهاية المحتاج ٢٢٥/٤، وكشاف القناع ٣٠٤/٣، وشرح منتهى الإرادات ٢٢٧/٢. والمغني ٤٣٦/٦ (ط. هجر) والاختيارات الفقهية ص ١٣١.

(٣) البيت لزهير بن أبي سلمى، انظر: ديوانه ٣٨. وغلق الرهن: أي استحقه المرتهن، وذلك إذا لم يفتك في الوقت المشروط. الصحاح (غلق) ١٥٣٨/٤.

والمراد به أن قلبه صار محبوسا عند الحبيب المفارق بسبب الحب، ولهذا قيل للميت رهين التراب إلا أن في الشرع يراد به جعل المال محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون. **وأما ركنه:** فهو الإيجاب وهو قول الراهن رهينتك هذا بمالك عليّ من الدين أو خذ هذا الشيء رهينا بدينك والقبول شرط له؛ لأن الرهن عقد تبرع؛ لأنه لم يستوجب الراهن بإزاء ذلك شيئًا والتبرع يتم بالإيجاب من غير قبول كالهبة والصدقة حتى لو حلف لا يهب ولا يرهن ففعل ولم يقبل الآخر حنث.

وأما شرائط جوازه: فكون المرهون مقسوما مقررًا فارغًا عن الشغل بحق غيره، وأن يكون الرهن بحق يمكن استيفاؤه كالديون حتى لا يصلح الرهن بما ليس بمال كالقصاص والحدود والعتاق ونحوه، وأن يكون الرهن مقبوضًا محجوزا في يده وهو أن يكون القبض مستدامًا والقبض شرط اللزوم لا شرط الجواز، فإن الرهن جائز قبل القبض وإنما هو غير لازم وإنما يلزم بالقبض كالقبض في الهبة، وقال ملك القبض ليس بشرط وهذا خلاف النص والإجماع والمعقول، أما النص فقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ الآية وصف الرهن بكونه مقبوضا وإنما شرعه الله تعالى مقبوضًا ثبت كونه مشروعا مقبوضا ولا يثبت غيره إلا بدليل لمن ادعى شرعيته غير مقبوض فعليه الدليل ولا دليل على خلافه كي لا يؤدي إلى الحلف في خيره، وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة على كون الرهن مشروعا مقبوضا، وأما المعقول فهو أن الرهن لغة وشريعة جعل المال محبوسا حتى يضجر فيتسارع إلى قضاء الدين وذلك لا يتحقق إلا بالقبض.

وأما حكمه: فملك العين المرهون في حق الحبس حتى يكون أحق بإمساكه إلى وقت إيفاء الدين، فإذا مات الراهن فهو أحق به من سائر الغرماء فيستوفي منه دينه فما فضل يكون لسائر الغرماء والورثة.

وقال الشافعي: حكمه تعين المرهون لقضاء دين المرتهن حيث يثبت له مطالبة الراهن ببيع الرهن وقضاء الدين من ثمنه إن لم يؤد من مال آخر.

ولو مات أو أفلس وعليه ديون يكون المرتهن أخص به من سائر الغرماء.

وأما صفته: قال عامة العلماء: بأن الرهن مضمون على المرتهن بأقل من قيمته ومن الدين، وتفسيره إذا كان الدين والرهن قيمتهما سواء فضاع فهو بما فيه، وإن كانت قيمة الرهن أكبر من الدين فقدر الدين مضمون عليه حتى يسقط الدين بهلاكه والفضل أمانة في يده، فإن كانت قيمته أقل من الدين رجع المرتهن على الراهن بالباقي.

وقال زفر رحمه الله: مضمون على المرتهن بالقيمة حتى لو كانت قيمته أكبر من الدين يرجع الراهن على المرتهن بالفضل.

وقال الشافعي رحمه الله: الرهن أمانة في يد المرتهن حتى لو هلك في يده لا يسقط شيء من الدين.

والصحيح قولنا؛ لإجماع الصحابة والتابعين ومن بعدهم من السلف على كون الرهن مضمونا على المرتهن وقد صنف داود الأصفهاني كتابا وذكر فيه مائة مسألة أن الشافعي خالف إجماع الصحابة وعدّ هذه المسألة من جملتها وكل قول هو مخالف للإجماع فهو باطل.

ورُوي أن رجلا رهن فرسه عند صاحبه بدين عليه، فهلك الفرس عنده، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن: "**ذَهَبَ حَقُّكَ**"[(١)].

ولا حجة للشافعي[(٢)] في قوله عليه السلام: "**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ، لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**"[(٣)]؛ لأن الغلق والانغلاق هو الاحتباس أي لا يحبس الرهن عند المرتهن بل للراهن أخذ الرهن بقضاء الدين وليس للمرتهن حق التملك ولصاحبه غنمه وعليه غرمه يحتمل أن المراد منه؛ لأن صاحب الرهن المرتهن والراهن

---

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (ص ١٧٢ - ط الرسالة) من حديث عطاء بن أبي رباح مرسلًا، ونقل كذلك الزيلعي في نصب الراية (٣٢١/٤ - ط المجلس العلمي) عن ابن القطان أنه ضعف الراوي عن عطاء، وهو مصعب بن ثابت بن عبد الله.

(٢) انظر: مغني المحتاج ١٣٦/٢، وكشاف القناع ٣٤١/٣.

(٣) أخرجه البيهقي (٣٩/٦ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث أبي هريرة، ورجح إرساله من حديث سعيد بن المسيب، وكذا نقل ابن حجر في التلخيص (٣٦/٣ - ط شركة الطباعة الفنية) عن أبي داود والبزار والدارقطني وغيرهم أنهم رجحوا إرساله.

صاحب المال لا صاحب الرهن وغنم الرهن للمرتهن، فإن به يحمي حقه وعليه غرمه، فإنه إذا هلك يذهب دينه.

فهذا الحديث حجة لنا على الشافعي، ولأن الرهن شرع لتوثيق الدين بجانب الاستيفاء ليصير الراهن محجورا عن الانتفاع به عند حاجته إليه فيضجر فيتسارع إلى قضاء الدين وليقع الأمن عن اكتواء بالجحود حتى لا يجحد الراهن الدين خوفا له من جحود المرتهن الرهن ولا يتوثق حقه إلا بملك اليد والحبس فصار مستوفيا العين بالدين في حق ملك اليد والحبس فلا يجب الإيفاء في حق ملك اليد والحبس مرة أخرى؛ لأنه يؤدي إلى تكرار الاستيفاء في ملك اليد وأنه ضرر فلا يجب الإيفاء مرة أخرى دفعًا للضرر عنه ولأنه يؤدي إلى الربا في حق ملك اليد ولا يمكنه المطالبة بالإيفاء من حيث ملك الرقبة وحده؛ لأنه لا يتصور بدون ملك اليد فسقط حق المطالبة بالإبقاء ضرورة.

(**المنتقى**): لو ارتهن على أنه إن ضاع ضاع بغير شيء وأجازه الراهن جاز الرهن وبطل الشرط؛ لأنه تغيير لعقد موضوع بحكم مشروع وتبديل المشروع لا يجوز والمقبوض بحكم الرهن الفاسد.

ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: لو رهن نصف دار وسلم الدار إلى المرتهن وهلكت لم يذهب من الدين شيء.

وهكذا ذكر في (**نوادر هشام**): عن محمد رحمهما الله: أن في الرهن الفاسد لا يذهب بهلاكه الدين.

وفي (**الجامع الكبير**): لو اشترى مسلم خلًّا ورهن بثمنه رهنًا فضاع في يده ثم علم أنه كان خمرا ضمن المرتهن، ولو اشترى مسلم خمرا ورهن بثمنه رهنًا فضاع لا يضمن؛ لأنه رهن باطل وفي الأول منعقد فاسد.

(باب ما يقع به الرهن وما لا يقع)

(**الجامع الصغير**): اشترى شيئًا فقال للبائع: امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن، يكون رهنًا؛ لأنه أتى بمعنى الرهن والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ.

(**المنتقى**): رجل له على رجل دين فأعطاه ثوبًا فقال: أمسك هذا حتى أعطيك مالك، قال أبو حنيفة رحمه الله: هو رهن؛ لأنه أتى بمعنى الرهن وهو الإمساك والحبس لأجل إيفاء الدين وإعطائه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون وديعة لا رهنًا؛ لأن الإمساك محتمل قد يكون للرهن وقد يكون للوديعة فتحمل على الوديعة؛ لأنها أقل وهي منتقية والرهن مشكوك فيه.

فإن قال: أمسك هذا بمالك، أو قال: أمسك هذا رهنًا حتى أعطيك مالك فهو رهن بالإجماع، ولو قال: أمسك هذه الألف الوضح بحقك واشهد لي بالقبض هذا قبضا؛ لأن الأخذ والقبض بالدين لا يكون إلا بجهة الاقتضاء والاستيفاء، ولو قال: أمسكها حتى آتيك بحقك فهذا رهن؛ لأنه أمره بالإمساك للإيفاء وذلك لا يكون إلا بجهة الرهن ولو قضاه الراهن مائة، ثم قال خذها رهنًا بما كان فيها من زيف أو ستوق فهو رهن بالستوق لا بالزيوف؛ لأن الزيوف وقع به الاستيفاء وبالستوق لا. رجل قال لرجل خذ هذه العشرة الدراهم رهنًا أو هذا القلب وزنه عشرة دراهم رهنًا بدرهم الذي لك عليّ، فإذا هي خمسة وفي القلب خمسة فهو رهن بنصف درهم ولا يفتكها إلا بجميع الدين ولو رهنه عشرة دراهم بالدرهم الذي له عليه فوجد منها خمسة ستوقة تساوي درهما فذلك رهنٌ بالدين اجعل الخمسة الجياد خمسة أسداس الرهن والستوقة السدس. رجل رهن رجلا متاعا بألف درهم فقال المرتهن للراهن هات مالي فقال ارهنه بمالك فرهنه بتسعمائة فضاع قال يرجع بثلاثمائة؛ لأن لما رهنه ثانيا بتسعمائة انفسخ الأول وانعقد الثاني فكذا هذا.

(**الفتاوى**): رجل تقاضى دينه من المديون فلم يقبضه ورفع العمامة من رأسه رهنًا بدينه وأعطاه منديلا صغيرا فلفّه على رأسه وذهب الرجل وهلكت العمامة في يده قال فهلك هلاك المرهون؛ لأن ترك الغريم العمامة عنده وذهابه رضى بكونها رهنًا فصار رهنًا.

استقرض من رجل خمسين درهما فقال المقرض: لا يكفيك ابعث إليّ الرهن

حتى أبعث ما يكفيك فبعث إليه الرهن فأخذ يكون رهنًا بخمسين درهما؛ لأنه حين دفع إليه الرهن فالدين على المستقرض خمسين درهما فحسب الدراهم والمنعوتة لا تصير دينا عليه ما لم تصر مقبوضة له.

عن عصام بن يوسف: رجل أراد أن ينزل خانًا فلم يدعه صاحب الخان حتى دفع إلى صاحب الخان ثيابا فهلكت قال إن رهنه بأجرة البيت فالرهن بما فيه، وإن أخذ منه لخوف السرقة ونحوه، فإنه يضمن، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: وعندي لا يضمن إذا لم يكن مكرها على الدفع إليه.

(باب ما يجوز الارتهان به وما لا يجوز)

(**المبسوط**): الرهن لا يخلو أن يكون بالديون وبالأعيان، فالرهن بالديون جائز بأي وجه وجب؛ لأن الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء واستيفاء الدين من الرهن متحقق باعتبار المالية.

وأما الأعيان المضمونة فعلى وجهين:

أحدهما: ما يكون مضمونًا بنفسه كالمغصوب والمحصور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد يصح الرهن به؛ لأن الضمان متقرر؛ لأنه إن كان قائمًا يجب التسليم، فإن هلك تجب القيمة أو المثل فأمكن استيفاء الضمان منه ثم إذا هلك الرهن والعين المضمونة قائمة في يد المرتهن يقال له سلم العين الذي في يدك وخذ من المرتهن الأقل من الدين ومن قيمة الرهن؛ لأن الرهن مضمون عندنا كذلك وإن هلك العين المضمونة قبل هلاك الرهن يصير الرهن رهنًا بقيمة العين المضمونة، فإذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة العين الذي كان رهنًا.

والثاني: الأعيان المضمونة بغيرها فلا يجوز الرهن بها كالمبيع في يد البائع مضمون بالثمن حتى إذا هلك المبيع يسقط الثمن ولا يجب بهلاكه شيء على البائع ولا يصير بالرهن مستوفيا للدين فكذا الأعيان التي هي أمانة كالودائع والجواري والمستأجر ومال المضاربة والشركة وبحق الشفعة وكل شيء أصله أمانة فالرهن به باطل؛ لأن ما ليس بمضمون لا يصير مستوفيا بهلاكه، والرهن بالقصاص في النفس

وفيما دونها باطل؛ لأنه لا يمكن استيفاء القصاص من الرهن، فإن كانت الجناية خطأ جاز الرهن بأرشها؛ لأنه أمكن استيفاء الأرش من الرهن والرهن بالدرك وبالدين الذي يستحب باطل بخلاف الكفالة فإنها جائزة؛ لأن الرهن شرع وثيقة للاستيفاء فلا استيفاء إلا للموجود ولا وجود قبل الوجود ولا وجوب هنا فكان الرهن باطلا، فأما الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بالتسليم لا لالتزام أصل الدين على ما عرف فيحتمل التعليق بالخطر والإضافة إلى زمان في المستقبل كالتزام الصدقات ثم الرهن بكل ما هو أمانة أو ليس بمال فلا ضمان على المرتهن إن هلك يعتبر صنعة؛ لأن الضمان إنما يجب إما بالتعدي أو بالعقد والتعدي لم يوجد والعقد لم ينعقد أصلا؛ لأن الرهن تمليك مال بمال في حق الاستيفاء فإنه مضمون، فإذا فقدت المالية والضمان في أحد لم ينعقد أصلا كالبيع بخلاف ما لو رهن بالمبيع وهلك الرهن في يد المرتهن يضمن الأقل من قيمته ومن قيمة المبيع؛ لأن الرهن انعقد؛ لأنه وجدت مقابلة مال بضمان مضمون لغيره إلا أنه فسد؛ لأن المرهون به لا يمكن استيفاؤه من الرهن؛ لأنه لا يمكن استيفاء العين من العين والفاسد من العقود ملحق بالصحيح في حق إفادة الأحكام.

وذكر القدوري: لو رهن بالمبيع رهنًا ثم هلك ذهب بغير شيء؛ لأن المبيع ليس بمضمون بنفسه فهلك غير مضمون وكذا رهن المشاع والرهن المشغول بحق الغير إذا هلك ذهب بغير شيء؛ لأن ضمان الرهن يتعلق بالقبض والقبض لم يتم فلم يتم موجبه.

ونص محمد في (**الأصل**): أن المقبوض بحكم رهن فاسد مضمون بأقل من قيمته ومن الدين كالمقبوض بحكم هبة فاسدة، ولا يصح الرهن بالعبد الجاني ولا العبد المديون؛ لأنه غير مضمون على المولى لو هلك لا يجب عليه شيء.

(**النوادر**): وذكر القدوري في شرحه: لو اشترى عبدا بألف وأخذ به رهنًا ثم قامت البينة أن العبد حر أو مستحق فالرهن مضمون؛ لأنه قبضه على مال مضمون في الظاهر فكذا لو اشترى شاة مذبوحة أو خلًّا وأعطاه به رهنًا ثم علم أن الخل خمر والشاة ميتة فالرهن مضمون، وكذلك لو قتل عبدًا وأعطاه بقيمته رهنًا ثم علم

أن صاحب العبد حر قال هو مضمون بأقل من قيمته ومن قيمة العبد وهذا على الروايات الظاهرة وعلى قول أبي يوسف الأول لا يضمن؛ لأنه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة.

(**المنتقى**): استأجر دابة إلى موضع معلوم ودفع الأجر ثم بدا له فله أن يتركها وله أن يحبس الدابة حتى يرد عليه الأجر، فإن نفقت لم يضمنها وله أن يأخذ الأجر؛ لأن أصل هذا ليس بمضمون، وكذا لو مات وترك ابنين وترك عبدًا وهو في يد أحدهما ولصاحب اليد على أبيه دين فله أن يمسك العبد حتى يؤدي الآخر دينه، ولو مات العبد لا يذهب بالدين.

وذكر القدوري: لو أعطى بالأجر رهنًا لعقد الإجارة فالرهن باطل؛ لأنه ليس بمضمون عليه، فإذا هلك تنفسخ الإجارة ولا يضمن قيمته، ولو تزوج امرأة على دراهم بعينها فأعطى بها لم يخير عندنا خلافا لزفر؛ لأن الدراهم الرهن لا يتعين بالتعيين عندنا فتم الدراهم المشار إليها مضمونة وعنده تتعين كالعروض فكانت مضمونة.

(باب المقبوض بجهة الرهن)

(**المبسوط**): رهن قلب فضة على أن يقرضه درهما فهلك قبل أن يقرضه يعطيه درهما؛ لأنه مقبوض على جهة الرهن والمقبوض بجهة الرهن كالمقبوض على حقيقة الرهن كالمقبوض على سوم الشراء قال: على أن يقرضه شيئًا ولم يسمّ شيئًا فهلك يعطيه ما شاء؛ لأنه بالهلاك صار مستوفيا شيئًا فصار كناية عند الهلاك قال وجب لفلان عليّ شيء، ولو قال هكذا يلزمه شيء والبيان إليه ما شاء وصار، كما لو قال غصبت من فلان شيئًا، وكذلك لو قال أمسكه رهنًا بنفقة يعطيها إياه؛ لأنه صار مستوفيا مالا مجهولا بالهلاك، ولو قال: أمسكه رهنًا بدراهم يلزمه ثلاثة؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، كما لو قال لفلان عليّ دراهم.

(**المنتقى**): ولو رهنه رهنًا على أن يقرضه ولم يسم القرض قال يعطيه المرتهن ما شاء، فإن قال أعطيك فلسًا قال رحمه الله لا أستحسن أقل من درهم؛ لأنه

مقبوض على سوم الرهن ولا تسمية في القرض فلا يمكن اعتبار قيمته إذ لا تقدير في القرض فيعطيه ما شاء؛ لأن الإيهام جاء من قبله فلا يصدق في أقل من درهم؛ لأن العادة لم تجر في استقراض أقل من درهم وهذه مذكورة في (**عيون المسائل**): لأبي الليث أيضًا.

وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمهما الله: لو قال لرجل: أقرضني وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فأخذ الرهن فضاع ولم يقرضه قال: عليه قيمة الرهن.

ولو رهن ثوبا فقال: أمسكه بعشرين درهما فهلك الثوب عند المرتهن قبل أن يعطيه شيئًا فعليه قيمة الثوب إلا أن يجاوز قيمته عشرين؛ لأن الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الرهن. رجل رهن عبدا بكرّ حنطة وقبض العبد فمات في يد المرتهن ثم تبين أنه ليس للمرتهن على الراهن شيء من الحنطة يرجع الراهن على المرتهن بقيمة كر حنطة ولا يرجع عليه بقيمة رهن العبد.

رهن دائنين على أن يقرضه مائة وقيمة إحداهما خمسون والأخرى ثلاثون فقبض ما قيمتها خمسون وهلكت بردّ خمسين؛ لأن المقبوض بيد الرهن فالهلاك صار مستوفيا للدين وهو الحنطة فيضمن قيمته مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع، فإن بدا له أن يرهن الأخرى ويقرضه له ذلك ولا يجبر على القرض؛ لأن الرهن لازم في جانب الراهن فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازما وفي حق المرتهن غير لازم فما شرط على المرتهن قيمته لا يكون لازما، والقرض مشروط في المرتهن فلا يكون لازما في حقه، ولو نفقت الأخرى عند الراهن فاختلفا في القيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن؛ لأن الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر، وإن نفقت إحداهما ينظر إلى قيمة الباقي فتظهر قيمة الهالك فلا يلتفت إلى اختلافهما؛ لأنه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما.

ابن رستم عن محمد رحمهما الله: رجل رهن رجلا ثوبا فقال: إن لم أعطك إلى كذا وكذا فهو بيع لك بمالك عليّ قال لا يجوز وقوله عليه السلام: "**لا يغلق الرهن**" هو هذا.

ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهنًا والمغصوب قائم في يده وهو مقر له ثم رده على المغصوب منه ثم هلك الرهن عند المرتهن فالمغصوب منه ضامن للأقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن؛ لأنه أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب دينا يدفع به رهنًا ولكنه لما رهنه رهنًا صار رهنًا مضمونًا، وإن لم يكن صحيحا.

(باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز)

[(**المبسوط**)][1]: مسائله على فصلين:

أحدهما: في رهن المشاع والمستحق.

والثاني: في رهن المشغول بحق الغير.

(فصل)

أصله أن شرط صحة الرهن أن يكون المرهون مقسومًا مفروزًا محوزًا مقبوضًا فارغًا عن الشغل بحق الغير؛ لأن الشيوع يخرجه من أن يكون مائلًا لحكمه وهو ملك اليد والحبس؛ لأن حبس المشاع واحتواء اليد عليه لا يتصور؛ لأنه ما من جزء حبسه إلا وهو مشترك بينه وبين غيره فحبس النصف شائعا كما اقتضاه العقد لا يتصور ولا يتصور حبس كله على النهائي لعقد شرطه وهو صلاحية كل واحد منهما نائبا عن صاحبه؛ لأن الراهن لا يصلح نائبًا عن المرتهن في حبس ملكه؛ لأن ملك العين علة لملك اليد والحبس فيكون مثبتا اليد وحابسًا العين بحكم ملكه لا بحكم النيابة عن المرتهن وكذا كونه مشغولا بحق الغير بحل بقبضه وحبسه؛ لأنه لا يتمكن من احتواء اليد عليه وحبسه مع كونه مشغولا بحق غيره.

ولا يصح رهن المشاع فيما يقسم وما لا يقسم خلافا للشافعي لما مر.

وإذا رهن من رجلين النصف من كل واحد لم يجز، ولو رهنهما مطلقًا يجوز وقد مرت هذه المسائل بشرحها في كتاب الهبة في باب مسائل الشيوع، وإن رهن

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجامع.

عبدا نصفه بستمائة ونصفه بخمسمائة لم يجز؛ لأنه لما سمى لكل نصف بدلا على حدة صار صفقتين فكأنه رهن كل نصف بصفقة في الابتداء وقع شائعا على حدة لا يجوز للشيوع فكذا هذا وشيوع الطارئ يبطل الرهن في رواية الأصل فصورته، ولو رهن قلبا وزنه عشرون درهما بعشرة دراهم فكسره، فإنه يضمن نصف القلب ويصير مشتركا بينهما فيبطل الرهن، فكذا لو وكّل الراهن العدل ببيع الرهن كيف ما كان مجتمعا ومتفرقًا فباع بعضه بطل عن الباقي، وكذا لو استحق بعض الرهن بطل في كله؛ لأن باستحقاق بعضه شائعا ظهر أن الرهن في الابتداء وقع في الابتداء صحيحا ولا يبطل نظر بأن الشيوع ولو استحق بعضه معينا بقي في الباقي جائزًا؛ لأنه بالاستحقاق فظهر أنه رهن الباقي بالابتداء ورهن الباقي جائز؛ لأنه رهن مقسومًا.

(فصل)

ولا يجوز رهن ثمرة من شجرة ولا كرم إلا أن تصرمه فيقبضها بأمره وكذا رهن شجر في أرض بدون الأرض أو رهن زرعًا دون الأرض أو الأرض دون الزرع؛ لأن الرهن متصل بما ليس برهن فلا يصح التسليم.

ولو رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها جاز؛ لأنه يمكن قبضها بما فيها بالتخلية.

ولو قال: أرهنتك هذه الدار وهذه الأرض يدخل في الرهن كل ما كان متصلا من المرهون من البناء والشجر والثمر والزرع والرطب؛ لأن الرهن لا يجوز بدون ما يتصل به فكان إطلاق العقد ينصرف إلى ما فيه تصحيحه فيدخل في الرهن تبعا تحريًا للجواز.

ولو رهن دارا وفيها متاع قليل أو كبير أو حبوب أو شيء مما ينتفع به لم يصح الرهن حتى يسلم الدار فارغة منها.

ولو رهن الدار بما فيها صح إذا خلى بينه وبين الدار بما فيها ويصير الكل رهنًا.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله: لو رهن دارًا والراهن والمرتهن في

جوفها فقال: سلمتها إليك، وقال المرتهن: قبلت لم يتم الرهن حتى يخرج الراهن من الدار ثم يقول قد سلمتها إليك؛ لأنه لا يصح التسليم إلى المرتهن وهو في الدار، فإذا خرج فلا بد من تسليم جديد. رهن شاتين بثلاثين إحداهما بعشرة والأخرى بعشرين ولم يبين أيتهما لم يجز؛ لأن بسبب هذه الجهالة يقع بينهما منازعة عند الهلاك، فإنه إذا هلكت إحداهما لا يدري ماذا سقط من الدين بإزائها عشرة أو عشرين فيتنازعان في ذهاب الدين بهلاكه فيفسد العقد فلو بين فهلكت إحداهما سقط من الدين بقدرها؛ لأنه لما بين حصة كل واحدة منهما من الدين انقطعت المنازعة.

(**المنتقى**): ولو قال: رهنتك النخل بأصوله جاز إذا سمى بأصوله، وإن لم يسم بأصوله لم يجز؛ لأنه لا يقوم إلا بأصوله ولا يمكن تسليمه بدونها.

وذكر الفقيه أبو الليث في (**العيون**): يروي أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله: في رجل رهن عند رجل جارية لها زوج فالرهن جائز؛ لأن النكاح لا يوجب خللا في الرق والمالية وليس للمرتهن منع الزوج من غشيانها؛ لأنه رهنها وهي مشغولة بحق الزوج وحق المرتهن لا يتعلق بمنافع البضع فحق الزوج فيها لا يفسد الرهن، فإن وطئها الزوج فماتت من ذلك سقط الدين؛ لأن الوطء من الزوج ليس بجناية فأشبه الموت من المريض.

قال أبو يوسف رحمه الله: ولو رهن جارية لا زوج لها فزوجها الراهن برضاء المرتهن فهذا مثل الأول، ولو زوجها بغير رضاء المرتهن جاز النكاح لقيام ملكه فيها وللمرتهن أن يمنعه من غشيانها؛ لأن النكاح ما عقد برضاه وثبوت حقه في الحبس سابق على تعلق حق الزوج، فإن غشيها فالمهر رهن معها، وإن لم يغشها لم يكن المهر رهنًا معها؛ لأن له أن يمنعه من الوطء، فإن ماتت من غشيانها، فإن شاء المرتهن ضمن الراهن، وإن شاء ضمن الزوج، فإن ضمن الزوج يرجع على المولى إن كتمه؛ لأنه هو الذي أوقعه فيه، وإن لم يكن كتمه عليه لا يرجع.

ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: رجل أعتق ما في بطن جاريته ثم رهنها المولى فالرهن جائز؛ لأنها مملوكة المولى، فإن ولدت فنقصتها الولادة لم يذهب من الدين شيء بنقصان الولادة؛ لأنه أراد رهنها وهي حامل والحمل لا بد له من

الولادة والولادة لا تنفك عن النقصان عادة فهذا النقصان حصل لسبب كان في يد الراهن فلا يكون مضمونا على المرتهن. رهن عند رجل ثوبين فقال أحدهما رهن لك بحقك أو قال خذ أيهما شئت رهنًا بدينك فهذا باطل، وإن ضاعا لم يضمن ودينه على حاله؛ لأنه رهن شيئًا مجهولا وجهالة المرهون يبطل الرهن؛ لأنه لا يمكن احتواء اليد واشتمالها على المجهول والرهن فيما لا يتصور قبضه باطل.

ولو كان عليه دينار فدفع إليه دينارين فقال: خذ أحدهما قضاء لك فضاعا قبل أن يأخذ فدينه على حاله وهو مؤتمن؛ لأنه لا يتصور الاقتضاء والاستيفاء إلا بعد القبض وقبض المجهول لا يتصور.

ولو قال: أحدهما قضاء لك كان قابضا له بدينه ولا يشبه هذا الرهن، واشتراط الخيار ثلاثة أيام غير جائز للمرتهن؛ لأنه يملك فسخه من غير خيار فاشتراط الخيار مما لا يفيد وللراهن جائز؛ لأنه يحتاج إلى الخيار فيه وهو في معنى البيع فيصح إثبات الخيار له فيه.

(باب الرهن يهلك في يد المرتهن بغير ضمان وما يضمن بإمساكه وما لا يضمن)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في هلاك الرهن بعد الإبراء.

والثاني: في هلاكه بعد الاستيفاء.

والثالث: في هلاكه بعد فسخ الرهن وإقالته.

والرابع: في هلاكه بعد استعماله.

(فصل)

وهب المرتهن الدين من الراهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير صنع يضمن المرتهن قياسا وهو قول زفر ولا يضمن استحسانًا.

ولو منعه حتى هلك ضمن قيمته اتفاقا، وجه القياس: أن الرهن صار مضمونا

على المرتهن بالقبض واليد؛ لأن به يصير مستوفيا للدين ويده المحتوية على الرهن يد استيفاء للدين ويتقرر ذلك بالهلاك فصار كأنه استوفى ثم أبرأه يبقى مضمونا عليه لبقاء اليد والقبض فكذا هذا.

وجه الاستحسان: أن سبب الضمان قد ارتفع قبل تقرر حكمه ووجوبه؛ لأن ضمان الرهن إنما يجب إما بحقيقة الرهن أو بجهته وقد ارتفع العقد والجهة بسقوط الدين فانتفى الضمان وذلك؛ لأن قيام الدين ودوامه شرط لبقاء الرهن؛ لأن الرهن شرع توثيقا وتوكيدا للدين وبعد سقوطه لا يتصور توثيقه وتوكيده فلا فائدة في بقاء الرهن فلا يبقى فانحل الضمان لارتفاع مناطه فبقي العين أمانة في يده بخلاف الاستيفاء؛ لأن بالاستيفاء يتقرر الدين ولا يسقط أصلا، ولهذا صحت الهبة والإبراء بعد الاستيفاء حتى يلزمه رد ما استوفى ولا تصح الهبة والإبراء بعد هبة الدين وإبرائه.

ولو أخذت المرأة رهنًا بصداقها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها ثم هلك الرهن فلا ضمان عليها في نصف الصداق، وكذلك لو ارتدت قبل الدخول بها ثم هلك الرهن فلا ضمان عليها في نصف الصداق؛ لأن الصداق قد سقط فصار كالبراءة عن الدين.

(فصل)

قبض المرتهن حقه ثم هلك الرهن عنده ولم يمنعه من قبضه وقيمته مثل الدين ردّ ما قبض؛ لأن الدين لم يسقط بالاستيفاء في حق بعض الأحكام إن سقط في حق المطالبة لما بينا فصار مستوفيا ما قبض بعدما استوفى مرة حكما بالهلاك فيلزمه رد ما قبض آخرًا ولو كان الدين طعاما قرضًا فاشتراه من عليه بدراهم ودفعها إلى المرتهن ثم هلك الرهن فعلى المرتهن رد مثل ذلك الطعام ويتبين بهذه المسألة أن المرتهن يصير مستوفيا من وقت الهلاك دون القبض؛ لأنه لو صار مستوفيا من وقت القبض لما جاز البيع؛ لأنه ليس في ذمة الراهن شيء، قضى أجنبي دين المرتهن تطوعا ثم هلك الرهن في يد المرتهن يرد المال على المتطوع؛ لأنه استوفى الدين من الراهن بالهلاك بعدما استوفاه من المتطوع فيجب عليه ذلك كما إذا استوفى من الغريم ثم

هلك الرهن تصادق الراهن والمرتهن أن لا دين بعد أن اتفقا أنه ألف وهلك الرهن فعلى المرتهن أن يردّ الألف؛ لأن الرهن حين هلك كان مضمونا بالدين لأنهما لم يتصادقا أن لا دين قبل الهلاك فصار المرتهن مستوفيا للدين حكما بالهلاك فصار كما لو استوفى حقيقة.

ولو تصادقا على أن لا دين قبل الهلاك اختلف المشايخ فيه، قيل يهلك أمانة؛ لأن الرهن حصل بدين مضمون يتوهم وجوبه فصار الرهن مضمونا بدين مضمون، فإذا زال التوهم بالتصادق على أن لا دين بدون الضمان كما لو زال بالإبراء والهبة وقيل يضمن؛ لأن توهم وجوب الدين لم يزل بتصادقهما على أن لا دين؛ لأن تصادقهما على عدم الدين لا يمنعهما عن التصادق على الوجوب بعد ذلك لجواز أن يتذكرا بعدما تصادقا أنه كان عليه دين، وإذا بقي توهم الوجوب بقي مضمونا عليه لأن ما به ثبت الضمان وهو توهم الإقراض منه في الثاني بامتناعه من الإقراض لم يزل لجواز أن يقرضه بعد ذلك فبقي مضمونا عليه.

وكذلك لو أخذ عبدًا على أن يقرضه القائم هلك العبد، فإن كانت قيمته أقل من ألف ضمن قيمته؛ لأنه مقبوض بجهة الرهن فصار كالمقبوض بحقيقة الرهن؛ لأن المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته في حق إيجاب الضمان دفعا للضرر عن المالك كالمقبوض على سوم الشراء.

(فصل)

أسلم في طعام وأخذ به رهنًا ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن برأس المال؛ لأن رأس المال بدل عن المسلم فيه فظهر الرهن في حق البدل، فإن هلك الرهن في يده هلك بالطعام؛ لأنه كان مضمونا بالطعام وبالفسخ لم يسقط الطعام أصلا فما لم يصل إليه رأس المال فبقي مضمونا به كما كان بخلاف ما لو أبرأه عن الدين؛ لأن هناك سقط الضمان أصلا لسقوط الدين أصلا.

ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن؛ لأنه عند الفسخ ينزل منزلة البائع، وكذلك لو سلم المبيع وأخذ

بالرهن رهنًا ثم تقابلا كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع، فإن هلك الرهن في يده هلك بالثمن على ما بينا.

أسلم خمسمائة في طعام فارتهن منه عبدا يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال، فالقياس أن يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه، وفي الاستحسان أن يجعل رهنًا بدينه ولا يكون مضمونا به، وجه القياس: أن رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكما؛ لأنه ليس ببدل عن الطعام؛ لأن الطعام وجب بالعقد ورأس المال وجب بالإقالة وهما ضدان فما وجب بأحدهما لا يعتبر بدلا عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهنًا به، وجه الاستحسان: أن رأس المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه؛ لأنه كان بدلا له في العقد وبالإقالة والصلح لما سقط حقه في المسلم فيه عاد حقه إلى بدله؛ لأنه، وإن كان دينا حادثا لكن لما قام مقام المسلم فيه إثباتا وإسقاطا فالرهن بالمسلم فيه يكون رهنًا بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته؛ لأنها قائمة مقامه، فإن استوفى رأس المال ثم هلك العبد عنده من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان له على المسلم إليه ويأخذ منه رأس ماله. أقرض رجلا كر حنطة وارتهن منه ثوبا قيمته مثل قيمة الكر فصالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه ويصير الثوب رهنًا بالشعير، فإذا هلك يهلك مضمونا بالحنطة؛ لأنه برئ عن الحنطة بعوض فصار كما لو برئ بالإبقاء ويجوز أن يكون الشيء رهنًا ولا يكون مضمونا كذا ويد الراهن تكون محبوسا ولا تكون مضمونا وذلك أن الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء الحكمي لا يربى على الاستيفاء الحقيقي.

ولو استوفى المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا المسلم صحت الإقالة ويرد عليه طعاما مثله ويأخذ رأس ماله فكذا إذا اصطلحا بعد استيفاء الحكمي، وفي مسألة القرض لو صالحه على الشعير بعدما استوفى الحنطة حقيقة لم يجز الصلح؛ لأنه لو صالحه عن دين فليس عليه ذلك الدين لا يصح أصلا فكذلك إذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي.

ولو وهب له رأس المال بعد الصلح ثم هلك العبد عليه طعام؛ لأن الإقالة لم

تبطل بهبة رأس المال؛ لأن الإقالة في المسلم لا تقبل البطلان فبقي الرهن مضمونا بالمسلم فيه.

وذكر مسألة في الصرف بيانه: اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الألف فأعطاه بالمائة الدينار رهنًا يساويها ثم تفرقا فسد البيع؛ لأن الافتراق حصل قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الألف، فإن هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار والمرتهن بالألف؛ لأن الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشيء يكون رهنًا به وببدله فيكون محبوسا بالدنانير مضمونا بالدراهم، فإذا هلك الرهن صار مستوفيا للدنانير بحكم صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير وعلى الراهن رد الدراهم، فإن لم يتفرقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدنانير؛ لأنه صار مستوفيا للدنانير في المجلس حكما لهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف جائزا.

(فصل)

(**المنتقى**): الأصل: أن المرتهن والمستأجر متى أمسك العين للحفظ لا يضمن ومتى أمسكها للاستعمال يضمن فاتحد الفاصل بينهما وهو أنه متى أمسك الشيء في موضع يمسك للاستعمال والانتفاع في ذلك الموضع فهو استعمال، وإذا أمسكه في موضع لا يمسك فيه للاستعمال فهو حفظ فعلى هذا قالوا إذا تسورت بالخلخال أو تخلخلت بالسوار وتعمم بالقميص أو وضع العمامة على العاتق فهذا كله حفظ وليس باستعمال؛ لأن الإمساك وجد في موضع لا يمسك للاستعمال فكان الإمساك للحفظ، وإذا تسورت بالسوار وما أشبهه ضمن؛ لأن الإمساك وجد في موضع يمسك للاستعمال فكان استعمالا لا حفظا.

ورُوي عن الصحابة رحمهم الله أن المرتهن إذا تقلد بالسيف المرهون يضمن؛ لأن السيف يستعمل هكذا وكذلك إن كان متقلد السيف ثم تقلد بهذا؛ لأن الرجل قد يتقلد بسيفين عند المشارزة والمحاربة، وإن كان عليه سيفان ثم تقلد بهذا لم

يضمن؛ لأنه حافظ لا يتقلد بثلاثة سيوف جملة للاستعمال فكان للحفظ في هذه الحالة لا للاستعمال.

ورُوي عن محمد رحمه الله: الرهن إذا كان خاتما فيختم به في الخنصر اليمنى يضمن؛ لأن من الناس من يتختم في يمينه للزينة وإن تختم فوق خاتمٍ في ذلك الإصبع لا يضمن، قيل لمحمد: إن الناس قد يستعملون خاتمين في خنصر واحد، قال: إنما يستعملونه للختم لا للزينة قال مشايخنا: فهذا في بلادهم، وأما في بلادنا فقد يستعملون الثاني أيضًا للزينة قال مشايخنا: فيجب أن يضمن، وأما إذا تختم بإصبع غير الخنصر لم يضمن؛ لأنه لا يستعمل كذلك قط استعمال الزينة حتى قال بعض مشايخنا إذا تختم وجعل القبض مما يلي الكف لم يضمن وكان حفظا لا استعمالا الوكيل يقبض الدين إذا أخذ الرهن ممن عليه الدين فضاع عنده أو الوصي إذا أخذ رهنًا من غريم للميت بدين عليه والورثة كثار فضاع عنده قال محمد رحمه الله: لا ضمان عليه؛ لأنه لم يلِ الإقراض والإدانة وإنما قبضه على أن يكون أمينا فيه كصاحب الدين.

(**فصل الجامع**): ادعى على آخر ألفًا فأنكر فصالحه على خمسمائة فأعطى به رهنًا وهلك الرهن ثم اتفقا أن لا دين ضمن المرتهن خمسمائة؛ لأنه أخذ الرهن بدين ثابت من حيث الظاهر بدليل أن القاضي بعد الصلح قبل التصادق أن لا دين يجبره على قضاء خمسمائة درهم والرهن بدين ثابت ظاهرا مضمون على المرتهن؛ لأن الرهن المقبوض بجهة القرض مضمون مع أن الدين غير ثابت فالرهن بدين ثابت ظاهرا أولى أن يكون مضمونا؛ لأن الرهن تمليك في حق ملك اليد والحبس بإزاء ما عليه من الدين والراهن لم يرض بتمليكه مجانا بل رهن بشرط العوض وهو سقوط الدين بإزائه، ولو كانت الدعوى في وديعة فقال المودع رددتها ثم اصطلحا على خمسمائة وأخذ بها رهنًا فهلك ثم تصادقا أنه ردها فالرهن غير مضمون عند أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: هي كالمسألة الأولى، ولو ادعى صاحب الوديعة استهلاكا ولم يدع المودع شيئًا حتى صالحه ثم رهنه فهلك الرهن ثم اتفقا على الهلاك كان الرهن مضمونا بلا خلاف.

وذكر محمد رجوع أبي يوسف عن هذا القول إلى قول محمد رحمهما الله وهو الصحيح وهذا بناء على أن هذا الصلح لا يجوز في قوله أولا وفي قوله الآخر يجوز وهو قول محمد، وجه قوله الأول: أن البراءة عن الضمان تثبت بقول المودع رددت الوديعة؛ لأنه أمين مصدق في الرد ونفى الضمان عن نفسه، ألا ترى أن المودع لو مات قبل الصلح لم يؤخذ من تركته شيء كما لو صدقه صاحب الوديعة ومتى تثبت البراءة بقول المودع كان الصلح باطلا، وجه قوله الآخر وهو أن البراءة إنما تثبت بقول المودع مع يمينه فقبل اليمين البراءة غير ثابتة والمودع بهذا الصلح يفتدي عن اليمين والمودع يأخذ بدل ماله؛ لأن عنده أن عليه الضمان ما لم يحلف فالصلح وقع عن دين ثابت ظاهرًا في حقه فيجوز كما جاز الصلح على الإنكار، وإذا مات قبل الصلح إنما لا يؤخذ من تركته؛ لأن الضمان ليس بثابت في زعمه كما لا يؤخذ في حال حياته وفي دعوى الاستهلاك الصلح وقع جائزا بلا خلاف؛ لأن البراءة إنما تقع للأمين بدعوى الهلاك أو الرد لا قبله، ألا ترى أنه لو مات المودع قبل دعوى الهلاك أو الرد، فإنه يؤخذ الضمان من تركته فكان الدين ثابتا عليه ظاهرًا حتى إذا اختصما إلى القاضي فالقاضي يجبره على إيفاء بدل الصلح فجاز الصلح.

(باب وضع الرهن على يدي عدل)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في وضع الرهن على يدي عدل.

والثاني: في تسليط العدل على البيع.

والثالث: في تصرف العدل في الرهن.

والرابع: في اختلاف العدل والراهن والمرتهن.

والخامس: في ردتهما وجنونهما.

(فصل)

ولو شرطا في الرهن أن يضعاه على يدي عدل وقبضه جاز خلافًا

لابن أبي ليلى؛ لأن قبض العدل بمنزلة قبض المرتهن في حق الذهاب بالدين؛ لأن العدل ثابت عن الراهن في الحفظ له؛ لأنه أمره بالقبض للحفظ عليه وثابت عن المرتهن في حق الحبس؛ لأنه أمره بالقبض لحبسه فصار العدل نائبًا عنهما وليس في جعله نائبا عنهما تغيير موجب العقد؛ لأن اليد في باب الرهن يد أمانة في حق ملك الرقبة، فإن رقبة العين بقي على ملك الراهن حالا ومآلا وفي حق ملك اليد يد استيفاء وضمان فينزل العدل منزلة المرتهن في حق ملك اليد والحبس ومنزلة الراهن في حق حفظ ملكه ويجوز أن تكون اليد الواحدة في حكم اليدين والشخص الواحد ينزل منزلة شخصين كمن عجل زكاة ماله إلى الساعي قبل الحول فيد الساعي يد صاحب المال حتى لو انتقص النصاب أو هلك قبل حولان الحول للمالك استرداد المدفوع إليه إذا كان قائمًا ويده يد الفقير حتى لو هلكت الزكاة في يد الساعي يقع المؤدى موقع الزكاة فكذلك يد العدل بخلاف ما إذا وضعا المبيع على يدي عدل فالعدل نائب عن البائع لا غير؛ لأن يد البائع على المبيع يد نفسه في حق المالية والعين جميعًا وليس بنائب عن المشتري في حفظه ولا في ملك العين فكذلك يد العدل، فأما يد المرتهن يد الراهن في ملك العين وفي ملك اليد والحبس يد نفسه فكذلك يد العدل، وكذلك لو شرطا أن يقبضه المرتهن ثم جعلاه على يدي عدل؛ لأنه لما جاز العدل؛ أن يقوم مقام المرتهن في الابتداء فكذلك في البقاء.

ولو دفع العدل الرهن إلى الراهن أو المرتهن يضمن؛ لأنه لما دفع إلى المرتهن فقد دفع الأمانة إلى ملكه بغير إذنه كما لو دفع إلى أجنبي ومتى دفع إلى الراهن فقد أبطل ملك اليد والحبس على المرتهن، فإنه ثبت له ملك اليد والحبس بقبض العدل وإبطال ملك اليد كإبطال ملك العين في إيجاب الضمان، فإن من أتلف الرهن يضمن للمرتهن كما يضمن للراهن، وإن قبضا القيمة من العدل وجعلاها رهنًا في يدي العدل ثم قضى الراهن دين المرتهن فأراد أن يأخذ القيمة من العدل ينظر إن كان العدل ضمن يدفع الرهن إلى الراهن ليس له ذلك؛ لأنه وصل إليه عين الرهن فلا يمكنه أخذ القيمة ولا للمرتهن أخذ ذلك؛ لأنه وصل إليه

حقه فتبقى القيمة للعدل، وإن كان ضمن بدفع الرهن إلى المرتهن فللراهن أخذ القيمة منه؛ لأنه لو كان الرهن في يده قائمًا بعينه بعد قضاء الدين فللراهن أخذه فكذلك أخذ بدله. ثم العدل هل يرجع بالقيمة على المرتهن ينظر إن كان دفع الرهن إليه على وجه العارية والوديعة لا يرجع بقيمة ما دفع إليه إن كان هلك الرهن في يد المرتهن؛ لأن العدل لما ضمن القيمة فقد ملك الرهن بالضمان فصار معتبرا ومودعا ملكه، فإن دفع إليه رهنًا بأن قال هذا رهنك خذه فاحبسه يرجع العدل عليه بالقيمة لو هلك في يده؛ لأنه ملكه بأداء الضمان وقد دفع إلى المرتهن بجهة مضمونة وهي الرهن فصار كما لو دفعه إليه على سوم القرض أو البيع وهذه التفريعات ذكرها الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله.

ولو كان العدل رجلين والرهن مالًا يقسم فوضعاه عند أحدهما جاز ولم يضمنا؛ لأن اجتماعهما على حفظ جميع الرهن في الأوقات كلها بالقسمة متعذر فلم يبق إمكان الحفظ إلا بالتهاني ومطلق الأمر بالحفظ ينصرف إلى حفظ يمكن بدلالة حالة الأمر وذلك بالتهاني والثابت دلالة كالثابت نصًّا فحصل الدفع إلى أحدهما بإذن المالك فلم يضمنا وإن كان مما لا يقسم لا يضمن القابض بالإجماع ويضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافا لهما رحمهما الله على ما عرف في الوديعة.

(فصل)

ولو وضعا الرهن على يدي عدل وشرطا في الرهن أن يبيعه العدل جاز وللعدل أن يبيعه ويوفي المرتهن؛ لأن التسليط على البيع بدون عقد الرهن جائز فكذلك بيع الرهن وليس للراهن عزله لأنهما إذا شرطا البيع في الرهن صار من حقوقه وتتماته، فإن المقصود به وهو الاستيفاء يتم به فيكون ملحقا بالرهن في حق اللزوم فكما لا يملك إبطال الرهن لا يملك إبطال الوكالة المتضمنة فيه.

ولو مات الراهن والمرتهن أو أحدهما فالعدل على حاله في إمساك الرهن وبيعه خلافا للشافعي؛ لأن الوكالة صارت من حقوق الرهن والرهن لا يبطل بالموت فكذلك الوكالة وإن شرطا البيع بعد الرهن.

ذكر الكرخي في مختصره: للراهن أن يعزله وينعزل بموته؛ لأن التوكيل بالبيع وقع مفردا عن الرهن وإنما جعلناها في توابع الرهن لكونها مشروطة فيه، فإذا لم يشترط في الرهن اعتبرت وكالة مبتدأ.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا ينعزل وهو اختيار بعض مشايخنا؛ لأن المشروط بعد الرهن التحق بالعقد؛ لأن اشتراط البيع حتى يوفي دينه من ثمنه زيادة إيفاء وتأكيد شرط في الرهن؛ لأنه ثبت بالرهن إيفاء حكمي وباشتراط البيع فيه ثبت إيفاء حقيقي وكان اشتراط زيادة إيفاء، والزيادة في المعقود عليه تلتحق بأصل العقد فصار كالمشروط فيه ابتداء كالزيادة في الثمن.

ولو مات العدل بطلت الوكالة حتى لو أوصى ببيعه لم يجز والرهن على حاله؛ لأن الراهن رضي ببيعه ولم يرض ببيع غيره وقد وقع العجز عن البيع بنفسه ونائبه فبطلت الوكالة ضرورة والرهن لا يبطل؛ لأن العدل نائب عن الراهن والمرتهن في الحفظ والإمساك والرهن لا يبطل بموتهما فبموت نائبهما أولى.

ولو أجمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل آخر وقد مات الأول أو على يدي المرتهن جاز؛ لأن الحق لهما، فإن اختلفا وضعه القاضي على يدي عدل، وإن شاء على يدي المرتهن؛ لأنه ليس للراهن والمرتهن حق في الإمساك والحفظ فينصب القاضي عدلًا آخر يمسكه ويحفظه نائبا عنهما؛ لأن القاضي نُصب لإيفاء حقوق الناس، وإذا علم القاضي أن المرتهن مثل العدل في العدالة يضعه على يديه.

وإن كره الراهن؛ لأنه لما كان له ولاية الوضع على يدي عدل آخر مع إباء الراهن فكذا له ولاية الوضع على يدي المرتهن، فأما إذا أراد أن يضعه على يدي الراهن ذكر في بعض الروايات ليس له ذلك؛ لأنه لا يفيد؛ لأن المقصود من الرهن الإيفاء وذلك بأن يضجر الراهن بإمساك الرهن عنه فيتسارع إلى قضاء دينه وهذا لا يحصل متى كان الرهن في يده فيكون الوضع في يده اشتغالا بما لا يفيد، وذكر في بعض الروايات له ذلك؛ لأن الضجر لم يفت من كل وجه؛ لأن العين إن كان في يده لكن بقي ممنوعا عن الانتفاع به والحجر عن الانتفاع مما يضجره وبإزاء ما فات

من الضجر حصل للمرتهن منفعة أخرى وهو أنه متى هلك في يد الراهن لا يسقط من دينه كما لو أعار منه وهلك في يده، وكذلك لو جعلاه في يدي عدل وسلطا رجلا آخر على بيعه وتسليم الثمن إلى المرتهن أو سلط المرتهن على البيع جاز وليس له فسخه وعزله لما بينا.

ولو عزلا العدل وسلطا غيره أو لم يسلطا جاز لأنهما لو اتفقا على فسخ الرهن فكذا ما شرط فيه من التسليط على البيع المرتهن قبضه وجعل الراهن مسلطا على بيعه جاز؛ لأن الراهن أوجب حكمه وهو الحبس دائما حين قبضه المرتهن، فإذا فات القبض والحبس بعد ذلك ويتصور عوده في كل زمان؛ لأن للمرتهن حق استرداده لا يبطل عقد الرهن؛ لأن فوات حكم العقد على وجه يتوهم ويرجى عوده لا يوجب بطلان العقد كما لو أعار من الراهن وهذا إذا اشترطا بعد الرهن.

فأما إذا شرطا في الرهن أن يكون العدل هو الراهن لا يصح الرهن، فإن قبضه المرتهن؛ لأنه شرط في الرهن أن يكون الرهن عنده ساعة ثم يكون في يد الراهن فلا يجوز، كما لو قال يوما نعم ويوما لا. ارتهن دارا وسلط الراهن رجلا على بيعها وإيفاء الثمن ولم يقبضها المرتهن لم يكن لعدم قبضه بنفسه ولا بنائبه، وبيع العدل إياها جائز بالوكالة والثمن يدفع إلى الراهن، فإذا دفعه إلى المرتهن لم يضمن وينعزل العدل بموت الراهن والمرتهن أسوة الغرماء؛ لأن الرهن لم يصح فلم يتعلق في حق المرتهن بالثمن إلا أنه أمره بالبيع وبقضاء الدين من الثمن والمأمور بقضاء الدين إن شاء دفع إلى الآمر، وإن شاء دفع إلى الغريم ويكون هذا وكيلا محضًا حتى لا يجبر العدل على البيع وينعزل بموت الآمر؛ لأنه شرط البيع في رهن غير لازم فلا يكون البيع لازما.

ولو قيل: العبد المرهون عبد العدل المسلط على بيعه أو فقأ عينه عبد فدفع مكانه فهو مسلط على بيعه بمنزلة الأول؛ لأن العبد المدفوع صار رهنًا؛ لأن حق المرتهن كان ثابتا في الأول والبدل قائم مقام الأول فتثبت ولايته في الثاني حسب ثبوت ولايته في الأول بخلاف الوكيل المفرد؛ لأنه ما ثبت له حق بيع الأصل حتى يسري إلى بدله.

ولو كان العدل عبدًا محجورًا أو غير محجورٍ أو صبيًّا عاقلًا مأذونًا أو غير مأذون جاز ولا تلزمهما العهدة إلا بإذن المولى أو الولي لأنهما لا يؤخذان بضمان الأقوال إلا بإذن الولي.

(فصل)

ولو أبى العدل البيع وقد سلط عليه يجبره القاضي على بيعه؛ لأن الوكالة صارت حقا للمرتهن ليصل إلى حقه من استيفاء الدين؛ لأن إيفاء الدين من الرهن صار مستحقا على الراهن يجبر على إيفائه، فإنه لو أراد استرداد الرهن حتى يبطل الإيفاء منع من ذلك فكذلك العدل لما قام مقامه في الإيفاء يجب عليه الإيفاء من ثمنه، والبيع وسيلة إليه وما كان وسيلة إلى إيفاء الواجب فهو واجب ومن امتنع عن إيفاء حق واجب عليه يجبر عليه، وصار كما لو وكل الراهن رجلا بالخصومة وغاب فأبى الوكيل أن يخاصم يجبر عليه فكذا هذا، هذا إذا كان البيع مشروطا في الرهن فإن شرطا بعد الرهن فيأبى البيع هل يجبر عليه قيل لا يجبر؛ لأن التوكيل حصل بما لا يجبر الموكل على إيفائه؛ لأن التوكيل حصل ابتداء لا ضمنًا لعقد الرهن فكذلك وكيله وقيل يجبر وهو الصحيح.

وهكذا رُوي عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن التوكيل حصل بحق يجبر الموكل على إيفائه؛ لأن إيفاء الدين من ثمن المرهون مستحق على الراهن بعقد الرهن بحيث يجبر على إيفائه فكذلك وكيله؛ لأنه قائم مقامه في الإيفاء والعدل يفارق الوكيل المفرد بالبيع في **أربعة أشياء:**

أحدها: أن العدل يبيع ولد الأمة المرهونة والوكيل المفرد لا يبيع ولد الأمة الموكلة ببيعها.

والثاني: العدل يجبر على البيع متى أبى بخلاف الوكيل المفرد.

والثالث: أنه لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد.

والرابع: العدل يملك المصارفة بالثمن متى كان خلاف حبس الدين بخلاف الوكيل المفرد باع العدل بدنانير وألحق دراهم أو طعام كان له أن يصرفه ويقبض

ويوفيه المرتهن؛ لأنه مأمور بالبيع وبقضاء الدين من الثمن ولا يمكنه قضاء الدين من الثمن متى كان الثمن من خلاف جنس الدين إلا بالمصارفة والمأمور بالشيء مأمور به وبما لا يتوصل إليه إلا به، كما لو قال اقض ديني من داري كان مأمورا ببيع الدار؛ لأنه لا يتوصل إلى القضاء إلا بالبيع بخلاف الوكيل المفرد بالبيع لا يكون له مصارفة الثمن بغيره؛ لأنه مأمور بالبيع وحده، فإذا باع فقد انتهى الأمر نهايته.

ولو سافر العدل فذهب المرتهن معه لم يضمن فكذلك المرتهن نفسه؛ لأنه أمانة في يده، والأمين إذا سافر بالأمانة لا يضمن لما عرف رد بالعيب على العدل ببينة أو بالنكول يضمن الثمن ويرجع على المرتهن إن قضاه؛ لأن الرد بالبينة أو بالنكول فسخ في حق الكل ومتى انفسخ البيع بالرد عاد العين المبيع رهنًا فلا يبقى حق المرتهن في بدله وهو الثمن كما في الوكيل المفرد.

ولو أقر به لا يلزم المرتهن والراهن إلا بالتصديق كما لو ردّ عليه بغير قضاء؛ لأنه إذا لم يصدقه المرتهن والراهن لم يثبت الرد في حقهما كما في الوكيل المفرد وكّل العدل ببيع الرهن وكيلا فباعه جاز إن كان حاضرًا، وإن كان غائبا لم يجز إلا أن يجبره بعد البيع كما في الوكيل المفرد على ما مر في كتاب الوكالة.

وكذلك لو وقّت العدل للوكيل ثمنا جاز فهذه من خواص هذا الكتاب قيل هو على التفصيل الذي ذكرنا وقيل فيه روايتان: في رواية الوكالة أنه لا يجوز إلا أن يبيع بحضرته أو بإجازته، وفي رواية الكتاب يجوز مطلقًا؛ لأن هذا بيع حضره رأي الأول؛ لأن الرأي إنما يحتاج إليه من الأول لتقدير الثمن؛ لأن ثمن الشيء لا يعرف إلا بالرأي، فإذا وقّت الأول الثمن وقد باع الثاني بذلك المقدار فقد حضره رأي الأول، وإن لم ينعقد بعبارته والشرط أن يكون برأيه لا بعبارته ونطقه فصار كما لو باع بحضرته، وجه رواية الوكالة: أن هذا بيع لم يحضره بيع الأول؛ لأن رأي الأول بالثمن الذي قدر معلق بعدم زيادة رغبة المشتري في البيع وبعدم زيادة رواج السلعة؛ لأن الأول متى علم المشتري زيادة رغبة أو زيادة رواج السلعة، فإنه لا يبيع بما قدر له من الثمن بل يزيد، وعدم الرغبة من المشتري في الشراء محتمل فلا يثبت رأي الأول بالشك والاحتمال بخلاف ما لو أجاز، فإن الثاني إنما يصير مؤتمنا

حال غيبة الأول ضرورة صحة الإجازة، فإنه لا بد من الحكم بصحة الإجازة إذا حصلت الإجازة ممن يملك الإنشاء وائتمان الأجنبي يثبت حالة الضرورة كالمودع إذا دفع الوديعة إلى الأجنبي حالة الغرق أو الحرق جاز وفي غيرها لا وهاهنا لو صار الثاني مؤتمنا قائمًا يصير مؤتمنا ضرورة صحة التوكيل ولا ضرورة إلى الحكم لصحة التوكيل؛ لأنه ليس إنشاء عقد ولا إجازة وائتمان الأجنبي من غير ضرورة لا تجوز فكانت هذه الرواية أصح. باعه أجنبي فأجازه الراهن والمرتهن وأبى العدل جاز، ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما؛ لأن الملك للراهن والحق للمرتهن فيشترط اجتماعهما على الإجازة، فإذا أجاز أجاز وكان ذلك إخراجًا للعدل عن الوكالة وتوكيلا للآخر بالبيع ولهما ذلك الرهن. أرض خراج أو عشر وأخذ الخراج والعشر من الراهن لا يرجع في ثمنه؛ لأن الراهن صار قاضيا حقا واجبا عليه فلا يرجع به في مال تعلق به حق غيره، وإن أخذ ذلك من الثمرة أو الغلة لا يبطل شيء من الرهن؛ لأن هلاك الزيادة من الرهن لا يسقط شيئًا من الدين ويكون ذلك محسوبا على الراهن ولأنه لم يستحق شيئًا من العين، فإن لصاحب الأرض أن يعطي العشر والخراج من مال آخر فلم يصر شيء من العين مستحقا إلا إذا أخذه السلطان منه بغير حق، فإنه يسقط من الدين بقدره؛ لأنه غصب منه فصار كما لو هلك بعض الرهن في يده، هلك الثمن عند العدل ثم رد عليه المبيع بعيب فمات عنده أو استحق أو هو باقٍ في يده وأخذه بالثمن حتى أداه يرجع على الراهن في ذلك كله لا على المرتهن؛ لأنه وكيل الراهن لا وكيل المرتهن ولم يقبض المرتهن منه شيئًا لا حقيقة ولا حكما؛ لأنه بهلاك الثمن لم يصر مستوفيا المدين لما عاد العبد رهنًا وقد لحقه ضمان بسبب البيع فكان قرار الضمان على الموكل وهل يرجع المرتهن بدينه على الراهن ففي الاستحقاق لا يرجع؛ لأن بالاستحقاق ظهر أنه لم يصح الرهن وفي الرد بالعيب يرجع إن كان العبد قائمًا، وإن كان هالكا فلا يرجع؛ لأن العبد بالرد عاد رهنًا كما كان، فإذا هلك يصير مستوفيا بدينه، وإن كان قائمًا لم يصر مستوفيًا.

ولو كان الراهن مفلسًا والرهن في يد العدل يبيعه ويستوفي ثمنه وهو أحق به من المرتهن؛ لأن حقهما يعلق بالعبد في وقت واحد؛ لأن حق المرتهن فيما يحول من العبد إلى ثمنه بالبيع فإنما يتعلق بالعبد ثانيًا بعد الرد وحق العدل تعلق إما بالعبد في هذا الوقت فقد استوى الحقان في وقت التعلق يرجح دين العدل؛ لأنه وجب بسبب هذا العبد ودين المرتهن لم يجب بسبب دين هذا العدل فصار العدل أولى كدين العبد مع دين المولى فيكون دين العبد أحق وصار كما لو دفع العدل الثمن إلى المرتهن ثم رد عليه بالعيب يسترد الثمن منه فكذا هذا. باع العدل بيعا فاسدا لا يضمن كالوكيل المفرد.

(فصل)

قال العدل: بعت وقبضت الثمن وهلك صدّق وكان من مال المرتهن؛ لأنه أمين ادعى هلاك الأمانة عنده فيصدّق كالوكيل بالبيع المفرد وهلاك الثمن في يد العدل كهلاكه في يد المرتهن؛ لأن يده كيد المرتهن.

ولو أقر العدل أنه باع العبد وقبض الثمن وسلم إلى المرتهن فأنكر المرتهن فالقول قول العدل وبطل دين المرتهن؛ لأن العدل أمين فيما في يده وقول الأمين مقبول في براءة نفسه وإنما لا تقبل في إيجاب الضمان على الغير، فإذا لم يعلم يجعل كأن الثمن هلك في يده فيسقط الدين قال العدل بعته بمائة درهم وأعطيتك والدين مائة، وقال المرتهن: بعته بخمسين وأعطيتها فالقول للمرتهن مع يمينه؛ لأن الرهن يبطل ببيع العدل، فإنه يصير ملكا للمشتري ويتحول ضمان الرهن إلى الثمن فقد تصادقا على سقوط ضمان الرهن لما اتفقوا على البيع وحدوث ضمان آخر وهو ضمان الثمن فالعدل والراهن يدعيان زيادة ضمان حادث وأنكره المرتهن فيكون القول له؛ لأنه متمسك بما هو الثابت في الأصيل. باع العدل فقال بعت بتسعين والدين مائة وأقر به المرتهن وأقر الراهن بالبيع وادعى أكثر من تسعين فالقول للعدل والبينة للراهن، وإن لم يقر الراهن بالبيع وقال: هلك في يد العدل فالقول للراهن إن كانت قيمته مثل الدين والبينة للعدل ويسقط جميع دين المرتهن؛ لأن الراهن متى أنكر البيع فقد أنكر سقوط ضمان الرهن وضمان الرهن كان ثابتا

فقد تمسك بما هو الثابت في الأصل بخلاف ما إذا أقر بالبيع لما بينا. أقروا بالبيع واختلفوا في الثمن ادعى الراهن مائة والعدل تسعين والمرتهن ثمانين فالقول للمرتهن؛ لأنهم اتفقوا على أن ضمان الرهن تحول من العدل إلى الثمن إلا أن الراهن مع العدل يدعيان عليه قبض زيادة مال وهو ينكر فيكون القول له.

(فصل)

ارتد العدل ثم باع الرهن ثم قتل على ردته فبيعه جائز أما عندهما فلأن تصرفات المرتد نافذة، وعند أبي حنيفة تصرفاته لنفسه موقوفة، فأما تصرفاته لغيره نافذة؛ لأن تصرفاته لغيره تبنى على الآمر والأمر من الآمر صحيح، فأما تصرفاته تبنى على ملكه وأملاكه موقوفة لما عرف ولا يلزمه العهدة؛ لأن في لزوم العهدة ضررًا ماليًّا وبالردة صار محجورا عن التصرفات عنده فصار كالعبد المحجور والصبي المحجور ولو لحق بدار الحرب ثم رجع مسلما فهو على وكالته قيل هذا إذا عاد قبل القضاء بلحوقه أما بعده فعند أبي يوسف لا يعود وكيلا، وعند محمد يعود وقيل بالاتفاق يعود وكيلا، وهو الأصح؛ لأن هذه الوكالة مشروطة في الرهن فيكون تبعا للرهن لازما بلزومه والرهن لا يبطل بالردة وبلحوقه بدار الحرب فكذلك الوكالة المشروطة؛ لأن في إبقائها فائدة؛ لأنه يتوهم عوده إلى دار الإسلام فلم يقع الناس عن بيعه بخلاف الوكالة المفردة؛ لأنها غير لازمة فتبطل بلحوقه بدار الحرب مرتدا.

جن العدل ثم أفاق فهو على وكالته فلا ينعزل بجنونه؛ لأن الوكالة لا تبطل بالجنون؛ لأن في إبقاء الوكالة فائدة؛ لأن الجنون قد يزول فلا يقع الناس عن بيعه فتبقى الوكالة كما في الردة ولحوقه بدار الحرب حتى لو كان جنونا لا يرجى إفاقته تبطل الوكالة؛ لأنه وقع الناس عن بيعه فكان هذا بمنزلة الموت.

العدل غير عاقل فوضع على يديه لم يكن رهنًا؛ لأنه لا يصح منه البيع والإيفاء والاستيفاء والرهن والارتهان فعري هذا العقد عن الفائدة فلغي.

العدل ذمي أو مستأمن جاز؛ لأنه يصح منه البيع والإبقاء والاستيفاء والرهن

والارتهان، فإن لحق الحربي بالدار ليس له أن يبيع هناك؛ لأن الوكالة مما تتقيد بالزمان والمكان بدلالة حالة الموكل كالتوكيل بشراء الفحم والحمل ودلالة حالة الموكل هنا أنه إنما يأتمن غيره على ماله ما دام لا يستحل ماله أو كان من أهل داره، فأما إذا كان يستحل ماله لا يأتمنه ويستحل الحربي مال موكله متى دخل دار الحرب لارتفاع الأمان ولا يستحل ما دام في دار الإسلام فتقيدت هذه الوكالة بحالة الأمان.

فإن عاد إلى دار الإسلام هل يعود وكيلا قيل عند محمد يعود وكيلا، وعند أبي يوسف لا يعود وكيلا كما إذا ارتد الوكيل ولحق ثم عاد قيل لا يعود وكيلا بالإجماع فمحمد يحتاج إلى الفرق بين هذه. ومسألة المرتد والفرق له أن في الحربي الوكالة توقيت بدار الإسلام بدلالة ظاهرة؛ لأن الظاهر من حال المستأمن أنه يدخل دار الحرب؛ لأن كل ذي دين لا يترك داره وبعد دخوله دار الحرب يستحل مال المسلم، فأما الردة من المسلم وبعد الردة لحوقه بدار الحرب ليس بأمر ظاهر بل هو موهوم بل الظاهر منه أن لا يترك داره فلا يتقيد الوكالة المطلقة بدلالة متوهمة محتملة الراجع إلى دار الحرب هو الراهن أو المرتهن والعدل في دارنا له أن يبيع؛ لأن هذه الوكالة لا تبطل بموتهما فكذا لا تبطل بلحاقهما.

(**المنتقى**): رهن متاعًا قيمته مائتان بمائة وسلطه على بيعه فباعه بمائتين وقبض مائة فما قبضه هو بينه وبين الراهن نصفان في قول زفر؛ لأن حقهما متعلق بالمرهون على السواء للمرتهن بنصفه استيفاء وللراهن بنصفه ملكا فكذلك ببدله.

وقال أبو يوسف: بيد المرتهن فيستوفي حقه ثم يرد الفضل على الراهن؛ لأنه لما سلطه على بيعه فقد أمره باستيفاء دينه من ثمنه وهو أمين في قبض ثمنه فصار، كما لو كان له وديعة عند إنسان وله دين على المودع فأمره بقبض حقه من الوديعة هكذا فكذا هذا.

(باب نفقة الرهن)

(**المبسوط**): نفقة الرهن على وجهين وكل نفقة ومؤنة كانت لمصلحة الرهن

وتنقيته كعلف الحيوان ونفقته وكسوته وأجرة الراعي وأجرة الظئر لولد الأمة المرهونة وسقي البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصلحته فعلى الراهن وكذا الجراح عليه، وأما العشر ففي الغلة والزرع يأخذه السلطان والباقي رهن عنده، وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فات بسبب حادث فعلى المرتهن كأجرة المسكن وأجرة الحافظ ومأوى البقر والغنم وجعل الآبق؛ لأن كله ملك الراهن وعظم منافعه له فعليه كفايته ومؤنته استيفاء لملكه، فأما حفظه ورده على المرتهن فيكون مؤنته عليه فأما ثمن الدواء وأجرة الطبيب فعلى المرتهن قبل هذا إذا كانت الجراحة والمرض حدث عنده، وإن كان حادثا عند الراهن فعليه؛ لأن الدواء لدفع الحادث فيجب على من حصل الحادث عنده، فأما النفقة لإحداث قوة يتمكن به من العمل لا لدفع الحادث، فإن حدوث القوة بالأكل من غير جوع متلف متحقق وقيل يجب على المرتهن في الحالين وهو الأظهر، فإن محمدا لم يفصل؛ لأن الدواء موضوع لدفع سبب الهلاك أو لمنع سبب الهلاك فيجب على من كان الهلاك عليه والهلاك على المرتهن فيجب عليه دفع سببه، فأما النفقة في الأصل غير موضوعة لدفع سبب الهلاك وإنما وضعت لإحداث قوة يتمكن به من العمل، ولهذا يتحقق حدوث القوة من غير دفع الهلاك، فإن الأكل متى حصل قبل جوع مفرط متلف حصل به زيادة قوة، وإذا كانت النفقة موضوعة لإحداث زيادة قوة فتجب على من تحصل له المنفعة وعظم المنافع للراهن لما بينا، ألا ترى أن نفقة الزوجة تجب على الزوج وثمن الدواء يجب عليها؛ لأن منفعتها للزوج وهلاكها عليها وكذا نفقة المضارب بعدما سافر في مال المضاربة؛ لأن عظم منفعته للمضاربة وثمن الدواء يجب عليه؛ لأن الهلاك عليه وهذا كله إذا كان قيمة الرهن والدين سواء، فإن كان قيمة الرهن أكبر كان على المرتهن بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الأمانة؛ لأنه في قدر الأمانة بمنزلة المودع فيكون على المالك وكفن المرهون على الراهن؛ لأن عليه كسوته حال حياته فعليه تكفينه بعد مماته كتكفين المرأة على الزوج ونفقة المبيع على البائع في زمان الحبس؛ لأن وجوب النفقة تعتمد المنفعة ولم يحصل للمشتري منفعة بنفس البيع قبل القبض وبقي للبائع نوع منفعته، فإنه محبوس بحقه

وإنه في قبضته فكان إيجاب النفقة عليه أولى من إيجابه على المشتري ونفقة المرتهن والراهن غائب تطوع، إلا إذا أمره القاضي وجعله دينا على الراهن؛ لأنه غير مضطر فيه ولا يصلح ملكه ولا يحيي حقه؛ لأنه يمكنه إجباء حقه من جهة القاضي بأن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالإنفاق ولا يصدق المرتهن على النفقة إلا ببينة، فإن لم تكن له بينة يحلف الراهن على علمه؛ لأنه ادعى عليه دينا وهو ينكر والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم.

(باب الزيادة في الرهن)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في جواز الزيادة.

والثاني: في حكمها.

(فصل)

وتجوز الزيادة في الرهن استحسانًا خلافًا لزفر كالزيادة في المبيع جائزة خلافًا له وقد مرت في البيوع والزيادة في دين المرتهن لا تكون زيادة عندهما.

وقال أبو يوسف: تكون زيادة وهو أن يجب للمرتهن على الراهن دين آخر فيجعل الرهن رهنًا بهما لأبي يوسف رحمه الله أنه ليس تجب هذه الزيادة إلا أن يصير بعض الرهن رهنًا بزيادة دين حادث مع بقاء القبض في الأصل وكان هذا تصرفًا في الرهن لا في الدين ولهما ولاية التصرف في الرهن فيكون مشروعا تصحيحا لتصرفهما كما لو رهن عبدين من رجل بألف ثم قتل أحدهما صاحبه، فإن بعض القاتل يصير رهنًا بدين المقتول حكمًا فلما جاز أن يثبت مقبل هذا حكما بغير صنعهما جاز أن يثبت بصنعهما حكمًا كما أن الرهن يصرف في الرهن لا في الدين؛ لأن حكمه وهو ثبوت ملك اليد والحبس واستيفاء الدين يظهر في العين المرهونة لا في الدين فكان المرهون أصلا في العقد لكونه محلا لحكمه والدين تبع له فتصح الزيادة في الرهن أصلا وفي الدين تبعًا له.

ولو صحت الزيادة في الدين قصدًا يصير زيادة في الرهن تبعًا فينقلب التبع متبوعا والمتبوع تبعا وفيه تغيير المشروع وتبديل الموضوع وهو باطل بخلاف سائر العقود؛ لأن كل بدل أصل في حق حكم التصرف وهو التمليك والتملك فصحت الزيادة فيهما رهنه عبدا قيمته ألف بخمسمائة ثم زاده المرتهن خمسمائة على أن زاده الراهن أمة رهنًا بالدين كله فالأمة نصفها رهن مع العبد بخمسمائة عندهما، وقال أبو يوسف هما رهن بالألف كلها؛ لأن عندهما الزيادة في الرهن جائزة والزيادة في الدين باطلة فلم يصر العبد رهنًا بالخمسمائة الزائدة ولما صحت الزيادة في الرهن صار نصف الأمة مع العبد رهنًا بالألف كلها. رهنه عبدًا قيمته خمسمائة بخمسمائة من الدين والدين ألف ثم زاده أمة قيمتها ألف بالألف كلها فولدت ولدًا قيمته خمسمائة ثم مات العبد والأمة بقي الولد بسدس الخمسمائة التي بها كان العبد رهنًا وبثلث الخمسمائة الأخرى؛ لأن نصف الأمة صار رهنًا مع العبد بالخمسمائة الأولى؛ لأن قيمة نصفها خمسمائة ونصفها صار رهنًا بجميع الخمسمائة الأخرى فصار بإزاء الأمة من الخمسمائة الأولى مائتان وخمسون وبإزاء الخمسمائة الأخرى فقد اجتمع في الأمة من الدين سبعمائة وخمسين فانقسم عليها وعلى ولدها أثلاثا؛ لأن قيمتها ألف وقيمة ولدها بخمسمائة فصار بإزاء الولد مائتان وخمسون ثلثها من الخمسمائة الأولى وذلك ثلاثة وثمانون وثلث وهو سدس الخمسمائة الأولى وثلثاهما من الخمسمائة الأخرى وذلك مائة وستة وستون وثلثان وذلك ثلث الخمسمائة الأخرى الدين ألف. رهنه أمة بخمسمائة منها قيمتها ألف ثم رهنه بالألف كلها أمة تساوي خمسمائة فولدت كل واحدة وكذا قيمته مثل قيمة الأم فالأولى وولدها ونصف الثانية ونصف ولدها رهن بخمسمائة؛ لأن الأمة الزائدة صار نصفها رهنًا مع الأمة القديمة بالخمسمائة الأولى ونصفها بالخمسمائة الباقية فصارت الخمسمائة الأولى منقسمة عليهما أخماسا؛ لأن قيمة الأمة القديمة ألف وقيمة الأمة الزائدة الحديثة مائتان وخمسمائة فجعلنا كل مائة وخمسين سهما فنصيب الأمة القديمة أربعة أخماسها وذلك أربعمائة ونصيب الأمة الزائدة خمسها وذلك مائة وصار نصف الأمة الزائدة رهنًا بالخمسمائة الباقية فتكون محبوسة

بالخمسمائة الباقية مضمونة بمائتين وخمسين؛ لأن الرهن محبوس بجميع الدين مضمون بقيمته فما أصاب كل واحدة منهما انقسم بينها وبين ولدها نصفان فقد ظهر بهذا واتضح أن الأمة القديمة وولدها ونصف الأمة الزائدة ونصف ولدها رهن بالخمسمائة الأولى ونصف الأمة الزائدة ونصف ولدها رهن بالخمسمائة الباقية مضمون ثمانين وخمسين، فإن ماتت الأمة الزائدة ذهب ربع الخمسمائة الباقية وخمسون من الخمسمائة الأولى وبقي نصف ولدها رهنًا بثلاثة أرباع الخمسمائة الباقية ولكنه مضمون بربعها وبخمسين من الخمسمائة الأولى. لرجل على آخر ألف فرهنه بخمسمائة منها أمة تساوي مائتين ثم زاده أمة تساوي ثمانمائة رهنًا فالمال كله فولدت كل واحدة ابنًا قيمته مثل قيمة أمة ثم ماتت الأولى ذهب من الخمسمائة الأولى السدس؛ لأن الأمة الزائدة صار نصفها بإزاء الخمسمائة الأولى ونصفها بإزاء الخمسمائة الباقية فقد صار بإزاء الخمسمائة الأولى أمة تساوي مائتين ونصف أمة تساوي أربعمائة فيقسم الخمسمائة الأولى عليهما أثلاثًا على قدر قيمتهما ثلثها بإزاء الأمة القديمة وثلثاها بإزاء الأمة الزائدة وصار الخمسمائة الباقية بإزاء نصف الأمة الزائدة فانقسم بإزاء كل واحدة بينها وبين ولدها نصفان وبإزاء الأمة القديمة ثلث الخمسمائة الأولى فانقسم بينها وبين ولدها نصفان فيبقى بإزائها سدس الخمسمائة الأولى فيذهب ذلك بذهابها.

ولو لم تمت الأولى وماتت الأخيرة ذهب من الخمسمائة الأولى ثلثها ومن الخمسمائة الأخرى خمساها؛ لأن بإزاء نصف الأمة الزائدة ثلثا الخمسمائة الأولى فانقسم بينها وبين ولدها فبقي بإزائها ثلث الخمسمائة الأولى ونصف الأمة الزائدة صار محبوسا بجميع الخمسمائة الباقية مضمونة بأربعمائة؛ لأن قيمة نصفها أربعمائة فلا يجوز أن تصير مضمونة بأكثر من قيمة نصفها وانقسم أربعمائة بينها وبين ولدها نصفان فصار بإزائها خمس الخمسمائة الباقية.

(فصل)

والزيادة في الرهن حكمها حكم الأصل محبوسة ومضمونة كالأصل؛ لأنها

تلتحق بأصل العقد وصارت كالموجودة لدى العقد كما في زوائد المبيع ويقسم الدين على قيمة الأصل يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت، فإن كانت قيمة الأصل وقيمة الزيادة يوم قبض خمسمائة انقسم الدين عليهما أثلاثا؛ لأن الضمان إنما يجب بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما يوم القبض، فإن يقض الرهن في يده ثم زاد رهنًا آخر قسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وقيمة الزيادة يوم قبض. مثاله: إذا رهن عبدا يساوي ألفًا بألف فاعور ثم زاده عبدًا آخر يساوي ألفا فقد ذهب بالعور نصف الدين فيقسم النصف الباقي على قيمة العبد الأعور وعلى قيمة العبد الزائد أثلاثا ثلثه بإزاء العبد القديم وثلثاه بإزاء العبد الزائد بخلاف ما إذا ولدت الأمة المرهونة بعدما اعورّت ولدًا يساوي ألفًا، فإنه يقسم الدين على قيمتها يوم القبض وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين، ثم ما أصاب الأم سقط نصفه بالاعورار فتبقى الأم والولد ثلاثة أرباع الدين، والفرق أن ثمة الولد يتفرع عنها فيسري إليه حكم الأصل تبعا كان الولد متصلًا بها فيعتبر في القيمة قيمة الأم يوم القبض؛ لأن التحكيم في الزيادة تثبت أصلا لا بطريق السراية والتبعيَّة فيعتبر في القسمة فكذا الباقي من الدين وقت الزيادة.

وكذا لو قضى الراهن المرتهن خمسمائة ثم زاد في الرهن عبدا قيمته ألف فيقسم الخمسمائة الباقية على نصف قيمة الأم وهو خمسمائة وعلى قيمة الزيادة وهي ألف فتكون الزيادة رهنًا بثلثي خمسمائة في النصف الباقي من العبد الغريم، وإن مات الأصيل مات بستمائة وستة وستين وثلثين من ذلك خمسمائة كان قضاها الراهن وبقي مضمونا بثلث الخمسمائة الباقية.

(**المنتقى**): رجل رهن عند رجل دارا بعشرة دراهم ثم زاده الراهن دينًا آخر وزاده المرتهن خمسة دراهم على أن يكون الديناران رهنًا بالخمسة عشر.

قال أبو يوسف رحمه الله: الديناران رهنًا بالخمسة عشر لأنهما جعلاهما كذلك.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الدينار الأول وثلثا الدينار الثاني يكون رهنًا بالعشرة الأولى ويكون ثلث الدينار الثاني رهنًا يضاف الخمسة ويكون نصفه الباقي دينا عليه بلا رهن؛ لأن عنده الزيادة في دين الرهن غير جائزة فتكون الزيادة في الدين ابتداء

إيجاب للدين فلا يكون الدينار الأول رهنًا بالخمسة الزائدة ويكون قد جعلا الدينار الزائد رهنًا بالعشرة الأولى والخمسة الزائدة فصار ثلثا الدينار الباقي رهنًا بالعشرة الأولى وثلثه صار إنشاءً بهنَّ في نصف الخمسة الزائدة لأنهما جعلا بإزاء الخمسة الزائدة ثلث الدينار الأول وثلث الدينار الثاني ولم يصح رهن ثلث الدينار الأول بها وصح ثلث الدينار الثاني بها فصح الرهن في نصفها وبطل في نصفها.

(**الزيادات**): أصله: أن الدين يقسم على الأمة المرهونة وولدها المولود في الرهن بشرط إيفاء الولد إلى وقت الفكاك؛ لأن الولد إن صار مرهونا ولكن لا قسط له من الدين ما لم يصر مقصودًا وإنما يصير مقصودًا وقت الفكاك؛ لأنه يرد عليه القبض الذي له شبهة بالعقد.

مسائله على فصول:

أحدها: في الأمة المرهونة إذا ولدت ثم زيد في الرهن.

والثاني: في إحدى الأمتين إذا ولدت ثم زيد في الرهن.

والثالث: في الجارية المرهونة إذا اعورّت ثم زيد في الرهن.

(فصل)

رهن جارية بألف تساوي ألفًا فولدت ما يساوي ألفًا ثم ماتت الأمة فزاد الراهن عبدا يساوي ألفًا افتكهما الراهن بنصف الدين؛ لأن الدين انقسم عليهما نصفان لا يساويهما في القيمة ثم خصت الأم وهي خمسمائة قد سقطت بهلاكها وصار الولد أصلا في الرهن بشرط بقائه إلى وقت الفكاك فدخلت الزيادة عليه وانقسم للخمسمائة الباقية على العبد الزائد والولد نصفان، وإن مات الولد استرد العبد بلا شيء؛ لأنه لما هلك الولد صار كأنه لم يكن أصلا فتبين أنه لا قسط له من الدين؛ لأنه لم يبق إلى وقت الفكاك فتبين أن كل الدين ساقط بهلاك الأم وأنه زاد العبد وليس هناك دين قائم فكانت الزيادة باطلة فكان له أن يسترده بغير شيء ولو لم يمت ولكنه زاد حتى صار يساوي ألفين يفتكّ الولد والعبد بثلثي الدين؛ لأن في انقسام الدين إنما يعتبر قيمة الولد وقت الفكاك وقيمة الأم وقت العقد وقيمة الولد

وقت الفكاك ألفان وقيمة الأم وقت العقد ألف فانقسم الدين أثلاثا سقط ثلثه بهلاك الأم وبقي ثلثاه ببقاء الولد.

ولو نقص فصار يساوي خمسمائة افتكها بثلث الدين؛ لأنه تبين أنه سقط بهلاك الأم ثلثا الدين؛ لأن الدين انقسم عليهما أثلاثا ثلثه بإزاء الولد؛ لأن قيمته يوم الفكاك ثلث قيمة الأم وقت العقد.

ولو لم تَمُت الأم وزاد العبد ففيه نصف الدين وفي الأم وولدها نصفه؛ لأن الجارية لما كانت قائمة كان الولد تبعا لها في الرهن فما لم يظهر نصيب الأصيل لا يعتبر البيع في الانقسام؛ لأن البيع يدخل مع الأصيل في الانقسام فانقسم الدين على الجارية وعلى العبد الزائد نصفان بخلاف ما إذا ماتت الجارية ثم زيد العبد؛ لأن الولد صار أصلا في الرهن بفوات الأصيل؛ لأن القائم للهلاك لا يتصور فلا بد من أن يجعل أصلا فاعتبرناه في الانقسام أصلا فانقسم ما بقي من الدين على الولد والعبد الزيادة. رهن جارية تساوي ألفا بألف فقضاه من الدين خمسمائة ثم زاد عبدا يساوي ألفًا فالعبد رهن بثلثي الخمسمائة الباقية؛ لأن الزيادة في الرهن إنما تصح في حق القائم من الدين دون الساقط؛ لأن الرهن استيفاء ولا بقاء وإبقاء الساقط والمستوفي لا يتصور والقائم من الدين خمسمائة فينقسم على قيمة العبد وعلى نصف قيمة الجارية؛ لأن نصفها بقي مشغولا بالخمسمائة المستوفاة مضمونًا بها، فإن استيفاء الدين لا يخرج الرهن من أن يكون مضمونا حتى لو هلك الرهن في يد المرتهن فيسترد الراهن المستوفى وقيمة نصفها خمسمائة وقيمة العبد ألف فانقسمت الخمسمائة الباقية أثلاثا ثلثاه في العبد الزيادة، فإن وجد المرتهن ما اقتضاه ستوقًا فالعبد والجارية رهن بالألف؛ لأن الستوقة ليست من جنس حقه فبقبضها لا يصير مقتضيا ومستوفيا فتبين أن جميع الدين كان قائما حين زاده العبد، وإن وجده زيوفا أو مستحقا فردّه فالجارية رهن بالألف والعبد رهن معها في خمسمائة وليس للراهن أخذ الجارية حتى يؤدي الألف، وإن أدى خمسمائة فله أن يأخذ العبد؛ لأن الزيوف من جنس حقه إلا أن به عيبًا ووجود العيب لا يبدل جنسه كما في الصرف والسلم فصار مقتضيا ومستوفيا لا مستبدلا فحين زاد العبد كان القائم من الدين خمسمائة

فصار العبد زيادة فيه فانقسمت الخمسمائة عليهما والرد لعيب الزيافة لنقض القبض من الأصل ولكن لا يبين أنه لم يكن قابضا، ألا ترى أن عتق المكاتب لا يبطل برد المولى المال بعيب الزيافة فلهذا كان العبد زيادة في الخمسمائة خاصة.

(فصل)

رهن جاريتين بألفين تساوي كل واحدة ألفًا فولدت إحداهما ولدا يساوي ألفًا ثم ماتت أم الولد ثم زاده الراهن عبدا يساوي ألفًا ثم مات العبد يموت بخمسمائة وخمسة وعشرين؛ لأن نصف الألف يسقط بهلاك إحدى الجاريتين؛ لأن قيمتها ألف وذلك؛ لأن الألف انقسم عليها وعلى ولدها نصفان فتسقط بهلاكها حصتها وهي خمسمائة وبقي الولد بخمسمائة، وفي الجارية الباقية ألف فالعبد الزائد يدخل معها ثلثاه مع الجارية الباقية وثلثه مع الولد؛ لأن الولد صار أصلا لفوات متبوعه فدخل العبد الزائد مع الولد في الخمسمائة التي في الولد فيقسم ذلك على قيمة الولد وهي ألف وعلى ثلث قيمة العبد وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلثين وثلثًا فاجعل هذا القدر بينهما فتكون قيمة الولد ثلاثة أسهم فانقسمت الخمسمائة أرباعا ربعها في ثلث العبد الزائد وثلاثة أرباعها في الولد وأما الألف التي في الجارية الباقية انقسمت على قيمتها وهي ألف وعلى قيمة ثلثي العبد الزيادة وذلك ستمائة وستة وستين وثلثين فاجعل التفاوت ما بين الأقل والأكثر سهما وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين فصار ثلث العبد الزائد سهمين والجارية الباقية ثلاثة أسهم فيكون كله خمسة أسهم فانقسمت الألف عليهما أخماسا خمساه وذلك أربعمائة في ثلثي العبد الزائد وثلاثة أخماسه وذلك ستمائة في الجارية الباقية فصار جملة ما في العبد خمسمائة وخمسة وعشرين.

ولو لم يمت العبد ومات الولد فالعبد والأمة الباقية بالألف؛ لأنه لما مات الولد صار كأنه لم يكن وتبين أنه سقط بموت أمه ما كان فيها وذلك ألف وبقي العبد الزائد مع الجارية الباقية رهنًا بالألف، وإن لم يمت الولد وماتت الجارية الباقية تموت لستمائة؛ لأن قيمتها ستمائة.

وإن مات العبد بعدها يموت بخمسمائة وخمسة وعشرين؛ لأن ذلك فيه، وإن

لم تمت إلا الجارية الأولى وبلغت قيمة الولد ألفين فإنهم جميعا بالألف وثلثي ألف؛ لأنه يعتبر في الانقسام قيمة الولد يوم الفكاك وبقي ألفان فانقسم ما كان في أمة على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الفكاك أثلاثا سقط بموت أمه ثلاثة وذلك ثلث ألف بقي ألف وثلثا ألف فصاروا رهنًا بما بقي فإن مات العبد مات بأربعمائة وستة وثمانين وتسع؛ لأن العبد كان زيادة في القائم من الدين فدخل على الولد والجارية القائمة أخماسا خمساه مع الولد وقيمة ذلك أربعمائة وثلاثة أخماسه مع الجارية وقيمة ذلك ستمائة ثم انقسم ما في الولد وذلك ثلثا الألف على قيمة الولد وهي ألفان وعلى خمسي العبد الزائد وذلك أربعمائة فاجعل مقدار أربعمائة سهما فصار قيمة الولد خمسة أسهم فانقسم ذلك بينهما أسداسًا سدسه وذلك مائة وأحد عشر درهما وتسع في خمسي العبد وخمسة أسداسه وذلك خمسمائة وخمسة وخمسين وخمسة أتساع حصة الولد وانقسم ما في الجارية الباقية على قيمتها وثلثي ألف وعلى قيمة ثلاثة أخماس العبد وذلك ستمائة فاجعل كل مائتين سهمًا فصارت الجارية الباقية خمسة أسهم وثلاثة أخماس العبد ثلاثة أسهم فصار كله ثمانية أسهم، وإذا أقسمت الألف على ثمانية أسهم يكون لكل سهم مائة وخمسة وعشرون فحصل في ثلاثة أخماس العبد ثلاثمائة وخمسة وسبعون إذا ضمنته إلى مائة وأحد عشر وتسع يكون أربعمائة وستة وثمانين وتسعًا، وإن ماتت الجارية والعبد بقي الولد بخمسمائة وخمسة وخمسين وخمسة أتساع؛ لأن ذلك حصته من الدين، وإن ماتت الجارية وبقي الولد ماتت بستمائة وخمسة وعشرين؛ لأن ذلك حصتها.

(فصل)

أصله: أن الولد الحادث من المرهونة بعد العور يجعل كالموجود قبل العور حتى يعود بسببه بعض ما كان ساقطا من الدين بخلاف ولد المبيعة الحادث بعدما فقأ البائع عينها لا تجعل كالحادث قبل فقء العين حتى لا يعود شيئًا مما كان ساقطا، ألا ترى أن الشاة المرهونة إذا ماتت سقط الدين.

ولو دبغ المرتهن جلدها عاد الدين بقدره وبمثله الشاة المبيعة إذا هلكت ثم دبغ

البائع جلدها لا يعود شيء من الثمن والفرق بينهما وهو أن بهلاك شيء من الرهن لا يبطل الرهن لكن يتقرر ويتأكد حكمه لحصول ما هو المقصود به وهو الاستيفاء فأمكن جعل الولد الحادث بعد العور كالحادث قبله فأما بهلاك شيء من المبيع ينفسخ البيع فيه لفوات القبض المتبع بحق العقد وسقط نصف الثمن بالهبة والعقد متى انفسخ لا يعود إلا بتحديد من ذي عقد فلا يعود شيء مما كان ساقطا.

ثم مسائله على وجهين:

أحدهما: في الزيادة بعد الاعورار.

والثاني: في الزيادة بعد قضاء بعض المال.

أما **الأول:** رهن جارية تساوي ألفا بألف فاعورّت فزاد الراهن جارية تساوي خمسمائة فولدت العوراء ولدا يساوي ألفًا ثم ماتت الجارية الزائدة تفتك الجارية العوراء وولدها بتسعة وثلاثين جزءًا من ثمانين جزءًا من الدين وتذهب الجارية الزائدة بأحد وعشرين من ثمانين وهي ملقبة بالعوراء والثمانين وذلك؛ لأنه جعل هذا الولد الحادث بعد الاعورار كالحادث قبل الاعورار فانقسم جميع الدين عليهما نصفين فلما اعورت سقط بالاعورار نصف ما فيها وذلك مائتان وخمسون وبقي سبعمائة وخمسون وهذا معنى قولنا إنه يعود نقص ما سقط من الدين فلما زاده جارية تساوي خمسمائة صارت هذه الزيادة في القائم من الدين إلا أن نصف الولد صار مقصودًا فوات أصله بذهاب العين بنصفه بيع العوراء فلا يتغير مقصودا بنفسه فانقسمت الجارية الزائدة على نصف الولد وعلى الجارية العوراء بحسب ما فيها من الدين وفي نصف الولد مائتان وخمسون وفي العوراء بيع نصف الولد الذي بيع له خمسمائة فانقسمت الجارية الزائدة أثلاثا ثلثها صار مضموما إلى نصف الولد وثلثها صار مضموما إلى العوراء ثم ما في نصف الولد وذلك مائتان وخمسون انقسم على قيمة الولد وهي خمسمائة وعلى ثلث الزيادة وهي مائة وستة وستون وثلثان فاجعل قيمة ثلث الزيادة سهما فتصير الخمسمائة التي هي قيمة الولد ثلاثة أسهم فصار أربعة فانكسر ذلك بالأرباع فتحول إلى ثلاث الزائدة الربع ثم ما في الجارية مع نصف الولد وهو خمسمائة انقسم على قيمتها وهي خمسمائة وعلى

قيمة ثلثي الزائدة وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثًا فاجعل فصل ما بينهما وذلك مائة وستة وستين وثلثين فصارت الخمسمائة ثلاثة أسهم وقيمة ثلثي الزائدة سهمان فانكسر هذا النصف من الدين بالأخماس وقد انكسر الربع بالأرباع فاضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر فضربنا خمسة في أربعة فيصير عشرين ثم اضرب بعد العشرين فيما انكسر عليه أصل الدين عند الاعورار وذلك أربعة فصار ثمانين فظهر أن سهام الدين على ثمانين سقط بالاعورار أربعة وذلك عشرون وبقي ستون، عشرون من ذلك في نصف الولد وثلث الجارية الزائدة فيقسم بينهما أرباعا ربعه بإزاء ثلث الجارية وهو خمسة والباقي بإزاء نصف الولد وهو خمسة عشر وبقي في العوراء أربعون انقسم عليها وعلى ثلثي الزيادة أخماسا خمساه وذلك ستة عشر في ثلثي الزيادة وثلاثة أخماسه وذلك أربعة وعشرين في العوراء فحصل في الجارية الزائدة أحد وعشرون وفي العوراء أربعة وعشرون وفي ولدها خمسة عشر فيكون تسعة وثلاثين.

والوجه الثاني: ولو لم تعورَّ الجارية وقضاه الراهن خمسمائة ثم زاد جارية تساوي خمسمائة ثم ولدت الجارية الأولى ولدًا يساوي ألفًا فالجارية الزائدة رهن بمائتين وخمسين لا يزيد ولا ينقص سواء كانت ولادة الأولى بعد الزائدة أو قبلها علل وقال الاستيفاء هاهنا حصل مشاهدة ومعاينة فلا يتعين الحكم فيه بخلاف الاعورار معناه أن بالاستيفاء حقيقة ومشاهدة سقط بعض الدين متقررًا متأكدًا، والساقط متى تقرر لا يحتمل العود، وأما بالاستيفاء حكما سقط بعض الدين غير متقرر بل حكمه متزلزل بين أن يعود الرهن إلى يد الراهن فيقرر حكمه وبين أن يهلك في يد المرتهن فيرتفع حكمه والساقط متى كان متزلزلًا لا متقررًا يحتمل العود بالولادة لما بينا، وإذا لم يعتبر حكم الدين فالباقي من الدين وذلك خمسمائة ينقسم على قيمة الجارية الزائدة وعلى نصف الجارية الأولى؛ لأن نصفها مضمون بالخمسمائة المستوفاة لما بينا وقيمتها سواء فانقسم بينهما نصفان وولدها يتبعها بما فيها.

(باب الزيادة المتولدة من الرهن ونقصانه)

(المبسوط): مسائله على فصول:

فصل في صفة الزيادة وحكمها.

وفصل في كيفية انقسام الرهن عليها وعلى الأصل.

(فصل)

زوائد الرهن مثل الولد واللبن والسمن وثمار النخل في أرض الرهن رهن فلا يبطل شيء من الرهن بهلاكها خلافًا للشافعي؛ لأنه ثبت للمرتهن حق في المرهون وهو يملك العين في حق اليد والحبس، وهذه صفة قائمة بالأصيل فيصير صفة للزيادة متى كانت متصلة به؛ لأن كل صفة قامت بالأصل تقوم بالزيادة تبعًا للأصل فيصير ملك الحبس صفة للزيادة تبعا إذ الزيادة تحدث على صفة الأصل ويوجد على نهجه كالملك والحرية والرق، فإذا انفصل ينفصل عنها مع تلك الصفة، إلا أن هذه الصفة تثبت للزيادة بطريق السراية عن الأصل لا بالعقد ولا بما له مشابه بالعقد وهو القبض فلم تصر مضمونة؛ لأنه لم يقبضها المرتهن على جهة الاستيفاء فلا يسقط شيء بهلاكها كولد المبيعة قبل القبض مبيع ولم يكن مضمونا على البائع ولا يعتبر نقصان السفر وزيادته خلافا لزفر؛ لأن العين لم تنتقص ولم تزدد ولم تتغير وإنما التغيير في شيء آخر وهو كثرة أمثاله وقلة رغبات الناس فيه أو قلة أمثاله وكثرة رغبات الناس فيه، فإذا لم تتغير العين لم يتغير الضمان؛ لأن القبض ورد على العين لا على القيمة وغلة العقار وكسب العبد المرهون ليس برهن؛ لأنه منفصل عنه غير متولد ومتفرع عن الأصل ولا بدل عنه فلا تثبت له صفة الأصل كما في كسب المبيع وعليه المرتهن أجرها بغير إذن الراهن فالغلة له ويتصدق بها كما بيع نصيب بيت في الأرض بكل فهو بمنزلة الولد وثمن الشجر على قول محمد رحمه الله يصير كالنماء الحادث من الأرض، وعند أبي يوسف يقسم الدين على النخل والأرض فما يصيب النخل يقسم عليه وعلى الثمر كما في البيع على ما عرف في البيوع.

(فصل)

ويقسم الدين على الأصل يوم القبض وعلى الزيادة يوم الفكاك؛ لأن الأصل صار مضمونا بالقبض والزيادة لا تكون مضمونة، وإن كانت محبوسة إلى يوم الفكاك وإنما صار له حصة من الضمان يوم الفكاك، فإنه لو هلك قبل ذلك هلك بغير شيء لما بينا وتفسيره إذا كانت قيمة الأصل ألفًا وقيمة الولد ألفًا فالدين بينهما نصفان في الظاهر، فإن مات الولد ذهب بغير شيء وبقيت الأم بجميع الدين.

ولو ماتت الأم وبقي الولد، فإن افتكه افتكه بنصف الدين وإن هلك الولد بعد موت الأم ذهب بغير شيء وصار كأنه لم يكن فذهب كل الدين بموت الأم ولو لم يمت واحد منهما ولا كر نقصت قيمة الأم بتغير السعر فصارت تساوي خمسمائة أو زادت فصارت تساوي ألفين والمولد على حاله يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان ولا يتغير عما كان، وإن كانت الأم على حالها انتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو بتغير السعر فصار يساوي خمسمائة فالدين فيهما أثلاثا ثلثان في الأم والثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي ألفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الأم حتى لو هلكت الأم بقي الولد بثلثي الدين وهذا بطرد على الأصل الذي ذكرنا أن قيمة الأم تعتبر يوم القبض وقيمة الولد يوم الفكاك، ولو ولدت الأم وكذا وقيمتها سواء ثم اعورت الأم بعد الولادة أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين ربعه وذلك مائتان وخمسون؛ لأن الدين انقسم عليها والعين منها النصف فذهب نصف ما كان فيها من الدين بخلاف ما لو باع جارية فاعورت ثم ولدت ولدًا يساوي ألفًا، فإن الولد بثلث الألف والأم بالسدس؛ لأنها لما اعورت سقط نصف الدين وبقي النصف فانقسم الباقي عليها وعلى ولدها أثلاثا وكذلك في الرهن إذا اعورت قبل الولادة كان جميع الدين فيهما فوجب أن يسقط نصف الدين وانقسم النصف الباقي عليهما، والفرق أن في الرهن حين اعورت صار مستوفيا بالعور نصف الدين لكن الاستيفاء يحتمل الانتقاص، ألا ترى أنه لو أوفاه زيوفا كان مستوفيا، فإذا رده انتقص الاستيفاء فكذلك في الرهن يجوز أن ينتقص الاستيفاء في البعض بحدوث الولد فأما المبيعة حين اعورت انفسخ حكم العقد فيه بهلاك بعض المبيع، وإذا انفسخ العقد فيه لا تعود إلا بتحديد من ذي عقد فلا يتعين الحكم بالولادة.

(**المنتقى**): رهن أرضا ونخلا بدينه قيمة كل واحد منهما خمسمائة فاحترق النخل ونبت في الأرض نخل آخر يساوي خمسمائة قال يذهب من الدين نصفه تأجيرًا والنخل وما نبت فهو زيادة في الأرض بمنزلة رجل رهن أمتين قيمتهما ألفان بألف فماتت إحداهما ثم ولدت الباقية. رهن جارية بألف تساوي ألفًا فصلتها أمة تساوي مائة فدفعت لها ثم ولدت ولدا يساوي ألفًا فالدين فيهما نصفان كانت الأمة الأولى على حالها، فإن ماتت الأم ذهبت بنصف الدين ولو كانت قيمة القابلة خمسة آلاف كان كذلك.

(**الجامع**): رهن شاة بها لبن يدر فأباح المرتهن شربه فشرب ثم نفقت الشاة قسم الدين على قيمة الشاة واللبن فبطل من الدين حصة قيمة الشاة ويرجع المرتهن بحصة اللبن؛ لأن تناول المرتهن اللبن بإذن المالك كتناول المالك وبيع اللبن زيادة منفصلة متولدة من العين فيثبت فيها حكم الرهن ويصير مقصوده بالاسترداد فيأخذ قسطا من الدين وقد وجد الاسترداد؛ لأن تناول المرتهن بإذن الراهن كاسترداد الراهن اللبن حقيقة؛ لأن فعل المأمور بالإتلاف مضاف إلى الآمر فصار كأن الراهن استرد اللبن حقيقة فيرجع المرتهن عليه بحصته من الدين.

(باب ما ينقص الرهن وما لا ينقصه)

(**المبسوط**): استحق المرهون بعد الهلاك في يد المرتهن إن ضمن الراهن كان الرهن بما فيه؛ لأنه ظهر بالبينة أن الراهن كان غاصبًا وأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الغصب السابق فصح الرهن بعده وهلك مضمونًا له بالدين، وكذلك الرهن أمانة عنده ثم ضمن؛ لأن الملك يثبت سابقا على الرهن؛ لأن الرهن إنما يتم بالتعاطي بقبض المرتهن والأمين صار ضامنا بالتسليم سابقا على قبض المرتهن والملك في المضمون للضامن ثبت سابقا على قبض المرتهن فكان سابقًا على الرهن فيصح الرهن بعده.

وروى ابن سماعة عن محمد: أنه لا ينفذ الرهن؛ لأنه إنما ملكه بين وقت التسليم والرهن وجد قبل التسليم فلا ينفذ الرهن، فإن ضمن المرتهن يرجع على

الراهن بقيمة الرهن وبالدين؛ لأن المرتهن في قبض الرهن عامل للراهن، فإذا لحقه ضمان بسبب هذا القبض كان إقراره على المعمول له كالمستأجر إذا ضمن القيمة للمستحق رجع بما ضمن على الآجر وذلك؛ لأن الرهن عقد إيفاء وفي الإيفاء منفعة للموفي فالمستوفي والموفي يبرأ عن الدين والمستوفي يصل إلى حقه إلا أن منفعة الراهن راجح على منفعة المرتهن؛ لأن منفعة المرتهن في الاستيفاء الحكمي دون منفعته بالاستيفاء الحقيقي؛ لأن في الاستيفاء ينفع بالمستوفي وفي الحكمي لا ينفع بالمستوفي والراهن ينتفع بالإيفاء الحكمي كما ينتفع بالإيفاء الحقيقي وكان منفعته أرجح وأزيد، ولهذا وجبت النفقة على الراهن فكان المرتهن في القبض عاملا له ثم فرق بين هذا وبين المضاربة، فإن هناك لا ينفذ الرهن متى ضمن المرتهن، وفي المضاربة لو ضمن المضارب ورجع به على رب المال أيضًا تنفذ المضاربة كما لو ضمن رب المال، والفرق أن العقد إنما ينفذ بملك سابق عليه لا بملك لاحق، ألا ترى أن من باع مال غيره ثم ملكه لا ينفذ ففي الرهن الراهن إنما ملك الرهن من جهة المرتهن، فإن المرتهن يملكه أولا بأداء الضمان من وقت الضمان؛ لأنه بالقبض صار غاصبا ثم يملك الراهن من جهة فيكون ملك الراهن متأخرا عن العقد فلا ينفذ الرهن وقيام ملك الراهن شرط لصحة الرهن فكذلك في المضاربة، فإن رب المال يملك رأس المال من جهة المضارب متأخرا عن المضاربة إلا أن قيام ملك رب المال في رأس المال وقت المضاربة ليس بشرط في جواز المضاربة وإنما يشترط لجوازها قيام المال الذي أضيفت إليه المضاربة وقت الشراء، فإنه لو اغتصبت من رجل ألفًا ودفعها إلى غيره مضاربة بالنصف تنعقد المضاربة حتى لو اشترى بها عروضا ثم جاء المغصوب منه وأخذ الألف كانت العروض على المضاربة لما عرف في المضاربة ولو كان عبدا وأبق وضمن المرتهن ورجع المرتهن بقيمته على الراهن والعبد يكون ملكا للراهن؛ لأن الملك يثبت للمرتهن أولا ثم انتقل إلى الراهن من جهته بالرجوع فصار كأنه اشترى المرتهن ثم باع من الراهن. وضع الأمة المرهونة على يدي عدل ببيعها عبد محل المال فولدت ببيعها مع الولد لما بينا، فإن استحقها رجل بعد البيع والتسليم ولا

يعلم بمكانها، فإن شاء ضمن الراهن قيمة الأم والولد، وإن شاء ضمن بيع بدل، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأن كل واحد منهم غاصب في حقه الراهن غاصب للأم بالقبض السابق وللولد؛ لأن حدوثه في يد العدل كحدوثه في يده؛ لأن يد العدل يده من حيث إنه يحفظه له فالولد حدث أمانة في يده والمودع إذا أمر غيره ببيع الوديعة وتسليمها إلى غيره صار غاصبا ضامنا فكذا هذا والعدل صار غاصبا للأم بالقبض وللولد بالبيع والتسليم والمشتري صار غاصبا لهما بالقبض، وإن ضمن المشتري بطل الرهن والبيع؛ لأن الرهن لم يصر ملكا للراهن؛ لأن قرار الضمان ليس عليه ويرجع المشتري بالثمن على العدل لانفساخ البيع ويرجع المرتهن بدينه على الراهن لبطلان الرهن، فإن ضمن العدل قيمتهما لا يصح الرهن وصح البيع؛ لأن ملك الراهن تأخر عن الرهن؛ لأنه إنما يملك الرهن من جهة العدل باعتبار أن قرار الضمان عليه فالعدل إنما يملكها من حين قبضها والرهن كان سابقا على قبضه والبيع كان لاحقا عن قبضه وكان ملك الراهن سابقا على البيع لاحقا عن الرهن فنفذ البيع وبطل الرهن وصار الثمن ملكا للراهن ثم إن كان الثمن عند العدل يرجع بذلك في الثمن الذي عنده، وإن لم يكن فيه وفاء يرجع بتمامه على الراهن؛ لأنه وكيله فيرجع عليه بما لحقه من الضمان، فإن قضاه المرتهن فله الخيار إن شاء أخذ المرتهن بما ضمن، وإن شاء الراهن ولا يأخذهما جميعا وأيهما شاء واختار برئ الآخر؛ لأنه لما استحق ظهر أن المرتهن أخذ الثمن بغير حق؛ لأنه قد ملك العبد العدل حين ضمن قيمته ونفذ البيع عليه وصار الثمن ملكا له، فإذا رجع به على المرتهن بطل الاقتضاء فرجع المرتهن على الراهن بدينه، ولو ماتا عند العدل يضمنه المستحق قيمة الأم دون الولد؛ لأن الولد أمانة في يده والأمين لا يضمن الأمانة إلا بالتعدي ولا يوجد منه التعدي في الرهن.

ولو ارتهن دائنين فاستحق أحدهما لم يفتك الأخرى إلا بجميع الدين، فإن هلكت هلكت بحصتها؛ لأن العقد انعقد عليهما إلا أنه على المملوك نافذ وعلى المستحق موقوف فدخلا يجب الرهن ثم خرج أحدهما بالاستحقاق بحصته كما لو رد المرتهن أحدهما على الراهن يخرج بحصته فكذا هذا وباستحقاق أحدهما لم

تسقط حصته من الدين؛ لأن الراهن لم يصر موفيًا حصته فبقي الباقي محبوسا بجميع الدين مضمونا بحصته كما كان قبل الاستحقاق كل واحد منهما يكون محبوسا بجميع الدين ومضمونا بحصته فكذلك بعده.

(**المنتقى**): رهن دارا بدينه وأمره ببيعها عند محله كيف أحب إن شاء متفرقًا، وإن شاء مجتمعا فباع نصفها قال لا يبطل الرهن فيما بقي؛ لأن المبطل للرهن زوال المرهون عن ملك الراهن وقد زال نصفه وبقي نصفه على ملك الراهن فيبطل بقدر المبطل.

رهن عبدين بألف فاستحق أحدهما فالباقي رهن بحصته، فإذا أداها افتكه في قول زفر، وقال أبو يوسف هو رهن بحصته ولكن لا يفتكه إلا بجميع الألف؛ لأنه محبوس بكل الدين مضمون بحصته لما بينا وكذلك إن كان أحدهما حرًّا أو مدبرًا.

(**الجامع الصغير**): رهن عبدًا هو مقر بالعبودية فوجده حرًّا لا يرجع المرتهن بدينه عليه، ولو كان هذا في البيع ولا يعرف مكان البائع، فإنه يرجع المشتري بالثمن على العبد ثم يرجع العبد على البائع به.

وفي رواية ابن رستم عن أبي يوسف رحمهما الله: أنه لا يرجع المشتري عليه كما في الرهن فهو سواء بينهما وفي ظاهر الرواية فرق والفرق أن البيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فصار الأمر به ضامنا للسلامة وعلى ما هو موجبه نفيًا للغرور نظرًا له؛ لأنه شرع في البيع بناء على آمره معتمدًا على كلامه فصار العبد عارا له فصار ضامنًا نفيًا للغرور عنه.

(باب الرهن يحصل مكانه رهنًا آخر)

(**المبسوط**): أصله: أن الرهن الأول لا ينفسخ برهن الثاني بالقول ما دام قبض المرتهن في المرهون الأول قائمًا كأنه لم يصح الرهن فيه إلا بالقبض دون مجرد القول فكذلك فسخه.

قال محمد رحمه الله في (**نوادر هشام**): ولو رهن رجل رهنًا فقال المرتهن للراهن: ناقضتك الرهن، لم يكن ذلك بقضاء حتى يرد على الراهن، فإن قال: خذ

هذا العبد بدلا له ويكون رهنًا مكان الرهن الأول ورد على الأول ففعل ورد ذلك فهو مناقضة للأول والثاني رهن مكان الأول.

رهن عبدًا يساوي ألفًا فجاء بجارية فقال خذ هذه رهنًا مكان الأول ورد العبد فهو جائز؛ لأن الرهن في العبد يقبل النقض والجارية تقبل الرهن فينفسخ الأول وينعقد الثاني ويكون الأول في ضمانه حتى يرد على المالك؛ لأن الضمان متعلق بالقبض فيبقى ما بقي القبض كما لو تفاسخا الرهن بقي مضمونا عليه حتى يرده والثاني أمانة في يده حتى يرد الأول إلى المالك؛ لأن الراهن لم يرض بجملتهما رهنًا وإنما رضي بأحدهما، فإذا لم يخرج الأول من ضمان الرهن لم يتعلق بالثاني ضمان.

فإن هلكا في يد المرتهن هلك الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية بغير شيء، فإن قبض الجارية وسلم العبد إلى الراهن فالجارية رهن مضمونة بقيمتها لا بقيمة العبد؛ لأنها مستقلة بنفسها بعقد على حدة وليست ببدل عن العبد فكان المضمون قدر قيمتها.

(**المبسوط**): رجل رهن رجلا كر حنطة قيمته مائة بمائة، ثم قال خذ أحد هذين الكرين شعيرا رهنًا مكان الحنطة ورد عليّ الحنطة فأخذ منه الشعير ورد من الحنطة نصفها ثم احترق الشعير وباقي الحنطة في يد المرتهن قال يذهب نصف الدين ولا ضمان عليه فيما ذهب من الشعير؛ لأنه لا يكون نصفه رهنًا.

وذكر عيسى بن أبان عن محمد رحمهما الله: رجل اشترى ثوبا بعشرة دراهم فلم يقبض الثوب حتى أعطاه المشتري ثوبا آخر وقال للبائع يكونان رهنًا عندك بعشرة لا يكون رهنًا وللمشتري أن يسترد الثوب الباقي وقيمتهما سواء هلك بخمسة؛ لأنه كان مضمونا بخمسة ومعناه أنه مأخوذ على جهة سوم الرهن والمقبوض على سوم الرهن مضمون كالمقبوض على سوم البيع.

(**المنتقى**): باع العبد بألف على أن يرهنه متاعا معينا بثمنه فأبى أن يدفع الرهن لا أجره خلافا لزفر. له: أن هذا رهن مشروط في عقد لازم وهو البيع فيصير لازما تبعا له كالوكالة بالبيع والإيفاء إذا شرطت في الرهن تصير لازمة فكذا هذا. لنا: أن هذا

وعد ليرهن ولم يعقد عقد الرهن ولو عقد عقد الرهن وأبى أن يسلم لم يجبر، وإذا وعد ولم يعقد أولى أن لا يجبر على التسليم وللبائع خيار أخذ عبده إلا أن يعطيه الرهن أو يعطيه مكانه رهنًا آخر برضاه أو يعجل الثمن؛ لأنه شُرط في البيع شرط مفيد؛ لأن في الرهن توثيق وتأكيد بالثمن، فإذا لم يسلم له الشرط يتخير في نقض البيع وإمضائه كما لو اشترى عبدا على أنه كاتب أو خباز فلم يجده كذلك.

وإن أعطاه رهنًا آخر لا يجبر البائع على قبوله؛ لأن حقه إنما ثبت في متاع بعينه فلا يقوم آخر مقامه إلا برضاه.

وإن أعطاه قيمة الأول دراهم أو دنانير فلا خيار له؛ لأن قيمة الشيء مثله معنى يقوم مقامه ويسد مسده فيجبر البائع على قبوله كالغاصب إذا عجز عن رد المغصوب فأعطى قيمته أجبر المغصوب منه على قبوله فكذا هذا.

وكذلك لو هلك الرهن في يد الراهن فله الخيار إلا إن أعطاه قيمة الأول.

(باب رهن الرجلين أو منهما)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

فصل في رهن الرجلين من واحد.

وفصل في ارتهان الرجلين من واحد.

وفصل في التفاسخ.

(فصل)

رهن رجلان بدين عليهما رجلًا رهنًا واحدًا جاز؛ لأن قبض المرتهن يتحقق في الكل من غير شيوع وتفرق أملاكهما لا يوجب شيوعا في الرهن، فإنه يجوز أن يكون ملك الغير مرهونا بدين الغير، كما لو استعار شيئًا فرهنه لأنهما لما رهنا جملة فقد رضيا بكون كله رهنا لكل واحد منهما بدينه لأنهما قصدا صحة الرهن ولن يصح إلا بأن يجعل كل واحد منهما رهنا كله بدينه؛ لأنه لو كان راهنا نصفه بدينه لم يصح؛ لأنه يكون رهن المشاع فصار كل واحد منهما رهنًا كله بدينه تصحيحا

للرهن؛ لأنه يحتال لتصحيح العقد ما أمكن وهذا ممكن، ألا ترى أن من رهن عبدا آخر بإذنه بألف صار رهنًا بتلك الدراهم فكذا هذا.

ويعتبر اتحاد صفقة الرهن واختلافها ولا يعتبر اختلاف الدينين واتفاقهما حتى لو رهن بدين فأخذ عينا في صفقتين لم يجز لاختلاف صفقة الرهن فيمكن الشيوع في كل صفقة.

ولو مات أحد الراهنين فورثه الآخر فالرهن على حاله؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في حقوقه وأملاكه والرهن لا يبطل بموت الراهن ولا بموت المرتهن فبقي الرهن على حاله.

لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد كفيل عن صاحبه فأعطاه أحدهما رهنًا بجميع الدين ثم أعطاه الآخر رهنًا بجميع الدين انقسم الدين فيهما نصفين فأيهما هلك هلك بنصف الدين إذا كانت قيمة كل واحد منهما مثل الدين؛ لأن المالين جميعا صارا رهنًا بمال واحد وإن أصل المال عليهما واحد، ومن رهن مالين بدين واحد وقيمة المالين سواء صار كل واحد منهما رهنًا بنصف الدين.

(فصل)

ولو ارتهن رجلان من رجل رهنًا والدينان مختلفان أو المالان كانا مختلفين جاز ولكل واحد قدر دينه فيما بينهما؛ لأن الرهن أضيف إلى كل العبد ولا شيوع فيه؛ لأنه رهن الكل منهما ولم يرهن بعضه من هذا وبعضه من هذا وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتحري فصار محبوسا لكل واحد منهما بكماله، فإذا تهايئا فأمسك هذا يوما والآخر يوما صار كل واحد منهما في اليوم الذي يمسك كالعدل في حق الآخر، فإذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حصته؛ لأن الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتحري وإن قضى الراهن دين أحدهما ليس له أخذ شيء من الرهن وللآخر أن يمسكه حتى يستوفي دينه؛ لأن العين صارت رهنًا محبوسة بكل واحد بكماله والعين الواحدة يجوز أن تصير كلها محبوسة نحو هذا وكلها محبوسة بحق هذا.

وعلى هذا لو اشترى رجلان شيئًا واحدا وأدى أحدهما حصته لم يكن له أن يقبضه شيئًا وللبائع أن يحبسه كله حتى يستوفي ما على الآخر.

فإن هلك عنده بعدما قضى دينه يسترد ما أعطاه لما ذكرنا.

(فصل)

تفاسخ الراهن والمرتهن فما لم يقبضه الراهن فهو رهن يمسكه المرتهن لو أراد؛ لأن نقض الرهن لا يصح إلا بنقض القبض كالرهن لا يصح إلا بوجود القبض؛ لأن نقض الرهن لا يصح إلا بنقض القبض ضد الشيء حكما.

ولو بدا للراهن أن يتركه فللمرتهن أن يرده بدون الآخر؛ لأن أحدهما يعود بالرد أبطل حق الآخر، فإن حق الآخر يبقى في النصف شائعا والرهن في نصف شائع باطل وإنما جعل الرهن منهما رهنًا من كل واحد منهما على الكمال ضرورة تصحيح العقد تحريا للجواز والضرورة في تصحيح العقد لا في تصحيح الفسخ فيعتبر الفسخ متجزئا فمتى يعود أحدهما بالفسخ يبقى في حق الآخر الرهن في نصف شائع وكان في بعضه نقض الرهن في الكل فلا يملكه ولو نقض أحد شريكي المفاوضة جاز؛ لأن تصرف أحدهما كتصرفهما حتى يكون رهن أحدهما كرهنهما فكذا نقض أحدهما كنقضهما ولا يملكه أحد شريكي العيان؛ لأن ليس تصرف أحدهما كتصرفهما حتى لا يجعل رهن أحدهما كرهنهما، فإن نقضه وقبضه وهلك عنده، وهو لم يباشر العقد بإذن شريكه كان المرتهن ضامنا حصته من لم ينقض؛ لأنه دفع مال من لم ينقض إلى غيره بغير إذنه ويرجع بدينه عليهما وبنصف القيمة التي ضمن على الذي قضى منه الرهن طعن عيسى وقال: لا يرجع المرتهن بما ضمن على القابض إلا إذا ادعى الوكالة من صاحبه ودفع إليه المرتهن من غير تصديق وقيل في الجواب عنه بأن عقد الشركة بينهما من حيث الظاهر يصير بمنزلة دعوى الوكالة، فإن قيام الشركة بينهما دليل واحد أن لكل واحد منهما حق النقض على صاحبه فصار المرتهن مغرورا من جهته اعتمادا منه على أن لأحد الشريكين

ولاية النقض لقيام الشركة بينهما فيرجع بذلك وقيل تأويله إذا قال الناقض وكلني صاحبي بقبض نصيبه وكذبه المرتهن أو لم يكذبه ولم يصدقه كما في المودع.

(**العيون**): وذكر الفقيه أبو الليث في (**العيون**): رجلان لكل واحد منهما ألف درهم على رجل فارتهنا منه أرضا بدينهما وقبضاها، ثم قال أحدهما إن المال الذي لنا على فلان باطل والأرض في أيدينا تلجئة.

قال أبو يوسف رحمه الله: بطل الرهن؛ لأن الدينين وإن اختلفا ولكن الرهن بهما واحد، فإذا اعترف أحدهما ببطلان الدين والرهن بطل البيع أصلا وبقي حق الآخر في الدين.

وقال محمد رحمه الله: لا يبطل الرهن ويبرأ من حصته من الدين والرهن بحاله؛ لأن الدينين مختلفان والرهن إنما يصح بهما حقا لهما فإقراره يصبح مبطلا لحق نفسه دون حق شريكه فبطل حق المقر في الدين والرهن وبقي حق الآخر فيهما على حاله.

(**الجامع**): لرجل على رجلين دين على أحدهما ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة فرهناه عبدًا يساوي ألفين وهلك العبد صار كل واحد منهما موفيا أربعة أخماس دينه ويرجع من عليه الدراهم على الآخر بأربعين دينارا ويرجع الآخر عليه بأربعمائة درهم ولا تصح المقاصة إلا برضاهما؛ لأن الرهن أقل من الدين والدين ألفان وخمسمائة والرهن ألفان، فإذا هلك ذهب من الدين قدر قيمته وذلك ألفان وكفى خمسمائة وألفان أربعة أخماس الدين فصار كل واحد منهما بالهلاك قاضيا أربعة أخماس دينه وذلك ثمانمائة نصفه من نصيبه من العبد ونصفه من نصيب صاحبه لما ذكرنا أن كل واحد من الراهنين صار راهنا جميع العبد بدينه فصار من عليه الدراهم قاضيا ثمانمائة درهم نصفها من مال صاحبه وذلك أربعمائة فيرجع صاحبه عليه بذلك ومن عليه الدنانير قاضيا أربعة أخماس دينه وذلك ثمانين دينارا نصفه من مال صاحبه وذلك أربعين دينارًا فيرجع صاحبه عليه بذلك؛ لأن من قضى دين غيره بأمره فله أن يرجع بما قضى عليه والمقاصة لا تصح بين الجنسين المختلفين إلا أن يتقاصّا ويخرج على هذا الأصل لو كان الدين

ثلاثة آلاف على أحدهم ألف وخمسمائة وعلى الآخر ألف وعلى الثالث خمسمائة فرهنوا بذلك عبدا بينهم أثلاثا قيمته ألفان فهلك في يده صار كل واحد منهم قاضيا ثلثي دينه وبقي عليه ثلثه إلا أن كل واحد منهم صار قاضيا ثلثي دينه بثلث ذلك من نصيبه وثلثيه من نصيب صاحبه فيرجعان على القاضي بما قضى دينه من نصيبهما على نحو ما ذكرنا.

(باب رهن الوصي والولد)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

فصل في رهن الوصي بدين الميت واليتيم.

وفصل في دين الورثة من التركة.

وفصل في رهن الأب أو الوصي مال اليتيم بدين نفسه.

رهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرماء الميت الآخرين رده؛ لأن الرهن إيفاء حكمي وفي الإيفاء الحقيقي لو أبرأ غريمًا من غرماء الميت لم يجز لما فيه من إبطال حق الباقين؛ لأن حق الكل تعلق بالتركة إيفاء على السواء وكذا في الإيفاء الحكمي إلا أن يقضي حق الباقين قبل الرد جاز؛ لأنه لما وصل إليهم حقهم زال المانع من النفاذ فنفذ.

ولو كان الغريم واحدا فرهن منه جاز؛ لأنه لم يتضمن إبطال حق أحدهم فيجوز كما لو أوفاه حقيقة ويجوز ارتهان الوصي بدين الميت؛ لأن الارتهان توثيق وتوكيد للدين فكان نافعا للميت.

وإن استدان الصبي شيئًا فرهن من ماله جاز؛ لأنه يملك إيفاء ذلك الدين حقيقة فيملك إيفاؤه بالرهن حكما.

ولو رهن خادما لنفسه من اليتيم أو لليتيم من نفسه لم يجز؛ لأن الوصي إنما يملك التصرف مع اليتيم إذا كان فيه منفعة ظاهرة لليتيم وليس في الرهن والارتهان منفعة ظاهرة لليتيم؛ لأن الرهن إنما يكون مضمونا بأقل من قيمته ومن الدين.

وليس للصبي إذا بلغ إبطال رهن الوصي؛ لأن تصرفه صدر عن ولاية كاملة وصار تصرفه كتصرفه بحكم الديانة فلا يملك إبطاله كالبيع.

ولا يرهن الوصي مال اليتيم من ابن له صغير أو عبده المأذون ولا دين عليه كما لو باع من هؤلاء لا يجوز؛ لأن تصرفه إنما يجوز إذا كان للصغير فيه منفعة ظاهرة ومتى يقع بأحدهما فقد أضر بالآخر فلا يجوز ويكون الرهن من عنده يكون رهنًا من نفسه.

ويجوز للأب ذلك من هؤلاء كما يجوز بيعه من هؤلاء كما عرف.

ويجوز من ابنه الكبير وعبده المأذون المديون؛ لأنه يجوز بيعه من هؤلاء بمثل القيمة فكذلك رهنه.

(فصل)

ولو استدان الوصي على الورثة ورهن به متاعهم فلا يخلو إما أن استدان لنفقتهم وحوائجهم وثوابتهم كالجراح واستدان لنفقة رفيقهم ودوابهم، وكل وجه لا يخلو إما أن كانت الورثة كلهم كبارًا أو صغارًا أو كبارًا وصغارًا، فإن استدان لنفقتهم ورهن به رهن وهم كبار حضور أو غيّب لم يجز؛ لأنه ليس له ولاية الاستدانة عليهم فحصل مستدينا لنفسه وقد رهن متاعهم بدين نفسه فلم يجز.

وإن كانوا صغارا جاز ذلك؛ لأن للوصي ولاية الاستدانة على الصغار فيملك رهن متاعهم به؛ لأنه يملك إيفاء دينهم حقيقة فيملك إيفاءه بالرهن حكما. وإن كانوا صغارا وكبارا يجوز استدانته ورهنه على الصغار خاصة دون الكبار بخلاف ما لو باع المنقول من التركة جاز على الكل، والفرق أنه إنما تثبت له ولاية البيع على الكل كي لا يلحق الميت والصغير ضرر ببيع البعض؛ لأن ثمن البعض متى بيع منفردا يكون أقل مما إذا بيع جملة مجتمعا. ولا ضرر على الكبير؛ لأنه يتوفر حظه في البدل فيثبت له ولاية على الكل نظرا للصغار؛ لأن التصرف في حقه مقيد بالأحسن والأنظر.

فأما في الاستدانة والرهن لو لم تثبت له ولاية الاستدانة على الكبار ولا يلحق بالصغار الضرر وليس في الرهن توفير حق الكبار هل فيه إبطال وإضرار، فإنه يصير ممنوعا عن الانتفاع بنصيبه من غير بدل يتوفر عليه للحال وأما إذا استدان لنفقة رفيقهم ودوابهم، فإن كانوا الكل كبارا حضورا لا يجوز استدانته ورهنه من متاعهم، وإن كانوا غيبًا جاز ذلك؛ لأن في الاستدانة تحصيل مالهم وحصون أملاكهم عن التوى والتلف وتحصينا للتركة على الميت وللوصي ولاية التحصين بالبيع إذا كانوا غيبا نظرا للميت فكان له ولاية التحصين والتصوين بالاستدانة للإنفاق عليهم، فإذا جاز استدانته جاز رهنه لما بينا.

وإن كان بعضهم حضورا وبعضهم غيبا أو كانوا صغارا أو كبارا حاضرين جاز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يجوز إلا على الغائب أو الصغار خاصة، ولا يجوز رهنه على الكل؛ لأنه لما لم يجز استدانته على الكبير الحاضر لفقد ولايته عليه كما في البيع لم يجز رهنه على الكل؛ لأن حصة الصغار والكبار الحضور مشاع ورهن المشاع باطل، وعند أبي حنيفة رحمه الله لما ثبت له ولاية الاستدانة على الغائب أو الصغار لما فيه من التحصين ثبت ولايته على الكل؛ لأنه متى لم ينفق الحاضر يهلك الرقيق وكان في الاستدانة على الحاضر تحصين ملكه وتصوين ماله كما في البيع، وإذا جاز استدانته على الكل جاز رهنه بخلاف الاستدانة للنفقة إذا كانوا صغارا وكبارا؛ لأنه يمكنه الإنفاق على الصغار دون الكبار وهاهنا لا يمكنه الإنفاق على حصة الصغار دون حصة الكبار فيثبت له ولاية الاستدانة على الكل ضرورة.

ولو رهن الوصي بدين على الميت أو ارتهن به جاز إن كانت الورثة كلهم صغارا وكبارا؛ لأن له ولاية تحصين التركة حال غيبتهم بالبيع فكذلك بالرهن والارتهان؛ لأن فيه تحصينًا؛ لأنه متى لم يرهن ربما تهلك التركة ويبقى الدين في ذمة الميت وكذلك في الارتهان استيثاق لدينه، وإن كان البعض عيبا والبعض حضورا فعلى الخلاف الذي مر.

(فصل)

رهن الوارث الكبير شيئًا من التركة بدينه وليس على الميت دين جاز؛ لأنه يجوز بيعه فيجوز رهنه، وإن رد عليه سلعة باعها الميت بعيب فهلكت في أيديهم ولا مال له غير المرهون فالرهن جائز وصيا كان أو وارثا ويرجع به الوصي على اليتيم؛ لأن الدين إنما وجب على الميت بعد الرد ولم يكن واجبا عند الرهن فصح الرهن فلا يبطل حق المرتهن بلحوق الدين في التركة بسبب الرد لكن الراهن ضامن لقيمة الرهن؛ لأنه وجب قضاء الدين من ذلك المال ولكنه عجز القضاء بسبب رهنه بدينه فصار كالمتلف له فيلزمه قيمته كالرهن حق صاحب الدين وهو محل قضائه إلا أنه إن كان وصيا يرجع على الصغير؛ لأنه كان عاملا له وقد لحقه ضمان بسبب عمله.

وكذلك لو زوج الميت أمته وأخذ مهرها فأعتقها الوارث بعد موته قبل الدخول بها فاختارت نفسها وصار المهر دينا في مال الميت جاز الرهن؛ لأن هذا الدين ثبت على الميت بعد الرهن؛ لأنه ثبت ببطلان النكاح بعد الرهن عند الاختيار والابن ضامن له؛ لأنه بالإعتاق أتلف حق الغريم وهو الزوج.

ولو استحق عبد باعه الميت فرجع المشتري في ميراث الميت بالدين لم يجز الرهن؛ لأنه ظهر أن الرهن وقع وعلى الميت دين؛ لأنه ظهر أن ما قبض الميت من الثمن كان دينا عليه للمشتري؛ لأنه لم يجب له على المشتري مثل ذلك.

(فصل)

ولو رهن الأب أو الوصي متاع اليتيم بدين نفسه جاز استحسانًا وهو ضامن له والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر وابن أبي ليلى؛ لأن الرهن إيفاء حكما وهو لا يملك الإيفاء من مال اليتيم حقيقة؛ لأنه يصير مستقرضا لماله وإنه تبرع واصطناع فكذلك لا يملك الإيفاء حكما.

لنا: أن هذا التصرف مشتمل على المعنيين على الولاية والنظر أما الولاية فلأن الرهن بمنزلة الوديعة عند المرتهن والإيداع داخل تحت ولايته وأما النظر فلأنه جعل مضمونا على الحافظ.

ولو جعله محفوظا غير مضمون كالإيداع صح وكان نظرا للصبي وهذا أحق؛ لأنه أنظر للصبي؛ لأنه صار بالرهن أحصن وأصون من التوى؛ لأن المرتهن مجتهد في تحصينه وحفظه خوفا من أن يذهب دينه بهلاكه ويملك استرداده من المرتهن بقضاء دينه.

ولو لم يرهنه ربما لا يجتهد الوصي في حفظه مثلما يجتهد المرتهن، ولو هلك في يده يهلك على الصبي ولا يضمن الوصي شيئًا يبقى بعد هذا أنه صرفه إلى دينه وذلك جائز؛ لأنه لو كان لابنه الصغير دراهم فقضى الأب بها دين نفسه جاز؛ لأنه إذا صرفه إلى دينه فقد اشتراه بمثله وذلك داخل في ولايته فكذا هذا، فإن بلغ الابن لا يرد الرهن حتى يقضي الدين، وإن قضى يرجع في مال الأب؛ لأنه مضطر في القضاء؛ لأنه لا يستخلص ماله إلا بالقضاء فلا يكون متبرعًا.

(باب الرجل استعار شيئًا ليرهنه)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في كيفية الإعارة.

والثاني: في اختلافها في الهلاك والنقصان.

والثالث: في ضمانه بهما.

(فصل)

أعار ثوبا ليرهنه فلا يخلو إما أن يسمي له شيئًا أو سمى له مالًا أو عين له مكانًا أو شخصًا، فإن أعار ثوبًا ليرهنه ولم يسم ما يرهنه به فله أن يرهن بأي قدر وبأي نوع شاء؛ لأنه طلب منه قضاء دينه من هذا المال مطلقًا؛ لأن الرهن إيفاء واستيفاء حكمًا.

ولو طلب منه قضاء دينه من ماله جاز فكذا هذا والاستعارة وجدت مطلقة فقد رضي المعير بأن يرهن بما شاء كما لو استعار من رجل دابة ولم يسم ما يعمل بها فله أن يركب ويركب غيره ويحمل عليها فكذا هذا.

وإن سمى له مالًا مقدرًا فرهن بأقل أو بأكثر أو بجنس آخر فلا يخلو إما أن كانت قيمة الثوب مثل الدين أو أكثر أو أقل، فإن كانت قيمتهما سواء أو أكثر ضمن؛ لأنه خالف إلى شر؛ لأنه إذا رهنه بأقل مما سمى وقيمة الرهن مثل قيمة الدين أو أكثر يتضرر به المعير، فإنه بعضه يكون أمانة عند المرتهن وهو لم يرض بذلك بل طلب أن يجعل كله مضمونا، وأما إذا رهنه بأكثر فلأنه قد يحتاج المعير إلى الفكاك ليصل إلى ملكه وربما يتعسر عليه الفكاك متى زاد على المسمى؛ لأنه قد لا يجد الزيادة على المسمى فيتضرر به وهو قد رضي بقضاء دين قليل ولم يرض بقضاء دين كبير فصار مخالفا، وإن كانت قيمة الثوب بأقل من المسمى بأن أعار ثوبا ليرهنه بعشرة وقيمته تسعة، فإن رهن بقدر قيمته تسعة لا يضمن، وأما إذا رهنه بجنس آخر ضمن في الفصول كلها؛ لأن مقصوده من تسمية الدراهم أن يرجع عليه بالدراهم متى هلك الثوب ومتى رهن بالطعام لا يمكنه الرجوع عليه بالدراهم ولأنه ربما يحتاج إلى الفكاك وربما يتيسر عليه الفكاك بالدراهم ويتعسر عليه الفكاك بالطعام فيلحقه زيادة ضرر، وأما إذا أعاره ليرهنه من إنسان بعينه فرهنه من غيره ضمن؛ لأنه ربما يحتاج إلى أن يقضي دينه لاستخلاص ملكه والناس متفاوتون في القضاء والاقتضاء فكذلك في الحفظ والأمانة فالرضاء بحفظ زيد لا يكون رضاء بحفظ عمرو فبالخلاف يلحقه زيادة ضرر.

ولو أعاره ليرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة ضمن؛ لأن البلدان والأمكنة متفاوتة في الحفظ والصيانة ولأنه يخاف خطر الطريق متى نقل ولأنه قد تيسر عليه الفكاك في المكان المشروط ويتعسر عليه الفكاك في غيره.

(فصل)

اختلفا في الهلاك أو النقصان قبل الاسترداد من المرتهن أو بعده فالقول للمستعير والبينة للمعير يدعي أنه قضى دينه من ماله والمستعير ينكر.

فإن ادعى الراهن أنَّ المعير استرد الرهن قبل الافتكاك وصدقه المرتهن يصدق الراهن؛ لأن الراهن والمرتهن تصادقا على فسخ الرهن والرهن عقد جرى بينهما

فيكون القول قولهما أنهما فسخا ذلك كما في المتبايعين ولأن المعير ادعى أنه قضى دينه من ماله وأنكره الراهن فيكون القول له.

(فصل)

ويرجع المعير على الراهن بقدر ما يذهب عنه بالدين؛ لأنه قد صار قاضيا دينه من ماله بهذا القدر بأمره.

ولو أراد المعير افتكاكه ليس للمرتهن منعه؛ لأن المعير إن كان أجنبيا من هذا الدين إلا أن له حقا في قضائه ليستخلص ملكه عن الشغل، فإذا كان له حقا في قضائه يجبر المرتهن على قبوله كالكفيل إذا قضى الدين يجبر الطالب على القبول؛ لأن له حقا في قبوله حتى تفرغ ذمته عن شغله، وإن كان الدين على غيره فكذا هذا ويرجع على الراهن بما قضى؛ لأنه مضطر في قضائه لإحياء ملكه.

هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد الافتكاك لا يضمن؛ لأن المستعير إنما يضمن العارية بأحد أمرين: إما بالخلاف أو بأن يقضي دينه منه ولم يوجد أحدهما فإما لا يضمن بالقبض والدفع إلى المرتهن؛ لأنه حصل بإذن المالك.

قضى الراهن دينه وبعث وكيلا بقبض العبد فهلك في يد الوكيل ضمن المستعير إلا أن يكون من عياله كالمودع وهذه تدل على أن المستعير ليس له أن يودع من ليس في عياله وذلك؛ لأن الدفع إلى الأجنبي في العارية إنما حصل بإذن المالك؛ لأن المعير ملك المنفعة منه بالإعارة ومن ملك المنفعة بغير بدل كان له أن يملك من غيره بغير بدل، فأما الدفع إلى الأجنبي مقصودا للحفظ لم يحصل بإذن المالك؛ لأنه لم يملك المنفعة بالوديعة ليحصل له الإذن تبعًا لتمليك المنفعة. رهن المستعار بألف وقيمته ألف ولم يقبض المال وهلك في يد المرتهن فعلى الراهن ألف للمعير وعلى المرتهن ألف للراهن؛ لأن المقبوض على سوم الرهن مضمون على القابض كالمقبوض بحقيقة الرهن فضمن المرتهن مثل المسمى وهو ألف للراهن وما أخذ من الرهن بدل العبد فيكون لمالك العبد من حيث إنه بدل ملكه لا من حيث إنه قضى دينه من ماله، فإنه لم يكن عليه دين للمرتهن. استعار من رجلين متاعا للرهن

ثم قضى نصف المال وقال عن نصيب فلان يكون عنهما؛ لأن كل جزء من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين إذ لو جعلنا كل جزء محبوسا ببعض الدين ممكن الشيوع في الرهن وأنه يوجب بطلان الرهن فلا يملك أن يجعل البعض محبوسا ببعض الدين فلهذا لو قضى كان ما قضى عن جميع العبد.

رهن المستعار بألف وقيمته ألف فقضى الدين وهلك في يد المرتهن فالمرتهن ضامن الألف بردّها على مولى العبد ولا ضمان للمعير على الراهن وفي رواية أبي حفص ردها على الراهن وردها الراهن على المعير، وهو الصحيح؛ لأن المعير صار قاضيا دينه لهلاك الرهن من وقت الارتهان؛ لأن الاستيفاء متى ثبت عند الهلاك يستند إلى وقت الارتهان؛ لأنه صار مستوفيا للدين في حق ملك اليد والجنس من وقت القبض فظهر أنه استوفى منه الألف وليس عليه دين ولم يكن له حق الاستيفاء فوجب على المرتهن ردها إلى الراهن؛ لأنه استوفاها منه ثم يردها على مولى العبد؛ لأنه قضى دينه من ماله بأمره. وجه رواية أبي سليمان: أن للراهن على المرتهن ألفًا قبضها منه بغير حق في الإيفاء الحقيقي ولصاحب العبد على الراهن ألف؛ لأنه صار قاضيا دينه من ماله بأمره فكان للمرتهن أن يرد الألف التي للراهن عنده إلى مولى العبد قضاء لدينه وقيل تأويله أن يردها على مولى العبد بأمر الراهن.

قبض دابة عارية ليرهنها فركبها ثم رهنها ثم قضى المال ولم يقبض الراهن حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن؛ لأن المستعير للرهن مودع خالف بالركوب وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان.

(**الجامع**): أصله أن القاضي نصب لإيفاء الحقوق المحترمة إلى أربابها لا لإبطالها وإهدارها. استعار الرجل شيئًا فرهنه ومات مفلسًا لم يكن للغريم أن يبيعه بدينه بغير إذن المعير؛ لأن المعير رضي بكونه محبوسًا بدين المستعير لا بزواله عن ملكه، ولهذا لا يباع حال حياة المستعير؛ لأنه لم يتعلق حق الغريم بهذا المال؛ لأنه ليس بملك المديون، فإن أراد المعير بيعه بالدين وأبى المرتهن، فإن كان فيه وفاء لا يعتبر إباؤه، وإن لم يكن لا يباع وكان متعنتًا في الإباء؛ لأنه إذا كان فيه وفاء فلا ضرر للمرتهن في هذا البيع؛ لأنه يصل إلى حقه بكماله، ولهذا حال حياة المستعير

لا يشترط رضاء المرتهن، وإن لم يكن فيه وفاء بحقه ففيه ضرر عليه؛ لأن فيه إزالة المرتهن عن الرهن بغير رضاه من غير أن يصل إلى حقه بكماله، ولهذا لا يباع حال حياة المستعير بغير رضاء المرتهن مات المعير والمستعير لم يكن لورثة المعير الاسترداد؛ لأن فيه إزالة يده وإبطال حقه ولو كان على المعير دين ولا مال له سواه وفيه فضل عن دين المستعير لم يبع حتى يجتمع الغرماء والورثة؛ لأن إباءهم يكون مفيدا؛ لأنه متى لم يبع الرهن ربما يقضي المستعير دين نفسه أو يبرئه المرتهن عن دينه فيسلم الرهن لهم فيبيعون ويقضون حق غريم المعير ويبقى الفضل لهم.

ولو بيع بغير رضاء منهم ربما لا يصل إليهم شيء أو يصل إليهم أقل مما يصل إليه إذا باعوا بعد قضاء المستعير دينه فكان إباؤهم مفيدا فيكون معتبرًا، وإن لم يكن فيه وفاء بالدين لم يبع إلا أن يشاء المرتهن.

(باب [تصرف][1] الراهن في الرهن [المشترك][2])

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

فصل في الإعتاق.

وفصل في دعوة كسب العبد المرهون.

وفصل في كتابة المرهون وتدبيره.

وفصل في الإقرار بالمرهون لغيره.

(فصل)

إعتاق الراهن وتدبيره واستيلاده ينفذ ويضمن قيمته ويكون رهنًا مكانه إن كان موسرا ثم إن كان المال حالا اقتضاه من القيمة، وإن كان الراهن معسرًا فللمرتهن استسعاء المدبر وأم الولد في جميع الدين والمعتق في قيمته ثم يرجع المعتق بما أدى على المولى.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

وقال الشافعي: إن كان معسرًا لا ينفذ عتقه، وإن كان موسرًا ينفذ عتقه وضمن قيمته.

والصحيح قولنا؛ لأن الإعتاق صادف ملكه؛ لأن المرهون كان ملكه قبل الرهن مطلقًا رقبة ويدًا منفعة وحبسا وملكه معصوم محترم وأثر العصمة أن لا تزول إلا بإزالته وهو بالرهن أزال ملك اليد والحبس فبقي ملك الرقبة خالصا له والعتق إذا صادف الملك يصح ولا يتهجر لتعلق حق الغير به؛ لأن ملك الرقبة علة مطلقة للإعتاق ويعلق حق المرتهن علة حاجرة من إبطال حقه وقد اجتمعا وتعارضا فيجب العمل بهما فقلنا بنفوذ العتق عملا بحقيقة الملك وبوجوب الضمان مراعاة لحق المرتهن ليكون عملا بالعلة المطلقة والعلة الحاجرة وهذا كمن قطع حبل نفسه وقد تعلق به فبديل غيره يضمنه ويجوز له قطعه.

(**الجامع**): أصله أن الراهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر ينظر إلى **ثلاثة أشياء**: إلى قيمته يوم العتق، وإلى ما كان مضمونا بالدين وإلى ما كان محبوسا به، فإنه يسعى العبد في الأقل من هذه الأشياء. أما القيمة فلأنه احتبس بالعتق عند العبد من حق المرتهن هذا القدر فلا يلزمه السعاية إلا في هذا القدر كالعبد المشترك إذا أعتق أحدهما وهو معسر، وأما المضمون بالدين إذا كان أقل؛ لأن العبد مضمون بقدر الدين بالعقد وما يحدث من الزيادة المتصلة بعد القبض لم تصر مضمونة فهذا؛ لأن السعاية إنما لزمته؛ لأنه احتبس عنده بالعتق حق المرتهن تنقلب حقيقته ملك في الثاني وإنما تنقلب حقيقة ملك في الثاني بقدر ما كان العبد مضمونا بالدين؛ لأن العبد متى هلك يصير مستوفيا من الدين بقدره لا غير ولا تنقلب حقيقة ملك في الثاني بالاستيفاء في حق الزيادة، فإن كانت محبوسة بالدين فلا يمكن إيجاب السعاية على العبد في حق الزيادة وإن كان المحبوس أقل من المضمون ومن قيمته يسعى بقدره بأن رهن عبدا بألف قيمته ألف فأدى الراهن تسعمائة من الدين ثم أعتقه وهو معسر يسعى العبد في مائة، فإن كان مضمونا بألف حتى لو هلك يهلك بألف؛ لأنه محبوس بمائة فكان له أن يفتكه بقدر مائة فكان العبد مضمونا بمائة من حيث الاعتبار حالة الإعتاق. رهن عبدا يساوي ألفًا بألف فصار

يساوي خمسمائة بتراجع السعر ثم أعتقه الراهن وهو معسر يسعى العبد في خمسمائة لا غير، ولو كان المعتق موسرا ضمن الألف كلها؛ لأن السعاية هنا أقل من الأشياء الثلاثة؛ لأن السعاية خمسمائة والعبد مضمون بالدين وذلك ألف، فإنه لو هلك يهلك بألف وإن انتقص سعره ومحبوس بالألف، فإن الراهن ما لم يؤد الألف لا يفتك الرهن.

رهن جارية تساوي ألفًا بألفين فصارت ألفين بزيادة أو سعر أو ولدت ولدًا يساوي ألفًا يفتكها بألفين؛ لأنها لو لم تزدد لا يفتكها إلا بألفين، فإذا زادت أولى، ولو هلكت هلكت ألف؛ لأن قيمتها يوم العقد ألف والزيادة المتصلة لم يزد عليها عقد ولا قبض مقصودًا أو كان وجودها وعدمها بمنزلة وإن أعتقها المولى وهو معسر سعت في الألف، وكذلك لو أعتقها سعيا في ألف ورجعت بذلك على المولى ورجع المرتهن على المولى بنفيه دينه؛ لأن الراهن لما أعتقها صار بإعتاق الولد قابضًا للولد حكمًا كالمشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض فينقسم الدين عليهما نصفين فيسعيان في ألف؛ لأنها أقل من قيمتهما يوم العتق ورجعا بذلك على المولى؛ لأنهما أديا دينه من خالص ملكهما؛ لأنهما يسعيان وهما حران، ومن أدى دين الغير من خالص ملكه وهو مجبر عليه فله الرجوع على من عليه الدين إذا لم يسلم له العوض ولم يسلم للعبد ما كان للمرتهن من حق الحبس في العبد؛ لأنه لا يحتمل النقل.

(فصل)

رهن أمة قيمتها ألف بألف فجاءت بولد يساوي ألفًا فادعاه الراهن وهو موسر ضمن المال لإتلاف حق المرتهن بالدعوة، وإن كان معسرًا سعت الأمة في نصف المال والولد في نصفه؛ لأن في حالة العسار لا يجب إلا السعاية وكل واحد منهما صار أصلا للأم بالاستيلاد والولد بالإعتاق؛ لأنه بالإعتاق صار مشتريا الولد فيصير الولد أصلا في الرهن كالأم؛ لأن الولد كما حدث سوى اليد ما كان في الأم من حق الحبس فصار مرهونا كالأم، فإن لم يرد الولد حتى ماتت الأم قبل أن يفرغ

من السعاية يسعى في الأقل من قيمته ونصف الدين ولا يراد عليه شيء بموت الأم؛ لأن الولد حدث قبل وجوب السعاية على الأم فلا يكون تابعا لها في السعاية.

ولو زوج الراهن الأمة المرهونة جاز ولا يقر بها الزوج إلا إذا زوجها قبل الرهن؛ لأن النكاح لا يتضمن إبطال حق المرتهن؛ لأن المرتهن لم يستحق منافعها ولا ضرر على المرتهن في نفاذ النكاح فنفذ وغشيان الزوج يتضمن إبطال حقه في الحبس؛ لأنه مستحق حبسها فصار كالمالك في حق الحبس فله منعه عن الوطء وحبسه عنه بخلاف ما قبل الرهن؛ لأن الزوج ملك غشيانها قبل الرهن؛ لأنه استحق منافع بضعها مطلقًا فلا يتمكن المرتهن من إبطال حقه في القربان، فإن وطئها فولدت وماتت يضمن الراهن قيمتها؛ لأنه سلط الزوج على إتلاف حق المرتهن؛ لأنه بالنكاح سلطه على الوطء فيجعل وطء الزوج كوطء الراهن؛ لأنه حصل بتسليطه.

ولو وطئها الراهن صار مستردا للرهن، ولهذا لو زوّج الأمة المبيعة قبل القبض صار المشتري قابضا لها فصار كأن التلف حصل في يد الراهن فيضمن، وإن زوجها ثم رهن فوطئها الزوج وماتت كانت من مال المرتهن استحسانًا لا قياسا؛ لأن الوطء حصل بتسليط الراهن فيصير وطؤه كوطء الراهن، ولهذا يهلك على الراهن إذا زوجها بعد الرهن. وجه الاستحسان: أن الراهن لم يسلطه على إتلاف حق المرتهن؛ لأنه حين زوّجها لم يكن حق المرتهن ثابتا فيها بل سلطه على إتلاف حق نفسه فلا يجعل وطؤه كوطء الراهن ولأن الراهن سلطه على الوطء قبل الرهن؛ لأن التسليط يثبت بالنكاح فصار الراهن واطئا لها بحكم التسليط قبل الرهن وبالوطء قبل الرهن لا يصير متلفا حقه؛ لأن به لا يصير مستردًّا للرهن.

(فصل)

رهن أمة بألف وقيمتها خمسمائة فكاتبها المولى فللمرتهن فسخها؛ لأن الكتابة

تتضمن إبطال حق المرتهن؛ لأن المكاتب لا يصلح رهنًا؛ لأنه لو أدى بدل الكتابة عتق ويبطل الرهن.

وكذلك لو نفذت الكتابة يبطل الرهن؛ لأنه لا يمكنه البيع والكتابة مما يحتمل الفسخ فكان له أن ينقضها دفعًا للضرر عن نفسه بخلاف العتق والتدبير؛ لأنه لا يحتمل الفسخ فلا يمكن نقضه.

ولو لم يكاتبها ولكن دبرها فسعت في قيمتها ثم ماتت عن بنت تساوي خمسمائة فعلى ولدها أن يسعى في خمسمائة؛ لأنه يسري ما فيها من الدين إلى ولدها متى ولدت بمثل حالها مدبرًا تبعًا للأصل، فإن سعت البنت في مائة ثم ولدت بنتًا ثم ماتت البنت الأولى وقيمة الأولى والسفلى سواء تسعى السفلى في الباقي كله؛ لأنه يسري ما فيها إلى ولدها كما يسري من الجدة إلى الوسطى.

رهن أمتين كل واحدة بألف فدبرهما المولى ثم ماتت إحداهما سعت الباقية في نصف الدين ويضمن المولى نصفه؛ لأنها ماتت بعدما خرجت من الرهن بالتدبير ولا يتحول شيء من دين الميتة إلى الباقية لأن الباقية لم تكن متولدة من الميتة والميتة في السعاية كانت متحملة عن المولى، فإذا ماتت قبل استيفاء السعاية فقد تعذر استيفاء حقه من جهة المتحمل والكفيل فتطالب من الأصيل، فإن ولدت هذه الباقية ثم ماتت يسعى الولد فيما على أمه وسواء كانت قيمة الأم أقل أو أكبر؛ لأنها ولدت بمثل حالها مدبرة فيسري ما فيها إلى ولدها.

ولو كانت ولدتها قبل التدبير ثم دبرهما جميعا سعت في مائتين وخمسين إن كانت قيمتها مثل قيمة الأم؛ لأن الولد قبل التدبير صار رهنًا وانقسم ما في الأم من الدين عليهما نصفان على سبيل التوقف إن ورد على الولد قبض الراهن بقي كذلك منقسما، وإن لم يرد عليه قبض بطل الانقسام وظهر أن الدين كله كان بإزاء الأم وهنا ورد من الراهن قبض على الولد كما ذكرهما؛ لأن التدبير قبض، ألا ترى لو دبر المشتري قبل القبض صار قابضا.

رهن أمة بألف وقيمتها ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فماتت الأم ثم دبر البنت عليها السعاية في خمسمائة؛ لأنه ورد على الميت قبض الراهن، فإنه بالتدبير صار

قابضا للولد فظهر أن الدين كان منقسما عليهما نصفين، فإن ولدت البنت بنتا وماتت البنت الأولى سعت السفلى في خمسمائة، وإن كانت قيمتها مائة؛ لأن السفلى ولد المستسعاة فسرى ما في أمها إليها.

ولدت الأمة المرهونة بنتا وولدت البنت بنتا وقيمة كل واحدة ألف ثم دبرهن جميعا ثم ماتت الأم والبنت الأولى فعلى السفلى السعاية في نصف الدين عن عيسى رحمه الله قال ينبغي أن يسعى في ثلث الدين؛ لأنه قد كان كالقابض للوسطى بالتدبير؛ لأن التدبير قبض وصار بإزاء كل واحدة منهن ثلث الدين كما لو رهنهن جميعا ثم دبرهن وهو معسر وقد ماتت ثنتان قبل السعاية تسعى الباقية في ثلث الدين فكذا هذا.

والجواب عنه: أن التدبير ليس بقبض حقيقة ولكن اعتبر قبضًا حكمًا بحكم الإتلاف كالإعتاق وإنما يعتبر قبضا حكما متى لم يكن في اعتباره قبضا ضرر على المرتهن وهنا في اعتباره قبضا ضرر بالمرتهن؛ لأنه يؤدي إلى إبطال حقه في السعاية؛ لأنه متى لم يعتبر قبضا كان للمرتهن أن يستسعي السفلى في نصف الدين ومتى اعتبر قبضا يستسعيها في جزء من أحد عشر جزءًا من الدين فلا يعتبر قبضًا دفعًا للضرر عنه فصار كأن الوسطى ماتت قبل التدبير فيصير بإزاء السفلى نصف الدين بخلاف المسألة المتقدمة لأنا لو اعتبرنا التدبير قبضا ينتفع به المرتهن ولا يتضرر به؛ لأن السفلى تسعى في جميع ما وجب على الوسطى ومتى لم يعتبر قبضًا تسعى في جزء من أحد عشر جزءًا من الدين، وكذلك لو دبر السفلى بعدما ماتت الأم والجدة؛ لأنه لا يحتسب بالوسطى إذا ماتت قبل التدبير فإنها لم تكن ولدت الجدة ولدًا واحدًا ثم دبر الولد.

ولدت أمة الرهن ولدا يساوي ألفا ثم دبرهما فعلى كل واحد منهما سعاية خمسمائة لما عرف.

وإن ماتت البنت سعت الأم في الألف كلها طعن عيسى وقال بالتدبير تقرر الضمان فيه فلا يعود إلى الأم والجواب أن التدبير متى اعتبر قبضا لا يتضرر به المرتهن بل ينتفع به؛ لأنه متى اعتبر قبضا تهلك الأم بخمسمائة وتسعى في

خمسمائة ومتى لم يعتبر قبضا تهلك الأم بجميع الدين فيعتبر قبضا فيكون مقبوضا بالتدبير فصار كأنه رهنهما ثم دبرهما.

رهن أمة تساوي ألفًا بألف إلى أجل فولدت ولدا يساوي ألفًا فدبر المولى الولد وهو موسر ضمن قيمته ويكون رهنًا مع الأم، وإن كان معسرا يسعى الولد في خمسمائة؛ لأن المولى جانٍ في التدبير؛ لأنه بالتدبير أتلف حق المرتهن وحق المرتهن في الحبس كان ثابتا في الكل فضمن قيمته وأما التدبير غير جانٍ فيسعى بقدر حق المرتهن في الولد وهو خمسمائة لا بقدر قيمته فيظهر مزية غير الجاني على الجاني.

فإن مات الولد قبل السعاية كانت الأم رهنًا بالألف، وإن هلكت الأم تهلك بنصف الدين وعند عيسى يسعى في خمسمائة والصحيح جواب الكتاب؛ لأن الولد صار محبوسا في الرهن؛ لأن بالتدبير صار مقبوضا؛ لأنه لا ضرر في صيرورته مقبوضا محبوسا بالرهن على المرتهن بل فيه منفعة، فإنه لا يسقط بهلاك إحداهما إلا نصف الدين فصار كأنه رهنهما ثم أخذهما وهو معسر ثم ماتت إحداهما صارت الباقية رهنًا بالألف ولو ماتت الباقية تموت بخمسمائة فكذا هذا.

(فصل)

مسائله على قسمين:

أحدهما: في إقرار الراهن بالمرهون لغيره.

والثاني: في إقرار المرتهن أنه لغير الراهن.

أما القسم الأول: رهن عبدا بألف، ثم قال هو لفلان لم يصدق؛ لأن إقراره يتضمن إبطال حق المريض وأنه يحتمل النقض والإبطال فلم يصح في حق المرتهن كالبيع والإجارة، ثم المقر له إن شاء أدى المال وقبض المرهون؛ لأن عدم صحة الإقرار لحق المرتهن، فإذا أزال حقه صح الإقرار كما في البيع كان للمشتري أن يقضي الدين ويأخذ المبيع فكذا هذا.

ويرجع بما قضى على الراهن؛ لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه لإحياء حقه، فإنه لا يصل إلى ملكه إلا بقضاء الدين وكان كالمعير للرهن يرجع به على المستعير فكذا هذا، فإن شاء ضمن الراهن قيمة العبد لأن الراهن رغم أنه ملكه رهنه بماله وسلمه بغير أمره وقد عجز عن رده إليه للحال بحق المرتهن فيضمن قيمته، وللمقر له أن يستحلف المرتهن على علمه؛ لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه.

وإن لم يؤدِّ المال وأعتق العبد جاز عتقه؛ لأن الراهن والمرتهن تصادقا على عتق العبد؛ لأن الراهن رغم أنه ملك المقر له وإعتاق المالك نافذ والمرتهن زعم أنه كان ملك الراهن لا للمقر له إلا أنه لما أقر له فقد سلطه على إعتاقه بإقراره فيجوز عتقه كما لو وكله بالإعتاق.

ثم المسألة على **أربعة أوجه:** إما أن كان المقر والمقر له موسران أو معسران أو أحدهما موسر والآخر معسر والدين في ذلك كله حال أو مؤجل.

وإن كانا موسرين والدين حال فالمرتهن فيه بالخيار إن شاء أخذ الدين من الراهن، وإن شاء ضمن المعتق القيمة ويكون رهنًا وكان يجب أن لا يكون للمرتهن تضمين المعتق على قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن من زعم المرتهن أنه ليس بمالك وإنما جاز عتقه بتسليط الراهن؛ لأنه لما أقر له بالملك فقد سلطه على الإعتاق فصار كما لو سلطه على الإعتاق بالوكالة، فإن الراهن لو وكل وكيلا بإعتاق المرهون فأعتقه الوكيل لا يضمن الوكيل عندهما قياسا على مسألة أخرى، وهو أن المشتري لو وكّل وكيلا بإعتاق المشتري قبل القبض ونقد الثمن فأعتقه الوكيل لا يضمن الوكيل عندهما فيجب أن يكون هذا على ذلك الخلاف إذ لا فرق بينهما، ثم المعتق يرجع بما ضمن على الراهن؛ لأنه قضى دينه وهو مجبر عليه، وإن كان الدين مؤجلا فالمرتهن إن شاء ضمن الراهن؛ لأنه سلطه على إعتاقه بإقراره له فصار كما لو وكله بالإعتاق، فإنه يضمن بالإجماع، وإن شاء ضمن المعتق وعلى قياس قولهما يجب أن لا يضمنه لما ذكرنا ويرجع المعتق على الراهن للحال؛ لأنه لو كان العبد قائمًا كان له تضمين الراهن لما أحدث في ماله من الإنسان وتسليم ماله بغير أمره فصار غاصبا في حقه وصار ما أخذه المرتهن من المعتق ملكا للراهن لما

ضمن ذلك للمعتق بخلاف المعير إذا أعتق العبد وهو معسر والدين مؤجل فضمنه المرتهن لا يرجع به على المستعير حتى يحل الدين؛ لأنه إنما يرجع باعتبار أنه قضى دينه وهو مضطر فيه وقد قضى دينه المؤجل فلا يرجع بالمعجل، فإن كانا معسرين والدين حال يسعى العبد للمرتهن ويرجع على الراهن دون المعتق؛ لأن في زعم العبد أنه لا رجوع له على المعتق لا في زعم أن المعتق لم يصر متلفًا حق المرتهن بالإعتاق ولأن الرهن لم يصح؛ لأن الراهن رهن بغير أمرك فلا سعاية للمرتهن عليّ إلا أنه ظلمني بأخذ السعاية مني وكذلك إن كان الدين مؤجلا، وإن كان المعتق موسرا والراهن معسرا والدين حال أم مؤجل فللمرتهن أن يستسعي العبد؛ لأن العتق حصل بتسليط الراهن فكان الراهن أعتقه بنفسه وهو معسر، وإن شاء ضمن المعتق؛ لأنه بمنزلة الوكيل عنه بالإعتاق ورجع المعتق على الراهن؛ لأنه قضى دينه وهو مخير فيه والعبد يرجع على الراهن دون المعتق، وإن كان المعتق معسرا والراهن موسرا والدين حال فالراهن يؤخذ بقضاء دينه، فإذا قضى الدين جرح المرتهن من الوسط فهذا رجل أعتق عبدا كله له فارغا عاريا عن حق الغير فلا شيء على العبد، وإن كان الدين مؤجلا فالمرتهن بالخيار إن شاء ضمن الراهن؛ لأنه هو المسلط على العتق فكأنه وكَّل المقر له بإعتاقه، وإن شاء استسعى العبد والعبد يرجع على الراهن لا على المعتق لما بينا.

وأما القسم الثاني: فهو على وجهين: إما أن أقر المرتهن برقبة الرهن لرجل أو أقر بدين في رقبته، وكل وجه لا يخلو من **ثلاثة أوجه**: إما أن يفتكه الراهن أو يهلك الرهن أو يباع الرهن بالدين.

فإن أقر برقبته لرجل وقال: الرهن لفلان اغتصبه الراهن، فإن افتكه الراهن فلا سبيل للمقر له على العبد ولا على ما أخذه المرتهن؛ لأن إقرار المرتهن لم يصح في حق الراهن؛ لأنه إقرار على الغير وما أخذ ليس ببدل عن الرهن بل هو دينه استوفاه.

وإن كان هلك في يد المرتهن ضمن جميع قيمته للمقر له ويبطل دينه؛ لأنه لما أقر أن الراهن اغتصبه من فلان ورهنه منه فقد زعم أنه مودع الغاصب أو غاصب الغاصب وإنما كان فهو ضامن بخلاف ما افتكه؛ لأنه رده إلى يد من أخذ منه فيبرأ

عن الضمان ويبطل دينه؛ لأن إقراره في حق الراهن لم يصح فصح الرهن في حقه، وأما إذا بيع العبد إما الراهن أو العدل وأخذ المرتهن الثمن، فإن أجاز المقر له البيع أخذه من المرتهن، وإن لم يجز فلا؛ لأن من زعم المرتهن العبد للمقر له وقد بيع بغير إذنه فيكون موقوفا على إجازته، فإن أجاز يكون ثمن عبده، وإن لم يجز فليس بثمن عبده فلا سبيل له عليه.

وإن أقر بدين عليه لرجل إن افتكه الراهن وأخذ منه العبد فلا ضمان على المرتهن؛ لأنه رد العبد إلى يد من أخذه منه، فإن هلك في يده يرجع المقر له على المرتهن بدينه لا غير ولم يفصل في الكتاب بينما إذا وجب دين المقر له قبل الرهن أو بعده وقبل هذا إذا وجب دينه قبل الرهن، وإن وجب بعده فلا شيء للمقر له على المرتهن؛ لأن بالهلاك استوفى دينه من مالية العبد، فإذا كان الدين واجبا قبل رهنه ثم تبين أنه استوفى دينه من مالية العبد ومالية العبد دين العبد وجب استيفاؤه ودين العبد مقدَّم على دين المولى، فأما إذا وجب الدين بعد رهنه فحين صار مستوفيا دينه من ماليته ليس في مالية العبد دين وجب استيفاؤه فصح الاستيفاء، وأما إذا بيع العبد في الدين فللمقر له أن يأخذ الثمن من المرتهن أجاز البيع أو لم يجز؛ لأن البيع هاهنا جائز؛ لأنه لا ملك للمقر له في العبد، وإذا جاز البيع له يقوم الثمن مقامه، ومن زعم المرتهن أن المقر له أحق بثمن العبد منه؛ لأن دينه دين العبد وديني دين المولى ودين العبد مقدّم على دين المولى فيدفعه إليه.

(**الجامع**): أصله: أن من تصرف في ملكه تصرفًا يحتمل النقض وللغير في ملكه حق مستحق يقضي من الغير، فإنه يقف تصرفه على إجازة صاحب الحق؛ لأن حقه معصوم محترم لا يجوز إبطاله فلا يملك المالك إبطاله إلا برضاء صاحب الحق.

باع الراهن الرهن فالبيع باطل قيل معناه يبطل البيع لما مر في البيوع، فإن باع بغير رضاه من رجل ثم من آخر فأجاز المرتهن البيع الثاني جاز وبطل الأول؛ لأن البيعين يقعان على إجازته، فإذا أجاز الثاني نفذ وبطل الآخر؛ لأنه لا فائدة في بقائه كالفضولي إذا باع من رجل ثم باعه من آخر ثم أجاز المالك الثاني نفذ وبطل الأول فكذا هنا والثمن يكون رهنًا عند المرتهن؛ لأن الثمن بدل العين الذي تعلق حقه به

وقائم مقامه فيتحول حقه من العين إلى بدله وهذا؛ لأن ملك اليد والجنس ثابت للمرتهن في المبيع وأنه حق يضاهي ملك الرقبة والملك في الثمن يثبت بإزاء الملك في الرقبة في المبيع وملك الجنس، ثم للراهن في رقبة الثمن وكذلك يثبت للمرتهن ملك الجنس في الثمن بإزاء الجنس في المبيع تحقيقا للمبادلة والمعادلة.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يصير رهنًا إلا إذا شرط المرتهن عند الإجارة أن يكون الثمن رهنًا عنده؛ لأن الراهن ملك الثمن بسبب جديد فلا يصير مرهونا بدون الشرط كالراهن إذا أجر المرهون برضاء المرتهن لا يصير الأجر مرهونا بدون الشرط فكذا هذا والعذر لهما عن الإجارة أن الأجرة بدل المنفعة لا بدل العين وليس للمرتهن في المنفعة حق فلا يكون في بدلها حق أيضًا.

ولو باع المرهون من رجل ثم رهنه أو أجره أو وهبه من أجر فأجاز المرتهن التصرف الثاني لم يجز وجاز البيع والثمن للراهن وللمرتهن دينه؛ لأن الراهن بهذا التصرف عامل لنفسه لا للمرتهن، فإنه لا يقع للمرتهن في هذه العقود؛ لأنها لا تملك بإزائه بدلا في حق اليد والجنس فلم يقع العقد للمرتهن فلم يتوقف على إجازته من حيث إنه ينفذ في حق حكمه بإجارته وهو ثبوت الملك في البدل؛ لأنه لا حق له في الأجرة ولا بدل للرهن والهبة وإنما يتوقف من حيث إنه مبطل حقه عن المرهون فكانت إجارته معتبرة في حق إبطال حقه عن المرهون لا غير، فإذا زال حق المرتهن بالإجارة بقيت العبرة لحق الراهن وبيعه كان سابقًا على الرهن والإجارة والهبة فنفذ البيع وبطل غيره بخلاف البيع؛ لأنه وقع للمرتهن من وجه؛ لأنه بهذا البيع يثبت حقا للمرتهن في الثمن وله فيه نفع فيقف على إجارته من حيث إنه ثبت حقه في الثمن ومن حيث إنه مبطل حقه عن المبيع، فإذا نفذ الثاني بإجارته بطل الأول.

(باب السعاية في الرهن)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

فصل في سعاية العبد المرهون لواحد.

فصل في سعاية العبد المرهون المشترك.

وفصل في سعاية العبد المرهون المستعار عبد مرهون بألف وقيمته خمسمائة.

أعتقه الراهن وهو معسر ثم مات الراهن وترك خمسمائة يأخذها المرتهن ويسعى العبد في مائتين وخمسين؛ لأنه لو سعى في خمسمائة يثبت له حق الرجوع في تركة المولى؛ لأن للمستسعي حق الرجوع بالسعاية على المولى ومتى رجع ظهر أن ما أخذه المرتهن من تركة الميت بينهما نصفان فيظهر أن له على المرتهن مائتين وخمسين وللمرتهن عليه مثله فيلتقيان قصاصا فإيجاب خمسمائة على العبد لا ينفذ فأوجبنا عليه مائتين وخمسين.

ولو أن العبد سعى في قيمته قبل موت الراهن ثم مات الراهن وترك خمسمائة كانت بين الراهن والمعتق نصفين لما بينا. رهن رجلان عبدا ثم أعتقه أحدهما فلا يخلو إما أن كانا موسرين أو معسرين أو أحدهما موسر والآخر معسر والدين حال أو مؤجل، فإن كانا موسرين والدين حال وقيمته ألف فعليه حصته من الدين وكذلك على شريكه لأجل الدين لا لأجل العتق؛ لأن الرهن يتلف بإعتاق أحدهما وهما موسران والدين حال فيؤخذان بدينهما، وإن كان الدين مؤجلا ضمن المعتق قيمة نصيبه؛ لأنه أتلف نصيبه فيأخذ المرتهن منه ويكون رهنًا عنده إلى أن يحل الدين وينظر ماذا يختار الساكت، فإن اختار الضمان أو سعاية العبد كان للمرتهن أن يأخذ ذلك منه؛ لأنه بدل الرهن فيكون رهنًا عنده، وإذا حل الدين أخذه بدينه عليهما؛ لأن القيمة من جنس حقه وإن اختار العتق فالمرتهن بالخيار إن شاء ضمن المعتق؛ لأنه أتلف حقه بالإعتاق، وإن شاء ضمن الساكت؛ لأنه أتلف حقه في بدله، فإنه وجب الضمان على المعتق أو السعاية على العبد وبالإعتاق برئا من ذلك فأما إذا كان معسرين والدين حال فللمرتهن أن يستسعي العبد في الألف كلها؛ لأنه عتق كله بإعتاق نصيبه عندهما فيجب على العبد السعاية في قيمته، وعند أبي حنيفة رحمه الله صار نصيب الساكت مكاتبا والمكاتب لا يصلح رهنًا؛ لأنه حر يدا والمعتق معسر فكان للمرتهن أن يستسعي العبد، وإذا أخذ السعاية من العبد أخذ بدينه عليهما؛ لأنه بدل الرهن وكذلك إن كان الدين مؤجلا ويكون رهنًا عنده إلى أن يحل الدين

وأما إذا كان المعتق موسرا والساكت معسرا والدين حال ضمن المعتق نصيب دينه وفي نصيب الساكت ينظر إن اختار الضمان أو السعاية أخذه المرتهن منه؛ لأنه بدل الرهن، وإن اختار العتق ضمن المعتق نصيب الساكت؛ لأنه أتلف حقه في الرهن ويرجع بذلك على الساكت وكذلك إن كان الدين مؤجلا، فإن كان المعتق معسرا والساكت موسرا والدين حال يستسعي المرتهن العبد في نصيب المعتق ويأخذ من الساكت نصف الدين؛ لأنه أتلف الرهن والدين حال، وإن كان الدين مؤجلا يستسعي المرتهن العبد الألف كلها، فإذا حل الدين إن اختار الساكت السعاية أخذ المرتهن بدينه عليهما ويرجع العبد على المعتق ولا يرجع على الساكت وإن اختار العتق، فإذا قضى دينه رجع بنصف السعاية على العبد، وإن لم يقض كان للمرتهن أن يأخذ ذلك بدينه؛ لأنه بدل الرهن ثم يرجع العبد بنصف السعاية على الساكت ونصفها على المعتق ولو أعتقه أحدهما ودبره الآخر وهما معسران يستسعي العبد في جميع الألف؛ لأنه حقه في جميع الرهن بالإعتاق والتدبير، ثم العبد يرجع على المعتق بنصف السعاية؛ لأنه قضى دينه من ماله وهو مخير على ذلك ويرجع على المدبر بنصف السعاية إن اختار العتق، وإن اختار السعاية يرجع عليه بفضل ما بين نصف قيمته مدبرا ونصف قيمته قنًّا حتى لو كان نصف قيمته قنًّا خمسمائة ونصف قيمته مدبرا أربعمائة رجع عليه بمائة؛ لأن المرتهن استسعى العبد في نصيب المدبر في نصف قيمته قنًّا فللمدبر على العبد نصف قيمته مدبرا وذلك أربعمائة فما زاد على نصف قيمته مدبرا صار المدبر قاضيا عن المدبر دينه من ماله وهو مجبر على ذلك فيرجع به عليه، وإن كان موسرين ضمنا الألف للمرتهن ويسعى المدبر للذي دبره في نصف قيمته ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء؛ لأن الرهن تلف بإعتاق أحدهما والدين حال فيؤاخذان به، وإن كان الدين مؤجلا يضمن المعتق قيمة نصيبه وفي نصيب المدبر المرتهن بالخيار إن شاء ضمن المعتق نصيبه؛ لأنه بإعتاق نصيبه أتلف حقه في جميع الرهن، وإن شاء ضمن المدبر قيمة نصيبه؛ لأن المدبر بالتدبير أتلف حقه في بدل الرهن ولأنه كان للمرتهن تضمين المعتق قيمة نصيب الساكت وبالتدبير برئ المعتق من ضمان نصيبه.

(فصل)

أعار رجلا عبدًا ليرهنه بألف حالة ثم أعتقه مولاه فهو على **أربعة أوجه**: إما أن كان المعير والمستعير موسرين، أو معسرين، أو أحدهما موسر والآخر معسر.

وكل وجه لا يخلو: إما أن يكون الدين حالا أو مؤجلا، فإن كانا موسرين والدين حال فالمرتهن يضمن أيهما شاء؛ لأن المعير بالإعتاق أتلف حقه فصار كما لو أتلفه أجنبي ومتى تلف الرهن باعتاق المعير والدين حال فله أن يأخذ المستعير بدينه، فإن ضمن المعتق رجع على الراهن؛ لأن المعير قضى دين المستعير بأمره؛ لأنه لما استعار العبد منه ليرهنه بدينه فقد طلب منه أن يقضي دينه من ماله، ألا ترى لو توي الرهن في يد المرتهن حتى صار قاضيا دينه من العبد يرجع المعير عليه بقيمة العبد فكذا إذا قضى دينه بقيمة العبد إذ لا فرق بين أن يقضي دينه من قيمة العبد وبين أن يقضي من عينه، فإن كان الدين مؤجلا ضمن المعير قيمة العبد ويكون رهنًا عند المرتهن ولا يرجع على المستعير حتى يحل الدين، فإذا حل الدين وقضى المستعير دين المرتهن رجعت القيمة إلى المستعير، فإن لم يقض كان للمرتهن أن يأخذ القيمة بدينه وللمعير أن يرجع على المستعير؛ لأنه قضى دينه بأمره.

وإن كانا معسرين والدين حال فالمرتهن يستسعي العبد في قيمته؛ لأن المعير لا يؤاخذ بضمان الإعتاق والمستعير معسر والمعسر لا يطالب بالدين ثم العبد يرجع على أيهما شاء إما على مولاه؛ لأنه قضى دينه وهو مجبر عليه؛ لأن المعير ضامن بحكم الإتلاف إلا أن العبد جعل متحملا عنه لعساره من حيث إن منفعة العتق حصل له وإما على المستعير؛ لأنه قضى عنه دينه من ماله وهو مجبر عليه، فإن كان الدين مؤجلا يستسعي العبد في قيمته والعبد يرجع على مولاه بالسعاية؛ لأنه قضى دينه للحال؛ لأن ما وجب عليه بالإتلاف حال ولا يرجع على المستعير؛ لأنه قضى دينا مؤجلا فلا يرجع عليه بمثله حالا؛ لأن المعجل أكثر من المؤجل كالكفيل بدين مؤجل إذا قضى قبل حلول الأجل لا يرجع إلا بعد حلول الأجل وكذا هذا.

وإن كان المعير موسرا والراهن معسرا والدين حال ضمن المعير للمرتهن؛

لأنه تعذر الاقتضاء من المستعير لعساره ويرجع به على المستعير متى أيسر، وإن كان الدين مؤجلا لا يرجع على المستعير قبل حلول الدين؛ لأنه قضى عنه دينه مؤجلا، وإن كان المعير معسرا والراهن موسرا والدين حال ضمن الراهن ولا يرجع على أحد، وإن شاء المرتهن استسعى العبد؛ لأن المولى أعتقه وهو معسر ومنفعة العتق حصل له، ثم العبد يرجع على أيهما شاء المولى والراهن، فإن كان الدين مؤجلا يستسعي العبد لا غير؛ لأنه لم يؤخذ من الراهن إتلاف حقه ولا دينه حال حتى يطالبه بدينه ويرجع العبد على مولاه؛ لأنه قضى عنه دينه بأمره للحال لا على المستعير؛ لأنه لم يقض عنه دينا مؤجلا رهن أمة قيمتها ألف بألف فجاءت بولد يساوي ألفًا فادعى الراهن الولد وهو موسر ضمن المال.

(**المنتقى**): وتجب السعاية على الحر في **أربع مسائل**:

إحداها: العبد المرهون إذا أعتقه المولى أو دبره أو كانت جارية فاستولدها والدين حال وهو معسر على ما مر ثم يرجع المعتق على المولى بالسعاية والمدبر وأم الولد لا يرجعان به والفرق أن السعاية كسب وأكساب المدبر ملك المولى فالقضاء لا في ملك المولى وكذلك لا رجوع فأما كسب المعتق ملكه؛ لأنه حر وقد قضى دين المولى من كسبه وملكه وهو مضطر فيه فيرجع به على المولى، **والثانية**: الوارث إذا أعتق عبدا لتركة ثم ظهر دين الميت فعلى العبد أن يسعى في قيمته للغرماء؛ لأنه ظهر أنه أعتقه وقد كان حق الغرماء متعلقًا به فيسعى لحق الغرماء كما لو كان الدين ظاهرا فأعتقه الوارث وهو معسر، **والثالثة**: إذا أعتق أمته على أن تزوج نفسها منه فأبت فعليها قيمتها له؛ لأنها شرطت للمولى منفعة بمقابلة العتق ولم تصل المنفعة إليه فيجب عليها رد ما يقابلها والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الرد فيرد خلفه وهو السعاية كما لو أعتقه على عبد فاستحقه آخر. **والرابعة**: لو أعتق عبد عبده المأذون المديون في التجارة على ما يأتي في المأذون. ثم المسائل على ثلاثة أوجه: **أحدها**: في دعوة المولى ولد المرهونة، **والثاني**: في إعتاق المرهون بإذن المرتهن، **والثالث**: في إعتاق المشتري المبيع قبل القبض. أما **الأول**: رجل رهن أمة له بدين عليه فحملت وأقر الراهن أنه منه ثم ولدت والراهن معسر فلا سعاية على

الولد؛ لأنه صار حرا في بطن أمه فلم يصر رهنًا تبعا لأمه وإن ولدت ثم ادعاه قسم الدين على قيمة الأم والولد فما أصاب قيمة الولد يسعى الولد في الأقل منه ومن قيمته وسعت الأم فيما بقي بالغا ما بلغ لما بينا.

والثاني: ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله: لو أعتق الراهن العبد المرهون بإذن المرتهن والراهن معسر لا شيء على العبد، ولو أعتق المولى عبده المأذون المديون بإذن الغريم فللغريم أن يضمن مولاه القيمة والفرق أن المرهون قد يخرج من الرهن بإذن المرتهن، فإذا أذن بالإعتاق فقد رضي بخروجه عن الرهن؛ لأن الحر لا يقبل الرهن ولا يمكنه تضمين المولى ولا العبد؛ لأنه لما أعتقه بإذنه وأمره فهو قد رضي بإبطال حقه فصار كما لو أعتقه المرتهن بإذن الراهن، فأما المأذون لا يبرأ عن الدين بعتقه؛ لأن الدين واجب في ذمته متعلق بماليته استيفاء لا وجوبا، فالغريم بالإذن بالإعتاق لم يرض بإسقاط دينه ومتى بقي الدين في ذمته بقي متعلقا بماليته وقد أتلفها المولى بالإعتاق فيضمن قيمته.

وذكر الحسن بن زياد رحمه الله: لو كان الدين مؤجلا على الراهن فأعتق الراهن المرهون استسعى العبد في قيمته وتكون القيمة رهنًا في يد المرتهن، فإذا أحل المال لم يكن للمرتهن أن يقبض منها شيئًا؛ لأنها ملك العبد لا ملك المولى لكن يمسكها حتى يستوفي من الراهن دينه إلا أن يشاء المعتق أن يجعل القيمة قضاء لحقه ويرجع به على الراهن متى أيسر. **والثالث**: ذكر بشر بن الوليد لو أعتق المشتري العبد المبيع قبل أداء الثمن وهو معسر لا سعاية على العبد؛ لأن المبيع مضمون بالثمن لا بقيمته والثمن لا يسقط عن المشتري بالإعسار، وقال أبو يوسف في (**نوادر هشام**): يسعى العبد في قيمته للبائع ثم يرجع بها على المولى؛ لأن المبيع في يد البائع بمنزلة المرهون؛ لأنه محبوس بالثمن وهذا يسقط الثمن بهلاكه في يد البائع وقال أيضًا في الرهن: أملا لو كان المشتري قبضه بغير إذن بائعه وباعه من آخر فأعتقه المشتري الأخير قبل قبضه من المشتري الأول جاز عتقه ما دام العبد في يد المشتري الأول.

وإن كان في يد البائع الأول لم يجز عتق المشتري الأخير وفي موضع جاز عتقه

ببيع البائع الأول المشتري الأخير بقيمة العبد ويكون في يده محبوسا حتى يستوفي الثمن من المشتري الأول ثم يرد القيمة على المشتري الأخير إلا أن تكون هذه القيمة بقضاء قاضٍ فكان البيع من المشتريين فلا ترد هذه القيمة المشتري الأخير لكن يرجع المشتري الأخير على البائع الثاني بهذه القيمة.

(باب تصرف المرتهن في الرهن)

(**المبسوط**): وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن خلافًا لبعض الناس؛ لأن النائب له حق الإمساك والاحتباس دون الانتفاع والارتفاق، وكذلك ليس للراهن أن ينتفع به بغير إذن المرتهن خلافا للشافعي؛ لأن المقصود من الرهن الاستيثاق وذلك بأن يضجر الراهن بحبس الرهن فيسارع إلى قضاء الدين ولا يتحقق ذلك ما لم يصر محجورًا عن الانتفاع، وقوله عليه السلام: "**الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ**"[1] معناه يركبها للسقي والعلف ويحلبها ليكون ذلك رهنًا لا ليتركها حتى تضيع أو تهلك الدابة.

ولو انتفع المرتهن بالرهن من غير إذن الراهن يصير غاصبًا؛ لأنه استعمل مال غيره بغير إذنه فيصير ضامنا حتى لو هلك في يده يضمن قيمته ويكون رهنًا مكانه إذا كان الدين مؤجلا؛ لأن قبض الراهن يفوت بالاستعمال وهو القبض للاحتباس والإمساك وصار قبضه للاستعمال فلم يبق قابضا بحكم الرهن وصار قابضا بجهة الغصب وإن ترك الانتفاع فهو رهن على حاله؛ لأن عقد الرهن لا ينفسخ بالاستعمال فكان بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق، ولو هلك في حالة الانتفاع بإذنه هلك بغير شيء؛ لأن استعماله بإذن الراهن كاستعمال الراهن، ولو استعمل الراهن بإذن المرتهن فهلك في حالة الانتفاع لم يسقط الدين؛ لأنه لم ينو القبض بجهة الرهن فلم يصر مستوفيا الدين بهلاك الرهن فكذا هذا، وإن ترك الاستعمال فهو رهن حتى لو هلك يسقط الدين؛ لأن العقد السابق مطلق وهو قائم

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢٣٤٧).

لم يرتفع بزوال القبض المترقب عوده المتوهم وجوده في كل ساعة ولحظة إلا أنه ارتفع حكمه وهو الضمان في زمان لا يرتفع في زمان آخر كما في الوديعة الأمر من بالحفظ لا يرتفع بالخلاف الواقع المترقب زواله فكذا هذا وكذلك إن أعاره أحدهما من الآخر فهلك حالة الانتفاع لم يضمن وبعده يضمن؛ لأن الضمان لا يجب مع صدور الإذن من صاحب الحق بالانتفاع.

وليس للمرتهن أن يؤاجر ويعير؛ لأنه لا يملك الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه، فإن أجره بغير إذن الراهن فالأجرة له ويتصدق بها؛ لأنه بالإجارة صار غاصبا والغاصب إذا أجر المغصوب فالأجرة له ويتصدق بها عندهما خلافا لأبي يوسف لما عرف.

وإن أجر بإذن الراهن فالأجر للراهن وينتقض الرهن بخلاف ما لو أعار بإذن الراهن لا ينتقض الرهن والفرق أن الإجارة عقد لازم لا يملك المرتهن إبطاله وإعادة العين إلى يده؛ لأن بالإجارة صارت اليد حقا للمستأجر فلا يتصور أن تبقى اليد حقا للمرتهن فتضمنت الإجارة بطلان حقه فغاب المعقود عليه فأوجب انتقاض العقد، فأما الإعارة ليست بلازمة ولم تصر اليد حقا للمستعير فبقي له إمكان إعادة العين إلى يده فكأنه لم تفت اليد. باع المرتهن زوائد الرهن بغير إذن القاضي لم يجز بيعه ويضمن قيمته وإن خاف تلفه.

وإن جذ الثمار وحلب اللبن جاز استحسانًا؛ لأن المرتهن مأمور بالحفظ غير مأذون بالبيع وحلب اللبن وقطف الثمار من جملة الحفظ؛ لأنه تحصين وتصوين عن الفساد فيكون مأذونا فيه دلالة والبيع ليس من جملة الحفظ، فإن إزالة العين عن ملك المالك لا يكون حفظا للعين، فإن خاف الفساد ويمكنه صونه عن الفساد بأن يرفع الأمر إلى القاضي حتى يبيعه أو يأذن له بالبيع إن كان المالك غائبا، وإن كان حاضرا يرجع إليه، وإن كان بعيدا من القاضي والمالك لو باعه بنفسه لا يضمن هكذا رُوي عن محمد رحمه الله؛ لأنه في مثل هذه الحالة يصير مأذونا من جهة المالك بالبيع دلالة وليس للمرتهن ولا للراهن أن يزرع الأرض ولا يؤاجرها؛ لأنه ليس لهما الانتفاع بالرهن.

(**المنتقى**): ولو أودع المرتهن المرهون إنسانًا بإذنه وهلك في يد المودع سقط الدين كما لو أعار من غيره بإذن الراهن فقد خرج من ضمان المرتهن وله أن يسترده؛ لأن عقد الرهن قائم ولكن حكمه وهو الضمان مرتفع في زمان لما بينا.

ولو أجره من أجنبي سنة بغير أمر الراهن وانقضت السنة ثم أجاز الراهن الإجارة لم تصح؛ لأن الإجارة لاقت عقدا بقضاء مفسوخا للمرتهن أن يأخذها حتى يصير رهنًا كما كان، وإن أجاز بعد مضي ستة أشهر جاز ونصف الأجر للمرتهن يتصدق به ونصفه للراهن، وليس للمرتهن أن يعيدها في الرهن لما بينا. ذكر أبو الليث في (**العيون**): ولو أعار المرتهن الرهن من الراهن ثم مات الراهن، فإنه يرجع إلى المرتهن ولا يكون أسوة الغرماء؛ لأن الرهن لم ينفسخ بالإعارة فيكون الرهن في يد المستعير ككونه في يد المعير فكان مقبوضا له وبالموت انفسخت الإعارة فعادت يد المرتهن كما كانت.

ولو ارتهن جارية ثم أعارها الراهن فولدت عند الراهن ثم مات فللمرتهن أن يعيد الولد في الرهن بحصته؛ لأن الرهن لم ينتقص بإعارة الرهن من الراهن فيسري حكمه إلى الولد.

(باب رهن المكاتب والمأذون)

(**المبسوط**): المكاتب كالحر في الرهن والارتهان.

وذكر الطحاوي أن على قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز.

والصحيح هو الأول؛ لأن الرهن إيفاء والارتهان استيفاء وهو في إيفاء الدين واستيفائه بمنزلة الحر.

رهن بالمكاتبة عبدًا فاعورَّ ذهب نصف المكاتبة؛ لأن العين من الآدمي نصفه وإن أبق بعتقه؛ لأن الإباق في معنى الهلاك ولكن لا يثبت الإباق إلا بالقضاء به؛ لأن الآبق هالك معنى؛ لأن المكاتب عجز عن الوصول إليه بالإباق إلا أنه قائم حقيقة؛ لأن الحياة أصل والموت عارض فيتصور عوده ويتوهم كرّه فلا يترجح جانب الهلاك على جانب القيام إلا بالقضاء، فإذا قضى بالإباق ثبت هلاكه فيحكم

بعتقه وإن وجد العبد رده أي عاد إلى ملك المكاتب ورجع بالمال، وله أن يمسك العبد حتى يأخذ المال والمكاتب حر بالعتق الأول؛ لأن المرتهن بالهلاك يصير مستوفيا ومتملكا مالية الرهن لا عينه بل يبقى على حكم ملك الراهن حتى يكون الكفن عليه ومتى عاد العبد على ملك المكاتب صارت المالية مع العين ملكا له فانتقض الاستيفاء؛ لأنه ظهر أن المستوفي وهو أن المالية لم تصر ملكا له فصار كما لو ظهر أنه كان مستحقا، ولا ينتقض العتق؛ لأن العتق لا يقبل النقض والإبطال.

فأما الاستيفاء يقبل النقض والإبطال. فرق بين الرهن وبين البيع، فإن المبيع متى عاد من الإباق لا يعود البيع، والمرهون متى عاد من الإباق يعود الرهن، فالفرق أن بهلاك المبيع قبل القبض ينفسخ البيع ولا يعود ثانيًا إلا بتحديد من ذي عقد وبهلاك المرهون حكما لا ينفسخ الرهن بل يتقرر؛ لأن المقصود من الرهن الإيفاء، والإيفاء إنما يتحقق بالهلاك فكان القضاء بالهلاك تقريرًا لعقد الرهن لا فسخا وإذا لم ينفسخ جاز أن يكون العبد رهنًا متى ظهر، وكذلك لو وجد به عيبا فرده على المكاتب يوم الدفع يرجع عليه بالمال ويمسكه حتى يأخذ المال.

(فصل)

رهن العبد التاجر وارتهانه جائز؛ لأنه قضاء واقتضاء وهو يملكهما كالمكاتب ولا يجوز أن يرهن عن غيره، وإن أذن له مولاه إذا كان عليه دين، وكذلك إذا أعاره ليرهنه فلو لم يكن عليه دين جاز بإذنه وكذلك المكاتب؛ لأنه بمنزلة الإقراض له وإقراض العبد المأذون المديون بإذن المولى غير جائز؛ لأنه إنما امتنع جواز إقراضه لحق الغرماء لا لحق المولى وغير المديون إنما لا يجوز إقراضه لحق المولى فيجوز بإذنه ولا يرهن العبد التاجر نفسه إلا إذا أجاز المولى ولا دين عليه؛ لأن بيعه نفسه لم يدخل تحت الإذن بالتجارة؛ لأنه لو دخل تحت الإذن لا يحجر والشيء لا يوجب صده، وإذا لم يجز بيعه لم يجز رهنه؛ لأنه لو ملك رهنه لا يحجر وينفي رهنه وارتهانه بعد الحجر كالمكاتب إذا عجز؛ لأنه لو قضى أو اقتضى ثم حجر عليه

كان ماضيا على حاله فكذا هذا، وإذا كان عليه دين جاز أن يرتهن مولاه، وإن لم يكن عليه دين لا يجوز؛ لأن صحة ارتهان العبد من المولى معلقة بوجوب الدين له على المولى فمتى وجب له دين على المولى صح ارتهانه منه وإلا فلا والعبد المديون يستوجب دينا له على مولاه فصح ارتهانه منه وغير المديون لا يستوجب فلا يصح رهن المولى شيئًا من متاعه وعليه دين لا يجوز.

وإن أجاز العبد والغرماء؛ لأنه تبرع؛ لأنه إقراض ماله من المولى والعبد لا يملك التبرع بإجازة الغرماء؛ لأن المانع من جواز التبرع قيام حقهم وأنه باقٍ بعد الإجازة. رهن العبد نفسه فأجازه الغرماء لم يجز لما بينا. رهن الصبي عن غيره بإذن أبيه لم يجز؛ لأنه تبرع والصبي لا يملك التبرع بماله بإذن وليه لما فيه ضرر به.

(باب رهن [المضارب][1] والشريك)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في رهن المضارب وارتهانه.

والثاني: في رهن الشريك المفاوض أو العنان.

(فصل)

مسائله على **أربعة أوجه**: إما أن يكون رب المال أمره بالاستدانة والرهن جميعًا أو لم يأمره بهما أو أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن أو على العكس، فإن أمره بالاستدانة والرهن جاز كلاهما وتفسير الاستدانة على المضاربة أن يشتري شيئًا بنسيئة على المضاربة ولم يبق من رأس مال المضاربة شيء بأن صار مال المضاربة كلها عروضا، فأما إذا بقي شيء من رأس المال لا يكون مستدينا على المضاربة بل يكون مشتريا للمضاربة ثم الاستدانة على المضاربة بأمر رب المال يجوز على وجه الشركة؛ لأنه لم يوجد من رب المال تسليم رأس المال في هذه الاستدانة ومن غير رأس المال لا تجوز المضاربة لما عرف، وإذا تعذر تجويزها على وجه المضاربة

(١) ما بين المعكوفتين في (س): المكاتب.

جوزناها على وجه الشركة شركة الوجوه فيكون المشترى بينهما والثمن عليهما؛ لأنه بالشراء على المضاربة والربح في المضاربة كان بينهما نصفين فلا يكون الربح بينهما نصفين إلا وأن يكون المشترى بينهما نصفين، فإذا رهن به شيئًا من مال المضاربة بأمر رب المال جاز؛ لأنه إما ملك رب المال إذا لم يكن فيه ربح أو ملكهما إذا كان فيه ربح وأيهما كان فهو جائز.

فإن هلك وفيه وفاء صار على المضارب نصفه إذا لم يكن في مال المضاربة ربح؛ لأن رب المال صار قاضيا دينه ودين المضارب من خالص ماله بأمره فيرجع بما قضى على المضارب وهو نصف الرهن؛ لأنه قضى بأمره.

وإن كان لم يأمره بهما فعلى المضارب قيمته كلها؛ لأنه لا يجوز الاستدانة والرهن على رب المال؛ لأن رب المال بعقد المضاربة أمره بأن يشتري بما دفعه إليه من مال المضاربة فلم يكن له أن يشتري بأكثر منه وإذا لم يجز شراؤه على رب المال صار مشتريا لنفسه وقد رهن مال المضاربة بدين نفسه وليس له ذلك فلا يجوز فقد رهن مال رب المال بغير إذنه فضمن قيمته متى هلك.

وإن أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن فالاستدانة جائزة والرهن فاسد في نصيب المضارب؛ لأنه رهن مال المضاربة بدين نفسه، فإذا فسد الرهن في نصيبه فسد في الكل؛ لأن نصيبه مشاع ورهن المشاع باطل، فإذا هلك الرهن يضمن المضارب نصف قيمته لرب المال؛ لأنه صار قاضيا نصف دينه من مال المضاربة والنصف الآخر قضى به دين رب المال وله أن يقضي من مال المضاربة دين رب المال.

وإن أمره بالرهن ولم يأمره بالاستدانة فالاستدانة تلزم المضارب خاصة والرهن يكون جائزًا؛ لأنه لما أذن له في الرهن ولا فضل في مال المضاربة فقد صار معيرا ماله من المضاربة ليرهنه بدينه وذلك جائز، فإذا هلك الرهن ضمن الأقل من قيمته ومن الدين.

ارتهن بدين من المضاربة جاز؛ لأن له أن يستوفي بأن باع للمضاربة وكان له أن يرهن المضاربة ألفين فاشترى عبدا بألف وقبضه ونقده ثم اشترى متاعًا بالألف الأخرى ورهن العبد جاز؛ لأنه صار مشتريا العبد للمضاربة؛ لأنه اشتراه برأس المال

فصار راهنا مال المضاربة وله ذلك؛ لأن له قضاء دين المضاربة. مات رب المال والمضاربة عروض فرهن منه شيئًا لم يجز وإن باع جاز؛ لأن المضاربة انتقضت بالموت فينبغي أن لا يملك شيئًا من التصرف في مال المضاربة كما لو كان رأس المال ناضًّا وإنما ملك البيع؛ لأنه مأمور بتحصيل رأس المال بعد انتقاضها ولا يمكنه ذلك إلا بالبيع وليس في الرهن تحصيل رأس المال فلا يملك ذلك فكان بمنزلة ما لو كان بعض رأس المال دراهم ليس له أن يشتري بها شيئًا للمضاربة بعد موت رب المال؛ لأن هذا الشراء تفويت رأس المال لا تحصيله.

وقال بعض مشايخنا: تأويل ما ذكر في الكتاب أنه رهن شيئًا من مال المضاربة بدين نفسه، فأما إذا رهن بدين المضاربة جاز؛ لأن له أن يوفي دين المضاربة بعد موت رب المال.

رهن رب المال متاعا من المضاربة وفيه فضل عن رأس المال لم يجز، فإن لم يكن فيه فضل جاز؛ لأنه متى كان فيه فضل كان مشتركا بينهما فلا يجوز رهنه في نصيب المضارب فلا يجوز في نصيبه أيضًا؛ لأنه رهن المشاع ومتى لم يكن فيه فضل كان ملكه خالصا ويضمن إن أراد بقاء المضاربة؛ لأنه استهلكه وللمضارب فيه حق وهو حق البيع ورب المال لا يملك إبطال هذا الحق عليه ما دام عروضا ولا وجه إلى إبطال تصرفه؛ لأنه لاقى ملكه الخالص فيضمن قيمته صيانة لحقه كالراهن إذا أعتق المرهون ولأن صيانة ملك رب المال واجب وصيانة حقه واجب ويمكن صيانة كلا الحقين بأن يقضي بنفاذ تصرفات رب المال ويوجب عليه قيمته حتى تقوم القيمة مقام مال المضاربة فيحصل لنفسه الربح.

فأما إذا أراد فسخها لا يضمن؛ لأن إيجاب القيمة لا يقيد لأنا متى أوجبنا القيمة للمضاربة يصير رأس المال ناضًّا فيكون لرب المال فسخها ومتى فسخها لا يضمن له شيئًا فإيجاب القيمة ابتداء لا يفيد فسخها فأما متى أراد إبقاء المضاربة فإيجابها يقيد.

(فصل)

رهن أحد شريكي المفاوضة بدين حياته رهنًا من المفاوضة جاز وهو ضامن له وليس لشريكه أن ينقضه؛ لأنه مطلق التصرف من جهة شريكه وجعل تصرفه كتصرف شريكه لما عرف ولأنه يملك أن يضع المفاوضة عند غيره على وجه لو هلك لا يضمن لشريكه كالإيداع والإعارة فلأن يملك أن يضع عند غيره على وجه لو هلك يضمن لشريكه حقه أولى؛ لأنه أوثق وآكد وإنما يضمن؛ لأنه أدى دين نفسه من مال شريكه، ولو أعار غيره ليرهنه جاز عند أبي حنيفة كالكفالة ولا يجوز عندهما كالقرض؛ لأن المعير للرهن مقرض ماله كالكفيل ثم إذا كفل أحدهما جاز عنده خلافا لهما فهذا على ذلك.

رهن أحد شريكي العنان متاعا من الشركة فهو على قسمين: إما أن رهن أو ارتهن، وكل قسم لا يخلو من **ثلاثة أوجه**: إما أن رهن بدين عليهما أدانه صاحبه، أو أدانهما جميعا، أو أدانه الراهن بنفسه.

وكل وجه لا يخلو: إما أن اشتركا على أن يبيعا جميعًا وشتى، أو اشتركا على أن يعمل كل واحد برأيه، فإن اشتركا على أن يعمل كل واحد برأيه فما رهن أحدهما أو ارتهن جاز على صاحبه في الفضول كلها؛ لأن هذا عمل في نصيب صاحبه برأيه وإن اشتركا على أن يبيعا معا أو متفرقا أن ولي الإدانة بنفسه يجوز رهنه على صاحبه لأن له أن يقضي هذا الدين من مال الشركة؛ لأنه هو المطالب بهذا الدين.

وإن أدان صاحبه أو أدانهما جميعًا لا يجوز في نصيب صاحبه؛ لأنه رهن نصيب صاحبه بدين صاحبه بغير إذنه ولم يكن هو مطالبا فيه؛ لأنه لم يقل له اعمل فيه برأيك حتى يجوز عليه في نصيب صاحبه، وإذا لم يجز رهنه في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه؛ لأن نصيبه مشاع ويضمن نصيب صاحبه إن هلك وهذا كله إذا كان الشريك راهنا، وإن ارتهن أحدهما بدين لهما ولم يشترطا في الشركة أن يعمل كل واحد منهما برأيه إن ولي هو الإدانة بنفسه يجوز ارتهانه؛ لأنه ملك استيفاء هذا الدين لأنه وجب بعقده فيملك الارتهان به؛ لأنه استيفاء حكما، وإن ولي الإدانة

صاحبه أو وليا الإدانة بأنفسهما لا يجوز؛ لأنه لا يملك استيفاء نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان بنفسه، وإذا لم يجز من نصيب صاحبه ولم يجز في نصيبه أيضًا؛ لأنه مشاع وإن هلك في يد المرتهن ذهب حصته من الدين ويرجع شريكه بحصته على المطلوب، وإن شاء رجع بها على صاحبه؛ لأن الرهن الفاسد في حق إفادة الأحكام ملحق بالصحيح فصار المرتهن مستوفيا الدين فصار مستوفيا نصيب صاحبه بغير إذنه بالهلاك فصار كما لو استوفاه حقه والدين واجب بإدانة صاحبه فلصاحبه أخذ نصف الدين منه، فإن شاء أخذ من المطلوب فكذا هذا، فإذا أخذ من المطلوب يرجع المطلوب على المرتهن بنصف قيمة الرهن طعن عيسى وقال وجب أن لا يرجع؛ لأن المرتهن أجنبي في نصيب نصيبه، ولهذا لم يبرإ المطلوب عن حصة صاحبه فصار كما لو دفع الغريم رهنًا إلى أجنبي آخر ليجبر صاحب الدين ولم يجز وقد هلك في يده لم يضمن فكذا هذا والجواب عنه أن المرتهن صار مستوفيا نصيب نفسه وصح استيفاؤه، وإن لم يكن له ولاية الاستيفاء كالموكل بالبيع لا يملك استيفاء الثمن ولو استوفى يصح استيفاؤه واستوفى نصيب صاحبه بغير إذنه وصار مضمونا عليه لأنا لو جعلناه أمانة في يده كان لصاحبه أن يشاركه فيما استوفى لنفسه، وإذا شاركه فيه وأخذ منه كان للقابض أن يرجع فيما كان أمانة في يده، فإذا أخذ ذلك كان لشريكه أن يأخذ منه نصف ذلك فيرجع بنصف ما بقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء في يده أمانة فمتى جعلنا نصيب شريكه أمانة في يده ابتداء احتجنا إلى أن نجعله مضمونا عليه انتهاء فجعلناه مضمونا في الابتداء قصرا للمسافة ولا كذلك الأجنبي أخذ رهنًا بدين لهما فقال شريكه لم يأخذه رهنًا وقال الآخر أخذت وهلك، فإن كان هو المتولي للبيع فالقول له، وإن كان وليه الآخر لم يصدق إلا إن أذن كل واحد لصاحبه بأن يعمل برأيه في الرهن؛ لأن الارتهان بمنزلة الاستيفاء فمتى ولي البيع يملك الاستيفاء فيملك الارتهان به ومتى لم يل لم يملك الاستيفاء في نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان به إلا بإذن صاحبه. كفل عن الرجل بدين وارتهن من المكفول عنه وقبض جاز؛ لأنه يثبت للكفيل عن المكفول عنه دين إلا أنه في معنى دين المؤجل والرهن يجوز بدين مؤجل.

افترق الشريكان ثم هلك الرهن في يد أحدهما وقال أخذته بديني ودينك قبل الافتراق وقال الآخر أخذته بعد الافتراق، فإن كان هو أدان وحده في الشركة أو بعدها جاز عليهما؛ لأنه حكى أمرا يملك استئنافه للحال، فإنه لو ارتهن للحال جاز فيصدق فيما حكى، وإن كان الآخر أدانه أو أدانا جميعا فعلى المرتهن البينة أنه أخذه من الشركة؛ لأنه حكى أمرا لا يملك استئنافه للحال، فإنه لو ارتهن به للحال لا يجوز فلا يصدق فيما حكى إلا ببينة كالوكيل بالبيع بعد العزل إذا قال بعت وكذبه الموكل.

فضولي أخذ بدين الآخر رهنًا لا يكون مضمونا على الآخذ؛ لأنه دفع إليه المطلوب ليكون عدلا في الرهن؛ لأنه لم يخبره أن صاحب المال وكّله بذلك والأجنبي أخذ الرهن لغيره لا لنفسه فلا يكون مضمونا عليه حتى لو قال الأجنبي الفضولي وكلني بأخذ الرهن وكذبه الراهن فيما ادعى يضمن قيمته للراهن؛ لأنه لما كذبه لم تثبت الوكالة في زعمهما فصار القابض مطالبًا بردّه؛ لأنه ما دفعه إليه للأمانة كالوكيل بقبض الوديعة إذا كذبه المودع فله أن يرجع عليه فكذا هذا، ولو صدقه الراهن في الوكالة لم يرجع على الوكيل بشيء؛ لأن الوكالة تثبت في زعم الكل وقبض الوكيل كقبضه فيكون المطالب هو الموكل فقد أبرأه عن الضمان.

(باب هلاك الرهن ونقصانه وتغيره)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

[فصل][1] في هلاكه ونقصانه.

[وفصل][2] في تغيره.

[وفصل][3] في إحياء جزئه بعد هلاك كله.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): والثاني.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): والثالث.

(فصل)

أرض مرهونة غلب عليها الماء فهي بمنزلة العبد الآبق؛ لأنه ربما يتسفل الماء فتصير الأرض منفعة فكان احتمال عودها منفعة قائمًا فلا يسقط الدين.

وذكر الحاكم في المختصر: لا حق للمرتهن على الراهن؛ لأن الرهن قد هلك؛ لأن هلاك الشيء بخروجه من أن يكون منتفعا به كالشاة إذا ماتت، ولهذا يبطل البيع إذا صارت الأرض بحرًا قبل القبض، فإن نصب الماء فهي رهن على حالها؛ لأنه جنى الرهن؛ لأنه صار منتفعا به فيعود رهنًا كالعبد المرهون إذا عاد من الإباق، فإن أفسد شيئًا منهما أو عفن يحل منها ما ذهب من الدين بحسابه؛ لأنه لم يجن النقص ولم يزل التوي عنه.

رهن عبدًا حلال الدم أو سرق عبد الراهن فقطع عند المرتهن فذلك في ضمان الراهن ولم يذهب من الدين شيء وبقي رهنًا بجميع الدين عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما السرقة عيب فيقوّم سارقا وغير سارق ويقوّم حلال الدم وحرام الدم فسقط من الدين بمقدار قيمته حلال الدم والقطع ويكون رهنًا بحصة قيمته كذلك؛ لأن هذا بمنزلة الاستحقاق عنده وبالاستحقاق لا يسقط شيء من الدين وعندهما بمنزلة العبد على ما عرف إذا اشترى عبدا حلال الدم.

ولو وجب عليه حد القذف أو الزنا أو شرب الخمر فحد عبد المرتهن فدخله عيب يسقط من الدين بقدره؛ لأن المستحق بهذه الأفعال حد زاجر لا متلف، فإذا تلف منه شيء لم يكن التلف مضافا إلى الجناية الحادثة عند الراهن فيكون التلف حادثا في ضمان المرتهن. رهن ثوبا يساوي خمسة دراهم ومثقال ذهب يساوي عشرة بخمسة دراهم هلك الذهب وليس الثوب حتى يخرق يضمن قيمة الثوب يحتسب له من ذلك درهم وثلثان؛ لأنه ذهب يدها بالذهب ثلثا الدين وذلك ثلاثة دراهم وثلث؛ لأن بإزاء الذهب ثلثا الدين وبإزاء الثوب ثلثه وقد استهلكه المرتهن فيضمن قيمته فيرفع له من ذلك قدر ما بقي من دينه وذلك درهم وثلثي درهم فيرد الباقي من قيمة الثوب وذلك قدر ما بقي من دينه وذلك درهم وثلثي درهم ثلاثة

وثلث، فإن استهلك الذهب وهلك الثوب يذهب بذهاب الثوب ثلثا الدين ويضمن مثقال ذهب فيكون رهنًا عنده بثلاثة دراهم وثلث.

(فصل)

رهن ذمي من ذمي خمرًا فصارت خلًّا لا تنقص من قيمته تبقى رهنًا؛ لأن بالتغيير من وصف المرارة إلى الحموضة ازدادت المالية ويقومها مع بقاء العين بحالها وبتبدل الصفة لا يبطل الرهن كما لو كان الرهن قلبا فانكسر وبقي الوزن على حاله ثم عندهما يجبر الراهن إن شاء افتكه بجميع الدين وأخذه، وإن شاء ضمنه خمرا مثل خمره فيصير الخل ملكا للمرتهن، وعند محمد رحمه الله إن شاء افتكه بالدين، وإن شاء جعله بالدين كما في مسألة القلب إذا انكسر ونفى يأتي في بابه.

ارتهن المسلم من كافر خمرا فصارت خلًّا فالرهن باطل ويكون الخل أمانة في يده للراهن وهو بالخيار إن شاء أخذه وقضاه دينه، وإن شاء يدع الخل بدينه إن كانت قيمة الخمر يوم الرهن كالدين؛ لأن المسلم يجوز أن يضمن الخمر للذمي بالغصب والإتلاف فيجوز أن يضمن الخمر بالرهن؛ لأنه بسبب الضمان والمضمون متى تعيب في يد الضمين يخير من له الضمان كما لو غصب المسلم خمرا من ذمي فصارت خلًّا في يده يخير الذمي؛ لأن الخمر عند أهل الذمة يصلح لمنافع ما لا يصلح له الخل فصار الخمر كالهالكة من وجه ولا وجه أن يضمن المرتهن خمرا مثل خمره؛ لأن المسلم منهي عن تمليك الخمر ولا وجه أن يترك الخل عليه ويضمن النقصان؛ لأنه يؤدي إلى الربا ولا وجه أن يأخذ الخل وضمن الدين كله؛ لأنه يتضرر به فقلنا بأنه يجعله بالدين ليندفع الضرر عنه وليس فيه ضرر على المرتهن فكذا هذا، وإذا وجبت قيمة الخمر للراهن على المرتهن فله عليه مثل ذلك فيلتقيان قصاصا بخلاف ما لو ارتهن الكافر خمرا من مسلم لا يجوز ويكون أمانة في يد المرتهن؛ لأن الخمر لا تصير مضمونة على الكافر لمسلم، فإن قبضها بجهة الضمان كما في الغصب والإتلاف. ارتهن مسلم من مسلم عصيرا فصار خمرًا فللمرتهن تخليلها ويكون رهنًا ويبطل من الدين بحساب ما نقص يعني من الكيل

والوزن بقذف الزبد؛ لأن في التخليل إحياء حق المرتهن وإصلاح الفاسد فله ذلك وفي إبقاء العقد بعد التخمير فائدة لجواز التخليل فيبقى كالعصير المبيع إذا تخمر قبل القبض يبقى البيع فكذا هذا والدين يسقط بانتقاص الرهن؛ لأنه احتبس عنده بعض الرهن ولا يسقط بانتقاص القيمة كما إذا تغير السعر، وإن كان الراهن كافرا يأخذ الخمر والدين عليه وليس للمرتهن تخليلها، فإن خللها ضمن قيمتها يوم خلل ورجع بدينه بخلاف ما لو كان الراهن مسلما فخللها لم يضمن والفرق أن هناك لا ضرر على الراهن في إيفاء عقد الرهن إلى ما بعد التخمير بل له منفعة؛ لأن ماله يصير متقوما بالتخليل ولم يصر المرتهن متلفا ماله بل محييًا لماله فلم يضمن، أما هاهنا في إيفاء العقد إلى ما بعد التخمير إضرار بالراهن؛ لأن لأهل الذمة رغائب في الخمر ما ليس مثلها في العصير وهو لم يرض بكون الخمر رهنًا فلو بقينا عقد الرهن بعد تغير ملكه في حقه يؤدي إلى الضرر به؛ لأن الخمر مع العصير جنسان مختلفان في حق أهل الذمة وهو لم يعقد الرهن على الخمر وإنما عقد على العصير فلا يبقى العقد فيكون للراهن أخذ الخمر من المرتهن، فإن خللها يضمن قيمتها؛ لأنه أتلف الخمر بالتخليل على الذمي لما بينا.

رهن ذمي من ذمي جلد ميتة ودبغه المرتهن لم يكن رهنًا وأخذه الراهن وأعطاه أجرة الدباغة إن كان لها قيمة؛ لأن جلد الميتة ليس بمال عند أحد فلم ينعقد العقد لفوات المحل فلا يعود جائزًا لحدوث المجلبة من بعد كما لو رهن من مسلم خمرا فصارت خلًّا، فإذا دبغه بشيء له قيمة بقي أثره في الجلد فيكون على صاحب الجلد قيمة ما زاد الدباغ فيه كمن صبغ ثوب إنسان بصبغة فصاحب الثوب يأخذه بقيمة ما زاد الصبغ فيه فكذا هذا. رهن ذمي من ذمي خمرا ثم أسلما لم يبق رهنًا أي لم يبق مضمونا، فإن خللها أو تخللت فهي رهن؛ لأن الخمر لا تصلح أن تكون مضمونة للمسلم على أحد ولكن لا يبطل الرهن؛ لأنه إنما خرج من أن تكون مضمونة لمعنى يتوهم زواله، فإذا زال العارض بأن صارت خلا يكون رهنًا على حاله؛ لأن في إبقاء الرهن فائدة وينبغي أن يكون للمرتهن ولاية الحبس للتخليل.

(فصل)

ولو رهن شاة فماتت ودبغ جلدها فهو رهن والمرتهن متبرع في الدبغ؛ لأن حكم الرهن وهو الاستيفاء يتأكد ويتقرر بالهلاك والشيء لا يبطل عند تأكد حكمه وتقرره فبقي العقد، فإذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا قائمًا فثبتت حكمه بقسطه؛ لأن عود المالية في حق الجلد بالدباغ كان مترقبا فكان إيفاء العقد مقيدًا كالعصير إذا تخمر والعبد الآبق إذا عاد من الإباق يكون رهنًا فكذا هذا، بخلاف الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض فدبغ جلدها لا يعود البيع؛ لأن العقد هناك انتقض بالموت قبل القبض ولا عود للبيع بعد الانتقاض قيل في البيع أنه يعود أيضًا لما مر في البيوع ثم الجلد بكم يصير رهنًا وأنه لا يخلو من **ثلاثة أوجه**: إما أن كانت قيمة الشاة مثل الدين أو أكثر أو أقل، فإن كانت مثل الدين بأن كان الدين عشرة والشاة تساوي عشرة يوم ارتهنها ينظر كم كان يساوي جلدها ولحمها يوم الارتهان؛ لأن الأصل يوم أن قيمة الرهن إنما يعتبر يوم الارتهان، فإن كان الجلد يساوي درهما واللحم يساوي تسعة فالجلد رهن بدرهم وسقط من الدين تسعة؛ لأن بإزاء الجلد درهمًا وبإزاء اللحم تسعة، وإن كانت قيمتها أكثر من الدين بأن كانت قيمتها عشرين والدين عشرة ينظر إن كان الجلد يساوي درهما والباقي تسعة عشر فالجلد رهن بنصف درهم، وإن كانت قيمتها أقل من الدين بأن كانت تساوي خمسة والجلد درهم واللحم أربعة سقط من الدين أربعة وبقي الجلد رهنًا بستة؛ لأن بالهلاك سقط خمسة من الدين مقدار قيمة الرهن وبقي الدين خمسة، فإذا دبغ الجلد فقد حتى خمس الرهن فعاد خمس الدين الذي كان بإزائه وهو درهم وسقط أربعة التي كانت بإزاء اللحم لأنه لم يزل التوي عن اللحم وكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد رهنًا بستة مضمونًا بستة بدرهم؛ لأن كل جزء من أجزاء الشاة مرهون بجميع الدين مضمون بمقدار قيمته فكذا الجلد هذا إذا دبغ بشيء لا قيمة له، فإن دبغ بشيء له قيمة، فإنه يستحق المرتهن الحبس بما زاد الدباغ فيه كالغصب، فإذا استحق الحبس بدين آخر حادث هل يبطل الرهن الأول؟

قال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله: لقائل أن يقول: يبطل الرهن الأول في حق الجلد ويصير الجلد رهنًا بما زاد الدباغ فيه كما لو رهن الراهن هذا العين بدين حادث ولقائل أن يقول يبقى الرهن الأول ويصير محبوسا بقيمة الدباغ حتى لا يكون للراهن أن يفتكه ما لم يرد ما بإزائه من الدين وقيمة الدباغ؛ لأن المالية التي اتصلت بالجلد مع الجلد؛ لأنها وصف له والوصف تبع الأصيل إلا أنه لا يمكنه حبسها لا بحبس الجلد فاستحق حبس الجلد تبعًا لحبس مالية الجلد وحبس الجلد كان ثابتا بعقد الرهن أصلا ومقصودا فلا يرتفع بما هو ثابت تبعًا إذ الثابت تبعًا دون الثابت مقصودا ولا شيء والشيء لا يبطل بما هو دونه فبقي الأول وثبت الثاني؛ لأن سببه قد تحقق وأنه لا يمكن رده.

(**المنتقى**): مسائله على فصلين:

فصل في الهلاك والنقصان.

وفصل في الرهن ببعض الدين ثم ببعض آخر.

(فصل)

رهن المطلوب عبدًا قيمته ألف بألف ورهن الكفيل لها عبدًا قيمته ألف قال: إن مات أحدهما مات بخمسمائة؛ لأن كلا الرهنين قد صحا فينقسم الدين عليهما نصفين كما لو رهنا عبدين معًا.

وذكر في آخر هذا الكتاب من (**المنتقى**): إن لم يكن علم بالرهن الأول ضاع بألف.

ولو لم يكن كفيلا بالدين ولكنه تبرع بالرهن قبل أن يهلك عبد المطلوب هلك بالألف كلها، وإن هلك عبد المتطوع هلك بخمسمائة؛ لأن المطلوب رهنه ولا رهن بالدين فيكون رهنًا بجميع الدين والمتطوع رهنه وبالدين رهن فلا يصير رهنًا إلا بخمسمائة.

ونظيره ما روى هشام عن محمد رحمهما الله: رهن أجنبي بدين آخر وهو ألف عبدًا بغير أمر المطلوب ثم أجنبي آخر رهنه عبدا آخر بغير أمر المطلوب فهو جائز

والأول رهن بالألف والثاني رهن بخمسمائة؛ لأن الأول تبرع بالرهن ولا رهن بالدين فيكون رهنًا بجميع الدين والثاني رهن وبالدين رهن فلا يصير رهنًا إلا بخمسمائة.

وذكر الحسن في (**المجرد**): عن أبي حنيفة رحمهما الله: إذا أبق عبد الرهن ثم وجد بطل من الدين بقدر نقصان الإباق؛ لأنه بالإباق صار معيبا، فإنه لا يشترى بعد الإباق بما يشترى قبله.

(فصل)

رجل له على رجل دين فأعطاه ثوبًا فقال: هذا رهن ببعض حقك وقبضه وهلك.

قال زفر: يهلك بقيمته؛ لأنه مقبوض بحكم رهن فاسد؛ لأن الرهن ببعض الدين فاسد؛ لأن المرهون به مجهول. وقال أبو يوسف رحمه الله: يذهب بما شاء المرتهن ويرجع عليه بفضل الدين؛ لأنه قبضه بحكم الرهن فيكون قبضه بجهة الاستيفاء والقول قول المستوفي في مقدار ما رهن به وأمكن تصحيح هذا الرهن لما جعلنا البيان إلى المرتهن في مقدار المرهون به.

رجل له على رجل ثلاثون درهما فرهنه ثوبا يساوي عشرة بعشرة من الثلاثين ثم رهنه ثوبا آخر قيمته عشرون درهما بعشرين من الثلاثين ثم رهنه ثوبا آخر قيمته ثلاثون درهما بالثلاثين كلها قال إن هلك الثوب الأول هلك بثلاثة دراهم وثمانية أتساع درهم، وإن هلك الثاني هلك بثمانية دراهم وثمانية أتساع درهم، وإن هلك الثالث هلك لسبعة عشر درهما وتسعي درهم، ولو كان عليه مائة فرهنه ثوبا يساوي خمسين درهما بمائة ثم رهنه ثوبا يساوي خمسين بخمسين من المائة قال أيهما هلك بثلاثة وثلاثين وثلثين هلك الثاني هلك بأحد وأربعين وثلثين، وكذلك لو كانت الدراهم خمسون فيها سوداء أو خمسون بيضاء فرهنه ثوبا قيمته خمسون بالخمسين القبض ثم رهنه ثوبا آخر قيمته خمسون بالبيض والسود فالجواب فيه على التفصيل الذي ذكرناه.

(باب رهن المكيل والموزون)

(**المنتقى**): قال محمد رحمه الله: إذا كان الرهن مثل الدين كيلًا أو وزنًا أو أكثر وقيمته مثل قيمته أو أكثر ذهب بما فيه؛ لأنه صار مستوفيًا لمثل حقه.

وإن كان الرهن أقل من الدين كيلًا أو وزنًا أو قيمة أو كان مثله كيلًا، وإن كان أقل قيمة منه لم يذهب بالدين ويضمن المرتهن مثله ويأخذ دينه وكذلك إذا فسد.

ولو رهنه كر حنطة تساوي مائة بكر دقيق يساوي مائة فضاعت الحنطة ذهبت بما فيها؛ لأن الرهن أكثر كيلا وقيمة؛ لأن الحنطة متى طحنت تزيد على كر الدقيق.

ولو رهنه كر دقيق يساوي مائة بكر حنطة يساوي مائة فضاع الدقيق غرم المرتهن مثله ولم يذهب بالحنطة؛ لأنه أقل كيلا منها وكذلك إذا فسد، ولو رهنه كرا جيّدًا بكرين رديئين والرهن يساوي كرا ونصفًا منهما فهلك.

قال زفر: يذهب بكر رديء؛ لأنه لا عبرة للجودة في أموال الربا فصار الكر الجيد رهنًا بكرين رديئين نصفه لهذا ونصفه بذاك.

وقال أبو يوسف: إن شاء ضمّنه مثل كره وأعطاه الدين، فإن شاء عير الكر بأحد الكرين وأعطاه الباقي؛ لأن الجودة في أموال الربا لها قيمة في غير عقود المعاوضات والرهن عقد استيفاء لا معاوضة حقيقة فصار كمن له الجياد إذا استوفى الرديء أو من له الرديء إذا استوفى الجياد وهلك له أن يرد المقبوض ويستوفي حقه عنده فهذا على ذلك. قال محمد رحمه الله: رجل رهن رجلا كرا من طعام قيمته ثلاثمائة درهم بكرين قيمتهما مائتان فأصاب الكر الرهن ماء فنقصه مائة وكيله واف على حياله بعوض المرتهن كرًّا يساوي مائتي درهم وخمسين؛ لأن الكر الرهن كان منه مائة مضمونة بأحد كري الدين، ألا ترى لو كان قيمة كر الرهن مائة فهلك ذهب بأحد الكرين الدين وكانت إحدى هاتين المائتين مضمونة بأحد كري الدين والمائة الأخرى ليست بمضمونة فكان في الرهن فضل مائتين في الجودة وقيمتهما ثلاثمائة فمائة منها مضمونة والمائة الأخرى أمانة فلما أصابه ماء فنقص

من جودته مائة جعلنا نصفها من الأمانة ونصفها من الضمان فسقط عنه حصة الأمانة وهي خمسون درهمًا وغرم حصة الضمان وهي كر يساوي مائتين وخمسين.

ولو هلك نصفه ثم أصاب النصف الثاني ماء فصار يساوي مائة ونقصه الماء خمسين درهما يغرم المرتهن كرا قيمته مائتان وخمسة وعشرون؛ لأن النصف الهالك كانت قيمته مائة وخمسين أثلاثا ثلثه أمانة وثلثاه مضمون فبطل على المرتهن حصة الأمانة ووجب عليه نصف كر يساوي مائة مكان المضمون منه، فأما النصف الباقي لما نقصه خمسين من الجودة كانت هذه الخمسون نصفها أمانة ونصفها مضمونة فبطلت عنه حصة الأمانة خمسة وعشرين ولزمته حصة المضمون خمسة وعشرين ولزمه نصف كر يساوي مائة وخمسة وعشرين.

(باب افتكاك الرهن)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

[فصل][1] في كيفية الافتكاك.

[وفصل][2] في افتكاك على بدل الرهن.

[وفصل][3] في الافتكاك على ولده.

(فصل)

الرهن بالدين محبوس بكله سواء كانت قيمة الرهن أقل أو أكثر وسواء كانت عينا واحدة أم أعيانا مختلفة الجنس والقيمة والمنفعة وليس للمرتهن أن يسترد شيئًا من ذلك بقضاء بعض الدين؛ لأن الرهن محبوس بجميع الدين ولا تتوزع أجزاء الرهن على أجزاء الدين؛ لأنه يصير رهن المشاع وأنه باطل فيبقى حق الحبس ما بقي شيء من الدين، وإذا طلب المرتهن دينه يقال للمرتهن أحضر الرهن، فإذا

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الأول.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): والثاني.

(٣) ما بين المعكوفتين في (س): والثالث.

أحضر الرهن أمر الراهن بتسليم الدين إليه؛ لأن الرهن وثيقة للاستيفاء فكان له استدامة الوثيقة حتى يستوفي الدين ولأنه إذا لم يكن حاضرا وسلم الدين تأخر حقه في التسليم فلا تتحقق المعادلة وتحقيق المعادلة في المعاوضة واجب، وكذلك لو باع العدل الرهن بالدنانير أو قبل الرهن فقضى بالقيمة فقبضها المرتهن ثم طلب دينه، فإنه يؤمر العدل بإحضار الدنانير والمرتهن بإحضار القيمة، فإذا قبض دينه دفع القيمة؛ لأن الرهن يحول إلى الثمن وإلى القيمة؛ لأنه بدله.

ولو كان الرهن على يدي عدل وجعلا للعدل أن يضع عند من أحب وقد جعله العدل عند رجل وطلب المرتهن دينه من الراهن لم يؤمر المرتهن بإحضار الرهن؛ لأن الراهن لم يرض ببدل المرتهن فلا يلزمه إحضار ما ليس في يده. قال محمد رحمه الله: ألا ترى أن المرتهن لو أخذ الجارية من العدل كان غاصبا ضامنا فكيف يلزمه إحضار شيء لو آخذه كان غاصبًا ضامنًا.

ولو كانت الجارية في يدي المرتهن فالتقيا في بلد آخر يطالبه بدينه يؤمر بدفع المال إلى المرتهن؛ لأن المرتهن لا يلزمه أن يسافر بالمال؛ لأنه يلزمه موته في النقل أو يصير ضامنا في قول بعض الفقهاء وقد يحتاج إلى استيفاء حقه في حالة حاجة ماسة ضرورية فلا يجوز التأخير في قضائه.

رهن مائة شاة بألف كل شاة بعشرة وأدى عشرة ليس له أن يسترد شاة وفي رواية الزيادات برد شاة، وكذا لو رهن عبدين كل عبد بخمسمائة فقضاه خمسمائة ليس له أن يأخذ أحدهما على رواية (**المبسوط**): وفي رواية (**الزيادات**): له ذلك وهذا بناء على أن تتعدد التسمية وبيان الحصة بتعدد الصفقة على رواية (**الزيادات**): وعلى رواية الرهن تتحدد الصفقة، وجه رواية الرهن أن العقد متحد حقيقة ولا يصير عقودا متفرقة بتفرق التسمية، ألا ترى لو باع مائة شاة كل شاة بعشرة فنقد المشتري عشرة ليس له أن يأخذ شاة فكذا هذا. وجه رواية (**الزيادات**): أن الصفقة متحدة ذكرا متعددة معنى؛ لأن حصة كل واحد من الدين معلوم يقينا وإحاطة تسميته على حدة وهذا حكم عقود متفرقة والعبرة للمعنى لا للصورة بخلاف البيع؛ لأن في جعلها عقودًا متفرقة إلحاق الضرر بالبائع؛ لأن المشتري يقبل العقد في الجيد ولا يقبل في

الرديء وفي ذلك ضرر عليه؛ لأنه إذا زال الجيد عن ملكه لا يمكنه أن يروج الرديء بثمن الجيد وهنا ليس في جعلها عقودا متفرقة إلحاق الضرر بالراهن؛ لأن المرتهن إن قبل الرهن في الجيد دون الرديء لا يتضرر به الراهن؛ لأنه لا يزول الجيد عن ملكه حتى يبقى له الرديء لا غير.

(فصل)

عبد مرهون بألف وقيمته ألف فقتله عبد قيمته مائة فدفع به فالمدفوع رهن بجميع الألف ويجبر الراهن على افتكاكه عندهما.

وقال محمد رحمه الله: يتخير الراهن إن شاء افتكه، وإن شاء تركه عند المرتهن بالدين.

وقال زفر: يفتكه بقدر قيمته وسقط الباقي الدين.

لزفر: أن المقتول لو كان قائمًا ونقصت قيمته يبطل من الدين بقدر النقصان فكذلك بدله؛ لأنه قائم مقامه.

لمحمد: أن النقصان ما كان لفوات جزء من العين بل باعتبار تغيره وتبدله فصار كالمغصوب إذا قتله عبد آخر وقيمته أقل من قيمة المغصوب كان للمغصوب منه أن يطالبه بالقيمة فكذا هذا.

لهما: أن التغير لم يظهر في نفس العبد؛ لأن الثاني قام مقام الأول لحمًا ودمًا فصار التغير فيه بمنزلة التغير من حيث النقصان بتغير السعر، وكذلك لو كان العبد الرهن نقص من حيث السعر حتى صار يساوي مائة فقتله عبد آخر يساوي مائة ودفع به فهو على هذا الخلاف.

(فصل)

ارتهن أمتين فولدت إحداهما وقيمتهما سواء وقيمة الولد مثل قيمة الأم فماتت الأم يسقط ربع الدين ويفتك الولد بربع الدين والتي لم تلد بنصف الدين؛ لأن الولد لما بقي إلى وقت الفكاك وصار له حصة من الدين؛ لأنه جرى عليه قبض مقصود

من الراهن انقسمت حصة الأم عليهما نصفين لأنهما في القيمة سيَّان فصار بإزاء كل واحد منهما نصف النصف وهو ربع الكل، فإن ولدت البنت يوم موت الأم بينما مثلها كان للبنتين ثلثا النصف؛ لأن البنت السفلى صارت تابعة للجدة لا لأمها في الرهن؛ لأنه لم يرد على أمها عقد وإنما ورد العقد على الجدة والعقد على الجدة قائم لم ينفسخ بهلاكها؛ لأن بهلاك الرهن يتقرر العقد ويتأكد بحصول ما هو المقصود منه وهو الاستيفاء، وإذا صارتا تابعتين للجدة صار كأن الجدة ولدتهما وانقسمت حصتهما عليهن أثلاثا إذا تعيبا إلى وقت الفكاك ولو ولدت ولدًا وولد ولدها ولدًا وقيمتهن سواء انقسم ما فيها من الدين عليهن لما بينا.

ولو اعورّت إحدى الابنتين ذهبت بموت الأم أربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من النصف، ولو كان هذا في الدقيق بقيت للبنتين ثلاثة أخماس النصف؛ لأن العين من الدائر ربعها فذهبت بالعور ربعها فصارت العوراء على أربعة أسهم لحاجتنا إلى الربع وصارت كل واحدة من الأخريين على أربعة أسهم فصار الكل اثني عشر جزءًا إلا أنه بالعور فات جزء منها ولم يسقط شيء من الذين لقوا به؛ لأنه فات كلها قبل الفكاك لم يسقط شيء من الدين فكذا إذا فات بعضها فيقسم نصف الدين على أحد عشر جزءًا فصار بإزاء العوراء ثلاثة وبإزاء الأم أربعة وبإزاء البنت الصحيحة أربعة، فأما العين في الآدمي نصفه فبالعوراء، فات نصف العوراء فصارت العوراء على سهمين وصارت كل واحدة من الأخريين على سهمين فصار الكل ستة وقد ذهب بالعور سهم بقي خمسة فيقسم على نصف الدين على خمسة بإزاء العوراء سهم وبإزاء الأم سهمان وبإزاء البنت الصحيحة سهمان.

(**المنتقى**): رهن رجلا ثوبين بعشرة قيمة أحدهما تسعة وقيمة الآخر ستة فاقتضى أربعة دراهم ثم هلك الثوب الذي قيمته ستة، كأن يقبل الثوب الباقي بدرهمين؛ لأن بهلاك الثوب الذي قيمته ستة صار مستوفيا للأربعة الأخرى؛ لأن العشرة متى قسمت على خمسة عشر نصيب كل ستة أربعة فبقي من الدين درهمان فلو هلك الذي قيمته تسعة أخذ الباقي بغير شيء وهلك الآخر بستة؛ لأن بمقابلته من الدين ستة ولو اشترى المرتهن من الراهن طعاما بعينه بذلك الدين فليس للراهن أخذ

الرهن قبل أن يوفيه الطعام؛ لأنه لا يصير مستوفيا وقابضا لدينه إلا بقبض بدله. قال أبو يوسف رحمه الله: لو قضى الراهن دينه وأخذ رهنه فباعه فوجد المرتهن الدراهم ستوقة له أن ينقض البيع؛ لأنه لم يصر مستوفيا لدينه ولو وجدها زيوفا لا ينقضه؛ لأنه صار مستوفيًا لدينه، وكذلك لو باعه بالدين عبدا واستحق لم يكن للمرتهن أن ينقض البيع، ولو وجده حرًّا له أن ينقضه ثم رجع أبو يوسف رحمه الله عن قوله في الستوقة والحر وقال لا ينقض البيع ولكن يضمن الراهن قيمته فيكون رهنًا، ولو كان الرهن قائمًا في يد الراهن كان للمرتهن أن يرده إلى يده في جميع ذلك، وإذا دفع المرتهن الرهن إلى رجل وقال: اذهب مع الراهن إلى كورته واقبض منه المال وادفع إليه رهنه فقال له الراهن في بعض الطريق ادفع إلى هذا الرهن بيعه وأعطيك رهنًا هو أوثق منه ففعل الوكيل فضاع الرهن قال لا يهلك بالمال والمال على الراهن ولا ضمان على الوكيل في الرهن؛ لأنه دفع الرهن إلى الراهن فأمر المرتهن؛ لأنه دفع الرهن لاستيفاء الدين وقبضه منه وهو مأمور فيه وقد وصل الرهن إلى الراهن فقد انتقصت يد المرتهن فلم يصر مستوفيًا لدينه بهلاك الرهن.

وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله في (**العيون**): هشام عن محمد رحمهما الله: رجل رهن عند رجل غلامين بألف درهم قيمتهما سواء ألف درهم، ثم قال الراهن للمرتهن إني قد احتجت إلى أحد الغلامين فرده عليّ ففعل قال الباقي رهن بالألف كلها، وإن مات مات بحصته؛ لأن بالرد عليه زالت يد الرهن فيكون الباقي في يده رهنًا بجميع الألف؛ لأن بعض الرهن يكون محبوسا بجميع الدين كما لو رهنه ابتداء إلا أن ابتداء الرهن إنما انعقد باعتبار القسمة على قدر قيمتها وبالاسترداد لم تنتقض تلك القسمة فهلك بالحصة.

(**الزيادات**): وإذا أراد الافتكاك يقال للمرتهن أحضر الرهن ويعطي الدين ثم يأخذ؛ لأن المرتهن ليس له حق حبس المرهون إلا بالدين ولو قبض الدين قبل إحضار الرهن كان حبسه بعد ذلك إلى وقت الإحضار لا بالدين فيكون ظلما، ولو جعل المرتهن مسلطا على بيعه فباعه بالنسيئة له مطالبة الراهن بالدين وليس له أن يقول أحضر الثمن لأعطيك دينك، وكذلك الرهن في يدي عدل وغاب لا يبطل

إحضار الرهن؛ لأنه عاجز عن الإحضار قبل حلول الأجل فكيف يكلف بالإحضار مع عجزه عنه وهذا؛ لأن حكم الرهن بطل من العين بالبيع ويصير الثمن رهنًا ابتداء بتراضيهما إلا أن يتحول حكم الرهن من العين إلى الثمن حتى لو توي الثمن على المشتري رجع الراهن على المرتهن بما أعطاه؛ لأن حكم الرهن لما ثبت في الثمن ابتداء صار مضمونا على المرتهن فبهلاكه يصير مستوفيا لدينه فيلزمه رد ما قبض، ولو كان الثمن دون قيمة العين فبالنقصان يكون على الراهن ولو لم يبطل حكم الرهن عن العين لكان النقصان على المرتهن، ولو كان الرهن قبل في يد المرتهن وقضى بقيمته على العاقلة في ثلاث سنين لم يكن له المطالبة بالدين حتى يحضر القيمة؛ لأن حكم الرهن تحول من العبد إلى القيمة وتعذر على المرتهن إحضاره قبل حلول الأجل فصار تعذره كتعذر إحضاره العبد الغائب عند قيامه ولو كانا في غير بلد الرهن والرهن له حمل ومؤنة للمرتهن أن يأخذه بدينه ولا يجبر على إحضاره في هذه البلدة وفي البيع ليس له طلب الثمن في غير بلد البيع والفرق أن في البيع حق المطالبة بتسليم الثمن للبائع إنما ثبت بإزاء حق مطالبة المشتري بتسليم المبيع؛ لأنه عقد معاوضة فاقتضى تسليما بإزاء تسليم، فإذا لم يقدر البائع على تسليم المبيع لا يثبت له حق مطالبة المشتري بتسليم الثمن وفي الرهن حق المطالبة بتسليم الدين لم يثبت في حق المطالبة بتسليم الرهن؛ لأن حق المطالبة بتسليم الدين كان ثابتا قبل عقد الرهن فكان له أن يطالبه بحكم المداينة السابقة ولا يجبر على إحضار الرهن؛ لأن المرتهن في حق الرهن أمين فيه ومؤنة الرد لا تجب على الأمين.

ولو كان الدين منجمًا فحلَّ يجبر طالبه به ولم يجبر على إحضار الرهن؛ لأنه غير مقيد؛ لأن إحضار الرهن للتسليم إليه وباستيفاء نجم لا يجب عليه تسليم الرهن ولا يؤمر بإحضاره.

وإن ادعى الراهن التوي وهما في بلد الرهن كلف المرتهن إحضاره استحسانا؛ لأن فيه طمأنينة القلب من غير ضرر يلحق المرتهن، فإن رأى القاضي لا يكلفه ويحلفه بالله ما توي فله ذلك؛ لأنه ربما يكون فيه نظر للمرتهن؛ لأنه ربما لا يأمن

القاضي أن يخرجه الراهن من يده بالتغلب والتسلط ويعجز القاضي عن منعه بقوته وأعوانه فإنما يأمر بذلك فيما يرى من الصلاح لهما؛ لأنه نصب ناظرا للمسلمين.

(باب اختلاف الراهن والمرتهن)

(**المبسوط**): اختلفا في قيمة الرهن بعد هلاكه فالقول للمرتهن والبينة للراهن؛ لأن الراهن يدعي عليه زيادة إيفاء وهو ينكر فكانت بينته أكثر إثباتًا. ادعى عبدًا في يد غيره أنه عبده رهنه من فلان وقبضه فلان وذو اليد يقول هو عبد لي يقضي للمدعي؛ لأن ذا اليد انتصب خصما للمدعي؛ لأنه ادعى الملك لنفسه ويوضع على يدي عدل حتى يحضر الغائب بخلاف ما لو أقر بالملك للغائب لا ينزع من يده، والفرق أنه متى أقر بالرهن للغائب فقد أقر أنه ليس له حق الإمساك؛ لأن الراهن لا يصلح أن يكون حابسا وممسكا للمرهون، وإذا زعم أنه ليس له حق الإمساك نزع من يده، فأما إذا أقر بالملك لغيره لم يقر أنه ليس له حق الإمساك؛ لأنه يتصور أن يكون ممسكا لملك الغير بحكم النيابة.

ولو ادعى المرتهن هذا والراهن غائب يدفع إليه إذا قال غصبه ذو اليد أو أخذه مني بعارية أو إجارة؛ لأنه ادعى فعلًا على ذي اليد وأنكر ذو اليد فينتصب خصمًا له فلو لم يدع على ذي اليد الأخذ من يده لا يدفع إليه؛ لأنه لو ثبت الأخذ من يده وإنما ثبت مقتضى ثبوت الرهن والرهن لم يثبت فلا يثبت الأخذ من يده كما لو ادعى عينا في يد إنسان أنه ملكه اغتصبه منه وأقام ذو اليد البينة على أنه وديعة عنده لفلان تقبل بينة المدعِي؛ لأنه ادعى فعلًا عليه فانتصب خصما له، فإن لم يدع الأخذ من يده لا تقبل بينته؛ لأنه لا ينتصب خصما فكذا هذا.

أقر المرتهن أن في يده رهنًا قيمته ألف بألف ثم جاء بما يساوي مائة فقال الراهن لم أرهنك هذا فالقول له إلا إذا يرجع سعره ما يساوي ألفا إلى مائة فالقول للمرتهن؛ لأنه إذا لم يعرف يغير السعر فالظاهر شاهد الراهن؛ لأن قيمة متاعه كانت ألفًا بإيفاء فهما وإن تغير السعر فالظاهر شاهد المرتهن.

ولو قال رهنتك وهو مسلم وقال المرتهن كافر فالقول للمرتهن والبينة للراهن وكذلك القصاص والسرقة؛ لأن الراهن يدعي عليه الإيفاء أو زيادة الإيفاء وهو ينكر فيكون القول له قال المرتهن: أخذت المال ورددت الرهن وأنكر الراهن الرد وأقاما البينة فالبينة للراهن؛ لأن بينة الراهن ثبتت للضمان على المرتهن؛ لأن ضمان الرهن وهو الاستيفاء لم يكن ثابتا بالقبض السابق؛ لأن قبض الرهن قبل الهلاك كان استيفاء في حق الحبس لا في حق ملك العين وبالهلاك يصير قبض استيفاء في حق العين ولم يكن ضمان الاستيفاء ثابتا قبل الهلاك فكانت بينته مثبتة الضمان وبينة الراهن باقية فكانت المثبتة أولى بخلاف ما لو أقام الغاصب البينة على رد المغصوب وأقام المالك البينة على الهلاك فبينة الغاصب أولى؛ لأن الرد كان واجبا بالغصب السابق؛ لأنه أوجب رد العين حال قيامه ورد القيمة حال هلاكه فكانت بينة الغاصب مثبتة البراءة عن الضمان وبينة المالك نافية البراءة فكانت المثبتة أولى. دفع إلى آخر قلبا ليرهنه له عند رجل بعشرة ووزن القلب عشرون فأمسكه وأعطاه عشرة من عنده وقال رهنته ولم يقل رهنته عند آخر فهلك القلب، فإن تصادقا يرجع بالعشرة وكان أمينا في القلب، وإن تجاحدا فقال أقررت بأنك رهنته فلا شيء لك يقبل قوله بعد أن يحلف ما يعلم أنه أمسكه؛ لأن الوكيل أقر أولًا أنه رهن، فإذا قال لم أرهن فكأنه قال كذبت فيما أقررت به فأنكر المقر له فيكون القول للمقر له كما في سائر الأقارير فلا يرجع بالعشرة؛ لأنه ثبت الرهن وقد هلك فصار الآمر موفيا العشرة بهلاك الرهن وإنما يستحلف؛ لأن المقر ادعى ما يحتمله إقراره؛ لأنه يحتمل أنه لم يرهن غيره ورهنه من نفسه فلم يصر مناقضا إلا أنه خلاف الظاهر، فإذا طلب يمين المقر له يستحلف كما لو أقر بالبيع، ثم قال كان تلجئة أو كان فيه خيار شرط، فإن قال الآمر للوكيل أقررت أنك رهنته ثم أقررت أنك لم ترهن فناقضت فأنت ضامن فله أن يضمنه قيمة القلب من الذهب ويضمن له العشرة. طعن عيسى وقال لا وجه لضمان القيمة لأنهما لو تصادقا أنه لم يرهنه لم يضمن فكذلك إذا تصادقا أنه رهنه، فإنه لا يضمن بالارتهان ولا بتركه، والجواب عنه أنه يضمن بجحود الأمانة؛ لأنه ثبت جحوده بالإقرارين؛ لأنه لما قال رهنته فقد

أقر أنه لم يكن في يده؛ لأن الرهن لا يتم إلا بالتسليم فلما قال لم أرهن صار قائلا إنه كان عندي وفي يدي وهو معنى الجحود، ومن جحد أمانة في يده ضمنها وصار كالمودع إذا قال ليس عندي، ثم قال كان عندي ضمن فكذا هذا.

(**المنتقى**): وإذا كان الرهن ثوبا فأذن له الراهن في لبسه يوما ثم جاء به متخرقًا فقال المرتهن تخرق من لبسي ذلك اليوم، وقال الراهن: لم يتخرق من لبسك ولم تلبسه فالقول قول الراهن؛ لأن المرتهن ادعى البراءة عن الضمان باستعمال الثوب بإذن الراهن وهو ينكر فيكون القول له، فإن أقر الراهن أنه لبسه في ذلك اليوم وتخرق قبل لبسه أو بعده فالقول قول المرتهن أنه تخرق من لبسه والبينة بينة الراهن؛ لأن الظاهر شاهد للمرتهن؛ لأن فعله وهو اللبس يسبب التخرق ظاهرا وغيره موهوم فيه فيحال التخرق إلى السبب الظاهر دون الموهوم.

(باب الدعوى والشهادة في الرهن)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

فصل في اختلافهما في الرهن.

وفصل في اختلاف الشاهدين في النطق.

وفصل في شهادة الراهنين أو المرتهنين بالمرهون بغيره.

وفصل في إقامة الرجلين البينة على الرهن.

وفصل في إقامة الواحد البينة على الرجلين في الرهن.

(فصل)

قال الراهن: رهنتك هذا العين وقبضته مني وأقام البينة والعين قائمة في يد المرتهن وهو ينكر، أو قال: بل رهنتني عينا آخر فأقام البينة تقبل بينة المرتهن والقول له ولا تقبل بينة الراهن؛ لأن بينة المرتهن لا تثبت الحق لنفسه وبينة الراهن تثبت الحق لغيره وهو ملك اليد والحبس وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى ولأنه لا فائدة في قبول بينة الراهن؛ لأن للمرتهن رد ذلك، فإن الرهن غير لازم، وإن كانت

العين هالكة فالبينة للراهن إذا كانت قيمته ما يدعيه الراهن؛ لأن بينته تثبت زيادة إيفاء ببقية بينة المرتهن؛ لأن الرهن يصير إيفاء عند الهلاك لا في الحال فكان الثابت قبل الهلاك مجرد الحبس حقا للمرتهن وبعد الهلاك يصير إيفاء لدينه وهو حق الراهن. أقام الراهن البينة أنه رهنه عبدا بألف يساوي ألفين وقبضه وأنكر المرتهن ولم يبرئ العبد يضمن المرتهن قيمته كلها النصف يسقط بدينه ويؤخذ بالنصف؛ لأنه جحده فصار ضامنا بالجحود كالمودع جحد الوديعة يصير ضامنا للوديعة.

وكذلك إن سكت المرتهن لم يقر ولم يجحد؛ لأن السكوت جحود حكما، ألا ترى أنه لو ادعى على آخر شيئًا فسكت تسمع عليه البينة كما لو جحد.

ولو قال المرتهن: يساوي خمسمائة لا يسمع قوله؛ لأنه بخلاف ما قامت عليه البينة.

ولو قال المرتهن: رهنتني هذين الثوبين، وقال الراهن: أحدهما بعينه فالقول للراهن والبينة للمرتهن؛ لأن المرتهن يدعي عليه زيادة رهن وهو ينكر. الرهن عبد والدين ألف فذهب عين العبد وهو يساوي ألفا فقال الراهن كانت هذه قيمته يوم رهنتك فقد ذهب نصف حقك وقال المرتهن: بل كانت خمسمائة يومئذ وإن زادت من بعده القول للراهن والبينة له أيضًا لأن القيمة للحال ألف فيكون الحال شاهدا على الماضي كمن استأجر طاحونة فاختلفا في جريان الماء وانقطاعه بحكم الحال فكذا هذا، والراهن بينته تثبت أكثر القيمتين والمرتهن ينفي الزيادة فكانت المثبتة أولى.

(فصل)

إذا أنكر الراهن الرهن فشهد أحدهما أنه رهنه بألف والآخر بألفين لا تقبل؛ لأن الدين بهذه الشهادة لم يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا اختلاف في المشهود به يمنع قبول الشهادة عنده، وإذا لم يثبت الدين لم يثبت الرهن؛ لأن صحته منوطة بالدين وعندهما هو رهن بالأقل؛ لأنه ثبت دين ألف بهذه الشهادة عندهما إذا كان

المدعِي يدعي أكثر المالين. ادعى الراهن الرهن بمائة وخمسين وهي قيمته وشهد أحدهما بذلك والآخر بمائة، وقال المرتهن: عليه مائة وخمسين وهذا رهن بمائة منها فالقول للمرتهن والبينة للراهن؛ لأنه ثبت الدين وهو مائة وخمسون بتصادقهما عليه لا بالبينة وتصادقا أن العين رهن بمائة فصار رهنًا بمائة بتصادقهما على ذلك إلا أن بينة الراهن أكثر إثباتا؛ لأنه يثبت زيادة إيفاء على المرتهن أقام المالك البينة أنه استودعه وهو أقام البينة؛ أنه ارتهنه تقبل بينة المرتهن؛ لأن الرهن لازم فيه ضمان ولا لزوم ولا ضمان في الوديعة فكانت بينة الرهن أكثر إثباتا ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه ارتهنه ثم أودعه؛ لأن الرهن يرد على الإيداع فأما الإيداع لا يرد على الرهن إلا برضاء المرتهن. الراهن أقام البينة على الرهن والآخر على البيع جعل بيعا؛ لأن البيع لازم من الجانبين والرهن غير لازم من جانب المرتهن والبيع يوجب الملك للحال والرهن لا فكانت بينة البيع أكثر إثباتا ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه رهن أولًا ثم باع؛ لأن البيع يرد على الرهن والرهن لا يرد على البيع، وكذلك لو ادعى المرتهن الهبة والقبض يؤخذ بينة الهبة؛ لأن الهبة توجب الملك للحال كالبيع.

ادعى الشراء والقبض والآخر ادعى الرهن والقبض بحكم الشراء إذا كان في يد الراهن، فإن علم بتقدم الرهن كان أولى؛ لأن شراء المرهون لا يصح، فإن كان في يد المرتهن جعل رهنًا؛ لأن للمرتهن قبضا معاينا فلا ينقض بالشك كما لو ادعيا الشراء من واحد ولأحدهما قبض معاين وأقاما البينة فصاحب القبض أولى.

(فصل)

شهد الراهنان بأن المرهون ملك آخر لا يقبل؛ لأنهما بهذه الشهادة يجران لأنفسهما نفعًا ومغنما لأنهما يريدان إبطال حق المرتهن في الرهن عليهما وفي إبطال حق المرتهن عن الرهن يقع لهما في الجملة فتمكنت التهمة في شهادتهما فلا تقبل ولأن هذه الشهادة في معنى الإقرار، لأنهما يشهدان على أنفسهما لأنهما

يسعيان في بعض عقد وقد تم بهما وشهادة الإنسان على نفسه إقرار فهذا إقرار يتضمن بطلان حق المرتهن فلا يصح في حق المرتهن كما لو أقرا صريحا.

لو شهد المرتهنان لا يقبل لأنهما لا يجران إلى نفسيهما مغنما ولا يدفعان مغرما بل يضران بأنفسهما متى كان الرهن قائما، وإن كان الرهن هالكا لا تقبل شهادتهما لأنهما يدفعان عن أنفسهما مغرما؛ لأن بهلاك الرهن سقط الدين وبرئ الراهن عن الدين تظاهرا ومتى قبلت شهادتهما لم يصح الرهن فلا يسقط حقهما. باع رجلان متاعا بألف درهم من رجل على أن يرهنهما عبدا بعينه ثم شهدا أن العبد لرجل وقالا يرضى أن يكون ديننا بالرهن تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان على أنفسهما بإبطال حقهما في الحبس ولا يجران إلى أنفسهما مغنما ولا يدفعان مغرما ولا يسعيان في نقض عقد تم بهما، ولو طلبا رهنًا لا يقبل لأنهما يشهدان لأنفسهما برهن آخر ويسعيان في نقض عقد تم بهما وليس إليهما النقض.

(فصل)

ادعى الرجلان كل واحد منهما الرهن فهو على قسمين: إما أن ادعيا الرهن من واحد، أو ادعيا الرهن من اثنين.

فإن ادعى كل واحد الرهن من واحد ويقيم البينة فلا يخلو إما أن كان الرهن في يد أحدهما أو في أيديهما أو في يد الراهن والدعوى منهما حال حياة الراهن أو بعد وفاته وقد أرّخا في ذلك كله أو لم يؤرّخا فهو أولى به؛ لأنه ترجحت بينة ذي اليد باليد؛ لأن ملكيته باليد؛ لأن يده على أنه سبق ارتهانه ولأن يده صحيحة من حيث الظاهر فلا يجوز نقضها إلا أن يعلم ببطلانها كما لو ادعيا الشراء من واحد والمبيع في يد أحدهما، فإن أرّخا يقضى لأسبقهما تأريخًا لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة.

ولو علمنا بالمعاينة أنه رهن من أحدهما أولا فهو أولى به فكذلك إذا كان علمنا بالبينة العادلة، وإن كان الرهن في أيديهما أو في يد الراهن إن أرّخا يقضى لأسبقهما تأريخا؛ لأن البينة التي أخرهما تأريخا غير مقبولة؛ لأنها قامت على رهن فاسد وكان

الذي هو أسبق يعود بإقامة البينة، وإن لم يؤرخا لا يقضى لهما قياسا وبه يأخذ، وفي الاستحسان لكل واحد نصفه بنصف حقه؛ لأن رهن كل واحد منهما ثبت بالبينة ولم يعلم سبق أحدهما فيجعل كأنهما وقعا معا كأنه رهن منهما بدينهما معا صح الرهن وصار العبد محبوسا بحق كل واحد منهما على الكمال. وجه القياس: أنه تعذر القضاء بالرهن منهما بعقد واحد بأن يجعل كأنه رهن منهما معا؛ لأنه يكون قضاء بما لم يشهد به الشهود، فإن كل فريق شهدوا أنه رهن الكل منه بعقد على حدة والقضاء بخلاف ما شهد به الشهود باطل وتعذر القضاء بالرهن لكل واحد منهما بعقد على حدة؛ لأنه حينئذ يكون قضاء بالرهن لكل واحد في النصف شائعا ورهن المشاع باطل بخلاف ما لو ادعيا الشراء من واحد يقضي لكل واحد بنصفه؛ لأن الشراء في النصف المشاع جائز هذا كله إذا كان في حال حياة الراهن، فأما بعد وفاته لو أقام كل واحد البينة على ارتهانه منه يقضى لكل واحد بنصفه رهنًا بنصف حقه يباع فيه عندهما وما بقي للغرماء، وقال أبو يوسف: لا يقضى لهما بشيء وهو بين الغرماء بالحصص قياسا؛ لأن القضاء بالرهن منهما قضاء برهن مشاع وأنه باطل كما في حالة الحياة، ولهما: أن العقد مطلوب بحكمه لا لعينه؛ لأنه شرع ليكون وسيلة وذريعة إلى حكمه وحكم الرهن بعد الموت استيفاء الدين وصيرورته أحق به من سائر الغرماء في قضاء دينه لا في ملك اليد والحبس والمشاع لا يمنع الاستيفاء فلا يمنع القضاء بالرهن بعد الموت في حق هذا الحكم بخلاف حالة الحياة لأن ثمة المقصود من الرهن هو ملك الرهن اليد والجنس ولا يملك إثبات اليد والجنس في المشاع دائما فلا يمكن القضاء بالرهن. نظيره رجلان ادعيا نكاح امرأة وأقاما البينة لا يقضى لهما بشيء؛ لأن حكمه حال حياتها وهو السكن والازدواج وحصول الفضل لا يقبل الاشتراك وبعد موتها يقبل بينهما ويقضى بالميراث بينهما؛ لأن حكمه بعد الموت هو الميراث وأنه يقبل الاشتراك وبعد موتهما يقبل.

وأما **القسم الثاني**: لو ادعيا الرهن من اثنين وأقام كل واحد البينة على الارتهان من الحر والرهن في يد أحدهما فلا يخلو إما أن كان الراهنان غائبين أو كانا حاضرين أو أحدهما حاضرًا والآخر غائبًا، فإن كانا غائبين فذو اليد أولى، فإن كان

الخارج أسبق تأريخا؛ لأن بينة الخارج لم تسمع؛ لأنها لم تقم على خصم؛ لأن ذا اليد أولى ببينته كونه مرتهنا في حق ما في يده والمرتهن لا ينتصب خصما عن المالك كالمودع فكان الشيء رهنًا في يد ذي اليد كما يدعيه، وإن كان الراهنان حاضرين فالخارج أولى؛ لأن كل واحد من الراهنين ينتصب خصما لصاحبه؛ لأنه يدعي أنه ملكه رهنه من المدعِي ويجعل إقامة البينة على المرتهنين وهما محتاجان إلى إثبات الملك للراهن ليصح رهنهما بمنزلة ما لو أقام الراهنان البينة على الملك المطلق والشيء في يد أحدهما كان الخارج أولى فكذا هذا، وإن كان راهن الغاصب حاضرا وراهن ذي اليد غائبا فذو اليد أولى؛ لأن المرتهن لا ينتصب خصما لمن يدعي ملكا في الرهن كالمودع، فبينة الخارج قامت لا على خصم، وإن كان راهن ذي اليد حاضرا وراهن الخارج غائبا فكذلك، طعن عيسى رحمه الله وقال: حضرة راهن ذي اليد تكفي للقضاء للخارج؛ لأن راهن ذي اليد انتصب خصما للخارج؛ لأنه يدعي الملك لنفسه والرهن من ذي اليد والخارج مرتهن والمرتهن بمنزلة المودع والمودع ينتصب خصما فيما يستحق لصاحبه؛ لأنه من باب الحفظ كما لو ادعى إنسان على المودع أن ما في يده من الوديعة لفلان آخر غائب أودعته إياه وأقام البينة على ذلك تقبل فكذا هذا. والجواب عنه: أن المرتهن كما يثبت الملك لراهنه يدعي على راهنه حقا، فإنه يدعي دينا وهو غائب وليس عنه خصم حاضر فلا تقبل بينته على إثبات الدين ولا تقبل على إثبات الرهن أيضًا؛ لأن الرهن لا يصح بدون الدين بخلاف المودع؛ لأنه لم يدع على مودعه دينا بل يدعي الملك له فينتصب خصما في إثبات الملك له؛ لأن هذا من إثبات الحفظ.

(فصل)

ادعى واحد على رجلين الرهن وأقام البينة على أحدهما أنه رهنه والمتاع لهما وهما يجحدان الرهن يستحلف من لم تقم عليه البينة، فإن حلف رد الرهن عليهما؛ لأنه لم يثبت الرهن في حقه فلا يقضي به في نصيب الآخر؛ لأنه يكون قضى بالرهن في نصف مشاع وذلك لا يجوز، فإن نكل ثبت عليهما على الناكل بالنكول

وعلى الآخر بالبينة، وإن كان المرتهن اثنين والراهن واحدًا فأقام أحدهما البينة أني ارتهنت وصاحبي بمائة وأنكر الراهن والمرتهن الآخر الرهن يرد على الراهن عند أبي يوسف، وعند محمد رحمهما الله يقضى به رهنًا ويجعل في يد المرتهن الذي أقام البينة وعلى يد العدل، فإن قضى الراهن المرتهن المقيم للبينة ماله أخذ الرهن، فإن هلك الرهن ذهب بنصيبه لا نصيب الجاحد ولا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فيه.

لمحمد: أنه لا يمكن للمدعي إثبات الرهن على الراهن إلا بعد إثباته على صاحبه؛ لأن الرهن من اثنين لا يصح إلا بقبولهما جميعا وكان الرهن من صاحبه سببا لثبوت الرهن في حقه، ومن أنكر سبب ثبوت حق إنسان انتصب خصما له فقامت البينة على خصم، كما لو ادعى عينا في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب تقبل بينته على ذلك ومتى ثبت الرهن منهما لوضع في ثوبه الجاحد على يدي عدل؛ لأن الرهن في حق الجاحد غير ثابت في حق المدعِي والراهن ما رضي لحفظ المدعِي وحده.

لأبي يوسف: أن ما يدعيه على صاحبه ليس بسبب لثبوت حقه بل هو شرط لثبوت حقه؛ لأن قبول صاحبه شرط لصحة الرهن منهما وليس بسبب لوجود قبوله؛ لأن قبوله لا يوجد بقبول صاحبه ولا يمكنه إثبات قبول صاحبه وهو جاحد كما لو ادعيا رهنًا من اثنين وهو في يد أحدهما وراهن ذي اليد حاضر لا تقبل بينة الخارج على إتيان الرهن على الغائب لما بينا فكذا هذا.

(باب رهن الذمي والحربي)

(**المبسوط**): الذمي في الرهن والارتهان كالمسلم؛ لأنه يساويه في القضاء والاقتضاء. رهن ذمي من ذمي خمرا فوضعها على يدي مسلم نزعت من يده ووضعت على يدي ذمي؛ لأن المسلم يصلح أن يكون وكيل الذمي في قبض الخمر إلا أنه يكره؛ لأن إمساك المسلم الخمر هاهنا سبب الفساد ولا يحل للمسلم أن يأتي بعمل يكون سببا للفساد فيجب نقض قبضه دفعا للكراهة المستأمن في الرهن والارتهان كالذمي؛ لأنه في الإبقاء والاستيفاء بمنزلته، فإن رجع إلى داره ثم أسره

المسلمون وله رهن في يد مسلم بدين عليه فقد بطل الدين؛ لأنه لا وجه أن يبقى الدين متعلقًا بماليته؛ لأن وجوب هذا الدين لم يكن في ملك الغانمين فتعذر القول ببقائه فسقط ضرورة وصار الرهن للمرتهن بذلك الدين عند أبي حنيفة رحمه الله.

وعند محمد: يباع ويعطى المرتهن قدر دينه والباقي فيء لمن أسره.

لمحمد: أن بعد الأسر إنما يسقط الدين عن الحربي للضرورة لا بسبب موضوع لسقوطه فإن الأسر لم يوضع للإسقاط والإبطال وإنما وضع للإثبات فيعتبر الدين ساقطا في حق الأسر والمأسور ولا يعتبر ساقطًا في حق المرتهن، وفي حق الوثيقة الحاصلة بالدين لا يعد أمر الضرورة فبقي الدين متعلقا بالرهن بعد الأسر، كما لو كان لهذا الدين كفيل لا يعتبر الدين ساقطا في حق الكفيل حتى يطالب الكفيل به، وإن اعتبر ساقطا في حق المأسور فكذا هذا فملكه الغانمون مشغولا بالدين؛ لأنه لا يجوز أن يغتنم حق المسلم فيباع بدينه.

لأبي يوسف: أن الدين وإن بقي في حق المرتهن لكن يده مشغولة محتوية حافظة على هذا الرهن لنفسه من وجه، فإنه ثبت له ملك اليد والحبس عليه وكان قبضه وإمساكه دافعًا له ويده المستولية الحافظة الحابسة سابقة على يد الغانمين فيكون هو أحق به من الغانمين، كحربي أسلم في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على تلك الدار يكون هو أولى بما في يده؛ لأن يده سابقة على يد الغانمين فكذا هذا، فإن كان عنده رهن لمسلم أو ذمي رد الرهن على صاحبه وبطل دينه في قولهم جميعا؛ لأن الأسر يزيل ملكه عن العين، فلأن يزيل عن الدين أولى؛ لأن بالاسترقاق خرج من أن يكون مستحقا للملك ولا يخلفه الغانمون في ديونه؛ لأن الغانمين إنما يملكون مال الحربي بالاستيلاء عليه والاستيلاء إنما يتحقق على العين لا على الدين ومتى بطل دينه بالأسر يرد الرهن على الراهن كما لو سقط دينه بالهبة أو الإبراء ولا يملكه الغانمون بالاستيلاء؛ لأنه مال المسلم. ارتهن الحربي من حربي رهنًا وقبضه ثم دخلا دارنا بأمان فاختصما لم يقض بينهما فيه لأنهما لم يرضيا بلزوم أحكامنا بدخولهم دارنا فيما فعلوا في دار الحرب، ولو خرجا مسلمين أو ذميين يقضى ويمضي الرهن لأنهما راضيان بلزوم أحكامنا مطلقا.

(فصل)

ورهن المرتد وارتهانه موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله لما عرف ثم لا يخلو من **أربعة أوجه**: إما أن كان الرهن كسب الإسلام والدين وجب في حالة الإسلام، أو كان كلاهما في الردة، أو كان أحدهما في الإسلام والآخر في الردة.

وكل وجه لا يخلو إما أن أسلم أو مات أو قتل على الردة، وإن كان الرهن من كسب الإسلام والدين وجب في الإسلام يهلك بما فيه إذا كان الدين والرهن سواء؛ لأن قضاء ذلك الدين كان واجبا عليه من اكتساب الإسلام وقد قضاه، فإن المرتهن قبضه على جهة الاقتضاء والاستيفاء وقد صح ذلك ولا يضمن قيمته للورثة؛ لأنه لا يفيد؛ لأنه لو ضمن للورثة ضمن للورثة مثل ذلك للمرتهن في كسب الإسلام فلا يفيد فيسقط عنه الدين حتى لو كان قيمة الرهن أكثر من الدين، فإنه يضمن المرتهن الزيادة؛ لأن تضمين قلة الزيادة مفيد؛ لأنه لو ضمن المرتهن ذلك لا يضمن الورثة مثل ذلك، فإن كان الراهن من كسب الردة بدين الردة جاز ويهلك بما فيه؛ لأن تصرفات المرتد في كسب الردة نافذة عند أبي حنيفة رحمه الله، ألا ترى أنه لو باع شيئًا من كسب الردة جاز بيعه، فإن مات على الردة فكذا إذا رهن، وإن كان الرهن من كسب الإسلام بدين استدانه في ردته، فإن الرهن باطل عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تصرفاته في كسب الإسلام باطلة عنده متى مات على ردته، فإن هلك عند المرتهن فهو ضامن لقيمته يردها على الورثة؛ لأنه متى بطل الرهن ظهر أن المرتهن قبض ملك الورثة لنفسه بغير إذنهم وقد هلك في يده فصار ضامنا ويكون دينه فيما اكتسبه المرتد في الردة؛ لأن سبيل دين الردة أن يقضي من كسب الردة بخلاف ما لو كان دين الإسلام، فإن التضمين لا يفيد؛ لأنه لو ضمن قيمته للورثة ضمن الورثة مثل ذلك من كسب الإسلام للمرتهن فلا يفيد التضمين، وإن كان الرهن من كسب الردة بدين الإسلام، فإن مات أو قتل على الردة فهلك فهو ضامن ويكون فيئًا مع كسب الردة ويرجع المرتهن بماله في كسب الإسلام؛ لأن تصرفاته في كسب الردة نافذة إلا بتبرعه وهذا تبرع منه؛ لأن اكتساب الردة يكون لثبت المال عنده والرهن

قضى منه دينه من حق غيره فكان بما صنع متبرعا بكسب الردة فبطل ويضمن قيمته لبيت المال وعندهما الرهن صحيح والمال الذي اكتسب قبل الردة وبعدها ملكه.

وارتهانه بكل دين وجب له حق القبض بالعقد كثمن البيع والأجرة ولو وجبت هذه الديون قبل الردة أو بعدها وكل دين وجب بحكم الملك لا بالعقد كبدل الخلع والكتابة ومهر المرأة والصلح عن دم العمد لا يجوز؛ لأنه استوفى في هذه الديون ثم مات أو قتل على الردة لم يصح فكذلك الاستيفاء حكما بالارتهان؛ لأن ولاية هذا الاستيفاء بحكم الملك وأملاكه موقوفة عنده فكذا ما ينبني عليه من الاستيفاء يتوقف، فأما الاستيفاء بحكم العقد صحيح؛ لأنه ينبني على العقد وعقوده التي عقدها قبل الردة غير موقوفة عنده. [والله أعلم بالصواب][1].

(باب رهن الفضة بالفضة ويسمى هذا باب رهن القلب)

(**المبسوط**): الأصل فيه أن عند أبي يوسف رحمه الله: الصياغة والجودة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان، بل يعتبر حكمها حكم الوزن ولا يحصل تبعا للوزن إذا لم يؤد إلى الربا؛ لأنها مال متقوم بنفسها معتبرة حقا للعباد، ألا ترى أنه لو أوصى المريض بقلب وزنه عشرة وقيمته بصياغته خمسة عشر وثلث ماله عشرة بأن لم يكن في ملكه إلا هذا القلب وخمسة عشر دينارًا تصح الوصية بقدر العشرة، كما لو كان وزن القلب خمسة عشر فقد ألحق الصياغة والجودة بالوزن في الوصية، وكذلك في الغصب فكذلك في الرهن فمتى حصل النقصان يكون النقصان شائعًا في الأمانة والمضمون فما كان في الأمانة ذهب مجانا وما كان في المضمون ضمن القيمة ويملك من الرهن بقدره.

والأصل عند محمد رحمه الله أن الصياغة تابعة للوزن غير معتبرة بنفسها في المعاملات وهي معتبرة في المتلفات والمضمونات ثم ينظر إن كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين إلى الوزن والأمانة إلى الصياغة، وإن لم

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

يكن في الوزن وفاء بالدين وفي قيمته وفاء لصياغته وجودته به يضم إلى الوزن من قيمة الصياغة مقدار تمام الدين ويجعل ذلك مضمونا وصرفت الأمانة إلى ما بقي من قيمة الصياغة؛ لأن الصياغة تابعة للوزن وهي بانفرادها لا يصح بقضاء الدين فكان صرف الدين إلى الوزن أولى من صرفه إلى الصياغة إلا عند الضرورة بأن لم يكن في الوزن وفاء بالدين، فإنه يتمم قدر الدين من الصياغة؛ لأنه يجوز أن يجعل التبع أصلا عند الضرورة والأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة للوزن دون الصياغة والجودة؛ لأن الوزن أصل والصياغة تبع له؛ لأنها صفة قائمة بالعين والصفة تابعة للأصل معتبر تبعا للوزن إلا إذا تعذر أن تجعل تبعا للوزن لم يعتبر بيعا والحق بالوزن كما في مسألة الوصية لأنا لو جعلنا الصياغة تبعا للوزن ثمة يصير موصيا بأكثر من ثلث ماله وأنه لا يجوز فلهذه الضرورة لم تعتبر تابعة للوزن وفي حالة الهلاك الوزن مضمون بالدين لا بالقيمة فكذلك الصياغة تكون مضمونة بالدين وفي حالة الانكسار الوزن مضمون بالقيمة وكذلك الصياغة تصير مضمونة بالقيمة تبعا للأصل لئلا يصير التبع مخالفًا للأصل.

ثم المسائل على **ثلاثة فصول:**

فصل فيما إذا كان الوزن والدين سواء.

وفصل فيما إذا كان الوزن أقل من الدين.

وفصل فيما إذا كان الوزن أكثر من الدين.

وكل فصل ينقسم إلى قسمين: إلى حالة هلاك، وحالة انكسار.

والقسم الأول على **ثلاثة أوجه:**

إما أن تكون القيمة مثل الوزن، أو أقل، أو أكثر.

وكل قسم من الآخرين على خمسة أوجه لما تبين فصار الكل ثمانية وعشرين وجهًا.

(**الفصل الأول**): رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن هلك بالدين بالاتفاق؛ لأنه مثله وزنا وجودة فتم الاستيفاء بالهلاك وإن انكسر، فإن شاء الراهن أخذ المرهون وقضاه جميع الدين، وإن شاء ضمن قيمته من

الذهب فكانت رهنًا مكانه عندهما، وعند محمد رحمهما الله إن شاء الراهن يملك الرهن بالدين، وإن شاء أدى الدين وأخذ الرهن. لمحمد: أن قبض الرهن لم ينعقد موجبا لقيمة العين؛ لأنه صدر عن إذن المالك لا عن تعدٍّ فلا يصلح مناطا لضمان القيمة والعقد موجبا لضمان الرهن؛ لأن به يصير مستوفيا للدين عند الهلاك فلزمه ضمان الرهن فمتى تعذر إيجاب القيمة بالقيمة لزمه ضمان الرهن فجعلته بالدين إلا إذا كان يؤدي إلى الربا أو الإضرار بأحدهما وقد انعدم هنا كلاهما فجعلته بالدين.

لهما: أنه لا وجه إلى أن يملك المرتهن الرهن بالدين؛ لأن العقد لم ينعقد لتملك الرهن، فإن الرهن عند الهلاك لا يصير ملكا للمرتهن بل يهلك على ملك الراهن ولكن المرتهن بالقبض يصير مستوفيا لمالية العين عند الهلاك فكان ضمان الرهن ضمان استيفاء ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار الفائت؛ لأن الفائت بالانكسار هو الجودة دون القدر والاستيفاء إنما يتحقق من القدر دون الجودة ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار القائم؛ لأنه لا يمكن جعل المكسور ملكا للراهن وضمان الرهن لا يوجب الملك في العين فدعت الضرورة إلى أن يجعل مضمونا بالقيمة؛ لأن يملك الأعيان بقيمتها مشروع وهذا نفقة وهو أن الراهن إنما رضي بقبضه بشرط ضمان الرهن، فإذا تعذر إثباته لعدم رضاه بقبضه فصار كالقلب المغصوب إذا انكسر يكون مضمونا بالقيمة فكذا هذا.

فأما إذا كانت قيمته أقل من الوزن إن هلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة وعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه فهما اعتبرا القيمة والجودة لا الوزن؛ لأن في اعتبار الوزن وإسقاط الجودة إضرارًا بالراهن ولا يجوز الإضرار لصاحب المال بإبطال حقه عن الجودة وفي جعله مستوفيا لدينه تعذر قيمة القلب معنى الربا وهو استيفاء عشرة بثمانية، فإذا تعذر جعله مستوفيا ضمن قيمته من خلاف جنسه، وأبو حنيفة اعتبر الوزن وبالوزن وفاء بجميع الدين فصار مستوفيا لدينه بالهلاك ولا يؤدي إلى إضرار بالمرتهن بغير رضاه؛ لأنه قبل الرهن مع علمه أن من حكم الرهن أن يصير مستوفيا بالدين بهلاكه صار راضيا باستيفاء جميع الدين بالهلاك متى

تساويا في الوزن، وإن كان القلب أقل قيمة من دينه؛ لأن المساواة في أموال الربا معتبرة من حيث القدر والوزن لا من حيث القيمة والجودة.

وإن انكسر ضمن قيمته عندهم جميعًا أما عندهما فظاهر وأما عند محمد رحمه الله فلأنا لو جعلناه بالدين يؤدي إلى الإضرار بالمرتهن، وأما إذا كانت قيمته أكبر من الوزن وهلك تهلك بالدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن في الوزن والقيمة وفاء بالدين فصار بالهلاك مستوفيا لدينه وفي الزيادة أمينا، وقال أبو يوسف رحمه الله خمسة أسداسه مضمونة وسدسه أمانة؛ لأن عنده الصياغة معتبرة ومتقومة إذا لم يؤد إلى الربا فصار كأن الرهن اثنا عشر وزنا فشاع الضمان والأمانة فيهما فيصير بقدر الدين مضمونا وأما إذا انكسر إن انتقص بالانكسار قيمة القلب من العشرة بأن صارت تسعة أو ثمانية ضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن العبرة للوزن عنده وليس في الوزن وفاء بالدين فلا يمكن إيجاب ضمان الرهن فأوجبنا القيمة، وعند أبي يوسف ضمن خمسة أسداسه؛ لأن عنده الصياغة معتبرة فتكون قيمة الرهن أكثر من الدين وذلك اثنا عشر فيكون بقدر الدين مضمونا والزيادة أمانة، وعند محمد رحمه الله إن شاء جعله بجميع الدين، وإن شاء افتكه بجميعه؛ لأنه مضمون بالدين حالة الهلاك فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار لما بينا، وإن لم تنتقص قيمة القلب من العشرة، فإن كانت قيمته بعد الانكسار أحد عشر أو عشرة فالرهن يضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس القلب، وعند محمد يضمن قدر وزنه؛ لأن في الوزن والقيمة وفاء بالدين فلم يتعثر شيء من المضمون فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار فيجيز الراهن على الفكاك كما قبل الانكسار، وعند أبي حنيفة حالة الانكسار الوزن مضمون بالقيمة فتصير الصياغة كذلك مضمونة بالقيمة تبعا للوزن، وعند أبي يوسف كلاهما مضمونان بالقيمة أصلا فيكون بعض الرهن مضمونا والبعض أمانة فيشيع الضمان فيهما.

(**الفصل الثاني**): لو كان وزن القلب ثمانية والدين عشرة فهو على **خمسة أوجه:** إما أن كانت قيمته مثل وزنه ثمانية أو أقل من وزنه سبعة أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو مثل الدين وزيادة اثني عشر وكل وجه لا يخلو

إما أن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها الهلاك بثمانية ويرجع على الراهن بدرهمين والانكسار بالقيمة؛ لأن عنده العبرة للوزن لا للصياغة وفي الوزن وفاء بقدر ثمانية إن لم يكن بالقيمة وفاء وفي الانكسار تعذر إيجاب ضمان الراهن لما بينا وأوجبنا ضمان القيمة، فأما عندهما إن كانت قيمته مثل وزنه ويهلك يهلك بما فيه ويرجع المرتهن على الراهن بدرهمين بالإجماع وإن انكسر ضمن قيمته عند أبي يوسف.

وعند محمد: له خيار التمليك بالدين والافتكاك لما بينا، وإن كانت قيمته سبعة فعندهما نقص قيمته من الذهب ويرجع بدينه؛ لأن القيمة معتبرة عندهما مع الوزن فالوزن إن كان بقي بثمانية والقيمة لا تفي بثمانية فيخير المرتهن إن شاء رضي بهلاك الرهن بما فيه ثمانية، وإن شاء غرم قيمته سبعة ورجع عليه بدينه، فإن انكسر ضمن قيمته اتفاقا أما عندهما فظاهر وأما عند محمد فلأنه يمكن ترك القلب عليه بما فيه من الدين؛ لأنه إن ترك بثمانية يتضرر به المرتهن؛ لأن قيمة الرهن لا تفي بثمانية، فإن تركه بسبعة من جنسه يؤدي إلى الربا؛ لأنه يصير مستوفيا ثمانية بسبعة، وإذا تعذر تركه بالدين تركنا عليه بالقيمة فينزل القلب عليه بسبعة من الذهب ويكون رهنًا عنده، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين بأن كانت بسبعة وهلك يهلك بوزنه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يغرم قيمته ويرجع بقيمته لما بينا وإن انكسر ضمن قيمته بالإجماع، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه مثل الدين، فإن كانت قيمته عشرة فعند أبي يوسف إن هلك يغرم خمسة أسداسه ويرجع بدينه، وإن انكسر ينزل عليه بخمسة أسداس قيمته؛ لأن الصياغة عنده بمنزلة الوزن، وإن كان الوزن اثني عشر يضمن بخمسة أسداسه وهو عشرة فكذا هذا، وعند محمد إن هلك يضمن بقدر الدين بقيمة خمسة أسداس؛ لأن قدر درهمين من قيمة الصياغة أمانة عنده؛ لأنه يزيد على الوزن والدين جميعا ولا ضمان للمالك في الأمانة، وإن انكسر انتقص بالانكسار مقدار الزيادة على العشرة فلا ضمان وإن نقص أكثر من فضل الجودة على الدين وذلك أكبر من درهمين فالراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وأخذ المكسور، وإن شاء ترك عليه بقيمته مضمونا من الذهب غير درهمين؛

لأن قيمة الصياغة أربعة ووزن الرهن لا يفي بالدين فيضمن من قيمة الصياغة ما يتم به الدين وذلك درهما فصار قدر درهمين من الصياغة مضمونا مع الوزن وقدر درهمين أمانة فيترك القلب عليه بقيمته غير درهمين ولا يترك بالدين؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأنه يصير مستوفيا ثمانية بعشرة وإن جعل مستوفيا ثمانية تضرر به الراهن فأوجبنا عليه القيمة من الذهب تحرزا عن الربا ونفيها للضرر عن الراهن.

(**الفصل الثالث**): ولو كان الدين عشرة والقلب خمسة عشر وهذا على **خمسة أوجه**: إما أن كانت قيمته مثل وزنه، أو أكثر من وزنه، أو أقل من وزنه وأكثر من الدين أحد عشر أو مثل الدين عشرة، أو أقل من الدين ثمانية. وكل وجه لا يخلو: إما أن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها متى هلك يهلك بما فيه وإن انكسر فاختار الراهن الترك يترك عليه بخمسة أسداس قيمته من الذهب وعندهما إن كانت قيمته مثل الوزن إن هلك ذهب ثلثاه بالدين وثلثه أمانة، وإن انكسر ضمن ثلثي قيمته عندهما؛ لأن عندهما كان الهلاك بالدين والانكسار بالقيمة؛ لأن المضمون بالرهن قدر ثلثيه وثلثه أمانة وبالانكسار يضمن قيمة المضمون لا الأمانة، وقال محمد إن شاء ملكه ثلثيه بدينه وأخذ الثلث، وإن شاء افتكه؛ لأن عنده كان الهلاك والانكسار بالدين؛ لأنه أمكن جعله بالدين وتمليكه به متى كان ورث ثلثيه وقيمته مثل الدين وهنا بالصياغة لم تردد قيمته على الوزن فلا عبرة للصياغة وتعينا لعبرة الوزن بعضه مضمون وبعضه أمانة، فإذا انتقص شيء من قيمته بالانكسار وقع التغير في بعض المضمون فيخير، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه نحو أن تكون القيمة عشرين، فإن هلك يهلك ثلثاه بالدين عندهم جميعا؛ لأن بثلثيه وفاء بالدين وزنا وقيمة ويهلك ثلثه أمانة، فإن انكسر ضمن ثلثيه عند أبي حنيفة؛ لأن المضمون من القلب عشرة والصياغة تبع للوزن عنده فتصير الصياغة أيضًا مضمونة تبعا للوزن ويبقى الثلث أمانة عنده، وعند أبي يوسف تضمينه نصفه؛ لأن الصياغة عنده بمنزلة الوزن وقيمتها خمسة ووزن القلب خمسة عشر فصار كأنَّ وزن القلب عشرون فترك نصف القلب عليه بنصف قيمته، وعند محمد رحمه الله ينظر إن كان نقص خمسة أو أقل لم يعتبر ويخير الراهن على الفكاك وإن نقص أكثر من خمسه

للراهن أن يسلم إلى المرتهن ثلثي الرهن بدينه والباقي له؛ لأنه عنده القيمة متى زادت على الوزن فهي قيمة الصياغة وهي أمانة؛ لأن الأمانة تصرف إلى الصياغة متى ازدادت قيمته على وزنه والفائت قدر الأمانة وبقي الدين بحاله فيخير الراهن على الفكاك ومتى انتقصت قيمته عن الوزن فقد يغير ما هو المضمون فيتخير الراهن، فإن اختار الترك يترك ثلثه بالدين ويسترد الثلث؛ لأنه مهما أمكن تمليكه بالدين لا يملك بالقيمة عنده، وإن كانت القيمة أقل من وزنه وأكثر من الدين بأن يكون اثني عشر إن هلك يهلك ثلثاه بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن بالوزن وفاء بالدين وزيادة والزيادة أمانة وعندهما يغرم عن القلب خمسة أسداسه والأظهر أن يضمن منه قدر الدين؛ لأن قدر الدين مضمون عليه وذلك ثلثا القلب؛ لأن عندهما العبرة للوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الدين عشرة والزيادة أمانة، وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ما يساوي عشرة منه؛ لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وقدر المضمون من الوزن عشرة وعندهما إن اختار الترك يترك عليه عشرة أجزاء من اثني عشر جزءًا من القلب باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن؛ لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن، وإن كانت القيمة مثل الدين إن هلك يهلك بما فيه عند أبي حنيفة وعندهما يضمن بتخير؛ لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهي عشرة؛ لأن قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتخير إن شاء جعله هالكا بما فيه، وإن شاء ضمنه قيمته عشرة من الذهب فيكون رهنًا عنده ويكون دينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه، وإن انكسر ضمن مقدار ثلثي القيمة عند أبي حنيفة لما عرف، وعندهما يضمن قيمته؛ لأن القيمة معتبرة مع الوزن عندهما وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه لغيره، وإن كانت القيمة أقل من الدين بأن كانت ثمانية إن هلك يهلك بثلثي الدين والباقي يهلك أمانة عنده؛ لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وفي الوزن وفاء بالدين وزيادة وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدينه؛ لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن وفي الوزن إن كان وفاء بالدين فلا وفاء بالقيمة فيتخير وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية فيكون رهنًا عنده.

وإن انكسر ضمن ثلثي قيمته عنده لما عرف وعندهما الكل لما عرف. ارتهن عشرة دراهم بيض لها صرف وفضل بعشرة سود يهلك بالسود عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كانت قيمتها خمسة عشر سودًا فقد ضمن ثلثه وثلثه أمانة كما إذا ارتهن قلبًا وزنه مثل الدين وقيمته أكثر منه.

(فصل)

ارتهن قلب فضة وزنه خمسون بكر سلم أو قرض وقيمته من الدين سواء، فإن هلك ذهب بما فيه؛ لأن بقيمته وفاء بالدين، وإن انكسر فعلى ما وصفنا من رهن القلب وزنه عشرة بدينار وقيمتهما سواء فانكسر؛ لأن الرهن من خلاف حبس الدين في المسألتين وثمنه يغرم المرتهن قيمته من الذهب فيكون رهنًا بالدينار والقلب له، وعند محمد يترك عليه بالدين فكذا هذا. خاتم من الفضة وزنه درهم وفيه فص يساوي تسعة رهنه بعشرة فهلك الخاتم فهو بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تسعة من الدين بإزاء الفص ودرهم، بإزاء الحلقة فسقط تسعة بهلاك الفص وسقط درهم بهلاك الحلقة؛ لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وهما في الوزن سواء وكذلك عندهما إذا كانت قيمة الحلقة درهمًا أو أكثر؛ لأن الحلقة والدين بمقابلته في الوزن والقيمة سواء، وإن كانت قيمة الحلقة أقل من درهم، فإنه يسقط من الدين تسعة بهلاك الفص، وللمرتهن خيار في الحلقة؛ لأن العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا وهاهنا إذا كان في الوزن وفاء فلا وفاء بالقيمة ولو هلك بما فيه من غير خيار لتضرر المرتهن بذلك كما إذا رهن قلبا وزنه عشرة بعشرة وقيمته ثمانية وقد هلك يخير المرتهن عندهما فكذا هذا.

رهن كر حنطة جيدة بكر رديء فأصابه ماء ففسد فعلى المرتهن كر مثله ويكون الفاسد له ويرجع بدينه عند أبي حنيفة؛ لأن الجودة عنده تصير مضمونة تبعًا للكيل، وعند محمد إن شاء الراهن سلمه بالدين، وإن شاء أخذه معيبا وأعطاه دينه كما في انكسار القلب.

رهنه قلب فضة بعشرة على أنه لم يجبر بالعشرة إلى شهر فهو بيع والرهن جائز والشرط باطل؛ لأنه علق البيع بالحظر وتعليق التمليك بالحظر لا يجوز ولم يعلق الرهن بالحظر إلا أنه شرط فيه شرطا فاسدًا والرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة.

ارتهن بعشرة دراهم فلوسا تساويها فهلكت فهي بما فيه وإن انكسرت ذهب من الدين بحسابه؛ لأن الفلوس لم يكن مال الربا؛ لأنها لم تكن موزونة بل هي عددية فالجودة متقومة معتبرة في غير أموال الربا، ألا ترى من غصب من آخر فلوسا فانكسرت عنده فللمالك أن يضمنه النقصان ولا يخير الراهن؛ لأنه سقط بعض الدين بسبب فوات الجودة فلا معنى للتخيير بخلاف القلب؛ لأنه لم يسقط شيء من الدين بالانكسار إذا بقي الوزن على حاله فوجب تخيير الراهن نفيا للضرر عنه وإن كسدت فالدين بحاله؛ لأنه لم يفت شيء من العين بالكساد لا الجودة ولا العين إنما تغير السعر وتغير السعر لا عبرة به. ارتهن طشتا بدراهم وفيه وفاء وفضل فهلك فهو بما فيه، وإن انكسر فما كان منه لا يوزن نقص بحسابه؛ لأن للجودة قيمة في غير أموال الربا وما كان يوزن إن شاء أخذه مكسورا وأعطاه الدراهم، وإن شاء ضمنه قيمته مصوغا من الذهب وكان ذلك للمرتهن ويأخذ الراهن القيمة وأعطاه دينه عندهما، وعند محمد رحمهم الله يترك عليه بالدين لا بالقيمة كما في القلب والله أعلم.

(أبواب الجنايات في الرهن)

(باب جناية الرهن)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في الجناية على النفس.

والثاني: في الجناية فيما دون النفس.

(فصل)

العبد الرهن قتل رجلا خطأ فهذا لا يخلو إما أن كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر، فإن كانت قيمته مثل الدين أو أقل فالراهن والمرتهن يخاطبان بالدفع أو الفداء؛ لأن لأحدهما حقيقة ملك وللآخر حق يضاهي حقيقة الملك فانتصبا خصما فيشترط اجتماعهما في خطاب الدفع أو الفداء، فإن دفعاه بطل الدين؛ لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب كان في يد المرتهن وفي ضمانه بلا حلف فصار كما لو مات حتف أنفه فيتقرر الاستيفاء، فإن اختار أحدهما الدفع وأبى الآخر لا يدفع؛ لأنه إن اختار الراهن الدفع فقد دام إبطال حق المرتهن في الجنس وهو لم يرض به.

وإن اختار المرتهن الدفع فقد رام إزالة ملك الراهن بغير رضاه فيمنع من ذلك.

وإن أجاز الفداء كله على المرتهن؛ لأن الفداء لدفع الهلاك عن العبد وإحياء حقه بتطهيره عن الجناية كثمن الدواء لدفع الهلاك وثمن الدواء عليه؛ لأن الهلاك عليه فكذلك الفداء وصار كالعبد المغصوب إذا جنى فالفداء على الغاصب؛ لأن الهلاك عليه فكذا هذا ولا يرجع بالفداء على الراهن؛ لأنه قضى حقا واجبا عليه.

وإن فداه الراهن كان قضاء من الدين إن بلغ الفداء كل الدين ولا يبقى رهنًا.

وإن بلغ بعضه فبقدره؛ لأنه غير متبرع في الفداء؛ لأن فيه استصلاح ملكه وإحياء ماله، فإن العبد مشغول بالجناية وبالفداء يطهره عن الجناية ويحيي ملكه والمالك لا يوصف بالتبرع في إصلاح ملكه وإحيائه فقد قضى حقا واجبا على المرتهن وهو مضطر فيه وكان له الرجوع عليه كمن أعاره عبده ليرهنه بدينه ثم قضى المعير دين المستعير يرجع بما قضى على المستعير؛ لأنه يحتاج إلى تخليص ملكه وتطهيره عن شغل الرهن فكذا هذا، فإن هلك الرهن في يد المرتهن بعدما فداه الراهن يرد على الراهن الفداء؛ لأن الراهن بريء عن الدين بالإيفاء؛ لأنه صار موفيا دينه بالفداء، ثم اختلف مشايخنا أنه يرد الألف المستوفاة بالفداء أو الألف المستوفاة بهلاك الرهن. قال الفقيه أبو جعفر: يرد الألف المستوفاة بالهلاك؛ لأن الاستيفاء بهلاك الرهن وجد بعد الفداء ولم يستند إلى وقت الرهن؛ لأن الفداء حكم الجناية والجناية فعل

حقيقي لا يحتمل النقض والاستناد لا يظهر في حق التصرفات التي لا تحتمل النقض فاقتصر الاستيفاء بالهلاك على الحال وكان الاستيفاء بالهلاك فكان الاستيفاء بالهلاك آخرهما فيرد ما استوفاه في المرة الأخيرة، وقال غيره من مشايخنا: إنه يرد الألف الفداء كما لو قضى دينه ثم هلك الرهن يرد ما اقتضى منه وذلك؛ لأن القضاء بالفداء يحتمل النقض، فإن الراهن مع ولي الجناية لو بقضاء ذلك جاز فلو كانت الجناية لا تحتمل النقض فظهر الاستيفاء بالهلاك من وقت الرهن فيصير الاستيفاء بالهلاك سابقا على الاستيفاء بالفداء فيرد ما استوفاه آخرا وصار كما لو رهن بالمهر أو ببدل الخلع ثم استوفى المرتهن دينه ثم هلك الرهن في يده يرد ما قبض؛ لأن قضاء المهر يحتمل النقض، وإن كان سبب وجوب الدين لا يحتمل النقض وهو النكاح والخلع فكذا هذا كله إذا اختار الفداء أو الدفع، فإن اختار أحدهما الفداء والآخر الدفع فالفداء أولى؛ لأن الذي اختار الدفع متعنت فيه أما الراهن فلأن في الرهن إبطال حق المرتهن في الحبس وإزالة ملكه عن الرهن، وبالفداء لا يبطل حق المرتهن بالحبس ولا يزول ملكه عن العبد ويزول ملكه عن الفداء إلى حلف، فإنه يرجع به على المرتهن فكان الفداء أنفع له من الدفع والمرتهن بالدفع قصد إلحاق الضرر بالراهن من غير نفع تحصيل؛ لأن دينه يسقط في الحالين وفي الدفع إزالة ملك الراهن وفي الفداء إبقاؤه عل ملكه فكان متعنتا ولا عبرة لاختيار المتعنت. هذا كله إذا كانت قيمة الرهن مثل الدين أو أقل، فإن كانت أكثر بأن كانت قيمة العبد ألفين والدين ألفًا إن اختار الفداء فالفداء عليهما نصفان؛ لأن نصفه مضمون على المرتهن ونصفه أمانة عنده فيقدر الضمان على المرتهن وتقدر الأمانة على الراهن اعتبارا للبعض بالكل، فإن فداه المرتهن فهو متبرع إن كان الراهن حاضرا، وإن كان غائبا يرجع على الراهن بنصفه عند أبي حنيفة وعندهما لا يرجع في الحالين؛ لأنه قضى دينا عن غيره بغير أمره فهو غير مضطر فيه؛ لأن الراهن يخير على فداء النصف متى أحله المرتهن الفداء ولا يصلح ملكه ولا يحيي حقه؛ لأنه لا ملك له في العبد ولا حق له في نصف الأمانة ولا كذلك الراهن. له: أن للمرتهن في نصف الأمانة حق الحبس والإمساك إن لم يكن مضمونا عليه وهو محتاج إلى إحياء حقه

وإصلاحه وفي الفداء إحياء حقه من وجه، فإنه يصل إلى حقه بإمساكه فيكون محتاجا إلى الفداء فلا يوصف بالتبرع بخلاف ما لو كان الراهن حاضرا؛ لأنه لا حاجة له إلى الفداء، فإنه إذا رفع الأمر إلى القاضي يجبر القاضي الراهن على فداء الأمانة بخلاف المرتهن، فإن القاضي لا يجبره على فداء المضمون فيحتاج إلى الفداء.

ولو فداه الراهن والمرتهن غائب لم يكن متطوعا اتفاقا وخرج عن الرهن لأنه يصلح ملك نفسه ويحيي حقه والمالك في إصلاح ملكه لا يكون متبرعا إلا أن يشاء المرتهن أن يؤدي نصف الفداء ولو دفعه الراهن فللمرتهن إذا حضر أن يبطل دفعه ويفديه؛ لأنه لا ينفرد أحدهما بالدفع لما بينا.

(فصل)

رهن عبدا قيمته ألف بألف ففقأ عين عبد قيمته مائة فدفع به وأخذ الأعمى فهو رهن بالألف عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمد رحمه الله: يدفع العبد بجنايته وبما بقي من العبد المفقوء فيقوم المفقوء صحيحا وأعمى فيبطل من الرهن بقدره إن كان ثلثان مثلا يبطل ثلث الدين ويصير الأعمى رهنًا بما بقي من الدين، وإن شاء الراهن سلمه للمرتهن بما بقي من الدين، وإن شاء أخذه بما بقي.

وعلى هذا لو قيل: الرهن عبدا قيمته مائة فدفع به فهو رهن بالألف عندهما، وعند محمد رحمه الله للراهن خيار أن يأخذ ألفًا بل ويقضيه الدين، وإن شاء سلم له الرهن وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله الجثة العمياء تقوم مقام الفاقئ لحما ودما فكذلك تقوم مقام القيمة لزوما وحتما حتى لا يكون لصاحب الجثة العمياء أن يمسك الجثة ويضمن ألفًا في النقصان فيصير كأن ألفًا في يد المرتهن إلا أنه انتقصت قيمته بتراجع السعر فيبقى بجميع الدين، وعند محمد قيمته الجثة العمياء تقوم مقام الجثة والعينين جميعا ويكون بدلا عنهما حتى إن له أن يمسك الجثة ويرجع بقيمته النقصان فكذلك العبد الفاقئ يكون بعضه بإزاء الجثة وبعضه

بإزاء العينين فما كان بإزاء العينين فات لا إلى بدل وما كان بإزاء الجثة فات إلى بدل فسقط ما كان بإزاء العينين ويبقى ما كان بإزاء الجثة، وعند أبي يوسف كذلك القيمة بإزاء الجثة والعينين متى اختار المفقوءة عيناه إمساك الجثة وتضمين النقصان، فأما إذا اختار دفع الجثة وأخذ الفاقئ فالفاقئ كله يكون بدلا عن العينين لا عن الجثة؛ لأن الفاقئ إنما وجب دفعه بسبب الجناية فيقوم مقام الثابت بالجناية والفائت بالجناية العينان لا الجثة، وكان كما لو فقأ عينا واحدة وأخذ نصف قيمة المفقوءة كان المأخوذ بدلا عن الفائت فكذا إذا فقأ العينين إلا أن بدل العينين بدل عن جميع الرقبة كما في الحر، والأصل أنه متى توفر على المالك بدل ملكه، فإنه يزال المبدل عن ملكه حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وقد تعذر إزالة العينين عن ملك المفقوءة لفواتهما عن ملكه فأزلنا الجثة عن ملكه قائمة مقام العينين والمدفوع كان بإزاء العينين فصار الرهن فائتا إلى حلف.

وإن كان أقل قيمة فيبقى بجميع الدين. عبد الرهن أتلف متاعا لرجل يباع فيه، فإن بقي من ثمنه شيء فهو رهن؛ لأنه بدل بعض الرهن فيقوم مقام المبدل كأرش طرفه وفي المختصر، فإن بقي شيء فهو للمرتهن؛ لأنه بالبيع صار رد الهلاك في حقه فصار مستوفيًا ومتملكًا له فيكون الثمن بدل ملكه فيكون له. والله أعلم بالصواب.

[(باب جناية الرهن بالحفر)][1]

(**المبسوط**): رهن عبدًا بألف فحفر العبد عند المرتهن بئرًا في الطريق ثم افتك الرهن وأخذ العبد فهو على أربعة أوجه: إما أن وقع فيها دابة ثم دابة، أو وقع فيها إنسان ثم إنسان، أو وقع فيها دابة ثم إنسان، أو وقع فيها إنسان ثم دابة، فإن وقع فيها دابة وتلفت وهي تساوي ألفًا فالعبد يباع في الدين إلا أن يفديه المولى؛ لأن العبد أتلف الدابة بالحفر والعبد إذا أتلف مال إنسان يقال لمولاه إما أن تبيع أو

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب رهن العبد فعمل عنده شيء.

تقضي دينه، فإن بيع بألف وأخذها صاحب الدابة يرجع الراهن على المرتهن بالدين الذي قضاه؛ لأن العبد تلف في ضمان المرتهن؛ لأنه زال عن ملك المولى بسبب تحقق في ضمان المرتهن فيعتبر كما لو زال عن ملكه بالموت في يد المرتهن وقد استوفى دينه قبل ذلك فيرجع الراهن عليه بما قبضه بحقيقة الاستيفاء وصار كالعبد المغصوب إذا حفر في يد الغاصب في الطريق ثم رده على مولاه ثم تلف في البئر دابة فالحكم كما وصفنا فكذا هذا.

وإن وقع في البئر دابة أخرى قيمتها ألف يشارك صاحب الدابة الأولى ويأخذ نصف ما أخذه؛ لأنه يصير متلفًا الدابتين بالحفر من وقت الحفر تسببا؛ لأنه لا فعل له سوى الحفر فكان سبب تلف الدابتين الحفر فصار متلفا الدابتين معًا فصارت قيمتهما دينا على العبد ولا يرجع الأول على الراهن بشيء؛ لأن حقه في ثمن العبد أو اكتسابه وما أخذه الراهن من المرتهن ليس ثمن العبد ولا كسبه، وأما إذا تلف فيها إنسان فدفع العبد به رجع الراهن على المرتهن بما قضاه من الدين؛ لأن العبد تلف بسبب كان في يده فيصير مستوفيا الدين من وقت الرهن وقد استوفى مرة أخرى بعد ذلك فيلزمه رد آخر الدينين.

فإن تلف فيها إنسان آخر بعدما دفع العبد مولى الثاني يشارك الأول في العبد لما بينا، وإذا وقع فيها دابة فبيع العبد وصرف ثمنه إلى صاحبها ثم وقع إنسان فمات فدمه هدر وكان يجب أن ينقض البيع ثم يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع؛ لأن تلف الآدمي استند إلى وقت الحفر فصار كأنهما وقعا معا لا يهدر دم الآدمي بل يدفع العبد إلى ولي الجناية ثم يباع بدين العبد. والجواب عنه: أن نقض البيع لا يفيد لأنا لو نقضنا احتجنا إلى إعادة مثله ثانيا فيكون اشتغالا من القاضي بما لا يفيد والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد، فأما إذا وقع فيها آدمي فمات فدفع العبد بالجناية ثم وقع فيها دابة، فإنه يقال لولي القتل: إما أن تبيع العبد أو تقضي الدين؛ لأن الجنايتين استندتا إلى وقت الحفر فكأنهما وقعا معا بدفع العبد إلى ولي الجناية أو يخير بين البيع والفداء فكذا هذا.

عبدان حفرا بئرا في الطريق فوقع فيها عبد الرهن فدفعا به ثم وقع أحدهما فيها

فمات بطل نصف الدين وهدر دمه؛ لأنهما قاما مقام العبد الأول وأخذا حكم الأول، ولو وقع العبد الأول في البئر وذهب نصفه بأن ذهبت عينه أو شلت يده سقط نصف الدين فكذا هذا.

(باب الجناية على المرهون)

[(المبسوط)][1]: عبد مرهون بألف صارت قيمته ألفين بتغير السعر فقتله رجل عليه ألفان؛ لأن الإتلاف صادفه وكانت قيمته ألفين فصار كما لو غصبه غاصب يضمّن ألفان فكذا هذا.

فإن أدى ألفًا كان المرتهن أولى بها؛ لأن القيمة الأصلية كانت ألفًا ثم زادت ألف أخرى فكانت هذه الألف الزائدة تبعا للألف الأصلية حيث وجدت بسبب وجودها، فإذا ورد ورد الهلاك يصرف إلى التابع لا إلى الأصل والتابع جميعا؛ لأن فيه إلحاق التابع بالأصل ولا يجوز ذلك ولا يمكن صرفه إلى الأصل دون التابع؛ لأنه لا يمكن إيفاء التابع دون الأصل ولأن فيه ترجيح التابع على الأصل وذلك ممتنع فصرفنا الهلاك إلى التابع ضرورة تحقيقا للتبعية كما في المضاربة يصرف الهلاك إلى الربح.

وإن كانت قيمته في الأصل ألفين فما يخرج من قيمته بين الراهن والمرتهن نصفان وما توي بينهما؛ لأن كل واحد منهما أصل بنفسه فما توي يتوي على الحقين وما يخرج يخرج على الحقين.

عبد مرهون بألف قيمته ألف ثم نقص سعره إلى مائة فقتله حر ودفع إلى المرتهن مائة درهم وحل الدين ليس له غير ذلك، وكذلك لو أتلفه الراهن؛ لأن الاستيفاء بجميع الدين قد وقع؛ لأن هذه القيمة تقوم مقام كل العين وتسد مسدها؛ لأن العين لم تنتقص ولو كانت العين قائمة لم يكن له إلا ذلك فكذا إذا كانت قائمة حكما واعتبارًا لقيام بدله عبد مرهون بألف وقيمته ألف فقتله عبدان فدفعا به فهما

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الزيادات.

جميعا رهن بالألف لأنهما قاما مقام الأصل لحما ودما فيقومان مقامه ملكا وحبسا، فإن قتل أحدهما صاحبه كان الثاني رهنًا بخمسمائة سواء كانت قيمته أقل أو أكبر لأنهما قاما مقام الأول فيكون حكمهما كالأول فتكون جناية أحدهما على صاحبه كجناية الأول على نفسه وذلك هدر غير معتبر فيجعل التالف كالتالف بلا جناية بآفة سماوية. عبدان رهنا بألف يساوي كل واحد خمسمائة فصار كل واحد يساوي ألفًا ثم قتل أحدهما صاحبه كان الباقي رهنًا بسبعمائة وخمسين؛ لأن كل واحد منهما نصفه فارغ ونصفه مشغول في هذه الحالة ولو كان قيمة كل واحد منهما ألفًا يوم الارتهان يصير القاتل رهنًا بسبعمائة وخمسين فكذا إذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفًا يوم الجناية إذ المعنى بجمعهما لما بينا. ولو قتل كل واحد منهما عبدا فدفع به فقيمة المدفوع قليلة أو كثيرة ثم قتل أحد المدفوعين صاحبه فالحكم فيه هكذا لأنهما قاما مقام الأصلين فكأن الأصلين قائمان وازدادت قيمتهما ثم قتل أحدهما صاحبه؛ لأن حكم البدل لا يخالف حكم الأصل.

[(المنتقى)][1]: رجل قطع يد أمة إنسان قيمتها ألف ثم رهنها المولى بخمسمائة وهي قيمتها فولدت ولدًا يساوي خمسمائة ولم تنقصها الولادة شيئًا ثم ماتت من الجناية، فإن شاء المولى حاسب المرتهن فيذهب من الدين بحساب ذلك ولا شيء له على الجاني، وإن شاء أخذ من الجاني قيمتها يوم قطع يدها وهي ألف ويرجع الجاني على المرتهن فقيمتها مقطوعة وذلك خمسمائة؛ لأنها ماتت في ضمان المرتهن فتكون مضمونة عليه؛ لأن رهن المجني عليه بقطع حكم الشراية ويرجع المرتهن على الراهن بما ضمن وهو خمسمائة؛ لأن بالرهن انتقص في الأمر بالهلاك ويرجع أيضًا عليه بحصة الأم من الدين وذلك خمسمائة ويبقى للمرتهن على الراهن مائتان وخمسون حصة الولد، فإن مات الولد بطل الرهن فيه ورجع المرتهن بهذه المائتين وخمسين على الراهن؛ لأن الدين كله عاد إلى الأم.

ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل رهن رجلا كرا من شعير وغلاما وبرذونًا كل واحد يساوي مائة بمائة درهم وقبض المرتهن فأقضم الغلام البرذون الشعير،

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): النوازل.

فإن ثلث كل واحد منهم رهن بثلث المائة؛ لأن المائة مقسومة على ثلاثة وقيمتهم مستوية فنصيب كل واحد ثلثه والثلثان للراهن فجناية ثلث العبد على الثلث من الرهن هدر؛ لأن جناية الرهن على الرهن مهدرة وجناية ثلثي العبد معتبرة فتكون في عنق العبد؛ لأنه جناية عبد الراهن على حق المرتهن فتكون مضمونة عليه ففي البرذون ثلاثة أتساع المائة وهي ثلثها وفي العبد ثلاثة أتساع المائة وهي ثلثها وفي الشعير ثلاثة أتساع المائة وهي ثلثها فجناية العبد على تسع واحد هدر؛ لأنه جناية الرهن على الرهن فلزمه التسعان؛ لأن جناية ثلثيه جناية غير الرهن على الرهن فيكون ما بقي ثمانية أتساع المائة وبقي تسعه.

ولو كان البرذون ضرب الغلام ففقأ عينه يذهب نصف ثلث الدين وهو تسع ونصف ثم أقضم الغلام البرذون الشعير فيلزم أيضًا من جنايته في الشعير تسعان فيكون في العبد ثلاثة أتساع ونصف تسعها وفي البرذون ثلاثة أتساع فتكون جملته ستة أتساع.

(**الجامع**): مسائله على فصول مختلفة:

أحدها: في هلاك المرهون بسراية الجناية الواقعة في يد الراهن.

والثاني: في الجناية على المرهونة وولدها.

والثالث: في اعورار المرهونة وفي رهن العوراء ثم انجلاء البياض.

(فصل)

أصله: أن رهن المجني عليه يقطع حكم السراية ويبرئ الجاني عن ضمانها كالبيع؛ لأنه تعذر إيجاب ضمان السراية على البائع؛ لأن السراية حصلت في ملك المشتري وتعذر إيجابه على المشتري؛ لأن السراية متولدة من الجناية والجناية مضمونة على البائع في الابتداء فلا يجوز أن تصير مضمونة على المشتري في الانتهاء فتصير السراية مخالفة للجناية والنهاية مباينة عن البداية وذلك لا يجوز والرهن كالبيع؛ لأن المرتهن يتملك بتملك المرهون عند الهلاك بالدين فيبدل الملك عند الهلاك والبراءة عن ضمان السراية إنما تحصل عند الهلاك لا قبله حتى

إن الراهن لو افتك الرهن قبل السراية ثم سرى ضمن الجاني جميع بدل المرهون لا بدل الطرف.

قطع يد جارية قيمتها خمسمائة ثم رهنها المولى بخمسمائة فماتت عنده بالقطع سقط من الدين خمسمائة وغرم القاطع نفسه خمسمائة للراهن حالا ولا يغرم بالسراية؛ لأن الجاني بالرهن بريء عن الضمان للسراية؛ لأنها حصلت في ملك المرتهن فبقي عليه أرش اليد ويجب في ماله حالة كضمان إتلاف المال؛ لأن أطراف العبد ملحقة بالأموال فإتلافها يوجب ضمان المال والمرتهن بالهلاك يصير مستوفيا لدينه بقدر خمسمائة فسقط ذلك.

ولو ماتت بعدما ولدت ولدا يساوي خمسمائة فولدها رهن بمائتين وخمسين ويرجع المولى على القاطع تسعمائة وخمسين يدفع من ذلك مائتين وخمسين إلى المرتهن فيكون رهنًا في يده مع الولد؛ لأن الدين انقسم على الأم والولد نصفين لاستواء قيمتهما للحال وبقيت قيمة الولد خمسمائة إلى وقت الفكاك فيحول نصف الدين إليه وذهب نصفه بذهاب الأم، فإذا ماتت الأم بعدما تحول نصف الدين إلى الولد ظهر أن الدين كان في نصف الجارية عقد قضاء واقتضاء وإيفاء، وإيفاء واستيفاء وفي نصفها عقد وديعة وأمانة؛ لأنه ظهر أن نصفها كان مضمونا ونصفها أمانة وعقد الرهن يوجب البراءة عن ضمان السراية وعقد الأمانة يوجب على القاطع ضمان نصف السراية وذلك خمسمائة وضمان نصف الجناية وهي القطع وذلك مائتان وخمسون فتكون جملته سبعمائة وخمسين.

ورُوي عن محمد رحمه الله: أن خمسمائة من ذلك على عاقلة الجاني مؤجلا في ثلاث سنين ومائتين وخمسين تجب في ماله؛ لأن خمسمائة ضمان نصف النصف؛ لأنه لم يهدر نصف السراية وضمان النفس يجب على العاقلة مؤجلا ومائتان وخمسون ضمان المال وضمان المال يجب في ماله حالا ويدفع مائتين وخمسين إلى المرتهن؛ لأن هذا بدل نصف نفس الجارية ونصفها كان محبوسا في يد المرتهن، وإن كان أمانة فكذلك بدلها يدفع إليه حتى يكون محبوسا عنده مع الولد، فإن هلكت المائتان والخمسون في يد المرتهن هلكت بغير شيء؛ لأنها كانت

بدلا عما كان أمانة في يده وللبدل حكم المبدل فهلك أمانة، فإن هلك الولد بعد ذلك يرد المرتهن المائتين والخمسين على الراهن والراهن على القاطع؛ لأن الولد لما هلك قبل الفكاك تبين أنَّا أخطأنا في القسمة حين قسمنا الدين عليهما نصفين؛ لأنه ظهر أن الدين كله كان بإزاء الأم متى لم يبق الولد إلى وقت الفكاك فقد هلكت الأم بجميع الدين وظهر أن المرتهن قبض مائتين وخمسين من الراهن بغير حق وظهر أن القاطع كان بريئا عن السراية كلها وإنما كان عليه أرش اليد خمسمائة لا غير وقد أخذ منه الراهن مائتين وخمسين بغير حق فيرد ذلك عليه.

(فصل)

أصله: أن الدين متى قسم على الأم والولد للحال ينظر إن بقيت قيمة الولد غير منتقصة إلى وقت الفكاك لا تعاد القسمة يوم الفكاك، وإن انتقصت قيمته تعاد القسمة؛ لأنه ظهر الخطأ في القسمة؛ لأنه وجب تقسيم الدين على قيمة الولد يوم الفكاك؛ لأن قيمة الأم تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الفكاك لما بينا.

ثم المسائل على **أربعة أقسام**:

الأول: رهن جارية بألف تساوي ألفًا فولدت ولدا يساوي خمسمائة فقتلها عبد يساوي ألفًا ثم ذهب عينه يفتكه الراهن بأربعة أتساع الألف؛ لأن العبد دفع بإزاء الأم والولد جميعا فينقسم العبد المدفوع عليهما باعتبار قيمتهما أثلاثا؛ لأن الجاني متى دفع بالجناية قام مقام المجني عليه لحمًا ودمًا كأنه هو حتى يمحى أثر الجناية فقام ثلث العبد المدفوع مقام الولد؛ لأن قيمة الأم ضعف قيمة الولد، فإذا ذهب عين العبد فقد ذهب نصف بدل الولد؛ لأن العين من الآدمي نصفه إلا أنه لا يذهب من الدين شيء؛ لأنه لو ذهب نصف الولد لا يذهب من الدين شيء فكذا بذهاب نصف بدله ومتى ذهب نصف بدل الولد وهو ثلث العبد وبقي نصفه وقيمة ما بقي مائة وستة وستون وثلثان ظهر أنا أخطأنا في القسمة؛ لأن قيمة الولد لم تبق إلى يوم الفكاك بل صارت قيمته وقت الفكاك مائة وستة وستين وثلثين وقيمة الأم يوم الرهن ألف فوجب إعادة القسمة على قدر قيمتهما ومائة وستة وستين وثلثي سدس

الألف فاجعل سدس الألف سهما فصار قيمة الأم وهي الألف ستة أسهم فصار كله سبعة أسهم فوجب تقسيم الدين على سبعة أسهم سهم بإزاء بدل الولد وستة أسهم بإزاء بدل الأم وقد ذهب من بدل الأم نصفه لما ذهب عين العبد فذهب ما بإزائه من الدين نصفه وذلك ثلاثة أسباع الدين وبقي أربعة أسباع الدين.

الثانية: رهن جارية تساوي ألفًا بألف فولدت ولدا قيمته ألف فقتلت الأم جارية قيمتها مائة فدفعت فولدت المدفوعة ولدا يساوي ألفًا ثم اعورّت الأم ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين جزءًا.

ورُوي عن أبي يوسف رحمه الله: يذهب سدس الدين ويفتكه بخمسة أسداسه؛ لأن المدفوعة قامت مقام المرهونة لحما ودما كأنها حية قائمة، ولو كانت حية وولدت ولدين يساوي كل واحد منهما ألفًا يوم الفكاك وقيمة المرهونة ألف يوم الرهن يقسم الدين بينهم أثلاثا بإزاء كل واحد ثلثه، فإذا اعورَّت المدفوعة ذهب نصف ما بإزائها من الدين وبقي النصف مرهونا بسدس وأربعة أسداس الدين باقٍ في الولدين فيفتكه بخمسة أسداسه. وجه ظاهر الرواية: أن قيمة المدفوعة إنما تعتبر يوم الدفع؛ لأنها إنما دخلت في ضمانه بالدفع وقيمتها يوم الدفع مائة وقد انقسم الدين على المقتولة وولدها لاستواء قيمتها فيحول نصف ما في المقتولة من الدين إلى ولدها وبقي نصف الدين فيها ثم المدفوعة لما قامت مقام المرهونة يحول ما في المرهونة من الدين وهو خمسمائة على أحد عشر جزءًا؛ لأن قيمة المدفوعة مائة يوم الدفع وقيمة ولدها ألف يوم الفكاك فصار كل مائة سهمًا فصار الدين مقسوما على أحد عشر فصار بإزاء المدفوعة سهم، فإذا اعورّت ذهب نصفها فذهب نصف ما بإزائها من الدين وذلك نصف سهم فانكسر الحساب فاضرب اثنين في أصل الفريضة وذلك أحد عشر فصار اثنين وعشرين بإزاء الولد عشرون جزءًا وبإزاء الأم جزءان، فإذا صار نصف الدين اثنين وعشرين صار النصف الآخر كذلك فصار الكل أربعة وأربعين جزءًا اثنان وعشرون بإزاء ولد المرهونة وعشرون بإزاء ولد المدفوعة وسهمان بإزاء المدفوعة وسقط سهم بذهاب نصفها بالعود فبقي ثلاثة وأربعون جزءًا فيفتكه بذلك.

ولو لم تعورّ الأم القاتلة حتى قتلهم جميعا عبد قيمته ألف فدفع لهم ثم اعورّ العبد فالراهن يفتكه بخمسة أسهم من ستة وعشرين ما يخص القاتلة سهم ونصف عشر وما يخص ولدها خمسة؛ لأن العبد المدفوع قام مقامهم وصاروا كأنهم أحياء معنًى ولم ينتقص من قيمتهم شيء وإنما انتقص سعرهم؛ لأن العبد صار مدفوعا بألفي درهم ومائة؛ لأنه دفع لهم وقيمتهم ألفان ومائة فانقسم العبد على ألفين ومائة على أحد وعشرين سهما كل مائة سهم سهم من ذلك بإزاء القاتلة وعشرة بإزاء ولدها وعشرة بإزاء ولد المقتولة فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من الدين نصفه فذهب نصف بدل كل واحد من الولدين وخمسة أسهم إلا أنه لا يذهب بذهاب بدل الولدين شيء من الدين وبقي من قيمة كل واحد منهما خمسة فظهر أنا أخطأنا في القسمة؛ لأنه لم يبق قيمة ولد المقتول إلى يوم الفكاك ألفًا بل انتقص خمسمائة فيستأنف القسمة فيقسم الدين على قيمة المقتول يوم الرهن وعلى الباقي من قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك خمسة فيقسم الدين على ستة وعشرين سهما؛ لأن كل ألف صار على أحدٍ وعشرين جزءًا لما صار العبد على أحد وعشرين جزءًا وقيمة المقتولة ألف فتجعل أحد وعشرين وقيمة ولدها خمسة فيصير ستة وعشرين أحد وعشرون بإزاء المقتولة وخمسة بإزاء ولدها فيجعل ما بإزاء المقتولة إلى القاتلة؛ لأنها قامت مقامها ثم المحول إلى القاتلة انقسم عليها وعلى ولدها على تسعة أسهم وعشر سهم؛ لأن قيمة القاتلة يوم الدفع مائة ومائة مثل عشر قيمة المقتولة وذلك سهمان وعشر سهم؛ لأن قيمة المقتولة صارت على أحد وعشرين جزءًا فتكون مائة من ذلك سهمان وعشر سهم وما بقي من قيمة ولدها خمسة أسهم فتصير جملته وسبعة أسهم وعشر سهم سهمان وعشر حصة القاتلة وخمسة أسهم بدل ولدها، فإذا ذهب عين العبد ذهب نصف حصتها وذلك سهم ونصف عشر سهم من أحد وعشرين فبقي عشرون غير نصف عشر سهم فيقتله الراهن العبد بهذا.

والثالثة: جارية مرهونة بألف وهي قيمتها. قطعت يدها جارية قيمتها خمسمائة فدفعت بها، ثم ولدت كل واحدة ولدا يساوي خمسمائة فقتلهم جميعا عبد فدفع بهم فذهب عينه افتكه بسبعة وعشرين من خمسة وأربعين من الدين، وإن شئت

قلت يفتكه بثلاثة أخماس الدين، وتخريجه: أن القاطعة لما دفعت قامت مقام يد المقطوعة وكان في يد المقطوعة قبل القطع نصف الدين؛ لأن اليد من الآدمي نصفه فيحوّل نصف الدين إلى القاطعة، وإن فات قيمة القاطعة عن خمسمائة؛ لأنها قامت مقام يد المقطوعة وصار كأن يد المقطوعة قائمة إلا أنه تراجع سعرها وبقي في المقطوعة يدها نصف الدين فلما ولدت كل واحدة من الجاريتين ولدا يساوي خمسمائة انقسم ما في كل واحدة منهما من الدين عليها وولدها نصفين لاستواء قيمتهما فصار في كل واحد منهم ربع الدين وذلك مائتان وخمسون فلما قتلهم جميعا عبد يساوي ألفًا ودفع لهم قام كل ربع من العبد مقام كل واحد منهم؛ لأن قيمتهم متساوية؛ لأن قيمة كل واحد منهم يوم دفع العبد خمسمائة فصار كأن الأربعة أحياء ولم ينتقص منهم شيء بدنًا وانتقص سعرًا فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من بدل كل واحد منهم نصفه إلا أنه لا يذهب بذهاب نصف بدل الولد شيء من الدين ويذهب بذهاب نصف بدل كل واحدة من الجاريتين نصف ما بإزائها من الدين فظهر أنا أخطأنا في القسمة؛ لأنه ظهر أنه لم تبقَ قيمة ولد كل واحدة منهما خمسمائة إلى وقت الفكاك بل بقي قدر مائة وخمسة وعشرين لما ذهب من بدل كل واحد من الولدين نصفه وبقي نصفه وهو مائة وخمسة وعشرون فتستأنف القسمة فيقسم جميع الدين على قيمة الجارية المقطوعة يوم الرهن وذلك ألف وعلى قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون فيجعل أقل المالين وهو خمسة وعشرون سهما فصارت قيمة الجارية ثمانية أسهم وقيمة ولدها سهم فصار تسعة فيجعل الدين على تسعة أسهم فيصير بإزاء الولد سهم بإزاء الأم وهو ثمانية أتساع الدين ثم يقسم ثمانية أتساع الدين على المقطوعة والقاطعة نصفين ثم يقسم نصف القاطعة وذلك أربعة أتساع الدين على قيمتها وهي خمسمائة يوم الرهن على قيمة بدل ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرين على خمسة أسهم لأنا جعلنا كل مائة وخمسة وعشرين سهما وقسمة أربعة على خمسة لا تستقيم فاضرب أصل فريضة المقطوعة وولدها وذلك تسعة في خمسة فتصير خمسة وأربعين المقطوعة أربعون وولدها ثم يحوّل نصف أربعين على القاطعة وهو عشرون ثم

تقسم عشرون على القاطعة وعلى ولدها على خمسة سهم بإزاء ولدها وذلك أربعة وأربعة أخماسه بإزاء القاطعة وذلك ستة عشر، فإذا ذهب عين العبد فقد ذهب من بدل كل واحد منهما نصفه وكان بإزاء المقطوعة عشرون سهما من الدين فسقط عشرة وكان بإزاء القاطعة ستة عشر فسقط ثمانية وكان الساقط من الدين ثمانية عشر والباقي سبعة وعشرين فيقتل العبد بذلك وثمانية عشر خمسا جميع الدين كل خمس تسعة من خمسة وأربعين وسبعة وعشرين ثلاثة أخماسه.

والرابعة: جارية مرهونة بألف هي قيمتها فولدت ولدا يساوي ألفًا ثم قتلت الأم جارية تساوي مائة فدفعت ثم ولدت المدفوعة ولدين يساوي ألفًا فقتلت المدفوعة والولدين جارية قيمتها ألف فدفعت بهم ثم ولدت ولدا يساوي ألفًا ثم ماتت الأم قسم الدين على أحد وثلاثين فما أصاب عشرة فهو بحصة الولد الأول من الولد الحي يؤديه الراهن وما أصاب أحدا وعشرين قسم على اثني عشر وعشر سهم فما أصاب عشرة فهو حصة الولد الثاني يؤديه الراهن وما أصاب سهمين وعشرا بطل على الراهن نصفه وأدى نصفه، وتخريجه: أن الدين يقسم على المقتولة الأولى وولدها نصفين لاستواء قيمتها وعلى ولدها على أحد عشر؛ لأن قيمة القاتلة مائة وقيمة ولدها ألف كل مائة سهم وإذا صار نصف الثمن بدل القاتلة على أحد عشر صار نصف بدل ولد المقتولة كذلك فصار كل الدين اثنين وعشرين سهما ثم القاتلة الثانية لما قتلت القاتلة الأولى وولديها فقد قامت مقامهم وقيمتهم ألفان ومائة قيمة كل ولد ألف قيمة القاتلة الأولى مائة فجعلنا كل مائة سهما فصارت قيمتهم أحدًا وعشرين سهما فصارت قاتلة الثانية أحدًا وعشرين سهما بدل كل ولدين عشرة أسهم وبدل أمهما سهم ثم يجعل ولد القاتلة الثانية على أحد وعشرين سهما كالأم لاستواء قيمتهما؛ لأن ولدها متولد عن بدل الأشخاص الثلاثة والمتفرع والمتولد عن ملك إنسان يكون ملكا له فصار بدل كل واحد من الولدين عشرين جزءًا عشرة من القاتلة الأخيرة وعشرة من ولدها وبدل أمها سهمان، فإذا ماتت القاتلة الثانية فقد ذهب نصف بدلهم، فإذا ذهب نصف بدل الولدين ظهر أنا أخطأنا في القسمة فتستأنف القسمة فنقسم الدين مستأنفا على قيمة المقتولة الأولى وهي ألف

يوم الرهن صارت مقسومة على أحد وعشرين سهما وعلى قيمة ما بقي من بدل ولدها يوم الفكاك وذلك عشرة فيكون مبلغ جميعه أحد وثلاثين سهما عشرة حصة الولد وأحد وعشرون حصة أمها ثم تقسم حصة المقتولة الأولى على قيمة القاتلة الأولى وعلى قيمة ولدها على اثني عشر سهما وعشر سهم؛ لأن قيمة القاتلة الأولى مائة وقيمة المقتولة الأولى صارت على أحد وعشرين سهما فعشر منها يكون سهمان وعشر سهم فكذلك قيمة القاتلة الأولى وبقي مائة يكون سهمان وعشر سهم وبدل ولدها من القاتلة الأخيرة عشرة أسهم من أحد وعشرين سهما فلهذا يقسم دين القاتلة الأولى عليها وعلى بدل ولدها على اثني عشر سهما وعشر سهم سهمان وعشر حصة القاتلة وعشرة أسهم حصة ولدها ثم تقسم حصة القاتلة الأولى وهي سهمان وعشر سهم على بدلها وهو جزآن أحدهما في القاتلة الأخيرة والآخر في ولدها على السواء؛ لأن الدين يحول من القاتلة الأولى إلى بدلها، فإذا ماتت القاتلة الأخيرة ذهب جزء من بدل القاتلة الأولى فيذهب من الدين ما بإزائه وذلك سهم ونصف عشر سهم من أحد وثلاثين سهما من الدين وبقي الباقي؛ لأن بذهاب الولدين لا يذهب شيء من الدين.

(فصل)

جارية بيضاء إحدى العينين مرهونة بألف وهي قيمتها فذهبت العين الأخرى فصارت تساوي مائتين ذهب من الدين أربعة أخماسه علل محمد وقال؛ لأنه ذهب بفوات العين الأخرى من الجارية أربعة أخماسها قدر النقصان الحاصل بالعمى بأربعة أخماس قيمتها وذلك؛ لأنه تعذر القول بإسقاط نصف الدين بذهاب عين واحدة؛ لأن الفائت، وإن كان عينا واحدة إلا أنها عميت بذهاب هذه العين وبذهاب العين الأولى فكان النقصان الحاصل بفوات عين واحدة بعد ذهاب العين الأولى أكثر من النقصان الحاصل بفوات عين واحدة مع بقاء الأولى صحيحة بفوت نصف جنس منفعة البصير وتعذر القول بإسقاط جميع الدين، وإن عميت وصارت هالكة معنى؛ لأنه بقي الجثة العمياء قيمة ومع بقاء بعض الرهن متقوما يتعذر القول بإسقاط كل الدين فلا بد من النقصان على الكل والزيادة على النصف فلهذا قدَّر

محمد النقصان بأربعة أخماس قيمتها، فإن ذهب البياض عن العين الأولى لا بعد شيء من الدين؛ لأن هذه زيادة متصلة حدثت بعد الرهن فلا تصير مضمونة بالدين؛ لأن الزيادة إنما تصير مضمونة لورود القبض عليها الذي له مشابه بالعقد كالزيادة المنفصلة ولا يمكن إيراد القبض عليها أصلا ومقصودا وقت الفكاك فإنما تصير مقبوضة بقبض الأصل تبعا ولم يرد عليها عقد الرهن فلا تصير مضمونة بالدين كالزيادة المتصلة في البيع، فإن ضرب رجل هذه العين فعادت بيضاء غرم ثمانمائة ويفتك الراهن الجارية والأرش بخمسة أتساع الدين؛ لأنه أتلف بجنايته أربعة أخماس قيمتها وذلك ثمانمائة فيضمن ذلك وصار الأرش بمنزلة الولد؛ لأن الزيادة المتصلة بالإتلاف تصير مضمونة وبالعقد والقبض لا فيقسم الدين على قيمة الجارية يوم الرهن وذلك ألف وعلى الرهن وهو ثمانمائة وقد بقي إلى وقت الفكاك فانقسم الدين عليهما على تسعة أسهم كل سهم مائتين أربعة حصة الأرش وخمسة حصة الجارية، فإذا عميت الجارية بعد ذلك بأن ذهبت العين التي كانت صحيحة بعد الرهن فالعمى أوجب نقصان ثمانمائة من قيمتها فقد ذهب أربعة أخماسها فذهب أربعة أخماس الدين ويبقى خمسة وبقي أيضًا حصة الأرش أربعة أخماس الدين فكان الباقي من الدين خمسة أسهم من تسعة فيفتكها الراهن بخمسة أتساع.

رهن جارية بيضاء إحدى العينين قيمتها ألف بألف فذهب البياض وصارت قيمتها ألفين ثم ابيضت الصحيحة وعادت قيمتها إلى ألف، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله: ينظر إلى ما كان ينقصها هذا البياض لو كانت البيضاء على حالها، فإن نقصها أربعة أخماس القيمة ذهب أربعة أخماس الدين؛ لأن الزيادة المتصلة الحادثة بعد الرهن لا عبرة بها لما بينا، فصار كأن البياض لم ينحل عن العين التي كانت بيضاء ولم تصر قيمتها ألفين، فإذا ابيضت العين الصحيحة صارت الجثة عمياء فقد نقصت أربعة أخماس قيمتها فيذهب من الدين أربعة أخماسه ويبقى خمسه.

[(باب جناية الرهن بعضه على بعض)][1]

(**قال في المبسوط**): أصله: أن جناية المشغول على المشغول هدر لكن سقط

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب جناية الرهن على الرهن.

الدين في المجني وجناية المشغول على الفارغ والفارغ على الفارغ هدر وجناية الفارغ على المشغول معتبرة وينتقل ما في المقتول من الدين إلى الفارغ فيصير رهنًا مكانه؛ لأن الجناية إنما تعتبر بحق المرتهن في المجني عليه لا لحق الراهن؛ لأن كلاهما ملكه واعتبار الجناية لحق المرتهن لا يفيد إلا في جناية الفارغ على المشغول؛ لأنها إنما تعتبر ليشتغل الجاني بما كان على المجني عليه وهو الحبس وهذا ثابت قبل الجناية، فإن الجاني كان محبوسا بالدين الذي كان للمجني عليه محبوسا به، ولهذا جناية الفارغ على الفارغ هدر؛ لأنه لا شغل فيهما بحق الحبس، فإذا لم يعد اعتبارها صار كأنه فات بآفة سماوية، فأما جناية الفارغ على المشغول مفيد؛ لأن الدين تحوّل إليه من المجني عليه قام مقامه.

ثم المسائل على فصول:

أحدها: في الجناية على الرهن.

والثاني: في جناية ولد الرهن.

والثالث: في جناية الرهن المستعار.

(فصل)

ارتهن دابتين فأتلفت إحداهما الأخرى ذهب من الدين بحسابها بخلاف ما لو كان الرهن عبدين فقتل أحدهما الآخر فيحول دين المقتول إلى القاتل؛ لأن جناية العجماء جبار لقوله عليه السلام: "**جرح العجماء جبار**"[1] فكأن قتل إحداهما

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٦٠ (١٤٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٩/١٥ (٦٩١٢) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: حدثنا الليث. و«مسلم» ٥/١٢٧ (٤٤٨٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي ٥/١٢٨ (٤٤٨٦) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، وعبد الأعلى بن حماد، كلهم عن ابن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا إسحاق، يعني ابن عيسى، قال: حدثنا مالك. و«ابن ماجه» (٢٥٠٩) قال: حدثنا محمد بن ميمون المكي، وهشام بن عمار، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٠٨٥ و٤٥٩٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٦٤٢ و١٣٧٧م) قال: =

الأخرى بمنزلة موتهما حتف أنفهما، فأما جناية الرقيق على الرقيق معتبرة حتى يجب القصاص أو يجب الدفع أو الفداء فقام القاتل مقام المقتول فيتحول دين المقتول إلى القاتل ثم بأي قدر يتحول إليه على ما سيأتي. ارتهن عبدين فلا يخلو إما أن ارتهنهما في صفقة واحدة أو في صفقتين.

وإن ارتهنهما في صفقة بألف وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما صاحبه فالباقي رهن بسبعمائة وخمسين؛ لأن كل واحد منهما نصفه مشغول ونصفه فارغ فالنصف الفارغ من العبد المقتول تلف بجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على الفارغ وذلك كله هدر، والنصف من النصف المشغول تلف بجناية المشغول على المشغول، وجناية المشغول على المشغول هدر فصار كأنه تلف بآفة سماوية فسقط بإزائه من الدين وذلك مائتان وخمسون، والجناية على النصف من النصف المشغول فيعتبر؛ لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول منه بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائتان وخمسون فصار كله رهنًا بسبعمائة وخمسين، ولو لم يقتله ولكن فقأ عينه فلا يخلو، إما أن فقأ عين الآخر لا غير أو فقأ كل واحد عين الآخر متعاقبا أو معا، وإن فقأ أحدهما عين الآخر لا غير كان الفاقئ رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين والآخر بمائتين وخمسين فلا يفتكهما إلا جميعا. أما المفقوءة عينه فلأنه كان رهنًا بخمسمائة والفاقئ بالفقء أتلف منه نصفه؛ لأن العين من الآدمي نصفه ونصفه فارغ ونصفه مشغول فيبقى نصف الدين بإزاء النصف القائم والجناية على

=

حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث بن سعد. و«النسائي» ٥/٤٥، وفي «الكبرى» (٢٢٨٦) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. وفي ٥/٤٥، وفي «الكبرى» (٢٢٨٨ و٥٨٠٣) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي «الكبرى» (٥٨٠٢) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٦) قال: حدثنا عبد الله بن إسحاق الجوهري، قال: حدثنا أبو عاصم، عن مالك بن أنس. و«ابن حبان» (٦٠٠٥) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٦٠٠٦) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد. وفي (٦٠٠٧) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا ليث.

النصف الفارغ من العين هدر؛ لأنه أتلف بجناية الفارغ على الفارغ أو بجناية المشغول على الفارغ وكله هدر، والجناية على نصف نصف المشغول هدر؛ لأن نصف نصفه تلف بجناية المشغول؛ لأن الفاقئ نصفه فارغ ونصفه مشغول وجناية المشغول على المشغول هدر فيسقط ما بإزاء به من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف نصف المشغول معتبرة؛ لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون فبقي دين المفقوءة عينه مائتين وخمسين فكان رهنًا به ويحول من دينه إلى الفاقئ قدر ربعه مائة وخمسة وعشرين فكان الفاقئ رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين وسقط من دين المفقوءة عينه قدر ربعه وذلك مائة وخمسة وعشرون ولا يفتكهما إلا جميعا؛ لأن الرهن واحد.

ولو أن المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ بقي في الفاقئ الأول ثلاثمائة واثنا عشر ونصف والفاقئ الآخر يكون رهنًا بأربعمائة وستة وربع؛ لأن الفاقئ الآخر أتلف نصف الفاقئ الأول وبقي نصفه فبقي نصف الدين بإزاء النصف الباقي وذلك ثلاثمائة واثنا عشر ونصف؛ لأن الجناية على النصف الفارغ هدر وعلى نصف نصف المشغول أيضًا هدر يسقط ما بإزائه من الدين وذلك أربعة وهو مائة وستة وخمسون وعلى نصف نصف المشغول معتبرة لما مضى فتحول ما بإزائه من الدين إلى الفاقئ الآخر وهو ربعه وذلك مائة وستة وخمسون بقي الفاقئ الأول رهنًا بثلاثمائة واثني عشر ونصف وصار الفاقئ الثاني رهنًا بأربعمائة وستة وربع، ولو فقأ كل واحد منهما عين الآخر معا ذهب من الدين ربعه وبقي في كل واحد ثلاثة أرباع خمسمائة؛ لأن الأصغر لما فقأ عين الأكبر فقد أتلف منه نصفه فبقي نصف الدين بإزاء النصف الباقي والنصف التالف من الأكبر نصفه فارغ ونصفه مشغول والجناية على النصف الفارغ هدر والجناية على نصف النصف المشغول هدر فيسقط ما بإزائه من الدين وذلك ربعه والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيحول ما بإزائه إلى الأصغر وذلك ربعه وقد سقط من دين الأصغر ربعه أيضًا؛ لأن الجناية على نصف النصف المشغول منه هدر فسقط ما بإزائه من الدين فالحاصل أنه بقي

من دينه مائتان وخمسون ويحول إليه من دين الأكبر ربعه فصار رهنًا بثلاثة أرباع خمسمائة، وأما إذا ارتهن عبدين كل واحد بخمسمائة بصفقة على حدة فقتل أحدهما صاحبه، فإن لم يكن فيهما فضل على الدين فرُوي عن أبي حنيفة أنه يسقط ما في المجني عليه؛ لأنه لا فائدة في الدفع للمرتهن وهدرت الجناية، فإن كان فيهما فضل يخير الراهن والمرتهن إن شاءا جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما في المقتول من الدين، وإن شاءا أفديا القاتل وغرم كل واحد خمسمائة فكانت القيمة رهنًا مكان المقتول والقاتل رهن بحاله؛ لأن المقتول كله تلف بجناية الفارغ؛ لأن الصفقة متى تفرقت فالحق المتعلق بأحدهما لا يتعلق بالآخر فكان كل واحد منهما فارغا عن دين الآخر، ولهذا لو قضى دين أحدهما كان له أن يفتكه وجناية الفارغ على المشغول معتبرة فصار كما لو جنى أحدهما على عبد لأجنبي يخير الراهن والمرتهن بين الدفع والفداء فكذا هذا، وإن اختار الدفع بطل دين القاتل؛ لأنه بالدفع صار بمنزلة الهلاك؛ لأنه زال ملكهما وإن اختار الفداء غرم كل واحد خمسمائة؛ لأن نصف القاتل مضمونا على المرتهن ونصفه أمانة عنده فكان الفداء عليهما اعتبارا للبعض بالكل، وإن كان فقأ أحدهما عين الآخر قيل لهما ادفعاه أو افدياه بأرش عين الآخر؛ لأن إتلاف البعض يعتبر بإتلاف الكل وفي إتلاف الكل يخير فكذا في إتلاف البعض، فإن دفعاه بطل ما فيه من الدين وإن فدياه كان الفداء عليهما نصفين رهنًا مع المفقوءة عينه، ولو قال المرتهن لا أفدي وادع المرتهن على حاله له ذلك والمفقوءة عينه ذهب نصف باقيه؛ لأن هذه الجناية إنما تعتبر لحق المرتهن لا لحق الراهن؛ لأنه لو طلب الجناية ودفع الجاني سقط نصف الدين، ولو ترك الجناية يسقط ربع الدين فكان في طلب الجناية ضرر بالمرتهن، فإذا رضي بإبطال حقه فله ذلك ويسقط اعتبار الجناية.

ولو قال الراهن: أفديه، وقال المرتهن: لا أفديه، للراهن أن يفديه بأرش الجناية كلها؛ لأنه محتاج إلى الفداء ليخلص عبد الرهن عن الجناية، فإن فداه يكون له نصف ذلك غرما على المرتهن في العبد الجاني ويبطل من حقه في العبد الجاني نصفه؛ لأن الراهن مضطرا إلى الفداء؛ لأنه بالفداء يحيي ملكه والفداء إذا كان فيه

إحياء ملك الإنسان لا يكون متبرعا فيكون له حق الرجوع عليه وللمرتهن عليه مثله فيلتقيان قصاصا فيصير مؤديا دين القاتل فيخرج القاتل من الرهن، وإن أبى الراهن الفداء وقال المرتهن: أفدي فدى وكان متطوعا فيه إذا كان الراهن حاضرا؛ لأن بقدر المضمون أدى عن نفسه وبقدر الأمانة أدى عن الراهن وهو غير مضطر فيه؛ لأنه اعتبر محيي ملكه فيكون متبرعا، وإن كان الراهن غائبا كان على الراهن نصف ذلك الفداء دينا قبل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكون متبرعا كان الراهن حاضرا أو غائبا لما يأتي.

ولو قتل العبد المرهون نفسه أو فقأ عينه فلا شيء فيه كما لو مات؛ لأن جناية الإنسان على نفسه هدر لما تبين.

(فصل)

الرهن أمتان قيمة كل واحدة ألف فولدت كل واحدة بنتًا تساوي ألفًا والدين يساوي ألفًا فقتلت إحدى البنتين صاحبتها لم يبطل من الدين شيء والباقي رهن بالألف كلها؛ لأن الدين لم يقسم عليهما وعلى ولديهما أرباعًا على سبيل الترقب والانتظار؛ لأن قيمتهما على السواء فصارت كل واحدة منهما رهنًا بمائتين وخمسين وذلك ربع الدين وكان ثلاثة أرباع كل واحدة فارغة وربعها مشغول والجناية على ثلاثة أرباعها هدر لأنه تلف بجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على الفارغ إلا أنه لا يسقط ما بإزائه من الدين ولكن يلحق بأمها؛ لأن بفوات الولد قبل الفكاك يتحول ما فيه من الدين إلى الأم والجناية على ثلاثة أرباع ربع المشغول معتبرة؛ لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتلة فصارت القاتلة رهنًا بسبعمائة وخمسين وأم القاتلة كانت رهنًا بمائتين وخمسين وذلك كله ألف، فإن ماتت أم المقتولة بقيت القاتلة وأمها بستمائة وسبعة وثمانين ونصف للأم من ذلك بمائتين وخمسين والبنت بمائتين وخمسين من الرهن الأول وثمانية وسبعة وثمانين ونصف بحقها من الجناية فتفتكها بذلك أمة مرهونة بألف وقيمتها ألف فولدت بنتًا تساوي ألفًا فجنى الولد فدفع لها لم يبطل من الدين شيء؛ لأن دفع الولد بمنزلة الهلاك.

ولو هلك الولد لا يسقط شيء من الدين فكذا هذا، فإن فقأت الأم عيني البنت فدفعت الأم وأخذت البنت فهي رهن بألف كاملة مكان الأم إن ماتت ماتت بجميع الألف عندهما، وعند محمد يسقط من الدين بقدر نقصان العينين؛ لأن عنده في الجثة العمياء إذا اختار ولي الفاقئ الدفع وأخذ الجثة له ذلك وليس لمولى المفقوءة إمساك الجثة وتضمين النقصان.

وكذلك عند أبي يوسف إذا اختار مولى المفقوءة دفع الجثة وأخذ الفاقئ فالرهن كله فات إلى خلف فيقوم الخلف مقامه في جميع الدين، وعند محمد لمولى المفقوءة إمساك الجثة وتضمين النقصان وكان الفاقئ بدلا عن الجثة وعن العينين جميعا فما بإزاء العينين من الرهن قد بطل؛ لأن العينين لم تصر ملكا للراهن ولا وصل إلى يد المرتهن ونفى الرهن بإزاء الجثة؛ لأنها صارت ملكا للراهن ووصل إلى المرتهن فكان الرهن بقدر الجثة فائتًا بحلف فيكون رهنًا به.

فإن فقأت البنت بعد ذلك عيني الأم فدفعت وأخذت الأم عمياء ففي القياس يكون رهنًا بجميع المال؛ لأن البنت قامت مقام الأم بالدفع كما قامت الأم مقام البنت بالدفع في جميع الرهن، وفي الاستحسان يعود الرهن الأول على حاله ويذهب منه بحساب ما نقص من العينين؛ لأن الأم كانت أصلا في هذا الرهن والبنت جعلت بدلا عنها وتبعا لها، فإذا دفعت الأم بالبنت فقد وقعت العذرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل؛ لأن المقصود من الرهن الإيفاء ولم يوجد الإيفاء فسقط اعتبار البدل فبقيت الأم أصلا في الرهن كما كانت قبل الدفع لا بدلا عن البنت، وحين ماتت أصلا لو ذهبت عيناه يسقط من الدين بحساب العمياء فكذا هذا فلأن البنت لما جعلت بدلا وتبعا للأم في الرهن فلو قامت الأم مقام البنت يكون في هذا جعل المتبوع تبعا لتبعه وهذا خلاف موضوع الشرع فلا تقوم الأم مقام البنت بل تبقى أصلا وتبقى رهنًا كما كانت رهن أمة تساوي ألفًا بألف فولدت ولدين كل واحد يساوي ألفًا فجنى أحدهما فدفع ثم فقأت الأم عينيه فدفعت الأم وأخذ الولد مكانها فالولدان بالألف وهذا عندهما؛ لأن الابن الأعمى يقوم مقام الأم

والأم مع الابن الصحيح كانا رهنًا بجميع الدين فكذلك الإثبات، وعند محمد يسقط من الدين بقدر نقصان العمى.

فإن مات الأعمى ذهب نصف الدين؛ لأن زيادة نصف الدين، فإن جنى الولد الباقي على الأم فدفع وأخذت الأم عاد الرهن إلى حاله الأولى وذهب من الدين بحساب ما ذهب من الأم استحسانًا وفي القياس يكون رهنًا بما كان في الولد على ما بينا.

رهن أمتين بألف تساوي كل واحدة ألفًا فولدت كل واحدة ولدا تساوي ألفًا ثم أخذ الولدين قتل أمة لم يلحقه من الجناية شيء وكان رهنًا بمائتين وخمسين وذهبت الأم بما فيها بمائتين وخمسين؛ لأن جناية ولد الرهن على أمها هدر؛ لأنه تبع للأم في حق الرهن؛ لأن عقد الرهن لم يزد عليه فإنما صار رهنًا تبعا للأم فصار كسائر أطرافها وجنايتها على طرفها هدر وسقط ما فيها فكذا هذا، ولو أن الأم قتلت ولدها عاد نصيبه إليها؛ لأن جنايتها على ولدها إن كانت مهدرة صار كأن الولد مات حتف أنفه فتلحق ما فيه إلى أمها وكانت معتبرة، فإنه يتحول ما فيه على أمه.

ولو لم يكن كذلك لكن أحد الولدين قبل الولد الآخر كانت أم الولد المقتول وثلاثة أثمان القاتل رهنًا بخمسمائة وخمسة أثمان القاتل وأمه رهنًا بخمسمائة قال والصواب أن يقال إن ثمن القاتل ونصف ثمنه مع أم المقتول رهن بخمسمائة وستة أثمان القاتل ونصف مع أم القاتل رهن بخمسمائة؛ لأن الدين انقسم بينهم أرباعا لاستواء قيمتهم فصار بإزاء كل واحد منهم مائتان وخمسون وثلاثة أرباع المقتول فارغ عن الدين؛ لأن قيمته ألف وربعه مشغول والقاتل كذلك والجناية على ثلاثة أرباع الفارغ هدر والجناية على ربع الربع المشغول هدر؛ لأنه تلف بجناية المشغول على المشغول فيتحول ما بإزائه إلى أم المقتول وذلك اثنان وستون ونصف والجناية على ثلاثة أرباع هذا الربع معتبرة؛ لأنه تلف بجنايته الفارغ على المشغول ما بإزائه إلى القاتل وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وذلك بثلاثة أرباع مائتين وخمسين فصار ما في المقتول وهو مائتان وخمسون على أربعة أسهم فصار كل مائتين وخمسين على أربعة أسهم فصار الألف على ستة أسهم وقد يحول ثلاثة منها إلى

القاتل وثلاثة من ستة عشر يكون ثمنه ونصف ثمنه والباقي ستة أثمانه ونصف ثمنه فإن مات القاتل لم ينقص من الدين شيء؛ لأن بهلاك ولد الرهن لا يسقط شيء.

فإن لم يمت وماتت أمه ذهب ربع الدين؛ لأنه كان بإزائها ربع الدين ولو لم تمت أمه ولكن ماتت أم المقتول ذهب من الدين خمسة أثمان خمسمائة أربعة أثمانها دين نفسها وهو مائتان وخمسون وثمنها بسبب الجناية على ولدها وبقي القاتل رهنًا بسبعة أثمان خمسمائة أربعة أثمان دين نفسها وذلك مائتان وخمسون وثلاثة أثمان تحول إليه من دين المقتول وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وخمسون ومائتان في عتق أمه فيفتكهم به الراهن.

رهن عبدا وأمة بألف قيمة كل واحد ألف ولدت الجارية ما يساوي ألفًا فجنى الولد ودفع به ثم فقأ الولد عيني العبد وأخذ مكانه فيكون مع الأم رهنًا بجميع الدين؛ لأن الولد قام مقام العبد؛ لأن الرهن فات كله وأخلف بدلا؛ لأنه فات العبد وأخذ بإزائه بدلا صحيح العينين فقد فات كل الرهن إلى خلف فيقوم مقام الأصل في الرهن، فإن قتل الولد الأم أو الأم الولد فالقاتل رهن بسبعمائة وخمسين؛ لأن كل واحد منهما رهن بخمسمائة فيكون نصفه فارغا ونصفه مشغولا والجناية على النصف الفارغ وعلى نصف النصف المشغول هدر فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائتان وخمسون والجناية على نصف النصف المشغول هدر معتبر فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل فيصير القاتل أيهما كان رهنًا بسبعمائة وخمسين.

ولو جاء العبد الأعمى فقتل القاتل به كان رهنًا بسبعمائة وخمسين وهذا قياس.

وفي الاستحسان يسقط من الدين بقدر نقصان العينين وقد مر فيما تقدم.

(فصل)

استعار من رجلين عبدين قيمة كل واحد ألف فرهنهما بألف ففقأ أحدهما عين الآخر ثم المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ فهنا أحكام ثلاثة: حكم فيما بين المستعير والمرتهن، وحكم فيما بين المستعير والمعيرين، وحكم فيما بين المعيرين.

أما الحكم فيما بين المستعير والمرتهن فيقول: إن كل عبد نصفه فارغ ونصفه مشغول فلما فقأ الأكبر عين الأصغر فقد أتلف نصفه؛ لأن العين من الآدمي نصفه فالجناية على النصف الفارغ وعلى نصف النصف المشغول هدر لما بينا فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة؛ لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية فبقي الأصغر رهنًا بمائتين وخمسين فصار الأكبر رهنًا بستمائة وخمسة وعشرين ثم لما فقأ الأصغر عين الأكبر فقد أتلف نصفه الأكبر وبإزاء نصفه بثلاثمائة واثني عشر ونصف فسقط نصف ذلك وذلك مائة وستة وخمسون وربع ويتحول نصف الآخر وذلك ربع إلى الأصغر فبقي الأكبر رهنًا بثلاثمائة واثني عشر ونصف وصار الأصغر رهنًا بأربعمائة وستة وربع فتكون جملة ذلك سبعمائة وثمانية عشر وثلاثة أرباع وسقط مائتان وواحد وثمانون وربع وأما الحكم فيما بين المستعير والمعيرين فالمستعير يفتك العبدين بسبعمائة وثمانية عشر درهما وثلاثة أرباع درهم وعليه أيضًا لولي العبد المفقوءة أولا مائة درهم وخمسة وعشرون ولولي المفقوءة آخرا مائة وستة وخمسون وربع؛ لأن كل واحد من المولبين صار قاضيا دينه من عنده هذا القدر: وأما الحكم فيما بين المعيرين وهو أن يقال لمولى العبد الأكبر ادفع ثلاثة أرباع عبدك إلى الثاني أو افده بثلاثة أرباع أرش عين الفاقئ الآخر؛ لأنه وصل إليه ربع أرش العين من جهة المستعير؛ لأنه وصل إليه من جهة المستعير مائة وخمسة وعشرون وذلك ربع أرش العين؛ لأن أرش العين الوالدة خمسمائة متى كانت قيمة العبد ألفًا ولم يصل إليه ثلاثة أرباع أرش العين، فإن فدى يقال لمولى الأصغر ادفع من عندك ثلاثة أخماسه وثلاثة أثمان خمسه ونصف ثمن خمس أو افده بمثل ذلك من أرش العين؛ لأنه وصل إلى مولى الأكبر من جهة المستعير مائة وستة وخمسون وربع وذلك خمس أرش العين وأربعة أثمان خمسه ونصف ثمن خمس، فإذا دفع وأفدى فقد برئ حي من حي فظهر كل عبدين بجناية ولا يرجع واحد على صاحبه بشيء.

(باب جناية الرهن على الراهن والمرتهن)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في جناية خطأ.

والثاني: في جنايته عمدًا.

(فصل)

العبد الرهن إذا جنى على الراهن نفسًا وما دونها خطأ وعلى ماله هدر، وكذلك جنايته على المرتهن وعلى عبده ولا فضل في قيمته في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا في جنايته على المرتهن إن شاء أدفعاه بالجناية وبطل الدين، وإن شاء المرتهن ترك الجناية وهو رهن.

لهما: أن المرهون يشبه المغصوب من حيث إنه مضمون على المرتهن؛ لأن الرهن قبض استيفاء في حق المالية، ولهذا لو جنى على أجنبي أو على ماله تكون العهدة عليه بمنزلة الغاصب ويشبه عبد الوديعة؛ لأن العين أمانة عنده في الحال، ولهذا لو لحقه عهده يرجع بذلك على الراهن كالمودع ويكون كفيلًا على الراهن وكان له شبهتان بهذين العبدين، وجناية عبد المغصوب على الغاصب معتبرة عندهما، وجناية الوديعة على المودع معتبرة بالإجماع فهذا أولى. له: أن جناية العبد المغصوب على الغاصب مهدرة عند أبي حنيفة وجناية عبد الوديعة على المودع معتبرة والعبد المرهون دائن بينهما محبطا من حكمهما فوقع الشك في اعتبار هذه الجناية وضمانها فلا يجب بالشك. ثم فرق أبو حنيفة بين جناية المغصوب على المالك فإنها معتبرة وجناية الرهن على الراهن مهدرة، والفرق أن الرهن أمانة في يد المرتهن في حق الراهن؛ لأنه قبضه بإذن المالك إلا أنه يصير مستوفيا لدينه من مالية الرهن عند هلاكه وجناية الوديعة على المالك هدر؛ لأن المملوكية منافية لثبوت حق المالك على مملوكه، فأما المغصوب مضمون على الغاصب فكانت جنايته واقعة في ضمان الغاصب فصارت مضمونة عليه، وإن كان في قيمته فضل على

الدين بأن رهن عبدا قيمته ألفان والدين ألف فجنايته على المرتهن ورقيقه معتبرة بالإجماع؛ لأن نصفه مضمون ونصفه أمانة إلا أنا لو اعتبرنا جنايته في نصف الأمانة وأهدرنا في نصف الضمان أدى إلى إبطال الرهن الثابت بيقين بالشك والاحتمال؛ لأنه يجب على الراهن دفع نصف الأمانة، ومتى دفع يصير نصف الرهن ملكا للمرتهن ويبقى نصفه ملكا للراهن فيصير الرهن شائعا والشيوع يبطل الرهن فاعتبرنا كل الجناية صونا للرهن عن البطلان، ثم يقال للراهن ادفعه أو افده، فإن دفعه يبطل الرهن، وإن فداه كان عليه نصف الفداء وهو رهن؛ لأنه لما اعتبرت هذه الجناية على المرتهن صار كالجناية على الأجنبي، ولو جنى على أجنبي وظهر عن الجناية بالفداء بقي رهنًا فكذا هذا.

(فصل)

ولو قتل الراهن أو المرتهن عبدًا يعاد ويبطل الدين؛ لأن موجب العمد هو العود وملك القصاص يقيده حل القتل؛ لأنه لم يكن ثابتا فيستعاد بها فكان في اعتبارها فائدة بخلاف الخطام، فإن موجبه هو المال فلا يقيد الاستحقاق والرقبة مستحقة فلا يفيد استحقاقا ثانيًا، فإن كانت قيمته ألفين والدين ألف فقتل المرتهن عمدا وله وليان فعفا أحدهما قيل للراهن والعافي ادفعا نصف العبد إلى غير العافي أو افدياه بثلاثة أرباع الدية؛ لأن نصيب أحدهما سقط بالعفو وظهر العبد عن الجناية وانقلب نصيب الآخر مآلا يوجب دفع نصف العبد إلى غير العافي والفداء عنه كما لو جنى على أجنبي وله وليان فعفا أحدهما، فإن دفعا نصفه بطل الرهن ونصف الدين في النصف بالدفع وفي النصف بالشيوع؛ لأن نصف العبد صار ملكا لغير العافي وبقي النصف ملكا للراهن فيمكن الشيوع فبطل الرهن وبقي على الراهن نصف الدين فيكون بين العافي وغير العافي نصفين، فإن فدياه فعلى الراهن ربع الدية وعلى العافي ثمن الدية؛ لأن الفداء نصفه على الراهن ونصفه على المرتهن فيكون سهمان من أربعة من نصف الدية وهو ربع الكل على الراهن وسهمان من نصف الدية على ابني المرتهن على كل واحد سهم وهو ثمن الكل، ولو كان المرتهن اثنين والمسألة بحالها فقتل أحدهما عمدا وله وليان فعفا أحدهما، فإن شاؤوا دفعوا نصف العبد

إلى الذي لم يعف ويبطل الرهن وإن شاؤوا أفدوه بسبعة أثمان نصف الدية على الراهن أربعة وسهمان على المرتهن وعلى العافي سهم؛ لأن نصف الحق قد بطل بالعفو والنصف الباقي نصفه أمانة ونصفه مضمون وفداء الأمانة على الراهن وهو نصف النصف وفداء المديون على المرتهنين وأحد المرتهنين قتل وله وليان فيكون ربع النصف على المرتهن الباقي وربع النصف ولي المرتهن المقتول نصفان وربع النصف على سهمين فيصير النصف ثمانية أسهم أربعة أسهم من ذلك على الراهن وسهمان على المرتهن الباقي ورهن على العافي وسهم على غير العافي إلا أن سهم غير العافي سقط؛ لأنه لا يجب له على نفسه فيبقى سبعة أثمان النصف، وإن أفسد متاعا للمرتهن والراهن إن شاء قبض نصف ذلك الدين وإن أبى بيع العبد في ذلك الدين كله يعني كل دين الاستهلاك؛ لأنه لو استهلك متاعا للأجنبي فللمولى أن يقضي دينه والإتباع فيه فكذا هذا، فإن بقي شيء من ثمنه بعد قضاء الدين أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه ويكون رهنًا؛ لأن العبد كان نصفه فارغًا ونصفه مضمونا فالذاهب والباقي بينهما نصفان كما لو استهلك متاعًا لأجنبي وتبع به فما بقي بعد قضاء الأجنبي يكون بينهما فكذا هذا.

[(باب الغصب في الرهن)][1]

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما إذا جنى الرهن في يد الغاصب جناية واحدة.

والثاني: فيما إذا جنى جنايات.

(فصل)

عبد مرهون بألف يساوي ألفًا فغصبه إنسان فقتل عنده قتيلًا خطأ ثم رده فدفع بالجناية يرجع على الغاصب بقيمته فيكون رهنًا مكانه؛ لأن العبد استحق بسبب كان في ضمان الغاصب ولم يسلم المقبوض من الغاصب للمرتهن فصار كأنه تلف عند

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب في جناية الرهن في يد الغاصب.

الغاصب وقد عجز عن رده فلزمه قيمته، وإن فداه المرتهن كانت القيمة التي تؤخذ من الغاصب رهنًا مكان الفداء؛ لأن استحقاق الفداء عليه كاستحقاق العبد، وفي العبد يرجع على الغاصب بالقيمة فكذلك في الفداء وتكون القيمة رهنًا؛ لأنه بدل الفداء والفداء رهن فكذلك بدله.

وإن فداه الراهن والمرتهن والرهن يساوي ألفين فالقيمة بينهما نصفان؛ لأنه بدل الفداء والفداء عليهما نصفان فكذا بدله يكون بينهما نصفين، ولو كان حين رده إلى المرتهن مات عنده يطلب الجناية والدين؛ لأن الجناية كانت في رقبة العبد؛ لأن موجب جنايته الدفع فيبطل بموت الجاني ويبرأ الغاصب؛ لأنه رد العبد إلى من أخذ ومضى ولم يلحقه ضمان بما قضى واقتضى فسقط الضمان عن الغاصب وانتهى، ولو استعار الراهن الرهن من المرتهن فجنى عنده فدفعاه كان الدين على الراهن ولا يضمن قيمة الرهن؛ لأن بالاستعارة خرج عن ضمان المرتهن ولم يبق حكم الرهن وهو الحبس فحصلت الجناية في يد الراهن فيكون موجب الجناية عليه وهو الدفع أو الفداء، وإذا دفع لا يسقط الدين؛ لأنه دفع بجناية كانت في ضمانه ولا يضمن قيمته؛ لأنه قبضه بإذن المرتهن، وكذلك لو استعاره رجل بإذن الراهن؛ لأن عارية الأجنبي بإذن الراهن كان عارية من الراهن.

ولو استعاره بغير إذنه فالمرتهن غاصب والمستعير غاصب ثانٍ فله أن يضمن أيهما شاء ويكون رهنًا مكانه؛ لأن كل واحد منهما صار متعديا في حقه المرتهن بالدفع والمستعير بالقبض وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه؛ لأن المرتهن صار مالكا له بالضمان فصار معيرا ملك نفسه والمعير لا يرجع على المستعير ولا المستعير على المعير وكذلك الراهن لو أعاره بغير إذن المرتهن ضمن المستعير القيمة، وإن شاء ضمن الراهن.

(فصل)

ولو جنى عبد الغاصب جنايات فهو على **ستة أوجه:**

الأول: لو قتل عبد الغاصب خطأ ثم قتل عمدا ثم أفسد متاعا مثل قيمته ثم رده

عليه فاختاروا دفعه، فإنه يدفع بالخطإ ثم يقتله أصحاب العمد ويكون على الغاصب بالقيمة للمرتهن يدفع إلى أولياء الخطإ ثم يأخذها صاحب المتاع ثم يرجع المرتهن على الغاصب بقيمة أخرى فيأخذها أصحاب الخطإ ثم يرجع عليه بقيمة أخرى تكون في يد المرتهن قيمة لا بيعة فيها؛ لأن البداية بالقصاص والبيع لا يفيد؛ لأنه متى اقتص بالعمد لا يمكن دفعه ولا بيعه، وإذا بيع، فإذا دفع بالخطإ أو أقبض بعد ذلك انتقض البيع عند أبي حنيفة وعندهما أنه لم ينتقض ولكن لا يشترى عبد حلال الدم إلا بقيمة يسيرة تافهة فلا يصل إلى صاحب الحق حقه بكماله ومتى بدأ بالخطإ ودفع به أمكنه قصاصه وبيعه وإبقاء الحقوق وصونها عن الإهدار واجب ما أمكن فكانت البداية بالخطإ أولى وقد استحق العبد في يد المرتهن بجناية كانت عند الغاصب فترجع بقيمته عليه ويأخذها ولي الخطإ؛ لأنه ثبت حقه في عبد فارغ وقد وصل إليه رقبة مشغولة وقد استحق عليه بسبب ذلك الشغل فكأنه لم تصل إليه وهو القيمة بدلها فكان أحق بها ثم يأخذها صاحب المتاع؛ لأنه أحق برقبة العبد من صاحب المتاع؛ لأن حق الغرماء تعلق بمالية العبد استيفاء وحق صاحب الخطإ تعلق بالعبد إما دفعًا أو فداء لا بماليته استيفاء ثم يرجع المرتهن مرة أخرى؛ لأنه استحقت القيمة من يده بجناية كانت في يد الغاصب فيأخذها ولي الخطإ ثم يرجع المرتهن ثالثا؛ لأن القيمة الثانية استحقت من يده بجناية كانت عند الغاصب فسلم له.

وكذلك إذا بدأ بالخطإ ثم بالإفساد ثم بالعمد يبدأ بالدفع بالخطإ ثم بالاقتصاص بالعمد؛ لأن البداية بالبيع أو البينة لا يفيد لما بينا.

ولو بدأ بالإفساد ثم بالخطإ ثم بالعمد أو بدأ بالإفساد ثم العمد ثم الخطإ، أو بدأ بالعمد ثم بالخطإ ثم بالإفساد، أو بدأ بالإفساد ثم بالخطإ ففي هذه الفصول الأربعة يدفع بالخطإ ثم يقتل بالعمد ثم يكون على الغاصب قيمة المرتهن يأخذها الغرماء ثم قيمة أخرى للمرتهن لا يأخذها ولي الخطإ؛ لأن حق صاحب المال يتعلق برقبة العبد فارغة كانت أو مشغولة ولم تسلم له الرقبة فكان أحق ببدلها، فأما حق مولى الخطإ تعلق برقبة مشغولة بالمال ومشغولة بالقصاص وفيما إذا بدأ بالعمد

وثلث بالخطإ وقد وصلت إليه رقبة مشغولة فوصل إليه قدر حقه فلم يكن له على القيمة سبيل وكل ذي حق وصل إلى حقه.

وأما إذا اغتصب المرهون رجل فقتل عنده قتيلا خطأ ثم ردّه فغصبه آخر فقتل عنده قتيلا خطأ فردّه فغصبه آخر فقتل عنده قتيلا خطأ يدفع العبد إلى أولياء الجنايات؛ لأنه استوت حقوقهم، وعلى الغاصب الأول للمرتهن قيمة كاملة، وعلى الثاني نصف قيمته، وعلى الثالث ثلث قيمته وحق ولي القتيل الأول في عبد كامل وفي حق الثاني في نصف عبد وحق الثالث في ثلث عبد؛ لأن حين صدرت منه الجناية الأولى لم يتعلق برقبته حق آخر، وحين صدرت منه الجناية الثانية كان مشغولا بحق الأول فينصف بينهما وحين صدرت منه الجناية الثالثة كان مشغولا بحقين فيثلث بينهم فمتى دفع العبد إليهم يرجع المرتهن على الغاصب الأول بثلث قيمته؛ لأنه استحق عليه ما قبض منه بسبب كان في ضمانه ويدفع ذلك الثلث إلى ولي الجناية الأولى؛ لأنه وصل إليه ثلث العبد وبقي حقه في ثلثيه وهذا بدل العبد فيأخذه منه ثم يرجع بثلث القيمة مرة أخرى؛ لأن ما أخذه استحق بسبب كان في ضمانه ويأخذ منه ولي الجناية الأولى تكميلا لحقه ثم يرجع بثلث القيمة مرة ثالثة فتكون رهنًا عنده ثم يرجع على الغاصب الثاني بثلث القيمة؛ لأن ثلث العبد استحق منه بسبب كان في ضمانه ويأخذه ولي القتيل الثاني نصف ذلك الثلث منه؛ لأن حقه في نصف العبد وقد وصل إليه ثلث العبد يبقى حقه في سدس العبد وفي يده ثلث قيمته فيأخذ نصف ذلك منه ثم يرجع المرتهن بذلك على الغاصب الثاني فيكون رهنًا عنده ثم يرجع على الغاصب الثالث بثلث قيمته ولا يأخذه ولي القتيل الثالث؛ لأن حقه كان في ثلث العبد لا غير وقد وصل إليه ويكون رهنًا عنده فتكون قيمة رقبة كاملة رهنًا عنده ووصل إلى كل ذي حق حقه.

فكذلك لو غصبه واحد ثلاث مرات مرة بعد أخرى وجنى في كل مرة جناية عند مرهون بأكبر من عشرة آلاف وقيمته مثل ذلك فغصبه رجل فقتل عنده رجلين خطأ ففداه المرتهن بعشرين ألفًا يرجع على الغاصب بعشرة آلاف إلا عشرة؛ لأن هذا الضمان إنما يجب على الغاصب بالغصب والجناية جميعا؛ لأنه لو لم يوجد الجناية

لا يجب الضمان بالغصب بعدما رد العبد على من أخذه منه وقد لزمه ضمان بعد رد العبد علم أنه لزمه بسبب الجناية ولولا الغصب لا يجب الضمان عليه بجناية العبد عليه فيجب اعتبار كل واحد منهما في هذا الضمان باعتبار جهة الغصب يوجب جميع القيمة واعتبار جانب الجناية يوجب عشرة آلاف إلا عشرة فلا يجب الزيادة بالشك واعتبار جانب الغصب يوجب الضمان عليه واعتبار جانب القتل يوجب الضمان على العاقلة فلا يجب على العاقلة بالشك.

ولو لم يفدوه ولكن دفعوه رجع بعشرة آلاف إلا عشرة على الغاصب فيدفع نصفها إلى ولي الجناية الأولى؛ لأن حقه وجب في كل العبد وقد وصل إليه نصفه فبقي حقه في نصف بدله ولا شيء للآخر في القيمة لأن حقه في نصف الرقبة وقد وصل إليه قدر حقه ويرجع المرتهن بخمسة آلاف إلا خمسة على الغاصب فتكون هذه العشرة آلاف إلا عشرة في يد المرتهن رهنًا؛ لأن الرهن فات وأخلف بدلا هذا القدر والله أعلم.

كتاب السبق والرهان

(**المنتقى**): وتجوز المسابقة في **أربعة أشياء**: في النصل والخف والحافر والقدم؛ لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر**"[1]. والمراد بالحافر الفرس، وبالخف الإبل، والنصل الرمي.

ورُوي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: سابقت النبي صلى الله عليه وسلم فسبقته، فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال: "هذه بتلك"[2]. وتفسير المسابقة

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢/٥٠٢ (٣٤٢٤٨) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ٢/٤٧٤ (١٠١٤٢) قال: حدثنا يحيى. وفي (١٠١٤٣) قال: وحدثنا وكيع، ويزيد. و«أبو داود» (٢٥٧٤) قال: حدثنا أحمد بن يونس. و«الترمذي» (١٧٠٠) قال: حدثنا أبو كريب، قال: حدثنا وكيع. و«النسائي» ٦/٢٢٦، وفي «الكبرى» (٤٤١٠) قال: أخبرنا إسماعيل بن مسعود، قال: حدثنا خالد. وفي ٦/٢٢٦، وفي «الكبرى» (٤٤١١) قال: أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن، أبو عبيد الله المخزومي، قال: حدثنا سفيان. و«ابن حبان» (٤٦٩٠) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا محمد بن عبد الأعلى، قال: حدثنا المعتمر بن سليمان.

سبعتهم: (وكيع بن الجراح، ويحيى بن سعيد، ويزيد بن هارون، وأحمد بن يونس، وخالد بن الحارث، وسفيان بن عيينة، والمعتمر) عن محمد بن عبد الرحمن، ابن أبي ذئب، عن نافع بن أبي نافع، مولى أبي أحمد، فذكره.

(٢) أخرجه الحميدي (٢٦٣) قال: حدثنا سفيان. و«أحمد» ٦/٣٩ (٢٤٦١٩) قال: حدثنا سفيان. وفي ٦/٢٦٤ (٢٦٨٠٧) قال: حدثنا عمر، أبو حفص المعيطي. و«ابن ماجه» (١٩٧٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«النسائي» في «الكبرى» (٨٨٩٣) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن يزيد المقرئ، قال: حدثنا سفيان. وفي (٨٨٩٥) قال: أخبرني علي بن محمد بن علي، قال: حدثنا محمد بن كثير، عن الفزاري. و«ابن حبان» (٤٦٩١) قال: أخبرنا علي بن أحمد بن سعيد، بهمذان، قال: حدثنا محمد بن عبيد بن عبد الملك الأسدي، قال: حدثنا سفيان بن عيينة.

ثلاثتهم: (سفيان بن عيينة، وأبو حفص المعيطي، وإبراهيم بن محمد الفزاري) عن هشام بن عروة، عن أبيه، فذكره.

في النصل هو الرمي بالسهام والسلاح وكل سلاح يمكن أن يرمي به وكانت المسابقة بذلك من باب تعلم أسباب الجهاد فكان مرخصا.

وإن كان في الأصل لعبًا. وتفسير المسابقة في الخف والحافر، هو عَدْو الفرس والحمار والبغل، والمسابقة بالقدم، هو المشي بالقدم وهذا مما يحتاج في الجهاد وللكر والفر فكان من رياضة النفس، فإن الغزاة محتاجون إلى رياضة أنفسهم حتى إذا ابتلوا بالطلب والهرب وهم رحالة لا يسبق عليهم العدو وكما يحتاجون في ذلك إلى رياضة الدواب.

ثم المسابقة على أربعة أوجه: ثلاثة منها حلال، والرابع حرام.

أما أوجه الحلال:

أحدها: لو قال السلطان أو أحد من الرؤساء لجماعة من الفرسان أو لاثنين من سبق منكم فله كذا، وإن سبق فلا شيء عليه فمن سبق حل له خطره، وكذلك لو قال لجماعة من الرماة إلى الهدف: من أصاب منكم الهدف فله كذا؛ لأن هذا تحريض على فعل هو سبب للجهاد والتنفيل والتفضيل من الإمام في الغنيمة لبعض الغزاة تحريضا لهم على الجهاد، فإن قال: من قتل قتيلا فله سلبه، ومن دخل حصنا أولا فله من النفل كذا أجاز مع أن الغنيمة حق الغزاة وهذا يفضي من خالص ماله فكان أحق بالجواز.

والثاني: لو قال لصاحبه: إن سبقتني في السهام أو الفرس أو المشي بالقدم فلك كذا وإن سبقتك فلا شيء عليك وهذا مباح لقوله عليه السلام: "**المؤمنون عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**"[1].

والثالث: إذا كان الجعل من الجانبين وبينهما محلل وهو أن يقول كل واحد منهما إن سبقتني فلك كذا، وإن سبقتك فلي كذا، وإن سبقت الثالث فلا شيء عليّ ولا لي فهو جائز حلال ولا يغرم إن سبق وهو مروي عن سعيد بن

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/٥٦٨ (٢٢٤٥٤) قال: حدثنا يحيى بن أبي زائدة، عن عبد الملك، عن عطاء، فذكره.

المسيب رضي الله عنه وهذا إذا كان المحلل على وجه يتوهم أن يسبق، وإن كان لا يتوهم ذلك يكون قمارا؛ لأنه لا فائدة في إدخاله سهما.

والرابع: أن يكون الجعل من الجانبين على أنه إن سبق فله كذا، وإن سبق فيغرم لصاحبه مثله وهذا حرام؛ لأن هذا قمار وإنما يجوز الرهان والمسابقة فيما يجوز أن يسبق كل واحد منهما، فأما إذا علم غالبًا أن يسبق أحدهما ولا يسبق الآخر، فإنه لا يجوز؛ لأن هذا إيجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فعلى قياس هذا من يجري بين طلبة العلم بأن وقع الاختلاف بين اثنين في مسألة وأراد الرجوع إلى الأستاذ وشرط أحدهما لصاحبه إن كان الجواب كما قلت: لأعطينك كذا.

وإن كان كما قلت لا آخذ منك كذا شيئًا فهو جائز، وإن كان الشرطان من الجانبين فهو قمار إلا إذا كان بينهما محلل؛ لأن ذلك لما جاز للتحريض على معنى الجهاد فيجوز هذا أيضًا للحث على الجهاد في التعلم والله أعلم.

تم الجزء بحمد الله وعونه ومنّه وكرمه يتلوه زويدة لطيفة منه أيضًا: كتاب القصاص.

الحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا.

فهرس المحتويات

كتاب الصلح ٣

باب معرفة أنواع الصلح ٥

باب ما يمنع جواز الصلح وما لا يمنع ١٠

باب صلح الأجنبي مع المدعِي والوكيل ١٣

فصل ١٤

باب ما يصلح بدلًا في الصلح وما لا يصلح ١٤

باب ما ينقض الصلح وما لا ينقضه ١٦

فصل ١٦

فصل ١٨

فصل ١٩

باب الصلح في الدين ٢٢

فصل ٢٢

فصل ٢٣

باب إقامة البينة من المدعِي أو المُدَّعَى عليه بعد الصلح ٢٥

فصل ٢٥

فصل ٢٥

باب الصلح على بعض دينه على أن يعجل الباقي ٢٧

فصل ٢٨

باب الصلح عن المنافع أو عليها ٢٩

باب التصرف في بدل الصلح ٣٢

باب الصلح عن الحقوق التي ليست بمال ٣٣

باب الصلح عن النفقة والأجرة ٣٦

فصل ٣٧
باب الصلح في الصرف ٣٨
باب الصلح في الوديعة والهبة والصدقة والرهن والغصب..... ٣٩
فصل ٣٩
فصل ٤١
فصل ٤٣
فصل ٤٤
باب الصلح في الشفعة ٤٥
باب الصلح مع الورثة في التركة ٤٧
فصل ٤٧
فصل ٤٨
باب صلح الوارث مع الموصى له ٥٠
فصل ٥٠
فصل ٥١
فصل ٥٢
فصل ٥٣
باب صلح الأب والوصي ٥٦
فصل ٥٦
فصل ٥٧
باب الصلح الفاسد..... ٥٧
فصل ٥٧
فصل ٥٩
باب الصلح عن دم العمد والجراحات..... ٦٠
فصل ٦٠
فصل ٦١
فصل ٦٢

فصل ٦٤
فصل ٦٦
باب صلح المرأة عن دم العمد أو الجراحة على التزوج أو على الخلع ٦٨
فصل ٦٨
فصل ٦٩
باب الصلح في السلم ٧٠
فصل ٧٠
باب صلح الذمي ٧١
فصل ٧٢
فصل ٧٢
باب الصلح على الأجل وإسقاطه ٧٣
فصل ٧٣
فصل ٧٤
باب من يجوز منه تأجيل الدين والحط ومن لا يجوز ٧٥
باب الصلح عن العيوب ٧٦
الفصل الأول ٧٧
فصل ٧٩
فصل ٨٠
باب الصلح في النكاح والطلاق والخلع ٨٠
فصل ٨٠
فصل ٨٢
باب صلح المكاتب والعبد ٨٣
فصل ٨٤
كتاب الوكالة ٨٦
باب ما يقع به الوكالة ٨٧
باب ما يصح التوكيل فيه وما لا يصح ٨٩

فصل ٩٣
فصل ٩٤
باب من يصلح بوكيله ومن لا يصلح ٩٥
باب وكالة الأب والوصي في مال الصبي..... ٩٦
باب توكيل العبد المأذون والمكاتب..... ٩٧
باب الوكالة بالخصومة..... ٩٨
فصل ٩٨
فصل ١٠٠
باب الوكالة بالبيع والشراء..... ١٠٢
باب الوكالة بالشراء ١٠٤
فصل ١٠٤
فصل ١٠٧
باب ما يرجع به الوكيل على الموكل عند الهلاك ١٠٩
فصل ١١١
فصل ١١٤
فصل ١١٤
باب الوكيل بالبيع والشراء إذا فعل في بعض ما أمر..... ١١٥
فصل ١١٦
فصل ١١٦
باب توكيل الواحد رجلين أو الرجلان واحدًا..... ١١٨
باب الوكالة بالبيع بشرط..... ١٢٠
باب ما يصير الوكيل به مخالفا وما لا يصير ١٢٢
فصل ١٢٣
فصل ١٢٤
فصل ١٢٤
فصل ١٢٥

فصل ١٢٥
باب ما يضمن به الوكيل وما لا يضمن..... ١٢٦
فصل ١٢٨
فصل ١٢٩
باب تصرف الوكيل أو البائع في الثمن..... ١٣٢
باب الحقوق في الوكالة ١٣٤
باب ما يصدق فيه الوكيل على الموكل وما لا يصدق..... ١٣٨
باب الوكالة في الهبة..... ١٣٨
باب الوكالة بالعتق ١٤٠
باب الوكالة في الرهن ١٤٤
فصل ١٤٨
باب الوكالة بقبض الوديعة والدفع إلى فلان..... ١٤٩
فصل ١٤٩
فصل ١٥١
باب الوكيل بالاقتضاء والاستيفاء والتقاضي ١٥٢
فصل ١٥٢
فصل ١٥٥
فصل ١٥٨
فصل ١٦٠
فصل ١٦١
فصل ١٦١
باب الوكالة في المزارعة والمعاملة ١٦٢
فصل ١٦٢
فصل ١٦٤
فصل ١٦٦
باب الوكيل مع الموكل إذا اختلفا..... ١٦٨

فصل ١٦٨
فصل ١٦٩
فصل ١٧١
فصل ١٧١
فصل ١٧٣
فصل ١٧٥
باب توكيل الوكيل ١٧٥
فصل ١٧٧
باب الوكالة في الصرف والسلم ١٧٨
فصل ١٧٨
فصل ١٧٩
مسائل السلم ١٨١
باب وكالة المضارب ١٨٢
باب ما يخرج به الوكيل من الوكالة ١٨٣
فصل ١٨٣
فصل ١٨٥
فصل ١٨٦
فصل ١٨٧
فصل ١٨٨
باب عزل الوكيل ١٨٨
باب رد الوكيل أو الموكل المبيع بالعيب ١٩١
كتاب الكفالة ١٩٤
باب ما تقع به الكفالة وما لا تقع ١٩٦
فصل ١٩٩
باب الكفالة بالديون والأعيان المضمونة ١٩٩
باب ما تجوز به الكفالة وما لا تجوز ٢٠٣

فصل ٢٠٣
فصل ٢٠٥
باب الكفالة بالنفس ٢٠٩
فصل ٢٠٩
فصل ٢١١
باب أخذ الكفيل للمدعي حتى يقيم البينة ٢١٢
فصل ٢١٢
فصل ٢١٨
باب الكفالة بالشرط ٢٢٠
فصل ٢٢١
باب الشرط في الكفالة ٢٢٢
فصل ٢٢٤
باب الكفالة بالنفس إن شرط إن لم يواف به فعليه المال ٢٢٤
فصل ٢٢٥
فصل ٢٢٨
فصل ٢٢٩
باب الكفالة الموجبة ٢٣١
فصل ٢٣١
فصل ٢٣٣
فصل ٢٣٤
باب الكفالة المؤقتة والمقيدة ٢٣٦
باب كفالة الصبي والعبد أو لهما ٢٣٧
باب كفالة العبد والمكاتب ٢٣٩
فصل ٢٤٠
باب كفالة الرجلين ٢٤٢
باب ما يصح تسليم الكفيل المكفول به وما لا يصح تسليمه ٢٤٨

فصل ٢٥١
باب اشتراط أداء المال من مال المكفول به ٢٥٤
فصل ٢٥٥
باب إبراء الكفيل الأصيل أو أحدهما ٢٥٦
فصل ٢٥٧
فصل ٢٥٩
فصل ٢٦٠
فصل ٢٦١
فصل ٢٦٣
فصل ٢٦٤
باب ما يرجع به الكفيل على الأصيل وما لا يرجع ٢٦٤
باب صلح الكفيل الطالب وما يرجع به على المطلوب ٢٦٧
فصل ٢٦٧
باب الأمر بقضاء الدين ٢٧١
باب موت الكفيل أو المكفول له أو الأصيل ٢٧٤
فصل ٢٧٤
باب رجوع الكفيل أو الورثة في التركة..... ٢٧٥
باب ضمان الدرك..... ٢٧٧
باب الاختلاف في الكفالة ٢٧٩
باب الكفالة بالشهادة..... ٢٨٠
فصل ٢٨٠
فصل ٢٨١
باب كفالة أهل الذمة..... ٢٨٢
فصل ٢٨٤
كتاب الحوالة ٢٨٦
باب ما يرجع به المحتال عليه على المحيل وما لا يرجع ٢٨٩

فصل ٢٩١
فصل ٢٩٢
فصل ٢٩٣
الفصل الأول ٢٩٤
الفصل الثاني ٢٩٥
الفصل الثالث ٢٩٦
الفصل الرابع ٢٩٦
الفصل الخامس ٢٩٧
باب رجوع المحتال له إذا مات المحتال عليه مفلسًا أو جحد الحوالة ٢٩٨
فصل ٢٩٨
فصل ٢٩٩
فصل ٣٠٠
باب الاختلاف في الحوالة والبينة فيها ٣٠١
باب الحوالة على الكفيل والجمع بين الحوالة والكفالة ٣٠٣
فصل ٣٠٤
فصل ٣٠٥
كتاب الرهن ٣٠٧
باب ما يقع به الرهن وما لا يقع ٣١٠
باب ما يجوز الارتهان به وما لا يجوز ٣١٢
باب المقبوض بجهة الرهن ٣١٤
باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز ٣١٦
فصل ٣١٦
فصل ٣١٧
باب الرهن يهلك في يد المرتهن بغير ضمان وما يضمن بإمساكه وما لا يضمن ٣١٩
فصل ٣١٩
فصل ٣٢٠

فصل ٣٢١
فصل ٣٢٣
باب وضع الرهن على يدي عدل..... ٣٢٥
فصل ٣٢٥
فصل ٣٢٧
فصل ٣٣٠
فصل ٣٣٣
فصل ٣٣٤
باب نفقة الرهن ٣٣٥
باب الزيادة في الرهن..... ٣٣٧
فصل ٣٣٧
فصل ٣٣٩
فصل ٣٤١
فصل ٣٤٣
فصل ٣٤٤
باب الزيادة المتولدة من الرهن ونقصانه ٣٤٧
فصل ٣٤٧
فصل ٣٤٨
باب ما ينقص الرهن وما لا ينقصه ٣٤٩
باب الرهن يحصل مكانه رهنًا آخر ٣٥٢
باب رهن الرجلين أو منهما ٣٥٤
فصل ٣٥٤
فصل ٣٥٥
فصل ٣٥٦
باب رهن الوصي والولد..... ٣٥٨
فصل ٣٥٩

فصل ٣٦١
فصل ٣٦١
باب الرجل استعار شيئًا ليرهنه ٣٦٢
فصل ٣٦٢
فصل ٣٦٣
فصل ٣٦٤
باب تصرف الراهن في الرهن المشترك ٣٦٦
فصل ٣٦٦
فصل ٣٦٨
فصل ٣٦٩
فصل ٣٧٢
باب السعاية في الرهن ٣٧٦
فصل ٣٧٩
باب تصرف المرتهن في الرهن ٣٨٢
باب رهن المكاتب والمأذون ٣٨٤
فصل ٣٨٥
باب رهن المضارب والشريك ٣٨٦
فصل ٣٨٦
فصل ٣٨٩
باب هلاك الرهن ونقصانه وتغيره ٣٩١
فصل ٣٩٢
فصل ٣٩٣
فصل ٣٩٥
فصل ٣٩٦
فصل ٣٩٧
باب رهن المكيل والموزون ٣٩٨

باب افتكاك الرهن ٣٩٩
فصل ٣٩٩
فصل ٤٠١
فصل ٤٠١
باب اختلاف الراهن والمرتهن ٤٠٥
باب الدعوى والشهادة في الرهن..... ٤٠٧
فصل ٤٠٧
فصل ٤٠٨
فصل ٤٠٩
فصل ٤١٠
فصل ٤١٢
باب رهن الذمي والحربي ٤١٣
فصل ٤١٥
باب رهن الفضة بالفضة ويسمى هذا باب رهن القلب ٤١٦
فصل ٤٢٣
أبواب الجنايات في الرهن..... ٤٢٤
باب جناية الرهن..... ٤٢٤
فصل ٤٢٥
فصل ٤٢٧
باب جناية الرهن بالحفر..... ٤٢٨
باب الجناية على المرهون..... ٤٣٠
فصل ٤٣٢
فصل ٤٣٤
فصل ٤٣٩
باب جناية الرهن بعضه على بعض..... ٤٤٠
فصل ٤٤١

فصل ٤٤٥
فصل ٤٤٨
باب جناية الرهن على الراهن والمرتهن ٤٥٠
فصل ٤٥٠
فصل ٤٥١
باب الغصب في الرهن ٤٥٢
فصل ٤٥٢
فصل ٤٥٣
كتاب السبق والرهان ٤٥٧
فهرس المحتويات..... ٤٦٠

المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية كلية الشريعة

الجزء التاسع

المحتوى:

القصاص - الديات - الجنايات - الحدود - السرقة - الغصب -

الإكراه - الوصايا - حساب الوصايا - العين والدين -

العتق في المرض - الدور - الفرائض

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

الكتاب: المحيط الرضويّ

Title: AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام رضي الدين محمد بن محمد السرخسي (ت ٥٧١ هـ)

Author: Al-Imam Radiyuddin Mohammed ben Mohammed Al-Sarakhsy (D. 571 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (9Vols./9Parts) 5568		عدد الصفحات (٩أجزاء/٩مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2021 A.D. - 1442 H.	سنة الطباعة
Printed in	**Lebanon**	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st	الطبعة الأولى

sales@al-ilmiyah

info@al-ilmiyah.com

http://www.al-ilmiyah.com

Exclusive rights by © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beirut - Lebanon No Part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system,or to post it on Internet in any form without the prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à © **Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah** Beyrouth-Liban Toute représentation, édition, traduction ou reproduction même partielle, par tous procédés, en tous pays, ou téléchargement sur Internet de quelque mamière que se soit faite sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite et exposerait le contrevenant à des poursuites judiciaires.

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأ أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية أو تحميله على صفحات الإنترنت بأي شكل من الأشكال إلا بموافقة الناشر خطياً.

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

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

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

ISBN 978-2-7451-8337-8

9 782745 183378 90000

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القصاص

نحتاج إلى معرفة: شرعية القصاص، وسبب وجوبه، وتفسيره لغة وشريعة، وركنه وشرطه، وحكمه شريعة.

أما شرعيته: فلقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ﴾ [البقرة: ١٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا﴾ [الإسراء: ٣٣] فقد أثبت لولي القتيل سلطنة القتل وولاية استيفائه وقال عليه السلام: "**الْعَمْدُ قَوَدٌ**[1]"[2] أي موجب العمد القود؛ ولأن في شرع القصاص إبقاء العالم على النظم والاستقامة؛ لأن الله تعالى لما حكم ببقاء العالم إلى حين ولا بقاء إلا ببقاء حبس الآدميين، فشرع القصاص حفظًا وصونًا لبيئة الآدميين عن الهدم والإفناء؛ لأن السفهاء والفساق لا ينزجرون عن ارتكاب الكبائر وعن التجاسر على مباشرة الجرائم وعن سفك الدم المحرم لمجرد الوعيد والتوبيخ اعتمادا منهم على التجاوز والعفو من الله تعالى فلا بد من تعليق عقوبة زاجرة أو غرامة ناجزة بها لينزجروا وينصدّوا عنها خوفا من الله تعالى ومن العقوبة المعجلة أو الغرامة الناجزة فيبقى العالم على النظم والاستقامة وفي القصاص إفناء الفرد لإبقاء جنس الآدميين وإفناء الفرد لإبعاد الجنس من مقتضى الحكمة والشريعة وإليه أشار قوله

---

(١) القَوَد بِفَتْحَتَيْنِ: القصاص، وقتل القاتل بدل القتيل.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٩/٣٦٥ (٢٨٣٤١) قال: حدثنا عبد الرحيم، عن إسماعيل، عن عمرو بن دينار، عن طاووس، فذكره.

تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾[البقرة: ١٧٩] معناه أن من همَّ بقتل إنسان لو علم أنه لو قتله لقتل به ينزجر عنه فيبقى هو والمهموم بقتله حيا[1].

وأما سبب وجوبه: إنما هو قتل محض عدوانا ويتجنب حراما؛ لأنه مؤثر في استدعاء وجوب القصاص كما وصفنا.

وأما تفسيره: فالقصاص في اللغة عبارة عن المساواة، ومنه سميت المقصة مقصة لتساوي حديه ويقال تقاص الدبيبان إذا تساويا في السقوط أو يكون عبارة عن إعقاب الفعل بفعل مثله قال الله تعالى في قصة موسى مع صاحبه: ﴿فَٱرْتَدَّا عَلَىٰٓ ءَاثَارِهِمَا قَصَصًا ﴿٦٤﴾﴾[الكهف: ٦٤] أي اصطحبا في الطريق الذي سارا فيه راجعين فأعقبا الفعل بفعل مثله. وفي الشريعة: إتباع القتل القتل جزاء منه.

وأما ركنه: هو القتل وهو فعل يضاف إلى العباد يلازمه فوات الحياة بمجرى العادة.

وأما شرطه: فللماثلة والمعادلة في الاستيفاء؛ لأن المماثلة مشروطة في أجزية السيئات وضمان العدوانات لقوله تعالى: ﴿وَمَن جَآءَ بِٱلسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا﴾ [الأنعام: ١٦٠] ولأن في إيجاب الناقص بخس بحق المظلوم وفي إيجاب الزيادة جور وحيف بالظالم والبخس غير مشروع والحيف حرام فكان الإنصاف والانتصاف في إيجاب المثل إلا أنه سقط اعتبار المماثلة في مجال الأفعال في الأنفس لنوع ضرورة وهو أن قتل الواحد بطريق الاجتماع غالب وجودًا وبطريق الأفراد نادر وقوعا فلو لم يقتل الواحد بالجماعة واعتبرنا المماثلة في مجال الأفعال يؤدي إلى فتح باب العدوان وسد باب القصاص، فلا فائدة في شرع القصاص فسقط اعتبار المماثلة في الأنفس للضرورة وبقيت المماثلة في الأطراف معتبرة، فإن الاجتماع على إتلاف الطرف ليس بغالب بل هو نادر.

وأما حكمه: فتمحيص الذنوب وتطهيره عن الإثم والخوف قال عليه السلام:

---

(١) انظر: ابن عابدين ٥/٣٥٠ و٣٥٩، وبدائع الصنائع ٧/٢٣٥ - ٢٣٦.

"**السيف محّاء الذنوب**". وقوله عليه السلام: "**الْحُدُودُ كَفَّارَات لِأَهْلِهَا**"[١].

(باب معرفة أنواع القتل وأحكامها)

قال محمد رحمه الله: القتل على ثلاثة أوجه: عمد، وخطأ، وشبه عمد.

فالعمد: هو أن يتعمد ضربه بسلاح أو ما يجري مجراه مما له حدّ يقطع ويجرح؛ لأن العمد والقصد عمل القلب، فإنه مما لا يوقف عليه، ولكن الضرب بآلة جارحة قاطعة قاتلة دليل العمد للقتل ثم يقام مقامي العمد، ثم آلة القتل على ضربين آلة السلاح وغير السلاح، أما السلاح فكل آلة هي جارحة كالسيف والسكين ونحوهما يقتل به فهو عمد محض، وكذلك لو قتله بحديدة لا حد له نحو أن يضرب بعمود أو سنجة حديد أو نحاس أو صفر، فعلى رواية الطحاوي لا يكون عمدًا محضًا؛ لأن الحديد إذا لم يكن يجرح لم يكن عاملا بمعناه الموضوع له وهو تفريق الأجزاء أو تبعيضه وإنما يعمل بثقله فصار كالمثقل من الحجر وعلى ظاهر الرواية يكون عمدًا لقوله عليه السلام: "**لا قود إلا من حديد**"[٢] والحديد أصل في القتل به، فإنه منصوص عليه في إيجاب القود به والحكم في المنصوص عليه يتعلق بغير النص لا بالمعنى والنص الوارد في الحديد والسيف يكون واردًا فيما هو معناه في الاستعمال دلالة والنحاس والصفر يستعمل منهما السلاح كما يستعمل من الحديد فيكون الحكم فيه ثابتا بدلالة النص لا بعينه[٣].

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٨٩/٣، والحطاب ٣٢١/٦، والقوانين الفقهية ٣٣٠، وروضة الطالبين ١٠١/١٠، ١٠٢، وكشاف القناع ٨٣/٦، والمغني ٣١١/٨.

(٢) عن أبي عازب، عن النعمان بن بشير، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لا قود إلا بالسيف**».

أخرجه ابن ماجه (٢٦٦٧) قال: حدثنا إبراهيم بن المستمر العروقي، قال: حدثنا أبو عاصم، عن سفيان، عن جابر، عن أبي عازب، فذكره.

(٣) انظر: نيل الأوطار ١٦٠/٧، ١٦٥، وحاشية ابن عابدين ٥٣٧/٦، والبدائع ٢٤٥/٧، وتبيين الحقائق ١٠٦/٦، والسرخسي ١٢٥/٢٦، ١٢٦، وحاشية الدسوقي ٢٦٥/٤، والخرشي ٢٩/٨، والتاج والإكليل ٢٥٦/٦، ومغني المحتاج ٤٤/٤، ونهاية المحتاج ٢٩٠/٧، والمغني ٣٩٠/٩، وكشاف القناع ٥٣٨/٥، والحديث منكر ومعلول (فيض القدير).

ولو ضربه بسنجة رصاص لا يكون عمدًا؛ لأنه لا يستعمل منه استعمال الحديد وهو السلاح وأما غير السلاح كالليطة والمروة والرمح الذي لا سنان فيه إذا أخرجه فهو عمد محض؛ لأنه إذا فرق الأجزاء عمل عمل السيف؛ لأنه حصل ما هو المقصود من الحديد بما هو متعادلة فلا تبقى شبهة حدٍّ ثم العمد به باعتبار قصور الآلة، ولهذا قال إذا أحرق رجلًا بالنار يقتص به؛ لأن النار تفرق الأجزاء وتبعضه وتعمل عمل الحديد وأما شبه العمد فهو القتل بآلة لم توضع له ولم يحصل به الموت غالبا مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ونحوه. فأما القتل بالعصا الكبيرة وكل آلة مثقلة يحصل بها الموت غالبا لكنها غير جارحة قاطعة بل هي مدقة مكسرة فهو يشبه العمد عند أبي حنيفة خلافا لهم لما يأتي.

وأما الخطأ، فهو ما يتعمد شيئًا فيصيب آدميا أو يقصده فيظنه صيدا أو حربيا، فإذا هو مسلم ونوع ما هو ملحق بالخطإ كالنائم إذا انقلب على إنسان فقتله وكذا القتل بطريق التسبب كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق الممر؛ لأنه إذا تسبب في القتل صار كالموقع والدافع ولكن لما لم يقصد القتل فهو كالخطإ في الحكم ولا يكون فيما دون النفس شبه العمد؛ لأن ما دون النفس لا يختص إتلافه بآلة دون أخرى بل يختص بآلة جارحة قاطعة، فأما القتل يختص بالآلات بعضها جارحة قاطعة وبعضها لا فيختلف حكم النفس باختلاف الآلات.

وأما أحكامها: أما حكم العمد المحض، فهو القود عينا، وقال الشافعي: هو القود والدية وخيار التعيين إلى الولي، وقال في قوله موجبه القصاص عينا ولكن للولي حق العدول من القصاص إلى المال من غير رضاء القاتل.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾ [البقرة: ١٧٨] أي فرض عليكم فالله تعالى أوجب القصاص علينا؛ لأن كلمة الإيجاب تناولته عينا من غير تردد وإبهام فيكون واجبا عينا فيتبقى وجوب الدية ضرورة وتأويل قوله عليه السلام: "**من قُتِلَ له قتيل فأهله بين خيارين إن شاؤوا أفادوا وإن شاؤوا أخذوا الدية**" أي برضاء القاتل؛ لأن الرضاء موجود دلالة؛ لأن العاقل متى نجا برأسه وسلمت مهجته بأداء المال كان راضيا بأداء المال فوجود

الرضاء دلالة أغنانا عن التنصيص عليه ولا كفارة فيه فيحرم قاتله من الميراث كما عرف في موضعه. وأما شبه العمد، فلا قود فيه وفيه الدية المغلظة والكفارة؛ لأنه خطأ من حيث القتل؛ لأنه قصد ضربه ولم يقصد قتله؛ لأن الآلة ليست بموضوعة للقتل فكان عمدًا من حيث الضرب خطأ من حيث القتل فسمي خطأ العمد؛ لأنه خطأ حصل من العمد.

والقتل بآلة مثقلة كالعصا الكبيرة والحجر الثقيل أو ألقاه من جبل أو سطح عند أبي حنيفة لا يوجب القود خلافا لهم.

فالحاصل أن عند أبي حنيفة وجوب القصاص متعلقه بآلة جارحة قاطعة موجبة مسرعة في نزع الروح مبطأة فيه، وعندهم: متعلق بآلة قاتلة سواء كانت جارحة أو لا، فعلى هذا لو غرقه بالماء وكان الماء بحال ينجو منه بالسباحة وهو يحسن السباحة فمات يكون خطأ العمد؛ لأنه تعمد الإلقاء ولم يتعمد القتل، وإن كان بحال لا ينجو منه بأن كان لا يحسن السباحة أو هو مشدود مثقل لا يمكنه السباحة فعند أبي حنيفة: خطأ العمد.

وعندهم: عمد محض وعلى هذا لو ضرب بالسوط الصغير ووالى في الضربات فهو شبه عمد لا قود فيه عنده خلافا لهم. حجتهم أن هذه الآلات قاتلة مهلكة كالسيف فإنها مفضية إلى القتل موجبة إلى نزوع الروح عادة فالضرب بها يكون دليل عمد القتل وقصده والقتل العمد موجب للقود بالنص.

له: قوله عليه السلام: "**ألا إن قتيل خطأ العمد**[1] **قتيل السوط والعصا والحجر فيه مائة من الإبل**"[2] ولم يفصل بين الصغير والكبير والخفيف والثقيل وبين الموالاة

---

(١) في بعض روايات الحديث: قتيل الخطأ شبه العمد، وهي أكثر إيضاحًا للمعنى.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٧٢١٢) عن معمر. و«الحميدي» (٧١٩) قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ١٢٩/٩ (٢٧٢٧٢) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أحمد» ١١/٢ (٤٥٨٣) قال: حدثنا سفيان. وفي ٣٦/٢ (٤٩٢٦) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«ابن ماجه» (٢٦٢٨) قال: حدثنا عبد الله بن محمد الزهري، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤٥٤٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الوارث. =

وعدمها ولأنه تعذر استيفاء القصاص؛ لأنه لا وجه إلى استيفائه بغير السيف دقًّا وغرقًا وحرقًا وحتفًا؛ لأنه منفي بقوله عليه السلام: "**لا قود إلا بالسيف**" ولا وجه إلى استيفائه بالسيف؛ لأن فيه ترك مراعاة المماثلة؛ لأنه ليس في القتل الأول جرح والمماثلة مرعية مشروطة في أجزية السيئات ما أمكن لما بينا وقد أمكن اعتبار المماثلة في أصل الجرح فيعتبر ولا يمكن اعتبارها في عدد الجراحات وقدرها فلا تعتبر، ولو خنق رجلًا ومات فهو شبه العمد لا قصاص فيه؛ لأن القتل حصل بآلة غير جارحة وقاطعة وإنها غير مفضية إلى القتل لا محالة؛ لأن التخنيق قد يفضي إلى القتل فكان شبه العمد إلا أن يكون معروفا بذلك فيقتل؛ لأنه ساعٍ في الأرض بالفساد والساعي في الأرض بالفساد يُقتل صيانة للمسلمين دفعًا لشره، فإن شره قل ما يندفع بالحبس كما في البغاة وقطّاع الطريق وعندهما إن دام على الخنق مقدار ما حيي فمات يجب القصاص؛ لأنه قصد القتل فكان عمدًا، وإن ترك الخنق ثم مات ينظر إن دام على الخنق مقدار ما يموت الإنسان منه غالبا يجب؛ لأنه قصد قتله، وإن كان مقدار ما لا يموت منه غالبا لا يجب؛ لأنه قصد خنقه لا قتله فكان عمدًا باعتبار الخنق خطأ باعتبار القتل فكان شبه العمد، ولو سقاه سُمًّا أو أوجره أي ناوله سمًّا ثم أكرهه على شربه فشرب لا قصاص والدية على عاقلته؛ لأن الموت حصل بفعل الساقي فيعد قاتلا ولكن القتل حصل بآلة غير جارحة فلا يكون عمدًا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك عندهما بخلاف ما إذا قتله بحجر عظيم، والفرق لهما: أن الانتحار ليس بقتل لا محالة، فإن السم القليل قد يجعل في بعض الأدوية للإصلاح في حق بعض أصحاب العلل، فإذا كان قدر طلب به إصلاح البدن لبعض أصحاب العلل فلا يثبت القصد إلى القتل بالقليل منه ويثبت القصد بالكثير منه؛ لأن الكثير منه لا يجعل في الأدوية للإصلاح فيمكن القصور في القصد إلى القتل فكان بنية العمد.

=

و«النسائي» ٨/٤٢، وفي «الكبرى» (٦٩٧٥) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٥٦٧٥) قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا سفيان.

ثلاثتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وعبد الوارث بن سعيد) عن علي بن زيد بن جدعان، عن القاسم بن ربيعة، فذكره.

وكان كمن أوجر رجلًا سقمونيا مقدار ما لا تحتمله النفوس فمات؛ لا يكون عمدًا فأما القتل بحجر عظيم ونحوه فلا يقصد به إلا القتل عادة فكان عمدًا محضًا.

ولو أعطاه سمًّا فشربه لا قصاص ولا دية؛ لأن الشارب هو الذي باشر بقتل نفسه لما شرب مختارا كمن دفع سكينا إلى رجل فقتل نفسه.

وأصله: ما رُوي أن يهوديًّا أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم شاة مصلية مسمومة، فتناول منها ذراعا، وقال: "**إن هذه الذراع تحدثني أنها مسمومة**"[1]، وتناول منها أيضًا بشر بن البراء بن معرور فمات من ذلك فلم يعاقبه ولم يلزمه شيئًا، وإذا اعتاد ذلك يجوز للإمام أن يقتله، وأما الخطأ ففيه الدية والكفارة لما يأتي في كتاب الديات.

(**المنتقى**): قال محمد رحمه الله: رجل تعمد أن يضرب يد رجل أو شيئًا منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنقه فأبان رأسه فهو عمد، ولو أراد أن يضرب يد رجل فأصاب عنق غيره فهو خطأ؛ لأنه أصاب غير ما تعمد وفي الأول أصاب ما تعمد؛ لأنه قصد إتلاف طرف ذلك الرجل، ولو رمى قلنسوة رجل على رأسه فأصاب فهو خطأ، وكذلك لو قصد ضرب القلنسوة فأصاب السيف رأسه فهو خطأ.

ولو رمى رجلًا فأصاب حائطًا ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ؛ لأنه أخطأ في إصابة الحائط ورجوع السهم مبني على إصابة الحائط لا على الرمي السابق؛ لأنه أجزأ الشيئين والحكم يضاف إلى إجزاء الشيئين وجودًا وقد تخلل بين الرمي والإصابة الأخير إصابة الحائط فقطع حكم الإصابة الأخيرة عن الرمي السابق، ولو لف ثوبا فضرب به رأس إنسان فشجه موضحة فإنها عمد سواء اقتصر على الشجة أو مات؛ لأنه أصاب ما تعمد وقد عملت الآلام عملها وأثرت في

---

(١) أخرجه أحمد ٣٥٩/٢ (٨٦٩٩) قال: حدثنا أبو جعفر، قال: أخبرنا عباد. و«أبو داود» (١/٤٥١٢) قال: حدثنا وهب بن بقية، عن خالد. و«ابن حبان» (٦٣٨١) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، قال: حدثنا وهب بن بقية، قال: أخبرنا خالد بن عبد الله.
كلاهما: (عباد بن العوام، وخالد بن عبد الله الواسطي) عن محمد بن عمرو بن علقمة، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، فذكره.

الظاهر والباطن جميعا، ولو مات من غير أن يجرح قال صار خطأ، قال محمد في الرقبات: رجل ضرب رجلًا بسيف بغمده فخرق السيف الغمد فقتله قال أبو حنيفة: لا قود عليه، وقال محمد: إن كان الغمد كان يقتل لو ضرب به وحده يقتل؛ لأن الغمد إذا كان يقتل به فهو قاصد إلى القتل وقد أصاب المقتل فوجب القصاص لأبي حنيفة أنه قصد الضرب دون القتل؛ لأن الغمد لا يقصد به إلا الضرب عادة فصورة الخطأ هو أن يصيب خلاف ما قصد. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل ضرب رجلًا بإبرة أو بشيء شبيه الإبرة متعمدًا فقتله فلا قود عليه وإن ضربه بمسلة أو نحوها فعليه القود؛ لأن الإبرة مما لا يقصد به القتل عادةً، وإن كانت الآلة جارحة؛ لأنها آلة الخياطة دون القتل، فإذا تمكنت فيه شبهة عدم العمدية به امتنع وجوب ما لا يجامع مع الشبهة، فأما المسلة فهو آلة جارحة يقصد بها القتل، وفي رواية أخرى عنه إن غرزه بالإبرة في المقتل فعليه القود وإلا فلا؛ لأن غرز الإبرة في المقتل يقصد به القتل لا التأديب.

(**الفتاوى**): ضرب بحديد أو ذهب أو فضة أو صفر أو نحاس أو رصاص فجرحه ومات أنه يقتل، وإن رماه بصنجة ألف درهم فجرحه أو لم يجرحه قتل، ولو ضربه بعصا مصيب رأسه بالحديد وقد أصاب الحديد حتى جرحه أو أزهق سائر جسده أو ضربه بقمقمة حديد أو شبهه أو بقدر حديد فمات منه قتل، وهذا كله على قياس ظاهر الرواية على ما بينا، ولو ضربه بعصا من خشب حتى أدمغه أو بحجر غير محدد لا يقتل، فإن كان محدودا حتى جرحه يقتل.

وعن أبي حنيفة في (**المجرد**): لو ألقى رجلًا في الماء ثم أخرج وبه رمق فمكث أيامًا حتى مات قتل وإن كان يجيء ويذهب حتى مات لم يقتل، ولو قمط رجلًا فألقاه في البحر فغرق تجب الدية، ولو سبح سباحة ثم غرق لا دية عليه؛ لأنه غرق لعجزه وفي الأول لطرحه.

(باب القصاص في النفس واستيفائه)

ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر والكبير بالصغير والصغير بالكبير لعموم

النصوص الموجبة للقصاص من غير تفصيل، وكذلك يقتل العبد بالحر والحر بالعبد.

وقال الشافعي: لا يقتل الحر بالعبد.

والصحيح قولنا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا بإحدى خِلالٍ ثَلاثٍ: كُفرٌ بعدَ إيمان، أو زِنا بَعْدَ إِحْصَانٍ، أَوْ قَتْل نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍّ**"(١). فسياق الحديث يقتضي أن يكون قتله حرامًا بغير حق؛ لأنه مسلم وحقه يقتضي أن يكون موجبا للقصاص لقوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾[البقرة: ١٧٨] قلنا: هذا

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥/٩ (٦٨٧٨) قال: حدثنا عمر بن حفص، قال: حدثنا أبي. و«مسلم» ١٠٦/٥ (٤٣٩٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث، وأبو معاوية، ووكيع. وفي (٤٣٩١) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، وعلي بن خشرم، قالا: أخبرنا عيسى بن يونس. وفي (٤٣٩٢ و٤٣٩٣) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، ومحمد بن المثنى، واللفظ لأحمد، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان. وفي (٤٣٩٤) قال: وحدثني حجاج بن الشاعر، والقاسم بن زكريا، قالا: حدثنا عبيد الله بن موسى، عن شيبان. و«ابن ماجه» (٢٥٣٤) قال: حدثنا علي بن محمد، وأبو بكر بن خلاد الباهلي، قالا: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٤٣٥٢) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا أبو معاوية. و«الترمذي» (١٤٠٢) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية. و«النسائي» ٩٠/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٦٥) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أنبأنا عبد الرحمن، عن سفيان. وفي ١٣/٨، وفي «الكبرى» (٦٨٩٧) قال: أخبرنا بشر بن خالد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، عن شعبة. و«أبو يعلى» (٥٢٠٢) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. و«ابن حبان» (٤٤٠٧) قال: أخبرنا حاجب بن أركين، بدمشق، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٤٤٠٨) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. وفي (٥٩٧٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا محمد بن كثير العبدي، قال: حدثنا سفيان الثوري. وفي (٥٩٧٧) قال: أخبرنا محمد بن عمر بن يوسف، قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة.

عشرتهم: (سفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، ووكيع بن الجراح، وحفص بن غياث، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وشعبة بن الحجاج، ويعلى بن عبيد، وعبد الله بن نمير، وعيسى بن يونس، وشيبان بن عبد الرحمن) عن سليمان الأعمش، قال: سمعت عبد الله بن مرة يحدث، عن مسروق، فذكره.

تخصيص الحر بالحر وذلك لا يدل على نفي ما عداه وهو قتل الحر بالعبد بل هو مسكوت عنه فيتوقف على قيام دليل وقد قام لنا دليل وهو ما ذكرناه.

ويقتل المسلم بالذمي خلافا للشافعي، ولا يقتل بالحربي والمستأمن، ويقتل الذمي بالذمي بالإجماع لما رواه الطحاوي مسندًا عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله: أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلمًا بذمي وقال: "**أنا أحق من وفى بذمته**"[(١)]؛ ولأن هذا قتل تمحض عدوانا؛ لأن الآدمي خلق معصومًا عن القتل لأن كونه مكلفا بالإيمان ومهيأ للنهوض بأعباء التكاليف يقتضي أن يتمكن من الحربي على مواجب التكاليف ولا يتمكن من الحربي على مواجب التكاليف إلا بالبقاء ولا بقاء إلا بالعصمة عن الإفناء فيجب أن يكون دمه محقونا وقتله معصوما والإباحة إنما تثبت بعارض الحراب الذي يتعدى ضرره إلى الحي المعصوم بفوات حياته توفية إلى وجود إحدى الغايتين، إما إلى غاية الإسلام لقوله عليه السلام: "**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم**"[(٢)] أو إلى غاية قبول عقد الذمة وإعطاء الجزية لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴿٢٩﴾﴾[التوبة: ٢٩] وقد انعدم الحراب هنا فبقيت العصمة الأصلية كما

---

(١) أخرجه البيهقي (٣١/٨، رقم ١٥٦٩٩).

(٢) أخرجه «البخاري» ٨٧/١ (٣٩٢) قال: حدثنا نعيم، قال: حدثنا ابن المبارك. وفي (٣٩٣) قال البخاري: قال ابن أبي مريم: أخبرنا يحيى. و«أبو داود» (٢٦٤١) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك. وفي (٢٦٤٢) قال: حدثنا سليمان بن داود المهري، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يحيى بن أيوب. و«الترمذي» (٢٦٠٨) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا ابن المبارك. و«النسائي» ٧٥/٧، وفي «الكبرى» (٣٤١٤) قال: أخبرنا هارون بن محمد بن بكار بن بلال، عن محمد بن عيسى، وهو ابن سميع. وفي ٧٦/٧ و١٠٩/٨، وفي «الكبرى» (٣٤١٥) قال: أخبرنا محمد بن حاتم بن نعيم، قال: أنبأنا حبان، قال: حدثنا عبد الله. و«ابن حبان» (٥٨٩٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك.

ثلاثتهم: (عبد الله بن المبارك، ويحيى بن أيوب، ومحمد بن عيسى) عن حميد الطويل، فذكره.

كانت، وكل قتل تمحّض حرامًا انعقد موجبًا للقصاص بما روينا، وتقتل الجماعة بالواحد والواحد بالجماعة، وقال الشافعي: لا يقتل الواحد بالجماعة القاتل يقتل بواحد اكتفاء بل يعمهم وتجب الدية للباقين.

والصحيح قولنا؛ لأن الواحد مثل الجماعة في حق ما يثبت عليه القصاص؛ لأن القصاص ينبني على المماثلة في حق الحياة؛ لأن حق كل واحد في خير الفوائت وهو الحياة لا في التفويت؛ لأنه إفساد البنية الصالحة فلا تصلح حقا لأحد وليس في وسع البشر إعادة الحياة حقيقة فيجب جبر الفائت بإعادة الحياة معنى وبقتل الواحد حصل إعادة حياة الجماعة معنى؛ لأن بالقتل انعقد سبب الهلاك في حق ورثة المقتول بقصد قتلهم خوفا منهم على نفسه لعلمه أنهم يقصدون قتله بموجب طبعه الداعي إلى تشفي الصدر ودرك النار وانتقام العدو، فإذا قتلوه قصاصًا فقد اندفع سبب الهلاك عنهم ودفع سبب الهلاك بعد انعقاده إحياء لهم معنى وإحياء الورثة إحياء للموروث معنى فالتحقيق موجبا معنى حصل جبر الفائت معنى فصار كل واحد منهم مستوفيا حقه.

(فصل)

ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بالسيف والسكين، وعند الشافعي يجوز بغيره حتى إن من حرق رجلًا بالنار أو غرقه بالماء يغرق بالماء يضرب علاوته بالسيف ويغرق بالماء وعنده يحرق بالنار فكذلك إذا قطع طرف إنسان ومات تحز رقبته بالسيف ولا يقطع طرفه وعنده يقطع طرفه أولا ثم تحز رقبته بالسيف، وكذلك إن شجه بهاشمة ومات تقطع علاوته بالسيف وهو أحد قوليه وفي القول الآخر يفعل به ما فعل، فإن مات وإلا حزت رقبته.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**لا قود إلا بالسيف**"، وفي رواية: "**لا قود إلا بالسلاح**"، نفى القود إلا بالسيف والنكرة في النفي تعم فيبقى الوجوب والاستيفاء إلا بالسيف، وقوله عليه السلام: "**لا تعذبوا أحدا بعذاب الله تعالى**"[1]

---

(١) أخرجه «البخاري» ٦١/٤ (٣٠١٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٥/٩ (٦٩٢٢) قال: حدثنا أبو النعمان، محمد بن الفضل، قال: حدثنا حماد بن زيد. =

ولأن المماثلة في الاعتداء والسنة إنما يتحقق من كل وجه بالاستيفاء بالسيف لا بغيره؛ لأن الاستيفاء دقًّا وكسرًا توهم الزيادة والنقصان؛ لأنه لا يمكنه الدق مثل الأول للجهل بمقداره، ولهذا لا يجري القصاص في كسر العظام كما أن من طبع العظم إذا كسر أن لا يقتصر عليه بل يتعدى ولأنه ربما لا يموت بمثل فعل الأول فيحتاج إلى حز الرقبة بعد ذلك والحز زيادة على الفعل الأول فتنعدم المماثلة بخلاف ما لو قطع وقيل يقطع ويقتل؛ لأنه لا يتوهم الاستيفاء الأكبر من الأول وقوله عليه السلام: "**مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ، وَمَنْ حَرَّقَ حَرَّقْنَاهُ**"[1] إنما قال ذلك على سبيل الوعيد والتهديد لا على سبيل التحقيق، فإنه قال في خطبته لبعض الناس: "**إنكم أحْدَثتم ذنوبًا فأحدثنا لها عقوبةً لا تَعرِفونها، مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ**" ولأن هذا مبيح للاستيفاء وما رويناه محرم والمحرم مع المبيح إذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا لما

=

و«ابن ماجه» (٢٥٣٥) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: أخبرنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤٣٥١) قال: حدثنا أحمد بن محمد بن حنبل، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«الترمذي» (١٤٥٨) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي البصري، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي. و«النسائي» ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٠٨) قال: أخبرنا عمران بن موسى، قال: حدثنا عبد الوارث. وفي ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٠٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا أبو هشام، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥١٠) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: أنبأنا ابن جريج، قال: أنبأنا إسماعيل، عن معمر. و«أبو يعلى» (٢٥٣٢) قال: حدثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، وحماد بن زيد. و«ابن حبان» (٤٤٧٦) قال: أخبرنا المفضل بن محمد بن إبراهيم الجندي، بمكة، قال: حدثنا علي بن زياد اللحجي، قال: حدثنا أبو قرة، عن ابن جريج، قال: أخبرني إسماعيل ابن علية، عن معمر. وفي (٥٦٠٦) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن عبيد بن حساب، قال: حدثنا حماد بن زيد.

سبعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وإسماعيل بن إبراهيم ابن علية، وحماد بن زيد، ووهيب بن خالد، وعبد الوهاب الثقفي، وعبد الوارث بن سعيد) عن أيوب السختياني، عن عكرمة، فذكره.

(١) أخرجه البيهقي (٤٣/٨ - ط. دائرة المعارف العثمانية) عن البراء. وقال ابن حجر: "وفي الإسناد بعض من يجهل" كذا في التلخيص الحبير (١٩/٤ - ط. شركة الطباعة الفنية).

فيه من تعليل التنبيه النسخ والاحتياط للحرمة[١].

(باب ما يمنع وجوب القصاص وما لا يمنع)

ولا قصاص على الأبوين والأجداد والجدات ويجب الدية في ماله في ثلاث سنين ولا كفارة، وقال مالك: غلبهم القصاص.

والصحيح قولنا لقوله عليه السلام: "**لَا يُقَادُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ ولا يحدُّ لهُ بحدِّه**"[٢] ولأنه جزء منه متفرع عنه وإهلاك الأصل بسبب الجزء والفرع ليس من مقتضى الحكمة، فأما إهلاك الجزء لإبقاء الأصل من مقتضى الحكمة، ولهذا لا يحل له أن يقتله متى كان الأب حربيا أو مرتدا ولأن شفقة الأبوة مانعة من القتل فيكون القتل منه لابنه نادرا فيكون قصاصه متعريا عن المصلحة وهي حفظ النفوس المحترمة عن الإتلاف فيكون إفساد البنية الصالحة وتخريبها محصنا والإفساد غير مشروع فلا يجب قصاصه وتجب الدية صيانة لدمه عن الهدر ويقتل الولد بالوالدين لأن الحاجة ماسة إلى شرع الزاجر في حقه؛ لأنه ربما يحمله على قتل والده الأطماع الفاسدة واستعجال الميراث باعتبار الطبيعة المستحثة على حب المال وهذا المعنى مفقود في حق الأب؛ لأن شفقة أبويه مانعة وطبيعته غير مستحثة على استعجال الميراث

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥٩/٩، ١٦١، والبحر الرائق ٦٠/٥، وفتح القدير ١٣٧/٥، والدسوقي ٣٤٠/٤، والحاوي الكبير ١٨٤/١٧ وما بعدها، ومغني المحتاج ١٩٦/٤، وكشاف القناع ١٣٨/٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤١٠/٩ (٢٨٤٧٢) قال: حدثنا عباد، وأبو خالد، عن حجاج. و«أحمد» ٢٢/١ (١٤٧) قال: حدثنا أبو سعيد، قال: حدثنا عبد الله بن لهيعة. وفي (١٤٨) قال: حدثنا حسن، قال: حدثنا ابن لهيعة. وفي ٤٩/١ (٣٤٦) قال: حدثنا أبو المنذر، أسد بن عمرو، أراه عن حجاج. و«عبد بن حميد» (٤١) قال: حدثني ابن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج. و«ابن ماجه» (٢٦٦٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج. و«الترمذي» (١٤٠٠) قال: حدثنا أبو سعيد الأشج، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن الحجاج بن أرطاة.

كلاهما: (حجاج بن أرطاة، وعبد الله بن لهيعة) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، فذكره.

من ولده بإهلاكه مباح الدم كمن عليه القصاص والمرتد والحربي قبل أن يؤخذ إذا التجأ إلى الحرم لا يقتل فيه ولا يتعرض للحربي ولكن لا يطعم ولا يسقى فيضطر فيخرج فيقتل، وعند الشافعي يقتل فيه[1].

والصحيح قولنا لقوله تعالى: ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾[آل عمران: ٩٧] أي صار آمنا أثبت الأمن للداخل الخائف مطلقًا وهذا إذا دخل خائف عن القتل والاسترقاق فيصير آمنا عنه.

وروى ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال: "**يا أيها الناس؛ إن الله تعالى حرم مكة يوم خلق السماوات والأرض، لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحل لي القتال هنا ساعة من نهار**"[2]، فهذا دليل واضح على حرمة القتل بها بخلاف ما لو أنشأ القتل في الحرم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ ۖ فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ ۗ﴾[البقرة: ١٩١] ولأن الداخل والملتجئ معظم للحرم فوجب أن يستفيد الأمن بدخوله الحرم إظهارا لخطر الحرم وإعظاما لقدره كما في صيد الحرم والجاني فيه هاتك حرمته متهاون بخطره فلا يكون إثبات الأمن للمعظم المفخم إثباتًا للهاتك وبخلاف القصاص في الطرق، فإنه لا يثبت الأمن في حقه؛ لأن الأمن يثبت للنفس؛ لأنها هي المعظمة والمفخمة للحرم وهي الملتجئة إليه. فأما الطرف لا يتصور منه التعظيم والالتجاء إلى موضع معظم فلا يستفيد الأمن.

---

(١) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤/٤٢٥، وتكملة فتح القدير ٨/١٨١، ومواهب الجليل ٦/١٣٣، والإنصاف ١٢/١١١.

(٢) أخرجه «البخاري» ٢/٩٢ (١٣٤٩) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن حوشب، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا خالد. وفي ٣/١٤ (١٨٣٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا خالد. وفي ٣/٦٠ (٢٠٩٠) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا خالد بن عبد الله، عن خالد. وفي ٣/١٢٥ (٢٤٣٣) قال: وقال أحمد بن سعيد: حدثنا روح، قال: حدثنا زكريا، قال: حدثنا عمرو بن دينار. و«النسائي» ٥/٢١١، وفي «الكبرى» (٣٨٦١) قال: أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن عمرو.

كلاهما: (خالد الحذاء، وعمرو بن دينار) عن عكرمة، فذكره.

(فصل)

المشاركة في القتل العمد لا يخلو إما أن يشارك العامد من لا يكون فعله مضمونا، فإن شارك العامد من لا يكون فعله مضمونا كالسبع والبهيمة والحربي والمرتد ثم أسلم أو جرح إنسان نفسه ثم جرحه الآخر عمدًا أو قطع الإمام يد إنسان في السرقة ثم قطع الآخر يده الأخرى أو جرحه ومات فلا قصاص على العامد بالإجماع، فإن شاركه من يكون فعله مضمونا كالخاطئ والصبي والمجنون فلا قصاص على واحد منهما وللشافعي فيه قولان، ولا قصاص على شريك الأب والمولى في قتل الابن والعبد خلافا للشافعي؛ لأن الصادر منهما قتل واحد؛ لأن القتل اسم يلازمه فوات الحياة بجري العادة بدليل أنه لو جرحه ولم يفت الحياة لا يسمى قتلا لفوات الحياة لازم فعلها فكان فعلهما بمجموعهما قتلا واحدا، ولهذا لو جرحه الواحد عشر جراحات ومات المجروح كان قتلا واحدا، وكذلك إذا وجد مثله من الجماعة إذ الحقائق لا تختلف، وهذا لو كان مكان العمد خطأ تجب فيه دية واحدة.

ولو تعدد القتل لوجب ديتان؛ لأن الدية تجب بالقتل بالنص كالقصاص فلم يقع فعل الأجنبي بانفراده قتلا فلم يجب القصاص عليه بالنص بخلاف الأجنبي؛ لأن فعل كل واحد منهما حال انفراده صلح موجبا فعند الاجتماع أولى فوجب عليهما قصاص واحد، فإنه لا يتجزأ فتكامل حتى لا يؤدي إلى فتح باب العدوان وسد باب القصاص؛ لأن القتل بطريق الاجتماع من الأجانب غالب.

ولو جرحه رجلان عمدًا ثم مات أحد الجارحين ثم مات المجروح أو رمى رجلان إلى آخر فمات أحدهما ثم أصاب السهمان فمات من ذلك هل يجب القصاص على الحي؟ اختلف المشايخ فيه: قيل: يجب؛ لأنه حين صدر الفعل منهما صلح فعل كل واحد منهما موجبا فانعقد كلاهما موجبا إلا أنه امتنع الاستيفاء عن أحدهما بالموت فبقي القصاص واجبا على الآخر، وقيل لا يجب؛ لأن فعلهما إنما ينعقد موجبا للقصاص بعد اتصال فوات الحياة بهما؛ لأنه إنما ينعقد موجبا بعد اتصال أثرهما بالمحل وعند ذلك فعل أحدهما لا يصلح موجبا فلا ينعقد الآخر موجبا؛ لأن بانفراده لا يكون قتلا.

رجلان قتلا رجلًا أحدهما بالسيف والآخر بعصا فنصف الدية على عاقلة صاحب العصا والنصف على صاحب السيف في ماله؛ لأن الضارب بالعصا خاطئ في القتل غير متعمد به فقد شاركه من هو خاطئ في القتل هذا إذا كان العصا صغيرا ولم يوال في الضربات وإن والى في الضربات أو كان كبيرا فعند أبي حنيفة لا قصاص عليهما خلافا لهما كما عرف.

(**النوادر**): ولو قضى القاضي بالقصاص على رجل فقال القاتل لي حجة ثم جن القاتل قال محمد: يقتل قياسا ولا يقتل استحسانًا ويؤخذ منه الدية.

وجه القياس: أن سبب استحقاق القصاص قد تقرر وهو القتل العمد في حال كان أهلًا لوجوب القصاص عليه.

وقوله لفي حجة لا تصير شبهة؛ لأنه مجرد دعوى والجنون الطارئ لا يورث شبهة في امتناع الاستيفاء.

وجه الاستحسان: أن القاضي مأمور بأن يصغي إلى دعوى الخصم وأن يمهله مدة لإيراد حجته، فإذا ادعى ولم يتوصل إلى إيراد حجته بالجنون ورث ذلك شبهة في درء القصاص.

ولو أن رجلًا كان صحيحًا نائمًا فجاء إنسان وذبحه وقال: ذبحته وهو ميت.

قال محمد: يقتل قياسًا؛ لأن السبب إذا ظهر وقت توفير الحكم عليه، فإذا ادعى أنه ميت فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يقتل ويضمن الدية استحسانًا؛ لأن الذبح إنما ينعقد سببًا لوجوب القصاص إذا صادف حيًّا، فإذا صادف ميتا والحال مشتبه مستتر فلا يجب القصاص مع الشبهة.

(باب المشاركة في قتل الخطأ)

أصله: أن النفس متى تلفت بجنايات ووجب المال، فإنه ينظر إن تلفت بجنايات بني آدم فالعبرة فيها لعدد الجناة لا تعدد الجنايات في حق الضمان حتى لو جرح واحد عشر جراحات خطأ وجرحه آخر واحدًا خطأ فالدية عليهما نصفان؛ لأن فعل الإنسان في نفسه معتبر؛ لأنه لا ينفك عن حكم في الدنيا وهو القصاص أو الدية أو

الإثم في الآخرة فاعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات؛ لأنه لا يمكن اعتبار عدد الجنايات؛ لأن كل جناية تصلح سببًا للموت لو انفردت والعلة لا تترجح بالزيادة من جنسها فاعتبر الكل جناية واحدة، وإذا تلفت بجنايات البهائم وبجناية بني آدم فلا عبرة بعدد الجناة؛ لأن فعل البهائم هدر أصلا؛ لأنه لا ينوط به حكم ما فاعتبرت جنايات البهائم كلها كجناية واحدة؛ لأن حكم الكل واحد وهو الهدر وهذا كرجل به قروح ودماميل قاتلة وجرحه رجل آخر فمات من الكل يضمن الجارح نصف الدية ويرفع النصف ويسقط اعتبار عدد الدماميل؛ لأنها مهدرة. رجل شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك فعلى الأجنبي ثلث الدية؛ لأن النفس تلفت بجنايات أربع جنايتان من بني آدم وهما معتبرتان وجنايتان من البهائم وهما مهدورتان فهما كجناية واحدة فصار كأنه تلف ثلثها بآفة سماوية وثلثها بفعل الأجنبي وثلثها بفعل نفسه، ولو قطع رجل يده وأصابه حجر فشجه وعثر فانكسرت رجله وافترسه سبع فعلى القاطع نصف الدية؛ لأن النفس تلفت بجنايات أربع واحدة من بني آدم وهي معتبرة وثلثه غير معتبر وهي من غير بني آدم وهي مهدورة فإنها كجناية واحدة فصار كأنها تلفت بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدورة.

ولو قطع يده رجل وجرحه آخر وجرح هو أيضا نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح نصفها وربعها؛ لأن النفس تلفت بجنايات أربع ثلاث منها من بني آدم وهي معتبرة وواحدة من غير بني آدم وهي مهدرة فقد تلفت بجناية كل واحد من الأجنبيين ربعه.

(باب القصاص في الجنايات إذا توالت واجتمعت)

أصله: أن الجنايات متى توالت واجتمعت من واحد في محل واحد إن لم يتخلل بينهما برءٌ يجعل الكل جناية واحدة إذا كان الواجب بهما متحدا وهي الدية؛ لأنه إذا لم يتخلل بينهما برءٌ واندمال جعلت الثانية متممة للأولى؛ لأن الإنسان قد لا يمكنه تحصيل المقصود بدفعة واحدة فيحتاج إلى توالي الأفعال ويراد فيها لإتمام مقصوده وتحقيق مرامه وإن تخلل بينهما برء واعتبر كل فعل جناية على

حدة؛ لأن البرء فصل بينهما وقطع ببراءته الأولى فبطل أن يكون آخرهما متممة لأولاهما. رجل قطع يد رجل من المفصل خطأ ثم قتله عمدًا قبل أن تبرأ يده ضمن نصف الدية وقتل.

ولو قطع اليد عمدًا ثم قتله خطأ قبل البرء قطع يده وضمن الدية؛ لأنهما أمران مختلفان والواجب بهما مختلف أحدهما القصاص والآخر الدية فلا يمكن القول بالجمع بين الجنايتين جناية واحدة فيعتبر جنايتين، وكذلك لو كان القطع والقتل جميعًا عمدًا أو كلاهما خطأ وقد تخللهما البرء يقطع ويقتل ويجب دية النفس واليد؛ لأن البرء فصل بينهما وكانتا جنايتين، فإذا لم يتخللهما البرء، وإن كان خطأ يجب دية النفس ويدخل دية اليد فيها بالإجماع، وإن كان كلاهما عمدًا كان للولي أن يقطع يده ثم يقتله عند أبي حنيفة وعندهما يقتله لا غير؛ لأن هذه جنايتان مترادفتان صدرتا من واحد من غير تخلل برء بينهما فيجعل كلاهما كجناية واحدة؛ لأن القطع قد يصير قتلا بالآلام الحادثة منه قبل البرء فأمكن إضافة زهوق النفس إلى القطع وحز الرقبة جميعا فصارت الجنايتان مجموعهما قتلا واحدا.

ألا ترى أنه لو قطع أصابع رجل عمدًا ثم قطع كفه من المفصل قبل البرء يقطع يد القاطع دون أصابعه فكذا هذا.

لأبي حنيفة: أن القصاص يقتضي المساواة في حق الفعل ما أمكن وقد أمكن اعتبار المساواة في الفعل فيجب أن تقطع يده ويقتله تحقيقا للمساواة والقصاص بكلا الأمرين مشروع وموضع حلولهما معلوم وإطلاقهما محكوم مختوم بخلاف الخطإ؛ لأن المعتبر هناك الواجب لا الفعل والواجب بدل النفس وضمان اليد يدخل في ضمان النفس ولا يلزم إذا قدَّه بنصفين لا يقدُّه بنصفين تحقيقا للمساواة؛ لأن اعتبار المساواة ثمة غير ممكن؛ لأن القصاص على هذا الوجه غير مشروع بحال فكان كالإحراق بالنار، ومسألة الإصبع قيل قولهما وعلى قياس قول أبي حنيفة تقطع أصابعه ثم تقطع يده؛ لأن الجنايتين وإن اعتبرتا كجناية واحدة قبل أن يصل البرء إلا أنه يجب اعتبار المساواة في الفعل ما أمكن وقد أمكن؛ لأن قطع الأصابع من غير كف مشروع وموضع القطع معلوم فيجب اعتبار المساواة فيه وقيل لم يكن له ذلك بالإجماع.

والفرق له أنه لا يمكن اعتبار كل واحدة من الجنايتين لأنا لو اعتبرناهما لا يمكن إيجاب القصاص فيهما؛ لأنه لم يوجد المساواة حال قطع الكف؛ لأن أصابع المجني عليه في تلك الحالة كانت فائتة وأصابع القاطع سالمة فصار كأنه قطع كفًّا لا أصابع فيها فيجب القطع فجعلناها كجناية واحدة كأنه قطع الكف مع الأصابع دفعة.

ولو قطع إصبعه ويده ثم قطع رجل آخر ما بقي من اليد فمات كان القصاص على الثاني في النفس دون الأول ويقطع أصبع الأول أو يده، وقال زفر والشافعي: يقتلان.

لهما: أن زوال الحياة مضاف إلى القطعين؛ لأنه اتصل الموت بهما قبل البرء والاندمال وليس أحدهما بإضافة الإزهاق إليه أولى من الآخر فأضيف إليهما.

كما لو قطع كل واحد منهما يدا على حدة قبل البرء.

ولنا: أن زوال الحياة بألم الثاني؛ لأن الآلام متى تناهت أفضت إلى زوال الحياة؛ لأنه لا يتحملها ألبتة وآلام القطع الأول لم تكن متناهية بتحمله البينة عادة وقد انقطعت آلامه بفوات محله وحدوث زيادة الآلام من القطع الأول بعد فوات محله لا يتصور كما لا يتصور نماء الأغصان بعد جفاف أصلها، وبالقطع الثاني حدثت زيادة آلام لم تكن موجودة وقت القطع الأول فصار زوال الحياة مضافا إلى القطع الثاني فصار الثاني قتلا دون الأول بخلاف ما لو قطع كل واحد يدا على حدة أو إصبعا على حدة؛ لأن محل القطع الأول قام مقام الموت فيتصور منه حدوث زيادة الآلام فحصل الموت بآلام حدثت من القطعين فصار الموت مضافا إليهما.

وإذا قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدًا فبرأ ولم يقتص حتى قطع مفصلا آخر من تلك الإصبع يقطع له المفصل الأعلى دون الأسفل وعليه أرش المفصل الأسفل؛ لأن القصاص مبناه على المساواة وقد وجد من حال قطع الأول لسلامة إصبعهما ولم توجد المساواة حال قطع الثاني لسلامة إصبع القاطع وفوات مفصل المقطوع؛ لأن إصبع القاطع، وإن كانت مستحقة بالقصاص ولكن ملك القصاص ملك ضروري إلا عند الاستيفاء فقتله يكون معصومة مملوكة لصاحبها.

ولهذا قلنا: لو قطعت يد من عليه القصاص إن كان عمدًا يجب القصاص، وإن

كان خطأ يجب الأرش له لا لمن له القصاص دل أنه لم توجد المساواة حال قطع الثاني.

وكذلك لو برأ الثاني ثم قطع المفصل الثالث ولو لم يكن بين القطعين برء وجب له القصاص في كل الأصابع بقطعها من أصلها مرة واحدة؛ لأنه متى لم يتخللهما برء وجعلنا كلا الفعلين جناية واحدة كأنه قطع ابتداء من المفصل الثاني بفعل واحد.

(باب اختلاف القاتل والولي في دعوى الخطأ والعمد)

(**المبسوط**): أصله إن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل متى جاء بمعنى من قبل القاتل يصار إلى المال اعتبارا بالخطإ؛ لأن هناك امتنع استيفاء القصاص بمعنى من جهة القاتل وهو الخطأ وهذا لأن صيانة دمه عن الهدر والبطل واجب، فإذا تعمد صيانته باستيفاء القصاص صير إلى الصيانة بالمال ومتى جاء تعذر استيفاء القصاص من قبل من له الحق لا يصار إلى المال؛ لأن حق الشرع صار حقه بالقصاص لكن هو الذي فوّته وقنّطه بإيثار ما أعجزه وأهدره فلم يبق مستحقًّا للنظر، وإذا أقر القاتل بالخطإ وادعى الولي العمد ولم يقتص ولزم الدية استحسانًا.

وقال زفر: لا يلزمه شيء قياسًا؛ لأن ما أقر به لم يثبت؛ لأنه كذبه المدعِي في إقراره. مقتضى دعواه القصاص وصار كما لو أقر القاتل بالعمد وادعى الولي الخطأ لا يلزمه شيء فكذا هذا.

لنا: أنهما تصادقا على القتل إلا أنه تعذر استيفاء القصاص بمعنى من قبل القاتل وهو دعوى الخطإ فتجب الدية صونا لدمه عن الهدر ولأن في زعم الولي أن القصاص هو الواجب إلا أنه لما أقر الخطأ فقد أقر لي بالمال ولي أن أترك القصاص وآخذ المال ولم يكذبه صريحا فيكون له أخذ المال، ولو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ بطل حقه؛ لأن تعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق.

(**الزيادات**): ولو ادعى الولي العمد على رجلين فقال أحدهما أنا قطعت يده:

عمدًا وهذا الآخر قطع رجله عمدًا وأنكر الآخر الجناية قال يقتص المقر لأنهما تصادقا على وجوب القود ولم تتمكن الشبهة فيه حين أنكر الآخر الجناية؛ لأن تمكن الشبهة إنما يكون باختلاط الموجب وغير الموجب في المحل وذلك لا يتصور قبل ثبوت الجناية من الآخر، وإذا ادعى الولي الخطأ فلا شيء على المقر؛ لأنه لما أنكر الآخر الجناية صارت كالعدم فنفى دعواه الخطأ وإقرار القاتل بالعمد وفي هذا لا يجب شيء وإن مات رجل من قطع يده ورجله فقال رجل قطعت يده عمدًا وقطع غيره رجله عمدًا فقال الولي بل أنت قطعتهما يجب القصاص عليه لأنهما تصادقا على وجوب القصاص والشركة لم تثبت لعدم دعواه، فإن قال الولي لا أدري من قطع رجله فلا شيء على قاطع اليد؛ لأن قاطع الرجل مجهول يجوز أن يكون خاطئا أو صبيًّا أو مجنونًا فتعذر إيجاب القصاص وتعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق، فإنه جهل قاطع الرجل فلا يجب المال.

وإن قال الولي بعد ذلك: فلان قطع رجله عمدًا وأنكر الرجل ليس له أن يقتل المقر قياسا؛ لأنه لما جهل قاطع الرجل أولا ثم أزال التجهيل كان متناقضًا والتناقص يمنع صحة الدعوى وله أن يقتله استحسانًا؛ لأن المرء لا يعرف قاتل أبيه خصوصا عند كثرة القتلة ثم يعرف فيدعي والتناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يكن معذورا فأما إذا كان معذورا فلا كما في دعوى النسب ودعوى الحريّة.

(باب القصاص فيما دون النفس)

(**المبسوط**): فيه فصول:

فصل فيما فيه القصاص وما لا قصاص فيه.

وفصل في القصاص بين الأطراف.

وفصل في السراية.

(فصل)

أصله: أن القصاص فيما دون النفس مشروع لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ

ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ وَٱلۡعَيۡنَ بِٱلۡعَيۡنِ﴾الآية [المائدة: ٤٥] ولقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾[البقرة: ١٩٤] والقصاص فيه مبني على المساواة في ثلاثة أشياء في الأعضاء، والمنافع، والقيمة؛ لأن المساواة إنما تتحقق من كل وجه في هذه الأشياء أما التساوي في العضو؛ لأن الفعل سيئة والتساوي في السيئة وجزائها شرط ولا يتحقق التساوي في الأفعال مع التفاوت في المحال، فأما التساوي في المنفعة؛ لأن الفعل يقع سيئة باعتبار تفويت المنفعة؛ لأن المنافع تختلف باختلاف العضو، فإن منفعة البطش تخالف منفعة المشي وكذلك إذا اتحد بين جنس العضو فمنفعة البعض أكثر من منفعة البعض، فإن لليمين فضلا على الشمال في القوة ومنفعة البطش والأخذ وكذا الإبهام أقوى بطشا من غيرها من الأصابع، وأما في القيمة وهو الأرش؛ لأن الأطراف تسلك بها مسلك الأموال حتى يجري فيها النكول والبدل والقيمة في الأموال معتبرة فكذا فيما هو ملحق بالأموال. فلا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا منقوصة الأصابع، وكذا لا تقطع اليمنى إلا باليمنى ولا اليسرى إلا باليسرى، ولا تقطع الأصابع، إلا بمثلها من القاطع يؤخذ إبهام اليمنى بإبهام اليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ولا إبهام اليد اليسرى بإبهام اليد اليمنى، وكذلك لا تؤخذ العين اليمنى باليسرى ولا العين اليسرى باليمنى، وكذلك في الأسنان الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى خلافا لابن شبرمة في ذلك كله لِما ذكرنا من التفاوت في المنافع والمرافق والأجزاء والقصاص إنما يجري فيما يتحقق التساوي لا فيما يتعذر، ولهذا لو قطع الكف من المفصل أو من المرفق أو من الكف يجب القصاص؛ لأنه أمكن تحقيق التساوي فيه، ولو قطع من ساعد أو عضد لا يجب؛ لأنه لا يعرف التساوي في الأجزاء بخلاف اليد الشلَّاء تقطع بالصحيحة إذا رضي به المقطوعة يده؛ لأن الشلَّاء انتقصت بسبب الشلل وقلة منافعها وتكاملت باعتبار أجزائها وبقلة المنافع لا تبطل الجنسية كالشاة المهزولة تكون جنسا للسمينة فيكونان مستويين في الذات مختلفين في الصفات فيكون الفعلان

مستويين في الذات متفاوتين في الصفات ويجوز استيفاء الناقص بالكامل برضاء من له الحق؛ لأن هذا يترك أصل حقه ويترك صفته، فأما لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص؛ لأن من له الحق يأخذ شيئًا زائدا لم يستحقه فيكون إجحافا لا انتصافا بخلاف ما تقدم، فإنه لا تساوي بينهما لا أصلا ولا وصفا؛ لأن اليمنى مع اليسرى ألحقتا بالجنسين لتفاوت منافعهما في البطش والقوة والعمل والحرفة فيكون استيفاء اليمنى باليسرى استيفاء الأكمل بالأنقص فلا يجوز، ولا قصاص في العظم إلا السن لقوله عليه السلام: "**لا قصاص في العظم سوى السن**" ولأنه لا يمكن اعتبار المساواة في العظم؛ لأنه إذا قصد كسر موضع ينكسر موضع آخر؛ لأنه شيء مجوف كالقارورة[1].

فأما السن إذا قلعت أو كسرت يجب القصاص بقلع سن القالع أو يكسر بقدره بالمبرد وأمكن اعتبار المساواة بينهما فيجب القصاص حتى لو كان السن بحال لا يمكن أن يبرد بالمبرد لا يجب القصاص وتجب الدية في ماله. وقيل: السن عصب متصلب وليس بعظم بدليل أنها إذا ألقيت في الخل تلين كالعصب ولو كان عظما لكان يزداد صلابته فلهذا رُوي عن أبي يوسف ومحمد: لو صلى ومعه سن آدمي أكثر من قدر الدرهم لا تجزيه صلاته ولم يعتبراه عظما. ولا قصاص في العين إذا قورت وانخسفت؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة ولا يعرف مقداره، وإذا كانت قائمة وذهب ضوؤها يجب القصاص؛ لأن القصاص ممكن بأن يجعل على وجهه القطن المبلول ويحمي مرآة ويقرب من عينه حتى يذهب ضوؤها وتبقى العين على حالها.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يوجب القصاص في الأحول؛ لأن الحول نقص في العين والمماثلة شرط ولا يمكن اعتبارها في الحول فصار كما لا تقطع اليد الشلَّاء باليد الشلَّاء وفي الأذن إذا قطع كله وبعضه معروفا يقتص ولا قصاص في اللسان.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا قصاص في بعض اللسان حتى يقطع كله؛ لأن

---

(١) انظر: ابن عابدين ٣٥٤/٥، والبدائع ٣٠٨/٧، وجواهر الإكليل ٢٥٩/٢، وروضة الطالبين ١٩٦/٩، والمغني ٧١٢/٧، ونهاية المحتاج ٢٨٤/٧، ٢٨٥.

المساواة غير ممكن في اللسان؛ لأنه لا يتيقن بموضع القطع.

(**النوادر**): روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا قطع شحمة أذنه اقتص منه؛ لأن شحمة الأذن لها حد معلوم وللأذن مفاصل معلومة، فإذا قطع شيء منه يعلم أن القطع من أي المفصل أمكن الاقتصاص وكذلك إذا قطع غضروف الأذن قطعا يستطاع فيه القصاص اقتص منه بعمل ذلك بحديدة أو بغير حديدة إذا تعمد ذلك، وإن جذب أذنه وانتزع شحمتها لا قصاص فيه وعليه الأرش في ماله، وإن كان أذن القاطع سكًّا أي صغيرة الحلقة والأذن المقطوعة صحيحة كبيرة كان بالخيار إن شاء ضمنه نصف الدية، وإن شاء قطعها على صغرها، وكذلك لو كان أذن القاطع مقطوعة أو خرماء مشقوقة كان المقطوع بالخيار، وإن كان الناقص هي المقطوعة كان له حكومة عدل ولا قصاص فيه.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لو قطع المارن وهي أرنبته ففيها القصاص، وإن قطع من أصله فلا قصاص عليه؛ لأنه عظم وليس بمفصل، ولا قصاص في العظم.

قال أبو حنيفة: لو قطع ذكره من أصله أو من الحشفة اقتصّ منه؛ لأنه أمكن استيفاؤه على سبيل المساواة إذ له حد معلوم فأشبه اليد من الكوع.

(فصل)

ولا تقطع الأيدي بيد واحدة ولا تفقأ العينان بعين واحدة وتجب دية واحدة، وقال الشافعي: تقطع.

والصحيح قولنا؛ لأن كل واحد منهما قاطع بعض اليد؛ لأن القطع إبانة اليد واليد متحرية متركبة عن أجزاء مختلفة، فإن وضع كل واحد السكين من جانب فلا شك أن كل واحد أبان جزءًا لم يشاركه صاحبه في إبانة ذلك الجزء، وإن وضعا السكين من جانب واحد وأمرّا حتى قطعا صار كل جزء واحد من الآخر مقطوعا بفعلهما فيضاف قطعه إليهما لا إلى كل واحد منهما عملا فلا يصير كل واحد قاطعا كل اليد، ولهذا لو حلف لا يقطع يد فلان فقطع يده مع غيره لا يحنث وقطع البعض لا يماثل قطع الكل والمماثلة شرط لجريان القصاص، ولهذا لا تقطع اليد

الواحدة بالأيدي والمماثلة لا تستقل بأحد الطرفين، فإذا انعدمت المساواة من أحد الطرفين انعدمت من الطرف الآخر ولا قصاص بين الأحرار والعبيد والنساء فيما دون النفس خلافا للشافعي؛ لأن بين أطراف الأحرار والعبيد وبين أطراف الرجال والنساء تفاوت في المنفعة والقيمة تفاوتا فاحشا، أما المنفعة، فإن يد الرجل تصلح لمنافع لا تصلح يد المرأة لها، فإن يد الرجل تصلح للضرب بالسيف والرمح في القتال وللصنائع والحرف ولأعمال خارج البيت ويد المرأة تصلح لأعمال داخل البيت من الخدمة والطبخ والغسل ويد الرجل لا تصلح لذلك فاختلفت منافع أيديهما فصار الجنسين مختلفين، وكذلك طرف الحر مع طرف العبد متفاوتان في المنفعة والقيمة، فإن طرف العبد مال مملوك وفي حق الأطراف ملحق بالبهائم والأموال، ولهذا بدله لا تتحمله العاقلة؛ لأنه ضمان إتلاف الأموال وطرف الحر ليس بمال حتى تتحمل بدله العاقلة، والقصاص لا يجري بين إتلاف المال وإتلاف ما ليس بمال بل بعض من نفس محترمة مكرمة وأما في القيمة، فإن قيمة الشيء معناه، ولهذا يظهر خطره وشرفه وعزته في أعين الناس، فإن ما لا قيمة له يهون في أعينهم، ولهذا جعلت الأبضاع متقومة بالمهور إظهارًا لخطرها فصار التفاوت في القيمة كالتفاوت في المنفعة فيمنع استيفاء القصاص بخلاف القصاص في النفس، فإنه يعتمد المساواة في الروح لا في الأجزاء أو القيمة وهما استويا في الروح، فإن العبد في حق الروح بالإقرار باقٍ على أصل الحرية والشجاج التي فيها القصاص هل يجري فيها القصاص بين الرجل والمرأة؟ قيل لا يجري لانعدام المساواة بينهما في المنفعة والقيمة؛ لأن قيمة هذه الشجاج تعرف بالحرز والظن لا باليقين والإحاطة كما في أطراف العبيد ونص محمد في المبسوط على أنه يجري؛ لأنه ليس في هذه الشجاج تفويت منفعة أصلا وإنما هو إلحاق الشَّيْن والشَّنَار وقد تساويا وباقي إلحاق الشَّيْن، فإنه يلحق الشَّيْن فالشجاج مثل ما تلحقه بخلاف قطع الأطراف؛ لأن قيمة تفويت المنفعة وإلحاق الشَّيْن قد تفاوتا في المنفعة.

(فصل)

من له القصاص في الطرف فسرى يضمن ديته على عاقلته عند أبي حنيفة خلافا

لهم، حجتهم: أن السراية تبع للجناية؛ لأنها متولدة منها وأصل الجناية غير مضمونة فذلك السراية المتولدة منها؛ لأنه لا يمكنه التحرر عن السراية، ولو صارت السراية مضمونة عليه لتقاعد عن استيفاء القصاص خوفًا وحذرًا عن السراية وفيه فتح باب العدوان وسد باب القصاص وصار كالإمام والبزاغ والفصاد والختان إذا سرى فعله إلى النفس ومات لا يضمن.

له: أنه قتل نفسًا بغير حق خطأ؛ لأن القطع بابتدائه وقع قتلا؛ لأن الأفعال إنما تتميز وتعرف باعتبار آثارها ومتولداتها لا باعتبار ذواتها؛ لأنها حركة قائمة بالفاعل لا تتعدى عن محالها وقد اتصل بهذا الفعل إثر القتل وهو انزهاق الروح فصار قتلا بابتدائه، ولهذا لو قطع يد إنسان ظلما ومات يجب القصاص والقصاص لا يجب إلا بالقتل لقوله عليه السلام: "**لا يحل دم امرئ مسلم**" الحديث والحقيقة لا تختلف وهو بغير حق؛ لأن حقه في القطع لا في القتل فأمكنه استيفاء القطع بدون السراية؛ لأن السراية ليست بغالبة بل هي متوهمة، فإنه يمكنه أن يقطعه في أوانه فأدخله في الدهن حتى ينسد روش عروقه ولأن تعذر الاحتراز عن السراية ولكن القطع مباح له والمباح يجوز أن يتقيد بشرط السلامة كالاصطياد بخلاف تلك المسائل؛ لأنه مأمور بالقطع والأمر لا يتقيد بشرط السلامة ضرورة الامتثال والانتماء ربما أمر به لا يتقاعد عن الامتثال خوفا عن الضمان؛ ولأن ثمة القطع وقع حقا لله تعالى فيصير قطعه مضافا إليه كأن الله تعالى أماته بغير فعل أحد، والبزاغ والفصاد ونحوهما يعمل لغيره بإذنه فيضاف عمله إلى الآمر له كأن الآمر هو الذي فعله بنفسه، وإن لم يمت القاطع ومات المقتص له يقتص منه؛ لأنه تبين أن المقتص منه قتل المقتص له وقطع يده لا يمنع وجوب القصاص عليه، وعن أبي يوسف أنه لا يقتل القاطع؛ لأن الإقدام على قطع القاطع كان إبراء عما وراءه والجواب عنه أنه إنما يصير إبراء عما وراءه أن لو كان الموجب معلومًا وعند القطع في زعمه أن حقه في القصاص في الطرف فيستوفي هذا أما أن يبرأ عن شيء آخر فلا.

(**النوادر**) وذكر في (**العيون**): روى أبو يوسف عن أبي حنيفة في رجل ضرب

إصبع رجل فسقط الكف، فإن كان القطع والسقوط من مفصل اقتصت منه، وإن كان القطع من المفصل والسقوط من غير المفصل أو على العكس اقتص منه.

وقال أبو يوسف: انظر إلى السقوط لا إلى القطع، فإن كان السقوط من مفصل اقتصصت وإلا فلا؛ لأن في الجنايات يعتبر المال ولا يعتبر الحال، ألا ترى أن القطعة والشجة تتوقف حتى إذا صارت نفسا يجب القصاص في النفس وينزل منزلة حز الرقبة.

ولو قطع اليد من الساعد وسرى يجب القصاص وهاهنا المال موجب للقصاص فلا يعتبر الحال.

لأبي حنيفة: أن القطع من المفصل موجب للقصاص ومن غيره لا يوجب، فإذا اتفق حالة الجراحة وحالة السراية يستوفي القصاص؛ لأن فعله وأثره موجب، فإذا اختلفا لا يستوفي؛ لأن القصاص سقط بأدنى شبهة والحال والمال كلاهما معتبران، فإذا لم يكن أحدهما موجب جرح الثاني من أن يكون موجبًا.

(باب قطع الجوارح الناقصة)

(**المبسوط**): أصله: أن استيفاء الناقص بالكامل جائز برضاء من له الحق؛ لأنه يأخذ أصل حقه ويترك الصفة، ولا يجوز استيفاء الكامل بالناقص؛ لأنه يأخذ شيئًا زائدًا على ما يستحقه بالجناية فيكون ظلما أو إجحافا بالجاني.

ولو قطع يد رجل ويد القاطع ناقصة فلا يخلو إما أن كانت ناقصة وصفا كاليد الشلاء أو ناقصة قدرا كالمنقوصة بإصبع أو إصبعين وكل وجه لا يخلو إما أن كانت ناقصة وقت القطع أو انتقصت بعد القطع، فإن كانت ناقصة وقت القطع وصفًا بأن كانت شلاء خيّر المقطوع بين الأرش والقصاص؛ لأنه استحق اليد بصفة السلامة؛ لأن الصحة أصل والشلل عارض؛ لأن الفائت الصحة لا الأجزاء؛ لأن الشلل ينتقص ويتقلل منافعها، فإذا وجدها ناقصة عن استيفاء المستحق فخيرناه بين استيفاء الناقص وبين استيفاء البدل الصحيحة حتى لو كانت يد القاطع يابسة لا يجب له

الأرش؛ لأنه عجز عن استيفاء أصل حقه فوجب حقه في البدل كما لو كانت اليد مقطوعة، وإن كانت ناقصة بإصبع وإصبعين يخير وإن اختار القطع فلا شيء له سواه، وقال الشافعي: له أرش الفائت.

والصحيح قولنا؛ لأنه أمكن استيفاء أصل حقه بكماله؛ لأن حقه في قطع اليد لا في قطع الإصبع وفوات الإصبع لم يوجب نقصانا في اليد قدرا؛ لأن الأصابع لليد بمنزلة الصفة والجودة لها كالأطراف للبدن فكان فواتها بمنزلة الشلل فقد قدر على استيفاء أصل حقه لكن مع ضرب نقصان من حيث الجودة فيتخير فأما إذا انتقصت بعد القطع بآفة سماوية فلا حق للمقطوع في الأرش؛ لأن في الابتداء استحق قطع اليد دون الأرش ولو ذهب الكل بآفة سقط حقه ولم ينتقل إلى الأرش فكذا إذا انتقصت بآفة سقط بعض حقه ولا ينتقل إلى الأرش اعتبارا للبعض بالكل، وإن انتقصت بفعله بأن قطع القاطع إصبعه أو قضى حقا واجبا عليه فهو كما لو مات بآفة سماوية؛ لأن الأصابع بمنزلة الصفة والجودة لليد والجودة والصفة بانفرادها مما لا تضمن بالإتلاف فيما وجب اعتبار المماثلة فيه شرعا كما في أموال الربا، ولأن الأصابع لم تصر مملوكة ومستحقة لصاحب الحق قبل الاستيفاء؛ لأن ملك القصاص ملك ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء لكن تعلق باليد؛ لأن الأصابع حق الغير فإتلافه لم يصادف ملك الغير فلم يضمن، وإن قطعت يد القاطع بحق ضمن دية يد الأول؛ لأنه أتلف حق الغير؛ لأنه قضى به حقا مستحقا عليه، فإن قطعت بغير حق بطل حقه؛ لأن حقه وجب في العين فيفوت بفواتها كالعبد الجاني إذا هلك بخلاف القاتل إذا قتل بحق أو بغير حق لا يضمن شيئًا وإن أتلف حق الغير؛ لأن المتلف ليس بمال بخلاف الطرف؛ لأنه يلحق بالأموال؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال لما عرف في موضعه. قطع إصبعا زائدة لم يقتص؛ لأنه لم يكن للقاطع إصبع زائدة ولا مساواة بين الزائدة والأصلية في المنفعة والقيمة، وإن كان له مثلها فلأن الإصبع الزائدة تجري مجرى الثُّؤلول واللسعة وليس في قطعها شين وتعييب بل فيه تزيين وتحسين فلا يجري فيه القصاص، ولو قطع الكف وفيه إصبع زائدة توهن الكف فلا قصاص فيه؛ لأنه يوجب نقصانا في البطش وكانت بمنزلة

الكف الشلاء، ألا ترى لو قطعه إنسان خطأ تجب حكومة عدل واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء، وإن كان لا يوهن الكف يجب القصاص؛ لأنه لما لم يوجب نقصانًا في البطش ولا يوجب نقصانا في دية اليد يجعل وجود هذا النقصان وعدمه بمنزلة، وكذلك لو كان بيده جراحة توهن البطش فهي بمنزلة اليد الشلاء.

وذكر في (**النوادر**): لو قطع كف رجل وفيه إصبع زائدة وفي يد القاطع إصبع زائدة مثلها فلا قصاص عندهما، وقال أبو يوسف يجب؛ لأن التساوي قد وجد وكذلك قطع ساعد من المرفق وقاطع اليد لا كف له فلا قصاص عندهما، وقال أبو يوسف: إذا كانا سواء يقتص منه؛ لأن التساوي قد وجد لهما أن التساوي في المنفعة والقيمة شرط لجريان القصاص في الأطراف، والساعد الذي لا كف له ليس له أرش مقدر وكذا الكف الذي فيها إصبع زائدة فذلك نقص وشين وعيب فيها، فالواجب فيها حكومة عدل وهي تعرف بالتقوم والقيمة تعرف بالحزر والظن والتخمين فيجري فيها التفاوت، فلا يعرف التساوي بينهما في القيمة يقينا وإحاطة فمنع جريان القصاص ولهذا لم يجز القصاص في أطراف العبيد. قطع يد رجل من المفصل فاقتص منه وبرأ ثم قطع أحدهما ذراع صاحبه لم يقتص منه؛ لأن المساواة في القيمة يقينا وإحاطة شرط لجريان القصاص في الطرف ولم توجد؛ لأن الواجب في الذراع حكومة عدل وهي تعرف بالتقويم والقيمة تعرف بالحزر والظن فكان بمنزلة اليد الشلاء قال أبو حنيفة رضي الله عنه في الأقطعين والأشلين: لا قصاص فيه وهو قول أبي يوسف في رواية الحسن عنه؛ لأن النقص من حيث الشلل يختلف ويوجب اختلاف أرشهما فمنع جريان القصاص، ولو قطع إصبع رجل ثم قطع المقطوعة إصبعه يد القاطع من المفصل خُيِّر، فإن شاء قطع يدًا ناقصة، وإن شاء أخذ الأرش وبطل حق صاحب الإصبع؛ لأنه قطع يد قاطع الإصبع بغير حق؛ لأن حقه في الإصبع لا في اليد فيجب عليه القصاص والمقطوعة يده وجد حقه ناقصا فيتخير كمن قطع يدي رجل ويد القاطع شلاء وبطل حق صاحب الإصبع؛ لأن إصبعه تلف بفعله ظلما ولم يقض بإصبعه حقا واجبا عليه.

(**الجامع**): وإذا قطع يد رجل ويده صحيحة تقطع المقطوعة يده إصبعا من أصابع القاطع وقطع القاطع يد رجل آخر فقطع المقطوع يده الثانية إصبعا من أصابع

القاطع ثم إن قاطع اليدين قطع يد رجل ثالث فقطع المقطوع الثالث أصبعا من أصابع القاطع ثم اجتمعوا عند القاضي فلا خيار لواحد منهم في أخذ الدية ويقطع ما بقي من يده لهم ويكون عليه للمقطوع الأول ثلاثة أخماس دية يده وثلث خمسها وللثاني نصف دية يده وثلث ربعها وللثالث أربعة أتساع دية يده؛ لأنه لما قطع كل واحد منهم إصبعا من أصابع القاطع فقد مال إلى فقد رضي باليد الناقصة المعيبة فسقط خياره، فإذا اجتمعوا وقطعوا يده مع الإصبعين الباقيتين فصارت هاتان الإصبعتان مقطوعتين لهم جميعا لكل واحد منهم ثلثي إصبع واحدة ثم حق الأول في يد كانت خمسة أصابع وبقطع الإصبع استوفى خمس حقه وبالقطع الثاني استوفى ثلثي خمس حقه وبقي حقه في ثلاثة أخماس اليد وثلث خمسها فالمقطوع الثاني حقه في يد كان فيها أربع أصابع؛ لأنه قطع يد الثاني وفي يده أربع أصابع وبالقطع الأول استوفى ربع حقه وبالقطع الثاني استوفى ثلثي حقه فيرجع على القاطع بربع دية اليد وذلك نصف دية يده وثلث ربعها وحق الثالث كان في يد فيها ثلاث أصابع فبالقطع الأول استوفى ثلث حقه وبالقطع الثاني استوفى ثلثي حقه فبقي حقه في ثلث حقه وثلث ثلث حقه والوجه في تصحيحه أنا نحتاج إلى حساب له ثلث ولثلاثة ثلث وأقله تسعة استوفى بالقطع الأول ثلث حقه وذلك ثلثه وبالقطع الثاني استوفى ثلثي ثلث حقه وذلك بينهما فصار مستوفيا خمسة أسهم من تسعة بقي حقه في أربعة أتساع حقه ويكون ما يغرم القاطع من ذلك في سنتين في السنة الأولى ثلثاه وفي الثانية ثلثه؛ لأن جميع دية اليد تجب مؤجلا في سنتين ثلثاه في سنة وثلثه في سنة فالبعض منها كذلك يجب اعتبارا للبعض بالكل.

رجل قطع يدي رجل عمدًا فقطع أحدهم يده من المرفق فقد سقط قصاص إحدى اليدين المقطوعتين الأوليين وعلى القاطع دية واحدة بينهما في سنتين، فإن شاء القاطع قطع ذراع الذي قطع يده من المرفق، وإن شاء ضمنه دية يده وحكومة عدل في ذراعه؛ لأنه لما قطع أحدهم يد القاطع من المرفق فقد سقط القصاص عن القاطع لذهاب التي فيها القصاص؛ لأن المقطوعة يده أخذ ما ليس له حقه؛ لأنه قطع فوق موضع حقه، فإن حقه كان في قطع اليد من الزند وهو قطع من المرفق فلم يصر

مستوفيا حقه ولا قاطع اليدين موفيًا حقه والقصاص يكون دية واحدة بينهما نصفان كما لو قطع أجنبي يد هذا القاطع فكذا هذا، وإنما خير القاطع؛ لأن يده كانت صحيحة ويد قاطعه كانت ناقصة إذ كان له ساعد لا كف معها وصار كالشلاء إذا قطع يدا صحيحة بخلاف الرجلين لكل واحد ساعد بلا كف فقطع أحدهما ساعد صاحبه لا قصاص على القاطع وهنا يجب القصاص على الذي له ساعد بلا كف إذا اختار المقطوعة يده من المرفق القصاص والفرق أن ثمة إثما لم يجب القصاص؛ لأنه لا يعرف المساواة بين البدلين في القيمة يقينا وإحاطة وإنما يعرف بالحرز والظن بالتقويم، وفي ذلك يقع التفاوت ولم يكن للساعد أرش معلوم والمساواة في القيمة شرط جريان القصاص في الأطراف وهنا اليد الذي قطعت من المرفق صحيحة لها أرش مقدار معلوم وللقاطع ساعد لا كف معها ليس لها أرش معلوم ولكن هذا لا يمنع جريان القصاص كالشلاء إذا قطع يدًا صحيحة وجب القصاص فكذا هذا.

(باب جناية الرجل على الرجلين وعلى عكسه)

(**المبسوط**): وإذا قطع يميني رجلين قطعت يمينه لهما وغرم دية بينهما.

وقال الشافعي: لو قطعها على التعاقب تقطع للأول ويغرم الدية للثاني وإن قطعهما معا يقرع القاضي بينهما فيقطع من خرجت القرعة له ويغرم الدية للآخر.

والصحيح قولنا؛ لأن يد القاطع لم تصر مملوكة للمقطوعة يده؛ لأن اليد لا تقبل الملك؛ لأن الجزية تنافي الملك للأعيان؛ لأنها تقتضي الصفاء والخلوص لصاحب النفس، ولهذا لو قطعت يد القاطع عمدًا يجب القصاص، فإن كان خطأ فالدية له فبقيت اليد على ملك القاطع إلا أن الأول ملك إتلافها وذلك قائم به لا باليد فكانت اليد خالية عن الملك فيملك الثاني إتلافها إلا أنه التحق ملك الإتلاف بملك العين حتى يجري فيه الإرث؛ لأنه في معنى ملك العين فبقي بعد موته، فإذا قطعت لهما فقد أوفى ببعض طرفه حقا مستحقا عليه فصار كالسالم له فيغرم الدية بخلاف ما لو قتل رجلين يقتص بهما ولا يغرم الدية؛ لأن بقتله صار كل واحد

منهما مستوفيا حقه على الكمال؛ لأن حق كل واحد منهما في إعادة الحياة وبقتل الواحدة حصل لهما إعادة الحياة معنًى كما بينا، فإن حضر أحدهما والآخر غائب كان للحاضر أن يستوفي القصاص؛ لأن حق كل واحد منهما في إتلاف كل اليد واستيفاء البعض لمكان المزاحمة ولا مزاحمة هنا؛ لأن حق الحاضر قد ظهر عند القاضي وحق الغائب لم يظهر وصار كأحد الشفيعين إذا حضر قضى له بالجميع فكذا هذا، وللآخر دية يده بخلاف القصاص في النفس إذا قضى لأحدهما وقتله لم يجب للآخر شيء لنا فوات حقه في الاستيفاء لا يكون بسبب القصور في المحل فإنهما إذا اجتمعا فاستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا على الكمال فلا يجب معه الدية في الطرف فوات حقه بسبب قصور في المحل؛ لأنه يضيق المحل عن إيفاء حق كل واحد منهما فيجب الضمان.

ولو عفا أحدهما قبل القضاء بالقصاص والدية بطل حقه واقتص للآخر؛ لأن المزاحمة قد انقطعت بالعفو فبقي حق الآخر في الكل.

وإن عفا بعد القضاء بالقصاص والدية بينهما قبل أخذ الدية كان للساكت دية يده عند محمد وعندهما للساكت أن تقطع يده لمحمد أن القاضي لما قضى بالقصاص والدية بينهما فقد أبطل حقهما عن يد واحدة إلى الدية.

وله هذه الولاية؛ لأنه لا يقدر على القضاء بالقصاص لكل واحد منهما على الكمال فكان له أن يقضي بالقصاص والدية بينهما، فإذا ثبت حقهما في دية واحدة على الجاني يبطل حقهما في يد واحدة ويبقى حقهما في يد واحدة، فإذا عفا أحدهما يبطل نصيبه وينقل نصيب الآخر إلى الدية.

لهما: أن هذا ليس بقضاء حقيقة بل هو فتوى؛ لأن القصاص لا يقبل الاشتراك؛ لأن القطع في البعض لا يتصور وجوبا واستيفاء لأنهم اتفقوا على أن لهما حق استيفاء القصاص في يد واحدة واستيفاء دية واحدة ولا قضاء مع وجود الموافقة والمسالمة وانعدام المنازعة والمشاجرة ولكنه أفتى بما يجب لهما وهو أن يجتمعا على القطع وأخذ الدية بينهما فصار الحال بعد القضاء كالحال قبله، ولو أخذ الدية ثم عفا أحدهما يكون للآخر نصف الدية لأنهما لما قبضا الدية فقد ملكاها ومن

ضرورة ثبوت الملك في المستوفى أن لا يبقى الحق في كل اليد فسقط حق كل واحد منهما في نصف اليد لكي لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد فلا يتمكن من استيفاء كل اليد بدون نصيب العافي فبطل حقه في القصاص فيصير القطع الآن موجبا الدية في نصيبه كما إذا كان خطأ، ولو أخذ بالدية كفيلا ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص؛ لأن الكفالة توثيق وليس فيها معنى الاستيفاء ولو كان رهنا كان بمنزلة ما لو قبضا الدية لما عرف.

ولو قطع يد رجل وإصبع آخر يقطع إصبعه بإصبعه ثم يخير صاحب اليد بين قطع ما بقي وبين دية يده؛ لأنا لو بدأنا بحق صاحب اليد، فإن الاستيفاء على صاحب أصابع اليد أصلا، وإذا بدأنا بالإصبع يمكن لصاحب اليد من استيفاء حقه مع ضرب نقصان فكانت البداية بالإصبع أولى، فإن بدأ صاحب اليد فقطع غرم القاطع أرش الإصبع؛ لأنه أوفى بطرفه حقا مستحقا عليه أو أتلفه ضمن الأرش، وكذلك لو قطع مفصلا من إصبع رجل ومفصلين من إصبع آخر وإصبعا من آخر قطع المفصل الأعلى للأول ثم يخير الثاني والثالث؛ لأنه لا يحق لهما في قطع المفصل الأعلى؛ لأن القاطع قطع المفصل الأعلى للأول لا لهما فكانت البداية بحق صاحب المفصل الأعلى أولًا؛ لأن فيه إيفاء حقه مع إيفاء حق الآخرين ناقصا فيخيران فيه.

(**العيون**): رجل قطع إصبع رجل خطأ وقطع آخر كفه عمدًا فمات منهما قال زفر: لا يجب القصاص وعلى كل واحد منهما نصف الدية.

وقال أبو يوسف: يجب القصاص على قاطع الكف؛ لأن جناية الثاني تفوت محل بالجناية الأولى ويعدم آثارها وبقي عمدًا محضًا صالحًا لوجوب القصاص فيجب عليه القصاص، فإن يحلف عن الأول بشبهة الخطإ كما إذا قطع واحد يده خطأ وآخر قتله عمدًا يجب القصاص على القاتل؛ لأن جنايته فوتت محل الجناية الأولى.

لزفر: أن النفس تلفت بسراية جنايتهما؛ لأن آثار الجناية الأولى وآلامها تمكنت في النفس وانضمت إليها آلام الجناية الثانية فصارا شريكين في القتل.

(باب من يستحق القصاص ويلي استيفاءه)

(المبسوط): فيه فصول:

فصل في ولاية الاستيفاء بحكم القرابة.

وفصل في الاستيفاء بحكم الملك.

وفصل في الاستيفاء بحكم السلطنة والولاية.

(فصل)

المستحق للقصاص والدية الورثة مثل ما يستحق ماله على فرائض الله تعالى يدخل في ذلك الزوج والزوجة لأنهما وجبا بدلا عن النفس والوارث يقوم مقام المورث في استحقاق كل ما كان له من الأملاك والحقوق إلا أن الدية تجب حقا للميت ابتداء حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم تثبت للورثة بطريق الخلافة والوراثة عنه والقصاص يحق حقا للورثة ابتداء لا بطريق الخلافة والوراثة عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أقام واحد من الورثة البينة على القصاص لم يكن إثباته إثباتا في حق الباقين عنده وسيأتي ذلك في باب البينة على القصاص ولا ينفرد أحدهم بالاستيفاء إذا كانوا كبارا حتى يجتمعوا لأنا لو أطلقنا للبعض الاستيفاء مع غيبة الباقين لأدى إلى إبطال حق الباقين في الاستيفاء، ولو كان القصاص بين صغير وكبير فللكبير استيفاؤه عند أبي حنيفة وقالوا جميعا ليس له ذلك إلا أن يكون الشريك أبًا له فيستوفيه خلافا للشافعي. وعلى هذا الخلاف إذا كان شريك الكبير معتوها أو مجنونا أو هو أخ له وكذا للسلطان استيفاؤه مع الكبير عنده خلافا لهما. حجتهم: أن ملك القصاص ثابت في المحل للكل بدليل أنهم يملكون الاعتياض والعفو عنه.

ويستوفى بحكم الملك عن اختيار، ولو مات أحدهم يورث وهذه فوائد الملك وثمراته وملك الصغير معصوم محترم وأثر العصمة أن لا يقدر أحد على إبطاله إلا بعوض.

له: أن استيفاءه معجلا منجزا يكون منتظما للمصلحة دافعا للمفيدة وهي صون القود وحفظه عن تطرق الفوات إليها إما بجهة الغيبة أو بجهة الموت، فإن مدة الصبا مدة مديدة يده والموت في هذه المدة المديدة وتغييب القاتل نفسه على وجه لا يطلع عليه أحد حقيّته على نفسه غالبة وليس بندرة والأب محيط بوفور الشفقة وكمال العطفة على ولده وشفقة الأخ وعطفه هنا أبلغ وأوفر؛ لأن استيفاء حق الصغير لا ينفك عن استيفاء حقه وهو غير متهم فيما يرجع إلى مصالح نفسه فلا يكون متهما بالتقصير فيما يرجع إلى مصالح الصغير فينتصب نائبا عن الصغير كما إذا كان القصاص مشتركا بين الأب والصغير.

ولو كان الكل صغارا قيل الاستيفاء إلى السلطان، وقيل ينتظر إلى بلوغهم أو بلوغ أحدهم، ولو كان الكل كبارا وأحدهم غائبًا فليس للحاضر استيفاء؛ لأن احتمال وجود العفو من الغائب قائم والاحتمال يورث الشبهة فلا يطلق له الاستيفاء مع الشبهة.

(فصل)

وإذا قتل العبد عمدًا فالقصاص لسيده؛ لأن السيد من العبد بمنزلة الوارث من المورث لكونه أقرب الناس إليه وأخصهم به ملكا وولاية، وكذلك لو للموليان قصدا والمدبر والمدبرة وأم الولد وولدها بمنزلة العبد؛ لأنهم على ملك المولى رقبة وانتفاعا. رجل قطع يد عبد عمدًا فأعتقه المولى ثم مات من ذلك، فإن كان للعبد ورثة غير المولى فلا قصاص فيه لاشتباه الولاء؛ لأن باعتبار أصل الجناية يجب القصاص للمولى؛ لأن الجناية وردت على ملكه والجناية تبع للسراية ولا يمكن إفرادها عن أصلها وباعتبار السراية يكون القصاص لوارث العبد؛ لأن الجناية لا تتم قتلا إلا بالسراية فقد صارت الجناية قتلا موجبا وهو حر فاشتبه ولي القصاص فامتنع القصاص، فإن لم يكن له وارث غير المولى فله أن يقتص منه عندهما، وعند محمد لا يقتص وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه القطع إلى أن أعتقه وبطل الفصل.

لمحمد: أنه اشتبه بسبب الحق لأنا إن اعتبرنا أصل الجناية وجب الحق للمولى باعتبار الملك وإن اعتبرنا السراية وجب الحق باعتبار الولاء فصار سبب الحق مجهولا فصار كما لو كان الولي مجهولا وصار كما لو كان القطع خطأ يجب أرش اليد وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، لهما: أن المستحق للقصاص الولي بأي سبب استحق إما بالملك أو بالولاء ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم المستحق؛ لأن الاستحقاق بسببين أقوى وآكد من الاستحقاق بسبب واحد بخلاف ما لو كان القطع خطأ؛ لأن المستحق للدية حال ابتداء الجناية للمولى وحالة السراية للعبد لأنه حر وقت وجوب الدية ويبدل المستحق بقطع السراية، وفي العمد لا يبدل المستحق؛ لأن المستحق للقصاص في الحالتين للعبد؛ لأنه في استحقاق القصاص منفي على أصل الجزية وإنما يستوفي المولى بطريق الخلافة والنيابة عنه بمنزلة الوارث، وإذا لم يتبدل المستحق لا تنقطع السراية عن الجناية بالعتق ولو قتل المكاتب عمدًا ولم يترك وفاء فللمولى القصاص بالإجماع؛ لأنه مات قنًّا قال الحاكم أبو الفضل: هذا إذا لم يكن في قيمته وفاء بدل الكتابة، فإن كان في قيمته بالمكاتبة فلا قصاص فيه لأنا متى أوجبنا على القاتل قيمته وفيها وفاء بالمكاتبة يعتق المكاتب أولا مدة وفيه أيضًا استيفاء روح القاتل ومتى أوجبنا القصاص بطل ذلك كله فكان إيجاب القيمة على القاتل وفيه إحياء للمكاتب وأولاده واستيفاء روح القاتل أولى والصحيح أن فيه القصاص، وإن كان في قيمته وفاء؛ لأن الواجب بقتل العمد القصاص لا المال ولا يجوز تغيير حكم الشرع وتبديله والقصاص لا يصلح لإيفاء بدل الكتابة فقد مات عاجزًا أو قنًّا فيجب القصاص للمولى وهذه المسألة من خواص المبسوط لا يعرف روايته إلا فيه ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا في حرّيته قال بعضهم مات رقيقا وقال بعضهم مات حرًّا والاختلاف في هذا يوجب شبهة واختلافا في المستحق، فإن مات حرًّا المستحق هم الورثة وإن مات قنًّا فالمستحق هو المولى وجهالة المستحق واشتباهه يمنع وجوب القصاص والشبهة ملحقة بالحقيقة فيما تدرأ بالشبهات، وإن لم يكن له وارث إلا المولى فله القصاص عندهما خلافا

لمحمد وهو روايته عن أبي يوسف؛ لأن سبب الاستحقاق قد اختلف؛ لأنه إن مات حرًّا كان الاستحقاق بالإرث وإن مات قنًّا كان الاستحقاق بالملك فينزل اشتباه السبب منزلة اشتباه المستحق.

لهما: أن المستحق للقصاص المولى بأي سبب استحق يقينا وإحاطة وترادف السببين واجتماعهما يوجب في الاستحقاق قوة ووكادة لا وهنًا ونكادة.

ولو قتل المكاتب عبده فلا قود فيه؛ لأن للمكاتب شبهة الملك فيه ولو قتل عبد المكاتب عمدًا فلا قصاص فيه لأنا لا ندري أنه حق للمولى أو للمكاتب؛ لأن لكل واحد منهما فيه حق الملك فأشبه المستحق وكذلك إذا قتل عمدًا قتل ابنه عمدًا؛ لأن رقبته لمولاه لكن مكاسبه للمكاتب فصار للمكاتب فيه حق أيضًا فصار المكاتب في ابنه كالمولى في عبد حق المكاتب كالمكاتب في ابنه، وكذلك العبد المأذون إذا قتل عمدًا وعليه دين فلا قصاص فيه وإن اجتمع المولى والغرماء معا، وكذلك العبد المرهون إذا قتل عبدًا لا قصاص فيه وإن اجتمع الراهن والمرتهن؛ لأن سبب الاستحقاق في القصاص ملك الرقبة والمرتهن ليس بمالك للرقبة فلا يملك استيفاءه والراهن إذا استوفى سقط حقه في الدين؛ لأنه يصير هالكا من غير بدل وليس له أن يتصرف تصرفًا يسقط حق الغير ورضا المرتهن يسقط حقه وهو اليد والحبس لا يعتبر؛ لأن حقه قد سقط بالهلاك فكيف يعتبر رضاه بسقوط حق ساقط.

وذكر القدوري: إذا حضر الراهن والمرتهن يستوفيان القصاص؛ لأن لأحدهما ملك الرقبة وللآخر ملك اليد والحبس وإنه حق يضاهي الملك وفي استيفاء القصاص بطلان حقهما فيملكان الاستيفاء وصار كالعبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر قتل عمدًا والعبد المبيع إذا قتل قبل القبض روى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا قصاص فيه لأحد سواء أجازه المشتري أو نقضه؛ لأن حقيقة الملك للمشتري وملك اليد والحبس للبائع فصار كالعبد المرتهن، وأبو يوسف روى عن أبي حنيفة إذا أجاز المشتري البيع فله القصاص؛ لأن الملك كان ثابتًا للمشتري عند الجناية فكان الحق له، فإذا اتصلت به الإجازة فقد انتهى

الملك وبطلت اليد المستحقة للبائع، فإذا انتقض البيع فللبائع القصاص، وقال أبو يوسف إذ انتقض فللبائع القيمة لا القصاص؛ لأن الملك لم يكن ثابتًا للبائع وقت الجناية فلا ينعقد القتل موجبا للقصاص حقا له فلا يثبت له من بعد ولكنه بالقتل صار مستهلكا حقه فيلزمه قيمته، لأبي حنيفة أن بالقبض ينفسخ البيع من الأصل ويصير كأنه لم يكن وعاد إلى قديم ملك البائع فيظهر أن القتل ورد على ملكه فيجب القصاص قال أبو يوسف: إذا قبل الصداق أو بدل الصلح عن دمه دم العمد قبل القبض فذلك بمنزلة المبيع؛ لأن المستحق إن رضي بإتباع القاتل فقد تم ملكه وتناهى فيجب له القصاص، وإن طالبه بالقيمة فالملك في العبد قد انفسخ وعاد إلى قديم ملك الآخر فيجب القصاص في الآخر، ولو قتل المبيع في يد المشتري والخيار له فلا قصاص له قبض البائع الثمن أو لم يقبض؛ لأن الخيار سقط قبل القتل في يده فلزم البيع فيه وانبرم فتناهى الملك فيه واستحكم.

ولو كان الخيار للبائع اتبع القاتل فقتله؛ لأن القتل صادف ملك البائع، وإن شاء ضمن المشتري قيمته؛ لأنه مضمون في يده بالقيمة وكذا العبد المغصوب إذا قتل في يد الغاصب فاختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص؛ لأن الملك وإن ثبت له بأداء الضمان فيستند إلى الغصب لكن المستند لا يظهر في حق القصاص؛ لأنه يسقط بالشبهة، وذكر في المضاربة ودفع ألفًا مضاربة وذكر فاشترى المضارب بها عبدًا يساوي ألفًا فقتل عمدًا فلا قصاص فيه؛ لأنه مشترك في الابتداء وفي الانتهاء فبطل حق المضارب إذا لم يصل رأس المال إلى رب المال؛ ولأنه في الحكم ملك رب المال ولكن للمضارب فيه حق الملك فأشبه الولي.

وذكر في الوصايا: لو قتل العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر عمدًا فلا قصاص له إلا أن يجتمعا فيقبضان؛ لأن سبب الاستحقاق القصاص ملك الرقبة لا ملك المنفعة فكان المولى صاحب الرقبة كما لو قتل العبد المستأجر كان القصاص لمالك الرقبة لا لمالك المنفعة فكان الولي متعينًا لا مشتبها إلا أن صاحب الخدمة يتضرر بالقصاص وينتفع بالمال لو اصطلحوا على المال فشرطنا رضاه لهذا بخلاف المسائل المتقدمة؛ لأن الولي مشتبه مجهول في الأصل غير متعين فامتنع القصاص لجهالة الولي.

(فصل)

قتل رجلًا عمدًا ولا ولي له للسلطان أن يقتص أو يأخذ الدية لقوله عليه السلام: "**السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**" ولأن ولايته على رعيته عامة كاملة وزعامته شاملة وقد وجب الحق للكافة؛ لأن منفعته إليهم عائدة فينوب الإمام مناب العامة في الاستيفاء صونا للدماء المحقونة[1].

وقال أبو يوسف: ليس له أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام كاللقيط؛ لأن من كان من أهل دار الإسلام فالظاهر أن له وليًّا لا يشعر به الإمام وقيام الولي يمنع غيره من الاستيفاء أو يجوز أن يكون له وليًّا فيقع الثبات في ثبوت ولاية الاستيفاء للإمام فلا يثبت.

لهما: أن طريق الوصول إلى العلم بوجود الولي مفسد فلا يعتبر قيامه ووجوده إذا فقد الدليل الموصل إليه فتعذر إثبات الولاية لولي مجهول بتعذر الوصول فسقط اعتبار وجوده فكان السلطان وليا له؛ لأنه ولي من لا ولي له وصار كالحربي أسلم وخرج فقتل عمدًا كان للسلطان القصاص فكذا هذا.

وللأب أن يقتص للصغير أو يصالح سواء كان القصاص في النفس أو فيما دونها خلافا للشافعي؛ لأن للأب ولاية كاملة ورعاية شاملة على الصغير وماله جميعا والقصاص شرع لتشفى الصدور ودرك الثأر وذلك شامل راجع إلى النفس وللأب ولاية عن نفسه في إقامة مصالحها كالإمام وله أن يصالح؛ لأنه أنفع للصغير من الاستيفاء، وليس للوصي أن يقتص في النفس بحق نحو: أن قتل عبد اليتيم عمدًا؛ لأن ولاية تصرفه مختصة بالمال.

وله أن يقتص فيما دون النفس في عامة الروايات.

وفي رواية أخرى عن أبي حنيفة ليس له ذلك؛ لأن القصاص في الطرف تشبه

---

(١) انظر: الشرح الصغير ٤٧٤/٢، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٠٢/٤، والإقناع ٥٢/٤، والمنهاج وشرح الجلال ٣٠٤/٢، والمغني لابن قدامة ٦٤٠/٦، ٦٤١، وحاشية ابن عابدين ٧٢٢/٦.

القصاص في النفس؛ لأن كل واحد منهما عقوبة تندرئ بالشبهات وهو الأظهر على قول أبي يوسف ومحمد لأنهما جعلا الطرف كالنفس في حكم القضاء بالنكول وجه عامة الروايات: أن الطرف يسلك به مسلك الأموال حتى يجري فيه البدل بأن وقعت فيه الأكلة حل قطعه، ولهذا أجاز أبو حنيفة رضي الله عنه القضاء بالنكول في الطرف وله ولاية استيفاء الصغير فكذا استيفاء مال الصغير فكذا استيفاء ماله حكم المال وصلحه يأتي في باب العفو.

(باب العفو عن الجناية وما يحدث منها)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في العفو عن الجناية وما يحدث منها.

والثاني: في عفو بعض الورثة.

والثالث: في الشهادة على العفو.

(فصل)

العفو عن القاتل أفضل وأجزل؛ لأن الله تعالى حثه عليه وندبه إليه بقوله: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾[البقرة: ٢٣٧] ثم العفو لا يخلو إما أن يكون عن العمد أو عن الخطإ وكل وجه لا يخلو إما أن كان عن الجناية والشجة أو عن القطع وما يحدث منها أو عن القطع أو الشجة وحدها، فإن كانت الجناية عمدًا، ثم قال المقطوع للقاطع عفوتك عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منها يبرأ عن القطع والسراية؛ لأن الجناية اسم عام ينطلق على الجناية على النفس وما دونها فكذا فجاء يحدث عن القطع والشجة ينطلق على النفس وما دونها فيتناول العفو عن النفس وما دونها مطلقًا.

ولو قال: عفوتك عن القطع أو عن الشجة؛ لا يكون عفوا عن السراية، ولو مات منه يجب القصاص قياسا والدية استحسانًا عند أبي حنيفة وعندهما يبرأ عن السراية. لهما: أن العفو عن القطع أو عن الشجة عفو عما يحدث منه؛ لأن القطع نوعان: قطع

سارٍ وقطع مقتصر ومطلق اسم القطع يشملهما فيتناول العفو كلاهما؛ لأن العفو إذن في الانتهاء فيعتبر الإذن في الابتداء والإذن بالقطع في الابتداء يكون إذنا به وما يحدث منه فكذلك الإذن به في الانتهاء له أنه عفا عما ليس بحق له؛ لأن الجناية لما اتصلت بها السراية صارت قتلًا بابتدائها كما بينا والقتل ليس بحق له؛ لأن حقه في القطع لا في القتل والقتل يباين القطع ويغايره؛ لأن القطع إبانة اليد عن المفصل والقتل إزالة الروح عن النفس والقطع قد يوجد مقتصرًا بغير سراية، ولهذا لو كان القطع ظلما ومات كان قتلا حتى يجب القصاص فلا يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل إلا أنه سقط القصاص إلا أن هذا قتل في صورة القطع والعفو عن الصورة يكفي لدرء ما يندرئ بالشبهات فأما إذا كان خطأ فعفا عن القطع ثم سرى ومات كان على هذا الخلاف، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية صح العفو عن الكل كما في العمد إلا أن في العمد يعتبر الدية من جميع المال وفي الخطإ من الثلث ويكون هذا وصية للعاقلة سواء كان القاتل واحدًا من العاقلة أو لا؛ لأن الوصية للقاتل إذا لم تصح تعود إلى العاقلة؛ لأن من أوصى كمن تصح الوصية ولمن لا تصح صارت الوصية كلها لمن يصح له كمن أوصى بثلث ماله لحي وميت فكذا هذا.

ولو عفا المولى قبل موت المجروح جاز استحسانًا ويقتل قياسا؛ لأن الولي عفا عن حق الميت؛ لأن ضمان النفس يجب حقا للميت ثم ينتقل منه إلى الورثة متى فضل عن حاجته؛ لأن الجناية وردت على حقه، ولهذا يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فلا يصح عفوه.

وجه الاستحسان: أن الضمان يجب بعد الموت والميت ليس من أهل الملك فيقع الملك للوارث فيه ابتداء ولكن لما كان الميت محتاجا إليه لقضاء دينه يصرف إليه؛ لأنه بدل نفسه وقد تعلق به حق الغير وهو حق الغريم والموصى له.

وكذلك لو قطع الولي ثم عفا عنه ضمن دية يده عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

لهما: أنه استحق إتلاف النفس فيستحق إتلاف الطرف؛ لأنه جزء من أجزاء النفس فيدخل في الاستحقاق ولا محالة وصار كما لو عفا ثم سرى له أن نفسه صارت مستحقة له في حق الإتلاف بالقتل لا مطلقًا مع قيام المنافي للاستحقاق

وهي الحرية والقطع المقتصر ليس بقتل فلم يظهر الاستحقاق في حقه فقد فوت حقا معصوما محترما لغيره فيجب ضمانه بخلاف ما إذا سرى؛ لأنه قتل؛ لأنه إزهاق الروح. القاتل اثنان فعفا الولي عن أحدهما بقتل الآخر خلافا لزفر.

له: أن القصاص إنما يجب بعد الموت وبعد الموت لم يبق فعل أحد الشريكين موجبا للقصاص فتعذر إيجاب القصاص على الآخر؛ لأنه اختلط الموجب بغير الموجب فمنع الوجوب فصار كالبائع مع الصبي أو الأب مع الأجنبي.

لنا: أن فعلهما انعقد موجبا للقصاص للحال؛ لأنه متى اتصل انزهاق الروح بفعلهما تبين أن فعلهما كان قتلًا من حيث صدر منهما فتبين أنهما انعقدا وانتهضا موجبًا للقصاص إلا أنه سقط عن أحدهما بعفو الولي فلا يسقط عن الآخر، وإذا ورث القاتل بعض دمه يحول نصيبه للباقين مالًا؛ لأن القاتل لما ملك شيئًا من القصاص سقط نصيبه؛ لأنه تعذر استيفاؤه فيسقط نصيب الباقين للشبهة بمعنى من جهة القاتل فصار كما لو عفا أحد الورثة.

(فصل)

وإذا عفا أحد الورثة تحول نصيب الآخرين مالًا خلافًا للشافعي في قول لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾[البقرة: ١٧٨]؛ لأنه رُوي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما بأنهما قالا: نزلت الآية في دم بين شريكين عفا أحدهما. وروي عن عمر رضي الله عنه أنه سئل عن قصاص بين رجلين عفا أحدهما هل للآخر أن يقتص، فاشتبه عليه ذلك فشاور عبد الله بن مسعود في ذلك فقال: أرى العافي قد أحيى بعض النفس فليس للساكت أن يميت ما قد أحياه العافي فاستحسن عمرو وقال: كنيف ملئ علما، ولأن القصاص وجب مشتركا بينهما وقد امتنع استيفاؤه عن نصيب العافي فيمتنع استيفاؤه في نصيب الساكت ضرورة أنه لا يتجزأ ولا يتبعض إلا إن تعذر استيفاء القصاص لما جاء لا من جهة من له الحق يتحول نصيبه مالًا؛ لأنه لم يرض بسقوط حقه أصلا وقد عجز عن استيفاء عين حقه فيجب له بدله في مال القاتل؛ لأنه كان عمدًا، وإذا قتل العبد مولاه وله وليان فعفا

أحدهما سقط الدم كله وهو عبد بينهما عندهما وقال أبو يوسف: على العافي أن يدفع إلى الآخر نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية.

لأبي يوسف: أن القود وجب لهما في كل الدم على الشركة والشياع في النصفين، فإذا انقلب نصيب الساكت والآبي مالًا بعفو العافي صح نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما أصاب ملكه سقط وما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع.

لهما: أن العبد باق على حكم ملك الميت بدليل أنه لو ظهر دين يقضي منه والمال الواجب بعد عفو أحد الوليين يكون للميت أيضًا باعتبار بدل نفسه والمولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا فتعذر إيجاب المال، ولأن نصيب الساكت لو انقلب مالًا لتعلق الضمان بنصيبه لا بنصيب العافي ونصيبه مملوكا له والمولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا فبطل بخلاف المدبر والمكاتب لأنهما عتقا بموته والمولى يستوجب على معتقه مالًا، وإذا دفع العبد صار ثلاثة أرباعه للساكت وربعه للعافي.

وفي هذه المسألة ادعى أبو يوسف السهو على محمد رحمهما الله في (الجامع الصغير).

وكذا عبدين شريكين قتل قريبا لهما فعفا أحد الموليين يسقط كله عندهما، وعند أبي يوسف يقال للعافي: ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية.

وذكر في (**الزيادات**): عبد قتل مولاه وأجنبيا ولكل واحد منهما وليان فعفا واحد من هذين وواحد من هذين معا فعندهما يبطل حقهما، وعند أبي يوسف يقول لهما: ادفعا ربع العبد إلى ولي الآخر أو افدياه بنصف الدية.

لأبي يوسف: أن العبد حالة الوجوب مشترك بينهما فجاز أن يستحق شيئًا في نصيب شريكه فلم يهدر الدم وانقلب نصيبه مالًا وهو الربع والربع يثبت في النصفين شائعا فيما لاقى نصيب نفسه سقط وما لاقى نصيب شريكه وهو الثمن فيخاطبان بدفع ربع العبد إلى ولي الأجنبي ثم يخاطب المعافي بدفع الثمن إلى الساكت وعندهما هدر الدم في حق ولي المولى بقي حق غير العافي من ولي

الأجنبي في نصف الجناية والمستحق لهما بكل الجناية نصف العبد لأجل المزاحمة والمشاركة فيكون المستحق بنصف الجناية ربع العبد وبأن سقط حق أحدهما بالعفو لا يزداد حق الآخر لا يخير ورثة المولى بين دفع ربع العبد إليه والفداء بنصف الدية والباقي بين ولي المولى نصفان بالإرث، فأما إذا عقبا على التعاقب فعندهما يقال لولي المولى ادفعا نصف العبد إلى ولي الأجنبي أو افدياه بنصف الدية؛ لأن المزاحمة لم تتحقق في المحل وهو العبد هنا؛ لأنه إن كان عفو أحد وليّي المولى سقط الدم كله وبقي حق ولي الأجنبي في العبد، وإذا عفا أحدهما كان للآخر نصف العبد أيضًا؛ لأن حق ولي المولى بقي في القصاص ولم يَصِرْ في المال. ولا مزاحمة بين القصاص والمال فيخيران بين الدفع والفداء، وعند أبي يوسف يقال للساكت من ولي المولى ادفع نصف نصيبك وهو ربع العبد إلى ولي الأجنبي أو افده بربع الدية ويقال للعافي منهما ادفع ثلاثة أثمان العبد إلى ولي الأجنبي وإلى أخيك أو افده بنصف الدية بينهما نصفان والميراث والعبد بينهما ميراث نصفان ويخرجه على نحو ما مر. الولي اثنان فشهد أحدهما على صاحبه أنه عفا فهو على قسمين: إما أن شهد أحدهما بالعفو على صاحبه أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو.

أما **القسم الأول**: فهو خمسة أوجه: إما أن صدقه صاحبه والقاتل جميعا أو كذباه أو كذبه صاحبه وصدقه القاتل أو على عكسه أو سكتا جميعا فالعفو واقع في الفصول كلها؛ لأن الشاهد متى أقر بعفو صاحبه فقد أقر بسقوط القصاص في نصيبه، وإذا سقط في نصيبه سقط في نصيب الآخر ضرورة كما لو عفا الشاهد عن نصيبه وأما الدية إن تصادقا فللشاهد نصف الدية؛ لأن الثابت بالتصادق والموافقة كالثابت بالمعاينة، ولو عاينا عفو صاحبه انقلب نصيب الآخر مالًا فكذا هذا.

وإن كذباه فلا شيء للشاهد فيجب للساكت نصف الدية؛ لأنه لما شهد بالعفو فقد أقر ببطلان حقه في القصاص فصح وادعى انقلاب نصيب نفسه مالًا فلم يصدق وتحول نصيب الآخر مالًا؛ لأن تعذر استيفاء القصاص في نصيبه جاء من جهة غيره؛ لأن سقوط القصاص مضاف إلى شهادة صاحبه بالعفو فكان بمنزلة العفو منه

وإن كذبه صاحبه وصدقه القاتل ضمن دية بينهما؛ لأنه لما صدقه فقد أقر له بنصف الدية فلزمه وادعى بطلان حق المشهود عليه بالعفو فلم يصدق فتحول نصيب الساكت مالًا؛ لأن في زعم الشاهد أن نصيبه تحول مالًا بعفو صاحبه والقاتل صدقه فيه فوجب له نصف الدية على القاتل وفي نصيب صاحبه ما سقط القصاص من جهته؛ لأنه لم يثبت عفوه في حقه لتكذيبه وإنما سقط حقه بإقرار الشاهد فينقلب نصيبه مالًا.

وإن كذبه القاتل وصدقه صاحبه ضمن نصف الدية للمشهود عليه ولا يضمن للشاهد شيئًا.

وقال زفر: لا شيء لهما؛ لأن العفو ثبت في حقهما بتصادقهما ولم يثبت في حق القاتل لتكذيبه فسقط نصيب الشاهد ولم يجب المال لتكذيب القاتل في العفو وسقط حق المشهود عليه؛ لأنه لما أقر أنه عفا القاتل فقد أكذب القاتل فيما أقر له بنصف الدية فيبرئ القاتل.

لنا: أن القاتل لما أكذب الشاهد في الشهادة في العفو فقد كذبه فيما ادعى عليه من نصف الدية وأقر للمشهود عليه بنصف الدية في ماله؛ لأنه زعم أن نصيب المشهود عليه إنما سقط بمعنى جاء من قبل الشاهد لا من جهته، فإنه أنكر عفو المشهود عليه والمشهود عليه لما صدّق الشاهد في شهادته فقد أقر بذلك المال للشاهد والمقر له بالمال إذا قال للمقر ما أقررت ليس لي وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر بمائة لزيد فقال زيد هي لعمرو وصارت المائة لعمرو فكذا هذا.

وأما **القسم الثاني**: لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو فلا يخلو إما أن شهدا معا أو متعاقبا، فإن شهدا معا إن كذبهما القاتل بطل حقهما كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجب له على القاتل؛ لأن كل واحد منهما زعم أن حق العافي في القصاص قد سقط وانقلب نصيبه مالًا فصح إقرارهما بسقوط القصاص؛ لأنه لاقى حقهما ولم يصح بالمال على القاتل؛ لأنه دعوى والدعوى لا تثبت إلا بحجة.

وكذلك إن صدقهما القاتل معا؛ لأنه متى صدق أحدهما في دعواه فقد كذب

الآخر في دعواه من المال؛ لأن العافي لا يجب له شيء فقد تعارض التصديق والتكذيب منه في حق كل واحد منهما فلا يثبت التصديق والتكذيب بالشك فصار كأنه سكت.

وإن صدقهما على التعاقب فلهما دية كاملة؛ لأنه لما صدق الأول في دعواه المال فقد كذب الثاني في دعواه المال، فإذا صدق الثاني بعد ذلك فقد صدقه بعدما كذبه والتصديق بعد التكذيب جائز وبتصديق الثاني إن صار مكذبا للأول فيما ادعاه إلا أنه كذبه بعدما تقرر.

حكم التصديق بالسكوت عليه فكان التكذيب منه رجوعا عن إقراره فلم يصح وأما إذا شهدا متعاقبا، فإن كذبهما القاتل فللشاهد آخرًا نصف الدية ولا شيء للأول؛ لأن القاتل لما كذب الأول فقد زعم أن للثاني نصف الدية؛ لأنه لم يثبت عفوه ولم يوجد منه تكذيب للقاتل في إقراره فوجب له نصف الدية والأول أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجبت له على القاتل وقد كذبه القاتل في ذلك فلم يثبت وكذلك إن صدقهما معا فلا شيء للأول وللثاني نصف الدية؛ لأنه تعارض التصديق والتكذيب منه في حق كل واحد منهما فصار كأنه سكت فلو سكت يجب للثاني نصف الدية فكذا هذا وإن صدقهما معا فعليه دية كاملة لهما كما بينا وإن صدق أحدهما إن صدق الأول وكذب الثاني فعليه دية كاملة؛ لأنه لما صدق الأول في الشهادة يعفو صاحبه فقد صدقه فيما ادعاه من المال عليه فلزمه وسقط القصاص في نصيب الثاني من جهة الأول بإقراره بسقوط القصاص لا من جهة الثاني؛ لأنه لم يثبت عفوه في حقه لتكذيبه فيجب للثاني نصف الدية ولا يبطل بتكذيب القاتل؛ لأن تكذيب القاتل باطل في حق الثاني وإن صدق الثاني وكذب الأول فللثاني نصف الدية ولا شيء للأول؛ لأنه ثبت عفو الأول في حق القاتل بتصديق الثاني في شهادته ولم يثبت عفو الثاني بتكذيب الأول في شهادته ولو عفا الولي والوصي عن دم الصغير لم يجز؛ لأنه تبرع فهما لا يملكان التبرع بحق الصغير.

ولو صالحا عن القصاص للصغير على مال بأقل من الدية جاز الصلح وضمن الدية لأنهما يملكان الصلح والعفو على مال؛ لأنه إسقاط ما ليس بمال فكان فيه

نفعا للصغير فوقع الصلح نافذا إلا أنهما قصرا في بدل الصلح لما حطا عن الدية؛ لأن الدية مقدرة شرعا فأمكن الاحتراز عن الغبن اليسير فلم يصح الحط والصلح عن القصاص لا يمكن رده فضمن الدية كالوكيل بالبيع بألف إذا باع وحط من الثمن درهما لم يصح؛ لأن الثمن مقدر شرعا، ولو هلك المبيع في يده يلزمه أن يبلغ بالثمن إلى تمام القيمة فكذا هذا.

وذكر في كتاب الصلح: أنه لا يجوز صلح الوصي؛ لأنه لا يملك استيفاء القصاص في النفس فلا يملك الاعتياض عنه؛ لأنه ملحق به؛ لأنه تصرف في النفس. وجه هذه الرواية: أن استيفاء القصاص ليس باستيفاء المال بل المقصود منه تشفي الصدور ودرك الثأر وذلك لا يحصل باستيفاء الوصي فلم يملكه لفوات المقصود وأما المقصود من الصلح فمنفعة المال وذلك يحصل بعقده كما يحصل بعقد الأب.

ولو عفا أحد الوليين وعلم الآخر أن القتل حرام عليه فقتل فعليه القصاص وله نصف الدية في مال القاتل؛ لأن قتله بمحض حرامًا.

وإن لم يعلم بالحرمة فعليه الدية في ماله علم بالعفو أو لم يعلم؛ لأنه اشتبه عليه مثل ما يشتبه مثله؛ لأن ظنه استند إلى دليل يوجب الاشتباه وهو القياس على سائر الحقوق المشتركة كدين بين اثنين إذا أبرأ أحدهما لا يبطل حق الآخر وكان ظنا في موضع الاشتباه فأورث شبهة لسقوط القصاص ولقد اشتبه على عمر مع جلالة قدره في العلم حتى شاور ابن مسعود في ذلك على ما ذكرنا وصار كما لو وطئ جارية امرأته وقال: ظننت أنها تحل لي ولا يحدّ وإذا قال أحد الوليين أبونا حي بعدما قتلا القاتل غرم نصف الدية في ماله ولا يصدق على أخيه.

وقال الشافعي: يقتل الولي.

والصحيح قولنا؛ لأن دليل شبهة الإباحة قائم وهو قضاء القاضي بملك القصاص، فإن لم تعد حقيقة الملك لمانع فلا يتقاعد عن إيراث شبهة الملك كمن زفّت إليه غير امرأته فوطئها لا حدَّ عليه لقيام دليل شبهة الحل وهو حسبان الواطئ أنها موطوءته.

(باب الشهادة في العفو والقتل)

(المبسوط): شهد اثنان من الورثة على بعضهم أنه عفا فشهادتهما باطلة لأنهما يشهدان لأنفسهما بمال على القاتل، ولو شهدا على بعضهم أنه عفا من حصته من الدية في قتل الخطأ فشهادتهما جائزة إذا لم يقبض الشاهدان نصيبهما من الدية.

وذكر في الصلح والمأذون في دين بين ثلاثة أشهد اثنان على الثالث أنه أبرأ عن نصيبه لا يقتل لأنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنما لأنهما بشهادتهما يقطعان شركة المشهود عليه في الباقي من الدين متى قبض فلا يقتل كما لو شهدا أنه أبرأه عن نصيبه بعدما قبضا نصيبهما. وجه هذه الرواية: أنهما بشهادتهما لا يثبتان لأنفسهما حق المشاركة في شيء لأنهما زعما أنه أبرأ عن نصيبه ولم يقبضا شيئًا ولا أبطلا حق المشاركة للمشهود عليه لأنهما لم يقبضا شيئًا من الدين ولا حوَّلا نصيبهما مالًا وإنما منعا ثبوت المشاركة للمشهود عليه متى قبضا نصيبهما والشاهد يملك المنع ولا يملك الإبطال، وإذا شهد شاهدان بالعفو عن الخطإ فقضى به ثم رجعا ضمنا ما أبطلا نصفين مؤجلا لأنهما أبطلا على المشهود عليه دينا مؤجلا فيضمنان كذلك. شهد شاهدان على ولي الدم أنه أجر القاتل اليوم إلى الليل على جعل معلوم لم يكن عفوا ولا مال له؛ لأن تأجير الحق لا يقتضي سقوطه فكذا تأجيل القتل لا يقتضي سقوطه والمال باطل؛ لأنه لو وجب لوجب عوضا عن الأجل، والاعتياض عن الأجل باطل.

ولو شهدا على أنه أخذ الجعل على أن يعفو عنه يوما كان صلحا؛ لأن عفا عن القصاص يوما والعفو لا يقبل التأقيت فصح العفو وبطل التأقيت وصار كما لو طلق امرأته أو أعتق عبده على ألف إلى الليل جاز الصلح وبطل التوقيت فكذا هذا وقوله وعلى أن يعفو، وإن خرج مخرج العدة فإنما يراد به الإيجاز والإيجاب كالرجل يقول للمرأة أتزوجك على ألف درهم فقبلت فهو نكاح وكان المراد منه الإيجاب فكذا هذا.

(فصل)

رجل قتل عمدًا وله وليان أحدهما غائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب، فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يعيدها.

ولو كان القتل خطأ لا يعيدها بالإجماع، وكذلك لو أقام أحدهما البينة على دين للميت ثم حضر الآخر لا يعيدها.

لهما: أن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما وجب حقا للميت والقصاص وجب حقا له؛ لأنه وجب بدلا عن نفسه خيرا لما فيه إحياؤه معنى لما عرف ثم ينتقل إلى الورثة بطريق الخلافة كما في سائر أملاكه المختلفة ولهذا يكون للمرأة نصيب من القصاص والمرأة لا تملك شيئًا من الزوج إلا بالوراثة وصار كما لو كان القتل خطأ، له: أن القصاص وجب حقا للورثة ابتداء أصالة لا وراثة وخلافة؛ لأن حق المرء ما يقع به ويقع القصاص يعود إلى الورثة لا إلى الميت وهو يشفي الصدر ودرك الثأر ودفع الشر المتوجه عليه من القاتل فوجب حقا لهم ابتداء فلا ينتصب أحدهم خصما عن الآخر فيحتاج القادم إلى إعادة البينة بخلاف الدية؛ لأنها وجبت حقا للميت؛ لأنها تصلح لقضاء حوائج الميت من قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه ثم انتقل إلى الورثة بطريق الوراثة. رجل قتل وله وليان أحدهما غائب أو قتل عبدين رجلان وأحدهما غائب فأقام القاتل البينة على الحاضر أن الغائب قد عفا والحاضر خصم ويسقط القصاص عنه؛ لأنه ادعى على الحاضر حقا وهو سقوط حقه في القصاص ولا يثبت ما ادعاه إلا بثبوت حق الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب ضرورة، وإذا شهد الشهود أنه ضربه بآلة جارحة فلم يزل صاحب فراش حتى مات ففيه القود إن كان عمدًا لأنهم شهدوا بالقتل العمد؛ لأن الجرح الظاهر سبب لزهوق الروح ظاهرا والحكم متى ظهر عقيب سبب صالح يحال به عليه. شهد شاهدان أنه قطع يده عمدًا من المفصل وشهد شاهد أنه قطع رجله من المفصل ثم شهدوا جميعا أنه لم يزل صاحب فراش حتى مات قضى على القاتل بنصف الدية إن ادعى الولي ذلك؛ لأنه يحتمل أنه مات من قطع الرجل ولم يقم بينة كاملة على قطع الرجل فتمكنت الشبهة في إزهاق الروح بقطع اليد فسقط القصاص وقامت بينة كاملة على قطع اليد فوجب نصف الدية. اختلف شاهدا القتل في الزمان أو في المكان لا تقبل شهادتهما.

وكذلك لو اختلفا في الآلة؛ لأن اختلاف الزمان والمكان والآلة يوجب اختلاف الفعل والعمل يختلف باختلاف الآلة فاختلف المشهود به والقتل لا يتكرر ولا

يتعدد فكان كل واحد منهما شاهدا يقبل على حدة فلا يثبت أحدهما.

وكذلك لو قال: إنه قتله بعصا أو قال الآخر لا أدري بأي شيء قتله؛ لأن من شهد بقتله بعصا شهد على قتل مقيد والآخر شهد على قتل مطلق والمطلق غير المقيد.

وإن شهدوا أنه قتله وقالوا: لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانًا والقياس أن لا تقبل شهادتهم لأنهم شهدوا بقتل مجهول؛ لأنه إذا جهلت الآلة فقد جهل القتل؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة.

وجه الاستحسان: أنهم شهدوا بقتل مطلق وأقل موجبه الدية؛ لأنها متيقنة ووجوب القود مشكوك فيه فتجب الدية والمطلق لا يكون مجهولا، فإنه يتناول كل ما يطلق عليه الاسم، ولهذا وجب العمل بالمطلق في باب الكفارة.

رجلان أقر كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي إنما قتلناه جميعا فله أن يقتلهما.

ولو شهد شاهدان على رجل بأن فلانًا قتله وشهد آخران على آخر أنه قتله، وقال الولي: قتلناه جميعًا لا تقبل شهادتهما، والفرق أن الولي صدق المقر والمشهود في أحدهما وكذبهم في الآخر وتكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره وتكذيب المشهود له الشهود يبطل شهادتهم؛ لأن تكذيبهم يوجب تفسيقهم والفسق يمنع الشهادة ولا يمنع الإقرار.

كتاب الديات

تحتاج إلى معرفة: وجوب الدية، وسبب وجوبها، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

أما شريعة وجوبها: فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾[النساء: ٩٢] ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**في نفس مؤمنة مائة من الإبل**"[١] أي بقتل نفس مؤمنة يجب مائة من الإبل؛ لأن كلمة في للطرف حقيقة وللسببية مجازًا فحملناه على السببية هذا كي لا يعرى عن الفائدة[٢].

وأما سبب وجوبها: فقتل الخطإ؛ لأن الآدمي لما خلق في الأصل معصوم النفس محقون الدم مصونًا عن الهدم فيجب صون دمه عن الهدر، ولهذا قال عليه السلام: "**لا يترك الإسلام دم مفرج**"[٣] أي مهدر وقد تعذر إيجاب القصاص لعذر الخطأ فأوجبنا الدية بمقابلته صونا له عن الهدر وتعظيما لأمر الآدمي ودفعا للوحشة عن أولياء القتيل بإطفاء ثائرة القتل صلة مبتدأة لا ضمانا عن الآدمي جائزا مستدركا للفائت؛ لأن المال لا يصلح ضمانًا للآدمي؛ لأن جميع الدنيا لا توازي حياة ساعة فكيف بقليل منها.

---

(١) أخرجه النسائي (٥٧/٨ - ٥٨)، وابن خزيمة (١٩/٤) (٢٢٦٩)، وابن حبان (٥٠١/١٤ - ٥١٤) (٦٥٥٩)، والحاكم (٥٥٢/١ - ٥٥٤)، والبيهقي (٨٧/١ - ٨٨، ٨٩/٤ - ٩٠)، أبو داود في "المراسيل" (٢٥٩)، ومالك في الموطإ (٨٤٩/٢)، والدارقطني (١٢١/١ - ١٢٢)، والدارمي (٢٥٣/٢).

(٢) انظر: الاختيار ٣٥/٥، والفواكه الدواني ٢٥٧/٢، والمهذب ١٩١/٢، ١٩٦، وكشاف القناع ٥/٦، والمغني لابن قدامة ٥٥٨/٧.

(٣) أورده ابن الأثير في النهاية نقلا عن الهروي بلفظ "العقل على المسلمين عامة، فلا يترك في الإسلام دم مفرج" ولم يصرح بأنه حديث نبوي. وأخرج عبد الرزاق عن علي رضي الله عنه أنه قال: "أيما قتيل بفلاة من الأرض فديته من بيت المال" (النهاية لابن الأثير ٤٢٣/٣ ط. عيسى الحلبي، وكنز العمال ١٤٣/١٥ نشر مكتبة التراث الإسلامي).

وأما تفسيرها: فالدية عبارة عما يؤدى وقد صار هذا الاسم علمًا شرعًا على بدل النفوس دون ضمان سائر المتلفات، وإن كان معنى اللفظ يشتمل الكل.

وأما ركنها: فالأداء أو الإيتاء.

وأما شرطها: فكون المقتول معصومًا متقومًا، أي: خطيرًا معصومًا بعصمة الدار أو منعة الإسلام حتى لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتل لا تجب الدية؛ لأن دمه معصوم بعصمة مؤثمة غير معصوم بعصمة مقومة وهي العصمة الثابتة بالدار لما بينا في السير.

وأما حكمها: فتمحيص ذنب التقصير ومحو الإثم والوزر بالتكفير، والله أعلم.

(باب معرفة مقادير الديات وأروش الجنايات)

(**المبسوط**): يحتاج إلى إثبات بيان كيفية وجوب الدية، ومقدارها، وكيفية مقدارها.

أما كيفية وجوب الدية: ففي نفس الحر تجب دية كاملة يستوي فيه الصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمي.

وقال الشافعي: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف وفي المجوسي ثمانمائة.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي "**أن النبي عليه السلام قضى في دية المستأمنين اللّذين قتلهما عمرو بن أمية الضمري بدية حرين مسلمين**".

وعن الزهري أنه قال: قضى أبو بكر وعمر في دية الذمي بمثل دية المسلم، ولأنهما يستويان في العصمة والحرية وكمال الحالة فيما يرجع إلى الأحكام الدنياوية، ولهذا قال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ونقيضة الكفر تؤثر في الأحكام العقباوية فيستويان في الدية ودية المرأة في نفسها وما دونها نصف دية الرجل بالآثار المشهورة وعليه إجماع الصحابة ولنقصان حالها في المنافع والحرمة وانحطاط رتبتها بالأمومة وجب بنصف بدلها عن بدل الرجل قياسا على الميراث والشهادة.

وقال مالك والشافعي في أحد قوليه: بأن عقلها في النفس هو ثلث الدية وفيما

دون الثلث مثل عقل الرجل وفيما زاد على الثلث فعلى النصيب من عقل الرجل وهو قول زيد بن ثابت وهذا قول مهجور مخالف لقول جمهور الصحابة رضي الله عنهم حتى رُوي عن ربيعة الرأي أنه دخل على سعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد في هذه المسألة فقال له ربيعة ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة؟ فقال: فيها عشرة من الإبل فقال: إن قطع إصبعين قال: عشرون من الإبل قال، فإن قطع ثلاثة أصابع قال ثلاثون قال، فإن قطع أربعة أصابع قال عشرون من الإبل كما أنه زاد على الثلاثة فقال له ربيعة مهما عظمت مصيبتها واشتد جزعها وألمها قل عقلها فقال سعيد أأعرابي أنت؟ قال لا بل عالم مثبت وجاهل مسترشد فقال سعيد هكذا السنة يا ابنَ أخي وهذا مما تأباه العقول السليمة والفطنة المستقيمة أنه متى كبرت الجناية وعظمت الجريمة يقل عقلها وغرامتها بل قضية العقول السليمة أن الجناية متى كثرت زاد عقلها ومتى قلت يقل عقلها، وإن كانت جناية ليس لها أرش مقدر والواجب فيها حكومة عدل. اختلف المشايخ فيه قيل يستوي الرجل والمرأة فيها؛ لأن تنصيف ما ليس بمقدر غير ممكن وقيل ينصف؛ لأن تقدير حكومة العدل فيما دون الموضحة معتبر بموضحتها لا بموضحة الرجل، فإن كان أرش موضحتها نصف أرش موضحته يجب نصف أرش موضحته يجب نصف أرش موضحتها، وإن كان ثلثا فثلث أرش موضحتها هكذا ذكره القدوري في كتابه.

وأما مقدارها: فالدية نوعان؛ مخففة ومغلظة.

فالمخففة: دية الخطأ وهي ثلاثة أصناف من الإبل والعين والورق، قال أبو حنيفة: من الإبل مائة ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف وللقاتل الخيار يؤدي أي نوع شاء، وقال مالك والشافعي: من الدراهم اثنا عشر ألفًا والدراهم والدنانير بدل عن الإبل لا يجوز الأداء منهما مع القدرة على الإبل.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه جعل على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الورق عشرة آلاف وعلى أهل الذهب ألف دينار والمقادير لا تعرف قياسا فصار المروي عنه كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وما رُوي أن عمر جعل الدية من الإبل مائة ومن الدراهم اثنا عشر يحتمل أنه كان في

وقت كانت الدراهم على وزن ستة ثم صار على وزن سبعة يقدر بما بينا ويحتمل أنه أوجب ذلك بطريق البدل عن الإبل فكانت القيمة كذلك على أن بين العلماء اختلاف فكان الأخذ بما قلنا أحوط وأوثق؛ لأنه أقل، فإنه ثابت بالإجماع وفي الزيادة شك.

وقال أبو يوسف ومحمد: ومن الحلل مائتا حلة إذا ورد ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة واحتجا بقصة عمر رضي الله عنه، فإنه قضى بهذه الأنواع بمحضر من الصحابة، وأبو حنيفة يقول بأن الأصل في ضمان العدوانات في غير المثل إيجاب الضمان من الدنانير والدراهم كما في سائر ضمان المتلفات إلا أنا تركنا هذا الأصل وجعلنا الإبل بدلا عن النفس لإجماع الناس ولا إجماع فيما تنازعنا فيه فرددناه إلى قضية القياس وقضية عمر رضي الله عنه محتملة يحتمل أنه جعل هذه الأشياء بدلا من الإبل والذهب والفضة باعتبار القيمة حالة العجز عنها فلا يكون حجة مع الاحتمال.

وأما كيفية الأسنان في الإبل ففي دية الخطإ خمسة أنواع عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وقال الشافعي: خمسة وعشرون ابن لبون مكان ابن مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وهو قول علي رضي الله عنه. والأخذ بقول ابن مسعود أولى لما فيه تخفيف ومبنى الغرامات على التخفيف ولأنه أقل والأقل متيقن ولأنه ثابت بالأخبار كلها وما زاد على ذلك فالأخبار فيه متعارضة فلا تثبت الزيادة بالشك خصوصا في الغرامات.

وأما الدية المغلظة: فهي دية شبه العمد وهي أربعة أنواع: خمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض وكذلك من الجذعات والحقاق وهذا قول ابن مسعود وبعض الصحابة وهو قولهما، وقال محمد والشافعي: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون بين ثنية إلى بازل عامها كلها خلفة في بطونها أولادها وهذا قول عمر وبعض أصحابه والأخذ بقول ابن مسعود أحوط؛ لأن الصحابة لما اختلفوا في مقادير الأسنان كان الأخذ بأوسع المقادير وأخفها أحوط وأدق كما بينا.

(باب ما يجب بقطع عضو واحد دية كاملة)

(**المبسوط**): أصله: أن ما كان في بدن الإنسان واحدًا في أصل الخلقة وله منفعة كاملة وزينة تامة يجب بتفويته كمال الدية؛ لأنه تعلق بقيامه جنس منفعة تفويت تلك المنفعة بقطع ذلك العضو وتفويت جنس المنفعة كتفويت الحياة معنى؛ لأن قيام النفس معنى بقيام منافعها فتفويت جنس المنفعة إهلاكا للنفس معنى في حق تلك المنافع وما كان في يديه زوج وشفع وفي قطعهما تفويت منفعة على الكمال أو تفويت جمال على الكمال فيجب فيه كمال الدية؛ لأن منفعة النفس متعلقة بقيامها وتفوت بفواتهما فتعد النفس هالكة في حق تلك المنفعة والجمال في الحيوانات مقصود كالمنفعة، ولهذا تزداد قيمة المملوك بالجمال كما تزداد بالمنافع وتفويت منفعة الحسن إنما أوجب الدية تشريفا وتكريما للآدمي وسرقة بالجمال فوق سرقة بالمنافع فيتعلق به كمال الدية وكل ما كان في بدن الآدمي واحد يجب فيه دية كاملة وهي خمسة عشر العقل والسمع والبصر والأنف إذا استوعب والشم في رواية والمارن والذقن واللسان إذا قطع منه ما يذهب بالكلام وشعر الرأس والحاجب واللحية إذا حلق ولم ينبت والذكر إذا استوعب قطعه والصلب إذا كسر وانقطع الماء فيه حتى لا يترك واحد به فاحدودب ولم يمنع من الجماع، وإذا ضرب فَيَسْلَسُ بوله والدبر إذا طعن فلا يستمسك الغائط وفرج المرأة إذا قطع فصار بحال لا يستطاع أن يجامع فيه، أما العقل فلأن بذهابه منافع الأعضاء كلها، فإن أفعال المجنون تجري مجرى أفعال البهائم فكأنه ألفه كله وأما السمع والبصر فلأنه فوت جنس المنفعة على الكمال وهي منفعة الاستماع والاستعلام والبصر والاستفهام وأما الأنف فلأنه فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة استمساك المخاط إن لم يفوت منفعة الشم أصلا وفوت جمالًا على الكمال كما قيل الجمال في الأنف والملاحة في العين وأما المارن فهو ما دون قصبة الأنف فلا يفوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة استمساك المخاط إن لم يفوت الجمال على الكمال وتفويت أحدهما كان لإيجاب الدية وأما اللسان فلأنه بقطع بعضه فوت النطق الذي به يتميز الآدمي من البهائم، فإن قطع بعضه إن منعه من الكلام ففيه دية كاملة؛ لأنه فوت جنس المنفعة والعبرة لتفويت جنس منفعة من الكلام ففيه دية كاملة؛ لأنه

فوت جنس المنفعة أو تفويت جمال لا لعين العضو، ألا ترى لو قطع لسان أخرس لا يجب الدية؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة وإن منعه عن بعض الكلام قال بعض أصحابنا تجب الدية بقدر ما فات ومعرفة ذلك أنه يقسم على عدد الحروف المعجمة وهي ثمانية وعشرون حرفا، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف علم أن الفائت نصف الكلام فيجب نصف الدية وكذلك الثلث والربع وأصله ما روي أن رجلًا قطع طرف لسان رجل في ظرف زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ حروف أ ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بقدره وقال بعضهم تعبير الحروف المتعلقة باللسان سوى الحروف الشفهية والحلقية واللهواتية وهي اثنا عشر حرفا تبقى ستة عشر حرفا فامتد حل هذه الحروف في القسمة؛ لأنها تتعلق باللسان دون غيرها وقال بعضهم إن كان لا يتكلم بأكثر الحروف يجب دية كاملة، وإن كان يقدر أن يتكلم بعامة الحرف يمكنه أن يفهم الناس في أكثر الأمور إلا أن في الإفهام نوع نقصان يجب فيه حكومة عدل؛ لأن النقصان غير مقدر والأصح هو الأول؛ لأنه إن تهيأ إقامة بعض الحروف من غير اللسان، فإنه لا يتهيأ له إفهامه وتبيينه من غير لسان والمقصود من الكلام إنما هو الإفهام، ولهذا وجب الامتحان بجميع الحروف بالنطق باللسان، وأما شعر الرأس واللحية إذا حلقه فلم ينبت ففيه كمال الدية وعند مالك والشافعي تجب حكومة عدل.

والصحيح قولنا لما رُوي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب في اللحية وشعر الرأس إذا لم ينبت كمال الدية، والمقادير لا تعرف قياسا فصار كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولأنه أزال جمالًا ظاهرًا على الكمال؛ لأن الجمال ما يزين الإنسان قيامه أو يشينه زواله وهذا الشعر يزين الرجل قيامه ويزينه زواله؛ لأن اللحية في حال الكبر جمال وزين وفي حال الصغر عار وشين، ولهذا كان الذقن بلا لحية في الجنة زينا؛ لأن أهل الجنة كلهم على طراوة الشباب والذقن في حالة الطراوة بلا لحية يزين وفي حالة الكبر وفوات الطراوة بلا لحية يشين، وكذلك شعر رأس ليس في الأحوال كلها جمال وزين، ولهذا ورد في حديث مشهور أن لله تعالى ملائكة يسبحون فيقولون سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب، وهذا معنى لو وجد في الإنسان زان، وإذا فُقِد شان ولنبته أوان فتجب فيه دية الإنسان قياسًا على

قلع الأسنان، وأما الذكر فلأن قطعه تفويت جنس منفعة وهي منفعة الوطء والإيلاد، وإن لم تفت منفعة البول على الكمال وكذلك في قطع الحشفة كقطع الذكر، وكما لو قطع بعض لسانه ومنعه عن الكلام أصلا، وأما الصلب إذا كسر فلأنه فوت جنس منفعة وهي الجماع أو جمالًا على الكمال بالأخذ بذات وهي حال الاعتدال والاستواء، وإن لم يجذبه ولم يمنعه من الجماع إن بقي للجراحة أثر ففيه حكومة عدل لما سيأتي، وأما الدبر وفرج المرأة وسلس بوله بالضرب فلأنه فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة استمساك الطعام والبول والوطء والإيلاد.

(باب ما يجب بقطع العضوين دية كاملة)

(**المبسوط**): ذكر ما كان من البدن زوجًا ففي إتلافهما الدية وفي أحدهما نصف الدية وهي عشرة: الأذنان، والعينان، واللسان، واللّحيان والإليتان إن استؤصل لحمهما بحيث لم يبق على عظم الورك لحم، والأنثيان، والشفتان، والحاجبان، واليدان، والرجلان، وسمع الأذنين، وثدي المرأة، وكذلك في حلمتهما دية كاملة، فإن قطع منهما أقل من ذلك ففيه حكومة عدل.

أما الأذنان ففيهما الدية. وعند مالك حكومة عدل.

والصحيح قولنا، لما روى سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**في العينين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الأسنان الدية، وفي الشفتين الدية**"[1]. ولأن في قطعهما تفويت الجمال على الكمال؛ لأن فيهما

(١) أخرجه الدارمي (١٧٤٤ و١٧٥١ و١٧٥٨ و٢٤١٣ و٢٥٠٤ و٢٥٠٦ و٢٥١٧ و٢٥١٨ و٢٥١٩ و٢٥٢٤ و٢٥٢٦ و٢٥٢٨) مقطعا. و«أبو داود» في «المراسيل» (٢٥٩). والنسائي ٥٧/٨، وفي «الكبرى» (٧٠٢٩) قال: أخبرنا عمرو بن منصور. و«ابن حبان» (٦٥٥٩) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، وأبو يعلى، وحامد بن محمد بن شعيب، في آخرين. ستتهم: (الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، وأبو داود السجستاني، وعمرو بن منصور، والحسن بن سفيان، وأبو يعلى الموصلي، وحامد بن محمد) عن الحكم بن موسى، قال: حدثنا يحيى بن حمزة، عن سليمان بن داود الخولاني، قال: حدثني الزهري، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده، فذكره.

جمالًا خاصة، ولهذا لا يرغبون في أمة ليس لها أذنان؛ لأنها تفتح في أعين الناس فائت الأذنين وتفويت الجمال على الكمال يوجب الدية على الكمال كما بينا.

وأما العينان ففيهما الدية سواء ذهب نور بصرهما دون الشحمة أو مع الشحمة؛ لأنه متى ذهب بصرهما فقد فاتت منفعة العين وتفويت المنفعة كتفويت العين كما لو ضرب على يد إنسان فشلت وجب نصف الدية كما لو قطعها. ثم ضمان العين على ثلاث مراتب: **إحداها**: أن يكون في إحداهما نصف الدية كالآدمي **والثانية**: أن يكون في إحداهما ربع القيمة كالبهائم التي تحمل على ظهرها، فإنه ذكر في الجامع الصغير لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار أو جزور عليه ربع قيمته وكذا في عين البقر الذي يعمل عليه وفيما لا يعمل عليه فعليه ما نقص **والثالثة**: أن يكون فيهما أو في إحداهما ما نقصه كالشاة والصبي والكلب والسنور والدجاجة وقد روي هذا الجواب والفتوى عن النبي صلى الله عليه وسلم، والفرق أن المنفعة المطلوبة من الشاة ونحوها الأكل لا العمل ومن الكلب والسنور الحراسة والاصطياد لا غير فلا يعتبر فيها إلا النقصان في هذه المنفعة وللدابة التي يعمل عليها منافع كبيرة سوى الأكل من حين الركوب والحمل عليها أو الحراثة بالبقر وإنما يأتي ذلك بالمشي والبصر فيكون نصف بدله بمقابلة عينيه؛ لأن يصف منفعتها يقوم بالعين وقد ذهب بفقء إحدى العينين ربع المنفعة فتجب ربع القيمة بخلاف ما إذا قطع إحدى قوائم الدابة يضمن جميع قيمتها؛ لأن ذلك تفويت منفعة استعمالها أصلا كالاستهلاك لها وفي إحدى العينين لا يفوت ذلك، وفي نوادر هشام: في غير الفصيلة أو الجحش في عين واحدة ربع القيمة وهو قول أبي حنيفة؛ لأن له عرضته أن يحمل عليه في الثاني وإن تعذر الحمل عليه في الحال لصغره، وقال أبو يوسف: عليه ما نقصه في جميع البهائم.

وأما اللحيان والإليتان فلأنه بقطعهما فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة المضغ والجلوس ولم تعتبر الإلية تابعة للرجل؛ لأنه يتصور قطعها بدون الرجل.

وأما الأنثيان إن قطعهما مع الذكر من جانب واحد في حالة واحدة ففيهما ديتان؛ لأنه فوت منفعة كل واحد منهما على الكمال من إحداهما منفعة الإيلاج

ومن الآخر منفعة الإنزال والإيلاد، وكذلك إن قطع الذكر ثم الأنثيين ففيهما ديتان؛ لأن بعد قطع الذكر منفعة الأنثيين قائمة وهو إمساك المني، وإن قطع الأنثيين ثم الذكر ففي الأنثيين الدية لزوال منفعة الإيلاد وفي الذكر حكومة عدل؛ لأنه اختل منفعة الذكر بقطع الأنثيين أولا وهي الإيلاد فصار كقطع اليد الشلاء.

وأما الشفتان فلأنه فوت منفعتهما على الكمال وأزال الجمال على الكمال؛ لأن قطعهما يشينه ويفتح في أعين الناس أكثر ما يشينه قطع الأذنين فلما وجب في قطع الأذنين كمال الدية ففي قطع الشفتين أولى.

وأما اليدان والرجلان فلأن بقطعهما فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة البطش والأخذ ومنفعة المشي والذهاب وسمع الأذنين قد ذكرناه.

وأما ثدي المرأة وحلمتهما فلأنه فوت جنس المنفعة وهي منفعة الإرضاع واللبن لا يستمسك في الثديين بعد فوات الحلمة فأزال جمالًا على الكمال بخلاف الرجل ففيهما حكومة عدل؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالًا على الكمال؛ لأن ثديي الرجل ليس لهما منفعة مخصوصة ولا جمال لهما على الكمال والصغيرة والكبيرة فيه سواء؛ لأن منفعة ثديي الصغيرة وهي الإرضاع إن كانت في الحال معدومة، ولكن في الثاني موهومة منتظرة متيقنة والثديين جمال ظاهر للنساء ومنفعة الجمال متحققة متيقنة للحال وإزالة الجمال على الكمال كان لإيجاب الدية من غير تفويت المنفعة كما في اللحية بخلاف ما لو قطع ذكر صغير لم يتحرك أو لسان صغير لم يتكلم ففيه حكومة عدل؛ لأن منفعة الوطء من ذكره والتكلم من لسانه مشكوك فيهما.

(باب دية الأصابع والأسنان والأظفار)

(**المبسوط**): وكل ما كان في بدن الإنسان عشر، ففي أحدهم عشر الدية وفي الجميع الدية كاملة كأصابع اليدين والرجلين ففي كل إصبع ألف درهم لقوله

عليه السلام: "فِي كُلِّ إِصْبَعٍ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ"[١].

وتنقسم دية الإصبع على مفاصلها بالتسوية؛ لأن المفاصل من الأصابع تجري مجرى الأصابع من الكف فيجب القسمة على عدد المفاصل، فإذا قطعت الكف وفيها إصبع أو أصبعان أو مفصل واحد من إصبع واحدة فعليه دية الإصبعين أو إصبع أو مفصل لا غير عند أبي حنيفة، وقالا: ينظر إلى دية الصغير وإلى أرش الكف بلا أصابع فيدخل الأقل في الأكثر ويجب الأكثر، وكذلك لو كان فيها إصبع واحدة، وإن كان فيها ثلاث أصابع وجب ثلاثة أخماس دية اليد لا غير اتفاقا.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧٤٩٩ و١٧٧٠٢). وأحمد ١٧٨/٢ (٦٦٦٢) قال: حدثنا حسين بن محمد، وهاشم، يعني ابن القاسم. وفي (٦٦٦٣) قال: حدثنا حسين بن محمد. وفي ١٨٢/٢ (٦٧١١) قال: حدثنا عبد الرزاق. وفي ١٨٣/٢ (٦٧١٦ و٦٧١٧ و٦٧١٨) قال: حدثنا أبو النضر، وعبد الصمد. وفي ١٨٣/٢ (٦٧١٩ و٦٧٢٤) قال: حدثنا أبو النضر. وفي ١٨٥/٢ (٦٧٤٢) قال: حدثنا عبد الصمد. وفي ١٨٦/٢ (٦٧٤٣) قال: حدثنا عبد الصمد، وحسين بن محمد. وفي ٢٢٤/٢ (٧٠٨٨ و٧٠٩٠ و٧٠٩١ و٧٠٩٢) قال: حدثنا أبو سعيد، مولى بني هاشم. و«ابن ماجه» (٢٦٢٦) قال: حدثنا محمود بن خالد الدمشقي، قال: حدثنا أبي. وفي (٢٦٣٠ و٢٦٤٧) قال: حدثنا إسحاق بن منصور المروزي، قال: حدثنا يزيد بن هارون. و«أبو داود» (٤٥٠٦) قال: حدثنا مسلم. وفي (٤٥٤١) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم (ح) وحدثنا هارون بن زيد بن أبي الزرقاء، قال: حدثنا أبي. وفي (٤٥٦٤) قال أبو داود: وجدت في كتابي: عن شيبان، ولم أسمعه منه، فحدثناه أبو بكر، صاحب لنا ثقة، قال: حدثنا شيبان. وفي (٤٥٦٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا محمد بن بكار بن بلال العاملي. قال: وزادنا خليل، عن ابن راشد. و«الترمذي» (١٣٨٧) قال: حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي، قال: أخبرنا حبان، وهو ابن هلال. و«النسائي» ٤٢/٨، وفي «الكبرى» (٦٩٧٦) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يزيد بن هارون. وفي ٤٥/٨، وفي «الكبرى» (٦٩٨١) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا عبد الرحمن.

جميعهم: (عبد الرزاق، وحسين بن محمد، وأبو النضر هاشم بن القاسم، وعبد الصمد بن عبد الوارث، وأبو سعيد مولى بني هاشم، وعبد الرحمن بن عبد الله بن عبيد، وخالد بن يزيد والد محمود، ويزيد بن هارون، ومسلم بن إبراهيم، وزيد بن أبي الزرقاء، وشيبان بن فروخ، ومحمد بن بكار، وخليل، وحبان بن هلال، وعبد الرحمن بن مهدي) عن محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

لهما: أن الكف لا يمكن أن يجعل تبعا للإصبع والإصبعين فلأنه لا يقع به البطش فلا يستتبع الإصبع جميع الكف في الموجب بل يجعل الأقل تابعا للأكثر ويدخل الأقل في الأكثر مراعاة لصاحب الحق بخلاف ما لو كان أكثر الأصابع قائمًا؛ لأن ثمة يقع البطش والأخذ بكل الكف تبعًا للأصابع فيكون الكف تبعا للأصابع فلا يجب في الكف شيء.

له: أن الأصابع أصول والكف تابع لها حقيقة وحكما.

أما حكمًا، فلأن النبي عليه السلام جعل الدية بمقابلة الأصابع فقال: "**في كل إصبع عشرة من الإبل**" أما حقيقة، فلأن منفعة الكف هو البطش والقبض والبسط وهي قائمة بالأصابع، والأصل وإن قل فهو أولى بالاعتبار من التابع فلا يظهر حكم التبع مع قيام شيء من الأصل ولا ينظر فيه إلى القلة والكثرة؛ لأن الترجيح بالكثرة بعد المساواة في الأصالة والتبع لا يساوي الأصل في القوة ليترجح في الكثرة، فإذا قطعت الكف ولا أصابع عليها ففيها حكومة عدل؛ لأنه صار أصلا بنفسه وليس لها أرش مقدر. قطعت يده من الساعد أو من المرفق أو من الكتف كان فيها نصف الدية وحكومة عدل فيما بين الكف إلى الساعد أو إلى المرفق، وكذلك إذا قطع الرجل من الساق.

وقال أبو يوسف وزفر ومالك وسفيان الثوري: أنه لا يجب في الساعد والساق شيء؛ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واسم اليد يتناول من رؤوس الأصابع إلى الإبط.

والصحيح قولنا؛ لأن الدية إنما تجب باعتبار تفويت منفعة البطش والمشي بدليل أنها تجب في اليد الباطشة ولا تجب في اليد اليابسة والشلاء ومعنى البطش يتعلق بالأصابع والكف دون الساعد والمرفق؛ لأن البطش يتحقق بالأصابع والكف بعين الأصابع في البطش فيكون الكف تبعا لها في البطش فلا يجب في الكف شيء مع الأصابع، فأما الساعد لا يحصل به البطش ولا يعين الأصابع في البطش فلا يكون تبعا لها فوجب اعتباره أصلا وليس لها أرش مقدر فيجب فيه الحكومة واليد متى ذكرت مقرونة بالقطع لها في الشرع يراد بها من رؤوس الأصابع إلى الرسغ

بدليل أنه لو قطع اليد من الرسغ لزمته نصف الدية بالإجماع، وإذا صار هذا القدر مرادا بالنص لا يبقى ما وراءه مرادا كاليد المذكورة في آية السرقة.

(فصل)

وفي كل سن خمس من الإبل، وهو المروي عن النبي عليه السلام فيزيد دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة أخماس الدية؛ لأن الأسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربعة ضواحك فمتى وجب في كل سنة نصف عشر الدية يجب في كلها دية وثلاثة أخماس دية كل خمس عشرون من الإبل، فإن كان الرجل أثطًا يجب في أسنانه كلها دية وخمس دية؛ لأن سن الكوسج قالوا: يكون ثمانية وعشرون سنا، فإنه سئل أبو حنيفة رحمه الله عن امرأة قالت لزوجها: يا أثط، فقال الزوج: إن كنت أثطًا فامرأته طالق، قال أبو حنيفة يعد أسنانه، فإن كان ثمانية وعشرين فما هو أثط؛ لأنه ناقص بأربعة أسنان ودية أربعة أسنان خمس الدية ودية الأسنان مقدرة فيجب بقدر ما فوته مما بقي بدليل أنه لو لم يبق إلا سن واحد يجب بقلعه خمس الدية.

وإذا أخذ سنا فتحرك أخذ به انتظر به حولا؛ لأن المتحرك قد يشتد وقد يسقط في البالغ والصبي جميعا فوجب الاستيفاء حتى إذا اشتد لا يصير مستوفيا الأرش بغير حق.

وفي قلع السن ذكر القدوري في (**التجريد**): أن في سن الصغير يستأنى؛ لأنه موهوم بنابه غالبا، وفي البالغ لا يستأنى؛ لأنه لا ينبت ثانيا غالبا بل يكون نادرا فلم يكن في الاستيناء فائدة، فإن اسودت السن من الضربة أو احمرت أو اخضرت ففيه الأرش كاملا؛ لأن فيه تفويت المنفعة والجمال على الكمال؛ لأن شين السن السوداء فوق شين سقوط السن.

وكذلك المنفعة لا تحصل به وهو المضغ، فإن اصفرت ففيها حكومة عدل.

وقال زفر: فيها أرش كامل؛ لأن الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد.

لنا: أن الصفرة لا توجب تفويت المنفعة ولا تفويت الجمال على الكمال فإن

الصفرة لون ليس في أصل الخلقة؛ ولأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الأسنان بخلاف الخضرة والسواد.

ولو اختلفا كان القول قول المضروب أنه اسودّ من ضربته؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن التغير لا بد له من سبب ولم يظهر سبب آخر سوى ضربته وصار كمن جرح فلم يزل مريضا حتى قرب إلى الموت فالقول قول المجروح أنه يموت من جراحته.

ولو شجه موضحة فصار منقلة فاختلفا كان القول قول الضارب؛ لأن المضروب ادعى حدوث تغيير في الموضحة لم يكن وقت الضربة وأنكر الضارب ولأنه ادعى زيادة أرش لم تكن واجبة وقت الضربة وأنكر الضارب.

ولو قلع سن رجل خطأ فأنبتها مكانها غرم أرشها كاملا، وكذلك الأذن؛ لأنه لا يعود إلى حالتها الأولى في المنفعة والجمال والظاهر أن المقلوع لا ينبت ثانيا؛ لأنه لا يلتزق بالعصب والعروق فيكون وجود هذا النبات وعدمه بمنزلة، ألا ترى لو قلع أسنان هذا المقلوع ثانيا لا شيء عليه، ولو نبتت بنفسها لا يضمن شيئًا، وإن نبتت صحيحة، وإن نبتت سوداء فكمال الأرش، وإن نبتت على عيب فحكومة عدل، وقال الشافعي: إن نبتت صحيحة عليه الأرش.

والصحيح قولنا؛ لأن سن البالغ بعد القلع، وإن كان مما لا ينبت إلا نادرًا، والنادر لا عبرة به قبل وجوده حتى يستأنى فيه ولكن إذا وجد يجب اعتباره، فإذا نبت ثانيا كما كان فقد زال سبب الضمان قبل وجوده فيزول الضمان.

عن محمد: رجل قلع سن صبي أو حلق رأس امرأة فصالح الجاني أب الصبي أو المرأة على الدراهم ثم نبت السن والشعر، قال أبو حنيفة: تردّ الدراهم وهو قول محمد إلا أن محمدًا قال يعطيه منها قدر ما يداوي به، وكذلك إذا كسرت يده فجبرت فصالحه منها ثم صحت؛ لأن قدر ما يداوي مضمون عليه فيلزمه القدر وفي قلع الأظفار إذا لم تنبت، اختلف المشايخ فيه قيل: يجب كمال الدية؛ لأنه أزال جمالًا على الكمال وقيل لا تجب؛ لأن المقصود من الأظفار المنافع وهو البطش، فإنه لا يفوت بفوات الأظفار بل تبقى ما بقي الأصابع وما أزال جمالًا على الكمال؛ لأن جمال الأصابع قائم بباطن الأصابع.

وإن كان فائتًا بظاهر الأصابع فلم يفت جمال الإصبع ولا منفعتها بكمالها، وإذا نبت الظفر متغيرا أو اعوجّ ففيه حكومة عدل؛ لأنه ليس في الظفر أرش مقدر ولم يعد نباته ما فات فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

(باب ما يجب بإزالة الشعر)

(**المبسوط**): وإذا حلق شعر الرأس واللحية فلم يثبت كمال الدية، وقد مر.

وإذا حلق نصف اللحية أو الرأس؛ قال بعض أصحابنا: يجب نصف الدية؛ لأنه ما أزال الجمال على الكمال؛ لأن الشين إنما يكمل بفوات الكل.

وقال بعضهم: يجب كمال الدية؛ لأن نصف اللحية لا تبقى زينة فتفوت الزينة بالكلية بفوات نصف اللحية ففيه كمال الدية كما في قطع الشارب وأما الشارب قيل يجب فيه كمال الدية؛ لأن فيه جمالًا خاصًا وقيل فيه حكومة عدل؛ لأنه تبع اللحية وهو الأصح ولا يشكل كما لو سلخ جلدة الوجه لا يجب كمال الدية وقد فوت جمالًا على الكمال؛ لأنه لا رواية فيه عن أصحابنا وعلى قول مذهبنا يجب أن يكون عليه كمال الدية.

وقال مشايخنا هذا إذا كانت اللحية وافرة يتجمل ويتزين بها، فإن لم تكن وافرة متصلة ففيها حكومة عدل؛ لأنها متى كانت غير متوافرة لا يقع بها الجمال على الكمال، وإن كانت على ذقنه شعرات يسيرة فلا شيء فيه، فإنه أزال عنه الشين ولم يزل عنه الزينة والجمال. وفي لحية العبد روايتان في رواية الأصل حكومة عدل، وهو الصحيح؛ لأن المقصود من العبد الخدمة لا الجمال؛ لأن لحية العبد جمال من حيث إنه آدمي نقصان من حيث إنه مال؛ لأنه مما يوجب نقصانا في المالية، فإنه يشترى غير الملتحي لحداثة سنه وطراوة شبابه بأكثر مما يشترى الملتحي فكان ناقصا في الجمال فلم يوجد إزالة الجمال على الكمال.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب كمال القيمة؛ لأن الجمال في حقه مقصود أيضًا، وإن نبت مكانها أخرى مثل الأولى فلا شيء فيها كما في السن، فإن كانت الأولى سوداء فنبت مكانها بيضاء.

ذكر في (**النوادر**): أن عند أبي حنيفة في الحر لا يجب شيء وفي العبد حكومة عدل؛ لأن البياض في الشعر مما ينقص من قيمة العبد؛ لأن البياض في غير وقته عيب وشين.

(فصل)

وفي أشفار العين الدية وفي كل شفر من أشفارهما ربع الدية إذا لم يثبت؛ لأنه أزال جمالًا على الكمال كما في اللحية وشعر الرأس.

والأشفار أربعة فيجب في قطع إحداهن ربع الدية، وكذلك في قطع الجفن وفيه الشعر يجب ربع الدية؛ لأنه لما وجب الأشفار الدية فلأن يجب تقطع الجفون والأشفار أولى ثم لا يجب بالأشفار دية أخرى؛ لأن الأشفار تابعة للجفون؛ لأن قوامها بالجفون، وإذا وجبت دية الأصل لم يدخل البيع فيه كدية النفس متى وجبت لا يدخل الطرف فيه والإتباع في الديات خمسة: **إحداها**: الأشفار تابعة للجفون يعني الهدب، **والثاني**: الحلمة تابعة للثديين، **والثالث**: الحشفة تابعة للذكر، **والرابع**: المارن تبع للأنف، **والخامس**: الكف تبع للأصابع.

(**النوادر**): قال أبو حنيفة في (**المجرد**): في لحية الكوسج حكومة عدل، وذكر في الهاروني: لو حلق رأس رجل فقال كان أصلع فأجل سنة فلم تنبت عليه من الدية بقدر ما زعم الحالق أنه كان في رأسه من الشعر.

وكذلك اللحية لو حلقها وقال: كان كوسج لم يكن في عارضه شعر وكذلك في الحاجبين والأشفار كان القول قوله مع يمينه إلا أن يقيم المجني عليه البينة أنه كان صحيحا، وعن أبي يوسف فيمن حلق رأس إنسان أو لحيته يؤجل سنة.

ولو مات الرجل قبل الحول ولم ينبت الشعر لا شيء عليه في قول أبي حنيفة لاحتمال أنه كان ينبت في باقي الحول.

وقال أبو يوسف: فيه حكومة عدل أو لو نتف بعض لحية رجل، فإنه يستأتى به حولا، فإن التأمت لم يجب شيء، وإن لم تلتئم قسمت الدية على ما ذهب وعلى ما بقي فيجب على الجاني بحساب ذلك.

(باب معرفة الشجاج الموجبة للأرش والجراحات الموجبة للحكومة)

(**المبسوط**): نحتاج إلى معرفة الشجاج، وأحكامها.

أما الشجاج التي في الرأس والوجه أحد عشر:

أولها: الخارصة وهي التي تشق الجلد مأخوذ من قولهم خرص القصار الثوب إذا شقه من الدق ثم الدامعة وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذ من دمع العين ولم يذكرها محمد؛ لأنه لا يبقى لها أثر في الغالب ثم الدامية وهي التي يخرج منها الدم ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم، ثم المتلاحمة، وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة خلافا لأبي يوسف.

وتفسيرها عند أبي يوسف التي تقشر الجلد وتجمع اللحم في موضع الجراحة ولا تقطعه مأخوذ من الاجتماع يقال التحم الجيشان إذا اجتمعوا، ثم السمحاق وهي التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم تسمى السمحاق، ثم الموضحة التي توضح اللحم عن العظم، ثم الهاشمة التي تكسر العظم، ثم المنقلة التي يخرج منها العظم؛ لأنها تكسر العظم وتنقله عن موضعه، ثم الآمَّة التي تصل إلى أمّ الرأس وهي الجلدة فوق الدماغ، ثم الجائفة التي تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ ولم يذكرها محمد؛ لأن الإنسان لا يعيش منها. فأما أحكامها: فإن كانت هذه الشجاج عمدًا ففي الموضحة القصاص بالإجماع؛ لأنه أمكن استيفاء القصاص فيها؛ لأنه لا يحتاج لاستيفاء القصاص إلى كسر العظم ولأن السكين يهيئ إلى العظم فيمتنع ولا يخاف منه الهلاك غالبًا فيجب القصاص لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

وفيما عداها ذكر في (**الأصل**): أنه يجب القصاص في الموضحة وفيما قبلها ولا يجب فيما بعدها؛ لأنه أمكن اعتبار المساواة فيما قبلها؛ لأنه يمكن تقدير غور الجراحة بمسمار ثم تعمل حديدة بقدره وينفذ في اللحم إلى آخرها فيستوفي مثل ما فعل وفيما بعد الموضحة في الشجاج الأربعة تعذر اعتبار المساواة فيها؛ لأنها

مكسرة العظم لا يمكن اعتبار المساواة في الكسر ولأنه يخاف منه الهلاك فيتعذر استيفاء القصاص فلا يجب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وذكر الكرخي عنه: أنه ليس في شيء من الشجاج القصاص إلا في الموضحة؛ لأنه ليس لهذه الشجاج أروش مقدرة وموجب هذه الشجاج لا تتحمله العاقلة في الخطإ فشابه من هذا الوجه المال والقصاص لا يجري في المال كما في أطراف العبيد، فإن كانت هذه الشجاج خطأ ففيما قبل الموضحة حكومة عدل؛ لأنه ليس لها أروش مقدرة.

وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر من الإبل، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي الآمّة ثلث الدية، هكذا رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كتب كتاب عمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن وذكر فيه: "**إن في النفس مائة من الإبل، وفي الأنف الدية، وفي الشفتين الدية، وفي اللسان الدية، وفي العينين الدية، وفي الصلب الدية، وفي الذكر الدية، وفي الأنثيين الدية، وفي الرجل نصف الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل**"[(١)].

وهكذا رواه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلا أن في حديثه زيادة وهي: "**في الأذنين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الهاشمة عشر من الإبل**" هذه الشجاج تختص بالرأس والوجه في مواضع العظم والجبهة والخدين والذقن واللحيتين من الوجه وفي الجراحات التي في غير الرأس والوجه ففيها حكومة عدل إذا أوضحت العظم أو كسرته إذا بقي لها أثر؛ لأن المقادير لا تعرف إلا سماعا وتوفيقا والنص أوجب أروشا مقدرة في الجراحات المختصة بالوجه

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢٥٨) قال: حدثنا أبو هبيرة (ح) وحدثنا هارون بن محمد بن بكار، قال: حدثني أبي، وعمي. و«النسائي» ٥٨/٨، وفي «الكبرى» (٧٠٣٠) قال: أخبرنا الهيثم بن مروان بن الهيثم بن عمران العنسي، قال: حدثنا محمد بن بكار بن بلال.

ثلاثتهم: (أبو هبيرة، ومحمد بن بكار، وعم هارون بن محمد) عن يحيى بن حمزة، قال: حدثنا سليمان بن أرقم، قال: حدثني الزهري، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده.

والرأس ولا يمكن إيجابها فيما سواهما بدلالة النص؛ لأن الشرع إنما أوجب الأرش للشين الحاصل بهذه الشجاج لا لعينها بدليل أنه إذا لم يبق لها أثر لا يجب شيء وإلحاق الشين بهذه الشجاج في الرأس والوجه يكون أكثر من إلحاق الشين في غيرها فلا يكن نظير ما ورد به النقص، وإن لم يبق للجراحة أثر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا شيء عليه، وعند محمد يلزمه قيمة ما أنفق عليه إلى أن برأ؛ لأنه بجنايته اضطر إلى الإنفاق على الجراحة خوفا من السراية وكان الزوال مضافا إلى جنايته تسبيبا فقد أتلف هذا القدر من مال المجني عليه تسبيبا فضمن كما لو شهدا بمال ثم رجعا. لهما: أنه كان مختارا في الإنفاق ولم يكن مضطرا فيه؛ لأن لحوق السراية لا يثبت الاضطرار؛ لأن السراية موهومة فلا يثبت الاضطرار بالوهم والارتياب فلم يصر مقوما لشيء من المال ولا من المنفعة والجمال فلا يضمن كما لو لطمه فآلمه.

(**النوادر**): رجل أصلع ذهب شعره من كبر فشجه إنسان موضحة متعمدًا قال محمد: لا يقتص وعليه الأرش؛ لأنه أقل من موضحة بحال الأصلع؛ لأن المساواة معتبرة في تناول الأطراف ولا مساواة؛ لأن الموضحة في أحدهما مؤثرة في الجلد واللحم وفي الآخرة مؤثرة في تفويت الشعر والجلد واللحم فيتعذر مراعاة المساواة بينهما أو صار كالصحيح اليد إذا قطع اليد الشلاء لا تقطع فكذا هذا.

وإن قال الشاج: رضيت أن يقتص مني ليس له ذلك؛ لأن الجناية إذا لم توجب القصاص لا يجب الاستيفاء بالرضاء فيكون ذلك ابتداء رضا بقطع الطرف، وإن كان الشاج أيضًا أصلع عليه القصاص؛ لأن اعتبار المساواة ممكن فصار كالشلاء إذا قطع يد الشلاء.

(باب ما يجب فيه حكومة العدل)

(**المبسوط**): يحتاج إلى معرفة حكومة عدل، وما يجب فيه.

أما **معرفتها**: قال الطحاوي ومشايخ بلخ: حكومة العدل أن يقوم المجني عليه لو كان عبدًا صحيحًا وتقوم به الشجة فما نقص بين القيمتين كان أرشها في شجة الحر من الدية.

قال مشايخنا: وهذا ضعيف؛ لأن جراحات العبد لا تشبه جراحات الحر؛ لأن الحر إذا شج موضحة صغيرة أو كبيرة تجب نصف عشر الدية في الحالين، وإذا شج المملوك موضحة صغيرة يجب فيها أقل مما يجب في الكبيرة.

وقال الكرخي: يؤخذ مقداره من الشجة التي لها أرش مقدر بالحزر والظن يحكم بذلك أهل البصر والعلم بالجراحات، والأصح أنه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها أرش مقدر، فإن كان مقداره نصف شجة لها أرش مقدر وجب نصف أرش تلك الشجة.

وإن كان ثلثا قبلت على هذا الاعتبار كانت في الموضحة خمس من الإبل، فإن كانت باضعة، فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها منها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وهو الأصح لحديث علي رضي الله عنه، فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسان رجل لهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبد عشرون شيئًا يجب فيها حكومة عدل ذكر الخصي والعنين.

وعند الشافعي فيه كمال الدية.

أما إن ذكرهما ناقص المنفعة على سبيل التأبيد، فإنه لا يحصل منه الإيلاد؛ لأن من الخصي إن كان يتصور منه الإيلاج فلا يتصور منه الإنزال، ومن العنين لا يتصور منه الإيلاج والإيلاد؛ لأنه ما لم يشتد لا يدخل في الفرج ولا ينزل، وقد عدم الاشتداد فيه فلم يوجد تفويت منفعة الذكر على الكمال فلا تجب الدية على الكمال بخلاف ذكر المريض؛ لأن المرض يزول ساعة فساعة فلم تفت منفعة الإيلاج والإيلاد وقضاء الشهوة، وذكر الشيخ الكبير إذا لم يتحرك، وذكر الصبي إذا لم يتحرك، وإن كان يتحرك فقضاء الدية؛ لأن الوطء على الكمال مرجوّ منه في الثاني وقيام الآلة مع التحرك إذا كان كمال الوطء من حيث الإنزال والإيلاد مرجوًّا منه أقيم مقام كمال المنفعة كذكر المريض.

وذكر من فني ماؤه من كثرة الإنزال وفي الخصي والعنين الإيلاد والإنزال غير موجودين وإن لم يتحرك ذكره فمنفعته في الحال معدومة حقيقة وفي الثاني موهومة، وإن كان الظاهر منه السلامة ولكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق،

ومقطوعة الحشفة، ولسان الأخرس، ولسان الصبي الذي لا يتكلم بعد، والعين القائمة الذاهب منها نورها، والسن السوداء واليد الشلاء والرجل العرجاء أو الشلاء والإصبع الزائدة وقطع الكف من نصف الساعد، ففي الكف نصف الدية وفي الساعد حكومة عدل وفي الكف التي لا أصابع عليها والخارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق وما دون الموضحة وفي كسر كل عظم ولو ضرب الأذن فيبست وفي قلع الأظافر ولم تنبت.

(**وفي النوادر**): قال أبو حنيفة: لا شيء في سن الصبي الذي لم يسقط سنه؛ لأن سنه متعرضة للسقوط، فإذا نبتت فلم تفت عليه منفعة ولا زينة.

وقال أبو يوسف: فيه حكومة عدل لمكان الألم الحاصل.

وذكر في الهاروني: لو فقأ عين صبي صغير رضيع وزعم الفاقئ أنه لم ينظر بهذه العين أو قال لا أدري يبصر بها أو لا فعليه حكومة عدل والقول له إلا إذا شهد الشهود أنها كانت صحيحة لا يرون بها علة وأنه كان يطرف بها فعليه نصف الدية، ومعرفة ذهاب الضوء من العين أنه يقبل الشمس مفتوحة العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باقٍ، وإن لم تدمع علم بذهاب الضوء وبصره.

وفي (**نوادر ابن رستم**): قال محمد: لو ضرب على أنف رجل حتى ذهب شمه ففيه حكومة عدل، وفي رواية أبي سليمان إذا ذهب شمه بالضرب وأقر الضارب بذلك ففيه الدية بمنزلة السمع.

وذكر الحسن: إن كان القاطع أخشم يعني أصغر لا يجد الريح كان المقطوع أنفه بالخيار إن شاء قطع أنفه الأخشم، وإن شاء ضمنه دية أنفه؛ لأن أنف المقطوع كان صحيحا لا عيب فيه، وفي أنف القاطع نقصان فيخير المقطوع أنفه.

رجل طعن رجلًا في أذنه فخرج من الأخرى قال محمد: فيه حكومة عدل وإن طعن في فيه فخرج من دماغه حتى نفذت قال محمد: من الفم إلى الدماغ فيه حكومة عدل؛ لأنه ليس فيه أرش مقدر ومن الدماغ إذا نفذت إلى الفرو ففيه ثلث الدية؛ لأن الطعنة إذا نفدت إلى الدماغ صارت آمة ولها أرش مقدر وهو ثلث الدية فوقع الاستيفاء عن حكومة عدل.

ولو رمى الزج[1] أو السهم في عينه وأنفذها في قفاه ففي عينه نصف الدية وفي الباقي حكومة عدل إذ أصاب الدماغ ونفذت فعليه في العين نصف الدية وقتها إلى أن تصل الدماغ حكومة عدل وفي الدماغ حتى ينفذ إلى الفرو أرش مقدر وكذلك إذا جمع بين ثلاث جنايات.

(باب ما يدخل الشجاج بعضها في بعض)

(**المبسوط**): أصله: أن الجنايات متى وقعت على عضو واحد وأتلفت شين وأرش أحدهما بأكثر مائة يدخل الأقل في الأكثر أصله الموضحة، فإن الموضحة متى كانت في الرأس لا بد من أن يتناثر الشعر مقدار الموضحة وبتناثر الشعر يوجب الأرش والنبي عليه السلام أوجب في الموضحة خمسًا من الإبل، ولم يوجب بتناثره شيئًا، فعلم أن أرش ما يتناثر من الشعر وهو أقل من أرش الموضحة دخل في أرش الموضحة.

وكذلك إن كانت الجناية على عضو واحد عمد أتلفت شيئين أحدهما يوجب القصاص والآخر يوجب المال، فإنه يجب المال أصله الخاطئ مع العامد متى اشتركا في قتل واحد يجب المال، وإن وقعت الجناية على عضوين أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال إن كان خطأ لا يدخل أرش الأقل في الأكثر؛ لأنه لم يمكن في معنى ما ورد به النقص فبقي على قضية القياس، وإن كان عمدًا يجب المال عند أبي حنيفة وعندهما القصاص لما أتى، ولو شجه موضحة فذهب شعر رأسه فلم ينبت غرم الدية يدخل فيها أرش الموضحة؛ لأن الجناية وقعت على عضو واحد؛ لأن الجناية وقعت على الرأس والشعر متصل بالرأس، ولو ذهب بعض الشعر دخل الأقل في الأكثر، وكذلك لو كانت الموضحة في الحاجب وقد تناثر شعر الحاجب، ولو ذهب سمعه أو بصره فلا يخلو إما إن كانت الشجة خطأ أو عمدًا، فإن كانت خطأ لا يدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر بل يجب كلاهما.

---

(١) زَجَّ الرُّمْحَ: جَعَلَ لَهُ زُجًّا، أَي حَديدَةً في أَسْفَلِهِ.

وروي عن أبي يوسف في (النوادر) أنه قال: يدخل أرش الشجة في دية السمع ولا يدخل في دية البصر؛ لأن محل السمع الأذنان، والأذنان من الرأس حكمًا؛ لقوله عليه السلام: "**الْأُذُنَانِ مِن الرَّأسِ**"[1] فصارت الجناية واقعة على عضو واحد وأتلفت شيئين فيدخل الأقل في الأكثر بخلاف البصر؛ لأن العينين ليستا من الرأس حقيقة وحكما فالجناية وقعت على عضوين فلا يدخل الأقل في الأكثر.

وجه ظاهر الرواية: أن الجناية وقعت على عضوين؛ لأن الأذنين ليستا من الرأس حقيقة وحكما مطلقًا، ولكنهما جعلتا من الرأس في حق حكم واحد وهو جواز المسح عليهما بماء الرأس لا في حق جميع الأحكام حتى لو اقتصر على المسح على الأذنين لا يجزئه عن مسح الرأس فتبقى الأذنان مع الرأس عضوين مختلفين متباينين في حق الجناية فلا يدخل أرش أحدها في الآخر، وإن ذهب عقله بالشجة يدخل أرش الموضحة في دية العقل خلافا لزفر والشافعي والحسن؛ لأن الجناية وقعت على عضوين مختلفين ومحلين. قال: محل الشجة الرأس ومحل العقل الصدر فصار كالسمع والبصر.

والصحيح قولنا؛ لأن الجناية وقعت على عضو واحد معنى؛ لأن العقل، وإن كان نورًا أو جوهرًا مضيئًا في الصدر يبصر به الإنسان عواقب الأمور وحسن الأشياء وقبحها؛ لأن الدماغ كالفتيلة والزيت لهذا النور يتقوى بقوة الدماغ، ويخف ويضعف بقوة الدماغ وضعفه، ويزول ويذهب بفساد الدماغ. فكان العقل في الرأس بهذا الاعتبار لتعلقه بالدماغ بقاء وذهابا فكانت الجناية واقعة على عضو واحد وقد أتلفت شين فيدخل الأقل في الأكثر وطريق معرفة ذهاب السمع والشم والبصر والكلام يقينا وإحاطة: أما السمع فينادى في حالة الغفلة، فإن أجاب أو التفت إلى

---

(١) أخرجه أحمد ٢٥٨/٥ (٢٢٥٧٦) قال: حدثنا عفان. وفي ٢٦٤/٥ (٢٢٦٣٨) قال: حدثنا يونس. وفي ٢٦٨/٥ (٢٢٦٦٦) قال: حدثنا يحيى بن إسحاق. و«ابن ماجه» (٤٤٤) قال: حدثنا محمد بن زياد. و«أبو داود» (١٣٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب (ح) وحدثنا مسدد، وقتيبة. و«الترمذي» (٣٧) قال: حدثنا قتيبة.

سبعتهم: (عفان، ويونس بن محمد، ويحيى، ومحمد بن زياد، وسليمان، ومسدد، وقتيبة) عن حماد بن زيد، عن سنان بن ربيعة، أبي ربيعة، صاحب السابري، عن شهر بن حوشب، فذكره.

ذلك علم أنه لم يفت سمعه وإنما تصامم، وإن لم يلتفت بسمعه علم أنه ذهب.

وحكي أن واحدا من القضاة جاءت إليه امرأة وادعت على رجل أنه ضرب على رأسها فذهب سمعها فكلمها القاضي فتصاممت فاشتغل القاضي بالحديث مع جلسائه وتركها حتى تغفلت، ثم قال لها: يا هذه استري عورتك، فتحركت وجعلت تلتفت يمينًا وشمالًا فعرف القاضي أنها كاذبة في دعواها.

وأما البصر، فإنه ينظر إليه أهل العلم، فإن قالوا بذهابه وجبت الدية وإن قالوا لا ندري تعتبر الدعوى والإنكار والقول قول الضارب؛ لأنه منكر.

وأما الشم فيختبر بالروائح الكريهة المنتنة، فإن ظهر فيه تغير علم أنه كاذب هذا كله إذا كان خطأ، وإن كانت الشجة موضحة عمدًا فذهب سمعه وبصره أو قطع إصبعا فشلت أخرى بجنبها أو قطعت اليمنى فشلت اليسرى تجب دية السمع والبصر ويجب أرش الإصبعين واليدين في ماله ولا يقتص عند أبي حنيفة.

وعندهما يقتص في الشجة والقطع ويغرم دية الأخرى في ماله، ولو شجه موضحة فصارت منقلة أو كسر بعض سنه فاسودّ ما بقي أو قطع مفصلا فشل ما بقي ضمن الأرش عندهم ولا يقتص لهما أنهما جنايتان لاقتا محلين متباينين، فإن الفعل لا يعرف إلا بالأثر فيتعدد بتعدد الأثر، ألا ترى أن من رمى سهما إلى إنسان فأصابه ونفذت منه فأصاب آخر فإنه يجب القصاص للأول والدية للثاني، وكذا إذا قطع إصبعا فاضطربت السكين فأصاب إصبعا أخرى خطأ يقتص في الأولى ويجب الأرش في الثانية، وإذا صارت الجناية بمنزلة الجنايتين لم تتعد الشبهة من إحداهما إلى الأخرى.

له: أن السراية لا تفصل عن الجناية؛ لأن أثر الجناية لا ينفك عنها فيكون الفعل متحدًا له أثران في محلين في شخص واحد ويتصور سراية الجناية به إلى جميع البدن فيتصور سرايتها، فإذا لم يكن آخر الفعل موجبا للقصاص لا يكون أوله موجبا له بخلاف المستشهد بهما؛ لأن أحدهما ليس من سراية الآخر؛ لأنه لا يتصور سرايته للفعل من شخص إلى شخص، واختلف الفعل باختلاف المحلين في شخصين، ولو قطع إصبعا فسقطت أخرى إلى جنبها لم يجب القصاص فيهما عند

أبي حنيفة كما بينا، وعند أبي يوسف يجب في الأولى دون الثانية، وعند محمد وجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة عنه؛ لأن سراية الفعل ينسب إلى الفعل ويجعل الفاعل مباشرًا للسراية؛ لأن حقيقة فعل العباد لا تزيد على هذا التقدير، وإذا جعل مباشرا للسراية صار مشاركا كما لو باشر إسقاطها كما لو سرى إلى النفس.

(باب وجوب الدية بالقتل بالمحاربة والمصادمة)

(**المبسوط**): وإذا اصطدم فارسان ضمن كل واحد منهما دية الآخر على عاقلته.

وكذا لو كانا رجلين يصطدمان ضمن كل واحد منهما دية الآخر.

وقال زفر والشافعي: ضمن كل واحد منهما نصف دية الآخر.

لهما: أن تلف كل واحد منهما تلف بفعله وبفعل صاحبه؛ لأن المصادمة مفاعلة والمفاعلة مشاركة في فعل الصدمة كالمقابلة وما يحصل بفعله هدر وما يحصل بفعل صاحبه معتبر فصار كما لو جرح كل واحد نفسه وصاحبه.

لنا: أن قتل كل واحد منهما مضاف إلى فعل صاحبه وحده لا إلى فعلهما؛ لأن الفعل بطريق التسبب لا يضاف إلى المسبب إذا اتصف بكونه تعديًا ومحظورًا وفعل كل واحد وهو المشي في الطريق مباح في حق نفسه محظور في حق صاحبه؛ لأن المشي في الطريق مباح فسقط اعتبار فعله لكونه مباحا في حقه فيضاف قتله كله إلى فعل صاحبه لكونه محظورا تعديا؛ لأن المشي في الطريق مقيد بشرط السلامة عن التلف وصار كالماشي مع الحافر، فإن التلف حصل بفعلهما وهو المشي والحفر، فإنه لولا المشي والحفر لما وقع فيه ومع هذا صار التلف مضافا إلى فعل الحافر؛ لأنه محظور لا إلى فعل نفسه وهو المشي؛ لأنه مباح بخلاف تلك المسألة؛ لأن كل واحد منهما محظور وكان كل واحد منهما متعديا فيه فأضيف التلف إلى فعلهما، ولو كانا عامدين في الاصطدام ضمن كل واحد نصف الدية؛ لأن فعل كل واحد محظور فأضيف التلف إلى فعلهما، وإن كان أحدهما عبدًا ضمن عاقلة الحر قيمة العبد فيأخذها ورثة الحر ويبطل حقهم في الدية فيما زاد على القيمة لأن كل واحد منهما صار قاتلا صاحبه فتعلق جناية العبدين برقبته، فلما مات فقد أخلف بدلا بقدر

قيمته؛ لأن قدر قيمته وجب على عاقلة الحر؛ لأن الحر صار قاتلا له خطأ فيقدّر ما أخلف بدلا لم يهدر الجناية وبقدر ما لم يخلف هدرت الجناية وصار كعبد قتل حرًّا خطأ ثم قتل آخر العبد خطأ فورثه الحر يستوفي من الدية مقدار قيمة العبد من قاتله ويبطل الفصل فكذا هنا.

(**النوادر**): ذكر هشام في نوادره: لو أن رجلين مدًّا حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا إن سقطا على القفا فلا ضمان فيهما؛ لأن كل واحد منهما مات بقوة نفسه لا بقوة صاحبه وإن سقطا على الوجه فدية كل واحد على صاحبه؛ لأنه سقط بقوة صاحبه ومات من جذبه وجره وإن سقط أحدهما على القفا والآخر على الوجه هدر دم الذي سقط على القفا ووجب دية الذي سقط على الوجه على الآخر؛ لأنه مات بجذب صاحبه ولو قطع أجنبي الحبل حتى سقطا وماتا ضمن القاطع دية كل واحد منهما؛ لأنه بالقطع تسبب بإتلافهما وهو يتعدى فيه.

وفي (**نوادر ابن رستم**): في رجل سار على دابة فجاء رجل من خلفه فصدمه فعطبه الذي جاء من خلفه لا ضمان على المقدم، فإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر، وكذا هذا في سفينتين دابتان عليهما راكبان استقبلتا فاصطدمتا فعطبت إحداهما فالضمان على الآخر ولا يشبه هذا الذي من خلفه.

وذكر الحسن قال أبو حنيفة: رجلان مدًّا شجرة أو نخلة فوقعت عليهما فقتلتهما فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر، ولو قتلت أحدهما كان على الآخر نصف دية صاحبه، وإن كانوا خمسة نفر هدموا حائطا فوقع عليهم ومات واحد منهم كان على عواقل الأربعة أربعة أخماس ديته، وإن مات اثنان كان على عاقلة كل واحد من المقتولين خمس دية الآخر، وإن مات ثلاثة كان على عاقلة كل واحد من الباقين خمس دية كل واحد من المقتولين، وعلى عاقلة كل واحد من المقتولين خمس دية كل واحد من الذين قتلا معه، وإن مات ثلاثة كان على عاقلة الواحد الحي خمس دية كل واحد من المقتولين وعلى عاقلة كل واحد من المقتولين خمس دية كل واحد ممن قتل معه، فإن ماتوا جميعا كان على عاقلة كل واحد منهم خمس دية كل واحد من الأربعة المقتولين معه، ولو أراد إنسان أن يضرب آخر

بالسيف فأخذ إنسان السيف بيده فجذب صاحب السيف سيفه من يده فقطع بعض أصابعه قال محمد إن كانت من المفاصل عليه القود؛ لأنه عمد، وإن لم تكن من المفاصل عليه الدية. صبي في يد أبيه فجذبه إنسان من يد أبيه والأب يمسكه حتى مات قال أبو حنيفة: دية الصبي على الجاذب ويرث أبوه وإن جذباه حتى مات فالدية عليهما جميعا ولا يرث الأب؛ لأن في الأول التلف مضاف إلى الأجنبي الجاذب والتعدي جاء من قبله، والأب بالإمساك ما تعدى على الولد؛ لأنه أمسك ما كان حقا ثابتا له وفي الثاني التلف مضاف إليهما لوجود التعدي منهما وهو تجاذبهما فاستويا في الجناية ولا يرث الأب؛ لأنه قاتل. رجل عض ذراع رجل فجذبه من فيه حتى سقط بعض أسنان العاض وذهب بعض ذراع هذا.

قال أبو يوسف ومحمد: دية الأسنان هدر ويضمن العاض أرش الذراع بخلاف ما لو تشبث بثوب رجل فجذبه صاحب الثوب من يد المتشبث فتخرق الثوب ضمن المتشبث نصفه.

والفرق أن في الأول العاض جانٍ والجاذب دافع للجناية والإيذاء عن نفسه فكانت الجناية كلها مضافة إلى العاض وهذا كمن قصد أن يضرب آخر بالسيف فأخذ المضروب السيف وفي الثاني المتشبث بالثوب، وإن كان متعديا ولكن يجذبه مندفع بدون الجذب من صاحبه والتخرق إنما حصل بالتسبيب والجذب جميعا فأضيف إليه فسقط نصفه ووجب نصفه ولو جذب من ليس له الثوب ضمن جميع الخرق.

وكذلك رجل جلس على ثوب رجل وهو لا يعلم به فقام صاحب الثوب فانشق الثوب من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف الشق؛ لأن الجالس متعد في التسبب وهو الجلوس عليه والشق حصل بقيامه وبجلوس القاعد عليه فأضيف التلف إليهما فصار كمن جلس في غير ملكه فسقط إنسان عليه ومات الأعلى ضمن الأسفل.

رجل أخذ بيد رجل فجذب الآخر يده من يده فانقلبت يده.

قال محمد: إن كان أخذ يده للمصافحة فلا شيء على الآخر.

وإن كان أخذها ليغمزها ضمن القابض اليد؛ لأن الأخذ للمصافحة مستحب شرعا فلم يصر متعديا والأخذ للغمز غير مطلق له شرعا فصار متعديا في التسبب.

(باب الأمر بالقتل)

(**المبسوط**): فيه فصلان:

أحدهما: في أمر البالغ لغيره بالجناية.

والثاني: في أمر الصبي بالجناية.

(فصل)

أصله: أن الأمر بما لا يملكه الآمر إذا لم يعلم المأمور بفساد الأمر صحيح في حق الآمر والمأمور حتى يثبت للمأمور الرجوع على الآمر إذا لحقه غرم بما عمل له حتى لو أمر رجلًا أن يذبح له هذه الشاة وهي لجاره ولم يعلم المأمور بذلك، فإنه يصح الأمر في حقهما حتى إذا ضمن الذابح للجار قيمة الشاة يرجع بها على الآمر.

وإن علم المأمور بفساد الأمر بأن علم أن الشاة لغيره وهو حر بالغ يصح الأمر حتى لا يرجع بما لحقه من غرم؛ لأنه لم يصر عاملا للآمر، وإن كان المأمور صبيا يصح الأمر سواء كان عالما بفساد الأمر أو جاهلا به؛ لأنه لا يعلم فساد الأمر لنقصان عقله، فإنه لا يعرف الحل والحرمة ولئن علم لا يكون لعلمه عبرة؛ لأنه التحق بالمجنون فيما يضره.

(**العيون**): هشام عن محمد: رجل قال لغيره اقطع يدي فقطع يده فلا شيء عليه، ولو قال: اقتلني فقتله فعليه الدية في قولهم جميعا وروى الحسن عن أبي حنيفة لا شيء عليه، وقال زفر: عليه القصاص. لزفر أن القتل تفويت للحياة في حقنا وإذن العبد لا يعتبر فيما بعد الموت؛ لأن المستحق للقصاص الوارث لا الميت، وإذا لم يعتبر إذنه في حق الإباحة لم يعتبر في إسقاط القصاص بخلاف الطرف؛ لأن هو المستحق فيعمل إذنه فيما هو حقه، وجه رواية الحسن: أن المستحق في الفصلين هو الآمر كما قدمنا؛ لأن الإتلاف ورد على حقه إلا أن الطرف المستوفي هو الآمر وفي القصاص المستوفي هو الوارث بطريق الخلافة عنه، والإذن إذا وجد من

المستحق امتنع الوجوب سواء أباح الفعل أو لم يبح، فإن كل واحد منهما لا يباح له الإقدام على الفعل شرعا إذ الحظر والحرمة من حق الشرع والإذن إنما يعمل فيما يرجع إلى حقه وفي الطرف الإذن أثر في إسقاط حكم الفعل فكذا في النفس.

وجه ظاهر الرواية: أن الأطراف يجري فيها البدل والإباحة حتى لو وقعت فيها أكلة أو اشتد فيها وجع يحل له قطعها، ولهذا يسلك بها مسلك الأموال فيسقط حكم الفعل بالبذل والإباحة فأما النفوس لا يجري فيها البذل والإباحة فلا يسقط حكم الفعل فيها بالأمر والإباحة إلا أنه يسقط القصاص لمكان الشبهة فيجب الدية لقيام العصمة والحرمة ولأن المستحق للقصاص في النفس هو الوارث دون الأمر كما بينا فلا يعمل إذن المقتول فيه والمستحق في الطرف هو الآمر فيعمل إذنه فيه.

(**الفتاوى**): لو قال بعتك ذمي بفلس أو بألف فقتله قال يقتص منه؛ لأن هذا البيع لا ينعقد على سبيل الشبهة فلا يورث بشبهة الملك والإباحة.

(**المبسوط**): أصله أن الصبي والعبد المحجور يؤاخذان بضمان الأفعال ولا يؤاخذان بضمان الأقوال؛ لأن القول مما يسوغ إلى صحيح وفاسد وصحته تتعلق بالمعرفة والتمييز فألحق عبارة الصبي ونطقه بالفاسد في حق التصرفات الضارة أو الدائرة بين الضرر والنفع، فأما الفعل صحته بوجوده لا بالمعرفة والتمييز ووجوده لضرورة من أهله في محله، فإذا وجد يجده وحقيقته يترتب عليه حكمه دفعًا للضرر عن المجني عليه، ولهذا يؤاخذ النائم بضمان الفعل ولا يؤاخذ بضمان القول. رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة الصبي ويرجعون لها على عاقلة الآمر؛ لأن الصبي يؤاخذ بضمان الأفعال وقد صدر منه الفعل وهو القتل إلا أن الصبي في القتل كان عاملا للآمر؛ لأن الأمر من الآمر بالقتل قد صح؛ لأن الأمر من المكلف صحيح كما ثبت أو من عمل لغيره عملًا ولحقه ضمان وغرم في ذلك كان قرار الغرم على المعمول له؛ لأن فعل المأمور صار منقولا إلى الآمر فصار كأن الآمر فعله بنفسه وضمان هذه الجناية وإن وجب بالقول وهو الأمر إلا أنه وجب بسبب لا تهمة فيه؛ لأن الأمر بالقتل أنشأ تصرفا لا يحتمل الكذب وضمان جناية الخطإ متى وجب بسبب لا تهمة فيه يجب على العاقلة كما وجب بالفعل ولأن أمره إياه بالقتل بسبب هو عدوان؛ لأن الصبيان لا يتجاسرون على القتل إلا بحثّ الغير والحمل

إياهم لضعف قلوبهم وركود حواسهم والمسبب إذا كان متعديا في التسبب بمنزلة المباشر وجدت من الصبي فاعتبرنا مباشرته في حق حكم وهو وجوب الدية على عاقلته والتسبب وجد من الآمر فاعتبرناه في حق حكم آخر وهو رجوع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر وهذا جائز كالوكيل يلزمه الثمن بمباشرته العقد ويثبت له حق الرجوع على الآمر بتسببه بالأمر فكذا هذا.

ولو أعطاه عصًا أو حديدة أو شيئًا من السلاح ليمسكه ولم يأمره بشيء فعطب الصبي به ضَمِن عاقلة الرجل ديته؛ لأن الدافع لما ناول الصبي سلاحا فقد صار مستعملا للصبي في عمل من أعماله بغير إذن وليه فصار جانيا متعديا في استعماله فما تولد من استعماله يكون مضمونا عليه، ألا ترى لو أمر صبيا ينفض له ثمرات الشجر فصعد فسقط فمات يضمن الآمر؛ لأنه استعمله في عمل من أعماله فكذا هذا. فعلى هذا لو قال له اصعد هذه الشجرة وانفض الثمار لنفسك فصعد فمات لم يضمن؛ لأنه لم يصر مستعملا للصبي في عمل من أعماله، ولأنه لما دفع السلاح إلى الصبي فقد تسبّب بإتلافه وهو متعدٍّ في هذا السبب، فإنه لا يمكن للصبي حفظ نفسه عن السلاح وعن الأشياء المتلفة غالبًا وظاهر النقصان عقله وقلة تمييزه فما تولد منه يكون مضمونا عليه فعلى هذا لو دفع إليه السلاح ولم يقل له أمسكه لي فعطب به يجب أن يضمن ولم يذكره محمد رحمه الله وإنما ذكر من قال للصبي اصعد هذه الشجرة وانفض الثمار فسقط فمات ضمن أيضًا؛ لأنه تسبب لإتلافه وهو متعد فيه، فإنه لا يمكن للصبي حفظ نفسه عن السقوط لقلة عقله وتمييزه، وإن قتل نفسه بذلك أو قتل غيره لم يضمن الآمر؛ لأنه تلف بسبب عمل آخر لم يستعمله الآمر في ذلك العمل وهو حفظ السلاح فصار، كما لو قال له اصعد هذه الشجرة وانفض الثمار فصعد شجرًا آخر فكذا هذا. الدافع استعمله في إمساك السلاح لا في قتل غيره ولأن الدافع مسبب والصبي مباشر والمسبب لا يضمن مع المباشر كالدافع مع الحافر، ولو غصب صبيًّا حرًّا فقتل عنده أو أصابه حجر أو نهشته حية أو افترسه سبع أو سقط من حائط ضمن ديته، وقال زفر والشافعي: لا يضمن، ولو قتل نفسه ومات لا يضمن بالإجماع.

لهما: أن الغصب في الحر لا يتحقق والإتلاف لم يوجد تسببا؛ لأن التلف ما حصل بأثر فعله وهو حصول الصبي في المكان الذي نقله إليه وإنما حصل التلف بأمر آخر حادث فصار كما لو وقع في البئر إنسان ثم وقع عليه آخر ومات من وقوع الثاني عليه لا يضمن الحافر فكذا هذا.

لنا: أن الإتلاف وجد تسببًا بالنقل إلى المسبعة أو مكان الصواعق والبوائق؛ لأن هذه الصواعق والبوائق التي حلت بالصبي مما لا تعم الأماكن كلها وإنما تحل في بعض الأماكن دون البعض فأمكن إضافة التلف بواسطة فعل آخر إلى أثر فعله وهو نقله، فإنه لولا نقله لما حلت هذه البوائق عليه ظاهرا بخلاف ما لو مات أو قتل نفسه؛ لأنه لا يمكن أن يضاف حدوث الموت إلى فعله؛ لأن الموت مما يحله وينزل به في الأماكن كلها والقتل بمنزلة الموت حتى لو كان في موضع يغلب فيه الحمى والأمراض والفجاءة والوباء ينبغي أن يضمن، ولو حمله على دابة ومثله يركب أولا بركت فسقط ضمنه؛ لأنه سبب كتلفه؛ لأن التلف اتصل بأثر فعله وهو الحمل بواسطة السقوط، فإنه لولا حمله لما سقط وتلف فصار التلف مضافا إلى فعله ولو أوطأ رجلًا في سيرها لم يضمن عاقلة الرجل ويضمن عاقلة الصبي إذا كان الصبي يستمسك على الدابة ويسيرها؛ لأن التلف حصل بفعله؛ لأن سير الدابة مضاف إلى راكبها متى أمكنه إمساكها وتسييرها، وإن كان الصبي لا يقدر بأن يستمسك الدابة فسارت فعطب رجل هدر دمه؛ لأنه بمنزلة الحمل والمتاع على الدابة فلا يكون التلف مضافا إلى فعل آخر؛ لأن الدابة سارت باختيارها لا بسير أحد وقس على هذا العبد والصغير.

(**النوادر**): قال أبو حنيفة رحمه الله: رجل أمر صبيا بقتل دابة إنسان أو شاته أو بخرق ثوبه أو بأكل طعامه ففعل فضمانه على الصبي في ماله ويرجع بذلك على الآمر؛ لأن أمر الحر البالغ بالإتلاف صحيح فصار مسيئًا للتلف، ولو أمر الصبي بالغًا بذلك ففعل لم يضمن الصبي، وكذلك أمر الرجلُ الرجلَ فالضمان على الفاعل لما بينا.

وفي رواية ابن سماعة: قال أبو حنيفة: لو أمر عبد مأذون صبيًّا حرًّا بتخريق ثوب أو أرسله في حاجة فعطب ضمن، ولو أمره بقتل إنسان لم يضمن آمره والفرق بينهما أن

المأذون لو أقر على نفسه بقتل الخطإ لا يؤخذ به في الحال فلم يلزمه الضمان بالأمر في الحال، ولو أقر على نفسه بتخريق الثوب ضمن في الحال فكذلك يلزمه الضمان بالأمر بالتخريق في الحال؛ لأنه مسبب له وهو غير محجور فيه.

(**الفتاوى**): ذكر ابن سماعة عن محمد: لو أن ختّانا ختن صبيا بأمر والده فجرت الحديدة فقطعت الحشفة كلها فمات الصبي فعلى عاقلة الختّان نصف الدية؛ لأنه مات عن شيء أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه، وإن عاش الصبي فعلى عاقلة الختان كمال الدية؛ لأنه خالف في قطع الحشفة وهذا كما رُوي أن عمر رضي الله عنه قضى على من صب الماء الحار على رأس رجل حتى ذهب سمعه وبصره وعقله وشعره بأربع ديات، ولو مات من ذلك لم تجب إلا دية واحدة، ولو قطع الوالدان الإصبع الزائدة من ولدهما لا يضمنان؛ لأنه إزالة شين وإذهاب عيب فإن قطعا غيرها ضمنا.

وعن محمد: لو اجتمع الصبيان والمجانين على رجل يريدون قتله وأخذ ماله ولا يقدر على دفعهم إلا بالقتل قال: ليس له أن يقتلهم، ولو قتلهم ضمن ديتهم هكذا قال المعلى: سألت محمدا عن المجنون أو المعير إذا قصد قتل إنسان فقتله فأجاب أنه ضامن.

(فصل)

ولو أمر الصبي الصبي أو البالغ بقتل إنسان فقتله فالدية على عاقلة القاتل ولا يرجع بها على عاقلة الآمر؛ لأن أمر الصبي بالجناية لم يصح في حق التزام الضمان إياه ولا على عاقلته؛ لأن الصبي غير منفك لِلحجر في ضمان الجناية فكان الصبي المأذون والمحجور في الأمر بالجناية سواء.

ولو كان الصبي أمر بالقتل عبدًا مأذونًا أو محجورًا أو صغيرًا أو كبيرًا فقتل وخير مولاه بدفع أو فداء رجع بقيمة عبده في مال الصبي؛ لأنه صار غاصبا لعبده بأمره؛ لأنه صار مستعملًا له وقول الصبي المأذون في حق وجوب الضمان بسبب الغصب ملزم كإقراره.

ولو أن مكاتبًا صغيرًا أمر حرًّا صغيرًا بقتل رجل فقتله فغرمت عاقلته الدية فالعاقلة ترجع على المكاتب بقدر قيمة رقبته؛ لأن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير؛ لأنه لم يبق للمولى عليه ولاية الحجر كالحر الكبير، ألا ترى أن المولى لا يملك تزويج المكاتبة الصغيرة بغير رضاها بخلاف الحر الصغير؛ لأن للمولى ولاية الحجر عليه، ولهذا يملك الولي تزويج الحرة الصغيرة المأذونة من غير رضاها.

(باب الأمر بقتل مورثه أو قتله بغير أمره)

[(المبسوط)][1]: ولو قال: اقتل ابني، أو اقطع يد ابني وهو صغير، أو قال: اقتل أخي وهو وارثه، فقتله، روى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة أنه قال: يقتص من القاتل قياسًا، وهو قول زفر ولا يقتص استحسانًا، وتجب الدية، وجه القياس: أن الوراثة إنما تتحقق بعد الموت فجاء له الإذن هو والأجانب سواء في بدل دمه فلا يعمل إذنه في الإباحة فلا تورث الشبهة.

وجه الاستحسان: أن للقريب استحقاق الإرث بحكم المال إن لم يكن له استحقاق بحكم الحال فأوقع شبهته في الحال لقيام سبب الاستحقاق في الحال وهو القرابة والشبهة كافية لدرء القصاص.

ولو قال: اقتل عبدي أو اقطع يده ففعل لا يضمن شيئًا؛ لأن المولى هو المستحق لبدن العبد وأطرافه وهو المستحق لبدل دمه بعد الموت فعمل إذنه فيه بدليل أنه لو فعل بنفسه لا يجب شيء.

هشام عن محمد في أخوين لأب وأم قتل أحدهما أباهما عمدًا ثم قتل الآخر أمهما، فإن الأول يقتل الثاني بالأم وسقط القصاص عن الأول ويغرم لورثة الثاني سبعة أثمان الدية؛ لأن المستحق لدم الأم قاتل الأب فله أن يقتل الثاني وورث أيضًا حصة الأم من دم نفسه وهو الثمن؛ لأنه ليس بقاتل لها فسقط ذلك القدر من دم نفسه فلا ينقل إلى الدية وهي حق القاتل للأم في سبعة أثمان الدية فبقي حق ورثته متعلقا به. مسلم رمى بالمنجنيق إلى حصن المشركين فأصاب حائط الحصن ثم

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): النوادر.

رجع فأصاب مورثه قال محمد: لا يرث وعليه الدية والكفارة، ولو وقع في الحصن فلا شيء عليه ويرث؛ لأن الرمي إلى من هو في الحصن مباح مطلقًا، وإن كان قريبه؛ لأنه لا يمكنه التحرز عنه والقتل المباح لا يوجب حرمان الميراث والرمي إلى الحصن وإلى من هو في صف المشركين مباح بشرط أن لا يصيب قريبه ولا يتعمده؛ لأنه أمكنه التحرز عنه فإذا رمى مباحا وأصاب محظورا فقد أخطأ وقتل الخطإ يوجب الدية والكفارة وحرمان الميراث.

وفي البرامكة فارسان اصطدما أحدهما يسير والآخر واقف وكذلك الماشي والواقف اصطدما فعلى الماشي والفارس الكفارة ولا يرثان ولا كفارة على الواقف ويرث.

وفي (**نوادر ابن سماعة رستم**) و(**المجرد**) والحسن: رجل ضرب ابنه تأديبًا فمات عليه الدية والكفارة في قول أبي حنيفة ولا يرث؛ لأن الضرب للتأديب مباح مقيد بشرط السلامة؛ لأنه أمكنه التحرز عن السراية في الجملة، ولو رمى مسلم مسلمًا في صف المشركين ولم يعلم به فقتله قال أبو حنيفة: لا دية ولا كفارة عليه ويرثه، وعند محمد لا يرثه؛ لأنه كقتل الخطإ وقد مرت في السير.

(باب الصلح على الدية)

(**المبسوط**): الصلح على الدية لا يخلو إما أن اصطلحا قبل القضاء أو بعده، وكل وجه لا يخلو إما أن اصطلحا على جنس من أجناس الدية أو على غيرها، وكل وجه لا يخلو إما أن اصطلحا على أكثر من الدية أو أقل فكان نسيئة أو يدًا بيد، فإن اصطلحا بعد القضاء على الدية أكثر منها لا يجوز وعلى أقل يجوز وكان في ثلاث سنين؛ لأن هذا صلح على أزيد من المال المقدر شرعا من الدية فيكون باطلا؛ لأن التقدير الشرعي يمنع الزيادة والنقصان وهذا التقدير لم يمنع النقصان؛ لأنه إسقاط لبعض حقه وأنه جائز فمتى لم يمنع الزيادة لا يظهر فائدة التقدير.

وإن اختلفا اصطلحا على خلاف جنس المقضي به يجوز كيف ما كان؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة ومبادلة؛ لأنه لا يمكن أن يعتبر استيفاء

للبعض وإسقاطا للبعض فيجوز إلا إذا كان المصالح عليه نسيئة لا يجوز؛ لأن الافتراق وقع على دين بدين، فإن صالحه قبل القضاء على جنس من أجناسها أكثر لا يجوز، وإن كان يدًا بيد؛ لأنه لم يجب صنف من أصناف الدية فكان ما أخذه بالتراضي أحد الواجبات بعينها؛ لأن حقه يتعين بتراضيهما وأنه مقدر شرعا فلا يجوز الزيادة عليه.

وإن صالحه على غير أجناس الدية بأكثر جاز يدًا بيد؛ لأنه عن أي نوع يجعل بدلا عنه جاز إلا أنه إن كان نسيئة لا يجوز؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين فيكون بيع ما ليس عنده والله أعلم.

(باب الجناية في الطريق أو غيره)

(**المبسوط**): فيه فصلان:

أحدهما: في الجناية في الطريق.

والثاني: في الجناية في ملك غيره.

(فصل)

ولو وضع حجرًا أو أخرج ميزانًا أو نحوه أو صبّ ماءً في الطريق ضمن الواضع ما تلف به؛ لأنه مسبب إلى التلف وهو متعدٍّ فيه؛ لأنه شغل طريق المسلمين أو هواءه بما ليس له حق الشغل.

ولو أحدث ذلك في طريق غير نافذ وهو من أهله إن كان من جملة السكنى كوضع المتاع وغيره لم يضمن، وإن لم يكن من جملة السكنى كوضع الحجر واللبن والخشب يضمن حصة شركائه؛ لأن الطريق إذا لم يكن نافذا فهو مملوك لأهل السكة مشترك بينهم فصار كالدار المشتركة، فإن عثر على ذلك رجل فوقع على آخر فمات فالضمان على الواضع لا على العاثر؛ لأن العاثر، وإن كان مسببا للإتلاف ولكنه غير متعدٍّ فيه والواضع متعدٍّ فيه والواضع متعدٍّ في التسبب، فإن نحَّى رجل شيئًا من ذلك عن موضعه فعطب به إنسان ضمن من نحاه وبرئ من ألقاه من الضمان؛ لأن الثاني لما نحاه عن موضعه فقد زالت جناية الواضع؛ لأنه

زال أثر فعله وهو شغله ذلك الموضع وصار الناحي بالمنحي شاغلا مكان آخر غير ما شغله الواضع وكان هو الناحي، ولو كنس الطريق لم يضمن من عطب في موضع كنسه؛ لأنه بالكنس محسن بإماطة الأذى وليس بمتعدٍّ إلا أن يكون جمع الكناسة في موضع من الطريق فتعقل به إنسان فيضمن؛ لأنه شغل الطريق من الأذى وكان متعديا فيه، ولو رش الطريق أو توضأ فيه ضمن ولم يفصل إنما يضمن الراش إذا مر المار على موضع الرش ولم يعلم به بأن كان ليلا أو أعمى فعثر به ومات؛ لأنه متعد في التسبب وإن علم المار بالرش والصب لا يضمن؛ لأن المار هو الذي خاطر بروحه لما تعمد المشي عليه فصار المار مباشرا للتلف فلا يضمن المسبب كمن حفر بئرا في الطريق فوثب إنسان من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر فوقع فيها ومات لم يضمن الحافر؛ لأن الواثب مباشر لإتلاف نفسه والحافر مسبب فكذا هذا، وكذلك لو تعمد المرور على الحجر والخشب الموضوع فعثر به لا يضمن الواضع وقال بعض مشايخنا: هذا إذا رش بعض الطريق أو وضع الخشب والحجر في بعضه فأمّا إذا رش كل الطريق أو أحدث الخشب كله فمر عليه وعثر به ضمن الراش والواضع؛ لأنه مضطر في المرور على موضع الرش وعلى الخشب؛ لأنه لا يجد موضعا يابسا أو خاليا عن الخشب حتى يمر عليه، ولو أشرع جناحا من داره أو ميزابًا على الطريق ثم باعها لم يبرأ عن ضمانه؛ لأن الجناية وجدت من البائع وهو شغل هواء الطريق بما ليس له حق الشغل ولم يزل الشغل بالبيع فبقيت جنايته بعد جنايته بعد البيع، ولو سقط الميزاب فأصاب إنسانًا لا يخلو إما أن أصابه الطرف الداخل أو طرفه الخارج أو كلاهما أو لم يعلم أي الطرفين أصابه، فإن أصابه طرفه الداخلي لم يضمنه؛ لأنه غير متعدٍّ في التسبب؛ لأن طرفه الداخل موضوع في ملكه وله أن يضع في ملكه ما شاء، وإن أصابه طرفه الخارج ضمن؛ لأنه متعد في التسبب؛ لأنه شغل هواء طريق المسلمين، وإن أصابه الطرفان ضمن نصف الدية، وكذلك إذا لم يعلم أي الطرفين أصابه استحسانًا لأنا تيقنّا أنه قتيل الميزاب إلا أنا جهلنا بإصابة أي الطرفين فيجعل كأنه أصابه الطرفان جميعا؛ لأن إضافة الموت إلى أحدهما ليس بأولى من الآخر فيضاف إليهما صونا لدمه عن الهدر كما في الغرق أو

الحرق وكما لو جرحه إنسان فافترسه سبع أو جرح نفسه وجرحه غيره ضمن نصف الدية فكذا هذا.

ولو استأجر فعله لاستخراج الجناح فسقط فأصاب إنسانا قبل فراغهم ضمن الفعلة وبعد فراغهم منه ضمن رب المال استحسانًا: وجه القياس أن الآمر أمر الفعلة ولا يملك بنفسه وقد علموا فساد الآمر فضمنوا ولا يرجعوا بما ضمنوا على الآمر كما لو استأجر رجلًا بذبح شاة جاره فذبح وهو يعلم به ضمن، وكذلك لو أمرهم بالبناء أو بحفر البئر في الطريق فوقع فيها إنسان ضمن الفعلة.

وجه الاستحسان: أن الأمر بإخراج الجناح قد صح؛ لأن بناء داره مملوك له من وجه من حيث إن له حق التصرف والانتفاع بفناء داره بإسقاط البلح وغيره بشرط السلامة فصار فعل العمل به مضافا إلى الآمر فصالحه فصار كأنه عمله بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ من العمل؛ لأنه لما صح الأمر من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل؛ لأن العمل لم يقع مسلما إليه فلم يصر كأنه فعله بنفسه وبخلاف ما لو أمرهم بالبناء في الطريق؛ لأنه لم يصح الأمر؛ لأنه لا يباح له الانتفاع بالطريق إلا من حيث المرور، ولو باع خشبة في الطريق فالضمان على البائع ما لم يحركها المشتري فينتقل الضمان إليه؛ لأن بالتحريك صار شاغلا في موضع آخر ولم يبق أثر الشغل الأول فلا يبقى أثر فعل البائع، ولو وضع جمرًا في الطريق فأحرق شيئًا ضمنه؛ لأنه متعدٍّ في التسبب فما تولد منه يكون مضمونا عليه كما في وضع الحجر، فإن حركته الريح فنقلته عن موضعه برئ الأول من الضمان؛ لأن جنايته باعتبار شغله ذلك الموضع وقد زال الشغل لما حركته الريح وصار كما لو وضع جمرًا فحوله إنسان من ذلك الموضع برئ الأول، ومن أوقف سبعًا في الطريق ضمن ما أتلف إذا كان مربوطا فأصاب قبل حل الرباط، فإن أصاب بعدما انحل الرباط وزال عن مكانه لم يضمن؛ لأنه زال سبب الضمان وهو شغل ذلك الموضع بالربط فيه بالتنحي عنه فذهبت جناية الرابط واضمحلت فأما قبيل انحلال الرباط الجناية قائمة وإن زال الشغل عن مكان الإتقان؛ لأن ربطه قائم فيجعل قيام ربطه كابتداء ربطه منه في هذا المكان المنتقل إليه، وكذلك لو طرح بعض الهوام على رجل فعقره يضمن، وكذا لو أشلى كلبًا عقورًا على رجل؛ لأن الطرح والإشلاء سبب للإتلاف غالبا وهو متعدٍّ في التسبب فيضمن.

(فصل)

مستأجر ربط دابته أو دابة ضيفه في الدار فوطئت إنسانا لم يضمن، ولو ربط رب الدار بغير إذن المستأجر يضمن؛ لأن ربط الدابة في الدار من مرافق السكنى ومرافق الدار ومنافعها صارت ملكا للمستأجر ولم يبق للآجر، ولهذا لو سرق الآجر من الدار المستأجرة يقطع؛ لأن بالإجارة باع المنفعة ولم يبق له، ولو كنس المستأجر البئر فألقى ترابها في الدار فعطب به إنسان لا يضمن، وإن لم يأذن الآجر؛ لأن وضع التراب في الدار من جملة الانتفاع والارتفاق بالدار فكان ذلك، ولو حفر المستأجر في الدار بئرا لنفسه فتلف فيها إنسان إن كان مأذونا في الحفرة لا يضمن وإلا يضمن؛ لأن الحفر تصرف في رقبة الدار وليس بانتفاع بالدار وبالإجارة لا يملك التصرف في رقبة الدار فمتى كان بغير إذنه يكون متعديا. رجل توضأ في دار بينه وبين غيره فزلق بوضوئه رجل لم يضمن؛ لأنه من أعمال السكنى؛ لأنه لا بد للساكن من الوضوء في الدار، ولو بنى فيها بناء أو أخرج جناحًا أو نحوه ضمن ورفع عنه قدر حصته؛ لأن إحداث البناء وإخراج الجناح ليس من جملة السكنى وما ليس من جملة السكنى لا يملك أحد الشريكين في الدار المشتركة إلا بإذن شريكه فكان متعديا فيما بنى في ملك شريكه.

(**النوادر**): ولو رش الماء في الطريق فجاء رجل بحمارين يقود أحدهما بيده وتبعه الآخر فزلق التابع وانكسرت رجله إن كان صاحب الحمار سائقا لهما لا ضمان على أحد، وإن كان غير سائق للثاني ضمن الراش؛ لأن بالسَّوق صار متعديا للمشي فصار مباشرا للتلف فلم يصر هو مضافا إلى التسبب وبدون السوق لم يصر مباشرا للتلف، قال أبو حنيفة: في رجل صب ماءً في الطريق فجمد فزلق به إنسان فعطب ثم ذاب وصار ماء فزلق به آخر فعطب، فإنه يضمن لهما جميعا؛ لأنه مسبب للتلف فيهما وإن رمى بجمد وثلج في الطريق فزلق به إنسان، قال محمد: إن كانت السكة نافذة ضمن، وإن كانت غير نافذة وفيها دور فرموا أصحاب الدور ثلجهم في السكة فزلق به إنسان أو دابة لا ضمان عليهم، قال الفقيه أبو الليث: يجب أن لا يجب الضمان، وإن كانت السكة نافذة؛ لأن فيه بلوى عامة وفي بلادهم لم تكن

بلوى عامة؛ لأنه نقل الثلج في بلادهم إلا أن جواب محمد صحيح؛ لأن البلوى وإن عم ما يبتغي أن يصير سببا لإسقاط ضمان الإتلاف بعدما انعقد سبب الضمان وهو التعدي في التسبب؛ لأن البلوى إنما صارت عذرا في حق إباحة الفعل في حق سقوط الضمان الذي هو حق الآدمي وصار كما إذا وقفت دابته في طريق نافذ فرمى بخشبة فتعثر بها إنسان ضمن، فإن كان له فيه بلوى فضرورة، ولو حفر بئرا على قارعة الطريق فألقى رجل فيها حجرًا فوقع رجل في البئر فأصابه الحجر الذي في البئر فمات فالدية على الحافر؛ لأن التلف حصل بالوقوع والوقوع بسبب الحفر لولاه لما وقع فكان الحافر مسببا للتلف، وبمثله لو وضع الحجر على الأرض على رأس البئر فتعقل به إنسان ووقع في البئر؛ فالدية على واضع الحجر؛ لأن بسبب وضعه وقع في البئر؛ لأنه لولا وضعه الحجر لما تعقل به المار ولما وقع في البئر وكان التلف بواسطة الوضع مضافا إلى فعله، ولو حفر حفيرة للغلة في دار إنسان بغير إذنه فوقع فيها حمار ومات فالضمان على الحافر؛ لأن حفره سبّب الوقوع فيها، ولو حفر بئرا فأرسل فيها رجلًا فغرق في الماء قال محمد: إن كان البئر عمقه أطول من الرجل ضمن الحافر؛ لأن الماء متى كان أطول من قامة الرجل يكون مغرقا مهلكا فكان الحافر والمرسل مسببا للتلف، فإن كان إلى صدر الرجل ولو وقع فيها الرجل يخرج لو لم يكن فيها الماء لم يضمن.

(**الفتاوى**): بلدة ذات ثلج كبير وربما يكثر الثلج وانطمست الطرق فألقى كل رجل إلى فناء داره أو بقرب داره حجرا فتعقل به إنسان، فإن فعل ذلك بإذن الإمام فلا ضمان عليه، وإن فعل بغير إذن الإمام قال أبو القاسم الصفار البلخي: القياس أن يجب الضمان؛ لأنه لا يجوز له ذلك.

(باب الحائط المائل)

(**المبسوط**): مال حائط في طريق نافذ أو دار رجل فلا يخلو إما أن بناه مائلا أو غير مائل ثم مال، فإن بناه مائلا إلى الطريق أو ملك غيره فهو ضامن لما عطب بسقوطه، وإن لم يطالب بنقضه؛ لأنه متعدٍّ بالبناء في هواء غيره وهواء طريق المسلمين حقهم أيضًا فما تولد منه يكون مضمونًا عليه، وإن بناه في ملكه غير مائل

ثم مال إلى الطريق أو ملك غيره، فإن لم يطالب بنقضه حتى يسقط لم يضمن ما أتلفه؛ لأنه محق في البناء وشغل هواء غيره بالميلان يحصل في يده بغير صنعه يكون في يده أمانة كثوب ألقته الريح في يده فما تولد منه لا يؤاخذ به، فإن طولب بنقضه وأشهد عليه ولم يهدمه ثم سقط في مدة أمكنه نقضه فيها ضمن ما أتلفه؛ لأن الهواء صار مشغولا بحائطه، فإذا طولب بتفريغه وأمكنه ذلك يجب عليه التفريغ، فإذا لم يفرغ مع الإمكان صار متعديا كالثوب إذا ألقته الريح في حجر إنسان فطلب صاحبه بالرد فلم يرد مع إمكانه يجب الضمان عليه فكذا هذا، وإذا لم يفرط في نقضه وذهب حتى استأجر من يهدمه فسقط فأفسد شيئًا لم يضمن؛ لأنه يجب عليه إزالة يده بالقدر الممكن، وإذا سقط ولم يرفع نقضه وترابه حتى تعقل به دابة فتلفت هل يضمن؟ رُوي عن محمد أنه يضمن وأنه يطالب بالرفع؛ لأن الطريق صار مشغولا بنقض جدارة وترابه فيجب عليه تفريغه، وإن لم يطالب به كما لو وضع حجرا أو لبنًا أو ترابا في الطريق فما تلف منه يكون مضمونا عليه، وإن لم يطالب به فكذا هذا.

وروي عن أبي يوسف أنه لا يضمن إلا إذا طولب بالتفريغ يجب عليه، فإذا لم يفعل صار متعديا كالثوب إذا ألقته الريح في حجره لا يكون متعديا ما لم يطالب بالرد، وإذا طولب ولم يرد يصير متعديا فكذا هذا.

ولو باع الدار خرج من ضمانه ويتقدم إلى المشتري؛ لأنه لا يملك نقضه بعد البيع فإنما ضمن النقض إذا تمكن من نقضه، فإذا لم يتمكن لم يضمن بخلاف ما لو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار مع الجناح لم يبرأ عن الضمان؛ لأن نفس الوضع جناية وجنايته بعد البيع قائمة، أما هنا البناء في ملكه لم يكن متعديا وجناية وإنما يصير تعديا بترك النقض والهدم، فإذا لم يتمكن من النقض لم يكن الترك منه جناية، وإذا سقط إنسان من حائط مائل على إنسان وقتله فهو على **خمسة أوجه:** إما أن سقط عليه الرجل أو سقط عليه الحائط والرجل، أو أصابه الحائط دون الرجل، أو أصابه الرجل دون الحائط ولا يدري أيهما أصابه، وهو وجه لا يخلو: إما أن يقدم إلى صاحبه أو لم يتقدم، فإن سقط عليه الرجل وحده فمات المسقوط عليه

فالدية على عاقلة الساقط تقدم إلى صاحبه أو لم يتقدم؛ لأن الساقط باشر قبل السقوط؛ لأنه مات بفعله وصدمته.

وفي (**الفصول الأربعة**): أن يقدم إلى صاحبه فالضمان على صاحب الحائط؛ لأن الرجل مدفوع ومكره على السقوط، فإن الحائط هو الذي أسقطه ودفعه فيكون سقوط الرجل مضافا إلى الحائط المائل لا إلى الساقط فكان هذا قتيل الحائط وهذا كمن أخذ رجلًا وأسقطه على آخر كان القاتل هو الدافع فكذا هذا، والحائط المائل إذا أتلف شيئًا ضمن صاحبه، وإن لم يتقدم إلى صاحبه هدر دمه؛ لأنه قتيل الحائط ويهدر دم قتيل الحائط قبل التقدم إلى صاحبه.

ولو مات الساقط دون المسقوط عليه، فإن كان المسقوط عليه يمشي في الطريق هدر دم الساقط؛ لأن المسقوط عليه لم يباشر قتله، فإنه لم يتقبل نقله ولا فعله بالساقط ولكن سبب لقتله وهو غير متعدّ في هذا التسبب وهو المشي والمرور في الطريق.

وإن ماتا جميعا فدم الساقط هدر، ودم المسقوط عليه على عاقلة الساقط؛ لأن الساقط باشر قتل المسقوط عليه كما بينا، وإن كان المسقوط عليه واقفا ثمة فمات الساقط ضمن ديته؛ لأن المسقوط عليه سبب لقتل الساقط وهو صدمته ومصادفته وهو متعد في هذا التسبب؛ لأنه ليس له الوقوف في الطريق، وإن ماتا جميعًا فدية كل واحد منهما على عاقلة صاحبه؛ لأن الساقط مباشر لقتل المسقوط عليه والمسقوط عليه مسبب لقتل الساقط وهو متعدٍّ في هذا السبب.

(فصل)

والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم، فأما الإشهاد لإثبات المطالبة عند الإنكار حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان، فإن لم يشهد عليه وإنما صار التقدم شرطًا للضمان لإجماع التابعين على ذلك. ثم إن كان الميلان إلى دار إنسان أو إلى سكة غير نافذة فالإشهاد إلى صاحب الدار وإلى واحد من أهل السكة؛ لأن الحق في الدار له، وإن كان فيها سكان فالإشهاد إليهم؛ لأن لهم مطالبته بتفريغ هواء الدار؛ ولأن للهواء حكم المنفعة ولهم مطالبته بإزالة يده عن الدار لو أثبت يده عليها فكذلك في الهواء.

وإن كان الميلان إلى طريق العامة فالإشهاد إلى كل من له حق المرور فيه المسلم والذمي فيه سواء؛ لأن الطريق للمرور والعبور والكل في حق المرور سواء وإنما يصح الإشهاد على مالك الحائط أو على من له ولاية النقض ولا يصح على من ليس له ولاية النقض وكان وجود الإشهاد وعدمه سواء.

وذكر في (**الجامع الصغير**) وهو من خواصه: حائط مائل بين خمسة رجال فشهدوا على أحدهم فسقط على إنسان فقتله ضمن المتقدم إليه خمس الدية، وكذا دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطًا بغير إذن صاحبه فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: عليه نصف الدية في المسلمين جميعا؛ لأن ما تلف بنصيب المتقدم عليه معتبر وما تلف بنصيب شريكه مهدر والجنايات متى اجتمعت بعضها معتبرة وبعضها مهدرة يجعل المهدر شيئًا واحدا كمن جرحه رجل ولدغته عقرب وسمته حية وعقره كلب فمات من ذلك يضمن الجارح نصف الدية فكذا هذا.

لأبي حنيفة: أن القتل إنما حصل بفعل مهدر أو بعمق مقدر لا بأصل الثقل والعمق، فإن الثقل والعمق اليسير لا يوجب التلف بحال ما والثقل والعمق المقدر هو ثقل حائطه وعمق بئره علة واحدة للتلف فيضاف الحكم إليها فيجب قسمة الضمان على مقدار الثقل والعمق وذلك على قدر الملك كمن استأجر دابة ليحمل عليها كر حنطة فحمل عليها كرًّا ونصف فنفقت الدابة ضمن ثلث قيمة الدابة فكذا هذا إلا أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط الحائط على إنسان ومات ضمن كل واحد خمس الدية فيترك الإشهاد على البعض لا يزداد الواجب في حق من أشهد عليه وتفسير الإشهاد: أن يقول واحد له ولاية الطلب لصاحب الحائط إن حائطك مائل أو متصدع مخوف الانهدام فانقضه كي لا يسقط على إنسان، وإن لم تفعل تضمن؛ لأن صاحب الحائط غير جانٍ في البناء ولا في الميلان والتصدع إلا أنه لما صار شاغلا هواء غيره، فإذا طلب من له ولاية الطلب بالنقض وجب عليه التفريغ، فإذا لم يفرغ حتى سقط صار جانيا يوم السقوط ليصير ضامنا قيمة المتلف يوم السقوط وإنما يصح الإشهاد على مالك الحائط وعلى من له ولاية النقض كالأب والوصي في هدم الحائط الصغير ويلزمهما النقض ولا يصح على من ليس له ولاية النقض كالمرتهن والمستأجر والمستعير.

ولو تقدم إلى بعض الشركاء دون البعض ضمن حصته دون أصحابه؛ لأنه يقدر على نقض نصيبه بحكم الملك وله حق مطالبة الباقين بالنقض بأن يرفع الأمر إلى القاضي إن كانوا حضورا، وإن كانوا غيبا يأذن له بالنقض فيكون قادرا على نقض نصيبه بهذا الطريق فيلزمه، فإذا لم يفعل صار مفرّطا كما إذا تقدم إلى الراهن بالنقض يصح، وإن كان لا يقدر على نقضه إلا بقضاء الدين وافتكاك الرهن، وإذا تقدم إلى العبد التاجر في حائطه فضمان ما أتلف على عاقلة المولى، فإن أصاب متاعا فهو في عتق العبد؛ لأن العبد من أهل التزام ضمان المال بالإقرار والإتلاف فيلزمه وليس من أهل التزام ضمان النفس بالتقدم إليه؛ لأن ترك النقض بعد التقدم جناية حكمية لا حقيقية والعبد ليس من أهل التزام الجناية الحكمية بدليل أنه لا يلزمه العقل والقسامة بجناية غيره فاعتبر التقدم إلى العبد تقدمًا إلى المولى صيانة للدم عن الهدر؛ لأنه خصم في اكتسابه من جهة المولى؛ لأن الخصومة في اكتسابه من توابع تجارته فيملكها العبد بالإذن من جهة المولى، وإذا مال الحائط بعضه في دار رجل وبعضه في الطريق فيقدم إلى صاحبه برفع ما في الطريق فرفع ما في الطريق ضمن كله؛ لأن التقدم قد صح من أهل الطريق فيما كان مائلا إلى الطريق والتقدم في بعض الحائط متى صح كان تقدما في كله إذا كان الحائط بحيث لو سقط بعضه لا يسقط كله والتقدم في البعض لا يكون تقدما في الكل ويجعل بمنزله حائطين.

ولو كان حائطًا طويلًا وهَى بعضه ولم يَهِ ما بقي فتقدم إليه وهو بحيث لو سقط ما وهى لم يسقط ما لم يَهِ ضمن ما قبل الواهي؛ لأن التقدم يصح بقدر الواهي ولم يصح في غير الواهي وكان بمنزله حائطان أحدهما واهٍ والآخر غير واهٍ فتقدم إليهما بالنقض يصح في حق غير الواهي ولا يصح في حق الواهي فكذا هذا حائط أعلاه لرجل وأسفله للآخر فمال فتقدم إلى أحدهما ضمن المتقدم إليه نصف الدية إذا سقط كله، فإن سقط أعلاه وقد تقدم إليه ضمن صاحب العلو دون صاحب السفل؛ لأن القاتل تسبب إنما هو صاحب العلو لا صاحب السفل.

ولو أنكرت العاقلة أن تكون الدار ملكا لصاحبها فلا عقل عليهم حتى يشهدوا الشهود على ملك الدار؛ لأن الملك ثابت باعتبار الظاهر والظاهر لا يصلح حجة

للاستحقاق كما في الشفعة إذا أنكر المشتري كون الدار مملوكة له قال محمد رحمه الله: لا بد من أن يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم إليه في الحائط وأنه مات من سقوط الحائط وأن الدار له.

وإن مال الحائط إلى دار رجل فتقدم إليه فاستمهله صاحب الحائط فأجله صاحب الدار وأبرأه يصح؛ لأن الحق له فيملك إسقاطه، وإن مال إلى الطريق فأجله أو أبرأه يصح؛ لأن الحق له الذي تقدم إليه أو القاضي لا يصح؛ لأن هذا حق العامة فأبرأ الواحد بتأجيله يصح في حقه لا في حق الباقين. رجل أقام البينة على دار في يدي رجل وفيها حائط مائل يخاف سقوطه قبل تعديل الشهود قال يشهد على صاحب اليد ويؤمر بنقضه؛ لأن المدعِي ممنوع عنه، فإن نقضه صاحب اليد ثم زكيت البينة ضمن قيمة حائطه؛ لأنه أتلف بغير إذن مالكه. حائط مائل قد تقدم إلى صاحبه فانهدم ففرت منه دابته فقتلت رجلًا لا ضمان عليه إلا أن يسقط الحائط على إنسان أو دابة فقتلها هذا كمن وضع شيئًا في الطريق ففرت منه الدابة فلا ضمان على الواضع إن لم يصبها ذلك الشيء فكذا هذا.

(فصل)

وإذا أشهد على المكاتب في حائطه فلم ينقضه حتى سقط فلا يخلو إما أن سقط في حالة الكتابة أو بعد العتق أو بعدما عجز ورد في الرق، فإن سقط في حالة الكتابة فقتل إنسانا فعليه قيمة نفسه لولي القتيل؛ لأن سقوطه بمنزلة جنايته بيده وجناية العبد توجب تسليم الرقبة، فإذا عجز يجب الأقل من قيمته ومن أرش المجني عليه في كسبه كما هو في حكم جناية المكاتب.

وإن قتل إنسانا بعد العتق فديته على عاقلة مولاه؛ لأن يصير جانيا وقت السقوط ووقت السقوط هو حر، وإن قتل إنسانا بعد العجز فلا ضمان فيه على أحد؛ لأنه بعدما صار قنًّا لم يبق له ولاية التفريغ والإشهاد مطالبته بالتفريغ فإنما يصح على من يملك التفريغ ولا ضمان على المولى؛ لأنه لم يشهد عليه.

ولو أشرع جناحًا إلى الطريق ثم سقط بعد أن عتق كان الضمان في ماله؛ لأنه صار جانيا بإشراع الكنيف، فإنه شغل به طريق المسلمين وجناية المكاتب توجب

قيمة نفسه بخلاف الحائط إذا أشهد ثم عتق المعقود عليه؛ لأنه ما كان جانيا ببناء الحائط ولا بميلانه وإنما صار جانيا بترك التفريغ بعدما طولب بذلك وذلك إنما يظهر عند السقوط كما بينا، وإذا سقط حائط إنسان بعد الإشهاد فعثر إنسان بترابه فمات ضمنه صاحب الحائط، ولو عثر بهذا القتيل رجل فمات لم يضمن القتيل الثاني؛ لأن تفريغ الطريق عن التراب واجب عليه؛ لأنه ملكه وليس عليه تفريغ عين القتيل وإنما يجب ذلك على أولياء القتيل الثاني ولم يوجد الإشهاد عليهم، ولو كان مكان الحائط جناح ضمن القتيل الثاني أيضًا؛ لأنه بنفس وضع الجناح صار جانيا والوضع فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فيكون حصول القتل في الطريق مضافا إلى فعله فيجب عليه تفريغ الطريق عنهما، فإذا لم يفرغ صار جانيا، وفي الحائط لم يوجد منه الفعل وإنما جعل كالفاعل بترك البعض فيظهر ذلك في حق القتيل الأول ولا يظهر في حق القتيل الثاني بفعله فلا يجب عليه تفريغ الطريق عن القتيل الثاني.

ألا ترى لو باع بعض الجناح ولم يرفعه حتى عثر به إنسان ضمن البائع وفي نقض الحائط بعد البيع لا يضمن، ولو سقط الحائط على حائط آخر لإنسان آخر فسقط الثاني على رجل فقتله ضمنه صاحب الحائط الأول، ولو عثر أحد بتراب الحائط الثاني فتلف لم يكن على أحد فيه ضمان؛ لأن في الأول جانٍ بترك التفريغ فجعله كأنه ألقاه بيده على الحائط الثاني فما تلف بسبب هذا السقوط يكون مضافا إليه كأنه باشره بيده، ألا ترى أنه ضامن قيمة الحائط الثاني لصاحبه وفي الثاني لم يصر جانيا بترك التفريغ؛ لأن التفريغ يصرف في ملك الغير وليس له ولاية التصرف في ملك الغير ولا ضمان على الثاني أيضًا؛ لأنه لم يوجد الإشهاد عليه، وكذلك لو كان الحائط لرجلين وقد أشهد عليهما فهذا حكمه؛ لأنه أشهد على الثاني مقصودا وهذا سقط حائطه تبعا لسقوط حائط الأول لا بنفسه فلم يكن السقوط على الوجه الذي أشهد عليه، ألا ترى فيما تقدم إذا أشهد عليه تبعا وسقط الحائط مقصودا إذا عثر به إنسان لا يضمن؛ لأن السقوط مقصودا غير السقوط تبعا فكذا هذا، وإذا نام عبد على الطريق فأعتقه مولاه ثم عثر به إنسان فعطب كانت ديته على عاقلة مولاه؛ لأن الجلوس والنوم في الطريق فعل مستدام، ألا ترى أنه تصرف فيه بالمدة يقال

جلس يوما ونام يوما فيكون استدامته بعد العتق له حكم الإنشاء فصار كما لو أنشأ القتل خطأ بعد العتق، ولو جلس العبد في الطريق فعثر هو فانكسرت رجله أو اندقت عنقه وصار بحال لا يقدر على أن يبرح من مكانه ذلك ثم أعتقه مولاه ثم عثر به إنسان فمات يضمن المولى قيمة العبد لورثة المقتول العاثر بالعبد؛ لأن الاستدامة بعد العتق إنما تجعل له حكم الإشهاد إذا كان يمكنه الترك والإنشاء وهنا لا يمكنه الترك فلم يبق مختارا بين إنشاء الفعل وتركه فلم يصر مستهينا للجناية بعد العتق فصار مسببا للجناية قبل العتق كالجلوس في الطريق؛ لأنه مباح مقيد بشرط السلامة عن العبرة الشاغلة للطريق، فإذا لم يسلم لم يكن مباحا وجناية العبد توجب على المولى الدفع أو الفداء وقد تعذر الدفع للمعتق وتعذر الفداء؛ لأنه لم يصر به مختارا للدية؛ لأنه ما كان عالما يعتريه فيجب عليه قيمته وهو بمنزلة حجر رمي به العبد في الطريق، ولو أوقف دابة على الطريق فعطب بها إنسان بعد عتقه فعلى المولى ضمانه؛ لأنه بإيقاف الدابة في الطريق صار جانيا، فإنه يحول بين المارة والمرور في ذلك المكان وبعد العتق لم يكن متمكنا من تحويل الدابة؛ لأنها ملك مولاه فلم يملك تحويلها بدون إذن المولى فاعتبرت حالة الإيقاف، وإذا أشهد على وصي الميت في حائط اليتيم فكبر الصبي ثم سقط فلا ضمان على أحد؛ لأنه زال تمكن الوصي من هدم الحائط ببلوغ الصبي فبطل حكم الإشهاد، كما لو باع الحائط والإشهاد على الوصي ليس بإشهاد على الصبي حقيقة بل هو بمنزلة الإشهاد عليه ما دام ولايته باقية وقد زالت الولاية بالبلوغ فبطل حكم الإشهاد في حق الصبي. [والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب][1].

(باب جناية الراكب)

(**المبسوط**): أصله: أن السير في ملك نفسه مباح مطلقًا وما تلف به تسبيبًا لا يكون مضمونًا وما تلف به مباشرة بالوطء عليه يكون مضمونا عليه؛ لأنه غير متعدٍّ في التسبب والمتسبب إذا لم يكن متعديا لا يضمن والمباشر ضامن سواء كان

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

متعديا أو لا كالنائم إذا انقلب على مال إنسان حتى تلف والسير في الطريق مباح مقيد بشرط السلامة فما تولد من سيره مما يمكن الاحتراز عنه فهو مضمون وفيما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون.

ثم المسائل على ثلاثة أقسام: أما إن كان راكبا في ملكه أو في ملك غيره أو في الطريق، فإن كان راكبا في ملكه والدابة تسير فما تولد من سيره لم يضمن إلا في وطء الدابة؛ لأنه تصرف في ملكه ولا يتقيد بشرط السلامة كما لو حفر في ملكه إلا أن وطء الدابة بمنزلة فعله فحصول الهلاك بثقله؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف فكأنهما وطئاه جميعا والواطئ مباشر المتلف ضامن، وإن لم يكن متعديا فيها، ولهذا يجب على الراكب الكفارة، وإن كان راكبا في ملك غيره، فإنه يضمن ما جنت دابته كيف ما كانت واقفة أو سائرة وطئت أو نفحت أو كدمت؛ لأنه متعدٍّ في التسبب؛ لأنه ليس له إيقاف الدابة ولا يسيرها في ملك الغير والمسبب يضمن إذا كان متعديا، وإن كان راكبا في طريق المسلمين لا يخلو إما أن كانت الدابة واقفة أو سائرة، فإن كانت واقفة يضمن وطئت برجلها أو كدمت بفمها أو نفحت أو ضربت بذنبها وكذا ما عطب تبولها وروثها؛ لأنها بإيقاف الدابة على الطريق صار مسببا للتلف، فإنه متعدٍّ في هذا التسبب؛ لأنه ليس له شغل الطريق والوقوف؛ لأن الطريق للمرور والعبور لا للإيقاف والإيجاف والتحرز عن ذلك ممكن بالترك فصار مباحا مقيدا بشرط السلامة.

ولو أوقفها لتبول أو تروث فعطب إنسان بروثها أو بولها لم يضمن؛ لأن التحرز عن ذلك متعذر متعسر؛ لأن الدابة لا تروث ولا تبول إلا بعد الوقوف غالبا فجعل ذلك عفوا لئلا يكون فيه حرج، فأما الإيقاف لحاجة نفسه فالتحرز عنه ممكن بترك الإيقاف فيصير متعديا في التسبب إلى الإتلاف، وكذلك لو وقف بدابته على باب المسجد فهو بمنزلة الطريق؛ لأنه من جملته والسير مأذون في الطريق دون الوقوف والإيقاف، فإن جعل الإمام للمسلمين عند باب المسجد موضعا لوقوف دوابهم فما حدث من الوقوف غير مضمون؛ لأنه مأذون فيه ولكن لو ساق الدابة أو قادها لو سار فيه على الدابة ضمن؛ لأن الإذن في حق الوقوف لا يعتبر فبقي

السير على ما كان مقيدا بشرط السلامة وعلى هذا وقوف الدواب في سوق الخيل والدواب؛ لأن ذلك مأذون من جهة السلطان.

وكذلك الفلاة وطريق مكة إذا كان وقوف الدابة في غير المحجة في ناحية منه؛ لأن هذا مما لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه إلى الإذن، وإن وقف في المحجة فهو كالوقوف في الطريق؛ لأن ذلك مما يضر بالناس، وإن كانت سائرة وهو راكب عليها أو قائدا أو سائقًا فأوطأت دابته برجلها أو بيدها أو كدمت بفمها أو صدمت بصدرها فهو ضامن؛ لأنه يمكنه التحرز والتحفظ عنه بإبعاد الدابة عن التلف وإبعاد المتلف وينحّيه عن الدابة؛ لأنه يكون في مرأى عينه وإن نفحت برجلها أو بذنبها لم يضمن خلافا للشافعي؛ لأنه لا يمكنه التحفظ والتحرز عنه؛ لأن النفحة تكون خلقة لا بين عينيه فلا يمكنه إبعاد الدابة عن المتلف ولا إبعاد المتلف عن الدابة فلم يصر متعديا في النفحة، وكذلك السائق والقائد؛ لأن سير الدابة مضاف إلى السائق والقائد كما يضاف إلى الراكب فلزمه الحفظ عما يمكنه التحفظ عنه ووضع عنه ما لا يمكنه التحرز والتحفظ عنه وأما السائق هل يضمن النفحة؟ قال مشايخ العراق وإليه ذهب القدوري: إنه يضمن؛ لأن النفحة تكون بين عيني السائق فيمكنه التحرر عنه بإبعاد المتلف عن الدابة.

وقال مشايخ خراسان: لا يضمن؛ لأنه لا يمكنه التحرز والتحفظ عنه، لأنه ليس على رجل الدابة شيء يمنع الدابة عن النفح بخلاف الكدم؛ لأنه يمكنه منع الدابة من الكدم بكبح اللجام متى أراد الكدم والرديف كالراكب؛ لأن السيرورة مضافة إليهما فحصل التلف بفعلهما وعلى الراكب الكفارة ولا كفارة على السائق والقائد؛ لأن ثقل الراكب على الدابة اتصل بالقتيل فصار مباشرًا للقتل بمنزلة الرامي وفعل السائق والقائد لم يتصل أثره بالقتيل بل فعلهما بسبب فالمسبب للقتل لا كفارة عليه كحافر البئر وواضع الحجر؛ لأن التسبب ليس بقتل حقيقة والدافع في البئر أو على الحجر الكفارة؛ لأنه مباشر للقتل.

قال محمد: الراكب والقائد والسائق سواء في الضمان قيل أراد به حالة الانفراد. فأما حالة الاجتماع لا يضمن السائق مع الراكب وما وطئت الدابة؛ لأن الراكب

مباشر والسائق والقائد مسبب، ولهذا وجبت الكفارة على الراكب دون السائق والقائد والمسبب لا يضمن مع المباشر كالحافر مع الدافع قال مشايخنا: هذا لا يصح؛ لأنه ذكر محمد بعد هذا الراكب إذا أمر بنخس الدابة فنخست فوطئت إنسانا فالضمان عليهما نصفان وعلل وقال؛ لأن الناخس سائق والآجر راكب فقد تبين أن الناخس والراكب في الضمان سواء وذلك أن الركوب والسوق كل واحد منهما عامل في الإتلاف حالة الانفراد والسبب إذا كان يعمل في الإتلاف بانفراده كالمباشرة يضاف التلف إليهما حالة الاجتماع إذ أحدهما ليس بأولى بأن يضاف التلف إليه من الآخر بخلاف الحافر مع الدافع؛ لأن الحفر لا يعمل في التلف إلا بالمباشرة وهي الدفع؛ لأن الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما إلا بالدفع والتسبب إذا كان لا يعمل في الإتلاف بدون المباشرة يضاف التلف إلى المباشرة وهو الدفع دون التسبب وهو الحفر.

وإن رمت بحوافرها فرمت أحجارا صغارا أو أثارت غبارا فأفسد متاعا لا يضمن؛ لأنه لا يمكنه التحرز عنه في الحجر الكبير يضمن؛ لأن ذلك لا يكون إلا بالعنف في السير فيمكن الاحتراز عنه فصار بالتقصير متعديا، وقيل: لو عنف على الدابة ضمن ذلك كله لتعديه، وكذلك لو راثت أو بالت أو سال لعابها لا يضمن.

ولو وقع لجام الدابة أو سرجها أو حملها على شيء آخر فقتله يضمن؛ لأنه يمكنه التحفظ والتحرز عن السقوط بأن يشده على الدابة وكان السقوط لتقصير منه في الشد وكان متعديا في التسبب كمن وضع حجرا على قارعة الطريق فتعقل به إنسان، وعلى هذا الجمال إذا سقط حمله على الطريق فأفسد منه شيئًا يضمن.

ولو نفرت الدابة أو انقلبت منه فما أصاب من فورها لم يضمن؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ**"[1]؛ لأنه لا صنع له في الانقلاب ولا يمكنه حفظ الدابة عنه.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٦٠ (١٤٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٩/١٥ (٦٩١٢) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: حدثنا الليث. و«مسلم» ٥/١٢٧ (٤٤٨٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن =

(النوادر): رجل شد دابته في الطريق ثم باعها وقال للمشتري: قد خليتك وإياها فاقبضها فهذا قبض؛ لأن التخلية هي التمكين من القبض وقد وجد، فإن جنت الدابة في وثاقها فالضمان على البائع، وإن زالت في وثاقها عن الموضع لم يبرإِ البائع من الضمان؛ لأنه هو الذي جنى وتعدى بربط الدابة والمشتري ما صنع في الطريق شيئًا فلم يوجد بضمانه، وإذا أذن الرجل للرجل أن يدخل داره وهو راكب فدخلها فوطئت دابته على شيء يضمن، وإن كان قائدًا أو سائقًا لم يضمن؛ لأن الراكب مباشر للإتلاف والمباشر يضمن، وإن لم يكن متعديا والإتلاف لا يدخل تحت الإذن بالدخول فيضمن في الحالين والقائد والسائق مسبب للإتلاف وهو غير متعدٍّ فيه؛ لأنه مأذون بالدخول.

=

سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي ١٢٨/٥ (٤٤٨٦) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، وعبد الأعلى بن حماد، كلهم عن ابن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا إسحاق، يعني ابن عيسى، قال: حدثنا مالك. و«ابن ماجه» (٢٥٠٩) قال: حدثنا محمد بن ميمون المكي، وهشام بن عمار، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٠٨٥ و٤٥٩٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٦٤٢ و١٣٧٧م) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث بن سعد. و«النسائي» ٤٥/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٨٦) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. وفي ٤٥/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٨٨ و٥٨٠٣) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي «الكبرى» (٥٨٠٢) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٦) قال: حدثنا عبد الله بن إسحاق الجوهري، قال: حدثنا أبو عاصم، عن مالك بن أنس. و«ابن حبان» (٦٠٠٥) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٦٠٠٦) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد. وفي (٦٠٠٧) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا ليث.

خمستهم: (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، وعبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، وسفيان بن عيينة، والليث بن سعد) عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، فذكراه.

(باب جناية الناخس)

(**المبسوط**): وإذا نخس دابة راكب فقتلت رجلًا ضمن الناخس دون الراكب وذلك مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما؛ لأنه بالنخس تسبب للتلف؛ لأن عادة الدابة النفحة والوثبة عند النخس والراكب مضطر في ذلك فسقط اختياره فيه وإنما يضاف سير الدابة إلى راكبها إذا كانت تسير باختياره وهنا لما انسلب اختياره وحصل اضطراره لم تصر سيرورة الدابة مضافة إلى الراكب فلم يصر متلفا فصار الناخس وحده مسببا للتلف فنزل الراكب من الناخس بمنزلة الماشي من الحافر وإنما يجب الضمان في فورها من النخسة؛ لأنها إذا سكنت من فورها انقطع أثر النخسة فلا يضاف التلف إليها، ولو قتلت الدابة الناخس فلا شيء كحافر البئر وقع في البئر، فإن أمره الراكب بالنخس لها يضمن الراكب إلا ما نفخت برجلها وهي تسير؛ لأنه صح الأمر؛ لأنه أمره بالتصرف في ملكه فصار الفعل مضافا إلى الآمر، ولو نخس الآمر بنفسه لاستخراج السير فنفحت إنسانا لا يضمن ويضمن في غير النفحة لما مر، ولو وطئت رجلًا فالضمان عليهما إن وطئت في فور النخس؛ لأن الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس فيكون مضافا إليهما، ولو نفرت من حجر وضعه رجل على الطريق فالواضع بمنزلة الناخس؛ لأن الوضع تسبب لنفرة الدابة ووثبتها ونفحتها كالنخسة والله أعلم.

(باب جناية القطار)

(**المبسوط**): وقائد القطار في الطريق يضمن أوله وآخره؛ لأنه تسبب إلى التلف؛ لأن عليه ضبطه وصونه عن الوطء والصدمة والقطار، وإن كان عظيمًا لا يمكنه ضبط آخره إلا أنه من حقه أن يقود مقدار ما يمكنه ضبطه وصيانته عن الوطء والصدمة وزمام القطار متصل بعضها ببعض فينقاد الآخر بقيادة أولها فصار قائدا للكل، وإن كان معه سائق فالضمان عليهما؛ لأن أحدهما قائد للكل والآخر سائق للكل بحكم الاتصال؛ لأن زمام بعضها متصل بالبعض فيكون سوق البعض سوقا للكل، وإن كان له سائقان ضمنا.

وإن كان ثالث وسط القطار ضمنوا أثلاثًا يريد به إذا كان الآخر يمشي من جانب القطار يسوقه فيكون سوق البعض كسوق الكل بحكم الاتصال، فإن كان السائق اثنين والقائد واحدًا، فإن كان وسط القطار أخذ بزمام بعير فما أصاب مما خلفه فضمانه عليه خاصة؛ لأن الأول ليس بقائد لما خلفه وما أصاب مما قتله فالضمان عليهما؛ لأن السائق لوسط القطار سائق لما قبله والأول قائد له فصار في الحاصل قطاران أحدهما سائق وقائد والآخر قائد وليس له سائق فما أصاب القطار الأول فهو على السائق والقائد وما أصاب من القطار الثاني فعلى قائده.

ولو كان راكبا وسط القطار لا يضمن ما بين يديه؛ لأنه غير سائق وقائد له وهو معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذي لا يضمن هو عليه وما خلفه لأنه قائد لما ركب عليه ولما خلفه والقائد لأول القطار قائد للكل، ولو كان على القطار فحامل فيها إنسان نائم وغير نائم، فإن كان منهم السوق والقود فهم كالسائق والقائد، وإن لم يكن منهم فعل في السوق والقود فهم كالمتاع ولا شيء عليهم.

ولو ربط رجل بعيرًا في قطار ولا يعلم السائق والقائد بذلك ضمنا ويرجعان على الرابط؛ لأن التلف اتصل بالقيادة ولم يتصل بالربط وكان القائد من الرابط ينزل منزلة المباشرة مع المسبب ويرجعان على الرابط ولم يفصل في (**المبسوط**).

وفي رواية عن أصحابنا في غير هذ الكتاب أنهم فصَّلوا إن ربط بالقطار حال ما يسير القطار يرجعان على الرابط؛ لأنه في حالة السير أمره بقيادة بعيره دلالة، فإذا لحقه ضمان بسبب القيادة على وجه لا يمكنه صيانة بعيره عن الإتلاف متى لا يعلم القائد بالربط كان قرار الضمان على الرابط، وإذا علم بالربط أمكنه التحفظ عن الإتلاف فلا يرجع، وإن كان ربط بالقطار حال وقوفها لا يرجعان؛ لأنه قاد بعير الرابط بغير أمره بالقيادة صريحا ودلالة والله أعلم.

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

(**المبسوط**): أرسل الرجل الدابة في الطريق ضمن ما أتلفت في وجهها ذلك؛ لأن الإرسال بمنزلة السوق؛ لأن الدابة إنما سارت وذهبت بإرساله فيكون سيرها

مضافا إلى إرساله ما دامت تسير في وجهها، فإن عطفت يمينًا أو شمالًا، فإن لم يكن لها طريق إلا ذلك فالضمان على المرسل؛ لأن حكم الإرسال قائم؛ لأنها انعطفت لضرورة الانعطاف في الطريق والانعطاف بقدر لا يقطع حكم الإرسال كالكلب إذا انعطف يمينًا وشمالًا لانعطاف الصيد، وإن كان لها طريق آخر لا يضمن؛ لأنها انعطفت باختيارها مع إمكانها المضي في فورها وذلك لا يقطع الإرسال كالكلب إذا انعطف غير انعطاف الصيد فأخذه لا يحل فيصير كالمنقلبة.

ولو وقفت الدابة ثم سارت خرج السائق من الضمان؛ لأنه بالوقوف انقطع أثر الإرسال فينقطع الإرسال بخلاف الكلب إذا وقف ثم أخذ لا ينقطع الإرسال؛ لأنه إنما وقف ليتمكن من أخذ الصيد فيحصل مقصود صاحبه في الإرسال فيكون الوقوف لتقرير حكم الإرسال فلا يقطع الإرسال وهنا بالوقوف يفوت مقصود صاحبه في الإرسال وهو الوصول إلى الرعي أو غيره فكان قاطعا للإرسال، فإن ردها راد لم يرتد ومضى في وجهه فالضمان على المرسل؛ لأنه نفى الإرسال الأول، فإن ارتد ثم وقف ثم سارت فلا ضمان على أحد؛ لأن الإرسال قد انقطع لما ارتد ورجع والرد قد انقطع بالوقوف؛ لأن الرد إرسال من الراد والإرسال ينقطع بالوقوف، وإذا ارتد ولم يقف ومضى في وجهه فأصاب شيئًا ضمن الراد؛ لأنها سارت برده فما دام يمضي في وجه الرد يكون الإرسال مضافا إليه، ولو دخل رجل إلى ملك رجل فعقره كلبه أو دابته هدر دمه بإذنه دخل أو بغير إذنه بإمساك الدابة والكلب وإرساله في ملكه غير متعدّ في السبب.

(**الجامع الصغير**): أرسل بهيمة أو كلبا وكان لها سائقا فأصابت في فورها طيرا مملوكا ضمن، وإن أرسل طيرا أو كان له سائقا لم يضمن؛ لأن البهيمة والكلب يحتمل السوق ويكون لها سائق وقائد ولا يكون للطير سائق؛ لأنه لا يحتمله فهدر سوقه، وكذلك لو أرسل الكلب ولو يكن له سائق فأصاب في فوره لم يضمن؛ لأن الكلب عامل باختياره وعمل البهيمة هدر؛ لأنه إلى المرسل في حق إباحة الصيد لحاجة ولا حاجة في حق التعدي فلا يضاف تعديه إلى المرسل، وكذلك لو أشلى كلبا على رجل حتى عقره ومزق ثيابه ولم يكن سائقا لم يضمن إلا أن يريد به أن يكون خلفه، وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في أموال الناس في هذا كله.

وذكر الفقيه أبو الليث في (**الجامع الصغير**): أنه إذا أرسل بهيمة ولم يكن سائقا فأصابت في فورها إنسانا يضمن المرسل؛ لأنه إذا أرسلها ولم يكن خلفها فما دام في فورها وكأنه خلفها ولكن نص هاهنا إذا أرسل كلبا ولم يكن سائقا فأصاب في فورها أنه لا يضمن، ونص في الزيادات أنه يضمن ولكن أشار إلى الإرسال بمنزلة السوق فكان هذا مؤيدا لقول الفقيه أبي الليث وعليه الفتوى.

(**النوادر**): وفي نوادر ابن رستم: لو أرسل بازيا على دجاجة فأخذها فأكلها البازي فلا ضمان عليه، ولو أرسل كلبًا على شاة لرجل فأكلها الكلب ضمن المرسل ولا يشبه البازي؛ لأنه يكون للكلب سائق وقائد ولا يكون للبازي سائق. أرأيت لو أرسل الزنابير على إنسان فجعلت تعضه وتعض الناس أكان يضمن المرسل لا فكذا هذا والله أعلم بالصواب.

(باب الجناية والحفر في الطريق والمسجد)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في وقوع الواحد في البئر.

والثاني: في وقوع الجماعة فيها.

والثالث: في الحفر وما يصنع في المسجد.

(فصل)

ولو حفر بئرًا فلا يخلو إما أن حفر بنفسه أو بأجيره، ولا يخلو إما أن حفر في الطريق أو في فناء داره، فإن حفر بنفسه في الطريق فوقع فيها إنسان ومات ضمن الحافر ديته؛ لأنه متسبب إلى التلف؛ لأن الحفر وتعميق الأرض أزال المسكة عن الماشي فقد اتصل أثر فعله بالواقع وهو التعميق والتزليق وزوال المسكة والعلقة فصار كما لو حفر تحت رجل واقف حتى وقع فيه فكان الحفر سببًا إلى الإتلاف وهو متعدٍّ فيه؛ لأنه غير مأذون بالحفر في الطريق.

والماشي وإن كان مباشرا للإتلاف؛ لأن مشيه وفعله حصل في مكان عميق إلا

أنه غير متعدٍّ فيه؛ لأن المشي في الطريق مباح له فكان إضافة التلف إلى الحافر المتعدي حتى لا يهدر دمه ويكون زجرًا له أولى من إضافته إلى المباشر المحق وفيه إهدار دمه حتى لو علم الماشي بالبئر لا يضمن الحافر؛ لأن الواقع صار متعديا في المباشرة وكان إضافة التلف إلى المباشرة أولى؛ لأن الحفر إنما عمل في الإتلاف بواسطة المباشرة، وإن حفر في فناء داره إن كان له حق الحفر في القديم لا يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ في التسبيب، وإن لم يكن أخفى الحفر وكان للعامة أو كان مشتركا، فإن كان في سكة غير نافذة يضمن؛ لأنه متعدٍّ فيه وإن حفر أجير له في الطريق وعلم أنه طريق المسلمين بأن كان مشهورا يعرفه كل أحد ضمن الأجير؛ لأنه علم أنه لم يصح أمره؛ لأنه أمره بالحفر في ملك الغير فصار وجود الآمر وعدمه بمنزلة فصار حافرا بغير آمره كما لو أمره بذبح شاة غيره، وإن لم يعلم بذلك ضمن الآمر؛ لأن أمره قد صح من حيث الظاهر، فإن الظاهر من حال المسلم العاقل أنه إنما يأمره بالحفر في ملكه فالأجير اعتمد أمرًا ظاهرًا يبيح له الحفر فلم يكن متعديا في الحفر فصار فعله مضافا إلى الآمر فصار حفره كحفر الآمر والآمر عالم أنه طريق العامة فكان متعديا في الأمر بالحفر وكان مسببًا للتلف متعديا فيه وإن حفر في فنائه ضمن الآمر ولم يضمن الأجير؛ لأنه صح الأمر؛ لأن الفناء كالمملوك لصاحب الدار، فإن له الانتفاع بالفناء من الفناء الطين والحطب وربط الدابة والقعود عليه وبناء الأماكن فيه ولكنه مقيد بشرط السلامة، ولو كان الأجراء أربعة فوقع عليهم من حفرهم فقتل واحدا ضمن الثلاثة كل واحد ربع الدية فهدر ربع الدية؛ لأن الأجراء مباشرين للإتلاف؛ لأن البئر إنما انهارت عليهم من حفرهم وكان كما لو استأجر أجراء لهدم حائطه فسقط حالة الهدم شيء من أبنيتهم على إنسان ضمن الهادم؛ لأنه مباشر فكذا هذا والأمر مسبب والضمان على المباشر دون المسبب فقد تلف المقتول بجنايته وبجناية ثلاثة من أصحابه وجنايته مهدورة وجناية أصحابه معتبرة فصار كما لو جرح نفسه وجرحه ثلاثة ضمنوا ثلاثة أرباع الدية فكذا هذا.

ولو حفر رجل بئرا في طريق ثم حفر رجل آخر في أسفلها فوقع فيها رجل ضمن الحافر الأول قال محمد: وهذا قياس وبه نأخذ؛ لأن بحفر الأول وقع فيها لا بتعميق الثاني؛ لأن الأول دافع له بالحفر كأنه حفر ما تحت قدميه حتى سقط فيه فيعتبر كما لو أخذه بيده وأوقعه فيه ضمن، وإن كان لولا تعميق الثاني عسى لا يموت الواقع وصار كما لو حفر بئرا ووضع آخر في البئر سلاحا فوقع إنسان فيها على السلاح ومات ضمن الحافر دون الواضع، وإن كان لولا وضع السلاح في البئر لا يموت الواقع؛ لأن الحافر دافع للواقع في البئر؛ لأن بالحفر وقع فيه لا بالوضع، ولو وسع رجل رأسها فالضمان عليهما قال الفقيه أبو جعفر: هذا إذا وسع قليلا مقدار ما يضع الواقع رجله في حفرهما؛ لأن قدم الواقع متى لاقى حفرين صار بالحفر كأنهما له دافعان فيكون الضمان عليهما نصفين، وإن وسع كثيرًا بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع في حفر الثاني دون الأول فلا ضمان على الثاني؛ لأن الثاني كأنه هو الدافع للواقع دون الأول، وإن كان بحيث يجوز أن يكون وضع القدم ملاقيا للحفرين فالضمان عليهما نصفين كما في مسألة الميراث.

ولو سدها الحافر بطين أو تراب ففرغها آخر ضمن الثاني؛ لأن الأول لمّا كبس البئر بما يكبس به فقد زالت جنايته بالكبس وانعدم أثر البئر بالضم وعادت إلى الأرض كما كانت في القدم والثاني في الحفر صار متعديا فضمن كما لو وضع حجرا على الطريق فنحّاه آخر عن موضعه فتعقل به إنسان ضمن الثاني فكذا هذا.

ولو سدها الأول بطعام أو نحوه فاحتفرها الثاني كان الضمان على الأول؛ لأن هذا لا يعد كبسًا وطمًّا؛ لأن اسم البئر بقي على حاله؛ لأنه يقال بئر مملوءة بالطعام وجنايته كانت بحفر البئر وقد بقي البئر فبقي الحكم المتعلق به إلا أن كبسه بالحنطة كان مانعا من السقوط بعد وجود سبب الإتلاف وهو الحفر، فإذا زال المانع من السبب فرفع الثاني فضمان التلف إلى السبب لا إلى زوال المانع كمن رمى سهما إلى إنسان وعلى المرمي إليه ترس تترسه فجاء آخر ونزع الترس منه حتى أصابه السهم ومات ضمن الرامي دون النازع؛ لأنه أزال المانع من التلف ولم يحدث تلفًا فكذا هذا. وكذا إذا شدَّ رأسها فاستوهنها فنقض آخر ذلك فالضمان على الأول.

ولو تعقل رجل بحجر فوقع في هذه البئر ضمن واضع الحجر دون الحافر، فإن كان لم يضعه أحد ضمن الحافر؛ لأن واضع الحجر صار دافعا للواقع بوضع الحجر فصار مباشرا للتلف، ومتى كان الحجر راسخا في الأرض صار الحجر دافعا للواقع إلا أن الحجر لا يوصف بالتعدي فلا يكون متعديا في المباشرة، والحافر متعدٍّ في السبب والمباشر مع المسبب إذا اجتمعا، والمسبب متعدٍّ دون المباشر فالضمان على المسبب كما بينا.

ولو وضع الحجر في أسفلها أو الحديدة فقتل الساقط ضمن الحافر كما بينا والقول للحفار أنه أسقط نفسه ما لم يقم بينة بخلافه؛ لأن ورثة الواقع يدّعون عليه ضمانا والحافر منكر فيكون القول له؛ لأن فراغ ذمته عن الحقوق أصل والشغل عارض والظاهر، وإن كان شاهدا للورثة؛ لأن الظاهر أن العاقل لا يلقي بنفسه في البئر ولكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب النظر إلى الدعوى والإنكار.

ولو استأجر رجل حرًّا وعبدًا محجورًا عليه ومكاتبًا فحفروا فقتلهم الحفر لم يضمن المستأجر إلا قيمة المحجور لمولاه؛ لأن استئجار الحر والمكاتب جائز وليس بجناية وإنما صار قتلا بفعل نفسه وهو انهيار حفرة عليه واستئجار المحجور غير جائز وقد استعمل عند غيره بغير إذنه فصار غاصبا وقد تلف في يده فتجب قيمته للمولى ويرجع فيها ورثة الحر بثلث الدية وورثة المكاتب بثلث قيمته؛ لأن كل واحد منهما صار مقتولا بجنايته وبجناية صاحبه عليه فصار ثلثا كل واحد منهما تالفا بجناية العبد وجناية العبد تتعلق برقبته ما دام قائمًا، فإذا هلك وأخلف بدلا يتعلق ببدل رقبته ثم يرجع المولى على المستأجر بما أخذوا منه؛ لأنه استحق عليه ما قبضه بسبب كان عند المستأجر وهو الجناية فيصير كأنه لم يقبض ذلك ويرجع ورثة المكاتب على العاقلة الذي للحر بثلث قيمته؛ لأن ثلثه تلف بجنايته ويرجع المستأجر على عاقلة الحر بثلث قيمته؛ لأن ثلثه تلف بجنايته ويرجع المستأجر على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد أيضًا؛ لأنه بأداء الضمان ملكه من حين الغصب فقد حصلت الجناية من الحر على ثلث عبد المستأجر يضمن ويرجع المستأجر أيضًا بثلث قيمة العبد على أولياء الحر وبثلث الدية في تركة المكاتب بقدر قيمته؛ لأن

المكاتب أتلف ثلث الحر وثلث العبد، فإن كان في قيمة المكاتب وفاءً بحقين يأخذ كل واحد منهما كمال حقه ولا يضرب كل واحد بقدر حقه في القيمة.

ولا يجوز حفر الرجل في فنائه عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا لم يضر بغيره.

ويجوز الحفر في مفازة في غير الطريق ولا يتعلق به الضمان؛ لأن له الانتفاع والارتفاق بهذا الموضع من حيث النزول عليه وضرب الفسطاط عليه من غير شرط السلامة؛ لأنه ليس فيه إبطال حق المرور للناس وكان له الارتفاق به من حيث الحفر إما للطبخ أو لاستقاء الماء وحفر النهر مثل حفر البئر.

ولو جعل قنطرة على نهر بغير إذن الإمام فيعمد إنسان المرور عليها أو دابة فانخسف أو تعقل به فمات فلا ضمان على صاحب القنطرة؛ لأن هذا السبب طرأ عليه بالمباشرة وهي المشي على القنطرة والخشبة مختارا مع العلم بها فيضاف التلف إلى المباشرة دون التسبب كما لو تعمد المشي على بئر محفورة أو على خشبة موضوعة في الطريق، وإن لم يعلم بها ضمن.

وروي عن أبي يوسف: إذا كان النهر عاما لجماعة المسلمين فلا ضمان على واضع القنطرة، وإن لم يعلم بها؛ لأنه أقام خشبة قنطرة؛ لأن نصب القنطرة ثبات عليه وللناصب فيه حق ولم يبطل على غيره حق المرور بل إحياء هذا الحق بما صنع؛ لأنه لا يمكن المرور إلا بالقنطرة فلا يضمن بما تولد منه كما لو بسط الحصير في المسجد.

وجه ظاهر الرواية: أن الحق في نصب القناطر والجسور على الأنهار العظام للإمام وقد أبطل الناصب هذا الحق على الإمام بغير إذنه وكان فعله جناية بهذا الاعتبار، وإن كان أقام خشبة باعتبار أنه إحياء حق المرور بما صنع فهذا كمن حفر بئرًا في طريق العامة ليسقي منها المارة فوقع فيها إنسان ضمن، وإن كان أقام خشبة؛ لأنه حياته من حيث إنه أبطل حق المرور على الناس وأبطل الرأي والتدبير على الإمام وكان متعديا في التسبب إلى التلف فضمن بخلاف بسط الحصير في المسجد؛ لأن التدبير في بسط الحصير لأهل المسجد حتى لو بسط الحصير واحد من غير أهل المحلة يضمن، وحكي أن واحدا من الفقهاء نصب قنطرة على نهر

العامة فعطبت بها دابة فخاصمه صاحب الدابة فقال إنك وضعت هذه القنطرة بغير إذن الإمام وقد عطبت بها دابتي فعليك ضمانها فقال الفقيه: بل ضمان قنطرتي عليك لأني إنما نصبت هذه القنطرة لمرور الناس عليها دون دوابهم وأنت مررت عليها بدابتك فأفسدتها فلي عليك ضمانها فتحير الرجل وترك خصومته.

ومن حفر أو وقف أو بنى في الطريق في سوق العامة بإذن السلطان لم يضمن؛ لأن حفره بإذن السلطان كحفر السلطان بنفسه.

وإن حفر السلطان بنفسه لم يضمن؛ لأن التدبير والرأي في إصلاحه وعمارته إليه كأهل المسجد إذا حفروا بئرا في المسجد.

(فصل)

ولو وقع ثلاثة في بئر تعلق كل واحد بآخر فماتوا، فهو على **ثلاثة أوجه**: إما أن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض، أو ماتوا من وقوعهم ووقع بعضهم على بعض وقد علم كيفية، أو لم يعلم كيف ماتوا.

فإن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض فدية الأول على الحافر؛ لأنه صار دافعا له بالحفر ودية الثاني على الأول؛ لأن الأول صار دافعا للثاني بالمباشرة وهي جره على نفسه والحافر دافع له تسببا بالحفر والضمان يجب على المباشر دون المسبب كالممسك مع القاتل ودية الثالث على الثاني؛ لأنه جره إلى نفسه فصار قاتلا له بالمباشرة، وإن وقع بعضهم على بعض وقد علم ذلك بأن أخرجوا حيا فأخبروه عن حالهم ثم ماتوا فموت الأول لا يخلو من **سبعة أوجه**: إن مات من وقوعه لا غير فديته على الحافر؛ لأنه مات بجنايته، وإن مات من وقوع الثاني عليه فدمه هدر؛ لأنه صار قاتلا بنفسه لما جرّ الثاني فألقاه على نفسه، وإن مات من وقوع الثالث عليه فديته على الثاني؛ لأنه هو الذي جر الثالث وألقاه على الأول فصار الثاني قاتلا للأول، وإن مات من وقوع الثاني والثالث فنصف دمه هدر على الثاني؛ لأن الأول جر الثاني وألقاه عن نفسه والثاني جر الثالث وألقاه على الأول فقد مات بجنايته وبجناية الثاني وجنايته على نفسه هدر وجناية الثاني عليه معتبرة فيهدر

نصف دمه، وإن مات من وقوعه ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر ونصفه هدر؛ لأنه مات بجناية الحافر وبجناية نفسه، وإن مات من وقوعه ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني؛ لأنه مات من جناية الحافر وبجناية الثاني، فإن الثاني جر الثالث وألقاه على الأول، وإن مات من وقوعه ووقوع الثاني ووقوع الثالث عليه فالثلث منه هدر وثلثه على الحافر وثلثه على الثاني؛ لأنه مات بجناية الحافر وبجناية نفسه وبجناية الثاني وجنايته هدر وجناية الحافر والثاني معتبرة. وأما موت الثاني فعلى **ثلاثة أوجه:** إن مات بوقوعه فديته على الأول؛ لأنه صار قاتلا بالمباشرة لما جرّه في البئر، وإن مات من وقوع الثالث عليه فدمه هدر؛ لأنه جره وألقاه على نفسه فقد مات بجناية نفسه، وإن مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه فنصف دمه هدر ونصفه على الأول؛ لأنه مات بجناية الأول وبجنايته على نفسه وهو جره الثالث، وأما موت الثالث: فليس له إلا وجه واحد وهو وقوعه في البئر؛ لأنه لم يقع عليه أحد فديته على الثاني؛ لأنه جره ووقعه في البئر. أما إذا لم يعرف حال موتهم فالقياس أن دية الأول على الحافر ودية الثاني على الأول ودية الثالث على الثاني على عواقلهم وهو قول محمد، وفي الاستحسان ثلث دية الأول هدر والثلث على الحافر والثلث على الثاني ودية الثاني ودية الثالث على الثاني ولم يبين محمد أن الاستحسان قول من، وقال مشايخنا: هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وجه القياس: أن بموت كل واحد منهم سببا ظاهرا فوقوع الأول في البئر سبب ظاهر لموته وجر الأول الثاني ظاهر لموته وكذا جر الثاني الثالث ولا يقطع الحكم عن هذا السبب الظاهر ما لم يثبت سببًا وفي ثبوت سبب آخر وهو وقوع بعضهم على بعض شك واحتمال فوجب أن يعتبر المتيقن ويلغى المشكوك، وجه الاستحسان: أن أسباب الموت قد تحققت وتوالت وترادفت فلا يقطع الحكم عنها ولا يجوز إضافة الموت إلى سبب معين حالة لا شك والاحتمال فيضاف إلى الكل فيجعل الأول ميتا من جناية الحافر ومن وقوع الثاني والثالث عليه؛ لأنه علم بجناية الحافر وعلم وقوع الثاني والثالث عليه فقد ترادفت عليه أسباب الموت فيضاف إلى الكل فما تلف بجناية الحافر ووقوع الثالث عليه معتبر وما تلف بوقوع الثاني عليه

هدر فهدر ثلث دمه والثاني يجعل ميتا بجر الأول وبوقوع الثالث عليه والجناية بوقوع الثالث هدر؛ لأنها حصلت بفعله وهو جر الثالث والجناية بجر الأول معتبرة فيهدر نصف دمه ويجب نصفه على الأول بجره وجنايته عليه والثالث صار ميتا بجر الثاني لا بوقوع نفسه فجميع ديته عليه والله أعلم.

[فصل](١)

وإذا حفر أهل المسجد فيه أو غيرهم بإذنهم أو ألقوا حصا أو علقوا قنديلا لم يضمنوا أو إن فعل ذلك غيرهم بغير إذنهم ضمن عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن. لهما: أن هذه قربة يثاب عليها الفاعل فلا يضمن كأهل المسجد. له: أن الرأي والتدبير لأهل المسجد فيما يرجع إلى مصالح المسجد دون غيرهم فلا يملك الغير التصرف فيه إلا بإذنهم ولهم أن يمنعوه عن ذلك فصار فعلهم مباحا وفعل غيرهم جناية وتعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة، فإذا لم يسلم كان ضامنا كمن وقف في طريق المسلمين يصلح بين الفئتين أنه يضمن ما عطب به، وإن كان متقربا فكذا هذا، ولو قعد رجل في مسجد لحديث أو نام فيه في غير الصلاة ضمن من يعقل به عند أبي حنيفة مثل الطريق، وعندهما: لا يضمن وإن قعد للصلاة أو لتعلم القرآن والعلم ونحوه من الثواب اختلف المشايخ فيه. لهما: أن المنتظر للصلاة في الصلاة حكما والمصلي لا يضمن فكذا المنتظر والقعود في المسجد لا للعبادة مأذون فيه شرعا.

ألا ترى أن أهل الصفّة كانوا يلازمون وينامون في المسجد ويتحدثون بما ليس فيه مأثم ولم يروا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمنعهم من ذلك، ولأن المسجد كما بني للصلاة بني لذكر الله تعالى قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [النور: ٣٦] فقد أقام قربة فيه ولا يتعلق به ضمان؛ لأنه يقعده عن إقامة القربات.

لأبي حنيفة: أن المسجد بني لإقامة الطاعات والقربات فيه لا للقعود وللتحدث والنوم فيه، وإذا نام أو قعد فيه للحديث فقد شغل المسجد بما لم يوضع له ولم

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

يؤذن فيه فما تلف منه يضمن كما لو قعد في الطريق للاستراحة أو للمصالحة بين المسلمين بخلاف ما لو قعد للصلاة أو لإقامة القربة؛ لأنه شغله بما له حق الشغل، فإن المسجد كما بني للصلاة بني لإقامة القربة.

وقال أبو بكر الرازي: بأنه يضمن إذا قعد لغير الصلاة؛ لأن المسجد في الأصل بني للصلاة لا إقامة قربة أخرى بدليل أنه لو ضاق المسجد كان للمصلي أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه إذا كان القعود لغير الصلاة فقد شغل المسجد بما لم يوضع المسجد له في الأصل فيكون مباحا مقيدا بشرط السلامة كالقعود في الطريق للمصالحة ولذكر الله تعالى.

(باب الجناية بالعثر والتسبيب)

(**النوارد**): وإذا مر رجل بنائم فعثر برجله فدق ساقه ثم سقط عليه فاعورت عينه ثم مات الواقع، قال محمد وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: على الواقع أرش رجل النائم ولا شيء عليه في العين، وعلى عاقلة النائم دية؛ لأن رجل النائم انكسرت بفعل الواقع وهو العثر به؛ لأنه مباشر فيه فأضيف ذلك التلف إلى فعله وعين الواقع بفعله وهو فائت وهو السقوط عليه فهدر، وموت الواقع تولد من الوقوع عليه وصدمة النائم وقد استندت إلى سبب هو جان فيه وهو نومه في الطريق ولا جناية للواقع في السقوط عليه فأضيف التلف إلى نوم النائم.

ولو ماتا جميعا فعلى عاقلة النائم دية الواقع وعلى الواقع نصف دية النائم؛ لأن الوقوع عليه فعله ولكنه انبنى على العثرة والعثرة تولدت من جناية النائم فسقط نصفها. رجل أدخل نائما بيته أو مغمى عليه أو صبيا فوقع عليه البيت.

قال محمد: يضمن في الصبي والمعتوه ولا يضمن في النائم والمغمى عليه؛ لأن اليد تثبت على الصبي والمعتوه، ولهذا تثبت الولاية عليهما للأم والوصي فصار غاصبا لهما فأما اليد فلا تثبت على النائم والمغمى عليه والخطاب قائم في حقهما من وجه وهو غير مولٍ عليه فلم يضمن. رجل حفر بئرا في الطريق فوقع إنسان فيها ومات جوعا أو غمًّا لا يضمن عند أبي حنيفة إلا أن يموت من السقوط.

وقال أبو يوسف: إن مات غمًّا يضمن وإن مات جوعًا لا يضمن.

وقال محمد: يضمن فيهما جميعا.

ولو أخذ إنسان وأدخله بيتا وسد عليه الباب حتى مات جوعا أو عطشا لم يضمن عند أبي حنيفة وعندهما عليه الدية.

وقال محمد: لو دفنه حيا في قبر فمات يقتص منه؛ لأنه قتله عمدًا.

لمحمد: أنه سبب إلى التلف؛ لأن الموت حصل بما يتولد من عمق المكان وضيقه وظلمته وبمنع الطعام والشراب عنه فأضيف التلف إليه وذلك حصل بصنعه وكان سببا إلى التلف فيضمن كما لو مات من السقوط.

لأبي يوسف: أن الجوع معنى يحدث في الشخص ليس من آثار فعل الجاني فلا يضاف إليه فأما الغم فأثر جعل الأرض عميقا والمكان ضيقا وذلك من آثار حفره وفعله فيضاف إليه.

لأبي حنيفة: أن فعله سد الباب والحفر وذلك تصرف في الباب والأرض لا في الشخص والموت حصل بالجوع والعطش لا بسد الباب والحفر فيصير هو مانعا عنه أسباب البقاء والضمان إنما يجب بمباشرة أسباب التلف لا بمنع أسباب البقاء كمن رأى آخر يموت جوعا وعنده طعام وشراب فمنعه بخلاف ما لو مزقه أو جرحه الوقوع في البئر؛ لأن أثر فعله وهو العمق والضيق أثر في نفس الواقع فصار مسببا للتلف.

(باب دية الجنين)

(**المبسوط**): وإذا ضرب امرأة حرة فألقت جنينًا ميتًا فعليه فيه الغرة وهي عبد أو أمة قيمتها خمسمائة درهم ذكرا كان أو أنثى إن شاء دفعه، وإن شاء قيمته.

والقياس أن لا يجب شيء لاحتمال أنه كان ميتا مضغة لم تنفخ فيه الروح فوقع الشك في وجوب الضمان فلا يجب بالشك.

وجه الاستحسان: ما روى أسامة ابن الهذلي قال: إن إحدى الضرتين ضربت بطن الأخرى بعمود فسطاط فألقت جنينا ميتا، ثم ماتت، فاختصم أولياء القتيلة إلى

رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمر بأداء الدية في المرأة المقتولة وبالغرة في الجنين، فقال أخ العاقلة: كيْفَ أُغْرَمُ دِيَةَ من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ، فقال عليه السلام: "**دعني وأراجيز العرب، سجع كسجع الكهانة، فيه غرة عبد أو أمة أو خمسمائة درهم**" فقال أخوها: إن لها بنين وهم سادة العرب فمرهم أن يعقلوا عنها، فقال عليه السلام: "**لا بل أنت أحق بالعقل عنها**"[1]، فالنبي عليه السلام قضى بالغرة ولم يستفسر أنه ذكر أو أنثى وإنما سميت غرة؛ لأن غرة الشيء أوله وهذا أول مقدار أظهر في باب الدية وجب على العاقلة في سنة لما روى محمد قال بلغنا: أن النبي عليه السلام "**جعل الغرة على العاقلة في سنة**"[2]، وقال الشافعي: في ثلاث سنين ولا كفارة عليه خلافا للشافعي؛ لأنه باعتبار أنه نفس تجب الكفارة وباعتبار أنه جزء وعضو لم يتم خلقته أو يحتمل أنه لم ينفخ فيه الروح لا تجب الكفارة فلا يجب بالشك ولأمرت الضارب منه نص عليه في الجامع الصغير؛ لأن الشرع أنزل الضارب قاتلا والجنين نفسا حيا حيث أوجب عليه دية النفس، فإن الدية لا تجب إلا في قتل الحر ولأن الحرمة متى دارت بين السقوط والثبوت ثبت احتياطا وتبين لهذا أنه يورث منه حيث جوزي الضارب بالحرمات؛ لأن الجنين متى انفصل ميتا اعتبر حيا في حق غيره حتى صارت الجارية أم ولد له وحلت المعتدة للأزواج واعتبر عضوا منها في حق نفسه وحق الله تعالى حتى لا

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٤/٩ (٦٩٠٥ و٦٩٠٦) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب. وفي (٦٩٠٧ و٦٩٠٨) قال: حدثنا عبيد الله بن موسى. وفي (٦٩٠٨م) قال: حدثني محمد بن عبد الله، قال: حدثنا محمد بن سابق، قال: حدثنا زائدة. وفي ١٢٦/٩ (٧٣١٧ و٧٣١٨) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا أبو معاوية. قال البخاري: تابعه ابن أبي الزناد، عن أبيه، عن عروة، عن المغيرة. و«أبو داود» (٤٥٧١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب.

خمستهم: (ابن جريج، ووهيب، وعبيد الله بن موسى، وزائدة، ومحمد بن خازم، أبو معاوية) عن هشام بن عروة، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين والدر المختار ٣٧٧/٥ فما بعدها، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي ١٤٠/٦ فما بعدها.

يرث ولا يصلى عليه ولا كفارة فيه، ولو انفصل حيا ثم مات يجب دية كاملة والكفارة؛ لأنه صار نفسا فمصير ضربه قتلا، ولو انفصل بعد موت الأم ميتا فلا شيء فيه خلافا للشافعي؛ لأن موت الأم سبب موت الولد؛ لأنه تنفس بنفس الأم، فإذا ماتت الأم ينقطع نفسه فيكون موته مضافا إلى موت الأم فصار كما لو خنق، وما ذكر في الحديث: أن إحدى الضرتين ضربت بطن صاحبتها بعمود فسطاط فقتلتها وألقت جنينا ميتا فيه دليل على أن انفصال الجنين حال حياة أمه، فإنه أضاف فعل الإلقاء إليها وإنما يتصور الإلقاء منها حال حياتها لا بعد موتها أو يحتمل ذلك فلا يكون له حجة ولو ألقت جنينين ميتين ففي كل واحد منهما غرة، وإن كانا جنينين ثم ماتا ففي كل واحد دية كاملة وكفارة، وإن كان أحدهما حيًّا والآخر ميتا ففي الحي دية وفي الميت غرة اعتبارًا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد، وإن خرجا ميتين أحدهما قبل موت الأم والآخر بعد موتها ففي الأول غرة ولا شيء في الثاني.

ولو ضرب بطن حرة فألقت جنينا ميتا استبان بعض خلقه ففيه الغرة تامة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة في جنين لم يستبن، وغرة جنين الأمة نصف عشر قيمته إن كان ذكرا وعشر قيمته إن كانت أنثى فخمسمائة نصف عشر دية الذكر وعشر دية الأنثى، والقيمة في حق العبيد ينزل منزلة الدية في حق الحر؛ لأن الضمان إنما يجب بدلا عن نفس الجنين أصلا صونا لدمه عن الهدر؛ لأن الأصل في الأجنة الحياة ظاهرا؛ لأنه ينفخ فيه الروح متى بلغ مائة وعشرين يوما وكان تقدير ديته بقيمة نفسه أولى.

وقال الشافعي: فيه عشر قيمة الأم.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجب فيه شيء ويجب نقصان الأم؛ لأن ضمان الجناية على العبيد عنده ضمان الأموال فصار جنينها كجنين الدابة.

ولو جرح حيا ثم مات ففيه قيمته؛ لأن القيمة في حق العبد تنزل منزلة الدية في حق الحر وغرة جنين الأمة في مال الضارب؛ لأن العاقلة لا تتحمل دية العبيد.

(**العيون**): رجل ضرب بطن امرأة حبلى فأصاب يد الولد في بطنها فقطعها ثم ولدته حيا يضمن نصف الدية على العاقلة؛ لأنه قطعها خطأ؛ لأنه قصد بالضرب بطن الأم وإنما أصاب يد الولد خطأ.

(**الفتاوى**): امرأة شربت الدواء فألقت جنينا ميتا فلا شيء عليها؛ لأن الوالدة لا تحبس لأجل ولدها شيء وقيل: إن أسقطت ليس عليها إلا التوبة والاستغفار، وإن كان حيا فعليها غرة لوارث الجنين دونها.

وقال في امرأة شربت الدواء فألقت حملا ثقيلا فعلى عاقلتها خمسمائة درهم وصح في سنة واحدة، فإن لم يكن لها عاقلة ففي مالها في سنة وذلك لزوجها؛ لأنه هو الوارث. مختلعة حامل احتالت لمضي عدتها بإسقاط الولد هل للزوج في ذلك خصومة فقال: إن أسقط بفعلها وجب عليها الغرة وكل ذلك يكون للزوج وهي لا ترث منه؛ لأنها قاتلته.

(باب العقل)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في معرفة العاقلة.

والثاني: في كيفية وجوب الدية عليها.

والثالث: في بيان مدة الواجب.

والرابع: فيما تتحمله العاقلة وما تتحمله.

والخامس: فيما تحولت الدية من عاقلة إلى عاقلة.

والسادس: في عاقلة مولى الموالاة.

(فصل)

يحتاج إلى تفسير العاقلة ومن هي؟

أما تفسيرها: فالعاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع، ولهذا يقال لما تعقل به البعير عقالا؛ لأنه يمنعه من النفور ومنه يسمى اللُّب عقلا؛ لأنه مما يمنع الإنسان عما يضره فكذلك عاقلة الإنسان عما يضره وهو أهل نصرته فيما يمنعونه عن قتل ما ليس له قتله، **وأما ماهية العاقلة**: فالعقل هو الدية وجمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يتحملون العقل وهو الدية.

فأما ماهية المعاقلة؛ قال محمد رحمه الله: هم أهل الديون من المقاتلة في حق من له ديوان وأهل الديوان الذين لهم رزق في بيت المال وكتب أساميهم في الديون ومن لا عاقلة له ومن لا ديوان له فعاقلته عصبته من النسب، وعند الشافعي العقل على عصبته من النسب لا على أهل الديوان.

والصحيح قولنا لما روى محمد بن الحسين بإسناده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لما دوّن الدواوين وجنّد الجنود وفرض لهم الأعطية في بيت المال جعل العقل على أهل الديوان من المقابلة وجعل الدية في أعطياتهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر ولا عير عليه معير ولا يخافون لومة لائم فحل محل الإجماع إذ لا يحل لهم السكوت إذا كان الحق بخلافه.

ورُوي عن إبراهيم النخعي رضي الله عنه أنه قال: كانت الدية على القبائل فلما وضع عمر الدواوين جعلها على أهل الديوان.

وكان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه كانت المعاقلة على عشيرة القاتل ثم حول عمر إلى أهل الديوان من المعاقلة؛ لأنه عرف أن العقل في زمنهما كان باعتبار النصرة لا باعتبار النسب بدليل أنه لا يوجد من النسوان والصبيان من عشيرة القاتل في زمنهما لأنهم ليسوا من أهل النصرة وبدليل أنه كان يعقل معهم حليفهم وعزيرهم بالراء وهو الصحيح، فإنه ذكر صاحب غريب الحديث وصاحب الغريبين وقالا الصحيح عزيرهم بالراء وهو الغريب الذي نزل بقوم وتوطن فيهم فعلم بهذين الدليلين أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أوجبها على عشيرة الرجل باعتبار النصرة لا باعتبار النسب، وفي زماننا أهل الديوان هم أهل العسكر لكل راية ديوان على حدة، فإذا قتل واحد من أهل راية إنسان خطأ وقد بلغ عددهم بحيث لو قسمت الدية عليهم نصيب كل واحد أربعة دراهم تجب الدية عليهم وإلا فتجب على جميع الجيش وإنما وجبت على عصبة من لا ديوان له لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الغرة ودية المقتول على عصبة القاتل، ويدخل فيه أن القاتل وابنه خلافا للشافعي؛ لأنه عليه السلام أوجب الدية على عصبة القاتل، واسم العصبة يتناولهما فيدخلان تحت النص وما روي أنه عليه

السلام برأ من ذلك الابن والزوج فغير مشهور فلا يقبل، وإن قبلناه فهو محمول على أن الابن كان صغيرا أو مجنونا وهما لا يعقلان الدية والحديث حكاية حال محتمل الابن فلا يكون حجة بالشك، وإن لم يكن له عشيرة فعقله على بيت المال إذا كان القاتل مسلما؛ لأن الدية إنما تجب باعتبار النصرة والانتصار والذب عن البنات لما بينه وأهل نصرة القاتل إذا لم يكن له ديوان وعشيرة جماعة المسلمين لأنهم يذبّون بعضهم عن بعض ويتناصرون نصرة القاتل.

وذكر الطحاوي عن أصحابنا: أنه يجب في مال القاتل؛ لأن وجوب العقل على العاقلة عرف بخلاف القياس؛ لأن مؤاخذة غير الجاني بالجاني مما يأباه القياس والشرع إنما أوجب على أهل الديوان أو على العشيرة فبقي ما عداهما على قضية القياس ومن ليس له ديوان ولا عشيرة قيل تعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب وقيل يجب في ماله وقيل يجب في مال بيت المال.

وكذلك في اللقيط على هذا الخلاف ولا يعقل مدينة عن مدينة ويعقل مدينة عن قراها؛ لأن العقل إنما بني على التناصر والتعاون وأهل كل مصر ينتصر بأهل ديوان مصره ولا ينتصرون بديوان أهل مصر آخر وأهل المصر ينتصرون بأهل سوادهم وقراهم ومن كان من أهل البادية لا ديوان لهم تعاملوا على الأنساب أقربهم نسبا، وإن كان بعيد المنزل منه؛ لأن البادية بادية واحدة فكان كأهل الديوان في مصر واحد يتعاونون عن أهل المصر وإن تباعدت منازلهم والباديتان إذا اختلفتا كانتا بمنزلة مصرين وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته.

(فصل)

ولا يقضي على كل واحد من العاقلة أكثر من أربعة دراهم من الدية، وإن قلت العاقلة حتى يصيب كل واحد أكثر من أربعة يضم إليهم أقرب ديوان آخر نفيا للإجحاف عن الديوان الذي كان فيه القاتل وكان ضم أقرب الدواوين في هذا المصر إليه أولى من الأبعد والأقرب أن يكون قائد هذا الديوان من يد قائد ديوان الآخر؛ لأن قائدهما واحد في الحقيقة، وإن لم ينتف الإجحاف يضم أبعد الدواوين

إليه من هذا المصر وهو أن يكون قائده من يد الوالي لا من يد قائد ديوان القاتل، فإن لم ينتف الإجحاف يضم إليه أقرب عشيرته من قبل الأب، فإن لم ينتف الإجحاف يضم إليهم أقرب المجال إليهم ومن لا ديوان له يضم إليه أقرب القبائل إليه من النسب من الأفخاذ والبطون ومن لا عاقلة له في الباقي من الدية في رواية يجب الباقي في بيت المال وهو الأصح وفي رواية يجب في مال القاتل على ما ذكرنا ومتى استوى الديوان في القرب أحدهما من العشيرة والآخر من الجانب يضم إليه ديوان العشيرة ويعتبر النسب ترجيحا، فإن كان ديوان العشيرة أبعد ضم إليه ديوان الأجانب والترجيح أولى بالقرب في الديوان ثم بالنسب.

(فصل)

ويقضي بالدية على العاقلة في ثلاث سنين من يوم القضاء في كل عطاء ثلثها؛ لأن الدية تجب يوم القضاء؛ لأن القياس يأبى وجوب المال بمقابلة الآدمي لفقد المماثلة بينهما وإنما المماثلة بين النفس والنفس فيجب أن يكون حقه في النفس تحقيقا للمعادلة بين السيئة وجزائها سواء كان القاتل مخطئا أو متعمدًا؛ لأن الخاطئ جائز المؤاخذة وإنما انتقل حقه إلى المال بالقضاء لعذر الخطإ؛ لأن القصاص عقوبة زاجرة لا يمكن إيجابها على المعذور، فإذا وجب المال بالقضاء يعتبر الأجل يوم القضاء، وعند الشافعي يعتبر الأجل يوم القتل ويجب المال على القاتل أولًا ثم تتحمله العاقلة بالقضاء حتى لو أقر القاتل بقتل الخطإ وكذبه العاقلة أخذ به القاتل.

ولو كان المال واجبا على العاقلة بنفس القتل لا يلزمه شيء؛ لأنه يكون مقرا على غيره، فإن عجل لهم أعطية ثلاث سنين لمرة واحدة بعد القضاء بالدية فالدية كلها في ذلك معجلة؛ لأنه إذا خرجت الأعطيات الثلاث وصارت العطايا عينًا معجلة فصارت الدية كذلك؛ لأن لا يبقى في الأعيان فتسقط.

ولو خرج لهم عطاء وجب قبل القضاء بالدية لم يكن فيه شيء واستقبلت الدية في الأعطية المستقبلة بعد القضاء؛ لأن المال إنما يجب بعد القضاء فيتعلق بالأعطية التي يخرج بعد القضاء لا بالأعطية قبله وإن خرج لكل ستة أشهر وجب فيه سدس الدية وفي كل أربعة أشهر تسع الدية، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وعطايا في

كل سنة قضى بثلث الدية في العطايا؛ لأن العطايا لفرض الدية هو الأصل والرزق كالبدل عنه، فإن عمر رضي الله عنه فرض الدية في الأعطية ولم يفرض في الرزق ولا يصار إلى البدل حالة القدرة على الأصل ولأن فرض الدية في العطايا أخف على العاقلة من فرضها في الرزق؛ لأن العطاء مال فاضل عن الحاجة والرزق مال مشغول بحاجته والدية مبناها على التخفيف فكان الفرض في العطاء أولى، وإن لم يكن لهم عطاء إلا الأرزاق قضي في كل رزق بحصته؛ لأن الفرض في أرزاقهم لهم أخف عليهم من مال اكتسبوه بكد أيديهم والرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال مقدرا بالحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر وكل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة ويقدر بخبرة وعناية في باب الدِّين لا بالحاجة.

(فصل)

وكل ما وجب بقتل الخطإ أو شبه العمد فهو على العاقلة، وما وجب بالعمد الذي يمكن فيه شبهة أو بالصلح من الجناية على مال أو بالإقرار على نفسه بالقتل خطأ أو ما دون أرش الموضحة أو ما يجب بجناية العبد وبقتل الأب ابنه عمدًا لا يكون على العاقلة بل يجب في مال الجاني وفي العبد على المولى.

وعند الشافعي: تتحمل العاقلة الكل، وقال في قول: لا تتحمل العاقلة إلا دية النفس.

وقال مالك: تتحمل ثلث الدية فصاعدا ولا تتحمل ما دونه.

والصحيح قولنا[1]؛ لأن رُوي عن عمر رضي الله عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال[2]: "**لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا**" ولا ما دون أرش الموضحة وما فوقها تتحمله العاقلة، ولأن العقل والقياس يقتضي ويهتدي إلى أن الدية لا تجب على العاقلة؛ لأن الجناية

(١) انظر: رد المحتار ٤١٢/٥، والمغني ٧٧٥/٧ - ٧٧٧ ط. الرياض، والقليوبي ١٧٦/٤، وجواهر الإكليل ٢٧١/٢.

(٢) أخرجه البيهقي (١٠٤/٨) موقوفا على ابن عباس. وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣٧٩/٤) وقال: غريب مرفوعا.

صدرت من غيرها ومؤاخذة غير الجاني بالجاني مما يأباه العقل، ولكن إنما أوجبنا الدية الكبيرة على العاقلة في القتل والجراحات العظام لأحد المعنيين؛ إما لأن القتل والجراحات العظام لا توجد إلا بالتناصر والتعاون غالبا فالشرع ألحق أهل النصرة والتعاون حالة الخطإ والنسيان، ولهذا لم يجب على الصبيان والنسوان لأنهم ليسوا من أهل التناصر والتعاون، وإما لأن الدية الكثيرة متى أخذت من القاتل وهو معذور في القتل أدى إلى الإجحاف باستئصال جميع ماله وصيرورته كلًّا وعيالًا على الناس إذ لا يقدر على تحصيله وإتقانه غالبا فالشرع أوجب على العاقلة على كل واحد قطعة يسيرة لنوع تقصير وجد من جهتهم حتى لا يستأصل القاتل ولا يصير كلًّا وعيالا على الناس وهذان المعنيان لا يتحققان في الدية اليسيرة فأوجبنا الدية اليسيرة في مال الجاني كما هو قضية القياس كما في إيجاب ضمان سائر العدوانات وقدر بالقليل بما دون أرش الموضحة؛ لأنه غير مقدر شرعا، فإنه مال كثير وجب بالجراحات الصغار كالخدشة ونحوها ولا يحتاج إلى التناصر والتعاون فيها ولا يؤدي إلى استئصال الفاعل والإجحاف به وحكومة العدل لا تتحملها العاقلة، فإن كانت مثل أرش الموضحة أو أكثر؛ لأنه ليس لها أرش مقدر وإنها تعرف بالحزر والظن فيدخل فيها الزيادة والنقصان وقيل إن كانت بحيث يعلم يقينا أن فيه أرش الموضحة تتحمله العاقلة وهذا يشكل بما لو قطع مفصلين من إصبع له ثلاثة مفاصل، فإنه لا تتحمله العاقلة، وإن كان أرشه مقدر شرعا بيقين فهو مقدار أرش الموضحة وهذه المسألة تدل على أن حكومة العدل وإن كانت زائدة على أرش الموضحة لا تتحملها العاقلة.

وجناية الصبي والمجنون عمدًا كان أو خطأ على عاقلتهما، وقال الشافعي في العمد تجب في ماله.

والصحيح قولنا؛ لأن عمده وخطأه سواء؛ لأنه لا يلحقه إثم ووزر فلا توصف أفعاله بالحرمة والخطر بل الصبي عذره فوق عذر الخطإ؛ لأن الخاطئ جائز المؤاخذة والصبي لا فكان مؤاخذته وملاحظته بالنظر أكبر وأوفر وآثم وصبانته عن استئصال ماله أحق وألزم، وفي قتل النائم الدية على عاقلته بأن انقلب على إنسان فمات أو كان بيده سكين فقتل به؛ لأنه ليس له قصد ولا عزم، ولا يعقل مسلم عن

كافر ولا كافر عن مسلم؛ لأنه لا تعاون ولا تناصر فيما بين أهل الكفر وأهل الإسلام بل بينهم معاندة ومباغضة.

ولو قضى القاضي على المقر في ماله ثم قامت بينة على قتله لم يقض على عاقلته؛ لأن القياس يأبى وجوب الدية على العاقلة وإنما أوجبها على العاقلة إذا لم يقض بالمال على القاتل ويعد القضاء بالمال على القاتل لم يرد الشرع بإيجاب العقل على العاقلة فينتفى بقضية القياس ولم لم يقض بالإبل حتى جعل عطاياهم بالدراهم قضى بالدراهم دون الإبل.

(فصل)

من كان ديوانه مع قوم فلم يقض حتى حول ديوانه إلى قوم آخرين قضى على الآخرين؛ لأنه يعتبر عاقلة القاتل الآخر يوم القضاء لا يوم الجناية.

ولو قضى ثم حول إلى قوم آخرين أو كانت عاقلته أهل الكوفة فقضى عليهم ثم حول إلى أهل البصرة لا يبطل القضاء على الأول؛ لأن القضاء بالعقل على العاقلة الأول قد صح فلا ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين ولم يظهر؛ لأنها عاقلته وقت القضاء.

ولو ضمنت عاقلة الأم عن ولد الملاعنة ثم أكذب الأب نفسه رجعت عاقلة الأم على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم قضى عليهم؛ لأن الملاعن لما ادعى نسب الولد وصحت دعوته استندت دعوته إلى وقت العلوق لأن دعوته دعوة استيلاد فتستند إلى وقت العلوق فظهر أن عاقلة الولد حتى عاقلة أبيه لا عاقلة أمه إلا أن دعوته لم تصح في حق استرداد المال من ولي الجناية؛ لأنه ينفك عن ثبات النسب وصيرورة عاقلة أبيه عاقلة له لا ينفك عن ثبات النسب فصحت الدعوة فيها؛ لأن الملاعن مناقض في الدعوى، فإنه نفى الولد ثم ادعاه ثانيا والمناقضة تمنع صحة الدعوى إلا في النسب وأحكامه التي لا تنفك عنه ويرجعون بالدية مؤجلا عندهما.

وعند أبي حنيفة: يرجعون بما أدوا من الدية حالا، وهذا بناء على أن عنده الدم لا يملك بأداء الضمان في حق ملك البدل فيكون الرجوع فيه بدل المؤدي لا بدل

الدم ومن أدى دينا عن غيره وهو مجبر على أدائه، فإنه يرجع بما أدى عنه حالا وعندهما الدم يملك بالضمان في حق ملك بدله لما عرف في مسألة شهود القصاص إذا رجعوا وكان لهم الرجوع بالدية مؤجلا فيكون بدل الدم وبدل الدم يجب مؤجلا.

وكذلك إذا مات المكاتب وله ابن حر فعقلت عاقلة الأم عن الأم ثم أديت الكتابة رجعت عاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لأن المكاتب لما أعتق يتحول ولا الولد إلى مولى الأب فظهر أن عاقلة الولد كان عاقلة الأب.

ولو كان الأب عبدًا في قبيلة والأم في الأخرى فلم يقض حتى عتق الأب جرّ ولاءه والدية على عاقلة الأم ولا يرجعون بها؛ لأن ولاء العتاقة أثر من آثار الملك، وفرع من فروعه وأثر الشيء يلحق بأصله وهو الملك والأصل أن الجناية متى وجدت في ملك لا يتحول إلى ملك آخر حادث بعد الجناية كالولي إذا باع العبد الجاني من غيره لا تتحول الجناية إلى ملك المشتري فكذلك ما هو ملحق بالملك معتبر به.

ولو قضى بدية على أهل ديوان ثم لحق بهم قوم شاركوهم في الغرامة إلا فيما سبق من الأداء؛ لأن القاضي قضى بالعقل على عاقلة القاتل وقد مضى القضاء ونفذ كذلك عليهم إلا أنه كثر عددهم فلم يتضمن القضاء بالمشاركة معهم في العقل.

(فصل)

رجل أسلم على يدي رجل فوالاه فجنى فقضى عليه أم لا حتى أسر أبوه وأعتق جرّ ولاء ولده والدية على عاقلة مولى الموالاة ولا يرجعون بها؛ لأن هذا ولاء عتاقة حدث للولد بعد الجناية ولا تتحول إليه الجناية كما لو حدث ملك آخر بعد الجناية، فإنه لا تتحول الجناية إلى الملك الحادث فكذا هذا قال أسلم ولم يوال أحدا حتى جنى ثم والى رجلًا ثم قتل آخر كانت الديّتان على بيت المال؛ لأنه حوّل ولاءه إلى غيره بعدما وجب عقل جنايته في بيت المال ولا يصح تحويله كما لو عقد مع إنسان عقد الولاء وعقد عنه مولى الموالاة ثم حول ولاءه إلى غيره لا يصح ولو حفر بئرًا ثم والى غيره ثم وقع في البئر رجل كانت ديته في ماله ولا يعقل عنه

بيت المال بخلاف ما لو رمى بسهم أو حجر خطأ وقبل الإصابة والى رجلًا وعاقده ثم وقعت الرمية فقتلت رجلًا وجب العقل في بيت المال. والفرق أن في الرمي سبب الجناية وقد تحقق بحيث لا يمكن رده والجناية تستند إلى رميه إن لم تتحقق الجناية قبل الإصابة، وإذا تحقق سبب الجناية كان بمنزلة ما لو تحققت الجناية ثم والى رجلًا كانت الموالاة باطلة وفي الحفر لم تتحقق سبب الجناية لا يمكن رده؛ لأن الحفر مما يمكن رده ورفعه بالكبس فصار عاقدا الموالاة قبل تحقق الجناية فصحت الموالاة وصار مولى له ولا يمكن إيجاب عقله في بيت المال.

ولو والى رجلًا ثم قتل رجلًا خطأ ثم تحول عنه قبل أن يعقل كانت الدية على الثاني؛ لأنه صح تحويل الولاء إلى غيره.

ولو حفرت أمة من بني تميم ثم ارتدت ثم سبيت فاشتراها رجل ضمن بنو تميم؛ لأنه انتقلت من ولاء إلى ولاء بسبب حادث فلم تتحول جنايته عن الأول.

(باب القسامة)

(**المبسوط**): يحتاج إلى مشروعية القسامة، وإلى تفسيرها، ومن تجب عليه، ومقدار ما يجب على كل واحد.

أما **الأول**: القسامة مشروعة في القتيل الذي توجد فيه علامة القتل من الجرح وغيره ولم يعرف له قاتل كما رُوي أن عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر، فجاء أولياؤه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك له فقال: "**يحلف لكم خمسون رجلًا من اليهود بالله ما قتلوه، ولا علموا له قاتلا، فقالوا: لا نرى بأيمان قوم من المشركين، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطلب دمه فقاده من عنده بمائة من إبل الصدقة من الأسنان التي توجد في الصدقات**".

ورُوي عن عمر رضي الله عنه أنه وجد قتيلا بين خَيْوان ووادِعة وهما قريتان، فأمر عمر أن يقاس بين القريتين فكان إلى وادعة أقرب فقضى بالقسامة والدية على أهل وادعة، وحلف خمسون رجلًا فحلفوا، فغرمهم الدية، فقال وادعي لعمر: لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، فقال له عمر: قد حصنتم دماءكم بأيمانكم فيم بطل دم صاحبكم.

وأما تفسيرها: فإذا وجد قتيل فلا يخلو إما أن وجد في محله أو بين قريتين أو في مفازة أو في نهر أو في عسكر أو في ملك رجل، فإن وجد في محلة قوم اختار الأولياء خمسين رجلًا بينهم من الصالحين دون الطالحين فيحلفونهم ويغرم أهل المحلة الدية.

وقال الشافعي: كذلك إن لم يكن بينه وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة، وإن كان بينهما عداوة يحلف الولي خمسين يمينا إن كان واحدا، وإن كانوا جماعة فعلى قدرهم ويقضى لهم على المُدَّعَى عليه بالدية.

وقال مالك: يقضي بالقصاص وكلا القولين مخالف للأحاديث المشهورة ولإجماع الصحابة ولأن المدعِي منهم في الدعوى والحلف؛ لأنه ذو غرض يريد استجلاب المال واستيفاء القصاص خصوصا إذا كان بينه وبينهم ضغينة وعداوة تحمله على اليمين الكاذبة وقول المتهم لا يكون حجة للاستحقاق أصلا ولأن حفظ المحلة وصيانتها عن القتل والنوائب واجب على أهل المحلة وصون دم المعصوم المحترم عن القتل والهدر واجب ما أمكن تعظيما وتكريما للآدمي فالشرع ألحق أهل المحلة بالقتلة لترك حفظ المحلة وصونها عن هدم البينة المحترمة في حق وجود الدية صونًا وحقنًا للدماء المعصومة المحترمة والمقصود من القسامة استظهار الحق واستكشافه وتحليف خمسين رجلًا أبلغ في تحصيل هذا المقصود من تحليف الواحد المتهم الطالب للمغرم، وإن لم يكملوا خمسين كرر عليهم الأيمان؛ لأن المشروع في الأيمان خمسون يمينا فمتى تعذر تحليف خمسين رجلًا أمكن إقامة خمسين يمينا مقامهم ويحلف كل واحد بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا؛ لأن المقصود من القسامة أن يتورع الحالف عن اليمين الكاذبة فيقر بالقتل فيقبض والجمع بين الأمرين أبلغ في تحصيل هذا المقصود ويجب أن يختاروا من الصالحين؛ لأن القسامة إنما شرعت لاستعظام شأن الدم واستظهار أثره ليظهر القاتل فيقتص به للإخبار واستظهار القتل واستيضاحه باستحلاف الصالحين لأنهم يتورعون عن اليمين الكاذبة دون الطالحين، فإن لم يوجد في المحلة من الصلاح خمسون رجلًا. رُوي عن محمد: أنه لا يكرر الأيمان على الصالحين بل يضم إليهم

من طالحي العشرة ما يكمل به خمسين رجلًا؛ لأن المأخوذ علينا شيئان لمراعاة عدد الأيمان ومراعاة عدد الحالفين فمهما قدر على مراعاتهما لزمه ولزم أن يختار والمحدود في القذف والأعمى؛ لأنه ربما يكون أورع وأصلح من غيره وأنه من أهل اليمين.

ولو ادعى على واحد من أهل المحلة أنه قتله فالقسامة والدية على أهل المحلة؛ لأن أهل النصوص لا توجب التفضيل بينهما إذا وجد الدعوى على الكل أو على البعض بخلاف ما لو ادعى على غير أهل المحلة؛ لأن وجوب القسامة على أهل المحلة عرفناه نصًّا لا قياسا ولا نص فيما إذا ادعى القتل على غيرهم فيرد إلى قضية القياس.

وذكر في (**النوادر**): إذا وجد قتيل في محلة فزعم أهل المحلة أن رجلًا منهم قتله ولم يدع الولي على واحد منهم بعينه فالقسامة والدية على أهل المحلة ثم كيف يحلفون عند أبي يوسف؟ يحلفون بالله ما قتلنا لا غير، ولا يحلفون بالله ما علمنا له قاتلا لأنهم أقروا بقاتله على العلم، وعند أبي حنيفة ومحمد يحلفون بالله ما قلنا ولا علمنا له قاتلا غير فلان وهذا هو الأحوط وعليه الفتوى لأن استحلافهم على العلم يفيد لجواز أنهم عرفوا قاتلا آخر مع فلان وإنما عينوا فلانا ليسقطوا اليمين عن أنفسهم في حق غيره فيجب أن يحلفوا على العلم ويستثنوا منه فلانا؛ لأن الاستحلاف على العلم في حق فلان لا يفيد وفي حق غيره يفيد، وإن أبى اليمين يحبس للحلف، وإن ادعى على رجل من غير تلك القبيلة فيشهد شاهدان من القبيلة التي وجد فيها، لم تجز شهادتهما عند أبي حنيفة ولا يثبت القتل على المدعِي قبله إلا أنه تبرأ أهل المحلة عن القسامة والدية وعندهما تقبل شهادتهما وهذا بناء على أن أهل المحلة صاروا خصما بوجود القتيل بين أظهرهم قبل دعوى الولي أم لا فعنده صاروا خصماء وعندهما لا يصيروا بل يعرض أن يصيروا خصماء لهما أن صيرورة الإنسان خصما في حادثة إما بالمخاصمة أو بوجوب الحق عليه ولم توجد المخاصمة معهم، فإن الولي لم يخاصمهم ولم يجب عليهم القسامة والدية بمجرد وجود القتيل بين أظهرهم؛ لأن المدعِي لما ادعى القتل على غيرهم فقد أبرأهم عن القتل بدون الدعوى ولم توجد الدعوى في القسامة حتى يطلب دعواه عليهم فلم يبقوا خصماء له وشهادة غير الخصم تقبل له أن بوجود القتيل بين

أظهرهم قبل الدعوى وجبت القسامة والدية عليهم؛ لأنه لا يجوز أن يضاف الوجوب إلى الدعوى؛ لأنه لا يأمر للدعوى في الاستحقاق فعلم أن الوجوب بوجود القتلى بين أظهرهم فصاروا خصماء للمدعي بوجوب الحق عليهم ولا تقبل شهادتهم وإن خرجوا عن الخصومة بدعوى الولي القتل على غيرهم كالوكيل بالخصومة إذا شهد لموكله فيما خاصم فيه بعد العزل لا تقبل ولأنهم متهمون بالقتل؛ لأن تهمة القتل لا تندفع عنهم مع وجود القتيل بين أظهرهم إذ يجوز أن يخفى على أولياء القاتل فيقع عندهم أن القاتل من غير أهل هذه المحلة فشهد بعضهم على القتيل ليندفع عنهم تهمة القتل ولا شهادة للمتهم، ولو وجد نصف القتيل فلا قسامة حتى يكون أكثر من النصف؛ لأن لو أوجبنا القسامة لأجل النصف، فإذا وجد النصف الآخر في محلة أخرى يجب لأجله أيضًا القسامة والدية فيؤدي إلى تكرارهما بسبب نفس واحدة وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا وجد الأكثر؛ لأن للأكثر حكم الكل لا للأقل فلا يجب القسامة متى وجد الأقل في محلة أخرى.

القتيل قنّ أو مكاتب وجبت القسامة وقيمته في ثلاث سنين؛ لأن العبيد بمنزلة الأحرار في حق الدماء.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه لا شيء عليهم لأنهم في حكم الأموال عنده ولا قسامة في الجنين والدابة؛ لأنه لا نص فيه فبقي على قضية القياس، وأما إذا وجد بين قريتين فالقسامة والدية على أقربهما منه لما روينا ولأن الأقرب أقدر على الحفظ من الأبعد.

وذكر هلال الرازي في كتاب الوقف وأبو الحسن الكرخي عن أصحابنا: هذا إذا كان في موضع يسمع منه الصوت؛ لأنه يجب عليهم العون، وإن كان بحال لا يسمع الصوت منه فلا شيء على أحدهما. وأما إذا وجد في فلاة في أرض، فإن كان ملكًا لإنسان فهو على المالك وعلى قبيلته، وإن لم يكن ملكًا لأحد، فإن كان يسمع فيه الصوت من مصر من الأمصار فعليهم القسامة، وإن كان لا يسمع، فإن كان للمسلمين فيها منفعة للاحتطاب والاحتشاش والكلأ فالدية على بيت المال؛ لأنها في أيدي المسلمين، فإن انقطعت عنها منفعة المسلمين فدمه هدر وكذلك إذا وجد في المفازة وليس يقر بها عمران. فأما إذا وجد القتيل في نهر عظيم كدجلة والفرات

فدمه هدر وإن وجد في نهر صغير لقوم فعليهم؛ لأن العظيم ليس تحت حفظ أحد وولايته والصغير تحت ولاية قوم وملكهم، ولو وجد على شط النهر العظيم فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع من حيث يسمع الصوت القسامة والدية؛ لأن هذا الموضع تحت يد أقرب القرى إليه فإنهم يأخذون منه الماء ويشرعون في الماء ويغرسون الأشجار عليه، وإن كان في موضع انبعاث الماء فديته في بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء في أيدي المسلمين كما لو وجد في فلاة ينتفع بها المسلمون، وإن وجد في سفينة فعلى أهل السفينة سكانها وملاكها؛ لأن الحفظ والرأي والتدبير إلى الكل وملّاكها قادرون على حفظها يحفظونها. وقيل يكون على سكانها دون ملّاكها؛ لأن السفينة لا تستقر في مكان ولا يقدر صاحب السفينة على حفظها فلا يكون الحفظ عليه بل الحفظ على الركاب فكذلك إذا وجد على عجلة أو دابة يسوقها رجل كان على السائق والقائد والراكب كما يكون على الحامل؛ لأنه في أيديهم فصار كوجوده في دارهم إلا أن في الدار يجب على الملاك دون السكان؛ لأن الرأي والتدبير في الحفظ إلى الملاك والسكان كأتباع لهم وفي الدابة الرأي والتدبير والحفظ إلى صاحبها وسائقها وقائدها وراكبها لا إلى ملّاكها.

ورُوي عن أبي يوسف: هذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشمًا مختفيًا سرًّا؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل، وإن كان يسوقها غير محتشم نهارا جهارا لا شيء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه أو واحدا من أقاربه وينقله من بلد إلى بلد ليدفنه فيه وظاهر حاله في السوق يدل عليه فلا نجعله قاتلا، وإن لم يكن معها أحد كان على أهل المحلة التي وجدت الدابة فيها؛ لأن الدابة في يد أهل المحلة. ولهذا لو ادعوا أنها دابتهم فالقول لهم، وأما إذا وجد في سوق أو مسجد جماعة كان في بيت المال إذا كان السوق للعامة أو للسلطان، فإن كان مملوكا لقوم فالقسامة والدية عليهم. وأراد بالمسجد المسجد الجامع ومسجد جماعة في السوق لعامة المسلمين، وإن كان في مسجد فعلى أهل المحلة؛ لأن التدبير إليهم لا إلى الإمام، وأما إذا وجد في معسكر في فلاة مباح، فإن وجد في خيمته أو فسطاط فالقسامة والدية على من يسكنها؛ لأنه في يده كما في الدار، وإن كان خارجًا منها فعلى

القبيلة التي وجد فيها القتيل؛ لأنهم لما نزلوا قبائل في أماكن مختلفة صارت الأمكنة بمنزلة المحالّ المختلفة في المصر، ألا ترى أنه ليس لغيرهم إزعاجهم عن هذا المكان، ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما، فإن استويا فعليهما كما لو وجد بين المحليين أو بين القريتين هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، فإن نزلوا جملة مختلطين ووجد القتيل خارج الخيام فعلى أهل العسكر كلهم؛ لأنهم لما نزلوا جملة صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة؛ لأن الأمكنة كلها منسوبة إلى جميع العسكر لا إلى البعض، وإن كان العسكر في أرض رجل فالقسامة والدية عليه؛ لأن العسكر في هذا المكان بمنزلة السكان والقسامة والدية على الملاك دون السكان بالإجماع وهما سويًّا بين هذه والدار وأبو يوسف فرَّق، فإن عنده في الدار يجب على السكان دون الملاك وهنا يجب على الملاك والفرق أن العسكر نزلوا في هذا المكان للانتقال والارتحال لا للقرار وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة. فأما السكان في الدار للقرار لا للانتقال والقرار فلا بد من اعتباره، وإن كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا قسامة ولا دية؛ لأن الظاهر أنه قتيل العدو. قوم اقتتلوا بالسيوف بالعصبية فأجلوا عن قتلى فهو على أهل المحلة؛ لأن حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم، وإذا لم يعرف من قاتل باشر قتله لاحتمال أن يكون بين واحد من أهل المحلة وبينه عداوة وضغينة فقتله جعل عليهم القسامة والدية إلا أن يدعي أولياء القتيل على أولئك أو رجل بعينه فيضمن ذلك براءة أهل المحلة عن الدية، ولو جرح في قرية، ولو نزل صاحب فراش حتى مات كانت فيه قسامة ودية، فإن كان يذهب ويجيء هدر دمه؛ لأنه متى تخلل بين الجرح والموت صحة وبرئوا فلا يمكن إضافة الموت إلى الجرح؛ لأن المرض لم يحدث من الجراحة؛ لأنها تعقبها الصحة فجعل ميتا حتف أنفه، وإذا لم يتخلل بينهما صحة أمكن إضافة الموت إلى الجرح؛ لأن مرض الموت حدث من الجراحة وكان مضافا إليه، ولو جرح في محلة أو قتله فحمل مجروحا وجاء ومات في محلة أخرى من تلك الجراحة فالقسامة والدية على أهل المحلة التي جرح فيها؛ لأن القتل حقيقة وجد في المحلة الأولى

دون الأخرى؛ لأن أثرها انزهاق الروح من متولدات فعله وفعله الجرح فاتصل وانتمى الانزهاق إلى فعله فصار فعله قتلا، ولهذا أوجب القصاص ولو علم قاتله.

رجل جريح فحمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الحامل عند أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن وهذا بناء على ما إذا جرح في قبيلة ثم مات في أهله في قبيلة أخرى؛ لأن يده بمنزلة المحلة فصار وجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في محلة، وأما إذا وجد في ملك رجل كالدار والحانوت والكرم والأرض فالقسامة على صاحب الملك وقومه والدية على عاقلته؛ لأن حفظ الدار والملك عليه وهو أحفظ وأصون من غيره؛ لأنه هو المختص بالرأي والتدبير في ملكه فيكون هو الجاني بترك حفظ الدار عن النوائب والبوائق دون العاقلة ولم يذكر إذا كانت العاقلة غيَّبًا.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن القسامة عليهم وعلى عاقلتهم غيَّبًا كانوا أو حضورا، وعند أبي يوسف القسامة على العاقلة.

وذكر الكرخي: إن كانت العاقلة حاضرة في المصر دخلوا في القسامة، وإن كانت غائبة فالقسامة على صاحب الملك وقومه تكرر عليهم الأيمان.

لأبي يوسف: أن صاحب الدار أصون وأحفظ من غيره فلا يشاركه غيره في القسامة كأهل المحلة.

لهما: أن العاقلة لزمتهم نصرة الموضع وحفظه كنصرة رب الدار فيشاركونه في القسامة، وإن كان الملك بين الرجلين فالدية نصفان، فإن كان نصيب أحدهما أكثر؛ لأن حفظ الملك عن القتل فيه عليهما على السواء ولا عبرة لكثرة الملك وقلته، وإذا وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة إذا كانت عاقلته، ورثته، وعندهما: لا دية عليهم؛ لأنه يحتمل أنه كان قاتلا نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه فتمكنت إليه شبهة عدم الوجوب فلا يجب بالشك.

له: أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكيف يمكن أن يجعل قاتلا نفسه حكما بترك حفظ الدار؛ لأن العاقلة أقرب الناس إلى هذه الدار وأقواهم على حفظها وصونها للمواصلة بينه وبينها فيجعل عاقلته قبيلته صونا لدمه عن الهدر تعظيمًا

لأمره وإبانة للخطر وهذا كما لو وجد جميع أهل المحل قتلى تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة فكذا هذا، وإذا وجد قتيل في محلة خربة ليس فيها أحد وبقربها محلة عامرة فيها أناس كثر تجب القسامة والدية على أهل المحلة العامرة؛ لأنها أقرب إليه، ولو وجد قتيل في دار من لا تقبل شهادته له أو امرأة في دار زوجها ففيه قسامة ودية ولا يحرم الإرث؛ لأنه لو قتله مباشرة ضمن فكذا إذا صار قاتلا له حكما بترك حفظ الدار. ولو وجد قتيل في دار امرأة كرر عليها خمسين يمينا والدية على عاقلتها عند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يضم إليها أقرب القبائل منها فيقسمون ويعقلون.

وذكر القدوري: أن عند أبي يوسف لا تقسم المرأة ويكون على أقرب القبائل.

لأبي يوسف: أن المرأة ليست من أهل النصرة وحفظ الدار عن القتل بنفسها لضعف بنيتها وقصور رأيها فلا تقدر على الحفظ لغيرها؛ لأن الناس لا يأتمرون بأمرها، ولهذا لا تقبل المرأة في القسامة إذا كانت صاحبة حطة في محلة ولا يكون حفظ دارها عليها وحدها بل يكون عليها وعلى عاقلتها.

لمحمد: أن المرأة من أهل الاستحلاف في الحق ومن أهل المشاركة في الدية فإنها إذا قتلت رجلًا خطأً تشارك العاقلة في الدية وهي من حفظ دار نفسها بغيرها بكمال عقلها وهي أصل في الرأي والتدبير في أسباب دارها فيكون حفظ دارها عليها كما في الرجل.

ولو وجد قتيل في قرية أو دار لأيتام، فإن كان فيهم كبير فالقسامة عليه والدية على عاقلتهم؛ لأن حفظ القرية على الكبير، فإن لم يكن فيها كبير فالقسامة والدية على عاقلتهم؛ لأن الصبي لا يقدر على حفظ داره عن القتيل فيها لقصور عقله ورأيه ولعدم عقله إذا كان رضيعا بل حفظ داره على عاقلته، ولو وجد المكاتب قتيلا في دار نفسه يهدر دمه؛ لأنه لا عاقلة له لو وجب لوجب عليه؛ لأنه عاقلة نفسه وأنه غير ممكن، وإن وجد في دار مولاه فصار قاتلا له حكما بترك حفظ داره ولو قتله مباشرة ضمن قيمته فكذا هذا ولا تتحمله العاقلة؛ لأنه قتل قنًّا في حقهم؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بعقد الكتابة لولا عقد الكتابة لما وجب عليه الضمان فلم يظهر أثر هذا العقد في حق العاقلة فصار في حقهم كالقنّ.

ولو وجد العبد قتيلا في دار مولاه فدمه هدر لما عرف، ولو وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة والدية ويسعى في الأقل من قيمته ومن الدية؛ لأن وجود القتيل في داره كمباشرة القتل منه والحكم في المباشرة هذا. ولو وجد قتيل في دار عبد مأذون له في التجارة وعليه دين أو لا دين فالقسامة على المولى والدية على عاقلته استحسانًا؛ لأن العبد لو أقر بالجناية خطأ يجرُّ إقراره على المولى والاستحلاف إنما شرع في موضع لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه، فإذا لم يصح إقراره لم يكن استحلافه مفيدا فيجب على المولى؛ لأن الملك له فلا ملك للمولى فيما في يده عند أبي حنيفة فينبغي أن لا تجب القسامة عليه قياسا ويجب استحسانًا؛ لأنه تعذر إيجابه على العبد وتعذر الإيجاب على الغرماء؛ لأنه لا ملك لهم في نفس الدار والمولى أقرب الناس إليه والقسامة تعتبر فيها الأقرب فالأقرب. ولو وجد في قرية لذمي تكرر عليه اليمين وعليه الدية في ماله والدية على أهل الحطة وليس على السكان ولا على المشتري شيء ما بقي من أهل الحطة أحد عندهما، وقال أبو يوسف: على الكل، فإن باعوا كلهم فعلى المشترين؛ لأن حفظ المحلة عن القتل واجب على الكل، فإذا لم يحفظوا جعلهم الشرع جناة قتلة بترك الحفظ حتى لا يهدر الدم تعظيما له وقد استووا الكل في سبب استحقاق القسامة والعقل فيستوون في القسامة، لهما: أن حفظ المحلة يكون على أصحاب الحطة دون غيرهم؛ لأن عاقلة المحلة أصحاب الحطة لأنهم أصل السكان والمشتري دخيل فكان الأصيل أولى بولاية الحفظ والتدبير.

وذكر في (**الجامع الصغير**): فيمن اشترى دارا فلم يقبضها فوجد بها قتيلًا فالدية على عاقلة التابع، وإن كان في البيع خير لأحدهما فالدية على عاقلة من في يده الدار عند أبي حنيفة وعندهما إذا لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار فعلى عاقلة من تصير الدار له، وقال زفر الدية على عاقلة المشتري إلا أن يكون للبائع فيه خيار فعلى عاقلة من تصير الدار له فتكون الدية عليه. زفر: اعتبر الملك للحال؛ لأن ولاية الحفظ تنشأ عن المال فيعتبر قيام الولاية حالة القتل، وهما اعتبرا الملك، والملك وإن كان ثابتًا للحال لكن الخيار يمنع الاستقرار، فإذا أسقط الخيار يصير كأنه لم يكن وأبو حنيفة اعتبر البدلين القدرة الحقيقية على الحفظ.

وإنما تكون باليد وما دامت في يد البائع وهذه اليد عين ما كانت قبل البيع. ولا يدخل في القسامة إلا العاقل البالغ الحر ولا يلزم النساء والذرية والمماليك من القسامة والدية شيء؛ لأن النص ورد بإيجاب القسامة على الرجال الأحرار المكلفين وهم أصل في حفظ المحلة والنصرة وهو لأتباع لهم، ولا يكون النص للوارد في الأصول واردًا في الأتباع دلالة ولا على من ليس له ديوان؛ لأنه ليس له عاقلة، ولا يؤخذ من الرجال أكثر من أربعة دراهم كل سنة كما مر في باب العقل، وقال الشافعي: يجب على الغني نصف دينار وعلى وسط الحال ربع دينار.

(**النوادر**): ولو وجد قتيل في أرض أو دار موقوفة على معلوم فالقسامة والدية على أربابها، وإن كانت موقوفة على المسجد وهو كما لو وجد في المسجد فيجب على أهل المحلة القسامة والدية. رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف: ضمن الآخر الدية؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه وإنما قتله الآخر، وقال محمد: لا يضمنه؛ لأنه يحتمل أن القتيل قتل نفسه ويحتمل أن يكون الآخر قتله، وإن كان احتمالًا موهومًا فلا أضمنه بالشك.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا كانت الدار مفرغة وهي مغلقة فوجد فيها قتيل فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار وهو قول أبي حنيفة وأبو حنيفة يعتبر الملك دون السكنى فصار وجود السكنى وعدمه بمنزلة، وأبو يوسف يرجح السكنى على الملك عند الاجتماع، فإذا لم يكن ثمة سكنى يعتبر الملك بالإجماع. وقال أبو حنيفة: في القتيل يوجد في السجن لا يعرف من قتله فالدية على بيت المال، وقال أبو يوسف: القسامة والدية على أهل السجن؛ لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم فالظاهر أن القتيل وجد منهم، لأبي حنيفة أن أهل السجن مقهورون مستضعفون ولا يتناصرون بعضهم ببعض.

فالإمام أخص وأحق بحفظه ونصره ومنفعة السجن عائدة إلى المسلمين؛ لأنه وضع لاستيفاء حقوقهم وإقامة حدودهم ودفع الضرر والمطل عنهم فيجب الدية في مالهم والله أعلم.

كتاب الجنايات

(باب جناية العبد)

(**المبسوط**): فيه فصول:

فصل في جناية العبد على الحر.

وفصل في جناية الحر على العبد.

وفصل في جناية العبد على العبد.

(فصل)

اختلف مشايخنا في موجب جناية العبد قال بعضهم: موجبها الدية والأرش، وإن النصوص مطلقة ولا يفصل بين الحر والعبد ولكن للمولى أن يتخلص عنه بدفع العبد؛ لأن الظاهر أنه لا يقدر على أداء الدية أو يؤدي إلى استئصاله وافيا به جوعا وعريا من غير جناية صدرت منه ولا وجه إلى إهدار دم الآدمي المحترم والشرع أثبت له ولاية التخلص عن نقد الضمان يدفع العبد بدلا عن الدية صيانة للدم عن الهدر.

وقال بعضهم: موجب جنايته هو دفع العبد للمولى للتخلص عنه بالفداء وهو الدية أو الأرش حتى لو هلك العبد برئ المولى ولو كان الواجب أحدهما الدفع أو الفداء لا يبرأ المولى ويتعين عليه الفداء؛ لأن الأصل في ضمان العدوانات المماثلة والمعادلة ولا مماثلة بين النفس والمال وبين النفس والنفس مماثلة صورة ومعنى؛ لأن كل واحد منهما آدمي مكلف لتحمل الأمانات فوجب أن يكون المستحق بإتلاف النفس ورقبة العبد مما يقبل الاستحقاق والتمليك فصارت رقبته مستحقة بالجناية بخلاف الحر؛ لأن رقبته لا تقبل التمليك بحال فأوجبنا المال بخلاف القياس صونا للدماء المحترمة عن الإهدار ويجب على المولى دفع العبد إن شاء،

وإن شاء فداه بالدية، وعند الشافعي يجب في ذمة العبد يباع فيها إلا أن يفديه المولى كما في المال.

والصحيح قولنا لما روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم في عبد جنى جناية، أمر المولى بدفع العبد بها، وهو مذهبهما ولأن الجناية صدرت من العبد إلا أن العبد لا يقدر على أداء الدية لفقره وعسرته فأوجبنا على المولى دفعه؛ لأن عليه حفظه وصيانته عن الجناية صونًا للدم عن الهدر ودفعًا لوحشة القتل عن أولياء القتيل إلا أن حقهم تعلق بمالية العبد لا برقبته ودمه وكان للمولى تخليص العبد بالفداء لما فيه إيفاء حقهم وزيادة ويسقط الواجب بهلاك العبد؛ لأن الحق متعلق برقبته فيبطل بفوات محله كهلاك مال الزكاة وكهلاك التركة إذا تعلق بها دين، ولو مات بعدما اختار المولى الفداء لم يبطل؛ لأن الحق قد تحول من عين العبد إلى ذمة المولى؛ لأنه متى اختار الدية تعين الواجب عليه، ولو جنى العبد على جماعة، فإن شاء المولى دفع إليهم وكان مقسوما على قدر حقوقهم في الأرش، وإن شاء أمسك وغرم الجنايات؛ لأن تعلق حق الأول لا يمنع تعلق حق الثاني؛ ألا ترى أن حقيقة الملك للمولى لا يمنع تعلق الحق فحق الملك أولى وصار كديون الغرماء وللمولى إن تعدى بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق حقه بخلاف ما لو قتل العبد خطأ وله وليان فاختار المولى الفداء لأحدهما والدفع إلى الآخر لم يكن له ذلك ثمة، الحق متحد يجب للمقتول لانتقل إلى الورثة بطريق الخلافة عنه فلا يملك تفريق موجب الجناية المتحدة وهنا الجنايات مختلفة وللمولى خيار الدفع أو الفداء فيملك تعيين أخذ الموجبين في كل جناية.

ولو قتل إنسانا وفقأ عين آخر وقطع يده دفع العبد أثلاثًا؛ لأن الاستحقاق بقدر الحق وحق المقتول في كل العبد وحق المفقوءة عينه في نصفه وكذلك إذا شج ثلاثة شجاجا مختلفة دفع إليهم وقسم بينهم بقدر جناياتهم.

ولو جنى العبد جنايات فغصبه إنسان فجنى في يد الغاصب جنايات فمات في يده فالقيمة بين أصحاب الجنايات تقسم كما تقسم الرقبة ولا خيار للمولى فيه؛ لأن

القيمة تعينت واجبا وهي أقل من الدية ولا فائدة في التخيير بخلاف ما لو كان العبد قائمًا؛ لأن للناس أعراضًا في الأعيان فيكون إمساكها مفيد أو إن كان الفداء أكبر من القيمة.

ولو قتل العبد الجاني عبدًا لرجل آخر يخير مولى العبد الثاني بين الدفع والفداء، فإن فداه بقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الأولى على قدر حقوقهم؛ لأن القيمة قائمة مقامه.

ولو دفعه إلى مولى المقتول خُيِّر مولى المقتول في المدفوع بين الدفع والفداء؛ لأن الثاني قائم مقام الأول دفعا لحما ودما فكأنه هو، ولو كان حيا قائمًا يخير المولى فيه فكذا فيمن قام مقامه، وكذلك لو قطع عبد يد الجاني فدفع به خيّر مولى العبد المقطوع بين الدفع والفداء؛ لأن العبد الثاني قام مقام يد الأول وكان حق ولي المقطوع المقتول متعلقا بجميع أجزائه فيظهر حقه في بدل الجزء كما يظهر في بدل الكل.

ولو اكتسب العبد الجاني أو ولدت الأمة الجانية لم يدفع الكسب والولد معها؛ لأن الملك يثبت لولي الجناية بالدفع لا قبله وكان الدفع تمليكا للعبد، وإذا اقتصر الملك على حالة الدفع لم يظهر في حق الكسب والولد بخلاف الأرش؛ لأنه بدل جزئه وكان حق الدفع متعلقا بذلك الجزء فيظهر استحقاق الأصل في بدل الكل حق البدل. أمة قطعت يد رجل ثم ولدت فقبلها الولد خير المولى، فإن شاء دفع الولد، وإن شاء فداه بالأقل من دمه باليد ومن قيمة الأم؛ لأن جناية المملوك على مملوك مولاه معتبرة إذا تعلق بالمجني عليه لغير المالك؛ لأن الحق بمنزلة الحقيقة في حق إيجاب الضمان وقد تعلق بالأم حق المقطوعة يده فكانت جناية الولد عليها معتبرة صيانة لحق صاحب الحق.

(فصل)

وجناية الحر على العبد لا تخلو إما أن تكون على النفس وعلى ما دونها، فإن كانت على النفس بأن قتل الحر العبد عمدًا ففيه القصاص وقد مرت.

وإن قتله خطأ فقيمته على عاقلة القاتل، ورُوي عن أبي يوسف: أنها تجب على القاتل.

وإن كانت قيمته عشرة آلاف وأكثر تجب عشرة آلاف إلا عشرة وفي الأمة خمسة آلاف إلا خمسة.

وقال أبو يوسف والشافعي: تجب القيمة بالغة ما بلغت بناء على أن عندنا الضمان وجب بمقابلة النفسية وعندهما بمقابلة المالية.

لهما: أن المتلف هنا شيئان المالية والنفسية وكل واحد منهما أثر في استدعاء الضمان؛ لأن كل واحد منهما معصوم محترم حقًّا للعبد وقد تعذر إيجاب الضمان بمقابلتهما فكان إيجاب الضمان بمقابلة المالية أولى؛ لأن في إيجاب الضمان بمقابلة المالية بمقابلة الأصل وهو اعتبار المماثلة والمعادلة بينهما وفي إيجاب الضمان بمقابلة النفسية مخالفة الأصل وهو ترك تحقيق المعادلة والمماثلة، فإنه لا مماثلة بين المال والآدمي فكان هذا أولى.

لنا: أن إيجاب الضمان بمقابلة النفسية أولى؛ لأن الشرع عظم أمر الآدمي وشرف مهجته وكرم جثته وبنيته وخلقه مالكا مبتدلا والمال خلق مهانًا متبذلا عرضه وبذله للنفس وشرف المحل وعظم خطره شيء على شدة الاهتمام في تضمينه وعدم إخلائه عن الواجب إعظاما لقدرة وأمانة لخطره ومتى وجب الضمان بمقابلة النفسية وجب أن لا يزاد ضمان العبد على دية الحر؛ لأن الحر أعلى حرمة وأعظم خطرًا من العبد فيجب نقصان ضمانه بماله خطر وفي الشرع خطر وهو عشرة دراهم كي لا يؤدي إلى التسوية بينهما إظهارًا لخطر الحر وإعظاما لقدره، ألا ترى أن الاختناث والأنوثة لما أوجبا نقصان حال المبدل أوجبا نقصان حال البدل وهكذا نقول في قليل القيمة: إن الضمان واجب بمقابلة النفسية، ولهذا يجب على العاقلة مؤجلا إلا أنا جعلنا ماليته معيارا لبدل دمه؛ لأنه أمكن ومست الحاجة إليه؛ لأنه ما ورد نص مقدر لدية العبد ولا يؤدي إلى الاستحالة وهو أن يزيد بدل من هو أدون حالا وأهون مقدارا على ما هو أعلى حالا وأعظم مقدارا.

رجل قطع يدي عبد أو فقأ عينه فاختار المولى إمساكه لم يرجع على الجاني بشيء عند أبي حنيفة، وعندهما يرجع بما نقصه؛ لأن الواجب بدل عن الطرف لا

عن الجثة؛ لأن التالف هو الطرف دون الجثة والضمان شرع لجبر الفائت واستدراكه والجثة قائمة على ملكه فلو أزلنا عن ملكه أدى إلى إزالة ملك معصوم محترم بغير رضاه وهذا لا يجوز فتبقى الجثة على ملكه ويجب ضمان النقصان بجبر الفائت له أي الواجب بدل على الجثة والمهجة؛ لأنه يصلح بدلا عنها؛ لأن الشرع جعله بدلا عنها حتى لو أتلف الجثة تجب القيمة بدلا عنها وهكذا إن الصلاحية والحاجة ماسة إلى جعلها بدلا عنها؛ لأن الجثة هالكة من وجه لفوات جنس المنفعة والشرع ورد بجبر الهالك فوجبت القيمة بدلا عن الجثة من حيث إنها هالكة وقائمة ضرورة جبر الفائت ومتى حكمنا بزوال القيمة البدل عن ملك الثاني وجب أن تزول الجثة عن ملك المالك تحقيقا للمعادلة ليكون زوال البدل مقابلا بزوال المبدل وأما الجناية على أطراف العبد:

قال أبو حنيفة: كل شيء من الحر فيه الدية يجب في العبد القيمة وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة إلا إذا كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر تنقص عشرة أو خمسة، ففي رواية (**المبسوط**) و(**الجامع**) أنه يجب أرش مقدر فيما دون النفس وعندهما يقوّم صحيحا ويقوّم منقوصا بالجناية فيجب فصل ما بين القيمتين وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة.

لهما: أن ضمان أطراف العبد ضمان الأموال؛ لأن أطراف العبيد ملحقة بالأموال؛ لأنها خلقت لإقامة المصالح للنفس كالأموال؛ لأنها خلقت خدما وخولا للنفس، ولهذا لا يجب ضمانها على العاقلة وضمان الأموال مقدر بقدر النقصان له: أن الأطراف من جملة النفوس حقيقة؛ لأن النفس مركبة عن الأطراف وفي إتلافها نقصان النفس وفي استبقائها كمال النفس لكن فيها معنى المالية باعتبار أنها خلقت لمنافع النفس ومصالحها فيجب اعتبارها ولا يجوز إخلاء النفسية عن أطراف العبد بالكلية فباعتبار معنى النفسية فيها أن يكون بدلها مقدرا كأطراف الحر وباعتبار معنى المالية فيها أوجبنا ضمانها على الجاني دون العاقلة؛ لأن النص ورد بإيجاب الضمان على العاقلة في النفوس المطلقة ولم يوجد، فأما تقدير الضمان فيما هو ملحق بالنفوس ملائم للأصل، ألا ترى أن ضمان عين البقر والفرس مقدر بربع قيمته فضمان العبد أولى أن يكون مقدرا.

ولو قطع رجل يد عبد قيمته ألف ثم بعد القطع صارت قيمته ألفا كما كانت قبل القطع ثم قطع رجل آخر رجله من خلاف ثم مات منهما ضمن الأول ستمائة وخمسة وعشرين والآخر سبعمائة وخمسين؛ لأن الأول قطع يده وقيمته ألف فغرم خمسمائة؛ لأن اليد من الآدمي نصفه وبقيت قيمة النصف الآخر خمسمائة، فإذا ازدادت خمسمائة أخرى صارت ألفًا، فهذه الزيادة لا تعتبر في حق قاطع اليد؛ لأنها لم تكن موجودة وقت القطع وإنما حدثت بعده فبقي في حق قاطع اليد قيمة الباقي خمسمائة ثم قاطع الرجل أتلف النصف الباقي وذلك مائتان وخمسون فبقيت مائتان وخمسون تلفت بشرائه جنايتهم فتجب على قاطع اليد نصف ذلك وذلك مائة وخمسة وعشرون يضم إلى خمسمائة فيصير ستمائة وخمسة وعشرين وقاطع الرجل حين قطع رجله كانت قيمة العبد ألفًا يضمن نصفه وهو خمسمائة وبقي خمسمائة في حقه وقد تلفت بشرائه جنايتين فضمن نصفه وذلك مائتان وخمسون بضم ذلك إلى خمسمائة فيصير سبعمائة وخمسين.

ولو صار يساوي ألفين وهو أقطع فعلى قاطع الرجل ألف وخمسمائة؛ لأن الزيادة في حق قاطع اليد غير معتبرة فصار وجودها وعدمها بمنزلة فعلته ستمائة وخمسة وعشرين كما وصفنا، فأما قاطع الرجل، بالقطع أتلف نصفه فضمن قيمته وهي ألف بقي ألف بلغت بشرائه الجنايتين فغرم نصفه خمسمائة فيضم خمسمائة إلى ألف فيكون ألفًا وخمسمائة.

(**النوادر**): روى الحسن في (**المجرد**) عن أبي حنيفة رحمهما الله: رجل قطع أذني عبد أو أنفه وحلق لحيته فلم يثبت فعليه ما نقصه.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أن عليه للمولى قيمة تامة إن دفع إليه العبد.

وجه رواية الحسن أن الفائت من العبد معتبر من حيث المالية وبفوات الجمال تقل رغبات الناس فينتقص المالية فيضمن النقصان.

وجه رواية محمد: أن ما يجب تفويته من الحر كمال الدية فيجب بتفويته من العبد كمال القيمة كما في اليدين والرجلين؛ لأن دية أطراف العبد مقدرة كما بينا. رجل فقأ عيني عبد ثم قطع آخر يده كان على الفاقئ ما نقصه وعلى القاطع نصف

قيمة مفقوء العينين استحسانًا والقياس أن لا شيء على الفاقئ على أصل أبي حنيفة خاصة؛ لأن عنده لا يتخير المولى بين إمساك المفقوءة وتضمين النقصان وإنما له القيمة وتمليك الجثة منه بالقطع الطارئ على الفاقئ امتنع تضمين كمال القيمة فتعذر إيجاب الضمان عليه: وجه الاستحسان: أن الجناية تقررت موجبة للضمان قبل القطع فلا يجوز تعطيل السبب عن الحكم بإهدار الجناية فيغرم النقصان صونا لدمه عن الهدر والبطلان.

وروى الحسن عن أبي حنيفة في عبد قتل رجلًا عمدًا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فاختار الدفع، فإنه يدفع أرباعا ثلاثة أرباعه لولي الخطإ وربعه لولي العمد الذي لم يعف وهو قولهما.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة يدفع إليهما أثلاثا ثلثاه لصاحب الخطإ وثلثه لصاحب العمد.

وقال زفر: يدفع نصفه إلى ولي الخطإ ربع إلى ولي العمد ويبقى ربعه للمولى.

لزفر: أن حق الوليين متعلق بالعين وبعفو أحدهما سقط حقه وانتقل حق الآخر إلى الرقبة أو الفداء في النصف وحق ولي الخطإ في الكل؛ لأنه لا يشاركه غيره فيه وحق المولى بالعفو عاد إلى الربع فيكون الربع له بقي ثلاثة أرباع بينهما على قدر حقهما وجه رواية الحسن أنه عفا أحد وليي العمد فبقي حق الآخر في المزاحمة في الربع؛ لأنه تعلق حق ولي الخطإ بالنصف لا بالكل فبقي حق غير العافي في الربع فانتقل إلى الرقبة أو الفداء فيكون الباقي بينهما أرباعا.

وجه رواية أبي يوسف وهي الأصح؛ لأنه إذا عفا أحد وليي العمد بقي حق الآخر في النصف؛ لأن حقهما قد تعلق بالكل؛ لأن استحقاقهما ورد على الكل لا يبقى المزاحم حين وقوع الجناية الأولى، فإذا جنى خطأ تعلقت بهذه الجناية أيضًا بالكل؛ لأن تعلق الأولى لا يمنع حق تعلق الثانية إلا أن بالعفو فرغ نصف الرقبة عن حكم الجناية الأولى فبقي حق الأول متعلقا بالنصف وحق الثاني بالكل فيكون المدفوع بينهما أثلاثًا.

هشام عن محمد قال: مملوك قتل مملوكا لرجل خطأ ثم قتل آخر مولاه خطأ

وليس لأخ مولاه وارث غيره، فإنه يدفع نصف العبد إلى مولى العبد أو يفديه والنصف الباقي للمولى؛ لأن حق أخ المولى تعلق برقبة الجاني بعدما تعلق به حق المولى فتقع المزاحمة بينهما فيكون بينهما نصفين، وإذا انتقل النصف إلى المولى بالإرث سقط بعد الوجوب؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئًا فبقي حق الأول في النصف، فإن قتل أخ مولاه أولا ثم قتل مملوك رجل خطأ، فإنه يدفع العبد كله إلى مولى العبد المقتول أو يفديه؛ لأنه لما انتقل الحق إلى المولى بالإرث سقط عنه، فإذا جنى على الثاني ولا يزاحمه الأول فقد تعلق حق ولي الجناية الثانية من غير مزاحمة، وإن كان لأخ مولاه بنت وقد قتله العبد أولا، فإنه يضمن ثلاثة أرباع العبد لمولى العبد المقتول وربعه للبنت؛ لأن حق ولي الجناية الثانية من غير مزاحمة، وإن كان لأخ مولاه بنت وقد قتله العبد أولا، فإنه يضمن ثلاثة أرباع العبد لمولى العبد المقتول وربعه للبنت؛ لأن حق ولي الجناية الثانية تعلق بالنصف وتعلق حق الوارثين بالنصف إلا أنه سقط حق المولى عن الربع وبقي حق البنت في الربع، فإن كانت الضربتان معا وليس له بنت فالعبد بينهما نصفان؛ لأن الجنايتين اقتربتا فلم يصادف أحدهما محلا فارغا.

قال أبو حنيفة: رجل فقأ عين عبد فمات العبد من غير الفقء فلا شيء على الفاقئ.

وإن لم يمت ولكنه قتله إنسان لزم الفاقئ النقصان؛ لأن الضمان ضمان تفويت المالية والقتل تفويت المالية والموت يبطل حكم المالية ولا يفوتها.

قال محمد: ضمن النقصان في الوجهين؛ لأن الجناية تحققت في الحالين فانعقدت موجبة للضمان.

(باب ما يصير المولى به مختاراً للفداء)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في اختيار المولى الفداء صريحًا.

والثاني: في اختياره دلالة.

والثالث: في تخيير من انتقل الملك إليه.

(فصل)

ولو قتل عبده رجلًا واختار الدية وليس عنده ما يفدي، فالدية دين عليه عند أبي حنيفة وعندهما: يدفع ولا يصح اختيار الفداء إلا برضاء المولى إذا كان مفلسا.

لهما: أن العبد صار حقا لولي الجناية وصار كالمملوك له حتى لو استهلك المولى يضمن قيمته فلا يملك المولى إبطال حقهم إلا برضاهم أو بوصول البدل إليهم وهو الدية، فإذا لم يصل البدل إليه يكون له أخذ العبد فصار كما لو اختار المولى قضاء الدين عن العبد المديون ثم عجز عنه كان للغرماء أخذ العبد وكذا هذا.

لأبي حنيفة: أن أصل حقهم في الدية؛ لأنها بدل المقتول إلا أنه لا يتحتم على المولى أداء الدية نظرا له؛ لأنه ربما لا يقدر عليه أو يقع في الجرح كما بينا فتخير بين دفع العبد وبين أداء الدية نظرا له، فإذا اختار أداء الدية صح اختياره من غير رضاء الأولياء؛ لأنه اختار ما هو أصل حقهم وتعلق حقهم بها فبطل حقهم عن العبد؛ لأن ولاية الاختيار والتعيين للمولى لا لهم، وإذا جرح العبد رجلًا فاختار المولى الفداء ثم مات المجروح خيّر مرة أخرى عند محمد استحسانًا، وعند أبي يوسف عليه الدية ولا يخير قياسا وهي من المسائل التي رجع أبو يوسف من الاستحسان إلى القياس.

ولو أعتقه وهو يعلم ثم مات المجروح كان مختارا للدية إن كان خطأ. وجه القياس: أنه اختار أرش الجراحة فيكون اختيارًا لأرشها ولما يحدث ويتولد منها كالعفو عن الجراحة يكون عفوا عنها وعما يحدث منها؛ لأن السراية لا تنفك عن الجناية فيكون اختيار الأصل اختيارًا للتبع المتولد منه ضرورة؛ ولأنه صار قاتلا بتلك الجراحة فظهر أنه اختار إمساك العبد بعد القتل وهو غالب بالقتل كما لو أعتق العبد بعد الجراحة. وجه الاستحسان: أن المولى إنما اختار إمساك العبد بمال قليل على حساب أن الجراحة لا تسري فبعد الموت لو لزمه لزمه حكم الاختيار بمال كثير وهو دية واختيار الإنسان إمساك العبد بمال قليل لا يكون اختيارا منه

بأداء مال كثير؛ لأنه غير راض به فلو لزمه يتضرر به فوجب أن لا يلزمه حكم الاختيار بالدية بخلاف ما لو أعتقه بعد الجراحة ثم مات؛ لأنه لم ينص على اختيار العبد بمال قليل بل اختار إمساك العبد مطلقًا فظهر حكمه مطلقًا. قتل عبد رجلًا عمدًا وله ولي واحد فاختار المولى الفداء عن نصف العبد يصير مختارا للفداء في الكل؛ لأن الولي استحق على المولى دفع الكل أو الفداء عن الكل وفي التفريق ضرر عليه فلا يتمكن المولى من ذلك فصار مختارا للفداء عن الكل ضرورة، وإن كان له وليان واختار الفداء في نصيب أحدهما يصير مختارا للفداء في حق الآخر في عامة الروايات؛ لأن المستحق لموجب الجناية هو الميت؛ لأن الجناية وردت على حقه وأمكن إثبات الملك له في موجب الجناية؛ لأن بعد الموت تبقى التركة على حكم ملكه فلهذا ينفذ منها وصاياه وقضاء ديونه فوقع الملك للميت أولًا ثم ينتقل إلى الوارث فكان المستحق للجناية اثنين فوجب الحق في الأصل متفرقا فبالتفريق لا يلحق بأحدهما ضرر لم يكن مستحقا عليه وفي قتل الخطأ لو كان المولى واحدا فاختار الفداء في النصف يكون اختيارا للفداء في الكل؛ لأنه لا يجوز تفريق الحق عليه منعا للضر عنه.

ولو كان الولي اثنين فاختار الفداء في أحدهما لا يكون اختيارا للفداء في حق الآخر ما دام العبد قائمًا؛ لأن حقهما يثبت في العبد متفرقا مشتركا، وإذا مات العبد قبل أن يدفع النصف إلى الآخر يصير مختارا للفداء لهما؛ لأن الحق يثبت للمقتول ولو صالح أحدهما على نصف العبد الحق ثبت للمقتول، خيّر المولى والولي المدفوع إليه بين أن يدفعا نصف العبد إلى الثاني أو يفديا؛ لأن الجناية انقلبت مالًا والعبد في ملكهما معين كما لو جنى جناية خطأ والعبد ملكهما يخير بين الدفع والفداء فكذا هذا إلا أن العبد فرغ عن نصف الجناية بالصلح وبقي مشغولا بالنصف فيثبت لهما الخيار في النصف، فإن صالح أحدهما على جميع العبد قيل للشريك: ادفع نصفه إلى أخيك أو افده؛ لأنه انتقل الملك إليه ونصفه مشغول بالجناية.

ولو قتلت أمة رجلًا عمدًا له وليّان وصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختارا لفداء آخر فيفديه بنصف الدية، وذكر في "كتاب الدور" لا يصير مختارًا للفداء.

ولو صالح أحدهما على ثلث الأمة كان في الباقي له خيار أن يدفعه أو يفديه وفي الجامع والدور لا يكون له خيار، وجه هذه الرواية أنه سوى بين الدفع والفداء في البعض وذلك؛ لأن الملك يقع للميت أولا ثم ينتقل إلى الوارث لما بينا وكان ملك الميت أصلا وملك الوارث بناء عليه فيكون المستحق للجناية واحدًا فاختيار الدفع أو الفداء في البعض يكون اختيارًا في الكل لكي لا يتفرق الملك على المستحق. وجه رواية الصلح وهو الفرق بين الدفع والفداء أن الإنسان قد يضطر إلى إزالة بعض العبد عن ملكه لضرورة وهي أن يزيل بعضه عن ملكه لكي يعيد الزائل إلى ملكه في الثاني إذا وجد ثمنه فلا يكون اختيار دفع النصف اختيارًا لدفع النصف الآخر دلالة، فأما اختيار بعض الفداء يدل على اختياره امتثال الأمة في ملكه لرغبة إلى إمساكها لمنافع تحصل له منها لا تحصل من غيرها وتلك المنافع تحصل من كلها لا من بعضها فاختيار إمساك الأمة يدل على اختيار الفداء ضرورة.

(فصل)

إن المولى متى أحدث في العبد تصرفا يعجزه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختارا للفداء؛ لأنه اختار إمساك العبد؛ لأن المخير بين شيئين في الإزالة متى اختار إمساك أحدهما يلزمه إزالة الآخر عن ملكه؛ لأنه تعين الآخر للزوال ضرورة كمن أعتق أحد عبديه ثم باع أحدهما مختارًا تعين الآخر للعتق فإن أحدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا؛ لأنه متى أمكنه دفع العبد لا يصير مختارا إمساكه فبقي خياره.

ولو باع المولى العبد الجاني أو أعتقه أو دبره أو كاتبه واستولد الجارية الجانية وهو يعلم بالجانية فهو مختار؛ لأنه أحدث فعلًا أعجزه عن الدفع؛ لأن هذه التصرفات بعد نفادها لا تحتمل النقض والإبطال، وإن لم يعلم بالجانية لم يكن مختارا وضمن الأقل من قيمته ومن الأرش؛ لأنه لم يكن عالما بوجوب الفداء فاختار الفداء بدون العلم بالفداء لا يتصور وصار مستهلكا حق المجني عليه فيضمن.

ولو جنى جنايتين فعلم بإحداهما دون الأخرى فأعتقه أو باعه ونحوه فيكون

مختارا للفداء فيما علم وفيما لم يعلم حصتها من قيمة العبد؛ لأنه صار مستهلكا لحقه والجماع والتزويج والإجارة والرهن والاستخدام لا يكون اختيارا للفداء، وفي رواية كتاب العتاق في الرهن والإجارة يصير مختارا؛ لأنه أحدث تصرفا يعجزه عن الدفع؛ لأنه حق لازم متأكد يمنع المولى من الدفع. وجه هذه الرواية: أنه لم يعجزه عن الدفع؛ لأن له أن يفسخ الإجارة والرهن لحق المجني عليه لأن حق المجني عليه تعلق بعين العبد لا بالفداء سابقا على حقهما فيملك المولى إبطال حقهما بالفسخ صونا لحق المجني عليه عن البطلان؛ لأنه يرجح حقه على حقهما بالسبق بخلاف البيع؛ لأن حق المجني عليه لا يمنع نفاذ تصرفه بجهة التمليك فثبت ملك صحيح للمشتري والملك أقوى وآكد من الحق فلا يجوز إبطاله لصيانة الحق.

ورُوي عن أبي يوسف: أن الوطء يكون اختيارا وهو قول زفر؛ لأن الحل يختص بالملك فكان دليلا على إمساكها. وجه ظاهر الرواية: أن وطء البنت لا يوجب تنقيص العين حقيقة فإنها قائمة برمتها وجثتها كما كانت قبل الوطء وإنما عينها حكمًا حتى يمنع الرد بالعيب وبهذا لا يصير مختارا كما لو أقر بالسرقة أو بالإباق عليها فلم يعجز عن ردها بكليتها وملك المولى فيها قائم حقيقة فلا يدل الوطء على إمساكها.

ولو ضربه فغيّبه يكون اختيارًا؛ لأنه مات جزء منها حقيقة فقد أعجزه عن رد بعضه فصار كما لو عجز عن دفع كله. عبد قتل رجلًا خطأ ثم قطع عبد آخر يد القاتل فاختار مولى القاطع الدفع فدفع ثم أعتق مولى القاتل أحدهما وهو يعلم بالجناية صار مختارا للدية؛ لأن العبد المدفوع قام مقام اليد المقطوعة كأن اليد قائمة فيكون العبدُ واحدًا حكمًا واعتبارا.

ولو كان العبد واحدًا لحقيقة فأعتق بعضه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفداء في حق الكل فكذا هذا.

ولو قتل عبدان رجلًا فأعتق المولى أحدهما لم يصر مختارا للدية كلها بل نصفها؛ لأن إعتاق أحدهما لم يعجزه عن دفع الآخر.

ولو كاتبه وهو لا يعلم بالجناية ثم عجز ثم خوصم دفع أو فدى؛ لأن المولى

بالكتابة صار ضامنا بالقيمة، فإذا زالت الكتابة قبل القضاء عليه بالقيمة فقد زال سبب الضمان وعاد حق ولي الجناية في العبد بخلاف ما لو قضى على المولى بالجناية يلزمه دفع القيمة؛ لأن سبب الضمان زال بعد وجوب القيمة وتقررها بالقضاء فلا تسقط كما لو علم بالجناية. وكّله بالكتابة ثم قتل العبد رجلًا خطأ ثم كاتب الوكيل وهو يعلم أولًا فعلى المولى القيمة دون الدية؛ لأنه لما تعذر تسليم الرقبة إلى ولي الجناية من غير أن يختار إمساك العبد بعد الجناية يلزمه القيمة.

ولو أمر المولى المجني عليه بالعتق فأعتقه صار المولى مختارا؛ لأن فعل المأمور يضاف إلى الآمر فصار كأنه أعتقه المولى.

ولو قال لعبده: إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر ففعل شيئًا من ذلك فهو مختار للفداء خلافا لزفر؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل والمنجز عند الشرط فقد أعتقه بعد الجناية وهو عالم بها، كما لو قال لامرأته إن مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض فمات منه طلقت ثلاثا وترث؛ لأن هذا كابتداء الإيقاع بعد المرض فكذا هذا، وإذا أذن له في التجارة فركبه دين لم يصر مختارا؛ لأن الإذن لا يعجزه عن الدفع ولا يوجب نقصانا فيه إلا أن الرقبة قد انتقصت على لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الإذن وكان لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته وبكلّ قتل تجب الكفارة فيه يصير المولى مختارا كالقتل بالمباشرة، وإن لم تجب الكفارة فيه لا يصير مختارا وهو القتل تسبيبًا كما لو وقع في بئر حفرها المولى؛ لأن القتل تسبيبًا ليس بقتل حقيقة؛ لأن القتل فعل يحل بالحي فيؤثر في إزهاق الروح والتسبب ليس بفعل في الحي؛ لأنه لم يوصل إلّا به، ولهذا لم يجب به القصاص ولا يحرم عن الميراث فلم يصر مستهلكا للعبد وبالقتل مباشرة صار مستهلكا للعبد وفي كل موضع صار مانعا العبد يضمن قيمته كما لو وقع في بئر حفرها المولى في كل موضع صار متلفا للعبد يضمن الفداء كما بينا.

ولو أخبره عبده بالجناية فأعتقه المولى وقال: لم أصدقه، فعند أبي حنيفة لا يضمن ما لم يخبره رجل عدل حر، وعندهما ضمن الدية وإن كان المخبر فاسقًا أو عبدًا أو كافرا وقد مرت في الوكالة والشفعة.

(فصل)

وإن أقر به لغيره هو على قسمين: إما أن أقر بالجناية أولا ثم بالملك، أو على عكسه، وكل قسم لا يخلو إما أن كان الملك في العبد معروفا للمقر، أو كان مجهولا أو لا.

أما **القسم الأول**: لو أقر بالجناية ثم بالملك لغيره والملك في العبد معروف للمقر، فإن صدقه المقر له في الملك والجناية جميعا يقال للمقر ادفع العبد أو افده؛ لأنه صح الإقرار؛ لأن حق المجني عليه لا يمنع نفاذ تصرف المولى؛ لأن حقه في الدفع أو الفداء وإنه باقٍ بعد الإقرار والثابت بالإقرار كالثابت بالبينة العادلة ومتى ظهر الملك للمقر له بالإقرار ظهر أن الجناية صدرت من ملكه، وإن كذبه فيهما لا يكون المقر مختارا للفداء خلافا لزفر. له: أن صحة الإقرار لا تتوقف على تصديق المقر له، ولهذا لو مات المقر له قبل التصديق يصير المُقَرُّ به ميراثا لورثته فقد زال العبد عن ملكه بنفس الإقرار وهو عالم بالجناية فيعتبر مختارا.

لنا: أن صحة الإقرار إن كان لا يقف على التصديق فالبطلان يقف على التكذيب، فإذا اتصل به التكذيب بطل من الأصل؛ لأنه اعتبر كذبا من الأصل؛ لأن العاقل لا يرد الإقرار كاذبا، وإذا صار كذبا من الأصل ظهر أن العبد ترك عن ملكه، فإن صدقه في الملك وكذبه في الجناية صار المقر مختارا للفداء؛ لأن الإقرار بالجناية على العبد صادف ملكه في العبد فصح ثم إذا أقر بالملك لغيره وصدقه المقر له صار مزيلا العبد عن ملكه فصار كما لو باعه أو وهبه.

وأما **القسم الثاني**: لو أقر بالملك أولا ثم بالجناية إن صدقه فيهما فالخصم هو المقر له، وإن كذبه فيهما فالخصم هو المقر له، وإن صدقه في الملك وكذبه في الجناية هدرت الجناية؛ لأنه لما صدقه المقر له في الملك ظهر أن إقراره بجناية العبد صادف ملك الغير فلا يصح إقراره بالجناية متى كذبه المقر له فلم تثبت الجناية.

وكذلك إن كان العبد مجهولا لا يدري أنه للمقر أم لغيره فأقر بالجناية أولا ثم بالملك ثم بالجناية؛ لأن الملك ثابت للمقر بظاهر اليد لا مستندا إلى دليل

والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق واختيار الفداء فلم يصر مختارا للفداء بخلاف ما لو كان الملك له معروفا؛ لأن ملكه ثابت مستند إلى دليل ظاهر اليد فصلح حجة لإثبات ما لم يكن، ولو قال كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقه يخير المشتري بين الدفع والفداء؛ لأن يثبت الملك بتصادقهما.

(**المنتقى**): جارية جنت وهي حامل فأعتق المولى ما في بطنها وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفداء، وإن لم يعلم بالجناية، فإن حضر الطالب وهي حامل وهو بالخيار إن شاء ضمن المولى قيمتها خاصة، وإن شاء أخذها حاملا بخيانتها وكانت له وكان الولد حرا؛ لأن الجناية حصلت منها وهي حامل وبالإعتاق مع العلم بالجناية صار مختارا للفداء فيلزمه قيمتها يوم الجناية والولد حر؛ لأن بالجناية لم يمتنع تصرف المولى في الأصل فلا يمنع في الفرع، فإن حضر الطالب بعدما ولدت فالمولى بالخيار إن شاء دفع، وإن شاء فدى فلا سبيل له على الولد؛ لأنه حدث على ملك ولي الجناية عبد جنى جناية فأوصى المولى بعتقه في مرضه فأعتقه الموصي أو الوارث بعد موته وهو يعلم بجنايته فعليه الدية مقدار قيمته من جميع المال والزيادة من الثلث، وإن كان لم يعلم بالجناية فالقيمة من مال الميت في قول أبي يوسف آخرا وهو قول زفر، هكذا ذكره الفقيه أبو الليث في (**العيون**)؛ لأن الموصي إذا علم بجنايته يخير فيه بين الدفع والفداء، فإذا أوصى بعتقه فقد اختار الفداء بقي مقدار القيمة يعتبر من جميع المال؛ لأن له أن يفدي العبد والحق يتعلق برقبته وهو باختيار المال يتبرع به والتبرعات محلها الثلث، وإن لم يعلم فالقيمة في ماله؛ لأن الحق تعلق برقبته ولم يجن على حقوقهم بالعتق فلم يصر مختارا للفداء وفات الدفع فلزمه قيمة المدفوع. رجل قال لعبديه: أحدكما حر فجنى أحدهما فصرف العتق إلى الجاني فعليه القيمة عند زفر.

وقال أبو يوسف: إن علم بالجناية فعليه الدية.

لزفر: أن العتق لم يزد على حق المجني عليه؛ لأن العتق سبق الجناية وبالبيان ما جنى ولكنه فوت الدفع والعتق غير نازل في المعتق وإنما نزل في الذمة فلزمه قيمته.

لأبي يوسف: أن المال أنشأ العتق في حق المحل فلزمه لما عرف فصار كأنه أعتقه بعد العلم.

جارية بين رجلين فجاءت بولد فجنى الولد جناية فادعاه أحدهما، فإن علم بالجناية فعليه نصف الدية، وإن لم يعلم فعليه نصف القيمة في قول زفر.

وقال أبو يوسف: إن علم فعليه الدية، وإن لم يعلم فعلية القيمة.

لزفر: أن حق ولي الجناية إذا تعلق برقبة مملوكة لهما فصارا مخاطبين بالدفع أو الفداء فلا يلزم المدعي إلا النصف والثاني لم يجن على حقهم فلا يلزمه الدية.

لأبي يوسف: إن جاء له العلم هو الجاني فلزمته الدية كاملة وجاء له الجهل إنما امتنع الدفع لمعنى من جهته.

ولو باع جارية فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر فجنى الولد جناية ثم ادعاه البائع فهو يعلم بالجناية فعليه القيمة لأصحاب الجناية ولا يجب عليه الدية عند زفر.

وقال أبو يوسف: عليه الدية.

لزفر: أن الجارية لا تلد لأقل من ستة أشهر، فإذا جاءت به فقد عرف وجوده في ملك البائع، وإذا كان الولد منه لم يتخير هو بين الدعوة وتركها فلم يتخير بين الدفع والفداء وإنما تعين الدفع عليه وقد تعذر فيجب القيمة.

لأبي يوسف: أنه إذا علم فادعى نسبه فقد فوت عليهم حقوقهم بالدعوى؛ لأن حقوقهم تعلقت برقبة العبد وقد امتنع الدفع بالدعوى فيصير مختارا للدية.

رجل أوصى بعتق عبده ثم جنى العبد جناية بعد موت الموصى فأعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن للجناية وإن لم يعلم فهو ضامن للقيمة ولا يرجع على الورثة؛ لأن حق المجني عليه تعلق برقبة العبد، فإذا أعتقه الوصي عن علم صار جانيا على حقه فصار مختارا للفداء كالمالك، فإن لم يعلم فهو مستهلك لحقه فصار ضامنا للقيمة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة في عبد قطع إصبع رجل خطأ ففداه المولى بألف ثم مات المقطوع إصبعه، فإن فداه بغير قضاء فعليه تمام الدية؛ لأن الفداء بغير قضاء يكون التزاما للفداء ورضاء به.

وإن فداه بقضاء بطل الفداء وعليه القيمة؛ لأن القيمة بقضاء لا تكون التزاما

ورضاء به؛ لأنه مجبور فقد حصل الفداء عن الجناية على الإصبع، فإذا صارت نفسا بنقص حكم الفداء ولم يرض بالبراءة فالدية ثم لا فتجب القيمة.

(باب الحر والعبد أو العبدين إذا تضاربا وتشاجّا)

(**المبسوط**): حر جنى على عبد وجنى العبد على رجل آخر وعلى الجاني واختار مولاه الدفع ثم اختلفا فقال المولى جنى على عبدي أولا فأرشه لي وكذبه المدفوع إليه فالقول للمولى مع يمينه؛ لأن الحر المجني عليه لما ادعى أن البادئ بالجناية هو العبد فقد ادعى على المولى شيئين العبد وأرش العبد متى اختار دفع العبد إليه؛ لأنه ادعى أن حقه ثبت في عبد صحيح اليد؛ لأن العبد لما بدأ بقطع يد الحر كانت يده صحيحة، فإذا تعلق حقه بيد العبد تعلق ببدلها أيضًا والمولى أقر له بالعبد وأنكر الأرش فيكون القول له فصار كما لو تصادقا على أن البادئ بالجناية هو الحر؛ لأن الثابت يقول من جعل القول له شرعا كالثابت بالتصادق ومتى تصادقا أن البادئ بالجناية هو الحر يضمن نصف قيمة العبد للمولى والمولى يخير بين الدفع والفداء وله أن يدفع العبد دون الأرش؛ لأن حق المجني عليه تعلق بعبد مقطوعة يده؛ لأن العبد حين جنى على الحر كان مقطوع اليد ولا يتعلق ببدلها وهو الأرش.

وإن تصادقا أنهما لا يعلمان من البادئ منهما بالجناية ضمن الحر الجاني نصف قيمة العبد والمولى إن اختار الدفع يدفع العبد ونصف أرش يده؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون بادئا بالجناية ويجوز أن يكون لاحقا.

وإن كان الحر هو البادئ فليس على المولى إلا دفع العبد، وإن كان العبد هو البادئ فعلى المولى دفع العبد مع أرش يده فللحر أرش اليد في حالة وليس له ذلك في حالة فيجب له نصف الأرش. حر وعبد التقيا ومع كل واحد منهما عصا فاضطربا فشج كل واحد صاحبه ثم اختلف مولى العبد والحر في البداية فالقول للمولى إن الحي بدأ وعليه أرش جناية على العبد للمولى ويدفع العبد بجنايته أو يفديه؛ لأن الحر أقر بالأرش بدأ بالجناية أم لحق إلا أنه ادعى الإبراء متى اختار المولى دفع العبد إليه وأنكر المولى فيكون القول له، ولو كان مع العبد سيف ومع

الحر عصا فمات العبد وبرئ الحر واختلفا كان القول للمولى وقيمة العبد على عاقلة الحر يسلم للمولى من ذلك مقدار ما نقصته ضربة الحر من قيمته إلى يوم ضرب العبد الحر والباقي قيمة أرش جنايته على الحر، فإن فضل شيء فهو للمولى؛ لأن الحر قتل العبد بعصًا فيكون قتيل خطأ العمد فتجب قيمته على عاقلة الحر والقيمة قامت مقام العبد لأن العبد جنى. ولو كان العبد جنى كان حق الحر عبدًا ناقصًا؛ لأن العبد حين جنى على الحر كان ناقصا فكذلك يثبت حق الحر في قيمة العبد فيما وراء النقصان فيأخذ المولى قدر ما انتقص بجناية الحر ويأخذ الحر من الباقي من أرش جراحته، فإن فضل شيء منه فهو للمولى؛ لأنه بدل عبده وقد فرغ العبد عن حق الغير وإن انتقص الباقي لا يكون على المولى شيء كما لو دفع العبد وقيمته أقل من أرش الجراحة.

ولو كان السيف مع الحر ومع العبد عصا فمات العبد وبرأ الحر ولا يدري أيهما بدأ بالجناية فللمولى أن يقتل الحر؛ لأن الحر قتل العبد بالسيف عمدًا فيجب القود وقد مات العبد ولم يخلف بدلا فيبطل حق الحر، وكذلك لو كان العبد هو الذي بدأ بالجناية؛ لأنه لا يتصور ملك العبد بسبب الجناية بعدما مات.

ولو كان مع كل واحد منهما عصًا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة وبرئا واتفقوا أنهم لا يعلمون البادئ خيّر المولى، فإن دفع العبد يرجع على الحر بنصف أرش عبده؛ لأن الحر إن كان هو البادئ بالجناية يجب عليه جميع الأرش، وإن كان اللاحق بها لا يجب عليه شيء فيجب نصفه، وإن كان فداه بجميع أرش الحر ورجع على الحر بجميع أرش عبده؛ لأنه يجب على الحر جميع أرش العبد تقدمت جنايته أو تأخرت وإن كانا سواء تقاصا، وإن كان أحدهما أقل فالأقل بمثله يصير قصاصا ويرد الفضل على صاحبه.

(فصل)

عبدان التقيا ومع كل واحد عصًا فاضطربا وبرئا خيّر مولى كل واحد، فإن اختار الدفع دفعا وصار كل واحد بالآخر ولا يتراجعان بشيء سوى ذلك؛ لأن كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع؛ لأنه لو رجع أحدهما لرجع الآخر؛

لأن حق كل واحد منهما ثبت فيه قيمة كاملة فلا يأخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل آخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع، وإن اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لأنهما لما ضربا معا فقد جنى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من المولىين بعبد صحيح فيجب فداء عبد صحيح، وإن سبق أحدهما بالضربة خير مولى البادئ؛ لأن البداية من مولى اللاحق لا تفيد؛ لأن حق اللاحق في عبد صحيح كامل الرقبة، فإذا دفعه إلى البادئ عبده مشجوجا كان للاحق أن يسترده منه ثانيا؛ لأنه يقول عبدك شج وهو صحيح ودفعت إليك عبدي بدل تلك الشجة فيكون لي والبداية من مولى البادئ بالدفع مفيد؛ لأن حق البادئ ثبت في عبد مشجوج فمتى دفعه مشجوجا لا يكون له أن يسترده وكان دفعه مفيدا، فإن دفعه فالعبد للمدفوع إليه ولا شيء للدافع؛ لأنه لو رجع البادئ بشيء كان للمدفوع إليه أن يرجع عليه ثانيًا؛ لأن حقه في رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ، فإن فداه خيّر مولى اللاحق بين الدفع والفداء؛ لأنه ظهر لعبد البادئ عن الجناية بالفداء وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه العبد اللاحق، فإن مات البادئ كانت قيمته في عتق الثاني يدفع بها أو يفدي، فإن فداه بقيمة الميت رجع في تلك القيمة بأرش جراحة عبده؛ لأنه بالفداء ظهر العبد اللاحق عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه البادئ فالبادئ.

وإن مات بالقيمة قامت مقامه كأنه حي قائم، فإن دفعه رجع بأرش شجة عبده في عنقه ويخير المدفوع إليه بين الدفع والفداء؛ لأن المدفوع قام مقام الميت الشاج.

وإن مات العبد القاتل خيّر مولى العبد البادئ، فإن فداه أو دفع بطل حقه في شجة عبده؛ لأنه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجا فثبت حق مولى البادئ في عبد مشجوج فثبت حقه فيما وراء الشجة وما وراء الشجة فات لا إلى خلف كما مات العبد القاتل فبطل حق مولى البادئ في شجة عبده.

ولو مات البادئ من شيء آخر سوى الجناية وبقي اللاحق خيّر مولى البادئ ويقال له: إن ثبت فاعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منكما على الآخر، وإن

شئت ادفع أرش شجة اللاحق فطالبه بحقك، فإن دفع إلى صاحبه أرش عبده يرجع بأرش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده بها أو يفديه أما العفو فلأن مولى البادئ لو لم يعف عنه كان لمولى اللاحق أن يدفع عبده إلى مولى البادئ بجنايته، وإن دفع كان المولى اللاحق أن يطالبه بأرش شجه عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع إليه العبد المدفوع ثانيا ليبرأ عن حقه فلا يفيد الدفع، وأما دفع أرش شجة اللاحق؛ لأنه متى دفع أرش عبد اللاحق فقد ظهر البادئ عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع أو الفداء أو أي ذلك مهما اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل؛ لأنه وصل إلى كل واحد منهما وإن أبى مولى البادئ أن يدفع الأرش فلا شيء له في عتق الحي؛ لأن مولى البادئ كان مخيرا بين العفو وبين دفع الأرش والمطالبة بشجة عبده، فإذا امتنع تم دفع الأرش صار مختارا للعفو وصار كأنه قال عفوتك عن حقي فيبطل حقه.

ولو مات اللاحق وبقي البادئ خيّر مولاه، فإن دفعه بطل حقه وإن فداه رجع بأرش عبده في الفداء؛ لأن البادئ بالفداء ظهر عن الجناية فلا يكون لولي اللاحق أن يسترجع منه الأرش ثانيا فإما بالدفع لم يظهر عن الجناية فبقي حق مولى اللاحق متعلقا بالشجة من العبد البادئ والعبد المدفوع بدله فيتعلق حقه ببدله، فلو رجع مولى البادئ بأرش شجته كان لمولى اللاحق أن يسترجع منه؛ لأن حقه كان متعلقا بالفائت بالشجة من البادئ فلا يفيد الرجوع.

ولو برئا ثم قتل البادئ اللاحق خطأ كان في عتق البادئ أرش اللاحق وقيمته ويخير بين دفعه وفداه، فإن دفعه فلا شيء له كما بينا.

وإن فداه بأرش الشجة وبقيمة المقبول؛ لأن البادئ شج اللاحق ثم قتله مشجوجا فيلزمه أرش الشجة وقيمته مشجوجا متى اختار الفداء ويسلم أرش شجة المقتول لمولاه خاصة ويكون أرش شجة الحيّ في هذه القيمة يأخذه مولاه منها وما بقي فلمولى المقتول؛ لأن حق مولى البادئ إنما ثبت في اللاحق وهو مشجوج؛ لأنه جنى على البادئ وهو مشجوج فيأخذ من قيمته مشجوجا أرش شجة البادئ، فإن فضل منه شيء يكون لمولى اللاحق؛ لأنه بدل عبده وقد فرغ عن حق الغير.

ولو قتل اللاحق البادئ، فإن لم يطلب مولى المقتول الجناية لم يكن لأحدهما على صاحبه شيء؛ لأن مولى المقتول يخير بين العفو والفداء بأرش الشجة الثاني، فإن يطلب جناية فدى عبده بأرش الجناية ثم خير مولى الحي بين أن يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول ويسلم ذلك لمولى المقتول؛ لأن العبد اللاحق قتل البادئ مشجوجا فيخير لمولاه بين دفعه وفدائه بقيمته مشجوجا وأي ذلك فعل لا يبقى أحدهما على صاحبه سبيل؛ لأنه وصل إلى كل واحد منهما حقه.

ولو قتل أحدهما صاحبه بعدما برئ ولا يعلم البادئ بالشجة خُيِّر مولى القاتل؛ لأنه تعذرت البداية بالبادئ لجهالته.

ولو تعذرت البداية بسبب موت البادئ يبدأ بالقاتل وكذا هذا، فإن دفع عبده كان له نصف أرش شجته في عنقه إن شاء المدفوع إليه فداه بذلك، وإن شاء دفع منه حصة النفس فيقسم العبد المدفوع على نصف أرش شجة المقتول وعلى قيمته مشجوجا فيأخذ الذي دفعه من حصته قيمته مشجوجا من العبد المدفوع أو يفديه؛ لأن القاتل بالدفع قام مقام المقتول لحما ودما فصار كأن المقتول بقي حيا فمولاه يرجع بنصف أرش شجة عبده متى اختار الدفع فكذا إذا دفع بدله، وإن اختار مولى القاتل الفداء فداه بقيمة المقتول صحيحا؛ لأن القاتل إن كان هو البادئ بالشجة فقد شج عبدًا صحيحًا ثم قتله فعليه قيمة عبد صحيح.

وإن كان القاتل هو اللاحق فقد شج البادئ وهو صحيح ثم قتله فكان على مولى القاتل أن يفدي عبده بقيمة المقتول صحيحا ويرجع بأرش الشجة في الفداء بعدما يدفع إلى مولى العبد المقتول نصف أرش شجته؛ لأن القيمة قامت مقام المقتول.

ولو كان المقتول حيا وقد شج كل واحد منهما صاحبه ولا يعلم البادئ منهما يرجع كل واحد منهما فيما دفع إلى صاحبه بنصف أرش شجة عبده، والمدفوع إليه يخير بين الفداء وبين دفع ما يخص نصف أرش الشجة من العبد المدفوع إليه فكذلك في بدله والله أعلم.

(باب حفر البئر من المملوك)

(المبسوط): عبد حفر بئرًا فوقع فيها رجل ثم أعتقه مولاه، فإن أعتقه بعد الحفر قبل الوقوع غرم قيمته لولي القتيل، فإن وقع فيها ثانٍ وثالث فإنهم يشتركون في قيمة واحدة علم بالحفر أو لم يعلم؛ لأنه صار قاتلا للكل بالحفر تسببًا فصار كما لو وقعوا معا قبل عتق العبد ثم أعتقه فيظهر أنه أعتقه بعدما صار قاتلا للكل.

ولو أعتقه بعد الحفر والوقوع وهو يعلم ثم وقع فيها آخر اقتسما الدية يضرب فيها الأول بالدية والثاني بقيمته عند أبي حنيفة، وعندهما: للثاني النصف من قيمته وسلمت الدية للأول، فإن وقع ثالث فيها فعنده يشاركان الأول في الدية يضربان بقيمة العبد والأول يضرب بالدية وعندهما للثاني سدس قيمته فيضمه إلى نصف القيمة التي أخذها الثاني فيكون بينهما نصفين.

لهما: أنه ظهر أن العبد صار بالحفر قاتلا شخصين ثم أعتقه المولى وهو عالم بإحدى الجنايتين غير عالم بالأخرى فيلزمه الفداء في حق من علم بجنايته ونصف القيمة في حق من لم يعلم الجناية، له: أن صيرورة العبد قاتلا، وإن استند إلى وقت الحفر ويظهر أنه صار قاتلا من وقت الحفر إلا أنا جعلناه قاتلا بالحفر السابق بخلاف الحقيقة لضرورة صيانة الدم عن الهدر فأظهرنا صيرورته قاتلا بالحفر في حق الثاني ضرورة أن لا يهدر دمه؛ لأنه تعذر إيجابه على المولى؛ لأنه لا ملك له في العبد حالة الوقوع والجناية وتعذر إيجابه على العبد؛ لأن الحفر انعقد موجبا للحكم على المولى وهذه الضرورة ترتفع متى أظهرنا الإسناد إلى الحفر في حق المشاركة مع الأول في الدية فلا يظهر صيرورته قاتلا بالحفر في حق إيجاب ضمان آخر وهو القيمة على المولى كما لو أعتقه بعد الحفر قبل الوقوع.

(باب جناية العبد في يد الغاصب)

(المبسوط): وإن غصب رجل عبدًا أو جارية فقتل كل واحد رجلًا خطأ ثم قتل العبد الجارية وردّ العبد، فإنه يرد معه قيمة الجارية فيدفعها المولى إلى ولي قتيل

الجارية ويرجع بها على الغاصب؛ لأن قيمة الجارية استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب ثم يخير المولى في العبد، فإن اختار الفداء فداه بالدية ورجع بقيمته على الغاصب عند أبي حنيفة، وعندهما لا يرجع.

وإن اختار الدفع دفع العبد كله إلى ولي قتيل العبد في قياس قول أبي حنيفة ويرجع بقيمته على الغاصب وعندهما: يدفعه إلى ولي قتيل العبد وإلى الغاصب على أحد عشر سهما إذا كانت قيمة الجارية ألف درهم سهم للغاصب وعشرة لولي قتيل العبد ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد فيدفع منهما إلى ولي قتيله جزءًا من أحد عشر جزءًا ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا بناء على أن الغاصب لما ملك الجارية بالضمان من يوم الغصب ظهر أن العبد قتل جارية مملوكة له وجناية المغصوب على الغاصب وعلى ماله هدر عنده وعندهما معتبرة كما تبين فعنده كما هدر جناية العبد على الجارية بقيت في رقبته جناية واحدة وهي دم الحر فيدفع كله إلى ولي دم الحر أو يفديه كله إليه وهو يضطر في الدفع أو الفداء أو قد استحق العبد من يده بسبب كان في يد الغاصب في ضمانه فيرجع بقيمته عليه وعندهما لما كانت جناية العبد على الجارية معتبرة كانت في رقبته جنايتان، فإن دفع العبد إليهما مقسوما على قدر حقهما وحق ولي الحر في الدية عشرة آلاف وحق الغاصب في قيمة الجارية ألف درهم فيقسم قدر العبد بينهما على أحد عشر ثم يرجع بقيمته على الغاصب؛ لأن جميع العبد استحق من يد المولى بجناية كانت في ضمان الغاصب بخلاف الفداء؛ لأنه وجب للغاصب على المولى قيمة الجارية؛ لأن جناية عبده على جارية الغاصب معتبرة عندهما وللمولى على الغاصب قيمة العبد فوقعت المقاصة لأنهما اتفقا جنسا ومقدارا ودية الحر مع قيمة العبد مختلفتان جنسا وقدرا فلا يتقاصان، ولو كان الغاصب معسرا وقال له قتيل الجارية: انتظر يساره، دفع العبد إلى ولي قتيله أو فداه ويرجع بقيمته على الغاصب إذا أيسر وبقيمة الجارية مرتين واحدة يدفعها إلى ولي قتيلها وواحدة تسلم له وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما: يدفع من العبد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا إلى ولي قتيله، فإذا أيسر الغاصب دفع إليه الجزء الباقي لجواز أن يؤدي الغاصب قيمة الجارية فيثبت له حق في العبد على

قولهما فمتى دفع جميع العبد إلى ولي قتيل العبد يبطل حق الغاصب في العبد متى أدى قيمة الجارية يوقف جزء من أحد عشر جزءًا مما عليه لحقه، وإن قال ولي قتيلها اضرب بقيمة الجارية في الغلام دفع إليهما على أحد عشر؛ لأن حقه قائم في رقبة العبد للحال وحق الغاصب غير ثابت للحال وفي الثاني عسى يثبت بأن يؤدي قيمة الجارية وعسى لا يثبت بأن لا يقدر على أداء قيمتها، ولا يجوز إبطال حق ثابت لحق عسى يثبت وعسى لا يثبت ويرجع بقيمتها فيدفع إلى ولي قتيلها بما فيها؛ لأن حقه كان ثابتا في جميع العبد وقد وصل إليه عشرة أجزاء من العبد ولم يصل إليه جزء واحد في يد المولى بدله وكان له أن يأخذ ذلك منه ثم يرجع على الغاصب بمثل ذلك كما بيناه ولولي قتيل الجارية أن يأخذ من المولى عشرة أجزاء من قيمتها في رواية؛ لأنه وصل إليه بدل جميع الجارية؛ لأن العبد قام مقام الجارية، وإن كانت قيمته أقل من قيمة الجارية؛ لأن قليل القيمة إذا قتل كثير القيمة ودفع به قام مقام جميعه، فإذا قام العبد مقام جميع الجارية فصار كأنه وصل إليه جميع الجارية بخلاف ولي قتيل العبد؛ لأن حقه كان في جميع العبد ولم يتحول إلى بدله وقد وصل إليه بدل بعض العبد فصار كأنه وصل إليه بعض العبد وكان له أن يأخذ ببدل ما لم يصل إليه من العبد. قتل العبد المغصوب الغاصب هدر دمه.

وكذلك العبد المرهون قتل المرتهن عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة حتى يؤمر المولى بالدفع أو الفداء.

لهما: أن في اعتبار جنايته فائدة؛ لأن الغاصب يملكه بالدفع بالقيمة ويملك عبد الغير بالقيمة مقيد كما لو اشترى منه وبالفداء يملك دية نفسه وهي أكثر من القيمة ظاهرا فيحصل للغاصب زيادة على القيمة بدلان في اعتبار هذه الجناية فائدة فوجب اعتبارها.

لأبي حنيفة: أن المولى متى أخذ الضمان من الغاصب يملك الغاصب العبد مستندا إلى وقت الغصب فيظهر أن الجناية صدرت من المملوك على مالكه وجناية المملوك على مالكه هدر؛ لأن المولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا وجناية المغصوب على مولاه معتبرة عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في الرهن.

(باب جناية المدبر)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في جنايته على غير مولاه.

والثاني: في جنايته على مولاه.

والثالث: في سعايته في جنايته.

والرابع: في الجناية على المدبر.

والخامس: في جناية المدبر في يد الغاصب.

(فصل)

ودية جناية المدبر نفسًا وما دونها على مولاه في ماله الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، فإن كانت القيمة مثل الدية أو أكثر غرم مثل الدية إلا عشرة دراهم ويضمن قيمته يوم جنى؛ لأنه مملوك رقبة ومنفعة فالتحق بالقنّ؛ لأنه صار مانعا العبد بالتدبير السابق من الدفع وممسكا له فضمن قيمته والأصل هو وجوب الدفع والقيمة عند تعذر الدفع، فإذا تعذر الدفع بمعنى من جهة المولى يصير مختارا للفداء؛ لأن التدبير وجد سابقا على الجناية بل صار مانعا له فأوجبنا الأقل منهما؛ لأن الأقل متيقن وتعتبر قيمته يوم الجناية؛ لأنه عجز عن دفعه يومئذ. واختلفوا في قيمة المدبر قيل ثلث قيمته قنًّا؛ لأن المنافع **ثلاثة أنواع**: البيع وما أشبهه والاستخدام والوطء في الجواري وما يشبهه والإعتاق والكتابة وما يشبهه، وقد بطل نوع واحد وهو البيع وبقي نوعان فبطل ثلث قيمته والصحيح نصف قيمته لو كان قنًّا؛ لأن الانتفاع نوعان: انتفاع بعينه وهو الاستخدام والاستغلال، وانتفاع من حيث التصرفات المزيلة لذلك وقد بطل بالتدبير نوع واحد وبقي نوع آخر فذهب نصف قيمته.

ولو اختلفا في قيمة المدبر فالقول للمولى؛ لأن ولي الجناية يدعي عليه زيادة القيمة وهو ينكر ولا يلزم المولى في جناياته أكبر من قيمة واحدة؛ لأن القيمة من المدبر تنزل من منزلة العبد. ثم العبد إذا جنى جنايات لا يجب إلا دفعه بالجنايات

فكذا هذا ويستنزل في القيمة أصحاب الجنايات يتضاربون في القيمة بقدر حقوقهم؛ لأن القيمة بمنزلة عين العبد فهم يتضاربون في رقبة العبد بقدر حقوقهم فكذا في القيمة.

ولو مات المدبر بعد الجناية فلا فصل أو انتقصت قيمته لم يبطل عن المولى شيء وعليه قيمة تامة؛ لأن قيمته تقررت على المولى.

مدبر قتل قتيلا خطأ وقيمته ألف ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فألف درهم للثاني وتحاصا في القيمة الأولى وهي ألف؛ لأن موجب كل جناية يقتصر على حال جنايته فيعتبر القيمة وقت الجناية والزيادة لم تكن موجودة وقت الجناية الأولى فلا تثبت، للأول فيها حق المشاركة فيسلم للثاني، فإن دفع المولى القيمة إلى الأول بغير قضاء غرم للثاني ورجع به على الأول عند أبي حنيفة وعندهما لا يغرم، فإن شاء الثاني اتبع الأول في نصف قيمته، وإن دفع بقضاء لا يغرم شيئًا اتفاقا لهما أن المولى دفع إلى الأول جميع حقه؛ لأن الأول بالجناية استحق دفع جميع القيمة لإيفاء مزاحمة غيره؛ لأن الجناية الأولى صدرت عن محل فارغ عن حق الثاني فخلصت قيمته للأول فلم يصر المولى دافعا إلى الأول قيمة مشتركة فلم يضمن، له: أن بالقتل الثاني ظهر أن حق الأول كان في نصف القيمة؛ لأن المدبر وإن جنى جنايات لا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وتكون القيمة مشتركة بين أصحاب الجنايات فظهر أن الجناية الأولى لم تنعقد سببا لاستحقاق جميع القيمة بل انعقدت سببا لاستحقاق نصف القيمة فظهر أنه دفع حق الثاني وهو نصف القيمة إلى الأول مختارا بغير إذنه فضمن والأول أخذ زيادة على حقه فيجب عليه رده بخلاف ما لو دفع بقضاء؛ لأنه مضطر في الدفع فيخير عليه من جهة القاضي فصار فعله مضافا إلى القاضي فلم يصر متعديا، ولو أعتقه المولى لا يتغير حكمة كما بينا، وكذلك لو حفر بئرا فوقع فيها إنسان فعلى هذا الخلاف إلا أنه يغرم قيمته يوم الحفر لا يوم الجناية؛ لأن المدبر بالحفر صار قاتلا تسببا فتعتبر قيمته يوم سبب الضمان كقيمة المغصوب. ولو دفع المولى القيمة إلى الأول بغير قضاء بعدما وقع الثاني في البئر غرم الثاني بالإجماع ويرجع على الأول؛ لأن القيمة صارت مشتركة بينهما قبل الدفع فقد دفع بعض حقه إلى غيره بغير إذنه فضمن.

وضع الحجر في الطريق أو سوقة الدابة أو صبه الماء بمنزلة الحفر كما في القن ولو غصب مالًا أو استهلكه يسعى فيه ولم يغرم المولى؛ لأن المماليك في حق الجنايات بمنزلة الأحرار والحر لو جنى على المال يغرم بنفسه، ولو جنى على الآدمي يغرم العاقلة وكذلك المماليك، ولو استهلك لرجلين مالًا فقضى لأحدهما شركة الآخر فيه كالمرتهن قضى بعض الغرماء، ولو مات قبل السعاية بطل ذلك؛ لأن حق الغريم في السعاية قد تعذرت السعاية بفوات محلها، ولو وهب له مال كان غرماؤه أحق به من المولى؛ لأنه كسبه، ولو وهب له مال فكسب العبد تصرف إلى دينه أولا.

(فصل)

ولو قتل مولاه خطأ يسعى في قيمته؛ لأن التدبير وصية للمدبر برقبته وقد سلمت له رقبته؛ لأنه عتق بموت السيد ولا وصية للقاتل فوجب على المدبر رد رقبته وقد عجز عن ذلك بسبب العتق فعليه رد بدلها وهي القيمة. مدبر حفر بئرا فوقع فيها مولاه أو من يرثه مولاه هدر دمه؛ لأن القتل تسببًا لا يوجب حرمان الوصية فصحت الوصية بالتدبير والوصية تنفذ بعد الموت فكان عبدًا قبيل موت المولى والمولى لا يستوجب على عبده مالًا.

ولو وقع فيها مكاتب المولى غرم قيمته يؤخذ بالأقل من قيمة المدبر يوم حفر من قيمة المكاتب يوم سقط؛ لأن المكاتب يستوجب على عبد مولاه مالًا وأيهما أقل يجب؛ لأنه متيقن منه.

ولو قتل مولاه عمدًا فالورثة بالخيار إن شاؤوا قتله وإن شاؤوا استسعوه في قيمته ثم قتلوه. أما القتل فلأن العبد يقتل بالحر قصاصا وأما السعاية؛ لأن التدبير وصية بالرقبة والوصية قد بطلت بقتله مولاه مباشرة وهذه رواية في عبد قتل مولاه عمدًا يقتل.

ولو كان له ابنان فبقي أحدهما يسعى المدبر للذي لم يعف في نصف قيمته ويسعى في قيمة أخرى بينهما؛ لأن بالعفو انقلب نصيب الساكت مالًا والمدبر بعد موت السيد حر والمولى يستوجب على معتقه مالًا، ولو أعتقه المولى في مرضه

ولا مال له سواه ثم قتل مولاه خطأ يسعى في قيمتين عند أبي حنيفة وعندهما يسعى في قيمته والدية على عاقلة مولاه، وكذلك لو كان له مال والعبد يخرج من الثلث؛ لأن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده والمكاتب إذا قتل مولاه خطأ يسعى في قيمته وعندهما المستسعى بمنزلة حر عليه دين والمعتق إذا قتل مولاه خطأ يجب الدية على عاقلة مولاه.

مدبرة حبلى قتلت مولاها خطأ فولدت بعد موته لم يسع ولدها في شيء؛ لأن عندهما هي حرة مديونة، وعند أبي حنيفة بمنزلة مكاتبة مديونة ولا سعاية على ولد كلاهما بالإجماع، فإن جرحت مولاها ثم ولدت ثم مات المولى من الجرح تسعى المدبرة في قيمتها ويعتق الولد من الثلث؛ لأن الولد لما انفصل عن الأم صار أصلا في الوصية بالرقبة فصارت وصيته أصلا ومقصودا ولا يبطل ببطلان وصية الأم وهو ليس بقاتل ولا يحرم عن الوصية والأم قاتلة فبطلت وصيتها بالرقبة فيسعى في قيمتها مدبرين اثنين جنى كانت قيمته على المولين على قدر ملكهما فيه؛ لأنه لو جنى على هذا المدبر كان بدل الجناية بينهما على قدر ملكهما فكذلك بدل كتابته؛ لأن الغرم عليهما يتقدر بقدر الغنم لهما، وإن دبر أحدهما وجنى فعليهما ضمن قيمته عند أبي حنيفة؛ لأن عنده التدبير يتجزأ إلا أن يصيب الساكت صار بحال لا يجوز دفعه بالجناية؛ لأن مدبر البعض لا ينقل من ملك إلى ملك كمعتق البعض ومتى تعذر دفعه فكان عليهما قيمته وعندهما التدبير لا يتجزأ فملك المدبر نصيب شريكه بالضمان.

(فصل)

ولو جنى مدبر بعد موت مولاه ولم يخرج من الثلث يسعى في قيمته؛ لأن المستسعي بمنزلة المكاتب عنده والمكاتب يسعى في قيمته وعندهما هو حر مديون فيكون على عاقلته إلا أن جناية المستسعي توجب القيمة في ذمته من غير قضاء؛ لأنه لا يتوهم دفعه بحال؛ لأن الكتابة الحكمية لا تحصل بالفسخ بخلاف المكاتب الحقيقي، فإنه لا تجب القيمة في ذمته ما لم يقض بالجناية؛ لأنه موهوم الدفع بأن يعجز عن أداء بدل الكتابة فيفسخ بالكتابة فاحتج إلى القضاء لينقل الحق من الرقبة

إلى الذمة، وإن خرج من الثلث كانت على العاقلة اتفاقا؛ لأنه صار حرا بموت المولى، وكذلك لو أعتق في مرضه عبدًا؛ لأن العتق في مرض الموت وصية حتى يعتبر خروجه من الثلث فهذا والمدبر في هذا سواء إلا أنهما يفترقان في حق الجناية على مولاه، فالمدبر لا يسعى في الجناية على مولاه؛ لأنه مملوكه رقبة ومنفعة. وهذا مكاتب عند أبي حنيفة جنى على مولاه والمكاتب يسعى في جنايته خطأ على مولاه، فإن مات قبل أن يسعى وترك مالًا ولم يخرج من الثلث قضى في ماله بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية؛ لأن الكتابة الحكمية لا تنفسخ بموته عاجزا وهذا مكاتب وترك كسبا وعليه جناية وسعاية فيبدأ بالجناية؛ لأن دين الجناية آكد وأقوى من دين السعاية، فإن دين الجناية وجب للأجنبي على مملوك غيره والسعاية وجبت للمالك على مملوكه والمملوكية منافية وجوب الدين للمالك على مملوكه وكان المنافي لوجوب السعاية قائمًا لكن هنا لم يمنع الوجوب للضرورة ولكن لا أقل من أن يورث وهنًا ونقصًا فيه، ولهذا لا يحبس المستسعي بالسعاية ولا يجوز الكفالة بها ويحبس بالجناية ويجوز الكفالة بها بعد القضاء. عليه دين وجناية تحاصّا فيما ترك ولا يبدأ بالدين، وإن لم يقض بالجناية ولا يشبه المكاتب، فإنه يبدأ بالدين إذا لم يقض بالجناية والفرق أن دين الأجنبي أقوى من جناية لم يقض بها؛ لأن دين الأجنبي مما لا يسقط بعجزه، فإنه متى مات عاجزا وترك كسبا تعلق الدين به والجناية تسقط متى مات عاجزا حتى لا يتعلق بكسبه فكان المدين أقوى من جنايته فوجبت البداية به وفي المستسعي الجناية والدين قد تساويا؛ لأنها لا تسقط بعجزه حتى إذا مات عاجزا فترك كسبا تعلقت الجناية بكسبه فتساويا في الوكادة والورثة فتحاصا ولو كان ترك ولدا يسعى ولده في ذلك كله الدين والجناية وحق الورثة؛ لأن الكتابة الحكمية آكد وأثبت من الكتابة القصدية وولد المكاتب القصدي بعد موته يسعى في جميع ما على أبيه وكذلك ولذا المكاتب الحكمي بعد موته، ولو سعى في حصة الورثة ولم يسع في حصة الجناية حتى مات وترك ولدا لم يكن على ولده شيء؛ لأن الأب لما أدى السعاية في حال حياته إلى الوارث عتق ولده تبعا له وهذا حر مديون مات وولد الحر المديون لا يسعى فيما على أبيه.

ولو أوصى بعتق عبده ومات ثم جنى العبد فالورثة بالخيار إن شاؤوا دفعوا بالجناية وبطل العتق، وإن شاؤوا فدوه متطوعين ثم يعتقونه خرج من الثلث ولا يسعى إن لم يخرج في حصة الورثة؛ لأن الجاني عبد فر؛ لأن الوصية بالعتق أمر بإعتاقه لا إيجاد عتقه فيكون باقيًا على حكم ملك الميت ولم يصر ملكا للورثة؛ لأنه مشغول بالوصية ولكن للورثة فيه حق الملك كما لو كان مشغولا بالدين؛ لأن سبب الدين الملك للورثة وهو موت القريب وقد تحقق إلا أنه تقاعد وتناصر عن إفادة حقيقة الملك للورثة لمنافع وهو كونه مشغولا بحق المورث فلا يتقاعد عن إفادة حق الملك لهم وحق الملك يكفي لجواز الدفع من المكاتب والثابت له حق الملك في كسبه فكذا هذا فيتخير الورثة بين الدفع والفداء، فإن اختاروا الدفع بطلت الوصية لأنهم عجزوا عن تنفيذها وإن فدوه فقد ظهر العبد عن الجناية فعليهم أن يعتقوه ويسعى في ثلثي قيمته إذا لم يخرج من الثلث وإن أعتقوه عن الميت قبل الدفع والفداء لم يذكره محمد، وقال الفقيه أبو جعفر: إن علموا بالجناية فقد اختاروا الفداء، وإن لم يعلموا ضمنوا الأقل من قيمته ومن الجناية؛ لأن الوارث في حق هذا العبد ألحق بالمالك حكمًا حتى كان لهم الدفع أو الفداء فصار كالمالك إذا أعتق العبد الجاني ومدبر الذمي في ذلك كله كمدبر المسلم وتكون جنايته على مولاه؛ لأن الذمي بمنزلة المسلم في حق أحكامنا؛ لأن بعقد الذمة التزم أحكامنا إلا أنه قضي عليه بالسعاية لإسلامه. ثم إذا جنى كان حكمه حكم المكاتب؛ لأن بعد إسلامه وجب إزالة المدبر عن ملكه وقد عجزنا عن إزالة ملكه بالبيع؛ لأنه مدبر فأزلنا ملكه عنه بالكتابة؛ لأن كتابة المدبر جائزة فكان كأنه أم ولد الذمي أسلمت فقضى عليها بالسعاية حتى تؤدي فتعتق نفيا للاستدلال عنها وكذا هذا، وكذلك مدبر الحربي المستأمن؛ لأن ما ترك المستأمن في دارنا ولحق ببلد الحرب لا يزول عن ملكه لبقاء الأمان حتى لا يغنم ماله لعدم نقص الأمان في حق المال وهو عدم إدخال المال دار الحرب، ولا يمكن نقض الأمان في حق المال تبعا للمالك؛ لأن التبعية تنقطع بسائر الدارين فبقي ماله في دار الإسلام معصوما مملوكا إلا أنه إذا دبره في دار الإسلام ثم رجع إلى دار الحرب فسبي عتق المدبر وهو في المسلمين

ولا يغرم ما جنى بعدما سبي؛ لأنه حربي سبي فيكون قنًّا والاسترقاق هلاك حكما؛ لأنه انسلبت عنه الملكية والولاية فيعتق المدبر بموت المولى حكمًا كما يعتق بموته حقيقة كما لو ارتد مولاه ولحق بدار الحرب وقضى بلحوقه يعتق مدبره وأمهات أولاده فكذا هذا.

[(فصل)][1]

وجناية الحر على المدبر كالجناية على القن حتى لو قتله حر فعلى عاقلته قيمته، ولو قطع يده غرم نصف قيمته؛ لأن المدبر عبد مال متقوم والعبيد في حق الجنايات ملحقة بالأحرار إلا أنه نصف أرش جنايته لنقصان حالته كما في العبد القن إلا أنهما يفترقان في خصلة وهو أن الحر إذا قطع يدي مدبر أو رجليه أو فقأ عينيه غرم ما نقصه وفي القن يجب كمال القيمة والفرق أن في المدبر تعذر إيجاب كمال القيمة؛ لأنه لا يمكن إزالة الجثة عن ملك المولى إلى ملك الجاني؛ لأنها لا تقبل الانتقال من ملك إلى ملك ولا يجوز أن يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ولا وجه لإهدار الجناية لأن الجناية وقعت على حال متقوم محترم فأوجبتا النقصان وصونا لحقه عن البطلان وفي القنّ أوجب إزالة الجثة عن ملك الولي إلى ملك الجاني فأزلنا الجثة إليه بالقيمة لئلّا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد.

(فصل)

ولو غصب مدبرًا فجنى في يده غرم المولى أرش الجناية ويرجع على الغاصب بالأقل من القيمة ومن الأرش؛ لأن الأرش وجب على المولى بسبب كان في يد الغاصب فضمانة والقيمة بدل عن الرقبة، ولو أخذ الرقبة من المولى بسبب كان عند الغاصب بأن كان المغصوب عبدًا قنًّا فجنى في يده رجع بقيمته على الغاصب فكذلك بدلها، فإن قتل عبد الغاصب رجلًا وغرم المولى قيمته ورجع بها على الغاصب ثم غصبه آخر فقتل عبده رجل آخر اشتركا في تلك القيمة؛ لأن جناية العبد وإن كثرت وترادفت لا يجب على المولى إلا قيمة واحدة ويرجع المولى

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجامع.

بنصف القيمة على الغاصب الثاني فيدفعها إلى الأول؛ لأن نصف القيمة وجب على المولى بجناية كانت عند الغاصب الثاني فيظهر أن المستحق لِلمولى على الغاصب الأول نصف القيمة وقد أخذ منه كمال القيمة فيرد إليه نصفها ولو قتل عند الغاصب رجلًا فرده إلى المولى ثم قتل رجلًا آخر غرم المولى قيمته لهما ثم يرجع بنصفها على الغاصب يسلم له، عند محمد وزفر وعندهما: يدفع ذلك إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ثانيا، لمحمد: أن ما أخذه المولى من نصف القيمة من الغاصب بدل عن النصف الذي أخذه ولي الجناية الأولى؛ لأنه إنما يأخذ نصف القيمة من الغاصب بجناية كانت عنده، فإذا سلم لولي الجناية الأولى أصله لم يستحق عوضه؛ لأنه لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل في ملك واحد.

لهما: أن حق ولي الجناية الأولى في كل القيمة للجاني لأن الجاني حين جنى كان فارغا عن الشغل وإنما منع عنه الشغل النصف لمزاحمة ولي الجناية الثانية ومشاركته إياه، فإذا وصل إلى المولى من قيمة المدبر شيء وجب تسليمه إلى ولي الجناية الأولى حتى يتكامل حقه ثم هو يرجع بذلك على الغاصب؛ لأنه استحق من يده ما أخذه من الغاصب.

ولو قتل في يد المولى ثم قتل في يد الغاصب رجع بنصف القيمة فيرجع فيدفعه إلى الأول ثم لا يرجع به عليه؛ لأنه استحق هذا من المولى لجناية واقعة عند المولى ومحمد أيضًا فرق وقال: بأن هذا استحق ولي الجناية الأولى كل القيمة على المولى ولم يسلم له النصف؛ لأنه أخذ منه ولي الجناية الثانية ولم يسلم له أصل حقه فيستحق بدله وهو النصف للرجوع به على الغاصب وفي الأولى يسلم له الأصل فلا يستحق البدل ولو قتل الغاصب ومملوكه أو من يرثه غاصب فهو هدر ولم يذكر فيه خلافا قبل هذا بالاتفاق بخلاف جناية المغصوب القن على الغاصب معتبرة عندهما؛ لأن في المدبر لا يفيد اعتبار جنايته؛ لأن المدبر لا يجوز دفعه بالقيمة فلا يكون رجوع المولى على الغاصب مفيدا وفي القن يجوز دفعه إلى الغاصب بالقيمة فتكون مبادلة معنى فيكون مفيدا وقيل الخلاف فيهما واحد؛ لأن وجوب القيمة على كل واحد منهما والسقوط بالمقاصة قد تفيد في الجملة بأن أبرأ المولى الغاصب عن القيمة فيرجع الغاصب على المولى بقيمة المدبر لأجل

الجناية وصار كرجلين أتلف كل واحد منهما على صاحبه كر حنطة معا وهما مثلان يجب الضمان لكل واحد على صاحبه ثم يسقط بالمقاصة كما في الوجوب.

فائدة في الجملة بأن يبرئ أحدهما صاحبه فيرجع صاحبه عليه بمثل كُرِّهِ فكذا هذا.

(**الجامع**) مسائله على فصلين:

أحدهما: جناية المدبر مباشرة.

والثاني: في جنايته تسبيبا.

(فصل)

مدبر قتل رجلًا خطأ فدفع المولى القيمة ثم قتل آخر خطأ، فإن شاء ولي الثاني أتبع الأول بنصف القيمة، وإن شاء أخذه من المولى ويرجع به المولى على الأول عند أبي حنيفة وعندهما لا يغرم المولى شيئًا وقد مرت في المبسوط: ثم تفرع على قول أبي حنيفة وقال، فإن أخذ ذلك من أحدهما بقضاء ثم قتل المدبر آخر خطأ فوليه بالخيار في سدس القيمة إن شاء أخذه من المولى، وإن شاء من ولي الجناية الأولى ويأخذ أيضًا سدس القيمة من ولي الجناية الثانية بقضاء وما قبض بقضاء ليس للآخر ولولي القتيل الثالث ثلث قيمة المدبر شائعا في جميع القيمة نصف الثلث وذلك سدسي القيمة في النصف الذي أخذه ولي الجناية الثانية بقضاء وما قبض بقضاء ليس للآخر إتباع الدافع وإنما له إتباع القابض لا غير ونصف الثلث في النصف الذمي كان بقي في يد ولي الجناية الأولى وقد قبضه من الولي بغير قضاء وما كان مقبوضا بغير قضاء فلولي الجناية الثانية في ذلك اختيار عند أبي حنيفة، فإن شاء أخذه منه، وإن شاء من المولى، فإن أخذ هذا الثالث بغير قضاء ثم قتل المدبر رابعا، فإن وليه يأخذ نصف سدس قيمته من ولي الجناية الثانية ولا خيار له فيه وهو بالخيار في نصف سدس القيمة إن شاء أخذه من المولى، وإن شاء من ولي الجناية الأولى وهو بالخيار في ربع سدس القيمة إن شاء أخذه من ولي الجناية الثانية أو من ولي الجناية الثالثة وهو بالخيار أيضًا في ربع سدس القيمة إن شاء أخذه من ولي الجناية الثالثة، وإن شاء من الذي دفع ثلث القيمة إلى ولي الجناية الثالثة وتخريجه

وهو أنه وجب لولي القتيل الرابع ربع القيمة شائعا في يد كل واحد من أصحاب الجنايات الثلاث فجعلنا ربع القيمة أثلاثًا وجعلنا القيمة على اثني عشر سهما لحاجتنا إلى الحساب له ثلث وربع ولربع ثلث وأقل ما يخرج منه هذه السهام الاثني عشر فيكون في يد كل واحد من أصحاب الجنايات الثلاث أربعة وقد وجب لولي الجناية الرابعة ربع القيمة وذلك ثلاثة أسهم في يد كل واحد سهم وذلك نصف سدس جميع القيمة سهم في يد ولي الجناية الأولى وقد أخذه بغير قضاء فتخير فيه وسهم في يد ولي الجناية الثانية وقد قبضه بقضاء ولا خيار فيه وسهم في ولي الجناية الثالثة يتخير فيه كما ذكرنا؛ لأنه قبض الثلث الذي في يده من اثنين بغير قضاء؛ لأنه أخذ سدس القيمة من ولي الجناية الثانية وسدس القيمة من المولى أو من ولي الجناية الأولى فيكون لولي الجناية الرابعة ربع السدس في كل واحد من السدسين مع الخيار كما وصفنا.

(فصل)

مدبر حفر بئرًا فمات فيها رجل فدفع المولى قيمته وهي ألف بقضاء ثم مات ولي الجناية وترك ألفًا وعليه ألفان دين لرجلين لكل واحد ألف فوقع في البئر آخر ومات فالألف التي تركها ولي الجناية الأولى تقسم بين الغرماء وبين ولي الجناية الثانية على خمسة أسهم للغرماء أربعة وله سهم؛ لأنه لما وقع في البئر آخر ظهر أن نصف قيمة المدبر وذلك خمسمائة صار دينا لولي الجناية الثانية على ولي الجناية الأولى؛ لأنه ظهر أن القيمة كانت مشتركة بينهما وعلى ولي الجناية الأولى ألفا درهم دين للغرماء وجميع ماله ألف فيكون مقسوما بينهم على خمسة أسهم سهم لولي الجناية وذلك مائتان وأربعة للغرماء، فإن اقتسموا ذلك بقضاء ثم وقع في البئر آخر، فإن وليه يأخذ نصف ما أخذ ولي الجناية الثانية ويتبعان الغرماء فيأخذان تمام ربع الألف منهم؛ لأنه لما وقع في البئر ثالث ظهر أن قيمة المدبر كانت بينهم أثلاثًا لكل واحد منهم ثلثها وكان حق ولي الجناية الثالثة قبل حق ولي الجناية الثانية. وكان له أن يأخذ نصف ما في يد ولي الجناية الثانية ليستويان ثم يتبعان الغرماء بالباقي؛ لأن حقهما في ثلثي القيمة وهي الألف وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان

فيجعل ذلك سهما ويجعل حق الغرماء وذلك ألفان ثلاثة أسهم فصار جميع الألف المتروكة بينهم على أربعة أسهم ثلاثة أسهم للغرماء وسهم لولي الجنايتين وقد وصل إليهما خمس الألف وتلك مائتان بقي إلى تمام ربع الألف خمسون درهما وكان لهما أن يرجعا بذلك على الغرماء فيكون بينهما نصفين، وإن لم يلق ولي الجناية الثانية صاحبه ولقي أحد الغريمين أخذ منه ربع ما أخذ من مال الميت؛ لأن حق ولي الجناية الثالثة في ثلث الألف وحق الغريم الذي لقيه في ألف فصار ما في يد الغريم مقسوما وما بينهما على أربعة أسهم، فإن لقي هذا الغريم صاحبه جمع ما في أيديهما فاقتسماه نصفين لاستواء حقهما.

فإن التقيا صاحب الجناية فاقتسما ما في أيديهما نصفين، فإن التقوا جميعا بعد ذلك قسم ما في أيديهم على ثمانية لصاحبي الجناية الربع وللغريمين ثلاثة أرباعه كما بينا.

(باب ترادف الشجاج على المدبر وطرآن التدبير والكتابة عليهما)

(**المبسوط**): أصله: أن التدبير بعد الجناية لا يهدر السراية وتكون السراية مضمونة على الجاني كأصل الجناية؛ لأن المستحق بضمانهما متحد وهو الولي؛ لأن كلاهما وقعا على ملكه والعتق والكتابة بعد الجناية تهدر السراية حتى لا يجب على الجاني ضمان السراية؛ لأنه اختلف المستحق لضمانها؛ لأنه تعذر إيجاب ضمان السراية للمولى؛ لأن العبد بالعتق زال عن ملكه وبالكتابة صار كالزائل عن ملكه في استحقاق الأرش أيضًا وتعذر إيجاب الضمان للمعتق والمكاتب؛ لأن السراية تبع للجناية وابتداء الجناية لم يرد على حقهما فقطعا السراية عن الجناية كالبيع بعذر الجناية يقطع السراية فكذا هذا وقيمة النقصان يعتبر للحال وقيمة الباقي يعتبر يوم الموت؛ لأن قيمة الناقص لا تكون مثل قيمة الكامل لأنا متى أوجبنا قيمة كاملة يوم الجناية ربما تنقص شيء منه بفعل غيره أو بآفة سماوية وذلك غير مضمون على الجاني فيكون إجحافا به. عبد لرجل شجه رجل آخر موضحة ثم دبره

سيده ثم شجه موضحة أخرى ثم كاتبه ثم شجه موضحة ثالثة ثم أدى الكتابة فعتق ثم شجه موضحة رابعة فمات من ذلك كله فهاهنا حكمان حكم الشجاج وحكم النفس.

أما حكم الشجاج:

أما الشجة الأولى: فيضمن الشاج نصف عشر قيمته وهو عبد صحيح؛ لأن الشجة الأولى لاقته وصادفته وهو صحيح فأرش الموضحة في الحر نصف عشر ديته ففي العبد يكون نصف عشر قيمته ويضمن ما حدث من النقصان من هذه الشجة إلى أن كاتبه المولى؛ لأنه من متولدات جنايته وسرايتها ولم يحدث ما يهدر السراية ويقطعها؛ لأن الحادث فيما بين ذلك التدبير وأنه غير قاطع للسراية فيكون النقصان الحادث فيما بين ذلك مضمونا عليه ويطرح عن الجاني ما انتقص بالتدبير؛ لأن ذلك النقصان الحادث فيما بين ذلك حصل بفعل المولى فيضمن النقصان الحادث قبل التدبير من قيمته قنًّا وبعد التدبير من قيمته مدبرًا ويجب ذلك في مال الجاني لا على عاقلته؛ لأن السراية من الشجة الأولى انقطعت بالكتابة فاقتصرت الجناية على ما دون النفس وضمان الجناية فيما دون النفس على الرقيق في مال الجاني.

وأما حكم الشجة الثانية: فإنه يضمن الشاج نصف عشر قيمته وهو مدبر مشجوج بالشجة الأولى؛ لأن الشجة الثانية لاقته وهو منقوص بذلك ويجب أرش الشجة وما حدث من النقصان إلى أن كاتبه في مال الجاني.

وأما حكم الشجة الثالثة: فإنه يضمن نصف عشر قيمته فهو مدبر مكاتب مشجوج بشجتين للمكاتب؛ لأن الشجة الثالثة لاقته وهو منقوص بذلك ويضمن النقصان الحادث إلى أن عتق المكاتب؛ لأنه من متولدات جنايته، ويطرح عنه نقصان التدبير والشجتين، ولم يذكر محمد رحمه الله حكم ما حدث من النقصان بعد العتق إلى أن مات، وقد روى ابن سماعة عنه أنه قال: يضمن ذلك النقصان، وهو الصحيح؛ لأن النقصان إنما لا يعتبر في الحر؛ لأنه يؤدي إلى أن يصير النقصان مضمونا بضمانين بالأرش وبالدية؛ لأن الدية يجوز أن تكون بدلا عن الكل؛ لأن

دية الناقص وهو الزمن والمقعد مثل دية الكامل الصحيح والشيء الواحد لا يجوز أن يكون مضمونا بضمانين فلهذه الضرورة أوجبنا ضمان الأرش والنقصان وفي العبد متى اعتبرنا النقصان لا يؤدي إلى تضمين النقصان مرتين؛ لأنه يضمن بالشجة الثالثة ثلث قيمته وهو منقوص بالتدبير والكتابة والشجتين ولا يهدر بسراية الشجة الثالثة؛ لأن المستحق للجناية والسراية واحد وهو المكاتب ويجب على عاقلته؛ لأنها آلت نفسا.

وأما حكم الشجة الرابعة: أنه يضمن ثلث الدية ولا يضمن الأرش؛ لأن الشجة الرابعة لاقته وهو حر والجناية على الحر فيما دون النفس فيما له أرش مقدر وسرت إلى النفس ومات فإنها لا تعتبر حتى لا يجب الأرش وضمان النقصان كما بينا.

وأما حكم النفس: فلا شيء على الشاج بسراية الشجة الأولى والثانية؛ لأن سرايتهما مهدرة منقطعة عن الجناية بالعتق والكتابة ويضمن بالشجة الثالثة ثلث قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج بأربع شجات ولا يضمن ثلث الدية، وإن مات حرًّا لأن ابتداء الشجة الثالثة لاقت المكاتب فتجب القيمة كمن جرح عبدًا خطأ ثم أعتقه ومات يضمن قيمته ويجب على عاقلته؛ لأن الجناية آلت نفسا؛ لأن سرايتها معتبرة غير منقطعة وإنما ضمن ثلث قيمته لا ربعها؛ لأن الجناية الأولى والثانية حكمهما واحد لأنهما لاقيا عبدًا وقد انقطعت سرايتهما فيعبتران جناية واحدة؛ لأن العبرة في الجنايات لأحكامها لا لأعدادها والجناية الثالثة والرابعة لا بد من اعتبارهما؛ لأن حكمهما مختلف؛ لأن الثالثة لاقت عبدًا وموجها القيمة والرابعة لاقت حرًّا وموجها الدية فبان بهذا واتضح أن النفس إنما تلفت معا واعتبارا بثلاث جنايات ثلثها الجناية الأولى وقد هدرت سرايتها وثلثها بالجناية الثانية وسرايتها معتبرة فيضمن ثلث قيمته مشجوجا بأربع شجاج؛ لأن ثلث شجاج منها ضمنها مرة ولا يضمن مرة أخرى وما تلفت بالشجة الرابعة لا يكون مضمونا على الشاج بالشجة الثالثة؛ لأنه مات وهو منقوص بأربع شجاج.

(باب الأمر بضرب عبده فضربه المولى مع المأمور ومات)

(**الجامع**): مسائله على ثلاثة فصول:

أحدها: في أمر المولى آخر بضرب عبده فضرباه.

والثاني: في أمر أحد الشريكين صاحبه بالضرب وتعليقه العتق بما زاد على الضرب المأمور.

والثالث: في ضرب الشريك وأجنبي آخر.

(الفصل الأول)

أصله أن العبرة في الجنايات بعدد الجناة لا بعدد الجنايات؛ لأن النفس يجوز أن تبرأ من جراحات كبيرة جمة، ويموت من جراحات قليلة موبقة إذا أصابت المقتل والمهلكة فسقط اعتبار عدد الجنايات لتعذرها، ولهذا سقط اعتبار طولها وعرضها وعمقها فكذلك يسقط اعتبار كثرتها وقلتها وبقيت العبرة لأصل الجراحة. رجل له عبد أمر رجلًا أن يضربه سوطا فضربه سوطًا وضربه المولى سوطًا ثم ضربه أجنبي سوطًا آخر ثم مات من ذلك كله فعلى عاقلة المأمور أرش السوط الثاني مضروبا سوطًا وسدس قيمته مضروبا بأربعة أسواط على عاقلة الأجنبي أرش السوط الرابع مضروبا ثلاثة أسواط وثلث قيمته مضروبا بأربعة أسواط ويبطل ما سوى ذلك؛ لأن المأمور ضربه سوطان **أحدهما**: مهدر مع سرايته؛ لأنه كان بإذن المولى فصار مضافا إليه، **والثاني**: معتبر؛ لأن ضربه بغير إذن المولى فيضمن أرشه مضمونًا مضروبًا سوطا؛ لأن العبد كان منقوصا بالسوط الأول والسوط الثالث هدر؛ لأن جناية المالك على مملوكه والسوط الرابع معتبر فيضمن الأجنبي أرشه مضمونا منقوصا ثلاثة أسواط، وإذا مات العبد من هذه الأسواط فقد مات بأربع جنايات والحياة كانت بثلاثة والعبرة في الجنايات تعدد الجناة فانقسم تلف النفس أثلاثًا فكان على الأجنبي ثلث قيمته مضروبا منقوصا بأربعة أسواط وأصاب المولى ثلثها فيكون هدرا وأصاب المأمور ثلثها وقد تلف بجنايتين إحداهما بإذن المولى فيكون هدرا والأخرى بغير إذنه فتكون معتبرة فسقط عنه نصف هذا الثلث وبقي نصفه

مضمونا عليه وذلك سدس قيمة العبد مضروبا بأربعة أسواط، فإن كان المأمور ضربه بثلاثة أسواط والمسألة بحالها فهو كذلك إلا أن على عاقلة المأمور أرش السوط الثالث أيضًا وعلى الأجنبي أرش السوط الخامس مضروبا بأربعة أسواط وثلث قيمته مضروبا بخمسة أسواط؛ لأن المأمور ضربه بثلاثة أسواط الأول بإذن المالك فيكون هدرا والأخريان بغير إذنه فيكون معتبرًا فيضمن أرش السوطين منقوصا بالسوط الأول والسوط الرابع الذي ضربه المولى هدر والسوط الخامس الذي ضربه الأجنبي معتبر فيضمن أرشه مضروبًا بأربعة أسواط، فإذا مات العبد فقد تلف بجنايات خمس إلا أن الجناة ثلاثة فتكون العبرة بعدد الجناة فانقسم التلف أثلاثًا تلف ثلثها بجناية الأجنبي فعليه ثلث قيمته مضروبا بخمسة أسواط؛ لأن العبد يوم الموت منقوص خمسة أسواط وثلثها تلف بجناية المولى فيكون هدر أو ثلثها تلف بثلاث جنايات المأمور الأول هدرًا والآخران معتبران إلا أن العبرة بعدد الجناة فانقسم تلف هذا الثلث نصفين نصفه هدر ونصفه معتبر وذلك سدس قيمة العبد فيجب على عاقلة المأمور سدس قيمة العبد مضروبا بخمسة أسواط.

(الفصل الثاني)

أصله أن الجناية على المماليك متى أتلف نفسا وأفضت موتًا تتحملها العاقلة؛ لأنه ضمان دم وضمان الدم يتحمله العاقلة كما في الحر، وإن اقتصرت على ما دون النفس وما تعذر عن المصارف يجب ضمانه في مال الجاني؛ لأن أطراف المماليك يسلك بها مسلك الأموال؛ لأنها خلقت منتفعة لإقامة مصالح النفوس، ولهذا لا يجرى فيها القصاص؛ لأنها ملحقة لأموال وضمان المال يجب على الجاني العادي للجبر والتلاقي. عبد بين رجلين قال أحدهما لصاحبه: اضربه سوطا، فإن زدت فهو حر فضربه ثلاثة أسواط فمات من ذلك كله فعلى الضارب نصف أرش السوط الثاني مضروبا منقوصا سوطا في ماله، وعلى المعتق إن كان موسرا لشريكه نصف قيمته مضروبا بسوطين على الضارب أرش السوط الثالث مضروبا بسوطين ونصف قيمته مضروبا بثلاثة أسواط فيكون ذلك على عاقلته فيستوفيها أولياء العبد ويأخذ المعتقد من ذلك ما غرم ويكون الباقي لورثة العبد؛ لأن السوط الأول كله هدر؛ لأن

نصفه لاقى ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه ولكنه بإذنه والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبرة؛ لأن نصفه لاقى ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه بغير إذنه فيضمن نصف أرش السوط الثاني مضروبا سوطا في ماله لشريكه؛ لأن سرايته انقطعت لما أعتقه فاقتصرت الجناية على ما دون النفس فتجب في مال الجاني وصار العبد كله ملكًا للمعتق بالضمان؛ لأن المعتق بالضمان يملك نصيب الضارب عند أبي حنيفة ويصير مكاتبا له؛ لأنه يوقف عتق هذا النصف على أداء السعاية إليه فالسوط الثالث لاقى مكاتب غيره فيكون معتبرا كله فيضمن الضارب جميع ما نقصه السوط الثالث مضروبا بسوطين؛ لأن السوط الثالث حل به وهو منقوص بسوطين فلما مات العبد فقد مات من ثلاث جنايات إلا أن الجنايتين الأوليين كجناية واحدة لاتفاق واتحاد حكمها وانهدرت سرايتها والجناية الثالثة معتبرة بأصلها وسرايتها وإن عتق العبد بعد ذلك؛ لأن إعتاق المكاتب لا يقطع السراية كما بينا فصارت النفس تالفة بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فيهدر نصف قيمته ويضمن الضارب نصف قيمته مضروبا بثلاثة أسواط؛ لأنه مات منقوصا بثلاثة أسواط ويكون ذلك على عاقلته؛ لأن السوط الثالث لا في مكاتب غيره وقد آلَ نفسًا وكان هذا كسب المكاتب فيأخذ الحالف من كسبه ما ضمنه للضارب؛ لأنه لو كان العبد حيًّا وظفر المعتق بماله كان له أن يأخذ من ماله ما ضمن لشريكه فكان له أن يأخذ من كسبه بعد موته، فإذا استوفاه عتق، فإن فضل شيء من كسبه فلورثته الأحرار، وإن لم يكن له ورثة فللحالف؛ لأن ولاءه له ولم يباشر قبله وإنما أمره بقتله فيكون متسببا لقتله والمسبب للقتل لا يحرم عن الميراث، فإن كان المعتق معسرا فلا ضمان عليه وعلى الضارب الضمان كما وصفنا ويكون نصفه في ماله ونصفه على العاقلة فيأخذ الضارب من ذلك نصف قيمة العبد مضروبا سوطين، فإن بقي شيء فلورثة العبد؛ لأن الحالف متى كان معسرا لا يكون للضارب تضمين الحالف وإنما له استسعاء نصيبه فيبقى نصيب الضارب على ملكه وصار نصيبه مكاتبا له؛ لأنه توقف عتق نصيبه على أداء السعاية إليه ونصيب المعتق صار حرا مولى له فكان السوط الأول هدرا والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبر كما بينا والسوط الثالث كله معتبر؛

لأن نصفه مكاتب للضارب ونصفه مولى الحالف ثم مات العبد بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فكان على الضارب نصف قيمة العبد مضروبا بثلاثة أسواط نصفه على العاقلة؛ لأن نصفه مكاتب ونصفه معتق الحالف، وموجب جنايته على مكاتب نفسه في ماله وموجب جنايته على معتق غيره على عاقلته وكون ذلك كسب المكاتب فيستوفي الضارب منه مقدار نصف قيمته مضروبا بسوطين؛ لأنه يأخذ من ماله حال حياته؛ لأنه صار دينا عليه فيأخذ أيضًا من تركته بعد وفاته.

(فصل)

ولو كانت المسألة بحالها ثم ضربه الآمر سوطا ثم ضربه أجنبي سوطا ومات من ذلك كله فعلى المأمور نصف أرش السوط الثاني مضروبا سوطا في ماله لشريكه وعلى عاقلة المأمور إن كان المعتق موسرا أرش السوط الثالث مضروبا سوطين وسدس قيمته مضروبا خمسة أسواط وعلى الآمر أرش السوط الرابع مضروبا ثلاثة أسواط وثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط في ماله، وعلى عاقلة الأجنبي أرش السوط الخامس مضروبا أربعة أسواط وثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط؛ لأن السوط الأول كله هدر والسوط الثالث نصفه معتبر؛ لأن نصفه لا في ملك شريكه بغير إذنه فيعدم الضارب نصف أرشه في ماله لشريكه وسراية الجنايتين مهدرة؛ لأن الحالف أعتق نصيبه بعد السوط الثاني وهو موسر فكان للضارب أن يضمن قيمة نصيبه مضروبا سوطين وصار نصيب الضارب ملكا للحالف بالضمان وصار مكاتبا له، والسوط الثالث معتبر كله؛ لأنه لاقى شخصا نصفه معتق ونصفه مكاتب له والجناية على المعتق والمكاتب معتبرة والسوط الرابع من المولى أيضًا معتبر؛ لأنه لاقى شخصا نصفه مولى الآمر ونصفه مكاتب له وجناية الإنسان على مولاه ومكاتبه معتبرة فيغرم الآمر ما نقصه السوط الرابع منقوصا بثلاثة أسواط، والسوط الخامس من الأجنبي معتبر فيغرم أرش ما نقصه مضروبا أربعة أسواط، وإذا مات العبد من ذلك يغرم الضارب سدس قيمته مضروبا خمسة أسواط؛ لأنه قتل النفس ثلاثة نفر وقد تلف ثلث النفس بجنايات الضارب وهي ثلاثة أسواط إلا أن السوطين الأولين حكمهما واحد وإن سرايتهما مهدرة فيجعل جناية واحدة،

والسوط الثالث بأصله وسرايته معتبرة فهذا الثلث تلف بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فيغرم نصف الثلث وذاك سدس الكل ويجب على عاقلته؛ لأنه جنى على معتق ومكاتب غيره ويضمن الآمر ثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط في ماله؛ لأنه جنى على مكاتب نفسه؛ لأنه لم يظهر لعتق نصيبه أثر في حكم من أحكام الجزية وكان الكل مكاتبا له حكما واعتبارا، وعلى عاقلة الأجنبي ثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط؛ لأنه جنى على مكاتب غيره ومولى غيره ويكون ما تلف من عاقلة الأجنبي ومن الآمر ومن المأمور للعبد؛ لأنه كسب العبد ويأخذ المأمور من الآمر نصف قيمة العبد مضروبا بسوطين؛ لأن نصفه تلف بإعتاق الآمر ويرجع الآمر بذلك في مال العبد؛ لأن هذا دين له على العبد وما بقي من ماله فلعصبة المولى الآمر إن لم يكن للعبد عصبة؛ لأن الولاء لهما إلا أن الآمر باشر قتله بغير حق فيحرم عن الميراث فيجعل كالميت فيكون ما بقي لأقرب عصبات الآمر.

(باب جناية أم الولد)

(**المبسوط**): وإذا جنت أم الولد فعلى المولى الأقل من قيمتها ومن الأرش؛ لأنه امتنع الدفع بفعله على وجه لم يصر مختارًا لتقدم الاستيلاد على جنايتها فيضمن قيمتها مرة؛ لأنه منع رقبتها مرة واحدة كما في المدبر. فجناية أم الولد مثل جناية المدبر، وإن جنت ثم جنت شارك الثاني الأول وحدث قبل القضاء للأول أو بعده؛ لأن دفع أم الولد ميؤوس فلا تتعلق الجناية برقبتها بل تجب على المولى ابتداء القيمة وهو لم يمنع إلا رقبة واحدة فلم يلزمه إلا قيمة واحدة.

(**الزيادات**): وإذا قتلت أم الولد مولاها ورجلًا عمدًا ولا ولد لها من مولاها فعفا أحد وليي المولى وأحد وليي الأجنبي معا فعلى أم الولد نصف قيمتها للوليين الباقيين؛ لأن رقبتها صارت مستحقة للإتلاف بينهم أرباعا فعفوهما سقط الربعان وبقي نصفها ويجب في مالها دون الولي؛ لأن هذا الدين وجب عليها في حالة الجزية؛ لأن الجناية انعقدت موجبة للقصاص وإنما تنقلب مالًا بالعفو وفي حالة العفو هي حرة؛ لأنها عتقت بموت مولاها وتجب نصف القيمة دون الدية؛ لأنه يجب الجناية الموجودة في الرق، وإن عفيا متعاقبا سعت في ثلاثة أرباع قيمتها؛ لأن

بعفوهما انقلب نصيب شريكهما مالًا واستحقا نصف القيمة إلا أن هذا النصف شائع نصفه فيما وجب للأول ونصفه وهو الأول الربع فيما لم يجب للأول، فإذا ضمنت ربع القيمة إلى نصفها صار ثلاثة أرباع القيمة فيجب ذلك عليها، ثم هذه الثلاثة الأرباع عند أبي حنيفة تقسم على سبيل القول والمضاربة وعندهما على سبيل المنازعة وهي فرع ما إذا قتلت أم ولد رجلًا عمدًا أو آخر خطأ ولصاحب العمد وليان فعفا أحدهما فعلى المولى قيمتها ثلثاها لأولياء الخطإ وثلثها للذي لم يعف وعندهما أرباعا الربع لولي العمد وقد مرت في كتاب الجنايات.

وتخريج هذه المسألة على سبيل المنازعة أن ربع القيمة من النصف الواجب لأحد وليي المولى فارغ عن حق أحد وليي الأجنبي فيسلم له بلا منازعة وربع القيمة وهو الزائد على النصف الواجب فارغ عن حق أحد وليي المولى فيسلم لأحد وليي الأجنبي وربع القيمة وهو الزائد على النصف الواجب فارغ عن حق أحد وليي المولى استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفين فنصيب كل واحد منهما ثلاثة أثمان القيمة وتخريجه على القول والمضاربة وهو أن في النصف القيمة الواجبة للأول اجتمع فيه حقان حق المولى في جميعه وحق الآخر في نصفه فيضرب كل واحد بمقدار حقه فيصير بينهما أثلاثًا ثلثاه لأحد وليي المولى وثلثه لأحد وليي الأجنبي وقد استحق هو مرة الربع وهو سدس ونصف سدس، فإذا ضممت هذا إلى ذاك فصار له سدسا القيمة ونصف سدس، وإذا قتلت أم الولد مولاها ولها منه ولد سقط القصاص وتسعى في جميع القيمة ولا تسقط حصة ولدها؛ لأن الولد لا يستحق القصاص من مقتول أبيه يجب الدية عليه لابنه، فإن كانت قتلت أجنبيا أيضًا وله وليان فعفا أحدهما يسعى في قيمتها ثلثاها لورثة المولى وثلثها للآخر عند أبي حنيفة وعندهما ثلاثة أرباعها لورثة المولى؛ لأن عنده يقسم على سبيل العول والمضاربة وعندهما على سبيل المنازعة على نحو ما مر، ولو أخذ ورثة المولى قضاء قبل عفو الآخر فورثة الأجنبي يشاركونهم ولا يبيعونها؛ لأنها أدت جميع ما عليها؛ لأن الواجب عليها قيمة واحدة وقد أدت فتخلصت عما عليها وكذلك تعتبر قضاء عندهما. وعند أبي حنيفة هي بالخيار على ما مر في **(المبسوط)**.

وإن أخذوا بعد عفو الآخر فالصحيح أنه يتخير أخذ بقضاء أو بغير قضاء عند أبي حنيفة؛ لأن القضاء يدفع كل القيمة إلى ولي المولى بعد عفو أحد وليي الأجنبي لا يصح فكان وجوده وعدمه بمنزلة، وهما فرّقا بين الدفع بقضاء وبغير قضاء والفرق أن بهذا العفو القاضي لا يأمرها بدفع كل القيمة إليهم مع قيام مستحق آخر فكذا ليس لها أن تدفع بنفسها وقبل العفو لو رفعت الأمر إلى القاضي يأمرها بالأداء إلى ورثة المولى فكذلك إذا فعلت بنفسها؛ لأنها فعلت غير ما يفعله القاضي.

(باب جناية المكاتب والإقرار بها)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في جنايته على واحد.

والثاني: في جنايته على اثنين.

(فصل)

مكاتب جَنَى جنايات أو واحدة كان عليه الأقل من قيمته ومن أرش الجنايات؛ لأن المكاتب مملوك للمولى رقبة حر يدًا مطلقًا تصرفا فباعتبار أنه مملوك رقبة يكون موجب جنايته على المولى وباعتبار حرٍّ يدًا وكسبًا يجب أن يكون موجب جنايته عليه فأوجبنا موجب جنايته في اكتسابه حتى يكون موجب جنايته عليهما؛ لأن اكتسابه حق لهما وقد تعذر دفعه بسبب الكتابة فوجبت القيمة في مالهما ويجب الأقل من القيمة ومن الأرش؛ لأن المكاتب عبد إلا أنه تعذر دفعه بسبب الكتابة.

ولو كان ممكن الدفع يتخلص المولى بدفعه، بأن كان الأرش أكبر من قيمة العبد، فإذا تعذر دفعه يتخلص بدفع قيمته كما في المدبر، فإن تكررت الجناية قبل القضاء لزمته قيمة واحدة، ولو جنى فقضى عليه ثم جنى أخرى، فإنه يقضى عليه بقيمة أخرى وقول أبي يوسف الأول وهو قول زفر يلزمه قيمة واحدة وهذا بناء على أن جناية المكاتب لا تصير دينا إلا بالقضاء أو بالصلح أو باليأس عن الدفع بأن يعتق أو يموت وقول أبي يوسف الأول وهو قول زفر يصير دينا بنفس الجناية، له:

أن هذه جناية مملوك تعذر دفعه ولا يتوقف وجوب موجبها دينا في الذمة على القضاء كما في المدبر، لنا: أن جناية العبد تتعلق برقبة العبد ما لم يقع اليأس عن الدفع كما في القن، ولهذا لو هلك العبد بطلت الجناية ولم يقع اليأس عن دفع المكاتب بجواز أن يعجز فيرد في الرق فيدفع أو توافقا وتراضيا على فسخ الكتابة فيفسخ فيعود رقيقا، وإذا كان الدفع موهوما لا ميؤوسًا فلم يحكم بوجوب القيمة حتما لازما بل يتوقف لزومه وتحتمه على ما يوجب توكيده واستحكامه وهو القضاء أو الصلح أو العتق والموت؛ لأنه يعتق وفي آخر جزء من أجزاء جناية فيقع اليأس عن الدفع فيتحتم وجوب القيمة، فإذا جنى بأخرى بعد القضاء بالأولى صار موجب الأولى دينا في ذمته وهذا مكاتب مديون جنى جنايته فيلزمه قيمة أخرى، فإذا جنى قبل القضاء بالأولى فالجنايتان تعلقتا بالرقبة؛ لأنه موهوم الدفع، ولو كانت الرقبة محل الدفع وقع الخلاص عن الكل بدفع رقبة واحدة، فإذا تعذر الدفع يقع الخلاص بدفعة قيمة واحدة، فإن عجز قبل أن يقضي دفعه مولاه أو فداه؛ لأن الجناية لم تصر دينا في ذمته. وهذا عبد مأذون في عتقه جناية فيخير المولى بين الدفع والفداء، فإن قضى عليه ثم عجز بيع فيها إلا أن يقضي عنه مولاه؛ لأن الجناية صارت دينا في ذمته، وهذا عبد مأذون مديون فيباع فيه أو يقضى عنه، وإذا عتق سعى كما يسعى قبله؛ لأن بالعتق وقع اليأس عن دفعه فتقرر موجب جنايته في ذمته. ولو قتل مكاتب قيمته عشرة آلاف أو أكثر رجلًا سعى في عشرة آلاف إلا عشرة؛ لأن الواجب هنا قيمته؛ لأن جناية العبد تتعلق برقبته إذا أمكن دفعه ودفع المكاتب موهوم فتتعلق الجنايات برقبته، فإذا تعذر دفعه بعارض يجب رد قيمته وقيمة العبد متى وجبت بجنايته على الآدمي مقدرة بعشرة آلاف إلا عشرة كما في القن. ولو قتل رجلًا وقيمته ألف ثم قتل رجلًا وقيمته ألفان وخمسمائة فحكمه حكم المدبر ينفر والثاني بالزيادة ويشتركان في الأصل. ولو قتل رجلًا فلم يقض عليه حتى عجز وعليه دين دفع بالجناية وباعة بالدين فيباع فيه، وإن فداه باعه بالدين؛ لأنه ظهر العبد عن الجناية وبقيت ذمته مشغولة بالدين ولو جنى ثم مات ولم يدع شيئًا هدرت قضى عليه أو لم يقض؛ لأنه مات قنًّا؛ لأن الكتابة انفسخت بموته عاجزا. ولو مات

عن مال قضي في ماله بالجناية ثم بالكتابة ثم بالإرث؛ لأنه مات عن وفاء فلا تنفسخ الكتابة، وهذا مكاتب مات وفي عنقه جناية فتنقلب الجناية دينا عليه في آخر جزء من جناية لوقوع اليأس عن دفعه ودين الجناية أقوى من دين الكتابة وسائر الديون أقوى منهما كما بينا فيبدأ بالأقوى فالأقوى. ولو كان عليه دين وجناية وكتابة، فإن قضى عليه بالكتابة والدين والجناية سواء؛ لأن الجناية صارت دينا بالقضاء، وإن لم يقض بالجناية يبدأ بالدين؛ لأنه أقوى من دين الجناية، فإنه تعلق برقبته ودين الجناية لم يتعلق برقبته. مكاتبة حيث تم ولدت فعجزت ولم تقض دفعت وحدها، ولو قضى عليها ثم ولدت سعت، فإن وفّى ثمنها بالجناية وإلا بيع ولدها؛ لأن الولد المولود في الكتابة قائم مقام المكاتبة حتى يسعى على نجومها ويعتق بعتقها فيتبع الولد بدينها، ولو كاتب رجل نصف أمة ثم ولدت فجنى أحدهما على صاحبه لزم الجاني الأول من قيمته ومن نصف الجناية نصف ذلك على المولى له ونصفه عليه للمولى فيسقط أحدهما بالآخر قصاصا ولا شيء لأحد على أحد وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن عنده الكتابة تتجزأ فقد جنى على شخص نصفه مكاتب ونصفه قنّ فيكون الأرش بين المولى والمكاتب نصفان وعندهما جميع الأرش للمكاتب؛ لأن عندهما الكتابة لا تتجزَّأ فصار كله مكاتبا وجناية عبد المكاتب مثل جناية عبد الحر إلا أنه إذا فدى والفداء أزيد من قيمته فاحشا أو دفع وقيمة العبد أكثر من الأرش فاحشا صح عند أبي حنيفة وعندهما لا يصح؛ لأنه صار مشتريا العبد من المكاتب بغبن فاحش فيجوز عنده خلافا لهما.

ولو جنى مكاتب على مولاه أو عبده أو بنته كانت جنايته عليهم وعلى غيرهم سواء؛ لأن جناية المكاتب على مولاه معتبرة لا يستوجب المولى على مكاتبه دينا، فإن عجز هدرت الجناية قضى بها أو لا؛ لأنه عاد عبدًا قنًّا والمولى لا يستوجب على عبده شيئًا.

(فصل)

أصله: أن وصول نصف العبد إلى ولي الجناية كوصول نصف القيمة إليه

ووصول نصف القيمة إليه كوصول نصف الدية في رواية حتى يصير مستوفيا لنصف الدية؛ لأن القيمة بدل الرقبة والبدل قائم مقام المبدل فيجعل وصول البدل إليه كوصول المبدل وفي رواية لم يجعله كوصول الدية. والفرق بين القيمة والعبد وهو أن نصف العبد أمكن أن يجعل بدلا عن نصف الدية فيصير كأن ولي الجناية مشترٍ نصف العبد بنصف الدية وإنما نصف القيمة لا يمكن أن يجعل بدلا عن نصف الدية؛ لأن شراء ألف مثلا بخمسة آلاف لا يجوز فيجعل مستوفيا من الدية بقدر ألف درهم، وإذا قتل المكاتب رجلًا ثم رجلًا خطأ فقضى عليه لأحدهما بنصف قيمته ثم قتل ثالثا فللمقضي له نصف القيمة وللثالث ثلثا القيمة وللأوسط ثلثا القيمة؛ لأن حق المقضي عليه في نصف القيمة صار دينا بالقضاء؛ لأنه حين قضى له فقد قتل قتيلين خطأ فكان حقهما في جميع القيمة فكان حق المقضي له في نصفها فحين قتل الثالث كان نصف الرقبة فارغا عن الجناية مشغولا بالدين وهو نصيب المقضي له فتعلق به حق الثالث وصار النصف له خاصة والنصف الباقي كان مشغولا بحق الثاني إلا أن كونه مشغولا لا يمنع تعلق الثالث فقد تعلق بالنصف المشغول حق الثاني وحق الثاني به فيقسم بينهما على قدر حقهما وحق الثالث في نصف القيمة؛ لأنه وصل إليه نصف القيمة ووصول نصف القيمة إليه كوصول نصف العبد إليه فبقي حقه في نصف القيمة وحق الثاني في جميع القيمة؛ لأنه لم يصل إليه شيء فيقسم النصف المشغول بينهما أثلاثًا ثلثاه للثاني وثلثه للثالث وهو سدس جميع القيمة فحصل للثالث مرة نصف القيمة ومرة سدسها فصار له ثلثا القيمة وهذا على الرواية التي جعل وصول نصف القيمة كوصول نصف العبد وعلى الرواية الأخرى إن كان نصف القيمة ألفًا قائمًا وصل إلى الثالث من الدية قدر ألف بقي حقه في تسعة آلاف وحق الثاني في عشرة آلاف فيكون نصف القيمة مقسوما بينهما على تسعة عشر سهما تسعة للثالث وعشرة للثاني، فإن عجز دفع نصفه للثالث ويبيعه الأول بما قضى له والنصف الآخر يدفع إلى الثاني والثالث أثلاثًا؛ لأنه وصل إلى الثالث نصف العبد ووصول نصف العبد إليه كوصول نصف الدية بقي حقه في نصف الدية وحق الثاني في جميع الدية فيكون النصف المشغول

بينهما أثلاثًا. قتل المكاتب رجلًا خطأ وله وليان أحدهما غائب فطلب الحاضر أن يقضي له بنصف القيمة ثم قتل آخر خطأ يقضي للثاني بثلاثة أرباع قيمة المكاتب؛ لأنه لما قضى للأول بنصف القيمة فقد فرغ النصف عن الجناية وصار مشغولا بالدين فالجناية الثانية صادفته ونصفه فارغ عن الجناية فتعلق حق الثاني بجميعه؛ لأنه لا يزاحمه أحد فيه والنصف الآخر مشغول بالجناية للغائب فتعلق به حق الثاني أيضًا وحق الأول في النصف وحق الثاني في نصف الدية؛ لأن وصول نصف القيمة إليه كوصول نصف العبد، ولو وصل إليه نصف العبد بقي حقه في الدية فكذا هذا فصار النصف المشغول بينهما نصفين.

فإذا عجز المكاتب فالمولى يدفع ربع العبد إلى الغائب أو يفديه بنصف الدية. قتل المكاتب وقيمته ألفان رجلًا خطأ فاعورّ ثم قتل آخر خطأ وقيمته ألف يقضى عليه بألفين ألف للأول؛ لأنه لا حق للثاني فيها؛ لأن قيمتها يوم الجناية الثانية كانت ألفا، فإنه ذهب نصف قيمته بالاعورار بقيت الألف القائمة وقت الجنايتين فيكون بينهما على قدر حقهما وحق الأول في تسعة آلاف ولأنه وصلت إليه ألف وحق الثاني في عشرة آلاف فكانت الألف القائمة مقسومة بينهما على تسعة عشر سهما تسعة للأول وعشرة للثاني فلم يجعل محمد وصول القيمة إليه في هذه المسألة كوصول نصف العبد؛ لأنه جعله مستوفيا من الدية بقدر ألف ولم يجعله مستوفيا لنصف الدية، وفي المسألة المتقدمة جعل وصول نصف القيمة كوصول نصف العبد حتى جعله مستوفيا لنصف الدية فعلم بذلك أن في المسألة روايتين: مكاتب قتل ثلاثة خطأ فوهب أحدهم حصته ثم عجز، سلم ثلث العبد للمولى ويدفع الثلثين أو يفدي؛ لأنه ظهر الثلث عن الجناية بالهبة بعد جنايتهما أو لا يزداد حقهما. عبد جنى جنايتين فعفا أحدهما عن جنايته كان للثاني نصف العبد ولا يزداد حقه فكذا هذا.

(باب جناية المكاتب بين الاثنين)

(**المبسوط**): أصله أن المكاتب بين اثنين يعتبر كل نصف منه على حدة؛ لأن

حكم كل نصف يخالف حكم النصف الآخر؛ لأن المستحق لكل نصف غير مستحق للنصف الآخر. عبد بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه ثم جنى يسعى في نصفه وغرم الشريك الأقل من نصفه ونصف الأرش إن لم يرد الكتابة، وكذلك لو كاتبه بإذنه عند أبي حنيفة وعندهما يسعى المكاتب في الجناية كلها إن كانت بإذنه، وإن كانت بغير إذنه فأدى فعتق غرم نصف قيمته لشريكه يوم عتق لا يوم كاتبه وشركه في كسبه؛ لأن عنده الكتابة تتجزأ فيبقى نصيب شريكه قنًّا فيكون موجب الجناية في نصيبه عليه وعندهما الكتابة لا تجزأ فصار العبد كله مكاتبا إلا أنه متى كاتب أحدهما نصيبه بإذن شريكه فالكتابة في الكل مستقرة مستحكمة لا يملك شريكه نقضها؛ لأن إذنه بكتابة نصيبه وهي لا تتجزأ يكون إذنا بالكتابة في نصيب الإذن أيضًا فصار كأنهما كاتبا الكل معا وكانت الكتابة بينهما ويكون الأرش والكسب كله للمكاتب والجناية عليه، ومتى كاتب بغير إذن شريكه فالكتابة في نصيب الساكت غير مستقرة، فإن له فسخها قبل الأداء فصار وجود الكتابة في نصيبه وعدمه بمنزلة فيكون الكسب والأرش بين المكاتب والساكت نصفين.

ولو كاتب أمة مشتركة بغير إذن شريكه وولدت وكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الأم أو أمة عليه لزم كل واحد منهما ثلاثة أرباع قيمة المقتول عند أبي حنيفة، وإن كانت الجناية من الأم سعت في نصف قيمتها أو ربع أرش الجناية أيهما كان أقل؛ لأن نصف الولد مكاتب تبعا للأم ونصفه مكاتب مقصودًا والأم الجانية نصفها مكاتبة ونصفها قنة وكل نصف منها جنى على النصفين من الولد فالنصف الذي هو مكاتب من الولد تبعا جنى عليه ونصف الأم ونصف ذلك النصف مكاتب وجناية المكاتب كعلى كسبه هدر؛ لأن موجب جنايتها عليها ونصف ذلك النصف أقر أنه والجناية من الرقيقة على مكاتب الغير معتبرة فيضمن الساكت قيمة ربع الولد، وأما النصف الذي هو مكاتب من الولد مقصودا بجنايتهما عليه معتبرة كلها؛ لأن جناية المكاتبة أو القنية على مكاتب الغير معتبرة وربع أرش هذا للولد خاصة.

وإن كان الجاني هو الولد بالنصف الذي هو مكاتب هدر ربع دينار وسعى الولد في الأقل من نصف قيمته وربع دية المكاتبة لها؛ لأن نصف الولد مكاتب معا فتكون جناية كسب المكاتبة على المكاتبة وذلك هدر ونصفه مكاتب مقصودا فتكون جنايته مكاتب الغير على مكاتب الغير فتكون معتبرة، وأما النصف الذي هو رقيق من الأم فجناية الولد على كله معتبرة؛ لأنها جناية المكاتب على أمة الغير أو أمة مولاه وهي معتبرة فعليه أن يسعى في الأقل من نصف قيمته ومن ربع أرش الجناية للساكت فيكون جملة سعايته ثلاثة أرباع قيمته ربع للمكاتبة وربعين للساكت.

(فصل)

عبد بين رجلين فقأ العبد عين أحدهما ثم كاتب المفقوءة عينه نصيبه منه ثم جرحه جرحا آخر فمات منهما سعى المكاتب في الأقل من نصف القيمة وربع الدية وعلى المولى الذي لم يكاتب نصف قيمة العبد لورثة المقتول؛ لأن نصف المكاتب قتل نصف الحر بجنايتين؛ لأنه جنى عليه قبل الكتابة وبعدها فما تلف بالجناية قتل بالكتابة وهو الربع هدر جناية عبد على مولاه وما تلف بالجناية بعد الكتابة وهو الربع معتبر؛ لأنه جناية مكاتب على مولاه فضمن المكاتب الأقل من نصف قيمته ومن ربع الدية؛ لأنه لما هدرت الجناية قبل الكتابة صار كأنه جنى النصف المكاتب على ربع مولاه لا غير وأما نصف الساكت فلأنه قبل الجنايتين فكلاهما معتبران؛ لأنه جناية عبد الغير على أجنبي فضمن الساكت نصف قيمته إلا أن العبد إن كان قد أدى وعتق لم يجب على الساكت نصف القيمة ما لم يصل إليه نصيبه بضمان أو سعاية؛ لأن قيمة نصيبه في الكتابة وجبت على المكاتب حال حياته فما لم يصل إليه حقه من تركته لا يلزمه إيفاء نصف القيمة. عبد بين رجلين فجنى على أحدهما باع الآخر نصف نصيبه من المجني عليه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه جناية أخرى ثم الذي باع ربعه اشترى ذلك الربع بمكاتب المجني عليه نصيبه منه ثم جنى عليه ثالثة ثم أدى المكاتبة فعتق ثم مات المولى من الجنايات فعلى المكاتب بجنايته وهو مكاتب الأقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع

سدس الدية؛ لأن نصف المكاتب قتل نصف الحر بثلاث جنايات جنايتان قبل الكتابة وهما مهدرتان لأنهما جناية عبد على مولاه وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة؛ لأنها جناية المكاتب على مولاه ، فالمهدرتان صارتا كجناية واحدة؛ لأن حكمها واحد فبقيت جنايتان إحداهما مهدرة والأخرى معتبرة فضمن المكاتب ربع الدية، وأما نصف الساكت فربعه المبيع قبل ربع الحر جنايات جناية قبل البيع وهي مهدرة؛ لأنها جناية مملوك على مولاه وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة؛ لأنها جناية مملوك على أجنبي فصار كل سهم على ثلاثة أسهم فسهمان من هذا الربع مضمون وسهم مهدر والكل على اثني عشر والرابع الذي لم يبعه قبل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وقد تلف بها سهم من الحر وقد صار المولى مختارا لذلك السهم من الدية بالبيع وجناية بعد البيع وجناية بعد الكتابة فهما معتبرتان؛ لأنها جناية مملوك على أجنبي وهاتان الجنايتان حكمهما واحد فتعتبران كجناية واحدة فصار كأن هذا الربع جنى جنايتين صار المولى مختارا إحداهما دون الأخرى فصار المولى مختارًا لسهم ونصف من الدية ومن الربع الذي باع صار مختارًا لسهم فيصير مختارًا لسهمين ونصف من النصف الذي للساكت فيكون سدس وربع سدس من اثني عشر ولم يصر مختارا لسهمين ونصف سهما ونصف من هذا الربع وسهما من الربع الذي باعه وهدر نصف سدس الدية وذلك سهم من اثني عشر.

ولو قطع يد رجل حرّ ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم اشتراه فقطع يد آخر وفقأ عين الأول فماتا قيل لِلمشتري ادفع نصفك إليهما نصفين أو افده بعشرة إلا وبينهما وقيل للبائع افدِ الأول بربع الدية وادفع نصفك إليهما أثلاثًا ثلثه إلى الأول وثلثه إلى الثاني أو افده من الأول بربع الدية ومن الثاني بنصف الدية؛ لأن النصف الذي لم يبع قبل نصف كل واحد منهما إلا أن نصف أحدهما بجنايتين والآخر بجناية واحدة وكلتاهما معتبرتان فيخاطب بالدفع أو الفداء والنصف الذي باع قبل نصف كل واحد منهما إلا أن نصف أحدهما بجنايتين بجناية قبل البيع وهو القطع وقد صار مختارا للربع الذي تلف بهذه الجناية بالبيع فعليه ربع الدية وبجناية بعد البيع وهو الفقء ولم يصر مختارًا لما أتلف بهذه الجناية فبقي في نصيبه ربع دية أحدهما ونصف دية الآخر فدفع نصيبه إليهما أثلاثًا أو الفداء.

(باب إقرار المكاتب بالجناية)

(المبسوط): أصله أن المكاتب في حق الجناية يوجب المال بمنزلة الحر؛ لأنه استجاب المال على نفسه، فالمكاتب من أهل استيجاب المال على نفسه بخلاف العبد لو أقر بجنايه توجب المال لا يصح؛ لأن موجبها يجب على مولاه، فحصل مقرًّا على مولاه فلم يصح، وإذا أقر المكاتب بجنايته عمدًا أو خطأ لزمه؛ لأنه في حق الجناية ملحق بالحر.

ولو قضى عليه بجناية خطأ ثم عجز هدر دمه عند أبي حنيفة، وعندهما يؤاخذ بها ويباع فيها بناء على أن المكاتب لو أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به بعد العجز عنده صارت دينًا عليه أولًا، وعندهما يؤاخذ به إذا صار دينًا عليه بالقضاء.

ولو أعتق ضمن قضاءها أولًا، وكذلك لو صالح ولي العمد وقد أقر به ثم عجز هدرت عند أبي حنيفة، وعندهما يباع فيه؛ لأن القصاص بعد الصلح صار موجبًا للمال، وأصل الجناية ثبتت بإقراره، فكأنه أقر بجناية موجبة للمال والمكاتب متى أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به بعد العجز عند أبي حنيفة، وعندهما يؤاخد به إذا صار دينا عليه وهنا صار دينا عليه بالصلح.

ولو أقرت مكاتبة على ولدها لم يلزمها عتق أو عجز؛ لأن الولد مكاتب لمولاها حتى يملك إعتاقه، والمكاتب متى أقر على مكاتب مولاه بدين أو بجناية موجبة للمال لا يصح، فإن مات وترك وفاء قضي في ماله بالأقل؛ لأن الولد لو كان حيًّا وفي يده كسب صح إقرارهما في ذلك المال؛ لأن كسب الولد لها فصارت مقرة على نفسها وصار كالوارث أقر على مورثه بعد موته صح؛ لأنه إقرار على نفسه.

ولو أقر الولد على أمه بجناية لم يثبت، فإن ماتت الأم لزمه الأقل من الدين والكتابة؛ لأن الفاضل من دين المورث يكون له فيقدر الفاضل من دينه حصل مقرًّا على نفسه وصار كالحر إذا أقر على مورثه بدين ثم مات المورث وعليه دين صح الإقرار بالفاضل من دينه فكذا هذا، فإن عجز بعد ذلك لم يلزمه؛ لأنه صار قنًّا، وإن كان قد أدى ثم عجز لا يسترد من المقر له؛ لأن إقراره بذلك قد صح.

ولو أقرت الأم على ابنها بجناية ثم قتل الابن خطأ وأخذت قيمته قضى بما أقرت في القيمة؛ لأن بدل الولد تكون الأم ككسبه فصارت مقرة على نفسها، وكذلك لو أقرت على ابنها بدين وفي يده مال ولا دين عليه جاز إقرارها بالدين في كسبه؛ لأن كسب ولدها لها فصارت مقرة على نفسها، فصح والله أعلم بالصواب.

تم الكتاب بحمد الله وعونه.

يتلوه في المجلد الثامن: كتاب الحدود.

الحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

حسبنا الله ونعم الوكيل.

كتاب الحدود[1]

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الحد، وتفسيره، وسبب وجوبه، وركنه، وشرطه، وحكمه شريعة.

أما مشروعيته:

أما حد الزنا: لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: "**الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ: جَلْدُ مِائَةٍ، وتغريب عام، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ: جَلْدُ مِائَةٍ ورجم بالحجارة**"[2].

---

(١) الْحُدُودُ جَمْعُ حَدٍّ، وَهُوَ فِي اللُّغَةِ الْمَنْعُ، وَمِنْهُ سُمِّيَ كُلٌّ مِنَ الْبَوَّابِ وَالسَّجَّانِ حَدَّادًا، لِمَنْعِ الأَوَّل مِنَ الدُّخُول، وَالثَّانِي مِنَ الْخُرُوجِ. وَسُمِّيَ الْمُعَرِّفُ لِلْمَاهِيَّةِ حَدًّا، لِمَنْعِهِ مِنَ الدُّخُول وَالْخُرُوجِ. وَحُدُودُ اللَّهِ تَعَالَى مَحَارِمُهُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا﴾ [البقرة: ١٨٧].

وَالْحَدُّ فِي الاصْطِلَاحِ: عُقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ وَجَبَتْ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، وَعَرَّفَهُ الشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ عَلَى ذَنْبٍ وَجَبَتْ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى كَمَا فِي الزِّنَى، أَوِ اجْتَمَعَ فِيهَا حَقُّ اللَّهِ وَحَقُّ الْعَبْدِ كَالْقَذْفِ فَلَيْسَ مِنْهُ التَّعْزِيرُ لِعَدَمِ تَقْدِيرِهِ، وَلَا الْقِصَاصُ لأَنَّهُ حَقٌّ خَالِصٌ لآدَمِيٍّ. وَعِنْدَ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ: هُوَ عُقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ بِتَقْدِيرِ الشَّارِعِ، فَيَدْخُل الْقِصَاصُ.

وَيُطْلَقُ لَفْظُ الْحَدِّ عَلَى جَرَائِمِ الْحُدُودِ مَجَازًا، فَيُقَال: ارْتَكَبَ الْجَانِي حَدًّا، وَيُقْصَدُ أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً ذَاتَ عُقُوبَةٍ مُقَدَّرَةٍ شَرْعًا.

انظر: مختار الصحاح مادة: (حدد) والتعريفات للجرجاني، ابن عابدين ١٤٠/٣ ط. دار إحياء التراث العربي، والطحطاوي ٣٨٨/٢ ط. دار المعرفة، وكشاف القناع ٧٧/٦ ط. عالم الكتب، ونيل المآرب ٢٥٠/٢، والاختيار ٧٩/٤ دار المعرفة، وحاشية الزرقاني ١١٥/٨ ط. دار الفكر، وبداية المجتهد ٣٣٠/٢، والوجيز ١٦٤/٢، ونيل الأوطار ٢٥٠/٧ ط. الجيل، وسبل السلام ٢/٤ ط. المكتبة التجارية الكبرى، وفتح القدير ١١٣/٤، والبدائع ٥٦/٧، وحاشية الشرقاوي على شرح التحرير ٤٢٧/٢.

(٢) أخرجه أحمد ٤٧٦/٣ (١٦٠٠٥). وابن ماجه (٢٦٠٦) قال: حدثنا علي بن محمد. كلاهما: (أحمد بن حنبل، وعلي) قالا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الفضل بن دلهم، عن الحسن، عن قبيصة بن حريث، عن سلمة بن المحبق.

وأما حد القذف: لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

وأما حد شرب الخمر: فلإجماع الصحابة كما يأتي، ولأن الحاجة ماسة إلى شرع الزواجر والروادع على مباشرة الجرائم والكبائر؛ لأن السفهاء لا ينزجرون عن ارتكاب الكبائر بمجرد النواهي والوعيد والتوبيخ اعتمادًا منهم على عفو الله تعالى وتجاوزه عنهم بفضله، فلا بد من تعليق عقوبة زاجرة بمباشرة الكبيرة؛ ليكون خوف المرء العقوبة صادًّا وصارفًا لهم عن التجاسر على الكبائر، فيبقى العالم على نظم الصلاح والاستقامة؛ لأن إخلاء العالم عن إقامة الزواجر يؤدي إلى الفساد والانخرام[1].

وأما تفسيره:

فالحد لغة: عبارة عن المنع، يقال: حدت المرأة، إذا منعت نفسها عن الزنا، ولهذا يسمى البواب حدادًا، أي: مناعًا، ويقال: حدود الدار والأرض أي: مانعة عن اختلاط الأملاك.

إلا أن متعارف الشرع: اسم لكل عقوبة مقدرة وجبت زجرًا على جريمة مخصوصة حقًّا لله تعالى على الخلوص لتكون زاجرة ورادعة عن الإقدام والتجاسر على تلك الجريمة، ولهذا لا يسمى القصاص حدًّا، وإن كانت عقوبة زاجرة؛ لأنها وجبت حقًّا للآدمي، والتعزير لا يسمى حدًّا؛ لأنه ليس بمقدر، وإن كان أشد وأغلظ عقوبة من سائر الحدود.

وأما سبب وجوبها: فارتكاب كبيرة مخصوصة ومباشرة جريمة متمحضة وهو الزنا والقذف وشرب الخمر[2].

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٤٠/٣، والطحطاوي ٣٨٨/٢، والشرح الصغير ٤٢٥/٤ ط. دار المعارف، والتاج والإكليل على مواهب الجليل ٢٧٦/٦، و٣١٩، والمنثور في القواعد ٣٩/٢ وما بعدها، وكشاف القناع ٧٧/٦، ٨٩، ١٠٤، ١١٦، ١٢٨، ١٤٩، والمغني ١٥٦/٨ وما بعدها، وتبصرة الحكام ١٣٥/٢ ط. دار الكتب العلمية، والقليوبي ٢٠١/٤.

(٢) انظر: ابن عابدين ١٧٣/٣، والقوانين الفقهية ٣٥٠، وروضة الطالبين ١٠٦/١٠، ١٠٧، والمغني ٢١٧/٨ ط. الرياض، وكشاف القناع ١٠٤/٦.

وأما ركنه: فإقامة الإمام أو نائبه في الإقامة؛ لأن بالإقامة ينزجر من يقام عليه بمذاقه الألم وينزجر غيره بالاعتبارية، وإن أقدم فيتحقق به معنى الحد وهو كونه مانعًا صادًّا له.

وأما شرطه: فيكون من يقام عليه صحيح العقل سليم البدن، ويكون من أهل الاعتبار والابتدار[١] حتى لا يقام على المجنون والسكران والمريض وضعيف الخلقة إلا بعد الصحة والإفاقة؛ لأن المجنون والسكران ليسا من أهل الاعتبار والابتدار، والمريض لا يستطيق ألم الضربات فيصير معرضًا للهلاك[٢].

وأما حكمه: فانزجار من يقام عليه بمذاقه الألم وانزجار غيره بالاعتبار فلا تهمة ولا إقدام ليكون حربًا وتنكيلًا في الدنيا[٣].

وأما تمحيص الذنوب وانمحاء الذنوب والإثم ونيل المثوبة فليس بحكم خاص للحد، بل هو من حكم التوبة، ولهذا يقام الحد على الذمي، ولو كان إقامة الحد للتطهير وانمحاء الذنوب لكان لا يقام عليه؛ لأن الكافر ليس بأهل لذلك، والله أعلم.

(باب معرفة الزنا)

(**المبسوط**): يحتاج إلى: معرفة الزنا، وركنه، وشرطه، ومقدار حده.

أما معرفته: فالزنا الموجب للحد هو الوطء في القبل المشتهاة المتعري عن شبهة الحل والاشتباه، فإن جامع ميتة أو بهيمة أو صبية لا يوصف ذلك الفعل بالزنا لعدم الاشتهاء في حق الفاعل، فإن من له الطباع السليمة والعقول المستقيمة تعوّد

---

(١) يقال: ابْتَدَرَ القومُ أَمرًا وتَبادَرُوهُ أَي بادَرَ بعضُهم بعضًا إِليه أَيُّهُمْ يَسْبِقُ إِليه فَيَغْلِبُ عليه.
وبادَرَ فلانٌ فلانًا مُوَلِّيًا ذاهبًا في فراره.
وفي حديث اعتزال النبي، صلى الله عليه وسلم، نساءَه، قال عُمَرُ: فابْتَدَرَتْ عيناي ؛ أَي سالتا بالدموع.

(٢) انظر: البدائع ٥٨/٧، وابن عابدين ١٤٥/٣، ١٤٦، ومواهب الجليل ٢٩٥/٦، والقوانين الفقهية ٣٤٥، وروضة الطالبين ٩٩/١٠، والمغني ١٥٩/٨، ١٧٠، ١٧١، ٢١١.

(٣) انظر: ابن عابدين ١٤٠/٣، والاختيار ٧٩/٤، والطحطاوي ٣٨٨/١، والفتاوى الهندية ١٤٣/٢.

النفرة عن جماع الميتة والصبية والبهيمة[١].

وأما كونه متعريًا عن الشبهة شرط حتى إن وطء المجنون والصبي العاقل لا يكون زنا؛ لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة، وكذلك وطء الحائض والنفساء والجارية المجوسية والأخت من الرضاع والجارية المشتركة ونحوها لا يوجب الحد؛ لأنه غير متعرٍّ عن شبهة الحل لقيام الملك، وأصله قوله صلى الله عليه وسلم: "**ادْرَؤوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ ما استطعم**"[٢].

وأما ركنه: فالتقاء الختانين ومواراة الحشفة؛ لأن بذلك يتحقق الإيلاج والوطء فيقوم به الزنا.

وأما شرطه: فالعلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة، وأصله ما روى سعيد بن المسيب: "أن رجلًا زنا باليمن، فكتب في ذلك عمر رضي الله عنه: إن كان يعلم أن الله تعالى حرم الزنا فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلِّموه، وإن عاد فاجلدوه". لأن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم، وإن كان الشيوع والاستفاضة في دار الإسلام أقيم مقام العلم ولكن لا أقل من إيراد شبهة لعدم التبليغ والإسماع بالحرمة.

وأما مقدار حده: فحد الزنا في حق البكر مائة جلدة، وكذلك حد الثيب إن لم يكن محصَّنًا بالآية والبينة، وحدُّ الرقيق نصف حد الحرِّ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] والمراد من المحصنات الحرائر.

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٥٠/٥، وحاشية الشبراملسي على المنهاج ٤٣١/٧، والمغني ٨٠٧/٨.

(٢) أورده الباغندي في مسند عمر بن عبد العزيز (ص٢٦٦، رقم ٤٨ - طبعة مكتبة دار الدعوة)، وعزاه لأبي مسلم الكجي، وابن السمعاني في ذيل تاريخ بغداد. وأورده السخاوي في المقاصد (ص٣٠، رقم ٤٦) وعزاه لأبي سعد ابن السمعاني في الذيل في ترجمة الحسين بن علي بن أحمد الخياط المقرئ. قال العجلوني (٧٣/١): قال السخاوي: قال شيخنا - يعني الحافظ ابن حجر - : وفي سنده من لا يعرف انتهى. وللحديث أطراف أخرى منها: "**ادفعوا الحدود بكل شبهة**".

(باب ما يسقط الحد وما لا يسقطه)

(**المبسوط**): فيه فصلان:

أحدهما: سقوط الحد عن أحدهما لعدم الوجوب على الآخر.

والثاني: في سقوط الحد بدعوى الشبهة.

(فصل)

أصله: أنَّ الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه عليها لا يجب على الرجل بالإجماع، ومتى لم يجب على الرجل أصلًا لم يجب على المرأة بالإجماع؛ لأن الزنا مشاركة في الفعل وهو مماسة الفرجين بالتقاء الختانين كالمتعانقين فمتى امتنع الوجوب على أحدهما للحل أورث الشبهة في فعل الآخر، وإن انعقد فعله موجبا للحد لكن بطل الحد عنه لمعنى عارض لا يمنع الوجوب على المرأة عند أبي حنيفة وعندهما يمنع كما سيأتي.

زنا الرجل بامرأة خرساء أو بامرأة تقول هو زوجي لا حد عليه؛ لأنه يجوز أنها لو تكلمت تدعي شبهة تسقط الحد وهو النكاح ودعواها معتبرة؛ لأن بتصادقهما يثبت النكاح، ولو زنى بصبية أو مجنونة أو نائمة يجب الحد عليه، ولو زنى الصبي والمجنون بعاقلة بالغة لا حد عليها خلافًا لزفر والشافعي.

لهما: أنها زانية؛ لأن الزنا فعل قضاء شهوة الفرج على وجه يمحض الحرمة على قصد سفح الماء دون طلب الولد وهذا الفعل وجد منهما لأن قضاء الوطء يحصل بتماس الفرجين والتماس فعلهما يقوم بهما، وكان فعلهما زنا إلا أنه امتنع وجوب الحد على الرجل لمعنى يخصه وهو الصبي والمجنون ولا يمتنع عليها كالعاقل البالغ إذا زنى بصبية أو مجنونة.

لنا: أن فعلهما هو التمكين من الوطء وهذا التمكين لم يتمحض حراما؛ لأن هذا تمكين من فعل الصبي والمجنون وفعلهما لا يوصف بكونه حراما فالتمكين من هذا الفعل لا يتمحض حراما؛ لأن التمكين من الفعل تمهيد لحصوله وتسبيب لوجوده والسبب من فعل ليس بحرام لا يكون حراما كما لو مكنت نفسها من النائم لا يجب

عليها الحد؛ لأن فعله لم يكن حراما بخلاف ما لو زنى بصبية أو مجنونة أو نائمة؛ لأن فعله حرام محض؛ لأن فعله مباشرة لقضاء الوطء أصلا وليس بتمكين من فعلها ولا تسبيب بحصوله فيكون زنا والمكره على الزنا إذا زنا بمطاوعة قال أبو حنيفة: أولا عليه الحد وهو قول زفر والشافعي؛ لأن الزنا من الرجل لا يتحقق إلا بعد انتشار الآلة ونهوضها وذلك دليل الطواعية ثم رجع وقال: لا حد عليه وهو قولهما؛ لأن الانتشار وإن كان يحصل عن هيجان الشهوة وانبعاثها ولكن ليس على كل من يشتهي يزني بل يمتنع عن الزنا خوفا من العقوبة في الآخرة والمذمة في الدنيا وكان ارتكابه الزنا عن إكراه وإجبار لا عن طوع واختيار.

وذكر في المبسوط: إن المكرهة على الزنا لا تحد عندهما ولم يذكر قول أبي حنيفة، وفي شرح الجامع الصغير أنها تحد عند أبي حنيفة.

لهما: أن فعل الرجل أصل وفعلها تمكين منه، فإذا لم يتمحض فعله حراما بسبب الإكراه لا يتمحض فعلها حراما كما لو زنا بها صبي أو مجنون له أن الحد على المرأة إنما يجب بالتمكين من الزنا وقد مكنت من الزنا؛ لأن فعل المكره زنا؛ لأنه يخاطب بخطاب تحريم الزنا فيكون حرامًا يوجب الامتناع عنه، ولهذا لو امتنع عنه حتى قيل يصير شهيدًا لكن امتنع الحد عنه لمانع وهو الإكراه؛ لأنه مرخص في الجملة ولا مانع في حقها فيجب الحد بخلاف الصبي والمجنون؛ لأن خطاب التحريم قاصر عنهما فلا يكون فعلهما حرامًا حرمة توجب الامتناع عنه والمؤاخذة به.

الحربي المستأمن إذا زنى بامرأة مستأمنة فعندهما لا حد عليهما في شيء من الحدود إلا حد القذف، وعند أبي يوسف عليهما الحدود كلها، وإن كانت ذمية أو مسلمة فعند محمد لا يحدان، وعند أبي يوسف يحدان، وعند أبي حنيفة تحد المرأة دون الرجل.

لأبي يوسف: إن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا كما التزم الذمي مدة عمره ومن أحكامنا إقامة الحدود.

لمحمد: إنه ما التزم أحكامنا وإنما دخل دارنا ليقضي حوائجه ويتجر معنا ثم

يعود فيكون ملتزما ما يتصل بالمعاملات من حقوق العباد وهذه الحدود خالص حق الله تعالى فلا يصير ملتزما لها بالأمان، ولهذا لا يقتل به المسلم ولا الذمي فلم يتمحض فعله حرامًا فلا يتمحض تمكين المسلمة والذمية حرامًا، وأبو حنيفة فرق بينهما وهو أن فعل المستأمن حقيقة؛ لأنه تمحض حراما؛ لأن الكفار مخاطبون بالحرمات بالإجماع وهو يعتقد حرمة الزنا، فإنه كان حرامًا في الأديان كلها، فإذا لم يتمكن بشبهة الإباحة في فعل المستأمن لم يتمكن في فعلها فيتمحض تمكينها حرامًا إلا أنه لم يجب عليه الحد لعدم التزام الحد لأنهم يتركون وما يدينون والمرأة ملتزمة لأحكام دارنا فيجب عليها الحد.

زنى بجارية فماتت يحد ويضمن؛ لأن الحد يجب بالإيلاجة الأولى؛ لأنه وطء لا يتصل بها الموت عادة والقيمة تجب بالقتل وهي الإيلاجات المتأخرة التي اتصل بها الموت وهما فعلان الأول زنا والثاني قتل كمن جرح جراحة واتصل بها البرء ثم جرح أخرى واتصل بها الموت.

(فصل)

رجل زنى بامرأة وقال: اشتريتها لا يحد؛ لأنه ادعى دعوى صحيحة، وإن لم يثبت حقيقة ما ادعى لعجزه عن إقامة البينة يثبت شبهة ما ادعى والشبهة كافية لدرء الحد، وكذلك إن كانت حرة؛ لأن شراء الحرة صار كناية عن النكاح، ولو ادعى النكاح لا يحد واحد منهما فكذا هذا وهذه تدل على أن النكاح ينعقد بلفظة البيع والشراء خلافًا لما يقوله بعض مشايخنا.

زنى بأمة ثم ادعى أنه اشتراها فاسدًا أو على أن البائع بالخيار أو وهبها له وكذبه صاحبها أو ادعى هو بعدما شهد الشهود أنه أقر بالزنا ثم ادعى عند القاضي هبة أو بيعا درئ عنه الحد؛ لأنه ادعى ما يوجب سقوطه وهو البيع والهبة وذلك متصور متوهم فأورث شبهة في حقه، كما لو ادعى بيعًا باتًّا، والتوفيق بين الدعوى وبين الإقرار ممكن بأن أقر بوطئها قبل أن يملكها ثم ملكها بالبيع أو الهبة أو اشتراها على أن البائع بالخيار فوطئها في مدة الخيار وفي البيع الفاسد صار قابضا لها بالوطء فيملكها.

أقر أنه زنا بفلانة فقالت هي: تزوجني، أو أقرت المرأة بالزنا، وقال الرجل: تزوجتها فلا حد عليهما؛ لأن كلام المدعي احتمل الصدق وعلى اعتبار الصدق يثبت النكاح من الجانبين إلا أنه لو تحقق تحقق من الجانبين، فإذا توهم بوهم من الجانبين ومع احتمال قيام النكاح لا يجب الحد.

ولو قال: زنيت بهذه المرأة، فقالت: كذبت لا أعرفك، لا يحد عند أبي حنيفة وعندهما يحد الرجل، وكذلك على هذا الخلاف إذا أقرت بالزنا وأنكر الرجل. لهما: أن إقرار المقر حجة في حقه وتكذيب غيره لا يوجب تهمة في إقراره خصوصا في الحدود فعدم ثبوت الزنا في حقها لا يورث شبهة العدم في حقه لقيام دليل الثبوت في حقه وصار كما لو قال: قتلت أنا وفلان فلانًا عمدًا وأنكر شريكه يقتص من المقر فكذا هذا.

لأبي حنيفة: إن الزنا فعل مشترك بينهما من أحدهما الإيلاج ومن الآخر التمكين فكان فعلًا واحدا يقوم بهما، فإذا انتفت حقيقة الزنا في حق المنكر لتكذيبه تتمكن شبهة الانتفاء في حق المقر ضرورة بخلاف القتل، فإنه يتحقق على سبيل الانفراد والزنا لا يتحقق إلا على سبيل الاشتراك.

ولو زنا بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم اشتراها حد في ظاهر الرواية، ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يجب الحد؛ لأن المحل صار مملوكا له فيصير الاستيفاء من محل مملوك له فصار كالسارق إذا ملك المسروق، وجه ظاهر الرواية: أن المستوفى بالوطء قد تلاشى واضمحل وثبوت الملك في المتلاشي لا يتصور فلا يصير شبهة في المحل بخلاف السارق إذا ملك المسروق؛ لأن الملك يثبت في المسروق فخرج المسروق منه من أن يكون خصما.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب الحد في النكاح ولا يجب في الشراء؛ لأن ملك النكاح ملك ضروري بدليل أنه لو وطئت بالشبهة يكون العقر لها ولا يظهر في حق درء الحرة فأما ملك اليمين ملك مطلق بيمين بدليل وجوب العقر للمولى وكان ملك المولى بضع الأمة نظير ملك السارق والمسروق.

أمة جنت عمدًا فيه قصاص فوطئها ولي الجناية ولم يدع شبهة لا حد عليه

ويجب العقر؛ لأنه سقطت العقوبة بشبهة الملك؛ لأن من العلماء من قال يملكها واختلاف العلماء في ملكها أورث شبهة وإذا سقطت العقوبة وجبت الغرامة؛ لأن الوطء الحرام في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، ولو كانت الجناية خطأ عليه الحد سواء دفع أو فدى عندهما قياسًا، وعند أبي يوسف في الفداء يحد وفي الدفع لا يحد استحسانًا.

لأبي يوسف: إن جناية الرقيق انعقدت سببا لوجوب الدفع لا لوجوب الفداء كما بينا في كتاب الجنايات وكانت سببا لثبوت الملك في الجارية فيستند الملك إلى حالة الجناية والوطء حصل بعد قيام سبب الملك ويتمكن فيه شبهة الملك ومتى اختار الفداء فالوطء حصل قبل سبب الملك فعري عن الشبهة.

لهما: أن الجناية لا تنعقد سببا للملك في الجارية ولا في الفداء إلا عند التسليم لأنها لا تأثير لهما في تمليك الأموال وكانت الجناية بدون التسليم شطر السبب وشطر السبب لا يورث شبهة فصار كالشهادة بالزنا لا تصير حجة بنفسها ما لم يتقبل بها القضاء حتى لا يورث شهبة الإباحة في المشهود عليه وكذا هذا. صبي زنى بصبية مطاوعة أو زنا بأمة مطاوعة عليه المهر؛ لأن الصبي يؤاخذ بضمان الأفعال فصار فعله في الضمان كفعل الكبير ورضاء الصغيرة والأمة لم يصح فصار وجوده وعدمه بمنزلة فلا يسقط المهر، ولو كانت كبيرة حرة سقط المهر ولا حد عليها؛ لأن رضاها وأمرها للصبي قد صح فلو لحقه فيه ضمان، وللولي أن يرجع عليها بما ضمن؛ لأن من استعمل صبيا في شيء فأمره به ولحقه فيه ضمان يرجع المولى على الآمر بالضمان فلا يفيد الوجوب.

(**المنتقى**): السكران إذا زنى أو سرق في حال سكره حد، ولو أقر بالزنا أو السرقة لم يحد؛ لأن الإنشاء لا يحتمل الكذب والإقرار يحتمل الكذب فاعتبر هذا الاحتمال في حال سكره في الإقرار بالحد لا غير.

بشر عن أبي يوسف: رجل غصب أمة فوطئها فقتلها فعليه القيمة ولا حد عليه وفي الحرة عليه الدية والحد، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الحرة لا تملك بعدما دفع الدية فلم تتمكن الشبهة في الوطء والأمة تملكها بأداء

الضمان في آخر جزء من حياتها؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان قبل الهلاك.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة في الأمة يجب الحد؛ لأن الضمان يجب بعد الموت والميت لا يملك عند محمد.

قال أبو حنيفة: رجل أحل جاريته لغيره فوطئها ذلك الغير لا حد عليه؛ لأن التحليل يورث شبهة الملك في الوطء.

(باب الرجل يطأ امرأة لا تحل له فقال: ظننت أنها تحل لي)

(**المبسوط**): أصله أن الشبهة ثلاثة أنواع: شبهة في الفعل وهي شبهة الاشتباه، وشبهة المحل، وشبهة في العقد.

أما الشبهة في المحل: فهو أن يطأ جارية ابنه وجارية عبده المأذون المديون وجارية مكاتبه والبائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض وبعده في البيع الفاسد أو البيع بشرط الخيار، والزوج إذا وطئ الجارية المجعولة صداقا قبل التسليم أو وطئ المطلقة طلاقا بائنا بالكتابات في عدتها لاختلاف الصحابة أنها بوائن أم رواجع فتصير ذلك شبهة في المحل أو وطئ الجارية المشتركة لا يجب الحد في هذه المواضع.

وإن قال: علمت أنها علي حرام لقيام شبهة الملك في المحل. وأما شبهة العقد بأن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة تزوجت بغير إذن مولاها أو عبد تزوج بغير إذن مولاه لا حد عليه.

ولو تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو خمسا في عقدة أو جمع بين أختين أو تزوج بمحاربة فوطئها، وقال: علمت أنها علي حرام لا حد عليه عند أبي حنيفة وعندهما يجب الحد؛ لأن كل وطء حرم على التأبيد فورود العقد على محله لا يورث شبهة؛ لأن الله تعالى حرم المحارم على التأبيد وتحريم المحل إخراجه من أن يكون قابلا للحل كتحريم الميتة والدم والعقد لم يصادف محله فلغى فلم يتمكن فيه شبهة الحل فتمحض الوطء فيه حرامًا، ولهذا لا تجب العدة.

لأبي حنيفة: إن المحارم شاركت الأجانب في محلية النكاح إنما يثبت بكونها أنثى من بنات آدم؛ لأن بكونها أنثى من بنات آدم ثبت قبول المحل لمقاصد النكاح وهو قضاء الوطر وتحصيل النسل وحاجة العبيد ماسة إلى تحصيل هذه المقاصد ولا يتوصل إلى تحصيلها إلا بالحل والمحارم شاركت الأجانب في هذا المعنى فتشاركن في حل المحلية وهذا الدليل يقتضي ثبوت حقيقة الحل في المحلية، ولهذا كانت محللة في زمن آدم ومحللة في حق الأجانب في جميع الأزمان إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل صيانة للقرابة عن ذل الاستفراش والاستدلال بملك النكاح كرامة لها؛ لأنها يدفع بها أعلى العقوبات وهو الرجم فانعقد النكاح على سبيل الشبهة فيقيد شبهة الحل كما لو تزوج امرأة مشركة ووطئها لا يحد، وكذلك لو استأجر امرأة ليزني بها لا حد عليهما عند أبي حنيفة خلافًا لهم، حجتهم أن هذا العقد لم يصادف محلا قابلا لموجبه؛ لأن محل الإجازة منفعة هي مال والمستوفى بالوطء ليس بمنفعة أو كانت فليست بمال فلغي العقد فلا يورث الشبهة لأبي حنيفة إن العقد صادف محلا قابلا لحكمة وهو الملك؛ لأن منافع البضع قابلة للملك بلفظة الإنكاح والتزويج وقبول المحل لا يتبدل بتبدل الألفاظ فوجب أن يفيد حقيقة الملك إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الملك بالإجماع فلا يتقاعد عن إفادة شبهة الملك فتمكنت شبهة الحل في الوطء فأما شبهة الاشتباه وهو أن يطأ جارية أبيه أو جارية أمه أو جارية زوجته أو المطلقة ثلاثا بائنا أو أم ولد قد أعتقها وهي في عدته أو العبد يطأ جارية مولاه أو المرتهن يطأ الجارية المرهونة وفي رواية عليه الحد ففي هذه المواضع لو قال: ظننت أنها تحل لي لم يلزمه الحد، وإن قال: علمت أنها علي حرام يلزمه الحد؛ لأنه متى ادعى الاشتباه مستندا إلى دليل تعتبر دعواه في إسقاط دعواه وهنا أسند دعواه إلى دليل آخر لأنه ظن أن الفعل مباح له كما أبيح له الانتفاع من وجه آخر؛ لأن المنتفع بمال أبيه وأمه وزوجته كما ينتفع بمال نفسه، وكذلك العبد في مال مولاه، وكذلك المعتدة باعتبار أن العدة حق من حقوق النكاح وربما يظن أن حق الملك كأصل الملك وفي المرهونة المرتهن أحق بماليتها فربما يظن أن ذلك يبيح له وطأها، وفي رواية عليه الحد؛ لأن الرهن لا يفيد ملك

المتعة والمنفعة بحال ما وإنما يفيد له عند الملك، فإنه بالهلاك يصير مستوفيا حقه وبعد الهلاك لا يملك المتعة ومتى كان ظنه مستندا إلى دليل تغيير شبهة في درء الحد إذا ادعى الحل وبدون الدعوى انعدمت الشبهة لانعدام دليلها وهو الظن المستند إلى دليل الحل ثم في كل موضع كانت الشبهة في الفعل لم تثبت نسب الولد منه وإن ادعاه؛ لأن المحل خالٍ عن شبهة الملك وحق الملك وفي كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه لقيام الملك من وجه في المحل.

ولو وطئ الجارية المستأجرة أو المستعارة أو جارية أخيه أو أخته يلزمه الحد، وإن قال: ظننت أنها تحل لي لم يستند ظنه إلى سبب صحيح؛ لأن ملك المنفعة لا يتصور أن يكون سببا لملك المتعة بحال ما فقيامه للحال لا يورث شبهة فلا يحل له الانتفاع بمال أخيه وأخته إلا بالعقد وقد اشتبه عليه مالًا يشتبه ظاهرًا فلا يعتبر ظنه. تزوج امرأة فزفت إليه أخرى فوطئها لا حد عليه ولا على قاذفه؛ لأنه لا سبيل للزوج إلى معرفتها إلا قول النساء والملك يثبت له من حيث الظاهر فيكفي شبهة في درء الحد بخلاف ما إذا وجد امرأة على فراشه فوطئها يحد؛ لأنه هنا يمكنه أن يكلمها ويسألها ويعرف امرأته بصوتها وحسها وفي المزفوفة لا يعرفها بصوتها وحسها وقد أخبرته بأنها زوجته وهذا الوطء لا يخلو من حرمة فيكون صادقا في قذفه من وجه.

(**المنتقى**) ابن رستم عن محمد: إذا زنى بجارية امرأته وقالا جميعًا ظننا أن هذا حلال لا حد عليهما، وكذلك لو قال أحدهما ظننت أنه حلال، وقال الآخر: علمت أنه حرام لا حد عليهما؛ لأن الشبهة تمكنت في الفعل في أحد الجانبين فتعدت إلى الجانب الآخر ضرورة.

وذكر أبو الليث في (**العيون**): رجل زنى بجارية أبيه أو أمه أو جدته وقال الرجل: ظننت أنها تحل لي وقالت: الجارية علمت أنه حرام فلا حد عليهما، ولو كان على العكس فكذلك عندهما.

وعند أبي حنيفة: يجب عليه الحد ولا يجب عليها؛ لأن بدعواها الحل بتمكن الشبهة في تمكينها فلا يتمكن في فعل الرجل؛ لأن فعله ليس تبعًا لتمكينها وبدعوى

الحل من الرجل تمكنت الشبهة في فعله فيتمكن في تمكينها؛ لأن تمكينها تبع لفعل الرجل، ومن وجد على فراشه امرأة فوطئها وقال: ظننت أنها جاريتي أو امرأتي يحد؛ لأنه لا يحل له الوطء بناء على الظن؛ لأنه يمكنه معرفة امرأته بكلامها أو يخبر مخبر أنها امرأته، فإذا لم يتفحص عن ذلك لم يكن معذورا وكذا الأعمى إذا وجد في بيته امرأة فوطئها يحد خلافًا لزفر؛ لأنه قد تكون في بيته المحارم والأجنبيات ولا يكون فعله مستندا إلى سبب ظاهر.

ورُوي عن محمد: في أعمى دعا امرأته فقال: يا فلانة، فأجابته امرأة وقالت: أنا فلانة امرأتك، فوطئها لا حد عليه ويثبت النسب، فلو أجابته ولم تقل أنا فلانة يجب الحد؛ لأن في وسعه أن يتفحص أكثر من هذا، فإن الإجابة قد تكون من المنادى ومن غيرها فيمكنه أن يتفحص عن حالهما ولا يحل له الوطء بمجرد الإجابة، وإذا قالت: أنا فلانة فلا يتوصل إلى معرفة امرأته إلا بذلك فصارت كالمزفوفة إلى غير زوجها.

(باب معرفة الإحصان)

(**المبسوط**): يحتاج إلى معرفة: تفسير الإحصان، وأنواعه، وشرائطه، وطريق ثبوته، وحد المحصن.

أما تفسيره: فالإحصان في اللغة: عبارة عن النعم الجميلة والخصال الحميدة المجموعة في الإحصان؛ لأن الإحصان عبارة عن الدخول في الحصن، وإنما يصير الإنسان داخلا في الحصن عن الزنا إذا توفرت وتكاملت عليه نعم الله تعالى الزاجرة عن ارتكاب الكبيرة.

وأما أنواعه: فالإحصان ضربان: إحصان القذف وإحصان الرجم.

أما إحصان القذف فشرائطه خمسة: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والعفة عن الزنا.

وشرائط إحصان الرجم سبعة: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والنكاح الصحيح، والدخول على وجه يوجب الغسل من غير إنزال وهما على صفة

الإحصان؛ لأن هذه نعم متوافرة متكاملة تصلح للزواجر عن ارتكاب الكبيرة، فإن العقل زاجر عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة والدين كذلك، وكذلك الحرية؛ لأنه بحريته يستنكف عن ارتكاب الزنا ولأن لفظ الإحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] وأراد به الحرائر.

وأما البلوغ، فإن الصبي لقصور عقله لا يقف على عواقب الأمور ولا يلحقهما الشين ولا يتحصنان عن الزنا والاستغناء عن الحرام لا يقع غالبًا إلا بالدخول بحكم نكاح صحيح، ولقوله عليه السلام[1]: "**الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ ورجم بالحجارة**"[2].

أوجب الرجم على الثيب فالثيابة إنما تعرف بالإصابة.

وأما الإسلام شرط عندنا خلافًا للشافعي حتى لو زنى ذمي وهو ثيب عندنا يجلد وعنده يرجم وهو رواية عن أبي يوسف.

---

(١) أخرجه مسلم (١٣١٦/٣، رقم ١٦٩٠)، وأبو داود (١٤٤/٤، رقم ٤٤١٥)، والترمذي (٤١/٤، رقم ١٤٣٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٨٥٢/٢، رقم ٢٥٥٠)، وابن حبان (٢٧١/١٠، رقم ٤٤٢٥)، وأخرجه أيضًا: ابن الجارود (ص ٢٠٥، رقم ٨١٠)، والنسائي في الكبرى (٣٢٠/٦، رقم ١١٠٩٣).

(٢) أَجْمَعَ الْعُلَمَاء عَلَى وُجُوب جَلْد الزَّانِي الْبِكْر مِائَة، وَرَجْم الْمُحْصَن، وَهُوَ الثَّيِّب وَلَمْ يُخَالِف فِي هَذَا أَحَد مِنْ أَهْل الْقِبْلَة، إِلَّا مَا حَكَى الْقَاضِي عِيَاض وَغَيْره عَن الْخَوَارِج، وَبَعْض الْمُعْتَزِلَة، كَالنَّظَّامِ وَأَصْحَابه، فَإِنَّهُمْ لَمْ يَقُولُوا بِالرَّجْمِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي جَلْد الثَّيِّب مَعَ الرَّجْم، فَقَالَتْ طَائِفَة: يَجِب الْجَمْع بَيْنهمَا، فَيُجْلَد ثُمَّ يُرْجَم، وَبِهِ قَالَ عَلِيّ بْن أَبِي طَالِب رضي الله عنه وَالْحَسَن الْبَصْرِيّ، وَإِسْحَاق بْن رَاهَوَيْهِ، وَدَاوُد، وَأَهْل الظَّاهِر، وَبَعْض أَصْحَاب الشَّافِعِيّ.

وَقَالَ جَمَاهِير الْعُلَمَاء: الْوَاجِب الرَّجْم وَحْده.

وَحَكَى الْقَاضِي عَنْ طَائِفَة مِنْ أَهْل الْحَدِيث أَنَّهُ يَجِب الْجَمْع بَيْنهمَا إِذَا كَانَ الزَّانِي شَيْخًا ثَيِّبًا، فَإِنْ كَانَ شَابًّا ثَيِّبًا، اقْتُصِرَ عَلَى الرَّجْم، وَهَذَا مَذْهَب بَاطِل لَا أَصْل لَهُ وَحُجَّة الْجُمْهُور أَنَّ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم اقْتَصَرَ عَلَى رَجْم الثَّيِّب فِي أَحَادِيث كَثِيرَة، مِنْهَا قِصَّة (مَاعِز)، وَقِصَّة (الْمَرْأَة الْغَامِدِيَّة) وَفِي قَوْله صلى الله عليه وسلم: "وَاغْدُ يَا أُنَيْس عَلَى امْرَأَة هَذَا، فَإِن اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا"، قَالُوا: وَحَدِيث الْجَمْع بَيْن الْجَلْد وَالرَّجْم مَنْسُوخ، فَإِنَّهُ كَانَ فِي أَوَّل الْأَمْر. شرح النووي على مسلم (ج٦/ ص١٠٩).

والصحيح قولنا لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] فالله تعالى أوجب الجلد على كل زانٍ وزانية؛ لأنه ذكرهما بلام المعرفة والزنا اسم جنس واسم الجنس متى ذكر بلام المعرفة يفيد استغراق الجنس واستيعابه وينصرف إلى تعريف كل الجنس إلا ما خص عنه والمسلم المحض صار مخصوصًا بقوله عليه السلام: "لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ"[1] الحديث فمن ادعى التخصيص في حق الكافر فعليه الدليل.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥/٩ (٦٨٧٨) قال: حدثنا عمر بن حفص، قال: حدثنا أبي. و«مسلم» ١٠٦/٥ (٤٣٩٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث، وأبو معاوية، ووكيع. وفي (٤٣٩١) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، وعلي بن خشرم، قالا: أخبرنا عيسى بن يونس. وفي (٤٣٩٢ و٤٣٩٣) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، ومحمد بن المثنى، واللفظ لأحمد، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان. وفي (٤٣٩٤) قال: وحدثني حجاج بن الشاعر، والقاسم بن زكريا، قالا: حدثنا عبيد الله بن موسى، عن شيبان. و«ابن ماجه» (٢٥٣٤) قال: حدثنا علي بن محمد، وأبو بكر بن خلاد الباهلي، قالا: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٤٣٥٢) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا أبو معاوية. و«الترمذي» (١٤٠٢) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية. و«النسائي» ٩٠/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٦٥) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أنبأنا عبد الرحمن، عن سفيان. وفي ١٣/٨، وفي «الكبرى» (٦٨٩٧) قال: أخبرنا بشر بن خالد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، عن شعبة. و«أبو يعلى» (٥٢٠٢) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. و«ابن حبان» (٤٤٠٧) قال: أخبرنا حاجب بن أركين، بدمشق، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٤٤٠٨) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. وفي (٥٩٧٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا محمد بن كثير العبدي، قال: حدثنا سفيان الثوري. وفي (٥٩٧٧) قال: أخبرنا محمد بن عمر بن يوسف، قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة.

عشرتهم: (سفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، ووكيع بن الجراح، وحفص بن غياث، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وشعبة بن الحجاج، ويعلى بن عبيد، وعبد الله بن نمير، وعيسى بن يونس، وشيبان بن عبد الرحمن) عن سليمان الأعمش، قال: سمعت عبد الله بن مرة يحدث، عن مسروق، فذكره.

وما رُوي "**أن النبي عليه السلام رجم يهوديين زنيا وقد كانا أحصنا**"[1] إنما رجمهما بحكم التوراة قبل نزول آية الزنا؛ لأنه رجمهما في أول ما دخل المدينة

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/٨٨ (١٣٢٩) و٦/٣٧ (٤٥٥٦) و٩/١٠٥ (٧٣٣٢) قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر، قال: حدثنا أبو ضمرة، قال: حدثنا موسى بن عقبة. وفي ٤/٢٠٦ (٣٦٣٥) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك بن أنس. وفي ٨/١٧٢ (٦٨٤١) قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثني مالك. وفي ٩/١٥٨ (٧٥٤٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا إسماعيل، عن أيوب. و«مسلم» ٥/١٢١ (٤٤٥٦) قال: حدثني الحكم بن موسى، أبو صالح، قال: حدثنا شعيب بن إسحاق، قال: أخبرنا عبيد الله. وفي ٥/١٢٢ (٤٤٥٧) قال: وحدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن علية، عن أيوب (ح) وحدثني أبو الطاهر، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرني رجال من أهل العلم منهم مالك بن أنس. وفي (٤٤٥٨) قال: وحدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا موسى بن عقبة. و«ابن ماجه» (٢٥٥٦) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (٤٤٤٦) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: قرأت على مالك بن أنس. و«الترمذي» (١٤٣٦) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك بن أنس. و«عبد الله بن أحمد» ٥/٩٦ (٢١٢١٤) قال: حدثني عثمان بن محمد بن أبي شيبة، قال: حدثنا شريك بن عبد الله، عن ابن أبي ليلى. و«النسائي» في «الكبرى» (٧١٧٥) قال: أخبرني زياد بن أيوب، دلويه، قال: حدثنا ابن علية، عن أيوب. وفي (٧١٧٦ و١١٠٠٢) قال: أخبرني يحيى بن حبيب بن عربي، من كتابه، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا شعبة، عن أيوب. وفي (٧١٧٧) قال: أخبرنا محمد بن معدان بن عيسى، قال: حدثنا الحسن بن أعين، قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا موسى. وفي (٧١٧٨) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن عبد الكريم الجزري. وفي (٧٢٩٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. و«ابن حبان» (٤٤٣١ و٤٤٣٢) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق الثقفي، قال: حدثنا الوليد بن شجاع، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن عبيد الله بن عمر. وفي (٤٤٣٤) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٤٤٣٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا جويرية.

ثمانيتهم: (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، وموسى بن عقبة، وأيوب السختياني، وعبيد الله بن عمر، وعبد الكريم بن مالك الجزري، وابن أبي ليلى، وجويرية بن أسماء) عن نافع، فذكره.

بحكم التوراة ثم صار منسوخا بآية الزنا والعفة عن الزنا شرط في إحصان القذف دون إحصان الرجم؛ لأنه تعذر اعتباره إحصان الرجم؛ لأنه لا يجب إلا بعد وجود الزنا والعفة عن الزنا بعد وجوده لا يبقى فأمكن اعتباره في إحصان القذف؛ لأنه إنما يجب بعد ظهور كذب القاذف وإنما يظهر كذبه بعد عفة المقذوف.

وأما إحصان[1] كل واحد من الزوجين شرطًا ليصير الآخر محصنًا حتى لو تزوج الحر بأمة أو صبية أو مجنونة أو كافرة ودخلا بها لم يصر الزوج به محصنًا، وكذا الحرة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من عبد أو مجنون أو صبي لا تصير محصنة إلا إذا دخل بها بعد الإسلام والعتق والبلوغ والإفاقة فحينئذ يصير محصنا بهذه الإصابة لا بالإصابة السابقة.

وقال الشافعي: يصير كل واحد منهما محصنًا.

وقال أبو يوسف: إسلام المرأة ليس بشرط حتى لو تزوج مسلم كافرة يصير الزوج محصنا؛ لأن الشرط الإصابة الكاملة والكفر لا يؤثر في الإخلال بالإصابة فلا يعتبر فأما كونها صبية أو مجنونة يؤثر في اختلال الإصابة وقصورها، فإن الطبع ينفر عنهما.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام لحذيفة حين تزوج يهودية: "**دعها إنها لا تحصنك**"[2] ولأنه لا يتكامل نعمة الزوجة والإصابة مع هؤلاء، ولأن هذه المعاني أسباب ينفر الطبع عنها، فإن المسلم ينفر عن الكافرة طبعًا لعداوة دينية بينهما والرق سبب النفرة عنها ؛ لأنه يحتاج إلى العزل صونًا لمائه عن ذل الرق والجنون والصبي سبب النفرة عنها لعدم العقل ونقصانه فيوجب نقصانا واختلالا في الإصابة فلم تتكامل النعمة بل تتغلظ جنايته ثم المعنى المستدعي لاستجماع هذه الشرائط أن

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٦٨/٣، والدسوقي ٣٢٦/٤، والمهذب ٢٧٤/٢، والمغني ٩٣/٩ ط. القاهرة.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٦٧/١٠ (٢٩٣٤٧) قال: حدثنا عيسى بن يونس، عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم. و«أبو داود»، في «المراسيل» (٢٠٦) قال: حدثنا كثير بن عبيد، قال: حدثنا بقية، عن أبي سبأ، عتبة بن تميم.

كلاهما: (أبو بكر، وعتبة بن تميم) عن علي بن أبي طلحة، فذكره.

الرجم عقوبة متناهية متغلظة فيستدعي جناية متناهية متغلظة والجناية إنما تتناهى وتتغلظ عند تكامل النعم وتوافرها عليه، فإن من تكاملت وتوافرت نعم الله عليه كانت الجناية أغلظ وأفحش وكانت العقوبة في حقه أغلظ وأشد، والنعم إنما تتكامل بهذه الخصال الحميدة والنعم الجميلة[1].

وأما طريق ثبوته فشيئان: الإقرار والبينة، وهي شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين.

وقال زفر: لا تثبت بشهادة رجل وامرأتين حتى لو رجع شهود الإحصان لا شيء عليهم خلافًا لزفر.

له: أن الإحصان شرط معمل للعلة، فإن الزنا لا يعمل في إيجاب الرجم إلا بعد الإحصان والشرط المعمل للعلة بمنزلة العلة والزنا لا يثبت بشهادة الرجوع لو امرأتين فكذا هو في معناه.

لنا: أن الإحصان عبارة عن خصال حميدة وأوصال جميلة ولا أثر للخصال الحميدة في إيجاب العقوبة والنعمة بل أثرها في استحقاق النعمة والكرامة وما لا أثر له في إيجاب الحكم لا يكون من ذات العلة وما في معناها؛ لأن الحكم لا ينضاف ولا يستند إليه فلم يكن الإحصان علة لوجوب الرجم ولا في معنى العلة إلا أن الزنا لا يعمل في إيجاب الرجم إلا عند وجوده فكان شرطًا محضًا كسائر الشروط للعتق والطلاق في الوقوع وفي الإحصان يكفي للشهود أن يقولوا دخل بها زوجها عندهما.

وقال محمد: لا بد أن يقولوا جامعها أو باضعها.

لمحمد: أن لفظ الدخول مشترك يستعمل في الوطء ويستعمل في الزفاف والخلوة يقال: دخل بها أو خلا بها وزارها فلا يثبت الإحصان مع الاحتمال.

لهما: أن الدخول متى ذكر مضافًا إلى المرأة مقرونًا وملصقًا بكلمة الباء لا يراد به إلا الجماع قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] والمراد به الوطء، وقال عليه السلام: "**فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا**"[2]

---

(١) انظر: الشرح الكبير ٢٨٤/٤، والمغني ١٢٩/١٠.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٥٤/٣، رقم ١٥٩١٩)، وسعيد بن منصور في كتاب السنن (١٧٥/١، رقم ٥٢٨)، وأحمد (٦٦/٦ رقم ٢٤٤١٧)، وأبو داود (٢٢٩/٢، رقم ٢٠٨٣)، والترمذي =

أي جامعها، والعرف إذا قيل فلان دخل بامرأته يراد به الوطء دون الخلوة، فإذا خلا بها يقال دخل عليها، فإن كان له منها ولد وهما معترفان أن الولد منهما يصير كل واحد منهما محصنا؛ لأنه كفى بالولد شاهدًا على الإصابة لأنا حكمنا بثبات النسب وثبات النسب منه أدل على الإصابة من الشهادة.

وأما حد المحصن فالرجم ولا يجمع بين الجلد والرجم خلافًا لأحمد بن حنبل؛ لما رُوي "**أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزًا ولم يجلده**"[1]، وهو ناسخ لقوله عليه السلام: "**الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة**" ولا يجمع بين الجلد والتعزير خلافًا للشافعي لقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢] فمن شرط النفي والتعزير فقد زاد على نص الكتاب والزيادة على النص نسخ ولا يجوز إلا بالخبر المشهور والمتأخر عنه والشهرة والتأخر كلاهما غير ثابتان.

أما الشهرة فقوله عليه السلام: "**البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام**" ليس

=

(٤٠٧/٣، رقم ١١٠٢) وقال: حسن. وابن ماجه (٦٠٥/١، رقم ١٨٧٩)، والحاكم (١٨٢/٢، رقم ٢٧٠٦)، وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (١٢٤/٧، رقم ١٣٤٩٠). وأخرجه أيضًا: الشافعي في الأم (١٦٦/٥)، والحميدي (١١٢/١، رقم ٢٢٨)، وإسحاق بن راهويه (١٩٤/٢، رقم ٦٩٨)، والنسائي في الكبرى (٢٨٥/٣، رقم ٥٣٩٤)، وأبو يعلى (٢٥١/٨، رقم ٤٨٣٧)، وابن حبان (٣٨٤/٩، رقم ٤٠٧٤)، والطبراني في الأوسط (٢٦٠/٦، رقم ٦٣٥٢)، والدارقطني (٢٢١/٣)، والديلمي (٣٥١/١، رقم ١٤١٠).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٧٧/١٠ (٢٩٣٧٦) قال: حدثنا أبو خالد الأحمر. و«أحمد» ٣٨١/٣ (١٥١٥٥) قال: حدثنا يزيد بن هارون. وفي ٤٣١/٣ (١٥٦٤٠) قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي. و«الدارمي» (٢٤٦٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله الرقاشي، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«أبو داود» (٤٤٢٠) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر بن ميسرة، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«النسائي»، في «الكبرى» (٧١٦٨) قال: أخبرنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو خالد. وفي (٧١٦٩) قال: أخبرنا يحيى بن حبيب بن عربي، قال: حدثنا يزيد بن زريع. وفي (٧١٧٠) قال: أخبرنا أحمد بن سعيد المروزي الرباطي، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي. أربعتهم: (أبو خالد الأحمر، وابن هارون، وإبراهيم بن سعد، والد يعقوب، وابن زريع) عن محمد بن إسحاق، فذكره.

بمشهور، فإن حد الشهرة فهو نقل جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عن واحد وقيل حده ما تلقاه العلماء بالقبول وإجماع العلماء على قبوله ممنوع وعدم تواطؤهم مدفوع.

وأما التأخر فهذا الحديث كان متقدمًا على الآية على ما بينا أو يحتمل أنه كان متقدما ويحتمل أنه كان متأخرا فلا ينسخ حكم الكتاب بالاحتمال، ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها ووطئها لا يصير محصنا؛ لأن الدخول حصل بعد انقطاع النكاح وكان الوطء حرامًا كما في النكاح الفاسد.

(**النوادر**): إبراهيم بن رستم عن محمد: رجل خلا بامرأته ثم طلقها فقال الزوج: وطئتها، وقالت المرأة: لم يطأني، يصير الزوج محصنا بإقراره ولا تكون المرأة محصنة بجحودها، وكذلك لو طلقها ودخل بها وقال: هي حرة مسلمة، وقالت المرأة: كنت نصرانية.

امرأة الرجل أقرت أنها أمة هذا الرجل فزنا الرجل يرجم، وإن أقرت بالرق قبل أن يدخل بها ثم زنا الرجل لا يرجم استحسانًا لا قياسًا.

المعلى عن أبي يوسف عن رجل دخل بامرأته ثم جن أو صار معتوها ثم أفاق قال: لا يكون محصنا حتى يدخل بها بعد الإفاقة؛ لأن الإحصان الأول قد بطل بالجنون والعته فلا يثبت إحصان آخر مستأنف إلا بدخول مستأنف.

عن محمد: لو تزوج رجل حرة ودخل بها ثم ارتدت ولحقت بدار وسبيت وصارت أمة، فإن الزوج محصن؛ لأن سقوط إحصانها لا يوجب سقوط إحصانه.

وذكر الحسن: إذا ارتد الزوجان لم يبطل إحصانهما في قول أبي يوسف. رجل تزوج امرأة بغير ولي فدخل بها، قال أبو يوسف: لا يكونان بذلك محصنين؛ لأن هذا النكاح غير صحيح قطعا لاختلاف العلماء فيه والأخبار.

(باب كيفية إقامة الحد)

(**المبسوط**): فيه فصلان:

أحدهما: في إقامة الرجم.

والثاني: في إقامة الجلد.

(فصل)

ولا يحفر للمرجوم ولا يربط بشيء بل ينصبه قائمًا للناس كما روي: "**أن النبي عليه السلام رجم ماعزًا واليهودي بغير حفر**".

ولأن في الحفر والشد استيثاق واستيكاد لإقامة الرجم؛ لأنه لا يمكنه الهرب وقد أمرنا بالاحتيال للدرء أو في المرأة الإمام بالخيار، فإن شاء حفر لها، وإن شاء لا؛ لأنه لا يؤمن أن تنكشف عورتها فيحفر صيانة لأعضائها عن الانكشاف وإن ترك فحسن؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم حين قال: "**لا بأس يا أنيس، اغْدُ إلى امرأة هذا، فَإِن اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا**"[1] ولم يأمره بالحفر، ورُوي عن علي رضي الله عنه أنه حفر لشراحة الهمدانية ولأنه في تركه ترك الاستيثاق لإقامة الحد وقد أمرنا

---

(١) أخرجه «البخاري» (٢٣١٤ و٢٣١٥) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: أخبرنا الليث. وفي (٢٦٩٥ و٢٦٩٦ و٧١٩٣ و٧١٩٤) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. وفي (٢٧٢٤ و٢٧٢٥) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي (٦٦٣٣ و٦٦٣٤) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك. وفي (٦٨٢٧ و٦٨٢٨) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي (٦٨٣٥ و٦٨٣٦) قال: حدثنا عاصم بن علي، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. وفي (٦٨٤٢ و٦٨٤٣) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي (٦٨٥٩ و٦٨٦٠) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا ابن عيينة. وفي (٧٢٥٨ و٧٢٥٩) قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا أبي، عن صالح. وفي (٧٢٧٨ و٧٢٧٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ١٢١/٥ (٤٤٥٤) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثناه محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث. وفي (٤٤٥٥) قال: وحدثني أبو الطاهر، وحرملة، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس (ح) وحدثني عمرو الناقد، قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا أبي، عن صالح (ح) وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. و«أبو داود» (٤٤٤٥) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (١٤٣٣م١) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك. وفي (١٤٣٣م٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٢٤٠/٨ قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: أنبأنا عبد الرحمن بن القاسم، عن مالك. وفي «الكبرى» (٥٩٣٢) قال: أخبرنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: سمعت مالك بن أنس، وأخبرني يونس بن يزيد (ح) والحارث بن مسكين، =

بدرئه[١].

وبداية الشهود بالرجم شرط خلافًا للشافعي. وإذا ثبت بالإقرار كانت البداية من الإمام أو نائبه لقول علي رضي الله عنه حين اعترفت شراحة عنده بالزنا أيها الناس الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم السر أن يشهد أربعة على رجل بالزنا فيبدأ الشهود بالرجم ثم الإمام ثم الناس، ورجم العلانية أن يقر بالزنا فيبدأ الإمام ثم الناس ألا وإني راجمها فرماها بحجر فما أخطأ أصل إذنها وقول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس حجة ولأن في البداية بهم صرف احتياط واحتيال للدرء، فإنه يجوز أن يستعظموا حرمة النفس عند الإتلاف فيرجعوا عن الشهادة لأدنى شبهة تحيل لهم وقت التحمل، وربما يستعظم الإمام إقامة الرجم بنفسه فيستقضي في تعرف أحوال المقر والاستقضاء، وربما يصير سببا للدرء بخلاف سائر الحدود لا يشترط فيها البداية بالشهود؛ لأن الشاهد لا يحسن الضرب والقطع، فإنه لا يحسنه إلا الجلاد والحداد، ولو فوض إلى الشاهد ربما تصير إقامتهم سببا للتلف والهلاك ولا يجوز.

ورُوي عن محمد: لو كان الشهود مقطوعي الأيدي أو مرضى لا يستطيعون الرمي، فإن الإمام يرمي ثم الناس بخلاف الموت والغيبة، فإنه لا يرجم لجواز أنه لو كان حيا فعرض عليه الرمي يمتنع من ذلك ويرجع فأورث شبهة. فأما فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة الامتناع ولا بأس لكل من يرمي أن يتعمد مقتله؛ لأنه هو المقصود من الرجم إلا إذا كان ذا رحم محرم من المرحوم، فإنه يكره أن يلي إقامة الحد والرجم، فإن امتنع الشهود أو بعضهم عن الرجم سقط الرجم؛ لأن امتناعهم عن الرجم أورث شبهة الكذب في شهادتهم.

=

قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن وهب، قال: أخبرني يونس، وغيره. وفي (٧١٥٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. وفي (٧١٥٤ و١١٢٩٢) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«ابن حبان» (٤٤٣٧) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد.

ثمانيتهم: (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، وعبد الملك بن جريج، والليث بن سعد، ومحمد بن عبد الرحمن، ابن أبي ذئب، وسفيان بن عيينة، وصالح بن كيسان، ويونس بن يزيد) عن ابن شهاب الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، فذكره.

(١) انظر: ابن عابدين ٤/٤١٨.

(فصل)

وضرب التعزير أشد من ضرب الزنا وحد الزنا أشد من حد شرب الخمر، وحد القذف أخف من كله؛ لأن التعزير شرع للزجر وقد خفف فيه من حيث القدر فوجب التغليظ فيه من حيث الوصف ليحصل ما هو المقصود وهو الزجر، والزنا أعظم الكبائر وأغلظ الجرائم، ولهذا شرع فيه الرجم ولم يكن مشروعًا في دين من الأديان فكانت جنايته أغلظ وأقبح من جناية شرب الخمر فوجب التغليظ في حده من حيث القدر والوصف وجناية شرب الخمر أغلظ من جناية القذف؛ لأن شرب الخمر جريمة ظاهرة ثابتة يقينا، والقذف جناية مترددة مشتبهة؛ لأن القذف يحتمل أن يكون صدقا ويحتمل أن يكون كذبا ومتى حقت جنايته خفت عقوبته؛ ولأن الشرب خفف فيه من حيث القدر فوجب التغليظ فيه من حيث الوصف وحد القذف غلظ فيه من حيث القدر فخفف فيه من حيث الوصف، ويضرب قائمًا مجردا تنزع عنه ثيابه إلا في حد القذف، فإنه يضرب وعليه ثيابه غير أنه تنزع عنه الحشو والفرو؛ لأن زيادة الإيلام تحصل بالتجريد وحد القذف بني على التخفيف فلا يبالغ في الإيلام بالتجريد والحشو والفرو يمنعان أثر الضرب فينزع عنه، وفي المرأة لا تنزع الثياب إلا الفرو والحشو؛ لأن كشف العورة حرام والزجر واجب، ولا يمد في شيء من الحدود ولا يمسك ولا يربط لكنه يترك قائمًا إلا أن يعجزهم فيشد، أما المد قيل المراد به أن لا يمد المحدود بين العقابين بل يضرب قائمًا؛ لأن ذلك بدعة وقيل المراد به أن لا يمد السوط على بدنه بعد الضرب؛ لأنه زيادة على الحد، ولا يرفع الضارب يده فوق رأسه ويضرب الرجل قائمًا والمرأة قاعدة؛ لأن المشروع في الضرب أن تفرق على الأعضاء والضرب قائمًا أمكن للتفريق على الأعضاء والمرأة عورة فمتى ضربت قائمة لا يؤمن أن ينكشف شيء من أعضائها وتضرب الأعضاء كلها إلا الوجه والرأس والفرج؛ لأن الرأس مجمع الحواس وفيه العقل وبالضرب عليه يخاف فوت العقل وبعض الحواس والوجه مجمع المحاسن فيخاف أن يصيب العين أو حسا شريفا فيصير مثله والضرب على الرأس مهلك وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضًا لحديث أبي بكر رضي الله عنه أنه قال للجلاد: اضرب الرأس سوطا أو سوطين، فإن فيه شيطانا قلنا هذا الحديث ورد في

قتل أهل الحرب وضرب رؤوسهم واجب خصوصا في قوم كانوا بالشام ويحلقون أوساط رؤوسهم، وعن بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن؛ لأنه مقتل كالرأس، وإن كانت المرأة حاملا والواجب الجلد لا تحد حتى تخرج من نفاسها صيانة للولد عن التلف لما روي أن رجلًا غاب عن امرأته سنين فلما قدم وجدها حبلى فنفى الحمل عن نفسه وخاصمها إلى عمر فأراد عمر حدها فقال معاذ إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل فأخر الحد عنها فولدت غلاما قد طلعت ثنيتاه وكان أشبه الناس بأبيه فلما نظر الرجل إليه قال: ابني ورب الكعبة فقال عمر الله أكبر ودرأ عنها الحد فقال لولا معاذ لهلك عمر، ولأنه متى أقيم عليها الحد يخاف تلف ولدها بالإسقاط قبل أوانه والجلد شرع زاجرًا لا متلفًا كالقطع في السرقة، ولا يقام في الحر الشديد والبرد الشديد؛ لأنه يخاف منه التلف والضرب في النفاس يخاف منه تلفها؛ لأن بها زيادة ضعف لا تستطيع ألم الجلد، وإن كان الواجب رجما يؤخر إلى وضعه؛ لأن المستحق بالرجم إتلافها والرجم في نفاسها أسرع إلى موتها لما بها من ضعف الولادة. قالت الزانية: أنا حبلى تريها النساء، فإن قلن حبلى حبسها سنتين ثم رجمها لأنها تدعي معنى يسقط الحد عن نفسها فلا تصدق إلا بحجة وهذا التقادم حصل بعذر فلا يمنع الإقامة وجب على المريض حد حبس حتى يبرأ احترازًا عن السراية؛ لأنه عسى لا يطيق تحمل ألم الجلدات إلا الرجم، فإنه يستوفى في الحال كما بينا، ولا يقام حد في المسجد ولا يعزر لقوله عليه السلام: "**جنبوا مساجدكم: صبيانكم، ومجانينكم، وسل سيوفكم، وإقامة حدودكم**"[1] ولأن فيها احتمال تنجيس المسجد وتلويثه[2].

(**الفتاوى**): رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك إذا ضرب يجلد جلدًا خفيفًا مقدار ما يتحمله؛ لأن الواجب جلد لا إتلاف.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٧٥٠) قال: حدثنا أحمد بن يوسف السلمي، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا الحارث بن نبهان، قال: حدثنا عتبة بن يقظان، عن أبي سعيد، عن مكحول، فذكره.

(٢) انظر: ابن عابدين ٣١٠/٤، والاختيار ٨٥/٢، وجواهر الإكليل ٢٢٣/٢، ٢٢٤، والمغني ٤٤/٩، ٤٥، ٤٦.

ورُوي أن رجلًا زنى فأمر النبي عليه السلام أن يوجد عِثْكَال[١] فيه مائة شمراخ ويضرب به ضربة واحدة[٢][٣].

امرأة ثبت عليها الزنا وهي حامل ينظر إن ثبت بالإقرار ولا يحبس، ولكن يقال لها: إن وضعت فارجعي عن الإقرار، فإنه لا حاجة إلى الحبس؛ لأنها إن أرادت أن لا يقام عليها الحد ترجع عن الإقرار، ولها أن ترجع، فإن ثبت بالبينة تحبس لأنها لو لم تحبس يفوت حق الله تعالى، عسى وإن وضعت ولدا ولم يوجد من يكفل صبيها وترضعه، قال أبو حنيفة رحمه الله: ترك الولد معها ولا ترجم حتى يستغني الصبي عنها.

(باب الضمان في الحدود)

(**المبسوط**): المقضى برجمه إذا قتله الإنسان أو فقأ عينيه لا شيء عليه، ولو قتله قبل القضاء يجب القصاص إن كان عمدًا والدية إن كان خطأ؛ لأنه محقون الدم

---

(١) الْعِثْكَالُ وَالْعُثْكُولُ: عُنْقُودُ النَّخْلِ، وَالشِّمْرَاخُ شُعْبَةٌ مِنْهُ.
وَقَالَ فِي النِّهَايَة: الْعِثْكَال الْعِذْق وَكُلّ غُصْن مِنْ أَغْصَانه شِمْرَاخ وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ الْبُسْر، وهما بمعنى. عون المعبود (ج ٩/ص ٤٨٩).

(٢) أخرجه أحمد (٢٢٢/٥، رقم ٢١٩٨٥)، والطبراني (٦٣/٦، رقم ٥٥٢٢). وأخرجه أيضًا: النسائي في الكبرى (٣١٣/٤، رقم ٧٣٠٩)، وابن ماجه (٨٥٩/٢، رقم ٢٥٧٤)، قال البوصيري (١١٠/٣): هذا إسناد ضعيف. وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٧٤/٤، رقم ٢٠٢٤).

(٣) الْحَدِيث دَلِيل عَلَى أَنَّ الْمَرِيض إِذَا لَمْ يَحْتَمِل الْجَلْد ضُرِبَ بِعِثْكَال فِيهِ مِائَة شِمْرَاخ أَوْ مَا يُشَابِهه، وَيُشْتَرَط أَنْ تُبَاشِرَهُ جَمِيع الشَّمَارِيخ،
وَقِيلَ: يَكْفِي الِاعْتِمَاد، وَهَذَا الْعَمَل مِن الْحِيَل الْجَائِزَة شَرْعًا، وَقَدْ جَوَّزَ الله مِثْله فِي قَوْله ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا﴾ الْآيَة قَالَهُ الشَّوْكَانِيُّ.
وَقَالَ ابْن الْهُمَام: وَإِذَا زَنَى الْمَرِيض وَحَدّه الرَّجْم بِأَنْ كَانَ مُحْصَنًا حُدَّ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقّ قَتْله، وَرَجْمه فِي هَذِهِ الْحَالَة أَقْرَب إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ حَدّه الْجَلْد لَا يُجْلَد حَتَّى يَبْرَأ، لِأَنَّ جَلْده فِي هَذِهِ الْحَالَة قَدْ يُؤَدِّي إِلَى هَلَاكه وَهُوَ غَيْر الْمُسْتَحَقّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْمَرَض لَا يُرْجَى زَوَاله كَالسُّلِّ أَوْ كَانَ خِدَاجًا ضَعِيف الْخِلْقَة فَعِنْدنَا وَعِنْد الشَّافِعِيّ يُضْرَب بِعِثْكَال فِيهِ مِائَة شِمْرَاخ فَيُضْرَب بِهِ دَفْعَة، وَلَا بُدّ مِنْ وُصُول كُلّ شِمْرَاخ إِلَى بَدَنه، وَلِذَا قِيلَ لَا بُدّ حِينَئِذٍ أَنْ تَكُون مَبْسُوطَة. عون المعبود (ج ٩/ ص٤٨٩).

معصوم النفس وإنما يصير مباح الدم بالقضاء؛ لأن الشهادة فقط لا يوجب حكمها بدون القضاء فيكون القضاء شرطا لتنعقد الشهادة حجة موجبة للحكم، ولو تبين أحد الشهود عبد أو محدود في قذف أو كافر كان عليه الدية في ماله في ثلاث سنين استحسانًا والقياس أن يجب القصاص؛ لأنه قتل نفسا محقون الدم؛ لأنه لما ظهر أن القضاء وأقام البائع خطأ ظهر أنه لم يصر مباح الدم فبقي محقونا. وجه الاستحسان: أن القضاء يعد ظاهرًا فتثبت شبهة الإباحة كالمقضي عليه بالقصاص إذا قتل ثم رجع الشهود فقتله كما لا يقبض؛ لأن القضاء نفذ ظاهرًا فكذا هذا وتجب الدية صونا لدمه عن الهدر.

ولو رجم ثم تبين أن أحد الشهود عبد فلا شيء عليهم وديته على بيت المال؛ لأن القتل حصل بفعل مأمور به فينضاف فعله إلى الآمر وهو القاضي وهو عامل للعامة فيجب ذلك على بيت المال، وكذلك في السرقة وكل خطإ.

ولو تعمد القاضي ضمن؛ لأنه لم يستوف لله تعالى، ولو أمرهم الإمام بالرجم فضرب رجل عنقه ثم تبين أن الشهود عبيد فعليه الدية؛ لأنه قتله بغير حق وبغير أمر الإمام؛ لأن الإمام أمره بالرجم لا بالجز، ولو وجد أحد الشهود بالزنا عبدًا أو كافرًا أو محدودًا في قذف أو رجع الشهود بعد ضرب الجلد لا ضمان عليهم ولا على بيت المال إذا جرحه الضرب أو مات منه عند أبي حنيفة وعندهما يجب أرش الضرب في بيت المال أو على الشهود، وكذلك إذا وجد شهود التعزير عبدًا أو كافرًا بعدما عزر فمات أو جرحته السياط أو رجع الشهود فلا ضمان عنده خلافًا لهما أن الجراحة والسراية تولدت من الجلدات وإنه مما لا يمكن الاحتراز عنها، ولهذا لم يجب الضمان على الجلاد فيصير مشهودًا به ضرورة فصار فعل الجلاد منقولا إلى الشاهد فصار الشاهد متسببا للتلف بواسطة فعل الجلاد، فإذا رجعوا ضمنوا، والقاضي في إقامة الحد عامل للمسلمين ولا يمكنه الاحتراز عن الجرح والسراية فيصير داخلا تحت الأمر بالإقامة له أن القاضي قضى بضرب مؤلم موجع لا بضربٍ جارحٍ مزهقٍ؛ لأن الله تعالى أمر بالضرب لا بالجرح والقتل ويتصور الضرب بدون الجرح والموت بأن احتاط فيه وإنما حصل الجرح بحرق في

الضارب وقلة الاحتياط وترك المبالاة فلم يحصل الجرح والسراية بخطإ القاضي ولا بشهادة الشهود ولم يصر تسبيبا للتلف ولم يضمن بخلاف ما لو قطع في السرقة فمات السارق يجب الضمان على بيت المال أو على الشهود إذا رجعوا؛ لأن الاحتراز عن السراية غير ممكن؛ لأن السراية إنما تقع لضعف طبع المقطوع يده فصارت السراية مشهودا أو مقضيا بها ضرورة فصار مسببا للتلف زكوا شهود الزنا فرجم، فإذا الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودون في القذف فالدية على المزكين عند أبي حنيفة إذا رجعوا عن التزكية وقالوا: علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، فإن قالوا: أخطأنا فلا ضمان عليهم وعندهما الدية على بيت المال.

لهما: أن المزكين لم يوجد منهم إلا الثناء بالخير على الشهود فأما التلف حصل بقضاء القاضي خطأ. له: أن المزكي متلف؛ لأن الشهادة هي العلة الموجبة للقضاء وإنما يصير حجة موجبة بالتزكية فصارت التزكية بمنزلة علة العلة والحكم يضاف إلى علة العلة فصار المزكي متلفا تسبيبا إلا أنهم إذا أخطأوا لم يصيروا متعديين في التسبيب فلم يضمنوا كما لو أخطأ القاضي لم يضمن فالمزكي أولى، ولو مات من التعزير لا شيء على بيت المال خلافًا للشافعي، ولو مات من الجلد فلا شيء في بيت المال بالإجماع؛ لأن الإمام مأمور بإقامته؛ لأن التعزير واجب؛ لأنه يجب بفعل محظور للزجر عن ارتكابه كالحد، والآمر لا يتقيد بشرط السلامة عما لا يمكن الاحتراز عنه إذ لو تقيد به لتقاعد عن إقامته خوفا من السراية.

(فصل)

زنا بامرأة كبيرة فأفضاها ولم يستمسك معها البول حد وضمن الدية؛ لأنه بالإفضاء فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة استمساك البول فصار متلفا لما لا نظير له في البدن فيضمن الدية كما لو قطع ذكر الرجل، وإن كان يستمسك حد وضمن ثلث الدية؛ لأنه لم يفوت المنفعة على الكمال بل أجافها، فإن الجائفة جراحة تصل إلى الجوف وفي الجائفة ثلث الدية وإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها يستمسك البول لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه؛ لأنه يمكن القصور في الزنا لأن الزنا اسم لإيلاج الفرج في قبل مشتهاة ولم يوجد والوطء الحرام في

دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة للشبهة فيلزمه الغرامة وتلزمه الدية للجائفة ويعزَّر؛ لأنه باشر جريمة لا حد لها، وإن كانت لا تستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يضمن المهر أيضًا. لمحمد: أن هذا الفعل بابتدائه وطء حقيقة وهو إيلاج الفرج في الفرج فما لم يتصل به الإفضاء وهو الإيلاجات السابقة فهو وطء وما اتصل به الإفضاء وهي الإيلاجات اللاحقة فهو إتلاف فقد اجتمع سببا العقر والدية فجمع بينهما كما لو وطئها ثم أفضاها بخشبة أو بإصبع يلزمه العقر والأرش وكذا هذا، لهما: أن الدية ضمان لكل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل لتعذر اجتماع الضمانين بمعاملة عضو واحد كما لو قطع إصبع إنسان خطأ ثم قطع كفه قبل البرء يلزمه أرش الكف فحسب فكذا هذا ولا يحد الرجل؛ لأنه ليس بوطء كامل لعدم اشتهاء المحل، ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة ولا يحد قاذفه؛ لأنه وجد صورة الوطء الحرام، ولو كسر فخذ امرأة في الزنا أو جرحها ضمن الدية في ماله وحد؛ لأنه شبه العمد وفي شبهة العمد يجب الدية في ماله.

(**المنتقى**): رجل أقر بالزنا وهو محصن فأمر القاضي برجمه فذهبوا به ليرجموه فرجع عما أقر به فقتله رجل لا شيء عليه ما لم يبطل القاضي عنه الرجم، فإن أبطل عنه الرجم ثم قتله رجل قتل به؛ لأنه صار مباح الدم بالإقرار بالزنا ولا تعود العصمة إلا بعد ثبوت رجوعه بالقضاء.

(باب الإقرار بالزنا)

(**المبسوط**): ولو أقر بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة أو أقرت امرأة أقيم عليهما الحد.

وعند الشافعي: يحد بإقراره مرة.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن ماعزًا أقر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا فأعرض عنه، فأعاد فأقر فأعرض عنه، فعاد ثالثًا فأقر فأعرض عنه، فعاد رابعًا

فقال عليه السلام: "**الآن أقررت أربعًا" فأمر برجمه**"[1]، فلو كان الحد واجبًا بالإقرار مرة وظهر الوجوب عند الإمام بالحجة لم يحل له التأخير؛ ولأن الفاحشة يجب إخفاءها وكتمانها ويحتال لدرئها ما أمكن بالنص وفي اشتراط الأقارير أربع مرات سعى إلى كتمانها وإخفائها وتقليل آثارها وإشاعتها واحتيالًا لدرئها؛ لأنه ربما يندم في المرة الثانية والثالثة فيعرض عنه، ولهذا قيد شهوده بأربعة لئلا ييسر إظهارها وإنما يعتبر في أربعة مجالس؛ لأن المجلس الواحد جامع لخطابات وأقارير مكررة فيشترط اختلاف المواطن لنزول شبهة الاتحاد عن الإقرار باتحاد المجلس وتغيير اختلاف مجلس المقر لا مجلس القاضي؛ لأن المجلس اختلف في حق ماعز ولم يختلف في حق رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإنه لم يبرح عن مكانه.

وذكر محمد عن أبي حنيفة رحمه الله: أن المجالس المتفرقة إن يذهب المقر بحيث لا يراه ولا يكون معه في المجلس ثم يجيء فيقر مستأنفًا هكذا أربع مرات.

ولو أقر بالزنا عند من ليس له ولاية إقامة الحد أربع مرات، فإنه لا يعتبر حتى لا تقبل الشهادة على ذلك إن كان منكرا؛ لأنه رجع عن الإقرار، وإن كان مقرا ولا عبرة للشهادة مع الإقرار.

ولو أقر بالزنا عند الإمام ينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر الكراهية من ذلك ويأمر بتنحيته عن مجلسه وهكذا يفعل في كل مرة وإذا أقر أربعا نظر في حاله إن عرف أنه صحيح العقل سأله عن الزنا ما هو؟ وكيف زنى؟ وبمن زنى؟ وأين زنى؟ لاحتمال الشبهة في ذلك، فإذا بين ذلك سأله هل هو محصن؟ فإن قال هو محصن سأله عن إحصانه ما هو؟ فإن وصفه بشرائطه حكم عليه بالرجم وأمر بإقامته عليه.

ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة عدول بالزنا.

ذكر في (**النوادر**): أنه لا يحد عند أبي يوسف، وعند محمد يحد، له: أن الإقرار مرة ليس بحجة فيكون وجوده وعدمه بمنزلة، وكان الامتناع عن الباقي دليل الرجوع عن الأول والرجوع صحيح في باب الحد فالتحق الإقرار بالعدم شرعا فبقيت

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٢١) قال: حدثنا أبو كامل، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا خالد، يعني الحذاء، عن عكرمة، فذكره.

الشهادة حجة متكاملة متعرية عن سابقة الإقرار فتقبل لأبي يوسف أن الإقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا، ولو كان معتبر شرعا لبطلت الشهادة وإذا كان موجودا حقيقة لا شرعا أورث شبهة بطلان الشهادة والشبهة كالحقيقة في باب الحدود.

(باب الشهادة على الزنا)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في كيفية الشهادة.

والثاني: فيما يمنع قبولها.

والثالث: في اختلاف الشهود.

(فصل)

ويسأل القاضي الشهود بالزنا: ما الزنا؟ وكيف هو؟ ومتى زنى؟، فإن وصفوا جنسه لترك الشهود؛ لأن اسم الزنا يطلق على ما ليس بزنا موجب للحد، قال عليه السلام: "**العينان تزنيان، واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، والفرج يحقق ذلك كله أو يكذبه**"[1].

وقول الشاهد: رأيتهما تحت لحاف واحد لا يكون شهادة حتى يقول: رأيت مثل الميل في المكحلة، هكذا رُوي عن عمر رضي الله عنه: وإذا وصفوا بالزنا إنا رأيناهما كالميل في المكحلة يسألهم عن كيفية الزنا.

لأن الزنا نوعان: زنا لغة، وزنا شرعًا.

فإن زنى الصبي والمجنون زنا لغة لا شرعًا، فإذا وصفوا بما هو زنا شرعا موجبا للحد يسألهم عن وقته؛ لأن تقادم العهد مانع وجوب الحد ثم يسألهم عن المزنية

---

(١) أخرجه أحمد ٣٤٤/٢ (٨٥٢٠) قال: حدثنا عفان. وفي ٥٢٨/٢ (١٠٨٤١) قال: حدثنا عبد الصمد. وفي ٥٣٥/٢ (١٠٩٢٤) قال: حدثنا روح. و«أبو يعلى» (٦٤٢٥) قال: حدثنا هدبة.

أربعتهم: (عفان بن مسلم، وعبد الصمد بن عبد الوارث، وروح بن عبادة، وهدبة بن خالد) عن حماد بن سلمة، عن ثابت البناني، عن أبي رافع، فذكره.

بها؛ لأن المزنية إذا لم تكن محرمة عليه من كل وجه لا يجب الحد أو إذا وصفوا أنها محرمة عليه من كل وجه سألهم عن المكان؛ لأن اتحاد المكان في الشهادة شرط لإقامة الحد لما يأتي؛ لأن الإمام مأمور بدرء الحد فيستقضي في السؤال كل الاستقضاء لعل سؤاله يصير سببًا لدرء الحد كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اعترف ماعز بين يديه بالزنا فقال: "**أبك خبل؟ أو أبك جنون؟ لعلك مسستها؟ لعلك تزوجتها**"[1].

سئل الشهود عن الزنا فقالوا: لا يزيد على هذا، لا يحد الشهود، لأنهم شهدوا بالزنا وما قذفوا وإنما يسأل احتياطا حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدّون.

ولا يقبل على الزنا أقل من أربعة شهداء لقوله تعالى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، فإن شهدوا

---

(١) أخرجه «البخاري» ٤٦/٧ (٥٢٧٠) قال: حدثنا أصبغ، قال: أخبرنا ابن وهب، عن يونس. وفي ١٦٥/٨ (٦٨١٤) قال: حدثنا محمد بن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يونس. وفي ١٦٦/٨ (٦٨٢٠) قال: حدثني محمود، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«مسلم» ١١٧/٥ (٤٤٤٢) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، وابن جريج. و«أبو داود» (٤٤٣٠) قال: حدثنا محمد بن المتوكل العسقلاني، والحسن بن علي، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«الترمذي» (١٤٢٩) قال: حدثنا الحسن بن علي، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«النسائي» ٦٢/٤، وفي «الكبرى» (٢٠٩٤) قال: أخبرنا محمد بن يحيى، ونوح بن حبيب، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. وفي «الكبرى» (٧١٣٦) قال: أخبرنا أحمد بن عمرو بن السرح، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. وفي (٧١٣٧) قال: أخبرني إبراهيم بن الحسن المصيصي، قال: حدثنا حجاج، قال: قال ابن جريج. وفي (٧١٣٨) قال: أخبرنا محمد بن رافع النيسابوري، ونوح بن حبيب القومسي، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن حبان» (٣٠٩٤) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي السري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٤٤٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله، عن يونس.

ثلاثتهم: (عبد الملك بن جريج، ومعمر بن راشد، ويونس بن يزيد) عن محمد بن مسلم، ابن شهاب الزهري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، فذكره.

أقل من أربعة فهم قذفة يحدون حد القذف إذا طلب المشهود عليه خلافًا للشافعي؛ لأن الله تعالى أوجب حد القذف عند عدم شهادة الأربع بقوله: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ الآية ولإجماع الصحابة، فإنه روي أن ثلاثة شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر رضي الله عنه، ثم قام الرابع فقال: رأيت أقداما بادية ونفسًا عالية وأمرًا منكرًا ولا أعلم ما وراء ذلك، فقال عمر: الحمد لله الذي لم يفضح رجلًا من أصحاب محمد عليه السلام، وحَدَّ الثلاثة[1]. وكان بمحضر الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع[2].

وكذلك إن جاء أربعة متفرقين واحدًا بعد واحد متفرقين يشهدون على الزنا يحدون إلا أن يكونوا في مجلس واحد فيتقدم واحد بعد واحد في ساعة إلى القاضي، وعند الشافعي لا يحدون؛ لأن اتحاد المجلس شرط في صحة الشهادة على الزنا خلافًا للشافعي؛ لأن الأمر متردد متميِّل بين أن يكون شهادة أو قذفا وإنما تتميز الشهادة على القذف إذا وقعت الشهادة جملة لكن الشهادة في دفعة واحدة منهم لا تتصور فاعتبرنا اتحاد المجلس كأنهم شهدوا دفعة واحدة، فإذا تفرقوا في مجالس بقي كلامهم قذفا. شهد ثلاثة نفر وامرأة بالزنا يحدون؛ لأنه لا تقبل شهادة النساء في حد وقصاص والحدود لا تثبت بالشهادة على الشهادة. شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لا يحدون قال ليس بامرأتي ولو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد؛ لأنه غير متهم في الإقرار على نفسه؛ لأنه عارف بحاله بخلاف الشاهد؛ لأنه متهم؛ لأنه قد يقر على غيره حالة الاشتباه؛ لأن المرأة المجهولة يتصور أن تكون امرأته أو أمته أو أمة أبيه أو منكوحته نكاحًا فاسدًا ولو بطلت شهادة الشهود برقّ أو كفر أو حد قذف أو عمي أو نحوه حدوا ولم يحد المشهود عليه لأنهم صاروا قذفة.

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٢٦/٧)، والبيهقي (١٥٢/١٠، رقم ٢٠٣٣٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١٤٢/٣، والفتاوى الهندية ١٥١/٢، المطبعة الأميرية ١٣١٠هـ، حاشية الدسوقي ٣١٩/٤، ٣٨٥، ومغني المحتاج ١٤٩/٤، ١٥٦، وكشاف القناع ١٠١/٦، والمغني ١٩٨/٨ - ٢٠١.

(فصل)

أربعة شهدوا على رجل بالزنا فوجد مجنونا بعد الرجم فالدية على الشهود ولا حد؛ لأنه ظهر كذبهم بيقين، فإن المجنون لا يتصور منه الزنا فقد تسببوا لإتلافه فضمنوا وقاذف المجنون لا يحد، وإن كانت امرأة فنظر إليها النساء بعد الرجم فقلن عذراء أو رتقاء فلا ضمان على الشهود ولا حد عليهم ولا عليها لانتفاء زناها ضرورة بثبوت البكارة؛ لأن شهادتهن حجة في ثبوت البكارة وليست بحجة في حق إقامة الحد وإيجاب الضمان. شهدوا بالزنا ثم غابوا أو ماتوا أو عموا لم يرجم ولم يحد الشهود؛ لأن العمى يمنع ابتداء القبول فيمنع الإمضاء. فأما الموت والغيبة فلأن بداية الشهود بالرجم شرط لإقامة الحد ولا يمكنهم قالت الشهود للرجل والمرأة نشهد إنكما زانيان ثم قدموهما إلى القاضي وشهدوا بالزنا فقالا: إنهم قالوا لنا هذه المقالة قبل المرافعة وجاءا بالبينة لا تقبل بينتهما ويحدان؛ لأن قول الشهود قبل المرافعة جرح والبينة على الجرح لا تقبل.

ولو قال المسلم الزاني: أنا عبد فشهد نصرانيان أن مولاه أعتقه منذ سنة ومولاه نصراني يعتق ولا يحد حد الأحرار عندهما.

وقال أبو يوسف: لا تقبل؛ لأن دعوى العبد عنده شرط لثبوت العتق، وعند أبي حنيفة ليس بشرط فيعتق والحرية شرط لوجوب الرجم والشرط لا يثبت بشهادة الكافر على المسلم كشرط الطلاق والعتاق فلا تثبت الحريّة في حق تكميل الحد ولكنه يعتق؛ لأن هذه شهادة بالعتق على مولاه وهو نصراني. ادعى الزاني أن أحد الشهود محدود في القذف إن ادعى بينة حاضرة أجّله مقدار ما يقوم من مجلسه ولا يخلى عنه كي لا يهرب فيصير مضيعا للحد، فإن أقام البينة على ذلك يقبل ولا يحد لأنها قامت على عدم الشهادة والحجة على الزنا لفقد أهلية الشهادة لا على جرح الشاهد بخلاف الشهادة على الفسق لا تقبل؛ لأنه جرح في الشاهد مع قيام الحجة، وإن قال شهودي غُيَّب لا يؤجل؛ لأن الحد قد وجب ولا يجوز تأخيره بمجرد دعواه، ولو قذف أحد الشهود رجلًا قبل أن يحد الزاني حد القاذف ودرئ الحد عن الزاني؛ لأن بإقامة الحد على القاذف صار فاسقا فبطلت شهادته.

(فصل)

ولو اختلف الشاهدان في المزني بها أو في الدارين أو بيتين لا يحد؛ لأن المشهود به قد اختلف؛ لأنه لا يتصور الزنا الواحد في الدارين والبيتين ولا يحد الشهود خلافًا لزفر لأنهم شهدوا على زنا واحد في زعمهم وإنما اختلفوا في ذكر المكان فيفيد الشهادة شبهة الاتحاد فيسقط بها حد القذف، وإن اختلفوا في المكانين المتقاربين كما في الروايتين في بيت صغير تقبل؛ لأن هذا الاختلاف يحتمل التوفيق؛ لأن ابتداء الفعل قد يكون في زاوية ثم يضطربان فينتقلان إلى زاوية أخرى من غير أن يصير فعلًا آخر وفي البيت الكبير لا يحتمل هذا ولم يقبل، وكذلك لو اختلفوا في ساعة في يوم واحد بحيث يمتد الزنا إلى تلك الساعة تقبل؛ لأن التوفيق ممكن، وإن اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حال زناه يقبل خلافًا لزفر؛ لأن التوفيق ممكن، فإن ظاهر بين ثوبين وعاين أحد الفريقين يومًا معاينة الآخر ويتصور أنه أخذ في العمل وهو لابس ثوبا ثم لبس آخر وهو على حاله. شهدوا بالزنا اثنان بمطاوعة المرأة واثنان بكونها مكرهة لا يحدون عند أبي حنيفة وعندهما يحد الرجل خاصة لأنهم اتفقوا على زناه ثم تفرد اثنان بإثبات زيادة جناية وحدث منه وهو الإكراه وذلك يؤكد جناية ولا يصير شبهة.

له: أنهم شهدوا عليه بفعلين مختلفين؛ لأن الزنا الذي فيه المرأة مطاوعة غير الزنا الذي فيه المرأة مكرهة؛ لأن في الطواعية اشتركا في الزنا وفي الإكراه تفرد الرجل به خاصة؛ لأن فعل الزنا صار كله مضافا إلى المُكرِه فصار المشهود به مختلفا وليس على أحدهما حجة متكاملة فلا يجب شيء. أربعة شهدوا بالزنا على رجل فشهدوا أربعة على الشهود أنهم الذين زنوا بها لا تقبل شهادة أحدهم ولا يقام الحد على أحد للشبهة عند أبي حنيفة وعندهما يحد الشهود الأوليين لثبوت زناهم بحجة وهي شهادة أربعة عدول وصاروا فسقة فسقط الحد عن المشهود عليه الأول يصيرون به فسقة ووجب الحد عليهم لثبوت زناهم بحجة له أن الشهود الأول وإن صاروا فسقة إلا أن شهادة الفاسق حجة في الجملة وأوجبت شهادتهم شبهة ثبوت الزنا على المشهود عليه فيتبقى بهذا القدر عن الفريق الأول؛ لأن الزنا الواحد لا

يتصور من رجلين والفريق الثاني هو أخذ الزنا عن المشهود عليه فأثبتوا هذا الزنا على الفريق الأول؛ لأن كلمة المدين إنما تستعمل لنقل الفعل من الغير إلى الغير كمن قال ضرب فلان فلانا فقال آخر: الذي ضربه هذا يريد به أن الضارب هو الثاني لا الأول حتى لو قال الفريق الثاني إنهم زنوا بها وسكتوا يجب عليهما الحد لأنهم شهدوا بزنا آخر لا بالزنا الذي شهد به الفريق الأول. قامت بينة على حد قذفه في مدينة فقال المشهود عليه أنا أقيم البينة أني كنت ذلك اليوم في مدينة أخرى لم تقبل إلا أن يجيء بشيء مشهور، فإن كان موت القاضي قبل ذلك الوقت؛ لأن المقصود من الغيبة نفي الحد والبينة على النفي غير مقبولة، وإذا كان موت القاضي مستفيضا مشهورا قبله لا يقضى بكونه محدودا؛ لأنه ظهر كذب الشهود بذلك. قضى برجم أو بحد فمات القاضي أو عزل لم يجز للثاني أن يقضي به حتى تقوم البينة عنده؛ لأن ما يمنع القضاء يمنع الاستيفاء كما لو اعترض العارض في الشاهد بعد القضاء قبل الإمضاء.

(فصل)

أربعة شهدوا على امرأة بالزنا، أحدهم زوجها تقبل خلافًا للشافعي؛ لأن الوصلة بينهم لا يمنع القبول عليهما لانتفاء التهمة ولكن يمنع القبول لها لقيام التهمة كالأب إذا شهد على ابنته بالزنا والغيظ من جهة الزنا لا يحمله على الشهادة زورًا لما فيها من إلحاق العار والشين بنفسه بل يحمله على الكف عن إظهار الفاحشة على فراشه.

ولو شهدوا على امرأة أحدهم زوجها بالزنا بابن زوجها مطاوعة لا تجوز شهادة الزوج دخل بها أو لم يدخل لوجود التهمة؛ لأنه ربما يريد إسقاط المهر قبل الدخول وإسقاط النفقة بعد الدخول، ويحد الثلاثة ولا يحد الزوج لأنها تقول لم أزن به ويقول الزوج حرمت علي وبطل اللعان علي. شهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا فشهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد واحد أنه استكرهها فعلى الثلاثة الحد لأنهم قذفه لها.

ولو شهد ثلاثة على الاستكراه وواحد على المطاوعة فلا حد على واحد عند أبي حنيفة، وعندهما يحد الرجل لما بينا.

أربعة شهدوا على امرأة ورجل بالزنا فلم يمض القاضي الحد حتى شهد أربعة على الشهود الأوليين بالزنا ولا حد على أحد عند أبي حنيفة، وعندهما يحد الرجل والمرأة والفريق الأوسط من الشهود؛ لأن الفريق الأوسط صاروا فسقة بشهادة الفريق الآخر بالزنا عليهم فبطلت شهادتهم على الفريق الأول فصاروا قذفة.

ولو شهد الشهود بعضهم على بعض أنهم محدودون في قذف والمسألة بحالها يحد الرجل والمرأة بالشهادة الأولى لما بينا. رجل قذف رجلًا بالزنا ثم شهد القاذف مع ثلاثة نفر أنه زانٍ ينظر إن كان المقذوف قدمه إلى القاضي ثم شهد لا يقبل؛ لأنه شهد لنفسه؛ لأن القاذف بهذه الشهادة مسقط للحد عن نفسه، وإن كان لم يقدمه قبلت شهادته؛ لأن الحد لم يجب عليه.

(باب ما يسقط الحد بالتقادم وما لا يسقطه)

(المبسوط): الإقرار لا يبطل بتقادم العهد في الحدود كلها والشهادة تبطل إلا في حد القذف، فإنه لا يسقط بالتقادم؛ لأنه متى عاين الشهود شيئًا من هذه الكبائر خيروا بين حسبتين حسبة الستر على المسلم أو حسبة الإظهار والإشاعة والستر أندب وأحب، فإن اختاروا الحسبة بإظهار الفاحشة بالشهادة لإقامة الحد لا يحل لهم التأخير؛ لأن تأخير الحد حرام؛ لأن في إقامته مصلحة للعامة، فإذا أخروا ثم أظهروا اتهموا أن إظهارهم كان لضغينة وعداوة حملتهم على ذلك لا لإقامة الحسبة فثبت فسقهم فبطلت شهادتهم بخلاف حد القذف؛ لأنه لا تصح الشهادة إلا بالدعوى وإلا بفسق الشهود بالتأخير كالمال وهذه التهمة لا تتحقق في الإقرار، ولو تحققت فالإقرار لا يرد بالتهمة وفي دعوى السرقة تمكنت زيادة التهمة في الدعوى لا في الشهادة؛ لأن المدعي في السرقة مخير بين أن يدعي السرقة ويحتسب لإقامة الحد وبين أن لا يدعي السرقة ويدعي أحد المال سترا على المسلم وصيانة له عن القطع، فإذا اختار الحسبة حرم عليه التأخير، فإذا أخر دل ذلك على ترك جهة الحسبة، فإذا عاد إلى دعوى السرقة لم تصح دعواه السرقة لإقامة الحد حسبة بعدما تمكنت التهمة والشبهة فيه فبطلت الشهادة أيضًا لأنها بناء على الدعوى فبقي دعوى

مجرد المال والشهادة عليه وحد التقادم في الزنا هو ستة أشهر ولم يرد به الأمر اللازم.

وعن أبي حنيفة: أنه فوضه إلى رأي القاضي.

وعن محمد: أنه قدر بشهر وحد التقادم في شرب الخمر وفي كل مسلم عندهما بانقطاع الرائحة، وعند محمد هو الشهر؛ لأن الرائحة محتملة فلا تصلح دليلا، ألا ترى أن الروائح مشتبهة وإنما المؤثر في إبطال الشهادة هو التأخير وذلك يحصل بالزمان قدرناه بشهر؛ لأنه أدنى الآجال شرعا وعادة.

لهما: أن حد شرب الخمر عرف بإجماع الصحابة حال وجود الرائحة ولم يثبت الإجماع حال زوال الرائحة فلا يجب الحد.

ورُوي أن رجلًا جاء بابن أخ له إلى ابن مسعود فاعترف عنده عليه بشرب الخمر، فقال ابن مسعود: بئس ولي اليتيم أنت لا أدبته صغيرًا ولا سترت عليه كبيرا، ثم قال: تلتلوه ومزمزوه - أي: حركوه - ثم استنكهوه، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه.

ولو أقر بشرب الخمر فعند محمد لا يبطل الإقرار بالتقادم اعتبارًا بسائر الحدود وهو القياس الواضح.

وعندهما: لا يقام إلا بقيام الرائحة أيضًا لعدم الإجماع، ألا ترى أن ابن مسعود ما أقام الحد بالإقرار إلا بقيام الرائحة فعند عدم الرائحة لا إجماع.

وإن كانت الرائحة توجد عند الأخذ فلما ذهبوا به إلى الإمام انقطعت الرائحة بسبب بُعد المسافة لم يبطل الحد؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع ولا يحد مالك مملوكه خلافًا للشافعي ويعزره؛ لأنه حق الله تعالى لصدور الجناية وارتكاب الكبيرة على حقه، ولهذا يملك الإمام إقامة الحد بالإجماع والإمام إنما يملك استيفاء حق الله تعالى ولا يستوفيه إلا من هو نائب عن الله تعالى ويعزره؛ لأنه تأديب وتهذيب ماله واستصلاح ملكه فيملكه والحد مقدر شرعا فربما يتلف ماله أو ينقصه وربما يقصر المولى في إقامته شفقة على ماله.

(باب معرفة القذف)

(**المبسوط**): يحتاج إلى: بيان القذف الموجب للحد، وشرائطه، ومقدار حده، وأحكامه.

أما القذف فنوعان: قذف بصريح الزنا كقوله: يا زاني أو زنيت أو يا ابن الزانية، ولو قال: يا ابن الزاني ويا ابن الزانية فقد قذف أباه وأمه كما تبين، ولو قال: يا ابن الزنا فهو قذف معناه أنت متولد من الزنا؛ لأن الزنا فعل ينسب الإنسان إليه.

وأما الكناية كقوله: فجرت بفلانة أو جامعتها حراما لا حد عليه ما لم يقذفه بالزنا؛ لأن الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد، ولو كان لرجل جاز فقال له: قل لفلان يا زاني فقال الرجل عنه، لا حد على المرسل؛ لأنه ما قذفه حقيقة.

قذف بأي لسان كان يحد؛ لأن الحد وجب لدفع العار والشنار عن المقذوف محصنا وشرائط إحصانه ما ذكرنا.

وأما مقدار حده: فثمانون سوطا لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] والمراد بالرمي المذكور في الآية الرمي بالزنا دون الرمي بغيره من سائر المعاصي لإجماع الأمة على ذلك ولإشارة الآية وهو قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ الآية ولا حكم يختص ثبوته بأربعة شهداء سوى الزنا.

وأما حكمه: فوجوب الحد عند عجز القاذف عن إقامة الشهود على صدق مقالته ورد شهادته أبدًا بالنص.

(**المنتقى**): ولو قال: يا ابن ألف زانية، وأمه حرة يحد لأمه، وإن كانت أمة أو أم ولد وجدته حرة فلا حد عليه؛ لأن أمه ليست بمحصنة والمقذوف أمة.

عن محمد: لو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: أنت أزنى مني، حد الرجل ولا حد عليها؛ لأن قولها: أنت أزنى تشبيه وليس بقذف صريحا لما يأتي.

رجل قال لرجلين: أحدكما زانٍ، فقيل له: هذا هو لأحدهما، فقال: لا، لا يحد؛ لأنه قذف المنكر والدعوى من المنكر لا يتصور وهي شرط في حد القذف.

ولو قال لجماعة: كلكم زانٍ إلا واحد، حد عليه؛ لأن لكل واحد أن يدعي القذف ما لم يعين المستثنى وكان أصل القذف موجبا. رجل قذف امرأته ولم يدخل بها حتى علم أنها أخته من الرضاعة لا حد عليه؛ لأنه قذفها على أنها زوجته وقذف الزوج زوجته لا يوجب الحد فقد قذفها على ظن أنه لا يجب عليه الحد.

(باب التشابه في [الحد][1])

(المبسوط): ولو قال لرجل: يا زانية لا يحد خلافًا لمحمد، ولو قال لامرأة: يا زاني يحد بالإجماع.

لمحمد: أن الهاء كما تلحق باسم المؤنث للتأنيث تلحق باسم المذكر للمبالغة في الفعل والعلم كما يقال: رجل قتالة، أي: كثير القتل، ويقال: رجل حسّابة ونسابة، أي: أعلم به فتحمل الهاء هنا على المبالغة في فعل الزنا لا على المبالغة في العلم به؛ لأن المقرون بالهاء فعل الزنا لا العلم به فيحمل على الفعل كي لا يلغو كأنه قال: أكثرت الزنا.

لهما: أنه كثر استعمال ذكرها في المبالغة للعلم بالفعل المقرون بالهاء يقال فلان حسابة نسابة أي أعلم الناس بالأنساب والحساب ويستعمل أيضًا للمبالغة في الفعل فتحمل هنا على المبالغة في العلم احتيالا للدرء بخلاف ما لو قال للمرأة يا زاني؛ لأن بغيرها يذكر بعثا للمرأة على سبيل الترخيم كما يقول العرب: يا صاح لصاحب، يا مال أي مالك، فيجوز أن يقال يا زاني ويراد به زانية يحمل على الترخيم كي لا يلغو الكلام ومعنى الترخيم لا يحتمل معنى آخر غير ما يحتمله مع الهاء.

ولو قال لامرأته: زنيت بحمار أو بثور لا يحد؛ لأن معناه أولج فيك حمار، ولو صرح به لا يحد، ولو قال: زنيت بدراهم أو بناقة أو بثوب ونحوه يحد؛ لأنه معناه زنيت فأحدث هذا؛ لأن هذا لا يحتمل وجها آخر، ولو قال: هذا لرجل لا يحد؛ لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال، ولو قال لأجنبية: يا زانية فقالت زنيت بك لا يحد الرجل لتصديقها وتحد المرأة لقذفها الرجل، ولو قال: يا زانئ مع الهمزة

(١) ما بين المعكوفتين في (س): القذف.

وقال: عنيت به الصعود لا يصدق ويحد، ولو قال: زنأت في الجبل مع الهمزة وقال: عنيت الصعود يحد عندهما خلافًا لمحمد والشافعي. لهما: أن الزنأ بالهمز مقرونا بمحل الصعود يستعمل للصعود قال لبيد[1]: [الرجز]

وَارْقَ إِلَى الخَيْرَاتِ زَنْأً فِي الجَبَلْ

فأراد به الصعود إلا أنه مع كلمة في يبقى محتملا للصعود بظاهر الهمزة فيجعل للصعود ويجعل كلمة في عبارة عن على كما قال الله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] أي على جذوع النخل حملا للمحتمل على الحكم.

لهما: أن الزنا يحتمل الصعود ويحتمل الفاحشة؛ لأن العرب قد تهمز غير المهموز كما تلين المهموز وقوله: في الجبل لا يحتمل الصعود لا يقال زنا فيه وإنما يقال زنا عليه؛ لأن في حقيقته للظرف وإنما يكون للجبل ظرفا إذا أريد به الزنا فحملنا المحتمل على المحكم وعلى أنه يعني إرادة الزنا بدلالة الحال؛ لأن المسألة مصورة في حالة الغضب والسباب ولأن العامة لا يفرقون بين إدخال الهمزة وإسقاطها فصار، كما لو قال زنيت في الجبل وبالإجماع يحد؛ لأنه قذفه وخص الفعل بمكان، ولو قال: زنأت الجبل لا حد عليه بالإجماع؛ لأنه لا يراد به إلا الصعود يقال: زاني الجبل وزاني السطح ويراد به الصعود ولأن زنيت في الجبل من غير همزة يحد بالإجماع؛ لأن بغير همزة لا يحتمل إلا الزنا.

(**المنتقى**): عن محمد لو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: زنيت بك قبل أن أتزوجك تحد المرأة دون الرجل لأنها قذفته بالزنا وصدقته في قذفه إياها.

إبراهيم عن محمد رجل دعا بجاريته فأجابته امرأة حرة وهو لا يراها فقال يا زانية ثم قال ظننتها أمتي لا نحده ولا نصدقه؛ لأنه أمكنه الوقوف على جاريته والفحص عن حالها بالاستخبار وبالكلام، ولو قال لأجنبية: يا زانية، فقالت: زنيت معك، قال محمد: لا يحدان.

---

(١) نسبه في اللسان (زنأ) إلى قيس بن عاصم المنقري يُرَقِّص صَبيًّا له من زوجه منفوسة بنت زيد الفوارس، ونسبه في (هلف، عمل، وكل) إلى امرأة من العرب.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف قال: تحد المرأة لأنها قذفته بقولها: زنيت أنت وأنا معك، ولو قال لأجنبي: زنيت وهذا معك فهو قاذف جميعا؛ لأن مع للمقارنة في الفعل.

عن أبي يوسف: رجل قال لآخر: يا ابن الزانية، ثم قال: وهذا معك بكلام واحد، قال: هو ليس بقاذف للثاني؛ لأنه لم يكن قذفه بقذف الأول وإنما قذف أمه، ولو قال لرجل: يا زاني وإلا أقيم عليك الحد وهذا معك كان قاذفا لهما، ألا ترى أنه لو قال: لفلان عليّ ألف درهم وهذا معه يكون إقرارًا. لهما: فعل الإمام الأعظم ما يوجب الحد لا يحد ويجب القصاص ويضمن حقوق العباد؛ لأنه لا فائدة في الوجوب؛ لأن إقامة الحدود مفوضة إلى الإمام ولا يكلف هو بإقامة الحد على نفسه وليس لغيره عليه ولاية فلم يكن الإيجاب مقيدًا. فأما ولاية استيفاء القصاص وضمان الأموال ثابتة للعباد ولكنه يفتقر إلى المنعة ولكل مسلم منعة المسلمين فملك استيفاءه وكان في الوجوب فائدة.

(باب القذف بنفي النسب)

(**المبسوط**): ولو قال: لست بابن فلان، أو هو ليس بأبيك، فهو قاذف لأمه إن كانت محصنة يحد القاذف؛ لأنه لما نفى نسبه من أبيه فقد نسبه إلى الزنا؛ لأن الولد إذا لم يكن ثابت النسب يكون ولد الزنا فصار كأنه قال: إنك ولد الزنا.

ولو قال: يا ابن الزانية، أو يا ابن الزاني، يكون قذفا فكذا هذا.

ولو قال: لست لأبيك فهذا قذف؛ لأن هذا لا يذكر إلا لنفي النسب.

ولو قال: لست لفلان ولا لفلانة، يعني أبويه، أو قال: لست لأبويه لم يحد؛ لأنه نفى عن أمه وإنما ينتفي عن أمه إذا لم تلد أمه وكان هذا نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطء وفي نفي الوطء نفي الزنا فلم يكن قاذفا بخلاف ما لو نفاه عن أبيه ولم ينف عن أمه؛ لأن النفي عن أبيه نفي نسبه عنه فكأنه قال: أنت ولد الزنا ولادة الولد ثابتة من أمه فتصير كأنه قال ولدته عن الزنا فصار قاذفا لأمه.

ولو قال: أنت ابن فلان لغير أبيه على وجه السباب في حالة الغضب حد

استحسانًا وفي غير الغضب لا يحد؛ لأن هذا الكلام في حالة الرضا يذكر للتشبيه بفلان من حيث السيرة والسريرة والأخلاق والطبيعة كما يقال فلان ابن السماء وهذا على سبيل المدح بالصفوة وفي حالة الغضب يذكر للتعيير والتشيين بنفي النسب عن أبيه.

ورُوي عن أبي يوسف: لو قال: ليس هذا أباك في حالة الرضا ليس بقذف وفي حالة الغضب قذف لما بينا، ولو قال: أنت ابن فلان وعنى جده أو عمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد؛ لأن هؤلاء يسمون أبا عرفا مجازًا؛ لأن الله تعالى سمى العم أبا لقوله تعالى: ﴿نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَـٰعِيلَ وَإِسْحَـٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وإسماعيل كان عمًّا ليعقوب وكذا الحال يسمى أبًا لقوله تعالى في قصة يوسف صلوات الله عليه: ﴿ءَاوَىٰٓ إِلَيْهِ أَبَوَيْهِ﴾ [يوسف: ٩٩] جاء في التفسير أن المراد منه يعقوب وخالة يوسف، فإذا سميت الخالة أمًّا جاز أن يسمى الخال أبًا لاستوائهما في الدرجة وكذا زوج أمه يسمى أبا عرفا، فإنه يقال في العرف هذا ولد فلان لزوج أمه ولقيامه بتربيته وحضانته، ولو نفاه عن قبيلته لا يحد، ولو قال يا ابن ماء السماء أو يا ابن جبلًا لا يحد؛ لأن هذا الكلام يذكر للمدح والتعظيم لا لنفي النسب.

سئل من أبوه فقال فلان لغير أبيه لا يحد؛ لأنه لم يذكر له أبًا ليكون نفيًا لنسبه عنه ويحد القاذف بقذف أصوله وقت دون فروعه ويحد بقذف أخيه وسائر أقاربه؛ لأن حد القذف شبه القصاص من حيث إن للمقذوف فيه نوع حق. قذف امرأة ميتة فصدقه بعض الورثة يحد للباقين؛ لأن بالتصديق خرج من كونه نسبًا في حقه فنفى نسبًا في حق الباقين؛ لأن قذف الأم تناول الكل؛ لأن العار والشين يلحق الكل وكان بمنزلة ما لو قذف الكل فصدقه البعض دون البعض يحد لمن لم يصدقه. قذف ولد ملاعنة أو ولد زنا حد؛ لأنه قذف محصنا؛ لأن الزنا وجد من أمها لا من الولد، ولو قذف أمه لا يحد لأنها ليست محصنة ولو لاعن القاضي بينهما من غير نفي الولد، فإنه يحد قاذفها؛ لأنه ليس هنا دليل يدل على زناها سوى لعان الزوج وقد اندفع لعان الزوج بشهادتهما والله أعلم.

(باب الكتابة في القذف أو الإضافة إلى غير حالة الإحصان)

(المبسوط): ولو قال لعبده: يا زاني، فقال العبد: بل أنت، حد العبد دون المولى؛ لأن العبد يحد للمولى لا المولى ولأن المولى محصن والعبد لا.

ولو قال لآخر: يا زاني، فقال العبد: لا بل أنت، يحد العبد للحر ويعزر الحر للعبد؛ لأن الحر محصن وقذف المحصن يوجب الحد والعبد غير محصن فقذفه لا يوجب الحد ويعزر؛ لأنه قذفه بكبيرة.

ولو قال لامرأته: زنيت وأنت كافرة وكانت كافرة وهي مسلمة للحال لاعنها؛ لأنه أنشأ القذف وهي محصنة فيكون قذفا، ولو قال ذلك لأجنبية حد؛ لأنه قذفها للحال بالزنا؛ لأنه أنشأ القذف بما هو زنا والمقذوفة محصنة حالة الإنشاء.

ولو قال: قذفتك بالزنا وأنت كافرة أو أمة عزر ولم يحد؛ لأنه حكى قذفا متقدما في غير حالة الإحصان وأنه لا يوجب الحد. قذف مستأمن مستأمنا يحد لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾[النور: ٤] من غير فصل قال: أُخبِرتُ أنك زانٍ، لا يحد لأنه حكى قوله وما قذفه، ولو قال هو كما قلت حد الثاني أيضًا؛ لأن في الأول لم يذكر المقذوف صريحا ولا كناية وإنما ذكر القاذف صورة والمقذوف تعريضا والحد لا يجب بالتعريض وفي الثاني ذكر المقذوف كناية وهو قوله هو فصار قاذفا له.

ولو قال: أشهد أنك زانٍ، فقال آخر: وأيضًا أنا أشهد، يحد الأول دون الثاني.

أنا أشهد محتمل: أنا أشهد بما شهدت، ويحتمل: أنا أشهد بغير ما شهدت بحق آخر من الحقوق فلا تجعل شهادة بالزنا بالشك.

ولو قال: زنيت وفلان معك صار قاذفا لهما، وكذلك لو قال: يا زاني، فقال: آخر بل أنت؛ لأن قوله معك، وبل أنت، كلام ناقص لا يفيد معنى فيجعل خبر الأول خبرًا له لئلا يلغو فصار كأنه قال: معك زنيت لأنك زنيت، كما لو قال هذا حر وهذا يعتق الثاني أيضًا.

ولو قال لآخر: لست بزانٍ على سبيل التعريض وهو أن يريد أنك زانٍ لا يحد.

وقال مالك: يحد وإن لم ينو.

وقال الشافعي: إن نوى الزنا يحد وإلا فلا.

والصحيح قولنا[1]؛ لما رُوي أن رجلًا **جاء إلى النبي عليه السلام وقال: إن امرأتي لا ترد يد لامس[2]، فقال عليه السلام: "طلقها، فقال: أحبها، فقال:**

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٩٥/٣، والاختيار ١٢١/٣، والمهذب ٧٩/٢، والمغني ٩٧/٧.

(٢) قَالَ الْحَافِظ فِي التَّلْخِيص: اخْتَلَفَ الْعُلَمَاء فِي مَعْنَى قَوْله "لَا تَرُدّ يَد لَامِس"، فَقِيلَ: مَعْنَاهُ الْفُجُور، وَأَنَّهَا لَا تَمْتَنِع مِمَّنْ يَطْلُب مِنْهَا الْفَاحِشَة، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو عُبَيْد وَالْخَلَّال وَالنَّسَائِيُّ وَابْن الْأَعْرَابِيّ وَالْخَطَّابِيّ وَالْغَزَالِيّ وَالنَّوَوِيّ، وَهُوَ مُقْتَضَى اسْتِدْلَال الرَّافِعِيّ بِهِ هُنَا.

وَقِيلَ: مَعْنَاهُ التَّبْذِير وَأَنَّهَا لَا تَمْنَع أَحَدًا طَلَبَ مِنْهَا شَيْئًا مِنْ مَال زَوْجهَا، وَبِهَذَا قَالَ أَحْمَد وَالْأَصْمَعِيّ وَمُحَمَّد بْن نَاصِر وَنَقَلَهُ عَنْ عُلَمَاء الْإِسْلَام، وَابْن الْجَوْزِيّ، وَأَنْكَرَ عَلَى مَنْ ذَهَبَ إِلَى الْقَوْل الْأَوَّل، وَقَالَ بَعْض حُذَّاق الْمُتَأَخِّرِينَ: قَوْله صلى الله عليه وسلم لَهُ "أَمْسِكْهَا" مَعْنَاهُ أَمْسِكْهَا عَن الزِّنَا أَوْ عَن التَّبْذِير، إِمَّا بِمُرَاقَبَتِهَا أَوْ بِالِاحْتِفَاظِ عَلَى الْمَال أَوْ بِكَثْرَةِ جِمَاعهَا، وَرَجَّحَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّب الْأَوَّل، لِأَنَّ السَّخَاء مَنْدُوب إِلَيْهِ فَلَا يَكُون مُوجِبًا لِقَوْلِهِ طَلِّقْهَا، وَلِأَنَّ التَّبْذِير إِنْ كَانَ مِنْ مَالهَا فَلَهَا التَّصَرُّف فِيهِ وَإِنْ كَانَ مِنْ مَاله فَعَلَيْهِ حِفْظه وَلَا يُوجِب شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ الْأَمْر بِطَلَاقِهَا قِيلَ: وَالظَّاهِر أَنَّ قَوْله (لَا تَرُدّ يَد لَامِس) أَنَّهَا لَا تَمْتَنِع مِمَّنْ يَمُدّ يَده لِيَتَلَذَّذ بِلَمْسِهَا وَلَوْ كَانَ كَنَّى بِهِ عَن الْجِمَاع لَعُدَّ قَاذِفًا أَوْ أَنَّ زَوْجهَا فَهِمَ مِنْ حَالهَا أَنَّهَا لَا تَمْتَنِع مِمَّنْ أَرَادَ مِنْهَا الْفَاحِشَة لَا أَنَّ ذَلِكَ وَقَعَ مِنْهَا، انْتَهَى كَلَام الْحَافِظ.

وَقَالَ الْعَلَّامَة مُحَمَّد بْن إِسْمَاعِيل الْأَمِير فِي سُبُل السَّلَام بَعْدَمَا ذَكَرَ الْوَجْهَيْنِ فِي قَوْله (لَا تَمْنَع يَد لَامِس): الْوَجْه الْأَوَّل فِي غَايَة مِن الْبُعْد، بَلْ لَا يَصِحّ لِلْآيَةِ، وَلِأَنَّهُ صلى الله عليه وسلم لَا يَأْمُر الرَّجُل أَنْ يَكُون دَيُّوثًا، فَحَمْله عَلَى هَذَا لَا يَصِحّ. وَالثَّانِي بَعِيد، لِأَنَّ التَّبْذِير إِنْ كَانَ بِمَالِهَا فَمَنْعهَا مُمْكِن، وَإِنْ كَانَ مِنْ مَال الزَّوْج فَكَذَلِكَ، وَلَا يُوجِب أَمْره بِطَلَاقِهَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُتَعَارَف فِي اللُّغَة أَنْ يُقَال فُلَان لَا يَرُدّ يَد لَامِس كِنَايَة عَن الْجُود، فَالْأَقْرَب الْمُرَاد أَنَّهَا سَهْلَة الْأَخْلَاق لَيْسَ فِيهَا نُفُور وَحِشْمَة عَن الْأَجَانِب، لَا أَنَّهَا تَأْتِي الْفَاحِشَة، وَكَثِير مِن النِّسَاء وَالرِّجَال بِهَذِهِ الْمَثَابَة مَعَ الْبُعْد مِن الْفَاحِشَة، وَلَوْ أَرَادَ أَنَّهَا لَا تَمْنَع نَفْسهَا عَن الْوِقَاع مِن الْأَجَانِب لَكَانَ قَاذِفًا لَهَا، انْتَهَى.

قُلْت: الْإِرَادَة بِقَوْلِهِ لَا تَمْنَع يَد لَامِس أَنَّهَا سَهْلَة الْأَخْلَاق لَيْسَ فِيهَا نُفُور وَحِشْمَة عَن الْأَجَانِب غَيْر ظَاهِر، وَالظَّاهِر عِنْدِي مَا ذَكَرَهُ الْحَافِظ بِقَوْلِهِ: "قِيلَ: وَالظَّاهِر إِلَخْ.." وَالله تَعَالَى أَعْلَم. عون المعبود (ج٤/ ص٤٣٤).

أمسكها"[1] ولم يحده.

وقوله: لا ترد يد لامس يذكر هذا نص بالزنا؛ ولأن التعريض كما يحتمل القذف مجازًا يحتمل نفي الزنا حقيقة، فإن حقيقته للنفي ولا يسقط اعتبارًا حقيقته بمجرد النية للتعريض فوقع الشك في كونه قذفًا ولا يكون قذفا بالشك، وقول الشافعي مخالف لإجماع السلف، فإنه قال بعضهم: يحد وإن لم ينو، وقال بعضهم: لا يجب الحد نوى أو لم ينو ولم يقل أحد إذا نوى يحد وكل قول مخالف للإجماع يكون باطلًا.

(باب ما يكون شبهة في إسقاط الإحصان عن المقذوف والحد عن القاذف)

(**المبسوط**): قد مر أن العفة عن الزنا شرط لثبوت إحصان المقذوف والوطء الحرام على ضربين، وطء في الملك فالوطء في الملك كوطء امرأته الحائض أو أمته المجوسية أو المشتراة شراءً فاسدًا أو مكاتبته لم يسقط إحصانه ويحد قاذفه؛ لأن الوطء في نفسه حلال؛ لأنه صادف ملكه والحرمة لمعنى اتصل به وهو حرمة استعمال الأذى ونحوه فنهى عن الوطء لغيره.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه لا يحد في المكاتبة؛ لأن منفعتها زائلة عن ملكه بدليل وجوب العقر لها خارجًا عن ملكه وجه ظاهر الرواية أن المكاتبة مملوكة من كل وجه بدليل أنه يصح إعتاقها عن كفارة اليمين وحل الوطء يبنى عن ملك الذات

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٨٣/٤ (١٦٦٠٥) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا حماد بن سلمة، عن عبد الكريم. و«النسائي» ٦٧/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٢١) قال: أخبرنا محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا يزيد، قال: حدثنا حماد بن سلمة، وغيره، عن عبد الكريم. وفي ١٧٠/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٢٠ و٥٦٣٠) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا النضر بن شميل، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: أنبأنا هارون بن رئاب.

كلاهما: (عبد الكريم بن أبي المخارق أبو أمية، وهارون بن رئاب) عن عبد الله بن عبيد بن عمير، فذكره.

إلا أنه منع عن الوطء لقيام حقها في البدء والمنفعة وكانت من قبيل حرمة المجوسية ووجوب العقر لها كان لكونها أحق بنفسها ومنافعها يدا لا ملكا كالرهن مضمون على الراهن بالإتلاف، وإن كانت ملكا له لزوال يده وثبوت يد المرتهن. اشترى أختين فوطئهما حد قاذفه؛ لأن ملك المنفعة قائم وحل له وطء أيتهما شاء، وإن حرم الجمع بينهما وطئًا لعارض مع قيام ملك المتعة ويمكنه إزالتها بتزويج إحداهما آخر فصارت كالأمة المجوسية. وطئ أمة وطئها أبوه أو وطئ هو أمها لا يحد قاذفه؛ لأنه وطئ محرم على التأبيد كالزنا.

ولو نظر إلى فرج امرأة بشهوة ثم اشترى محرمها أو تزوجها ووطئها لا يسقط إحصانه عند أبي حنيفة، وعندهما يسقط.

لهما: أن حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة ثابتة على التأبيد فلا تبقى المرأة محلا لملك المتعة وهذا وطء حرم لعدم ملك المتعة فسقط به الإحصان كما لو وطئ المبانة في العدة. له: أن هذه الحرمة تثبت بدليل محتمل لا يوجب العلم وهو الخبر الواحد والاجتهاد المحتمل للخطإ فيكون حرمة المصاهرة بالمس ثابتة في حق العمل لا في حق العلم، ولأن العلماء اختلفوا في جواز هذا العقد وفساده وفي الحرمة بالمس وحله فيكون العقد منعقدا والحل ثابتا على سبيل الشبهة وسقوط الإحصان متعلق بحرمة الوطء المؤبدة القطعية ولم يوجد بخلاف حرمة المصاهرة بالوطء لأنها ثابتة بدلائل مقطوعة توجب العمل والعلم وهو الكتاب وإجماع الصحابة.

وأما الوطء في غير الملك كالوطء في النكاح الفاسد وكوطء جارة مشتركة أو وطئ محارمه بنكاح أو تزوج أمة وحرة في عقده فوطئهما أو امرأة وعمتها سقط إحصانه ولا يحد قاذفه؛ لأن فساد العقد وعدم الملك ثابت بالإجماع فيكون الوطء زنا من وجه فيوجب سقوط الإحصان والحد. المجوسي إذا تزوج أمة قد حل بها ثم أسلم يحد قاذفه عند أبي حنيفة وعندهما: لا يحد بناء على أن هذا النكاح صحيح عنده، وعندهما فاسد وقد مرت في النكاح. وطئ امرأة مكرهة لا يحد قاذفه؛ لأنه حرام؛ لأنه عري عن ملك المتعة وكان زنا حقيقة إلا أنه لم يجب الحد عليها للشبهة.

ولو تزوج منكوحة الغير أو معتدته أو ذات محرم منه سقط إحصانه علم أو لم يعلم عند أبي حنيفة وعندهما لا يسقط، وأجمعوا أنه لو تزوج امرأة بغير شهود يحد لما عرف. زنا في حال كفره أو في دار الحرب أو الإسلام ثم أسلم فقذفه الإنسان لا يحد قاذفه؛ لأن هذا الفعل زنا لخلوه عن ملك المتعة والزنا حرام في الأديان كلها فسقط به إحصانه. مجنون زنا بامرأة مطاوعة أو مكرهة لا يحد قاذفها؛ لأن هذا الوطء عري عن ملك المتعة فيكون زنا حقيقة إن لم يكن زنا شرعا في حق وجوب الحد والزنا حقيقة كافٍ لسقوط الإحصان؛ لأنه مذهب للعفة ويحد الذمي بقذف المسلم؛ لأنه قذف محصنًا.

ولو اشترى جارية فوطئها ثم استحقت يحد قاذفه عندهما؛ لأنه وطئها بعد انعقاد سبب الملك وهو البيع حتى لو أجاز المالك البيع ينفذ ويصير ملكا له فقيام السبب أورث شبهة الملك.

وقال أبو يوسف: لا يحد قاذفه؛ لأنه لا ملك له فيها للحال فيكون وطؤه زنا. أربعة شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فرجم الزاني ثم إن رجلًا قذف تلك المرأة فخاصمته إلى القاضي فجاء الرجل بشاهدين على قضاء الأول درئ الحد عنه؛ لأنه بين أنها لم تكن محصنة.

(باب من له المطالبة بالحد)

(**المبسوط**): والخصومة للمقذوف حاضرًا كان أو غائبًا؛ لأن الشين يلحقه فوجب الحد لصون عرضه وحفظ جاهه وماء وجهه.

ولو قذف ميتًا يجب الحد والخصومة للوالد والولد وإن سفل وعلا؛ لأن وجوبه لإزالة العار والشنار عن الحي لأنهم يلحقهم الشين والعار في نسبهم والميت ينسب إليه بالولادة والجزئية والبعضية بخلاف من ليس له قرابة الولاد ليس له حق الخصومة؛ لأن القذف لم يتناولهم باعتبار النسب.

ولو كانوا كفارا أو عبيدا والمقذوف حر مسلم حد لهم خلافًا لزفر؛ لأن الحد يجب للمقذوف تناوله مقصودًا؛ لأنه يلحقه الشين في نسبه ثم يتعدى الولد تبعا

بحكم الجزئية والبعضية وقد ثبت تبعًا للشيء، وإن كان لا يثبت مقصودًا ولد البنات لهم استيفاء الحد خلافًا لمحمد. له: أن ولد البنت لا ينسب إليه وإنما ينسب إلى زوجها قال الشاعر[1]: [الطويل]

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

ولهذا انتفت العصوبة والولاية بينهما.

لهما: أن النسبة متحققة ومعنى الولادة والجزئية والبعضية موجود بواسطة البنت ليلحقه الشين في النسبة كابن الابن ويستوي فيه الأبعد والأقرب والوارث وغيره حتى يكون لابن الابن أن يطالب بقذف جد الميت، وإن كان الابن حيًّا، وقال زفر: ليس الأبعد أحق مع وجود الأقرب؛ لأن الشين بقذف الميت يزداد في حق الأقرب بزيادة القرب منه.

لنا: أن الاستحقاق ليس بطريق الوراثة ليتعين الأقرب بكونه وارثا بل الاستحقاق بطريق أن القذف تناوله معنًى لما يلحقه من الشين والعار والشنار في نسبه إلى الميت والكل في ذلك سواء المقذوف غائب لا يطلب ولده؛ لأن الأصل ما دام قادرًا على استيفاء الحق لا يثبت حق المطالبة لخلفه؛ ولأن الأصل يمكنه أن

---

(١) البيت من الطويل ولم ينسبه العيني والفاسي والأزهري وهو لعبد الرحمن بن الحكم، وسبب إنشاده مع أبيات أخر أن المغيرة بن شعبة خطب منه ابنته، ابن أخيه وابن أخته فقال كلاكما أقرب القرابة فلا أدري أيكما أزوجها منه، ولكني أكتب إلى عبد الرحمن بن الحكم مفوضًا الأمر إليه، فقدما عليه بالكتاب فأمره أن يزوجها لابن أخيه، وبنونا خبر مقدم، وبنو أبنائنا مبتدأ مؤخر، وبناتنا مبتدأ أول، وبنوهن مبتدأ ثان، وأبناء خبر عن الثاني، والثاني وخبره خبر عن الأول، والشاهد في تقديم الخبر على المبتدإ مع كونهما معرفتين والقرينة موجودة، وقيل لا شاهد بل بنونا مبتدأ، وبنو أبنائنا خبر، ولا تقديم ولا تأخير بل جاء على عكس التشبيه مبالغة.

انظر: الإنصاف في مسائل الخلاف للأنباري (٦٦/١)، والمساعد لابن عقيل (٢٢١/١)، وشرح التصريح (١٧٣/١)، وشرح شواهد المغني (٨٤٨/٢)، ومغني اللبيب لابن هشام (٤٥٢/٢)، وهمع الهوامع للسيوطي (١٠٢/١)، وابن يعيش (٩٩/١)، (١٣٢/٩)، والمعجم المفصل في شواهد العربية (٤٠٥/٢) ونسبه للفرزدق ولم أعثر عليه في ديوانه تحقيق: علي فاعور.

يصدقه فيمكن الرجوع إليه المقذوف حاضرًا فضرب بعض الحد ثم غاب لم يتمم إلا وهو حاضر؛ لأن غيبة المقذوف تمنع استيفاء البعض كما لو مات بعدما ضرب بعض الحد. قذف ميتا وبعض أولاده غائب حد بطلب الحاضر، وإن كان عبدًا أو كافرًا والغائب مسلم حر؛ لأن القذف تناول الميت مقصودًا ثم يتعدى إلى أولاده تبعا لسبب الولاد والميت كان محصنا. رجل قذف أم عبد أو أم نصراني وقد كانت مسلمة فللابن أن يأخذه بحدها، وقال زفر: لا يجب الحد؛ لأن الحد لو وجب للأم لا يورث عنها ولا يجوز أن يجب له ابتداء؛ لأن قذفه بزنا أمه لا يرتد على قذفه بزناه وذلك لا يوجب الحد وهذا أولى.

لنا: أن قذف الأم قذف محصنة والقذف يتناول الميت مقصودًا ثم يتعدى إلى أولاده تبعا له؛ لأن عارها وشنارها يتعدى إلى ولدها فيتعدى بوصفه ومن وصفه أنه كامل في موضعه وحد القذف لا يورث ولا يصح عفو المقذوف ولا الاعتياض عنه إلا أن يقول لم يقذفني أو كذب شهودي وإذا اجتمعت تداخلت.

وقال الشافعي: يورث ويصح العفو ولا يتداخل وهذا بناء على أن المغلب فيه حق العبد عنده وعندنا المغلّب فيه حق الله تعالى؛ لأنه وجب بسبب إشاعة الفاحشة وإنشائها لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾ [النور: ١٩] والمراد به الحد فقد حرم القذف لما فيه من إشاعة الفاحشة وإشاعة الفاحشة حرام حقًّا لله تعالى فكذلك إشاعته إلا أن إشاعة الفاحشة تضمنت هتك حرمة عرض المقذوف وإذهاب عفافه وفي العرض حق الله تعالى من حيث الاستعباد والاستوثاق وحق العبد من حيث الاسترقاق فصار المهتوك بالقذف ثلاث حرمات: حرمة الإشاعة وحرمة هتك العرض حقا لله تعالى وحرمة هتك العرض حقا للعبد وكان حق الله تعالى ضعف حق العبد فباعتبار حق العبد تُشْتَرط الخصومة ودعواه وباعتبار أن المغلب فيه حق الله تعالى لم يورث ولم يصح عفوه وجرى فيه التداخل.

(باب الشهادة في القذف)

(**المبسوط**): شهد أحدهما على قذفه إياه يوم الخميس والآخر يوم الجمعة حد

القاذف عند أبي حنيفة خلافًا لهما، لهما: أن اختلاف الشهود ثابت حقيقة، وإن التعدد والتكرر ثابت حقيقة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة، كما لو شهد أحدهما بإنشاء القذف والآخر بالإقرار به، له: أن القذف كلام والكلام مما يعاد ويكرر فيكون المقول ثانيًا هو المحكي أولا فلا يعد هذا اختلاف؛ لأن كل واحد منهما إذا سمع قذفه في وقت أو مكان جاز له أن يطلق أداء الشهادة بالقذف من غير بيان المكان والقذف فصار كما لو شهدا بالبيع. واختلفا في الوقت أو المكان بخلاف إنشاء القذف والإقرار به لأنهما مختلفان فلا يمكن أن يجعل أحدهما إعادة للأول. اختلف شاهدا القذف في اللغة بأن شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية لا تقبل؛ لأنه لا يثبت كل لفظ بشاهدين. شهدوا على رجل أن مولاه أعتقه وأنه زنى وهو محصن فرجم ثم رجعوا عن شهادتهم بالزنا والعتق يضمنون القيمة للمولى بإبطال الرق والملك والدية للورثة؛ لأن الحكم بالعتق لا يفسخ وقد رجعوا عن شهادتهم بالزنا بعد الرجم فيغرمون الدية ويضربون الحد لاعترافهم بالقذف وخصومة المقذوف ومطالبته عند القاضي شرط لظهور حد القذف بالبينة أو بالإقرار؛ لأن فيه حق العبد وحق العبد لا يثبت إلا بمطالبته ثم الاستيفاء إلى الإمام؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالى وإذا أقام البينة على القذف أو أقر القاذف فالقاضي يقول للقاذف أقم البينة على صدق مقالتك، فإن أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا أو على إقرار المقذوف بالزنا يحد المقذوف على الزنا ولا يحد القاذف؛ لأنه ظهر أنه صادق في مقالته، وإن عجز عن إقامة البينة أقام عليه حد القذف لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] أمر بالجلد بعد العجز عن إقامة البينة، فإن ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدقه قبلت بينته وبطل الحد الباقي.

ورُوي عن محمد: فإن شهدوا بعد إقامة الحد على صدق مقالته تقبل ويظهر في حق الشهادة حتى لا ترد شهادة المحدود في القذف.

ولو شهد أربعة فساق على الزنا أو على إقرار المقذوف بأن لا يحد المقذوف؛ لأن شهوده فسقة ولا قاذفة؛ لأن شهادة الفاسق حجة في الجملة فأورث شبهة الزنا فتمكنت الشبهة في حد القذف ولا يحد مع الشبهة.

وقال أبو يوسف: يحد القاذف ولا يحد الشهود؛ لأن الحد وجب على القاذف بالقذف ولا يسقط عنه إلا ببينة عادلة. أقام رجلين أو رجل وامرأتين على إقرار المقذوف بالزنا لم يحد القاذف؛ لأن في الأول الشهادة قامت على الإقرار بالزنا لا على الزنا والإقرار بالزنا لا يكون زنا فتثبت شهادة هؤلاء إلا أنه لا يجب الحد على المقذوف بجحوده الزنا بعد ثبوت إقراره، وفي الثانية الشهادة قامت على الزنا والزنا لا يثبت إلا بشهادة الأربع، فإن صدقه المقذوف لا يحد لفقد الدعوى منه ولأنه إذا صدقه لم يلحقه شين في ذلك فسقط حق العبد فبطلت دعواه.

ولو قال الرجل: يا ابن الزانية، ثم ادعى القاذف أن أمر المقذوف أمة أو نصرانية والمقذوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المقذوف البينة؛ لأن القاذف منكر الحد والحرية والإسلام الثابت بظاهر الحال لا يصلح حجة للإثبات على الغير؛ لأنه متمسك باستصحاب الحال وأنه لا يصلح حجة للإثبات.

وكذلك لو قذفه في نفسه ثم ادعى القاذف أن المقذوف عبد، فالقول قول القاذف، وعلى المقذوف البينة ولا يكتفي بحرية الأصل ثم قال: الناس أحرار في كل شيء إلا في أربعة: في الشهادة والعقل والقصاص والحدود حتى لا تثبت الحرية في هذه الأشياء إلا ببينة متى أنكر الخصم الحرية إذا كان مجهول النسب، وإن كان معروف النسب من أبوين حرين لا يحتاج إلى إثبات الحرية بالبينة؛ لأن الحرية ثابتة بدليلها وهو كونه ثابت النسب من حرين وفي مجهول النسب الحرية ثابتة بظاهر الحال لا بدليل موجب الحرية والثابت باستصحاب الحال لا يصلح حجة للاستحقاق على الغير.

(باب التعزير)

(**المبسوط**): تحتاج إلى معرفة: ما يوجب التعزير، وكيفيته، ومقداره، وحكمه.

أما ما يوجبه: أصله: أن من قذفه بكبيرة وجناية غير موجبة للحد يعزر فيه لإجماع الصحابة، ولأنه بالقذف والنسبة إلى الجناية ألحق الشين والأذى به فيجب التعزير لينزجر عن ذلك ويعتبر غيره به.

ولو قال: يا كافر يا فاسق يا فاجر يا خبيث يا ابن الفاجرة يا يهودي يا مخنث ونحو ذلك يعزر له؛ لأنه قذفه بمعصية غير موجبة للحد ولأنه ألحق نوع شين به.

ولو قال له: يا حمار يا خنزير يا ثور يا كلب لا يعزر؛ لأنه لم يقذفه بمعصية وإنما شبهه بهذه الأشياء إما لسوء خلقه أو لقبح خلقه وسوء الخلق وقبح الخلق لا يكون بما هو معصية لا محالة، ولأن كل أحد يعلم أنه كاذب بل ألحق الشين بنفسه حيث كذب.

ولو قال: يا شارب الخمر يا خائن يعزر؛ لأن كذبه ليس بظاهر وألحق الشين والأذى به.

ولو قال: يا ابن الحجَّام أو الأقطع لا يعزر؛ لأن معناه أبوك حجام.

واطئ البهيمة يعزر ولا يحد؛ لأنه ليس بزنا ثم كيف يصنع بالدابة؟

ذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله: أن كل ما لا يؤكل لحمه يذبح ثم يحرق بالنار؛ لما روى أبو يوسف حديثًا عن عمر رضي الله عنه: أنه أُتي برجل قد وقع على بهيمة فعزره وأمر بالبهيمة فذُبحت وأُحرقت، ولا يحرق بالنار قبل الذبح؛ لأن فيه تعذيب الحيوان بلا فائدة.

وإن كان مما يؤكل لحمه يذبح ويؤكل ولا يحرق عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يحرق بالنار كالتي لا يؤكل لحمها هذا إذا كانت البهيمة لفاعل ذلك، وإن كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها ثم يذبحها وهذا يعرف سماعًا لا قياسًا.

ولو أتى امرأته في غير المأتى لا يحد عند أبي حنيفة وعندهما يحد؛ لأن هذا الفعل زنا معنى؛ لأن الزنا اسم لفعل هو قضاء الشهوة لقصد سفح الماء لا لطلب الولد في محل محترم وقد وجد له أن الزنا اسم لإيلاج الفرج في محل مشتهى يسمى قبلا لا دبرا لما بينا ولم يوجد فلا يجب به حد الزنا، وأما كيفيته ومقداره فأقل التعزير ثلاث جلدات ولا يبلغ أربعين سوطا عندهما.

وقال أبو يوسف: في العبد ينقص من أربعين خمسة وفي الحر لا يبلغ ثمانين في رواية عنه: يضرب إلى خمسة وسبعين، وفي رواية: إلى تسعة وسبعين، وأصله:

قوله عليه السلام: "**مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ**"[1] ولا يجوز تبليغ غير الحد حدا بالإجماع، إلا أن أبا يوسف حمله على حد الأحرار؛ لأنه أقل الحد الكامل، وإن حد العبيد كامل؛ لأن الحد لا يقبل التجزيء فكان كاملًا في نفسه لكن إذا قوبل بحد الحر يكون نصفه وهذا لا يوجب أن يكون ناقصًا في ذاته والحبس يصلح أن يكون تعزيرا؛ لأنه يصلح زاجرا وللمولى أن يعزر عبده وامرأته عند إساءة الأدب والحاجة إليه ويعزر امرأته على أربعة خصال على ترك الزينة لزوجها وهو يريدها، وعلى ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراش لأنهما يحلّان بمقصود النكاح، وعلى ترك الغسل من الجنابة، وعلى الخروج من المنزل لأنهما معصية وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ﴾ [النساء: ٣٤][2].

(**المنتقى**): رجل شتم رجلًا فقال محمد: إن كان ذا مروءة وهي العدل في دينه وعظه القاضي ونصحه، وإن لم يكن حبسه، وإن كان شتَّامًا ضرب وحبس، ولا يحبس له حتى يسأل عن الشهود؛ لأن التعزير من حبس حقوق العباد وإنه شرع للتهذيب والتأديب، ولهذا كان مشروعًا في حق الصبيان ويقبل فيه شهادة رجل وامرأتين والشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه؛ لأنه من حقوق العباد.

ابن سماعة عن أبي يوسف: قاضي رأى التعزير مائة فعزر رجلًا مائة فمات قال: لا أضمنه؛ لأنه قد ورد أن أكثر ما عزروه مائة، فإن زاد على مائة فمات فنصف الدية في بيت المال؛ لأن ما زاد على مائة فغير مأذون فيه فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيضمن نصف الدية. رجل زنا بامرأة ميتة يعزر ولا يحد؛ لما رُوي أن بهلول النباش فعل ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقم

---

(١) أخرجه البيهقي (٣٢٧/٨، رقم ١٧٣٦٢) وقال: المحفوظ هذا الحديث مرسل.

(٢) انظر: السرخسي ٣٦/٢٤، والسندي ٥٩٩/٧ - ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، والجوهرة ٢٥٣/٢، واللباب لميداني ٦٥/٣، وفتح القدير ١١٥/٥ - ١١٦، والزيلعي والشلبي ٢١٠/٣، والأستروشني ص١٦، وتبصرة الحكام ٢٠٠/٢ - ٢٠٤، ونهاية المحتاج ١٧٥/٧، والمهذب ٢٢٨/٢، وكشاف القناع ٧٣/٤ - ٧٤، والسياسة الشرعية ص٤٧، ٤٨، ٥٣، ٥٤، ٥٥، ٥٦، والحسبة ص٣٩، والطرق الحكمية ص١٠٦، والمغني ٣٤٧/١٠ - ٣٤٨.

عليه الحد، ونزل فيه قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا۟ فَٰحِشَةً﴾ [آل عمران: ١٣٥] قبل توبته من غير حد.

الزاني إذا حد لا يحبس، والسارق إذا قطع يحبس إلى أن يتوب، والفرق أن الزنا جناية على نفسه، فلو حبس حبس لأجل نفسه، والسرقة جناية على غيره من وجه، فلو حبس حبس لغيره وهذا جائز.

ولو قال: يا فاسق يا فاجر يا مخنث يا لص والمقول له فاسق أو فاجر أو لص لا يعزر ذكره الحسن في المجرد؛ لأنه صادق في إخباره فلا يكون إلحاق الشين به بل الشين كان ملحقا به ويكون خيار التعيين في التعزير للقاضي من واحدة إلى تسع وثلاثين.

ولو قال لرجل: يا معقوح أو يا ابن القحبة عزر؛ لأنه ألحق الشين به؛ لأن هذا الاسم قد يطلق على المتعرضة للزنا وإن لم يفعل الزنا فلم يكن صريحا في القذف.

ولو قال: يا ابن قرطبان يعزر؛ لأنه هو الذي يقحم رجلًا على امرأته وينال منه مالًا.

وقال أبو حنيفة في (**المجرد**): لو قال الرجل بالوطء أو أنت فعلت بالصبيان عزر فيه.

ورُوي عن علي بن جعد عن أبي يوسف: لو قال: يا مؤاجر يا سح يا بغا يا سحاقة يا قواد لم يعزر، وكذلك لو قال: يا قرد يا ولد الحرام يا عيار؛ لأنه هو الذي يتردد بغير عمل، وكذلك لو قال: يا مقامر؛ لأن أبا يوسف قال في رواية: لا بأس باللعب بالشطرنج.

وذكر في واقعات الناطفي: لو قال: يا مسخرة يا ضحكة يا مقامر لا يعزر، وقيل إنه يعزر؛ لأنه ألحق الشين به، ولو قال: يا بليد يا قذر يعزر؛ لأنه قذفه بمعصية ولأنه ألحق الشين به، ولو قال: يا أبله أو يا ناكس أو يا لاش أو يا منتوف لا يعزر؛ لأنه ما قذفه بمعصية وما ألحق الشين به.

قال أبو حنيفة في (**المجرد**) لو قال لرجل: يا شارب الخمر أو يا خائن أو أنك تأوي الزواني أو تأوي اللصوص عزر؛ لأنه ألحق الشين به.

(باب حد شرب الخمر)

(**المبسوط**): وحد شرب الخمر ثمانون سوطًا لإجماع الصحابة على ذلك والسكر الموجب للحد أن لا يعرف الرجل من المرأة ولا الأرض من السماء عند أبي حنيفة؛ لأن زوال العقل لا يظهر إلا بما قلنا.

وعندهما: أن يختلط في أكثر كلامه؛ لأن ذلك يدل على زوال العقل كما في المجنون.

فما قالاه هو المعتاد وما قاله أبو حنيفة هو الاحتياط؛ لأنه يثبت العفو به فيشترط تمام السكر وذلك فيما لا يعقل مطلقًا قليلًا ولا كثيرًا احتيالا لدرء العقوبة، ولا يحد السكران بإقراره على نفسه؛ لأنه يتوهم أن يقر كاذبا والحدود يحتال لدرئها ما أمكن ولا كذلك في سائر الحقوق، فإنه يؤخذ بإقراره؛ لأن السكران ألحق بالصاحي في جميع الحقوق إلا في الحدود الخالصة بإجماع الصحابة فإنهم اتفقوا إذا قذف إنسانا يقام عليه الحد؛ لأنهم قالوا إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون وهذا اتفاق منهم إذا قذف يقام عليه الحد.

(باب الحدود إذا اجتمعت وتجانست تداخلت وإن اختلفت يقام البعض والبواقي بطلت)

(**المبسوط**): وإذا اجتمعت الحدود وتجانست تداخلت، فإن قذف أو زنى أو شرب غير مرة يكفيه حد واحد؛ لأن احتمال حصول المقصود بالحد وهو الزجر والردع بالمرة الواحدة قائم فكان في البواقي شبهة عدم الفائدة فصارت شبهة في درء الحد وإذا اجتمع حدان وقدر على درء أحدهما درأ لقوله عليه السلام: "**ادرؤوا الحدود بالشبهات بما استطعتم**"[1].

---

(١) أورده الباغندي في مسند عمر بن عبد العزيز (ص٢٦٦، رقم ٤٨ - طبعة مكتبة دار الدعوة)، وعزاه لأبي مسلم الكجي، وابن السمعاني في ذيل تاريخ بغداد. وأورده السخاوي في المقاصد (ص٣٠، رقم ٤٦) وعزاه لأبي سعد بن السمعاني في الذيل في ترجمة الحسين بن علي بن أحمد الخياط المقرئ. قال العجلوني (٧٣/١): قال السخاوي: قال شيخنا - يعني الحافظ ابن حجر -: وفي سنده من لا يعرف، انتهى.

وإن كانت من أجناس مختلفة بأن اجتمع حد الزنا والسرقة والشرب والقذف والفقء بدأ بالفقء، فإذا برأ حد القذف، فإذا برأ إن شاء بدأ بالقطع، وإن شاء بدأ بحد الزنا وحد الشرب آخرها[1].

وقال الشافعي: يقدم حد الزنا على القطع.

والصحيح قولنا؛ لأن الموالاة تجوز بين الكل لما فيه من خوف التلف والحدود شرعت زاجرة لا متلفة فيقدم ما هو حق العبد على ما هو حق الله تعالى لافتقار العبد واحتياجه ولاستغناء الله تعالى وتقدسه، والفقء خالص حق العبد وحد القذف المعظم فيه حق الله تعالى، وكان تقديم الفقء أولى وللعبد في حق القذف نوع حق ولا حق له في حد السرقة والزنا فكان تقديم حد القذف أولى وحد القطع والزنا استويا في الثبوت؛ لأن كلاهما يثبت بالكتاب فاستويا في كونهما حقا لله تعالى على الخلوص فيتخير الإمام وحد الشرب ثبت بإجماع الصحابة عن اجتهاد فكان في الثبوت والوكادة دون سائر الحدود الثابتة بالكتاب فوجب تأخيره عن الكل.

وإن كان محصنا يبدأ بالفقء ثم بحد القذف ثم بالرجم ويلغي غيرها؛ لأن القتل حق العبد وأنه يأتي على النفس ويؤدي إلى إسقاط بعض الحد وقد أمرنا به، ولو قذف جماعة بالزنا بكلمة واحدة أو بكلام على حدة فعليه حد واحد خلافًا للشافعي؛ لأن حد القذف يجب حقا لله تعالى من جنس واحد اكتفى بالواحد منها.

وإن قذف إنسانا بعدما حُدَّ حُدَّ للثاني؛ لأنه تبين أن الزجر لم يحصل بالأول وكان إيجاب الثاني مفيدا كما لو زنا فحد ثم زنا، ولو ضرب القاذف إلا سوطا ثم قذف آخر ضرب السوط الأخير فقط؛ لأن الحد بعد لم يصر مقاما، فإنه اسم لمجموع جلدات فالبعض منه لا يكون حدا. عبد قذف رجلًا فعتق ثم قذف آخر وأخذه الأول فضرب أربعين ثم أخذه الثاني قال يتم ثمانين سوطا؛ لأن الأربعين وقع لهما يبقى للثاني أربعين.

ولو قذف الحر قبل أن يأخذه الثاني أتم الثمانين ويكون لهما جميعًا ولا يضرب

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٣١٦/١، ومواهب الجليل ٣٧٧/٢، والمهذب ١٨٦/١، وكشاف القناع ٣٠٠/٢.

ثمانين مستأنفا؛ لأن ما بقي تمام حد الأحرار فجاز أن يدخل فيه حد الأحرار. عبد قذف حرا ثم أعتق ثم قذف آخر فجاء به الأول ضرب له أربعين، فإن جاء به الثاني ضرب لهما أربعين، فإن لم يجئ به الثاني وجاء به الثالث استقبل له القاضي ثمانين، فإن جاء الثاني قبل أن يتم أربعين أتم له أربعين وقطع عنه، فإن جاء به بعدما أتم أربعين لم يلتفت إليه وأكمل ثمانين للثالث.

(**العيون**): رجل شرب الخمر فضرب بعض الحد ثم هرب ثم شرب ثانيا ضرب حدًّا مستقبلا، وكذلك لو ضرب الزاني بعض الحد ثم هرب وزنا بأخرى.

ولو ضرب القاذف بعض الحد وهرب وقذف آخر ثم قدم إلى قاضٍ ينظر إن حضر المقذوف الأول والثاني جميعًا يكمل للأول ويسقط الثاني؛ لأنه يتداخل، وإن حضر الثاني دون الأول يضرب حدا مستقبلا للثاني وبطل الأول؛ لأنه أمكن إقامة الحد للثاني لوجود دعواه ولا يمكن الإقامة للأول لعدم دعواه.

(باب الحد على الذمي)

(**المبسوط**): شهد أربعة من النصارى على نصراني بالزنا فقضي عليه بالحد ثم أسلم لا يحد؛ لأن الإسلام يَجُبُّ ما قبله بالنص، ولأن الطارئ على القضاء في الحدود كالمقارن له، ولا تقبل شهادة الكافر على المسلم ابتداء فكذا إذا طرأ على الشهادة يبطلها. الكافر المحدود في القذف أسلم تعود شهادته لما مر في الشهادات.

شهد أربعة من أهل الذمة على ذمي أنه زنا بمسلمة لا يحد وحد الشهود؛ لأن الشهادة قامت على فعل مشترك بينهما وهو الوطء والتمكين منها، ولم تقبل هذه الشهادة في حق المرأة لإسلامها ولا تقبل على الرجل للشركة بينهما، كما لو شهد ذميان على مسلم وذمي بسرقة مال واحد لا يقطع الذمي. شهد أربعة من أهل الذمة على ذميين وامرأتين كل رجل زنا بواحدة فأسلم واحد من الرجلين درأ عنه وعن صاحبته الحد وحد الآخران لأنهما زانيان مختلفان والله أعلم.

كتاب السرقة

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الحد على السرقة، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

أما مشروعية حدها: لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ولقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣] نزلت هذه الآية في قطاع الطريق.

ورُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**والله لو سرقت فاطمة بنت محمد لَقَطَعْتُ يَدَهَا**"[1].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢١٣/٤ (٣٤٧٥) و٢٩/٥ (٣٧٣٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي ٢٩/٥ (٣٧٣٣) قال: وحدثنا علي، قال: حدثنا سفيان، قال: ذهبت أسأل الزهري عن حديث المخزومية، فصاح بي، قلت لسفيان: فلم تحتمله عن أحد؟ قال: وجدته في كتاب كان كتبه أيوب بن موسى. وفي ١٩٩/٨ (٦٧٨٧) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا الليث. وفي (٦٧٨٨) قال: حدثنا سعيد بن سليمان، قال: حدثنا الليث. وفي ٢٠١/٨ (٦٨٠٠) قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثني ابن وهب، عن يونس. و«مسلم» ١١٤/٥ (٤٤٢٨) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث. وفي (٤٤٢٩) قال: وحدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، واللفظ لحرملة، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد. وفي ١١٥/٥ (٤٤٣٠) قال: وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن ماجه» (٢٥٤٧) قال: حدثنا محمد بن رمح المصري، قال: أخبرنا الليث بن سعد. و«أبو داود» (٤٣٧٣) قال: حدثنا يزيد بن خالد بن عبد الله بن موهب الهمداني، قال: حدثني الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد الثقفي، قال: حدثنا الليث. وفي (٤٣٧٤ و٤٣٩٧) قال: حدثنا عباس بن عبد العظيم، ومحمد بن يحيى، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٣٩٦) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أبو صالح، عن الليث، قال: حدثني يونس. و«الترمذي» (١٤٣٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٧٢/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٠) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا سفيان قال: كانت مخزومية تستعير متاعا وتجحده، فرفعت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلم فيها، فقال: لو كانت فاطمة لقطعت يدها، قيل لسفيان: من ذكره؟ قال: أيوب بن موسى. وفي ٧٢/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤١) قال: أخبرنا =

وأما تفسيرها: فهي أخذ مال متقوم مقدر محرز على سبيل الخفية والاستسرار حتى لو سرق الخمر أو الخنزير أو جلد الميتة أو سرق صغيرًا حرًّا ومات في يده لا يقطع ولا يضمنه، ولو سرق عبدًا صغيرًا فمات في يده يضمن؛ لأنه لا يرغب كل أحد في أحد ما ليس بمال متقوم وهو مقدر بعشرة دراهم.

قال مالك: مقدر بثلاثة دراهم.

وقال الشافعي: مقدر بربع دينار.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**لا قطع في أقل من عشرة دراهم**"[(١)]. وقوله عليه السلام: "**لا قطع إلا في ثمن المجن**[(٢)]"[(٣)] وقد اختلفت الأخبار في قيمة

=

محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب بن موسى. وفي ٧٢/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٢) قال: أخبرنا رزق الله بن موسى، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب بن موسى. وفي ٧٣/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٤) قال: أخبرنا عمران بن بكار، قال: حدثنا بشر بن شعيب، قال: أخبرني أبي. وفي ٧٣/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٥) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. وفي ٧٤/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٦) قال: أخبرنا أبو بكر بن إسحاق، قال: حدثنا أبو الجواب، قال: حدثنا عمار بن رزيق، عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن إسماعيل بن أمية. وفي ٧٤/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٧) قال: أخبرني محمد بن جبلة، قال: حدثنا محمد بن موسى بن أعين، قال: حدثنا أبي، عن إسحاق بن راشد. وفي ٧٤/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٨) قال: الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن وهب، قال: أخبرني يونس. و«ابن حبان» (٤٤٠٢) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، بعسقلان، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد. سبعتهم: (معمر بن راشد، والليث بن سعد، وأيوب بن موسى، ويونس بن يزيد، وشعيب بن أبي حمزة، وإسماعيل بن أمية، وإسحاق بن راشد) عن محمد بن مسلم بن شهاب الزهري، عن عروة بن الزبير، فذكره.

(١) أخرجه الدارقطني (٢٠٠/٣، رقم ٣٤٩)، والبيهقي (٢٦١/٨، رقم ٦٩٧١)، وقال: هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء.

(٢) هُوَ التُّرْس، سُمِّي بذلك لِأَنَّهُ يُوَارِي حَامِله، أَيْ: يَسْتُرهُ، وَكَانَ ثَمَن الْمِجَنّ ثَلَاثَة دَرَاهِم وَهُوَ رُبْع دِينَار وَهُوَ نِصَاب السَّرِقَة. عون المعبود - (ج ٤/ص ١١٥).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٦٩/٩ (٢٨٦٧٠) قال: حدثنا أحمد بن إسحاق. و«أحمد» ١٦٩/١ (١٤٥٥) قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«ابن ماجه» (٢٥٨٦) قال: حدثنا محمد بن =

المجن؛ رُوي أن قيمته ثلاثة دراهم، ورُوي أنها خمسة دراهم، ورُوي أنها عشرة، فقد أخذنا برواية العشرة احتياطًا وتوفيقًا بين الحديثين وتلفيقًا بينهما؛ ولأن القطع شرع للزجر وما دون العشرة مال حقير، فإنه لا ترغبه الطباع السليمة في سرقته ولا يحتاج فيه إلى الزجر وتكلموا في صفة الدراهم العشرة[1].

ذكر الكرخي: يعتبر عشرة دراهم مضروبة.

ورُوي عن أبي يوسف ومحمد: أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبر ما لم تكن مضروبة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا سرق عشرة مما يروج بين الناس قطع فهذا يدل على التبر إذا كان رائجًا يقطع.

وروى الحسن عن أبي حنيفة قال: يعتبر قيمة المسروق عشرة دراهم بأعز النقود وأروجها؛ لأنه إن كان المراد به أعز النقود لا يجب القطع بنقد البلد، وإن كان المراد به نقد البلد يجب بأعز النقود؛ لأن فيه ما في نقد البلد وزيادة فوجب أن ينصرف إلى أعز النقود حتى يكون إيجاب القطع بيقين لا بالشك.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه تعتبر قيمته بنقد البلد؛ لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إلى نقد البلد في الأشربة والبياعات إلا إلى أعز النقود وكذا في السرقات والجنايات اعتبارًا للعرف والعادة.

وأما كونه محرزا شرط كما تبين والأخذ على سبيل الخفية والاستسرار شرط

=

بشار، قال: حدثنا أبو هشام المخزومي. و«أبو يعلى» (٧٩٩) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي.

ثلاثتهم: (أحمد بن إسحاق، وابن مهدي، وأبو هشام، المغيرة بن سلمة المخزومي) عن وهيب بن خالد، عن أبي واقد الليثي، عن عامر بن سعد، فذكره.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧٣/٧، وحاشية ابن عابدين ١٩٨/٣، وحاشية الدسوقي ٣٣٩/٤، ٣٤٤، والقوانين الفقهية ٣٥٢، وحواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج ١٣٥/٩، وشرح روض الطالب، وكشاف القناع ١٣٩/٦، ١٤٠.

في السرقة الصغرى من المالك ابتداء لا انتهاء حتى لو ثقب البيت على سبيل الخفية والاستسرار ثم أخذ المال على سبيل المغالبة والمكابرة جهارا من المالك بأن استيقظ المالك، فإنه يقطع؛ لأن أكثر السرقات في الليالي تصير نهايتها المكابرة والمغالبة، فلو اعتبرنا المغالبة والمكابرة والمجاهرة في الانتهاء مانعة وجوب القطع لم يجب القطع في أكثر السرقات فيؤدي إلى سد باب القطع على الأعم والأغلب فلم يعتبر بخلاف ما لو كان كابره نهارا بأن نقب البيت على سبيل الخفية ودخل البيت ثم أخذ المال مكابرة ومغالبة لا يقطع؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بالمكابرة والمغالبة في النهار؛ لأنه وقت يلحقه الغوث من جهة الناس والسلطان فاعتبرنا الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار ابتداء وانتهاء شرطًا لوجوب القطع؛ لأن السرقة مأخوذة من مسارقة العين أو الكلام قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨] ومسروق الشيطان من الملائكة كان كلاما على سبيل الخفية والاستسرار منهم.

وأما السرقة الكبرى هي أخذ المال بقطع الطريق على سبيل الخفية والاستسرار من الإمام لا من المالك؛ لأن الأموال في الصحاري والبراري إنما تصير محفوظة محررة بحفظ الإمام ومحمية بحمايته لا بحفظ المالك وكان الأخذ من الإمام معنى.

وأما ركنها: فما هو تفسيرها لأنها تقوم به.

وأما شرطها[١]: أن يكون المأخوذ مالًا محرزًا لقوله عليه السلام: "**لا قطع في حَرِيسَةِ الْجَبَلِ**[٢]**، وما آوَاهُ الْمَرَاحُ**[٣] **ففيه القطع**"[٤]. وقوله عليه السلام: "**لا قطع في**

---

(١) انظر: ابن عابدين ٢٦٧/٣، والبدائع ٦٦/٧، والمبسوط ١٣٦/٩، وبداية المجتهد ٤٣٩/٢، والشرح الكبير للدردير ٣٣٨/٤، والقليوبي وعميرة ١٩٠/٤، ومغني المحتاج ١٦٤/٤، والمهذب ٩٤/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٦٧/٣، وكشاف القناع ١١٠/٦.

(٢) أَرَادَ بِهَا الشَّاة الْمَسْرُوقَة مِن الْمَرْعَى، وَالِاحْتِرَاس أَنْ يُؤْخَذ الشَّيْء مِن الْمَرْعَى، يُقَال: فُلَان يَأْكُل الْحِرْسَات، إِذَا كَانَ يَأْكُل أَغْنَام النَّاس. شرح سنن النسائي - (ج٦/ ص ٣٨٩).

(٣) أيْ: الْمَحِلّ تَرْجِع إِلَيْهِ وَتَبِيت فِيهِ. شرح سنن النسائي - (ج ٦/ص ٣٨٩).

(٤) أخرجه الحميدي (٦٠٨) قال: حدثنا سفيان، قال: سمعناه من داود بن شابور، ويعقوب بن عطاء. و«ابن أبي شيبة» ٢٢٤/٣ (١٠٨٧١) و٢٥٥/١٢ (٣٣٣٦٨) قال: حدثنا محمد بن بشر العبدي، قال: حدثنا هشام بن سعد. وفي ٨٢/٦ (٢٠٦٧٨) و٤٥٠/٦ (٢٢٠٥١) قال: حدثنا =

الثمار وما آواه الجرين أو الجران ففيه القطع".

وحريسة الجبل ما يسرق من الراعي في الجبال وأدركه الليل قبل أن يأويها المأوى، والمراح الموضع الذي يروح منه القوم أو يروحون إليه كالمَغْدَى من الغداة، والرواح العشي يقول: رُحْ رواحًا، أي: السير والعمل بالعشي، والإراحة رد

=

ابن أبي زائدة، عن محمد بن إسحاق. وفي ٤٦٠/٦ (٢٢٠٧٨) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا هشام بن سعد. وفي ٤٧٠/٩ (٢٨٦٧٢) قال: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان، عن محمد بن إسحاق. و«أحمد» ١٨٠/٢ (٦٦٨٣) قال: حدثنا يعلى، قال: حدثنا محمد بن إسحاق. وفي ١٨٦/٢ (٦٧٤٦) قال: حدثنا الحسين، قال: حدثني ابن أبي الزناد، عن عبد الرحمن، يعني ابن الحارث. وفي ٢٠٣/٢ (٦٨٩١) قال: حدثنا ابن إدريس، قال: سمعت ابن إسحاق. وفي ٢٠٧/٢ (٦٩٣٦) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق. وفي ٢٢٤/٢ (٧٠٩٤) قال: حدثنا حماد بن خالد، قال: حدثنا هشام بن سعد. و«ابن ماجه» (٢٥٩٦) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا أبو أسامة، عن الوليد بن كثير. و«أبو داود» (١٧٠٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، عن حماد بن سلمة، عن عبيد الله بن عمر. وفي (١٧١٠ و٤٣٩٠) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن ابن عجلان. وفي (١٧١١) قال: حدثنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو أسامة، عن الوليد، يعني ابن كثير. وفي (١٧١٢) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو عوانة، عن عبيد الله بن الأخنس. وفي (١٧١٣) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد (ح) وحدثنا ابن العلاء، قال: حدثنا ابن إدريس، عن ابن إسحاق. و«الترمذي» (١٢٨٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن عجلان. و«النسائي» ٤٤/٥ و٨٤/٨، وفي «الكبرى» (٢٢٨٥ و٥٧٩٧ و٧٤٠٣) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا أبو عوانة، عن عبيد الله بن الأخنس. وفي ٨٥/٨، وفي «الكبرى» (٥٧٩٥ و٧٤٠٤) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن عجلان. وفي ٨٥/٨، وفي «الكبرى» (٥٧٩٦ و٧٤٠٥) قال: الحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، عن ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، وهشام بن سعد. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٧) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، وهشام بن سعد. وفي (٢٣٢٨) قال: حدثناه يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير، عن محمد بن إسحاق.

عشرتهم: (داود بن شابور، ويعقوب بن عطاء، وهشام بن سعد، ومحمد بن إسحاق، وعبد الرحمن بن الحارث، والوليد بن كثير، وعبيد الله بن عمر، ومحمد بن عجلان، وعبيد الله بن الأخنس، وعمرو بن الحارث) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

الإبل من العشي، والجران مقدم العنق من مذبح البعير إلى منحره، والجرين موضع البيدر بلغة أهل اليمن، وقال عامتهم: بكسر الجيم الجرين وجمعه الجرن وهو الموضع الذي يجمع فيه الثمر إذا صرم، ولأن المال إنما يصير خطيرًا عزيزًا بالحفظ والجرن، فأما ما لا حظر له عند الناس لا يحرز وإنما يحرز ما له حظر.

وأما حكمها: فوجوب القطع خزيًا وتنكيلًا في الدنيا واستحقاق العقوبة وتعذيبًا في الآخرة.

(باب ما يوجب القطع وما لا يوجبه)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في السرقة من الأبنية.

والثاني: السرقة من الكم والأوعية.

والثالث: في السرقة في البراري من الأخبية.

والرابع: في السرقة من ظهر البهيمة.

(فصل)

أصله: معرفة الحرز، والحرز ما يصير المال به محفوظا عن أيدي المتلصصة والمال يصير محفوظًا محرزًا بالبناء والوعاء والحافظ؛ لأن هذه الأشياء يمنع وصول يد المتلصصة إليه ويصير المال محصنا بها غالبًا.

ثم مسائله على أقسام:

أحدها: الأخذ من الحرز من غير دخوله.

والثاني: الأخذ من الحرز من غير إخراج.

والثالث: الأخذ من الكل والإخراج من البعض.

أما القسم الأول: لو ثقب البيت وأدخل يده فسرق مالًا لا يقطع خلافًا للشافعي وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن القطع إنما يجب لهتك الحرز وإخراج المال لا بدخوله الحرز بدليل أنه لو شق الجوالق أو الكم أو الصندوق فأدخل يده وأخرج المال وجب القطع، وإن لم يدخل الحرز وقد وجد أخذ المال من الحرز فيجب القطع.

لنا: أن هتك الحرز شرط مع إخراج المال لوجوب القطع والشروط تراعي الكامل منها ما أمكن خصوصا في باب الحدود وهتك الحرز إنما يكمل بدخول الحرز إذا أمكن وفي البيت أمكن الدخول فيه فيشترط، فإذا لم يدخل لم يكمل هتك الحرز بخلاف الكم والجوالق والصندوق الدخول فيه غير ممكن فيكون الهتك الكامل في حقه بإدخال اليد حتى لو شقه فخرج المال وأخذ ولم يدخل يده لا يقطع؛ لأن الهتك لم يكمل؛ لأن إدخال اليد ممكن، فإذا لم يدخل يده كان هتكًا ناقصًا فكذا هذا.

وأما **القسم الثاني**: لو أخذ المتاع ولم يخرجه من الدار لم يقطع؛ لأن الدار في يد المالك فما في الدار يكون في يده معنى، فإن كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى الدار قطع؛ لأن كل مقصورة بمنزلة دار على حدة؛ لأن أهل المنازل ينتفعون بصحن الدار مثل انتفاع السكة لا مثل انتفاع المنازل وكان صحن الدار بمنزلة السكة وكان كل مقصورة ومنزل حرزًا على حدة، وكذا لو سرق واحد من أهل هذه المقاصير متاع من يسكن مقصورة أخرى قطع لما بينا. وفي الدار المشتملة على بيوت لو كان ضيفا في بيت فسرق متاعا من بيت آخر من تلك الدار لم يقطع؛ لأن الكل حرز واحد، فإذا كان مأذونا بالدخول فيه لم يلزمه القطع.

وذكر في (**المنتقى**): عشرة نفر في دار واحدة كل رجل منهم في بيت على حدة فسرق سارق من كل رجل منهم أقل من عشرة دراهم قطعته لأنها سرقة واحدة، ولو كانت حجرا كثيرة في دار عظيمة فسرق من كل حجرة أقل من عشرة دراهم لم يقطع لأنها سرقات متفرقة من حرز متعدد، ولو دخل الدار وأخذ المتاع فرمى به إلى السكة ثم خرج فأخذه يقطع خلافًا لزفر، ولو لم يأخذه لا يقطع بالإجماع لزفر أن السرقة إنما تتم موجبة للقطع بهتك الحرز وأخذ المال من الحرز ولم يتم أخذ المال من الحرز؛ لأن الأخذ إنما يتم بعد زوال يد المالك عنه حين زالت يد المالك بالرمي إلى السكة فأخذ السارق ليس بقائم؛ لأنه زالت يده عنه بالرمي فينعدم أخذه والأخذ من السكة حصل خارج الحرز فلا يوجب القطع. لنا: أن أخذ السارق قائم معنى وقت زوال يد المالك متى أخذ من السكة؛ لأن الرمي متردد بين أن يكون

تضييعا للمال وبين أن يكون حيلة لإتمام الأخذ؛ لأن السارق عسى لا يتمكن من الخروج مع المتاع فيرمي ليتمكن من الخروج أو إنما رمى ليفرغ يده فيمكنه دفع المالك على هذا أكثر السرقات فمتى لم يأخذ المتاع ظهر أن الرمي كان تضييعا منه ومتى أخذ ظهر أن الرمي كان حيلة منه لإتمام الأخذ لا للتضييع فاعتبر أخذه قائمًا إذ لو لم يعتبر وأكثر السرقات على هذا الوجه يؤدي إلى سد باب القطع، ولو أخذ السارق في الدار حتى لم يمكنه الأخذ بعد الرمي لا يقطع خلافًا للشافعي؛ لأنه متى لم يأخذ ظهر أن قصده من الرمي تضييع المال لا لإتمام الأخذ، فإن من عادة السراق تضييع البعض وأخذ البعض فلم يتم أخذه ولو ناول صاحبا له خارج الدار لم يقطع واحد منهما؛ لأن السرقة لم تتم من كل واحد منهما؛ لأنه من أحدهما هتك الحرز ومن الآخر إخراج المال فحسب هذا إذا وضعه على عتبة الدار فأخذ الخارج، فإن أخرج الداخل يده من الثقب فأخذه الخارج يقطع الداخل خاصة، وهكذا رُوي عن أبي يوسف مفصلا فقال: إذا أدخل الخارج يده من الثقب لم يقطع واحد منهما، وإن أخرج الداخل يده من الثقب فأخذ الخارج يقطع الداخل خاصة؛ لأنه وجد منه هتك الحرز وإخراج المال من الحرز، فإن المال صار خارجا من الحرز بفعله، ولو وضع الداخل عند الثقب ثم خرج وأخذ المتاع قيل يقطع؛ لأنه وجد منه هتك الحرز وإخراج المال من الحرز؛ لأن المال صار مخرجا بفعله فصار كما لو رمى إلى السكة ثم أخذه وقيل لا يقطع؛ لأن المال صار مخرجا من الحرز بفعله إلا أنه هو خارج الحرز فصار كما لو أدخل يده في الثقب فأخرجه بخلاف ما لو رمى إلى السكة؛ لأن المال صار مخرجا من الدار وهو في الدار بعد فكان بمنزلة ما لو أخرج بنفسه.

فأما **القسم الثالث**: ولو كانوا جماعة جمعوا المتاع وحملوه على ظهر رجل منهم حتى أخرجه من الحرز يقطع الكل استحسانًا والقياس أن يقطع وحده وبه أخذ زفر والشافعي.

لهما: أن السرقة إنما تمت من الحامل دون أصحابه؛ لأن هتك الحرز وإخراج المال وجد من الحمال؛ لأن يد المالك زالت عن المتاع بانفصال المتاع من داره

وأخذ الحمال قائم حقيقة وقت زوال يد المالك فتم الأخذ منه، وجه الاستحسان: أن المعتاد فيما بين السراق أن يتولى بعضهم أخذ المتاع وحمله والبعض يحفظون أبواب الدور رصدا لأصحابهم متهيِّئون لدفع صاحب المال فيكون هذا حيلة لإتمام الأخذ فيكون أخذهم قائمًا معنى واعتبارا حال انقضاء المتاع من الدار فكان هذا فعلًا معهودا وأمرًا معتادًا فيما بين السراق وكل شبهة تمكنت في الفعل المعهود لا تكون معتبرة؛ لأن اعتبارها يؤدي إلى فسخ الحدود، وإن سرق باب الدار أو سرق ثوبا بأبسط على حائط قد ظهر إلى السكة لا يقطع خلافًا للشافعي؛ لأنه يمكن النقصان في معنى الحرز؛ لأنه لا حرز مما يلي السكة؛ لأن الحرز عبارة عما يمنع وصول اليد إليه فلم يكن الجانب الذي يلي السكة محرزا وكان بعضه محرزا وهو مما يلي الدار وبعضه غير محرز وهو ما يلي السكة فكان محرزا من وجه دون وجه فمنع الوجوب، ولو سرق ثوبا من الحمام في الوقت الذي يفتح لدخول الناس لا يقطع، وإن كان للثياب حافظ، وكذلك التاجر إذا أذن للناس بالدخول في حانوته فسرق منه ثوبا لا يقطع، وإن كان له حافظ خلافًا للشافعي فيما إذا كان له حافظ؛ لأن المال لم يصر محرزا بالبناء؛ لأنه أذن للناس بالدخول فيه، ولهذا لم يقطع إذا لم يكن له حافظ ولم يصر محرزا لحافظ؛ لأنه لا يعتبر الحرز بالحافظ مع وجود البناء؛ لأن الحرز بالحافظ كالبدل عن الحرز بالبناء؛ لأن الحرز بالحافظ ناقص والبناء كامل ولأن المال بالبناء يصير مختفيا مستترا يمنع وصول يد المتلصصة إليه وبالحافظ لا يصير مختفيا ولا يمنع وصول اليد إليه؛ لأنه ربما تصل اليد إليه عند تغافل الحافظ واشتباه صاحبه عليه أو تأخذه سنة ونومة. والحمام يصلح حرزا لما فيه من المال؛ لأن منفعة الحرز مطلوبة منه وهو كونه مانعا وصول اليد إليه وقد بطل ذلك بالإذن، وإذا أذن له بالدخول في بيت من داره فسرق من بيت آخر لم يؤذن له بالدخول فيه، ذكر في النوادر فيه روايتان في رواية يقطع؛ لأن الإذن بالدخول في بيت لا يكون إذنا بالدخول في بيت آخر وفي رواية لا يقطع؛ لأن الدار المشتملة على منازل كان منزل منها بمنزلة بيت على حدة حقيقة ولكن في حق الأحكام جعلت بمنزلة بيت واحد حتى لو سرق شيئًا من بيت فأخرجه إلى صحن

الدار لا يقطع كما لو لم يخرجه، وكذا لو شرط على المودع أن يحفظ الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت آخر من هذه الدار لا يضمن فتثبت شبهة الإذن والشبهة كافية لدرء الحد.

(فصل)

أصله: أن حرز كل شيء على حسب ما يليق بذلك الشيء بدليل ما رُوي عن النبي عليه السلام أنه جعل الجرين حرزًا للثمار، والمراح حرزًا للأغنام، على ما روينا فيكون الحرز تارة بالحافظ وتارة بالوعاء وتارة بالبناء. ولو جمع الرجل الثمرة في بقعة في الصحراء وصاحبه نائم يحفظه فسرق منه يقطع، وكذلك المسافر ينزل في الصحراء فيجمع المتاع فيثبت عليه فسرق منه يقطع؛ لأن المال في الصحراء يصير محفوظا ومحرزًا بالحافظ، وكذلك إن كان المتاع في فسطاط فسرق؛ لأن الفسطاط لما فيه؛ لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إليه ويصير المال مختفيا به وقد وجد، فإن سرق الفسطاط نفسه لا يقطع؛ لأنه حرز لما فيه وليس بحرز لنفسه؛ لأنه شيء ظاهر والمحرز ما يكون مختفيا إلا أن يكون صاحبه قائمًا عليه يحفظه؛ لأنه يصير محرزًا بالحافظ.

وإن سرق من القطيع بعيرًا أو حملًا على بعير لا يقطع.

وإن شق حملًا فسرق منه قطع؛ لأن مقصود السائق والقائد السوق والسير لا الحفظ ولا يصير محرزًا به مقصودًا فاعتبر الجوالق حرزا له؛ لأن الجوالق حرز لما فيه؛ لأنه يمنع وصول اليد إليه ويصير المال مختفيا به، فإن شق وأخذ منه قطع وإلا فلا وإنما تعتبر الجوالق حرزا إذا خيف هجوم صاحبه كما في هذه المسألة حتى لو كان مع هذه الأحمال من يبيعها للحفظ قطع السارق للحمل بعينه كما يقطع الذي شق الجوالق وأخذه.

(فصل)

ولو سرق جوالقًا فيه متاع أو جراب فيه مال وصاحبه يحفظه أو نائما عليه قطع؛ لأنه صار محرزًا بصاحبه. في كمه دراهم مصرورة مشدودة فطرّها رجل ينظر إن

كان الرباط داخل الكم والدراهم خارجة من الكم وربطها داخل الكم فحل الرباط وأخذ الدراهم لم يقطع؛ لأنه لم يهتك الحرز وهو الكم؛ لأنه متى حل الرباط داخل الكم تقع الدراهم على الأرض أو على يده؛ لأن الدراهم موضوعة خارج الكم فلم يوجد إخراج الدراهم من الكم الذي هو حرز وإنما وجد منه إدخال اليد لا غير فصار كما لو دخل البيت ولم يخرج المال ثم خرج وأخذه من الخارج، وإن قطع الرباط وأخذ الدراهم كذلك مربوطة يقطع؛ لأنه أدخل يده في الكم وأخذ الدراهم من الكم فتم هتك الحرز وأخذ المال فصار كما لو دخل البيت وأخرج المال مع نفسه؛ لأن إدخال يده في الكم كإدخال نفسه في البيت وإخراج الدراهم من الكم كإخراج المال من البيت، وإن كان الرباط خارج الكم والدراهم في الكم إن حل الرباط وأخذ الدراهم قطع؛ لأنه يحتاج إلى إدخال يده في الكم وإخراج الدراهم من الحرز؛ لأن الدراهم تقع في الكم متى حله فقد هتك الحرز وأخذ المال، وإن قطع الرباط وأخذ الدراهم لا يقطع؛ لأنه متى قطع الرباط لا يحتاج إلى إدخال اليد في الكم فصار كما لو ثقب البيت وأخذ المتاع ولم يدخل.

(**المنتقى**): سارق دخل الدار وجمع المتاع ثم طرحه في نهر كان فيها فذهب به الماء وأخرجه لا قطع عليه؛ لأنه أخرجه الماء دون السارق وإن لم يكن للماء قوة وإنما أخرجه بتحريك السارق فعليه القطع؛ لأنه أخرجه السارق دون الماء. دخل مع حمار منزلا فجمع الثياب وحمله على الحمار ثم خرج هو من المنزل وذهب إلى منزله فخرج الحمار فجاء إلى منزل السارق لا يقطع، وكذا لو علق على طائر له وتركه في المنزل فطار بعد ذلك إلى منزله، ولو ساق الحمار حتى أخرجه قطع؛ لأن السوق مضاف إلى فعله. جماعة نزلوا خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا قطع عليه، ولو كانوا في مسجد جماعة والمسألة بحالها يقطع والفرق أن الخان حرز بنفسه ولا يصير المال محرزا بالمالك والحافظ فما لم يخرجه عن الحرز لا يجب القطع. فأما المسجد فليس بحرز فيصير المال محرزا بالمالك، فإذا أخذ فقد أخذ من الحرز، ولهذا لو سرق شيئًا من مسجد جماعة وتنحى عن صاحبه وأخذه قبل أن يخرج من المسجد يقطع، ولو سرق من

بيت رجل وأخذ قبل الخروج من بيته لم يقطع، ولو سرق من حمام أو حانوت أو سفينة أو خان وصاحبه معه لا يقطع؛ لأن هذه المواضع حرز في الجملة ولا تصير محرزًا بالمالك لما بينا وقد ثبت الإذن بالدخول فيه.

وذكر الفقيه أبو الليث في العيون: عند أبي حنيفة يقطع في الحمام وعلى قياس هذا يقطع في غيره أيضًا ولكن لم يذكر محمد خلافه في المبسوط، وإن كان الحمام قد أغلق بابه أو في الخان قطع ذكره في (**نوادر ابن رستم**) عن محمد ولا يشبه المسجد إذا أغلق بابه فسرق لا يقطع؛ لأن الحمام والخان حرز والمسجد لا. رجل ثقب حائطا بغير إذن صاحبه ثم غاب فدخل سارق إلى الثقب فسرق شيئًا لا يضمن الثاقب المسروق؛ لأنه تسبب والسارق مباشر فصار كما لو فتح باب القفص فطار الطير منه. السارق إذا دخل بيتًا فابتلع دنانير ثم خرج لم يقطع وضمن ولا ينتظرونه إلى أن يضعها؛ لأنه استهلكها ولم يخرجها من البيت فقد تحقق سبب الضمان وهو الاستهلاك فلا وجه للانتظار، والغشاش وهو الذي يهيئ لغلق الباب ما يفتحه فعين بابا في الدار أو في السوق نهارا وليس في الدار ولا في السوق أحد لم يقطع، وإن كان فيه أحد من أهلها وأخذ المتاع وهو لا يعلم يقطع، والقفاف لا يقطع وهو الذي يعطي الدراهم إليه لينظر إليها فيأخذها وصاحبها لا يعلم به، قال محمد في نوادر هشام: بلا خلاف في غيره.

ولو جمع متاعه في صحراء ولم ينم على متاعه وإنما نام عنده فسرق منه يقطع إذا نام حيث يراه ويحفظه؛ لأنه صار محرزا بالحافظ.

وفي نوادر ابن رستم: لو سرق من رجل نائم وعليه ملاءة له وهو لابسها أو واضع قريب منها بحيث يكون حافظا له يقطع، ولو سرق ثوبا عليه وهو رداءه أو قلنسوة أو طرف منطقه أو سيفه أو سرق من امرأة حليًّا عليها لا يقطع لأنها خلسة وليست بخفية سرقة، ولو سرق من رجل نائم عليه قلادة وهو لابسها يقطع؛ لأنه أخذها خفية وسرًّا وله حافظ وهو النائم.

قال محمد في "نوادره": لو جمع الغنم في حظيرة في الصحراء كان عليها حافظ أو لم يكن بأن جمع الأحجار أو السوط حول البقعة وهو نائم عندها قطع سارقها،

ولو كان على الدار باب والباب مفتوح فدخل نهارا وأخذ المتاع لم يقطع، ولو دخل ليلا والباب مفتوح أو لا وذلك بعدما صلى الناس العشاء وأخذ المتاع خفية أو مكابرة ومعه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا يقطع، فإن دخل اللص ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون فهو بمنزلة النهار؛ لأنه وقت غوث واستغاثة، ولو كان صاحب الدار يعلم بدخول اللص واللص لا يعلم بأن فيها صاحب الدار أو يعلم اللص دون صاحب الدار بدخوله يقطع، ولو علما لا يقطع؛ لأنه لم يوجد الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار.

(باب ما تقع به السرقة وما لا تقع)

(**المنتقى**): ذكر ابن رستم عن محمد: رجل سرق عشرة دراهم من عشرة أنفس من كل كيس لأحدهما درهم يقطع إذا أخذها قبل أن يخرج من البيت؛ لأن شرط وجوب القطع كمال النصاب في سرقة واحدة دون اتحاد الملاك واختلافها، كما لو سرق عشرة مشتركة بين عشرة أنفس؛ لأن النص أوجب القطع في مال مقدر بعشرة مطلقا لا يفصل بين اتحاد المالك واختلافه. رجل سرق عشرة دراهم عند إنسان وديعة لعشرة رجال يقطع؛ لأنه سرق العشرة من يد المودع وهو أصل في الخصومة، وإن سرق ثوبين كل واحد يساوي تسعة وأخرجهما يقطع؛ لأنه سرقة واحدة، وإن سرق من بيت ثوبا يساوي تسعة فوضعه على باب البيت ثم أخذ آخر يساوي تسعة وأخرجه لم يقطع لأنهما سرقتان مختلفتان، ولو سرق ثوبا يساوي عشرة دراهم فوضعه على باب الثقب ثم دخل البيت ثانيا وأخذ منه قطع؛ لأن في الأول وجد هتك الحرز وفي الثاني وجد إخراج المال فتمت السرقة، ولو سرق ثوبا أو دينارا يساوي عشرة ثم ارتفعا إلى القاضي وهو يساوي تسعة لا يقطع؛ لأن كمال النصاب بغير وقت السرقة والخصومة جميعًا.

بشر عن محمد: إذا سرق نصف دينار مقطوع قيمته عشرة دراهم قطعته، وإن سرق دينارا قيمته أقل من عشرة دراهم لم أقطعه إلا فيما يجوز بين الناس.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة: إذا سرق أحد عشر درهما لا يجوز بين الناس،

وإن كانت تساوي عشرة دراهم رائجة قطع وإلا فلا، ولا يقطع في إناء فضة إلا أن يكون وزنه عشرة وقيمته عشرة دراهم مما يجوز بين الناس؛ لأن القطع إنما يجب بسرقة عشرة دراهم وزنا وقيمة. رجل سرق مائة فقطعت بها يده وأخذت منه ثم سرقها ثانيا مع مائة أخرى مخلوطة أو غير مخلوطة قطع؛ لأنه سرق نصابا معصوما؛ لأن ما عدا تلك المائة نصاب معصوم حقا للعبد.

ولو سرق ثوبا أو قميصا أو قباء أو سراويل يساوي خمسة دراهم وفيه خمسة مصرورة أو دينارا ولؤلؤة تساوي عشرة دراهم يقطع، وإن سرق كساء أو قطيفة لا تساوي عشرة فيه دنانير لا يقطع إذا لم يعلم بما فيه؛ لأن الثوب والقميص لا يصلح وعاء للدنانير عادة؛ لأنه لا يكون فيه الدنانير.

(باب من يجب عليه القطع ومن لا يجب)

(المبسوط): ويجب القطع على المرأة والعبد والمكاتب بالسرقة لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] بلا تفصيل ولا يجب على الصبي والمجنون والمعتوه؛ لأن الحد إنما يجب بفعل محظور ولا حظر في حقهم لأنهم غير مخاطبين ولا يقطع الوالدين بسرقة مال ابنهما؛ لأن لهما ولاية بملك مال الابن عند الحاجة وهنا مستفاد من جهته حاجتهما إلى درء الحد وشبهة الملك كافية لدراية فيثبت لهما شبهة الملك قبيل السرقة صونًا لهما عن ذل الحد ولا يقطع الابن إذا سرق مال أبيه أو أمه؛ لأنه مأذون بالدخول في الحرز والانتفاع بمالهما عادة، فإنه لا يجزئ بينهما الشح والظنة عادة ولأنه يستحق النفقة في مالهما عند حاجته باعتبار الجزئية والبعضية، وإن لم تثبت حقيقة الاستحقاق عند اليسار والغنية ثبت بشبهة الاستحقاق لقيام سبب الاستحقاق وهو قرابة الولاد، وكذا لو سرق من ذي رحم محرم منه كالأخ والأخت والخال والخالة والعم والعمة لا يقطع خلافًا للشافعي؛ لأن المحرم مأذون بالدخول في الحرز عادة فينعدم الحرز في حقه ولأن القرابة المحرمة تثبت لاستحقاق النفقة عند العسرة والحاجة، فإن لم تثبت حقيقة للاستحقاق عند اليسار والغنية تثبت شبهة الاستحقاق، وكذلك لو سرق أحد

الزوجين من صاحبه لا يقطع؛ لأن بينهما اتصال أملاك ومنافع، فإن كل واحد منهما مطلق الأخذ والانتفاع بمال صاحبه من غير استئذان ومبالاة وحشمة، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه، ولو سرق من أمه من الرضاع يقطع، وإن سرق من أمه من الزنا لا يقطع؛ لأن الولد يدخل بيت أمه من غير استئذان ويتناول مال الأم من غير استئذان ولا كذلك الأم من الرضاع؛ لأنه لا يدخل بيتها إلا باستئذان عادة وليس بينهما وجوب صلة ولا استحقاق حق في المال والأختان والأصهار كزوج البنت والأخت وكل من يحرم عليه بالمصاهرة إذا سرق بعضهم من بعض لا يقطع عند أبي حنيفة، وعندهما يقطع؛ لأنه يباح لهم الدخول لأجل الزيارة وصلة الرحم خاصة لا مطلقًا فلم يظهر إباحة الدخول في حق أخذ المال بل الدخول لقصد أخذ المال حرام عليهم فلم يكن دخولهم في الحرز مأذونا لأجل أخذ بالسرقة بخلاف غيرهم من الأقارب؛ لأن الدخول مباح لهم مطلقا له أن الدخول في منزل المسروق منه مباح لها ولا لقيام سبب الإباحة وهو القرابة المحرمة وهذا السبب إن لم يفد حقيقة الإباحة في حق أخذ المال فلا أقل من أن يورث شبهة الإباحة والشبهة مانعة من القطع، ولو سرق من مطلقته طلاقا بائنا أو ثلاثا لا يقطع في عامة الروايات؛ لأن الدخول لكل واحد منهما في منزل الآخر مباح حال قيام العدة؛ لأن للزوج حق الدخول عليها للاطلاع عليها صيانة لمائه فإنها مشغولة بماء الزوج وللمرأة حق الدخول على الزوج؛ لأنها مأمورة بالسكنى حيث يسكنها الزوج فيمكن الخلل في الحرز فلم يجب القطع وفي رواية يقطع؛ لأن كل واحد منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه ولما حرمت الخلوة بينهما حرم الدخول لكل واحد منهما على صاحبه.

ولو سرق العبد من مولاه لا يقطع؛ لأنه مأذون بالدخول في بيت المولى لإقامة المصالح شرعا وعرفا، وكذلك لو سرق من أب مولاه أو أمه أو ذي رحم محرم منه أو من امرأة مولاه وكل ما لا يقطع المولى بالسرقة فيه؛ لأنه يدخل في بيوت هؤلاء من غير استئذان فتمكنت شبهة في الحرز، وكذلك المكاتب إذا سرق من مال مولاه لا يقطع؛ لأنه عندما بقي عليه درهم وكذلك المولى إذا سرق من مال مكاتبه أو عبده المأذون؛ لأن له في مالهما حق الملك فأورث شبهة ويقطع بالسرقة من العبد؛ لأنه بمنزلة المودع فيما في يده ويقطع بالسرقة من المودع ويقطع بسرقة مال الذمي؛ لأن

ماله معصوم فيحرم كنفسه ولا يقطع بسرقة مال بيت المال ولا بسرقته من غريمه مثل ما عليه؛ لأن الأخذ مباح له إذا ظفر بجنس حقه، وكذلك إن كان الدين مؤجلا؛ لأن السبب المبيح للأخذ قائم وهو كون المأخوذ من جنس حقه، فإن لم تفد حقيقة الإباحة لمانع وهو الأجل أورث شبهة الإباحة ويقطع بسرقة خلاف حبس ما عليه إلا إذا قال أخذته رهنا بحقي أو قضاء بحقي لا يقطع؛ لأنه ادعى الأخذ بإذنه؛ لأن خلاف الجنس لا يكون قضاء ورهنا إلا برضاء صاحبه فصار مدعيا الإذن بالأخذ، ولو ادعى الإذن بالأخذ صريحا لم يقطع فكذا هذا، ولو سرق من دار أجّرها يقطع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يقطع، وقول محمد مضطرب.

لأبي يوسف: إن ملكه قائم في رقبة الدار بعد الإجازة وإنه سبب لملك المنفعة فأورث شبهة ملك المنفعة كمن زوج أمته من إنسان ثم وطئها لا يحد لقيام ملك الرقبة فكذا هذا لأبي حنيفة إن ملك الرقبة لا تفيد شبهة الملك في منفعة الدار المستأجرة؛ لأن منافعها صارت مستحقة مملوكة للمستأجر بالإجارة من كل وجه لأنها معدومة كما حدثت عن ملك المستأجر؛ لأن الإجارة إنما هي تمليك المنفعة أو تمليك رقبة الدار في حق المنفعة وأيما كان فقد زال ذلك كله إلى المستأجر ولا يتصور للأجر أن يبقى فيها شبهة بخلاف نكاح الأمة؛ لأن المولى ملكها رقبة ومنفعة فملك المتعة إن صار للزوج بالنكاح بقيت المنافع مملوكة للمولى ملك يمين، ولهذا يملك استخدامها بعد النكاح فيكون المهر له والملك مطلق للاستيفاء، فإن لم تفد حقيقة الاستيفاء فلا أقل من أن يورث شبهة.

(**المنتقى**): قوم سرقوا وفيهم صبي أو مجنون لا قطع عليهم، وإن ولي إخراج المتاع كثير عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الفعل واحد لم يوجب القطع على الصبي ولا يوجب على الباقي للشبهة كالبالغ العاقل مع الصبي والمجنون إذا اشتركا في القتل لا يجب القصاص، قال أبو حنيفة في الأعمى إذا سرق لم يقطع لجهله بمال غيره وحرز غيره؛ لأنه لا يهتدي إلى معرفته يقينا.

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في سرقة المصحف والكتب وما يتسارع إليه الفساد.

والثاني: في سرقة ما هو أصله مباح.

والثالث: في تغييب السارق المسروق في الحرز.

(فصل)

وإذا سرق مصحفًا أو كتابًا من الفقه لا يقطع خلافًا للشافعي، وهو رواية أبي يوسف؛ لأنه مال متقوم يجوز بيعه ويضمن متلفه ويحرز عادة.

لنا: أن أخذ المصحف والكتب ليتلقن ما فيه عند الحاجة إلى إقامة شيء من دينه مباح إلا أن الحاجة أمر باطن متكتم فأقيم كونه مخاطبا وهو سبب إلى معرفة الأحكام مقام الحاجة والظاهر أن الأخذ كان لحاجة أو محتملة فأورث شبهة الإباحة، وهذا كما لو سرق طعاما في سنة القحط لا يقطع؛ لأن له التناول عند الحاجة وحلول المحل والقحط سبب مفضي إلى الحاجة فقام مقام الحاجة فتمكنت فيه شبهة الإباحة فكذا هذا ولأن الإذن بأخذ المصحف وكتب الفقه للقراءة والنظر فيه وقت الحاجة ثابت عرفا وعادة، ولهذا جرت المساهلة فيما بين الناس بأخذ مصاحف الغير للقراءة من غير استئذان فالثابت عرفا كالثابت نصًّا، ولو سرق الجلد والأوراق قبل الكتابة يقطع؛ لأنه لا حاجة إلى أخذ ذلك ولا يباح الأخذ، وأما كتب الأدب اختلفوا فيه قيل يقطع؛ لأنه غير محتاج إليه لمعرفة الأحكام؛ لأنه ليس فيها أحكام وقيل لا يقطع؛ لأنه محتاج إليه لمعرفة اللغة لمعرفة الفقه والأحكام وتفسير القرآن والحاجة، وإن قلت تفي إيراث الشبهة وفي دفاتر الحساب للتجار يقطع؛ لأنه غير محتاج إليه والإذن بالأخذ غير ثابت عرفا، فإذا سرق ما يتسارع إليه الفساد كاللحم والخبز والفاكهة الرطبة واللبن والأشربة المباحة لا يقطع خلافًا للشافعي، وإن كان شرابا يبقى ويدخر يقطع.

والصحيح قولنا[1]؛ لقوله عليه السلام: "**لا قطع في طعام، ولَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا**

---

(١) قَالَ فِي شَرْح السُّنَّة: ذَهَبَ أَبُو حَنِيفَة إِلَى ظَاهِر هَذَا الْحَدِيث فَلَمْ يُوجِب الْقَطْع فِي سَرِقَة شَيْء مِن الْفَوَاكِه الرَّطْبَة سَوَاء كَانَتْ مُحْرَزَة أَوْ غَيْر مُحْرَزَة وَقَاسَ عَلَيْهِ اللُّحُوم وَالْأَلْبَان وَالْأَشْرِبَة، وَأَوْجَبَ الْآخَرُونَ الْقَطْع فِي جَمِيعهَا إِذَا كَانَ مُحْرَزًا، وَهُوَ قَوْل مَالِك وَالشَّافِعِيّ، وَتَأَوَّلَ =

كَثَرٍ[(١)]"[(٢)]. قيل: الكثر الصغار من النخل، وقيل: الجمار وهو شيء يكون في وسط النخلة في باطنها بمنزلة الدماغ في الآدمي إذا أخرجت من النخلة يبست، فيه دليل على أنه لا يقطع في الثمار كلها وبه نقول إذا كانت السنةُ سنةَ قحط لا يجب القطع في سرقة الثمار كلها عملا بعموم الحديث، وإن كانت السنة سنة خصب فهو محمول على ما إذا كانت الثمار مما يتسارع إليها الفساد، فإن كانت الثمار مما لا يتسارع إليها الفساد وهي محرزة بأن جعلها في حظيرة عليها أو معها حافظ ففيها القطع لقوله عليه السلام: "**لا قطعَ في الثمر حتى يُؤويهِ الجرينُ، وإذا أواه الجرين ففيه القطع**"[(٣)]، فإن جذّ الثمرة وحصد الزرع وجعل في حظيرة عليها باب أو حفظه، وقوله عليه السلام: "**لَعَنَ اللهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ**"[(٤)] والبيضة ما يتسارع

=

الشَّافِعِيّ عَلَى التِّمَار الْمُعَلَّقَة غَيْر الْمُحْرَزَة وَقَالَ نَخِيل الْمَدِينَة لَا حَوَائِط لِأَكْثَرِهَا، وَالدَّلِيل عَلَيْهِ حَدِيث عَمْرو بْن شُعَيْب وَفِيهِ دَلِيل عَلَى أَنَّ مَا كَانَ مِنْهَا مُحْرَزًا يَجِب الْقَطْع بِسَرِقَتِهِ. عون المعبود - (ج ٩/ص ٤١٨).

(١) الكَثَر: هو الْجُمَّارُ بِضَمِّ الْجِيمِ وَتَشْدِيدِ الْمِيمِ، وهو مَا يُؤْكَلُ مِنْ قَلْبِ النَّخْلِ، يَكُونُ لَيِّنًا، قَالَ أَهْلُ اللُّغَةِ: الْجُمَّارُ شَحْمُ النَّخْلِ، وَجَمَّرْتُ النَّخْلَةَ قَطَعْتُ جُمَّارَهَا.

(٢) أخرجه الحميدي (٤١١) قال: حدثنا سفيان. و«الدارمي» (٢٤٥٥) قال: أخبرنا إسحاق، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«ابن ماجه» (٢٥٩٣) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«الترمذي» (١٤٤٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٨/٨٧، وفي «الكبرى» (٧٤١٤) قال: أخبرنا أحمد بن محمد بن عبيد الله، هو ابن أبي رجاء، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي ٨/٨٧، وفي «الكبرى» (٧٤١٥) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«ابن حبان» (٤٤٦٦) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن أبي معشر، بحران، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء العطار، قال: حدثنا سفيان.

ثلاثتهم: (سفيان بن عيينة، وسفيان الثوري، والليث بن سعد) عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه واسع بن حبان، فذكره.

(٣) أخرجه النسائي (٨/٨٤، رقم ٤٩٥٧)، والبيهقي (٨/٢٦٣، رقم ١٦٩٨٢).

(٤) أخرجه «البخاري» ٨/١٩٨ (٦٧٨٣) قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثني أبي. وفي ٨/٢٠٠ (٦٧٩٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا عبد الواحد. و«مسلم» ٥/١١٣ (٤٤٢٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا أبو معاوية. وفي

=

إليها الفساد وهو محمول على بيضة الحديد لا على بيضة الطير توفيقًا بين الحديثين عملًا بهما، ولا يقطع في الزّجاج، فإن المكسور مال تافه سريع الانكسار والفساد فتشابه ما يتسارع إليه الفساد قيل أراد به المكسور، فأما المصنوع مال نفيس لا يتسارع إليه الفساد ويقطع في اللآلئ والجواهر لأنها من أعز الأموال فإنها تحرز وتصان أشد الصيانة والإحراز[1].

(فصل)

ولا يقطع فيما هو مباح في الأصل كالطير والصيد والسمك والكلب والزرنيخ والنّورة والمغرّة والحطب والقصب والحشيش وكل ما هو حرام كالأشربة المسكرة والطبل والبربط والمزمار والصليب والصنم من الذهب والنرد والشطرنج؛ لأن في إحراز هذه الأشياء خللًا؛ لأن الصيد يفر والطير يطير والكلب وما هو من أجزاء الأرض مال تافه ولا يجوز الادخار والإمساك في الحرز بل يلقى على قوارع الطريق عادة وما أعد للمعصية واللهو لا يحرز للتمول بل للفسق والمنكر مع أن أخذه يتناول الأمر بالمعروف مباح وأخذ الصنم والصليب للكسر مباح فلم يتمحض أخذه جناية عند أبي حنيفة وعندهما لا قيمة لهذه الأشياء حتى لو أتلفها متلف لا يضمن، ولا قطع في البواري والحصر؛ لأنه مال تافه إلا الحصر البغدادي؛ لأن

=

(٤٤٢٧) قال: حدثنا عمرو الناقد، وإسحاق بن إبراهيم، وعلي بن خشرم، كلهم عن عيسى بن يونس. و«ابن ماجه» (٢٥٨٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو معاوية. و«النسائي» ٦٥/٨، وفي «الكبرى» (٧٣١٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك المخرمي، قال: حدثنا أبو معاوية (ح) وأنبأنا أحمد بن حرب، عن أبي معاوية. و«ابن حبان» (٥٧٤٨) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا عبد الواحد بن زياد.

أربعتهم: (أبو معاوية، محمد بن خازم، وحفص بن غياث، وعبد الواحد بن زياد، وعيسى بن يونس) عن سليمان الأعمش، عن أبي صالح، فذكره.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧٧/٧ - ٧٨، وفتح القدير ٢٢٠/٤، والدر المختار ١٩٩/٣، والمبسوط ١٣٧/٩ - ١٣٨، والفتاوى الهندية ١٧٠/٢.

الصنعة فيه غالبة على الأصل فخرج عن حد التفاهة، ولا قطع في الخشب إلا في خمسة أشياء الساج والسيج والعود والخلنج والصندل والأبنوس؛ لأن ذلك من أعز الخشب وأنفس الأموال ويحرز مثل أحراز الأموال النفيسة وكذا يقطع في الباب والكرسي المتخذ من الخشب؛ لأن هذه الصنعة صار ملتحقا بالأموال النفيسة وصارت محرزة على الكمال.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة: لو سرق قطعة ساج أو قطعة صنوبر تساوي عشرة دراهم قطع وعن أبي حنيفة أقطع في العود والصندل والأبنوس والساج ولا أقطع في الصنوبر، ولو سرق مملوكا صغيرا لا يعبر عن نفسه قطع عندهما قياسًا ولا يقطع عند أبي يوسف استحسانًا. له: أنه تمكن في المسروق شبهة عدم المالية؛ لأن الآدمي قبل الرق لم يكن مالًا لكونه مشرّفًا مكرّمًا والمال ما يكون مهانًا مبتذلًا والكرامة تنفي الإهانة وبعد الرق بقي آدميا مكرما فأورث شبهة عدم المالية.

لهما: أن الآدمي متى ضرب عليه الرق وصار محلًّا للتمليك انسلب عنه معنى الكرامة والتحق بالبهائم والجمادات في حق استحقاق الكرامة حتى انسلبت عنه أهلية الشهادات والولايات والمالكيات؛ لأنه بالكفر لما استنكف عن طاعة الله تعالى وتمرد عن عبوديته فالله تعالى جعله عبدًا للعبيد وعرضه للتمليك جزاء على استنكافه فلم يبق مستحقا للكرامة فلم يبق المنافي للمالية مع قيام الرق عليه وكان مالًا مملوكًا مرقوقا من كل وجه، ولو سرق صبيا يعبر عن نفسه عليه حلي أو سرق مصحفا فيه كواكب من فضة أو ذهب أو كلبا عليه قلائد فضة لا يقطع علم بما عليه أو لم يعلم بخلاف ما لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة في طرفه دراهم مشدودة إن علم بالدراهم قطع وإن لم يعلم لا يقطع والفرق أن الحلي والكواكب تبع للصبي والمصحف.

وإن سرق عبدًا صغيرًا لا يعبر عن نفسه قيمته خمسة دراهم وفي أذنه لؤلؤة قيمتها خمسة قطعته؛ لأن كل واحد منهما لو بلغ نصابا يوجب القطع فكذا إذا اجتمعا وبلغا نصابا، ولو سرق رطبا فالمختار أنه لا يقطع؛ لأن في الرطب يخاف الفساد من وجه وهو أن وضعه يورث نقصانا بخلاف اليابس، وإذا سرق اللحم

القديد لا يقطع؛ لأنه قد يتوهم فيه الفساد، ولو سرق طبلا للغزو وهو يساوي عشرة فالمختار أنه لا يقطع؛ لأنه كما يصلح للغزو يصلح للهو فيتمكن فيه الشبهة.

(باب الخصومة في السرقة)

(**المبسوط**): [وحضور][1] المالك أو من يقوم مقامه شرط لصحة القضاء بالسرقة، ولأن القضاء بالسرقة قضاء بالملك له وقضاء عليه بسقوط القيمة فكان مقضيًّا له ومقضيًّا عليه ولا بد من حضرته لصحة القضاء؛ لأنه لا يجوز القضاء للغائب ولا عليه إلا إذا كان عنه خصم حاضر، ولو غاب بعد القضاء بالقطع قبل الاستيفاء قيل لا يقطع على قول أبي حنيفة الآخر، كما لو غاب الشهود بعد القضاء قبل الاستيفاء، وقيل: لا يقطع على قوله أولا وآخرًا؛ لأن للاستيفاء شبها بالقضاء من حيث إنه يستوفي بولاية القضاء، ولهذا الجرح في الشاهد والرجوع بعد القضاء يمنع الاستيفاء وكان المسروق منه مقضيًّا له ومقضيًّا عليه من وجه وقت الاستيفاء فكان حضرته شرطًا للاستيفاء. رجلان سرقا سرقة ثم غاب أحدهما وشهد شاهدان على سرقتهما يقطع الحاضر في قول أبي حنيفة آخرا وهو قولهما.

وقال أبو حنيفة: أولا لا يقطع الحاضر؛ لأنه يتوهم من الغائب اعتراض ما يوجب سقوط القطع على الحاضر قوله الآخر: إن هذا توهم حدوث الشبهة بكاملها والشبهة الموهومة المتخيلة في درء الحد غير معتبرة لما في اعتبارها سد باب الحدود، ألا ترى أن النبي عليه السلام لم يعتبر الشبهة الموهومة في حديث ماعز من جهة المرأة الغائبة وغيبة الشهود وموتهم بعد القضاء قبل الإمضاء لا يمنع الإمضاء في الحقوق كلها.

وقال أبو حنيفة: أولًا يمنع الإمضاء في الحدود لجواز أنه يمكن في الشهود جرح أو رجوع عن الشهادة أو بدا لهم الغلط، وجه قول الكل: أن الشبهة الموهومة وهو رجوع الشهود وجرحهم غير معتبر لدرء الحدود؛ لأن هذا التوهم لا ينقطع أبدًا، ولو اعتبرت هذه الشبهة مانعة من الاستيفاء ما أمكن استيفاء حد أبدًا؛ لأن هذا

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وحضرة.

توهم من غير أن يكون عليه دليل، ألا ترى أن الشهادة بالعادلة على الحدود الخالصة مقبولة، وإن كان يتوهم أن تكون باطلة ولكن توهم الكذب والزور لما لم يقم عليه دليل لم يكن معتبرا لما في اعتباره من سد باب الحدود فكذا هذا.

ولو فسقوا أو عموا أو جنّوا أو ارتدوا عن الإسلام بعد القضاء قبل الإمضاء يمنع الإمضاء في الحدود والقصاص ولا يمنع في باب المال؛ لأن في الحدود لا يظهر في القضاء إلا ولاية الاستيفاء للقاضي؛ لأن الحق كان ظاهرا لصاحب الحق وهو الله تعالى فلا يحتاج إلى إظهاره، وإنما يحتاج إلى القضاء لظهور ولاية الاستيفاء للقاضي فكان الاستيفاء قضاء معنًى فصارت هذه العوارض حادثة قبل القضاء معنًى بخلاف المال؛ لأن الحق متى ظهر بالقضاء فولاية الاستيفاء تثبت لصاحب الحق بالملك السابق لا بالقضاء والقاضي يملك أيضًا الحق إلى المستحق من غير ولاية القضاء وتقطع بخصومة المودع والمستعير والغاصب والمضارب والمستأجر والمرتهن.

وقال زفر: لا يقطع، ويقطع بخصومة الأب والوصي بالإجماع، لزفر أنه يتوهم من المالك الغائب الإقرار بالمسروق للسارق فيسقط الحد وهذه عقوبة تدرأ بشبهة متحققة فتدرأ بشبهة متوهمة كما لو كان القصاص بين اثنين فغاب أحدهما ليس للحاضر الاستيفاء لتوهم العفو من الغائب وكذا هذا.

لنا: أن ملك اليد ثابت لهؤلاء حقا لهم لحفظ المال وتحصينه عن أيدي المتلصصة وليتمكنوا من الرد على الملاك وقد فاتت اليد الحافظة الصارفة بالسرقة الواقعة وانتصبوا خصمًا لاسترداد المال واستنقاذه من أيدي المتلصصة إحياء لحقهم في ملك اليد سواء كانوا أصليًّا في اليد أو نوابا عن الملاك؛ لأن الدعوى في حق ملك اليد صحيحة فوجد شرط صحة القضاء بالسرقة فتثبت السرقة والشبهة الموهومة غير معتبرة في السرقة لما ذكرنا غير مرة.

ولو سرق من أجنبية أو الأجنبية سرقت من أجنبي ثم تزوجها ثم ترافعا الأمر إلى القاضي فأقر به الزوج لا يقطع؛ لأن اعتراض الزوجية بعد القضاء يمنع الاستيفاء فيمنع القضاء من طريق الأولى، ألا ترى أن اعتراض الملك في المسروق

لما منع القضاء منع الاستيفاء فكذلك هذا وهذا؛ لأن بالزوجية يثبت بينهما حقيقة إباحة الدخول في منزل صاحبه وإطلاق الانتفاع بماله فحقيقة الملك لما منع القضاء والاستيفاء فكذلك حقيقة الإباحة. رجل سرق سرقة فردها إلى أهلها قبل المرافعة إلى الحاكم لا يقطع لانعدام الخصومة التي هي شرط دخول ظهور السرقة، ولو ردها بعد سماع البينة قبل القضاء بالمال والقطع لم يذكره محمد في المبسوط.

وذكر الكرخي في "مختصره": أنه يقطع استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الخصومة لما كانت شرطا لسماع البينة تكون شرطا للقضاء بها كعدم الجرح في الشاهد وعدم ملك المسروق للسارق. وجه الاستحسان: أن الخصومة إنما كانت شرطًا لسماع البينة لتثبت سبب وجوب القطع وهو أخذ مال الغير على سبيل السرقة، فإن الشهادة على أخذ مال الغير لا تسمع إلا بعد وجود الدعوى؛ لأن ذلك حق العبد وقد تثبت السرقة فأما الخصومة ليست بشرط في حقوق الله تعالى للقضاء بها كما في سائر الحدود فيجب القطع بالسرقة بدون الخصومة بخلاف عدم الجرح؛ لأن ذلك شرط لصيرورة الشهادة حجة وكون الشهادة حجة شرط للقضاء بالحدود وبخلاف عدم ملك السارق؛ لأن ذلك شرط التعدي. الأخذ عن شبهة الإباحة وخلو الأخذ عن شبهة الإباحة شرط للقضاء بالقطع، ولو سرق رجل من رجل عشرة دراهم ثم مات المسروق منه فورثه عشرة نفر كان لهم أن يقطعوا السارق في سرقته، فإن غاب بعضهم لم يقطع السارق حتى يحضروا جميعًا؛ لأن حق الخصومة لهم. رجل سرق ثوبا قيمته عشرة ثم ترافعا إلى القاضي وقيمته تسعة لا يقطع؛ لأن كمال النصاب وقت القضاء شرط ولم يوجد، وكذلك لو سرق في بلدة تساوي عشرة ثم ترافعا إلى القاضي في بلدة تساوي تسعة لم يقطع؛ لأن كمال النصاب وقت القضاء عند هذا القاضي شرط ولم يوجد، ولو أخذ القاضي المال من السارق والمسروق منه صبي أو بالغ غائب لا يقطع؛ لأنه لا يكون سرقة حتى يدعي المسروق منه ذلك، وكذلك لو مات المسروق منه لم يقطعه حتى يحضر وارثه ويدعي ذلك، وإذا سرق المسروق من السارق وأخذ القاضي المسروق من السارق الثاني أمسكه حتى يأتي صاحب المال لا يقطع يد الأول؛ لأن يد القاضي كيد صاحب المال؛ لأن القاضي

يمسك لصاحب المال حتى لو ضاع عند القاضي برئ السارق من ضمانه، ولو كان هذا قاطع الطريق فأخذ القاضي المال منه وحفظه إلى أن يجيء صاحبه فضاع عنده ضمن القاطع المال وهذا بمنزلة مال في يدي رجل تخوف عليه فأجّره منه ليحفظه، ولو وكّل رجلًا بطلب كل حق له فأخذ سارقا قد أقر بسرقة عشرة دراهم من موكله له أن يطالبه بما أقر به من المال ولا أقطعه؛ لأن الوكيل يقبض الحق بملك الاستيفاء ولا يملك الخصومة، ولو حضر الموكل بعد القضاء للوكيل عليه بالعشرة لم أقطعه؛ لأنه صار دينًا، ولو أقر بالسرقة من غائب فحضر وصدقه قطع؛ لأنه لم يصر دينا عليه حتى يقضي القاضي به.

(باب تكرار السرقة)

(**المبسوط**): وإن قطع سارق في سرقة ثم سرق مرة أخرى لم يقطع، وكذلك لو سرقها منه سارق آخر لم يقطع الثاني خلافًا للشافعي، وهذا بناء على أن بالقطع سقطت قيمة المسروق في حق السارق الأول والمالك حتى لو هلك في يده أو استهلكه لم يضمن؛ لأنه ليست على هذا المال يد معتبرة محقة؛ لأن يد السارق الأول يد عادية مبطلة ويد المالك عنه زائلة وكان إحرازه ضائعًا شرعًا فلم يكن متقومًا خطيرًا شرعًا فصار كما لو ألقى ماله في مضيعة. والتقوم شرط وجوب القطع وإذا وقع الخلل والقصور في التقوم لا يجب القطع وعنده لا يسقط تقومه بالقطع فبقي متقوما فيجب القطع ولم يذكر في المبسوط، ولو سرق من السارق الأول قبل أن يقطع السارق الأول.

وذكر في (**المنتقى**): إنه يقطع بخصومه السارق الأول وهو الصحيح؛ لأن السارق ما لم تقطع يده فهو كالغاصب؛ لأن قيمة المسروق إنما تسقط فبقي المسروق متقوما شرعا قبل القطع فصار كما لو سرق من الغاصب تقطع بخصومته وكذا هذا. ومن أصحابنا من قال لا يقطع السارق الثاني بخصومة الأول، ولو سرق قطنًا أو صوفًا أو كتانًا فقطع فيه فأخذه منه صاحبه وصنع منه ثوبا فسرقه ذلك السارق يقطع ثانيا؛ لأن العين تبدلت اسمًا وصورةً ومعنى وصارت عينا أخرى

والقطع إنما أوجب سقوط العصمة والقيمة في العين التي قطع لأجلها لا في عين أخرى فلم يورث شبهة سقوط العصمة؛ لأن شبهة العين وإن كانت قائمة فيتمكن فيه شبهة سقوط العصمة والقيمة وشبهة الشبهة غير معتبرة في الحدود، ولو سرق عينا فقطت يده ثم إن المسروق منه باعه من إنسان ثم اشتراه ثم عاد وسرق ثانيا قال مشايخ العراق: لا يقطع؛ لأن العين قائمة حقيقة ولكن يبدل سبب الملك فيها فتمكن فيه شبهة سقوط العصمة والقيمة.

وقال مشايخ خراسان: يقطع؛ لأن العصمة إنما سقطت في حق الأول ضرورة وجوب القطع وهذه الضرورة معدومة في حق المشتري فقد وجد دليل العاصم في حقه وفقد دليل سقوط العصمة والقيمة فكملت العصمة وتمت القيمة للعين ببدل المالك، ولهذا لو سرق منه يقطع، فإذا عادت العين إلى البائع فقد عادت معصومة متقومة كما كانت.

(**المنتقى**): سرق بقرة فقطع فيها ثم ولدت فسرق ولدها يقطع ثانيا، ولو سرق ثوبًا آخر امرأة فتزوجها أو صوفًا فقطع فيه ثم نقض الثوب فسرقه ثانيا لم يقطع؛ لأن العين والملك لم يتبدل، ولو سرق قطنا فقطع فيه ثم عزله صاحبه بعدما رده عليه فسرقه قطع؛ لأن العين قد تبدلت بالعزل وصار جنسًا آخر، ولهذا يجوز بيع الغزل بالقطن متفاضلا عند محمد.

(باب المسروق يُغَيِّرُ صُنْعَهُ السارق)

(**المبسوط**): رجل سرق ذهبًا أو فضة فصاغه دراهم أو دنانير أو قلبًا أو حليًّا، فإنه يقطع ويرده إلى المسروق منه عند أبي حنيفة، وعندهما لا سبيل للمسروق منه؛ لأن بهذه الصنعة لا ينقطع حق المالك عنه عنده وعندهما ينقطع كما هو الخلاف في الغصب، ثم قيل عندهما: لا يقطع السارق وقيل يقطع؛ لأن السارق ما ملك عين المسروق؛ لأن بالضرب والصنعة صار عينا أخرى.

ولو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن عندهما.

وقال محمد: يؤخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه؛ لأن الثوب قائم من كل

وجه والصنع لا يستهلك بوجه ما ولا ينقطع حق المالك؛ لأن حق صاحب الثوب أصل وحق السارق في الصبغ بيع فكان بملك البيع باعتبار ملك الأصل أولى كما لو صبغ الغاصب.

لهما: أن حق السارق في الصبغ قائم من كل وجه، ولهذا يضمن المالك إذا أخذه قيمة ما زاد الصبغ فيه وحق المسروق منه في الثوب هالك من وجه، فإنه ليس بمتقوم في حق السارق حتى لو أتلفه لا يضمن ويرجح القائم من كل وجه على القائم من وجه كما في الخياطة بخلاف الغاصب؛ لأن حق المالك في الثوب قائم من كل وجه عينا وقيمة فاستويا ويرجح حق المالك؛ لأنه صاحب الأصل والغاصب صاحب البيع.

ولو صبغه أسود أخذ منه الثوب عندهما خلافًا لأبي يوسف؛ لأن عند أبي حنيفة السواد نقصان والمسروق إذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق المالك عنه وعندهما السواد زيادة، لكن عند محمد لا ينقطع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة، وعند أبي يوسف ينقطع كما في الحمرة.

ولو سرق ثوبا وقطعه وخاطه ينقطع عند المالك عن الثوب ولا يضمن قيمته للمالك كما في الغصب.

(**المنتقى**): ابن رستم عن محمد: رجل سرق ثوبا فغصبه آخر منه قال يقطع السارق ويضمن المسروق منه الغاصب قيمة ثوبه إن كان هالكا؛ لأنه لم يسقط عصمته ويقومه في حق غير السارق فقد غصب مالًا معصومًا متقومًا فيضمن قيمته للمالك.

(باب إقامة القطع في السرقة)

(**المبسوط**): السارق تقطع يده اليمنى بالإجماع لقراءة ابن مسعود رضي الله عنه: "فاقطعوا أيمانهما" وهو قرأه قرآنًا، فإن لم يثبت قرآنًا لفقد شرطه وهو التواتر ولا يتقاعد عن الخبر المشهور، والزيادة على الكتاب بالخبر المشهور جائز، وفي المرة الثانية: تقطع رجله اليسرى. وفي المرة الثالثة والرابعة: لا تقطع ولكنه يحبس حتى يموت.

وقال الشافعي: يقطع في المرة الثانية يده اليسرى وفي الثالثة رجله اليمنى.

والصحيح قولنا؛ لأن القطع في المرة الثالثة تضمن إهلاك النفس من وجه وهو تفويت جنس المنفعة وهي منفعة البطش والأخذ؛ لأن قوام النفس بقيام أجناس منافعها، فإذا فات جنس منفعة منها صارت هالكة من وجه لا بفوات منفعة البطش والأخذ يفوت نصف مصالح بدنه وهو الأكل والشرب والغسل والتطهير ولما يتعلق بها من الصنعة والحرفة فصارت نفسه هالكة من وجه وحد السرقة شرع زاجرًا ورادعًا لا متلفًا مهلكًا؛ لأن الحدود شرعت زواجر عن ارتكاب الكبائر لا متلفة للنفوس المحترمة؛ لأن إهلاك النفس غير مستحق عليه بما شرع حدًّا خصوصًا بإزاء أخذ مال حقير وكل قطع يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة يكون إتلافًا فلا يشرع حدًّا، والقطع في المرة الأولى والثانية لم يتضمن إتلافا فصلح حدًّا فشرع زاجرًا والحديث في هذا الباب غير ثابت؛ لأن الصحابة اختلفوا في هذه المسألة، ولو كان فيها حديثًا صحيحًا لاحتج به بعضهم على البعض ولما ساغ لهم الاختلاف في محل النص دل ذلك على أنه ليس فيها حديث صحيح مقبول، ولو كانت يده اليمنى للسارق ذاهبة أو مقطوعة تقطع رجله اليسرى من المفصل، وإن كانت رجله اليسرى مقطوعة فلا قطع عليه؛ لأنه يؤدي إلى إتلاف النفس بتفويت أكبر منافعها وتضمن السرقة ويحبس حتى يتوب، ولو كانت يده اليمنى صحيحة لكن اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة إصبعين سوى الإبهام لا تقطع يده اليمنى ولا رجله اليسرى؛ لأنه يذهب أحد شقيه بكماله، وإن كانت مقطوعة إصبع واحدة سوى الإبهام تقطع يده اليمنى؛ لأنه لا يؤدي إلى التلف؛ لأن فواتها لا يوجب خللا بما بقي في منفعة البطش بخلاف الكفارة، فإن فوات الإصبعين لا يمنع جواز الكفارة وهنا فوات إصبعين يمنع وجوب القطع والفرق أن في فوات أكبر الأصابع حقيقة الهلاك؛ لأنه يفوت به منفعة البطش وفي فوات الإصبعين شبهة الهلاك؛ لأنه يختل وتنقص المنفعة، والشبهة ملحقة بالحقيقة في حق درء العقوبة احتيالا لدرئها ولا تلحق الشبهة بالحقيقة في حق الكفارة لأنها عبادة يحتاط لإيجابها فاعتبرنا فيها حقيقة الهلاك.

ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع، فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها تقطع يده اليمنى، وإن كان لا يستطيع لا تقطع؛ لأن منفعة الرجل هو المشي قد يفوت بقطع الأصابع وقد لا يفوت فيجب النظر فيه أنها قائمة أم فائتة بخلاف اليد؛ لأن فوات منفعة البطش والعمل بفوات الأصابع كلها ثابت بيقين فلا يحتاج فيه إلى التجربة أنها قائمة أم فائتة إلا أن فوات أكبر الأصابع قائم مقام الكل؛ لأن بفوات أكبر الأصابع تفوت منفعة البطش كما يفوت بالكل.

ولو كانت اليد اليمنى للسارق شلاء أو مقطوعة الأصابع تقطع في ظاهر الرواية؛ لأن المستحق بالنص قطع يده اليمنى دون اليسرى واستبقاء الناقص بالكامل جائز عند تعذر استيفاء الكامل مع أن النص أوجب وقطع اليد مطلقا.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن عند أبي يوسف لا يقطع؛ لأن الواجب بالكتاب قطع مطلق اليد ومطلق اسم اليد ينصرف إلى الكاملة دون الناقصة إلا بالإرادة كما في قوله: كل مملوك لي فهو حر لم يدخل تحته المكاتب إلا بالنسيئة، وكذلك اليد الناقصة لا تدخل تحت مطلق اسم اليد.

ولو قطع قاطع يمين السارق قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد والأرش في الخطإ وتقطع رجله اليسرى في السرقة، وكذلك بعد الخصومة قبل القضاء إلا أنه لا تقطع رجله في السرقة؛ لأن بعد الخصومة تعين الواجب في اليمين فصارت ذاهبة قبل وجوب القطع فيه فوجب القطع في رجله اليسرى، وإن كان بعد القضاء فلا شيء على القاطع ويكون قطعه عن السرقة لأنها صارت مستحقة الإتلاف، ولو قال القاضي للحداد: اقطع يد السارق فقطع يده اليسرى فلا ضمان عليه خلافًا لزفر؛ لأنه أمره بقطع يده مطلقا، ولو قال: اقطع يده اليمنى فقطع يده اليسرى، فإن أخرج السارق يده وقال: هذه يميني فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل بأمره، وكذلك إن قطع يساره خطأ لا يضمن؛ لأنه لما سكت السارق ولم يخبره بأنها يساره صار باذلًا له اليسار ليقطعها والبذل يسقط ضمان الأطراف، فإن قطعها عمدًا فلا شيء عليه عند أبي حنيفة وعندهما يضمن؛ لأنه تعمد الظلم ولا يعذر كالقاضي إذا تعمد الجور في حادثة يضمن وكما لو قطع رجله اليمنى، وإن أتلف إلى خلف

بعدله وهو اليد اليمنى له أنه أتلف وأخلف خيرًا؛ لأن اليد اليمنى بالسرقة صارت على شرف الفوات فصار كالفائت من حيث الاعتبار وإنما سلمت له اليمنى بقطع اليسرى والإتلاف إلى خلف يعدله لا يوجب الضمان كما لو شهد شاهدان على إنسان ببيع عبد قيمته ألف بألف أو بعتق عبد بمثل قيمته أو أكثر ثم رجعا لا يضمنا وكذا هذا ثم عنده هذا القطع يكون عن السرقة عند بعضهم؛ لأنه لو قطعت يده اليمنى يؤدي إلى الإتلاف وهو تفويت جنس المنفعة، وقال بعضهم: لا يكون عن السرقة؛ لأنه غير مأمور به، ولو قطع غيره يده اليسرى ففي الخطإ يجب الدية وفي العمد القصاص ويسقط عنه القطع في اليمنى؛ لأنه لو قطع يؤدي إلى الهلاك.

(باب إثبات السرقة بالإقرار أو بالبينة)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في إقرار واحد بسرقة.

والثاني: في إقرار اثنين بسرقة مال واحد.

والثالث: في إقرار العبد بسرقة.

(فصل)

ولو أقر بسرقة مرة تقطع عندهما، وقال أبو يوسف: لا يقطع ما لم يقر مرتين؛ لأن القطع حق الله تعالى على الخلوص فيعتبر عدد إقراره بعدد الشهادة كالزنا وذلك لأنها كبيرة قبيحة وجريمة رذيلة فيحتال لدرئها وسترها باشتراط العدد في الإقرار بها ولا يحتال لإظهارها وإشاعتها، ولهذا لو رجع عن الإقرار بالسرقة قبل رجوعه.

لهما: ما رُوي "**أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالقطع على سارق رداء صفوان بالإقرار مرة**"[1] ولأن هذا إقرار عارٍ عن التهمة؛ لأنه صدر عن عقل

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨٨/٧ - ٨٩، والمبسوط ١٨٧/٩، وشرح الزرقاني ٨٩/٨، والمهذب ٢٦٤/٢ - ٢٨٢، والمغني والشرح الكبير ٢٧٧/١٠، ومعالم السنن ٣٠٠/٣.

وطمأنينة وطواعية فالجريمة الرذيلة موجبة للعقوبة وليس للتكرار فيه فائدة فلا معنى لاشتراطه مرة بعد مرة وفي الإقرار بالزنا شرطنا العدد نصًّا لا قياسًا ولا يصح قياس غيره عليه ولا يقطع ما لم يصدقه المقر له؛ لأن حقه متعلق بالسرقة حتى لا يثبت بدون دعواه ويبطل الإقرار برده، فإن رجع عن إقراره وعمل رجوعه؛ لأن الرجوع منه أورث شبهة وتهمة في الإقرار والشبهة دارئة للحد كما في الزنا وشرب الخمر ولم يصح رجوعه في حق المال؛ لأنه يثبت مع الشبهة.

ولو قامت الشهادة على إقراره بالسرقة وهو يجحد لا يقطع؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، ولو ثبت إقراره بالمعاينة ثم رجع عنه عمل رجوعه فكذا إذا ثبت بالبينة، وكذلك إذا سكت ولم يكذبهم ولم يصدقهم؛ لأن السكوت عند الشهادة جعل إنكارًا حكمًا.

ولو قال: سرقت من هذا مائة درهم، ثم قال: أوهمت إنما سرقت من الآخر لا يقطع لواحد منهما؛ لأن رجوعه عن الإقرار للأول إن عمل في حق القطع لم يعمل في حق المال حتى لزمه رده إلى الأول فبقيت سرقة هذا المال من الأول من وجه فيتمكن شبهة انتفاء السرقة من الثاني؛ لأنه لا يتصور أن يصير المال الواحد مسروقا من الأول ومن الثاني على الكمال فبقاء السرقة في حق الأول أورث شبهة العدم في حق الثاني ويرد المال إلى الأول ويضمن مثله للثاني؛ لأنه لم يصح رجوعه عن الإقرار في حق المال وقد أقر أنه أخذ هذه المائة من الثاني بغير حق وقد عجز عن ردها فيضمن مثلها للثاني وصار كما لو أقر أنه غصب هذه المائة من فلان ثم قال لا بل من فلان ضمن مثلها للثاني فكذا هذا.

(فصل)

رجلان أقرا بسرقة مائة درهم، ثم قال أحدهما: هو مالي لا يقطع واحد منهما؛ لأنه متى رجع أحدهما عن الإقرار بالسرقة بطل الحد عن الراجع فأورث ذلك شبهة في حق الشريك الآخر لضرورة استوائهما في السرقة.

ولو أقر أنه سرق مع هذا الصبي أو مع أخرس لا يقطع لأن السرقة من الصبي والأخرس غير موجبة للقطع فيورث شبهة عدم الثبوت، فلو أقر أنه سرق من رجل

مائة درهم فقال لم يسرقها هذا ولكن أنا سرقتها فصدق المسروق منه الأول وكذب الثاني يقطع الأول؛ لأن إقرار الثاني لا يورث شبهة الكذب وتهمة الغلط في الإقرار الأول؛ لأن الإنسان لا يقر بالحد على نفسه كاذبا والغلط لا يتصور في إقراره؛ لأن من لم تؤخذ منه السرقة لا يتوهم نفسه سارقا غلطا فصار وجود إقرار الثاني وعدمه بمنزلة، بخلاف ما لو شهد اثنان أنه سرق هذا المال من هذا الرجل والمسروق منه يدعي السرقة على الأول لا يقطع الأول؛ لأن شهادة الآخرين تمكنت شبهة الكذب والغلط في شهادة الأوليين؛ لأن الشاهد قد يشهد كاذبا وغالطا، ولو أقر بسرقة مال بعينه من زيد ثم قال لا بل سرقتها من عمرو لا يقطع لو أخذ منهما؛ لأن الغلط مما يقع في حق المسروق منه بجواز أنه سرق من بيت زيد فيظنه بيت عمرو فصار كالشهادة، فإن قال المسروق منه بعدما صدق الأول لم يسرقها الأول وسرقها الثاني لا يقطع واحد منهما لجواز أن يكون صادقا في تكذيبه كاذبا في تصديقه فتمكنت شبهته في إقراره للثاني ولا يقضي بالمال على الأول ويقضي على الثاني بالمال؛ لأن تكذيب السابق لا يبطل الإقرار اللاحق والتكذيب اللاحق يبطل الإقرار السابق وتكذيبه الأول بعد إقراره فيبطل إقراره، وتكذيبه الثاني سابق على إقرار الثاني فلا يبطله. ولو صدقهما جميعًا لا يقطعان ويقضي بالمال على الثاني دون الأول؛ لأن الأول كذبه في إقراره لما صدق الثاني والثاني كذبه قبل تصديقه حين صدق الأول وقد احتمل أن يكون صادقا في تكذيبه السابق فيتمكن شبهة الكذب في حق الثاني، ولو قال سرقته من فلان فقال فلان لم يسرقه ولكن غصبه لا يقطع ويقضى بالمال استحسانًا؛ لأنهما اتفقا على أصل الأخذ واختلفا في صفته أنه كان غصبا أو سرقة فيثبت ما اتفقا عليه دون ما اختلفا فيه، كما لو قال لفلان عليّ ألف درهم فقال المقر له لا بل غصبت يقضى عليه بالمال بخلاف ما لو قال لم تسرقه وسكت ثم قال بل غصبته مني لا يقضى بالمال؛ لأن بقوله بل غصبته بين أنه أراد به التكذيب في صفة الأخذ لا في أصله فكان هذا بيان تقرير في حق أصل الأخذ يعتبر في حقه صفته فيصح مفصولا لا موصولا، ولو قال سرقت أنا وفلان من فلان هذا المال وقال الآخر لم أسرق الثوب والثوب ثوبنا لا يقطع واحد منهما؛ لأن المدعي للثوب لما

قال الثوب ثوبنا فقد أقر للمقر بالشركة في هذا الثوب المسروق فصح إقراره بالشركة؛ لأن الثوب في أيديهما، ولو صدقه الآخر تثبت حقيقة الشركة بينهما في الثوب، فإذا كذبه تثبت له شبهة الشركة في المسروق والشبهة كافية لدرء الحد، وإن قال لم أسرق ولا أعرف هذا الثوب يقطع المقر عندهما، وقال أبو يوسف أحب إلي أن لا يقطع المقر ونظيرها لو قال زنيت بفلانة وأنكرت فلانة لا يجب الحد على المقر عند أبي حنيفة خلافًا لهما. محمد سوَّى بينهما وأوجب الحد على المقر فيهما، وأبو يوسف فرق بينهما وأوجب الحد على المقر بالزنا ولم يوجب على المقر بالسرقة، وأبو حنيفة أوجب الحد على المقر بالسرقة ولم يوجب الحد على المقر بالزنا، لمحمد أن المقر أقر على نفسه وعلى غيره بفعل يتم به وحده؛ لأن السرقة تتصور من المقر بدون فعل الآخر والزنا يتصور من الرجل بدون فعلهما وهو التمكين بأن كانت مجنونة أو صبية وإذا تم بدون فعل الآخر فعدم الثبوت في حق المنكر لا يورث شبهة عدم الثبوت في حق المقر، كما لو قال قتلت مع فلان فلانًا عمدًا وأنكر فلان يقبل المقر وكذا هذا. لأبي يوسف أن المقر أقر بسرقة مشتركة فيثبت سرقة مشتركة في حق المقر ويسقط الحد عن شريكه لإنكاره فسقوط الحد عن شريكه يورث شبهة في حقه؛ لأن الشركة في الفعل تقوم بهما بخلاف الزنا؛ لأن ليس من ضرروة سقوط الحد عنها سقوطه عن الرجل كما لو زنا بمجنونة أو صغيرة وأبو حنيفة فرق بينهما وهو أن السرقة فعل يتم به وحده ويتحقق بدون المشاركة، فإذا أقر على نفسه وعلى غيره بالسرقة يؤاخذ المقر بإقراره، كما لو قال قتلت مع فلان فلانًا عمدًا وأنكر فلان يقبل المقر.

وأما الزنا فعل لا يتم به وحده، وبالمرأة هو تمكينها من الزنا ولم يثبت تمكينها لإنكارها فلم يثبت زناها فعدم الزنا منها أورث شبهة عدم الزنا في حقه وليس كما لو أقرا بالسرقة ثم رجع أحدهما؛ لأن الشركة في السرقة تثبت بإقرارهما جميعًا ثم سقط الحد عن الراجع فيسقط عن الآخر؛ لأن الشركة في السرقة تقتضي المساواة وهنا الشركة في السرقة لم تثبت في المنكر فلم تثبت الشبهة لعدم الشركة.

(فصل)

ولو أقر العبد المأذون والمكاتب بالسرقة يصح إقراره ويقطع والمال للمسروق منه إن كان قائمًا ولا ضمان عليه إن كان هالكا صدقه مولاه أم كذبه.

وقال زفر: لا يصح إقراره؛ لأنه يوجب استحقاق رقبته على مولاه فيتضرر به المولى وأنه غير داخل تحت الإذن.

لنا: أنه مبني على أصل الحرية في حق النفسية وإنما صار مملوكا للمولى من حيث المالية، ألا ترى أن المولى لو أقر عليه بالحدود والقصاص لا يصح؛ لأن نفسه غير مملوكة له في ذلك وفيما بقي العبد على أصل الحرية يصح إقراره، وإن كان محجورا عليه والمال هالك تقطع يده ولا ضمان عليه، وإن كان المال قائمًا، فإن صدقه مولاه فكذلك وإن كذبه قال أبو حنيفة: يقطع والمال للمسروق منه، وقال أبو يوسف والشافعي: يقطع والمال للمولى، وقال محمد وزفر: لا يقطع والمال للمولى. له: أن إقراره لا يصح فيهما؛ لأن خصومة المالك إنما تصح في حق المال لا في حق القطع وإقرار المحجور بالمال لا يصح مقصودًا فلا يصح في حق القطع أيضًا؛ لأن المال أصل في السرقة والقطع تبع له؛ لأن القطع لا يجب إلا بأخذ مال معصوم، فإذا لم يصح إقراره في حق الأصل لا يصح في حق التبع، لأبي يوسف: أن إقراره بالمال إن لم يصح في حق استيراد المال بسبب التهمة يصح في حق القطع لعدم التهمة؛ لأن العاقل لا يقر بالحد على نفسه كاذبا، لأبي حنيفة: أنه متى صح إقراره في حق القطع لكونه مبقي على أصل الحرية في حق النفسية أو لانتفاء التهمة وجب أن يصح في حق المال ضرورة؛ لأن من ضرورات وجوب القطع أن يكون المال للمسروق منه؛ لأنه لا يتصور السرقة إلا بأخذ المال خفية.

(**المنتقى**): رجل قال سرقت من مال فلان مائة درهم لا بل عشرة دنانير ويضمن مائة درهم إذا ادعى المقر له المائتين وهذا قول أبي حنيفة؛ لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بسرقة عشرة دنانير فصح الرجوع عن الإقرار بالسرقة الأولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الإقرار بالسرقة الثانية في حق القطع ومتى وجب القطع انتفى الضمان، وإن قال سرقت مائة لا بل مائتين قطع ولم

يضمن إذا ادعى المقر أحد المائتين؛ لأن المائة الأولى لا يدعيها المقر له بخلاف المسألة الأولى لو قال: سرقت منه مائتي درهم لا بل مائة لم يقطع وضمن المائة؛ لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائتين فلم يجب القطع ووجب الضمان ولم يصح الإقرار بسرقة مائة؛ لأنه لم يدع المسروق منه.

ولو قال: سرقت من هذا عشرة دراهم لا بل سرقت من هذا عشرة دراهم.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: أضمنه للأول عشرة وأقطعه للثاني وهذا رجوع من أبي يوسف إلى أن الإقرار بالسرقة يصح بمرة عنده.

ولو قال: سرقت من هذا عشرة دراهم بل سرقتها من هذا، قال: أضمنه لكل واحد عشرة ولا أقطعه؛ لأنه أقر بسرقتين في حق مال واحد وقد صح رجوعه عن السرقة الأولى فوجب ضمانه أولا، ومتى وجب ضمان المال انتفاء وجوب القطع لأنهما لا يجتمعان. رجل قال لرجل: سرقت منك عشرين درهما لا بل عشرة لا قطع عليه عند أبي حنيفة؛ لأن كلمة لا بل استدراك الغلط فقد وقع الشك والغلط في مقدار المسروق فلا يثبت واحد منهما ولا يجب القطع، وقال أبو يوسف: أقطعه؛ لأن الأقل وهو العشرة ثابت بيقين. بشر عن أبي يوسف: إذا قال سرقت عشرة دراهم لا بل تسعة فلا قطع عليه في قياس قول أبي حنيفة؛ لأن التسعة صارت دينا عليه قبل أن يقر بالعشرة.

(باب ما يضمن السارق وما لا يضمن واسترداد المال منه)

(**المبسوط**): قطعت يد سارق وقد هلك المسروق في يده أو استهلكه لم يضمن خلافًا للشافعي، وكذلك إذا زنا بامرأة مكرهة يقام عليه الحد ولا يغرم العقر خلافًا له لقوله عليه السلام: "**لا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بعدما قطعت يمينه**"[1]، ولأن السرقة

(١) أخرجه النسائي ٩٢/٨، وفي «الكبرى» (٧٤٣٥) قال: أخبرني عمرو بن منصور، قال: حدثنا حسان بن عبد الله، قال: حدثنا المفضل بن فضالة، عن يونس بن يزيد، قال: سمعت سعد بن إبراهيم، يحدث، عن المسور بن إبراهيم، فذكره.

وردت على مال غير معصوم حقًّا للعبد؛ لأن المال كان معصومًا بعصمة واحدة وبقيت العصمة الثانية حقا للعبد؛ لأن الله تعالى خلق الأموال مباحة تمكينًا للعباد من دفع حوائجهم وتحقيق مصالحهم وإنما تثبت العصمة الواحدة بالإحراز حقًّا للعبد لدفع منازعة الغير ومزاحمته في الانتفاع بملكه وقد انتقلت هذه العصمة إلى الله تعالى حالة السرقة لتنعقد السرقة جناية واردة على حق الله فتنعقد موجبة للقطع؛ لأن القطع حق الله تعالى على الخلوص وأخذ مال غير معصوم حقا للعبد لا يوجب الضمان. رجل سرق سرقات فحضر واحد وقطعه، ثم جاء الباقون وأثبتوا السرقة لا يضمن لهم شيئًا إذا هلك المسروق في يده أو استهلكه عند أبي حنيفة، وعندهما ضمن للباقين لا للحاضرين؛ لأن المسقط للضمان هو القطع والقطع يستوفى بإزاء سرقة الحاضر لا بإزاء سرقة الغائبين؛ لأن سرقة الغائب لم تثبت عند القاضي بخصومة الحاضر فأيهم لو حضروا وادعوا السرقة لا يثبت إلا بالبينة. له: أن القطع وقع عن السرقات كلها؛ لأن السرقات كلها ثابتة في علم الله تعالى إلا أنه لا يعلم القاضي إلا بالبينة، فإذا ثبتت السرقات كلها بالبينة ظهر للقاضي أن القطع كان بإزاء الكل والقطع يستوفي حقا لله ولا يجب بالسرقات كلها إلا قطع واحد فتقع عن الكل في علم الله تعالى كما في حد القذف إذا قذف جماعة وقضى بالحد لو أُخِذ وحُدَّ ثم جاء الباقون وأثبتوا قذفهم لا يحد ثانيا؛ لأن الحد وقع بإزاء الكل فكذا هذا[1].

(**الفتاوى**): رجل استقتلوه اللصوص ومعه مال لا يساوي عشرة، حل له أن يقاتلهم لقوله عليه السلام: "**قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ**"[2] واسم المال يقع على القليل

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٨٤/٤، وفتح القدير ٤١٤/٥، وبدائع الصنائع ٨٤/٧، والمبسوط ١٥٧/٩.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٥٤/٩ (٢٨٦٢٤) قال: حدثنا أبو الأحوص. و«أحمد» ٢٩٤/٥ (٢٢٨٨٠) قال: حدثنا حسن، قال: حدثنا زهير. وفي (٢٢٨٨١) قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا سليمان بن قرم. و«النسائي» ١١٣/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٣٠) قال: أخبرنا هناد بن السري في حديثه، عن أبي الأحوص (ح) وأخبرني علي بن محمد بن علي، قال: حدثنا خلف بن تميم، قال: حدثنا أبو الأحوص.

ثلاثتهم: (أبو الأحوص، سلام بن سليم، وزهير بن معاوية، وسليمان بن قرم) عن سماك بن حرب، عن قابوس بن المخارق، فذكره.

والكثير[1].

وفي (**نوادر معلى**): قال أبو يوسف: إن كان أقل من عشرة قاتل عليه ولا يقتله، وإن كان عشرة أو أكثر قتله، وكذلك لو وجد رجلًا مع امرأته أو جاريته أو مع محرم منه أن يزني بها بالقهر والغلبة عليها له أن يقتله، وإن كانت مطاوعة له في الزنا له قتلهما جميعًا.

وفي (**نوادر ابن رستم**): إن كان معه طعام أو ماء وهو يخاف على نفسه الجوع والعطش له أن يقاتله بالسيف، وإن كان لا يخاف على نفسه، فإنه يقاتله بغير سلاح حتى يأخذه من صاحب الطعام والماء، وإن كان صاحب الطعام والماء يحتاج إليه وهو ملكه فهو أحق به منه.

وفي (**نوادر ابن سماعة**) عن محمد: قال اللص: إذا كان يثقب البيت فرآه صاحب البيت صاحَ به، فإن ذهب وإلا له قتله.

وقال محمد: إذا رآه يثقب بيته فقتله يغرم ديته.

وقال أبو حنيفة: يسعه قتله ولا يغرم ديته.

وذكر ابن سماعة عن محمد: اللص إذا دخل دار رجل يريد سرقة ماله فعلم به صاحب الدار وعلم أنه لا يقدر أن يأخذه بيده له قتله سواء دخل عليه مكابرا أو غير مكابر فهو يريد أن يسرق ماله فقتله لا قود ولا دية عليه. لصوص وقفوا على قوم فأخذوا متاعهم فاستعانوا بقوم حتى خرجوا في طلبهم ينظر إن كان رب المتاع معهم أو غابوا لكن يقدرون على رد المتاع عليهم يحل لهم القتال؛ لأنه عليهم رد المتاع على أربابها، فإن لم يقدروا على رد المتاع عليهم لا يحل لهم القتال؛ لأن القتال لا يحل الاسترداد والرد على أربابها وقد تعذر ذلك.

---

(١) انظر: ابن عابدين ٣٥١/٥، والفتاوى الخانية ٤٤١/٣، وجواهر الإكليل ٢٩٧/٢، ومواهب الجليل ٣٢٣/٦، والدسوقي ٣٥٧/٤.

(باب قطاع الطريق)

(**المبسوط**): قاطع الطريق لا يخلو إما أن قتل وأخذ المال، أو قتل ولم يأخذ المال، أو أخذ المال ولم يقتل، فإن قتل وأخذ المال فالإمام يصلبه ولا يقطع يده ورجله من خلاف، وإن قتل ولم يأخذ المال يقتله ولا يصلبه، وإن أخذ المال ولم يقتل يقطع يده ورجله من خلاف ولا يقتله؛ لما روى محمد عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهم قال: "وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي، فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق، فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم".

وإن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف، ومن جاء مسلمًا هدم الإسلام ما كان في الشرك وهذا دليل على أن المراد من كلمة أو في الآية الواو لا التخيير مجازا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا ﴿٢٤﴾﴾ [الإنسان: ٢٤] ومعناه ولا كفورا ولأن جناية قطاع الطريق متنوعة إلى مغلظة ومتوسطة ومخففة فيتنوع الجزاء كذلك؛ لأنه لا يجوز التسوية بين الجناية المغلظة وبين الجناية المخففة في الجزاء؛ لأن لغلظ الجناية أثرا في غلظ العقوبة ولخفتها أثر في تخفيفها والمراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْا۟ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] هو الحبس متى قطع الطريق بالتخويف والتفزيع لا النفي من كل بلد بلغ إليه فيطلبهم الإمام طلبا حثيثًا حتى يأخذهم فيحبسهم حتى يحدثوا توبة؛ لأن الإمام إنما صار مأمورًا بنفيهم ليندفع شرهم عن المسلمين بالكلية ودفع شرهم بالكلية إنما يتحقق بالحبس بعد الأخذ بالنفي والإبعاد عن كل بلد لأنهم ينتقلون من بلد إلى بلد وقيل وجب الطلب حتى يهربوا من الأماكن التي يتمكنون فيها من قطع الطريق ويقوم هربهم من ذلك المكان مقام الحبس بقدر الإمكان وفي الحبس إبعاد عن الأماكن التي يتمكنون فيها من قطع الطريق فيكون نفيًا والواحد لو كابر الطريق وأخذ المال فليس بقاطع للطريق؛ لأن بالواحد لا ينقطع الطريق؛ لأن المارة والسائلة لا يتركون المرور لأجل الواحد. وشرائط قطع

الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة: وهو أن يكون قوما لهم شوكة وقوة ينقطع الطريق بهم وأن لا يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لقطع الطريق إنما يكون بانقطاع المارة والسابلة، والمارة والسابلة لا يمتنعون عن التطرق في هذه المواضع لأنهم يلحقهم الغوث والإعانة من جهة الإمام أو المسلمين ساعة بعد ساعة ولا يترك المرور والاستطراق.

ورُوي عن أبي يوسف وهو قول الشافعي: لو كانوا في المصر ليلا أو فيما بينهم وبين المصر أقل من مسيرة سفر يجري عليهم أحكام قطاع الطريق والفتوى على هذا لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة. وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم صبرًا أو صلبًا، وإن شاء لم يقطع أيديهم وأرجلهم ولكن يقتلهم صبرًا أو صلبًا وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يقطع ولكن يقتلهم صبرًا أو صلبًا، وقال: يقتل ثم يصلب ميتا.

لهما: أن قطع الطريق جناية متخذة والقطع والقتل كل واحد منهما حد على حدّه فلم يجر الجمع بين الحدين جزاء على الجناية المتخذة بل يدخل ما دون النفس في النفس لحد السرقة مع الرجم أو حد شرب الخمر مع القتل ولكن يجب التغليظ في وصف الجناية إذا تغلظت الجناية.

له: أن قطع الطريق جنايات متعددة متفرقة من وجه في حق من انقطع الطريق عليه؛ لأنه قتل نفس وأخذ مال من وجه باعتبار ذاته فوجب التخيير للإمام إن شاء جمع بين القطع والقتل على أنه حد واحد اعتبارًا لتعدد الجناية، وإن شاء لم يجمع ويغلظ في وصفه اعتبارا لجهة الاتحاد. وإذا أراد صلبه ذكر الكرخي أنه يصلبه حيا ثم يطعن تحت ثندوته اليسرى حتى يموت.

وذكر الكرخي: أنه يقتله أولا ثم يصلبه وهو قول الشافعي؛ لأنه إذا صلبه حيا فذلك مثلة وهو حرام والأول أصح؛ لأن المقصود هو الزجر والإيلام وزجره يحصل بالصلب حيا أكثر وأبلغ مما يحصل بالصلب ميتا كالرجم لما كان الزجر والألم بالرجم أكثر مما يحصل بالقتل حزًّا بالسيف. شرع الحد في الزنا بالرجم لا بالقتل جزاء وفي ظاهر الرواية يترك على حسبة ثلاثة أيام ثم يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه؛ لأنه يعتبر بعد هذه المدة فينادي به الناس.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه يترك على خشبة ليعتبر به غيره حتى يتقطع فيسقط والردء والمباشر سواء في الحد بأن ولي لقتل رجل منهم قتلوا جميعًا، وعند الشافعي لا يقتل إلا المباشر.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى علق هذا الجزاء بالمحاربة وبالسعي في الأرض بالفساد لا بالقتل لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا﴾ [المائدة: ٣٣] وقطع الطريق إنما يحصل بالمحاربة والقتال لأنهم يأخذون المال جهارًا من الملاك فلا يمكنهم إلا المحاربة والردء في الحرب والقتال كالمباشر؛ لأن الردء إنما يقف ليقتل إذا وجد الفرصة ويمكن من المباشرة فاعتبر مباشرًا؛ ولأن الردء ساعٍ في الأرض بالفساد كالمباشر، ولهذا يباح قتل ردء أهل البغي وأهل الحرب، فإن قتلوا وأخذوا المال ثم تابوا وأصلحوا ولم يردوا المال قبل الأخذ والمواقعة سقط عنهم الحد ويقتل قصاصًا، وفي السرقة الصغرى إذا تاب ولم يرد المال يقطع؛ لأن الله تعالى استثنى التائب في قطع الطريق ممن يقام عليه الحد بقوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [المائدة: ٣٤] ولا يبقى داخلا تحت إيجاب الحد وفي السرقة الصغرى لم يستثن التائب من الجملة وإنما ذكر التائب على سبيل الابتداء بقوله تعالى: ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعۡدِ ظُلۡمِهِۦ وَأَصۡلَحَ﴾ [المائدة: ٣٩] وليس من ضرورة التوبة والمغفرة سقوط الحد عنه كسائر الحدود ولا يسقط بالتوبة، ولو قتلوا وأخذوا المال فأصاب كل واحد منهم أقل من عشرة دراهم يقتل قصاصًا لا حدًّا ولا يجب القتل على قاطع الطريق بأخذ المال ما لم يكن المأخوذ نصابا؛ لأنه معلق بأخذ مال مقدر وهو النصاب كما في السرقة الصغرى ومتى تعذر إيجاب القطع تعذر إيجاب القتل حدًّا كاملا؛ لأنه انضمت إلى جناية القتل جناية أخرى وهو أخذ المال، وإن كان دون النصاب مع جناية أخرى وانضمت إليه لا يمكن أن يجعل القتل حدًّا كاملا كما إذا كان المأخوذ نصابا فجعل قصاصًا.

(**العيون**): عشر نسوة قطعن الطريق وأخذن المال قُتِلنَ وضَمِنَّ المال لأنهن قتلن وأخذن المال. عشرة قطعوا الطريق وفيهم امرأة فتولت المرأة القتال فقتلت وأخذت المال ولم يفعل ذلك الرجال يقتل الرجال دون المرأة عند أبي يوسف؛ لأن القتال

وجد من الرجال؛ لأن المرأة إنما قابلت بسبب مظاهرتهم وقوتهم وشوكتهم لا بوحدتها إلا أن القتل من المرأة اعتبر شرطًا ليغلظ حراب الرجال، وإذا اعتبر قتلها شرطًا في حق الرجال لا يعتبر علة الوجوب في حقها، وقال أبو حنيفة ومحمد: أدرأ عنهم الحد؛ لأنه لم يوجد من الرجال القتل وأخذ المال فامتنع وجوب الحد عليهم لأنهم ليسوا بردءٍ أو معاون لها في شيء وقتال المرأة وأخذها المال بسبب مظاهرة الرجال وقوتهم فأورث ذلك شبهة في درء الحد عنها. رجل خرج قاطعا للطريق على أن يسلب أمتعة الناس ويقتلهم إن استقبله الناس، فاستقبله الناس فقتلوه لا شيء عليهم لأنهم قتلوه لأجل قتالهم، وإن فر الرجل من هؤلاء إلى موضع لا يقدر على قطع الطريق ثم قتلوه كان عليهم الدية لأنهم قتلوه لا لأجل مالهم بل قاصدًا لا دافعًا.

كتاب الغَصْبِ

يحتاج إلى معرفة: تفسير الغصب لغة وشريعة، وركنه، وشرطه، وأنواعه، وحكمه.

أما تفسيره:

فالغصب لغة: عبارة عن أخذ مال الغير على سبيل التغلب والسلطنة قال الله تعالى: ﴿وَكَانَ وَرَآءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا ﴿٧٩﴾﴾ [الكهف: ٧٩] أي: أخذ بطريق القهر والغلبة.

وفي الشريعة: عبارة عن أخذ مال متقوم معصوم محترم قابل للنقل والتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك.

وعند محمد: تفويت المالك لا غير.

وعند الشافعي: إثبات اليد العادية لا غير.

والصحيح قولنا؛ لأن أخذ الضمان من الضمير إتلاف ماله عليه بإخراجه من أن يكون منتفعًا في حقه بإعجازه عن الانتفاع بسد طريق الانتفاع وحسم بابه عليه والإتلاف يستدعي سابقة الإتلاف تحقيقًا للمعادلة والإنصاف والإتلاف معنى بإزالة يد المالك وقصر يده عن ماله ثم كونه قابلا للنقل والتحويل شرط عندهما خلافًا لمحمد حتى إن العقار الذي لا يستطاع نقله وتحويله لا يضمن بالغصب عندهما.

وعند محمد والشافعي: يضمن.

وصورته: إن من سكن دار غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق العقار لا يضمن خلافًا لهما.

لمحمد: أن إثبات اليد العادية على وجه يتضمن إزالة اليد المحقة يتصور في العقار؛ لأن اجتماع اليدين المتمانعين المتدافعين على شيء واحد لا يتصور، فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت يد المالك ضرورة؛ لأنه قصرت يده المتصرفة والمتقلبة فيه وعجز عن الانتفاع والارتفاق لاحتواء اليد العادية عليه.

لهما: أن الغصب إنما انتهض موجبا للضمان باعتبار كونه إتلافا للعين معفي لما بينا والإتلاف معنى في العقار لا يتحقق؛ لأن المالك إنما يعجز عن الانتفاع بالمحل بواسطة النقل والتحويل بالتعييب والتبعيد عنه ولا يظفر المالك بماله ولا يمكنه إعادة اليد عليه والعقار يقرب منه أمكنه إعادة اليد عليه ويتهيأ له الانتفاع بالاستعانة من القاضي وغيره ولا يتصور إتلاف العقار معنى فلا ينعقد موجبا للضمان.

وأما ركنه وشرطه: فقد اندرج في تفسيره.

وأما حكمه: فوجوب رد المغصوب إن كان قائمًا ومثله أو قيمته إن كان هالكا.

(باب معرفة حكم الغصب)

(المبسوط): الغصب على ضربين:

أحدهما: لا يتعلق به المأثم كمن أتلف مال الغير وهو يظن أنه له أو اشترى متاعًا وهو يرى أنه لصاحب اليد فقبضه وتصرف فيه ثم تبين له أنه مستحق ولا إثم عليه، وكذلك إن ملكه بوجه من الوجوه ببدل أو بغير بدل لقوله عليه السلام: "**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**"[(١)].

والثاني[(٢)]: ما يتعلق به المأثم وهو ما أخذه على وجه التعدي والتغلب فهو آثم بأخذه وإمساكه وعليه رد العين في الوجهين إن كان قائمًا لقوله عليه السلام: "**على اليد ما أخذت حتى ترد**"[(٣)]. أي: ضمان ما أخذت. وقال عليه السلام: "**لا يأخذ**

---

(١) أخرجه الطبراني (٢/٩٧، رقم ١٤٣٠) قال الهيثمي (٦/٢٥٠): فيه يزيد بن ربيعة الرحبي وهو ضعيف. وأخرجه أيضًا: الطبراني في الشاميين (٢/١٥٢، رقم ١٠٩٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٤٨ دار الكتاب العربي ١٩٨٢م، والبهجة في شرح التحفة ٢/٣٤٥ ط. مصطفى البابي الحلبي ١٩٥١م، الطبعة الثانية، ونهاية المحتاج ٥/١٠٥ ط. مصطفى البابي الحلبي ١٩٦٧م، وكشاف القناع ٤/٧٨ ط. عالم الكتب ١٩٨٣م.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ٦/١٤٦ (٢٠٩٤١) قال: حدثنا عبدة بن سليمان. و«أحمد» ٥/٨ (٢٠٣٤٦) قال: حدثنا محمد بن جعفر، ومحمد بن بشر. وفي ٥/١٢ (٢٠٣٩٣) قال: حدثنا عبد الوهاب الخفاف. وفي ٥/١٣ (٢٠٤١٨) قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«الدارمي» (٢٧٥٩) قال: أخبرنا محمد بن المنهال، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«ابن ماجه» (٢٤٠٠) =

أحدكم متاع صاحبه لاعبًا ولا جادًّا، فإذا أخذ أحدكم غصبًا من صاحبه فليرده عليه"[1].

وإن كان هالكًا أو عجز عن رده بإباق العبد ونحوه، فإن كان مثليا كالمكيل والموزون والمعدودات المتقاربة ضمن مثله لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] ولأن الواجب ضمان الخبر لما بينا والخبر من كل وجه إنما يتحقق بإيجاب المثل للمعادلة والانتصاف فيه، وإن لم يكن مثليا كالمذروعات والحيوانات والعدديات المتفاوتة ضمن قيمته؛ لأن قيمة الشيء تماثله في المعنى وهي المالية وتخالفه في الصورة فمتى تعذر خبر الفائت بإيجاب المثل من كل وجه يجب خبر الفائت بإيجاب المثل معنى تحقيقًا للمعادلة بقدر الإمكان وسواء عجز عن رده بفعله أو بفعل غيره أو بآفة سماوية فعليه القيمة؛ لأن الضمان موجب الغصب وهلاك العين أو العجز عن رده شرط لوجوبه؛ لأن حق المالك في

=

قال: حدثنا إبراهيم بن المستمر، قال: حدثنا محمد بن عبد الله (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«أبو داود» (٣٥٦١) قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا يحيى. و«الترمذي» (١٢٦٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٧٥١) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا خالد.

تسعتهم: (عبدة، وابن جعفر، وابن بشر، وعبد الوهاب، ويحيى، ويزيد، ومحمد بن عبد الله، وابن أبي عدي، وخالد بن الحارث) عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن البصري، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ٢٢١/٤ (١٨١٠٥) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (١٨١٠٦) قال: حدثنا يزيد. وفي (١٨١٠٦م) قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«عبد بن حميد» (٤٣٧) قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«البخاري»، في «الأدب المفرد» (٢٤١) قال: حدثنا عاصم بن علي. و«أبو داود» (٥٠٠٣) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى (ح) وحدثنا سليمان بن عبد الرحمن الدمشقي، قال: حدثنا شعيب بن إسحاق. و«الترمذي» (٢١٦٠) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. خمستهم: (معمر، ويزيد بن هارون، ويحيى بن سعيد، وعاصم، وشعيب) عن ابن أبي ذئب، عن عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه، عن جده، فذكره.

رد عين ماله ولا يعدل عنه إلى القيمة إلا عند التعدد والقيمة إنما تجب جبرًا لحقه دفعا للضرر عنه وذلك لا يتفاوت بتفاوت أسباب الهلاك ويضمن قيمته يوم الغصب بالإجماع، وفي المثلي إذا لم يقدر على مثله بانقطاعه عن أيدي الناس كما لو غصب عنبا أو رطبا فانقطع عن أيدي الناس فعلى الغاصب قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يوم الغصب، وعند محمد يوم الانقطاع.

لأبي يوسف: إن الضمان إنما يجب بالغصب لا بالانقطاع ولا بالهلاك فيجب اعتبار القيمة يوم الغصب كما في المثلي.

لمحمد: إن الغصب كان موجبا للمثل دون القيمة وإنما يخرج من أن يكون موجبا للمثل ويصير موجبا للقيمة يوم الانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع.

لأبي حنيفة: إن الغصب إنما يصير موجبا للقيمة بالقضاء؛ لأن هذا الغصب موجب للمثل دون القيمة وإن انقطع عن أيدي الناس؛ لأن وهم الوجود قائم ورجاء الوصول إليه غير منقطع واحتمال الوجود يكفي لبقائه موجبا للمثل لما فيه من الفائدة، ألا ترى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض أو اشترى عبدًا فأبق قبل القبض لا ينتقض العقد لبقاء يوهم القدرة وكذا هذا وإنما يخرج من أن يكون موجبا للمثل ويصير موجبا للقيمة بالقضاء فتعتبر قيمته يومئذ بخلاف غير المثل؛ لأن القيمة تجب بالغصب إلا أن الهلاك شرط لوجوب القيمة ليتحقق العجز عن رد العين، فإذا تحقق العجز بالهلاك استند وجوب القيمة الغصب فيعتبر قيمته يومئذ. المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب خلافًا للشافعي حتى لو أبق العبد المغصوب فقضى القاضي عليه بالضمان ثم عاد من الإباق يعود على ملك الغاصب وإكسابه له وعنده يعود على ملك المالك واكتسابه له؛ لأن المالك لما ملك بدل المغصوب بكماله بدليل أنه ملك جميع التصرفات المختصة بالملك فيه من البيع والإعتاق وحل الوطء لو كانت جارية وجب أن يزول المبدل عن ملكه إلى ملك الغاصب تحقيقا للمعادلة ورعاية للمماثلة في باب المبادلة وبملك اكتسابه ولا يملك ولد المغصوبة؛ لأن الكسب بيع محض للكاسب؛ لأنه حصل بفعله وكسبه فظهر استناد ملك الأصل في حقه والولد ليس يتبع الأم من كل وجه بدليل أنه ينفرد بأحكامه فلم يظهر استناد ملك الأصل في حقه.

(باب ما يقع به الغصب وما لا يقع)

(المبسوط): [المضمونات تملك بأداء الضمان إلى وقت الغصب خلافًا للشافعي، حتى لو أتوا العبد المغصوب فقضى عليه القاضي الضمان ثم عاد من الإباق يعود على ملك الغاصب وإكسابه له، وعنده يعود على ملك المالك وإكسابه له لأن المالك لما ملك يدل المغصوب بكماله بدليل أنه يمتلك جميع التصرفات المختصة بالملك فيه من البيع والإعتاق وكل الوطء كانت حاوية وجبت أن يزول المبدل عن ملكه إلى ملك الغاصب تحقيقًا للمعادلة له ورعاية للمحاملة في باب المساءلة ويملك إكسابه، ولا يملك أنه لا يملك ولد المغصوبة لأن الغصب مع محض للمكاتب لأنه حصل بفعله وكسبه يظهر استناد ملك الأصل في حقه، فالولد ليس مع الأم من كل وجه بدليل أنه ينفرد بأحكامه فلم يظهر استناد ملك الأصل في حقه][1].

ولو أخذ المال بغير إذنه وهو ما يقبل النقل والتحويل ونقله يصير غاصبًا كما لو استخدم مملوك رجل بغير إذنه أو أرسله في حاجته أو ركب دابته أو حمل عليها شيئًا أو ساقها وهلكت فهو ضامن؛ لأن لهذا الفعل أثبت اليد الناقلة المتصرفة العادية المتعدية عليه وذلك يوجب إزالة يد المالك فيصير غاصبًا، وإن لم ينقل شيئًا مما يحتمل النقل كما لو جلس على بساط الغير أو هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر إنسان ما لم ينقله ويمسكه لنفسه؛ لأنه لا يوجد إزالة يد المالك.

ولو ركب دابة رجل بغير إذنه ثم نزل فماتت ضمن على رواية الأصل.

والصحيح عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه لا يضمن حتى يحولها عن موضعها وزوائد المغصوبة المنفصلة والمتصلة كالولد واللبن والصوف والسمن والحمال أمانة غير مضمونة إلا بإتلاف أو منع.

وقال الشافعي: هي مضمونة.

والصحيح قولنا؛ لأن الغصب إزالة يد المالك وقصر يده عنه وقد انعدمت إزالة

---

(١) مال بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

يد المالك عن الزوائد؛ لأنه ما وجد من الغاصب منع الزوائد عن المالك صريحا ولا دليلا؛ لأن غصب عين لا يدل على غصب عين أخرى حتى لو جاء المالك وطلب استردادها منه فمنعها عن التسليم يضمن بالإجماع؛ لأنه صار غاصبا بالمنع.

ولو باعها وسلمها إلى المشتري ففي المنفصلة بالخيار إن شاء ضمن المالك، وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم البيع والتسليم وفي المتصلة بأن غصب جارية تساوي ألفا فزادت عنده تساوي ألفين فباعها وسلمها فهلكت عند المشتري فللمالك أن يُضَمِّنَ الغاصب ألف درهم لا غير عند أبي حنيفة، وعندهما له أن يضمنه ألفي درهم قيمتها يوم القبض بالشراء. لهم: أن بالتسليم فوت إمكان الأخذ والاسترداد منه وتفويت إمكان الأخذ والاسترداد منه يجري مجرى الغصب في ضرب الإتلاف كغاصب الغاصب يضمن تفويت إمكان الأخذ من الغاصب الأول فكذا هذا. لأبي حنيفة: إن الغصب إزالة يد المالك وإزالة يد المالك في حق الزوائد المتصلة لا يتصور؛ لأن الإزالة تقتضي سابقة الإثبات ويد المالك لم تكن ثابتة على هذه الزوائد لاحتواء يد الغاصب عليها بواسطة ثبوت يده على الأصل لأنها لا تنفك عن الأصل فلا يتصور إفرادها عن الأصل بالغصب بخلاف الزيادة المنفصلة لأنها كما حدثت حدثت في يد المالك لتمكنه من الاسترداد والأخذ من الغاصب؛ لأنه لم يصدر منه منع المالك من أخذه فتحققت إزالة يده في حق الزيادة فأمكن إفرادها بالغصب، وكذلك لو استهلك الزوائد المتصلة في غير الآدمي لا يضمن الزيادة عنده خلافًا لهما وهو الصحيح.

وإن كان عبدًا أو أمة وقيمته يوم القتل ألفان ويوم الغصب ألف فقتله هو أو غيره، فإن شاء المالك أن يضمن الغاصب ألفا حالة في ماله، وإن شاء عاقلة القاتل في ثلاث سنين؛ لأنه لا يتصدى له سبب ضمان وهو الغصب والقتل وضمانهما مختلفان فله أن يختار أيهما شاء والمنافع لا تضمن بالغصب والإتلاف خلافًا للشافعي.

وصورته: أن يحبس عبد إنسانًا ودابته بغير إذن مالكه شهرا ولم ينتفع به وصورة الإتلاف: أن يغصب عبدًا أو دابة وينتفع به؛ لأن الإتلاف صادف ملكه؛ لأن المنافع

تحدث على ملكه لأنها كانت معدومة قبل فعله إذ لو كانت موجودة قبل فعله لما تصور إتلافها؛ لأنها عرض لا يبقى زمانين كما وجد تلاشى واضمحل فالبقاء عليه كيف يتصور ولكنها حدثت بفعله؛ لأن المنافع وهي اندفاع الحر والبرد ووصول اللذة والراحة إليه يحدث بفعله وهو سكنى الدار وليس الثوب وركوب الدابة وفعله كسبه والكسب علة لثبوت الملك في المكسوب؛ لأنه يثبت لحدوث الكسوب وكان أخص وأحق به من غيره.

(باب ضمان النقصان)

(**المبسوط**): أصله: أن المغصوب بجميع أجزائه وأوصافه مضمون على الغاصب حتى لو نقص من بدنه فردّه ضمن ما نقص؛ لأن الغصب فعل صادف الذات بجميع أجزائه وأوصافه فتحقق الإتلاف في الكل فصار الذات بجميع الأجزاء والأوصاف مضمونا عليه؛ لأن الواجب عليه أن يرد المغصوب على الوصف الذي غصب، وإذا انتقص المغصوب في يد الغاصب فلا يخلو إما أن انتقص بفعل الغاصب أو بآفة سماوية، فإن انتقص بآفة سماوية فلا يخلو إما أن انتقص بتغير السعر أو بفوات جزء من البدن أو بفوات وصف منه فالنقصان بتراجع السعر غير مضمون على الغاصب؛ لأنه ينتقص من عينه شيء لا بفعله؛ لأن تغير السعر فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد لا لمعنى يرجع إلى العين والنقصان بفوات الجزء في الأموال الربوية كالمكيلات والموزونات نحو إن غصب حنطة فعفنت عنده أو تكسر الدراهم والدنانير أو غصب خلافًا فانصب فيه ماء فالمالك بالخيار إن شاء أخذه ولا شيء عليه، وإن شاء تركه وضمنه مثله.

وعند الشافعي: له أن يضمنه النقصان بناء على أن الجودة بانفرادها في الأموال الربوية لا قيمة لها خلافًا له، فإن كان إناء فضة فتهشم في يده، فإن شاء أخذه ولا شيء له، وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه؛ لأنه يؤدي إلى الربا فيضمن بخلاف جنسه حتى لا يفوت حقه في الصناعة، وكذلك آنية الصفر والنحاس والشبه إن كان يباع وزنا؛ لأنه يدخلها الربا، وإن كان يباع عددا لم يكن من مال الربا وإذا لم يكن من الأموال الربوية فنقصان الجزء من الشلل والعرج أو نقصان الوصف

كذهاب البصر والسمع أو ما يفوته معنى من العين كنسيان الحرفة أو حدث به عيب ينقص من قيمته كالإباق والجنون والسرقة في العبد والجارية والزنا وهذه عيوب لازمة توجب نقصان العين فيكون مضمونا عليه فيقوم العبد صحيحا ولا عيب به ويقوم وبه العيب والنقص فيضمن فصل ما بينهما لصاحبه وعلى هذا إذا غصب عصيرًا فصار خلًّا أو عنبا فصار زبيبًا أو لبنًا فصار رابيًا أو رطبًا فصار تمرًا فالمالك إن شاء أخذ عينه ولا شيء له، وإن شاء ضمنه مثله؛ لأنه من أموال الربا. غصب عبدًا صغيرًا فكبر أو جارية صغيرة فكبرت أخذه المالك ولا شيء للغاصب من النفقة؛ لأنه متبرع في الإنفاق، ولو كان شابا فصار شيخا أو كانت شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان؛ لأن ما انتقص من الذات وهو الفتورة في الأعضاء والتكثير في الجمال مضمون عليه.

وذكر الكرخي غصب غلاما أمردا فالتحى عنده لا يضمن شيء؛ لأن اللحية جمال وزينة للرجال، وإن كانت جارية ناهدة الثديين فانكسرت يضمن النقصان؛ لأن الانكسار يعد نقصانا في الجواري لمقاصد الناس في ذلك وإنه مقصود معتبر، وإن حلق شعرًا صغيرًا لغلام فنبت الشعر ولكن لم ينبت كما كان لا يضمن؛ لأن هذا يعده نقصانا عند الجملة من الناس لأغراض فاسدة.

وذكر في (**النوادر**): لو غصب عبدًا قارئًا فنسي القرآن وكان خبازًا فنسي الخبازة أو كان محترفًا فنسي الحرفة ضمن النقصان فيقوم عالمًا ويقوم وهو لا يحسن فيضمن نقصان ما بينهما، فأما إذا انتقص بفعله أو بفعل غيره بأن غصب ثوبا فخرقه أو عصا فكسرها، فإن كان مستهلكا للعين بأن فوت عامة منافعها ضمنه قيمتها؛ لأن تفويت عامة المنافع استهلاك معنى والاستهلاك سبب الضمان، كما لو غصب شاة فذبحها أو قطع رجلها إلا أن له أن يأخذه بغير شيء؛ لأنه بقي شيء من العين منتفع به فنفى ماله قيمة فلم ينقطع حقه عن العين، وإن لم يستهلكه، فإن لم يفوت عامة منافعه، بأن كان مخرقا أو كسرًا يسيرا ضمنه ما نقصه؛ لأنه لم يفوت شيئًا من منافعه بل عيّبه وأخلّه وتعييب المنافع مع بقاء جميعها يكون نقصانا لا إتلافا فله تضمين النقصان وأخذ الباقي، وإن كان خرقا فاحشا فله الخيار إن شاء ضمنه قيمته وتركه

عليه، وإن شاء ضمنه وأخذ الباقي؛ لأنه تصدى له سببا ضمان سبب ضمان الكل وهو استهلاك العين من وجه تفويت بعض منافعه وسبب ضمان النقصان وهو تعييب ما بقي من منافعه. واختلفوا في حد الخرق اليسير والفاحش قيل إن أوجب نقصان الربع في القيمة فصاعدًا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة؛ لأنه متى انتقص أقل من نصف القيمة والأكثر قائم باعتبار القيمة وللأكثر حكم الكل فاعتبر نقصانا لا إتلافا، وإن كان النقصان أكثر من نصف القيمة يعتبر استهلاكا؛ لأن العبرة للأكثر وإذا استويا اجتمع الهلاك والنقصان فخير المالك.

والصحيح أن الخرق الفاحش ما يفوت به بعض المنفعة فتفوت به بعض العين واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل نقصان في المنفعة؛ لأن الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن إتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام أكثر المنافع؛ لأن الرجحان إنما يطلب إذا تعذر العمل بأحدهما فمتى أمكن العمل بهما لا يشتغل بالترجيح وهنا أمكن اعتبار الاستهلاك والنقصان بإثبات الخيار له ولا يعتبر الراجح فعلى هذا الكسر اليسير أن يأخذ منه شظية حتى لا يفوت شيء من منافع العصا ومتى شقه بنصفين طولا أو عرضا حتى فات بعض المنافع يكون استهلاكا من وجه نقصانا من وجه فيكون له الخيار، ولهذا أثبت عمر رضي الله عنه ولفقء عين واحدة الخيار؛ لأنه يفوت به بعض الجثة. غصب دابة فقطع رجلها أو يدها ضمن قيمتها لأنها صارت مستهلكة لانقطاع المنافع كلها.

وذكر في (**النوادر**): إن كان يؤكل لحمها فله الخيار؛ لأنه استهلك من وجه؛ لأنه ينتفع بلحمها، ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يُخِطْه إن شاء ضمنه، وإن شاء أخذ المقطوع وضمَّنه ما نقصه؛ لأن عين ماله لم يصر مستهلكا ولكنه صار معيبا؛ لأنه دخل فيه نقص من غير فوات منفعة.

(فصل)

ولو ولدت الجارية المغصوبة في يد الغاصب ردّها وما نقصتها الولادة لأنها

مضمونة بجميع أجزائها والفائت جزء منها ويتخير نقصان الولادة بأن كان في الولد وفاء خلافًا لزفر والشافعي وإن لم يكن به وفاء لا يتخير.

لهما: أن الولد ملكه ولا يتخير النقصان بملكه.

لنا: أن هذا نقصان لازمته زيادة مطلوبة بجري العادة؛ لأن الولد حصل بالولادة والولادة لا تنفك عن الأم والأوجاع والآلام لا تعرى عن النقصان والزيادة وهي الولد مطلوبة باقتناء الأمهات، فإن الدرَّ والنسل مطلوب من الحيوان عادة ومن الجواري في بعض البلاد معتادة وكان نفعا مطلوبا بمجرى العادة وهذه الزيادة لا تنفك عن هذا النقصان فلا تقابل الضمان؛ لأن هذا لا يعد نقصانا عادة، وإن كان راضيا به كما لو قلع سِنَّ إنسان فنبت مكانها أخرى بخلاف ما إذا ماتت الأم وبقي الولد يضمن قيمة الأم؛ لأن الولادة تنفك عن موت الأم عادة وبخلاف إذا لم يكن بالولد وفاء؛ لأن الظاهر أن قيمة الولد تفي بنقصان الولادة، فإذا لم يكن به وفاء يعدّ هذا نقصانا ولكن العبرة للظاهر لا للنادر، ولو ماتت في يد الغاصب من حبل بزنا فالمولى يأخذها ونقصان ذلك: قال أبو يوسف: ينظر إلى ما نقصها الحبل ونقصان عيب الزنا فيضمن الأكثر ويدخل الأقل فيه استحسانًا والقياس أن يضمن كل النقصان بينهما جميعًا وهو رواية عن محمد لأنهما نقصانان مختلفان فلا يبقى أحدهما الآخر في حق الموجب. وجه الاستحسان: أن كلاهما حصل بالزنا وإن الحبل لما حصل من الزنا كان نقصانا أيضًا حاصلا بالزنا فاتخذ سببهما فتعذر الجمع بين الضمانين فأوجبنا الأكثر وإن ردها الغاصب حاملا فماتت من الولادة وبقي ولدها فعند أبي حنيفة يضمن جميع قيمتها وعندهما لا يضمن إلا نقصان الحبل خاصة. لهما: أن سبب التلف وهو الولادة حصل عند المالك بعد صحة الرد من الغاصب؛ لأن العيب لا يمنع صحة رد الأصل فخرج عن عهده رد الأصل وبقي عهده النقصان والعيب فصار كما لو باع أمة حاملا وولدت عند المشتري وماتت من نفاسها لا يرجع على البائع بشيء. له: أن الموت حصل بالولادة والولادة حصلت بالحبل؛ لأن الحبل يفضي إلى الولادة فحصل الموت بسبب وجد في ضمان الغاصب فانتقض الرد من الأصل؛ لأنه لم يرد على الوجه الذي أخذه فلم

يصح؛ لأن الأخذ وجد وهي سليمة عن ما يفضي لها إلى التلف، فإذا تحقق التلف بذلك المعنى المفضي إلى الموت ظهر أن الرد لم يصح فحصل الموت بسبب في ضمانة فيضمن قيمتها كما إذا حنث عند الغاصب فردها ثم قتلت بتلك الجناية عند مولاها، ولو سرقت أو زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فقطعت عنده أو حدت فعند أبي حنيفة يضمن الغاصب في حد الزنا الأكثر مما نقصها الضرب ومما نقصها الزنا، وفي قطع السرقة يضمن نصف قيمتها وعندهما يضمن نقصان السرقة والزنا ولا يضمن ما نقصها الحد وهذا بناء على أن النقصان الحاصل بالاستيفاء مضاف إلى سبب وجد في ضمان الغاصب وهو الزنا والسرقة عنده وعندهما مضاف إلى سبب وجد في يد المالك كمن اشترى عبدًا فوجده حلال الدم فقتل في يده يرجع بجميع الثمن على البائع عنده لما أن التلف حصل في ضمان البائع وعندهما يرجع بالنقصان لما أن التلف حصل بسبب في ضمان المشتري فكذا هذا إلا أن عنده يعتبر الأكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا؛ لأن كلاهما حصل بفعل واحد ولا يجمع بينهما وأوجبنا الأكثر وفي القطع بالسرقة اعتبر نقصان القطع ونقصان عيب السرقة؛ لأن الغالب المعتاد أن نقصان القطع أكثر من نقصان السرقة.

(**المنتقى**): ولو حُمَّت في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت في تلك الحمى لم يضمن الغاصب إلا نقصان الحمى بالإجماع؛ لأن الموت إنما حصل بتناهي الآلام وزوال القوة وإنما تناهت الآلام في يد المالك فلم يحصل الموت بسبب في ضمان الغاصب، ولو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها عند المالك أو أحبلها المولى لا يضمن الغاصب؛ لأن النقصان حصل بسبب من جهة المولى وهو إحبالها أو تسليط المولى الزوج عليها فصار كما لو قتلها في يد الغاصب، ولو غصب جارية حاملة أو محمومة أو مريضة أو مجروحة فماتت من ذلك في يده يضمن قيمتها وبها ذلك العيب؛ لأنه غصبها وهي منقوصة معيبة بذلك العيب ولم يدخل في ضمان سليمة، ولو حمت في يد الغاصب أو ابيضت عيناها فردها وردّ ضمان النقصان ثم ذهبت الحمى وانجلى البياض يرد المولى ما أخذ من ضمان النقصان إلى الغاصب؛ لأنه ارتفع النقصان فصار كما لو حلق شعر إنسان ثم نبت،

ولو غصب جارية فولدت عند الغاصب وكذا ثم غصبها وولدها من الغاصب رجل فضمن المالك الغاصب الأول قيمة الأم فلغاصب الأم أن يضمن الثاني قيمة الأم والولد جميعًا ويتصدق بقيمة الولد؛ لأن بأداء الضمان ملك الأم بالغصب السابق فيظهر أن الولد حدث في ملكه لكن ملكه بسبب خبيث فتصدق به، ولو ولدت المغصوبة عند الغاصب ثم جحدها إياه وجحد ولدها قال أبو يوسف: يضمن قيمتها يوم غصبها وقيمة ولدها يوم جحدها؛ لأن الولد بالجحود دخل في ضمانه لا بالغصب.

(**الفتاوى**): هشم إبريق فضة لرجل وهشمه آخر وصب الماء على حنطة رجل فنقصت ثم صب آخر أيضًا حتى زاد في النقصان.

ورُوي عن محمد رحمه الله: الضمان على الثاني ويبرأ الأول؛ لأنه لا يمكنه الرد على الأول كما أخذ؛ لأن صاحب الإبريق لو ضمن الأول يجب عليه أن يرد المضمون على الأول كما أخذه منه ولا يمكن ذلك. جدار بين اثنين لهما عليه حمولة فزاد أحدهما في حمولته حتى انصدع الحائط قال إن علم أن الانصداع حصل لأجل تلك الزيادة ضمن قدر الوهن والصدع وذلك بأنه ينظر، فإنه لو لم يرفع هذه الزيادة لسقط الحائط، فإنه يضمن جميع القيمة، ولو لم يسقط ضمن النقصان، فإن أخذ قيمة النقصان فعليه أن يصلح الجدار بتلك وليس له أن لا يعمر الجدار ولا يصلحه كما لو هدم جدارًا بينه وبين آخر وضمن القيمة، فإنه يبني لها على هذا الجدار وليس له أن لا يبني.

(باب المغصوب إذا تغير بفعل الغاصب أو لا بفعله)

(**المبسوط**): غصب حنطة فطحنها أو زرعها، أو دقيقًا فخبزه، أو غزلا فنسجه، أو قطنا فغزله، أو لحما فشواه، أو سمسما فعصره، أو بيضة فحضنها تحت دجاجة فأفرخت، أو تالة[1] فأنبتها أو ساجة فأدخلها في بناية أو جعلها بابًا أو آجرًا أو لبنًا

(١) التالة للأشجار كالبذر للخارج منه، يعني أن الأشجار تحصل من التالة لأنها تغرس فتعظم فتصير نخلا، كما أن الزرع يحصل من البذر. كذا في المغرب.

فبنى به أساس حائط ونحو ذلك، فإنه ينقطع حق المالك عن العين ويضمن مثله إن كان مثليا وقيمته إن لم يكن مثليا خلافًا للشافعي؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ضيفًا عند الأنصار فقدموا له شاة مصلية، فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها لا يسيغه فسألهم عن شأنها فقالوا: هذه شاة لفلان ذبحناها حتى يأتي فنرضيه، فقال عليه السلام: "**أَطْعِمُوهَا الْأُسَارَى**"[1] فلولا أنهم ملكوها لما أحل لهم الأمر بالتصدق بغير إذن المالك والمعنى المستنبط من هذا وهو أن الغاصب أحدث في المغصوب صنعة متقومة استهلكت العين من وجه؛ لأن الطحن والخياطة والشيء صنعة متقومة تزداد بها مالية العين وتقومها، ولهذا الناس يبدلون مالًا بمقابلتها وقد فات بإحداث هذه الصنعة عامة منافع العين فصارت العين هالكة من وجه فوجب أن ينقطع حق المالك عن العين؛ لأنه اجتمع حقان حق المالك في العين وحق الغاصب في الصنعة لأنها حدثت بفعله وكسبه فلا بد من إبطال أحدهما بالآخر فقطع حق المالك عن العين أولا؛ لأن حق الغاصب في الصفة قائم من كل وجه وحق المالك في العين قائم من وجه هالك من وجه وقطع حق الهالك من وجه وإنه أقل ضررا أولى من قطع حق القائم من كل وجه وإنه أكثر ضررًا.

ولو غصب شاة فذبحها وسلخها وأرّبها ولم يشوها، أو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه، فإن شاء ضمنه قيمته، وإن شاء ضمنه ما نقصه؛ لأنه ما أحدث صنعة متقومة؛ لأن الذبح استهلاك؛ لأنه تفويت بجميع المنافع المطلوبة من الحي وهو الدر والنسل والرسل، وكذلك قطع الثوب استهلاك وروى أبو يوسف والحسن عن أبي حنيفة في الشاة إذا ذبحها إن شاء ضمنه قيمتها، وإن شاء أخذها ولا شيء له غيرها؛ لأن المقصود من الشاة اللحم والذبح تحقق بما هو المقصود إلا أنه فوت

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦٥٠٠) عن ابن عيينة. و«أحمد» ٢٩٣/٥ (٢٢٨٧٦) قال: حدثنا معاوية بن عمرو، قال: حدثنا أبو إسحاق، عن زائدة. وفي ٤٠٨/٥ (٢٣٨٥٩) قال: حدثنا محمد بن فضيل. و«أبو داود» (٣٣٣٢) قال: حدثنا محمد بن العلاء، قال: أخبرنا ابن إدريس.

أربعتهم: (سفيان بن عيينة، وزائدة بن قدامة، وابن فضيل، وعبد الله بن إدريس) عن عاصم بن كليب الجرمي، عن أبيه، فذكره.

عليه منفعة الدر والنسل فله أن يضمنه قيمتها جبرا لما فات عليه، ولو غصب بئر ذهب أو فضة فصاغه حليا أو إناء أو ضربه دراهم فللمالك أن يأخذه ولا يعطيه شيئًا عند أبي حنيفة وعندهما هو للغاصب ويضمن مثله للمالك لهما: أنه أحدث فيه صنعة متقومة؛ لأنه أراد لهذه الصنعة قيمة الذهب والفضة واستهلكه من وجه؛ لأنه فوت جنس المنفعة وهي الثمنية ولا يجوز إبطال حقه في هذه الصنعة فصار ملكا له كما لو غصب حديدا أو صفرا فضربه له أن هذه الصنعة لم تفوت معنى الثمنية؛ لأن الثمنية قد ازدادت بضربه دراهم فكذا بالصناعة لم يفت معنى الثمنية بل تعيبت؛ لأنه بقي موزونا والموزون يصلح ثمنا في الذمة فكان هذا تعييبا للثمنية لا استهلاكا وتفويتا والصنعة مع التعييب لا يقطع حق المالك؛ لأنه يكون حقه قائمًا في الدار من كل وجه لقيام محله من كل وجه فترجح حق الملك باعتبار أنه صاحب الأصل وصاحب الأصل الأولى بالتمليك من صاحب الوصف كما في الثوب المصبوغ، وكما لو قصر الثوب ولو غصب فضة أو دراهم فجعلها عروة قلادة أو عروة إناء ينقطع حق الملك؛ لأنه صار تبعا للإناء حتى دخل يجب بيع الإناء من غير ذكر والتبعية استهلاك من وجه لا يفوت به جنس المنفعة وهو بيعه مقصودًا؛ لأنه لا يمكنه بيعه إلا بالفصل عن الإناء وفيه ضرر صاحب الأصل، ولو غصب حديدا أو صفرا فجعله إناء، فإن كان يباع وزنا لا ينقطع حق المالك عنه كما في الفضة، وإن كان يباع عددا سقط حق الملك؛ لأنه استهلكه من وجه؛ لأنه لما أخرجه عن كونه موزونا فقد أخرجه عن كونه ثمنا وتفويت جنس المنفعة يكون استهلاكا من وجه، وكذلك لو غصب فلوسا وصاغ منها إناء ضمن الفلوس؛ لأنه أخرجها عن كونها ثمنا فيصير مستهلكا لها من وجه مع إحداث الصنعة المتقومة فيها، ولو غصب جريحًا أو مريضًا فداواه حتى برأ أو أرضا فيها زرع أو نخل فسقاه أو كان نخلا فأبّره ولقحه فلا شيء للغاصب من النفقة؛ لأنه متبرع فيما أنفق والنماء حصل في ملك المغصوب منه فيكون له.

ولو حصد الزرع أو جذّ الثمرة أو جز الصوف أو حلب اللبن واستهلكه ضمن ذلك؛ لأنه أتلف مال غيره، ولو غصب من مسلم خمرا لم يضمن، فإن خلّلها بشيء

لا قيمة له بأن شمسه أو ألقى فيها حنظلة أو شيئًا يسيرًا من الملح بحيث لا قيمة له فللمالك أن يأخذه؛ لأنه لم يستهلك الخمر بتفويت بعض المنافع؛ لأن منافعها هالكة؛ لأنه محرم استيفاؤها شرعا فلهذا لا يضمن مثلها فبقي مجردا ذات الصنعة من غير استهلاك وما لم يجمع كلا الوصفين وهو إحداث الصنعة والاستهلاك لا ينقطع حق الملك لما بينا، ولو خللها بشيء له قيمة كالملح والخل قال مشايخنا ينظر إن ألقى فيها الملح فهو للغاصب عند أبي حنيفة وعندهما أخذه المالك ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيها بمنزلة دبغ جلد الميتة وإن أراد تركه وتضمينه قيمته في رواية لم يكن له التضمين وفي رواية له ذلك كما في جلد الميتة لما تبين، وإن ألقى فيها الخل فعند أبي حنيفة هو للغاصب؛ لأن نفس الخلط استهلاك عنده، وعند محمد إن صارت خلًّا من ساعته بأن صاحب الدار صبّ فيها خلًّا كثيرًا فهو للغاصب ولا شيء عليه وإن صاحب الدار صبَّ فيها خلًّا قليلًا فهو بينهما على مقدار كليهما؛ لأنه لا يصير مستهلكا للخمر بل صار خالطا بخل صاحبه فصار كما لو خلط بالخل الخل وقيل يشتركان فيه عندهم جميعًا؛ لأن تمليك الخمر من الغاصب متعذر بسبب الخلط؛ لأن الخمر لا يمكن بسائر أسباب الملك فكذا بالخلط فبقيت ملكا للمغصوب منه وإذا صارت خلًّا فله أن يأخذه كما لو اختلط خمر غيره بخله.

ذكر في (**المنتقى**): لو صاحب الدار صبّ خل غيره في خل نفسه وهما نصفان فالخل بينهما نصفان، ولو غصب جلد ميتة ودبغه بشيء لا قيمة له أخذه صاحبه ولا شيء عليه وإن دبغه بشيء له قيمة أخذه صاحبه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه؛ لأنه اتصل بالجلد عين مال قائم للغاصب، والغاصب وإن أحدث وصف المالية في الجلد لكن لم يستهلك الجلد من وجه فلم يملك الجلد ويتملك العين المتصل لهذا الجلد بالقيمة كمن غصب ثوبا فصبغه فصاحب الثوب يملك مالية الصبغ بالقيمة فكذا هذا فيقوّم حين كان ذكيا غير مدبوغ بكم يشترى ومدبوغا بكم يشترى فيضمن فصل ما بينهما وكان يجب أن يضمن صاحب الجلد جميع قيمة الجلد؛ لأن القيمة حدثت بصنعة الغاصب كما لو كان ذكيا فدبغه بماله قيمة يضمن جميع ما زاد الدباغ فيه إلا

أنا لو أوجبنا جميع القيمة لا يفيد الأخذ للمالك شيئًا من المالية والشرع لا يرد بما لا يفيد فلهذه الضرورة رفع عنه قدر قيمة أن لو كان ذكيا ووجبت الزيادة ليصير الأخذ مفيدًا أو إن أراد المالك أن يترك الجلد ويضمنه قيمة الجلد فليس له ذلك عند أبي حنيفة؛ لأن جلد الميتة ليس بمال متقوم وإنما صار مالًا متقومًا بفعل الغاصب ولا يجوز أن يضمن به شيئًا وعندهما له أن يضمنه قيمته لو كان ذكيا؛ لأن الجلد مال مملوك له لا يتوصل إليه إلا بغرم يلزمه بفعل الغاصب فله أن لا يلزم الغرم ويضمن الغاصب قيمة جلد ذكي غير مدبوغ، وإن كان جلدا ذكيا فدبغه بما لَهُ قيمة فلصاحبه أن يضمنه قيمته غير مدبوغ؛ لأن الجلد الذكي مال متقوم، وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه، ولو هلك عند الغاصب فلا ضمان بالإجماع؛ لأن الدباغ ليس بإتلاف وإن استهلكه الغاصب وقد دبغه بما لا قيمة له ضمن قيمته مدبوغا اتفاقا، وإن دبغه بما لَهُ قيمة لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة وعندهما يضمن قيمته مدبوغا ويرفع عنه ما زاد الدباغ فيه.

لهما: أن الجلد كان مالًا متقوما قبل الدباغة لكن ماليته مستترة لم يجز الانتفاع بها بسبب اتصال الدسومات والرطوبات النجسة، فإذا زالت النجاسة بالدباغة ظهرت المالية من الأصل فكانت الدباغة مظهرة للمالية لا محدثة لها فلهذا يبقى البيع والرهن فيه، ولو لم يكن له مالية لما بقي وصار كما إذا خلل الخمر ثم أتلفه ضمنه. له: أن مالية الجلد حصلت بمالية الدباغ؛ لأن الجلد لم يكن له مالًا متقوما قبل الدباغ؛ لأن المالية معنى في المحل يصير به المحل منتفعا حقيقة وشرعا والجلد قبل الدباغ غير منتفع به حقيقة وشرعا، ولهذا لا يجوز بيعه وهبته ورهنه إلا أنه يبقى البيع والرهن فيه باعتبار عرضية أن تعود ماليته ويقوّمه كما لو رهن عصيرا فتخمّر يبقى الرهن حتى لو تخلل يعود الرهن كما كان فكذا هذا ومتى حصلت مالية الجلد بمالية الدباغ صارت مالية الجلد تبعا لمالية الدباغ والأصل غير مضمون لا يكون مضمونًا.

(**المنتقى**): ولو غصب مصحفا فنقّطه إن شاء أعطاه ما زاد فيه، وإن شاء ضمنه قيمته غير منقوط؛ لأن بالنقط ازدادت قيمته فصار كالصبغ وروى المعلى عن

أبي يوسف أنه يأخذه بغير شيء؛ لأنه لا قيمة لعينه وإنما المتقوم هو المنفعة والمنافع لا تقوم إلا بالعقد.

وعن محمد لو غصب حوضا فاتخذه زنبيلا فلا سبيل للمالك عليه؛ لأنه أحدث فيه صنعة متقومة صيرت حق الملك تالفا من وجه فصار كما لو أدخل ساجة في بنائه، ولو غصب نخلة فسقطها جذوعا كان له أن يأخذ الجذوع؛ لأنه استهلاك من غير إحداث صنعة، ولا يقطع حق الملك عنها كقطع الثوب والخياطة، ولو قصر الغاصب الثوب أو غسله بالحرض والصابون كان لصاحبه أن يأخذه بغير شيء؛ لأنه لم يستهلكه من وجه؛ لأنه لم يفت شيء من منافعه.

ولو غصب دارًا فجصصها أو نقشها بالأصباغ، فإن شاء صاحبها أخذها وأعطى الغاصب قيمة ما زاد التجصيص والأصباغ فيها، فإن جعلت الدار للغاصب بقيمتها إذا كانت الأصباغ تبلغ شيئًا كبيرًا؛ لأن الغاصب عين مال قائم في الدار فلا يتملك المالك إلا بعوض كما في الثوب المصبوغ.

وذكر هشام عن أبي يوسف: إن أبى صاحب الدار عن إعطاء قيمة ما زاد الأصباغ فيها أحدثه بقلعها فأضمنه قيمة ما نقص القلع، وكذلك لو نقش الباب المغصوب بالأصباغ، فإن كان نقشه بالمغرة فهذا مستهلك للباب وعليه قيمته، وكذلك لو نقش إناء فضة بالتقضيب ولو هدم بناء الآخر وقيمته مائة وقيمة التراب المهدوم ثلاثين، فإن شاء رب الأرض ضمنه مائة والتراب للهادم، وإن شاء ضمنه سبعين والتراب له، وكذلك لو كسر غصنا من الشجرة الثابتة لإنسان؛ لأن هذا استهلاك من وجه وحكم الاستهلاك من وجه في الشرع هذا لما بينا.

وذكر هشام عن محمد: لو غصب أرضا فبذرها حنطة ثم اختصما قبل النبات، فإن شاء صاحبها تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع زرعك، وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيها فتقوّم وليس فيها بذر وتقوّم وفيها بذر فأعطاه فضل ما بينهما وقيل بأنه يضمن قيمة بذره لكن مبذورا في أرض غيره وهو أن يقوّم الأرض غير مبذورة وتقوّم مبذورة لكن لغيره حق القلع فما فضّل بينهما ففيه بذر مبذور في أرض غيره وما قاله محمد فيه بذر مبذور في أرض نفسه.

وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه يعطيه مثل بذره.

وعن أبي يوسف في الأمالي: أنه لا شيء على صاحب الأرض ما لم يثبت.

ولو غصب غلاما قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوي ألفا فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته يوم أخصاه، وإن شاء أخذ الغلام ولا شيء له؛ لأن هذه الزيادة غير معتبرة شرعا لأنها حصلت بناء على رغبات الناس بسبب هو حرام وقيل يقوّم العبد بكم يشترى للعمل قبل الخصاء ويقوم بعد الخصاء للعمل ويرجع بفضل ما بينهما وقيل يقوّم العبد للعمل قبل الخصاء ويقوم بعد الخصاء للعمل ويرجع بنقصان ما بينهما، ولو غصب بيضتين فحضن إحداهما تجب دجاجة له وحضنت دجاجة الأخرى فالفرختان له وعليه بيضتان؛ لأنه استهلك إحداهما وهلكت الأخرى، ولو كانت إحداهما غصب والأخرى وديعة عنده فحضنت دجاجة عليها فأفرخت فرختين ففرخ الوديعة لصاحب الوديعة وفرخ الغصب للغاصب وهذا بمنزلة قفيزين من الحنطة عند رجل أحدهما وديعة والآخر غصب فهبت الريح بهما وألقتهما في الأرض فنبت الزرع فما نبت من الوديعة لصاحبها وزرع ما نبت من الغصب للغاصب ويضمن قفيز حنطة للمغصوب منه، وإن لم يعرف إحدى الفرختين من الأخرى فالقول قول الغاصب إنما هي هذه، وإن قال: لا أعرف فالفرختان بينهما وعلى الغاصب بيضتها. قطع تالة من أرض رجل ثم غرسها في ناحية أخرى فكبرت فالشجر للغارس ويؤمر بقلعه وعليه قيمة التالة للمالك يوم القلع، فإن كان القلع يضر بتلك الأرض أعطى صاحب الأرض قيمة الشجر للغاصب يوم يختصمان، والله أعلم.

(باب الثوب يصبغه الغاصب)

(**المبسوط**): ولو صبغ الثوب المغصوب أحمر أو أصفر ونحوه فللمالك أن يأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه وهو أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض؛ لأن عين الثوب قائم لم يتلف شيء منه وإنه أصل والصبغ وصف قائم بالثوب وإنه تبع له وتملك الصفة بالقيمة أقل ضررا من تملك الأصل، وإن شاء يعطيه قيمة الصبغ متصلا بثوبه؛ لأنه لا يجوز إهدار حقه؛ لأنه محترم، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض؛ لأنه لم يصدر

منه سبب الضمان فله أن لا يرضى بالتزام هذه الغرامة والغاصب متعدٍّ فعليه الضمان، قال أبو عصمة: فإن شاء رب الثوب باع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما لأنهما يشتركان فيه لاتصال الصبغ فالثوب على وجه لا يمكن الفصل والتمييز عنهما فصار كما لو انصبغ لا بفعل أحد إذا لم يختر تضمينه، وكذلك لو صبغه أسود عندهما.

وعند أبي حنيفة: هو نقصان لا قيمه له ويأخذ صاحب الثوب ثوبه، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فالناس في زمنه لا يلبسون السواد ويعدونه عيبا ونقصانا وفي زمنهما يلبسونه ويعدونه زيادة وجمالًا إلا أن يكون ثوبا يزيد فيه الضمان فيضمن ما زاد؛ لأنه عين مال قائم كالحمرة وهذا اللفظ يدل على أنه لا يختلف الحكم بالسواد والحمرة وإنما المعتبر حصول الزيادة في الثوب إن كان الناس يعدون السواد زيادة في الثوب يضمن وإلا فلا، وكذلك لو غصب سويقا فلتّه بسمن؛ لأن السمن متى اتصل بالسويق ضار وصفًا وبيعا له ولا يمكن فصله عنه إلا أنه يضمن المالك للغاصب مثل سمنه؛ لأن السمن حين اتصل بالسويق كان مثليا؛ لأنه لا يمتزج بشيء آخر بخلاف الصبغ؛ لأنه حين اتصل بالثوب خرج من أن يكون مثليا لامتزاجه بالماء فقد اتصل بثوبه ما ليس بمثلي فيضمن قيمته.

ولو غصب صاحب الثوب عصفر أو صبغ به ثوبه فعليه مثله؛ لأنه غصب مثليا واستهلكه. غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا ضمن مثل عصفره وخيّر رب الثوب؛ لأن العصفر مثلي وقد أتلفه فيضمن مثله وصار ملكا للغاصب من وقت الغصب فيظهر أنه صبغ ثوب غيره بصبغ نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب.

ولو وقع ثوب رجل في صبغ إنسان فانصبغ به فصاحب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء يباع له الثوب فيقسم الثمن على قدر حقهما؛ لأنه لا صنع لأحد فيه فانتفى الضمان عنهما وبقيا شريكين فيه فحق صاحب الثوب في ثوبه أبيض فيضرب بقيمته أبيض وحق صاحب الصبغ في الصبغ القائم بالثوب وإنه أنقص قيمة من المنفصل فبقي حقه ناقصا والخيار لصاحب الثوب؛ لأنه صاحب أصل فكان أقوى حالًا.

ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد فصبغه به كان للمالك أن يأخذ الثوب مصبوغا وبرئ الغاصب من الضمان، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه وعصفرا مثله، ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذ الثوب مصبوغا كما يأخذه الواحد لو كانا لواحد فليس لهما ذلك؛ لأنه لما اختلف المالكان كان خلط المالين استهلاكا من كل وجه وإذا اتحد المالك يكون الخلط استهلاكا من وجه لا من كل وجه؛ لأنه لم يفت عليه عامة منافعه، ولو صبغ الراهن ثوب الرهن بعصفر خرج من الرهن وضمن قيمته، ولو كان الثوب والعصفر رهنا كان للمرتهن أن يضمن قيمة الثوب وعصفرا مثله، وإن شاء رضي بأن يكون الثوب المصبوغ رهنا في يده. رجل غصب من آخر ثوبا قيمته ثلاثون فصبغه آخر فنقصه الصبغ حتى صار يساوي عشرين.

قال محمد رحمه الله: ينظر إلى قيمة ما زاد الصبغ فيه، فإن كان خمسة ضمن الغاصب خمسة؛ لأنه غصب ثوبا قيمته ثلاثون وقد نقص منه عشرة وزاد فيه خمسة باعتبار الصبغ فتصير الخمسة بإزاء الخمسة قصاصًا وبقي نقصان خمسة لا يجيزه شيء فيضمن خمسة، وكذلك السواد على هذا.

(باب ما يبرئ الغاصب من الضمان وما لا يبرئه)

(**المبسوط**): ولو غصب ثوبًا فكساه المالك أو طعامًا فقدم بين يديه ليأكله وهو لا يعلم به برئ عن الضمان خلافًا للشافعي؛ لأن بهذا الرد أعاد الشيء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة والتصرف الصادر من المالك في المملوك لا يقع إلا بجهة الملك، فإذا تناول ملكه سقط ضمان الغصب كما لو باعه أو رهنه منه وسلمه وهو لا يعلم ولا يدري برئ عن الضمان، وكذا لو لبس المالك المغصوب أو كان طعامًا فأكله أو عبدًا فاستخدمه وهو يعلم به أو لا يعلم برئ الغاصب من الضمان؛ لأنه وصل إليه ملكه واحتوت يده عليه فارتفع سبب الضمان.

ولو غصب عنبا فاتخذه عصيرا أو خمرا ثم سقاه المالك لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه صار ملكا للغاصب وانقطع حق الملك عنه بالضمان.

(**النوادر**): ولو جاء الغاصب بالمغصوب ووضعه في حجر المالك وهو لا يعلم بأنه ملكه فحمله إنسان، فالصحيح أنه يبرأ كالغاصب إذا أطعم المغصوب المالك برئ عن الضمان وإن لم يعلم به. رجل غصب من صبي درهما ثم رده عليه، فإن كان الصبي ممن يعقل الأخذ والإعطاء برئ عن الضمان؛ لأن الرد إليه قد صح، وإن كان ممن لا يعقل لا يبرأ؛ لأن الرد إليه لم يصح فصار كمن غصب سرجا من ظهر دابة ثم أعاده على ظهرها لا يبرأ عن الضمان، فإن استهلك الدرهم ثم رده مثله على الصبي وهو يعقل، فإن كان مأذونا برئ؛ لأن أداء الضمان إليه قد صح، وإن كان محجورا لا يبرأ؛ لأنه لا يصح أداء الضمان عليه. رجل له كران من حنطة غصب رجل أحدهما ثم أودع المالك الغاصب الكر الآخر فخلطه الغاصب بالكر المغصوب ثم ضاع ذلك كله ضمن الكر الغصب ولا يضمن الكر الوديعة؛ لأن خلط ملكه بملكه ليس باستهلاك فبقي الكر المغصوب مضمونا عليه في يده على حاله، وكذلك رجل أخذ من كيس رجل درهما ثم رده إلى الكيس لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه لا يكون رد له إلا بدفعها إلى صاحبها، رجل غصب من رجل سفينة أو دابة فركبها فلحقها صاحبها وسط البحر أو وسط المفازة في موضع مهلك لا يستردها من الغاصب لكن يؤاجرها منه إلى الساحل أو إلى موضع غير مهلك؛ لأن الاسترداد فيه إهلاك النفس فيفوت حقه في النفس لا إلى خلف ولو لم يسترد يفوت حق الملك إلى خلف وهو الضمان فكان هذا أولى.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): لو جاء الغاصب بقيمة المغصوب إلى المالك فقال المالك لا أريدها ولا أجعلك في حل يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القبول؛ لأن في الجبر على القبول تعلق به حق الغاصب وهو البراءة عن الدين، وإن وضع في حجره لا في يديه يبرأ؛ لأنه حصل القبض حقيقة، فإن وضع بين يديه لا يبرأ بخلاف ما لو وضع المغصوب أو الوديعة بين يدي صاحبها يبرأ؛ لأن الواجب ثمة رد العين والرد يتحقق بالتخلية والواجب في باب الدين قبض العين لتتحقق المعاوضة والمقاصة والقبض لا يحصل بالتخلية، ولو زوج الأمة المغصوبة من الغاصب لم يبرأ عن الضمان الساعة في قول أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لأبي يوسف بناء على أن المشتري هل يصير قابضا بالتزويج أم لا؟ وقد مر في البيوع.

(**الجامع**): وإجارة المغصوب من الغاصب صحيحة ويبرئه عن الضمان؛ لأن الإجارة لاقت ملكا متأكدا له وقد صار قابضا للمستأجر بنفس العقد؛ لأن قبض الغصب ثبوت عن قبض الإجارة فوجب عليه شيء من الأجر بمضي شيء من المدة وإن قل ووجوب الأجرة ينافي الضمان؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان.

وقد ذكر في (**المنتقى**): لو استأجر العبد المغصوب ليبني له حائطا أو يقصر له ثوبا لا يبرأ عن الضمان حتى يأخذ في العمل؛ لأن العقد ورد على العمل فتجب الأجرة؛ لأنه لم يوجد من المالك إبراء الغاصب من الضمان ونفس العقد في الإجارة لا ينافي الضمان لأنهما مع الضمان يجتمعان، فإنه لو خالف المستأجر من حيث الفعل ضمن وتبقى الإجارة حتى لو عاد إلى الوفاق تجب الأجرة ولكن وجوب الأجرة ينافي الضمان ولم يوجد بخلاف ما لو استأجره للخدمة فبرئ عن الضمان للحال؛ لأن الأجرة في الاستخدام تجب بالتخلية لا بالعمل، ولو استأجر المالك الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملًا من الأعمال أو لغسل الثوب المغصوب لا يبرأ عن الضمان؛ لأن الإجارة وردت على الغاصب لا على المغصوب فبقي المغصوب متعريا عن عقد الإجارة فلم يوجد المنافي للضمان، ولو استأجره للحفظ لم يجز؛ لأن الحفظ مستحق عليه فيكون في الحفظ عاملا لنفسه فلا يستوجب به الأجر على غيره، ولو أعطاه من الغاصب لم يبرأ حتى يستعمل، فإذا فرغ من الاستعمال لا يعود مضمونا؛ لأن الإعارة لا تنافي الضمان، فإن المستعير إذا خالف من حيث الفعل ضمن وبقيت الإعارة على حالها حتى لو عاد إلى الوفاق يعود أمينا إلا أن الإعارة عقد تبرع بالمنفعة والتبرع لا يتم ولا يفيد الملك إلا بالقبض وقبض المنفعة يكون بالانتفاع وإذا انتفع صار قابضا فتم عقد الإنابة فملك المنفعة عند استيفائها فسقط الضمان، ولو أودعه من الغاصب أو أمره بحفظه لم ينص محمد عليه في الجامع وقيل يبرأ عن الضمان بنفس الإيداع؛ لأن عقد الوديعة يتم بالإيجاب والقبول، فإذا لزمه الحفظ بالقبول للمالك وقع القبض في الحال للمالك والقبض للمالك منافٍ للضمان وقيل لا يبرأ عن الضمان؛ لأن عقد الإيداع لا ينفي الضمان؛ لأن الأمر بالحفظ مع الضمان يجتمعان، فإن المودع إذا خالف حتى صار ضمينا بقي الأمر حتى لو عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان.

ولو وكل الغاصب ببيع المغصوب لم يبرأ عن الضمان حتى يبيع ويسلم؛ لأن كونه وكيلًا لا ينافي كونه ضمينا كالوكيل بالبيع لو استخدم العبد الموكل بيعه صار ضامنا وبقيت الوكالة حتى لو باعه بعد ذلك جاز إلا أنه إذا باع وسلم بأمر المالك صار تسليمه كتسليم المالك ولو سلم المالك بنفسه يبرأ الغاصب فكذا وكيله إذا سلم بأمره، وكذلك إن وجد المشتري به عيبا قبل القبض فرده فهو مضمون بالغصب؛ لأنه انتقص العقد من الأصل، وإن رده بعد القبض لا يعود مضمونا؛ لأنه بطل الضمان بالتسليم فلا يعود.

(باب مطالبة الغاصب برد المغصوب في غير البلد الذي غصبه)

(**المبسوط**): ولو غصب دراهم أو دنانير فالمالك يأخذها منه حيث وجده وليس له أن يطالبه بالقيمة وإن اختلف السعر لأنهما أثمان، ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف المكان.

ولو غصب عينًا فلقيه في بلد آخر والعين في يده، فإن كانت قيمته في ذلك المكان مثل قيمتها في مكان الغصب أو أكثر فللمالك أن يأخذه وليس له أن يطالبه بالقيمة؛ لأنه يصل إليه عين حقه من غير ضرر يلحقه، وإن كانت قيمتها في هذا المكان أقل من قيمته في مكان الغصب، فإن شاء المالك أخذ القيمة على سعر مكان الغصب، وإن شاء انتظر؛ لأن نقصان القيمة حصل من جهة الغاصب وهو النقل إلى هذا المكان فكان له أن لا يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة؛ لأن عجز عن أخذ عين حقه بكماله، فصار كما لو خرق الغاصب الثوب المغصوب، ولو كان المغصوب مثليا وهو هالك يرد المثل إلا إذا كان السعر في هذا المكان أقل فهو بالخيار إن شاء أخذ مثله للحال، وإن شاء قيمته حيث غصب، وإن شاء انتظر حتى يرجع إلى تلك البلدة فيأخذ منه مثله؛ لأنه لو رد مثله في مكان المطالبة يستضر به؛ لأن اختلاف القيمة لأجل الحمل والمؤنة، فصار كما لو كانت العين قائمة ونقلها إلى بلدة أخرى، ولو كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر فالغاصب بالخيار إن شاء

أعطاه مثله حيث خاصم، وإن شاء قيمته حيث غصب إلا أن يرضى المغصوب منه بالتأخير؛ لأن الغاصب لا يلزمه دفع الضمان في مكان الغصب بل إنما لقبه فلو لزمه رد المثل في مكان الخصومة يستضر به الغاصب، فإنه يلزمه زيادة قيمة لا يستحقها المغصوب منه والجاني ينصف منه ولا يظلم غيره وفي تأخير الرد إلى مكان الغصب إضرار بالمالك فيسلم إليه قيمته حيث غصبه لئلا يفوت حق الغاصب في الزيادة، ولو كانت القيمة في المكانين سواء فللمالك أن يطالبه بالمثل؛ لأنه لا يتضرر به واحد منهما.

(باب غاصب الغاصب)

(**المبسوط**): ولو غصب رجل المغصوب من الغاصب فللمالك أن يضمن الأول والثاني؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه الأول بتفويت حقيقة اليد والثاني بتفويت إمكان الأخذ عليه من الأول؛ لأن تفويت إمكان الأخذ يلحق بتفويت اليد دفعًا للضرر عن المالك؛ لأنه ربما يكون أخذه من الأول أيسر وأسهل؛ لأن الثاني فوت يد الغاصب الأول ويده يد معتبرة باعتبار أنه يتمكن لها من الرد إلى المالك فوجد التفويت في حقه فضمن الثاني للأول إلا أن الأول إنما يستحق تضمين الثاني لفائدة تؤول إلى المالك، فإنه يأخذ الضمان ويرده إلى المالك فكان للمالك أن يتولى بنفسه بإقامة نفسه مقامه قصرًا للمسافة وإحطاطًا للمؤنة عن الغاصب وإخراجه عن ورطة الضمان؛ لأنه نفع محض في حقه فلا يحتاج فيه إلى الإذن، فإن ضمن المالك الغاصب الأول يرجع الأول على الثاني بما ضمن؛ لأنه ملك المغصوب بالضمان من وقت الغصب فيظهر أن الغصب الثاني صادف ملكه، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول لانعدام الغصب من الأول في حقه؛ لأنه قابض لنفسه وكذا السارق من الغاصب لا يرجع.

ولو اختار المالك تضمين أحدهما برئ الآخر عندهما، وعند أبي يوسف: لا يبرأ ما لم يقبض الضمان، وقد مرت في البيوع.

ولو وهب الغاصب المغصوب من إنسان أو أعاره فهلك في يده فضمنه المالك لا يرجع على الغاصب، ولو رهنه أو أجره أو أودعه من إنسان وهلك فضمنه

المالك يرجع بالقيمة على الغاصب والفرق أن الموهوب له والمستعير في القبض عامل لنفسه؛ لأن نفعه عائد إليه من كل وجه، فإذا لحقه ضمان ضمن بسبب قبضه لا يرجع بما ضمن على أحد فأما المودع عامل للمودع؛ لأن منفعة قبضه عائدة إلى المودع وكذا قبض المستأجر للأجر معنى؛ لأن عود نفعه إلى الأجر أكثر؛ لأن ما للأجرة وهو الأجرة عين وما للمستأجر منفعة والعين خير من المنفعة لأنها مال مطلق يبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الرهن عامل للراهن قبل الهلاك؛ لأن الغير أمانة عنده والحفظ عليه للراهن، ولهذا لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء؛ لأنه قبض أمانة في الحال وإنما صار مستوفيا لدينه بالهلاك والحاصل أن كل من عمل لنفسه لا يرجع بما ضمن على أحد ومن عمل لغيره، فإنه يرجع بما ضمن على المعمول له؛ لأنه هو الذي أوقعه في الورطة.

(**النوادر**) ابن سماعة عن محمد: للقاضي أن يأخذ المال من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبًا ويحفظه عليه، فإن ضاع ثم جاء صاحب المال فله أن يضمن الغاصب أو السارق ولا يبرأ بأخذ القاضي؛ لأن للقاضي أن يتصرف في مال الغائب فيما يؤدي إلى حفظه لا فيما يرجع إلى إبراء حقوقه وكون المال مضمونا على الغاصب من حقوق الغائب فلا يسقط بالإبراء من جهة القاضي.

(**الجامع**): أصله أن القيمة تقوم مقام العين ويسد مسدها ويحكي حكايتها ويستدرك فواتها فيكون أخذ القيمة كأخذ العين بمعناها وكل من له أخذ العين، فله أخذ قيمتها ثم المسائل على فصلين في غاصب الغاصب وفي الغاصب من المودع.

(فصل)

غصب جارية قيمتها ألف فغصبها منه آخر فأبِقَت الجارية يضمن الغاصب الثاني للغاصب الأول؛ لأن للأول أخذها لو كانت قائمة يتمكن من ردها إلى المالك فيتخلص عن ورطة الضمان فكان له أخذ قيمتها ليردها إلى المالك فيبرأ عن الضمان فإن أخذ القيمة فلا سبيل للمالك على الغاصب الثاني؛ لأنه خرج عن عهده الضمان برد القيمة؛ لأن رد القيمة حال عجزه عن رد العين كرد العين، فإن كانت القيمة قائمة عنده فللمالك أخذها لأنها نزلت منزلة العين، وإن كانت هالكة يلزمه

الضمان لمولى الجارية؛ لأنه بمنزلة ما لو استرد الجارية وهلكت عنده؛ لأنه لا يخرج عن عهدة الضمان ما لم يردها إلى المالك، فإن كانت قيمتها ألفا عند الأول فغصبها الثاني وقيمتها ألفان فأبقت فضمنه الغاصب الأول ألفين يأخذهما المالك منه لأنها بمنزلة العين قائمة مقامها، وإن هلكت عنده وقيمتها ألفان لم يضمنه المولى إلا ألف؛ لأن الألف الزائدة أمانة في يده لأنها حدثت بعد الغاصب الأول والزيادة الحادثة في يد الغاصب أمانة كالزيادة في عين المغصوب، فإن ظهرت الجارية والقيمة في يد الأول فللمولى **خيارات ثلاثة:** إن شاء أخذ الجارية، وإن شاء أخذ القيمة، وإن شاء ضمن الأول قيمتها يوم غصبها منه أراد بالتضمين أنه يأخذ القيمة من الأول برضاه فيكون بمنزلة البيع منه؛ لأن الجارية لما عادت من الإباق فقد قدر الأول على رد المغصوب والغاصب ما دام قادرا على رد المغصوب ليس للمالك تضمينه إلا برضاه والغاصب الأول لما ضمَّن الثاني القيمة فقد ملك الجارية منه حكما؛ لأن التضمين تمليك المضمون من الضمين فصار كما لو باع الجارية من الثاني بغير إذن المولى فيتوقف البيع على إجازته إن شاء رده وأخذ الجارية، وإن شاء أجازه وأخذ بدلها، فإن أخذ المولى الجارية رجع الثاني على الأول بالقيمة؛ لأنه متى لم يجز التمليك لم يسلم له المبدل وكان له أن يرجع بالمبدل كما في البيع وإن كانت القيمة هلكت في يد الأول ضمن مثلها للثاني؛ لأنه أخذه بجهة البيع والتمليك ولا يرجع الأول على المولى بشيء؛ لأنه لم يكن وكيل المولى أخذها بحق يد كانت له على الجارية بغير أمر المولى وكان في الأخذ عاملا لنفسه ليردها على المالك لا للمولى وإن أخذ المولى القيمة كان ذلك إجازة للبيع وسلمت الجارية للغاصب الثاني وعليه الاستبراء بعد الإجازة؛ لأن الحيضة التي وجدت قبل الإجازة وحدث قبل الملك ولا تجتزئ من الاستبراء أو إن كان وطئها قبل الإجازة يثبت النسب استحسانًا؛ لأن البيع انعقد موقوفا لا يحل للمشتري وطء الجارية في البيع الموقوف قبل الإجازة إلا أنه انعقد سبب الملك وانعقاد سبب الملك أورث شبهة الملك والنسب تثبت بالشبهة ويكون الولد رقيقا؛ لأن الحرية لا تثبت بالشبهة وإن ضمن الغاصب الأول قيمتها يوم غصبها منه سلمت القيمة التي

أخذها الأول من الثاني الأول ويتصدق بالفضل؛ لأن الأول ملك الجارية بالضمان من وقت الغصب فظهر أنه باعها من الثاني وهي مملوكة له فنفذ بيعه فيسلم له ثمنها وإنما لا يطيب له الزيادة؛ لأنه حين باع لم تكن الجارية ملكا له فكان بمنزلة المودع إذا باع الوديعة وربح فيها ثم ضمن، وكذلك لو أخذ الغاصب الأول القيمة بغير قضاء وقامت البينة على أخذه القيمة؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العين، وإن أقر بقبض القيمة أو الجارية من الغاصب الثاني لا يصدق على المولى حتى كان له أن يضمن الثاني ويصدق في حق نفسه حتى يرجع عليه الثاني إن ضمنه المولى؛ لأن إقراره يضمن إبطال حق المولى في تضمين الثاني فلا يصح وإقرار كل إنسان يصح في إبطال حق نفسه دون إبطال حق غيره.

(فصل)

ولو غصب الجارية من مودع المولى فأبِقَت [فللمودع][1] أن يضمن بقضاء أو بغير قضاء؛ لأن المودع أخذ عينها ليحفظها على المالك فيكون له أخذ قيمتها؛ لأن أخذ القيمة من باب الحفظ وصار كالغاصب الأول هو أحق؛ لأن يد المودع يد نيابة وأمانة، فإن أخذها ثم ظهرت الجارية فللمولى أن يأخذ القيمة إن شاء، وإن شاء أخذ الجارية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: له أخذ القيمة دون الجارية؛ لأن المودع مأمور بأخذ القيمة من جهة المولى؛ لأنه من باب الحفظ فصار أخذ المودع القيمة كأخذ المولى.

ولو أخذ المولى القيمة لم يبق له سبيل على أخذ الجارية فكذا هذا. وجه ظاهر الرواية: أن المودع غير مأمور بأخذ المودع نصًّا وإنما ملك الأخذ بمقتضى الأمر بحفظ الجارية؛ لأنه لا يتهيأ له الحفظ حال عجزه عن أخذ الجارية إلا بأخذ القيمة فيظهر ثبوته في حق ما يرجع إلى الحفظ وهو التوثق لا في حق تمليك الجارية من الغاصب وليس فيه حفظ بل هو إزالة الجارية عن ملكه بغير أمره فيقف على

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فللمولى.

إجازته، فإن أخذ الجارية رجع الغاصب على المودع بما أخذ منه، فإن كانت القيمة هالكة ضمنها ويرجع بها على المالك؛ لأن المودع في أخذ القيمة عامل للمولى؛ لأنه أخذها ليحفظها عليه فيرجع عليه بما لحقه من ضمانه ومؤوناته، فإن أقر المودع بقبض القيمة من الغاصب يصدق ويبرأ الغاصب؛ لأنه مأمور بقبض القيمة للحفظ وكان مسلطا على القبض من جهة المولى فيصدق في حق المولى ولا كذلك الغاصب الأول، فإن ظهرت الجارية واختار المولى أخذها رجع الغاصب على المودع ولا يرجع هو على المولى؛ لأنه مسلط على قبض القيمة غير مسلط على إيجاب الضمان عليه كالوكيل بالبيع إذا قال استوفيت الثمن وكذبه الموكل يصدق في حق براءة المشتري عن الثمن ولا يصدق في حق رجوعه على الموكل، ولا يطأ الغاصب الجارية حتى يختار المولى القيمة وكذا بيعه وعتقه موقوف؛ لأن تمليك المودع موقوف كبيع الفضولي والنسب ثابت إن وطئ والولد رقيق كالوجه الأول.

(باب اختلاف الغاصب والمغصوب منه)

(**المبسوط**): ولو اختلف في عين المغصوب أو صفته أو في قيمته وقت الغصب فالقول للغاصب؛ لأن المالك يدعي عليه زيادة مقدار أو زيادة جودة أو زيادة ضمان وهو ينكر فيكون القول للمنكر.

ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه رجل قيمته واختلفوا في القيمة؛ فقال الكفيل: عشرة. وقال الغاصب: عشرون. وقال المالك: ثلاثون. فالقول للكفيل ولا يصدق واحد منهما عليه؛ لأن المكفول له يدعي على الكفيل زيادة وهو ينكر والغاصب يدعي زيادة عشرة وإقرار كل مقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فيلزمه عشرة أخرى دون الكفيل.

ولو قال الغاصب: رددت المغصوب عليك، وقال المالك: لا بل هلك عندك فالقول للمالك؛ لأنه أقر بسبب وهو وجوب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بحجة كما لو قال أخذت مالَكَ بإذنك أو أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال الإذن.

ولو أقام الغاصب البينة أنه رد الدابة المغصوبة وأقام المالك البينة أنها نفقت من ركوبه أو أتلفها الغاصب ضمن الغاصب؛ لأنه لا تناقض ولا تنافي بين البينتين لجواز أنه ردها إليه ثم ركبها بعد الرد ونفقت من ركوبه ويكون هذا منه غصبا مستأنفا فتعمل البينتان على هذا الوجه توفيقا وتلفيقا بينهما.

ولو أقام الغاصب البينة أنه ردها ونفقت عنده وأقام المالك البينة أنها نفقت عند الغاصب ولم يشهدوا أنها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه لأنا متى جعلنا كأن الغاصب ردها ثم نفقت بعد الرد عنده من غير صنعه بأن انفلتت الدابة بعد الرد فلا يثبت فيه رد مستأنف فأقام المالك البينة أنه مات المغصوب عند الغاصب وأقام الغاصب البينة أنه مات عند المالك فبينة الغاصب أولى لأن بينة المالك قامت على الموت لا على الغصب؛ لأنه ثابت بإقرار الغاصب والضمان يجب بالغصب لا بالموت ولا يفيد إقامة البينة على الموت وبينة الغاصب مثبتة للرد؛ لأنها تثبت للموت في يد المالك ويتعلق به الرد فكانت أولى، ولو شهدوا أنه غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب أنه مات في يد مولاه قبل الغصب لم تقبل هذه الشهادة؛ لأن موته في يد مولاه قبل الغصب لا يتعلق به حكم؛ لأنه لا يفيد الرد وإنما يفيد نفي الغصب وبينة المولى تثبت الغصب والضمان فكانت أولى.

(**النوادر**): لو أقام المالك البينة أن الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة وأقام الغاصب البينة أنه كان يوم النحر بمكة هو أو العبد فالضمان واجب على الغاصب؛ لأن كينونته بمكة لا تتعلق به بحكم فسقطت بينته وبينة المالك تثبت الغصب والضمان.

رجل في يديه جبة ادعى آخر أنه غصبها منه فأقر له بالظهارة أو بالبطانة فالقول له مع يمينه؛ لأنه أقر بغصب أحدهما وأنكر غصب الآخر ويضمن قيمة الظهارة؛ لأنه أحدث في الظهارة صنعة متقومة وهو التضريب على البطانة وقد استهلكها من وجه؛ لأن الظهارة صارت تابعة لملك الغاصب وهو الحشو والبطانة لأنها أكثر من الظهارة ويصير الأقل تابعًا للأكثر صيانة لحق الغاصب كما في الساجة يدخلها في بنائه.

غصب جارية ثم أعتقها أو دبرها أو استولدها ثم أقر بأنه غصبها من فلان وليس للمدعي بينة ضمن قيمتها ولا يبطل ما فعل؛ لأن ملكه كان ثابتا ظاهرا بظاهر يده فثبتت الحرية إذ حق الحرية ظاهرا فقبل إقراره على نفسه بإيجاب قيمة الجارية عند العجز عن ردها ولا يقبل إقراره في إبطال حق غيره وهو الحرية، كما لو باعها ثم أقر أنه غصبها من فلان ولا يضمن قيمة الولد؛ لأنه لما ضمن قيمة الجارية يوم الغصب ظهر أن الاستيلاد حصل في ملكه؛ لأن استناد الملك في الجارية إلى وقت الغصب يظهر في حق صحة الاستيلاد؛ لأنه تصرف يصح في الملك فصار كالبيع، فإن أقام المدعي البينة قضى له بها وبولدها؛ لأن حق الحرية للجارية وحقيقة الحرية للولد ثبت من حيث الظاهر والثابت من حيث الظاهر يبطل متى قامت البينة العادلة بخلافه كالملك الثابت بظاهر اليد.

(باب التصرف في المغصوب والانتفاع به)

(**المبسوط**): أجر الغاصب المغصوب فالأجرة له؛ لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد والعقد حق العاقد والأجرة لا تجب إلا بالعقد وكانت كسبًا فيكون له، بخلاف ما إذا زوج الأمة المغصوبة ووطئها الزوج فالعقر للمالك دون الغاصب؛ لأن العقر يجب باستيفاء منفعة البضع عند قيام الشبهة لا بالعقد، ألا ترى أن المجنون لو أكره امرأة فزنا بها وجب العقر، وإن تعرى الوطء عن مقدمة العقد فدل أن العقد غير محتاج ليتقوم منافع البضع بالمال فصار وجود هذا العقد وعدمه بمنزلة، ولو عدم العقد أصلًا حتى وجب العقد بالوطء بالشبهة كان للمالك فكذا هذا، وتصدق بالأجرة عندهما لأنها حصلت بسبب خبيث فيتمكن فيها الخبث لخبث سببها.

وعند أبي يوسف الأجرة طيبة له كالمودع إذا تصرف في الوديعة وربح يطيب له الربح عنده خلافًا لهما ويستعين بالأجرة في ضمان القيمة، ولو باعه من آخر وأخذ ثمنه وهلك المغصوب في يد المشتري فضمن المالك المشتري القيمة فأراد الرجوع على الغاصب بالثمن، وإن كان فقيرا يستعين بالأجرة أو الثمن، فإن كان غنيا لا يستعين والفرق بينهما أن في الأولى صرف القيمة إلى من يمكن الخبث لحقه؛ لأن الخبث يمكن لحق المالك فيزول الخبث بالوصول إليه، وفي الثانية

صرفها إلى من لم يتمكن الخبث لحقه؛ لأن الخبث في الآخرة لم يتمكن لشبهة ملك المشتري ولم يزل الخبث بدفعها إليه بل سبيله الوضع في الفقير. ثم إن كان عند استهلاك الثمن غنيًّا يتصدق بمثلها، وإن كان فقيرا فلا؛ لأن سبيل هذا المال الوضع في الفقير، فإذا وضعه في نفسه وهو غني ضمن وإلا فلا، ولو تصرف الغاصب أو المودع في الوديعة والمغصوب وربح، فإن كان غنيًّا يتصدق بالربح عندهما، وعند أبي يوسف لا يتصدق به؛ لأن الربح حصل على ملكه وضمانه؛ لأنه إذا ضمن بملكه من وقت الغصب فيطيب له الربح كالمبيع إذا اكتسب قبل القبض.

لهما: أن الربح إنما يطيب له بإباحة التصرف في المستفيد وإنما يستفيد بإباحة التصرف بالملك لا بالضمان بدليل أن المرأة إذا تصرفت في المهر قبل القبض أو الموهوب له في الهبة يطيب لهما الربح وإن لم يوجد الضمان في حقهما لاستباحة التصرف في حقهما بالملك وهنا اختل الملك وقت الربح؛ لأن الغصب لم يوضع شيئًا لاستجلاب الملك، وإنما يصير شيئًا لضرورة تحقيق المبادلة عند التضمين فيثبت شبهة عدم الملك وقت الغصب فيمكن فيه شبهة الخبث في التصرف بحصوله في ملك الغير من وجه فتمكنت شبهة الخبث في الربح، وإن كان المغصوب دراهم أو دنانير فاشترى بها جارية فباعها بألفين يتصدق بالربح، وظاهر قوله اشترى بها يدل على أنه أراد به إذا أشار إليها ونقد منها.

وذكر الكرخي وبعض مشايخنا أنه يطيب له الربح إلا أن يشير إليها وينقد منها؛ لأن الإشارة إليها لا تفيد التعيين في الاستحقاق ولا يتعلق جواز الشراء بعينها بل بمثلها دينا في الذمة فصار وجود الإشارة وعدمها بمنزلة إلا أن تتأكد الإشارة بالنقد منها فيكون النقد تصرفا في ملك الغير وإنه حرام فقد استفاد الربح بتصرف خبيث فيتصدق بخلاف ما لو اشترى بالثمن المبيع بيعا فاسدا بيننا وأشار إليه ونقد منه يطيب له الربح؛ لأن الثمن صار ملكا له بالقبض بتراضيهما فيكون التصرف مصادفًا ملكه من كل وجه إلا أنه متى نقص البيع واسترد المبيع يلزمه رد مثل الثمن لا رد عينه ولكن هذا لا يوجب شبهة الخبث في التصرف للحال وكذا لو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما حل له التناول.

ولو اشترى بالدراهم المغصوبة دنانير لم يجز له أن يتصرف في الدنانير؛ لأن الدراهم لو استحقت بعدما افترقا انتقص البيع في الدنانير فوجب عليه ردها، فأما البيع في الطعام لا ينتقص باستحقاق الدراهم؛ لأنه يجب عليه رد مثلها لا رد عينها، ولو اشترى بالثوب المغصوب جارية لم يسعه أن يطأها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه؛ لأن بالاستحقاق تبين أن البيع وقع فاسدا؛ لأن الشراء بعين مستحق فاسد؛ لأن البيع تعلق بعين الثوب، ولهذا لا يفيد الملك في بدل المستحق إلا بالقبض وفي البيع الفاسد لا يحل له وطء الجارية المبيعة بخلاف ما لو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية حل له وطؤها؛ لأن البيع لم يتعلق بعين تلك الدراهم، ولو تزوج بالثوب المغصوب امرأة حل له وطؤها؛ لأن النكاح لم ينتقص باستحقاق المهر ويصح بدون المهر لما عرف، ولو أخذ المالك القيمة يقول الغاصب في الجارية المغصوبة الغائبة لم يحل للغاصب وطؤها واستخدامها ولا بيعها إلا أن يعطيه قيمتها بتمامها؛ لأن هذه مبادلة فاسدة لأنها وقعت من غير طواعية المالك ورضاه، ولهذا يثبت له ولاية الفسخ واسترداد المغصوب دفعًا للعين عن نفسه ولو أعتقها الغاصب بعد القضاء بالقيمة الناقصة جاز عتقها وعليه إتمام القيمة كالعتق في الشراء الفاسد، ولو أقام بينة زور على رجل أنه باع منه هذه الجارية بألف فقضى القاضي به وأمره بنقد الثمن ودفع الجارية إليه وقيمتها ألف أو أقل منها بما يتغابن الناس فيه حل له وطؤها، وإن كان أقل منها بما لا يتغابن الناس فيه لم يحل له وطؤها؛ لأن قضاء القاضي في العقود المعاوضة ينفذ ظاهرًا وباطنًا. عند أبي حنيفة: يثبت بينهما مبادلة حكمية بالقضاء وفي المبادلة الحكمية يشترط المعادلة في القيمة كما في الغصب؛ لأن بملك مال الغير لا ببدل يعدله لا يطيب له الربح؛ لأن الظاهر أن صاحبه لا يرضى به بخلاف ما لو أقام بينة زور على رجل أنه وهب له جاريته هذه وقبضها منه وقضى القاضي بها لم يحل له وطؤها ولا استخدامها؛ لأنه لم يدفع لها بدلا فيكون ملكا مرسلا والقضاء بشهادة الزور في الأملاك المرسلة لا ينفذ بالإجماع.

ولو غصب حنطة فطحنها أو لحما فطبخه أو شواه أو غزلًا فنسجه ونحو ذلك صار ملكًا له بالضمان وحل له أكله عند أبي حنيفة، وعندهما لا يحل حتى يؤدي الضمان، وهذا بناء على أن شرط الطيب عنده ملك البدل لا أداؤه وعندهما أداء

البدل لهما حديث الشاة المصلية، فإن النبي عليه السلام قال: "**أَطْعِمُوهَا الْأُسَارَى**" ولم يطلق لأصحابه الأكل منها، ولو كان لهم حل الانتفاع لما أمرنا بالتصدق ولا أطلق لهم التناول ولأن شرط الطيبة هو رضاء المالك والرضاء لا يحصل إلا بأداء الضمان. له: أنه لما ملكه بالبدل فقد انقطع حق المالك عنه ولا يعتبر رضاه وسخطه لطيبه وخبثه؛ لأن الملك مطلق له التصرف في ملكه، وعلى هذا لو غصب طعاما فمضغه حتى صار مستهلكا فلما ابتلعه فقد ابتلعه حلالا عنده، وعندهما: لا وإذا أدى الغاصب قيمته أو ضمنه المالك أو الحاكم أو أبرأه منه حل له الأكل؛ لأن بالبراءة سقط حقه وبالتضمين وصل إليه حقه فكان راضيا به وكذا القاضي لا يضمنه إلا بطلب المالك وكان راضيا به.

ورُوي عن أبي يوسف ومحمد: لو زرع في أرض غصب فلا بأس بأكل ذلك الطعام ويشتري منه إلا أن الزارع يتصدق بثمنه ولا يحل له أكله إلا بقدر بذره ويتصدق بالباقي على الفقراء؛ لأن غير الزارع يتملك له بسبب صحيح وهو الشراء فيطيب له والزارع يملكه وما زاد على بذره بسبب خبيث وهو الزراعة في الأرض المغصوبة. رجل غصب نخلة أو تالة فغرسها يكره الانتفاع بها حتى يعطيه قيمتها، وكذلك لو غصب قصبانا لها قيمة فغرسها وحملت؛ لأن عين المغصوب قائم وازداد في نفسه وكبر في ذاته، ولو غصب نواة فصار نخلا أو حنطة فزرعها جاز الانتفاع به؛ لأن النوى والحنطة تعفن وتهلك بالتراب فلم يبق عين المغصوب بل صار شيئًا آخر، وكذلك لو غصب بيضا فحضنها تحت دجاجة فخرج منها فراريخ فلا بأس بالانتفاع بها قبل أن يؤدي ضمان البيض؛ لأنه قد تغير عن حال الغصب وصار شيئًا آخر.

قال أبو يوسف: رجل دفع إليه سارق متاعا أحب إلي أن يتصدق به إذا لم يعرف صاحبه، وإن عرف صاحبه رده عليه ولا يسعه أن يدفعه إلى سارقه.

(باب ضمان الاستهلاك)

(**المبسوط**): ذمي غصب خمر ذمي أو أتلفها ضمن مثلها، وإن غصبها منه مسلم أو أتلفها ضمن قيمتها، وكذلك الخنزير.

وقال الشافعي: لا يضمن.

والصحيح قولنا؛ لأنه أتلف مالًا متقومًا على الذمي؛ لأن الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم؛ لأنه منتفع به حقيقة؛ لأنه يحصل بها التعدي والتقوي ومطلق الانتفاع بها شرعا في حقهم فإنهم لا يمنعون عن الانتفاع بها، ولو كانت الحرمة وردت في حق المسلم خاصة لكونه سببا لوقوع العداوة والبغضاء بينهم والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وذلك يتحقق في حق المسلم دون الكافر بل إيقاع العداوة بينهم لتفريق كلمتهم وتشتيت جمعهم وشملهم مستحب غير أن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فعجز عن رد المثل فيضمن قيمتها كالمسلم إذا عجز عن رد مثل المغصوب يضمن قيمته، فإن أسلما أو أسلم أحدهما قبل القضاء بالضمان أو بعده يبطل الضمان ولا يأخذه بشيء عند أبي حنيفة وعندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وعندهما: إن أسلم الغاصب ينتقل إلى القيمة، وإن أسلم المغصوب منه يبطل.

لهما: أن هذا ضمان إتلاف من وجه من حيث إنه يجب بالإتلاف وضمان معاوضة من وجه من حيث إنه أفاد الملك في المضمون، فإذا أسلم المغصوب سقط الضمان؛ لأنه لا يجب للمسلم على الذمي قيمة الخمر لا ضمان معاوضة ولا ضمان إتلاف، وإذا أسلم الغاصب فباعتبار أنه ضمان إتلاف ولا يسقط؛ لأنه يجب للذمي على المسلم قيمة الخمر ابتداء فلأن يبقى أولى، له أن الحق في الخمر قد سقط بإسلام أيهما كان وقيمة الخمر لم تكن واجبة فباعتبار أنه ضمان إتلاف أمكن إيجاب القيمة وباعتبار أنه معاوضة لا يمكن إيجاب القيمة؛ لأن المسلم ممنوع عن المعاوضة في الخمر والقيمة لم تكن واجبة فلا تجب بالشك، وإن غصب خنزيرًا وأسلما أو أحدهما بعد القضاء بالقيمة، فإنه لا يسقط بالإسلام؛ لأن القيمة تبقى في الذمة بعد الإسلام في ضمان المعاوضة وضمان الإتلاف جميعًا وإن أسلما أو أحدهما قبل القضاء بالقيمة فعند أبي حنيفة يسقط؛ لأن الحق يعد في الحرام وهو الخنزير فلم ينتقل إلى القيمة، ولهذا قال يجوز الصلح على أكثر من قيمته وعندهما وهو رواية عن أبي حنيفة لا يسقط؛ لأن الحق قد انتقل إلى القيمة بنفس الاستهلاك لما بينا في كتاب البيوع، وكذلك فرض الخمر يسقط عند أبي حنيفة في رواية وفي رواية لا يسقط.

(فصل)

رجل حل دابة لرجل أو قيد عبده أو فتح باب داره أو قفصه وفيه طير فذهب لم يضمن خلافًا للشافعي فيما إذا طار الطير من فوره.

وروى هشام عن محمد أنه يضمن سواء مكث ساعة أو لم يمكث؛ لأنه سبب لذهاب ماله؛ لأن الطير مجبول على الطيران إذا وجد مخلصًا يطير وهو متعدٍّ في التسبب فيضمن كما لو شق زق دهن.

لنا: أنه تخلل بين تسبيبه وبين التلف فعل فاعل مختار؛ لأن الذهاب حصل بفعل مختار وهو طيران الطير وذهاب الدابة وإباق العبد واختيارهم في ذلك صحيح وتركه منهم متصور إذ الاختيار لا يفسد بانعدام العقل كالمجنون إذا أتلف مال إنسان يضمن وكالكلب المعلم إذا اصطاد وأمسكه على صاحبه يصح فيضاف التلف إلى مباشرتهم لا إلى التسبيب كالحافز مع الدفع.

ولو حل رأس زق فيه دهن فسال أو قطع علائق قنديل فانكسر ضمن؛ لأنه سبب لتلفه بإزالة ما يمسكه؛ لأن مسكة الدهن بالزق والقنديل في الهواء بالحبل، فإذا زالت المسكة انسال الدهن وسقط القنديل لا محالة ولم يتخلل بين التلف وتسبيبه فعل مختار فصار التلف مضافًا إلى فعله، وإن كان السمن جامدا فشقه فذاب في الشمس ثم سال الدهن لم يضمن؛ لأن الجامد يستمسك بنفسه لا بالزق، فإنه ليس بمسيل فلم يكن شق الزق إتلافا وإنما صار مائعا سيالًا لا بحرّ الشمس المذيب.

(**الجامع الصغير**): ومن كسر بَرْبَطًا[1] أو مزمارًا أو دُفًّا لإنسان ضمن عند أبي حنيفة خلافًا لهما وقد مرت في البيوع ولم يذكر كيفية قيمته.

---

(١) البَرْبَطُ: العود، أَعجمي ليس من مَلاهي العرب فأَعربته حين سمعت به.

التهذيب: البربط من ملاهي العجم شبه بصدر البَطّ، والصدْرُ بالفارسية بَرْ فقيل بَرْبَطٌ.

وفي حديث علي بن الحسين: لا قُدِّسَتْ أُمَّةٌ فيها البَرْبَطُ ؛ قال: البَرْبَطُ مَلْهاة تشبه العود، فارسي معرَّب ؛ قال ابن الأَثير: أَصله بَرْبَتْ فإِن الضارب به يضعه على صدره، واسم الصدر بَرْ.

وذكر في (**المنتقى**): أنه يضمن قيمته متحريًا ألواحًا غير مؤلفة؛ لأن الألواح ليست بمحرمة لأنها قد تستعمل في غير المعصية وإنما المحرم هو التأليف على الوجه الذي يحصل به التغني وهذا بمنزلة ما لو أتلف جارية مغنية يضمن قيمتها غير مغنية، وكذا لو أتلف كبشًا نطوحًا أو ديكًا مقاتلًا لا يضمن لهذه الصفقة لأنها محرمة غير متقومة.

(**المنتقى**) قال محمد: مسلم أتلف صليبًا لذمي ضمنه قيمته صليبًا لأنا على هذا صالحناهم أي التزمنا بالذمة معهم أنا لا نتعرض لهم بإتلاف مالهم، وإن أحرق بابًا منحوتًا عليه تماثيل منقوشة يضمن قيمته غير منقوشة؛ لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم ولا يزداد تقومه به في حق الضمان وإن كانت التماثيل مقطوعة الرأس يضمن قيمته منقوشا؛ لأنه غير حرام بمنزلة منقوش أشجار، وإن أحرق بساطا فيه تماثيل رجال فعليه قيمته منقوشا؛ لأن التماثيل في البساط غير محرم.

ولو هدم بيتا مصورا بالأصباغ تماثيل الرجال والطيور يضمن قيمة البيت والصبغ غير مضمون لما بينا.

قال أبو يوسف رحمه الله: رجل حرق طيلسانا لرجل ثم رماه، قال أقوِّمه صحيحا وأقوِّمه مرقومًا صحيحًا أضمنه فضل ما بينهما.

رجل حفر بئرا في ملكه وطمها رجل بترابها قال أقوّمها محفورة وغير محفورة فأضمنه فضل ما بينهما، وإن طرح فيها ترابا أجبره على أن يخرجه، وإن كانت في الصحراء وإن لم يخرج الماء فليس على من طمها شيء، فإن خرج الماء فقد استحقها بالإحياء؛ لأنه بئر عطن فيضمن بفضل ما بينهما. رجل قطع شجرة في دار رجل بغير أمره فرب الدار بالخيار إن شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة، وإن شاء أمسك الشجرة وضمنه قيمة نقصان قائمًا وهي أن يقوّم الدار مع الشجرة ويقوّم بغير الشجرة فيكون فضل ما بينهما قيمة الشجرة قائمًا ثم ينظر إلى ذلك وإلى قيمة الشجرة المقطوعة وقيمتها غير مقطوعة سواء فلا شيء عليه؛ لأنه لم يتلف عليه شيئًا وشجرة الجوز إذا أخرجت جوزا صغارا رطبة فأتلف إنسان تلك الجوزات يضمن نقصان الشجرة؛ لأن تلك الجوزات وإن لم يكن مالًا

حتى لا يضمن بالإتلاف على الشجرة فإتلافها على الشجرة ينقص قيمة الشجرة فيضمن نقصان الشجرة فينظر أن هذه الشجرة بغير تلك الجوزات بكم تشترى ومع تلك الجوزات بكم فيضمن فضل ما بينهما. رجل أحرق كدسا لرجل إن كان البر في السنبل أقل قيمة مما كان خارج السنبل فعليه القيمة، وإن كان أكثر فعليه بر مثله وقيمة الحقل والتبن للغاصب معناه البر خارج السنبل أقل قيمة وفي السنبل أكثر قيمة. رجل أصاب في زرعه أو داره دابة فأخرجها فذهبت الدابة من إخراجه أو أكلها ذئب فلا ضمان عليه نص عليه محمد في (**المنتقى**).

والصحيح ما قاله مشايخنا: إن أخرجها ولم يسقها بعد ذلك لا يضمن؛ لأن له ولاية الإخراج صيانة لملكه؛ لأنه فعل ما يجب على المالك أن يفعل لو رفع الأمر إلى القاضي وإن ساقها بعد الإخراج قيل إن ساقها إلى مكان يأمن منها على زرعه لا يضمن؛ لأنه كأنه أخرجها من زرعه، وقال عامة مشايخنا: يضمن، وكذلك الراعي إذا وجد في الصوار بقرة لغيره فطردها قدر ما يخرج من بين صواره لا يضمن لما رُوي عن جرير بن عبد الله البجلي: أنه أراح سرحه فرأى فيها بقرة فطردها وقال لا يؤوي: يعني لا يمسك الضالة إلا الضال.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): إن وجد بقرة في زرعه فأخبر صاحبها ليخرجها فأخرجها صاحبها فأفسدت الدابة عند الإخراج يضمن إن لم يأمره صاحب الزرع بالإخراج؛ لأن التلف إنما حصل بالإخراج بغير إذنه، فإن أمره بالإخراج لا يضمن؛ لأن فعل الإخراج بأمره فما تلف به يحصل بإذنه. رجل أدخل دابة في دار رجل فأخرجها صاحب الدار فهلكت لا يضمن، وإن وضع ثوبا فرمى به صاحب الدار فضاع ضمن؛ لأن ركوب الدابة في داره يضر به فله أن يدفع الضرر بالإخراج وكون الثوب في داره لا يضر به فكان الرمي به إتلافا فضمن.

(**النوادر**): رجل قال لآخر احفر لي بابًا في هذا الحائط ففعل، فإذا الحائط لغيره ضمن الحافر ويرجع به على الآمر، ولو قال له احفر في هذا الحائط بابا ولم يقل في حائطي لا يرجع عليه بالضمان؛ لأن الأمر لم يصح بزعمه؛ لأنه ما أمره بالحفر له فصار كما لو قال أتلف هذا المال لم يضمن الآمر، وإن كان الآمر ساكنا في تلك

الدار أو استأجره على الحفر رجع بالضمان عليه؛ لأن السكنى والاستئجار من علامات الملك فصح الأمر بزعم الحافر ونظير هذه مرت في الوكالة، لو قال لرجل اشتر لي عبدًا بألف درهم فظهر أنه لغيره. رجل حَلَّ سفينة مشدودة يوم ريح شديد فغرقت السفينة ينظر إن وقفت بعد الحَلِّ وإن قلَّ ثم سارت وغرقت لم يضمن؛ لأنه تحلل بين فعله وبين الغرق واسطة تقطع أثر فعله وهو نقل الريح من ذلك الموضع فصار كما لو هبت الريح بحمرة وذهبت بها من موضعها وأحرقت شيئًا لم يضمن ولم يكن الغرق مضافا إلى فعله وإن لم يقف وسارت وغرقت ضمن؛ لأن الغرق مضاف إلى فعله. رجل دخل على صاحب دكان بإذنه فتعلق بثوبه شيء فسقط وتلف لا يضمن، هكذا ذكره الناطفي في واقعاته وقيل يضمن؛ لأنه غير مأذون فيما تلف بفعله. رجل تعلق برجل وخاصمه فسقط من المتعلق به شيء وضاع ضمن المتعلق؛ لأنه ضاع بفعله؛ لأنه لولا تعلقه به لما سقط عنه، وكذلك لو جلس على طرف ثوب رجل بغير أمره فقام رب الثوب فتخرّق الثوب يضمن الجالس؛ لأنه صار بمنزلة الحادث له ونظيره قد مر في كتاب الديات.

ولو دخل على رجل فأذن له فجلس على وسادة له، فإذا تحتها قارورة فيها دهن وهو لا يعلم به فاندفقت وذهب الدهن ضمن الدهن وما تخرق من الوسادة وفسد منه؛ لأنه أذن له بالدخول لا بالجلوس على الوسادة، ولو كان أمره بالجلوس عليها فتخرق من جلوسه لم يضمن؛ لأنه مأذون فيه.

رجل شرج لبنًا أو ألقى ترابًا كثيرًا على جدار جاره حتى انهدم الحائط، فإن كان اللبن مشرجًا على الحائط متصلا بحيث دخل الوهن في الحائط من ثقله فهو ضامن؛ لأنه حصل التلف بفعله وإلا فلا.

رجل نقض تأليف حصير رجل أو كلَّ ما كان مركبا كالسلم والسرير أو نزع بابَ داره من موضعه أو حل سرج إنسان إن أمكنه إعادته إلى ما كان يؤمر الناقض بالإعادة؛ لأنه قادر على رد عين الحق وإن لم يمكن إعادته ضمن قيمته صحيحًا مؤلفا وسلم المنقوض له؛ لأنه عجز عن إعادة عين الحق فيجب بدله وهو القيمة، وكذلك لو هدم جدار رجل ثم بناه كما كان قبل أن يضمن له القيمة فلا شيء عليه

كما لو فتق مخيط إنسان ثم خاطه ولو حل شراك نعل رجل، فإن لم يكن في إعادة شراكه مؤونة مثل ما يستعمل العامة فلا شيء عليه؛ لأنه لم يتلف شيئًا متقوما، وإن كان في إعادته مؤونة ولم يدخله عيب يؤمر بالإعادة ولا شيء عليه وإن نقصه يضمن النقصان.

(فصل)

دجاجة ابتلعت لؤلؤة رجل، أو أترجة دخلت قارورة إنسان فإنهما أكثر قيمة، يؤمر صاحبه بأن يدفع قيمة الآخر ويتملك مال صاحبه إن أراد؛ لأن الجمع في الخيار بينهما غير ممكن فترجح بالكثرة.

ولو أدخل رجل أترجة لرجل في قارورة لآخر يضمن قيمة كل واحد منهما لصاحبه؛ لأنه أتلفهما وتكون الأترجة والقارورة له؛ لأن المضمون يملك بأداء الضمان. رجل أودع عند رجل فصيلا فأدخله المودع في بيته ثم كبر ولم يقدر على إخراجه إلا بقلع بابه، فإنه ينظر إلى قيمة ما تهدم في البيت وإلى قيمة الفصيل أيهما أكثر يؤمر صاحبه بأن يدفع قيمة الآخر ويملك مال صاحبه إن أراد، ولو استعار المودع بيتا وأدخل الفصيل فيه ثم عظم الفصيل يؤمر صاحب الفصيل بإخراجه إن أمكنه أو ينحره ويجعله قطعا قطعا؛ لأنه لا يمكن لرب الفصيل هدم باب البيت؛ لأن المالك لم يرض به فتعين هذا، وإن كان حمارا أو بغلا، فإن كان ضرر هدم الباب فاحشا فكذلك، وإن كان يسيرا له أن يقلع الباب ويغرم مقدار ما أفسد من الباب؛ لأنه لو لم يجعل كذلك يتضرر صاحبه بفواته أصلا. رجل حرق صك رجل أو دفاتر حسابه قيل يضمن على قدر ما ينتفع به صاحبه وقال عامة مشايخنا يضمن قيمة الصك والدفاتر مكتوبا دون ما ينتفع به. رجل ربط حمارًا على سارية فجاء رجل آخر وربط حمارًا آخر على تلك السارية فعض أحد الحمارين الآخر إن ربطا في موضع لهما ولاية الربط بأن لا يكون طريقًا ولا ملكًا لأحد لا يضمن صاحب الحمار؛ لأن الربط ليس بتعدي وجناية منه والعض فعل الدابة وإنه هدر وإن ربطا في موضع ليس لهما ولاية الربط كالطريق وملك غيره ضمن؛ لأن ربطه تعدٍّ منه فما تولد منه يكون مضمونًا عليه كمن أوقف الدابة في السوق فأتلفت أشياء. رجل

قتل ذئبًا أو أسدًا لرجل لم يضمن وإن قتل قردا يضمن؛ لأن القرد له قيمة؛ لأن القرد يخدم في البيت ويكنس البيت فصار بمنزلة الكلب والذئب والأسد لا قيمة له؛ لأنه غير منتفع به.

(**الفتاوى**): ذهبت دابة رجل ليلا أو نهارًا بغير إرسال صاحبها فأفسدت زرع رجل لا ضمان عليه، وقال الشافعي إن ذهبت ليلا يضمن ونهارًا لا يضمن.

والصحيح قولنا؛ لأنه لم يوجد من صاحب الدابة السبب إلى التلف؛ لأنه لم يوجد منه إرسال الدابة بل ذهبت باختيارها وأتلفت بفعلها وفعل الدابة هدر. المصلي إذا وقعت قلنسوته بين يديه فنحَّاه رجل من بين يديه، فإن وضعه حيث تنال يده فسرق لم يضمن؛ لأنه ما أزال يده عنه، وإن كان أكثر ضمن؛ لأنه أزال يده عنه. رجل تدلّت أغصان شجرة في دار جاره وله منها ضرر فقطعها ينظر إن أمكن شدها بحبل حتى يفرغ هواء دار جاره من غير قطع ضمن؛ لأنه متعد في قطعه وإن لم يمكن الشد لغلظ الأغصان إن قطعها في موضع كأن يقطعها الحاكم لو رفع إليه لم يضمن؛ لأنه فعل ما يفعله الحاكم لو رفع الأمر إليه فكان مأذونا فيه شرعا. ولو صب رجل ماء في تنور مسجور لآخر يضمن فضل ما بين قيمة التنور مسجورا وغير مسجور. دفع المديون الدراهم إلى الطالب وأمره أن ينتقدها وهلكت في يده هلكت من مال المديون، ولو دفع إلى الطالب ولم يقل شيئًا ثم دفع الطالب إلى المديون لينتقدها فهلكت في يده هلكت من مال الطالب كما لو دفع إلى أجنبي لينتقدها؛ لأنه وقع القضاء والاقتضاء بالدفع إلى الطالب فصلح المطلوب نائبًا عنه في الانتقاد فصار نائبا عنه. رجل له على آخر درهم فدفع المطلوب إلى الطالب درهمين أو درهما ثم درهمًا وقال خذ درهمك منهما فضاع الدرهمان قبل أن يعين درهمه هلك على المطلوب وللطالب درهمه لأنها وديعة في يد الطالب حتى يأخذ حقه منهما. استعار مشتري العصير من بائعه حمارًا ليحمل عليه العصير فقال له البائع خذ ولا تخلِّ عذاره فأسرع في المشي فسقط فانكسر ضمن المشتري قيمة الحمار؛ لأنه تسبب لتلفه بتخلي العذار. حمّال نزل مفازة وكان يتهيأ له الانتقال ولم ينتقل حتى فسد المتاع ضمن. وقف ثور فصار في الطريق وعليه ثياب فمر عليه

راكب فمزق بعض الثياب الذي على الثور ينظر إن رأى الراكب الثور ضمن وإن لم يبصر لم يضمن؛ لأنه غير متعد فيه.

ولو مر على ثوب موضوع على الطريق وهو لا يبصر فتخرق لا يضمن؛ لأنه ليس للقصار وضع الثوب على الطريق وللمار المرور فيه فلم يكن متعديا فيه، وإن أبصر الثوب ضمن؛ لأنه متعد فيه. رجل طرح خشبة على باب داره فانكسرت رجل الحمار من الخشبة أو تلف منها شيء إن لم تضيق الخشبة بالطريق على المارة ولم تضر بهم قال رجوت أن لا يضمن صاحب الخشبة؛ لأنه يباح له الوضع متى كان لا تضر بالمارة. رجل بعث رجلًا إلى ماشيته فركب دابة الآمر فعطبت في الطريق، فإن كان بينهما انبساط في أن يفعل في ماله مثل ذلك لا يضمن؛ لأنه مأذون فيه دلالة وإن لم يكن ضمن؛ لأنه غير مأذون فيه.

(باب الضمان بالخلط)

(**المبسوط**): الغاصب أو المودع إذا خلط المغصوب أو الوديعة بمال نفسه أو بمال غيره فلا يخلو إما أن يكون خلط ممازجة أو خلط مجاورة، أما خلط الممازجة إن تعذر التمييز بينهما كخلط دهن الجوز بدهن اللوز ودقيق الحنطة بدقيق الشعير فالخالط ضامن ولا حق للمالك في المخلوط؛ لأنه لما تعذر التمييز بينهما يكون الخلط استهلاكًا من كل وجه؛ لأنه عجز المالك عن الوصول إلى عين ماله أبدًا فينقطع حقه عن المخلوط بالمثل وإن أمكن التمييز بينهما بالقسمة كخلط الحنطة بالحنطة واللبن باللبن فكذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: المالك بالخيار إن شاء ضمنه مثل حقه، وإن شاء شاركه في المخلوط واقتسماه على قدر حقهما.

لهما: أن حقه بعد الخلط مستهلك من وجه من حيث إن المالك لا يصل إلى عين حقه حكما بالقسمة؛ لأن القسمة في المثليات جعلت إقرار بغير الحق حكما فيخير المالك فيه. له: أن حقه بالخلط صار مستهلكا من كل وجه؛ لأنه يتعذر عليه الوصول إلى عين حقه لاحتمال أن ما يأخذه حنطة الخالط لا حنطته، ولهذا وجب الضمان وهو حكم الاستهلاك من كل وجه والقسمة إفراز لغير الحق حكما فيما

يثبت الشركة مع استهلاك حقه حقيقة لا يمكن إثبات الشركة في المخلوط وعلى أن في القسمة توهم إيجاب زيادة على الخالط بأن كانت حنطته أجود وإباؤه القسمة فطلب القسمة من المالك وترك التضمين يدل على ذلك وإيجاب الزيادة على الغاصب لا يجوز فامتنعت القسمة فأما خلط المجاورة، فإن كان خلطا أمكن التمييز بينهما بلا كلفة ومشقة كخلط الدراهم بالدنانير والبيض بالسود لا يضمن الخالط ويميز، وإن كان خلطا لا يمكن التمييز بينهما إلا بكلفة ومشقة كخلط الحنطة بالشعير ذكر في الكتاب أنه يضمن الخالط ولا يشتركان قيل له الخيار عندهم جميعًا وأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين خلط الحنطة بالحنطة والفرق له أن إقرار الشعير من الحنطة ممكن لكن بكلفة ومشقة فيكون مستهلكا من وجه قائمًا من وجه فيخير المالك ولا كذلك خلط الحنطة بالحنطة والصحيح هو الأول؛ لأن هنا التمييز متعذر حقيقة؛ لأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير فيكون خلط الجنس بالجنس فيكون استهلاكا من كل وجه فيملكه الخالط بالضمان فكذلك القسمة متعذرة؛ لأن الجنس مختلف، ولو خلط دراهم الجياد بدراهم الزيوف وهو ضامن إذا علم أن في الجياد زيوفًا وفي الزيوف جيادًا؛ لأن التمييز متعذر حقيقة، وكذلك القسمة؛ لأن حق أحدهما أجود من الآخر والقسمة مشروعة في الجنس الواحد حال اتفاق صفة الجودة والرداءة فصار خلط الدراهم الجيدة بالرديء كخلط الحنطة بالشعير، وإن علم أنه ليس في الجياد زيوف ولا في الزيوف جياد لا يضمن؛ لأنه أمكن التمييز بين الجياد والزيوف فلم يكن الخلط استهلاكا، ولو خلط حنطة رجل بشعير آخر وغاب الخالط، فإن اصطلحا على أن يأخذ المخلوط أحدهما ويضمن لصاحبه مثل كيله أو قيمته جاز؛ لأن المخلوط مشترك بينهما ويجوز بيع أحد الشريكين نصيبه من المخلوط من شريكه، وإن أبيا باعاه واقتسما ثمنه فيضرب صاحب الحنطة بقيمة حنطة مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة؛ لأن بالخلط انتقصت قيمة الحنطة بفعل الخالط فلو أخذ قيمة حنطة غير مخلوطة لأخذ أكثر من حقه وذلك لا يجوز، فأما الشعير يزداد قيمته بالخلط وهذه الزيادة حصلت من ملك صاحب الحنطة ولا يستحق صاحب الشعير تلك الزيادة فيضرب بقيمة

شعير غير مخلوط بالحنطة وإنما كان لهما البيع؛ لأن المخلوط وإن صار ملكا للحائط إلا أنهما ظفر الجنس حقهما من مال الخالط؛ لأن حقهما في الحنطة والشعير، فإذا تراضيا ببيعه لهما ذلك.

(**النوادر**): رجل له دقيق والآخر نورة فاختلطا وكل واحد منهما ينتقص ثمنه ببيعين ويضربان في الثمن كل واحد منهما بقيمة سلعته مختلطة؛ لأن هذا نقصان دخلهما من غير صنعهما. أودعه رجل ألف درهم ثم أودعه هو وآخر ألفان أخرى أيضًا فخلطهما المودع فضاعت يغرم للأول الألف الأولى ويغرم للثاني خمسمائة؛ لأن خمسمائة من الألف الثانية للأول وقد خلطهما بماله فلم يصر مستهلكا فيها وخمسمائة أخرى خلطها بمال غيره فصار مستهلكا لها. رجل ألقى البذر في أرضه فجاء رجل آخر وألقى فيها بذره وسقى الأرض أو ألقى البذر وقلَّب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض فنبت البذران جميعًا فالزرع للآخر عند أبي حنيفة؛ لأن خلط الجنس بالجنس استهلاك عنده وعليه للمالك قيمة بذره مبذورا في أرض ملكه وطريق معرفته ما ذكرنا فإن جاء صاحب الأرض وألقى فيها بذر نفسه بآلته وقلَّب الأرض قبل أن ينبت البذران أو لم يقلب وسقى فما نبت من البذور كلها فهو له ويضمن الغاصب قيمة بذر المالك مبذورًا في أرض نفسه ثم يضمن المالك قيمة البذرين جميعًا مبذورا في أرض غيره؛ لأن البذر الأول ملكا للغاصب بالضمان والثاني كان ملكه أيضًا فقد أتلف المالك عليه بالبذرين فيضمن قيمتهما. فأما الغاصب أتلف بذرًا واحدًا فيضمن قيمة بذر واحد، ولو زرع المالك ونبت ثم جاء آخر وألقى بذره فيها وسقى إن لم يقلّب الأرض فالزرع له وعليه قيمة بذر المالك مبذورا في أرضه، وكذلك إذا قلّب وكأن الزرع إذا قلب مرة أخرى نبت، وإن كان لا ينبت مرة الأخرى فالزرع للثاني وعليه قيمة زرع المالك نابتا؛ لأنه أتلفه كذلك قال محمد: رجل دفع إلى رجل درهمين ودفع آخر إليه درهما وأمره أن يخلطهما ففعل ثم وجد فيها درهما زيوفًا فالقول قول الأمين فيه، فإن قال الأمين لا أدري لمن هذا قال أضمنه الأمين وإن خلط بأمرهما بمنزلة ما لو قال لرجلين دفع أحدكما إليّ هذه الدراهم ولا أدري من أيكما هو يضمن لهما جميعًا؛ لأن بالجهل صار مضيِّعا.

كتاب الإكراه

يحتاج إلى معرفة تفسير الإكراه لغة وشريعة، وصفة المكرِه والمكرَه، وركنه، وشرط تحققه شرعًا، وحكمه شريعة.

أما تفسيره: فالإكراه لغة هو حمل الكره على ما طلب منه بالإكراه على كره وسخط فيه لا على طواعية ورضاء؛ لأن المكره ضد الطوع لقوله تعالى: ﴿فَقَالَ لَهَا وَلِلْأَرْضِ ائْتِيَا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا قَالَتَا أَتَيْنَا طَائِعِينَ ﴿١١﴾﴾ [فصلت: ١١] وأما شرعًا فالإكراه فعل يصدر من المكرِه فيحدث في المكرَه معنى يصير به ملجًا على الفعل المطلوب منه ومضطرا فيه بموجب الطبيعة فيصير آلة للمكرَه فيما يصلح آلة له كالقتل وإتلاف المال؛ لأنه يمكن للمكرِه أن يأخذ المكرَه فيضربه على إنسان فيقتله أو يلقيه على مال فيتلفه؛ لأنه إذا حمل غيره عليه بوعيد تلف حتى صار كمسلوب الاختيار وملجًا عليه طبعا يضاف ذلك الفعل إلى المكره شرعا كأنه فعله بنفسه زجرًا وردعًا له عن التجاسر عن ارتكاب هذه الكبيرة الموبقة وفيما لا يصلح أن يكون آلة له كالتصرفات القولية نحو الطلاق والعتاق والبيع ونحوها لا يصير آلة له حتى لا تضاف هذه التصرفات إلى المكره شرعا؛ لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فتعذر إضافة الفعل إليه فبقي مقصورًا على المكره ولكن ينبغي به الرضاء حتى فسد البيع؛ لأن الرضى شرط لصحته وليس بشرط لوقوع الطلاق والعتاق فوقعا.

وأما ركنه: فما هو تفسيره؛ لأن الإكراه يقوم به وأما شرط تحققه شرعا فعند أبي حنيفة رحمه الله الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان وكل من يملك إقامة الحد وعندهما الإكراه من السلطان وغيره سواء اعتبارا للحقيقة؛ لأن إكراه السلطان إنما يتحقق إكراها لما فيه من خوف المكره التلف على نفسه وخوف التلف على نفسه يتحقق في إكراه غير السلطان بسل السيف على رأسه والتفزيع بقتله على الفعل المطلوب منه لأبي حنيفة أن الإكراه من غير السلطان لا يتحقق إلا على سبيل

الشذوذ والندرة؛ لأنه يمكنه الاستعانة من الناس والولاية وخوف السلطان والولاة يمنع الرعية عن الإقدام على الإكراه وما يندر وجوده يجعل وجوده كعدمه؛ لأن النوادر لا تعتبر كبناء الأحكام كغير المعتبر.

وأما صفة المكرِه: فهي أن يكون قادرا على إيقاع ما توعد به وصفة المكرَه وهي أن يغلب على ظنه أن المكرِه يحقق ما توعد به، فإن لم يغلب على ظنه أو شك فيه أنه لا يفعل ما توعد به لم يكن مكرَها؛ لأن عليه الظن معتبر عند فقد الأدلة.

أما أنواعه وحكمه شريعة: والإكراه أنواع: إكراه بوعيد تلف نفس أو عضو أو ضرب متوال مبرح يخاف منه التلف وإكراه بوعيد ضرب وحبس وقيد وإكراه بوعيد تلف يوتر في الأفعال الحسية كالقتل وإتلاف مال الغير حتى صارت مضافة إلى المكره شرعا على ما وصفنا وجب على المكره القصاص أو الدية في القتل والضمان في إتلاف المال وعلى التصرفات القولية والشرعية فكل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه كالبيع والإجارة والهبة والإقرار والكتابة حتى يحكم بفسادها؛ لأن الرضا شرط لصحتها وكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق والعتاق والنكاح والردة ونحوها حتى يقع معتبرا شرعا؛ لأن العزل والإكراه يجريان مجرى واحدًا في سلب الرضا والطواعية وكل تصرف لا يشترط فيه الرضا بصحته لا يؤثر فيه الإكراه بإفساده وما يشترط فيه الرضا لصحته لا يؤثر فيه الإكراه بإفساده وما يشترط فيه الرضا لصحته يؤثر فيه الإكراه بإفساده، وأما الإكراه بوعيد ضرب وحبس وقيد دائما إن خشي على نفسه أو على عضو من أعضائه في أكثر رأيه حل له مباشرة فعل المكره عليه وإلا فلا؛ لأن الناس يتفاوتون في الضعف والقوة واحتمال الضرب ربما لا يحتمل الضعف بنيّته عشرة أسواط ويخاف منه التلف وربما يحتمل ضرب أكثر من مائة فيفوض إلى رأيه واجتهاده ولا يسعه بضرب سوط أو سوطين؛ لأنه لا يخاف منه التلف إلا أن يقول: لأضربنك سوطا أو سوطين على رأسك أو على المذاكير يباح له ذلك؛ لأنه يخاف منه على ذهاب ذلك العضو في هذه الحالة، وأما الإكراه بقيد أو حبس لا يخاف منه التلف لا يحل له تناول الميتة وشرب الخمر وإتلاف مال الغير؛ لأن حرمة هذه الأفعال مقطوعة فلا يحل

ارتكابها ومباشرتها إلا لضرورة مهلكة موبقة إلا إذا كان حبسا يخاف منه التلف يباح له ذلك بأن حبس في مكان مظلم عميق يخاف ذهاب البصر لطول مقامه؛ لأنه خاف الضرورة الملجئة الموبقة، وأما الإكراه بوعيد أو تجويع أو تعطيش لا يحل له ذلك إلا إذا اشتد فيخاف منه التلف؛ لأنه إذا كان شبعانا ريانا لم تتحقق الضرورة المهلكة للحال وإذا اشتد الجوع أو العطش تتحقق الضرورة المهلكة.

(باب الإكراه على الكفر والإيمان والمعاصي)

(**المبسوط**): الإكراه على المعاصي أنواع:

نوع يرخص له فعله ويثاب على تركه.

وقسم حرام فعله ومأثوم على إتيانه.

وقسم يباح فعله ويأثم على تركه.

أما **الأول**: لو أكره بوعيد تلف على إجراء كلمة الكفر وشتم محمدًا صلى الله عليه وسلم، أو على ترك الصلاة وكل ما يثبت فرضيته بالكتاب فهو مرخص فعله مثاب على تركه، أصله حديث عمار بن ياسر حين جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "ما وراءك؟ قال: قوم أكرهوني حتى قلت في آلهتهم خيرًا وقلت فيك شرًّا. فقال: كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئنا بالإيمان، قال: إن عادوا فعد"[1].

وفيه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦] والله تعالى رفع الجناح في حال الإكراه والاضطرار في إجراء كلمة الكفر على اللسان إذا كان قلبه مطمئنًّا بالإيمان، فإن لم يفعل حتى قتل كان مأجورًا شهيدًا لما رُوي أن

---

(١) أخرجه الحاكم (٣٥٧/٢ ط. دار الكتاب العربي) وقال صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي. وابن جرير في تفسير (١٨٢/٤ ط. مصطفى الحلبي). كلاهما من طريق أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه. وأبوه تابعي. قال ابن حجر "وإسناده صحيح إن كان محمد بن عمار سمعه من أبيه" (الدراية ١٩٧/٢ ط. الفجالة).

خبيبًا[1] ابتلي بذلك فصبر حتى قتل وصلب، فقال النبي عليه السلام: "**إنه من أفضل الشهداء يوم القيامة**".

ورُوي أن كافرًا في الأمم الماضية أخذ عشرة من المسلمين فأوقد لهم نارًا عظيمة فقال: إن كفرتم وإلا لأحرقنكم بالنار، فنظروا إلى السماء فرأوا عشرة من الحور العين متزينات، فلما رأوا ذلك أوقع واحد منهم نفسه في النار حتى احترق فذهبت واحدة، ثم جعل الثاني والثالث كذلك حتى أوقع تسعة منهم، فامتنع العاشر وكفر بالله تعالى فقالت العاشرة: آيستني آيسك الله من رحمته.

وفقهه: أن حرمة الكفر بالله تعالى ثابتة في جميع الأديان وإباحته مستحيل في جميع الأديان إلا أن الشرع رخص للمكره إجراء كلمة الكفر على اللسان إذا كان قلبه مطمئنًّا بالإيمان مصدقًا بالجنان لدفع الهلاك عن نفسه مع بقاء حرمته على الاتفاق، فإذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه وصحته وجاد بروحه اتقاء عن المحرم لإعزاز الدين وإعلاء كلمة الله تعالى فكان شهيدًا مأجورًا وكان بمنزلة المجاهد إذا خرج للمبارزة عند التقاء الصفين وهو يعلم أنه يقتل يكون شهيدًا مأجورًا؛ لأنه جاد بروحه وباذل نفسه لابتغاء مرضات الله تعالى.

والثاني: لو أكره بالقتل على أن يقتل مسلمًا أو يقطع عضوه أو يضربه ضربًا يخاف منه التلف أو يضرب والديه على وجه يخاف منه التلف أو على شتم مسلم وإبدائه أو على الزنا فهو حرام فعله مأثوم مأزور على إتيانه؛ لأن الظلم حرام لا يستباح بحال ما إلا أنه رخص مع قيام الحرمة لاستبقاء نفسه وصيانة مهجته وحرمته الثابتة بذلك مقطوع لا يستباح بحال فلا تسقط حرمته لأجل صيانة نفسه.

---

(١) خبيب بن عدي (المتوفى سنة ٤هـ) صحابي من بني جحجبا بن كلفة من الأوس، قيل شهد غزوة بدر إلا أن ابن إسحاق والواقدي لم يذكراه فيمن شهد الغزوة. إلا أن المؤكد أن خبيبًا شارك في غزوة أحد، ثم شارك في سرية المنذر بن عمرو التي بعثها النبي محمد إلى أهل نجد ليُعلموهم القرآن، فأُحيط بهم، وقُتل معظمهم، ووقع خبيب في الأسر، فباعوه إلى أناس من مكة، فأخذه أبو سروعة عقبة بن الحارث ليقتُله بأبيه الذي قُتل في بدر. فخرج به إلى التنعيم، ثم استأذنهم في صلاة ركعتين قبل أن يقتلوه، فأذنوا له، فكان أول من استنّ سُنّة الصلاة قبل القتل صبرًا.

والثالث: لو أكره على تناول خمر أو دم أو ميتة أو لحم خنزير أو إتلاف مال الغير يسعه ذلك؛ لأن حرمة تناول هذه الأشياء إنما تثبت صيانة لطبعه وعقله عن المخامرة والخبث والشرارة فكانت حقا له والشرع أباح له تناوله عند الضرورة لاستبقاء مهجته؛ لأن استبقاء نفسه أولى من صيانة طبعه وعقله فصار بالامتناع ساعيا في إهلاك نفسه لصيانة جزئه فصار آثما مأزورًا إذا علم أنه يباح له تناوله، وإن لم يعلم ذلك لا يأثم ولا يؤاخذ به؛ لأن الجهل يزيل الإثم هكذا إذا كان أكثر رأيه أنه يقتله أو يتلف عضوه لو امتنع عنه، وإن كان أكبر رأيه أنه لا يفعل لا يباح له تناوله هو، ولو كان أمره بذلك ولم يتوعده وفي أكثر رأيه أنه يقتله إن لم يأت بما أمره فهو مثل المكره كان له أن يتناول ذلك والعلة في هذا لأكثر الرأي لا للتوعيد والتخويف؛ لأن العمل بأكثر الرأي واجب ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يضربه سوطا أو يحلق لحيته أو يقيده ففعل لا يأثم إن شاء الله وإن لم يفعل حتى قتل كان في سعة؛ لأن فيما يفعل إحياء نفسه بإساءة غيره لا بإتلاف شيء منه، ألا ترى أن له أن يتناول مال المسلم حالة المخمصة لإحياء نفسه وذلك؛ لأن إساءة المسلم وإبرائه من مظالم العباد والظلم حرام شرعا وعقلا لا يستباح بحال ما إلا أنه رخص مع قيام الحرمة لاستبقاء نفسه فلهذا قرن الإباحة بالاستثناء لأنها ثابتة بدلالة النص الوارد في إجراء كلمة الكفر.

ولو أكره بقتل على الشرك أو على أن يصلي لهذا الصليب أو يسجد لهذا الصنم، فإن تكلم بالشرك إن فعل وقلبه مطمئن بالإيمان ولم يخطر بباله شيء لا يكفر، ولو خطر بباله أن يقول قد كفرت بالله إخبارا عن كفر ماض بالكذب أو صلى إلى الصليب وخطر بباله أنه يصلي لله تعالى يكفر قضاء لا ديانة حتى تبين أقر أنه قضاء لا ديانة؛ لأنه أقر أنه عدل عما أكره عليه، فإنه أكرهه على إنشاء الكفر وهو ما أنشأ كفرًا بل حكى كفرًا عما مضى طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدق قضاء؛ لأنه نوى خلاف الظاهر ويصدق ديانة؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ولو خطر بباله أنه كفر بالله مستقبلا لا جبرًا عن الماضي أو صلى للصليب وسجد للصنم وقد خطر بباله أنه يصلي أو يسجد لله تعالى فترك ذلك وصلى للصليب يكفر قضاء وديانة؛

لأنه أمكنه دفع الإكراه بالجبر بالكفر عما مضى، بأن يصلي ويسجد لله تعالى؛ لأنه لا اطلاع للمكره على ما في ضميره وكان طائعا في إنشاء الكفر وفي الصلاة إلى الصليب والسجود للصنم.

وإن صلى إلى الصليب ولم يخطر بباله شيء لا تبن امرأته لأنه فعل ذلك مكرهًا وقلبه مطمئن بالإيمان، وكذلك لو أكره على شتم محمد صلى الله عليه وسلم فخطر على باله محمدًا آخر.

(فصل)

ولو أكره الذمي على الإسلام فأسلم يصح إسلامه استحسانًا خلافًا للشافعي قياسًا، ولو قوتل الحربي على الإسلام فأسلم صح إسلامه بالإجماع وهو مكره على الإسلام بالقتال.

وجه القياس: أن ركن الإسلام هو الاعتراف باللسان والاعتقاد بالجنان، واعتقاده محتمل متردد بين الوجود والعدم بل الظاهر من حاله أنه أجرى على لسانه دفعًا لا تحقيقًا وتصديقًا فلا يحكم بإيمانه بالشك.

وجه الاستحسان أن قوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَسۡلَمَ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ طَوۡعٗا وَكَرۡهٗا﴾ [آل عمران: ٨٣] فقد سُمِّي المكره على الإسلام مكرهًا، ولأن إسلام الحربي مع الإكراه فكذلك إسلام الذمي لأنهما يعترفان عن تصديق واعتقاد؛ لأن التصديق بالجنان أمر باطن متكتم والبواطن لا تصلح مناطا لربط الأحكام بها، وإنما الأحكام مبنية على الظواهر فاعتبرنا اعترافه عن تصديق مناطا لترتيب الأحكام عليه ترجيحا لجانب الإسلام على جانب الكفر واحتيالًا لتصحيحه لقوله عليه السلام: "**الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى**"[1]، ولهذا لو كان أحدا لا يؤمن مسلمًا والآخر كافرًا يحكم

(١) أخرجه الروياني (٢/٣٧، رقم ٧٨٣)، والدارقطني (٣/٢٥٢)، والبيهقي (٦/٢٠٥، رقم ١١٩٣٥)، والضياء (٨/٢٤٠، رقم ٢٩١). وأخرجه أيضًا: الديلمي (١/١١٦، رقم ٣٩٥). قال المناوي (٣/١٧٩): قال الحافظ: سنده ضعيف.

بإسلام الولد ترجيحًا لجانب الإسلام فكذا هذا[1].

ولو أسلم مكرهًا ثم رجع لا يقتل لكن يحبس ليرجع إلى الإسلام؛ لأن في اعتقاده شك وتردد احتمل أنه كان معتقدًا للإسلام فيجوز قتله بالردة واحتمل أنه لم يكن معتقدًا فيكون كافرًا ذميًّا ولا يجوز قتله بالشك إلا أنا رجحنا جانب وجوده حالة إسلامه تصحيحًا لإسلامه في حق الأحكام وهو عصمة نفسه وماله كما يحكم بإسلام الولد إذا كان أحد أبويه مسلما.

(باب الإكراه على الإقرار بالمال والحدود)

(**المبسوط**): ولو أكره بوعيد تلف أو ضرب أو حبس أو قيد على أن يقر بالمال والحدود لا يصح؛ لأنه اقترن به دليل الكذب وهو الإكراه؛ لأن الظاهر من حال من أقر مكرهًا أو كاذبًا دفعًا للشر عن نفسه؛ إذ لو كان صادقًا لما احتيج إلى الإكراه، ولو أكره بحبس أو قيد يوم أو ضرب سوط على الإقرار فأقر صح؛ لأن الإنسان لا يتحمل ضرر زوال المال بحبس يوم أو ضرب سوط واحد فترجح جانب الطواعية فصار مقرًّا عن طواعية بخلاف ما إذا كانت المشقة متفاحشة؛ لأنه قد يؤثر زوال الملك على تحمل هذه المشقة فترجح جانب الإكراه قال مشايخنا هذا إذا كان الرجل من أوساط الناس.

وإن كان الرجل من أشراف الناس بحيث يستنكف عن ضرب سوط في الملأ أو قيد أو حبس يوم أو تفريك أذنه في مجلس السلطان، فإنه يكون مكرها؛ لأنه يؤثر تحمل زوال ملكه على ما يلحقه من الذل والهوان وهذا مفوض إلى رأي الحاكم؛ لأن الناس يتفاوتون فيه.

ولو أكره بالقتل على الإقرار بألف فأقر بخمسمائة لم يلزمه شيء، ولو أقر بألفين لزمه ألف أو أقر بمائة دينار أو بنصف آخر لزمه؛ لأنه أتى ما أكره عليه أو ببعضه وابتدأ بالزيادة طوعا بقدر ما أتى به طوعا لزمه؛ لأنه إقرار طائع مختار فيه وقدر ما أتى به مكرهًا لم يلزمه؛ لأنه امتثل ببعض ما أكرهه عليه رجاء أن يعفو عنه

---

(١) انظر: العذب الفائض ١/٣٠ - ٣٢، وابن عابدين ٥/٤٨٩ ط. بولاق ١٢٧٢هـ.

المكره عن الباقي وإنما يتحقق هذا الرجاء إذا حصل المكره ممتثلا بما أمر به.

ولو أقر بالحدود أو القصاص مع الإكراه وهو معروف بما أقر به فأقيم عليه بإقراره فلا قصاص على المكره وضمن ذلك في ماله، وإن لم يكن المقر معروفا بذلك يجب القصاص على المكره وضمن ما لا قصاص فيه، ونظيره رجل دخل على رجل مكابرا فقتله صاحب المنزل وقال: إنه دخل ليقتلني ويأخذ مالي، فإن كان الداخل معروفا بالدعارة والمكابرة لم يجز القصاص على القاتل وإلا فيجب؛ لأنه إذا كان معروفا بذلك فقد تعارض دليل الصدق وهو كونه معروفا به ودليل الكذب وهو الإكراه فأوجب شبهة في درء القصاص فأوجب إقراره بالمال؛ لأنه يثبت مع الشبهات وإن لم يكن معروفا بما أقر به فقد عري إقراره عن شبهة الثبوت؛ لأنه عري عن المعارض.

(باب الإكراه على النكاح والطلاق والخلع والعتاق)

(**المبسوط**): كل تصرف يصح مع الهزل كالطلاق والعتاق والنكاح يصح مع الإكراه لما بينا، ولو أكره الرجل على النكاح يصح؛، فإن كان المسمى مثل مهر المثل أو أقل جاز ولا يرجع على المكره بشيء؛ لأنه عوضه مثل ما أخرجه عن ملكه، وإن كان المسمى أكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة ويجب مقدار مهر المثل؛ لأن التسمية قد فسدت لأنها تصرف في المال والرضا شرط لصحة إيجاب المال وقد فات الرضا بالإكراه، فإن أكرهت المرأة على النكاح فلا شيء على المكره؛ لأنه أتلف عليها منفعة البضع ولا ضمان على متلف المنفعة ولأنه أزال ملكها عن البضع بعوض يعدله وهو مهر المثل فلا يعد إزالة المنفعة إتلافا، فإن كان الزوج كفؤا والمسمى مهر المثل أو أكثر جاز، وإن كان أقل فالزوج بالخيار إن شاء أتم لها مهر مثلها، وإن شاء فارقها إن لم يدخل بها ولا شيء عليه، وإن دخل بها وهي مكرهة فلها مهر مثلها، وإن دخل بها وهي طائعة فهذا رضاء منها بالمسمى دلالة؛ لأن تمكينها من الوطء دلالة الرضاء بالمسمى فصار كما لو رضيت بالمسمى نصًّا إلا أن للولي حق تكميل مهر المثل عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وإن فارقها قبل الدخول

لا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها لما لم ترض بالزيادة فسقط الصداق كله كما لو قبلت ابن زوجها.

(فصل)

ولو أكره على الطلاق قبل الدخول ضمن نصف المهر ورجع به على المكره وبعد الدخول لا يضمن المكره؛ لأن بالإكراه قبل الدخول أكد نصف المهر كان على شرف السقوط، فإنه متى جاءت الفرقة من قبلها سقط المهر كله وبعد الطلاق لا يسقط نصفه بالفرقة من قبلها وتأكيد ما هو على شرف السقوط ملحق بالإيجاب فصار كأنه أوجب عليه نصف المهر، وبالدخول تأكد المهر وتقرر حتى لا يسقط بالفرقة من قبلها فبالإكراه على الطلاق بعد الدخول لم يؤكد عليه شيئًا وكما في شاهدي الطلاق قبل الدخول أو بعده إذا رجعا.

ولو أكرهت المرأة على أن تقبل تطليقه على ألف بعد الدخول ولم يكره الزوج لم يلزمها شيء والطلاق رجعي؛ لأن التزام المال لا يصح مع الإكراه فلم يجب المال والطلاق بلا عوض يكون رجعيا، فإن كان بلفظة الخلع يكون بائنًا، وإن تعرى عن البدل، فإن قالت بعد ذلك رضيت الطلاق وبذلك كان الطلاق بائنا ولزمها المال عند أبي حنيفة.

وعند محمد: يبقى رجعيًّا ولا مال عليها وبه فرع ما إذا طلق امرأته رجعية ثم جعلها بائنة تصير بائنة عندهما خلافًا لمحمد.

ولو أكرهت امرأته على أن تسأل من زوجها في مرضه أن يطلقها واحدة بائنة ورثت، ولو زاد على واحدة لا ترث؛ لأن الإذن لا يصح مع الكره كما لا يصح مع الهزل. فالواحدة حصلت بغير إذنها ورضاها لأنها مكرهة فيها والزيادة حصلت بإذنها لأنها فيها طائعة، ولو جعل الزوج أمرها بيد رجل بتطليقة وأكره الزوج أن يأمره بتطليقة أخرى ولم يدخل بها فطلقها ثنتين لم يضمن المكره؛ لأن الزوج في تفويض الأولى كان طائعا وتفويض الأولى كافٍ لتأكيد نصف المهر على الزوج فصار راضيا بالتأكيد فلم يصر المكره مؤكدًا ولا متلفا لشيء من المهر على الزوج.

ولو طلقها التطليقة التي أكره الزوج عليها ضمن المكرِه نصف المهر؛ لأنه كان مكرها في تفويض الثانية والإكراه على التفويض كالإكراه على التطليق.

ولو أكرهت أمة أعتقت على أن تختار نفسها قبل الدخول فلا مهر لها على الزوج ولا لمولاها ولا يضمن المكرِه؛ لأن الفرقة مضافة إلى إعتاق المولى لا إلى اختيارها نفسها؛ لأن للعتق أثرا في إيجاب الفرقة؛ لأنها بالعتق تملك بضعها لا باختيارها وملكها بضعها علة لوقوع الفرقة عند اختيارها لما عرف في الطلاق فقد جاءت الفرقة من قبل من له الفراق وهو المولى فيسقط الصداق.

ولو أكره على أن يخلع امرأته بعد الدخول على ألف ومهرها أربعة آلاف ولم تكره المرأة جاز على ألف، وكذلك الصلح عن دم العمد؛ لأن المرأة طائعة في قبول المال والتزامه فصح منها التزام المال ولا شيء للزوج على المكره؛ لأن المكره لم يتلف عليه مالًا ولا أكد عليه مالًا كان على شرف السقوط؛ لأن المهر كان متأكدا على الزوج بسبب الدخول وإنما أتلف عليه مجرد النكاح بعوض، ولو أكره قاتل العمد على الصلح على مال لم يلزمه شيء ويسقط القود؛ لأن التزام المال لا يصح مع الإكراه والقصاص يسقط مع الإكراه؛ لأنه يسقط بالعفو عن الهزل وبدون الرضاء.

(باب الإكراه على العتاق)

(**المبسوط**): ولو أكره على عتق عبده جاز والولاء له ويضمن المكره قيمته؛ لأن في الإعتاق إزالة الملك والمالية وإثبات الولايات والمالكية والمكره يصلح آلة للمكره في حق إتلاف المالية فصار آلة في حق إتلاف المال فصار مضافًا إلى المكره ولم يصلح آلة فيما عدا ذلك وهو الولاء والولاية فبقي العتق مقصورًا على المكره فيما عدا المالية وصار كشاهدي العتق إذا رجعا بعد القضاء ولا تجب السعاية على العبد؛ لأن الضمان هنا يجب بالإتلاف والسعاية لا تجب بضمان الإتلاف.

ولو أكره على أن يعتق عبده على أقل من قيمته وقيمته ألف والعبد غير مكره

يقع بتمام قيمته، ثم إن شاء ضمن المكره قيمته ثم يرجع هو على العبد بمائة درهم؛ لأنه صار متلفا عليه عبده بإعتاقه فضمن قيمته، وإن أوجب له مائة درهم بالسعاية؛ لأن تلك المائة في ذمة مفلسة لا تصل إليه للحال وقد أتلف ملكه في الحال عن جميع العبد ورجع على العبد بمائة درهم؛ لأنه بأداء الضمان قام مقام المولى فيما كان للمولى على العبد وذلك مائة درهم بدل رقبته ولم يرجع بالزيادة؛ لأنه لم يملك العبد بالضمان؛ لأنه إنما ضمن بالإعتاق، وإن شاء المولى ضمن المكره تسعمائة وأخذ من العبد مائة؛ لأن العبد طائع في التزام المال والمكره متلف عليه تسعمائة بغير عوض ومتلف عليه مائة بعوض لم يصل إليه؛ لأن تلك المائة في ذمة مفلسة لا تصل إليه في الحال فيتخير في تلك المائة.

ولو أكره على أن يعتقه على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ففعل، فإن شاء ضمن المكره قيمته للحال ألفًا ورجع المكره على العبد بألفين إلى سنة ويتصدق بالفضل، وإن شاء أجاز العتق فكان له ألفان على العبد إلى سنة؛ لأن المكره وإن أتلف عبده بعوض أكثر منه إلا أن العوض أجل والإنسان قد يختار القليل العاجل على الكثير الأجل فيخير في ذلك، ولو أكره العبد على قبول العتاق بمال لم يلزمه شيء ويلزم المكره لما بينا. عبد بين رجلين أكره أحدهما على عتقه فأعتقه جاز والولاء كله للمعتق عندهما؛ لأن العبد عتق كله، وإن كان المكره موسرا يضمن قيمته بينهما، وإن كان معسرًا ضمن نصف قيمته للمكره وسعى العبد الآخر في نصف القيمة؛ لأن المكره في حق المعتق متلف وفي حق الساكت بمنزلة المعتق وإتلاف نصيب الساكت بالعتق صار مضافا إليه؛ لأن الإعتاق من حيث إنه يتضمن معنى الإتلاف مضاف إليه فصار المكره متلفا لنصيب الساكت لا المعتق فضمن قيمة بينهما إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا ففي حق المعتق متلف، وضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والعسار وفي حق الساكت بمنزلة المعتق وضمان العتق يختلف باليسار والعسار عند أبي حنيفة يعتق نصيب المعتق لا غير ولا ضمان على المكره للساكت، وإن كان موسرًا؛ لأنه معذور في هذا الإعتاق بالإكراه والعذر ينافي وجوب الضمان على المعتق كما لو كان معسرًا، ولأن إفساد نصيب الساكت صار

مضافًا إلى المكره فصار المكره هو المفسد لنصيب الساكت لا المعتق، فإن اختار الساكت تضمينه فالولاء كله له؛ لأن بأداء الضمان انتقل الملك إليه فعتق على ملكه، فإن اختار الإعتاق والسعاية فالولاء بين الشريكين نصفان؛ لأنه عتق على ملكهما.

ولو قتل عبد رجلًا خطأ فأكره مولاه حتى أعتقه وهو يعلم بالجناية ضمن المكره قيمته ويأخذها المولى فيدفعها إلى ولي الجناية؛ لأن المكره صار متلفا بإعتاق المولى؛ لأنه مضطر في هذا الإعتاق لا مختار فيه فلا يصير المولى مختارا للدية بل إعتاقه من حيث إنه إتلاف صار مضافا إلى المكره فيضمن قيمته والقيمة قائمة مقام العبد فيأخذها ولي الجناية، ولو كان الإكراه بحبس أو قيد يضمن المولى قيمته لولي الجناية دون الدية ولا يضمن المكره شيئًا؛ لأن هذا الإكراه لا يعتبر إكراها في حق إتلاف المال لما بينا فلم يصر المكره متلفا فبقي الإعتاق مقصورًا على المولى فصار متلفا فضمن قيمته هو ويعتبر إكراهًا في حق التزام المال؛ لأنه يسلب الرضا فلم يصر المولى راضيا بالإعتاق ولم يصر مختارا للفداء.

ولو أكره على أن يعتق عبده عن رجل بألف وقيمته ألف فأعتق وقبل المعتق عنه طائعًا، فإن شاء ضمن المكره، وإن شاء ضمن المعتق عنه ويرجع المكره على المعتق عنه والولاء للمعتق عنه. طعن الكرخي وقال: ينبغي أن لا يقع العتق عن المعتق عنه؛ لأنه بمعنى البيع وبيع المكره قبل التسليم لا يفيد الملك، والجواب عنه: أن الإكراه ورد على الإعتاق لا على البيع الذي في ضمن طلب الإعتاق، ولو ورد على البيع فإنما يرد ضمنًا وتبعا للعتق والإكراه لم يؤثر في العتق ولا يؤثر فيما يثبت في ضمنه تبعا له فكان طائعا فيهما فدخل العبد في ملك الأمر بالتمليك منه أولا ثم يصير المأمور معتقا عنه بأمره ثم الإعتاق في حق إزالة الملك صار مضافا إلى المكره فصار مستهلكا للعبد برضاه واختياره فقد تصدى من كل واحد سبب ضمان لمولى العبد فله أن يضمن أيهما شاء ثم المكره يرجع؛ لأنه ملكه بالضمان والشراء لم ينفذ من جهته.

ولو أكرهه بحبس تجب القيمة له عن المعتق عنه دون المكرِه؛ لأن الإكراه لم يتحقق في حق الإتلاف فاقتصر الإعتاق على المكره ولكن الرضا يفوت بالحبس

فوقع التمليك فاسدًا؛ لأنه ما رضي بزوال ملكه عن العبد فيجب القيمة كما لو أكرهه بالحبس على البيع المفرد والتسليم، ولو أكره المعتق بالقتل والمعتق عنه بالحبس والمعتق عنه غير مكره، ولو أكره المعتق بالقتل والمعتق عنه بالحبس والمعتق عنه غير مكره، ولو كان الإكراه على عكس هذا فيهما ضمن المكره قيمته للمولى ولم يضمن المعتق عنه شيئًا والولاء للمعتق عنه؛ لأن فعل المعتق عنه صار منقولا ومضافا إلى المكره؛ لأنه أكرهه بوعيد تلف فصار كأن المكره هو الفاعل دون المعتق عنه والإعتاق، وإن وجد في ملك المعتق عنه إلا أن للبائع حق الاسترداد وقد أتلف المكره بإكراه المشتري على الإعتاق حق البائع في الاسترداد بغير رضاه وصار كالمشتري من المكره إذا أعتق كان للبائع أن يضمنه فكذا هذا، ولو أكرههما على أن يدبر العبد عنه بألف درهم فدبر فالمولى بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته قنًّا ورجع المكره على قابل التدبير بقيمته مدبرًا، وإن شاء ضمن القابل قنّه مدبرا أو رجع المكره بنقصان التدبير ولا يرجع المكره بذلك على القابل ويعتق من ثلث مال القابل؛ لأن المكره أتلف قيمته قنًّا؛ لأن تسليم المولى العبد صار في حق إزالة اليد والإتلاف مضافا إلى المكره فصار كأن المكره سلم عبده قنًّا إلى المدبر عنه، فإذا ضمنه قيمته فقد قام مقامه في حق الرجوع على المدبر عنه، وإن شاء ضمن المدبر عنه قيمته مدبرا؛ لأن التدبير صار منقولا إلى المكره في حق ما تلف من العبد وهو نقصان التدبير وفيما وراء ذلك فقد ملكه المدبر عنه العبد على المولى؛ لأنه وجد منه قبض تملك؛ لأن المقصود من تملك المال الانتفاع به وقد ملك عبدًا يستعبده ويستخدمه، فإذا تملك مالًا منتفع به وقد عجز عن رده بسبب التدبير من جهته فقد تملك عبدًا مدبرًا فيضمن قيمته مدبرًا بالقبض بجهة التملك ويكون له أن يضمن المكره قيمة نقصان التدبير، ولو أكرهه على أن يعتق بحبس أو قيد ما يضمن المكره شيئًا وضمن القابل قيمته قنًّا؛ لأن هذا الإكراه غير معتبر في حق الإتلاف وهو معتبر في حق سلب الرضا فاقتصر فعلهما عليهما ثم يملك عبده عليه بغير رضاه فيضمن قيمته قنًّا، ولو أكره المولى بقتل والقاتل بحبس فللمولى أن يضمن المكره قيمته قنًّا ولم يرجع المكره بها على القاتل، وإن شاء ضمن القاتل فيه

قنًّا ولا يرجع هو على المكره بشيء وأيهما ضمنه المولى برئ الآخر؛ لأن فعل المولى وهو التسليم صار مضافا إلى المكره في حق إزالة اليد؛ لأن الإكراه كان بوعيد تلف وفعل القاتل اقتصر عليه؛ لأنه طائع فيه وقد قبض عبدًا قنًّا بجهة التمليك فقد تصدى من كل واحد سبب الضمان للمولى، ولا يرجع القاتل على المكره؛ لأنه سلم له المضمون ويرجع المكره على القاتل بما ضمن؛ لأنه قام مقام المولى في المدبر بأداء الضمان، ولو وهب المولى من المكره قيمته أو أبرأه منها كان للمكره أن يرجع على القاتل بقيمته؛ لأن المولى لما اختار تضمينه فقد أقامه مقام نفسه في حقه تضمين القاتل، فإن إبطال حقه عن أحدهما لا يوجب إبطال حقه عن الآخر كما إذا أبرأ الغاصب الأول عن الضمان كان للأول أن يضمن الثاني، وإن أكره المولى بالحبس والقاتل بوعيد تلف فللمولى أن يضمن المكره ما نقصه التدبير ويضمن القاتل قيمته مدبرا لما عرف، ولو أكرهه بقتل على أن يقتل من رجل عتق عبده على ألف وقيمته خمسمائة أو ألفان وربّ العبد طائع ففعل كان الولاء للقاتل يتضمن شراء وإقباضًا وإعتاقا والقاتل وهو المشتري مكره في جميع ذلك والمكره لا يضمن شيئًا لولي العبد؛ لأنه طائع في الإعتاق وفعل القاتل صار منقولا إلى المكره فصار كأن المكره هو الذي أعتقه وقد رضي صاحب العبد بإعتاقه، ألا ترى أن البائع لو سأل لصا أن يكره هذا الرجل على أن يشتري منه هذا العبد بألف ويقبضه ففعل ومات في يده لم يضمن المكره ولا المشتري للمولى شيئًا فكذا هذا.

ولو أكره على أن يعتق نصف عبده فأعتقه كله لم يضمن عند أبي حنيفة وعندهما يضمن؛ لأن عنده العتق يتجزأ فالمكره على إعتاق النصف لا يكون مكرها على إعتاق الكل، ولهذا قال الوكيل بإعتاق النصف إذا أعتق الكل لا يصح وصار مخالفا وعندهما العتق لا يتجزأ فيكون الإكراه على إعتاق النصف يكون إكراهًا على إعتاق الكل فقد أعتق الكل مكرها فصار تلف الكل مضافا إلى المكره، ولو أكرهه على أن يعتق كله فأعتق نصفه عندهما يضمن.

وعند أبي حنيفة: يسعى في نصف قيمته ويضمن المكره نصف قيمته؛ لأن المكره على إعتاق الكل مكره على إعتاق النصف كالمكره على إيقاع الثلاث مكره على إيقاع الواحدة وكالمأمور بإعتاق الكل إذا أعتق النصف صح عنده فكذا هذا.

(باب الإكراه على البيع والشراء)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: فيما يصير مكرهًا.

والثاني: فيما لا يصير مكرهًا.

والثالث: في إكراه أحد المتبايعين.

والرابع: في تصرف المشتري من المكره.

(فصل)

كل تصرف الرضا فيه شرط لصحته كالبيع والشراء والهبة والإجارة بالإكراه بأي وجه كان ينعقد فاسدًا، ولو باع مكرهًا وسلم مكرها ينعقد فاسدًا حتى إذا اتصل به القبض يثبت به الملك للمشتري.

وقال زفر: يتوقف على إجازة المكره ولا يثبت الملك إلا بالإجازة؛ لأن هذا بيع فيه خيار للبائع بدليل أنه يخير بين الفسخ فلو ثبت الملك فيه قبل الإجازة لبطل خياره لأنه لا يقدر على الفسخ والإجازة.

لنا: أن العقد صدر من المالك مرسلًا متعريًا متجردًا عن اشتراط الخيار نصًّا فوجب أن يثبت الملك منجزًا لا مترقبًا؛ لأن امتناع حكمه منجزا مع وجود العقد مرسلًا مطلقًا يكون توقيفًا لما أطلقه وهذا خلاف الحقيقة وأصل الشريعة، فلا يجوز إلا بدليل، فأما الدليل على تأخر حكمه وتأجله إلى وقت القبض فهو اتصال بالفساد به لفقد الرضا؛ لأن الرضا شرط لصحة البيع ونفاذه لا لوجوده وانعقاده؛ لأن انعقاده لضرورة من أهله في محله إلا أن الشرع جعل لدفع الضرر عنه طريقا وهو ولاية الفسخ له مع اعتبار تصرفه وصيانته عن اللغو فلا ضرورة إلى منع عمل السبب وتوقيفه على وجود الرضا.

ولو باع مكرهًا وسلم طائعًا جاز البيع ونفذ؛ لأن التقابض منهما طائعًا يكون رضا منهما بالبيع دلالة والإكراه على البيع لا يكون إكراها على التسليم والقبض؛ لأن البيع يصح بدون التسليم.

ولو أكرههما بحبس أو قيد على البيع والتقابض فالبيع فاسد لم يحل لأحدهما ما قبض ويضمن لصاحبه ولا يضمن المكرِه؛ لأن الإكراه بالحبس يسلب الرضاء بالعقد والقبض ولكن لا يجعل المكرَه آلة للمكره فلم يصر متلفًا، ولو أكرهه على بيع بألف فباع بألف أو بخمسمائة لم يجز، وإن باع بأكثر من ألف جاز؛ لأن في الأول خالف إلى خير؛ لأن مقصود المكرِه إلحاق الضرر بالمكرَه والبيع بخمسمائة أضر به من البيع بألف وكان الإكراه على البيع بألف إكراهًا على البيع بأقل وفي الثاني خالفه إلى شر للمكره؛ لأنه اكتسب نفعا لنفسه لما باعه بألف فلم يكن آتيا بما أكره عليه.

ولو باعه بدنانير قيمتها ألف لم يجز؛ لأن الدراهم والدنانير جعلا لجنس واحد في حق التجارات غرضا ومقصودا فكان آتيا بما أكره عليه في حق المقصود وهو إلحاق الضرر به.

ولو باعه بعرض أو مكيل أو موزون بأقل من قيمته جاز؛ لأنه لم يأت بما أكره عليه جنسًا، وكذلك لو أكرهه على البيع فوهب جازت؛ لأنه جنس ما أكره عليه، ولو أكره على أن يبيع جائزًا فباع فاسدًا أو سلم فهلك إن شاء ضمن المشتري أو المكره وعلى عكسه يكون رضا بالبيع والفرق أن المكره على البيع الفاسد متى باع جائزا فقد أتى بغير ما أكره عليه؛ لأن الجائز ضد الفاسد ويفيد من الأحكام ما لا يفيده الفاسد وهو إثبات التأكيد ووصف الصحة والحل ولا إكراه في ذلك والمكرَه على البيع الجائز متى باع فاسدًا فقد أتى بأنقص مما أكره عليه؛ لأن الفاسد أنقص إثباتا من الجائز فيدخل تحت الإكراه كما لو أكرِه على البيع بألف فباعه بخمسمائة.

ولو أكرِه بحبس ابنه أو عبده أو ببيع عبده أو رهنه ففعل فهو إكراه استحسانًا، وكذلك في الإقرار ووجه القياس أنه أكرهه بحبس غيره لا بحبس نفسه فلا يثبت الإكراه، كما لو أكره بحبس أجنبي، وجه الاستحسان أن الإنسان كما يعتريه الغم بحبس نفسه يعتريه بحبس ابنه وعبده، ألا ترى أن الإنسان يؤثر حبس نفسه على حبس ابنه فصار كأنه أكرهه على حبس نفسه.

(فصل)

ومن هو مكره من المتعاقدين أو مشروط له شرط فاسد فله نقض العقد من غير قضاء ورضاء ومن ليس بمكره ولا مشروط له فليس له نقضه إلا بقضاء أو رضاء حتى لو أجاز الآخر العقد قبل نقض القاضي نفذ وانبرم، وإن كان كلاهما مكرها أو مشروطا له شرطا فاسدًا فلكل واحد نقضه من غير قضاء ولا رضاء؛ لأن خيار الفسخ بسبب فساد العقد إنما ثبت حقا له ليتدارك بالفسخ ما فاته لخلل تمكن في رضاه وغير المشروط له الخيار راض بلزوم العقد وانبرامه فلم يتمكن الخلل في رضاه فلا يملك نقضه بنفسه وإنما يثبت له الخيار حكما لفساد العقد بعد تمام الملك بالقبض فأشبه خيار العيب بعد القبض فلا يملك نقضه إلا بقضاء ورضاء وقبل قبض المبيع يملك كل واحد نقضه من غير قضاء ورضاء؛ لأن البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد شيئًا من أحكامه فصار كبيع الفضولي.

ولو كان البائع مكرها والمشتري طائعًا فينقض المشتري البيع وأجاز البائع نفذ البيع بعد القبض وقبله انتقض؛ لأن البيع لازم نافذ في جانب المشتري؛ لأنه طائع فيه فلم يصح نقضه إلا بقضاء أو رضاء فبقي البيع موقوفا على إجازة البائع فإجازته لاقت عقدًا موقوفًا فصحت ونفذ في حقه وقبل قبض المبيع يصح نقض المشتري فإجازة البائع لاقت عقدًا مفسوخًا فلغت. والمشتري من المكرَه لو تصرف في البيع إن كان تصرفا لا يحتمل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد لا يفسخ ويلزمه القيمة والمكرَه بالخيار إن شاء ضمن المكرِه ورجع المكرِه على المشتري؛ لأنه ملك بالضمان بالغصب السابق فظهر أن المشتري قبض ماله للتمليك، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأنه قبض ماله بغير إذنه للتملك، وإن كان تصرفا يحتمل النقض كالبيع والهبة والكتابة والإجازة فله أن يفسخه بخلاف سائر البياعات الفاسدة لا يفسخ تصرف المشتري؛ لأن ولاية النقض والاسترداد تثبت حقا له فلو زال إنما يزول بتصرفه وإزالته ففي المكره التصرف ما حصل بتسليطه ورضاه فلم يكن راضيا بإبطال حقه فبقي حق فسخه كالمشتري إذا تصرف في الدار المشفوعة أو تصرف في المبيع قبل قبض الثمن بغير إذن البائع كان للشفيع والبائع نقضه؛ لأنه ما حصل

بتسليطه وفي البائعات الفاسدة التصرف حصل بتسليط البائع فيكون راضيا به فلا يملك نقضه لحقه ولا لحق الشرع؛ لأن الفساد قد زال لزوال محله بالبيع الصحيح.

ولو باع المشتري من المكرَه من آخر ثم باعه المشتري الثاني من آخر حتى تداولته الأيدي فله أن يفسخ العقود كلها وأي عقد أجاز جازت العقود كلها؛ لأنه لما أجاز بعض العقود فقد زال الإكراه وصار طائعًا راضيًا فجاز العقد الأول فجازت العقود، وإن أعتق المشتري الثاني للمكره أن يضمن أي الثلث شاء؛ لأن كل واحد منهم أحدث سبب الضمان في حقه المكره بإزالة يده عن ماله؛ لأن فعل المكره وهو التسليم صار مضافا إلى المكره في حق إزالة اليد فيصير غاصبا والمشتريان كل واحد قبض ماله بغير إذنه للتملك وقبض مال الغير بغير إذنه لا للتملك موجب للضمان فللتملك أولى، فإن ضمن المكره رجع المكره بالقيمة على المشتري الأول أو الثاني؛ لأنه ملكه بالضمان بالغصب السابق، وإن ضمن المشتري الأول لا يرجع على الثاني بشيء ونفذ بيعه؛ لأنه ملكه سابقا على بيعه فنفذ تصرفه من الثاني كالغاصب الثاني إذا باع ثم ضمنه الأول نفذ بيع الثاني بخلاف المكره إذا ضمن لا ينفذ بيع المشتري الأول؛ لأنه ملكه متأخرًا عن البيع.

(باب الإكراه على الهبة ودفع المال)

(**المبسوط**): ولو وهب مكرهًا وسلم طائعًا فالهبة فاسدة بخلاف ما لو باع مكرهًا وسلم طائعًا فالبيع جائز، والفرق أن قصد المكرِه بالإكراه إلحاق الضرر بالمكرَه وذلك بزوال الشيء عن ملكه لا بمجرد العقد، والهبة بدون التسليم لا يفيد زوال الملك ولا يفيد الإكراه على مجرد الهبة، وكان الإكراه على الهبة إكراهًا على التسليم قصدًا، فأما البيع يزيل الملك بدون التسليم وفساد البيع بالإكراه لا يعلمه المكره الجاهل المتغلب بل يظن جوازه، ولهذا أقدم على الإكراه قصدًا منه لإزالة ملكه بمجرد البيع فلا يكون الإكراه على البيع إكراهًا على التسليم دلالة وكون الهبة لا تزيل الملك إلا بالقبض يعرفه كل واحد.

ولو أكره على أن يهب جاريته هذه لفلان فوهبها لفلان ولآخر وقبضاها جاز

نصفها للآخر؛ لأنه طائع فيه وهي مشاعة لا تحتمل القسمة فصحت الهبة، ولو كانت ألف درهم لم يجز للآخر أيضًا؛ لأن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فاسدة فلم يجز في الآخر لمكان الشيوع لا للإكراه عنده وعندهما لم يجز لتفرق التسليم؛ لأن بتفرق التسليم يمكن الشيوع في التسليم بحق مقارن العقد، ولهذا لو وهب منهما ألف درهم طائعا ثم سلم إليها متفرقا لم يجز، ولو أكره على الهبة فتصدق جاز؛ لأن الهبة مع الصدقة مختلفتان، فإنه ينبغي بالهبة استجلاب المودة والمحبة والمكافأة وبالصدقة استجلاب المثوبة وابتغاء مرضات الله تعالى من غير طلب المكافأة في الدنيا والصدقة لا تجوز إلا للفقير والهبة تجوز للغني والفقير فلا يكون الإكراه على أحدهما إكراها على الآخر.

ولو قال: نحلت أو أعمرت لم يجز لأنهما يتفقان معنى العبرة للموافقة في المعنى لا للمخالفة في اللفظ كالنكاح مع التزويج، ولو ذهب بعوض جازت؛ لأن الهبة بعوض بيع معنى فلم يأت بعين ما أكره عليه، ولو أكره على الهبة بعوض فوهب مجانا جاز أيضًا؛ لأنه أكرهه على البيع وقد أتى بالهبة ولو باع لا يجوز؛ لأن الهبة بالعوض بيع معنى فقد اتفقا في المعنى، ولو أكره على أن يهب نصف هذه الدار مقسوما ويدفعه إليه فوهب له الدار كلها ودفعها إليه لا يجوز استحسانًا، ولذلك لو أكره على أن يبيع بيتا من البيوت فباع كلها، وجه القياس أنه أكرهه على هبة النصف وقد وهب الكل فيجعل طائعا كما لو أكره على بيعه بألف فباعه بألفين.

وجه الاستحسان: أنه مكره في هبة نصفها طائع في هبة نصفها إلا أن النصف الذي كان طائعا فيه مشاع يحتمل القسمة فتكون الهبة في جميع الدار فاسدة في نصفها للإكراه وفي نصفها للشيوع، ولو أكره على أن يهب نصف داره فوهبها كلها وسلم صحت الهبة؛ لأنه أتى بأكثر مما أكره عليه والإكراه على الأقل لا يكون إكراهًا على الأكثر؛ لأنه ليس في الزيادة إكراهًا فصار كما لو أكرهه على البيع بألف فباعه بألفين كان طائعًا فكذا هذا.

(فصل)

ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأخذ مال فلان فيدفعه إلى من أكرهه يسعه أخذه

والضمان على المكره؛ لأن أخذ مال الغير يستباح لضرورة المخمصة فكذا يستباح لضرورة الإكراه، فإن لم يأخذ حتى قيل كان مأجورًا؛ لأن ذلك من مظالم العباد وحرمة الظلم ثابتة بكل حال كحرمة الكفر بخلاف ما لو كان الرجل في سفر فاشتد جوعه ومع رفيقه طعام فلم يأخذ منه حتى مات، وإن كان لا يعطيه أصلا فصبر حتى مات لا يأثم كما في الإكراه لو كان صاحب المال يعطيه بالقيمة فلم يأخذ حتى قتل، فإنه يأثم، ولو أكره يحبس أو يقيد على أن يودع ماله من فلان وفلان طائع لم يضمن واحد منهما والمال أمانة؛ لأن صاحب المال مكره على الإيداع طائع في التسليم؛ لأن قوله أودعتك لا يصح من غير رضاء كالبيع والهبة والحبس يسلب الرضا فيعتبر إكراهًا في حق الإيداع والتسليم يصح من غير رضاء فلا يعتبر الحبس إكراهًا في حقه فقد دفع ماله إلى المستودع طائعًا فبقي تسليمه مقصورًا عليه فلا يضمن المكره والمستودع أخذ ماله بدفعه طائعًا ليرده عليه لا يدفع المكره فلا يصير متعديًا، ولو أكرهه على الإيداع بقتل فله أن يضمن أيهما شاء وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه؛ لأنه مكره على التسليم؛ لأن الإكراه بوعيد تلف يجعل فعل المكره منقولا إلى المكره فصار تسليمه منقولا إلى المكره فصار كأن المكره دفع ماله بغير إذنه إلى المستودع والمستودع قبض مال غيره طائعًا بغير إذنه فصار متعديا والإيداع إن لم يصح من المكره بقي مسلما ماله إلى المستودع ليرده إلى المالك وهذا لا يوجب ضمانا على القابض، ولو أكرههما على الإيداع والقبض بالقتل فقبضه المستودع وهلك ضمن المكره دون المستودع؛ لأن المكره صار آلة للمكره فصار قبض المال وأخذه مضافا إلى المكره فصار كأن المكره أخذ المال بنفسه ووضعه عند المستودع ولأن المستودع قبض المال بإذن الشرع؛ لأنه يحل له أخذ مال الغير لاستيفاء نفسه وقد أخذه ليرده إلى المالك؛ لأنه أخذه ليكون وديعة عنده فلم يصر متعديا في الأخذ، فإن قال القابض قبضته لا يدفعه إلى المكره ضمن؛ لأن الإكراه لا يرد على الاعتقاد والضمير، فإذا اعتقد الرد على المكره فقد عدل عن الإكراه فصار طائعًا في القبض فقد قبض ماله بغير إذن صاحبه كالمكره على إجراء كلمة الكفر إذا اعتقد الكفر يكفر؛ لأنه لا حاجة له إلى هذا الاعتقاد لدفع الإكراه فقد عدل عما

أكره عليه ويضمن المكره؛ لأن دفع صاحب المال مع الإكراه صار مضافا إلى المكره فصار غاصبا متلفا، فإن ضمن القابض لا يرجع على المكره وإن ضمن المكره يرجع على القابض لما عرف ولو أكرهه على الهبة وأكره القابض على القبض والقبول فهلك في يده إن قال قبضت لنفسه بحكم الهبة ضمن؛ لأنه قبض ماله طائعًا بغير إذنه؛ لأن الإكراه ورد على مجرد الهبة والقبض لا على القبض لنفسه فلا حاجة إلى هذا الاعتقاد لدفع الإكراه، فإذا اعتقد القبض لنفسه فقد عدل عن الإكراه فصار طائعًا في قبض مال غيره لنفسه بغير إذنه فصار ضامنا ويضمن المكره فيضمن أيهما شاء.

وإن قال: قبضته لا يرده على صاحبه ينظر إن أمكنه أن يقول عند الهبة أخذه لا يرده ولم يقل يضمن، وإن لم يمكنه ذلك لم يضمن ويحلف عليه؛ لأن القبض في الظاهر كان واقعا له؛ لأنه قبضه للتمليك بالهبة فلا يصدق في دعواه أنه قبضه للمالك من غير قرينة ودلالة حال، فإذا كان قادرًا على البيان والإشهاد ولم يشهد أنه يقبضه للمالك فالظاهر أنه قبضه لنفسه، فإذا كان عاجزًا عن البيان والإشهاد فالظاهر أنه قبضه للمالك، نظيره إذا وجد آبقًا في يد إنسان فاشتراه ثم قال: اشتريته لا يرده إلى المالك إن كان قادرًا على الإشهاد وقت الشراء أنه أخذه للمالك ولم يشهد يضمن، وإن كان عاجزًا عنه لم يضمن فكذا هذا.

(باب الإكراه على القتل والقطع)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في الإكراه على قتل غيره.

والثاني: في الإكراه على قتل نفسه.

والثالث: في القطع.

(فصل)

ولا قصاص ولا دية على المكره على القتل بل على المكره.

وقال أبو يوسف: لا قصاص عليهما وعلى المكرِه الدية.

وقال زفر: يجب على المكرِه دون المكرَه.

وقال الشافعي: يجب عليهما القود أو الدية.

لزفر: أن القتل صدر من المكرَه حقيقة؛ لأنه قادر مختار فيه؛ لأن الإكراه لا يسلب الاختيار والقدرة بل يحققها، ولهذا بقي مخاطبا بالترك حتى أتم القتل، وإثم القتل بلا قتل لا يتصور والآدمي المسلم معصوم النفس محقون الدم فكان قتلًا بغير حق فيوجب القود بالنص.

لأبي يوسف: أنه تمكنت شبهة الإباحة في فعل المكرِه لوجود السبب المبيح وهو الإكراه لقوله عليه السلام: "**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**"[1]. أراد به رفع حكمه وهو الإثم والمؤاخذة وهذا السبب إن تقاعد على إفادة حقيقة الإباحة ولا يتقاصر عن إيراث الشبهة والشبهة تمنع القصاص والقتل لم يوجد من المكرِه مباشرة ولا تسبيبا بإضافة القتل الصادر من المكرَه؛ لأنه قادر مختار يقتصر عليه.

لنا: أن القتل إفساد البينة الصالحة المهيأة للنهوض بأعباء التكاليف وذلك لا يجوز إلا إذا تضمن مصلحة صون النفوس المعصومة المحترمة عن الإفساد وحقن الدماء عن السفك والإهدار ليكون خوف وجوب القصاص صادرا للسفهاء عن التجاسر عن سفك الدماء وقتل المكرَه عري عن هذه المصلحة؛ لأنه لا عداوة ولا ضغينة بينهما، ولهذا آلَ الأمر إلى الإكراه بالسيف، ولهذا الورثة يعذرونه في القتل فبقي إفسادا محضا والإفساد حرام بنص الكتاب وقتل المكره يتضمن هذه المصلحة، فإن الورثة يقصدون قتله؛ لأنه انعقد بينهما سبب العداوة حيث أقدم على الإكراه على قتل مورثهم والمكرَه أيضًا يقصد قتلهم مخافة على نفسه فانعقد سبب الهلاك في حق الورثة فيقتل المكره دفعا لسبب الهلاك عنهم فيكون إحياء للورثة معنى وفي إحيائهم إحياء المورث معنى فصلح قتله قصاصًا.

---

(١) أخرجه الطبراني (٢/٩٧، رقم ١٤٣٠) قال الهيثمي (٦/٢٥٠): فيه يزيد بن ربيعة الرحبي وهو ضعيف. وأخرجه أيضًا: الطبراني في الشاميين (٢/١٥٢، رقم ١٠٩٠).

ولو أكره بقتل على أن يقتل عبده أو يقطع يده لم يسعه، فإن فعل يأثم ويقتل المكره في القتل ويضمن نصف قيمته في القطع؛ لأن إراقة دم العبد وهو غير مملوك له؛ لأنه باق على أصل الحرية في حق الروح بأصل الفطرة وكان بمنزلة الحر فيلزم المكره القود عندهما.

وعند أبي يوسف: قيمته، والقصاص لا يجري في أطراف العبيد، فضمنه الدية.

ولو أكره بقتل على أن يقتل أباه أو ابنه فقتله لم يحرم عن الميراث، ولو كان المكره أبُ المقتول أو ابنه يحرم عن الميراث؛ لأن المباشر للقتل هو المكرِه باعتبار صيرورة المكرَه آلة له، ولهذا يجب القصاص والكفارة عليه وإنما إثم المكرَه إذ جعل نفسه آلة لا إثم القتل، كمن شد قوائم إنسان ليلقيه على غيره والمشدود قوائمه بحال يمكنه الدفع فلم يدفع حتى ألقاه فقتله، فإنه يأثم إذ جعل نفسه آلة لا إثم القتل فكذلك المكره يمكنه أن يمتنع عن القتل، فإذا أقدم على القتل فقد جعل نفسه آلة له فيأثم إذ جعل نفسه آلة فلم يكن متعديا جانيا في القتل. أكره بقتل على أن يضرب رجلًا بحديدة فضربه وثنّى بغير إكراه فمات قتلا جميعًا؛ لأن إحدى الضربتين بإكراه فصارت منقولة إلى المكره والأخرى بطواعية فاقتصرت عليه فصارا قابلين له، ولو كانت الضربتان بعصا غرم عاقلة كل واحد منهما نصف الدية في ثلاث سنين لأنهما قتلاه بعصا وذلك القتل شبه العمد وفي شبه العمد تجب الدية على العاقلة، ولو كان الإكراه بحبس أو قيد فالضمان على الضارب قودا كان أو دية؛ لأن فعله اقتصر عليه؛ لأن الإكراه بالحبس لا يعتبر إكراهًا في حق الإتلاف.

(فصل)

أصله: أن المدفوع إلى شريرتين وبليتين يختار أهونهما وأيسرهما لما فيه من دفع الشر عن نفسه بقدر الإمكان ثم المسائل على **أربعة أوجه:**

الأول: لو أكره بقتل على أن يقطع يد نفسه فهو في سعة في قطعها؛ لأنه ابتلي ببليتين القتل أو القطع والقطع أهونهما؛ لأن الظاهر أن يقتصر ولا يسري، ولهذا يباح قطع الطرف إذا وقعت فيها الأكلة إذا خاف الهلاك على نفسه.

والثاني: لو أكره على قتل نفسه لا يباح له؛ لأنه لا يباح مباشرة قتل متيقن بقتل متوهم، فإن قتل المكره متوهم ربما لا يقتله بل يريد تهديده وتوعيده.

والثالث: لو أكره على إلقاء نفسه في النار أو في الماء أو من سطح إن كان يرجو الخلاص والنجاة من ذلك يباح له وإلا فلا؛ لأنه ابتلى بشرَّين فيختار أهونهما، وإن كان يعلم أنه يهلك لا يباح له إلا إذا كان يرى لنفسه أدنى راحة ومنفعة من تأخير موت حتى يصلح بعض أموره وهذا على قياس قول أبي حنيفة كما في السفينة إذا وقع فيها حريق غالب بأن أوقع العدو فيها النفط، فإن أقام فيها أحرقته النار، وإن ألقى نفسه في الماء غرق إلا أن يرى لنفسه أدنى راحة متى ألقي في الماء فعنده يسعه أن يلقي نفسه في الماء وعندهما لا يسعه، وذكر أن الإحراق بالنار أشد من القتل بالسيف؛ لأن آلامه وأوجاعه أكثر.

والرابع: لو أكرهه بالقتل بالسياط على قتل نفسه بالسيف يباح له قتل نفسه بالسيف؛ لأن القتل بالسياط أشد من القتل بالسيف وهو بما أتى يدفع زيادة ضرر عن نفسه وهذا على قياس قول أبي حنيفة لما مر من نظيره.

(فصل)

وإن أكره بقتل على أن يأمر رجلًا بقتل عبده عمدًا يقتص القاتل به؛ لأن الإذن بالقتل لم يصح من الإكراه؛ لأنه قول يؤثر فيه عدم الرضا ولأنه يملك القتل بدون الإذن فيكون التلف محالا إلى القتل دون الإذن بخلاف المأمور بالعتق لا يضمن؛ لأن المأمور لا يملك الإعتاق إلا بالإذن فصار العتق متلفا بسبب الإذن فيصير التلف محالا إلى الإذن.

ولو أكره المولى بحبس أو قيد يضمن قيمته استحسانًا ويقبض القاتل قياسًا؛ لأن الإكراه بحبس يسلب الرضا ويبطل الإذن والإذن لا يصح من غير رضا فصار كأنه قتله بغير إذن. وجه الاستحسان أن الإذن وإن فسد بالإكراه لفوات الرضا ولكن الفاسد معتبر من وجه؛ لأنه قائم حقيقة غير مهدر فيكون قاتلا بإذنه من وجه وفعل المأذون كفعل الإذن فقيام الإذن حقيقة أورث شبهة فلم يجب القصاص فأوجبنا الدية صونا لدمه عن الهدر.

ولو أكره بقتل على بيع عبده وتسليمه ثم أكره المشتري على قتله فقتله فللمولى أن يقتل المكره قياسًا؛ لأن المشتري مكره على القتل فصار قتله منقولا إلى المكره فصار كأنه قتله ويضمن قيمته استحسانًا؛ لأن العبد مملوك للمشتري بدليل أنه يملك إعتاقه وسائر التصرفات فيه وللبائع فيه حق ملك أيضًا وهو حق الاسترداد فكان للبائع تضمين المكره وإنما يملك تضمين ملك نفسه لا ملك غيره فكان القصاص للبائع من وجه وللمشتري من وجه وكان المستحق مجهولا فلا يكون لأحدهما حق استيفاء القصاص فلا يجب القصاص فأوجبنا القيمة على المكره في مال البائع؛ لأن للبائع فيه حق الاسترداد وقد أبطل المشتري هذا الحق عليه بالقتل بغير رضاه كما لو قتل المشتري المبيع بيعا فاسدًا.

ولو أكره بحبس أو قيد على البيع والقبض ثم أكره المشتري على قتله يقتل بقتله ضمن قيمته لمولاه ثم يقتل المكره بالعبد قصاصًا؛ لأن المشتري طائع في القبض مكره في الشراء؛ لأن الحبس يعتبر إكراهًا في حق الشراء ولا يعتبر إكراهًا في حق القبض فقد ملك المشتري العبد بحكم عقد فاسد فصار مضمونا عليه بالقيمة وقتله صار منقولا إلى المكره فصار المكره قاتلا عبده عمدًا فيجب القصاص.

ولو أكره المشتري على الشراء بحبس والبائع يقبل ثم أكره المشتري على قتله بقتل فقتله فالمولى بالخيار إن شاء ضمن المشتري؛ لأنه طائع في القبض فقد قبض مال غيره بغير إذنه طائعًا فصار متلفا وللمشتري أن يقبض المكره بعبده؛ لأن قتله صار منقولا إليه والعبد تقرر على ملك المشتري وقد قتله المكره بقتل المشتري فيجب القصاص.

(باب الإكراه على الوكالة)

(**المبسوط**): ولو أكره رجلًا بقتل على أن يوكل رجلًا ببيع عبده من رجل غير مكره ففعل ودفع والوكيل أيضًا دفع وهلك العبد، فللمولى أن يضمن أي الثلاث شاء؛ لأن كل واحد منهما أحدث سبب الضمان في حقه المكره بالدفع؛ لأن دفع

المولى صار منقولا إليه والوكيل بالقبض؛ لأنه قبض ماله وسلمه إلى غيره بغير إذنه؛ لأن الإذن لم يصح لمكان الإكراه والمشتري قبض ماله طائعًا لنفسه بغير إذنه، فإن ضمن المكره رجع على أيهما شاء؛ لأن المكره ملك العبد بالضمان من جهة المولى.

ولو كان العبد قائمًا في يده أخذه منه والوكيل باع وسلم ملكه بغير إذنه؛ لأن بيع الوكيل لا ينفذ على المكره؛ لأن أمره بالبيع كان سابقا على ملكه والوكيل يرجع على المشتري بما ضمن ولا يرجع المشتري على أحد؛ لأن الوكيل ملك العبد بالضمان من جهة المولى لو كان قائمًا في يد المشتري أخذه منه؛ لأن البيع لا ينفذ على الوكيل؛ لأن الأمر بالبيع لم يصح؛ لأنه كان قبل الملك، وإن كان هالكًا في يده ضمنه قيمته والمشتري لا يرجع؛ لأنه ملك العبد بالضمان وقد هلك المضمون في يده فصار كالغاصب الثالث إذا ضمن لا يرجع على أحد فكذا هذا، وكذلك لو أكره المولى بالقتل والوكيل والمشتري بالحبس إلا في فصل وهو أنه ضمن المكره يرجع بما ضمن على المشتري لا على الوكيل؛ لأن الإذن السابق بالبيع والتسليم إن لم يصح فقد وجد منه إذن آخر بالتسليم إلى المشتري بعدما ملكه المكره؛ لأن المكره يملك من حيث دفع المولى العبد إلى الوكيل والمكره صار إذنا للوكيل بتسليم العبد بعدما ملكه فصح إذنه بالتسليم فلم يضمن الوكيل وفي الأول لم يؤخذ من المكره إذن بتسليم ملكه إلى المشتري بعدما ملكه فصار مسلما ملك المكره إلى المشتري بغير إذنه فضمن.

ولو كان الإكراه بحبس لم يضمن المكره وهما ضامنان؛ لأن المولى طائع في الدفع إلى الوكيل فلا يصير الدفع منقولا إلى المكره والوكيل والمشتري طائعين في القبض فلا يصير منقولا إلى المكره والوكيل دفع ماله إلى المشتري بغير إذنه فصار غاصبا بالدفع لا بقبضه؛ لأن المالك كان طائعًا في التسليم إليه فكان قبضه بإذنه ولكن تسليمه إلى المشتري بغير إذن المالك؛ لأن الإكراه بالحبس يسلب الرضا فلم يصح الإذن بالتسليم والمشتري قبض ماله لنفسه بغير إذنه فقد تصدى من كل واحد سبب ضمان فتخير المالك في تضمينها.

ولو أكره المولى والوكيل بقيد والمشتري بقتل ضمن الوكيل لا غير؛ لأن فعل المشتري انتقل إلى المكره فلا يكون له تضمين المشتري والمولى يكون مكرها من جهة المكره؛ لأن الحبس والقيد لا يعتبر إكراها في حق الإتلاف ولا يكون تضمين المكره والوكيل طائع وقد قبض ماله بغير إذنه فضمن.

ولو أكره المالك والمشتري بالقتل والوكيل بالقيد، فإن شاء ضمن الوكيل ولا يرجع على أحد، وإن شاء ضمن المكره ولا يرجع على الوكيل؛ لأن المشتري كان مكرها في القبض فصار قبضه منقولا إلى المكره فصار متلفا والوكيل كان طائعًا في القبض والتسليم؛ لأن القيد لا يعتبر إكراهًا في حق الإتلاف والطائع لا يرجع على أحدهما ضمن والمكره لا يرجع على الوكيل؛ لأنه إنما سلم العبد إلى المشتري بأمر المكره والأمر قد صح؛ لأنه حصل بعد الملك، فإن المكره يضمن من حين قبضه والإذن وجد بعد ذلك.

ولو أكره بالقتل على أن يوكل رجلًا بعتق عبده فوكله لم يضمن الوكيل، وإن كان غير مكره ويضمن المكرِه؛ لأن التوكيل بالعتق تعليق العتق بقبول الوكيل معنى، فإن معنى التوكيل بالعتق كأن يقول الموكل للعبد إن قال لك فلان أنت حر فأنت حر وتعليق العتق مع الإكراه صحيح فصار الوكيل معتبرًا عن الموكل فصار كأن الموكل أعتقه بنفسه والتلف حصل بسبب التوكيل؛ لأنه لولا توكيله لما نفذ عتق الوكيل والتوكيل انتقل إلى المكره فصار المكره متلفا دون الوكيل.

ولو أكره رجلًا على أن يبيع مال المكره أو يشتري له مالًا من رجل والرجل غير مكره جاز والبيع والشراء والعهدة على المكره دون العاقد؛ لأن شرط جواز البيع رضا الموكل؛ لأن رضا الوكيل وإن ضرر زوال الملك على الموكل وقد وجد الرضا من الموكل بزوال ملكه فجاز البيع والعهدة على المكره؛ لأن العهدة بتسليم مبيع أو انتقاد ثمن وذلك يتأدى بالمال والإكراه يمنع التزام المال فيمنع التزام العهدة أيضًا لعدم رضاه بالتزام العهدة والعهدة متى تباعدت عن المأمور كان على الآمر كما في العبد والصبي المحجور إلا أن يتقاضى الثمن أو البيع فيكون ذلك منه برضا بالتزام العهدة فيلزمه.

(باب الخيار في الإكراه)

(المبسوط): ولو أكره على أن يقتل رجلًا أو يكفر وسعه الكفر دون القتل؛ لأن الكفر مرخص فيه في حالة الضرورة وقتل المسلم غير مرخص بحال ما، فإذا ابتلي بين شرين يختار أهونهما.

ولو قتل ولم يكفر قتل المكره قياسًا؛ لأنه قتل نفسا محقون الدم عمدًا طائعًا؛ لأنه كان يجد مَخلصًا عن ذلك بما يسعه وهو أن يتكلم بالكفر وقلبه مطمئن بالإيمان ويضمن الدية استحسانًا في ماله ثلاث سنين إن لم يكن عالما بأن الكفر يسعه؛ لأنه يشتبه عليه ما يشتبه مثله؛ لأنه حسب إن قتل المسلم يحل لدفع الكفر لما فيه من إعلاء كلمة الله تعالى، ألا ترى أن الكفار إذا تترسوا بأطفال المسلمين يحل لهم الرمي إليهم بالنبل والمنجنيق والنار فكان ظنه في موضع الاشتباه فأورث شبهة، وإن لم يعلم أن الكفر يسعه وقتله، قيل بأنه يقتل، وإليه أشار محمد لمّا خص بما إذا لم يعلم أن الكفر يسعه لا يقتل؛ لأنه متى علم أن الكفر يسعه لم يشتبه عليه فلم يوجد شبهة الاشتباه فلم تتمكن الشبهة في القتل فلم يعذر كمن وطئ جارية امرأته وقال: علمت أنها عليَّ حرام يحد. وإن قال: ظننت أنها تحل لي لا يحد وقيل لا يقتل؛ لأن الدليل المورث للشبهة قائم في الحالين وهي أن حرمة الكفر أعظم وأغلظ من حرمة القتل، ألا ترى أن إراقة الدم يجوز لأجل الكفر وإنما تجب الدية في ماله؛ لأنه قتل عمد صدر منه عن طوعه واختياره؛ لأنه لا يحد مخلصا عن الإكراه.

ولو أكره على أن يقتل أو يأكل الميتة أو يشرب الخمر فقتل يقتل القاتل دون المكره؛ لأن شرب الخمر وأكل الميتة مباح حالة الاضطرار وهو صيانة نفسه عن القتل فلأن يباح حالة صيانة نفسه ونفس غيره عن القتل أولى فكان يجد مخلصا عن القتل وإباحة الميتة حالة الضرورة أمر مشتهر فيما بين الناس قل ما يشتبه على أحد فلم يعتبر جنايته وظنه عذرا أو كان طائعًا في القتل وكان القتل عاريا عن الشبهة فيجب القصاص فأما إباحة الكفر حالة الضرورة قد تشتبه على عامة الناس ولم تشتهر فيما بينهم فاعتبر جناية وظنه شبهة في درء القصاص.

(**الأصل**): أن في كل موضع متى تثبت حقيقة الإباحة بأغلظ الإكراهين وهو المتلف فبأخف الإكراهين وهو الحبس والقيد تثبت له شبهة الإباحة؛ لأن بالإكراه بالحبس يتحقق نوع ضرورة لكن هذه الضرورة متقاصرة وليست بمتكاملة، فإذا تحقق نوع ضرورة تثبت شبهة الإباحة فاختلت الجناية ومتى لم تثبت بأغلظ الإكراهين حقيقة الإباحة فبأخفهما لا تثبت الشبهة؛ لأن الثابت بأغلظ الإكراهين شبهة الإباحة فلو ثبت بأخفهما لتثبت بشبهة الشبهة؛ لأن الضرورة متقاصرة وشبهة الشبهة لا عبرة لها في درء الحدود؛ لأن في اعتباره انسداد باب الحدود والقصاص.

ولو أكره بحبس على شرب الخمر لا يشرب، وإن شرب لا يحد؛ لأن بأغلظ الإكراهين تثبت حقيقة إباحة الشرب حالة الضرورة فبأخفهما تثبت شبهة الإباحة والشبهة كافية لدرء الحد.

ولو أكره بحبس على قتل أو زنا أو كفر لا يفعل، وإن فعل لا يحد وبانت امرأته في الكفر؛ لأن بأغلظ الإكراهين وهو القتل تثبت شبهة الإباحة لا حقيقة الإباحة حتى لا يسعه ذلك، وإن فعل يأثم فبأخف الإكراهين تثبت شبهة الشبهة وهي لا عبرة لها في درء الحد، ولو كانت المرأة مكرهة على الزنا بحبس أو قيد لا حد عليها؛ لأن المرأة لو أكرهت على الزنا بأغلظ الإكراهين تثبت حقيقة الإباحة، فإنه نص محمد رحمه الله في هذا الباب.

لو أكرهت المرأة على أن تمكّن نفسها من الزنا بوعيد تلف، فإنه يسعها أن تمكّن نفسها أو لا تأثم بخلاف الرجل، فإنه لو أكره على الزنا بوعيد تلف لا يباح له؛ لأن الفاعل في الزنا هو الرجل دون المرأة؛ لأن الإيلاج وجد منه لا منها فلم يتحقق الزنا منها لكن فعلها وسيلة إلى الزنا فيباح تمكينها حالة الضرورة ومتى ثبت حقيقة الإباحة بأغلظ الإكراهين في حقها تثبت شبهة الإباحة بأحقهما بخلاف الرجل؛ لأنه بأغلظ الإكراهين لا تثبت حقيقة إباحة الزنا في حقه فبأخفهما لا تثبت الشبهة.

ولو أكره بقتل على أن يقتل هذا الرجل أو يزني بهذه المرأة لا يسعه واحد منهما لأنهما استويا في الحرمة ولحوق المأثم وإلى أيهما مال كان مكرها؛ لأنه لا

يتخلص إلا بأن يفعل أحدهما فكان مضطرا في تحصيل أحدهما، ولو قيل له لتشربَنَّ هذه الخمرة أو يقتل ابنك أو أباك لم يسعه شرب الخمر؛ لأنه لا يخاف على نفسه وإنما يخاف الهلاك على غيره بقتل أبيه أو ابنه ولا يباح له تناول المحرم لرفع الهلاك عن غيره؛ لأن الله تعالى ما أباح شرب الخمر ولا تناول الميتة لأحد إلا عند خوف الهلاك على نفسه.

ولو قيل: ليقتلن أباك أو أمك أو ليبيعن هذا العبد فباعه فالبيع فاسد استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه ليس بمضطر إلى البيع؛ لأنه لا يخاف الهلاك على نفسه وإنما يخاف على غيره. وجه الاستحسان: أن الإنسان كما لا يرضى بقتل نفسه لا يرضى بقتل أبيه أو أمه فلا يكون راضيًا بهذا البيع.

(فصل)

ولو أكره بقتل على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته قبل الدخول ضمن المكره الأقل منهما من قيمة العبد ونصف المهر؛ لأنه مضطر في الأقل منهما؛ لأنه يجد مخلصا عن الإكراه بالإتيان بالأقل منهما غير مضطر في الزيادة، وإن دخل بها لم يضمن شيئًا؛ لأنه كان يمكنه أن يطلق ولا يعتق، فإنه دون العتق؛ لأن الإعتاق يتلف مالًا متقوما وبالطلاق يتلف ما ليس بملك متقوم وهو ملك النكاح، فإن المهر قد تأكد عليه بالدخول السابق وإنما أتلف المكره على الزوج مجرد ملك النكاح وإنه ليس بمال وإتلاف ما ليس بمال أدون من إتلاف ما هو مال، فإذا مال إلى إتلاف المال وكان يجد من ذلك مخلصا بما هو دونه فجعل طائعًا وصار كما لو أكره بالقتل ليريقن هذا الخمر أو لتعتقن عبدك فأعتق عبده كان طائعًا في العتق.

ولو أكره بقتل على أن يقتل عبد هذا الرجل أو يأخذ مال رجل آخر ويبيعه أخذ المال، وإن قتل العبد قتل به؛ لأن حرمة الأموال تسقط عند الضرورة الماسة كما في حالة المخمصة فكان استهلاك مال الغير أدون وأهون من القتل فيختار ذلك، فإذا اختار القتل كان طائعًا فيه؛ لأنه كان يجد مخلصا عن القتل بما لا إثم ولا غرامة عليه بل قرار الضمان على المكره.

ولو أكره بقتل أن يضرب عبد فلان مائة سوط أو يأخذ ماله فضرب العبد ومات ضمن عاقلة القاتل قيمته دون المكره؛ لأنه ضرب عبده طائعًا، فإنه كان يجد مخلصا عن الضرب بما يسعه وهو أخذ مال الغير، ولو كانا للمالك وسعه استهلاك ماله دون قتل عبده ويرجع به على المكره؛ لأن قتل العبد لا يباح عند الضرورة ويباح استهلاك مال غيره أو مال نفسه عند الضرورة وكان يجد مخلصا عن القتل بما يسعه فكان طائعًا في القتل واستهلاك ماله، صار منقولا إلى المكره؛ لأنه مكره فيه، ولو قال: استهلك مال فلان وإلا أقتل أباك فاستهلك ماله، عليه ضمانه ولا يأثم إن لم يستهلك حتى قتل أباه إن شاء الله إلا أن يكون المال يسيرا فلا أحبّ له أن لا يستهلك؛ لأن استهلاك مال غيره يباح بغير إذنه متى خاف على نفسه أو على غيره، ألا ترى لو أصابت المخمصة أباه ومع رفيقه طعام كان له أن يأخذ الطعام من رفيقه بغير إذنه ويدفعه إلى أبيه حتى يحيى به ثم يغرم لصاحب المال مثله ولم يكن مكرها على استهلاك المال بوعيد تلف، فإنه يخاف على غيره لا على نفسه فاقتصر فعله عليه.

ولو أكره على أن يأكل طعام نفسه أو يلبس ثوبه ولا ضمان على المكره؛ لأن منفعة ذلك حصلت له وكان إتلافا بعوض قالوا هذا إذا كان الرجل جائعا، فإن كان شبعانا يضمن المكره الطعام؛ لأنه لم يحصل للمكره منفعة فكان إتلافا بغير عوض.

(باب الإكراه على الحلف)

(**المبسوط**): ولو أكره على أن يحلف بعتق كل مملوك بملكه فحلف ثم ملك ببيع أو هبة عتق ولا يضمن المكره شيئًا، ولو ورث ضمن المكره قيمته استحسانًا؛ لأن اليمين مع الإكراه صحيحة والمكره صاحبه راضيًا بانعقاد هذه اليمين حيث يملك العبد طوعا واختيارا؛ لأنه لو لم يكن يعتقد باليمين لما أقدم على تملكه؛ لأنه أمكنه دفع العتق بالامتناع عن تملكه، فإذا لم يفعل انقلبت اليمين طائعة فلم يصر المكره متلفًا وفي الإرث لم يصر راضيا بتلك اليمين؛ لأنه لم يمكنه دفع العتق؛ لأنه يدخل في ملكه بلا صنعه واختياره فعتق العبد بيمين منعقدة عن كره فصار المكره متلفًا.

ولو أكرهه حتى يقول لعبده: إن شئت فأنت حر، أو لامرأته: إن شئت فأنت طالق، فشاء العبد والمرأة عتق وطلقت وضمن المكرِه قيمته ونصف المهر؛ لأنه لم يوجد من المولى الرضا بتلك اليمين؛ لأنه ليس في وسعه واختياره منع غيره عن المشبّه وعن إيجاد الشرط وفي العبد لا يمكنه دفع هذا الإكراه ببيعه من غيره؛ لأنه ربما لا يجد من المشتري عبده في ذلك المجلس حتى يبيعه منه أو لا يمكنه إلا بضرر يلحقه، فإن إزالة العين عن ملكه لا بمثل قيمته ضرر به.

وكذلك لو أكرهه أن يقول ما لا بد منه نحو قوله: إن صليت أو أكلت أو شربت فأنت حر، ففعل ضمن المكره قيمته؛ لأنه لم يصر راضيًا بتلك اليمين لكونه مضطرا في هذه الأفعال؛ لأنه يخاف على نفسه التلف بتركها، ولو كان له منه بد كدخول دار فلان أو شرب شراب كذا أو أكل طعام كذا أو إن تقاضيت ديني على فلان ففعل لم يضمن المكره؛ لأنه ليس في ترك هذه الأفعال خوف تلف النفس ولا تلف مال بل فيه تعميم وتحرير وذلك لا يكون إكراهًا فلم يصر المكره متلفا. رجل قال إن ملكت فلانا فهو حر فأكره على شرائه وقبضه بأكثر من قيمته عتق وضمن قيمته ولم يرجع بها على المكره؛ لأن المشتري صار معتقا باليمين السابقة المنعقدة عن طوع واختيار والإكراه ورد على شرط العتق وهو الشراء لا على اليمين؛ لأن علة العتق هي اليمين والشراء شرطه والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط فصار معتقا باليمين السابقة الصادرة عن طوع ورضا فبقي إعتاقه مقتصرا عليه فصار هو المتلف دون المكره والشراء وقع فاسدًا لانعدام الرضا من المشتري فقد ملكه بحكم عقد فاسد فضمن قيمته دون الثمن، وكذلك لو أكره على تبريء ذي رحم محرم لم يضمن المكره؛ لأن تبريء القريب إعتاق بعوض؛ لأنه وصل إليه بدل الرقبة معنى وهو مجازاة القريب وتحقيق المواصلة بتخليصه عن ذل الرق والعبودية ومنفعة مجازاة القريب فوق منفعة المال كملك النكاح منفعة فوق منفعة المال فيقوم مقام المال فقد أزال المكره ملكه بعوض يعدله أو يفوقه فلا يصير متلفا ولو أكره على أن يجعل امرأته بيد رجل في طلاقها ولم يدخل بها أو يعتق عبده فأعتق فطلق الذي جعل الأمر في يده ضمن المكره نصف المهر للزوج وقيمة العبد لمولاه استحسانًا

لا قياسًا؛ لأن الإكراه وقع على تمليك الطلاق والعتاق لا عليهما؛ لأن الأمر باليد تمليك لا انتفاع فعري إيقاع الطلاق والعتاق عن إكراه فلم يصر المكره متلفا كما لو شهدا على أنه جعل أمر امرأته في الطلاق إلى فلان ثم رجعا لم يضمنا. وجه الاستحسان: أن المكره قصد بالإكراه الإضرار به فالظاهر أنه يكرهه على تمليك الطلاق والعتاق من إنسان يعرف أنه يعتق ويطلق عقيب التمليك ولو لم يفعل فالظاهر أنه يكرهه عليه فيصير الذي الأمر بيده مكرها مضطرا من جهة المكره ولأنه بخلاف الشهادة؛ لأن الشاهد لا يصير حاملا وملجأ المفوض إليه على الطلاق ولا يصير متلفا.

ولو أكره على الإيلاء قبل الدخول فبانت منه بمضي المدة ثم يضمن المكره للزوج شيئًا؛ لأنه يمكنه أن يقر بها في المدة حتى لا يبين ولا يزول عن ملكه شيء بالوطء في الحال فلما لم يطأها صار راضيا بوقوع الفرقة.

وكذلك لو أكرهه على أن يقول إن قربتها فعبدي حر، فإن قربها وعتق لم يضمن المكره؛ لأنه يمكنه رفع هذا الإكراه بأن يبيع هذا العبد ثم يقر بها حتى لا يعتق، فإذا أمكنه الدفع ولم يدفع اعتبر طائعًا ولأن العبد إنما عتق بالقربان وهو كان مكرها على ترك القربان لا على القربان؛ لأن اليمين عقدت للمنع عن القربان لا عليه، ولو كان مدبرًا أو كانت أم ولد له حلف بعتقها فقرب المرأة عتق ولم يضمن المكره شيئًا؛ لأنه طائع في القربان مكره على تركه، فإن لم يقربها حتى مضت المدة ولم يدخل بها ضمن نصف المهر ورجع على المكره بالأقل منه ومن قيمته من حلف يعتقه استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه يمكنه أن يقر لها في المدة حتى يحصل له عوض بالغرم من المهر وهو منافع البضع، فإذا لم يفعل جعل طائعًا كما لو كان المعلق بالقربان عتق مملوك يجوز بيعه. وجه الاستحسان: أنه لا يمكنه تحصيل العوض بالقربان في المدة إلا بعتق يلزمه؛ لأنه لا يمكنه بيع المدبر وأم الولد حتى يبيعها ثم يقر لها فلا يعتق ولم يوجد منه الرضا بالعتق ولا بوقوع الفرقة؛ لأنه لا بد من أن يقع عليه أحدهما بسبب إكراهه وقد أمكنه أن يقر بها فيعتق المدبر ولا يلزمه الزيادة على قيمة المدبر، فإذا لم يقرب فقد التزم الزيادة على قيمته طائعًا فلا يرجع

بالزيادة، وإن كانت قيمة المدبر أكبر فقد أمكنه أن لا يقربها حتى لا يلزمه الزيادة على نصف المهر، فإذا قرب فقد التزم الزيادة طائعًا فلا يرجع بها.

(باب الإكراه على النذور والإيجابات والكفارات)

(**المبسوط**): أكره ليوجب على نفسه شيئًا بالنذر فهو كالطلاق لقول عمر رضي الله عنه: أربع مغفلات مبهمات ليس فيهن رد: الطلاق والنكاح والعتق والنذر.

ولأن النذر تصرف لا يؤثر فيه الهزل ولا يؤثر فيه الإكراه لما بينا ومن وجب عليه شيء بالنذر والهدي أو زكاة أو صدقة فطر أو أضحية فأكره على أداء مثله أو دونه لم يضمن المكره؛ لأنه أكرهه على أداء ما هو واجب عليه.

وإن أكرهه على أداء ما هو أفضل من الواجب قيمة كما لو أوجب هديا فأكرهه على أن ينحر بدنة أو وجب عليه بنت مخاض وسط فأكرهه على أن يؤدي بنت مخاض جيدة ضمن الفضل وجاز عنه؛ لأن فضل ما بين القيمتين لم يكن واجبًا عليه ويجوز؛ لأنه أمكن إسقاط ما في ذمته ببعض ما أداه فيسقط وإذا سقط الواجب لا يضمن المكره ذلك القدر.

ولو أكرهه على أن يعتق عبدًا بعينه عن ظهارة أو كفارة يمينه ضمن المكره ولم يجز عن الكفارة؛ لأن إعتاق هذا العبد لم يكن واجبًا عليه بالتكفير بل الواجب عليه تحرير رقبة مطلقة وهو لم يرض بعتق هذا العبد عن كفارته فيصير المكره معتقًا متلفًا، ومتى وجبت قيمته على المكره لا يجزيه عن الكفارة؛ لأن العتق وقع بعوض إلا أن يقول أعتقت بغير إكراه وأردت كفارة الظهار أو اليمين أجزأه ولا شيء على المكره؛ لأنه عدل عن الإكراه فصار طائعًا في الإعتاق وصار كالمكره على الشراء، والقبض إذا قال قبضته ليكون سالما بحكم البيع يكون طائعًا فكذا هذا.

ولو أكرهه بقيد أو حبس أجزأه عنه ولا ضمان له؛ لأن الإكراه بالحبس لم يعتبر إكراهًا في حق العتق؛ لأنه إتلاف فصار معتقا طائعًا، ولو أكره على أن يتصدق عن يمينه بحبس يرجع على الآخذ دون المكره؛ لأن الصدقة تصرف لا يصح من غير رضا والحبس يسلب الرضا فلم يصر المكره متلفا؛ لأنه لا يعتبر إكراهًا في حق

الإتلاف، وإن أراد أن يكفر به ولا يسترده جاز إن كان قائمًا وإلا فلا ويضمن الآخذ؛ لأنه متى كان قائمًا فالإجازة لاقت عقدًا موقوفا فصحت ومتى كان هالكا فالإجازة لاقت عقدا مفسوخا فلغت والقابض أخذ ماله بغير إذنه فيضمن إذا هلك في يده.

ولو أكره محرم على قتل صيد فالكفارة على القاتل استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الفعل ضمان صار منقولا إلى المكره فصار المكره قاتلا، وجه الاستحسان: أن المكره إن لم يبق قاتلا بقي دالا على قتل الصيد والدلالة كافية لإيجاب الكفارة وذلك؛ لأن القتل صار منقولا إلى المكره من حيث إنه إتلاف يؤمن حيث إنه جناية على إحرامه يبقى مقصورًا عليه؛ لأنه لا يصلح آلة للمكره في الجناية على إحرامه؛ لأن الإحرام يثبت بالكلام وفي الكلام لا يصلح آلة له؛ لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره وصار كالإكراه على العتق، ولو كانا محرمين فعلى كل واحد كفارة على أحدهما بالقتل وعلى الآخر بالدلالة على القتل؛ لأنه في معنى الدلالة بل هو أشد من الدلالة على القتل، ولو كان الإكراه بحبس كان على القاتل؛ لأن المكره لم يصر قاتلا؛ لأن فعل المكره لم ينتقل إليه بل بقي مقصورًا على المكره والله تعالى أعلم.

كتاب الوصايا

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الوصية، وصفتها، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها.

أما مشروعيتها: فلقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، روى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله عن عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: "**يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: لا، قال: فبنصفه؟ قال: لا، قال: فثلثه، قال: الثلث والثلث كثير، إن تدع عيالك أغنياء خير من أن تدعهم عالة فقراء يتكففون الناس**"[1]. أي

---

(١) أخرجه مالك (٢) (٢٢١٩) عن ابن شهاب. و«عبد الرزاق» (١٦٣٥٧) عن معمر، عن الزهري. وفي (١٦٣٥٨) عن الثوري، عن سعد بن إبراهيم. و«الحميدي» (٦٦) قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الزهري. و«ابن أبي شيبة» ١١/١٩٩ (٣١٥٥٨) قال: حدثنا ابن عيينة، عن الزهري. و«أحمد» ١/١٧٢ (١٤٨٠ و١٤٨٢) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ١/١٧٣ (١٤٨٨) قال: حدثنا عبد الرحمن، عن سفيان، عن سعد. وفي ١/١٧٦ (١٥٢٤) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن الزهري. وفي ١/١٧٩ (١٥٤٦) قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي١/١٨٤ (١٥٩٩) قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا جرير، يعني ابن حازم، عن عمه جرير، يعني ابن زيد. و«عبد بن حميد» (١٣٣) قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن الزهري. و«الدارمي» (٣٤٤٢) قال: أخبرنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق، عن الزهري. و«البخاري» ١/٢٠ (٥٦)، وفي «الأدب المفرد» (٧٥٢) قال: حدثنا الحكم بن نافع، قال: أخبرنا شعيب، عن الزهري. وفي ٢/٨١ (١٢٩٥) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن ابن شهاب. وفي ٤/٣ (٢٧٤٢) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ٤/٣ (٢٧٤٤) قال: حدثنا محمد بن عبد الرحيم، قال: حدثنا زكريا بن عدي، قال: حدثنا مروان، عن هاشم بن هاشم. وفي ٥/٦٨ (٣٩٣٦) قال: حدثنا يحيى بن قزعة، قال: حدثنا إبراهيم، عن الزهري. قال البخاري: وقال أحمد بن يونس وموسى، عن إبراهيم: «أن تذر ورثتك». وفي ٥/١٧٨ (٤٤٠٩) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا إبراهيم، هو ابن سعد، قال: حدثنا =

=

ابن شهاب. وفي ٦٢/٧ (٥٣٥٤) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ١٢٠/٧ (٥٦٦٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة، قال: أخبرنا الزهري. وفي ٨٠/٨ (٦٣٧٣) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، قال: أخبرنا ابن شهاب. وفي ١٥٠/٨ (٦٧٣٣) قال: حدثنا الحميدي، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الزهري. و«مسلم» ٧١/٥ (٤٢١٨) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: أخبرنا إبراهيم بن سعد، عن ابن شهاب. وفي (٤٢١٩) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، وأبو بكر بن أبي شيبة، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة (ح) وحدثني أبو الطاهر، وحرملة، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، وعبد بن حميد، قالا: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، كلهم عن الزهري. وفي (٤٢٢٠) قال: وحدثني إسحاق بن منصور، قال: حدثنا أبو داود الحفري، عن سفيان، عن سعد بن إبراهيم. و«ابن ماجه» (٢٧٠٨) قال: حدثنا هشام بن عمار، والحسين بن الحسن المروزي، وسهل، قالوا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. و«أبو داود» (٢٨٦٤) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، وابن أبي خلف، قالا: حدثنا سفيان، عن الزهري. و«الترمذي» (٢١١٦) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. و«النسائي» ٢٤١/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٢٠ و٩١٤٢) قال: أخبرني عمرو بن عثمان بن سعيد، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي ٢٤٢/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٢١) قال: أخبرنا عمرو بن منصور، وأحمد بن سليمان، قالا: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ٢٤٢/٦، وفي «الكبرى» (٦٢٨٥ و٦٤٢٢ و٩١٦٣) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ٢٤٣/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٢٤) قال: أخبرنا العباس بن عبد العظيم العنبري، قال: حدثنا عبد الكبير بن عبد المجيد، قال: حدثنا بكير بن مسمار. وفي «الكبرى» (٩١٦٢) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري. وفي (١٠٨٦٢) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: حدثنا ابن القاسم، عن مالك، عن ابن شهاب. و«أبو يعلى» (٧٣٠) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي (٧٤٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا ابن عيينة، عن الزهري. وفي (٨٠٣) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا عبد الرحمن، عن سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي (٨٣٤) قال: حدثنا سويد بن سعيد، عن مالك، عن ابن شهاب. و«ابن حبان» (٤٢٤٩) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء الهمداني، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي (٦٠٢٦) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن

=

يبدون أكفهم للناس عند المسألة، يقال: تكفف إذا أبدى كفه للمسألة، وقيل: أراد به أن يسألون الكفاية من الناس ولا يبدون كفهم.

وقال النبي عليه السلام: "**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم**"[١].

ولأنا جوّزنا الوصية بخلاف القياس لحاجة الناس؛ لأن الإنسان قد يفرط في جنايته في أمور آخرته ويتقاعد عن أبواب البر والخيرات اغترارًا بأمانه واطمئنانا على حياته، فإذا مرض فحالة المرض حالة الإنابة إلى الله تعالى؛ لأنه إقبال على الآخرة وإدبار عن الدنيا فيحتاج إلى أن يتدارك لبعض ما فرط حالة الصحة على وجه لا يزول ملكه للحال رجاء أن يبرأ من المرض فيبقى على ملكه فجوزنا الوصية دفعًا لحاجته.

وأما صفتها: فالوصية قربة مندوبة وحسنة مستحبة بنصوص مشهورة والوصية للوالدين والأقربين منسوخة بحديث مشهور وهو قوله عليه السلام: "**لا وصية للوارث**"[٢] وهذا خبر مشهور مستفيض تلقته العلماء بالقبول كضوء الشمس حتى كاد يقترب من التواتر كخبر المسح على الخفين[٣].

=

ابن شهاب. وفي (٧٢٦١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري.

خمستهم: (ابن شهاب الزهري، وسعد بن إبراهيم، وجرير بن زيد، وهاشم بن هاشم، وبكير بن مسمار) عن عامر بن سعد بن أبي وقاص، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٧٠/٣، رقم ١٣٨٥)، والطبراني (١٩٨/٤، رقم ٤١٢٩) قال الهيثمي (٢١٢/٤): إسناده حسن. وأبو نعيم في معرفة الصحابة (١٩٥٢/٢ رقم ٢٤٦١). وأخرجه أيضًا: الطبراني في الشاميين (٤١٨/٢، رقم ١٦١٣). وعزاه الحافظ في الإصابة (٢٤٣/٢ ترجمة٢١٨١ خالد بن عبيد الله بن الحجاج السلمي) لابن السكن والطبراني.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٧١٤) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا محمد بن شعيب بن شابور، قال: حدثنا عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، عن سعيد بن أبي سعيد، أنه حدثه، فذكره.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٦/٢.

وأما تفسيرها لغة: فالوصية لغة مشتقة من الإيصاء، والإيصاء طلب شيء من غيره ليفعله حال غيبته، فإنه يقال في المثل أرسل حكيما ولا توصه، أي لا توصه لما يحتاج أن يأتي به حال غيبة المرسل.

وفي متعارف الشرع: طلب الشيء من غيره ليفعله بعد موته مما يحتاج إليه الموصي في آخرته.

وأما ركنها: فقوله: أوصيت بكذا لفلان وأوصيت إلى فلان؛ لأن الوصية تقوم بالإيجاب وحده بدون قبول الموصى له؛ لأنه تمليك بغير بدل كالهبة.

وأما شرط جوازها: فكون الموصى به مالًا قابلا للتمليك من الغير وإن كان معدومًا للحال حتى لو أوصى بما يثمر نخيله العام جاز؛ لأنه مال يقبل التمليك، ولو أوصى بما تلد أغنامه لا يجوز؛ لأنه لا يقبل التمليك لما يأتي وأن يكون الموصي أهلا للتمليك والموصى له أهلا للتمليك.

وأما حكمها: وهو أن يملك الموصى له الموصى به ملكا جديدا كما يملك بالهبة تبرعا واصطناعا كالهبة ويقوم مقام الموصي فيما أوصى به كالوارث؛ لأن الوصية استخلاف الموصى له وإقامته مقام نفسه عند استغنائه بعد الموت.

(باب ما تقع به الوصية وما لا تقع)

(المبسوط): الوصية بالثلث جائزة، وبما زاد على الثلث لا يجوز؛ إلا بإجازة الورثة، لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه على ما روينا، والنبي عليه السلام نفى الوصية بما زاد على الثلث مطلقًا، والمراد بالنفي نفي الجواز لا نفي الحقيقة لئلا يقع الخلف في خبره إذ الحقيقة لا تنتفي بل ينتفي الجواز.

ولو قال في مرضه: ثلثي أو سدسي لفلان جازت وصيته استحسانًا، وله ثلث ماله أو سدسه؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس أن الإنسان متى ذكر هذا الكلام في مرضه يريد ثلث التركة بطريق الوصية لا بطريق الهبة فتثبت الوصية بدلالة الحال؛ لأن حالة المرض حالة الوصية وبدلالة أنه لم يوجد التسليم عقيب الكلام والهبة لا تصح إلا بالتسليم.

ولو قال في وصيته: سدس داري لفلان كان وصية، ولو قال: سدس في داري لفلان كان إقرارًا لا وصية؛ لأن الأول ذكر بصيغة التمليك؛ لأن الإضافة بلام التمليك تقتضي أن يكون المضاف ملكا للمضاف إليه كما يقال: دار زيد أي لزيد والتمليك متى ذكر في ذكر الوصية تكون وصية وفي الثاني ذكره بحرف الظرف لا بلفظة التمليك والظرف يقتضي كون المظروف فيه ولا يقتضي كون المظروف لصاحب الظرف كما يقال لفلان ثوب في داري وحنطة في جوالقي فلم يكن ذلك منه تمليكا بل يكون إقرارًا بالملك لفلان، ولو قال له: ألف درهم في مالي كان إقرارًا، ولو قال: من مالي كان وصية إن كان في ذكر وصية لما بينا.

(**المنتقى**) ولو قال: أوصيت بأن له ألفًا في مالي فهو إقرار، ولو قال: أوصيت له ألفًا في مالي فهو وصية؛ لأن الوصية له إنما تستعمل بحرف اللام لا بحرف الباء والإقرار يذكر بحرف الباء والأول ذكره بحرف الباء فكان إقرارًا والثاني ذكره بحرف اللام فكان وصية. مريض قال جعلت لفلان كذا وكذا من مالي فهو على الوصية؛ لأن جعل المال له بدون التسليم إليه لا يكون إلا بطريق الوصية. رجل قال: إن مت في سفري هذا فلفلان عليّ ألف درهم دين فإنها وصية في ثلثه؛ لأنه أضاف إيجاب ألف إلى ما بعد الموت وذلك لا يكون إلا بطريق الوصية.

قال محمد: انظروا كل ما يجوز لي أن أوصي فأعطوه هذا على الثلث، ولو قال: ما يجوز لي أن أوصي فأعطوه فالأمر إلى الورثة؛ لأن له أن يوصي بالثلث وبأكثر، وكلمة ما تخالف كلمة كل؛ لأن كلمة كل للجميع فقد جمع كل ما يجوز له الوصية وأمر بإعطائه فيتناول جميع الثلث وكلمة ما لا تقتضي الجمع فتكون وصية بجنس ما يجوز له الوصية به فيتناول أي شيء يجوز الوصية به فكان للورثة تعيينه.

(**الفتاوى**): لو قال: ادفعوا هذه الدراهم أو هذه الثياب إلى فلان ولم يقل هي له أو هي وصية له قيل هو باطل؛ لأن هذا ليس بوصية ولا إقرار.

ولو قال للورثة: هبوا مني بمائة درهم لا يجب شيء فلو قال أحسنوا مني من مالي تصح الوصية؛ لأن في هذه اللفظة معنى القربة، فإن الإحسان يبنى عن القربة لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ ٱلْمُحْسِنِينَ ١٢٠﴾ [التوبة: ١٢٠] ولفظ الهبة لا تبتني عن القربة؛ لأنه تجوز الهبة للأغنياء والفقراء.

ولو قال: أخرجوا ألفًا من مالي ولم يزد عليه إن قال ذلك في ذكر الوصية جاز وتصرف إلى الفقراء؛ لأنه أراد به الوصية بدلالة الحال. مريض قيل له: أوص بشيء، فقال: ثلث مالي، ولم يزد عليه قيل: إن كان هذا على أثر السؤال يخرج ثلث ماله ويصرف إلى الفقراء وقيل يصرف إلى الفقراء بلا تفصيل؛ لأن ذكر الثلث بعد سابقة ذكر الوصية يدل على إرادة الوصية بالخبر.

ولو قال: أوصي أن يعطى الناس ألف درهم فالوصية باطلة.

ولو قال: تصدقوا بألف درهم فهو جائز ويعطى الفقراء؛ لأن لفظة الصدقة تنبئ عن القربة فتكون وصية للفقراء ولفظ الإعطاء لا فلا يكون وصية للفقراء بل يكون وصية لكافة الناس فلا تصح. رجل له على آخر دين فقال الطالب إذا مت فأنت بريء من ذلك الدين قال يجوز وتكون وصية من الطالب للمطلوب له؛ لأنه أضاف الإبراء إلى ما بعد الموت والإبراء تمليك من وجه فأمكن تصحيحه وصية وإذا تستعمل للوقت فتكون إضافة الإبراء إلى وقت الموت فتكون وصية معنى.

(باب من تجوز وصيته ومن لا تجوز)

(**المبسوط**): ولا تجوز وصية الصبي والمجنون، وإن قال: أدركت وعقلت تمت.

وقال مالك والشافعي: وصية الصبي المراهق جائزة.

والصحيح قولنا؛ لأن الوصية تبرع محض؛ لأنه لا يقابله عوض مالية وتقع دنياوية والثواب العقباوية كما يحصل له بالوصية يحصل بترك ماله للورثة؛ لأنه بمنزلة الصلة والصدقة للورثة والورثة قائمة مقامه فقيام حاجتهم بالمال كقيام حاجته فصار كالهبة والصدقة المنفذة والعتق المنفذ في مرض موته غير جائز، وإن استغنى عن ماله بموته فكذا هذا.

ولو قال العبد: إن عتقت ثم مت فهو وصية صحت منه الوصية؛ لأنه أضاف الوصية إلى محل قابل للتبرع وإلى حال زوال حق المولى فهو ما بعد العتق وهو من أهل العبارة وعبارته صحيحة فانعقدت وصيته صحيحة لأنها نافعة له غير مضرة بالمولى بخلاف الصبي؛ لأن عبارته غير صحيحة في حق التبرعات المحضة.

(**المنتقى**) ولو قال: ثلث مالي لفلان ولبني تميم، فالثلث كله لفلان، ولو قال: لفلان ولرجل من المسلمين، فلفلان نصفه أو لو قال لفلان عشرة وتسعة أعشاره باطلة والفرق أن بني تميم قوم لا يحصون فيتعذر إثبات الوصية لهم فلغت الإضافة إليهم وبقيت الوصية بثلث ماله لفلان لا غير فأما رجل أو تسعة من المسلمين، وإن كان مجهولا ذاتًا ولكن أمكن اعتبار القسمة فيه فيكون لفلان النصف أو العشر ولما أضاف إلى المجهول بطل للجهالة، ولو أوصى بثلث ماله لفلان أو لفلان قال أبو حنيفة وزفر الوصية باطلة؛ لأن هذه وصية للمجهول فلم يصح كما لو أوصى لرجل من الناس، وعن أبي يوسف وهو بينهما نصفان؛ لأنه صح إيجاب الوصية لأحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فتنصف بينهما، وروى هشام عن محمد قال هذا إلى الوارث يعطي أيهما شاء وليس إلى الوصي؛ لأن جهالة الموصى له يزول بتعيين الوارث فكان التعيين إليه؛ لأن التركة حقه والموصي قصد تصحيح وصيته لا إبطالها. رجل أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ثم قال لرجل قد أشركتك في وصية أحد هذين فذلك إلى الورثة يشركونه في وصية أيهما شاء ولأنه أمكن رفع الجهالة بتعيين الورثة ولهم ولاية التعيين لأنهم يقومون مقام المورث في التركة. رجل له عبدان فأوصى برفعهما لرجل أو ما دونهما لآخر ثم مات الموصي ثم مات أحد العبدين ولا يدرى أيهما هو، قال أبو حنيفة وزفر الوصية باطلة أجمعا على أخذ الباقي أو لم يجمعا لجهالة الموصى به، وقال أبو يوسف: إن أجمعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وإن لم يجمعا على أخذه فلا شيء لهما وفي رواية عنه هو بينهما نصفان. رجل مات وترك ابنًا فأقر الابن أن أباه أوصى لهذا بالثلث ثم قال لا بل لهذا الآخر.

قال أبو يوسف: هو للأول ولا شيء للآخر وهو قول أبي حنيفة إلا أن يكون دفع الثلث إلى الأول بغير قضاء فيضمن للثاني ثلثًا آخر؛ لأن قوله لا بل لاستدراك الغلط والرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقام الأول وبالإقرار للأول صحت الوصية ولزمت للأول فلا يصح الرجوع عنها في حق الأول وصح إقراره للثاني، فإذا دفع إلى الأول يعتبر قضاء فقد استهلك الثلث في حق الثاني فضمن له.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه رجع عن هذا وقال: يضمن دفع بقضاء أو بغير قضاء أو لم يدفع؛ لأنه صار متلفا للثلث في حق الثاني بالرجوع. مريض حضره الموت فقال لرجل عليّ ألف درهم لا يوقف شيء من ماله، ولو قال لمحمد علي ألف ولا يعرف محمدًا توقف مقدار الدين؛ لأن في الأول الموصى له مجهول جهالة لا يمكن استدراكها وفي الثاني مجهول جهالة يمكن استدراكها بالتفحص عنه. هشام عن محمد لو قال: أوصيت بأحد هذين العبدين لزيد ومات قبل البيان إلى الورثة ولو اختلفوا في دفع أيهما توقف حتى يجتمعوا على دفع أحدهما وإن كانوا صغارا حتى يبلغوا؛ لأنه انقطع البيان من الموصي فيرجع في البيان إلى من يقوم مقامه في الملك كما في العتق المبهم، وقال في الإملاء فأيُّهم سبق في البيان فالوصية تصرف إليه ولا قول للباقين، وإن كانوا صغارا فإلى الوصي يدفع أقلهما قيمة وإن دفع أكثرهم قيمة جاز وإن لم يكن وصى فالقاضي يدفع أيهما شاء، وكذلك لو أوصى لأحد هذين الرجلين لهذا العبد فعلى هاتين الروايتين؛ لأن الواحد من الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما للميت وفيما عليه وتنفيذ الوصية حق للمستحق للموصي فيجوز تنفيذها في أحد الورثة فكذلك في تعيين الوصاية والموصى له وفي وقف هلاك البصري، ولو قال أوصى لرجلين بثلث ماله ثم قال الموصي قد رجعت عن وصية أحدهما ومات ولم يبين فلا خيار للورثة وكون الثلث بينهما نصفين؛ لأن إيجاب الوصية لما قد صح والرجوع عن وصية أحدهما لم يصح للجهالة فبقيت الوصية لهما كما كانت وفي رواية عن أبي يوسف ومحمد يخير الورثة في ذلك فيعطون من شاؤوا؛ لأن الرجوع عن وصية أحدهما قد صح؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة الرجوع؛ لأنه إبطال وإسقاط والإسقاط يصح مع الجهالة كما في الطلاق والعتاق إلا أن المرجوع عنه مجهول وقد فات البيان من الموصي فقامت الورثة مقامه في البيان كما في العتق المبهم وفي وقف هلاك الرازي إذا قال أوصيت لهذا بألف درهم وأوصيت لفلان بألف ثم قال رجعت عن إحدى الوصيتين ومات ولم يبين فلكل واحد منهما نصف وصيته؛ لأن أحدهما بالرجوع عن وصيته ليس بأولى من الآخر فبطلت إحدى الوصيتين عليهما.

(باب الوصية للمملوك ولد وأب فلان)

(**المنتقى**) قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: رجل أوصى لمملوك رجل إن ينفق عليه كل شهر عشرة دراهم فهو جائز ولا تبطل الوصية بالبيع والعتق؛ لأن الوصية بالإنفاق على العبد تكون وصية لمولاه في حالة الرق؛ لأن العبد لا ملك له وتكون وصية للعبد بعد العتق لا يثبت له أهلية الملك، فإن صالح مولاه عن ذلك وأجاز العبد فهو جائز، فإن عتق قبل أن يخير ثم أجاز بعد العتق فإجازته باطلة؛ لأن صلح المولى إنما يصح في حق نفسه؛ لأن حقه في الحال ثابت وإنما يعتبر إجازة العبد؛ لأن الحق يؤول إليه بعد العتق؛ لأن ابتداء الحق يثبت به بعد العتق بلا فصل.

قال أبو يوسف: لو أوصى لعبد رجل بألف فباعه مولاه ثم قبل العبد الوصية فالوصية للمولى الثاني، وكذلك لو باعه ثم مات المولى ثم قبل الوصية؛ لأن القبول وقع في ملكه فهذا بمنزلة أمة تزوجت بغير إذن المولى ثم أعتقها فالمهر لها إن وقع الدخول بعد العتق وللمولى إن وقع قبله.

وقال محمد: الوصية للذي يكون مولى العبد يوم مات الموصي؛ لأن القبول إنما يعتبر بعد موت الموصي؛ لأن الوصية تنفذ بعد موته. رجل قال لعبده إذا مات فلان فانتحر وقال فلان: قد أوصيت بثلث مالي لعبد فلان فذلك جائز وإذا مات فلان فالعبد حر والثلث له وهو بمنزلة رجل أوصى لمدبره بثلث ماله؛ لأن العتق والوصية يقعان معا فيجوز.

ولو أوصى لفرس فلان ينفق عليه كل شهر بعشرة دراهم فهو جائز، فإن نفق الفرس أو باعه بطلت الوصية؛ لأن هذه وصية لصاحب الفرس من كل وجه إذ الفرس مملوك وليس له حالة مالكية أبدًا وقد بطلت جهة صرف الوصية فبطلت بخلاف العبد، فإن له حالة مالكية وهو ما بعد العتق.

(باب ما يجوز به الوصية وما لا يجوز)

(**المبسوط**): فيه فصلان:

أحدهما: في الوصية بالمال المعين.

والثاني: في الوصية بالمال المبهم.

(فصل)

الوصية بأعيان الأموال جائزة سواء كان الموصى به موجودًا معينًا أو جزءًا شائعًا، كما لو أوصى بثلث ماله أو ربعه وله مال موجود أو لا مال له أو أوصى بمال معدوم بأن أوصى بما يثمر نخيله أو بما يخرج من بستانه فالوصية في الثلث جائزة ويعتبر ماله وقت موت الموصي هلك ما كان أو استفاد مالًا آخر؛ لأن الوصية إيجاب الملك عند الموت؛ لأن الوصية استخلاف الموصى له وإقامته إقامة نفسه عند استغنائه بعد الموت كالوارث فيعتبر محل التمليك عند الموت حتى لو أوصى بثلث ماله وله ثلاثة آلاف درهم ثم مات وله ألف تصح الوصية من ثلث الألف، ولو أوصى له بعبد فلان ثم ملكه ثم مات جازت وصيته؛ لأن تعليق الوصية بالملك جائزة، كما لو قال لعبد إن ملكتك فهو وصية لفلان جازت لأنها تعليق الملك بالموت فصار، كما لو قال لعبده إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه عتق.

ولو أوصى لرجل بألف من مال رجل أو لعبد له فأجاز بعد موته جاز وله أن يرجع ما لم يدفع إليه؛ لأن توجيه الموصي وتبرعه توقف على إجازة صاحب المال، فإذا أجاز فكأنه تبرع والتبرع لا يفيد الملك قبل التسليم فله أن يمتنع والوصية لا تبطل بموت الموصي.

ولو أوصى بصوف غنمه وأولادها وألبانها وسمنها لم يجز إلا ما على ظهرها أو في ضرعها وبطونها يوم مات فرق بين هذا وبين الوصية بالغلة تجوز، والفرق أن الوصية عقد تمليك وكل ما يجوز تمليكه بعقد من العقود يجوز تمليكه بالوصية وما لا فلا؛ لأنها أسرع جوازا وأوسع نفاذا من سائر العقود لأنها تجوز مع كونها تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت، ويصح تعليقها بالحظر والغلة والثمار التي ستحدث يجوز تمليكها بعقد من العقود وهو الخلع والنكاح عليه وبالزراعة والمعاملة فكذلك بالوصية واللبن المضروع والولد المظروف والصوف القائم على الطهور يجوز تمليكها بالخلع والصلح عليه وبالنكاح فكذلك بالوصية فأما المعدوم من هذه الأشياء لا يجوز تمليكه بعد من العقود فكذلك بالوصية.

(فصل)

ولو أوصى بثلث غنمه ولا غنم له فالوصية باطلة، ولو كان في ملكه غنم في

يوم الوصية ثم هلكت غنمه بطلت الوصية؛ لأن الوصية بالعين تعلقت بها فتبقى ببقائها وتبطل بهلاكها.

ولو أوصى بشاة من ماله لم تبطل وتعطيه شاة وسطا أو قيمتها؛ لأن هذه وصية تقدر قيمة شاة من ماله؛ لأن الشاة لا توجد في جميع ماله وإنما يوجد فيه قدر قيمة الشاة فعلم أنه أراد بذلك قدر قيمة الشاة لا عينها وهذا كقوله عليه السلام: "**فِي خَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ السَّائِمَةِ شَاة**"[1] معناه أي قدر قيمة الشاة فكانت هذه وصية تقدر قيمة شاة شائع في جميع ماله وماله يعتبر عند الموت[2].

ولو أوصى له بدابة أو ثوب من ماله فللوارث أن يعطي أي دابة وأي ثوب شاء؛

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢١/٣ (٩٩٨١) و١٢٤/٣ (٩٩٩٩) و١٣١/٣ (١٠٠٥٧) و١٣٣/٣ (١٠٠٧١) و١٣٦/٣ (١٠٠٩١) مطولا ومختصرا، قال: حدثنا عباد بن العوام. و«أحمد» ١٤/٢ (٤٦٣٢) قال: حدثنا عباد بن العوام. و١٥/٢ (٤٦٣٤) قال: حدثنا محمد بن يزيد، يعني الواسطي. و«الدارمي» (١٧٤٣ و١٧٤٩) قال: أخبرنا الحكم بن المبارك، قال: حدثنا عباد بن العوام، وإبراهيم بن صدقة. وفي (١٧٥٠) قال: حدثنا محمد بن عيينة، عن أبي إسحاق الفزاري. و«أبو داود» (١٥٦٨) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا عباد بن العوام. وفي (١٥٦٩) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن يزيد الواسطي. و«الترمذي» (٦٢١) قال: حدثنا زياد بن أيوب البغدادي، وإبراهيم بن عبد الله الهروي، ومحمد بن كامل المروزي، المعنى واحد، قالوا: حدثنا عباد بن العوام. و«أبو يعلى» (٥٤٧٠) قال: حدثنا مجاهد بن موسى الختلي، قال: حدثنا عباد بن العوام. وفي (٥٤٧١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا عباد بن العوام. و«ابن خزيمة» (٢٢٦٧) قال: حدثنا الفضل بن يعقوب، قال: حدثنا إبراهيم بن صدقة. أربعتهم: (عباد بن العوام، ومحمد بن يزيد، وإبراهيم بن صدقة، وأبو إسحاق الفزاري) عن سفيان بن حسين، عن ابن شهاب الزهري، عن سالم، فذكره.

وذكره البخاري، تعليقا، في ترجمة الباب: باب لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، ١٤٤/٢، فقال: ويذكر عن سالم، عن ابن عمر، رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم... مثله.

(٢) انظر: قليوبي ١٥٧/٢، ٨/٣، ١٥٧، ٢٩٧، وابن عابدين ١٣٤/٥، ١٤٧، ٢١٧، وجواهر الإكليل ٤/٢، ٣٥، والشرح الصغير ٢٢/٣، ٢٤، ١٤١/٤، ٤٧٤، والمغني ٧٧/١، ١٥/٣، ٢٥١/٤ - ٢٥٥، ٣٢١/٨.

لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم ما أوجب الله تعالى من جنس واحد يجب الوسط كالزكاة ما أوجب من أجناس مختلفة كالكفارة يتخير المكفر بين الأعلى والأوسط والأدون فكذلك في إيجاب العبد إن أوجب الوصية من جنس واحد يتعين الوسط وإن أوجب من أجناس مختلفة يتخير الوارث.

ولو أوصى بثلث غنمه وهلك ثلثا غنمه والباقي يخرج من ثلثه جاز، وكذلك المكيل والموزون، وقال زفر: ثلث ما بقي قياسًا؛ لأن الموصي لما مات صارت الغنم مشتركة بين الموصى له وبين الورثة والمال المشترك متى هلك منه شيء هلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة.

لنا: أن حق الموصى له مقدم على حق الورثة فما لم يفصل عن حقه لا يملك الورثة فيصرف الهلاك إلى حق الورثة؛ لأن حقهم متأخر كما لو كان في التركة دين وهلك بعضها يصرف الهلاك إلى حق الورثة والموصى له؛ لأنه مقدم على الحقين قضاء، وكذا هذا، ولو أوصى له بثلث من الدقيق أو بثلث من الدواب مختلفة الجنس أو بثلث من الدور فاستحق إثبات أو هلك والباقي يخرج من الثلث فله ثلث الباقي لا غير؛ لأن هذه الأشياء مما لا تقسم ولا تجمع نصيب واحد من الشركاء في البعض حال قيامها فتعذر صرف الهلاك إلى حق البعض والقائم إلى حق الآخر بالأبعد اعتبار جمع حق كل واحد منهم في البعض وهذا متعذر فصرفناه إلى الكل فما هلك يهلك على الكل وما بقي يبقى للكل وهذا يستقيم على قول أبي حنيفة وعندهما يقسم ويجعل نصيب كل واحد في واحد فيعطى الموصى له الباقي كله إذا كان يخرج من الثلث كما في الغنم.

(**المنتقى**) لو قال: أوصيت بأفضل هذه الأبواب وكلهن سواء لم يوص بشيء، ولو قال: أفضلهن لفلان فهذا إقرار منه ويعطى الورثة واحدًا من الثلث؛ لأن جهالة الموصى به تمنع صحة الوصية لأنها تمليك وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق وليس بتمليك. رجل قال ضعوا ثلث مالي حيث أمر الله تعالى قال يرد إلى الورثة؛ لأن الله تعالى أمر بدفع الميراث إلى الوارث، ولو أوصى أن يسقي عنه الماء شهرا في الموسم أو في سبيل الله تعالى فالوصية باطلة بجهالة الموصى به؛

لأن مقدار السقي مجهول والموسم مجهول متفاوت، وقال أبو يوسف: إذا أوصى أن يسقي عنه في الموسم، فإنه يسقي عنه يوم التروية ويوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق ويضرب لهذه الوصية في الثلث بجميع الثلث؛ لأن أيام الموسم معلومة والسقي إنما يجوز من الثلث وكان هذا وصية بالثلث للسقي في أيام الموسم. عن الحسن: لو قال أوصيت بثلث مالي وهو ألف درهم وبنصيبي من هذه الدار وهو الثلث أو بما في هذا البيت وهو كذا وقال جميع ما في هذا الكيس لك وهو ألف درهم ودفعه إليه، فإذا الموجود أكثر مما سمى فكله للموصى له أو للموهوب له بعد أن يخرج من الثلث، وفي البيع لا يكون له إلا المسمى؛ لأنه أضاف الإيجاب والتمليك إلى الثلث مطلقًا وإلى جميع ما في الكيس والبيت فصحت الإضافة إلا أنه بين مقداره على حسبان أنه كذا ولم يكن فيكون هذا غلطا منه في الحساب فلا يقدح في الإيجاب الصادر منه مطلقا بخلاف البيع؛ لأنه لا يصح إيجاب البيع إلا إذا كان المبيع مقدرا معلوما، فإذا ذكر مقداره انصرف البيع إليه لا غير، وكذلك لو قال أوصيت له بغنمي كلها وهي مائة شاة، فإذا هي أكثر فله كلها؛ لأنه أخرج الكلام مخرج التفسير فكان هذا غلطا منه، ولو قال أوصيت له بغنمي هذه وله غنم غيرها فله الغنم المشار إليه بخلاف ما لو قال أوصيت له بثلث مالي وهو هذا حيث لا تعتبر الإشارة؛ لأن الثلث عبارة عن الجزء والشائع والعين غير الشائع فلغت الإشارة وهنا الإشارة والتسمية قد اجتمعتا وإحداهما لا تنافي الأخرى وكانت الإشارة أولى؛ لأنها أبلغ في التعريف فعلقت الوصية بالعين المشار إليها.

(**الفتاوى**): ولو أوصى بأن يتخذ طعاما للناس بعد وفاته ويطعم الذين يحضرون التعزية ثلاثة أيام قيل الوصية باطلة.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: يجوز من الثلث للذي يطول المقام معه عنده والذي يجيء من مكان بعيد والأغنياء والفقراء سواء ولا يجوز للذي لا يطول مقامه، وإن جعل الوصي من الطعام شيئًا كثيرا ضمن، وإن كان قليلًا لم يضمن، ولو أوصى بأن يكفن له من ثمن كذا أو يكفن في مسح اشتراه ويغل يده ويقيد رجله فالوصية باطلة ويكفن كفن مثله ويدفن كما يدفن سائر الناس وكذا الوصية بالدفن

في داره وبالنقل من موضع إلى موضع باطلة؛ لأن ولايته في ماله بالموت منقطعة وهذه الوصية لم تكن بجهة القربة ونقل الأموات من موضع إلى موضع معصية؛ لأنه منهي عنه فتكون الوصية باطلة ولو نقله الوصي بغير إذن سائر الورثة ضمن ما أنفق في حمله ونقله.

ولو أوصى بأن يحفر عشرة أمتار للأموات قيل الوصية باطلة وقيل إن كانت الوصية في مقبرة بعينها ليدفن فيها الموتى من أبناء السبيل والفقراء فالوصية صحيحة؛ لأن هذه وصية بقربة.

ولو أوصى بأن يطين قبره أو يضرب على قبره فيه أو يدفع إلى إنسان شيئًا ليقرأ على قبره القرآن فالوصية باطلة؛ لأن عمارة القبور للأحكام مكروهة وأخذ شيء للقراءة لا يجوز؛ لأنه بمنزلة الأجرة على القراءة.

(باب الوصية بمنافع الأعيان وبما في بطون الحيوان)

(**المبسوط**): لو أوصى بخدمة عبده أو بسكنى داره أو بثمرة بستانه أو بغلة دوره وأراضيه جاز خلافًا لابن أبي ليلى، فيكون للموصى له مدة حياته وتعود الرقبة إلى الورثة بعد مماته؛ لأن الوصية بالمنفعة تمليك رقبة العين في حق ملك المنفعة؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع والارتفاق بالعين إلا بعد صيرورته أحق وأخص بملك الرقبة كما في الإجازة، فإنها تمليك رقبة العين في حق ملك المنفعة وكانت هذه وصية بملك رقبة في حق استيفاء المنفعة لا مطلقًا، فإذا صار الموصى به مستوفيًا لمدة حياته عادت الرقبة إلى ملك الورثة وما كان من الثمرة والغلة حاصلا قبل موت الموصى له يكون لورثته وما يحصل بعد موته يكون لورثة الموصي، وإنما يجوز إذا خرج من الثلث كما في الوصية بالعين؛ لأن الوصية بالمنفعة كالوصية بالعين فيكون العبد والدار ثلثه للموصى له بالمنفعة وثلثاه للورثة وتعتبر قيمة العين وحدها ولا تضم قيمة الثمرة والخدمة والغلة إلى رقبة الأعيان؛ لأن المنافع معدومة وقت الموت، فيكون مال الموصي العين وحدها ولا يضم قيمة الثمرة والخدمة والغلة إلى رقبة الأعيان؛ لأن المنافع معدومة وقت الموت فيكون مال الموصي العين وحدها فيعتبر خروج قيمة العين من الثلث.

ولو أوصى بغلة عنده أو نخلة داره في المساكين جاز.

ولو أوصى بسكنى داره أو بخدمة عبده للمساكين لا يجوز إلا لرجل بعينه؛ لأن الوصية بخدمة العبد وبسكنى الدار لا يمكن تنفيذها؛ لأنه لا يمكن السكنى في الدار إلا بالمرمة والعمارة والعبد لا يمكن استخدامه إلا بالنفقة ولا يقدر القاضي أن يقضي بالمرمة والنفقة على أحد منهم فمتى تعذر تنفيذها بطلت وأمكن تنفيذ الوصية بالغلة؛ لأنه يرم الدار من تلك الغلة فيجب تنفيذها.

ولو أوصى بظهر دابته في سبيل الله تعالى لم يجز عندهما، وعند محمد يجوز وقد مرت في كتاب الوقف.

(**المنتقى**): ولو أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له غيرها، قال أبو حنيفة: ليس للوارث أن يبيع الثلثين.

وقال أبو يوسف: لهم ذلك وإن تقاسموا يقرروا لصاحب الوصية الثلث؛ لأنه لو أوصى برقبة الدار وليس له سوى هذه الدار كان لهم أن يبيعوا الثلثين فكذلك منفعة الدار والمنافع تابعة لرقبة الدار.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن حق الموصى له تعلق بالانتفاع بكل الدار مدة حياته وبيع الثلثين يوجب إبطال حقه في الانتفاع بكل الدار فلا يبيع ما لم تكمل المدة.

(**المبسوط**): ولو أوصى بثمر نخله وفيها ثمرة يوم مات كان له من الثلث وليس له ما يثمر بعدها إلا أن يقول أبدًا؛ لأنه إذا كان فيها ثمرة يراد بالوصية الثمرة القائمة لا الحادثة عرفًا وعادة، فإنه إذا سئل الموصى له هل أكرمك الموصي فيقول نعم يريد بذلك الثمرة القائمة في الكرم دون ما يحدث بعدها والثابت عرفا كالثابت نصًّا فتقيد الوصية بالثمرة القائمة إلا أن يقول أبدًا؛ لأن التنصيص على الأبد تنصيص على الحادث؛ لأن الثمرة القائمة دخلت تحت الوصية بقوله أوصيتك بثمرة نخلي من غير ذكر الأبد فوجب أن يكون لذكر الأبد زيادة فائدة حتى لا يلغو ذكر الأبد وإنما يقيد فائدة إذا انصرفت الوصية إلى الحادثة والقائمة، ولو لم يكن فيها ثمرة يوم مات ولم يقل أبدًا فالثمرة له أبدًا من الثلث؛ لأنه يراد بالوصية الثمرة الحادثة إذ لو لم تنصرف إلى الثمرة الحادثة لبطلت الوصية وهو قصد صحة الوصية وكانت الحادثة مراده بالوصية عرفا وشرعا.

(**الفتاوى**): رجل أوصى بترك كرمه ثلاث سنين للمساكين فمات ولم يحمل كرمه ثلاث سنين شيئًا قيل بطلت وصيته وقيل يوقف ذلك الكرم إن خرج من الثلث قال يتصدق بغلة ثلاث سنين قال الفقيه أبو الليث: وهذا موافق لقول أصحابنا لأنهم قالوا لو أوصى بخدمة عبده سنة لفلان وفلان غائب فمتى رجع، فإن العبد يخدمه سنة، ولو أوصى بخدمته هذه السنة فقيد فلان بعد مضي سنة بطلت وصيته فكذلك الغلة؛ لأن الوصية متى أضيفت إلى سنة معينة تقيدت بها وتبطل لمضيها ومتى أضيفت إلى سنة منكرة لا يتقيد بسنة معينة بل تبقى ما لم يستوف الوصية.

ولو أوصى بغلة كرمه لفلان، فإنه يدخل فيها القوائم والأوراق والحطب والثمرة، ألا ترى أنه لو دفع الكرم معاملة فكل هذه تدخل فيها.

ولو أوصى بغلة داره لإنسان كأن الدار تأجرت وتدفع إليه غلتها وإن أراد الموصى له أن يسكن بنفسه قيل له ليس ذلك لك وقيل له ذلك كما في الوقف وقد ذكرناه ثمة.

(فصل)

ولو أوصى بما في بطن أمته فولدت لستة أشهر لم يصح، ولو ولدت لأقل من ستة أشهر صح ويكون له؛ لأن الوصية إنما تصح بحبل موجود وقت الموت لا بحبل تجده الجارية بعد الموت وقد تيقنا بوجود الحبل وقت الموت متى جاء به لأقل من ستة أشهر وشككنا في وجوده متى جاء به لستة أشهر فصاعدًا لاحتمال أنه حدث على ملك الوارث فاسدًا يثبت جوازها بالشك.

ولو أوصى للجنين إن ولدت لأقل من سنتين وانفصل حيا جاز وإن انفصل ميتا لا يجوز؛ لأنه ثبت وجوده وقت الوصية حكمًا لثبات النسب من الزوج؛ لأن النسب إنما يثبت باعتبار العلوق قبل الموت لا بعده فلما حكمنا بثبوت النسب من الزوج فقد حكمنا بوجوده يوم مات الموصي؛ لأن الموصي مات بعد موت الزوج وبخلاف ما لو كان الزوج حيا فولدت لستة أشهر من يوم موت الموصي لا تصح الوصية؛ لأن في الوطء الحلال يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات فلا يتيقن بوجود الحبل يوم موت الموصي إلا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ومتى كان الوطء حراما

أو كان الزوج ميتا، فإنه يحال بالعلوق إلى أبعد الأوقات حملًا لأمرهما على الصلاح فلو انفصل ميتا لا يتيقن بوجود الحياة فيه يوم موت الموصي بجواز أنه لم تنفخ فيه الروح فلا تثبت الحياة بالشك، ولهذا لا يرث ولا يسمى ولا يصلى عليه.

رجل له ثلاثة إماء حوامل لا مال له غيرهن وأوصى لرجل بثلث رقابهن ولآخر بثلث ما في بطونهن فلكل ماله ثلث ما أوصى به له، ولو لم يوص بثلث رقابهن ولكنه أوصى بثلث ماله لرجل وبثلث ما في البطون لآخر يشرك صاحب الثلث صاحب ما في البطون في وصيته؛ لأن اسم المال يتناول الأجنة فأما اسم الرقبة لا يتناول الأجنة.

(باب الوصية بالظرف فيدخل المظروف فيها)

(**المبسوط**): ولو أوصى له بهذا الجراب الهروي فله الجراب وما فيه؛ لأن الجراب الهروي اسم لجراب فيه ثياب هروي، وإن كان خاليًا عن الثياب الهروي يسمى جرابا ولا يسمى جراب هروي، فإذا كان هذا الاسم يطلق على جراب فيه ثياب هروي صار كأنه قال أوصيت لك بالجراب وبما فيه، وكذلك بهذا الدن الخل فكذا الدن وما فيه، وكذلك القوصرة من الثمر؛ لأنه إنما يسمى دن الخل وقوصرة الثمر باعتبار كون المظروف فيه.

ولو أوصى بالحنطة في الجوالق لا يكون له الجوالق؛ لأن كلمة في للظرف والظرف غير المظروف فقد تناول لفظة الوصية المظروف وهو الحنطة دون الجوالق، كما لو قال أوصيت لك بالحنطة التي في داري والسيف مع الجفن والحلية بمنزلة الجراب؛ لأن السيف يتناول النصل وما يتصل به والحلية مركبة بالسيف فهي من جملته والجفن تبع للسيف؛ لأنه لا يمسك إلا مع الجفن فكان الجفن تبعا له.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يدخل ما كان متصلا به ولا يدخل العمد فيها، وكذلك السرج ومتاعه وفي القبة يدخل العيدان دون الكسوة.

وإن أوصى بقبة مركبة دخلت اللبود فيها؛ لأن القبة اسم لما يسكن فيها وإنما

يتم مسكنا بغير ثياب والثياب إنما تجعل للزينة ولا يتم مسكنا إلا بالعيدان، ولهذا تنسب القبة إلى العيدان لا إلى الثياب فيقال فيه أبنوس وفيه من خشب كذا فلم تدخل الثياب فيها إلا إذا كانت مركبة فقد أوصى بالمسكن ولا يتم مسكنا ومنزلا إلا بالعيدان واللبود جميعًا فإنها اسم للمسكن متى كانت مركبة ولا تتهيأ السكنى لأيهما فدخلت الثياب تحت الاسم وفي الحجلة تدخل الكسوة دون العيدان؛ لأن الحجلة شيء يوضع على البعير تحمل فيها العروس ويجعل ذلك بالكسوة لا بالعيدان وهي اسم للكسوة عندهم.

ولو أوصى له بسلة زعفران يدخل الزعفران دون السلة وكذا في العسل والسمن والزيت لا يدخل الزق؛ لأن السلة والزق معيار في عرفهم كالقفيز للحبوب والأوقية للدهن وكان ذكر السلة والزق تقريرا للزعفران والعسل والسمن يسع فيه شيء مقدر فصار كأنه قال أوصيت لك ثمنًا من زعفران وبقفير من حنطة وفي المصحف الذي له غلاف لا يدخل الغلاف؛ لأنه منفصل عنه وقد يباع بدون الغلاف وعند زفر يدخل؛ لأنه تبع له.

(**المنتقى**): ولو أوصى بزق زيت وبزق الزيت أو بدنّ الخل أو بالدن فهو عليهما، ولو أوصى بسفينة طعام أو بالسفينة الطعام أو بالدار الدواب فهو على الطعام والدار وحده دون السفينة والدواب، والفرق أن السفينة والدار لا يكونان تبعًا وظرفًا للطعام والدابة عادة ولأتباعهما مع الدار والسفينة عرفا وعادة، فأما الدن والرق يكون ظرفًا وبيعا للزيت والخل فيدخل تحت الوصية والبيع.

ولو قال: بزق الزيت أو بسفينة الطعام وقع على الزيادة والنقصان والسفينة وحده؛ لأن ذكر الزيت والطعام لتعريف الزيادة والنقصان والسفينة لا يصلح تبعا له؛ لأنه لا يصح تبعا له، وكذلك على هذه الوجوه في زاوية الماء وقوصرة الثمر.

(باب تعليق الوصية بالشرط)

(**المبسوط**): ولو قال: إن كان في بطن فلانة غلام فله ألف درهم وصية، وإن كان في بطنها جارية فلها خمسمائة وصية، فكانا في بطن واحد جازت الوصيتان؛ لأنه

جعل شرط الوصيتين كونهما في البطن وقد تيقنا كونهما في البطن وقت الوصية لأنهما توأم لا يتصور علوقهما ووجودهما إلا جملة، فإذا تيقنا بوجود أحدهما عند الوصية فقد تيقنا بوجود الآخر، فإن كان ولادتهما متعاقبا فقد وجد شرط جواز الوصيتين فيجوز وصار، كما لو قال إن كان في بطنك غلام فهو حر، وإن كان في بطنك جارية فامرأته طالق فولدت غلاما وجارية في بطن واحد وقعا جميعًا.

ولو ولدت غلامين وجاريتين فللورثة تعيين أي الغلامين شاؤوا وأي الجاريتين شاؤوا إلا أن الموصي أوصى لأحد الغلامين ولإحدى الجاريتين لا يدري فيكون التعيين إلى الورثة كما لو أوصى لأحد الرجلين بأعيانهما.

ولو قال: إن كان الذي في بطنك غلاما اعتبر أن يكون كله غلاما؛ لأن كلمة كان تعمهم فقد جعل شرط جواز الوصية جميع ما في بطنها غلاما، كما لو قال إن كان الذي في بطنك غلاما فهو حر، فإن كان جارية فامرأته طالق فولدت غلاما وجارية لا يقعان.

(**الأصل**): إن الموصي متى علّق عتق مملوكه بشيء بعد موته ينظر إن علقه باستدامته بثباته على فعل مؤقت فتمكن على ذلك الفعل بعد موته ساعة عتق؛ لأنه لما مكث وثبت على ذلك الفعل ساعة فقد تحقق شرط العتق، كما لو قال لمملوكه إن مكث مع ولدي أو في هذه الدار فأنت حر فمكث ساعة عتق.

وإن علق عتقه بترك فعل غير مؤقت فقال لا أفعل بعتق؛ لأن ترك الفعل يتحقق بالامتناع عنه ساعة.

وإن علق عتقه بثباته على فعل مؤقت إلا بعتق ما لم يثبت على ذلك الفعل في ذلك الوقت؛ لأنه جعل شرط العتق الثبات على فعل مقدر فما لم يوجد الثبات على الفعل المقدر لا يتحقق الشرط.

ولو أوصى أن يعتق أمته على أن لا يتزوج ومات فقالت لا أتزوج فأعتقت فلها أن تتزوج بعد ذلك ولا تبطل وصيتها؛ لأن شرط العتق هو ترك التزويج والدوام على الترك ليس بشرط كما بينا، وكذلك لو قال هي حرة بعد موتي على أن لا يرجع عن الإسلام أو قال النصراني على أن تثبت على النصرانية فمكث ساعة تمّ الشرط.

ولو أوصى لأمته أن تقيم مع ابنه وبنته حتى يستغنيا ثم هي حرة ولا وارث له

غيرهما، فإن كانا كبيرين تخدمهما حتى تزوج البنت ويصيب الغلام خادما أو ما لا يبلغ خادما، وإن كانا صغيرين حتى يدركا؛ لأن شرط عتقهما الثبات على فعل مؤقت وهو الخدمة حتى يستغنيا فما لم توجد الخدمة إلى وقت الاستغناء لا يتحقق شرط العتق؛ لأن استغناء الكبيرين إنما يكون بالتأهل أو الأنثى بالتزوج واستغناء الصغير بالبلوغ؛ لأن الصغير لقصور رأيه ولضعف بنيته لا يستغني عن الغلام الخادم ما لم يبلغ، ولهذا بقي الحجر والنفقة إلى وقت البلوغ.

وإن مات أحدهما قبل الموت بطلت وصية الجارية؛ لأنه فات شرط العتق وهو خدمتهما إلى وقت الاستغناء.

ولو أوصى لأم ولده بألف إن لم تتزوج أبدًا أو إلى شهر فتزوجت قبل ذلك بطلت وصيتها؛ لأنه علق وصيتها بترك فعل مؤقت ولم يوجد ترك التزويج في ذلك الوقت فلم يوجد شرط الوصية.

ولو أوصى أن يعتق على أن لا يتزوج فلانا أبدًا فقبلت فأعتقت ثم تزوجت جاز ولا شيء عليها؛ لأنه ما علق الوصية بترك التزويج لكن جعل ترك التزويج عوضا عن الوصية؛ لأن كلمة على تستعمل للمعاوضة لا للشرط، فإذا قبلت ذلك بالترك يوما تستحق الوصية ويكون استحقاق الوصية بالقبول لا بترك التزويج مؤقتا.

وذكر الشيخ الإمام المعروف بجواهر زاده في شرح المبسوط: إن هذا غلط والصحيح أنها لا تعتق؛ لأنه علق العتق بترك فعل مؤقت؛ لأن كلمة على تستعمل للشرط أيضًا، كما لو قال لامرأته أنت طالق على أن تدخل الدار يتعلق بالدخول فما لم يوجد ترك الفعل في الوقت المقدر لا يوجد شرط العتق فلا تعتق كما لو أوصى أن تعتق على أن لا تتزوج شهرا.

(**المنتقى**) قول أبي يوسف لو قال: إن مت وهذان العبدان في ملكي فهما وصية لفلان فمات أحد العبدين أو باعه ثم مات الموصي والباقي في ملكه فالوصية باطلة، وكذا لو مات وهما في ملكه بخلاف ما لو قال إن مت وفلان وفلان حيان فهذا العبد وصية لهما فمات أحدهما قبل موت الموصي يعطى نصف العبد الباقي منهما والفرق أن في الأول أضاف الوصية إلى حال عدم ملكه في الموصى له وهو

ما بعد الموت؛ لأن ملكه بالموت انتقل إلى الورثة متصلا بالموت وملك الموصى به شرط لانعقاد الوصية وفي الثاني الوصية صادفت ملكه؛ لأنه أضافها إلى ملكه للحال ولكن شرط حياتهما وحياة الموصى له شرط لنفوذ الوصية لا لانعقادها، فإذا بقي أحدهما حيا فقد وجد شرط النفاذ في حقه فنفذت، ألا ترى لو قال للعبدين له إن مت وأنتما في ملكي فأنتما حران فمات أحدهما ثم مات المولى لم يعتق الآخر.

وذكر في موضع آخر في (**المنتقى**) عن أبي يوسف: أن الباقي للموصى له، وكذلك لو قال: إن مت وهذه الدار في ملكي فهي لفلان وصية فباع بعضها أو قال إن مت وهذا الطعام في ملكي فأكل بعضه ثم مات فالباقي للموصى له في رواية عن أبي يوسف وفي رواية عنه لا شيء للموصى له، ولو قال إن مت من مرضي هذا فعبده حر فقتل لا يعتق؛ لأنه علق الحرية بموته وبعد الموت حالة ينعدم ملكه فيه فلم يصح التعليق، ولو قال إن مت في مرضي عتق؛ لأن كلمة في إذا دخلت على الفعل وهي معه تستعمل للشرط ومتى دخلت على الاسم تستعمل للقران والحال قال الله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أي مع عبادي وهنا دخل على الاسم وهو المرض فيكون بمنزلة كلمة مع فيصير كأنه قال أنت حر في حال مرضي وموتي وذلك قبل الموت، ولو قال ثلثي وصيته لفلان إن شاء أو لم يقل إن شاء وإن لم يشأ فلفلان فمات الموصى له قبل المشيئة فالثلث مردود على الورثة؛ لأنه لا يمكن تنفيذها لانعدام شرط نفاذها وهي مشيئة فلان، ولو قال لا أشاء ذلك فالثلث للآخر. ابن سماعة عن محمد: رجل أوصى لرجل بوصيته وقال إن لم يقبل وصيتي وردّها فهي لفلان، فإذا الموصى له الأول ميت أو كان حيا فمات قبل موت الموصي ولم يعلم بالوصية فهي للثاني كلها؛ لأنه علق الوصية للثاني بعدم قبول فلان والعدم يتحقق بموته كما يتحقق برده، ولو قال ثلث مالي وصية لفلان إن شاء فعلم بعد موته وقام من ذلك المجلس قبل أن يشاء ثم شاء فله الوصية؛ لأن قبول الوصية لا يتقيد بمجلس العلم لما تبين، ولو أوصى لرجل بوصيته إن شاء وإن أبى فهي لفلان فالقاضي يجبره على أن يشاء أو يأبى وإن لم يقل شيئًا قضى بالوصية للآخر؛ لأن الظاهر أن من أراد قبول الوصية ينطق بالقبول، فإذا سكت عنه يجعل آبيًا كما إذا سكت المدعى عليه عن جواب المدعي يجعل منكرًا فكذا هذا، ولو

قال أوصيت بهذه الألف لفلان، فإذا مات فلان دفعات لفلان فهو جائز ويدفعها إلى فلان إذا مات الأول، وكذلك لو قال أوصيت له بها شهرا ثم يدفعها إلى فلان، وكذلك الخدمة والرقبة؛ لأن هذه وصيته بالمنفعة معنى والوصية بالمنفعة مؤقتة جائزة قال أبو يوسف: لو أوصى لرجل بعبد وقال إذا مات الموصى له فهو لفلان فالوصية الأولى جائزة والعبد للأول ولا شيء للآخر؛ لأن الوصية الثانية صادفت ملك الغير فلم يصح. رجل أوصى بوصيته من ثلث ماله ثم قال اعرضوا وصيتي هذه على فلان فما رد منها فهو مردود وما أجاز فهو جائز فإن لم يعرض على فلان أو عرض ولم يجب بشيء حتى مات فالوصية جائزة وفوض رد الوصية المنفذة وإجازتها إلى فلان، فإذا فقدت المشيئة مضت الوصية على حالها، ألا ترى أن من له الخيار في البيع إذا مات مضى البيع على وجهه فكذا هذا.

ولو قال: أجيزوا هذه الوصية إن شاء فلان أو أنفذوا إن أنفذ فلان فمات فلان قبل المشيئة والتنفيذ فالوصية باطلة؛ لأنه علق الوصية بمشيئة فلان أو تنفيذها وقد فقد الشرط فلم تثبت الوصية. رجل أوصى لوارثه بثلث ماله، فإن لم يجز بقية الورثة فهو لفلان فأجازت الورثة فالثلث لفلان الآخر؛ لأن الوصية لم يجيزوها وإنما هي هبة من مال الورثة.

وإن قال: إن أجازوا وإلا فثلثي لفلان آخر وأجازوا الوصية لم يكن لفلان شيء؛ لأنه علق وصية فلان بعدم إجازتهم، فإذا أجازوا فقد انعدم الشرط فلم تثبت الوصية.

(باب ما يكون قبولًا للوصية وما يكون ردًّا لها)

(**المبسوط**): الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع لما بينا، فيعتبر قبول الموصى له ورده بعد موت الموصي لا قبله حتى لو قبل الموصى له في حياة الموصي فله الرد بعد الموت؛ لأن القبول يشترط عند التمليك والإيجاب لا قبله كما في البيع وغيره، وكذلك لو رد في حياته وقيل بعد موته جاز.

وقال زفر: القبول ليس بشرط ولا يرتد بالرد كالميراث؛ لأن عقد الوصية عقد

استخلاف؛ لأن الموصى له يقوم مقام الموصي في ملكه بطريق الخلافة.

لنا: أن عقد الوصية عقد تمليك؛ لأنه إثبات ملك جديد للموصى له؛ لأن الملك لم يكن ثابتا له وإثبات ما ليس بثابت عليك، ولهذا لا يملك الرد بالعيب ولا يرد عليه بالعيب؛ لأنه لم يثبت؛ لأنه لم يثبت له حكم المالكية الجديدة في حق المحل، ولأنه لو ثبت الملك له خبرًا من غير قبوله يلحقه ضرر المنة فيتوقف الملك على قبوله دفعًا للضرر عنه كما في الهبة بخلاف الميراث؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في الملك عند استغنائه عنه من غير مباشرة سبب الملك من جهة العباد بل الموجب للملك في الميراث هو الله تعالى صلة منه لا منَّة لصلته من جهة أحد من العباد فلا يرتد بالرد.

ولو مات الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول والرد يصير الموصى به ملكا لورثته استحسانًا؛ لأنه وجد منهم القبول دلالة ولأن الإيجاب قد صح من الموصي وعمل في إزالة ملكه وإنما توقف لزومه ونفاذه على قبول الموصى له ورده، فإذا مات تعذر منه الرد وبطلت ولاية الفسخ ولا يلحق الميت ضرر المنة فنفذت الوصية ضرورة بعذر الرد وكان نفاذ الوصية ولزومها من ضرورات تعذر الرد كالمشتري إذا مات وله الخيار يلزم العقد.

ولو رد ورثته بعد موته اختلف المشايخ فيه قيل يجوز الرد؛ لأنه صحت الوصية لوجود القبول منهم دلالة، فإذا وجد الرد منهم صريحا فتبطل الوصية وقيل لا يجوز؛ لأنه صار ميراثا للورثة عن الموصى له يصير ورثة ملكا له بالموت ولا يصح رد الميراث.

ولو أوصى بجارية ولدت من الموصى له فلم يعلم بالوصية حتى مات أجبر ورثته على قبولها، وكذلك لو أوصى به امرأته المحرمة؛ لأن الموصى به صار ملكا للموصى له في آخر جزء من أجزاء حياته وصار ميراثا لورثته من جهته والميراث لا يرتد بالرد وتعتق الجارية بموت الموصى له في آخر جزء من حياته؛ لأنه ملك أم ولده فيصير أم ولد له ويعتق بموته من جميع ماله.

ولو كان الموصى له حيا لا يعلم بالوصية غير أنه يطأها بالنكاح حتى ولدت له

أولادًا ثم علم بالوصية إن شاء قبل، وإن شاء لا، فإن قبل فهي أم ولده وأولاده أحرار إن خرجوا من ثلث مال الميت؛ لأن تملك الجارية عند القبول من وقت الموت؛ لأن الملك وقع بالوصية والوصية تمليك بعد الموت فيقع الملك له من ذلك الوقت فيظهر أن الأولاد تحت الوصية فملكهم بالقبول فعتقوا.

ولو أوصى أن يقضي عن فلان الميت دينه فقبل الوارث وأبى الديان أو قبل الديان وأبى الوارث فأيهما قبل فهو قبول للوصية.

وإن أوصى أن يقضي ابنه دينا له على أجنبي لم يجز، ولو قال: قد أوصيت إليك فقال: لا أقبل، ثم قال: قبلت له فسكت الموصي حتى مات فهذا ليس بوصي؛ لأن رد الإيصاء يصح حال حياة الموصى لما يأتي فيرتد بالرد.

ولو أوصى إلى رجل فقال الموصى له: لا أقبل، فقال له الموصي: ما كان هذا ظني بك إني إذا أوصيت إليك فلم تقبل وصيتي، فقال: قد قبلت فهو وصي؛ لأن الموصي لم يرجع عن إيجاب الوصية بل استبعد عدم القبول من الموصى له فمتى قبل فقد اتصل القبول بالإيجاب فصح.

(**الفتاوى**): رجل أوصى إلى رجلين فقتل أحدهما وسكت الآخر فقال القاتل للساكت بعد موت الموصي اشتر للميت كفنا فاشتراه فهو قبول للوصية؛ لأن إقدامه على شراء الكفن وأنه لا يصح إلا من الوصي فهو قبول منه للوصاية دلالة.

(باب الرجوع عن الوصية)

(**المبسوط**): أصله: أن الموصي يملك الرجوع في الوصية؛ لأنها تبرع ولم يتم تبرعه قبل التسليم، والرجوع صحيح صريحًا ودلالة، وهو أن يتصرف في الموصى به تصرفا يزيل ملكه أو يكون استهلاكًا من كل وجه أو من وجه؛ لأن العين التي تعلقت بها الوصية متى صارت مستهلكة من وجه لزوال الاسم وبعض المنافع لا يمكنه تنفيذ الوصية فيها فكل فعل فعله الغاصب في المغصوب ينقطع به حق المالك عنه، وإذا فعله الموصي كان رجوعا والرجوع إنما يثبت بمعانٍ: **أحدها**: الاستهلاك من وجه كما لو أوصى لرجل بثوب فقطعه وخاطه أو بقطن ثم غزله أو

حشا به حبة أو بغزل فنسجه أو بحديدة فصنع منها إناء فذلك رجوع عن الوصية؛ لأن هذه التصرفات استهلاك للموصى به من وجه، ولهذا لو فعله في ملك الغير ينقطع به حق المالك، فإذا فعله في ملك نفسه كان رجوعا.

والثاني: خلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن التمييز بينهما كما لو أوصى بسويق فلتّه بسمن أو بثوب فصبغه أو بساجة فبنى عليها بناء فهو رجوع؛ لأنه لا يمكن تسليم الموصى به على الانفراد وتعذر تكليف النقص فبطلت الوصية.

والثالث: بإحداث نقصان في الموصى به تخرجه عن هبة الادخار والإمساك إلى يوم الموت كما لو أوصى بشاة فذبحها؛ لأنه إنما يذبح ليصرفها إلى حاجته؛ لأن الشاة لا تذبح إلا لحاجة إليها وذلك دليل على إبطال الوصية.

والرابع: بإحداث صنعة متقومة فيه صيرت حق المالك هالكا من وجه كما لو أوصى بتبر فضة فصاغها حليا أو قلبا أو إناء؛ لأنه لا يمكن فصل الصنعة المتقومة عن العين وتمييزها فجعل إحداثها رجوعا عنها، ولهذا ينقطع بها حق الواهب في الرجوع وحق المالك عن المغصوب.

ولو أوصى بدار فجصصها لم يكن رجوعا؛ لأن التجصيص هو تبييض الجدار بماء الجص وتمويهها من غير أن يتصل بها عين الجص فكان كتبييض الثوب بالغسل، ولهذا لو فعل ذلك الغاصب لا ينقطع حق المالك حتى إذا اتصل به عين الجص يكون رجوعا كما لو كان ثوبا فصبغه، ولو هدمها لم يكن رجوعا؛ لأنه أحدث فيها مجرد النقصان لا يخرجنه عن هبة الادخار والبقاء فصار كما لو كان الموصى به ثوبا فقطعه ولم يخطه ولا كذلك ذبح الشاة؛ لأنه أخرجه عن هبة الادخار والبقاء وجعلها من جملة ما يتسارع إليها الفساد.

والخامس: أن يتصرف فيه تصرفا يزيل ملكه كالبيع والهبة حتى لو أوصى بعبد ثم باعه ثم اشتراه فهو رجوع.

ولو أوصى بمائة ثم وهبها لرجل ثم رجع فيها بطلت الوصية؛ لأن إخراجه عن ملكه دلالة إرادة إبطال تصرفه ولأنه طرأ عقد بات نافذًا على عقد موقوف فأبطل الموقوف كبيع الفضولي إذا طرأ عليه بيع المالك بطل الموقوف.

ولو غصبها رجل ثم ردّها بعينها لم تبطل الوصية إلا أن يأخذ مثلها؛ لأن عين الموصى به قائمة على حالها فبقيت الوصية إلا إذا استهلكها الغاصب فضمن مثلها فقد هلك الموصى به.

ولو أوصى بعبد لرجل يخرج من الثلث ثم أوصى به لآخر فهو بينهما؛ لأن الإيصاء عقد استخلاف في الملك كالوراثة وكان استخلاف الثاني اشتراكا للأول والاشتراك تقرير الأول يعتبره كما لو أقر بوارث ثم أقر بوارث آخر يبقى الأول وارثا.

ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان أو فقد أوصيت به لفلان فهو رجوع وكل العبد للثاني؛ لأن اللفظ يدل على قطع الاشتراك وإثبات التخصيص للثاني؛ لأن حرف هو كناية عن كل العبد فقد أخص الثاني بكل العبد وقد يذكر للتأكيد يقول أصلحت ما قد أفسدت وأرضيت من قد أسخطت فصار كأنه قال أوصيت للثاني ما قد أوصيت للأول فكان تخصيصا للثاني لا اشتراكا.

ولو قال: وقد أوصيت به للثاني كان بينهما؛ لأن الواو في اللغة لاشتراك المعطوف بالمعطوف عليه في خبره، كما لو قال هذا العبد حر وهذا يعتق الثاني فصار كأنه قال أشركت الثاني في وصية الأول.

ولو أوصى ثم أشهد أنه لم يوص لا يكون رجوعًا على رواية الجامع وعلى رواية المبسوط الإنكار رجوع.

وقيل: ما ذُكر في (**المبسوط**): قول أبي يوسف، وما ذُكر في (**الجامع**): قول محمد، وهكذا روى المعلى عنهما هذا الخلاف، وعلى هذا جحود الوكيل الموكل الوكالة وجحود أحد الشريكين الشركة وجحود المودع الوديعة وجحود المتبايعين والمستأجرين فعلى الروايتين على رواية الجامع لا يكون فسخًا وعلى رواية المبسوط يكون فسخًا. وجه رواية الجامع أن الجحود كذب حقيقة، فإنه قال لم أوص وقد أوصى ويحتمل الفسخ فجاز لأنهما يتفقان في المعنى الخاص؛ لأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود بقي العقد من الأصل وبينهما مشابهة في العدم ولما احتمل الجحود الكذب والفسخ، فإن أراد الكذب لا يكون رجوعًا، وإن أراد الفسخ يكون رجوعًا ولا يثبت الرجوع بالشك.

وجه رواية (**المبسوط**) وهي الأصح: أن الجحود لما احتمل الكذب والفسخ وجب أن يجعل فسخًا لا كذبًا صونًا لكلام العاقل عن الكذب والفساد وحملًا لأمره على الصحة والسداد لقوله عليه السلام: "**لا تظنن بكلمة خرجت من أخيك شرًّا وأنت تجد لها في الخير محملا**"[1] فتجعل جحود الموصي فسخًا منه؛ لأنه مما ينفرد بالفسخ.

ولو قيل له: أوصيت بعبدك فلانا لهذا، فقال: لا ولكن أوصيت بأمتي فلانة، يكون موصيا بالأمة لا بالعبد؛ لأنه لما جحد وصية العبد فقد رجع عنها وأوصى بالأمة ولكن كلمة لكن لاستدراك الغلط والرجوع عن الأول ككلمة لا بل.

ولو قال: أوصيت بعبدي لفلان، لا بل أوصيت له بأمتي، كان موصيًا بالأمة لا غير.

(**المنتقى**): ولو أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال: لا أعرف هذه الوصية أو تركها فهو رجوع.

وقال محمد: قوله: لا أعرفها ليس برجوع وهذا جحود للوصية وجحود الوصية هل يكون رجوعا فعلى الروايتين اللتين ذكرناهما.

ولو قال الموصي: قد أخرت الوصية فليس برجوع، ولو قال: تركتها فهو رجوع، كما لو قال لمديونه: تركت لك دينك، كان تركًا.

ولو قال: قد أخرت ما عليك، لم يكن تركًا.

ولو أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال: جميع مالي بينك وبيني لورثتي يكون؛ لأنه متى كان جميع ماله لورثته لا يكون بعضه للموصى له.

قال أبو يوسف: لو أوصى لرجلين لكل واحد بوصية ثم رجع عن إحدى الوصيتين ولم يبين أيهما تلك حتى مات فللورثة أن يبطل أيهما شاء وتمضي الأخرى، فإن كان الوارث صغيرا فإلى الوصي، فإن لم يكن له وصي فالحاكم.

ولو أوصى بأرض ثم حفرها كرما فهذا رجوع، وإن زرع فيها آسًا فهو رجوع؛ لأن الآس شجر، فإن زرعها رطبة فليس برجوع؛ لأن حفر الكرم وعرش الأشجار

---

(١) أخرجه ابن عساكر (٤٤/٣٦٠).

للاستدامة والاستقرار فيها، ولهذا لو فعل في ملك الغير ينقطع به حق المالك، وأما الزرع لا يكون للاستدامة والاستقرار، ولو أوصى لرجل بدار ثم انكسر بعض أبوابها فعلق عليه بابا سواه أو رم منها شيئًا ينظر إن كان شيئًا يسيرًا فليس برجوع، وإن بنى فيها بيتا فهو رجوع؛ لأنه لو فعله في ملك الغير ينقطع به حق المالك، ولو أوصى أن يعتق نصف عبده ثم قال فذا وصيت بنفسه لفلان فهذا رجوع؛ لأن العتق إزالة الملك والوصية إثبات الملك فكانا في طرفي نقيض، ولو أوصى بأن توهب من فلان ثم أوصى بأن يباع من فلان أو قدم البيع وآخر الهبة فليس برجوع؛ لأن كلاهما عليك ولا مضادة بين التمليكين، ولو قال أعتقوا جاريتي هذه ثم قال ما في بطنها وصية لفلان فهذا رجوع عن العتق. قال محمد: كل وصيتين لا تجتمعان في شيء فالأخيرة رجوع عن الأولى كما إذا أوصى بعتق جارية ثم أوصى بها لرجل أو أوصى بما في بطنها لرجل وهي حامل فهذا رجوع في العتق؛ لأن بين الإثبات والإزالة مضادة، فإذا تحقق الأخيرة انتفت الأولى ضرورة، ولو قال أوصيت بما في بطنها لفلان ثم قال أعتقوا هذه الأمة عني لم يكن رجوعا عن الوصية بالولد؛ لأنه لو قال أعتقوا هذه عني ثم قال قد أوصيت بما في بطنها لفلان لم يكن ذلك رجوعا منه في الوصية بعتقها، فإن ولدت بعد موته قبل أن يعتق فالولد للموصى له، وإن أعتقت قبل أن تضع عتق بعتقها ولا يضمن الوصي فيه؛ لأنه أنفذ ما قال الميت؛ لأن الميت كأنه قال: إذا مت، فإن شئتم فأعتقوها قبل أن تضع وإن شئتم فأعتقوها بعدما تضع. لو قال أوصيت لفلان بألف درهم غلة ثم قال أوصيت له بألف وصح أو أوصيت له بكر تمر دفل ثم قال أوصيت بكرّ من ثمر بستاني كان له الأجود من ذلك؛ لأن الوصية بالأجود والأكثر يكون رجوعا عن الوصية بالأرذل والأدون دلالة، ولو قال أوصيت له بألف درهم من هذا الكيس ثم قال أوصيت له بألف درهم من هذا الكيس الآخر أو بكرٍ من ثمر هذا البستان أو الأكرار من هذا كان وصية منهما جميعًا؛ لأنه لما عين كل واحد منهما وأشار إليه فقد أوصى بكل واحد منهما على حدة وإذا أبهم الأولى ولم يعلن كانت الوصية الثانية إعادة للأولى وإدخال زيادة الوصف فيها؛ لأن المبهم والمنكر يحتمل الإعادة والتكرار فلا تثبت الوصية الثانية بالشك والاحتمال.

ولو قال: أوصيت لفلان بألف درهم ثم قال أشركت هذا معه فلم يقبل المشرك الوصية فللأول خمسمائة؛ لأن إشراك الثاني مع الأول رجوع منه عن الوصية الأولى بخمسمائة.

(**الجامع**) ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة أو قال فهي لفلان كان رجوعا؛ لأنه وصف الوصية بالبطلان ولا يصح هذا الوصف إلا بالرجوع والفسخ فاقتضى هذا فسخ الوصية وإبطالها وقوله فهي لفلان يكون نقلًا وتحويلا لتلك الوصية إلى فلان ولا يصح النقل والتحويل إلا بعد فسخ الوصية للأول.

ولو قال: فهي حرام؛ لأن يكون رجوعا؛ لأن الوصية قد توصف بكونها حراما وحلالا مع قيامها ولا يوصف بكونها باطلة إلا بعد انفساخها.

ولو قال: فهي لِعقب فلان لا يكون رجوعا حتى يموت فلان وترك عَقِبًا؛ لأن الوصية صحيحة لعقب فلان، فإن لم يكن العقب موجودا يوم الوصية كما لو أوصى لولد فلان وليس له ولد يوم الوصية وجدت له ولد يوم موت الموصي صحت الوصية فكذا هذا ومتى صحت الوصية لعقب فلان صح الرجوع عن الوصية الأولى واسم العقب لا يتحقق ولا يطلق إلا بعد موت فلان.

(باب الرجوع عن بعض الوصية)

(**المبسوط**): ولو قال: أوصيت بهذه الألف لفلان، فقد أوصيت لفلان منها بمائة، فليس هذا برجوع، والمائة بينهما نصفان وتسعمائة للأول؛ لأن عطف الوصية الثانية على الأولى في المائة والعطف يقتضي الاشتراك مع المعطوف عليه فيما عطف وإنما عطف في المائة فيوجب الاشتراك بينهما في المائة.

ولو قال: قد أوصيت لفلان وفلان بألف إلا مائة لأحدهما فالمائة لهذا والتسعمائة للأول منهما، وكذلك هذا في الإقرار، وقد مرت في الإقرار.

ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال قد أوصيت لفلان ما أحب قال أضرب له بما أحب من ثلثه، فإن أحب الثلث كله كان الثلث بينهما نصفين، وإن أحب كله إلا درهما ضرب له بالثلث إلا درهما؛ لأنه فوض إلى الأول إرادة الوصية للثاني في

إرادة الأول وأحبه يكون للثاني إلا إذا أراد كله يكون الثلث بينهما كما لو أوصى بالثلث لهذا يكون الثلث بينهما نصفين لما يأتي فكذا هذا.

ولو قال: قد أوصيت لفلان وفلان بألف يعطي منها فلان مائة وفلان مائتين، قال: أعطي لهما ما يسمى لهما وأرد البقية على الورثة وإذا سمى لأحدهما جعلتُ الباقي للآخر؛ لأن الوصية بألف وقعت لهما، فإذا سمى لأحدهما مالًا مقدرا بقي الباقي للآخر وإذا سمى لكل واحد منهما شيئًا مقدرا فقد رجع عما زاد على المسمى فتكون الزيادة للورثة.

ولو قال: ثلث مالي لفلان وفلان لفلان من ذلك مائة وثلث ماله سبعون درهما فالثلث كله لمن سميت له المائة لوصيته مقيدة مقدرة بمائة وهي مقدمة على وصية مرسلة؛ لأنه جعل الفاضل عن الوصية المقدرة للآخر ولم يوجد الفضل.

قال أبو يوسف: لو أوصى لرجلين بألف لفلان منها مائة ولم يبين كم للآخر لفلان مائة وللآخر خمسمائة ويرجع أربعمائة إلى الورثة، ولو كان الثلث أقل من ألف ضرب فيه صاحب المائة بمائة والآخر بخمسمائة؛ لأن الوصية بالألف وقعت لهما فيكون لكل واحد منهما نصفها ثم لما قدر لأحدهما بمائة فقد رجع عن وصيته في أربعمائة فتبقى خمسمائة للآخر.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان ولفلان، لفلان من ذلك ألف درهم وكان الثلث ألفًا أو أقل فالموصى له بألف يضرب بألف ويضرب الآخر بنصف الثلث وليس هذا لقوله: أوصيت لهذين بألف لهذا منها ستمائة؛ لأن وصيتهما وقعت مقيدة بألف فمتى قدر وصية أحدهما بستمائة فقد رجع في مائة وتبقى وصية الآخر تنافي الألف أربعمائة وفي الأول وقعت وصيتهما مرسلة في الثلث فمتى قدر وصية بألف بقيت وصية الآخر بنصف الثلث فضرب كل واحد منهما بقدر حقه في الثلث.

(الجامع) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الرجوع عن الوصية لواحد.

والثاني: في الرجوع عن الوصية لاثنين.

(فصل)

لو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وفلان لفلان خمسون ولفلان مائة وماله ثلاثمائة فالثلث بين اللذين سمى لهما قدرا أثلاثًا ولا شيء للآخر؛ لأنه لما سمى لهما قدرا وسكت عن بيان نصيب الثالث كان هذا بيانا دلالة أن الباقي من الثلث بعد نصيبهما كان للثالث كما في قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ لما بين للأم نصيبًا مقدسًا وهو الثلث كان بيانًا أن الباقي للأب، وكذلك في قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النساء: ١١] كان بيانا دلالة أن الباقي للإخوة فكذلك في الوصية لأنها أخت الميراث وقد أوصى لأحدهما بمائة وللآخرين بخمسين وفي الثلث تضايق فيضرب كل واحد بقدر حقه ولم يبق شيء من الثلث بعد نصيبهما فلا شيء للثالث، ولو كان الثلث ثلاثمائة فالمائة والخمسون الباقية للذي لم يسم له قدرا؛ لأنه أوصى له بما بقي من الثلث بعد نصيبهما.

ولو قال: ثلث مالي لفلان وفلان، لفلان مائة ولفلان خمسون والثلث ثلاثمائة فلكل واحد ما سمى له والباقي بينهما نصفان؛ لأنه أضاف الثلث إليهما سواء فيكون لكل واحد منهما بحكم هذه الإضافة نصف الثلث؛ لأن الكلام للأول يوجب التسوية بينهما إلا أنه فضل أحدهما على الآخر في بعض الثلث بحكم الكلام الثاني؛ لأنه يوجب التفاضل بينهما فقد رجع عما سمى لا فيما بقي فبقي الفاضل عن قدر المسمى بينهما بالسوية، ولو قال لأنه رجع عما سمى ولم يرجع عما بقي أشار إلى التفصيل فيما سمى لا فيما بقي نظيره ولو قال هذه الألف لفلان وفلان لفلان منها أربعمائة ولفلان منها ثلاثمائة موصولا كان الباقي من الألف وهو ثلاثمائة مقسوما بينهما نصفين فكذا هذا.

ولو قال: ثلث مالي لعبد الله وزيد وعمرو ولعمرو منه مائة والثلث كله مائة فهي لعمرو لأنه أضاف الثلث إليهم سواء، ثم بيَّن نصيب عمرو لا غير فكان هذا بيانا من الموصي دلالة أن الباقي لزيد وعبد الله والثابت دلالة كالثابت صريحا، فإن كان الثلث مائة وخمسين فلعمرو مائة وما بقي بين زيد وعبد الله نصفان؛ لأنه أوصى لهما بما بقي من نصيب عمرو وقد تساويا في سبب الاستحقاق وهو الكلام الأول فتساويا في الاستحقاق.

(فصل)

ولو أوصى لهذه الألف لفلان وفلان لفلان منها مائة فهو كما قال لفلان مائة وله تسعمائة، فإن هلك بعضها فالباقي بينهما على عشرة؛ لأن الموصي بالكلام الأول أثبت الشركة بينهما في الألف؛ لأنه أضاف الوصية إليهما على السوية بدليل أنه لو اقتصر عليه كانت الألف بينهما مناصفة فلما قال لفلان منها مائة فقد رجع عن بعض ما أوجبه بالكلام الأول وموصيا له بمائة فتقررت الوصية لهما على عشرة فما هلك يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة.

ولو أوصى لثالث بألف أخرى وثلث ماله ألف كان نصف الألف للثالث ونصفها للأوليين على عشرة لأنه أوصى للفرد بألف بوصية مفردة ولهما بألف بوصية على حدة فكانت الوصية للمفرد مثل وصيتهما فكان حقه مثل حقيهما.

ولو قال: هذه الألف لفلان منها مائة لفلان ولفلان ما بقي كان للأول مائة، فإن هلكت الألف إلا مائة فهي للأول وليس للثاني إلا ما بقي بعد المائة؛ لأن الموصي لم يشرك بينهما في الألف بل أوصى لكل واحد منهما بوصية على حدة أوصى للأول بمائة من الألف وللآخر بما بقي بعد المائة ولم يبق بعد المائة شيء.

ولو أوصى مع ذلك لرجل بألف وثلاثة ألف فليس للأوسط شيء والألف بين الآخرين على أحد عشر سهما عشرة لصاحب الألف وسهم لصاحب المائة؛ لأن الأوسط موصى له بما بقي من الألف بعد الوصايا المسماة المقدرة ولم يبق من الثلث شيء بعد الوصايات المقدرة، فإن الألف الواحدة لا تفي بألف ومائة فبطلت الوصية بالبقية فكان بمنزلة العصبة إذا لم يبق من أصحاب الفرائض شيء لا يكون له شيء.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان، لفلان منه مائة وثلث ماله ألف ويوم القسمة خمسمائة كان للموصى له بالمائة مائة كاملة وللآخر ما بقي بخلاف ما لو قال أوصيت بألف لفلان وفلان لفلان، منها مائة وهلك خمسمائة يقسم الباقي بينهما أعشارا والفرق أن ثمة وصيتهما مضافة إلى مال معلوم مقدر وهي الألف المعينة أو المرسلة فصارت الألف مشتركة بينهما على أعشارها وهنا الوصية مضافة إلى ثلث

مال مرسل والوصية بثلث مال مرسل ينصف إلى ثلث مال يكون للموصى يوم القسمة لا إلى ثلث مال يكون له يوم الوصية حتى لو هلك ماله واستفاد مالًا آخر كان له ثلث ماله المستفاد وثلث ماله يوم القسمة مجهول للحال؛ لأنه قد يزداد على الألف وقد ينتقص فكانت الوصية موقوفة إلى يوم القسمة، فإذا كان ثلث ماله يوم القسمة خمسمائة ظهر أن ذكر المائة عبارة عن الخمس وما بقي عبارة عن أربعة أخماس الثلث فيقسم بينهما أخماسا، ولو أوصى مع ذلك لآخر بثلث ماله والثلث ألف ولم ينتقص فنصف الثلث للآخر ونصفه للأوليين على عشرة واحد لصاحب المائة وتسعة للآخر؛ لأن الموصي جمع بين الأوليين في قضية واحدة وأفرد الثالث بوصية على حدة وكان حق الموصى له المفرد مثل حقيهما، ولو قال: أوصيت لفلان بمائة من ثلث مالي ولفلان بما بقي وأوصيت لفلان بألف والمسألة بحالها فليس لصاحب الباقي شيء والثلث بين الأول والثالث على أحد عشر؛ لأنه موصى له بما بقي من ثلث ماله يوم القسمة ولم يبق من ثلث ماله بعد الوصيتين شيء بل ضاق الثلث عنهما، فإن الثلث الواحد لا يسع لثلث ومائة.

وإذا كان لرجل ثلاثة آلاف كل ألف في كيس بعينه فقال لرجل أوصيت لك بما بقي من هذه فله الألف كلها وصية وهي مؤخرة عن سائر الوصايا حتى لو أوصى بألف أخرى ولآخر لم يكن للأول شيء؛ لأن ما بقي قد يذكر ويراد به الكل كما في المواريث قال عليه السلام: "**ما أبقت الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ**[1] **ذَكَرٍ**"[2] فمعناه

---

(١) قَالَ الْعُلَمَاء: الْمُرَاد بِـ(أَوْلَى رَجُل): أَقْرَب رَجُل، مَأْخُوذ مِن الْوَلْي بِإِسْكَانِ اللَّام عَلَى وَزْن الرَّمْي، وَهُوَ الْقُرْب، وَلَيْسَ الْمُرَاد بِأَوْلَى هُنَا أَحَقَّ، بِخِلَافِ قَوْلهمْ: الرَّجُل أَوْلَى بِمَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حُمِلَ هُنَا عَلَى (أَحَقَّ) لَخَلَى عَن الْفَائِدَة لِأَنَّا لَا نَدْرِي مَنْ هُوَ الْأَحَقّ. شرح النووي على مسلم (ج ٥/ ص٤٩٧).

(٢) أخرجه «البخاري» ١٥٠/٨ (٦٧٣٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥١/٨ (٦٧٣٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٢/٨ (٦٧٣٧) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٣/٨ (٦٧٤٦) قال: حدثنا أمية بن بسطام، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن روح. و«مسلم» ٥٩/٥ (٤١٤٨) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، وهو النرسي، قال: حدثنا وهيب. وفي (٤١٤٩) قال: حدثنا أمية بن =

لأولى رجل ذكر إن كان معه صاحب فرض، وإن لم يكن فله الكل فكذا في الوصية صار كأنه قال: أوصيت لك بما بقي من هذه الألف إن كان معك وصية أخرى وإن لم يكن فلك كل الألف؛ لأن الوصية أخت الميراث[1].

ولو قال: أوصيت بهذه الألف لفلان وفلان لفلان تسعمائة ولفلان ستمائة قسمت الألف بينهما على ثلاثة عشر؛ لأنه لما بين حصة كل واحد منهما والألف الواحدة لا تتسع لهما علم أنه أراد بذلك أن يضرب أحدهما بسبعة والآخر بستة كما في الموارث.

وإن قال: أوصيت بهذه الألف لفلان وفلان، لفلان منها ألف كانت كلها لهذا

=

بسطام العيشي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٤١٥٠) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، وعبد بن حميد، واللفظ لابن رافع، قال: إسحاق: حدثنا، وقال الآخران: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ٥/٦٠ (٤١٥١) قال: وحدثنيه محمد بن العلاء، أبو كريب الهمداني، قال: حدثنا زيد بن حباب، عن يحيى بن أيوب. و«ابن ماجه» (٢٧٤٠) قال: حدثنا العباس بن عبد العظيم العنبري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٨٩٨) قال: حدثنا أحمد بن صالح، ومخلد بن خالد، وهذا حديث مخلد، وهو أشبع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«الترمذي» (٢٠٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن، قال: أخبرنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي (٢٠٩٨م) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٢٩٧) قال: أخبرنا محمد بن معمر البحراني، قال: حدثنا حبان، يعني ابن هلال، قال: حدثنا وهيب، يعني ابن خالد. و«أبو يعلى» (٢٣٧١) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. و«ابن حبان» (٦٠٢٨) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٦٠٢٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. وفي (٦٠٣٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو معمر القطيعي، إسماعيل بن إبراهيم، عن محمد بن حميد المعمري، عن معمر.

أربعتهم: (معمر بن راشد، ووهيب بن خالد، وروح بن القاسم، ويحيى بن أيوب) عن عبد الله بن طاووس، عن أبيه، فذكره.

(١) انظر: الفناري على السراجية ٨٩ وما بعدها.

الأخير، ولو قال: لفلان منها ألف ولفلان ألف ولفلان ألف كانت بينهما؛ لأنه متى بين نصيب كل واحد منهما بألف والألف الواحدة لا تسع الألفين علم أنه أراد بما قال الضرب لا الأجزاء، فإذا وجب حمل الكلام الثاني على الضرب لا على الأجزاء لم يتضمن رجوعا وإذا تبين نصيب أحدهما بألف لا غير فهو يتحقق من الألف أجزاء علم أنه أراد بذلك الأجزاء لا الضرب فيتضمن رجوعًا عن الوصية للأول؛ لأن الألف كلها متى صارت مستغرقة نحو صاحب المسمى بألف لا يبقى للآخر شيء.

(باب الوصية بجزء من ماله أو نصيب أو سهم)

(**المبسوط**): وإن أوصى بجزء من ماله أو نصيب أو بعض أو شقص يعطيه الورثة ما شاؤوا؛ لأنه اسم لشيء مجهول، وإن أوصى بسهم من ماله فله مثل أخس الأنصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة.

وعندهما: ما لم يزد على الثلث.

وذكر في (**الجامع الصغير**): لم يجز النقصان عن السدس وعلى رواية الوصايا يجوز النقصان عن السدس عنده.

وقال الشافعي: يعطيه الورثة ما شاؤوا.

صورته: لو مات الموصي وترك امرأة وابنًا فللموصى له أخسّ سهام الورثة وهو الثمن على رواية الوصايا فيزاد على ثمانية أسهم فيعطى له تسع المال وعلى رواية الجامع الصغير له السدس.

ولو مات وترك امرأة وأخا لأب وأم أو لأب فعنده للموصى له السدس؛ لأنه أخس سهام الربع وهو لا يجوِّز الزيادة على السدس وعندهما له الربع وهو خمس المال.

ولو مات وترك المال ابنين فله السدس عنده وعندهما له ثلث جميع المال، وإن ترك ثلاثة بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما له ربعه حتى يكون نصيبه مثل نصيب أحد البنين لأنا لو أعطينا له ثلث جميع المال يبقى سهمان بين ثلاثة بنين فيصير حق الموصى له زائدا على حق البنين فهذا لا يجوز.

لهما: أن السهم اسم لما يستحقه الورثة؛ لأنه هو المعروف والمعهود بين الناس فأما اختصاص السهم بالسدس غير ثابت في العرف والعادة والعبرة للعرف والعادة لا تغير المعتاد وأقل السهام متيقن وما زاد عليه مشكوك فيه فثبت له المتيقن إلا أن يزيد أقل الأنصباء على الثلث فتعذر تقيد الوصية في الزيادة بدون إجازة الورثة.

له: ما رُوي عن ابن مسعود أنه قال: إن رجلًا أوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس[1]. فهو مذهب ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما، ثم على رواية الوصايا يعطي له أيهما أقل أخس سهام الورثة أو السدس؛ لأن السهم محتمل الأمرين والأقل متيقن والزيادة محتملة فثبت المتيقن وعلى رواية (**الجامع الصغير**) لا ينقص عن السدس اعتبارًا للمنصوص عليه.

ولو أوصى لرجل بالثلث إلا شيئًا أو إلا قليلًا كان له نصف الثلث وبيان الزيادة عليه إلى الورثة؛ لأن الشيء يراد به في مثل هذا القليل يقال كُلْ شيئًا من هذا الطعام ويراد به القليل فكانت هذه وصية بأكثر من نصف الثلث والنصف متيقن والزيادة عليه مجهولة فيكون البيان فيها إلى الورثة، وإن قال: بزهاء هذه الألف أو عظمها أو عامتها أو جلها فله النصف منها وبيان الزيادة إلى الورثة يعطونه ما أرادوا من الزيادة على النصف ويلزمهم البيان وهذا إذا كانت الألف تخرج من الثلث.

(**المنتقى**): ولو أوصى لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف؛ لأن بيت المال بمنزلة الابن فصار كأنه له ابنان فيكون المال بينهما نصفين.

قال أبو يوسف: رجل أوصى لعبده بجزء أو بنصيب من ماله لا يعتق، ولو كان هذا للأجنبي أعطاه الورثة ما شاؤوا، ولو أوصى لعبده بسهم من ماله عتق؛ لأن السهم عبارة عن السدس أو عن أخس سهام الورثة فيكون معلوما فقد ملك شيئًا من نفسه فعتق والجزء والنصيب اسم لشيء مجهول يتناول القليل والكثير فلا يمكن تنفيذ الوصية فيه إلا بإعطاء الورثة وتعيينهم فلم يملك بالوصية شيئًا من نفسه.

---

(١) انظر: الاخْتِيَار ٦٣/٥ - ٦٤، والإنصاف ١٩٥/٧ - ١٩٦، والزرقاني ١٦٩/٨، ومغني الْمُحْتَاج ٤٧/٣.

(باب الوصية بعد الوصية)

(**الجامع الصغير**): ولو أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائة ثم قال لثالث: قد أشركتك فيما أوصيت لهما، فله من كل مائة ثلثها؛ لأن مطلق الشركة يقتضي التسوية وذلك فيما قلناه.

ولو أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائة ثم قال لثالث: قد أشركتك معهما فله من كل مائة نصفها؛ لأن هنا تعذر اعتبار التسوية بينهم على اعتبار الاجتماع لتفاوت وصيتهما في المقدار فوجب اعتبار التسوية بينهم على طريق الانفراد فشركناه في الوصية كل واحد منهما بالتسوية في المقدار بخلاف الأول؛ لأنه أمكن اعتبار التسوية بينهم على الجملة والاجتماع فاعتبرناها.

ولو أوصى لكل واحد بجارية وقيمتهما سواء ثم قال لثالث: قد أشركتك معهما فعندهما له الثلث من كل واحدة منهما؛ لأنه أمكن اعتبار التسوية بينهما على طريق الاجتماع بطريق القيمة لاستوائهما في القيمة فيعطي له من كل واحدة ثلثها لتقع التسوية بينهم على الجملة، وعند أبي حنيفة له النصف بين كل واحدة؛ لأنه لا يمكن اعتبار التسوية بينهم على الاجتماع؛ لأن الجواري مختلفة متفاوتة، وإن كانت قيمتهم متساوية لتفاوتهن في المعاني المخفية غير مستدركة، ولهذا لا يجوز السلم في الحيوان فاعتبرنا التسوية بينهم على الانفراد في كل جارية على حدة فشركنا في كل وصية كل واحد منهما.

ولو قال: سدس مالي لفلان ثم قال ذلك ثانيا فله سدس واحد؛ لأنه ذكر السدس معرفا بالإضافة مرتين والمعرفة إذا كررت كان الثاني عين الأول لا غيره قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٦﴾ [الشرح: ٥، ٦] فالعسر الثاني هو العسر الأول وهو المعهود والمتعارف في موضع الإشهاد وإن قال ثانيا له ثلث مالي فله الثلث؛ لأن الثلث يتضمن السدس ويندرج فيه.

(**المنتقى**): رجل أوصى لرجل بمائة درهم ثم أوصى له بثلث ماله ما كان سوى الدراهم من التركة فللموصى له الثلث من ذلك؛ لأنه لما أوصى بالدراهم أولا علم

أنه أراد بالوصية الثانية الثلث مما سوى الدراهم.

ولو أوصى لرجل بمائة درهم ثم أوصى له ولآخر بألف درهم فلهذا خمسمائة وتدخل المائة فيها؛ لأن كلتا الوصيتين خصتا نوع مال واحد وهو الدراهم فيدخل الأقل في الأكثر كما لو أوصى به بمائة ثم أوصى له بألف فله الألف لا غير وفي الأول الوصية الأولى خصت الدراهم فتقيدت بها والثانية مرسلة مطلقة فانصرفت إلى ما سواها من الأموال.

ولو أوصى لرجل بعبد وأوصى بأن يباع العبد فيعطى ثمنه فلانا، قال أبو يوسف: نصف رقبة العبد للأول ويباع نصفه فيعطى ثمنه الموصى له الثاني أرأيت لو قال: بيعوه ولم يوص بثمنه لأحد لا يكون هذا رجوعا عن الوصية الأولى وهذا الأمر باطل لا يباع فكذا هذا؛ لأنه جمع بين وصيتين إحداهما بالرقبة والأخرى بثمنها وأمكن استيفاؤهما.

ولو أوصى لرجل بثلث ماله وترك ستة دراهم وأوصى لآخر بدرهم أسود من الستة فعلى قياس قول أبي حنيفة الثلث وذلك درهمان بينهما على ستة عشر خمسة للموصى له بالدرهم والباقي للموصى له بالثلث؛ لأنه يجعل كل درهم ستة أجزاء فصار كلاهما ستة عشر فقد أوصى لصاحب الدرهم بثلثي درهم خاصة ولم يشركه فيه الآخر وذلك أربعة أجزاء بقي ثلاثة وذلك جزء وإن اجتمع فيهما وصيتان؛ لأن صاحب الثلث موصى له بكل الثلث وصاحب الدرهم يوصى له بدرهم كامل فيكون بينهما نصفان فصار للموصى له بالدرهم خمسة أجزاء من الدرهم الأسود وواحد منه للموصى له بالثلث وله أيضًا من كل درهم من البيض ثلاثة وذلك جزءان فيكون مجموع ذلك أحد عشر جزءًا وللموصى له بالدراهم خمسة فصار الثلث بينهما على ستة عشر وإن شئت أخذتها من ثمانية وأربعين فاجعل كل درهم ثمانية فصار كل ثمانية وأربعين ثلث ذلك ستة عشر فيقسم الثلث على نحو ما ذكرنا.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي بخراسان لعبد الله وله بخراسان ثلاثة آلاف درهم ثم قال أوصيت لعبد الله ولفلان بثلث مالي وله بالعراق ثلاثة آلاف أيضًا فلعبد الله

ثلث ماله بخراسان وذلك ألف ونصف ثلث ماله بالعراق وذلك خمسمائة ولفلان نصف الثلث من ماله كله وذلك ألف فيقسم ثلث جميع ماله وذلك ألفان بينهما على خمسة أسهم لعبد الله ثلاثة أخماسه ولفلان خمساه.

ولو كان له ثلاثة أعبد بخراسان وثلاثة أعبد بالعراق قيمة كل واحد ستمائة فثلاثة أخماس الثلث لعبد الله ثلثا ذلك في العبيد الخراسانية وثلث في العبيد العراقية ولفلان خمسا الثلث في كل فريق نصفه. رجل له كيسان في كل واحد منهما مائة وخمسون درهما وأوصى لرجل بثلث ما في هذا الكيس وأوصى لآخر بثلث ما في هذا الكيس فضاع من أحد الكيسين مائة ومن الآخر خمسون فالثلث بينهما نصفان؛ لأن وصية كل واحد منهما معتبر من ثلث جميع المال من ثلث كل كيس بعينه؛ لأن تقييد الوصية ثم بثلث هذا الكيس لا يفيد فصار كأنه أوصى لكل واحد ثلث هذه الدراهم.

ولو أوصى بثلثين من هذا الغنم لرجل وهي مائة فضاعت الغنم إلا ثلثين أو أوصى له بثلث هذه الدار فاستحق ثلثاها فالباقي كله له إذا كان يخرج من الثلث؛ لأنه أمكن تنفيذ الوصية في الباقي.

(باب ما يبطل الوصية وما لا يبطلها)

(**الجامع الصغير**): رجل له ثلاثة أثواب: جيد ووسط ورديء، فأوصى لكل واحد بثوب معين، فهلك واحد ولا يدري الهالك بطلت الوصايا؛ لأن الموصى له صار مجهولًا لا يدري من هو، وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية، كما لو أوصى لأحد هذين الرجلين بكذا، وإن اصطلحوا جاز، وإن سلم الورثة الثوبين جاز أيضًا، ويكون لصاحب الجيد ثلثا الجيد منهما؛ لأنه لاحق له في الرديء بيقين ولصاحب الرديء ثلثا الرديء بينهما؛ لأنه لا حق له في الجيد بيقين ولصاحب الرديء الأوسط ثلث هذا وثلث ذلك؛ لأن حقه دائر فيهما.

(**المنتقى**): ولو جن الموصى جنونًا مطبقًا أو صار معتوها بطلت وصيته لأنها بمنزلة الوكالة، لأنها استنابة واستخلاف كالوكالة وقد صار في حال لا يجوز إنشاؤه

وهي غير لازمة فبطلت وصيته قيل كل وصية لا يصح الرجوع عنها فجنونه لا يبطلها لأنها لا تحتمل الانتقاض وما يصح الرجوع عنها يبطلها لأنها غير لازمة وإغماؤه لا يبطل الوصية كما في الوكالة.

ولو أوصى لرجل ثم استثنى جميع ما أوصى به فالاستثناء باطل وله جميع ما أوصى به بمنزلة الإقرار عندهما.

وقال محمد: الاستثناء جائز والوصية باطلة؛ لأن الاستثناء كان منه رجوعا عنها.

لهما: أن الاستثناء ليس برجوع صريحا ولا دلالة؛ لأن الموصى قد قصد بالوصية صحتها واعتبارها لا إبطالها وإهدارها؛ لأنه قصد بها نيل الثواب ودفع العقاب وابتغاء مرضات الله تعالى فيحتال لصحتها ما أمكن فأبطلنا الاستثناء تصحيحًا لهما كما في الإقرار.

(الزيادات) أصله: أن الموصى به شيء تغير قبل موت الموصي ينظر إن تغير تغيرا يوجب بطلان الاسم الذي وقعت به الوصية وحدوث معنى لم يكن وقت الوصية تبطل الوصية؛ لأنه يصير جنسًا آخر غير ما تناولته الوصية وتعلق به حق الورثة فيمنع تعلق حق الموصى له ولأن حق الموصى له؛ لم يتعلق بتلك الزيادة ولا يمكن تنفيذ الوصية والأصل بدون تلك الزيادة فبطلت الوصية ضرورة وإن لم تتغير عن حالته اسمًا ومعنى فالوصية ماضية وإذا أوصى بالكفري فصار بُسرا أو رطبًا قبل موته تبطل الوصية؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى وصار جنسًا آخر، ولهذا تبطل الوكالة وينقطع حق المغصوب منه.

ولو أوصى برطب فصار تمرًا لا تبطل الوصية استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الاسم قد تبدل بدليل أنه إذا حلف أن لا يأكل رطبًا فأكل تمرًا لا يحنث. وجه الاستحسان: أن الاسم إن تبدل ولكن لم يتبدل المعنى، فإن المنافع والمقاصد المطلوبة منها متحد ولكن بالجفاف فات عنه وصف الرطوبة، ولهذا لا يتبدل الجنس ولا يتغير الذات كما لو أوصى بحَمَل فصار كبشًا أو بصغير فصار كبيرا ولا يتعلق حق الموصى له بشيء لم يكن متعلقا به بل يبقى متعلقا ببعض ما كان متعلقا به.

ولو أوصى بعنب فصار زبيبًا بطلت بخلاف الرطب إذا صار تمرًا والفرق أن

العنب لا يصير زبيبًا إلا بصنع العبد، فإنه إذا ترك على الشجر يفسد، ولهذا لو غصب عنبًا فجعله زبيبًا ينقطع حق المالك فصار صنعه دليل الرجوع عن الوصية فأما الرطب، فإنه يصير تمرًا بلا صنع أحد، ولهذا لو غصب رطبا فصار تمرا لا ينقطع حق المالك فلم يوجد دليل الرجوع فيه وهو الصنع فيه، ولو كان هذا بعد موت الموصي لا تبطل الوصية؛ لأن التغير حصل على ملك الموصى له أو حقه ولو أوصى بكفري فلم يقبضه بعد موت الموصي حتى صار رطبا لا يتصدق بشيء؛ لأن قبل القسمة التركة مبقاة على حكم ملك الميت، ولهذا لو ظهر دين أو وصية تنفذ منها فالزيادة حدثت من ملك الموصي والموصي كان راضيًا بوجود الزيادة فيه للموصى له فلم يتمكن فيه حنث، ألا ترى لو حصلت الزيادة في الثلث شارك الورثة الموصى له في الزيادة ويطيب للورثة مع أن الأصل ملك الموصى له فالموصى له أولى أن يطيب له.

(باب الوصية بالمال تنقص أو تزيد بعد موت الموصي)

(**المبسوط**): أصله: أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت حتى إن الزوائد الحادثة قبل القسمة تعد من مال الميت حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه لقيام حاجة الميت وعدم استغنائه عنه، وصار كالزوائد الحادثة من المبيع والمهر قبل القبض حادثة على ملك المملك حتى يصير لها حصة من الثمن بالقبض؛ لأن الأصل مبقي على حكم ملك المملك فكذا هذا.

ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: في الزيادة.

والثاني: في النقصان.

(فصل)

الزيادة الحادثة من الموصى به كالولد والكسب والغلة والأرش بعد موت الموصي قبل قبول الموصى له الوصية تصير موصى بها حتى تعتبر من الثلث، لأنها حدثت بعد انعقاد سبب الملك للموصى له في الأصل، فإذا قيل يستند الملك فيه

إلى وقت الموت فدخلت الزيادة تحت الوصية كالمبيعة إذا ولدت في مدة الخيار فأجاز من له الخيار البيع تصير الزيادة مبيعة حتى يصير لها حصة من الثمن.

ولو حدثت الزيادة بعد قبول الموصى له قبل القسمة ذكر القدوري: أنها لا تصير موصى بها حتى كان للموصى له من جميع المال، لأنها حدثت على ملك الموصى له؛ لأنه ملك الرقبة والتصرف فيهما جميعًا فصار كالزيادة الحادثة من المبيعة بعد القبض.

وقال مشايخنا: تصير موصى بها حتى يعتبر خروجه من الثلث، لأنها حدثت قبل تأكد الملك في الأصل؛ لأن ملكه لم يتأكد ولم يتقرر بعد، فإنه لو هلك ثلث التركة وصارت الجارية بحال لا يخرج من ثلث ماله تكون له الجارية بقدر ثلث الباقي فصار كالزيادة الممهورة الحادثة قبل القبض يكون مهرا حتى ينتصف بالطلاق قبل الدخول وقد ملك الرقبة والتصرف جميعًا؛ لأن ملكها غير متأكد قبل القبض حتى لو هلكت يهلك على الزوج لا عليها، فإن كانت الجارية والزيادة يخرجان من الثلث يعطى كله للموصى له.

وإن كانا لا يخرجان من الثلث فعند أبي حنيفة يعطي له الجارية أولا من الثلث، فإن فضل من الثلث شيء يعطى له من الزيادة بقدر ما فضل وعندهما يعطي له الثلث منهما بالحصص.

لهما: أن الزيادة متى ورد عليها قبض فإنها تصير موصًى بها حكمًا والتحقت بأصل العقد وصارت كالموجود كذا العقد فيعتبر الأصل مع الزيادة من الثلث كالزيادة المتصلة.

له: أن الزيادة صارت موصى بها تبعا للأصل لا مقصودًا لأنها ملكت بملك الأصل لا بالعقد السابق مقصودًا؛ لأن العقد لم يرد عليها فلا يجوز أن يبطل شيء من حكم العقد في الأصل باعتبار البيع فيما يتضرر به أحد المتعاقدين من غير ضرورة وفي انقسام الثلث عليهما ضرر على الموصى له؛ لأنه لا يسلم له بعض الجارية فالشركة في الأشخاص يعد عيبا خصوصا في الجواري فيعتبر الحكم في الأصل على وجه يتضرر به صاحبه ولا يعتبر الانقسام عليهما وفي الزيادة المتصلة

ضرورة؛ لأنه لا يمكن تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة فنفذنا الوصية فيهما من الثلث للضرورة وهنا أمكن تنفيذ الوصية في الأصل دون الزيادة لأنها ممتازة عن الأصل فلا يقسم الثلث عليهما كي لا يؤدي إلى تشقيص الأصل فيتضرر به الموصى له. رجل له أمة قيمتها ثلاثمائة ولا مال له غيرها فأوصى بها لرجل ثم مات فباعها الوارث بغير محضر من الموصى له فولدت في يد المشتري ولدًا قيمته ثلاثمائة درهم ثم جاء الموصى له فلم يجز البيع سلم للمشتري ثلثا الجارية وثلثا الولد وللموصى له ثلث الجارية وتسع الولد ويرد التسعان إلى الورثة؛ لأن البيع قد نفذ في حصة الورثة وهي ثلثي الجارية ولم ينفذ في حصة الموصى له وبقي ثلثها وتسلم له ثلث الجارية ويكون ثلثا الولد حدث على ملك المشتري لأنها حدثت بعد نفاذ البيع وتأكّد ملكه، وثلثه حدث على حكم ملك الميت فيكون ذلك من مال الميت؛ لأنها حدثت قبل القسمة والقبض فصار مال الميت يوم القسمة الجارية وثلث الولد وقيمة ذلك أربعمائة فيكون للموصى له ثلث ذلك وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلاثمائة ثلث الجارية وثلاثة وثلاثون تسع الولد فاجعل كل مائة منها ثلاثة أسهم فصار ثلاثمائة وهي قيمة الولد تسعة أسهم ستة أتساعه للمشتري وتسعاه للورثة وتسعه للموصى له وكذلك لو ازدادت الجارية في بدنها فصارت قيمتها ستمائة فثلثاها للمشتري وثلثا ثلثها للموصى له وثلث ثلثها للورثة؛ لأن مال الميت أربعمائة؛ لأن البيع نافذ في ثلثي الجارية فحدث ثلثا الزيادة على ملك المشتري فبقي بمال الميت الجارية قيمتها ثلاثمائة وثلث الزيادة قيمته مائة فصار مال الميت أربعمائة فيكون ثلثها للموصى له وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلاثمائة أصل من الجارية وثلاثة وثلاثون من الزيادة؛ لأن قيمة ثلث الجارية مائتان فيكون ثلثاها مائة وثلاثة وثلاثين وثلث وثلث ثلثها للورثة ستة وثلاثون وثلث.

(**المنتقى**): رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه وقد ألحقنا الأولاد بالأمهات بعد موته فللورثة أن يعطوه شاة بدون ولدها، وإن قال: شاة من غنمي هذه أعطوه معها ولدها وما حلب من لبنها وجزّ من صوفها إن كان قائمًا وما كان مستهلكا من ذلك فلا يضمنونه؛ لأن الوصية تناولت شاة من قطيع معين فيدخل زوائدها تحت الوصية وفي الأول تناولت شاة منكرة مطلقة ولا تدخل الزوائد تحت الوصية.

وكذلك لو أوصى بنخلة ولم يقل من نخلي هذه يعطونه نخلة دون ثمرتها، وإن قال: من نخلي هذه وقد أثمرت بعد موته فللموصى له الثمرة مصرومة كانت أو غير مصرومة، ولو أوصى بإحدى هاتين الأمتين فولدت إحداهما أعطاه الورثة أيهما شاؤوا ويبيعها ولدها.

ولو قال: أوصيت بجارية من جواري هؤلاء أو قال بشاة من غنمي هذه يتبعها أولادها الجارية بعد موت الموصي لا الحادثة قبل موته؛ لأن الوصية إيجاب تمليك بعد الموت وبعد الموت الإيجاب لا يتناول الزوائد الحادثة قبل الموت، فإن هلكت الأمهات إلا واحدة بعد موت الموصي كان حقه في هذه الواحدة، وإن لم يبق شيء من الأمهات دفعوا إليه أي الأولاد شاؤوا وأي ثمر النخل الحادث بعد موت الموصي شاء؛ لأن الزوائد ولدت من أصل تناوله إيجاب الوصية وقد أوجب الوصية في الأصل بأبعاضها وأجزائها.

(باب الوصية بالرقبة لرجل وبالخدمة أو بالثمرة لآخر)

(**المبسوط**): ولو أوصى بخدمة عبده سنة لرجل والعبد يخرج من الثلث خدمة سنة، وإن لم يخرج من ثلثه خدم الورثة يومين وله يوما حتى يستكمل السنة؛ لأن الوصية بالمنفعة كالوصية بالرقبة؛ لأن المنفعة مال كالعين فصار كالمريض إذا أجل دينا له يعتبر الأجل من الثلث؛ لأن الأجل بمعنى المال والمنفعة أولى.

وإن أوصى بخدمة عبده سنة معينة وهي سنة كذا فمضت تلك السنة قبل موت الموصي بطلت الوصية؛ لأن الموصى به وهي منافع العبد في تلك السنة قد هلكت بمضيها فصار كما لو هلك العبد الموصى برقبته قبل موت الموصي بطلت الوصية فكذا هذا.

وإن مات الموصي بعد مضي تلك السنة يستخدمه فيما بقي؛ لأنه هلك بعض الموصى به وبقي البعض، وإن مات قبل مضيها يستخدمه السنة كلها إن كان يخرج العبد من الثلث، وإن لم يخرج يخدمه يوما والورثة يومين في تلك السنة.

ولو أوصى بسكنى داره سنة، فإن كان خرج من الثلث يسكنها سنة، وإن لم

يخرج واحتملت القسمة سكن ثلثها والورثة ثلثيها إلا أن يتهايؤوا؛ لأنه مهما أمكن قسمة الدار بالسكنى لا يصار إلى قسمة السكنى بالتهايؤ لما فيه من زوال يد كل واحد منهما عن الدار في الآخر فوجب قسمة غير الدار حتى لا تزول يد الموصى له عما أوصى له به في وقت ما.

ولو أوصى بغلة داره أو بعبده سنة ولا مال له سواه كان له غلة ملك السنة كما بينا، ولو كان له ثلاثة أعبد وأوصى برقبة أحدهم لرجل وقيمته ثلاثمائة وبخدمة الثاني لآخر وقيمته خمسمائة وقيمة الثالث ألف جاز لكل واحد ثلاثة أرباع وصيته يعطي لصاحب الرقبة ثلاثة أرباعها ويخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام وللورثة يوما؛ لأن الوصايا جاوزت الثلث؛ لأن ثلث المال ستمائة والوصايا كانت ثمانمائة وكان ثلث المال ثلاثة أرباع الوصايا.

ولو مات العبد الذي يخدم كان العبد الموصى برقبته لصاحب الرقبة كله؛ لأن وصية صاحب الخدمة بطلت بموت الموصى به وبقيت وصية صاحب الرقبة وتلك الرقبة تخرج من ثلث مال الميت، وكذلك لو مات العبد الموصى برقبته يسلم لصاحب الخدمة جميع خدمة العبد، وكذلك لو أوصى بثلث كل واحد لرجل وقيمتهم سواء وبخدمة أحدهم لرجل كان الثلث بينهم على خمسة؛ لأن حق الموصى له بالخدمة مقدم على حق صاحب الرقبة؛ لأنه ما لم يفرغ عن خدمته لا يسلم لصاحب الرقبة فكانت الوصية بالرقبة مؤخرة عن الوصية بالخدمة ولا يضرب صاحب الرقبة بالعبد الموصى بالخدمة فكان حق صاحب الرقبة في ثلث رقبتين من كل رقبة ثلثها وذلك سهمان وحق صاحب الخدمة في رقبة كاملة وذلك أسهم فيقسم الثلث بينهما على خمسة.

ولو أوصى بثلث ماله لرجل وبخدمة أحدهم لآخر تضاربا وكان لصاحب الخدمة نصف العبد الموصى بخدمته ولصاحب الثلث نصف عند ثلث ذلك النصف في كل عبد؛ لأنه أوصى له بثلث كل رقبة وبثلث منافع كل رقبة؛ لأن المنفعة مال كالرقبة وقد أوصى له بثلث المال واسم المال يتناول المنفعة فقد اجتمع فيه وصيتان وصية بجميع الخدمة ووصية بثلث الخدمة للموصى له بالثلث

فيستحق الضرب بالثلث والآخر يستحق الضرب بالكل. نظيره لو كان له ثلاثة أعبد قيمتهم سواء فأوصى بثلث ماله لإنسان وتعبد بعينه لآخر على ما يأتي بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة أوصى له بثلث الرقاب واسم الرقبة لا يتناول الخدمة والمنفعة؛ لأن الرقبة اسم عين واسم العين لا يتناول المنفعة فكان ذلك وصية له بثلث الرقبة بلا منفعة وبالمنفعة لآخر فلا يستحق الضرب في تلك الرقبة في الحال.

(فصل)

ولو أوصى بخدمته له وبرقبته لآخر وهو ثلث ماله خدمه ما دام حيا، فإن مات كان لصاحب الرقبة؛ لأن الوصية بالرقبة مفيدة لأنها نافعة ناعمة للموصى له في الجملة؛ لأنه تعود منفعته إليه متى مات صاحب الخدمة أو كانت أمة فولدت فولدها لصاحب الرقبة، وكذلك الغلة والكسب له ولما كانت نافعة مفيدة وقعت صحيحة.

ولو أوصى بدابة لرجل وبظهرها لآخر ركوبها وغلتها فهي مثل العبد؛ لأنه أوصى بالرقبة لأحدهما وبالمنفعة لآخر، وإن أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلته لآخر خدمة شهرا وأغله الآخر شهرا هكذا إلى أن تمضي مدة الخدمة؛ لأنه أوصى لأحدهما بالمنفعة وللآخر ببدل المنفعة فصار كأنه أوصى لكل واحد بجميع الرقبة ثم جعل التهايؤ هنا شهورا لا بالأيام؛ لأن العبد في الغالب لا يستأجر كل يوم وإنما يستأجر شهرا وليس للموصى له بالسكنى أو بالخدمة أن يؤجر الدار والعبد خلافًا للشافعي بناء على أن من ملك المنفعة بغير بدل لا يملك تمليكها ببدل إلا بإذن مالك العين وعنده يملك كما في المستعير.

ولو كان الموصي بالكوفة ومات فليس للموصى له بالخدمة أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون أهله في غيرها فيخرجه إلى أهله فيخدمه هناك؛ لأن في الإخراج ضررًا بالورثة؛ لأن العبد ملكهم وصيانة ملكهم وحفظه إليهم وكذا ضرر بالعبد؛ لأن الخدمة في السفر أشق على العبد وأضر به من الخدمة في الحضر والموصي لا يريد زيادة ضرر بالورثة وبعبده من غير فائدة فتقيدت الوصية بالوطن عرفا والموصى له لا يملك استخدامه إلا في وطنه وعند أهله فيكون الموصى في هذه الحالة إذنا له بالإخراج دلالة.

وإن كان العبد لا يخرج من الثلث لا يكون له ولاية الإخراج؛ لأنه لا حق له في كل العبد ولا يجوز قسمة صاحب الغلة مع الورثة، فإن اقتسموا ما غل بعضها اشتركوا فيه إن لم يكن له مال سوى النخيل؛ لأن رقبة النخيل والبستان ملك الورثة لا شركة لصاحب الغلة فيها ومحل القسمة محل مشترك فكانت قسمة النخيل والبستان باطلة وكذا الغلة لأنها معدومة ولو صالح صاحب الغلة أو الخدمة أو السكنى مع الورثة على شيء آخر جاز وبطلت وصيته؛ لأن الصلح عن الحقوق جائز، وإن كان لا يجوز بيعها؛ لأنه إسقاط حقه بعوض.

ولو اشترى الموصى له الرقبة من الورثة جاز وبطلت وصيته؛ لأنه ملك الموصى به بالشراء، ولو جنى العبد فالفداء على المخدوم؛ لأن المقصود من ملك الرقبة المنفعة والموصى له بالرقبة لا ينتفع بملك الرقبة ما دامت الوصية بالخدمة قائمة وكان ملك الرقبة قائمًا صورة فائتا معنى والمنفعة سالمة لصاحب الخدمة فكان الملك ثابتًا له معنى مخاطب له بالفداء للحال، فإن مات رجع ورثته بالفداء على صاحب الرقبة؛ لأن المنفعة صارت له بموت صاحب الخدمة وهو كان مضطرا إلى الفداء لإحياء حقه في الخدمة والجناية كانت متعلقة برقبة العبد والرقبة صارت سالمة لصاحب الرقبة عملا رقبة ومنفعة وتصرفًا ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه كان له الرجوع فيما قضى، وإن أبى صاحب الرقبة الفداء بيع العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عنقه؛ لأنه بالإباء صار مختارا للدفع وراضيا به والرضاء بالدفع منه يكون رضاء بإزالة العبد عن ملكه فيجوز إزالته بالبيع، ولو أبى المخدوم أن يفدي فدى صاحب الرقبة أو دفع وبطلت وصية المخدوم؛ لأن صاحب الرقبة لا يملك الدفع إلا برضاء المخدوم؛ لأن في الدفع بطلان حقه فيقال لصاحب الخدمة افده، فإذا أبى الفداء مع علمه أنه لو لم يفده يدفعه صاحب الرقبة أو يفديه صار راضيا بإبطال وصيته فملك دفعه وإذا دفع استحق عليه العبد ومتى فداه استحق بيعه بالدين فتبطل الوصية.

ولو جنى على الخادم جناية لا تنقص الخدمة كان الأرش لصاحب الرقبة، وكذلك مات وهب للخادم أو تكسبه؛ لأنه بدل بعض الرقبة والرقبة له وحق صاحب الخدمة باقٍ بكماله فلا حق له في بدله.

ولو نقصت الخدمة يشتري بالأرش خادم يخدمه، فإن لم يبلغ ثمن خادم بيع الأول وضم ثمنه إلى الأرش فيُشترى به خادم توفيرًا أو تكميلا لحقه.

ولو اصطلحا في الأرش أن يقتسماه جاز كما يجوز للموصى له بالخدمة أن يصالح الورثة بها على مال؛ لأن الاعتياض عن إسقاط الحقوق جائز إن كان لا يجوز تمليكها كالاعتياض عن حق الشرب والمرور، وإن كان لا يجوز تمليكه؛ لأنه اعتياض عن إسقاط الحق فكذا هذا.

ولو قتل الخادم عمدًا لم يقتل القاتل ما لم يجتمعا لما مر في الديات، وإن اختلفا ضمن القاتل قيمته يشتري بها آخر؛ لأن من له القصاص مالك الرقبة وقد صار ممنوعا من استيفاء القصاص بحق صاحب الخدمة؛ لأن في استيفاء القصاص بطلان حقه فتجب الدية له.

ولو أوصى بخدمة عبده لرجل وبرقبته لآخر ولا مال له غيره فأعتقه صاحب الرقبة وهو موسر يغرم قيمته فيشتري بها عبدًا فيخدم للورثة يومين وللموصى له بالخدمة يومًا، فإذا مات صاحب الخدمة صار ثلث العبد المشترك لصاحب الرقبة وثلثاه للورثة.

وإن كان المعتق معسرا ضمن حصته على كل حال وهي ثلث قيمة العبد ويسعى العبد في ثلثي رقبته للورثة ويشتري بذلك عبدًا يخدم الورثة والموصى له بالخدمة حتى ينقضي حق الخدمة ثم العبد يكون بين الورثة وصاحب الرقبة أثلاثًا. رجل له عبدان قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة ولا مال له غيرهما وأوصى بخدمة أحدهما بعينه لرجل سنة ثم يعتق العبد بعد السنة وأوصى بخدمة الآخر سنتين لآخر، فإنه يخدم كل واحد من العبدين صاحب الوصية يوما وللورثة يومين ثلاث سنين، فإذا مضت ثلاث سنين من يوم مات الموصي يعتق العبد الموصى بخدمته سنة وسقط عنه ثلث قيمته مائة ويسعى في مائتين؛ لأنه موصى له بالعتق؛ لأن ثلث ماله جميع المال وذلك مائتان بينه وبين الموصى له بالعتق؛ لأن ثلث جميع المال وذلك مائتان بينه وبين الموصى له بخدمة العبد الآخر نصفين للمعتق نصفه مائة، فإن لم تخرج السعاية يخدم العبد الآخر للورثة أربعة أيام وللموصى له يوما وإذا خرجت السعاية

مائتين خدم العبد الآخر للورثة يومين وللموصى له يوما، وإن خرج من السعاية مائة يخدم للورثة أحد عشر يوما وللموصى له أربعة أيام؛ لأن للموصى له خمس أربعمائة في العبد؛ لأن حقه في نصف الثلث وذلك سهم من ستة وللورثة أربعة ومال الميت هاهنا العبد ثلاثمائة والسعاية مائة فخمس ذلك ثمانون يضرب بذلك صاحب الخدمة في العبد ويضرب الورثة بثمانين وعشرين فاجعل كل عشرين سهما فتصير ثلاثمائة خمسة عشر سهما.

ابن سماعة عن محمد: أوصى لرجل بأمة ولآخر بما في بطنها ثم مات فباع صاحبُ الأمةِ، فإن أجاز صاحب الولد البيع جاز ولا شيء له من الثمن؛ لأن الولد قد خرج من ملك صاحبه بالإجازة قبل الولادة ولم يقابله شيء من الثمن؛ لأنه لم يرد عليه البيع؛ لأنه ليس بمحل للبيع، فإن ولدت قبل أن يقبضها المشتري لم يجز البيع أبدًا؛ لأن البيع وقع ولا حصة للولد من الثمن فلا يجوز أن يصير له بعد ذلك حصة من الثمن إذا ولدته قبل القبض ولا بد أن يكون له حصة من الثمن؛ لأنه يصير مبيعا متى ورد عليه القبض وقد امتنع ذلك فبطل البيع. رجل أوصى لرجل بشاة ولآخر برجلها، قال أبو حنيفة: إذا خرجت من الثلث فهي لصاحب الشاة ولا شيء لصاحب الرجل؛ لأن اسم الشاة يتناول الأبعاض كلها، وإن أوصى مع ذلك بيدها لآخر وبالإهاب لآخر قال تذبح الشاة ويعطي صاحب اليد يدا والآخر رجلًا والآخر إهابا والباقي لصاحب الشاة، ولو أوصى لرجل بدار ولآخر بجذع من جذوعها أو بآجُرٍّ منها وهو يخرج من الثلث فكان إذا هدم يضر بالموصى له بالدار، يسلم ذلك لصاحب الدار ويضمن قيمة ذلك الآخر؛ لأن في هدم البناء ضررًا بصاحب الدار وفي قطع حق الآخر عن غير الموصى به إلى قيمته أقل ضررا فيتحمل أدنى الضررين لدفع أعلاهما بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه ليس في ذبح الشاة ضرر لصاحب الشاة فيذبح ليصل كل ذي حق إلى حقه.

(**الزيادات**): لو قال أوصيت بالعبد لفلان وبخدمته لفلان وبالدار لفلان والبناء لفلان أو بالبستان لفلان وبثمرته لفلان أو بالقوصرة لفلان وبالثمر لفلان أو بالجارية لفلان وبالولد لفلان، وكذلك الخاتم مع الفص كان لكل واحد ما أوصى له به إذا

قاله موصولا، فإن فصل فالدار والجارية والقوصرة والخاتم للموصى له بها والبناء والثمر والولد والفص بينهما نصفان؛ لأن اسم الدار والجارية والقوصرة والخاتم اسم عام يتناول ما هو من أجزائها ومظروف فيها فكان إفراد المبيع والجزء والظروف بالوصية تخصيصا للعام وتخصيص العام يصح موصولا لا مفصولا، فإذا فصل لم يكن تخصيصا عن عموم الإيجاب الأول فبقي عموم الإيجاب الأول وصح الإيجاب الثاني أيضًا؛ لأنه ليس من ضرورة إيجاب الوصية للثاني الرجوع عن إيجاب الوصية للأول فوقع التعارض بين الإيجابين في هذه الأشياء الأربعة فيثبت التساوي بينهما في الاستحقاق كما لو أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو صح فيكون بينهما إلا في الخدمة والثمرة فكلها للثاني، وكذلك الدار والسكنى والعبد والغلة؛ لأن اسم الدار لا يتناول السكنى واسم البستان لا يتناول الثمرة واسم العبد لا يتناول غلته وخدمته وإنما يملكها صاحب الأصل بملك الرقبة لا بالوصية، وإنما يملكها بملك الرقبة إذا كانت فارغة عارية عن حق الغير، فإذا أوجب فيها وصية للغير كانت للموصى له؛ لأنه لا تعارض في الإيجاب فيها بل أفردها بالإيجاب والتمليك.

(باب الوصية بالنفقة)

(**المبسوط**): ولو أوصى بأن ينفق على رجل كل شهر أربعة دراهم من عرض ماله، وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال له سوى البستان، فإن الثلث بينهما نصفان؛ لأن الوصية بالنفقة بمنزلة الوصية بجميع المال؛ لأنه يصير جميع الغلة ممنوعا عن الورثة حتى يموت الموصى له بالنفقة، فكان كل واحد منهما موصى له بجميع البستان فيجوز بقدر الثلث فيكون الثلث بينهما لاستواء حقيهما فيباع سدس البستان ويوضع ثمنه على يد ثقة وينفق على الموصى له بالأربعة كل شهر أربعة؛ لأنه موصى له بالنفقة من عرض ماله حتى ينفذ ذلك، فإن ماتا وقد بقي شيء من ذلك يرد على الورثة، فإذا ماتا قبل الاتفاق فقد ماتا قبل تنفيذ الوصية فبطلت وسدس البستان ويترك ذلك وينفق من غلته على الموصى له بالخمسة كل شهر خمسة دراهم.

ولو قال: على فلان أربعة وعلى رجلين خمسة كان لهما السدس وللفرد السدس لأنهما وصيتان كل واحدة بجميع المال؛ لأن الاتفاق ربما يأتي على جميع المال فقد استويا في الوصية فيستويان في الاستحقاق.

ولو أوصى بأن يؤاجر أرضه من فلان عشر سنين كل سنة بمائة وآخر مثلها مائتان جاز له من الثلث كما في البيع؛ لأن الإجارة بمعنى البيع لأنها تمليك المنفعة كالبيع تمليك الرقبة.

ولو أوصى بأن تباع داره من رجل بألف، وأن يقرض لرجل ألف درهم سنة واستهلك الورثة ألفين سوى الدار فبيعت بألف وهي تساويها فهي لصاحب العرض سنة ثم هي للورثة؛ لأن الورثة استوفوا نصيبهم باستهلاك ألفين فبقيت الدار للموصى له بها فيباع من الموصى له بالبيع أولا بألف ثم يؤخذ منه الألف ويقرض الموصى له الآخر والتأجيل في القرض صحيح حالة الحياة لكنه غير لازم حتى يملك المقرض إبطاله ويأخذ ماله؛ لأنه وعد أن يترك المال في يده لينتفع به زمانا فكان له أن يرجع؛ لأنه وعد تمليك المال في أزمنة فله أن لا يملك، والتأجيل بعد الموت صحيح لازم ضرورة؛ لأن الميت لا يقدر على إبطاله والورثة ليس لهم حق الإبطال؛ لأنه لم يثبت حقهم في القرض حتى يتصرفوا فيه بإبطال التأجيل فلزم، ولهذا إذا كان وصى بخدمة عبده سنة يصح، وإن كانت هذه إعارة والإعارة غير لازمة حالة الحياة ولكنها صارت لازمة بعد الممات فكذا هذا.

ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم وثلث ماله لآخر وهو كل ماله ولم يجز الورثة كان ثلث العبد بينهما نصفين عند أبي حنيفة، وعندهما على أربعة؛ ثلاثة لصاحب الدرهم وشهر لآخر، وهذا بناء على أن الوصية بغلة عبده كل شهر بدرهم وصية بكل الغلة؛ لأن الوصية ربما تستغرق كل الغلة، ثم عند أبي حنيفة الموصى له بأكثر من الثلث لا يستحق الضرب إلا بالثلث والآخر كذلك فيقسم الثلث بينهما نصفان لكل واحد سدس من الكل فيستغل العبد في كل ستة أيام يوما وعندهما الموصى له بأكثر من الثلث يستحق الضرب بالكل يضرب الموصى له بالغلة بثلاثة أسهم والموصى له بالثلث سهم فيقسم الثلث بينهما أرباعا.

(**الجامع**) أصله: أن الوصية بالنفقة كل شهر مالًا مقدرا بمنزلة الوصية بجميع المال معنى؛ لأن الوصية بالنفقة ربما تستغرق جميع مال الموصي بأن عاش الموصى له مدة مديدة أو ربما يهلك ويتوي شيئًا من المال فيصير الباقي مستغرقا بالنفقة إلا إذا كانت الوصية بالنفقة مقدرة بالثلث كانت بمنزلة الوصية بثلث ماله ولا ينفذ الزيادة على الثلث ثم المسائل على قسمين: **أحدهما**: إذا كانت الوصية بالنفقة مطلقة عن الثلث والثاني إذا كانت مقيدة بالثلث أما القسم الأول لو أوصى بثلث ماله لرجل وأوصى لآخر أن ينفق عليه ما عاش كل شهر خمسة دراهم فأجازت الورثة فلصاحب الثلث سدس المال ويوقف خمسة أسداسه على صاحب النفقة وينفق عليه كل شهر خمسه وإن لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة وعندهما إن أجازت الورثة يوقف ثلاثة أرباع المال والربع الآخر لصاحب الثلث وإن لم يجز توقف ثلاثة أرباع الثلث؛ لأن الموصى له بالنفقة موصى له بجميع المال.

ولو أوصى بجميع ماله لإنسان وبثلثه لآخر فعند أبي حنيفة يقسم المال على سبيل المنازعة وعندهما على سبيل العول والمضاربة فيحركهما وهو أن يضرب كل واحد منهما في المال بجميع حقه فيجعل المال على ثلاثة لحاجتنا إلى الثلث فالموصى له بالجميع يضرب بثلاثة والموصى له بالثلث يُضرب بسهم فيصير جميع المال أو الثلث بينهما على أربعة فيكون ثلاثة أرباعه لصاحب الجميع وربعه لصاحب الثلث ويخرجه لأبي حنيفة وهو أن يجعل المال على ثلاثة سهمان لصاحب الجميع بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين فانكسر الحساب بالنصف فأضعف ليزول الكسر فيصير ستة لصاحب الجميع أربعة بلا منازعة وسهمان استوت منازعتهما فيهما فكان لكل واحد منهما، فإن لم تجز الورثة بقيت الوصية بالثلث وقد استوت منازعتهما فيه فيكون الثلث بينهما، فإن مات ولم يستكمل الخمسة الأسداس أكمل الآخر تمام الثلث وما بقي فهو للورثة؛ لأن حقه في الثلث يوم مات الموصي إلا أنه نقص حقه عن الثلث لمزاحمة الآخر، فإذا زالت المزاحمة بموت الموصى له بالنفقة كمل حقه كما لو لم يقبل الموصى له بالنفقة الوصية، وإن لم تجز الورثة وقد مات الموصى له بالنفقة فما وقف فلصاحب

الثلث عند أبي حنيفة؛ لأنه ربما يهلك شيء مما وقفنا عليه مقدار ما يعلم أن مثله مما لا يعيش إلى تلك المدة فيحتاج إلى أن يسترد الباقي فيوقف خمسة أسداس المال أو نصف ثلثه حتى لا يحتاج إلى الاسترداد قصرًا للمسافة وعندهما إن مات قبل أن يستكمل ثلاثة أرباع المال يكمل الموصى له بالثلث مما بقي ويرد الباقي على الورثة وإن لم يجز الورثة ومات قبل أن يستكمل ثلاثة أرباع الثلث، فإنه يرد الباقي إلى صاحب الثلث لما ذكرنا، ولو أوصى بأن ينفق على فلان وفلان كل شهر عشرة فهذا والأول سواء؛ لأن الوصية هنا متحدة؛ لأنه لم يذكر لفظة الوصية لكل واحد منهما على حدة وإنما الموصى له متعدد والمزاحمة في الثلث إنما تزداد بزيادة الوصية لا بزيادة الموصى له كما لو أوصى لرجل بثلث ماله وأوصى برجلين بجميع ماله فالوصية لهما واحدة في حق المزاحمة للموصى له بالثلث، ولو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وأوصيت أن ينفق على فلان كل شهر كذا وأوصيت أن ينفق على ثالث كل شهر كذا ولم تجز الورثة فثلث الثلث للموصى له بالثلث ويوقف على كل واحد من الآخرين ثلث الثلاث؛ لأنه اجتمعت في الثلث ثلاث وصايا واستوت منازعة الكل فيه فيقسم الثلث بينهما أثلاثًا، فإن مات أحدهما وبقي من حصته شيء فهو بين الآخر وصاحب الثلث نصفان؛ لأن كل واحد منهما موصًى بجميع الثلث، وإن أجازت الورثة يقسم جميع المال بينهم على تسعة أسهم؛ لأن الموصى له بالثلث لا يدعي أكثر من الثلث فما زاد على الثلث وذلك سهمان للموصى لهما بالنفقة بلا منازعة بقي سهم استوت منازعة الكل فيه فيكون بينهم أثلاثًا انكسر بالثلث فاضرب أهل الفريضة وذلك ثلاثة في مخرج الكسر وذلك ثلاثة فيصير تسعة للموصى لهما بالنفقة ستة بلا منازعة بقيت ثلاثة استوت منازعتهم فيها فيكون لكل واحد سهم فتوقف ثمانية أسهم للموصى لهما بالنفقة وعندهما إن أجازت الورثة يقسم جميع المال على سبعة، وإن لم تجز فالثلث على سبعة؛ لأن كل واحد من الموصى لهما بالنفقة يضرب بالجميع ثلاثة ثلاثة فيكون ستة ويضرب الموصى له بالثلث بسهم فيصير جميع المال على سبعة سهم لصاحب الثلث وستة توقف عليهما، وأما **القسم الثاني**: ولو أوصى أن ينفق على فلان من ثلثه كل شهر

أربعة وأن ينفق على فلان وفلان من ثلاثة كل شهر عشرة فأجازوا بوقف ثلث ماله على صاحب الأربعة وثلث آخر على صاحبي العشرة بينهما؛ لأن الموصي قصر وصية الموصى له المفرد بالنفقة على الثلث فلا يتعدى وصيته عن الثلث فكان موصى له بجميع الثلث؛ لأن وصيته قد تستغرق جميع الثلث وقد جمع الآخرين في وصية واحدة ولم يفرد كل واحد بوصية فتوقف ثلث المال على الموصى له المفرد وتوقف الثلث للموصى لهما المجتمع، وإن مات أحد صاحبي العشرة وقف ما بقي من نصيبه على شريكه، وإن مات شريكه أو مات صاحب الأربعة فما بقي منه للورثة؛ لأنه استوفى كل واحد تمام حقه وهو ثلث المال فيرد الفضل إلى الورثة، فإن لم يجز وأوقف نصف الثلث عليهما ونصفه على صاحب الأربعة، ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان يوقف عليه وينفق عليه كل شهر ما عاش يسلم الثلث إلى الموصى له يفعل فيه ما شاء؛ لأن هذه وصية تمليك لا وصية إنفاق؛ لأنه أضاف الثلث إليه بلام التمليك، ولهذا لو اقتصر على قوله ثلثي لفلان يكون تمليكا وقوله يوقف وينفق عليه كل شهر كذا يحتمل أن يكون رجوعا بأن أراد به أن يوقف الثلث على ملكي وينفق عليه فيكون هذا رجوعا عن وصية التمليك ويحتمل أنه أراد به أن يوقف على ملك الموصى له وينفق عليه فتكون مستورة ولا يكون رجوعا بل شرط عليه أن يمسكه ولا يزيله عن ملكه فلا يجب مراعاة هذا الشرط؛ لأنه شرط عليه شرطًا في ملكه وإذا كان محتملا فلا يثبت الرجوع بالشك فبقيت وصية تمليك.

ولو أوصى بأن ينفق من ثلث ماله على فلان كل شهر عشرة يوقف الثلث ولا يعطى كله؛ لأن هذه وصية إنفاق لا وصية تمليك؛ لأنه لم يملك الثلث من فلان؛ لأنه لم يقر به بلام التمليك فصح شرط التوزيع؛ لأنه تصرف في ملك نفسه.

ولو أوصى أن يحج عنه من ثلثه كل سنة بمائة أحجوا في سنة واحدة، وكذلك عتق النسمة والصدقة على المساكين بخلاف ما لو أوصى بأن يعطي فلانا من الثلث كل سنة مائة، فإنه يوزع الإعطاء على السنين والفرق أن في الأول الأمر بالتوزيع غير مقيد؛ لأنه لا يتصور أن يفضل شيء من وصيته حتى يعود إلى الورثة فينتفعون به، فإن الحج والصدقة مما يبقى آباد الدهر إلى انقراض الدنيا فلم يكن في التوزيع

فائدة بل فيه ضرر، فإنه متى وقعت القسمة ثم توى شيء من المال قبل إقامة هذه القربة، فإنه يجب إعادة القسمة وإخراج ثلث ما حصل للورثة وإذا صرف كله إلى الوصية في أول السنة لا يلحق الورثة هذه المضرة ويلحق الموصى أيضًا مضرة وخسارة، فإنه ربما يتوى الباقي، فإن المال معرض للتوى والتلف، وإن لم يتلف ينقطع طريق الحج فلا يصل إلى الموصي ثواب الجميع ومتى عجل يصل إليه ثواب الجميع وكان التعجيل أحوط وأحق وفي الثاني الأمر بالتوزيع على السنين مفيد في حق الورثة بأن يموت فلان قبل أن يستكمل فلان وصيته من الثلث فيبقى من الثلث شيء فيعود الباقي إلى الورثة فوجب اعتباره، وإن كان لا يفيد في حق الموصي؛ لأنه ربما يتوى الباقي قبل تنفيذ الوصية فيه فلا يصل إليه ثوابه ولكن إذا كان الشرط مقيدًا في حق الورثة يجب اعتباره؛ لأن الموصى هو الذي أضر بنفسه باشتراط هذا الشرط.

(باب الوصية بالصدقة)

(**المنتقى**): ابن سماعة عن محمد: لو أوصى أن يتصدق بهذه الألف وتصدق الوصي بالألف الأخرى من مال الميت وأخذ هذه مكانها للورثة جاز، ولو لم يقبض الألف الموصى بها للورثة حتى ضاعت ضمن للورثة مثلها؛ لأن الوصية قد بطلت بهلاك الموصى له وقد قبض الوصي ألفًا من مال الورثة بغير إذنهم ولم يعوض مكانها.

وروى ابن سماعة عن محمد: لو أوصى أن يتصدق عنه بهذه الألف أو بهذا الثوب أو أهدى عنه هذه البدنة لم يكن للوصي أن يتصدق بقيمته.

وقال عقيب هذه المسألة: لو أوصى أن يتصدق عنه بهذا الثوب أو بهذا العبد أو بهذه الدار فللوصي أن يبيع ويتصدق بثمنه وليس له أن يمسكه للورثة ويتصدق بقيمته، ألا ترى أنه لو قال: تصدقوا بثلث مالي وله دور وأرضون فللوصي أن يبيعها ويتصدق بثمنها.

وذكر الفقيه أبو الليث في "نوازله": المختار أنه يجوز دفع القيمة في الوصية

بالصدقة؛ لأن دفع القيم في باب الزكاة والصدقة جائز فكذلك في الوصية بالصدقة.

ولو قال: تصدق عني بهذه العشرة على عشرة مساكين فتصدق على مسكين واحد، أو قال: على مسكين واحد فتصدق على مساكين جاز؛ لأن الصدقة قربة وقعت لله تعالى والمساكين مصارف الصدقة فصار نظير الزكاة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة، وابن سماعة عن أبي يوسف: أنه لا يجوز؛ لأن أمر العبد يتقيد بالشرط صورة ولا يراعي فيه المعنى لما بينا في الزكاة. رجل وكل رجلًا أن يتصدق عنه بهذه الألف فغصب الوكيل من رجل ألفًا وتصدق بها على الموكل ثم أدى ألف الموكل مكانها جاز؛ لأن بأداء الضمان ملك الألف المضمونة من وقت الغصب فظهر أن الوكيل تصدق بها وهي مملوكة للآمر.

ولو قال: لله عليّ أن أتصدق عن فلان هذه الدراهم، فإن كان فلان ميتا فعليه أن يتصدق بها عنه، وإن كان حيًّا لم يجز أن يتصدق عنه إلا بأمره؛ لأنه متى تصدق بها عنه بغير أمره وقع التصدق عن المتصدق لا عنه.

(**الفتاوى**): ولو أمر آخر أن يتصدق بشيء من ماله ودفع إليه فتصدق الوكيل على أبيه أو ابنه جاز بالإجماع؛ لأنه لا يهمه في الصدقة بخلاف البيع لا يجوز؛ لأن البيع مبادلة فتجري فيه التهمة.

ولو أوصى بأن يتصدق بثلث ماله فغصب رجل المال من الوصي واستهلكه وأراد الوصي أن يجعل ذلك صدقة عليه والغاصب مقر به قال أبو القسم الصفار: أجرته.

وسُئِلَ محمد عن من أصاب متاعًا حرامًا وأوصى أن يتصدق به عن أصحاب المتاع، قال: إن عرف صاحبه رد عليه، وإن لم يعلم يتصدق به، فإن كذب الورثة مورثهم في هذا الإقرار يتصدق من ذلك بمقدار الثلث، وذكر في إقرار الأصل إذا قال في مرضه هذا المال لقطة وكذبه الورثة قال محمد: لا يتصدق به وهو من الثلث.

عامل السلطان أوصى بأن يعطي من ماله كذا قال الفقيه أبو الليث: إن كان مال غيره مختلطا بماله فعندهما لا يملكه بالخلط بل هو باق على ملك مالكه فلا يجوز

أخذه، وعند أبي حنيفة ملكه بالخلط فيجوز أخذه إذا كان في بقية مال الميت وفاء بمقدار ما أرضاه خصماؤه، وسئل أبو بكر الإسكاف عن من أوصى أن يشتري أربعين قفيزا من حنطة بمائة درهم فتصدق بها فرخصت الحنطة حتى يوجد بمائة درهم خمسين قفيزا قال يجوز أن يشتري بالفاضل حنطة أيضًا فيتصدق بها ويجوز أن يرد الفاضل على الورثة قال كذا رأيت رواية عن أبي يوسف.

(باب الوصية بالعتق وبالرقبة للعبد)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في الوصية بالعتق.

والثاني: في تعليق العتق بموت الموصي.

والثالث: في الوصية بالرقبة للعبد.

والرابع: في الزوائد هل تدخل في الوصية بالعتق.

(فصل)

ولو أوصى بعتق عبده لم يعتق إلا أن يعتقه الورثة وله الرجوع قولًا وفعلًا كسائر الوصايا؛ لأن ذلك أمر بالإعتاق فلا يقع بدون الإعتاق.

ولو قال: هو حر بعد موتي بيوم أو بشهر فمضت المدة فعلى رواية ابن سماعة عن محمد: أنه لا يعتق إلا بإعتاق الورثة أو الوصي؛ لأن العتق مضاف إلى ما بعد الموت فالوصي لا يملك الإعتاق بعد الموت؛ لأنه يصير ملكا للورثة عقيب موت الموصي بلا فضل.

وفي ظاهر الرواية يعتق من غير إعتاق الورثة وهو قول مالك والشافعي؛ لأن قوله أنت حر انعقد سببًا للعتق للحال؛ لأن اللفظ صالح لإنشاء العتق وإثباته إلا أنه تأجل حكمه إلى ما بعد مضي المدة باعتبار الإضافة؛ لأن الإضافة لا تمنع انعقاد السبب للحال؛ لأنه ليس بشرط مانع داخل على السبب كما في التعليق بالشرط لكنه تأجيل وتأخير لحكم السبب، كما لو قال أنت حر بعد موتي، فإذا مضت المدة

عتق بإعتاقه السابق الصادر منه عن اختيار، ولهذا لو أعتقه الورثة قبل مضي المدة يقع العتق عن الميت لا عنهم وكل عتق لا يتأخر عن الموت وهو مقدم على سائر الوصايا؛ لأنه عتق نافذ لا يحتمل الانتقاص وسائر الوصايا ليست بنافذة لازمة وهي قابلة للفسخ وما هو نافذ لازم أقوى وآكد مما هو غير لازم قابل للفسخ فيقدم الأقوى على الأوهى كالدين مع الوصية وكل عتق تعلق بوقت بعد الموت أو بفعل، فإنه يحاص سائر الوصايا؛ لأن العتق المعلق غير منفذ بأزل ويحتمل الانتقاص بعارض، فإن جنى العبد يدفع بالجناية.

ولو لحق الميت دين يباع فيه فقد تساويا في القوة فتحاصًا في الثلث والمقاسمة، ولو أوصى أن يعتق عبده أعتق، وإن كره العبد ويسعى إن لزمه شيء؛ لأن العتق إسقاط محض لا يرتد برد العبد ولا يعتبر إباء العبد كما لو أعتقه الموصي مع كره منه.

ولو أعتقه بعض الورثة عن نفسه أو علق عتقه بدخول الدار فدخل عتق عن الميت، وكذلك لو أعتقه على جعل يعتق الميت بلا جعل؛ لأن الوارث لا يملك نسمة الموصى بعتقه فلغت إضافة العتق إلى نفسه وبطل الجعل وبقي قوله أعتقته فيعتق عن الميت.

(فصل)

ولو قال: إن حدث لي حدث في مرضي هذا فهو حر فحدث به ذلك بدئ بالعتق قبل الوصية؛ لأنه عتق عقيب موته بلا فصل فكان هذا عتقا منفذا لازما فيكون مقدما على سائر الوصايا، وإذا أعتق منه في مرضه لا يخرج من الثلث ثم ولدت قبل أن تسعى ثم ماتت سعى الولد فيما كان على أمه عند أبي حنيفة وعندهما لا يسعى؛ لأن معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين، ولو أعتق عبدًا في مرضه ودبر آخر وقال لآخر: إن حدث بينهما حدث في مرضي هذا فأنت حر ثم مات من مرضه ذلك اشتركوا في الثلث؛ لأن الكل وصية بالعتق.

ولو أوصى بعتق عبده وهو يستغرق الثلث ولآخر بثلث ماله فالثلث بينهما

نصفان ويسعى العبد في نصف قيمته؛ لأن الوصية بالإعتاق والوصية بالمال سواء في القوة والوكادة لما بينا فيتحاصان في الثلث فيعتق من العبد نصفه من غير سعاية؛ لأن نصف الثلث نصف الباقي قيمته ويسعى في الباقي.

(فصل)

ولو أوصى لعبده بشيء من رقبته يصح، ولو أوصى بشيء من ماله لا يصح؛ لأن العبد من أهل أن يملك رقبته؛ لأن الوصية بالرقبة إعتاق وليس من أهل ما يملك سوى رقبته ولأن الوصية لعبده بمال وصية لوارثه؛ لأن الملك في العبد والموصى به يقع للوارث والوصية لوارثه باطلة والوصية بالرقبة وصية له لا لوارثه؛ لأن الوصية بالرقبة إعتاق.

ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق؛ لأنه أوصى له بثلث رقبته، فإن رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لأنه حرّ، وإن كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال؛ لأنه حر عندهما وبمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة والوصية لكلاهما جائزة، فإن كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان، وإن كان أكثر أخذ الفضل منهم، وإن كان أقل أعطى الفضل إليهم.

ولو قال في مرضه لعبد ومدبر له قيمتهما سواء أحدكما حر ثم مات قبل البيان كان الثلث بينهما على ثلاثة للمدبر سهمان وللعبد سهم؛ لأن العتق الباتّ أوجب عتق رقبة بينهما نصفان والتدبير أوجب عتق رقبة للمدبر خاصة فالمدبر يستحق عتق كله والقن يستحق عتق نصفه وكان عتق المدبر ضعف عتق القن فيكون الثلث بينهما أثلاثًا ولأنه إن عين بالعتق الباتّ المدبر عتق كله، وإن عتق به القن يعتق المدبر أيضًا بالتدبير السابق فالمدبر حر بيقين وكان له حرية كاملة والقن يعتق في حال ويرق في حال فيكون له نصف حر فاجعل النصف بينهما والحرية الكاملة سهمان فصار الثلث بينهما على ثلاثة وإن أوصى أن يؤخذ من عبده كذا وكذا درهما ثم يعتق كان له ما حط عنه من الثلث؛ لأن هذه وصية بالعتق ببدل فيجوز كما إذا كان بغير بدل لحاجة الميت إلى ذلك؛ ولأنه أوصى بأن تباع رقبة العبد منه

فصار كما لو أوصى بأن تباع رقبة العبد من أجنبي بثمن مسمى، فإن كان بدل المسمى مثل قيمته أو أكثر يجب إعتاقه وإن كان أقل كان المحطوط يخرج من ثلث ماله لا يجب السعاية، وإن كان أكثر يحط عنه قدر الثلث ويسعى فيما زاد عليه.

(فصل)

أصله: أن الحق متى تعلق بالعين والمعنى وهو القيمة يسري إلى ولده وبدله ولا يسري إلى كسبه؛ لأن الولد متولد متفرع عنه والبدل قائم مقامه معنى كأنه هو فمتى ثبت الحق في الأصل من كل وجه يسري إلى أتباعه وفروعه تحقيقا للإحالة والتبعية والحق متى تعلق بالعين صورة لا بالمعنى وهو القيمة لا يسري إلى ولده وبدله؛ لأن الحق ثابت في الأصل من وجه دون وجه فلا يسري بالشك.

ولو أوصى بعتق أمته أو ببيعها من فلان فالولد والكسب والعقر والأرش قبل الإعتاق والبيع للورثة لأنها بقيت على حكم ملك الميت؛ لأن الوصية بالعتق والبيع لم تصر منفذة في الأصل ولكن وجب تنفيذها بالإعتاق والبيع فيعلق الحق بها صورة لا معنى فصار فروعها ملكا للورثة، ولهذا لو قتلها عبد فدفع لها فالعبد المدفوع للورثة ولا يعتق ولا يباع، ولو أوصى بأن يتصدق بها أو يوهب لفلان أو يباع لهما ويتصدق بثمنها يجب تنفيذ الوصية في ولدها وبدلها وهو الأرش والعقر لا في الكسب؛ لأن الوصية بالصدقة والهبة يجب تنفيذها بحق الموصى له وهذا حق متعلق بالعين والمعنى وهو القيمة، ألا ترى أنها لو قتلها عبد يجب تنفيذ الوصية في بدلها وهو العبد المدفوع بها أو الفداء فكذلك في ولدها وبدل جزئها؛ لأن الحق متى ثبت في الأصل من كل وجه يسري إلى فروعه وأتباعه والولد متفرع متولد عنه والبدل قائم مقامه والكسب ليس بمتولد عنه ولا بدله فلا يسري إليه والوصية ببيعها والتصدق بثمنها وصية بالصدقة دون البيع، ألا ترى أن الوصي لو تصدق بها على المساكين ولم يبعها جاز، وكذا لو نذر أن يبيع جاريته هذه ويتصدق بثمنها فتصدق بعينها ولم يبعها جاز، لأن التزام البيع بالنذر لا يجوز وإنما يجوز التزام التصدق بالنذر فصحة هذا النذر دليل على أن المقصود في الوصية هو التصدق دون البيع.

(**المنتقى**): ولو أوصى بأن يشتري عبد أبيه فيعتق عنه قال أبو حنيفة: الوصية باطلة لأنها وصية للوارث لأنها وصية بشري عبده أولا ثم بالعتق ثانيا، وقال أبو يوسف الوصية صحيحة فيشتري بقيمته فيعتق، وإن كان الوارث باعه من أجنبي بعد موت الموصي قال أبو حنيفة: الوصية باطلة؛ لأنه مات والعبد في ملك الوارث فيكون وصية بشراء عبد وارثه فكانت الوصية للوارث، وقال أبو يوسف: يشتري بقيمته فيعتق عنه، ولو أوصى أن يشتري عبد فلان قال يشتري بقيمته لا بما زاد عليها، فإن أبى مولاه أن يبيعه يرد ثمنه إلى الورثة وإن قال اشتروا فلان فأعتقوه فأبى مولاه أن يبيعه حبس ثمنه حتى يموت العبد أو يعتق؛ لأن هذه وصية بالشراء والعتق بالشراء إن تعذر فالعتق موهوم متصور فبقيت الوصية بالعتق فيوقف ثمنه لقيام الوصية بخلاف الأول؛ لأنه وصية بالشراء لا غير، فإذا عجزوا عن شرائه بإباء مولاه بطلت الوصية. رجل قال أوصيت بأن عبدي هذا حر قال هذه وصية بالعتق وإنما يعتق بعد موت المولى؛ لأن الإيصاء تعليق الموصى به بالموت فصار كأنه قال إن مت فعبدي هذا حر.

(**الفتاوى**): ولو أوصى بأن يعتق عنه أمة ويعطي لها من ثلث ماله، فإن كانت الأمة معينة جاز لها الوصية بالعتق والمال وإن لم تكن معينة جازت الوصية بالعتق لا بالمال؛ لأن الوصية بعتق أمة مجهولة مبهمة جائزة والتعيين إلى الورثة والوصية بالمال المجهول لا يجوز إلا أن يقول جعلت ذلك مفوضا إلى الوصي إن أحب أعطاها فيجوز كقوله ضع مالي حيث أحببت ولو أوصى بأن يشتري بكذا كذا درهما ويعتق وله عبيد لا يجوز أن يعتق من العبيد الذي عنده بخلاف ما لو أوصى بأن يشتري بكذا كذا حنطة ويفرق على المساكين وعنده حنطة يجوز أن يفرق تلك الحنطة التي عنده على المساكين والفرق أن شرط الموصي يعتبر ما كان مقيدا والشرط في العتق مقيد؛ لأن القربة في الإعتاق مما يختلف باختلاف الرقاب، فإن القربة في تحرير رقبة كثير القيمة أكثر من تحرير رقبة قليل القيمة وشرطه في الحنطة غير مفيد؛ لأن المقصود من التصدق بالحنطة إغناء الفقير وسد خلته ورد جوعته وذلك لا يختلف فلا يعتبر شرطه، ولو قال أعتقوا عني عبدًا قيل للوصي أن يعتق

العبد الذي كان في ملكه وقت الموت أو يبيعه وشراء عبدٍ آخر؛ لأنه أمره بإعتاق رقبة مطلقة، وقيل لا يجوز أن يعتق العبد الذي كان في ملكه وقت الموت؛ لأنه أمره بإعتاق عبد منكر وما في ملكه عبد معرف والمنكر لا يتناول المعرف.

(**الجامع**) مسائله على فصول:

أحدها: في دعوى العبد العتق في مرض المولى.

والثاني: في الوصية بعتق مبهم أو بأحدهما لرجل معين.

والثالث: في إقرار الوارث بعتق مبهم بعد جحوده له.

(فصل)

أصله: أن الوصية بالمال تحتمل الرد والنقص وإن لاقت حق الغير إلا أن اعتبار ذلك الغير. والوصية بالعتق لا تحتمل الرد والنقص وإن لاقت حق الغير؛ لأن الإعتاق الصادر من مالك مكلف لا يحتمل الرد والنقص؛ لأن الحرية لازمة نافذة غير محتملة للرفع ولا منتقصة فيستسعى العبد ليكون ردا للوصية معنى، وإذا مات عن ابن وثلاثة أعبد قيمهم سواء فادعى أحدهم أنه أعتقه في مرضه فاستخلف الابن فنكل قضي بعتقه لا بسعاية الأب لأن النكول بمنزلة الإقرار أو البذل دلالة فصار الوارث بالنكول مقرًّا بالعتق أو بإدلاله شريعة فيقضى بعتقه بلا سعاية؛ لأنه يخرج من ثلث ماله بالكلية، فإن ادعى الثاني مثل ذلك فنكل له عتق ويسعى في قيمته، وكذلك الثالث بين النكول والإقرار، فإنه لو أقر بذلك صريحا والمسألة بحالها يعتق من الثاني نصفه بغير سعاية ومن الثالث ثلثه بغير سعاية والفرق أنه متى أقر بذلك صريحا وفصيحا يعتق الثاني فقد زعم أن الثلث بينهما نصفان؛ لأنه بإقراره للأول استهلك نصف الثلث طوعا واختيارا وصار ضامنا؛ لأن الثلث صار مسلما للأول بإقراره مختارا بغير قضاء وإخبار فنصف الثلث فات إلى خلف فكان قائمًا بمعنى واعتبارا ومتى أقر بالعتق للثالث فقد زعم أن الثلث بينهم أثلاثًا، فإنه استهلك ثلثي الأول بإقراره إفصاحا. فأما النكول ليس بإقرار اختيارًا بل صار إقرارا حكمًا واعتبارًا فصار حجة بالقضاء جبرًا واضطرارا فصار الثلث مسلما إلى الأول ومستحقا له بالقضاء لا بنكوله فحين قضى لهما لم يكن للميت ثلث بل صار مستحقا له بالقضاء

للأول فيلزمهما السعاية في الكل، وإن كان الأول ادعى عند حكمٍ حكّماه والمسألة بحالها عتق الثاني كله بلا سعاية، وكذلك الثالث إذا ادعى عند حكمٍ حكّماه أيضًا؛ لأن حكم الحكم نفذ في حقهما لا في حق غيرهما؛ لأن للحكم ولاية على المحكمين لا على غيرهما فكانت ولايته قاصرة عليهما فلم يصر الثلث مستحقا للأول في حق الثاني والثالث فكان قائمًا لا متلفا في حقهما، فأما قضاء القاضي صدر عن ولاية كاملة ورعاية شاملة على الكافة فنفذ قضاؤه للأول في حقهما فصار الثلث تالفا وتاويًا في حقهما، ولو ادعى الأول عند حكمٍ حكّماه فقضى بعتقه بالنكول ثم رفع الثاني الوارث إلى قاضٍ فنكل عنده عتق الثاني بلا سعاية؛ لأن حكم الحكم لم ينفذ في حق الثاني فصار كأن الأول قائم رقيقًا لا عتيقا مستهلكا، فإن رفعه الثالث إلى قاضٍ أو إلى حكم حكماه فنكل له عتق أيضًا بلا سعاية قيل إذا أعتق الثاني عند قاضي مولى سعى الثالث في كل قيمته وتأويل ما ذكره أن الثالث رفعه قبل رفع الثاني؛ وذلك لأن القاضي لما قضى بالعتق للثاني صار الثلث مستحقا ومسلما له بالقضاء الصادر عن ولاية كاملة النفاذ في حق الكافة فحين يقضي للثالث لم يبق للميت ثلث فيجب أن يعتق بالسعاية. فأما إذا رفعه الثالث قبل رفع الثاني لم يصر الثلث مستحقا ومسلما للأول وللثاني أيضًا؛ لأن حكم الحكم لم ينفذ في حقهما فيبقى للميت ثلث في حق الثالث فيعتق بلا سعاية.

(فصل)

أصله: أن جهالة الموصى به مع خيار التعيين للورثة لا يمنع جواز الوصية؛ لأن مثل هذه الجهالة لا يمنع جواز البيع والوصية أسرع جوازا وأقرب نفاذا من البيع فلما لم يمنع جواز البيع فلأن لا يمنع جواز الوصية أولى.

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في الوصية بأحد العبدين.

والثاني: في الوصية بأحدهما وهو زوج بنته.

أما **القسم الأول**: ولو ترك عبدين يخرجان من الثلث ووارثين فأوصى بأحدهما لرجل أجبرا على أن يجتمعا على واحد؛ لأن الوارث قائم مقام المورث في ملك أحد العبدين؛ لأنه غير موصى به فكان له خيار التعيين بخلاف ما إذا أعتق عبديه ثم

مات قبل البيان لا يثبت للوارث خيار التعيين؛ لأن الوارث لم يملك أحد العبدين؛ لأن بالموت شاع العتق فيهما فصار كل واحد منهما بمنزلة المستسعي والمكاتب، والمكاتب لا يورث فلم يقم مقام المورث في البيان، فإن أعتق الموصى له العبدين ثم عين الوارث أن له واحدًا أعتق أيهما كان؛ لأن أحد العبدين صار ملكا له؛ لأن جهالة الموصى به لا يمنع جواز الوصية مع خيار التعيين للورثة فأحدهما ملكه بيقين وتوقف عتقه على ظهور ملكه في أحدهما؛ لأنه لما أعتقهما فقد جمع بين عبده وعبد غيره في العتق فصح عتقه فيما يملك إلا أنه مجهول فتوقف نفوذه على تعيين ملكه كمن اشترى عبدين كل واحد بثمن مسمى على أنه يختار أحدهما ويرد الآخر، ثم البائع أعتقهما صح العتق في أحدهما؛ لأن أحدهما ملكه بيقين وتوقف نفوذ عتقه على ظهور ملكه في أحدهما فكذا هذا، وإن أعتق واحدًا بعينه ثم عيناه له لم يعتق؛ لأن أحدهما بعينه غير مملوك له بل هو محتمل متردد؛ لأن الوصية بأحدهما ليست بسبب لثبوت الملك في أحدهما بعينه بل هو متردد؛ لأن الوصية بأحدهما متمثل بين أن يقيد الملك في هذا أو في الآخر عند تعيين الوارث فلم يصادف العتق ملكه ولا حصل عقيب سبب الملك فلغى بخلاف ما لو أعتق المشتري أحدهما بعينه في خيار التعيين ينفذ العتق؛ لأن خيار التعيين ثابت للمشتري وكان إقدامه على إعتاق أحدهما بعينه تعيينا منه للمبيع فتعين ملكه أولا تصحيحًا لإعتاقه وتحريا لجوازه فعتقه صادف ملكه لاحقا وهنا ولاية التعيين ثابتة للورثة لا للموصى له فلا يصح منه التعيين فلم يتعين ملكه فيه فلم يصادف عتقه ملكه، ولو كان الميت أوصى بعتق أحدهما فاختار كل وارث واحدا معا أو متعاقبا يجبران على الاجتماع على واحد لأنهما لم يجتمعا على تعيين الوصية في أحدهما بل تفرد أحدهما بالتعيين وليس له التفرد بالتعيين، ولو أعتق كل واحد منهما عبدًا عن الميت متعاقبا عتق الأول عن الوارث والآخر عن الميت ويضمن نصيب شريكه إن كان موسرا؛ لأنه لا يعتق العبد الأول عن الميت ما لم يجتمع الوارثان أولًا على تعيين الوصية فيه ولم يجتمعا على تعيين الوصية فيه فلغى قوله عن الميت فبقي قوله أعتقت.

ولو قال: أعتقت هذا العبد يعتق عنه لأنا تيقنا بنفاذ عتقه؛ لأنه إن كان موصى بعتقه ينفرد أحد الوارثين بإعتاقه، وإن لم يكن موصيا بعتقه كان موروثا بينهما وكان عبدًا مشتركًا بينهما فصح عتقه ويضمن نصيب شريكه إن كان موسرا، وإذا عتق الأول عن الوارث تعين الثاني للوصية ضرورة؛ لأنه لم يبق للثاني مزاحمة في الوصية وإذا تعين الآخر للوصية بعد عتقه عن الميت؛ لأن أحد الوارثين ينفرد بالإعتاق عن الميت ولا ينفرد بالتعيين؛ لأن التعيين يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير أيهما أصلح للوصية والإعتاق لا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير، ولو أعتق كل واحد منهما عبدًا بعينه عن الميت معا أجبرا أن يجتمعا على أحدهما عن الميت، فإذا اجتمعا عتق عن الميت والآخر عمن أعتقه ويضمن نصيب شريكه إن كان موسرا لأنا تيقنا بنفاذ عتق كل واحد منهما لما ذكرنا إلا أنه لا يدري المعتق عن الميت من المعتق عن الوارث وحكمهما مختلف فلا بد من البيان فيجبران على البيان، ولو لم يعتقا ولكنهما عينا أحدهما ليعتقاه عن الميت ثم رجعا وعينا الآخر لم يكن لهما ذلك ويعتق الأول عن الميت؛ لأن تعيينهما كتعيين الميت لقيامهما مقامه، ولو عين الميت أحدهما للوصية ثم أراد أن يعتق الآخر للوصية لا يقدر لما فيه من إبطال حق المعتق في الوصية فكذا هذا، فإن أعتق أحدهما الأول الذي عيناه صح عتقه عن الميت؛ لأن أحدهما ينفرد بالعتق، وكذلك لو أعتقه وصي الميت بعدما عيناه؛ لأنه مأمور بتنفيذ الوصايا، وإذا أوصى بعتق عبده وهو يخرج من الثلث لم يعتق بقرابته من الوارث ولا من الوصي؛ لأن القريب لا يملك العبد الموصى بعتقه فأيهما أعتقه جاز عتقه عن الميت ولا يعتق بتعليق الوصي عتقه بشرط أو إضافة إلى وقت مستقبل ويعتق بمثل ذلك من الوارث إذا جاء الشرط ويكون عتقًا عن الميت والفرق أن الوصي ثابت محض؛ لأنه مأمور بتنفيذ الوصية والتنجيز بتنفيذ الوصية؛ لأنه إعتاق للحال. فأما التعليق ليس بإعتاق للحال بل تصرف يمين لا يصح بدون الملك فلم يصح فلا يكون تنفيذا للوصية فالوارث مالك للعبد من وجه بدليل هذا العبد وهو الدية والأرش والعقر يجب للوارث وملك البدل يستدعي سابقة ملك المبدل إلا أن الوصية بإعتاق هذا العبد يمنع وقوع حقيقة الملك للوارث مع انعقاد

سببه حتى لا يقدر على إبطال حق العبد والمولى في الوصية وليس في تعليق عتقه بالشرط ليقع العتق عن الميت إبطال الوصية فظهر الملك للوارث في حقه فيملك التنجيز والتعليق نظيره الوارث في مكاتب مورثه يملك التنجيز والتعليق؛ لأنه ظهر ملكه فيهما كما للمورث فكذا هذا.

وأما **القسم الثاني**: لو زوج بنته من عبده برضاها وأوصى بالعبد لرجل وهو يخرج من الثلث ثم مات لم يفسد النكاح ولم يعتق على الموصى له إن كان قريبه حتى تقبل الوصية أو يموت قبل ردها؛ لأن البنت لم تملك شيئًا من رقبة زوجها؛ لأن العبد الموصى به يخرج من ثلث ماله فبقي العبد موقوفا على حكم ملك الميت إن قبل الموصى له الوصاية انتقل العبد من ملك الميت إلى الموصى له وموته قبل رد الوصية بمنزلة القبول، وإن كان قريب العصبة عتق عليهم إذا رد الموصى له الوصية؛ لأنه دخل في ملكهم، وإن كان لا يخرج من الثلث فسد النكاح لأنها ملكت شيئًا من رقبة زوجها لما لم يقبل الموصى له الوصية.

ولو أوصى بعتق العبد ولا مال له غيره لم يفسد النكاح وسعى للورثة في حصتهم إذا أعتقوه لأنها ما ملكت شيئًا من رقبة زوجها؛ لأن الوصية بالإعتاق لا تبطل برد العبد بل يعتق شاء أو أبى وربما ملكت السعاية على زوجها فهذا لا يفسد، ولو كانت البنت لم تأخذ مهرها فلها أن تبطل الوصية ويباع العبد في مهرها ولا يفسد النكاح وما فضل من ثمن العبد فهو ميراث؛ لأن مهرها وجب في رقبة زوجها بإذن مولاه والدين مقدم على الوصية وقبل البيع الوصية بالعتق قائمة وهي تمنع وقوع الملك لها في رقبة زوجها وبعد البيع إن بطلت الوصية إلا أن العبد صار ملكا للمشتري فلم تملك المرأة شيئًا من رقبة زوجها ولو لم يكن عليه مهرها وكان على الميت دين مثل قيمة العبد أو أكثر بيع فيه ولا يفسد النكاح لأنها لا تملك شيئًا من رقبة العبد؛ لأن قبل البيع الوصية بالعتق تمنع وقوع الملك للورثة وبعد البيع الدين المستغرق يمنع وقوع الملك للورثة، وكذلك صيرورته ملكا للمشتري، وإن رده المشتري بعيب بقضاء عاد الأمر إلى ما كان؛ لأن البيع انفسخ بالرد بقضاء في حق الدائنين كافة فعاد الأمر إلى الحال الأول وسببه وإن رده بغير قضاء سقط دين

الميت بوجه ما بطلت وصية العبد وفسد النكاح وهذا بيع جديد وعقد حديث في حق الثالث، وكذلك لو لم يكن على الميت دين وجنى العبد جناية فدفعوه وبطلت الوصية أو فدوه لم يفسد النكاح لأن بالفداء طهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يجن ولو لم يجن كانت لا تملك شيئًا من رقبة زوجها؛ لأنه موصى بعتقه وبالدفع أن بطلت الوصية ولكنه صار ملكا للمدفوع إليه فلم تملك شيئًا من رقبة زوجها، ولو كان العبد موصى به لرجل وعلى العبد دين محيط ولا مال له سوى العبد فسد النكاح؛ لأن دين العبد لا يمنع وقوع الملك للورثة في رقبته؛ لأنه كان مملوكا للمولى مع كون رقبته مستغرقة بدين العبد فكذلك يجب أن يصير مملوكا للوارث؛ لأنه قائم مقام المورث في الملك من غير تحديد سبب.

(فصل)

وإذا مات عن ثلاثة أعبد قيمهم سواء ووارث واحد فقال لأحدهم لم يعتقك الميت ثم قال بل أعتقك ثم قال للثاني والثالث مثله عتقوا بلا سعاية؛ لأنه لما أنكر عتقه أولا فقد زعم أن الميت لم يوص له برقبته فلما قال بل أعتقك فقد أقر أنه أوصى له برقبته؛ لأن العتق في مرض الموت وصية والإقرار بعد الإنكار صحيح فعتق الأول بلا سعاية؛ لأنه يخرج من ثلث ماله وإقراره لم يصح في حق الثاني والثالث؛ لأن الثاني يقول له عتق الأول من جهتك لا من جهة الميت لما أقررت له بالوصية بعدما أنكرت فكان مضمونا عليك فصار كأن الأول قائم في بدل حكما لقيام بدله والثالث قائم في يده حقيقة والثاني يخرج من الثلث حين أقر له بالعتق فيعتق بلا سعاية، وكذلك بقوله الثالث، وكذلك لو بدأ بالإقرار بالعتق ثم بالإنكار؛ لأن الإقرار لا يبطل بالإنكار بعده، ولو قال لهم جميعًا: لم يعتقكم ثم قال: بل أعتقكم جميعًا، سعَوا في ثلثي قيمتهم استحسانًا وعتقوا بلا سعاية قياسًا؛ لأنه لما أنكر عتق كل واحد منهم ثم أقر بعتقهم فقد احتط كل واحد منهم حطا من الإنكار والإقرار فصار كما لو أفرد كل واحد بالإنكار والإقرار على التعاقب. وجه الاستحسان: أنه وجد الإقرار بالعتق والإنكار لكل واحد منهم معا بكلمة واحدة فأمكن أن يجعل مقرا لكل واحد بالوصية له من جهة الميت؛ لأن الإقرار بعتق الكل

حصل بكلمة واحدة في حالة واحدة فصار مقرا للكل بالوصية في حالة واحدة فلم يصر مستهلكا شيئًا لصاحبه حتى يجعل صاحباه كالقائم في يده حكمًا فكان الثلث بينهم أثلاثًا فيعتق من كل واحد ثلثه ويسعى في ثلثيه، وكذلك لو قال أعتقكم الميت ثم قال لم يعتق أحدًا منكم، ولو قال أعتقكم ثم قال لم يعتق هذا سعى في ثلث قيمته وكل واحد من الباقين في نصف قيمته؛ لأنه لما أقر بعتقهم جميعًا من جهة الميت فقد زعم أن ثلث ماله وذلك رقبة واحدة بينهم أثلاثًا فعتق من كل واحد ثلثه بإقرار الوارث فلما أنكر بعتق أحدهم بعينه فقد أقر أن الميت بين صاحبي المجحود نصفان ولا شيء للمجحود من الوصية فقد أقر لصاحبي المجحود بزيادة عتق وهو الثلث ورجع عما أقر للمجحود بالعتق وإقراره بالزيادة لصاحبي المجحود يصح؛ لأنه على نفسه ورجوعه عن الإقرار للمجحود لم يصح؛ لأنه على غيره وإن قال لآخر بعده لم يعتقك عتق الثالث بلا سعاية وسعاية الأول والثاني على حالها؛ لأنه لما أنكر عتق الثاني فقد زعم أنه لا حظ للمجحود من الوصية وأنهما عبدان مملوكان للميت والثلث كله للثالث وإقراره بالزيادة للثالث صحيح ورجوعه عن الإقرار للمجحودين بالعتق لم يصح فيعتق الثالث كله بلا سعاية ومن المجحود الأول ثلثه ومن المجحود الثاني نصفه وما عتق من المجحودين كالقائم في حق الثالث لأنهما عتقا من جهة الوارث لأنهما عتقا بإقراره فكانا مضمونين على الوارث فكانا كالقائمين بقيام بدلهما، ولو قال أعتقكم ثم قال لم يعتق هذا ولا هذا ولا هذا أعتقوا وسعى كل واحد في ثلثي قيمته؛ لأنه جمع بين العبيد في الإنكار بحرف الجمع والمجموع بحرف الجمع كالمجموع بلفظ الجمع كما في حق الإقرار بالعتق لو قال عتق هذا وهذا وهذا عتق من كل واحد ثلثه وسعى في ثلثيه فكذلك في الإنكار، ولو قال يا هذا لم يعتقك الميت وسكت ثم قال لآخر كذلك ثم قال أعتقكم ويسعى كل واحد في ثلثي قيمته؛ لأنه أنكر عتقهم قبل الإقرار بعتقهم معنى فصار كما لو أنكر عتقهم حقيقة ثم أقر بعتقهم جميعًا فالجواب كذلك فكذا هذا. هذا كله إذا جمع بينهم في الإقرار والإنكار، وأما إذا أفرد كل واحد بالإقرار والإنكار فهو على قسمين إما أن بدأ بالإنكار ثم الإقرار أو على عكسه. أما **القسم**

الأول: لو أنكر عتق واحد بعد واحد ثم قال لواحد أعتقك وسكت ثم قال للثاني والثالث كذلك عتق كل الأول ونصف الثاني وثلث الثالث؛ لأن إنكار عتقهم على التعاقب كإنكار عتقهم معا ثم أقر بعتق كل واحد منهم على التعاقب؛ لأنه في الحالين جميعًا أنكر عتقهم قبل الإقرار بعتقهم، ولو أنكر عتقهم معا ثم أقر بعتق كل واحد منهما على التعاقب فكذلك الجواب فكذا هذا وهذا؛ لأنه لا عبرة لإنكار عتقهم معا؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه في الإنكار فسقط اعتبار الإنكار وحكم بالإهدار، ولو عدم الإنكار ووجد الإقرار بالعتق على التعاقب يعتق من الأول كله؛ لأنه خرج من الثلث عند الإقرار ولما أقر بالعتق للثاني فقد زعم أن الثلث بينه وبين الأول نصفان فصح إقراره بالعتق؛ لأنه على نفسه ولم يصح بإبطال بعض ما ثبت من العتق الأول؛ لأنه على غيره فبقي عتق الأول ماضيًا نافذا كما كان ثابتا وعتق من الثاني نصفه لإقرار الوارث أن نصفه الأول عتق بإقراره لا من جهة الميت فيكون كالقائم في يده، ولما أقر للثالث فقد زعم أن الثلث بينهم أثلاث فصح إقراره للثالث ولم يصح على الآخرين؛ لأنه يتضمن إبطال بعض عتقهما.

وأما **القسم الثاني**: لو أقر بالعتق مفردًا لكل واحد مفردًا متعاقبا ثم أنكر عتقهم متعاقبا عتق الأول كله بلا سعاية؛ لأنه خرج من الثلث حالة الإقرار بالعتق له والإنكار بعده رجوع عن الإقرار فلا يصح ثم ينظر في الإنكار، فإن بدأ بإنكار الثاني عتق نصفه لا غير ونصف الثالث؛ لأنه لما أنكر الوصية للثاني أولا فقد زعم أن الوصية بين الأول وبين الثالث نصفان إلا أنه لم يصح رجوعه بالإنكار فبقي عتق نصفه ماضيًا وعتق نصف الثالث؛ لأنه أقر وزعم أن نصف الثالث له فمتى بنى بإنكار الثالث لم يعمل شيئًا؛ لأنه زعم أن لا وصية له ورجع عما أقر له فإن الثلث كله للأول لأنه لم يبق محلا للوصية إلا الأول لأنه أنكر الثاني أولًا فيكون مقرًّا وصية الثاني بإنكار عتق الثالث فلم يصح رجوعه عن عتق الثالث فبقي عتقه ماضيًا، وإن بنى بإنكار الأول عتق الثالث كله؛ لأنه لما أنكر عتق الثاني والأول فقد زعم أن لا وصية لهما، فإن ما عتق منهما عتق من جهته لا من جهة الميت فيجعل كالقائمين في يده باعتبار زعمه فيعتق الثالث كله باعتبار زعمه ولا يزداد للثاني على نصف

حريته بإنكار الأول؛ لأن إنكار الثاني كان سابقا على إنكار الأول فلا يكون مقرا للثاني بزيادة شيء، ولو بدأ بالثالث وثنى بالثاني وثلث بالأول لم يستفد الثاني والثالث زيادة على نصف حريته أو ثلث حريته لأنهما لما أنكر وصيتهما فقد زعم أن الثلث كله للأول وهذا ثابت للأول من قبل فلما ثبت الأول فأنكر عتقه لم يصر مقرا بهذا الإنكار للثاني ولا للثالث بشيء؛ لأن إنكارهما كان سابقا، وإن ثنى بالأول وثلث بالثاني وبدأ بالثالث عتق الثاني كله؛ لأنه لما بدأ بإنكار الثالث فقد زعم أنه لا وصية للثالث، وأن الوصية بين الأول والثاني نصفان فكان مقرا للثاني بنصف حرية وقد نال هذا من قبل فلما ثنّى بالأول وأنكر عتقه فقد زعم أن الوصية كلها للثاني؛ لأنه أنكر الوصية للأول والثالث فلم يبق للوصية محل غير الثاني فعتق نصفه الآخر بزعمه، ولو بدأ بإنكار الأول وثنى بالثاني وثلث بالثالث عتقوا بلا سعاية.

وذكر الفقيه أبو بكر البلخي: يجب أن يعتق من الثاني نصفه ويسعى في نصفه؛ لأن الأول قد عتق كله بإقراره بالعتق أول مرة فلما بدأ بإنكار الأول فقد رجع عما أقر له من العتق وأقر بأن العتق بين الثاني والثالث نصفان ورجوعه لم يصح وإقراره بنصف العتق غير مفيد؛ لأنه نال نصف الحرية من قبل فلم يصر مقرا للثاني بزيادة عتق، فلما ثنى بإنكار الثاني فقد زعم أن الثلث كله للثالث؛ لأنه لم يبق للوصية محل سوى الثالث فيعتق الثالث كله فلما ثلث بإنكار الثالث لم يستحق الثاني لهذا الإنكار شيئًا؛ لأن إنكار الثاني كان سابقا على إنكار الثالث فثبت أن الصحيح ما قلناه في حق الثاني وما ذكره محمد جواب القياس لا جواب الاستحسان، والله تعالى أعلم.

(باب الوصية بعتق [النسمة][1])

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في الوصية بعتق نسمة غير معينة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): القسمة له.

والثاني: في الوصية بعتق نسمة معينة.

والثالث: في الوصية ببيع عبده نسمة فيشتري بثمنه نسمة فيعتق عنه.

(فصل)

ولو أوصى بأن يعتق عنه نسمة بمائة وثلثه أقل من مائة لم يعتق عنه عند أبي حنيفة، وعندهما يعتق بالثلث.

لهما: أن الوصية يجب تنفيذها ما أمكن ولا يجوز السعي لإبطالها؛ لأنه يحتال لإثبات القربات لا لإبطالها وقد أمكن تنفيذها من الثلث إلا أنه قيد الوصية بمائة لظنه أن ثلث ماله مائة أو أكثر أو يزيد ماله قبل موته حتى يصير الثلث مقدار مائة أو في زعمه أنه يجبر الورثة لكن إذا لم يجبروا يكون قصده تنفيذ الوصية من الثلث لا إبطالها فيجب تنفيذها من الثلث تصحيحًا لقصده، له: أن هذه الوصية وكالة محصنة لأنها توكيل بإزالة ملكه فلا يكون عقد استخلاف وإثبات ولاية، والتوكيل بعد الوفاة معتبر بالتوكيل حالة الحياة، ومن وكّل رجلًا حال حياته أن يشتري له نسمة بمائة فاشترى بخمسين صار مخالفا وكان مشتريا لنفسه فكذلك بعد الوفاة متى لم يمكنه الشراء بما سمى بطلت الوصية فصار كما لو أوصى بأن يشتري له نسمة تركية بمائة فلم يجد نسمة تركية بمائة بطلت الوصية فكذا هذا، بخلاف ما لو أوصى أن يحج عنه أو يتصدق عنه بمائة وثلث ماله أقل من مائة يحج ويتصدق عنه بما يبلغ؛ لأن الحج والصدقة غير متنوع بل نوع واحد فيقدر ما أتى يكون آتيًا ببعض المأمور به وتاركا للبعض فصار ممتثلا للأمر في البعض فلا يكون مخالفًا.

وذكر في (**الجامع الصغير**): لو أوصى بعتق نسمة بثلث ماله ففعل الوصي ثم لحقه دين استوفى الثلثين فالعتق عن الوصي، وكذلك لو كان وصيا نصبه القاضي بمثله لو كان القاضي فعل ذلك أو أمينه ثم ظهر الدين بطل العتق ولا يكون القاضي وأمينه مشتريا لنفسه والفرق أن للقاضي أن يتصرف في مال الميت على سبيل النظر والمصلحة لاستنماء المال واسترباحه من غير أمر الميت فأمكن تنفيذ شرائه على الميت؛ لأن الميت رضي بتصرف القاضي العدل في ماله ما لم يوص إلى أحد فأما ليس لوصي القاضي ووصي الميت ولاية التصرف في ماله بغير أمره بطريق النظر

والمصلحة وقد خالف أمر الميت؛ لأن الوصية إنما تصح بثلث من ماله الفارغ الفاضل عن دينه وهو اشترى بجميع ماله الفارغ عن دينه فقد خالف أمره فلا يمكن تنفيذه على الميت وأمكن تنفيذه على نفسه فصار مشتريا لنفسه كالوكيل إذا خالف.

(فصل)

ولو أوصى أن يشترى عبد فلان فيعتق عنه نسمة، فإنه يشترى من ثلثه، فإن امتنع صاحبه من البيع توقف الثلث حتى يموت العبد أو يشترى؛ لأن تنفيذها موهومة ما دام العبد حيا، فإنه يجوز أن يبيعه صاحب العبد أو يموت فيبيعه الورثة فلم تبطل الوصية، فإذا مات العبد وقع اليأس عن تنفيذ هذه الوصية فبطلت.

ولو أوصى بأن يشتري له نسمة لهذه المائة بعينها فيعتقها عنه فاشترى فأعتق ثم استحقت تلك المائة أو بعضها، فإنه يعتق عن الوصي وتكون المائة دينا عليه؛ لأنه أمره بأن يشتري نسمة بثلث ماله ولما استحقت المائة أو بعضها بحيث لا يخرج مائة من ثلث ماله ظهر أنه صار مشتريا بأكثر من ثلث ماله فصار مخالفًا، ولأنه لما استحقت المائة ظهر أن الوصية كانت باطلة؛ لأنه ظهر أن الوصية لاقت ملك الغير وإذا بطلت الوصية صار الوصي مشتريا لنفسه وصار معتقًا عن نفسه.

(فصل)

ولو أوصى بأن يباع عبده نسمة له فيشترى بثمنه عبدًا فيعتق عنه، فباع الوصي العبد واشترى بثمنه عبدًا فأعتقه ثم وجد بالأول عيبًا فرد على الوصي ضمن الثمن؛ لأنه عاقد وقابض للثمن وحقوق العقد راجعة إليه، فإذا باعه ثانيا من آخر، فإن باع بالثمن الأول جاز العتق عن الميت، وإن باع بأكثر أو أقل كان العتق عنه ويعتق عن الميت عتقًا آخر بثمنه؛ لأنه لما باع بالثمن الأول فقد ظهر أنه اشترى النسمة بمثل ثمنه فصار ممتثلًا أمر الموصي إلا أنه نقد الثمن من ماله والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه كان له أن يأخذ ما نقد من مال الموكل إذا ظفر به وإذا باع بأكثر أو بأقل فقد ظهر أنه كان مأمورا بشراء نسمة بمائة وعشرة وقد اشترى بمائة مع

إمكان الشراء بمائة وعشرة فصار مخالفا بخلاف الوكيل. يشتري نسمة بمائة فاشتراه بأقل وهو يساوي مائة لا يصير مخالفا والوصي يصير مخالفا؛ لأن مقصود الموصي تحصيل الملك وإحراز الثواب؛ لأن هذه الوصية قربة موضوعة لاستجلاب الثواب فمتى كان الثمن أكثر وأفضل كان الثواب أجزل وفي الوكيل المقصود تحصيل الملك واكتساب المال والربح وقد حصل ذلك بالأقل، وإذا وقع العتق عن الوصي يشتري بالثمن نسمة أخرى فيعتق عنه؛ لأن الوصية لم تنفذ بعد وهذا إذا رد العبد بالقضاء؛ لأنه فسخ في حق الكل فعاد العبد إلى قديم ملك الميت فكان ثمن الثاني ثمن عبده، فأما إذا رد بالتراضي يصير هذا العبد له ويعتق العبد الأول عن الميت؛ لأن الرد بالتراضي شراء جديد في حق غير المتعاقدين فصار كأنه اشترى هذا العبد لنفسه شراء جديدًا، ولو استحق الأول كان العتق عن الوصي ولا يرجع على الورثة؛ لأنه ظهر أن الأمر بالبيع لا في ملك الغير فلم يصح فصار بائعا بغير أمره وصار مشتريًا نسمة بغير أمره فصار مشتريًا لنفسه.

ولو أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه فباعه الوصي ثم استحق العبد فضاع الثمن في يد الوصي قبل أن يتصدق ضمن ويرجع به على الورثة، وقال أبو حنيفة: أولًا لا يرجع؛ لأن الآمر لاقى ملك الغير فلم يصح فصار عاملا بغير أمر. وجه ظاهر الرواية أن الأمر صحيح متى لم يعلم المأمور بفساد الأمر نفيا للضرر عنه؛ لأنه عمل معتمدًا على أمره ممتثلا لشأنه فصار مغرورا من جهته فلو لم يرجع عليه يتضرر به، وكذلك لو أوصى ببيع عبده وقضى ديونه من ثمنه فباعه الوصي وقضى دينه ثم استحق العبد يرجع.

ولو أوصى بأن يعتق عنه نسمة وأوصى لآخر بالثلث، فإن الثلث يقسم على الثلث وعلى أدنى ما يكون من قيمة النسمة فما أضاف إليه فهو له وما أصاب النسمة أعتق به نسمة؛ لأنه اجتمع في الثلث وصيتان فضاق الثلث عن إيفائهما فيجب قسمة الثلث عليهما كما لو أوصى لرجل بالثلث ولآخر يعيد ماله ويعتبر في النسمة الأولى الأدنى؛ لأنه يتناوله مطلق الاسم وأنه متيقن كما في تحرير الرقبة في باب الكفارة.

ولو أوصى بأن يباع عبده نسمة بيع كذلك وتصح هذه الوصية؛ لأن هذه الوصية واقعة للعبد؛ لأن البيع نسمة هو البيع ممن يشتري للعتق وهو معلوم في عرفهم وفيه منفعة عظيمة للعبد فكانت الوصية واقعة له معنى ولأن البيع نسمة سبب لعتقه والعتق قربة وما يتوصل إلى القربة قربة والوصية بما هو قربة وصية لله تعالى فصار كما لو أوصى أن يعتق نسمة بعد وفاته ثم إن وجد إنسانا يشتريه للعتق بمثل قيمته باعوه منه وإن لم يجدوا من يشتريه نسمة حط من ثمنه مقدار الثلث؛ لأنه لا يشتري للعتق إلا أن يحط عنه من ثمنه شيء فيثبت الرضا بالحط دلالة فيجب الحط تنفيذا للوصية؛ لأن تنفيذ الوصية واجب ما أمكن.

ولو أوصى بأن يباع من فلان بيع منه بقيمته لا ينقص منها، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك؛ لأنه أوصى بالبيع لا بشيء من ماله؛ لأنه لا منفعة للميت في هذه الوصية حتى يشتغل بتنفيذها فلم يوجد منه الرضا بالحط دلالة بخلاف الأولى للموصي فيها منفعة وهو الثواب فيكون قاصدًا تنفيذها ولا يمكن تنفيذها إلا بحط شيء من ثمنه فيكون رضا بالحط دلالة.

ولو أوصى بأن يباع عبده ولم يسم المشتري لم يجز إلا أن يقول يباع من فلان فيباع منه جاز؛ لأنه متى لم يعين من يباع منه كان الموصى له مجهولا وجهالة الموصى له تمنع جواز الوصية.

(باب الوصية بالعتق للعبد بعد الخدمة)

(**المبسوط**): ولو أوصى بأن يخدم عبده أحد ورثته سنة ثم يعتق جاز إن أجازه بقية الورثة، وإن لم يجيزوا بطلت الوصية بالعتق؛ لأن الوصية بالعتق في ضمن الوصية للورثة وبناء عليها والوصية بالخدمة لأحد الورثة لا تجوز إلا بإجازتهم، فإذا بطلت الوصية للوارث بطل ما في ضمنها كالوصية بالمحاباة.

ولو أوصى أن يخدمهم سنة ثم يعتق جاز، وإن كرهوا أو بعضهم واختلفت عبارة مشايخنا في تحرير هذه الوصية قيل يجوز بطريق الإرث؛ لأن حق استخدام هذا العبد لجميع الورثة ثابت شرعا؛ لأن رقبته غير مشغولة بخدمة أحد إن كانت

رقبته مشغولة بوصيته فصارت الخدمة ميراثا بينهم، فلهذا لو رد بعض الورثة هذه الوصية لا يرتد؛ لأن الورثة ملكوا الخدمة بالميراث لا بالوصية والميراث لا يرتد بالرد فكانت هذه وصية بإعتاقه لا غير بعد سنة ولكن بشرط أن يخدم الورثة سنة، فإذا خدم الورثة سنة يعتق عن الميت وقيل يجوز بطريق الوصية؛ لأن الوصية لجميع الورثة على قدر حقوقهم في التركة جائزة لأنها لا تتضمن إبطال حق أحدهم، ولهذا تجوز الوصية لبعضهم بإجازتهم ولأن تجويزها بطريق الإرث متعذر؛ لأن الرقبة بقيت على حكم ملك الميت حتى لو باعوها أو وهبوها لم يجز وإنما لم يصح رد بعضهم هذه الوصية؛ لأنه متى صح رده يؤدي إلى إبطال حق الباقين؛ لأنه حينئذ يصير وصية لبعض الورثة فيبطل فلم يصح رده لهذا.

وذكر في (**الفتاوى**): لو أوصى بأن يعتق عبده بعد خدمته لولديه سنة تجوز الوصية ويخدمهما على قدر ميراثهما إلا أن يقول في وصيته يخدمهما على السواء فبطلت الوصية إذا كان أحد ولديه ذكرا والآخر أنثى؛ لأنه لو جاز ذلك لاشتركا في الخدمة فصارت الوصية للوارث، فأما إذا كانا ذكرين أو أنثيين جازت الوصية وصار سبيله سبيل الميراث دون الوصية ولا يجوز التزوج بهذه الأمة لأنها باقية على حكم ملك الميت مهملة إلى وقت إنفاذ عتقها.

ولو أوصى أن يخدمهم ثم هو حر لم يعتق إلا أن يعتقوه؛ لأنه لا يملك الإعتاق بعد الموت؛ لأنه ليس بأهل له ولم يعلق عتقه بشرط فلا يعتق ما لم يعتقوه، ولو صالحوه من الخدمة على شيء ونجزوا العتق جاز؛ لأن هذا العبد ملكهم في حق الخدمة فبالصلح أسقطوا ذلك الملك ببدل فيجوز ولأن الصلح عن الخدمة جائز، وإن كان لا يجوز الاعتياض؛ لأن الصلح إسقاط وإسقاط الحق بعوض جائز كحق المرور.

ولو أعتقه أحد الورثة قبل السنة ضمن حصة أصحابه من قيمة الخدمة؛ لأن الرقبة في حق الخدمة مملوكة للورثة؛ لأن الوارث لا يملك الخدمة ملكًا جديدا ولكن يقوم مقام الميت بطريق الخلافة عنه والمورث كان يملك الخدمة بملك الرقبة فكذا الوارث فيعتبر الرقبة ملكا لهم في حق ملك الخدمة فكان في معنى

المدبر فصار المعتق متلفًا عليهم ملك الرقبة والمنفعة، والمنفعة تضمن بالإتلاف مع ملك الرقبة لا وحدها كما في المدبر، ولو قال له الوارث بعد السنة: إن دخلت الدار فأنت حر صح تعليقه، وكذلك الوصي.

وذكر في (**الجامع**): أنه لا يصح في الوصي وقد مرت.

(**المنتقى**): قال أبو حنيفة: قد أوصيت أن يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حر، فإن لم يخدم فلانا سنة لم يعتق وهذه وصية فيها يمين، وإن أوصى أن يخدم عبده ورثته سنة ثم هو حر فخدمهم ستة أشهر ثم مرض أو أبق، فإنه يعتق بعد السنة وليس هذا على الخدمة كأنه قال أعتقوه بعد سنة ألا ترى أنه يخدمهم على الميراث ولو لم يخدمهم شيئًا عتق؛ لأن هذا يجوز بطريق الإرث لا بطريق الوصية لما بينا، فإن قال الورثة نحن نعجل عتقه فذلك لهم وهو عن الميت.

ولو قال: يخدمهم هذه السنة ثم هو حر، فإن غاب شهرا أو مرض بطلت وصيته؛ لأنه لا يقال خدمهم هذه السنة فانعدم الشرط، وإن غاب يوما أو يومين لا تبطل الوصية؛ لأنه يقال خدمهم هذه السنة عرفًا، وإن ترك الخدمة يوما أو يومين؛ لأن ذلك القدر لا يعتد به عرفا.

ولو قال: أوصيت بخدمة عبدي لورثتي سنة ثم هو حر وله بنون وبنات، فإن أجازوا ذلك فهو جائز ويخدمهم بالسوية ويعتق بعد سنة، فإن لم يجيزوا الوصية فلهم أن يبيعوه قبل السنة ولا يعتق إلا بالخدمة على الوصية، فإذا خدم على الوصية سنة جازت وصيته بالعتق، وإذا أوصى بخدمة أمته لرجل سنة ثم تعتق وترك ابنين لا وارث له غيرهما فأعتقها أحدهما لم يجز؛ لأن رقبتها في حق الخدمة سنة مملوكة للأجنبي وفي الإعتاق إبطال ملكه فلا يجوز بخلاف الوصية بخدمتهما لورثته سنة فأعتقها أحدهم جاز لما بينا.

(باب الحقوق في الوصية والتركة)

(**المنتقى**) هشام عن محمد: رجل أوصى بعبد والموصى له غائب، قال: ينفق على العبد من مال الميت، فإذا قدم الموصى له وقبل الوصية رجع عليه بالنفقة إن

كانت النفقة بإذن القاضي؛ لأن الوصية وقعت موقوفة على قبول الموصى له ورده فتردد أمرهما بين القبول ووقوع الملك للموصى له وبين الرد واستقرار ملك الورثة فيها والملك كان ثابتًا للموصي إلى أن يزول التوقيف فيجب الإنفاق في ملكه، فإذا ظهر الملك للموصى له من وقت الموت يجب الرجوع عليه. مات رجل في سفر مع قوم قال أستحسن أن يبيعوا متاعه وثيابه ولا يبيعوا رقيقه ولا ينفقون على الرقيق من مال الميت لكن العبد هو يأكل من طعام مولاه أو كان يأخذ دراهمه فينفقها على نفسه من غير أن يدفعوه إليه.

هشام عن محمد رحمهما الله: في رجل أوصى لآخر أن يزرع له في كل سنة عشرة أجربة من أرضه فالبذر والسقي والخراج من مال الميت؛ لأنه أوصى بأن يزرع له فتتناول الوصية الزرع له ولم يتحقق ذلك إلا وأن يكون البذر والسقي من مال الميت.

هشام عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله: رجل أوصى لرجل بثمرة نخله أو بزرع قد أدرك فالخراج على الموصى له، ولو قطع الثمر وحصد الزرع ثم أوصى به لرجل فالخراج على الموصي؛ لأن في الأول المنفعة حصلت للموصى له والخراج إنما يجب بسبب الأرض النامية التي يحصل الانتفاع والارتفاق بها لملاكها، ولهذا إذا أصابتها آفة قبل الإدراك أو بعده قبل القطع والحصد لم يجب الخراج لأنها فاتت قبل أن تصير محرزة بحرز فأما بعد القطع والحصد فالمنفعة حصلت للموصي والمحرز له دخل في ملكه وحرزه فتقرر وجوب الخراج عليه.

ولو أوصى لرجل بقطن ولآخر بجبة، أو أوصى لرجل [بلحم شاة][1] حية ولآخر بمسكها أو لرجل بحنطة في سنبلها ولآخر بالتبن.

قال محمد: على الموصى لهما التخليص وأجره.

ولو أوصى له بقطن وسادة والآخر بالوسادة فعلى صاحب القطن إخراجه والفرق أن صاحب اللحم والحنطة لا يتوصل إلى حقه إلا بالتمييز والتخليص، وكان التخليص والتمييز عملا لهما فكان أجره عليهما وصاحب الوسادة يتوصل إلى حقه من غير تمييز القطن وصاحب القطن لا يتوصل إليه فكان عليه إخراجه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): بالشاة.

ولو أوصى بأرض فيها زرع دون الزرع أو أوصى بالزرع دون الأرض ترك الزرع حتى يحصد بأجر مثله نفيا للضرر عن الموصي والموصى له ومراعاة ونظرًا للجانبين.

ولو أوصى بنخل لرجل دون الثمرة عليها أو أوصى بثمرة نخل دون النخل ثم مات قبل أن يدرك يترك عليها حتى يدرك بغير أجر؛ لأنه لا يمكن تركهما بأجر المثل؛ لأن استئجار الأشجار لا يجوز ولا يمكن قطعها؛ لأن فيه ضررا لصاحبها فيترك على حالها حتى يدرك بخلاف الأرض؛ لأن استئجارها جائز فأمكن ترك الزرع بأجر المثل.

ولو أوصى بالثمرة أن تباع ويجعل ثمنها في المساكين ثم مات قبل أن تدرك تترك حتى يدرك بغير أجر.

ولو أوصى بالزرع بأن يباع ويجعل ثمنه في المساكين ثم مات يترك حتى يدرك بأجر مثل الأرض من ثمن الزرع لما بينا.

ولو أوصى بأرض أن تباع ويجعل ثمنها في المساكين وفيها زرع أو حب لم يثبت بعد قال يجعل على الورثة أجر مثل الأرض حتى يستحصد. رجل أعار من رجل زِقاقا فجعل فيها زيتا فأخذه صاحبها في موضع لم يجد فيه زقاقا يجعل عليه بأجرة مثلها إلى موضع يجد فيه زقاقا فيحول زيته، وكذلك لو استأجر الزقاق وانقضت الإجارة.

ولو أوصى بنخل لرجل وبثمرها لآخر عشر سنين فقطعها رجل قال يغرم قيمتها ويشتري بها نخلة مثلها فيغرس مكانها وينفق عليها في سقيها وعلاجها من بقية القيمة حتى تدرك وتطعم ويكون ثمرتها للموصى له بها ما بقي من المدة، فإن مضت المدة قبل أن تدرك النخلة فقد بطلت وصية صاحب الثمرة، وإن نفذت القيمة قبل أن تدرك الثمرة وقبل مضي المدة فلصاحب الأصل أن ينفق عليها بأمر القاضي ويرجع بذلك في ثمرتها.

(باب وصايا أهل الذمة)

وصايا أهل الذمة على **أربعة أقسام**:

منها: وصية بما هو قربة مطلقة كما لو أوصى النصراني بأن يسرج في بيت

المقدس أو يتصدق بثلث ماله على الفقراء أو يعتق عنه رقاب ثلاث، أو كان من الروم فأوصى أن يغزى الترك بماله صحت الوصية؛ لأن من شرط صحة الوصية أن يكون الموصى به قربه في الجملة لا أن يؤجر ويثاب عليه كالمسلم إذا أوصى بما هو قربة ولم يقصد القربة بل قصد بها الرياء والسمعة تصح الوصية، وإن لم يؤجر ويثاب عليها فهذه قربة عندنا وعندهم فيجب اعتبارها تحقيقًا لغرضهم لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون، ومنها: ما هو وصية بما هو معصية مطلقة، كما لو أوصى للنائحات والمغنيات أو أوصى اليهودي لكنيسة النصراني أو النصراني لبيعة اليهودي أو لبيت نار المجوس ينظر إن كانت الوصية لأقوام معينين صحت؛ لأنه لم يتعين جهة القربة فيها فبقي تمليكا لهم والتمليك لقوم معينين جائز، وإن كانت لغير المعينين لا يصح؛ لأن التمليك للمجهول لا يصح، ومنها: ما هو وصية بما هو قربة عندنا لا عندهم نحو: أن يوصي بأن يحج بثلث ماله أو يبني مسجدًا للمسلمين إن كانت لقوم معينين صحت، وإن كانت لغير معينين لا تصح؛ لأنه لا يعتقد هذا قربة ونحن أمرنا ببناء معاقداتهم ومعاملتهم على عقائدهم ودياناتهم فصار كالوجه الثاني.

وذكر في (**الزيادات**): ذمي أوصى بأن يجعل داره مسجدًا للمسلمين لا يصح؛ لأنه ليس بقربة عندهم، ومنها: ما هو وصية بما هو قربة عندهم لا عندنا، كما لو أوصى ببناء البيعة أو الكنيسة وبيت النار أو بأن يسرج في البيعة، فعند أبي حنيفة تصح هذه الوصية من ثلث ماله وعندهما لا تصح إذا كانت لقوم معينين؛ لأنه أوصى بما هو معصية ولا تصح كما لو أوصى بها لمسلم، ولهذا لو فعل ذلك في حال حياته لم يصح حتى لم يمنع الإرث؛ لأنه ممنوع عن إحداث البيعة والكنيسة في دار الإسلام، وكذلك بعد وفاته له: أنه أوصى بما هو قربة عندهم فوجب أن يصح لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون وأن ندعهم وما يعتقدون، ولهذا تصح معاملاتهم في الخمور والخنازير ويجوز وصيتهم بالخمر والخنزير وكذا هذا.

ولو بنى في حياته بيعة أو كنيسة ثم مات صارت ميراثا؛ لأن عندهما إذا أوصى بذلك لا يصح، فإذا فعله بنفسه أولى أن لا يصح وعنده؛ لأنه لا يزول ملكه بجعلها

متعبدا لأنها لم تتصف بكونها مسجدا فلم تثبت جهة القربة فيها مطلقًا ولا تزول بجعلها وقفًا؛ لأن الوقف إذا لم يكن موصى به لا يجوز عند أبي حنيفة، فبقي على ملكه بخلاف الوصية لأنها مزيلة للتمليك في الأصل فلا يعتبر فيها جهة القربة للإزالة، فإن من أوصى بما ليس بقربة يصح ووصية الذمي جائزة في ثلثه ولا يجوز لوارثه لأنهم بعقد الذمة التزموا أحكامنا.

ولو أوصى حربي مستأمن لمسلم أو ذمي بكل ماله صحت؛ لأن الوصية بما زاد على الثلث إنما لا تصح لحق الورثة ولا حرمة لحقهم لأنهم في دار الحرب ألا ترى أنه لا حرمة لملكهم حتى جاز استغنام أموالهم فلأن لا حرمة لحقهم أولى بخلاف ما لو كان له وارث في دار الإسلام؛ لأنه ذمي أو مستأمن مثله فيكون لحقهم عصمة وحرمة، ولهذا لا يجوز استغنام أموالهم فيجوز أن يمتنع الجواز لحق الوارث.

ولو أوصى ببعض ماله يدفع الباقي إلى ورثته من أهل الحرب؛ لأن حق المستأمن معصوم محترم فلا يزول ملكه إلا برضاه ولا يوجد منه الرضا بزوال ملكه إلى غير وارثه فوجب الدفع إلى ورثته مراعاة لحقه لا لحق الورثة.

ولو أوصى مسلم أو ذمي لحربي مستأمن جاز؛ لأن المستأمن بمنزلة الذمي؛ لأن الأمان المؤقت خلف عن الذمة في حق الأحكام بدليل أن ماله صار معصوما عن الاستغنام بالأمان المؤقت كما يصير معصوما بالأمان المؤبد. ثم الوصية للذمي جائزة فكذا ما هو ملحق به، وبالاستئمان صار سلمًا لنا ولم يبق حربيا علينا، والنهي إنما ورد في حق الحربي لا في حق المستأمن.

(**الزيادات**): ولو ارتد المسلم إلى دين فهو في وصاياه بمنزلة الذمي ارتد إليهم؛ لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما للحال وكل ما يجوز من أهل دينه الذي انتحل إليه ينفذ منه وما لا فلا.

وعند أبي حنيفة: وصاياه باطلة إن قتل أو مات على الردة؛ لأن تصرفات المرتدة عنده تبطل بالقتل أو بالموت على الردة ووصايا المرتدة جائزة لأنها لا تقتل ولا تقر على الردة بل تجبر على الإسلام ويكون حكمها حكم من انتحلت إليه من الدين.

(القسم الثالث في الموصى له باب الوصية لقرابته وأهل البيت)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في الوصية لقرابته.

والثاني: في الوصية لأهل بيته.

والثالث: في الوصية لأهل بيت فلان.

والرابع: في الوصية لإخوته.

(فصل)

ولو أوصى بثلث ماله لقرابته فالقرابة من قبل الأب والأم؛ لأن القرابة مشتقة من القرب والقرب من كل وجه إنما يثبت بالاتصال من الجانبين، ثم لا يخلو إما أن أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه أو أوصى لذي قرابته أو لذي رحمه، فإن أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه فعند أبي حنيفة هو لكل ذي رحم محرم منه اثنان فصاعدًا الأقرب فالأقرب.

وعندهما والشافعي: يستحقه الواحد ويستوي فيه المحرم وغير المحرم والبعيد والقريب؛ لأن اسم القرابة يعم ويشمل الكل لقوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ ﴿٢١٤﴾﴾ [الشعراء: ٢١٤] دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبائل قريش وأنذرهم وأكثر بني هاشم ليسوا بمحرم منه ويبعد عنه في القرابة؛ لأن اسم القرابة ينطلق على الأباعد من الأقارب، فإنه يقال لمن بعد منه هذا قريبي فالقرابة اسم جنس فيتناول الواحد فصاعدًا كاسم الرجل، له: أنه أوجب الوصية باسم الجمع وهو قوله لذوي قرابتي والمثنى جمع من وجه لوجود معنى الاجتماع فيه والجمع من وجه ملحق بالجمع من كل وجه في الميراث فكذا في الوصية لأنها أخت الميراث، وكذا يعتبر الأقرب فالأقرب في الميراث ويكون الأبعد محجوبا بالأقرب فكذلك في الوصية لأنها أخت الميراث لقوله عليه السلام: "**الوصية أخت الميراث**"[1] والأجنبية

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٦ - ١٩٠، تبيين الحقائق ٤١/٦ - ٤٣، وحاشية ابن عابدين ١١٣/٤، وما بعدها، وحاشية الدسوقي ٤٥٧/٤، ومغني المحتاج ٤/٣.

يقتضي المساواة والمشاركة في أصل الاستحقاق ويعتبر أن يكون ذو رحم محرم من الموصي حتى إن ابن العم لا يستحق هذه الوصية؛ لأن مقصود الموصي من الوصية صلة الرحم فيختص هنا من يستحق الصلة بالقرابة وهي القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للصلة؛ لأنه يتعلق بها استحقاق النفقة والعتق عند دخوله في ملكه ويستوي فيه الرجال والنساء؛ لأن اسم القرابة يتناولهما بصفة واحدة وليس في لفظ الموصي ما يدل على تفضيل الذكر على الأنثى فيكون هذا من الميراث نظير أولاد الأم ولا يدخل فيه الوالدان والولد؛ لأنه لا ينطلق عليهما اسم القرابة لقوله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] عطف الأقربين على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه ولأن الجزئية والبعضية بينهما تامة واسم القرابة لا يطلق مع وجود الجزئية والبعضية في العرف، ولهذا لا يستجير واحد من العقلاء من نفسه أن يقول لوالده أو لولده هو قريبي ويُعدُّ جفاء من قائله والجد والجدة أو ولد الولد من ذكر أو أنثى يدخلون في هذه الوصية لأنهم ينسبون إليه بواسطة والقريب من ينسب إليه بواسطة غيره والجزئية بينهما منعدمة حقيقة فيتناولهم اسم القريب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الجد لا يدخل بمنزلة الأب؛ لأن اسم الولد يتناوله ولا يتناوله اسم القريب.

وعند أبي حنيفة: لو كان القريب واحدًا يستحق نصف الوصية؛ لأن ما زاد على الواحد ليس له نهاية معلومة فلا يعتبر للمزاحم أكثر من الواحد كما في الميراث، فإن كان له عم وخالان فنصف الثلث للعم والنصف للخالين؛ لأن الواحد لا يستحق أكثر من النصف؛ لأنه يجعل جمع الثلث للمثنى فصاعدًا فبقي النصف الآخر للخالين؛ لأنه لا يستحقه أحد أقرب من الخالين.

ولو ترك ابنًا وعمين وخالين فالوصية للعمين خاصة؛ لأن قرابة العمين أقرب من قرابة الخالين وإنما شرطنا الولد لكي لا يكون العم وارثا وعندهما يقسم أرباعا فيشترك الكل فيه، وإن كان عمًّا وعمة وخالًا وخالة فالمال للعم والعمة، وإن كانت العمة لا تقدّم على الخال والخالة في الميراث؛ لأن قرابتها بالنسبة إلى الآباء كقرابة العم لتساويهما في الدرجة إلا أنها لا تستحق العصوبة لوصف فيها وهي الأنوثة لا لقصور في قرابتها فبهذا لا تخرج قرابتها من أن تكون أقرب من قرابة الأخوال

فكانت أقرب قرابة من الخال، وكذلك لو أوصى لأنسابه لأنهما لفظان مختلفان يُنبِئان عن معنى واحد وهي القرابة يقال بين الرجلين مناسبة أي قرابة ويقال هذا نسيبي أي قريبي، وأما إذا أوصى لذي قرابته أو لذي رحمه يستحق الواحد الكل حتى لو ترك عمًّا وخالًا فالثلث كله للعم عنده؛ لأنه لم يذكر كلمة الجمع إنما ذكر اسم القرابة؛ لأنه اسم جنس فيتناول أدنى ما ينطلق عليه الاسم.

ولو أوصى لذوي قراباته أو لأنسابه الأقرب فالأقرب فوُجِد منهم واحد فكلها له؛ لأن قوله الأقرب فالأقرب تفسير للكلام المبهم والمبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وهذا اللفظ يتناول الواحد فصاعدًا ويتناول المحرم وغير المحرم فيدخل الكل فيه.

(فصل)

ولو أوصى لأهل بيته أو لحسبه أو لنسبه أو لآله فهو لأقربائه من قبل أبيه إلى أقصى أب جمعهم في الإسلام ويدخل فيه الغني والفقير؛ لأن المراد بأهل بيته أهل بيت النسبة عرفًا وعادة وحسبه وأهل بيته سواء؛ لأن الإنسان إنما يكون من حسب قوم أبيه لا من قوم أمه وأهل بيته قوم أبيه أيضًا بدليل أن الولد العربي يكون عربيا، وإن كانت أمه حبشية أو تركية فالأب اسم للقبيلة التي ينتسب إليها فكان الآل وأهل البيت واحدا بخلاف القرابة، فإن اسم القرابة يتناول قرابة الأب والأم جميعًا ويدخل فيه الغني والفقير؛ لأنه أوجب الوصية باسم عام يتناول الكل وإن كانوا لا يحصون؛ لأن الوصية للغني القريب قربة، لأن فيها صلة الرحم، وصلة الرحم قربة، فكانت الوصية واقعة لله تعالى فصحت الوصية للفقراء بخلاف ما لو أوصى لبني فلان أو لقبيلة فلان وهم لا يحصون فهي باطلة؛ لأنه لا يمكن تجويزها قربة؛ لأنه ليس في وصية الأجنبي الغني قربة فلم تقع الوصية لله تعالى والموصى لهم لا يحصون فجهالة الموصى لهم يمنع جواز هذه الوصية؛ لأنه لا يمكن تنفيذها.

(فصل)

ولو أوصى لأهل بيت فلان وأهل بيت الرجل بنو أبيه الذين ينسبون إليه إلى

أقصى أب في الإسلام ذكرهم وأنثاهم كافرهم ومملوكهم سواء لما ذكرنا، وإن كان من ولد العباس فمن ينسب إلى العباس من جهة الأب دون الأم، وكذلك الحسب والآل؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل استعمالًا واحدا يقال آل عباس وأهل بيت عباس وحسبه والمراد بها واحد ويدخل فيها ولد الموصي ووالده؛ لأن اسم أهل البيت والحسب والآل يتناولهم حقيقة وعرفًا ولا يدخل في ذلك ولد المرأة وأمها؛ لأن الولد والأم غير منسوب إلى أبيها؛ لأن النسبة إلى الآباء دون الأمهات إلا أن يكون ولدها من بني عمها، فإن تزوجت بابن عمها فولدت منه ولدا يدخل في الوصية لكونه من بني عمها لا لكونه ولدها وأبوها من أهل بيتها وآلها والأهل هي الزوجة عند أبي حنيفة؛ لأن اسم الأهل يتناول الزوجة خاصة عرفا وشرعا.

أما عرفًا: فإنه يقال لمن له زوجة هو متأهل ولمن لا زوجة له غير متأهل.

وأما شرعًا: فقوله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا قَالَ لِأَهْلِهِ ٱمْكُثُوٓاْ إِنِّيٓ ءَانَسْتُ نَارًا﴾ [القصص: ٢٩] والمراد به الزوجة وعندهما كل من يعوله وجمعه منزله من الأحرار دون المماليك؛ لأن اسم الأهل يتناول من يعوله في داره وينفق عليه؛ لأن الأهل والعيال يستعملان استعمالًا واحدا يقال هؤلاء عيال فلان وأهله وفلان قليل الأهل والعيال وفلان كثير الأهل والعيال. وإن لم يكن له زوجة.

وذلك الاسم يتناول الأحرار دون المماليك وإن الإنسان لا يقول لعبده إنه من أهلي وعيالي، وإن كان يقوله وليس في منزله لم يدخل؛ لأن أهله من يجمعه داره، ألا ترى أن الرجل قد ينفق على المساكين ولا يكونوا من أهله ولا يدخل الموصي لأهله في ذلك؛ لأنه أوجب الوصاية للمضاف دون المضاف إليه قال والأختان أزواج كل ذات محرم منه وكل ذي رحم محرم من أزواجهن من ذكر أو أنثى وهذا في عرف أهل الكوفة فأما في سائر البلدان لا يطلقون اسم الأختين إلا على أزواج البنات ولا يطلقون على محارم الأزواج. وأصهاره كل ذي رحم محرم من نسائه منكوحات أو معتدات في طلاق رجعي وكل ذي رحم محرم من نسائه يسمى من أصهاره.

(فصل)

أوصى لإخوته وله ثلاثة إخوة متفرقين، فإن كان له أب أو ابن صحت لهم الوصية، وإن كانت له بنت بطلت حصة الأخ من الأب والأم، وكذلك التسع؛ لأنه يرث مع البنت والأخ لأب مع الأخ لأب وأم والأخ لأم لا يرث مع البنت ثم اجعل جميع المال على تسعة أسهم لحاجتنا إلى حساب، له ثلث ولثلاثة ثلث وأقله تسعة للأخ للأب والأخ للأم ثلثي الثلث وذلك سهمان؛ لأنه أوصى بثلث ماله لثلاثة وقد صحت الوصية للكل؛ لأن الوارث من أهل الوصية، ألا ترى لو أجازها الورثة جاز إلا أنه خرج من الوصية برد الورثة فكان للباقين ثلثا الثلث فيكون حصة الأخ لأب وأم منهم من تسعة والوصية للإخوة تكون وصية دون الأخوات عندهما.

وعند محمد: وصية للإخوة والأخوات جميعًا لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ﴾ [النساء: ١١] وقد يتناول الذكور والإناث جميعًا.

لهما: أن اسم الإخوة لا يتناول الأخوات بحقيقته بل بمجازه، ولهذا قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ﴾ [النساء: ١٧٦] فقد فسر الإخوة بالرجال والنساء.

ولو تناول اسم الإخوة والأخوات بحقيقته لما احتاج إلى هذا التفسير، ولو وجد في الوصية مثل هذا التفسير بأن قال لإخوة فلان رجالا ونساء دخلت الأخوات فيها، ولو قال: ثلث مالي لإخوتي وله أخ واحد وهو يعلم أو لا يعلم فله نصف نصف الثلث لما بينا.

(**المنتقى**): ولو قال: ثلث مالي لقرابتي ولغيرهم، قال: كله للقرابة ولا يرد منه إلى الورثة شيء كأنه قال: لقرابتي ولبني آدم.

قال محمد: لو أوصى لأخواته بثلث ماله فهم للذين كانوا يعرفون بإخائه وينسبون إليه، ولو أوصى بثلث ماله لحشمه فحشمه كل من يعوله ويجري عليه نفقته يدخل في ذلك ولده ووالده ولا زوجته ولا أمهات أولاده ومدبره ورقيقه ويدخل فيه سائر قراباته.

(باب الوصية لبني فلان أو لأولاد فلان ولفقرائه ولمواليه ونحوه)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في الوصية لبني فلان.

والثاني: في الوصية لأولاده.

والثالث: في الوصية لفقرائه.

والرابع: في الوصية لأيتامه وأراملة.

(فصل)

ولو أوصى لبني فلان، فإن كانوا يحصون صحت ويدخل فيه الذكر والأنثى والفقير والغني؛ لأن الوصية وقعت بمعلوم، وإن كانوا لا يحصون فالوصية باطلة؛ لأنه لا يمكن تنفيذها للكل لأنهم لا يحصون والموصي لم يرد به الكل؛ لأنه لا يمكن صرفها إلى الكل ولا يمكن تنفيذها للبعض؛ لأن البعض ليس بأولى من البعض فبطلت الوصية كما لو أوصى لواحد من عرض الناس بخلاف ما لو أوصى للفقراء؛ لأن الوصية للفقراء أوقعت لله تعالى والفقراء للمصارف، ولهذا لا تردّ بردهم وجاز صرفها إلى واحد منهم عند أبي يوسف والله تعالى واحد معلوم فوقعت الوصية له، أما هاهنا الوصية تناولت الأغنياء والفقراء فوقعت الوصية للغني لا لله تعالى حتى ترد برده والموصى له مجهول.

ولو أوصى لبني فلان ولا يحصون، فإن كانوا فقراء جازت الوصية لأنها وقعت لله تعالى، وإن كانوا أغنياء لا يجوز لأنها وقعت للعباد وقد تعذر تنفيذها، ثم لا يخلو إما أن كان فلان ابن قبيلة أو أب أو جد، فإن كان فلان ابن قبيلة ذكورا وإناثا فالثلث بينهم بالتسوية إذا كانوا يحصون؛ لأن النساء إذا اختلطن بالرجال ينعتن بنعت الرجال ويخاطبن بخطاب الرجال قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [النور: ٥٦] وقد تناولت الرجال والنساء، وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ

﴿فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] وقد تناولت الذكور والإناث، وإن كن إناثًا خلصًا قالوا على قياس تعليل محمد بهذه المسألة يكون الثلث لهن؛ لأنه قال ويحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان وإذا كان يطلق هذا الاسم على المرأة الواحدة فكذلك يطلق على الإناث المفردات اسم البنين، وإن كان فلان أب أو جد وله أولاد إناث فلا شيء لهن، وإن كانوا بنين وبنات فالثلث للذكور خاصة عند أبي حنيفة وعندهما للذكور والإناث جميعًا.

وذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو الأصح.

وعند محمد يدخل الإناث.

لمحمد: أن الإناث متى اختلطن بالذكور ينعتن بنعت الذكور بأنه يقال: بنو آدم وبنو هاشم وبنو تميم، فإنه يتناول الذكور والإناث.

لهما: أن حقيقة هذا اللفظ يطلق على الذكور خاصة وإنما يطلق على الذكور والإناث حالة الاختلاط بضرب مجاز والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن مع أن في استعمال هذا المجاز اشتراك؛ لأن فلانا إذا كان أبا أو جدًّا قد يذكر هذا الاسم ويراد به الذكور خاصة دون الإناث لأنهم قد يخلو أولاده عن الإناث فإطلاق هذا الاسم على الذكور خاصة حقيقة مستعملة وعلى الإناث خاصة غير مستعملة فحالة الاختلاط وقع الشك في دخول الإناث تحت الوصية فلا يدخل الشك بخلاف ما لو كان فلان ابن قبيلة؛ لأن أولاده لا يخلو عن أنثى فلا يجوز أن يراد بهذا الاسم الذكور خاصة فينصرف إلى الذكور والإناث لضرورة عدم خلوّ أولاده عن الإناث وبخلاف ما لو أوصى لبني تميم؛ لأن المقصود ليس هو الأعيان والأشخاص وإنما المقصود مجرد الانتساب والانضياف وليس لولد الولد شيء، وإن كانوا ذكورا مع ولد الصلب، وإن لم يكن لفلان ولد صلب فالوصية لابن ابنه دون بنات ابنه؛ لأن ولد الابن يسمى ولدا إلا أنه ناقص في الإضافة والانتساب إليه؛ لأن يضاف إليه بواسطة والناقص لا يدخل تحت مطلق اسم الإضافة كأولاد البنات فعند الإطلاق يحمل على ولد الصلب؛ لأنه أحق لهذا الاسم، فإن تعذر العمل بالحقيقة يحمل على المجاز تحريا للجواز ولأن ابن الابن قام مقام الصلب حال عدم الصلب في

الميراث حجبًا واستحقاقا وسقط اعتبار نقصان الإضافة شرعا فكذلك في الوصية لأنها أخت الميراث.

ولو أوصى لبني فلان بالثلث ولم يكن لفلان بنين يوم الوصية فهو لبنيه الذين حدثوا قبل موت الموصي؛ لأن الوصية تمليك من الموصى له بعد الموت فيعتبر وجود الموصى له وقت موت الموصي لا حالة الوصية، ولهذا صحت الوصية بثلث ماله، وإن لم يكن له مال وقت الوصية، وإن كان لفلان بنون أربعة فمات منهم اثنان وولد آخران ثم مات الموصي فالثلث للباقين وللموجودين سواء؛ لأنه متى أضاف الوصية إلى بني فلان مطلقا ولم يسمهم تقع الوصية لبنيه الموجودين يوم الموت لا لبنيه الموجودين وقت الوصية؛ لأن الوصية تمليك ينضاف إلى ما بعد الموت فيعتبر المملك له وقت الموت حتى لو قال أوصيت بالثلث لبني فلان هؤلاء أو سماهم يقع لبنيه الموجودين وقت الوصية حتى يبطل بموتهم ولا يكون لبنيه الموجودين عند الموت.

(فصل)

ولو قال: أوصيت لولد فلان دخل الذكور والإناث فيه؛ لأن اسم الولد يتناول البنات الصلبية حقيقة وولد الابن مجازًا؛ لأن الاسم مشتق من التولد والفروع والبنت الصلبية متولدة منه حقيقة وولد الابن متولد متفرع عنه بواسطة، فإن لم يكن له ولد صلبي فالوصية لولد الابن الذكور والإناث سواء ولا شيء لولد البنت إلا في رواية الخصاف؛ لأن ولد الابن مضاف ومنسوب إليه بواسطة الإيلاد ولكن في الإضافة إليه نوع قصور فعند الإطلاق ينصرف الاسم إلى الولد الصلبي حقيقة وعند عدمه يحمل على ولد الابن مجازًا، فأما ولد البنت غير منسوب ومضاف إليه؛ لأن الانتساب حقيقة يكون من جهة الآباء دون الأمهات على ما مر شرحه في كتاب الوقف ولو لم يكن له إلا ولد واحد فكل الثلث له؛ لأن اسم الولد يتناول الولد الواحد فصاعدًا، ولو أوصى بالثلث لأكابر ولد فلان وله أولاد بعضهم أبناء سبعين وبعضهم أبناء ستين وبعضهم أبناء أربعين فالوصية لأبناء ما زاد على الخمسين لا لمن هو دون الخمسين، وكذلك لو قال أكابر رقيقي أحرار؛ لأن خمسين وما دونه

في حد الحداثة والشباب وما زاد في حد الكبر والشيخوخة والعتاقة، ولو قال ثلث مالي بين بني فلان ولأحدهما ثلاثة بنين ولآخر واحد كان الثلث بينهم على عدد رؤوسهم، فإن لم يكن للآخر ابن رد نصف الثلث إلى الورثة، ولو قال بني أعمامي وأخوالي وله عم وخال فالثلث بينهما؛ لأن أدنى الجمع في باب الوصية والميراث اثنان، وإن كان له عم واحد أو عمان وليس له خال رد نصف الثلث إلى الورثة، ولو قال ثلث مالي لفلان ولبنيه وللمساكين، فإذا لفلان ابن واحد فالثلث بينهم أرباعا لفلان سهم ولابنه سهم وللمساكين سهم ويرجع سهم إلى الورثة؛ لأنه قال لبني فلان والابن الواحد لا يكون بنين ويكون الاثنان بني فلان؛ لأن اسم الجمع مطلق على الاثنين.

(**الفتاوى**): رجل أوصى بثلث ماله لبني فلان وهم ثلاثة فمات أحدهم قبل موت الموصي، فإن كان أبوهم حيًّا فالثلث بينهم نصفان، فإن كان ميتا بطل ثلث الوصية والثلثان بينهما نصفان قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ، وإن كان أبوهم لما مات لا يتوقع له ولد سواهم فانصرفت الوصية إلى عددهم وصار كأنه قال ثلث مالي لفلان وفلان لفلان فلما مات أحدهم بطلت وصيته.

(فصل)

ولو أوصى بثلثه لفقراء بني فلان وهم لا يحصون دخل فيها مواليهم وموالي مواليهم وحلفاؤهم وعديدهم يقسمه بين من يقدر عليه منهم بالسوية؛ لأن كل فريق من هؤلاء ينسبون إلى فلان بالبنوة، فإن الحليف والموالي من بني تميم يقول أنا من بني تميم، ولهذا قال عليه السلام: "**إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ، وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ**"[1]

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٠١٥ و٣٣٠٥٠) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«أحمد» ٤/٣٤٠ (١٩٢٠١ و١٩٢٠٢) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٩٢٠٣) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا بشر، يعني ابن المفضل. و«البخاري»، في «الأدب المفرد» (٧٥) قال: حدثنا عمرو بن خالد، قال: حدثنا زهير.

ثلاثتهم: (سفيان الثوري، وبشر، وزهير بن معاوية) عن عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن إسماعيل بن عبيد بن رفاعة بن رافع الزرقي، عن أبيه، عن جده، فذكره.

والحليف من والى قومًا، ويقول لهم: أنا أسلم ويحلف على ذلك ويحلفون له على الموالاة والعديد من يصير منهم بغير حلف إن أعطى الكل واحدًا وأخذ أمنهم جاز عند أبي يوسف، وعند محمد يعطيه اثنين فصاعدًا لما يأتي في باب الوصية للفقراء[1].

وإن كان فلان أبًا خاصًّا وليس بأب قبيلة ولا جد فالثلث لبنيه لصلبه ولم يدخل الموالي والحليف في الوصية لأنهم لا ينسبون إليه إذا لم يكن أب القبيلة ولم تكن القبيلة مضافة إليه.

(**الجامع**) ولو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم خمسة، فإذا هم ثلاثة أو اثنان فالثلث لهم؛ لأن قوله وهم خمسة لغو من الكلام؛ لأن ذكر عدد البنين لا يفيد؛ لأن الوصية صحيحة بدونه فلغى ذكر العدد فلا يتغير صدر الكلام فبقي قوله أوصيت لبني فلان وقد وجد الجمع المضاف إليه الوصية فصحت ولا يطرح من الثلث شيء، ولو قال لابنَي فلان، فإذا له ابن واحد كان له نصف الثلث؛ لأن الابن الواحد لا يسمى ابنين فلم يوجد الجمع المضاف إليه للوصية فلا يجوز أن يستحق الواحد جميع الثلث يستحق نصف الثلث؛ لأن الواحد داخل تحت الاثنين باعتبار البعضية، فلو كان معه ابن آخر يستحق نصف الثلث فلأن يستحق نصف الثلث حالة الانفراد أولى، ولو قال لابنَي فلان زيد وعمرو، فإذا له ابن واحد فله كل الثلث؛ لأنه ليبين الموصي أول كلامه فصار كأنه قال أوصيت بثلث مالي لزيد وعمرو ابني فلان، ولو صرح بهذا ولم يكن لفلان إلا ابن واحد كان له كل الثلث؛ لأنه أضاف جميع الثلث إلى زيد وضم عمروًا إليه ولم يصح ضم عمرو إليه إذا كان ميتا فلم يثبت لزيد شريك في الثلث فوجد جميع الاسم المضاف إليه للوصية فصار كما لو قال ثلث مالي لزيد وعمرو، فإذا عمرو يوم الوصية ميت فالثلث كله للآخر فكذا هذا.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلاثة، فإذا هم خمسة فالوصية

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/٦٨، ٦٩، وحاشية الدسوقي ١/٤٩٤، والميزان للشعراني ٢/١٧، والمغني ٢/٥١٩.

لثلاثة منهم والخيار إلى الورثة؛ لأن قوله وهم ثلاثة صحيح؛ لأنه تخصيص لبعض ما تناوله اسم البنين إذا كان بنوه خمسة وتخصيص بعد العدد من الاسم العام صحيح فيعبّر به أو كلامه فصار كأنه قال أوصيت لثلاثة من بني فلان صح والبيان للورثة فكذا هذا؛ لأن الجهالة في الوصية متى كانت مستدركة محصورة لا يمنع جواز الوصية كما لو أوصى لأولاد فلان والوارث قائم مقامه في البيان؛ لأن المقصود من الوصية متحد أي ثلاثة كانت وهو الإكرام والإنعام بخلاف المسألة الأولى؛ لأن ذكر الخمسة غير صحيح لأنها غير موجودة، فإنه غير مفيد فلغي.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم خمسة ولفلان بثلث مالي، فإذا للأول بنون ثلاثة كان الأخير شريكهم بالربع؛ لأن قوله وهم خمسة لغو إذا كانوا ثلاثة فبقي قوله أوصيت لبني فلان ولفلان فكان ثلاثة أرباع الثلث لبني فلان وربعه لفلان لاستواء الكل في الوصية.

(باب الوصية لليتامى والأرامل والأيامى والجيران والشبان والكهول)

(**المبسوط**): ولو أوصى ليتامى وأرامل بني فلان فالوصية جائزة يحصون أم لا **واليتيم**: كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم غنيًّا كان أو فقيرًا لقوله عليه السلام: "**لَا يُتْم بَعْد الْحُلُم**"، وهكذا قاله محمد والخليل بن أحمد وقولهما حجة في اللغة.

ثم اليتيم في اللغة مأخوذ من اليتم وهو الانفراد والمباينة عن الشيء كما يقال: هذه الدرة يتيمة لانفرادها عن أشكالها ونظائرها، وتسمى المرأة يتيمة مجازًا لانفرادها عن قوة الرجل.

إلا أنه في عرف الشرع: اسم لمن انفرد عن أبيه في حال صغره. **والأرمل**: كل امرأة فقيرة بالغة فارقها زوجها أو مات دخل بها أو لم يدخل، وقول محمد حجة، وهكذا قاله الأزهري: إن الأرملة المرأة التي لا زوج لها مأخوذ من قولهم: أرمل القوم إذا فني زادهم، والذكر يسمى أرمل مجازًا خلافًا للشعبي وابن قتيبة، قال الأزهري: لا يقال رجل أرمل إلا في الشذوذ، ومطلق الكلام يحمل على الشائع

المستفيض لا على الشاذ والنادر ثم اليتامى إن كانوا يحصون فالثلث بينهم بالسوية يدخل الغني والفقير فيه، وإن كانوا لا يحصون فهو للفقراء خاصة من يقدر عليهم؛ لأن اليتامى تذكر ويراد به الفقراء المحتاجين قال الله تعالى: ﴿۞ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ﴾ [الأنفال: ٤١] ذكر اليتامى وأراد به المحتاجين، ولهذا تبين أن اسم اليتيم لغة مما ينبي عن الحاجة، وكذا اسم الأرمل ينبي عن الحاجة فيكون هذا وصية بالصدقة والوصية بالصدقة وصية لله تعالى فتكون جائزة؛ لأن الله تعالى معلوم فأمكن تخصيص المحتاجين إلى من يقوم مقامهم بإضافة الوصية إليهم تصحيحًا لعقده.

وإن أوصى بثلثه لأيامى بني فلان أو ثيب بني فلان أو أبكار بني فلان ولم يحصين فالوصية باطلة لجهالة الموصى له وليس في اسم الأيم ما ينبي عن الحاجة حتى يحمل على الوصية بالصدقة، وإن كن يحصين فهو بينهم بالسوية. **والأيم**: كل امرأة لا زوج لها وقد جومعت حراما وحلالا بلغت أو لم تبلغ غنية أو فقيرة.

وقال الكرخي وأبو القاسم الصفار: الجماع والأنوثة ليس من شرط لثبوت هذا الاسم حتى قالا بأن الرجل والبكر دخلا تحت الوصية بدليل قول الشاعر[1]:

إن القبور تنْكِحُ الأيامَى ... النسوةَ الأرامَلَ اليتامى

والقبور كما تضم البيت تضم البكر والصحيح قول محمد؛ لأنه حجة في اللغة وهكذا قاله الخليل بن أحمد في العبر، ولهذا قال عليه السلام: "**الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا**"[2]. عطف البكر على الأيم والمعطوف غير

(١) انظر: الاشتقاق ١/٣٦، وبلاغات النساء ١/٤٩.

(٢) أخرجه «مسلم» ٤/١٤١ (٣٤٦٠) قال: حدثنا سعيد بن منصور، وقتيبة بن سعيد، قالا: حدثنا مالك (ح) وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: قلت لمالك: حدثك عبد الله بن الفضل. وفي (٣٤٦١) قال: وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل. وفي (٣٤٦٢) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، بهذا الإسناد. و«ابن ماجه» (١٨٧٠) قال: حدثنا إسماعيل بن موسى السدي، قال: حدثنا مالك بن أنس، عن عبد الله بن الفضل الهاشمي. و«أبو داود» (٢٠٩٨) قال: حدثنا أحمد بن يونس، وعبد الله بن مسلمة، قالا: حدثنا مالك، عن عبد الله بن الفضل. وفي (٢٠٩٩) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل، بإسناده =

المعطوف عليه وليس في الشعر تنصيص على البكر[1].

ونحن نقول: بأن البكر غير مراد بالاسم والثيب مثلها إلا في حصيلة كان لها زوج أو لم يكن فهو ثيب، واسم الثيب يتناول المرأة دون الرجل؛ لأن إطلاق اسم الثيب على المرأة حقيقة مستعملة متعارفة وعلى الرجل حقيقة مهجورة غير مستعملة ومطلق الاسم يحمل على المتعارف وقوله عليه السلام: "**الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة**" أطلق اسم الثيب على الرجل مجازًا بحكم المقابلة بالمرأة لقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٠] سمى الثانية سيئة، وإن كان حقًّا بحكم المقابلة. **والبكر**: كل امرأة لم تجامع كان لها زوج أو لا، وإن

=

ومعناه. و«الترمذي» (١١٠٨) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا مالك بن أنس، عن عبد الله بن الفضل. و«النسائي» ٨٤/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥١) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا مالك، عن عبد الله بن الفضل. وفي ٨٤/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥٢) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا شعبة، عن مالك بن أنس، قال: سمعته منه بعد موت نافع بسنة وله يومئذ حلقة، قال: أخبرني عبد الله بن الفضل. وفي ٨٤/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥٣ و٥٣٧١) قال: أخبرني أحمد بن سعيد الرباطي، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثني أبي، عن ابن إسحاق، قال: حدثني صالح بن كيسان، عن عبد الله بن الفضل بن عباس بن ربيعة. وفي ٨٥/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥٥) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل. و«ابن حبان» (٤٠٨٤) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن عبد الله بن الفضل. وفي (٤٠٨٧) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن عبد الله بن الفضل. وفي (٤٠٨٨) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل.

كلاهما: (عبد الله بن الفضل، وعبيد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله بن موهب) عن نافع بن جبير بن مطعم، فذكره.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٩٨/٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٤/٢، ٢٢٧ ط. دار الفكر، والقليوبي على الشرح المنهاج ٢٢٣/٣ ط. عيسى الحلبي بمصر، والمغني لابن قدامة ٤٩٣/٦، ٤٩٤ ط. الرياض، وكشاف القناع ٤٣/٥، ٤٦ ط. الرياض.

ذهبت عذرتها بغير جماع فهي بكر؛ لأن البكر اسم لامرأة كان مصيبها أول مصيب لها، ولهذا يقال باكورة النهار وباكورة الثمرة أي أولها وبعد زوال العذرة كان مصيبها أول مصيب لها فكانت بكرا، **والثيب**: اسم لامرأة كان مصيبها عائدا إليها مشتق من الثيابة وهي العودة.

(**المنتقى**): ولو أوصى بثلث ماله لجيرانه أو لأهل مسجد كذا أو لأهل سجن كذا، فإن كانوا يحصون قسم على أغنيائهم وفقرائهم؛ لأنه ليس في اللفظ ما يدل على التخصيص بل صدر منه على التعميم.

ولو أوصى لرجل من جيرانه بمائة درهم ثم أوصى لجيرانه بماله ينظر إلى ما أوصى لهذا خاصة إلى نصيبه مع الجيران فأيهما أكثر فهو له ويدخل الأقل في الأكثر؛ لأن المائة إذا كانت أكثر، فإنه يستحق باسم الجيرة وقد آثره الموصي بتعيين المائة فلا يستحق شيئًا آخر ومتى كان نصيبه مع جيرانه أكثر يكون رجوعا عما سمى له واشتراكا له مع الجيران كلهم.

ولو أوصى بثلث ماله لمجاوري مكة فالوصية جائزة، وإن كانوا لا يحصون صرف إلى أهل الحاجة منهم، وإن كانوا يحصون قسمت على عدد رؤوسهم.

واختلفوا في تفسير الإحصاء؛ قال أبو يوسف: إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب وحساب فهم لا يحصون، وقال محمد: إن كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل الأمر موكول إلى رأي القاضي وهو الأحوط.

قال أبو يوسف: لو أوصى لكهول أهل بيته فهو لأبناء الثلاثين إلى الأربعين والشاب والفتى إذا احتلم إلى ثلاثين والشيخ من كان شيبه أكثر فهو شيخ، وإن كان السواد أكثر فليس بشيخ وفي رواية أخرى عنهم أن الكهول من أربعين إلى خمسين إلا أن يكون السبب غلب عليه فهو شيخ وهو رواية عن محمد وهو الأفضل، وفي رواية أخرى عن محمد من ثلاثين إلى أربعين، وقال أبو يوسف: في موضع آخر إن بلغ ثلاثين وخالطه شيب فهو كهل، وإن لم يخالطه شيب فهو شاب والعبرة للشمط والشيب، فإن الناس تعارفوا ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامات وهي الشمط والشيب.

(باب الوصية للموالي)

(**المبسوط**): أصله: أن الاسم المشترك لا يتناول إلا الواحد من المسميات كاسم العين لا يتناول إلا الواحد المنكر وهي عين الينبوع أو عين الركبة أو العين الباصرة، أو ما لا يتناول الكل وإن كان العين اسمًا للكل حقيقة؛ لأن الاسم الواحد لا ينتظم المسميات المختلفة والمتضادة في حالة واحدة لاستحالة أن يكون الكل مراد المتكلم بكلمة واحدة، ومن أوصى لمواليه وفيهم أعلى وأسفل لم تجز الوصية عند أبي حنيفة ومحمد.

ورُوي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنها جائزة ويكون الثلث للأعلى والأسفل؛ لأنه علق الوصية باسم عام يعم ويشمل الأعلى والأسفل بطريق الحقيقة؛ لأن اسم المولى يطلق على المعتق وعلى المعتق شرعًا واستعمالًا، ولهذا لو قال لعبده: يا مولى يعتق بلا نية وإطلاق اسم المولى على الناصر والمحب بطريق المجاز؛ لأنه لم يتصل به استعمال الناس ولا تسارع إليه أفهامهم إلا بقرينة والكلام بحقيقته وهذا الاسم عام يمكن العمل بعمومه فيجب العمل به.

وجه ظاهر الرواية: أن العمل بعموم الاسم متعذر؛ لأنه اسم مشترك؛ لأنه يتناول المعتق والمعتق والمقصود مختلف، فإن الوصية للمعتق تكون مجازاة على إنعامه وإحسانه عليه والوصية للمعتق تكون زيادة على إنعامه وإسدائه عليه وبين الجزاء على الأنعام وبين ابتداء الإنعام تنافٍ وإذا اختلف المقصود تعذر على الاسم عليها؛ لأن الاسم المشترك لا ينتظم المعنيين المختلفين في حالة واحدة فبقي الموصى له مجهولا فبطلت الوصية، وليس هذا كما لو حلف لا يكلم موالي فلان دخل في اليمين الأعلى والأسفل؛ لأن الاسم يتناول أحدهما منكرا إلا أنه نكرة في موضع النفي فيعم وفي الإثبات يخص.

(**الجامع**): أوصى بثلث ماله لمواليه وله موالٍ أعتقهم ولمواليه أولاد ولمواليه موالٍ أعتقوهم فهو لمن أعتقهم وأولادهم دون موالي مواليه؛ لأن اسم المولى لمن أعتقه حقيقة ولمولى مولاه بمنزلة المجاز؛ لأنه إنما يتصف ويسمى بكونه مولى له بسبب إعتاقه وهو باشر إعتاقه ولمن باشر إعتاق مولى مولاه إلا أنه كان مسببا

لعتقه، فإن معتقه إنما يباشر العتق بإعتاقه، ولهذا يضاف إليه بواسطة فيقول موالي مواليه، ولهذا يجوز نفي اسم المولى عن مولى مولاه فيقال إنه ليس بمولى لهم وإنه مولى مولاه وولد المعتق يضاف إلى معتق الأب فيقال مولاه؛ لأن الولد صار معتقا بعتق الأب لا بإعتاق أبيه وعتق الأب مضاف إلى إعتاق معتقه فيكون عتق ولده بواسطة عتقه مضاف إلى إعتاقه كولد المكاتب والمدبر، ولهذا لا يجوز نفي اسم المولى عن أولاده فيقال هذا ليس بمولى فلان، فإن كان موليان فالثلث لهما؛ لأن الاثنين في باب الوصية والميراث بمنزلة الجمع فلهما الثلث بالإجماع.

ولو كان له مولى واحد وموالي مواليه فالنصف من الوصية لمولاه والباقي لورثته؛ لأن معتقه مولاه حقيقة ومعتق معتقه مولاه مجازًا والمجاز مع الحقيقة لا يجتمعان تحت لفظ واحد فدخل هذا الواحد تحت الوصية وقد وجب استحقاق الثلث باسم الجمع والواحد فرد واسم الجمع في الوصية يطلق على الاثنين فكان الواحد نصف أقل الجمع فيستحق النصف، وإن لم يكن له مولى فهو لمولى مواليه؛ لأن العمل بحقيقة الاسم هاهنا متعذر فحملناه على المجاز تصحيحًا لكلامه إذ المتكلم قد يريد المجاز عند تعذر العمل بالحقيقة صونا لكلامه وتصرفه عن البطلان ومولى العتاقة أولى من مولى الموالاة؛ لأن ولاء العتاقة آكد وأحكم وأقوى وألزم من ولاء الموالاة؛ لأن ولاء العتاقة لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ والنقض قبل العقل ولأن ولاء العتاقة ثابت بدليل مقطوع وهو الإجماع وولاء الموالاة ثابت بالاجتهاد مع الاختلاف والثابت بالإجماع أقوى وآكد من الثابت بضرب من الاجتهاد مع مساغ الاختلاف فيقدم الأقوى على الأوهى، فإن لم يكونوا فلمولى الموالاة.

وكذلك إذا أوصى لموالي بني فلان بفخذ يحصون فالثلث لمولى العتاقة ومواليهم دون مولى الموالاة؛ لأنه أضاف الوصية إلى أصل عام وهو موالي فخذ فلان يعلم بعموم الإضافة على أنه أراد بذلك المتيسر إلى الفخذ من مواليه بواسطة وغير واسطة؛ لأنه متى أراد الموصي التعميم في الوصية فإنما يتحقق التعميم متى صرفنا الاسم إلى المجاز؛ لأن معنى المجاز يوجد في الحقيقة وزيادة فكان تعميمه

بعموم المجاز لا بالجمع بين الحقيقة والمجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها راكبا أو ماشيا حافيا يحنث؛ لأن وضع القدم لما صار مجازًا عن الدخول والدخول يتحقق بأي صفة دخل ومولى الموالاة إنما لم يدخل؛ لأن ولاءه أضعف من ولاء العتاقة، وإن كان الاسم يتناوله بعمومه فلا يزاحمه في الاستحقاق لعدم تساويه في سبب الاستحقاق والمدبر وأم الولد لا يستحقون الوصية للموالي لأنهما يعتقان بالموت فلم يكن ولاؤهم ثابتًا وقت الوصية.

وعن أبي يوسف: أنهما يستحقان الوصية؛ لأن الولاء ثبت بالتدبير والاستيلاد في حال حياته. قلنا: الثابت في الحال حق الولاء لا حقيقة الولاء؛ لأن حق العتق ثابت فثبت حق الولاء وبحقيقة العتق تثبت حقيقة الولاء وحق الولاء لا يحتمل الفسخ والنقل كحقيقة الولاء حتى إذا دبر أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك فالولاء يكون بينهما، وإن عتق كله بإعتاق المدبر عندهما.

ولو قال لعبده: إن لم أضربك فأنت حر فلم يضربه يستحق الوصية مع الموالي؛ لأن شرط العتق قد تحقق وهو عدم الضرب فعتق في آخر جزء من أجزاء حياته فكان مولى حال نفاذ الوصية ووجوبها.

(باب الوصية للفقراء والمساكين)

(**المبسوط**): ولو أوصى بثلث ماله للمساكين للوصي أن يصرفه كله إلى مسكين واحد عندهما.

وعند محمد: ليس له أن يصرف إلا إلى مسكينين فصاعدًا.

وعند الشافعي: يصرف إلى ثلاثة فصاعدًا.

لمحمد: أن الوصية أخت الميراث بالنص والاثنان أقل الجمع في باب الميراث فكذلك في الوصية؛ لأن الأحقية تقتضي المساواة والمشاركة بينهما.

لهما: أن الألف واللام متى دخلا على لفظ جمع لا يلحقه العدّ، والإحصاء يصير للجنس ويسقط اعتبار معنى الجمع فيه كمن حلف لا يكلم الناس أو لا يتزوج النساء حنث بكلام واحد ويتزوج امرأة واحدة؛ لأنه لا يمكن العمل بعموم

الجمع فصار للجنس وقد مر شرحه في الأيمان فكذا هذا. واسم الجنس يقع على الأدنى ويحتمل الكل فعند الإطلاق ينصرف إلى الأدنى وهو الواحد؛ لأنه لا يمكن استغراق كل الجنس والعمل بعموم الجمع فينصرف إلى الأدنى وهو الواحد، ولهذا قلنا بأن المراد من قوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ ﴾ [التوبة: ٦٠] الجنس حتى جاز الصرف إلى فقير واحد.

(**الجامع الصغير**): أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاثة وللفقراء والمساكين فالثلث على خمسة ثلاثة لأمهات الأولاد وسهم للفقراء وسهم للمساكين.

وعند محمد: أنه يقسم على سبعة للفقراء سهمان وللمساكين سهمان وثلاثة لهن كذلك على هذا إذا أوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما، وعند محمد أثلاثًا وأصله ما ذكرنا وهو ما إذا أوصى بثلث ماله للمساكين.

(**المنتقى**): أصله أن الوصية متى وقعت بجهة القربة، فإن نص على معنى يدل على الحاجة مثل قوله لفقرائهم أو لأيتامهم أو لأراملهم، فإن كانوا يحصون فالوصية لأغنيائهم وفقرائهم؛ لأنه خص نوعا منهم فاستدعى عموم الحكم، فإن كانوا لا يحصون فالوصية لفقرائهم لا لأغنيائهم؛ لأن الجهة معلومة وهي جهة القربة من المبتغى من الوصية للفقراء القربة، فإن اسم الفقر يدل على الحاجة وكونه مصرفا للصدقات وكذا اليتم يدل على الحاجة؛ لأنه سبب يفضي إلى الحاجة قال الله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] والمراد منه الفقراء دون الأغنياء.

ولو أوصى بثلث ماله لفقراء أهل الكوفة فأعطى الوصي فقراء أهل البصرة يجزئه عند أبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يجوز ويضمن الوصي؛ لأنه عيَّن الصرف والمحل فصار كما لو عين لصرفه فقيرًا واحدًا.

لأبي يوسف: إن الغرض من الوصية للفقراء التقرب إلى الله تعالى بطلب الزلفى وابتغاء الرضى وأهل البصرة والكوفة أقوام لا يحصون فتعذر الصرف إلى الكل،

فإذا أعطى غيرهم حصلت الصلة والقربة والزلفة والمرضاة فجاز، وإذا أوصى بثلث ماله لليتامى أو للعميان أو للزمنى فهو على الفقراء لأنا نعلم أنه لم يرد به إلا الفقراء.

ولو أوصى بثلث ماله للمساكين وورثته محتاجون وهم كبار حضور فصرفوا إلى أنفسهم أو بعضهم محتاجون فصرفوا إليهم جاز، وإن كان في الورثة صغير أو غائب لا يجوز؛ لأن الوصية بالصرف لعلة المسكنة والحاجة وقد تحققت المسكنة والحاجة فيهم وكانوا مصرفا إليهم وولاية الصرف تثبت لكل الورثة فما لم يوجد منهم الإنفاق على الصرف لا يجوز.

ولو أوصى بثلث ماله لبني فلان وهم خمسة عشر وللمساكين فهي بينهم على ستة عشر سهما لكل ابن سهم وللمساكين سهم.

ولو أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين. قال أبو حنيفة: سهم لفلان وسهم للفقراء وسهم للمساكين.

وقال أبو يوسف: سهم لفلان وسهم للفقراء وللمساكين؛ لأن عنده الفقير والمسكين صنف واحد من حيث المعنى؛ لأن كلا الاسمين ينبئان عن الفقر والحاجة فصار كأنه أوصى لفلان وللفقراء، وعند أبي حنيفة الفقير والمسكين صنفان مختلفان فالفقير من له أدنى شيء من المال والمسكين من لا شيء له؛ لأن المسكين مأخوذ من المسكنة وهي عبارة عن العدم قال الله تعالى: ﴿أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ ﴿١٦﴾﴾ [البلد: ١٦] أي ملصقا بطنه بالتراب لشدة الجوع وعدم الأطعمة فصار كأنه أوصى لثلاثة نفر.

ورُوي عن محمد: أنه يقسم على خمسة؛ لأن عنده الفقير والمسكين صنفان لفظًا ومعنى لما مر فصار كأنه أوصى بأربعة أسهم لهما وسهم لفلان.

ولو أوصى بثلث ماله للبائس والفقير والمسكين فعلى قياس قول أبي حنيفة لكل صنف سهم لأنهم أصناف وأنواع من الفقراء، فالبائس الفقير المتعفف عن السؤال الذي لا يسأل الناس، والفقير من له أدنى شيء ويسأل الناس، والمسكين من لا شيء له وله شدة الفقر والحاجة فصار كما لو أوصى لمرضى بني فلان

ولعميانهم وزمناهم يصرف إلى الأصناف الثلاثة فكذا هذا، وعند محمد للفقير سهم وللمسكين سهم.

(**الفتاوى**): ولو أوصى لأهل العلم ببلخ دخل فيه أهل الفقه والحديث، ولا يدخل فيه من يتعلم الحكمة مثل كلام أبي سفيان وغيره؛ لأن هؤلاء يسمون المتقشفية لا طلبة العلم.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل أوصى بثلث ماله لأكفان موتى المسلمين أو لحفر قبورهم أو لسقاية المسلمين فهو باطل، ولو قال: في أكفان فقراء موتى المسلمين فهو جائز؛ لأن في الأول أطلق الإيصاء والتكفين وحفر القبور إنما يجب من رأس المال، فإذا لم يصح للبعض وهم الأغنياء لا يصح للباقين وفي الثاني نص على جهة القربة وهم الفقراء فصحت.

ولو أوصى بهذه البقرة لفلان لم يكن للورثة أن يعطوه قيمتها، ولو قال: هي للمساكين جاز لهم أن يتصدقوا بقيمتها وهو المختار للفقيه أبي الليث؛ لأن الموصى له متى كان معلوما يحتاج إلى قبوله للوصية، فإذا قبل الوصية فقد ملكها وليس للورثة ملك بعد وفاته فلا يجوز لهم دفع قيمتها فأما في الصدقة يجوز دفع القيمة؛ لأن المراد من الصدقة هي القربة وفي دفع القيمة قربة كما في دفع العين فاستويا في إقامة القربة فجاز دفع القيمة كما في الزكاة والنذور. والله أعلم بالصواب.

(باب الوصية للمساجد والرباطات وفي سبيل الله وفي وجوه القرب)

(**المبسوط**): ولو أوصى بغلة عبده أو جاريته في نفقة المسجد أو مرمته جازت؛ لأنه أوصى بما هو طاعة وقربة، ولو انهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها شيء، فإنه يصرف إلى بنائه؛ لأنه من جملة مرمة المسجد والنفقة عليه.

(**المنتقى**): قال محمد: رجل قال: أوصيت بثلث مالي للكعبة فهو جائز ويعطى

مساكين مكة بالإجماع، ولو قال: أوصيت للمسجد روى محمد عن أبي يوسف: إنه باطل إلا أن يقول ينفق على المسجد، وقال محمد: هو جائز، ولو قال: لبيت المقدس، فإنه ينفق على المسجد وفي سراجه.

لمحمد: إن المسجد جهة صرف وهي العمارة والمرمة والمصالح وهي جهة قربة.

لأبي يوسف: إن العادة جرت بإضافة الصدقة إلى الكعبة والمقصود منه إعطاء ساكني مكة وفي سائر المساجد لم تجر العادة بإضافة الصدقات إلى المساجد ويراد بها إعطاء المساكين.

ولو أوصى بعبده لمسجد حتى يخدم المسجد أو يؤذن فيه، قال محمد: خدمة الغلام للمسجد جائزة، فإن اكتسب الغلام مالًا فالمال للورثة؛ لأنه أوصى بصرف منافعه إلى المسجد فصح كما لو أوصى بخدمة عبده لآخر، فإذا أخرج مخرج التقرب إلى الله تعالى أولى أن يصح. والكسب ليس من خدمة المسجد فسلم للورثة باعتبار ملك الرقبة كما في العبد الموصي بخدمته لآخر، وكذلك لو أوصى بخدمة غلامه للمساكين أو بمصاحف توقف في المسجد يقرأ فيها قال أبو حنيفة لم يجز ذلك لما عرف.

ولو قال: ثلث مالي لثغور فلان أو لقرويين فهو جائز استحسانًا؛ لأن الثغور أهم مصارف الصلات والصدقات.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لله تعالى، قال أبو حنيفة: الوصية باطلة، كما لو قال لعبده أنت لله لا يعتق عنده؛ لأنه وصف الثلث وأضاف العبد إلى من هو مضاف إليه من حيث العبودية والخلق والملك وكافة الورى لله تعالى قال الله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ﴾ [المائدة: ١٢٠].

وقال محمد: الوصية جائزة وتصرف إلى وجوه البر؛ لأنه يراد بهذه اللفظة عرفا الصدقة، فإن الفقراء إنما يستحقون الصدقات بالنيابة عن الله تعالى قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ وَيَأْخُذُ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [التوبة: ١٠٤] أي يقبل، وكذلك العتق إنما يراد به وجه الله تعالى وطلب ثوابه وابتغاء مرضاته وهذه النية لائقة للفظة

مطابقة لها، فإن أراد به العتق عتق، وإن أراد به الصدقة تصدق، وإن أراد به أن كله لله تعالى لا يلزم فيه شيء والمحق؛ لأن هذه المعاني محتملة للفظة منتظمة فيه.

ولو قال: أوصيت بفرسي يغزى عليها عني قال يغزى عنه ويستوي الفقير والغني، فإذا رجع رده إلى الورثة فيدفعونه إلى غيره أبدًا يغزي عليه.

ولو قال: فرسي وسلاحي في سبيل الله تعالى فهذا على التمليك يملك رجلًا فقيرًا، وكذلك لو قال: ثلث مالي في الغزو أو في سبيل الله أو في السبيل فهذا على تمليك الفقراء واجب أن يعطوا من يغزو.

ولو قال: أعطوا ثلث مالي من يغزو عني فهذا قد يعطى الغني يغزو عنه ويرد الفضل من النفقة. رجل جعل فرسه في الغزو. وقال: يعطي فقيرا في سبيل الله تعالى، فإذا ملكه صنع به ما شاء، فإن قال جعلته حبسا في سبيل الله تعالى قال يحبس في الرباط يغزى عليه، فإن استغنى عنه يؤاجره الإمام بقدر علفه، وإن لم يستأجره أحد باعه الإمام وأوقف ثمنه حتى إذا احتاجوا إلى ظهر اشترى بثمنه فرسا يغزى عليه.

(باب الوصية للرجلين فيموت أحدهما)

(**المبسوط**): ولو أوصى بثلث ماله لزيد ولعمرو، أو قال: بين زيد وعمرو، ثم مات الموصي ثم مات أحدهما فنصف الثلث للباقي ونصفه لورثة الموصى له الميت؛ لأن الموصى به صار ملكا لهما متى وجد منهما القبول بعد موت الموصي، وكذلك إن مات أحدهما بعد موت الموصي قبل القبول ثم قبل الحي يملكان الوصية؛ لأن الوصية لا تبطل بعدم قبول أحدهما؛ لأن الوصية المرسلة بمنزلة الميراث حتى يصير شريكا للورثة في التركة والميراث لا يبطل بموت الوارث فكذا الوصية بل يملكه الموصى له الميت في آخر جزء من أجزاء حياته، ولو مات أحدهما قبل موت الموصي رجع نصيبه إلى الموصي؛ لأن الوصاية لم تصر ملكا للموصى له الميت بل تبقى على ملك الموصي؛ لأن الوارث متى مات قبل موت المورث لا يرث فكذا الموصى له.

ولو قال: ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت فالمال كله للحي؛ لأن قوله أوصيت بالثلث لفلان إيجاب كمال الثلث له لو اقتصر عليه، وكذلك قوله ولفلان؛ لأن اللفظ للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر؛ لأن الجملة الناقصة متى عطفت على الجملة الكاملة فالخبر المذكور للجملة الكاملة يصير مذكورا للجملة الناقصة فكان هذا إيجاب كمال الثلث لكل واحد منهما على الانفراد لكن عند التزاحم يضيق المحل فيصير مشتركا بينهما فكان ثبوت الشركة موجب المزاحمة والمزاحمة تنبني على صحة الإيجاب والإيجاب لم يصح للميت؛ لأنه ليس من أهل الملك فلا تتحقق المزاحمة فلم تثبت الشركة فبقي كمال الثلث للحي وسواء كان الموصي عالما بموت أحدهما أو لم يكن في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: إذا لم يكن عالما فللحي نصف الثلث؛ لأنه إذا علم لم يقصد بذكر الميت إيجاب الوصية له فكان ملغيا كلامه عابثًا به فقد رضي بأن يكون جميع الثلث للحي كما إذا ضم إلى الحي حائطا وإذا لم يعلم فقد قصد إيجاب نصف الثلث لكل واحد منهما والوصايا تصح على قصد الموصي وقد حسب أن الآخر حي فلم يرض بأن يكون جميع الثلث للحي.

وجه ظاهر الرواية: أن الموصي أوجب كمال الثلث للحي ونقصان حقه عن الثلث إنما يكون بحكم المزاحمة والمشاركة للثاني والمشاركة والمزامنة انعدمت ببطلان الإيجاب للثاني وذلك لا يختلف بين العلم والجهل فسلم للحي جميع الثلث.

(**الزيادات**): أصله أن الوصية متى أضيفت إلى شخصين معينين إن كانا أهلًا للاستحقاق عند الإيجاب كان الثلث بينهما؛ لأن الإيجاب لهما قد صح لوجود الأهلية فيهما عند الإيجاب، وإن انعدمت أهلية أحدهما عند الاستحقاق بالموت؛ لأن المزاحمة في الإيجاب تثبت لسبب إيجاب النصف لكل واحد منهما، كما لو أوصى بالثلث لأجنبي ولوارثه لم يكن للأجنبي إلا نصف الثلث، وإن لم يثبت الاستحقاق لوارثه لصحة الإيجاب لهما لوجود الأهلية فيهما، وإن لم يكن أحدهما أهلا للاستحقاق عند الإيجاب كان الثلث كله للأهل، كما لو أوصى بالثلث لفلان

ولحائط إذا قال أوصيت بثلث مالي بين فلان وفلان وأحدهما ميت فنصف الثلث للآخر، وكذلك لو قال بين فلان وبين هذا الحائط ونحوه؛ لأن كلمة بين تقتضي الاشتراك والتنصيف، ألا ترى لو قال: ثلث مالي بيني وبين فلان وسكت لم يكن له إلا نصف الثلث وكان الاشتراك موجب اللفظ لا بحكم المزاحمة في المحل بخلاف ما لو قال: ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت؛ لأن الاشتراك والتنصيف هنا بحكم المزاحمة لا بموجب اللفظ؛ لأن اللفظ يقتضي الإفراد بالكل لما بينا.

ولو قال: ثلث مالي لفلان ولعقبه ثم مات الموصي فالثلث كله لفلان والوصية لعقبه باطلة لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في الإيجاب؛ لأن عقب فلان من يخلفه بعد موته فلا يتصور له عقب في حياته واستحقاقه الوصية حال حياة الموصى له والعقب معدوم حال حياته والإيجاب للمعدوم لا يصح.

ولو قال: لفلان ولولد عبد الله فمات ولا ولد لعبد الله فالثلث كله لفلان؛ لأن الموصى له يعتبر يوم موت الموصي لا يوم الوصية؛ لأنه أرسل الموصى له وهو ولد فلان، ولو أرسل الموصى به فقال ثلث مالي ينصرف إلى ثلث ماله يوم موت الموصي لا يوم الوصية فكذا الموصى له ولا ولد لعبد الله يوم موت الموصي فلم يصح إيجاب الوصية له فبقي الإيجاب لفلان فصار كأنه أوصى لفلان لا غير.

ولو قال: ثلث مالي لفلان إن مت وهو فقير ولفلان بن فلان فمات والأول غني فللآخر نصف الثلث؛ لأنه صح الإيجاب بهما للحال؛ لأنه أوصى للمعين والمبين إلا أنه علق الاستحقاق ما أوجب له بكونه فقيرًا عند موته لا في الحال، فإذا كان غنيا انعقد شرط الاستحقاق وإذا صح الإيجاب لهما للحال والنصف بينهما من حكم الإيجاب لا من حكم الاستحقاق، فإذا كان الإيجاب منصفا كان حكمه منتصفا بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه أوجب الوصية لموصوف مرسل فيكون الإيجاب معتبرا عند الموت لا عند الإيصاء يحققه ويوضحه أن العين تعرف بالإشارة إليها لا بالصفة؛ لأن الصفة في العين لغو فلم يشترط الوصف لتناول الإيجاب وغير العين تعرف بالصفة لا بالإشارة فإنما يتناوله الإيجاب إذا وجد فيه تلك الصفة عند الموت موت الموصي، فإذا لم توجد الصفة لم يتناوله الإيجاب

وكان الثلث للآخر، وكذلك لو قال: ثلث مالي لفلان إن مت وهو حي ولفلان ابن فلان، فإن مات وهو حي فالثلث بينهما، وإن مات قبل موته كان للثاني النصف لا غير.

ولو قال: ثلث مالي لفلان ولمن افتقر من ولد فلان ثم مات الموصي وولد فلان كلهم أغنياء فالثلث كله لفلان؛ لأنه ضم إلى فلان شخصا موصوفًا بكونه فقيرا وما أشار إلى العين فيكون مرسلًا لا معينًا فيعتبر فيه حالة الموت لا وقت الإيصاء وقوله لمن افتقر يتناول من احتاج بعد أن كان غنيًّا من الأصل؛ لأن هذا اللفظ إنما يستعمل فيمن افتقر واحتاج بعدما كان غنيا وقد ندب الشرع إلى الإحسان إليه لقوله عليه السلام: "**أكرموا ثلاثةً: عزيزَ قومٍ ذلَّ، وغنيًّا افتقر، وعالمًا بين الجهّال**"[1] فيجوز أن يكون الموصي قصد بالتخصيص زيادة الثواب والفضيلة.

(باب الجمع بين الوصايا)

(**المبسوط**): فيه فصول:

فصل في الوصايا لله تعالى.

وفصل في الوصايا للعباد.

وفصل في الوصايا لهما.

(فصل)

ولو كانت الوصايا لله تعالى كلها نافلة وليس شيء منها عين بأن أوصى بأن يحج عنه ويتصدق بمائة ويعتق نسمة، فإنه يبدأ بما بدأ به الميت في ظاهر الرواية؛ لأن كلها سواء في البيوت والمقصود وهو التقرب لابتغاء مرضات الله تعالى وطلبًا لجزيل ثوابه وهربًا من أليم عقابه فكان تقديم ما قدمه الميت أولى لأنه أهم؛ لأن الظاهر من حال الإنسان أنه يبدأ بما هو الأهم فالأهم فيثبت التقديم بدلالة حاله لو

(١) أخرجه ابن حبان في الضعفاء (١١٨/٢، ترجمة ٧٠٠ عيسى بن طهمان) وقال: ينفرد بالمناكير عن أنس. وأخرجه أيضًا: ابن الجوزي في الموضوعات (٣٨٦/١، رقم ٤٦٦).

نص على الأمر بالتقديم لزمنا اتباعه وانقياده فكذا إذا ثبت التقديم بدلالة الحال؛ لأن الثابت بدلالة الحال كالثابت بصريح المقال، وفي رواية يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق؛ لأن الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**تباهَت العبادات عند الله تعالى، فقالت الصدقة: أنا أفضلها**" ولأن نفعها عائدٌ إلى غيره ونفع غيرها مقتصرٌ عليه، وقد قال عليه السلام: "**خير الناس من ينفع الناس**".

والحج أفضل من العتق؛ لأنه من الأركان الخمسة والبداية بالأفضل أولى؛ لأنه أجزل ثوابًا وأعظم أجرًا.

[وجه ظاهر الرواية: أن المقصود من الوصايا الواقعة لله تعالى مُتَّحدٌ، وهو التقرب إلى الله تعالى لابتغاء مرضاته وطلبًا لجزيل ثوابه وهربًا من أليم عقابه، وإذا استوت في الثبوت والمقصود كان تقديم ما قدمه الميت أولى لأنه أهم؛ لأن الإنسان يبدأ بالأهم فالأهم ؛ لأن البداية من الموصي بمنزلة الأمر بالتقديم ولو نص على الأمر بالتقديم لزمنا اتباعه وانقياده، فكذا إذا ثبت التقديم بدلالة حاله][1] وإن كان بعض النوافل عينًا فإذا أوصى بأن يحج عنه بمائة ويشتري نسمة بعينها بمائة ويعتق عنه ويتصدق بمائة فإنهم يتحاصون؛ لأنه اختلف الموصى به والمقصود وكان إيجاب الحق لكل واحد من الموصى لهم ثابتًا مباشرة صريحا وتقديم ما بدأ به الميت ثابت دلالة ولا قوام للدلالة مع الصريح بخلافها، وإن كانت كلها فريضة وقد استوى الكل في الفريضة بأن أوصى بأن يحج حجة الإسلام ويؤدي عنه زكاة ماله ويعتق عنه رقبة عن كفارة يمينه أو عن كفارة قتله قيل بدأ بما بدأ به الميت لاستواء الكل في الوكادة والفرضية كما في النوافل.

وروى أبو يوسف والحسن عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف: إنه يبدأ بالحج ثم بالزكاة ثم بالكفارة؛ لأن وصية الكل ثابتة بكتاب الله تعالى إلا أنه توعد تارك الحج بالكفر بقوله: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ۚ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِىٌّ

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ ﴿٩٧﴾ [آل عمران: ٩٧] وقال عليه السلام: "**من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهوديًّا، وإن شاء مات نصرانيًّا**" ولم يتوعد على تارك الزكاة بالكفر وما كان التوعد على تركه أغلظ وأشد كانت البداية به أحق، والزكاة من الأركان الخمسة وهي تختص بالمال وجوبًا وأداءً والعتق في الكفارة قد يتحول إلى الصوم عند الإعسار فكانت البداية بالزكاة أولى.

ورُوي عن أصحابنا: أنه يبدأ بالزكاة ثم بالحج ثم بالعتق، وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا؛ لأن الحج تمحّضَ حقا لله تعالى والزكاة ممتزجة بحقين بحق الله تعالى وحق العبيد وإيفاء الحقين أولى من إيفاء حق واحد، وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر؛ لأن هذه الكفارات أقوى وآكد في الفرضية والوجوب لأنها وجبت بالكتاب وصدقة الفطر وجبت بالأخبار المستفيضة والواجب بالكتاب أقوى وآكد والأقوى يقدم على الأوهى وصدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر؛ لأن كفارة الفطر وجبت بخبر الواحد وصدقة الفطر وجبت بأخبار مشهورة وإجماع الأمة وصدقة الفطر مقدمة على النذر، والنذور والكفارات كلها مقدمة على الأضحية لاختلاف العلماء في وجوبها ولا اختلاف في وجوب النذور والكفارات، والأضحية مقدمة على النوافل إلا في عتق نسمة بعينها فإنهما يتحاصان؛ لأن الموصى به قد اختلف فيعتبر التوزيع والمحاصة ولا يعتبر التقديم والسباقة تراجحا للموصى به؛ لأن في الوصية تعتق نسمة بعينها حقًّا الله تعالى وحق العبد؛ لأن في العتق حق العبد وإيفاء الحقين أولى من إيفاء حق واحد.

(فصل)

ولو قال: ثلث مالي لفلان وللحج فبينه وبين الحج نصفان؛ لأن الوصية بالحج وصية لله تعالى؛ لأن الحج تمحّض حقا لله تعالى فقد اجتمعت الوصية لله تعالى والوصية لعبد فصار كما لو أوصى بثلث ماله لاثنين يكون الثلث بينهما، وإن كان مع الوصايا لله تعالى وصيته لآدمي يضرب كل وصيته بحصتها وتعتبر كل جهة من جهات الوصايا المفردة، كما لو قال ثلث مالي لفلان، والحج والزكاة والكفارة

تقسم على أربعة؛ لأن الوصية للعبد مع الوصايا لله تعالى مختلفة غرضا ومقصدا والجهة هي المنصوص عليه فتعين كل جهة على حدة كما لو أوصى للفقراء والمساكين وأبناء السبيل تصرف كل جهة بسهم، وإن كان المقصود من الكل متحدا وهي القربة لأنها حقوق الله تعالى وفي حقوق العباد تعتبر الجهة.

(فصل)

(**المنتقى**): ولو أوصى بثلث ماله لفلان وللبائسين والفقراء أو لفلان واليتامى والفقراء أو لفلان وفي الرقاب والمساكين فعندهما تقسم على ثلاثة أسهم سهم لفلان وسهمين لصنفين آخرين، وعند محمد على خمسة لما مر، ولو كان ثلث ماله ألفان وأوصى بثلث ماله للفقراء من أهل بيته وهم عشرة وللمساكين وهم خمسة فحجة الإسلام وقيمة الحجة خمسمائة.

قال محمد: اضرب لفقراء أهل بيته بعشرة أسهم وللمساكين بسهم وذلك أحد عشر فاضرب لهم في الثلث بأحد عشر وللحجة بخمسمائة فجعلنا ألفين على خمسة أسهم كل سهم خمسمائة الحج منها سهم خمسها بقي أربعة أخماس تقسم على أحد عشر سهما فما أصاب سهما فهي حصة المساكين جعلته ما أصاب الحجة فيحج به عنه؛ لأن الحج فريضة والوصية للمساكين تطوع لأنها وصية لله تعالى فكانت الفريضة لهم والوصية لفقراء أهل بيته وصية للعباد والوصية للعبد مع الوصية لله تعالى يتساويان في المحاصة.

ولو أوصى بثلث ماله لفلان وفي نسمة والثلث قليل لا يوجد بنصفه نسمة يضرب صاحب الثلث في الثلث بنصف الثلث ويضرب النسمة بأدنى ما يشتري به النسمة، فإن كان الثلث أربعمائة وأدنى ما يوجد به النسمة ثلاثمائة يضرب صاحب الثلث بمائتين نصف الثلث ويضرب النسمة بثلاثمائة فيكون الثلث بينهما على خمسة للموصى له خمساه وللنسمة ثلاثة أخماسه ثم ترد حصة النسمة على الورثة؛ لأنه لا يوجد بها نسمة، وكذلك لو قال: ثلث مالي لفلان وفي الحج، كان لفلان نصف الثلث ونصفه للحج، فإن بلغ حجات حجَّ بها عنه حجات ولو لم يبلغ حجة حجَّ بها عنه من حيث تبلغ النفقة.

(**الفتاوى**) رجل قال: أخرجوا من مالي عشرة آلاف وأعطوا فلانا كذا وفلانا كذا حتى بلغ أحد عشر ألفًا ثم قال والباقي في الفقراء ثم مات، فإذا ثلث ماله سبعة آلاف قال تنفذ وصية كل واحد منهم على تسعة أجزاء من عشرين جزءًا ويبطل من وصية كل واحد أحد عشر جزءًا بخلاف ما لو قال: أعطوا من ثلث مالي فلانا كذا وباقي المسألة بحالها فلا شيء للفقراء ويعطى أصحاب الوصايا كل واحد منهم تسعة أجزاء من أحد وعشرين جزءًا من وصيته ويبطل السهمان؛ لأن في الأول ذكر في الابتداء جملة المال وجعل الباقي للفقراء فكأنه سمى لهم سهمًا كما سمى لغيرهم فيقسم الحاصل على سهامهم وفي الثاني لم يذكر جملة المال في الابتداء بل أمر بإعطاء كل واحد وصيته من الثلث وجعل الفاضل للفقراء ولم يفضل شيء من سهامهم.

(باب الوصية للوارث[1])

(**المبسوط**): لا وصية لوارث إلا أن يجيزها ورثة الميت بعد موته؛ لقوله عليه السلام: "**لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة بعد موته**"[2].

وهذا نص على أن الوصية للوارث إنما لم تجز لحق بقية الورثة لا لحق الشرع كالوصية بما زاد على الثلث للأجنبي لم تجز لحق الورثة؛ لأن حقهم تعلق بثلثي المال في مرض موته بدليل أن لهم أن ينقضوا تصرفه شرعًا في ثلثي ماله وبعض التصرف في ملك الغير يدل على تعلق الحق لهم به ولا تصحّ إجازتهم في حياة الموصي وتصحّ بعد موته وليس لهم أن يرجعوا بعد الإجازة وإن لم يقبض الموصى له وصيته؛ لأن الوصية قبل موت الموصي غير لازمة لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فبالإجازة لا تصير لازمة منبرمة فيجب أن تكون الإجازة بمثابتها

---

(١) انظر: اللباب في شرح الكتاب ٣/٣٠٧، والشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/٥٩٢، ومنهاج الطالبين ص٩١ ط. مصطفى الحلبي.

(٢) أخرجه أبو داود، في «المراسيل» (٣٤٩) قال: حدثنا أبو معمر، إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا حجاج، عن ابن جريج، عن عطاء الخراساني، فذكره.

غير لازمة يمكن للورثة الرجوع عنها كأصل العقد بخلاف ما بعد الموت لأنها صارت لازمة منبرمة، وكذلك الإجازة الصادرة من الورثة تصير لازمة ولأن الإجازة قبل موت الموصي صدرت من غير المالك حقيقة وحقا؛ لأن الورثة لا يملكون التركة قبل موت المورث حقيقة ولاحقا بدليل أن المورث يملك التصرف فيها ووطئًا واستمتاعا واستخداما واستغلالًا والإجازة الصادرة ممن ليس له حقيقة الملك والحق الملك لا يصح بخلاف ما بعد الموت وما يجوز بإجازة الوارث بالموصى له يملك من جهة الموصي لا من جهة المخير حتى يجبر الوارث على التسليم.

وقال الشافعي: يملك من جهة المخير حتى لا يجبر على التسليم كما لو وهبوا، وعلى هذا لو أعتق المريض عبده ولا مال له غيره فأجازت الورثة عتقه بعد موته ينفذ العتق من جهة الميت حتى تكون الدلالة، وعند الشافعي ثلث الولاء للميت وثلثاه للمخير كأنه أعتق ثلثيه.

والصحيح قولنا؛ لأن الوصية صدرت من الموصي مضافة ملكه حالًا ومآلًا؛ لأن جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد الموت يبقى على حكم ملكه؛ لأن ما زاد على الثلث مشغول بحاجته، فإن لم يبطل هذا الشغل برد الورثة تبقى على حكم ملكه ولا ينتقل إلى الورثة، كما لو كان مشغولا بدينه فمتى أجازت الورثة بقي شغل الوصية فظهر أنه لم يكن منتقلا إلى ملكهم وسقط حقهم فنقد العقد السابق كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن، وإن أجاز بعض الورثة دون البعض يجوز في نصيب المجيز ويبطل في نصيب الراد؛ لأن هذا مما يقبل الوصف بالتحري على مثال إبراء الديون. ترك ابنين وأوصى لأحدهما بنصف ماله وأجاز أخوه بأخذ نصف المال والباقي بينهما؛ لأنه إذا نفذت الوصية بالإجازة صار نصف المال مشغولا بالوصية فلا يصير ميراثا كما لو حصلت الوصية لأجنبي وبقي نصف المال خاليا عن الوصية فيصير ميراثا بينهما.

ولو أوصى مع ذلك لأجنبي بنصف المال وأجازا كان للأجنبي نصف المال وللابن الموصى له نصفه ولا ميراث لهما؛ لأنه صار جميع المال مشغولا بالوصية

والمشغول بالوصية لا يكون ميراثا؛ لأنه يعطي النصف أولا للأجنبي؛ لأن وصية الأجنبي أقوى من وصية الوارث؛ لأن وصيته بقدر الثلث تجوز من غير إجازة ووصيته أصلا لا تجوز إلا بالإجازة والأقوى يقدم على الأوهى ومن أوصى بكل ماله ولا وارث له جازت وصيته.

وقال الشافعي: لا يجوز إلا بقدر الثلث.

والصحيح قولنا؛ لقول ابن مسعود: السائبة يضع ماله حيث أحب.

والسائبة الذي لا وارث له ولم يرو عن أقرانه خلاف فحلّ محل الإجماع ولأن من لا وارث له لم يتعلق حق أحد بماله فصادفت وصيته مالًا خاليًا عن حق الغير فوجد المطلق وهو الملك وفقد المانع مع إمساس حاجته إلى إحراز المثوبة وإكساب الذخيرة الجميلة في الآخرة فوجب أن تصح الوصية، ولو أوصى بكل ماله لرجل وأقر بأخ لأب وأم فللموصى له ثلث المال وما بقي للأخ؛ لأن المقر له بالنسب من الغير إذا مات المقر على إقراره مقدم على الوصية، ولو جحد المقر بعدما أقر به صدق على رجوعه والمال كله للموصى له؛ لأن الإقرار بالإخوة بمعنى الوصية؛ لأن إقراره يصح في حق استحقاق المال لا في حق ثبات النسب فقد أقر أن ماله من جهته بعد موته بغير بدل وهذا هو معنى الوصية فيكون جحوده رجوع عن الوصية فيصح، وكذلك لو كذبه أخوه في إقراره.

(**الفتاوى**) امرأة قالت في وصيتها: أعطوا لأقربائي التذكرة من مالي تصح هذه الوصية لقريبها الذي لا يرث منها، والتقدير في ذلك لمن خاطبه فيعطى من مالها قدر ما يطلق عليه اسم التذكرة لأنها لما لم تقدر فقد جعلت التقدير إلى المخاطب.

(باب الوصية للوارث والأجنبي فيجوز بلا إجازة)

(**المبسوط**): رجل أوصى لوارثه ولأجنبي، فللأجنبي نصف الوصية؛ لأنه صح الإيجاب فيما يملكه وبطل فيما لا يملكه عند عدم الإجازة ولم يبطل هذا ببطلان الآخر؛ لأن الشركة بينهما في حكم الإيجاب وببطلان بعض الحكم لا يبطل الإيجاب بخلاف ما لو أقر المريض لأجنبي ولوارثه في كلام واحد وأنكر الأجنبي

الشركة بطل الكل عندهما؛ لأن الاشتراك هنا مخبر عنه؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق والخبر بناء على المخبر به وكان المخبر به بمنزلة العلة والخبر بمنزلة الحكم للعلة، فإذا لم يثبت المخبر عنه وهو الاشتراك مع تكذيب شريكه لم يثبت حكمه وهو الخبر.

(**الزيادات**): مسائله على فصول:

أحدها: في الوصية للأجنبي مع إجازة الزوجة.

والثاني: في الوصية للأجنبي مع القاتل.

والثالث: في الوصية بالبيع من الوارث ومن الأجنبي.

(فصل)

أصله: أن الوارث إذا كان بحال لا يحوز جميع الميراث فالوصية بمقدار الثلث للأجنبي مقدمة في التنفيذ على حق هذا الوارث وبما زاد على الثلث مؤخرة؛ لأن الوصية بالثلث تقع نافذة مؤكدة مستحكمة فتكون في التنفيذ مقدمة وبما زاد على الثلث واهية ضعيفة موقوفة على إجازة الورثة فكانت مؤخرة عن حق الورثة، فإذا وصل إلى الوارث حقه صار كمن لا وارث له فتنفذ وصيته فيه. امرأة ماتت عن زوج وأوصت بنصف مالها لأجنبي جاز وللزوج الثلث وللموصى له النصف يبقى سدس لبيت المال؛ لأن وصية الأجنبي بقدر الثلث وصيته متأكدة نافذة فكانت في التنفيذ مقدمة فصار الثلث مستحقا بالوصية فبطل الإرث فيه فتبقى تركتها ثلثا المال وللزوج نصف ذلك وهو ثلث الكل بقي ثلث آخر وليس له مستحق بالميراث فينفذ فيه باقي الوصية وذلك السدس بقي سدس آخر لا وصية ولا وارث فيكون لبيت المال، وكذلك لو مات الرجل عن امرأته وأوصى بماله كله ولم يجز الورثة فللمرأة السدس وخمسة أسداسه للموصى له؛ لأن الثلث صار مستحقا بالوصية بقيت التركة ثلث المال فللمرأة ربع ذلك والباقي للموصى له؛ لأن الوصية مقدمة على بيت المال.

ولو ماتت عن زوج وأوصت لقاتلها بالنصف يأخذ الزوج النصف أولا وللقاتل

النصف الآخر؛ لأن الوصية للقاتل ضعيفة؛ لأنه بمنزلة الوارث فيقدم الميراث عليها فيستحق الزوج أولا نصف المال بالإرث والنصف الثاني فارغ عن حق الإرث فتنفذ الوصية فيه للقاتل فيه كما تنفذ الوصية للقاتل في تركة من لا وارث له، ولو تركت عبدين قيمتهما سواء وأوصت بأحدهما لزوجها فله العبدان بالإرث والوصية؛ لأنه صحت الوصية لفقد المانع يكون المال عاريا عن حق الغير.

(فصل)

أصله: أن الوصية للوارث بالثلث بمنزلة الوصية للأجنبي بما زاد على الثلث حتى لا تنفذ كل واحدة منهما إلا بإجازة الورثة؛ لأنها صادفت محلا تعلق به حق بعض الورثة فتوقفت على إجازتهم وكانت وصية الوارث ضعيفة. رجل مات عن امرأته لا غير وأوصى لها بجميع ماله وأوصى لأجنبي بجميع ماله بدأنا بالأجنبي فأعطيناه ثلث المال أربعة من اثني عشر ثم للمرأة ربع الباقي سهمان يبقى ستة بين المرأة والأجنبي نصفان عند أبي حنيفة؛ لأن وصية الأجنبي بقدر الثلث قوية ووصية المرأة ضعيفة ولا مزاحمة لضعيفة مع القوية فقدمنا القوية فاحتجنا إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر للأجنبي أربعة وللمرأة ربع ما بقي وذلك سهمان يبقى ستة يجب تنفيذ الوصيتين فيها؛ لأن وصية كل واحد منهما متساوية في الضعف والوهاية وعندهما يضرب الأجنبي في الستة الباقية بثمانية والمرأة بستة فيكون بينهما كذلك للأجنبي أربعة أسهم وللمرأة ثلاثة من سبعة، فإذا صار نصف المال على سبعة صار الكل على أربعة عشر وليس لذلك ثلث صحيح فاضرب أربعة عشر في ثلثه فصار اثنين وأربعين للأجنبي الثلث أربعة عشر وللمرأة ربع ما بقي سبعة بقي أحد وعشرون للأجنبي أربعة أسباعه وذلك اثنا عشر وللمرأة ثلاثة أسباعه وذلك تسعة وهذا الخلاف بناء على أن ما يستحق بالميراث تبطل فيه الوصية ضربا واستحقاقًا عند أبي حنيفة، وعندهما يبطل استحقاقًا لا ضربًا لما عرف في حساب الوصايا.

ولو أوصى لها بنصف ماله وللأجنبي بنصف ماله يضرب الأجنبي في الستة

الباقية بسهمين والمرأة بخمسة أسهم بالإجماع؛ لأن للأجنبي أربعة من اثني عشر بالوصية القوية وللمرأة ربع الباقي وذلك سهمان يبقى ستة وقد بقي من وصية الأجنبي سهمان تمام النصف ومن وصية المرأة خمسة لأنها أخذت بالميراث سهمين أحدهما مما كان وصيتها فيه فلا يعتبر وصيتها في ذلك السهم لكون ذلك السهم مستحقا لها بالميراث والآخر مما فيه وصية الأجنبي فيعتبر فيه وصيتها فتضرب هي بخمسة والآخر بسهمين فيكون النصف الباقي بينهما على سبعة فيكون الكل على أربعة عشر وليس لذلك ثلث صحيح فاضرب أربعة عشر في ثلثه فصار اثنين وأربعين.

ولو ترك الرجل عبدين قيمتهما سواء فأوصى بأحدهما لامرأته ولا وارث غيرها ثم أوصى بذلك العبد لأجنبي كان كله للأجنبي ولها نصف الباقي بالميراث والنصف لبيت المال؛ لأن الوصية للأجنبي أقوى من الوصية لها وإيجاب الوصية للأجنبي رجوع عن الوصية لها فيكون كله له لفراغه وخلوه عن حق الورثة.

ولو أوصى لها بأحد العبدين ولم يوص به للأجنبي كان لها نصف الباقي بالميراث؛ لأن ذلك ربع أصل ماله والنصف لبيت المال مع أن وصيتها ضعيفة فعند الوصية القوية للأجنبي أولى أن لا تصرف من بيت المال إلا النصف، ولو كان الأجنبي قاتل الزوج كان العبد له وللمرأة نصف الباقي بالميراث لما بينا.

ولو أوصى للمرأة بأحد العبدين وللأجنبي بالآخر كان للأجنبي ثلثا عبده يبدأ به أربعة من ستة فصار كل عبد على ستة وكلاهما على اثني عشر فللمرأة ربع ما بقي من العبدين سهمان من ثمانية بالميراث سهم ونصف من عندها ونصف سهم من عند الأجنبي يبقى لها من وصيتها أربعة ونصف ويبقى للأجنبي من وصيته اثنان يضرب كل واحد بذلك في الستة الباقية وقد انكسر بالنصف فأضعف ليزول الكسر فصار ثلاثة عشر وإذا صار نصف المال على ثلاثة عشر صار الكل على ستة وعشرين فاضرب أصل الحساب وذلك اثني عشر في ستة وعشرين فتصير ثلاثمائة واثني عشر سهما كل عبد مائة وستة وخمسين للأجنبي ثلثا عبده وذلك مائة وأربعة أسهم من مائة وستة وخمسين من عبده والباقي وذلك اثنان وخمسون للمرأة

بوصتيها وميراثها تبقى مائة وستة وخمسين تقسم بينهما على ثلاثة عشر سهما تسعة منها وذلك مائة وثمانية للمرأة في العبد الموصى به لها وأربعة أسهم وذلك ثمانية وأربعون للأجنبي من العبد الموصى به له، فإذا ضممت ذلك إلى مائة وأربعة صار كله مائة واثنين وخمسين.

(فصل)

أصله: أن الوصية للقاتل بمنزلة الوصية للوارث حتى لا يجوز إلا بإجازة الورثة عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز أصلا، لما يأتي في بابه وإذا أوصى بماله كله لقاتله ولا وارث له وبكله لأجنبي فللأجنبي ثلثا المال والثلث للقاتل؛ لأن ثلث المال صار مستحقا للأجنبي بوصية قوية تبطل فيه الوصية الضعيفة ضربا واستحقاقا يبقى ثلثا المال استوت وصيتهما فيه؛ لأن وصيتهما فيما زاد على الثلث ضعيفة حتى لا تنفذ إلا بإجازة الورثة وإذا تساويا في الوصية تساويا في القسمة وإذا ماتت امرأة وتركت زوجها وأوصت لأجنبي بثلثي مالها ولقاتلها بثلثي مالها فللأجنبي ثلثي مالها وللزوج ثلثه والثلث الباقي بين الأجنبي والقاتل أثلاثًا.

عند محمد: القاتل منه سهمان ويكون المال كله من تسعة للأجنبي أولا ثلثه وللزوج ثلثه بقي ثلثه للأجنبي سهم وللقاتل سهمان، وعند أبي حنيفة الباقي بينهما نصفان؛ لأن عنده القاتل لا يضرب بما صار مستحقا للزوج بالميراث وإنما يضرب بما بقي وهو الثلث والأجنبي كذلك فصار الثلث بينهما نصفين والقسمة من ستة للأجنبي النصف ثلثه وللزوج سهمان وللقاتل سهم.

وعند أبي يوسف: لا يجوز الوصية للقاتل أبدًا وإن لم يكن له وارث وبين أنه إذا لم يكن لها وارث غير الزوج جاز إقرارها له؛ لأن المانع من صحة إقرار المريض لوارثه حق سائر الورثة حتى لو صدقوه كان الإقرار صحيحا وقد تعذر المانع هنا لانعدام الوارث لها فصح إقرارها له، وإذا قتلها زوجها وأجنبي عمدًا ثم عفت عنهما فأوصت للأجنبي بنصف مالها جازت الوصية ولا ميراث للزوج؛ لأنه قاتلها والقتل العمد يحرم عن الميراث فقد التحقت المرأة بمن لا وارث لها أصلا

فجازت الوصية للقاتل؛ لأن المانع من جواز الوصية وجود الوارث ولا وارث لها لفقد المانع فارتفع المنع.

(فصل)

ولو تركت زوجها وعبدًا قيمته ألف درهم وأوصت بأن يباع نصفه من الأجنبي بمائة بيع منه بمائة وتقسم المائة ونصف العبد بين الزوج وبيت المال على تسعة خمسة للزوج وأربعة لبيت المال وهذا بالاتفاق؛ لأن المرأة حابت الأجنبي بقدر أربعمائة والمحاباة بقدر ثلث المال مقدمة على حق الزوج وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث يبقى حق الزوج في نصف ما بقي وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وحق بيت المال في مائتين وستة وستين وثلثي درهم فيجعل كل ستة وستين وثلثي سهما فيصير حق الورثة في خمسة وحق بيت المال في أربعة.

ولو أوصت أن يباع العبد من زوجها بمائة يباع منه ويكون العبد والمائة للزوج، ألا ترى لو أوصت بنصف مالها للزوج يكون النصف له إرثا ونصفه وصية فكذلك الوصية بالمحاباة.

ولو أوصت بأن يباع نصفه من الزوج بخمسين يباع بخمسين ثم يقسم الثمن وباقي العبد على أحد عشر واحد لبيت المال وعشرة للزوج؛ لأن الوصية بالمحاباة وقعت بأربعمائة وخمسين ولم ترد الوصية بالمحاباة على نصف المال فصحت لأنه لا مستحق لها كما لو قالت: بيعوا النصف بخمسمائة وحطوا عنه أربعمائة وخمسين فيحط عنه ذلك فيبقى حق الزوج في نصف المال وذلك خمسمائة وحق بيت المال في خمسين؛ لأنه خلا عن الوصية والإرث فيجعل كل خمسين بينهما فيصير كله أحد عشر فيقسم المال على ذلك.

ولو أوصت أن يباع نصف العبد من القاتل بخمسين فكذلك عند محمد.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز البيع في نصيب الزوج وإنما يجوز في نصيب بيت المال فيباع منه بخمسين ويكون لبيت المال؛ لأن عنده لو أوصى بالبيع من أحد ورثته لا يجوز فكذلك الوصية بالبيع من القاتل لا يجوز فيما هو حق الوارث؛ لأن الوصية للقاتل كالوصية للوارث فيأخذ الزوج نصف العبد والنصف الآخر فارغ عن

حق الزوج فتنفذ فيه الوصية بالمحاباة إذا رضي به القاتل فيباع منه بخمسين وتكون الخمسين لبيت المال، وإن لم يأخذه فلا وصية له؛ لأن الوصية بالمحاباة في ضمن الوصية بالبيع وقد بطلت الوصية بالبيع فتبطل هذه أيضًا فالنصف الباقي لبيت المال، وعند محمد البيع منه ليس بوصية، ولهذا يجوز عنده بيع المريض من وارثه بمثل قيمته إنما الوصية في المحاباة وذلك أربعمائة وخمسين فينفذ فيه؛ لأنه فارغ عن حق الورثة.

(باب الوصية للقاتل)

(**المبسوط**): إذا أوصى لقاتله لم يجز خلافًا للشافعي لما رُوي عن علي رضي الله عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**لا وصية للقاتل**"[1].

ولأنه إنما حرم عن الميراث زجرًا له عن القتل جزاء على إساءته حيث استعجل بالقتل ما أخره الله تعالى وهو الميراث فكذلك يحرم عن الوصية جزاء على فعله زجرًا وردعًا له، وكذلك لو وهبه له في مرضه لأنها وصية، فإن أجازت الورثة جاز عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يجوز بناء على أن امتناع جواز الوصية للقاتل.

عندهما: لحق الورثة وعنده لحق الله تعالى جزاء على معصيته وجريمته لقصده استعجال ما أخره الله تعالى من الإرث.

لهما: أن القاتل من أهل استحقاق المبرة والصلة في الجملة؛ لأنه لما تجاسر على مباشرة هذه المعصية لأطماعه الفاسدة فالشرع عاقبه بالحرمان عن استحقاق ما تعلق به حق الورثة لحقّهم، فإذا أجاز وأزال المانع فيزول المنع.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٣٦/٤ - ٢٣٧ ط. دار المحاسن) من حديث علي بن أبي طالب، وفي إسناده مبشر بن عبيد، قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث، يضع الحديث. وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٢١٤/٤ ط. القدسي)، وقال: رواه الطبراني في الأوسط، وفيه بقية وهو مدلس.

ولو كان القاتل عبدًا جازت الوصية له لأنها وصية لمولاه هكذا ذكره صاحب الشامل، ونص محمد في (**المبسوط**) أنه لا يجوز؛ لأن الملك يقع للعبد أولا ثم ينتقل إلى مولاه متى فرغ عن حاجة العبد، ولهذا يعتبر القبول والرد من العبد لا من المولى وكان هذا باعتبار الابتداء وصية للعبد وإنه قاتل. ولا يجوز الوصية لمكاتب قاتله كما لا يجوز لمكاتب وارثه؛ لأنه يقع الملك لقاتله من وجه فتقع الوصية لقاتله من وجه فيحرم احتياطا ويجوز لابن القاتل وأبيه؛ لأنه ليس للقاتل في مال هؤلاء ملك ولا حق ملك، كما لو أوصى لابن وارثه يجوز إقراره لقاتله في مرض موته، كما لو أقر لوارثه في مرض موته إلا إذا كان يذهب ويجيء فهو صحيح، ويجوز إقراره ويجوز وصيته لقاتله إن كان صبيا أو مجنونا؛ لأنه لا يحرم عن ميراثه فلا يحرم عن وصيته.

ولو جرحه رجل ثم قتله جازت وصيته للجارح خلافًا لزفر؛ لأنه انقطعت سراية جناية الأول بقتل الثاني فلا تضاف السراية إلى الجاني الأول وكان القاتل هو الثاني قالوا وهذا إذا كانت جراحه الأول يرجى منها البرء فيكون القاتل هو الثاني، وإن كان لا يرجى منها البرء كما لو شق بطنه ونفذ إلى الأمعاء ثم آخر حزّ رقبته فالأول يبقى قاتلا، وإن قال لم يجرحني فلان صدق ولم يصدق ورثته عليه؛ لأنه إقرار على غيره بالبراءة عن الجراحة وإقرار الإنسان على غيره متى اتصل به تكذيب من جهة المقر له لم يصح، فإن أقاموا البينة لم تقبل للتناقض.

ولو أعتق عبدًا صغيرًا في مرضه ثم قتله الصغير يسعى في قيمتين وله الثلث من ذلك إن لم يكن له مال عند أبي حنيفة.

وعندهما: الدية على عاقلة مولاه ويحسب له قيمته من الثلث، وإن كان كبيرًا قتله خطأ يسعى في قيمتين ولا وصية له؛ لأن المستسعي بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وجناية المكاتب على مولاه معتبرة وقد أوصى له برقبته لما أعتقه فصحت الوصية بقدر الثلث متى كان العبد صغيرًا، وإن كان كبيرًا فلا وصية له فيسعى في قيمة نفسه عملًا بالعتق وقيمة أخرى بالقتل وعندهما المستسعي بمنزلة حر مديون ودية الحر على عاقلته والوصية للصغير جائزة فيسلم له ثلث رقبته ولا وصية للكبير فيسعى في قيمته.

(القسم الثالث في نصب الأوصياء وتصرفاتهم)

(باب الإيصاء)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في جواز الإيصاء وكيفيته.

والثاني: في قبوله ورده.

والثالث: فيمن يجوز إليه الإيصاء ومن لا يجوز.

والرابع: في عزله.

(فصل)

الرجل إذا حضره الموت ينبغي أن يوصي ويكتب وصيته لقوله عليه السلام: "**لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أن يبيت إلا ووصيته تحت رأسه**"[1].

ويكتب كتاب الوصية: هذا ما أوصى فلان بن فلان وأنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا عبده ورسوله، وأن الجنة حق والنار حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور، وأن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين.

أي: في هذه الوصية لما رُوي عن النبي عليه السلام أنه قال: "**من كان آخر كلامه شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله وجبت له الجنة**"[2].

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/١٥٧، وفتح القدير ١/٤٦٦، ونهاية المحتاج ٢/٤٢٨.

(٢) أخرجه أحمد ٥/٢٣٣ (٢٢٣٨٤) قال: حدثنا محمد بن بكر. وفي ٥/٢٤٧ (٢٢٤٧٨) قال: حدثنا أبو عاصم. و«أبو داود» (٣١١٦) قال: حدثنا مالك بن عبد الواحد المسمعي، قال: حدثنا الضحاك بن مخلد.

كلاهما: (محمد بن بكر، وأبو عاصم، الضحاك بن مخلد) عن عبد الحميد بن جعفر، قال: حدثني صالح بن أبي عريب، عن كثير بن مرة الحضرمي، فذكره.

ثم يكتب: وإن العبد المذنب الضعيف المفرّط في طاعته المقصر في خدمته المفتقر إلى رحمته الراجي لفضله الهارب من عدله ترك من المال الصامت كذا، ومن الرقيق كذا، ومن العقار كذا، وعليه من الديون كذا إن كان عليه دين ويسمي اسم الغريم واسم أبيه وجده.

ويكتب: إن مت من مرضي هذا وأوصيت بأن يصرف ثلث مالي إلى وجوه الخيرات وأبواب البر تداركًا لما فرّط في حياته وتزودًا وذخرا لآخرته، وأنه أوصى إلى فلان بن فلان ليقوم بقضاء ديونه وتنفيذ وصيته وتمهيد أسباب ورثته، فعليه أن يتقي الله تعالى حق تقاته ولا يتقاعد عن أموره ووصيته ولا يتقاصر عن إيفاء حقوقه واستيفائها، وإن تقاعد كان الله حسيبًا عليه ويشهد على ذلك، وإنما يصح الإشهاد إذا علم الشهود بما في الصك لقوله عليه السلام للشاهد: "**إِذَا عَلِمْتَ مِثْل الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ**"[1].

ولو قال الشهود بعدما قرأوا الصك: نشهد عليك، فحرك رأسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم، وإن اعتقل واحتبس لسانه.

رُوي عن أبي يوسف أنه يجوز وتعتبر إشارته وهو قول الشافعي؛ لأن الإشارة تقوم مقام العبارة عند عجزه عن النطق والعبارة كالأخرس؛ لأن العجز عن النطق متى تحقق يستوي فيه العارضي والأصلي فيما تتعلق صحته بالنطق كالعجز عن القراءة حتى تجوز صلاة من اعتقل لسانه بغير قراءة كما تجوز صلاة الأخرس.

لنا: أن الإشارة تقوم مقام العبارة حالة اليأس عن النطق والعبارة وهنا لم يقع اليأس عن النطق والعبارة؛ لأن اعتقال لسانه واحتباسه لا يدوم بل بعرض الزوال والانطلاق في كل ساعة والإشارة محتملة غير مفهمة ولا معلمة وفي الأخرس تقدمت منه إشارات مفهمة معلمة لمراداته الباطنة فزال الاحتمال عن إشارته فقامت

---

(١) أورده السخاوي في المقاصد الحسنة (ص ٢٩١) وعزاه إلى الحاكم والبيهقي. وأخرجه الحاكم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: (ذُكر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يشهد بشهادة فقال لي يا ابن عباس: "**لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس**" وأومأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده إلى الشمس، والحديث صححه الحاكم وأعله (المستدرك ٤/٩٨ نشر دار الكتاب العربي).

مقام نطقه وعبارته وهنا لم يتقدم منه إشارات معلومة حتى يعلم بإشاراته الواضحة على مراداته الباطنة وإذا طالت العقلة والحبسة في لسانه ودام قيل لا تعتبر إشاراته وقيل تعتبر وهو مروي عن أبي حنيفة؛ لأنه لما طالت العقلة صارت له إشارات معلومة مفهومة معهودة فتقوم مقام العبارة كما في الأخرس وإضافة الوكالة إلى ما بعد الموت وصية؛ لأن الإيصاء توكيل بعد الموت والوصاية قبل الموت وكالة.

ولو أوصى إلى رجل في ماله كان وصيا فيه وفي ولده والوصي في نوع يكون وصيا في الأنواع كلها خلافًا للشافعي؛ لأنه لو لم تعم وصايته تقع الحاجة إلى نصب وصي آخر وجعل من اختاره الميت وصيا في بعض أموره وصيًّا في كلها أولى من جعل غيره وصيا؛ لأن الموصي لم يرض بتصرف غيره في شيء من الأمور ورضي بتصرف هذا في بعض الأمور واستوصته واستصلحته في الوصاية فكان جعل هذا وصيًّا على العموم أولى.

ولو قال: فلان وصيِّي إلى أن يقدم فلان ثم الوصية إلى القادم فهو كما قال.

وذكر القدوري الأول وصي مع الثاني ولا يصح تخصيصه بزمان دون زمان.

وجه ظاهر الرواية أن الإيصاء قابل للتوقيت؛ لأنه توكيل أو إثبات ولاية وكلا الأمرين قابلان للتوقيت فيؤقت وصاية الأول بقدوم فلان، فإذا قدم فلان انعزل الأول كما لو وكل وكيلًا إلى أن يقدم فلان وصار الثاني وصيا؛ لأنه علق وصيته بالشرط وتعليق الإيصاء بالشرط جائز كتعليق الوكالة حتى لو قال: أوصيت إلى عمرو ما لم يقدم زيد وسكت فقدم زيد، فإن عمرو يبقى وصيا بعد القدوم؛ لأنه ما فوض الوصاية إلى زيد بعد قدومه بل سكت عنه فلو لم يبق عمرو وصيا بعد قدومه احتجنا إلى نصب وصي آخر فكان إبقاء عمرو وصيا، فإنه مختار الميت ووصيه أولى بخلاف الأول؛ لأنه فوض الوصاية إلى الثاني نصًّا بعد القدوم فلا حاجة إلى إقامة وصي آخر مقامه.

(فصل)

ولا بد له من قبول الوصاية إليه؛ لأنه متبرع بالعمل ويلحقه ضرر العهدة فلا بد

من قبوله والتزامه، ولو قَبِلَ قَبْلَ موته أو بعده يلزمه وليس له أن يردها دفعًا للضرر عن الموصي لئلا يصير مغرورا من جهة الوصي؛ لأنه اعتمد على قبوله بأن يقوم بجميع التصرفات بعد وفاته والوصي بقبول الوصاية التزم ذلك ولو صح رده وقع الموصي في ضرر ويصير مغرورا من جهة الوصي فصارت الوصاية لازمة شرعا بالتزامه نظرا للموصي دفعا للضرر عنه بخلاف الوصية بالمال؛ لأن ثمة لو صح رده بعد موته لا يتضرر الميت؛ لأنه يعود الثلث إلى الورثة بل الضرر على الموصى له ولو قتل في حياة الموصي ثم رده في حياته مواجهة يصح ولا يصح بدون محضر الموصي أو علمه كما في التوكيل؛ لأن الإيصاء وكالة واستنابة بعد الموت ولأنه في حياته يمكنه أن يوصي إلى غيره فلا يتضرر متى علم برده ولو لم يقبلها في حياته فهو بالخيار بعد موته إن شاء قبل، وإن شاء رد؛ لأنه يمكنه أن يسأل هل يقبله أو لا يقبله، فإذا لم يسأل واعتمد على أنه يقبله بعد موته ولم يوص إلى غيره فقد قصر في أمره فصار مغترًّا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الوصي والقبول بالفعل تنفيذ وصيته أو شراء شيء للورثة أو قضاء دين كقبوله بالقول؛ لأن الوصاية قد تمت وتقررت بموت الموصي شرعا إلا أنه توقف لزومه على قبول الوصي حتى لا يلزمه ضرر الوصاية بغير رضاه، فإذا تصرف الوصي تصرفا يدل على قبوله تلزمه الوصاية؛ لأنه لا يقدر على الرد إلا برد التصرف ولا يمكنه رد التصرف؛ لأنه تصرف بإذن الميت فلا يبقى له ولاية الرد فلزمه الوصاية ضرورة.

(فصل)

ومن أوصى إلى عبده لم يجز إن كان في الورثة كبارًا، وإن كانوا صغارًا جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز؛ لأن هذه وصية إلى عبد غير الموصي وهو عند الورثة؛ لأن الوصاية تصح بعد الموت والوصية إلى عبد الغير باطلة بالإجماع؛ لأن الوصاية تقع لازمة حتى لا يقدر أحد على إبطالها والعبد ليس بأهل لمثل هذه الولاية، فإنه لا يثبت له ولاية لازمة له أن الوصاية ليست إلا طلب التصرفات والعبد قادر على إقامة ما فوض إليه من التصرفات وليس للورثة الصغار منعه وحجره من التصرفات وللموصي ولاية الإيصاء وولاية فك الحجر عن هذا العبد، وإن كان

العبد ملكا للورثة، فإن له ولاية على التركة في حق الورثة فيصير إذنه كإذنهم فتلزمه العهدة فيصح إيصاؤه لحاجة الصغار بخلاف ما لو كان في الورثة كبار؛ لأنه لا فائدة في تصحيح الوصاية مع قيام الولاية لهم على إبطالها بحجر العبد عن التصرفات، ولو أوصى إلى عبد غيره لم يجز وإن أجازه مولاه؛ لأنه عاجز عن إقامة ما فوض إليه من التصرفات؛ لأن للمولى ولاية منعه وحجره لما فيه من تعطيل منافعه فلا فائدة في تصحيح الوصاية، ولو أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره جاز؛ لأنه قادر على إقامة ما فوض إليه؛ لأن للمكاتب ولاية مستحقة على كسبه ونفسه، ولو أوصى مسلم إلى ذمي أو مستأمن لم يجز وعلى عكسه يجوز؛ لأن في الإيصاء إليهما إثبات ولايتهما على المسلم ولا ولاية للكافر على المسلم ولأنه لا يؤتمن ويتّهم في حق أولاد المسلمين.

وذكر في كتاب القسمة: في الذمي أنه يجوز ويخرج على أنه قادر على إقامة ما فوض إليه من التصرفات، ولهذا يصلح الذمي والمستأمن وكيل المسلم في حياته فكذلك بعد وفاته إلا أن الذمي يستبيح عقودا هي محرمة في الشريعة فكان متهما في إيقاع الورثة في الحرام، ولهذا كره توكيل الذمي بالبيع والشراء؛ لأنه ربما يوقعه في الحرام. والوصاية على الصغير تجوز كالوكالة ولكن لا يلزمه العهدة ووصي الأب أولى من الجد؛ لأنه قائم مقام الأب.

(فصل)

وإذا ظهرت من الوصي خيانة عزله القاضي ونصب آخر؛ لأن الأمانة في الإيصاء أصل؛ لأن منفعة الإيصاء وفائدته لا تحصل إلا بالأمانة والأوصياء ثلاثة عدل كافٍ وعدل غير كافٍ وفاسق عادي فالعدل الكافي لا يعزله القاضي؛ لأنه وافى ولو عزله ينعزل وصار جائزا إثما؛ لأن للقاضي يدًا باسطة وولاية شاملة على الناس كافة خصوصا على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حيا ولكنه صار آثما؛ لأنه فعل ما ليس له فعله؛ لأن الوصي هو الذي اختاره وارتضاه وعيّنه واصطفاه.

ولو لم يعلم القاضي بأن للميت وصيا والوصي غائب فأوصى إلى رجل فالوصي هو وصي الميت دون وصي القاضي؛ لأنه مختار الميت ومرتضاه كما إذا كان القاضي عالمًا به والعدل الذي ليس بكافٍ أو ضعيف لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه يضمّ إليه غيره ولا يعزله لاعتماد الوصي عليه لأمانته وصيانته حتى لا ينقطع عن الميت منفعة عدالته ويضم إليه غيره حتى يزول ضرر عدم كفايته وهدايته والفاسق العادي المخوف على ماله للقاضي عزله ونصب آخر مكانه؛ لأن في إبقائه على الوصاية إضرارا بالميت والصغار والميت لا يقدر على الاستدراك فقام القاضي مقامه في العزل وعن أبي يوسف الدخول في الوصية أول مرة غلط والثاني جناية والثالث سرقة.

(**الفتاوى**): ولو قال الوصي: لي على الميت دين ولا بينة له قيل بأن القاضي يخرجه من الوصاية؛ لأنه يستحلّ الأخذ من مال الميت وقيل لا يخرجه إلا إذا ادعى شيئًا بعينه أخرجه من يده والمختار أن يقول القاضي للوصي إما أن تقيم البينة عليه حتى يستوفى وإما أن تبرئه من الدين وإما أن أخرجك من الوصاية، فإن أبرأه وإلا أخرجه.

وذكر الخصاف في (**أدب القاضي**): أن القاضي يجعل للميت وصيا آخر في مقدار ذلك الدين خاصة حتى يقيم الأول البينة على الوصي؛ لأن البينة لا تقبل إلا على الخصم ولا يخرجه من الوصاية. مريض قال لآخر اقض ديوني صار وصيا في قول أبي حنيفة.

وقال محمد: ما لم يقل اقض ديوني ونفذ وصاياي لا يصير وصيًّا.

ولو علم الوصي بدين على الميت ولا بينة للدائن قال نصير بن يحيى يبيع الوصي بعض التركة من الغريم ثم يجحد الغريم الثمن فيصير قصاصًا عما له، فإن كانت التركة متاعًا أودعه ثم يجحد فيصير قصاصًا عما عليه.

وقال نصير عن أبي سليمان: وصي شهد عنده عدل أن لهذا على الميت ألف درهم قال يسعه أن يعطيه بقوله، فإن خاف الضمان وسعه أن لا يعطيه، ولو علم الوصي يكون شيء من التركة بعينه مغصوبا أو وديعة يدفعه إلى مالكه.

(باب الوصية إلى رجلين)

(**المبسوط**): أوصى إلى رجلين جميعًا أو وكل واحدًا منهما على حدة لا يجوز لأحدهما أن يتصرف بدون صاحبه إلا ما لا بد منه عندهما خلافًا لأبي يوسف، وكذلك الأبوان إذا ادعيا ولد جارية بينهما لا ينفرد أحدهما بالتصرف في مال الولد خلافًا لأبي يوسف.

له: أن الوصي يتصرف بحكم الولاية والخلافة لا تحكم الأمر والتفويض؛ لأن الأمر والتفويض قد بطل بالموت فلا يصح إضافة الأمر إلى ما بعد الموت لكن بحكم الوصاية يقوم الوصي مقام الموصي في التصرف والتصرف بحكم الولاية لا يتقيد بقوله برأي غيره كأحد الوليين في التصرف.

لهما: أن الوصي متصرف بحكم الأمر والتفويض، فإن الموصي يأمره بالتصرفات ويقيمه مقام نفسه بعد موته في التصرفات لعجزه عن التصرفات بنفسه وحاجته إلى استخلاف غيره في التصرفات فصح أمره وتفويضه إلا أن أمره قد بطل بعد موته بعد صحته ونفوذه، ولكن بناء الأمر ليس بشرط لبقاء حكمه في الوصية خاصة؛ لأنه تفويض للتصرف بعد الموت وهو فوّض التصرف إليهما ورضي برأيهما لا برأي أحدهما فلا ينفرد أحدهما بالتصرف فيما يتهيأ عليه اجتماعهما ويحتاج فيه إلى الرأي والتدبير كالوكيلين في حالة الحياة لأنهما وكيلان بعد الوفاة وإلا ما لا بد له منه وهو شراء الطعام والكسوة واستئجار الطير وبيع ما تسارع إليه الفساد وشراء الكفن للميت واستئجار الحمال لحمل الجنازة ورد الوديعة وقضاء ديونه وتنفيذ وصيته بألفين أو بألف مرسلة أو بإعتاق عبد بعينه وإجازة نفس اليتيم ورد ثمن المبيع ببيع من الوصي وليس لأحدهما قبض المبيع وقبض الموهوب لليتيم وإيداع أحدهما في يده من تركة الميت وإعطاء النفقة للفرس الموصى به للغزو؛ لأنه لا يحتاج في ذلك إلى الرأي والتدبير وفي التأخير ضرر بالموصي والصبي بخلاف الوصية بأعمال البر وإعتاق عبد لا بعينه؛ لأنه يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير، ولو مات أحدهما نصب القاضي مكانه آخر عندهما، فإن شاء يجعل الباقي وصيا مطلقا؛ لأن هذا الباقي يقدر على التصرفات أجمع.

وعند أبي يوسف لا حاجة إلى نصب وصي آخر، وإذا وكل أحد الوصيين صاحبه في بيع جاز اتفاقا؛ لأنه اجتمع فيه رأيهما.

ولو أوصى في العين إلى رجل وفي الدين إلى آخر وأوصى ببعض ولده وميراثهم إلى رجل وبالبعض وميراثهم إلى آخر فهما وصيان في الكل عندهما، وقال محمد يقتصر على ما ذكر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: لو قال علي أن لا يد لأحدهما فيما للآخر يصير كل واحد منهما وصيا فيما أوصى إليه خاصة.

لمحمد: أن الوصي يتصرف بحكم الأمر والتفويض؛ لأن الوصاية تفويض الأمر إليه بعد الممات والولاية تثبت بناء عليه ضمنا له فملك التصرف بقدر ما فوض إليه كالوكيل بخلاف ما لو أوصى في نوع؛ لأن ثمة جعلناه وصيا في الأنواع كلها للضرورة لما بينا ولا ضرورة هنا. لهما أن الوصي يتصرف بحكم الولاية لا بحكم النيابة والوكالة عن الميت؛ لأن المتصرف عن ولايته أن يتصرف لغيره عند عجزه عن التصرف بنفسه نظرًا له، والميت عجز عن التصرف بنفسه لفقد أهليته فلا يمكن أن يجعل تصرف الوصي كتصرفه لكن بالإيصاء أثبت الولاية لغيره بعد موته في تركته عند عجزه نظرا له فصار الوصي وليا للميت بحكم الأمر بخلاف الوكيل؛ لأن الوكيل يتصرف بحكم النيابة عن المنوب عنه؛ لأنه يتصرف له مع قدرته عليه بنفسه؛ لأن المستنيب مستعين بالنائب وقد أناب كل واحد منهما مناب نفسه في أمر خاص فيقتصر عليه.

(**الفتاوى**): ولو أوصى بالتصدق بالحنطة على الفقراء قبل رفع الجنازة ودفع أحد الوصيين إن كانت الحنطة في الدار جاز دفعه، وإن لم يكن فالصدقة على المعطي أوصى إلى رجلين، وقال لهما: ضعا ثلث مالي حيث شئتما ثم مات أحد الوصيين بطلت الوصية.

ولو قال: ثلث مالي للمساكين والمسألة بحالها، قال أبو يوسف: للآخر أن يتصدق وحده وقيل إن شاء القاضي يجعل وصيا آخر معه، وإن شاء يقول للثاني اقسم أنت وحدك.

أوصى إلى رجل وقال: اعمل برأي فلان فهو الوصي خاصة دون الثاني وله أن يعمل بغير رأي فلان، ولو قال: لا تعمل إلا برأي فلان فهما وصيان وهو الصحيح، وهذا يشبه قول أصحابنا فيمن وكل آخر وقال له: بع بشهود فباعه بغير شهود جاز، ولو قال لا تبعه إلا بشهود أو لا تبع إلا بمحضر فلان لا يجوز له أن يخالف، وكذلك لو قال للوصي: اعمل بعلم فلان فله أن يعمل بغير علمه، ولو قال لا تعمل إلا بعلم فلان لم يجز له أن يعمل بغير علمه.

ولو أوصى بأن تباع داره ويشترى بثمنها عشرة أوقار حنطة وألف من خير يتصدق بها على المساكين فبيعت الدار ولم تبلغ ثمنها ما يشتري به مقدار الموصى به يكمل من ثلث ماله إن اتسع الثلث لذلك ولغيره من الوصايا وصار كأنه أوصى بذلك وقال: اجعلوا من مالي كذا فجعلوه من غيره جاز لجواز أن سائر أمواله خبيثة ونعرف طائفة من ماله طيبة فيخص ذلك بوصاياه.

(باب تصرف الوصي في الموصى به)

(**المبسوط**): أوصى إلى رجل بأن يضع ثلث ماله حيث أحب جاز أن يجعله في نفسه خلافًا للشافعي، وكذلك لو نص على الوضع عند نفسه صح خلافًا له؛ لأن الوصي امتثل أمر الموصي متى وضعه عند نفسه؛ لأنه أمره بوضعها عند من أحب مطلقًا والمطلق يجري على إطلاقه ولا يجوز تخصيصه ما لم يقم دليل التخصيص كما في أوامر الشرع.

ولو قال: أعط من شئت لا يعطي نفسه؛ لأن الإعطاء لا يتحقق إلا بأخذ غيره والدفع والأخذ لا يتحققان من الواحد وهذا معنى قول محمد؛ لأن الإنسان لا يكون معطيا نفسه، فأما الوضع يتحقق عند نفسه بخلاف الأمر بالتصدق؛ لأن التصدق يقتضي التمليك والتمليك من نفسه غير مشروع ولا يجعل البعض ورثة الموصي؛ لأن هذه وصية للوارث باطلة.

ولو قال: ثلثي لرجل سميته للوصي فصدقوه لم يصدق الوصي إلا أن يشهد معه آخر؛ لأنه لم يفوض ببقية الوصية إلى الوصي وما أمره بتنفيذها بأن تولى بتنفيذ

الوصية بنفسه وإذا لم يكن الوصي مأمورًا بتنفيذ الوصية كان شاهدا أن الميت أوصى لهذا والشرع لا يوجب تصديق الشاهد الفرد إلا أن يكون الوصي اثنين فيشهدان على ذلك تقبل؛ لأنه لا تهمة في شهادتهما.

ولو أوصى بالثلث إلى رجلين يضعانه حيث شاء لا ينفرد أحدهما بالوضع خلافًا لأبي يوسف؛ لأن وضع المال يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير؛ لأن الثواب فيما يتفاوت يتفاوت الفقير باعتبار الصلاح والسداد والاستحقاق بخلاف ما لو قال أعطيا ثلث مالي فلانا فأعطى أحدهما جاز؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير إذا كان المصرف إليه معينا، ولو قال سميته لهما فصدقوهما صدقا بما بينا.

(باب تصرف الوصي في التركة)

(**المبسوط**): فيه فصلان:

أحدهما: في المعاملة.

والثاني: في المقاسمة.

(فصل)

ولو تصرف الوصي في التركة فلا يخلو إما أن كان في التركة دين أو وصية أو لم يكن، فإن كان فيها دين أو وصية والورثة كبار حضور أو غيب أو كانت صغارًا أو كبارًا، فإنه يبيع العروض والعقار.

عند أبي حنيفة: على الكبار يجوز بيعه بشرائط ثلاثة، فإن كان في التركة دين أو وصية أو معهم صغير، وعندهما لا يجوز البيع إلا بمقدار الدين والوصية؛ لأن ولاية البيع إنما تثبت لأجل قضاء الدين وتنفيذ الوصية وإلا فالدليل ينفي ثبوت الولاية على الغير لما فيها من ضرر المقهور به وانسلاب الحرية فتثبت له ولاية البيع بقدرهما ضرورة كونه مأمورًا بتنفيذهما ولا ضرورة فيما وراء ذلك فانتفت الولاية لوجود المنافي لها وهي الحرية، له: أن في بيع نصيب الصغار مفردًا ضرر بالصغار وليس في بيع الكل ضرر بالكبار بل فيه نظر لهم؛ لأن الجمل والأشخاص تشترى

بأكثر مما تشترى به الأبعاض والأشقاص فيثبت للوصي ولاية بيع الكل نظرا للصغار والكبار، وإن لم يكن في التركة دين ولا وصية إن كان الورثة كلهم كبارا حضورا فليس له بيع شيء من التركة؛ لأنه لا ولاية له على الكبار حال قدرتهم على الحفظ بنفسهم بالبيع وله تنفيذ الوصايا ورد الودائع وشراء الكفن وقضاء الديون والخصومات والدعاوى وقبض الديون، وإن كانوا غيبا فله ولاية الحفظ وبيع العروض دون العقار؛ لأن الوصي مأمور بحفظ التركة من جهة الميت وبيع المنقول من الحفظ حال عجز المالك عن الحفظ يتنازع إليه التوى والتلف.

فأما بيع العقار فليس من الحفظ لأنها محفوظة محصنة بنفسها ويملك إجارة عقار الكبير وإن لم يملك بيعه؛ لأن الإجارة من جملة الحفظ؛ لأنه لو لم يؤجر يضيع عليهم المنافع وهو يملك حفظ التركة عليهم، وإن كانت الورثة كلهم صغارًا فله بيع التركة منقولا وعقارا؛ لأن وصي الأب بمنزلته قائم مقامه وللأب ولاية بيع مال الصغار منقولا كان أو عقارا فكذلك الوصية، وإن كانوا صغارا وكبارا يجوز تصرفه في مالهم عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في حق الصغار دون الكبار لما بيناه.

ولو اشترى الوصي أو الوارث الكفن ونفذ الثمن من ماله يرجع كالوكيل بالشراء؛ لأن شراء الكفن مستحق عليه ومطالب به، فإذا فعل لم يكن متبرعا وتصدق من غير بينة، وكذلك لو قضى دينا بشهود؛ لأنه كان مطالبا بقضائه وإنما توجهت لمطالبته عليه من قبل الموصي فلم يكن في القضاء متبرعا، وكذلك في شراء الكسوة والنفقة للصغير وأداء الخراج من التركة ومن مال نفسه لم يصدق إلا بشهود.

ولو قال: أديت الخراج أو الثمن من مال عندي يصدق من غير بينة؛ لأنه فيما في يده أمين وفي حق الرجوع على التركة مدَّعٍ والمدعي لا يصدق إلا ببينة والأمين يصدق بغير بينة ويجوز بيع وصي الأب ووصي الجد بمنزلة وصي الأب ومن عدا هاتين الوصيتين كوصي الأم والأخ والعم يجوز بيعهم على الصغير والكبير الغائب فيما سوى العقار ولا يجوز في العقار؛ لأن هؤلاء يملكون حفظ مال

الصغير دون بيعه وبيع المنقول من باب الحفظ وبيع العقار لا. أوصى بعبد قيمته ألف ولا مال له غيره وعليه دين ألفان وله عشرة آلاف على الناس يباع العبد بالدين، فإن بيع بألفين أو أقل ثم خرج العشرة آلاف رجع الموصى له بالعبد بقدر ما بيع به؛ لأن وصيته بالعبد وقعت صحيحة إلا أن الغريم أحق ببيعه منه والقاضي بالبيع نقل وصيته من العبد إلى ثمنه بسبب دين الغرماء؛ لأن الدين يقضى من أسرع مال قضاء إمكانا وأسرع مال الميت قضاء هو العبد؛ لأنه يمكن قضاء الدين من الدين قبل خروجه، وإذا تحولت وصيته من العبد إلى ثمنه صار الموصى له قاضيا دينه من ثمنه وهو مجبر على القضاء وكان له الرجوع بثمنه في تركة الميت كالوارث إذا قضى دين الميت من مال نفسه ولو لم يبع ولم يدفع ثمنه إلى الغريم حتى خرجت العشرة آلاف قضى الدين منها والثمن للموصى له؛ لأن الثمن بدل ملكه وكان أحق به.

(**المنتقى**): وللوصي أن يتصرف في مال الميت من بيع ماله واستيفاء حقوقه وقضاء ديونه بدون رضاء الغرماء وليس له ذلك إلا برضاء الورثة؛ لأن الورثة تملك التركة أو لهم فيها حق ملك، فإن لهم أن يستخلصوها لنفسهم والغريم لا يوصي بثلث ماله وله عقار وعروض فله أن يبيع العروض كلها بدون رضاء الورثة ولا يبيع من العقار إلا الثلث لما بينا.

(فصل)

وقسمة الوصي مع الموصى له جائزة على الصغار وعلى الكبار الغيّب في المنقول ويقبض نصيبهم وفي العقار ولا يجوز على الكبير؛ لأن القسمة بيع معنى وله ولاية بيع المنقول دون بيع العقار.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قسمته في العقار لا تجوز عند أبي حنيفة، وعندهما تجوز، وقسمة الوصي على الموصى له الغائب مع الورثة لا تجوز عندهما، وعند أبي يوسف تجوز؛ لأن الميت إنما أثبت الولاية للوصي ليعمل له فيما يحتاج إليه عند عجزه بنفسه وهو محتاج إلى تنفيذ وصاياه وإلى إيصال التركة

إلى الورثة؛ لأنه بيان بوصول التركة إلى الورثة كما يثاب بوصول الوصية إلى الموصى له فيجب أن يملك ذلك نظرًا للموصي، وعلى قياس قوله يجب أن يملك القسمة على الكبار الحضور إذا امتنعوا عن القسمة

لنا: أن الوصي قائم مقام الموصي، والموصي لو كان حيا لا يملك قسمة مالهم عليهم فكذلك الوصي وما ذكر من الحاجة فحاجة زائدة فاضلة لا حاجة أصلية ولا يمكن اعتبار الحوائج الفاضلة لأنها ليست بذي نهاية بخلاف قضاء الدين؛ لأنه حاجة ضرورية أصلية لما فيه من تخليص رقبته وتبريد جلدته من النار. اقتسم الوصيان التركة بين الورثة أخذ كل واحد منهما نصيب بعضهم فالقسمة فاسدة؛ لأن القسمة لا تكون إلا بين اثنين وكلاهما كشخص واحد حتى لا يملك أحدهما التفرد بالقسمة عندهما وعند أبي يوسف، وإن كان أحدهما ينفرد بالقسمة مع الأخير ولكن هنا قسمته مع صاحبه كقسمته مع نفسه فلا تجوز.

(باب ما يضمن الوصي إذا فعل في الوصية وما لا يضمن)

(**المبسوط**): وإذا أمر الوصي المستودع أن يقرض مال اليتيم فأقرض ضَمِنَ المستودع؛ لأن الوصي لا يملك إقراض مال الصبي فلا يملك الأمر به فلم يصح الأمر به وقد دفع المستودع الوديعة إلى أجنبي من غير عذر فضمن.

ولو قضى الوصيان دينًا لرجل ثم شهدا أن له على الميت دين لم يجز ويضمنان إن ظهر ذو دين آخر لأنهما بشهادتهما يدفعان عن أنفسهما مغرما لأنهما صارا ضامنين ما دفعا إلى الأول لأنهما دفعا بغير أمر القاضي، ولو شهدا به قبل أن يقضيا جاز لأنهما بشهادتهما لم يجرّا إلى نفسيهما مغنما ولا يدفعان مغرما وهو لزوم قضاء الدين.

(**المنتقى**): مسائله على فصول:

(**الأول**): لو أوصى بأن يطعم عشرة مساكين لكفارة يمينه فغدّى الوصي عشرة

ثم ماتوا قال محمد: يغدّي ويعشي عشرة أخرى ولا يضمن الوصي؛ لأنه غدّاهم بأمر الموصي؛ لأن التغذية إطعام ولكنه لم يكمل وفات الإكمال لا لمعنى من جهته ولا يضمن؛ لأنه لا يكون متعديا.

وإن قال: أطعموا عني عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدى عشرة ثم ماتوا، فإنه يعشي عشرة سواهم؛ لأن الواجب في كفارة اليمين سد عشر خلّات وردّ عشر جوعات وذلك يحصل بالتغذية وبالتعشية وبالموت فات ذلك فيغدي ويعشي غيرهم، فأما إذا نص على الإطعام غداء وعشاء فالجمع والتفريق سواء.

وروى هشام عن أبي يوسف أنه لو قال: أطعم عني عشرة مساكين فغدى عشرة ثم ماتوا لا يضمن الوصي استحسانًا ويغدي ويعشي عشرة مساكين؛ لأنه أمره بالإطعام مطلقًا فالتحق بالإطعام الواجب شرعا في الكفارة وذلك يتناول الكفاية حتى لا يخرج عنه بما دون الكفاية بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه نص على الغداء والعشاء فسواء فرق أو جمع جاز.

(فصل)

رجل أودع رجلًا مالًا فقال: إن مت فادفعه إلى ابني فدفعه إليه وله وارث غيره ضمن حصته؛ لأنه جعله أمينا لا وصيا، والأمين إذا دفع مال الورثة إلى أحدهم ضمن، وإن قال: ادفعه إلى فلان غير وارث ضمن إن دفعه إليه قال أبو يوسف: إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع فلا ضمان عليه؛ لأن له ولاية حفظه كيف ما كان.

مريض اجتمع عنده قرابته يأكلون من ماله قال إن اكلوا بأمر المريض فمن كان منهم وارثا ضمن ومن كان غير وارث حسب ذلك من ثلثه.

وقال الفقيه أبو الليث: إن احتاج بالمريض إلى تعاهدهم في مرضه فأكلوا معه ومع عيال بغير إسراف فلا ضمان عليهم استحسانًا.

(فصل)

رجل مات وعليه دين فباع وصية رقيقه للغرماء وقبض الثمن فضاع عبده أو

مات بعض الرقيق في يدي الوصي قبل أن يسلم إلى المشتري فالمشتري يرجع بالثمن على الوصي ويرجع به الوصي على الغرماء؛ لأنه في البيع عامل للغرماء ومن عمل لغيره ولحقه فيه ضمان يرجع به على المعمول له.

ولو استحق العبد ورجع المشتري بالثمن على الوصي لم يرجع الوصي بالثمن على الغرماء إلا أن يكون الغرماء أمروه ببيعه، فإن قال الغرماء بع عبد فلان هذا رجع بالثمن عليهم لأنهم غروه منه حيث أمروه ببيعه إلا أن يكون الثمن أكثر من دينهم ولا يرجع عليهم بالزيادة، وكذلك لو قال الغرماء له بع رقيق فلان الميت واقض ديننا لم يرجع بالثمن عليهم لأنهم أمروه بالبيع للميت لا لهم فلم يعد عاملا لهم.

ولو لم يكن على الميت دين ولكن باع الوصي الرقيق للورثة الكبار وهم كالغرماء وإن كانوا صغارا لم يرجع عليهم في الاستحسان، ولو باع القاضي رقيق الميت للغرماء فضاع الثمن عنده ثم استحق الرقيق رجع المشتري بالثمن على الغرماء لا على القاضي؛ لأن بيع القاضي بمنزلة بيع الغرماء كأنهم تولوا البيع بأنفسهم.

(باب تصرف الوصي في مال اليتيم وما يصدق فيه الوصي وما لا يصدق)

(**المنتقى**): وصي كان في يده ألف درهم لأخوين فقال دفعت إلى أحدكما نصيبه وكذبه المدفوع إليه فالباقي بينهما نصفان ولا يضمن الوصي؛ لأنه أمين فيه وهو مسلط على الدفع والرد فيصدق فيه. وصي عنده ألفان ليتيمين فأدركا فدفع إلى أحدهما ألفًا وصاحب الأخرى حاضر وجحد القابض القبض منه يغرم الوصي خمسمائة بينهما؛ لأن قسمته لا تجوز على الحاضر، ولو كان غائبًا تجوز قسمته عليه ولا يضمن بدفع نصيب أحدهما إليه، ولو كان القابض مقرا كان للآخر أن يأخذ منه خمسمائة، وإن شاء ضمن الوصي ورجع بها عليه الوصي؛ لأنه لما لم تجز القسمة بقي الآخر شريكا فيما قبضه صاحبه فله أن يأخذ نصيبه منه والوصي

بالدفع صار ضامنا ومتى أدى الضمان ملك المضمون وهو نصيب الجاحد فيرجع بنصيبه على جاحده. وصى ليتيمين قال لهما بعدما كبرا قد دفعت إليكما ألفًا فصدقه أحدهما وكذبه الآخر يرجع المنكر على أخيه بمائتين وخمسين وإن أنكرا لم يكن لهما على الوصي شيء؛ لأنه أمين ادعى رد الأمانة إلى صاحبها، ولو قال الوصي دفعت إلى كل واحد منكما خمسمائة على حدة وصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على الوصي بمائتين وخمسين؛ لأن قسمته لا تجوز عليهما وهما حاضران ولو كانا غائبين جازت القسمة عليهما.

رجل مات وترك ابنين صغيرين فلما أدركا طلبا ميراثهما فقال الوصي جميع تركة أبيكما ألف وقد أنفقتُ على كل واحد منكما خمسمائة فصدقه أحدهما وكذبه الآخر يرجع المكذب على المصدق بمائتين وخمسين ولا يرجع على الوصي بذلك عند زفر وهو رواية عن أبي حنيفة وعند أبي يوسف يرجع؛ لأن الوصي أمين ادعى صرف الأمانة إلى نفقتهما وحاجتهما وهو مسلط عليه من جهة الشرع فيصدق فيه في حق براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق في إبطال حق نصيب المكذب فيما وصل إلى المقر بالنفقة فصار المصدق مقرا له بالشركة فيما وصل إليه.

وقال أبو يوسف: لا يرجع المنكر على المقر بشيء والقول قول الوصي؛ لأنه مصدق في الإنفاق على المنكر؛ لأنه مسلط عليه وهو مأمور به من جهة الشرع فيثبت الإنفاق عليه فصار كأنه وصل إليه خمسمائة معاينة.

(**الفتاوى**) وصي باع ضيعة لليتيم من مفلس يؤجل القاضي المشتري ثلاثة أيام، فإن نقده الثمن وإلا نقض البيع نظرا لليتيم، وللوصي أن يأكل من مال اليتيم إذا كان محتاجًا إليه ويركب دابته إذا ذهب في حاجته لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] والقياس أن لا يجوز لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] ولكن هذه الآية صارت منسوخة بالآية الأولى.

وذكر في (**المنتقى**): لا يركب الوصي دابة اليتيم في حاجته إلا بإذن القاضي

والنفقة في مال الوصي. وفي ((**فتاوى الفضلي**)) وصي أخذ أرض الصبي مزارعة قال لا يجوز إن شرط البذر على اليتيم؛ لأنه صار مؤاجرا نفسه منه ببعض الخارج وليس له أن يؤاجر نفسه من الصبي، وإن كان البذر منه يجوز عندهما إذا كان خيرا لليتيم؛ لأنه صار مستأجرا أرضه ببعض الخارج من بذره وله أن يستأجر أرض الصبي بالدراهم فكذلك ببعض الخارج.

وفي "واقعات الناطفي" جدار بين دارين لصغيرين لهما عليه حمل وخاف السقوط ولكل واحد منهما وصي وطلب أحدهما مرمته وأبى الآخر فالقاضي يبعث أمينا لينظر فيه، فإن رأى في تركه ضررا عليهما أجبر الآبي حتى يبني مع صاحبه بخلاف ما لو أبى أحد الشريكين؛ لأنه قد رضي بإدخال الضرر عليه فلا يجبر، وهنا أراد الوصي إدخال الضرر على اليتيم فيجبره.

يتيمان لهما أب أو وصي فباع دار أحدهما، فإذا هي لليتيم الآخر فهو جائز، ولو باع القاضي على يتيم، فإذا هو لآخر لا يجوز؛ لأن هذا قضاء والقضاء إذا كان المقضي عليه مجهولا لا يجوز ومن الأب والوصي تصرف ولهما ولاية التصرف في مال اليتيم أيهما كان. [والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب].

[باب ما يُصَدَّقُ فيه الوصي][1]

(**الجامع**) أصله: أن الوصي متى أقر بتصرف في مال الصغير بعد بلوغ الصغير وكذبه الصغير فيه ولم يشهد للوصي ظاهر الحال ينظر فيما أقر به، فإن كان ما أقر به تصرفا يكون الوصي مسلطا على ذلك من جهة الشرع في حال الصغر، فإنه يصدق فيه، فإن كان تصرفا لم يكن مسلطا عليه لا يصدق؛ لأن الفعل المسلط عليه من جهة الشرع ليس بموجب الضمان فكان منكرا للضمان فيكون القول له وإذا لم يكن مسلطا عليه من جهة الشرع ففعله بسبب لضمان فقد أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه عنه ولا يصدق كالمودع إذا ادعى رد الوديعة على صاحبها يصدق؛ لأنه مسلط عليه بالإيداع فكذا هذا.

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

ثم مسائله على **ثلاثة أقسام**: قسم يصدق الوصي فيه بالاتفاق، وقسم لا يصدق فيه بالاتفاق، وقسم اختلفوا فيه.

أما **الأول**: لو قال الوصي: إن أباك ترك رقيقا وأنفقت عليهم أو قال اشتريت لك رقيقا وأديت الثمن ثم ماتوا أو أبِقُوا يصدق؛ لأنه أقر بما هو مسلط عليه من جهة الشرع؛ لأنه مسلط على ما فيه إصلاح للصغير والإنفاق عليه وعلى رقيقه مقدار حاجتهم إصلاح لهم فيصدق فيه.

ولو قال: اشتريت من فلان العبيد الذين في يده ودفعت الثمن وأنكر ذو اليد يصدق على الصبي دون ذي اليد؛ لأنه مسلط على الشراء والبيع لما فيه من تنمية مال الصبي وتمييزه وإنه إصلاح له لكي لا تستأصلها النفقة.

ولو قال استأجرت رجلًا فردّ الآبق صدق اتفاقا؛ لأن الاستئجار فعل هو مسلط عليه شرعا لما فيه من إصلاح مال الصغير وإحيائه.

وأما **القسم الثاني**: لو قال: أنفقت من مالي لأن أرجع عليك لم يصدق، وكذلك لو قال استهلكت مالًا فأديت ضمانه أو أنفقت على أخ لك كان زمنا لم يصدق؛ لأنه أقر بما لم يكن مسلطا عليه شرعا؛ لأنه غير مسلط على الإنفاق من مال نفسه وعلى الإنفاق من مال الصبي على محارمه قبل فرض القاضي وعلى أداء الضمان قبل القضاء بل أقر بدين على الصبي بفعل الغير لا بفعل الصبي فقد أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه فلا يصدق فيه.

وأما **القسم الثالث**: لو قال: أبق غلامك فأديت جُعْلَ الآبق أو أديت خراج أرضك عشر سنين، وقال الوارث: لم يؤت أبي إلا منذ سنة صدق الوصي عند أبي يوسف خلافًا لمحمد، وكذلك لو اختصما والأرض لا تصلح للزراعة بأن غلب عليها الماء قال الصبي كانت كذلك وقال الوصي بخلافه فعلى هذا الخلاف ولو كانت تصلح للحال يصدق الوصي إجماعا بعدما اتفقا على مدة الملك.

لمحمد: أن الوصي أقر بما ليس بمسلط عليه شرعا؛ لأن ذلك فعل الغير والتسليط لا يتحقق على فعل الغير فلا يصدق، كما لو قال إن عبدك جنى ففديته بكذا أو استهلك مال إنسان فأديت ضمانه من مالك لا يصدق فكذا هذا.

لأبي يوسف: أنه أقر بما هو مسلط عليه شرعا في ماله؛ لأنه بدل مال الصبي وأخذ بإزائه عوضا بعدله أو منفعة يستجلبها؛ لأن الجعل بدل عن الرد وقد استفاد الصغير بإزائه إحياء ملكه وإصلاح ماله من جهة الراد فصار كالشراء وكذا الخراج يستفيد بإزائه منفعة حماية أرضه، فإنه لا يمكن من الزراعة إلا بالحماية ولا حماية إلا بالمقاتلة ولا بد للمقاتلة من الحماية وكان الخراج بدل ماله لنفع يقابله وكذا إصلاح أرضه والوصي مسلط على التصرف في مال الصبي إذا كان فيه إصلاحًا وإرفاقًا.

ولو أحضر الوصي رجلًا إلى القاضي فقال: إن هذا رد عبد الصبي من الإباق فوجب له الجُعْل وفي يدي مال هذا الصغير فأعطيه هل يصدقه القاضي قيل على هذا الخلاف وقيل لا يصدقه بالإنفاق؛ لأنه ادعى وجوب الجعل في ماله لغيره وهو غير مسلط على الدعوى بغيره في مال الصغير وفي الأول أنه كان ادعى الجعل في مال الصغير وهو كان مسلطا على التصرف في مال الصغير لإحْياء ماله وإصلاحه.

(باب إجازة الوارث في مرضه الوصية والدين والعتق)

(**المبسوط**): أصله أن التركة متى ضاقت عن إيفاء الحقوق واستوت في القوة والوكادة تقسم بين أربابها بالحصص، فإن كان البعض أقوى وآكد يقدم الأقوى على الأوهى كدين الصحة مع دين المرض وكالوصية بالعتق مع الوصية بالمال يقدم العتق؛ لأنه أقوى وآكد؛ لأنه مما لا يحتمل الانتقاص وسائر الوصايا مما يحتمل الانتقاص والانفساخ وإجازة التبرع بمنزلة التبرع؛ لأنه لا يعمل بدون الإجازة، ألا ترى أن الفضولي إذا وهب مال المريض وسلمه إلى الموهوب له ثم أجاز المريض، فإنه يعتبر في الثلث ثم المسائل على أقسام:

أحدها: في اجتماع وصية الوارث مع وصية الموروث.

والثاني: في اجتماع دينهما.

والثالث: في اجتماع عتقهما في المرض.

أما **القسم الأول**: فإذا مات عن ثلاثة آلاف وابن وأوصى بألفين منها لرجل

فأجازه الابن في مرضه ثم مات ولا مال غيره فللموصى له ألف بلا إجازة وثلث الألفين أيضًا وذلك ثلث مال الابن؛ لأن الوصية بما جاوز الثلث موقوفة على إجازة الوارث فلما أجاز الابن في مرضه صحت الإجازة بقدر ثلث ماله؛ لأن إجازة تبرع أبيه بمنزلة إنشاء تبرعه في مرضه بقدر ثلث ماله؛ لأن إجازة تبرع أبيه بمنزلة إنشاء تبرع في مرضه فنفذ في ثلث ماله إذا لم يجز ورثته وألف ثلث مال الميت الأول فيكون له بلا إجازة.

ولو أوصى الابن مع الإجازة بثلث ماله لآخر فثلث الألفين بين الموصى له الآخر والموصى له الأول نصفان في قول أبي حنيفة وعندهما أخماسا خمساها لمن أوصى له الابن ووصية الأب بقدر الثلث وذلك ألف جائزة من غير إجازة الوارث والوصية بالألف الأخرى موقوفة على إجازة الوارث، فإذا أجاز في مرضه فكأنه أوصى بألف ثم أوصى بثلث ماله وماله ألفي درهم ثم عنده الموصى له بأكثر من الثلث يضرب بقدر الثلث لا بالزيادة فصار كأنه أوصى لكل واحد بالثلث فكان الثلث بينهما نصفين وعندهما الموصى له بأكثر من الثلث يضرب بجميع وصيته في الثلث فيضرب صاحب وصية الأب بألف وصاحب وصية الابن بثلث ألفين فصار الألف ثلاثة أسهم وثلث الألفين فصار ثلث مال الميت الآخر مقسوما على خمسة ثلاثة أخماسه للموصى له الأول وخمساه للآخر، فإن كان وصية الابن عتقا في المرض فهو أولى من إجازته وصية أبيه.

وكذلك لو أقر بدين على نفسه أو على أبيه كان الدين أولى؛ لأن الإجازة من الوارث بمنزلة الوصية والإعتاق في مرضه وصية والوصيتان متى اجتمعتا وأحدهما عتق فالعتق أولى والدين مقدم على الوصية.

وأما **القسم الثاني**: ولو أجاز الوصية ابنه في صحته وأقر بالدين في المرض على نفسه أو على ابنه فالإجازة أولى؛ لأن الإجازة في الصحة بمنزلة إنشاء التبرع والتبرع في الصحة مقدم على دين المرض، وكذلك على العتق في المرض؛ لأن تصرف الصحيح صدر في حال لم يتعلق بماله حق أحد فلا يجوز نقضه وإبطاله.

ولو أجاز في المرض ثم أقر على أبيه بدين وعلى نفسه بدين يبدأ بدين الأب ثم

بدينه ثم بالإجازة؛ لأن إقرار الوارث بالدين على ابنه بمنزلة الإقرار بوديعة بعينها؛ لأن إقرار الوارث بالدين على أبيه مقصور على عين التركة متعلق بهما تبقى ببقائهما وتسقط بهلاكهما ولا تجب في ذمة الوارث بل يكون الوارث أمينا في التركة ودين المورث في عينها وكان الإقرار بدين الميت بمنزلة إقرار بوديعة بعينها فيبدأ بالوديعة ثم بالدين ثم بالوصية.

وإن أقر بدين على نفسه ثم على أبيه تحاصّا وكانت الإجازة من ثلث ما بقي؛ لأنه حين أقر بدينه ظلت التركة فارغة من حق المورث فتعلق حق الغريم بها فيكون الإقرار بدين أبيه إقرارًا بوديعة مستهلكة؛ لأنه لا يقدر على تسليمها؛ لأنه تعلق بالتركة حق غريمه والإقرار بوديعة مستهلكة إقرار بالضمان فاستويا.

وأما **القسم الثالث**: فإذا أعتق الرجل عبدًا في مرضه وترك وارثًا له عبد قيمته مثل قيمة عبد أبيه فأعتقه في مرضه فأجاز وصية أبيه عتق ثلث العبد الأول ويضم ثلثاه إلى العبد الآخر فيكون ثلث ذلك بينهما على خمسة للأول سهمان وللثاني ثلاثة أسهم؛ لأن حق العبد الأول في ثلثي رقبته ثلثها بوصية الأول وثلثها بإجازة الوارث وحق العبد الآخر في جميع رقبته فضرب الأول في ثلثي رقبته وذلك سهمان من ثلاثة ويضرب الآخر بجميع رقبته وذلك ثلاثة فصار ثلث مال الميت الآخر وذلك عبد وثلثي عبد على خمسة أسهم، وإذا أوصى لرجل بألف بغير عينها ولآخر بألف ومات عن ألف وأجاز الوارث الوصيتين في صحته متعاقبا فثلث الألف بينهما نصفان وثلثيها لمن أجازه أولا ولو كانت الإجازة في المرض تساويا في ثلثي الألف، والفرق أن الصحيح متى أجاز وصية أحدهما أو لا نفذت إجازته وثبت للمجاز له ملك ثابت نافذ، ولهذا لا ينقص ملكه بغير رضاه وللآخر ملك موقوف؛ لأن الوصية للآخر موقوفة على إجازة الوارث والملك الثابت إذا طرأ على عقد وملك موقوف يبطل الموقوف كالفضولي إذا باع مال إنسان ثم باع المالك من آخر انفسخ بيع الفضولي فكذا هذا والإجازة لاقت صفته مفسوخة فلغت، فأما المريض متى أجاز وصية أحدهما فإجازته موقوفة؛ لأن الإجازة من المريض تبرع وتبرع المريض موقوف حتى لو لحقه دين، فإنه ينتقض تبرعه بغير

رضاه فقد اعترض عقد موقوف على عقد موقوف فلا يبطله كفضولي باع مال الغير ثم فضولي باع هذا المال من آخر لا ينفسخ الأول بل يوقفا فكذا هذا فبقيت الوصية الثانية موقوفة فإجازة كل واحدة من الوصيتين لاقت وصية موقوفة فصارت نافذة كما لو أجازهما في الصحة معا أو متعاقبا. رجل له ألف أوصى بها لرجل ومات عن وارث له ألف أخرى وأوصى بألفه وما ورث لآخر ومات عن وارث فأجاز الوصيتين في مرضه ولا مال له غير ما ورث فللموصى له الأول ثلث الألف وللثاني تسعا الألف الأولى وثلث الألف الأخيرة ويضرب الأول فيما بقي من الألفين بأربعة أتساع الألف الأولى ويضرب الثاني بأربعة أتساع الألف الأولى وثلثي الألف الأخيرة عندهما، وفي قياس قول أبي حنيفة يضرب الأول بتسع الألف والثاني بثلاثة أتساع الألف وثلث تسع الألف ويخرجهما على سبيل العول والمضاربة أن يجعل الألف الأولى على تسعة أسهم لحاجتنا إلى حساب له ثلث وأقله تسعة ثلاثة أتساعها للموصى له الأول بوصية الميت الأول وهي ثلث الألف بقي ستة أتساع الألف لورثة الميت الثاني فتضم إلى الألف التي كانت للميت الثاني فيصير كله خمسة عشر سهما؛ لأن كل ألف صارت على تسعة فهذا جميع مال الميت الثاني وقد أوصى بجميع ذلك للثاني فيكون له ثلث ذلك من غير إجازة الورثة وذلك خمسة بقي للميت الثاني عشرة فصحت وصيته في ثلث ماله من غير إجازة ورثته وذلك ثلاثة أتساع وثلث تسع فيقسم ذلك من الموصى له الأول والثاني على ما بقي من حقيهما وحق الموصى له الأول في تسعة؛ لأن وصيته بجميع الألف وقد وصل إليه ثلاثة من غير إجازة وبقيت وصيته في ستة موقوفة على الإجازة إلا أنه انفسخت وصيته بقدر سهمين وبقيت في أربعة موقوفة على الإجازة؛ لأن الموصى له الثاني ملك تسعا الألف بوصية الميت الثاني ملكا باتا من غير إجازة فقد اعترض ملك بات على الوصية الموقوفة فانفسخت الوصية الأولى بقدر سهمين فبقيت وصية الأول في أربعة موقوفة على الإجازة وحق الموصى له الثاني كان في خمسة عشر إلا أنه وصل إليه خمسة بلا إجازة فبقي حقه في عشرة موقوفا على الإجازة، فإذا أجاز الثالث في مرضه الوصيتين جميعًا وصححنا في

ثلث ماله وذلك ثلاثة وثلث تسع فيقسم ذلك بينهما على أربعة عشر أربعة للموصى له الأوّل وعشرة للثاني، وإن شئت فاختصر على سبعة؛ لأن بين حقيهما وذلك أربعة وعشرة موافقة بالنصف؛ لأن لكل واحد منهما نصفًا صحيحًا فاختصر من حق كل واحد على نصفه فصار ثلث مال المخير على سبعة فيقسم على ذلك ويخرجه لأبي حنيفة على سبيل المنازعة أن الحاصل للموصى له الأول أربعة أسهم من الألف الأولى موقوفة على الإجازة وقد اجتمعت في هذه الأربعة وصيتان وقد استوت منازعتهما فيها فيقسم بينهما نصفين لكل واحد منهما سهمان ثم لما أجاز الوارث الثاني الوصيَّتين صار موصيا للموصى له الأول فسهمين من أربعة وللموصى له الثاني بثمانية ستة من الألف الثانية وسهمان من الألف الأولى وثمانية أسهم أكثر من ثلث مال المجيز فلا يضرب الموصى له الثاني بجميع ذلك وإنما يضرب بقدر الثلث وذلك ثلاثة أتساع وثلث تسع ويضرب الموصى له الأول بسهمين فيقسم ثلث ماله على خمسة وثلث للأول سهمان وللثاني ثلاثة وثلث.

(باب الشهادة في الوصية والإقرار بها)

(**المبسوط**): وإذا شهد الوصي للميت بدين أو وديعة لم يجز؛ لأنه هو القابض والمتصرف فيه، ولو كان الوارث كبيرًا فشهد له الوصي بدين على الميت لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز؛ لأنه ليس للوصي ولاية قبضه والتصرف فيه بل هو بمعزل عنه، له: أنه تمكنت في شهادته تهمة إيثار بعض الورثة على البعض بشيء من التركة وهو لا يملك ذلك؛ لأنه قام مقام الموصي وناب منابه.

ولو شهد الموصي في مرض موته بدين لوارثه على نفسه لم يجز لتهمة الإيثار فكذلك من قام مقامه.

ولو شهد الوصي لوارث كبير بدين على أجنبي جاز ولا يجوز للصغير اتفاقا؛ لأن الإيثار حصل بمال الأجنبي فيملكه كالموصي وللصغير لا يجوز؛ لأنه هو القابض له.

ولو شهد رجلان لآخرين على الميت بدين ألف والآخران لهما بدين ألف على

الميت جاز عندهما خلافًا لأبي يوسف، وعلى هذا لو شهد ابنا هذين لهذين وابنا هذين لهذين.

لأبي يوسف: إن كل واحد من الفريقين شهد لصاحبه بمال له فيه شركة؛ لأنه إن لم يكن بينهما شركة في أصل الدين فما يقبضه أحدهما من مال الميت فللآخر أن يشاركه فيه فكان كل واحد فيما شهد لصاحبه شاهد لنفسه من وجه بخلاف ما لو شهد بذلك حال الحياة؛ لأن ما يأخذه أحدهما لا يكون للآخر أن يشاركه فيه.

لهما: أن دين كل فريق إنما وجب على الميت بسبب على حدة فقد شهدا لصاحبه بما لا شركة له فيه، ولهذا جاز بهذا الشهادة حال حياة المديون فالمشاركة فيما يقبضه الآخر لا تثبت بهذه الشهادة وإنما تثبت حكما لضيق هذه التركة بدليل أنه لو كان في التركة سعة ليس له أن يشاركه فيما يقبضه الآخر.

ولو شهد الشهود لهما بدين على الآخرين غير الشاهدين جاز لأنهما بهذه الشهادة يضران أنفسهما لأنهما يثبتان لغيرهما شركة فيما كان لهما على الخلوص والشهادة بما تضر الشاهد أصدق الشهادات وأوثق المقالات.

ولو شهدا لهما بوصية الثلث ثم شهد هذان للشاهدين بوصية الثلث أو بالسدس أو بعبد بعينه فشهادتهما باطلة؛ لأن كل فريق شهد بمال مشترك بينه وبين صاحبه؛ لأن المال وإن كثر لا تنتهي الشركة بينهم في الثلث بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن حال كثرة المال لا تثبت بينهم الشركة فيما يأخذه كل فريق وإنما تثبت الشركة حكما لضيق المحل لا بشهادتهما.

ولو شهدا بوصية عبد بعينه وشهد هذان للشاهدين بوصية أمة بعينها جاز ذلك؛ لأنه لم يشهد كل فريق بمال مشترك بوجه ما؛ لأن الوصية مختلفة.

ولو شهد أحدهما أنه أوصى لفلان بثلث ماله وشهد لآخر أنه أوصى له بثلث ماله وقال: أعطوا منه فلانا ألف درهم.

قال محمد: يعطي الموصى له ثلث المال وينقص منه ألف فكأنه أوصى له بالثلث إلا ألف لأنهما اتفقا على الشهادة بالثلث وانفرد أحدهما بشهادة الألف لفلان فما اتفقا عليه يقبل وما انفرد به أحدهما يرد؛ لأن القائم به شهادة فرد فصار

بمنزلة ما لو استثنى أحدهما شيئًا من الألف، وإذا شهد شاهدان أن الميت أوصى لهذين بدراهمه وشهد آخران أنه أوصى لهذين بدراهمه لم تجز شهادتهما.

ولو شهد شاهدان بدنانير وآخران بدراهم أو اثنان بعبد وآخران بدراهم جازت الشهادة؛ لأن كل فريق يشهد على عقد الوصية لا على الملك ولا يمكن إثبات العقدين متى كان الموصى به واحدًا فبطلت الشهادتين كما لو شهد أحد الفريقين بالبيع من هذا والآخر ببيعه من هذا لم يقبل ومتى كان الموصى به مختلفا فقد أمكن إثبات الوصيتين فيقبل، وإذا شهد الوصيان لرجل كبير أنه ابن الميت جاز، وإن كان صغيرا لم يجز قياسًا؛ لأنه يقبض ميراثه فيكون متهما فيها ويقبل استحسانًا على النسب وعلى التزويج؛ لأن المشهود به النسب واستحقاق الميراث يثبت حكما لثبات النسب لا مقصودًا بالشهادة.

(باب الإقرار بالوصية)

(**المبسوط**): أقر أن أباه أوصى لفلان بالثلث وقامت البينة بالوصية بالثلث لآخر يدفع إليه ولا يضمن الوارث شيئًا؛ لأن البينة حجة على الكافة والإقرار حجة قاصرة على المقر وليس بحجة في حق المشهود له فتثبت وصية المشهود له في حق المقر له ولا تثبت وصية المقر في حق المشهود له فيكون هو أولى باستحقاق الثلث من المقر له كما لو أقر ذو اليد بالدار لرجل فأقام آخر البينة أنها ملكه يقضي بها للمشهود له فكذا هذا.

ولو قال أوصي له بالثلث لا بل أوصي لهذا فهو للأول؛ لأنه حين أقر بالثلث الأول وسكت فقد صار ملكًا له فلما أقر للثاني فقد رجع عن إقراره الأول بعدما تقرر حكمه وأقر للثاني بملك الأول والرجوع عن الإقرار لا يصح فالإقرار الثاني لا يصح؛ لأنه لاقى ملك الغير ولا يضمن للثاني بالدفع إلى الأول بقضاء؛ لأنه كان ملتجئًا ومضطرا في الدفع من جهة القاضي، فإن دفع إلى الأول بغير قضاء ثم أقر للثاني ضمن للثاني؛ لأنه صار متلفا عليه بالدفع عن اختياره.

وإن قال أوصي به لفلان فأوصى به لفلان متصلا فهو بينهما؛ لأنه جمع بينهما

في الإقرار؛ لأن الواو للجمع المطلق والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كما لو أوصى بالثلث لهما وصار كما لو قال هذا العبد عنده وديعة لفلان آخر متصلا وهو لهما فكذا هذا.

(**المنتقى**): وصي في يده مائة درهم لميت دفعها إلى رجل فأقر أن الميت أقر له بها دينا عليه وكذبه الوارث وضمنه القاضي المائة للوارث ثم شهد الوصي ورجل آخر لرجل أجنبي أن له على الميت ألف درهم قال الشهادة جائزة والمائة التي ضمنها الوصي للغريم الثاني ويرجع الوصي بدراهمه على الغريم الأول؛ لأن هذه الشهادة لم تتضمن جلب منفعة ولا دفع مغرم فتقبل ويظهر أن تركة الميت وهي المائة كانت مستغرقة بدينه لا حق للوارث فيها فتكون المائة المعروفة للغريم الثاني وما قبض الغريم الأول قبض بغير حق؛ لأنه لم يثبت دينه بحجة فكان للوصي أن يرجع عليه بذلك.

ولو شهد الوصي ورجل آخر لهذا المدفوع إليه المائة أن له على الميت مائة درهم سوى ما دفع الوصي إليه لم تجز شهادته له؛ لأن تجويزها يتضمن إبراء الوصي عما ضمن فكان ما قبض الغريم منه قصاصًا بما كان له عليه، ولو كانا وصيين دفعا إلى وارث مائة فضمنه الوارث الآخر خمسين ثم شهد الآخر أنه ابن الميت ووارثه معهما فشهادتهما لهذا الثالث باطلة لأنها لو جازت كان لهما أن يرجعا على الوارث الآخر بثلث ما دفعا إليه ولا تجوز شهادتهما ولكني أضمنهما لهذا الثلث نصف ما أخذ الأول وهو خمسة وعشرون درهما لأنهما أقرا أن كل ما أخذه الأول فهو بين الأول والثاني نصفان. رجل مات وترك مالًا وأختًا فأقام رجل البينة أنه ابنه لا يعلمون له وارثا غيره فقضى له بالمال وأقر الابن أن أباه أوصى للشاهدين أو أقر لهما بدين لا تبطل شهادتهما؛ لأنه أقر لهما بعد القضاء بشهادتهما واعتراض شبهة التهمة بعد القضاء لا يقدح في الشهادة، ولو أقر لهما بذلك قبل القضاء تبطل شهادتهما، أرأيت إن شهدا أنه ابنه ثم أقر الابن بعد القضاء للشاهدين أنهما أخواه لأبيه فالشهادة جائزة، فإن أقر قبل القضاء فشهادتهما باطلة.

(باب ما يكون خصما من الموصى له والغريم والورثة ومن لا يكون خصما)

(**الجامع**) مسائله على فصول:

أحدها: في إقامة البينة على الموصى له.

والثاني: في إقامة البينة على غريم الميت.

والثالث: في إقامة البينة على مودعه أو غاصبه.

والرابع: في إقرار ذي اليد عند القاضي أن المال لفلان الميت ولا وارث له.

(فصل)

أصله: أن الموصى له خصم لغرماء الميت عند عدم الوارث وليس بخصم عند وجود الوارث؛ لأن الوصاية عقد استخلاف؛ لأن الموصى له يقوم مقام الميت في الملك عند استغنائه عنه بغير عوض يقابله فيكون بمنزلة الوارث من هذا الوجه إلا أنه لما ملك الموصى به بعقد جديد وتمليك حديث لم يكن بمنزلة الوارث من هذا الوجه فجعلناه خلفا عنه حال فقد الورثة لمساس الحاجة إليه وهي تخليص رقبته وتبريد جلدته على النار فينتصب خصما عنه ولم يجعله خلفا عنه حال قيام الوارث لفقد الحاجة وعدمها إليه.

ثم مسائله على قسمين:

أحدهما: إذا أقام البينة على الوارث أن الميت أوصى بثلث ماله وهو ألف درهم وقضى به وقبض وغاب الوارث فأقام آخر البينة أنه أوصى له بثلث ماله فالموصى له خصم عن نفسه وعن الوارث ويقضي عليه بنصف ما قبض؛ لأن الموصى له الثاني يدعي نصف ما في يد الموصى له الأول وهو يجحد فينتصب خصما له باعتبار احتواء يده على الثلث كمن ادعى عينا في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب وذو اليد يجحد ويقول العين ملكي ينتصب خصما له فكذا هذا، فإن قضى وقد هلك الثلث في يد الموصى له الأول وهو معسر ثم حضر الوارث يكلف إعادة البينة عليه ويقضي له على الوارث بخمس ما في يده ويرجعان على الأول بنصف ما

أخذ وما خرج منه يقسمانه أخماسا أربعة أخماسه للوارث وخمسه للموصى له الثاني؛ لأن الموصى له بالثلث شريك الورثة في التركة كأحد الورثة؛ لأن حقه في عين التركة، ألا ترى أن الوصية لو كانت ظاهرة للقاضي وأراد الوارث أن يعطى وصيته من عين التركة لم يكن له ذلك إلا برضاء الموصى له فالموصى له الثاني يقول للوارث كنت شريكا لك في التركة وحقي في سدس التركة وحق الأول في سدسها فالأول لما أخذ سهمين من ستة فقد أخذ سهمًا واحدا بغير حق وتوى عبده وما توى من المال المشترك يتوى على الشركة وما بقي يبقى على الشركة فيقسم بينهما بقدر حقيهما على خمسة.

ولو كان الوارث حاضرا والموصى له الأول غائبا فالوارث خصم عنه وعن نفسه؛ لأن الميت صار مقضيا عليه ببينة الموصى له الثاني وكل من يبقى الملك من جهته يصير مقضيا عليه، وأما **القسم الثاني**: ولو قضى الأول ولم يقبضها حتى غاب الوارث ثم أقام آخر البينة عند القاضي الأول فكذلك الحكم؛ لأن القاضي علم أن الثلث ملك الموصى له الأول فهو في يد الوارث أمانة ويد الأمين كيد المالك فيسمع بينة المدعي عليه، فإن أقامها عند قاضٍ آخر لم يعلم كون الثلث ملكا له فلم يعرف كونه في يده حكما فإقرار الموصى له أن الميت أوصى له بالثلث وهو إجابة عند الوارث لا يصح؛ لأنه إقرار على غيره فلا ينتصب خصما عن نفسه لعقد يده ولا عن غيره لعدم صحة إقراره على غيره وعلى عكسه لو كان الوارث حاضرا يكون خصما عن نفسه وعن الموصى له الأول لكون الثلث في يده، ولو قبض الأول الوصية الثلث ثم أنكر وصية نفسه وأنه أخذ مالًا، فإن القاضي الثاني يجعله خصما عن نفسه وعن الورثة؛ لأن الثاني ادعى بعض ما في يده وذو اليد زعم أنه ملكه فيكون خصما له.

ولو ادعى الأول أنه أخذه غصبا من مال الميت أو قال أودعنيه لم يكن خصمًا للثاني حتى يحضر الوارث؛ لأن الثاني ادعى تلقي الملك في بعض ما في يد الموصى له الأول من الميت وقد ادعى الأول أن ما يدعيه في يده وديعة عنده أو غصب من الميت فقد تصادق المدعي وصاحب اليد أن ما وقع فيه الدعوى وصل إلى يده من جهة الغائب على وجه لا يكون خصما له؛ لأن المودع والغاصب لا

يكون خصما لمن ادعى تلقي الملك من جهة المالك كما لو ادعى ذو اليد أنه وديعة عنده لفلان الغائب وادعى آخر الشراء من جهة ذلك الغائب اندفعت الخصومة عنه لأنهما تصادقا أن العبد وصل إلى يده من جهة الغائب على وجه لا يكون ذو اليد خصما للمدعي فكذا هذا، وكذلك إن ادعى أن ما في يده وديعة لغير الميت؛ لأنه انتصب خصما بظاهر اليد فصار كما لو ادعى عينا في يد إنسان فادعى ذو اليد أنه وديعة لفلان لا يسمع منه، ولو أقام الموصى له البينة على الإيداع والغصب هل تندفع الخصومة؟ لم يذكره محمد وقيل لا يندفع كما لو ادعى الشراء من الغائب وادعى ذو اليد الإيداع من غائب آخر وأقام البينة على ذلك لا تندفع الخصومة عنه فكذا هذا؛ لأن المدعي ادعى تلقي الملك من جهة الميت ولم يدع ملكا مطلقا، وظاهر إطلاق محمد يدل على هذا، ولو أقام الأول البينة أن الميت أوصى له بجارية بعينها وقبضها وغاب الوارث وأقام آخر البينة على الوصية بها والرجوع عن الأول قضى له بها وبنصفها إن لم يشهدوا بالرجوع، ولو كان الوارث هو الحاضر لم يكن خصما للآخر إلا إذا لم يقبض الأول وخاصم الثاني الوارث إلى غير القاضي الأول فيكون خصما عن نفسه وعن الأول لكن لا يقضي بالرجوع ويوقف حتى يعيد البينة على الأول على الرجوع؛ لأن الموصى له الثاني ادعى عين الجارية ولا يدعي شيئًا مما في يد الوارث؛ لأن وصيته مقصورة على الجارية حتى لو هلكت بطلت وصيته والجارية خرجت عن التركة لما قبضها الموصى له الأول والوارث إنما ينتصب خصما باعتبار كون التركة في يده حتى لو كانت الجارية في يده ينتصب خصما؛ لأن قاضٍ آخر لا يعرف كون الوارث مودعا في هذه الجارية فيجعله خصما لمن يدعي حقا في الجارية، ولا تندفع الخصومة بمجرد دعواه أنها أمانة في يده فيقضي للثاني بنصف الجارية ولا يقضي بالرجوع عن وصية الأول؛ لأن الوارث خصم في حق إثبات الوصية متى كانت التركة في يده وليس بخصم في حق إثبات الرجوع بل الخصم فيه الموصى له الأول لما فيه إبطال حقه ولا اتصال بين الوارث وبين الموصى له بسبب ما فلم ينتصب الوارث خصما عنه فتوقفت

الشهادة على الرجوع إلى أن يحضر الموصى له الأول، وكذلك حكم الرجوع في الثلث المرسل لما بينا.

(فصل)

وإذا مات رجل عن مال فأقام رجل البينة أن له على الميت دينا ألف درهم فقضى وقبض وغاب الوارث فحضر غريم فليس الغريم الأول بخصم له؛ لأن الغريم لا يستحق عين التركة حتى كان للوارث أن يعطى حقه من مال آخر رضي الغريم أم سخط فلم يدَّعِ بعض ما في يد الغريم الأول لنفسه وإنما يدعي دينا له على الميت فلا ينتصب الغريم خصما له وإنما خصمه في دعوى الدين على الميت ورثته أو وصيته، وكذلك لو لم يكن الأول غريما فكان موصى له لم يكن خصما للغريم؛ لأنه لا يستحق عين ما في يد الموصي بخلاف الموصى له؛ لأنه يستحق عين التركة كالوارث فقد ادعى بعض ما في يد الموصى له الأول لنفسه من جهة الميت فانتصب ذو اليد خصما له، وكذلك لو كان الأول غريما والثاني موصى له لم يكن الغريم خصما؛ لأن الموصى له لا يدعي بعض ما في يد الغريم؛ لأن حق الغريم مقدم على حقه، فإن الدين مقدم على الوصية، ولو كان الوارث هو الحاضر قضى بالدين وكان قضاء على الموصى له؛ لأن الوارث ينتصب خصما فيما يدعي على الميت بمنزلة الوصية.

(فصل)

لرجل في يد رجل ألف درهم غصب أو وديعة فأقام آخر البينة على الوصية وذو اليد يقول لا أدري موته ويقر بالمال فليس بخصم؛ لأن المودع لا ينتصب خصما لمن يدعي الملك في الوديعة من جهة المودع بعقد جرى بينهما كالمشتري والموهوب له، وإن كان ذو اليد جحد المال أو يقول وهبه مني ولم يمت فهو خصم ويقضي لمدعي الوصية بثلث الألف لا غير ويصير الميت مقضيا عليه؛ لأن الموصى له ادعى المال في يد الحاضر بسبب ادعاه الميت فينتصب الحاضر خصما عن الميت كما لو ادعى شراء شيء من الميت حال حياته وهو كان بملكه أو وهبه

منه وسلمه إليه والقاضي لا يعلم أنه بقي في يد الوارث ضعف الألف فلا يقضي له بثلث الألف، فإن أقام شاهدين أن الميت ترك ألفين سوى الألف وقبضهما وارثه فلان ولا يعلمون له وارثا غيره قضي له بالألف كلها ودفعها ذو اليد إليه وكان قضاء على الوارث حتى لا يسمع إنكاره بعد ذلك؛ لأنه ثبت بالبينة العادلة وصول مثلا الألف إلى الوارث فيقضي للموصى له بجميع الألف ويصير الميت مقضيا عليه ببينة المدعي؛ لأنه ادعى تلقي الملك من جهته فصار كما لو ادعى شراء هذا المال من جهة الميت، فإن أقام المدعي بينة أنهم لا يعلمون له وارثا أو كان رجلًا أسلم ولم يوال أحدا جعل القاضي للميت وصيا يخاصم عنه؛ لأن الشهود شهدوا أن التركة حق لجماعة المسلمين والمدعي يدعي حقا في مال المسلمين فيكون خصمهم المسلمون فينصب القاضي خصما عنهم لتعذر المخاصمة مع جميع المسلمين، ولو أقام المدعي البينة على الوصية في هذا الوجه وذو اليد مقر بالمال أو جاحد فهو خصم؛ لأن الموصى له بمنزلة الوارث عند عدم الوارث والمودع ينتصب خصما للوارث فكذا ينتصب خصما لمن قام مقام الوارث وهذا يدل على أن الموصى له متى وجد شيئًا من التركة معيبا وكان الميت اشتراه أنه يرده بالعيب في هذه الحالة؛ لأن الموصى له جعل بمنزلة الوارث في هذه الحالة، ولو ادعى أنه أوصى إليه في كل قليل وكثير وأقام البينة يأمره القاضي بدفع المال إليه مقرا به كان أو جاحدا؛ لأن المودع أو الغاصب ينتصب خصما لمن قام مقام المالك في القبض منه حال حياة المالك فكذا بعد وفاته؛ لأن الوصي وكيل عن المالك بقبض الوديعة أو الغصب بعد وفاته فصار كالوكيل حال حياته بخلاف الموصى له بالمال حال قيام الوارث؛ لأنه لم يقم مقام الموصي؛ لأنه يملكه ملكا جديدا بعقد جرى بينهما جديدا، ألا ترى أنه لا يرد بالعيب ولا يرد عليه، فإن رجع المالك حيا وقد توى المال في يد الوصي فلا ضمان على الشاهدين؛ لأنه لم يوجد منهما تفويت اليد ولا تفويت الملك وإنما شهدوا له بحق القبض لا غير وهذا لا يوجب الضمان كما في حالة الحياة، ثم لا يخلو إما أن كان قبله المال غريما أو مودعا أو غاصبا، فإن كان غريما فلا ضمان على الوصي لصاحب الدين ويضمن الغريم ويرجع على الوصي؛

لأنه لما جاء صاحب المال حيا ظهر أنه ليس للقاضي ولاية أمر الغريم يدفع ما عليه إلى غيره؛ لأن للقاضي ولاية حفظ مال الغائب إذا كان يخاف التوى وهنا لا يخاف التوى والتلف فلم يصح أمره بالدفع فصار كأن الغريم دفع بغير أمر القاضي ولا يضمن الوصي؛ لأنه قبض بإذن الغريم إلا أن الغريم دفع إليه ليسلم له ما في ذمته ويسقط عنه الدين ولم يسلم له فكان له حق الرجوع بما دفع، فإن كان مودعًا فلا ضمان على المستودع خلافًا لأبي يوسف لما يأتي ويضمن الوصي؛ لأن المودع أمين والأمين لا يضمن إلا بالتعدي ولم يوجد منه التعدي إذ الوديعة أخذت منه على كره وجبر منه والوصي قبض مال غيره بغير إذنه وبغير إذن من يلي عليه فصار متعديا ضامنا، وإن كان غاصبا، فإن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن الوصي، فإن ضمن الغاصب يرجع على الوصي وعلى عكسه لا يرجع؛ لأنه تصدى من كل واحد منهما بسبب ضمان في حق صاحب المال من الغاصب الغصب ومن الوصي القبض بغير إذنه وكان الوصي بمنزلة غاصب الغاصب والغاصب الأول يرجع على الثاني والثاني لا يرجع على أحد، فإن كان ما قبضه الوصي قائمًا في يده، فإن شاء أجاز صاحب المال قبضه وبرئ الغريم والغاصب؛ لأن الإذن اللاحق كالإذن السابق، فإذا أجاز قبضه ثم ضاع في يد الوصي لم يكن على الوصي ولا الغريم شيء؛ لأنه ضاع في يد أمينه ووكيله ولو لم يأت المالك حيا لكن تبين أن الشاهدين عبدان فلا ضمان على ذي اليد في هذه الفصول ولا على الشاهدين ويضمن الوصي؛ لأنه صح أمر القاضي إياه بدفع المال إليه متى كان الوارث غائبا ولم يقم للميت وصي؛ لأن للقاضي أن ينصب وصيا حتى يقبض حقوق الميت متى كان الوارث غائبا، فإذا صح أمره صار الدفع إليه بأمره كالدفع بأمر صاحب المال؛ لأنه نائبه شرعا فبرئ الدافع عن الضمان ويضمن الوصي؛ لأنه ظهر أنه قبض مال الوارث بغير إذنه؛ لأن القابض ليس بوصي القاضي؛ لأن القاضي لم ينصبه وصيا في قبض حقوق الميت إنما أمضى أيضًا كان من الموصي ثم ظهر أنه لم يكن من الميت أيضًا فلم يصح الإمضاء ولم يوجد منه نصب الوصي فلم يصح أمره بالقبض في حقه؛ لأنه إنما أمره بالقبض بناء على زعمه أنه وصي الميت وقد ظهر بخلافه

وتم، فإنما صح أمر القاضي بالدفع؛ لأن له ولاية أخذ المال منه ليحفظه على الغائب فكذلك أمره بالدفع.

رجل عليه ألف لرجل غائب أو عنده وديعة أو غصب فادعى رجل أنه مات وأوصى له بها وصدقه ذو اليد فهو على وجهين إما أن مال المدعي لصاحب المال وارث غائب أو قال لا أدري أو قال ليس له وارث، فإن قال له وارث أو لا أدري وصدقه ذو اليد لم يقض له بشيء في ذلك؛ لأن ذا اليد ليس بخصم للمدعي ألا ترى أنه لو أنكر لا تسمع بينة المدعى عليه؛ لأن الموصى له لم يقم مقام الميت متى كان له وارث بيقين أو باعتبار الظاهر فتصديق ذي اليد إقرار بمن ليس بخصم له فلا يصح كما لو صدر من الأجنبي؛ لأنه إقرار على الغير وهو الوارث وإن قال المدعي لا وارث للميت وصدقه ذو اليد تأنى القاضي، فإن ظهر وارث وإلا يقضي للموصى له؛ لأن ذا اليد انتصب خصما للمدعي، ألا ترى أنه لو أنكر انتصب خصما؛ لأن الموصى له بمنزلة الوارث في هذه الحالة فصح إقرار ذي اليد إلا أن القاضي يتأنى ويتلوم في القضاء صيانة لقضائه عن النقض لجواز أن يظهر الأمر بخلاف ما أقر به. وأما **القسم الثاني**: وإن ادعى رجل على ذي اليد أن له على الميت ألف درهم وله وارث غائب لم يكن ذو اليد خصما فيه؛ لأن ذا اليد لم ينتصب خصما للموصى له، وإن كان يدعي استحقاق غير ما في يده؛ لأنه لا ينتصب خصما للغريم والغريم لا يدعي استحقاق غير ذلك أولى.

وإن قال المدعي: إنه مات ولم يدع وارثا وصدقه ذو اليد تأنى القاضي زمانا ثم نصب للميت وصيا وأمر الغريم بإقامة البينة عليه؛ لأن هذه تركة مهملة ليس له وصي ولا وارث وكان للقاضي أن ينصب لها وصيا يستوفي حقوق الميت ويوفي ما عليه من الحقوق وذو اليد لم يكن خصما له ما صنع القاضي جائز عليه؛ لأن وصي القاضي كوصي الميت فقد قامت البينة على خصم عن الميت فنفذ جميع ما صنع القاضي عليه ولو ادعى المدعي أن صاحب المال أوصى إليه ومات وصدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع إليه إلا الدين، فإنه يؤمر بدفعه إليه ويكون قضاء على الغريم خاصة، ثم رجع محمد وقال لا يؤمر بدفع الدين أيضًا؛ لأن إقرار الغريم بكونه وصيا إقرار

على الغائب ببراءة نفسه عن دين وجب للغائب عليه؛ لأنه يرفع مال الغائب إليه بأمر القاضي وهذا يبرئه عن الدين متى كان صاحب الدين ميتًا فلا يصح إقراره ببراءة دين وجب عليه للوارث وأما **القسم الثالث**: لو أقام المدعي البينة أنه أخ الميت لا يعلمون له وارثا غيره والمال وديعة أو غصب أو دين على المدعى عليه فقضى ودفع المال إليه ثم جاء المشهود بموته حيا ضمن الشاهدان في الغصب والوديعة دون الدين ودينه باقٍ على الغريم؛ لأن الشاهدين نقلا وحولا ملك المالك إلى الأخ بغير حق؛ لأنه ظهر كذبهم بيقين متى جاء الموروث حيا وفي الغريم الشاهدان ما أزالا ملكه عن الدين، فإن الدين باق لصاحب الدين في ذمة المديون على حاله حتى بقي له مطالبة الغريم كما كان قبل شهادتهما؛ لأن الغريم لم يدفع الدين إلى صاحبه ولا إلى وكيله ويرجع الغريم إن شاء على الشاهدين ثم هما يرجعان على الأخ، وإن شاء ضمن الأخ؛ لأن الأخ قبض ماله بغير حق بدعوى باطلة والشاهدان أزالا ملكه عن المقبوض بشهادتهما الباطلة وكان الشاهد في حق الغريم بمنزلة الغاصب والأخ بمنزلة غاصب الغاصب، وإذا حضر وارث وأقام البينة على أنه وارث له لا وارث له غيري وقال ذو اليد له وارث آخر تأنى القاضي ثم قضى له وأخذ منه كفيلا؛ لأن حق المدعي قد ظهر وحق الغائب عسى يظهر وعسى لا يظهر ولا يؤخر حق ظهر لحق عسى يظهر فيدفع المال إليه ويأخذ منه كفيلا نظرًا للغائب لجواز أن يكون للميت وارث آخر وهذا شيء احتاطه القضاة اليوم. قيل: أخذ الكفيل قولهما لا قول أبي حنيفة بناء على أن رجلًا مات وترك مالًا وادعى رجل أنه ابنه ولم يشهدوا ولا يعلمون له وارثا غيره عندهما: لا يدفع المال إليه إلا بكفيل وعنده: يدفع إليه من غير كفيل وقيل هذا قول الكل؛ لأنه علل محمد وقال: لأنه يأخذه بإقرار ذي اليد لا بالبينة؛ لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة في حق المقر خاصة والبينة حجة في حق الناس كافة ففي الإقرار لا يدفع المال إليه إلا بكفيل عنده وفي البينة يدفع بغير كفيل ليظهر انحطاط رتبة الإقرار عن رتبة البينة.

(فصل)

ولو حضر ذو اليد ابتداء عند القاضي فقال: هذا المال لرجل مات ولا وارث له تأنى القاضي ثم أخذه منه فحصله في بيت المال، فإن فعل ذلك ثم جاء صاحبه حيًّا، فإن كان دينًا فهو على الغريم بحاله ورجع الغريم في بيت المال، وفي الغصب إن شاء ضمن الغاصب ورجع في بيت المال، وإن شاء ضمن بيت المال، وفي الوديعة كذلك عند محمد.

وقال أبو يوسف: لا ضمان على المستودع.

لمحمد: أن المودع التزم الحفظ بعقد الوديعة وبالإقرار دل المقر له على الأخذ فصار تاركا للحفظ وإنه سبب الضمان كالمودع إذا دل إنسانا على سرقة الوديعة يضمن فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن المودع لا يجوز أن يضمن بمجرد الإقرار لصاحب المال؛ لأنه بمجرد قوله لا يزيل ملكه ولا يده بمجرد الدفع؛ لأنه كان مكرها على الدفع وبالإقرار، هب أنه دل المقر له على الأخذ إلا أنه منعه من الأخذ بعد الدلالة على الأخذ لم يضمن؛ لأن الدلالة لم تبق فكذا هذا فكذلك اختلافهما في الوديعة في حكم الضمان فيما تقدم من المسائل.

وإن لم يأت صاحب المال حيا وجاء ابنه فلا ضمان على ذي اليد في شيء من ذلك ويعوض الابن من بيت المال كما لو أفرد ذو اليد بأن هذا أخو الميت ووارثه لا وارث له غيره ودفع القاضي المال إليه ثم ظهر له ابن لا ضمان على ذي اليد وإنما الضمان على الأخ القابض فكذا هذا والله أعلم.

كتاب حساب الوصايا

اعلم أن علم الحساب من أغمض العلوم وأدقها حتى كَلَّ عامة الخواطر عن إدراكه وفَتر الأوهام عن إبصاره، فأبو حنيفة إمام الأئمة ومقتدي الأمة وأصحابه أئمة المهديين وقدوة المتقدمين رضي الله عنهم أنضوا مطايا أفكارهم في البحث والسَّفر عن وجوه المعارف للحساب أبلغ الإنضاء فاستخرجوا بنتائج أفكارهم وبنات قرائحهم وجودة خواطرهم الأحكام المبنية على الحساب على طريق متشتتة مسلكها مختلف ومقصدها متحدة ومعرفتها من آثار معجزات النبوة، ولهذا جعل الله تعالى علم الحساب معجزة لنبي من أنبيائه وهو إدريس صلوات الله عليه حتى رُوي أن جبريل صلوات الله عليه أتاه ذات يوم فسأله: أين جبريل؟ فتأمل إدريس في علم الحساب فقال: ليس في سدرة المنتهى، ثم نظر فيه مرة أخرى فقال: ليس في السماء، ثم نظر فيه مرة ثالثة فقال: في الأرض وهو أنت.

ثم جمع محمد بن الحسن رحمه الله لتخريج مسائل الوصايا بين الطرق الستة **أحدها:** الحشو وهي أقرب إلى الأفهام وأسهل لتخريج الأحكام وإنما سميت طريقة الحشو؛ لأنه فيما يزاد فيه وينقص وقيل؛ لأنه حشى فيها معانٍ حسنة. **والثاني:** طريقة الجبر والمقابلة لما فيها من الجبر والمقابلة وهي أحسن الطرق وأجودها تخريجا ولكن على الأفهام عسير. **والثالث:** طريقة الدرهم والدينار؛ لأن التخريج على هذه الطريقة يقع بطريق المقاصة لما تبين والمقاصة تختص بالدرهم والدينار **والرابع:** طريقة الخطأين وإنما سميت بهذه التسمية؛ لأن الحساب على هذه الطريقة إنما يخرج بالضرب مرتين في الخطأين **والخامس:** طريقة الجامع الأكبر **والسادس:** طريقة الجامع الأصغر وهما ينبنيان على الخطأين، فإن الخطأ في أحدهما أكبر فسميت طريقة الجامع الأكبر والخطأ في الأخرى أقل فسميت طريقة الجامع الأصغر ثم مسائل هذا الكتاب تقسم إلى قسمين أحدهما في تخريج الأحكام على هذه الطرق الممهدة.

(القسم الأول في تخريج الأحكام على طريق المنازعة والعول والمضاربة)

(باب ما يجاوز الثلث من الوصايا أو مثله أو ناقصة عنه)

مسائله على فصول:

أحدها: في الوصايا المختلفة.

والثاني: في الوصايا المقيدة.

والثالث: في الوصايا المجتمعة.

والرابع: في شراء القريب في المرض.

(فصل)

أصله: أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة تبطل ضربا واستحقاقًا عند أبي حنيفة إلا في ثلاثة الوصية بالألف المرسلة والوصية بالمحاباة في البيع والوصية بالعتق في المرض لا تبطل في حق الضرب.

وعندهما والشافعي: لا تبطل ضربا في الكل.

لهما: أن الموصي فضل البعض على البعض في الوصية واستحقاق المال فوجب اعتبار تفضيله مهما أمكن وقد أمكن اعتبار تفضيله في حق الضرب؛ لأن الوصية بما زاد على الثلث بطلت في حق الاستحقاق برد الورثة نفيا للضرر عن الورثة لم يبطل في حق الضرب؛ لأنه لا ضرر على الورثة في حق الضرب في الثلث كالمرتهن إذا رد بيع الراهن المرهون انفسخ في حق الاستحقاق نفيا للضرر عنه ولم ينفسخ في حق الراهن حتى إذا قضى الدين أو أجازه المرتهن تنفذ فكذا هذا، له: أن حق الضرب إنما يثبت ضمنًا لثبوت الاستحقاق والوصية بما زاد على الثلث بطلت في حق الاستحقاق برد الورثة لأنها تناولت وصادفت ملك الورثة؛ لأن الوارث ملك الزيادة على الثلث من حين الموت فيبطل حق الضرب ضرورة

عدم الاستحقاق للزيادة كالوصية بالمحاباة لما ثبت في ضمن البيع بطل ببطلان البيع بخلاف الفصول الثلاثة؛ لأن الوصية بالألف المرسلة والمحاباة لم تقع على حق الورثة بدليل أنه يتصور نفوذها عند كثرة المال بدون إجازة الورثة والعتق في المرض وصية بالسعاية والسعاية بمنزلة الألف المرسلة يتصور نفوذها عند كثرة المال بدون إجازة الورثة فما قاله أبو حنيفة وصية عادلة وما قالاه وصية جائزة لأنها باطلة فلا يجوز تقريرها.

وكان أبو حنيفة أسعد حالًا وأحسن مقالا وأوضح برهانا، ثم لا يخلو إما أن أوصى بما يتجاوز عن الثلث أو لا يتجاوز عنه، فإن أوصى بما يتجاوز عن الثلث بأن أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه ولآخر بربعه فعند أبي حنيفة الثلث بينهم على أحد عشر يضرب فيه صاحب الربع بثلاثة وكل واحد من الآخرين بأربعة وعندهم على ثلاثة عشر يضرب فيه صاحب النصف بستة وصاحب الثلث بأربعة وصاحب الربع بثلاثة، وهذه المسألة تسمى مسألة الثقفية، فإن إبراهيم النخعي سأل عاصم الثقفي رضي الله عنهما عنها فقال: لا علم لي بها، وتخريجه لأبي حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الإجازة لما بطلت في حق الضرب والاستحقاق صار كأنه أوصى بثلث ماله لرجل وبثلثه لآخر وبربعه لآخر فيكون ثلث المال بينهم على أحد عشر وتخريجهم على سبيل العول والمضاربة أنه اجتمع في الثلث ثلاث وصايا نصف وثلث وربع فأقل ما يخرج منه هذه السهام اثنا عشر فضرب الموصى له بالنصف بستة والموصى له بالثلث بأربعة والموصى له بالربع وذلك ثلاثة فقد عالت الفريضة بسهم.

وكذلك لو أجازت الورثة فكل المال بينهم كذلك عندهما.

واختلفوا في تخريج قول أبي حنيفة؛ قال أبو يوسف: تقسم على طريق المنازعة فيجعل الثلث على اثني عشر للموصى له بالنصف ستة وللموصى له بالثلث أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة فسهمان لا منازعة لأحد مع الموصى له بالنصف فيسلم له ذلك بلا منازعة بقي حقه في أربعة وحق الموصى له بالثلث في أربعة وحق الموصى له بالربع في ثلاثة وصاحب النصف والثلث يدعي كل واحد فضل سهم لا

ينازعهما فيه أحد فيعطى لكل واحد سهم كامل تبقى ثمانية أسهم وقد بقي حق كل واحد منهم في ثلاثة وقد استوت منازعتهم في ثمانية وثمانية لا تستقيم على ثلاثة فضربنا أصل الفريضة وذلك اثنا عشر في ثلاثة فصار ستة وثلاثين فصاحب النصف أخذ ثلاثة من اثني عشر صارت مضروبة في ثلاثة فتكون تسعة فهي له وصاحب الثلث أخذ سهمًا صار مضروبا في ثلاثة فصارت أربعة وعشرين يستقيم بينهم أثلاثًا.

وقال محمد: يقسم الفاضل على الثلث وهو الثلثان على سبيل المنازعة ثم يقسم الثلث على سبيل العول والمضاربة وتخريجه أن أصل الفريضة اثنا عشر وصاحب النصف يدعي وصل سهمين لا ينازعه فيهما أحد وهما في ثلاثة فيكون أحد عشر فيقسم المال بينهم على سبيل العول والمضاربة يضرب صاحب النصف بأربعة وصاحب الثلث بأربعة وصاحب الربع بثلاثة فيكون أحد عشر وعشرة لا يستقيم على أحد عشر فاضرب أحد عشر في أصل الفريضة وذلك اثنا عشر فتكون مائة واثنين وثلاثين وإن شئت اختصرت الحساب على النصف وذلك ستة وستون لأن لأصل المال نصفًا صحيحًا ولنصيب كل واحدٍ منهم نصفٌ صحيحٌ من مائة واثنين وثلاثين فاختصر على النصف وذلك ستة وستون وكان لصاحب النصف سهمان من اثني عشر صار مضروبا في خمسة ونصف فصار أحد عشر فهو له والعشرة المنكسرة صارت مضروبة في خمسة ونصف فصارت خمسة وخمسين ولصاحب النصف أيضًا أربعة من أحد عشر صار مضروبا في خمسة فصار عشرين فضمه إلى أحد عشر فصار أحد وثلاثين ولصاحب الثلث أربعة صارت مضروبة في خمس فصارت عشرين فهو له ولصاحب الربع ثلاثة صارت مضروبة في خمسة وصارت خمسة عشر فهي له، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه ولآخر بسدسه فعندهما يقسم على سبيل العول والمضاربة فيضرب كل واحد بجميع وصيته في جميع المال إن أجاز الورثة، ولو أوصى الثلث إن لم يجز واقتصر كل المال أو الثلث على تسعة، وعند أبي حنيفة على رواية أبي يوسف يقسم على سبيل المنازعة فأربعة من ستة لصاحب الجميع بلا منازعة؛ لأنه لا ينازعه فيها أحد وسهم يدعيه صاحب الجميع وصاحب الثلث ولم يدعيه صاحب السدس فيكون بينهما

نصفين لاستواء منازعتهما فيه وقد انكسر فأضعف ليزول الكسر فصار اثني عشر لصاحب الجميع تسعة ولصاحب الثلث سهم بقي سهمان استوت منازعة الكل فيهما فيكون بينهم أثلاثًا وقد انكسر فاضرب اثني عشر في ثلاثة فصار ستة وثلاثين فمنها تخرج المسألة وتخريجه على رواية محمد وهو أنه تفرد صاحب الجميع فيه بسهمين، وكذلك صاحب الثلث وصاحب السدس كل واحد بسهم فيكون خمسة وسهمان لا يستقيمان على خمسة فاضرب أصل الفريضة وذلك ستة في خمسة فصار ثلاثين فمن كان له من ستة سهم فهو مضروب في خمسة ومن كان له سهم من خمسة فهو مضروب في اثنين كان لصاحب الجميع أربعة من ستة صارت مضروبة في خمسة فصار له عشرون وكان له سهمان من خمسة مضروبان في اثنين فصار له أربعة فحصل له أربعة وعشرون وكان لصاحب الثلث سهمان من خمسة مضروبان في اثنين فصار له أربعة ولصاحب الربع سهم مضروب في اثنين فكان ما قاله محمد أحسن تخريجا وأعدل تقسيما؛ لأن فيما قاله أبو يوسف نصيب صاحب السدس عند الإجازة أقل مما كان عند عدم الإجازة؛ لأنه أصابه عند الإجازة سهمان من ستة وثلاثين وعند عدم الإجازة أصابه سهم من خمسة عشر وهذا قبيح غير مستقيم وفيما قاله محمد نصيب صاحب السدس سهمين من ثلاثين حالة الإجازة وسهم من خمسة عشر حال عدم الإجازة وهذا في القياس مستقيم وأبو يوسف يقول بأن ما يلحق صاحب السدس الضرب بالنقصان حالة الإجازة إنما يلحقه برضاه؛ لأن له أن يرد إجازة الورثة؛ لأن من تصرف في ملكه وللغير فيه حق فله أن يرد عليه تصرفه متى تضرر به صاحق الحق، فإذا لم يرد إجازتهم فقد رضي بهذا الضرر وهذا الضرر إنما يلحقه برضاه لا بإجازة الورثة، ولو أوصى لرجل بثلثي ماله ولآخر بنصفه ولآخر بثلثه ولآخر بخمسة أسداسه فأجازت الورثة فتخريجه عندهما على سبيل العول والمضاربة أن أقل حساب تخرج منه هذه السهام ستة يضرب صاحب الثلثين بأربعة وصاحب النصف بثلاثة وصاحب الثلث بسهمين والآخر بخمسة أسهم فيكون أربعة عشر فيجعل الثلث على أربعة عشر والجميع على اثنين وأربعين وتخريجه على قول أبي حنيفة على الروايتين متفق على سبيل المنازعة؛ لأن حقوقهم في الثلث مستوية فصاحب خمسة أسداس تفرد بدعوى سهم لم ينازعه أحد فيه فيكون له وسهمان من الخمسة الباقية ينازع فيهما صاحب الأسداس

وصاحب الثلثين لا ينازعهما فيهما أحد فيكون بينهما لكل واحد سهم بقي ثلاثة أسهم سهم لا منازعة لصاحب الثلث فيه وقد استوت منازعة الباقين فيه فيكون بينهم أثلاثًا لا يستقيم فاضرب ستة في ثلاثة فصار ثمانية عشر كان لصاحب الأسداس سهمان ضربناهما في ثلاثة فيكون ستة فهي له ولصاحب الثلثين سهم ضربنا في ثلاثة فيكون ثلثه فهي له وسهم انكسر ضربناه في ثلاثة فهي بينهم أثلاثًا لكل واحد منهم بقي من أصل الفريضة سهمان ضربناهما في ثلاثة فيكون ستة وقد استوت منازعة الكل فيه فيكون بينهم أرباعا وقد انكسر ذلك وبين ثمانية عشر وبين أربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في الآخر فصار ستة وثلاثين ثم تخرج على نحو ما مر فلصاحب الأسداس سبعة عشر ولصاحب الثلثين أحد عشر ولصاحب النصف خمسة ولصاحب الثلث ثلاثة فبلغ الكل ستة وثلاثين.

ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصفه فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة؛ لأنه يصير كأنه أوصى لكل واحد بالثلث وعندهما للموصى له بالجميع ثلاثة وللموصى له بالثلث سهم، وكذلك إن أجازت الورثة عندهما للموصى، وعند أبي حنيفة مما زاد على الثلث يعطى للموصى له بجميع المال بلا منازعة والثلث استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين، وأما إذا أوصى بما لا يتجاوز كل وصية عن الثلث لفظًا بأن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه ولآخر بسدسه ولم يجز الورثة، فإنه يقسم الثلث بينهم على طريق العول والمضاربة بالإجماع يضرب كل واحد في الثلث بجميع وصيته يضرب صاحب الثلث بأربعة من اثني عشر وصاحب الربع بثلاثة وصاحب السدس بسهمين فيكون الثلث بينهم على تسعة؛ لأن الوصية لم تتناول حق الورثة لفظًا؛ لأنه لم يسمّ ما زاد على الثلث كما إذا أضاف الوصية إلى عين من أعيان ماله وإنما يتناول وصادف حقهم معنى فإنهم إذا أجازوا يستحق عليهم الزيادة على الثلث، ولهذا بقيت الوصية، فإن هلك ماله كله حتى لو استفاد الميت مالًا بعد ذلك وجب تنفيذ الوصايا منه فبطلت الوصية برد الورثة في حق الاستحقاق وبقيت في حق الضرب اعتبارا للفظ والمعنى جميعًا كالهبة بشرط

العوض، وكذلك لو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع يقسم الثلث بينهما على سبعة يضرب صاحب الثلث بأربعة وصاحب الربع بثلاثة، وكذلك إن كانت الوصية داخلة في الثلث بأن أوصى يدخل بالربع ولآخر بالسدس يضرب كل واحد بقدر وصيته؛ لأن هذه الوصايا لم تتناول حق الورثة لفظًا ولا معنى لأنها لم تتجاوز الثلث، وإذا أوصى لرجل بألف مرسلة ولآخر بخمسمائة وثلث ماله خمسمائة يكون الثلث بينهما أثلاثًا بالإجماع.

(**الفصل الثاني**): لو أوصى لرجل بعبد قيمته نصف ماله ولآخر بعبد قيمته ثلث ماله فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة؛ لأنه أضاف الوصية إلى عين من أعيان ماله وقد تعلق به حق الورثة فتناولت الوصية حق الورثة فبطلت بردهم ضربا استحقاقا، ولهذا لو هلك العين أو العين المضاف إليه الوصية بطلت وعندهما يقسم الثلث على خمسة ثلاثة لصاحب العبد الكثير القيمة وسهمان للآخر لما بيناه، ولو أوصى لرجل بعبد ولآخر بثوب ولآخر بدابة وثلث المال ألف والوصايا ألف وخمسمائة يجوز لكل واحد ثلثا وصيته؛ لأنه أوصى لكل واحد بعين قيمتها أقل من ثلث ماله وفي مثل هذه الوصايا برد الورثة تبطل الوصية فيما زاد على الثلث في حق الاستحقاق؛ لأن في حق الضرب كما لو أوصى لأحدهما بماله ولآخر بربعه ولآخر بسدسه بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن قيمة أحد العبدين مثل نصف المال والوصية بما زاد على الثلث تبطل برد الورثة ضربًا واستحقاقا عند أبي حنيفة، كما لو أوصى لأحدهما بنصف ماله ولآخر بثلثه، ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة درهم نقدًا أو عروض فما فضل على سدس السيف فهو لصاحبه والسدس بينه وصاحب السدس نصفان ولصاحب السدس سدس الخمسمائة عند أبي حنيفة وعندهما السيف بينهما على سبعة ولصاحب السدس سبعة؛ لأن عند أبي حنيفة القسمة في السيف على سبيل المنازعة؛ لأنه عين والقسمة في الأعيان على سبيل المنازعة؛ لأنه عين شائع فلا يكون ملحقا بالميراث فيقول اجتمع في السيف وصيتان وصية بالكل ووصية بالسدس فاجعل السيف على ستة أسهم ولا منازعة لصاحب السدس فيما زاد عليه وذلك خمسة أسهم فسلم للموصى له بالكل بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما

فيه فيكون بينهما نصفين فانكسر بالنصف فأضعف ليزول الكسر وعندهما القسمة في السيف على سبيل العول والمضاربة فيضرب الموصى له بالكل بستة ويضرب الموصى له بالسدس بسهم فصار السيف على سبعة، ولو أوصى بثلث ماله لآخر مع هذا ولم تجز الورثة فصاحب السدس يضرب في الثلث سدس خمسمائة وثلث سدس السيف وصاحب السيف بخمسة أسداس السيف إلّا سدس سبعة عند أبي حنيفة؛ لأنه اجتمع في السيف ثلاث وصايا وصية بالكل ووصية بالثلث ووصية بالسدس فاجعل السيف على ستة فلا منازعة لأحد فيما زاد على الثلث وذلك أربعة فسلم لصاحب السيف بقي سهمان لا منازعة لصاحب السدس فيما زاد على سهم واحد يدعيه صاحب السيف وصاحب الثلث فيكون بينهما نصفين فانكسر الحساب بالنصف فأضعف حتى يزول الكسر فصار السيف على اثني عشر لصاحب السيف أربعة ونصف ضعفته فصار تسعة ولصاحب الثلث نصف سهم ضعفته فصار سهما بقي سهمان استوت منازعة الكل فيهما فيكون بينهم أثلاثًا فانكسر بالأثلاث فاضرب اثني عشر في ثلاثة فيصير ستة وثلاثين كان لصاحب السيف تسعة صارت مضروبة في ثلاثة فصار له ثلاثة والمنكسر سهمان ضربهما في ثلاثة فصار ستة يستقيم بينهم لكل واحد سهمان ثم اجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة وثلاثين فصار مائة وثمانين، فإن أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلاثة وذلك ستون ولصاحب السدس سدسه وذلك ثلاثون ولصاحب السيف سيفه وذلك ستة وثلاثون فصارت سهمان الوصايا مائة وستة وعشرين وجميع المال ثلاثمائة وثمانية وسبعين والسيف سدسه يكون ثلاثة وستين فيدفع إليهم مثل ما كان يدفع عند الإجازة من جميع المال يدفع إلى صاحب السيف ستة وثلاثين وإلى صاحب الثلث ستين وإلى صاحب السدس ثلاثين فحصل سهام الوصايا مائة وستة عشر مثل ثلث المال وعندهما يقسم على طريق العول والمضاربة يضرب صاحب السيف بالسيف كله وذلك ستة وصاحب الثلث بالثلث وذلك سهمان وصاحب السدس بسدس السيف وذلك سهم فصار السيف على تسعة ولما صار السيف وقيمته على تسعة صار كل مائة من خمسمائة على تسعة فيصير خمسة وأربعين، فإن أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلاثة وذلك

خمسة عشر ولصاحب السدس سدسه وذلك سبعة ونصف فانكسر بالنصف فأضعفه فصار تسعين وأضعف السيف وذلك تسعة فيصير ثمانية عشر وضم ذلك إلى تسعين وصار جميع المال مائة كان لصاحب الثلث خمسة عشر ضعفناه فصار له ثلاثون ولصاحب السدس سبعة ونصف ضعفناه فصار خمسة عشر ولصاحب السيف تسعة ضعَّفناها فصار ثمانية عشر فزادت سهام الوصايا على الثلث فهي لهم إن أجازت الورثة وإن لم يجيزوا انقسم الثلث بينهم على قدر أنصبائهم لا على قدر سهام الوصايا فيضرب كل واحد في الثلث بجميع حقه والوصايا ثلث وسدس وسدس أيضًا؛ لأن السيف سدس جميع المال؛ لأن قيمته مائة وجميع المال ستمائة فيصير ثلث المال أربعة فيصير جميع المال اثني عشر سهما لصاحب الثلث سهمان سدس ذلك في السيف وخمسة أسداسه في باقي المال فانكسر بالأسداس فاضرب أصل الفريضة وذلك اثني عشر في ستة فيصير اثنين وسبعين كان لصاحب السيف سهم ضربناه في ستة فصار ستة كلها في السيف وكان لصاحب الثلث سهمان ضربناهما في ستة فصار اثني عشر سدسه في السيف وذلك سهمان والباقي في باقي المال وكان لصاحب السدس سهم ضربناه في ستة فهي له سهم في السيف وخمسة أسهم في باقي المال فبلغت سهام الوصايا أربعة وعشرين وذلك ثلث جميع المال.

(**الفصل الثالث**): أصله أن الوصايا متى اجتمعت في الثلث وضاق الثلث عن إيفائها، فإنه يقدم الأقوى على الأوهى؛ لأن لزيادة القوة أثرا في التقديم؛ لأن كل تصرف لا يحتمل الفسخ ولا يقبل البطلان كالعتق له زيادة قوة ووكادة على تصرف يحتمل الفسخ والبطلان كالهبة والتبرع وإذا استوت الوصايا في القوة والوكادة كالعتقين والهبتين يتحاصان؛ لأنه متى لم يكن لأحد بهن ضرب قوة ومزية وكادة استوت في حق الاستحقاق فلا يجوز ترجيح إحداهما على الأخرى لما فيه إبطال حق الآخر. أوصى لرجل بألف ووهب لآخر ألفًا وسلم وأعتق عبدًا وثلث ماله لا يفي بالكل، فإنه يبدأ بالعتق؛ لأنه أقوى؛ لأنه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه وغيره من الوصايا يحتمل الفسخ فكان العتق أقوى وآكد فكانت البداية له أولى وأحق ولأن

في البداية بالعتق مراعاة حقين مراعاة حق الله وحق العبد ومراعاة حقين أولى من مراعاة حق واحد، وكذلك لو أوصى بالثلث ثم وهب ثم باع وحابى فيه يبدأ بالمحاباة؛ لأن المحاباة في ضمن البيع ومن قضية المعاوضة اللزوم فلزمت الوصية التي في ضمن المعاوضة والهبة والوصية غير لازمة فكانت المحاباة أقوى وآكد منهما، وإذا باع وحابى ثم أعتق وضاق الثلث عن العتق والمحاباة يبدأ بالمحاباة عند أبي حنيفة، ولو أعتق وحابى فإنهما يتحاصان في الثلث وعندهما يبدأ بالعتق بدأ بالمحاباة أم أخرها وعلى هذا الخلاف لو وهب وحابى أو حابى ثم وهب فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة وعندهما يتحاصان، لهما: أن العتق أقوى من المحاباة، فإن العتق لا يحتمل الفسخ بحال والمحاباة يلحقها الفسخ والمحاباة مع الهبة استويا في معنى البيوع وكل واحد يحتمل الفسخ فيتحاصان، له: أن المحاباة أقوى من العتق؛ لأن العتق تبرع محض والمحاباة في ضمن التجارة وهو البيع وما يثبت في ضمن التجارة أقوى مما يثبت بالتبرع المحض؛ لأن ما يثبت في ضمن التجارة له حكم التجارة؛ لأن لها حكم الأعواض من وجه، فإنه يجب للشفيع في المحاباة الشفعة ويملك قبل القبض والشفعة إنما تجب فيما ملك عوضا عن مال ويصح من العبد المأذون عنده والتجارة أقوى من التبرع المحض؛ لأن المريض محجور عن التبرع غير محجور عن التجارة، فإذا كانت المحاباة أسبق كانت البداية بها أحق وإذا كان العتق أسبق فقد تساويا في القوة؛ لأن للعتق زيادة قوة بالسبق وللمحاباة ضرب قوة باعتبار المعاوضة، فعلى هذا لو حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحابين نصفين لتساويهما في الجهة ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسمت بينهما وبين العتق؛ لأن العتق مقدم عليها ويستويان في القوة، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة فما أصاب العتق الأول قسم بينه وبين العتق الثاني؛ لأن المحاباة مع العتق الأول تساويا ومع العتق الثاني أقدم وأحكم وإذا وجدا معًا تقدم عنده؛ لأنه أقوى، فإذا كانت أسبق كانت بالتقديم أحق.

(**الفصل الرابع**): وإذا اشترى ابنه في مرضه بألف وهي قيمته وله سوى ذلك ألفان عتق ويرث ولا يسعى وإن لم يخرج من ثلاثة يسعى إلى تمام الثلثين ولا يرث

عند أبي حنيفة وعندهما يسعى في تمام قيمته ويرث في الحالين جميعًا؛ لأن العتق في مرض الموت وصية وهذه الوصية للوارث فتكون باطلة إلا أن العتق لا يمكن نقضه فوجب عليه السعاية في قيمته ردًّا للوصية، وعند أبي حنيفة الوصية وإن حصلت للوارث إلا أنه لا يمكن إيجاب السعاية عليه؛ لأن السعاية لو وجهت عليه لا يعتق عبده بل يصير بمنزلة المكاتب فصحت الوصية له؛ لأنه ليس بوارث وإذا صحت الوصية له يعتق، فإذا أعتق ظهر أن الوصية حصلت للوارث فتبطل وكان في إيجاب السعاية في الابتداء إبطاله في الانتهاء فلا يفيد الإيجاب فلا يجب، ولو كانت قيمة الابن خمسمائة فاشتراه بألف وأعتق عبدًا آخر قيمته خمسمائة ولا مال له غيرهما بدأ بالمحاباة ويسعى الابن في قيمته ولا يرث والعبد يسعى في قيمته؛ لأن عنده المحاباة مقدمة على العتق فصار الثلث كله للبائع ولم يبق للعبد شيء فيجب عليهما السعاية والابن مستسعى وهو بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يرث وعندهما العتق أولى وبطلت وصية الابن فيسعى في قيمته ولا يسعى العبد في شيء ويرد البائع خمسمائة؛ لأن العتق مقدم على المحاباة فلم يسلم للبائع شيء من المحاباة وما يصيب الابن من الثلث لا يسلم له؛ لأنه وارث ولا وصية للوارث فوجب عليه السعاية فبقيت الوصية بالثلث للعبد وقيمته مثل الثلث فيعتق مجانا ولو أعتق أمة في مرضه قيمتها ألف وتزوجها ودخل بها ثم مات، فإن كانت قيمتها بعد مهر مثلها يخرج من الثلث جاز النكاح وورثت ولا يسعى ولها مهر مثلها، وإن كانت لا تخرج فالنكاح فاسد ولها مهر مثلها وثلث ما بقي بعد المهر ولا ميراث لها وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن العتق وصية لها والوصية تعتبر من الثلث فمتى خرجت قيمتها من الثلث عتقت مجانا وترث؛ لأن النكاح صحيح ويجب مهر المثل؛ لأنه تزوجها بمهر المثل وتزوجها ولم يسم لها مهرا فيقضي بمهر مثلها أولا من جميع المال؛ لأن الدين مقدم على الوصية، وإن كانت قيمتها لا تخرج من الثلث يعتق بعضها فيصير بمنزلة المكاتب ونكاح مكاتبته فاسد، ويجب مهر المثل بالدخول في النكاح الفاسد والوصية للمكاتبة جائزة وعندهما النكاح جائز في الحالين ولها مهر مثلها والميراث وعليها السعاية في قيمتها ويحاسب بها من مهرها وميراثها؛ لأن

عندهما هي حرة مديونة؛ لأن ما زاد على مهر مثلها في المحاباة وصية لها ولا وصية للوارث فيجب لها قدر مهر مثلها من المسمى.

(القسم الثاني)

(باب الوصية بمثل النصيب)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما إذا كانت الورثة صنفًا واحدًا وأوصى بمثل نصيب أحدهم.

والثاني: فيما إذا كانت الورثة أصنافًا وأوصى بمثل نصيب صنف.

(فصل)

ولو أوصى بنصيب ابنه أو بنصيب ابنته وله ابن أو بنت لا تصح الوصية؛ لأن نصيب ابنه أو ابنته ثبت بنص الكتاب، فإذا أوصى بنصيبه لرجل فقد أراد تغيير عين ما فرض الله تعالى؛ لأنه يتغير فرضه ويتحول إلى الموصى له متى صحت الوصية فلا تصح ولو لم يكن له ابن أو بنت، فإنه تصح الوصية؛ لأنه ليس في وصيته تغيير ما فرض الله تعالى.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته وله ابن وبنت تصح الوصية؛ لأن مثل الشيء غيره لا عينه فيقدر نصيب الابن ثم يزاد عليه مثله فيعطى للموصى له إن كان مثل الثلث، وإن كان أكثر من الثلث، فإنه لا يجوز إلا بإجازة الورثة نحو ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فنصف المال للموصى له إن أجاز الابن، فإن لم يجز فللموصى له الثلث، وإن كان له ابنان فللموصى له ثلث المال فلا يحتاج إلى الإجازة، وكذلك لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنة واحدة فله نصف المال إن أجازت وإلا فله الثلث ومن كانت له ابنتان فله ثلث المال.

ولو ترك خمس بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ولآخر بثلث ما بقي من الثلث فالفريضة من أحد وخمسين لصاحب النصيب ثمانية ولصاحب ثلث ما بقي ثلاثة ولكل ابن ثمانية وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل لكل نصيب سهما

لأجل صاحب النصيب فتصير ستة ثم تضربه في ثلاثة لحاجتك إلى ثلث ما بقي فيصير ثمانية عشر فتطرح منها سهما فيبقى سبعة عشر وإنما طرحنا سهما حتى تخرج المسألة لأنا لو لم نطرح سهما أدى إلى ما لا يتناهى كل واحدة طرحنا سهم الدور كي لا يؤدي إلى ما لا يتناهى وليس في أحكام الله ما لا يتناهى فثلث المال سبعة عشر فكان جميع المال أحدًا وخمسين وإذا أردت معرفة النصيب خذ النصيب وذلك سهم فاضربه في ثلاثة فصار ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة، فإن أصل الفريضة وهي ستة صارت مضروبة في ثلاثة فصار تسعة ثم اطرح منها سهما كما طرحت من أصل الفريضة فتبقى ثمانية فهو النصيب فيكون لصاحب النصيب ثمانية من سبعة عشر بقي تسعة ثلثها لصاحب ثلث ما بقي وذلك ثلاثة يبقى ستة فاضلة عن سهام الوصايا فتضم إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فيصير كله أربعين لكل ابن ثمانية وتخريجه على طريق الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا له ثلث ولثلثه ثلث وذلك تسعة أشياء فأعط بالوصية بالنصيب شيئًا وبالوصية ثلث ما بقي وذلك وثلث الثلث وذلك تسع المال للموصى له ثلث شيء؛ لأن الشيء كان مستثنيا من الثلث فيكون حقه في ثلث الثلث إلا شيء يبقى من الثلث تسعان إلا ثلث شيء فاضلا عن الوصايا ترد إلى ثلثي المال وذلك ستة فيصير ثمانية إلا ثلثي شيء وهذا ثلث المال وهو يعدل خمسة أيضًا لأنا أعطيناها بالنصيب شيئًا فيجب أن يعطي للبنتين أيضًا خمسة أيضًا لكل ابن نصيب مثل ما أعطينا لصاحب النصيب فعلمنا أن ثمانية أتساع إلا ثلثي شيء يعدل خمسة أشياء فأجبرنا هذا النقصان بثلثي نصيب فصارت ثمانية ومتى أجبرنا نقصان ثمانية فأكملنا بثلثي شيء فزدنا في مقابلته مثل ذلك وبمقابلته خمسة أيضًا وثلثي نصيب حتى يتحقق الجبر والمقابلة لكل المال، ووجه الإكمال أن يضرب خمسة أنصباء وثلثي نصيب في تسعة وهو مخرج الكسر فيكون أحد وخمسين، خمسة في تسعة خمسة وأربعون وثلثان في تسعة تكون ستة فهذا ثلث المال والنصيب ثمانية لكل ابن ثمانية ولصاحب النصيب ثمانية يبقى من الثلث بعد الأنصباء ثلاثة فهو لصاحب الثلث ما بقي وتخريجه على طريقة الدرهم والدينار أن يجعل ثلث المال دينارًا أو ثلاثة دراهم لحاجتك إلى النصيب وثلث ما بقي فأعط

لصاحب النصيب دينارا والموصى له الآخر ثلث ما بقي وهو درهم يبقى درهمان فاضلان على الوصيتين فضمهما إلى ثلثي المال وذلك ديناران وستة دراهم فيصير كله دينارين وثمانية دراهم يجب أن يكون لكل ابن دينار كما كان لصاحب النصيب فثمانية دراهم تعدل ثلاثة دنانير فيعدل كل دينار درهمين وثلثي درهم فانكسر الدراهم بالأثلاث فيصير كل درهم ثلاثة فيصير درهمان وثلثا درهم ثمانية وذلك يعدل دينارا فظهر أن كل دينار يعدل ثمانية وكل درهم صار ثلاثة وقد جعلت ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم فصار الدينار ثمانية وهو النصيب وكل درهم ثلاثة فيكون تسعة فصار ثلث المال سبعة عشر، وجميع المال أحد وخمسون ثم القسمة على ما بينا وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل ثلث المال عددا لو أعطيت بالنصيب سهما يبقى لنا فيه ثلث صحيح وأقله أربعة فثلث المال أربعة وجميع المال اثنا عشر فأعط لصاحب النصيب سهما وللموصى له الآخر سهما بقي سهمان فضلا عن الوصيتين فترد إلى ثلثي المال فصار عشرة وكان يجب أن يكون أنصباء البنتين خمسة لكل ابن سهم كما كان لصاحب النصيب فوقع الخطأ في القسمة؛ لأن حاجتنا إلى خمسة ومعنا عشرة فظهر الخطأ في خمسة فرد في النصيب سهما فصار الثلث خمسة فأعط بالنصيب سهمين وبالوصية بثلث ما بقي سهمين يردان إلى ثلثي المال وذلك عشرة فيصير اثني عشر يجب أن يكون لكلِّ ابن سهمان مثل النصيب فوقع الخطأ بزيادة سهمين فالخطأ الأول وقع بزيادة خمسة فظهر أن زيادة كل سهم في النصيب يذهب بثلاثة أسهم من الخطإ فرد في النصيب ثلثي سهم أيضًا ليذهب بجميع الخطإ فصار النصيب سهمين وثلثي سهم فانكسر بالأثلاث فصار كل سهم ثلاثة فصار النصيب ثمانية والباقي تسعة وصار تسعة عشر فهو الثلث، وجميع المال أحدٌ وخمسون وتخريجه على طريقة الجامع الأصغر، وهي مبنية على طريقة الخطأين وهو أن تأخذ الثلث الأول وذلك أربعة فاضربه في الخطإ الثاني وذلك سهمان فيصير ثمانية وخذ الثلث الثاني وذلك خمسة فاضربه في الخطإ الأول وذلك خمسة فيكون خمسة وعشرين ثم اطرح أقلهما وهو ثمانية من أكثرهما وهو خمسة وعشرون يبقى سبعة عشر هذا وثلث المال وخذ النصيب

الأول وهو سهم فاضربه في الخطإ الثاني وذلك سهمان وخذ النصيب الثاني فاضربه في الخطإ الأول وذلك خمسة فيكون عشرة ثم اطرح أقلهما عن أكثرهما وهو سهمان من عشرة فيبقى ثمانية فيظهر أن النصيب ثمانية وثلث المال سبعة عشر وما بقي من الثلث بعد النصيب تسعة تسعة وثلاثة ثلاثة وجميع المال أحد وخمسون وتخريجه على طريقة الجامع الأكبر وهو أن يضعف الثلث الأول في الخطأين الأسهم النصيب وذلك ثلاثة فيصير ستة فيصير الثلث سبعة مع سهم النصيب فأعط بالنصيب سهما يبقى ستة فأعط بالوصية الآخر ثلث ما بقي وذلك سهمان يبقى أربعة فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فيصير ثمانية عشر فهو للبنتين ويجب لهم خمسة فظهر الخطأ بثلاثة عشر والخطأ الأول خمسة فاضرب الثلث الأول وذلك أربعة في الخطإ الثاني وذلك ثلاثة عشر فيصير اثنين وخمسين فاضرب الثلث الثاني وذلك سبعة في الخطإ الأول وذلك خمسة فيصير خمسة وثلاثين ثم اطرح أقلهما عن أكثرهما يبقى سبعة عشر وهذا ثلث المال وخذ النصيب الأول وذلك سهم فاضربه في الخطإ الثاني وذلك ثلاثة عشر فيكون ثلاثة عشر وخذ النصيب الثاني وذلك سهم فاضربه في الخطإ الأول وذلك خمسة ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ثمانية فهي النصيب. حكى أستاذي الشيخ الإمام الأجل حسام الدين عمر عن والده برهان الدين عبد العزيز بن المازة رحمهما الله أن طريقة الخطأين عرفت بالوحي، ولو كان ثلث ما بقي ربع ما بقي فالفريضة من تسعة وستين والنصيب أحد عشر وربع ما بقي ثلاثة وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين ويزيد عليها سهما فيصير ستة ثم اضرب ستة في مخرج الربع وذلك أربعة فيصير أربعة وعشرين ثم اطرح السهم الزائد فيبقى ثلاثة وعشرون فهذا ثلث المال وجميع المال تسعة وستون وإذا أردت معرفة النصيب فخذ للنصيب سهما واضربه في ثلاثة فيكون ثلاثة ثم اضربها في مخرج الربع وذلك أربعة فيصير اثني عشر فأعط بالوصية بربع ما بقي من الثلث وذلك ثلاثة بقي من الثلث تسعة فاضلة عن سهام الوصايا تضم إلى ثلثي المال وذلك ستة وأربعون فيصير خمسة وخمسين بين البنين لكل ابن أحد عشر مثل ما كان لصاحب النصيب، ولو قال

بخمس ما بقي فالفريضة من سبعة وثمانين والنصيب أربعة عشر وللموصى له الآخر ثلاثة وتخريجه على نحو ما ذكرنا على الطرق جميعًا.

(**الفصل الثاني**): وإذا ترك بنتين وأُمًّا وامرأة وعصبة وأوصى بمثل نصيب إحدى البنتين وبثلث ما بقي لآخر فالفريضة من ثلاثة وثلاثين والثلث أحد عشر والنصيب ثمانية وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ ثلاثة أسهم للبنتين الثلثان سهمان وللأم السدس نصف سهم وللمرأة الثمن وذلك ثلث سهم وربع سدس يبقى ثلاثة أرباع سدس سهم فهي للعصبة ثم يزيد على الفريضة مثل نصيب إحدى البنتين وذلك سهم فصار أربعة ثم يضربه في ثلاثة لأجل الوصية بثلث ما بقي فيصير اثني عشر ثم يطرح السهم الزائد فيبقى أحد عشر فهو ثلث المال والثلثان اثنان وعشرون والجميع ثلاثة وثلاثون وإن شئت ضربت الثلث في ثلاثة فيصير ثلاثة وثلاثين، وأما معرفة النصيب فَخُذ النصيب وذلك سهم واضربه في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة فيصير تسعة ثم اطرح سهما فيبقى ثمانية فهي النصيب فأعط لصاحب النصيب ثمانية ويبقى إلى تمام الثلث ثلاثة فأعط منها سهما لصاحب الثلث يبقى سهمان ضمهما إلى ثلثي المال وذلك اثنان وعشرون فصار أربعة وعشرين تقسم بين الورثة للبنتين الثلثان ستة عشر كل واحدة ثمانية وللأم السدس أربعة وللمرأة الثمن ثلاثة بقي سهم يكون للعصبة، ولو قال إلا ثلث ما بقي فالثلث مائتان وثمانية والنصيب مائة وستون وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل الفريضة بين الورثة من ثمانية وأربعين للبنتين من الثلثين اثنين وثلاثين وللأم السدس ثمانية وللمرأة الثمن ستة وما بقي فللعصبة ثم زِد على الفريضة مثل نصيب إحدى البنتين وذلك ستة عشر فصار كله أربعة وستين ثم اضربه في ثلاثة لأجل صاحب الثلث فصار مائة واثنين وتسعين ثم زِد عليه إن كان الاستثناء مثل نصيب إحدى البنتين مرة أخرى وذلك ستة عشر فصار مائتين وثمانية هذا هو ثلث المال والكل ستمائة وأربعة وعشرون وهذا تخريج محمد قال مشايخنا: تخرج المسألة على نصف ذلك وهو أن يجعل أصل الفريضة من أربعة وعشرين ثم اضربه في ثلاثة فيصير اثنين وسبعين ثم زد عليهما مثل نصيب إحداهما ثمانية فيصير اثنين وثلاثين ثم اضربه في ثلاثة فيصير ستة وتسعين ثم زد عليها لمكان الاستثناء نصيب إحدى البنتين مرة

أخرى ثمانية فيصير مائة وأربعة فهذا ثلث المال والكل ثلاثمائة واثنا عشر ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيب وذلك ثمانية واضربه في ثلاثة فيصير أربعة وعشرين ثم اضربه في ثلاثة فيصير اثنين وسبعين ثم زد عليه مثل نصيب إحداهما ثمانية فيصير ثمانين وهذا هو النصيب الكامل إلا أنه استثنى من النصيب الكامل ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وثلث الباقي ثمانية؛ لأن الباقي بعد النصيب أربعة وعشرون فاسترجع منه ثمانية وضم إلى ما بقي من الثلث وذلك أربعة وعشرون فيصير اثنين وثلاثين وهو فاضل عن سهام الوصايا فضم إلى ثلثي المال وذلك مائتان وثمانية فيصير مائتين وأربعين يقسم بين الورثة للبنتين الثلثان وذلك مائة وستون لكل واحدة ثمانون مثل نصيب صاحب النصيب قبل الاسترجاع وللأم السدس وذلك أربعون وللمرأة الثمن وذلك ثلاثون والباقي للعصبة.

ولو قال: مثل نصيب المرأة وثلث ما بقي لآخر فالثلث ثمانية وسبعون والنصيب أربعة وعشرون وتخريجه على طريقة الحشو، وهو أن يجعل أصل الفريضة من أربعة وعشرين ثم يضربه في ثلاثة فيصير أحدًا وثمانين ثم اطرح ما زدت عليه وذلك ثلاثة فيبقى ثمانية وسبعون فهذا ثلث المال والثلثان مائة وستة وخمسون والجميع مائتان وأربعة وثلاثون.

وأما معرفة النصيب فخذ نصيب المرأة وذلك ثلاثة فاضربه في ثلاثة فيصير تسعة ثم اضربها في ثلاثة فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح منه ما زدت عليه وذلك ثلاثة يبقى أربعة وعشرون فهو النصيب فأعطه لصاحب النصيب يبقى من الثلث أربعة وخمسون فأعط للموصى له الآخر ثلث الباقي وذلك ثمانية عشر ثم ضم الباقي وذلك ستة وثلاثون إلى ثلثي المال فيصير مائة واثنين وتسعين فيقسم بين الورثة للبنتين الثلثان مائة وأربعة عشر وللأم السدس اثنان وثلاثون وللمرأة الثمن أربعة وعشرون مثل النصيب والباقي للعصبة.

(باب الوصية بالنصيبين)

(**المبسوط**): مات وترك خمسة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيبي أحدهم وبثلثي

ما يبقى من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبان أربعة عشر والباقي بعد النصيبين من الثلث ثلاثة يعطى بثلثي ما بقي سهمان من ذلك يبقى سهم يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فيصير خمسة وثلاثين وتخريجه على طريقة الحشو واليتم الكبير أن يأخذ عدد البنين خمسة ويزيد عليها بالنصيبين سهمين؛ لأن الموصى له بالنصيبين بمنزلة الابنين فكان البنون سبعة فتصير الفريضة من سبعة ثم اضربه في ثلاثة لأجل الثلث فيصير أحدًا وعشرين ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلثي ما بقي من الثلث لتخرج المسألة فيبقى سبعة عشر وهو الثلث ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيبين وذلك سهمان ويضربهما في ثلاثة فيصير ستة؛ لأن الوصية تنفذ من الثلث ثم اضربه في ثلاثة لأجل ما يبقى من الثلث فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه أربعة مثل ما طرحت من أصل الفريضة يبقى أربعة عشر فهو النصيبان يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة فأعط لثلثي ما يبقى من الثلث سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فيصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة مستقيمة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين وتخريجه على طريق الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا له ثلث ولثلثه ثلاثين وأقل ذلك تسعة فاعزل منه الثلث وذلك ثلاثة فأعط بالنصيبين من ذلك نصيبين مجهولين يبقى ثلثه إلا نصيبين فأعط بثلثي ما يبقى من الثلث سهمين إلا نصيبًا وثلثي نصيب؛ لأن المستثنى من الثلث كان نصيبين فتكون حصة كل سهم من ثلاثة، المستثنى ثلثي نصيب فحصته سهمان من المستثنى يكون نصيبا وثلث نصيب يبقى واحد إلا ثلثا نصيب فاضلا عن الوصايا يرد إلى ثلثي المال وذلك ستة فيصير سبعة إلا ثلثي نصيب أو ستة وثلث نصيب وذلك يعدل خمسة أنصباء لأنا أعطينا بالنصيبين سهمين فيجب أن يكون لكل ابن نصفه وذلك سهم وثلث فيكون لهم خمسة فعلمنا أن ستة وثلث نصيب يعدل خمسة أنصباء ثم اجبر المال وزده فصار سبعة تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ومتى جبرنا سبعة بثلثي نصيب فزده في مقابلته مثل ذلك ثلثي نصيب حتى يتحقق الجبر والمقابلة فصارت الأنصباء خمسة أنصباء وثلثي نصيب ثم أكمل المال ووجه الإكمال أنه وقع الكسر بالأثلاث فاضرب

خمسة وثلاثين في مخرج الكسر وذلك ثلثه فيصير سبعة عشر وهذا هو الثلث فيظهر الثلثان والجميع ضرورة ثم اضرب ما يقابله وذلك سبعة في نصيبين وذلك سهمان أو فأضعفه فيصير أربعة عشر فهو النصيب فأعطه بالنصيبين أربعة عشر يبقى من الثلث ثلاثة فأعطه بثلثي ما يبقى سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا فضمه إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فيصير خمسة وثلاثين مستقيم بين خمسة لكل ابن سبعة وتخريجه على طريق الدينار والدرهم وهو أن يجعل ثلث المال دينارين وثلاثة دراهم حتى إذا أعطيت بالنصيبين دينارين يبقى ما يخرج منه الثلثان وذلك ثلاثة دراهم فأعط بالنصيبين دينارين يبقى ثلاثة دراهم فأعط بثلثي ما يبقى درهمين يبقى درهم فاضل عن الوصايا يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة دنانير وستة دراهم فيصير أربعة دنانير وسبعة دراهم تعدل خمسة دنانير لأنا أعطينا بالنصيبين دينارين يجب أن يكون لكل ابن نصف ذلك وهم خمسة فأربعة بأربعة قصاص يبقى سبعة دراهم فاجعل أجزاء الدينار أجزاء الدراهم وذلك سبعة فصار قيمته كل دينار سبعة ثم عد إلى الأصل وفي الأصل ثلث المال دينارين وثلاثة دراهم ديناران أربعة عشر قيمة كل دينار سبعة وثلاثة دراهم، فإن قيمة كل درهم مثله فصار سبعة عشر وهو الثلث فأعط بالنصيبين أربعة عشر يبقى من الثلث ثلاثة دراهم فأعط بثلثي ما بقي من الثلث درهمين يبقى درهم فاضل يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثين فيصير خمسة وثلاثين يقسم بين البنين خمسة لكل ابن سبعة وتخريجه على طريق الخطأين، وهو أن يجعل ثلث المال سهاما لو أعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه الثلثان وذلك خمسة فأعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فأعط بثلثي ما يبقى سهمين يبقى سهم يرد إلى ثلثي المال وذلك عشرة فيصير أحد عشر وحاجتنا إلى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فوقع الخطأ في زيادة ستة فزد على ثلث المال سهمين لعل يزول الخطأ فصار سبعة فأعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فأعط بثلث ما بقي سهمين بقي سهم فرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فيصير خمسة عشر وحاجتنا إلى عشرة لأنا أعطينا بالنصيبين أربعة فيجب أن يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة فيكون لهم عشرة فوقع الخطأ الثاني في زيادة خمسة والخطأ الأول في

ستة فعلمنا أن كل سهمين تزاد على الثلث يذهب بسهم من الخطإ فيزاد اثنا عشر على الثلث الأول وهو خمسة حتى يزول الخطأ كله فصار سبعة عشر فهو الثلث ثم باقي العبارة إلى آخرها وتخريجه على طريق (**الجامع الصغير**) وهو أن يأخذ الثلث الأول وهو خمسة وتضربه في الخطإ الثاني وذلك خمسة فيصير خمسة وعشرين ويأخذ الثلث الثاني سبعة وتضربه في الخطإ الأول وذلك ستة فيصير اثنين وأربعين ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى سبعة عشر وهو الثلث ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب الأول وذلك سهمان تضربه في الخطإ الثاني وذلك خمسة فيصير عشرة ثم تضرب النصيب الثاني وذلك أربعة في الخطإ الأول وذلك ستة فيصير أربعة وعشرين ثم اطرح الأقل من الأكثر فبقي أربعة عشر فهو النصيب، وأما الجامع الأكبر وهو أن تضعف الثلث الأول إلا النصيبين وذلك ثلاثة فصار ستة ثم زد عليه النصيبين فصار ثمانية وهذا هو الثلث فأعط بالنصيبين سهمين يبقى ستة فأعط بثلثي ما يبقى أربعة يبقى سهمان ترد إلى ثلثي المال وذلك ستة عشر فيصير ثمانية عشر وحاجتنا إلى خمسة لأنا أعطينا بالنصيبين سهمين فيجب أن يكون لكل ابن سهم فالخطأ الثاني في الجامع الأكبر بزيادة ثلاثة عشر والخطأ الأول في الخطأين وذلك خمسة فاضربه في الخطإ الثاني وذلك ثلاثة عشر فيصير خمسة وستين وخذ الثلث الثاني في الجامع الأكبر وذلك ثمانية فاضربه في الخطإ الأول وذلك ستة فيصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث ومعرفة النصيب خذ ما جمع بين الخطأين أحدهما ستة والآخر ثلاثة عشر فاطرح الأقل من الأكثر يبقى سبعة وهو النصيب، ولو أوصي بثلث ما يبقى والمسألة بحالها فالفريضة من سبعة وخمسين والثلث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلث ما يبقى واحد وتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليه النصيبين وذلك سهمان فيصير سبعة ثم اضربه في ثلاثة للوصية بثلث ما يبقى فصار أحدًا وعشرين ثم اطرح منه النصيبين وذلك سهمان يبقى تسعة عشر وهو الثلث فقد طرح محمد في هذه المسألة سهمين وفي المسألة المتقدمة أربعة أسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلثي ما يبقى فعلى قياس ما ذكرته يجب أن تطرح هنا أربعة ومعرفة

النصيب أن تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربه في ثلاثة فيصير ستة ثم يضرب ستة في ثلاثة فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر وهو النصيب وبقي إلى تمام ثلث المال ثلاثة فأعطِ به ثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان تزد إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثين فيصير أربعين يقسم بين البنين الخمسة لكل ابن ثمانية وقد أمكن تخريج المسألة من أحد وخمسين والثلث سبعة عشر وتخريجه على طريق الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة فاعزل منه الثلث وذلك ثلاثة ثم أعط بثلث ما يبقى ثلث الثلث وذلك سهم إلا ثلثي نصيب؛ لأن النصيب وذلك سهمان كان مستثنى من الثلاثة فيكون حصة كل سهم من الثلث ثلثي نصيب يبقى من الثلث نصيب وثلث نصيب فضلًا عن الوصيتين فترد إلى ثلثي المال وذلك ستة فتصير ستة وثلثي نصيب تعدل خمسة أنصباء لأنا أعطينا بالنصيبين سهمين فيجب أن يكون لكل ابن نصف ذلك وهو سهم فيكون خمسة فأجبر المال فصار ثمانية تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب لأنا زدنا على ستة وثلثي نصيبا وثلث نصيب حتى يتحقق الجبر والمقابلة فيصير ستة أنصباء وثلث نصيب ثم أكمل ذلك ووجه الإكمال أنه وقع الكسر بالثلث فاضرب ستة وثلث في ثلثه فيصير تسعة عشر فهو الثلث ثم اضرب ما يقابله وهو ثمانية في نصيبين وذلك سهمان أو ضعفه فيصير ستة عشر يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ترد إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلثين فيصير أربعين يستقيم من البنين لكل ابن ثمانية وتخريجه على طريق الدينار والدرهم وهو أن يجعل المال دينارين وثلثه دراهم فأعط بالنصيبين دينارين يبقى ثلاثة دراهم فأعط بثلث ما يبقى ثلث ذلك درهم يبقى درهمان تردّ إلى ثلثي المال وذلك أربعة دنانير وستة دراهم فصار اثني عشر يعدل خمسة دنانير لأنا أعطينا بالنصيبين دينارين فيجب أن يكون لكل ابن نصف ذلك وهو دينار وهم خمسة فأربعة بأربعة قصاص يبقى ثمانية دراهم ودينار فاجعل أجزاء الدينار آخر الدراهم وأجزاء الدراهم أجزاء الدينار فصار قيمة كل دينار ثمانية دراهم وقيمة كل درهم مثله وقد جعلت بثلث المال دينارين وثلاثة دراهم قيمة كل دينار ثمانية وكان قيمة الدينارين ستة عشر درهما فيضم إلى ثلاثة دراهم فيصير كله

تسعة عشر درهما وهو الثلث والنصيبان ستة عشر وثلث ما يبقى سهم ثم باقي العبارة إلى آخرها وتخريجه على طريق الخطأين وهو أن يجعل ثلث المال خمسة فأعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ترد إلى ثلثي المال وذلك عشرة فيصير اثني عشر وحاجتنا إلى خمسة فوقع الخطأ بزيادة سبعة ثم زد على الثلث سهمين فيصير سبعة فأعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ترد إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فيصير ستة عشر وحاجتنا إلى عشرة فالخطأ الثاني وقع بزيادة ستة والأول في زيادة سبعة فعلمنا أن كل سهمين يزاد في الثلث يذهب سهم من الخطإ والخطأ الأول وقع في سبعة فزد على الثلث الأول أربعة عشر سهما حتى يزول الخطأ كله، فإذا زدنا على خمسة أربعة عشر يصير تسعة فهو ثلث المال ثم باقي العبارة إلى آخرها ثم خرج على طريقة الجامع الأصغر والأكبر على ما ذكرنا.

(باب الوصية بمثل نصيب أحدهم وبثلث أو ربع ما بقي ودرهم لآخر)

(**المبسوط**): وخرج محمد في مسائل الباب على طريقة الجامعين ولم يخرجها على طريقة الحشو. رجل ترك ثلاث بنين فأوصى بمثل نصيب أحدهم ودرهم وثلث وربع ما بقي من الثلث ودرهم فتخريجه على طريقة الجامعين وهو أن يجعل المال سهمًا ما لو أعطيت بالنصيب سهما وبالدرهم الذي أوصى به يبقى معك ما يخرج منه ثلث وربع صحيح وأقل ذلك أربعة عشر فأعط بالنصيب سهما وبالدرهم سهما؛ لأنه متى كان في الوصية درهم يجعل سهم درهما حتى يصير الحساب كله جنسًا واحدًا، فإذا ذهب اثنان من أربعة عشر يبقى اثنا عشر فأعط بثلث ما يبقى وبربعه سبعة تبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخير سهما يبقى أربعة فهذه الأربعة فاضلة عن سهام الوصايا فترد إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وعشرين فيصير اثنين وثلاثين وحاجتنا إلى ثلاثة أسهم لأنا أعطينا بالنصيب سهما فيجب أن يكون أنصباء البنين ثلاثة فالخطأ الأول وقع في زيادة تسعة وعشرين ثم زد على الثلث سهما آخر

فصار خمسة عشر فأعط بالنصيب سهمين وبالدرهم سهما يبقى اثنا عشر فأعط بثلث ما يبقى وبربعه سبعة يبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخير سهما يبقى أربعة فتردّها إلى ثلثي المال فتصير أربعة وثلاثين وحاجتنا إلى ستة لأنا أعطينا بالنصيب سهمين فيجب أن يكون أنصباء البنين ستة فالخطأ الثاني وقع بزيادة ثمانية وعشرين والخطأ الأول في زيادة تسعة وعشرين فاضرب الثلث الأول وذلك أربعة عشر في الخطإ الثاني وذلك ثمانية وعشرين فيصير ثلاثمائة واثنين وتسعين ثم اضرب الثلث الثاني وهو خمسة عشر في الخطإ الأول وهو تسعة وعشرون فيصير أربعمائة وخمسة وثلاثين، ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى من الأكثر ثلاثة وأربعون وهذا هو الثلث ومعرفة النصيب أن تضرب النصيب الأول وذلك سهم في الخطإ الثاني وذلك ثمانية وعشرون فيكون ثمانية وعشرين، ثم اضرب النصيب الثاني وذلك سهمان في الخطإ الأول وذلك تسعة وعشرين فيصير ثمانية وخمسين، ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ثلاثون فقد ظهر أن النصيب ثلاثون وثلث المال ثلاثة وأربعون فأعط بالنصيب من الثلث ثلاثين يبقى ثلاثة عشر فأعط بالدرهم سهما يبقى اثنا عشر فأعط بثلث ما يبقى وربعه سبعة يبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخير سهما يبقى أربعة فرد هذه الأربعة إلى ثلثي المال وذلك ستة وثمانون؛ لأن الثلث كان ثلاثة وأربعين فيصير تسعين لكل ابن ثلاثون مثل ما أعطيت بالنصيب وتخريجها على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين ثلاثة ثم تزيد عليه واحدا بالنصيب ثم تزيد عليه سهما آخر للوصية بالدرهم فصار خمسة ثم تضربها في مخرج الثلث والربع لأجل الوصية بثلث ما يبقى من الثلث وربعه وذلك اثنا عشر فيصير ستين ثم اطرح منه سبعة عشر يبقى ثلاثة وأربعون فهو الثلث وهذا بخلاف ما تقدم من المسائل على طريقة الحشو، فإنه طرح منه قدر ما زاد على عدد الورثة لا غير وهنا يطرح أكثر من ذلك وذلك سبعة عشر؛ لأن هنا لا تخرج المسألة إلا بطرح الأكثر ومعرفة النصيب وذلك واحد وتضربه في ثلاثة فصار ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في مخرج الثلث والربع وذلك اثنا عشر فيصير ستة وثلاثين فاطرح من ذلك ستة حتى تخرج المسألة فيبقى ثلاثون فهو النصيب فأعط بالنصيب ثلاثين يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة عشر فأعط

بالدرهم سهما يبقى اثنا عشر فأعط بثلث ما يبقى وربعه سبعة يبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخير سهما يبقى أربعة فرد إلى ثلثي المال وذلك ستة وثمانون فيصير تسعين فاستقام الثلث والثلثان، ولو ترك ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ودرهم وثلث ما يبقى من الثلث ودرهم فتخريجه على طريقة الجامع إن أقل حساب تخرج منه هذه السهام خمسة فأعط بالنصيب سهما وبالدرهم سهما يبقى ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان فأعط بالدرهم الأخير سهما بقي سهم فاضلا عن سهام الوصايا فرد إلى ثلثي المال وذلك عشرة فصار أحد عشر وحاجتنا إلى ثلاثة فالخطأ الأول وقع في زيادة ثمانية ثم زد على الثلث سهما آخر فصار ستة فأعط بالنصيب سهمين وبالدرهم سهما بقي ثلثه فأعط بثلث ما يبقى سهما وبالدرهم الأخير سهما يبقى سهم واحد فضمه إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فصار ثلاثة عشر وحاجتنا إلى ستة لأنا أعطينا بالنصيب سهمين فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك سهمان فالخطأ الثاني وقع بزيادة سبعة والأول بزيادة ثمانية ثم اضرب الثلث الأول وهو خمسة في الخطإ الثاني وهو سبعة فيصير خمسة وثلاثين ثم اضرب الثلث الثاني وذلك ستة في الخطإ الأول وهو ثمانية فيصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ثلاثة عشر وهو الثلث ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيب الأول وذلك سهم واضربه في الخطإ الثاني وهو سبعة فيصير سبعة ثم اضرب النصيب الثاني وذلك سهمان في الخطإ الأول وهو ثمانية فيصير ستة عشر ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى تسعة وهو النصيب فأعط بالنصيب بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان فأعط بالدرهم الأخير سهما بقي سهم فضمه إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فيصير سبعة وعشرين لكل ابن تسعة مثل ما أعطيت بالنصيب وتخريجه على طريقة الحشو وهو أن يأخذ عدد البنين ثلاثة ثم يزيد عليها مثل النصيب واحدا ويزيد عليه سهما للوصية بالدرهم فيصير خمسة ثم تضربه في ثلاثة لأجل الوصية بثلث ما بقي فيصير خمسة عشر فاطرح سهمين للوصية بالنصيب والدرهم يبقى ثلاثة عشر فيصير تسعة وهو النصيب فأعط بالنصيب تسعة من الثلث يبقى أربعة فأعط بالدرهم سهما بقي ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما بقي

سهمان فأعط بالدرهم الأخير سهما بقي سهم واحد فضمه إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرين فيصير سبعة وعشرين لكل ابن تسعة مثل النصيب.

ترك ثلاثة بنين وامرأة وأوصى لرجل بمثل نصيب المرأة وبثلث ما يبقى مثل الثلث بعد النصيب وبالدرهم فتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ أصل الفريضة وهي ثمانية وتزيد عليه سهمًا للنصيب وسهما آخر للوصية بالدرهم فصار تسعة ثم اضربها في ثلاثة فصار سبعة وعشرين ثم اطرح منه سبعة عشر يبقى عشرة فهي الثلث ومعرفة النصيب أن تأخذ سهما فاضربه في ثلاثة فصار ثلاثة في ثلاثة صار تسعة ثم اطرح منها ستة يبقى ثلاثة فهي النصيب فأعط بالنصيب ثلاثة من الثلث وبينهما للدرهم يبقى ستة فأعط بثلث ما يبقى سهمين يبقى أربعة ضمها إلى ثلثي المال وذلك عشرون فصار أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة مثل النصيب ولكل ابن سبعة.

رجل مات وترك ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لآخر بربع ماله فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين ثلاثة ثم يزيد عليه النصيب وهو واحد فصار أربعة ثم يزيد عليه لأجل الوصية بالربع ثلث الأربعة وذلك سهم وثلث لأنا متى زدنا عليه الربع يصير المال خمسة فيحصل لصاحب الربع خمس المال وقد أوصى له بالربع من جميع المال لا بخمسه فيزاد عليه ثلث الأربعة وذلك سهم وثلث وسهم وثلث من خمسة وثلث يكون ربع جميع المال وقد انكسر بالثلث فاضربه في ثلثه فصار ستة عشر فلصاحب الربع ربعه أربعة يبقى اثنا عشر بين الموصى له بالنصيب وبين البنين أرباعا لكل واحد ثلاثة، وإن أوصى بمثل نصيب أحدهم وبخمس المال لآخر فالوجه فيه أن يزيد على الأربعة لأجل الوصية بالخمس مثل الربع وذلك سهم فيصير خمسة أسهم لصاحب الخمس وأربعة بين الموصى له بالنصيب وبين البنين أرباعا.

ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم وبسدس المال لآخر فالوجه فيه أن يزيد على أربعة لأجل الوصية بالسدس خمسة وذلك أربعة أخماس سهم فصار كله أربعة وأربعة أخماس سهم فانكسر بالأخماس فاضربه في خمسة فيصير أربعة وعشرين؛

لأن أربعة في خمسة عشرون وأربعة أخماس في خمسة تكون عشرين خمسًا وذلك أربعة أسهم فلصاحب السدس أربعة يبقى عشرون يستقيم بين أربعة.

(باب الوصية بمثل نصيب الابن إلا ثلث ما يبقى من الثلث)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: أن يقول إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب.

والثاني: أن يقول إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية.

والثالث: أن يقول إلا ثلث ما يبقى من الثلث مطلقًا.

(الفصل الأول)

ترك ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من تسعة وثلاثين والثلث ثلاثة عشر والنصيب بعد الاستثناء تسعة فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين وهم ثلاثة ثم يزيد عليها سهما للنصيب فتصير أربعة ثم اضربها في ثلاثة؛ لأن المستثنى ثلاثة فتصير اثني عشر ثم زد عليها واحدا وهو النصيب فتصير ثلاثة عشر وهذا ثلث المال والثلثان ستة وعشرين ومعرفة النصيب أن تأخذ واحدًا ثم تضربه في مخرج الثلث فيصير ثلاثة ثم تضرب ثلاثة في ثلاثة لمكان الثلث فصار تسعة ثم تزيد عليه واحدا كما زدنا في الثلث فصار عشرة فهي النصيب فأعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر بقي من الثلث بعد النصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث وذلك واحد يضمه إلى ما بقي من الثلث فيصير أربعة وهذه الأربعة فاضلة عن الوصية يضمها إلى ثلثي المال فبلغ ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب قبل الاستثناء وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة وتخريجه على طريق الجبر والمقابلة أن تأخذ مالًا له ثلث وأقله ثلثه فيعزل منها ثلثا مجهولا وتعطي بالوصية بالنصيب من الثلث شيئًا مجهولا بقي معك ثلاثة إلا شيء ثم استرجع من النصيب ثلث الثلاثة إلا ثلث شيء وذلك تسع الكل إلا ثلث نصيب؛ لأن المستثنى من

النصيب ثلث ما يبقى من الثلث فصار الكل أربعة أتساع إلا شيء وثلث شيء وهذا فاضل عن الوصية فضمه إلى ثلثي المال وذلك ستة أتساع فصارت عشرة أتساع إلا نصيب وثلث نصيب وهي تعدل ثلاثة أتساع وهي أنصباء الورثة لأنا أعطينا بالنصيب شيئًا فيجب أن تكون أنصباء البنين ثلاثة أشياء إلا أن هذا مال ناقص فاجبره بشيء وثلث شيء فصار عشرة أتساع المال وذلك مال كامل وتسع مال ثم زد على ما يقابله مثله وهو شيء وثلث شيء فصار أربعة أشياء وثلث شيء والمال زائد على أصل الفريضة؛ لأن المال كامل تسعة أسهم فاطرح الزيادة وهي عشر الكل فيجب أن تطرح مما يقابله عشر وليس لأربعة وثلث شيء عشر صحيح فاضرب أربعة أشياء وثلث شيء في عشرة فصار ذلك ثلاثة وأربعين وثلث فاطرح من ذلك عشرة وذلك أربعة وثلث يبقى تسعة وثلاثين سهما فتبين أن المال الكامل يعدل تسعة وثلاثين سهما والثلث منه ثلاثة عشر هذا لمعرفة أصل المال.

وأما معرفة النصيب أنا أعطينا بالنصيب شيئًا وضربنا كل شيء في عشرة فتبين أن النصيب الكامل عشرة يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة ثم استرجع من النصيب سهما فيضمه إلى ما بقي من الثلث بعد النصيب فيصير أربعة فهي فاضلة عن الوصية فيردها إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فيصير ثلاثين لكل ابن عشرة وحصل للموصى له بالنصيب تسعة فيكون كله تسعة وثلاثين وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم أن تجعل ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم فأعط بالنصيب دينارا بقي ثلاثة دراهم ثم استرجع من الدينار بالاستثناء مثل ثلث ما بقي وذلك درهم وضمه إلى ما بقي فصار أربعة فهي فاضلة عن الوصية فضمها إلى ثلثي المال وذلك ديناران وستة درهم فصار دينارين وعشرة دراهم وحاجتنا إلى ثلاثة دنانير لأنا أعطينا بالنصيب الكامل دينارا فاجعل الدينارين بالدينارين قصاصًا يبقى عشرة دراهم وكنت جعلت في الأصل ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم قيمة الدينار عشرة دراهم فكان الثلث ثلاثة عشر درهما أعطيت بالنصيب دينارا وذلك عشرة واسترجعت بالاستثناء درهما يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة واسترجعت من النصيب درهما فصار أربعة فاضلة عن الوصية يضمها إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرين فيصير ثلاثين لكل ابن عشرة وللموصى

له تسعة وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل ثلث المال عددا لو أعطيت بالنصيب شيئًا ثم استرجعت من النصيب ثلث ما بقي بعد النصيب يبقى في يد الموصى شيء وأقل ذلك خمسة فأعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما لأجل الاستثناء فضمه إلى ما بقي من الثلث بعد النصيب فصار أربعة فهي فاضلة عن الوصية فضمه إلى ثلثي المال وذلك عشرة فصار أربعة عشر وحاجتنا إلى ستة لأنا أعطينا بالنصيب سهمين فظهر أن الخطأ وقع بزيادة ثمانية فالسبيل في ذلك أن تزيد على النصيب سهمين حتى إذا أعطينا بالنصيب أربعة يبقى بعده ماله ثلث للاستثناء فاجعل الثلث سبعة فأعط بالنصيب أربعة يبقى ثلثه ثم استرجع من النصيب سهما فصار معك أربعة فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فصار ثمانية عشر وحاجتنا إلى اثني عشر لأنا أعطينا بالنصيب أربعة فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك أربعة فالخطأ الثاني بزيادة ستة والخطأ الأول بزيادة ثمانية فيظهر لك أن كل سهم يزيد على الثلث يذهب بسهم من الخطإ فرد ثمانية على الثلث الأول وهو خمسة فصار ثلاثة عشر فهو الثلث فأعط بالنصيب عشرة يبقى ثلثه ثم استرجع من النصيب سهما فصار أربعة فضمها إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرين فيصير ثلاثين لكل ابن عشرة وتخريجه على طريق الجامع الأصغر أن يأخذ الثلث الأول وذلك خمسة فاضربه في الخطإ الثاني وذلك ستة فيصير ثلاثين ثم خذ الثلث الثاني وذلك سبعة فاضربه في الخطإ الأول وذلك ثمانية فيصير ستة وخمسين ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ستة وعشرون فهو ثلثا المال وثلثه ثلاثة عشر ومعرفة النصيب خذ النصيب الأول بعد الاستثناء وذلك سهم واضربه في الخطإ الثاني وذلك ستة فيصير ستة ثم خذ النصيب الثاني وذلك سهمان واضربهما في الخطإ الأول وذلك ثمانية فتصير ستة عشر ثم اطرح الأقل من الأكثر بقي عشرة فهو النصيب ثم الباقي على نحو ما ذكرنا وتخريجه على طريقة الجامع الأكبر وهو أن يضعف الثلث الأول سوى النصيب وذلك أربعة فضعفها فصارت ثمانية ثم رد عليه النصيب وذلك سهم فتصير تسعة فهو الثلث الثاني فأعط بالنصيب ثلثه يبقى ستة فثلث ما بقي سهمان ثم استرجع من النصيب سهمان وضمهما إلى ما معك وهو ستة فتصير ثمانية فهي

فاضلة عن الوصية فضمه إلى ثلثي المال وذلك ثمانية عشر فتصير ستة وعشرين وحاجتنا إلى تسعة لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة فجاء الخطأ بزيادة سبعة عشر في طريقة الجامع الأكبر والخطأ الأول في طريقة الخطأين كان في زيادة ثمانية فخذ الثلث في طريقة الخطأين وذلك خمسة واضربه في الخطإ الثاني وذلك ثمانية فصار خمسة وثمانين ثم خذ الثلث الثاني وذلك تسعة فاضربها في الخطإ الأول وذلك ثمانية فتصير اثنين وسبعين ثم اطرح الأقل من الأكثر فيبقى ثلاثة عشر وهو ثلث المال وأما معرفة النصيب فخذ الخطأ الأول من طريقة الخطأين وذلك ثمانية وخذ الخطأ الثاني من طريقة الجامع الأكبر وذلك سبعة عشر واطرح الأقل من الأكثر فيبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلاثون بين اثنين لكل ابن عشرة.

(**الفصل الثاني**): وهو ما إذا قال إلا بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فأصل الفريضة ما ذكر في الفصل الأول ولكن في تخريجه ضرب تفاوت وتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليه واحدا ثم تضربه في مخرج النصف سهمان وإنما ضربنا هذا في سهمين والأول في ثلاثة؛ لأن عرض الموصي أن يكون المستثنى بعد الوصية الحالة ثلث ما بقي وأن يكون ذلك الأوان يكون قبل الاسترجاع مثل ثلثه حتى إذا استرجعت منه شيئًا يكون المسترجع ربعه فإذا ضربنا أربعة في سهمين بلغ ثمانية ثم يزيد واحدا فصار تسعة وهذا ثلث المال والثلثان ثمانية عشر ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وذلك واحد وتضربه في ثلاثة فيصير ثلاثة ثم تضربها في مخرج النصيب فيصير ستة ثم تزيد عليه سهما فبلغ سبعة فهو النصيب فأعط لصاحب النصيب سبعة بقي إلى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهما فضمه إلى ذلك فصار ثلاثة ثم ضمها إلى ثلثي المال فصار واحدًا وعشرين لكل ابن سبعة وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة أن يأخذ الثلاثة فيأخذ ثلثا مجهولا ويعطي بالنصيب شيئًا مجهولا بقي معك ثلثه إلا شيء فاسترجع منه مثل نصف ما بقي وهو نصف الثلاثة إلا نصف شيء فصار معك ثلاثة أسداس إلا شيء ونصف شيء فضمه إلى ثلثي المال وهو أربعة؛ لأن حاجتك إلى حساب له ثلث ولثلثه

نصف وأقل ذلك ستة فصار معك سبعة أسداس مال إلا شيء ونصف شيء وذلك مال كامل وسدس مال إلا شيء ونصف شيء يعدل ثلاثة أشياء وهو أنصباء الورثة وهذا مال ناقص فاجبره وجبره يطرح الاستثناء وذلك شيء ونصف شيء فاطرحه فصار معك مال وسدس مال وهو سبعة ثم زد فيما يقابله مثله وذلك شيء ونصف شيء والمال الكامل زائد؛ لأن المال الكامل ستة أسهم فاطرح الزيادة وهو السبع بقي معك ستة ثم اطرح مما يقابله مثله وهو أربعة أشياء ونصف شيء وهو السبع وليس لأربعة ونصف شيء سبع فاضرب ذلك في مخرج السبع وهو سبعة فصار ذلك أحدًا وثلاثين ونصف فاطرح عن ذلك سبعة وهو أربعة ونصف بقي سبعة وعشرين فظهر أن المال الكامل سبعة وعشرون سهما وثلث المال تسعة ومعرفة النصيب أنا أعطينا بالنصيب شيئًا فضربنا كل شيء في سبعة فتبين أن النصيب سبعة ثم التخريج على نحو ما مر وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم أن يجعل ثلث المال دينارا ودرهمين لحاجتنا إلى حساب إذا أعطينا منه النصيب يكون لما بقي نصف صحيح وأن يكون كذلك الأوان يكون مع الدينار درهمان فأعط بالنصيب دينارا ثم استرجع مثل نصف ما بقي فصار ثلاثة وذلك درهم فصار ثلاثة ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك ديناران وأربعة دراهم فبلغ سبعة دراهم وديناران وحاجتك إلى ثلاثة دنانير ومعك ديناران وسبعة دراهم فاجعل الدينارين قصاصًا بقي سبعة دراهم تعدل دينارا فاجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم فصار كل دينار يعدل سبعة دراهم وأعطيت بالنصيب سبعة واسترجعت منه سهما وضممته إلى ثلثي المال كما في طريقة الحشو وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه نصيبا واسترجعت منه شيئًا يكون المسترجع مثل نصف ما بقي وهو سهم فصار ثلاثة فضمه إلى ثلثي المال وذلك ثمانية فصار أحد عشر وحاجتك إلى ستة لأنك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر لك أن الخطأ وقع بزيادة خمسة فزد على النصيب سهما فأعط بالنصيب ثلثه ثم استرجع منه سهما وضمه إلى ما بقي فصار ثلاثة ثم ضمه إلى ثلثي المال وذلك عشرة فصار ثلاثة عشر وحاجتك إلى تسعة لأنك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر الخطأ بزيادة أربعة فظهر لك كلما تزيد درهما

يذهب بخطإ درهم فزد في الابتداء على النصيب قدر خطإ الأول وهو خمسة فبلغ سبعة وبقي إلى تمام الثلث بعد النصيب سهمان فاسترجع منه سهما وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال فبلغ أحدًا وعشرين لكل ابن سبعة وللموصى له ستة.

(**الفصل الثالث**): وهو ما إذا قال إلا ثلث ما يبقى من الثلث قال محمد رحمه الله قال عامة الحسَّاب يعني أبا يوسف والحسين بن زياد وغيرهما من أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله: هو بمنزلة الفصل الأول، وقال محمد بمنزلة الفصل الثاني وجه قول العامة أنه لما أوصى صحت الوصية وكان له الربع قبل الاستثناء إلا أنه بالاستثناء استخرج بعض الوصية مطلقا والحق المستخرج بالاستثناء بعد الوصية أكثر والحق المستخرج بالاستثناء بعد النصيب يكون أقل ففي الأقل تعين وفي الزيادة شك فحمل على الأقل أخذا باليقين احتياطا كما إذا وقع الشك في حكم الإيجاب، وجه قول محمد أن الكلام إذا لحقه الاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى إلا أن يكون الاستثناء إخراج بعض ما تناوله الإيجاب، ألا ترى أن الاستثناء في الطلاق والعتاق عامل والاستثناء عن الإيجاب فيهما باطل دل عليه قوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤] هذا إخبار عن لبث تسعمائة وخمسين لا عن لبث ألف سنة؛ لأنه حينئذ يكون خلفا فثبت أن الكلام إذا لحقه الاستثناء صار عبارة عما وراء المستثنى فإيجاب الموصي لم يتناول إلا ما وراء المستثنى وهو يحتمل فلا يثبت إلا بقدر المتبقى وهو الأقل وقول محمد أصح في مسألة الاستثناء على مذهب علمائنا، ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الأربعة ما بقي من الثلث بعد النصيب فالفريضة من أحد وخمسين والنصيب اثنا عشر والاستثناء خمسة ولكل ابن ثلاثة عشر فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين وهم ثلاثة ويزيد عليه واحدا فصار أربعة فاضرب أربعة في مخرج السهم المستثنى وهو أربعة فصار ستة عشر ثم زد سهما فصار سبعة عشر فهذا ثلث المال والثلثان أربعة وثلاثون ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيب وذلك سهم ويضربه في مخرج الثلث فصار ثلاثة ثم يضرب ثلثه في مخرج المستثنى وذلك أربعة فصار اثني عشر ثم يزيد عليه سهما فصار ثلاثة عشر هذا هو النصيب بقي إلى تمام الثلث أربعة

فأعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقي وهو سهم وضمه إلى ما بقي من الثلث وهو أربعة فصار خمسة ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فبلغ تسعة وثلاثون ولكل ابن ثلاثة عشر مثل النصيب قبل الاسترجاع وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم أن يجعل ثلث المال دينارا وأربعة دراهم فأعط بالنصيب دينارا ثم استرجع مثل ربعه وضمه إلى ثلثي المال وذلك ثمانية فبلغ ثلاثة عشر ثم بقية التخريج على نحو ما ذكرنا وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة أن يأخذ ثلثًا مجهولا ويقضي بالنصيب منه شيئًا بقي معك ثلاثة إلا شيء ثم استرجع منه مثل ربع ما بقي وهو نصف سدس إلا ربع نصيب فصار معك خمسة أسهم إلا ربع نصيب فصار معك خمسة أسهم إلا نصيب وربع وأقل ذلك اثنا عشر فصار معك مال ونصف سدس مال إلا شيء وربع شيء يعدل أنصباء الورثة وهذا مال ناقص فاجبره وجبره بطرح الاستثناء وذلك شيء وربع فاطرحه فصار معك مال وسهم من اثني عشر ثم زد فيما يقابله مثل ذلك وذلك شيء وربع شيء فصار أربعة أشياء وربع شيء ثم اطرح السهم الزائد وهو السهم الثالث ثم اطرح عما يقابله مثله وهو أربعة أشياء وربع شيء وذلك السهم الثالث عشر وليس لأربعة أشياء وربع شيء السهم الثالث عشر فاضرب أربعة وربع في ثلاثة عشر فصار خمسة وخمسين وربع ثم اطرح من ذلك جزءًا من ثلاثة عشر وذلك أربعة وربع بقي أحد وخمسون فتيقن أن المال الكامل يعدل أحدًا وخمسين وتخريجه على طريقة الخطأين أن يجعل ثلث المال ستة فيبقى بعد إعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما بقي فأعط بالنصيب سهمين ثم استرجع ربع ما بقي وربع ما بقي وذلك سهم فضمه مع الباقي إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فبلغ تسعة عشر وحاجتك إلى ستة لأنك أعطيت بالنصيب سهمين فيظهر بالخطإ بزيادة أحد عشر فزد على النصيب سهما فأعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فصار تسعة عشر وحاجتك إلى تسعة لأنك أعطيت بالنصيب ثلثه فظهر الخطأ بزيادة عشرة وظهر أن كل درهم زائد يزيد خطأ درهم على النصيب قدر الخطإ الأول وذلك أحد عشر ليزول الخطأ فصار ثلاثة عشر فأعط بالنصيب ثلاثة

عشر ثم استرجع منه سهما وضمه إلى ما بقي وهو أربعة ثم ضمه إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثين فصار تسعة وثلاثين.

(**والفصل الرابع**): ولو ترك خمسة بنين وأوصى لرجل مثل نصيب أحدهم إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين خمسة ثم تزيد عليها واحدا للنصيب فصار ستة ثم اضرب ستة في مخرج الجزء المستثنى وهو مثل الثلث والربع وذلك اثنا عشر فصار اثنين وسبعين ثم تزيد عليه ثلث المستثنى وربعه سبعة من اثني عشر فصار تسعة وسبعين وهذا ثلث المال والثلثان مائة وثمانية وخمسون ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وذلك سهم وتضربه في مخرج الثلث وذلك ثلثه فصار ثلاثة ثم تضربه في السهم المستثنى فصار ستة وثلاثين ثم تزيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعه فصار ثلاثة وأربعين وهو النصيب بقي إلى تمام الثلث ستة وثلاثون فأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين ثم استرجع بمثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمه إلى ما بقي وهو ستة وثلاثون صار سبعة وخمسين ثم ضمه إلى ثلثي المال وذلك مائة وثمانية وخمسون فبلغ مائتين وخمسة عشر فأعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل النصيب قبل الاسترجاع وللموصى له اثنين وعشرين.

ولو قال: إلا ثلث وربع ما بقي من الثلث بعد الوصية فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين خمسة ثم يزيد عليها واحدا فصار ستة ثم يضرب ستة في خمسة فصار ثلاثين ثم زد عليه تخرج الثلث والربع وذلك سبعة فصار سبعة وثلاثين وهو الثلث والثلثان أربعة وسبعون ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وذلك واحد وتضربه في ثلاثة ثم تضرب ثلاثة في خمسة فصار خمسة عشر ثم تزيد عليه مثل مخرج الثلث والربع فصار اثنين وعشرين بقي إلى تمام الثلث خمسة عشر فأعط صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمه إلى ما بقي من الثلث وهو خمسة عشر فصار ستة وثلاثين ثم ضمه إلى ثلثي المال وذلك أربعة وسبعون فبلغ مائة وعشرة لكل ابن اثنين وعشرين مثل النصيب قبل الاسترجاع وللموصى له درهم.

(باب الوصية بمثل نصيب الابن إلا مثل نصيب آخر، أو قال: إلا نصيب ابن آخر)

(**الزيادات**) مسائله على فصول:

أحدها: في وصية مفردة واستثناء مفرد معتبر.

والثاني: في وصية مفردة صحيحة واستثناء باطل مهدر.

والثالث: في وصية مكررة واستثناء مكرر.

والرابع: في وصية مفردة واستثناء مكرر.

(الفصل الأول)

مات عن ابن واحد وأوصى لرجل بمثل نصيبه إلا مثل نصيب آخر لو كان فللموصى له الثلث أجاز الابن أو لم يجز؛ لأن هذه وصية بالثلث فلا يتوقف على الإجازة وتخريجه على طريقة الحشو أن نصيب الابن سهم فيزاد عليه سهم الوصية؛ لأن مثل الشيء يساويه ويماثله ولا يفاضله فيعطى للموصى له أحد السهمين يبقى في يد الابن سهم فيحتاج إلى معرفة نصيب ابن آخر لو كان حتى يسترجع نصيبه من نصيب الموصى له بالاستثناء والوجه فيه أن يجعل ما في يد الوارث على سهمين؛ لأن نصيب أحد الاثنين سهم فنصيب الآخر أيضًا سهم، وكذلك ما في يد الموصى له فاسترجع بالاستثناء من نصيب الموصى له سهما بعد أن يطرح أحد السهمين اللذين في يد الوارث لو يطرح ذلك السهم يؤدي إلى الدور ولا ينقطع أبدًا لأنا إذا استرجعنا بدون الطرح يصير في يد الوارث ثلاثة وهذه الثلاثة تكون بين اثنين نصفين، لو كان له ابن آخر فينبغي أن يكون المسترجع سهمًا ونصف وقد جعلنا المسترجع سهمًا بينهما فتبين أن هذا السهم دائر يسعى بالفساد فيجب طرحه دفعًا للفساد، فإذا ضممت السهم المسترجع إلى ما في يد الوارث كان ذلك سهمين وقد أعطينا للموصى له بالنصيب قبل الاسترجاع فتبين أنا نفذنا الوصية في مثل نصيب الابن كما أوجبه الوصي واسترجعنا بالاستثناء مثل نصيب آخر لو كان

فبان واتضح أن هذه وصية بالثلث وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا مجهولًا ويعطي بالنصيب شيئًا مجهولا يبقى معك مال إلا شيء ثم استرجع بالاستثناء مثل ما معك وذلك مال إلا شيء فيصير مع الوارث مالان إلا شيئًا يعدلان شيئًا لأنا أعطينا الموصى له بالنصيب شيئًا فينبغي أن يعطي للوارث شيئًا مثله فاجبره ما معك بشيء وزد فيما يقابله شيئين فصار معك مالان يعدلان ثلاثة أشياء وحاجتك إلى مال واحد فاطرح أحد المالين واطرح عما يقابله وهو ثلاثة أشياء شيئًا ونصف يبقى معك مال يعدل شيئًا ونصف فبين أن المال الذي أخذناه في الابتداء كان شيئًا ونصف فأعطينا الموصى له شيئًا بقي في يد الابن نصف شيء واسترجعنا بالاستثناء من النصف مثل ما في يده وهو نصف شيء فصار في يد الابن شيء وإذا قسمت بين الاثنين كان لكل واحد منهما نصف شيء مثل المسترجع. والحاصل أن هذه وصية بالثلث وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم وهو أن يجعل المال دينارا أو درهما واجعل النصيب دينارا لحاجتنا إلى النصيب وإلى ما يبقى مثله بعد النصيب للاستثناء والدينار أكثر فيكون الاستثناء منه أسهل واجعل ما يبقى درهما؛ لأن الابن واحد ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ابن آخر ما يبقى درهما؛ لأن الابن واحد ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ابن آخر لو كان وذلك درهم فيحصل في يد الوارث درهمان وذلك يعدل دينارا الذي أعطينا بالنصيب الكامل؛ لأن النصيب الكامل مثل نصيب الابن وقد أعطينا بالنصيب دينارا فيجب أن يعطى الوارث دينارا أو يعطى بالنصيب درهمين كما أعطينا للوارث درهمين فظهر أن الدرهمين يعدلان دينارا وقد أعطينا الموصى له بالنصيب دينارا قيمته درهمان وللابن درهما فاسترجعنا من الموصى له بالاستثناء درهما فيحصل للوارث مثل نصيب الكامل وللموصى له نصفه وتخريجه على طريقة الخطأين أن يأخذ حسابا له نصف ولنصفه نصفان وأقله ثمانية فاجعل المال على ثمانية فأعط بالنصيب أربعة فبقي في يد الابن أربعة ثم استرجع بالاستثناء سهمين من الموصى له في يد الابن ستة وحاجتنا إلى أربعة؛ لأن نصيب الابن بعد الاسترجاع مثل النصيب الكامل فظهر الخطأ بزيادة سهمين فاطرح من أصل المال سهما فأعط بالنصيب الكامل أربعة

واسترجع بالاستثناء سهمين فصار في يد الابن خمسة وحاجتنا إلى أربعة فظهر الخطأ بزيادة سهم وكان الخطأ الأول بزيادة سهمين ومهما طرحنا سهما يذهب بخطإ سهم ليذهبا بخطإ سهمين فيعود المال إلى ستة يعطي بالنصيب أربعة ويسترجع بالاستثناء سهمين فحصل في يد الابن أربعة مثل نصيب الاثنين وللموصى له نصف ذلك، ولو قال: إلا نصيب ثالث فله خمسا المال إن أجازوا وإلا فثلثه وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ سهما ويزيد عليه آخر فيصير سهمين سهم للموصى له وسهم للوارث ثم يجعل ما في يد الوارث على ثلاثة أسهم حتى يظهر نصيب ابن ثالث ليكون لكل ابن سهم، فإذا صار ما في يد الوارث ثلاثة صار ما في يد الموصى له أيضًا ثلاثة فاطرح ما في يد الوارث سهما يبقى في يده سهمان وفي يد الموصى له ثلاثة أسهم ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ثالث لو كان وذلك سهم وضمه إلى ما في يد الوارث وذلك سهمان فيصير ما في يده ثلاثة مثل ما أعطيت بالنصيب وما في يده بينه وبين آخرين نصيب كل واحد منهم مثل ما استرجعناه وحصل للموصى له سهمان وذلك خمسا المال تخريجه على طريقة الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا مجهولًا ويعطي بالنصيب شيئًا مجهولا يبقى معك مال إلّا شيء ثم تسترجع من الوصية بالاستثناء نصف مال إلا نصف شيء وهو نصيب ابن ثالث لو كان فصار معك مال ونصف مال إلا شيئًا ونصف شيء فاجبر هذا النقصان بشيء ونصف شيء فيصير معك مال ونصف مال إلا شيء فزد فيما يقابله بمثله حتى يكون للموصى له مثل ما للوارث فزدنا عليه شيئًا ونصف شيء فيصير شيئين ونصف شيء وحاجتنا إلى مال واحد فاطرح النصف الزائد على المال فيبقى مال واحد ثم اطرح عما يقابله مثله وهو خمسة أسداس اجعل كل شيء ستة أسداس فيكون شيئان ونصف خمسة عشر أسداسا فيبقى شيء وثلثا شيء فاجعل ثلث كل شيء بينهما فصار شيء وثلثا شيء خمسة أسهم فظهر أنا جبر أحدنا مالًا مجهولًا كان خمسة أسهم وحين أعطينا بالنصيب شيئًا أعطينا ثلثه وحين استرجعنا مثل نصف ما بقي في يد الوارث استرجعنا واحدا وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم وهو أن يجعل المال دينارا أو درهمين فيجعل النصيب دينارا والباقي درهمين ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما يفي وذلك درهم وهو نصيب ابن

ثالث فيضم إلى ما بقي وذلك درهمان فيصير ثلاثة دراهم فيعدل ذلك دينارا فعلمنا أن الدينار صار ثلاثة دراهم ثم استرجع من النصيب درهما ضمه إلى ما في يد الوارث وذلك درهمان فيصير ثلاثة دراهم مثل ما أعطينا بالنصيب قبل الاسترجاع وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل المال أربعة لحاجتنا إلى أن يسترجع من النصيب شيئًا لو ضمه إلى ما يفي يكون المضمون ثلاثة وأقل ذلك اثنان فصار المال أربعة فأعطينا بالنصيب سهمين يبقى سهمان ثم استرجع من النصيب مثل نصيب الابن لو كان وذلك سهم ضمه إلى ما في يد الوارث وذلك سهمان فيصير ثلاثة فظهر أن الخطأ وقع بزيادة سهم حيث أعطينا بالنصيب سهمين فأعطينا للوارث ثلاثة وينبغي أن نعطيه سهمين لا غير فزد في النصيب نصف سهم ولا تزد سهما كاملا لأنك إذا زدت سهما كاملا يظهر الصواب بخطإ واحد والسبيل في الخطأين أن يظهر الصواب بالخطأين فصار النصيب سهما ونصف سهم والباقي سهمان وجميع المال خمسة ونصف ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما بقي وذلك سهم وضمه إلى ما بقي في يد الوارث وذلك سهمان فيصير ثلاثة فظهر أن الخطأ بزيادة نصف سهم لأنا أعطينا بالنصيب سهمين ونصف فينبغي أن يعطى للوارث كذلك وقد أعطيناه ثلاثة فزد في النصيب نصف سهم حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب ثلاثة والباقي سهمان والمال خمسة ثم التخريج على نحو ما ذكرنا، ولو مات عن ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب بنيه إلا مثل نصيب أحدهم فله خمسا المال إن أجازوا وإلا فثلثه، وكذلك لو قال إلا نصيب أحدهم وهذه والمسألة الأولى سواء إذ لا فرق بين أن يترك ابنًا ويوصي بمثل نصيبه وبين أن يترك ثلاثة بنين ويوصي بمثل نصيبهم؛ لأن في الوجهين المال يكون خمسة والوصية بعد الاستثناء بخمس المال، ولو مات عن ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهما إلا نصيبًا ثالث لو كان فله سبع المال وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل المال على سهمين؛ لأن الابن ابنان ويزاد عليه للنصيب سهم فيصير ثلاثة ثم اجعل ما في يد الاثنين على ثلاثة حتى يظهر نصيب ابن ثالث فيظهر المستثنى فصار نصيب كل واحد منهما سهما ونصف فيجعل نصيب الموصى له أيضًا سهما

ونصف؛ لأنه أوصى له بمثل نصيب أحدهما فيصير المال أربعة ونصف فانكسر بالنصف فاضرب أربعة ونصف في مخرج النصف وذلك اثنان فصار تسعة النصيب منها ثلاثة والستة للاثنين ثم اطرح مما في يد الورثة مثل نصيب ابن وذلك سهمان يبقى أربعة وفي يد الموصى له ثلاثة ثم استرجع منها مثل نصيب ابن ثالث وذلك سهمان ضمهما إلى ما في يد الورثة فيصير لهما ستة لكل واحد ثلاثة مثل ما أعطينا بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصى مثل سهم وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة وهو أن يأخذ مالًا مجهولًا ويعطي بالنصيب منه شيئًا مجهولا فبقي معك مال إلّا شيئًا ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ابن ثالث لو كان وذلك مثل نصف ما بقي فيصير مال ونصف مال إلّا شيئًا ونصف شيء يعدل شيئين لأنا أعطينا بالنصيب شيئًا فينبغي أن يعطي للاثنين شيئين حتى يكون لكل ابن شيء فاجبر هذا النقصان بشيء ونصف شيء ثم زد فيما يقابله مثله فصار معنا مال ونصف مال يعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء وحاجتنا إلى مال واحد فاطرح الزائد وهو نصف مال وذلك مثل ثلاثة واطرح عما يقابله مثله وذلك شيء وسدس شيء؛ لأن ثلث ثلاثة أشياء شيء واحد ونصف ثلثه سدس فبقي شيئان وثلث شيء فاجعل كل ثلث سهما فصار سبعة فظهر أن المال كان سبعة ثم التخريج على نحو ما ذكرنا وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم أن يجعل المال دينارا أو درهمين فأعط بالنصيب الدينار يبقى معك درهمان ثم استرجع من النصيب مثل ما بقي وذلك درهم ضمه إلى ما في يد الورثة وذلك درهمان فحصل في يد الورثة ثلاثة وهي تعدل دينارا إلا أنا أعطينا بالنصيب دينارين فينبغي أن نعطي لكل ابن دينارين مثل ما أعطينا بالنصيب؛ لأنه أوصى كذلك ومعنا ثلاثة دراهم فعلمنا أن ثلاثة دراهم تعدل دينارين وكنا جعلنا أصل المال دينارا ودرهمين وجعلنا الدينار نصيبا فصار الدينار ثلاثة دراهم وجعلنا ما يبقى درهمين فصار كل درهم درهمين فصار ما بقي أربعة دراهم والدينار ثلاثة دراهم فتكون سبعة وهذا هو المال ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ابن ثالث لو كان وذلك سهمان وضمه إلى ما بقي وذلك أربعة فحصل لهما ستة لك لواحد ثلاثة مثل ما دفعنا بالنصيب وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل المال سهمين

لحاجتنا إلى النصيب وإلى ما بقي ويجعل المال الباقي سهمين ومتى صار الباقي سهمين صار النصيب أيضًا سهمين فصار المال أربعة فأعط بالنصيب سهمين يبقى سهمان ثم استرجع من النصيب سهما ضمه إلى ما بقي فيصير ثلاثة فظهر الخطأ في نقصان سهم لأنا أعطينا بالنصيب سهمين فنحتاج إلى أن نعطي لكل ابن مثله وذلك أربعة ومعنا ثلاثة فزد في النصيب سهما فيصير النصيب ثلاثة وما بقي سهمان فيصير المال خمسة أعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما بقي وذلك سهم ضمه إلى ما في يد الورثة وذلك سهمان فيصير لهما ثلاثة فظهر الخطأ في نقصان ثلاثة لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة فيحتاج إلى ستة لكل ابن ثلاثة فالخطأ الأول في سهم فحين زدنا في النصيب سهما ازداد الخطأ لسهمين آخرين فعلينا أن ننقص من النصيب ولا نزيد عليه والنصيب كان سهمين فأنقص منه نصف سهم فيبقى النصيب سهم ونصف سهم وما بقي سهمان على حاله فيصير المال ثلاثة ونصف أعط بالنصيب سهما ونصف يبقى معك سهمان ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما بقي وذلك سهم فحصل في يد الورثة ثلاثة لكل ابن سهم ونصف مثل ما أعطينا بالنصيب وقد انكسر بالأنصاف فاضرب ثلاثة ونصف في مخرج الكسر وذلك سهمان فصار سبعة ثم التخريج على نحو ما مر.

(**الفصل الثاني**): ولو مات عن ابن وأوصى بمثل نصيبه إلا مثل نصيبه فالوصية جائزة وله النصف والاستثناء باطل؛ لأنه استثنى جميع الملفوظ به فيكون استثناء الكل عن الكل باطلا، كما لو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ولا يمكن أن يجعل استثناؤه رجوعا عن المستثنى منه لكان بداءً وخلفًا والله تعالى جوز الاستثناء في كتابه بقوله: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤] والله تعالى ميزه عن البداء والخلف ومتى تعذر جعله رجوعا عن الوصية بقي استثناء حقيقة واستثناء الكل باطل، ولو أوصى لرجل بنصف ماله إلا مثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية باطلة؛ لأن هذا المستثنى غير المستثنى منه لفظًا وإن اتحدا معنى والاستثناء يتبع اللفظ دون المعنى؛ لأنه يرد على اللفظ، ألا ترى لو قال أوصيت لك بمالي إلا هذه الألف وماله ألف فالاستثناء جائز والوصية باطلة وقد اختلف اللفظ

وصح الاستثناء، ولو قال أوصيت لك بمالي إلا بمالي إلا بألف وماله ألف فالوصية جائزة والاستثناء باطل؛ لأن اللفظ متحد، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه إلا نصف المال فالوصية والاستثناء جائزان فللابن ثلثه وله واحد؛ لأن المستثنى غير المستثنى منه لفظًا ولأن المستثنى أقل من الوصية؛ لأنه أوصى له بجميع المال؛ لأن نصيب ابنه جميع المال واستثنى نصف المال فيكون استثناء البعض عن الكل ومتى جازت الوصية والاستثناء كانت وصية بربع المال فيجعل المال أربعة والنصيب قبل الاستثناء ثلاثة فاسترجع من النصيب مثل نصف المال وذلك سهمان فيحصل للوارث ثلاثة وللموصى له واحد، ولو أوصى بنصف ماله إلا نصيب أحد بنيه فله ثلث ولبنيه ثلثان؛ لأن الوصية جائزة والاستثناء صحيح؛ لأن المستثنى هنا أقل؛ لأنه يبقى بعد المستثنى شيء للوصية؛ لأن المستثنى الثلث والمستثنى منه النصف والوصية بالثلث، ولو قال أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي جازت الوصية وبطل الاستثناء؛ لأنه استثنى جميع الملفوظ، ولما بطل الاستثناء تعذر جعله رجوعا عن الوصية لما بينا فبقيت الوصية صحيحة، ولو قال إلا ثلث مالي يرد على ورثتي أو قال يرد على فلان لم يكن استثناء وكان رجوعا؛ لأن قوله يرد الثلث على ورثتي دلالة الرجوع عن الوصية؛ لأن الثلث لا يرد على الورثة إلا بعد نقض الوصية وفسخها، وكذلك رد الثلث على فلان تحويل للوصية ونقلها إلى الثاني وذلك لا يكون إلا بعد الرجوع عن الوصية الأولى، ولو قال له أوصيت بثلث مالي إلا ألف درهم فمات وثلث ماله ألف فالاستثناء صحيح ولا شيء له بخلاف قوله أوصيت بثلث مالي؛ لأن الاستثناء يتبع اللفظ دون المعنى فمتى كان المستثنى غير المستثنى منه لفظًا صح الاستثناء، وإن اتفقا معنى. ثم أوضح محمد الفرق لمسائل، ألا ترى لو قال كل امرأة لي طالق غير كل امرأة لي فالاستثناء باطل، ولو قال غير هذه وليست له امرأة غيرها صح الاستثناء، وكذلك العتاق.

(**الفصل الثالث**): ولو ترك ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهما لرجل إلا مثل نصيب ثالث لو كان وأوصى لآخر بثلث ما يبقى من الثلث فالقسمة من خمسة عشر سهمان لصاحب النصيب وسهم لصاحب ثلث ما بقي ولكل ابن ستة وتخريجه على

طريقة الحشو وهو أنه أوصى بوصيتين وصية بمثل نصيب أحدهما ووصية بثلث ما بقي فلا بد من معرفة مخرج الوصية الأولى حتى يضربه في مخرج الوصية الثانية فظهر الجواز في الوصية الثانية ومخرج الوصية الأولى من سبعة لما مر والنصيب ثلاثة والمسترجع سهمان والوصية الحاصلة سهم والوصية الثانية من ثلاثة؛ لأنه أوصى بثلث ما بقي فاضرب سبعة في مخرج الوصية الثانية وهو ثلثه فصار أحدًا وعشرين ثم اطرح منه مثل الوصية الأولى وذلك سهم؛ لأنه لا تخرج المسألة إلا بهذا الطرح فيبقى عشرون فهذا ثلث المال ثم اضرب عشرين في ثلاثة لمكان الوصية الثانية فيصير ستين وطريق معرفة الوصية الحاصلة أن الوصية الحاصلة في المسألة الأولى كان سهما ثم اضربه في ثلاثة مرة أخرى كما ضربته في أصل المال فيصير تسعة ثم اطرح منها مثل الوصية الحاصلة في الابتداء وذلك سهم يبقى ثمانية فهي الوصية الحاصلة فخذ ثلث المال وذلك عشرون وأعط منه بالوصية الحاصلة ثمانية تبقى اثنا عشر فأعط بالوصية الثانية ثلث ما تبقى وذلك أربعة تبقى ثمانية ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعون فيصير ثمانية وأربعين مقسوما بين الاثنين لكل ابن أربعة وعشرون مثل النصيب الكامل فخرجنا المسألة من ستين، ومحمد رحمه الله خرج المسألة من خمسة عشر؛ لأنه اقتصر من كل حساب على ربعه جعل الوصية الحاصلة سهمين والمسترجع أربعة والوصية الثانية بينهما، ولو قال إلا مثل ربع لو كان والمسألة بحالها فالقسمة من أحد وعشرين والثلث سبعة والنصيب الكامل ثمانية والمسترجع أربعة والوصية الحاصلة أربعة والوصية الثانية سهم وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل المال سهمين لأنهما اثنان ثم تزيد عليه سهما للنصيب فيصير ثلاثة فأعط للنصيب سهما يبقى سهمان يقسم على أربعة حتى يظهر نصيب ابن رابع لو كان ليعرف قدر المستثنى وهو المسترجع وقد انكسر بالأرباع فاضرب أصل المال وهو ثلاثة في أربعة إلا أن هنا يمكن تخريجه من أقل الحسابين وهو أن يضرب ثلاثة في مخرج النصف وذلك سهمان؛ لأن السهام تنكسر بالأنصاف فتصير ستة فأعط للموصى سهمين يبقى أربعة مقسومة بين البنين الأربعة لو كانوا لكل ابن سهم ثم اطرح من نصيب الورثة نصيب ابن رابع لو كان

يبقى للورثة ثلاثة وللموصى له سهمان فيكون كله خمسة ثم استرجع من النصيب مثل نصيب رابع لو كان وذلك سهم ضمه إلى ما في يد الورثة وذلك ثلاثة فصار لهم أربعة لو كان البنون أربعة لأصاب لكل واحد سهم مثل المسترجع فيظهر أن الوصية الكاملة خمسان وللورثة قبل استرجاعه ثلاثة أخماسه والمسترجع سهم مثل نصف النصيب الكامل والوصية الحاصلة مثل نصف النصيب الكامل وطريق معرفة الثلث والنصيب الكامل أن يضرب خمسة في مخرج الوصية الثانية وذلك ثلاثة فيصير خمسة عشر ثم اطرح منه مثل الوصية الحاصلة وذلك سهم يبقى أربعة عشر فهو الثلث ثم اضرب النصيب الكامل وذلك سهمان في مخرج الوصية الثانية وذلك ثلاثة فيكون ستة ثم اضرب ستة في ثلاثة فيكون ثمانية عشر ثم اطرح النصيب الكامل المأخوذ في الابتداء وذلك سهمان يبقى ستة عشر وهو النصيب وهو أكثر من الثلث ثم استرجع من النصيب الكامل مثل نصفه وذلك ثمانية تبقى ثمانية فهي النصيب الحاصل ثم أعط من الثلث بالوصية الحاصلة ثمانية تبقى من الثلث ستة ثم أعط بالوصية الثانية ثلث ما يبقى من الثلث وذلك سهمان يبقى من الثلث أربعة ضمها إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وعشرون فيصير اثنين وثلاثين لو أقسم بين أربع تبين لكل واحد ثمانية مثل المسترجع فخرجنا المسألة من اثنين وأربعين ومحمد خرجها من أحد وعشرين فيصير على النصف من كل حساب، ولو قال إلا مثل نصيب خامس لو كان فالقسمة من سبعة وعشرين والثلث تسعة والنصيب الكامل عشرة والمسترجع أربعة والوصية الحاصلة ستة والوصية الثانية سهم وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل المال سهمين ويزيد عليه سهما للنصيب ثم يقسم نصيب الاثنين وذلك سهمان على خمسة حتى يظهر نصيب ابن خامس وقد انكسر على خمسة فاضرب أصل المال وذلك ثلاثة في خمسة فيصير خمسة عشر كان للاثنين سهمان مضروبان في خمسة فصار اثني عشر مقسومة بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان فاطرح منها نصيبه الخامس وذلك سهمان تبقى ثمانية والنصيب الكامل خمسة فتكون ثلاثة عشر ثم استرجع من النصيب مثل نصيب خامس وذلك سهمان ضمهما إلى ما في يد الورثة فحصل في يدهم عشرة

لكل ابن خمسة مثل النصيب الكامل وطريق معرفة الثلث والنصيب الكامل أن يضرب مخرج الوصية الأولى وذلك ثلاثة عشر في مخرج الوصية الثانية وذلك ثلاثة فيصير تسعة وثلاثين ثم اطرح منه مثل الوصية الحاصلة وذلك ثلاثة تبقى ستة وثلاثون فهو الثلث فاضربه في ثلاثة فيصير مائة وثمانية فهو جميع المال فاضرب النصيب الكامل من الوصية الأولى وذلك خمسة في ثلاثة كما ضربت أصل المال فيصير خمسة عشر ثم اضربه في ثلاثة فيصير خمسة وأربعين ثم اطرح منها النصيب الكامل أولا وذلك خمسة تبقى أربعون وهو النصيب الكامل ثم استرجع من النصيب الكامل مثل خمسة وذلك ستة عشر تبقى أربعة وعشرون هذا هو الوصية الحاصلة فأعط من الثلث بالوصية الحاصلة أربعة وعشرين يبقى من الثلث اثنا عشر فأعط منه بالوصية الثانية ثلث ما يبقى وذلك أربعة تبقى ثمانية ضمها إلى ثلثي المال وذلك اثنان وسبعون فيصير ثمانين مقسوما بين الاثنين لكل ابن أربعون مثل النصيب الكامل ومحمد اقتصر على أربع من كل حساب، ولو قال إلا نصيب سادس لو كان أو سابع أو ثامن أو تاسع أو عاشر فتخريجه على نحو ما ذكرنا.

(**الفصل الرابع**): وإذا ترك اثنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ثالث لو كان وإلا ثلث ما تبقّى من الثلث بعد الوصية الحاصلة أو لم يذكر الوصية فالقسمة من خمسة وأربعين للموصى له ثلاثة والباقي بين الاثنين وتخريجه على طريقة الحشو أن يضرب مخرج الوصية الأولى وذلك سبعة لما مر في سهمين؛ لأنه لا بد أن يكون السهم المسترجع مع الباقي ثلاثة وأقل ذلك سهمان فيصير أربعة عشر ثم زد عليه مثل الوصية الحاصلة؛ لأنه يزاد في الاستثناء؛ لأنه استثني من نصيب الموصى له ليرد على الورثة فيزداد مال الورثة وإذا زدت سهما صار خمسة عشر هذا ثلث المال ثم اضربه في ثلاثة فيصير خمسة وأربعين هذا جميع المال، وأما معرفة النصيب الكامل خذ ثلث النصيب الكامل من الوصية الأولى وذلك ثلاثة فاضربها في سهمين كما ضربت أصل المال فصار ستة ثم اضربها في ثلاثة كما ضربت أصل المال فتصير ثمانية عشر ثم زد عليها ما أخذت أولا وذلك ثلاثة فيصير أحدًا وعشرين فهو النصيب الكامل ثم استرجع منه قدر ثلثيه وذلك أربعة

عشر يبقى سبعة فهي الوصية الحاصلة فأعط من ثلث المال وذلك خمسة عشر بالوصية الحاصلة مثل ثلث النصيب الكامل وذلك سبعة يبقى من الثلث ثمانية ثم استرجع أيضًا من الوصية الحاصلة نصف ثلث ما بقي من الثلث وذلك أربعة وضمها إلى ما بقي من الثلث وذلك ثمانية فتصير اثني عشر ضمها إلى ثلثي المال وذلك ثلاثون فيصير اثنان وأربعين مقسوما بين الاثنين لكل ابن أحد وعشرون مثل النصيب الكامل، ولو قال إلا نصيب ثالث لو كان وإلا ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فالقسمة من ثلاثة وثلاثين للموصى له ثلاثة والباقي بين الاثنين وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ مخرج الوصية الأولى وذلك سبعة فاضربه في ثلاثة بخلاف المسألة الأولى حيث ضربناه في سهمين؛ لأن المسترجع ثمة نصف ما بقي فيحتاج إلى حساب له، له ثلث وأقله ثلاثة، فإذا ضربت سبعة في ثلاثة تصير أحدًا وعشرين رد عليه مثل الوصية الحاصلة وذلك سهم فصار اثنين وعشرين فهذا هو الثلث فأما معرفة النصيب: خذ النصيب الكامل من الوصية الأولى وذلك ثلاثة فاضربها في تسعة فتصير سبعة وعشرين ثم زد عليه ما أخذت في الابتداء وذلك ثلاثة فتصير ثلاثين فهو النصيب ثم استرجع منه قدر ثلثيه وذلك عشرون يبقى عشرة فهو الوصية الحاصلة فأعط من ثلث المال وذلك اثنان وعشرون بالوصية عشرة يبقى من الثلث اثنا عشر ثم استرجع من الوصية أيضًا مثل ثلث ما بقي وذلك أربعة وضمها إلى الباقي من الثلث وذلك اثنا عشر فيصير ستة عشر ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وأربعون فصار ستين مقسومًا بين الابنين لكل ابن ثلاثون مثل النصيب، ولو قال إلا مثل نصيب رابع وإلا ثلث ما بقي من الثلث بعد الوصية أو لم يقل بعد الوصية فالقسمة من ثلاثة وثلاثين للموصى له خمسة ولكل ابن ثمانية وتخريجه على طريقة الحشو أن مخرج الوصية الأولى خمسة؛ لأن للورثة أربعة لكل ابن سهم لو كانوا أربعة ثم يطرح منه سهم يبقى ثلاثة والنصيب سهمان فتكون الجملة خمسة ثم استرجع مثل نصيب الرابع سهما فصار للورثة أربعة فظهر أن مخرجه من خمسة فاضرب تلك الخمسة في سهمين فصار عشرة ثم زد عليها مثل الوصية الحاصلة سهما فصار أحد عشر فهو الثلث وأما معرفة النصيب الكامل أن تأخذ سهمين

فاضربهما في سهمين فتصير أربعة ثم في ثلاثة فصار اثني عشر ثم زد عليه مثل ما أخذت في الابتداء وذلك سهم فصار أربعة عشر وهو النصيب ثم استرجع منه نصفه وذلك سبعة يبقى سبعة فهي الوصية الحاصلة فأعط بالوصية من الثلث سبعة يبقى سبعة فهي الوصية الحاصلة فأعط بالوصية من الثلث سبعة يبقى من الثلث أربعة ثم استرجع من الوصية الحاصلة قدر نصف ما بقي وذلك سهمان ضمها إلى ما في يد الورثة فصار ستة ثم ضمها إلى ثلثي المال فصار ثمانية وعشرين مقسوما بينهما لكل ابن أربعة عشر مثل النصيب الكامل، ولو قال إلا نصيب رابع لو كان وإلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب الكامل إذا أخرجت منه النصيب الآخر فالقسمة من أربعة وعشرين أربعة للموصى له وعشرون للاثنين وتخريجه على طريقة الحشو أن يضرب مخرج الوصية الأولى وذلك خمسة في ثلاثة فيصير خمسة عشر ثم يزيد عليه مثل الوصية الحاصلة بينهما فصار ستة عشر وهو الثلث.

وأما معرفة النصيب الكامل أن تأخذ سهمين فاضربهما في ثلاثة فصار ستة ثم في ثلاثة فصار ثمانية عشر ثم زد عليه سهمين كما أخذت في الابتداء فصار عشرين فهو النصيب الكامل ثم استرجع منه نصفه عشرة يبقى عشرة فهو الوصية الحاصلة ثم أعط بالوصية عشرة يبقى من الثلث ستة ثم استرجع من الوصية ثلث ما يبقى وذلك سهمان فصار ثمانية ضمها إلى ثلثي المال وذلك اثنان وثلاثون فصار أربعين لكل ابن عشرون مثل النصيب الكامل.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنه إلا نصيب ابن آخر وإلا ثلث ما يبقى من الثلث فاستثناؤه ثلث ما يبقى باطل؛ لأنه لم يبق من الثلث شيء؛ لأن الوصية الأولى استوعبت الثلث فلم يصح الاستثناء الثاني.

وعلى هذا لو أوصى بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث جازت الوصية الأولى وبطلت الأخرى؛ لأنه لم يبق من الثلث شيء؛ لأن الوصية الأولى استوعبت كل الثلث.

(باب الوصية بمثل نصيب ابن لو كان)

(**المبسوط**): أصله: أنه متى أوصى لآخر بنصيب وارث سماه لو كان يضم

الفريضة أو لا لو كان في الورثة من سماه الموصي في وصيته ثم تحول نصيبه إلى الموصى له؛ لأن الموصي أقام الموصى له مقام من سماه لو ترك ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب رابع لو كان فللموصى له خمس المال.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يكون له ربع المال؛ لأنه أقامه مقام ابن رابع، فإن له ثلث يمين حقيقة فيكون الموصى له بمنزلة الرابع وهذا كما لو أوصى بمثل نصيب أحدهم وهم ثلاثة يكون له ربع المال فكذا هذا، وجه ظاهر الرواية: أنه أقام الموصى له مقام ابن خامس؛ لأنه إنما يكون له مثل نصيب رابع إذا جعلنا له أربع بنين تقديرًا واعتبارا فيكون الموصى له على هذا الاعتبار قائم مقام خامس بخلاف ما لو أوصى بمثل نصيب أحدهم؛ لأنه أقام الموصى له مقام ابن رابع، ولو كان مكانه ابنا رابعا كان له ربع المال وكذا إذا أقام الموصى له مقام ابن رابع فيقسم المال على خمسة للموصى له سهم يبقى أربعة لا يستقيم على ثلاثة فانكسر بالثلث فاضرب خمسة في ثلاثة فيصير خمسة عشر يستقيم عليهم.

ولو أوصى بمثل نصيب رابع لو كان بثلث ما بقي من الثلث فالثلث اثنان وأربعون ونصيب رابع أربعة وعشرون وثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب ستة وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين ثلاثة ثم يزيد عليه سهمًا للنصيب؛ لأنه بمنزلة ابن رابع ثم اضربه في ثلاثة فيصير اثني عشر لأنا نحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثم زد عليه مثل نصيب رابع لو كان وذلك ثلاثة فيصير خمسة عشر ثم اضرب الخمسة عشر في ثلاثة للوصية بثلث ما بقي من الثلث فيصير خمسة وأربعين ثم اطرح منها السهم الزائد وذلك ثلاثة فيبقى اثنان وأربعون وهذا ثلث المال ومعرفة النصيب أن يضرب النصيب وذلك ثلاثة في ثلاثة فيصير تسعة ثم اضربه في ثلاثة فيصير سبعة وعشرين ثم اطرح منه مثل النصيب ثلاثة فيبقى أربعة وعشرون وهذا هو النصيب وبقي إلى تمام الثلث ثمانية عشر فأعط بالوصية بثلث ما يبقى ثلاثة وذلك ستة فصار للموصى له ثلاثون سهما بقي من الثلث اثنا عشر فاضلا عن الوصيتين فضمه إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثمانون فيصير ستة وتسعين مقسوما بين البنين الثلاث لكل ابن اثنان وثلاثون.

(**المنتقى**): رجل مات وترك ابنًا وأوصى لرجل بمثل نصيب ابن لو كان ولآخر بمثل نصيب بنت لو كانت فهي من أحد عشر للموصى له بمثل نصيب ابن ثلاثة أسهم والموصى له بمثل نصيب ابن ثلاثة أسهم وللموصى له بمثل نصيب ثلث سهمان، ولو قال أوصيت بمثل نصيب ابن وبنت لو كانا فهي من ثمانية للموصى له ثلاثة أسهم من أحد عشر؛ لأن نصيب ابن لو كانت نصيب ابن ثالث فتكون الفريضة من ثلاثة للابن سهمان وللموصى له سهم ونصيب بنت لو كان نصيب بنت ثالثة فتكون الفريضة الثانية من أربعة للابن ثلاثة وللموصى له سهم ومتى صار للابن ثلاثة يصير للموصى له بنصيب الابن سهما ونصف؛ لأن نصيبه على نصف نصيب الابن فانكسر سهم بالنصف فأضعف على نصيب ليزول الكسر فصار نصيبه ثلاثة ونصيب الابن ستة ونصيب الموصى له بنصيب البنت سهمان فصار كله أحد عشر، ولو ترك امرأة وابنًا وأوصى بنصيب بنت فهي من ثلاثة وعشرين سهما للموصى له سبعة وللمرأة سهمان وللابن أربعة عشر، ولو ترك بنتًا وامرأة وأوصى بنصيب ابن فالفريضة من اثنين وعشرين سهما للموصى له أربعة عشر وللمرأة ثمن الباقي والباقي للبنت، ولو ترك ابنًا وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر نصيب ابنه ولم يجز الابن قال أبو يوسف الثلث بينهما أخماسا؛ لأن الثلث جائز على الابن وعلى الموصى له بالمثل وحق الموصى له بالثلث في الثلث وحق الموصى له بالمثل في نصف الثلثين فيضرب صاحب الثلث بالثلث وصاحب النصف بالنصف، وإن أجاز الابن فالنصف لصاحب النصف والثلث للموصى له بالمثل ويبقى في يد الابن السدس، وقال محمد: إذا أجاز الابن فلصاحب النصف النصف والنصف الباقي بين الابن وبين الموصى له فالمثل نصفان ولم لم يجز فالثلث بين الموصى له أخماسا؛ لأن الابن أبدًا إنما يجبر على الموصى له بالمثل ما لم ينقصه ذلك من حصته من الثلث لو لم يجز الابن، فإذا كانت إجازة الابن تنقصه من ذلك لم تجز إجازة الابن عليه، ولو أوصى بماله كله لرجل ولآخر بمثل نصيب ابنه فأجاز الابن لهما جميعًا قال محمد الثلث بينهما أرباعا والثلثان للموصى له بالكل؛ لأن إجازة الابن في حق الموصى له بالمثل لم يصح؛ لأن الابن هنا لا شيء له؛ لأن الوصية بالكل نفذت

بإجازته فكأنه قال أجزت للموصى له بالكل ولا أجيز للموصى له بالمثل فيضرب الموصى له بالمثل في الثلث بالثلث والموصى له بالكل ولا أجيز للموصى له بالمثل فيضرب الموصى له بالمثل في الثلث بالثلث والموصى له بالكل ولا أجيز للموصى له بالمثل فيضرب الموصى له بالمثل في الثلث بالثلث والموصى له بالكل بكل المال فيكون الثلث بينهما أرباعا. رجل أوصى لرجلين بمثل نصيب ابنه فقال الابن قد أجزت لهما فلهما نصف المال وإن أبى أحدهما أن يقبل فللقابل ثلث المال وللابن ثلثاه؛ لأنه قد أوصى له بمثل نصيب ابنه. رجل أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وأوصى لآخر كذلك وله ابن واحد فأجاز فالمال بينهما وبينه أثلاثًا، فإن قبل أحدهما وأجاز لم يقبل كان له نصف المال، فإن أجاز بعد ذلك للقابل كان ما في يده بينهما نصفين، فإن أجاز للقابل أولا كان للذي لم يقبل ثلث المال والباقي بين القابل والابن نصفان، فإن أجاز بعد ذلك للذي لم يقبل لم يكن له إلا ما في يديه. رجل أوصى لرجلين بمثل نصيب ابنه فقال الابن قد أجزت لهما فلهما نصف المال وإن لم يقبل أحدهما فللقابل ثلث المال وللابن ثلثاه؛ لأنه بمثل نصف نصيب ابنه.

(**الزيادات**): ترك ابنا وأُمًّا وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت فالقسمة من سبعة عشر خمسة للموصى له وعشرة للابن وسهمان للأم وتخريجه على أنه ترك ابنًا وأمًّا وبنتًا فالفريضة من ستة للأم سهم والباقي بين الوارثين أثلاثًا لا يستقيم فاضرب ثلاثة في ستة فيكون ثمانية عشر للأم ثلاثة وللبنت خمسة وللابن عشرة ثم تحول نصيب البنت إلى الموصى له، ولو ترك ابنًا وامرأة وأوصى بنصيب ابن آخر لو كان فأجازوا فللموصى له سبعة وللابن سبعة وللمرأة سهم؛ لأنه أقام الموصى له مقام ابن لو كان، ومن ترك ابنين وامرأة فالفريضة من ستة عشر للمرأة سهمان ولكل ابن سبعة، فإذا ظهر نصيب الابن يكون للموصى له نصيب الابن سبعة ونصيب المرأة سهم فيضم سهم إلى سبعة ليكون لها ثمن الميراث فكانت القسمة من خمسة عشر للموصى له سبعة تأخذه قبل الميراث وللمرأة سهم وهو ثمن ما فضل من الوصية والباقي وهو سبعة للابن، وإن ترك ابنًا وأبًا وأوصى بمثل نصيب ابنه، فإن أجازوا فهي من أحد عشر خمسة للموصى له؛ لأنه لو كان معهما ابن آخر كان للأب

سدس المال والباقي بين الابنين نصفان ومخرج المسألة من اثني عشر، فإذا تبين أن نصيب الابن خمسة كان نصيب الأب بينهما، فإذا ضممت إليه نصيب الموصى له وذلك خمسة كان الكل أحدَ عشر، وإن أجاز أحدهما ولم يجز الآخر فاضرب سهام الإجازة في سهام غير الإجازة فيكون تسعة وتسعين؛ لأن عند إجازتهما كانت الفريضة من أحد عشر فعند عدم إجازتهما كانت الفريضة من تسعة فاضرب تسعة في أحد عشر فيكون تسعة وتسعين الثلث من ذلك ثلاثة وثلاثين هذا للموصى له بغير إجازة، ولو أجازا كان للموصى له خمسة مضروبا في تسعة فيكون خمسة وأربعين فالفاضل ما بينهما اثنا عشر سهما سهمان من ذلك للأب وعشرة للابن، فإن أجاز الأب تصح إجازته في نصيبه وذلك سهمان فيكون للموصى له خمسة وثلاثون وللأب تسعة وللابن خمسة وخمسون؛ لأن نصيب الأب أحد عشر حول بالإجازة سهمين منه إلى الموصى له فكان محسوبا عليه، فإن أجاز الابن صحت إجازته في نصيبه وذلك عشرة فيكون للموصى له ثلاثة وأربعون وللأب أحد عشر وللابن خمسة وأربعون؛ لأنه حول بإجازته من نصيبه عشرة إلى الموصى له، ولو ترك ابنًا وبنتًا وأوصى بمثل نصيب الابن فأجاز الابن ولم يجز البنت فالفريضة من خمسة وأربعين للموصى له سبعة عشر وللبنت عشرة وللابن ثمانية عشر، وتخريجه: أن الفريضة حال وجود الإجازة من خمسة سهمان للموصى له وسهمان للابن وسهم للبنت وحال عدم الإجازة منهما فالفريضة من تسعة للموصى له ثلث المال، فإذا أجاز أحدهما تضرب إحدى الفريضتين في الأخرى خمسة في تسعة فتصير خمسة وأربعين، ولو أجاز كان للموصى له خمسا المال وذلك ثمانية عشر خمسة عشر له من غير إجازة؛ لأنه ثلث مال الميت وثلاثة أسهم له بإجازتهما، فإذا أجاز الابن كان للموصى له من حصة الابن سهمان، فإذا ضممنا إلى خمسة عشر صار للموصى له سبعة عشر بقي ثمانية وعشرون ثمانية عشر للابن وعشرة للبنت، وإن أجازت البنت دون الابن فللموصى له ستة عشر وللابن عشرون وللبنت تسعة؛ لأن للموصى له ثلث المال بغير إجازة وهو خمسة يبقى ثلاثون للابن عشرون

وللبنت عشرة ولبنت بالإجازة حول سهما من نصيبها إلى الموصى له فيأخذ من نصيبها سهما فيصير له ستة عشر ويبقى لها تسعة.

(باب الوصية بالكمال لبعض الورثة)

(**المبسوط**): ولو ترك خمسة بنين وأوصى لأحدهم بكمال الربع بنصيبه ولآخر بثلث ما بقي من الثلث وأجازت الورثة فالفريضة من اثني عشر والنصيب اثنان وتكملة الربع واحد وثلث ما بقي واحد وتفسير كمال الربع أنه يعطي له نصيبه ويعطى له سهم زائد على نصيبه إلى كمال الربع وتخريجه وهو أن أقل حساب له ثلاثة وربع اثني عشر فيعطى الابن الموصى له بكمال الربع بنصيبه الربع وذلك ثلاثة وهو نصيبه مع الوصية بكمال الربع يبقى من الثلث سهم يعطي ذلك السهم للموصى له الآخر؛ لأنه هو الباقي من الثلث ثم يقسم الباقي وذلك ثمانية بين الباقي من البنين الأربعة أرباعا لكل ابن سهمان يظهر أن النصيب سهمان وكمال الربع سهم وقد خرجت المسألة من غير ضرب فلا حاجة إلى الضرب.

ولو ترك خمسة بنين وبنتًا وأوصى لأحد بنيه بكمال الربع بنصيبه وأجازوا فالفريضة من ستة وثلاثين والربع تسعة والنصيب ستة وكمال الربع ثلاثة ولكل ابن ستة وللبنت ثلاثة وتخرج من اثني عشر أيضًا.

أما تخريجه من ستة وثلاثين وهو أن أقل ما يخرج منه الربع أربعة فأعط للموصى له بكلا الحقين بالوصية وبالميراث ربعه وذلك سهم يبقى ثلاثة بين أربعة بنين وبنت ولا يستقيم على تسعة فاضرب أصل الفريضة وذلك أربعة في تسعة فصار ستة وثلاثين فأعط الموصى له ربعه وذلك تسعة يبقى سبعة وعشرون يستقيم على تسعة لكل ابن ستة وللبنت ثلاثة وحصل للموصى له بالميراث ستة وبالوصية كمال الربع ثلاثة فأما تخريجه من اثني عشر أن أصل الفريضة من أربعة فأعط للموصى له أربعة يبقى ثلاثة لا تستقيم على تسعة وبين ثلاثة وتسعة موافقة بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك أربعة في ثلاثة فصار اثني عشر للموصى له ربعه وذلك ثلاثة يبقى تسعة يستقيم بينهم لكل ابن سهمان وللبنت سهم.

ولو ترك ثلاثة بنين وأوصى لبنته بكمال الربع وبثلثي ما بقي من الثلث وأجازوا فالثلث ستة عشر ونصيب البنت خمسة وكمال الربع تسعة وثلثي ما بقي ستة ولكل ابن عشرة فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ سهام الورثة وذلك سبعة ثم اطرح سهم البنت تبقى ستة ثم اضربها في ثلاثة فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهمين تبقى ستة عشر وهذا ثلث المال والجميع ثمانية وأربعون والربع اثنا عشر والثلث ستة عشر ومعرفة نصيب البنت فخذ نصيبها وذلك سهم فاضربه في ثلاثة؛ لأنه أوصى بثلثي ما تبقى من الثلث فصار ثلاثة ثم اطرح منه سهما فيبقى سهمان ثم اضربها في ثلاثة فصار ستة ثم اطرح منه سهما لمكان الوصية الثانية لكن مخرج المسألة يبقى خمسة فهذا هو النصيب والتكملة سبعة؛ لأن التكملة ما فضل على النصيب إلى كمال الربع وذلك سبعة فأعط للبنت سبعة بالوصية بكمال الربع بقي من الثلث تسعة فأعط بالوصية بثلثي ما تبقى من الثلث ستة يبقى من الثلث ثلاثة ضمه إلى ثلثي المال وذلك اثنان وثلاثون فصار خمسة وثلاثين يقسم على ثلاثة بنين وبنت لكل ابن عشرة والبنت خمسة.

ولو ترك أربعة بنين فأوصى لأحدهم بكمال الثلث وبربع ما بقي من الثلث فالثلث ثلاثة عشر والنصيب ثمانية وكمال الثلث خمسة وربع ما يبقى سهمان وتخريجه على طريقة الحشو أن يؤخذ عدد البنين أربعة ثم يطرح نصيب الموصى له وذلك سهم ثم يضرب ثلاثة في مخرج الوصية الثانية وذلك أربعة فيصير اثني عشر ثم تزيد عليه سهما فيصير ثلاثة عشر وهذا ثلث المال ثم تضربه في ثلاثة حتى يظهر كل المال فيصير تسعة وثلاثين.

أما معرفة النصيب فاضرب سهم النصيب في ثلاثة فيكون ثلاثة ثم اطرح منها سهما يبقى سهمان ثم اضربهما في مخرج الوصية الثانية وذلك أربعة فتصير ثمانية فهي النصيب وتكملة الثلث خمسة؛ لأن تكملة الثلث ما فضل على النصيب إلى كمال الثلث وذلك خمسة؛ لأن بعد النصيب بقي من الثلث خمسة وربع ما بقي سهمان لأنا متى أعطينا من الثلث تكملة الثلث خمسة يبقى إلى تمام الثلث ثمانية وربع ثمانية سهمان وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة وهو أن يأخذ الثلث

ويعطى منه بكمال الثلث بالنصيب ثلث ذلك وهو سهم ثم يسترجع من ذلك النصيب شيئًا ويعطى منه بالوصية الثانية ربع ذلك يبقى ثلاثة أرباع شيء ضم ذلك إلى ثلثي المال وذلك سهمان فيصير سهمين وثلاثة أرباع شيء وحاجتك إلى أربعة أشياء لأنك استرجعت للنصيب شيئًا فثلاثة أرباع شيء يمثله تبقى حاجتك إلى ثلاثة أشياء وربع شيء فالسهام يعدلان ثلاثة أشياء وربع شيء والسهمان مال ناقص؛ لأن المال الكامل ثلاثة أسهم فأكمل المال ووجه الإكمال: أن يزيد عليه سهمًا فيصير ثلاثة ثم زد على مقابلته مثل نصفه وبمقابلته ثلاثة أشياء وربع شيء فزد عليه مثل نصفه ونصفه ونصف ثلاثة أشياء وربع شيء وخمسة أثمان شيء فزد عليه شيئًا وخمسة أثمان شيء فصار أربعة أشياء وخمسة أثمان شيء فصار المال الكامل يعدل أربعة أشياء وسبعة أثمان شيء فانكسر الحساب بالأثمان فاجعل كل ثلث شيئًا فصار المال الكامل تسعة وثلاثين والنصيب ثمانية؛ لأنه كان شيئًا فصار ثمانية وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم وهو أن يأخذ المال ثلاثة دنانير وثلاثة دراهم وتعطي بكمال الثلث دينارا ودرهما ثم استرجع منه للنصيب درهما وتعطي من ذلك بالوصية الثانية ربع ذلك يبقى معك ثلاثة أرباع درهم ضم ذلك إلى ثلثي المال وذلك ديناران ودرهمان وحاجتك إلى أربعة دراهم فدرهمان وثلاثة أرباع درهم بمثله بقي ديناران وحاجتك إلى درهم وربع درهم فانكسر الحساب بالأرباع فاجعل كل ربع سهما فصار الدرهم والربع خمسة أسهم والديناران ثمانية دنانير فصارت ثمانية دنانير تعدل خمسة دراهم فاجعل أجزاء كل واحد منهما مثل أجزاء الآخر فصار كل دينار خمسة دراهم وكل درهم ثمانية فتصير تسعة وثلاثين فهذا جميع المال والثلث ثلاثة عشر والنصيب ثمانية؛ لأن النصيب كان درهما فصار ثمانية وباقي الثلث بعد النصيب خمسة؛ لأنه كان دينارا فصار خمسة وتخريجه على طريق الخطأين وهو المال على اثني عشر لحاجتك إلى الثلث والربع ويعطي بكمال الثلث ثلاثة وهو أربعة ثم يسترجع بينهما سهما وتعطي بالوصية الثانية ربع ذلك يبقى ثلاثة أرباع سهم ضم ذلك إلى ثلثي المال وذلك ثمانية فصار ثمانية وثلاثة أرباع وحاجتك إلى أربعة أسهم فظهر الخطأ بزيادة أربعة وثلاثة أرباع فيجب أن

يزيد في النصيب سهما[1] وإن ترك ثلاث بنات وأبوين وامرأة وأوصى لإحدى بناته بكمال الثلث ولأخرى بكمال الخمس فالفريضة من مائة وخمسة والوصيتان أربعة عشر وكمال الثلث تسعة عشر وكمال الخمس خمسة وتخريجه على طريقة الحشو وهو أن مخرج الفريضة من أربعة وعشرين للبنات الثلثان ستة عشر قد انكسرت على ثلاث بنات فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة وعولها فصار أحدًا وثمانين ثم اطرح نصيب الموصى لهما وذلك اثنان وثلاثون تبقى تسعة وأربعون فاضرب في مخرج الوصيتين وهو الثلاث والخمس وذلك خمسة عشر فيصير سبعمائة وخمسة وثلاثين وثلثه مائتان وخمسة وأربعون.

وأما معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك ستة عشر واضربها في سبعة ويجب أن تضرب في خمسة عشر كما ضربت أصل المال إلا أنا متى ضربنا النصيب في خمسة عشر يحتاج إلى بعد ذلك إلى أن يطرح ثلثها وخمسها وذلك ثمانية فيبقى سبعة فتضرب بالنصيب في سبعة في الابتداء قصرًا للمسافة فستة عشر في سبعة يكون مائة واثني عشر وهو النصيب وتكملة الثلث مائة وثلاثة وثلاثون وتكملة الخمس خمسة وثلاثون وبين أصل المال وبين النصيب موافقة بالتسع فيردّ كل حساب إلى سبعة فسبع سبعمائة وخمسة وثلاثون مائة وخمسة وسبعمائة واثنا عشر ستة عشر وسبعمائة وثلاثة وثلاثين تسعة عشر وسبع خمسة وثلاثون خمسة، وإن ترك ثلاثة بنين وامرأة وأوصى لأحد بنيه بثلاثة أرباع الثلث نصيبه ولا حتى بربع الثلث فالفريضة من مائتين وثمانية وثمانين للأجنبي أربعة وعشرون وللمرأة الثمن ثلاثة وثلاثون ولكل ابن سبعة وسبعون ولا وصية للابن وتخريجه على طريقة الحشو وهو أن أصل الفريضة من ثمانية للمرأة الثمن بقي سبعة وانكسر على ثلاثة بنين فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة وذلك ثمانية فصار أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة ولكل ابن سبعة وثلث المال ثمانية وثلاثة أرباع ستة فهو أقل من نصيب الابن الموصى له؛ لأن نصيبه سبعة فيكون ميراثه أكثر من ثلاثة أرباع الثلث فالوصية له بقيت وصية الأجنبي وهي الوصية بربع الثلث فيحتاج إلى أن يضرب أصل الفريضة

---

(١) قبل هذه المسألة مقدار ثلاثة أسطر بياض قد أخلي له في الأصل إلى وإن ترك...

وهو أربعة وعشرون في حساب له ثلث صحيح ولثلثه ربع صحيح وأقل ذلك اثنا عشر فاضرب أربعة وعشرين في اثني عشر فتكون مائتين وثمانية وثمانين فهذا كل المال وثلثه تسعة وتسعون وربعه أربعة وعشرون، وإن ترك امرأة وثلاث أخوات وجدًّا وأوصى لإحدى أخواته بالثلث بنصيبها ولأخرى بخمسة أسداس الوصية وأجازوا فالفريضة مائتان وإحدى وستون فللأخرى خمسة وخمسون وما بقي للمرأة ربع خمسة وثلاثين وللجد عند زيد اثنان وأربعون ولكل أخت أحد وعشرون والمسألة مخرجة على قولهما وتخريجه على طريقة الحشو وهو أنا نحتاج إلى حساب له ربع وخمس وأقله اثنا عشر فاضرب أربعة وعشرين في اثني عشر للمرأة الربع خمسة يبقى خمسة عشر يقسم بين الجد والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين للجد ستة ولكل أخت ثلاثة ثم يطرح جميع نصيب الموصى لها بالثلث ويطرح من نصيب الموصى له الأخرى بخمسة أسداس نصيبها وذلك سهمان ونصف؛ لأن وصيتها مثل خمسة أسداس وصية الأولى؛ لأن الوصية الأولى ثلاثة أسهم وخمسة أسداس ثلاثة سهمان ونصف فصار المطروح خمسة ونصف بقي أربعة عشر ونصف فيضرب ذلك في مخرج الوصيتين ومخرجهما أقل حساب له ثلث ولثلثه سدس وذلك ثمانية عشر فاضرب أربعة عشر ونصف في ثمانية عشر يصير مائتين وأحد وستين فهو كل المال.

وأما معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك ثلاثة فاضربه في ثمانية عشر فيصير أربعة وخمسين ثم اطرح منه الثلث وذلك ثمانية عشر وخمسة أسداس الثلث وذلك خمسة عشر فيكون ثلاثة وثلاثين يبقى أحد وعشرون فهو النصيب وإن شئت طرحت من فريضة الوصيّة ثمانية عشر ثلثها وذلك ستة وخمسة أسداس الثلث وذلك خمسة فيكون أحد عشر يبقى سبعه فاضرب النصيب وذلك ثلاثة في سبعة فيصير أحد وعشرين فهو النصيب وثلث المال سبعة فيصير أحدًا وعشرين فهو النصيب وثلث المال سبعة وثمانون ومن أحد وعشرين إلى سبعة وثمانين ستة وستين فهي الوصية الأولى والوصية خمسة أسداس ذلك وهي خمسة وخمسون فقد بلغت سهام الوصايا مائة واحدًا وعشرين بقي من المال مائة وأربعون ربعه للمرأة

وما بقي يقسم بينهنّ وبين الحدّ أخماسا وأمّا عند أبي حنيفة يعطى لكل واحدة وصيتها كما وصف أجازت الورثة أو لم تجز ولأنهما ليستا من جملة الورثة فتصح الوصيّة لهما من غير إجازة الورثة فيعطى لهما وصيتهما فالباقي ربعه للمرأة وما بقي للحد، ولو ترك ابنًا وخمس بنات وأوصى لابنه بخمسة أسداس الثلث بنصيبه ولإحدى البنات بالخمس بنصيبها فالفريضة من ثلاثمائة وستين سهما فالوصية أحد وثلاثون للابن من ذلك ستة وللبنت خمسة وعشرون وما بقي على فرائض الله تعالى وتخريجه على طريقة الحشو وهو أن يقسم المال بين الورثة على سبعة ثم اطرح نصيب كل واحد من الموصى لهما وهو سهمان وسهم يبقى أربعة فاضربه في حساب له خمس وثلث ولثلثه خمسة أسداس وأقل ذلك تسعون فيصير جميع المال ثلاثمائة وستين، وأمَّا معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك سهم فاضربه في مخرج الوصية وذلك تسعون فيصير تسعين ثم اطرح منه خمسة أسداس ثلثه وذلك خمسة وعشرون وأيضا خمسة وذلك ثمانية عشر فتكون جملته ثلاثة وأربعين، فإذا طرحت من تسعين ثلاثة وأربعين يبقى سبعة وأربعون فهو النصيب وتكملة الخمس خمسة وعشرون؛ لأن تكملة الخمس ما فضل عن نصيب الابن إلى تمام خمس جميع المال وذلك اثنان وسبعون خمسة وعشرون فهذا القدر وصية للبنت وإن ترك ثلاث بنات وامرأتين وأبوين وأوصى لإحدى امرأتيه بالخمس بنصيبها والأخرى بالسدس بنصيبها وبربع ما بقي من الثلث فالفريضة من خمسمائة وأربعين الوصية مائة واثنان وستون لصاحب الخمس خمسة وثمانون ولصاحب السدس تسعة وستون وربع ما بقي ستة وما بقي على فرائض الله تعالى للمرأتين الثمن اثنان وأربعون وللأبوين مائة واثنا عشر وللبنات مائتان وأربعة وعشرون وتخريجه على طريقة الحشو فمحمد جعل الفريضة بين الورثة من ستة وإن كسر بعض السهام لئلا يطول الحساب للبنات الثلثان أربعة وللأبوين الثلث سهمان وللمرأتين الثمن وذلك ثلاثة أرباع سهم ثم اطرح نصيب المرأتين وذلك ثلاثة أرباع يبقى ستة فاضربها في مخرج الخمس والسدس؛ لأن إحدى الوصيتين بالخمس والأخرى بالسدس وأقل ذلك ثلاثون وستة في ثلاثين مائة وثمانين فهذا ثلث المال وجميع المال خمسمائة وأربعون،

وأمّا معرفة نصيب المرأتين فخذ ثلاثة أرباع سهم فاضربها في ثلثين كما ضربت أصل المال فيكون اثنين وعشرين ونصف ثم اطرح منه خمسه وسدسه وذلك ثمانية أسهم وربع سهم يبقى أربعة عشر سهما وربع سهم ثمّ اضرب ذلك في ثلاثة فيصير اثنين وأربعين وثلاثة أرباع ثم اطرح منه ثلاثة أرباع الوصية بربع ما بقي من الثلث يبقى اثنان وأربعون فهذا نصيبهما لكل واحدة منهما أحد وعشرون وخمس جميع المال مائة وثمانية، فإذا ذهب منه أحد وعشرون بالنصيب يبقى تسعة وثمانون فهذا القدر وصيّة لصاحب الخمس وتكملة السدس تسعة وستون يبقى من الثلث ثمانية عشر يضم إلى ثلثي المال وذلك ثلاثمائة وستون فيصير ثلاثمائة وثمانية وسبعين يقسم على فرائض الله تعالى، وإن ترك خمس بنات وأبوين وأوصى لإحدى بناته بالثلث بنصيبهما وبثلاثة أرباع الوصيّة لأخرى وأقر الأب بابن وأنكر البنات وأجازوا الوصية فالفريضة من ثمانمائة وثمانية وعشرين، الوصية ثلاثمائة وثمانية وعشرون لصاحبة الثلث مائتان وستة عشر وميراثها ستون وللأخرى مائة واثنان وستون يدخل الابن في نصيب الأب فيأخذ منه أربعين من خمسة وسبعين فمحمد خرج المسألة من ثمانمائة وثمانية وعشرين ويمكن تخريجها من مائتين وستة وسبعين وهو ثلث ما خرّجه محمد وهو أن يقسم المال بين الورثة على ستة للأبوين السدسان وللبنات الثلثان أربعة وهي لا تقسم على خمس بنات فاضرب ستة في خمسة فيصير ثلثين سدساه عشرة للأبوين لكل واحد خمسة وثلثاه عشرون للبنات لكل واحدة أربعة ثمّ اطرح نصيب صاحب الثلث وهو أربعة واطرح ثلاثة أرباع الأخرى وذلك ثلاثة؛ لأنه أوصى لها بثلاثة أرباع وصيّة الأولى فتكون سبعه تبقى ثلاثة وعشرون فاضربها في مخرج الوصيّة وأقل حساب له ثلث وربع اثني عشر فيصير مائتين وستة وسبعين هذا كل المال.

وأمّا النصيب فخذ النصيب وذلك أربعة فاضربها في اثني عشر كما ضربت أصل المال فيصير ثمانية وأربعين ثم اطرح منه ثلاثة وذلك ستة عشر واطرح أيضا ثلاثة أرباع الثلث فيكون جملة ذلك ثمانية وعشرين يبقى عشرون وهو النصيب وثلث المال اثنان وتسعون فمتى ذهب منه النصيب وذلك عشرون يبقى تكملة

الثلث اثنان وسبعون؛ لأن تكملة الثلث ما فضل عن النصيب وهذه وصية للموصّى لها بالثلث وثلاثة أرباع تكملة الثلث أربعة وخمسون فهذه وصيّة ولصاحبة ثلاثة الأرباع فكانت الوصايا مائة وستة وعشرين يبقى من المال مائة وخمسون سدساها للأبوين خمسون لكل واحد خمسة وعشرون وللبنات مائة لكل بنت عشرون تضم إلى وصية صاحبة الثلث وذلك اثنان وسبعون فيصير اثنين وتسعين وهو ثلث المال مع نصيبها ويضم عشرون إلى وصيّة الموصى لها الأخرى وذلك أربعة وخمسون فتصير أربعة وسبعين، عشرون ميراثها وأربعة وخمسون وصيتها ونصيب الأب خمسة وعشرون يقسم بينه وبين الابن المقرّ له على خمسة عشر سهما ثمانية أسهم للابن وسبعة أسهم للأب على زعمه؛ لأن في زعمه أن الورثة أبوان وخمس بنات وابن للأبوين السدسان والباقي من البنات والابن على سبعة، للابن ثمانية ولكل بنت أربعة فنضرب ستة في سبعة فتصير اثنين وأربعين سُدُسَاه للأبوين وذلك أربعة عشر والباقي وذلك ثمانية وعشرون بين الابن والبنات على سبعة للابن ثمانية ولكل بنت أربعة فظهر أن نصيب الابن ثمانية ونصيب الأب سبعة على زعمه فيقسم خمسة وعشرين بينهما على خمسة عَشَر حتى لا يطول الحساب والله أعلم.

كتاب العين والدين

يحتاج إلى معرفة: تفسير العين والدين، وأنواع الوصيّة بهمَا، وأحكامهما.

أمّا تفسيرهما: قال أبو يوسف في (**المنتقى**): رجل أوصى بثلث العين والعين الدنانير والدّراهم دون التبر والحلي والعروض والثياب، والدين كل شيء يكون دينًا واجبًا في الذمة من ذهب وفضة وحنطة ونحو ذلك؛ لأن العين متى أطلق على المال ينصرف إلى المال الصامت وهو الذهب والفضة المضروبة وغيرهما يسمى في اللغة عروضًا وسلعةً وحليًّا وصياغة.

وأما أنواع الوصية بهما: فالوصيّة نوعان: مرسلة ومقيدة.

فالمرسلة: أن يوصي بجزء شائع من ماله نحو أن يوصي بثلث ماله أو ربعه.

والمقيدة: أن يوصي بثلث مال بعينه بأن يوصي بثلث دراهمه أو دنانيره أو بثلث الغنم أو بثلث الدين.

وأمَّا حكمهما:

فحكم الوصية المقيدة: أن يكون حقه مقدمًا على حق الورثة وعلى الوصية المرسلة ولو هلك شيء منها قبل القسمة يصرف الهلاك إلى الورثة لا إلى الموصى له حتى لو كانت الوصيّة تخرج من ثلث مال الميت، فإن كان له مال آخر يعطى للموصى له كل الموصى به؛ لأنه قيدها بنوع من المال فتقيد بذلك النوع، ولهذا لا يزداد حقه بزيادة مال الميت فكذلك لا ينتقص بنقصانه؛ لأن حقّه لم يثبت شائعا في جميع التركة فكان حقه مقدمًا على حق الورثة لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢] فصار الهلاك مصروفا إلى المؤخر حقه لا إلى المقدم حقه؛ لأنه ما لم يفصل عن الوصية لا يصير حقا للورثة.

وأما حكم الوصيّة المرسلة: أن صاحبها بمنزلة واحد من الورثة؛ لأن حقه ثبت شائعا في جميع التركة حتى يزداد حقه بزيادة المال وينتقص بانتقاصه كحق الورثة

وصارت التركة كالمشتركة بينه وبين الورثة فما توى شيء من التركة يتوي على الشركة وما بقي على الشركة فكان وارثا حكمًا ومعنى موصى له إنما والعبرة للحكم والمعنى وبهذا لو اجتمع في التركة وصية مقيدة ووصيّة مرسلة تقدم الوصيّة المقيدة ثم تقاسم الوصيّة المرسلة مع الورثة على قدر حقوقهم.

(باب الهلاك والاستحقاق على التركة وفيها الوصية)

(**المبسوط**): ترك ثلاثمائة درهم وثلاثين دينارًا وأوصى لرجل بثلث ماله فما هلك واستحق فهو على الحقين؛ لأن الوصية مطلقة مرسلة؛ لأنه أضاف الوصية إلى جميع ماله على العموم والشمول والشيوع فيكون له ثلث كل شيء من ماله فكان شريكا في التركة بمنزلة أحد الورثة فما هلك يهلك على الشركة.

وإن أوصى بثلث الدراهم وثلث الدنانير ثم هلك عشرون دينارا بعد موت الموصي أو قبل موته كان له ثلث ما بقي نصفه من الدنانير ونصفه من الدّراهم؛ لأن هذه وصية مقيدة؛ لأنه أوصى له بثلث دراهمه ودنانيره وقد قيد الوصية. بنوع مال خاص ولم يضفها إلى مال مرسل فكانت وصيّة مقيدة فيتعلق بذلك المال بقاء وبطلانًا فيعطى له ثلث ماله يوم القسمة وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ونصف ثلثه من الدنانير وذلك ستة دنانير وثلثا قيمتها ستة وستون درهما وثلثان ونصفه من الدّراهم وذلك ستة وستون وثلثان؛ لأن حقّهُ في المالين على السواء، فإنه أوصى له بمائة درهم من الدراهم ومن بالعشرة من الدنانير وقيمتها مائة درهم؛ لأن الهلاك مصروف إلى حق الورثة بقي حق الموصى له في العشرة الدنانير بعد الهلاك لما كان قبل الهلاك إلا أنه ليس له مال غيرهما فيعطى له ثلث ماله يوم القسمة كي لا يصير الموصى له آخذا أكثر من ثلث ماله.

ولو كان أوصى بسدس الدّراهم وبسدس الدنانير أخذ السدس كله من الباقي؛ لأن الهلاك مصروف إلى حق الورثة ففي حق الموصى له في سدس جميع الدنانير وذلك خمسة دنانير كما كان قبل الهلاك وكان له خمسة دنانير من العشرة الباقية

وخمسون درهما من الدراهم، وكذلك الإبل والبقر على هذا وإذا مات عن ألف درهم وثلاثة أعبد وأوصى لرجل بسدس الأعبد وبسدس الدراهم عند أبي حنيفة وعندهما في الوجه الأول له سدس من العبيد من العبد الباقي مثل الثلث مثل الدراهم والدنانير والدار الواحدة كالدراهم والدنانير إنفاقا؛ لأن عند أبي حنيفة العبيد لا تقسم جملة إلا بالتراضي فتعذّر صرف الهلاك كله إلى حق الورثة وجميع الوصيّة كلها في الباقي؛ لأن في صرف الهلاك إلى الورثة خاصة وفي جميع الوصيّة كلها في الباقي جمع نصيب بعض الشركاء في بعض العبيد حال هلاك البعض فيعذر حال قيام الكل بالقسمة، وكذلك حاله الهلاك، فإذا تعذّر كان ما يهلك يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة ففي هذا الوصية المطلقة والمقيدة سواء وعندهما العبيد يقسم جملة فأمكن جمع حق الورثة في الهالك وجمع حق الموصى له في الباقي والدار الواحدة تقسم فكان الهلاك كله مصروفا إلى حق الورثة وبقي حق الموصى له في سدس جميع الدار على حاله فيما بقي، ولو كانت ثلاثة دور فاستحقت داران وقد أوصى بسدس ماله أو بسدس الدور وسدس الدّراهم فله سدس الدار الباقية وسدس الدراهم في الوجهين جميعًا، وكذلك الثياب المختلفة؛ لأن الدور مما لا تقسم عندهم جملة فلم يمكن جمع حق الورثة فيما هلك وجمع الوصيّة فيما بقي فكان ما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي على الشركة في المطلقة والمقيدة، وإذا مات عن ألف وعبد قيمته ألف وأوصى أن يعتق عبده ولرجل بثلث ماله ولآخر بسدس الألف فالثلث بينهم على أحد عشر للعبد ستة ولصاحب الثلث أربعة وللآخر واحد ففي هذه المسألة يقسم على سبيل العول والمضاربة لا على سبيل المنازعة بالإجماع؛ لأن المنازعة لا تتحقق هاهنا؛ لأنه لم يجتمع في رقبة العبد وصيتان؛ لأن حق الموصي بالثلث في السعاية لا في الرقبة؛ لأن الموصى له ثلث مال مطلق بمنزلة أحد الورثة وحق الورثة في السعاية إذا كان العبد موصى بعتقه لأنّهم لا يملكون العبد الموصَّى بعتقه، وإن كان لا يخرج من الثلث؛ لأنه معتق البعض ومعتق البعض لا يملك، وكذلك الموصى له بالثلث مرسلًا على سبيل العول والمضاربة والوجه فيه أنا نحتاج إلى فريضة لها نصف

وثلث ونصف سدس؛ لأن العبد موصى له بنصف ماله؛ لأن ماله ألفان ألف وعبد قيمته ألف ولآخر بثلث ماله ولآخر بنصف ماله وأقل حساب تخرج منه هذه السهام اثني عشر فنصفه ستة وثلاثة أرباعه ونصف سدسه سهم فيكون له أحدَ عشرَ، فإذا صار الثلث على أحد عشرَ صار كله ثلاثة وثلاثين فالعبد من ثلث المال ستة والعبد من جميع المال نصفه وذلك ستة عشر ونصف فيعتق منه ستة أجزاء ويسعى في عشرة ونصف سهم وللموصى له بالسدس جزء واحد من أحدَ عشر من الثلث فيكون له ذلك من الألف بعينها؛ لأن وصيته قيدت بها والموصى له بالثلث أربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من ثلث المال يبقى اثنان وعشرون ضعف ذلك للورثة فقد استقام الثلث والثلثان.

ولو استحق نصف العبد وضاع نصف الألف فالثلث على ستة ثلاثة للعبد وسهمان لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس؛ لأنه لما استحق نصف العبد انتقص نصف وصية العبد فبقيت وصيته في ثلاثة أسهم فلما ضاع نصف الألف انتقص نصفه وصية الموصى له بالثلث وهو سهمان لأنها ضاعت عليه وعلى الورثة؛ لأنه بمنزلة أحد الورثة ووصيّة صاحب السدس باقية على حالها في سهم واحد؛ لأن وصيته مقيدة بالألف فصار الهلاك مصروفا إلى الورثة؛ لأن وصيته تخرج من ثلث ماله إذا كان له سدس الألف بعينها فلما ضاع نصفها انقلب سدسه ثلث ما بقي؛ لأن سدس الكل ثلث النصف، فإذا صار ثلث المال ستة صار الجميع ثمانية عشر ونصفه تسعة فيعتق من العبد ثلاثة أجزاء من تسعة ويسعى في ستة فيضم ذلك إلى النصف الآخر فيصير كله خمسة عشر للموصى له بالسدس سهم من تسعة من الخمسمائة الباقية يبقى أربعة عشر فيقسم المال على أربعة عشر سهمان لصاحب الثلث سهمان واثنا عشر للورثة وخرجه محمد على سبعة؛ لأن بين نصيب صاحب الثلث وذلك سهمان وبين نصيب الورثة وهو اثنا عشر موافقة بالنصف فاقتصر من نصيب كل واحدٍ على نصفه فصار سبعة.

(باب الوصية في العين والدين، والدين على بعض الورثة)

(**المبسوط**): أصله: أن التركة متى كان بعضها قائمة وبعضها تاوية تقسم القائمة

من الورثة والموصى له على السهام التي تقسم لو كانت كلها قائمة اعتبارًا للبعض بالكل ثم ما أصاب المديون من العين القائمة من التركة جعل قصاصا بما عليه إذا كان ما عليه مثل حقه في العين أو أكثر، وإن كان أقل فبقدره وهذا إذا كانت التركة من جنس الدين وإن كانت من خلاف جنسه، فإن كانت عروضا والدين دراهم أو دنانير ففي رواية الوصايا أنه يجعل نصيبه قصاصا بما عليه وهو القياس وفي رواية هذا الكتاب يُحبَس عنه نصيبه من العين حتى يوفي ما عليه استحسانا، فإن لم يوف وطلب صاحب الدين من القاضي أن يبيع نصيبه يبيع القاضي ويقضي من ثمنه دينه ثم المسائل على فصول:

أحدها: في الوصية بالسهام المبهمة.

والثاني: في الوصيّة بالدراهم والسهام المعينة.

والثالث: في الوصيّة بالدّراهم والعروض.

(الفصل الأول)

رجل مات وترك ابنين ومائة درهم وعينا ومائة درهم دينا على أحد ابنيه وأوصى لرجل بالثلث كان له نصف العين والنصف لغير المديون؛ لأن العين تقسم بينهم أثلاثًا ثلاثة للموصى له وثلاثة لمن لا دين عليه وثلاثة للمدين إلا أن المدين لا يعطى نصيبه؛ لأن ما عليه أكثر مما له والتركة من جنس الدين فتحسب قصاصا بما عليه فتقسم العين بين الموصى له وبين الابن الآخر نصفين، فإن أيسر الابن المدين ذهب بحصته مما عليه ستة وستين وثلثين ويؤدي ثلاثة وثلاثين وثلث بين الابن غير المدين والموصى له نصفين؛ لأن حقهما سيان.

ولو أوصى بربع الدين والعين كان له نصف العين؛ لأن جميع مال الميت مائتا درهم للموصى له ربعه وذلك خمسون يبقى مائة وخمسون لكل ابن خمسة وسبعون إلا أنه لا يعطى للمدين شيء من العين بل يطرح عليه نصيبه من الدين؛ لأنه لا فائدة في ذلك فيطرح مما عليه نصيبه وذلك خمسة وسبعون ويؤدي ما بقي عليه وهو خمسة وعشرون ويقسم ذلك مع المائة العين بين الموصى له وبين غير المدين على خمسة أسهم، خمساه للموصى له وذلك خمسون وثلاثة أخماسه للابن غير المدين.

ولو أوصى بخمس العين والدين أخذ الخمس كله من العين أربعين درهما

وستون للابن الذي لا دين عليه وبين المدين عن مثلها وفرق بين الوصية بخمس مطلق وبين الوصية بخمس مقيد والفرق أن الوصية بالعين والدين وصية مقيدة والموصى له المقيد يضرب بجميع وصيته يوم القسمة إذا كانت وصيته تخرج من ثلث ماله لما بينا وهنا وصيته تخرج من ثلث ماله؛ لأن وصيته من العين والدين أربعون درهما مبهما وقد خرج من العين قدر وصيته وزيادة فيأخذ وصيته من العين وذلك أربعون، فأمَّا الموصى له المطلق يضرب في المال بقدر خمس ماله العين يوم القسمة؛ لأن حقه في المال المطلق المرسل فيكون له خمس ماله المرسل وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث من العين.

ولو أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بثلث ماله كان نصف المال بينهما على سبعة ثلاثة لصاحب الربع وأربعة لصاحب الثلث؛ لأن أصل الفريضة من ثلاثة إذا لم يجز الورثة، سهم للموصى له بقي سهمان بين الاثنين نصفان لكل واحد سهم إلا أن نصيب المدين من العين يطرح؛ لأن ما عليه أكثر ممّا له فأقيم المائة العين بين الابن غير المدين وبين الموصى له نصفان لكل واحد خمسون ويحسب للابن المدين مما عليه خمسون مثل ما حصل للابن غير المدين فصار العين من مال الميت حقيقة وحكمًا مائة وخمسون مائة عين حقيقة وخمسون عينا حكما وهو قدر ما استوفاه الابن المدين وبقي على المدين خمسون تاويا ما دام معسرًا فلا بد من مال الميت ثم ما أصاب الموصى له من نصف العين يقسم بينهما على سبعة؛ لأن أقل حساب له ثلث وربع اثني عشر فحق الموصى له بالثلث في أربعة وحق الموصى له بالربع في ثلاثة فصارَ جميع ذلك سبعة فاقسم الثلث على سبعة أربعة لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع، فإن أيسر الابن المدين وقدر على الأداء اعتبر المال كله فيكون بين الورثة والموصى لهما أثلاثًا ثم ما للموصى لهما على سبعة؛ لأنه لما أيسر ظهر أن مال الميت كان مائتان فيكون ثلث ماله ستة وستين وثلثين فيقسم بين الموصى لهما على سبعة كما وصفنا، وإذا كان له مائة درهم عينا ومائة دينًا على امرأته ثم مات وترك امرأته وابنه وأوصى بثلث ماله لرجل قسم العين بين الابن والموصَّى له على أحد عشر للموصى له أربعة، فإن قدرت المرأة على الأداء كان للموصى له ثلث كل المال ستة وستون وثلث وللمرأة ثمن الباقي ستة عشر وثلثان

ويؤدي الفضل، فإذا أدّت قسم بين الابن والموصى له على أحد عشر وتخريجه أن أصل الفريضة من ثلاثة سهم للموصى له بقي سهمان بمن ذلك للمرأة وقد انكسرَ بالثمن وبين سهمين وبين ثمانية موافقة بالنصف فاقتصر على أربعة فاضرب ثلاثة في أربعة فصار اثني عشر للموصى له أربعة وللمرأة سهم وللابن سبعة ثم اطرح نصيب المرأة وذلك سهم يبقى أحد عشر سهما فاقسم المائة العين على أحد عشر للموصى له أربعة والباقي للابن نصفان ويؤدي الباقي ويكون بين الموصى له والابن الذي لا دين عليه أثلاثًا؛ لأن حق الموصى له في أربعة وقد وصل إليه بلا يد دراهم وسدس بقي إلى تمام حقه خمسة أسداس درهم وحق الابن في سبعة ونصف وقد وصل إليه خمسة دراهم وخمسة أسداس بقي إلى تمام حقه درهم وثلثان فيكون ضعف حق الموصى له فيكون بينهما أثلاثًا كما قسما العشرة العين بينهما أثلاثًا ولو ترك اثني عشر درهما عينا واثني عشر دينًا على أحد ابنيه وهو معسر وأوصى بسدس العين لرجل وبسدس ماله لآخر أخذ صاحب سدس العين درهمين ويأخذ صاحب سدس المال ثلاثة دراهم وسبع درهم يبقى ستة وستة أسباع درهم لغير المدين ويحسب للابن المدين بمثله وتخريجه أن أصل الفريضة من ستة فاجعل المال العين على ستة للموصى له السدس يبقى خمسه بين الاثنين نصفين انكسر فأضعف فصار اثني عشر للموصى له سهمان ولكل ابن خمسة فاطرح نصيب المدين يبقى سبعه فتقسم العين وذلك اثنا عشر بين الموصى له بالسدس وبين الابن على سبعة سهمان للموصى له وهما سبعيه وذلك ثلاثة دراهم وثلاثة أسباع درهم من اثني عشر فزد على ذلك وصية الموصى له بسدس العين وذلك درهم وخمسة أسباع درهم فيصير كله خمسة دراهم وسبع درهم فهو للموصى لهما يعطى للموصى له سدس العين من ذلك درهمان تمام وصيته؛ لأن وصيته مقيدة ولا تواء عليه فتكون مقدمة على وصية الآخر يبقى ثلاثة وسبع درهم للموصى له بسدس المال وقد بقي من العين ستة وستة أسباع درهم وهو لغير المدين، فإن أيسر المدين وقدر على أداء الدين أدى ثلاثة دراهم وهي بين الابن الآخر وصاحب سدس المال أسباعًا سبعاها لصاحب السدس ويحسب للمدين مما

عليه تسعة دراهم؛ لأن مال الميت كله أربعة وعشرون لصاحب سدس المال أربعة ولصاحب سدس العين درهمان فسهام وصيتهما ستة دراهم، فإنه أقل من ثلث ماله تبقى ثمانية عَشَر للابنين نصفان لكل ابن تسعة وقد وصل إلى الابن المدين بالقسمة الأولى ستة دراهم وستة أسباع درهم بقي إلى تمام تسعة درهمان وسبع فيبرأ المديون عن تسعة مما عليه ويؤدي الفضل وذلك ثلاثة دراهم، فإذا أدى ثلاثة لا يكون لصاحب سدس العين منها شيء؛ لأنه وصل إليه كمال حقّه في القسمة الأولى وذلك درهمان فيقسم بين الابن غير المدين وبين صَاحب سدس المال على سبعة كما قسمها العين بينهما على سبعة فتكون للموصى له سبعة وذلك ستة أسباع درهم صار أربعة دراهم وأنه سدس جميع المال يبقى للابن درهمان وسبع يضم إلى ما وصل إليه بالقسمة الأولى وذلك ستة دراهم وستة أسباع فيصير له تسعة. مات وترك ابنًا وامرأة وترك مائة درهم دينًا على امرأته وهي معسرة ومائة عينًا ولا مال له غيره وقد أوصى لرجل بعشرين درهما ولآخر بربع ماله ولآخر بما بقي من ثلثه ولم تجز الورثة فالوصية بما بقي باطلة وتقسم العين على أحد عشرَ ما أصاب أربعة لأصحاب الوصايا وما أصاب سبعة للابن غير المدين وتبرأ المرأة عن سبعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءًا من درهم ثم ما أخذه أصحاب الوصايا بينهم على ستة وعشرين خمسة عشر لصاحب الربع وأخذ عَشَر للموصى له بعشرين درهما.

أما الوصية بما بقي باطلة؛ لأن ثلث ماله يضيق عن الوصيتين؛ لأن جميع ماله عينا مائة وخمسون فيكون ثلثه خمسين وقد أوصى بربع ماله وذلك سبعة وثلاثون ونصف وللآخر بعشرين فتكون جملته سبعة وخمسين ونصفًا وذلك أكثر من ثلث ماله حال إعسار المديون وحال اليسار قلب ماله ستة وثلاثين وثلثين وقد أوصى بسبعين؛ لأن الوصيَّة بالربع خمسون ووصية الآخر عشرون فتكون الوصيتان أكثر من ثلث ماله في الحالين فبطلت الوصية بما بقي من الثلث؛ لأن لا يبقى شيء من ثلث ماله فيقسم المائة العين بين الموصى لهما وسهمان بين الابن والمرأة على ثمانية لا يستقيم وبين سهمين وثمانية موافقة بالنصف فاضرب جميع أصل الفريضة وذلك ثلاثة في أربعة فصار اثني عشر أربعة للموصى لهما وثمانية للورثة ثم اطرح نصيب المرأة وذلك أحد عشر فاجعل المائة العين على أحد عشرَ فما أصاب أربعة فهو للموصى لهما وما أصاب سبعة فهو للابن ويحسب للمرأة ممَّا عليهَا جزء من

أحد عشر جزءًا وذلك بالدرهم تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءًا من درهم من مائة ثم ما أخذه الموصى لهما بينهما على ستة وعشرين؛ لأن صاحب الربع يضرب بثلاثة أسهم لا بد متى صار جميع ماله اثني عشر يكون له ربع ذلك ثلاثة وصاحب عشرين عشرين يضرب بعشرين؛ لأن وصيته مقيدة، فإذا كان حق أحدهما سهام وحق الآخر دراهم فاجعل الدراهم سهاما حتى يصير الحساب كله من جنس واحد فيضرب مبلغ السهام من ذلك اثني عشر في مائة فيصير ألفًا ومائتين مع نصيب المرأة فالثلث من ذلك للموصى لهما وذلك أربعمائة وهو بالدراهم ستة وثلاثون درهما وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم؛ لأن كل مائة تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءًا من مائة فيصيب صاحب الربع سبعة وعشرين درهما وثلاثة أجزاء من درهم فاضربه بذلك في أحد عشر فيصير ثلاثمائة وصاحب عشرين يضرب بعشرين في أحد عشر فيصير مائتين وعشرين فاقتصر من نصيب كل واحد منهما على نصف عشره فيكون أحدهما خمسة عشرَ والآخر أحد عشر فيكون كله ستة وعشرين فيقسم نصيبهما من العين على ذلك وإذا قدرت المرأة على الأداء فقد صار المال كله عينا ثلاثة للموصى لهما بينهما على سبعين فما أصاب خمسين لصاحب الربع وما أصاب عشرين للآخر؛ لأنه ازداد حق الموصى له بالربع، فإنه صار خمسين درهما وحق صاحب عشرين لم يزدد فتعاد القسمة فيما بينهما فاجعل كل عشرة سهما فصار سبعين بسبعة أسهم فصار ثلث ماله مقسوما ما بينهما على سبعة أسهم حالة اليسار سهمان لصاحب عشرين وخمسة لآخر وللمرأة ثمن الباقي مما عليها ويؤدي الفضل ويقسم ما أدت بين الابن والموصى لهما كما قسم الأصل.

(الفصل الثالث)

ولو ترك على أحد ابنيه ألف درهم وترك دارًا قيمتها ألف وأوصى لرجل بثلث ماله كان لصاحب الثلث ثلث الدار ولكل ابن ثلثها إلا أن القاضي يقول للمدين أدّ ثلثي الألف وإلا بعث ثلث الدار، وكذلك كل مكيل أو موزون سوى العين قبل هذا قولهما أن للقاضي بيع مال المدين المعسر فأمَّا في قول أبي حنيفة يحبس نصيب المدين من الدار حتى يبيع بنفسه أو يوفي الدين ولا يبيعه القاضي وقبل هذا قولهم

جميعا وهو الظاهر فلا يكون هذا حجرا عليه؛ لأنه كان محجورًا عن البيع قبل القبض؛ لأنه لم يثبت له إطلاق التصرف في التركة لقيام الدين عليه فبيع القاضي بغير رضاه لا يكون حجرا عليه بل يكون إيفاءً لما عليه من الدين رجل أعتق في مرضه عبدًا قيمته ثلاثمائة درهم وله على أحد ابنيه ثلاثمائة درهم وهو معسر يسعى العبد في نصف قيمته للابن غير المدين ويرجعان جميعا على المدين بمائة فتكون بينهما نصفين؛ لأن العتق في مرضه وصية فقد أوصى للعبد بجميع ماله العين فتجوز الوصية بقدر الثلث إذا لم يجز الورثة فيجعل المال العين وهو العبد على ثلاثة أسهم للعبد سهم ولكل ابن سهم ثم اطرح نصيب المديون يبقى سهمان فاجعل العبد على سهمين نصفه للعبد فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته وذلك مائة وخمسون لغير المدين ويحسب للمدين مما عليه مائة وخمسون فصار مال الميت عينا أربعمائة وخمسين وقد نفذنا الوصية في ثلثه وذلك مائة وخمسون وقد توى على المديون مائة وخمسون فلا يحسب من مال الميت ما دام معسرًا، فإذا أيسر المديون فقد جنى مال الميت مائة وخمسون يبرأ المديون عن خمسين وقد وصل إليه بالقسمة الأولى مائة وخمسون فقد تم نصيبه وذلك مائتان ويؤدّي مائة فيكون المؤدى بين العبد والابن الآخر نصفين تكميلا لحق كل واحد منهما في الثلث وإذا مات عن ابنين وعلى أحدهما مائة درهم دين وترك مائة عينا وترك ثوبًا يساوي خمسين وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالثوب فعند أبي حنيفة يقسم المائة العين والثوب بين الابن الذي لا دين عليه وبين أصحاب الوصايا على ستة وعشرين سهمًا فما أصاب خمسة لصاحب الثوب في الثوب ويضم ما في الثوب إلى المائة العين بين الموصى له بالثلث والابن غير المدين على أحد وعشرين ثمانية منها لصاحب الثوب وثلاثة عشر للابن غير المدين؛ لأنه اجتمع في الثوب وصيتان وصية بالجميع ووصية بالثلث فيجعل الثوب على ستة أسهم أربعة أسهم للموصى له بالثوب بلا منازعة؛ لأنه لم ينازعه في ذلك صاحب الثلث بقي سهمان استوت منازعتها فيهما فينصف بينهما فجعل لصاحب الجميع خمسه ولصاحب الثلث سهم ومتى جعل الثوب على ستة أسهم صارت المائة العين على اثني عشر

لأنها ضعف قيمة الثوب فيكون لصاحب الثوب ثلث ذلك وذلك أربعة وصار الثوب مع المائة العين ثمانية عشر سهما فيكون الخارج من الدين نصف ذلك وهو تسعة أسهم؛ لأنه متى كانت الوصية بالثلث كان المال بين الموصى له وبين الابنين أثلاثًا لكل واحد ثلثه فمتى كان المال العين ثمانية عشر كان الخارج من الدين تسعة فيكون للموصى له ثلث الخارج وذلك ثلاثة أسهم؛ لأن له ثلث كل مال فحصل له ثمانية أسهم سهم من الثوب وأربعة من المائة العين وثلاثة من الخارج من الدين فقد بلغ سهام الوصايا ثلاثة عشر فاجعل ثلث المال على ثلاثة عشر وصار الجميع سبعة وثلاثين ثلاثة عشر للموصى لها وستة وعشرين للابنين لكل ابن ثلاثة عشر ثم اطرح نصيب المديون وذلك ثلاثة عشرَ؛ لأن ما عليه أكثر ممَّا له تبقى ستة وعشرين فاجعل المائة العين والثوب كله على ستة وعشرين الثوب من ذلك على ثمانية أسهم وثلثي سهم؛ لأن قيمة الثوب قدر ثلثه وثلث ستة وعشرين ثمانية وثلثان فأعط الموصى له بالثوب من الثوب خمسة أسهم بقي من الثوب ثلاثة أسهم وثلثان فيضم إلى المائة العين وذلك سبعة عشر وثلث فصار أحد وعشرين فيقسم بين الموصى له وبين الابن غير المدين على ذلك ثمانية لصاحب الثوب وثلاثة عشر للابن غير المدين إلا أنه ينظر إلى ما حصل في أيديهما من الثوب فيقسم على أربعة وثلاثين ثمانية لصاحب الثوب وثلاثة عشر لغير المدين وثلاثة عشر يوقف للمديون، فإن أدى الدين سلم ذلك إليه وإلّا يباع عليه ويعطى ثمنه من الابن غير المدين، وإن أدى المدين الدين فقد يعين كل المال فيقسم على اثنين وأربعين سهما خمسة للموصى له بالثوب في الثوب ثم يضم باقي الثوب إلى باقي المال فيقسم على سبعة وثلاثين سهما تسعة منها لصاحب الثوب والباقي بين الابنين نصفين؛ لأن جميع مال الميت صار عينًا وذلك مائتان وخمسون فيجعل الثوب على ستة، خمسة منها للموصى له بالثوب وسهم للموصى له بالثلث ولما صار الثوب على ستة صارت المائتان أربعة وعشرين كل خمسين ستة أسهم ثلث ذلك للموصى له وذلك ثمانية فصار له تسعة فقد بلغ سهام الوصايا أربعة عشر خمسة للموصى له بالثوب وسبعة للموصى له بالثلث، فإذا لم يجز الورثة يجعل ثلث المال على مبلغ سهام

الوصايا وذلك أربعة عشر فصار الجميع اثنين وأربعين ثم الباقي على نحو ما ذكرنا وهذا قول أبي حنيفة وعندهما إذا لم يؤَدّ الابن ما عليه قسم الثوب والمائة العين عشرة سهمان للموصى له فالثوب والباقي من الثوب والمائة تقسم على ثمانية ثلاثة لصاحب الثوب وخمسة للابن غير المدين وتخريجه على سبيل العول والمضاربة أن الموصى له بالثلث يضرب بجميعه وذلك ثلاثة والموصى له بالثلث يصير بثلاثة وذلك سَهمٌ فصار الثوب على أربعة أسهم ومتى صَار الثوب على أربعة وقيمته خمسون صارت المائة العين على ثمانية للموصى له بالثلث ثلث ذلك وليس للثمانية ثلث صحيح فاضرب أصل المال كله وذلك اثنا عشر في ثلاثة فيصير ستة وثلاثين فهذا جميع المال العين ومائتين صار المال العين ستة وثلاثين والخارج من الدين نصف العين وذلك ثمانية عشرَ فيكون للموصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك ستة فقد بلغ سهام الوصايا ستة وعشرين فاجعل ثلث المال على قدر وصاياهم لا على مبلغ سهام الوصايا وقدر الوصايا خمسة أسهم؛ لأن وصيّة الموصى له بالثوب خمسون درهما ووصيّة الموصى له بالثلث خمسة وسبعون فاجعل كل خمسة وعشرين سهمًا فصار خمسون سهمين وخمسة وسبعون ثلاثة أسهم فيكون جميع ذلك خمسة أسهم فاجعل ثلث المال على خمسة فصارَ الجميع خمسة عشرَ ثم اطرح نصيب المديون وذلك خمسة أسهم فبقي عشرة فاجعل الثوب والمائة العين على عشرة سهمان منها للموصى له بالثوب والباقي من الثوب والمائة يقسم على ثمانية أسهم؛ لأن وصيَّة الموصى له بالثوب خمسون ووصيّة الموصى له بالثلث ثلث جميع المال وذلك ثلاثة وثمانون وثلث فاجعل كل ستة عشر وثلثي سهما فبلغ ذلك ثمانية أسهم وإذا صار ثلث المال على ثمانية صار الجميع أربعة وعشرين الثوب من ذلك خمسة وهو أربعة أسهم وأربعة أخماس سهم يبقى تسعة عشر وخمس سهم فهي المائتان كل مائة تسعَة وثلاثة أخماس في الثوب في أربعة أخماسه في بقيّة المال يبقى من الثوب أربعة أخماس سهم لكل ابن خمسان ويبقى من المال العين خمسة وخمس سهم وهو بين الابنين نصفان لكل ابن سبعة وثلاثة أخماس سهم فيحسب للمديون ممَّا عليه ويؤدي الفضل وذلك سهمان، فإذا أدى

يدفع إليه حصته من الثوب وذلك خمس الثوب فيصير له ثمانية أسهم وللابن الآخر مثل ذلك فاستقام الثلث والثلثان وإذا مات عن مائتي درهم عين وثلاثمائة دين على أحد ابنيه وكر حنطة يُسَاوي مائة وأوصى لرجل بالكرّ ولآخر بثلث المائتين العين وثلث الكرّ فعند أبي حنيفة رحمه الله يقسم المائتان العين والثوب على أربعة أسهم سهم للموصى له بالثوب في الثوب وسهم للموصى له بالثلث خمس ذلك في الثوب وأربعة أخماسه في الدراهم العين والباقي وهو مائة وأربعون من العين وعشرة من الثوب للابن الذي لا دين عليه وتوقف حصة المدين من الكرّ مما في يد أخيه حتى يبيعه القاضي أو يؤدّي ما لهم عليه؛ لأن الموصى له بالكر خمسة أسهم من ستة وللموصى له بالثلث من المال العين سهم من الكرّ وهو سدس الكرّ وإذا صار الكرُّ على ستَّة وقيمته مائة صارت المائتان العين على اثني عشر للموصى له بثلث العين ثلث ذلك وذلك أربعة أسهم ولا يكون له في الدين شيء؛ لأن وصيته مقيدة بالعين فقد بلغ سهام الوصايا عشرة أسهم وجميع المال ثمانية عشر الكر ستة والمائتان اثنا عشر فاجعل ثلث المال على مبلغ سهام الوصايا وذلك عشرة فصار الجميع بثلثين ثم اطرح نصيب المديون وذلك عشرة يبقى عشره فاقسم الكر والمائتين العين على عشرين فأعط للموصى له بالكرّ خمسة بقي من الكرّ سهم وثلثا سهم؛ لأن الكر قدر ثلث جميع المال وذلك ستة وثلثان فيضم الباقي من الكرّ إلى المائتين العين فأعط للموصى له بثلث العين خمسة أسهم سهمٌ في الكرّ وأربعة في المائتين بقي من المائتين تسعة وثلث؛ لأن المائتين كانت ثلاثة عشر وثلث وقد أخذ الموصى له أربعة بقي تسعة وثلث يضمُّ إليه ما بقي من ثلثي سهم من الكرّ فصارت عشرة أسهم فهو للابن غير المدين ويحسبُ للمدين مما عليه عشرة من عشرين سهما من ثلاثمائة؛ لأن المائتين لما صارت على ثلاثة عشر وثلث صار الدين وهو ثلاثمائة عشرين سهما، فإن خرج الدين أخذ الموصى له بالكرّ خمسة أسداسه والموصَّى له بالثلث سدسه وثلث المائتين العين عَلَى نحو ما مرَّ تخريجه، فإن قيل لا فائدة في توقيف نصيب المديون من الكرّ؛ لأنه متى أدَّى حصتهما مما عليه من الدين نصيب الثلاثمائة كلها عينا لما قلنا فيخرج الكرّ من ثلث ماله فلا

يكون له شيء من الكرّ فلا معنى للتوقيف والجواب عنه أن فائدة التوقيف شيئان أن يؤدي ما عليه فيأخذ الموقوف وأن يباع عليه نصيبه بمَا عليه من الدين متى لم يمكنه الأداء فهنا يفيد التوقيف فائدة البيع بدل منهما متى لم يمكنه الأداء فهنا يفيد التوقيف فائدة إن لم تفد الفائدة الأخرى وهي أخذ الموقوف عند الأداء ومتى دفع إليه نصيبه من الكرّ لا يمكنهما البيع عليه إلّا برضاه فكان التوقيف مفيدا.

(**المنتقى**): قال محمد رجل مات وترك ابنين لا وارث له غيرهما وترك ستة دراهم عينا وستة دينًا على أحد ابنيه وأوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بسدس العين يعطي لكل واحد من الموصى لهما درهمًا درهمًا وبقيت أربعة دراهم بين الاثنين فحصة الابن المديون بين الابن الآخر والموصى له بسدس المال على قدر ما بقي لهما وقد بقي للموصى له درهم وبقي للابن درهمان ونصف؛ لأن حق الموصى له بسدس المال في سدس العين وذلك سهم بقي تسعة دراهم بين الاثنين لكل واحد أربعة ونصف وقد وصل إلى الابن غير المدين درهمان بقي حقه في درهمين ونصف ووصل إلى الموصى له بالمال درهم بقي حقه في درهم فيقسم درهمين على ثلاثة ونصف وقد انكسر له بالمال بالنصف فأضعف ليزول الكسر فصار سَبْعة للموصى له سهمان وللابن خمسة.

ولو لم يوص لهذا ولكنه أوصى لرجل بثلث ماله إلا درهما، فإن يعطى بالوصية ثلث العين درهمين بقي أربعة بين الاثنين نصفان وارتجع درهم من الموصى له بالاستثناء فيكون خمسة بين الاثنين نصفين لكل ابن درهمان ونصف فيقسم حصَّة الابنين نصفين لكل ابن درهمان ونصف فيقسم حصَّة الابن المدين بين أخيه وبين الموصى له نصفين؛ لأنه بقي لصاحب الوصيّة درهمان وللابن غير المدين درهمان فيكون لكل واحد درهم وربع فصار لغير المدين ثلاثة وثلاثة أرباع درهم ولأخيه مثلهُمَا مما عليه وللموصى له درهمان وربع فجميع ذلك تسعة وثلاثة أرباع هذا المال العين والثلث منه ثلاثة دراهم وربع، فإذا رفعت منهَا درهما بالاستثناء بقي درهمان وربع حصة الموصى له ولو ترك اثني عشر عينا واثني عشر دينا على أحد ابنيه وأوصى لرجل بربع ماله إلا ثلاثة دراهم يدًا فيعطي للموصى له ثلث

العين ثلاثة دراهم ثم يسترجعها منها بالاستثناء فيعود الاثنا عشر كله بين الاثنين نصفين فحصة الابن المدين يقتسمهما أخوه والموصى له على سبعة ونصف للموصى له ثلاثة ولأخيه أربعة ونصف؛ لأنه بقي حق الموصى له في ثلاثة؛ لأن جميع المال العين والدين أربعة وعشرون فيكون ربعه ستة وقد استثنى منها ثلاثة وهو نصف الربع فصار كأنه أوصى بنصف ربع المال وذلك ثلاثة وحق كل واحد من الاثنين في عشرة ونصف وقد وصل إلى كل واحد ستة بقي كل واحد في أربعة ونصف والخارج من الدين ستة فيقسم على سبعة ونصف وقد انكسرَ بالنصف فأضعف ليزول الكسر.

(باب الوصيَّة بالعين والدين، والدين على الأجنبي)

(**المبسُوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في الوصية للأجنبي.

والثاني: في الوصية للغريم.

والثالث: في الوصيَّة لهما.

(الفصل الأول)

مات من مائة درهم عين ومائة درهم دين على أجنبي، فأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث العين اقتسمَا ثلث العين نصفين، فإن خرج من الدين خمسون ضمَّ إلى المائة العين وأخذ ثلث ذلك كله وهو خمسون بينهما على خمسة اثنان لصاحب العين وثلاثة لصاحب الثلث؛ لأنه اجتمعت في العين وصيتان بالثلث فيكون ثلثها بينهما نصفين، فإذا خرج من الدين خمسون فقد ازداد حق صاحب الثلث وقد صار حقه الآن خمسين فقد ازداد حقه فوجب إعادة القسمة؛ لأن القسمة إنما بقيت مستقيمة إذا بقيت الحقوق مستوية، فإذا ازداد بعض الحقوق بخروج الدين صارت القسمة جائرة غير عادلة فيجب إعادتها واستثناؤها وتخرج القسمة المستأنفة أنا نحتاج إلى فريضة لها ثلث ولثلاثة ثلثان؛ لأن الوصيّة لأحدهما بالثلث ولآخر بثلثي الثلث وأقل ذلك تسعة ثم خذ ثلثها وذلك ثلاثة وثلاثون ثلثها وذلك

سهمان فيصير كله خمسة، فإذا صار الثلث خمسة صَار الجميع خمسة عشرَ فيقسم ثلث ماله العين وذلك خمسون درهما؛ لأن ماله العين في الحال مائة وخمسون درهما فيكون ثلثه خمسين على خمسة ثلاثة أخماسه وثلاثة من ثلاثين لصاحب الثلث ثلثاه في العين وثلثا الدين وخمساه للموصى له بالعين كله في العين؛ لأن وصيته مقيدة بالعين وإن شئت قلت بأن الموصى له بالعين يأخذ وصيته وذلك سهمان من خمسة عشر؛ لأن وصيته مقيدة فتكون مقدمة على الوصيّة المطلقة ثم يقسم الباقي وهوَ ثلاثة عشر بين الموصى له بالثلث وبين الورثة ثلاثة للموصى له والعشرة للورثة؛ لأن وصيّة الموصى له بالثلث وصيَّةٌ مطلقةٌ فتكون كأحد الورثة، ولو أوصى بثلث العين لرجل وبثلث العين والدين لآخر اقتسما ثلث العين نصفين، فإن خرج من الدين خمسون اقتسما خمسين أثلاثًا عندهما وعند أبي حنيفة أخماسًا كما مرَّ وتخريجُه عنده أن الموصى له بثلث العين والدين موصى له بستة وستين وثلثي نصفه من الدين ونصفه من العين وستة وستين وثلثين أكثر من ثلث ماله العين للحال، فإن جميع ماله العين للحال مائة وخمسون والموصى له بأكثر من الثلث يضرب بقدر الثلث لا غير عنده وذلك خمسون وأقل حساب له ثلث ولثلثه ثلثان تسعة فثلثها ثلاثة وثلثا ثلثها سهمًا فيكون وباقي تخريجه على نحو ما مرَّ وعندهما الموصى له بأكثر من الثلث يضرب بجميع وصيته في الثلث ويضرب الموصى له بالعين بالعين والدين ستة وستين وثلثا أربعة أتساع ماله كل تسع ستة عشرَ وثلثين فيكون ثلاثة وثلاثين وثلث تسعين فاجعل تسعين سهما ليزول الكسر فصار أربعة أتساع سهمين فيكون ثلاثة فاجعل ثلث المال على ثلاثة، سهمان للموصى له بالعين والدين وسهم للموصى له بالعين بخلاف المسألة المتقدّمة، فإن ثمَّة الموصى له بثلث المال موصى له بخمسين درهما؛ لأنه لما توي ما بقي من الدين كانت وصيته خمسين فكذا إذا تأخر خروج الباقي من الدين فأما حق الموصى له المقيد لا تنقص عن ثلاثة وثلاثين وثلث في الخارج من الدين، وإن لم يخرج من الدين خمسون، فإذا لم ينتقص حقه عن ذلك كان حق الموصى له بالعين والدين للحال في ستة أثلاثًا، فإن أوصى بثلث العين لرجل وبثلث الدين لآخر لم يكن

لصاحب الدين شيء ما لم يخرج؛ لأنه وصيّته مقيدة بالدين فلا يكون له حق في العين كما لا يكون للآخر حق في الدين لما قيدت وصيته بالعين فصاحب العين لا يزاحمه أحد في العين وكان جميع ثلث العين له.

(الفصل الثاني)

مسائله على ثلاثة أقسام:

أحدها: فيما إذا لم يؤد الغريمان شيئًا من الدين.

والثاني: فيما إذا أدى أحدهما ما عليه.

والثالث: فيمَا إذا لم يخرج شيء من الدين.

أمّا **القسم الأول:** وإذا ترك مائة عينًا ومائتين على رجلين على كل واحد مائة ثم أوصى لرجل بثلث ماله ولكل واحد من الغريمين بما عليه قسم العين على ثلاثة لصاحب الثلث سهم وللورثة ما بقي عند أبي حنيفة وعندهما على سبعة لصاحب الثلث سهم؛ لأنه اجتمع في كل دين وصيتان وصيّة بالجميع ووصيّة بالثلث والقسمة في مثلَ هذا على المنازعة عند أبي حنيفة أصلها من ثلاثة والموصى له بالثلث لا يدعي إلا سهمًا فسلم سهمين لصاحب الجميع بلا منازعة وفي سهم الستة منازعتها فيه فيكون بينهما نصفين لا يستقيم فأضعف ليزول الكسر فصار ستة للموصى له بالدين خمسة وللموصى له بالثلث سهمٌ، فإذا صار كل دين على ستة صار العين على ستة وصار جميع المال ثمانية عشر فللموصى لهُ بالعين سهمان من العين وسهمان من الدين هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا فاجعل ثلث المال على مبلغ سهام الوصايا حالة الإجازة؛ لأن نصيب كل واحد منهم لم يتجاوز ثلث المال وسهام الوصايا حالة الإجازة أربعة عشر وإذا صار ثلث المال على أربعة عشر صار الجميع اثنين وأربعين فانحصر من نصيب الموصى له على ربعه ونصيبه أربعة من أربعة عشر فيكون ربعه سهما وانحصر من نصيب الورثة على ربعه وذلك سبعة من ثمانية وعشرين؛ لأن بينهما موافقة بالربع فتقسم العين على ثمانية سهم

للموصى له وسبعة للورثة، وكذلك اختصر من نصيب كل واحد من الغريمين على ربعه وذلك سهم وربع من خمسة.

وأما القسمة عندهما على طريق العول والمضاربة وهو أن يجعل كل مال على أربعة فصار أصل الفريضة اثني عشر فلصاحب العين ثلث كل المال وهو لا يخرج من أربعة فاضربه في اثني عشر فصار ستة وثلاثين كان لكل واحد من الغريمين ثلاثة صار مضروبًا في ثلاثة فصار له تسعة ولصاحب العين سهم صار مضروبا في ثلاثة فصار اثني عشر له ثلث ذلك وهو أربعة فقد ذهب بالوصايا ثمانية وعشرون وبقي للورثة ثمانية هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا فإنه يقسم الثلث بينهم على قدر وصاياهم وكل واحد موصى بالثلث فيجعل الثلث على ثلاثة والجميع على تسعة ولكل واحد من الوصايا سهم فاطرح نصيب الغريمين وذلك سهمان لأنهما استوفيا وصيتهما مما عليهما يبقى سبعة أسهم فاجعل العين على سبعة سبعٌ للموصى له بالثلث والباقي للورثة، فإذا صار العين على سبعة صار كل دين على سبعة لكل واحد من الغريمين سهم ويرد ستة أسهم إلى الورثة.

ولو أوصى لرجل بربع ماله والعين مائتان والمسألة بحالها تقسم العين على ثلاثة وعشرين لصاحب الربع ثلاثة عند أبي حنيفة ويحسب لكل واحد من الغريمين ثلاثة أسهم ونصف من ثلثين سهما من جمعي المال العين والدين ويؤديان الباقي يقسم على ثلاثة وعشرين عنده وعندهما لصاحب الربع سبع العين وتخريجه على قول أبي حنيفة أن يجعل كل دين على أربعة لحاجتك إلى الربع لصاحب الجميع ثلاثة بلا منازعة بقي سهم بينهما نصفين لا يستقيم فأضعفه فيكون ثمانية للموصى له بالدين سبعة وللموصى له بالربع سهم وإذا صار كل دين على ثمانية صار العين وهي مائتا درهم على ستة عشر للموصى له بالربع وربع ذلك وذلك أربعة فحصل له ستة ولكل واحد من الغريمين سبعة فحصلت الوصايا بعشرين من جملة المال وذلك اثنان وثلاثون هذا إذا أجازت الورثة وإن لم يجيزوا، فإنه يقسم الثلث على سهام الوصايا حالة الإجازة وذلك عشرون وإذا صار الثلث على عشرين صار الجميع ستين فاطرح من ذلك نصيب الغريمين وذلك أربعة عشر لأنهما قد

استوفيا حقهما يبقى ستة وأربعون فاجعل المال العين على ستة وأربعين للموصى له بالعين ستة وللورثة أربعون فاختصر من كل نصيب على نصفه؛ لأن بينهما موافقة بالنصف فيصير ثلاثة وعشرين للموصى له وثلاثة وللورثة عشرون، وكذلك اختصر من نصيب الغريمين على نصفه وذلك سبعة فيصير لكل واحد ثلاثة ونصف من أحد عشر ونصف؛ لأن كل دين كان على ثلاثة وعشرين، فإذا اختصرنا على نصفه يكون أحد عشر ونصف وتخريجها على قولهما أن أصل الفريضة أربعة فالموصى له بالجميع يضرب بالأربعة وصاحب الربع يضرب بسهم فيصير كل دين على خمسة لكل واحد من الغريمين أربعة ولصاحب الربع سهم، فإذا صار كل دين على خمسة صارت العين على عشرة لصاحب الربع ربع ذلك فانكسر فأضعف أصل الفريضة وهو عشرون فيكون أربعين كان لكل واحد من الغريمين أربعة فضعفناه فصار لكل واحد ثمانية وكان لصاحب الربع سهم من كل دين ضعفناه فصار سهمين فالمنكسر كان عشرة أضعفناه فصار عشرين لصاحب الربع ربع ذلك وهو خمسة والباقي للورثة هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا فالثلث بينهم أثلاثًا فصار الجميع على تسعة ثم اطرح نصيب الغريمين وهو سهمان فيبقى سبعة فتقسم العين من الورثة وصاحب الربع على سبعة سهم لصاحب الربع والباقي للورثة.

ولو أوصى لكل غريم بنصف ما عليه وأوصى لرجل بخمس ماله والمسألة بحالها قسم العين على أربعة وأربعين لصاحب الخمس ثمانية وبحسب المغرمين وصيتهما مما عليهما عشرة أسهم من أربعة وخمسين سهما من جميع المال وهذا قولهم جميعًا وهذا المال لا يقسم على طريق المنازعة ولا على القول والمضاربة؛ لأن القول والمنازعة إنما يحتاج إليهما عند المزاحمة والمضايقة ولا ضيق هنا في التركة، فإن وصية كل واحد منهما بكمالها يخرج من المائة ولكن يجعل كل دين على عشرة لحاجتك إلى حساب له نصف وخمسون وله عشرة وخمسة للغريم وسهمان لصاحب الخمس وعلى كل واحد من الغريمين أن يؤدي ثلاثة أسهم من عشرة من ماله إلى الورثة وإذا صار كل دين عشرة صار العين عشرين والجميع أربعون فلصاحب الخمس خمس مائتي العين وهو أربعة فحصل له ثمانية أربعة من

العين وأربعة من الدين ولصاحب النصف عشرة لكل واحد خمسة فقد نفذنا الوصية في ثمانية وعشرين وبقي للورثة اثنان وعشرون هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا جعل ثلث المال على سهام الوصايا وذلك ثمانية عشر، فإذا صار الثلث ثمانية عشر صار الثلثان ستة وثلاثين والكل أربعة وخمسين فاطرح نصيب الغريمين وذلك عشرة بقي أربعة وأربعون فتقسم العين بين الورثة والموصى له بالخمس على أربعة وأربعين لصاحب الخمس ثمانية والباقي للورثة فإن شئت اختصرت من نصيب الموصى له بالخمس على نصفه وهو أربعة ومن نصيب الورثة على نصفه وذلك ثمانية عَشَر ومن نصيب الغريمين على نصفه وذلك خمسة فيصير الكل سبعة وعشرين فاطرح نصيب الغريمين وذلك خمسة يبقى اثنان وعشرون فتقسم العين بين صاحب الخمس والورثة على اثنين وعشرين أربعة للموصى له وثمانية عشر للورثة فقد نفذنا الوصية في تسعة فاستقام الثلث والثلثان وصار كل دين على أحدَ عشر على طريقة الاختصار لكل واحد من الغريمين سهمان ونصف مما عليه وعليه أداء الباقي وذلك ثمانية ونصف، ولو كان العين مائة وأوصى لكل واحد من الغريمين ثمانين درهما مما عليه ولرجل بثلث ماله قسم العين على ثلاثة وثمانين لصاحب الثلث ثمانية عشر وللغريمين مما عليهما اثنان وعشرون من مائة وخمسة أسهم من جميع المال وعندهما تقسم العين على اثنين وستين عشرة لصاحب الثلث وللغريمين مما عليهما ستة عشر من ثمانية وسبعين من جميع المال.

أما تخريج أبي حنيفة على طريق المنازعة أن يجعل كل دين على خمسة عشر لحاجتك إلى النصف والثلث وأقله خمسة عشر والغريم يدعي من ذلك اثني عشر؛ لأن وصيته في أربعة أخماس مائة وصاحب الثلث يدعي خمسة والغريم يقرّ ويدعي سبعة فتكون له بلا منازعة بقي ثمانية من خمسة عشر استوت منازعتها فيه؛ لأن كل واحد منهما يدعي من ذلك خمسة فتكون بينهما نصفين لكل واحد أربعة فحصل للغريم مرة سبعة ومرَّة أربعة فصار له أحد عشر ولصاحب الثلث أربعة، وكذلك المائة العين صارت على خمسة عشر لصاحب الثلث ثلثه وهو خمسة فقد حصل من الدينين ثمانية أسهم من كل دين أربعة ومن العين خمسة فحصل له ثلاثة عشر

ولكل واحد من الغريمين أحد عشر فيكون لهما اثنان وعشرون فيضم إليه ثلاثة عشر فيصير كله خمسة وثلاثين وهذا سهام الوصايا متى أجازت الورثة وإن لم يجيزوا فإنه جعل ثلث المال على ذلك السهام؛ لأن نصيب كل واحد حالة الإجازة لم يجاوز الثلث فأعط لكل واحد من ثلث المال مثل ما أعطيته حالة الإجازة من جميع المال وإذا صار ثلث المال على خمسة وثلاثين صار الجميع مائة وخمسة أسهم ثم اطرح نصيب الغريمين وذلك اثنان وعشرون يبقى ثلاثة وثمانون فاقسم المائة العين بين صاحب الثلث وبين الورثة على ثلاثة وثمانين ثلاثة عشر لصاحب الثلث وسبعون للورثة وإذا صار العين على ثلاثة وثمانين صار كل دين على ثلاثة وثمانين لكل غريم أحد عشرَ وعليه أداءُ الباقي وذلك اثنان وسبعون.

وأمَّا تخريجهما على طريقة القول والمضاربة أن يضرب كل غريم باثني عشر وصاحب الثلث يضرب بخمسة فيصير كله سبعة عشر فصار كل دين على سبعة عشر والعين كذلك فصار كل المال أحد وخمسون لصاحب الثلث ثلاثة وهي لا تخرج من سَبْعَة عشر فاضرب أصل الفريضة وهي أحد وخمسون في ثلاثة فصار مائة وثلاثة وخمسين فمنها يخرج المسألة، وإن لم يجيزوا يقسم الثلث على قدر وصاياهم فيقول الموصى له بالثلث موصى بمائة لأنها ثلث ماله وكل واحد من الغريمين موصى له بأربعة أخماس المائة فانكسرت المائة بالأخماس فاجعل المائة على حساب له خمس وأقله خمسة فصاحب الثلث يضرب بخمسة وكل واحد من الغريمين بأربعة فيصير كله ثلاثة عشر ومتى صار المال ثلث المال على ثلاثة عشر صار الجميع على تسعة وثلاثين فاطرح من ذلك نصيب الغريمين وذلك ثمانية يبقى أحد وثلاثون فيقسم العين على أحد وثلاثين لصاحب الثلث خمسة والباقي للورثة وإذا صارت العين على أحد وثلاثين صار كل دين كذلك لكل غريم أربعة أسهم من أحد وثلاثين مما عليه ويؤدي الباقي فهذا التخريج على النصف مما خرجه محمد.

(القسم الثاني)

ولو أوصى لكل غريم بما عليه ولرجل بثلث ماله فأدّى أحد الغريمين ما عليه

ومات الآخر قسم العين وما أدى على سبعة وثلاثين خمسة أسهم للذي أدَّى مما أداه وما بقيَ قسم بين الورثة وصاحب الثلث على ثمانية له سهم ولهم سبعة ويحسب للغريم الميت مثل ما أصاب الحي، وهذا قول أبي حنيفة.

وعندهما: يقسم المؤدي والمائة العين على ثمانية سهم للذي أدَّى وسهمٌ لصاحب الثلث وستة للورثة ولم يذكر قولهما في الكتاب.

أمَّا تخريجه عنده أن يجعل أصل الفريضة من ثلاثة ويجعل المائة المؤداة على ثلاثة أسهم فالغريم المؤدي يدعي كلها وصاحب الثلث يدعي ثلثها فيسلم للغريم سهمين بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتها فيه فينصف بينهما فأضعف ليزول الكسر فصار ستة للغريم خمسة ولصاحب الثلث سهم ولما صارت المائة المؤدّاة على ستة المائة العين على ستة لصاحب الثلث ثلثها وذلك سهمان وصارت المائة الدين على الميت المفلس كذلك على ستة للميت ممّا عليه خمسة مثل ما حصل للمؤدي وسهم من ذلك قد توى لا يحتسب من مال الميت فصار جميع سهام الوصايا أربعةَ عشرَ خمسة للمؤدي وخمسة للميت وأربعة لصاحب الثلث سهمان من العين وسهم من المائة المؤدّاة وسهم من المائة الباقية على الميت إلا أن سهما من هذه الأربعة تاوي والحاصل له ثلاثة أسهم فقد بلغ سهام الوصايا أربعة عشرَ فالمال كله سبعة عشرَ؛ لأن سهما مما على الميت تاوي فلا يحسب من مال الميت بهذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا يقسم المال على سهام الوصايا حالة الإجازة؛ لأن نصيب كل واحد لم يجاوز ثلث المال فصار ثلث المال على أربعة عشر وصار الجميع اثنين وأربعين فاطرح نصيب الميت؛ لأنه يستوفي وصيته مما عليه وذلك خمسة ولا يطرح نصيب المؤدي؛ لأنه أدّى ما عليه فيبقى سبعة وثلاثون فاجعل المائتين العين على سبعة وثلاثين فأعط للمؤدي من المائة المؤداة خمسة وما بقي من المؤداة يضمّ إلى المائة العين في الأصل فيقسم بين صاحب الثلث وبين الورثة على اثنين وثلاثين لصاحب الثلث أربعة والباقي للورثة.

ومحمد قسم الباقي من المائتين بين الورثة وصاحب الثلث على ثمانية سهم لصاحب الثلث وسبعَة للورثة؛ لأن بين نصيبهمَا موافقة بالربع، فإن نصيب صاحب

الثلث أربعة ونصيب الورثة ثمانية وعشرون ولكل واحد ربع صحيح فانحصر من نصيب كل واحد على ربعه من نصيب الورثة على سبعة ومن نصيب صاحب الثلث على سهم فصار ثمانية فيقسم الباقي على ذلك.

وأما تخريجهما على العول والمضاربة أنَّ المؤدي يضرب بثلاثة وصاحب الثلث بسهم فيقسم المائة المؤدّاة بينهما على أربعة وصاحب الثلث ثلاثة وهي لا تخرج من أربعة فاضرب ثمانية فصار أربعة وعشرين للمؤدي تسعة أسهم كلها في المائة المؤداة ولصاحب الثلث سبعة ثلاثة أسهم في المائة المؤداة وأربعة من المائة العين الأصليّة وذلك ثلثيها فصار له، وكذلك المائة التاوية على الميت صارت اثني عشر وقد صار مستوفيا من وصيته منها تسعة مثل ما استوفى المؤدي ويؤدي ثلاثة مما عليه فبلغ سهام الوصايا خمسة وعشرين ثمانية عشر للغريمين وسبعة لصاحب الثلث هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا يقسم الثلث على قدر وصاياهم لا على سهام وصاياهم حالة الإجازة والوصايا ثلث وثلث وثلث فاجعل ثلث المال على ثلاثة أسهم فصار تسعة فاطرح نصيب المتوفى وذلك سهم بقي ثمانية واقسم المائتين والعين بين الموصى لهما وبين الورثة على ثمانية لكل واحد من الموصّى لهما سهم وسهم وللورثة ستة ولو لم يوص بالثلث بالربع وأدى أحدهمَا اقتسما على سبعة وأربعين للمؤدي سبعة من المائة المؤداة وما بقي على عشرة واحد لصاحب الربع وتسعة للورثة أصل الفريضة من أربعة ثلاثة أسهم للغريم المؤدي بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهمَا فيه فينصف بينهما فأضعفه فصار ثمانية للمؤدي سبعة ولصاحب الربع سهم، وكذلك المائة العين صارت على ثمانية لصاحب الربع ربعه وذلك سهمان وصارت المائة التي على الميت كذلك ثمانية وقد استوفى منهما نصيبه سبعة وتوى سهم فقد بلغ سهام الوصايا ثمانية عشرَ أربعة عشرَ للغريمين وأربعة لصاحب الربع إلا أنه حصل له ثلاثة وتوى سهم وأنه أكثر من الثلث؛ لأن المال القائم ثلاثة وعشرون فيقسم كذلك إن أجازت الورثة وإن لم يجيزوا يجعل ثلث المال على سهام الوصايا وهي ثمانية عشر فصار جميع المال أربعة وخمسين فاطرح نصيب المتوفى وذلك سبعة يبقى سبعة وأربعون فاجعل

المائتين على سبعة وأربعين للمؤدي سبعة في المائة المؤدّاة يبقى أربعون لصاحب الربع أربعة وللورثة ستة وثلاثون فاختصر من نصيب واحد على ربعه؛ لأن بين نصيبهما موافقة بالربع فعاد إلى العشرة أسهم سهم لصاحب الربع وتسعة للورثة.

وأمَّا تخريجهما على العَول والمضاربة أصلها من أربعة فالمؤدي يضرب بأربعة وصاحب الربع يضرب بسهم فتصير المائة الموفاة على خمسة وصارت المائة العين الأصليَّة أيضا على خمسة لصاحب الربع ربعه وهو لا يخرج من خمسة فاضرب أصل الفريضة وهيَ عشرة في أربعة فصار أربعين كل مائة عشرون للمؤدي أربعة أخماس المائة المؤداة وذلك ستة عشر ولصاحب الربع خمسها وذلك أربعة فحصل لصاحب الربع أربعة من المائة المؤداة وخمسة من المائة العين فصار له تسعة والمائة الباقية على المتوفى فقد صار هو مستوفيا نصيبه ممّا عليه ستَّة عشرَ ويؤدي أربعة فقد بلغ سهام الوصايا أحدًا وأربعين ستة عشر لكل واحد من الغريمين ولصاحب الربع تسعة هذا إذا أجازوا الورثة، فإن لم يجيزوا يقسم الثلث على قدر الوصايا والوصايا أحد عشرَ؛ لأن احتجنا إلى فريضة لها ثلث وثلث وأقلها اثنا عشر يضرب كل واحد من الغريمين بالثلث وذلك أربعة وصاحب الربع بثلاثة فاجعل ثلث المال على أحد عشرَ والجميع على ثلاثة وثلاثين فاطرح من ذلك نصيب المتوفى وذلك أربعة بقي تسعة وعشرون فاجعل المائتين على تسعة وعشرين للمؤدي أربعة ولصاحب الربع ثلاثة والمتوفى قد صار مستوفيا أربعة فحصل الوصايا في أربعة عشر يبقى اثنان وعشرون للورثة فاستقام الثلث والثلثان، فإن شئت قلتَ اجتمع في المال ثلث وصَايَا ثلث وثلث وربع وثلث المال مائة والربع خَمْسَة وسبعين فصَارَ موصيًا لكل واحد من الغريمين بمائة ولصاحب الربع خمسة وسبعون وذلك ثلاثة أربع المائة فانكسر بالأرباع فاجعل كل مائة على أربعة فيضرب كل واحد من الغريمين بأربعة وصاحب الربع بثلاثة فيكون كله أحدَ عشرَ فيجعل الثلث على ذلك وباقي التخريج على ما مرَّ.

(وأمَّا القسم الثالث)

ولو أوصى لأحدهما بثلث المال ولآخر بما عليه ولأجنبي بربع العين ولم

يخرج من الدين شيء وقسم العين بين صاحب الربع والورثة على ثمانية وتسعين لصاحب الربع ستَّة والباقي للورثة عنده وعندهما تقسم العين على تسعة عشر سهم لصاحب الربع وثمانية للورثة أما تخريجه على سبيل المنازعة أنه اجتمع في الدين وصيتان وصيَّة بالجميع ووصيَّة بالثلث وهو لا يتسع لهما واجتمع في العين وصيتان وصية بالثلث ووصيَّة بالربع فاحتجنا إلى فريضة لها ثلث وربع فأقلُّها اثنا عشر فاجعل العين على اثني عشر فأعط لكل واحدٍ من الموصَّى لهما وصيته بكمالها إن أجازت الورثة؛ لأن العين بقي بهما وإذا صار العين على اثني عشر يجعل الدين الموصى بجميعه على اثني عشر، وإن كان يخرج من ستة ليصير الحساب كله من جنس واحد فيقسم الدين على المنازعة فالموصى له بالجميع يدّعي الكل وصاحب الثلث يدعي أربعة فيعطى لصاحب الجميع ثمانية بلا منازعة بقي أربعة استوت منازعتهما فيها فتنصفت بينهما فصار للموصى له بالجميع عشرة ولصاحب الثلث سهمان ومن الدين الموصى بثلثه لصاحب الثلث أربعة وثمانية للورثة ويقسم المائة العين لصاحب الربع ربع اثني عشر وذلك ثلاثة ولصَاحب الثلث أربعة لا يعطى له بل يجعل قصاصا بما عليه؛ لأن ما عليه من الدين أكثر فحصل لصاحب الجميع عشرة ولصاحب الثلث عشرة مرَّة سهمان من دين صاحبه ومرّة أربعة من دين عليه وصية له بها ومرّة أربعة من دين عليه عوضا عن الأربعة التي له من العينِ ولصاحب الربع ثلاثة أسهم من العين فقد بلغ سهام الوصَايَا ثلاثة وعشرين وجميع المال القائم وقت القسمة اثنان وثلاثون عشرون من الدينين صار عينا واثنا عشر هي المائة العين وأربعة أسهم قد توي من المدينين هذا إذا أجازت الورثة، فإن لم يجيزوا يجعل ثلث المال ثلاثة وعشرين وصار الجميع على تسعة وستين ثم اطرح نصيب الغريمين لأنهمَا استوفيا نصيبهما مما عليهما وهو عشرون يبقى تسعة وأربعون فاجعل كل مائة على تسعة وأربعين فاقسم بين الورثة وبين الموصى له لصاحب الربع ثلاثة هي المائة العين والباقي للورثة.

وأمّا تخريجهما على العول والمضاربة وهو أن الوصايا ثلاثة كل وثلث وربع ثلث فيجعل المائة للعين على أربعة لحاجتك إلى الربع عنهما فصار كل دين أيضًا

على أربعة فصاحب الجميع يضرب بأربعة والموصى له بثلث المال يضرب بأربعة؛ لأن ثلث المال أربعة وصاحب الربع بسهم فيكون كله تسعة فيجعل ثلث المال تسعة فصار الجميع سبعة وعشرين ثم اطرح نصيب الغريمين وذلك ثمانية يبقى تسعة عشر فاجعل المائة العين على تسعة عشرَ سهم منها لصاحب الربع وثمانية عشرَ للورثة ويقسم كل دين على تسعة عشر وقد استوفى كل واحد من وصية مما عليه أربعة فعليه أن يؤدي الباقي وذلك خمسة عَشرَ، فإن أدَّى الموصى له بثلث المال ما عليه وتوى ما على الآخر قسم العين والدين على مائة وثمانية عشر ستَّة لصاحب الربع وقسم ما بقي على مائة واثني عشر لصاحب الجميع ثلث المال عشرون وما بقي فللورثة وتخريجه أن سهام الوصايا ثلاثة وعشرون لصاحب الجميع عشرة ولصاحب الربع ثلاثة كما وصفنا فيجعل ثلث المال على ثلاثة وعشرين وصاحب الجميع على تسعة وستين فاطرح نصيب صاحب الجميع؛ لأنه استوفاه ممَّا عليه ولا يطرح نصيب صاحب الثلث؛ لأنه أدى جميع مَا عليه فيبقى تسعة وخمسون لصاحب الثلث عشرة ولصاحب الثلث ثلاثة والباقي للورثة فقد خرجنا المسألة على نصف ما خرجها محمد رحمه الله وأمَّا تخريجهما، فإنه يجعل ثلث المال على قدر وصاياهم ثلث وثلث وربع ثلث فيصير كله تسعة فاجعل الثلث على تسعة فصار الجميع على تسعة وعشرين ثم اطرح نصيب الموصى له بالدين يبقى ثلاثة وعشرون لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع سهم يبقى ثمانية عشر للورثة، وإن خرج الدين كله قسم المال كله على تسعة وستين ثلاثة لصاحب الربع وعشرة للموصى له بما عليه فيما أدّى وعشرة لصاحب الثلث فيما بقي وستة وأربعون للورثة وعندهما يقسم المال على سبعة وعشرين لكل واحدٍ من الغريمين أربعة ولصاحب الربع سهم وللورثة ثمانية عشر أما تخريجه لأبي حنيفة أن سهام الوصايا حالة الإجازة ثلاثة وعشرون والكل على تسعة وستين فيعطى للموصى له بما عليه عشرة من المائة المؤداة آخرًا ويعطى لصاحب الثلث سهمان من المؤداة آخرًا وأربعة من المؤداة أولًا ويعطى لصاحب الثلث سهمان من المؤداة آخرًا أو أربعة من المؤداة أولًا وأربعة من المائة العين ولصاحب الربع ثلاثة من المائة العين

ولا حاجة إلى الطرح هاهنا؛ لأن المال صار كله عينا فأما التخريج لهما أن جميع الوصايا تسعة أسهم لما بينا فيجعل الثلث على تسعة والجميع تسعة وعشرون فلصاحب الجميع أربعة من الدين المؤدَّاة آخرًا ولصاحب الربع ثلاثة من المائة العين وباقي المال ينقسم على اثنين وعشرين سهما أربعة لصاحب الثلث وثمانية عشر للورثة.

ولو توى ما على صاحب الثلث وخرج ما على الآخر قسما على تسعة وخمسين لصاحب الربع ثلاثة من العين وللمؤدي عشرة من المائة المؤدّاة يبقى ستة وأربعون للورثة، وتخريجه أنه يجعل ثلث المال على مبلغ سهام الوصايا حالة الإجازة وذلك ثلاثة وعشرون فصار الجميع على تسعة وستين فاطرح من ذلك نصيب صاحب الثلث لا غير يبقى تسعة وخمسون وباقي التخريج على ما مرّ.

ولو أوصى لرجل بثلث العين ولرجل بربع إحدى المائتين الدين ولآخر بخمس المائة الأخرى، وأوصى لكل غريم بما عليه قسم العين على خمسمائة وستة وأربعين أربعون لصاحب ثلث العين وما بقي فللورثة؛ لأنه أوصى بخمس وصايات ثلث وثلث وربع الثلث وخمس الثلث وأقل حساب يخرج منه هذه الوصايا ستون فصار كل مائة ستين تبدأ بقسمة الدين فقد اجتمع في إحدى المائتين وصيتان وصيَّة بالجميع ووصيّة بالربع وفي الأخرى اجتمع فيهمَا وصيتان جميع وخمس أمَّا التي فيها وصيّة بالربع تقسم على المنازعة فصاحب الجميع يدعي الكل وصاحب الربع يدعي الربع وذلك خمسة عشرَ فيكون خمسة وأربعين لصاحب الجميع بلا منازعة؛ لأنه نفوذ بدعواه بقي خمسة عشرَ استوت منازعتهما فيها فتنصفت بينهما فانكسر بالنصف فأضعف فصار مائة وعشرين فصار كل مائة كذلك فصار نصيب صاحب الجميع بالتضعيف تسعين والمنكسر صار ثلاثين لكل واحد منهما خمسة عشَرَ لصاحب الجميع مائة وخمسة ولصاحب الربع خمسة عشرَ.

وأمَّا قسمة الدين التي فيها وصية بالخمس فقد اجتمع وصيتان وصيّة بالجميع ووصيَّة بالخمس ولا منازعة لصاحب الخمس فيما زاد على أربعة وعشرين من مائة وعشرين فيكون لصاحب الجميع بلا منازعة وذلك ستَّة وتسعون بقي أربعة وعشرون استوت منازعتهما فيها فتنصفت بينهما، لكل واحد اثنا عشر.

وأمَّا قسمة العين لصاحب الثلث ثلاثة وذلك أربعون ولا شيء لواحد من أصحاب الوصايا في العين سوى صاحب الثلث؛ لأن وصيتهما مقيدة بالدين فبلغ سهام الوصايا مائتين وثلاثة وخمسين مائة وخمسة لصاحب الجميع ومائة وثمانية للموصى له بالخمس وأربعون للموصى له بالثلث إلا أن وصيّة الموصى له بالربع والخمس غير معتبرة في حق الاستحقاق؛ لأنه لم يخرج شيء من الدين الذي فيه وصيته يمكنه قبضه واستيفاؤه إنما اعتبرت ليظهر نصيب الموصى له بالجميع وإذا لم يعتبر وصيتهما في حق الاستحقاق بلغ سهام الوصايا في حق الاستحقاق مائتين وثلاثة وخمسين ونصيبهما على الغريمين إلى وقت الميسرة هذا إذا أجازت الورثة وإن لم يجيزوا يجعل ثلث المال على سهام الوصَايَا وهي مائتان وثلاثة وخمسون فصار الجميع سبعمائة وتسعة وخمسين فاطرح من ذلك نصيب الغريمين وذلك مائتان وثلاثة وعشرون يبقى خمسمائة وستة وأربعون واقسم المائة العين على ذلك للموصى له بالثلث أربعون والباقي للورثة، فإن خرجت المائة التي أوصى بربعها قسمت مع المائة العين على ستمائة وستة وتسعين أربعون منها لصاحب ثلث العين ولصاحب الربع خمسة عشر وللموصَّى له بتلك المائة مائة وخمسة؛ لأن سهام الوصايا مائتان وثلاثة وخمسون وقد انضمّ إليه نصيب صاحب الربع خمسة عشر فصارت مائتين وثمانية وستين فاجعل ثلث المال على ذلك السهام وصار الجميع ثمانمائة وأربعة أسهم فاطرح نصيب الذي لم يؤد وذلك مائة وثمانية تبقى ستمائة وستة وتسعون فاقسم المائتين العين على ذلك.

ولو خرج الدين كله قسم المال كله على ثمانمائة وأربعين سهمًا أربعون منها لصاحب ثلث العين وخمسة عشر لصاحب ربع المائة الدين ولصاحب تلك المائة خمسة ولصاحب الخمس اثنا عشر ولصاحب تلك المائة مائة وثمانية والباقي للورثة عند أبي حنيفة؛ لأن سهام الوصايا في هذه الحالة مائتان وثمانون؛ لأنه انضمَّ إليه نصيب صاحب الخمس اثنا عشرَ وإذا صار ثلث المال مائتين وثلاثين صار الجميع ثمانمائة وأربعين وعندهما إن لم يخرج من الدين شيء قسمت العين على ثلاثمائة لصاحب ثلث العين عشرون من ذلك والباقي للورثة، فإن خرجت المائة

التي أوصى بربعها قسمتا على أربعمائة وخمسة منها عشرون لصاحب ثلث العين وخمسة عشر لصاحب ربع المائة الدين وستون للذي أدَّى وما بقي للورثة، وإن خرج الدين كله قسم المال كله على خمسمائة وسهم واحد وعشرون لصاحب ثلث العين وخمسة عشر لصاحب ربع العين ومائة وعشرون للغريمين بينهما واثنا عشر لصاحب الخمس؛ لأن مخرج هذه الوصايا ستون فالقسمة عندهما على طريق العول وهو أن سهام الوصايا حالة الإجازة مائة وأربعون فاجعل ثلث المال على مائة وأربعين فصار الجميع مائة وعشرين ثمَّ اطرح نصيب الغريمين وذلك مائة وعشرون يبقى ثلث المائة فاجعل المائة العين على ثلث المائة لصاحب ثلث العين من ذلك عشرون والباقي للورثة، فإن خرجت المائة التي أوصى بربعها يضم المائة المؤدَّاة إلى المائة العين فصار مائتين تُقسم المائتان على أربعمائة وخمسة؛ لأن سهام الوصايا قبل خروج دين هذه المائة مائة وسبعة وستون فكذا بعد الخروج ثم اطرح نصيب الموصى له بخمس الدين وذلك اثنا عشر يبقى مائة وخمسة وخمسون فيجعل ثلث المال على ذلك وصار الجميع أربعمائة وخمسة وستين فاطرح نصيب الذي لم يؤد وذلك ستون ولصاحب ربع الدين خمسة ولصاحب العين عشرون، فإن خرج الدين كله فمبلغ سهام الوصايا مائة وسبعة وستون فلم يختلف الجواب في هذا فيقسم ثلث المال على قدر وصاياهم كما وصفنا، ولو لم يوص هكذا ولكنه أوصى لكل غريم بما عليه ولرجل بثلث ماله ولآخر بربع الدين كلّه ولم يخرج من الدين شيء قسم العين عند أبي حنيفة على خمسمائة وتسعين لصاحب ثلث المال سبعون ويمكن تخريجه من خمس ما ذكرنا وذلك مائة وثمانية عشرَ وهو أن يجعل كل دين على اثني عشر لحاجتك إلى الثلث والربع وأقل تخريجه اثنا عشر فصاحب الجميع تفرد بدعوى ثمانية؛ لأنه لا ينازعه أحد فيها فيكون له بلا منازعة بقي أربعة أسهم منها استوت فيه منازعته ومنازعة صاحب الثلث فينصف بينهما فانكَسَر بالنصف فأضعفه فصار كل دين على أربعة وعشرين لصاحب الجميع ستة عشرَ بلا منازعة أحد وسهم واحد من المنكسر الذي أضعفناه فصار له سبعة عشرَ ولصاحب الثلث بقي ستة أسهم استوت منازعة الكل فيه وكان بينهم أثلاثًا لكل

واحد سهمان فحصل لصاحب الجميع تسعة عشرَ ولصاحب الثلث ثلاثة ولصاحب الربع سهمان، وكذلك يقسم الدين الثاني فحصل للغريمين ثمانية وثلاثون لكل واحد تسعة عشر ولصاحب الثلث ستة ولصاحب الربع أربعة بقيت المائة للعين فيجعل على أربعة وعشرين، فإن لم يكن إلى ذلك حاجة ليصير الحساب من جنس واحد لصاحب الثلث ثلاثة ثمانية وقد حصل له من الدين ستة فصار أربعة عشر فبلغ الوصايا ستة وخمسين ثم اطرح نصيب الموصى له بالربع؛ لأن وصيته في الدين لا في العين ولم يخرج من الدين شيء يبقى اثنان وخمسون فمبلغ الوصايا حالة الإجازة فصار جميع المال مائة وستة وخمسين فاطرح نصيب الغريمين وذلك ثمانية وثلاثون يبقى مائة وثمانية عشر فاجعل المائة العين على مائة وثمانية عشرَ أربعة عشر من ذلك لصاحب ثلث المال ومائة وأربعة للورثة. ومحمد ضرب مائة وثمانية عشر في خمسة، فإن لم يقع الكسرُ في أنصباء الوصايا؛ لأنه يحتمل أنه يقع الكسرُ فيما بقي للورثة من مائة وأربعة أسهم بالخمس بأن كان ورثة الميت خمسة بنين أو خمسة إخوة فينكسر بالخمس فضرب ما بقي في خمسة ليزول الكسرُ فصار خمسمائة وتسعين، فإن خرجت إحدى المائتين قسمت مع المائة العين على سبعمائة وخمسة عشر للمؤدي خمسة وتسعون ولصاحب الربع عشرة ولصاحب الثلث سبعون وما بقي فللورثة؛ لأن سهام الوصايا قبل خروج هذا الدين اثنان وخمسون وقد خرج نصف حق الموصى له بالربع فيكون له من ذلك سهمان فيزاد على اثنين وخمسين فاطرح من ذلك نصيب الذي لم يؤد لا غير وذلك تسعة عشر تبقى مائة وثلاثة وأربعون فاقسم المائتين العين على ذلك ممَا أصاب سهمين فهو لصاحب الربع كله في المائة المؤداة وما أصاب تسعةَ عشرَ فهو للمؤدي كله في المائة المؤدَّاة وما بقي من المائة المؤداة يضمُّ إلى المائة العين فيقسم بين الورثة والموصَّى له بثلث المال على مائة واثنين وعشرين أربعة عشرَ للموصى له ومائة وثمانية للورثة فاستقام الثلث والثلثان، فإن خرج الدين كله قسم المال على مائة وأربعين عشرونَ لصاحب الربع ومائة وتسعة للغريمين بينهما وسبعون لصاحب الثلث؛ لأنه متى خرج الدين كله لا يطرح شيءٌ من سهام الوصايا فقد بلغ سهام

الوصايا ستة وخمسين ثم يقسم المال على نحو ما ذكرنا وعندهما إن لم يخرج من الدين شيء قسم العين على سبعة واحد لصاحب الثلث وستة للورثة؛ لأن عندهما القسمة على العول على قدر وصاياهم والوصايا ثلث وثلث وثلث فاجعل ثلث المال على ثلاثة فصار الجميع على تسعة فاطرح نصيب الغريمين يبقى سبعة فاجعل المائة العين على سبعة سهم للموصى له بالثلث والباقي للورثة وإن خرجت إحدى المائتين قسمت على مائة وخمسة ثلاثة لصاحب الربع واثنا عشر للمؤدي واثنا عشر لصاحب الثلث؛ لأن الوصايا مائة ومائة ومائة وربع المائة فاجعل كل مائة على أربعة ويصرف صاحب كل مائة بأربعة فصار اثني عشر والموصى له بالربع يضرب بسهام فصار ثلاثة عشر وإذا صار ثلث المال على ثلاثة عشر صار الجميع تسعة وثلاثين ثم اطرح نصيب الذي لم يؤد لا غير ذلك أربعة وتسعة وثلاثون يبقى خمسة وثلاثون فاجعل المائة العين على خمسة وثلاثين، سهم من ذلك لصاحب الربع في المائة المؤداة والباقي يضم إلى المائة العين فيقسم بين الموصى له بثلث المال وبين الورثة على ثلاثين سهما أربعة للموصى له والباقي للورثة وإذا صارت المائتان العين على خمسة وثلاثين صارت المائة الدين على سبعة عشر ونصف لأنها نصف المائتين، وإن خرج الدين كله قسم المال على اثنين وأربعين سهمان لصاحب الربع وثمانية للدين أديا ويقسم ما بقي بين الورثة وصاحب الثلث على ثمانية أسهم له سهم وللورثة سبعة؛ لأن الوصايا ثلاثمائة ونصف المائة فاجعل كل مائة على سهمين فصار كله سبعة أسهم فبلغ سهام الوصايا سبعة فاجعل ثلث المال على سبعة فصار الجميع أحدًا وعشرين أربعة للغريمين في المائتين المؤداتين وسهم لصاحب الربع ثم يقسم الباقي بين الموصى له بثلث المال والورثة على ستة عشرَ سهمًا للموصى له والباقي للورثة، ولو أوصى لكل واحد بما على صاحبه ولرجل بثلث ماله ولم يخرج شيء من الدين لم يكن لهما شيء حتى يخرج ولا صاحب الثلث ثلث العين؛ لأنه لم يزاحمه أحد في العين؛ لأنه لا وصيّة لأحد في العين، فإن خرجت إحدى المائتين ضمت إلى العين وقسمتا في قول أبي حنيفة على تسعة وثلاثين سهما للموصى له بالمائة التي لم تخرج خمسة في المائة التي

أداها والباقي يقسم على ثمانية لصاحب الثلث سهم وللورثة سبعة ويحسب للذي لم يؤد مما عليه خمسة من اثنين وأربعين من جميع المال وذلك؛ لأن الحق في المائة المؤدّاة، وإن كان للذي لم يؤد إلا أن للمؤدي أن يستوفي وصيته مما أداه؛ لأن المؤدي موصى له بما على الذي لم يؤد وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقّه كان له أن يحبسه قضاء بماله على المديون فصار المؤدّي كالموصى له بما عليه فقَد اجتمع في المائة المؤدّاة وصيتان وصيَّةٌ بالجميع ووصيّة بثالث فيقسم على المنازعة عند أبي حنيفة أصله من ثلاثة فصاحب الثلث لا يدعي إلا سهما فيكون سهمان لصاحب الجميع بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فينصف بينهما فانكسر بالنصف فأضعف فصار ستة لصاحب الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم وصارت المائة العين على ستة لصاحب الثلث ثلاثة وذلك سهمان فحصل لصاحب الثلث أربعة سهمان في الدين وسهمان في العين وحصل للمؤدي خمسة وللذي لم يؤد خمسة فقد بلغ سهام الوصايا أربعة عشر فاجعل ثلث المال على أربعة عشر فصار الجميع على اثنين وأربعين ثم اطرح نصيب الذي لم يؤد؛ لأنه استوفى نصيبه مما عليه وذلك خمسة يبقى سبعة وثلاثون فاقسم المائة العين على سبعة وثلاثين خمسة للمؤدي وأربعة للموصى له بالثلث بقيَ ثمانية وعشرون للورثة، وإن شئت قلت: بأن المؤدي يأخذ من سبعة وثلاثين وصيّته وذلك خمسة؛ لأن وصيته مقيدة يبقى اثنان وثلاثون تقسم على ثمانية؛ لأن بين نصيب الورثة وصاحب الثلث موافقة بالربع؛ لأن نصيبه أربعة وبين أربعة وثمانية وعشرين موافقة بالربع فاختصر من نصيب كل واحد على ربعه فصار ثمانية أسهم لصاحب الثلث وسبعة للورثة وعندهما يقسم المائتين العين على ثمانية أسهم سهم للمؤدي وسهم للموصى له بالثلث وستة للورثة وتخريجه على نحو مَا مَرَّ.

(باب الوصية بالعتق والجناية)

(**المبسوط**): أصله أن الدم متى انقلب مالًا، فإنه يعتبر ذلك من مال الميت حتى تنفذ وصيته ويقضى دينه؛ لأن ذلك بدل نفسه وكان الميت أحق بنفسه حال جناية

وكان أحق ببدل نفسه بعد وفاته كما لو كان القتل خطأ أوجب الدية للمقتول بدلًا عن نفسه وجعله أهلا للملك لتنفيذ حقوقه فالدم متى كان مشتركا بين اثنين فعفا أحدهما يعتبر مال الميت خمسة آلاف حصة غير العافي ولا يجعل كأن العافي بالعفو استوفى خمسة آلاف من الدية؛ لأن العافي أتلف القصاص وأنه ليس بمالٍ ولا يمكننا أن نجعله مستوفيا للمال، ولهذا شهود القصاص إذا رجعوا لم يضمنوا وتقسم التركة بعد تنفيذ الوصيّة على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية حتى يكون ضرر نقصان الوصية عائدا على الكل بقدر حصصهم لأن حقوقهم في التركة على السواء فما يلحقهم من الضرر بسبب تنفيذ الوصيّة يجب أن يكون على الكل؛ لأن الاستحقاق بالوصيّة بمنزلة الهلاك فهلاك بعض التركة على الكل فكذا الاستحقاق، فإذا أعتق عبدًا قيمته ألف في مرضه ثم قتل عمدًا وله وليان فعفا أحدهما أخذ غير العافي نصف الدية فقاسمه أخاه على اثني عشرَ سهمًا للعافي وعتق العبد بلا سعاية؛ لأن جميع مال الميت ستَّة آلاف خمسة آلاف للدية وألف قيمة العبد فالعبد من ذلك سدس ماله وإنه أقلُّ من الثلث فيعتق مجانًا فبقي خمسة آلاف بعد الوصية بالعتق فيقسم بينهما على اثني عشر؛ لأن الباقي بعد الوصية يقسم على السهام التي كانت قبل الوصية وقبل الوصية كان يقسم مال الميت بين الاثنين على اثني عشر؛ لأن حق العافي في نصف العبد خمسمائة وحق الساكت في خمسة آلاف نصف الدية وفي نصف العبد خمسمائة فاجعل كل خمسمائة من ذلك سهما وصار حق الساكت في خمسة آلاف وخمسمائة أحد عشر سهما وحق العافي سهم فيكون اثني عشر والذاهب للوصيّة ذهبَ على هذه السهام أحد عشر من حصّة الساكت وسهم من حصة العافي فيكون ضرر الوصيَّة عائدًا على قدر حقيهما من المال.

وإن كانت قيمة العبد ثلاثة آلاف تسعى في ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث فيقسم ذلك مع نصف الدية بين الاثنين على ستة عشر للعافي ستة أسهم والباقي للساكت؛ لأن مال الميت ثمانية آلاف خمسة آلاف نصف الدية وثلاثة آلاف قيمة العبد وثلث ماله ألفان وستمائة وستة وستون وثلثا درهم فيعتق منه هذا القَدر بغير

سعاية ويسعى في الباقي وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فبقي مال الميت خمسة آلاف وثلاثمائة وثلاثين وثلثين فيقسم بين الاثنين على ستة عشر؛ لأن حق العافي في نصف العبد وذلك ألف وخمسمائة وخمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل خمسمائة سهمًا فصار حق العافي ثلاثة أسهم وحق الساكت ثلاثة عشر سهما لو لم يكن في المال وصيّة يقسم المال على هذه السهام فكذلك بعد الوصيّة، وإن مات العبد قبل أن يسعى فللعافي في سدس نصف الدية والباقي للآخر؛ لأن الباقي في المال بعد الوصيّة وهلاك بعض التركة يقسم بين الورثة على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية والهلاك ولو لم يكن في المال وصيّة يقسم مال الميت بين الاثنين على ستة أسهم؛ لأن حقَّ العافي في نصف العبد وذلك ألف ومائتان وخمسون فاجعل كل ألف ومائتين وخمسين سهما فيصير حق العافي في سهم وحق الساكت في خمسة فيكون كله في ستة أسهم فيقسم بعد الوصية والهلاك على هذه السهام للعافي سهم من ستة وذلك سدس نصف الدية، ولو كان على المقتول دين قضي الدين من نصف الدية ثم اقتسما الباقي على سبعة سهم للعافي؛ لأن العبد صار مستوفيًا من وصيته قدر ألفي درهم لأنا نجعل الباقي من مال الميت بعد الدين وذلك أربعة آلاف درهم ثلثي مال الميت تزيد عليه مثل نصفه ثلثا وذلك ألفان فقد صار العبد مستوفيا من وصيته قدر ألفين فصار كأن الميت ترك خمسة آلاف درهم وعبدًا قيمته ألفان فيكون كله سبعة آلاف ذهب بالدين ألف وبالوصيّة ألفان بقي من المال أربعة آلاف فيقسم ذلك بين الاثنين على سبعة أسهم؛ لأن قبل الوصيّة، والدين حق العافي في نصف العبد قيمته ألف درهم وحق الساكت في نصف العبد ألف وفي خمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل ألف سهما فصار حق العافي في سهم وحق الساكت في ستة أسهم فكذلك بعد الوصيّة والدين يقسم على هذه السهام، ولو كان له عبدان قيمة كل واحد ألفان، والمسألة بحالها يسعى كلُّ واحد منهما في خمسمائة يضم ذلك إلى نصف الدية يقسم بينهما على سبعة، للعافي سهمان؛ لأن جميع مال الميت تسعة آلاف خمسة نصف الدية وأربعة قيمة العبدين، وقد أوصى بأربعة آلاف وثلث ماله ثلاثة آلاف فيكون بين العبدين نصفين لاستواء

وصيّتهما فأصاب كل عبد ألف وخمسمائة وذلك ثلاثة أرباعه فيعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه ويسعى في ربعه فيضم ألف السعاية إلى خمسة آلاف نصف الدية فيصير ستة آلاف تقسم بينهما على تسعة؛ لأن حق العافي في نصف العبدين وذلك ألفان وحق الساكت كذلك وله أيضًا نصف الدية فيكون نصيبه سبعة آلاف فيكون تسعة أسهم فيقسم ستة آلاف على تسعة أسهم للعافي من ذلك سهمان وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث الباقي للساكت، فإن مات أحد العبدين قبل أن يؤدي شيئًا يسعى الباقي في ستمائة فيضم إلى نصف الدية ويقسم بين الاثنين على اثنين وأربعين سهمًا ثمانية ونصف من ذلك للعافي والباقي للساكت؛ لأن الميت صَارَ مستوفيا وصيته وذلك سهم من ستة؛ لأن الثلث كان بينهما نصفين على سهمين بقي خمسة أسهم سهم من ذلك للعبد الحي، وأربعة أسهم للورثة وجميع مال الميت سَبْعَة آلاف خمسة آلاف نصف الدية ألفان قيمة العبد الحي فيكون للعبد الحي خمس سبعة آلاف وخمس السبعة آلاف ألف وأربعمائة فقد استوفى من وصيته ذلك القدر ويسعى في ستمائة تمام قيمته؛ لأن الميت صار مستوفيا من وصيته هذا القدر أيضًا؛ لأن حقهما صار مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي وألف وأربعمائة قيمة الميت وما زاد على ذلك صار تاويا فلا يحتسب من مال الميت وقد نفذنا الوصيَّة في ألفين وثمانمائة بقي للورثة خمسة آلاف وستمائة ضعف ما نفذنا الوصيّة فيه فيقسم ذلك بين الاثنين على أربعة وثمانين من غير كسر؛ لأن جميع مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة فاجعل كلَّ مائة سهمًا فصار أربعة وثمانين سهمًا سبعَةٌ للعافي؛ لأن حقه كان في ألف وسبعمائة والباقي للساكت وإذا أردت أن يخرج من اثنين وأربعين مع الكسر فاختصر من نصيب العافي على نصفه وذلك ثلاثة وثلاثون ونصف ومحمد لم ينل من الكسر متى جمع صار صحيحًا، ولو كان للميت ألف عين ومات أحد العبدين يسعى الحي في أربعمائة ويقاسم بين الاثنين على ثمانية وأربعين للعافي من ذلك أحد عشر ونصف؛ لأن مال الميت ثمانية آلاف خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي وألف قائمة فللعبد الحي خمس ثمانية آلاف وذلك ألف وستمائة فيعتق من

الحي ذلك القدر ويسعى في أربعمائة فيظهر أن الميت صار مستوفيا من وصيته ألفًا وستمائة وتوى أربعمائة فقد نفذنا الوصيّة في ثلاثة آلاف ومائتين وحصل للورثة ضعف ذلك خمسة آلاف دية وألف قائمة وأربعمائة سعاية وذلك ستة آلاف وأربعمائة فيقسم ذلك بين الاثنين على ستة وتسعين فيقول قيمة العبدين ثلاثة آلاف وستمائة وألف قائمة بين الاثنين نصفين لكل واحد ألفان وثلاثمائة وقد كان للساكت خمسة آلاف نصف الدية فصار نصيبه سبعة آلاف وثلاثمائة فاجعل كل مائة سهمًا فيصير كل ألف عشرة أسهم فيصير نصيب العافي ثلاثة وعشرين ونصيب الساكت ثلاثة وسبعين فصار مال الميت مقسوما بينهما على ستة وتسعين وإذا أردت أن يخرج من ثمانية وأربعين مع الكَسْرِ فاختصر من نصيب كل واحد على نصفه، وإذا أوصى لرجل بعبد بعينه يساوي أربعة آلاف درهم لا مال له غيره ثم قتل رجل الموصي عمدًا وله ابنان فعفا أحدهما كان للموصى له ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه ويضم إلى نصفه الدية الذي تؤخذ من القاتل فيقسمانه على أربعة وخمسين للعافي من ذلك اثنا عشَر يأخذ منها أربعة ونصف من العبد والباقي من نصف الدية وتخريجه أن مال الميت كله تسعة آلاف خمسة آلاف دية وأربعة آلاف قيمة العبد وقد أوصى بأربعة آلاف والموصى له بأكثر من الثلث إذا لم تجز الورثة لا يضرب إلا بقدر الثلث فيكون للموصى له ثلث ماله ثلاثة آلاف وذلك ثلاثة أرباع العبد ويردّ ربع العبد إلى الورثة فيحصل للورثة ستة آلاف فيقسم ذلك بينهما على تسعة أسهم؛ لأن العبد كان بينهما نصفين لكل واحد ألفان وللساكت خمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل ألف سهمًا فصارَ حق الساكت في سبعة وحق العافي سهمين وستة آلاف على تسعة لا تستقيم فاضرب ستة في تسعة فصار أربعة وخمسين كان للعافي سهمان ضربناهما في ستة فصار له اثنا عشر وللساكت سبعة ضربناها في ستة فصار اثنان وأربعون ثم العافي يأخذ أربعة ونصفًا من العبد الباقي وسبعة ونصف من الدية وللساكت أربعة ونصف في العبد والباقي في الدية؛ لأن العبد مع الدية جنسان مختلفان فيختلف المقصود بخلاف السعاية مع الدين؛ لأن السعاية من جنس الدية دراهم أو دنانير فلم يختلف المقصود فلهذا لم يبين حق كل واحد منهما في السعاية والدية والله أعلم.

كتاب العتق في المرض

افتتح محمد بن الحسن الكتاب بحديث روَاه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي رضي الله عنهم مسندًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**في الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين يستسعى في قيمته**" معناه إذا كان الدين مثل قيمة العبد أو أكثر.

وهذا الحديث اشتمل على فوائد؛ **إحداها:** أن فيه دليل أن الدين مقدَّم على الوصيَّة؛ لأن العتق في مرض الموت وصية معنى لما تبين وقد أوجب على العبد السعاية في جميع قيمته ردًّا للوصيَّة لأجل الدين ولأن حق الغرماء تعلق بجميع ماله في مرض موته حتى صارَ ممنوعًا عن التبرع بماله إذا كان عليه دين محيط بالتركة فهو بالعتق المنفذ المنجز في مرضه أبطل حق الغرماء عن العبد؛ لأن العتق بعد وقوعه من مالك مكلّف نافذ منفذ لا يحتمل الانتقاض فلا يمكن نقضه لحق الغير ولا يمكن تضمين المتلف للحق لفقره وعسرته فضمّنا العبد قيمته؛ لأن منفعة العتق عائدة إليه فأمَّا إذا كان الدين أقل من قيمته، فإنه يسعى بقدر الدين وله ثلث ما بقي بعد الدين؛ لأن بعضه مشغول بالدين وبعضه فارغ فيسعى للعبد ثلث الفارغ ويعتق هذا القدر مجانا ويسعى في ثلثيه. نظيره المولى إذا أعتق عبده المديون يضمن جميع قيمته، وإن كان الدين أقل من قيمته، فإنه يضمن قدر الدين؛ لأنه صار متلفا بقدره فكذا هذا **والفائدة الثانية:** أن فيه دليل على أن العتق المنفذ الموقع في المرض وصيّة حتى تكون الوصيَّةُ مؤخرة عن الدين وصار ضامنا بقيمته، ولو لم يكن العتق في المرض وصية لكان العتق في المرض والصحة سواء ولأن العتق في المرض تبرع واصطناع بالعبد؛ لأنه متعرٍّ عن العوض، والتبرع في مرض الموت اعتبر وصيةً كالهبة والصدقة المتقدمة، **والفائدة الثالثة:** أن فيه دليل أن العتق متى صدر عن المالك لا ينقض لحق الغير بدليل أنه عليه السلام أوجب السعاية ولم يبطل العتق وذلك؛ لأن العتق متى صدر عن المالك لا يمكن نقضه؛ لأن الرق

والمالية بالعتق قد تلاشى واضمحل والمتلاشي والمتفاني لا يتصور العود كالمال الساقط بالإبراء لا يحتمل العود بخلاف الهبة والصدقة المنفذة في المرض، فإنه ينقض لحق الغرماء؛ لأن المعقود عليه وهو المالية والملك قائم غير متلاشٍ ومتفانٍ والعقد مما يحتمل الانتقاض والانفساخ بالتراضي فينقض صونًا لحق الغرماء عن الإبطال والإهدار والله أعلم.

(باب العتق في المرض)

(**المبسوط**): مسائله على فصول:

أحدها: في استعجال المعتق بعض السعاية إلى مولاه.

والثاني: في ترك اكتسابه بعد موته.

والثالث: في ترك اكتسابه وترك المولى أيضًا مالًا.

والرابع: في تعجيل بعض السعاية في حياته وترك اكتسابه بعد مماته.

(الفصل الأول)

وإذا أعتق عبدًا في مرضه قيمته ثلاثمائة فعجل العبد لمولاه مائتي درهم فأنفقها ثم مات ولا مال له غيره سعى في ثلثي المائة الباقية وسلم له ثلث المائة وهو حرّ؛ لأن العتق في مرض الموت وصية، وفي الوصايا يعتبر مال الميت يوم القسمة لا يوم الوصية والموت ومال الميت يوم القسمة عن مائة درهم؛ لأنه لما عجل ثلثي السعاية في حياة المولى صح التعجيل؛ لأنه عجل بعد وجود سبب الوجوب؛ لأن السعاية تجب عليه بعد الموت لكن بالسبب السابق وهو العتق وتعجيل الحكم بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الزكاة وغيرها فصَار المعجل ملكا للمولى وقد أنفقها في حاجته الحالية والوصايا تنفذ فيما يفضل عن حاجته الحالية والفاضل عن حاجته يوم القسمة مائة درهم، وقد أوصى للعبد بجميع المائة فيكون له ثلث المائة الباقية.

ولو عجل قيمته كلها فأنفقها لم يسع في شيء؛ لأنه أدّى قيمة نفسه مرّة بَعدما

صار مكاتبا عند أبي حنيفة وحرًّا مديونًا عندهما فلا يلزمه مرّةً أخرى كالمكاتب الحقيقي إذا أدى بدل كتابته مرَّة وكالعتق على مال إذا أدّى بدل العتق مرّةً فكذا هذا.

(الفصل الثاني)

ولو لم يعجل شيئًا واكتسب العبد ألف درهم ثمّ مات العبد وترك بنتًا ومولاه ثم مات السيد فللمولى من الألف خمسمائة وعشرون درهما، وسعاية العبد من ذلك أربعون وميراثه أربعمائة وثمانون والباقي للبنت وتخريجه لأبي حنيفة أن معتق المريض معتق البعض؛ لأن العتق في المرض وصيّة والوصيّة تنفد من الثلث ومعتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهُمَا بمنزلة حرّ عليه دين فعنده يؤخذ من الألف المتروكة جميع السعاية صيانة للقضاء بالجزية عن البعض لأنا متى أخذنا منه ثلثي السعاية وحكمنا بحريته فمتى ظهر على المولى دين مستغرق بالسعاية ظهر أنه لم يؤد بدل الكتابة والمكاتب لا يعتق ما لم يؤد جميع بدل الكتابة فيؤخذ منه جميع السعاية حتى لا يحتاج إلى نقض الحكم بحريته ومتى أخذ منه جميع السعاية بقي مال العبد سبعمائة فيكون بين البنت والمولى نصفين؛ لأن المكاتب مات عن وفاءٍ وأدّيت كتابته فيحكم بحريته وحرية أولاده في آخر جزء من حياته فثلاثمائة وخمسون للمولى فتضم إلى السعاية وهي ثلاثمائة فيكون ستمائة وخمسين وهذا مال المولى ثم تخريجه أن يجعل ذلك المال على ثلاثة أسهم لحاجتك إلى الثلث فأعط للعبد بالوصيّة سهما؛ لأن وصية العبد لم تبطل قبل موت الموصي فصار كالهبة والصَّدقة المتقدمة حياته ثمَّ سهم العبد صَار ميراثا بين بنته وبين المولى نصفين فانكسر بالنصف فأضعف أصل الفريضة فصار ستة فصار للعبد سهمان لكل واحد سهم فقد حصل في يد المولى خمسة أسهم والسهم الخامس زيادة مال ظهر للمولى فلا بد من تنفيذ وصيَّة العبد فيه فيزداد مال العبد فيصير ذلك ميراثا بين المولى والبنت فيزداد مال المولى فيجب تنفيذ الوصيَّة فيه ثانيًا فيزداد مال العبد فيصير ميراثا فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط فيطرح من حيث يقع وقد وقع من جانب المولى بسبب ميراثه فيطرح سهم من حق المولى فيبقى حق المولى في

ثلاثة وحق العبد في سهمين فصار مال المولى وذلك ستمائة وخمسين على خمسة أسهم خمسمائة للعبد وذلك مائتان وستون وثلاثة أخماسه للمولى فظهر أن وصية العبد في مائتين وستون فيعتق منه هذا القدر مجانا وعليه السعاية في أربعين تمام قيمته وهي ثلاثمائة فيؤخذ من الألف المتروكة منه أربعون للسعاية تبقى تسعمائة وستون حال عن الدين والوصية فيكون بين البنت والمولى نصفان لكل واحد أربعمائة وثمانين يضم ذلك إلى السعاية فصار للمولى خمسمائة وعشرون.

وأمَّا تخريج أبي يوسف بأن مال الميت جزء مديون فيأخذ المولى من الألف المتروكة ثلثي السعاية وذلك مائتي درهم تبقى ثمانمائة فيكون بين المولى والبنت نصفان لكل واحد أربعمائة فيكون مال المولى الذي لم تنفذ فيه الوصية أربعمائة والسعاية مال المولى لكن نفذنا فيه الوصيّة مرّة وجعلنا للعبد من السعاية مائة درهم وأعطينا للمولى مائتي درهم بقي من مال المولى أربعمائة فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم للعبد وستة فيكون ذلك السهم ميراثًا بين البنت والمولى نصفين وانكسر فأضعف أصل الفريضة فصار ستة فصار للعبد سهمان فيكون للمولى سهم فصار في يد المولى خمسة فقد حصل في يد المولى زيادة سهم لم تنفذ الوصيَّة فيه فمتى نفذنا الوصيَّة فيه يصير ميراثًا ثانيا هَكَذَا يدور لما بينا فيطرح السهم الدائر من حق المولى فصار أربعمائة على خمسمائة ثلاثة أخماس للمولى وخمساه للعبد وذلك مائة وستون وهذا القدر وصيّة للعبد من أربعمائة فضم ذلك إلى ما أصابه من السعاية وذلك مائة فصار له مائتان وستون فعتق هذا القدر منه مجانا وعليه السعاية في أربعين، وأما تخريج محمد بأن العبد حرّ مديون فيأخذ المولى من الألف المتروكة ثلثي السعاية وذلك مائتا درهم يبقى ثمانمائة فيكون جميع مال العبد ثمانمائة فيكون بين المولى والبنت نصفين أصل الفريضة من سهمين ثم سهم المولى ما استفاده المولى لم تنفذ منه الوصيَّة فيه فيكون ثلاثة للعبد فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فيكون ستة فيكون للمولى ثلاثة ثلثها للعبد وذلك سهم ثم سهمه صار ميراثا بين البنت والمولى نصفين فيعود شيء إلى المولى فيزداد ماله فيجب تنفيذ الوصيَّة فيه ثم هكذا يدور فاطرح هذا السهم من

مال العبد؛ لأن الدّور وقع من جانب العبد بسبب ماله، فإنه لو لم يكن ماله كان لا يقع هذا الدور فصار مال العبد على خمسة فأعط للعبد بالوصيَّة قدر ما طرحه للسهم الدائر وذلك خمس جميع مال العبد وجميع ماله ثمانمائة فيكون خمسه مائة وستون وصية للعبد يضم إلى ما أصابه من السعاية وذلك مائة فتصير مائتين وستين وعليه السعاية في أربعين، ولو عجل العبد للمولى قيمته فأنفقها المولى والمسألة بحالها فللبنت من تلك الألف ستمائة، ولوارث المولى أربعمائة؛ لأن العبد لما أدى السعاية كلها إلى المولى صَار حرًّا بالإجماع فقد مات العبد حرًّا وترك ألفًا ولا دين عليه فيكون ميراثا من البنت والمولى نصفان فظهر أن مال المولى يوم القسمة كان خمسمائة فيحصل نصيبه على ثلاثة أسهم فللعبد ثلاثة وذلك سهم ثمَّ سهمه يكون ميراثا بين بنته ومولاه فانكسر فأضعفت الفريضة فصارت ستة فصارت وصيّة العبد سهمين بين بنته ومولاه، نصفان لكل واحد فصار في يد وارث مولاه خمسة أسهم فقد ظهر للمولى زيادة مال وهو السهم الخامس، ومتى نفذنا الوصية فيه صار ميراثا فيؤدي إلى الدّور فيطرح من حيث يقع وإنما وقع من جانب المولى؛ لأنه منه ظهر ابتداء سبب الوصيّة وإليه يعود بسبب الميراث فيطرح سهم من نصيب المولى فبقي ثلاثة وحق العبد سهمان وصار خمسة فاجعل خمسمائة على خمسة أسهم خمساه وذلك مائتان للعبد يعتق منه بقدر مائتين، وعليه السعاية في مائة وقد أخذ المولى منه ثلاثمائة وحق المولى كان في مائة أخذ منه زيادة مائتين بغير حق وأتلفها فصار دينا عليه للعبد فقد ظهر في الأخرى أن مال العبد ألف ومائتان فيكون ميراثا بين بنته ومولاه نصفين، لكل واحد ستمائة إلا أنه يحسب مائتين من نصيبه مما عليه يبقى له أربعمائة من الألف العين وللبنت ستمائة من الألف العين فحصل للمولى ألف عين ومائتين دين عليه فصار مال المولى ستمائة وقت القسمة وقد نفذنا الوصيّة في ثلثه وذلك مائتان وحصل في يد الوارث ثلثاه وذلك أربعمائة وهذا تخريجهما. فأمَّا تخريج محمد أن يجعل مال العبد على سهمين سهم للمولى ثم صار للمولى وللعبد منه ثلاثة وصية فانكسر السهم بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فصار ستة صار للمولى ثلاثة ثلثها للعبد وذلك سهم ثم ما

صار للعبد بالوصيّة يعود شيء منه إلى المولى بالميراث وهو السهم الدائر فاطرح من جانبي العبد فصار جميع مال العَبد على خمسة فأعط وصية العبد قدر ما طرحته وذلك خمس جميع ماله وخمس الألف مائتان فقد ظهر أن وصية العبد مائتا درهم وعليه السعاية بقدر مائة وقد أدى ثلاثمائة فصار مائتان دينًا للعبد على المولى وظهر في الأخرى أن مال العبد ألف ومائتان فيكون بين بنته ومولاه نصفين لكل واحد ستمائة إلا أنه يحسب مائتين من نصيب المولى مما عليه يبقى له أربعمائة، ولو اكتسب العبد ومات عن ثلاثمائة وترك بنتًا وامرأة ثم مات المولى في مرضه فما ورثه المولى من ذلك مائتان وثمانية وعشرون وأربعة أسباع درهم وللبنت سبعة وخمسون درهمًا وسبع دراهم وللمرأة أربعة عشر درهمًا وسبعا درهم وتخريجه لأبي حنيفة أن العبد مكاتب مات عن وفاءٍ فيأخذ المولى جميع السعاية وهذه الثلاثمائة مال المولى فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم للعبد ثلثها بالوصية وذلك سهم فيكون مقسوما بين ورثته على ثمانية فانكسر بالثمن فاضرب أصل الفريضة وذلك ثلاثة في ثمانية فصار أربعة وعشرين للمولى ستة عشر وللعبد ثمانية فيقسم بين ورثته للمرأة سهم وللبنت أربعة بقي ثلاثة للمولى ثم هذه الثلاثة مال استفاده المولى لم تنفذ الوصية منه فيه فتنفذ وصيّة العبد منه فيكون له سهم من ثلاثة أسهم العبد يكون مقسومًا بين ورثته على ثمانية فيعود إلى الولي ثلاثة أثمانه فيدور هكذا وسهم الدور طرح من حيث يقع وإنما يقع الدور من حيث المولى لما بينا والدور ثلاثة أسهم فيطرح ثلاثة أسهم من حق المولى فيبقى حقه في ثلاثة عشر وبقي حق العبد في ثمانية فيكون جملة ذلك أحد وعشرون ثم ما صار للعبد وذلك ثمانية يعود ثلاثة منها إلى المولى بالميراث فيصير له ستة عشر وقد نفذنا الوصية في ثمانية وثمانية من أحد وعشرين يكون ثلث المال وسبع ثلثه؛ لأن سبع ثلثه سهم فيقسم ثلث ثلاثمائة على هذه السهام فثلث ثلاثمائة وسبع ثلاثة يكون مائة وأربعة عشر سهما وسبعين درهم؛ لأن ثلث ثلاثمائة وسبعمائة أربعة عشر وسبعون درهمًا؛ لأن سبع ثمانية وتسعين أربعة عشر بقي إلى تمام مائة درهمان من كل درهم سبعة ثم ما حصل للعبد بالوصية نصفه للبنت وذلك سبعة وخمسون وسبع درهم وللمرأة ثمنه

وذلك أربعة عشر درهما وسبعين درهم وللمولى ثلاثة أثمانه وذلك اثنان وأربعون وستة أسباع ثم يضم ما عاد إلى المولى بالميراث إلى ما بقي له من السعاية فيصير كله مائتين وثمانية وعشرين وأربعة أسباع درهم.

وأمَّا تخريج أبي يوسف وهو أن للمولى من قيمة العبد مائتي درهم وللعبد مائة وصية فيجعل مائة العبد على ثمانية للبنت النصف أربعة وللمرأة الثمن سهم بقي ثلاثة فهي للمولى فيكون ثلثها وهو سهم للعبد فيقسم بين ورثته وقد انكسر بالثمن فاضرب أصل الفريضة وهو ثمانية في ثمانية فيصير أربعة وستين فصار ثلث المال الذي هو نصيب العبد على العبد على أربعة وستين ثلاثة أثمانه للمولى بالميراث وذلك أربعة وعشرون وهذا مال استفاده المولى فتنفذ منه الوصية ثم هكذا يدور وهذا سهم الدور وهي ثلاثة فيطرح ممَّا في يد المولى ثلاثة فبقيَ في يده ثلاثة عشر وقد نفدنا وصية العبد في ثمانية فصار كله أحدًا وعشرين ولما صار ما للمولى بالميراث من الثلث على أحد وعشرين صار جميع المال في جميع الثمانية على ستة وخمسين للعبد ثمانية قدر سبعة وقد أعطيناه مائة في الابتداء فصار له ثلث المال وسبع ثلثه كما قاله أبو حنيفة.

وأما تخريج محمد وهو أن يؤخذ من العبد مائتا درهم بالسعاية يبقى له مائة وصية فيقسم بين ورثته على ثمانية للبنت أربعة وللمرأة سهم بقي ثلاثة للمولى وهذا هو السهم الدائر فيطرح ذلك من مال العبد؛ لأن الدور يقع بسبب وصية فصار مال العبد على سبعة فأعط للعبد ما طرحناه بالدَّور؛ لأن ذلك قدر وصيته فيكون له سبعمائة درهم وذلك أربعة عشر وسبعي درهم وقد أصاب في الابتداء مائة فصار له بالوصية مائة وأربعة عشر وسبعي درهم فحصل له بالوصية ثلث المال وسبعي ثلثه ثم الباقي على نحو ما مر.

ولو ترك بنتين وامرأة ومولاه والمسألة بحالها قسمت الثلاثمائة على سبعمائة وستين للمولى من ذلك ثلاثة وأربعون سهما سبعمائة وخمسة مما بقي ميراثه وللبنتين ستة عشر وللمرأة ثلاثة، وتخريجه لأبي حنيفة أن يجعل ثلاثمائة على ثلاثة أسهم سهم وصية للعبد ثم يقسم سهم العبدين ورثته على أربعة وعشرين لحاجتك

إلى الثمن والثلثين وقد انكسر فاضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فصار اثنين وسبعين للعبد أربعة وعشرون وللمولى ثمانية وأربعون فنصيب العبد يقسم بين ورثته للبنتين الثلثان ستة عشر وللمرأة الثمن ثلاثة بقي خمسة للمولى وتلك الخمسة هي السهام الدائرة فيطرح تلك من مال المولى فبقي حق المولى في ثلاثة وأربعين وحق العبد في أربعة وعشرين فصار المال على سبعة وستين ثم ما صار للعبد بالوصية يعود إلى المولى بالميراث خمسة فيصير ذلك إلى ما كان له من سهام السعاية فصار له ثمانية وأربعون ثلاثة وأربعون سعاية وخمسة ميراث وأما التخريج على أصلها فعلى ما ذكرنا.

(الفصل الثالث)

فإذا أعتق في مرضه عبدًا قيمته ثلاثمائة ثم اكتسب العبد ثلاثمائة ثم مات وترك بنتًا ثم مات المولى وله أيضًا ثلاثمائة فوصية العبد مائتان وأربعون للمولى من ذلك مائة وعشرون بالإرث وللبنت مائة وعشرون وتخريجه أن مال المولى ستمائة ثلاثمائة رقبة العبد وثلاثمائة متروكة فيجعل ذلك على ثلاثة سَهمٌ للعبد فيكون بين بنته ومولاه نصفين فانكسر بالنصف وأضعف فصار ستة صار للعبد سهمان فيعود نصفه وذلك سهم إلى المولى بالميراث فصار في يد ورثته خمسة ويجب أن يكون في أيديهم أربعة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيبهم وذلك أربعة فبقي لهم ثلاثة وبقي للعبد سهمان فصار مال المولى في الآخرة على خمسة خمسان للعبد وذلك مائتان وأربعون بقي عليه من السعاية ستون فأخذ المولى من تركة العبد ستون درهما يَبْقَى من تركة العبد مائتان وأربعون فيعود نصفه إلى المولى بالميراث وذلك مائة وعشرون يضم إلى ستين فصار مائة وثمانين ثم يضم ذلك إلى ثلاثمائة المتروكة فصار أربعمائة وثمانين وقد نفذ بالوصية في نصف ذلك للعبد وذلك مائتان وأربعون فاستقام الثلث والثلثان، وإذا أعتق في مرضه عبدًا قيمته ثلاثمائة ثم مات العبد وترك مائتين وعشرة دراهم وترك بنتًا فللمولى ممَّا تَرك مائتان وأربعة وللبنت ستة وحاصل وصيّة العبد مائة واثنان وسعايته مائة وثمانية وتسعون وتخريجه على أصلهما أن المولى يأخذ مائتي درهم ثلثي السعاية مما تركه العبد

وتبقى عشرة فيكون بين البنت والمولى نصفان لكل واحد فعند أبي يوسف للعبد خمسون ما ورثه المولى بعد طرح السهم الدائر لما بينا، وعند محمد خمْس العشرة وذلك درهمان أعطينا له مائة درهم في الابتداءِ فصار له مائة ودرهمان فظهر في الأخرى أن وصيَّة العبد مائة ودرهمان وعليه من السعاية مائة وثمانية وتسعون يؤخذ ذلك من تركة العبد يبقى ماله الفارغ من الدين اثني عشر فيكون بين بنته ومولاه نصفين لكل واحد ستة فيضمّ ستة إلى ما أخذ المولى بالسعاية وذلك مائة وثمانية وتسعون فصار كله مائتين وأربعة دراهم وتخريجه لأبي حنيفة أن المولى يأخذ جميع تركة العبد بالسّعاية وذلك مائتان وعشرة فيجعل ذلك على ثلاثة سهم للعبد بالوصية وسهمان للورثة ثم يعود من سهم العبد نصفه إلى المولى بالميراث وقد انكسر فأضعف فصار ستة سهمان للعبد فيعود سهمُ المولى وهو السّهم الدائر فاطرحه من نصيب المولى يبقى له ثلثاه وبقي حق العبد في سهمين فصار ماله في الآخرة على خمسة ثلاثة للمولى وسهم للعبد ثم يعود سهم إلى المولى بالميراث فيصير في يد ورثة المولى أربعة وقد نفذنا الوصيّة في سهمين فاستقام الثلث والثلثان فيقسم مائتين وعشرة على خمسة خمساه للعبد وذلك أربعة وثمانون ثم يعود نصف ما للعبد إلى المولى بالميراث وذلك اثنان وأربعون فصار في يد الورثة مائة وثمانية وستين ضعف ما نفذنا الوصيَّة فيه.

(الفصل الرابع)

لو كان عجل مائة إلى المولى فأكلها ثمَّ مات وترك ثلاثمائة وبنتًا ومولاه فللمولى من ذلك مائة درهم بالسعاية ومائة بالميراث.

وتخريجه لأبي حنيفة رحمة الله عليه وهو أن السيد مات مكاتبًا عن وفاءٍ فيأخذ المولى من تركته ثلثي السعاية وذلك مائتي درهم؛ لأنه أدّى ثلث السعاية مرّة فلا يؤخذ من تركته مرّة أخرى بقي للعبد مائة فيكون ميراثا بين المولى والبنت نصفين فنصيب المولى خمسون يضم إلى مَا أخذ من السعاية فصار ماله مائتين وخمسين فيحصل ذلك السهم ميراثا فانكسر بالنصف فأضعف أصل الفريضة فصار ستة فصار للعبد سهمان يعود نصفه إلى المولى بالميراث فيصير خمسة فالسهم الخامس هو السهم الدائر فيطرح ذلك السهم من نصيب المولى فبقي حقه في ثلثه وحق العبد

في سهمين فصار مال المولى وذلك مائتان وخمسون على خمسة خمس للعبد وذلك مائة فظهر أن وصيّة العبد كانت في مائة وعليه السعاية في مائتي درهم وقد أدى من السعاية مائة فبقي حق المولى في تركة العبد في مائة يبقى مال العبد مائتين بين البنت والمولى نصفين فقد عاد إلى المولى بالميراث مائة فصار مال المولى مائتين مائة بالسعاية ومائة بالميراث وللعبد مائة بالوصية وللبنت مائة بالميراث، وأما تخريجهما على نحو مَا مرَّ، ولو عجل مائتين فللمولى من هذه الثلاثمائة عشرون درهما بالسعاية ومائة وأربعون بالميراث وتخريجه لأبي حنيفة وهو أن يأخذ المولى بالسعاية ما بقي على العبد وهو مائة بقي مائتان للعبد فيكون ميراثا بين البنت والمولى، نصفان لكل واحد مائة فصار مال المولى مع السعاية مائتان فيجعل تلك على ثلاثة سهم للعبد بالوصيّة ليصير ميراثًا بين البنت والمولى نصفين وانكسر بالنصف فأضعف الفريضة فصارت ستة للعبد سهمان فيعود سهم إلى المولى بالميراث وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من نصيب المولى فيبقى حق المولى في ثلثه وحق العبد في سهمين فصار مال المولى وذلك مائتان على خمسة ثلاثة أخماسه للمولى وخمسَاه للعبد وذلك ثمانون فظهر في الأسهام أن وصية العبد في ثمانين وأن عليه من السعاية مائتين وعشرين إلا أنه أدى من ذلك مائتين وعشرة دراهم مرة بقي عليه من السعاية عشرون فيأخذ المولى من تركة العبد عشرين درهما يبقى مال العبد مائتين وثمانين فيكون بين بنته ومولاه نصفين فيكون للمولى مائة وأربعون يضمُّ إلى ما أخذ من السعاية وذلك عشرة فصار مائة وستين وقد نفذنا الوصيّة للعبد في ثمانين فاستقام الثلث والثلثان فللبنت مائة، ولو عجل كل قيمته والمسألة بحالهَا كانت وصيَّةُ العبد ستين يقال للبنت خذي ذلك من الثلاثمائة يبقى مائتان وأربعون سهما بينهما وبين المولى نصفان فتخريجها وهو أن العبد مات حرًّا؛ لأنه أدى جميع ما عليه من السعاية في حياته فكان تخريجها في هذه الحالة سواء فيقول الثلاثمائة كلها تركة العبد لأنها خالية عن الدين والوصيّة فيكون ميراثا بين البنت والمولى نصفين فللمولى مائة وخمسون ثلث ذلك للعبد بالوصيّة وذلك سهم فيقسم بين بنته ومولاه نصفين فانكسر بالنصف فأضعف الفريضة فصار ستة للمولى

أربعة وسهمان للعبد فيكون بين البنت والمولى نصفين سهم للمولى فصار له خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فيطرح ذلك من نصيب المولى فيبقى له ثلاثة وحق العبد في سهمين فصار مال المولى على خمسة خمساه للعبد وذلك ستون فظهر أن وصية العبد في ستين ويحتسب ستين درهما مما على المولى من السعاية من نصيبه من الميراث؛ لأن العبد لما أدّى ثلاثمائة فقد أدى زيادة ستين درهما على ما عليه من السعاية وصار ذلك دينا على المولى لما أكلها.

ولو كان العبد أدى إلى المولى خمسمائة فأكلها ثمّ مات العبد وترك بنته ومولاه ثم مات المولى فلورثة المولى من ذلك مائة وعشرون وللبنت ما بقي ووصيَّة العبد مائتان وستون وسعايته أربعون وتخريجه على قولهما أن مال العبد الخمسمائة المتروكة ومائتا درهم دين على مولاه؛ لأنه أدّى زيادة مائتي درهم على سبعمائة فصار مال العبد سبعمائة فيكون بين بنته ومولاه نصفين، لكل واحد ثلاثمائة وخمسون فيقضي المولى من نصيبه ما عليه من الدين وذلك مائتان يبقى له مائة وخمسون ومولاه نصفان فانكسر فأضعف فصار ستة سهمان للعبد يعود منها سهم إلى المولى بالميراث فصار له خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فيطرح ذلك من نصيب الموالي فبقي له ثلاثة وحق العبد فصار مال المولى وذلك مائة وخمسون على خمسة خمسان للعبد وذلك ستون فظهر أن وصيّة العبد في ستين وعليه من السعاية مائتان وأربعون وقد أدّى العبد خمسمائة فصار مؤديا زيادة مائتين وستين فظهَرَ في الآخرة أن دين العبد على المولى مائتان وستون فيضم ذلك إلى الخمسمائة المتروكة فيصير كله سبعمائة وستين، بين البنت والمولى نصفان فيحسب من نصيب المولى ممّا عليه وذلك مائتان وستون يبقى له مائة وعشرون بالإرث فيأخذه من الخمسمائة المتروكة ويبقى للبنت ثلاثمائة وثمانون.

(باب عتق العبدين في المرض)

(**المبسوط**): ولو أعتق عبدين في مرضه قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة لا مال له غيرهما فمات أحدهما وترك ألف درهم اكتسبها بعد العتق ولا وارث له غير المولى

سعى الحي في أربعين درهما فكانت للمولى مع الألف التي تركها الميت؛ لأن مال العين ألف وثلاثمائة ألف متروكة الميت وثلاثمائة قيمة الحي وقد أوصى بسبعمائة لما أعتق العبيد في مرضه وستمائة أكثر من ثلث ماله والوصايا تنفذ من الثلث إذا لم يجز الورثة فيجعل ماله على ثلاثة أسهم، سهم للعبدين بالوصيّة بينهما نصفان فانكسر فأضعف فصار ستة للمولى أربعة وللعبدين سهمان لكل واحد سهمٌ فأطرح نصيب الميت وذلك سهم لأنه استوفَاهُ، بقي سهمٌ خَمسة سهم للحيّ وأربعةٌ للمولى فظهر أن وصيَّة الميت خمس ماله العين وذلك ألف وثلاثمائة وخمسها مائتان وستون فظهر أن الميت صار مستوفيًا مائتين وستين وعليه من السعاية أربعون يستوفيه المولى من تركته ويبقى له تسعمائة وستين بالميراث منه فصار جميع الألف للمولى فيضمّ إليه سعاية الحيّ فصار له ألفٌ وأربعون وقد نفذنا الوصيّة في خمسمائة وعشرين أو بقي لورثة المولى ألف وأربعون فقد استقام الثلث والثلثان.

ولو مات أحدهمَا وترك مائة درهم وبنته ومولاه، فالمائة كلها للمولى بالسعاية ويسعى الحي في مائتين وعشرين وتخريجه أن جميع المائة المتروكة مستغرقة بالسعاية فلا يكون لبنته ميراثٌ فصار كأن العبد مات وترك مولًى ولم يترك بنتًا وكانت المائة المتروكة للمولى فمال المولى المائة المتروكة وقيمة الحيّ وذلك ثلاثمائة وكان ماله أربعمائة وقد أوصى بتسعمائة فاجعل ماله العين على ثلاثة سَهم للعبدين انكسرَ بينهما بالنصف فأضعف فصار ستة فصار لهما سهمان بينهما نصفين فاطرح وصيّة الميت وذلك سهم بقي خمسة للمولى أربعة وللحي سهم وهو خمسة فظهر أن وصيّة الحيّ في خمس أربعمائة وذلك ثمانون درهما فظهر أنّ وصيته في ثمانين وسعايته في مائتين وعشرين ووصيَّة الميت وسعايته مثل ذلك وقد ترك الميت مائة وتوى ما عليه مائة وعشرون فظهر أن مال المولى أربعمائة وثمانون أربعمائة عين وثمانون وصيّة للميت؛ لأن ما استوفاه الميت يعتبر مال المولى وقد نفذنا الوصيّة في مائة وستين وحصل للمولى ضعف ذلك وهو ثلاثمائة وعشرون مائة ما تركه العبد ومائتان وعشرون سعاية العبد الحي فيكون جملة ما حصل لورثة المولى ثلاثمائة وستين فقد استفاد الثلث والثلثان ويؤدي من سعاية العبد مائة

وعشرين ولو ترك مائتين وخمسين وبنته ومولاه أخذ المولى منها بالسعاية مائة وخَمسة وتسعين درهما وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم ونصف الباقي بالميراث وذلك سبعة وعشرون وثلاثة أجزاء ويسعى العبد الحي في مائة وخمسة وتسعين وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم وتخريجه على أصل أبي حنيفة وهو أن العبد مات وترك زيادة خمسين درهما على سعايته فكانت ميراثا بين المولى والبنت نصفين ونقصان خمسين درهما عن القيمة فيضرب هذا النقصان إلى الميراث لا إلى السعَاية لأنها دين والدين مقدّمٌ على الميراث أبدا يصرف إلى الميراث وكان على المولى والبنت نصفان فيصيب المولى من ذلك خمسة وعشرين إلا أن ما يصيب المولى من النقصان يحيى بعد ذلك؛ لأنه يأخذ ذلك من وصيَّة العبد الميت فصار مال المولى خمسمائة وخمسة وسبعين، ثلاثمائة قيمة العبد الحي ومائتان وخمسون تركة العبد الميت وخمسة وعشرين ما حيي من النقصان الذي أوصى به وقد أوصى بستمائة فيجعل خمسمائة وخمسة وسبعين على ثلاثة أسهم سهم للعبدين وقد انكسر بينهما بالنصف فضعفناه فصار ستة، للمولى أربعة وللعبدين سهمان لكل واحد سهم إلا أن سهم الميت مال استفاده العبد قبل موته ولم يجر فيه الإرث فيكون ميراثًا بين بنته ومولاه نصفين فيعود إلى مولاه سهم فصار في يده تسعة فالسّهم التاسع هُوَ السهم الدائر من نصيب المولى لأنه كلما عاد إليه بالميراث يعود شيءٌ منه إلى العبد بالوصيّة فيطرح السَّهم الدائر من نصيب المولى فصار نصيبه سبعة وبقي وصية العبدين في أربعة فصار جميع المال على أحد عشر سهما سبعة للمولى سعايته على العبدين وأربعة وصيَّة للعبدين إلا أن من نصيب الميت وذلك سهمان يعود سهم إلى المولى فيصير له ثمانية وقد نفذنا الوصيّة في أربعة للعبدين فقد استقام الثلث والثلثان فصار جميع المال وهو خمسمائة وخمسة وسبعون على أحد عشر سهما فيكون كل سهم اثنين وخمسين درهما وثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم؛ لأن السهم الواحد من خمسمائة وخمسين يكون خمسين بقي خمسة وعشرون اثنان وعشرون يكون درهمان فيكون اثنين وخمسين درهما بقي ثلاثة دراهم فاجعل كل درهم على أحد عشر جزءًا

فخذ من كل درهم جزءًا فيكون ثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم فوصية كل واحد من العبدين مائة وأربعة دراهم وستة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم فيعتق هذا القدر من الحي مجانا ويسعى في مائة وخمسة وتسعين درهما وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم تمام قيمته ثلاثمائة والله أعلم.

(باب الهبة للأجنبي في المرض)

(**المنتقى**): رجل وهب لرجل أمة بقيمة ثلاثمائة ولا مال له غيرها أتاه الموهوب له وهو صحيح بمائة درهم ولم يقبض المائة ثم مات الواهب من مرضه فالجارية تسلم لورثة الواهب ويأخذان من الموهوب له ثلاثة وثلاثين درهما وثلثًا؛ لأنه حين باعها إياه كان قد استهلك الجارية وصارت قيمتها دينا عليه وهي ثلاثمائة وكانت هذه الثلاثمائة زيادة في مال الميت فصار ماله ستمائة إلا أن عليه دينًا مائة درهم فصار ماله الذي تجوز فيه وصيته خمسمائة درهم فللموهوب له ثلثها وذلك مائة وستة وستون وثلثان فيكون ذلك وصيّة له في قيمة الأمة فبقي عليه مائة وثلاثة وثلاثون وثلثًا.

ولو وهب مريض لمريض أمة قيمتها ستمائة درهم فباعها الموهوب له من الواهب بمائتي درهم ثم ماتا جميعًا ولا مال لواحد منهما غيرها، فإن الجارية تباع ويدفع المائتين إلى ورثته؛ لأن الهبة قد نفذت في الثلث فينفذ بيعه من الواهب في الثلث إلا أن بيع المريض لا يجوز إلا بمثل قيمته وقيمة ثلثيها مائتا درهم فيرد ذلك القدر من ثمنها إلى ورثة الموهوب له. مريض وهب عبده لرجل وعليه دين محيط بقيمته ولا مال له غيره فأعتقه الموهوب له قبل موت المريض جاز عتقه؛ لأنه أعتق ما يملكه، وإن أعتقه بعد موته لم يجز عتقه؛ لأنه تعلق حق الغريم به بيعًا واستيفاءً فصار مستغرقا بدينه فأنقصت الهبة من الأصل وعاد إلى قديم ملك المريض فظهر أنه أعتق ما لا يملكه. قال محمد: مريض أقرّ بعبد لرجل أنه ابنه وأنَّه حرٌّ ثمَّ مات.

قال [أبو يوسف][1]: إن صدقه السيد في حياة المريض ورثه؛ لأنه ثبت نسبه منه بتصادقهما، وإن صدقه بعد موته لم يرثه، لأن إقراره قد بطل بموته.

وذكر الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مريض له ابن معروف وهو عبد لرجل فأقرَّ المريض أن المولى قد أعتق ابنه، قال: إن صدقه في حياته ورثه إذا مات، وإن صدقه بعد موته لم يرثه لما بيناه.

(باب هبة أحَدِ الزَّوْجَيْن لصَاحبه في المرض)

(**المبسوط**): أصله: أن أجوبتهم لمسائل الباب متفقة وتجاريحهم لها مختلفة، فأبو حنيفة اعتبر جميع مال الموصي في القسمة وطرح السهم الدائر من جميع ماله؛ لأن الدور يقع بسبب ماله ووصيته، فإنه لولا ماله ووصيته لا يقع الدور فكان الدَّور يقع من جهته والسهم الدائر يطرح من حيث يقع، وأبو يوسف اعتبر المال المستفاد للزوج بالميراث في القسمة وطرح السهم الدائر من جملة المال؛ لأن الدور يقع بسبب المال المستفاد بالميراث، فإنه لو لم يرث منها شيئا بأن كان عليها دين مستغرق بجميع ماله لا يقع الدور، ومحمد اعتبر في القسمة المال الموصى به وطرح السهم الدائر من المال المستفاد بالوصيّة؛ لأن الدَّور يقع من ذلك؛ لأنه لو لم يستفد شيئًا بالوصية بأن كان على الزوج دين مستغرق لا يقع الدّور، والصحيح ما قاله أبو حنيفة رحمه الله؛ لأن الوصيَّة للمرأة والميراث للزوج من وصيتها إنَّما تفرّع وتولد من مال الزوج لا من مالها فكان العمل من ماله فكان طرح الدائر من نصيبه أولى. ثم المسائل على فصول **أحدها**: في هبة الزوج لامرأته في مرضه **والثاني**: في هبته لامرأته ووصيته لأجنبي **والثالث**: في هبة كل واحد من الزوجين لصاحبه.

(الفصل الأوَّل)

وإذا وهبَ لامرأته في مرضه مائة درهم ولا مال له غيرها ثم ماتت قبله ولا مال لها غيرها وتركت عصبة وزوجها ردت من المائة إلى ورثة الزوج ستين ببعض الهبة

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أبو حنيفة.

وجازت في أربعين للزوج من ذلك عشرة بميراثه ولعصبتها عشرون؛ لأنها لما ماتت قبل موت الزوج صارت أجنبية، ولم تبق وارثة وقت موت الزوج وصحت الهبة لها ولم تبطل بموتها.

وإن كانت الهبة المنفذة وصيّة والوصيّة تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي لأنهَا هبة حقيقية حتى ملكها الموهوب له في الحال وصيّةً حكما حتى تنفذ من الثلث. والهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل موت الواهب بعدما تمت بالقبض، وباعتبار أنها وصيَّة تنفذ من الثلث عملا بالشبهين ولا يجوز إبطالها بالشك بعد صحتها ثم تخريجها لأبي حنيفة وهو أن جميع مال الزوج المائة الموهوبة فتجعل على ثلاثة أسهم لحاجتك إلى الثلث لأجل الوصيّة للمرأة، سهمان للزوج وسهم للمرأة ثم ماتت عن سهم فيكون ميراثًا بين زوجها وعصبتها نصفين وقد انكسرَ بالنصف فأضعف فصار ستة فصار للزوج أربعة ولها سهمان فيعود إلى الزوج سهمٌ بالميراث منها وهذا هو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج وكان نصيبه أربعة فبقي له ثلاثة ولهَا سهمان فصار جميع مال الزوج على خمسة خمسا المائة وذلك أربعون لها بالوصيّة وللزوج ثلاثة أخماسها ستون ثمَّ يعود إلى الزوج نصف حصتها بالميراث فصار للزوج ثمانون ولعصبتها عشرون.

وأما تخريج أبي يوسف وهو أنَّ مال الزَّوج ما يرث منها لا جميع ما وهب لهَا؛ لأن هذه هبة منفذة، ولهذا لا تبطل بموتها قبل موت الزوج فيعتبر كما لو وهبها في الصّحة ثمّ ماتت، والزوج وارثها يعتبر مال الزوج ما ورث منها لا جميع الموهوب فكذا هذا، وقد ورث الزوج منها ستة عشرَ وثلثي درهم؛ لأن لها ثلث المال ثلاثة وثلاثين وثلث فيكون للزوج نصفه وذلك ستة عشرَ وثلثان ثمَّ لها خمسا ستة عشرَ بعد طرح السَّهم الدّائر من الوجه الذي ذكرنا وذلك ستة دراهم وثلثان يضم إلى ما أعطينا لها في الابتداء وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فصار لها أربعون ثمَّ يرث الزوج منها عشرون فيصير لورثة الزوج ثمانون.

وأمَّا تخريج محمد فإن لها ثلث المائة وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فيجعل ذلك المال على سهمين لحاجتك إلى النصف سهم للزوج بالميراث فيكون ثلث ذلك

السّهم بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فصار ستَّة ثـمّ اطـرح الـسهم الـدائر مـن جميـع الـسهام فـصار خمـسة فلهـا خُمـسان ثلاثـة وثلاثون وثلث وذلك ستة دراهم وثلثان يضم إلى ما أعطينا لها في الابتداء وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فصار لها أربعون وللورثة أربعون وللورثة ثمانون.

ولو كان له مائة أخرى والمسألة بحالها، فإنه يرد إلى ورثة الزوج عشرون درهما يبطلان الهبة وأربعون درهما بالميراث وتخريجه أن مال الزوج مائتا درهم فلها خمسا جميع مال الزوج بعد طرح السهم الدائر وذلك ثمانون درهما ويرد مائة وعشرين على ورثة الزوج ثم يعود إلى الزوج نصف ما صار لها بالميراث يضم أربعين إلى مائة وعشرين فصار له مائة وستون، مائة وعشرون بثلث الهبة وأربعون بالميراث وتخريجها على ما ذكرنا.

ولو كان له مائة وخمسون أخرى جازت الهبة كلها ورجع إلى الورثة منها خمسون درهما بالميراث وتخريجه أن مال الزوج مائتان وخمسون للمرأة بالوصيّة خمسا ذلك بعد طرح السَّهم الدائر وذلك مائة ثم يعود إلى الزوج نصفها بالميراث وذلك خمسون فصار للزوج مائتان وقد نفذنا الوصية في مائة فاستقام الثلث والثلثان.

ولو كان للمرأة مائة سوى ذلك ولا مال للزوج سوى ما وهب والمسألة بحالها جازت الهبة في ستين وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وخمسون، المائة الموهوبة وخمسون ميراث منها فيجعل ذلك على ثلاثة، للمرأة سهم وللزوج سهمان ثـمَّ سهم المرأة يعتبر ميراثا بين زوجها وعصبتها فانكسر بالنصف فضعفنا فصار لهما سهمان ثم عاد إلى الزوج سهم بالميراث فصار في يد الزوج خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الزوج بقيَ نصيبه ثلاثة وبقي حق المرأة سهمين فصار مال الزوج على خمسة فلها خمساهُ ولها ستون وترد أربعين إلى الزوج فصارت في يد الزوج تسعون ثـمُّ يعود نصف مَا صار لها بالوصية إلى الزوج وذلك ثلاثون فصار للزوج مائة وعشرون وقد نفذنا الوصية في ستين فاستقام الثلث والثلثان.

ولو كان على أحدهما دين قضى الدين أولا ثم ما فضل ينفذ التبرع في ثلاثة

بيانه: وهب لامرأته في مرضه مائة لا مال له غيرها وعليه دين خمسون ثم ماتت المرأة قبله أخذ رب الدين خمسين وصارت وصيتها في عشرين يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فيكون لورثة الزوج أربعون ولورثتها عشرة؛ لأن الوصية تنفذ من المال الفارغ عن الدين وخمسون درهما من مال الزوج مشغول بالدين فيجعل كالهالك ويعتبر ماله الفارغ خمسين درهما وقد أوصى بذلك كله فتنفذ الوصيَّةُ من الثلث ولهَا خمسا خمسين بعد طرح السهم الدائر على ما بينا وذلك عشرون فلها عشرون بالوصية وترد ثلاثين على ورثة الزوج ثم يعود نصف ما صار لها بالوصيّة إلى الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار له أربعون وقد نفذنا الوصيّة في عشرين، ولو وهبَ لها ثمانين درهمًا وكان عليها دين عشرة كانت وصيتها ثلاثين درهما وتخريجه أن مال الزوج خمسة وسبعون؛ لأن دين المرأة نصفه على الزوج؛ لأن قدر ما يصير للمرأة بالوصيّة كان ملكًا للزوج ويعود إلى ملكه بالميراث فصار كالقائم في ملكه كما إذا أقرض النصاب يجعل كالقائم في ملكه لما عاد إليه مثله فكذا هذا ونصف الدين من ذلك المال وكان نصف الدين على الزوج معنًى واعتبارًا وذلك خمسة والمشغول بالدين كالهالك في حق تنفيذ الوصيَّة فبقي مال الزوج خمسة وسبعون فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم لها يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف فصار ستة، سهمان للمرأة وأربعة للزوج ثم يعود سهم من سهمي المرأة إلى الزوج بالميراث فيصير له خمسة فالسهم الخامس هو السهم الدائر فاطرح من نصيب الزوج فصار ماله خمسة أسهم خمساه للمرأة وذلك ثلاثون يقضي من ذلك دينها عشرة يبقى عشرون فارغًا عن الدين والوصية فيعود نصف ذلك إلى الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار له ستون، ولو وهب لها مائة وعليها عشرة دراهم والمسألة بحالها فلها ثمانية وثلاثون بالوصيّة وتخريجه على نحو ما ذكرناه.

(الفصل الثالث)

ولو وهب لها مائة درهم وأوصى لرجل بثلث ماله قسمت المائة على أحد عشر سهمًا سهمان للمرأة وسهمان للموصى له وسبعة لورثة الزوج في قول أبي حنيفة

رحمه الله ثم يرث الزوج منها سهمًا فيصير لورثته ثمانية أسهم، وعلى قولهما تقسم على أحد وعشرين لها ستَّةٌ وللموصى له سهمان ثم يرجع منها ثلاثة إلى الزوج بالإرث.

وتخريجه لأبي حنيفة وهو أنَّه اجتمع في مال الزوج وصيتان وصيّة للمرأة بالجميع ووصيّة للآخر بالثلث ولم تجز الورثة فيجعل ثلث المال بينهما نصفين؛ لأن عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث إلا بالثلث فصار كأنه أوصى لكل واحد منهما فيقسم على طريق العول لا على سبيل المنازعة؛ لأن هذه الوصيّة بمعنى الميراث؛ لأن حق كل واحد منهما شائع في كل التركة فاجعل ثلث المال على سهمين لحاجتك إلى النصف فصار الجميع على ستة، أربعة لورثة الزوج وسهمان للموصى لهما لكل واحد سهم ثم سهم المرأة يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر بالنصف فأضعف أصل الفريضة فصار اثنا عشر لورثة الزوج ثمانية وللموصى لهما أربعة سهمان للمرأة ثم يعود سهم إلى الزوج بالميراث منها فيصير لورثة الزوج تسعة، فالسهم التاسع هو الدائر فيطرح من نصيب الزوج فصار حقه في سبعة وبقي حق الموصى لهما في أربعة كما كان فصار مال الزوج في الآخرة على أحد عشر ثم يعود سهم من مال المرأة إلى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ثمانية وقد نفذنا الوصيّة في أربعة وبقي لعصبة المرأة سهم وللموصى له بالثلث سهمان.

وأما تخريجهما أن من أصلها أن الموصى له بالجميع يضرب في الثلث بجميع حقه والموصى له بالثلث يضرب بالثلث فتضرب المرأة بثلاثة أسهم والأجنبي بسهم فصار الثلث على أربعة وصار الجمع على اثني عشر لورثة الزوج ثمانية وللموصى لهما أربعة منها ثلاثة أرباعها وللأجنبي ربعه ثم يعود نصف نصيب المرأة إلى الزوج بالميراث وهو سهم ونصف فانكسر بالنصف فأضعف الفريضة فصارت أربعة وعشرين لورثة الزوج ستة عشر وللموصى لهما ثمانية للمرأة منها ستة وللأجنبي سهمان فيعود نصف نصيبها إلى الزوج بالميراث وهو ثلاثة وهذه الثلاثة مال استفاده الزوج لا وصيّة فيه فيصير ميراثا بين الموصى لها وبين ورثة

الزوج فهي السهام الدائرة فاطرحها من نصيب الزوج ونصيبه ستة عشر يبقى له ثلاثة عشر وللموصى لهما ثمانية فقد صار المال في الآخرة على أحد وعشرين للمرأة يعود نصفها إلى الزوج بالميراث فصار له ستة عشر بقي للمرأة ثلاثة وللأجنبي سهمان إلا أن عند محمد تطرح السهام الدائرة من جميع المال بقي أحد وعشرون فيقسم على نحو مَا ذكرنا.

ولو كانت هي التي أوصت بثلث مالها ولم يوص الزوج جازت الهبة لها في ثلاثة أسهم من ثمانية أسهم سهم من ذلك للموصى له، وسهم يعود إلى الزوج بميراثه منها وسهم لورثتها، وتخريجه أن يجعل المال على ثلاثة أسهم سهم للمرأة بالوصية، وقد انكسر هذا السهم بين ورثتها، والموصى له على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة للمرأة ثلاثة بين الموصى له والزوج والعصبة على ثلاثة مستقيمة لكل واحد سهم فقد عاد إلى الزوج سهم بالميراث، فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى للزوج خمسة وللمرأة ثلاثة فصار مال الزوج على ثمانية ثم يعود سهم مما صار لها إلى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ستة وقد نفذنا الوصيَّة في ثلاثة.

ولو تركت ابنها وزوجها ولم توص جازت لها الهبة في أربعة أسهم من أحَدَ عشر سهمًا وتخريجه أن يجعل مال الزوج وذلك مائة على ثلاثة أسهم سهم للمرأة انكسر على ورثتها بالربع فاضرب ثلاثة في أربعة فصار اثني عشر صار للمرأة ربعه وقد استقامت بين ورثتها فيعود سهمٌ إلى الزوج بالميراث فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له سبعة، وبقي حقها في أربعة فصار مال الزوج على أحد عَشَر فيعود سهمٌ إلى الزوج بالميراث منها فصار له ثمانية، وقد نفذنا الوصية في أربعة.

(فصل)

امرأة وهبت لزوجها في مرضها مائة درهم ووهب الزوج لها في مرضه مائة درهم ولا مال لهما غيرهما ثم ماتا معًا لم يرث أحدهما من صاحبه، ويجوز لكل

واحد منهما نصف الهبة؛ لأنهما لما ماتا معًا لم يبق كل واحد وارثا لصاحبه؛ لأنه ميت وقت موت صاحبه فجازت الهبة في النصف. وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وثلاثة وثلاثون وثلث مائة استوهبها وثلث مائة من مائة وهبها من زوجهَا؛ لأن الهبة المنفذة في مرض الموت وصيَّة وفي الوصايا تعتبر عند أبي حنيفة جميع ما وهب الزوج منها وما يجوز له الهبة من مائة المرأة وذلك ثلثها؛ لأنه لو كان لكل واحد منهما مائة وقد وهب الزوج لامرأته مائة وقد ماتت المرأة قبل الزوج، فإنه يعتبر مال الزوج عنده ما وهبه منها وما ورث منها والوصيّة أخت الميراث فيكون كذلك فيجعل مال الزوج وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث على ثلاثة أسهم ثلث ذلك للمرأة وهو سهمٌ وسهمان للزوج فقد ماتت المرأة عن سهم فيعود ثلث ذلك بالوصية إلى الزوج فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة، للزوج ستة وللمرأة ثلاثة يعود ثلثها إلى الزوج بالوصية فهو السهم الدائر فيطرح ذلك من نصيب الزوج فيبقى له خمسة وبقي حق المرأة في ثلاثة فصار مال الزوج في الآخرة على ثمانية خمسة للزوج وثلاثة للمرأة ثم يجعل مال الزوج على ثمانية كل سهم ستة عشر وثلثا درهم فيكون لها ثلاث مرار ستة عشر وثلثين وذلك خمسون ونرد خمسين على الزوج ثم يكون للزوج من مالها بالوصيّة خمسون درهمًا؛ لأنه يجوز لكل واحدٍ من الهبة ما يجوز للآخر فصار للزوج مائة وقد نفذنا الوصيّة في خمسين فقد استقام الثلث والثلثان.

(باب تزويج المرأة والمحاباة في ذلك)

(**المبسوط**): أصله أنه لا وصية بمقدار مهر المثل؛ لأنه حصل للزوج عوض ذلك؛ لأن منافع البضع متقومة بمهر المثل عند دخولها في ملك الزوج، ولهذا لو زوج الأب لابنه الصغير امرأة بمهر مثلها جاز، وإنما الوصيّة بما زاد على مهر المثل؛ لأنه لا عوض للزوج بإزائه فقد حابى لها بالزيادة على مهر المثل فيعتبر ذلك مال الزوج، وإذا تزوج المريض امرأة على مائة درهم لا مال له غيرها ومهر مثلها خمسون ثم ماتت المرأة ثم مات الزوج كانت وصيتها ثلاثين درهما. وتخريجه: أن

مال الزوج ما حابى به وهو خمسون وما ورث منها وذلك نصف مهر مثلها خمسة وعشرون فصار مال الزوج خمسة وسبعين فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم للمرأة يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف فصار ستة سهمان للمرأة يعود سهم منهما إلى الزوج بالميراث وهذا هو الدائر فيطرح من نصيب الزوج يبقى لها ثلاثة، وللمرأة سهمان فصَارَ مال الزوج في الآخرة على خمسة وسبعين خمساها للمرأة وذلك ثلاثون من خمسة وسبعين فلها ثلاثون درهما بالوصيّة من مائة ويرد عشرين على ورثة الزوج نقصًا للوصيّة بالمحاباة ثم يُضمّ ثلاثون إلى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ثمانين للزوج نصفها وذلك أربعون ولعصبتها أربعون ثم ما أصاب الزَّوج من أربعين يضمُّ إلى ما أخذه بنقص الوصية وذلك عشرون فصار له ستون وقد نفذنا الوصيّة في ثلاثين فاستقام الثلث والثلثان.

وأمَّا تخريج أبي يوسف أن مال الزوج ما حابى وذلك خمسون فيكون لها ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان ولا يعتبر ماله ما ورث منها عندهما لما بينا في الباب المتقدم ثمَّ يضم ستة عشر وثلثين إلى مهر مثلها، وذلك خمسون فيصير ستة وستين وثلثين، للزوج نصف ذلك بالميراث وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث وهذا مال استفاده الزوج بالميراث فيجعل على ثلاثة أسهم سهم للمرأة فيعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف فصار ستة للمرأة سهمان فيعود منهما سهم إلى الزوج وهذا هو السّهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان فصار ماله وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث على خمسة خمساه للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث درهم يضمُّ ذلك إلى ستة عشَرَ وثلث فصار ثلثين.

وأمَّا تخريج محمد بأن للمرأة ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان يضمّ ذلك إلى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ستة وستين وثلثي درهم فيجعل ذلك سهمين سهم للزوج فقد مات الزوج عن سهم للمرأة ثلث ذلك بالوصيَّة فانكسر بالثلث فاضرب سهمين في ثلاثة فصَار ستة للزوج ثلاثة ثلثها للمرأة وهو سهم وهو السهم الدائر فيطرح من أصل الفريضة تبقى خَمسة، للزوج أربعة وللمرأة سهم فصار المال وهو ستة وستون وثلثان على خمسة خمس ذلك للمرأة وذلك ستة عشر وثلثان فصارت وصيتها ثلاثين.

(باب السَّلم في المرض)

(**المبسوط**): وإذا أسلم الرجل في مرضه مائة درهم في عشرة أكرار حنطة تساوي مائة درهم ثم مات قبل حلوله ولا مال له غيره، فإن شاء الذي عليه السلم عجل ثلثي الطعام، وكان الثلث عليه إلى أجله، وإن شاء رده عليه رأس المال؛ لأن المريض حابى بالأجل؛ لأنه اشترى بمائة طعاما يساوي مائة وأجَّله في جميع ماله وتأجيل جميع المال بمعنى الوصيّة بجميع المال؛ لأن الوارث يصير ممنوعا عن التصرف في جميع المال إلى أن يحل الأجل متى صح التأجيل في الكل كما يصير ممنوعا من جميع المال إلى الأبد متى صحت الوصيّة بجميعه، والوصيّة تصح بقدر الثلث فصح التأجيل بقدر الثلث وبطل في الثلاثين، وإذا بطل الأجل في الثلث يخير المسلم إليه؛ لأنه لزمَهُ زيادة شيء لم يرض به؛ لأن المسلم إليه إنما رضيَ بأن يكون جميع الطعام عليه مؤجلا، فإذا لزمه تعجيل ثلثي الطعام والمعجل خير من المؤجَّل فقد لزمه زيادة شيء ولم يرض به فيخير.

ولو كان الطعام يساوي خمسين عجل الطعام كله ورد سدس الطعام، فإن شاء فسخ ورد كل المال؛ لأنه حابى بالثمن وبالأجل وقد تعذر اعتبار المحابيين جميعًا؛ لأنه ينقسم ثلث المال عليهما نصفين؛ لأنه لو حابى بالثمن لا غير كان لصاحب المحاباة ثلث المائة، وكذلك لو حابى بالأجل كان له ثلث الطعام إلى أجله، فإذا صار نصف الثلث إلى المحاباة بالثمن كان نصف ثلث الطعام إلى أجله، فإذا صار الثلث للمحابيين جميعا اختار المسلم إليه المضي في السلم، فإنه يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم حتى ينقسم ثلث المال على المحابيين فينتقض السَّلم في الثلث، فإذا حل الأجل وأدَّى المسلم إليه سدس الطعام يسترد منه نصف الثلث من رأس المال؛ لأنه بحلول الأجل ذهبت المحاباة بالأجل وبقيت المحاباة بالثمن ومتى استرد نصف الثلث تنتقض الإقالة في السلم بعد استقرارها في رأس المال وأنه لا يجوز فلهذه الضرورة تعذّر اعتبار المحاباة بالأجل مع المحاباة بالثمن وكان إلغاء الأجل بالمحاباة أولى؛ لأنه بيع وإذا لغت المحاباة بالأجل صَار كأنه حابى بالثمن لا غير فيخير، وكذلك لو كان المسلم إليه رجلين نصَّ عليه الحاكم في

مختصره وإذا أسلم المريض عشرة دراهم في كرّ يساوي عشرين ثم أقاله ثم مات جازت الإقالة في ثلثي الكرّ ويقال للمسلم إليه أدّ ثلث الكرّ ورد عليهم ثلثي رأس المال؛ لأن المحاباة في مرض الموت وصية والوصيّة معتبرة من الثلث وهنا ثلث ماله مثل ثلثي المحاباة؛ لأن ماله عشرون درهما فيكون ثلث ماله ستة دراهم وثلثين والمحاباة عشرة وستة دراهم قدر ثلثي عشرة فجازت الإقالة في ثلثي الكرّ وبطلت الثلث.

ولو أسلم عشرة في كرّ يساوي ثلاثين درهما ثمّ أقاله ولم يأخذ رأس المال جازت الإقالة في نصف الكرّ وبطلت في النصف؛ لأن ثلث ماله مثل نصف المحاباة، فإن ثلث ماله عشرة؛ لأن له كرًّا يساوي ثلاثين درهما وقد حابى بعشرين والعشرة من العشرين نصفه، ولو أخذ منه رأس المال وأنفقه جازت الإقالة في ثلث الكرّ فارجع عليهم بثلثي العشرة؛ لأن ثلث ماله مثل ثلث المحاباة؛ لأن ماله يوم القسمة عشرون درهما؛ لأن العشرة التي استهلكها بالإنفاق لا تعد من ماله وكان ثلث ماله مثل ثلث المحاباة فتجوز الإقالة في ثلث الكرّ وبطلت في ثلثيه فيرد المسلم إليه إلى الورثة ثلثي الكرّ قيمته عشرون إلا أن على رب السلم ستة دراهم وثلثي دين؛ لأنه قبض عشرة دراهم من المسلم إليه رأس المال ثلاثة بحق لجواز الإقالة في ثلث الكرّ وثلثيه بغير حق لبطلان الإقالة في ثلثي الكرّ وقد استهلكها فصار ذلك دينا عليه والإقالة قبض السلم وبعده سواء عندهما.

وعند أبي يوسف الإقالة بعد القبض بيع ابتداء لما عرف أن الإقالة فسخ عندهما وعندَهُ بيع جديد، وإذا اشترى في مرضه عبدًا قيمته مائة بخمسين درهما فلم يتقابضا حتى تقايلا فالبائع بالخيار إن شاء ردَّ العبد وأخذ ثمنه وبطلت الإقالة، وإن شاء سلم لهم ثلث العبد وأخذ منهم ثلث الخمسين؛ لأن ثلث مال الميت مثل ثلث المحاباة؛ لأن ثلث مال المشتري ثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأن ماله عبد قيمته مائة وقد حابى بخمسين وثلثه وثلثين وثلث ثلثي المحاباة فتجوز الإقالة في ثلثي العبد ولا يجوز في ثلثه ثم خيره بين أن يفسخ الإقالة وبين أن يجيزها، ولم يجزه في السلم؛ لأن الإقالة في البيع تحتمل الفسخ ما دام المعقود عليه قائما وفي السلم لا يحتمل

الفسخ؛ لأنه لا يمكن أن يجعل بيعًا مستقبلا؛ لأن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز.

ولو أسلم عشرين درهما في كرّ يساوي عشرة في مرضه وله على الناس ديون فلم يخرج حتى نقض القاضي السلم أو أعطى الكر ورد سدس رأس المال ثم خرج الدين جاز ذلك ولم يرد على المسلم إليه شيء إلا أن يخرج الدين قبل أن يختصموا، فإن خرج مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة؛ لأن المحاباة عشرة؛ لأن ماله العين عشرون درهما والديون لا تعدّ مال الميت ما لم يقبض؛ لأنه قد لا يخرج فيكون ثلث ماله ستة دراهم وثلثين فتصح المحاباة بقدر ذلك ويتخير بين الفسخ والمضي؛ لأن السلم يحتمل الفسخ وقد تغيَّر على المسلم إليه شرط عقده فيتخيّر، فإذا أبى المسلم إليه الفسخ، ونقض القاضي السلم لا ينتقض البعض بعد ذلك، فإن زال السبب المقتضي للنقض وهو عدم خروج المحاباة من ثلث ماله؛ لأن القضاء بالنقض لا يحتمل البطلان كما لو قضى بفسخ البيع بسبب العيب ثم زال العيب، فإنه لا يعود البيع، فإن زال المقتضي المطلق للفسخ وهو العيب فكذا هذا، وإن خرج الدين قبل النقض مقدار ما تخرج المحاباة من الثلث تسلم له المحاباة؛ لأن الدين بالقبض صار عينا فيعتبر ماله يوم القسمة، وإذا أسلم إلى مريض عشرة دراهم في كرّ يساوي أربعين وأنفق رأس المال ثم مات ولا مال له غير الكرّ فرب السلم بالخيار إن شاء نقض السَّلم ورجع على الورثة بدراهمه، وإن شاء أخذ الكر وأعطى عشرين درهما؛ لأنه تغير عليه شرط عقده، فإنه رضيَ أن يسلم جميع الكرّ بعشرة دراهم، والآن لا يسلم له الجميع بعشرة وعقده ممَّا يحتمل الفسخ فيتخيّر، فإن مضى في السلم أخذ جميع الكر وردَّ عشرين؛ لأن المسلم إليه حاباه بقدر ثلثين، فإنه باع ما يساوي أربعين بعشرة والمحاباة أكثر من ثلث ماله فتنفذ الوصية من الثلث وجميع ماله بعد الدين ثلاثون؛ لأن عشرة من الكرّ مشغولة بالعشرة التي استهلكها المسلم إليه والمشغول بالدين لا يُعَدُّ مال الميت؛ لأن الدين مقدم على الوصية والفارغ من الدين قدر ثلثين فيكون له عشرة بالوصيّة ويرد عشرين على الورثة هكذا ذكره الحاكم في مختصره.

وذكر الفقيه أبو بكر البلخي في "وجيزه": للكتب أنه متى اختار المضي يأخذ نصف الكرّ ويترك النصف؛ لأنه يكون لرب السلم نصف الكرّ قيمته عشرون، عشرة منها بعوض وهو رأس المال وعشرة بغير عوض بالمحاباة وهو ثلث مال الميت، والصحيح ما ذكره الحاكم؛ لأن في هذا تبعيض الكرّ على ورثة المسلم إليه بغير رضاهم وهذا لا يجوز كما في العبد والثوب الواحد، فإن كان على الميت دين يحيط بتركته لم تجز المحاباة ويحاص الغرماء برأس المال في التركة؛ لأن المحاباة في المرض وصيّة والوصيّة تنفذ من ثلث المال الفارغ عن الدين ولم يوجد.

ولو أسلم إلى مريض عشرة في كرّ قيمته مائة فقبض رأس المال وأنفقه ومات، وقد أوصى بثلث ماله، فإن شاء رب السلم نقض السلم وأخذ دراهمه ويجوز للآخر وصيته، وإن شاء أخذ الكر وأعطى الورثة ستين درهما ولا شيء لصاحب الوصيّة في قول أبي حنيفة وعندهما يتحاصان في الثلث يضرب فيه رب السلم بتسعين وصاحب الوصية بثلاثين وهو ثلث المال فيكون ثلث المال بينهما على أربعة فيأخذ رب السلم الكرّ ويؤدّي سبعة وستين درهما ونصفًا منها سبعة ونصف ربع الثلث لصاحب الوصيّة وتخريجه عند أبي حنيفة المحاباة أولى من الوصيّة ومال الميت كر قيمته مائة إلّا أن عشرة منها مشغولة بالدين فيبقى ماله الفارغ من الدين تسعين وقد حابى بجميع ذلك فيكون له ثلث ذلك وهو ثلاثون ويرد ستين متى أخذ جميع الكرّ ولا شيء للموصى له؛ لأنه لم يبق من الثلث شيء من صاحب المحاباة وعندهما المحاباة والوصية سواء فيقسم ثلث المال الفارغ بين رب السلم والموصى له على أربعة؛ لأن الوصيَّة بالمحاباة وصيّة بجميع ماله وذلك تسعون والوصية الأخرى بالثلث وذلك ثلاثون فيقسم الثلث على سبيل العول عندهما على أربعة ثلاثة أرباعه لصاحب المحاباة وذلك اثنان وعشرون ونصف وربعه للموصى له الآخر وذلك سبعة ونصف فيعطى رب السلم سبعة وستين ونصف، ستون للورثة وسبعة ونصف للموصى له وإذا كان للمريض على رجلين كرُّ حنطة يساوي ثلثين ورأس ماله فيه عشرة فأقالهما ثم مات وأحدهما غائب قيل للحاضر ردّ ثلاثة أعشار نصف رأس المال وذلك درهم ونصف فأدّى تسعة أعشار نصف الكرّ وذلك يساوي عشرة

ونصف، فإذا قدم الغائب جازت الإقالة لهما في نصف الكرّ فيؤدي القادم نصف رأس المال حصته درهمان ونصف وربع الكرّ وقيمته سبعة دراهم ونصف ويرد الورثة على الحاضر من الطعام الذي أخذوه قدر ثلثه من عشرة أو نصف ويأخذون منه درهما من رأس المال، وتخريجه أن جميع المال ثلاثون وثلاثة عشره فيكون الثلث بينهما نصفين؛ لأنه حابى لهما بقدر عشرين لما أقالهما في السلم، فإنه أكثر من الثلث فتصح المحاباة بقدر الثلث وذلك عشرة فصار الثلث على سهمين والجميع على ستة سهم للغائب فيطرح نصيبهُ؛ لأنه يستوفى بالوصية بقيَ خمسة خمسٌ للحاضرة وأربعة للورثة فيكون للحاضر خمس ما عليه وعليه نصف كر قيمته خمسة عشرَ وخُمس خمسَة عشرَ ثلاثة دراهم فتكون له وثلاثة دراهم ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحَّت الإقالة بقدر ثلاثة أعشار نصف الكرّ وذلك أربعة ونصف وبطلت في سبعة أعشار نصف الكرّ فيردُّ ذلك وقيمته عشرة ونصف إلّا أنَّ درهمًا ونصفًا بعوض ما أدى من درهم ونصف من رأس المال وثلاثة محاباة، فإذا ظهَر أن وصيّة الحاضر ثلاثة دراهم ظهر أن وصيّة الغائب مثل ذلك فقد نفذنا الوصيّة في ستة فأعطينا للورثة ضعفَيْها اثني عشر فاستقام الثلث والثلثان وإذا حضر الغائب فقد صحت الإقالة لهما في نصف الكرّ قيمته خمسة عشر وعشرة دراهم مثل نصف المحاباة فصحت الإقالة لكل واحد في نصف نصف الكرّ وذلك ربع الكرّ قيمته سبعة دراهم ونصف فحصل المال ويرد ربع الكرّ قيمته سبعة دراهم ونصف فحصل للورثة نصف كرّ قيمته خمسة عشرَ وخمسة دراهم رأس المال وحصل لكل واحد ربع الكرّ قيمته سبعة ونصف فاستقام الثلث والثلثان، وإذا باع في مرضه كرّ تمر قيمته ثلاثون بكرّ تمر قيمته عشرة ثم مات البائع ولا مال له غيره، فإن شاء المشتري أخذ كره ونقض البيع، وإن شاء أخذ نصف الكرّ الجيد ونصف الكر الرديء؛ لأن ثلث ماله مثل نصف المحاباة، فإنه حابى بعشرين وثلث ماله عشرة فيجوز البيع في النصف ويبطل في النصف فيرد نصف الكرّ الجيد.

(**المنتقى**): رجل اشترى أبويه وأخاه في مرضه بثلاثة آلاف درهم وقيمتهم سواءٌ، ففي قياس قول أبي حنيفة تجوز الوصيّة بالعتق للأم والأخ والثلث بينهما وللأب ما بقي وتسعى الأم في نصف قيمتها والأخ في نصف قيمته.

وقال محمد: الوصيّة كلها للأخ جائزة؛ لأنه لا يرث مع الأبوين ولا وصيّة للأم ولها الميراث مع الأب ويسعى فيما زاد على حصتها.

كتاب الدور

(بابُ جناية العبد الموهوب له على الواهب أو على أجنبي)

(**المبسوط**): وهب في مرضه عبدًا من رجل لا مال له غيره فقتل أجنبيًّا ثمَّ مات الواهب رَدَّ ثلثيه إلى ورثة الواهب وقيل لَهُم وللموهوب له ادفَعُوه أو أفدوه وأيُّ ذلك فعل الورثة رجعُوا على الموهوب له؛ لأن الهبة في مرض الموت وصيّة فتنفذ بقدر الثلث فجازت الهبة في ثلث العبد وبطلت في ثلثيه فعلى الموهوب له أن يردَّ ثلثي العبد إلى ورثة الواهب نقضا للهبة، ولا يصير مختارًا للفداء، وإن علم بالجناية ولا ضامنًا للقيمة متى علم بالجناية؛ لأن نقض الهبة في ثلثيه مستحق عليه وَمَا كان مستحق النقض فهو كالمنقوض حكما واعتبارًا، وإذا انتقضت الهبة كان لولي الجناية إتباع ورثة الواهب بالجناية في ثلثي العبد فلا يؤدي ذلك إلى إبطال حقهم فلا يصير الموهوب له بالردّ متعدّيًا ضامنًا وإنما يرجع الورثة على الموهوب له بثلثي القيمة؛ لأن ثلثي العبد استحق بسبب كان في ضمان الموهوب له، فإن العبد كان مضمونا عليه حتى لو مات العبد في يده ضمن ثلثي القيمة للورثة فكان قرار الضمان عليه كالعبد المغصوب إذا جنى في يد الغاصب ولا يرجع بالفداء، وإن كان أكثر؛ لأن الزيادة على القيمة إنما لزمتهم باختبارهم؛ لأنه لا يمكنهم التخلص بالدفع حتى لا يلزمهم الزيادة.

وأما قدر قيمة ثلثي العبد لا محيص لهم عنه، ولو أعتقه الموهوب له قبل أن يرد ثلثيه وهو يعلم بالجناية فعليه الدية لولي الجناية ويضمن للورثة ثلثي قيمته؛ لأنه بالإعتاق صار مختارا للفداء؛ لأنه أعجز نفسه عن الدفع مَعَ علمه بالجناية وعجز عن ردّ ثلثي العبد على ورثة الواهب وذلك مستحق عليه فيصير ضامنًا كالمشتري

شراءً فاسدًا إذا أعتقه، ولو قبل الواهب ولم يقبل غيره، فإن اختار الدفع دفعه كله نصفه نقضًا للهبة ونصفه بالخيار وحكم الدفع لا يختلف قلّت قيمته أو كثرت كذا ذكر في كتاب الدور.

وذكر في كتاب العتق في المرض إذا كانت قيمته ستة آلاف ردّ ربعه نقضًا للهبة وسلم له ثلاثة أرباع يدفعها بالجناية أو يفديها، فإن اختار الفداء فداه بالدية وسلم العبد له إن كانت قيمته خمسة آلاف أو أقل، وإن كانت قيمته ستة آلاف فدى ثلاثة أرباعه بثلاثة أرباع الدية وانتقض ربع الهبة ولا تنافي بين الروايتين، فإنه على رواية العتق نقض الهبة في ربع العبد على البتات وجعل بعض الهبة في الربع الآخر موقوفا، فإن اختار الدفع تصير الهبة في الربع الآخر منقوضة ودفع العبد كله، نصف بالجناية ونصف نقضا للهبة.

وإن اختار الفداء بقي النقض في ربع العبد لا غير وعلى رواية الدور فصل إن اختار الدفع ينقض الهبة في نصف العبد. وإن اختار الفداء رد ربع العبد فيكون له الجوابين متخذا، ووجه التخريج أنه إذا اختار العبد يجعل العبد على ثلاثة وإذا دفع الموهوب له سهمان بالجناية إلى ورثة الواهب صار الكل في أيديهم فقد ازداد مال الميت فتزداد الوصية وهذا هو السهم الدائر فاطرحه من حيث يقع وأنه وقع من جانب الواهب؛ لأنه منه يد أو ظهر وإليه يعود ويقرر فيطرح من نصيب الواهب فبقي حقه في سهم وحق الموصى له في سهم فصار العبد في الآخرة على سهمين ثم الموهوب له يدفع سهمه بالجناية فيصير في يد ورثة الواهب عبد كامل نصفه بالجناية ونصفه نقضا للهبة وقد نفذنا الوصيّة في سهم للموهوب له فاستقام الثلث والثلثان.

وإن اختار الفداء صار مال الميت الدية وهي عشرة آلاف وقيمة العبد ستة آلاف فيكون كله ستة عشرَ وقد وهب العبد كله فتصح الهبة في ثلثه ظاهرًا فيقال للموهوب له افد سهمك بمثله وبمثل ثلثيه وذلك سهم وثلثي سهم؛ لأن ذلك ثلث الدية فتصير في يد الواهب ثلاثة أسهم وثلثي سهم وثلثي سهم وثلثي سهم مال استفاده الواهب فهو الدائر فيطرح من نصيب ورثة الواهب ونصيبهم سهمان فمتى

طرحنا منه سهمًا وثلثي سهم يبقى لهم ثلث سهمٍ وحق الموصى له في سهمٍ فصار العبد في الأخرة على سهمٍ وثلث سهم وقد انكسر بالثلث فاجعل ثلث سهم بينهما فصارت السهام الكاملة ثلاثة فصار العبد كله على أربعة ربعه لورثة الواهب وثلاثة أرباعه للموهوب له وقد أعتقه وهو لا يعلم وقيمته ستة آلاف كان عليه قيمتان له ثلث ذلك كله ويؤدي إلى الوارث قيمة وثلث قيمة؛ لأن مال الميت قيمتان قيمة بسبب عجزه عن ردّه بإعتاقه وإذا عجز عن ردّه بالهلاك ضمن قيمته، فإذا عجز عن الردّ بصنعه أولى وقيمه أحرى بسبب الجناية؛ لأنه صار ضمانا بإتلاف العبد والمجني عليه والإعتاق وله من كل قيمة ثلثها بالوصية وذلك ثلثي قيمة واحدة فسلم له بالوصية ثلثي قيمة العبد وترد على ورثة الواهب قيمة وثلث قيمة.

ولو أعتقه وهو يعلم كان ضامنًا للدية ولقيمته وذلك ستة عشرَ ألفا له ثلث الجميع ويؤدي الباقي لما عرف، وإن كانت قيمته عشرين ألفا فأعتقه وهو يعلم كان مال الميت الدية والقيمة له ثلث ذلك ويؤدّي الباقي، وإن كان لا يعلم فعليه قيمة وثلث لما بينا ولو كانت قيمته عشرة آلاف وأكثر فأعتقه وهو يعلم ضمن ثلثي الدية وثلثي القيمة، وإن كان لا يعلم دفعنا عنه ثلثي عشرة دراهم من ثلثي الدية؛ لأن مال الميت عشرون ألفا إلا عشرة فله ثلثي ذلك، فإذا كان منقوصا بعشرة تنقص من ذلك ثلثي عشرة نصيب للورثة.

ولو أن العبدَ وهب له الواهب قتلًا جميعا خطأ ردت الهبة ويضمن الموهوب له نصف الدية؛ لأن الهبة المنفذة في مرض الموت وصيَّة ولا وصيّة للقاتل فبطلت الهبة في جميع العبد وعاد العبد إلى ورثة الواهب وتهدر جناية العبد؛ لأن العبد عاد إلى قديم ملك الواهب وصار نصف الواهب تالفا بجناية الموهوب له فيضمن نصف الدية.

ولو وهب في مرضه عبدًا قيمته خمسة آلاف وقبض الموهوب له ووهبَه من آخر ثم قتل العبد، فإن اختار الموهوب له الثاني دفعه بالجناية ضمن الموهوب له الأول ثلث قيمته لورثة الواهب وقد فدَاهُ لم يرجعوا عليه بشيء؛ لأنه متى اختار الفداء صار مال الواهب الأول خمسة عشر ألفا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد

خمسة آلاف فالعبد يخرج من ثلث ماله فصحّت الهبة في جميع العبد، فإن اختار الدفع صار مال الواهب عبدًا وقيمة عبد؛ لأن الموهوب لهُ الأول يضمن قيمة العبد للواهب الأوّل؛ لأنه بالهبة من الثاني عجز عن ردّ العبد فلزمه رد قيمته فصَار مال الميت قيمتين فيكون للموهوب له الأوّل ثلثا قيمة واحدة ويرد ثلث العبد إلى ورثة الواهب وقد دفع إليهم العبد فحصل للورثة عبد وثلث قيمته وقد نفذنا الوصية في ثلثي العبد فاستقام الثلث والثلثان.

ولو كانت قيمته خمسة عشر ألفا والواهبان مريضان ثم قتل العبد الواهب الثاني ومات الواهب الأول من مرضه سلم للموهوب له الثاني سبع العبد ورد ستة أسباعه إلى ورثة الواهب الثاني ثم يأخذ ورثة الواهب الأول من هذه الستة أربعة أسباع وثلثي سبع ويقال للموهوب له الثاني ادفع ذلك السبع أو افده بسبع الدية، وتخريجه وهو أن يجعل العبد على تسعة أسهم لحاجتك إلى الثلث وثلث الثلث، فإن الهبة الأولى تجوز في ثلث العبد والهبة الثانية تجوز في ثلث ثلثه وأقل حساب له ثلث ولثلثه ثلث تسعة ثلاثة للموهوب له الأول وسهم من ثلاثة للموهوب له الثاني وقد اختار الموهوب له الثاني الفداء فيفدي هذا السهم بثلثي سهم فيصير في يد ورثة الموهوب له الأول سهمان وثلثا سهم ويجب أن يكون في أيديهم سهمان ضعف ما نفذنا الوصيَّة فيه فتلى سهم هوَ الدائر فاطرح ثلثي سهم من نصيب ورثة الموهوب له الأول بقي حقهم في سهم وثلث وحق الموهوب له الثاني في سهمٍ فصار ثلث العبد على سهمين وثلث فقد انكسر بالثلث فاضرب سهمين وثلثًا في ثلاثة فصار سبعة للموهوب له الأول أربعة وللموهوب له الثاني ثلاثة فصار له ثلاثة أسباع الثلث في ذلك سبع العبد فجازت الهبة للموهوب له الثاني في سبع العبد وبطلت في ستة أسباعه فيردّ ذلك إلى ورثة الموهوب لهُ الأول وتهدر حياته ستة أسباعه لأنه جناية المملوك على مالكه حكما؛ لأنه كان مملوكا للموهوب له الأول وبقي إمكان الإعادة على ملكه فيجعل ملكه قائمًا معنًى واعتبارًا كما لو قتل العبد الموهوب الواهب تهدر جنايته فكذا هذا وجنايته بقدر سبعة معتبرة؛ لأنه جازت الهبة فيه فيفدي الموهوب له الثاني سبعة، فإذا اختار الدفع يسلم للموهوب له الثاني

سدس العبد بالهبة؛ لأن العبد جعل على تسعة أسهم للموهوب له الأول ثلاثة أسهم وللثاني من ذلك سهم ثم يدفع سهمه إلى ورثة الموهوب له الأول فتصير في أيديهم ثلاثة ويجب أن يكون في أيديهم سهمان ضعف ما نفذنا الوصية فيه فالسهم الثالث هو الدائر فاطرح من نصيب الورثة بقي حقهم في سهم وحق الموهوب له الثاني في سهم فصار ثلث العبد سهما على نصفين ونصف الثلث إنما هو سدس الكل فصار للموهوب له الثاني سدس العبد ثم يدفعه فيصير لورثة الموهوب له الأول سهمان وذلك سدسا العبد فاستقام الثلث والثلثان فيما بينهما، وكذلك فيما بين الموهوب له الأول والواهب الأول؛ لأنه حصل لورثة الواهب الأول ستة وأعطينا الموهوب له الثاني ثلاثة من تسعة، ولو قتل الواهب الأول وقيمته عشرة آلاف ومات الواهب الثاني من مرضه رد الموهوب له الثاني خمسة أسداسه فيأخذ ورثة الواهب الأول من ذلك ثلاثة أسداس العبد يبقى في يد ورثة الواهب الثاني ثلث العبد يقال لهم وللموهوب له الثاني ادفعوا ما معكم وهو نصف العبد إلى ورثة المقتول أو افده بنصف الدية ويرجع ورثة الواهب الثاني على الواهب له الثاني بثلث قيمة العبد، وتخريجه: أن يجعل العبد على تسعة أسهم ثلاثة للموهوب لهما وستة لورثة الواهب الأول، فإذا دفعا أو فديا صار في يد ورثة الواهب الأول تسعة ويجب أن يكون في أيديهم ستة فثلاثة أسهم هو الدائرة فاطرحها من نصيب الورثة في ثلثه وحق الموهوب لهما في ثلاثة فصار العبد في الآخرة على ستة لورثة الواهب الأول ثلاثة وذلك نصف العبد وثلاثة وبقي نصفه للموهوب لهما ثلث ذلك النصف للموهوب له الثاني وذلك سدس الكلّ، فإذا دفعا أو فديَا صار في يد ورثة الواهب ستَّة أسهُم ولهمَا ثلثها فاستقام الثلث والثلثان، ولو قتل الواهبان وهما مريضان قيل للموهوب له الثاني ولورثة الواهب الثاني ادفعا أو افديا، فإن فديا ردّ ستة أثمان العبد على ورثة الثاني يأخذ ورثة الواهب الأوّل من ذلك أربعة أثمان العبد ثم يفدي فدية الواهب الثاني ما بقي في يدهم وهو ربع العبد ربع الدية ويرجع ورثة الواهب الثاني على الموهوب له الثاني الربع الذي بقي في فديته بربع الدية من ورثة كل قتيل، وتخريجه: أن يجعل العبد على تسعة للموهوب لهما ثلثها ثلاثة ثمَّ

يفديان هذه الثلاثة بمثلها من الدية ثلاثة أسهم؛ لأن الدية والقيمة سواء فتصير في يد ورثة الواهب الأول تسعة ويجب أن يكون في أيديهم ستة ضعف ما نفذنا الوصيّة فيه فثلاثة أسهم هي الدائرة فاطرحها من نصيب ورثة الواهب الأوّل فبقي لهم ثلاثة وهي حق الموهوب لهما في ثلاثة فصَار العبد في الآخرة على ستة فصار العبد بين ورثة الواهب وبين الموهوب لهما نصفان ثم يفديان ثلاثة أسهم بمثلهما من الدية وذلك ثلاثة أسهم فيصير في يد ورثة الواهب الأوّل ستة هذا بيان الحكم فيما بين الواهب والموهوب لهما.

وأمَّا فيما بين الواهبين وهو أن يجعل نصف العبد على ثلاثة أسهم للموهوب له الثاني سهم فيفديه بمثله فيصير في يد ورثة الواهب الأول ثلاثة ويجب أن يكون في أيديهم سهمَان فالسهم الثالث هو الدائر فاطرحه من نصيب ورثة الواهب الثاني فبقي حقهم في سهم وحق الموهوب له الثاني في سهم فصار نصف العبد بينهما نصفين فصار للموهوب له الثاني ربع العبد يفديه بمثله للواهب الثاني؛ لأن ربعه حي على الواهبين وقد فدى الأوّل بمثله فيفدى بمثله للثاني أيضًا فصار في يد ورثة الواهب الثاني سهمان وقد نفذنا الوصيّة في سهم ثمَّ يرجع ورثة الواهب الثاني على الموهوب له الثاني بربع قيمة العبد وذلك ألفان وخمسمائة؛ لأن ذلك إنما لزم الواهب الثاني بجناية كانت في ضمان الموهوب له الثاني فيكون قرارا لضمان عليه، فأمَّا إذا اختار الدفع ردّ الموهوب له الثاني تسعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من العبد إلى ورثة الواهب الثاني فيأخذ ورثة الواهب الأول ستة أجزاء من ذلك ويبقى في يدهم ثلاثة أجزاء فيدفعونها بالجناية إليهم أيضًا ويرجعون بقيمتها على الموهوب لَهُ الثاني ويدفع الموهوب له الثاني الجزءين اللذين بقيا في يده أحدهما إلى ورثة الواهب الأوّل والآخر إلى ورثة الواهب الثاني، وتخريجه: أن للموهوب الثاني من ثلث العبد سهمًا من ثلثه فيدفع نصفه إلى ورثة الواهب الثاني؛ لأن هذا السهم جنى جنايتين معتبرتين فصار في يد ورثة الواهب الثاني سهمان ونصف سهم ويجب أن يكون في أيديهم سهمان ونصف سهم هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة فبقي لهم سهم ونصف وبقي حق الموهوب له في سهم فصار ثلث العبد على سهمين

ونصف سهم ونصف لورثة الواهب الثاني فانكسرَ بالنصف فأضعف فصار خمسة فصار لهم ثلاثة وللموهوب له الثاني سهمان ثم يدفع الموهوب له الثاني أحد السهمين إلى ورثة الواهب الثاني فصار لهم أربعة وقد نفذنا الوصيَّة في سهمين، فإذا صار ثلث العبد على خمسة صار كله على خمسة عشر فيكون في يد ورثة الواهب الأول عشرة ثم يدفع الموهوب له الثاني أحد السهمين اللذين بقيا في يده إلى ورثة الواهب والواهب الثاني يدفع ثلاثة أخماسه؛ لأن جناية ثلاثة أخماسه على الواهب الثاني هدر لأنهما جناية المملوك على مالكه وعلى الواهب الأول معتبرة لأنها جناية المملوك على الأجنبي فصار في يد ورثة الواهب الأول أربعة عشرَ، ويجب أن يكون في أيديهم عشرة فأربعة أسهم هي الدائرة فاطرحها من نصيب ورثة الواهب الأول ونصيبهم عشرة فبقي لهم ستة وبقي حق الموهوب لهما في خمسة فصار العبد على أحد عشرَ جزءًا في الآخرة خمسة للموهوب لهما سهمان للموهوب له الثاني يؤدي سهمًا إلى ورثة الواهب الأول وثلاثة لورثة الواهب الثاني يؤدي كلاهما إلى ورثة الواهب الأول فصار في أيديهم عشرة وقد نفذنا الوصيّة في خمسة ويرجع ورثة الواهب الثاني بقيمة ثلاثة أخماس المدفوعة بالجناية على ورثة الموهوب له الثاني؛ لأن الجناية كانت في ضمانه لما بينَّا.

(باب جناية العبد الموهوب مع غيره على الواهب أو جنى العبد على الواهب أو جنى خطأ)

(**المبسوط**): ولو قتل العبد الموهوب في مرض وقيمته عشرة آلاف وأجنبي الواهب في مرضه فعلى الأجنبي نصف الدية ويرد خمسي العبد إلى الورثة ويدفع الموهوب له ثلاثة أخماس العبد أو يدفعه بثلاثة أخماس نصف الدية؛ لأن مال الميت خمسة عشرَ ألفًا عبد قيمته عشرة آلاف ونصف الدية خمسة آلاف على الأجنبي فيجعل الدية على ثلاثة أسهم والعبد على ستة أسهم فصحت الهبة في ثلث العبد وذلك سهمان وبطلت في أربعة ثم يقال للموهوب له افدِ ما جازت الهبة فيه بمثل نصفه وذلك سهم فيصير في أيدي الورثة خمسة أسهم والسهم الخامسُ هو

الدائر؛ لأنه مال استفاده الميت فتنفذ الوصيَّة فيه فيطرح ذلك السهم من نصيب الورثة؛ لأن الدور من جانبهم جاءَ وبدأ وإليهم يعود ويرجع فبقي حقهم في ثلاثة وبقيَ حق الموهوب له في سهمين فكان للموهوب له خمسا جميع التركة وذلك ستَّة آلاف من خمسة عشر ألفا وذلك ثلاثة أخماس العبد فتجوز الهبة في ثلاثة أخماس العبد وتبطل في خمسه، ولو كان له عبدان قيمة كل واحد منهما عشرة آلاف فوهب كل واحد لرجل على حدة في مرضه وقبضاهما ثم قتل أحد العبدين الواهب رد من كل واحد ثلاثة أخماسه إلى الورثة وجازت الهبة لكل واحد منهما في خمسي عبده ثم قيل لمولى القاتل ادفع الخمسين أو افده بخمس الدية، وتخريجه أن مال الميت عشرون ألفا اختار الدفع أو الفداء، فإن الدية والقيمة سواء فيجعل ماله على ثلاثة أسهم للموهوب لهما سهم وللورثة سهمان وقد انكسر السهم من الموهوب لهما فأضعف الفريضة فصارت ستة فصار لهما سهمان لكل واحدٍ سهم ثم مولى القاتل يدفع سهمه بالجناية فيصير في يد الورثة خمسة فالسهم الخامس هو الدائر؛ لأنه يجب أن يكون في يد الورثة ضعف ما لهما فاطرحه من نصيب الورثة فبقي حقهم في ثلاثة وحق الموهوب لهما في سهمين فصار مال الواهب على خمسة فظهر أن للموهوب لهما خمسَي المال وذلك ثمانية آلاف من عشرين ألفا لكل واحد أربعة آلاف وأربعة آلاف خمسا كل عبد فجازت الهبة لكل واحدٍ في خمسي العبد وبطلت في ثلاثة أخماسه، ولو قتل أحد العبدين وأجنبي الواهب غرم الأجنبي نصف الدية ويقال لمولى العبد القاتل ادفع أو افدِ، فإن اختار الدفع جازت الهبة لكل واحد منهما في نصف العبد ورد نفقته بنقض الهبة ثم يدفع مولى القاتل ما صار له بالجناية؛ لأن مال الميت خمسة وعشرون ألفا قيمة عبدين عشرون ألفا ونصف الدية خمسة آلاف فيكون للموهوب لهما خمسا خمسة وعشرين ألفا بعد طرح السهم الدائر من الوجه الذي بينا وخمسَا ذلك عشرة آلاف لكل واحد منهما خمسة آلاف من كل عبد وذلك نصف قيمة كل عبد فقد جازت الوصيّة لكل واحد في نصف عبد وبطلت في نصفه فيرد نصفه بنقض الهبة فحصل للورثة عبد كامل قيمته عشرة آلاف وخمسة آلاف نصف الدية على الأجنبي ثمَّ

مولى القاتل يدفع نصف العبد بالجناية قيمته خمسة آلاف فحصل للورثة عشرون ألفًا فاستقام الثلث والثلثان، فإن اختار الفداء كان لكل واحد منهما خمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من عبده ويفدي مولى القاتل ذلك بخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من نصف الدية، وتخريجه: أن يجعل مال الميت وذلك خمسة وعشرون ألفًا على ثلاثة أسهم سهمان للورثة وسهمٌ للموهوب لهما انكسر بالنصف فأضعف فصار ستة للموهوب لهما سهمان وللورثة أربعة ثمَّ مولى القاتل يفدي سهمه بمثل نصفه وذلك نصف سهم وهو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة فيبقى لهم ثلاثة ونصف وهي حق الموهوب لهما في سهمين فصار مال الواهب في الآخرة على خمسة ونصف فانكسر بالنصف فأضعف فصار أحد عشر فيجعل ماله وذلك خمسة وعشرون ألفًا على أحد عشر سهمًا للموهوب لهما أربعة من أحد عشرَ لكل واحد سهمان فاضرب أحد عشر في خمسة وعشرين فيصير مائتين وخمسة وسبعين فالجزء الواحد منهما خمسة وعشرون فللموهوب لهما مائة أجزاء وللورثة مائة وخمسة وسبعون ثم يدفع مولى القاتل بمثل نصف حصته وذلك خمسة وعشرون فصار للورثة مائتان وقد نفذنا الوصيّة في مائة وجزأين من أحد عشرَ جزءًا من خمسة وعشرين ألفا خمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من عشرة آلاف لأنك متى ضربت عشرة في إحدى عشرة تصير مائة وعشرة فخمس مرات عشرة خمسون، فظهر أن هبة كل واحد منهما جازت في خمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من العبد وبطلت في ستة.

(فصل)

وهب عبدًا في مرضه قيمته ألف ثم قتل العبد الواهب وأجنبيا خطأ، فإن اختار الموهوب له الدفع رد ثلاثة أخماسه ينقض الهبة وخمسًا إلى الأجنبي وخمسًا إلى ورثة الواهب ثم يدفع ورثة الواهب الثلاثة الأخماس إلى ولي الأجنبي أو يفدون ذلك وأي ذلك فعلوا رجعوا على الموهوب له بالأقل من الفداء والدفع، وإن اختار الفداء فدى كل واحد بديّته وسلم له العبد، وتخريجه: أن يجعل العبد على ستة أسهم لأنا نحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه نصف وأقل ذلك ستة جازت الهبة في

سهمين وبطلت في أربعة والموهوب له يدفع أحد سهميه إلى ورثة الواهب لما اختار الدفع فصارت في أيديهم خمسة أسهم ويجب أن يكون في أيديهم أربعة أسهم فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة فبقي لهم ثلاثة أسهم وللموهوب له سهمان فصار العبد في الآخرة على خمسة ثم الموهوب له يدفع أحد سهميه إلى ورثة الواهب فصار لهم أربعة وقد نفذنا الوصيّة في سهمين وبقي للموهوب له خمس العبد ثم يدفع ورثة الواهب بالثلاثة الأخماس إلى ولي الأجنبي أو يفدون ذلك؛ لأن هذه الثلاثة جناية على الواهب وعلى الأجنبي وجناية على الواهب هدر؛ لأنه جناية مملوكة على مالكه؛ لأن هذه الثلاثة عادت إلى قديم ملكه بنقض الهبة؛ لأنه ظهر أن الهبة لم تصح فيها وجنايته على الأجنبي معتبرة وهذه الجناية كانت في ضمان الموهوب له وفي ملكه الفاسد فيرجعون بقيمة ثلاثة أخماس العبد على الموهوب له وذلك ستمائة وفي أيديهم خمس العبد قيمته مائتي درهم فقد حصل للورثة ثمانمائة وقد نفذنا الوصية في أربعمائة خمسا العبد وبقي في يده خمس العبد فيدفعه إلى ورثة الأجنبي فحصل لورثة الأجنبي أربعة أخماس العبد وبقي خمس العبد في يد ورثة الواهب، وأما الفداء فلأن العبد قتل قتيلين خطأ فلما اختار الفداء صار مال الواهب أحد عشر ألفًا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد ألف والعبد أقل من ثلث ماله فجازت الهبة في جميع العبد فصار كله ملكًا للموهوب له فيبدي بديته وإن اختار الفداء لورثة الواهب والدفع إلى الأجنبي دفع إليه نصفه وفدى منهم نصفه بدية كاملة؛ لأنه ثبت النصف في حق الدفع لضيق المحل ولن يثبت التنصيف في حق الدية لعدم الضيق في حق الدية كما لو اختار الفداء إليهما يلزمه لكل واحد دية كاملة فكذا إذا اختار الفداء لأحدهما وتجوز الهبة في العبد كله؛ لأن مال الميت أحد عشر ألفًا والعبد يخرج من ثلث ماله ولم يهدر شيء من الجناية على الواهب، وإن اختار الفداء من الأجنبي والدفع إليهم دفع إليهم ثلاثة أخماسه ينقض الهبة وخمسه بالجناية ثم يدفعون ثلاثة أخماسه إلى وليّ الأجنبي أو يفدون ويرجعون بالأقلّ ويفدون الخمس الآخر من الأجنبي بخمس الدية؛ لأنه لما اختار الدفع إلى ورثة الواهب كان مال الواهب العبد لا غير لأنَّ الدّية

للأجنبي لا للمقتول وقد تبرع بجميع ذلك فيصح بقدر الثلث فيجعل العبد على ستة فجازت الهبة في سهمين وبطلت في أربعة. ثم الموهوب له يدفع أحد سهميه إلى ورثة الواهب فصارَ في أيديهم خمسة أسهم ويجب أن تكون في أيديهم أربعة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة ونصيبهم في الأصل أربعة فيبقى لهم ثلاثة وبقي للموهوب له سهمان فصار العبد في الآخرة على خمسة، ثم يدفع الموهوب له أحد سهميه إلى ورثة الواهب فصار في أيديهم أربعة، ثم الجناية ثلاثة أخماس المدفوعة إلى ورثة الواهب على الأجنبي معتبرة وعلى الواهب مهدرة فيدفعون ذلك إلى ورثة الأجنبي أو يفدونه ثم يرجعون بقيمة ذلك على الموهوب له لما بينا.

ثم ذكر في الكتاب أن الموهوب له يفدي الخمس الآخر من الأجنبي بخمس الدية قال مشايخنا: وكأنه وقع غلطا من الكاتب والصحيح أن يقال يفديه بخمسي الدية فكان الكاتب حذف الياء عن الخمس غلطًا وسهوًا وذلك؛ لأن حق الأجنبي في جميع الدية وقد وصل إليه ثلاثة أخماس الدية يدفع ثلاثة أخماس العبد إليه بقي إلى تمام حقه خمسا الدية حتى يصل إليه جميع الدية، وكذلك لو كانت قيمة أكثر من ذلك إلى خمسة آلاف ولو كانت قيمته ستة آلاف فجواب الدفع لا يختلف.

وإن اختار الفداء منهما يفدي من كل واحد منهما بثلاثة أرباع الدية ويرد ربع العبد نقضًا للهبة على ورثة الواهب ثمَّ يدفعونه إلى ورثة الأجنبي، وتخريجه: أن يجعل العبد على ثلاثة أسهم جازت الهبة في سهم، فإذا اختار الموهوب له الفداء يفدي سهمه بمثله وبمثل ثلثيه وذلك سهم وثلثي سهم فصار في يد ورثة الواهب ثلاثة أسهم وثلثي سهم ويجب أن يكون في أيديهم سهمان ضعف ما نفذنا الوصية فيه، فسهم وثلثي هو الدائر فاطرحه من نصيب ورثة الواهب في الأصل وذلك سهمان فبقي لهم ثلث سهم وبقي للموهوب له سهم فصار العبد في الآخرة على سهم وثلث فانكسر بالثلث فاضربه في ثلثه فصار أربعة للموهوب له ثلاثة ولورثة الواهب سهم، فعلم أن الهبة جازت في ثلاثة أرباع العبد، وبطلت في ربعه فيرد ربعه نقضًا للهبة ويفدي بثلاثة أرباعه لورثة الواهب والأجنبي لكل واحد منهما بثلاثة

أرباع الدية، وكان جملة ما وجب عليه من الفداء لهما دية ونصف ثم باقي العبارة على ما ذكرنا وهذه المسألة تدل على أن الجواب في المسألة المتقدمة وقع غلطًا من الكاتب.

(باب الرجل يهب العَبد في مرضه فيجني العبد على الواهب ثم عفا عنه)

(**المبسوط**): ولو كانت قيمته عشرين ألفا وخرج الواهب خطأ فعفا عنه ثم مات واختار الموهوب له الدفع دفع ثلاثة أرباعه وسلم له الربع، وتخريجه: أن يضعف الدية؛ لأنه متى كانت قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف وقد عفا عن الجناية كان حق الورثة في ضعف الدية، فتضعيف الدية لأجل العفو وتضعيف القيمة لأجل الهبة فتصير القيمة المضاعفة مَعَ الدية المضاعفة ستين ثم تزيد القيمة على هذا فصار الكل ثمانين ثمَّ يجعل العبد على ثمانين سهمًا فيضرب الورثة فيهما بضعف الدية والقيمة وذلك ستون والموصى له بقدر القيمة وذلك عشرون وعشرون من ثمانين قدر ربعه فعلمت أن الهبة جازت في ربعه وبطلت في ثلاثة أرباعه، فيجوز أيضًا العفو في ربع الدية، وربع الهبة خمسة آلاف وربع الدية ألفان وخمسمائة فيكون جميع ذلك خمسة آلاف، وربع الدية ألفان وخمسمائة فيكون جميع ذلك سبعة آلاف وخمسمائة، وقد حصل للورثة ثلاثة أرباع العبد قيمته خمسة عشر ألفا وقد نفذنا الوصيّة في نصف ذلك فاستقام الثلث والثلثان ولم يذكر جواب الفداء هنا.

وذكر في كتاب العتق: في المرض في مثل هذه أنه يفدي ثلثي العبد بثلثي الدية ويرد ثلثي العبد نقضًا للهبة؛ لأنه لما اختار الفداء صار مال الميت ثلاثين ألفًا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد عشرون ألفًا وقد تبرع بكل واحد من المالين.

أما بالدية فإنَّهُ عفا الدية وبالعبد، فإنه وهب فيصح تبرعه بكل واحد من المالين بقدر ثلثه فيصح العفو بقدر ثلث الدية وتصحّ الهبة في ثلث العبد وبطلا في ثلثيهما فحصل للورثة ثلثا الدية بالفداءِ وذلك ستة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان وثلثا العبد نقضًا للهبة قيمته ثلاثة عشَرَ ألفًا وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فمبلغه

عشرون ألفًا وقد حصَل للموهوب له بالعفو والهبة نصف ذلك عشرة آلاف ثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وثلث العبد قيمته ستة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان فتكون الجملة عشرة آلاف.

وإن كانت قيمته ثلاثين ألفًا دفع منهُ ثمانية أجزاء من أحد عشر جزءًا، وتخريجه: وهو أن يضعف الدية والقيمة فتصير ثمانين ألفًا ثم يزيد عليها القيمة فصار كله مائة وعشرة آلاف، ثم يجعل العبد على مائة وعشرة فيضرب الموهوب له فيها بقدر قيمة العبد وهي ثلاثون وثلثان من مائة وعشرة ثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا فصح العفو فيه وبطل في ثمانين وذلك ثمانية أجزاء من أحد عشر جزءًا من العبد. ولما صار الحساب من أحد عشر صارت الدية أحد عشر وصارت قيمة العبد ثلاثة وثلاثين وقد جازت الهبة في ثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا من العبد وذلك تسعة أسهم من ثلاثة وثلاثين، وكذلك جاز له بالعفو من الدية ثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا فحصل للموهوب له بالعفو والهبة اثنا عشر وقد بقي للورثة من العبد أربعة وعشرون ضعف ما نفذنا الوصيَّة فيه، فإن اختار الفداء، فإنه يفدي ثلثي العبد ويرد ثلاثة نقضًا للهبة لما بينا.

ولو وهب عبده في مرضه فقتل العبد الواهب عمدًا وله وليان فعفا أحدهما وقيمة العبد ألف واختار الدفع دفع ثلاثة أخماسه نقضًا للهبة ويدفع أحد الخمسين إلى الذي لم يعف ويقتسمان الأربعة الأخماس على اثني عشرَ سهمًا خمسة للعافي وسَبْعَة لغير العافي، وتخريجه: أن يجعل العبد على ثلاثة جازت الوصيَّة في سهم وبطلت في سهمين ثم الموهوب له يدفع نصف سهمه إلى الساكت بالجناية فانكسر فأضعف فصار ستة للموهوب له سهمان يدفع أحد سهميه إلى الساكت فصار في يد الورثة خمسة ويجب أن يكون في أيديهم أربعة فالسَّهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة يبقى لهم ثلثه وبقي حق الموهوب له يدفع أحد خمسيه إلى غير العافي فيصير في يد الورثة أربعة وقد نفذنا الوصية في خمسة ثم أربعة أخماس الورثة يقسم على اثني عشر سهمًا خمسة للعافي وسبعة لغير العافي؛ لأن حق العافي في نصف قيمة العبد لأنه يبطل حقه عن العبد وحق غير العافي في نصف

قيمة العبد وخمس عبد الجناية؛ لأنه لم يعف عن الجناية فاجعل كل نصف من قيمة العبد خمسه وخمس جميع العبد سهمان فحق غير العافي في سبعة فيضرب العافي في اثني عشر بخمسة وغير العافي بسبعة وإذا صارت الأربعة الأخماس على اثني عشر صار العبد الكامل على خمسة عشر خمسة للموهوب له وذلك ستة بقي قسمة للورثة ثم يدفع الموهوب له أحد خمسة وذلك ثلاثة إلى غير العافي فصار في يد الورثة اثنا عشر وقد نفذنا الوصيّة في ستة فاستقام الثلث والثلثان.

وإن اختار الفداء فدى نصفه بنصف الدية ويسلم له العبد بالهبة؛ لأن نصف العبد ظهرَ عن الجناية بالعفو وبقي النصف الآخر مشغولا بنصف الدية فيفديه بنصف الدية وإذا اختار الفداء صار مال الميت ستة آلاف ونصف الدية خمسة آلاف وعبد قيمته ألف والعبد أقل من ثلث ماله فجازت الهبة في جميع العبد فأعطينا للورثة خمسة أضعافه وكان مستقيما، ثم يقسم نصف الدية بين الاثنين على اثني عشر سهمًا منها للعافي والباقي لغير العافي؛ لأن حق العافي في نصف قيمة العبد وذلك خمسمائة وحق الساكت في نصف قيمة العبد خمسمائة، ونصف الدية خمسة آلاف بسبب الجناية، فاجعل كل خمسمائة سهمًا فصار نصيب الساكت أحد عشر سهمًا ونصيب العافي سهمًا واحدًا فصارت الخمسة آلاف مقتسمة بينهما على اثني عشر سهمًا للعافي وأحد عشر للساكت، وكذلك لو كانت قيمته أكثر من ذلك إلى عشرة آلاف فحكم الدفع أن يرد ثلاثة أخماسه بنقض الهبة وخمسة بالجناية على ما ذكرنا.

وأما الفداء فإن كانت قيمته مثل ربع الدية ألفين وخمسمائة أو أقل فداه بنصف الدية وتضارب الاثنان فيه يضرب العافي بنصف قيمة العبد والآخر بنصف الدية وبنصف قيمة العبد؛ لأن العبد يخرج من ثلث ماله إذا كانت قيمته ألفين وخمسمائة أو أقل، وإن كانت ثلاثة آلاف رد ربع العبد وفدى ثلاثة أرباعه بثلاثة أرباع نصف الدية فاقتسم الاثنان ربع العبد وثلاثة أرباع نصف الدية يضرب العافي فيها بنصف قيمة العبد والساكت بنصف قيمة العبد وبثلاثة أرباع نصف الدية إلا أن ربع العبد لحم ودم بينهما نصفان ويتحاصّان، وتخريجه: أن جميع مال الميت ثمانية آلاف عبد قيمته ثلاثة آلاف ونصف الدية خمسة آلاف والعبد لا يخرج من ثلث ماله

فيجعل العبد على ستة؛ لأنا نحتاج إلى حساب له ثلث ولثلاثة نصف وأقله ستّة فجازت الهبة في سهمين وبطلت في أربعة وإذا صارت قيمة العبد وهي ثلاثة آلاف على ستة صارت الدية وهي عشرة آلاف عشرون سهمًا ثم يفدي الموهوب له أحد السهمين وهو سدس بسدس الدية وذلك ثلاثة أسهم وثلث سهم فصار في يد الورثة سبعة وثلث ويجب أن يكون في أيديهم أربعة فثلاثة وثلث هي الدائرة فاطرحها من أصل حقهم وهو أربعة يبقى لهم ثلثا سهم وللموهوب له سهمان فصار كله سهمين وثلثين انكسر بالأثلاث فاضرب سهمين وثلثين في ثلاثة فصار ثمانية فصار للموهوب له ستة وللورثة سهمان وستة من ثمانية ثلاثة أرباعه فعلم أن الهبة جازت في ثلاثة أرباع العبد وبطلت في ربعه فيرد ربع العبد نقضًا للهبة وقيمته سبعمائة وخمسون ثم يفدي نصف ما جازت الهبة فيه للساكت وذلك ثلاثة أثمان جميع العبد بثلاثة أرباع نصف الدية وذلك ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون، وقد جوزنا الهبة في ثلاثة أرباع العبد وقيمتها ألفان ومائتان وخمسون فاستقام الثلث والثلثان ثم ما حصل للورثة يقسم بين الاثنين على سبعة وعشرين سهمًا يضرب العافي فيها بنصف قيمة العبد وذلك ألف وخمسمائة الساكت يضرب بنصف قيمة العبد وبثلاثة أرباع نصف الدية ومبلغه أربعة آلاف ومائتان وخمسون فاجعل كل مائتين وخمسين سهما فصار حق الساكت أحدًا وعشرين وحق العافي ستة أسهم فيكون كله سَبعة وعشرين، وإن شئت اختصرت من نصيب كل واحد منهما على الثلث؛ لأن بينهما موافقة بالثلث فاختصر من نصيب العافي على الثلث وذلك سهمان ومن نصيب الساكت على الثلث وذلك سبعة فيكون جملته تسعة فيقسم أربعة آلاف وستمائة على تسعة.

ولو وهب في مرضه عبدًا قيمته ألف ثم قتل العبد العبد الواهب خطأ وله وليان فعفيا عنه رد الموهوب له نصف العبد وصار له نصفه؛ لأنه يجعل العبد على ثلاثة أسهم جازت الهبة في سهم وبطلت في سهمين فيدع الموهوب لهُ سهمه بالجناية فيصير في يد الورثة ثلاثة أسهم، ويجب أن يكون في أيديهم سهمان فالسهم الثالث هو الدائر فيطرح الورثة فيبقى لهم وللموهوب له سهم، ويدفع سهمه بالجناية فصار

لهم سهمان وصار مال الميت في الآخرة عبد ونصف عبد حكمًا واعتبارًا؛ لأن ما أتلفا بالعفو من نصف كأنهما قبضا ثم استهلكا؛ لأن إتلاف المال قبض له حكما كالمشتري إذا أتلف المبيع صار قابضًا فكذا هذا، فحصل لهما عبد وللموهوب له نصف عبد فمتى كان يدفع العبد كله نصف نقضًا للهبة ونصفه بالجناية، فإذا عفيا عنه يسلم نصفه نقضًا للهبة ويسلم له نصفه بالعفو.

ولو كان قتله عمدًا ردَّ ثلثي العبد؛ لأن العفو عن القصاص جائز عن الكلّ في المرض؛ لأنه ليس بمال وحق الورثة لا يتعلق بما ليس بمال، فإذا جاز العفو ظهر العبد من الجناية فبقي عبد غير جانٍ فتجوز الهبة في ثلثه وتبطله في ثلثيه، ولو قتل عبدًا للموهوب له عمدًا وقيمتهما سواء فعفا عنه ردّ ثلثيه وجاز له الثلث والجناية على عبده باطلة؛ لأن جناية المملوك على مملوك مالكه هدر فصار كأنه لم يجن.

ولو كان الواهب ترك عبدين أحدهما الذي جنى على أجنبي والآخر الذي وهب فعلى أولياء المجني عليهما فإنَّ عفوهم بمنزلة قبضهم ويرد الموهوب له نصف العبد ويجوز له نصفه وهذا إذا قتل الموهوب الواهب خطأ فعفا عنه ولياه وللواهب عبد آخر جنى على إنسان فعفا عنه وذلك الإنسان؛ لأنه يصير كأنه لم يجن لما بينا. وهب عبدًا في مرضه ثم قتل العبد الواهب وله وليان فعفا عنه أحدهما واختار الدفع ردًّا إليهما نصفه بنقض الهبة بينهما ودفع ربعه إلى الساكت بحق الجناية ويسلم له ربعه؛ لأن ما يستحقه العافي بالجناية من ربع العبد يسلم للموهوب له؛ لأنه وجبَ على الموهوب له رد ثلاثة أرباع العبد ربعه للعافي نقضًا للهبة وربعه للساكت نقضًا للهبة وربعه دفعًا بالجناية وما يستحقه العافي بالجناية من ربع العبد يسلم للموهوب له.

ولو اختار الفداء فدى نصفه من الساكت بنصف الدية وسلم له العبد كله إذا كانت قيمته ما بينه وبين ثلث الدية ويقتسمان نصف الدية ونصف قيمة العبد التي أتلف العافي فيضرب في ذلك الساكت بنصف الدية وبنصف القيمة ويضرب العافي بنصف القيمة من قبل الهبة وبنصف القيمة من قبل العفو أيضًا، فإن كانت قيمته ألفان اقتسما على ثمانية سهمان للعافي يحسبُ عليه مَا أتلف بالعفو ويعطي الفضل

ويخرجه من مال الميت سبعة آلاف خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد وذلك أقل من ثلث ماله فيسلم للموهوب له جميع العبد؛ لأنه يخرج من الثلث ثم نصف الدية وهو خمسة آلاف وما أتلفه العافي من نصف قيمة العبد وذلك ألف فيكون جملته ستة آلاف يجعل على ثمانية أسهم؛ لأن حق الساكت في نصف الدية ونصف قيمة العبد وذلك ستة آلاف وحق العافي في نصف قيمة العبد مرتين مرة بانتقاض الهبة ومرّة بالعفو؛ لأن ما أتلفه بالعفو وهو قابض له حكما، وكذلك ألفان فاجعل كل ألف سهما فصار حق العافي في سهمين وحق الساكت في ستة أسهم، ولو كانت قيمته خمسة آلاف واختار الفداء بطلت الهبة في ثلثه ورد الثلث إلى الوارثين ويفدي من الساكت ثلاثة بثلث الدية فصار في أيديهما من العبد والدية خمسة آلاف وقد أتلف العافي بالعفو ألفا وستمائة وستة وستين وثلثين كأنه قبضها فصارت الجملة مقدار ثلثي الدية يضرب في ذلك العافي بنصف الرقبة وثلث القيمة ويضرب الساكت بنصف الرقبة وثلث الدية إلا أن ثلث العبد لحم ودم بينهما نصفان ويتخاصمان، وتخريجه: أن يجعل العبد على ستة والدية على اثني عشر سهما كل ألفين وخمسمائة ثلاثة أسهم فجاز العفو في سهمين من العبد وبطل في أربعة، ثم يفدي الموهوب له نصف الثلث وهو سدس العبد الساكت سدس الدية وذلك سهمان من اثني عشر وسدس العبد الذي استهلكه العافي بالعفو ويجعل كأنه قبض ذلك وأتلفه وذلك سهم فيجتمع في أيدي الورثة سبعة، ويجب أن يكون في أيديهم أربعة ضعف ما نفذنا الوصية فيه، فثلاثة أسهم هو الدائر فيطرح من نصيبهم يبقى لهم سهم فيضرب الورثة بسهم في العبد والموهوب له بسهمين فصار العبد على ثلاثة، سهمان وذلك ثلثاه للموهوب له وسهم وذلك للورثة فعلم أن الهبة جازت في ثلثي العبد فيفدي نصف الثلثين بثلث الدية؛ لأنه لولا العفو من أحدهما لكان عليه أن يفدي ثلثي العبد بثلثي الدية، فإذا عفا أحدهما فدى أحد الثلثين بثلث الدية والثلث الباقي سلم له بغير فداء، فصَار جميع ما للورثة ستة آلاف وستمائة وستة وستين وثلثين وذلك ضعف ما نفذنا الوصية فيه ثم يضرب العافي في ذلك بنصف الرقبة وذلك ألفان وخمسمائة وبثلث القيمة وذلك ألف وثلثا ألف لأجل

العفو فتكون جملته أربعة آلاف ومائة وستة وستين وثلثين، ويضرب الساكت فيه بنصف الرقبة وذلك ألفان وخمسمائة وبثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فاجعل أقل المالين وذلك مائة وستة وستون وثلثا سهم، فصار كل ألف ستة أسهم فصار حق الساكت في خمسة وثلاثين سهما وحق العافي في خمسة وعشرين سهمًا وبين النصيبين موافقة بالخمسة فاختصر من نصيب كل واحد على خمسة من نصيب الساكت سبعة ومن نصيب العافي خمسة فيكون جملة ذلك على اثني عشرَ فيقسم المال على اثني عشر خمسة للعَافي يحسب له ثلث القيمة التي عفا ويأخذ الفضل وما بقي للسَّاكت.

(باب العبد الموهوب إذا قتل الواهب وقد كان أوصى لرجل بثلث ماله)

(**المبسوط**): وهب عبدًا في مرضه قيمته ألفي درهم ثم قتل الواهب خطأ وقد أوصى لرجل بثلث ماله فاختار الدفع دفع أربعة أخماسه نقضًا للهبة وخمسة بالجناية ويكون للموصى له خمس العبد، وتخريجه: أن يجعل العبد على ستة لحاجتك إلى حساب له ثلث ولثلثه نصف وأقله ستة جازت الهبة في سهم وبطلت في سهم في خمسه، ثمَّ الموهوب له يدفع سهمه بالجناية فيصير في يد الورثة ستة أسهم، ويجب أن يكون في أيديهم خمسة فالسَّهم السادس هو الدَّائر فيطرح من نصيب الورثة والموصى له بالثلث ونصيبهم في الأصل خمسة فيبقى لهم أربعة وللموهوب له سهم فصار العبد في الآخرة على خمسة فظهر أن الهبة جازت في خمس العبد وبطلت في أربعة، ثم يدفع الموهوب له سهمه بالجناية فيصير لهم خمسة ثم الموصى له بالثلث يأخذ خمس باقي الورثة وذلك سدس العبد فيبقى للورثة أربعة وقد نفذنا الوصيَّة لهُمَا في سهمين.

وإن اختار الفداء فدى جميعه بجميع الدية ويعطى الموصى له بالثلث ألفين من

الدية وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن مال الميت اثنا عشر ألفًا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد ألفان فيكون ثلث ماله أربعة آلاف فجازت الهبة في جميع العبد للموهوب له يبقى إلى تمام الثلث ألفان فيكون للموصى له وبقي للورثة ثمانية آلاف.

فأما عندهما فيضرب الموهوب له بكل العبد وصاحب الثلث بثلث العبد فيكون ثلث المال بينهما على أربعة ثم يسقط سهَام الدَّور فيبقى من كل المال تسعة لصاحب الثلث سهم وللورثة ثمانية، وإن كانت قيمته أقل من ألفين أعطى الموصى له تمام الثلث مع قيمة العبد من الدية ومن قيمة العبد؛ لأنه متى كانت قيمة العبد ألفًا صار مال الميت أحد عشر ألفًا فيكون ثلث ماله ثلاثة آلاف وستمائة وستَّة وستون وثلثان وللورثة ثمانية ضعفَ ما أعطينا للموصى لهما، وإن كانت قيمته ثلاثة آلاف فحكم الدفع ما مرَّ، وإن اختار الفداء ردّ خمسة أثمانه بنقض الهبة وجازت له الهبة في ثلاثة أثمانه وفدى فأجاز له بثلاثة أثمان الدية عند أبي حنيفة ويعطي الموصى له من الورثة ثلاثة أثمان العبد والباقي لهم، وتخريجه: أنه لما جعل العبد على ستة وقيمته ثلاثة آلاف صارت الدية وهي عشرة آلاف عشرين سهما فجازت الهبة في سهم من العبد وهو السدس وبطلت في خمسة أسداسه، فإذا اختار الموهوب له الفداء، فإنه يفديه بسدس الدية فحصل في يد الورثة ثمانية وثلاثة وثلث والزيادة على حقهم وذلك ثلاثة وثلث وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من أصل حقهم وهو خمسة يبقى للورثة ثلثا سهم وللموهوب له سهم فصار كله سهمين وثلثي سهم انكسر بالثلث فاضرب سهمين وثلثين في ثلثين في ثلاثة فيصير ثمانية فصار العبد على ثمانية وصار للموهوب لهُ ثلاثة وللورثة خمسة فعلم أن الهبة جازت في ثلاثة أثمان العبد ويطلب في خمسة أثمانه فيرد ذلك نقضًا للهبة ويهدر جناية ذلك ويفدي ثلاثة أثمانه بثلاثة أثمان الدية فيصير في يد الورثة ثلاثة أثمان الدية وخمسة أثمان العبد يعطى الموصى له بالثلث من ذلك مثل ما أعطينا للموهوب له وهو ثلاثة أثمان الثلث؛ لأن الباقي إلى تمام الثلث ثلاثة أثمانه، فاجعل كل ألف من قيمة العبد على ثمانية فصارت قيمته أربعة وعشرين سهما والدية

ثمانون سهما وقد جازت الهبة في ثلاثة أثمان العبد وذلك تسعة من أربعة وعشرين كل ثمن ثلاثة وبطلت في خمسة أثمانه وذلك خمسة عشر فيرد من العبد خمسة عشر نقضًا للهبة، ثم يفدي ثلاثة أثمان العبد بثلاثة أثمان الدية، وذلك ثلاثون سهما كل ثمن عشرة وكان في ثلث الورثة خمسة أثمان العبد وهي خمسةَ عشر، فيكون جميع ذلك خمسة وأربعين فيعطى الموصى له بالثلث من ذلك مثل ما أعطينا للموهوب وذلك تسعة فيصير ثمانية عَشرَ يبقى للورثة ستة وثلاثون فاستقام الثلث والثلثان، وكذلك إن كانت قيمته أكثر إلى عشرة آلاف.

(باب ما لو أعتق الموهوب له العبد الموهوب أو وهبه ثم قتل الواهب ثم عفا أحد ولييه)

(**المبسوط**): ولو وهب في مرضه عبدًا من صحيح فأعتقه، ثم قتل المعتق الواهب عمدًا وله وليان فعفا أحدهما لم يضمن الموهوب له شيئًا ويضمن المعتق نصف الدية، والمسألة محمولة على ما إذا كانت قيمة العبد ألفين وخمسمائة أو أقل ليخرج من الثلث متى جوزنا الهبة في جميعه، ويقسم الوليان نصف الدية يضرب فيه العافي بنصف قيمة العبد والآخر بنصف الدية وبنصف قيمة العبد؛ لأن الساكت لم يبطل حقه عن الجناية ولا عن العبد الموهوب، والعافي أبطل حقه عن الجناية ولم يبطل حقه عن العبد فيضرب كل واحد بما هو حقه، والجناية صدرت من الحرّ لا من العبد فلم يلزم الموهوب له شيء من الجناية ولا بفساد الهبة؛ لأن العبد خرج من ثلث مال الميت، ولو قتله خطأ سلّم نصف الدية للساكت ولا شيء على الموهوب له؛ لأن الدية وجبت لهما بالقتل؛ لأن القاتل كان حرًّا وحق العافي قد سقط بالعفو وهو نصف الدية. بقي نصف الدية للساكت بخلاف ما لو كان القتل عمدًا، فإن العافي يشارك الساكت في نصف الدية وهنا لا يشاركه؛ لأن في الخطإ العافي بالعفو أبرأ القاتل عن نصف الدية فصار كأنه قبض نصف الدية واستهلكها بعد القبض فلا يبقى له في نصيب الآخر شركة وفي العمد لم يصر العافي قابضًا للدية؛ لأنه أسقط القصاص وأنه ليس بمال فلم يجعل بالعفو قابضًا لشيء

من المال حكما وقد عفا عن الجناية لا عن العبد فيضرب العافي في نصف الدية بنصف قيمة العبد.

ولو قتل الواهب عمدًا ثمَّ أعتقه الموهوب لَهُ فعفا أحدهما سعى العبد في نصف قيمته ويؤخذ من الموهوب له نصف قيمته يقسم ذلك الوليان يضرب السَّاكت بقيمته والعافي بنصف قيمته؛ لأن مال الميت قيمة ونصف قيمة وجبت بسبب فساد الهبة ونصف قيمة بسبب الجناية، فإن نصيب أحدهما بالعفو سقط ولم يبطل نصيب الآخر، ووجب نصف قيمة على العبد بالجناية؛ لأن القتل كان في حالة الرق والقتل الصّادر من الرقيق يوجب القيمة دون الدية ويجب على العبد؛ لأن العفو وجد وهو حرٌّ؛ لأن القتل العمد انقلب موجبًا للدية بعْدَ العفو والعفو وجد وهو حرٌّ فلا اعتبار حالة القتل أوجب القيمة ولاعتبار حالة العفو أوجب على العبد وقيمة على الموهوب لهُ بسبب فساد الهبة فصار مال الميت قيمة ونصف قيمة فيكون للموهوب له ثلث ذلك، وذلك نصف قيمة بقي للمقتول قيمة كاملة نصفه على العبد ونصفه على الموهوب له ثم العافي يضرب بنصف قيمة العبد والساكت يضرب قيمة كاملة فتكون القيمة بينهما أثلاثًا.

ولو كان قتله خطأ فأعتقه الموهوب له وهو لا يعلم ثمَّ عَفَا أحدهمَا كانت تركة المقتول قيمة العبد وقيمة أخرى في رقبته بالجناية فللموهوب له ثلث ذلك يبقى عليه قيمة وثلث سقط بعفو أحدهما حصته وهي نصف قيمة بقي على الموهوب نصف قيمة للساكت وثلث قيمة بينهما نصفان؛ لأن مال الميت قيمتان قيمة على الموهوب له بسبب فساد الهبة واستهلاكه العبد بالعتق وقيمة بسبب الجناية على الواهب؛ لأن القتل والعفو وجدا في حالة الرق فيكون للموهوب له ثلث ذلك وذلك ثلثا قيمة وبقي عليه قيمة وثلث قيمة إلا أن أحدهما لما عفا فقد أبرأه عن نصف القيمة فبقي عليه نصف قيمة للساكت وثلث قيمة بينهما نصفان.

ولو قتله عمدًا فعفا أحدهما ثم أعتقه الموهوب له وهو لا يعلم ضمن الموهوب له قيمة بين الوليين أثلاثًا ثلثاها للساكت؛ لأن مال الميت قيمة ونصف

قيمة بسبب فساد الهبة وقد عجز عن ردّ العبد بالإعتاق ونصف قيمة بسبب الجناية؛ لأن العفو جد والعبد رقيق فكأنه جنى في هذه الحالة فيكون للموهوب له ثلث ذلك وهو نصف قيمة يبقى قيمة يقسم بين الوليين أثلاثًا ثلثاها للساكت؛ لأنه يضرب بقيمة كاملة والعافي يضرب بنصف قيمة، ولو كان الموهوب له دبّر العبد ثم إن العبد قتل الواهب عمدًا ثم عفا أحد الوليين فهذا بمنزلة ما لو أعتقه؛ لأنه في الحالين تركة المقتول قيمة ونصف قيمة بسبب فساد الهبة ونصف قيمة بسبب الجناية، ولو كاتبه ثم قتل العبد الواهب عمدًا وعفا أحدهما يسعى المكاتب في نصف قيمته وعلى الموهوب له نصف قيمة يقسم جميع ذلك بينهما أثلاثًا؛ لأن مال الميت قيمة ونصف قيمة وجبت بسبب فساد الهبة ونصف قيمة وجب على المكاتب بالجناية فيكون للموهوب له ثلث ذلك وهو نصف قيمة بقي للورثة قيمة كاملة نصفها على المكاتب بالجناية ونصفها على مولاه، ولو قتله المكاتب خطأ سعى المكاتب في نصف قيمته للساكت خاصَّة وعلى الموهوب له ثلث قيمته بينهما نصفان؛ لأن مال المقتول قيمتان قيمة على الموهوب له بسبب فساد الهبة وقيمة وجبت على المكاتب بالجناية، فيكون للموهوب له ثلث ذلك وذلك ثلثا قيمة واحدة يبقى عليه ثلث قيمة، وعلى المكاتب قيمة إلا أن أحدهما لما عفا فقد أبرأ المكاتب عن نصف القيمة فبقي عليه نصف قيمة فيكون للساكت خاصةً؛ لأن العافي بالعفو قد استوفى نصيبه.

ولو وهبه الموهوب له من رجل ثم قتل العبد الواهب الأول خطأ واختار الآخر دفعه يسلم لورثة الواهب ويضمن الموهوب له ثلث قيمته؛ لأنه لم يجب رد شيء منه بنقض الهبة؛ لأن الهبة من الموهوب لهُ الأول مانعة من نقض الهبة فيجبُ على الموهوب له الثاني دفع كله بالجناية فيكون مال الميت عبد وقيمته التي وجبت على الموهوب لَهُ الأول؛ لأنه عجز عن رَده بالهبة فيكون للموهوب له الأول ثلث ذلك وهو ثلثي قيمة واحدة بقي عليه ثلث قيمة، وإن فداه فداه بالدية فلا شيء على الموهوب لهُ إن كانت قيمته خمسة آلاف أو أقل؛ لأن مال عبد قيمته خمسة آلاف والدية فيكون خمسَة عشر ألفا والعبد يخرج من ثلث ماله، وإن كانت قيمته أكثر من

خمسة آلاف أضفتها إلى الدية ثم جعلت للموهوب له الثلث من جميع ذلك ويرد الفضل على الورثة؛ لأن العبد لا يخرج من ثلث ماله فيكون للموهوب له ثلث جميع ماله ويرد الفضل فيقسم بينهما نصفين؛ لأنه لم يعف واحد منهما عن شيء، فإن عفا أحدهُمَا دفع نصفه إلى الذي لم يعفُ وعلى الموهوب له ثلث قيمته بينهما نصفان؛ لأن مال الميت قيمتان قيمة بسبب الجناية وقيمة بسبب فساد الهبة على الموهوب له الأول فيكون له ثلث ذلك، وذلك ثلثا قيمته ويرد ثلث قيمته والموهوب له الثاني يدفع نصف العبد إلى الساكت؛ لأن الآخر لما عفا فكأنَّهُ قبض نصف العبد وأتلفه فيكون النصف الآخر للسَّاكت خاصَّة.

وإن فداهُ بنصف الدية وجازت الهبة في جميعه إذا كانت قيمته مثل ثلث الدية أو أقل ويقسم الوليان نصف الدية ونصف القيمة الذي أتلفه العافي بالعفو يضرب في ذلك العافي بنصف قيمة رقبة العبد ونصف القيمة من قبل الدية ويضرب الساكت بنصف الدية وبنصف القيمة التي كانت على الموهوب له فما أصاب العافي يحسب عليه ما أتلف وأخذ الفضل؛ لأن مال المقتول نصف الدية خمسة آلاف والقيمة التي وجبت على الموهوب له وذلك ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلثًا، ونصف القيمة التي عفا عنه العافي وذلك ألفٌ وستمائة وستة وستون وثلثان؛ لأنه بالعفو كأنه قبض ذلك وأتلفه فيكون جملة ذلك عشرة آلاف والعبد يخرج من ثلث ماله فجازت الهبة في جميع العبد ثمَّ الباقي يقسم كما [ذكرنا][1].

وإن كانت قيمته أكثر من ثلث الدية وأقل من [الدية][2] ضممت نصف الدية ونصف القيمة إلى جميع القيمة التي على الموهوب له فأجزت له الثلث من جميع ذلك وردّ الفضل فضممته إلى نصف الدية وإلى نصف القيمة التي أتلفها العافي فاقتسماه على ما ذكرنا؛ لأن مال المقتول أحد عشر ألفًا نصف الدية خمسة آلاف وقيمته وجبت على الموهوب له الأول وذلك أربعة آلاف ونصف قيمة ما أتلفه العافي وذلك ألفان، فيكون جملة ذلك أحد عشر ألفًا وأربعة آلاف لا تخرج من

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وصفنا.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): القيمة.

ثلث ماله فيكون له ثلث مال المقتول وذلك ثلاثة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان ويرد الفضل من قيمة العبد وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلثًا يضم إلى نصف الدية فيقسم بين الاثنين على ما ذكرنا.

وإن كانت قيمته عشرة آلاف سلم نصف الدية للذي لم يعف وعلى الموهوب له ثلث القيمة بينهما نصفان؛ لأن مال المقتول عشرون ألفًا قيمة العبد على الموهوب له وهي عشرة آلاف والدية عشرة آلاف فيكون للموهوب له ثلث ذلك وذلك ثلثي قيمة العبد ويرد ثلث قيمته فيكون بين الاثنين نصفين ونصف الدية للساكت خاصَّة؛ لأن العافي بالعفو كأنه قبض نصف الدية وأتلفه لما كانت قيمة العبد مثل الدية، فإن كانت قيمته أكثر من الدية، فإن كانت عشرين ألفًا وقد عفا أحدهما وفدى من الآخر ضممت جميع الدية إلى جميع القيمة فجازت للموهوب له ثلث ذلك وأدى الفضل فاقتسماه نصفين وكان نصف الدية للساكت خاصَّة؛ لأن تركة المقتول ثلاثون ألفا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد عشرون ألفا، فيكون للموهوب له ثلث ذلك وهو عشرة آلاف كلهَا في العبد، وهي نصف العبد فيغرم نصف قيمة العبد فيكون بين الاثنين نصفين وللساكت نصف الدية خاصة؛ لأن الآخر لما عفا عن الجناية وقيمة العبد أكثر من الدية انصرف العفو إلى الدية؛ لأنه أقل المالين فكأنه قبض نصف الدية وأتلف فيحسب عليه وما بقي يكون للساكت خاصَّة، وإذا وهب في مرضه عبدًا ثم قتل العبد الواهب عمدًا فعفا عنه الوليان رد ثلثي العبد وسلّم له ثلثه؛ لأنه إذا صحّ العفو ظهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يقتل الواهب، ولو لم يقتل الواهب كان للموهوب له ثلث العبد والثلثان للورثة فكذا هذا.

ولو عفا أحدهما بعدمَا عفا صاحبه واختار الدفع دفع إليهمَا ثلاثة أخماس العبد يصرف فيها العافي الأول بنصف قيمة العبد والعافي الثاني بثلاثة أخماس ونصف خمس قيمته ويحسب بالخمس الذي أتلفه بالعفو، وتخريجه أن يجعل العبد على ستة لحاجتك إلى حساب له ثلث ولثلثه نصف وأقل ذلك ستة فجازت الهبة في سهمين وبطلت في أربعة، ثم الموهوب له يدفع أحد سهميه إلى العافي الأول بالجناية فيصير في يد الورثة خمسة ويوجب أن يكون في أيديهم أربعة فالسَّهم

الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة في الأصل يبقى لهم ثلاثة وبقي حق الموهوب له في سهمين فصار العبد في الآخرة على خمسة ثلثه أسهم للورثة وسهمان للموهوب له، ثم الموهوب له يدفع أحد سهميه بالجناية، فإذا عفا عنه الابن الآخر فالخمس الذي كان يدفعه بالجناية يسلم لَهُ فيكون المال للموهوب له خمسَا العبد ثم تقسم هذه السهام بينهما على اثني عشر سهما خمسة للعافي الأول وسبعَة للعافي الأخير؛ لأن العافي الأول يضرب بنصف قيمة العبد لأجل الهبة لا غير والعافي الأخير يضرب بنصف قيمة العبد لأجل الهبة وبخمس العبد لأجل الجناية فاجعل كل نصف قيمة على خمسة أسهم فتصير القيمة الكاملة عشرة أسهم وخمس القيمة سهمان، وكانت الثلاثة الأخماس مقسومة بينهما على اثني عشر فما أصاب سبعة أسهم فللعافي الأخير وما أصاب خمسة فللعافي الأول؛ لأن ما أصاب الأخير من خمس العبد يحسب عليه؛ لأنه أتلف ذلك ويأخذ نصف الثلاثة الأخماس، ففي الحاصل الثلاثة الأخماس المدفوعة بسبب نقض الهبة تكون مقسومة بينهما نصفين.

ولو أعتقه الموهوب له ثم عفيا معًا ضمن الموهوب له ثلثي قيمته؛ لأنه لما صح العفو منهما فكان العبد لم يقتل الواهب فتجوز الهبة في ثلث العبد وتبطل في ثلثيه.

ولو عفيا متعاقبًا ضمن الموهوب له نصف قيمة العبد وعلى العبد المعتق نصف قيمته؛ لأن تركة المقتول ونصف قيمة وجبت على الموهوب له بالإعتاق ونصف قيمة وجب على العبد بالجناية؛ لأن أحدهما لما عفا عن القصاص فالعبد حرٌّ فينقلب نصيب الساكت مالًا فيكون للموهوب له ثلث ذلك وذلك نصف قيمة وبقي عليه نصف قيمة لأجل العتق ونصف قيمة على العبد بحكم الجناية إلا أن الآخر لما عفا فقد أبرأ العبد عن نصف القيمة ثم النصف المأخوذ له من الموهوب له والنصف المعفو عنه يقسم بينهما فيضرب العافي الأخير بقيمة كاملة ويضرب العافي الأول بنصف القيمة؛ لأن الآخر عفا نصيبه فيجعل ما عفا كأنه قبضه ثم أتلفه فيجعل كالقائم حكما.

ولو كان قائمًا حقيقة كان الحكم كذلك فكذا إذا كان قائما حكما فيكون نصف القيمة بينهما أثلاثًا ثلثاه للعافي آخرًا وثلثه للعافي أولًا إلا أن ما أصاب نصف القيمة يحسب على العافي آخرًا؛ لأنه قبض ذلك وأتلفه بقي حقه في سدس القيمة فيأخذ سدس القيمة من النصف المأخوذ من الموهوب له ويبقى ثلثا نصف القيمة وهو ثلث الكل للعافي أولا.

ولو أعتقه الموهوب له ثم قتل الواهب عمدًا فعفا أحدهما وقيمته مثل ربع الدية أو أقل سلمت الهبة له ويضمن المعتق نصف الدية يضرب فيه العافي بنصف قيمته والساكت بنصف الدية وبنصف القيمة؛ لأن مال المقتول قيمة العبد ونصف الدية فيخرج العبد من ثلث ماله فتجوز الهبة في جميع العبد ويضمن المعتق نصف الدية؛ لأن العبد قتل وهو حرٌّ فيقتسمان خمسة آلاف على سبعة أسهم ستة للساكت وسهم للعافي؛ لأن حق الساكت في نصف القيمة وذلك ألف درهم، وفي نصف الدية وهو خمسة آلاف فيكون ستة آلاف وحق العافي في نصف القيمة وذلك ألف فاجعل كل ألف سهمًا فصَار حق الساكت في ستة وحق العافي سهم، ولو عفا أحدهما بَعدَ صاحبه فلا سبيل على الموهوب له، ويضمن العبد للعافي الأول حصته ثمن الخمسة آلاف التي كانت يقسمانها لو لم يعف الثاني ولا يضمن لك للعافي الثاني؛ لأنه كان للعافي آخرًا على العبد نصف الدية، فإذا عفا فقد أبرأ العبد عن نصف الدية والعافي الأول لم يؤخذ منه عفو عن حصته من خمسة آلاف؛ لأنه عفا عن القصاص لا عن المال فيضمن العبد للعافي أولا حصته من خمسة آلاف وذلك سبع خمسة آلاف ولا يضمن العافي آخرًا للأول حصته من خمسة آلاف؛ لأن منفعة ذلك راجعة إلى العبد لا إلى أخيه، فإنه لم يقبض منه شيئًا.

(باب إعتاق المولى العبدَ الجاني بعد عفو المجني عليه)

(**المبسوط**): أصله أن المجروح متى عفا الجارح يعتبر العفو من ثلث المال متى مات من تلك الجراحة سواء عفا في الصحة بأن كان يجيء ويذهب في حوائجه أو في المرض بأن كان صاحب فراش؛ لأن أثر القتل يستند إلى وقت

الجراحة؛ لأن للقتل بفعل يتّسم بسمة كونه مزهقا للروح من وقت الجراحة، ولهذا لو كفر بعد الجرح قبل الموت جاز؛ لأنه كفر بعد القتل معنى باعتبار أن أثره يستند إلى وقت الجرح، وكذلك الوارث إذا عفا الجارح عن الجراحة ثمَّ مات من تلك الجراحة صح العفو بخلاف ما لو وهب مالًا وهو صحيح ثم مات من تلك الجراحة، فإنه يصح من جميع المال؛ لأن أثر القتل إنما يستند إلى وقت الجراحة ووجوب الكفارة من الأحكام المختصّة بالقتل فيظهر الاستناد في حقه فصار كأنه عفا بعد الموت والهبة ليست من الأحكام المختصة بالقتل فلا يظهر الاستناد في حقه، ولهذا لو وهب الوارث مالًا لمورثه المجروح ثم مات من تلك الجراحة لم تصح، وإذا عفا عن الدية ثمَّ مات يصح. عبد لرجل جرح رجلًا خطأ فعفا عنه وقيمته عشرة آلاف درهم ولا مال له غيره فأعتقه مولاه عالما بالجناية ضمن ثلثي الدية، وإن لم يعلم ضمن ثلثي قيمته إلا ثنتي عشرة درهمًا؛ لأنه متى علم بالجناية صار مختارا للدية فظهر أن مال الميت الدية وقد ينزع بجميع ذلك في مرض موته فيصح بقدر الثلث فيبرأ عن ثلث الدية ويغرم ثلثيها، وإن لم يعلم بالجناية صار مستهلكا للعبد لا مختارًا للدية؛ لأن قول المجني عليه يتعلق بعين العبد لحما ودما لأن ماليته وقيمة عينه لحما ودما عشرة آلاف إلا عشرة، ولهذا لو كان المقتول عبدًا يغرم الجاني ذلك القدر فكذا إذا كان الجاني هو العبد فيصح عفوه بقدر الثلث، ويغرم ثلثي قيمته إلا ثلثي عشرة دراهم، ولو كانت قيمة العبد ألفا فأعتقه وهو يعلم بالجناية ضمن سدس الدية والأصل في تخريج هذه المسائل أنه إذا كانت قيمة العبد أقل من الدية أو مثل الدية فاختار الفداء فخذ قيمة العبد وضعفها وزد ذلك فهو قيمتان على الدية، ثم انظر كم هذه الزيادة من الجملة، فإن كان سدس الجملة فدى سدسه بسدس الدية، وإن كان ثلث الدية الجملة فدى ثلثه بثلث الدية وهكذا يجري؛ لأنه لو كان للمقتول ضعف قيمة العبد وذلك ألفان لكان يجوز العفو عن جميع العبد ويبرأ المولى عن الدية، فقد ظهر أن حق ورثة المقتول في ضعف قيمة العبد وحق مولى العبد في قدر الدية وذلك عشرة آلاف فيضرب كل واحد منهما بحقه في العبد الجاني فيضرب الورثة بضعف القيمة والمولى بقدر الدية، وهاهنا إذا

كانت قيمة العبد ألفًا فأضعف قيمته ألفين وردهما على الدية فصار اثني عشر ألفا حق المولى في عشرة آلاف وحق الورثة في العين فاجعل العبد على اثني عشر سهما فاضرب الورثة بسهمين في العبد والمولى بعشرة أسهم وعشرة أسهم من اثني عشر خمسة أسداس العبد فظهر أن العفو صح في خمسة أسداسه وبطل في سدسه فضمن في سدس الدية؛ لأنه بالإعتاق صار مختارًا للدية.

وإن اختار الدفع دفع ثلثي العبد في الأحوال كلها لما بينا، فإن أعتقه وهو لا يعلم ضمن ثلثي قيمته؛ لأنه لم يصر مختارًا للفداء بل صار مستهلكا للعبد فلزمه قيمته وكان جميع ماله قيمة العبد فيكون ثلثه له بالعفو ويلزمه رد ثلثها إلى الورثة.

وإن كان قيمة العبد أكثر من الدية فاختار الفداء فداه بثلثي الدية؛ لأن الوصيّة بالعفو تنصرف إلى الدية متى كانت قيمة العبد أكثر من الدية لأنها أقل المالين؛ لأن موجب جناية العبد خطأ.

أما الدفع أو الفداء أو الخيار إلى المولى والأقل منهما متعين فيعتبر حق المجني عليه في الأقل حتى يختار مولى الجاني، وإذا كان الموصى به الدية فمتى اختار الفداء لا يزداد مال الموصي بل يكون ثلث الدية وصيَّة للموصى له وثلثاها للورثة.

وإن اختار الدفع فأصله أن ينظر إلى الدية ويزيد عليها مثلها ثم يزيد الكل على القيمة وينظر كم القيمة من الجملة فيسلم له ذلك من العبد ويدفع البقية، فعلى هذا إذا كانت قيمته عشرين ألفا ردت على الدية مثلها وضممت ذلك إلى القيمة فصار أربعين ألفا والقيمة نصف ذلك فيسلم له نصف العبد ويدفع نصفه وقيمته عشرة آلاف ويبقى له النصف وفيه من الدية خمسة آلاف فاستقام الثلث والثلثان؛ لأنه متى كانت قيمة العبد أكثر من الدية فالوصية انصرفت إلى الدية لأنها هي الواجبة وحق المولى في قيمة العبد؛ لأنه لو كان للميت عشرون ألفا ضعف الدية يصح العفو بجميع الدية وبرئ المولى عن الدفع فيحصل للمولى العبد ويكون للمولى الدية المضاعفة، فلهذا اعتبر بأحق الورثة في الدية المضاعفة وحق الموصى له في القيمة بخلاف ما لو كانت قيمة العبد أقل من الدية؛ لأن الوصية انصرفت إلى العبد؛ لأن حق الورثة متعلق بعين العبد، فمتى كان للميت ضعف قيمة العبد جازت الوصيّة

للعبد كله ويبرأ المولى عن الدية فكان حق الورثة في ضعف القيمة وحق المولى في قدر الدية، ولو كانت قيمة العبد خمسة عشر ألفا إن دفع يدفع أربعة أسباع العبد بأربعة أسباع الدية، فإن فدى يفدي بثلثي الدية ويسلم له العبد، وتخريجه أن يضعف الدية فتصير عشرين ألفا ويزيدها على قيمة العبد فيصير خمسة وثلاثين ألفًا ثم يجعل الدية خمسة وثلاثين سهما فيضرب الموصى له فيها بقيمة العبد خمسة عشر ويضرب الورثة فيها بالدية المضاعفة عشرين ألفا فيجوز العفو في خمسة عشر سهما من خمسة وثلاثين وذلك ثلاثة أسباعه كل سبع منه خمسة وعلى هذا يجري، ولو كان للميت عشرة آلاف درهم أخرى وقيمته عشرون ألفا فاختار الدفع يدفع ربع العبد ويسلم له ثلاثة أرباعه، وتخريجه أن يضعف الدية فتصير عشرين ألفا فيزيدها على القيمة فتصير أربعين، ويجعل أجزاء الدية على أربعين يضرب الموصى له فيها بدية مضاعفة عشرين ويضرب الورثة بقيمة العبد عشرين فتكون الدية بينهما نصفين لو لم يترك المقتول شيئا، فإذا ترك عشرة آلاف فاطرح من ضعف الدية العشرة آلاف المتروكة؛ لأنه وقع الاستغناء للورثة عن عشرة آلاف يبقى لهم عشرة آلاف من أربعين ألفا وهي ربع الدية فبطل العفو في الربع وصح في ثلاثة أرباع الدية فيدفع ربع العبد من الدية وقيمة ربع العبد خمسة آلاف وعبد الورثة عشرة آلاف فصار لهم خمسة عَشر وسلم للموصى له ثلاثة أرباع العبد وفيها من الدية سبعة آلاف وخمسمائة وذلك نصف ما سلم للورثة، وإن اختار الفداء يؤدي ثلث الدية؛ لأن مال الميت عشرون ألفا الدية عشرة آلاف متروكة فيكون للموصى له ثلث ذلك وهو ستة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان وذلك ثلثا الدية ويرد ثلثها، وإن كان قيمة العبد ألفا وترك الميت ألفا أخرى إن دفع يدفع ثلث العبد ويمسك ثلثاه؛ لأن مال الميت ألفان فيكون ثلث الألفين للموصى له من العبد وذلك ثلثا العبد فصحَّ العفو في ثلثيه، وإن فدى فدى نصف سدس العبد بنصف سدس الدية، وقد خرجنا هذه المسألة في كتاب العتق في المرض.

ولو كان على الميت دين فالأصل فيه أن يضعف الدية ثم يزيد الدين عليه، ثم انظر كم الجملة من جملة القيمة وضعف الدية فيبطل العفو بقدر ذلك ويدفعه من

العبد وسلم له الباقي وصورته: لو كان على الميت دين عشرة آلاف وقيمة العبد عشرون ألفا يبطل العفو في ثلاثة أرباع العبد ويصح في ربعه، وتخريجه: أن يضعف الدية عشرين ويزيد عليها الدين وصار ثلثين ثم القيمة والدية المضاعفة مجموعها أربعين فثلاثون ثلاثة أرباع أربعين فصح العفو في ربعه فبطل في ثلاثة أرباعه، ثم يضرب الورثة في القيمة والدية المضاعفة وهي أربعون بضعف الدية عشرون والموصى له بالقيمة عشرون فتكون الدية بينهما نصفين، ثم يصرف عشرة آلاف دين من نصيب الموصى له إلى الورثة حتى يبقى للورثة ثلثي ما ترك الميت بعد الدين فصار نصيب الورثة ثلاثين وبقي نصيب الموصى له عشرة وعشرة من أربعين قدر ربعه فصح العفو في ربعه، وإن كانت قيمة العبد أقل من عشرة آلاف والدين أقل من قيمة العبد واختار الدفع فالأصل فيه أن يطرح الدين من قيمة العبد؛ لأن الدين مقدم على الوصيّة ثم أعط للموصى له ثلث ما بقي من قيمة العبد فيمسك ذا القدر من العبد ويدفع الباقي فيقضون من ذلك الدين ويبقى للورثة ثلثا ما ترك الميت بعد الدين.

وبيانه: لو كانت قيمة العبد خمسة آلاف والدين ألف فأضعف عشرة آلاف فصار مع الدية عشرين ألفًا ثم خُذ الدين مع ضعف القيمة فصار أحد عشر ألفًا وهو أحد عشر جزءًا من أحد وعشرين جزءًا من تلك الجملة فيكون للورثة أحد عشرَ وللموصى له تسعة فقد جاز العفو في تسعة أجزاء من عشرين جزءًا من العبد وبطل في الباقي فيفدي بأحد عشر جزءًا من العبد بمثله وذلك اثنان وعشرون فحصل للورثة اثنان وعشرون يقضون من ذلك ألف درهم دين الميت وذلك أربعة أجزاء، لأنا جعلنا العبد وقيمته على عشرين جزءًا فيكون كل ألف أربعة أجزاء يبقى للورثة بعد الدين ثمانية عشرَ جزءًا، وقد نفذنا الوصيّة في نصف ذلك للموصى له تسعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان.

(باب العفو عن الجناية في المرض)

(**المبسوط**): وإذا خرج عبد قيمته ألف درهم رجلًا خطأ فعفا عنه في مرضه ومات اختار مولاه الدفع ولا مال للعافي دفع ثلثيه وجاز العفو في ثلثه؛ لأنه بالعفو

تبرع بعبد قيمته ألف درهم وذلك جميع ماله فصح تبرعه بقدر الثلث، وكذلك لو كانت قيمته عشرة آلاف واختار الدفع دفع ثلثيه؛ لأن حق ولي الجناية متعلق بالعبد لا بالقيمة.

ولو اختار الفداء وقيمته ألف فدى سدسه بسدس الدية، وجاز العفو في خمسة أسداس الدية؛ لأن ماله العبد لا غير فلا يصح العفو حينئذ عن جميع العبد؛ لأنه متى صح العفو عن جميعه لا يصح اختيار الفداء في الابتداء؛ لأنه يكون المولى مبرئا عن الدية، وإذا لم يصح الفداء ظهر أن ماله العبد لا غير فيبطل العفو في الانتهاء وكان في تصحيح العفو عن كله في الابتداء إبطاله في الانتهاء فلم يصح إلا في النقض، وتخريجه أن يضعف قيمة العبد ويزيدهما على الدية فيصير اثني عشر ألفًا حق مولى العبد في عشرة آلاف وحق ولي القتيل في ألفين؛ لأنه لو كان للعافي ألفان سوى العبد كان يصح العفو عن جميع العبد ويبرأ مولى العبد عن الدية، فإذا كان كذلك فقد ظهر أن حق الوارث في ألفين وحق المولى في عشرة آلاف فاجعل العبد على اثني عشر سهما فاضرب ولي القتيل بسهمين في العبد والمولى بعشرة أسهم فيكون للمولى خمسة أسداس العبد فظهر أن العفو صح في خمسة أسداسه وبطل في سدسه، وإذا اختار الفداء يفدي سدس العبد بسدس الدية لأنه برئ المولى بالعفو عن خمسة أسداس الدية وبقي عليه سدسها وسدس الدية ألف وستمائة وستة وستون وثلثا، وقد نفذ بالوصية في خمسة أسداس العبد وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلثا وذلك نصف لولي القتيل، ولو كانت قيمته ألفين فدى سبعته بسبع الدية، وتخريجه: أن يأخذ الدية وهي عشرة آلاف ويأخذ القيمة وهي ألفان فصار اثني عشر ثم يزيد على القيمة في أربعة آلاف فاجعل كل ألف سهما فصار أربعة عشر سهما، ثم اجعل العبد على أربعة عشر سهما كل سبع سهمان فيكون أربعة، لولي القتيل سبعان وخمسة أسباع للمولى فصح العفو في خمسة أسباع ولم يصح في سبعه.

ولو كان على المقتول دين ألف درهم وقيمة العبد ألف وفدى ربعه بربع الدية.

وتخريجه: أنه لولا الدين لكان العبد يجعل على اثني عشر، سهمان لولي القتيل

وعشرة لمولى العبد، وإذا كان على المقتول دين فلا بد أن يحول ألفًا مما كان للمولى إلى ورثة القتيل حتى يبقى للورثة ضعف ما نفذنا الوصيَّة فيه بعد الدين فصار لورثة القتيل ثلاثة آلاف وبقي لمولى العبد تسعة آلاف فاجعل العبد على اثني عشرَ سهما حق الورثة ثلاثة من اثني عشرَ وحق المولى تسعة فعلم أنه صح العفو في ثلاثة أرباعه وبطل في ربعه فيفدي ربعه بربع الدية.

ولو لم يكن عليه دين وكان له ألف درهم أخرى فدى نصف سدس العبد بنصف سدس الدية، وتخريجه: أن يأخذ الدية عشرة آلاف ويزيد عليها قيمة العبد ومثلها وذلك ألفان فيصير اثني عشر ألفا، كل ألف سهم فاجعل العبد على اثني عشر سهما فيضرب مولى القاتل بعشرة أسهم وورثة القتيل بسهمين، فإذا ترك ألفا موضوعة تحول سهمًا من نصيب الورثة إلى نصيب مولى القاتل؛ لأن كل سهم قائم مقام ألف فصار نصيب مولى القاتل أحد عشر ونصيب الورثة سهم وأحد عشر من اثني عشر خمسة أسداسه ونصف سدسه فصح العفو في ذلك وبطل في نصف سدس فيفدي بنصف سدس العبد.

(فصل)

ولو وهب في مرضه عبدًا قيمته ألف درهم ثم قتل العبد الواهب خطأ فعفا عنه قبل موته واختار الموهوب له الدفع وكان له الخمس ودفع أربعة أخماسه، وإن اختار الفداء فدى ثلثه بثلث الدية وسلم له العبد والوجه فيه أن موجب قتل الخطإ المال وإذا عفا المجني عليه فقد تبرع بما هو مال في مرض موته فيعتبر من الثلث سواء كان العفو في الصحة أو في المرض على ما بينا فلم يصح العفو إلا بقدر الثلث فبقي العبد مشغولا ببعض الجناية فيخير مولى العبد بين الدفع والفداء فيجعل العبد على ثلاثة فتجوز الوصية بالعفو في سهم ويبطل في سهمين إلا أن الموهوب له استفاد عبدين من جهة الواهب معنًى واعتبارا عبد بالهبة وعبد بالعفو؛ لأن العبد بعد الهبة بالخيار صار كالمملوك للواهب؛ لأنه يجب على المولى دفعه إلى الواهب ثم صار للموهوب له بالعفو وكان للموهوب له سهمان معنى واعتبارًا يجب أن يكون للورثة ضعف ذلك وهو أربعة أسهم فصار العبد على خمسة أربعة

أخماسه للورثة وخمسه للموهوب له إلا أن خمسه خمسان معنى واعتبارًا فقد نفذنا الوصيّة في خُمسين معنى واعتبارًا فأعطينا للورثة أربعة أخماسه.

وإن اختار الفداء تجوز الهبة في جميع العبد والعفو يجوز في ثلثيه ولا يجوز في ثلثه؛ لأن مال الميت عبدان معنى واعتبارًا فيجعل العبدان اثني عشر سهما كل عبد على ستة؛ لأنه لو كان هبة عفوا لا هبة تجعل العبد على اثني عشر سهما، فإذا كان مع الهبة عفوا حتى صار مال الميت عبدين معنى فيجعل العبدان على اثني عشر فيضرب الموهوب له فيهما بعشرة أسهم قدر الدية ويضرب الورثة بسهمين فحصل للموهوب له عبد كامل وثلثا عبد فقد جازت الهبة في عبد كامل والعفو في ثلثي عبد وبطل العفو في ثلثه فيفدي ثلث العبد بثلث الدية وذلك بثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وجازت الهبة والعفو في عبد وثلثي عبد قيمة ذلك ألف وستمائة وستة وستون وثلثان وذلك نصف ما جعل للورثة.

وإن كانت قيمته ألفين يدفع أربعة أخماسه، وإن فداه جاز له الهبة في كله وثلاثة أسباعه بالعفو وفداه أربعة أسباعه بأربعة أسباع الدية، وتخريجه: أن يجعل العبد على خمسة أربعة أخماسه للورثة وخمسه للموهوب له إذا اختار الدفع، وإن فداه تجوز الهبة في كل العبد ويجوز العفو في ثلاثة أسباعه؛ لأنه لو لم يكن هنا عفو يجعل العبد على أربعة عشر سهما على ما بينا، وإذا كان مع الهبة عفو فجعل العبد على أربعة عشر سهما على ما بينا، وإذا كان مع الهبة عفو حتى صار عبدًا آخر معنًى فيجعل العبدان على أربعة عشر والموهوب له يضرب فيهما بعشرة أسهم ويضرب الورثة بأربعة وعشرين أربعة عشر عبد وثلاثة أسباع عبد، فعلم أن الهبة جازت في عبد كامل والعفو جاز في ثلاثة أسباع عبد فيفدي أربعة أسباع عبد بأربعة أسباع الدية وذلك خمسة آلاف وسبعمائة وأربعة عشر وسبعي درهم وذلك ضعف ما نفذ بالوصية فيه؛ لأن قيمة العبد ألفان، وقيمة ثلاثة أسباع عبد ثمانمائة وخمسة وخمسون وسبع درهم، ولو كانت قيمته ثلاثة آلاف فدى ثلاثة أرباعه بثلاثة أرباع الدية؛ لأنه يجعل العبد على ستة عشر كل عبد ثمانية فيضربُ الموهوب له قيمتها بعشرة ويضرب الورثة بستة وعشرة من ستة عشر عبد كامل وربع عبد فيجوز العفو

في ربع العبد وبطل في ثلاثة أرباعه فيفدي ثلاثة أرباعه بثلاثة أرباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمس مائة وقد نفذنا بالوصية في عبد وربع وذلك ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون وذلك نصف ما حصل للورثة.

ولو كانت قيمته أربعة آلاف فداه ثمانية أسباعه بثمانية أسباع الدية؛ لأنه يجعل العبد على ثمانية عشر فيضرب الموهوب له بالعشرة ويضرب الورثة بثمانية والعشرة عبد وسبع عبد فقد جاز العفو في تسع عبد وبطل في ثمانية أتساعه ثم باقي العبارة على ما ذكر.

ولو كانت قيمته خمسة آلاف فداه بجميع الدية وسلم له بالهبة؛ لأنه يجعل العبد على عشرين سهما يضرب الموهوب له فيه بالعشرة، وكذلك الورثة والعشرة عبد كامل وبطل العفو في عشرة وهو عبد كامل فيفدى بدية كاملة وحكم الدفع كمل هذا كله ما تقدم، وإذا وهب مريض عبدًا قيمته ألف درهم ثم وهب الموهوب له من آخر ثم قتل العبد الواهب الأول فعفا عنه قبل موته خيِّر الموهوب له الثاني، فإن قال ادفع دفع بثلثيه وأمسك الثلث وضمن الموهوب له الأول ثلثي قيمة العبد لورثة المقتول، وتخريجه: أن مال الميت عبدان معنًى؛ لأنه وهب عبدًا وعفا عن عبد وقد تبرع بكليهما وهو جميع ماله والتبرع ينفذ من الثلث فاجعل ثلث ماله على سهمين لحاجتك إلى النصف؛ لأن ثلث ماله بين الموهوب له الأول وبين الموهوب له الثاني نصفان لاستواء وصيتهما فصار جميع ماله على ستة، وجاز لكل واحد من الموهوب لهما قدر سهم وهو ثلث كل عبد وضمن قيمة ثلثيه للورثة، فإن كان الموهوب له الأول معسرًا دفع الموهوب له الثاني أربعة أخماسه وأمسك الخمس؛ لأنه يطرح من ستة أسهم نصف المعسر؛ لأنه استوفى وصيته مما عليه يبقى خمسة أسهم أربعة للورثة وخمسة للموهوب له الثاني، فإذا أيسر الموهوب له الأول وأدى ثلثي قيمة العبد يرد على الموهوب له الثاني تمام ثلث العبد؛ لأن الوصية إنما نقصت عن ثلث العبد لإعسار الأول، فإذا زال الإعسار عاد حقه في الثلث.

وإن اختار الفداء فدى تسعته وخمسي تسعة بتسعي الدية وخمسي تسعها ويؤخذ من الأول تسعا قيمة العبد وخمسا تسعها وتخريجه أن يأخذ قيمة العبد وبقي ألف ويزيد على الدية فيصير أحد عشر ألفا ثم يزيد على ذلك مثل ما لو كان

للميت جازت الوصيتان من الميت، وذلك أربعة أضعاف قيمة العبد وهي أربعة آلاف أن الميت أوصى بهبة عبد قيمته ألف وعفي عن عبد قيمته ألف وقد تبرع بألف، فيجب أن يكون في يد الورثة مثل ذلك، وذلك أربعة آلاف فيزاد أربعة آلاف على أحد عشر ألفا فيصير خمسة عشر ألفا، فاجعل كل عبد سهمًا فاجعل عبد العفو على خمسة عشر سهما ويضرب المعفو عنه في عبد العفو بأحد عشر ويضرب الورثة بأربعة فجاز العفو في أحد عشر وبطل في أربعة فاضرب خمسة عشر في ثلاثة فيصير العبد خمسة وأربعين جزءًا وكل تسع منه خمسة أسهم فاضرب أجزاء الوصية وذلك أحد عشر في ثلاثة فيصير ثلاثة وثلاثين فجاز العفو في ثلاثة وثلاثين من خمسة وأربعين من العبد وذلك ستة أتساع العبد وثلاثة أخماس تسع العبد وبطل العفو في اثني عشر من العبد وذلك تسع العبد وخمسي تسعه.

(باب المجني عليه يعفو عن الجاني ثم يموت)

(**المبسوط**): عبد لرجل جرح رجلًا ثم جرح رجلًا فعفا أحدهما عنه ثم مات فانظر إلى نصف العبد واعمل فيه كما عملته في العبد كله؛ لأن مال الميت نصف العبد وقد تبرع بذلك كله فلا يصح إلا بقدر الثلث كما لو كان ماله كل العبد وقد تبرع بالجميع يصح بقدر الثلث فكذا هذا.

وفي الفداء لو كان العبد كاملا وقيمته خمسمائة، فإنه يفدي جزءًا من أحد عشر جزءًا من العبد بجزء من أحد عشر جزءًا من الدية فكذلك في نصف العبد يفدي مثل ذلك. رجل له عبدان جرحا رجلًا فعفا عنهما ثم مات وقيمة كل واحد منهما عشرة آلاف أو أكثر قيل للمولى ادفع ثلثيها أو افدِ ذلك بثلثي الدية قالوا وهذا الجواب إنما يستقيم إذا كانت قيمتهما جميعا عشرة آلافٍ؛ لأن في هذه الحالة الدية والقيمة سواء فيستوي الجواب بين الدفع والفداء، فأما إذا كانت قيمتهما أكثر من عشرة آلاف، فإن فدى يعطى ثلثي الدية؛ لأن القيمة متى كانت أكثر من الدية تعتبر الوصية من الدية لا من القيمة لما بينا فصحت الوصية بقدر ثلث الدية ولم تصح في الثلثين، وإن دفع فإنه يدفع نصف العبدين ويكون نصف الدية وصيَّةً لهُ، كما لو كان

العبد واحدا وقيمته عشرون ألفًا، فإنه يدفع نصف العبد وتخريجه: أن يضعف الدية فتصير عشرين ألفا ويزيدها على القيمة فتصير أربعين ويجعل أجزاء الدية على أربعين يضرب الورثة فيها بدية مضاعفة عشرين والموصى له بالقيمة عشرون فيكون بينهما نصفين فجاز العفو في نصف الدية وتبطل في نصفها فيدفع مكان نصف الدية نصف العبد، فكذا إذا كان الجاني عبدين قيمتهما عشرون ألفا واختار الدفع يدفع نصف العبدين قيمتهما عشرة آلاف وجازت الوصية في نصف الدية خمسة آلاف، وإن كانت قيمة أحدهما عشرة آلاف وقيمة الآخر خمسة آلاف ومات الأكثر قيمة دفع أربعة أخماس الآخر أو فداه بأربعة أخماس نصف الدية.

أما الدفع، فتخريجه أن يضعف الدية وذلك عشرون ألفًا ويزيدها على قيمة الحي فيصير خمسة وعشرين ألفا فاجعل الدية على خمسة وعشرين جزءًا يضرب الموصى له بخمسة والورثة بعشرين فيكون الموصى له خمس خمسة وعشرين وذلك خمسه فجاز العفو في خمس الدية وبطل في أربعة أخماسه فيدفع أربعة أخماس الحي.

وأما الفداء؛ فلأنه لما اختار الفداء فقد ظهر أن مال الميت نصف الدية؛ لأنه وجب على كلّ واحد منهما نصف الدية، فإذا مات أحدهما فقد توى ما عليه فيبقى ماله نصف الدية على الحي وذلك خمسة آلافٍ وقد ينزع بجميع ذلك فينفذ الوصيَّة من الثلث فاجعل ثلث ماله على سهمين لحاجتك إلى النصف فصار الجميع على ستة فاطرح نصيب الميت وذلك سهم؛ لأنه مات مستوفيا لوصيته بقي خمسة أسهم للموصى له وأربعة للورثة فحصل للمولى سهم من العبد الحي وسهم من الميت فأعطينا للورثة أربعة فاستقام الثلث والثلثان.

ولو مات الأقل قيمةً دفع ثلثي المال أو فداه بأربعة أخماس نصف الدية؛ لأنه يجعل ثلث ماله وذلك نصف الدية على سهمين وصار الجميع على ستة فاطرح نصيب الميت يبقى خمسَة خمس للموصى له وأربعة أخماسه للورثة وخمس نصف الدية ألف فقد علم أن العفو جاز في خمس نصف الدية وبطل في أربعة أخماسه.

ولو أن العبدين لرجلين وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر عشرون ألفًا فعفا عن

قليل القيمة فالعفو جائز ويقال للآخر ادفع عبدك أو افده بنصف الدية؛ لأن المعفو عنه يخرج من ثلث ماله فيصح العفو عن كله فبقي الآخر مشغولا بالدفع أو بنصف الدية.

ولو عفا عن كبير القيمة قيل لمولى الآخر ادفعه أو افده، فإن دفعه خيّر مولى المعفو عنه، فإن اختار الدفع دفع ثلاثة أعشاره، وتخريجه: أن يضعف نصف الدية؛ لأنه عفا عن أحدهما وفي عتق أحدهما نصف الدية فكان الموصى به نصف الدية وفي المسألة المتقدمة عفا عنهما وفي عتقهما جميع الدية، وفي المسألة المتقدمة عفا عنهما وفي عتقهما جميع الدية فكان الموصى به جميع الدية، وإذا ضعفنا نصف الدية صارت عشرة آلاف ثم يزيدها على القيمة فصارت ثلاثين ألفا فاجعل نصف الدية على ثلاثين جزءًا ثم يضرب الورثة فيهما بنصف الدية المضاعفة وذلك عشرة آلاف والموصى له بالقيمة عشرون ألفا فيكون نصف الدية بينهما أثلاثًا لو لم يترك المجروح مالًا آخر، فإذا ترك مالًا آخر وهو العبد المدفوع إلى ورثته قيمة ألف وقع الاستثناء للورثة عن ألف من ثلاثين فيصرف إلى الموصى له فيصير للموصى له أحد وعشرون فضرب الموصى له بأحد وعشرين والورثة بتسعة وأحد وعشرين من ثلاثين قدر ثلاثة أخماسه ونصف خمسه وللورثة خمسه ونصف خمسه فجاز العفو في ثلاثة أخماس نصف الدية ونصف الدية ونصف خمسها وبطل في خمسها ونصف خمسها، وخمس العبد الذي قيمته عشرون أربعة آلاف ونصف خمسه ألفان فحصل للورثة ستة آلاف يدفع ذلك القدر من كثير القيمة وحصل لهم بدفع قليل القيمة ألف فحصل لهم سبعة آلاف، وقد نفذنا الوصية في ثلاثة أخماس نصف الدية ونصف خمسها وذلك ثلاثة آلاف وخمسمائة فاستقام الثلث والثلثان، فإن اختار مولى المعفو عنه الفداء فدى ثلاثة أخماسه بثلاثة أخماس نصف الدية؛ لأنه لما اختار الفداء ظهر أن مال الميّت نصف الدية خمسة آلاف والعبد المدفوع قيمته ألف فيكون جميع ماله ستة آلاف فيكون ثلث ماله ألفين فجاز العفو في خمسي نصف الدية وذلك ألفان وبطل في ثلاثة أخماسه وذلك ثلاثة آلاف فحصل للورثة ثلاثة آلاف من نصف الدية والعبد المدفوع قيمته ألف فحصل للورثة أربعة آلاف فاستقام الثلث والثلثان.

وإن اختار الفداء يفدي للذي لم يعف عنه بنصف الدية والذي عفا عنه بخمس نصف الدية وثلثي خمس نصفها؛ لأنه لما اختار الفداء فظهر أن مال الميت عشرة آلاف وقد تبرع بخمسة آلاف وثلث ماله ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ذلك ثلاثة أخماس نصف الدية وثلث خمسها فجاز العفو في ذلك.

وإن اختار الذي لم يعف الفداء والذي عفا عنه الدفع يدفع سدس العبد؛ لأنه يضعف نصف الدية فصار عشرة آلاف، ثم يزيدها على القيمة فيصير ثلاثين ألفًا فيجعل نصف الدية على ثلاثين جزءًا يضرب الورثة بعشرة والموصى له بعشرين فيصير نصف الدية بينهما أثلاثًا للموصى له وثلثه للورثة لو لم يترك الميت مالًا، فإذا ترك خمسة آلاف وهو ما حصل له الفداء من نصف الدية فقد وقع الاستغناء للورثة عن خمسة آلاف من ثلثين فيصرف إلى الموصى له فصار له خمسة وعشرون من ثلاثين وللورثة خمسه فجاز العفو في خمسة أسداس نصف الدية وبطل في سدسه فيدفع سدس العبد مكان سدس نصف الدية وقيمته ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، وهذا القدر حصل للورثة بالدفع وكان عندهم بالفداء خمسة آلاف فصار لهم ثمانية آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، وقد نفذنا الوصية في خمسة أسداس نصف الدية، وذلك أربعة آلاف ومائة وستون وثلثان ذلك نصف ما أعطينا للورثة.

(باب العفو عن الجناية والوصيّة بعده)

(**المبسوط**): ولو عفا عن قاتله وهو عبد قيمته عشرة آلاف درهم وأوصى لرجل بثلث ماله واختار المولى الدفع كان سدس العبد وسدسه للموصى له بالثلث وأربعة أسداسه للورثة عند أبي حنيفة.

وإن اختار الفداء فدى خمسة أسداسه بخمسة أسداس الدية فأخذ صاحب الثلث سدس الدية من الورثة؛ لأن عنده الموصى له بالثلث يساوي الموصى له بالجميع؛ لأن الموصى له بالزيادة على الثلث لا يضرب بالزيادة فصار الثلث على سهمين وصار الكل على ستة فالمولى يمسك سدس العبد ويدفع خمسة أسداسه

إلى الورثة ثم يأخذ الموصى له بالثلث خمسي ما بقي من يد الورثة وذلك سدس الكل وبقي للورثة ثلثا العبد، ومتى كانت الدية والقيمة سواء لا يختلف الجواب بين الدفع والفداء.

وإن كانت قيمته ألف درهم فحكم الدفع كذلك، وإن فداه فدى بثلث الدية يأخذ الموصى له من ذلك ثلثي ألف من ثلث الدية والثاني للورثة، وتخريجه أنه لو كان للميت سوى العبد خمسة آلاف تجوز الوصيتان جميعا فيزيد خمسة آلاف على الدية فيصير خمسة عشر ألفا يجعل الدية على هذه الأجزاء خمسة عشر سهما فيضرب الموصى له بالعفو بقدر ألف به عشرة أسهم وعشرة من خمسة قدر ثلثيه فجاز العفو في ثلثيه وبطل في ثلثه فيفدي ثلث العبد بثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فيأخذ صاحب الثلث خمس ذلك وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وذلك ثلثا ألف وعلى قولهما يضربهُ مولى العبد في الثلث بجميع العبد وصاحب الثلث يضرب بالثلث فيقسم ثلث المال على أربعة لمولى العبد ثلاثة أرباع الثلث ويدفع الباقي إلى الورثة فيأخذ صاحب الثلث من الورثة ربع الثلث.

ولو كانت قيمته خمسة آلاف فحكم الدفع يختلف، فإن فداه فدى خمسة أتساعه بخمسة أسباع الدية سهم من ذلك لصاحب الثلث وأربعة للورثة، وتخريجه: أن يضعف القيمة لأجل الوصيّة بالعفو فيصير عشرة آلاف ثم يزيد عليها مثل القيمة لأجل الوصيّة بالعفو فيصير عشرة آلاف، ثم يزيد عليها مثل القيمة لأجل الوصية بالثلث فيصير خمسة عشر القائم يزيد عليها ضعف القيمة حتى يصير الكل خمسة أضعاف القيمة فتجوز الوصيتان جميعًا فيصير كله خمسة وعشرين ألفًا، ثم يزيدها على الدية فتصير خمسة وثلاثين ثم يجعل العبد على خمسة وثلاثين، ثم يضرب الموصى له بالعفو بقدر الدية عشرة أسهم وعشرة أسهم من خمسة وثلاثين قدر سبعيه، فعلم أن العفو جاز في سبعي العبد وبطل في خمسة أسباعه، فيفدي خمسة أسباع العبد بمثلها من الدية وذلك عشرة لأنها ضعف القيمة فأخذ صاحب الثلث خمس ما بقي وذلك سهمان فيبقى للورثة ثمانية، وقد نفذنا الوصيَّة لهمَا في أربعة فاستقام الثلث والثلثان.

(باب دفع العَبْد بالجناية إلى أحد الوليين ثمَّ ماتَ العَبد)

(المبسوط): ولو قَتَل عبد لرجل رجلًا خطأ، وله وليان فدفع نصفه إلى أحدهما والآخر غائب، ثم مات العبد ولا مال له غيره، فإن المولى الغائب يرجع على القابض بربع قيمة العبد؛ لأن نصف العبد الجاني فات إلى خلف وبدل؛ لأن النصف الذي قبضه الحاضر مضمون عليه، فإنه قبضه للاستيفاء وقبض الاستيفاء قبض ضمان فقد فات نصفُ المقبوض إلى خلف وهو القيمة وفات النصف الذي هو غير مقبوض بلا خلف؛ لأن العبد في يد مولاه أمانة وليس بمضمون فيرجع الغائب بنصف قيمة ما هو مضمون على الغائب.

ولو كان فدى نصفه منه بنصف الدية ثم مات العبد وحضر الغائب فإنهما يقتسمان نصف الدية نصفين ويرجعان على مولى العبد بنصف الدية أيضًا فيكون بينهما نصفين واختياره الفداء من أحدهما اختيار للفداء من الآخر لما مر في كتاب الجنايات، ولو فدى من أحدهما ثم قتل العبد وأخذ السيد قيمته دفع نصف القيمة إلى الغائب؛ لأن اختيار الفداء في حق أحدهما لا يكون اختيارا للفداء في حق الآخر ما دام العبد قائمًا؛ لأنه لا ضرر على الآخر في ذلك، فإنه لو اختار الدفع إليهما كان يصل إليه نصف العبد وهنا العبد قائم معنى لقيام بدله وهي القيمة؛ لأن البدل في مقام المبدل وكان العبد قائمًا معنًى واعتبارًا فيدفع البدل إلى الغائب؛ لأنه بدل حقه ولا يتراجعان؛ لأن دفع نصف القيمة إلى الغائب كدفع نصف العبد إليه.

ولو دفع إليه نصف العبد لحمًا ودمًا لا يتراجعان فكذا إذا دفعه معنى واعتبارًا قيل المراد بنصف القيمة نصف الدية، ومن أصحابنا من قال اختيار الفداء للحاضر لا يكون اختيارًا للدية في حق الغائب عند أبي حنيفة؛ لأن أحد الورثة لا ينتصبُ خصمًا عن الباقين فتكون المسألة الثانية على قول أبي حنيفة والأولى على قولهما.

ولو دفع نصفه إلى أحدهما واختار الفداء من الآخر وهوَ معسر لا يقدر على شيء، فإنه يرجع على أخيه بربع العبد، وإن كان مستهلكًا بربع القيمة، وقال في

الأصل: بربع القيمة وهو محمول على أن القيمة مثل الدية وهذا قولهما، وفي قول أبي حنيفة: لا يرجع على أخيه بربع القيمة لكن يبيع مولى العبد بنصف الدية متى أيسر؛ لأن عنده اختيار الفداء يصح من المفلس كما يصح من المولى، وعندهما اختيار الفداء من المفلس لا يصح لما مر في الديات، والله أعلم بالصَّواب.

كتاب الفرائض[1]

اعلم بأن علم فرائض المواريث يُحتاج إليه لكثرة ما تعم به البلوى وتقع فيه النوازل والفتوى، ولهذا حثنا الشرع على تعلمه واقتباسه واخترنا عن سرعة اندراسه واندساسه فقال عليه السلام: "**تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإني امرؤ مقبوض وسيُقبض هذا العلم بقبض العلماء، وتظهر الفتن حتى يتنازع اثنان في فريضة فلا يجدان أحد يفصل بينهما**"[2].

وقال عليه السلام: "**تعلموا الفرائض وعلموها الناس؛ فإنهَا أول ما ينتزع من أمتي**"[3].

ثم يحتاج إلى معرفة: تفسير الفرائض، وسبب استحقاق الميراث، وسبب حرمانه، والحقوق المتعلقة بالتركة، وأصناف الوارثين.

أمَّا تفسيرها[4]: فالفرض في اللغة عبارة عن التقدير قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي قدرتم، ويقال: فرض القاضي النفقة، أي: قدرها، وكذا يستعمل للقطع يقال: قرضت الفأرة الثوب أي قطعته فسمي كتاب الفرائض؛ لأن سهام المواريث كلها مقدرة مقطوعة مبينة بسببه.

وأما سبب استحقاق الإرث: هو القرابة وما هو ملحق بها وهو الولاء.

أما القرابة: فنوعان: رحم وزوجيّة، ونص الكتاب ناطق بها وهو قوله تعالى:

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٩٩/٥، والشرح الكبير ٤٥٦/٤، ونهاية المحتاج ٢/٦، والعذب الفائض ٦٢/١.

(٢) أخرجه الترمذي (٤١٣/٤، رقم ٢٠٩١).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٩٠٨/٢، رقم ٢٧١٩)، والدارقطني (٦٧/٤)، والحاكم (٣٦٩/٤)، والبيهقي (٢٠٨/٦ - ٢٠٩).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٦٣/٥، ٤٨٣، وشرح السراجية ص٤، والشرح الكبير ٤٥٧/٤، ونهاية المحتاج ٧/٦.

﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١] الآية، ولأن الميت لما استغنى عن ماله لو لم يستحقه أحد يبقى عاطلًا سائبًا والقريب أولى الناس به فيستحقه بالقرابة صلة كما يستحق النفقة حال حياة مورثه صلةً ووصلة الزوجيَّة أصلُ القرابات وأساسها؛ لأن القرابات إنما تفرَّعت وتشعبت منها فالتحقت قرابة السبب بقرابة النسب في حق استحقاق الإرث.

وأما الولاء: فلقوله عليه السلام: "**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**"[1] أي: قطعة منه فقد ألحق الولاء بالنسب، ولأنه بالإعتاق تسبب إلى إحيائه حكمًا حتى أفاد له المالكية والولاية التي هي من خاصة الإنسانية، والمسبب إلى إحياء حقيقة بالإيلاد تستحق الميراث، فكذلك المسبب إلى الإحياء معنى بالإعتاق مجزاه على إنعامه وأحسابه، وكذا بولاء الموالاة لقوله عليه السلام لمن سأله عمن أسلم على يدي رجل ووالاه فقال: "**هو أحق الناس به محياه ومماته إن والاه**" أي بميراثه لا بشخصه.

وأما ما يحرم به الميراث: أنواع أربعة: الرق، والكفر، واختلاف الدارين حقيقة وحكما، والقتل مباشرة بغير حق.

أما الرق: فلأنه سلب أهليّة الملك.

وأمَّا الكفر[2]: فلقوله عليه السلام[3]: "**لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى، لا يَرِثُ كافرٌ مِنْ مُسلِمٍ، ولَا مُسلمٌ مِنْ كَافرٍ**".

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: قرئ على بشر بن الوليد، عن يعقوب بن إبراهيم، عن عبيد الله بن عمر، عن عبد الله بن دينار، فذكره.

(٢) انظر: العذب الفائض ٣٢/١، والمبسوط للسرخسي ٣٠/٣٠ - ٣٣.

(٣) أخرجه أحمد ١٧٨/٢ (٦٦٦٤) قال: حدثنا سفيان، عن يعقوب بن عطاء وغيره. وفي ١٩٥/٢ (٦٨٤٤) قال: حدثنا روح، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عامر الأحول. و«ابن ماجه» (٢٧٣١) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا ابن لهيعة، عن خالد بن يزيد، أن المثنى بن الصباح أخبره. و«أبو داود» (٢٩١١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن حبيب المعلم. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٣٥٠) قال: أخبرنا نصر بن علي بن نصر الجهضمي، قال: أخبرني أبي، عن شعبة، عن عامر الأحول. وفي (٦٣٥١) قال: أخبرني =

وأما اختلاف الدارين والقتل يأتي في بابه.

وأمَّا الحقوق المتعلقة بالتركة فأربعة: الكفر والدفن والدين والوصيَّة والميراث.

فأول ما يبدأ به من التركة تكفين الميت وبدفنه؛ لأن ستر عورته ومواراة سوأته من أهمّ حوائجه واستغراق الدين بما له لم يمنعه عن ذلك حال جناية فكذلك بعد وفاته ثم قضاء ديونه؛ لأنه أهمّ وقدم قضاء ديونه على ديون الله تعالى لاستغناء الله تعالى وافتقار العبد ولشدة خصومة العباد ولكثرة تجاوز الله تعالى وعفوه وتفضله وكرمه ثم تنفذ وصيته من الثلث؛ لأنها من حوائج الميت، والوارث إنما يستحق الميراث بعد استغناء المورث وهذا إذا كانت الوصيّة بشيء بعينه، فإن كانت الوصيّة بثلث ماله أو ربعه فالموصى له شريك الورثة لأنها بمعنى واحدٍ؛ لأن حقه ثبت في جميع التركة شائعا كحق سائر الورثة ثم يقسم الباقي بين ورثته على فرائض الله وسنّة رسوله.

وأمَّا أصناف الوارثين فثلاثة: أصحاب الفرائض الذين لهم سهام مقدرَّة بالكتاب أو بالسنَّة المشهورة أو بإجماع الأمَّة، والعصبات الذين ليس لهم سهامٌ مقدرة ويأخذون الفضل من أصحاب الفرائض، وذوو الأرحام الذين ليس لهم سهام مقدرة ولا لهم حقيقة تعصيب وإنما يرثون بمجرد القرابة. [والله أعلم بالصواب][1].

(باب أصحاب الفرائض)

وهم اثنا عشر نفسًا، عشرة بالنسب وثنتان بالسَّبَب.

أما بالنسب فسبعة من النساء وثلاثة من الرجال.

=

هارون بن عبد الله الحمال، قال: حدثنا ابن عيينة، عن يعقوب بن عطاء، وغيره. أربعتهم: (يعقوب بن عطاء، وعامر الأحول، والمثنى بن الصباح، وحبيب المعلم) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

أما النساء:

الأول: بنات الصلب، ففرض الواحدة النصف وفرض [الثنتان][1] فصاعدا الثلثان، وعن ابن عباس رضي الله عنهما: للبنتين النصف.

والصحيح [قول العامَّة][2] لإشارة الكتاب وصريح السنّة:

أمَّا إشارة الكتاب: فلأن الله تعالى جعل للذكر مثل حظ الأنثيين، فإنه لو اجتمع ابن وبنت فللابن الثلثان؛ فعرفنا أن حظ البنتين الثلثان.

وأما صريح السنة فلما رُوي أن امرأة سعد بن ربيع قالت للنبي عليه السلام: إن سعدًا قُتل يوم أحد، فهاتان بنتا سعد، وإن عمهما قد استولى على مالهما، ولا تنكحان إلا ولهما مالٌ، فقال عليه السلام: "**يقضي الله في ذلك**" فأنزل الله تعالى هذه الآية[3]، فبعث النبي إلى عمهما: "**أن أعطهما ثلثي المال، ولأمهما ثمنه، والباقي لك**"[4].

وقيل: هذا أول ميراث قُسمَ في الإسلام فثبت بهذا أن للبنتين حكم الثلث في باب الميراث، وأن في الآية تقديم وتأخير كأنه قال: فإن كنَّ نساء اثنتين فما فوقهما **والثانية:** بنات الابن وإن سفلن فللواحدة النصف وللبنتين فصاعدا الثلثان عند عدم أولي الصلب؛ لأنه يطلق عليهما اسم الولد؛ لأنه صار مسببًا لتوليدها فتكون مضافة

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): البنتان.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): قولنا.

(٣) المقصود آية الميراث.

(٤) أخرجه أحمد ٣/٣٥٢ (١٤٨٥٨) قال: حدثنا زكريا بن عدي، قال: أخبرنا عبيد الله. و«ابن ماجه» (٢٧٢٠) قال: حدثنا محمد بن أبي عمر العدني، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٢٨٩١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا بشر بن المفضل. وفي (٢٨٩٢) قال: حدثنا ابن السرح، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني داود بن قيس، وغيره من أهل العلم. و«الترمذي» (٢٠٩٢) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: حدثني زكريا بن عدي، قال: أخبرنا عبيد الله بن عمرو. و«أبو يعلى» (٢٠٣٩) قال: حدثنا أبو همام، قال: أخبرني عبد الله بن وهب، قال: أخبرني داود بن قيس المدني، وغيره.

أربعتهم: (عبيد الله بن عمرو، وابن عيينة، وبشر، وداود) عن عبد الله بن محمد بن عقيل، فذكره.

إليه حقيقة وشرعا فتناولها نص المواريث، إلا أنها صارت مضافة إليه بواسطة فنجحت بتلك الواسطة كالأجداد بالأب والجدات بالأم وللواحدة منهن فصاعدًا السدسُ مَعَ بنت الصلب تكملة الثلثين، **والثالثة:** الأم ولها السدس مع الولد أو ولد الابن أو اثنان من الإخوة والأخوات فصاعدا من أيّ وجه كانوا ولها الثلث عند عدم هؤلاء كما نطق به الكتاب ولها ثلث ما بقي في موضعين أحدهما إذا مات الرجل عن امرأة وأبوين فللمرأة الربع وللأم ثلث ما بقي أصله من أربعة والثاني إذا ماتت المرأة عن زوج وأبوين فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقي والباقي للأب أصله من ستة.

وقال ابن عباس: للأم الثلث كاملًا.

والصحيح قول العامة؛ لأن الله تعالى جعل للأم ثلث ما ورثه الأبوان بقوله: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النساء: ١١] والأبوان ورثا النصف فيكون للأم ثلث ما ورثه الأبوان بقوله وورثه أبواه ورثا وهو ثلث ما بقي إذ لو لم يحمل على هذا لصار قوله وورثه أبواهُ فضلًا خاليا عن الفائدة؛ ولأن في توريثها الثلث كاملا تفضيل الأنثى على الذكر مع استوائهما في القرب والدرجة إلى الميت وهذا لا يجوز، بل يجب تفضيل الذكر على الأنثى كما نصَّ الله تعالى بخلاف ما لو لم يكن معَ الأم أبٌ؛ لأنه تعذر أن يعطي لها ثلث ما ورثه الأبوان فكان لها الثلث كاملا ولا يؤدّي إلى تفضيل الأنثى على الذكر[1].

وأما فرض الأمّ مَعَ الجدّ وأحد الزوجين فعن أبي بكر الصديق روايتان في رواية للأم ثلث ما بقي كما لو كان مكان الجد أبًا وهو قول أبي يوسف وفي رواية وهو قول علي وزيد رضي الله عنهما لها الثلث كاملا وبه أخذ محمد وهو الأصح لأنا

---

(١) انظر: الاختيار شرح المختار للموصلي ١٠٤/٥ ط. مصطفى البابي الحلبي بمصر ٢٧ سنة ١٣٧٠هـ، والمبسوط لشمس الدين السرخسي ١٦٧/٢٩. مطبعة السعادة بمصر ط. ا، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٣١/٦، دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت، والزرقاني شرح مختصر خليل ٢٠٨/٨، دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٨هـ. ونهاية المحتاج للرملي ١٩/٦، المكتبة الإسلامية، وروضة الطالبين ١١/٦ ط. المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، ومطالب أولي النهى ٥٥٤/٤، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بدمشق، والمغني لابن قدامة المقدسي ٢٠٦/٦، مكتبة الرياض الحديثة بالسعودية.

أعطينا لها الثلث كاملا لا تصير الأنثى مفضلة على الذكر مع استوائهما في القرب والدرجة؛ لأن الأم أقرب إلى الميت من الجدّ، ويجوز تفضيل الأنثى على الذكر إذا كان لها زيادة قرب ودرجة؛ لأن لزيادة القرب أثرا في الترجيح والتفضيل كما لو ترك امرأةً وأختًا لأب وأم وأخًا لأب فللمرأة الربع وللأخت النصف والباقي للأخ فقد فضلنا الأنثى على الذكر لما لم يستويا في الدرجة والقرب **والرابعة:** الجدة أم الأم ففرضُ الواحدة فصاعدا السدس عند عامة الصحابة.

وعن ابن عباس بأن الجدة بمنزلة الأم والصحيح قول العامّة[1]؛ لأن الجدة أنقص حالا وأدون قربة إلى الميت من الأم لأولاد الجدّوية حقيقة بين الجدة والحافد فلم تجز التسوية بينهما ويجب أن ينتقص فرضها عن فرض الأم ليظهر الخطاب رتبتها، وكذلك أم الأب ولا يزاد للجدات على السدس وإن كثرت لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم **جعل للجدات السدس**[2].

والخامسة: الأخوات لأب وأم ففرض الواحدة النصف وفرض البنتين فصاعدا الثلثان لقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] الآية **والسادسة:** الأخوات لأب وفرض الواحدة النصف وكذا الأخت فصاعدا الثلثان عند عدم الأخت لأب وأم لأنها بمنزلة بنت الابن مع بنت الصلب في القرب والدرجة، **والسابعة:** الأخوات لأم ففرض الواحدة السدس

---

(١) انظر: المبسوط لشمس الدين السرخسي ١٦٧/٢٩، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢٣١/٦ - ٢٣٢، والزرقاني شرح مختصر خليل ٢٠٨/٨، وكفاية الطالب شرح الرسالة ٣٠٨/٢ ط. مصطفى البابي الحلبي، ونهاية المحتاج للرملي ١٩/٦ - ٢٠، وروضة الطالبين ١١/٦، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٤٧/٢ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٥٩هـ، ومطالب أولي النهى ٥٥٤/٤، والمغني لابن قدامة ٢٠٦/٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٢٢/١١ (٣١٩٢٤) قال: حدثنا زيد بن الحباب. و«أبو داود» (٢٨٩٥) قال: حدثنا محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة، قال: أخبرني أبي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٦٣٠٤) قال: أخبرنا محمد بن علي بن الحسن بن شقيق المروزي، قال: أبي أخبرنا.

ثلاثتهم: (زيد، وعبد العزيز، وعلي بن الحسن) عن عبيد الله بن عبد الله، أبي المنيب العتكي، عن ابن بريدة، فذكره.

وفرض الأختين فصاعدا الثلث إذا لم يكن للميت ولد ولا والد لما بين.

وأمَّا الرجال:

فالأول: الأب وله ثلاثة أحوال: الفرض وهو السدس مع الابن أو ابن الابن والتعصيب إن لم يكن للميت ولد لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] بيَّن نصيب الأم ولم يفرض للأب شيئًا فعلم أنه عصبة وكلاهما مع البنات أو بنات الابن فللبنت النصف وللأب السدس بالفرض والباقي له بالتعصيب لقوله عليه السلام: "**ما أَبْقَتِ الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ**"[1] والأب

---

(١) أخرجه «البخاري» ٨/١٥٠ (٦٧٣٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب. وفي ٨/١٥١ (٦٧٣٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي ٨/١٥٢ (٦٧٣٧) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا وهيب. وفي ٨/١٥٣ (٦٧٤٦) قال: حدثنا أمية بن بسطام، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن روح. و«مسلم» ٥/٥٩ (٤١٤٨) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، وهو النرسي، قال: حدثنا وهيب. وفي (٤١٤٩) قال: حدثنا أمية بن بسطام العيشي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٤١٥٠) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، وعبد بن حميد، واللفظ لابن رافع، قال: إسحاق: حدثنا، وقال الآخران: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ٥/٦٠ (٤١٥١) قال: وحدثنيه محمد بن العلاء، أبو كريب الهمداني، قال: حدثنا زيد بن حباب، عن يحيى بن أيوب. و«ابن ماجه» (٢٧٤٠) قال: حدثنا العباس بن عبد العظيم العنبري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٨٩٨) قال: حدثنا أحمد بن صالح، ومخلد بن خالد، وهذا حديث مخلد، وهو أشبع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«الترمذي» (٢٠٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن، قال: أخبرنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي (٢٠٩٨م) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٢٩٧) قال: أخبرنا محمد بن معمر البحراني، قال: حدثنا حبان، يعني ابن هلال، قال: حدثنا وهيب، يعني ابن خالد. و«أبو يعلى» (٢٣٧١) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. و«ابن حبان» (٦٠٢٨) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٦٠٢٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. وفي (٦٠٣٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو معمر القطيعي، إسماعيل بن إبراهيم، عن محمد بن حميد المعمري، عن معمر.

أولى الناس به في هذه الحالة. **والثاني**: الجد أب الأب وفرضه السدس عند عدم الأب؛ لأنه يطلق عليه اسم الأب فتناوله نصُّ المواريث وعليه إجماع الصحابة. **والثالث**: الإخوة لأم ففرض الواحدة السدس وللابنين فصاعدا الثلث إذا لم يكن للميت ولد ولا والد لما بيّن لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٢] الآية والمراد به أولاد الأم بدلالة قراءة سعد بن أبي وقاص فله أخ أو أخت لأم وقرأه الصحابي إلا يتقاعد عن الخبر المشهور وبدلا له أن الله تعالى سوى بين الذكر والأنثى وشركهم في الثلث والشركة تقتضي المساواة بين الشركاء، كأولو كان المراد به أولاد الأب والأم أو الأب يجعل المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين كما في قوله: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] كي لا يؤدي إلى التناقض في كلامه فقد ورث أولاد الأم بشرط أن يكون الميت كلالة.

واختلفوا في تفسير الكلالة:

قال أئمة الصحابة: إنها اسم ورثة ليس فيها والد ولا ولد، وإليه ذهب فقهاء أهل الأمصار.

وقيل: عدم الولد ليس بشرط بصيرورة الميت كلالة وهذا قول مهجور مخالف للإجماع وبدليل ما روىَ أبو سلمة أن النبي عليه السلام سُئِل عَنِ الْكَلَالَةِ قال: "**مَنْ مَاتَ وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَا وَالِدٌ**"(١)، وكذلك من حيث اللغة قال الشاعر(٢):

فَإِنَّ أَبَا الْمَرْءِ أَحْمَى لَهُ ... وَمَوْلَى الْكَلَالَةِ لَا يَغْضِبُ

جعل الكلالة من لا أب له.

وأمَّا الذي بالسَّبَب فالأول الزوج وله الربع إن كان للميت ولد أو ولد ابن والنصف عند عدمهم.

---

(١) ورد بمعناه عند أبي داود في المراسيل (ص ٢٧٢) من حديث أبي سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف. وعزاه السيوطي في الدر المنثور (٢/٢٧٥) لأبي الشيخ في الفرائض.

(٢) انظر: اللسان كلل ١١/٥٩٠.

وذكر محمد في النكاح: لو تنازع جماعة في نكاح امرأة ادعى كل واحد أنها امرأته وأقام البينة وليست في بيت واحد ولم يدخل بها واحد ولم يفرق بينها حتى ماتت فميراث زوج واحد من تركتها بينهم بالسوية، والثاني في المرأة ولها الثمن إن كان للميت ولد أو ولد ابن والربع عند عدمهم، والنساء يشركهن في الربع أو الثمن بقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ﴾ وأنه كلمة الجمع.

(باب العصبَات)

ويحتاج إلى: معرفة العصبات، وإلى أحكامها على الانفراد والاجتماع، وإلى أحكامها مع أصحاب الفرائض.

أمَّا أنواع العصبات فالعصبة نوعان: عصبة بالنسب وعصبة بالسبب فالعصبة بالسَّبَب أنواعُ ثلاثة: عصبةُ بنفسه، وعصبة بغيره، وعصبة مع غيره. فالعصبة بنفسه كل ذكر يدلي إلى الميت وينسب إليه بالذكورة كالابن وابن الابن، والعصبة بغيره كل أنثى تصير عصبة بذكر يوازنها وأربعة يعصبون إخوانهم للذكر لمثل حظ الأنثيين الابن وابن الابن والأخ لأب وأمّ والأخ لأب وعن عداها ولا ينفرد ذكر ورثهم بالميراث دون الإناث كابن الأخ مع بنت الأخ وكابن الابن مع بنت بنت الابن وابن الأخ لا يعصب عمتَه مثاله أختان لأب وأم وأخت لأب وابن فالباقي من نصيب الأختين لابن الأخ لأب ولا شيء للأختِ لأب لأنها محجوبة غير وارثة بالأختين لأب وأم والعصبة مع غيره كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم أو لا تصرن عصبة مع البنات أو بنات الابن وعن ابن عباس أنها لا ترث مع البنات.

والصحيح قولنا؛ لما روى ابن مسعود رضي الله عنه "**أن النبي عليه السلام قضى للبنت بالنصف ولبنت الابن بالسدس وبما بقي للأخت**"، وقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٧٦]تعليق توريث الأخت بعدم الولد بالفريضة لا بالعصوبة بل هو مسكوت عنه ونحن ورثناها بالتعصيب بقرابة الأب عملًا بالحديث مثاله بنت وأخت لأب وأمّ وأخ لأب فللبنت النصف والباقي للأخت ولا

شيء للأخ للأب؛ لأن الأخت ترث بالتعصيب وأنها أقرب إلى الميت من الأخ لأب.

وأمَّا العصَبَة بالسَّبَب: وهو مولى العتاقة لما روي أن بنت حمزة بن عبد المطلب أعتقت عبدًا فمات العبد وترك بنتا ومولاته فأعطى النبي عليه السلام لابنته النصف ولمولاته النصف الباقي وبقوله عليه السلام للمعتق: «**إن مات ولم يترك وارثًا كنت أنت عصبته**» أي مات ولم يترك وارثا عصبة من النسب.

وأمَّا أحكام العصبات على الانفراد فالعصبة إذا انفردت تنفرد بجميع المال؛ لأن نصيب الابن أو الأخ ضعف نصيب البنت والأخت حالة الاجتماع بالنصّ وللبنت والأخت المنفردة النصف بالنصّ فوجب للابن والأخت المنفرد الكل بدلالة النص ولأنه تفرد بسبب استحقاقه وهو القرابة والعصوبة فينفرد باستحقاق الكل كما في حق الشفعة، وكذلك ابن الابن وابن الأخ لأنه قائم مقام الأب في سبب الاستحقاق، وإن كانوا جماعة في طبقة واحدة مثل البنتين أو بني الابن أو الإخوة أو يتوهم قسم المال على عدد رؤوسهم بالسوية لاستوائهم في سبب الاستحقاق، وإن كانوا ذكورًا وإناثا في طبقة واحدة فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، كما لو ترك ابنًا وبنتًا أو أخًا أو أختًا لأب وأم أو لأبٍ، فإن ترك ابنين وبنتين فلكل ابن سهمان ولكل بنت سهم، وإن كان معهم ذو فرض بداية والباقي بينهم وإن لم يبق فلا شيء لَهُم وعلى هذا إجماع الأمة إلا في المسألة المشتركة وصورتها: امرأة ماتت عن زوج وأم وأخوين لأمٍّ وأخ لأب وأم قال عليٌّ رضي الله عنه للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين لأم الثلث ولا شيء للأخ لأب وأم وبه أخذ علماؤنا، وقال عمر رضي الله عنه أولا كما قال علي ثمّ رجعَ حين سئل عن هذه المسألة فأجاب كما هو مذهبه فقام واحد من أولاد الأب والأم وقال: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارًا ألسنا من أمّ واحدة والأب لا يزيد إلا قربًا فأطرق عمر رضي الله عنه رأسه مليًّا ثم رفع فقال نعم صدقوا هم بنو أم واحدة ونشركهم في الثلث، ثم قيل الثلث بين أولاد الأب والأم وبين أولاد الأم بالسوية وقيل بينهم أثلاثًا الثلث لقوم الأم والثلثان لقوم الأب والأم وقيل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهو الأصح وبه أخذ مالك والشافعي فسميت هذه المسألة مشرّكة وسميت أيضا الحمارية.

والصحيح قولنا؛ لأن لأولاد الأم فرض مقدّر بالكتاب بلا تفصيل بينهما إذا كان للمال سعة أو ضيق فلا يجوز أن ينقص عن فرضهم عملا بإطلاق الكتاب ولأنه تعذر إلغاء قرابة الأب واعتبار قرابة الأم لأنه لم يرث بقرابة الأم بالفريضة بحال مائل يرث بقرابة الأب بالعصوبة فيكون عصبة بكل حال والعصبة لا تشارك صاحب الفرض في فرضه.

ولو ترك زوجا وأُمًّا وأخًا وأختًا لأم وأخًا لأب فللزوج النصف وللأم السدس وللأخ والأخت لأم الثلث ولا شيء للأخ لأب بالإجماع؛ لأنه ليس لَهُ قرابة الأم لتشاركهما في الإرث بقرابة الأم فلم تكن المسألة مشركة.

فأما العصبات إذا اجتمعت، فإنه يورث الأقرب فالأقرب لقوله عليه السلام: "**أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فما أبقت فلأَوْلَى ذَكَرٍ**"[1] ولأن علة الاستحقاق وهي

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٠/٨ (٦٧٣٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥١/٨ (٦٧٣٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٢/٨ (٦٧٣٧) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٣/٨ (٦٧٤٦) قال: حدثنا أمية بن بسطام، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن روح. و«مسلم» ٥٩/٥ (٤١٤٨) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، وهو النرسي، قال: حدثنا وهيب. وفي (٤١٤٩) قال: حدثنا أمية بن بسطام العيشي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٤١٥٠) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، وعبد بن حميد، واللفظ لابن رافع، قال: إسحاق: حدثنا، وقال الآخران: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ٦٠/٥ (٤١٥١) قال: وحدثنيه محمد بن العلاء، أبو كريب الهمداني، قال: حدثنا زيد بن حباب، عن يحيى بن أيوب. و«ابن ماجه» (٢٧٤٠) قال: حدثنا العباس بن عبد العظيم العنبري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٨٩٨) قال: حدثنا أحمد بن صالح، ومخلد بن خالد، وهذا حديث مخلد، وهو أشبع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«الترمذي» (٢٠٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن، قال: أخبرنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي (٢٠٩٨م) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٢٩٧) قال: أخبرنا محمد بن معمر البحراني، قال: حدثنا حبان، يعني ابن هلال، قال: حدثنا وهيب، يعني ابن خالد. و«أبو يعلى» (٢٣٧١) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. و«ابن حبان» (٦٠٢٨) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، =

القرابة والتعصيب مرجح بزيادة القرب فيترجح استحقاقه كما في ولاية الإنكاح ثم أقرب العصبات الابن ثمَّ ابن الابن وإن سفل؛ لأن الأب، وإن كان أقرب إلى الميّت من ابن الابن ولكنه صاحب فرض مع ابن الابن وزيادة القرب إنما يعتبر للترجيح في استحقاق المواريث لا بالفرض؛ لأنه لا يجوز الزيادة على الفرض فالأخ لأب يرث مع الأخت لأب وأم، وإن كانت الأخت أقرب منه إلى الميت ثم الأبُ ثم الجد أبُ الأب وإن علا عند أبي حنيفة خلافا لهما لما يأتي، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم بنو الأخ لأب وأم ثم بنو الأخ لأب ثم بنوهم على هذا الترتيب ثم العم لأب وأم ثم العم لأب ثم بنو العم لأب وأم ثم بنو العم لأب ثمَّ بنوهم على هذا الترتيب ثم عم الأم لأب وأم ثم عم الأب لأب ثم بنوهم على هذا الترتيب ثم عم الجد لأب وأم ثم عم الجد لأب ثمّ بنوهم على هذا الترتيب، ثمَّ مولى العتاقة ثم عصبته على الترتيب الذي ذكرنا ثمَّ الردُّ على ذوي السهام ثمَّ ذوي الأرحام ثم مولى الموالاة ثم عصبته على هذا الترتيب، وقال ابن مسعود: ذوو الأرحام مقدّمون على مولى العتاقة، وكذلك الإرث بالردّ مقدَّم على الإرث بالولاء، ثمَّ المقر لهُ بالنسب من غيره ولم يثبت النسب من ذلك الغير كما لو أقرَّ بأن هذا ابن ابنه أو ابن أخيه أو أقرَّ بأمّ أو جَدّ ونحوه ومات المقر على إقراره إن لم يكن للمقر وارث معروف يكون المال كله للمقر له؛ لأنه أقرَّ بالنسب على غيره وباستحقاق الإرث على نفسه بعد موته وإقراره بالنسب إن بطل في حق المقر عليه؛ لأنه على غيره لكنَّه صح في حقه باستحقاق ماله كمن اشترى عبدًا أقر بحريته من الأصل وكذبه البائع صح في حقه حتى يعتق ولا يكون ولاؤه له ولم يصح في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن فكذا هذا، فإن كان للمقر وارث معروف يستحق جميع المال فلا شيء للمقر له؛ لأن إقراره يعدو إلى الوارث ببطلان حقه فلم يصح في حقه، وإن كان

=

قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٦٠٢٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر.

الوارث يرث بعض المال كالزوج والزوجة يكون الفاضل عنهما للمقر له؛ لأن إقراره فيما زاد على فرضهما لا يتضمن إبطال حقّهما فصح، ثمَّ الموصى له بجميع المال ثم ببيت المال؛ لأن المال متى خلى عن مستحق وعطل مالك فمصرفه بيت المال كاللقطة والضالة.

(باب اجتماع الفرض والتعصيب في شخص واحد)

أصله: إن كان من ورث بقرابتين ينزل منزلة شخصين؛ لأن كل واحدة مستقلة مستندة في سبب في استحقاق الإرث، فإن ورث بإحداهما يجعل الثانية عدمًا؛ لأنه لا فائدة في اعتبارها متى لم ينتصب سببًا لاستحقاق الإرث مثاله: امرأةٌ ماتت وتركت زوجًا هو ابن عمّ لها فله النصف بالزوجيّة والباقي له بالعمومية وكذا من ترك أخا لأم وهو ابن عمّ لهُ فله السدس بالإخوة والباقي له بالعمومية وصورته: أخوان أحدهما أصغر والآخر أكبر وللأكبر ابن من امرأة فمات الأكبر وتزوج الأصغر بامرأته فولدت ولدا ثم مات الأصغر ثم مات ابنه هذا المولود فقد مات عن أخ لأم هو ابن عمّ له، وإن ترك أخوين لأم أحدهما ابن عمّ له فالثلث بينهما نصفان والباقي للذي هو ابن عمّه بالعصوبة وصورته: أخوان تزوج الأكبر منهما بامرأة لها ابن من زوج آخر وولدت ولدًا منه ثم مات الأكبر فتزوجها الأصغر وولدت منه ولدًا فمات الأصغر ثم مات الغلام فقد مات عن أخوين لأم أحدهما ابن عم لهُ، وإن ترك ابني عم أحدهما أخ لأم، وصورته: أخوان لكل واحد امرأة وابن منهَا فمات الأكبر فتزوج الأصغر امرأته فولدت له ابنًا ثم مات الأصغر ثم مات ابن الأكبر فقد مات عن ابني عم أحدهما أخوه لأمه، فإن عامّة الصحابة للذي هو أخ لأم السدس والباقي بينهما بالعمومية وبه أخذ علماؤنا.

وقال ابن مسعود: المال كله للذي هو أخ لأم والصحيح قول العامة؛ لأن كل قرابة علة مستقلة بنفسها لاستحقاق الإرث وليست إحداهما من جنس الأخرى؛ لأن الأخوة ليست من جنس العمومية لاختلافهما في الاسم والمعنى الخاصّ، فإن معنى العمومية غير معنى الأخوة والعلة لا تترجح بالزيادة من خلاف جنسها

كالزوجيَّة في إحدى ابني العم فكانت كل قرابة علة بنفسها فيستجلب بحكمها، فإن كانت معها بنت سقطت الأخوَّة وورث بكونه ابن عم لا غير لما عرف.

(فصل)

امرأة اشترت أباها يعتق عليها ويكون ولاؤه لها حتى لو جن الأب فولاؤه إنكاحه إليها، وهذه من أندر المسائل حيث كانت ولاية إنكاح الأب إلى البنت، فإن مات الأب يكون المال كله لها نصفه بالفرض ونصفه بالعصوبة، وكذلك أختان اشترت إحداهما أباهما عتق عليها، فإن مات الأب فالثلثان لهما بالفريضة والباقي للمشتري بحكم الولاء، أختان اشترتا أباهما واشترت أحدهما مع الأب أخاهما ومات الأب يكون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الأخ يكون الثلثان لهما بالفريضة والنصف من الثلث الباقي للمشترية أخاها والنصف الآخر يكون لعصبة الأب؛ لأن الأب شريكها في شراء الأخ فيكون نصف الثلث أيضا بينهما نصفين لأنهما عصبتا الأب فصار للمشترية أخاها سبعة من اثني عشر أربعة بالفرض وسهمان بالعصوبة من الأخ وسهم بالعصوبة من الأب، وكذلك أختان اشترت إحداهما أباها واشترت الأخرى مع الأب أخاها ومات الأب يكون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الأخ يكون الثلثان لهما بالفرض يبقى الثلث نصفه يكون للمشترية أخاها ونصفه للأخرى بالعصوبة من الأب بقي الحاصل بينهما نصفين والله أعلم.

(باب الحجب)

الحجب نوعان: حجب نقص وحجب إسقاط.

أما حجب النقص فما ذكرنا.

وأما حجب الكل: فستة لا يسقطون بحال الأبوين والزوجين والابن والبنت؛ لأن فرضهم ثابت بكل حال؛ لأنه ثابت بدليل مقطوع به ومن عدا هؤلاء فالأقرب يحجب الأبعد عن الكل كالابن يحجب أولاد الابن عن الكل والأخ لأب وأم يحجب أولاد الأب عن الكل والأم تحجب الجدات كلها الأبوية والأمية لما رُوي

"**أن النبي عليه السلام إنما أعطي للجدَّة السدس إذا لم يكن للميت أُم**"[1] ولأن أُم الأم تدلي إلى الميت بالأم وترث بواسطتها فلا ترث مع قيام الأم؛ لأن الأقرب يحجب الأبعد في استحقاق فرض واحد ليرجح عليه استحقاقه فحجب أم الأم ثابت نصا وقياسا وحجب أم الأب ثابت نصا لا قياسا لأنها تدلي إلى الميت بالأب وترث فرض الأب فلا يجوز أن تكون الأم حاجبة لها والأب يحجب الأجداد، وكذلك الجدات من قبله وهو قول عامّة الصحابة.

وقال عمر لابن مسعود رضي الله عنهما بأن الجدة ترث مع ابنها لما روي عن ابن سيرين أن النبي صلى الله عليه وسلم أطعم جدة السدس وأبوها حي.

والصحيح قول العامة؛ لأن أم الأب إنما تدلي إلى الميت بواسطة الأب فلا ترث ما دامت الواسطة أهلا للميراث لكون الأبعد محجوبا بالأقرب كالجد مع الأب والحديث حكاية حال لا عموم له فيحتمل أنه كان ابنها كافرًا أو رقيقا أو يحتمل أن ابنها غير أب الميت فلا يصح الاحتجاج به والأب لا يحجب أم الأم؛ لأن اتصال أم الأم بالميت بواسطة أم الميت لا بأبيه فلم يجز أن يكون الأب حاجبا لها وهذا إذا كان يرث الأبُ بالفرض وهو السدس، فإن كان يرث بالعصوبة هل يحجب أمه قيل لا يحجبها؛ لأن الأقرب إنما يحجب الأبعد في استحقاق فرض واحد، فإذا لم يستحق الأب السدس لم يصر حاجبا للأم وقيل يحجبها؛ لأن الأب يستحق السدس في الجملة بالنصف فلم يبق لها فرض فصارت محجوبة ضرورة فكذلك ابن ابنها قيل يحجبها؛ لأنه قائم مقام ابن الصلب حال عدم ابن الصلب في الحجب والاستحقاق وقيل لا يحجبها؛ لأن ابن ابنها يرث بالعصوبة؛ لا بالفرض بكل حال فلا يستحق السدس بحال فصار كابن العم بخلاف الأب؛ لأنه يستحق

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٢٢/١١ (٣١٩٢٤) قال: حدثنا زيد بن الحباب. و«أبو داود» (٢٨٩٥) قال: حدثنا محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة، قال: أخبرني أبي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٦٣٠٤) قال: أخبرنا محمد بن علي بن الحسن بن شقيق المروزي، قال: أبي أخبرنا.

ثلاثتهم: (زيد، وعبد العزيز، وعلي بن الحسن) عن عبيد الله بن عبد الله، أبي المنيب العتكي، عن ابن بريدة، فذكره.

السدس فصارت محجوبة ضرورة، ولو ترك أبا وأم الأب وأم الأم ماذا لأم الأم قيل لها السدس كاملا؛ لأن أم أبيه وإن صارت محجوبة بابنها فلا يحجب غيرها عن البعض وقيل لهما نصف السدس؛ لأن أم أبيه وإن صارت محجوبة ولكنها من أهل استحقاق الإرث فتحجب غيرها عن البعض كالأخوين مع الأبوين يحولان فرض الأم من الثلث إلى السدس ثم أولاد الأب والأم يسمون بني الأعيان؛ لأن عين الشيء خياره وهو خيار الإخوة والأخوات وأولاد الأب يسمون بني العلات لقول الشاعر[1]:

ويوسف إذ دلاه أولاد علة فأصبح في قعر الركية ثاويا

أي: مقيمًا، وأولاد الأم يسمون بني الأخياف من أصلين مختلفين مأخوذ من قولهم قوس أخيف إذا كانت إحدى عينيه مخالفة للأخرى وسقط أولاد الأب والأم بالابن وابن الابن والأب، وفي الجد اختلاف سيأتي لزيادة قربهم بالميت فيرجحون عليهم كما في ولاية الإنكاح وسقط أولاد الأب بهؤلاء وبالأخ لأبٍ وأم لقوله عليه السلام: "**بنو الأعيان**[2] **يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعِلَّاتِ**[3]"[4] ولأن لبني الأعيان زيادة

---

(١) انظر: ربيع الأبرار ١٥٦/١، ومحاضرات الأدباء ٥٩/١.

(٢) في رواية: أَنَّ أَعْيَانَ بَنِي الْأُمِّ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعِلَّاتِ يَرِثُ الرَّجُلُ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ، دُونَ إِخْوَتِهِ لِأَبِيهِ.
(أَعْيَانُ بَنِي الْأُمِّ): الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ، لِأَبٍ وَاحِدٍ، وَأُمٍّ وَاحِدَةٍ، مِنْ عَيْنِ الشَّيْءِ، وَهُوَ النَّفِيسُ مِنْهُ. تحفة الأحوذي - (ج٥/ ص٣٧١).

(٣) بَنِي الْعِلَّاتِ: هُم الْإِخْوَةُ لِأَبٍ، وَأُمَّهَاتٍ شَتَّى. تحفة الأحوذي (ج٥/ ص٣٧١).
والْمَعْنَى: أَنَّ بَنِي الْأَعْيَانِ إِذَا اجْتَمَعُوا مَعَ بَنِي الْعِلَّاتِ، فَالْمِيرَاثُ لِبَنِي الْأَعْيَانِ لِقُوَّةِ الْقَرَابَةِ، وَازْدِوَاجِ الْوَصْلَةِ. تحفة الأحوذي - (ج٥/ ص٣٧١).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٠٣) عن الثوري. و«الحميدي» (٥٥ و٥٦) فرقهما، قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ١٦٠/١٠ (٢٩٦٦٢) و٤٠٢/١١ (٣٢٢١٠) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«أحمد» ٧٩/١ (٥٩٥) قال: حدثنا سفيان. وفي ١٣١/١ (١٠٩١) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٤٤/١ (١٢٢٢) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا زكريا. و«الدارمي» (٣١٩٠) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زهير. و«ابن ماجه» (٢٧١٥) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٧٣٩) قال: حدثنا يحيى بن حكيم، قال: =

قرب إلى الميت لكونهم يدلون إلى الميت بقرابتين ويسقط أولاد الأم بالولد وولد الابن وبالأب والجد بالاتفاق؛ لأن من شرط توريثهم أن يكون الميت كلالة والكلالة اسم لمن لا ولد له ولا والد له، وإذا استكملت البنات الثلثين سقطت بنات الابن إلا إذا كان معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصِّبُهن وإذا استكملت الأخوات لأب وأم الثلثين سقطت الأخوات لأب إلا إذا كان معهن أخ فيعصِّبُهن؛ لأن فرضهن تكملة الثلثين ولم يبق ذلك ومن لا يرث لمعنًى فيه كالكفر والرق والقتل بغير حقّ ولا يحجب غيره لآخر مَاتا ولا نقصانا كابن الكافر والرقيق والقاتل بغير حق لا يحولان فرض الزوج إلى الربع عند ابن مسعود؛ لأن عدم توريثهما لفقد الأهلية لا مع قيامها لوجود الحاجب والعلة ينعدم لفقد الأهليَّة ويفوت شرط من شرائطها لبيع المجنون والمعتوه ومتى انعدمت علة استحقاق الإرث في حقهما التحقا كالأخوين مع الأبوين يحولان فرض الأم من الثلث إلى السدس؛ لأنه وجدت علة استحقاق الإرث في حقهما لكن امتنع الإرث لوجود الحاجب وهو الأب فجاز أن يظهر حجبهما عن البعض في حق من يقرب معهما.

(باب التسبيب)

التسبيب هو الوصف والبيان، وهذا الباب لبيان حال بنات الابن والميراث وقد ذكر مسائلها المتأخرون ليستجيد الخاطر.

أصله: أن بنت الابن تصير عصبة بابن الابن سواء كان الذكر في درجتها أو

=

حدثنا أبو بحر البكراوي، قال: حدثنا إسرائيل. و«الترمذي» (٢٠٩٤) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا سفيان. وفي (٢٠٩٤م) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا زكريا بن أبي زائدة. وفي (٢٠٩٥ و٢١٢٢) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو يعلى» (٣٠٠) قال: حدثنا عبيد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي (٣٦١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا حميد بن عبد الرحمن، عن زهير. وفي (٦٢٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان.

خمستهم: (سفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، وزكريا بن أبي زائدة، وزهير بن معاوية، وإسرائيل بن يونس) عن أبي إسحاق السبيعي، عن الحارث، فذكره.

أسفل منها إلّا إذا كانت صاحبة فرض فلا يعصبها من هو أسفل درجة منها؛ لأنه لولا الغلام لما ورثت الجارية التي بإزائها بعدما استكملت البنات الثلثين وإنما ورثت فسألت الغلام وهي أبعد عن الميت فلأن ترث بسبب الغلام وهي أبعد من الميت فلأن ترث بسبب الغلام جارية أعلى منه في الدرجة وهي أقرب إلى الميت أولى فأما صاحبة الفرض استغلت باستحقاق فرضها فلا تصير تابعة لذكر أسفل منها في الاستحقاق مثاله: بنت صلب وبنت ابن وابن ابن فللبنت النصف والباقي بين بنت الابن وابن الابن للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن ترك بنتين وبنت ابن وابن ابن أو ابن ابن فالثلثان للبنتين والباقي بين بنت الابن وابن الابن أو ابن ابن الابن، وإن ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض فالعلياوات بمنزلة بنات الصلب واللاتي تليهن بمنزلة بنات الابن وسقطت الباقيات إلا إذا كان ذكر في درجتهن أو أسفل منهن فتعصبهن ومثاله بنت ابن وبنت ابن ابن وبنت ابن ابن ابن فالنصف للعليا والسدس للوسطى ولا شيء للسفلى، وإن ترك ثلاث بنات ابن بعضهنّ أسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض وصورته إذا كان لابن الميت ابن بنت ولابن ابنه ابن وبنت ولابن ابن ابنه ابن وبنت فمات البنون وبقيت البنات، وكذلك ثلث بنات ابن ابن، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ابن فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد والوسطى من الفريق الأول يوازيها الوسطى من الفريق الثاني والسفلى من الفريق الأول توازيها الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث بقي من الفريق الثاني السفلى فيوازيها الوسطى من الفريق الثالث بقي السفلى من الفريق الثالث لا توازيها أحد فالعليا من الفريق الأول النصف وللوسطى منه وللعليا من الفريق الثاني السدس تكملة الثلثين ولا شيء للباقيات، فإن ماتت العليا من الفريق الأول فللوسطى من الفريق الأول وللعليا من الفريق الثاني الثلثان وسقطت الباقيات وهكذا يجري، وإن كان مع العليا من الفريق الأول غلام فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ولا شيء للباقيات، فإن كان الغلام مع الوسطى من الفريق الأول فالنصف للعليا من الفريق الأول والباقي بين الغلام وبين الوسطى من الفريق الأول مع من يوازيها وهي العليا من الفريق الثاني للذكر مثل حظ الأنثيين

ولا شيء للباقيات، وإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول فالنصف للعليا والسدس للوسطى من الفريق الأول والعليا من الفريق الثاني تكملة الثلثين والباقي بين الغلام وبين السفلى من الفريق الأول مع من يوازيها للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني فالنصف للعليا والسدس للوسطى من الفريق الأول مع من يوازيها تكملة الثلثين والباقي بين الغلام وبين السفلى من الفريق الثاني مع من يوازيها في الدرجة ومع من فوقها ممن لم يأخذ الفرض؛ لأن الغلام يعصب من يوزايه ومن فوقه وعلى هذا القياس يجري، وإن كان مع كل واحدة منهنّ غلام فالمال بين الغلام وبين العليا من الفريق الأول للذكر مثل حظ الأنثيين ولا شيء للبواقي؛ لأنه أقرب العصبات.

(باب الجدات)

الجدات على ضربين: صحيحه ترث بالفرض، وفاسدة ترث بالرحم، والفصل بينهما وهو أن كل جدة تدخل في نسبتها إلى الميت أب بين أمين فهي فاسدة، وكل جدة لم تدخل في نسبتها إلى الميت أب بين أمين فهي صحيحة عند عامة الصحابة وهو مذهبنا وأحد قولي الشافعي.

وقال سعد بن أبي وقاص: كل جدة دخل في نسبتها إلى الميت ذكر سوى الأب فهي فاسدة وهو قول مالك وأحد قول الشافعي.

والصحيح قولنا؛ لما روى الطحاوي في اختلاف العلماء أن النبي صلى الله عليه وسلم "**أطعم ثلاث جدات السدس، أم أمه وأم أبيه وأم أم أمه**"[1]، ولم يثبت أنه أعطى أم أب الأم شيئًا لاختلاف الصحابة في ذلك والفرض لا يثبت إلا سماعا وتوقيفا؛ لأن إثبات المقدرات السير عنه لا يدرى بالقياس العقلية ولأب أم أب

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٢٢/١١ (٣١٩٢٦) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«الدارمي» (٣١١٥) قال: أخبرنا حجاج بن منهال، قال: حدثنا شعبة. و«أبو داود» في «المراسيل» (٣٥٥) قال: حدثنا عبد السلام بن مطهر، قال: حدثنا شعبة. كلاهما: (سفيان بن سعيد الثوري، وشعبة بن الحجاج) عن منصور بن المعتمر، عن إبراهيم.

أمهم إنما يدلي إلى الميت بأب الأم وأب الأم لا يرث من ابن بنته وأنه أقرب إلى الميت من أمه الميت وهما أم أمه وأم ابنه والرتبة الثانية أربع جدات جدتا أبيه أم أب الأب والثانية أم أم الأب وثنتان جدتا أمه أم أم أمه وأم أب أمه فالكل وارثات إلا الأخيرة والمرتبة الثالثة ثماني جدات جدتا أب أبيه إحداهما أم أب أب أبيه والثانية أم أم أب أبيه وجدتا أم أبيه إحداهما أم أم أم أبيه والثانية أم أب أم أبيه وجدتا أب أمه وهما أم أم أب أمه وأم أب أم أبيه وجدتا أم أمه وهما أم أم أم أمه وأم أب أم أمه فهن ثماني جدات أربع منهنّ وارثات وأربعة ساقطات، فإن كان لكل واحدة منهن جدتان يسير ستة عشر وهي المرتبة الرابعة.

وإن كان لكل واحدة منهن جدتان يصرن اثنين وثلاثين وهكذا إلى مائة وأكثر وإذا سئلت عن عدد جدات وارثات كم بإزائهن ساقطات فخذ عدد المسؤول عنه بيمينك ثم أنقص عنه اثنين وخذهما بيسارك ثم أضعف ما في يسارك بعدد ما بقي في يمينك فما بلغ فاطرح المسؤول عنه فما بقي فهي ساقطة.

مثاله: سئلت عن ثلاث جدات خذ ثلاثًا بيمينك ثم أنقص عنه اثنتين وخذهما بيسارك ثم أضعف ما في يسارك بعدد ما بقي في يمينك فما بلغ فاطرح عند المسؤول عنه وهو ثلاثة بقي واحدة فهي ساقطة.

ثم الجدات الثابتات على ضربين: متحاذيات متساويات بدرجة ومتفاوتات بدرجة فطريق معرفة المتحاذيات الوارثات أن تلفظ بعدد من أمها ثم في المرة الثانية تبدل الأم الأخيرة أبا ثم هكذا في المرة الثالثة والرابعة إلى أن لا يبقى إلا أم واحدة مثاله: أم أم أم الأم وأم أم أم الأب وأم أم أب الأب وأم أب أب الأب وعلى هذا القياس إن كثرن وأما المتفاوتات بدرجة فالبعدى من الجدات محجوبة بالقربى عند عامة الصحابة من أي جهة كن وقال زيد بن ثابت: إن كانت البُعدى من جهة الأب أو كانت من جهة واحدة فإنها لا ترث مع القربى من جهة الأب وهو قول مالك والشافعي مثاله أم أم الأم وأم الأب فالسدس لأم الأب وعند زيد السدس بينهما نصفان.

والصحيح قولنا؛ لأن الجدات يدلين إلى الميت بالولاد ويرثن بالولاد فقد

اشتركتا في أصل سبب الاستحقاق وترجحت القربى بزيادة القرب لأنها من جنس العلة والعلة تترجح بالزيادة من جنسها كما في الإخوة، ولو ترك أب وأم أبيه وأم أم أمه قيل المال كله للأب؛ لأن جدة أمه صارت محجوبة بأم أبيه؛ لأن البعدى تصير محجوبة بالقربى ثم أم أبيه صارت محجوبة بأم أبيه؛ لأن البعدى بابنها وقيل السدس لجدة أمه؛ لأن أم أبيه صارت محجوبة بابنها فلا يحجب غيرها.

جدتان إحداهما جدة من حصتين والأخرى من جهة واحدة وصورته: امرأة زوجت بنت بنتها ابن ابنها فولدت غلاما فالمزوجة أم أم هذا الولد وأم أب أبيه، فإن مات الغلام وترك المزوجة وجدة أخرى هي أم أبيه فعند أبي يوسف السدس بينهما نصفان، وعند محمد ثلثاه للجدة ذات جهتين وثلاثة للأخرى؛ لأن لذي قرابتين زيادة القرب فلا يجوز التسوية بينهما فقد تعذر ترجيح ذي قرابتين على ذي قرابة واحدة هنا لأنهما يستحقان الميراث بالفرض لا بالتعصيب فوجب أن يجعل ذو قرابتين بمنزلة شخصين حكمًا كأنهما جدتان كابني عم أحدهما أخ لأم لأبي يوسف أن الترجيح ممتنع لما فيه تغيير حكم النص وجعل ذات قرابتين بمنزلة شخصين أيضا متعذر؛ لأن القرابتين من جنس واحد؛ لأن القرابة ليست إلا قرابة الولاد وقرابة الولاد متحدة ومتى تعذر الترجيح لم يبق إلا المساواة.

(باب الأجداد)

قال أبو بكر رضي الله عنه: وأكبر الصحابة الجد بمنزلة الأب عند عدمه يرث معه من كان يرث مع الأب ويحجب به من كان يحجب بالأب وبه أخذ أبو حنيفة رضي الله عنه.

وقال علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم: الإخوة والأخوات لأب وأم أو لأب يرثون معَ الجد وبه أخذ أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله فالفتوى على قول أبي بكر؛ لأنه أبعد عن التزود ولم يتوقفون فيه ولم تتعارض عنه الرواية ومن غيره تعارضت الروايات ووقع التردد والتوقف والارتياب حتى قال علي رضي الله عنه: من أراد أن يتفحم في جوابهم جهنم فليفض في الجد وعن عمر

رضي الله عنه أنه جمع الصحابة ليجمعوا في الجدّ على قول فسقطت حيَّة من السقف فتفرقوا قبل أن يجتمعوا على شيء ولأن سبب عصوبة الجد الجدوية والولاد وسبب عصوبة الأخ جوار الرحم وقرابة الجدوية والولاد أقوى من قرابة جوار الرحم فقدمنا الأقوى على الأوهى وتوريث الجدّ مجمع عليه وتوريث الأخ مختلف فيه فكان الأخذ بالمجمع عليه أحق وأحوط ثم اختلف عليٌّ وزيد في كيفية توريثهم مع الجدّ واختلاف أصولهما والأصل الأول قال زيد وابن مسعود: الجد يقاسمهم ما دامت المقاسمة خيرا له من الثلث أو هما شيئان، أو إن كانت شرا بأن انتقص نصيبه من الثلث يعطى له الثلث والباقي لهم بالسَّويَّة إن كانوا ذكورًا أو إناثا، وإن كانوا ذكورا وإناثا فللذكر مثل حظ الأنثيين مثاله: جد وأخ فالمال بينهما نصفان. جدّ وأخوان فالمال بينهم أثلاثًا. جد وثلاثة إخوة فالثلث للجد والباقي لهم؛ لأن الثلث للجد خير من المقاسمة؛ لأن بالمقاسمة نصيبه الربع.

وقال علي: الجد يقاسمهم ما دامت المقاسمة خيرًا لهُ من السدس أو كانوا سواء.

وإن كانت شرًّا فللجد السدس والباقي لهم مثاله: جدٌّ وخمس إخوة فالمال بينهم على ستة، جد وستة إخوة فللجد السدس عنده؛ لأن السدس خير له من المقاسمة والباقي لهم والأصل الثاني قال زيد يعتد بأولاد الأب مع أولاد الأب والأم في المقاسمة لإظهار نصيب الجدّ، ثمَّ ما أصاب أولاد الأب يرد على أولاد الأب والأم إن كانوا ذكورا خلَّصا أو مختلطين، وإن كن إناثا خلصًا، فإن كانت أختًا واحدة فصاعدًا يرد عليها إلى تمام النصف، فإن بقي شيء فلأولاد الأب، وإن كانتا أختين فصاعدا يرد إلى تمام الثلثين؛ لأن أولاد الأب يرثون مع الجد فلا بدَّ من اعتبارهم في حق الجدّ كمن ترك أخًا لأب وأمّ وأخًا لأب وأمًّا فللأم السُّدُس فقد اعتبر الأخ لأب وارثًا في حق الأم حتى حول نصيبها من الثلث إلى السدس فكذلك في حق الجدّ.

وقال علي وابن مسعود: أولاد الأب لا يدخلون في المقاسَمَة مع أولاد الأب والأم لأنهم يحجبون بأولاد الأب والأم فصار وجودهم وعدمهم بمنزلة مثاله: جد

وأخ لأب والأم فصار وجودهم وعدمهم بمنزلة مثاله: جد وأخ لأب وأمّ وأخٍ لأبٍ فعند زيد يقسم المال بينهم على خمسة للجد سهمان وللأخ والأخت ثلثه سهمان للأخ وسهم للأخت ثم يرد من نصيب الأخ على الأخت إلى تمام نصف المال وذلك سهم ونصف بقي في يد الأخ نصف بينهم، وقد انكسر فأضعف ليزول الكسر وعندهما المال بين الجد والأخت نصفان جَدٌّ وأختين لأب وأم وأخوين لأبٍ فعند زيد للجد الثلث؛ لأنه خير من المقاسمة بقي سهمان بين الأجنبيين والأخوين للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم يرد نصيب الأخوين على أختين ليتم فرضهما والأصل الثالث إذا اجتمع مع الجد الفرائض وأولاد الأب والأم أو الأب أو الأب أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم ينظر عند زيد إلى المقاسمة وثلث ما بقي وسدس جميع فيعطي للجد ما هو أنفع له والباقي فيكون للجد ثلث ما بقي إن كان خيرًا وإلا فالسدس إن كان خيرًا له من ثلث ما بقي؛ لأن الجد لا يجوز أن يتخلف عن الجدة، وفرض الجدّة لا ينقص عن السدس فالجدّ أولى وعند علي رضي الله عنه ينظر إلى المقاسمة وإلى سدس جميع المال كما هو أصله والأصل الرابع الأخوات المنفردات مع الجد عصبة إلا في مسألة الأكدرية؛ لأن الجد بمنزلة الأخ والأخوات تصرف عصبة بالأخ فكذلك بالجد وعند علي وابن مسعود أصحاب فرائض؛ لأن الكتاب ناطق بفرضهم إذا كن منفردات وإنما تصرف عصبة بالإخوة ولم يوجد مثاله: جد وأخت لأبٍ وأم عند زيد المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعندهُمَا للأخت النصف والباقي للجدّ، وصورة مسألة الأكدرية: زوج وأم وجد وأخت لأب وأم أو لأب فللزوج النصف وللأخ الثلث وللجد السدس وللأخت النصف أصلها من ستة وعالت إلى تسعة ثم يضم نصيب الجد إلى نصيب الأخت فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وإنما جعلها صاحبة فرض هنا؛ لأن الباقي بعد نصيب الزوج والأم السدس فلا وجه إلى المقاسمة؛ لأنه انتقص نصيبه من السدس فجعلناها صاحبة فرض لهذه الضرورة، وإنما لقبت هذه المسألة بالأكدرية إما لأنها تكدر فيها قول زيد، أو لأنها وقعت في امرأة من بني أكدر. قال مشايخنا: لولا هذه المسألة لكان أصح الأقاويل بعد قول أبي بكر قول زيد إلا أنه استحسن في هذه

المسألة وترك أصله لنوع ضرورة وبقول زيد كله أخذ أبو يوسف ومحمد وأم وجد وأخت لأب وأم أو لأب فعند زيد للأم الثلث والباقي بين الجدّ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وعند علي للأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس قال عثمان: المال بينهما أثلاثًا؛ لأنه لا يرى تفصيل الأم.

(باب الوَلاءِ)

المعتِق يرث من المعتَق ولا يرث المعتَق من المعتِق خلافا للحسن بن زياد؛ لأنه انعدمت الوصلة والقرابة بينهما لكن ألحق الولاء بالنسب في حق المعتق؛ لأنه أنعم على عبده بالإعتاق حيث تسبب إلى حياته معنى، فجوزي له باستحقاق الإرث عليه كرامة وصلة له، وقد انعدم ذلك المعنى من العبد فلم يلحق الولاء بالنسب في حقه فبقي أجنبيًّا منه حقيقة كسائر الأجانب.

ولو مات المعتِق عن عصبة من جهة النسب وعن معتَق فالمال كله لعصبته من جهة النسب لأنها أقرب إليه من المعتَق، ولو مات المعتِق عن صاحب فرض وعن معتَق فلصاحب الفرض فرضه والباقي للمعتَق؛ لأنه عصبته. امرأة أعتقت مملوكًا ثم ماتت عن زوج وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه لابنها خاصّة؛ لأنه عصبتها لا غير.

ولو أعتقَ أمةً ومات المعتِق عن ابن والابن والابن عن أخ لأمه ثم ماتت المعتَقة فالميراث لعصبة المعتِق ولا شيء للأخ لأم؛ لأنه أجنبي من المعتِق وكذا لا شيء لأخ المعتِق لأمه؛ لأنه ليس بعصبةٍ لَهُ والولاء للعصباتِ لما عرف في كتاب الولاء والله أعلم.

(باب مخارج السهام)

المخارج سبعة: اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعةٌ وعشرون، فالنصف يخرج من اثنتين والثلث والثلثان من ثلاثة والربع والنصف من أربعة والسدس والسدسان والثلث والثلثان يخرج من ستة والثمن والنصف والربع يخرج من ثمانية وجميع هذه السهام تخرج من اثني عشر غير الثمن، وكلها تخرج من

أربعة وعشرين ثلاثة منها تعول وهي ستة واثنا عشر وأربعة وعشرون فستة تعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة فقط تعول شفعا ووترًا واثنا عشر تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فقط تعول وترًا لا شفعًا وأربعة وعشرون تعول عولة واحدةً إلى سبعة وعشرين قال عامّة الصحابة الفرائض تعال فيقسم المال بين الورثة على قدر سهامهم ولا يخص بعض الورثة بالضرر دون البعض.

وقال ابن عباس: لا تعال بل يلحق النقصان بمن هو صاحب الفرض في حال عصبة في حال كالبنت والأخت.

والصحيح قول العامة؛ لأن الله تعالى لما جمع هذه السّهَام في مال مطلقا مع أن المال الواحد لا يتسع لذلك علم أن المراد منه إلحاق النقصان بالكل عملًا بإطلاق الجمع فصار إلحاق النقصان بالكل ثابتًا مقتضى جميع هذه السهام، والثابت بمقتضى النصّ كالثابت بالنصّ؛ لأن هذه السهام كلها سواءٌ في الثبوت لاستوائها في دليل الثبوت فلا يجوز تخصيص البعض بالنقصان لما فيه إجحاف بهم وصار كالديون والوصايا إذا اجتمعت وضاقت التركة عن إيفائها يصرف كل واحد بقدر حقّه حتى يدخل الضّرر على الكلّ فكذا هذا.

ثم الفرائض إذا اجتمعت فلا يخلو إما أن تكون عادلة أو عائلة أو ناقصة، فإن كانت عادلة بأن تكون سهام الورثة مثل سهام المال مثال: زوج وأخت لأب وأم فالمال بينهما نصفان ومثل: زوج وأم وأخت لأب وأم أصلها من ستة وسهامهم من ستة ونحو ذلك.

وأما العائلة، فهي أن تجاوز سهامهم المال مثاله: زوج وأمٌّ وأختٌ لأب وأم أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم الثلث سهمان وللأخت النصف ثلاثة فقد عالت إلى ثمانية.

وقال ابن عباس: للزوج النصف ثلاثة وللأم سهمان بقي سهم للأخت فقد ألحق النقصان بها، مثال ما يعول من أربعة وعشرين إلى سبعة وعشرين: زوجة وأبوان وبنتان أصلها من أربعة وعشرين، للمرأة الثمن ثلاثة وللأبوين السدس ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر فقد عالت إلى سبعة وعشرين فهذه المسألة تسمَّى المنبرية

لأنها سئلت من علي رضي الله عنه وهو على المنبر عن فرض المرأة في هذه المسألة فأجاب على البديهة قال صار ثمنها تسعًا.

وأمّا الناقصة، وهو أنه إذا استوفوا أصحاب الفرائض سهامهم بقي شيء من المال فيرد عليهم بقدر سهامهم وهي مسائل الردّ.

(باب الرَّدّ)

قال عمر وعلي رضي الله عنهما: الفاضل عن سهام ذوي السهام ترد عليهم بقدر سهامهم إلا الزوجين وبه أخذ أصحابنا.

وقال عثمان: يرد على الزوجين أيضًا.

وقال زيد بن ثابت: يوضع الفاضل في بيت المال، وبه أخذ مالك والأوزاعي والشافعي رحمهم الله.

والصحيح قولنا[1]؛ لقوله عليه السلام: "**مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، ومن ترك كلًّا وعيالًا فعليَّ**"[2] ولأن القرابة علة مستدعية لاستحقاق الكل لما بينا إلا أنها تقاعدت عن إفادة استحقاق الكل حالة الاجتماع للمزاحمة بالإجماع فبقيت مفيدة استحقاق الكل حالة الانفراد فوجب أن يستحق صاحب الفرض الفاضل عن سهمه حالة الانفراد ويقدر سهمه حالة المزاحمة والمعارضة بخلاف الزوجين؛ لأن قرابتهما قاصرة ليست لهما قرابة الرحم والولادة فلا يستحقان بالزوجية إلا الفريضة

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٨٢، والمهذب ١/٣٢٧، والمغني ٤/٤٨٢ - ٤٨٣ ط. الرياض، وكشاف القناع ٣/٤٨٣، وفتح القدير ٦/٢٤٤، وابن عابدين ٥/٤٦٣، ٤٨٣.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٥٢٥٧). وأحمد ٣/٢٩٦ (١٤٢٠٥ و١٤٢٠٦). وعبد بن حميد (١٠٨٢). وأبو داود (٢٩٥٦) قال: حدثنا أحمد بن حنبل. وفي (٣٣٤٣) قال: حدثنا محمد بن المتوكل العسقلاني. و«النسائي» ٤/٦٥، وفي «الكبرى» (٢١٠٠) قال: أخبرنا نوح بن حبيب القومسي. و«ابن حبان» (٣٠٦٤) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم.

خمستهم: (أحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، ومحمد، ونوح، وإسحاق) عن عبد الرزاق بن همام، عن معمر بن راشد، عن محمد بن مسلم الزهري، عن أبي سلمة، فذكره.

إظهار القصور وقرابتها ثم ينظر إن كان الردّ على جميع من في المسألة يجعل مبلغ سهام الردّ سهام المسألة ويقسط الزائد وذلك لا يخلو من أربعة أعداد اثنين وثلاثة وأربعة وخمسة، مثال الاثنين: جدة وأخت لأم للجدّة السدس وللأخت السدس والباقي رد عليهما بقدر سهامهما فأصلها من ستَّة وعاد بالردّ إلى سهمين فيكون المال بينهما نصفين، مثال الثلاثة: جدَّة وأختان لأم للجدَّة السدس من ستة والأختين لأم الثلث سهمان فتكون المسألة من ثلاثة، مثال الأربعة: بنت وأم فللبنت النصف ثلاثة من ستة وللأم السدس سهم فتكون المسألة من أربعة، ومثال الخمسة: أربع بنات وأم تكون المسألة، وإن كان الردُّ على بعض من في المسألة بأن كان معهم زوج أو زوجة، فإنه تصحح سهام من يرد عليهم أولا كأنه ليس معهُم زوج أو زوجَة ثم ينظر إلى أصل فريضة من لا يرد عليهم فيعطى له فرضه ثم الباقي إن كان ينقسم على سهام من يردَّ عليهم فقَد استقامت المسألة، وإن كان لا ينقسم يضرب عدد سهام الرد في أصل فريضة من لا يرد عليه فما اجتمعت صحت منه المسألة **مثال الأول**: زوجة وأم وأخ لأم فأصل سهام من يرد عليهم ستة للأم الثلث سهمان والأخ لأم السدس سهم فسهام الرد ثلاثة ثم أصل فريضة الزوجة أربعة فيعطي لها فرضها سهم يبقى ثلاثة استقام على سهام الردّ، **ومثالُ الثاني**: زوج وخمس بنات فأصل فريضة الزوج أربعة للزوج سهم بقي ثلاثة انكسر على سهام الرد وهي خمسة يضرب خمسة في أربعة فيصير عشرين للزوج خمسة وللبنات خمسة عشر. زوج وبنت وبنت ابن فسهام الرد أربعة للبنت ثلاثة ولبنت الابن سهمٌ وأصل فريضة من لا ترد عليه أربعة للزوج ربعهَا سهم يبقى ثلاثة انكسر على سهام الرد وهي أربعة فاضرب أربعة في أربعة يبلغ ستة عشر للزوج أربعة وللبنت تسعة ولبنت الابن ثلاثة، وإن كانت بنات الابن خمسة والمسألة بحالها فثلاثة لا يستقم عليهن فاضرب خمسة في ستة عشر فيصير ثمانين فمنها تصح المسألة.

(باب تصحيح المقاسمة)

تصحيح المقاسمة من ستة أوجه: اثنان في السهام وأربعة في الرؤوس.

أما اللذان في السَّهام: فأحدهما إن انكسرت السهام على البعض ولم يكن بين سهامهم وعدد رؤوسهم موافقة فاضرب عدد من انكسر عليهم في أصل المسألة وعولهَا إن كانت عائلة فما اجتمع صحت منه المسألة مثالهُ: بنت وثلاثة إخوة لأب وأمّ أو لأبٍ فأصلها من اثنين سَهْمٌ للبنت صحَّ عليها وسهمٌ للإخوة انكسر عليهم فاضرب عددهم ثلاثة في أصل المسألة وهو اثنان فصار ستة فمنها تصح المسألة، وكذلك ثلاث بنات وعصبة أصلها من ثلاثة سهمان لهنَّ انكسر عليهنَّ فاضرب عدد رؤوسهنَّ في ثلاثة فصار تسعة فمنها تصح المسألة، فإن كانت الورثة بعضها عصبة ذكورا وإناثًا ضوعف عدد الذكور ثم يضم إليه عدد الإناث؛ لأن كل ذكر قام مقام اثنين في الميراث كابن وبنت وأب أصلها من ستة للأب سهم بقي خمسة لا تستقيم على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ستة فصار ثمانية عشرَ فمنها تصح المسألة والثاني إن انكسر السهام على البعض وبين سهامهم وعددهم موافقة يجزأ مثل نصف وثلث وربع ونحوه فخذ الجزء الموافق من العدد المنكسر عليه السهام فاضربه في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما اجتمع تصح منه المسألة مثالهُ: أربع بنات وعصبة للبنات الثلثان من ثلاثة انكسر عليهنَّ وبين عددهنَّ وسهامهنّ موافقة بالنصف فاضرب الجزء الموافق من عددهنَّ وهو اثنان في أصل المسألة وهو ثلاثة فصار ستَّة فمنها تصح المسألة ومثال آخر: امرأة وأربعة بنين وست بنات للمرأة سهمٌ من ثمانية والباقي لا يستقيم على أربعة عشرَ وبين سهامهم وعددهم موافقة بالسبع فخذ الجزء الموافق من عددهم وهو اثنان فاضربه في أصل المسألة وهو ثمانية فصار ستة عشر فمنها تصح المسألة فطريق معرفة الجزء الموافق اثنان أحدهما: أن ينقص أقل العددين من أكثرهما مرَّة بعد أخرى إلا أن يفني الأقلُّ الأكثرَ على استواء ثم انظر إلى المفني، فإن كان المفني واحدًا فلا موافقة بينهما، وإن كان أكثر من واحدٍ فبينهما موافقة ثم انظر إلى واحد من المفني بكم ينسب إلى جميعه، فإن كان ينسبُ بالنصف فبينهما موافقة بالنصف، وإن كان ينسبُ بالثلث فبينهما موافقة بالثلث وهكذا قياسه مثاله: خمسة عشر وخمسة وعشرين ينقص خمسة عشَرَ من خمسة وعشرين يبقى عشرة ثم ينقص عشرة من خمسة عشرَ يبقى

خمسة ثم ينقص خمسة من خَمسة فالمفني خَمسة والواحد من خمسة يسمَّى خُمسا فبينهما موافقة بالخمس والثاني وهو الأسهل أن ينظر إلى عددين إن كان لكل واحد نصف صحيح فبينهما موافقة بالنصف كالأربعة مع السنة، وإن كان لكل واحد نصف وثلث وسدس كالستة مع اثني عشر يؤخذ الجزء الموافق من الأصل وهو السدس؛ لأن ضرب الأقل يكفي وهكذا قياسه.

وأمَّا الأربعة التي في الرؤوس فعلى **أربعة أوجه**: إما أن وقع الكسر على عددين، أو أكثر متماثلين، أو متباينين، أو متداخلين، أو متوافقين.

أمَّا **الأول**: إن انكسرت السهام على عددين متماثلين أو ثلاثة أو أربعة أعداد متماثلة ولا يقع الكسر على أكثر من هذا فضرب أحد العددين أو أحد الأعداد في أصل المسألة وعولها يكفي مثال العددين: ثلاثة إخوة لأب وأم وثلاثة إخوة لأمّ وقد انكسر نصيب كل فريق عليه فضربنا أحدهما في أصل المسألة وهو ثلاثة فصَار تسعة فمنها تصح المسألة، وكذلك ثلاث جدات وثلاث أخوات لأب وأمّ وثلاثة أعمام للجدات سهم من ستة وللأخوات أربعة وللأعمام سهم وقد انكسر على كل عدد نصيبه فضربنا أحد الأعداد وهو ثلاثة في أصل المسألة وهو ستة فصار ثمانية عشر فمنها تصح المسألة وطريق معرفة نصيب كل فريق أن يضرب ما كان لكل فريق في أصل الفريضة في مبلغ عدد الرؤوس، فما اجتمع فهو نصيبه كان للجدات سهم صار مضروبا في ثلاثة فيكون ثلاثة فهي لهن لكل واحدة سهمٌ وكان للأخوات أربعة صارت مضروبة في ثلاثة فصار اثني عشر لكل واحدة أربعة وكان للأعمام سهم صار مضروبا في ثلاثة فيكون ثلاثة لكل واحد سهم، **والثاني**: إن انكسرت السهام على عددين متباينين أو أعداد متباينة فاضرب أحد العددين في الآخر فما اجتمع فاضربه في العدد الثالث فما اجتمع عدد الرؤوس فاضربه في أصل المسألة. مثال العددين: ثلاث أخوات لأبٍ وأم وأختين لأم فاضرب ثلاثة في اثنين فصار ستة ثم اضرب ستة في أصل الفريضة وهو ثلاثة فصار ثمانية عشر فمنها تصح المسألة، مثال الأعداد وطريق معرفة نصيب كل فريق: أن يضرب ما كان لهم في أصل الفريضة في جميع مبلغ الرؤوس فما بلغ فهو نصيبهم كان للأخوات لأب وأم

سهمان مضروبان في ستة فيكون اثني عشر فهو لهنَّ والأختين لأم سهم مضروب في ستة فهي لهما وطريق معرفة نصيب كل واحدٍ من كل فريق أن يضرب لهم ما كان لهم في أصل الفريضة في عدد رؤوس من خالفهم فما بلغهم فهو نصيب كل واحد منهم كان للأخوات لأب وأم سهمان اضرب في عدد للأختين لأم فيكون أربعة فهي لواحدة والأختين لأم سهم اضرب في عدد الأخوات لأب وأم وهو ثلاثة فيكون ثلاثة فهي لواحدة منهما مثال الأعداد: زوجتان وثلاث جدات فاضرب أحد الأعداد وهو اثنان في الآخر وهو ثلاثة فصار ستة ثم اضربها في العدد الثالث وهو خمسة فصار ثلاثون فهذا مبلغ الرؤوس ثم اضربها في أصل الفريضة وهو اثنا عشر فيصير ثلاثمائة وستين وطريق معرفة نصيب كل فريق ما ذكرنا وطريق معرفة نصيب كل واحد كان للزوجين ثلاثة فاضربها في أحد عددين من خالفهما وهو ثلاثة فصار تسعة ثم اضرب تسعة في العدد الآخر وهو خمسة صار خمسة وأربعين وهذا للواحدة وهكذا قياسه والله أعلم. **والثالث**: إن انكسرت السهام على عددين متداخلين أو أعداد متداخلة فيكتفى بضرب الأكثر عن الأقل في أصل الفريضة وعن الأقل في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة؛ لأن الأقل داخل في الأكثر وإنما يعرف المتداخل بأن كان أحدهما ضعف الآخر وأضعافه كما لو وقع الكسر في أربعة وثمانية أو في ثلاثة وتسعة أو في أربعة واثني عشر أو خمسة وخمسة عشر فضرب خمسة عشر يعني عن ضرب الخمسة في أصل الفريضة مثاله: أربع جدات وخمس بنات وعشرون عما أصلها من ستة وقد انكسرت السهام على الكل وعدد البنات والجدات داخلة في عدد الأعمام فاضرب عشرين في أصل الفريضة وهو ستة فيصير مائة وعشرين، **والرابع**: إن انكسرت السهام في عددين متوافقين ولا موافقة بين سهامهما وعددهما فاضرب الجزء الموافق من أحد العددين في كل الأجزاء فما اجتمع فاضربه في أصل الفريضة فما اجتمع صحت منه المسألة، مثاله: ست جدات وتسع بنات أصلها من ستة ولكن عاد بالرد إلى خمس فللجدات سهم من خمسة انكسر عليهن ولِلبنات أربع انكسر عليهن وبين عدد الجدات والبنات موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في الآخر فصار ثمانية عشر ثم اضربهما في

أصل الفريضة وهو خمس فصار تسعين فمنها تصح المسألة وطريق معرفة نصيب كل نفر ما ذكرنا وطريق معرفة نصيب كل واحد أن يضرب ما كان في الجزء الموافق من رؤوس من خالفهم بعد الاختصار كان للجدات سهم ضربناه في الجزء الموافق من رؤوس البنات وهو ثلاثة فهي لكل واحدة وكان للبنات أربعة ضربناها في وفق الجدات وذلك اثنان فصار ثمانية فهي لكلّ واحدة، وإن انكسر على أعداد متوافقة ولا موافقة بين السهام والأعداد فوفق أكثر الأعداد وتوافق بين العددين الآخرين ثمَّ اضرب الموافق من أحدهما في الآخر فما اجتمع فاضربه في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة مثال: عشر بنات وتسع جدات وأربع أخوات لأب وأم أصلها من ستة فوفق عدد البنات ثم توافق بين عدد البنات والإخوة وبينهما موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في كل الآخر فصار سهمين، ثم اضربه في أصل الفريضة فصار ثلاثمائة وستين فمنها تصح المسألة، وإن انكسر على ثلاثة نفر وأحدهم يوافق أحد الآخرين بجزء يوافق الآخر بجزء واحد والعددان الآخران متباينان أسقط العدد الموافق ويعمل بالمتباينين كما ذكرنا؛ لأن ذلك أيسَرُ من الضرب في الجزء، والموافق مثاله: تسع جدات وأربع نسوة وستة إخوة لأبٍ وأمٍّ فعدد الإخوة يوافق عدد الجدات ثلاثة ويوافق عدد النسوة بنصفه ولا موافقة بين عدد الجدات والنسوة فيسقط العدد الموافق ويكتفي بعدد الجدات والنسوة ويضرب أحدهما في الآخر فما اجتمع فاضربه في أصل الفريضة فما اجتمع تصح منه المسألة، وإن انكسرت السهام على العددين المتوافقين أو على الأعداد المتوافقة وسهام الكل يوافق عددهم أو سهام البعض يوافق عدده فاطلب الموافقة بين السهام والرؤوس واختصر منهما على الجزء الذي يتفقان فيه ثم انظر إلى العدد المختصر وإلى غيره، فإن كانا عددين متساويين أو أعداد متساوية فضرب أحدهم يكفي، وإن كانا متداخلين أو أعداد متداخلة فضرب الأكثر يكفي، وإن كانت متوافقة فاضرب الجزء الموافق من أحدهما في جميع الآخر، وفي الأعداد اضرب وفق أحدهما في كل الآخر فما اجتمع فاضرب في وفق الثالث فما اجتمع فهو مبلغ عدد الرؤوس، ثم اضربه في أصل الفريضة فما اجتمع صحت منه المسألة مثال العددين: جد

وأربعة إخوة لأم وست أخوات لأب وأم أصلها من ستة وعالت إلى سبعة وبين رؤوس الإخوة لأم ونصيبهم وهو سهمان موافقة بالنصف فاختصر من رؤوسهم على النصف وهو اثنان وبين رؤوس الأخوات وسهامهن موافقة بالنصف فاختصر على النصف وهو ثلاثة وليس بين اثنين وثلاثة موافقة فاضرب أحدهما في الآخر فيصير ستة ثم اضربهما في أصل الفريضة فصار ستة وثلاثين، ومثال آخر: أربع نسوة وعشرة بنين وثماني بنات أصلها من ثمانية وبين رؤوس الأولاد ونصيبهم موافقة بالسبع فاختصرنا من رؤوسهم على السبع وذلك أربعة ورؤوس النسوة أربعة فهما عددان متساويان فيلغى أحدهما فمبلغ الرؤوس أربعة ثم اضربها في أصل الفريضة فصار اثنين وثلاثين فمنه تصح المسألة مثال التداخل: ست بنات وتسع أخوات لأب وأم أصلها من ثلاثة وبين نصيب البنات ورؤوسهن موافقة بالنصف فاختصرنا على النصف وذلك ثلاثة ولا موافقة بين نصيب الأخوات ورؤوسهن فأخذنا كل عددهن وهي تسعة والثلاثة داخلة في التسعة فضربنا تسعة في أصل الفريضة وهي ثلاثة فبلغ سبعًا وعشرين فمنه تصح المسألة ومثال الأعداد: زوجة وأربع جدات واثنا عشر إخوة لأم وست أخوات لأب وأم أصلها من اثني عشر وعالت إلى سبعة عشر وبين رؤوس الإخوة لأم ونصيبهن موافقة بالنصف وذلك ثلاثة وبين رؤوس الجدات وسهامهن موافقة بالنصف فاختصرنا من رؤوسهن على النصف وذلك اثنان فحصل ثلاثة أعداد اثنان متساويان فطرحنا أحدهما وضربنا الآخر في الثالث وهو اثنان فصار ستة ثم ضربناها في أصل الفريضة وعولها فصار مائة واثنين.

(باب المناسخة)

المناسخة: أن يموت الورثة قبل قسمة التركة، فالأصل فيه أن تصحح فريضة الميت الأول، وتصحح فريضة الميت الثاني، ثم تنظر إلى نصيب الميت الثاني من الفريضة الأولى، فإن استقام على ورثته فقد صحت المسألة من غير ضرب مثاله: ابن وبنت فمات الابن عن ابنين فالفريضة الأولى من ثلاثة والفريضة الثانية من اثنين ونصيب الميت الثاني من الفريضة الأولى سهمان يستقيمان على ورثته، وإن كان

نصيبُه لا يستقيم على سهام ورثته وليس بين نصيبه وسهامهم موافقَةٌ فاضرب الفريضة الثانية في الفريضة الأولى فما اجتمع تصح منه المسألة ويجعل كأن الميت الأول مات عن هذا المبلغ مثاله: زوج وبنت وعصبة ثم مات الزوج عن امرأة وعصبة فالفريضة الأولى من أربعة للزوج سهم وللبنت سهمان والباقي للعصبة ونصيب الزوج وهو سهم انكسر على فريضته ولا موافقة بين نصيبه وفريضته فاضرب فريضته وهي ثمانية في الفريضة الأولى فصار اثنين وثلاثين فيجعل كأن الميت الأول مات عن اثنين وثلاثين للزوج الربع ثمانية وللبنت النصف ستة عشر والباقي وهو ثمانية للعصبة فنصيب الزوج وهو ثمانية يستقيم على ورثته مثال آخر: ورثة الأول ابنان فمات أحدهما وترك بنتًا وأخًا قبل القسمة فالفريضة الأولى اثنان فكذا الثانية، للبنت النصف سهم والباقي للعم ونصيب ابن الميت من الفريضة الأولى لا يستقيم على ورثته فاضرب الفريضة الثانية في الأولى فصارت أربعة فمنها تخرج الفريضتان لابن الميت النصف سهمان يستقيمان على ورثته ولابن الحي سهمان من الفريضة الأولى وسهم من الثانية، وكذلك لو مات بعض ورثة الميت الثاني أو الثالث وإن سفل ولا يستقيم نفسه على فريضته ولا موافقة بينهما فاضرب فريضته في مبلغ الفرائض التي قبلها، وإن كان بين فريضة الميت الثاني وبين نصيبه موافقة فاضرب الجزء الموافق من فريضته في مبلغ الفرائض التي قبلها مثال الأول: اثنان فمات أحدهما وترك بنتًا فمات أحدهما ثم ماتت البنت قبل القسمة وتركت زوجًا وابنًا وعمًّا هو ابن الحيّ للميت الأول فالفريضة الأولى اثنان، وكذلك الثانية والفريضة الثالثة أربعة فاضرب أربعة في مبلغ الفريضتين الأوليين وهما أربعة فصار ستة عشر فيجعل كأن الأول مات وترك ستة عشر سهمًا وابنين فلكل ابن ثمانية ثم مات أحدهما عن بنت وأخ وترك ثمانية بينهما نصفان ثم ماتت البنت عن زوج وبنت عم وتركت أربعة أسهم يستقيم بين ورثتها ومثال الثاني: رجل مات وترك ابنين وبنتين فمات أحدهما عن امرأة وبنت وعصبة فالفريضة الأولى من ستة لكل ابن سهمان ولكل بنت سهم فقد مات أحد الاثنين عن سهمين ونصيبه لا يستقيم على فريضته إلا أن بين نصيبه وفريضته موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضته وهو أربعة في الفريضة الأولى وهي ستة فصار أربعة وعشرين لكل ابن ثمانية فقد مات

الابن عن ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة والباقي للعصبة، فإن ماتت البنت عن زوج وأم وعصبة فالفريضة الثالثة من ستة ونصيب الميت من الفريضة الثانية أربعَةٌ وبينهما موافقة بالنصف فاضرب نصف فريضتها وذلك ثلاثة في مبلغ الفريضتين الأوليين وذلك أربعة وعشرون فصار اثنين وسبعين فمنها تخرج الفرائض كلها.

(باب توريث ذوي الأرحَام)

قال عامة الصحابة: أن لهم ميراثا وهو مذهبنا.

وقال زيد وحده: لا ميراث لهم، وهو قول مالك والشافعي.

والصحيح قول العامة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأحزاب: ٦] أي بعضهم أولى بميراث البعض لانتفاء الاستحقاق بجهة أخرى بالإجماع ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**الله ورسوله مَوْلَى مَنْ لَا مَوْلَى لَهُ، وَالْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ**"[1]. والنص الوارد في الخال واردًا في الخالة دلالة لإيجاد أصلها.

ورُوي أنه لما مات ثابت بن أبي الدحداح قال رسول الله عليه السلام لقيس بن عاصم المنقري لما مات ثابت: "**هل تعرفون له فيكم نسبًا؟ فقال له: لا يعرف إلا ابن أخت فجعل النبي عليه السلام ميراثه لابن أخته**"، ولأن أصل القرابة سبب لاستحقاق الإرث صلة لما قدمنا فيستحق الإرث بالقرابة إلا أنّ هذه القرابة أبعد عن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٦٣/١١ (٣١٧٧٤) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ٢٨/١ (١٨٩) قال: حدثنا وكيع. وفي ٤٦/١ (٣٢٣) قال: حدثنا يحيى بن آدم. و«ابن ماجه» (٢٧٣٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع. و«الترمذي» (٢١٠٣) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا أبو أحمد الزبيري. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٣١٧) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن راهويه، قال: أخبرنا وكيع. و«ابن حبان» (٦٠٣٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا القواريري، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن الزبير.

ثلاثتهم: (وكيع بن الجراح، ويحيى بن آدم، وأبو أحمد، محمد بن عبد الله الزبيري) عن سفيان الثوري، عن عبد الرحمن بن الحارث بن عياش بن أبي ربيعة الزرقي، عن حكيم بن حكيم بن عباد بن حنيف الأنصاري، عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، فذكره.

سائر القرابات فخالفت عن سائر القرابات والمال متى لم يحل عن مستحق لا يجوز صرفه إلى بيت المال ثمَّ ذوو الأرحام لا يرثون مع عصبة وصاحب فرض إلا الزوجان لأنهما لا يردان عليهم فالعضل عنهما يستحقه ذوو الأرحام بالقرابة ويرثون بمعنى التعصيب لأنهم يرثون بالقرابة وليس لهم سهم مقدَّر فينزلون منزلة العصبات وهم أصناف أربعة صنف ينتمي إلى الميت بولاد كأولاد البنات وأولاد بنات الابن وصنف ينتمي إليه الميت بولاد كالجد الفاسد والجدات الفاسدة وصنف ينتمي إلى أبوي الميت كأولاد الأخواتَ كلهنَّ وأولاد الإخوة لأم وبنات الإخوة كلهم وصنف ينتمي إلى جدي الميت كالأخوال والخالات والأعمام لأم والعمات كلهن وبناتُ الأعمام كلهم وأولادها ولأيٍّ فأولاهم بالميراث الصنف الأول ثم الصنف الثاني عند أبي حنيفة وعندهما الصنف الثالث ثم الصنف الثاني لهما أولاد الإخوة والأخوات أولاد وارث الأجداد والجدات الفاسدة أولاد من ليس بوارث وفي ذوي الأرحام متى استوت الأقدام والدرجة، فإنه يقدم ولد الوارث على من ليس بولد وارث والصحيح قول أبي حنيفة؛ لأن الأجداد والجدات الفاسدة زيادة قرب واتصال بالميت؛ لأنه يتصل بالميت بواسطة فروعه باعتبار الجدوية والتعصبة واعتبار زيادة القرب أولى من اعتبار كونه ولد وارث؛ لأن علة الاستحقاق هي القرب دون الإدلاء بوارث والعلة تترجح بالزيادة من جنسها ثمَّ الصنف الثالث ثم الرابع من هوَ أقرب إلى الميت من أي صنف كان فهو أولى حتى لو ترك بنت بنت وأب أم فالميراث لأب الأم ولذا لو ترك أب أب أم وعمة أو خالة فالميراث للعمة والخالة لأنها أقرب.

(فصل في الصنف الأول)

فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت؛ لأن زيادة القرب من أسباب الترجيح مثاله بنت بنت وبنت بنت بنت فالمال كله لبنت البنت، وكذلك بنت أخت وبنت بنت أخت وإن استووا في القرب فمن كان ولد وارث بالفرض أو العصوبة فهو أولى؛ لأن لولد العصبة أو صاحب فرض زيادة قرب إلى الميت باعتبار زيادة وقرب أصله مثاله بنت بنت البنت وبنت بنت الابن فالمال لبنت بنت الابن لأمها ولد

صاحبة فرض، وكذلك بنت بنت أخت وبنت ابن أخ، وإن كان أحدهم أقرب والآخر أبعد ولكنه يدلي إلى الميت بوارث فالأقرب أولى؛ لأن العلةَ وهي القرابة تترجح بزيادة القرب لا بالإدلاء بوارث كما في العصبات إذا استوت بطل الترجيح بزيادة القرب لا بالإدلاء بوارث فكذا هذا.

مثاله: بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن فالمال كله لبنت بنت البنت لأنها أقرب إلى الميت، وكذلك خالة بنت عم فالمال للخالة لأنها أقرب إلى الميت وبنت العم أبعد وإن كانت ولد وارث وأما ولد ولد الوارث هل هو أولى، فالصحيح أنه ليس بأولى مثاله: بنت بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن فالمال بينهما نصفان؛ لأن كل واحدة تدلي إلى الوارث بواسطة والعلة وهي القرب لا تترجح بالإدلاء بوارث لما بينا وقد تساويا في القرب فتساويا في الاستحقاق، وإن استووا في القرب وإن لم يكن أحدهم ولد وارث، فإن اتفقت الآباء والأمهات فالمال بينهم بالسوية إن كان الكل ذكورا أو إناثا، فإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين مثاله: بنت بنت بنت وابن بنت بنت فالمال بينهما أثلاثًا، وإن اختلفت الآباء والأمهات فعند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة العبرة لأبدانهم لا لأصولهم، وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة لأبدانهم لا لأصولهم، وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة العبرة لأصولهم فيقسم المال ولا على أصولهم ويعتبر الأصل الواحد متعددًا بتعدد أولاده ثم يعطي لكل فرع ميراث أصله ويجعل كل أنثى أدلت إلى الميت بالذكر ذكرًا وكل ذكر أولى بالأنثى أنثى وسواء كان أولادهما بأب واحد أو أكثر وبأم واحدة أو أكثر ثم تقسم سهام كل فريق بينهم بالسوية إن اتفقت صفاتهم وإن اختلفت فللذكر مثل حظ الأنثيين.

لمحمد: أنه يوجد حكم الفروع من الأصول، فإن الفروع يستحقون الميراث بواسطة الأصول فيجب أن تكون العبرة في القسمة للأصول لا للفروع اعتبارًا للأصالة والتبعية.

لأبي يوسف: أن ذوي الأرحام يرثون بالقرابة والتعصيب وكل واحد مستبد

مستقل بنفسه في أصل الاستحقاق فتكون بالعبرة لأبدانهم في القسمة لأنها بناءً على الاستحقاق كما في العصبات الحقيقية.

مثاله: بنت بنت بنت وبنت ابن بنت عند أبي يوسف المال بينهما نصفان اعتبارًا للأبدان، وعند محمد سهمان لبنت ابن البنت اعتبارًا لأصلها، فإنه ذكر وسهم لبنت بنت البنت؛ لأن أصلها أنثى فكأنَّه مات عن ابن بنت وبنت بنت بنت ابن بنت وابن بنت بنت فعند أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند محمد على عكسه لبنت ابن البنت سهمان ولابن بنت البنت سَهم بين ابن بنت وابني بنت بنت فعند أبي يوسف ظاهر، وعند محمد يقسم على الآباء على ستة للأوليين سهمان لإدلائهما إلى الميت بابنين فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وللآخرين أربعة لإدلائهما إلى الميت بذكر فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين فصار المال بين الفريقين أثلاثًا وقد انكسر بين كل فريق بالأثلاث فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة فمنها تصح المسألة بنتي بنت بنت وابني بنت بنت وبنتي ابن بنت وابني ابن بنت فقد اختلف البطن الثاني فعند محمد الثلث للفريقين الأوليين للذكر مثل حظ الأنثيين وثلثاه للآخرين بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين لها من ثلاثة سهم للأوليين لا يستقيم على ستة وسهمان للآخرين لا يستقيمان على ستة وبين نصيبهم وهو سهمان وبين عددهم موافقة بالنصف فاختصرنا من عددهم على النصف وذلك ثلاثة فالعدد الآخر ستة والثلاثة داخلة في ستة فضربنا ستة في أصل المسألة وهو ثلاثة فصارَ ثمانية عشرَ فمنها تصح المسألة وإذا اختلفت البطون على التعاقب فعند محمد يقسم المال أولا على البطن الأعلى ثم الباقي يقسم على البطن الثاني ثم على الثالث فهكذا إلى أن ينتهي، وإن انكسر على بطن فاضرب العدد المنكسر أو الجزء الموافق إن كان بين رؤوسهم ونصيبهم موافقة في أصل المسألة مثاله: بنت بنت بنت ابن وبنت بنت ابن بنت وبنت ابن بنت بنت وبنت بنت بنت بنت يقسم المال على البطن الأعلى وأنه ذكر للرابعة وللباقيات ابنان فيكون المال بينهم على خمسة سهمان للذكر وثلاثة للإناث ثم الباقي وهو ثلاثة يقسم على البطن الثاني وهو ذكر للثالثة وللباقين أنثى فيكون الثلث بينهما نصفين نصفه للذكر وقد انكسر

بالنصف فاضرب اثنين في خمسة فصار عشرة فمنها تصح المسألة الأولى أربعة وللثانية نصف الباقي وذلك ثلاثة وسهمان للثالثة؛ لأن بطنها ذكر، وسهم للرابعة لأن بطنها أنثى ابن وبنت بنت ابن وابن وبنت ابن بنت وابن وبنت بنت يقسم المال على البطن الأعلى وأنه ذكر لنفر الأول ولنفر الآخرين أنثى فيجعل أصل فريضته من سهمين؛ لأن المال بين ذكر وأنثيين نصفان فيكون للبطن الأول سهم وللآخر بين سهم وسهم الأول لا يستقيم على ولديه أثلاثًا فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة وهو اثنان فصار ستة والبطن الأول ثلاثة يستقيم على ولديه بقي ثلاثة يقسم على البطن الثاني وأنه ذكر لولديه وأنثى للأخير فيكون للبطن الثاني سهمان لا يستقيمان على ولديه أثلاثًا فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة وهو ستة فصار ثمانية عشر فمنها تخرج المسألة ابن وبنت بنت بنت ابن وابن وبنت بنت بنت ابن بنت وابن وبنت بنت ابن بنت بنت وابن وبنت ابن بنت بنت بنت وابن وبنت بنت بنت بنت يقسم على البطن الأول وأنه ذكر لنفر الأول وللباقين أنثى فتكون أصل الفريضة من ستة للذكر سهمان ولأربع إناث أربعة فاختصر من ستة على ثلاثة للبطن الأول سهم لا يستقيم على ولديه أثلاثًا فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة ثلاثة للبطن الأول بقي ستة يقسم على البطن الثاني وأنه ذكر لنفر الثاني وللثلاثة أنثى فيقسم بينهم على خمسة أسهم وستة لا يستقيم على خمسة فاضرب خمسة في تسعة فصار خمسة وأربعين فمنها تصح المسألة للبطن الأول ثلاثة صارت مضروبة في خمسة فصار خمسة عشر يستقيم على ولديه أثلاثًا بقي ثلاثين يقسم على البطن الثاني وأنه ذكر لنفر الثاني وللثلاثة أنثى فيكون بينهم على خمسة سهمان منه للذكر وهما اثنا عشرَ بقي ثمانية عشرَ يقسم على البطن الثالث وأنه ذكر للثالث وللباقين أنثى فيكون بينهم على أربعة سهمان للذكر وذلك تسعة يستقيم على ولديه أثلاثًا بقي تسعة يقسم على البطن للرابع وأنه ذكر لِلرابع وللأخير أنثى فيكون بينهما على ثلاثة للذكر سهمان وذلك ستّة يستقيم على ولديه وبقي ثلاثة للبطن الأخير يستقيم على ولديه أثلاثًا والله أعلم.

(فصل)

وذو قرابتين من جهتين من ذوي الأرحام يورث من جهتين عند محمد فله سهام ولذي قرابة واحدة سهم وهو رواية عن أبي يوسف، وفي رواية عنه لا يورث من جهتين؛ لأن ذوي الأرحام يرثون بالتعصيب وقرابة العصوبة قرابة واحدة، وإن كانت من جهتين كما في سائر العصبات الحقيقية فكذا هذا.

لمحمد: أن المعتبر عنده في توريثهم قرابة الأصول فجاز أن يرث بقرابة أحد أصليه سهمان وبقرابة أصله الآخر وهي الأم سهم وصورته: رجل مات وترك بنت بنت بنت وبنت بنت بنت وهذه بنت ابن بنته، فإن كان لرجل بنتان لإحداهما بنت وللأخرى ابن فزوجت البنت من الابن فولدت بنتًا وماتت البنتان ثم مات الرجل فعند أبي يوسف المال بينهما نصفان، وعند محمد لذات قرابة واحدة سهم ولذات قرابتين سهمان ولو ولدت ابنًا فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند محمد لذات قرابة واحدة سهم ولذي قرابتين ثلاثة أسهم سهمان من قبل أصله الذكر فيسلم له بلا منازعة لتفرده بذلك الأصل، وسهم من قبل أصله الأنثى فيضمه إلى ما بدت قرابة واحدة فيصير سهمان فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين لاتحاد أصلهما في هذين السهمين واختلاف أبدانهما على ثلاثة وسهمان لا يستقيمان على ثلاثة فاضرب ثلاثة في أصل المسألة وهو أربعة فيصير اثني عشر قيمة تخرج المسألة.

(فصل في الصنف الثاني)

أصله: كل أم قبلها أب وكل أب قبله أم فهو من ذوي الأرحام؛ لأنه ليس بذي سهم ولا عصبة فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت مثاله: أب أم وأب أم أم وأب أم أب فالمال كله لأب الأم، فإن استويا في القرب وبعضهم يدلي إلى الميت بوارث قيل من يدلي إلى الميت بوارث أولى.

والصحيح أنه ليس بأولى بل يقسم المال بينهم بالسَّويَّة وهو قول محمد مثاله: أب أم الأم وأب أم الأب فالثلث لأب أم الأم والثلثان لأب أم الأب؛ لأن كل واحد

منهما يقوم مقام أصله في الإرث، فإن أب أم الأب يدلي إلى الميت بالأب والآخر بالأم.

وإن كانوا من جانب واحد، فإن كان كلهم ذكورًا أو إناثًا فالمال بينهم بالسويّة.

وإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن اختلفت أصولهم في الذكورة والأنوثة، فإن كانوا من جانب واحد فمن أدلى إلى الميت بالذكر فله سهمان، ومن أدلى بالأنثى فله سهم إلى أن ينتهي على حسب ما قسم في أولاد البنات مثاله: أب أب أم وأب أم أم ثلثاه لأب أب الأم وثلثه لأب أم الأم.

وقال علي وابن مسعود رضي الله عنه: المال كلهُ لأب أب الأم؛ لأنه عصبة الأم واعتبار العصوبة هنا أولى من اعتبار الاتصال لصاحب الفرض؛ لأن سبب استحقاق الإرث العصوبة.

والصحيح قولنا؛ لأنهما يستويان في القرب والدرجة؛ لأن أحدهما إن كان ولد صاحب فرض فالآخر عصبة الأم فاستويا في علة الاستحقاق فلا يجوز حرمان أحدهما إلا أن لكل واحد يرث بواسطة أصله فيقوم مقام أصله في الإرث فيعطى له ميراث أصله جدا أم وأب أم أب فالثلثان لأب أم الأب والثلث لجدي الأم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين أب أب أب أم وأب أب أم أب اختلف البطن الثاني، فعند محمد للأول الثلثان وللثاني الثلث أب أب أب أم وأم أب أب اختلف البطن الرابع فالمال بين الرابعين أثلاثًا للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن كانوا من الجانبين من جانب الأب ومن جانب الأم فالثلثان للمدلين بقرابة الأب فيكون بينهم أثلاثًا ثلثاه بقرابته من قبل الأب وثلثه لقرابته من قبل الأم والثلث للمدلين بقرابة الأم فيكون أيضا بينهم أثلاثًا ثلثاه لقرابته من قبل الأب وثلثه لقرابته من قبل الأم ولا يعتبر إدلاؤه بوارث عند محمد، وهذه تدل على أن من يدلي إلى الميت بوارث في هذا الصنف ليس بأولى مثاله: جدا أب ابنه وهما أب أم أب أبيه وأب أب أم أبيه وجدا أم أمه وهما أب أم أب أمه وأب أب أم أبيه فالثلثان لجدي أب ابنه والثلث لجدي أم أمه وما أصاب كل فريق فثلثاه للجد من قبل الأب والثلث للجد من قبل الأم.

(فصل في الصنف الثالث)

وهم أصناف ثلاثة: **فالأول**: بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأم **والثاني**: بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأبٍ **والثالث**: أولاد الإخوة والأخوات لأم ثم ينظر إن انفرد صنف إلى صنف كان فللواحد فصاعدا كل المال ذكرا كان أو أنثى، فإن كانوا جماعةً فالأقرب أولى، وإن استووا في القرب فولدا الوارث أولى مثال: بنت ابن أخ لأب وأم وبنت ابن أخ لأب أو لأم فالمال لبنت ابن الأخ لأب وأم لأنها تدلي بوارث في حق ولد ولد الأب وأم وإن استووا في ذلك واتفقت أصولهم، فإن كانوا ذكورًا وإناثًا فللذكر مثل حظ الأنثيين إلا في أولاد الإخوة والأخوات؛ لأن المال سهم بالسوية ولا نفضل الذكر على الأنثى بالاتفاق؛ لأن العبرة في أولاد الأم للأصول لا للأبدان بالاتفاق وتقوم الفروع مقام الأصول مثاله: ابن أخ لأم وبنت أخ لأم فالمال بينهما نصفان، فإن اختلفت أصولهم فعند أبي يوسف العبرة لأبدانهم، وعند محمد العبرة لأصولهم كما ذكرنا في أولاد البنات مثاله: بنت أخ وابن أخت فعند أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند محمد لبنت الأخ سهمان لخروجها من الذكر ولابن الأخت سهم لخروجه من الأنثى بنت بنت أخ وابن بنت أخ وبنت ابن أخت فعند أبي يوسف المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند محمد اختلفت البطون فيقسم المال على البطن الأعلى وأنه أنثى لبنت ابن الأخت والباقين ذكر، فصار المال بينهم أخماسًا سهم لبنت ابن الأخت وأربعة أخماسه بين الباقين للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن بطنهما متحد وذلك لا يستقيم على ثلاثة فاضرب ثلاثة في خمسة فصار خمسة عشر فمنها تصح المسألة وإن اجتمعت الأصناف الثلاثة فالأقرب أولى، فإن استووا في القرب فعند أبي يوسف من كان لأب وأم أولى ثم من كان لأب ثم من كان لأم، وعند محمد تعتبر الأصول من كل صنف لأنهم يرثون بقرابة الأصول وفي الأصول الأبعد لا يصير محجوبا بالأقرب وكذا هذا ثم ما يستحقه الأصل يعطى لفرعه مثاله: بنت أخت لأب وأم وبنت أخت لأب وبنت أخت لأم فعند أبي يوسف المال كله لبنت الأخت لأب وأم لابنها أقرب إلى الميت لأنها تدلي بقرابتين وذوا قرابتين أقرب من ذي قرابة واحدة،

وعند محمد خمس المال لبنت الأخت لأم وخمسة لبنت الأخت لأب وثلاثة أخماسه لبنت الأخت لأب وأم فرضًا وردًّا كالأصول ثلاث بنات أخوه متفرقين فعند أبي يوسف المال كله لبنت الأخ لأب وأم، وعند محمد السدس لبنت الأخ لأم والباقي لبنت الأخ لأب ولا شيء لبنت الأخ لأب؛ لأن الأخ لأب لا يرث مع الأخ لأب وأم. ثلاث بنات بني أخوه متفرقين فالمال كله لبنت ابن الأخ لأب وأم بالإجماع لأنها ولد وارث عند محمد وتدلي بذي قرابتين عند أبي يوسف بنت الأخت لأب وبنت الأخت لأم عند أبي يوسف بنت الأخت لأب وبنت الأخت لأم فعند أبي يوسف المال كله لبنت الأخت لأب لأنها تدلي بقرابة الأب وأنها آكد وأقوى من قرابة الأم وعند محمد لبنت الأخت لأب النصف وللأخرى السدس اعتبارًا للفروع بالأصول.

(فصل)

في الصنف الرابع فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت مثاله: عمة الأب وعمة الجد فعمة الأب أولى لأنها أقرب وإن استووا في القرب فمن كان لأبٍ وأم أولى ثم من كان لأب ثم من كان لأم مثاله: عمة لأب وأم وعمة لأب لأم فالمال كله للعمة لأب وأم عمة لأب وعم أو عمة لأم قال كله للعمة لأب عم وعمة لأم قال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك الأحوال والحالات على هذا الترتيب، وإن اجتمع قرابة الأب وقرابة الأم يقسم المال بينهما أثلاثًا ثلثاه لقرابة الأب وثلثه لقرابة الأم مثاله: عمة وخال أو خالة فللعمة الثلثان وللخال أو الخالة الثلث والقياس أن لا يكون للخال والخالة شيء؛ لأن قرابة الأب أقوى من قرابة الأم كما لا شيء للعمة لأم مع العمة لأب لكن تركنا القياس فيه بإجماع الصحابة، فإنهم قالوا للعمة الثلثان وللخالة الثلث ثم ذو القرابتين من إحدى الطبقتين لا تحجب ذا القرابة الواحدة من الطبقة الأخرى إلا في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف؛ لأن الصحابة جعلوا الميراث بين العمة والخالة أثلاثًا بلا تفصيل بين ذي قرابتين وبين ذي قرابة واحدة والإجماع المنعقد على الإطلاق يجب إجراؤه على إطلاقه مثاله: عمة لأب وأم وخالة لأب فالثلثان للعمة والثلث للخالة إلا في رواية عن أبي يوسف فالمال كله للعمة. خالة لأب وأم وعمة لأب فللعمة الثلثان وللخالة الثلث، وفي رواية

أبي يوسف كله للخالة وإن اجتمع قرابتان لأب وقرابتان لأم في كل طبقة فالثلثان لقرابتي الأب بينهما أثلاثًا ثلثاه لقرابته من قبل الأب وثلثه لقرابته من قبل الأم وثلثه لقرابتي الأم بينهما أثلاثًا وقد انكسرت الأثلاث فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار سبعة فمنها تصح المسألة، خال أمه وخالتها وعم أمّه وعمتها وخال ابنه وخالته وعم أبيه وعمته فالمال كلهُ لعمّ أبيه؛ لأنه عصبة، فإن لم يكن عم أبيه فالثلث لقوم أمه بين الخال والخالة والعم والعمة أثلاثًا، وكذلك الثلثان لقوم أبيه أثلاثًا انكسر الثلث على الفريقين وبثلث الثلث على قوم الأم فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة وعشرين فمنه تصح المسألة وأولاد هذه الأصناف فحكمهم حكم آبائهم في جميع ما ذكرنا عند عدم آبائهم، والله أعلم.

(باب توريث مولى الموالاة وولد الملاعنة والجنين والغرقى والحرقى والمفقود)

(فصل)

وتفسير مولى الموالاة[1]: رجل أسلم على يد رجل وقال: أنت مولاي ترثني إذا

---

(١) مولى الموالاة مركّب من لفظين: مولًى، والموالاة.

والمولى مأخوذ من الولاء، وهو النصرة والمحبّة، ويطلق المولى على: ابن العمّ وعلى العصبة عامّةً، وعلى المعتَق (بالفتح)، والمعتِق (بالكسر)، وعلى الحليف، والنّاصر. والموالاة لغةً: مصدر للفعل والى، يقال: والاه موالاةً وولاءً، من باب قاتل: تابعه. ومولى الموالاة اصطلاحًا هو: أن يؤاخي شخص مجهول النّسب شخصًا معروف النّسب ويوالي معه، كأن يقول: أنت مولاي ترثني إذا مت، وتعقل عنّي إذا جنيت، وقال الآخر: قبلت. أو يقول: واليتك، فيقول: قبلت بعد أن ذكر الإرث والعقل في العقد، ويسمّى هذا العقد "موالاةً" والشّخص المعروف النّسب: "مولى الموالاة".

واختلف الفقهاء في ميراث مولى الموالاة:

فذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وابن شبرمة والثّوري والأوزاعي إلى أنّ عقد الموالاة ليس سببًا من أسباب الإرث.

=

مت وتعقل عني إذا حييت وقتل الآخر فهو صحيح خلافا للشافعي حتى لو مات الموالي يرث مولى الموالاة ويعقل عنه إذا جنى لما عرف في كتاب الولاء، ولو اتفقا على توريث كل واحد منهما، فإنه يرث كل واحد منهما عن صاحبه بخلاف مولى العتاقة، فإن الأعلى يرث من الأسفل والأسفل يرث من الأعلى والفرق أن ثمة سبب الإرث إنما هو الإحياء يعني الإعتاق وقد وجد من الأعلى دون الأسفل

=

وذهب الحنفيّة إلى أنّ عقد الموالاة سبب من أسباب الإرث، ومرتبته بعد مولى العتاقة، فإذا أسلم شخص مكلّف على يد رجل مسلم ووالاه، وعاقده على أن يرثه، كأن يقول: أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عنّي إذا جنيت، فيقول الآخر: قبلت، صحّ هذا العقد، فيرثه إذا مات بعد ذكر الإرث والعقل، وعقله عليه وإرثه له.

وكذا لو شرط الإرث والعقل من الجانبين، فيرث كل منهما صاحبه إذا مات قبله.

و يشترط لصحّة عقد الموالاة عند الحنفيّة:

أ- أن يذكر الميراث والعقل في العقد، لأنّه يقع على ذلك، فلا بدّ من ذكره في العقد، وإن شُرِط الإرث والعقل من الجانبين كان كذلك، لأنّه ممكن، فيتوارثان بلا خلاف بين فقهاء الحنفيّة.

ب- أن يكون مجهول النّسب، وهذا محل خلاف بين علماء الحنفيّة، فذهب بعضهم إلى عدم اشتراط أن يكون مجهول النّسب، وقال ابن عابدين: وهو المختار.

ج- أن لا يكون عليه ولاء عتاقة، ولا ولاء موالاة قد عقل عنه، فإن عقل عنه فليس له الانتقال لتأكد العقد بالعقل عنه.

د- أن يكون حرًّا بالغًا عاقلًا، فلو عقد مع صبي مميّز أو مع عبد لا ينعقد إلّا بإذن الأب والسّيّد، فإن أذن الأب صحّ ويكون العقد للصّبيّ، كما يصح عقده مع العبد بإذن السّيّد إلّا أنّ العقد للسّيّد، فيكون العبد وكيلًا عنه في عقده.

هـ- أن لا يكون عربيًّا ولا مولى عربي، لأنّ تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة. وأن لا يكون عقل عنه بيت المال، لأنّه حينئذٍ يكون ولاؤه لجماعة المسلمين، فلا يملك تحويله إلى واحد منهم بعينه.

وأمّا الإسلام فليس بشرط، فتجوز موالاة المسلم الذّمّيّ وعكسه، والذّمّي الذّمّيّ وإن أسلم الأسفل، لأنّ الموالاة كالوصيّة في صحّتها من المسلم والذّمّيّ للمسلم أو الذّمّيّ، لكن بينهما فرق من جهة أنّ الموصى له يستحقها بعد موت الموصي مع اختلاف الدّين، بخلاف المولى فإنّه لا يرث مع اختلاف الدّين.

وهنا سبب الإرث العقد والشرط وقد وجد ذلك منهما جميعًا، وكذلك مجهول النسب إذا عقدَ عقد الموالاة مع إنسان على أن يرثه ذلك الإنسان إذا مات ويعقل عنه إذا جنى وقتل ذلك الإنسان، صحّ ويدخل في الولاء أولاده الصغار ومن يولد بعد ذلك، وكذلك المرأة إذا عقدت عقد الموالاة مع إنسان يدخل أولادها فيه عند أبي حنيفة ويجوز للمولى فسخ هذا العقد إلا أن يكون العاقل عقل عنه أو عن ولده ويجوز للقابل فسخه إلا أن يكون العاقل عقل عنه أو أن ولده ورث مولاه.

(فصل)

وولد الملاعنة والزنا كشخص لا قرابة له من جهة الأب يرث من قرابة أمه ويرثون منه حتى لو مات وترك ابنًا وأمًّا فللأم السدس والباقي للابن، ولو ترك أمًّا وبنتًا فللبنت النصف وللأم السدس والباقي رد عليها، ولو ترك زوجًا أو زوجة أو صاحب فرض من قبل أمّه يعطي أصحاب الفرائض فرائضهم والباقي ردّ عليهم إلا الزوجان وهو قول عليّ وبه أخذ أصحابنا رضي الله عنهم، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: ما فضل من ذوي السهام فللأم ويجعل الأم عصبة، وكذلك قوم الأم.

والصحيح قولنا ؛ لأنها أنثى والأنثى صاحبة فرض بنصّ الكتاب، وإنما تصير الأنثى عصبة بغيرها ولم يوجد من يعصبها فبقيت صاحبة فرض كما نطق به الكتاب فلا يجوز الزيادة على فرضه، فإن ترك أمّه وأخاه لأمّه وابن الملاعن من غير الملاعنة فللأم الثلث ولأخيه السدس والباقي رد عليهما ولا شيء لابن الملاعن لأنه لا أخ له من جهة الأب ولو لم يترك أصحاب الفرائض ولا عصبة فالميراث لذوي أرحامه من قبل أمه فالجواب في ولد الملاعنة كالجواب في ولد المرشدة مات وليس له أب ولا قوم أب، ولو مات ولد ابن الملاعنة يرثه قوم أبيه وهم الإخوة والأخوات لأم ولا يرثه قوم جده وهم الأعمام والعمات لأب وأم أو لأب وجد أب ابنه.

(فصل)

عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الحمل أنه يوقف لأجل الميراث أربعة بنين؛

لأنه يتصور ولادة أربعة أولاد في بطن واحد فيوقف نصيبهم احتياطًا، وعن أبي يوسف في رواية ميراث ابنين وهو قول محمد؛ لأن ولادة اثنين معتاد وفي رواية عنه ميراث ابن واحد وعليه الفتوى؛ لأن ولادة الواحد معتادة غالبة وولادة ما فوقه موهومة محتملة والحكم يبنى على الظاهر الغالب دون المحتمل المتوهم، فإن كان في الورثة من لا يرث مع الحمل لا يدفع إليه شيء حتى يظهر؛ لأنه وقع الشك في استحقاقه فيتوقف، وإن كان معه من لا يتغير فرضه بالحمل دفع إليه أقل النصيبين ووقف الباقي كالأب والأخت؛ لأن الأقل متيقن وما زاد عليه مشكوك فيه، وإن ولد ميتًا لم يرث وإن ولد حيًّا لأقل من سنتين يثبت النسب ويرث ويورث منه ولأكثر فلا لما عرف وإنما يعرف انفصاله بأن يتنفس كما ولد إذا استهل بأن سمع منه عطاس أو تحرك بعض أعصابه كساقيه وعينيه ويديه؛ لأنه علم كونه حيًّا بهذه الأشياء.

وأصله: قوله عليه السلام: "**إِذَا اسْتَهَلَ الصَّبِيُّ، وَرِثَ، وَصُلِّيَ عَلَيْهِ**"[1]، فإن خرج أكثره حيًّا ومات يرث، وإن خرج أقله حيًّا ومات لا يرث اعتبارًا للأكثر[2].

ولو ولدت ابنًا وبنتًا وقد استهل أحدهما ومات ولا يعرف أيهما هو وللميت الأول هذه المرأة وابن آخر فالطريق فيه أن يجعل كأن الابن استهل وتصحح الفريضة بين الابن والبنت والمرأة ثم ينظر إن كان بين الفريضتين موافقة فاضرب وفق الفريضة الثانية في الفريضة الأولى ثم أضعف ما اجتمع فمنه تصح المسألة، وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب أحدهما في جميع الأخرى فما اجتمع فأضعفه فمنه تصح المسألة، بيانه: أن الفريضة بين الاثنين والمرأة تصح من ستة عشر فنصيب الابن المستهل سبعة فيقسم ذلك بين أمّه وأخيه على ثلاثة لأمّه الثلث ولأخيه الثلثان وسبعة لا يستقيم على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ستة عشر فصار ثمانية وأربعين للمرأة منه ستة ولكل ابن أحد وعشرون وذلك يستقيم على ثلاثة أربعة

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/٣٤١ - ط. الحلبي) والحاكم (٤/٣٤٩ - ط. دائرة المعارف العثمانية) من حديث جابر، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، واللفظ للحاكم.

(٢) انظر: رد المحتار ١/٥٩٥.

عشر للأخ وسبعة للأم فيصير للأم ثلاثة عشر وللأخ خمسة وثلاثين ثم الفريضة بين الابن والبنت والأم يصح من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللبنت سبعة وللابن أربعة عشر ثم يقسم نصيب البنت وهو سبعة بين أمها وأخيها على ثلاثة وقد انكسر فاضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فصار اثنين وسبعين فنصيب البنت فيه أحد وعشرون وذلك يستقيم على ثلاثة للأم سبعة وللأم أربعة عشر فيصير للأم ستة عشر وللأخ ستة وخمسين وبين ستة عشر وستة وخمسين موافقة بالثمن فاختصر بثمن اثنين وسبعين وذلك تسعة وبين تسعة وفريضة الابن وهي ثمانية وأربعون موافقة بالثلث فاضرب ثلث إحداهما في الأخرى فصار مائة وأربعة وأربعين فأضعفه؛ لأن هاهنا حالتان حالة استهلاك الابن وحالة استهلاك البنت فصار مائتين وثمانية وثمانين؛ لأن للمرأة من تسعة سهمين مضروبين في ثلث ثمانية وأربعين وهو ستة عشر فصار اثنين وثلاثين وكان لها من ثمانية وأربعين ثلاثة عشر صارت مضروبة في ثلاثة فصار تسعة وثلاثين فيكون لها من مائتين وثمانية وثمانين أحد وسبعون فَكَانَ للابن من تسعة سَبْعَة صارت مضروبة في ثلث ثمانية وأربعين فصار مائة واثني عشر وكان له من ثمانية وأربعين خمسَة وثلاثون صارت مضروبَة في ثلاثة فصار مائة وخمسة فيكون له مائتان وسبعة عشر من مائتين وثمانية وثمانين.

[(فصل)][1]

جماعة ماتوا ولا ندري أيهم مات أولًا وبأي سبب ماتوا بالغرق والحرق أو خرّ عليهم السقف لا يرث بعضهم من بعض ويرث الأحياء من مورثهم وهو قول عامة الصحابة والعلماء، وفي رواية عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنه يورث بعضهم بعضًا إلا ما ورث صاحبه عن الآخر غرقا ولكل واحد تسعون دينارًا ولكل واحد بنت وأم وعم فعند عامّة العلماء يقسم تركة كل واحد منهما على ورثته على البنت والأم والعم على ستة ولا يرث أحدهما من الآخر وعند ابن أبي ليلى للبنت النصف وللأم السدس والباقي لأحد الأخوين، ثم نصيبه يقسم بين ورثته ولا شيء للعمّ والمسألة تخرج من تسعين والصحيح قول العامة؛ لأنه احتمل أن يكون موت

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب توريث الغرقى والحرقى والمفقود.

كل واحد منهما سابقا والآخر لاحقًا واحتمل أن يكون موتهما معًا فوقع الشك في سبب استحقاق الإرث فلا يثبت الإرث بالشك فيجعل كأنَّهما ماتا معًا، وكذلك لو تقدم موت أحدهما إلا أنه لا يدري المتقدم من المتأخر؛ لأن سبب الإرث ثابت للمتأخر منهمَا ولكن المستحق مجهول فتعذر إثبات الاستحقاق لأحدهما وصار كما لو أعتق إحدى أمتيه بعينها ثم نسيها لا يحل له وطؤها لِجهالة المملوكة.

(فصل)

المفقود حي في حق نفسه حتى لا يورث عنه ماله ولا تتزوج امرأته بزوج آخر وميت في حق غيره حتى لا يرث من أحد ولا يقسم ماله بين ورثته ما لم يثبت موته ببينة أو بلغ سنة مبلغا لا يعيش أقرانه إليها عادة؛ لأن عيش الإنسان بعد موت جميع قرابته نادرٌ والنادر لا عبرة به ولم يقدر محمد مدة حياته بالسنين.

وذكر الحسن أنها مقدرة بمائة وعشرين سنة من مولده، وعن أبي يوسف مائة سنة وقيل تسعون سنة فما قاله محمد رحمه الله أقيس وأحوط وما قالوه أيسر وأرفق لما مرَّ في الكتاب المفقود، وإذا مضت تلك المدة ورثه من كان حيًّا من ورثته دون من مات قبل مضيها، وإن مات مورثه قبل انقضاء هذه المدّة يوقف نصيبه، فإذا انقضت هذه المدة وقف على ورثته الميت وارثا، وشككنا في كون المفقود وارثا؛ لأن حياته مشكوك فيها فيورث من كان وارثا بيقين أولى من توريث من كان وارثا بالشك.

(باب فرائض الخنثى[1])

الخنثى: مشتق من التخنث وهو التكسر، يقال: اطو الثوب على أخنائه، أي: على مطاويه.

يسمى خنثى؛ لأنه تكسر وانتقص حاله عن حال الرجل ويفرق حاله على حال

(١) انظر: شرح السراجية ص٣٠٣، والعذب الفائض ٥٣/٢، والمغني ١١/٧ ط. المنار الأولى، والرحبية ص٤١.

المرأة حيث كان له آلة الرجال والنساء، الخنثى المشكل يرث من حيث يبول، فإن بال من مبال الرجال يعطى له ميراث الرجال، وإن بال من مبال النساء فله ميراث النساء لقوله عليه السلام: "**الْخُنْثَى يُورَثُ مِنْ حَيْثُ يَبُول**"[1]، فإن بال منهما يرث من أسبقهما؛ لأن سبق البول أحد المبالين يدل على أنه هو المخرج دون الآخر؛ لأن الشيء إلى مخرجه أسرع استباقًا منه من غيره ولأنه لما تعذّر الجمع بين الذكورة والأنوثة في شخص واحد يرجح السابق باعتبار السبق، وإن خرج منهما معًا فهو مشكل عند أبي حنيفة وعندهما يورث من أكثرهما بولا، فإن استويا فهو مشكل عندهما أيضًا[2].

لهما: أنه يرجح أحدهما باعتبار الكثرة؛ لأن الكثرة مما يعتبر ترجيحًا في بعض الأدلة كواحد أخبر بنجاسة الماء واثنان بطهارته رجحنا الطهارة على النجاسة بكثرة المخبر. له أن الكثرة هنا زيادة من جنس العلة فلا يوجب زيادة تأكيد في العلة؛ لأن العلة خروج البول من أحد المثالين ولا يتأكد الخروج بالزيادة والكثرة، فإن الخروج ثابت عيانا ومثل هذه الزيادة لا تصلح للترجيح كمن جرح رجلًا جراحتين والآخر جراحة واحدة ومات من ذلك يكون كلاهما قاتلا بخلاف زيادة العدد في الخبر لأنها توجب تأكيدًا في العلة لأنها تفيد زيادة صدق في الخبر، ثم الخنثى المشكل يرث أقل النصيبين أيهما أقل نصيبًا ذكر أو أنثى فهو له عند أبي حنيفة وهو قول عامة الصحابة.

وقال الشعبي: له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قولهما؛ لأنه لو كان ذكرًا فله جميع الميراث، ولو كان أنثى فله النصف فالنصف ثابت بيقين وقع الشك في النصف الآخر وهو يجب في حال دون حال فينصف فله ثلاثة أرباع

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس. وعنه البيهقي في سننه (٢٦١/٦ - ط. حيدر آباد الدكن) وقال: "الكلبي لا يحتج به". وأورده ابن الجوزي في الموضوعات (٢٣٠/٣ - نشر المكتبة السلفية).

(٢) انظر: المغني ١١٣/٧ - ١١٥ ط. المنار، والسراجية ص٣٠٤ وما بعدها، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٣٥/٤، وشرح الرحبية ص٤١.

الملك كمن طلق إحدى امرأتيه قبل الدخول بها ومات قبل البيان فلكل واحدة ثلاثة أرباع المهر. له: أن التوريث باعتبار الأحوال يكون جمعا لا بين الذكورة والأنوثة وهما متنافيان لا يجتمعان فوجب اعتبار أحدهما فاعتبرنا توريث أقل النصيبين؛ لأن الأقل متيقن والزيادة مشكوك فيها فلا تستحق الزيادة بالشك احتياطا مثاله: رجل مات عن ابن وخنثى فعنده للابن الثلثان وللخنثى الثلث كأنه أنثى، ثم اختلف أبو يوسف ومحمد على قول الشعبي.

قال أبو يوسف: للخنثى ثلاثة من سبعة وللابن أربعة؛ لأنه لو كان ذكرا مفردًا فله الكل، ولو كان أنثى فله النصف والنصف متيقن فيه والنصف مشكوك فينصف فله ثلاثة أرباع المال والابن يستحق جميع المال أربعة فجمعنا بين أربعة وثلاثة فيكون سبعة.

وقال محمد: الخنثى خمسة من اثني عشر وللابن سبعة؛ لأنه إن كان أنثى فلها الثلث، وإن كان ذكرًا فله النصف فالثلث متيقن ووقع الشك في سهم فينصف بينهم نصفه للخنثى فأضعف ليزول الكسر فصار اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة، وإن ترك بنتًا وخنثى وعصبة فللخنثى وللبنت الثلثان لأنهما بنتان والباقي للعصبة.

ولو ترك أختًا لأب وأمّ وخنثى لأب وعصبة فللأخت لأب وأم النصف وللخنثى السدس والباقي للعصبة كما لو ترك أختا لأب وأمّ وأختا لأب وعصبة، ولو ترك خنثى وعصبة فللخنثى النصف والثاني للعصبة كما لو ترك بنتًا وعصبةً، وإن ترك زوجًا وأمًّا وخنثى لأب وأم وخنثى لأب فللزوج النصف وللأخت النصف ولا شيء للخنثى لأب لأنا لو جعلناه أنثى نصيبه السدس، ولو جعلناه ذكرًا لا يصيبه شيء فجعلناه ذكرا لئلا يستحق بالشك، وإنما يكون الخنثى مشكلًا ما دام صغيرًا، فإذا بلغ لم يبق مشكلًا لظهور علامته وهي نبات اللّحية والثديين وظهور الحبل ونزول الحيض.

وذكر في (**المنتقى**): قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إذا خرج من مثانة إنسان كهيئة البول وليس له قُبُل ولا ذكر ما أدري ما القول في هذا، والله أعلم.

(باب توريث أهل الكفر)

وأهل الكفر يتوارثون بما يتوارث به أهل الإسلام ولا يتوارثون بنكاح فاسد إلا في وجهين: النكاح بغير شهود، والنكاح في العدة من كافر عند أبي حنيفة؛ لأن نكاح المحارم لم يعرف كونه سببا لاستحقاق الإرث في شريعة آدم فلم تعتبر ديانتهم متى لم يعتمد شريعة من قبلنا، فأما النكاح بغير شهود كان جائزا وكان سببا لاستحقاق الميراث في الأمم الماضية وهو مجتهد في ديننا فاعتبرت ديانتهم ولا عدة على مطلقة الذمي عند أبي حنيفة خلافا لهم فوقع نكاحها جائزًا عنده والكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم من بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت كاليهودي من النصراني والنصراني من اليهودي والمجوسي إذا كان من دار واحدة؛ لأنه يتمكن الإمام من استيفائه وإيصال الحق إلى المستحق وكان استحقاق الإرث مقيدا فثبت.

ولو كانت الدور مختلفة، فإنه لا يرث بعضهم من بعض كالذمي لا يرث من الحربي والحربي لا يرث من الذمي والمستأمن خلافا للشافعي؛ لأن تباين الدارين حقيقة وحكمًا قاطعا للولاية، وعنده لا يقطع الولاية لما عرف في النكاح. والمسلم يرث من المسلم المستأمن في دار الحرب؛ لأنه لم يوجد تباين حكمًا في حق المسلم؛ لأن المستأمن من أهل دار الإسلام.

(باب [توريث][1] المرتد)

والمرتد لا يرث من أحد وكسبه في حالة الإسلام لورثته المسلمين إذا مات أو لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه ونسبه في حالة الردة يوضع في بيت المال عند أبي حنيفة وزفر وعندهما لورثته أيضا، وعند الشافعي كلاهما لبيت المال.

والصحيح قولنا؛ لإجماع الصحابة أنهم قالوا: يقتل المرتد ويقسم ماله مثل ورثة المسلمين على فرائض الله تعالى، وقوله عليه السلام: "**لا يرث المسلم من الكافر**"[2]

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): ميراث.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٤٧/٢ (١٥٨٨) قال: حدثنا أصبغ، قال: أخبرني ابن وهب، عن يونس. وفي ٧١/٤ (٣٠٥٨) قال: حدثنا محمود، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. =

=

وفي ١٤٧/٥ (٤٢٨٢ و٤٢٨٣) قال: حدثنا سليمان بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سعدان بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة. قال البخاري: قال معمر، عن الزهري: «أين تنزل غدا، في حجته؟»، ولم يقل يونس: «حجته»، ولا «زمن الفتح» وفي ١٥٦/٨ (٦٧٦٤) قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج. و«مسلم» ١٠٨/٤ (٣٢٧٣) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس بن يزيد. وفي (٣٢٧٤) قال: حدثنا محمد بن مهران الرازي، وابن أبي عمر، وعبد بن حميد، جميعا عن عبد الرزاق، قال ابن مهران: حدثنا عبد الرزاق، عن معمر. وفي (٣٢٧٥) قال: وحدثنيه محمد بن حاتم، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة، وزمعة بن صالح. وفي ٥٩/٥ (٤١٤٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، قال يحيى: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا ابن عيينة. و«ابن ماجه» (٢٧٢٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، ومحمد بن الصباح، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٢٧٣٠) قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٢٩٤٢) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٠١٠ و٢٩١٠) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٢٩٠٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٢١٠٧) قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، وغير واحد، قالوا: حدثنا سفيان. وفي (٢١٠٧م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي»، في «الكبرى» (٤٢٤١) قال: أخبرنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد. وفي (٤٢٤٢) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر (ح) قال: وأخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، والأوزاعي. وفي (٦٣٤٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد بن جميل بن طريف البلخي، وأبو عمرو، الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن سفيان بن عيينة. وفي (٦٣٤٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن ابن الهاد. وفي (٦٣٤٥) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد بن مسلم، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: حدثنا الليث، قال: حدثني عقيل. وفي (٦٣٤٦) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا معمر. وفي (٦٣٤٧) قال: أخبرنا وهب بن بيان المصري، قال: حدثنا ابن وهب، قال: قال يونس. و«ابن خزيمة» (٢٩٨٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن حبان» (٥١٤٩) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٦٠٣٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا ابن عيينة.

=

محمول على الكافر الأصلي لئلا يضمن مخالفة الإجماع ويكون توفيقا بينهما وعملًا بهما.

لهما: أن بعض أحكام الإسلام قائمة في حق المرتد حتى لا يتملك ماله، ولا يسترق نفسه ما دام في دار الإسلام، ولا تضاف عليه الجزية ولا تجوز تصرفاته في الخمر والخنزير فجاز أن يبقى حكم الإسلام في حق الإرث عنه وللقرابة علة صالحة لاستحقاق الإرث صلة فعملت في استحقاق الإرث كما في كسب الإسلام.

له: أن كسب الردة كسب جزئي مقهور في أيدينا؛ لأن المرتد حربي لوجود الكفر الباعث على الحراب، ولهذا يجب قتله وإنما يجب القتل على الحراب فصار ملكا لجماعة المسلمين بالقهر والاستيلاء عليه قبل الموت فلا يستحقه الورثة بعد الموت بخلاف كسب الإسلام؛ لأنه كسب مسلم والردة بمعنى الموت في زوال أملاكه؛ لأنه يفوت به ما هو المقصود من حياة الآدمي فيعلق حق الورثة به عند الردة، ولو ماتت المرتدة بالحبس أو لحقت بدار الحرب قسم ما لها بين ورثتها سواء كان كسب الإسلام أو الردة لأنها لم تصر حربية بالردة ما دامت في دار الإسلام، ولهذا لم تقبل ولم تسترق فلم يصر مالها فيئًا فانتقل إلى ورثتها بعد موتها وإنما جعلنا اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت؛ لأن بانقطاع أحكام دارنا صار كالهالك في حقنا ولكن اللحاق غير ما يؤس عن ارتفاعه لجواز أن يسلم أو يعود فيحتاج فيه إلى القضاء ليتأكد اللحاق بخلاف الموت؛ لأنه أمر حقيقي ما يؤس عن ارتفاعه فالحكم المتعلق به يثبت بدون القضاء ثم عن أبي حنيفة روايتان في رواية ينظر إلى ورثته يومَ الردة وهو قول زفر وفي ظاهر الرواية عنه تغيير ورثته يوم الموت حتى لو ولد له ولد بعد الردة، فإنه يرث منه، ولو مات واحد بعد الردة قبل موت المرتد لا يرث، وكذلك المرأة إذا انقضت عدتها قبل موته ثم ترث؛ لأن ملك

=

تسعتهم: (معمر، والأوزاعي، وابن جريج، وسفيان بن عيينة، ومحمد بن أبي حفصة، ويونس، وزمعة بن صالح، وابن الهاد، وعقيل) عن ابن شهاب الزهري، عن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، عن عمرو بن عثمان، فذكره.

المرتد إنما يزول في حق الميراث وقت الموت؛ لأن استحقاق الإرث إنما يثبت بعد الموت حقيقة أو حكما وهو اللحاق، وأمكن التوريث من المرتد؛ لأن حكم الإسلام قائم في حق الإرث عنه لما بينا فيعتبر كونه وارثا حالة الاستحقاق لا قبله، وإذا قضي بلحاقه بدار الحرب ففي رواية عن أبي حنيفة يعتبر ورثته يوم اللحاق وهو قول محمد وفي رواية عنه يعتبر وقت القضاء وهو قول أبي يوسف لما مرَّ في كتاب السير.

(باب توريث المجوس)

والمجوسي يرث بالقرابة، ولا يرث بالزوجية إذا وقعت على وجه لا يجوز في الإسلام، كما لو مات مجوسي وترك امرأة هي أمه أو أخته ترث بالأميّة والأختية دون الزوجية وترث بالقرابتين إذا اجتمعتا في الواحد وكانتا بحيث لو تفردتا في شخصين وجب التوريث بهما ولم يحجب أحدهما صاحبه، وهو قول عامة الصحابة وهو مذهبنا.

وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت: بأنه يرث ما ثبت القرابتين وأكدهما وهي أن يورث بها على كل حال وهو هذا قول مالك والشافعي.

والصحيح قول العامة؛ لأن كل واحد من القرابتين بانفرادها علة صالحة لاستحقاق الإرث والشخص الواحد يجوز أن يستحق مالين بجهتين إذا تصدى له سببا استحقاق فوجب التوريث بهما كما لو مات وترك ابني عم أحدهمَا زوج أو أخ لأم.

وصورته: مجوسي تزوج بنته فولدت منه بنتا ثم مات المجوسي فلبنتيه الثلثان والباقي للعصبة وسقط اعتبار الزوجية، فإن ماتت البنت المزوّجة بعد موت الأب فقد ماتت عن بنت هي أختها لأمها فعندنا المال كله لها نصف بالبنتية والباقي بالعصوبة بالأختية، فإن الأخوات مع البنات عصبة وعندهما نصفه لها بالبنتية ولا شيء لها بالأختية، فإن ماتت البنت المولودة وبقيت البنت المتزوجة فقد ماتت عن أم هي أختها لابنها فللزوجة الثلث بالأمومية ابنتهما وإنا نقول بأن اعتبار ثبت القرابتين فاسد، فإن المجوسي إذا تزوج بابنته فولدت منه بنتا فتزوج بابنته الثانية

فولدت منه ابنًا فالبنت الأولى جدة لابن أم أمه وأخته لأبيه وهنا لا يمكن توريثها ما ثبت القرابتين لأنهما مستويتان في الثبوت؛ لأن قرابة الجدة، وإن كانت آكد من وجه من حيث إنها ترث مع الأب والأخت لا ترث معه فقرابة الأخت آكد من وجه آخر، فإن الأخت ترث مع الأم والجدة لا ترث مع الأم فاستويا في الوكادة والبنتية فوجب التوريث بهما.

مجوسي تزوج بنته فولدت له ابنًا وبنتًا فمات المجوسي فقد مات عن بنتين أحدهما زوجته وعن ابن هو ابن بنته، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الابن بعد موت الأب فقد مات عن أختٍ لأبٍ وأمٍّ وأختٍ لأب هي أمها فللأخت لأب وأم النصف وللأخت لأب السدس بالأختية تكملة الثلثين ولهَا السدس بالأمية وعندهما لا شيء لها بالأختية، واحتجا علينا بهذه المسألة بأن التوريث بالقرابتين هنا يؤدي إلى المحال، فإنه يؤدي إلى أن يصير الشخص الواحد حاجبا ومحجوبا، فإن الأم حجبت نفسها عن الثلث لكونها أختا لأب والواحد لا يجوز أن يصير حاجبا ومحجوبا لما فيه من التضاد والتنافي. قلنا: الواحد لا يصير حاجبا ومحجوبا في ميراث واحد للتنافي، فأما في الميراثين يجوز؛ لأنه لا تنافي، ألا ترى أن المجوسي لو تزوج أمه فولدت له بنتًا فهذا الولد بنت المجوسي وهي أخته لأمه فيرث بالبنتية ولا يرث بالأختية؛ لأن الأخت لأم لا ترث مع البنت فقد حجبت نفسها عن السدس فصارت حاجبة ومحجوبة ومع ذلك جاز فكذا هذا، فإن ماتت البنت المزوجة وبقي الابن فقد ماتت عن بنت هي أختها لأبيها وعن ابن هو أخوها لأبيها فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا يرث الابن بالإخوة؛ لأن الأخ لا يرث مع الابن، وإن ماتت البنت المولودة فقد ماتت عن أخ لأب وأمّ وعن أخت لأب هي أمها فللأم السدس والباقي للأخ، ولا ترث الأم بالأختية؛ لأن الأخت لأب لا ترث مع الأخ لأب وأم.

مجوسي تزوج ابنته فولدت بنتين ثم مات المجوسي فالثلثان بالسوية وسقط عن الزوجية، فإن ماتت البنت المزوجة فقد ماتت عن بنتين هما أختان لأب فلهما كل المال بالفريضة وبالعصوبة بالأختية، وإن ماتت إحدى البنتين المولودتين والمزوجة

حية فقد ماتت عن أخت لأب وأم وأخت لأب هي أمها فللأخت لأب وأم النصف وللأخت لأب السدس بالأختية والسدس أيضا بالأمية والباقي رد عليهما على خمسة وإن لم يكن ثمة عصَبَة.

(باب حرمان الميراث للقاتل ولورثته)

القاتل بغير حق مباشرة لا يرث من مقتوله عمدًا كان القتل أو خطأ.

وقال مالك والأوزاعي رحمهما الله: قاتل الخطأ يرث من مال المقتول دون ديته.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله علي وسلم: "**لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة**" ولم يفصل بين القتل العمد والخطإ وبين ديته وسائر أمواله فيجب العملُ بإطلاقه؛ لأن العامد قصد استعجال الميراث بقتل محظور عليه فعوقب بحرمان الميراث جزاء عليه ليكون رجزًا له عما قصد من القتل المحظور وصار كما لو طلق امرأته بائنا في مرضه يصير فارًّا زجرًا له عن قطع حقها عن الميراث.

وأما قتل الخطإ يمكن فيه في تهمة استعجال الميراث لجواز أنه قصد قتله إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه فكأن قتل الخطإ جناية من وجه وحرمان الميراث عقوبة من وجه فالعقوبة المحيلة القاهرة يجوز تعليقها بجناية ناقصة غير قاهرة، فإن قتله بحقّ قصاصًا أو دفاعًا عن نفسه بالصيال والبغي أو زنى مورثه وهو محصن وأمر القاضي برجمه والوارث ممن يرجمه، فإنه يرث منه؛ لأن العقوبة الزاجرة لا تتعلق بفعل مباح.

ولو قتل الصبي أو المجنون أو المعتوه أو المبرسم الذي يتكلم بالهذيان والموسوس لا يحرم من الميراث خلافا للشافعي؛ لأن حرمان الميراث جراء قتل محظور وفعلها ليس بمحظور؛ لأن الخطاب قاصر عنهما فصار كالقتل بحقّ، والحديث عام خصَّ منهُ القاتل بحق فنحن نخص المتنازع فيه عملا بظاهر الكتاب؛ لأن ظاهره فوق ظاهر الحديث؛ لأن ظاهره فوق ظاهر الحديث والمسبب للقتل لا يحرم عن الميراث خلافا للشافعي، كما لو حفر بئرًا ووضع حجرًا أو صبَّ الماء على الطريق فمات مورثه منه أو ناوله سمًّا لم يوجره وأكله فقتله ونحو ذلك.

والصحيح قولنا؛ لأن حرمان الميراث يتعلق بالقتل حقيقة والتسبب ليس بقتل؛ لأن القتل فعل بحل الحي فيؤثر في انزهاق الروح بمجرى العادة والتسبب ليس بفعل في الحي؛ لأنه لم يوصل به، بل فعل في غيره ولكنه تعدى أثر فعله إليه فصار كمن أوقد النار في داره فاحترقت دار جاره لم يكن إحراقا الدار لجاره حتى لا يضمن فكذا هكذا، ولهذا لم يجب به القصاص والفاصل بين القتل مباشرة وتسببًا أن كل قتل أوجب القود أو الكفارة كان القتل مباشرةً، وكل قتل لم يوجب القود أو الكفارة كان مسببا حتى لو ركب دابة فوطئت مورثه بيد أو رجل يحرم عن الميراث؛ لأن راكبها مباشر للقتل؛ لأن نقله ونقل الدابة اتصل بالمقتول وكأنهما وطآه جميعا ومات من ذلك، ولو كان كذلك يكون الواطئ مباشرًا للقتل فكذا هذا، ولو قادها أو ساقها فصدمته أو كدمته يرث منه؛ لأنه لم يتصل ثقله بالمقتول فيكون تسبيبًا. مسلم رمي بالمنجنيق إلى بعض المشركين فأصاب حائط الحصن ثم رجع فأصاب مورثه في الحصن فلا شيء عليه ويورث منهُ.

ولو رمى مسلمًا في صف للمشركين ولا يعلم به فقتله، قال أبو حنيفة: لا دية ولا كفارة عليه ويرث منه، فإن سار أحدهما سائر والآخر واقف والماشي والواقف اصطدما فعلى السائر والماشي الكفارة ولا يرثان ولا كفارة على الوارث والواقف ويرث.

(باب المتشابه في الفرائض)

سئل عن أخوين لأب وأم ورث أحدهما من رجل دون الآخر وهو أن يكون الميت ابن أحدهما فيكون المال كله لابنه لا لعمه سئل أنه ورث أحدهمَا ثلاثة أرباع ماله والآخر ربعه وهو أن تكون امرأة لها ابنا عم وهُمَا أخوان لأب وأم وأحدهما زوجها فماتت الزوجة فللزوج النصف بالزوجيَّة والنصف الآخر بينهما نصفان بالعصوبة سئل عن ثلاثة ورثوا المال لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس وهو أن تكون امرأة لها ابنا عم أحدهما أخوها لأمها والآخر ليس بأخ لها ولكنه أخ لزوجها لأمٍّ فماتت فلزوجها النصف ولابن عمها الذي [هو] أخوها

لأمها السدس والباقي بين ابني عمها نصفان فصار لأختها لأمها الثلث السدس بالفرض والسدس بالعصوبة ولابن عمها الآخر السدس. سئل عن رجل مات وترك أخًا لأب وأم وأخ امرأته فميراثه كله لأخ امرأته دون أخيه، فهذا رجل تزوج ابنة أم تلك المرأة فولدت لابنه ابنًا فمات ابنه ثم مات الرجل فالمال كله لابن ابنه وهو أخ امرأته، فإن سئل عن ثلاث بنات ورثت إحداهن ثلثي المال والأخرى ثلاثة والأخرى لم ترث شيئًا، فهذا رجل مملوك له ثلاث بنات فاشترته إحداهن فعتق ثم اكتسب مالًا ثم مات وترك ثلاث بنات إحداهن مملوكة وبنتان حرتان إحداهما قد اشترته فلها الثلثان بالبينة فالثلث الآخر للمعتقة بالولاء فصار لها الثلثان والأخرى الثلث ولا شيء للمملوكة، فإن سئل عن رجل مات وترك عشرين دينارًا فورثت امرأته منه دينارًا واحدا، فهذا رجل مات وترك أختين لأب وأمّ وأختين لأم وأربع نسوة فللنسوة الربع وللأختين لأب وأم الثلثان وللأختين لأم الثلث أصلها من اثني عشر وعالت إلى خمسة عشر فتصير ستين فللنسوة ثلاثة صارت مضروبة في أربعة فصار اثني عشر لكل واحد ثلثه فيكون من عشرين واحد، وإن سئل عن رجل له أم وأختان فزوجهن من رجل في عقدة واحدة يجوز، فهذا رجل هو ولد جارية بين رجلين ادعياهُ جميعا أنه ابنهما وله من كل واحد منهما أخت وكلاهما من غير أمه فيزوجهما مع الأم من رجل بعد موت الأبوين يجوز نكاحهن؛ لأنه لا قرابة بينهنّ.

(فصل)

قال محمد رحمه الله: لو جاء رجل إلى قوم يقتسمون الميراثَ فقال: لا تعجلوا بالقسمة فإن لي امرأة غائبة، فإن كانت حيَّة ورثت هيَ ولم أرث أنا، وإن كانت ميتة ورثت منه أنا.

فهذه امرأة ماتت وتركت أمًّا وأختين لأبٍ وأمٍّ وأختًا لأب وهوَ متزوج أختًا لهَا لأبيها فللأخت للأب والأم الثلثان وللأم السدس، فإن كانت الأخت لأم حيَّة فلها السدس الباقي، وإن كانت ميتة فالباقي للأخ لأب؛ لأنه عصبَة.

فإن جاءت امرأة فقالت لا تعجلوا فإني حبلى، فإن ولدت غلاما ورث، وإن ولدت جارية لم ترث.

فهذا رجل مات أخوه وله سريَّة حبلى ثم مات هذا الرجل وترك بنتين وعمًّا، فإن ولدت الجارية غلامًا ورث الغلام دون العم؛ لأن الغلام ابن أخ الميت لأب وهو أولى من العم، وإن ولدت جارية كانت بنت أخٍ ولا ترث، ولو قال: إن ولدت غلامًا لا يرث، وإن ولدت جارية ترث.

وهذه امرأة مات أبوهَا وله سرية حبلى ثم ماتت المرأة وتركت زوجها وأمها وأختها لأمها، فالسرية إن ولدت جارية كانت أختًا لأب للميت فيكون لها النصف أصل المسألة من ستة وعالت إلى تسعة، فإن ولدت السريَّة غلامًا كان أخًا لأب وإنه عصبة ولم يبق من الفريضة شيء.

وإن قالت: لا تعجلوا فإني حبلى، فإن ولدتُ غلامًا فلا يرث هو ولا أنا، وإن ولدتُ جارية ورثت هي وأنا.

فهذا الميت قد كان تزوج بأمة إنسان وحبلت منه فقال المولى للجارية: إن كان في بطنك جارية فأنت حرة ثمَّ مات الزوج، فإن ولدت جارية تبين أن الزوج مات عن امرأته وهي حرَّة والبنت جدة فورثتا، وإن ولدت غلاما فهيَ والغلام مملوكان فلا يرثان، والله أعلم بالصواب، [وإليه المرجع والمآب][1].

تمَّ الجزء الثامن من كتاب المحيط وبتمامه تم الكتاب وبحمد الله وعونه والحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه[2].

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) وفي خاتمة (س): تم الكتاب بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، والصلاة والسلام الأتمّان الأكملان على خير خلقه محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين، غفر الله لكاتبه وقارئه.

فهرس المحتويات

كتاب القصاص ٣

باب معرفة أنواع القتل وأحكامها ٥

باب القصاص في النفس واستيفائه ١٠

فصل ١٣

باب ما يمنع وجوب القصاص وما لا يمنع ١٥

فصل ١٧

باب المشاركة في قتل الخطأ ١٨

باب القصاص في الجنايات إذا توالت واجتمعت ١٩

باب اختلاف القاتل والولي في دعوى الخطأ والعمد ٢٢

باب القصاص فيما دون النفس ٢٣

فصل ٢٣

فصل ٢٦

فصل ٢٧

باب قطع الجوارح الناقصة ٢٩

باب جناية الرجل على الرجلين وعلى عكسه ٣٣

باب من يستحق القصاص ويلي استيفاءه ٣٦

فصل ٣٦

فصل ٣٧

فصل ٤١

باب العفو عن الجناية وما يحدث منها ٤٢

فصل ٤٢

فصل ٤٤

باب الشهادة في العفو والقتل ٥٠

فصل ٥٠
كتاب الديات ٥٣
باب معرفة مقادير الديات وأروش الجنايات..... ٥٤
باب ما يجب بقطع عضو واحد دية كاملة ٥٧
باب ما يجب بقطع العضوين دية كاملة ٥٩
باب دية الأصابع والأسنان والأظفار..... ٦١
فصل ٦٤
باب ما يجب بإزالة الشعر ٦٦
فصل ٦٧
باب معرفة الشجاج الموجبة للأرش والجراحات الموجبة للحكومة..... ٦٨
باب ما يجب فيه حكومة العدل ٧٠
باب ما يدخل الشجاج بعضها في بعض ٧٣
باب وجوب الدية بالقتل بالمحاربة والمصادمة..... ٧٦
باب الأمر بالقتل ٧٩
فصل ٧٩
فصل ٨٣
باب الأمر بقتل مورثه أو قتله بغير أمره ٨٤
باب الصلح على الدية ٨٥
باب الجناية في الطريق أو غيره ٨٦
فصل ٨٦
فصل ٨٩
باب الحائط المائل..... ٩٠
فصل ٩٢
فصل ٩٥
باب جناية الراكب ٩٧
باب جناية الناخس..... ١٠٢

باب جناية القطار..... ١٠٢
باب جناية البهيمة والجناية عليها..... ١٠٣
باب الجناية والحفر في الطريق والمسجد ١٠٥
فصل ١٠٥
فصل ١١٠
فصل ١١٢
باب الجناية بالعثر والتسبيب ١١٣
باب دية الجنين ١١٤
باب العقل..... ١١٧
فصل ١١٧
فصل ١١٩
فصل ١٢٠
فصل ١٢١
فصل ١٢٣
فصل ١٢٤
باب القسامة..... ١٢٥

كتاب الجنايات ١٣٥

باب جناية العبد..... ١٣٥
فصل ١٣٥
فصل ١٣٧
باب ما يصير المولى به مختارًا للفداء..... ١٤٢
فصل ١٤٣
فصل ١٤٥
فصل ١٤٨
باب الحر والعبد أو العبدين إذا تضاربا وتشاجّا ١٥١
فصل ١٥٢

باب حفر البئر من المملوك..... ١٥٦
باب جناية العبد في يد الغاصب..... ١٥٦
باب جناية المدبر ١٥٩
فصل ١٥٩
فصل ١٦١
فصل ١٦٢
فصل ١٦٥
فصل ١٦٥
فصل ١٦٧
فصل ١٦٨
باب ترادف الشجاج على المدبر وطرآن التدبير والكتابة عليهما..... ١٦٩
باب الأمر بضرب عبده فضربه المولى مع المأمور ومات..... ١٧٢
الفصل الأول..... ١٧٢
الفصل الثاني..... ١٧٣
فصل ١٧٥
باب جناية أم الولد..... ١٧٦
باب جناية المكاتب والإقرار بها ١٧٨
فصل ١٧٨
فصل ١٨٠
باب جناية المكاتب بين الاثنين ١٨٢
فصل ١٨٤
باب إقرار المكاتب بالجناية ١٨٦
كتاب الحدود ١٨٨
باب معرفة الزنا ١٩٠
باب ما يسقط الحد وما لا يسقطه..... ١٩٢
فصل ١٩٢

فصل ١٩٤
باب الرجل يطأ امرأة لا تحل له فقال: ظننت أنها تحل لي ١٩٧
باب معرفة الإحصان..... ٢٠٠
باب كيفية إقامة الحد ٢٠٧
فصل ٢٠٨
فصل ٢١٠
باب الضمان في الحدود..... ٢١٢
فصل ٢١٤
باب الإقرار بالزنا ٢١٥
باب الشهادة على الزنا ٢١٧
فصل ٢١٧
فصل ٢٢٠
فصل ٢٢١
فصل ٢٢٢
باب ما يسقط الحد بالتقادم وما لا يسقطه ٢٢٣
باب معرفة القذف..... ٢٢٥
باب التشابه في الحد..... ٢٢٦
باب القذف بنفي النسب ٢٢٨
باب الكتابة في القذف أو الإضافة إلى غير حالة الإحصان ٢٣٠
باب ما يكون شبهة في إسقاط الإحصان عن المقذوف والحد عن القاذف ٢٣٢
باب من له المطالبة بالحد ٢٣٤
باب الشهادة في القذف..... ٢٣٦
باب التعزير..... ٢٣٨
باب حد شرب الخمر..... ٢٤٢
باب الحدود إذا اجتمعت وتجانست تداخلت وإن اختلفت يقام البعض والبواقي
بطلت ٢٤٢

باب الحد على الذمي ٢٤٤
كتاب السرقة ٢٤٥
باب ما يوجب القطع وما لا يوجبه ٢٥٠
فصل ٢٥٠
فصل ٢٥٤
فصل ٢٥٤
باب ما تقع به السرقة وما لا تقع ٢٥٧
باب من يجب عليه القطع ومن لا يجب ٢٥٨
باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ٢٦٠
فصل ٢٦١
فصل ٢٦٣
باب الخصومة في السرقة ٢٦٥
باب تكرار السرقة ٢٦٨
باب المسروق يُغَيِّرُ صُنْعَهُ السارق ٢٦٩
باب إقامة القطع في السرقة ٢٧٠
باب إثبات السرقة بالإقرار أو بالبينة ٢٧٣
فصل ٢٧٣
فصل ٢٧٤
فصل ٢٧٧
باب ما يضمن السارق وما لا يضمن واسترداد المال منه ٢٧٨
باب قطاع الطريق ٢٨١
كتاب الغَصْبِ ٢٨٥
باب معرفة حكم الغصب ٢٨٦
باب ما يقع به الغصب وما لا يقع ٢٨٩
باب ضمان النقصان ٢٩١
فصل ٢٩٣

باب المغصوب إذا تغير بفعل الغاصب أو لا بفعله..... ٢٩٦
باب الثوب يصبغه الغاصب ٣٠٢
باب ما يبرئ الغاصب من الضمان وما لا يبرئه..... ٣٠٤
باب مطالبة الغاصب برد المغصوب في غير البلد الذي غصبه..... ٣٠٧
باب غاصب الغاصب..... ٣٠٨
فصل ٣٠٩
فصل ٣١١
باب اختلاف الغاصب والمغصوب منه ٣١٢
باب التصرف في المغصوب والانتفاع به ٣١٤
باب ضمان الاستهلاك..... ٣١٧
فصل ٣١٩
فصل ٣٢٣
باب الضمان بالخلط..... ٣٢٥
كتاب الإكراه ٣٢٨
باب الإكراه على الكفر والإيمان والمعاصي..... ٣٣٠
فصل ٣٣٣
باب الإكراه على الإقرار بالمال والحدود..... ٣٣٤
باب الإكراه على النكاح والطلاق والخلع والعتاق ٣٣٥
فصل ٣٣٦
باب الإكراه على العتاق ٣٣٧
باب الإكراه على البيع والشراء ٣٤٢
فصل ٣٤٢
فصل ٣٤٤
باب الإكراه على الهبة ودفع المال ٣٤٥
فصل ٣٤٦
باب الإكراه على القتل والقطع ٣٤٨

فصل ٣٤٨
فصل ٣٥٠
فصل ٣٥١
باب الإكراه على الوكالة ٣٥٢
باب الخيار في الإكراه ٣٥٥
فصل ٣٥٧
باب الإكراه على الحلف ٣٥٨
باب الإكراه على النذور والإيجابات والكفارات ٣٦١
كتاب الوصايا ٣٦٣
باب ما تقع به الوصية وما لا تقع ٣٦٦
باب من تجوز وصيته ومن لا تجوز ٣٦٨
باب الوصية للمملوك ولد وأب فلان ٣٧١
باب ما يجوز به الوصية وما لا يجوز ٣٧١
فصل ٣٧٢
فصل ٣٧٢
باب الوصية بمنافع الأعيان وبما في بطون الحيوان ٣٧٦
فصل ٣٧٨
باب الوصية بالظرف فيدخل المظروف فيها ٣٧٩
باب تعليق الوصية بالشرط ٣٨٠
باب ما يكون قبولًا للوصية وما يكون ردًّا لها ٣٨٤
باب الرجوع عن الوصية ٣٨٦
باب الرجوع عن بعض الوصية ٣٩١
فصل ٣٩٣
فصل ٣٩٤
باب الوصية بجزء من ماله أو نصيب أو سهم ٣٩٧
باب الوصية بعد الوصية ٣٩٩

باب ما يبطل الوصية وما لا يبطلها ٤٠١
باب الوصية بالمال تنقص أو تزيد بعد موت الموصي ٤٠٣
فصل ٤٠٣
باب الوصية بالرقبة لرجل وبالخدمة أو بالثمرة لآخر ٤٠٦
فصل ٤٠٨
باب الوصية بالنفقة ٤١٢
باب الوصية بالصدقة ٤١٧
باب الوصية بالعتق وبالرقبة للعبد ٤١٩
فصل ٤١٩
فصل ٤٢٠
فصل ٤٢١
فصل ٤٢٢
فصل ٤٢٤
فصل ٤٢٥
فصل ٤٢٩
باب الوصية بعتق النسمة ٤٣٢
فصل ٤٣٣
فصل ٤٣٤
فصل ٤٣٤
باب الوصية بالعتق للعبد بعد الخدمة ٤٣٦
باب الحقوق في الوصية والتركة ٤٣٨
باب وصايا أهل الذمة ٤٤٠
القسم الثالث: في الموصى له باب الوصية لقرابته وأهل البيت ٤٤٣
فصل ٤٤٣
فصل ٤٤٥
فصل ٤٤٥

فصل ٤٤٧
باب الوصية لبني فلان أو لأولاد فلان ولفقرائه ولمواليه ونحوه..... ٤٤٨
فصل ٤٤٨
فصل ٤٥٠
فصل ٤٥١
باب الوصية لليتامى والأرامل والأيامى والجيران والشبان والكهول..... ٤٥٣
باب الوصية للموالي..... ٤٥٧
باب الوصية للفقراء والمساكين ٤٥٩
باب الوصية للمساجد والرباطات وفي سبيل الله وفي وجوه القرب ٤٦٢
باب الوصية للرجلين فيموت أحدهما ٤٦٤
باب الجمع بين الوصايا ٤٦٧
فصل ٤٦٧
فصل ٤٦٩
فصل ٤٧٠
باب الوصية للوارث ٤٧١
باب الوصية للوارث والأجنبي فيجوز بلا إجازة..... ٤٧٣
فصل ٤٧٤
فصل ٤٧٥
فصل ٤٧٧
فصل ٤٧٨
باب الوصية للقاتل..... ٤٧٩
القسم الثالث: في نصب الأوصياء وتصرفاتهم ٤٨١
باب الإيصاء..... ٤٨١
فصل ٤٨١
فصل ٤٨٣
فصل ٤٨٤

فصل ٤٨٥
باب الوصية إلى رجلين..... ٤٨٧
باب تصرف الوصي في الموصى به..... ٤٨٩
باب تصرف الوصي في التركة..... ٤٩٠
فصل ٤٩٠
فصل ٤٩٢
باب ما يضمن الوصي إذا فعل في الوصية وما لا يضمن..... ٤٩٣
فصل ٤٩٤
فصل ٤٩٤
باب تصرف الوصي في مال اليتيم وما يصدق فيه الوصي وما لا يصدق..... ٤٩٥
باب ما يُصَدَّقُ فيه الوصي ٤٩٧
باب إجازة الوارث في مرضه الوصية والدين والعتق..... ٤٩٩
باب الشهادة في الوصية والإقرار بها..... ٥٠٣
باب الإقرار بالوصية ٥٠٥
باب ما يكون خصما من الموصى له والغريم والورثة ومن لا يكون خصما ٥٠٧
فصل ٥٠٧
فصل ٥١٠
فصل ٥١٠
فصل ٥١٥

كتاب حساب الوصايا ٥١٦

القسم الأول: في تخريج الأحكام على طريق المنازعة والعول والمضاربة..... ٥١٧
باب ما يجاوز الثلث من الوصايا أو مثله أو ناقصة عنه..... ٥١٧
فصل ٥١٧
القسم الثاني..... ٥٢٧
باب الوصية بمثل النصيب..... ٥٢٧
فصل ٥٢٧

باب الوصية بالنصيبين ٥٣٢
باب الوصية بمثل نصيب أحدهم وبثلث أو ربع ما بقي ودرهم لآخر ٥٣٧
باب الوصية بمثل نصيب الابن إلا ثلث ما يبقى من الثلث ٥٤١
الفصل الأول ٥٤١
باب الوصية بمثل نصيب الابن إلا مثل نصيب آخر، أو قال: إلا نصيب ابن آخر... ٥٤٩
الفصل الأول ٥٤٩
باب الوصية بمثل نصيب ابن لو كان ٥٦٠
باب الوصية بالكمال لبعض الورثة ٥٦٥
كتاب العين والدين ٥٧٣
باب الهلاك والاستحقاق على التركة وفيها الوصية ٥٧٤
باب الوصية في العين والدين، والدين على بعض الورثة ٥٧٦
الفصل الأول ٥٧٧
الفصل الثالث ٥٨١
باب الوصيَّة بالعين والدين، والدين على الأجنبي ٥٨٧
الفصل الأول ٥٨٧
الفصل الثاني ٥٨٩
القسم الثاني ٥٩٣
القسم الثالث ٥٩٦
باب الوصية بالعتق والجناية ٦٠٤
كتاب العتق في المرض ٦٠٩
باب العتق في المرض ٦١٠
الفصل الأول ٦١٠
الفصل الثاني ٦١١
الفصل الثالث ٦١٦
الفصل الرابع ٦١٧
باب عتق العبدين في المرض ٦١٩

باب الهبة للأجنبي في المرض ٦٢٢
باب هبة أحَدِ الزَّوْجَيْن لصَاحبه في المرض ٦٢٣
الفصل الأوَّل..... ٦٢٣
الفصل الثالث ٦٢٦
فصل ٦٢٨
باب تزويج المرأة والمحاباة في ذلك ٦٢٩
باب السَّلم في المرض..... ٦٣١

كتاب الدور ٦٣٧

بابُ جناية العبد الموهوب له على الواهب أو على أجنبي..... ٦٣٧
باب جناية العبد الموهوب مع غيره على الواهب أو جنى العبد علـى الواهب أو جنى خطأ..... ٦٤٣
فصل ٦٤٥
باب الرجل يهب العَبد في مرضه فيجني العبد على الواهب ثم عفا عنه ٦٤٨
باب العبد الموهوب إذا قتل الواهب وقد كان أوصى لرجل بثلث ماله..... ٦٥٤
باب ما لو أعتق الموهوب له العبد الموهوب أو وهبه ثم قتل الواهب ثم عفا أحد ولييه..... ٦٥٦
باب إعتاق المولى العبد الجاني بعد عفو المجني عليه ٦٦٢
باب العفو عن الجناية في المرض ٦٦٦
فصل ٦٦٨
باب المجني عليه يعفو عن الجاني ثم يموت..... ٦٧١
باب العفو عن الجناية والوصيّة بعده..... ٦٧٤
باب دفع العَبْد بالجناية إلى أحد الوليين ثمَّ ماتَ العَبد..... ٦٧٦

كتاب الفرائض ٦٧٨

باب أصحاب الفرائض ٦٨٠
باب العصبَات..... ٦٨٦
باب اجتماع الفرض والتعصيب في شخص واحد ٦٩٠

فصل ٦٩١
باب الحجب ٦٩١
باب التسبيب ٦٩٤
باب الجدات ٦٩٦
باب الأجداد ٦٩٨
باب الوَلاءِ..... ٧٠١
باب مخارج السهام ٧٠١
باب الرَّدّ..... ٧٠٣
باب تصحيح المقاسمة ٧٠٤
باب المناسخة..... ٧٠٩
باب توريث ذوي الأرحَام ٧١١
فصل في الصنف الأول..... ٧١٢
فصل ٧١٦
فصل في الصنف الثاني..... ٧١٦
فصل في الصنف الثالث..... ٧١٨
فصل ٧١٩
باب توريث مولى الموالاة وولد الملاعنة والجنين والغرقى والحرقى والمفقود.... ٧٢٠
فصل ٧٢٠
فصل ٧٢٢
فصل ٧٢٢
فصل ٧٢٤
فصل ٧٢٥
باب فرائض الخنثى ٧٢٥
باب توريث أهل الكفر..... ٧٢٨
باب توريث المرتد..... ٧٢٨
باب توريث المجوس..... ٧٣١

باب حرمان الميراث للقاتل ولورثته ٧٣٣
باب المتشابه في الفرائض ٧٣٤
فصل ٧٣٥
فهرس المحتويات..... ٧٣٧

AL-MUḤĪṬ AR-RAḌAWĪ

BY

AL-IMAM RADIYUDDIN MOHAMMED
BEN MOHAMMED AL-SARAKHSY
(D. 571 H.)

EDITED BY

ABDULHAFIZ MOHAMMED ALI BAYDOUN

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban